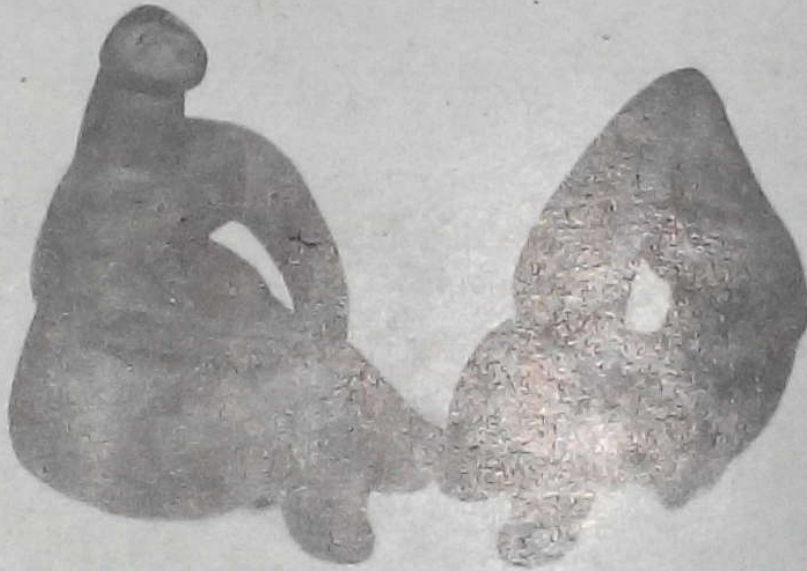


جريمة الفساد

فاضل محمد

كلية الحقوق

الرباط



تقديم :

الأستاذ أحمد الخليلي

<http://igraeli.blogspot.com>

المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني



حفرة قلب إفرا في
<http://afrafi.blogspot.com>

جريمة الفساد

فاضل محمد

كلية الحقوق

الرباط

تقديم :

الأستاذ أحمد الخليلي

المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني

فلسفة القيم

مقدمة الفصل

القيم

القيم

القيم

القيم

القيم

إهداء

الى الذين شجعوا البحث العلمي وساهموا
في نشر المعرفة غايتهم السير بالبشرية
نحو غد أفضل وعدالة أشمل.

<http://iqraeli.blogspot.com>

الحمد لله الذي جعل
العلم نوراً يضيء
القلوب ويهدي
السلوك

<http://iqraeli.blogspot.com>

تقديم

تم نشر هذا الكتاب تحت اشراف المركز الوطني لتنسيق وتخطيط البحث العلمي والتقني في اطار برنامج الدعم للبحث الاقتصادي والاجتماعي.

إن هذا البرنامج أتاح إمكانية تقديم أربعين مشروعاً وانتهى أجله في نهاية شهر دجنبر 1986 .

هذا البرنامج الذي حظي بالدعم الاقتصادي من طرف الوكالة الأمريكية للتنمية العالمية.

لائحة مشاريع البحث المدعمة من طرف البرنامج وملخصاتها موجودة في المركز الوطني، عشرة منها منشورة بأكملها.

لقد شكل المركز الوطني مجلساً علمياً للسهر على تأطير ومتابعة هذه المشاريع، يتكون هذا المجلس من مختصين في مختلف مجالات البرنامج. وقد أرتأى هذا المجلس أن تنشر مضامين هذه البحوث مع العلم أن الآراء المدرجة فيها ترجع مسؤوليتها الى مؤلفيها.

إن البحث يتناول جريمة الفساد وتحليل عناصرها من الوجهة القانونية الصرف .
استعرض - بالقدر المناسب - تاريخ الجريمة وتطورها، وموقعها في القانون
المقارن مع التركيز على أركانها في القانون المغربي، وما يميزها به عن جرائم
الجنس الأخرى، ثم التفسير القضائي للنص المعاقب على جريمة الفساد، والذي يحدد
وسائل إثباتها .

وأخيرا - وكما هو الشأن في كل بحث جامعي - ختم البحث بملاحظات
واستنتاجات، واقتراحات...

كل هذا يدخل في القاموس القانوني لجريمة الفساد والذي أود الإشارة إليه في هذا
التقديم هو جانب القاموس الاجتماعي للجريمة...

إن علاقة الجنس غريزة، والغرائز لا تنظم بالزجر والتهديد بالعقاب، كان العقاب
قاسيا أو رمزيا...

إنها تنظم عن طريق توفير مجال الممارسة القانونية أو الشرعية وفي واقع وظروف
اجتماعية مساعدة .

هذا ما نهجته الشريعة الإسلامية بالتأكيد عندما نظمت الزواج وحشت عليه،
وسمحت بالتعدد عند تحقق مبرراته، ثم أمرت كلا من الرجل والمرأة بغض البصر
والابتعاد عن الاحتكاك والتطلع إلى الجنس الآخر أثناء علاقات الحياة اليومية :
«وقل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم» .
«وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن» ثم زادت بالنسبة
للنساء: «ولا يبدن زينتهن إلا ما ظهر منها» .

إنها الحياة الاجتماعية الوسط: تلبية للغريزة عن طريق الزواج وعلاقة بين الجنسين
في الحياة العامة لا تفريط فيها ولا إفراط .

لا تفريط في جانب المرأة فلا تسجن بين الجنران الأربعة بدعوى صيانة العرض
وتحصين الشرف... بل حتى في أداء مهامها اليومية خارج البيت، لا تكلف بما فيه
نعف وشطط، فلا يطلب منها التكلف بإخفاء أجزاء جسمها الظاهرة بحكم الطبيعة،
ومنتطلبات الحياة الإنسانية العادية .

ولا إفراط فيها، فالرجل والمرأة معا يخرجان إلى الحياة العامة لأداء وظائف أخرى
غير وظيفة الجنس وإثارة غريزته، فكان عليهما معا تركيز الاهتمام على تلك الوظائف
والمهام التي خرجا من أجلها، وعدم توجيه كل منهما لانظاره إلى الصنف الآخر وما
في جسمه من مغريات جنسية. وكان على المرأة بالخصوص - باعتبارها أدعى للآثارة
من الرجل - أن لا تعتمد إظهار مفاتها وإبراز محاسنها الجسدية فيحتفظ بذلك تعايش

الجنسين بطابع الجدية ورداد الوقار والحسمة، ويوفر لهما جوا بعيدا عن الاستهتار والاثارة .

وإذا قررت الشريعة بعد ذلك عقابا للزنا، فإن هذا العقاب كان رمزيا أكثر منه وسيلة لمحاربة الجريمة، ومما يؤكد ذلك وسيلة الاثبات بالشهود التي يمكن القول انها متعذرة في التطبيق العملي .

فالشريعة اذن اعتمدت كوسيلة أساسية للحد من العلاقات الجنسية غير الشرعية، على تنظيم تعايش الجنسين في الحياة العامة إضافة إلى الحث على الزواج، والتحريم الديني الشديد لكل علاقة خارجة، لتأتي بعد ذلك في آخر القائمة العقوبة الزجرية... وفي الوقت الحاضر نعيش على المبدأ الذي غرسه المدنية الغربية وما تزال تمدد جذوره، وهو المبدأ الذي يقول للمرأة: في المنزل أنت وشأنك، أما في الحياة العامة فاحرصي كل الحرص ان تبدوي جميلة قادرة على إثارة الانتباه الى جمالك ومفاتنك الجسدية... وقد استجابت المرأة للنداء فحلقت الحواجب وتصنعت الهدب، وتفننت في استعمال المساحيق والاصباغ، وأبرزت هذا الجزء من جسمها وكشفت عن ذاك تنفيذا للمواصفات التي يقترحها المتخصصون في التجميل، والمبرزون في معرفة مقائن الجسم ومواطن الاثارة فيه...

في هذا النمط من تعايش الجنسين في الشارع والاسواق وأماكن العمل... يثور التساؤل عن مدى فائدة التجريم القانوني لكل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة زواج؟

إنها فائدة محدودة جدا، والحياة الواقعية خير شاهد على ما نقول...

لقد مر الغرب بنفس المرحلة التي ما تزال نعيشها: كان يجرم كل علاقة خارج إطار الزواج، ولكن نتيجة لنمط الحياة الذي سبقت الاشارة إليه، استسلم في النهاية وأباح ما كان ممنوعا للعزاب والمتزوجين على السواء...

إننا إذن - فيما نعتقد - أمام خيار واحد لا ثاني له، وهو نهج نموذج وسط لتعايش الجنسين: فلا المرأة سجينه الجدران، وحبيسة الحريم، ولا هي دمية تتكلف التزين للناظرين، وتعرض مفاتن جسدها على الغادي والرائح والجليس... في هذا المناخ المعتدل، ينخفض معدل الجريمة يقينا كما أن التجريم ذاته يكون أكثر فائدة .

هذه هي الملاحظة التي أود تقديم بحث الزميل الاستاذ محمد فاضل بها، وهو بحث كما سبقت الاشارة تناول الجانب القانوني الذي لا تخفى أهميته في الدراسات الجنائية بصرف النظر عما قد يكون للتجريم من تأثير على معدل ارتكاب الجريمة او المتابعة القضائية .

وقد اختار الزميل السيد محمد فاضل موضوعا للاطروحة غير بعيد عن هذا البحث

وهو الحماية الجنائية للقواعد القانونية المنظمة للأسرة، فأتمنى له التوفيق في اهتماماته
المركزة على خلية الأسرة من جوانب متعددة، فالواقع أن الأسرة تعتبر اليوم في مقدمة
المجالات الاجتماعية التي ينبغي أن يبدأ منها الإصلاح، لأن المدنية المعاصرة إذا كانت
قد قدمت خدمات لا ينكرها أحد إلى الإنسان ومؤسساته المختلفة، فإن مؤسسة الأسرة
تضررت منها أكثر مما انتفعت، فعسى أن نستيقظ قبل فوات الأوان .

أحمد الخليلي

مقدمة

الاطار الاجتماعي والقانوني للجريمة :

يعتبر القانون الجنائي المغربي، العلاقة الجنسية غير المشروعة بين الرجل والمرأة جريمة، يطلق عليها اسم «الفساد».

والمغرب يعقابه على هذه العلاقة الجنسية، يعد من الدول القليلة التي لاتزال تنتمي للنظام التحريمي في هذا المجال، وقد ورث هذا التحريم عن الشريعة الاسلامية التي تطلق على الجريمة زنا البكر أو زنا غير المحصن.

وبوضع جريمة الفساد في اطارها الاجتماعي والقانوني نجدها تتميز بالميزات التالية :

- (1) أنها جريمة يتصل ارتكابها باحدى الغرائز الكامنة في الانسان وهي الغريزة الجنسية، وذلك على الاقل من جانب أحد أطراف العلاقة الجنسية، لانه قد يكون الدافع لارتكابها في بعض الاحيان من الطرف الآخر عامل غير العامل الجنسي، كالحصول على المقابل او الانتقام.
- (2) يتخذها البعض وسيلة للكسب مما يصبغ عليها صفة المهنة أو الحرفة، فتخضع لقانون العرض والطلب وتساهم في التداول النقدي، وقد قيل بأنها أقدم مهنة في العالم، لانها اتخذت الشكل التجاري منذ العصور الاولى لوجود المجتمع البشري.
- (3) تقوم على هذه الجريمة عدة أنشطة إجرامية أخرى عاقب عليها المشرع المغربي في الفرع السابع من الباب الثامن من الكتاب الثالث من مجموعة القانون الجنائي تحت عنوان «في افساد الشباب وفي البغاء» وأهمها يتعلق بأعمال الوساطة والاستغلال والتحريض في مجال الفساد.
- (4) مورست في جل المجتمعات البشرية وعبر تطورها التاريخي حتى قيل أنها شر لابد منه.
- (5) تترتب عنها نتائج تضر بكيان المجمع أهمها فساد الاخلاق والامراض الزهرية المعدية واختلاط الأنساب ووجود مايسمى بالطفل الطبيعي واللقيط.
- (6) هي جريمة من جرائم العرض التي عاقب عليها المشرع حماية للاخلاق وحسن الآداب.
- (7) هي جريمة لا ترتكب الا بين شخصين هما الرجل والمرأة، وباتفاق سابق. ولذلك ففعلهما المادي يكتسي من وجهة القانون المدني صفة التعاقد، كما يعد كل طرف من أطراف الجريمة من وجهة القانون الجنائي، فاعلا أصليا في الجريمة لان كلا منهما يساهم في احداث الفعل الاجرامي، اذ بدون أحدهما لا يمكن للفعل أن يتم، ثم أن

شخص الضحية لا يمكن أن يوجد في هذه الجريمة إلا خارج حدود أطراف العلاقة الجنسية.

(8) هي جريمة سلوك، إذ لا تعلق المؤاخذه بها على حصول نتيجة إجرامية معينة، بل يكفي أن يتم سلوك الاتصال الجنسي حتى تقوم الجريمة، بحيث لا يتطلب في تمامها بلوغ اللذة الجنسية للطرفين أو أحدهما.

وعلى العموم فإن الأقبال على اتیان الفساد يعرف تزايدا مستمرا لا يتناسب مع المنع الذي سلكه المشرع لهذا الفعل، سواء بالنسبة للفساد العرضي أو الفساد المهني، وهذا يظهر عدم جدوى النصوص الجنائية في هذا المجال.

ومن جهة أخرى فإن خصوصيات هذه الجريمة تجعل من الصعب ضبط جميع حالاتها وعرضها على القضاء.

- فهي جريمة تمارس، كما سبق القول، بين طرفيها باتفاق سابق وفي سرية غالبا مانكون تامة، بحيث ينذر أن يوجد فيها ضحية أو متضرر يشتكي منها أو يبلغ عن مرتكبيها.

- وهي جريمة ليس لها غالبا جسم أو مخلفات أو آثار تمكن السلطات المختصة من تفحصها والبحث عن مرتكبيها، فهي توجد وتنتهي في لحظة وجيزة دون أن تترك معالم تدل عليها وتمكن من متابعة طرفيها.

- وهي جريمة تطلب المشرع لاثباتها وسائل مادية مباشرة ومحددة، لا يمكن أن ينسب لشخص ارتكابها بغيرها، وهي اما ضبط المتهم في حالة تلبس أو صدور اعترافه بها كتابة أو أمام القضاء.

- وهي جريمة يعتبر الكثير من الناس أن الإبقاء على العقاب عليها مجرد تأخر في تطور القانون الجنائي وقيد من قيود الحرية الفردية الذي لاضرورة من وجوده، سيما وأن أغلب التشريعات بما فيها تشريعات الدول العربية والاسلامية لاتعاقب عليها.

ثم إن ضخامة حجم ممارستها يجعل الجهاز الإداري والقضائي المختص بمحاربتها عاجزا عن تقصي كل مرتكبيها، ولذلك يظل النص المعاقب على الفساد قاعدة قانونية لاتدخل حيز التطبيق الا عن طريق الصدفة.

لكل هذا نرى أن دراسة جريمة الفساد تستوجب التعرض لها من الناحية القانونية والناحية الاجتماعية.

وسنقتني في هذه الدراسة بصفة أساسية بالناحية القانونية تمثيا مع منهجية البحث القانوني للجريمة التي تختلف عن منهجية البحث الاجتماعي وتوضيحا لموقف المشرع المغربي من محاربة هذا الفعل بين الانظمة والتشريعات الاخرى. إذ يعد البحث القانون هنا، أرضية يمكن الانطلاق منها للبحث في الجريمة من الناحية الاجتماعية هذا مع العلم أن المشرع المغربي لم يفرق في المؤاخذه بالفساد بين ما يرتكب بصفة عرضية أو بصفة اعتيادية، مما ينتج عنه أن دراسة جريمة الفساد من

الناحية القانونية يجب أن تكون بصفة مبدئية مجردة عن الهدف الذي ارتكبت من أجله الجريمة.

المشاكل القانونية المطروحة في الموضوع :

تتفرع المشاكل القانونية المطروحة في الموضوع الى عدة أنواع أهمها :
أ - نوع يتميز بالغموض بحيث لم يرد فيه وضوح تشريعي أو قضائي كما هو الشأن في :

(1) مفهوم العلاقة الجنسية، هل يتطلب فيه ضرورة حدوث الايلاج حتى يتم الركن المادي للجريمة، واعتبار الاشكال الاخرى لتلبية الغريزة الجنسية بين الرجل والمرأة التي لا يقع فيها ايلاج، أفعالا مباحة اذا لم تخضع لتكييف جريمة أخرى أو يشمل مفهوم العلاقة الجنسية كل الافعال التي تؤدي الى ممارسة الجنس سواء تم فيها ايلاج أم لا . ؟
(2) اتيان الرجل للمرأة من الخلف الذي لا يمكن تكييفه بالشذوذ الجنسي حسب التعريف الوارد في الفصل 489 ق ج كما لا ينسجم مع جريمة الفساد اذا حصرنا مفهوم العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة على الاتصال الجنسي الذي يقع بينهما بصفة الرجل كرجل والمرأة كامرأة، أي ضرورة ممارسة المرأة للعلاقة الجنسية عن طريق عضو تانيثها.

(3) العلاقة الجنسية مع الخنثى على اعتبار ان هذا الاخير لا ينطبق عليه، بصفة مؤكدة، وصف الرجل أو المرأة مع العلم أن المشرع اشترط في العقاب على الفساد أن تكون العلاقة الجنسية غير المشروعة قد تمت بين رجل وامرأة.

(4) العلاقة الجنسية بين قاصرين يقل عمرهما عن خمسة عشر سنة، هل يجب مؤاخذتهما بجريمة الفساد أم بجريمة هتك العرض ؟

(5) تحديد مفهوم الرابطة الزوجية التي اشترط المشرع عدم وجودها بين المتهمين بالفساد وبين كل واحد منهما والغير، هل يتمسك فيها بالشروط والاركان الواجب توافرها في الزواج حسب مدونة الاحوال الشخصية على اعتبار أن هذه الاخيرة هي المختصة في التمييز بين ما يعتبر زواجا وما لا يعتبر كذلك أم يكفي في حالة عدم توفر الاركان والشروط الاعتماد على نية الطرفين وقصدتهما الجنائي .؟

واذا تعلق الامر بمتهمين في جريمة فساد أحدهما غير مسلم هل يؤخذ في تكييف علاقتهما الزوجية بالقانون الشخصي لكل منهما على حدة أم بالقانون الشخصي للمسلم فقط .؟

ب - ونوع يتعلق بالاتجاه الذي سلكه المشرع فيما يخص الشريك الاعزب اذا ما دخل في علاقة جنسية مع شخص متزوج والذي ذهب المجلس الاعلى الى اخضاع فعله لقواعد المشاركة المنصوص عليها في الفصل 129 و 130 ومواخذته بالخيانة الزوجية مع أن شرط الزواج المتطلب توفره في المتهم بهذه الاخيرة غير مسوفر فيه.

ج - ونوع يتعلق بخصوصية جريمة الفساد من حيث الاثبات، حيث استثنائها

المشرع من القواعد العامة للآثبات في الميدان الجنائي، وعين لها أدلة محددة لا يجوز أن تثبت غيرها، ومما ينتج عن ذلك امكانية ثبوت الفساد في حق أحد أطراف العلاقة الجنسية غير المشروعة، وعدم ثبوته في حق الطرف الثاني، مما يؤدي الى موازنة منهم بمفرده بجريمة يستحيل أن ترتكب من جهة واحدة.

الطريقة المتبعة في البحث :

ينهج البحث الذي نحن بصدد طريقة التحليل والنقد والمقارنة :

التحليل : لأنه يتصدى الى تحديد عناصر الجريمة العامة والخاصة ويدرس الجوانب الغامضة في كل عنصر على حدة، كما يوضح وسائل اثبات هذه الجريمة وأنواع العقوبات التي يمكن أن يحكم بها على المتهم بالفساد ومقدارها وظروف التشديد والتخفيف التي يمكن أن تطبق عليه.

النقد : لأنه يتولى وضع النص في إطاره الاجتماعي ويحاول اظهار مدى جدوى وفعالية العقاب على هذه الجريمة في الحد من ممارستها كما يبرز بعض المشاكل القانونية التي قد تعترض تطبيق النص وينتقد بعض المواقف التشريعية والقضائية في الموضوع طبقا لما تقتضيه العدالة الاجتماعية والمنطق القانوني.

المقارنة : لأنه يوضح موقف المشرع المغربي من العلاقة الجنسية غير الشرعية بين الرجل والمرأة، وسط مواقف بعض التشريعات الأخرى العربية والإسلامية والغربية سواء من حيث تجريم الفعل أو إباحته أو من حيث الشدة أو الرأفة في معاملة مقترفيه وطريقة متابعتهم وإثبات جريمتهم.

كما يقوم بمقارنة النص الجنائي المغربي بموقف الشريعة الإسلامية من زنا غير المحصن ومدى انسجامه معها في هذا المجال سواء من حيث التجريم أو الإثبات أو العقوبة.

المراجع المعتمد عليها :

يتميز البحث في موضوع جريمة الفساد من الناحية القانونية بندرة المراجع المتخصصة في الموضوع سواء المغربية منها أو الأجنبية.

والمراجع التي استطعنا الاطلاع عليها في موضوع العلاقات الجنسية غير المشروعة تبحث كلها في جرائم لا تتطابق عناصرها مع عناصر جريمة الفساد التي نقدم هذا البحث بشأنها، فهي تهتم إما بجريمة الزنا التي تقابل في التشريع المغربي الضحية أو كرون هذا الأخير قاصرا مثل جريمة الاغتصاب أو هتك العرض أو شرط العلية كما هو الشأن في جريمة الاخلال العلي بالحياء، أو اتحاد جنس طرفي العلاقة الجنسية بالنسبة لجريمة الشذوذ الجنسي.

وإذا أردنا حصر ما كتب في المغرب حول جريمة الفساد من الناحية القانونية نجد أن ذلك يقتصر على ما جاء في شرح القانون الجنائي للاستاذ الخليلي الذي يدرس

جريمة الفساد بين بعض جرائم العرض التي تناولها، وبعض المقالات العامة والمقتضية المنشورة في المجالات.

وعلى العموم فإننا حاولنا الاحاطة بجوانب موضوع هذا البحث من خلال بعض المراجع غير المختصة في حدود مايتلاءم منها مع موضوع الفساد لتحديد مفهوم العلاقة الجنسية أو القصد الجنائي أو الرابطة الزوجية أو حالات التلبس أو غير ذلك من النقط التي لاتعارض بين تحديد مفهومها في جرائم أخرى كجريمة الخيانة الزوجية مثلا وبين تحديد مفهومها في جريمة الفساد.

كما اعتمدنا على بعض المراجع العامة التي تهتم اما بالناحية التاريخية أو الاجتماعية لموضوع الفساد أو بالعناصر العامة للجريمة بصفة مجردة عن نوعية هذه الجريمة كالقصد الجنائي أو بعض العناصر الخاصة التي يتولى قانون غير جنائي البحث فيها كما هو الشأن في العلاقة الزوجية التي اشترط المشرع عدم وجودها بين المتهمين في جريمة الفساد.

والمراجع المعتمد عليها تتكون من مؤلفات قانونية وغير قانونية كما تضم الكتب والمقالات المنشورة في المجالات والصحف بالاضافة الى تصريحات بعض المختصين في بعض النقط الواردة في البحث.

تصميم الموضوع :

نتناول هذا البحث من خلال باب تمهيدي وبابين وخاتمة :

وقد ارتأينا هذا التقسيم نظرا لطبيعة البحث في أي جريمة من الجرائم بصفة عامة وجريمة الفساد بصفة خاصة، ونظرا لمحاولة تخصيص كل باب من الابواب الثلاثة لدراسة مجال معين يجمع بين فصوله ومباحثه عامل أو أكثر من العوامل المشتركة لكي تعالج جريمة الفساد من جانب محدد.

وهكذا خصصنا أولا بابا اعتبرناه تمهيديا لأن النقط الواردة فيه تعتبر ضرورية في نظرنا لوضع موضوع الفساد في اطاره التاريخي والاجتماعي والقانوني بحيث لايمكن الاقتصار على ذكرها في المقدمة سواء من حيث الاهمية أو من حيث الحجم ولأن هذه النقط لاتكون جزءا من البحث في صلب الموضوع من الناحية القانونية، اذ لاتدخل ضمن عناصر الجريمة أو كيفية اثباتها أو الجزاء المخصص لها.

وقد قسمنا هذا الباب الى أربعة فصول، تناولنا في الاول تحديد مفهوم العلاقات الجنسية المشروعة وغير المشروعة، وفي الثاني التطور التاريخي لمعاملة العلاقات الجنسية غير المشروعة وفي الثالث للاتجاه التشريعي المقارن بشأن الفساد (البغاء) وفي الرابع مفهوم الفساد كمصطلح بين بعض المصطلحات المشابهة، وكجريمة بين بعض جرائم العرض الأخرى.

ثم قسمنا بقية الموضوع الى بابين، خصصنا الاول لمعالجة أركان جريمة الفساد، تناولنا في مقدمته تعريف جريمة الفساد في القانون الجنائي المغربي وفي الشريعة

الاسلامية والقانون المقارن، وجعلنا لأركان الجريمة ثلاثة فصول تعرضنا في الاول منها للركن المادي وهو العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة، وفي الثاني لركن انعدام الرابطة الزوجية بين المتهمين أو بين أحدهما وبين الغير، والثالث لركن القصد الجنائي.

وخصصنا الباب الثاني لاثبات جريمة الفساد وعقوبتها، قسمناه الى أربعة فصول تناولنا في الاول اثبات جريمة الفساد، وفي الثاني تقييم التحديد الذي وضعه المشرع لوسائل اثبات هذه الجريمة، والثالث لاثبات الزنا في الشريعة الاسلامية والرابع للعقوبات المخصصة للفساد.

وجعلنا للبحث خاتمة تعرضنا في الشرط الاول منها لعرض مجموع النقط القانونية التي نوقشت في الموضوع، وفي الشرط الثاني منها لمدى فعالية العقاب على جريمة الفساد في الحد منها.

باب تمهيدي:

التطور التاريخي للعلاقات الجنسية
غير المشروعة والاتجاه التشريعي
المقارن بشأنها

سلفه هذا الباب إلى أربعة فصول، نتحدث في الأول عن مفهوم العلاقات
الجنسية المشروعة وغير المشروعة. وفي الثاني عن التطور التاريخي للعلاقات
الجنسية غير المشروعة. وفي الثالث نستعرض الأنحاء التشريعية المقارن بشأن هذه
الأخيرة. وفي الرابع نحدد بعض المصطلحات المشابهة للفساد ونعرف بعض جرائم
العرض الأخرى.

الفصل الاول :

مفهوم العلاقة الجنسية المشروعة وغير المشروعة

يكون الجنس احد الغرائز الكامنة في الانسان الذي يقوم بتلبيتها اما طبقا للقواعد التي وضعها المجتمع لذلك فتوصف ممارستها بالمشروعة، واما خارج هذه القواعد فتعتبر غير مشروعة.

فمعذ وجود الانسان وجدت معه مجموعة من الغرائز يعمل جاهدا على تلبيتها لضمان عيشه واستقرار حياته وبقاء نوعه، ويشكل الجنس احدى هذه الغرائز، اذ يدفع الفرد للبحث عن قرين له من جنس مغاير يرضى في الدخول معه في علاقة جنسية لانساج هذه الرغبة.

وقد خلق الله تعالى في الانسان الذكر والانثى (1)، وجعل بينهما اثار جنسية متبادلة ينتج عن تلبيتها تكاثر النسل، واستمرار البشرية (2). ولهذا اعتبرت العلاقة الجنسية الطبيعية، سواء كانت مشروعة او غير مشروعة، هي التي تعارض بين الرجل والمرأة وعن طريق اتصالهما التناسلية، اما ما يعارض خارج هذه الحدود مما يوصف بمناقضاته للطبيعة (3) فقد قوبل بالرفض سواء من طرف التشريعات السماوية (4) او القوانين الوضعية (5) لانه لا يؤدي الى التكاثر وتخليد النسل كما هو الشأن في العلاقات الجنسية الطبيعية.

(1) «انه خلق الزوجين الذكر والانثى» (اية 45 من سورة النجم)
«ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا بها» (سورة الروم اية 21) كما قال تعالى : «هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها» (سورة الاحراف اية 189)
(2) لم تقتصر العلاقة الجنسية بين الذكر والانثى على الانسان وحده بل امتدت بها كذلك الحيوانات وبعض النباتات. لا عن طريق هذه العلاقة يتم تكاثرها واستمرار نوعها. ويرى بعض الكتاب ان الغريزة الجنسية حيوانية في الاصل على اساس ان الانسان الاول كان حيوانا قبل ان يتطور نوعه وينفصل بسميزات خاصة به جعلته يختلف عن بقية الحيوانات في امكانية التحكم التي حدتها في غريزته الجنسية من حيث الكمية والكيفية. يوعلى ياسين : التكاثر المعهود لراستك في التنين والجنس والصراع الطبقي. دار الطليعة، بيروت. الطبعة الاولى مارس 1973 ص 30.

(3) ذلك لان هناك علاقة جنسية تتم بصورة غير طبيعية كالتي تعارض بين ذكيتين او بين اثنتين او مع الحيوان او غير ذلك. وهي طبيعا تعتبر غير مشروعة. الا اننا لن نلتم في موضوعنا بهذا النوع بل تقتصر دراستنا على اظهار ما هو مشروع وغير مشروع في العلاقات الجنسية التي تتم بصورة طبيعية بين ذكر وانثى بواسطة اتصالهما التناسلية.

(4) قال الله تعالى في قوم لوط : «التلون الفاحشة ما سبقكم بها احد من العالمين» (سورة الاحراف اية 80) كما قال تعالى في سورة العنكبوت : «انكم لتاتون الفاحشة ما سبقكم بها احد من العالمين» (اية 28). وروى البيهقي عن ابي موسى ان النبي (ص) قال : «انما اثنى الرجل الرجل فهما زنايان». وروى ابو داود والترمذي وابن ماجه ان النبي (ص) قال : «من وجنتموه بعمل عمل قوم لوط فافقتوا الفاعل والمفعول به». مغل المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج شرح الشرييني على متن منهاج الطالبين لبحس بن شرف النووي دار الفكر بيروت الجزء الرابع ص 144.

(5) اغلب التشريعات الوضعية تعاقب على عمليات الشذو الجنسي. انظر مثلا المادة 223 من قانون العقوبات لسلطنة عمان م 354 في ع. الفلسطينية والمواد 395، 397 في ع. العراقي وم 169 في ع. البحريني وم =

والغريزة الجنسية ليست في حد ذاتها مجرد وسيلة تؤدي الى النتائج المتوخاة منها، أو الغاية التي وجدت من أجلها، ذلك أن اللذة الجنسية ليست هدفا وانما وسيلة تؤدي الى تكثير النسل وحفظ النوع مثلها في ذلك مثل الجوع والعطش اللذين يكسبان الاكل والشراب اللذة التي تصاحب تناولهما، في حين ان هدفهما الاسمي هو «حفظ الجسم وبقاء الحياة» (6).

وتتميز الغريزة الجنسية عند الانسان بأنها تؤدي مصحوبة بالعاطفة الجنسية المتبادلة بين الرجل والمرأة في اطار الحب العائلي الذي يربط الزوجين وابناءهما، كما تتميز بإمكانية تكرار تلبية دون أن يكون ذلك لهدف الانجاب، ولذلك نجد أن قابلية الانسان لممارستها تبدأ منذ نضوجه جنسيا الى ان تنتهي في الاحوال العادية بوفاته مع مايعتريها من قوة وفترت تبعا لمراحل عمر الانسان وتكوينه الجسماني وغير ذلك، بالإضافة الى أن امكانية اشباعها لدى الانسان تتوفر سواء كان قابلا للانجاب أم لا، وسواء كان الحمل قد تم أم لم يتم، بخلاف الحيوانات، فانها لاتندفع غالبا للممارسة الجنسية الا في فترة قابليتها للحمل وتمتنع عن اتيانها اذا تم هذا لآخر (7).

وقد خضعت تلبية الغريزة الجنسية لشبكة من العلاقات ومجموعة من القواعد كانت هي أساس الحياة في كل مجتمع، مما جعل العلاقة بين الرجل والمرأة تخضع للشكل الذي أراده لهما هذا المجتمع من تنظيم وتقييم (8).

فتلبية الرغبة الجنسية لم تكن في بداية المجتمع البشري مقيدة بمثل القواعد التي تخضع لها اليوم، وانما كانت تمارس بنوع من الحرية (9) ثم اخذت تفرض عليها قيود متعلقة بالقرابة تمنع المعاشرة الجنسية بين الالباء وابنائهم وبين الاخوة واخواتهم الى أن استقرت تدريجيا في الزواج الثنائي الذي يقصر ممارسة العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة لاتربط بينهما صلة قرابة مانعة لهذا الزواج (10).

ويعتبر الزواج مؤسسة اهتدى اليها الانسان بحكم طبيعته وتفكيره (11)، فشمها

193 ق- ع الكوتي والفصل 489 من القانون الجنائي المغربي الذي جاء فيه : «يعاقب بالحبس من ستة أشهر الى ثلاث سنوات وغرامة من مائة وعشرين الى الف درهم من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي مع شخص من جنسه ما لم يكون فعله جريمة أشد».

(6) نيازي حقانة، جرائم البغاء، رسالة دكتوراه دار مطابع الشعب القاهرة 1961 ص 5.

(7) مع العلم أن الرغبة الجنسية عند المرأة تشتد غالبا في فترة اخصابها.

(8) يقول الكاتب «برنارمولدوورف» ليست العلاقة بين الرجل والمرأة علاقة طبيعية، انها حاجة طبيعية تعبر عند المرأة دليل المناضل في النظرية الماركسية. دار ابن خلدون بيروت 1975 ص 34. انظر كذلك عبد الواحد (9) اذ كان هناك مايسمى بالجماع الحر أو الزواج الجماعي الذي كانت فيه كل نساء المجموعة البشرية متزوجات مع كل رجالها، فكان الجنس يمارس كسائر النشاطات الاخرى بدون قيد أو تحديد. بوعلی ياسين، مرجع سابق ص 31.

(10) بوعلی ياسين ص 34. ويقول المؤلف ان الزواج الثنائي ساد في العصور التي ظهر فيها الفن الفخاري وبدأ فيه اكتشاف المعادن ص 33.

(11) نيازي حقانة ص 7. وقد اهتدت بعض الحيوانات بحكم طبيعتها الى التزاوج كبعض الطيور (الحمام) =

بالرعاية والتقدير واتخذها منهاجا للحفاظ على أسس تنظيم العلاقات الفردية داخل المجتمع، ووضع لذلك قواعد اعتبرها جزءا من نظام حياته الاجتماعية فلما جاءت القوانين السماوية منها والوضعية، أقرت الزواج وحثت عليه واعتنت بتنظيمه وجعلته اطارا شرعيا تمارس داخله العلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة مما أصبح على هذه العلاقات صفة المشروعية.

وهكذا جاءت الديانات السماوية مؤيدة لنظام الزواج فحثت الافراد عليه واهابت بهم لاتخاذها اطارا لممارسة الجنس داخله (12) كما اعتنت به القوانين الوضعية وتولت تنظيمه بصفة مستقلة عن باقي العقود والالتزامات واعتبره البعض منها الاطار الشرعي الوحيد الذي يمكن ان تمارس داخله العلاقات الجنسية (13) كما ايدته بعض الاتجاهات الاشتراكية واعتبرته مؤسسة حقوقية لها كيان واهداف (14) وقد اتفقت القوانين والاراء على قدسية الزواج نظرا لما فيه من استئثار كل من الزوجين بالآخر استئثارا يجعله يحافظ على استقرار الارتباط العاطفي وتوطيد الاتصال بين افراد العائلة الواحدة وبين هذه الاخيرة ومثيلاتها. كما يحمل الالباء مسؤولية السهر على تربية ما ينجبونه من أطفال لكي يعيشوا في اطار آمن (15).

واذا كان الزواج قد اعتبر اطارا شرعيا لممارسة العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة، فقد خضع هو نفسه في الماضي والحاضر لبعض القيود التي تمنع الزواج بين بعض الاشخاص او تفرض عدم الزواج باكثر من عدد معين.

= وذوات الثدي كالقروود والغوريلا. المرجع السابق هامش 2 ص 7.
(12) قدست الديانة اليهودية والمسيحية الزواج وحثت عليه، وهكذا جاء في المادة 401 من الاحكام العبرية «الزواج فرض على كل انسان، لا يستثنى منه صغير ولا كبير ولا غني ولا فقير، ولا صحيح ولا سقيم ولا عالم ولا امي ولا جاهل، بل يجب على الجميع الاشتراك في ابتغاء النسل، ولا يقال ان الانسان قد قام بهذا الواجب الا اذا رزق من الزواج بذكرين وانثى، ولذا تجب على كل رجل خال من الزواج ان يتزوج قايما بهذا الواجب حتى يحصل على هذه الغاية» مأخوذ عن نيازي حنّانة هامش 1 ص 7.

كما ذهبت الديانة الاسلامية ايضا الى تقديس الزواج واعتباره كيانا ذا مكانة وتقدير في المجتمع الاسلامي، تمارس داخله العلاقات الجنسية لتؤدي الى النتائج المتوخاة منها في اطار المحبة والمودة بين الزوجين، اذ قال تعالى في سورة البقرة (آية 187) «فالآن باشروهن وابتنوا ما كتب الله لكم» وقال تعالى في نفس السورة (آية 222) «نساءكم حرث لكم فأتوا حرثكم انا شنتم». وجاء في سورة الروم (آية 21) : «ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة». وجاء في الحديث الشريف : «تناكحوا تناسلوا فاني مبعثكم بكم الامم يوم القيامة».

(13) كما هو الشأن في الدول التي تعاقب على مجرد المواقعة الجنسية غير المشروعة كالمغرب وبعض الدول العربية الاخرى وبعض ولايات الولايات المتحدة الامريكية.

(14) عارض لنين «الزواج الحر» ووصفه بالفوضوية لان الزواج يقوم على مؤسسة حقوقية لها مضمونها الذاتي والعاطفي بين الزوجين والذي يصفه لنين «الزواج البروليتاري مع الحب» أي وجود الحب مع تقدير المسؤولية والواجبات التي تقوم عليه بدل الرغبة الجنسية المؤقتة المجردة عن أي مسؤولية أو مضمون انساني. برنارد مولدوورف مرجع سابق ص 37.

(15) فهذه الاعتبارات هي التي فضل من أجلها المجتمع البشري تخليد النسل داخل اطار الزواج، لان تكاثر البشرية يمكن أن يتم عن طريق الجماع الحر، الا أنه في هذه الحالة لا يؤدي الى حفظ الانساب ووجود الارتباط والتعاطف والتالف بين الالباء والابناء داخل المجتمع الصغير والكبير. سيد حسن البقال، الجرائم المخلة بالاداب فقها وقضاء. الطبعة الثانية 1973. القاهرة ص 10.

فموانع الزواج عرفت في المجتمعات القديمة والحديثة على السواء وعلى الاخص منها موانع القرابة التي أبدتها القوانين السماوية والوضعية في المجتمعات الماضية والحاضرة.

كما أن تعدد الزوجات الذي كان شائعا في كثير من المجتمعات والذي لم يكن يخضع لأي تحديد قد تقلص في المجتمعات الحالية حتى صار في كثير من القوانين بما فيها قوانين بعض الدول الاسلامية يشكل جريمة معاقبا عليها (16).

الا أنه من حيث اتجاه التشريعات لا يمكن اعتبار الزواج الاطار الوحيد الذي يسبغ صفة المشروعية على العلاقات الجنسية مادامت كثير من المجتمعات عرفت عبر التطور التاريخي ولا زالت تعرف لحد الآن اباحة ممارسة الجنس خارج اطار الزواج (17).

فقد عرفت المجتمعات القديمة والحديثة الى حدود القرون الاخيرة نظام الملك وهو نظام يعطي الحق للسيد في مضاجعة امائه دون أن يكون مرتبطا معهن بعقد زواج. كما اسحت في كثير من المجتمعات القديمة والمعاصرة، العلاقات الجنسية الخارجة عن اطار الزواج سواء منها ما يخضع لتنظيم معين كالبغاء المقدس أو البغاء المنظم، أو المقيد بالحصول على اذن من السلطة بالنسبة للباغيات. أما ما يمارس بصفة حرة فهو لا يخضع لأي تنظيم أو قيود كما هو الشأن في بعض الدول الحالية التي لاتعاقب على العلاقات الجنسية الممارسة خارج اطار الزواج اذا لم تشكل اعتداء على حق الغير كالدول الاوربية وبعض الدول الامريكية والعربية مثل مصر وسوريا والسودان.

وعلى العموم فان الزواج لم يكن في الماضي والحاضر هو الاطار الوحيد الذي يسبغ صفة المشروعية على العلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة، بل وجدت الى جانبه اشكال اخرى لممارسة هذه العلاقة توصف هي ايضا بالمشروعية مادامت غير ممنوعة بعقاب القانون.

لكن بالرغم من شمول المشروعية من الناحية القانونية لكل العلاقات الجنسية التي لا يمنعها القانون، فان المشروعية في نظرنا يجب ان تفسر في مجال العلاقات الجنسية في اطارها الضيق حيث لا تشمل سوى ما يتم بين الزوج وزوجته، أما ما دونها فيجب أن يوصف بعدم مشروعيته ولو كان القانون يبيحه:

لأنه من جهة، لا يمكن أن نسوي بين مؤسسة الزواج التي قدستها القوانين السماوية والوضعية عبر مختلف العصور، وبين ما يمارس خارجه والذي خضع لمواقف متقلبة بين الاباحة والعقاب تميز اغلبها بانزال اشد العقاب بمرتكبيها كما سنتعرض لذلك في الفصل التالي.

(16) انظر مثلا المادة 175 في ع. البحريني والمادة 429 في ع. السوداني والمادة 340 في ج. الفرنسي.
(17) سنتعرض لذلك في الفصل الموالي المتعلق بالتطور التاريخي للعلاقة الجنسية غير المشروعة.

ومن جهة أخرى، فإن المجتمعات التي أباحت ممارسة العلاقات الجنسية الخارجية عن اطار الزواج، لم تبجحها لكونها اعمالاً مقبولة لا ينتج عنها أي ضرر اجتماعي، وإنما اباحتها تحت تأثير تفسير معين يغلب منفعة اباحتها على مضار منعها، كما هو الشأن في الدول التي أباحت البغاء ونظمته لاجل حصر بلائه في مراكز محددة ومراقبته، أو في الدول التي أباحت ممارسة العلاقات الجنسية الحرة لأنه ليس للعقاب جدوى في الحد منها، أو في الدول التي اباحتها تحت تأثير احترام الحقوق الشخصية للأفراد وحرية تصرفاتهم التي تنادي بها مبادئ حقوق الانسان الحالية.

لذلك فإن وصف الشرعية في نظرنا، يقتصر على العلاقات الجنسية الممارسة داخل اطار الزواج، أما ما يمارس خارجه فيوصف بعدم مشروعيته ولو كان القانون لا يعاقب عليه.

من كل ماسبق نستخلص ان الغريزة الجنسية ضرورة ملحة في الانسان تدفعه الى تلبيتها - في الاحوال العادية - عن طريق ممارسة العلاقة الجنسية مع غيره من جنس مغاير، وقد اختار المجتمع ممارستها في اطار الزواج حتى يعطي النتائج المتوخاة منها وهي تخليد النسل وحفظ النوع في جو يسوده الوئام والتآلف مما نال تأييد القوانين السماوية والوضعية التي أسبغت على العلاقة الجنسية الممارسة في اطاره صفة المشروعية (18).

وانطلاقاً من هذا الاساس الاخير وهو اعتبار العلاقة الجنسية المشروعة هي التي تمارس بين الزوجين، فإن الذي يمارس منها خارج اطار الزواج يوصف بعدم مشروعيته نظراً لكون تلبية الغريزة الجنسية في هذه الحالة الاخيرة تكون هدفاً وليس مجرد وسيلة تؤدي الى غايات اسمى منها من جهة، ومن جهة أخرى لكون هذه العلاقات الجنسية غير المشروعة تترتب عنها نتائج وخيمة تضر بالفرد والمجتمع من الناحية الخلقية والصحية والاجتماعية لأنها تحمل الرذيلة وتتناقى مع الاخلاق والآداب العامة وتتسبب في انتشار الامراض الزهرية المعدية ومالها من اثار ضارة على مقدورات الفرد الصحية والفكرية والانتاجية. كما تتخذ حرفة للكسب مما يشجع المستغلين على الاتجار فيها عن طريق الوساطة والتحرير حتى اعتبرت هذه العلاقة سلعة رائجة داخل سوق نشيط يخضع للعرض والطلب والتقييم، كما يخضع لاساليب متطورة للاغراء والاثارة ووسائل دقيقة للتستر والتهرب من عقاب القانون، بالإضافة الى ما ينتج عنها من مشاكل تتطلب حلولاً قانونية كالطفل الطبيعي واللقيط وهذا ما دفع بعض القوانين الى اعتبارها جريمة معاقباً عليها.

الا أن وصف هذه العلاقات الجنسية بمناقاتها للمشروعية وانزال العقاب بمرتكبيها لم تتفق حوله المجتمعات عبر التطور التاريخي الذي ساد هذه الاخيرة. فقد تغيرت

(18) راجع فيما يتعلق بمحاسن الزواج، الشيخ حسن خالد وعدنان نجا. الموارث في الشريعة الاسلامية منشورات دار لبنان للطباعة والنشر ص 21، 19.

مواقفها تجاه هذه العلاقات ودارت بين القبول والرفض الصريح منه والضمني، وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني في هذا الباب. ونريد أن نشير قبل ذلك الى ان العلاقات الجنسية المقصودة في هذا الموضوع هي مايمارس بين رجل وامرأة بإرادة حرة خارج اطار الزواج، اذ يخرج عن هذا المفهوم الافعال التي ينعدم فيها رضى احد الطرفين والافعال المخلة بالحياء العام وغيرها من جرائم العرض (19).

(19) ذلك لان وصف العلاقة الجنسية بكونها مشروعة او غير مشروعة لايتعلق باختلاف عناصر الفعل المادي الممارس، لانه قد تكون هي نفسها سواء كان الفعل مشروعا او غير مشروع، وانما يختلف حسب اختلاف الاطار القانوني الذي يمارس هذا الفعل داخله فيما اذا كانت هناك علاقة زواج ام لا. فالعلاقة الجنسية تكون مشروعة اذا مورست بين رجل وامرأة مرتبطين بعلاقة زوجية، وتكون نفس العلاقة غير مشروعة اذا لم يوجد هذا الارتباط. اما افعال الشذوذ الجنسي فهي غير مشروعة دائما لانه لا يوجد اطار قانوني يسبغ عليها المشروعية.

الفصل الثاني :

التطور التاريخي للعلاقة الجنسية غير المشروعة

منذ ظهور نظام الزواج، ظلت العلاقة الجنسية الممارسة خارج اطاره الى يومنا هذا تتعرض لمواقف متغيرة من طرف المجتمعات من حيث القبول والرفض، كما اتخذت اشكالا متعددة من طقوس دينية وعادات اجتماعية ومهن احترافية.

فقبل شيوع نظام الزواج في المجتمعات البشرية، كانت الغريزة الجنسية تلبي بين الرجل والمرأة بطريقة حرة لاتخضع لاي تنظيم، وبالتالي تعتبر مشروعة مادام المجتمع يقبلها. ولهذا لايمكن الحديث عن وجود علاقات جنسية مشروعة واخرى غير مشروعة الا بعد ان اهتدى الفكر البشري الى اختيار مؤسسة الزواج وتفضيل ممارسة الحاجة الجنسية في اطاره بين الزوج وزوجته، مما اسبغ عليها صفة المشروعية وبقي مادونها يوصف بعدم المشروعية. ومع ذلك لم تكن هذه الاخيرة محل رفض وعقاب من قبل جميع المجتمعات وفي مختلف العصور، بل عرفت معاملاتها من طرف القوانين والحكام تحولات كثيرة من حيث قبولها الى درجة تقديسها، أو رفضها الى درجة تحقيرها وانزال اشد العقاب بمرتكبيها، ومن حيث ابحاثها بالنسبة للرجل دون المرأة أو اقتصار العقاب فقط على من مس باتيانها الحقوق الزوجية للغير واعتبارها اخلايا بنظام الاسرة او ما مورس منها دون رضا احد اطرافها.

ولم يكن هذا التحول على درجة من الاهمية بالنسبة لمعاملة الاتصالات الجنسية التي تمارس دون رضا احد اطرافها وخصوصا المرأة⁽¹⁾ او التي يكون اتيانها اعتداء على حقوق الزوجية، فقد عاقبت اغلبية التشريعات عبر التطور التاريخي على المضاجعة كرها، كما عاقبت على الخيانة الزوجية مع نوع من التمييز بين الرجل والمرأة في بعض القوانين او المراحل التاريخية.

فبالرجوع الى بعض الشرائع القديمة⁽²⁾، نلاحظ أن العلاقة الجنسية الخارجة عن اطار الزواج التي كانت تسودها العاطفة والارادة الحرة المتبادلة لم يكن ينظر اليها كمشكلة اجتماعية وبالتالي لاعقاب عليها، الا اذا تعلق الامر بالخيانة الزوجية وهنا غالبا ما تعاقب المرأة دون الرجل.

(1) من الصعب جدا أن يمارس الرجل الجنس تحت وطأة الاكراه المادي في حين يمكن تصور ذلك عن طريق الاكراه المعنوي، وقد عاقبت شريعة «اورنمو» (التي تعرفها) المرأة التي اغرت بمقاتنا رجلا وضاجعها على اثر ذلك، حيث اعتبرت هذه الشريعة ان اغراء المرأة للرجل من قبيل اكراهها له على المضاجعة. المادة الرابعة فوزي رشيد. الشرائع العراقية القديمة. منشورات وزارة الثقافة والاعلام العراقية، دار الرشيد للنشر 1979. ص 26

(2) كشرعية اورنمو وقانون لبث عشتار والقوانين الاشورية والفرعونية في مصر القديمة.

فشريعة «أورنمو» 2111 - 2003 ق م (3)، لم تتضمن في هذا المجال سوى ثلاثة مواد متعلقة بمعاقبة الزوجة التي أغرت بمقاتنتها رجلا آخر فضاجعها أو الرجل الذي أزال بكاره أمة رجل آخر. أو الرجل الذي اتهم زوجة رجل آخر بالزنا. وهذا يعني أن ما دون ذلك من الممارسات الجنسية لم يكن محرما (4).

كما أن ما يستفاد من شريعة «لبث عشتار» (5) يدل على أن الزنا كان مباحا، وإن كان ينظر إلى الزانية غير المتزوجة نظرة خاصة لأنها أقل مستوى من المرأة العفيفة، ومع ذلك كان هذا القانون يحمي حقوق المرأة الزانية ويصون كيانها (6). كما كان في نفس الوقت يحافظ على كيان الأسرة وينهي الأزواج عن معاشرة غير زوجاتهم (7) بالإضافة إلى أن هذا القانون كان يعاقب الرجل الذي «ادعى بأن بنت رجل آخر غير متزوجة قد مارست العملية الجنسية (مع رجل ما) وثبت أنها لم تقم بذلك» (8) وهذا لا يعني حسب اتجاه الشريعة أن ممارسة العملية الجنسية من طرف بنت رجل غير متزوجة كان معاقبا عليه، وإنما يعاقب المدعي بذلك على أساس أن في ادعائه مسا بكرامة بنت الرجل الآخر مما يجعلها تنضم إلى صنف الزانيات اللواتي ينظر لهن المجتمع نظرة خاصة. وعاملت شريعة «حمورابي» (9) الزوجة الزانية وشريكها بقساوة، وحددت لهما الموت كعقوبة إذا ضبطا مضطجعين ولكنها اعطت الحق لزوج الزانية في الإبقاء على حياة زوجته، وفي هذه الحالة يعفى شريكها أيضا من العقاب (10)، وقررت للزوجة التي لم تحفظ «نفسها عفة» عقوبة الإلقاء في الماء إذا لم تكن تقصد بذلك سوى التصغير من شأن زوجها. أما الزوجة التي رحل عنها

(3) أورنمو ملك سومري وتعتبر شريعته أقدم شريعة معروفة لدى الإنسان وكتبت بالخط السومري. فوزي رشيد ص 25

(4) ولهذا علق المؤلف في المرجع السابق على أن العلاقات الجنسية غير المشروعة لم تكن محرمة في هذه الشريعة وكذا في شريعة لبث عشتار إلا إذا استعمل فيها إكراه ص 44 - 45.

(5) لبث عشتار هو خامس ملوك سلالة «إسن» 2017 - 1794 ق م وحكم من 1934 إلى 1924 ق م وكتب شريعته بالسومرية. فوزي رشيد ص 54.

(6) فقد نصت المادة 27 من قانون «لبث عشتار» على أنه «إذا لم تلد زوجة أطفالا لزوجها، ولكن زانية من الشارع ولدت له أطفالا، عليه (أي الزوج) أن يجهز الزانية بالحبوب والزيت واللباس (أي يهتم بإعالتها) والأطفال يجوز (للزانية) أن تعيش معها في البيت» المرجع السابق ص 64. واعتراف هذا القانون للزانية هنا بهذه الحقوق للباغية وبالنشاط الذي تاتيه.

(7) فالمادة 30 من نفس القانون نصت على أنه «إذا عاش شاب متزوج زانية من الشارع وأمره القضاة بعدم زيارتها ثم طلق زوجته ودفع لها صداقها فلا يحق له الزواج من الزانية» المرجع السابق ص 65.

(8) فوزي رشيد ص 65.

(9) حمورابي أحد ملوك الأسرة البابلية القديمة ويقدر أنه حكم بين 1728 و 1686 ق م. محمود سلامة زناتي، مطبعة جامعة عين شمس ص 4.

(10) تنص المادة 129 من قانون حمورابي على أنه «إذا ضبطت سيدة متزوجة تضاجع رجلا آخر فسيؤثمنها ويلقون بهما في الماء، إذا رغب زوجها في أن يترك زوجته تعيش فيترك الملك خادمه يعيش» محمود سلامة زناتي ص 31.

زوجها ولم يترك لها نفقتها فقد اعطتها الحق في الدخول الى بيت رجل آخر وتعيش معه وتنجب منه أولادا الي أن يرجع زوجها⁽¹¹⁾، بينما لم تحدد هذه الشريعة للرجل، سواء كان متزوجا أم لا، أية عقوبة اذا ضاجع امرأة، فكانت له الحرية في الممارسات الجنسية شريطة الا يمارسها مع زوجة غيره أو يكره سيدة على ذلك⁽¹²⁾.

وقد عكس قانون «حمورابي» ما كان يعرف آنذاك بالبغاء المقدس، حيث كان الاب ينذر ابنته للاله كعاهر مقدسة تقربا لهذا الاله⁽¹³⁾، كما كانت تعتبر مضاجعة فتيات المعابد نوعا من العبادة أو جزءا منها، ولهذا يرى البعض⁽¹⁴⁾ ان الاصل التاريخي لظاهرة البغاء⁽¹⁵⁾ يرجع لهذه المرحلة، اذ كان رواد المعبد يختمون عباداتهم بمضاجعة احدى فتيات المعبد مقدمين قطعا نقدية كانت تخصص لخدمة المعبد، ثم اخذ الفتيات يحتفظن بها لجمع مهورهن، ومن هنا بدا جنس المرأة يقدم للرجل نظير مقابل مادي يدفع لها، تحول على اثره مفهوم الهدف من العلاقة الجنسية، وصار ينحصر فقط في تلبية الرغبة الجنسية مما انحطت معه قيمة البغي بعد ان كانت مقدسة كما سنتطرق لذلك فيما بعد.

ولم تخرج الشرائع الوضعية التي تلت شريعة حمورابي قبل الميلاد⁽¹⁶⁾ عن الخطوط العريضة التي وضعتها هذه الاخيرة في هذا المجال، بل جاءت كلها تعبر عن حرية الممارسات الجنسية بالنسبة للرجل، سواء كان متزوجا أم لا، علي أساس الا يستعمل اكراها في ذلك أو يصاجع زوجة غيره، في حين حرمت على المرأة المتزوجة

(11) المادتان 134 و 142 من قانون حمورابي. محمود سلامة زناني ص 142 و 144.

(12) تنص المادة 130 من نفس القانون : «اذا كان رجل قد اوقف صيحات سيدة متزوجة لم يمسه رجل وتقيم في بيت ابوها، ثم رقد على صدرها وضبطوه، فذلك الرجل يقتل. عندئذ تذهب المرأة طليقة» سلامة زناني ص 31. انظر كذلك فوزي رشيد ص 141.

(13) نصت المادة 181 من هذا القانون على انه : «اذا كان اب قد نذر (ابنته) للاله، كاهنة أو عاهرا مقدسة أو راهبة لكن لم يكن قد قرر لها بانة بعد ان يذهب الى مصيره سوف تأخذ عند القسمة ثلث ميراثها من اموال تركة الاب، وسوف يكون لها حق الانتفاع (عليه) طيلة حياتها. تركتها تخص اخوتها». محمود سلامة زناني ص 41.

(14) انظر جان غبريال مانسيني، بغاء وقوادة. سلسلة ماذا أعرف ؟ عدد 999 ياريز 1972. JEAN GABRIEL MANCINI (D. S. C. L.) proxénétisme : Que... 17 999 47. انظر كذلك نيازي ص 14 - 47.

(15) ان المقصود بظاهرة البغاء هنا هو العلاقات الجنسية الممارسة من طرف المرأة لغاية الحصول على مقابل مادي من الرجل، وتعزى بداية ظهور البغاء بهذا المفهوم الى مرحلة البغاء المقدس لان فيها ظهر المقابل المادي الذي يدفع بعد اتمام العملية الجنسية، وذلك بالرغم من ان هذا المقابل لم تأخذه الفتاة في اول الامر. وبالرغم كذلك من ان غاية الرجل والمرأة على السواء كانت هي العبادة ولم تكن الجنس أو المال.

(16) كالقانون الاشوري الذي يميل الباحثون الى نسبته للقرن الثاني عشر قبل الميلاد. محمود سلامة زناني. انقانون الاشوري. مستخرج من مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. العدد الثاني. السنة الرابعة عشرة يوليو 1972 مطبعة عين شمس ص 4.

والقانون المصري في اواخر العصر الفرغوني 3200 - 332 ق.م وفي العصر البطلمي 323 - 37 ق.م وفي العصر الروماني 31 ق.م 641 م. محمود سلامة زناني. تاريخ القانون المصري دار النهضة العربية. القاهرة. 1973 ص 40.

اتيان العملية الجنسية مع غير زوجها (17). كما قرر لها العقاب بمفردها دون شريكها
إذا دعت أو اغرت رجلا على مضاجعتها (18)

والملاحظ من خلال هذه القوانين ان جريمة الزنا (الخيانة الزوجية) كانت تعتبر
اعتداء على حقوق الزوجية وليس فعلا مخلا بالنظام العام. وهذا هو المفهوم الذي
لا يزال سائدا حتى اليوم باستثناء قوانين قليلة (19) كما يلاحظ ايضا أن تقييد حرية
المرأة في هذا المجال لم يأت من أجل صيانة شرفها وكرامتها وانما من أجل صيانة
حقوق زوجها وعرضه ذلك لان هذه القوانين كانت تستعمل في كل مناسبة عقاب المرأة
الزانية أو الاعتداء عليها عبارة «زوجة رجل آخر» (20) وليس «المرأة» بصفة مطلقة
كما هو الشأن بالنسبة للرجل. كما كانت تعطي غالبا حق تقدير العقاب كما وكيف لزواج
المرأة الزانية أو المعتدى عليها، بالإضافة الى ان بعض هذه الشرائع كانت تعاقب
الرجل الذي يضاجع المرأة بصفته شريكا ولو في مبغى معبد أو في بيت للدعارة اذا
كان يعلم انها متزوجة ويعفى منه اذا لم يكن يعلم ذلك (21). وهذا يرتبط طبعا بوضعية
المرأة داخل المجتمع الابوي وما تعرفه من سلطة الرجل عليها وسيادته تبقى معها هي
مجرد وسيلة لخدمة الرجل وتحقيق مبتغاه، مما ينتج عنه ان القواعد القانونية التي
يضعها الرجل لصيانة حقوقه وشرفه تفرض على المرأة وتقييد حريتها دون أن يكون
لها نفس التأثير على حرية الرجل، ومن هنا كانت ولا زالت بعض الشرائع تفرق في
العقاب على الزنا بين الرجل والمرأة فتتشدد على هذه الأخيرة وتعفي الاول (22) أو
تضع له عقوبة اخف أولا تعاقبه الا اذا ارتكب الزنا في ظروف جد ضيقة كما هو
الشأن في التشريع المصري حاليا والقانون الفرنسي سابقا حيث تعاقب المرأة اذا زنت
في أي مكان في حين لا يعاقب الرجل الا اذا زنا في بيت الزوجية.

نعم كانت بعض القوانين تسمح للمرأة بان تفرض على الزوج واجب الوفاء في عقد

(17) قد نصت المادة 15 من القانون الاشوري : «اذا كان رجل قد قبض على رجل (آخر) مع زوجته فمضى
اتهموه (و) ادانوه سوف يقتلونهما كليهما... محمود سلامة زناتي. القانون الاشوري ص 4.
(18) تنص المادة 16 من القانون الاشوري : «اذا كان رجل (قد ضاجع) زوجة (رجل آخر) بناء على دعوتها
فليس من لوم على الرجل، سوف يوقع الرجل (المتزوج) بزوجه من العقاب ما يراه مناسبا، واذا كان قد
ضاجعها بالقوة فمضى اتهموه (و) ادانوه سوف يكون عقابه مماثلا لعقاب زوجة الرجل» سلامة زناتي، القانون
الاشوري ص 6.

انظر كذلك نفس المادة في نفس القانون مع اختلاف في التعبير عند فوزي رشيد. مرجع سابق ص 187.
(19) هناك تشريعات قليلة هي التي تعتبر جرائم الزنا لها اساس بالنظام العام كالكتب السماوية وبعض قوانين
الدول التي لاتجعل المتابعة بهذه الجريمة موقوفة على شكاية الضحية.
(20) انظر نصوص القوانين في المراجع السالف ذكرها في هذا المجال.
(21) نصت المادة 14 من القانون الاشوري انه : «اذا ضاجع رجل زوجة رجل في بيت للدعارة او في الشارع
يعامل (يعاقب) زوجها. واذا كان الرجل لايعرف انها متزوجة فان هذا الرجل سوف يعامل (يعاقب) اذا صرح زوج (تلك المرأة) بانه سوف
سلامة زناتي. القانون الاشوري. فوزي رشيد ص 187. انظر كذلك نفس المادة مع اختلاف في التعبير عند
(22) حافظ نور. جريمة الزنا في القانون المصري والمقارن. مطبعة نهضة مصر. القاهرة 1959. ص 16.

الزواج كما كان الشأن عند اغريق مصر في العصر البطلمي حيث كان الزوج يتحمل بموجب هذا الشرط دفع مبلغ معين لزوجته اذا ما عاشر جنسيا امرأة أخرى غير زوجته، ولكن دون أن يترتب على ذلك أي جزاء جنائي. (23).

وعلى العموم فإن العلاقة الجنسية الخارجة عن اطار الزواج لم يكن معاقبا عليها الا اذا اكتسبت صبغة خاصة، بل كانت بعض المجتمعات تعترف بالمرأة العاهرة وتصور حقوقها وتمنع الاعتداء عليها (24) الا أنها تميزها عن المرأة الشريفة وتفرض عليها الظهور بصفتها مومس (للعوم) حتى يتم التعرف عليها بهيولة (25). وقد عبر احد خطباء الاغريق عن هذه الاباحة الجنسية بالنسبة للرجل بقوله : «لنا عشيقات يمتنعنا وخليلات يصاحبنا وزوجات شرعيات يعطينا ابناء شرعيين ويدرن بيوتنا باخلاص». (26).

وتمثلت هذه الاباحة في اشكال متعددة اتخذ جانب منها صفة دينية، فكان ما يسمى «بالبغاء المقدس» يمارس في المعابد تقريبا للاله واثاما لعبادته (27)، كما اتخذ صبغة ضيافية في اطار المساعدة الاجتماعية حيث كان الضيوف من بحارة ومسافرين ومبعوثين سياسيين تقدم لهم، الى جانب الماكل والمساكن، فتيات يسعدنهم جنسيا (28) والى جانب هذا وذاك (29) كانت هناك الممارسات الجنسية الحرة ذات الغاية الغريزية او المادية.

واذا كان البغاء المقدس والبغاء الضيافي قد اختلفا تقريبا (30)، فإن ما يمارس لاجل

(23) محمود سلامة زناتي. تاريخ القانون المصري ص 284.

(24) جاء في المادة 52 من القانون الاشوري : «اذا ضرب رجل عاهرا وتسبب في اجهاضها فسوف يوقعون به ضربة بضربة، سوف يعوض بحياة» زناتي، القانون الاشوري ص 18.

(25) فكانت المادة 40 من القانون الاشوري تفرض على النساء المتروجات والارامل وكذا العاهرات المقدسات اذا تزوجن والسرقات اللواتي يخرجن مع سيداتهن الى الطريق ان يحجبن ويغطين رؤوسهن «بشال او جلباب او عباءة» اما غير المتروجات والمومس فكن يمنعن من لبس الحجاب ويعاقبن اذا اتين ذلك كما يعاقب ايضا من شاهدهن محتجبات ولم يبلغ عنهن. فوزي رشيد. الشرائع العراقية القديمة ص 194. ومحمود سلامة زناتي. القانون الاشوري. ص 13.

(26) محمود سلامة زناتي. تاريخ القانون المصري. ص 270.

(27) وقد رأينا من قبل بعض نصوص القوانين القديمة التي تضمنت اشارة الى وجود هذا النوع من البغاء. انظر حول هذا الموضوع كذلك نيازي حتاتة مرجع سابق. ص 12 - 18.

(28) ج غابريال. ص 16 وكذا نيازي حتاتة ص 8 - 19 انظر كذلك شرح الزرقاني على مختصر سيد خليل. الجزء السابع. دار الفكر. بيروت 1978 حيث يقول المؤلف : «بلغنا عن بعض البربر وبعض بلاد قرلياشر انهم كانوا يعطون ازواجهم للضيف يعتقدونه كرما جهلا. منهم» ص 80.

(29) يرى البعض امثال «غوردين ص 52 - 53 والس ص 35 المذكورين بواسطة نيازي حتاتة ص 19 : ان اول صور للبغاء هو البغاء المقدس وتلاه بعد ذلك في الوجود البغاء الضيافي ثم البغاء التجاري. أما نيازي حتاتة ص 19 وما بعدها حسب ما عثر عليه من بيانات يرى عن صواب ان هذه الاتواع وجدت متعاصرة فيما بينها. وهذا يستفاد ايضا من خلال بعض القوانين القديمة كالمادة 14 من القانون الاشوري مثلا التي تضمنت عبارة «مبغى معبد» وعبارة «مبغى الشارع العمومي» والمادة 40 من نفس القانون التي تشير الى العاهر المقدسة والمومس العادية وقد سبق ذكر هذه المواد في الصفحات السابقة.

(30) يرى ج غابريال ان البغاء الضيافي لم يضمحل نهائيا وانما لايزال الى اليوم فم بعض المجتمعات كاليابان وعند قبائل (ولد نايل) في شمال الاطلس الصحراوي. ص 17.

غاية جنسية او مادية لايزال منتشر الى يومنا هذا رغم مالقي من تحريم ومنع ظهور
اولا وبصفة واضحة على يد الشرائع السماوية التي تناولت العلاقات الجنسية الخارجة
عن نظام الزواج بالنهي والتحريم وفقرت لها عقوبة تتسم بالشدة في مجملها.

وهكذا حرمت الشريعة الموسوية كل الافعال الماسة بالعرض من زنا (31) وقذف
واغتصاب ولواط ومواقعة الحيوان وتعريض النساء للبغياء والتكسب من الدعارة (32)
كما جاءت الديانة المسيحية مؤيدة لما جاء في التوراة اذ لم ينقض عيسى ماجاء
فيه (33)، الا أنها اتسمت بالتسامح والغفران، معتبرة ان توبة المذنب عيسى ماجاء
عقابه (34)، مما جعل مواقف الكنيسة تختلف عبر العصور بين تشديد العقاب استجابة
لمبادئ النهي والعفة او تخفيفه تمثيا مع مبادئ التوبة والتكفير (35).

اما الشريعة الاسلامية فقد اعتبرت حفظ النسل من الضرورات التي لايقوم اي
مجتمع بدونها واعتبرت الزواج هو الطريق الوحيد لشرعية العلاقة الجنسية فحثت عليه
ومنعت كل اتصال جنسي خارج حدوده حتى لاستخدام الغرائز الجنسية في غير ما
خلقت له وهو تخليد النسل وصيانة الانساب فحرمت الزنا وحددت له عقوبته، كما
حرمت الافعال الماسة بالعرض والاخلاق وتركت تحديد عقوبتها للحكام عن طريق
التعزير (36).

ولكن التحريم الذي جاءت به الديانات السماوية بقي مجال تطبيقه ضيقا وذلك تبعا

(31) جاء في نصوص التوراة : «اته اذا كانت الفتاة عذراء مخطوبة لرجل، فوجدها رجل في المدينة
واضجع معها فاخرجوهما كليهما الى باب تلك المدينة وارجموهما بالحجارة حتى يموتا... سفر التثنية.
مخطوبة وواقعها الرجل فاته يدفع لايها خمسين من الفضة وتكون له زوجة لايقدر أن يطلقها كل ايامه لانه
أخذ عن كتاب جرائم الاخلاق والعرض في الشرائع السماوية والقانون السوداني محمد محي الدين
عوض 1968 - 69. محاضرات القاها بجامعة أم درمان الاسلامية ص 11 - 13. انظر كذلك نيازي حتاته مرجع
سابق ص 28 - 29.

(32) محي الدين عوض ص 14.

(33) قال المسيح عليه السلام : «لاتظنوا اني جئت لآتقض الناموس أو الانبياء. ما جئت لآتقض بل لأكمل»
كما قال ايضا «قد سمعت انه قيل للقديس لآتن. واما انا فاقول ان كل من ينظر الى امرأة ليشتتها فقد زنا بها
في قلبه». الاصحاح 5. مذكور بواسطة محي الدين عوض ص 14.

(34) ولذلك رفض المسيح رجم امرأة زانية احضرها له الفريسيون لانها تابت واستغفرت ربها وقال لمن اتوا
بها «من لم يكن منكم ذا خطيئة فليترجمها». ولم يترجمها أحد. انجيل لوقا. الاصحاح السابع المذكور بواسطة
المرجع السابق ص 15.

(35) نيازي حتاته ص 35.

(36) نيازي حتاته ص 36 - 47. محي الدين عوض ص 17. حافظ نور ص 43 - 61 وسياتي التفصيل في
احكام الشريعة الاسلامية المتعلقة بالزنا. وجاء في فتاوي ابن تيمية : «ان الكفر اعتداء وفساد في القوة العقلية
الانسانية. وقتل النفس اعتداء وفساد في القوة الغضبية والزنا اعتداء وفساد في القوة الشهوانية والمنتظر من
الانواع ج. 15 ص 430. والزنا يعتبر من أكبر الكبائر وهي الكفر وقتل النفس والزنا بدليل قوله تعالى : «والذين
لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون» (سورة الفرقان آية 68) ج. 15
ص 428. وقد خلق الله في الانسان العقل والشهوة وفي الحيوان الشهوة بلا عقل ومن غلبت شهوته على عقله
فالبهائم خير منه. ج. 15 ص 120 - 130. والمواش منها الباطن والظاهر وكلها حرام. قال تعالى : «قل انما حرم
ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن» (سورة الاعراف آية 33) ج 21 ص 254.

غاية جنسية او مادية لايزال منتشرا الى يومنا هذا رغم مالقي من تحريم ومنع ظهر
اولا وبصفة واضحة على يد الشرائع السماوية التي تناولت العلاقات الجنسية الخارجة
عن نظام الزواج بالنهي والتحريم وقررت لها عقوبة تتسم بالشدة في مجملها.

وهكذا حرمت الشريعة الموسوية كل الافعال الماسة بالعرض من زنا (31) وقذف
واغتصاب ولواط ومواقعة الحيوان وتعريض النساء للبغياء والتكسب من الدعارة (32)
كما جاءت الديانة المسيحية مؤيدة لما جاء في التوراة اذ لم ينقض عيسى ماجاء
فيه (33)، الا انها اتسمت بالتسامح والغفران، معتبرة ان توبة المذنب عيسى ماجاء
عقابه (34)، مما جعل مواقف الكنيسة تختلف عبر العصور بين تشديد العقاب استجابة
لمبادئ النهي والعفة أو تخفيفه تمثيا مع مبادئ التوبة والتكفير (35).

اما الشريعة الاسلامية فقد اعتبرت حفظ النسل من الضرورات التي لايقوم اي
مجتمع بدونها واعتبرت الزواج هو الطريق الوحيد لشرعية العلاقة الجنسية فحُث عليه
ومنعت كل اتصال جنسي خارج حدوده حتى لاتستخدم الغرائز الجنسية في غير ما
خلقت له وهو تخليد النسل وصيانة الانساب فحرمت الزنا وحددت له عقوبته، كما
حرمت الافعال العاسة بالعرض والاخلاق وتركت تحديد عقوبتها للحكام عن طريق
التعزير (36).

ولكن التحريم الذي جاءت به الديانات السماوية بقي مجال تطبيقه ضيقا وذلك تبعاً

(31) جاء في نصوص التوراة : «آته اذا كانت الفتاة عذراء مخطوبة لرجل، فوجدها رجل في المدينة
واضجع معها فاخرجوها كليهما الى باب تلك المدينة وارجموهما بالحجارة حتى يموتا..» سفر التثنية.
الاصحاح الثاني والعشرين. كما جاء في سفر الخروج الاصحاح الثاني والعشرين ص 123 انه : «اذا لم تكن الفتاة
مخطوبة وواقعها الرجل فانه يدفع لابيها خمسين من الفضة وتكون له زوجة لايقدر أن يطلقها كل ايامه لانه
أخذ عن كتاب جرائم الاخلاق والعرض في الشرائع السماوية والقانون السوداني محمد محي الدين
عوض 1968 . 69 . محاضرات القاها بجامعة أم درمان الاسلامية ص 11 - 13 . انظر كذلك نيازي حتاته مرجع
سابق ص 28 - 29 .

(32) محي الدين عوض ص 14 .

(33) قال المسيح عليه السلام : «لاتظنوا اني جئت لآنقض الناموس أو الاتبياء . ما جئت لآنقض بل لأكمل»
كما قال ايضا «قد سمعت انه قيل للقديس لآرن . واما انا فاقول ان كل من ينظر الى امرأة ليشتتها فقد زنا بها
في قلبه» . الاصحاح 5 . مذكور بواسطة محي الدين عوض ص 14 .

(34) وذلك رفض المسيح رجم امرأة زانية احضرها له الفريسيون لانها تابت واستغفرت ربها وقال لمن اتوا
بها «من لم يكن منكم ذا خطيئة فليرجمها» . ولم يرجمها أحد . انجيل لوقا . الاصحاح السابع المذكور بواسطة
المرجع السابق ص 15 .

(35) نيازي حتاته ص 35 .

(36) احكام الشريعة الاسلامية المتعلقة بالزنا . وجاء في فتاوي ابن تيمية : «ان الكفر اعتداء وفساد في القوة العقلية
الانسانية، وقتل النفس اعتداء وفساد في القوة الغضبية والزنا اعتداء وفساد في القوة الشهوانية والمنظر من
النوع» ج 15 ص 430 . والزنا يعتبر من أكبر الكبائر وهي الكفر وقتل النفس والزنا بدليل قوله تعالى : «والذين
لاذعن مع الله إليها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون» (سورة الفرقان آية 68) ج 15
ص 428 . وقد خلق الله في الانسان العقل والشهوة وفي الحيوان الشهوة بلا عقل ومن غلبت شهوته على عقله
فالبهايم خير منه . ج 15 ص 429 . والزنا حرام واعتداء على حق الله وليس اعتداء على حق الزوج والاهل
والفواحش مظهر منها وما بطن» (سورة الاعراف آية 33) ج 21 ص 254 . قال تعالى : «قل انما حرم
ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن» (سورة الاعراف آية 33) ج 21 ص 254 .

للمناطق المكانية لانتشارها، بل كان غير المعتنقين لها، ولو داخل حدود نفوذها، لا يخضعون للأحكام الدينية⁽³⁷⁾ كما وقع التخلي عن مبادئ هذه الديانات تدريجياً وحلت محلها قوانين وضعية منفصلة عن التعاليم الدينية.

فبعد ضعف الكنيسة واستقلال شؤون الدولة عن الدين لم تعد التعاليم المسيحية تطبق في هذا المجال، لأن القوانين الوضعية لم تعد تأخذ بعين الاعتبار المبادئ الدينية مكثفة بتنظيم ما يتعلق بعلاقة الفرد بغيره من أفراد المجتمع، تاركة للأشخاص الحرية في معتقداتهم الدينية.

وبالنسبة للبلاد الإسلامية، وإن كانت لم تعرف انفصال الدين عن الدولة إلا جزئياً، فإنها شهدت إهمال الأحكام الإسلامية في أقطار متعددة وخلال حقبة تاريخية بدأت منذ العصر العباسي في الشرق والاندلس وشمال إفريقيا، وتعرّض هذا الإهمال باستيلاء سلطة المستعمر على جل البلاد الإسلامية والعربية خصوصاً بعد نهاية الدولة العثمانية وقد حافظت هذه الدول على جل القوانين التي استمدتها من المستعمر ولو بعد حصولها على الاستقلال السياسي ولهذا نجد قوانين أغلب الدول العربية والإسلامية لا تتماشى مع أحكام التحريم الذي جاءت به الديانة الإسلامية، حيث إنها لا تعاقب على المواقعة الجنسية غير المشروعة المجردة إلا إذا توفر فيها عنصر آخر كالزوجة أو الإكراه أو الاعتیاد.. كما هو الشأن عند الدول الغربية التي لا تراعي قوانينها المبادئ الدينية في هذا المجال متأثرة في ذلك بمبادئ الحرية الفردية التي تنتج عنها الإباحية الجنسية مادامت لا تلحق ضرراً بالغير، سيما وأن الأمر يتعلق بالغريزة التي يصعب كبحها ومراقبتها.

وقد خضع المغرب، كدولة إسلامية، لنفس المسار الذي عرفته البلاد الإسلامية في هذا المجال، خصوصاً بعد دخول الحماية الفرنسية إليه حيث ازدهرت تجارة الرقيق الأبيض وانتشرت المواقير وكثر البغاء من كل نوع وصنّف⁽³⁸⁾ ولم يعد يعاقب على الممارسات الجنسية غير المشروعة بصفة مجردة عن أي عنصر آخر كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية إلا أمام بعض الجهات القضائية آنذاك التي كانت تعامل الزناة انطلاقاً من النظرة الإسلامية للزنا مع إصدار بعض الأحكام القاسية التي كانت تصل أحياناً لحد الإعدام⁽³⁹⁾.

(37) بالنسبة للديانة الموسوية لم تكن تطبق إلا على العبريين، فكان بإمكان غير اليهوديين ممارسة العلاقات الجنسية غير المشروعة فيما بينهم ولو داخل حدود أرض فلسطين آنذاك. ج غابريال مرجع سابق ص 17. ويمكن القول بنفس الشيء بالنسبة للديانة المسيحية، أما الديانة الإسلامية فكان غير المعتنقين لها يتعايشون مع المسلمين في الديار الإسلامية ولم يكونوا ملزمين بتنفيذ الشعارات الدينية. لكن بالنسبة لما يتعلق بما يرتكب من جرائم مخالفة لأوامر الدين الإسلامي تخل بالمجتمع الإسلامي فقد وقع خلاف في ذلك ولهذا نجد بعض فقهاء الشريعة الإسلامية يشترط لتطبيق حد الزنا أن يكون الزاني مسلماً.

(38) المسدالي: مشكلة البغاء في المغرب. رسالة دبلوم الدراسات العليا. كلية الآداب الرباط 1974 ص 1974 ص 3 - 75.

(39) وذلك كرد فعل من هؤلاء القضاة على الإباحية التي كانت تسمح بها القوانين الدخيلة.

وعلى العموم، فإننا لم نستطع العثور على ما يؤكد بوضوح منع العلاقات الجنسية غير المشروعة والعقاب عليها دون اشتراط توفر عنصر آخر، وذلك خلال التطور التاريخي منذ العهود القديمة الى اليوم عدا مواقف الديانات السماوية والقوانين الوضعية التي سايرتها (40).

في حين نجد أن المجال الذي نال عناية القوانين والحكام واهتم به المؤرخون والكتاب وتضاربت حوله الآراء، هو ما يمارس من هذه العلاقات الجنسية لاجل الحصول على مقابل من طرف المرأة أي ذو طابع تجاري، وليس لغاية اللذة الجنسية فقط، وهو ما يطلق عليه «البغاء»، وذلك نظرا لما يترتب عنه من آثار أكثر حدة مما ينتج عن الممارسات الجنسية ذات الهدف الغريزي بين الطرفين، وتتمثل هذه الحدة في اهدار كرامة المرأة واعتبارها سلعة تخضع للتقييم النقدي وسيطر عليها العملاء والوسطاء للاتجار فيها والزج بها في سوق البغاء مستعملين لاجل ذلك جميع الطرق والوسائل. كما تتمثل هذه الآثار أيضا في الاحتقار الذي تناله المرأة البغي من طرف المجتمع مما يؤثر على وضعيتها المرأة ككل، بالإضافة الى ماينتج عن العلاقات البغائية وكثرة انتشارها من اخطار صحية واجتماعية متنوعة.

فهذا النوع من العلاقات الجنسية غير المشروعة هو الذي لفت انظار المسؤولين منذ عهود ما قبل الميلاد، مما جعلهم مرة يحملون المسؤولية فيه للمرأة، ويبتدعون لها ما شأوا من انواع العقاب والعذاب، فقتلوها واحرقوها وجذعوا انفها وبقاوا عينيها وقطعوا اذنيها واغرقوها في النهر (41). ومرة أخرى يعمدون الى تنظيم هذا النشاط الجنسي داخل دور عمومية للدعارة على أساس انه شر لا بد منه من جهة وللحفاظ على النظام العام وتمويل خزينة الدولة بمدخوله من جهة أخرى (42). ولما جاءت الديانات السماوية حملت المسؤولية للرجل والمرأة على السواء حسب التفصيل الوارد في شرائعها وعاقبت على كل فعل جنسي خارج اطار الزواج، ثم بدأت المناداة في أوروبا منذ القرن الرابع عشر الميلادي بإلغاء كل تنظيم للبغاء، ورفع كل عقوبة عن الممارسات الجنسية الحرة اذا لم تكن اعتداء على حقوق الزوجية، او يستعمل فيها اكراه، في حين ينزل اشد العقاب بمستغلي بغاء الآخرين الذين يقومون باعمال الرسطة والتحريض والاغراء على البغاء.

(40) كالفانون المغربي والكويتي والبحريني وقوانين بعض ولايات الولايات المتحدة الامريكية منها : فرجينا وجورجيا الخ. وتجدر الإشارة الى أن التحريم الذي تعمل به هذه الولايات كان قد وصلها عن طريق الانجليز حينما استعمرها، وكانت آنذاك سلطة الكنيسة قوية في بريطانيا، وقد حافظت هاتان الولايتان على منع العلاقات الجنسية غير المشروعة كبقيا كان نوعها في حين تخلت عنه بريطانيا وهي الاصل.

(41) وقد تعرض البغاء لهذه المعاملة بعد تخليه عن مرتبته المقدسة واحتل درجة حقيرة جاءت المرأة البغي ففي عصر الاغريق ودور الدعارة وأقامة الخيام خارج اسوار المدينة وقد تنوعت أشكال عقوبة المرأة البغي الميلاد الذي كان يعاقب عليها بالاعدام. كما استمر الاغراق في النيل حتى بعد ظهور الاسلام في مصر. نيازي حثانة مجلة في... 1 ص 35 . 36

(42) فكان البغايا يجتمعن في دور للدعارة تحت ادارة مكلفين يتولون جمع المحصول والحفاظ على الشهرة وارسال بعثات لاجل شراء العبيد من الخارج. ج غابريال ص 18.

وتشكل هذه المواقف السابقة، تجاه معاملة هذا النوع من العلاقات الجنسية غير المشروعة أو ما يطلق عليه «البغاء» الانظمة التي سادت أغلبية القوانين التي عرفتھا جل المجتمعات البشرية في مجال الاتصالات الجنسية الحرة عموما ومشكل البغاء على الخصوص.

من خلال ما سبق، يمكن القول بأن معاملة العلاقات الجنسية غير المشروعة من طرف المجتمعات عرفت تقلبات كثيرة عبر التاريخ، كما تغيرت معاملتها أيضا حسب الوضع الاجتماعي لمرتكبيها أو هدفهم منها.

فالخيانة الزوجية عاقبت عليها جل المجتمعات تقريبا وإن كان قد اقتصر العقاب في الاول على المرأة وحدها دون الزوج الذي كانت له الحرية في مضاجعة أي شاء بشرط الا يتم ذلك مع زوجة غيره، وانتهى الامر الى نوع من المساواة بين الزوج وزوجته من حيث العقاب على الزنا.

أما الاتصالات الجنسية غير المشروعة التي يأتيها الاشخاص غير المتزوجين فقد نظر اليها مرة على أساس انها عمل مقدس وخدمة اجتماعية وافعال مباحة ومرة أخرى على أساس انها نشاط محرم وجرائم معاقب عليها. وكانت المرأة غالبا هي بيت القصيد سواء في مرحلة التقديس أو في مرحلة التحقير.

وقد خضعت هذه العلاقات الجنسية قديما وحديثا، الى تصنيف يرتكز على التمييز بين ما يمارس لهدف جنسي، وبين ما يمارس لهدف تجاري، كما سبقت الإشارة الى ذلك.

أما الديانات السماوية فقد حرمت كل اتصال جنسي خارج اطار الزواج واعتبرته اعتداء على حق الله (اي اخلال بالنظام العام بمفهوم القانون الوضعي) وعاقبت عليه، وبالنسبة للشريعة الاسلامية فقد فرقت في العقاب على الزنا بين زنا المحصن الذي تعاقب عليه بالرجم وزنا غير المحصن الذي تعاقب عليه بالجلد مع اختلاف الفقهاء في اضافة الجلد للرجم بالنسبة للمحصن والتغريب للجلد بالنسبة لغير المحصن.

وأشير هنا الى ان التشريع الجنائي المغربي لايعرف هذه التفرقة بين العلاقات الجنسية الغريزية والتجارية حيث يعامل العلاقة الجنسية الممارسة خارج اطار الزواج على أساس انها جريمة فساد. وسنوضح ذلك في مقدمة الفصل القادم.

= وقد عرف تنظيم البغاء منذ القرن السادس عشر قبل الميلاد في اثينا كما انتشر عند اليونان والرومان. نيازي حثاة ص 36.

الفصل الثالث :

الاتجاه التشريعي المقارن بشأن العلاقات الجنسية غير المشروعة

قبل التطرق لموضوع هذا الفصل، نود أن نشير إلى أن استعمال كلمة «بغاء» رصا عن «الفساد» الذي هو موضوع بحثنا لا يثير أي اشكال من حيث المعاملة القانونية من طرف المشرع المغربي لأن كليهما يعتبر في نظر القانون الجنائي المغربي علاقة جنسية بين رجل وامرأة لاتربط بينهما علاقة زواج طبقا لما ينص عليه الفصل 490 والذي أطلق على هذا الفعل جريمة «الفساد» مستغنيا بذلك عن التنصيص على عقاب ممارسة البغاء لانه لايعطي أهمية للهدف الذي ارتكبت من جله هذه العلاقة الجنسية، ولهذا لانجد في القانون الجنائي المغربي جريمة «ممارسة لبغاء» وهذا أت من اعتبار الفساد أعم من البغاء لان المقصود بالاول ممارسة العلاقة الجنسية خارج اطار الزواج بينما الثاني يقصد به نفس الفعل مع اشتراط ان يكون هدف المرأة منها ماديا، ومن هنا يكون البغاء نوعا من الفساد واخص منه.

وعدم تمييز المشرع المغربي بين مايمارس من العلاقة الجنسية لهدف جنسي أو لهدف مادي هو الذي دفع بنا الى ادماج مايتعلق بالبغاء، سواء من حيث التطور التاريخي الذي سبق بيانه، أو من حيث الاتجاه التشريعي بشأنها - وهو موضوع هذا الفصل -، في جريمة الفساد التي تكون موضوع بحثنا.

ولكن اذا كان المشرع المغربي لايميز بين الفساد والبغاء، فان الامر يعرف خلاف ذلك من الناحية الواقعية، وفي نظر كثير من التشريعات الجنائية لكون ظاهرة البغاء لها آثار وخيمة تفوق بكثير الاضرار الناتجة عن العلاقات الجنسية التي تمارس لهدف جنسي فقط، لان البغاء يجعل من الانسان، وخصوصا المرأة، مجرد آلة لتلبية غريزة الرجل الجنسية نظير ما يقدمه لها من مقابل مادي تسد به حاجتها وفقرها الناتج عن ظروفها الاجتماعية والاقتصادية والتربوية وغيرها، وان كان هذا المقابل في حد ذاته لايفيها لتلبية حاجاتها فاحرى ان تباع به كرامتها وشرفها.

ولهذا كانت ولازالت العناية موجهة للبغاء أكثر من غيره على مستوى الدراسات الاجتماعية والقانونية الوطنية منها والدولية وذلك من أجل محاولة ايجاد حلول لهذه الظاهرة التي عانت منها المجتمعات القديمة والحديثة، والتي تكون الانظمة الثلاثة الآتي بيانها الاتجاهات الرئيسية التي سلكتها المجتمعات كحل لمشكل البغاء.

وسنتناول هذا الفصل من خلال مباحث اربعة. الاول للنظام التنظيمي والثاني للنظام التحريمي والثالث للنظام اللالغائي مع التعرض للجهود الدولية في هذا المجال والرابع لموقف المشرع المغربي من هذه الانظمة.

النظام التنظيمي

يقصد بتنظيم البغاء، فتح دور معينة او احياء خاصة يطلق عليها دور الدعارة او المواخير، تجمع فيها المومسات ليستقبلن الزبناء بها في اطار نظام خاص تسهر الدولة على احترامه بواسطة اشخاص تكلفهم بالمحافظة على النظام العام بها وبمراقبة التسعرة وجمع المدخول، كما تفرض على هؤلاء الباغيات المراقبة الصحية.

وتنظيم البغاء يتم إما بواسطة تدخل سلطة الدولة مباشرة، حيث تعتبر دور الدعارة مصلحة تابعة للدولة، أو بواسطة أشخاص ترخص لهم الدولة باتخاذ مواخير خاصة وادارتها لصالحهم على أساس احترام القواعد الموضوعية في هذا الشأن⁽¹⁾، سواء فيما يتعلق بالمحافظة على النظام العام أو فيما يتعلق باستخلاص الضرائب، كما قد تمنح هذه الرخص للباغيات كي يمارسن مهنتهن بصفة انفرادية مع الخضوع لرقابة معينة، وفي هذه الحالة يسمى «البغاء الحر» المرخص به.

وقد يجمع قانون الدولة الواحدة المنظمة للبغاء بين البغاء الحر المرخص به الى جانب دور الدعارة الرسمية التي تديرها الدولة مباشرة أو غير الرسمية التي يسيرها افراد تحت مسؤوليتهم الخاصة.

الا أن ما يمارس خلافا للقواعد القانونية في هذا الشأن يكون فعلا معاقبا عليه.

والقائلون بتنظيم البغاء يهدفون من وراء ذلك تحقيق الاهداف التالية⁽²⁾.

1) المحافظة على النظام العام⁽³⁾ ذلك لانهم يعتبرون ان البغاء شر لا بد منه وضرورة اجتماعية يجب الاستجابة لها عن طريق تلبية رغبات الرجل الجنسية اذ لو لم تخصص لهم مجموعة من النساء لهذا الغرض سيتجهون في البحث، لارضاء شهواتهم، الى التفرير بالنساء الشريقات واتيان الافعال الجنسية غير الطبيعية مما يؤدي الى انتشار البغاء في أماكن عديدة عوضا عن دور خاصة محددة تستطيع الدولة مراقبتها، ولهذا يستحسن حصر هذا الشر في مراكز معينة ومنعه من الانتشار حتى لا يعدي بقية افراد المجتمع.

(1) للاطلاع على نماذج من هذه القواعد، انظر نيازي حتاتة، جرائم البغاء مرجع سابق 129 - 130.

(2) الباغية، آن أيشط، منشورات جامعة بروكسيل 1973 ص 18

Laprotituée : statut et image. ann. Van. Haechet.

ملف البغاء، دومنيك دلايرك منشورات ريبير لفون باريز 1973 ص 33 وما بعدها.

Dominique dallayrac. Dossier prostitution, Edition
ROBERT LAFFONT. PARIS. 1970

(3) ملف البغاء ص 37

(2) المحافظة على الصحة العامة، وتتم عن طريق تسجيل الباقيات في سجلات خاصة تمكن السلطات المكلفة بالمحافظة على الصحة العمومية من مراقبة الباقيات دوريا بواسطتها وذلك باجراء الفحوص وتقديم العلاج، وتجبر الباقيات على التسجيل والخضوع للمراقبة الصحية، حتى لا تنتقل عدوى الامراض التناسلية بين بقية الافراد (4)

(3) ويضيف البعض هدفا آخر هو تمويل خزانة الدولة، لان بعض الدول حينما تنظم البغاء سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة تحصل على نسبة من المدخول الذي يدره البغاء كما هو الشأن بالنسبة لباقي الاعمال التجارية (5).

ويذهب المهتمون بهذا الميدان الى أن تنظيم البغاء بدأ بأثينا منذ القرن السادس عشر قبل الميلاد على يد «صولون» اللاتيني الذي يعتبر أكبر منظم للبغاء، حيث احدث دورا للدعارة واعتبرها احد مؤسسات الدولة، فكانت تنظم بواسطة مشرفين وموظفين يهتمون بتحصيل حصة الدولة والمحافظة على التسعة (6).

كما اعتبروا أن «ماركوس» هو أول من احدث نظام البطاقة الصحية وذلك سنة 180 ق.م (7). ولهذا يعتبر التسجيل والوضع تحت البطاقة هما الوسيلتان الاساسيتان لتنظيم البغاء من أجل المحافظة على النظام العام والوقاية من الامراض التناسلية.

وقد ظل هذا النظام قائما في كثير من الدول والمجتمعات، مزدهرا مرة ومنحطاً مرة أخرى تحت تأثير التيارات المضادة وخصوصا النظام التحريمي الذي ظهر على يد الديانات السماوية، والنظام اللغائي الذي قام على مساوئ النظام التنظيمي، وكذا تحت تأثير ما يبذل من جهود دولية من أجل منع عبودية الانسان والرفع من شأن المرأة.

ولهذا نجد أن عدد الدول التي لازالت تأخذ به لحد الآن قليل اذا ما قورن بالدول المنتمية للنظام اللغائي الذي سيأتي بيانه.

والدول التي لازالت تنظم البغاء او تسمح بتنظيمه حتى سنة 1972 (8) هي : البرتغال (التي تبذل الجهود من أجل القضاء على دور الدعارة بها) تركيا، بوليفيا، كولمبيا، فنزويلا، الاوروكواي، الارجنتين (لازال يعمل في هاتين الدولتين الاخيرتين بالتنظيم رغم توقيعهما على معاهدة الامم المتحدة المتعلقة بالغاء التنظيم) الجمهورية الدومينيكية، الاكواتور، المكسيك (خارج التراب الفدرالي) البيرو، البرازيل (مبدئيا

(4) للمزيد من الايضاح حول الوقاية من الامراض التناسلية في اطار النظرية التنظيمية والنقد الموجه لها يرجع الى دراسة حول استغلال الانسان والبغاء. محاربة استغلال البشر وبغاء الآخرين. الامم المتحدة، قسم الشؤون الاقتصادية والاجتماعية، نيويورك 1959 ص 14 وما بعدها.
(5) ج غابريال ص 17. د. دلايراك مرجع سابق ص 39، وهو يرى أن الهدف الرئيسي الذي احدثت من أجله هذه المؤسسات هو امداد خزانة الدولة.
(6) ج كابريل ص 18.

(7) ويعتبر د. دلايراك هذا الاجراء من الاسس التي تدعم عبودية المرأة من الناحية القانونية ص 36.
(8) لم نستطع الحصول على معلومات ترجع لتاريخ أقرب.

دور الدعاية ممنوعة ولكن الوضع تحت البطاقة لازال معمولاً به) استراليا، النمسا، لبنان⁽⁹⁾، (الجزائر) تونس (التي ينظم البغاء فيها بموجب قانون 1942، وقد صدرت بعض الفصول التي تتلاءم مع النظام الالغائي الا أنها لا تطبق)⁽¹⁰⁾.

وقد عرف المغرب تنظيم البغاء في عهد الحماية وبعدها بقليل، ومن أشهر مواخيريه آنذاك ماخور بوسبير بالدار البيضاء ومولاي عبد الله بفاس ووقاصة بالرباط وسيدي بوجدار بمكناس وحي العرب والملاح بمراكش⁽¹¹⁾.

فالنظام التنظيمي اذن يتميز بكونه يبيح ممارسة البغاء تحت مراقبة الدولة بصفة مباشرة او غير مباشرة، كما يبيح الوسائل المرتبطة بتنظيمه او الناتجة عنه كالقوادة والوساطة والدعاية والتحريض مما يسمح باستخدام شتى الاساليب والطرق للحصول على ضحايا جدد تتوفر فيهن شروط استجلاب الزبناء تزود بهن الدور والمواخير ليكثر روادها ويزيد مدخولها، بالاضافة الى ماتوفره هذه المواخير لزبنائها من وسائل الاستمتاع وتلبية النزوات من خمر وغناء ورقص وغير ذلك.

وقد تعرض النظام التنظيمي الى انتقادات من طرف النظام الالغائي سنذكرها بمناسبة الحديث عن هذا الاخير.

(9) ينظم البغاء في لبنان في اطار تنظيم الحريات العامة، ولكن الاتجاه قائم نحو البغاء البغاء الرسمي : حسان ثابت رفعت : الحريات العامة. ج 2. 1971 بيروت ص 178.

(10) اخذ تعداد هذه الدول عن دومنيك د لايراك، مرجع سابق 44. 45 وج غابريال ص 35.

(11) المسدالي ص 3 - 4.

النظام التحريمي

يقوم هذا النظام على أساس منع ممارسة العلاقة الجنسية غير المشروعة كيفما كان نوعها، كما يمنع جميع أشكال تنظيمها واستغلالها والتحريض عليها وغير ذلك من الأفعال التي يمكن أن ترتبط بها، ويضع لاجل ذلك قواعد زجرية لعقاب مرتكبيها. وتعتبر الشريعة الموسوية أول (12) قانون حدد معالم هذا النظام حيث اعتبر العلاقات الجنسية غير المشروعة أفعالا منافية لآخلاق وتعاليم الدين ونص على معاقبة كل ممارس لها (13)، كما حثت هذه الشريعة الاسرائيليين على العفة وعدم التعاطي للبغاء (14).

وقد جاءت أحكام الشريعة الموسوية في هذا المجال بمثابة اصلاح لما كان متفشيا في المجتمعات آنذاك من اباحية جنسية متخذة تارة صبغة دينية كاللبغاء المقدس او صبغة اجتماعية كاللبغاء الضيافي او صفة تجارية كاللبغاء الاحترافي المنظم منه والحر.

ولما جاءت الديانة المسيحية تبنت نفس مبادئ الشريعة الموسوية، الا أنها اتسمت بنوع من التسامح والتوبة كما سبقت الإشارة الى ذلك، ومع ذلك لم تخرج عن اعتبار الاتصالات الجنسية خارج اطار الزواج شيئا محرما ومعاقبا عليه.

واتت الشريعة الاسلامية مؤيدة ومتممة لما سبقها من الاديان واعتبرت ان مقومات الانسان في الحياة تركز على الحفاظ على الدين والنفس والعقل والنسل والمال، وان الحفاظ على النسل يتم باستعمال الغريزة الجنسية استعمالا يضمن الغاية التي وجدت من أجلها، وذلك بتليتها في اطار محدد بين رجل وامرأة داخل كيان منظم ومقدس هو الأسرة، ولهذا اعتبرت الشريعة الاسلامية الزواج هو الاطار القانوني الوحيد الذي تمارس داخله العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة وان كل علاقة تمارس خارجه تعتبر اعتداء على الاخلاق والنظام العام ويستحق مرتكبها العقاب المتمثل في الرجم اذا كان الزاني محصنا او الجلد اذا كان غير محصن (15)، كما حثت المسلمين على

(12) أن فان ص 18 وج غابريال ص 17

(13) انظر هامش رقم 31 من الفصل الثامن من الباب التمهيدي.

(14) جاء في ذلك «Dentérenom XXIII 7» «IL n'y aura pas de filles d'Istaël prostituée. Vous n'offrirez pas dans la maison du seigneur le paiement de la prostituée...»

(15) وقد تدرج حكم الله تعالى نفس الصفحات.

قال تعالى في سورة النساء : «واللاني ياتين الفاحشة من نساكنم فاستشهدوا عليهن بأربعة منكم فان شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يقوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا» (آية 15) ثم تلاه قوله تعالى : «واللذان ياتيانها منكم فاذوهما» (آية 16 من نفس السورة) ولما نزلت سورة النور استنسخت الايتين السابقتين بقوله =

الحفاظ على فروجهم واجتناب كل فاحشة (16).

الا أن مفهوم التحريم الذي أتت به هذه الديانات والذي لم تبقى محافظة عليه سوى تشريعات قليلة قد تقلص عند بعض القوانين التي لاتزال تعتبر تحريمية رغم أنها لم تعد تحرم جميع أنواع العلاقات الجنسية غير المشروعة، وانما لاتمنع من ذلك الا ما كان له طابع تجاري، أي يتخذ حرفة لتحقيق الربح، ولهذا تشترط هذه القوانين توفر عناصر أخرى كالاكتياد وعدم الاختيار والمقابل الى جانب العلاقة الجنسية غير المشروعة.

وبهذا يكون مفهوم التحريم حاليا عند اغلبية الدول التي تأخذ به، يقتصر على تحريم البغاء وما يلحق به من استغلال وتحريض فقط دون العقاب على الواقعة الجنسية التي لاتقوم على أساس تعامل تجاري بين الرجل والمرأة أو ما يطلق عليه المخادنة أو الفساد العرضي (17).

وامام هذا المفهوم الجديد للنظام التحريمي الذي لم يعد مخالفا للنظام الالغائي كما سنرى، الا في كون الاول يعاقب على الممارسة الجنسية ذات الطابع التجاري، في حين لايعاقب عليها النظام الثاني، ويلتقيان في مادون ذلك من حيث تحريم كل استغلال وتحريض ودعاية ووساطة في البغاء، ومن حيث اباحة العلاقة الجنسية خارج مفهوم البغاء.

فقد وجهت للنظام التحريمي انتقادات من طرف النظام الالغائي نلخصها فيما يلي :

1) ان القانون التحريمي يفترض وجود تعريف للبغاء، فاذا اعطينا لمصطلح «باغية» معنى واسعا، فانه لايمكن اعتبار البغاء جريمة دون أن نتدخل بتعسف في مجال الحياة الخاصة، وهذا سيكون مخالفا للفصل 12 من التصريح العالمي لحقوق الانسان. وفي المقابل اذا لم يكن للمصطلح سوى معنى قانوني ضيق، فانه سيكون من الصعب تحديد مسؤولية المتهمين، فاذا كان مثلا مصطلح «باغية» يطلق بالخصوص على التي تحصل على وسائل عيشها من العلاقات الجنسية، فانه يجب اقامة الدليل على أن كل مردود المعنية بالامر يصدر عن البغاء، وهذا يصعب توفره، كما يدفع بالباغية الى التحايل على القانون بالحصول على عقود صورية للعمل بواسطة وسيط، والالتجاء الى خدمات هذا الاخير اذ سيكون تشجيعا لاستغلال بغاء الاخرين. كذلك

= تعالى : «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» فكان حكم الزاني غير المحصن هو الجلد مع اختلاف الفقهاء في اضافة التغريب للجلد، اما بالنسبة للزاني المحصن فقد أجمعت مذاهب الشريعة الاسلامية أنه يرجم استنادا الى الاحاديث النبوية وأحكام الخلفاء الراشدين طبقا لما سيأتي تفصيله في الفصل الثاني من الباب الثاني المخصص لعقوبة جريمة الفساد.

(16) قال تعالى : «والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم» (سورة المومنون آية 5) وقال أيضا : «ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة ومقتا» (سورة النساء آية 22).

(17) يخرج عن هذا الاطار طبعا انواع جرائم العرض الاخرى كالخيانة الزوجية والاعتصاب وهتك العرض وغيرها من الافعال التي يشترط لاعتبارها مكونة لهذه الجرائم توفر عناصر أخرى متعلقة بصفة في الجاني (الزوجية) أو في الفعل (الاكراه) أو في الضحية (كونه قاصرا) وسنوضح في الفصل الاخير من هذا الباب مفهوم البغاء والفساد ونقط الالتقاء والاختلاف فيما بينهما.

سيكون من الصعب اقامة الدليل على مسؤولية المتهمه اذا كان مصطلح «باغية» لايطبق الا على الاشخاص الذين يستسلمون للعلاقات الجنسية لاجل الحصول على مقابل مادي، لان هناك من يمارس هذه العلاقة في سبيل الحصول على مقابل يتخذ شكل هدايا وامتيازات أخرى غير نقدية. (18)

(2) البغاء فعل يرتكب من طرف المرأة البغي والرجل الزبون، فهما مسؤولان بالتساوي وسيكون منافيا للعدالة الحكم على الباغية وحدها، كما انه في الاحوال التي يعاقبها القانون معا فان المساواة لاتراعى في هذا الشأن (19).

(3) لا يوجد الا فرق واحد من حيث الدرجة بين البغاء وسائر العلاقات الجنسية الاخرى التي تقع خارج اطار الزواج وهو ان البغاء يمارس لاجل تحقيق مردود مادي، أما العلاقات الاخرى فلا تهدف لذلك. وسيكون من غير الانصاف الاقتصار على معاقبة الاشخاص الذين لهم تصرفات تستجيب الى الاسس التمييزية الموضوعة في التعريف القانوني للبغاء او الباغية (20).

(4) يمكن منع بغاء القصر حماية للقاصرين، ولكن لا يوجد هناك ما يبرر التفرقة بين بغاء البالغين وبين سائر الاعمال اللااخلاقية الاخرى واخضاع المتعاطين للبغاء لعقوبة القانون الجنائي دون تجريم هذه الاعمال الاخرى (21).

(5) فيما يخص النتائج المستخلصة، فان التجربة اثبتت ان القانون عاجز عن القضاء على البغاء، وان تجريمه يساعد على تشجيع البغاء السري خصوصا بالنسبة للاشخاص المهينين لذلك. على العموم، فان توفر الطلب على الباغيات يدفع الى استجابة العرض له بالرغم من العقوبات التي يتعرض لها العارض والطالب.

(6) ولكي يضمن النظام التحريمي فعاليته، يجب أن يتوفر على جهاز بولييسي سري يكلف بالتقصي، وهذا يجحف بالصالح العام (22).

و يتمسك مؤيدو النظام التحريمي بالحجج التالية :

(1) تختص الدولة بتنظيم سلوك الافراد داخل المجتمع، وتعاقب كل مغل بنظامه العام، وبما ان ممارسة البغاء تشكل خطرا على هذا النظام العام، فيجب تجريمها والمعاقبة عليها.

(18) منشور الامم المتحدة، مرجع سابق، هامش رقم 44 ص 11.

(19) وهذا الانتقاد يوجه هنا الى القوانين التي تعاقب المرأة الباغية وحدها لانها هي التي تفرض عليها مهنتها الوجود في ظرف معين كالوقوف في أماكن معينة كاشفة عن بعض محاسنها وتقوم ببعض الاشارات لاستجلاب الزبناء.

كما يوجه ايضا للقوانين التي تعاقبها معا ولكنها تشدد في معاقبة المرأة دون الرجل. (20) هذا الانتقاد يوجه الى القوانين التي تعاقب على البغاء اذا توفرت عناصره كالاغتيا والحصول على مقابل وغيره، في حين لاتعاقب على الممارسات الجنسية الاخرى كالمخادنة والاتصالات الجنسية العرضية. (21) لانه في الحقيقة لاتعتمد التشريعات الى معاقبة الافعال الماسة بالاخلاق الا اذا اكتسب الفعل درجة من الخطورة على المجتمع سيما وأن تعريف الاخلاق في حد ذاته مسألة قابلة للمد والتقلص حسب المجتمعات.

(22) منشور الامم المتحدة، مرجع سابق، ص 11.

(2) إذا كان البغاء لا يكون في حد ذاته جريمة معاقب عليها، فإن الغاء تنظيم البغاء فقط دون تحريم ممارسته لن يكون له أي أثر سوى تعويض البغاء المنظم بالبغاء الحر.

(3) سيكون من الصعب تطبيق النصوص المعاقبة على استغلال بغاء الآخرين من وساطة وقوادة وتحريض اذا كانت ممارسة البغاء في حد ذاتها لا تكون جريمة، إذ سيكون هناك افعال متصلة فيما بينها بعضها محظور والبعض الآخر مباح.

(4) ان النساء المهينات للسقوط في حضن البغاء سيتشجن بلاشك على الدخول لهذه المهنة اذا كان القانون لا يمنع احترامها.

(5) ان غياب النصوص المعاقبة على البغاء يجعل الافراد يعتبرون ان الدولة تسمح بالتجارة في الجنس مادام الفعل في حد ذاته مباحا ومادام رواج الممارسة البغائية يحتاج غالبا الى وسطاء وسماسرة يكونون صلة الوصل بين العارض والطالب، وهذا يؤدي الى تشجيع الاستغلال الذي جاء النظام الالغائي لمحاربته كما يرسخ الاقتناع بأن البغاء شر لا بد منه (23).

كان ذلك ملخصا للانتقادات المتبادلة بين النظام التحريمي الذي نحن بصدده، والنظام الالغائي الذي سنتناوله في المبحث القادم، إلا أن أهم انتقاد يمكن أن يوجه في نظرنا للنظام التحريمي بصفة عامة، هو أن كثيرا من الدول التي تأخذ به، تعرف نشاطا بغائيا هاما، مما دعا البعض⁽²⁴⁾ إلى القول بأن انتشار البغاء في هذه الدول يفوق انتشاره في الدول المبيحة أو المنظمة، مما لا يبقى معه للنصوص المعاقبة أي جدوى.

وشيوع النشاط البغائي في الدول المحرمة، لا يمكن بطبيعة الحال، أن يعزى لموقف القانون من البغاء، وإنما للمجال التطبيقي لهذا القانون، حيث تبقى النصوص المعاقبة مجرد حبر على ورق أو تطبق في حدود ضيقة، حيث تغطي الظاهرة المحرمة على القانون الذي يعاقب عليها. وقد أبدى جان غابريال⁽²⁵⁾ تحفظه حينما أراد عرض لائحة الدول المحرمة في كون قانون هذه الدول لا يطابق واقعها، كما علق «د. دلايراك»⁽²⁶⁾ على هذه الدول بأنه لا يمكن اختفاء البغاء بها مادامت تقتصر على إدراج النصوص المحرمة في قوانينها فقط، خصوصاً وأن النظام التحريمي، وإن كان يمنع البغاء، إلا أنه لا ينحيه ويقضي عليه، لأنه بالرغم من معاقبته الباغيات

(23) منشور الأمم المتحدة، مرجع سابق، ص 10 - 11

(24) " " " " " هاشم رقم 41 ص 11.

(25) مرجع سابق، ص 30، الذي قال في نفس الصفحة :

«On peut dire sans crainte d'erreur qu'il ya au moins autant de prostitution dans les pays qui l'interdisent que dans les pays qui l'autorisent, mais elle n'a pas les mêmes formes»

انظر كذلك الخملبشي، القانون الجنائي الخاص، الجزء 2، ط 1، 1982 مطبعة النجاح ص 176

(26) ص 44 مرجع سابق.

بعقوبات تختلف من حيث الشدة من دولة الى أخرى، فإن القانون يعترف بهن كاشخاص يزاولن أنشطة غير اجتماعية مع العلم أنه لا توجد في الغالب مراكز لإعادة التربية تستقبل المحكوم عليهن بالسجن لتقويم سلوكهن، فيضطرن بعد مغادرتهن السجن وعدم وجود عمل، الى العودة لممارسة البغاء معتبرات أن ما تعرضن له من عقوبات مجرد مشاكل وحوادث متعلقة بالشغل.

وعلى العموم، فانه مهما كان للانتقادات الموجهة للنظام التحريمي من حظ في الصواب، فانها لا يمكن أن تكون على حساب الموقف القانوني للدول التحريمية من البغاء للدعوة الى ابحاثه، لان المشاكل التي تعرفها هذه الدول ترجع بالاساس للميدان التطبيقي للنصوص المحرمة، وليس للتحريم في حد ذاته، والا لما كان هناك جدوى من العقاب على بقية الجرائم الاخرى مادام لا يمكن اختفاؤها نهائيا ومادامت الاباحة تعتبر علاجاً لها، وهذا غير منطقي.

وهذه أسماء بعض الدول التي تأخذ بالنظام التحريمي الى حدود 1970 (27) بما فيها التي تعاقب على مجرد المواقعة الجنسية او التي يقتصر عقابها على البغاء فقط : الولايات المتحدة (ماعدا في ثلاثة ولايات : نفاذا، ارزونا، جرسى) الاتحاد السوفياتي، هنغاريا، الصين الشعبية، السويد، الدنمارك، بلغاريا، الارلندا، اللكسمبورغ (الاراضي المنخفضة) سويسرا، تشيكوسلوفاكيا، الباكستان، كوبا (28)، وأغلب الدول الاسلامية ومن جملتها المغرب.

وقد سبقت الإشارة الى أن القوانين التي تنتمي الى نظام معين تعرف اختلافا فيما بينها من حيث القواعد التي تضعها في مجال العلاقات الجنسية غير المشروعة. وذلك لاننا عندما نقول بأن تشريعا ما ينتمي الى هذا النظام أو ذاك، فاننا نبني حكما على مايسود هذا التشريع عموما من اتجاه يجعلنا نصنفه ضمن التشريعات التي تأخذ بهذا النظام، ومن هنا كان النظام التحريمي يتفرع الى اتجاهين هامين : اتجاه يحرم المواقعة الجنسية غير المشروعة عموما كيفما كان نوعها او شكلها (29) واتجاه لا يمنعها الا اذا ارتكبت بهدف مادي أو توفر فيها عنصر الاعتیاد، وبصفة عامة اذا كانت ذات طابع تجاري، وهو ما يطلق عليه البغاء بالمعنى الصحيح كما هو الشأن في مصر والاتحاد السوفياتي وغيرهما (30).

(27) لم نستطع الحصول على لائحة تعود لتاريخ اقرب.

(28) د. لايراك، مرجع سابق ص 44. ج غابريال مرجع سابق، ص 30.

(29) كالمغرب وبعض ولايات الولايات المتحدة الامريكية وعددها ثمانية عشر منها : وست فرجنيا كولومبيا، فرجينيا، وجورجيا، فلوريدا، كنتيكت، فلكنسن، محي الدين عوض، مرجع سابق.

نيازي مرجع سابق ص 71.

(30) بالنسبة لمصر تنص الفقرة 2 من المادة 9 من القانون رقم 10 لسنة 1961 «كل من اعتاد ممارسة الفجور والدعارة...» اما بالنسبة للاتحاد السوفياتي، فالفصلان 210 و 226 يعاقبان بخمس سنوات على التعاطي للبغاء والقوادة. جريدة لومند 18 يونيو 1975 وكذا ج غابريال ص 30.

النظام الالغائي

هذا النظام، كما يدل عليه اسمه، يهدف الى الغاء تنظيم البغاء من حيث استغلاله والوساطة فيه والتحريض عليه، ومن حيث الوسائل والطرق المستعملة لاجل ذلك من دعاية وتغريب مما يتنافى مع القيم الانسانية، الا أنه لا يمنع الممارسة الجنسية غير المشروعة سواء كانت لغاية تجارية او لغاية اخرى مالم تكن وصف جريمة معاقب عليها، وبتعبير اخر، انه لا يعاقب طرفي العلاقة البغائية⁽³¹⁾، في حين يحرم كل فعل يشجع على البغاء أو يحرض عليه أو يتوسط فيه⁽³²⁾، وقد تضمنت الاتفاقية الدولية لمكافحة البغاء سنة 1950 كل الافعال المعاقب عليها طبقاً لهذا النظام.

وقد بدأ ظهور النظام الالغائي بأوروبا في نهاية القرن الرابع عشر⁽³³⁾ عندما بدأ الاتجاه يتحول عن النظامين السالفي الذكر نحو المناداة بضرورة الغاء التنظيم الاداري والتجاري للبغاء من جهة وتمكين الافراد من الحرية في التعبير عن رغباتهم وغرائزهم من جهة أخرى، خصوصاً وأن البغاء يصعب تحديد عناصره من الوجهة القانونية نظراً للصعوبات المبينة في الانتقادات الموجهة للنظام التحريمي والتي سبق عرضها، ولم يأخذ هذا النظام طريقه الا عند نهاية القرن التاسع عشر حينما بدأ بعض المسؤولين⁽³⁴⁾ في بريطانيا والولايات المتحدة الامريكية يوقفون العمل بالنصوص المنظمة للبغاء في بلادهم، وكذا عندما بدأت تتأسس بعض الجمعيات التي تهدف الى الثورة ضد «الدور المغلقة Les Maisons closes و«الاحياء الخاصة Carrier réserves» وتنادي بالقضاء عليها⁽³⁵⁾.

وهذا النظام يقف موقفاً وسطاً بين النظام التنظيمي والتحريمي، لانه من جهة يعاقب على كل أنواع الاستغلال والوساطة والتحريض والدعاية للبغاء، ومن جهة ثانية يبيح ممارسة العلاقة الجنسية المجردة عن هذه الاوصاف السابقة ولو كانت ذات صبغة

(31) طرفا العلاقة البغائية من حيث الممارسة الجنسية هما الباغية والزبون.

(32) وطبقاً لهذا النظام اذا وجد رجل وامرأة أثناء ممارستهما علاقة جنسية غير مشروعة.

لا يمكن معاقبتهم، في حين اذا كان احدهما يتصيد الاخر لنفس الغرض فان فعله يعتبر جريمة، ونفس العقاب يلحق اعمال القوادة والوساطة والتحريض وغيرها.

(33) أ.ف. أيشط، مرجع سابق، ص 18.

(34) فلما اتخذت بعض المواقف التحريرية ضد التنظيم المنزلي للبغاء منذ سنة 1860 على يد والي مدينة بورطسموت Portsmouth بانجلترا وبعد ذلك في «بوسنبورك» بولاية بنسلفانيا بالولايات المتحدة الامريكية سنة 1891 والذي عم قرارها اغلب الولايات الامريكية الاخرى. ج. غابريال، مرجع سابق ص 47.

(35) مثلاً الجمعية الصحية الاخلاقية والاجتماعية التي تأسست سنة 1870 في انجلترا والتي صارت الفرع البريطاني للاتحاد الدولي لالغاء البغاء المؤسس سنة 1875، ثم انتشرت هذه المؤسسات في جميع دول اوربا حتى جاء قانون 2 دجنبر 1949 بمثابة اتفاقية لتحريم الاتجار في الرقيق الابيض واستغلال بغاء الآخرين حيث وقع عليها غالبية الدول المنخرطة في منظمة الامم المتحدة.

أ.ف. أيشط، مرجع سابق، ص 19.

تجارية، ولهذا نجده يقدم انتقادات للنظام التحريمي، وقد سبق ذكرها، وأخرى للنظام التنظيمي نلخصها فيما يلي :

فمن جهة أن الهدف الأساسي الذي قام من أجله النظام الإلغائي هو القضاء على تنظيم البغاء كما يعرفه هذا الأخير من عبودية واسترقاق متمثلة في التجارة في بني البشر وخصوصا المرأة التي كانت تباع من مآخور لآخر ومن دولة لأخرى بهدف البغاء⁽³⁶⁾ كما كانت تمارس عليها جميع أنواع الضغط من طرف صاحب المآخور لضمان مكوثها به تعمل لصالحه بالإضافة إلى إرهابها الناتج عن تكرار عمليات المضاجعة التي كانت تصل في اليوم الواحد إلى أكثر من ثمانين مرة⁽³⁷⁾.

وقد صادف بلوغ هذا الاستغلال أشده، عندما كثر الاقبال على تنظيم البغاء في مناطق مختلفة من العالم اوروبية وأمريكية وعربية في القرن التاسع عشر، بداية انتشار مبادئ الحرية والحقوق الفردية والاجتماعية التي جاءت بها الثورة الفرنسية، كما صادف نشوب ثورات اجتماعية وسياسية قامت ضد العبودية والاسترقاق ونادت بالحرية والمساواة، مما تمخض عنه اعلان حقوق الانسان. وقد اعتبر تنظيم البغاء من جملة أوجه العبودية التي يجب محاربتها لانه يقضي على القيم الانسانية والاخلاقية للمرأة ويجردها من شخصيتها كعضو في المجتمع.

ومن جهة أخرى فإن الاهداف التي نظم البغاء من أجلها لم تتحقق، ذلك أن مؤيدي دور الدعارة والاحياء الخاصة ارادوا حصر هذه الممارسات الجنسية في محلات وأشخاص محددين حتى لا تنتشر الرذيلة بين بقية نساء المجتمع حفاظا على النظام العام، وحتى يمكن مراقبة الباغيات صحيا خوفا من انتشار الامراض التناسلية الا أن هاتين الغايتين ظلتا مجرد آمال فقط، فالوضع لم يزد الا استفحالا سواء من حيث الاخلال بالنظام العام نتيجة كثرة المواخير التي كان مسيروها يستعملون شتى الوسائل لتزويدها بضحايا جدد كالاختطافات وهتك الاعراض والتهديدات، أو من حيث الاعتبارات الصحية لانه ثبت أن التنظيم لا يؤدي الى مكافحة الامراض الزهرية، بل العكس، يؤدي في غالب الاحيان الى زيادة انتشارها، ذلك لان الباغية تتصل جنسيا بعدد كبير من الزبناء يوميا، فيكفي اذا أصيبت ان تعدي كل من اتصل بها طيلة اليوم والاسبوع، الى أن يجري عليها الفحص وتكتشف اصابتها، كما أن الفحوص الطبية تتطلب نوعا من التحاليل يصعب اجراؤها كل اسبوع مرتين على كل باغية (38) بالاضافة الى اهمال الاطباء واحتيال المومسات لاختفاء مرضهن.

امتثال البغاء - ان اختارت ذلك - في حرية، بعيدة عن كل ضغط او تحكم. غير ان مبادئه هذه ساعدت على تشجيع التعاظمي للبغاء جهرا في مجموع الدول المنتمة لهذا

(36) د. دلایرک، مرجع سابق ص 53 وج. غابریال، مرجع سابق ص 50.
(37) نیازی حناة، مرجع سابق، هامش رقم 1 ص 131.
(38) " " " " ص 131 متنا وها مشا.

النظام، اذ يمارس بصفة علنية حيث تعرف بعض الازقة والشوارع في هذه الدول (39) عرض حشود من الباغيات انفسهن على الزبناء مستعملات لاستجلابهم كل وسائل الاغراء التي لا يعاقب عليها القانون كالكشف عن المقاتن او القيام بالحركات المثيرة. كما أن هذا النظام وإن كان قد استطاع منع دور البغاء والدعارة إلا أنه لم يستطع القضاء على دور الدعارة السرية التي تستعمل، لاختفاء هويتها، وسائل متنوعة للتستر وراءها كإبرام عقود عمل صورية وغيرها من طرف فتيات ليعملن في مطعم أو مرقص أو ناد، مع أن الهدف الحقيقي هو ممارسة البغاء عن طريق القوادة أو الوساطة.

وقد دفعت عيوب هذا النظام الالغائي الى وجود اتجاه جديد خصوصا في فرنسا (40) يحن الى اعادة فتح دور الدعارة والترخيص بدارتها، لان هذا الاتجاه يرى أن الالغاء لم يضع حلا للمشاكل، بل اكتفى بإخراج هؤلاء المحترفات من الدور المغلقة الى الشوارع، وقد تزعم هذا الاتجاه النائب الديغولي «جويل لوطاكا» (41) الذي دافع عنه في البرلمان الفرنسي (42) معتمدا على ما ادى اليه البحث في هذا المجال من زيادة في عدد الباغيات وانتشار الامراض التناسلية ووجود دور للدعارة تعمل بصفة مستترة وخفية (43) مع أن هذه الاضرار هي اهم ما يجب محاربته.

ولكن مع ذلك ورغم الكتابات الواسعة في هذا المجال من مؤيدين ومناهضين (44) لهذا الاتجاه الجديد، فإننا لم نستطع العثور على أية دولة تأثرت به وعادت الى تنظيم البغاء ببلادها، بل لازالت كل هذه الدول متشبثة بالنظام الالغائي الذي تتولى السهر على حمايته منظمة الامم المتحدة بواسطة مجلس الشؤون الاقتصادية والاجتماعية. والدول المنتمة لهذا النظام هي الدول التي صادقت على الاتفاقية الدولية من أجل مكافحة الاتجار في الرقيق الابيض واستغلال بغاء الآخرين، وقد بلغ عددها سنة 1978 خمسة وأربعين دولة، بالإضافة الى الدول التي وقعت الاتفاقية ولم تصادق عليها بعد.

(39) كشارع بيفال وسان دوني وغيرها بباريز وبعض شوارع بروكسيل وهولندا واسبانيا... الخ. ومما يلاحظ هناك وجود رجال الامن باستمرار في هذه الاحياء ولكن لا يمنعوا اتصال الزبون بالبغاية وانما ليضبطوا هذا أو ذاك اذا قام باحد اعمال الدعاية او التحريض مادامت محرمة.

(40) كانت فرنسا قد أوقفت العمل بالنصوص المنظمة للبغاء سنة 1946 بواسطة قانون السيدة «مارت رشار» التي ترعمت المناداة بالالغاء. مجلة الوطن العربي، السنة 2 العدد 101 يناير 1979 ص 44.

(41) الذي ينتمي لحزب عمدة باريز «جاك شراك».

(42) نشر هذا الموضوع بمجلة باري ماتش رقم 1543 بتاريخ 22 دجنبر 1978 ص 108 - 115 وكذلك جريدة لوموند 1976/3/26 ص 11. التي نشر بها تقرير للسيد م. بنوت في نفس الاتجاه.

(43) اسفر الاستطلاع الذي أجرى بفرنسا على أن 56 % من الفرنسيين يؤيدون اعادة فتح دور الدعارة وإن 77 % من هؤلاء يفضلون أن يمارس البغاء في اماكن خاصة عوضا عن ممارسته في الشوارع، ويرون أن إلغاء التنظيم لم يخلف من وطأة المشكل، كما اثبتت الاحصائيات أنه توجد حاليا بفرنسا 40 000 باغية منها 20 000 بباريز في حين أنه قبل سنة 1946 (أي ابان تنظيم البغاء بفرنسا) لم يكن هناك سوى 1280 باغية في 170 دار للدعارة، مجلة باري ماتش، مرجع سابق ص 108 - 115.

(44) نشر بمجلة إلغاء البغاء موضوع تحت عنوان «لا لاعادة فتح دور البغاء» وذلك في العدد 125 السلسلة الثانية السنة 105 يونيو 1970 ص 3.

ويمكن تصنيف الدول المنتمة للنظام الالغائي سحب ما أخذت به من هذا الاخير الى ثلاث فئات :

(أ) الدول التي يطابق تشريعها النظام الالغائي كما هو، أي الدول التي تبيح الممارسة الجنسية سواء كانت لهدف تجاري وعلى سبيل الاعتياد (البغاء) او لهدف جنسي محض وبصفة عرضية، او غير ذلك، وتعاقب على اعمال الاستغلال من وساطة وتحريض واغراء ودعاية وادارة دور الدعارة وغيرها. ومن جملة هذه الدول : فرنسا، بلجيكا، بريطانيا، ايطاليا، البرتغال (45).

(ب) الدول التي أخذت بالنظام الالغائي في حدود السماح بالممارسات الجنسية الحرة التي تتم بصفة عرضية ولغاية جنسية محضة مع العقاب على العلاقات الجنسية ذات الهدف التجاري (البغاء) وما يتعلق بها من اعمال فتح وادارة دور الدعارة وتحريض ووساطة وبقية انواع الاستغلال التي يكافحها النظام الالغائي، ومن هذه الدول : مصر، سوريا، الاتحاد السوفياتي، أغلب ولايات الولايات المتحدة الامريكية، هنغاريا، الدانمارك، النرويج والباكستان.

ويلاحظ ان بعض هذه الدول مثل الولايات المتحدة، وهنغاريا والدانمارك والباكستان قد ورد ذكرها ضمن الدول التحريمية ايضا، أي أن هذه الدول يمكن أن تنتمي، حسب موقفها، الى النظام التحريمي والالغائي في نفس الوقت، وذلك راجع الى ان اتجاه الدول المصنفة في هذه الفئة يطابق اتجاه الدول التي اعتبرت تحريمية حسب المفهوم الذي تطور اليه التحريم، كما أشرنا الى ذلك في المبحث السابق (46) والذي يبيح العلاقات الجنسية الحرة ذات الهدف غير التجاري مع عقابه على البغاء وسائر ضروب استغلاله، ولذلك نلاحظ أن هذه الدول، بالرغم من انها تحريمية، فقد وقعت الاتفاقية الدولية من أجل مكافحة الاتجار في الرقيق الابيض واستغلال بغاء الآخرين.

(ج) الدول التي اخذت بالنظام الالغائي في حدود الغاء تنظيم البغاء والعقاب على جميع اشكال الوساطة والتحريض والدعاية.. الخ مع عقابها على الممارسات الجنسية غير الشرعية بصرف النظر عن الغاية التي مورست من أجلها، أي سواء كانت بغاء أو غيره، ومن جملة هذه الدول : البحرين، الكويت، المغرب، بعض ولايات الولايات المتحدة الامريكية (كوست فرجينيا، وكلمبيا، وفرجينيا، وجورجيا، وفلوريدا) (47).
ويطابق اتجاه هذه الدول ما جاء به النظام التحريمي في أول الامر، أي كما انت به الديانات السماوية، وهو تحريم كل علاقة جنسية غير مشروعة وكل ضرب من ضروب استغلال الجنس.

(45) بالبرتغال، الدور الخاصة لم تقل ولكن يمنع تزويدها ببأغيات جدد، انظر في الدول المنتمة للنظام الالغائي، د. دلايرك ص 45. ج. غابريال ص 35 وما بعدها.
(46) انظر في هذا الشأن موضوع النظام التحريمي السابق الذكر.
(47) انظر في شأن الدول المنتمة للنظام الالغائي : د. دلايرك ص 45. ج. غابريال ص 35 وما بعدها.

لذلك فهذه الدول، بالرغم من انسجام موقفها مع النظام اللغائي، فإنه يجب اعتبارها آخذة بالنظام التحريمي مادام اتجاهها يتطابق مع النظام الأخير أكثر من الأول. فالنظام اللغائي إذا يبيح ممارسة البغاء ويمنع أعمال الوساطة والتحريض والدعاية والاغراء وكل فعل يؤدي الى استغلال المتعاطيات للبغاء أو زبائنهن على أساس ان هذه الافعال تتنافى مع كرامة الانسان ، وقد تضمنت الاتفاقية الدولية المبرمة سنة 1950 بنيويورك الجرائم المعاقب عليها في هذا النظام (48) والتي سنبينها في اطار الجهود الدولية من أجل مكافحة البغاء.

ويمكن القول بصفة عامة فيما يتعلق بالانظمة الثلاثة السالفة الذكر أنها تختلف فيما بينها في النقاط التالية :

(1) النظام التنظيمي يبيح ممارسة البغاء على شرط أن يتم ذلك تحت اشراف الدولة او باذن منها كما يبيح اعمال القوادة والوساطة وما يلحق بها من دعاية وتحريض وغيرها، ويمنع غالبا كل مايمارس خارج القواعد التي تضعها الدولة لاجل تنظيم البغاء.

(2) النظام التحريمي يمنع الممارسة وكذا الافعال المؤدية لها أو الناتجة عنها من قوادة ووساطة وغير ذلك.

(3) اما النظام اللغائي فيبيح ممارسة البغاء ويمنع كل فعل يؤدي الى استغلال بني البشر أو الاتجار فيه كاعمال الوساطة في البغاء والتجارة فيه والتحريض عليه.. الخ كما يمنع تنظيم البغاء.

ونشير هنا الى ان النظام التحريمي يمكن أن يشمل النظام اللغائي ولاعكس، لان الاول يمنع كل علاقة جنسية غير مشروعة او على الاقل ممارسة البغاء وكل الافعال المتصلة به، في حين ان الثاني لايمنع الا هذه الافعال المتصلة بممارسة البغاء كالوساطة والتحريض، ويبيح ممارسة البغاء.

كما نشير ايضا الى أن هناك بعض الدول التي يصعب - حسب موقفها في هذا المجال - الحكم بانتمائها لهذا النظام او ذاك، لأنها تجمع في أن واحد بين ما يجعلها تنتمي لاكثر من نظام واحد سواء من الناحية الواقعية أو من الناحية القانونية كالدول التي لازالت تحتضن البغاء المنظم رغم أنها وضعت نصوصا تتفق مع النظام اللغائي

(48) تحدد المادة الاولى والثانية من الاتفاقية الدولية لجزر الاتجار في الرقيق واستغلال بقاء الآخرين المبرمة بنيويورك في 21 مارس 1950 الاعمال التي تعهدت الدول الموقعة بالعقاب عليها وذلك كما يلي :

المادة الاولى :

«تتعلق الاطراف في هذه الاتفاقية على معاقبة كل شخص يقوم بما يلي قصد ارضاء شهوات الغير :

(1) - استخدام شخص آخر أو دفعه أو التقرير به من أجل البغاء ولو كان هذا الشخص موافقا على ذلك.

(2) استغلال بغاء شخص آخر ولو كان هذا الشخص موافقا على ذلك»

المادة الثانية :

«تتعلق الاطراف في هذه الاتفاقية كذلك على معاقبة كل شخص :

1 - بعد دارا للبغاء او يسيرها او يقوم عن علم بتمويلها او المشاركة في تمويلها

2 - بكري او بكتري عن علم كلا أو بعضا بنالية أو مكانا آخر لاجل بغاء الغير».

كتونس مثلاً، أو التي تمنع دور الدعاية الخاصة ولكنها لازالت تسمح بالوضع تحت البطاقة الصحية التي تفرض على الباغيات مسكها في اطار النظام التنظيمي كالبرازيل، أو التي وقعت معاهدة الأمم المتحدة في هذا الشأن إلا أنها لم تطبقها في بلادها كالارجنتين والاكواتور (49) أو التي تمنع ممارسة أي فعل جنسي غير مشروع إلا اذا مورس مع امرأة لها صفة باغية ككندا وأستراليا (50).

وعلى العموم فإننا نلاحظ أن اغلب هذه الانظمة قام من أجل مكافحة البغاء ووسائل استغلاله اما بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولهذا نجد أن المجتمع الدولي، شعوراً منه بخطر هذه الظاهرة قد جعل من بين مهامه عن طريق منظمة الأمم المتحدة العمل على محاربتها.

الجهود الدولية من أجل مكافحة البغاء :

تعتبر الجمعية الصحية الاخلاقية والاجتماعية المكونة سنة 1870 ببريطانيا النواة الاولى لبداية توحيد الجهود على المستوى الدولي لمكافحة البغاء. وقد تأسس بعد ذلك الاتحاد الدولي لالغاء البغاء سنة 1875 وصارت الجمعية السالفة الذكر الفرع البريطاني لهذا الاتحاد الى جانب فروع الاخرى في جميع دول أوروبا تقريباً (51)، وتلت ذلك عدة اتفاقيات دولية تكون في مجملها مجموع المواثيق التي يجرى العمل بها الآن فيما يتعلق بمحاربة الاتجار في الاشخاص واستغلال بغاء الآخرين، وهذه المواثيق هي :

أ - اتفاقية لمحاربة الاتجار في النساء والاطفال ابرمت في جنيف في 30 شتنبر 1921 وعدلت بمقتضى البرتوكول الموقع في لاكسركسير بنيويورك في 25 نونبر 1948.

ب - اتفاقية لمحاربة الاتجار في النساء البالغات ابرمت في جنيف في 11 اكتوبر 1933 وعدلت بمقتضى البرتوكول الموقع بنيويورك في 12 نونبر 1947.

ج - اتفاقية لمحاربة الاتجار في الرقيق الابيض وقعت بباريز في 18 ماي 1904 وعدلت بمقتضى البرتوكول الموقع في نيويورك في 4 ماي 1949.

د - اتفاقية لمحاربة الاتجار في الاشخاص واستغلال بغاء الآخرين في الدعاية وقد فتح باب التوقيع عليها بنيويورك في 21 مارس 1950.

وتتضمن الاتفاقية الاخيرة مضمون الاتفاقيات التي سبقتها، وقد وقع عليها الى حدود سنة 1978 خمسة وأربعون دولة، كما سبقت الإشارة الى ذلك وتلتزم كلها بالعقاب على الافعال المحددة في المادتين الاولى والثانية من الاتفاقية السالفة الذكر.

(49) د. دلايرك، ص 45.

(50) ج غابريال، ص 32.

(51) ا.ف. اشيط، ص 19.

وبلاحظ من خلال هذه الاتفاقيات أن العناية موجهة أكثر للمرأة والطفل، بصفتها الطرف الضعيف في العلاقة البغائية وذلك ناتج عن وضعيتهما في المجتمع حيث يسهل الاتجار فيهما واغراؤهما وتحريضهما الى غير ذلك.

وبصفة عامة، فإن اتجاه الجهود الدولية حاليا في مجال مكافحة البغاء يتمشى مع مبادئ النظام الالغائي، ولهذا نجد أن منظمة الأمم المتحدة قد تبنته وتدافع عنه بواسطة مجلس الشؤون الاقتصادية والاجتماعية الذي يتولى مراقبة تنفيذ احكام الاتفاقية السالفة الذكر في الدول الاعضاء كما يحث الدول غير الاعضاء على الانضمام اليها.

المبحث الرابع :

موقف المغرب من هذه الانظمة

يمكن ان نطلع على موقف القانون المغربي من الانظمة الثلاثة عن طريق استعراض موجز للتطور التاريخي الذي عرفه القانون المغربي في الموضوع، وذلك بالرجوع الى ماكان مطبقا فيه قبل الحماية واثناؤها وبعدها.

فقبل الحماية كان المغرب كسائر الدول الاسلامية يطبق الشريعة الاسلامية في جميع المجالات القانونية المدنية منها والجنائية. ومن الطبيعي ان تكون معاملته للزنا طبقا لاحكام هذه الشريعة الا أن الوضع الاجتماعي الذي استمر في المغرب بعد الاسلام، والمميز بسيطرة الاعراف المحلية وتقاليد الحياة القبلية يجعل من الصعب ان نحدد بدقة مدى سهر أولى الامر على تطبيق حد الزنا، أو تعويضه بالعقوبات التعزيرية.

وعلى أية حال فإن الزواج لم يكن الاطار الوحيد الذي تمارس داخله العلاقات الجنسية بين الرجل والمرأة، وانما كانت هذه العلاقة تتم ايضا مع الاماء اللاتي يسمح الاسلام بملكيتهن⁽⁵²⁾، مما جعل البعض يعتبر الممارسة الجنسية معهن نوعا من البغاء المسموح به قانونا⁽⁵³⁾، خصوصا وانهن كن يخضعن لعملية البيع والشراء في

(52) وذلك طبقا للآية الكريمة «وما ملكت ايمانكم».

هذا مع العلم أن ملكية هؤلاء الاماء لم تكن اسلامية وانما كانت تستند الى أعمال النخاسة التي استهدفت الضعفاء من الشعوب السوداء الافريقية...

(53) خديجة المسدالي، مرجع سابق ص 3 - 4.

ولكننا نرى عدم امكانية وصف العلاقة الجنسية مع الاماء بأنها نوع من البغاء ذلك لان عناصر هذا الاخير تتطلب بصفة عامة أن يكون الاتصال الجنسي نظير مقابل تحصل عليه المرأة التي تتخذ منه عادة وحرقة تسلم فيها نفسها لكل من قدم لها هذا المقابل بدون اختيار، فالعلاقة هنا بين الباغية وزبونها علاقة تجارية كل منهما يأخذ مقابل مايعطي، أما بالنسبة لملك اليمين فالعلاقة فيه بين السيد وامته تقوم على أساس العلاقة بين مالك الشيء والشيء نفسه التي يقتصر فيها الاستمتاع بمنفعة المملوك على صاحبه فقط دون أن يدفع مقابلا لهذا =

اسواق مخصصة لذلك (54).

وعلى العموم، ولكون المغرب كان يطبق احكام الشريعة الاسلامية في مجال العلاقات الجنسية غير المشروعة، فانه يعتبر في هذه المرحلة منتما للنظام التحريمي. أما في مرحلة الحماية، حيث بسط المستعمر الفرنسي والاسباني نفوذه على مجموع التراب المغربي، فقد توقف العمل في كثير من المناطق باحكام الشريعة الاسلامية في مجال الزنا وانتشر البغاء المنظم منه والحر في مدن متعددة (55).

وقد كانت السلطة الحاكمة هي التي تتولى تنظيم البغاء والترخيص به وحماية المتعاطين له والمتجرين فيه، وذلك نقلا لما كانت تعرفه بلادها الاصلية من بغاء منظم الى المستعمرات التي تسيطر عليها (56) وهذا هو الاساس الذي ارتكز عليه البعض لاعتبار المغرب حاليا بلدا تنظيميا (57)، في حين انه لم يعرف البغاء المنظم الا خلال مرحلة الحماية وبعدها بقليل (58) حيث كان ينتمي للنظام التنظيمي وذلك بالرغم من صدور الظهير المحتوي على القانون الجنائي المغربي في أكتوبر 1953 والذي تضمن في الفرع الثاني والثالث والرابع من القسم الثالث النصوص المعاقبة على الزنا والتحريض على البغاء والاكرهاء عليه.

وبالنسبة لمرحلة ما بعد الحماية لحد الآن يمكن القول بأن المغرب قد رجع الى نظامه التحريمي الذي كان يعرفه قبل الحماية وذلك عن طريق تطبيق القانون الجنائي الصادر سنة 1953 المشار اليه في الفقرة السابقة (59) والمعوض بالظهير رقم 1.59.413 المكون للقانون الجنائي الحالي المطبق ابتداء من 17 يونيو 1963 وذلك من خلال الفصل 490 من هذا القانون الاخير الذي يمنع كل علاقة جنسية خارج اطار الزواج كما تضمنت الفصول 497 - 504 منه تجريم وعقاب افعال التحريض والوساطة والدعاية للبغاء .

= الاخير. واتما الذي تجب ملاحظته في هذا الشأن هو أن امتلاك الاماء لم يعد يطابق من حيث الهدف ماسحت به الشريعة الاسلامية وهو الاستمتاع الشخصي للسيد بامته واتما صار مالكو الاماء يزودون بهن المواخير ويستخدمون في سوق الدعارة للحصول على مردودها.

انظر فيما يتعلق بوضعية المغرب قبل الحماية. المسدالي ص 3 وما بعدها.

(54) كسوق فندق البركة بالقناتين بقاس وسوق عرسة موسى باردام بمراكش وسوق سيدي بوجدار بمكناس. المسدالي ص 3.

(55) وقد سبقت الإشارة في آخر المبحث المخصص للنظام التنظيمي الى أهم المواخير التي كانت تعرفها بعض البلدان المغربية في مرحلة الحماية

(56) ففرنسا لم يتوقف العمل بالنصوص المنظمة للبغاء في بلادها حتى سنة 1946 وهو التاريخ الذي ازدهر فيه تنظيم البغاء في المغرب نظرا لنزوح المتجرين فيه من فرنسا، بعد ان منعوا من ذلك هناك، الى المغرب حيث لم يمنحهم القانون من مزاوله نشاطهم. اما اسبانيا فقد ظلت تنظم البغاء الى ما بعد تخليها عن المنطقة التي استعمرتها بالمغرب.

(57) د. دلايرك. مرجع سابق ص 45. واطن أن معلوماته ارتكزت على مرحلة الحماية فقط ولم يتابع التطور القانوني المغربي في هذا الشأن.

(58) للمزيد من الايضاح عن تنظيم البغاء في المغرب ابان الحماية يرجع الى المسدالي صفحة 5 وما بعدها.

(59) راجع المادة من 254 الى 263 منه.

ومن جهة أخرى، فقد صادق المغرب على الاتفاقية الدولية لزرع الاتجار في الرقيق واستغلال بغاء الغير المبرمة بنيويورك بتاريخ 21 مارس 1950، وذلك بالظهير رقم 12 - 174 بتاريخ 12 رجب 1394 (2 غشت 1974). (60).

ونشير هنا الى أن المغرب، وإن كان لم يصادق على الاتفاقية المشار إليها إلا في سنة 1974، فإن تشريعه الجنائي المطبق ابتداء من 17 يونيو 1963 السالف الذكر قد تضمن مجمل أحكام هذه الاتفاقية.

فجريمة الفساد اذن المنصوص عليها في الفصل 490 من ق.ج. تطبق على كل من مارس علاقة جنسية مع غيره من جنس آخر دون أن يكون مرتبط معه بعلاقة زواج (61) بصرف النظر عن الهدف الذي مورست من أجله العلاقة الجنسية بصورة عرضية أو اعتيادية.

(60) ونشرت مصاحبة لظهير المصادقة عليها بالجريدة الرسمية عدد 3235 بتاريخ 14 شوال 1394 (30 أكتوبر 1974).

(61) وذلك ما لم يكن فعله جريمة أشد كالاغتصاب والمس بالعرض والخيانة الزوجية.

الفصل الرابع :

تحديد بعض المصطلحات المشابهة للفساد وتعريف بعض جرائم العرض الأخرى

سننولى في هذا الفصل توضيح مفهوم بعض المصطلحات التي استعملها المشرع في التنصيص على جرائم العرض كالبغاء والدعارة والفجور، والتي كما سنرى تكون في القانون المغربي مرادفات لكلمة الفساد، كما سنعرف ببعض جرائم العرض المشابهة لجريمة الفساد في بعض عناصره وذلك في مبحثين نخصص الأول لتحديد مفهوم الدعارة والبغاء، والثاني لتعريف الاغتصاب والخيانة الزوجية.

المبحث الأول : مفهوم بعض المصطلحات المشابهة للفساد :

الدعارة والبغاء

لم يعرف المشرع المغربي البغاء والدعارة حينما نص في الفرع السابع من ق. ج، الذي يحمل عنوان «في افساد الشباب وفي البغاء» على تجريم الأفعال المتضمنة في هذا الفرع وعلى عقوبتها، كما انه لا يستفاد من استعماله لهذه العبارات في مختلف هذه النصوص انه يقصد معنى خاصا لكل من البغاء والدعارة أو الفجور وانما جاءت بمعنى واحد تعوض كل منهما الأخرى ويتضح ذلك من استعراض الجمل المستعملة في الفصول التالية :

- من حرّض أو شجع أو سهل الدعارة أو الفجور للقاصرين م 497
- اعان أو ساعد أو حمى ممارسة البغاء ف 2 م 498
- عاشر مع شخص يتعاطى عادة البغاء ف 4 م 498
- استخدم أو استدرج أو رعى شخصا قاصرا
- أو بالغاً بقصد ممارسة البغاء ولو برضائه، وكذلك من سلم شخصا الى البغاء أو الدعارة.....
- من قام علنا بجلب اشخاص ذكورا او اناثا لتحريضهم على الدعارة.... ف 5 م 502
- من تغاضى عن ممارسة الدعارة بصفة متسترة ومعتادة من اشخاص يتعاطون البغاء.....
- فالمشرع هنا اتى بالعبارات الثلاثة بصفتها مترادفات لانه لم يميز بينها على أساس ضابط ما، كما أن ترجمة هذه النصوص بالفرنسية تضمنت نفس العبارات بدون تغيير (1)، وقد اخذ المشرع المغربي نصوص هذا الفرع من القانون الفرنسي

(1) علقت المحلة اللغوية على هذه النصوص وقالت فيما يخص الفصل 498 انه يحمي القصر والراشدين كما يحمي بغاء الذكور وبغاء الاناث، عدد ماي يونيو 1978 مرجع سابق ص 40، الا أن هذا لا يعني تخصيص =

الصادر بشأن افعال دور الدعارة ومحاربة استغلال البغاء سنة 1946 ومن المرسوم التنظيمي الفرنسي الصادر سنة 1960 (2).

كما ان التشريعات العربية لم تتفق في معاقبتها على جرائم البغاء على وضع مصطلح موحد، وهكذا جاء في القانون المصري عبارة الدعارة مصحوبة بعبارة الفجور في جميع الفصول التي تضمنها القانون رقم 10 لسنة 1961 المتعلق بمكافحة الدعارة ونص الفصل الاول منه على أن «كل من حرّض شخصا ذكرًا كان أو أنثى على ارتكاب الفجور أو الدعارة أو ساعد على ذلك أو سهله.....» (3).

ويرى البعض (4) بالنسبة للقانون المصري ان الدعارة يقصد بها بغاء الاناث، اما الفجور فيقصد به بغاء الذكور، وفي نفس الاتجاه ذهب القانون البحريني الصادر سنة 1976 حيث وضع الفصل الثالث تحت عنوان «الفجور أو الدعارة» اذ جاء في الفقرة الاولى من المادة 324 منه «كل من حرّض ذكرا أو انثى على ارتكاب الفجور أو الدعارة..» (5) أما المشرع التونسي فلم يستعمل هاتين العبارتين وانما جاء في «الشق الثالث» من القانون الجنائي التونسي الذي يحمل عنوان «في التحريض على فعل الخناء» (6) حيث نصت الفقرة الاولى من الفصل 231 من الفقرة الثالثة على أن «النساء اللاتي في غير الصور المنصوص عليها بالتراتب الجاري بها العمل يعرضن أنفسهن بالإشارة أو بالقول أو يتعاطين الخناء ولو صدفة يعاقبن بالسجن من ستة أشهر الى عامين وبخطية من عشرين دينارا الى مائتي دينار....»

واختلاف التشريعات في استعمال هذه المصطلحات لاثير اي استغراب مادام المفهوم اللغوي (7) يؤدي الى نفس المعنى القانوني الذي قصده مشرعو هذه القوانين لهذه الجرائم، لانها تتفق كلها من حيث القصد على معاقبة الافعال التي من شأنها ان تتخذ الجنس حرفة أو موردا ماديا سواء من طرف الممارس للعلاقة الجنسية بنفسه أو

= عبارة معينة لاشخاص معينين كالفجور بالنسبة للذكور والدعارة بالنسبة للاناث مثلا كما هو الشأن في التشريع المصري.

وقد استعمل المشرع السوداني نفس العبارة بدون تحديد في الفصول 307 - 315 وفي الفصل 434 وف 448 و 450. محي الدين عوض، مرجع سابق ص 8.

(2) المجلة الانجليزية، مرجع سابق، عدد ماي يونيو 1978 ص 93.

(3) مجموعة القوانين المصرية، قانون العقوبات والقوانين المكملة له دار الفكر العربي، اشراف حسن البغال ص 295 وما بعدها.

(4) نيازي حتاتة، مرجع سابق ص 93

(5) المرسوم رقم 15 لسنة 1976 المتعلق باصدار قانون العقوبات لدولة البحرين الصادر بتاريخ 20 مارس 1976 المنشور بالموسوعة المقارنة للقوانين والتشريعات والانظمة لدول : الكويت، البحرين، قطر، الامارات ع.م، المملكة ع.س، اعداد احمد سيد عبد الخالق. محمد حامد النقيب. ع 11 ص 490.

(6) المجلة الجنائية، دائرة التشريع التونسي، محمد طاهر السنوسي 1976 ص 248، والخناء بكسر الخاء هو الفحش وقبح الكلام، لسان العرب ابن منظور.

(7) الدعارة هي الفساد والفسق ولغة يقال تدعى وجهه تبقي بقعا سميحة متغيرة، والدعارة من النخل التي لاتقبل اللقاح ويقال في خلقه دعارة اي سوء وشراسة ورجل دعى اي خائن يعيب صاحبه والذي لاخير فيه، والمداعير الفساق. المعجم الوسيط (مجمع اللغة العربية) مادة دعر،

والفجور بشرح بالعهارة وورد في لسان العرب : العهارة كانت تعني الاتيان للفجور ليلا ثم اطلقت على الزنا بدون تقييد وقال ابو زيد : يقال للمرأة الفاجرة عاهرة ومعاهرة ومسافجة وقال المبرد : هي العييرة للفاجرة (لسان =

حين يستغل ذلك في شخص آخر، ويدخل في هذا الإطار كذلك الاعتقاد على الاتصالات الجنسية غير المشروعة، ولاتهم بعد ذلك التسمية التي يمكن ان تطلق على هذا الفعل مادام قصد المشرع واضحا من خلال الفصول الموضوعية لهذا الغرض.

والمشرع المغربي، كما سبق القول، لم يعرف هذه الافعال وانما جاءت كلها تنضوي تحت الفرع السابق ذكره، ولهذا كان مفهوم هذه العبارات يقصد به «البغاء»، ونعتقد ان المشرع لم يعوضها بكلمة دعارة او فجور الا تجنبيا للتكرار، اذ يلاحظ ذلك ايضا في النص بالفرنسية خصوصا وان الاتفاقية الدولية بشأن منع الاتجار في البشر واستغلال بغاء الآخرين، السالف ذكرها والتي دخلت نصوصها لمختلف تشريعات الدول الموقعة عليها قد استعملت عبارة «البغاء» في عنوان الاتفاقية وفي مضمونها، ولهذا سنحاول توضيح مفهوم البغاء على حدة.

لم يتفق الشراح حول تعريف موحد للبغاء وذلك راجع لعدم اتفاقهم على العناصر المكونة له سواء فيما يتعلق باطراف العلاقة فيه من حيث كونه يهم الاناث فقط او الاناث والذكور في علاقتهما الجنسية الطبيعية او يشمل بالاضافة الى ذلك بغاء الذكور بعضهم ببعض او ما يسمى بالواط وكذا بغاء الاناث، بعضهم مع بعض، او ما يسمى بالسحاق. او فيما يتعلق بالغاية منه هل يمارس لغاية مادية وماهي حدود هذه الاخيرة او يمكن ان يمارس لغاية أخرى وكذا من حيث تكرار الفعل هل يشترط فيه الاعتياد واتخاذة حرفة، او يدخل في نطاقه ما يمارس صدفة، الى غير ذلك من الاتجاهات التي دفعت بالمشرعين الى الاعراض عن وضع تعريف له. وقد سلكت منظمة الامم المتحدة نفس المنهج حيث انها لم تعرف البغاء في الاتفاقية الدولية السالفة الذكر.

وعلى كل فمفهوم البغاء حسب تطور معنى الكلمة اللاتيني (8) يعني الاعتقاد على عرض الذات للزبائن لغرض تجاري (9)، وقد عرف القانون الروماني البغاء متمثلا

= العرب ابن منظور فجر، عهر). اما البغاء بكسر الباء فيعني الفجور والعهر والزنى، ويقال بغت وتبغى. ومباغة وبغاء واطلقت اول الامر على الامة سواء كانت فاجرة أو غير فاجرة، كما قيل البغي ايضا بمعنى الفاجرة حرة كانت او امة والبغية في الولد هي نقيض الرشدة كما يقال ابن بغية (اي ابن زنا) لسان العرب بغي)، مرجع سابق وعرفته الموسوعة العربية بأنه «تقديم الانسان نفسه للاختلاط الجنسي لغرض تجاري» اشرف شفيق غربال طبعة 1965 ص 383.

ويشمل البغاء بالمفهوم السابق بغاء الذكور وبغاء الاناث خلافا لما كان عليه الامر من قبل اذا يقتصر مفهوم البغاء على الاناث فقط، ومع ذلك توجد بعض القوانين خصصت مدلوله للاناث فقط. جريدة لوموند موضوع تحت عنوان: استطلاع حول بغاء الذكور 9 يناير 1979 ص 6، وكذا نيازي حثاة مرجع سابق هامش ص 109. ومن هنا نرى ان كلا من هذه المصطلحات يعوض الآخر كما جاء في الشروح السابقة حيث يفسر العهر بالفجور والفجور بالدعارة ويفسر البغاء بالفجور والعهر بالزنا. وذلك بالرغم من محاولة اعطاء كل تسمية ميزة خاصة كتخصيص الفجور للذكور او وصفه بالتجاهز. نيازي حثاة ص 93.

(8) اصل الكلمة اللاتيني *Prostans* من *Pro* وتعني أمام *Sa uer gen* وضع *placer* باريز 1964 ص 15 وكذلك ان: اشيط مرجع سابق ص 25 - 26.

في الباغية بأنها هي «المرأة التي تستسلم للعموم لهدف مادي وليس لهدف جنسي» (10) كما أن القرار المتخذ في فرنسا بتاريخ 5 نونبر 1947 المتعلق بتطبيق القانون المؤسس للبطاقة الصحية والاجتماعية للبغاء، والذي ألغي فيما بعد، عرف الباغية بأنها «كل امرأة تعتاد على قبول ممارسة العلاقات الجنسية مع عدد غير محدود من الاشخاص مقابل أجر» (11).

وقد اتسع مفهوم البغاء حاليا ليشمل الاتصالات الجنسية غير المشروعة سواء كان طرفا العلاقة من جنس مغاير او مماثل ويستنتج ذلك من التعريف الذي اعطاه للباغية المستشار الاقتصادي والاجتماعي للامم المتحدة في طوكيو (قسم الدفاع الاجتماعي) في خاتمة دراسته حول اسيا والشرق الاوسط وهو «كل شخص من جنس أو من الآخر يقدم نفسه في مقابل شيء طبيعي او مادي» (12) بصفة اعتيادية وبأية طريقة كانت سواء استغرقت كل وقته او جزءا منه للعلاقات الجنسية العادية او غير العادية مع أشخاص متنوعين سواء من نفس جنسه أو من جنس مغاير» (13).

المبحث الثاني :

تعريف بعض جرائم العرض المشابهة لجريمة الفساد: الاغتصاب، الخيانة الزوجية

تعرض المشرع المغربي لجرائم العرض في المواد 483 - 504 من القانون الجنائي (14) وهي تشمل الافعال المتعلقة بالممارسات الجنسية غير المشروعة سواء بين جنسين متغايرين كجريمة الفساد والاغتصاب والخيانة الزوجية وهتك العرض متى تم هذا الاخير بالمواقعة بين ذكر وانثى (15) او كانت بين شخصين او أكثر من جنس واحد كجرائم الشذوذ الجنسي، كما تشمل الافعال التي لا ترقى الى الاتصال الجنسي ولكنها تشكل انتهاكا للآداب العامة كجريمة الاخلال العلني بالحياء أو تشكل اخلافا بالنظام العام وحقوق الفرد كجرائم التحريض والوساطة والاستغلال في البغاء.

(10) ج غابريال، ويقصد هنا هدف المرأة وليس هدف الرجل لان غاية هذا الاخير جنسية بطبيعة الحال.

(11) جاء التعريف كما يلي : Toutes femme qui consent habituellement à des rapports sexuelles avec un nombre indéterminé d'individus moyennement rémunération».

(12) هناك بعض القوانين التي لا تشترط لتوفر جريمة البغاء الاجر او العمومية كما هو الشأن في اندونيسيا والدومنيك ومنها ما تطلقه على كل واقعة جنسية غير مشروعة كليبيا وفلوريدا. الا أن عدد هذه القوانين قليل جدا إذ لا يشكل الاستثناء عن المعنى المأخوذ به في بقية التشريعات. المرجع السابق ص 17 نيازي حتاة مرجع سابق ص 168.

(13) مارسيل سيكوط مرجع سابق ص 76.

ورغم هذا التطور القانوني في مفهوم البغاء، فإن الاغلبية لازالت تربط البغاء بالمرأة فقط.

(14) كما تعرض للافعال المخلة بالآداب العامة في المواد 59 - 66 من قانون الصحافة.

(15) جريمة هتك العرض يمكن أن تتوفر بين رجل وامرأة اذا كان الضحية قاصرا أو اذا استعمل معه العنف ولو لم يكن قاصرا د. الخليلي. القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 181.

ومن جهة أخرى، فإن رضى الطرفين يلعب دورا هاما في تغيير وصف الجريمة كما هو الشأن بين جريمة الفساد وجريمة الاغتصاب، إذ يعاقب الجاني في هذه الأخيرة بعقوبة اشد وذلك لانتفاء رضى الضحية فيها، كما أن جريمة هتك العرض لا تتوفر الا اذا كان المجني عليه قاصرا او استعمل معه العنف.

وتنحى لن تعرض لهذه الجرائم كلها، وانما نقصر على ما يشابه منها مع جريمة الفساد من حيث الاطراف ومن حيث الفعل المادي، ولهذا سيقصر تعريفنا على جريمة الاغتصاب وجريمة الخيانة الزوجية لما لهما من أوجه الشبه مع جريمة الفساد من حيث الأوجه المذكورة، اما بالنسبة لجريمة هتك العرض فإنه يمكن أن تقع على الذكر أو على الأنثى كما يمكن أن يكون ركنها المادي الواقعة الجنسية أو ملبونها (16) بالإضافة الى اشتراط وقوعها بالعنف أو على قاصر دون الخمسة عشرة من العمر (17) ولهذا لن ندخلها في هذه المقارنة.

جريمة الاغتصاب

ستلبي نظرة وجيزة على عناصر الاغتصاب ثم نحدد مميزاته عن الفساد.
عناصر الاغتصاب :

ينص الفصل 486 ق.ج على أن «الاغتصاب هو واقعة رجل لامرأة بدون رضاها ويعاقب عليه بالسجن من خمس الى عشر سنوات.
فإذا كان من المجني عليها تقل عن خمسة عشر عاما فإن العقوبة هي السجن من عشر الى عشرين سنة».

من خلال التعريف (18) الوارد في الفقرة الاولى يمكن تحديد أركان جريمة الاغتصاب كالتالي :

أ - واقعة رجل لامرأة : وهذه الواقعة هي التي تشكل الركن المادي لجريمة الاغتصاب ويتم بإبلاج عضو الذكر للرجل في عضو الأنثى للمرأة سواء كان الإبلاج كاملا أم لا. وهي نفس الواقعة المتطلبية في جريمة الفساد (19) مع اضافة

(16) لأن المحاولة يعاقب عليها في جريمة هتك العرض كما تنص عليها المادة 484 و 485 ق.ج.
(17) فإن لم يستعمل العنف ولم يقع على قاصر وكانت بين رجل وامرأة صارت جريمة الفساد تنظر الحكم

(18) وقد عرفت مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل العراقية بأنه «واقعة الأنثى الغير الحل للفاعل دون رضاها وبذلك إبلاج عضو الذكر جزءا أو كليا في المكان المعد له في جسم الأنثى»، العدد الاول السنة الخامسة 1974 بحدود ص 126.

(19) في القانون الجنائي المغربي لا يكون الاغتصاب الا من رجل على امرأة إذ لا يشمل الفصل 486 اغتصاب المرأة للرجل وذلك لصعوبة تصور وقوعه من طرف المرأة. وقد قال ابو حنيفة «ان اكراه الرجل غير متصور

لا يمكن من أن يكون الرجل لا بعد انتشار الآلة» والاغتصاب يصعب أن يتوفر عند الرجل وهو مكره. الا ان هذا التعريف حيث يمكن أن تشمل اغتصاب الرجل أيضا على عكس المشرع المغربي الذي لم يعتبر الا المرأة كضحية

في جريمة الاغتصاب الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول العربية. محمد عبد الرحيم عتر ج 4 ص 37 والهاشم رقم 2 من نفس الصفحة.

مواقعة الرجل للمرأة من دبرها عن طواعية بالنسبة للفساد.
ومواقعة الرجل لزوجته بدون رضاها لاتعتبر اغتصابا لان ذلك يعد من حقوق الزوجية. (20).

ب) انعدام رضا المرأة : تعطي التشريعات التي لاتعاقب على المعاشرة الجنسية غير المشروعة أهمية كبيرة لعنصر الرضا في جريمة الاغتصاب لان عدم توفره هو الاساس الذي جرم من أجله الفعل حيث ينقله من الاباحة الى التحريم، مالم يتخذ وصفا لجريمة أخرى، في حين يكون الرضا في ق.ج مميزا بين جريمتين هما الفساد والاغتصاب وليس فاصلا بين جريمة وفعل مباح كما هو الشأن في التشريعات السالفة الذكر، لان المشرع المغربي يعاقب على ممارسة العلاقة الجنسية خارج اطار الزواج ولو توفر رضا الطرفين وذلك بجنحة الفساد واذا انعدم هذا الرضا فانه يغير من وصف الجريمة فقط وينقلها من فساد الى اغتصاب.

ويتوفر عنصر انعدام رضا المرأة في جريمة الاغتصاب متى استعمل الجاني وسائل القوة أو التهديد أو الخداع واذا استغلها في وضع تكون فيه فاقدة القدرة على المقاومة نتيجة فقدان العقل أو الشعور، وبصفة عامة سواء استعمل الجاني من أجل ذلك اكراها ماديا أو معنويا.

ويجب أن تبلغ وسائل الاكراه المستعملة، المادية منها والمعنوية، درجة كافية لتعطيل مقاومة المرأة (21) كما أن على القاضي التأكد من مقاومة هذه الأخيرة (22).

ج - القصد الجنائي : ويتحقق اذا انصرفت نية الجاني وقت ارتكابه فعلته الى واقعة المرأة دون رضاها، اذ يشترط ان يكون الجاني على علم بما يمارسه من فعل مادي من جهة وبأنه يمارس هذا الفعل على امرأة دون رضاها من جهة أخرى، وان كان بإمكان الجاني فيما يتعلق بعلمه بحقيقة نشاطه المادي أن يثبت انه ذهب ضحية الغلط في شخص زوجته أو جهل انتهاء علاقته الزوجية معها (23).

وعلى كل فاستعمال القوة والعنف ووسائل التهديد والخداع كاف لاثبات قصد الجاني

(20) انظر في كل هذا حسن البيغال، الجرائم المخجلة بالأدب ص 345 وما بعدها.

- شرح قانون العقوبات مرجع سابق ص 232 وما بعدها.

د. الخليلي، القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 216.

(21) الا أن القضاء والفقه ذهبوا حديثا في اجلترا الى أنه يكفي لتحقيق الجريمة أن تكون الواقعة قد تمت دون رغبة المجنى عليها ولو لم يستخدم العنف ضدها. مجلة العدالة العراقية مرجع سابق هامش رقم 13 ص 128. كما ذهب الأستاذ الخليلي الى امكانية تحقق جريمة الاغتصاب ولو لم تد المرأة أية مقاومة نظر لظروفها المحيطة. القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 216.

(22) لان بعض الدراسات النفسية الحديثة أثبتت ان هناك عددا من الفتيات يحتجن الى ممارسة الفعل عليهن نوعا من الضغط والكسر ليحجبن شعورهن الداخلي بالذنب، وراء الاكراه الذي مورس عليهن. مجلة العدالة العراقية هامش رقم 17 ص 128. ويدخل ضمن ذلك أيضا من يحتجن لاثارتهم جنسيا تلقى بعض انواع العنف والتعذيب يبدو في شكل اكراه، في حين انها طريقة مرغوب فيها من طرف الفتاة وهي مايسمى اصحابها بالماروشيين (les mas chieuses).

(23) د. الخليلي، القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 216.

الا أنه بإمكانه اثبات عدم جدية مقاومة المرأة أو ممانعتها (24).

وبالرجوع الى ما سبق وبالاستناد الى ماسياتي بيانه فيما يتعلق بجريمة الفساد

يمكن تحديد الفرق بين جريمة الاغتصاب وجريمة الفساد في النقاط التالية :

(1) الرضا : عنصر الرضا يتوفر في جريمة الفساد، في حين لا يتوفر عند الضحية في جريمة الاغتصاب.

(2) الضحية : جريمة الاغتصاب تعتبر فيها أحد أطراف العلاقة الجنسية ضحية وهي المرأة أما في جريمة الفساد فيعاقب كلا طرفي العلاقة بصفتهم مرتكبين لهذه الجريمة ولا يوجد بينهما أية ضحية.

(3) وسائل الاثبات : جريمة الاغتصاب تخضع في اثباتها للقواعد العامة للاثبات في المواد الجنائية، وهي غير محددة اذ يمكن للقاضي ان يسند اقتناعه لاية وسيلة مشروعة، أما جريمة الفساد فوسائل اثباتها محددة من طرف المشرع.

(4) العقوبة : يعاقب على جريمة الفساد «بالحبس من شهر واحد الى سنة» م 490 ق.ج اما عقوبة جريمة الاغتصاب فيعاقب عليها بالسجن من «خمس الى عشر سنوات» ويصل الحد الاقصى لمدة العقوبة الى ثلاثين سنة اذا ما صاحبته أحد ظروف التشديد على حسب التفصيل الوارد في الفصلين 486 و 487 ق.ج.

جريمة الخيانة الزوجية

سنلقي نظرة عامة على العناصر المكونة للخيانة الزوجية ثم نحدد مميزاتها عن جريمة الفساد.

عناصر الخيانة الزوجية

تنص الفقرة الاولى من الفصل 491 ق ج على أنه «يعاقب بالحبس من سنة الى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية، ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة الا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه».

والمشرع لم يعرف جريمة الخيانة الزوجية الا أنه من حيث مدلول العبارة الواردة في النص ومن حيث ترتيبها مباشرة بعد جريمة الفساد ومن حيث اشراكها مع هذه الأخيرة في تحديد وسائل الاثبات الخاصة بهما ومن حيث كذلك التنصيص عليها ضمن جرائم العرض، يمكن القول بأنها العلاقة الجنسية التي تمارس خارج اطار الزواج من

(24) حسن البغال مرجع سابق ص 348 - 349.
- محمد عبد الرحيم عنبر مرجع سابق ص 42.
- احمد امين ص 237.

طرف شخص متزوج (25). ولهذا فهي لا تختلف عن جريمة الفساد من حيث التجريم الا لكون الجاني فيها متزوجا اذ يكون زواجه بمثابة ظرف مشدد يغير وصف الجريمة من فساد الى خيانة زوجية» (26).

ويمكن تحديد أركان جريمة الخيانة الزوجية فيما يلي :

أ - علاقة جنسية : وهي المواقعة التي تكون الركن المادي في هذه الجريمة كما هو الشأن في جريمة الاغتصاب السابقة وجريمة الفساد اللاحقة.

الا أن مفهوم العلاقة الجنسية هنا لا يقتصر على موقعة الرجل للمرأة بايلاج عضوه التناسلي في مقابلة عند المرأة وانما يشمل أيضا اتيان المرأة من دبرها لان الغاية من التجريم لا تقتصر على منع النتائج المترتبة على العلاقة الجنسية كالحمل واختلاط الانساب (27)، وانما للحفاظ أيضا على الحقوق الناتجة عن عقد الزواج (28) الذي يربط الزوجين ببعضهما البعض.

ب - زواج الجاني : اذ لا تكون هناك خيانة زوجية مالم يكن الجاني مرتبطا بعقد زواج غير منته بفسخ او طلاق (29) أو وفاة.

ج - القصد الجنائي : وهو أن يقوم الجاني بالفعل وهو عن بينة واختيار دون أن يكون مرغما تحت تأثير خلل عقلي أو فقدان الشعور بواسطة مسكر أو منوم ودون أن يكون قد تسبب اختياريا في فقدانه للشعور.

هذا ويجب أن يكون الجاني عالما بارتباطه بعقد زواج قائم.

والنيابة العامة لا يحق لها تحريك الدعوى العمومية الا بناء على شكوى من الزوج الضحية ماعدا في حالة وجود الزوج خارج المملكة حيث بإمكان النيابة العامة هنا متابعة زوجته التي «تتعاطى الفساد بصفة ظاهرة» (30) الفصل 491 ق.ج وهذا يقتصر الامر على المرأة أما الرجل الذي توجد زوجته خارج المملكة فلا تطبق عليه هذه الحالة (31).

(25) «الزنا هو الاتصال الجنسي غير المشروع الذي يقوم به أحد الأزواج مع غير المتزوج بهم» حسن البغال، مرجع سابق ص 314.

(26) د. الخليلي، القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 197.

(27) لانه لو كان كذلك لما توبع بهذه الجريمة الزوج العقيم والمرأة المسنة أو الحامل أو الحائض كما أن المشرع سيشرط اتمام الشهوة على الاقل بالنسبة للرجل.

(28) أغلبية التشريعات لم تعاقب على مجرد المواقعة غير المشروعة كالقانون المصري والفرنسي، ولهذا نجدهم يعلقون الغاية من التحريم على المس بحقوق الزوجية فقط، وقد عرف «موران» «الزنا بأنه تدنيس فراش الزوجية وانتهاك حرمتها بتمام الوطء» حافظ نور ص 9 - 10. كما اعتبر البعض العلاقة الجنسية غير الطبيعية لا تكون الركن المادي لجريمة الزنا.

(M.R. ussele . P.Arpañance. J.Parodi . pénal shénal . édition - 1972 P 515 V

(29) وذلك بعد انتهاء عدة الطلاق الرجعي او بعد طلاق باتن.

(30) يلاحظ أن المشرع المغربي استعمل هنا عبارة «تتعاطى الفساد» فهل يعني بها توفر عنصر الاعتداء على الفساد، وإذا كان كذلك فيجب عدم معاقبة المرأة اذا ارتكبت الفعل مرة واحدة في حين يعاقب شريكها للمرة الاولى.

(31) وهي تفرقة لامبرر لها بالاضافة الى أن المشرع أعطى هذا الحق للنيابة العامة اذا كان الزوج خارج المملكة ولهذا فالمشرع لم يأخذ بعين الاعتبار المسافة التي تفصل بين الزوجة وزوجها وعلى هذا الاساس =

ورغم تقديم الشكوى من طرف الزوج الضحية وتحريك الدعوى العمومية ولو بعد الحكم النهائي فيها فإنه بإمكان هذا الزوج التنازل عن شكايته ووضع حد للمتابعة أو المواخذه بالنسبة لزوجته.

ويمكن تلخيص مميزات الخيانة الزوجية في النقاط التالية :

- (1) الاطراف : يجب أن يكون الطرفان أو أحدهما متزوجا.
- (2) المتابعة : المتابعة تتوقف على شكوى الا بالنسبة للشريك غير المتزوج اذا لم تقدم شكوى بالشخص المتزوج الذي مارس معه العلاقة الجنسية كما أنه بإمكان الضحية وضع حد بالنسبة لمتابعة زوجها.
- (3) العقوبة : تعاقب جريمة الخيانة الزوجية بالحبس من سنة الى سنتين مع حفظ حق الضحية بالمطالبة بالحق المدني.

= لا يمكن متابعة الزوجة التي تتعاطى الفساد بصفة ظاهرة في مدينة تطوان مثلا ويوجد زوجها في أكادير في حين يمكن متابعتها اذا كان زوجها في مدينة سبتة.

الباب الاول :

أركان جريمة الفساد

قبل التفصيل في موضوعات هذا الباب نتطرق في مقدمة وجيزة الى تعريف جريمة الفساد في القانون الجنائي المغربي وفي الشريعة الاسلامية والقانون المقارن.

مقدمة :

أولاً : تعريف جريمة الفساد في القانون الجنائي المغربي :

نص المشرع المغربي على جريمة الفساد في مجموعة القانون الجنائي الصادرة بتاريخ 26 نونبر 1962، في الفرع السادس من الباب الثامن من الكتاب الثالث تحت عنوان «في انتهاك الآداب».

وقد عرف الفصل 490 ق.ج هذه الجريمة بقوله «كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة الفساد ويعاقب عليها بالحبس من شهر واحد الى سنة» (1).

وبمقابلة هذا الفصل مع الفصل 258 من القانون الجنائي الملغى نجد أن المشرع في هذا الأخير لم يعرف الجريمة، كما أنه كان يطلق عليها جريمة الزنا عوضاً عن «الفساد» وهو يقصد بذلك زنا غير المحصن لأن الفصل 264 من نفس القانون استعمل عبارة «الزانية المحصنة».

ويتم الفصل 490 ق.ج المتعلق بجريمة الفساد بعدم التمييز بين الرجل والمرأة على عكس ما كان يعرفه القانون الملغى فيما يتعلق بزنا المحصن حيث كان ينص على معاقبة «الزانية المحصنة» دون الزاني المحصن (2).

(1) جاء نص الفصل 490 بالفرنسية كما يلي :

« Sont punis de l'emprisonnement d'un mois à un an, toutes personnes de sexes différents qui n'étaient pas unies par les liens du mariage, ou en relation des relations sexuelles ».

ويلاحظ أن هذا النص لم يتضمن الترجمة الدقيقة لمقابله بالعربية ذلك أنه لم يعط تسمية لهذه الجريمة كما جاء في النص العربي الذي أطلق عليها جريمة «الفساد» بالإضافة الى تعبيره عن أطراف العلاقة الجنسية بعبارة «كل شخص من جنس مختلف» في حين عبر عنها النص العربي بـ «رجل وامرأة» إلا أن هذا الاختلاف في العبارة لا يؤثر على المضمون القانوني للنصين.

(2) وهذا التمييز لازالت تعرفه كثير من التشريعات الجنائية كقانون العقوبات الاردني (م 282 و 283) والسوري (م 437) كما كان يعرفه أيضا القانون الجنائي الفرنسي قبل إلغائه أخيراً لعقوبة الخيانة الزوجية، فهذه القوانين تشترط لمعاقبة الرجل المتزوج أن يكون اتصاله الجنسي بغير زوجته قد تم في بيت الزوجية في حين يعاقب المرأة ولو زنت في أي مكان كما أن عقوبتها أشد من العقوبة المحددة للرجل.

وجريمة الفساد تهم الأشخاص غير المرتبطين بعلاقة زواج مع الغير، وهذا لم يرد صراحة في الفصل 490 ق ج، إلا أن ما يستفاد من مقارنته مع الفصل 491 ق ج المتعلق بالخيانة الزوجية يدل على أن جريمة الفساد لا تطبق إلا على غير المتزوجين (3).

والمؤاخذة بهذه الجريمة لا تخضع لأي استثناء متعلق بدين الجاني أو قانونه الوطني مادام قد ارتكب الفعل في إقليم الدولة المغربية، ومادام ق. ج المغربي لم يتضمن استثناءات خاصة بالأجانب أو غير المسلمين (4) في هذا المجال ولهذا لا داعي للتحفظ الذي أثير بشأن هذا الموضوع (5) لأنه يتعارض مع احترام المبادئ العامة لتطبيق القانون الجنائي من حيث المكان، ولأنه سيؤدي في الحالة التي يكون فيها أحد الأطراف مغربيا إلى متابعة هذا الأخير فقط دون الطرف الثاني الذي سيستفيد من قانونه الجنائي الوطني ولو تحت سيادة دولة أخرى.

حقيقة أن مؤاخذة الأجنبي بجريمة الفساد التي لا يعاقب عليها قانونه الوطني تؤدي إلى مفاجأته بالعقاب على فعل تعود على إباحيته في وطنه خصوصا بالنسبة للأجانب السياح الذين قد يتعذر عليهم الاطلاع على القانون الجنائي المغربي، إلا أن هذا لا يمكن أن يؤثر على احترام سيادة الدولة ومبادئها القانونية (6) من حيث التجريم والعقاب وإنما يمكن أن يؤخذ بعين الاعتبار في تقرير العقوبة المحكوم بها على المتهم الأجنبي وتمتيعه بظروف التخفيف مراعاة لجهله بقانون دولة أجنبية.

والمرجع المغربي استقى العقاب على الفساد من أحكام الشريعة الإسلامية التي ظلت مطبقة في المغرب منذ اعتناقه للإسلام إلا أن عقابه على هذه الجريمة لم يأت مطابقا لما تضمنته الشريعة في مجال الزنا سواء من حيث طرق اثباتها أو من حيث نوع العقوبة المخصصة لها، كما سنشير إلى ذلك في حينه.

(3) انظر 'code pénal annoté' وزارة العدل ص 194.
(4) كما هو الشأن في جريمة التجاهر بالافطار في نهار رمضان المنصوص عليها في الفصل 222 ق ج التي اشترطت للعقاب بهذه الجريمة أن يكون الجاني قد «عرف باعتناقه الدين الإسلامي».
(5) جاء في التعليق على المادة 490 ق ج: «أن هذا الفصل الذي يطبق مجردا عن كل اعتبار يتعلق بالسن سهل التطبيق في حالة قمع الفساد، إلا أنه يقتضي بعض الدقة في حالة ما إذا كان المتفاعلين بالتين راشدين متمسكين بحرية التصرف الشخصية خاصة إذا كانا أجنبيين لا تفرض عليهما قوانين بلادهما مثل هذه القيود».
- القانون الجنائي في شروح، وزارة العدل 1968 ص 432.
code pénal annoté، وزارة العدل مرجع سابق ص 194.
- القانون الجنائي المغربي، سلسلة الدلائل والشروح، المعهد الوطني للدراسات القضائية عدد 19825 ص 344.

(6) ونظن أن السلطات المغربية تراعي وضعية الأجانب في هذا الموضوع حيث لا تخضعهم للرقابة التي تفرضها على المواطنين كاعفاء الرجل والمرأة الأجنبيين من الإلءاء بعقد الزواج لأجل حجز غرفة في فندق مثلا خصوصا من أجل المحافظة على سياسة تشجيع السياحة بالمغرب.

ثانيا : تعريف الفساد (الزنا) في الشريعة الاسلامية :

يعتبر الزنا (7) في الشريعة الاسلامية من جرائم الحدود (8)، وقد قال الله تعالى فيه : «واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فان شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا، واللذان يأتياها منكم فادبوها فان تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما ان الله كان توابا رحيمًا». (سورة النساء آية 15).

ولما نزلت سورة النور نسخت الآيات السابقة بقوله تعالى : «والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين، الزاني لا ينكح الا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين» (آية 2 - 3).

وجاء في القرآن الكريم أيضا : «ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة» (سورة الاسراء آية 32) «ولا يزنون» (سورة الفرقان آية 68) «والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم ... فاولئك هم العادون» (سورة المؤمنين آية 6 و 7).

وجاء في المحلى أنه روي عن طريق البخاري عن آدم بن شعبة عن الاعمش عن ذكوان - هو أبو صالح - عن أبي هريرة قال قال رسول الله ص : «لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن ولا يشرب حين يشرب وهو مؤمن والتوبة معروضة» (9). وجاء فيه أيضا أن أبا محمد قال حدثنا حمام بن عباس بن أبصغ بن محمد بن عبد الملك ابن أيمن بن محمد بن اسماعيل الترمذي بن الحموي بن شعبان بن عيينة عن الاعمش عن عبد الله بن مرة عن مسروق عن عبد الله بن مسعود أن رسول الله ص قال : «لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله الا في احدى ثلاث: رجل كفر بعد ايمانه أو زنى بعد احصائه أو نفس بنفس» (10).

وجاء في المحلى أيضا أن الله تعالى حرم الزنا وجعله من الكبائر وتوعد فيه بالنار وقال أبو محمد : عظم الله تعالى الزنا على بعض وكله عظيم ولكن المعاصي بعضها أكبر من بعض فعظم الله الزنا بحليلة الجار وبامرأة المجاهد وزنا الشيخ» (11).

(7) كلمة الزنا يصح مدحا أو كسرها فهي عند أهل الحجاز بالكسر وعند أهل نجد بالمد ولهذا قيل لا ين الزنا بابين المكسور والممدود، ويطلق على الزنا شرعا ليخرج من الزنا الذي ليس فيه حد كالنكاح بدون ولي ومن لاظ بنفسه ووطء الصبي والمجنون، فهذا وان كان يسمى زنا الا أنه لا يسمى زنا شرعا. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير الجزء الرابع دار الفكر الطبعة الجديدة ص 313.

(8) الحد لغة هو المنع ومنه سمي البواب حدا لانه يمنع الناس من الدخول وشرعا هو عقوبة مقدرة واجب حقا لله تعالى. ويقابلها التعزير الذي هو عقوبة للملح غير مقدرة، وكذا القصاص الذي هو عقوبة مقدرة ولكنها حق للاسلامية تركبها الجزء السابع ص 33.

(9) المحلى لابن حزم ج 2 منشورات دار الثقافة الجديدة بيروت ص 227.

(10) المحلى ج 2 ص 228.

(11) انظر الاحاديث المروية في هذا الشأن. المحلى ج 2 ص 228.

وقد اتفق ائمة المذاهب الاسلامية على تحريم الزنا⁽¹²⁾ . انهم اختلفوا في تعريفه بل ان فقهاء المذهب الواحد عرفوا نفس الاختلاف⁽¹³⁾ . فالمذهب المالكي يعرف الزنا بأنه «وطء مكلف مسلم فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمدا»⁽¹⁴⁾ كما يعرفه أيضا «وطء مكلف مسلم فرج آدمي»⁽¹⁵⁾.

كما جاء في مغني المحتاج عن المذهب الشافعي أن الزنا هو «ايلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال من الشبهة مشتهى يوجب الحد»⁽¹⁶⁾.

وورد في بدائع الصنائع عن المذهب الحنفي أن «الزنا هو اسم للوطء الحرام قبل المرأة الحية في حال الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاستباه في موضع الاستباه في الملك والنكاح جميعا»⁽¹⁷⁾.

وبصفة عامة فإن أئمة مذاهب الشريعة الاسلامية اتفقوا حول عنصرين أساسيين لقيام الزنا وهما الوطء الحرام والتعمد واختلفوا في عناصر أخرى منها ما يتعلق بقيام جريمة الزنا ذاتها كاشتراط الوطء في القبل وكون الموطوءة حية وتحديد مفهوم الشبهة التي تدرأ الحد، ومنها ما يتعلق بالعقاب عليها كاختلافهم حول اعفاء الرجل المكروه من العقاب على الزنا أو في اشتراط أن يكون الراني مسلما⁽¹⁸⁾.

والزنا في الشريعة الاسلامية نوعان زنا المحصن وهو مايقابل الخيانة الزوجية (الفصل 491 ق ج) في القانون الجنائي المغربي، وزنا غير المحصن وتقابله جريمة الفساد المنصوص عليها في الفصل 490 وهي موضوع بحثنا.

ثالثا : تعريف الفساد في القانون المقارن :

أما بالنسبة للقانون المقارن وخصوصا الدول العربية والاسلامية فانها تطلق كلمة الزنا بصفة مجردة وتقصد بها زنا المحصنين وحسب ما استطعنا الاطلاع عليه من القوانين الجنائية لهذه الدول فاننا لم نعثر على مايعاقب منها على جريمة الفساد الا البعض القليل كالقانون الليبي⁽¹⁹⁾ والقطري⁽²⁰⁾ والكويتي⁽²¹⁾، أما الباقي فانه يقيد

(12) فاروق النبهان. مباحث في التشريع الجنائي الاسلامي، وكالة المطبوعات الكويت. دار العلم الطبعة الاولى 1977 ص 211.

(13) الدسوقي، مرجع سابق، ص 313.

(14) شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل الجزء الرابع بيروت 1978 ص 74.

(15) مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج، شرح الشربيني على متن منهاج الطالبين ليحيى بن شرف النوري الجزء الرابع دار الفكر بيروت ص 144.

وجاء فيه أن الشبهة ثلاثة أقسام : شبهة فاعل كأن يكون جاهلا وشبهة محل انها زوجته وشبهة جهة كالنكاح بلا ولي. الصفحة نفسها.

(16) بدائع الصنائع، مرجع سابق ص 33.

(17) انظر النبهان ص 211 وما بعدها.

(18) تنص الفقرة الرابعة في المادة 407 من قانون العقوبات الليبي على أن «كل من واقع انساانا برضاه يعاقب هو وشريكه بالسجن مدة لاتزيد على خمس سنوات» وقد اضيفت هذه الفقرة الى المادة 407 بموجب القانون رقم 70 لسنة 1973 المنشور بالجريدة الرسمية رقم 43 لسنة 1973.

(19) المادة 211 و 212 من قانون العقوبات القطري.

(20) المادة 194 من قانون الجزاء الكويتي رقم 16 لسنة 1960.

المؤاخذة بهذه الجريمة بوجود توفر عناصر أخرى كاشتراط ممارسة العلاقة الجنسية مع أحد المحارم (21) أو كون الفاعل وصيا على الانثى التي لم تبلغ الواحدة والعشرين من عمرها أو مكلفا بتربيتها... الخ (22) كان هذا تعريفا مختصرا بجريمة الفساد وموقف الشريعة الاسلامية والقانون المقارن منها.

ونتقل الآن الى دراسة أركان هذه الجريمة في ثلاثة فصول نخصص الاول لركن العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة والثاني لركن عدم ارتباط الفاعلين بعلاقة زواج والثالث للقصد الجنائي.

(21) كالمادة 336 من قانون العقوبات السوري الفلسطيني لعام 1979 والمادة 285 من ق ع الاردني والمادة 435 من ق ع السوداني.
(22) المادة 155 في ع البحريني لسنة 1955.
فهذه المواد السابقة تعاقب على الفعل الجنسي اذا توفرت فيه الشروط المشار اليها في المتن ودون ان تشكل وصفا لجريمة اخرى كالاغتصاب والخيانة الزوجية وهتك العرض والبقاء التي تخصص لها هذه القوانين مواد خاصة بها.

الفصل الاول :

علاقة جنسية بين رجل وامرأة

يتطلب الركن المادي لجريمة الفساد حصول علاقة جنسية بين رجل وامرأة ولهذا لا يكفي الفعل بجريمة الفساد الا اذا تضمن ارتباطا جنسيا يهدف منه الطرفان عادة الى تلبية غريزتهما الجنسية أو غريزة احدهما فقط. كما يجب ان تكون هذه العلاقة بين رجل وامرأة، أما ما يمارس بين رجل وآخر أو امرأة وأخرى أو ما يمارسه الانسان مع الحيوان أو على نفسه فانه يخرج عن التعريف الذي أعطاه المشرع لجريمة الفساد، وقد تطبق على هذه الحالات أوصاف جرائم أخرى سنشير إليها في حينه.

وسنقسم هذا الفصل الى مبحثين نتعرض في الاول لتحديد مفهوم العلاقة الجنسية الوارد في تعريف جريمة الفساد، وفي الثاني لاطراف هذه العلاقة اللذين هما الرجل والمرأة من حيث تحديد المقصود بهما في هذه الجريمة.

المبحث الاول :

علاقة جنسية

اتفق الفقهاء والشرائح سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الاسلامية على أن النشاط المادي لجريمة الفساد أو الزنا يتطلب حدوث الواقعة، وهذه لا تتم الا بإيلاج عضو ذكر الرجل في عضو أنثى المرأة، أما مادون الواقعة من أفعال تسبقها عادة أو تحيط بها فلا تعتبر مكونة للركن المادي لجريمة الفساد. الا أن عبارة «العلاقة الجنسية» التي استعملها المشرع في تعريفه لجريمة الفساد يمكن أن تشمل في نظرنا ممارسات جنسية أخرى تتم دون حدوث الواقعة خصوصا وأن هناك طرقا متعددة لتلبية الغريزة الجنسية تتم بين الرجل والمرأة دون أن يقع الإيلاج.

ولهذا سنتطرق في هذا المبحث الى تحديد النشاط المادي الذي تتطلب فيه الواقعة ثم نتولى مناقشة مدى شمول «العلاقة الجنسية» لبعض الطرق التي يمارس بها الجنس بين رجل وامرأة دون أن تحصل الواقعة.

أولا : النشاط المادي لجريمة الفساد :

وستتناوله من خلال الموضوعات التالية :

- الوطء
- محل الوطء
- الوطء مع وجود البكارة أو الرق

- محارلة الوطء
- تضمن الحكم بالادانة لوقوع الوطء فعلا.

أ. الوطء :

النشاط المادي لجريمة الفساد يجب أن يتم بإيلاج العضو التناسلي للرجل في مثيله عند المرأة، ولا يشترط في ذلك أن يصل كلاهما إلى تحقيق ذروة اللذة الجنسية بل يكفي أن يحصل الإيلاج سواء كان جزئيا أو كليا وهذا ما يسمى بالوطء أو المواقعة (1).

وقد عبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن هذا الإيلاج بالوطء الذي يتم بتغيب الحشفة أو قدرها من مقطوعها في الفرج (2) ولا يكفي بادخال جزء منها فقط (3). وذلك استنادا إلى ما رواه داود أن النبي ص سأل ماعزا الأسلمي الذي أقر بالزنا عنده «أنكته؟» قال نعم، قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها؟ قال نعم، قال كما يغيب الميل في المكحلة والرشاء في البئر؟ قال نعم، قال فهل تدري ما الزنا؟ قال نعم أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا...» (4).

ولكي يتم الإيلاج يجب أن يكون الرجل قادرا عليه والمرأة قابلة له، فالرجل يجب أن يكون غير مجبوب أو مقطوع ذكر (5) لأنه إذا كان كذلك لا يمكن أن يتصور منه إيلاج لعدم توافره على عضو للتذكير وبالتالي لا يحدث فعل الوطء الذي يكون الركن المادي لجريمة الفساد، كما يجب أن يكون الإيلاج بواسطة ذكر إنسان متصل

(1) الوطء والوقاع والمواقعة لها نفس المعنى من حيث الممارسة المادية لها فقد عبر الأستاذ الخليلي (القانون الجنائي الخاص الجزء الثاني ص 156) عن هذا الإيلاج بالمواقعة كما أطلق عليه حافظ نور (مرجع سابق ص 129) مرة الوقاع وأخرى الوطء انظر في هذا المجال أيضا بالنسبة للقانون والقضاء التونسي : مجلة الحق في موضوع تحت عنوان «تهمة الزنا حال العدة» بلفاسم خميس ثلث سنوية يصدرها اتحاد المحامين العرب. السنة الرابعة العدد الأول يناير 1973 القاهرة ص 34. أما عطية راغب فيفرق بين الوطء والوقاع لأنه يرى أن «الوطء هو التحام ذكر وأنثى في حين أن الوقاع يتطلب لتوافره علاوة على الالتحام الواجب توافره في الوطن في حين أن الوطء لا يتضمن وقاعا. الجرائم الجنسية في التشريع المصري. القاهرة 1957 ص 31 هامش رقم 3. هذا وهناك بعض الدول العربية تطلق كلمة الوقاع كاسم لجريمة الاغتصاب لأن فعل الوقاع هو العنصر الأساسي في الجريمة. وقد عرف المشرع البحريني المواقعة في المادة 150 من قانون العقوبات بقوله «تعتبر المواقعة الجنسية أنها قد حدثت وتمت عند دخول العضو الجنسي للذكر لائق درجة سواء كان ذلك الدخول مصحوبا بإفراز المنى أم لا».

(2) وقد جاء في حاشية الدسوقي أن الوطء هو تغيب الحشفة أو قدرها ولو بحائل خفيف لا يمنع اللذة مرجع سابق ص 313 انظر نفس المعنى في كتاب الام للشافعي. المجلد الثالث الجزء السادس دار المعرفة ببيروت 1973 ص 155.

(3) مغني المحتاج ص 144.

(4) ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد الجزء الثالث المؤسسة العربية للطباعة والنشر ص 206 وقد روى الحديث على عدة الفاظ اكتفينا بواحد منها.

(5) والمجبوب هو «الخصي الذي قد استوصل ذكره وخصياه وقد جب جبا». لسان العرب حرف جب. وهذا ما أنظر مثلا الزرقاني، مرجع سابق ص 78 وكذا شمس الدين السرخسي، المبسوط المجلد الخامس دار الفكر للطباعة ببيروت 1978 باب الحدود ص 50 الذي جاء فيه أيضا أن المجبوب لا يحد ولو أقر بالزنا لأنه ليست له آلة الزنا أما الخصي أن أقر أو قامت عليه البينة بالزنا فيحد لأنه يتوفر على آلة الزنا ولا ينعدم عنده إلا الانزال وهذا غير متطلب في حد الزنا. ص 98.

بصاحبه، ولهذا لا يعتبر فعل الوطء المطلوب في جريمة الفساد قائما إذا أدخل الرجل شيئا آخر غير ذكره، كالإصبع مثلا، في فرج المرأة أو أدخلت المرأة في فرجها مثلا ذكرنا اصطناعيا (6) أو غير ذلك، ويخرج أيضا عن مفهوم الركن المادي لجريمة الفساد الأفعال الجنسية الممارسة مع الحيوان أو شخص ميت أو مع شيء جامد كما سنرى ذلك في المبحث القادم.

ولا يشترط في فعل الوطء أن يكون العضو التناسلي للرجل منتشرا لأن الإيلاج يمكن أن يحدث من الرجل دون أن يكون قادرا على انتشار قضييه سيما وأن الإيلاج الجزئي كاف لحدوث فعل الوطء، وقد ورد في شرح الزرقاني أن الوطء هو تغيب الحشفة أو قدرها ولو بغير انتشار (7).

ولا يشترط في الرجل أيضا أن تكون له قوة التناسل لأن النشاط المادي لجريمة الفساد يتوفر بمجرد حدوث الإيلاج سواء حقق الطرفان أو أحدهما كمال الرغبة الجنسية أم لا (8).

كما لا يتطلب أيضا أن يقع من الرجل انزال، ولهذا فالقدرة على الإخصاب غير مطلوبة للمواخذة بجريمة الفساد، لأن الهدف من تجريم الفعل هو الحفاظ على الأخلاق ومحاربة الرذيلة وصيانة الأعراض، بالإضافة إلى حفظ تسلسل الأنساب.

وبالرغم من أن أغلب التشريعات تعاقب فقط على الخيانة الزوجية فإنها لا تشترط لإدانة مقترفها أن تتوفر لديهم امكانية الإخصاب على أساس أن الفعل في حد ذاته يكون اعتداء على حرمة الزواج وليس لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب فقط، وهذا مذهب إليه أغلب شراح القانون الوضعي (9) واجتمعت عليه مذاهب الشريعة الإسلامية (10) أما بالنسبة لجريمة الفساد التي تطبق على غير المتزوجين فإنه لا يتطلب فيها شرط امكانية الإخصاب لأن اختلاط الأنساب فيها بعيد الاحتمال.

ونتيجة لذلك فإن المتابعة بجريمة الفساد تثبت في حق فاقدة قوة التناسل والمرأة التي بلغت سن اليأس والشخص الذي لم يبلغ بعد مرحلة الانجاب (11)، كما تثبت أيضا في حق المرأة الحائض والنفساء والرجل العنيد لأن هذا الأخير لا ينقصه شيء يمنعه من

(6) حافظ نور ص 130. وقد حكمت محكمة عابدين الجزائرية بمصر على افتضاض تم باصبع الرجل بالبراءة معتبرة أن جريمة الزنا لا تتوفر إلا بحدوث المواقعة الجنسية الطبيعية التي تتم بإيلاج ذكر الرجل في عضو تانيث المرأة، حكم صادر في 29 أكتوبر 1945 مجلة المحاماة المصرية رقم 113 ص 22.

(7) مرجع سابق ص 74 كما ورد في معنى المحتاج أن الزنا يتم ولو كان الذكر «أشل أو غير منتشر» ص 143: 144.

(8) حافظ نور ص 133

(9) حافظ نور ص 133

(10) السرخسي: ص 98. معنى المحتاج ص 144. وقد سبق القول أن فعل الوطء يتوفر بمجرد تغيب الحشفة أو قدرها في فرج المرأة، وهذا يعني أن الانزال غير ضروري في المواخذة بالزنا.

(11) وهذا يمكن أن يحصل في الحالة التي يبلغ فيها الشخص سن المسؤولية الجنائية دون أن يبلغ النضج الجنسي.

الايلاج سوى قصر عضوه التناسلي وهذا لا يحول دون وقوع الوطء (12).
ب - محل الوطء :

وإذا كان الفقه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي قد اتفق على أن الإيلاج ضروري لوقوع الوطء المكون للركن المادي لجريمة الفساد (الزنا) فإن موقفه لم يكن كذلك تجاه تحديد محل الوطء.

فذهب رأيي إلى أن محل الوطء يقتصر على قبل المرأة فقط، أي أن الواقعة يجب لكي تعتبر فساداً أو زناً، أن تتم في العضو التناسلي للمرأة فإذا تمت في دبرها فإن جريمة الفساد لا تكون قائمة، ومن الفقهاء الغربيين الذين ذهبوا لهذا الرأي الفقيهان كرار Carrara ولوسيني L'uchini اللذان يعلنان عدم اعتبارهما إثبات المرأة من دبرها زناً بكون هذه العملية لا تؤدي إلى إخصاب المرأة (13) وقد جاء رأيهما هذا بمناسبة الكلام عن الزنا بمفهوم الخيانة الزوجية.

وذهب لنفس الرأي من الفقه الإسلامي الإمام أبو حنيفة الذي اعتبر أن الزنا هو «الوطء الحرام في قبل المرأة» أما الموطء فيما دونه فلا يعد زناً يطبق عليه الحد وإنما يعزر صاحبه (14).

وحسب ما ذهب إليه كرار ولوسيني فإن الوطء في قبل المرأة هو الذي يعد فعلاً مجرمًا بينما الوطء في دبرها لا يعد جريمة لأنه لا يكون اعتداء على حق الزوج المعتدى عليه مادام الوطء في الدبر لا يؤدي إلى اختلاط الأنساب، لأنه كما يقول لوسيني الزنا هو بذر السائل المنوي في وعاء المرأة، وما لم يحصل هذا الفعل لا يوجد زناً (15).

بينما بالنسبة للشريعة الإسلامية حسب مذهب أبي حنيفة فإن وطء المرأة في دبرها يعد جريمة مثله مثل الزنا وإنما يختلف عن الزنا في الاسم أي أن كلا من الزنا واللواط يعتبر جريمة معاقبا عليها.

وذهب رأي آخر إلى أن الوطء سواء تم في قبل المرأة أو دبرها يشكل الركن المادي لجريمة الفساد (الزنا) معلاً ذلك بأنه من الخطأ التفريق بين فعلين لا يختلفان من حيث

(12) عطية راغب ص 34. حافظ نور ص 137.
(13) انظر في هذا الشأن ما نسيني شرح قانون العقوبات الإيطالي ص 63 و 64 وما بعدها المذكور بواسطة حافظ نور ص 135 - 136 انظر عطية راغب ص 33 - 34 الذي يورد رأي كرار ولوسيني في الموضوع انظر في نفس الرأي أيضاً : 5^e J. P. Arpallance P. Roussele. P. Arpallance J. P. Arpallance 5^e édition. 1972. P. 515.

(14) الكاساني ص 77، وتشير هنا إلى أن الإمام أبي حنيفة يعتبر إثبات المرأة من دبرها لواطاً كما هو الشأن في إثبات الرجل للرجل وليس زناً لأن هذا الأخير هو الوطء في القبل أما اللواط فهو الوطء في الدبر. ولهذا يقال فلان لوطى وفلان زان ويقال لاط ومازنى وزنى ومالط واختلاف الأسماء يدل على اختلاف المعاني. نفس المرجع ص 34.

(15) راجع مانسيني صفحة 63 و 642 المذكور بواسطة حافظ نور ص 135 - 136.

الجسامة واعتبار أحدهما مكونا لجريمة الفساد أو الزنا دون الآخر (16).

وهذا الرأي الأخير قال به جمهور فقهاء الشريعة كالامام مالك والشافعي وابن حنبل وأبي يوسف وأبي محمد بن حزم وغيرهم مستدلين على ذلك بأن الزنا هو الوطء الحرام في «الفرج» سواء كان هذا الأخير قبلًا أو دبرًا مما يستوجب إقامة حد الزنا على مرتكبيه (17).

وبالنسبة للقانون الجنائي المغربي فإننا مع الاستاذ الخليلي الذي يقول بوجود شمول الركن المادي لجريمة الفساد للمواقعة الطبيعية بين الرجل والمرأة وكذا غير الطبيعية التي تتم باتيان المرأة من الخلف خصوصا وأن الفصل 489 ق ج الخاص بالعقاب على جرائم الشذوذ الجنسي يقتضي تطبيقه على مايمارس بين رجلين أو امرأتين (18). فإذا قلنا بأن الوطء يجب أن يتم في القبل فقط فإن الذي يتم في الدبر سيبقى فعلا مباحا مع أنه لا يقل جسامة عن الآخر، ومن جهة أخرى فإن هدف المشرع من العقاب على جريمة الفساد ليس هو محاربة النتائج المترتبة على الممارسة الجنسية غير المشروعة فقط كالحمل من سفاح وإنما من أجل الحفاظ على أخلاقية المجتمع وصيانة الاعراض وحماية الاداب العامة والسلوك القويم أيضا، ولهذا فإن مواقعة المرأة من الخلف وإن كان لاينتج عنها حمل فإنها تنتج عنها اضرار أخلاقية واجتماعية ربما تفوق ما ينتج عن المواقعة الطبيعية.

نستخلص مما سبق أن الركن المادي لجريمة الفساد يتمثل في حدوث المواقعة التي تتم عن طريق ايلاج العضو التناسلي للرجل في فرج المرأة سواء كان قبلها أو دبرها، ولايشترط في ذلك أن يكون الايلاج كاملا أو يبلغ الطرفان أو أحدهما ذروة اللذة الجنسية كما لا يهم ما اذا كانت المرأة في سن اليأس أو غير قابلة للحمل أو كان الرجل عنيئا أو فاقدا لقوة التناسل.

ج - الوطء مع وجود البكارة أو الرتق :

إذا كانت المواقعة شرطا ضروريا لتوفر الركن المادي لجريمة الفساد، وهذه المواقعة تتوقف على حدوث الايلاج، فهل يمكن ادانة الفتاة ذات البكارة أو الرتقاء (19) بجريمة الفساد ؟

للإجابة على هذا التساؤل يلزمنا التفرقة بين فرضيتين :

الاولى : هي الحالة التي يتحقق فيها الايلاج مع وجود البكارة أو الرتق أي أن ايلاج

(16) انظر مانسيني ص 63 المذكور بواسطة حافظ نور ص 135. انظر أيضا أبي مسلم الخطاب مجلة القضاء والقانون عدد 92 السنة العاشرة 1968 ص 6. موضوع تحت عنوان الفساد ووسائل اثباته في القانون الجنائي.

(17) النبهان ص 215 وسنعود الى شيء من التفصيل في هذا الموضوع في المبحث القادم.

(18) د. الخليلي القانون الجنائي الخاص ص 2 ص 178.

(19) «رتقت المرأة رتقا وهي رتقاء بينة الرتق، التصق ختانها فلم تنل لارتاق ذلك الموضع منها. فهي لا يستطاع جماعها. وقال أبو الهيثم : الرتقاء : المرأة المنضمة الفرج التي لا يكاد الذكر يجوز قربها لشدة انضمامها» لسان العرب ص 1119.

القدر الذي يتوفر معه الوطء ممكن بالرغم من أن الفتاة بكر أو رتقاء، وهنا لا أشكال، لان الايلاج المتطلب لتحقيق الفعل المادي للجريمة قد تم بصرف النظر عن كون الفتاة بكرا أو رتقاء أم أنها ثيب.

الثانية : وهي الحالة التي يكون فيها ايلاج القدر الذي تتحقق معه الواقعة غير ممكن الا باقتضااض البكارة أو الرقيق، فهل يعد الركن المادي لجريمة الفساد هنا منتفيا. ؟

القانون والقضاء والفقه الوضعي ساكت في الموضوع، ونظن أن ذلك راجع الى أن وجود البكارة أو انعدامها عند الفتاة مسألة نسبية تختلف من فتاة الى أخرى وأن فقدانها لا يمكن اعتباره دائما دليلا على وقوع ايلاج لان كثيرا من الفتيات لايتوفرن عليها طبيعيا أو فقدنها بسبب حادث آخر دون الوطء (20) ولذلك نجد أن الاقتضااض لا يكون في حد ذاته جريمة في القانون الجنائي المغربي وانما يكيف على أساس أنه جريمة فساد (21).

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية فقد ناقشت المذاهب الفقهية حالة الفتاة ذات البكارة أو الرتقاء (22) هل يمكن تطبيق حد الزنا عليها أم لا، واختلفوا في الجواب على ذلك حسب التفصيل التالي :

ففي المذهب المالكي يكون الزنا قائما ولو شهد أربعة نسوة على أن الفتاة ذات بكارة أو رتقاء، وجاء في شرح الزرقاني أن المرأة اذا ادعت أنها بكر أو رتقاء فعليها حد الزنا ولو شهد بذلك أربعة نسوة لان مسألة البكارة من علم الغيب وأن «البكر» تصدق على من لم تزل بكارتها وعلى من زالت بغير وطء وأن حد الزنا لايسقط لان تغيب الحشفة يمكن أن يحدث دون ازالة البكارة، ثم انه اذا شهد بالزنا أربعة رجال لايمكن أن تسقط شهادتهم بشهادة أربعة نسوة، ويضيف الشارح بأنه لو شهد أربعة رجال بالعدرية لسقط الحد (23).

وجاء في متن مغني المحتاج عن المذهب الشافعي أن المرأة لاتحد اذا شهد بعذريتها أربعة نسوة ولو شهد بزناها أربعة رجال. ويعلق الشارح بأن وجود العذرية شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ويضيف قول البلقيني بأن العذراء اذا كانت غوراء، أي يمكن تغيب الحشفة فيها مع بقاء البكارة فانها تحد لثبوت الزنا بأربعة شهود وعدم

(20) نوال السعداوي المرأة والجنس. المؤسسة العربية للدراسات والنشر بيروت الطبعة الثانية 1972 ص 42 - 25. انظر أيضا مجلة التربية والتعليم موضوع حول البكارة والقلق الناتج عنها عند الفتاة، السنة الاولى الجزء الثامن يونيو، يوليو 1982 ص 14 وما بعدها.

(21) وقد نقض المجلس الاعلى حكما قضى بالسجن وتعويض مدني على اقتضااض وصرح بأن الاقتضااض لا يكون جريمة في حد ذاته وانما يمكن ان يكون ظرفا مشددا في مس عرض قاصرة يقل عمرها عن 15 سنة بدون عنف أو اية انثى بدون عنف أو في الاغتصاب حكم عدد 536 المنشور بمجلة قضاء المجلس الاعلى عدد 10 ص 93.

(22) الدسوقي ص 319.
(23) شرح الزرقاني ص 181.

وجود ماينافي تغيبب الحشفة. (24)

وقال السرخسي من المذهب الحنفي بأن المرأة العذراء أو الرتقاء لا يمكن تصور الزنا منها، وإن شهد واحد بقوله رأيتها في لحاف واحد فلا يعتبر أن هناك زنا (25).
وورد في المحلى من المذهب الظاهري أنه إذا شهد أربعة رجال على المرأة بالزنا وشهد أربعة نسوة أنها عذراء أو رتقاء فإنه كما قال أبو محمد يجب التفريق بين ما إذا قال النساء بأنها عذراء عذرة يبطلها إيلاج الحشفة فلا يقام عليها الحد وبين ما إذا قلن بأنها عذراء عذرة واغلة لا يبطلها إيلاج الحشفة (26) إذ يمكن صدق الشهود عليها (27) فيقام عليها حد الزنا.

ملخص اختلاف مذاهب فقهاء الشريعة أن المذهب المالكي لا يقبل أن تبطل شهادة أربعة نسوة شهادة أربعة رجال لأن شهادة الرجال تقدّم على شهادة النساء في حين يقبل المذهب الشافعي والحنفي والظاهري ذلك لأن واقعة العذرية أو الرتق إذا كانت تتنافى مع وقوع الوطء لا يمكن أن يحصل معها زنا.

وفي رأينا لا يجب أن تؤخذ البكارة بعين الاعتبار في هذا المجال للأسباب التالية :
(1) إذا كان بإمكان القضاء أن ينفي وقوع الوطء على الفتاة التي لا تسمح بكارتها أو رتقها بإيلاج القدر المتطلب في المواقعة، فإن هذه الامكانية تكون منعدمة بالنسبة للفتاة التي لا تتوفر طبيعياً على بكارة أو فقدتها لسبب غير معروف.

(2) الفتاة المفتضة يمكن أن تلتئم بكارتها كما أن هناك البكارة الاصطناعية وكلاهما يمكن أن يؤدي إلى تضليل القضاء.

(3) أن القاضي سيعتمد على رأي الطبيب، وهذا الأخير إذا كان بإمكانه أن يصرح بثبوت البكارة في حالة وجودها، فإنه في الحالة المعاكسة لا يمكنه الجزم بأن الفتاة فقدت فعلاً بكارتها لأن أهم ما يعتمد عليه هو ضيق الفتحة أو اتساعها وهذا يختلف من فتاة إلى أخرى كما يتعلق أيضاً بحجم عضو تناسل الرجل، ونتيجة لذلك يمكن مثلاً أن تتساوى فتحتا مهبل فتاتين من حيث الاتساع وتكون احدهما «عذراء» لم يولج فيها شيء قط، في حين تكون الثانية قد واقعها رجل عضوه التناسلي ذو حجم لا يسمح بوقوع اتساع أكثر. (28)

(24) مغني المحتاج ص 151 ويضيف الشارح بأنه إذا كان هناك فارق زمني بين شهادة الزنا وشهادة العذرية يمكن خلاله أن تعود العذرية للمرأة وشهد النسوة ببيكارتها وجب الحد وإذا شهد أربعة رجال بالزنا وشهد أربعة نسوة بأنها رتقاء لاحد عليها لأن الرجال شهدوا بالزنا في حق من لا يمكن وطؤه. نفس المرجع ونفس الصفحة.
(25) السرخسي ص 50 و 65.

(26) من الشائع بين الناس أن الفتاة كلما تقدمت في السن كلما توغلت بكارتها.
(27) ابن حزم ص 263 ويذكر المؤلف أن طائفة قالت بعدم الحد على العذراء والرتقاء لأنه كيف يقام عليها الحد وعليها خاتم من ربها تتصف بالعفة والحياء والفطرية وعدم ممارسة الرجال.
انظر مجلة الحق ص 38. وقد وصف البعض الفتاة العذراء بأنها محصنة ببيكارتها. يصدرها اتحاد المحامين العرب السنة الرابعة العدد الأول يناير 1973 القاهرة ص 38.
(28) ولهذا غالباً ما يلجأ الأطباء في حالة عدم توفر الفتاة على بكارة كاملة إلى اعطاء شهادة تتضمن عبارات =

(4) ان هدف المشرع من العقاب على جريمة الفساد هو صيانة الاعراض وحماية الاخلاق وليس جزاءا على تخط حاجز داخل مهبل المرأة لا يبلغ سمكه غالبا أكثر من ملمتر كما أنه لا يمكن اعتبار ما يمارس قبل اجتياز هذا الحاجز عملا مباحا لا أثر له على الاخلاق والعرض وما يؤتى بعده عملا اجراميا معاقبا عليه. فالعرض والاخلاق لا تتوقف صيانتها او انتهاكها على ممارسة الجنس في حدود ما قبل حاجز البكارة أو بعده اذ لاتعد البكارة الحد الفاصل بين الاخلاق واللااخلاق أو بين العرض المصان والعرض المهتك وانما ما يمارس من تمارج جنسي وايلاج دون وقوع الافتضااض لا يقل أهمية عما يمارس بعد اجتياز حدود البكارة من حيث انتهاك الاعراض وصيانة الاخلاق وحماية العفة وكذا الحمل غير الشرعي والأمراض الزهرية وغيرها. لذلك نؤكد ماسبق أن قلناه من عدم اعتبار البكارة مانعا من انعدام المسؤولية عن الفساد في حالة وجودها. لذلك نرى عدم الاعتماد على وجود أو انعدام البكارة للحكم بثبوت الفساد في حق المتهم أم لا. وانما تأسيس الحكم بالادانة أو البراءة على توفر الاتصال الجنسي بين المتهمين أو عدم توفره.

د - محاولة الوطء

لا يعتبر مادون الواقعة من أفعال تسبقها عادة أو تصاحبها كالتقبيل والعناق واللامسة وغيرها من قبيل الفعل المكون للركن المادي لجريمة الفساد وبالتالي فإنها تعد غير معاقب عليها اذا لم تدخل تحت وصف جريمة أخرى كما اذا ارتكبت علنيا حيث يؤاخذ مرتكبها بجريمة الاخلال العلني بالحياء المنصوص عليها في المادة 483 ق ج (29)، أو ارتكبت مع استعمال العنف على شخص بالغ أو بدون عنف على شخص قاصر حيث تتوفر جريمة هتك العرض حسب التفصيل الوارد في المادتين 484 - 485 ق ج.

فإذا لم تتوفر مثل هذه العناصر في النشاط الذي لم يرق الى درجة الوطء لا يمكن مؤاخذة مرتكبه بجريمة الفساد ولا بمحاولتها لان جريمة الفساد تشكل في التقسيم القانوني للجريمة في ق ج م جنحة، والجرح حسب الفصل 115 ق ج لا يعاقب على محاولتها «الا بمقتضى نص خاص في القانون». ومع انعدام النص الذي يعاقب على

غامضة مبهمة لا يفهم منها بوضوح وجود أو انعدام البكارة مثل aspect circulaire (Aspect de virginité).

وذلك حتى لا يحدثوا بتصرحاتهم فيما يلاحظون أحيانا مشاكل اجتماعية ذات ابعاد خطيرة كالتفريق بين الزوجين أو خروج الفتاة من منزل الابوين والارتقاء في احضان البغاء الى غير ذلك. انظر فيما يتعلق بأنواع البكرات ونسبة المتوفرات عليها بين الفتيات وغير ذلك. مجلة التربية والتعليم ص 15 وما بعدها. انظر ايضا نوال السعداوي ص 25 - 42.

(29) مع العلم انه خلافا لجريمة الفساد. فان جريمة الاخلال العلني بالحياء يمكن ان ترتكب من طرف شخص بمفرده اذا قام علنيا بأحد الأفعال المخلة بالحياء.

محاولة الفساد (30) تبقى كل الافعال المركبة التي لم تصل الى درجة الواقعة سواء شكلت أعمالاً تحريضية أو بدأ في التنفيذ افعالا غير معاقب عليها بوصف محاولة الفساد وذلك بالرغم من منافاتها للاخلاق والآداب العامة، وهذا ما كنا قد أشرنا اليه في الفصل الاول من الباب التمهيدي حيث أن أغلبية التشريعات لاتعاقب على الافعال اللاأخلاقية الا في حدود معينة مما تبقى معه الرذائل ذات الطابع الشخصي المحض غير معاقب عليها ما دامت لم تلحق ضررا بالافراد أو بالمصلحة العامة، ولهذا نجد أن القوانين الجنائية لاتحرم عادة من الافعال المنافية للاخلاق ما يرتكب منها دون رضا أحد أطرافها أو ما يمارس منها على قاصر لاتتوفر فيه أهلية الرضا أو ما يمس منها حرمة الزوجية أو الافعال المؤدية الى تحريض الشباب على البغاء والدعارة (31) ومن هنا كانت التشريعات الجنائية التي تعاقب على جريمة الفساد كما هو الشأن مثلا في المغرب وليبيا والكويت وبعض ولايات الولايات المتحدة الأمريكية قليلة، جدا لانها تعاقب على فعل لاتعتبره كثير من الدول حاليا منافيا للاخلاق، وذلك راجع الى اختلاف النظرة الاجتماعية لمفهوم الاخلاق لان مايعتبر في وسط معين منافيا للاخلاق يعد في وسط آخر غير ذلك، ولهذا فالتشريعات التي لازالت تحافظ على تجريم الفساد

(30) كما هو الشأن ايضا في القانون الفرنسي والمصري. اما القانون الايطالي فيعاقب على محاولة جريمة الخيانة الزوجية (الزنا) لانه وضع قاعدة عامة للعقاب على محاولة الجنح (عكس القانون المغربي) ويستثنى بنص خاص الجنح التي لايعاقب على محاولتها. ولا يوجد في القانون الايطالي نص يستثنى العقاب على محاولة الزنا حافظ نور هامش رقم 3 ص 139.

هذا ويلاحظ أن بعض المحاكم في المغرب تتابع المرتكبين لهذه الافعال التي لم تصل الى درجة الوطء بجريمة التحريض على الدعارة التي يطلق عليها في بعض الاحيان اسم (التحريض على الفساد) معتبرة ان كلا من الرجل والمرأة في هذه الحالة يحرض الاخر على الفساد. وقد اصدر المجلس الاعلى قرارا في هذا الشأن يشرح فيه مفهوم التحريض المنصوص عليه في الفصل 502 ق ج جاء فيه: «لا تكون جنحة الاغراء على الفساد موجودة بصورة قانونية الا في حالة التحريض على الفساد لفائدة الغير اما بمقابل او بدونه ...» الحكم الجنائي عدد 262 بتاريخ 23 دجنبر 1964 المنشور بسلسلة الاجتهاد القضائي. عيود رشيد عيود الجزء 14 ص 39.

ومع ذلك لازالت بعض المحاكم تواخذ بجريمة التحريض على الدعارة الافعال التي لم تتوفر فيها العناصر الواردة في قرار المجلس الاعلى. انظر مثلا الحكم عدد 6123، الصادر عن المحكمة الابتدائية بفاس بتاريخ 79/10/31 الذي أخذ الرجل والمرأة اللذان كانا يتجولان في ساعة متأخرة من الليل بجنان مولاي الكامل وهو في حالة سكر، بجريمة التحريض على الفساد والسكر العلني بالنسبة للرجل والتحريض على الفساد بالنسبة للمرأة (31) انظر في هذا المجال جرائم الاخلاق والعرض في الشرائع السماوية والقانون السوداني محمد محي الدين عوض 1968 - 1969 جامعة ام درمان الاسلامية، ويعلق المؤلف على القانون السوداني بان الاصل فيه هو الحرية الجنسية وان الشارع لا يتدخل بنصوص زجرية في تصرفات الانسان في جسده وعرضه الا اذا نتج عن ذلك ضرر للمجتمع او للأفراد كما اذا ترتب عنها ازعاج عام او مورست ضد ارادة شخص بالغ او على قاصر او عاجز لا يستطيع حماية نفسه او اذا حصلت علانية ولهذا يقول المؤلف بان احترام المرأة في السودان للبقاء يعتبر جانزا اذا لم يترتب عنه ازعاج كما يعد التحريض عليه مباحا اذا حصل في سرية ص 5 - 6.

وبالمناسبة نشير الى ان المادة 432 - 433 ق ع السوداني اشترط لعقاب الزوجة على الخيانة الزوجية ان يكون الفعل قد تم دون رضا زوجها او تغاظيه.

تعتبر أن هذا الفعل يبلغ درجة من الجسامة تستوجب زجره تمثيلاً مع تقاليدنا وعاداتها وشعائرها (32).

وبالنسبة للشريعة الإسلامية فقد اتفق الفقه على عدم اعتبار كل مادون الوطء من أفعال التقبيل والملامسة وغيرها من قبيل الزنا مستنداً في ذلك على حديث ماعز الأسلمي الذي جاء معترفاً عند رسول الله ص بالزنا فسأله عليه السلام «لعلك قبلت..» «لعلك عانقت..» «لعلك فاخذت..» وفي كل مرة كان بحيب بالنفي مؤكداً أنه وطء فعلاً، فلو قال قبلت أو عانقت أو فاخذت فقط لما حكم عليه رسول الله بعقوبة الرجم. كما تضمنت حاشية الدسوقي (33) أنه يخرج من الزنا ما يمارس فيما دون الفرج كبين الفخذين، وجاء في مغني المحتاج أنه لا حد على المفاخضة أو الإيلاج بعض الحشفة أو الإيلاج في غير الفرج كالسرة مثلاً أو الاستمنااء بيد نفس الشخص أو بيد غيره (34). إلا أن هذه الأفعال، وإن كانت لا تستوجب إقامة عقوبة الزنا عليها لعدم اعتبارها زناً في الشريعة الإسلامية فإنها تستوجب العقوبة التعزيرية، وذلك خلافاً لما هو عليه الشأن في القانون الوضعي الذي لا يمكن للقاضي في إطاره أن يجرم فعلاً أو يعاقب عليه والقانون لا يعتبره جريمة بنص صريح.

ومن الملاحظ أن مجال الركن المادي لجريمة الفساد ضيق كما هو الشأن في جريمة الاغتصاب لأن المؤاخضة فيهما تعتمد على حدوث فعل الواقعة، فإذا تخلفت هذه الواقعة انتقلت المتابعة بأحدى تلك الجريمتين على عكس الركن المادي لجريمة هتك العرض أو الإخلال العلني بالحياء الذي لا يمكن حصر الأفعال المكونة له. (35) هـ - تضمين الحكم لوقوع الوطء فعلاً :

لكن إذا كانت الواقعة ضرورية للمؤاخضة بجريمة الفساد، فهل يجب على القاضي أن يثبت في حكمه بالادانة وقوع الوطء فعلاً أو يكتفي بالقول بأنه اقتنع بوقوع الجريمة تأسيساً على توفر أحد وسائل الإثبات المحددة في القانون فقط ؟.

إن الفصل 437 من قانون المسطرة الجنائية في فقرته الثامنة ينص على أن كل حكم يجب أن يتضمن «الأسباب الواقعية والقانونية التي يبنى عليها الحكم ولو في حالة البراءة» كما أن الفصل 352 من نفس القانون يعتبر أن الأحكام أو القرارات تكون باطلة «إذا لم تكن معلة بأسباب أو إذا كانت تحتوي على أسباب متناقضة» (الفقرة

(32) يقتصر تحليلنا هنا على مفهوم النصوص القانونية وغاية المشرع منها أما الواقع الاجتماعي فقد ينجلي في بعض الأحيان مخالفاً لذلك.

(33) الدسوقي ص 1313

(34) الشربيني ص 144.

(35) فالمحكمة تتمتع بسلطة تقديرية غير مقيدة بحدود معينة لتكييف الفعل بأنه هتك عرض أو إخلال علني بالحياء.

انظر شرح قانون العقوبات القسم الخاص أحمد أمين الطبعة الثانية منقحة. مكتبة النهضة ببيروت بغداد تونس 1924 ص 450 - 451.

الثالثة) وقد ورد في أحد قرارات المجلس الأعلى أنه يجب أن يكون كل حكم معللاً من الناحيتين الواقعية والقانونية والا كان باطلاً وأن نقصان التعليل يوازي انعدامه (36) كما صدر عن نفس المجلس قرار يتعلق بجناية الاغتصاب. اشترط ضرورة حدوث الواقعة لكي يتوفر الركن المادي لجريمة الاغتصاب ومما جاء في القرار «أن عدم إبراز الأفعال المقترفة وظروف اقترافها والاكتفاء بالقول بكون المحكمة اقتنعت بثبوت الجريمة يعتبر تعليلًا ناقصاً» (37) لكل هذا يجب على المحكمة أن تثبت في قرارها بالادانة بجريمة الفساد اقتناعها بحصول فعل الوطء وأن تبين الوقائع التي اعتمدت عليها في ذلك وأن يكون هذا الاقتناع مبنياً على أحد وسائل الإثبات المحددة في الفصل 493 ق ج.

ويعود لسلطة محكمة الموضوع استنتاج وجود العلاقة الجنسية من الوقائع الواردة في محضر التلبس ولإرقابة للمجلس الأعلى عليها في ذلك (38) لأن هذا الاستنتاج من الوسائل الواقعية (39) إلا أنه يمكن أن يمارس عليها رقابة إذا اتضح أن الوقائع المثبتة في الحكم لا تدل دلالة واضحة على ممارسة العلاقة الجنسية مما يكون معه استنتاج المحكمة غير سليم إذ يستطيع المجلس نقض الحكم بحجة نقصان التعليل أو عدم ملاءمة التكييف القانوني للوقائع (40).

وقد صدر عن محكمة النقض المصرية قرار في الموضوع يعتبر أن «الحكم الذي يدين المتهم بجريمة الزنا اكتفاء بتوافر الدليل القانوني دون أن يثبت كفايته في رأي المحكمة في الدلالة على وقوع الوطء فعلاً يكون مخطئاً واجبا نقضه» (41).

ومن الملاحظ أن بعض الأحكام في المغرب لا تسير دائماً هذا الاتجاه لأنها تقضي بالادانة وتكتفي بالتصريح بحصول الاقتناع بثبوت جريمة الفساد أو الخيانة الزوجية في حق الظنين دون أن تبين الوقائع المادية التي استخلصت منها العلاقة الجنسية

(36) قرار جنحي غير منشور عدد 444 س 20 المورخ في 31 مارس 1977.

(37) قرار جنائي غير منشور عدد 464 س 20 بتاريخ 1977/3/31.

(38) د الخليلي القانون الجنائي الخاص ص 186.

(39) انظر الحكم عدد 113 جنائي الصادر في 14 يوليوز 1958 مجلة القضاء والقانون عدد 16 فبراير 1959 الذي جاء فيه : «أن ما يتعلق بإثبات الوقائع المؤدية إلى المتابعة وتقديرها يرجع مطلقاً إلى نظرة القضاة الحاكمين في الموضوع إذا لم يكن تناقض بين الوقائع والتقدير ولا معارضة بينهما وبين الصفة القانونية للوقائع المثبتة».

(40) الحكم عدد 35 الصادر بتاريخ 1959/12/28 مجلة القضاء والقانون عدد 28 - 1960 ص. انظر فيما يتعلق بإبراز الوقائع المادية المؤدية لثبوت العلاقة الجنسية. حسن البغال، الجرائم المخلة بالأداب فقها وقضاء ص 316.

(41) نقض جلسة 28 دجنبر 1948 الطعن رقم 1066 سنة 3 قضائية منشور بمجموعة القواعد في 25 سنة صفحة 716 بند 6.

المكونة للركن المادي لجريمة الفساد. (42).

ويبدو أن ذلك راجع من جهة الى كثرة القضايا المعروضة على المحاكم والسرعة المطلوبة في اصدار الاحكام وخصوصا بالنسبة للجرائم المتلبس بها مما يضطر معه بعض القضاة الى اصدار احكام غير مضبوطة وغير مستوفية التعليل. ومن جهة أخرى الى قلة الطعن بالنقض في الاحكام الصادرة بشأن الفساد أو الخيانة الزوجية رغم كثرة دعاويها - المرتكز على نقصان التعليل أو عدم اظهار الوقائع المادية المبررة للدانة حتى يتمكن المجلس الاعلى من نقض الاحكام على هذا الاساس (43)، وحتى تعمل المحاكم على احترام مبدأ كفاية تعليل الاحكام وابرار الوقائع المادية التي ترتكز عليها الادانة.

ثانيا : ممارسة الجنس بطرق أخرى غير المواقعة

وإذا كنا لحد الآن قد سلمنا بأن الركن المادي لجريمة الفساد لا يوجد الا مع تحقق الوطاء الذي يتم بوقوع الايلاج تمثيا مع ماذهب اليه اجماع الفقه سواء في القانون الوضعي أو الشريعة الاسلامية، فاننا نرى من اللازم الوقوف عند بعض الممارسات الجنسية التي تتم بين رجل وامرأة دون أن يقع فيها ايلاج، والتي حسب ما سبق أن ذكرناه - لا تعتبر مكونة لجريمة الفساد وبالتالي تبقى أفعالا مباحة اذا لم تنطبق عليها أوصاف جريمة أخرى. ويتعلق الامر بممارسة بعض الطرق الشاذة لتلبية الغريزة الجنسية دون حدوث الوطاء حيث يكفي بالدلك في «البظر» مثلا دون أن يقع الايلاج (44) أو يلتجأ الى استعمال كل من الطرفين لأعضاء أخرى غير العضو التناسلي، من جسم الطرف الآخر أو غير ذلك من الطرق التي يستعصي حصرها أو ذكرها في هذا المجال. (45)

(42) انظر مثلا الحكم غير المنشور الصادر عن المحكمة الابتدائية بمكناس رقم 3083 بتاريخ 79/12/13 والذي جاء فيه «وحيث يتبين من وثائق الملف ومن تصريحات الشهود خاصة ابنتها بوشري ومن وقائع النازلة أنها قامت بالخيانة الزوجية مما يجب معه ادانتها» والحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش عدد 36345 بتاريخ 79/6/25 الذي صرح فيه بأنه بناء على أن المتهم صرح للضابطة القضائية بأن الظنينة تعتبر فاسدة بالنسبة اليه وتهدد بالتشهير به وحفاظا على سمعته مع أفراد أسرته كان يلبي طلباتها (مع أن الطلبات حسب ما يتضح من وقائع الحكم تعني تسليم مقادير مالية على سبيل القرض ولا يوجد ما يؤكد أنها تعني المعاشرة الجنسية) فان ذلك «يفيد بأن علاقة جنسية غير مشروعة تربطه بدوره مع الظنينة».

(43) وحتى ما يصل منها الى المجلس الاعلى فإنه يتعرض في حالات كثيرة كباقي الطعون في مختلف انواع الاحكام، الى الحكم بسقوط الطلب أو عدم قبوله نتيجة وجود عيب شكلي في الطعن المقدم بحيث أن أغلب الطعون المرفوضة من طرف المجلس الاعلى يتم رفضها دون مناقشة جوهر الطعن مما يضع في بعض الاحيان على اصحابها فرصة تصحيح الحكم.

(44) وهذه الطريقة يلتجئ اليها غالبا الفتيات اللواتي يردن المحافظة على بكرتهن خوفا من «الفضيحة».

(45) وقد شاعت هذه الطرق بين بعض الشباب تحت تأثير المنشورات والافلام الجنسية والصور والكتب وغيرها. وهذه تعرف نشاطا كبيرا في الدول الغربية ويتسرب منها الكثير الى دول لايتلاءم واقعها الاجتماعي مضاربين لايديولوجيا القيم الاخلاقية ضاربين عرض الحائط كرامة الانسان وقيمه تحدهم في ذلك الشرافة المادية لابتداع ممارسات تشتمل لها بعض النفوس وتسخر الجنس في غير ما وجد من أجله كل ذلك لاجل ابتزاز أموال الناس واستغلال كبتهم.

فهل من المعقول أن تعتبر أفعال هؤلاء مباحة لا يلحقها أي عقاب مادام قد تمت بين البالغين عن طوعية واختيار وفي غير علانية⁽⁴⁶⁾ في حين تعتبر الممارسة التي تم فيها الايلاج جريمة ويعاقب عليها «بالحبس من شهر الى سنة» (م 940 ق ج) مع أنه لا يوجد الا فرق ضئيل بين هذه وتلك متمثل في مغيب حشفة الذكر في مهبل المرأة، وهو فرق لا يركز على أساس صحيح ومنطقي لان هدف المشرع من العقاب على جريمة الفساد كما سبق القول، هو حماية الاخلاق العامة والشرف والعرض وغيرها وليس هدفه العقاب على تغييب حشفة الرجل في مهبل المرأة في علاقة غير مشروعة. ولان مختلف الطرق التي لا يتم فيها ايلاج وكذا الوطء الذي يتم فيه هذا الايلاج، كلاهما يتعارض مع هدف المشرع السابق من العقاب على الجريمة وكلاهما يؤدي الى تلبية الرغبة الجنسية وكلاهما يمكن أن ينتج عنه حمل غير مشروع. ثم اننا لانعتقد أن نظرة المجتمع تختلف بالنسبة للعلاقة الجنسية التي تمارس بواسطة الفم أو اليد أو في البظر عن التي يتم فيها ايلاج الفرج في الفرج.

ثم ان عبارة «العلاقة الجنسية» الواردة في الفصل 490 ق ج لاتدل على وجوب حدوث الواقعة التي لا تتم الا بالايلاج (47)، على عكس ما نجده في بعض القوانين التي تضمنت نصوصها المعاقبة على العلاقة الجنسية غير المشروعة كلمة «الواقعة» كدليل على وجوب حدوث الايلاج من أجل المؤاخذة بالجريمة⁽⁴⁸⁾

حقيقة أن الاتجاه العام للتشريعات يحاول حصر القواعد الزجرية المتعلقة بالاخلاق في الافعال التي تكتسي خطورة هامة في هذا المجال⁽⁴⁹⁾. وذلك توخيا لحصر المؤاخذة بجرائم الاخلاق في نطاق ضيق، لانه لو تتبعنا التشريعات كل الافعال المخلة بالاخلاق - مع العلم أن هذا الأخير متغير زمانا ومكانا - لادى الامر الى المؤاخذة ببعض الافعال التافهة التي لاتستحق العقوبات الزجرية.

ولكن هذا لا يمكن أن يسمح في رأينا بالتمييز بين الوطء وبين أفعال في نفس مستواه أو أكثر منه، من حيث اخلالها بالاخلاق واعتبار الاول جريمة معاقبا عليها

(46) لانه اذا توفرت العلنية كما هي مبينة في الفقرة الثانية من الفصل 483 ق ج أمكن متابعتهم بجريمة الاخلال العلني بالحياة (الفصل 483 ق ج).

(47) المشرع الفرنسي أيضا استعمل في الفصل 338 ق ج عبارة «Relations intimes» وهي لاتدل كذلك على وجوب حدوث الايلاج في الركن المادي لجريمة الخيانة الزوجية.

(48) كالمادة 432 من قانون العقوبات السوداني التي ورد فيها «كل من يواقع زوجة رجل آخر» والمادة 334 من نفس القانون «كل من تكون زوجة رجل وتواقع شخصا آخر...»

والمادة 194 قانون العقوبات الكويتي: «كل من واقع امرأة بلغت الثامنة عشر برضاها...» ويحكم بالعقوبة نفسها على المرأة التي رضيت بهذا الفعل.

انظر في هذا الشأن أيضا المادة 1/394 من قانون العقوبات العراقي والمادة 212 من قانون العقوبات القطري والمادة 168 من قانون العقوبات البحريني والمادة 1/407 من قانون العقوبات الليبي.

(49) ولذلك نجد أن أغلب هذه التشريعات يقصر العقاب على الخيانة الزوجية وأعمال الوساطة، كما أن البعض منها حدد وسائل الفساد والزنا وميزه بذلك عن اثبات الجرائم الأخرى بما فيها الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبات قاسية كالإعدام.

والثانية أفعالا مباحة لا تتعرض لأي جزاء إذا لم تتوفر فيها عناصر جريمة أخرى، فهي في نفس المستوى ويجب أن تخضع لنفس الحكم.

والواقع أننا لو تتبعنا عبارة «العلاقة الجنسية» وما للجنس الوارد فيها من مدلول علمي نجد أنها تشمل كل أفعال التمازج بين الجنسين التي تؤدي إلى اشباع غريزي بينهما سواء تم ذلك عن طريق اعضائهما التناسلية أو عن طريق التفاعل بين بقية أعضائهما، لأن الجنس في الواقع مسألة نفسية (50) أكثر منها عضوية ينجم عن احساسات وشعور كل من الرجل والمرأة بالآخر يؤدي إلى هيجان غريزي يتمثل في تصلب عضلي وافرازات مادية ولهذا نجد أن كل جسم الانسان يحتوي على شعور جنسي، وأن الاثارة الجنسية يمكن أن تحدث - في الحالات العادية - عن طريق احتكاك أي عضو من أعضاء الجسم بأي عضو من جسم انسان مغاير له جنسيا. وإن كانت نقط الاثارة الجنسية الأكثر حساسية في الجسم تختلف من شخص إلى آخر، وما الأعضاء التناسلية في الواقع سوى أعضاء تركز فيها الاحساس الجنسي بشكل أكثر من بقية أعضاء الجسم الأخرى (51).

وقد ذهب القضاء التونسي مؤخرا في نفس الاتجاه الذي نقول به، وهو عدم التمييز بين العلاقة الجنسية التي يقع فيها الايلاج وبين التي تتم دون حدوث هذا الايلاج، واخضاع العلاقتين معا لنفس الحكم.

ومما جاء في قرار محكمة التعقيب التونسية (52) أن عبارة الفصل 236 من القانون الجنائي (53) وردت عامة اذ ليس من الضروري استلزام العلاقات الجنسية العميقة، أي التي يحدث فيها ايلاج، بل أن مجرد الاتصال السطحي يكون جريمة الزنا (54).

وإذا كانت الشريعة الاسلامية لم تعتبر مثل هذه الممارسات الجنسية التي تتم دون الوطء زنا يوجب الحد، فإنها لم تعتبرها كذلك أفعالا مباحة وانما أخضعتها لعقوبات تعزيرية.

(50) يقول فرويد : «الاشباع الجنسي هو اشباع نفسي وليس اشباع جسماني».

(51) انظر في هذا ما يستنتج عامة من كتاب فرويد «حياتي والتحليل النفسي»، ترجمة مصطفى زبور وعبد المنعم المليجي، دار المعارف القاهرة 1957. انظر كذلك فرويد : «ثلاث مقالات في الجنس» ترجمه جورج طرابشي. دار الطليعة، بيروت.

(52) قرار عدد 3482 صادر بتاريخ 14 يناير 1980. مجلة القضاء والتشريع عدد 4 سنة 1981.

(53) تنص الفقرة الاولى من الفصل 236 ق ج تونسي على أن «زنا الزوج او الزوجة يعاقب عنه بالسجن مدة خمسة اعوام وبخفية قدرها خمسمائة دينار».

(54) وقد صدر قرار آخر عن محكمة التعقيب التونسية بتاريخ 80/10/29 في نفس الاتجاه. انظر مضمون كلا القرارين الصادرين عن محكمة التعقيب التونسية وكذا التعليق عليهما. المجلة التونسية للقانون. كلية القانون والعلوم السياسية والاقتصادية المطبعة الرسمية. مركز الابحاث والنشر 1981 ص 391 - 396.

المبحث الثاني : وجوب ممارسة العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة :

اشترط المشرع المغربي في الفصل 490 ق ج أن تتم العلاقة الجنسية المكونة لجريمة الفساد بين رجل وامرأة، ومعنى ذلك أن ما يتم بين رجل وآخر وامرأة وأخرى أو ما يتم بين أحدهما وبين شيء آخر لا يعتبر فسادا كما أن استعمال المشرع لكلمة «رجل وامرأة» يتطلب منا مناقشة ما يرتكب من علاقات جنسية بين قاصر وقاصرة أو بين أحدهما وشخص بالغ.

ولهذا سنتولى في هذا المبحث أولا تحديد مفهوم الرجل والمرأة المقصودين في الفصل 490 ق.ج من حيث الجنس مستعرضين لعلاقة الشذوذ الجنسي، والعلاقة الجنسية مع الخنثى ومع الحيوان ومع الأشياء ومع نفس الشخص، ثم ثانيا لتحديد مفهوم الرجل والمرأة من حيث السن.

أولا : تحديد مفهوم الرجل والمرأة من حيث الجنس :

سنتعرض هنا للموضوعات التالية :

- علاقة الشذوذ الجنسي.
- العلاقة الجنسية مع الخنثى.
- العلاقة الجنسية مع الميت.
- العلاقة الجنسية مع الحيوان (الفساد)
- العلاقة الجنسية مع الأشياء.
- ممارسة الجنس على النفس.
- أ - علاقة الشذوذ الجنسي :

فمفهوم المرأة والرجل من حيث الجنس ينصرف الى أن العلاقة الجنسية يجب أن تمارس بين ذكر وأنثى ولهذا فالوطء الذي يتم بين رجل وآخر وهو ما يسمى بالواط وكذا التمازج الذي تمارسه امرأة مع أخرى وهو ما يسمى بالسحاق لا يعتبر في القانون الجنائي المغربي مكونا لجريمة الفساد، وإنما يشكل جريمة الشذوذ الجنسي (55) المعاقب عليها بموجب الفصل 489 ق ج (56).

وقد أشرنا في المبحث السابق الى أن إتيان الرجل للمرأة من الخلف يعتبر فسادا وليس من قبيل أفعال الشذوذ الجنسي لأن «المشرع اشترط في هذا الأخير أن يتم الفعل بين «شخص وآخر من جنسه».

(55) انظر مجلة القضاء والقانون عدد 92 أكتوبر 1968 ص 6.
(56) ينص الفصل 489 ق.ج على أنه «بمعاقب بالحبس من ستة أشهر الى ثلاثة سنوات وغرامة من مائة وعشرين الى ألف درهم من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي مع شخص من جنسه مالم يكن فعله جريمة أشد».

وعلى هذا الأساس فمعيار التفرقة بين أفعال الشذوذ الجنسي وجريمة الفساد في القانون الجنائي المغربي ليس هو المحل الموطوء من قبل أو دبر وإنما هو جنس الشخص الواطء والموطوء فإذا كانا متحدا الجنس سمي شذوذا جنسيا، وإذا كانا مختلفا الجنس سمي فسادا.

الآن هذا المعيار لم يؤخذ به في الشريعة الإسلامية بل اختلف الفقهاء فيما يتعلق بالآتيان من الدبر سواء كان لذكر أو لانتى (57) فمنهم من اعتبر أن هذا زنا أو في معنى الزنا لأنه يشترك معه في الوطء الحرام الذي يستدعي وجوب الحد، وهذا مذهب الأغلبية، فجاء في مغني المحتاج أن الزنا يتم بالإيلاج سواء في قبل المرأة أو في دبرها أو في دبر الرجل وذلك استنادا إلى قوله تعالى : «أتأتون الفاحشة» فالفاحشة هنا لها نفس معنى الزنا، واستنادا إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم : «أذ أتى الرجل الرجل فهما زانيان» (58).

كما جاء في شرح الزرقاني أن «الزنا هو وطء مكلف مسلم فرج آدمي» وأن الفرج يشمل الدبر (59) ولهذا يعتبر الوطء في الدبر سواء للذكر أو للأنثى زنا (60).

ومن الأئمة من اعتبر أن الوطء سواء في دبر المرأة أو الرجل لواطاً وليس زنا ويجب في حقه التعزير دون الحد (61) وذلك لأن معنى اللواط يختلف عن معنى الزنا وأن اختلاف المعاني يستوجب اختلاف الأحكام كما سبقت الإشارة إلى ذلك بالإضافة إلى أن الصحابة اختلفوا في حد اللواط، فلو كان زنا لما اختلفوا فيه (62).

اذن فالزنا عند المذهب المالكي والشافعي والحنبلي يمكن أن يتحقق سواء بين رجل وامرأة أو بين رجل وآخر لأن الزنا عندهم يعتمد بالأساس على وقوع الوطء سواء كان من قبل أو دبر ولأنهم لا يفرقون بين الزنا واللواط في الإثبات وفي عقوبة المحصن وغير

(57) لم يثر الخلاف إلا فيما يتعلق بأفعال اللواط، أما السحاق فقد اتفق الفقهاء على إخراجها من الزنا لأنه لا يوجد فيه إيلاج وبالتالي يستوجب التعزير وليس حد الزنا. انظر مثلاً حاشية الدسوقي ص 316، مغني المحتاج ص 144.

(58) مغني المحتاج ص 144. ويذكر المؤلف أن اللانظ يخضع من حيث العقوبة لنفس التفرقة التي يخضع لها الزاني من حيث الإحصان أو عدمه فيرجم في الأول ويجلد في الثاني.

(59) الزرقاني ص 74 - 75.

(60) ويجلد فيه البكر ويرجم المحصن، المرجع السابق ص 76 وبه قال علي بن أبي طالب رض : انظر السرخسي ص 79.

أما الدسوقي وإن كان يعتبر أن اللواط زنا فإنه يقول بوجوب اللانظ والموطء به سواء كانا محصنين أم لا. ص 320 وهي نفس العقوبة التي وردت في زاد المعاد عن المذهب الحنبلي استنادا إلى أن النبي ص لم يقض في اللواط أبداً ولكنه ثبت عنه أنه قال : «أقتلوا الفاعل والمفعول به» ص 209.

انظر في هذا الشأن كذلك كتاب المغني تأليف ابن قدامة على مختصر الإمام أبي القاسم الجزء السابع ص 484.

(61) السرخسي : مرجع سابق ص 77 وورد فيه أيضاً أن أبا يوسف قال بأنه لا يثبت الوطء الموجب للزنا بالوطء في الدبر. نفس الصفحة.

(62) للمزيد من الأدلة انظر النبهان ص 214 - 215، ونشير هنا إلى أن آتيان الرجل لزوجته من الخلف لا يعد زنا ولا لواطاً.

المحصن (63)، بينما لا يتحقق الزنا في المذهب الحنفي الا اذا تم الوطء في قبل المرأة أما اذا تم في دبرها أو دبر رجل آخر فلا يعد زنا وانما لواطاً يستوجب التعزير (64). وعلى هذا الاساس يكون القانون الجنائي المغربي لا يتمشى مع رأي جمهور الفقهاء، وخصوصا منهم مذهب الامام مالك، لانه اعتبر اللواط الممارس بين ذكر وآخر من أفعال الشذوذ الجنسي وليس فسادا كما أنه لا يتمشى مع مذهب أبي حنيفة لانه اعتبر اتیان المرأة من الخلف حسب ماذهب الى ذلك بعض الشراح (65)، فسادا وليس شذوذا جنسيا أو لواطاً (66).

ب - العلاقة الجنسية مع الخنثى :

واذا كان التمييز بين الرجل والمرأة من حيث الجنس واضح استنادا الى المعالم الطبيعية الفزيولوجية لكل منهما، فان هناك حالة معقدة يصعب الحكم فيها على الشخص بأنه ذكر أو أنثى وهي حالة الخنثى (67). وقد وردت عدة تعاريف فقهية للخنثى (68)، تجمع كلها على أنه هو الشخص الذي لا يعرف هل هو ذكر أم أنثى نظرا لعدم استقلاله بمعالم فزيولوجية معينة واضحة تجعله ينتمي لجنس الذكور أو الاناث.

(63) راجع عبد الرحمان الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، الجزء الخامس، دار احياء التراث العربي، بيروت ص 139 وما بعدها.

(64) راجع الجزيري ص 139 وما بعدها. التبهان ص 215 - 216.

(65) انظر الدكتور الخليلي، القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 178.

(66) ويجدر بنا في هذا المجال أن نشير الى أن تشريعات كثير من الدول وخصوصا الغربية منها لاتعاقب على أفعال الشذوذ الجنسي مما سمح لبعض مواطني هذه الدول القيام بشتى أنواع الممارسات الجنسية الشاذة التي تشمنز لها النفوس وتتقرز منها الخواطر بل ذهبوا الى أكثر من ذلك حيث أخذوا يبرمون عقود زواج يلتزمون فيها بما يلتزم به الزوج مع زوجته متأثرين في ذلك بما أوحى لهم به التفسخ والاتحلال الخلقي وبدعوى احترام الحرية الشخصية. ويزيد الامر غرابة اذا علمنا ان هذه العدوى انتقلت الى الدول العربية الاسلامية، فبصرف النظر عما يمارس في هذه الدول الاخيرة من شذوذ جنسي بين طرفين تحدد فيه احدهما الرغبة الجنسية والثاني الحاجة المادية، كما هو الشأن في البغاء الانثوي، نجد أن غياب النص المعاقب في بعض هذه الدول دفع البعض الى ابرام عقود زواج بين شخصين من نفس الجنس مثل ما حدث في السودان سنة 1968 حيث اتفق شاب وآخر على الزواج وأقاما حفلا لذلك استدعوا له الناس اناثا وذكورا واتفقا فيه على أن يقوم أحدهما بدور الزوج من اتفاق وتموين والثاني بدور الزوجة من خدمة منزلية وتمكين قرينة منه.

وقد أثار هذا سخط الجمهور الا أن القضاء السوداني لم يجد نصا زجريا مطابقا لهذه الحالة لان القانون الجنائي السوداني لايعاقب على اللواط الا اذا وقع كرها، وهذا ما لايتوفر في هذه النازلة، فاضطر الى مواخضة الزوج بجريمة الاخلال بالامن (م 127 ق ع السوداني) لان فعله أثار ضجة مما نتج عنه اخلال بالامن ومعاقبة «العروس» بجريمة التشرد (م 448/2 ق ل س و م 450 ق ع س) لانه اتخذ اللواط وسيلة للعيش وذلك في انتظار تدخل المشرع لاستدراك الموقف، محي الدين عوض ص 3 - 5.

(67) «الخنثى»، فعله من الخنث وهو اللين والتكسر، يقال خنثت الشيء فتخنثت، أي عطفته فاتمطف وجمع الخنثى والخنثاى بفتح الخاء كحبلى وحبالى «حسن خالد وعدنان نجا، ص 274.

(68) «هو انسان في تكوينه شذوذ لايعرف أذكر هو أم أنثى، لعدم وجود العلامات الدالة على الذكورة أو الانوثة، أو لتشابه تلك العلامات، وعدم امكان الترجيح بينها عمر عبد الله : احكام الموارث في الشريعة الاسلامية، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، دار المعارف مصر 1966 ص 318. - انظر كذلك التعريف الوارد عند أحمد القندور، الميراث في الاسلام والقانون، المكتبة القانونية، دار المعارف مصر ص 198.

وجاء في بحث علمي (69) أن التخنث درجات :

(1) التخنث الكامل : وهو الحالة التي يتوفر الشخص فيها على أعضاء الذكورة كاملة النمو وأعضاء الانوثة كاملة النمو كذلك، وهذا النوع نادر جدا، ويعرف عن بعضهم أنهم يمارسون الحياة الجنسية أحيانا كرجال وأخرى كنساء.

(2) التخنث الظاهري أو غير الكامل : وهي الحالة التي يكون فيها الشخص تابعا لجنس معين إلا أن المظهر الخارجي لعضوه التناسلي لا يكون واضحا مما يورث «الخطأ» في اعزائه لجنس معين عند الولادة. (70).

وفي مقابلة أجريتها مع أحد الأطباء الاختصاصيين في الولادة (71)، صرح هذا الأخير بأن حالات الخنثى قليلة جدا، إذ أنه من بين 15000 حالة مرضية تعرض في المستشفى لا يوجد بينها سوى حالة خنثى أو حالتين. وعلى أية حال لا يمكن أن تتعدى نسبتهم أكثر من 10000/5 في المغرب (72).

ونذكر أنه لا يوجد تشابه تام بين مختلف الحالات التي تعرض على الطب، بل يشكل كل خنثى حالة خاصة ذات أوصاف ومعالج خاصة، ومع ذلك فكل الحالات تتعلق بمولود يزداد بعضو تناسلي غير واضح المعالم يحمل على الاعتقاد أولا بأنه ذكر أو أنثى، إلا أنه (73) عند البلوغ تظهر عليه معالم مغايرة للجنس الذي كان قد صنف فيه وأخذ اسما شخصيا متعلقا به واكتسب عاداته وتصرفاته ونفسيته واندمج في محيطه، وهنا يقول الاختصاصي، تحدث المفاجأة للمعني بالامر ولاهله، حيث يعتقد مثلا أنه أنثى ثم بعد البلوغ تظهر عليه علامات الرجولة كاللحية والصوت الرجولي والعضلات المقولة... الخ، ويزيد الامر تعقيدا إذا ظهر بعد البلوغ أن الخنثى تغلب عليه معالم

(69) نشر هذا البحث الذي قام به أحد الاختصاصيين بمجلة «الدكتور» الشهرية تحت عنوان «الخنثى ذكر أم أنثى» عدد أكتوبر سنة 1952 وعدد يناير 1953 مذكور بواسطة عمر عبد الله 318 هامش رقم 1. (70) عمر عبد الله ص 318 هامش رقم 1. واعتقد أن مفهوم كلمة «الخطأ» التي استعملها المؤلف لاتعني أن الشخص ولد طبيعيا، معالمه الجنسية واضحة، ووقع خطأ في الحاقه بجنس آخر، وإنما تعني أن المعالم الغالبة في هذا الشأن تجعله يصنف ضمن جنس ذكوري أو أنثوي. (71) أجريت المقابلة مع السيد الشاواني اختصاصي في الولادة وأمراضها وذلك يوم الجمعة 12 يونيو 1982 بمستشفى الولادة بالرباط.

(72) وفي مقابلة أخرى بباريس أجريتها مع نائبة مدير أحد المؤسسات النسوية المهتمة باصلاح الباغيات ومساعدتهن على الخروج من جتوحن في أواخر صيف 1979 صرحت فيها النائبة بأنه توجد حوالي 4000 خنثى بباريس وأن أغلبهن يتعاطى البقاء الذكوري أو الانثوي. وذكرت بأن القانون الفرنسي يعطي الحق للخنثى في أن يقرر بنفسه بعد بلوغه الثامنة عشرة من العمر فيما إذا أراد أن ينظم الى جنس الرجال أو الاناث، وله الحق في الرجوع عن قراره متى شاء. ومن الطريف والمؤسف الذي حكته لي النائبة أن خنثى قرر أن يكون رجلا، وبعد زواجه اتفق مع زوجته على الطلاق بعد أن ولدت منه ثلاثة أبناء، لانه بدأ يحن الى الانوثة وصرح أمام المحكمة بأنه يريد أن ينظم الى الاناث ولسوء حظ الابناء والزوجة السابقة أن الخنثى تزوجت برجل وسكنت نفس العمارة التي كانت تسكنها أيام كان رجلا. عن نائبة مدير مؤسسة : les équipes d'action contre la traite des femmes et des enfants à Paris.

(73) لان العضو التناسلي هو الذي يعتمد عليه في التمييز بين الذكر والانثى حين الولادة خصوصا إذا علمنا أن أغلب الولادات لازالت تتم في المنازل وأن القابلات والمولدرات يعتمدن الى التصريح بجنس المولود الذي يشبه فيه والقول بكونه ذكر أو أنثى طبقا لاعتقادهن الخاص مع العلم أنه لو تم التوليد على يد الاطباء لتمكن هؤلاء بعد تحليلات وفحوص أن يكشفوا عن الجنس الحقيقي للمولود.

الانوثة حيث يخاف عليها من عدم الزواج (74).

وتحدث بعد ذلك على أن الخنثى يمكنه ممارسة الجنس، لأن الجنس هو احساس وشعور أكثر مما هو تمازج عضوي، إلا أن امكانية الحمل أو الاخصاب لا تقوم على قاعدة معينة بل قد تتوفر أم لا تبعاً لكل حالة على حدة.

وأضاف الاختصاصي بأن هناك علاجاً يقدم في هذه الحالة طبقاً لاختيار الخنثى يتلخص في النقاط التالية :

- يعرض على طبيب نفساني لمحاولة تغيير نفسيته وإقناعه بحقيقته.
- تجرى عليه عملية جراحية قصد تقويم عضوه التناسلي وجعله ملائماً لتأدية وظيفته الملائمة لجنسه (75).

- تعطى له أدوية قصد تقوية الهرمونات المكونة لمعالم الجنس كاللحية بالنسبة للرجل والثديين بالنسبة للمرأة (76).

وفي الأخير ذكر النصيحة التي يقدمها الأطباء والاختصاصيون في هذا المجال وهي وجوب اعطاء المولود الذي يشتبه في جنسه اسماً قابلاً لأن يكون لذكر أو لأنثى «أمال، أحلام، غزلان» مثلاً في انتظار ما تجرى عليه فحوص تشخيصية لمعرفة المعالم الغالبة فيه حتى يعامل على أساسها في أهله ووسطه.

هذا وإن حالة الخنثى، هي - كما قال الطبيب - حالات شاذة طبيعية عارضة لا تنتج عن مؤثرات اجتماعية أو بيئية أو مرضية أو غيرها وإنما تحصل نتيجة للتكوين غير العادي للجنين في بطن أمه (77).

كانت هذه بعض المعلومات التي استطعنا الحصول عليها بشأن الخنثى من الناحية العلمية والاجتماعية، والتي رأينا أنه من المستحسن التطرق لها لا على أساس أنها تشكل نقطة قانونية هامة في الموضوع ولكن لأنها منطلق يمكن من خلاله اتخاذ موقف قانوني.

وقد تطرق فقهاء الشريعة لمشكل الخنثى في باب الارث واعتمدوا في تمييزهم بين ما

(74) وذلك لأن أغلب الأشخاص «الخنثى» يبقى بدون زواج مما يدفع بعضهم للتعاظم للبقاء الذكوري أو الانثوي.

(75) أجريت عمليتان من هذا القبيل في الشهور الأخيرة بمستشفى ابن سينا بالرباط على يد الدكتور ابن شقرون، ويتعلق الامر بشقيقتين تبين بعد بلوغهما أن معالهما تميل إلى الرجولة أكثر، فدخلتا المستشفى وهما اثنيان وخرجا منه وهما ذكران.

(76) هذا العلاج يختلف عن استبدال الاعضاء التناسلية الذي يقوم به بعض الأطباء على الأشخاص الذين يريدون تغيير جنسهم الأصلي الواضح وكسب أوصاف الجنس المعاكس لغاية يهدفون إليها.

(77) للاطلاع على التكوين العضوي للخنثى وكيفية حدوثه يمكن الرجوع إلى : Physiologie humaine. A.J. Vander, J.H. Sherman, Dslucians. Titre: (Cronologique et développement sexuel. MC Crâw.Hill. édition Montreal 1977 P.455 - 459. E.E. Banlien, hormones, Aspects Fondamentaux et phisio-Falhogiques. édition des sciences et des arts 1978 P.264 - 276

إذا كانت تغلب عليه الذكورة أو الانوثة على مكان خروج البول (78)، وذلك بالنسبة للخنثى الذي لم تظهر عليه بعد معالم فزيولوجية ترجح تصنيفه لجنس معين.

كما تطرقوا له أيضا في باب الزنا، وقال الفقه المالكي فيه بأنه إذا وطئ في قبله لا يعتبر زنا لانه لا يتوفر سوى على ثقة لا يستدل بها بينما إذا وطئ في دبره فيعامل كأنثى ويجلد واطئه كمن أتى امرأة من دبرها ولا يقدر الخنثى كذكر حتى لا يكون فيه الرجم وإن وطأ هو غيره لأحد عليه للشبهة لانه ليس ذكرا محققا، إلا إذا أمنى فلا اشكال (79).

أما بالنسبة للقانون الوضعي فلم نعثر على نص قانوني أو اجتهاد قضائي أو رأي فقهي في الموضوع، ومن جهتنا نرى أنه في حالة ثبوت قيام علاقة جنسية بين شخص وخنثى أو بين خنثيين فإنه يجب متابعتهم دائما بجريمة الفساد لانه مادامت هذه الأخيرة لا يتابع بها إلا الشخص الذي بلغ خمسة عشرة سنة على الأقل (80) حيث تكون معالم الجنس الذي يغلب عليه قد أصبحت واضحة ومادامت جريمة الفساد يؤخذ بها الفاعل والمفعول به معا ويتوفر ركنها المادي سواء أوتيت المرأة من القبل أو الدبر، فإنتا نجد أن أغلب هذه التصورات تكيف بكونها فسادا والحالة الوحيدة التي يمكن أن يعطى لها تكيف آخر هي التي يرتبط فيها بعلاقة جنسية مع شخص من نفس الجنس الذي يغلب عليه، حيث يمكن أن تتوفر عناصر جريمة الشذوذ الجنسي ومع ذلك نرى وجوب متابعتهم في هذه الحالة الأخيرة بجريمة الفساد لان الخنثى يعتبر مصنفا ضمن جنس معين بعد البلوغ على سبيل الترجيح، اذ يبقى هناك شك في واقعه، وهذا الشك يجب أن يفسر لصالح المتهم، ومن هنا تجب مؤاخذتهما بجريمة الفساد كما هو الشأن بالنسبة للمرأة التي تمكن الرجل من دبرها ويؤاخذها بجريمة الفساد تبعا لما سبق بيانه لأجريمة الشذوذ الجنسي لان هذه الأخيرة تتضمن عقوبة أشد.

نعم إذا احربت للخنثى عملية جراحية انضم على اثرها لجنس معين، فإنه يعامل على أساس الجنس الذي انضم اليه، وكذا اذا سبق له أن تزوج فإنه يؤاخذ بحسب الجنس الذي تزوج على اساسه.

ج - العلاقات الجنسية مع الميت :

جريمة الفساد تقتضي ان يكون كل من الرجل والمرأة على قيد الحياة، فاذا كان أحدهما ميتا وأتى عليه الآخر فعلا جنسيا، كنا أمام الجريمة المنصوص عليها في الفصل 271 ق ج (81) المرتبة ضمن النوع المتعلق بالجرائم المرتكبة ضد المقابر وحرمة الموتى، لان هذا الفعل تفوق جسامته جسامة جريمة الفساد كما يعتبر من

(78) للمزيد من الايضاح حول التمييز على أساس التبول، انظر حسن خالد وعدنان نجا ص 275 - 276.

(79) الدسوقي ص 313 - الزرقاني ص 75.

(80) وكذلك مع مراعاة الحالة التي تمارس فيها العلاقة الجنسية بين قاصرين.

(81) ينص الفصل 721 ق ج على أن كل من لوث جثة أو مثل بها أو ارتكب عليها عملا من الاعمال الوحشية والبلذنية يعاقب بالحبس من سنتين الى خمس سنوات وغرامة من مائة وعشرين الى خمسمائة درهم.

«الاعمال الوحشية او البدائية» المرتكبة على الجثة كما هو مبين في الفصل 271 ق ج (82).

ولم يعتبر معظم الفقهاء في الشريعة الاسلامية وطء المرأة الميتة أو ادخال المرأة لذكر ميت في فرجها زنا (83)، أما الامام مالك فقد فرق بين مدخلة ذكر ميت في فرجها والتي لا يعد فعلها زنا لعدم لذتها منه، وبين وطء الرجل للميتة سواء من قبلها أو من دبرها حيث يعتبر الفعل زنا لانه استلذ بها (84).

د - العلاقات الجنسية مع الحيوان (السفاد) :

واشترط المشرع لوجوب ممارسة العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة يعني أيضا أن جريمة الفساد لا تتحقق الا بين انسان وآخر وليس بين احدهما وحيوان، ويمكن أن يعاقب المرتكب لهذا الفعل الاخير بموجب الفصل 603 - 605 ق ج المتعلقة بقتل أو بتر حيوان اذا توفرت شروطها واهمها أن ينتج عن الفعل موت الحيوان وأن يكون مملوكا للغير، كما يمكن أن يؤاخذ بموجب الفصل 483 ق ج اذا ارتكب الشخص على الحيوان العمل الجنسي علانية سواء كان الحيوان مملوكا له أو لغيره.

واتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على حرمة وطء البهيمة الا أنهم اختلفوا في عقوبة الواطئ، فاتفق المالكية بأن فعله كفعل الزنا يجلد فيها البكر ويرجم المحصن، وقال الحنفية بتعزيره وذهب الشافعية الى ثلاثة آراء أولها وأظهرها اخضاعه لحكم الزاني وثانيهما قتله بكرا كان أو تيبا وثالثها تعزيره، أما الحنابلة فمنهم من قال بحده حد اللواط ومنهم من قال بتعزيره (86).

هـ العلاقة الجنسية مع الاشياء :

كما لا تتحقق جريمة الفساد اذا مارس الشخص - ذكرا كان أو انثى - عملا من أعمال العادة السرية سواء بيده أو عن طريق استعمال أشياء جامدة، لان هذا الفعل غير معاقب عليه (88) مادام اتيانه يتم سرا والافىؤاخذ مرتكبه بجريمة الاخلال

(82) انظر سلسلة الدلائل والشروح القانونية. المعهد الوطني للدراسات القضائية ص 313.

(83) مغني المحتاج ص 144 الكاساني ص 34 وذلك لان وطء الميتة ينافي الطبع فلا يحتاج الى الزجر عنه.

(84) الزرقاني ص 74 - 78

(85) يقول عطية راغب بأن السفاد هو اتيان الحيوان، وقد خص القانون الروماني للسفاد عقوبة الاعدام وكذا الحيوان. ص 239.

(86) ينص قانون العقوبات البحريني صراحة في المادة 169 منه أن كل من «واقع جنسيا حيوانا يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات أو بغرامة لا تتجاوز 10.000 روبية أو بكليهما مرفقا بالعقوبة البدنية أو بدونها» والمشرع هنا يسوي بين هذا الفعل وبين موقعة انسان لآخر خلافا لتواميس الطبيعة.

(87) فاذا أتى الرجل بهيمة أو ادخلت المرأة ذكر بهيمة في فرجها فلا يعتبر فعل الرجل أو المرأة زنا (انظر في هذا الشأن الجزيري ج 5 ص 149 - 150) انظر أيضا الزرقاني ص 78. الشربيني ص 143 السرخسي ص 102.

(88) اذا كان استعمال الاعضاء التناسلية الاصطناعية غير معاقب عليه بنص صريح فان امتلاك هذه الاشياء أو حيازتها معاقب عليه بموجب الظهير المنظم لقانون الصحافة.

العلني بالحياة (الفصل 483 ق ج) (89).

و - ممارسة الجنس على النفس وأخيراً بالنسبة لمفهوم الرجل والمرأة من حيث الجنس، فإن جريمة الفساد لا تتوفر إلا إذا ارتكبت بين شخصين اثنين هما الرجل والمرأة إذ لا يمكن تصور قيام علاقة جنسية من طرف شخص واحد بمفرده (90)، بل تعتبر فقط من قبيل العادة السرية، وإذا كان هذا واضحاً فإن الذي يثير نوعاً من الاستغراب هو موقف القضاء (91) في بعض الأحيان حينما يقضي بإدانة أحد الأطراف على أساس ثبوت الفعل في حقه استناداً إلى توافر وسائل الإثبات المحددة في هذا الشأن وتبرئة الطرف الثاني لانعدام توفر هذه الأدلة تجاهه، وكأن الشخص المدان مارس العلاقة الجنسية مع نفسه.

وإذا كان التصريح بالبراءة يركز إما على انعدام العلاقة بين الفعل الإجرامي والظنين أو على انعدام الأدلة أو عدم كفايتها في إثبات نسبة الجريمة إلى الشخص أو غير ذلك، فإن الحكم بالإدانة يجب أن يؤسس على اقتناع راسخ ويقين تام بأن الشخص المتابع قد ارتكب فعلاً النشاط المنسوب إليه.

وإذا كان هذا النشاط لا يمكن أن يتم إلا إذا ارتكبه شخصان هما الرجل والمرأة كما هو مبين في الفصل 490 ق ج (92) وأنه يستحيل تصور وجود العلاقة الجنسية من طرف شخص واحد دون مشاركة قرين آخر من جنس مغاير كما هو منصوص عليه أيضاً في نفس الفصل.

وإذا كان الحكم بإدانة شخص بفعل غير ثابت وقوعه يعتبر منافياً للمنطق القانوني، فإن إدانة طرف واحد في جريمة الفساد وتبرئة الطرف الثاني يعتبر منافياً لمبادئ العدالة.

ولا يمكن الاعتراض على هذا الرأي بأن الإدانة تستند في هذه الحالة غالباً على اعتراف المتهم (أي طرف واحد) (93) وأن أقوى دليل ضد المتهم هو اعترافه، لأن

(89) لا تعتبر الشريعة الإسلامية الاستعناء بيد نفس الشخص زناً، أما إذا تم بيد من يحل له الاستمتاع بها فهو مكروه. الشرييني ص 144.

(90) من المستطاح أن نورد هنا ما ذكره السرخسي في حاشيته حيث قال بأن وطء الجني إذا تصور بصورة غير آدمي أو في صورة شيء لا يعتبر زناً إما إذا تصور بصورة آدمي فوطؤه يعتبر زناً شرعاً ويحد الواطء، وإذا كان الواطء هو الجني وتصور بصورة آدمي فيحد الموطؤ. ص 313.

(91) ويلاحظ أن المادة 354 ق ج الفلسطينية تنص على عقاب «كل من تعاطى فعل اللواط مع نفسه أو مع غيره». ترى ماذا يقصد المشرع بعبارة «مع نفسه» وهل يجب أن تكون جريمة ؟. انظر مثلاً الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بكناس في الملف رقم 231 بتاريخ 23 / 1 / 1980 والحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالرباط رقم 77/3119 بتاريخ 27 / 12 / 77 للذان أدانا طرفاً دون الآخر بجريمة الفساد.

(92) انظر الخليلي القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 186.

(93) لأن هذه الحالة تنتج عن اعتراف أحد المتهمين وانكار الثاني، وهذا يحدث حينما تصرح المرأة بأن وقائع الأحكام المشار إليها بها بالزواج فطاوعته، إذ يعتبر هذا اعترافاً منها في حين ينكر الرجل ما نسبته إليه. انظر ونشير هنا إلى أن قانون العقوبات السوري يعاقب الرجل الذي «أغوى فتاة بوعده الزواج ففرض بكارتها» (المادة 504).

الاعتراف لم يعد سيد الأدلة كما كان من قبل، وإنما من واجب القاضي الجنائي أن يتفحصه ويتأكد من شخصية المعتترف، ولا يحكم بالإدانة إلا إذا اقتنع بحدوث الفعل ونسبته للمتهم بالرغم من اعتراف هذا الأخير، فإذا انتفت عناصر الإدانة وجب الحكم ببراءته، على أساس أن يبرر هذه البراءة طبعاً. وخير تبرير لها في هذه الحالة هو انعدام أدلة قيام فعل العلاقة الجنسية لعدم ثبوت نفس الفعل في حق الطرف الثاني الذي لا يمكن أن تتم العلاقة الجنسية المقصودة في الفصل 490 ق ج إلا بوجوده. وقد نصت بعض القوانين صراحة على ضرورة متابعة طرفي العلاقة الجنسية معاً كقانون العقوبات البحريني الذي جاء في آخر المادة 214 منه «ويشترط ملاحقة الشريكين في الزنا معاً». فإذا تمت ملاحقة الشريكين معاً فإنه يصعب مؤاخذه أحدهما فقط، كما أن المذهب الحنفي اعتبر أنه إذا أقر الرجل بالزنا وأنكرت المرأة لا يحد الرجل لأن فعل الزنا لا يتصور بدون المحل، وبانكارها قد انتفى المحل في جانبها فينبغي أن ينتفى في جانبه أيضاً. (94)

إننا لم نقصد بهذا الاستغراب الذي أثراه هنا، وجوب متابعة الطرف الثاني ولو لم تثبت هذه الجريمة، وإنما نقول بعدم مؤاخذه المعتترف بجريمة الفساد الذي أنكر الطرف الثاني دخوله في علاقة جنسية معه لكون الاعتراف هنا جاء بشأن فعل لا يمكن أن يرتكب إلا بين شخصين وأن انكار أحدهما هذا الفعل يشكك في وجود الجريمة مما يستوجب الحكم على المتهمين بالبراءة لفائدة الشك.

وحتى لانفسح المجال أمام كثرة الادعاءات ضد الأبرياء، يمكن مؤاخذه المشتكي الذي يعترف بدخوله في علاقة جنسية مع المشتكي به الذي لم يثبت الفعل ضده بجريمة الوشاية الكاذبة المنصوص عليها في الفصل 445 ق ج. ويخرج من هذا الإطار طبعاً الحالات التي ينتفي فيها القصد الجنائي لأحد المتهمين أو يكون فاقد العقل .. الخ

ثانياً : مفهوم الرجل والمرأة من حيث السن :

أما مفهوم الرجل والمرأة من حيث السن فيعني أنه يجب أن يكون كل واحد منهما مسؤولاً ومسؤولية جنائية وهذه تبدأ منذ بلوغ سن الثانية عشرة (الفصل 139 ق ج). إلا أن مقتضيات الفصل 484 ق ج (95) المتعلق بجريمة هتك عرض قاصر تجعل المؤاخذه بجريمة الفساد غير ممكنة إلا إذا بلغ كلا طرفي العلاقة الجنسية سن الخامسة عشرة، بحث إذا كان أحدهما دون هذه السن، فإن جريمة هتك عرض قاصر المشار إليها هي الواجبة التطبيق، وفي هذه الحالة لا يكون هناك مجرمين كما هو الشأن في جريمة الفساد وإنما توجد أمام جان ومجني عليه سواء كان ذكراً أو أنثى، وذلك لأن

(94) السرخسي ص 99، أما المذهب الحنبلي فيقول بإقامة الحد على المقر ولو أنكرت المرأة، ابن القيم الجوزية : زاد المعاد ص 209.

(95) ينص الفصل 484 ق ج على أنه «يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس من هتك بدون عتف أو حاول هتك عرض قاصر يقل عمره عن خمس عشرة سنة سواء كان ذكراً أم أنثى» وتشدّد العقوبة إذا استعمل ضده عتف (الفصل 485).

العلاقة الجنسية المرتكبة بين شخصين أحدهما قاصر تعبر مكونة للركن المادي لجريمة هناك العرض بالرغم من موافقة القاصر على اتیان الفعل، لأن هذه الموافقة لاتصدر عن شخص يتمتع بأهلية تجعله قادرا على التمييز بين ماهو في صالحه وماهو شر له (96).

وقد اختلف فقهاء الشريعة في الوطاء الذي يتم بين مكلف وصبي على النحو الذي سنبينه في الفصل المتعلق بالقصد الجنائي.

أما اذا ارتكب الفعل بين قاصرين يقل سنهما عن خمس عشرة سنة فانه «أمام الصياغة المستعملة في جريمة المس بالعرض» كما يقول الاستاذ الخليلي يجب مواخذة الفاعل دون المفعول به (97) بهذه الجريمة.

فجريمة الفساد اذن لا يؤاخذ بها الا الشخص الذي بلغ سن الخامسة عشر على الاقل ويشترط أن يكون قرينه قد بلغ أيضا نفس السن، ولايهما ما اذا كان كلاهما أو أحدهما أدرك البلوغ الجنسي أم لا. لانه كما سبق القول، لا يؤخذ بعين الاعتبار انتشار العضو التناسلي أو القدرة على التناسل أو قابلية الاخصاب، وان كان البعض قد اشترط أن يكون الرجل بالغًا كامل الرجولة والمرأة بالغة كاملة الانوثة (98).

نخلص من كل ما سبق في هذا الفصل أن الركن المادي لجريمة الفساد يتكون من علاقة جنسية تمارس بين رجل وامرأة بالغين سن الخامسة عشر سنة على الاقل وقد اشترط المشرع في الفصل 490 ق ج لكي يؤاخذ الرجل والمرأة بجريمة الفساد أن لا يكونا مرتبطين بعلاقة زواج وهذا ما سنتطرق اليه في الفصل الثاني من هذا الباب.

(96) انظر الخليلي القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 178 - 179.

(97) للمزيد من الايضاح انظر د. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 178 - 179. ونشير هنا الى أن

جريمة هناك العرض المنصوص عليها في الفصل 484 ق ج يؤاخذ بها البالغ سواء كان ذكرا أو أنثى اذا مارس

علاقة جنسية أو حاول ذلك مع شخص قاصر سواء كان من جنس مغاير له أو من نفس جنسه، وهذه الحالة

الآخيرة لاتطبق عليها مقتضيات الفصل 489 المتعلق بالشذوذ الجنسي لأن هذا الفصل استعمل عبارة «مالم يكن

فعله جريمة أشد» وجريمة هناك العرض (الفصل 484 - 485 ق ج) عقوبتهما أشد من جريمة الشذوذ الجنسي.

كان بالنسبة للمساحقة لايتوفر هذا المعيار.

(98) حافظ نور ص 430.

الفصل الثاني

عدم ارتباط الفاعلين بعلاقة زواج

تمهيد :

تقتضي المؤاخذة بجريمة الفساد أن يكون الفاعلان غير مرتبطين بعلاقة زواج، وهذا يتطلب توفر شرطين أولهما عدم ارتباط الفاعلين فيما بينهما بعلاقة زواج، طبقا لما ورد عليه النص في الفصل 490 ق ج، وثانيهما عدم ارتباط المتهمين أو أحدهما برابطة زواج مع الغير، وذلك استنادا لما يستفاد من مقابلة الفصلين 490 - 491 ق ج. حيث يقتصر تطبيق الفصل الأول على العلاقة الجنسية غير الشرعية المرتكبة بين رجل وامرأة لا يرتبط أي منهما بعلاقة زواج مع الغير، وإذا توفر هذا الارتباط وجب تطبيق الفصل 491 الذي يخص الأشخاص المتزوجين الذين يرتكبون الخيانة الزوجية.

وهذا الشرط الأخير هو العنصر الوحيد الذي تختلف فيه جريمة الفساد عن الخيانة الزوجية⁽¹⁾، إذ يعتبر زواج الجاني فيها بمثابة الظرف المشدد لجريمة الفساد التي لا تنطبق إلا على العازبين⁽²⁾، وإن كان هذا التشديد لا يبقى له المفعول المتوخى منه، إذا راعينا تطبيق مقتضيات الفصل 491 - 492 ق ج الذي أوقف فيها المشرع متابعة الجاني المتزوج على شكاية من الطرف المهان⁽³⁾ المرتبط معه بعلاقة زوجية، وأن تنازل هذا الأخير في أي مرحلة من مراحل الدعوى أو في مرحلة تنفيذ العقوبة يضع حدا للمؤاخذة والعقاب، مما يبقى معه الجاني المتزوج في مأمن من كل مؤاخذة إذا لم تقدم به شكاية، أو سحبت قبل الحكم عليه أو قبل اتمام تنفيذ العقوبة، فهل يعتبر توفر

(1) د. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 - ص 197.
واختلافهما لا يقتصر فقط على العناصر المكونة لكل جريمة، لانهما يختلفان أيضا من حيث المتابعة، فجريمة الفساد لا تتوقف المتابعة بها على شكاية من الضحية كما هو الشأن في الخيانة الزوجية، ومن حيث العقوبة أيضا إذ يعاقب على الفساد بالحبس من شهر إلى سنة، وعلى الخيانة الزوجية من سنة إلى سنتين.

(2) انظر Code pénal annoté ص 193.

(3) لأن مصلحة الطرف المتضرر هنا تقدم على حق المجتمع في المتابعة (شرح قانون المسطرة الجنائية. د. الخليلي ج 1 مكتبة المعارف 1983 ص 60) فإذا ارتأت الضحية أن متابعة الجاني ستلحق به أضرار معنوية متمثلة فيما سيلحقه من عار وإساءة سمعته عدل عن تقديم الشكاية وبالتالي لا يحرك المتابعة ضد المجرم. هذا مع مراعاة الاستثناء الوارد في الفصل 491 ق ج والمتعلق بإمكانية تحريك الدعوى مباشرة من طرف النيابة العامة ضد الزوجة التي تتعاطى الفساد بصفة ظاهرة إذا كان زوجها متغيبا خارج المملكة، وإن كان تطبيق هذا الاستثناء على الزوجة دون الزوج الذي توجد زوجته بالخارج ليس له مبرر اجتماعي أو قانوني مادام هناك في الوقت الحاضر كثير من الزوجات يدرسن أو يعملن أو يرسلن ضمن بعثات إلى الخارج، فلا مجال إذا للتفرقة في متابعة الزوجة والزوج في هذا المضمار.
انظر د. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ص 201 هامش رقم 27.

عنصر زواج الجاني في هذه الحالة ظرفا مشددا أم ظرفا معفيا من العقاب ؟
وقد أثار موقف المشرع هذا استغراب البعض مما دفعهم الى القول بوجوب حذف
الفصل 490 من القانون الجنائي لانه اذا كانت جريمة الخيانة الزوجية حسب
الاعتبارات السابقة لا تشكل اعتداء الا على الزوج المهان، فان جريمة الفساد لا تلحق
ضررا بأي أحد (4).

ونشير هنا الى أن الشريعة الاسلامية تعتبر الزنا اعتداء على حق الله تعالى
والمجتمع الاسلامي، ولهذا فهي تعاقب الزاني محصنا كان أو غير محصن دون أن
تتسقط شكاية من أية جهة (5)، اذ يكفي أن يثبت فعل الزنى في حق صاحبه.
وعلى العموم فان المؤاخذه بجريمة الفساد تتوقف على انعدام الرابطة الزوجية بين
المتهمين، وعلى انعدامها أيضا بين كل منهما أو أحدهما وبين الغير.

ويشكل شرط انعدام الرابطة الزوجية بين المتهمين المعيار المميز للعلاقة الجنسية
غير المشروعة عن العلاقة الجنسية الشرعية بحيث اذا توفرت هذه الرابطة أصبح
فعلها مباحا، أما شرط انعدامها بين كل من المتهمين أو أحدهما وبين الغير فيشكل
المعيار الفاصل بين ما يعد فسادا وبين ما يعتبر خيانة زوجية.

وبما أن دراسة كل من الشرطين تتوقف على البحث في العلاقة الزوجية من حيث
الوجود والانعدام، فاننا سنتعرض بإيجاز لحالات قيام الرابطة الزوجية وانتفائها حتى
يتسنى بعد ذلك التمييز من جهة بين ماهو علاقة جنسية شرعية وغير شرعية (فساد).
ومن جهة أخرى بين ما يعد فسادا وما يعتبر خيانة زوجية.

واذا كانت الرابطة الزوجية مع الغير هي التي تطفئ على العلاقة الجنسية غير
الشرعية التي يمارسها الشخص المتزوج صفة الخيانة الزوجية، فان الحالة التي توتي
فيها هذه العلاقة بين رجل وامرأة أحدهما فقط متزوج تتطلب شيئا من التمعن حسب
موقف التشريع والقضاء المغربي منها.

لذلك سنقسم هذا الفصل الى مبحثين، نعالج في الاول شرطي عدم ارتباط الفاعلين
بعلاقة زواج فيما بينهما أو مع الغير، وفي الثاني حالة زواج أحد الفاعلين فقط
«الشريك».

(4) انظر مجلة المحامين : هيئة المحامين بمراكش، العدد الاول السنة الاولى، المقال المنشور تحت عنوان :
غرامة موافق القانون من الخيانة الزوجية، العربي مجبود ص 9 - 12. انظر كذلك الملحق القضائي العدد الاول
والثاني، معهد الدراسات القضائية.

(5) بعض القوانين توقف الملاحقة بجريمة الزنا على شكوى الزوج أو شكوى الولي كقانون العقوبات السوري
في المادة 475 وقانون العقوبات الفطري في المادة 214 التي تنص على عدم متابعة الزاني «الابناء على
شكوى الزوج أو شكوى ولي المرأة اذا لم يكن لها زوج...» اي ان المتابعة بجريمة الفساد في قطر تتوقف على
شكوى الولي.

عدم ارتباط الفاعلين بعلاقة زواج فيما بينهما أو مع الغير

تمهيد :

ينص الفصل 490 ق ج على أن جريمة الفساد هي « كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية... » فإذا توفرت رابطة الزواج بينهما انتفت المتابعة بهذه الجريمة⁽⁶⁾.

وأساس العلاقة الزوجية هو عقد الزواج المبرم بين الرجل والمرأة طبقا لمدونة الاحوال الشخصية، ويجوز استثناء أن تثبت هذه العلاقة عن طريق البيئة الشرعية في حالة الزواج العرفي.

وعقد الزواج قد يكون صحيحا أو فاسدا، مجمعا على فساده أو مختلفا فيه، كما أنه ينقضي بالفسخ أو الطلاق أو الوفاة مع بقاء آثاره سارية في حدود معينة، بالإضافة الى أن وضعية الخطيبين تستوجب نوعا من التحفظ من حيث مؤاخذتهما بجريمة الفساد. لذلك سنتولى في هذا المبحث أولا بيان عقد الزواج الذي تثبت به العلاقة الزوجية وثانيا البحث في حكم العلاقة الجنسية التي تمارس بين الرجل والمرأة بعد الفسخ أو الطلاق.

(6) النص الفرنسي للفصل 490 لم يرد صريحا في ذلك، إذ جاء فيه : « ... qui n'étant pas unies par les liens du mariage. ont entre elles des relations sexuelles » أي «... غير مرتبطين بعلاقة زواج...» حيث تشمل العبارة الارتباط فيما بينهما والارتباط مع الغير. ولذلك جاء التعليق في : code penal annoté، مرجع سابق ص 193، على هذه العبارة كالتالي : « n'étant pas unies par les liens du mariage » veut elle dire qu'il n'y a infraction que si les personnes ayant ces relations ne sont pas unies entre elles par les liens du mariage, ce qui, semble-t-il, va de soi. N'étant pas question d'interdire de pareils rapports entre époux on veut exclure de ce texte les gens mariées qui sont passibles des peines plus élevées de l'adultère ».

وبلاحظ أن الترجمة العربية لهذا التعليق الوارد في كتاب - القانون الجنائي في شروح ص 433 وكذلك في سلسلة الدلائل والشروح القانونية ص 344 (مرجعين سابقين) - لم تنقل نفس التساؤل بالنص الفرنسي، وإنما علقت على العبارة الواردة في الفصل 490 بأنها تعني الفرضية الثانية التي وضعها الشارح بالفرنسية، وهي أنه « يستدل منها أن المشرع قصد في الفصل 490 التزاتي الواقع بين عازبين وأما الفعلة الواقعة بين شخصين مرتبطين مع بعضهما برباط الزوجية ينطبق عليها الفصل 491 » في حين أن هذا المفهوم الأخير أي إخراج العلاقة الجنسية غير الشرعية المرتكبة من طرف أشخاص متزوجين من مفهوم جريمة الفساد، لا يستفاد من الفصل 490 مباشرة وإنما من مقابلة الفصلين 490 - 491 كما سبقت الإشارة الى ذلك، حيث نجد أن المشرع استعمل في الفصل 491 عبارة الخيانة الزوجية، أي ضرورة وجود زوج خائن وآخر ضحية مما يدل عن طريق الاستبعاد أن الفصل 490 يقتصر تطبيقه على العازبين.

أولاً : عقد الزواج :

اعتنى المشرع في مدونة الأحوال الشخصية (7) بتنظيم عقد الزواج (8) حيث فصل قواعده عن بقية النصوص المنظمة لسائر العقود الأخرى شعوراً منه بأهمية هذا العقد الذي يعد أهم العقود التي يبرمها الشخص في حياته، وحرصاً منه على فرض احترام العلاقة التي تنشأ بموجبه بين الزوج وزوجته في إطار العائلة التي هي خلية المجتمع. والفقه الإسلامي هو المصدر الوحيد لمدونة الأحوال الشخصية وخصوصاً مذهب الإمام مالك.

وبالرجوع لهذه المدونة نجد أنها اهتمت بتنظيم أحكام الخطبة بصفاتها مرحلة تسبق إبرام عقد الزواج وبيان عقد الزواج الصحيح والفساد وكذا امكانية اثبات الزوجية لدى القضاء عن طريق البيئة.

وتأسيساً على أحكام المدونة في هذه المواضيع، سنتولى البحث في العقد الذي تثبت به العلاقة الزوجية فيما يتعلق بجريمة الفساد وذلك من خلال الموضوعات التالية :

- العلاقة الجنسية خلال فترة الخطبة.

- عقد الزواج الصحيح.

- عقد الزواج الفاسد.

- الدخول (أو البناء).

- الدفع بالزوجية في حالة الزواج العرفي.

أ - العلاقة الجنسية خلال فترة الخطبة :

تعتبر الخطبة وعداً بالزواج فقط لانتشاً عنها أية رابطة قانونية بين الخاطب والمخطوبة تبيح قيام علاقة جنسية بينهما، وذلك بالرغم مما قد يدفعه الخاطب من صداق معجل قبل إبرام العقد، لأن الصداق لا يعد إلا شرطاً من شروط صحة عقد الزواج، وبالرغم أيضاً من امكانية تعرف الخاطب على مخطوبته الذي تبيحه له الخطبة إذا تم بحضور أحد محارم المرأة، حتى لا ينساق الخطيبان إلى اتصال جسدي بينهما، وهذا محظور شرعاً. (9)

ونود أن نشير هنا إلى النتائج الوخيمة التي يمكن أن تترتب على متابعة الخاطب

(7) صدر الكتاب الأول والثاني للذان وردت فيهما أحكام الزواج بموجب الظهير رقم 1.57.343 بتاريخ 18 ربيع الثاني عام 1377 الموافق 22 نونبر 1957 ونشر بالجريدة الرسمية عدد 2354 بتاريخ جمادى الأولى عام 1377 الموافق 6 دجنبر 1957.

(8) عرفت المدونة في الفصل الأول منها الزواج بأنه «ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه المتعاقدين تحمل أعبالها في طمانينة وسلام وود واحترام».

(9) أنشأ ذلك د. الخليلي : التعليق على قانون الأحوال الشخصية. الجزء الأول الزواج والطلاق. مطبعة المعارف الرباط. الطبعة 1 ص 42-44 هامشاً ومثلاً. عبد النبي ميكو : الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية ج 1 الزواج والطلاق. مطبعة كوش الطبعة الأولى 1971 ص 73-75.

ومخطوبته من أجل العلاقة الجنسية التي يمارسانها معا قبل إبرام عقد الزواج، قد تفوق المصلحة التي يحميها القانون في مسألة الحكم عليهما بعقوبة الفساد.

ذلك أنه من الناحية القانونية لا يوجد ما يبرر عدم متابعة الخاطب ومخطوبته على ما يرتكبانه من فساد، إلا أنه بالنظر للتغيرات الاجتماعية والتطور الذي حصل في العادات والتقاليد التي يجرى بها الزواج في المغرب، وما بدأت تتطلبه من لقاءات متكررة بين الخاطب والمخطوبة على أفراد قصد بحث المواضيع المتصلة بمستقبل زواجهما، وتقبل أغلبية الأوساط العالية هذه اللقاءات. وبالنظر أيضا لما يمكن أن يترتب على مواظمتها من مشاكل قد تحول دون اتمام الصرح العائلي الذي عزمنا على بنائه، فإننا نرى وجوب أخذ وضعيتهما بعين الاعتبار، وفسح المجال أمامهما للاستمرار في طريق الزواج الذي بدأ السير فيه، وذلك بإعفائهما من العقاب في حالة ارتكابهما للفساد، شريطة أن يتأكد القاضي من جدية وجود علاقة الخطبة بينهما عن طريق عائلة الطرفين، والشهود وما يتم عادة من حفل الخطبة تشهده خلاله نية كل من الخاطب والمخطوبة، وشريطة أيضا أن يبرما عقد زواجهما فوراً أو يثبتا ما منعهما من ذلك.

ونشير أيضا إلى أن كثيرا من الدول العربية تعفي من المتابعة والعقاب كل شخص أبرم عقد زواج مع الشخص الذي مارس معه الفعل سواء تعلق الأمر بالاغتصاب أو هتك عرض أو فساد، على شرط أن يكون هذا الزواج ممكنا، وإذا كان قد صدر حكم بالادانة فإن زواجهما يضع حدا لكل من المتابعة أو العذب (10).

ب - عقد الزواج الصحيح :

بالرجوع لمدونة الأحوال الشخصية نجد أن الزواج يتم بإبرام عقد النكاح بين الزوج والزوجة طبقا للأركان والشروط التي استلزمتهما (11).

وأركان وشروط عقد الزواج منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي، فالأولى هي : الأهلية، الإيجاب، القبول، الخلو من الموانع، المهر. أما الثانية فهي موافقة الولي على زواج الرجل إذا كان هذا الأخير دون سن الرشد، إبرام العقد بواسطة ولي الزوجة، اشهاد عدلين بمجلس واحد يسمعان الإيجاب والقبول.

وبمقتضى الفصل الأول والثاني من ظهير 4 مارس 1960 المتعلق بانعقاد النكحة بين المغاربة والأجنبيات أو المغربيات والأجانب، يمكن أن يبرم عقد الزواج بطلب من الزوجين، ضابط الحالة المدنية وفق ظهير 4 شتنبر 1915 على أساس أن يكون قد تم الأشهاد بهذا العقد «طبق الشروط المنصوص عليها من حيث الجوهر والصيغة في

(10) انظر مثلا : المادة 508 قانون العقوبات السوري.

المادة 424 قانون العقوبات الليبي

المادة 398 قانون العقوبات العراقي

المادة 149 قانون العقوبات جمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية لسنة 1975.

(11) انظر الخليلي : التعليق على قانون الأحوال الشخصية ص 54 وما بعدها.

قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج المغربي...»

وبمقتضى الفصل الثالث من نفس الظهير تعتبر الانكحة المنعقدة أمام ضابط الحالة المدنية قبل تاريخ نشر هذا الظهير (وهو 25 مارس 1960 بالجريدة الرسمية عدد 2474) «صحيحة إذا كانت الشروط المنصوص عليها من حيث الجوهر والصيغة في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج المغربي، قد روعيت وكانت تلك الانكحة لا يمنعها القانون المذكور...»

ولم تنص المدونة بصفة صريحة على وجوب كتابة العقد، إلا أنه من خلال الفصل 42 الذي عدد البيانات التي يجب أن يتضمنها «رسم الزواج» والفصل 43 الذي يقضي بوجوب تسجيل «نص العقد بسجل الانكحة لدى المحكمة» و«بحياسة» الزوجة أو من يتوب عنها الرسم الأصلي.. «نجد أن توثيق عقد الزواج ضروري (12)، ولهذا فإثبات الزوجية يمكن أن يتم عن طريق إبراز محرر يتمثل إما في عقد الزواج الأصلي أو نسخة منه أو نسخة من سجل الانكحة أو رسم استمرار الزوجية أو شهادة من ضابط الحالة المدنية الذي أبرم عقد الزواج أمامه في حالة زواج المغربي بأجنبية (13)».

فلا يقبل من المتهمين بجريمة الفساد أن يدعيا بكونهما متزوجين دون أن يدعيا ادعائهما بتقديم أحد المبررات السالف ذكرها أو يثبتا أنه وقع الأشهاد على زواجهما. وقد نصت الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية على أنه «يجوز للقاضي - بصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية واعتماد البيئة الشرعية في إثباتها».

ويتم الدفع بوجود الزوجية بين المتهمين في حالة توفرهما على عقد زواج أو محرر آخر بينهما بإبراز رسم الزواج أو العقد في أية مرحلة من مراحل الدعوى العمومية سواء لدى الشرطة القضائية أو النيابة العامة أو قضاء الحكم، وبعد التأكد من وجود العلاقة الزوجية بينهما يتوقف كل إجراء متعلق بالمتابعة بجريمة الفساد (15).

(12) Droit Musulman. André colomer tome premier. les personnes la famille
Edition la porte Rabat et librairie de Médias Paris 1963 P. 135.136.

(13) فالعقد غير المكتوب لا يعد فاسدا لأن الفصل الخامس من المدونة اشترط لصحة عقد الزواج حضور الشاهدين العدلين وسماعهما للإيجاب والقبول فقط دون أن يذكر وجوب توثيق هذا الأشهاد، ولهذا قلنا بإمكانية إثبات الزوجية عن طريق تقديم نسخة من «سجل، الانكحة لدى المحكمة» لأن المادة 43 م ح ش أوجبت تسجيل عقد الزواج في هذا السجل، وهذا يمكن أن يتم ولو لم يكن العقد مكتوبا. ثم أن مهنة العدول كما يقول الأستاذ الخليلي (القانون الجنائي الخاص ج 2. ص 183 هامش 10) «تفرض عليهم كتابة جميع الأشهادات التي يتلقونها، ومن ثم يعتبر الإعلان ملزمين بكتابة عقد الزواج الذي يشهدهما الطرفان عليه» وبذلك تكون المدونة من الناحية الواقعية قد افترضت الكتابة بصورة غير مباشرة.

(14) يمكن أن يتم ادعاء الزوجية من جانب واحد أو من جانب المرأة والرجل معا، إلا أنه إذا قررت المحكمة ثبوت زواجهما، فإن قرارها هذا يلزم الزوج والزوجة معا.

(15) ما لم يكن فعلهما قابلا للتكليف بجريمة أخرى، إذ يمكن متابعتها بجريمة الاخلال العلني بالحياء (الفصل 483 ق ج) إذا توفرت عناصرها.

ج - عقد الزواج الفاسد :

هل يشترط في حالة توفر المتهمين على عقد زواج أن يكون هذا الأخير أبرم مستوفيا للاركان والشروط المتطلبية في القانون، وبالتالي يكون كل عقد أبرم خلافا لذلك غير صالح لان تثبت به العلاقة الزوجية، وتكيف العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة المرتبطتين بعقد فاسد بجريمة الفساد أم تثبت العلاقة الزوجية ولو كان عقد الزواج فاسدا (16) سواء بالنسبة لجريمة الفساد أو الخيانة الزوجية ؟

الفصل 490 من ق ج المتعلق بجريمة الفساد لم ينص على وجوب ثبوت الزوجية بين المتهمين بعقد صحيح، وانما أورد عبارة «لاتربط بينهما علاقة الزوجية» كما أن القانون الجنائي المغربي لم يتضمن أي نص يعاقب على الزواج المبرم خلافا للقواعد والشروط المحددة في مدونة الاحوال الشخصية أو في الفقه الاسلامي، على غرار ما فعلت أغلب التشريعات العربية التي نصت على معاقبة الشخص الذي يبرم عقد زواج مخالف للاحكام الشرعية مع علمه بذلك (17). إلا أن هذه التشريعات لم تعتبر الزواج الفاسد زنا لان الجريمتين تختلفان من حيث الوصف القانوني ومن حيث العقوبة.

وقد تعرض فقهاء الشريعة الاسلامية لهذا الموضوع واختلفوا في التمييز بين النكاح الفاسد الذي يعتبر زنا والنكاح الفاسد الذي لا يعد زنا.

فقد جاء في حاشية الدسوقي عن المذهب المالكي أن النكاح المتفق على فساد (18)

(16) عرفت م ح ش عقد الزواج الفاسد في الفقرة الثانية من الفصل 32 بقولها :

«كل زواج تم ركنه بالإيجاب والقبول واختلفت بعض شروطه فهو فاسد». كما نصت على بعض حالاته والآثار المترتبة عليه في الفصل السابع والثلاثين منها مفرقة في ذلك بين العقد المجمع على فساد والمختلف فيه، وعرفه المذغرائي بأنه هو الذي فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروطه : احكام الاسرة في الشريعة الاسلامية وفق مدونة الاحوال الشخصية. مطبعة النجاح الجديدة، البيضاء 1977 ص 162.

وفساد عقد الزواج لايقابل بالضرورة مفهوم البطلان أو الابطال في القانون المدني بل تختلف آثار الفساد باختلاف الشروط المختلفة مما يؤدي الى استعماله مرة بمعنى البطلان وأخرى بمعنى الابطال، وذلك ناتج عن الاستقلال الذي يعرفه عقد الزواج عن بقية العقود الاخرى من حيث القواعد والاحكام، هذا ما لم يكن العقد غير متوفر على الإيجاب والقبول اذ يعتبر في هذه الحالة غير موجود (اي منعدم) من الناحية القانونية والواقعية (الفصلين 4 و 32 م ح ش).

انظر في هذا الشأن انور الخطيب : الاحوال الشخصية، خصائص الشخص الطبيعي، منشورات مكتبة الحياة، بيروت 1962 ص 37 - 43.

انظر كذلك فيما يتعلق بعقد الزواج الفاسد واحكامه، د. الخليلي، التعليق على قانون الاحوال الشخصية ص 233 وما بعدها.

(17) كالمادة 431 من قانون العقوبات السوداني والمادة 471 ق ع السوري والمادة 376 ق ع العراقي والمادة 208 - 210 ق ع القطري والمادة 332 ق ع الفلسطيني والمادة 275 ق ع البحريني، ويلاحظ أن كل هذه القوانين ترتب النصوص المعاقبة على الزواج المخالف للقواعد الشرعية قبل النصوص المعاقبة على الزنا.

(18) نصت الفقرة الثانية من المادة السابعة والثلاثين م ح ش على الزواج المجمع على فساد والمختلف فيه الا أنها لم تحدد حالات هذا وذلك بل اعطت فقط مثالا بالنسبة للمجمع على فساد وهو المحرمة بالصهر. والزواج المجمع على فساد هو كل زواج تم مع وجود أحد الموانع المنصوص عليها صراحة في القرآن والسنة كالزواج بالام والاخت والخالة والعمة، اما الزواج المختلف في فساد فهو الذي يتخلف فيه بعض الشروط التي اختلف الفقهاء في وجوبها كالبلوغ والشهادة والولي على زواج الصغير قبل البلوغ. د الخليلي : التعليق على قانون الاحوال الشخصية ج 1. ص 239 - 247.

يعتبر زنا شرعا، أما المختلف فيه فلا يعد الوطء فيه زنا (19). ثم ذكرت نفس الحاشية بعض حالات الزواج الفاسد بنوعيه، فجاء فيها أن من أتى المحرمة بصهر مؤبد بنكاح كمن تزوج امرأة بعد العقد على ابنتها أو كانت زوجة لأبيه أو ابنه يعتبر زانيا ويعد كذلك واطيء الخامسة إن علم بتحريمها والمبثوثة بنكاح أو بدونه سواء في عدتها أو خارجها، أما ووطء المعتدة من غيره في عدتها بنكاح، ووطء بنت بنكاح على أم لم يدخل بها ووطء اخت تزوجها على اختها إن كانت من الرضاع لا يعد زنا ويؤدب الجميع (20).

وجاء في بدائع الصنائع عن المذهب الحنفي أن الوطء في النكاح الفاسد، كالنكاح بلا شهود، لا يكون زنا بالأجماع (21) ولاحد على من تزوج امرأة بلا شهود أو بلا ولي أو تزوج معتدة الغير لأن هناك لفظ نكاح يورث الشبهة، وكذلك لا يعد زنا الزواج بالمحارم وبالخامسة أو باخت الزوجة، وإن علم بالتحريم، وبالتالي لا يطبق الحد، وإنما يعزر الفاعل بخلاف مذهب مالك وابن حنبل والشافعي فإنه يحد حد الزنا.

ويبدو أن أبا حنيفة لا يعتبر الزواج المجمع على فساد أو تحريمه دائما زنا، وهذا ما جاء به الكسائي حين قال: «والأصل عند أبي حنيفة عليه الرحمة أن النكاح إذا وجد من الأهل مضاف إلى محل قابل لمقاصد النكاح يمنع وجوب الحد سواء كان حلالا أو حراما وسواء كان التحريم مختلفا فيه أو مجمعا عليه، وسواء ظن المحل فادعى الاشتباه أو علم بالحرم، والأصل عندهما (ويقصد مالكا وابن حنبل) أن النكاح إذا كان محرما على التأبيد أو كان تحريمه مجمعا عليه يجب الحد وإن لم يكن محرما على التأبيد أو كان تحريمه مختلفا فيه لا يجب عليه» (22).

وورد في معنى المحتاج أنه لاحد في «كل جهة أباحها عالم كنكاح بلا شهود» ويقصد بذلك أن النكاح المختلف فيه لا يعد زنا ولاحد على فاعله كالنكاح بلا ولي أو نكاح المتعة، أما النكاح المتفق على فساد فاستوجب الحد عند الإمام الشافعي كنكاح المحرم بالنسب أو الرضاع أو المصاهرة «لأنه ووطء صادف محلا ليس فيه شبهة وهو مقطوع بتحريمه فيتعلق به الحد» (23).

(19) حاشية الدسوقي ج 4 ص 313.

(20) فالمذهب المالكي لم يعتبر الزواج المختلف في فساد زنا، وإنما اعتبره فعلا مخالفا للشرع يستحق صاحبه التأديب، وقد سبقت الإشارة إلى كثير من التشريعات العربية التي عاقبت على الزواج المبرم خلافاً للأحكام الشرعية، إلا أن هذه التشريعات لم تفرق بين الزواج المجمع على فساد أو المختلف فيه كما أنها لم تعتبره زنا. انظر فيما يتعلق بموقف المذهب المالكي. حاشية الدسوقي ج 4 ص 313 - 317. انظر كذلك شرح الزرقاني ص 75 - 77 الذي جاء فيه أن الوطء في النكاح المختلف فيه لا يعد زنا شرعا كنكاح المتعة، أما واطيء الخامسة فيعد إن كان يعلم بتحريمها. واطيء المستأجرة يحد وهي لا تحدد سواء أجرت نفسها أو أجراها سيدها، بخلاف أبي حنيفة الذي يقول بعدم الحد لأن هناك عقلا الاستجار وهو شبهة.

(21) انظر الكسائي ج 7 ص 36.

(22) للمزيد من الإيضاح انظر الكسائي ج 7 ص 37135.

(23) ويحد واطيء المستأجرة لانقضاء الملك والعقد، لأن عقد الإجارة باطل ولا يورث شبهة مؤثرة، بخلاف أبي حنيفة الذي يقول بعدم الحد لأن الإجارة شبهة ولاحد على ووطء الشبهة وهي شبهة الفاعل كان يكون جاهلا وشبهة المحل كمن ظن أنها زوجته وشبهة الجهة كالنكاح بلا ولي. الشريبي ج 4 ص 145 - 146.

وقال ابن حزم بوجوب الحد على من تكح نكاحا حراما استنادا الى قول عمر ابن الخطاب رضي الله عنه «لا أوتى بمحلل او محلل له الا رجيمته» ثم ذكر أن المستأجر والمستأجرة ومن تزوج أمه أو ابنته أو حريمته أو زنا بواحدة منهن (24) فكل ذلك سواء وكله زنا» (25).

كما اختلفوا أيضا في عقد الزواج الذي يتم به الاحصان ويستوجب رجم الزاني المحصن، فمنهم من اشترط صحته لحد الزاني، ومنهم من قال بوجوب الحد ولو كان العقد فاسدا. (26)

كان ذلك عرضا سريعا لموقف القانون المقارن والشرعية الاسلامية من العقد الفاسد، وامكانية ثبوت العلاقة الزوجية به.

أما بالنسبة للقانون المغربي، فانه أمام انعدام النص المعاقب على ابرام عقد الزواج الفاسد، وأمام عدم اشتراط المشرع في الفصل 490 من ق ج وجوب ثبوت العلاقة الزوجية بعقد صحيح، فانه لايسعنا الا القول بأنه لايشترط في عقد الزواج الذي ثبت به العلاقة الزوجية بين الرجل والمرأة التي تنفي صفة الاجرام عن اتصالهما الجنسي، أن يكون هذا العقد مستجمعا لكل الشروط المتطلبة في القانون، بل يمكن أن يكون بعضها منعدما ومع ذلك تثبت العلاقة الزوجية المبررة لشرعية العلاقة الجنسية التي مورست بين المتهمين، لان الغاية من مؤاخذة الجاني بجريمة الفساد، هي معاقبته على اتيانه علاقة جنسية غير شرعية، أي خارج اطار الزواج، مع تعمدته القيام بذلك، وليس جزاء له على ابرامه عقد زواج تخلفت أحد شروطه، لانه لو اعتبرنا أن كل زوج فاسد يشكل جريمة فساد، لكننا ملزمين بمتابعة كل زوجين فسخ عقد زواجهما لفساده بهذه الجريمة، مع أن الزواج يعد من الحالات التي تترتب فيها عن العقد بعض الآثار الايجابية ولو بعد فسخ العقد، كاستحقاق الزوجة للصداق المسمى بعد الدخول في النكاح الفاسد لعقده (الفقرة الاولى من الفصل 37 م ح ش) «وجوب العدة وثبوت النسب» والتوارث قبل الفسخ في العقد المختلف في فساده (الفقرة 2 من الفصل 37 م ح ش) (27) وبمعنى آخر فان مدونة الاحوال الشخصية اعتبرت أن الزواج الفاسد تترتب عنه قبل الفسخ نفس آثار الزواج الصحيح (28) من نسب وتوارث وغيره، فبالأحرى اعتبار العلاقة الجنسية الممارسة في اطاره شرعية.

(24) نشير هنا الى ان الزنا بالمحارم لا يكون جريمة خاصة في القانون الجنائي المغربي بل تطبق عليه مقتضيات الفصل 490 المتعلق بجريمة الفساد ما لم يتخذ الفعل وصف جريمة اشد، وذلك على عكس بعض التشريعات الأخرى كالقانون البحريني الذي عاقب في المادة 168 على الزنا بالمحارم تحت هذا الوصف الأخير.

(25) المحلى ج 11 - ص 257.

(26) راجع حاشية الدسوقي ج 4 ص 320. مجموعة فتاوي ابن تيمية ج 22 ص 122. السرخسي : المجلد الخامس ص 39. النبهان : ص 202.

(27) انظر في هذا الشأن الكزبري : نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي. الجزء الاول. مصادر الالتزام، مطابق دار العلم، بيروت الطبعة الثانية 1974 ص 217 - 218.

(28) وتشتط المدونة لثبوت النسب في حالة الزواج المجمع على فساده أن يكون الشخص «حسن القصد» (الفقرة الثانية من الفصل 37 م ح ش) لانه اذا كان سيء النية توفر ركن القصد الجنائي وهنا يستحق العقاب بجريمة الفساد.

د. الدخول (البناء) :
تثبت الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة ابتداء من تاريخ إبرام العقد، إذ لا يشترط في وجود العلاقة الزوجية أن يتم الدخول (البناء) (29)، ولهذا فكل علاقة جنسية مورست بين الزوج وزوجته قبل الدخول تعتبر مشروعة كما يعد الحمل الناتج عنها شرعياً.

وبالنسبة للرابطة الزوجية التي يتغير معها وصف الجريمة من فساد إلى خيانة زوجية فإن الفقه في القانون الوضعي لم يشترط كذلك أن يتم الدخول بل يتوفر عنصر الزوجية بمجرد انعقاد العقد (30) أما فقهاء الشريعة الإسلامية، فيشترطون لاعتبار الزاني محصناً أن يتم الوطء (31)، وأضاف المذهب المالكي وجوب توفر الانتشار في الوطء الذي يثبت به الإحصان مع أنه لم يشترط ذلك في الوطء الذي يتم به الزنا (32).

هـ. الدفع بالزوجية في حالة الزواج العرفي :

تضمنت الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية استثناء يجيز للمحكمة في حالة الزواج العرفي «سماع دعوى الزوجية واعتماد البيئة الشرعية في إثباتها».

وبالنسبة لجريمة الفساد التي نحن بصدددها فإنه بإمكان المتهمين إثبات ادعائهما بقيام الزوجية بينهما عن طريق البيئة الشرعية، غير أن ذلك لا يمكن أن يقبل بينهما إلا إذا توفرت فيهما بعض الظروف التي من أجلها وضع المشرع هذا الاستثناء، كوجود الزوجين في بلد أجنبي لا توجد فيه قنصليات للمغرب تتولى توثيق عقود الزواج

(29) المقصود بالدخول هنا هو الأشهار الذي يتم عادة عن طريق إقامة حفل الزفاف. لإعلان انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية، لأن الدخول أو البناء بمعنى المادي هو الاتصال الجنسي الأول بين الزوجين، وهذا يمكن أن يتم في الخفاء وبعد مشروعا لأنه لا يوجد ما يلزم قانوناً بأشهار الدخول.

وللمقصد بهذا الأشهار ما ذكره الأستاذ ميكو (الأحوال الشخصية ص 120 حول إقامة حفلة الزفاف وحضور الأصدقاء والأصدقاء لها بصفتهما تعوض مؤقتاً الأشهاد (الشهر) في البداية الذي هو شرط من شروط صحة الزواج. وقال الأستاذ ميكو (في نفس المرجع ص 115) بأن «الشهر هو الفارق الوحيد الذي يفرق فيما بين الزواج والزنا».

(30) حافظ نور ص 114.

(31) جاء في حاشية الدسوقي (ج 4 ص 320) أن شروط الإحصان هي البلوغ والعقل والحرية والإسلام والاصابة في نكاح لازم ووطء مباح بانتشار وعدم منكرة وذكرت نفس الشروط حاشية الزرقاني ج 7 ص 82. قال السرخسي : الأحسن أن نقول أن شروط الإحصان اثنان هما : الإسلام والدخول لأن العقل والبلوغ هما شرطاً أهلية العقوبة وأما الحرية فهي شرط تكميل العقوبة : المبسوط. المجلد الخامس ص 39.

وعلى العموم فإن الأئمة قد اتفقوا على وجوب توفر الدخول في النكاح الصحيح لاعتبار الزاني محصناً، وإن كانوا قد اختلفوا في الشروط الأخرى التي يثبت بها الإحصان من حيث اعتبار البعض منها يخص العقوبة والبعض الآخر يخص الإحصان.

(32) وعلى هذا الأساس فالزاني غير القادر على الانتشار مع زوجته في المذهب المالكي بجلد (جلد غير المحصن) إذا زنا وتوفر له الانتشار في هذا الزنا، أما المرأة فلم يتطلب في إحصانها شرط من هذا النوع.

لمواطنيها أو وجودهما في منطقة بدوية نائية يتعذر وجود عدول بها... الخ (33). ومع ذلك، كما يقول الأستاذ الخليلي (34)، فإن وجود المتعاقدين في مثل هذه الظروف لا يكفي لقبول اثبات زواجهما بالبينة الشرعية، بل يجب أن يركز زواجهما على وقائع تدل على وجود عقد زواج بينهما، كالوقائع التي ذكرها المجلس الأعلى في أحد قراراته في الموضوع «ازدياد الاولاد في بيت الوالدين وتاريخ الازدياد، وما يقع من الحفلات في تلك المناسبة وسن الاولاد، وشهادة مدرسية لهم أن اقتضى الحال ومدة الحياة الزوجية المشتركة وما يناسب ذلك مما يثبت قطعاً علاقة الزوجية» (35).

أما معاشره الرجل والمرأة ولو طال، دون أن يتفقا على الزواج، وإن وجدا في ظروف يتعذر فيها وجود الشاهدين العدلين فإن علاقتهما لا يمكن أن تكيف الا بكونها فساداً.

ويخضع الدفع بالزوجية في حالة الزواج العرفي للفقرة الثانية من الفصل 260 من قانون المسطرة الجنائية التي تنص على أنه «لا يقبل أي دفع أولي الا اذا كان مستنداً على وقائع او رسوم تبرر مزاعم الشخص المتهم وكان الدفع المقترح من شأنه أن يجرد الفعل المؤسسة عليه المتابعة من صفة المخالفة للقانون الجنائي».

وعلى هذا الاساس، اذا ارتأت المحكمة الجزرية أن دفع المتهمين يستند على أحد الوسائل المبينة في الفقرة الثانية من الفصل 260 السالفة الذكر (36) أو ما عبر عنه الأستاذ الخليلي بوقائع أو قرائن جدية تثبت وجود العلاقة الزوجية فإن المحكمة توقف النظر في القضية ريثما يرفع المتهمان دعوى اثبات الزوجية لدى المحكمة المدنية (طبقاً للفقرة الثالثة من الفصل الخامس من م ح ش) خلال الاجل الذي تحدده لهما المحكمة الجزرية، فإن لم يقيما الدعوى خلال هذا الاجل ويدليا بما يثبت متابعة اجراءاتها أو ما منعهما من ذلك فإن المحكمة بعد انقضاء الاجل تبث في الجثة المعروضة عليها وتصدر حكمها فيها طبقاً لما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 260 م.ج.

(33) راجع ميكو ص 120 - 121. ويرى الأستاذ الخليلي في هذا الشأن أنه بالرغم من مضي أكثر من 20 سنة على صدور مدونة الاحوال الشخصية فإن المجلس الأعلى لم يستقر على اجتهاد واضح بشأن الشروط الواجب توفرها لتطبيق الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من م ح ش. فبعض الاجتهادات اشترطت وجوب توفر الاسباب القاهرة التي تمنع من الاشهاد وكذا ثبوت الزواج بصفة قطعية والبعض الآخر منها ذهب الى الاخذ بالاستثناء الوارد في الفقرة الثالثة من الفصل الخامس بالنسبة لجل سكان البادية وبعض سكان الحاضرة.

للمزيد من الايضاح : انظر الخليلي : التعليق على قانون ح ش - ص 170 - 173.

(34) التعليق على قانون ح ش - ص 176.

(35) الحكم الصادر عن الغرفة الاجتماعية عدد 12 بتاريخ 19 مارس/1969/3 مجلة القضاء والقانون عدد 96 ص 334.

راجع أيضاً القرار عدد 484 الصادر بتاريخ 19 مارس 1962، مجلة القضاء والقانون عدد 54 ص 184 والقرار عدد 201 الصادر بتاريخ 8 يناير 1963 مجلة القضاء والقانون عدد 59 - 60 - 61 ص 536.

(36) د. الخليلي القانون الجنائي الخاص ج 2. ص 180.

وحسب الفقرة الأولى من نفس المادة، يعتبر القاضي المرفوعة اليه الدعوى العمومية مختصا للبث في الدفع المثار أمامه من طرف المتهم (37)، إلا أنه نظرا لاختلاف إجراءات البث في الدفع عن إجراءات اثبات الزوجية ونظرا لطبيعة قضايا الأحوال الشخصية فإنه يتعين «في حالة إثارة دفع جدى بالزوجية أن يتاح للمتهم رفع دعوى مدنية مستقلة لاثبات ما يدعيه، ولا تتصدى المحكمة الجنحية بنفسها للفصل في الدفع المثار» (38).

أما إذا كان الدفع بوجود علاقة الزوجية بين المتهمين لا يستند الى مذكرته الفقرة الثانية من المادة 260 ق ج، فإن المحكمة، استنادا الى السلطة التي خولتها لها نفس الفقرة، تستطيع استبعاد هذا الدفع مباشرة وتبث في الجنية المعروضة عليها (39) لكن هذا لا يعني أن القاضي الجنائي لا يمكنه البث مباشرة في الدفع اذا كان هذا الأخير جديا، بل يستطيع طبقا للفقرة الأولى من المادة 260 م ج أن يبث في الدفع الجدي مباشرة، خصوصا اذا كان يستند على وسائل قوية لاثبات العلاقة الزوجية وبالتالي نفي الصفة الجرمية عن الفعل، لان الامكانية التي أعطيت للمتهم قصد رفع دعوى اثبات الزوجية أمام القضاء المدني هي خاصة بالحالة التي لا يستطيع فيها القاضي الجنائي الجزم بوجود العلاقة الزوجية أو انعدامها. (40)

أما اذا تعلق الامر بأجانب، فإن القاضي المرفوعة أمامه الدعوى العمومية، هو الذي يبث في الدفع طبقا لقانون أحوالهم الشخصية المتعلق بقواعد الزواج عملا بقاعدة الاسناد الواردة في ظهير الوضعية المدنية للفرنسيين والاجانب التي تحيل فيما يتعلق بالاحوال الشخصية للاجانب على قانونهم الوطني (41).

والبث في الدفع بالزوجية بالنسبة للاجانب لا يخضع لنفس الاحكام السالف ذكرها، وانما يتولى القاضي المثارة أمامه الدعوى العمومية دائما البث في الدفع (42) على أساس أن القانون الاجنبي الذي يعتمد عليه في تقرير الزوجية أو عدمها، يعتبر من جملة الوقائع التي يرجع الفصل فيها لقاضي الموضوع.

(37) وذلك مع مراعاة الاستثناء الوارد في هذه الفقرة والمتعلق بالحالة التي ينص القانون فيها على خلاف ذلك أو يستظهر فيها «الشخص المتهم بحق عيني عقاري».

(38) د. الخليلي القانون الجنائي الخاص ج 2 - ص 180.

(39) د. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 هامش رقم 6 ص 180.

(40) ونشير هنا الى أن القرار الذي تتخذه المحكمة المدنية بشأن ثبوت الزواج أو انتفائه يلزم المحكمة الجنحية، إلا أنه بإمكان هذه الأخيرة عدم ادانة المتهم بالفساد، بالرغم من حكم المحكمة المدنية بعدم ثبوت زواجه اذا تبين لها انتفاء قصده الجنائي كأن يقع في جهل أو غلط اعتقد معه وجود العلاقة الزوجية مع الطرف الذي مارس معه العلاقة الجنسية غير الشرعية.

(41) انظر تعليق الأستاذ الوكيل على حكمين صادرين عن المجلس الاعلى في موضوع الاحالة المنشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الرباط العدد الخامس النصف الاول من سنة 1979 ص 53 - 94.

(42) د. الخليلي القانون الجنائي الخاص ج 2 - ص 180.

على أنه إذا تبين للقاضي انعدام العلاقة الزوجية بين المتهمين الاجنبيين استنادا لقانونهما الشخصي وجب عليه مؤاخذتهما بجريمة الفساد، اذا اكتملت عناصرها طبقا للقانون الجنائي المغربي وليس طبقا للقانون الوطني للظنين، أي أنه يجب عليه ادانتهم بالجريمة ولو لم يكن قانون جنسيتهم يعاقب على هذا الفعل، وذلك عملا بقواعد تطبيق القانون الجنائي من حيث المكان المشار اليها في مقدمة هذا الباب.

وإذا كانت الحالة التي يتعلق فيها الامر بمتهمين يخضعان لقانون شخصي واحد أو لقانونين متماثلين في الاحكام لا تثير مشاكل من حيث البث في الدفع بوجود العلاقة الزوجية طبقا للقانون الشخصي للمتهمين، فان الحالة التي يكون فيها كل من المتهمين خاضعا لقانون شخصي تتعارض قواعده مع القانون الشخصي للمتهم الآخر من حيث شروط ابرام عقد الزواج، تنشأ عنها أوضاع معقدة تؤدي الى نتائج غير مقبولة.

فاذا تزوج مثلا مغربي مسلم مع اسبانية كاثوليكية (43) في اسبانيا وابرما عقد زواجهما لدى السلطة الدينية هناك وانتقلا الى المغرب دون أن يبرما عقد الزواج لدى ضابط الحالة المدنية كما هو منصوص عليه في ظهير 4 مارس 1960، وقبل أن يبرماه أيضا في المغرب طبقا لمدونة الاحوال الشخصية، توبعا بجريمة الفساد، فان الاسبانية لا تعتبر مرتكبة لعلاقة جنسية غير شرعية، لانها تعد في نظر قانونها الشخصي أنها مراست هذه العلاقة في اطار زواج صحيح، بينما يعد المغربي مقترفا لجريمة الفساد، لان زواجه أمام السلطة الدينية الكاثوليكية غير معترف به من طرف قانون أحواله الشخصية وبالتالي لا يضيف صفة الشرعية على علاقته الجنسية مع المرأة الاسبانية، وهذا يؤدي الى وجوب معاقبة المغربي بجريمة لا يؤاخذ بها من ساهم معه في ارتكابها، مع أن فعل العلاقة الجنسية ثابت في حقهما معا، والقانون الجنائي المطبق عليهما واحد (44).

ولو فرضنا ان مغربيا تزوج بصفة قانونية من امرأة يحرم قانونها الشخصي الطلاق كالقانون الاسباني قبل سنة 1981، وطلق زوجته ثم اتصل بها جنسيا في المغرب بعد بضعة شهور من طلاقه، فان المغربي تجب متابعتها بجريمة الفساد لأن العقد الذي كان يربطه مع الاسبانية قد انفصم في نظر قانون الاحوال الشخصية المغربي، في حين أن الاسبانية تعد حسب قانونها الشخصي لازالت متزوجة بالمغربي لان قانونها الشخصي لا يسمح بالطلاق، وبالتالي تعتبر علاقتها الجنسية معه دائما مشروعة.

(43) القانون الوطني الاسباني الكاثوليكي يفرض على هؤلاء ابرام عقد الزواج لدى السلطة الدينية، أما القانون الايطالي فيعطي الخيار للايطاليين في ابرام عقد الزواج لدى السلطة الدينية أو لدى ضابط الحالة المدنية. انظر في هذا الشأن موسى عبود : محاضرات في القانون الدولي الخاص أعطيت بكلية الحقوق الرباط ص 207.

(44) ونرى أن يسمح القانون للقاضي في مثل هذه الاحوال بأن يحدد للمتهمين أجلا يمكنهم خلاله ابرام عقد زواج على الشكل الذي يرتضيه قانون الزوج والزوجة معا، وإذا لم يفعلوا أو لم يبررا عدم قيامهما بابرام عقد الزواج، استطاع القاضي بعد انقضاء الاجل مؤاخذتهما بجريمة الفساد لان سوء نيتهم في هذه الحالة ثابت.

هناك عدة أمثلة من هذا النوع يمكن أن تتمخض عنها «نتائج مزعجة» (45) تؤدي الى مؤاخذة طرف واحد في العلاقة الجنسية بجريمة الفساد دون الطرف الاخر نظرا لان رابطة الزوجية التي تضي صفة الشرعية على العلاقة الجنسية متوفرة في الثاني دون الاول حسب قانونهما الشخصي (46).

واذا تعلق الامر بالعلاقة الزوجية التي تكون عنصرا في المؤاخذة بالخيانة الزوجية وكان العقد عرفيا فعلى المشتكى اثبات زواجه من الطرف الخائن، فان لم يستطع اعتبرت العلاقة الزوجية غير قائمة وأدين الجاني بالفساد فقط (47).

ثانيا : العلاقة الجنسية بعد الفسخ أو الطلاق :

تستمر الرابطة الزوجية بين الزوجين باستمرار وجود عقد الزواج الى أن تنتهي بالفسخ (48) أو الطلاق (49). وتلحق بها الوفاة بالنسبة لانتهاء الزواج الذي يغير وصف الجريمة من فساد الى خيانة زوجية.

ولا تؤثر على هذه الرابطة ما يمكن أن ينشأ بين الزوجين خلال قيام العقد من

(45) للمزيد من الايضاح حول الزواج بين شخصين ينتميان لجنسيتين مختلفتين وكذا الزواج المختلط والنتائج المزعجة المترتبة عنه، راجع موسى عبود ص 204 - 217.

(46) ونرى أنه في مثل هذه الحالات يجب على القاضي أن يعتمد على توفر أو عدم توفر القصد الجنائي للمتهم لتقرير ادانته أو براءته.

(47) د. الخليلي. ق.ج.خ - ج 2 ص 198 مثنا وهامشا - حافظ نور : ص 114. ويرى حسن البغال ص 317 ان الزواج العرفي لا يعطي الحق لاحد الزوجين في متابعة الاخر بجريمة الزنا.

(48) الفسخ : هو الجزاء الذي يترتب عن عقد الزواج المجمع على فساد سواء قبل الدخول أو بعده، وعن العقد المختلف في فساد إذا كان قبل الدخول، أما بعده فيلزم الطلاق (الفقرة 2 م 37 ح ش)، ويمكن أن يجريه الزوج أو الزوجة أو هما معا إذا كان مجمعا على فساد، أما إذا كان مختلفا فيه فيجب ان يحكم به القاضي. ويعطي البعض للفسخ تفسيرا آخر، حين يقسمه الى نوعين : فسخ ينقضي به أجل العقد وهو ينتج عن عدم انعقاد العقد صحبا، وفسخ لا ينقضي به العقد من أصله، وهو ما يترتب عن حدوث عارض يمنع بقاء النكاح لردة الزوج أو الزوجة. حسن خالد وعدنان نجا ص 159 - 161 انظر كذلك بدران أبو العينين بدران : الفقه المقارن للاحوال الشخصية ج 1 الزواج والطلاق - دار النهضة بيروت 1967 ص 295 - 296.

ويترتب على فسخ عقد الزواج استبراء المرأة، وقد اختلف في الاستبراء، فمنهم من اعتبر أن أحكامه هي نفس أحكام العدة المتوجبة على الزوجة بفعل الطلاق : حسن خالد وعدنان نجا 226. ومنهم من اعتبر أن الزواج المجمع على فساد لا يترتب على فسخه ما يترتب على الطلاق من متعة وعدة : د. الخليلي : التعليق على قانون الاحوال الشخصية ج 1 ص 378 - 379.

وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل 37 م ح ش غير أن الفصل 78 من نفس المدونة اعتبر أن العدة تنتج عن الفسخ أو المفارقة في النكاح الفاسد، وهذا يتناقض مع ما ذهب اليه الفصل 37، لانه إذا كانت العدة تنتج عن الفسخ في النكاح المختلف في فساد، فإن الفسخ في النكاح المجمع على فساد، المعبر عنه في المدونة بالمفارقة لا تنتج عنه العدة وانما الاستبراء. انظر النقد الموجه للفصل 78 م.ح.ش. د. الخليلي : التعليق على قانون ح.ش. ج 1 ص 378 - 379.

(49) وقد أثار أبو زهرة تساؤلا بالنسبة للاحصان المتطلب لتطبيق الرجم في الشريعة الاسلامية مفاده أن الاحصان هل يتطلب فيه الزواج والدخول فقط دون الاستمرار وبالتالي إذا طلق الرجل أو طلقت المرأة يبقى كل منهما مع ذلك محصنا لانطباق عبارة الثيب عليه استنادا لما جاء في الحديث الشريف «البكر بالبكر جلد مائة وتقرب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم» أو يجب أن يكون الزواج قائما لاعتبار الزاني محصنا، ويجب أبو زهرة بأنه لا يوجد نص صريح في هذا المجال وأن المسألة متروكة للاجتهاد. موضوع نشر تحت عنوان «عقوبة الزاني المحصن» مجلة العدالة تصدرها وزارة العدل والشؤون الاسلامية والاوقاف، أبو ضبي عدد 16 السنة الرابعة اكتوبر 1977 ص 39.

وبالنسبة للقانون الوضعي، فقد أجمع الفقه على أن الزواج الذي يمكن من المتابعة بالخيانة الزوجية يجب أن يكون قائما فعلا أو حكما.

مخاصمة قضائية سواء تعلقت بصحة عقد الزواج الذي يرتبطان به قبل الفسخ أو الطلاق أو بالالتزامات الناتجة عنه.

وانقضاء الرابطة الزوجية بالفسخ أو الطلاق يحرم على الرجل والمرأة أي اتصال جنسي بينهما ابتداء من تاريخ الفرقة، اذ تعتبر كل علاقة جنسية بينهما بعد ذلك مكونة لجريمة الفساد (50) الا فيما يتعلق بالطلاق الرجعي (51)، لان هذا الاخير لا ينهي الرابطة الزوجية الا بعد انتهاء العدة التي يبقى من حق الزوج خلالها «أن يراجع مطلقته بدون صداق ولا ولي...» (الفصل 68 من م ح ش).

وقد اتفق الائمة على أن للزوج الحق في ارجاع زوجته ولو لم توافق هي على هذا الارجاع (52)، استنادا الى الآية الكريمة «وبعولتهن أحق بردهن» (سورة البقرة، آية 226) (53) وعلى هذا الاساس فمواقعة الرجل لزوجته خلال عدة الطلاق الرجعي تعتبر مشروعة ولو تمت دون رضا الزوجة.

وفيما عدا الطلاق الرجعي خلال العدة، يعتبر كل اتصال جنسي بين الرجل ومطلقته، سواء داخل العدة أو خارجها، مكونا لجريمة الفساد، ويعاقب المرتكب للعقل بموجبها شريطة ان يكون عالما بانفصام الزوجية مع قرينه أثناء اتيانه العلاقة الجنسية.

وقد ذهب حسن البغال (54) الى أن العلاقة الزوجية تبقى قائمة خلال عدة انطلاق البائن بينونة صغرى كما هو الشأن في الطلاق الرجعي. وبالتالي يمكن متابعة أحد الأزواج، وذلك دون أن يبني رأيه هذا المتمثل في التسوية بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن بينونة صغرى على أساس معين. وبالنسبة للطلاق القضائي فإن

انظر مثلا محمد عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 36. حسن البغال ص 317 عبد المهيم بكر : القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال دار النهضة العربية 1970 ص 250. وقد ذهب المجلس الاعلى في رده على العارض الذي ادعى بأنه قد سبق أن تزوج، وانجب ثلاثة أبناء فلا يجب متابعتها الا على اساس الفصل 491 ق ج في حين أن الطاعن كان قد طلق زوجته وقت تحريك المتابعة ضده، ولذلك فالمحكمة على صواب حينما تابعتها بجريمة الفساد. حكم منشور بمجلة المحاماة. هيئة المحامين المقاربة السنة 14 العدد 20 شتنبر - أكتوبر 1982 ص 131.

(50) أو جريمة الخيانة الزوجية اذا كان المتهم رجلا متعدد الزوجات.
(51) المبدأ في مدونة الاحوال الشخصية أن كل طلاق أو قعه الزوج فهو رجعي، وان كل طلاق أوقعه القاضي فهو بائن، الا ما استثنى من هذا وذلك، وهو الطلاق المكمل للثلاث والطلاق قبل الدخول وطلاق الخلع والممك بالنسبة للاول، وتعتبر هذه الاتواع طلاقا باننا رغم وقوعها من طرف الزوج، وطلاق المولي والمصر بالنفقة اللذان بعد كل منهما طلاقا رجعيا رغم وقوعه من طرف القاضي (الفصل 66 - 67 م ح ش).
(52) انظر فيما يتعلق بما يصح به الارجاع من قول أو فعل والاختلاف الفقهي في ذلك. حسن خالد وعدنان نجا ص 179 - 180، وبدران أبو العينين بدران ص 223 - 225 انظر فيما يتعلق بنسب المولود بعد طلاق رجعي : عبد العزيز عامر : الاحوال الشخصية في اشريعة الاسلامية فقها وقضاء، الطبعة الثانية - دار الفكر بيروت 1976 ص 34 - 39.

(53) انظر نقد التحليل المعطى لهذه الآية من طرف الائمة د. الخليلي : التعليق على قانون الاحوال الشخصية ج 1 - ص 367 - 368.
(54) الجرائم المخلة بالاداب ص 317.

العلاقة الزوجية لا تنتهي الا بعد أن يصير الحكم بالطلاق نهائيا (55).

وإذا تعلق الأمر بغير المسلمين، الذين يسمح قانونهم الشخصي بالانفصال الجسماني فإن أحكام هذا الأخير هي التي تطبق حيث تعد العلاقة الجنسية التي يمكن أن تمارس بين المنفصلين جسمانيا مشروعة، مادامت الرابطة الزوجية بينهما قائمة، كما يؤخذ المنفصل جسمانيا بالخيانة الزوجية إذا مارس علاقة جنسية مع غير زوجه (56).

نستخلص مما سبق في هذا المبحث أن قيام الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة يضيف الصفة الشرعية على علاقتهما الجنسية، ويمنع مؤاخذتهما بجريمة الفساد. وهذا ما نص عليه الفصل 490 ق ج بقوله «لاتربط بينهما علاقة الزوجية» (57).

كما نستخلص أيضا أن المتهمين أو أحدهما إذا كان مرتبطا بعلاقة زواج مع الغير فإنه يمنع حسب الفصل 491 ق ج من المتابعة بجريمة الفساد وتجب مؤاخذته بتهمة الخيانة الزوجية التي تتضمن عقوبة أشد من عقوبة الفساد نتيجة توفر عنصر الزوجية وإن كان البعض يرى على حق أن وجود هذا العنصر يمنع أحيانا من المتابعة والعقوبة نهائيا بدلا من تشديدها، لأن الخيانة الزوجية، وإن كانت عقوبتها أشد، إلا أن المتابعة بها موقوفة على إرادة الضحية، إن شاء حركها وإن شاء امتنع عن ذلك، كما أن المشرع أعطاه حق وقف المتابعة أو تنفيذ العقوبة حتى ولو سبق له تحريك الدعوى العمومية (58) في حين أخضع المتابعة بجريمة الفساد للقواعد العامة لتحريك الدعوى

(55) يرى بلقاسم خميس عدم التفرقة بين أنواع الطلاق واعتبار كل منها سببا لانتهاء العلاقة الزوجية نهائيا متى كانت مفارقة الزوج لزوجته طبقا لأحكام الأحوال الشخصية وحاز الحكم بالطلاق حجية الشيء المقضي. تهمة الزنا حال العدة موضوع نشر بمجلة الحق ثلث سنوية، يصدرها اتحاد المحامين العرب، العدد الأول يناير 1973 القاهرة ص 32 - 40.

(56) فالقانون الجنائي الفرنسي مثلا حينما كان يعاقب على الخيانة الزوجية كان يؤاخذ الزوجة ولو مارس فعل الزنا في أي مكان، بينما كان يشترط بالنسبة للزوج إثبات فعل الزنا في بيت الزوجية، وتبعاً لذلك فإنه في حالة الانفصال الجسماني، يمكن متابعة الزوجة بالزنا دائماً بينما لا يمكن مؤاخذة الزوج بهذه الجريمة أبداً لأن بيت الزوجية لا يبقى قائماً في حالة الانفصال الجسماني. لكن إذا ارتكب هذا الزوج فعل الزنا في المغرب أو في أية دولة أخرى تعاقب على الزنا ولا تفرق بين الزوج والزوجة، فإن مؤاخذته تصبح ممكنة. (57) ويعلق د. الخليلي على هذا الشرط بأنه من البديهيات التي لم يكن من الضروري أن ينص عليها المشرع. القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 179.

(58) وتبعاً لذلك إذا لم يقدم الطرف المهان الشكوى ضد زوجه المرتكب للخيانة الزوجية، ولم يتابع هذا الأخير كشريك في الجريمة في الحالة التي تقدم الشكوى بمن مارس معه الجريمة، فإنه يبقى بعيداً من كل ملاحقة، ولا يمكن متابعته بجريمة الفساد لأن ذلك يتناقض مع هدف المشرع من وقف المتابعة بالخيانة الزوجية على شكوى الطرف المهان.

وقد أصدر المجلس الأعلى في هذا الشأن قراراً يمنع فيه مؤاخذة الجاني المتزوج بجريمة الفساد في الحالة التي تقدم به شكوى من الطرف المهان، وجاء في القرار أنه: «لما ثبت للمحكمة أن المتهم كان متزوجاً وثبت ضبطه متلبساً بجريمة الفساد مع امرأة مطلقة، وقالت بأنه لا يمكن متابعته بجريمة الفساد المنصوص عليها في الفصل 490 ق ج كما لا يمكن متابعته بالخيانة الزوجية نظراً لعدم وجود شكاية الزوجة، ثم عادت فادانت المتهم من أجل المشاركة في جريمة الفساد، تكون قد تناقضت في تعليلها، ولم تبين حكمها على أساس صحيح مما يعرض حكمها للنقض، القرار رقم 406 الصادر بتاريخ 79/11/15. الملف الجنائي 47847 المنشور م ق م ع عدد 28 السنة 6. دجنبر 1981 ص 211 - 213.

التي لا تتوقف على شكوى من الضحية، وهذا يجعل المتابعة بجريمة الفساد ممكنة كلما اكتشفت الجريمة أما بالنسبة للخيانة الزوجية، فإن رفض الضحية تقديم الشكوى، يجعل الجاني في حماية من كل عقاب (59).

المبحث الثاني :

حالة زواج أحد الفاعلين فقط «الشريك غير المتزوج» (60)

جريمة الفساد حسب ما استعرضناه في المبحث السابق، تطبق على الأشخاص العازبين وجريمة الخيانة الزوجية يؤخذ بها الأشخاص المتزوجون، إذ يشكل زواج الفاعل المعيار الفاصل بين الجريمتين.

وإذا كان الفرق بين الجريمتين واضحا في الحالة التي يرتكب الفعل فيها بين شخصين عازبين أو بين شخصين كل منهما متزوج مع الغير، فإن الحالة التي يكون فيها أحد الفاعلين فقط متزوجا تتطلب حسب موقف التشريع والقضاء المغربي منها - شيئا من التفصيل والتوضيح.

لذلك سنتعرض أولا لموقف التشريع والقضاء والفقه المغربي من حالة الشريك العازب ثم نقدم ثانيا بعض الانتقادات لهذه المواقف.

أولا : موقف التشريع والقضاء والفقه

لم يتعرض القانون الجنائي لهذه الحالة بصفة مباشرة، وإنما نص في الفقرة الثالثة من الفصل 492 ق ج على أنه «لا يستفيد مشترك الزوجة ولا مشاركة الزوج مطلقا من هذا التنازل» معتبرا بذلك أن كلا من قرين الزوجة وقرينة الزوج شريكان في جريمة الخيانة الزوجية وبالتالي يخضع في تكليف فعله وفي عقابه للقاعدة العامة الواردة في الفصل 130 ق ج. وهذا ما جاء في قرار للمجلس الأعلى (61) ذهب فيه إلى أنه «إذا كان الفصل 491 ق ج قاصر النص على معاقبة أحد الزوجين الذي يرتكب بصفة رئيسية جنحة الخيانة الزوجية، فإن المشارك يرجع في شأنه إلى مقتضيات الفصلين 120 و 130 من نفس القانون المقررين للمشاركة في جناية أو جنحة ونفس العقوبة المرتبة لهذه الجناية أو الجنحة» (62).

(59) انظر في هذا المجال محمد المجبود مجلة المحامين ص 11 - 12.
(60) ينصرف لفظ الشريك هنا إلى أحد طرفي العلاقة الجنسية بحيث لا تنقيد في مدلوله بالمفهوم الوارد في الفصل 129 ق ج.

(61) حكم عدد 61/س 11 بتاريخ 2 نونبر 1967 منشور م ق م ع عدد 2 ص 95.
(62) من الملاحظ على هذا القرار أنه أعطى للشريك في الخيانة الزوجية نفس المفهوم الوارد للشريك في الفصل 129 ق ج، في حين أن الشريك هنا يعتبر طرفا في العلاقة الجنسية وبالتالي ممارسا للفعل المادي للجريمة، إذ كان من الأولى أن يحيل في شأنه على الفصل 128 المتعلق بالمساهمة.

وتنص مقتضيات المادة 130 ق ج على أن :
«المشارك في جنائية أو جنحة يعاقب بالعقوبة المقررة لهذه الجنائية أو الجنحة.
ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف أو اعفاء من العقوبة إلا
بالنسبة لمن تتوفر فيه.

أما الظروف العينية المتعلقة بالجريمة والتي تغلظ العقوبة أو تخفضها، فإنها تنتج
مفعولها بالنسبة لجميع المساهمين أو المشاركين في الجريمة ولو كانوا يجهلون.
وقد ذهب الأستاذ الخليلي (63) إلى أن وصف العلاقة الجنسية غير الشرعية
بالخيانة الزوجية ناتج عن ظرف الزوجية وهو ظرف شخصي بلا جدال، إلا أنه مع
ذلك لا يقتصر على تشديد العقوبة فقط، وإنما يؤثر على الوصف الإجرامي للفعل وينقله
من الفساد إلى الخيانة الزوجية ولذلك فهو يدخل ضمن الظروف المختلطة التي تجمع
بين مميزات الظروف الشخصية والعينية، إذ أنها تكون من جهة ناتجة عن صفة
شخصية في الجاني ومن جهة أخرى تضيف على الفعل وصفا إجراميا جديدا، بحيث
تصبح العقوبة مرتبطة مع هذا الوصف الجديد، أي بالظرف العيني المتعلق بالجريمة
ذاتها.

ولاجل ذلك يضيف الأستاذ الخليلي : «فإن الاجتهاد يلحق الظروف المختلطة
بالظروف العينية في الأحكام التي يقرها القانون لهذه الظروف الأخيرة».

وعلى هذا الأساس، فالشريك غير المتزوج يستمد الوصف الإجرامي لفعله من
الطرف المتزوج ويسري عليه وصف الخيانة الزوجية بصفته شريكا في هذه
الأخيرة. (64)

وتنفي الفقرة الأخيرة من الفصل 130 ق ج بأن الظروف العينية تنتج مفعولها
بالنسبة للمشاركين «ولو كانوا يجهلون» أي أنه لا يشترط علم الشريك بزواج الطرف
الذي استمد منه وصف الخيانة الزوجية.

ومع ذلك فقد صدر قرار من المجلس الأعلى يشير فيه هذا الأخير إلى اشتراط
العلم حيث جاء في رده على طلب الطاعن بتكييف الجريمة بالنسبة له بالفساد لأنه
غير متزوج «حيث أن الثابت من تنسيقات الحكم المطعون فيه أن الطاعن ضبط
في حالة التلبس بالاتصال الجنسي مع المرأة (ج) مع علمه بأنها متزوجة، وأن هذا
الفعل الذي يكون جنحة الخيانة الزوجية بالنسبة للمرأة المذكورة يكون المشاركة في
الجنحة المشار إليها بالنسبة للطاعن» (65).

وكما يقول الأستاذ الخليلي (66) فإن ما يستفاد من هذا القرار من اشتراط علم

(63) القانون الجنائي الخاص ج 2، ص 206.

(64) القانون الجنائي الخاص ج 2، ص 206.

(65) قرار عدد 61 بتاريخ 1967/11/2 - مجلة القضاء والقانون عدد 93 ص 129.

(66) القانون الجنائي الخاص ج 2، ص 207.

الشريك لسريان وصف الخيان الزوجية عليه يتعارض مع مقتضيات الفصل 130 ق ج الذي نص بصفة صريحة على عدم اشتراط العلم بالظروف العينية، اذ تسري هذه الاخيرة على كل المشاركين والمساهمين سواء علموا بهما أم لا.

ولذلك فعلم الشريك لا أثر له في سريان الوصف الجنائي للخيانة الزوجية عليه، اذ يؤخذ بهذه الجريمة سواء علم أم لم يعلم بزواج الطرف الاخير (67).

كان هذا استعراضا لموقف التشريع والقضاء والفقه من الطرف غير المتزوج في العلاقة الجنسية غير الشرعية التي تمارس مع شخص متزوج، والذي يتلخص في اعتباره مشاركا في الخيانة الزوجية واخضاعه لاحكام المادة 130 ق ج.

ثانيا : تقييم موقف التشريع والقضاء والفقه :

اذا كان الاتجاه السابق يعد تطبيقا للفصل 130 ق ج، أي أنه قانوني، فانه بالمقابل لا ينسجم مع العدالة والمنطق القانوني، وذلك للأسباب التالية :

(1) أطلق القانون في المادة 492 ق ج على مرتكب العلاقة الجنسية غير الشرعية مع الزوج أو الزوجة اسم المشارك (الشريك) بحيث يخضع في أحكامه، كما بين ذلك القرار القضائي عدد 61 السابق ذكره، للفصل 129 - 130 ق ج مع أن الشريك في العلاقة الجنسية غير الشرعية لا تنطبق عليه أية حالة من الحالات الواردة في الفصل 129، بل يعد فاعلا أصليا مثله مثل الزوج أو الزوجة، لانه يساهم في ارتكاب الفعل المادي للجريمة اذ بدونه لا يمكن للنشاط الاجرامي أن ينم، ولذلك أشرنا في بداية هذا المبحث الى أن استعمال لفظ الشريك هنا يقصد به أحد اطراف العلاقة الجنسية غير الشرعية بصرف النظر عن المفهوم الوارد للشريك في الفصل 129 ق ج (68).

(2) وضع القانون الجنائي جريمة الفساد للعازبين، ووضع للمتزوجين الخيانة الزوجية، وتشدد في عقاب مرتكبي هذه الاخيرة نظرا لاعتدائهم على حقوق أزواجهم، خصوصا وأن الزواج يوفر في حد ذاته للشخص تلبية غريزته الجنسية (69) ولذلك

(67) وحتى في الحالة التي يرتتي اجتهاد القاضي الحاق وصف الزوجية بالظروف الشخصية فان علم الشريك لا يلعب أيضا أي دور اذ لا يسري اثر الوصف الاجرامي لفعل من توفر فيه هذا الظرف على الطرف الآخر سواء علم به أم لا.

(68) نعم، يمكن أن يحكم على المتهم بالعقوبة المخصصة لجريمة الفساد مع أنه لم يمارس العلاقة الجنسية غير الشرعية، وذلك اذا قام بأحد الافعال المبينة في الفصل 129 ق ج اذ يعتبر في هذه الحالة مشاركا في جريمة الفساد طبقا لما حدده الفصل 129 الذي عرف المشارك بأنه : «من لم يساهم مباشرة في تنفيذها (أي الجنائية أو الجنحة) ولكنه أتى أحد الافعال التالية...»

وتتحقق منه المشاركة في الفساد حسب المفهوم المحدد في الفصل 129 اذا حرض شخص رجلا وامرأة على ممارسة العلاقة الجنسية بينهما أو أمرهما بذلك واستعمل معهما في ذلك تحايل أو تدليس.

كما تتحقق أيضا في المثال الذي أعطاه كاروا 36 Renvoi, P.587 Traité. Théo. et pratique في الموضوع بالنسبة للشخص الذي يقدم أو يكتري المكان أو الغرفة التي تتم فيها مباشرة العلاقة الجنسية غير الشرعية وهذا ما تنص عليه الفقرة الخامسة من الفصل 129 ق ج.

(69) هذا السبب الاخير لا يعتبر عنصرا في جريمة الخيانة الزوجية، وقد ذكرناه هنا لانه من الدوافع البديهيّة التي شدد العقاب من أجله في هذه الجريمة.

وجب ان يؤخذ كل متهم بالجريمة التي تنطبق عناصرها عليه، ففي الحالة التي يكون فيها أحد أطراف العلاقة الجنسية غير الشرعية هو وحده المتزوج، فانه يجب مؤاخذه الطرف غير المتزوج بجريمة الفساد.

وهذا ما ذهبت اليه الشريعة الاسلامية التي سبق أن أشرنا بأن المغرب قد استقى منها العقاب على العلاقة الجنسية غير الشرعية والتمييز بين زنا البكر وزنا المحصن. فقد روى أهل الصحاح عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أنهما قالا : «أن رجلاً من أهل الاعراب أتى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال : يا رسول الله أناشدك الله الا قضيت لي بكتاب الله، فقال الخصم، وهو أفقه منه : نعم أقض بيننا بكتاب الله وادن لي أن أتكلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : قل، فقال : ان ابني كان عسيفاً عند هذا فزنا بامراته واني اخبرت أن على ابني الرجم فافتديته بمائة شاة، ووليدة، فسألت أهل العلم فاخبروني انما على ابني جلد مائة وتغريب عام وعلى امرأة هذا الرجم. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذي نفسي بيده لا قضين بينكما بكتاب الله، أما الوليدة والغنم فرد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، واغد يا أنيس (تصغير انس) الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها، فغدا عليها انس فاعترفت، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بها فرجمت.» (70)

ومن القوانين التي تساير هذا الاتجاه في التمييز بين الشريك الاعزب والمتزوج قانون العقوبات الاردني في المادة 282 (71) وقانون العقوبات السوري في المادة 473 وقانون العقوبات القطري الذي نص بصفة واضحة ومفصلة على تخفيف العقوبة بالنسبة للشريك غير المتزوج وذلك في المادة 211 التي جاء فيها «كل امرأة زنت برضاها تعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على ألفي ريال أو بالعقوبتين معا.

فاذا كانت زوجة آخر تعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات» وكذا في المادة 212 التي نصت على أن «كل من واقع امرأة غير متزوجة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على ألفي ريال أو بالعقوبتين معا.

فاذا كان الجاني متزوجا يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات.»

(3) وصف الزواج هنا من الظروف المختلطة، كما سبق القول، إذ يمكن إلحاقه بالظروف الشخصية أو بالظروف العينية حسب اجتهاد القاضي، فلا يوجد في الحقيقة ما يرجح بصفة مؤكدة إلحاقه بالظروف العينية حتى يمكن مؤاخذه الشريك غير المتزوج على أساس هذا الإلحاق بجريمة المشاركة في الخيانة الزوجية، ولذلك نرى أنه مادام الأمر يتعلق بتفسير المادة 130 ق.ج، فانه يجب أن يكون هذا التفسير

(70) الجزيري ص 59.

(71) تنص الفقرة الثانية من هذه المادة على أنه «يقضى بالعقوبة نفسها على شريك الزانية اذا كان متزوجا والا فالحبس من ثلاثة أشهر الى سنة.

(4) وفي الحالة التي يلحق فيها الزواج بالظروف العينية، فهل من العدل أن يؤخذ المتهم بظرف يجهله ؟ لأنه إذا كان الهدف من تشديد العقاب على الشركاء غير المتزوجين في الخيانة الزوجية هو منعهم من تشجيع المتزوجين على اقتراف الخيانة الزوجية، فإن علمهم بهذه الصفة يجب أن يكون متوفرا (72).

فهل من العدل أن تؤخذ مثلا الفتاة التي يوهمها الشاب بأنه غير متزوج وتدان بجريمة المشاركة في الخيانة الزوجية، مع أنها لم تكن تعلم، ولم يكن لديها ما يساعد على العلم، بأن هذا الشاب متزوج ؟

وهل من العدل أيضا أن تؤخذ الاعزب الذي ضاع باغية وادى لها ثمن خدمتها بالمشاركة في الخيانة الزوجية إذا كانت الباغية متزوجة وأخفت عنه هذه الصفة خصوصا إذا كان قد اتصل بها في نادي أو مرقص ليلي مثلا وهي امكنة يستبعد في المغرب أن يتردد عليها الزوجات بدون أزواجهن ؟ هذا ونجد بعض التشريعات تشترط علم الشريك بزواج الشخص الذي مارس معه العلاقة الجنسية غير الشرعية مثل قانون العقوبات لسلطنة عمان في المادة 227 التي نصت على أنه «يعاقب بالعقوبة نفسها شريك الزاني أو الزانية إذا كان يعلم أن من زنى معه متزوج» ومثل قانون العقوبات الكويتي الذي نص في المادة 195 منه على معاقبة الزاني المتزوج سواء كان رجلا أو امرأة بالحبس لمدة لا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تتجاوز خمسة آلاف روبية أو باحدى العقوبتين، ثم نص في المادة 196 على أنه «يعاقب شريك الزوجة الزانية وشريكة الزوج الزاني إذا كان كل منهما يعلم أو يستطيع أن يعلم أن من زنا معه متزوج بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف روبية أو باحدى هاتين العقوبتين».

كما أن بعض التشريعات اشترطت علم الرجل بأن من يواقعها متزوجة أو وجود ما يحمله على الاعتقاد بأنها كذلك، كقانون العقوبات السوداني في المادة 432 منه (73).

وإذا كان قانون العقوبات العراقي في المادة 377 قد افترض في الجاني علمه بزواج من زنا به، فإنه أعطى للمتهم امكانية اثبات عدم استطاعته العلم بواقعة الزواج، وهذا ما ذهب اليه القضاء المصري أيضا (74).

(5) تتوقف المتابعة بالخيانة الزوجية على تقديم الشكاية من زوج المتهم وفي الحالة

(72) وهذا النقد موجه بالاساس للفصل 130 ق ج الذي يقرر كمبدأ عام بالنسبة لجميع الجرائم وجوب مواظدة الشريك والمساهم بالظروف العينية ولو كان يجهلها، مع أن علم المتهم بجميع عناصر الجريمة ضروري لتوفر القصد الجنائي الذي تركز عليه الادانة بالجرائم العمدية.

(73) ونشير الى أن هذا القانون لم يتطلب في المادة 433 بالنسبة للمرأة العلم بزواج الرجل الذي واقعها، ولذلك فهي تعاقب بجريمة الزنا سواء كان شريكها متزوجا أم لا وسواء علمت بزواجه أم لم تعلم.

(74) نقض 2 أبريل سنة 1910 11 عدد 89 ص 14. انظر في هذا الشأن حافظ نور ص 201 وعطية راغب، الجرائم الجنسية في التشريع الجنائي المصري ص 46.

التي يكون فيها شريك المتهم غير متزوج فإن للنيابة العامة تحريك الدعوى ضده دون حاجة الى تقديم الشكاية ضد الطرف المتزوج (75)، كما أن سحب الشكاية في الحالة التي تكون فيها قد قدمت من الزوج الضحية ضد زوجة الزاني، والذي يؤدي الى وقف المتابعة والعقاب، فإن الشريك غير المتزوج لا يستفيد من هذا السحب طبقا لما تقضي به الفقرة الأخيرة من الفصل 492 ق ج.

وهذا يظهر مدى الاحجاف الذي يلحقه القانون بالشريك غير المتزوج، اذ في الوقت الذي كان عليه أن يسوي بينه وبين مرتكب الفساد، اخضعه لاحكام قاسية قد لاتسري على الفاعل الاصلي في الجريمة الذي استمد منه الوصف الاجرامي للفعل.

ولذلك يمكن القول أن الزواج الذي اعتبر ظرفا مشددا لجريمة الفساد وعنصرا ينقل وصف العلاقة الجنسية غير الشرعية من الفساد الى الخيانة الزوجية، يعد ظرفا معفيا من العقاب في حالة عدم تقديم الشكاية ضد الزوج الزاني أو في حالة سحبها لصالحه. ونود هنا أن نعرض نص الفقرة الواردة في قرار محكمة النقض المصرية (76) في هذا الشأن اذ جاء فيها :

«ان جريمة الزنا جريمة ذات طبيعة خاصة لانها تقتضي التفاعل بين شخصين يعد القانون احدهما فاعلا أصليا وهي الزوجة ويعد الثاني شريكا وهو الزاني بها، فاذا إنمحت جريمة الزوجة وزالت اثارها لسبب من الاسباب قبل صدور حكم نهائي على الشريك، فإن التلازم الذهني يقتضي محو جريمة الشريك أيضا، لانها لا يتصور قيامها مع انعدام ذلك الجانب الخاص بالزوجة، والا كان الحكم على الشريك تأثيما غير مباشر للزوجة التي عدت بمعناى عن كل شبهة اجرام، كما ان العدل المطلق لا يستتبع ابقاء الجريمة بالنسبة للشريك مع محوها بالنسبة للفاعلة الاصلية، لان اجرام الشريك انما هو فرع عن اجرام الفاعل الاصيل، بل الواجب في هذه الحالة أن يتبع الفرع الاصل، ولا يمنع من تطبيق هذه القاعدة اختلاف الفاعل الاصيل والشريك في الجنسية والتشريع والقضاء مادامت جريمة الزنا لها ذلك الشأن الخاص الذي تمتنع فيه التجزئة وتجب فيه مراعاة ضرورة المحافظة على شرف العائلات، فاذا صدر عفو شامل من دولة أجنبية محا جريمة الزوجة قبل صدور حكم نهائي على الشريك المصري وجب حتما أن يستفيد هذا الرجل من ذلك العفو».

نستخلص مما سبق في هذا الفصل أن المؤاخذة بجريمة الفساد تتطلب أن يكون المتهم غير مرتبط بعلاقة زواج مع الشخص الذي مارس معه العلاقة الجنسية، وأن يكون غير مرتبط بعلاقة زواج مع الغير، لان فعله في حالة زواجه يوصف بالخيانة الزوجية عوضا عن الزنا.

(75) د. الخليلي : الف
(76) نقض جلسة 10 أ
صفحة 717 بند 12. انظر
الجنائي الخاص ج 2 - ص 209.
1933 الطعن رقم 1073 سنة 3 قضائية منشور بمجموعة القواعد في 25 سنة،
ن البغال : الجرائم المخلة بال... ، الطبعة الثانية ص 342.

وبالرغم من توفر هذين الشرطين، فإنه يمكن أن يؤخذ المتهم بجريمة الخيانة الزوجية إذا ما أتى العلاقة الجنسية غير الشرعية مع شخص متزوج حيث يعتبره القانون شريكا في الخيانة الزوجية وهذا موقف غير عادل كما سبق بيانه.

الفصل الثالث : القصد الجنائي

سنتناول هذا الفصل من خلال ثلاثة مباحث، نتعرض في الأول لتعريف القصد الجنائي، وفي الثاني لانتفاء العوامل المؤثرة في الإرادة، وفي الثالث لانتفاء العوامل المؤثرة في العلم.

المبحث الأول :

تعريف القصد الجنائي

يقتضي هذا التعريف التعرض أولاً للعلاقة بين القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية وثانياً لتعريف القصد الجنائي وتحديد عناصره وثالثاً لتوضيح عدم تأثير الباعث على القصد الجنائي في جريمة الفساد.

أولاً : القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية :

تقوم دراسة القصد الجنائي كعنصر من عناصر الجريمة العمدية على توضيح مدى توافر الارتباط المعنوي بين الجاني وبين الفعل المادي المكون للجريمة من حيث إتيان الجاني له عن إرادة حرة وتمييز كامل وإدراك حقيقي للعناصر الواقعية للجريمة. حتى يعد الشخص مسؤولاً مسؤولاً جنائية يتحمل بموجبها العواقب القانونية الناتجة عن ارتكابه للفعل المجرم.

ذلك لأن مفهوم المسؤولية الجنائية يركز على قبول الجاني، بتحمل العقاب الناتج عن إتيانه للجريمة، إذ تكون هذه الأخيرة الواقعة القانونية التي تنشيء المسؤولية الجنائية التي لا بد أن يتوفر في من يتحملها عناصر الأهلية من إدراك وإرادة، كما يجب أن يتوفر فيها ركنان أساسيان، أولهما يخص العلاقة بين الفعل المادي الذي تتكون منه الجريمة وبين شخص الجاني، أي وجوب صدور الفعل المكون للجريمة عن قوى الجاني الحيوية الذاتية⁽¹⁾، وثانيهما يتمثل في الرابطة المعنوية التي «تتكون من

(1) وهذا بصفة مبدئية، لأن الفصل 132 ق ج بعد أن نص على مبدأ شخصية المسؤولية الجنائية ذكر في الأخير أنه «لا يستثنى من هذا المبدأ إلا الحالات التي ينص فيها القانون صراحة على خلاف ذلك».

ومن جملة النصوص التي تحمل الفرد المسؤولية الجنائية عن الفعل الذي ارتكبه غيره طبقاً لهذا الاستثناء المادة 41 من قانون الصيد البحري المؤرخ في 23 نونبر 1973 والمادة 84 من ظهير 1932/11/12 المتعلق بتنظيم التبغ بالمغرب والمادة 33 من ظهير 1923/7/21 المتعلق بالصيد في المياه الداخلية. ويلاحظ أن هذه النصوص التي تحمل الفرد مسؤولية غيره نادرة وتزيد ندرتها إذا تعلق الأمر بالأفعال المعاقب عليها بالعقوبات الحبسية. انظر في هذا المجال د. الخليلي : القانون الجنائي العام ص 217 - 218

العمليات النفسية التي تربط بين الجاني وبين العناصر التي يتركب منها البناء الموضوعي للجريمة»⁽²⁾

ويمثل هذا العنصر الأخير ما يسمى بالركن المعنوي للجريمة الذي تتوقف مؤاخذه الجاني على توفره، سواء تعلق الأمر بالجرائم العمدية أو بالجرائم غير العمدية لانه في كليهما يقوم على الرابطة بين العمليات النفسية والذهنية للجاني وبين العناصر الموضوعية للجريمة⁽³⁾، أو كما عبر عنه الأستاذ الخليلي بأنه توجيه الارادة فعلا الى تحقيق النشاط الاجرامي أو على الأقل تعطيل هذه الارادة وارتكاب الجريمة عن طريق الاهمال⁽⁴⁾.

فكما يتطلب الركن المعنوي في الجرائم العمدية يتطلب أيضا الجرائم غير العمدية أو ما يطلق عليها جرائم الاهمال، ويثبت في الاولى بتوجيه الجاني ارادته الى تحقيق النشاط الاجرامي وهو عالم بحقيقة الفعل الذي أقدم عليه من الناحية الواقعية، بينما يتحقق في الثانية عن طريق ثبوت الرعونة وعدم الاحتياط والتبصر في سلوك الجاني⁽⁵⁾.

وقد عبر عن ذلك بعض الفقه بأن الارادة شرط لازم في كل الجرائم سواء كانت عمدية أو غير عمدية اذ تتوفر في الاولى بتوجيهها الى ارتكاب الفعل أو الترك وكذا بتعمد النتيجة بينما يكتفي في الثانية بتوجيه الارادة الى ارتكاب الفعل أو الترك دون حصول النتيجة⁽⁶⁾.

والاصل في المؤاخذه بالجرائم أنها تتوقف على ارتكابها عمدا، أما ما يرتكب منها بصورة غير عمدية، أي عن طريق الاهمال، فيمثل الاستثناء عن هذا الاصل، لذلك نجد كثيرا من التشريعات تضع نصوصا خاصة لهذه القاعدة مثل قانون العقوبات الايطالي الذي جاء في الفقرة الثانية من مادته الثانية والاربعين أنه لاعقاب على من يرتكب فعلا يعده القانون جريمة اذا لم يكن قد ارتكبه عمدا، الا في الحالة التي ينص فيها القانون صراحة على خلاف ذلك⁽⁷⁾.

(2) انظر زكي محمود : اثار الجهل والغلط في المسؤولية الجنائية رسالة دكتوراه 1967 القاهرة ص 54.
انظر كذلك عبد الواحد وافي : المسؤولية والجزاء، الطبعة الثانية 1963 مكتبة نهضة مصر ص 87 وما بعدها.
(3) زكي محمود ص 26.

(4) الخليلي : القانون الجنائي العام ص 196

(5) للمزيد من الايضاح انظر الخليلي : القانون الجنائي العام ص 196، هامش رقم 1 ص 197 انظر كذلك ذ. النصراوي : النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي 1980 - 1981 الرباط ص 203 - 209.

(6) النصراوي : النظرية العامة ص 174. انظر كذلك فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي، دار العلم 1961 القاهرة ص 47.

(7) انظر نص هذه المادة بالفرنسية هامش رقم 1 ص 26، زكي محمود التي جاء فيها :
« Nul ne peut être puni pour un fait prévu par la loi comme délit, s'il ne l'a commis par dol, exception faite des cas de délit préterintentionnel ou non intentionnel (colposo) expressément prévus par la loi ».

كما نص على ذلك أيضا المشرع السويسري في المادة 18 من قانون العقوبات لسنة 1937 بقوله : لا يعاقب شخص على جنابة أو جنحة إلا اذا تعدد ارتكابها ما لم ينص القانون على غير ذلك، ويتوافر العمد متى ارتكب الجنابة أو الجنحة عن علم واردة (8).

ونفس القاعدة قررها المشرع المغربي في الفصل 133 ق ج حيث قال بأن «الجنابات والجنح لا يعاقب عليها إلا اذا ارتكبت عمدا. إلا أن الجنح التي ترتكب خطأ يعاقب عليها، بصفة استثنائية في الحالات الخاصة التي ينص عليها القانون» (9).

أما المخالفات فيعاقب عليها حتى ولو ارتكبت خطأ، فيما عدا الحالات التي يستلزم فيها القانون صراحة قصد الاضرار (10).

وقد كانت الصورة الغالبة للجرائم هي الصورة العمدية، أما في الوقت الحاضر فقد أخذت نسبة الجرائم غير العمدية تتزايد حيث كثر تدخل المشرع بنصوص معاقبة خاصة على هذا النوع الأخير، كما هو الشأن في الجرائم التنظيمية والاقتصادية.

ويطلق على الركن المعنوي في الجرائم العمدية : العمد أو النية الإجرامية أو القصد الجنائي، وكلها تعني توجيه ارادة الجاني الى تحقيق الواقعة الإجرامية مع علمه بحقيقة الفعل الذي أتاه من الناحية الواقعية والقانونية (11).

ولما كانت جنحة الفساد التي نحن بصدد دراستها جريمة عمدية (12)، اذ لا يمكن تصور ارتكابها بالاهمال، فان مؤاخذة مرتكبها واعتباره مسؤولا جنائيا عن فعله تتوقف على توافر القصد الجنائي في حقه مادام القصد ركنا ضروريا في الجرائم العمدية (13).

وقبل البحث في ركن القصد الجنائي كعنصر من عناصر جريمة الفساد، وهو

(8) وجاء نص هذه المادة :

«Sauf disposition expresse et contraire à la loi est seul punissable celui qui commet intentionnellement un crime ou un délit qui le commet avec conscience et volonté»

زكي محمود هامش رقم 2 ص 28

(9) انظر الفصل 432 ج ح المغربي المتعلق بجريمة القتل الخطأ كمثال على الجرائم غير العمدية المعاقب عليها.

(10) وهناك بعض التشريعات التي لم تتضمن من هذه النصوص، بل تكتفي بتبريد عبارات مختلفة في الجرائم التي تشترط فيها توافر العمد كعبارة «عمدا» أو «مع العلم» أو «بسوء قصد» أو «بسوء الاضرار» وذلك مثل القانون الفرنسي والبلجيكي والمصري. زكي محمود ص 27 - 28.

(11) راجع د. الخليلي : القانون الجنائي العام ص 196.

(12) طارق أحمد حجي : شرح القسم الخاص من القانون الجنائي المغربي 1978 فاس ص 93 - 94

(13) فقد رأينا أن المشرع المغربي اعتبر في الفصل 133 ق ج أن الجرائم غير العمدية لا يعاقب عليها إلا اذا وجد نص خاص بها، ومع انعدام وجود هذا النص بالنسبة لجريمة الفساد فان توافر العمد يبقى أمرا ضروريا لمؤاخذة المتهم جريمة الفساد. انظر في هذا الشأن زكي محمود ص 28 - 29.

موضوع هذا الفصل، نود الإشارة الى أن جريمة الفساد هي من الجرائم التي يكتفي فيها بتوفر القصد العام الذي يقوم بمجرد تعمد الجاني ارتكاب الفعل المكون للجريمة، دون أن يتطلب فيها وجود القصد الخاص الذي يستلزم أن يكون الفعل الاجرامي قد ارتكب لتحقيق غرض خاص (14) لهذا يكفي لمؤاخذة المتهم بجريمة الفساد أن يمارس هذا الاخير علاقة جنسية مع الطرف الثاني بإرادة حرة وهو يعلم أنه لايرتبط معه بعلاقة زواج.

ثانيا : تعريف القصد الجنائي وتحديد عناصره :

لم يعرف المشرع المغربي القصد الجنائي وإنما اكتفى باشتراط وجوب توفر العمد بصفة مبدئية في ارتكاب الجنايات والجنح حتى يمكن العقاب عليها (الفصل 133 ق ج).

وقد تعرضت المادة 43 من قانون العقوبات الايطالي لسنة 1930 لبيان مفهوم القصد الجنائي بقولها «تعتبر الجريمة قد ارتكبت عمدا أو قصدا اذا كانت النتيجة الضارة أو الخطرة التي نتجت عن الفعل أو الامتناع والتي يتوقف عليها وجود الجريمة قانونا قد توقعها وأرادها الجاني كأثر لفعله أو امتناعه» (15).

وعرفت المادة 48 من المشروع الموحد للجمهورية العربية المتحدة، القصد الجنائي لدى الفاعل بأنه «توجيه ارادة الجاني الى ارتكاب الامر المكون للجريمة عالما بعناصرها القانونية، ولاتكون الجريمة عمدية الا اذا توفر ذلك فيها» (16).

وعرفه رمسيس بهنام بأنه «انصراف الارادة الى السلوك المكون للجريمة كما وصفه نموذجها في القانون مع وعي بالملابسات التي يتطلب هذا النموذج احاطتها بالسلوك في سبيل أن تتكون به الجريمة» (17).

وقال أبو الفتوح بأن «القصد الجنائي هو هذه القوة النفسية التي تكمن وراء الفعل أو الامتناع الذي أقدم عليه الفاعل وأراد به الاعتداء على مصلحة حماها الشارع بنص جنائي» (18).

كما جاء عند فتحي بهنسي (19) بأنه هو «اتجاه الارادة للفعل أو الترك المعاقب عليه»

(14) احمد فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي - دار العلم، القاهرة 1961 ص 51.
(15) راجع نص هذه المادة بالفرنسية. زكي محمود ص 30 هامش رقم 1. وقد ذهبت الى نفس المعنى المادة 27 من قانون العقوبات اليوناني لسنة 1950 والمادة 12 من قانون العقوبات البحريني لسنة 1950 والمادة 4 من قانون العقوبات البلغاري لسنة 1951.
(16) انظر في نفس المفهوم المادة 8 ق ع السوفياتي لسنة 1960، وقد نصت المادة 187 ق ع السوري بأن القصد الجنائي هو «ارادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون».
(17) ويضيف بأن «القصد الجنائي نية فيما يتعلق بالسلوك ووعي فيما يتعلق بملابسات السلوك، النظرية العامة للقانون الجنائي. رمسيس بهنام منشأ المعارف الاسكندرية 1971 ص 880
(18) شرح القانون الجنائي المغربي. القسم الخاص. مطبعة النجاح الجديدة. البيضاء 1980 ص 190
(19) المسؤولية الجنائية ص 47

وقد ذهب أغلب الفقه في الشريعة الإسلامية الى اعطاء القصد الجنائي نفس مفهومه في القانون والفقه الوضعي، ولم يشذ عن هذا الاتجاه الا البعض الذي حاول ايجاد تفرقة بين «قصد العصيان» و «العصيان» في حد ذاته مع أن كلمة «عصيان» تحوي العصيان وقصد العصيان في آن واحد، كما أن العصيان لا يتحقق بمفهوم الجريمة في الشريعة الإسلامية الا في الجرائم العمدية حيث يراد به في هذه الجرائم القصد المتعمد للجاني (20).

وبصفة عامة، فإن القصد الجنائي يقوم بتوجيه الجاني ارادته لارتكاب الواقعة المكونة للركن المادي للجريمة مع احاطته بحقيقة فعله من الناحية الواقعية، وعلمه بموقف القانون من هذه الواقعة.

لذلك فإن القصد الجنائي في جريمة الفساد يقوم على ثلاثة عناصر :

(1) توجيه الارادة الى الواقعة المادية للفعل، وهي ممارسة العلاقة الجنسية عن بينة واختيار.

(2) الاحاطة بحقيقة هذا التصرف المادي للجريمة، وأهم ما يتطلب أن يحبط به المتهم هو العلم بأن الشخص الذي يمارس معه العلاقة الجنسية لاتربطه به علاقة زواج.

(3) علم الجاني بحكم القانون في هذه الواقعة، وهي بالنسبة لمن يمارس علاقة جنسية مع شخص لاتربطه معه علاقة زواج، أن يعلم أن القانون يحرم هذا الفعل ويعاقب عليه (21).

غير أن هذا العنصر الأخير تخلت عنه التشريعات الجنائية حينما افترضت في جميع الافراد علمهم بالقانون وبتفسيره، حفاظا منها على استقرار الاوضاع ومنع المتلمصين من حكم القانون، من التذرع بجهلهم له، وهذا ما نص عليه القانون الجنائي المغربي بقوله «لايسوغ لاحد أن يعتذر بجهل التشريع الجنائي» (22).

لذلك نجد الاتجاه السائد فقها يحدد عناصر القصد الجنائي في عنصرين فقط أولهما هو المتمثل في توجيه الارادة للقيام بالفعل المادي للجريمة وثانيهما العلم بحقيقة هذه الواقعة في مظهرها المادي (23) أي وجوب توفر الارادة والعلم.

(20) فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية ص 47 - 45.

(21) انظر فيما يتعلق بتحديد عناصر القصد الجنائي بصفة عامة. د. الخليلي : القانون الجنائي العام ص 197 وكذا النصاروي : الموجز في النظرية العامة ص 174 - 177.

(22) انظر الانتقادات الموجهة لمبدأ عدم الاعتداد بجهل القانون. ذ. النصاروي الموجز في النظرية العامة ص 1176.

(23) راجع. د. الخليلي : القانون الجنائي العام ص 198 - 197. راجع كذلك عادل سيد فهم النظرية العامة

للمسؤولية الجنائية، جرائم الاشخاص والاموال في قانون العقوبات البغدادي الجزء الاول عن جرائم الاشخاص. محاضرات القيت بكلية الحقوق بالبصرة 1977 - 1978. مطبعة حذاء البصرة ص 90.

وراجع ايضا محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات، القسم الخاص ص 293 وذلك فيما يتعلق بعنصر

الارادة والعلم ليتوفر بهما القصد الجنائي.

وقد حدد القانون الجنائي السويسري هذين العنصرين في المادة 18 منه حينما قال «ويتوافر العمد متى ارتكب الجاني الجناية أو الجنحة عن علم وعن ارادة».

وإذا سلمنا بأن توافر الارادة الحرة المختارة والعلم الحقيقي بعناصر الجريمة يجعل القصد الجنائي قائما في حق الجاني من الناحية القانونية، فإنه مع ذلك يبقى القصد الجنائي ظاهرة نفسية لها جوهرها ومقوماتها (24)، إذ لا يمكن التعرف عليها الا من خلال الوقائع المادية المكونة للجريمة.

لذلك نجد أن التشريعات التي تحاول تحديد مفهوم القصد الجنائي تكتفي باشتراط توفر عنصره اللذين هما الارادة والعلم دون الغوص في تحديد كنههما وارتباطهما بنفسية الجاني.

نستنتج مما سبق ان جريمة الفساد جريمة عمدية تتوقف مساءلة مرتكبيها مسؤولية جنائية على توفر القصد الجنائي الذي يتكون من عنصرين، أولهما توجيه ارادة الجاني الى الواقعة المادية للفعل، وهي ممارسة علاقة جنسية عن بينة واختيار، وثانيهما علم الجاني بحقيقة التصرف المادي للجريمة الذي يركز بالاساس على احاطة الجاني بأن الشخص الذي مارس معه العلاقة الجنسية لاتربطه به علاقة الزواج.

ولتوفر هذين العنصرين في القصد الجنائي للمتهم، يجب أن يكون هذا الاخير أثناء قيامه بالعلاقة الجنسية غير متأثر بأحد العوامل المؤثرة في الارادة أو العلم، لذلك سنركز في بحثنا للقصد الجنائي على وجوب انتفاء هذه العوامل.

ثالثا : عدم تأثير الباعث في القصد الجنائي :

ونود ان نشير في خاتمة هذا المبحث الى أن القصد الجنائي يختلف عن الباعث أو الدافع، فالاول هو ارادة ارتكاب الجريمة والعلم بحقيقتها، أي أنه حالة ذهنية في طبيعتها ولو تغير الجاني أو اختلفت ظروفه، في حين أن الثاني هو الغاية التي يهدف الجاني اليها من تحقيق نشاطه الاجرامي، فهو الحالة الذهنية التي تسبق الارادة وتحركها نحو السلوك الاجرامي (25).

والباعث لايؤثر في مؤاخذة الجاني على النشاط الاجرامي الذي آتاه الفاعل وانما يكفي أن يتوفر لديه القصد الاجرامي حتى تثبت ادانته، لان الباعث يختلف من شخص لآخر ولان القانون لا يأخذ بالبواعث ولو كانت شريفة، إذ لاتؤثر هذه الاخيرة الا من حيث تخفيف أو تشديد العقوبة في نطاق السلطة المخولة للقاضي (26).

(24) زكي محمود ص 30. ويذكر ابو الفتوح ص 216 بأن «القصد مسألة داخلية تكمن في نفس الجاني الا أنها بطبيعة الحال لها مظاهر خارجية من سلوك الجاني تدل عليها».

(25) راجع عادل سيد فهميم، النظرية العامة للمسؤولية ص 93.

(26) راجع سيد فهميم ص 93 وما بعدها وفتحي بهنسي : المسؤولية، ص 47 وما بعدها.

د. الخليلي : القانون الجنائي العام ص 198 - 199.

أبو الفتوح : شرح القانون الجنائي ص 195

وهكذا سواء كان الباعث على ممارسة العلاقة الجنسية غير المشروعة هو تلبية الغريزة الجنسية أو الحصول على المقابل.. أو الانتقام أو غير ذلك، فإن جريمة الفساد تثبت في حق الجاني مما يستوجب ادانته بها.

فلا يوجد إذن فرق من الناحية القانونية في القانون الجنائي المغربي بين الباغية المحترقة التي تمكن الزبناء منها قصد الحصول على المقابل، وبين التي تمارس علاقة جنسية غير مشروعة صدفة أو عرضاً أو مع عشيق أو خطيب ولغاية غريزية فقط. على أن بعض التشريعات تفرق في هذا المجال بين ما يمارس من علاقات جنسية غير مشروعة عرضاً وبدافع جنسي محض فتعتبره فعلاً مباحاً لاعتقاب عليه، إذا لم يكن يشكل جريمة أخرى كالاختلال العلني بالحياء، وبين ما يمارس لأجل الحصول على المقابل وهو ما يسمى بالبغاء أو الدعارة، فتعده جريمة معاقباً عليها، وذلك مثل قانون العقوبات المصري والسوفييتي والسوري كما أشرنا إلى ذلك من قبل في الباب التمهيدي.

وننتقل الآن لدراسة العوامل المؤثرة في عناصر القصد الجنائي على الشكل التالي :

- انتفاء العوامل المؤثرة على الإرادة.
- انتفاء العوامل المؤثرة على العلم.

المبحث الثاني :

انتفاء العوامل المؤثرة على الإرادة :

لكي يتوفر عنصر الإرادة في القصد الجنائي للجاني، يجب أن يكون هذا الأخير قد قام بالفعل المادي للجريمة الذي هو العلاقة الجنسية، عن بينة واختيار إذ يتعمد إثبات هذه العلاقة وهو في المستوى اللازم للتمييز والادراك غير متأثر بأحد العوامل المؤثرة في الإرادة.

والإرادة هي « القوة أو القدرة النفسية التي يستطيع بها الشخص أن يتحكم في سلوكه العضوي وأفعاله الحركية »⁽²⁷⁾، أي أنها قدرة كامنة في الشخص تمكن صاحبها من اختيار اتخاذ قرار بالاقدام على إثبات فعل معين⁽²⁸⁾.

وهي تمثل في الجرائم العمدية عنصراً أولاً في الركن المعنوي لها أو ما يسمى بالقصد الجنائي، بينما بالنسبة للجرائم غير العمدية تقتصر مساءلة الجاني فيها على توفر عنصر الإرادة كركن معنوي. فهي (أي الإرادة) تشكل عنصراً مشتركاً بين الجرائم العمدية وغير العمدية. وهذا ما عبر عنه بعض الفقه بقوله أن القصد يختلف

(27) زكي محمود ص 58.

(28) مصطفى العوجي : المسؤولية الجنائية في القانون اللبناني. الطبعة الثانية، بيروت 1979. ص 18.

19. زكي محمود ص 131.

عن الإرادة في كون الأول هو تعمد النتيجة المترتبة عن الفعل أما الثانية فهي تعمد الفعل المادي أو الترك لأن الإرادة هي شرط لازم في كل الجرائم، أما القصد فهو أخص منها إذ لا يشترط إلا في الجرائم العمدية (29).

وإذا كانت الإرادة بهذا المفهوم أي بصفاتها قدرة صادرة من الشخص موجهة لآتيان فعل مادي مجرد عن نتيجته الجرمية لم تكن مثار خلاف، فإن الآراء قد تباينت فيما يتعلق باتجاه الإرادة إلى أحداث النتيجة الإجرامية (30).

وقد تجلّى أهم هذا التباين في نظريتين :

- الأولى هي نظرية الإرادة التي ترى أن القصد الجنائي لا يتحقق إلا إذا اتجهت إرادة الجاني إلى آتيان الفعل المادي للجريمة وإلى أحداث النتيجة الإجرامية معا، ففي هذه الحالة يتجلّى جوهر القصد الجنائي، إذ يتوفر الارتباط بين كل من الفعل المادي والنتيجة المجرمة وبين إرادة الجاني.

- الثانية هي نظرية «العلم» أو «التوقع» التي ترى بأن جوهر القصد يتركز على مجرد توافر علم الجاني بوقوع النتيجة المجرمة أو توقعه تحقيقها كآثر للسلوك الإرادي (31).

وعلى كل فإن اختلاف النظريتين اقتصر فقط على علاقة إرادة الجاني بالنتيجة المجرمة أما ارتباط الإرادة بالفعل المادي للجريمة فإنه بقي أمرا مسلما به عند الجميع في كونه يشكل عنصرا أساسيا إلى جانب عنصر العلم بحقيقة العنصر المادي من الناحية الواقعية حيث يشكلان معا الركن المعنوي للجريمة العمدية.

وعلى هذا الأساس فإن العنصر الأول الذي يجب توفره في القصد الجنائي للمتهم بجريمة الفساد، هو أن يوجه هذا الأخير إرادته إلى آتيان العلاقة الجنسية، أي أن يكون هناك ارتباط مباشر وسليم بين قدرة الجاني النفسية التي تمكنه من السيطرة على سلوكه وتصرفاته، وبين العملية الجنسية التي أتاها حيث لا يتدخل أي عنصر آخر في هذا الارتباط يؤثر على مرتكب الفعل ويجعله غير قادر على توجيه إرادته إلى الفعل عن بينة واختيار.

ولكي يتم توجيه الإرادة على النحو الذي يتطلبه القصد الجنائي، يجب أن يكون الجاني أثناء ممارسته للفعل الإجرامي في مستوى معين من السن يسمح له بالقدرة على

(29) انظر فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية ص 47.

(30) وهذا بالنسبة للجرائم العمدية طبعا. ثم إن هذا الاختلاف يتعلق بتوسيع أو تضيق مجال مسؤولية الجاني حسب رأي كل من النظريتين الآتي ذكرهما، وليس بضرورة اتجاه أو عدم اتجاه إرادة الجاني إلى أحداث الفعل الإجرامي في الجرائم العمدية، لأن ذلك أمر مسلم به.

(31) وفي اتجاه هذه النظرية الأخيرة عرف أبو الفتوح الإرادة بأنها «قوة نفسية محركة لفعل الجاني واقتناعه قصد تحقيق النتيجة الإجرامية التي تصورها». ص 190 - 191.

انظر مفهوم النظريتين وأنصار كل منهما والمراجع المتعلقة بهما، زكي محمود ص 33 - 34 مثنا وهامشا. أبو الفتوح : شرح القانون الجنائي المغربي ص 191 - 195.

التمييز بين صالح الأفعال وشرها وبتقدير النتائج المترتبة عن هذه أو تلك، وعلى درجة سوية من الوعي والادراك قادرا على التحكم بعقله فيما يصدر عنه من أفعال، كما يجب أن تكون إرادته قد توجهت الى اتیان الفعل بمحض اختياره خالية من كل ضغط واكراه.

وبصفة عامة فإن إرادة الجاني تتطلب بالضرورة أن تكون أثناء اتیان الفعل خالية من كل العوامل المؤثرة في الإرادة، والتي من شأنها أن تحول دون تحكم الشخص في السلوك الذي صدر عنه حيث يصير الإنسان المتأثر بها مجرد آلة مسخرة للقوة المؤثرة فيه (33).

والعوامل المؤثرة في الإرادة (34) متعددة، منها ما يرجع مصدرها الى شخص الجاني كالصغر والجنون مثلا، ومنها ما يرجع مصدرها الى دوافع خارجية كالاكراه والقوة القاهرة والحادث الفجائي، وكلها تتصل بشخصية الفاعل ولعلاقة لها بالجريمة، فهي تنتج أثرها بالنسبة لمن توفرت فيه (36).

وستتولى دراسة العوامل المؤثرة في الإرادة الممثلة للعنصر الأول في القصد الجنائي المكون للركن المعنوي لجريمة الفساد، الا أن دراستنا لهذه العوامل ستقتصر على مايتلاءم منها مع هذه الجريمة، لان هناك من العوامل التي لايمكن التصور

(32) راجع زكي محمود الذي يستدل على اجماع الرأي حول اعتبار الإرادة عنصرا مشتركا بين الركن المعنوي للجريمة العمدية وغير العمدية في كون التمييز بين الجريمة السلبية والإيجابية يعتمد على الإرادة، حيث ان الأولى تتطلب فيها «حركة عضوية إرادية ياتيها الجاني» اما الثانية فتتطلب احجام الجاني بإرادته عن ارتكاب فعل ينتظره القانون منه في ظروف معينة اذا ثبت أنه كان في امكانه إرادة هذا الفعل، وان عليه واجبا قانونيا بأن يقوم به. ص 31.

ويظهر هذا اجماع كذلك في كون الإنسان الذي تصدر عنه حركة عضوية دون أن تكون إرادته تسيطر على حركات جسده كالمكره مثلا، فإن الكل يعتبر حركته هذه تنتمي عنها صفة الفعل الإرادي لان إرادته لم تكن سليمة أثناء اتيانها. نفس المرجع السابق ص 32.

(33) راجع د. الخليلي: القانون الجنائي العام ص 215. زكي محمود ص 57 - 58.

(34) يقسم رمسيس بنهام هذه العوامل الى نوعين :

- نوع ينفي الركن المعنوي للجريمة ويتمثل في القوة القاهرة والاكراه المادي والحادث الفجائي اذ ينسب فيه «الحادث محل التجريم الى جسم انسان مادون أن ينتمي هذا الحدث بأية كيفية أو بأي وجه الى نفسية ذلك الانسان» فهذه العوامل تجعل الانسان مجرد وسيلة، اذ يكون الفعل صادرا عن جسم الانسان دون نفسيته، ولذلك تنفي صلة السببية بمعناها القانوني (لا بمعناها المادي) بين ذلك الجسم وبين الحدث الذي وقع فيعتبر هذا الحدث واقعا بغير أن يكون صاحب الجسم هو الذي أنشأ خطر وقوعه. ص 976 - 977.

- ونوع ليس من شأنه نفي الركن المعنوي وانما يؤدي الى ازالة أو نقصان حرية الفاعل في الاختيار بدون أن يقضي كلية على انتماء الجريمة الى نفسيته وهذا النوع يتمثل في الاكراه المعنوي وحالة الضرورة وحالة السكر والجنون والصغر وكلها تبقى لدى الانسان إرادته التي يعزى لها الفعل الاجرامي لانه تبقى له صلة بنفسية الفاعل ص 980 - 981. للعزید من الايضاح راجع رمسيس بنهام ص 976 - 1015.

(15) سواء تمت دراسة هذه العوامل بصفقتها مؤثرة في المسؤولية الجنائية ككل أو بصفقتها مؤثرة في الإرادة كما هو الشأن هنا فإن النتائج واحدة لان الامر في هذه الحالة الاخيرة يتعلق أيضا بالبحث في مسؤولية الجاني عن الفعل الاجرامي، مادامت المسؤولية لا تتوفر الا اذا اتجهت إرادة الجاني الى اتیان الفعل عن بينة واختيار وهذا لا يتم الا اذا كان الشخص عاقلا ومميزا.

(36) السعيد مصطفى السعيد: الاحكام العامة في قانون العقوبات. الطبعة الرابعة 1962 دار المعارف مصر ص 441.

منطقيا أن المتأثر بها قد دفعته الى ممارسة لعلاقة الجنسية غير المشروعة، وذلك مثل عامل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بصفتها صادرين عن قوة طبيعية.

لذلك سنعرض على التوالي حالة القصر (الصغير) والجنون والاكراه والسكر والتخدير ونشير هنا الى أن المشرع المغربي تعرض لحالة القصر والجنون والسكر والتخدير في الباب المتعلق بالمسؤولية الجنائية، أما الاكراه فقد عالجه في الفقرة الثانية من الفصل 124 ق ج المتعلق بأسباب الاباحة.

أولا : الصغير :

أ - في القانون الجنائي المغربي :

بمقتضى الفصل 139 ق ج يعتبر الصغير الذي لم يبلغ سن الثانية عشرة عديم التمييز وبالتالي غير مسؤول جنائيا⁽³⁷⁾.

كما نص الفصل 139 ق ج على أن الصغير الذي بلغ سن الثانية عشرة ولم يتم بعد السادسة عشرة يعد مسؤولا مسؤولية ناقصة.

أما الذي بلغ سن السادسة عشرة فيعتبر مسؤولا مسؤولية كاملة عن الافعال الجرمية التي اقترفها (الفصل 140 ق ج) غير أنه اذا لم يكن قد بلغ سن الثامنة عشرة فانه يجوز ان يخضع لتدابير الحماية والتهذيب طبقا للشروط المقررة في الفصل 514 من قانون المسطرة الجنائية (الفصل 140 ق ج).

فالمشرع اذن اعتبر الصغير الذي لم يتم بعد سن الثانية عشرة من عمره غير

(37) وقد كانت الامم القديمة تقر مسؤولية الطفل عن الجرائم التي يرتكبها ولو لم يكن قد بلغ سن الادراك والوعي، بل كان الاطفال يتحملون وزر اباؤهم، فكان يباح التصرف بهم كعقوبة لما اقترفه اباؤهم، كما كانوا يجردون من حماية القانون اذا ولدوا من أب مجرم.

وفي القرون الوسطى كانت بعض القوانين تقضي بمسائلة الابناء المزدادين من سفاح كعقوبة على ما اقترفه اباؤهم، فكانوا يحرمون من الميراث ويعاملون كمجرمين. ثم أخذ الاتجاه يتحول تدريجيا عن مساءلة الطفل الذي لم يبلغ بعد سن التمييز الى أن انتهى لحد الان بتقرير مسؤوليته ابتداء من بلوغه سنا معينة. وتكاد كل التشريعات تتفق الان على هذا المبدأ مع اختلافها فيما بينها حول السن الذي تكون فيه مسؤولية الطفل منعدمة أو ناقصة أو كاملة، الا أن هذا الاختلاف يعد بسيطا لان التفاوت بين هذا التشريع وذاك لا يتعدى في الغالب سنة كما هو الشأن بين التشريع المغربي الذي يسأل فيه الجاني مسؤولية كاملة ابتداء من سن السادسة عشرة والتشريع المصري الذي يعتبر الجاني فيه مسؤولا منذ بلوغه سن الخامسة عشرة.

- انظر في هذا الشأن عبد السلام التونجي : موانع المسؤولية الجنائية. معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية 1971 ص 44 وفتحي بهنسي ص 221.

مسؤول جنائيا (38)، اما الذي بلغ هذه السن (39) ولم يبلغ بعد سن السادسة عشرة فقد اعتبره مسؤولا مسؤولية ناقصة، حتى اذا أتم سن السادسة عشرة كانت مسؤوليته كاملة مع جواز خضوعه لتدابير الحماية أو التهذيب المقررة في الفصل 514 ق ج اذا لم يكن قد أتم الثامنة عشرة.

ولذلك فالادراك والتمييز الذي تعتمد عليه الارادة المكونة للعنصر الاول في القصد الجنائي، لا يمكن أن تتوفر الا اذا بلغ الفرد سن المسؤولية الجنائية الكاملة وهي السادسة عشرة في القانون الجنائي المغربي.

وعلى هذا الاساس فان ادانة المتهم بجريمة الفساد وثبوت مسؤوليته الكاملة عليها (40) تتوقف على بلوغه سن المسؤولية الجنائية في القانون الجنائي المغربي، أما الصغير الذي أتم الخامسة عشرة (41) ولم يبلغ بعد السادسة عشرة فتعتبر مسؤولية ناقصة ويعامل على هذا الاساس طبقا لما هو منصوص عليه في الفصل 139 ق ج الذي أجاز للقاضي أن يحكم عليه، اما بتدابير الحماية أو التهذيب المقررة في الفصل 156 ق ج أو بالعقوبة المخففة المنصوص عليها في الفصل 517 ق ج.

ب - في الشريعة الاسلامية :

اشتراطت الشريعة الاسلامية لتطبيق الحد على الجاني أن يكون هذا الاخير مكلفا، أي بلوغه في الاحوال العادية مستوى معين من التمييز والادراك، الا أنها لم تعتمد مقياس السن كما هو الشأن في القانون الوضعي، وانما اعتبرت ان بلوغ الطفل دليل على قدرته على التمييز والادراك، ولهذا فمساءلة الذكر تبدأ باحتلامه، أو قدرته على الاخصاب ومساءلة الانثى تبدأ بحيضها أو احتلامها أو حبليها (42). وقال مالك ان البلوغ يثبت أيضا بانبات الشعر.

(38) وأساس عدم مساءلة من لم يبلغ سن التمييز يرتكز على ان القاصر لم يكتسب بعد قوة الادراك والتمييز ومستوى معين من الوعي يجعله قادرا على التفرقة بين ما هو في صالحه وما هو مضر به أو معرفة ما هو مباح ومحذور، ولذلك فعدم بلوغ سن التمييز التي حددها المشرع يعتبر قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس على عدم تمييز الصغير. أبو الفتوح : شرح القانون الجنائي المغربي ص 244 و 245 و 247.

(39) يرى أبو الفتوح أن الصبي الذي بلغ الثانية عشرة من عمره ولم يتجاوزها يعتبر وفقا للفصل 138 ق ج غير مسؤول جنائيا ووفقا للفصل 139 ق ج مسؤولا مسؤولية مخففة، ويرجح تطبيق النص الاول لانه في صالح المتهم. شرح القانون الجنائي المغربي ص 246 - 247 ويبدو أن هذا الرأي لا يتفق مع ما أوضحه الفصل 138 و 139 ق ج حيث اعتبر الاول «الصغير الذي أتم اثني عشر عاما» سواء تجاوزها أم لم يتجاوزها مسؤولا مسؤولية ناقصة، ولذلك فالصبي الذي بلغ سن الثانية عشرة ولو لم يتجاوزها بعد مشمول بالفصل 139 ق ج فقط. (40) ومع ذلك يمكن أن يخضع الصغير، الذي أتم السادسة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة، لتدابير الحماية أو التهذيب طبقا للشروط المقررة في الفصل 514 م ج (الفصل 140 ق ج).

(41) قلنا سن الخامسة عشرة لانه حسب المفهوم الذي يعطى للفعل المادي لجريمة هتك العرض (عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 194 - 210) المنصوص عليها في الفصل 484 ق ج يمكن القول أن المشرع اعتبر العلاقة الجنسية التي تمارس بين ذكر وأنثى ويكون سن أحدهما أقل من الخامسة عشرة مكونة لجريمة هتك العرض، ويؤاخذ بها الطرف الذي تجاوز سن الخامسة عشرة وحده، أما الآخر فيعد ضحية في هذه الجريمة، ولذلك لا يمكن متابعة الصغير الذي يقل سنه عن خمسة عشرة سنة بالفساد.

(42) قال الله تعالى : «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا» (سورة النساء، آية 6).

ومع ذلك اذا لم تظهر هذه العلامات الفزيولوجية على الفرد رغم تقدمه في السن، فقد حدد الفقهاء سنا قصوى يعد الشخص بعد بلوغها مكلفا ومسؤولا مسؤولية تامة عن أفعاله، الا أنهم اختلفوا في هذه السن، فذهب بعضهم الى أنها عند الغلام بدخوله في التاسعة عشرة من العمر وعند الفتاة ببلوغها السابعة عشرة، وقال البعض ببلوغه سن الثامنة عشرة وبلوغها سن السابعة عشرة، وذهب آخرون الى مساواة الذكر بالأنثى وجعل السن القصوى هي خمسة عشرة سنة (43).

وقد تعرض فقهاء الشريعة الاسلامية لشرط التكليف في الزنا واتفقوا على ضرورة توفره فيمن يطبق عليه الحد، فان كان الزاني صبيا مميزا أدب فقط (44).

الا أنهم اختلفوا فيما يتعلق بالوطء الواقع بين صبي ومكلفة أو مكلف وصبية، هل يعتبر هذا الوطء زنا ويحد المكلف حد الزنا أو لا يعد زنا وبالتالي يرفع الحد عن الطرف البالغ منهما أيضا وذلك على النحو التالي :

فالمذهب المالكي يرى أن وطء الصبي لا يعتبر زنا وبالتالي لاتحد المرأة البالغة التي ضاجعها، أما اذا وطء المكلف صبية، فان كانت يمكن وطؤها فيحد شرعا وإن كان لا يمكن وطؤها فلا يحد سواء كان الوطء في قبلها أو دبرها (45).

وقال السرخسي من المذهب الحنفي أن المرأة لو دعت لنفسها صبيا فرنا بها لا حد عليها لانها مكنت نفسها من فاعل لم يأت ولم يخرج لان الاتم والخرج ينسان على الخطاب، وهو لا يخاطب (46).

كما قال الكاساني من نفس المذهب ان الصبي اذا وطئ امرأة اجنبية أو مسلمة فانه لا حد عليه بينما تحد هي اذا كانت مسلمة. ولا خلاف في ان العاقل البالغ اذا زنا بصبية فانه يحد ولاحد عليها لان فعل الزنا تعلق بأحد الجانبين وهو البالغ فقط، فالصبي لا يحد لعدم أهليته (47).

ويلاحظ أن هناك خلافا داخل المذهب الحنفي، اذ نجد ان السرخسي يقول بعدم حد

(43) انظر في هذا الشأن فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية ص 223 - 224 . ويستند المذهب الشافعي الذي يقول بأن السن القصوى هي خمسة عشر سنة على الحديث التالي : « أخبرنا سفيان بن عتبة عن عبد الله بن عمر بن حفص عن نافع عن ابن عمر قال : عرضت على النبي وأنا ابن أربع عشرة فردني وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني فحدثت به عمر بن عبد العزيز فقال عمر هذا بين الذرية والمقاتلة. الام : الشافعي ج 6 ص 147 - 148 .

(44) جاء في تعريف الزنا عند الدسوقي عبارة «وطء مكلف» وهو أن يكون الزاني بالغا ويشترط ذلك في الواطئ والموطوءة اذ لا يحد الصبي، وذكر نفس التعريف أيضا «ويقال الزنا شرعا وذلك ليخرج منه الزنا الذي ليس فيه حد كوطء الصبي فهو وان كان يسمى زنا لغة فانه لا يسمى زنا شرعا». الدسوقي ج 4 ص 313 . ويؤدب الصبي المميز اذا لاط أو زنا أو يفعل فيه. ويثبت ذلك بأشهاد عدلين أو بإقرار نفس. المرجع السابق ص 316 .

(45) وبالنسبة للواط لا يشترط في حد الفاعل أن يكون مكلفا، أما اذا كان المفعول به مكلفا فيشترط أن يكون الفاعل مكلفا أيضا. انظر هذا الاتجاه وكذا رأي المذهب المالكي في وطء الصبي والصبية. الزرقاني ص 75 - 79 .

(46) السرخسي : ص 54 - 55 .

(47) الكاساني : ص 34 .

تسع سنوات، بينما تشدد في القانون العراقي اذا كان سن الضحية أقل من خمسة عشرة سنة.

ثانيا : الجنون :

أ - تعريف الجنون :

الجنون حالة مرضية تصيب عقل الانسان فتفقده الوعي والادراك أو «ظاهرة مرضية من ظواهر الاختلال العقلي تعترى الانسان فتفقده الوعي والادراك» (53). وقد نص المشرع المغربي على عدم مساءلة المجنون في الفقرة الاولى من الفصل 134 ق ج حيث جاء فيه أنه «لا يكون مسؤولا ويجب الحكم باعفائه متى كان وقت ارتكاب الجريمة المنسوبة اليه في حالة يستحيل عليه معها الادراك أو الارادة نتيجة لخلل في قواه العقلية».

كما نص على نفس الاعفاء المشرع المصري في الفقرة الاولى من المادة 62 ق ع (54) والمشرع السوري في المادة 230 ق ع (55) والمشرع اللبناني في المادة 23 ق ع (56).

ويلاحظ أن كل هذه التشريعات وغيرها لم تعرف حالة الجنون، وذلك راجع لصعوبة ايجاد تعريف مطلق لحالة الجنون نظرا لاختلاف حالاته من حيث المظاهر والمسببات (57).

ويفرق المشرع المغربي بين الحالة التي يؤدي فيها الخلل العقلي الى استحالة الادراك حيث قرر الاعفاء من المسؤولية نهائيا (58) كما هو منصوص عليه في الفقرة الاولى من الفصل 134 ق ج السالفة الذكر، وبين الحالة التي يكون فيها الشخص مصابا بمجرد ضعف عقلي يؤدي الى نقصان إدراكه فقط، وفي هذه الحالة لاتتعمد مسؤوليته نهائيا بل يعد مسؤولا مسؤولية ناقصة طبقا لما جاء في الفقرة الاولى من

(53) التونجي : ص 108 وجاء عنده أن الجنون يشمل كل ما يفقد الوعي أو الارادة «كحالة البله والصرع والتنويم المغناطيسي وحالة النائم الذي يرتكب جريمة أثناء نومه ص 126.
(54) تنص هذه المادة على أنه «للعقاب على من يكون فاقد الشعور أو الاختيار في عمله وقت ارتكاب الفعل إما لجنون أو لعاهة في العقل...».

(55) جاء في هذه المادة أنه «يعفى من العقاب من كان في حالة جنون».
(56) تنص هذه المادة على أنه «يعفى من العقاب من كان في حالة جنون أفقده الوعي أو الارادة»
(57) انظر في هذا الشأن مصطفى التونجي ص 112، كما جاء عنده أن مفهوم الجنون قد يتسع أو يضيق حسب المقاييس والمعايير التي تحددها القوانين له. ص 127 وما بعدها. وبالنسبة للقانون الجنائي المغربي لم يحدد المشرع معيارا معيناً لتقرير حالة الجنون وإنما اكتفى بالقول بأن الجاني يجب أن يكون «في حالة يستحيل عليه فيها الادراك أو الارادة» وهذه مسألة موضوعية ترجع لتقدير القاضي الذي يعتمد في ذلك على الخبرة الطبية.

(58) وذلك مع اخضاعه لتدابير العلاج كما هو منصوص عليها في الفقرة الثانية والثالثة من الفصل 134 ق ج.

المرأة التي وطئها الصبي بينما جاء عند الكاساني أن المرأة إذا كانت مسلمة ووطئها الصبي فإنها تحد كما يحد المكلف الذي يطأ صبية (48). أما المذهب الشافعي فيعتبر وطء الصبي والصبية زنا ويحد المكلف فيه سواء كان امرأة أو رجلاً.

والحقيقة أن هذا المذهب الأخير هو الذي يصادف الصواب في نظرنا لأن العبرة في تحقيق الزنا هو حدوث فعل الوطء سواء حصلت اللذة أم لا، وأن العقوبة لم ترفع عن الصبي إلا لأنه لم يصل بعد إلى مرحلة التكليف أي لا يعد مسؤولاً، وانعدام مسؤوليته لا يمنع حدوث فعل الوطء، على أنه تجب هنا مراعاة سن الصبي أو الصبية من حيث قدرتهما على الوطء فالصبي الذي لم يبلغ بعد سن التمييز على الأقل لا يكون عادة قادراً على الإيلاج، وكذا الصبية التي لم تصل بعد إلى مرحلة معينة من النضج الفريولوجي لا تتحمل فعل الوطء عليها إلا بحدوث تلف، وهذا الأخير أخطر من فعل الوطء.

وتشير هنا إلى أن موقف القانون الجنائي المغربي يتفق مع آراء بعض فقهاء الشريعة الإسلامية الذين لا يعتبرون أن وطء الصبي أو الصبية زنا يوجب الحد، وإنما يدخل في نطاق التعازير، لأن المشروع المغربي لم يعتبر العلاقة الجنسية بين الصغير الذي يقل عمره عن خمسة عشرة سنة (49) وبين البالغ الذي يفوق عمره هذه السن إلا جريمة فساد وإنما هناك عرض يعاقب بموجب الفصل 484 ق ج (50).

ويذهب قانون العقوبات السوري في نفس اتجاه القانون الجنائي المغربي من حيث اعتبار ممارسة الجماع مع القاصر مكوناً لجريمة الاعتداء على العرض حيث نص في الفقرة الأولى من الفصل 491 ق ع على أن «من جامع قاصراً لم يتم الخامسة عشرة من عمره عرقب بالاشغال الشاقة تسع سنوات» إلا أنه خلافاً للقانون المغربي جعل في الفقرة الثانية من نفس الفصل مجامعة القاصر الذي يقل عمره عن اثني عشر ظرفاً متشديداً تصعد معه العقوبة إلى خمسة عشر عاماً من الاشغال الشاقة.

بينما نجد التشريع العراقي (51) والكويتي (52) قد حددا سن القاصر الذي يعد الاعتداء عليه فيها من أشد الآفات المخلّة للحياة ومكونة لجريمة هتك العرض بثمانية عشر سنة، وتشدد العقوبة في القانون الكويتي إذا مورس الفعل على من يقل عمره عن

(48) وقد ذكر النبهان عند كلامه حول رأي الكاساني في الموضوع مفهوماً مخالفاً لما ذكرناه في المتن. راجع النبهان ص 217.

(49) هذا ما لم يكن الصغير الذي يقل عمره عن خمسة عشرة سنة بالغاً أما إذا كان كذلك فإنه يعتبر في نظر الشريعة مكلفاً وبالتالي يعد فعله زناً. أما في القانون المغربي فيعتبر ضحية في جريمة هتك العرض ولو كان بالغاً. (50) بمقتضى الفصل 484 ق ج يعاقب على المحاولة في جريمة هتك العرض بينما لا يعاقب عليها في جريمة الفساد كما أشرنا إلى ذلك سابقاً.

(51) انظر الفصلين 394 فقرة أولى و 397 من قانون العقوبات العراقي.

(52) انظر الفصل 188 من قانون العقوبات الكويتي.

وبالتالي لا ينفي المسؤولية (64).

الشرط الثاني :

أن يكون الجنون مصاحبا لزمن ارتكاب الجريمة (65)، وقد نص المشرع المغربي على هذا الشرط في الفصل 134 السالف الذكر حيث جاء في فقرته الأولى عبارة «من كان وقت ارتكاب الجريمة...» أي أن يكون المتهم في الوقت الذي يمارس فيه الفعل الإجرامي مصابا بحالة الجنون، إذ لا يدخل في هذا الإطار الجنون السابق عن زمن ارتكاب الجريمة إذا أفاق صاحبه قبل ارتكاب الفعل، وكذا الجنون اللاحق الذي أصيب به المتهم بعد ارتكابه للنشاط الإجرامي (66).

وإذا توفر هذان الشرطان تحقق الاعفاء، ولا يهم بعد ذلك أن يكون الجنون قد اتصل بالشخص منذ الولادة أو طرأ عليه قبل زمن قليل من ارتكاب الجريمة، إذ يؤدي الأمر في كلتا الحالتين إلى فقدان وانعدام الإدراك وهذا يعفي من المسؤولية (67).

ج - مسؤولية المجنون عن جريمة الفساد :

بناء على ما سبق يعد الشخص الذي دخل في علاقة جنسية غير شرعية مع غيره من الجنس الآخر وهو فاقد الإدراك أو الإرادة بسبب إصابته بخلل في قواه العقلية غير مسؤول جنائيا عن الفعل الإجرامي الذي ارتكبه وبالتالي يعفى من كل متابعة أو عقاب (الفصل 134 ق ج فقرة أولى) ولكنه يبقى خاضعا للحكم عليه بالإيداع «القضائي في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية وفق الشروط المقررة في الفصل 76 (الفصل 134 ق ج فقرة 2).

أما إذا كان مصابا بضعف في قواه العقلية فقط فإن مسؤوليته في هذه الحالة تعتبر ناقصة وبالتالي تطبق عليه «العقوبات (68) أو التدابير الوقائية المقررة في الفصل 78» (الفصل 135 فقرة 2).

فقدان المجنون للإدراك أو الإرادة يعدم لديه القصد الجنائي المتطلب في المسؤولية الجنائية مما يترتب عليه عدم مؤاخذه بالفعل الذي ارتكبه وهو هنا جريمة الفساد.

(64) التونجي ص 121.

(65) انظر فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية ص 175. مصطفى العوجي : ص 118 وما بعدها.

التونجي : ص 149.

(66) في هذه الحالة الأخيرة يعد المصاب بالجنون بعد اتيانه للنشاط الإجرامي مسؤولا عن جرمته ولكن يخضع للقواعد المتعلقة بالمتابعة وتنفيذ العقوبة المنصوص عليها في المواد 79 - 85 ق ج.

(67) فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية ص 171. هذا ولا نريد الدخول هنا في التفاصيل المتعلقة بالجنون المطبق والجنون المتقطع وكذا ما يعد جنونا وما يعد مجرد عته لأن هذا سيؤدي بنا إلى البحث في مواضيع متخصصة كما أن منهجية البحث لا تسمح بذلك، كل ما هنالك أن المسؤولية الجنائية تعد منعدمة إذا ارتكب الشخص الفعل الإجرامي وهو فاقد الإدراك والإرادة نتيجة خلل في قوته العقلية.

(68) استعمل مشرع كلمة «أو» في الفقرة الثانية من الفصل 135 وهي تعني التخيير بينما نص في الفقرة الأخيرة من الفصل 78 ق ج الذي يحيل عليه الفصل 135 ق ج، على أن الحكم بإدخال المحكوم عليه في مؤسسة لعلاج الأمراض العقلية لا يكون إلا إذا اقتضى الأمر ذلك، ويتم قبل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، وتخضع مدته من مدة العقوبة، وهذا يعني أن الحكم بهذا التدبير يكون إضافيا.

الفصل 135 ق ج وتطبق عليه العقوبة أو تدبير الايداع في مؤسسة لعلاج الامراض العقلية اذا ارتكب جنائية أو جنحة كما هو مقرر في الفصل 78 ق ج. أما اذا ارتكب مخالفة «فتطبق عليه العقوبة مع مراعاة حالة المتهم العقلية» (الفقرة الثانية والثالثة من الفصل 135 ق ج).

ويطلق على حالة الضعف العقلي الذي يؤدي الى نقصان الادراك أو الارادة العته (59) وهو الحالة المتوسطة بين الجنون الكامل والعقل السليم (60)، وقد عرفت المادة 233 من قانون العقوبات اللبناني المعته «بأنه المصاب بعاهة عقلية وراثية أو مكتسبة أنقصت قوة الوعي والاختيار في أعماله...»

ويعد الجنون في القانون الجنائي المغربي كما هو الشأن في أغلب التشريعات الاخرى مانعا للمسؤولية الجنائية، حيث يبقى الفعل محافظا على طابعه الاجرامي، الا أن مسؤولية مرتكبه تمتنع نظرا لجنونه مما يبعد عنه بالتالي كل عقاب. (61) وذلك على خلاف القانون الجنائي الفرنسي مثلا الذي اعتبر حالة الجنون من أسباب الاباحة التي تنفي الصفة الجرمية عن الفعل مما يصير معه هذا الاخير عملا مباحا طبقا لما هو متصوص عليه في المادة 64 من القانون الجنائي الفرنسي التي جاء فيها «لاجنائية ولاجنحة اذا كان المتهم وقت ارتكابه الفعل في حالة جنون».

ب. شروط انتفاء مسؤولية المجنون :

الشرط الاول :

ان يكون فقدان الادراك أو الارادة قد حدث نتيجة خلل في القوة العقلية : وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من الفصل 134 ق ج وعلى هذا الاساس يخرج من اطار الجنون فقدان الادراك أو الارادة الناتج عن سبب آخر غير الخلل العقلي كما اذا فقد الشخص ادراكه نتيجة تعاطيه المواد المسكرة أو المخدرة (62) كما يخرج منه أيضا العته أو ما عبر عنه المشرع المغربي في الفقرة الاولى من الفصل 135 بالضعف في القوة العقلية الذي يؤدي فقط الى نقصان الادراك أو الارادة، وليس الى فقدانها حيث يبقى المتهم مسؤولا عن الفعل الاجرامي، الا أن مسؤوليته تبقى ناقصة.

وبطبيعة الحال لا يعد جنونا أيضا حالات الغضب «وحالات الانفعال أو الاندفاع العاطفي» (الفصل 137 ق ج فقرة أولى) مهما بلغت هذه الحالات من درجة العنف والاثارة (63).

كما لا يعتبر جنونا كذلك حالات الروع بارتكاب الجرائم مثل جنون السرقة وجنون الجنس، اذ يذهب الرأي الراجح الى أن هذا النوع من الجنون لا يعدم الارادة والشعور

(59) راجع المفهوم العلمي للعته. مصطفى العوجي : ص 126 - 127

(60) مصطفى العوجي ص 125.

(61) التونجي ص 156.

(62) وان كان فقدان الادراك في هذه الحالة ينفي المسؤولية اذا أكره مرتكب الفعل الاجرامي على تناولها.

(63) التونجي ص 122.

وبالتالي لا ينفي المسؤولية (64).

الشرط الثاني :

أن يكون الجنون مصاحبا لزمن ارتكاب الجريمة (65)، وقد نص المشرع المغربي على هذا الشرط في الفصل 134 السالف الذكر حيث جاء في فقرته الأولى عبارة «من كان وقت ارتكاب الجريمة...» أي أن يكون المتهم في الوقت الذي يمارس فيه الفعل الاجرامي مصابا بحالة الجنون، إذ لا يدخل في هذا الاطار الجنون السابق عن زمن ارتكاب الجريمة اذا أفاق صاحبه قبل ارتكاب الفعل، وكذا الجنون اللاحق الذي أصيب به المتهم بعد ارتكابه للنشاط الاجرامي (66).

وإذا توفر هذان الشرطان تحقق الاعفاء، ولا يهم بعد ذلك أن يكون الجنون قد اتصل بالشخص منذ الولادة أو طرأ عليه قبل زمن قليل من ارتكاب الجريمة، إذ يؤدي الامر في كلتا الحالتين الى فقدان وانعدام الادراك وهذا يعفي من المسؤولية (67).

ج - مسؤولية المجنون عن جريمة الفساد :

بناء على ما سبق يعد الشخص الذي دخل في علاقة جنسية غير شرعية مع غيره من الجنس الآخر وهو فاقد الادراك أو الارادة بسبب اصابته بخلل في قواه العقلية غير مسؤول جنائيا عن الفعل الاجرامي الذي ارتكبه وبالتالي يعفى من كل متابعة أو عقاب (الفصل 134 ق ج فقرة أولى) ولكنه يبقى خاضعا للحكم عليه بالايذاء «القضائي في مؤسسة لعلاج الامراض العقلية وفق الشروط المقررة في الفصل 76 (الفصل 134 ق ج فقرة 2).

أما اذا كان مصابا بضعف في قواه العقلية فقط فان مسؤوليته في هذه الحالة تعتبر ناقصة وبالتالي تطبق عليه «العقوبات (68) أو التدابير الوقائية المقررة في الفصل 78» (الفصل 135 فقرة 2).

فقدان المجنون للادراك أو الارادة يعدم لديه القصد الجنائي المتطلب في المسؤولية الجنائية مما يترتب عليه عدم مؤاخذه بالفعل الذي ارتكبه وهو هنا جريمة الفساد.

(64) التونجي ص 121.

(65) انظر فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية ص 175. مصطفى العوجي : ص 118 وما بعدها.

التونجي : ص 149.

(66) في هذه الحالة الاخيرة يعد المصاب بالجنون بعد اتيانه للنشاط الاجرامي مسؤولا عن جرمته ولكن يخضع للقواعد المتعلقة بالمتابعة وتنفيذ العقوبة المنصوص عليها في المواد 79 - 85 ق ج.

(67) فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية ص 171. هذا ولا نريد الدخول هنا في التفصيلات المتعلقة بالجنون المطبق والجنون المتقطع وكذا ما يعد جنونا وما يعد مجرد عته لان هذا سيؤدي بنا الى البحث في مواضيع متخصصة كما ان منهجية البحث لا تسمح بذلك، كل ما هنالك أن المسؤولية الجنائية تعد منعدمة اذا ارتكب الشخص الفعل الاجرامي وهو فاقد الادراك والارادة نتيجة خلل في قوته العقلية.

(68) استعمل مشرع كلمة «أو» في الفقرة الثانية من الفصل 135 وهي تعني التخيير بينما نص في الفقرة الاخيرة من الفصل 78 ق ج الذي يحيل عليه الفصل 135 ق ج، على أن الحكم بادخال المحكوم عليه في مؤسسة لعلاج الامراض العقلية لا يكون الا اذا اقتضى الامر ذلك، ويتم قبل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية، وتخصم مدته من مدة العقوبة، وهذا يعني أن الحكم بهذا التدبير يكون اضافيا.

د - مسؤولية الطرف الاخر في العلاقة الجنسية :

الاعفاء من المسؤولية يتعلق بالطرف الذي كان فاقداً الادراك أو الارادة نتيجة الخلل العقلي أثناء ارتكاب الجريمة. أما الطرف الثاني في العلاقة الجنسية غير الشرعية إذا كان يتمتع بكامل قواه العقلية فإنه يبقى مسؤولاً عن الفعل الاجرامي اذ لا يتعدى أثر امتناع المسؤولية الجنائية الى الطرف الذي لا تتوفر فيه أسباب هذا الامتناع، لان هذه الأسباب تعتبر من الظروف الشخصية التي لا يتعدى أثرها الى الشريك أو المساهم في الجريمة (الفقرة الثانية من الفصل 130 ق ج) (69).

وعلى هذا الأساس يعد المساهم مع المجنون في العلاقة الجنسية غير المشروعة مسؤولاً عن فعله الاجرامي اذا كان يتمتع بحالة عقلية سوية.

الا ان السؤال المطروح هنا، هو هل يكفي فعل الطرف العاقل على أساس أنه جريمة فساد لأنه مارس علاقة جنسية مع شخص لا يرتبط معه بعلاقة زواج أو كيف بجريمة اغتصاب أو هتك عرض، حسب ما اذا كان الطرف المجنون رجلاً أو امرأة (70) على أساس أن هذا الأخير كان أثناء ممارسة الفعل الاجرامي فاقداً الادراك أو الارادة، وبالتالي يعتبر الطرف الآخر قد استغل فيه هذه الحالة ومارس معه الفعل دون ارادته ؟

الواقع أن هذا التكليف الأخير هو الذي يجب أن يتابع على أساسه الطرف الذي مارس العلاقة الجنسية غير المشروعة مع شخص فاقداً القوة العقلية، لان هذا الأخير مارس الفعل الاجرامي دون رضاه مادام كان فاقداً الوعي والادراك والارادة أثناء ارتكاب الفعل وانعدام الرضا يغير وصف الجريمة من فساد الى اغتصاب أو هتك عرض بالعنف، لان المجنون كان فاقداً القوة الادراكية التي تجعله يتمتع بارادة حرة، ولذلك فقبوله ممارسة العلاقة الجنسية لا يعتبر صادراً منه عن طوعية واختيار (71) مما يستوجب اعتباره ضحية في جريمة اغتصاب اذا كان امرأة أو هتك عرض اذا كان رجلاً.

على أنه يجب أن يتوفر لدى المتابع بجريمة الاغتصاب أو هتك العرض في هذه الحالة شرط العلم بفقد القوة العقلية لدى الطرف الآخر، أو على الأقل وجود ما يبعث على العلم بذلك، وإذا انتفى هذا الشرط وجب الاقتصار على مؤاخذته بجريمة الفساد

(69) راجع التونجي ص 151.

(70) وذلك لأنه كما سبق القول اذا واقع الرجل المرأة دون رضاها يكفي الفعل بالاغتصاب الفصل 486 ق ج وإذا واقعها هو دون رضاه فيعد الفعل هتك العرض، الفقرة الاولى من الفصل 485 ق ج.

(71) انظر الدكتور الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 - هامش رقم 9 ص 181 وص 215 من نفس المؤلف.

فقط لان جريمتي الاغتصاب وهتك العرض تتطلبان توفر القصد الجنائي الذي يقوم على العلم بانعدام رضا المجني عليه، فاذا كان هذا القصد غير متوفر لدى الجاني، فان المتابعة بجريمة الاغتصاب أو هتك العرض تبقى غير ممكنة وبالتالي لايسأل الا بجريمة الفساد مادام قد ثبت لديه القصد في اتيان علاقة جنسية مع شخص لايرتبط معه بعلاقة زواج.

ه اثبات الجنون :

اختلف الاتجاه القضائي في بعض الدول العربية حول اثبات جنون المتهم، فهناك من اعتبره مسألة موضوعية ترجع لسلطة قاضي الموضوع وتعتمد على قناعته وبالتالي لارقابة لمحكمة النقض (المجلس الاعلى بالمغرب) على ما انتهى اليه القاضي، كما أن رأي الخبرة لايلزمه في ذلك، وهذا ماذهب اليه الاجتهاد المصري (72).

وهناك من اعتبره مسألة تركز على رأي الخبرة الطبية، اذ ليس للقاضي أن يعلل حكمه بوجود الاختلال العقلي للمتهم أثناء ارتكابه للجريمة بناء على شهادة الشهود أو القرائن أو على مجرد اقتناعه الشخصي، بل لابد من اعتماده على رأي الخبرة الطبية لاجل اثبات او نفي جنون المتهم، وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض في سوريا (73).

أما بالنسبة للمغرب، فقد وضع المشرع حدا لكل خلاف فقهي أو قضائي في الفصلين 75 و 76 ق ج حيث نص على وجوب اعتماد القاضي على الخبرة الطبية لتكوين قناعته بعدم مسؤولية المتهم الذي ارتكب الفعل الاجرامي «جناية أو جنحة» وهو في حالة اختلال عقلي.

وعلى هذا الاساس لايمكن للقاضي في المغرب أن يعتمد قناعته الشخصية فقط، أو يركز حكمه على القرائن أو شهادة الشهود للقول بأن المتهم كان مصابا بالجنون أثناء اقترافه الجناية أو الجنحة المتابع من أجلها، بل يجب عليه أن يكون قناعته بناء على ماورد في رأي الخبرة الطبية فقط دون غيرها من بقية وسائل الاثبات.

الا أن مايستفاد من الصياغة العامة للفصلين 75 و 76 ق ج يدل على أن رأي الخبرة الطبية غير ملزم لقاضي الموضوع، فهو حر في اعتمادها أو استبعادها، اذ أن تقديم الشهادة الطبية التي تثبت جنون المتهم أثناء اقترافه جريمة لا يلزم قاضي

(72) جاء في احد قرارات محكمة النقض المصرية «أن التقدير للوقائع المعروضة على المحكمة لايصح إلزامها بالاستعانة فيه برأي خبير فني غير أنها يجب أن تبين في حكمها الاسباب التي بنت عليها قضاءها بيانا كافيا لا اجمال فيه». نقض 17 فبراير 1936 مجموعة القواعد القانونية الجزء الثالث رقم 440 ص 548. انظر عبد السلام التونجي ص 152 مثنا وهامشا.

(73) فقد ورد في احد قرارات محكمة النقض السورية الصادر في جناية 2177 بتاريخ 1968/9 «ان الامراض العقلية من الامراض الخفية الدقيقة التي تحتاج الى خبرة واسعة ودراية تامة، ولايجوز للمحكمة أن تقدر من نفسها عقلية الظنين وتطمئن الى ملاحظاتها أثناء المحاكمة، فقد يكون الجنون مطبقا أو غير مطبق، فلا بد الاعتماد على رأي الطبيب أو تركه الى رأي أقوى منه علما» مجموعة القواعد القانونية السورية في القضايا الجزائية ص 1221.

انظر عبد السلام التونجي : ص 151 مثنا وهامشا.

الموضوع بالحكم بانعدام مسؤوليته، أما إذا اقتنع القاضي باختلال عقل المتهم أثناء اتیان الفعل الإجرامي، فإن قراره بانعدام مسؤوليته يجب أن يكون مرتكزا على الخبرة الطبية، وهذا ما تدل عليه العبارة الواردة في الفصل 75 ق ج «... في حالة خلل عقلي طبيبة، وهذا ما تدل عليه الخبرة الطبية واستوجب التصريح بانعدام مسؤوليته مطلقا واعفائه من تثبيت بناء على خبرة طبية» وكذا الفقرة الأولى من الفصل 76 حيث جاء فيها العقوبة التي قد يستحقها وفق القانون» وإذا تبين لمحكمة الموضوع بعد اجراء خبرة طبية أن الشخص المتابع أمامها بجناية «إذا تبين لمحكمة الموضوع بعد اجراء خبرة طبية أن الشخص المتابع أمامها بجناية أو جنحة كان عديم المسؤولية تماما وقت ارتكاب الفعل بسبب اختلال عقلي...» (74).

فالقاضي إذن له سلطة استبعاد شهادة الطبيب التي تثبت جنون المتهم، بعد تعليله ذلك (75) وبالتالي تقرير مسؤولية هذا الأخير عن الفعل الإجرامي، أما إذا قرر عدم مسؤولته نظرا لاختلال عقله، فيجب أن يكون قراره هذا مرتكزا على شهادة الخبرة الطبية في الموضوع.

ولهذا يمكن القول بأن اثبات جنون المتهم في القانون الجنائي المغربي يعتمد على اقتناع قاضي الموضوع وعلى شهادة الخبرة الطبية معا بحيث أن وجود أحدهما غير كاف لاثبات الخلل العقلي، وهذا ما تدل عليه العبارة الأولى من الفقرة الأولى من الفصل 176 ق ج التي جاء فيها «إذا تبين لمحكمة الموضوع بعد اجراء خبرة طبية...» وعلى العموم فقد تضمن الفصل 76 ق ج الاجراءات الواجب على المحكمة اتباعها إذا قررت عدم مسؤولية المتهم الذي ارتكب الفعل بسبب اختلال عقلي حيث يجب عليها :

- (1) ان تثبت أن المتهم كان، وقت الفعل، في حالة خلل عقلي يمنعه تماما من الادراك أو الارادة.
 - (2) أن تصرح بانعدام مسؤوليته مطلقا وتحكم باعفائه.
 - (3) ان تأمر في حالة استمرار الخلل العقلي بإيداعه في مؤسسة لعلاج الامراض العقلية.
- وإثارة الدفع بالاختلال العقلي يمكن أن يتم من طرف الطنهم أو وكيله أو من طرف النيابة العامة أو قاضي الحكم (76).

(74) يذهب أبو الفتوح الى أن المحكمة غير ملزمة بالاستعانة برأي الخبرة لتقدير حالة المتهم العقلية، وان الأخذ بالخبرة هو مجرد مسطرة جرى العمل بها. شرح القانون الجنائي المغربي ص 239 ونعتقد أن الفصل 75 و 76 واضح في وجوب توفر الخبرة الطبية لتقرير انعدام مسؤولية المتهم.

(75) والقاضي إذا اعتمد قرارا معاكسا لما جاء في الشهادة الطبية فإنه يجب عليه تعليل ذلك وبيان ما يثبت ان المتهم كان يتمتع بكامل قواه العقلية أثناء اقترافه للنشاط الإجرامي.

(76) التونسي : ص 152 - 153.

و - مسؤولية المجنون في الشريعة الإسلامية :

قررت الشريعة الإسلامية (77) عدم مساءلة المجنون عن الجرائم التي يقرها استناداً لما رواه علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم : «رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل» كما أن النبي ص سأل في قضية ماعز «أبه جنون ؟» حتى لا يؤخذ باعترافه (78). وقد اشترطت الشريعة الإسلامية أن يكون الجنون مطبقاً حتى تنعدم مسؤولية الجنون، أما إذا كان الجنون متقطعاً فيشترط أن يرتكب الفعل أثناء الجنون (79). وإذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اتفقوا حول عدم مساءلة الزاني المجنون، فإنهم اختلفوا فيما يتعلق بالطرف الثاني الذي اشترك مع المجنون في الزنا، هل يعد زانياً أم لا ؟

فالامام مالك يرى وجوب الحد على المرأة التي يطأها مجنون لأنها تنال منه مأربها كما يجب الحد على الرجل الذي يطأ مجنونة يمكن وطؤها (80).

ويرى ابو حنيفة أنه لا حد على المرأة التي يطأها مجنون، وإنما يستوجب فعلها التعزير، لأن فعل المجنون لا يعتبر زناً، وبالتالي فهي لا تعتبر مذنبة بها، أما الرجل أن وطئ مجنونة فيحد لأن فعله زناً، ولا أثر لجنون المرأة في سقوط الحد عنه (81).

أما أحمد بن حنبل فيرى وجوب إقامة الحد على المرأة التي يطأها مجنون لأن الجنون مانع متعلق هنا بالرجل فقط، وإذا وطئ الرجل مجنونة فقد ورد في ذلك رأيان : الأول يقول بحد الرجل مطلقاً، والثاني يقول بوجوب الحد إن كان الوطء ممكناً وبوجوب التعزير إذا لم يكن الوطء ممكناً. (82)

ويذهب الشافعية والظاهرية الى وجوب الحد على المرأة التي يطأها مجنون كما يجب على الرجل الذي يطأ مجنونة دون اشتراط أن تكون هذه الأخيرة بجامع مثلها (83)

نستخلص من كل ما سبق في موضوع الجنون أن ممارسة العلاقة الجنسية غير المشروعة من طرف الشخص وهو في حالة اختلال عقلي تعتبر مانعة للمسؤولية

(77) انظر ماكتب عن معاملة المجنون في الشرائع القديمة والمعاصرة، وكذا ما ذهب اليه بعض مذاهب الشريعة الإسلامية من وجوب مساءلة المجنون من الناحية المدنية كأخذ الدية من مال المجنون في حالة القتل، علي عبد الواحد وافي ص 9 - 10.

(78) المغني ج 8 ص 194.

(79) انظر فيما يتعلق بهذا الشرط وكذا بالنسبة لاصابة الزاني بالجنون بعد ارتكاب الفعل أو بعد الحكم عليه، واختلاف فقهاء الشريعة حول ذلك. فتحي بهنسي : المسؤولية ص 175 وص 176.

(80) انظر الزرقاني ج 7 ص 75 - 76. انظر كذلك عبد العظيم شرف الدين ص 32 - 33.

(81) فتح القدير الجزء 4 ص 156. انظر كذلك عبد العظيم شرف الدين ص 32 والسرخسي المجلد الخامس ص 54 - 55.

(82) المغني ج 10 ص 152. عبد العظيم شرف الدين ص 33.

(83) عبد العظيم شرف الدين : ص 32 - 33.

الجنائية للمتهم المصاب، أما الطرف الآخر في العلاقة الجنسية الذي يتمتع بكامل قوته العقلية فإنه يتابع بجريمة الاغتصاب أو هتك العرض - تبعا لما إذا كان رجلا أو امرأة - إذا كان يعلم أو يوجد ما يحمله على العلم أن الشخص الذي يمارس عليه العلاقة الجنسية مختل عقلا، فإذا لم يتوفر هذا العلم، أو لم يوجد ما يحمله عليه فإنه يواجه بجريمة الفساد.

ونضيف هنا أنه إذا تعلق الأمر بمجنونين مارسا الفساد، فإنه حسب القواعد السابقة، يجب الحكم بامتناع مسؤوليتهم الجنائية عن الفعل الإجرامي إذا توفرت فيهما نفس الشروط السالفة الذكر.

ثالثا : الاكراه :

من العوامل المؤثرة أيضا في الإرادة، الاكراه، وهذا يتوفر حينما يرتكب الشخص الفعل الإجرامي وهو سليم العقل مدركا للأفعال التي يقوم بها، غير أنه لا يتمتع بحرية الاختيار بمعنى أن إرادته معطلة لأنه لم يتجه إلى إتيان النشاط الإجرامي بإرادة حرة (84).

أ - أشكال الاكراه :

الاكراه نوعان : مادي ومعنوي :

1) الاكراه المادي :

تعريفه : يعرف الاكراه المادي بأنه «قوة مادية يستحيل على الشخص مقاومتها، تسيطر على أعضاء جسمه وتسخرها في عمل أو امتناع يعاقب عليه القانون» (85) ويشمل مدلول الاكراه الفعل الإجرامي الذي يقع تحت ضغط قوة غالبية سواء كانت من صنع الإنسان أو الحيوان أو الطبيعة، إلا أنه كما يقول الناصح أوي (86) هناك جانب من الفقه اعتاد إطلاق الاكراه المادي على القوة الغالبة المصدرة للإرادة الصادرة من الإنسان (المكره) فقط، أما ما دونها فيطلق عليه القوة القاهرة (87).

والذي يهمنا من حالات الاكراه هذه في مجال الفساد هو الاكراه الصادر عن الإنسان لأنه يصعب ارتكاب الشخص العلاقة الجنسية غير الشرعية تحت ضغط قوة

(84) راجع مصطفى العوجي ص 66 والتونجي ص 206 - 1207

(85) إبراهيم زكي اخنوخ : حالة الضرورة في قانون العقوبات، دار النهضة العربية بالقاهرة 1969 ص 77.

راجع في نفس المعنى الدكتور النصراوي : الموجز في النظرية العامة. ج 2 1980 - 1981 ص 231.

(86) الموجز في النظرية العامة ص 232.

(87) انظر في هذا الشأن زكي اخنوخ : ص 78، ويطلق على الاكراه المادي بمفهومه الشامل أيضا القوة الغالبة Force majeure أو القوة القاهرة Force irresistible. وقد عرفت محكمة النقض المصرية القوة القاهرة بأنها «العامل الذي يسلب الشخص إرادته فيرغمه على إتيان عمل لم يردده ولم يكن يملك له دفعا. نقض 20 أبريل 1959 مجموعة أحكام النقض س 10 رقم 99 ص 451. انظر في هذا الشأن التونجي : ص 208.

الطبيعة أو قوة الحيوان. ومن الأمثلة على الاكراه المادي في جريمة الفساد أن يستخدم الرجل قوته العضلية لتعطيل مقاومة المرأة، ومواقعتها دون أن تستطيع ماديا منع وقوع الفعل عليها، كما يتحقق الاكراه المادي أيضا إذا كان مستخدم القوة المادية التي تعطل ارادة المرأة واختيارها ليس هو المرتكب لفعل الوقاع، كما إذا استعمل الاول العنف ضد المرأة الى درجة منع مقاومتها، وقام الثاني بمواقعتها أثناء ذلك.

وقد تعرض المشرع المغربي للاكراه في الباب المتعلق بالاسباب المبررة التي تمحو الجريمة (88) مع أن الاكراه هو من الاسباب المعدمة للارادة التي تمتنع معها المسؤولية الجنائية وليس من العوامل التي تبيح ارتكاب الفعل الاجرامي (89).

فقد نص المشرع في الفصل 124 ق ج على أنه لا جنائية ولاجنحة ولا مخالفة «...» إذا اضطر الفاعل ماديا الى ارتكاب الجريمة أو كان في حالة استحالة عليه معها استحالة مادية اجتنابها وذلك لسبب خارجي لم يستطع مقاومته...»

ويرى جانب من الفقه أنه لا ضرورة في وجود نص يمنع مسؤولية المكره، لأنه من أسس قيام المسؤولية الجنائية، وجود الارادة وحرية الاختيار، فاذا انعدمت انتفت معها المسؤولية الجنائية دون حاجة الى نص يقرر ذلك (90).

- شروط الاكراه المادي :

لكي يعتد بالاكراه المادي كسبب تنتفي معه ارادة واختيار مرتكب الفعل الاجرامي يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية :

- أن تكون القوة الغالبة مما لا يمكن توقعه.
- أن تكون هذه القوة مما لا يمكن مقاومته.

الشرط الاول : استحالة التوقع

ويتحقق ذلك حينما لا يتوقع الفاعل القوة الغالبة اصلا أولا يستطيع أن يتوقعها، بل يجب اعتبار ان بإمكانه تجنب حدوث الفعل المجرم اذا كان قد توقع أو في استطاعته ان

(88) وهو متأثر في ذلك بالاتجاه الذي يعتبر أن الاكراه المادي والقوة القاهرة سبب من أسباب الإباحة، د. النصاروي : الموجز في النظرية العامة للقانون الجنائي ج 1. ص 233.

(89) انظر النقد الموجه للمشرع المغربي في هذا الشأن، د. الخليلي : القانون الجنائي العام، ص 244. د. النصاروي : الموجز في النظرية العامة ج 1 ص 233.

(90) محمد ابراهيم اسماعيل : شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات، دار الفكر العربي القاهرة 1959 ص 501 - 502. رؤوف عبيد : القسم العام من التشريع العقابي المصري طبعة ثالثة 1965 مطبعة نهضة مصر بالجالة ص 522.

وقد جاء هذا الرأي ليبرر موقف المشرع المصري الذي كان ينص في المادة 65 من القانون 1883 على رفع المسؤولية للاكراه المادي، ولما أصدر قانون العقوبات لسنة 1904 أغفل ذكر الاكراه المادي ونص فقط على حالة الضرورة (أو الاكراه المعنوي) على اعتبار أن الاكراه المادي لا يثير شبهة من حيث الشروط المطلوبة فيه ومدى تأثيره على حرية اختيار الجاني.

يتوقع هذه القوة الغالبة، وفي هذه الحالة يعد الفاعل متسببا بخطئه السابق في وقوع الجريمة، وبالتالي مسؤولا عنها (91)

ويتوفر شرط استحالة التوقع مثلاً في جريمة الفساد إذا ما اعترض الرجل سبيل المرأة في مكان معين وواقعها بعد أن عطل مقاومتها عن طريق استعمال العنف، أما إذا كانت للمرأة مثلاً سابق معرفة بالرجل وارتضت مصاحبتة الى مكان متفق عليه وقامت معه بأفعال مهيبة، أو استفزته باظهار مفاتنها واثارة الرغبة الجنسية فيه، ثم امتنعت عن مطاوعته في المضاجعة، فإن شرط استحالة التوقع ينتفي إذا ما قام الرجل بإكراهها على الموافقة لأن المرأة هنا قد توقعت أو كان باستطاعتها أن تتوقع صدور الإكراه من الرجل، فهي لم تتخذ الاحتياطات اللازمة للحيلولة دون وقوع الفعل، ولم تقدر النتائج المتوقعة من سلوكها في المثال الأخير، وبذلك فهي مسؤولة عن فعل الفساد نتيجة خطئها.

وقد أشار المشرع لهذا الشرط حينما ذكر في الفصل 124 ق ج أنه لاجنافية ولا جنحة ولا مخالفة «... إذا كان في حالة استحالة عليه معها استحالة مادية اجتنابها...» ويعود تقدير اعتبار الخطأ قائماً في حق الفاعل الناجم عن توقعه أو امكانية توقعه للقوة الغالبة الى سلطة قاضي الموضوع الذي يأخذ في ذلك بعين الاعتبار السلوك الوسيط للشخص في الظروف العادية. (92)

الشرط الثاني : استحالة المقاومة :

ويقصد بها أن تكون القوة المادية مما لا يستطيع الفاعل مقاومته بحيث تبلغ درجة من القوة يستحيل على الجاني ابطالها أو دفعها، أما إذا كان يستطيع ذلك فإن مسؤوليته قائمة (93)

قلو أن المرأة التي مورس ضدها العنف كان بإمكانها دفع تأثير القوة الغالبة عليها أو ابطال مفعولها، ومع ذلك استجابت لرغبة الرجل، انتفى عنصر الإكراه وبالتالي تعد مسؤولة عن جريمة الفساد.

(91) د. النصراوي : الموجز في النظرية العامة ج 1 - ص 234 - 235 .
زكي اخنوخ : ص 82. التونجي : ص 210 - 211. رؤوف عبيد : القسم العام في التشريع العقابي المصري.
ص 523 - 524.

ابراهيم اسماعيل ص 504.
(92) وإلى ذلك أشارت محكمة النقض المصرية حينما قالت : «ان الخطأ لا ينتفي إذا لم يكن من المستطاع للشخص المتوسط في نفس الظروف أن يتفادى ما وقع» قرار صادر بتاريخ 12 ابريل 1959 مجموعة أحكام النقض س 10 رقم 99 ص 451 وهو ماورد أيضا في القرار الفرنسي الصادر بتاريخ 4 دجنبر 1958. د الوز 1959 ص 56. القرارين مذكورين بواسطة التونجي ص 212 هامش رقم 5.
(93) د. النصراوي : الموجز في النظرية العامة ج 1. ص 235. التونجي : ص 210. زكي اخنوخ : ص 81.
رؤوف عبيد : ص 524. ابراهيم اسماعيل : ص 504.

تعريفه :

هو أن يلجأ المتهم الى ارتكاب الجريمة بتهديد بشر حال اذا لم يرتكبها (100) أو كما عرفه د. النصراني (101) بأنه «ممارسة الضغط على الإرادة من شأنه النيل من الجانب النفسي لها الى حد توجيهها نحو اتیان السلوك الاجرامي».

ومثله تهديد المرأة بقتلها أو بقتل ابنها اذا لم تطاوع الرجل على الوقاع (102).

والاكراه المعنوي لا يعدم الإرادة من الناحية المادية وانما يضعف حرية الاختيار عند الفاعل بقدر جسامته الاذى المهدد به، وقدرته على احتماله، وبذلك فهو يختلف عن الاكراه المادي في كون هذا الاخير يعدم الإرادة وحرية الاختيار لدى المكره. أما في المعنوي فإن الفاعل يندفع نحو ارتكاب الجريمة لانه اختارها كأهون ضرر عوضاً عن الخطر أو التهديد الذي تعرض له (103).

ويتخذ الاكراه المعنوي أحد صورتين :

أولهما استعمال العنف ضد الشخص لحمله على ارتكاب الفعل الاجرامي كضرب المرأة أو حبسها الى أن تمكن الرجل منها. (104).

ويلحق بهذه الصورة اعطاء المرأة مواد مسكرة أو مخدرة تقلل من وعيها (105) أو تنويمها تنويماً مغنطيسياً (106).

وثانيهما التهديد باستعمال العنف أو الحاق الضرر بالشخص اذا لم يقبل على ارتكاب الفعل الاجرامي المطلوب منه.

(100) مصطفى السعيد : ص 445.

(101) الموجز في النظرية العامة ج 1 ص 235.

ويذكر زكي اخنوخ أن الفقهاء تفاوتوا في تعريف الاكراه المعنوي حسب ما اذا كان يشترط فيه وجود قوة تضغط الإرادة ولا تعتمد عليها، ومن بين هؤلاء جازو الذي يقول بأن «الاكراه هو ضغط على الحرية بالتخويف بضرر حال». Garraud. Traité théorique et pratique T.1 P 678.

ومصطفى السيد وغيرهم. انظر زكي اخنوخ هامش رقم 1 ص 84. ومن الفقهاء من اشترط أن تكون القوة معتمدة للإرادة وبذلك يقترب الاكراه المعنوي من مفهوم الاكراه المادي، ومن بينهم فيدال الذي يعرفه بأنه «التهديد بضرر جسيم وحال يعدم عن طريق الخوف الذي يحدثه حرية الإرادة اللازمة للاسناد» زكي اخنوخ ص 84 هامش رقم 2.

(108) مصطفى السعيد : ص 445. التونجي : ص 213.

(106) التونجي ص 213. ابراهيم اسماعيل : ص 505. مصطفى السعيد : ص 445.

(104) انظر في هذا الشأن ابراهيم اسماعيل ص 506. التونجي : ص 213 - 214.

(105) د. النصراني : الموجز في النظرية العامة ج 1 ص 237.

(106) حافظ نور : ص 146.

شروط الاكراه المعنوي :

الشرط الاول : أن يكون الخطر على نفس المكره أو على نفس غيره (107) كأن تهدد المرأة بقتلها أو قتل أخيها أو ابنها إذا لم ترتكب الفساد.

ويجب أن يعطى «لنفس» هنا مفهوم واسع يشمل جميع الحقوق المتصلة بها كالعاطفة والشرف (108)، مثل تهديد المرأة بتبليغ خطيبها علاقتها العاطفية السابقة أو تهديدها باتهام أبيها أو ابنها بجريمة خطيرة، وكذلك مثل تهديد المرأة بعدم اسعاف ابنها الذي تناول سما الا بعد تمكين المهدد من نفسها.

وإذا كان التهديد بالخطر في هذه الحالات واضح، فانه في حالات أخرى يصعب التمييز بين ارتكاب الفعل المجرم لابعاد الخطر المهدد به وبين الاستجابة نظير اداء خدمة حيث تتخذ الاستجابة هنا صفة المقابل.

وذلك مثل الحالة التي تطلب فيها امرأة تعطلت سيارتها ليلا خارج المدينة من رجل مساعدتها فيشترط هذا الاخير مضاجعتها لايصالها للمدينة أو اصلاح سيارتها.

ومثل الحالة التي يهدد فيها مالك المنزل المرأة الفقيرة (أرملة أو مطلقة) التي تسكن منزله، برفع دعوى الافراغ أو طلب الزيادة في القيمة الكرائية للمنزل اذا لم تلبى رغبته الجنسية فتمكنه من نفسها خوفا من تشردها هي وابنائها.

ان ابعاد الخطر في حد ذاته، كما يقول الاستاذ الخليشي (109) يعد في بعض الحالات بمثابة الخدمة أو الفائدة التي تجنيها المرأة المهددة، كما أنه في حالات أخرى تعتبر بعض الحاجات، بسبب ظروف وملابسات خاصة، خطرا مهددا لايسع المرأة امامه الا الاستجابة لرغبة الرجل، مما يقوم معه الاكراه المعنوي.

ولذلك يجب ترك الامر لقاضي الموضوع الذي يتولى في كل حالة على حدة، حسب ظروفها وملابساتها، تقدير ما اذا كانت الاستجابة الجنسية لرغبة الطرف الآخر نتيجة تهديد هذا الاخير بخطر سالب للارادة، أو أن الاستجابة كانت رغبة في الحصول على الخدمة التي تأخذ صفة «المقابل».

ويجب أن يترك الامر كذلك لقاضي الموضوع في الحالة التي يستجيب فيها الشخص لرغبة رب العمل أو الرئيس، ليقدر ما اذا كانت تلبية رغبة هؤلاء بدافع التقرب اليهم والحصول على رتبة أسمى، أو بدافع الخوف من الطرد الذي تنتج عنه البطالة والتشرد.

(107) مصطفى السعيد : ص 1445.

(108) زكي اخنوخ : ص 169. ذ. التصراوي : النظرية العامة للقانون الجنائي ج 1 ص 151. وهناك جانب من الفقه استبعد التهديد الذي يلحق الشرف والاعتبار من الاكراه المعنوي مثل محمد مصطفى القلي ومحمود ابراهيم اسماعيل واحمد راشد. انظر في هذا الشأن زكي اخنوخ : ص 172 هامش 2 و ص 173 هامش 1 وذ. التصراوي النظرية العامة للقانون الجنائي ج 1 ص 151.

(109) القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 412.

(110) د. الخليشي : القانون الجنائي الخاص. ج 2 ص 214 . 215.

الشرط الثاني : ان يكون الخطر جسيما، لانه اذا كان الخطر طفيفا، فلا ضرورة لارتكاب الجريمة تفاديا له، ويقول محمد ابراهيم اسماعيل (111) بأن «الخطر الجسيم هو الموت أو حصول عاهة أو حدوث جراح بالغة».

ويضاف إليها أخطار أخرى في مستوى جسامتها كتصدع العائلة أو فقد وسيلة العيش أو غير ذلك.

الشرط الثالث : أن يكون الخطر حالا، فاذا كان الخطر مستقبلا فإنه لا يتصور تأثير ارادة الفاعل واختياره الى الحد الذي يجعله يقبل ارتكاب الجريمة (112).

الشرط الرابع : أن لا يكون لارادة الفاعل دخل في حلوله، فاذا كان قد أوقع نفسه بخطئه في ظروف ملائمة لوجود الخطر الذي هدد به عد مسؤولا عن الجريمة التي اقترفها مثل المرأة التي تشارك الرجل تناول الخمر في مكان ملائم وفي وضع مهيج، فليس لها بعد استعماله ضدها العنف أو تهديدها، أن تدعي الاكراه المعنوي لأنها تدخلت بخطئها في حلول هذا الخطر بها (113).

الشرط الخامس : ان لا يكون من المستطاع دفع الخطر بوسيلة أخرى، فاذا كان بإمكان المرأة مثلا دفع اعتداء الرجل أو تهديده بطريقة أخرى في ارتكاب الجريمة، كالهرب أو الاحتياي أو المقاومة أو اخبار السلطة المعنية، ومع ذلك مكنته من نفسها، فإنها تعد مسؤولة عن الفعل الاجرامي وبالتالي تؤاخذ بجريمة الفساد.

فاذا اجتمعت هذه الشروط عد الفاعل غير مسؤول على النشاط الاجرامي الذي اتاه لان حرية الاختيار لديه لم تكن متوفرة.

ويذهب أغلب الفقه الى أن تقدير تحقق الاكراه المعنوي أو عدم تحققه يجب أن يركز على الشخص الواقع عليه الاكراه، أي أن التقدير يجب أن يكون نسبيا يتعلق بالقضية المعروضة على المحكمة (114).

ب - طبيعة الاكراه بالنسبة لمن وقع عليه :

الاكراه بنوعيه، المادي والمعنوي اذا توافرت شروطه، فإنه يؤثر في القصد الجنائي للشخص الذي ارتكب الفعل الاجرامي تحت وطأته، فهو يعد غير مسؤول عن الفعل نظرا لعدم توجيه ارادته عن طواعية واختيار لاتيانه وهذا ينفي قصده الجنائي مما يستوجب عدم مساءلته عن نشاطه الاجرامي.

فالمرأة أو الرجل اذا ثبت ان احدهما أتى العلاقة الجنسية غير الشرعية نتيجة الاكراه فإنه تمتنع مؤاخذته بجريمة الفساد نظرا لانتفاء قصده الجنائي الذي بدونه لا يمكن أن يعد الفاعل مسؤولا عن الجريمة.

(111) ص 511.

(112) ابراهيم اسماعيل : ص 511.

(113) ابراهيم اسماعيل : ص 512. زكي اخنوخ : ص 89.

(114) التونجي : ص 214 - 215. زكي اخنوخ : ص 90.

91

ج. طبيعة الاكراه بالنسبة لمن صدر عنه :

في أغلب الجرائم يؤاخذ الشخص الذي صدر عنه الاكراه بالوصف الاجرامي الذي اكره غيره على اتيانه.

أما بالنسبة للعلاقة الجنسية غير المشروعة بين رجل وامرأة والتي يكون أحدهما قد أتى الفعل مكرها، فإن المشرع قد كيف فعل الشخص الذي صدر عنه الاكراه فيها، بوصف غير الوصف الذي خص به الفعل في الحالة التي يمارس دون اكراه وحدد له عقوبة أشد من العقوبة المعينة للفعل إذا ما ارتكب عن طرية واختيار.

وتختلف معاملة الشخص الذي صدر عنه الاكراه في العلاقة الجنسية حسب ما إذا كان رجلا فيؤاخذ بالاغتصاب (115) (الفصل 486 ق ج) أو امرأة فتؤاخذ بهتك العرض (الفصل 485 فقرة أولى).

وبالرغم من أن فعل كل من الرجل والمرأة الذي صدر عنه الاكراه يكيف بوصف خاص، فإن عقوبة الاغتصاب وهتك العرض متساوية حسب ما ورد في الفصلين 485 و 486 إذا لم يصاحبهما ظرف أو أكثر من الظروف المشددة الخاصة بها.

د. الاكراه على الزنا في الشريعة الاسلامية :

أجمع فقهاء الشريعة الاسلامية على عدم حد المرأة المستكرهه (116) استنادا للحديث الشريف «رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» كما اتفقوا على اقامة حد الزنا على الرجل الذي مارس عليها الاكراه (117).

واعتبر المذهب الشافعي ان استغلال حاجة المرأة الملحة ومنعها منها الا بعد التمكين يعد اكراها، فقد ذكر الشربيني أنه جاء في سنن البيهقي أن عمر أتى بامرأة جهدتها العطش فمرت على راع فاستسقته فأبى أن يسقيها الى أن تمكنه من نفسها،

(115) وقد سلكت هذا التعبير أغلب التشريعات المقارنة، ويبدو أن ما دفع هذه التشريعات الى التمييز بين اكراه الرجل واكراه المرأة على الواقعة، هو صعوبة اكراه المرأة للرجل وخصوصا في حالة استعمال العنف. إذ يصعب ان تقوى المرأة في ظروف معينة على ارغام الرجل على مواقعتها، ومن جهة أخرى فإنه يستبعد أن يقدر الرجل على الايلاج، وهذا ضروري لحدوث الواقعة، حسب ما ذهب اليه الفقه، لان حالته النفسية وهو فاقد الارادة لا تسمح له بالقيام بالاتصال الجنسي نظرا لعدم انتشار عضوه التناسلي وهذا يحول دون الايلاج. بخلاف المرأة، فإن الايلاج يمكن أن يقع عليها لان وعاءها يبقى قابلا له ولو كانت ارادتها متعذرة، انظر في هذا الشأن : حسن البغال : الجرائم المخلة بالاداب ص 319 - 320. حافظ نور : هامش رقم 1 ص 146.

وفي رأينا يمكن أن يتحقق الاكراه من المرأة لان الاثارة الجنسية والانتصاب يمكن أن يحدث للرجل ولو لم يكن يريد ذلك، لانهما مجرد تعبير عن غريزة طبيعية كامنة في الانسان الذي يتحكم فيها بارادته، وانعدام ارادته لا يعدم بالضرورة رغبته الجنسية، لان هناك فرق بين ما يشتهي الانسان وبين ما يريد فعله، سيما إذا كان الفعل يكون جريمة معاقبا عليها.

(116) انظر الدسوقي : ج 4 ص 318. الزرقاني : ج 7 ص 76. مغني المحتاج ج 4 ص 145. بدائع الصنائع : ج 7 ص 34 - 36. ابن تيمية : ج 8 ص 502. وجاء فيه أن المستكرهه لاتحد ولكن إذا امكنها ولم تفعل تحد.

(117) روى عن عبد الجبار بن وائل عن أبيه «أن امرأة استكرهت على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم فدرا عنها الحد» وروى عن عمر بن الخطاب بأنه أتى باماء من اماء الامارة استكرهن من غلمان الامارة فضرب الغلمان ولم يضرب الاماء. «المغني ج 8 ص 186 مذكور بواسطة النيهان ص 225.

ففعلت، فشاوّر الناس في رجمها، فقال علي : هذه مضطرة أرى أن يخلّى سبيلها ففعل (118).

ومن الملاحظ أن توفر عنصر الاكراه ضد المرأة (أو الرجل) لا يغير من وصف الزنا في الشريعة الإسلامية خصوصاً بالنسبة للزاني غير المحصن (119)، إذ يعد الفعل زناً كما لو لم يكن هناك اكراه (120)، على خلاف القانون الجنائي المغربي (وأغلب القوانين الوضعية) الذي غير وصف الجريمة من فساد إلى اغتصاب كلما توفر عنصر الاكراه على المرأة في العداقة الجنسية غير الشرعية.

أما بالنسبة لأكراه المرأة للرجل، فقد ذهب أغلب الفقه إلى رفع الحد عن الزاني وذهب أبو حنيفة إلى أن الرجل لا يمكن أن يكره على الزنا لعدم إمكان انتشار الله، إلا إذا كان المكره هو السلطان وعند ذلك لا يحد (121).

رابعاً : فقدان الشعور الناتج عن السكر أو التخدير أ. تعريف السكر والتخدير :

السكر أو التخدير حالة عرضية مؤقتة تؤثر على الشعور فتفقده كلياً أو جزئياً (122)، ويتم ذلك عن طريق تأثير المواد الكيماوية المخدرة أو المسكرة المتناولة بأية طريقة كانت على الخلايا الدماغية التي تمارس بواسطتها الرقابة الذاتية على السلوك الفردي، فتؤدي هذه المواد إلى تعطيلها جزئياً أو كلياً حسب قوة ومقدار المخدر أو المسكر المتناول وكذا حسب القدرة الشخصية لكل فرد في مقاومة تأثير هذه المواد (123).

وفقدان الشعور تحت تأثير السكر أو التخدير يؤدي إلى فقدان الوعي والادراك، وبالتالي يبقى سلوك الفرد في هذه الحالة غير صادر عن إرادة حرة ومختارة، لأن

(118) مغني المحتاج ص 245 ج 4

ومن حيث الآثبات فقد جاء عند الزرقاني ج 7 ص 82 أن المستكرهه يجب أن يتوفر فيها التعلق، وهو أن تأتي التيب عقب الوطء مستقيّة أو تأتي البكر تدمى عقب الوطء أو يشهد استكراهها أربعة رجال أو اثنين خلاف. وقال السرخسي ج 5 ص 67 إذا اختلف الشهود في اكراه المرأة لا يحد الرجل عند أبي حنيفة، وأما عند محمد وأبو يوسف فيحد الرجل وحده.

(119) لأنه بالنسبة للزاني المحصن يصعب تصور عقوبة أشد من الرجم.

(120) كل ما هناك أنه يمكن الحكم على من صدر عنه الاكراه حسب ما جاء في الام (ج 6 ص 155) بعقوبة

مالية إضافية أو تعويض الضرر الذي حصل للضحية، فقد ذكر الشافعي أن المرأة إذا استكرهت لها مهر

مثلاً، وإذا جرحها فعليه أرش الجرح ولو ماتت من وطنه كانت عليه دية الحرية والمهر، وهذا يقابل التعويض عن

الضرر الحاصل للضحية الذي تحكم به المحكمة عند الطلب.

(121) انظر التفصيل في هذا الشأن :

ابن تيمية ج 15 ص 115 - 116.

مغني المحتاج ج 4 ص 145.

البيهان ص 225 - 226 وهامش رقم 1 ص 226.

فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية ص 206 - 208.

(122) للتفصيل في ذلك راجع التونجي ص 191.

(123) للمزيد من الإيضاح حول كيفية تأثير المواد المسكرة على السلوك الفردي، راجع مصطفى التونجي ص

القصد الجنائي المتطلب في المسؤولية يعتمد على توفر الوعي والادراك حتى يكون الشخص في حالة طبيعية تمكنه من القدرة على توجيه ارادته الى السلوك الذي اراده دون أن يكون واقعا تحت أي تأثير يخل بوعيه وقدرته وشعوره.

وهذا غير متوفر في السلوك الذي يأتيه صاحبه وهو في غيبوبة ناتجة عن السكر أو التخدير.

وتميز القوانين غالبا، من حيث ترتيب المسؤولية أو انتفاؤها، بين ما اذا كان فقدان الشعور نتيجة سكر أو تخدير اضطراري أو اختياري.

ب - فقدان الشعور الاضطراري :

وهي الحالة التي يتعاطى فيها الفاعل بأية طريقة كانت المواد المسكرة أو المخدرة دون ارادته أو علمه بأن ما تناوله يؤثر على شعوره واختياره كأن يتناول مشروبا يقدم له على أساس أنه عادي فاذا به مسكر، أو يرغم بالتهديد على تناول المواد الكحولية أو المخدرات أو يغمى عليه فيتناوله شخص آخر مشروبا روحيا يؤثر عليه فيسكره (124).

ففي هذه الحالات وما شابهها ترفع المسؤولية عن الفاعل استنادا لما يستفاد من المفهوم المعاكس للفقرة الاولى من الفصل 137 ق ج التي جاء فيها أن «السكر وحالات الانفعال أو الاندفاع العاطفي أو الناشيء عن تعاطي المواد المخدرة عمدا لا يمكن بأي حال من الاحوال أن يعدم المسؤولية أو ينقصها» (125).

فالمشرع اشترط في المادة 137 ق ج لكي يتحمل الفاعل مسؤولية الفعل الاجرامي أن يكون قد تناول المواد المسكرة أو المخدرة عمدا، وهذا يعني أنه اذا انتفى عنصر العمد انعدمت معه مسؤولية الفاعل أو نقصت حسب تعبير المشرع في الفصل 137 (126).

وقد ذكر التونسي (127) الشروط المتطلبة في السكر أو التخدير المانع للمسؤولية وهي :

(1) أن يكون الفاعل قد تناول المواد المسكرة أو المخدرة دون ارادته أو عن جهل منه.

(2) أن تؤثر هذه المواد على القوى العقلية وادراك وتمييز الفاعل.

(3) أن يكون فقدان الوعي والارادة نتج فعلا عن المواد المسكرة أو المخدرة.

(124) انظر مصطفى العوجي ص 140 - 141.

(126) ويرى د. النصراوي بأن عدم تناول المشرع المغربي السكر أو التخدير غير الاختياري «يدل على أنه ترك امرها الى المبادئ العامة، بمعنى أنه يعطيها قيمة قانونية باعتبارها مانعا للاهلية الجنائية اذا كان من شأنها اعدام الادراك والاختيار، وبالتالي انعدام الخطأ مما يحول دون ترتيب المسؤولية الجنائية، أما اذا كان من شأنها الانقاص من الاهلية الجنائية وذلك عند اضعافها للادراك والاختيار، فإنه يمكن أن تترتب المسؤولية المخففة» النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي ج 1 ط 1. 1983 ص 321.

(127) ص 192 وما بعدها.

انظر ايضا أبو الفتوح شرح القانون الجنائي ص 243.

(4) أن يرتكب الفعل الاجرامي في الوقت الذي يكون فيه الفاعل فاقد الشعور بتأثير المسكر أو المخدر (128).

وعلى هذا الاساس اذا مارس الرجل والمرأة أو هما معا (129) العلاقة الجنسية غير الشرعية أثناء الغيبوبة الناتجة عن تعاطي المواد المسكرة أو المخدرة وكان تناول هذه المواد قد تم بصفة غير عمدية، فإن إرادة الفاعل تعد منعدمة وبالتالي تنفي مسؤوليته.

ج فقدان الشعور الاختياري :

بالرجوع الى الفصل 137 ق ج نجد أن المشرع اعتبر السكر أو التخدير المتناول عمدا «لا يمكن بأي حال من الاحوال أن يعدم المسؤولية أو ينقصها» وبذلك يكون المشرع المغربي قد وضع حدا لكل تساؤل حول مسألة فاقد الارادة والشعور باختياريه. بينما نجد الفقه تباينت آراؤه حول مسألة السكران باختياريه عن الجرائم العمدية التي يرتكبها.

ففي فرنسا ذهب جانب من الفقه الى أن الجاني في هذه الحالة يسأل بوصفه مرتكبا لجريمة غير عمدية، استنادا الى الاهمال والرعونة المتمثلين في اندفاعه الى تناول المسكر الى الحد الذي أفقده ملكة التمييز والاختيار، مما لا يمكن أن يسأل معه عن جريمة عمدية، لان القصد الجنائي لا يتوافر أبدا فيمن فقد وعيه، إذ يستحيل عليه الاحاطة بعناصر الواقعة الجنائية. (130)

وتطبيقا لهذا الرأي اذا كانت الجريمة الواقعة من السكران لا يمكن أن تقع الا عمدية كالسرقة والفساد وهتك العرض، فإن السكران ينبغي أن يفلت من المسؤولية الجنائية (131).

(128) وقد تناول هذه الشروط المشرع السوري في المادة 234 ق ع واللبناني في المادة 235 من قانون العقوبات بقوله «يعفى من العقوبة من كان حين اقتراف الفعل بسبب طارئ أو قوة قاهرة في حالة تسمم ناتجة عن الكحول أو المخدرات أفقدته الوعي والارادة».

(129) قد يكون أحد الاطراف في العلاقة الجنسية غير الشرعية فاقد ارادته نتيجة السكر أو التخدير الاضطراري، وفي هذه الحالة يؤخذ الطرف الآخر وحده بجريمة الفساد مالم يتخذ فعلة وصفا أشد كالاغتصاب أو هتك العرض كما في الحالة التي يكون فيها هو الذي اضطر الضحية الى تناول المسكر أو المخدر. (130) راجع جارو ج 1 فقرة 335 ص 664 وفيدال ومانويل ج 1 فقرة 137 ص 126 ودونيه دي فاير، الموجز فقرة 243 ص 93 وبوزا فقرة 241 وستيفاني ولوفناسور فقرة 316 ص 239. الكل مذكور به اسطة رؤوف عبيد ص 550.

(131) وبسائر نفس الرأي من الفقه العربي السعيد مصطفى السعيد. انظر ص 482 لنفس الفقيه.

(131) انظر في هذا الشأن رؤوف عبيد ص 550. و د. النصراوي : النظرية العامة ص 321. ابراهيم اسماعيل ص 529 - 530.

ويشترك هذا الرأي بأن مساءلة الجاني عن أي جريمة سواء كانت عمدية أو غير عمدية تتطلب توفر الارادة، فاذا اعتبرنا حسب الرأي السابق ان القصد الجنائي لا يتوفر لدى السكران لانه فاقد الشعور، فإن المنطق يقتضي القول بان الخطأ غير العمدي لا يتوفر لديه أيضا، لان الخطأ يتطلب بدوره ارادة الجاني. انظر النصراوي : النظرية العامة ص 321 وهامش رقم 2 نفس الصفحة.

وذهب اتجاه آخر الى أن السكران باختياره يسأل عن الجريمة العمدية استنادا الى فكرة الخطأ الاحتمالي⁽¹³²⁾، وهذا ما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام⁽¹³³⁾.

وذهب رأي ثالث الى أن السكران سكرًا اختياريًا يخضع لنفس المسؤولية التي يخضع لها غير السكران استنادا الى المبادئ العامة في المسؤولية عند عدم وجود نص بذلك⁽¹³⁴⁾ والى هذا الرأي ذهبت محكمة النقض المصرية⁽¹³⁵⁾.

وعلى كل فانه بالنسبة للمغرب لا يمكن أن يثار مثل هذا الخلاف مادام المشرع قد وضع الفصل 137 ق ج قرر فيه صراحة مساءلة الفاعل الذي تعاطى عمدا المواد المسكرة أو المخدرة.

ولذلك فالممارس لعلاقة جنسية غير شرعية سواء كان رجلا أو امرأة، اذا أتى الفعل وهو في حالة سكر أو تخدير يتحمل مسؤولية نشاطه الاجرامي، اذا كان فقدان شعوره قد نتج عن تناوله باختياره عمدا المواد المسكرة أو المخدرة وبالتالي يؤاخذ بجريمة الفساد، ولو كان الطرف الآخر الذي مارس معه العلاقة الجنسية غير المشروعة في حالة عادية من حيث الشعور والارادة.

وقد فرق ذ. الخمليشي⁽¹³⁶⁾ بين الحالة التي تكون فيها المرأة قد وافقت مسبقا على الاتصال الجنسي غير المشروع قبل أن يؤثر عليها مفعول المسكر أو المخدر حيث يكيف فعلها بجريمة الفساد، وبين الحالة التي تفقد فيها المرأة شعورها بسكر أو تخدير اختياري دون أن تقصد من ورائه اتيان هذه العلاقة الجنسية، ويضاجعها الرجل مستغلا فيها فقدان شعورها اذ يكيف فعله هنا بجريمة الاعتصاب، وتعامل المرأة على أساس أنها ضحية في هذه الجريمة.

ويعود لقاضي الموضوع حسب السلطة المخولة له في المواد الجنائية، النظر في كل قضية على حدة، وبما يحيط بها من ظروف ووقائع لاجل تكيف الفعل بالوصف الذي ينطبق عليه، لان تقرير ما اذا كان السكر اختياريًا أو اضطراريًا، وكذا مدى

(132) ذ. النصراوي : النظرية العامة ص 321 وهامش رقم 2 من نفس الصفحة.
(133) مثلا قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 1943/6/1 سيري 0843 - 1 - 844 والقرار الصادر بتاريخ 1889/10/17. النشرة الجنائية رقم 310 والقرار الصادر بتاريخ 1921/1/29 سيري 1922 - 1 - 185.

انظر انتقاد هذا الرأي رؤوف عبيد ص 551. وذ. النصراوي : النظرية العامة ص 322.
(134) محمود مصطفى القللي : في المسؤولية الجنائية ص 395 الذي برر رأيه بقوله : «والحكمة التي تبرر القول بمسؤولية من يسكر باختياره عما يرتكبه من الجرائم ترجع الى أن حالة السكر بطبيعتها تهنيء جوارح الانسان لاجرام فيجب أن يتوقع الانسان ذلك اذا اقدم على الافراط في الشرب، فالقانون يحمله نتائج محتملة ومتوقعة او بعبارة أخرى نتائج يجب أن تدخل في قصده الاحتمالي» القللي ص 397. انظر ذ. النصراوي النظرية العامة ص 322 والتونجي ص 203.

(135) رؤوف عبيد ص 551 - 556. ذ. النصراوي : النظرية العامة ص 322. ابراهيم اسماعيل : 530 - 523.

(136) القانون الجنائي الخاص ج 2.
ص 215 - 216 وهامش رقم 34.

تدخل أحد الاطراف في العلاقة الجنسية غير المشروعة في فقدان شعور الطرف الآخر أو استغلاله في تلك الحالة، كل هذا يعد من الوقائع التي تدخل تحت سلطة قاضي الموضوع (136).

وبذهب جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية الى وجوب تطبيق حد الزنا على الزاني السكران باختياره، ورفع عمن اضطر اليه (137).

تناولنا اذا في هذا المبحث العنصر الاول في القصد الجنائي للمتهم، والذي هو توجيه الجاني ارادته الى اتيان العلاقة الجنسية غير الشرعية، كما تعرضنا لبعض العوامل المؤثرة في الارادة، والتي بوجودها ينتفي القصد الجنائي لديه، وبالتالي تنعدم مسؤوليته عن الفعل الاجرامي.

وقد لاحظنا خلال هذا العرض أن وجود أحد العوامل المؤثرة في الارادة يؤدي غالبا الى تغيير وصف الجريمة من الفساد الى الاغتصاب أو هتك العرض في حق الطرف الذي استغل في من مارس معه العلاقة الجنسية غير الشرعية اما جنونه أو عدم تمييزه أو سكره أو تخديره يعد ضحية في جريمة الاغتصاب أو هتك العرض حسب ما اذا كان رجلا أو امرأة نظرا لاتيانه الفعل دون أن تتجه ارادته الى اتيانه عن بينة واختيار.

وستتولى في المبحث الموالي الحديث عن العنصر الثاني في القصد الجنائي وهو ضرورة علم الجاني بعناصر الواقعة الاجرامية، وأهم هذه العناصر بالنسبة لجريمة الفساد هي عنصر انعدام الرابطة الزوجية بين المتهمين، ثم نتعرض بعد ذلك الى الجهل والغلط بصفتيها عاملين يؤثران في عنصر العلم ويجعلانه غير قائم مما ينتفي معه القصد الجنائي، ولو مع وجود عنصر الارادة.

المبحث الثالث:

انتفاء العوامل المؤثرة على العلم

يكون علم (139) الجاني بعناصر الواقعة الاجرامية أحد شطري الركن المعنوي للجرائم العمدية، وأهم عنصر يجب أن ينصب عليه علم الجاني في جريمة الفساد (140) هو انعدام الرابطة الزوجية بينه وبين من يمارس معه العلاقة الجنسية، إذ أن

(137) راجع أبو الفتوح : شرح القانون الجنائي، ص 243.

(138) انظر مثلا الدسوقي : ج 4 ص 211 في ذكره أن السكران يحد الا اذا لم يكن هو الذي تسبب في سكره، فحكمه حكم المجنون الذي لاحد عليه.

انظر في نفس الراي الزرقاني ج 7 ص 75. ومغني المحتاج ج 4 ص 145.

(139) المقصود بالعلم La connaissance ما يختزنه الفرد من صور ذهنية وادراكية لوقائع الحياة احدثائها، إذ تكون هذه الصور مجموع المعلومات التي يحكم من خلالها الفرد على الاشياء، ويحدد على اساسها فعالة وسلوكه الذي يختاره.

انظر في هذا الشأن زكي محمود ص 38 - 45.

(140) هناك عناصر أخرى في جريمة الفساد يجب أن يحيط الجاني بها، كعلمه بكون الطرف الثاني ذكرا أو أنثى أو بلغ من الخامسة عشرة أم لم يبلغها. غير أن دراستنا هنا ستقتصر على العلم بعنصر الرابطة الزوجية بين المتهمين نظرا لما لها من أهمية خاصة في الموضوع تتجلى في كونها هي المعيار الفاصل بين اعتبار الفعل عمداً الذي هو العلاقة الجنسية مشروعا أم غير مشروع.

هذه الواقعة الأخيرة هي التي تصبغ على الفعل عدم المشروعية، أي أن علمه هذا هو الذي يتم إلى جانب اتجاه ارادته السليمة إلى إتيان الفعل المادي، صورة العمد المتطلبة في الركن المعنوي لجريمة الفساد، والذي يعبر عنه بالقصد الجنائي، فإذا انتفى علم الجاني بحقيقة الفعل الذي اتجهت ارادته إلى إتيانه من الناحية الواقعية، كاعتماده قيام رابطة الزواج بينه وبين قرينته في العلاقة الجنسية، مع أنها غير موجودة قانوناً، فإن صفة العمد تنتفي عن نشاطه الإجرامي، مما ينفي بالتالي مسؤوليته الجنائية عن جريمة الفساد.

فالعنصر العلم هنا هو الذي يصبغ على الإرادة المكونة للعنصر الأول صورة العمد (141) إذ بدونه يبقى عامل الإرادة بدون أثر في تكوين القصد الجنائي للجاني في جريمة الفساد مادامت هذه الأخيرة لا يعاقب عليها إلا إذا ارتكبت عمداً.

وقد نص المشرع في الفصل 490 ق ج على اشتراط عدم ارتباط الفاعلين فيما بينهما بعلاقة الزواج، ولذلك وجب أن يكون كل منهما مدركاً لحقيقة هذه الواقعة لكي يثبت في حقه القصد الجنائي لجريمة الفساد، إذ لا يكفي أن يتوفر عنصر انعدام الزوجية بل يجب أن يعلم به المتهم.

ويكفي لثبوت القصد الجنائي في حق المتهم أن تثبت النيابة العامة حدوث الأفعال المادية لجريمة الفساد، وانعدام رابطة الزواج بينه وبين من ساهم معه في الجريمة، فهي - أي النيابة العامة - غير مطالبة «بإثبات مستقل ومباشر للقصد الجنائي للمتهم» (142).

على أن ما تبنته النيابة العامة تجاه المتهم من حيث العلم بانعدام رابطة الزواج التي تجمعهم مع الطرف الثاني في الجريمة، يعد قرينة قابلة لإثبات العكس من طرف المتهم، وذلك بنفي علمه بهذه الواقعة عن طريق إثبات وقوعه في جهل أو غلط جعله يعتقد وجود الرابطة الزوجية بينه وبين الطرف الذي مارس معه العلاقة الجنسية. وبعد كل من الجهل والغلط عاملاً مؤثراً في علم الشخص بحقيقة السلوك المادي الذي أقدم عليه من الناحية الواقعية، أي أنه يولد له صورة غير حقيقية للفعل المجرم الذي أتاها، ولذلك فإن وجود الجهل أو الغلط ينفي القصد الجنائي لدى المتهم، لأنه بالرغم من توجيه هذا الأخير ارادته لإتيان الفعل المادي المجرم - وهذا هو العنصر الأول من القصد الجنائي كما سبق بيانه - فإن وقوعه في الجهل أو الغلط يحول دون تحقق العنصر الثاني في القصد، والذي هو العلم بحقيقة هذا التصرف المادي، مما

(141) انظر زكي محمود ص 35 الذي يقول بأن العلم هو الذي يعطي ارادة الفعل صفته الجنائية، بحيث يتكون من مجموعها القصد الجنائي.
(142) راجع الخليلي: القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 182.

يجعل صفة العمد غير متوفرة في الجرائم العمدية (143) مثل جريمة الفساد.
وستتولى الكلام باختصار عن الجهل والغلط بصفتهما عيبين يؤثران في العلم الذي
يكون العنصر الثاني في القصد الجنائي. ثم نعرض موقف الشريعة الإسلامية من
الجهل والغلط كما سنبين كونهما يعتبران من الظروف الشخصية، وأخيرا نوضح
اثبات الجهل والغلط في العلاقة الزوجية.

أولا : الجهل والغلط :

يقصد بالجهل عدم الاحاطة بواقعة معينة على الاطلاق (144)، أي عدم توافر
الصورة الادراكية عن هذه الواقعة في ذهن الشخص، وهو بهذا المعنى يمثل حالة سلبية
اذ يخلو العقل من الصورة الادراكية للشيء (145).

بينما يمثل الغلط حالة ايجابية، لان الصورة الادراكية عن الشيء تتوفر لدى
الشخص الذي وقع في غلط، غير أنها تكون صورة زائفة لا تتطابق مع الواقع، بحيث
يقوم له علم بالواقعة الا أنه يكون علما غير صحيح (146).

وبالرغم من أن الجهل يختلف عن الغلط من حيث كيفية التأثير النفساني على العلم
بالوقائع المادية للجريمة، كما يظهر ذلك من خلال التعريف السابق، فان الرأي السائد

يذهب في مساواتهما من حيث التأثير على عنصر العلم المتطلب في - القصد
الجنائي (147) وهذا هو مجال بحثنا، لان الجهل بالوقائع المادية يؤدي الى نقص
الصورة الادراكية عنها، كما أن الغلط، ولو كان يتوفر فيه العلم، الا أنه يكون على
صورة غير مطابقة مع الحقيقة الواقعية لهذه العناصر، مما يترتب عنه انتفاء العلم
الصحيح بالعناصر التي تطلبها المشرع في كلا الحالتين، وهذا يجعل القصد الجنائي
غير قائم في حق الجاني سواء كان جاهلا أو غالطا.

والجهل والغلط بصفة كل منهما عاملا مؤثرا على العلم المكون لاحدى ركني القصد
الجنائي، يجب أن ينصب على العناصر الموضوعية للجريمة، وهو ما يطلق عليه
الجهل أو الغلط المادي (148)، لا على الوصف الجنائي الذي يكتسب به سلوك الجاني
صفة الجريمة.

(143) زكي محمود ص 57. ويرى جانب من الفقه ان الجهل والغلط يؤثران مباشرة في ارادة الجاني التي
اتجهت الى اتيان الفعل المادي للجريمة، وبالتالي تنفي تلك الارادة، ويعتبر الجهل والغلط عيبان من عيوبها مثل
الارادة مما ينتج عنه انتفاء الركن المعنوي للجريمة بصفة عامة أي بجميع صورها سواء عمدية أو غير عمدية.
زكي محمود ص 59 وما بعدها.

(144) انظر عادل سيد فهم ص 99.

(145) انظر زكي محمود ص 45.

(146) عادل سيد فهم ص 112. وحافظ نور ص 48.

(147) انظر الخلاف الفقهي في هذا الشأن وكذا الرأي السائد في هذه النقطة. زكي محمود ص 45 - 53. ذ.
النصاروي : الموجز في النظرية العامة ص 211.

(148) راجع مصطفى العوجي : ص 208. ذ. النصاروي : الموجز في النظرية العامة ص 213. عادل سيد
فهم : ص 111. د. الخليلي : القانون الجنائي العام ص 222.

لذلك فالجهل أو الغلط اذا تعلق بوجود النص القانوني الذي يعاقب على النشاط الاجرامي أو بتفسيره، وهو ما يطلق عليه الجهل القانوني، فانه لا يؤثر على القصد الجنائي، وذلك لارتباطه بمبدأ عدم العذر بجهل القانون (149).

بالرغم أيضا من اختلاف العناصر الموضوعية (150) من جريمة الى أخرى، فانه يمكن تصنيفها من حيث الكيف الى نوعين، أولهما عناصر تمثل أوصافا أو تكييفات قانونية لوقائع معينة (151)، كما هو الشأن مثلا في جريمة السرقة حيث يشترط أن لا يكون المال المسروق من ملكية الجاني، اذ يجب ان ينصب علم المتهم بها على الوصف أو التكييف القانوني المعطى للملكية (152) أو كما هو الشأن في جريمة الفساد، حيث يتطلب المشرع أن لا تكون هناك علاقة زواج بين المتهمين، اذ يرجع الى التكييف القانوني المعطى للزواج. وثانيهما عناصر تتمثل في وقائع طبيعية ليس لها وصف قانوني كعلم الجاني في جريمة الاجهاض بأن الانثى (153) حامل أو علم الرجل في جريمة الفساد بأن الشخص الذي وطئه من دبره هو امرأة وليس رجلا (154).

وسواء كانت العناصر الموضوعية للجريمة، وقائع ذات طابع قانوني أو غير قانوني (طبيعي) فان علم الجاني بها ضروري لتوفر عنصر العمد في القصد الجنائي، وبالتالي

(149) انظر مصطفى العوجي ص 208. زكي محمود ص 582 وما بعدها. راجع بعض الاتجاهات الفقهية المخالفة لقاعدة عدم العذر بجهل القانون ومناقشتها: زكي محمود ص 437 وما بعدها. ذ. النصر اوي: الموجز في النظرية العامة: ص 223 - 228. وقد سبقت الإشارة الى هذا الموضوع في مقدمة هذا الباب. (150) من المعلوم أن العناصر الموضوعية تختلف عن العناصر العامة للجريمة في كون الاولى تتغير من جريمة الى أخرى حسب ما اشترطه المشرع في كل جريمة على حدة، أما الثانية فهي عناصر عامة تتمثل في الركن المادي والركن المعنوي والركن القانوني وتتطلب في كل الجرائم على السواء.

(151) وهذا النوع بدوره ينقسم الى نوعين: الاول عبارة عن أوصاف أو تكييفات ذات طابع قانوني جنائي، أي أنها وقائع تستخلص من تطبيق قاعدة قانونية جنائية كما هو الشأن في جريمة اخفاء الاشياء المختلسة أو المبددة أو المحصل عليها من جنائية أو جنحة المنصوص عليها في الفصل 571 ق ج حيث تستخلص عناصر الجريمة من قاعدة القانون الجنائي في تكييفها للاختلاس والتبديد والجنابة والجنحة، والثاني أوصاف وتكييفات ذات طابع غير جنائي، اذ يرجع في تكييف عناصر الجريمة الى قوانين غير جنائية، كالقانون التجاري مثلا بالنسبة لتحديد واقعة الافلاس في جريمة التفالس البسيط المنصوص عليها في الفصل 557 - 558. انظر في هذا الشأن زكي محمود: ص 106 - 108.

وبالنسبة لجريمة الفساد التي نحن بصدد دراستها، فان مجال البحث في عناصرها ذات الطابع القانوني ينحصر في هذا النوع الأخير، أي الأوصاف والتكييفات ذات الطابع القانوني غير الجنائي، وعلى الخصوص قانون الاحوال الشخصية، لان هذا الأخير هو الذي يعنى بتحديد الوصف القانوني للعلاقة الزوجية التي تكون العنصر الموضوعي الذي ينصب عليه علم الجاني في جريمة الفساد.

(152) قد يكتفى بالتكييف المعطى للمصطلح من قبل القانون الجنائي والذي لا يتطلب نفس الشروط والعناصر التي يتطلبها قانون آخر يتناول نفس المصطلح، لان القانون الجنائي يكتفي بأشراط الاركاب والشروط العامة، فإذا تعذر ذلك امكن البحث عن تكييف المصطلح في القوانين غير الجنائية.

(153) للمزيد من الايضاح انظر زكي محمود ص 105 - 106. انظر التمييز بين الغلط في الوقائع ذات الوصف القانوني والوقائع المادية. حافظ نور ص 148 - 150.

(154) لانه سبق أن قلنا في الفصل المتعلق بالركن المادي أن وطء المرأة من دبرها يعد فسادا. فإذا اعتقد الرجل أن من واقعه من دبره هو امرأة، في حين كان هذا الأخير رجلا، فانه يؤخذ هنا بجريمة الفساد طبقا لاعتقاده وليس بجريمة الشذوذ الجنسي المنصوص عليها في الفصل 489 ق ج.

فان الجهل بها أو الغلط فيها يؤدي الى نفي القصد الجنائي ومنع قيام المسؤولية لان كلا من العناصر ذات الطابع القانوني والعناصر ذات الطابع الطبيعي يمثلان عنصرا موضوعيا في الجريمة التي تتوقف مؤاخذه الجاني على توفر علمه بها (155).

والجهل أو الغلط قد يكون جوهريا (مجديا) وهو الذي، كما رأينا، ينصب على العناصر الموضوعية للجريمة (156) التي لا يمكن أن يتحمل الجاني مسؤوليتها الجنائية اذا لم يكن عالما بها علما فعليا وصحيحا. وقد يكون غير جوهريا كما اذا وقع على شخص المجني عليه أو في النتيجة الاجرامية أو في العلاقة السببية أو في الاهلية لتحمل المسؤولية الجنائية. فالجهل أو الغلط الواقع في مثل هذه الحالات - اذا لم تكن هذه الاخيرة تدخل في تكييف العناصر الموضوعية للجريمة - لا يعتد به حيث تبقى المسؤولية قائمة في حق الجاني نظرا لان الجهل أو الغلط لا أثر له على العلم المتطلب في القصد الجنائي، اذا لم يتعلق بالعناصر الموضوعية للجريمة (157).

وقد تباينت التشريعات في طريقة اعتماد الجهل والغلط كعامل مؤثر في القصد الجنائي. فمنها ما ترك الامر للاستنتاج المنطقي الذي يقوم به الفقه والقضاء في تحديد القصد الجنائي الذي يعتمد على توفر الارادة الصادرة عن بينة واختيار، والعلم بالعناصر الخاصة للجريمة، وأن من عوارض العلم بهذه العناصر، وجود مسألة الجهل والغلط بها.

وهذا هو موقف المشرع الفرنسي والاسباني والهولندي والانجليزي والكندي والسوفياني والمغربي وغيرها من التشريعات التي لم تفرد نصا خاصا لتقرير قاعدة الاخذ بالجهل والغلط كأسباب نافية للعلم المكون لاحد عنصري القصد الجنائي.

ومن التشريعات التي تولت مباشرة التنصيص على هذه القاعدة في نصوص خاصة واضحة بذلك حدا لما يمكن أن يقع في الفقه والقضاء من تباين في التقدير قد ينتج عنه اختلاف في الاحكام، القانون الجنائي الالماني الصادر سنة 1870 في مادته 59 التي تنص في الفقرة الاولى على أنه «اذا لم يعلم شخص عند ارتكاب الفعل المعاقب عليه بتوافر العناصر الواقعية التي يقوم عليها التحديد القانوني للجريمة أو التي تؤدي الى

(155) زكي محمود ص 135. انظر نفس المرجع ص 112 وما بعدها فيما يتعلق ببعض الآراء الفقهية التي ترى عدم الاعتداد بالجهل والغلط في الوقائع المستخلصة من الاوصاف والتكيفات المتعلقة بقاعدة قانونية. (156) العناصر الموضوعية للجريمة هي العناصر التي يتركب منها الكيان الموضوعي للجريمة طبقا لما حدده المشرع.

وقد حصرها زكي محمود في السلوك والنتيجة وعلاقة السببية بينهما ثم العناصر المفترضة. وهذه الاخيرة هي العناصر «التي يفترض وجودها وقت مباشرة الفاعل لنشاطه اذ غيرها لا يمكن أن يوصف هذا النشاط بعدم الموضوعية مثل عنصر الاتوثة أو الذكورة المفترض علم المتهم به في جريمة الفساد.

للمزيد من الايضاح، راجع زكي محمود ص 101 وما بعدها.

(157) انظر شرح هذه الانواع من الجهل والغلط غير المجدي واتجاهات الفقه بشأنها. زكي محمود ص 184 وما بعدها. ذ. النصراوي : الموجز في النظرية العامة ص 213 - 223. انظر كذلك مصطفى العوجي ص 208 - 211.

تشديد العقاب فانه يعد غير مسؤول عن هذه العناصر» وكذلك فعل مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة، فبعد أن حدد في المادة 48 عناصر القصد الجنائي في الارادة والعلم، نص في المادة 51 منه على أنه «ينتفي القصد الجنائي في الجريمة اذا وقع الفعل المكون لها بناء على غلط في واقعة تعد ركنا من أركانها...» ثم نص في المادة 53 على أنه «ليس لاحد أن يحتج بجهل القانون الجنائي أو تأويله تأويلا خاطئا الا في الاحوال الآتية :

(1) الجهل بقاعدة مقررة في قانون آخر غير القانون الجنائي متى كانت منصبة على أمر يعد ركنا من الاركان المكونة للجريمة...» (158).

وبالرغم من أن المشرع المغربي لم يفرد نصا خاصا لآثار الجهل والغلط على العلم بالعناصر الموضوعية للجريمة، فإن الاخذ بهذه القاعدة يبقى أمرا مسلما به مادام المشرع قد اشترط بصفة مبدئية في الفصل 133 ق ج ضرورة ارتكاب الجنائيات والجنح عمدا حتى يمكن العقاب عليها، ومن المعلوم ان صفة العمد، وهي ما يطلق عليها القصد الجنائي، لا تتوفر الا اذا اتجهت ارادة الجاني الى احداث النشاط الاجرامي عن بينة واختيار، وكان يعلم علما حقيقيا وصحيحا جميع العناصر التي اشترطها المشرع في الجريمة المرتكبة، وأن عدم توفر العلم بالعناصر الموضوعية للجريمة نتيجة جهل أو غلط لاينفي القصد الجنائي وبالتالي صفة العمد المتطلب في الجريمة العمدية، لان الاول ينفي العلم بهذه العناصر والثاني يجعل العلم بها على غير صورتها الحقيقية، وبانتفاء عنصر العلم، فإن القصد الجنائي لايمكن أن يتوفر لعدم امكان الاقتصار على عنصر الارادة وحده لمواخذة الشخص بالجرائم العمدية.

ومن الامثلة على الجهل والغلط في العلاقة الزوجية التي تكون عنصرا موضوعيا في جريمة الفساد، والتي يجب أن يكون المتهم عالما بها، أن تمكن الزوجة زوجها منها معتقدة أنها لازالت في عصمته، في حين يكون هذا الاخير قد طلقها طلاقا بائنا (159)، أو يعتقد الرجل أن وكيله قد عقد زواجه مع المرأة التي ضاجعها مع أن العقد لم يتم بعد، كما يتحقق الغلط الذي ينفي القصد الجنائي لجريمة الفساد في الحالة التي تزف فيها للزوج غير المرأة التي عقد عليها هذا الاخير، أو تعتقد المرأة أن الرجل الذي واقعها قد عقد عليها في حين أنه لم يقم بذلك (160).

ثانيا : موقف الشريعة الاسلامية من الجهل والغلط في جريمة الزنا :
تعرض فقهاء الشريعة الاسلامية للجهل والغلط الذي يمكن أن يقع فيه الزاني وقالوا

(158) وقد نهج نفس الخطة القانون الجنائي الايطالي الصادر سنة 1930 في المادة 47 والسويسري في القانون الصادر عام 1927 في المادة 19 واليوناني في القانون الصادر عام 1950 في المادة 30. انظر في هذا الشأن زكي محمود ص 95 - 100.
(159) حسن البقال ص 319.
(160) راجع عبد المهيم بكر ص 250.

بعدم الحد على من وطئ خطأ، لان الخطأ شبهة تدراً الحد استناداً الى قوله تعالى «وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به، ولكن ما تعمدت قلوبكم» (161).
وجاء عند المذهب المالكي أنه يخرج من الحد الناسي والغالط والجاهل بالعين أو الحكم. فالناسي هو من يفعل الفعل وهو ذاهل، وجاهل العين كمن اعتقد أنها زوجته مع انعدام الوضوح، أما اذا كان الفرق واضحاً، كأن تكون زوجته في غاية السمن أو النحافة والموطوءة عكسه فيحد، وجاهل الحكم هو من جهل حكم الشرع في الفعل كقريب عهد بالاسلام (162) أما الغالط فهو كمن قصد زوجته فوقع على غيرها غلطاً (163).

ورود في المذهب الشافعي أنه لاحد علي وطء الشبهة، والشبهة ثلاثة أقسام شبهة فاعل كأن يكون جاهلاً وشبهة محل كظن أنها زوجته وشبهة جهة كالنكاح بلا ولي (164)، كما أن الرجل الذي يدعي الجهالة في أن من اتاها امرأة متزوجة أو في عدة من زواج أو ذات محرم يدراً عنه الحد اذا حلف بذلك. وكذلك المرأة اذا قالت بلغني موت زوجي واعتدلت ثم نكحت، درىء الحد عنها (165).
وقال الكاساني من المذهب الحنفي أنه لو زفت للرجل غير امرأته وقلن النساء هذه امرأتك فوطئها، لا يحد لان اعتقاده مبني على أساس صحيح وهو قول النساء مما يورث الشبهة.

وكذلك من وطئ امرأة وقال ظننتها زوجتي دون أن يستند على دليل، فعليه الحد في المذهب الحنفي لعدم وجود شبهة المحل هنا (167) وذهب الامام مالك والشافعي وابن حنبل الى عدم اقامة الحد عليه لانه وطئها معتقداً أنها زوجته، كما هو الشأن في

(161) راجع عبد العظيم شرف الدين ص 35.
(162) وبخصوص الجهل الواقع على أحكام الشرع في التجريم والعقاب، فقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية، كما هو الشأن في القانون الوضعي، من حيث الاخذ بالجهل كسبب معفي من العقاب ام لا :
فالبيعض منهم ذهب الى قبول العذبة، جاء في الزيلعي ج 1 ص 165 انه روى عن «سعيد ابن المسيب أن رجلاً زنا باليمن فكتب في ذلك عمر بن الخطاب أنه ان كان يعلم أن الله تعالى حرمه فاجلدوه، وان كان لا يعلم فعلموه، وان عاد فاجلدوه لان الحكم في الشرعيات لا يثبت الا بعد العلم، ولكن لا أقل من ايراث الشبهة لعدم التبليغ والاسماع للحرمة» وورد في المعني لابن قدامة أنه لاحد على من لم يعلم تحريم الزنا، وقال عمر وعثمان وعلي لاحد الاعلى من علمه ج 8 ص 185.

أما من يعيش في دار الاسلام ومع الجماعة الاسلامية فلا يمكن أن يقبل منه العذر بجهل المحرمات الاسلامية. انظر في هذا الشأن فتحي بهنسي : المسؤولية الجنائية ص 99. النبهان ص 224.
بينما ذهب البعض الآخر الى عدم العذر بجهل الاحكام الشرعية على الاطلاق ولو كان الجاني قريب العهد بالاسلام. انظر في هذا الشأن عبد العظيم شرف الدين ص 37.

(163) الزرقاني ج 1 ص 75 - 78.

(164) مغني المحتاج ج 4 ص 144.

(165) الام للشافعي ج 6 ص 155.

(166) بدائع الصنائع ج 7 ص 37.

(167) وانتفاء الشبهة هنا يرجع الى أنه مع طول الفترة لا يمكن أن تشتبه عليه زوجته، فهو يعرفها بالحس

والنفس والرائحة والصوت، فلا يعذر بترك الفحص، الا اذا كان قد دعاها فأجابته باسم امرأته فانه لاحد عليه في هذه الحالة لان ظنه استند الى دليل شرعي وهو الاخبار، انظر الزيلعي ج 3 ص 178. الكسائي ج 7 ص 37.

الحالة التي يظاً فيها من زفت اليه على أنها زوجته (168).

كما ذكر الكاساني أيضاً أن الاعمي إذا وقع على امرأة ظنها زوجته فإنه يحد، إلا إذا نادى على زوجته فأجابته أخرى وكانها هي فوطئها، فلا يحد لوجود الشبهة (169) بينما اتجه المذهب الشافعي الى عدم الحد عليه لشبهة عماء (170).

وإذا وطئ الرجل امرأة يظنها حراماً عليه فإذا هي زوجته، فإنه لا يحد لعدم حرمتها عليه، وإن كان قد أتاها بظن الحرمة، بينما إذا أتى امرأة محرمة عليه يظنها أخرى محرمة عليه أيضاً فيقام عليه الحد لعدم وجود شبهة تدراً عنه الحد (171).

فالشريعة الإسلامية إذا تأخذ بالجهل والغلط كسبب ينفي القصد الجنائي مما تنعدم معه المسؤولية عن فعل الزنا طبقاً للتفصيل السابق (172).

ثالثاً : الجهل والغلط ظرف شخصي :

وإذا كان الجهل أو الغلط بوجود الرابطة الزوجية بين المتهمين ينفي القصد الجنائي فهل يجب أن يكون هذا الجهل أو الغلط مشتركاً بين المتهمين ؟ وما حكم الطرف الذي استغل وسائل احتيالية لايهام قرينه في العلاقة الجنسية بمشروعية هذه الأخيرة ؟

للإجابة على هذين السؤالين نفرق بين ثلاثة حالات :

- الأولى هي التي يكون فيها كل من طرفي العلاقة الجنسية غير المشروعة قد وقع في جهل أو غلط باعتقاده أنه مرتبط مع الآخر بعلاقة زواج، ففي هذه الحالة يكون القصد الجنائي قد انتفى في حق كل منهما وبالتالي تنعدم مسؤوليتهما معا عن النشاط الإجرامي الذي أتياه مما يعفيهما من كل عقاب، كما هو الشأن في حالة الزواج العرفي الذي سبقت الإشارة إليه.

- والثانية هي التي يكون فيها أحد الاطراف في جريمة الفساد قد تولد له اعتقاد ثابت بارتباطه بعلاقة زواج مع الآخر، في حين يكون هذا الأخير قد مارس الفعل الإجرامي مع الأول وهو يعلم أنه يأتي نشاطاً محرماً عليه دون أن يعلم، أو يوجد لديه ما يبعث على العلم، أن هذا الشخص قد وقع في جهل أو غلط أوحى له بوجود علاقة زوجية معه، أي دون أن يكون له علم باعتقاد الطرف الأول. ففي هذه الحالة يعفى المتهم الذي وقع في الجهل أو الغلط من المسؤولية الجنائية وذلك لانتهاء القصد الجنائي لديه، أما الآخر فيتابع بجريمة الفساد على أساس أنه أتى فعلاً مجرماً عن

(168) عبد العظيم شرف الدين ص 35.

أحمد فتحي بهنسي : المسؤولية ص 100.

(169) عبد العظيم شرف الدين ص 35. الكاساني ج 7 ص 37.

وذكر النبهان ص 223. أنه حكى عن أبي حنيفة أنه قال بإقامة الحد على الاعمي لأنه وطئ في محل لملك له فيه مستنداً على ماورد في الفتاوى : الجزء الثامن ص 184.

(170) راجع السرخسي - المجلد الخامس ص 57. فتحي بهنسي ص 110. النبهان ص 223.

(171) عبد العظيم شرف الدين ص 35 - 36.

(172) عبد العظيم شرف الدين ص 35.

ارادة واختيار حرين، وهو هنا العلاقة الجنسية غير المشروعة، مما يثبت معه القصد الجنائي في حقه.

أما الحالة الثالثة وهي التي يكون فيها أحد المتهمين قد استعمل وسائل احتيالية لجعل الثاني يعتقد بوجود رابطة زواج معه، أو استغل فيه ظروفًا معينة جعلته يعتقد شرعية العلاقة الجنسية، كعلمه بأن شريكه في هذه العلاقة غير المشروعة قد وقع في جهل أو غلط جعله يعتقد بوجود رابطة زواج معه، أو كان لديه ما يبعث على هذا العلم.

وهنا يكون الطرف الذي مارس الفعل الاجرامي وهو معتقد بمشروعيته غير مسؤول جنائيا، في حين يكون الثاني قد ارتكب جريمة اغتصاب اذا كان رجلا، أو جريمة هناك عرض اذا كان امرأة، وذلك لان استعمال الوسائل الاحتيالية أو استغلال ظروف معينة يعد من العوامل التي تؤثر في الارادة مما يجعل الشخص الذي مارس نشاطا اجراميا تحت تأثيرها معيب الارادة وبالتالي ضحية في جريمة اغتصاب أو هناك عرض (173) وليس مرتكبا لجريمة الفساد.

ومن الامثلة على ذلك ما ذكره الاستاذ الخليلي بالنسبة للرجل الذي يستعمل وسائل احتيالية دفعت المرأة الى الاعتقاد بشرعية العلاقة الجنسية التي مارسها معه كأن يدلس على خطيبته ويجعلها تعتقد بوجود عقد الزواج أو كأن يطلق الزوج زوجته طلاقا بائنا (قبل الدخول) ويواقعها قبل أن تعلم بالطلاق (174).

رابعاً : اثبات الجهل والغلط

ان العلاقة الزوجية التي اعتقد المتهم في وجودها نتيجة جهل أو غلط هي غير موجودة في الواقع، ولهذا يبقى على عاتق المتهم اثبات اعتقاده لانه، كما سبق القول، في مقدمة هذا المبحث، يفترض بمجرد تحقق الافعال المادية لجريمة الفساد، أن العلاقة الجنسية غير المشروعة قد تمت عن علم واردة واختيار (175)، اذ لا يتطلب من النيابة العامة اقامة دليل مستقل ومباشر للقصد الجنائي للمتهم، بل تكفي باثبات الافعال المادية للجريمة وكذا عدم وجود رابطة زواج بين المتهمين (176).

ولهذا، فمجرد ادعاء الاعتقاد بوجود رابطة الزوجية لا يكفي لنفي التهمة، وانما يجب اثبات هذا الاعتقاد عن طريق اثبات الوقوع في الجهل والغلط من طرف المتهم. ومن جهة أخرى، فان اثبات انتفاء القصد الجنائي ووجود الجهل أو الغلط يمكن أن يتم بجميع وسائل الاثبات من محررات وشهود وقرائن وغيرها.

ويعود لمحكمة الموضوع ترجيح أحد القرائن والدلائل التي بين يديها والتصريح

(173) حافظ نور ص 149.

(174) د. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 215.

(175) عطية راقب : الجرائم الجنسية ص 43 م.

(176) د. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 182.

الفصل 484 ق ج بالحبس من سنتين الى خمس سنوات، فاذا استعمل الجاني العنف في هذه الحالة فعقوبته هي السجن من عشرة الى عشرين سنة (الفقرة الثانية من الفصل 485 ق ج).

وهتك عرض الشخص البالغ بالعنف سواء كان أنثى أو ذكرا يعاقب بالسجن من خمس الى عشر سنوات (الفقرة الاولى من الفصل 485 ق ج).

والاغتصاب، وهو موقعة رجل لامرأة بدون رضاها يعاقب عليه بالسجن من خمس الى عشر سنوات (الفصل 486 فقرة أولى) وتشدّد العقوبة اذا توفرت احدى الظروف المبينة في الفقرة الثانية من الفصل 486 ق ج وكذا الفصل 487 ق ج .

فالعقوبة المخصصة لمختلف الجرائم السابقة كلها تعتبر أشد من العقوبة المعينة لجريمة الفساد والتي هي الحبس من شهر الى سنة.

الباب الثاني :

اثبات جريمة الفساد وعقوبتها

<http://igraeli.blogspot.com>

تعرضنا في الباب السابق لأركان جريمة الفساد المنصوص عليها في الفصل 490 ق ج وهي الركن المادي الذي يتكون من ممارسة العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة لا يرتبطان بعلاقة زواج، والركن المعنوي الذي يقوم على اتجاه ارادة الجاني نحو اتيان الفعل المادي للجريمة مع العلم بجميع العناصر القانونية والموضوعية للعمل الاجرامي الذي أقدم عليه، هذا فضلا عن الركن القانوني المتمثل في الفصل 490 ق ج الذي يعرف جريمة الفساد والذي حدد مجال تطبيقه.

وستعرض في هذا الباب لوسائل الاثبات التي يسمح للقاضي باعتمادها لتكوير اقتناعه في نسبة الجريمة للمتهم بالفساد، ذلك لان ادانة الفرد تقتضي الحكم عليه بجزاء يمس شخصه (حياته، حريته، ماله) وهذا يلحق به ضررا بالغاً، لذلك كان من اللازم التأكد من ثبوت اسناد الفعل للمتهم ثبوتا بعيدا عن كل ظن أو احتمال كي لايدان بريء، لان وقع ادانة البريء على المجتمع بليغ أكثر من وقع براءة المجرم عليه، لاجل ذلك كان من الضروري أن يمكن القاضي من وسائل الاثبات تسمح له بأن يكون من خلالها اقتناعه بالادانة أو البراءة *

وبما أن المشرع خص جريمة الفساد بوسائل اثبات معينة لايمكن اثباتها بغيرها، فاننا سنقوم بتوضيح هذا التحديد وموقف القانون المقارن والشريعة الاسلامية منه مع تقييم غاية المشرع منه، كما سنتولى باختصار البحث في وسائل اثبات الفساد (الزنا) المتفق عليها والمختلف فيها في الشريعة الاسلامية باعتبار أن هذه الاخيرة تشكل المصدر الاساسي الذي استقى منه المشرع المغربي العقاب على الفساد.

وأخيرا نختم هذا الباب بالكلام عن العقوبة المخصصة لجريمة الفساد، لان الغاية من المتابعة والتأكد من صدور الفعل الاجرامي فعلا عن المتهم، هي توقيع العقاب على هذا الاخير كجزاء على ما ارتكبه من نشاط مغل بالنظام الاجتماعي المعاقب عليه قانونا، وعبرة لبقية الافراد حتى يتجنبوا اتيان مثل هذا النشاط خوفا من التعرض لعقاب مماثل.

لذلك سنقسم هذا الباب الى أربعة فصول، نخصص الاول لاثبات جريمة الفساد والثاني لتقييم التحديد الذي يسلكه المشرع بشأن اثبات هذه الجريمة، والثالث لاثبات الزنا في الشريعة الاسلامية، والرابع للعقوبة المخصصة للفساد.

الفصل الاول :

اثبات جريمة الفساد

سنتناول موضوع هذا الفصل من خلال مقدمة نتعرض فيها لمبدأ الاثبات في الميدان الجنائي ولاستثناء جريمة الفساد من هذا المبدأ واختلافات التشريعات حول اثبات الفساد (الزنا). ثم نقسم الفصل الى أربعة مباحث نتناول في الثلاثة الاولى منها الوسائل المقبولة لاثبات جريمة الفساد تبعا للترتيب الذي جاءت به في الفصل 493 ق ج ثم نتعرض في المبحث الرابع للتساؤل حول امكانية اثبات جريمة الفساد بأدلة أخرى غير مذكورة في الفصل 493 ق ج، وذلك تبعا للتصميم التالي :

مقدمة :

- أولا : مبدأ الاثبات في الميدان الجنائي.
- ثانيا : استثناء جريمة الفساد من مبدأ الاثبات الوجداني.
- ثالثا : اختلاف التشريعات حول اثبات الفساد (الزنا).
- المبحث الاول : محضر التلبيس.
- المبحث الثاني : الاعتراف المتضمن في المكاتيب والاوراق الصادرة عن المتهم.
- المبحث الثالث : الاعتراف القضائي.
- المبحث الرابع : هل يمكن أن تثبت جريمة الفساد بأدلة غير مذكورة في الفصل 493 ق ج ؟

أولا : مبدأ الاثبات في الميدان الجنائي :

البيئة أو وسائل الاثبات بصفة عامة هي مجموع الادلة والوسائل التي تؤدي عقلا الى الوصول لحقيقة معينة⁽¹⁾، وفي الميدان الجنائي يعرف الاثبات بأنه، اقامة الدليل أمام القضاء على وقوع الجريمة وعلى نسبتها للمتهم⁽²⁾.

والاصل أن عبء الاثبات يقع على المدعي، وهو في الدعوى الجنائية النيابة العامة وللمتهم بحض التهم الموجهة اليه والادلة المستندة عليها، وذلك اخذا بالمبدأ القائل، بأن الانسان بريء حتى تثبت ادانته⁽³⁾.

ويعتمد الاثبات في الدعوى الجنائية حاليا (4) على اقتناع القاضي، وهو ما يطلق عليه الاثبات الوجداني، حيث يتمتع القاضي بالحرية في تكوين قناعته من أي دليل قانوني يطمئن اليه، اذ لايلزمه القانون بالارتكاز على دليل أو أدلة معينة دون غيرها في تكوين عقيدته حول وقوع الجريمة ونسبتها الى المتهم، وبالتالي الحكم عليه بالادانة كما لايلزمه أيضا، بصفة مبدئية، بالقيمة الاثباتية للوسائل المقبولة في الاثبات، بل يخضع في تقديرها ودالاتها الى اطمئنان القاضي واقتناعه الشخصي⁽⁵⁾.

(1) انظر في نفس المعنى جندي عبد المالك : الموسوعة الجنائية ج 1 ص 104.

- الوجيز في المسطرة الجنائية المغربية : عبد الوهاب حومد 1968 ص 162.

- حافظ نور ص 292.

ويذكر الأستاذ النصراني أن «الاثبات بمعناه القانوني هو اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق القانونية التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب أثرها». دراسة في أصول المحاكمات الجزائية ج 2 مطبعة دار السلام بغداد 1976 ص 114.

(2) حومد : الوجيز في المسطرة، ص 162. حافظ نور : ص 292. جندي عبد المالك : الموسوعة ج 1 ص 104. ويعرف ذ. النصراني الاثبات في نطاق الدعوى العمومية بأنه «وسيلة لاقرار الوقائع التي لها علاقة بالدعوى، وذلك وفقا للطرق التي حددها القانون» أصول المحاكمات ج 2 ص 114.

(3) انظر أبو الفتوح شرح قانون المسطرة الجنائية، الطبعة الاولى 1982 مطبعة النجاح الجديدة البيضاء ص 280. النصراني : أصول المحاكمات ج 2 ص 115. P.25. G.Stefani et G.levasseur. فتحي سرور ص 334 وما بعدها.

والنيابة العامة ملزمة باثبات وقوع الجريمة وبارتكابها من طرف المتهم المتابع وذلك باثبات جميع العناصر المكونة للجريمة سواء كانت مادية أو معنوية. جندي عبد المالك : الموسوعة ج 2 - ص 104 - 105.

(4) أما قديما فقد كانت طريقة الاثبات القانوني هي المعتمدة، اذ كانت حرية القاضي في تكوين قناعته مقيدة فكان يخضع في حكمه للتحديد الذي فرضه عليه المشرع لوسائل الاثبات ولقيمة كل واحد منها، وهذه الطريقة لاتزال تسود الدعاوي المدنية. أبو الفتوح : شرح قانون المسطرة ص 280 - 281. P. G.Stefani et G.levassur 27

وخاصة بالنسبة لاقرار القضائي والورقة الرسمية ذ. الخليلي : شرح قانون المسطرة الجنائية ج 2. 1980. مطبعة النجاح الجديدة ص 210. كما أنها تعرف تطبيقا ضيقا جدا في المجال الجنائي مثل ما سنراه بالنسبة لاثبات جريمة الفساد.

(5) قلنا بصفة مبدئية، لان المشرع أعطى بصفة استثنائية لبعض الاوراق قوة اثباتية خاصة، بحيث لايجوز الطعن فيها سوى بالزور حسب ما تنص عليه المادة 294 ق ج مثل المحاضر المنصوص عليها في الفصل 242 من مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة، والفصل 28 من ظهير 1922/4/11 المتعلق بالصيد في المياه الداخلية... الخ.

وقد نص المشرع المغربي على هذا المبدأ في الفصل 288 من قانون المسطرة الجنائية بقوله «يمكن اثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الاثبات ماعدا الاحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك، ويحكم القاضي حسب اعتقاده الصميم... فاذا رأى أن الاثبات غير قائم، قرر عدم ادانة الشخص المتهم وحكم ببراءته»، وهذا ما تضمنته كثير من التشريعات المقارنة كالتشريع العراقي في المادة 213 من قانون الاجراءات الجنائية والمصري في المادتين 302 و 231 من قانون الاجراءات الجنائية.

ومن نتائج هذا المبدأ أن القاضي يمكنه أن يستند في ادانته للمتهم على أي دليل من الادلة المقبولة في الاثبات الذي اطمأن اليه، وكون لديه الاقتناع بنسبة الجريمة للمتهم دون أن يتقيد بدلائل معين، وإذا انتفى لديه هذا الاقتناع، وجب عليه الحكم ببراءة المتهم، ولو اعترف هذا الأخير بنسبة التهمة اليه (7).

ومن نتائجه أيضا أن القاضي لا يقتصر في بحثه عن الحقيقة على الادلة المعروضة عليه في ملف الواقعة، وإنما يمكنه أن يبحث عن أي دليل يستند اليه ويظهر له أنه مفيد لاثبات الحقيقة مع اطمئنانه اليه طبعاً. (الفصل 465 ق ج) (8).

وثمة ضوابط تجب مراعاتها في مجال حرية اقتناع القاضي، من جملة، أن يتم الحصول على الوسائل المرتكز عليها في الحكم بالادانة، بصفة مشروعة، وأن تكون هذه الوسائل قد طرحت للمناقشة أثناء سير الدعوى، وأن تكون مؤدية في نظر القاضي المعروضة عليه الواقعة الى اليقين والجزم، وليس الى مجرد الترجيح والظن (9) كما يجب أن توصل منطقياً الى النتيجة المستخلصة (10).

وخلافا لما ذهب اليه بعض الفقه (11)، فإنه لا يمكن القول بأن اثبات الجرائم في

(6) د. الخليلي : شرح المسطرة ج 2 ص 214. د. النصاروي : أصول المحاكمات ج 2 ص 116. حومد : الوجيز في المسطرة ص 164. المرصفاوي : ص 598. جندي عبيد المالك : الموسوعة ج 1 ص 107. G. Stefani et G. Levasseur p. 29 - 31 ج 1 ص 107.

(7) د. الخليلي : شرح المسطرة ج 2 ص 215. المرصفاوي : ص 590 - 601. د. النصاروي : أصول المحاكمات : ج 2 ص 117 وبالرغم من أن المشرع تعرض لبعض الادلة كالشهادة وبعض المحررات بنصوص خاصة، فإن ذلك لا يعني أن هذه الادلة هي التي يمكن الاعتماد عليها في اثبات الجرائم، وإنما للقاضي أن يستند للوسيلة التي يراها ملائمة طبقاً لما ورد عليه النص في الفصل 288 ق ج السالف الذكر. راجع أبو الفتوح : شرح قانون المسطرة الجنائية ص 290.

(8) انظر الخليلي : شرح المسطرة ج 2 ص 215. د. النصاروي : أصول المحاكمات ج 2 ص 116

فتحي سرور : ص 340. أبو الفتوح : شرح قانون المسطرة ص 289 - 290.

G. Stefani et G. Levasseur p. 27 - 28.

(9) وقد أكد المجلس الاعلى هذا المبدأ في قراره عدد 49 س 14 الصادر بتاريخ 70/11/19 بقوله «يجب أن تبنى الاحكام على الجزم واليقين، لا على الشك والتخمين ولهذا يتعرض للنقض الحكم الصادر بالادانة، في حين أن المحكمة صرحت بأنه لم يوضع بين يديها دليل مادي قاطع يثبت الجريمة» مجلة ق.م.ع عدد 20 ص 96.

(10) انظر في هذا المجال د. النصاروي : أصول المحاكمات ج 2 ص 122 وما بعدها. المرصفاوي : ص 602 - 603. أبو الفتوح : شرح المسطرة ص 283. فتحي سرور : ص 344 - 347.

(11) ذهب الاستاذ حومد الى أن الشريعة الاسلامية تأخذ بطريقة الاثبات القانوني لاقامة الدليل على جرائم الحدود والقصاص، ويستند في ذلك الى أن نصاب الشهادة يجب توفره لاقامة الحد على الجاني، كرجلان أو رجل وامرأة أو أربعة شهود، الوجيز في المسطرة ص 163.

- انظر الانتقاد الموجه لهذا الرأي عند الاستاذ الخليلي : شرح قانون المسطرة ج 2 ص 2140211.

حكمها على أحد دلائل الاثبات المنصوص عليها في الفصل 493 من نفس القانون.
(16).

ولم يكن القانون الجنائي الملقى يتضمن مثل هذا الاستثناء بالنسبة لجريمة الفساد (الزنا).

بل كان يخضع اثباتها للمبدأ العام الذي يخول للقاضي تكوين اقتناعه من أي دليل يوصله الى النتيجة التي استخلصها طبقاً للمبدأ العام للاثبات في المواد الجنائية (17).
ثالثاً : اختلاف التشريعات حول اثبات الفساد (الزنا)

هناك من القوانين التي تسوي بين جريمة الفساد (الزنا) (18) وبين بقية الجرائم الأخرى من حيث خضوعها للمبدأ العام في الاثبات الجنائي الذي يقوم على الاقتناع الوجداني المستند على أي دليل من الأدلة المقبولة في الاثبات كالتشريع العراقي (19) والتونسي (20) والاطالي (21) وقانون سلطنة عمان (22). فهذه التشريعات لم تفرد أي نص خاص لاثبات جريمة الفساد (الزنا).

وهناك من القوانين التي حددت لهذه الجريمة أدلة معينة على سبيل الحصر لايجوز اثباتها بغير تلك الأدلة، أي استثنتها من القاعدة العامة للاثبات في الميدان الجنائي، إلا أن هذه القوانين اختلفت فيما بينها من حيث الأشخاص المستفيدين من التحديد ومن حيث نوع الأدلة الممكن الارتكاز عليها في الحكم بالادانة.

فبالنسبة للاختلاف الأول، نجد بعض التشريعات حددت وسائل الاثبات لجريمة الزنا بالنسبة لشريك الزوجة الزانية فقط، أما زنا الزوجة والزواج إذا دخل في علاقة جنسية مع امرأة غير متزوجة وكذا الشريكة غير المتزوجة فيخضع اثباته للقواعد

(16) ولذلك نقض المجلس الأعلى الحكم الصادر عن المحكمة الإقليمية بمكناس لأن هذه الأخيرة اقتصرت في الادانة على القول بأن المحكمة اقتنعت بثبوت التهمة في حق المتهمين. الغرفة الجنائية حكم عدد 299 س 12 بتاريخ 1970/1/18 م.ق.ق. عدد 109 - 110 ص 490.

(17) ولذلك نجد أن المجلس الأعلى قرر في أحد أحكامه الصادرة تحت عدد 123 بتاريخ 17 نونبر 1961 (أي في ظل القانون الملقى) «أن استنتاج ثبوت الجريمة من القرائن الثابتة يرجع للسلطة التقديرية المطلقة التي للمحكمة ولا رقابة للمجلس الأعلى عليها في ذلك، وعليه إذا ثبت أمام المحكمة وجود المرأة محصنة مع رجل غير زوجها في غرفة فندق واستنتجت المحكمة من هذه الوقائع الثابتة ارتكاب المتهم جنحة المشاركة في زنا المحصنات، فإن تقديرها لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى» سلسلة الاجتهاد القضائي عبود رشيد عبود ج 14 ص 41.

(18) المشرع المغربي يسوي في مجال الاثبات بين جريمة الفساد وجريمة الخيانة الزوجية التي يطلق عليها الزنا في بعض التشريعات المقارنة (الفصل 493 ق ج) لذلك فإن الاحكام والقواعد لا تختلف في ميدان الاثبات من جريمة الفساد الى الخيانة الزوجية.

(19) انظر محمد عطية راغب : النظرية العامة للاثبات في التشريعات العربية ص 201.
(20) وقد أكدت محكمة التمييز التونسية في قرارها عدد 7039 بتاريخ 62/12/22 أن المشرع التونسي لم يحدد وسائل معينة لاثبات جريمة الشريك، وإنما أوكل للقاضي الموضوع استنتاج ادانة الشريك من الحجج والقرائن التي يطمئن اليها ضميره. المجلة الجنائية، دار التشريع التونسي 1976 نشرة 1969 ص 245.

(21) حافظ نور ص 294.
(22) راجع القانون رقم 74/7، الصادر بسلطنة عمان بتاريخ 1974 الذي يتضمن الفصول المعالجة ولم يفرد له أدلة معينة

الشريعة الإسلامية يخضع لطريقة الإثبات القانوني، لانه لا يوجد ما يؤكد أخذ الشريعة الإسلامية بهذه الطريقة الا فيما يتعلق بجريمة القذف التي قال الله تعالى فيها : «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة» (سورة النور، آية 4) حيث يفرض على المتهم بها لكي يؤكد مقالته ويدفع تهمة القذف عنه أن يأتي بأربعة شهود يشهدون على المرأة المقذوفة بالزنا. أو ما يتعلق ببعض التطبيقات في السنة النبوية لطريقة الإثبات القانوني «التي اتفق على بعضها وأختلف في بعضها الآخر» (12) بل أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية كابن القيم الجوزية (13) أكد أن للقاضي الحرية في الاستناد على أي دليل يؤكد وجود الجريمة ونسبتها للمتهم كإثبات شرب الخمر برائحة الخمر في الفم، وإثبات الزنا بالحبل (14).

ثانيا : استثناء جريمة الفساد من مبدأ الإثبات الوجداني :

تضمن الفصل 288 م.ج الذي ينص على مبدأ الإثبات الوجداني، استثناء مفاده عدم اعتماد هذا المبدأ إذا نص القانون على خلاف ذلك.

ومن تطبيقات هذا الاستثناء (15)، ما ينص عليه الفصل 493 ق ج الذي حدد وسائل إثبات جريمة الفساد والخيانة الزوجية بقوله «الجرائم المعاقب عليها في الفصلين 490 و 491 لا تثبت إلا بناء على محضر رسمي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس أو بناء على اعتراف تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم أو اعتراف قضائي».

وبناء على ذلك فإن جريمة الفساد لا يمكن أن تثبت بوسيلة أخرى غير الوسائل المذكورة في الفصل 493 ق ج كشهادة الشهود أو الخبرة أو قرائن أخرى، مادامت الوسائل المقبولة لإثبات جريمة الفساد وردت على سبيل الحصر.

وقد أكد المجلس الأعلى على وجوب الالتزام بنص الفصل 493 ق ج بقوله «لا يكفي في إثبات الجريمة المعاقب عليها في الفصل 491 من القانون الجنائي (الخيانة الزوجية) أن تقول المحكمة بأنها اقتنعت بثبوت الجريمة، بل لابد أن تبني

(12) راجع د. الخليلي : شرح المسطرة ج 2 ص 212 وهامش رقم 67 في نفس الصفحة.

(13) راجع اعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ج 1 ص 103 - 505. والطرق الحكمية لنفس المؤلف ص 67. راجع ايضا القوانين الفقهية لابن جزي : ص 233 المذكور بواسطة الخليلي. شرح المسطرة ج 2 هامش 68 ص 123.

(14) للمزيد من الايضاح حول أخذ الشريعة الإسلامية بالإثبات الوجداني انظر نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي. فتحي بهنسي : 1962. الشركة العربية للطباعة والنشر ص 10 - 12.

(15) هناك حالات أخرى تكون استثناء عن هذا المبدأ وتتعلق بوسائل اثبات معينة أعطاها المشرع قوة إثباتية ويتعلق الامر بالمحاضر المقصودة في الفصل 294 م ج التي لا يمكن اثبات ما يخالفها الا عن طريق الطعن بالزور. انظر الخليلي : شرح المسطرة ج 2 ص 216. ابو الفتوح : شرح قانون المسطرة ص 285 - 286.

العامّة في الميدان الجنائي، وذلك مثل القانون الجنائي السوري في الفقرة الثالثة من المادة 473 والأردني في الفقرة الثالثة من المادة 276 واللبناني في الفقرة الثالثة من المادة 487 والمصري في المادة 276 (23) والفرنسي في المادة 338 (24).

في حين نجد تشريعات أخرى حددت الأدل بالنسبة لكل المتهمين بجريمة الزنا على السواء مثل المشرع المغربي في الفصل 493 ق ج والقطري في المادة 213 ق ع (25) والفلسطيني في المادة 333 ق ع (26).

والى نفس الاتجاه ذهب الفقه في الشريعة الإسلامية حيث أنه لم يميز بين المتهمين بالزنا في اثبات جريمتهم سواء على أساس الذكورة أو الانوثة أو على أساس الإحصان أو عدم الإحصان، إلا ما يخص اللعان وهو دليل مختلف فيه، فإنه لا يمكن أن يتعلق إلا بالمرأة المتزوجة التي صدقت ملاءنة الرجل أو رفضت ملاءنته كما سنرى.

وبالنسبة للاختلاف المتعلق بنوع وسائل الإثبات المحددة، فإن هناك من التشريعات التي اقتصرَت على وسيلة التلبس فقط كقانون العقوبات الكويتي في المادة 195 منه أو على وسيلتي الاعتراف والتلبس الثابت بواسطة أربعة شهود كالقانون القطري في المادة 213 منه، أو التلبس والمكاتب والأوراق المتضمنة للاعتراف

(23) تنص المادة 276 عقوبات مصري على أن «الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم» وظاهر هذا النص يدل على أن هذه الأدلة تهم جميع أطراف العلاقة في جريمة الزنا. بينما ذهب الفقه استناداً للقضاء المصري إلى أن هذه المادة «إنما تكلمت في الأدلة التي يقتضيها القانون في حق شريك الزوجة المتهم بالزنا. أما الزوجة نفسها فلم يشترط القانون بشأنها أدلة خاصة، بل ترك الأمر في ذلك للقواعد العامة». نقض عدد 32/333 بتاريخ 15013013.1962/5/9 المنشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض، الدائرة الجنائية في عشر سنوات. يناير، 56 يناير 66، أحمد سمير أبو شادي دار الكتاب العربي للطباعة والنشر ص 1419.

- انظر في هذا الشأن طعن جلسة 3 فبراير 1933 رقم 280 سنة 3 قضائية، المنشور بمجموعة القواعد في 25 عاما ص 718 بند 3 وكذا نقض جلسة 19 ماي سنة 1941 طعن رقم 697 سنة 11 قضائية منشور بالمرجع السابق ص 718 سنة 14.

(24) - انظر في هذا المجال حسن البغال الطبعة الثانية ص 325. حافظ نور ص 296.

F.Goyt. M.Rousselet. P.Arpaillance. J. Patin P. 521.

انظر الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه والمرتكزة على أن تحديد وسائل الإثبات بالنسبة للشريك وحده قد ينتج عنه ادانة الزوجة وثبوت زناها بالقرائن أو شهادة الشهود، وعدم مؤاخذه شريكها لاتعدام وجود أي دليل من الأدلة المحددة ضده مما سينتج عنه اضطراب في العدالة. - عطية راغب: الجرائم الجنسية ص 85 والنظرية العامة للإثبات لنفس المؤلف ص 205 مثلاً وهامشاً. حافظ نور ص 1297

(25) جاء في المادة 213 ق ع القطري أنه «لا يجوز ادانة شخص بموجب احكام المادتين 211 و 212 الا بناء على الاعتراف الصادر عنه بطواعيته واختياره أمام القاضي و بشهادة أربعة شهود رأوه متلبساً بالجريمة» ويلاحظ في القانون القطري تمثيه مع مقتضيات الشريعة الإسلامية في هذا المجال.

(26) جاء في المادة 333 من ق ع الفلسطيني الصادر سنة 1979 (وهو قانون مرتب ضمن قوانين العقوبات العربية التي طبعت تحت اشراف جامعة الدول العربية) أنه: «تعاقب المرأة الزانية برضاها وشريكها بالحبس ستة أشهر - الأدلة التي تقبل وتكون حجة لإثبات هذه الجريمة هي القبض عليها حين تلبسها بالفعل أو الاعتراف وحدها كما هو ظاهر من خلال عبارات النص (القبض عليها، تلبسها) أو تخص المرأة وشريكها استناداً لاستعمال المشرع الفلسطيني عبارة «تكون الحجة لإثبات هذه الجريمة.....» والجريمة هنا هي الزنا، وينطبق على المرأة وشريكها معا.

الصادر عن المتهم كالقانون الفرنسي في المادة 338. ومن التشريعات أيضا تلك التي حددت هذه الوسائل في التلبس والاعتراف المتضمن في المكاتيب والاوراق الصادرة عن المتهم والاعتراف القضائي كالقانون السوري في المادة 473/ف 3. والاردني في المادة 276/ف 3 والفلسطيني في المادة 333، والمغربي في المادة 493. ومنها ما أضافت لهذه الوسائل الاخيرة دليلي وجود المتهم في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم كالقانون المصري في المادة 276.

أما الشريعة الاسلامية فقد اعتمدت الاعتراف (الاقرار) وكذا شهادة أربعة رجال وهاتان وسيلتان مجمع عليهما بالاضافة الى دليلي الحمل واللعان، وقد اختلف فيهما بين القبول والرفض في دالتهما على قيام الزنا.

كانت هذه مقدمة توضيحية، عرضنا فيها الاطار العام لاثبات جريمة الفساد. ونستعرض الآن وسائل اثبات الفساد تبعا للترتيب الذي وردت به في الفصل 493 ق ج، وذلك طبقا لما ذهب اليه الفقه والقضاء في القانون المغربي والقانون المقارن.

المبحث الاول :

محضر التلبس

سننولى في هذا المبحث تعريف التلبس وعرض حالاته ثم تحديد المقصود به في جريمة الفساد، وكيفية اثباته، وذلك في القانون المغربي وبعض القوانين الوضعية المقارنة.

أولا : تعريف التلبس :

لم يعرف القانون المغربي التلبس⁽²⁷⁾، وانما ذكر الحالات التي تعتبر فيها الجريمة متلبسا بها كما سيأتي.

وبرجوعنا للفقه نجد أن البعض منه عرف التلبس بأنه «التقارب الزمني بين وقوع الجريمة وكشفها»⁽²⁸⁾. ويعلق حسن الحسيكي⁽²⁹⁾ على هذا التعريف بأنه يصدق على التلبس الاعتباري دون التلبس الحقيقي ويرى أن التعريف الكامل للتلبس هو الذي وضعه فتحي سرور بقوله «هو المشاهدة الفعلية للجريمة أو التقارب الزمني بين كشفها ووقوعها»⁽³⁰⁾ ويذكر المرصفاوي أن التلبس، كما يدل عليه اسمه، يفيد أن

(27) يطلق على التلبس «la flagrance» أيضا الجريمة المشهودة.

(28) توفيق الشاوي : فقه الاجراءات الجنائية، الجزء الاول، الطبعة الثانية 1954 مطابع دار الكتاب العربي، مصر، ص 1288

(29) سامي حسن الحسيكي : النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري والمقارن. دار النهضة العربية، القاهرة 1972 ص 150.

(30) فتحي سرور : ص 436 وقد جاء تعريف عطية راغب للتلبس في نفس المعنى بأنه «التقارب الزمني بين وقوع الفعل المنهي عنه وبين الكشف عنه. الطبعة الاولى ص 88.

الجريمة وقعت فعلا وأن أدلتها ظاهرة، واحتمال الخطأ فيها طفيف (31). وعلى كل فإن تعريف التلبس ليس له أهمية كبيرة مادام القانون قد سرد حالات التلبس على سبيل الحصر (32)، إذ يكفي للتمييز بين الجريمة المتلبس بها وغير المتلبس بها، الرجوع للحالات التي ذكرها القانون لتقدير مدى انطباقها على الوقائع المعروضة والحكم بأن المتهم بهذه الأخيرة يعد متلبسا بالجريمة أم لا.

وهناك من الفقه من يفرق بين الجريمة المتلبس بها، والجريمة حديثة الوقوع، ويرى أن الأولى هي التي تشاهد أثناء وقوعها، أو يشاهد الجاني فيها بعد ارتكابه للجريمة ببرهة قصيرة، أو إذا كان لازال متابعا بصياح الجمهور أو عليه علامات الجريمة، أو لازال حاملا للأسلحة التي استعملها في جريمته، أما الثانية فهي التي يصل خبرها بعد وقوعها بزمن قصير لضابط الشرطة القضائية، حيث تكون الجريمة قد اكتملت من الناحية الواقعية (33).

ثانيا : حالات التلبس :

تعرض المشرع المغربي لحالات التلبس في الفصل 58 من قانون المسطرة الجنائية الذي ورد فيه :

«يعتبر التلبس بالجناية أو الجنحة في أحد الاحوال الآتية :

أولا : في حالة انجاز الفعل أو على اثر انجازه.

ثانيا : في حالة ما اذا كان الفاعل مازال مطاردا بصياح الجمهور.

ثالثا : في حالة ما اذا كان المجرم بعد مرور زمن قصير على ارتكابه فعلته حاملا أسلحة أو أشياء يستدل منها على أنه شارك في الفعل الاجرامي أو وجدت عليه آثار أو امارات تثبت مشاركته.

وتتسم بصفة التلبس بالجناية أو الجنحة كل جنحة تقع ولو في ظروف غير الظروف المنصوص عليها في الفقرات السابقة، داخل منزل التمس صاحبه من

(31) المرصفاوي : ص 260.

(32) وينتج عن ذلك أن حالات التلبس الواردة في القانون لا يمكن التوسع في تفسيرها أو القياس عليها كما لا يمكن في غيرها لضابط الشرطة القضائية القيام بالاجراءات المسموح له بها استثناء في حالة التلبس. انظر النصراوي : أصول المحاكمات ج 1 الطبعة الاولى 1971 ص 244. حسن البغال : الطبعة الثانية ص 160.

عبد الفتاح الشهاوي، السلطة الشرعية ومناطق تشريعها جنائيا واداريا، الشركة المتحدة للنشر والتوزيع، القاهرة 1973 ص 346. وقد أثرت بعض القوانين عدم التعرض لتحديد حالات التلبس بنص خاص كالقانون العراقي الذي اكتفى في المادة 23 من قانون الاصول الجزائية بالنص على امكانية ضبط البوليس وغيرهم من رجال الشرطة وكذا الجمهور في القبض على الاشخاص المتلبسين بالجريمة. انظر في هذا الشأن ذ. النصراوي : أصول المحاكمات الجزائية ج 1 ص 243.

(33) ذ. النصراوي : أصول المحاكمات ص 239 - 240.

وكيل الدولة أو أحد ضباط الشرطة القضائية التثبت منها» (34). ولا ينطبق من هذه الحالات على جريمة الفساد إلا البعض نظرا لطبيعة هذه الجريمة (35) من جهة، واعتمادا على هدف المشرع من الفصل 493 ق ج من جهة أخرى.

لذلك فالتلبس لا يتحقق في الحالة الثالثة الواردة في الفصل 58 م ج، لأن المتهم المطارد بصياح الجمهور، إذا لم تكن عليه علامات تدل على أنه ارتكب الجريمة، لا يمكن الاستناد إلى مطاردة الجمهور له للقول بأنه ارتكب الفساد فعلا لأنه حتى في الحالة التي يكون فيها هذا الجمهور قد عاين التنفيذ المادي للجريمة، فإن التلبس لا يعتبر قائما مادام لا يمكن اثباته عن طريق الشهود كما سنرى.

كذلك لا يمكن أن يتحقق التلبس طبقا لما ورد في الفقرة الأخيرة من الفصل 58 م ج أي في الحالة التي يلتبس فيها صاحب المنزل من وكيل الملك أو ضابط الشرطة القضائية التثبت من جريمة وقعت في منزله مادام لا يوجد أحد المتهمين على الأقل بداخل المنزل وعليه علامات تدل على ارتكابه للجريمة، أما إذا حضر ضابط الشرطة القضائية وعاين المتهم الذي عليه علامات أو إمارات تدل على مشاركته في جريمة الفساد، فإننا نكون هنا أمام الحالة الثالثة المنصوص عليه في الفصل 58، لأن هذه الحالة تغنيها عما جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 58. (37).

وإذا استثنينا هاتين الحالتين من امكانية توفر التلبس بجريمة الفساد فيهما، نجد أن بقية الحالات التي جاء بها الفصل 58 ق ج هي القابلة للتطبيق في مجال التلبس بالفساد، وسنتناولها بشيء من التفصيل.

(34) تضمن الفصل 53 من قانون المسطرة الجنائية الفرنسي نفس حالات التلبس التي أوردها. المشرع المغربي في الفصل 58 مع تغيير في الترتيب.

وقد ذهب أغلب الفقه في مصر إلى التفرقة بين التلبس الفعلي الذي يتحقق في حالة ارتكاب الفعل أو عقب ارتكابه ببرهنة يسيرة، والتلبس الاعتباري الذي يتحقق في الحالات الأخرى المحددة. الفصل 30 من قانون الإجراءات المصري استنادا لكلمة «تعتبر» التي استعملها المشرع المصري للنص على حالات التلبس التي عدت اعتبارية. انظر فتحي سرور ص 355 و 438. حسن البغال : الجرائم المخلة بالأداب ص 109. توفيق الشاوي : ص 288. حسن المسيكني : ص 149.

وقد ذهب في نفس الاتجاه بالنسبة للقانون المغربي، الأستاذ أبو الفتوح : شرح قانون المسطرة ص 153، مع أنه لا مجال لهذه التفرقة في القانون المغربي مادام هذا الأخير لم يستعمل نفس الكلمة (تعتبر) التي استعملها المشرع المصري.

وعلى العموم فإنه، كما قال المرصفاوي، ص 261، لا ينتج عن هذه التفرقة أي أثر قانوني مادام المشرع اعتبر التلبس متوقفا كلما وجدت أحد الحالات المحددة في القانون.

(35) لأن ارتكاب جريمة الفساد يتميز بالسرية كما أن ليس لها مخلفات تكون جسم الجريمة كما هو الشأن في جرائم أخرى حتى يمكن أن تنطبق عليها حالات التلبس الأخرى.

(36) الذي هو التأكد من أن الجريمة قد ارتكبت فعلا بواسطة وسائل لا لبس فيها ومن ضمنها التلبس في بعض الحالات الواردة في الفصل 58 م ج.

(37) انظر حالات التلبس القابلة للتطبيق على جريمة الفساد، ذ. الخمليشي : القانون الجنائي الخاص. ج 2 طبعة 1982 ص 184 - 185.

أ. حالة انجاز الفعل الجنائي أو على اثر انجازه :

تكون هذه الحالة صورتين للتلبس :
- الصورة الاولى : حالة انجاز الفعل الجنائي (38) : وهي أن يشاهد الجاني وهو يمارس العلاقة الجنسية مع المتهم الآخر.

ولا يكفي هنا لتحقيق التلبس بجريمة الفساد، أن تشاهد بعض الافعال التي لا تكون الركن المادي للجريمة كالتقبيل والعناق أو تعد مجرد محاولة كالوجود في أوضاع مهيئة للممارسة الجنسية (39)، بل يجب أن تنصب الملاحظة على الفعل المكون للركن المادي لجريمة الفساد (40) الذي هو الممارسة الجنسية.

إذا كان الفقه (41) قد أجمع على أن اكتشاف التلبس في الجرائم عامة لا يتطلب ضرورة أن يتم عن طريق الملاحظة (42)، فإنه في مجال جريمة الفساد يصعب تصور ادراك التلبس عن طريق آخر غير طريق حاسة البصر، لان السمع، وهو الحالة الاقرب الى الاحتمال في ادراك التلبس بواسطتها هنا، لا يمكن أن يؤكد من خلال ما يسمع من عبارات وحركات وغيرها أن العلاقة الجنسية تمارس فعلاً (43).

- الصورة الثانية : مشاهدة الجريمة على اثر الانتهاء من انجازها. وهنا يكون الفساد قد مورس في مثل الحالة السابقة، الا أن التعرف عليه قد تم بعد الانتهاء منه مباشرة، أي أن الفرق بين الصورة الاولى والثانية هو أن الملاحظة في الاولى انصببت على الفعل حال انجازه من طرف المتهمين معاً، بينما في الثانية انصببت على المتهم أو المتهمين بعد انتهائهما من ممارسة العلاقة الجنسية.

(38) وقد وصفها حسن اليفال بأنها أوضح الحالات ص 108. 266. J.Claud Snyer.

(39) هذا طبقاً بالنسبة لجريمة الفساد التي لا يعاقب القانون على المحاولة فيها.

(40) راجع الشاوي : ص 280 هامش رقم 3 الذي يرى بأن الملاحظة هنا تنصب على الفعل المادي للجريمة ولذلك يقول أنه من الأصح أن تسمى الجريمة المشهورة أو الظاهرة. ص 290. انظر أيضاً فتحي سرور ص 438. (41) راجع فتحي سرور : ص 438. الشاوي ص 291. أبو الفتوح : شرح قانون المسطرة، ص 153. المرصفاوي : ص 261.

وقد ذكر الشاوي : ص 347 حكماً صادراً عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 12/12/1963 س 4 قضائية منشور بقواعد مجموعة الاحكام رقم 184 ص 1011 يؤكد على امكانية ادراك التلبس بالجريمة بكل حاسة من حواس الانسان.

(42) هذا بالرغم من أن الملاحظة هي الطريقة الغالبة لاكتشاف التلبس. راجع ذ. الخليلي : شرح قانون المسطرة ج 1 ص 219. أبو الفتوح : شرح قانون المسطرة ص 153. فتحي سرور : ص 438. الشاوي : ص 291. المرصفاوي : ص 261. عبد الفتاح الشهاوي : ص 347.

(43) فقد يكون ما سمع مجرد حديث شفوي غير مصحوب بالتبليغ المادي لما يذكر. وقد يكون تبادل العبارات جاء مصاحباً لافعال أخرى لاتصل الى حد ممارسة العلاقة الجنسية المكونة للركن المادي لجريمة الفساد.

وقد صدر عن الغرفة الجنائية الاولى لمحكمة استئناف حلب في قرار رقم 139 بتاريخ 5 كانون الثاني 1955 «أنه لا يلزم مشاهدة الشريك (القانون السوري حدد وسائل الاثبات ومن بينها التلبس بالنسبة للشريك فقط) في جرم الزنا مع شريكته المتزوجة ولا عند انتهاء الفعل، ويكفي لتكوين الحجة المشهودة، أن يسمع عن المرأة وشريكها أو يشاهد في ظروف تفرض بالتأكيد ارتكاب الجرم حتى ولو كانت الملاحظة التي يمكن اثباتها بكافة الطرق قد جرت بعد ارتكابه». مجلة نقابة المحامين بدمشق. مجلد 19 العددان 5 و 6 آب 1955 ص 233. مذكور بـ «أسطة حافظ نور هامش رقم 1 ص 306».

والمشرع استعمل في الصورة الثانية عبارة «على اثر انجازه» وهذا يتطلب اكتشاف التلبس بالفساد مباشرة بعد الانتهاء من ممارسة العلاقة الجنسية، اذ لا يمكن ان يكون قد مضى على الانتهاء مدة زمنية ولو يسيرة (44)، على خلاف المشرع المصري مثلا الذي قال في المادة 30 «أوعقب ارتكابها ببرهة يسيرة....» اذ يبقى للقاضي في هذه الحالة الاخيرة سلطة تقدير البرهة اليسيرة.

وتتحقق هذه الصورة مثلا، اذا ضبط المتهم وهو لا يزال ينفصل عن الطرف الثاني الذي كان يمارس معه العلاقة الجنسية، خصوصا اذا كان هذا الانفصال على اثر شعور المتهمين بوجود غريب بالقرب منهما. كما تتحقق أيضا في الحالة التي يوجد فيها المتهمان أو احدهما، وهو في ظروف أو أوصاف تدل على أنه قد انتهى مباشرة من انجاز العلاقة الجنسية مع غيره.

ويجب عدم الخلط بين صورة ضبط الجاني على اثر الانتهاء من انجاز العلاقة الجنسية، وبين صورة محاولة القيام بجريمة الفساد، لانه قد تتشابه الافعال المادية للصورتين، في حين أن آثارهما القانونية مختلفة. فالمحاولة كما سبق القول غير معاقب عليها، بينما صورة مشاهدة الجاني على اثر الانتهاء من انجاز الفعل تعد دليلا على ارتكابه الجريمة، وبالتالي يتحمل العقوبة المخصصة لها.

ولانرى مجالا للاستناد الى الآثار التي قد تخلفها جريمة الفساد (كالمنديل أو تبعثر الفراش، غلاف حبات منع الحمل.. الخ) للقول بأن هذه الجريمة قد انجزت قبل قليل، لان هذه الآثار لا يمكن الاطمئنان اليها للحكم بأن العلاقة الجنسية قد مورست فعلا بين المتهمين وبالتالي انطباق حالة التلبس عليهما.

ومهما تمادينا في بسط الامثلة المتصورة، فاننا لا يمكن أن نحصل على حالة تعطينا الدليل القاطع، من خلال الآثار المتخلفة المحصل عليها، على أن جريمة الفساد قد ارتكبت فعلا ومباشرة قبل اكتشاف هذه الآثار، الا اذا وجد مع هذه الاخيرة أحد المتهمين على الأقل.

لذلك نرى بأن صورة التلبس بجريمة الفساد على اثر الانتهاء من انجازها لا تتحقق الا اذا انصبت مشاهدة ضابط الشرطة القضائية على الجاني وهو في ظروف لاتدع مجالا للشك في أنه ارتكب فعلا جريمة الفساد، أما الاعتماد على بعض الآثار والمعالم مجردة عن الجاني للقول بأنها تمثل جسم الجريمة أو مخلفاتها، فهو في نظرنا أمر غير سليم فيما يخص هذه الجريمة، فجريمة الفساد ليس لها جسم كما هو الشأن في

(44) وهذا يخص جريمة الفساد، لان تحديد مجال التلبس بها هنا يقصد منه البرهان والتأكد من وقوعها فعلا كما سبق القول. ولان هذه الجريمة لا يمكن اكتشافها مجردة عن مرتكبيها كما هو الشأن في جرائم أخرى كجريمة التزوير، حيث يمكن ادراك الوثيقة المزورة بعد الانتهاء من تزويرها ولو بعد فوات مدة يسيرة، وهنا يمكن للقاضي استعمال سلطته التقديرية للمدة التي يصح معها القول بأن الجريمة قد اكتشفت على اثر انجازها، أخذا بعين الاعتبار ظروف وملابسات جريمة التزوير. انظر الخمليشي : شرح قانون المسطرة ج 1 ص 220، بينما بالنسبة لجريمة الفساد لا يصح القول بأن ضبط الرجل مثلا وهو يرتدي ملابسه أو داخل حمام المنزل قد انتهى فعلا من اتيان العلاقة الجنسية مع المرأة الا اذا وجد مادي ما يؤكد ارتكاب هذه العلاقة فعلا.

جرائم أخرى مثل جريمة القتل أو التزوير، ولذلك فتتحقق التلبس بها على اثر انجاز الفعل يتطلب بالضرورة في نظرنا أن يتم اكتشاف المتهمين أو أحدهما على الأقل بمكان الجريمة، وهو في ظروف أو عليه علامات (45) تدل دلالة واضحة (46) بأنه على اثر انجاز علاقة جنسية غير شرعية.

ب - حالة ما اذا وجد المجرم بعد مرور زمن قصير على ارتكاب فعلته حاملا أسلحة أو أشياء يستدل منها على أنه شارك في الفعل الاجرامي، أو وجدت عليه آثار أو امارات تثبت مشاركته. (الفقرة الرابعة من الفصل 58 م ج).

ولهذه الحالة أيضا صورتان :

- الصورة الاولى هي التي يوجد فيها المجرم «حاملا أسلحة أو أشياء يستدل منها على أنه شارك في الفعل الاجرامي...» وهذه صعبة التصور، لان الأشياء التي قد يستعملها المتهم لارتكاب الفساد لا يمكن أن تدل على أن حاملها قد ساهم في هذه الجريمة فعلا، هذا مع العلم أن العلاقة الجنسية التي تكون الركن المادي للجريمة يستبعد أن تستعمل لاثباتها أشياء تحمل فبالاخرى أن تكون أسلحة، الا اذا تعلق الامر باستعمال العنف وهذا يغير وصف الجريمة من فساد الى اغتصاب أو هتك عرض.

- الصورة الثانية : هي التي توجد فيها على المجرم بعد مرور زمن قصير على ارتكاب فعلته آثار أو امارات تثبت مشاركته في الجريمة (47)، وهذه تشبه الصورة الثانية من الحالة الاولى التي هي مشاهدة الجريمة اثر انجازها، في كون اكتشاف الجريمة في كل منهما يتحقق بعد وقوع الفعل الاجرامي (48). ولكنها تختلف عنها في كون الصورة التي نحن بصددنا يتحقق فيها التلبس ولو بعد مرور زمن قصير على ارتكاب الجريمة، ومسألة الزمن القصير تتعلق بالموضوع الذي يخضع لسلطة القاضي التقديرية كما سنرى. بينما في مسألة الانتهاء من انجاز الفعل يتطلب توفر التلبس أن تشاهد الآثار والعلامات على الجاني بعد انجاز الجريمة مباشرة كما رأينا،

(45) ان الظروف والعلامات المقصودة هنا هي كل المعالم والامارات التي يمكن أن تحدث مقترنة بالممارسة الجنسية، كوجود المتهم بدون سروال وهو سريع التنفس أو يبدو عليه ارتخاء واحمرار وجهه، أو وجود بعض آثار الطرف الاخرى عالقا به، مثل الحالة التي تكون فيها المرأة حائض أو افترضت في حينه وتوجد على العضو التناسلي للرجل بقايا من هذا الدم أو ذاك.

(46) ويعود للقاضي طبعاً تقدير مدى دلالة هذه الظروف والعلامات على قيام الصورة الثانية من حالة التلبس هذه، لان كل هذه القرانين لاتدل دلالة قطعية على قيام الجريمة.

(47) انظر الحكم الصادر عن المجلس الاعلى عدد 61 بتاريخ 2 نونبر 1967 الذي أخذ المتهم بالخيانة الزوجية بناء على محضر الضابطة القضائية الذي ورد فيه أن المتهم وجد بمنزل الغير وعليه آثار تثبت مشاركته في الجريمة المذكورة ق.م.ع عدد 2 ص 95.

(48) اشترط المشرع في الحالة الثانية من حالات التلبس، حسب الترتيب الذي ندرس به هذه الحالة، أن تصب المشاهدات على الآثار والامارات وهي عالقة بالمتهم (الفقرة الرابعة من الفصل 58 ق ج) راجع في هذا الشأن بالنسبة لمصر فتحي سرور : ص 341. المرصفاوي : ص 265. أما بالنسبة للحالة الاولى فإنه لم يشترط ذلك، غير أنه نظراً لظروف الجريمة فقد اشترطنا ضرورة وجود المتهم كذلك في هذه الحالة الاخيرة استناداً لما اوضحناه من عدم امكانية التأكد من ارتكاب جريمة الفساد فعلاً، اذا لم يوجد الجاني وعليه علامات مادية بعد انتهائه مباشرة من ارتكاب فعلته.

وتختلف عنها أيضا في أن مشاهدة الآثار والامارات في هذه الصورة يمكن أن تتم ولو في مكان غير المكان الذي اقترفت فيه الجريمة، في حين أنه في الصورة السابقة يفترض منطقيا أن تتم مشاهدة العلامات والامارات على الجاني في مكان اقتراف الجريمة دون أن يفصل بين الانتهاء من الارتكاب والاكتشاف فارق زمني حتى يتمكن المتهم خلاله مبارحة مكان الجريمة، والا كنا أمام الصورة الثانية من الحالة الثانية التي نحن بصدد البحث فيها.

والتلبس لا يقوم في هذه الصورة على أساس مشاهدة الافعال المكونة للركن المادي للجريمة التي هي الواقعة، وانما على أساس ما تكونه الآثار والامارات العالقة بالمتهم من قرينة دالة على أن الجريمة قد ارتكبت فعلا قبل وقت قصير (49).

ويجب أن تكون الآثار والامارات التي يعتمد عليها في قيام التلبس تدل بنفسها على أنها من مخلفات الجريمة، بحيث لا يحتاج الى شهادة الشهود حتى تدل على التلبس (50).

ونؤكد هنا أن مجال الآثار والامارات التي يمكن أن توجد على المتهم ضيق جدا في الدلالة على أنه مارس العلاقة الجنسية فعلا، ويرجع ذلك من جهة الى ندرة الآثار التي يمكن ان تعتبر من مخلفات جريمة الفساد، ومن جهة أخرى الى ضعف العلاقة بين بعض الآثار والعلامات - في حالة وجودها - (51) وبين الفعل الاجرامي الذي هو العلاقة الجنسية مما يؤدي الى عدم الاطمئنان لدلالة هذه الآثار والعلامات في قيام الفساد فعلا (52).

وعلى العموم فانه رغم وجود هذه الصعوبات فان اثبات الجريمة استنادا لحالة التلبس القائمة على وجود علامات أو امارات متعلقة بالمتهم بعد مرور زمن قصير على ارتكاب فعلته فاننا لم نستطع القول بتعذر توفر هذه الحالة، وذلك حتي يبقى المجال مفتوحا لاثبات الفساد بها في حالة ما اذا رأت المحكمة ان هذه العلامات أو تلك الآثار الموجودة على المتهم هي من مخلفات جريمة الفساد يقينا.

ويرجع تقدير الوقت القصير الذي اشترط المشرع ضبط الجاني بعده لقيام حالة التلبس، الى قاضي الموضوع، ولا رقابة للمجس الاعلى عليه في ذلك (53)

(49) توفيق الشاوي ص 293.
(50) وهذا ما جاء في أحد القرارات الصادرة عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 27 ماي، 1935 بمجموعة القواعد ص 483 رقم 381.. مذكور بواسطة توفيق الشاوي هامش رقم 1 ص 293.
(51) وذلك مثل وجود المفزعات الجنسية للطرف الآخر عالقة بالعضو التناسلي للمتهم أو وجود آثار دم الحيض أو الافتضااض المتعلق بالمرأة التي مارس معها المتهم العلاقة الجنسية لازال عالقا بهذا الاخير.
(52) خصوصا وان اثبات الرابطة المادية بين بعض الامارات والعلامات مثل المشار اليها في الهامش السابق يتطلب اللجوء الى الخبرة والتحليلات العضوية، وهذا يؤدي الى الاعتماد على وسائل أخرى غير مذكورة في الفصل 493 ق ج.

ثالثاً : هل يمكن التوسع في مفهوم حالات التلبس (54) الواردة في الفصل

58 م ج ؟

ذهب القضاء والفقه في مصر وفرنسا الى أن حالة التلبس المنصوص عليها كوسيلة من وسائل اثبات جريمة الشريك (55) في الزنا لا تقتضي حتما توفر أحد حالات التلبس المحددة في القانون، بل يكفي أن توجد الزوجة وشريكها في ظروف لا تدع مجالا للشك عقلا في أن الجريمة قد ارتكبت فعلا (56).

وقد علل الفقه في مصر هذا التوسع في مفهوم حالات التلبس المحدد في القانون، بأن الغاية من التحديد هي بيان الاحوال التي يجوز فيها لضابط الشرطة القضائية أن يمارس اجراءات التحقق بصفة استثنائية، بينما يقصد من التلبس في جريمة الزنا، اقامة الدليل على وقوع الجريمة فعلا، لذلك يجب عدم التمسك بحالات التلبس المحددة في القانون (57).

كما أنه من النادر جدا تحقق التلبس بجريمة الزنا على الصورة المبينة في حالات التلبس، لان العلاقات الجنسية ولو كانت شرعية، غالبا ما تمارس بعد اتخاذ الاحتياطات اللازمة لضمان سريتها، فيكون من الصعب وجود التلبس بهذه الجريمة

(53) لان تقدير الوقت القصير مسألة موضوعية وتختلف من حالة الى أخرى. ذ. الخليلي : شرح قانون المسطرة ج 1 ص 220. غير أن هذا التقدير رهين بمراعاة الحد الذي يمكن أن تبقى معه الامارات او الآثار محافظة على دلالتها في قيام الجريمة.

وهناك بعض الآثار التي يمكن أن تدل على ارتكاب جريمة الفساد ولو بعد مرور عدة أيام كظهور علامات الحمل غير الشرعي على المرأة، أو وجود الفتاة مفتضة بعد ثبوت بكارتها من قبل، الا أن الاستناد لمثل هذه الآثار غير مقبول لاثبات الجريمة نظرا لعدم وروده ضمن الأدلة المحصورة في الفصل 493 ق ج.

(54) ان التوسع في مفهوم حالات التلبس الواردة على سبيل الحصر يقضي حتما الى التوسع في مفهوم وسائل الاثبات المخصصة لجريمة الفساد (الزنا).

(55) القانون المصري والفرنسي (سابقا) حدد وسائل الاثبات بالنسبة لشريك الزوجة الزانية فقط دون غيره كما سبقت الإشارة الى ذلك.

(56) انظر بالنسبة للفقه المصري أحمد أمين : ص 473. حافظ نور : ص 307 - 308. المرصفاوي : ص 265. حسن البقال : الطبعة الاولى، ص 328. عطية راغب : النظرية العامة للاثبات ص 202 وما بعدها. وقد جاء اتجاه الفقه هذا استثناء لما ذهب اليه القضاء المصري في عدة قرارات منها : نقض 25 ابريل سنة 32. الطعن رقم 1168 سنة 2 قضائية منشور مجموعة المبادئ القانونية خلال عشر سنوات ص 1420 مثا وهامشا. انظر أيضا جندي عبد المالك : مجموعة المبادئ الجنائية، الطبعة الثانية 1926 لبنان ص 404. M.R. ussoe .P.Arpaillance. j.Pa in P.522

الذي ذكر بأن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت في أحد قراراتها أنه من الحالات التي يستتج منها أن الزنا قد وقع فعلا أن توجد المرأة في الفراش والرجل يرتدي قميصه. هامش رقم 1 ص 522. انظر أيضا جاروج 5 فقرة 1891.

ومن الامثلة على التوسع في حالات التلبس التي أقرتها محكمة النقض المصرية أن يفاجأ الجاني خالعا ملابسه ومختفيا تحت مقعد في غرفة مظلمة، بينما كانت الزوجة في حال مضطرب وتنتظر بالانوم عند دخول زوجها. نقض 37/4/25 مجموعة القواعد القانونية ج 3 ق 342 مذكور بواسطة المرصفاوي ص 265. وذكر جندي عبد المالك ان التلبس يتحقق اذا وجد الشريك بدون سروال مختبئا تحت السرير والزوجة لا ترتدي الا جلبابة النوم وهي مضطربة، وكذا وجودهما في غرفة واحدة لا يوجد بها الا سرير واحد طيلة الليلة مع سماع صوت قبلات وتأوهات. الموسوعة الجنائية ج 1 ص 110 - 111. (57) فتحي سرور : ص 355. حافظ نور : ص 305.

على الشكل المحدد في القانون (58).

الا أنه يجب أن يبقى هذا التوسع في مفهوم حالات التلبس ضمن الحدود التي ينبىء فيها الحدث المشاهد عن وقوع الجريمة فعلا حتى لا يؤدي الأمر الى اطلاق صفة التلبس على بعض الصور التي يثار حولها الشك في ارتكاب الجريمة فعلا. (59)

ويبدو أن الفقه (60) والقضاء في المغرب يسير في نفس الاتجاه. فقد جاء في أحد قرارات المجلس الاعلى الصادر بتاريخ 1965/11/12 (61) «وحيث أن الثابت من الحكم الابتدائي المؤيد وكذا من الحكم الاستئنافي المطعون فيه أن الطاعن أدین من أجل المشاركة في الخيانة الزوجية بناء على محضر لرجال الدرك شهدوا فيه بأنهم توجهوا على الساعة الثانية عشرة والنصف ليلا الى منزل المجني عليه، وذلك بطلب منه، فوجدوا بقاعة النوم الزوجة والطاعن مجردين من ثيابهما، وهكذا استخلصت المحكمة أن المتهم الذي ضبط بمنزل الغير توجد عليه آثار تثبت مشاركته في جنحة الخيانة الزوجية، مما جعل حكمها مبنيا على أساس قانوني».

من خلال هذا القرار، يظهر أن المجلس الاعلى لا يتطلب بالضرورة في التلبس بجريمة الفساد أو الخيانة الزوجية، أن يشاهد ضابط الشرطة القضائية التنفيذ المادي للجريمة بل يكفي أن تكون الوقائع التي عاينها وذكرها في محضره تؤكد أن المتهم ارتكب الجريمة فعلا.

فالمجلس الاعلى استخلص حالات التلبس من وجود الطاعن والزوجة بقاعة النوم لبیت المجني عليه على الساعة الثانية عشرة والنصف ليلا، وهما مجردان من ثيابهما ولم يتمسك بالمدلول الضيق للفصل 58 م ج، لانه من الناحية الواقعية، لا يوجد ما يؤكد أن هذه الوقائع التي استخلص منها المجلس الاعلى حالة التلبس تدل دلالة لا ليس فيها على أن العلاقة الجنسية قد مورست فعلا بين الطاعن والزوجة فقد يكون في هذه الحالة في مرحلة الاستعداد للاتصال الجنسي وهذه غير معاقب عليها.

ويلاحظ ان موقف القضاء والفقه هذا يستجيب لخصوصية جريمة الفساد، المتمثلة في صعوبة تحقق التلبس فيها بالمفهوم الوارد في الحالات المحددة في القانون.

الا أن هذا التوسع يجب أن يتم ضمن الحدود التي تبقى معها الوقائع التي عاينها ضابط الشرطة القضائية وسجلها في محضره تثبت ارتكاب الفساد، اذ يوجد هناك ارتباط منطقي ومباشر بين الوقائع المشاهدة والنشاط المادي للجريمة.

(58) فتحي سرور : ص 355. حافظ نور : ص 305.

(59) راجع عطية راغب : النظرية العامة للاثبات، ص 221، الذي يضيف بأن هناك بعض الحالات التي يختل فيها الرجل بالمرأة دون أن تكون بينهما علاقة جنسية، لذلك يجب أن يستنتج الركن المادي للجريمة من حالة التلبس، فمجرد ضبط الزوجة واضطرابها أو تشتت شعرها أو خلعها ملابسها لا يمكن أن يكون مؤكدا على حصول الزنا ص 212.

(60) انظر ذ. الخليلي : القانون الجنائي الخاص طبعة 1982 ج 2 ص 185 - 186 أبو الفتوح : شرح قانون المسطرة، ص 287. القانون الجنائي في شروح، ص 1346.

(61) عدد 106 س 11 بتاريخ 1965/11/2 ق.م.ع عدد 2 ص 95.

رابعاً : كيفية اكتشاف التلبس :

يتطلب في التلبس، حتى ينتج أثره في اثبات جريمة الفساد، أن يكون اكتشافه قد تم بطريق مشروع (62)، أي أن تكون الإجراءات الموصلة للتلبس جائزة ومشروعة، فإن كانت غير مشروعة بطلت جميع الآثار المترتبة عليه، مثل اختلاس النظر من ثقب الباب أو المفتاح، لما في ذلك من مساس بحرمة المساكن (63) ومنافاة للآداب (64). كما يجب أن يكون ضابط الشرطة قد شاهد التلبس وهو يزاول مهمته، فإذا كان خارج حدود سلطته أو عمله (65)، فقد التلبس قوته الإثباتية واعتبر باطلاً.

وأثار بطلان محضر التلبس يجب أن تتم أمام محكمة الموضوع، إذ لا يقبل إثارة الدفع ببطلان محضر الشرطة القضائية لأول مرة أمام المجلس الأعلى (66).

(62) انظر مثلاً المرصفاوي : ص 269 - 274. حسن الحسيكي : ص 155. توفيق الشاوي ص 294. ويقول أبو الفتوح أن مشروعية اكتشاف التلبس مرتبطة بمشروعية الوسيلة المتبعة في ضبط التلبس فإن كانت هذه الأخيرة قانونية كان التلبس مشروعاً والا عد باطلاً ص 158.

(63) ينص الفصل 64 م ج على أنه «لا يمكن الشروع في تفتيش المنازل أو معاينتها قبل الساعة الخامسة صباحاً وبعد الساعة التاسعة ليلاً، اللهم إذا طلب ذلك رب المنزل أو وجهت نداءات من داخله أو كانت هناك أحوال استثنائية قررها القانون».

ومن النصوص التي تجيز التفتيش أو المعاينة خارج الوقت القانوني، الفصل العاشر من ظهير 21 مارس 1974 المتعلق بزرع الأدمان على المخدرات السامة ووقاية المدمنين الذي ينص على أنه «خلافاً لمقتضيات المادتين 62 و 64 من قانون المسطرة الجنائية، فإن ضباط الشرطة القضائية المؤهلين لأجراء أبحاث وتفتيشات في المنزل يجوز لهم القيام لأجل البحث عن الجثث المنصوص عليها في هذا الظهير وأثباتها فقط بأعمال التفتيش والحجز طبق المادتين 61 و 62 من قانون المسطرة الجنائية ولو خارج الساعات القانونية بناء على إذن كتابي خاص يسلمه وكيل الملك».

وإذا شوهد أثناء البحث عن الجرائم المتعلقة بالمخدرات، تلبس بجريمة فساد، وكان ذلك خارج الوقت القانوني بالنسبة للجرائم الأخرى التي يكتشف فيها التلبس بجريمة أثناء البحث عن أدلة جريمة أخرى هل يعد اكتشاف التلبس في هذه الحالة الأخيرة مشروعاً (انظر أبو الفتوح : شرح قانون المسطرة ص 159) أو تقتصر المشروعية على الإجراءات المتعلقة بجرائم المخدرات فقط ؟

الواقع أن اكتشاف التلبس بجريمة الفساد أثناء البحث عن جرائم المخدرات خارج الوقت المحدد في المادة 64 م ج يعتبر قانونياً، لأن الدخول إلى المنزل تم بصفة قانونية طبقاً للمادة 10 من ظهير 21 مارس 1974، وينتج عن ذلك أن معاينة ضابط الشرطة للتلبس بجرائم أخرى لاتعلق بالمخدرات تعتبر قانونية، ويعد المحضر المحرر بشأنها مقبولاً.

ثم أن القول باقتصار المشروعية على التفتيش الذي يجريه ضابط الشرطة بشأن جرائم المخدرات خارج الوقت القانوني المنصوص عليه في المادة 64 م ج، وأن ما يعاينه من تلبس بجريمة الفساد مثلاً أثناء هذا التفتيش يعد غير قانوني، يتنافى مع العدالة والمنطق القانوني اللذان يقتضيان تطبيق الجزاء على كل من أخل بالنظام الاجتماعي.

(64) المرصفاوي : ص 274 - 269. حسن الحسيكي : ص 155 - 156.

(65) توفيق الشاوي : ص 294. ويقول الأستاذ الخليلي بأن عمل ضابط الشرطة القضائية يكون مشروعاً في اكتشاف التلبس أثناء مزاوله مهنته سواء كان من ضباط الشرطة القضائية ويقوم بالمهمة القضائية أو من ضباط الشرطة الإدارية بمناسبة مزاوله مهمته الإدارية. مثال الصورة الأولى الحالة التي يكتشف فيها ضابط الشرطة القضائية بمناسبة القيام بالبحث التمهيدي في جريمة ما، جريمة أخرى متلبساً بها كالفساد مثلاً. ومثل الصورة الثانية : الحالة التي يكون الضابط فيها يقوم بالمهمة الإدارية كتفقدده لأحد المحلات أو قيامه بأعمال الدورية، ويكتشف أثناء ذلك جريمة في حالة تلبس. شرع المسطرة الجنائية ج 1 ص 221 - 222.

(66) حكم عدد 140 س 4 ق.م.ع.ج.ص 233.

خامسا : اثبات التلبس (67) :

لم يحدد قانون المسطرة الجنائية بنص صريح كيفية اثبات التلبس بصفة عامة، شأنه في ذلك شأن بعض القوانين المقارنة (68)، مما نتج عنه اختلاف فقهي في الموضوع (69).

غير أن الفصل 493 ق ج الذي حدد وسائل اثبات جريمة الفساد والخيانة الزوجية، نص على أن هاتين الجريمتين لا تثبتان الا بناء على «محضر رسمي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس...» وهذا يعني أن التلبس هنا يجب أن يعاينه ضابط الشرطة القضائية بنفسه بحيث لا يمكنه أن يحرر محضر التلبس استنادا الى أقوال

(67) تختلف الظروف المكونة لحالة التلبس عن طرق اثبات التلبس، لان المقصود من الاولى هو بيان الحالة التي تعتبر الجريمة متلبسا بها، بينما يقصد من الثانية اقامة الدليل على أن الجريمة وقعت فعلا في أحد الظروف المكونة لحالة التلبس.

ويدور البحث بالنسبة لهذه الاخيرة حول ما اذا كان يشترط لاثبات التلبس أن يشاهد ضابط الشرطة القضائية بنفسه الجريمة في أحد الاحوال المكونة للتلبس، أو يمكن أن يثبت بجميع الطرق المادية للاثبات وعلى رأسها شهادة الشهود الذين يصرحون أمام الضابط بأنهم عاينوا الجريمة في حالة ينطبق عليها وصف التلبس. انظر في هذا المجال جندي عبد المالك : الموسوعة الجنائية، ج 1 ص 188. عطية راغب : ص 213 من كتاب النظرية العامة للاثبات.

(68) كالقانون المصري والفرنسي.
(69) فهناك من يرى وجوب مشاهدة ضابط الشرطة القضائية لحالة التلبس بنفسه، لان السلطات التي أعطيت لضابط الشرطة قصد ممارستها بصفة استثنائية كانت بمناسبة تحققه بنفسه من الجريمة واستبعاد الخطأ أو الكذب فيها، ولأن حالة التلبس تثبت بوجود مظاهر خارجية تنبئ عن وقوع الجريمة حالا أو قبل وقت قريب، فيجب بالتالي أن يتأكد من هذه المظاهر ضابط الشرطة بنفسه، بالإضافة الى أن الاجراءات التي أعطي للضابط القيام بها في حالة التلبس هي اجراءات استثنائية، والاستثناء لا يجب التوسع فيه.
- انظر حسن الحسيكي : ص 154 - 155. فتحي سرور : ص 346. توفيق الشاوي : ص 294. عبد الفتاح الشهاوي : ص 347 و 354 - 355.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى نفس الاتجاه، انظر قرارها الصادر بتاريخ 196/12/12 سنة 64 ق قواعد مجموعة الاحكام رقم 184 ص 1011.
ويذهب ذ. الخليلي بالنسبة للقانون المغربي الى نفس الاتجاه، معللا ذلك بأن مشاهدة ضابط الشرطة القضائية للتلبس هي التي تصبغ على هذا الاخير الصفة القانونية ولأن القانون أصبغ على مايدونونه هم وحدهم الصفة القانونية الاتباتية القاطعة حسب الفصل 291 م ج. شرح قانون المسطرة الجنائية ج 1 ص 222 - 223.
ومن الفقه من يرى أن اشتراط معاينة ضابط الشرطة القضائية لحالة التلبس بنفسه لايتفق مع التصوص التشريعية، لان القانون لايتضمن هذا الشرط، ثم أن الناحية العملية تظهر أن ضابط الشرطة القضائية غالبا ماي تلقى نبأ التلبس عن طريق مشاهدة الغير، كما أن القانون يوجب على الضابط في حالة التلبس بالجريمة أن ينتقل فورا الى محل ارتكاب الجريمة وهو بهذا يفترض ان ضابط الشرطة القضائية قد تلقى نبأ وقوع الجريمة عن غيره ممن شاهد الجريمة، كما أن القانون أعطى الحق لكل فرد من الجمهور شاهد شخصا متلبسا بالجريمة حالة ارتكابها أن يسلمه لاقرب مكان لرجال الشرطة.
انظر في هذا الشأن المرصفاوي : ص 268 - 269. الذي يذكر القللي ص 188 والعراي ج 1 ص 212 - 213 وكذلك.

M.Rousselet. P. Arpaillance et J. Patin P.522 et Renvoi N° 2 Même page et J.Claude P.266. et G.Stefani. G.levasseu. P.250

الشهود مثلاً (70).

وقد أكد المجلس الأعلى هذا المعنى بقوله «إن المحضر الذي يعتد به لإثبات الخيانة لزوجية هو المحضر الذي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية بمعاينة حالة التلبس ما يشترط ذلك الفصل 493 ق ج، لا المحضر المرتكز على شهادة الشهود الذين صرحوا بأن المتهمين وجدا مختليين في الدالية بقرب منزل والد المتهم (71). وهذا عكس ما ذهب إليه الفقه (72) والقضاء (73) في مصر. إذ اتفقا على استثناء جريمة الزنا من وجوب مشاهدة التلبس بها من طرف ضابط الشرطة القضائية، وقال أنه ليس من الضروري أن يشاهد ضابط الشرطة القضائية الشريك متلبساً بجريمة الزنا، بل يكفي أن يشهد بذلك بعض الشهود وذلك لتعذر اشتراط المشاهدة بواسطة ضابط الشرطة في هذه الحالة.

ويشترط أن يكون من عاين حالة التلبس وحرر المحضر بشأنها أحد أفراد الشرطة القضائية من رتبة ضابط (74) (الفصل 23 و 71 م ج والفصل 493 ق ج المتعلق الفساد) ولذلك لا يتوفر التلبس بصفته وسيلة لإثبات الفساد، إذا قام بالاجراء من هو ني من ضابط الشرطة رتبة (75).

أما إذا قام بذلك وكيل الدولة أو أحد نوابه أو قاضي التحقيق، أي ممن أطلق عليهم الفصل 19 م ج الضباط السامين للشرطة القضائية، فإن عملهم هذا يعتبر من باب ألى وأخرى.

سادساً : تقدير التلبس :

يخضع تقدير التلبس لسلطة قاضي الموضوع، ولا رقابة للمجلس الأعلى عليه في

(70) يمكن أن يصل خبر وقوع جريمة الفساد لضابط الشرطة القضائية عن طريق أشخاص عاينوا وقوع الفعل المادي للجريمة، وينتقل الضابط اثر ذلك الى مكان الجريمة، فيشاهد بنفسه تنمة الجريمة أو يشاهد الجريمة على اثر الانتهاء منها طبقاً لما أوضحناه من قبل، ففي هذه الحالة يتوفر التلبس على أساس شهادة الشهود، ولكن على أساس مشاهدة ضابط الشرطة للجريمة في أحد الحالات المحددة في الفصل 58 م ج بحيث لو دون الضابط في محضره الوقائع استناداً الى ما وصل اليه، ولم يجد بعد انتقاله لنفس المكان الذي أخبر عنه، ما تنطبق عليه صفة التلبس، فإن وسيلة الإثبات بواسطة التلبس تكون غير متوفرة.

(71) الحكم الجنائي عدد 428 بتاريخ 12 مارس 1970، سلسلة الاجتهاد القضائي، عبود رشيد عبود : ج 14 ص 60

(72) راجع المرصفاوي : ص 268. فتحي سرور : ص 355. عبد الفتاح الشهاوي : ص 348 348 جندي عبد المالك : مجموعة المبادئ القانونية ص 414. حسن البغال : ص 327.

(73) انظر نقض 2 دجنبر 1935. المحاماة سنة 6 قضائية ص 664 رقم 208.

ونقض 1943/11/1. المحاماة، السنة 46 قضائية ص 260 قاعدة 131.

(74) يحدد الفصل 20 و 31 و 32 من قانون المسطرة الجنائية الأشخاص الذين يتسمون بصفة ضابط الشرطة القضائية، وقد أدخل مشروع المسطرة بعض التعديلات على الفصل 20. لاحظ في هذا الشأن شرح قانون المسطرة الجنائية، ذ. الخليلي : الطبعة الثانية 1983 مطبعة المعارف الجديدة ج 1 ص 213.

هامش 6.

(75) راجع أبو الفتوح شرح المسطرة ص 288.

ذلك (76) لان المحكمة هي التي لها الحق في استخلاص حالة التلبس من محضر المعاينة التي قام بها ضابط الشرطة القضائية، ولا يؤثر عليها ما قد يدونه هذا الاخير في المحضر من أوصاف أو معلومات استنتجها هو أو استخلصها من أقوال الشهود (77).

ويتعين على المحكمة عرض محضر الضابطة القضائية بشأن التلبس للمناقشة طبقا للفصل 289 م ج. وذلك قصد افساح المجال أمام المتهم حتى يتمكن من اثبات عكس ما جاء فيه (78) لان هذا المحضر يخضع لمقتضيات الفصل 291 م ج الذي ينص على «أن المحاضر والتقارير التي يحررها في شأن التلبس من الجتح والمخالفات ضباط الشرطة القضائية وجنود الدرك يوثق بمضمونها ما لم يثبت عكس ذلك».

وللمتهم أن يثبت خلاف ما جاء في محضر الضابطة القضائية من الوقائع المكونة للتلبس بمختلف وسائل الاثبات كشهادة الشهود والقرائن (79).

ويعتبر التلبس حالة تلازم الجريمة نفسها وليس شخص مرتكبها (80). وينتج عن هذه القاعدة أن وصف التلبس يسري على المساهم في العلاقة الجنسية غير المشروعة ولو لم يضبط مع المتهم الآخر الذي وجد متلبسا بالفساد في احدى الحالات المنصوص عليها في الفصل 58 م ج.

فاذا ضبط أحد المتهمين بجريمة الفساد في أحد حالات التلبس المذكورة، يسري وصف التلبس على مساهمه، ولو لم يوجد هذا الاخير أثناء معاينة ضابط الشرطة القضائية للتلبس في مكان ارتكاب الجريمة، مع وجوب وجود أدلة تؤكد ان الطرف الذي سري عليه وصف التلبس قد ساهم فعلا في اتيان العلاقة الجنسية مع الشخص الذي ضبط وحده في حالة التلبس (81)، كأن تشاهد المرأة داخل المنزل في ظروف تثبت ارتكابها للفساد وبجانبيها ملابس رجل في حين يضبط الرجل بسلم نفس العمارة او سطحها عاريا ويثبت أن الملابس التي وجدت بمكان الجريمة تعود اليه.

-
- (76) حسن البغال : الجرائم المخلة بالاداب ص 109. ذ. النصراوي : أصول المحاكمات ج 1 ص 446 حافظ نور : ص 311 الذي يذكر في نفس الصفحة أن محكمة النقض الفرنسية أكدت نفس المبدأ في قرارها الصادر بتاريخ 5 يونيو 1929 المنشور بد الوز الدوري 118/2/829.
- (77) راجع ذ. الخليلي : القانون الجنائي ص 2 ص 186.
- (78) كاثبات أن الفعل كان مجرد محاولة. حافظ نور : ص 310.
- (79) انظر الخليلي : القانون الجنائي الخاص، ج 2 ص 187.
- (80) حسن الحسيكي : ص 150. فتحي سرور : ص 436. ويضيف هذا الاخير بأنه تكفي مشاهدة الضابط للركن المادي للجريمة حيث تقوم حالة التلبس، إذ لا يشترط التحقق من توفر الاركان الاخرى للجريمة كالركن المعنوي مثلا ص 437. انظر كذلك حسن البغال : الجرائم المخلة بالاداب ص 107. ذ. النصراوي : أصول المحاكمات ج 1 ص 244. المرصفاوي : ص 260 توفيق الشاوي : ص 289.
- (81) وقد أعطى ذ. الخليلي مثالا على ذلك وهو الحالة التي يضبط فيها الرجل في فراش المرأة أو العكس في ظروف ووضع يشبان ارتكاب الجريمة، ولا يمكن من ضبط شريكه بسبب قراره مثلا، وذلك لان جريمة الفساد لا يرتكبها شخص واحد، فاذا ضبط أحد طرفيها في حالة تلبس سري الوصف بحكم القانون على مساهمه القانون الجنائي الخاص ج 2 1980 ص 186 وهامش رقم 13 من نفس الصفحة.

الاعتراف المتضمن في المكاتيب والاوراق الصادرة عن المتهم :

سنعرض في هذا المبحث على التوالي تعريف المكاتيب والاوراق المقصودة في الفصل 493 ق ج وامكانية اعتماد الصور الفتوغرافية لها، وهل يمكن اعتبار الصور الفتوغرافية للمتهمين من قبل المكاتيب والاوراق، والشروط الواجب توفرها في هذه الأخيرة، وسلطة قاضي الموضوع في تقدير قيمتها الإثباتية.

أولا : تعريف المكاتيب والاوراق :

يقصد بالمكاتيب والاوراق المنصوص عليها في الفصل 493 ق ج كل الاوراق الصادرة عن المتهم التي تتضمن اعترافه بارتكاب الجريمة⁽⁸²⁾، كيفما كان الشكل الذي صدرت فيه هذه المحررات، أي سواء كانت في شكل رسالة أو مذكرة أو مؤلف أو مقال في مجلة أو جريدة أو مسودة أو أي محرر آخر⁽⁸³⁾.

وإذا كانت المحررات مكتوبة بخط يد المتهم لا يشترط ان تكون موقعة منه، ولذلك تدخل المسودات ضمن المحررات المكتوبة من طرفه⁽⁸⁴⁾.

أما إذا أملاها على غيره أو كتبها بواسطة الآلة الكاتبة، فيجب أن تتضمن توقيعه⁽⁸⁵⁾ إلا في الحالة التي يكون فيها الكاتب «مجرد نائب عن المعترف كالأمي الذي يملي رسالة على الكاتب أو الأعمى الذي يملي على مساعدته بقصد كتابة ما يمليه عليه⁽⁸⁶⁾».

(82) «يقصد بالدليل الكتابي ما يستمد من محررات تكون من بين أوراق الدعوى المطروحة للمناقشة من الخصوم» المرصقاوي ص 617.

(83) راجع ذ. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 187. فتحي سرور : 356. أحمد أمين : ص 474، ويذكر حسن البغال أن مجرد عبارة مكتوبة أو وجود قصاصات ورق متضمنة اعتراف المتهم يكفي في توفر الدليل الكتابي. الجرائم المخلة بالأداب ص 333.

(84) المرحوم السنتيسي : مجلة المحاماة الصادرة عن هيئة المحامين المغاربة، العدد الاول نونبر 1968 ص 37 وما بعدها. حافظ نور : ص 316.

(85) وذهب حافظ نور الى أن المقصود بالمكاتيب والاوراق كل شيء مكتوب صادر عن المتهم سواء كان مكتوبا بخط يده أو موقعا من طرفه، حيث يكفي حدوث أحد الأمرين، معلا رأيه بأن هذا يتفق مع غرض المشرع من عدم أقالات المتهم من العقاب، وبأن الأدلة في القانون الجنائي اقناعية، فما دام للقاضي الحرية في تقدير قيمة الدليل، فإنه لا مانع من اعتماد المحرر سواء كان مكتوبا بخط يد المتهم أو موقعا عليه من طرفه فقط. ص 316.

(86) راجع ذ. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 187 - 188. حسن البغال : الجرائم المخلة بالأداب ص 334.

ويلحق بالمكاتب والأوراق، محضر الشرطة القضائية المتضمن اعتراف المتهم بارتكابه جنحة الفساد والموقع من طرفه (87).

وقد أكد المجلس الأعلى على هذا المفهوم في قراره عدد 140 الصادر بتاريخ 4 دجنبر 1969 الذي جاء فيه : «وحيث أن قضاء المجلس الأعلى استقر على اعتبار التوقيع على مثل هذا المحضر (ويقصد به محضر الشرطة القضائية) بمثابة اعتراف تضمنته مكاتب أو أوراق صادرة عن التهم المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 493 السالف الذكر» (88).

غير أن موقف المجلس الأعلى، كما يقول الاستاذ الخليلي (89)، يبدو مضطربا في هذا المجال، لأنه بعد أن ذهب في قراره السابق إلى اعتبار محضر الشرطة المتضمن اعتراف المتهم والموقع عليه من طرفه، من قبيل المكاتب والأوراق المنصوص عليها في الفصل 493 ق ج ذهب إلى عكس ذلك في قراره عدد 790 الصادر بتاريخ 29 يونيو 1972 (90) وقضى بالبراءة في الحكم المطعون فيه الذي واخذ المتهم أساسا على اعترافه لدى الشرطة القضائية وعلل ذلك بقوله «وحيث أن المشرع، حرصا منه على كيان المجتمع وحفظا لكيان الأسرة، قرر بأن الخيانة الزوجية لا يمكن اثباتها إلا بأحدى الوسائل التي أفرد لها في القانون فصلا خاصا وهو الفصل 493 ق ج وبما أن الحكم المطعون فيه، رأى بأن مجرد الاعتراف لدى الشرطة بالفساد، لا يمكن الاعتماد عليه لكونه لم يحرر أثناء التلبس كما يشترط ذلك الفصل المذكور، ولذلك قضى ببراءة المتهم، يكون قد طبق القانون تطبيقا سليما».

(87) انظر الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 188

ونرى أن الاعتراف المكتوب يصدق أيضا على تصريحات المتهم أمام النيابة العامة وقضاء التحقيق التي يعترف فيها باتيانته العلاقة الجنسية غير الشرعية، شريطة أن يوقع على المحضر الذي دون فيه اعترافه. ويذكر حافظ نور أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت الاعتراف أمام قاضي التحقيق غير الراجع فيه في جلسة الحكم بمثابة الدليل المكتوب. ث 316. ويعلق المؤلف على هذا الاتجاه بأنه غير سليم لأن اعتراف المتهم وهو في حالة اعتقال يكون صادرا عن شخص غير ممتع بالحرية ومع ذلك يقول المؤلف، فإن هذا لا يمنع من الأخذ به حتى لا يفلت عدد من المتهمين من العقاب سيما وأن الاعتراف يخضع في الأخير إلى تقدير القاضي. ص 316 - 317.

- انظر الاتجاه الذي يعارض اعتبار محاضر الشرطة القضائية من ضمن المكاتب والأوراق المنصوص عليها في الفصل 493 ق ج. مجلة المحاماة المغربية، موضوع تحت عنوان «دلائل الإثبات لجريمة الفساد والخيانة الزوجية». المهدي اليوسفي عدد 19 مارس 1982 ص 114 وما بعدها.

(88) ولذلك نقض هذا القرار الحكم الذي قضى بعدم اعتبار المحضر المتضمن اعتراف المتهم والموقع عليه من طرفه، وسيلة لإثبات المشاركة في الخيانة الزوجية بقوله :

«وحيث أن الحكم المطعون فيه الذي قضى بإلغاء الحكم الابتدائي، والحكم من جديد ببراءة المتهم لعله أن اعترافه المسجل عليه في المحضر السابق لا يعتبر حجة ضده.. قد خالف ما جرى عليه المجلس الأعلى في قضائه وفي تفسيره لنص الفصل 493 واعتباره التوقيع على محضر الاعتراف بمثابة اعتراف تضمنته مكاتب أو أوراق صادرة عن المتهم دون اشتراط التلبس» ق.م.ع عدد 15 ص 54 راجع أيضا قرار المجلس الأعلى عدد 595 س 20 الصادر بتاريخ 21 أبريل 1977 ملف عدد 35673.

(89) القانون الجنائي الخاص. ج 2 ص 188.

(90) قضية 31486.

ولذلك يقول الاستاد الخليلي عن حق بأن هذا القرار الأخير يبدو تطبيقاً غير سليم لمقتضيات الفصل 493 لأن «المكاتب والأوراق الصادرة عن المتهم تمثل بلا شك اعترافه المذيل بامضائه أمام ضابط الشرطة القضائية» (91) سيما وأن المجلس الأعلى عاد في القرار عدد 595 الصادر بتاريخ 1977/4/21 (92) وأكد شمول المكاتب والأوراق للاعتراف المتضمن في محاضر الشرطة اذ ورد فيه «وحيث أن الاعتراف الموقع عليه من طرف صاحبه لدى الشرطة القضائية كما هو الشأن في النازلة الحالة ينزل منزلة الاعتراف الذي تضمنته مكاتب أو أوراق صادرة عن المتهم مما تكون معه الوسيلة غير مرتكزة على أساس»

على أنه للاخذ بمحاضر الشرطة القضائية المتضمنة اعتراف المتهم والموقع عليها من طرفه بصفتها مكاتب أو أوراق صادرة عن المتهم، يجب مراعاة الملاحظات التالية :

(1) كون هذه المحاضر تخضع في قيمتها الإثباتية لتقدير القاضي، ويمكن اثبات عكسها من طرف الخصوم بجميع وسائل الإثبات الممكنة، وذلك طبقاً لما يقضي به الفصل 291 م ج الذي ينص على أن «المحاضر والتقارير التي يحررها في شأن التثبت من الجرح والمخالفات ضباط الشرطة القضائية وجنود الدرك، يوثق بمضمونها ما لم يثبت ما يخالف ذلك» (93).

(2) يجب أن يكون محضر الشرطة الذي تضمن اعتراف المتهم بجريمة الفساد موقعاً من طرف هذا الأخير، لأن توقيع المتهم على هذا المحضر هو الذي يجعل اعترافه مكتوباً، مادام ضابط الشرطة هو الذي يتولى كتابة المحضر استناداً لما يتلقاه من تصريحات المتهم الشفاهية (94).

وقد أكد المجلس الأعلى هذه القاعدة في عدة أحكام (95)، إلا أنه في قراره عدد 1042 (96) المتعلق بالخيانة الزوجية ذهب إلى أنه لا عبرة بامتناع العارض (طالب النقض) من توقيع محضر الضابطة القضائية مادامت المحكمة قد اقتنعت

(91) ذ. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 189.

(92) ملف عدد 35673.

(93) راجع ذ. الخليلي : شرح قانون المسطرة ج 2 ص 188 - 100 والقانون الجنائي الخاص لنفس المؤلف ج 2 طبعة 1982 ص 190 - 191.

(94) راجع ذ. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 189. حافظ نور : ص 317.

(95) انظر مثلاً القرار عدد 140 الصادر بتاريخ 4 دجنبر 1969 المشار إليه سابقاً والقرار رقم 1573 الصادر بتاريخ 28 دجنبر 1980 ق.م.ع عدد 27 ص 199.

(96) الصادر بتاريخ 12 يوليو 1973 قضية 46413 و 46413 مكرر. وقد علق ذ. الخليلي على هذا الحكم عن المتهم وأن ح.م.ع عليها مادام ضابط الشرطة قد شهد بصورها عنه. شرح قانون المسطرة ج 2 هامش رقم 38 ص 175.

بما جاء فيه، ولم يثبت لديها ما يخالفه، وأن الفصل 292 من قانون المسطرة الجنائية المستدل به لا يشترط لصحة المحضر من الناحية الشكلية والمعتمد عليه في الإثبات أن يكون ممضى عليه من طرف المتهم...»

وهذا في نظرنا تفسير غير سليم لمفهوم الاعتراف المتضمن في مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم كما هو منصوص عليه في الفصل 493 ق ج لأن المحاضر المقصودة في الفصلين 291 و 292 والتي يشترط أن تكون موقعة من طرف المتهم هي المحاضر التي يحررها ضابط الشرطة القضائية في شأن جميع الجرائم بمناسبة البحث التمهيدي، وهذه يوثق بمضمونها ما لم يثبت ما يخالفها ولو لم تكن موقعة من طرف المتهم، لأنها تعتبر حجة على صدور ما دون فيها عن المتهم إلى أن يثبت العكس (الفصل 291) إلا أنها غير مقبولة لإثبات جريمة الفساد بصريح الفصل 493 ق ج.

أما المحاضر التي تدخل ضمن المكاتيب أو الأوراق المعتمدة كوسيلة لإثبات جريمة الفساد أو الخيانة الزوجية حسب المفهوم الوارد في الفصل 493 ق ج، فهي المحاضر التي تتضمن اعتراف المتهم بارتكاب الفساد والمذيلة بتوقيعه، لأن هذا الأخير هو الذي يجعلها صادرة عن المتهم، والا اعتبر الاعتراف الوارد بالمحضر غير الموقع عليه من قبل المتهم اعترافاً شفوياً، وهذا لا يقبل لإثبات الفساد إلا إذا كان قضائياً (97) كما سنرى في المبحث القادم.

ثانياً : هل يصح اعتماد الصور الفوتوغرافية لأصل المكاتيب والأوراق ؟

الفصل 493 ق ج غير واضح في الموضوع، وبرجوعنا للفقهاء نجد أن كل الذين ناقشوا الفكرة - حسب المراجع التي استطعنا الاطلاع عليها - ذهبوا إلى إمكانية الأخذ بالصور الفوتوغرافية للمكاتيب والأوراق كحجة ضد المتهم مع وجوب اطمئنان القاضي إليها وتأكده من مطابقتها للأصل الذي أخذت عنه (98).

ومع تسليمها بوجاهة هذا الرأي، نلاحظ أن اشتراطنا تأكد القاضي من مطابقة الصور للأصل يقتضي إما اطلاع القاضي بنفسه على الأصل، وفي هذه الحالة يغنيه اطلاعه هذا عن اعتماد الصور الفوتوغرافية في إثبات الفساد. وأما أن تكون هذه الصور مشهوداً بمطابقتها للأصل من طرف أحد الجهات المختصة، حيث تعتبر شهادة هذه الجهة قرينة قانونية على مطابقة الصور للأصل، والتي لا يشكل الاعتماد عليها اختلالاً بالحصر الوارد في الفصل 493 ق ج، لأن هذه القرينة تتخذ كدليل على مطابقة الصور للأصل وليس دليلاً يثبت ارتكاب الفساد بصفة مباشرة.

(97) انظر في كل هذا د. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 189 - 190.
(98) راجع مقال الخطاب حول جريمة الفساد م. ق. ق عدد 92 ص 8.
حافظ نور ص 318. فتحي سرور ص 356 - 357.

ثالثاً : هل تعتبر الصور الفوتوغرافية للمتهمين في وضع مريب من قبل المكاتب والاوراق ؟

ذهب أغلب الفقه (99) في مصر، استناداً لبعض قرارات محكمة النقض المصرية (100) إلى أن الصور الفوتوغرافية التي يظهر فيها المتهم في وضع مريب لاتعتبر ضمن المكاتب والاوراق المتخذة كوسيلة لاثبات جريمة الزنا، ولو كانت هذه الصور تدل دلالة واضحة ان الجريمة قد ارتكبت فعلاً، لان الاثبات بالصور غير وارد ضمن أدلة الزنا المحصورة في القانون، ولان الصور الفوتوغرافية ليست من المحررات بالمعنى المنصوص عليه، ولايتوفر فيها شرط صدورها عن المتهم (101)، ثم أن حصر أدلة الاثبات بالنسبة لشريك الزوجة الزانية جاء استثناء من مبدأ الاثبات في الميدان الجنائي بصفة عامة، والاستثناء لايجب التوسع فيه (102)، هذا بالاضافة الى ما يمكن أن يشوب هذه الصور من حيل فنية كما يشكك في الاطمئنان اليها (103).

أما في المغرب، فلم نعثر على اجتهاد قضائي في الموضوع، وجاء في مقال الخطاب (104) حول جريمة الفساد، أن هذه الصور لاتعتبر من قبيل المكاتب

(99) فتحي سرور : ص 357. حافظ نور : 319. حسن البغال : الجرائم الجنسية. ط 1. ص 334 - 335

(100) نقض 11 ديسمبر 1930 مجموعة القواعد ج 2 رقم 129 ص 155

وقد علق محمود مصطفى على هذا القرار بأنه تطبيق سليم للقواعد القانونية، لكنه ينم عن شذوذ آخر يودي اليه اثبات الزنا على الشريك بادلة خاصة «شرح قانون الاجراءات 1953 ص 362. كما ذهب عدلي عبد الباقي الى أن هذا الحكم فيه نوع من المغالاة ويمكن أن تعتبر هذه الصور اذا كانت تدل بذاتها على الفعل الممنوع دليلاً على التلبس بالجريمة. شرح قانون الاجراءات الجنائية طبعة 1951 111. انظر حافظ نور ص 319 ونشير هنا الى أن رأي عبد الباقي يركز على كون التلبس يمكن اثباته في مصر بجميع وسائل الاثبات، بينما في المغرب، وكما أوضحنا من قبل يجب أن يثبت بمعينة ضابط الشرطة القضائية له.

- انظر نقض 333 سنة 32 قضائية جلسة 1962/5/29 س 13 رقم 130 ص 510 مجموعة المبادئ القانونية التي سنتها محكمة النقض خلال عشر سنوات ص 1419.

- انظر نقض 333 سنة 32 قضائية جلسة 1962/5/29 رقم 130 ص 510 مجموعة المبادئ القانونية التي سنتها محكمة النقض خلال عشر سنوات ص 1419.

(101) فتحي سرور : ص 357. حسن البغال : الجرائم المخلة بالاداب ط 1 ص 334 - 335

(102) حافظ نور : ص 319 - 320.

(103) حسن البغال : الجرائم المخلة بالاداب. الطبعة الاولى ص 335.

(104) م.ل.ق. عدد 92 ص 8.

والاوراق المنصوص عليها في الفصل 493 ق ج حتى ولو شخصت المتهم في حالة ارتكابه للفعل، لانها لا تتضمن اعترافا، ولانها ليست مكاتيب أو أوراق.

ويميل ذ. الخمليشي لنفس الرأي مع تحفظه بالنسبة للحالة التي يتم فيها تصوير المتهمين أثناء ارتكابهما لجريمة الفساد بفلم تظهر فيه صورهما بوضوح بعيدا عن كل انتحال أو تدليس فني، اذا يرى بأنه من غير المعقول التمسك بالتطبيق الحرفي للنص في هذه الحالة، بل يمكن الاستناد لهذا الفلم كوسيلة لاثبات الفساد لان «الهدف من تحديد وسائل الاثبات هو الحد من المتابعة بهذه الجرائم والاقتصار على ما ثبت منها بوسيلة موثوق بها، وأية وسيلة أكثر صدقا من الفلم الذي تستطيع به المحكمة ذاتها مشاهدة وقائع الجريمة» (105).

وهذا رأي وجيه من الناحية الواقعية، الا أننا نرى أن اعتماد مثل هذا الفلم سيفتح المجال للتوسع في مدلول الفصل 493 ق ج مما يتناقض مع الحصر الذي سلكه المشرع في الوسائل التي تثبت بها جريمة الفساد.

رابعا : الشروط الواجب توفرها في المكاتيب والاوراق :

هذه الشروط هي :

أ - أن تكون المكاتيب أو الاوراق صادرة عن المتهم : ويتحقق صدورهما عن المتهم في الحالات التالية :

- اذا كتبها بخط يده ولو لم يوقعها.

- اذا كانت مكتوبة من غيره ومذيلة بتوقيعه أو بصمة يده أو بالختم أو بالآلة الكاتبة وثبت صدورهما عنه بأي وسيلة من وسائل الاثبات كشهادة الشهود.

- اذا كان الكاتب مجرد نائب عن المعترف كأن يكون هذا الاخير أعمى أو أميا وأملى على غيره اعترافه بالجريمة.

وقد أشرنا الى هذه الحالات من قبل، ونريد هنا فقط تقديم بعض الملاحظات بشأنها :

(1) يؤخذ بالمحرر الصادر عن المتهم الذي اعترف فيه بجريمة الفساد كوسيلة اثبات ضده، سواء وجهه للطرف الذي اعترف بممارسة العلاقة الجنسية معه أم وجهه للغير (106)، وسواء أرسل المحرر أو احتفظ به لنفسه (107).

(2) يخرج من اطار المكاتيب أو الاوراق المعتمدة لاثبات جريمة الفساد،

(105) راجع ذ. الخمليشي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 192، وورد في القانون الجنائي في شروح ص 346 أنه يؤخذ بالصورة الفوتوغرافية متى كان «الدليل ساطعا على الصحة الاكيدة من خلال صور فوتوغرافية».

(106) فتحي سرور : ص 356. حافظ نور : ص 317. القانون الجنائي في شروح ص 346. حسن البغال : الجرائم المخلة بالاداب ص 333.

(107) حسن البغال : الجرائم المخلة بالاداب ص 333.

المحررات التي ينص القانون على نفي القوة الإثباتية عنها مثل ما ينص عليه الفصل 295 م ج الذي يعتبر «أن الحجة الكتابية لا تنجم عن المراسلة المتبادلة بين الشخص المتهم وبين وكيله»

(3) القيمة الإثباتية للاعتراف المتضمن في المكاتيب والاوراق لا تسري إلا على من صدرت منه هذه المحررات، أما الشخص الموجهة إليه أو الذي ذكر المعترف أنه مارس معه العلاقة الجنسية لا تعتبر حجة ضده، لأن اعترافه بالنسبة للغير يعد مجرد قرينة على هذا الأخير، والقرائن لا تقبل لإثبات جريمة الفساد (108) من جهة، ومن جهة أخرى لا يتوفر شرط صدور المحرر عن المتهم الذي أوجبه المشرع.

(4) يمكن إثبات صدور المحرر عن المتهم بجميع وسائل الإثبات، إذ بإمكان النيابة العامة في حالة انكار المتهم صدور المحرر عنه أن تلجأ لاية وسيلة كشهادة الشهود أو مسطرة تحقيق الخطوط (109) لتثبت صدوره عنه، على أن حرية الإثبات هذه تقتصر على صدور المحرر عن المتهم، ولا تنصب على إثبات صدور الاعتراف عن المتهم في شكل آخر غير الشكل الكتابي (110). فصدور الاعتراف عن المتهم شفويا في غير مجلس القضاء، أو المسجل على شريط مثلا، لا يقبل لإثبات جريمة الفساد ولو أقيم الدليل على صحة صدوره عنه، لأن المشرع اشترط أن يتضمن اعتراف المتهم في مكاتيب أو أوراق، وهذا لا يمكن أن يتحقق إلا كتابة.

ب - أن تتضمن الاوراق والمكاتيب اعترافا واضحا في الدلالة على ارتكاب الفساد، وهذه ضرورة بديهية، لأن المشرع اشترط أن تكون الاوراق أو المكاتيب متضمنة اعتراف المتهم والاعتراف يجب أن يكون صريحا لاغموض فيه (111)، ويبدل دلالة واضحة على أن المتهم مارس العلاقة الجنسية فعلا، بحيث لا يبقى هناك مجال للشك في قيام الجريمة (112).

بينما نجد في القانون المصري أن الفصل 276 اكتفى بأن تكون الاوراق أو المكاتيب «دالة على حصول الفعل» لذلك ذهب الفقه (113) الى عدم اشتراط البيان

(108) ولذلك نقض المجلس الاعلى في قراره عدد 1350 الصادر بتاريخ 1974/6/20 (الملف 40535) الحكم الذي أدان المتهم بجريمة الفساد اعتمادا على الاعتراف الصادر من مساهمته في الجريمة.

- انظر الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 هامش رقم 23 ص 192.

(109) انظر مثلا قرار المجلس الاعلى عدد 683 الصادر عن الغرفة الشرعية بتاريخ 1976/12/21 ملف رقم 54724، الذي نقض الحكم المطعون فيه واعاده لمحكمة الاستئناف بقاس لتتظر فيه بهيأة أخرى مع اجراء مسطرة تحقيق الخطوط على الوثيقة الصادرة عن الزوجة والمتضمنة اعترافها بأن زوجها لم يمسه أبدا مع أنها مفتضة وحامل (وذلك حسب ادعاء الطاعن) والتي أنكرت الزوجة صدورها عنها.

(110) راجع الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 191 وهامش رقم 21. النصراوي : أصول المحاكمات ج 2 ص 155.

(111) ذ. الخليلي : شرح قانون المسطرة ج 2 ص 170. القانون الجنائي الخاص لنفس المؤلف ج 2 طبعة 1982 ص 191.

M. Rousselet. P. Arpaillance J. Patin P. 522 (112)

(113) حافظ نور : ص 317. أحمد أمين : 374. جارسون مادة 338 فقرة 60 مذكور بواسطة أحمد أمين هامش 3 ص 474.

الصريح لوقوع الجريمة، اذ يكفي أن تتضمن المحررات ما يدل على حدوث الفعل المجرم مع خضوع دلالتها لتقدير قاضي الموضوع (114).

وتقدير وضوح الاعتراف أو غموضه يرجع لسلطة قاضي الموضوع مادام أنه يتولى بيان ذلك في حكمه باتخاذ قرار الاخذ بالاعتراف المكتوب أو استبعاده.

ج - ان يتم الحصول على المكاتيب والاوراق وفق اجراءات مشروعة :
اذ يجب أن تصل المكاتيب والاوراق الى القضاء بطريقة مشروعة (115)، فاذا تم حجزها عن طريق التفتيش مثلاً أو قدمها الخصوم الى القضاء، وجب ان يكون التفتيش قد تم طبقاً للقانون (116)، وأن يكون الخصوم قد حصلوا عليها بصفة قانونية (117).
واذا ثبتت عدم مشروعية الاجراءات المحصل بها على المحررات، فان هذه الاخيرة تفقد قيمتها الاثباتية (118).

خامساً : تقدير الاعتراف المكتوب

يخضع الاعتراف المتضمن في المكاتيب والاوراق الصادرة عن المتهم بصفته وسيلة من وسائل اثبات جريمة الفساد الى تقدير قاضي الموضوع، كيفما كانت الصورة أو الشكل الذي صدر فيه هذا المحرر عن المتهم (119).

(114) وقد أصدرت محكمة النقض السورية قراراً ذهبت فيه الى أن «الرسائل التي تتضمن الغزل والقبل تعتبر دليلاً يكفي لتكوين قناعة المحكمة بوقوع الفعل وهو فض البكرة «رقم 3737 بتاريخ 69/11/18 أساس 3371 لعام 1969. وقد علق المحامي ياسين غانم على هذا الحكم بأنه يعتمد على رسائل لا تتضمن اعترافاً بفض البكرة، اذ أنها لا تتضمن سوى المداعبة الغرامية والتقبيل فقط. بحيث لا يمكن الاستناد عليها للحكم بادانة المتهم بوقوع الفعل لأنها لا تشمل على دلائل كافية واعترافاً واضحاً بوقوع الافتضاض. - الحكم والتعليق منشور بمجلة المحامين، نقابة المحامين بدمشق. السنة الخامسة والثلاثون. العدد السادس حزيران 1970 موضوع تحت عنوان «مفهوم الرسائل الواردة في أحكام المادة 504 من قانون العقوبات» بقلم المحامي ياسين غانم ص 295 وما بعدها.

(115) حافظ نور : ص 320. فتحي سرور : ص 357. الخطاب : ص 8.
(116) راجع الفصول 59 وما بعدها من قانون المسطرة الجنائية المتعلقة بدخول المنازل وتفتيشها وحجز الاشياء، وضمانات حقوق الافراد في هذا الشأن.
- انظر النصراوي : أصول المحاكمات ج 2 ص 152 - 159. انظر فيما يتعلق بضبط الاوراق والرسائل حسن المسيكي : ص 322 وما بعدها. المرصفاوي : 387 وما بعدها.
(117) فاذا كان الخصم قد اختلسها أو أخذها كرها ممن صدرت عنه انتفت الصفة القانونية عن هذه الورقة. حافظ نور : ص 320 - 321، ولا مجال هنا للقول بأنه اذا كان الخصم زوجاً فإنه يباح له الحصول على المحررات المتعلقة بزوجه بطرق لا تباح للغير بحكم الرابطة الزوجية التي تربطهما كما ذكر ذلك الخطاب ص 8، لان هذه الاباحة التي ذهب اليها الفقه الى اعطائها للزوج على زوجته تتعلق باعتراف أحدهما بارتكاب جريمة الخيانة الزوجية بصفته اعتداء على حقوق الزوج الذي حصل على المحرر بطرق غير قانونية وليس بجريمة الفساد، لان هذه الاخيرة لا تباع بها المتزوجون.
واذا افترضنا أن الاعتراف الوارد في المحرر يتعلق باعتراف الزوج جريمة الفساد في تاريخ سابق على زواجه، فإن الزوج الآخر لا يتمتع في نظرنا بالاباحة السابقة لانه لا يعد ضحية مادام أن ممارسة العلاقة الجنسية غير الشرعية قد تمت قبل ان يرتبط بعلاقة الزواج مع الزوج المتهم.
(118) انظر الخمليشي : القانون الجنائي الخاص الجزء الثاني : صفحة 187 هامش رقم 16 طبعة 1982.
(119) راجع ذ. الخمليشي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 191. ذ. النصراوي : أصول المحاكمات ج 2 ص 155. حومد : شرح قانون المسطرة ص 197 - 198. أحمد أمين ص 174

وللقاضي أن يأخذ بكامل الاعتراف كما ورد في المحرر أو تجزئته، أي يأخذ ببعضه دون الآخر متى اطمأن للجزء الذي اعتمده، لأن الاعتراف في الميدان الجنائي، وكما أكد ذلك المجلس الأعلى، يمكن تجزئته خلافا لما عليه الأمر في المجال المدني (120)، فقد يأتي اعتراف المتهم بالعلاقة الجنسية غير الشرعية مرفوقاً بادعائه انتفاء موافقته على ارتكابها (121)، أو بكونه كان يعتقد ارتباطه بعلاقة زواج مع الطرف الثاني في العلاقة الجنسية غير الشرعية، إذ بإمكان القاضي هنا أن يستبعد ادعاء المتهم لانتفاء موافقته، أو اعتقاده في شرعية العلاقة، إذا لم يقتنع به، ويؤخذ المتهم بناء على ما تضمنه المحرر من اعتراف بالجريمة.

وإذا كان للقاضي الحرية في تقدير الاعتراف المكتوب، فإن عليه أن يتعرض له في حكمه، بالشرح، ويبرر قراره بالأخذ به (122) أو استبعاده، لأنه حتى في هذه الحالة الأخيرة يجب أن يبرر عدم أخذه بالمحرر المتضمن اعتراف المتهم، إذ لا يكفي أن تقول المحكمة بأن الاعتراف غير كاف لإثبات جريمة الفساد أو أنها لم تقتنع به (123)، كما أن على القاضي أن يتعرض للدفع التي أثبتت بشأن هذا الاعتراف كما إذا ادعى المتهم عدم صدوره عنه أو تزويره (124)، وأن يرد على هذه الدفع. ومن جهة أخرى، يجب أن لا يثبت من مستندات الملف كذب الاعتراف، إذ يتعين

(120) انظر الحكم عدد 76 الصادر بتاريخ 1961/10/13 عن المجلس الأعلى م.ق.ق عدد 43 ص 133 الذي جاء فيه «أن تقدير أدلة الثبوت هو من اختصاص محكمة الموضوع في المسائل الجنائية، ولا يمكن تقييدها بمبدأ تجزئة الاعتراف لأنه متعلق بالإثبات في المسائل المدنية، ولا يقيّد القاضي الجنائي في اقتناعه، وعليه إذا اعترف المتهم بالمضاربة مع المشتكى وتمسك أنه كان في حالة دفاع شرعي جاز لمحكمة الموضوع تجزئة الاعتراف». انظر في نفس الاتجاه قرار المجلس الأعلى عدد 281 الصادر بتاريخ 1971/1/28 قضية 30371 وكذا القرار رقم 313 س 33 الصادر بتاريخ 22 فبراير 1979 ملف عدد 1792 ق.م. عدد 30 ص 146. راجع في هذا الشأن ذ. الخليلي شرح قانون المسطرة الجنائية ج 2 ص 179 - 180.

وقد ذهبت محكمة التعقيب التونسية في أحد قراراتها إلى «أن مبدأ عدم تجزئة الاعتراف هو مبدأ خاص بالمادة المدنية لا يعتد به في المادة الجنائية، فالمسألة تعود لاقتناع القاضي بالادانة أو البراءة وعلى هذا الأساس يمكن للقاضي الجنائي أن يعتمد كل الوسائل التي لم تحجر بمقتضى القانون، وله حينئذ أن يأخذ ببعض من اعتراف المتهم وي طرح البعض الآخر منه، مادام حكمه معللاً كما يجب» قرار جنائي عدد 5561 صادر بتاريخ 9 أكتوبر 1969 مجلة القضاء والتشريع التونسية. السنة 11 عدد 6 و 7 جوان جوييه 1969 ص 46.

(121) راجع الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 191.

(122) وقد نقض المجلس الأعلى حكماً قضى بمعاقبة المتهم مع اكتفائه بالقول في تبرير ذلك بأن الدلائل والقرائن تثبت أن المتهم ارتكب الجريمة دون توضيح هذه الدلائل والقرائن التي اعتمدت عليها المحكمة. حكم عدد 841 بتاريخ 76/6/10 قضية 42621/2.

ألا أن المحكمة غير ملزمة في نظرنا بأن تضمن حكمها بالمواخذة نص الاعتراف المكتوب وإنما عليها أن تذكر العبارات الواردة في المحرر والتي ظهر لها أنها تكون اعتراف المتهم بالجريمة.

وقد صدر عن محكمة النقض المصرية حكم جاء فيه «أنه متى كانت المحكمة قد أشارت في الحكم إلى ما جاء في الرسالة التي استندت إلى عباراتها في ثبوت جريمة الزنا دون إيراد مضمونها، تكون قد استندت إلى ماله أصل ثابت في الأوراق ويكون النعي على الحكم بالقصور لا محل له». نقص عدد 843 سنة 26 قضائية جلسة 1956/2/24 - 1224/342.7 مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض خلال عشر سنوات ص 1421.

(123) ذ. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 190 - 191.

(124) راجع فيما يتعلق بالظن بالزور. المرصفاوي : ص 614 - 616.

على القاضي أن يتأكد من أن اتیان العلاقة الجنسية غير الشرعية كان ممكناً في التاريخ المصرح به بارتكاب الفساد، فالاعتراف مثلاً بمضاجعة شخص توفي قبل التاريخ الوارد في الاعتراف، أو كان خلال هذا التاريخ رهن الاعتقال أو السجن أو خارج الوطن، أو لم يكن متوفراً على عضو تناسلي، أو كان الاعتراف على سبيل المزاح، لا يمكن أن يؤخذ به لأنه تصريح بواقعة غير ممكنة الحدوث.

ونشير هنا إلى أن ما يؤخذ به من المحرر هو دلالة الاعتراف على وقوع الجريمة وهذه الأخيرة لا يمكن أن ترتكب من شخص بمفرده، لذلك يجب أن يتضمن الاعتراف ذكر الطرف الثاني الذي مورست معه العلاقة الجنسية. فلو دون المتهم مثلاً في مذكرته أو رسالته، أنه قضى ليلة ممتعة لبي خلالها رغبته الجنسية دون أن يعين من كان مضاجعه في تلك الليلة، فإنه لا يمكن القول بأن اعترافه هذا دليل على ارتكاب الفساد، لأن الغاية من اعتماد الاعتراف المتضمن في المكاتيب والأوراق هو إقامة الدليل على أن العلاقة الجنسية المكونة للركن المادي لجريمة الفساد قد أوتيت فعلاً، إذ لا يعد الاعتراف بالفساد في حد ذاته جريمة حتى يؤخذ المتهم على مجرد تدوينه اعترافه فقط، بل يعتبر دليلاً على وقوع الفساد إذا اقتنع به القاضي.

ومن الملاحظ أخيراً أنه فيما عدا الاعتراف الذي تضمنته محاضر ضباط الشرطة القضائية، فإنه من النادر جداً - من الناحية العملية - مؤاخذه المتهم بجريمة الفساد تأسيساً على اعترافه المكتوب في رسائل أو مذكرات أو غيرها، وهذا يدل على قلة وجود مثل هذه المحررات أو صعوبة وصولها إلى القضاء.

المبحث الثالث: الاعتراف القضائي

سنعرض في هذا المبحث إلى تعريف الاعتراف القضائي وقيمه الإثباتية بين وسائل الإثبات الأخرى، وشروطه، ومدى سلطة القاضي في تقديره.

أولاً: تعريف الاعتراف وقيمه الإثباتية:

الاعتراف بصفة عامة، هو إقرار المتهم على نفسه بارتكاب الوقائع المنسوبة إليه (125) أو كما قال بعض الفقهاء، بأنه شهادة المتهم على نفسه بصحة ما نسب إليه (126).

والاعتراف قد يصدر عن المتهم كلياً، كأن يعترف بالجريمة كما نسبتها إليه النيابة العامة، وقد يصدر جزئياً بأن ينصب فقط على بعض وقائع الجريمة وينكر المتهم

(125) انظر في هذا المعنى ذ. الخليلي: شرح قانون المسطرة ج 2 ص 569. أبو الفتوح: شرح قانون المسطرة ص 290. ذ. النصراني: أصول المحاكمات ج 2 ص 129. الخطاب: ص 8. عطية راجب: النظرية العامة للإثبات ص 215. حسن البغال: الجرائم المخلة بالأداب ط 1 ص 331 الذي يقول في مجال الزنا بأن الاعتراف هو إقرار الشريك على نفسه بارتكاب جريمة الزنا مع الزوجة. حومد: شرح المسطرة ص 168. فتحي سرور: ص 356. محمود مصطفى: شرح قانون الإجراءات ص 407.

(126) جندي عبد المالك: الموسوعة الجنائية ج 1 ص 133. حومد: شرح المسطرة ص 168.

الباقى أو ينفي توفر بعض عناصر الجريمة في حقه، كما اذا اعترف باتيان الركن المادي وأنكر القصد الجنائي (127).

ولا يعد اعترافا اذا انصب اقرار المتهم على وقائع ليست لها علاقة بالجريمة أو اعترف بصفة مجملة دون اقراره صراحة بارتكاب الأفعال المكونة للجريمة المتهم بها بصرف النظر عن الوصف القانوني الذي تعطيه المحكمة للجريمة، كما لا يعد اعترافا أيضا تسليم محامي المتهم بصحة ما أستند من تهم لموكله، اذا كان هذا الأخير قد أنكرها، لان المحامي مؤازر للمتهم وليس ممثلا له (128).

والاعتراف نوعان : قضائي وهو الذي يصدر عن المتهم أمام قاضي الحكم ويطلق عليه أيضا «الاعتراف بمعنى الكلمة» (129) ويكون غالبا شفويا.

أو غير قضائي : وهو الذي يدلي به المتهم في غير جلسة المحاكمة كان يصدر أمام ضابط الشرطة القضائية أو عضو النيابة العامة أو قاضي التحقيق (130) أو موظف عمومي أثناء ادائه لمهمته أو أمام شهود في محرر مكتوب (131).

والاعتراف القضائي هو الذي يقبل وسيلة لاثبات جريمة الفساد طبقا لما نص عليه صراحة الفصل 493 ق ج (132)، أما غير القضائي فلا يقبل كدليل على ارتكاب

(127) ذ. النصراني في أصول المحاكمات ج 2 ص 129. أبو الفتوح : شرح المسطرة ص 230. ويقول الموصفاوي بأن على القاضي في الحالة التي يقرن فيها المتهم اعترافه بتحفظات تدرأ المسؤولية أن يبحث الاعتراف والظروف التي يستند اليها المتهم ص 638.

(128) راجع : ذ. النصراني : أصول المحاكمات ج 2 ص 129 - 131. والتسجيل الصوتي لا يعد اقرارا قضائيا. الموصفاوي : ص 636. ويذكر الخطاب ص 8 أن اقرار المتهم بما يحو مسؤوليته أو يخففها لا يعد اعترافا وإنما يعد ادعاء.

(129) عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 94، وحسب ما يستفاد مما ذكره الاستاذ الخليلي في الموضوع الاعتراف الصادر في الجلسة القضائية هو الذي ينطبق عليه الاعتراف القضائي بالمعنى الضيق للمصطلح «المسطرة الجنائية» ج 2 ص 171 هامش 36.

(130) جندي عبد المالك : الموسوعة الجنائية ج 1 ص 118. عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 94 - 97. الخطاب : ص 8. حومد : ص 178 - 179.

(131) ذ. الخليلي : شرح المسطرة ج 2 ص 171 - 172، وبالرغم من أن صفة القاضي تنطبق على قاضي التحقيق وكذا القاضي القائم بالبحث التكميلي، فإن الاعتراف الذي يدلي به المتهم أمام هؤلاء لا يوصف بأنه قضائي، لان من عناصر هذا الأخير أن يصدر علنيا ويناقش في جلسة المحكمة وهذا لا يتوفر عند التحقيق أو البحث التكميلي. نفس المؤلف في شرح قانون المسطرة ج 2 ص 171 هامش رقم 36 وفي القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 192 - 193.

(132) فالمشرع المغربي ذكر في الفصل 493 ق ج «اعتراف قضائي» وهو نفس ما فعله المشرع القطري في المادة 213 ق ع والفلسطيني في المادة 333 ق ع والسوري في المادة 473 ق ع واللبناني في المادة 847 ق ع. على عكس ما جاء عند المشرع المصري في المادة 276 ق ع التي قالت.. أو اعترافه «حيث أنها لم تشترط أن يتم اعتراف المتهم في جلسة المحاكمة، انظر في هذا الشأن حافظ نور : ص 314. عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 97. حسن البغال : الجرائم المخلة بالآداب. الطبعة الاولى ص 221 - 333.

وبالرغم من أن المشرع المصري نص على اعتراف الشريك كدليل عليه سواء كان قضائيا أو غير قضائي، فإن لفقه يميز بين الحالتين من حيث القيمة الإثباتية للاعتراف في كل منهما، حيث يذهب الى أن الاعتراف غير القضائي لا يلزم المحكمة بل تتخذه سندا لاقتناعها فقط، على عكس الاعتراف القضائي الذي لا يمكن للقاضي أن يستبعد الاستنادا لميزات معقولة. حسن البغال : الجرائم المخلة بالآداب الطبعة الاولى ص 332 - 333. عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 97 - جندي عبد المالك. الموسوعة ج 1 ص 118.

الفساد الا اذا صدر كتابة عن المتهم اما بخط يده أو بتوقيعه عليه كما أسلفنا في المبحث السابق (133).

وقديما كان الاعتراف يعد سيد الأدلة، اذ كان القاضي لا يطمئن الا اذا حصل على اعتراف المتهم، ولذلك كانت تستعمل شتى الوسائل بما فيها التعذيب للوصول اليه (134).

أما اليوم فلم تعد تعطى له تلك القيمة (135)، ولو عند الدول الانكلوساكسونية التي وان كانت تعتبره من أرقى الأدلة، الا أنها مع ذلك تخضعه لنقد القاضي (136) مثل انجلترا وبعض مستعمراتها سابقا كمصر (137).

وبالنسبة للمغرب، فان الاعتراف يعتبر كباقي وسائل الاثبات الأخرى من حيث القيمة الإثباتية، وذلك طبقا لما تنص عليه المادة 288 التي قضت بأن الجرائم يمكن اثباتها بأية وسيلة من وسائل الاثبات مالم ينص القانون على خلاف ذلك أي أنها (م 288 م ج) لم تخص وسيلة معينة من وسائل الاثبات بقيمة إثباتية خاصة ومع ذلك فانه من الناحية العملية لا يمكننا أن ننكر أثر اعتراف المتهم أمام القاضي وما يتولد لهذا الأخير من اقتناع واطمئنان يغنيه عن البحث عن وسائل أخرى (138)، مع مراعاة الشروط الواجب توافرها في الاعتراف طبعاً، لان القاضي حينما يعرض على المتهم الافعال المنسوبة اليه، ينتظر منه أن يعترف أو ينكر ما وجه اليه من تهمة سواء كان اعترافه أو انكاره كلياً أو جزئياً، فاذا اعترف يبقى على القاضي فقط أن يتأكد من أن اعترافه جاء مطابقاً للحقيقة، فان تبين له ذلك أدانه دون أن يلجأ الى البحث عن

(133) وقد ذهب القانون الجنائي في شروح الى توسيع مفهوم الاعتراف القضائي حيث يشمل الاقرار المعدلي به أمام ضباط الشرطة القضائية أثناء التحقيق، وأمام قاضي التحقيق، وهذا يتناقض - كما يبدو - مع منطوق الفصل 493 ق ج خصوصاً اذا راعينا غاية المشرع من تحديد وسائل اثبات الفساد.

(134) وقد احتل الاعتراف هذه الرتبة عندما كان النظام الاتهامي يسود كثير من القوانين مثل المسطرة الجنائية الفرنسية التي تخلت عنه في القانون الحالي، أما القوانين الانكلوساكسونية فلا زالت تعتمد على الاعتراف كأرقى الأدلة، حيث تقضي بأنه يطلب من المتهم وقبل كل مناقشة : هل يعترف بالجريمة أم لا. لان اعتراف المتهم يغني المحكمة عن البحث في أدلة أخرى انظر المرصفاوي : ص 634. جندي عبد المالك : الموسوعة ج 1 ص 113 - 114.

P.B. HALL, J. PINATEL, P. 1163

(135) لان هناك اعترافات ارادية وأخرى غير ارادية يدلي بها المتهم تحت تأثير الضعف وعدم انسيطة على الاعصاب اللذان ينتبانه أثناء مواجهة المحكمة، وهناك اعترافات كاذبة تهدف الوصول الى غاية معينة كالاسراع بالمحاكمة أو ستر متهم آخر أو غير ذلك.

(136) راجع جندي عبد المالك : الموسوعة 1 ص 113. المرصفاوي : ص 634.
(137) تنص المادة 134 من قانون تحقيق الجنايات المصري أنه بعد أن يتلو الكاتب أوراق التحقيق ويقدم عضو النيابة طلباته يسأل المتهم عما اذا كان معترفاً بارتكاب الفعل المسند اليه أم لا فان أجاب بالإيجاب بغير مناقشة ولامرافعة يحكم عليه، وان أجاب بالسلب يشرح العضو المذكور التهمة... الخ، وقد أخذ المشرع المصري هذه الطريقة عن المشرع الانجليزي الذي لايجز للمحكمة في أول الامر سوى سؤال المتهم عما اذا كان معترفاً بالتهمة الموجهة اليه أم لا. جندي عبد المالك : الموسوعة ج 1 ص 113 - 115.

(138) راجع ذ. الخليلي : شرح المسطرة الجنائية، ج 2 ص 172.
P.B. HALL, J. PINATEL, P. 1164 - 1165 (139)

أدلة أخرى، ولذلك فانه من الناحية التطبيقية لا يزال القضاء يعتبر الاعتراف سيد الأدلة (139).

والاعتراف يصدر من المتهم شفويا (140) امام القاضي وباللغة أو اللهجة التي يمكن للمحكمة والخصوم والشهود فهمها.

فاذا كان المتهم «يتكلم لغة أو لهجة أو لسانا يصعب فهمه على القضاة أو المترافعين والشهود، أو اذا اقتضت الضرورة بترجمة مستند أدلي به أثناء المناقشات (141)، عين الرئيس تلقائيا ترجمانا، والا فيترتب عن الاخلال بذلك البطلان، وتطبق على المترجم مقتضيات الفصل 112 (142) (الفقرة الثانية من الفصل 313).

«... واذا كان المتهم أصم أو أبكم يغير سير المناقشات بوجه يتيح له تتبعها بصورة مجدية، وتراعى في ذلك الكيفيات المنصوص عليها في الفصل 113».

وتقضي المادة 113 بأنه «إن كان الشاهد أصم أو أبكم فتقع الاسئلة والاجوبة كتابة وان كان لا يحسن الكتابة فيساعده ترجمان اعتاد التحدث معه أو عند عدمه فترجمان قادر على المفاهمة معه.

ويضمن في المحضر اسم هذا الترجمان العائلي والشخصي وسنه ومهنته ومحل سكناه واليمين التي أداها ويملي المحضر الترجمان نفسه».

وتكون هذه الحالات استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بوجوب صدور الاعتراف شفويا ومباشرة من طرف المتهم، اذ تراعى هنا ظروف الاشخاص المتهمين الذين لا يتكلمون اللغة أو اللهجة المفهومة من طرف المحكمة أو الخصوم أو الاشخاص المصائبين بالصم أو البكم حيث يتم اعترافهم إما كتابة أو بواسطة مترجم.

ثانيا : شروط الاعتراف :

ثمة شروط يجب أن تتوفر في كل من الاعتراف والمعترف وهي :

(140) وذلك حسب ما يستفاد من الفصل 289 م ج الذي ينص على أنه «لا يمكن للقاضي أن يبني مقرره الا على حجج عرضت أثناء الاجراءات ونوقشت شفاهيا وحضوريا أمامه».

(141) ينص الفصل 306 على أن المناقشات تجري حسب الشكل التالي مالم يرد نص خاص أو قرار من الرئيس بخلاف ذلك.

«يقدم المطالب بالحق المدني ان كان هناك مطالب طلبه بالتعويض عن الضرر وتقدم النيابة العامة ملتسماتها...»

(142) يمكن أن يعين المترجم إما بانتداب تلقائي من طرف القاضي أو بطلب من المتهم ويمكن ان يكون «كل شخص قادر على الترجمة وبالعمر 18 عاما على الاقل وغير مدعو لتأدية شهادة في القضية وان كان الترجمان غير ملحق فيجب أن يحلف على أن يؤدي الترجمة بوفاء. وفي حالة حدوث نزاع بشأن صحة الترجمة أثناء القيام بها (فالقاضي) أن يرى هل من المناسب تعيين ترجمان آخر» (الفصل 112 م ج).

«ويمكن للمتهم أو للنياية العامة أو المطالب بالحق المدني أن يجرحوا المترجم وقت تعيينه مع بيان موجب تجريحه.

وتثبت المحكمة في شأن هذا الطلب...» (الفقرة 3 و 4 من الفصل 313 م ج).

أ - يجب أن يصدر الاعتراف من المتهم على نفسه، لأن الاعتراف لا يجري إلا على المعتترف نفسه ولا يشمل غيره (143)، وبعد ما يقر به المتهم على غيره مجرد شهادة (144) أو قرينه (145) على متهم آخر، ولذلك فاعتراف أحد المتهمين بالفساد ينحصر أثره على المعتترف نفسه بالرغم من أن هذه الجريمة لا يمكن أن يرتكبها شخص بمفرده، فإذا أنكر المتهم الثاني، ولم تتوفر ضده أدلة أخرى مقبولة، وجب على المحكمة تبرئته.

ب - أن يصدر الحكم أمام قاضي الحكم، وهذا الشرط، كما أشرنا من قبل، هو الذي يصبغ الصفة القضائية على الاعتراف الذي تطلبه الفصل 493 ق ج. ويتم الادلاء بالاعتراف أثناء الاستنطاق الذي يقوم به القاضي للمتهم (146) في حالة حضور هذا الأخير (147).

لكن هل يعتبر الاعتراف المدلى به أمام قاض آخر في نفس الدعوى، والذي أنكره المتهم لدى القاضي الثاني كما في الحالة التي يتعذر على قاضي الحكم أن يشارك بنفسه في بقية جلسات الدعوى نظرا لانتقاله أو تجريحه أو مرضه أو غير ذلك، وهل يقبل أيضا الاعتراف الصادر من المتهم أما محكمة أخرى مثل التصريح بالمعاينة الجنسية لمدة طويلة الذي يقدمه الرجل أو المرأة لدى قاضي الأحوال الشخصية من أجل تدعيم انتساب الابناء لابيهم أو لغاية اثبات الرابطة الزوجية ؟

بالنسبة للمسألة الأولى، لا يوجد في القانون المغربي ما ينص صراحة على وجوب أو عدم وجوب اخذ القاضي الثاني بالاعتراف الصادر أمام القاضي الأول ولو أنكره المتهم، وبما أن وسائل الإثبات تخضع في الميدان الجنائي لسلطة القاضي التقديرية، وحرية في تكوين اقتناعه، فإن له الحق في الأخذ بالاعتراف الصادر من المتهم أمام القاضي الذي تعذر عليه الحضور أو إبعاده سواء أصر عليه المتهم أو أنكره.

وان ما تقضي به الفقرة الثالثة من الفصل 298 م ج التي تنص على أنه «في حالة تعذر الحضور على قاض أو أكثر أثناء النظر في القضية يعاد النظر من البداية»

(143) حافظ نور : ص 313. ذ. النصراوي : أصول المحاكمات. ج 2 ص 130. عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 94 - 95، والنظرية العامة للإثبات لنفس المؤلف ص 216 - 217. فتحي سرور : ص 356. حومد : ص 179. أبو الفتوح : شرح المسطرة ص 191. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 193. (144) مقال الخطاب م ق ق عدد 92 ص 8. النصراوي الذي يؤكد أن القضاء المصري قد استقر على اعتبار ما يبديه المتهم في حق غيره من المتهمين في نفس الدعوى من قبيل الاعتراف مستندا على نقض 1963/12/11. مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية س 11 ص 894. أصول المحاكمات ج 2 ص 130. (145) راجع ذ. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 192. حسن البغال : الجرائم المخلة بالأداب الطبعة الأولى ص 331.

(146) ينص الفصل 314 م ج «يستنطق الرئيس الشخص المتهم عن هويته ويخبره بالتهمة الموجه إليه» كما يمكن للقاضي أن يأمر بتلاوة الحجج والدلائل التي تركز عليها متابعتها عليه (الفصل 136 م ج). (147) لأن الاعتراف القضائي لا يمكن أن يكون إلا أمام القاضي وفي جلسة الحكم، أي أن حضور المتهم للجلسة ضروري، ولذلك نرى أن الحكم الغيابي أو بمثابة الحضور (الفصل 308 و 309 م ج) الذي يؤخذ المتهم بموجبه بجريمة الفساد، لا يمكن أن يكون قد استند على الاعتراف القضائي كوسيلة لإثبات الجريمة في حق المتهم.

يتعلق بإعادة مناقشة القضية عموماً من استنطاق للمتهم والاستماع للشهود والمطالب بالحق المدني أن وجد وممثل النيابة العامة ودفاع المتهم، حتى يتأتى للقاضي تكوين اقتناعه من هذه المناقشات التي وقعت أمامه فإذا استنتج منها أن المتهم أنكر بعد اعترافه أمام القاضي الأول لمجرد تضليل العدالة، أمكنه مؤاخذته تأسيساً على الاعتراف الصادر منه أمام القاضي السابق، مادام تكون الاقتناع لديه بأن اعتراف المتهم كان صادقاً في اقترافه لجريمة الفساد.

أما بالنسبة للمسألة الثانية، فإنه لا يمكن أن يؤخذ الاعتراف أمام المحكمة الشرعية أو غيرها إلا كواقعة فقط، سيما وأن الفصل 289 م ج يقضي بأنه «لا يمكن للقاضي أن يبني مقرره إلا على حجج عرضت أثناء الإجراءات ونوقشت شفاهياً وحضورياً أمامه» (148).

ج - أن يكون الاعتراف صريحاً وواضحاً، أي يدل دلالة واضحة على أن المتهم مارس العلاقة الجنسية غير المشروعة، بحيث لا يشوبه أي غموض أو لبس ولا يحتمل أي تأويل (149)، ولذلك لا يعد اعترافاً سكوت المتهم على وقائع كان عليه أن ينفيها أو يبيد فيها إيضاحاته كما لا يعد كذلك تركيب أقرار المتهم من بعض أقواله التي صرح بها في إجاباته المختلفة لأنه تحميل له بما لم يقصده من أقواله (150).

د - أن لا يثبت من مستندات الملف كذب الاعتراف، ولذلك يجب على القاضي أن يتخذ الاحتياطات اللازمة للتأكد من أن اعتراف المتهم بما ينسب إليه جاء معبراً عن واقعة حصلت فعلاً، لأن الاعتراف قد يكون غير صادق يدلي به صاحبه بدافع تحقيق رغبة يحرص عليها كتخليص المتهم الحقيقي من العقاب أو إبعاد نفسه من الاتهام بجريمة أخرى أشد أو رغبة في دخول السجن أو الإسراع بالمحاكمة أو التخلص من مشاكل اقتصادية أو اجتماعية يعانيها المتهم (151).

هـ - أن يكون المعترف متمتعاً بالتمييز والادراك والارادة الحرة، فالمعترف يجب أن يكون عاقلاً ومميزاً وقت صدور الاعتراف، وأن يقر وهو مختار الإرادة غير واقع تحت أي تأثير من شأنه أن يضطره للتصريح بما لا يرغب في قوله (152).

(148) تنص الفقرة الأولى من المادة 217 من قانون الإجراءات الجنائية «يعرني على أن «للمحكمة سلطة مطلقة في تقدير أقرار المتهم والاختصاص به سواء صدر أمامها أو أمام قاضي التحقيق أو أمام محكمة أخرى في الدعوى ذاتها أو في دعوى أخرى ولو عدل عنه بعد ذلك».

(149) أبو الفتوح : ص 291. حافظ نور : ص 304. عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 94 - 95 والنظرية العامة للأثبات لنفس المؤلف ص 216 - 217.

(150) ذ. النصراني : أصول المحاكمات ج 2 ص 134. ويخرج من إطار الاعتراف أيضاً الاستنتاجات غير مباشرة. فاضطراب المتهم أو سوء دفاعه لا يدل بالضرورة على أنه ارتكب الجريمة فعلاً، حسن البغال : الجرائم المخلة بالأداب، الطبعة الأولى ص 331.

(151) انظر في هذا الشأن ذ. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ط 1982 ص 193.

ذ. النصراني : أصول المحاكمات ج 2 ص 138. أبو الفتوح : شرح المسطرة ص 292. حافظ نور : م 314. المرصفاوي : ص 636.

(152) ذ. النصراني : أصول المحاكمات ج 2 ص 135. عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 94 - 95 ونظرية الأثبات لنفس المؤلف ص 216 - 217. فتحي سرور : 356. حومد : شرح المسطرة ص 178 - 180. حسن البغال : الطبعة الأولى ص 332. حافظ نور : ص 304. أبو الفتوح : شرح المسطرة ص 291.

فالقاضي، وإن سمح له القانون باستنتاج المتهم عن طريق طرح الاسئلة المتعددة والاستفسار عن الاسباب والوقائع المحيطة بالجريمة، فإن هذا لايعني ان القاضي بإمكانه استعمال وسائل الاكراه المعنوي من وعد ووعد أو أساليب التدليس والمخادعة التي تنتج عنها مغالطة المتهم وارتبأكه، مما يؤدي به الى التصريح بما لايرغب فيه. ثالثاً : تقدير الاعتراف :

يخضع الاعتراف كغيره من الادلة في المجال الجنائي للسلطة التقديرية للمحكمة، فالقاضي هو الذي يحدد قيمته الاثباتية بالنظر الى مدى صراحته، ومطابقته للواقع، وعلى أساس ذلك يمكنه أن يعتمد أو يستبعد مع تعليل قراره في كلا الحالتين (153). وبتعبير آخر، فإن تقدير المحكمة للاعتراف رهين بتقديرها لتوفر الشروط السالفة الذكر، فإذا اقتنع القاضي بوجودها تعين عليه مواخذة المتهم (154).

وللقاضي في اطار السلطة المخولة له في تقدير الاعتراف، أن يأخذ بهذا الاخير كما جاء على لسان المتهم أو يعتمد بعضه فقط، لان تجزئة الاعتراف، كما أسلفنا في موضوع الاعتراف المكتوب، جائز في المجال الجنائي (155).

لمبحث الرابع :

هل يمكن أن تثبت جريمة الفساد بأدلة غير مذكورة في الفصل 493 ق ج؟

الادلة السابقة هي الادلة التي تقبل ضد المتهم بالفساد، فإذا لم يتوفر في حقه دليل منها على الاقل، وجب الحكم ببراءته حتى ولو وجدت أدلة أخرى كالشهادة أو القرائن (156) واقتنع القاضي بنسبة الجريمة للمتهم، لان الفصل 493 ق ج واضح وصريح في كون جريمة الفساد لا تثبت الا ببناء على محضر التلبس أو اعتراف كتابي

(153) راجع قرار المجلس الاعلى رقم 313 س 22 الصادر بتاريخ 22 يناير 1979 الملف رقم 61792 الذي جاء فيه «ان لقضاة الموضوع السلطة في تقدير قيمة الاعتراف الصادر عن المتهم...» ق.م.ع عدد 30 ص 146

راج. ذ. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 193. ذ. النصراني : أصول المحاكمات ج 2 ص 139. جندي عبد المالك : الموسوعة ج 1 ص 120.

(154) أبو الفتوح : شرح المسطرة ص 293.

(155) راجع في هذا الشأن ما قلناه بمناسبة الكلام على تجزئة الاعتراف في المبحث السابق.

(156) ومن جملة القرائن التي يمكن أن تدل على ارتكاب الفساد الافتضاض أو الحمل، وهي أدلة غير مقبولة اثبات هذه الجريمة. أنظر في هذا المجال قرار المجلس الاعلى على عدد 536 ق.م.ع عدد 10 ص 93 وكذا الحكم صادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 79/4/19 تحت رقم 1204 والحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية فاس ملف رقم 13229 الصادر بتاريخ 1979/12/1 نعم بالنسبة للافتضاض إذا كان حديث الوقوع، يمكن أن تدخل - بحسب ما قد يخلفه من علامات وامارات ضمن الآثار والامارات التي تثبت مشاركة المتهم في الجريمة التي تكون إحدى حالات التلبس، إذا شاهد ضابط الشرطة القضائية هذه الآثار والعلامات على المتهم بعد مرور من قصير علم ارتكابه - لته (الفصل

صادر عن المتهم أو اعتراف قضائي (157).
وقد أكد المجلس الأعلى على هذا الحصر في مناسبات عديدة (158)، مما ينفي كل جدال أو تساؤل حول امكانية اثبات جريمة الفساد بأدلة أخرى غير مذكورة في الفصل 493 ق ج.

لكن الذي يبدو موضوع تساؤل هو الحالة التي يعتمد فيها القاضي في حكمه بالادانة على أحد الوسائل المحددة في الفصل 493 ق ج ويضيف في تعليقه وسائل أخرى غير مذكورة في هذا الفصل.
إن الموضوع كما يقول الاستاذ الخليلي (159) يتجاذبه مبدآن :

- المبدأ الأول هو عدم جواز اضافة أدلة أخرى لم تذكر في الفصل 493 ق ج، لان بناء الحكم على وسائل قانونية وأخرى غير قانونية يؤدي الى فساد التعليل بكامله أخذا بقاعدة «صالح الاسباب لايجوز الفاسد منها» ولان التجاء القاضي للوسائل غير المقبولة يدل على أنه لم يطمئن للدليل المنصوص عليه في الفصل 493 ق ج الذي توفر لديه، وهذا يجعل اقتناعه مرتكزا على وسائل غير مقبولة قانونا لاثبات جريمة الفساد مما يكون معه الحكم عديم الاساس.

- والمبدأ الثاني هو جواز اضافة أدلة أخرى غير مذكورة في الفصل 493 ق ج على أساس أنها مجرد تأكيد لاقتناع القاضي الذي ارتكز بصفة أساسية على احدى الوسائل الواردة في الفصل 493 على الأقل فهي اذا تعليل اضافي فقط لا يؤثر في التعليل القانوني (160).

ويظهر من خلال بعض قرارات المجلس الأعلى ان هذا الأخير يذهب الى المبدأ الثاني، فقد رفض في قراراتين له (161) الطعن بخرق الحكم المطعون فيه للفصل 493 الذي أدان المتهمين بناء على اعترافهما الوارد بمحضر الشرطة وعلى «القرائن والظروف وشهادة بنتي المتهمة بمرافقة المتهمين أثناء خروجهما، والحالة التي القي القبض عليهما فيها».

وقد علل المجلس رفضه للطعن بأن لمحكمة الموضوع سلطة تفسير هذه الوسائل

(157) هذا مع العلم أن بعض المحاكم الدنيا لاتحترم هذا الحصر وتصدر احكاما مؤسسة على وسائل غير قانونية، متخذة الاقتناع هو الاساس كما هو الشأن في الجرائم التي لم تحدد فيها وسائل معينة، ومن امثلة ذلك لحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة الذي اخذ المتهم بالفساد استنادا الى أن المتهمة معه في الجريمة قد اعترفت في سائر اطوار الدعوى واقامت بمنزله بعد الوضع حكم صادر بتاريخ 82/8/9 ملف رقم 82/3806. فالمحكمة هنا اعتمدت على قرائن لاترتكز على أساس قانوني في اثبات جريمة الفساد بالنسبة للمتهم.

(158) راجع المبحث الاول من هذا الفصل. راجع أيضا القرار عدد 313 الصادر بتاريخ 11 فبراير 1971. ملف عدد 27005.

(159) القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 193 - 194.

(160) ذ. الخليلي : القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 194.

(161) القرارين صادرين بتاريخ 1973/7/12 في الملفين رقم 36413 و 36413 مكرر.

مجتمعة ولإرقابة للمجلس الأعلى عليها في ذلك (162).

فالمجلس الأعلى إذن يسمح بضم وسائل الإثبات القانونية الى وسائل غير قانونية لإثبات جريمة الفساد، وتقديرها من طرف المحكمة لتكوين اقتناعها من كل الوسائل مجتمعة، وهذا يدل دلالة واضحة في نظرنا على خرق الفصل 493 ق ج الذي يستوجب ان تثبت جريمة الفساد بناء على الوسائل المذكورة فيه، وليس على غيرها سواء وجدت هذه الأخيرة بمفردها أو مضافة الى وسائل قانونية، خصوصاً وأن الفصل 493 ذكر بأن جريمة الفساد والخيانة الزوجية «لاتثبت الا بناء على محضر رسمي.....» فهو اشترط ان لاتثبت هاتين الجريمتين الا بالوسائل التي ذكرها دون غيرها اطلاقاً.

وعلى العموم، فان المؤاخذة بجريمة الفساد يجب أن تؤسس على واحد أو أكثر من الأدلة المحددة في الفصل 493 ق ج، ولايقبل ان يعلل الحكم بغير هذه الأدلة، اللهم في الحالة التي تذكر فيها الوسائل الأخرى بصفاتها عناصر أو وقائع يرتكز عليها القاضي للاقتناع بالوسيلة القانونية المتوفرة لديه، كما اذا اقتنعت المحكمة بصدق اعتراف المتهم في محضر الضابطة القضائية، وفي اطار اظهارها للوقائع والعناصر التي جعلتها تكون هذا الاقتناع ذكرت بعض القرائن كشهادة الشهود لاستخلاص صدق الاعتراف. فالمحكمة هنا استندت على شهادة الشهود بصفاتها بيانات للعناصر التي حملتها على الاقتناع بصدق الاعتراف، وليس باعتبارها وسيلة مباشرة لإثبات جريمة الفساد، أو باعتبارها تكون مجتمعة مع الاعتراف الذي هو وسيلة قانونية، اقتناع القاضي كما هو الحال في قراري المجلس الأعلى السالفي الذكر (163).

هذا وان الطعن في الحكم المؤسس على خرق الفصل 493 ق ج يقبل ولو لأول مرة أمام المجلس الأعلى طبقاً للمفهوم المعاكس للقرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 21 يونيو 1968 الذي يصرح في قاعدته أنه «لايقبل أمام المجلس الأعلى الوسيلة التي لاتخرج عن كونها مجادلة في صحيح الإثبات التي حظيت بقبول قضاة الموضوع في مادة لم يحدد فيها القانون وسائل اثبات معينة» (164).

(162) انظر كذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1975/4/21 ملف عدد 35673 بشأن الطعن في الحكم الاستئنافي الذي واخذ المتهم بجريمة الفساد، والذي لم يستجب لرغبة الطاعن باستدعاء «الشاكية وزوجها وكذا ابنتها للاطلاع على حقيقة الادعاء» حيث رفض المجلس الأعلى هذا الطعن معللاً ذلك بأن «أمر استدعاء الشهود في المرحلة الاستئنافية يرجع الى السلطة التي للمحكمة في هذا المجال، قلها أن تأمر باستدعائهم أن رأت في ذلك فائدة، أو تكتفي بما لديها من حجج ووثائق أن رأت فيه الكفاية وليس عليها ان تعطل ذلك تعليلاً خاصاً».

ذلك أنه بإمكان المحكمة ان تستدعي الشهود اذا رأت في ذلك فائدة لإثبات جريمة الفساد، مع أن شهادة الشهود وسيلة غير قانونية بالنسبة لهذه الجريمة، ولو كان على سبيل التأكد فقط. ويساير اتجاه المجلس الأعلى هذا محكمة النقض المصرية حسب ما جاء في أحد قراراتها الصادر بشأن دعوى الزنا بأن «لمحكمة الموضوع أن تكون عقيدتها مما تطمئن اليه من أدلة وعناصر في الدعوى، ولها أن تأخذ بأقوال الشهود ولو سمعت على سبيل الاستدلال متى اقتنعت بصحتها واطمأنت الى قدرتهم على التمييز...» نقض 1600 سنة 34 ق بتاريخ 1964/11/16. 15 - 679/134. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية خلال عشر سنوات ص 1420 هامش رقم 3.

(163) راجع الاستاذ أحمد الخليلي : القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني ص 194 - 195.
(164) الحكم عدد 107 سلسلة الاجتهاد القضائي، رشيد عبود، الجزء 12 ص 48 (رقم 18).

لذلك متى حدد القانون وسائل معينة لاثبات الجريمة كما هو الشأن في الفساد أمكن
الطعن في الحكم الذي خرق التحديد الوارد في القانون ولو لأول مرة أمام المجلس
الاعلى.

<http://iqraeli.blogspot.com>

الفصل الثاني :

تقييم تحديد المشرع لوسائل اثبات الفساد

سنتناول موضوع هذا الفصل من خلال مبحثين، نعرض في الأول اطار تحديد وسائل اثبات الفساد وغاية المشرع من هذا التحديد، وفي الثاني، ملاحظات متعلقة بوسائل اثبات الفساد بصفة عامة، وملاحظات متعلقة بكل وسيلة من الوسائل المبينة في الفصل 493 ق ج.

المبحث الاول :

اطار التحديد وغاية المشرع منه

أولا : اطار التحديد

يذهب بعض الشراح الى أن تحديد المشرع لبعض الادلة التي يلزم بها القاضي في اتخاذ قراره بالادانة، تعد رجوعا الى طريقة الاثبات القانوني التي كان معمولاً بها من قبل (1)، بينما يرى آخرون (2) أن المشرع، وإن كان قد قيد حرية القاضي في الاستناد على أية وسيلة من وسائل الاثبات، فإنه لم يقيد في تقدير القيمة الاثباتية للدلائل المحددة التي الزمه بها، بل تبقى للقاضي الحرية في تكوين قناعته بوقوع الجريمة ونسبتها للمتهم أم لا في طار الوسائل المحددة.

فالتحديد الوارد في الفصل 493 ق ج يقصد منه أن القاضي لا يمكنه أن يؤخذ المتهم بجريمة الفساد الا اذا أسس اقتناعه على أحد الوسائل المذكورة في هذا الفصل، أي أنه لو تولد للقاضي اليقين بارتكاب المتهم لجريمة الفساد، ولم يستطع الحصول على أي دليل من الادلة المحددة، فإنه لا يمكنه الا أن يحكم ببراءته (3)، بينما اذا لم يحصل على هذا الاقتناع، وبالرغم من وجود الادلة المذكورة، فإنه يستبعد هذه الاخيرة ويصرح ببراءة المتهم، لان الاقتناع الشخصي للقاضي هو العنصر الاساسي في القرار المتخذ في القضية المعروضة (4).

ويلاحظ أنه بالرغم من استبعاد المشرع القيمة الاثباتية للدلائل غير المذكورة في

(1) انظر مثلاً أبو الفتوح : شرح المسطرة ص 286.

(2) انظر فتحي سرور : ص 354. المرصفاوي : ص 603.

(3) وقد صدر عن المحكمة الابتدائية بفاس حكم تحت عدد 5282 بتاريخ 1979/9/15 صرح ببراءة المتهم في جريمة الخيانة الزوجية، وذلك بالرغم من أن وقائع الملف تذكر أن الزوج وجد شخصا غريبا في المنزل مع زوجته.

(4) انظر المرصفاوي : ص 603 - 4 - 6. حافظ نور : ص 296.

الفصل 493 ق ج وتأکید ذلك من طرف المجلس الاعلى (5)، فان بعض الاحكام مازالت تصدر مخالفة لنص القانون الصريح مثل ما صرحت به المحكمة الابتدائية بمكناس حيث قالت أنه «مادامت القرائن تدل على قيامها بما نسب اليها، وحيث يتبين من وثائق الملف ومن تصريحات الشهود وخاصة ابنتها المرسي بوشرا ومن وقائع النازلة أنها قامت بالخيانة الزوجية مما يجب معه ادانتها» (6).

فالحكم لم يتضمن أية وسيلة من وسائل الاثبات المحددة في الفصل 493 ق ج بل يذكر القرائن وشهادة ابنة المتهم، وهي أدلة ليست لها حجة في اثبات جريمة الخيانة الزوجية.

وبالرجوع لصياغة الفصل 493 ق ج نجد أن المشرع ذكر الادلة الثلاثة السالفة الذكر مستعملا بين كل وسيلة وأخرى كلمة «أو» مما يدل على أن جريمة الفساد يمكن أن تثبت بأية وسيلة أو أكثر من الوسائل المذكورة.

لكن هل يعني الترتيب الوارد لهذه الادلة، أن حجيتها في الاثبات مرتبة حسب التسلسل الذي ذكرت به ؟ أي هل يعني ذلك أن محاضر ضبط الشرطة القضائية المحررة في حالة التلبس تفوق من حيث القوة الإثباتية الاعتراف المتضمن في الاوراق والمكاتيب الصادرة عن المتهم، وهذه تفضل أيضا على الاعتراف القضائي، أو أنها متساوية في دلالتها وأن سردها على هذا النحو كان عرضا وبدون هدف.

ان الاخذ بالمفهوم الاول يؤدي بنا الى نتيجة غير معقولة، لانه مادامنا نقول بأن الحكم بالمؤاخذة يجب أن يرتكز على الاقتناع اليقيني بحدوث الواقعة المطروحة وهذا يتطلب طبعا اطمئنان القاضي للوسيلة التي ارتكز عليها، فانه في الحالة التي يؤاخذ فيها المتهم بناء على الوسيلة الثانية أو الثالثة، يكون الحكم حسب هذا المفهوم قد ركز على أساس وسيلة ليست في مستوى الوسيلة الاولى من حيث الحجية وهذا يضعف اقتناع القاضي واطمئنانه لقراره بالادانة مما يكون معه الحكم غير مرتكز على أساس قانوني، ويزيد هذا المفهوم بعدا عن العدالة في الحالات التي يؤاخذ فيها المتهمان اللذان ارتكبا فيما بينهما جريمة الفساد مع اختلاف أدلة ثبوت جريمة كل منهما عن الآخر كما هو الشأن مثلا في الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش (7) الذي أدين فيه الرجل بناء على اعترافه لدى الضابطة القضائية (أي الاعتراف المتضمن في المكاتيب والاوراق) والمرأة بناء على اعترافها القضائي. فحسب المفهوم السابق تكون جريمة الرجل ثابتة بدليل أكثر حجية من دليل جريمة المرأة، لان الاعتراف المتضمن في المكاتيب والاوراق ذكر في الفصل 943 ق ج قبل الاعتراف القضائي.

(5) راجع الحكم عدد 220 بتاريخ 8 يناير 1970 السالف الذكر.

(6) الحكم عدد 3083 بتاريخ 1972/12/13.

انظر في نفس الموضوع الاحكام المشار اليها في آخر الفصل السابق.

(7) حكم عدد 39448 صادر بتاريخ 1980/2/4.

لذلك فالمنطق يقتضي الأخذ بالمفهوم الثاني للتساؤل الثاني الوارد أعلاه واعتبار وسائل اثبات جريمة الفساد والخيانة الزوجية المذكورة في الفصل 493 ق.ج متساوية من حيث القوة الإثباتية.

ثانيا : غاية المشرع من التحديد :

يعد تحديد وسائل اثبات جريمة الفساد والخيانة الزوجية من الاستثناءات النادرة التي سلكها المشرع في الميدان الجنائي، وهذا يستوجب بالضرورة وجود غاية تبرر مسلك المشرع هذا.

ومع افتقارنا للأعمال التحضيرية للقانون الجنائي المغربي، حاولنا البحث عن أصل الفصل 493 ق ج في القانون الفرنسي الذي استمد منه المشرع المغربي أغلب نصوصه فلم نجد هناك ما يطابقه، إذ أن الفصل 338 من القانون الجنائي الفرنسي (8) حدد وسائل الإثبات بالنسبة لشريك الزوجة الزانية (9) فقط، أما الزوج والزوجة وكذا شريكة الزوج، فيمكن اثبات جريمتهم بأي دليل من الأدلة المقبولة في الميدان الجنائي. كما أن نفس الفصل قرر لهذا الإثبات وسيلتين فقط هما محضر التليس والاعتراف الكتابي، بينما أخضع المشرع المغربي كلا الطرفين في العلاقة الجنسية في جريمة الفساد والخيانة الزوجية للوسائل المعينة في الفصل 493 ق ج كما أضاف وسيلة الاعتراف القضائي للوسيلتين المنصوص عليهما في الفصل 338 ق ج ف(10).

(8) جاء في الفقرة الثانية من الفصل 338 ق ج ف : « Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité seront outre le flagrant delit, celles résultant de lettres ou autre pièces écrites par le prévenu. »

(9) وهو نفس الاتجاه الذي ذهب فيه كثير من التشريعات العربية مثل القانون المصري في المادة 276 ق.ع. والسوري في المادة 473 ق ع والاردني في المادة 276 ق ع واللبناني في المادة 487 ق.ع.

وقد انتقد الفقه هذا الاتجاه التشريعي في فرنسا وبعض الدول العربية، لأن تحديد أدلة الزنا بالنسبة لشريك الزوجة وحده يمكن أن يؤدي إلى إدانة الزوجة دون شريكها في حالة عدم توفر وسائل الإثبات المحددة، ضد الشريك وثبوت زنا الزوجة بواسطة القرائن أو الشهود مثلا وهما دليلان لم يتضمنهما التحديد بالنسبة للشريك، مع أن جريمة الزنا لا تقبل بطبيعتها أن ترتكب من شخص بمفرده. انظر في هذا الشأن.

Garraud- traité pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale. Recueil Sirey. Nouveau tirage 1929 T.1 P. 522 - 523

حافظ نور ص 299 الذي يذكر من بين الشراح الفرنسيين الذين انتقدوا موقف المشرع الفرنسي جارسون وشوفو وهيلي، ومن بين الشراح المصريين مصطفى القللي وزكي العرابي ومحمود مصطفى وعدلى عبد الباقي.

(10) هذا مع العلم أن جريمة الزنا قد حذفت من نصوص القانون الجنائي الفرنسي بموجب القانون رقم 617-75 بتاريخ 11 يوليوز 1975. الفصل 17.

انظر ملخصا عن تطور العقاب على الزنا في القانون الفرنسي الى حدود مرحلة ما قبل الالغاء. Garraud, Traité Théorique T.1 P. 576 - 577

وقد صرح الفقيه الفرنسي لوفاسور بمناسبة لقاء له مع مجموعة القانون الجنائي بكلية الحقوق بالرباط في دجنبر 1983، بأن النصوص المعاقبة على الزنا ظلت عدة سنوات قبل إلغائها سنة 1975 غير مطبقة في المحاكم، لأنه لم يعد ينظر لفعل الزنا على أساس أنه يكون خطرا اجتماعيا يستحق العقاب عليه جنائيا، بل يكفي أن ينظر فيه من الناحية المدنية.

وأمام انعدام التطابق هذا، لم نستطع القول بوجود غاية موحدة هدف إليها كل من المشرع المغربي والفرنسي (11) في تحديد وسائل إثبات الزنا.

ونعتقد أن المشرع المغربي حاول التوفيق في هذا المجال بين الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الفرنسي، فجاء الفصل 493 ق ج ينص من جهة على تعميم وسائل الإثبات المحددة بالنسبة لكلا طرفي العلاقة الجنسية غير المشروعة سواء كانت فسادا أو خيانة زوجية، كما هو الشأن في الشريعة الإسلامية (12)، على خلاف القانون الفرنسي الذي جعل التحديد قاصرا على شريك الزوجة الزانية، ومن جهة أخرى، عين ثلاثة أدلة، وهي محضر التلبس والاعتراف الكتابي والاعتراف القضائي والتي تضمن الفصل 338 ق ج ف الدليل الأول والثاني منها فقط، في حين تأخذ الشريعة الإسلامية بالاعتراف القضائي (القرار) كدليل على الزنا إلى جانب الشهادة، وهما الدليلان المجمع عليهما في الفقه الإسلامي.

والذي يبدو قريبا من المنطق في تبرير غاية المشرع المغربي من تحديد وسائل إثبات الفساد والخيانة الزوجية، هو الرغبة في تقليص المتابعة بهذه الجرائم، لأن افساح المجال لإثباتها بجميع الوسائل، مع الأخذ بعين الاعتبار ما تكتسبه هاتين الجريمتين من طبيعة خاصة (13)، سيؤدي إلى كثرة المتابعات بها، مما ينتج عنه أضرار اجتماعية خطيرة.

ففي حالة عدم التقيد بالوسائل المحددة، يمكن أن تؤسس المتابعة بجريمة الفساد أو الخيانة الزوجية على مجرد بعض الشبهات التي يعتقد معها وجود اتصال جنسي بين

(11) لم تتمكن من العثور على بحث أو رأي يوضح الهدف الذي كان يتوخاه المشرع الفرنسي من تحديد وسائل الإثبات بالنسبة لشريك الزوجة الزانية.

وقد ذكر بعض الأشخاص الذين استفسرتهم عن الموضوع بأنهم يعتقدون أن المشرع الفرنسي حدد أدلة إثبات زنا الشريك محاولة منه لتقليص عمليات الطلاق، مادام الزنا يكون أحد الأسباب التي يؤسس عليها طلب الطلاق في القانون الفرنسي.

وهذا هدف يمكن أن يتحقق لو أن المشرع الفرنسي حدد وسائل الإثبات لكلا طرفي العلاقة الجنسية في الزنا سواء كان زوج أو زوجة أو شريك أو شريكة أما اقتصر التحديد على الشريك فقط فلا نعتقد أنه يستجيب لهدف التقليص من عمليات الطلاق. وقد ذهب عطية راغب - النظرية العامة للإثبات ص 208 - بالنسبة للقانون المصري إلى أن غاية المشرع من تحديد أدلة الشريك هي عدم افساح المجال للنيل من سمعة الأفراد وشرفهم، وتضييق امكانية المتابعة بجريمة الزنا نظرا لارتباطها بالعرض والاخلاق.

أما مصطفى القللي فيرى أن ما يقال من أن الغاية من تضييق أدلة إثبات زنا الشريك يرتكز على خطورة التهمة وتعلقها بالعرض هو تبرير ضعيف لشذوذه عن القواعد العامة والا يجب تعميم التحديد بالنسبة للزوجة والشريك معا، أصول تحقيق الجنايات الطبعة الثانية ص 54. انظر حافظ نور ص 299.

(12) الشريعة الإسلامية كما سنرى لا تفرق في إثبات الزنا بنوعيه (للمحصن ولغير المحصن) بين الرجل والمرأة أو الشريك والفاعل الأصلي بل أن الأدلة التي يثبت بها الزنا تهم جميع المتهمين وهذا ما اقترحه حافظ نور بمناسبة انتقاده لموقف المشرع المصري من تحديد أدلة الزنا معللا ذلك بأن هذه الجريمة لا تقبل التجزئة بطبيعتها. ولذلك ليس من المنطق موازنة الزوجة دون الشريك بالزنا لتوفر وسائل الإثبات ضد الزوجة دون الشريك ص 297.

(13) تتجلى الطبيعة الخاصة هنا في السرية التي تمارس بها هاتين الجريمتين وعدم تركها مخلفات تدل دلالة واضحة على اتیانها.

الرجل والمرأة، كمصاحبتة لها الى السينما أو الى نزهة أو رحلة سياحية، أو ضبطهما في منزل بمناسبة زيارة أحدهما للآخر الى غير ذلك من حالات الاتصال بين الرجل والمرأة التي تولد الاعتقاد بوجود علاقة جنسية بينهما.

ويمكن أن تعتمد المحكمة في ادانتها للطرفين بالفساد أو الخيانة الزوجية على مجرد مثل هذه القرائن التي لاتدل دلالة واضحة ومباشرة على وجود الاتصال الجنسي بين المتهمين، كما يمكن أن تستبعد القرائن المؤسسة عليها المتابعة وتحكم ببراءة المتهمين.

وسواء قررت المحكمة ادانة الطرفين أو براءتهما، فإن مجرد متابعة الرجل والمرأة بأحد الجريمتين يحدث اضرارا اجتماعية متعددة كالتصدع العائلي والانحراف الذي ينتج مثلا عن طلاق الزوج لزوجته وما يؤدي اليه غالبا من ضياع للابناء والزوجة، أو عن فشل مشروع زواج المتهمه أو عن خروجها من المنزل وارتماؤها في أحضان الانحراف النسوي نتيجة هروبها أو طردها من العائلة كرد فعل على ما الحقته بأفرادها من اهانة ووصف بانعدام الاخلاق والعرض، الى غير ذلك من النتائج المترتبة عن مجرد المتابعة التي لاتقوم على دليل مباشر وقوي في نسبة الجريمة للمتهم، خصوصا اذا كان هذا الاخير امرأة، بالنظر لما يتطلبه المجتمع المحافظ من المرأة أكثر من الرجل من حفاظ على الاخلاق والعرض وما يصفها به من دناءة واحتقار هي وأهلها في حالة اتهامها باحدى جرائم العرض.

فهذه الاعتبارات هي التي دفعت في رأينا المشرع المغربي لحصر أدلة الفساد والخيانة الزوجية في محضر التلبس والاعتراف الكتابي والقضائي بصفتها وسائل تدل دلالة مباشرة لاثبات هاتين الجريمتين.

وعلى العموم، وبصرف النظر عن غاية المشرع من التحديد، سواء في القانون المغربي أو المقارن، فإن الوسائل المعينة لاثبات الزنا في جميع القوانين التي أخذت بالتحديد، تتميز - في مجال الزنا - أكثر من غيرها من وسائل الاثبات المقبولة في الميدان الحثائي بالدلالة المباشرة والقوية على اقتراف العلاقة الجنسية مثل التلبس والاعتراف القضائي، مما يدل على الحذر الذي اتخذه المشرع في المؤاخذة بهذه الجريمة، التي لايتولد الاقتناع بارتكابها حقيقة الا اذا وجدت أدلة مادية ومباشرة تؤكد ممارسة العلاقة الجنسية فعلا.

المبحث الثاني

ملاحظات حول التحديد

أولا : ملاحظات حول التحديد بصفة عامة :

أ - بالرغم من أن المشرع حصر وسائل اثبات جريمة الفساد ومنع القاضي الاستناد

في مؤاخضة المتهم على غيرها، فانه أبقي تلك الوسائل خاضعة لتقدير القاضي ومدى اقتناعه واطمئنانه اليها، شأنها في ذلك شأن الاثبات بالنسبة لجميع الجرائم، اذ ان تقدير القيمة الاثباتية لوسائل الاثبات المحددة في الفصل 493 ق ج يرجع لسلطة القاضي التي لارقابة للمجلس الاعلى عليه في ذلك.

لذلك فالحصر الذي سلكه المشرع يقتصر مفعوله في كون القاضي اذا قرر المؤاخضة بجريمة الفساد لا يمكنه أن ينفي حكمه على غير الوسائل المحددة في الفصل 493 ق ج. أما تقدير هذه الوسائل في حد ذاتها ومدى دلالتها في حدوث الجريمة فعلا، أم عدم دلالتها على ذلك، فانه لم يتناوله التحديد في شيء، بل بقي متروكا لسلطة القاضي، فالتحديد اذن لم ينزع من القاضي سلطة الاقتناع الوجداني وحرية في ادانة المتهم أو تبرئته الا في حدود ضيقة.

ب - اذا كان التحديد في القانون المغربي ينطبق على طرفي العلاقة الجنسية غير الشرعية على السواء (14) فانه يلاحظ مع ذلك أنه يؤدي في بعض الاحيان الى ادانة متهم بجريمة الفساد دون المتهم الثاني الذي تصرح المحكمة ببراءته، ويتحقق ذلك مثلا في الحالة التي يتوفر لدى المحكمة تجاه أحد المتهمين وسيلة من الوسائل المذكورة في الفصل 493 ق ج، في حين لايتوفر لديها تجاه المتهم الثاني احدى تلك الوسائل الثلاثة، كأن تعترف المرأة لدى الضابطة القضائية أو لدى القضاء، بينما يصر الرجل على انكاره في جميع المراحل، ولم يكن المتهمان قد ضبطا متلبسين بالفعل أو يوجد ضد الرجل محرر كتابي يعترف فيه بالفساد، فتضطر المحكمة لادانة المرأة تأسيسا على اعترافها بينما تصرح ببراءة الرجل لعدم توفر أدلة قانونية ضده.

واذا كان هذا الاتجاه يطابق القانون، فانه، كما أشرنا من قبل، يتنافى مع الواقع والمنطق (15)، ذلك أن جريمة الفساد تقوم على اتيان علاقة جنسية، وهذه لايمكن أن

(14) على عكس بعض التشريعات الاجنبية التي تحدد وسائل الاثبات بالنسبة لشريك الزوجة الزانية.. انظر الهامش رقم 9 من هذا الفصل.

(15) ان هذه الملاحظة تخص الحالة التي يتابع فيها المتهمان معا ولا يوجد فيها أي مبرر قانوني آخر يمنع مؤاخضة أحدهما وتقرر المحكمة ادانة أحد المتهمين لتوفر أدلة الاثبات القانونية ضده، في حين تبرئ المتهم الثاني لاتعدام أدلة الفساد ضده، اذ لايقصد هنا الحالات التي تواخذ فيها المحكمة أحد المتهمين وتقرر عدم ادانة المتهم الآخر لاتنفاذ القصد الجنائي لديه مثلا أو الحالة التي تتابع فيها النيابة العامة أحد أطراف العلاقة الجنسية غير الشرعية فقط، كما هو شأن الحكم الذي أيده المجلس الاعلى بقراره رقم 418 بتاريخ 79/3/8 في الملف الجنائي رقم 52564 حيث أسس الطاعن طلبه على أن الفصل 490 ق ج ينص على العلاقة الجنسية بين شخصين «وأن انعدام الشريك في المتابعة يجعل جريمة الفساد غير متوفرة الاركان لانها لاتتأتى من شخص واحد» ومما جاء في قرار المجلس الاعلى في رده على هذه الوسيلة انه «يكفي لقيام جريمة الفساد وجود الشخص الآخر الذي مورس معه العمل الجنسي ولو لم تقع متابعة (الشريك) فتكون المحكمة على صواب حين قضت بمعاقبة الطاعن وحده من أجل جريمة الفساد نظرا لعدم متابعة شريكه في الجريمة» مجلة المحاماة، هيئة المحامين بالمغرب سنة 14، العدد 20 شتبر - اكتوبر 1982 ص 140.

وقد منعت بعض القوانين امكانية متابعة أحد المتهمين بالزنا دون الآخر كقانون العقوبات القطري الذي نص في آخر الفصل 214 على أنه «يشترط ملاحقة الشريكين في الزنا معا» وقانون العقوبات السوري في الفصل 475 وقانون العقوبات الفلسطيني في المادة 335.

يرتكبها شخص بمفرده، مثل ما هو الشأن في جريمة المؤامرة (16)، فكيف يمكن للقاضي أن يحكم بادانة شخص على فعل لا يمكن أن ينطبق عليه الوصف الاجرامي الا اذا مورس مع شخص آخر، في حين يصرح ببراءة هذا الاخير ؟

ان العيب لا يعود الى مسلك القاضي بقدر ما يتعلق بالحصر الوارد في الفصل 493 فالقاضي حينما يدين المتهم الذي توفرت في حقه الوسائل القانونية يكون عمله قانونيا، وحينما يبريء المتهم الآخر يكون عمله قانونيا أيضا، لانه لم يجد أي دليل من الادلة المعترف بها في الفصل 493 لاثبات جريمة الفساد ليؤسس عليه حكمه بالمؤاخذه في حالة ما اذا اقتنع بأنه مارس فعلا مع المتهم الآخر العلاقة الجنسية.

لذلك، مادامت وسائل اثبات الفساد محددة بالشكل الوارد في الفصل 493 ق ج فإنه لا مناص من أن تصدر المحاكم مثل هذه الاحكام التي يعوزها المنطق والواقعية، اللهم الا اذا تدخل المشرع ليحد من هذا التناقض عن طريق وضع قاعدة تمنع مؤاخذه أحد طرفي العلاقة الجنسية بمفرده، أي أن الادانة بجريمة الفساد يجب أن تشمل كلا المتهمين بها، بحيث اذا لم تتوفر وسائل الاثبات القانونية ضد أحدهما، وجب الحكم ببراءة المتهم الآخر ولو وجدت ضده أدلة اثبات منصوص عليها في الفصل 493 ق ج.

ثانيا : ملاحظات متعلقة بالوسائل المحددة في الفصل 493 ق ج

سبق القول أن غاية المشرع من اختيار الوسائل الثلاثة المذكورة في الفصل 493 ق ج هي جعل الحكم بالمؤاخذه يرتكز على وسائل مادية وملموسة، تدل مباشرة بصفة لا لبس فيها على حدوث الواقعة، أي ضرورة حدوث الايلاج.

واذا أمعنا النظر في الوسائل المحددة في الفصل 493 ق ج وخصوصا وسيلتي المحضر المحرر في حالة التلبس، والاعتراف المتضمن في المكاتيب والاوراق الصادرة عن المتهم، نجد أن تحقق هاتين الوسيلتين كثيرا ما يكون متعذرا.

أ - فبالنسبة للمحضر المحرر في حالة التلبس، سبق القول أن هذا الاخير يجب أن تثبت مشاهدته بواسطة ضابط الشرطة القضائية، وبصرف النظر عن كثير من العراقيل التي يحتمل وقوعها (17)، فإنه لو تصورنا أن الضابط حضر الى المنزل مثلا

(16) نص الفصل 175 ق ج على أن «المؤامرة هي التصميم على الفعل متى كان متفقا عليه ومقررا بين شخصين أو أكثر» فالمؤامرة اذن حسب ماورد في تعريفها هذا لا يمكن أن ترتكب من شخص واحد، ولذلك اذا ثبتت براءة أحد المتهمين بها تعين الحكم ببراءة المتهم الثاني.

ذ. الخليلي : شرح المسطرة ، ج 2 ص 299.

(17) لان حضور ضابط الشرطة الى مكان الحادث مرهون غالبا باخباره بوقوع الجريمة، فلا يمكن أن تتصور أن ضباط الشرطة القضائية، ولو كثر عددهم، يترصدون الاشخاص في أبواب المنازل والاماكن الخاصة، ويستطيعون التعرف على الاشخاص المشبوه فيهم بسهولة حتى يتتبعوا خطواتهم الى أن يضبطوهم في حالة تلبس.

ثم ان الاشخاص لايجرأون على اخبار ضباط الشرطة الا اذا كانت لهم مصلحة في ذلك تفوق ماقد يتصلون به من جراء اخبارهم رجال الشرطة من مشاكل كضياع الوقت وتلقي أسئلة الضابط ومصاحبه لعين المكان، وتحمل وقوع الحزازات التي قد تتولد لهم مع المتهم أو المتهمين ... الخ.

فانه مضطر لان يستأذن بالدخول، واذا دخل فهل من المعقول أن نتصور أن دخوله لن يحدث ازعاجا في المنزل يوقف أي نشاط خصوصا اذا كان اجراميا، أو أن المتهمين لن يأبها لوجود شخص غريب، سيما اذا علمنا أن العمليات الجنسية، ولو مورست في اطارها الشرعي، تتخذ بشأنها احتياطات السرية، فبالاخرى أن تكون غير شرعية ؟

ثم انه لو تصورنا في أبعد احتمال أن الضابط عاين المتهمين في ظروف تحمل على ممارستهما للنشاط الجنسي (كأن يجمعهما فراش واحد وهما في حالة عراء) فهل لديه ما يؤكد أن الايلاج، الذي اشترطه الفقه في الوطء المكون للركن المادي للجريمة، قد وقع فعلا ؟

ان كل مايمكن أن يشاهده ضابط الشرطة غالبا هو نوع من التمازح والحركات التي لاتدل بصفة قطعية على حدوث الوطء.

هذا عن حالة التلبس الاولى والتي أطلق عليها بعض الفقه التلبس الحقيقي على اعتبار أن المتهم يشاهد أثناءها وهو يمارس نشاطه الاجرامي بدون شك.

أما بالنسبة لحالات التلبس الاخرى، كأن يوجد المتهم بعد وقت قصير من ارتكاب فعلته وعليه علامات أو امارات تدل على مشاركته في ارتكاب الجريمة، فهذه تبعد أكثر عن الدلالة القطعية على اتيان العلاقة الجنسية.

فالعلامات أو الامارات التي يمكن أن تضبط على المتهم، والتي يحتمل ان يكون صاحبها قد مارس علاقة جنسية هي مثلا بقايا الافرازات المنوية على الملابس الداخلية للمتهمين أو على بعض اعضائهما أو على الفراش، أو تلتخ بعض أعضاء الرجل بدم الحيض، أو وجود ملابسهما مختلطة وملقى بها جانبا، أو وجود أحدهما على الأقل في حالة عراء. فكل هذه العلامات لاتدل دلالة قاطعة على أن المتهم او المتهمين اللذين وجدت عليهما قد مارسا علاقة جنسية فعلا.

ان الوقائع التي يشاهدها ضابط الشرطة القضائية في جميع الحالات التي يطلق عليها التلبس، هي في الغالب مجرد قرائن تدل دلالة غير قطعية على ممارسة العلاقة الجنسية أي أنه يحتمل أن يكون المتهم الذي شوهد في ظروف معينة قد ارتكب فعلا الركن المادي للجريمة الذي هو الايلاج أو أنه لم يزاوله نهائيا، فالتمازح الجنسي ولو في حالة عراء، والعناق والقبلات والافرازات الجنسية لكل من المتهمين ولو علقت بالمتهم الآخر، يمكن أن تقع كلها بدون أن يحدث الايلاج، خصوصا اذا أخذنا بعين الاعتبار بعض أشكال تلبية الغريزة الجنسية التي لا يحدث فيها ايلاج، مع مراعاة الحالة التي يكون فيها المتهمان أثناء التهييء والاثارة الجنسية حيث يكون الوطء لم يتم بعد، الى غير ذلك من الاحتمالات التي تستبعد قيام المتهمين بالركن المادي للجريمة، مع لعلم أن هذه الانشطة الغريزية لاينطبق عليها وصف العلاقة الجنسية كما حددها الفقه، ولا يمكن متابعة أصحابها بمحاولة جريمة الفساد لانها غير معاقب عليها.

نخلص من هذا أن التلبس الذي اعتبره المشرع وسيلة مادية وملموسة ضد المتهم

بالفساد يبعد في غالب الحالات، ومهما توخينا الدقة، عن دلالة على الممارسة الحقيقية للركن المادي للجريمة حسب المفهوم الذي خصه به الفقه الذي هو ضرورة حصول الايلاج.

لذلك، فجميع الاحكام التي تدين فيها المحاكم المتهمين بالفساد على أساس محضر التلبس، دون أن يشهد ضابط الشرطة القضائية في محضره بأنه عاين المتهمين في حالة اتصال جنسي حقيقي، هي أحكام تعوزها الدقة واليقين لأنها مؤسسة على مجرد الافتراض والاستنتاج غير المبني على التأكد.

ب - وبالنسبة للاعتراف الذي تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم، فإن الاطمئنان اليه كدليل على الاتيان الفعلي للعلاقة الجنسية يصطدم ببعض العراقيل : من جملتها، الكيفية المعبر بها في تلك المكاتيب أو الأوراق، إذ أن هناك كثير من التعابير التي قد تدل في نظر القاضي على ممارسة العلاقة الجنسية بصفة واضحة، في حين أن كاتبها قصد بها مجرد بعض الافعال التي لا ترقى الى درجة الاتصال الجنسي، كما أن هناك بعض العبارات والرموز التي يستبعد احتمال دلالتها على ارتكاب الفساد، ومع ذلك يكون صاحبها قد قصد بها العلاقة الجنسية، وإنما اكتفى في التعبير عن ذلك بالتلميح والاشارة بدل الوضوح والبيان.

ومن جملتها أيضا، صعوبة التأكد من صدق ما دون في هذه المكاتيب والأوراق، خصوصا في حالة انكار ما جاء فيها من طرف المتهم أو ادعائه أنه حررها على سبيل المزاح والهزل أو كرد فعل عاطفي أو انتقامي.

ومن الناحية العملية، فإن المجال التطبيقي للاعتراف المتضمن في المكاتيب والأوراق الصادرة عن المتهم، كما سبق القول، هو الاعتراف المتضمن في محاضر الشرطة القضائية بمناسبة قيامهم بالبحث التمهيدي، وغالبا ما يكون المتهم أثناء هذا البحث مصابا بنوع من الارتباك وعدم التركيز الذي يؤثر في حريته واختياره في الكلام، مما يدفع به في بعض الاحيان الى الاعتراف بما يخالف الحقيقة.

لذلك فإن القاضي مطالب باتخاذ الاحتياطات الكافية للتأكد من أن اعتراف المتهم لدى الضابطة القضائية لم يكن تحت تأثير أي ضغط أو تهديد من شأنه أن يؤثر في مطابقة أقوال المتهم للحقيقة.

ج - أما بالنسبة للاعتراف القضائي، فهو في نظرنا، أقوى دليل يمكن أن يطمئن اليه القاضي في حكمه بالمؤاخذة، لأنه إذا توفرت شروطه السابق ذكرها، فإن المسؤولية تبقى على عاتق المعترف نفسه إذا كان كاذبا أو يهدف الى تحقيق غاية أخرى، لم تستطع المحكمة الوصول اليها، لأن اعتراف المتهم أمام القاضي، يصدر منه وهو عالم ومقدر لما يترتب عن تصريحاته من ادانة بالجريمة المتابع بها وما سيطبق عليه من عقوبة.

كانت هذه مجمل الملاحظات بشأن وسائل الاثبات التي اختارها المشرع كأدلة لها حجة أقوى من غيرها على ارتكاب جريمة الفساد، وقد رأينا خلال عرض هذه الملاحظات، أن الأدلة المختارة لا تحقق غاية المشرع إلا في حدود ضيقة.

الفصل الثالث :

اثبات الفساد (الزنا) في الشريعة الاسلامية :

سنتولى في هذا الفصل اظهار السمات الاساسية لادلة اثبات جريمة الزنا في الشريعة الاسلامية، وذلك من خلال ثلاثة مباحث، نخصص الاول للادلة المجمع عليها وشروطها، والثاني للادلة المختلف فيها، والثالث لبيان أوجه الشبه والاختلاف في أدلة اثبات الفساد بين الشريعة الاسلامية والقانون الجنائي المغربي.

تمهيد :

يتميز موقف الشريعة الاسلامية بنوع من التشدد في اثبات الجرائم بصفة عامة تطبيقا لقوله عليه السلام : «ادروا الحدود بالشبهات»، وجريمة الزنا بصفة خاصة⁽¹⁾ نظرا لاشتراطها في حالة الاثبات بالشهادة ان يكون عدد الشهود أربعة رجال، وهو عدد لم يتطلبه في بقية الجرائم. كما عاقبت القاذف بالزنا الذي يعجز عن اثباته بأربعة شهود يشهدون على ادعائه⁽²⁾.

والادلة التي يمكن أن يثبت بها الزنا في الشريعة الاسلامية منها ما هو متفق عليه وهو الاقرار والشهادة ومنها ما هو مختلف فيه كالحمل واللعان⁽³⁾.

(1) وذلك لما لجريمة الزنا من مساس بعفة المسلم وطهارته وما يترتب عنها في حالة الاتهام بها دون اقامة الدليل من مضرة بينة ونفي للنسب واشاعة للفاحشة، وقد نهى الله تعالى المسلمين عن ذلك بقوله : «ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا، لهم عذاب اليم في الدنيا والآخرة، والله يعلم وأنتم لا تعلمون» (سورة النور، الآية 19).

أنظر في هذا المجال : مجلة دراسات قانونية تصدر عن هيئة التدريس بكلية الحقوق جامعة قاريونس ليبيا، المجلد الرابع السنة الخامسة 1978 عدد خاص حول تشريعات الحدود ص 304.

- انظر عبد العظيم شرف الدين ص 41.
- انظر أيضا فتحي بهنسي : نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي ص 10 - 11 وكذلك حافظ نور : ص 325 كما حثت الشريعة الاسلامية على توخي السر في حق الدين اخطاوا ثم تابوا لقوله تعالى «والذين اذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم...» (سورة آل عمران آية 135) ولقوله عليه السلام : «من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فان من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله» البخاري ج 7 ص 142 وقوله كذلك : «ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والآخرة».

(2) قال الله تعالى :
«والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة» (سورة النور آية 4).

انظر المجلد ج 11 ص 260.

(3) حافظ نور ص 325.

أدلة الزنا المجمع عليها :

أدلة الزنا المجمع عليها في الشريعة الاسلامية هي الاقرار والشهادة (4)

أولا : الاقرار :

أ - تعريفه :

يعرف الاقرار بصفة عامة بأنه اخبار بحق للغير على المخبر سواء كان الحق ماليا أو غير مالي وسواء كان للخالق أو للمخلوقين (5).

وقال الله تعالى فيه : «وليمل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبغض منه شيئا» (سورة البقرة آية 282) وقال أيضا «يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم» (سورة النساء آية 135).

والاقرار بالزنا هو اخبار المقر على نفسه بالزنا (6)

وقد قيل الرسول عليه السلام اقرار ماعز الاسلمي والغامدية وفي حديث العسيف (7)، كما أمر أبو بكر بجلد رجل غير محصن أقر بالزنا (8) ولم ينكره أحد من الصحابة أو الائمة.

ولذلك فالاقرار مقبول لاثبات الزنا بالكتاب والسنة والاجماع (9).

ب - شروط الاقرار : للاعتداد بالاقرار، يجب أن تتحقق فيه بعض الشروط، وهذه الشروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه.

(4) راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي. ج 2 الباب الثالث من كتاب الزنا تحت عنوان معرفة ما ينسب به الزنا ص 429.

كتاب الفقه على المذاهب الاربعة، عبد الرحمن الجزيري، المجلد الخامس ص 70 هامش 1.

(5) انظر حافظ نور ص 339.

وعرفه فتحي بهنسي بأنه «اخبار بحق لآخر لاثبات له عليه، وهو خبر يتردد بين الصدق والكذب، فهو خبر باعتبار ظاهره ولذلك لا يكون حجة فيجب أن يرافقه ما يعززه أو ينفيه من حجج، والراجع في الاقرار اخبار» نظرية الاثبات ص 137.

(6) عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 32.

(7) انظر حديث ماعز الاسلمي.

انظر حديث الغامدية.

انظر حديث العسيف.

(8) فتحي بهنسي : نظرية الاثبات ص 137.

(9) انظر حافظ نور ص 340. وفتحي بهنسي نظرية الاثبات ص 137.

(1) الشروط المتفق عليها :

الشرط الاول : البلوغ والعقل : فلا يقبل اقرار الصغير أو المجنون أو المعتوه لقوله عليه السلام : رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل» ، كما أن النبي ص سأل ماعزا حينما أقر لديه بالزنا : أبك جنون ؟

ويقاس على المجنون السكران الذي لا يعي مايقول، وقد اشترط بعض الفقهاء، ومنهم الشافعي أن لا يكون السكر اختياريا.

الشرط الثاني : صدور الاقرار بصفة مختارة : أي يلزم أن يعترف الزاني بإرادة حرة وطائعة غير واقع تحت أي اكراه سواء كان ماديا أو معنويا.

الشرط الثاني : صدور الاقرار بصفة مختارة : أي يلزم أن يعترف الزاني بإرادة حرة وطائعة غير واقع تحت أي اكراه سواء كان ماديا أو معنويا.

الشرط الثالث : صدوره بصفة صريحة : أي يدل تصريح المعترف على حقيقة الفعل الذي هو الزنا بدون ابهام ولاغموض، حتى لا تكون هناك شبهة تدرأ الحد (10)، وقد سأل النبي ص ماعزا «هل تدري ما الزنا» قال نعم أتيت منها حراما كما يأتي الرجل من امرأته حلالا ثم قال : حتى ذهب ذلك مني في ذلك منها كما يذهب الرشاء في البئر والمرود في المكحلة» (11).

(2) الشروط المختلف فيها :

الشرط الاول : التكرار : ذهب الحنفية والحنابلة وابن أبي ليلى إلى أن الاقرار يجب أن يتكرر من المقر أربع مرات، وزاد أبو حنيفة وأصحابه أن يصدر الاقرار في أماكن مختلفة مستنديين على حديث ماعز والغامدية اللذين اعترفا أمام رسول الله ص أربع مرات (12)، وجاء عند الجزيري أنهم اعتبروا الاقرار مثل الشهادة التي يطلب

(10) فقد توجد شبهة، كأن يكون المقر قد أتى أحد الافعال التي لا ترقى إلى درجة الوطء وهذه لا تعد زنا أو يكون قد وطئ امرأة وادعى أنها امرأته وانكرت هي الزوجية والوطء فلا يعد زنا أيضا لانه لم يقر بالزنا. عبد العظيم شرف الدين ص 107.

(11) راجع في هذه الشروط : زاد المعاد ج 3 ص 206. الجزيري : المجلد 5 ص 82 هامش رقم 1 فتحي بهنسي : نظرية الاثبات ص 141 وما بعدها. عبد العظيم شرف الدين : ص 105 وما بعدها. ويضيف هذا الأخير بأنه لا يعتد بالاقرار متى ثبت كذب صاحبه، كما إذا أقر الرجل بالزنا وظهر أنه مجبوب أو أقرت المرأة وظهر أنها رتقاء فلا حد عليهما لعدم تصور الزنا منهما، أما الخصى والعنق فان أقر فيحدان لامكانية صدور الزنا منهما. ص 106 - 107. انظر أيضا حافظ نور ص 343 - 346. عطية راغب : الجرائم الجنسية ص 32 وما بعدها. (12) فماعز رد اعترافه أمام رسول الله ص أربع مرات، وبعد الرابعة سأل عليه السلام، أبك جنون ؟ ثم أمر برجمه. أما الغامدية فأنها قالت : يا رسول الله، اني قد زنيته فطهرني وانه ردها فلما كان من القد قالت : يا رسول الله لما تردني ؟ لعنك ان تردني كما تردد ماعزا، فوالله اني لحبلى، فقال ص اما الآن فأذهبي حتى تلدي، فلما ولدته أتته بالصبي في خرقة، وقالت هذا قد ولدته، قال أذهبي فارضيه حتى تطفميه فلما تطفمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز فقالت هذا يانبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام، فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها.

فالغامدية اعترفت أربع مرات : قبل الوضع (مرتين) وبعد الطهر وبعد الفطام. انظر السرخسي المجلد الخامس ص 91 - 93 وجاء فيه أيضا أن الحنفيين يردون على من يتمسك بحديث العسيف أن النبي ص حينما قال اغد يا

فيها أن تكون من أربعة شهود (13).
أما مالك والشافعي وأبو داود وأبو نور والطبري، فقالوا بأنه يكفي في الإقرار الذي يلزم به حد الزنا أن يصدر مرة واحدة، مستندين على حديث العسيف الذي أمر فيه الرسول ص أنيس الأسلمي أن يغدو على امرأة الرجل الذي اختصم لديه، فإن اعترفت فليرجمها، قلما اعترفت رجمها، ولم يذكر في الحديث تكرار الاعتراف أربع مرات. (14)

وجاء عند الزرقاني أن النبي ص سمع أقرار ماعز أربع مرات لأنه استنكر عقله، ولذلك أرسل إلى قومه يسأل عن عقله (15).

الشرط الثاني : الرجوع عن الإقرار : قال الحنفيون والشافعيون والحنابلة بقبول رجوع المقر عن إقراره، ولا يوقع عليه الحد سواء تم الرجوع قبل توقيع الحد أو بعد البدء فيه، استنادا لما روي عن النبي ص أنه رد ماعزا (والغامدية) بقوله لعلك قبلت لعلك فاخذت عسى أن يرجع المعتبر عن إقراره، ولأنه قال عليه السلام «ادروا الحدود بالشبهات» والرجوع في الاعتراف فيه شبهة (16).

وقد روى أن ماعزا لما مسته الحجارة هرب قلما تبعوه، قال ردوني إلى رسول الله ص ولكنهم قتلوه رجما، قلما حكوا ذلك لنبي الله محمد، قال هلا تركتموه حتى يتوب فيتوب الله عليه (17).

وخالف هذا الرأي ابن أبي ليلى وعثمان البتي، إذ قالوا بإقامة الحد على المعتبر رغم رجوعه عن إقراره (18).

أما مالك فقد فرق بين ما إذا كان رجوعه يستند إلى شبهة حيث يقبل ولا يقام عليه الحد، وبين ما إذا كان لا يستند إلى شبهة، وهنا جاءت روايتان، والراجح منهما أنه يقبل

أنيس. وهو من أصحاب رسول الله، فإن اعترفت فارجمها، كان من المفروض أن أصحاب رسول الله يعرفون اعتراف الزنا وهو أربع مرات ص 93.
- انظر رخصة الأمة في اختلاف الأئمة. لابن عبد الله العثماني الشافعي. الطبعة الثانية ص 277.
- انظر زاد المعاد في هدي خير العباد ج 3 ص 206. بداية المجتهد ونهاية المقتصد للقرطبي ج 3 ص 429 . 430.

(13) الجزيري ج 5 ص 82 . 83.

(14) راجع النسوقي ج 4 ص 318. الام للشافعي ج 6 ص 132 . 135. أبي عبد الله العثماني الشافعي ص 273. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ص 429 . 430. الجزيري : ج 5 ص 82 . 84.

(15) الزرقاني ج 4 ص 81. انظر في هذا المجال ابن تيمية في الفتاوى ج 28 ص 333 . 334.

(16) الجزيري ج 5 ص 87.

(17) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 430. المرخسي المجلد الخامس 94.

(18) الجزيري ج 5 ص 87. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 430.

الشرط الثالث : النطق : أي هل يعتد باقرار الآخرس.

فرق فقهاء الشريعة بين ما اذا كان الآخرس لا تفهم عباراته أو اشاراته مطلقا وهذا أجمع على عدم حده لانه لا يتصور منه اقرار، وبين ما اذا كانت اشاراته واضحة أو تفهم بالكتابة فذهب الحنفية الى أنه مرفوض مطلقا (لاتصح الشهادة عليه به) لانه شبهة، وقال الشافعي وأبو القاسم وأبو نور، عليه الحد لان من صح اقراره بغير الزنا صح اقراره به كالناطق، فهو مخاطب كالأعمى وأقطع اليدين والرجلين (20).

الشرط الرابع : التقادم :

ذهب جمهور الفقهاء الى أن الاقرار لا تسقط حجة بمضي الوقت عليه ولو طال، فالاعتداد به يبقى ذا مفعول ولا ينمحي.

وذهب زفر وبعض الاحناف الى أنه يشترط في اقامة الحد على المقر أن لا يكون الاقرار قد مضى عليه التقادم.

الشرط الخامس : تكذيبه من الطرف الآخر : فإذا أقر الرجل بالزنا وكذبت المرأة أو أقرت المرأة وكذبها الرجل، فهل يعتد باقرار المقر أم لا ؟

المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان (21 م) قالوا باقامة الحد على المقر ولا يحذ المكدب لعدم ثبوت الزنا في حقه. وقد روى الامام أحمد في مسنده، وأبو داود عن سهل بن سعيد رض أن رجلا أقر عند النبي ص بالزنا وسمى له المرأة فأرسل النبي ص للمرأة فسألها فانكرت، فأقام عليه الحد وتركها هي (22).

وقال أبو حنيفة لا يقام الحد على المرأة والرجل معا لان الزنا فعل واحد فيما بينهما اشترك فيه الزانيان معا فان سقط الحد عن أحدهما للانكار أو الشبهة سقط عن

(19) الجزيري ج 5 ص 87. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 430. أبي عبد الله الشافعي ص 274.

وجاء في الزرقاني أنه يقبل رجوعه عن الاقرار اذا كان في ذلك شبهة سواء قبل الحد أو بعده وهروبه قبل الحد لا يسقطه إذ يوتى به ويقام عليه الحد، أما هروبه أثناء اقامة الحد فيسقطه لانه بعد ذاقه العذاب دال على الرجوع ص 81 من ج

- انظر نفس الاتجاه الدسوقي ج 4 ص 318 - 319.

راجع كذلك بالنسبة للاتفاق والاختلاف في الرجوع عن الاقرار، ابن تيمية في الفتاوى ج 28 ص 334.

(20) انظر المرخيسي : المجلد الخامس ص 98. المقني ج 10 ص 171. عبد العظيم شرف الدين ص 106 - 107.

حافظ نور ص 347 - 348.

(21) الصاحبان هما محمد بن حسن الشينى وأبو يوسف ابراهيم الكوفي اللذان ينتميان للمذهب الحنفي.

(22) كما روى أبو داود والنسائي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلا من بكر بن الليث أقر عند النبي ص أربع مرات وكان بكرا فجلده مائة جلدة ثم سأل المرأة فقالت كذب يا رسول الله فجلده حد القذف ثمانين جلدة.

انظر الجزيري ج 5 ص 85 - 86. عبد العظيم شرف الدين ص 107.

ومنهم من استدل بحديث ماعز حيث لم يسأل رسول الله ص المرأة التي أقر أنه زنى بها إذ لو كان جوابها ضروريا في اقامة الحد أو عدمه لسألها. حافظ نور ص 350.

الشرط السادس : الاقرار في مجلس القضاء : ذهب جمهور الفقهاء الى عدم اشتراط ثبوت الاقرار أمام المحاكم بل يكفي أن تقوم البيئة العادلة عند الحاكم على صدوره منه حتى يقام عليه الحد، مستنديين الى حديث العسيف الذي أمر فيه رسول الله ص - أنيسا أن يغدو الى امرأة الرجل الذي اختصم لديه فان اعترفت فيرجمها.

وذهب أبو حنيفة الى اشتراط صدور الاعتراف أمام القاضي (24).

هذا وبالرغم من الاختلاف حول هذه الشروط فان الملاحظ ان فقه الشريعة الاسلامية قد اتفق حول الشروط المتطلبة في الاعتراف في القوانين الوضعية حرصا من هذه وتلك على أن يكون الاعتراف صادرا من مميز عاقل وبصفة واضحة ولا لبس في دلالة على حدوث النشاط الاجرامي فعلا (25).

ثانيا : الشهادة :

أ - تعريفها : يطلق الفقه عدة تعاريف للشهادة منها أنها «اخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة (26)» أو أنها «اخبار صادق بحق على غيره لغيره بلفظ أشهد» (27).

ولا يشترط في الشهادة ان تؤدي أثناء قيام الدعوى كما هو الشأن في القوانين الوضعية، لان الدعوى لا تقدم في الشريعة الاسلامية الا من مستحق، والزنا حق لله تعالى، فلو توقف الادعاء بها على المستحق لتعذرت اقامتها (28).

والاصل في الشهادة أنه مأمور بأدائها وعدم كتمانها لقوله تعالى «كونوا قوامين لله شهداء بالقسط» (سورة النساء، آية 135) ولقوله أيضا «ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه اثم قلبه» (سورة البقرة آية 283).

الا أن كتمانها في حق من أخطأ وتاب أمر مستحب توخا للستر على المسلمين لقوله عليه السلام «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة» ولانه قال ص - لهزالة الاسلامي عندما شهد عنده «لو سترته بثوبك، وفي رواية أخرى، بردائك لكان خير لك» (29). أما اللذين يصرون على خطئهم ويباهون بمعصيتهم فلا يجب في حقهم الستر.

(23) راجع الجزيري : ج 5 ص 85 - 87.

حافظ نور ص 350 - 351.

(24) حافظ نور ص 351، وقد ذكر فتحي بهنسي تفصيلا مخالفا لما ذكر في المتن نظرية الاثبات ص 159.

(25) راجع الشروط المتطلبة في الاعتراف في المبحث المخصص للاعتراف القضائي.

(26) شرف الدين ص 46.

(27) حاشية الباجوري ج 2 ص 356 مذكورا بواسطة حافظ نور هامش رقم 2 ص 356. وقد عرفها الشرح

الصفير بأنها «اخبار عدل حاكم بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه سواء كان ما علمه يتعلق بحقوق الله تعالى

أو بحقوق الادميين» ج 2 ص 377 مذكور بواسطة حافظ نور هامش رقم 3 ص.

(29) حافظ نور 327.

(29) شرف الدين ص 41. فتحي بهنسي : نظري الاثبات ص 16 - 17.

ويجب أن لاتضر الشهادة بصاحبها لقوله تعالى «لا يضار كاتب ولا شهيد» (30) (سورة البقرة آية 282).

وإذا شهد المسلم فيجب أن يشهد بما يعلم، فقد نهى الله تعالى عن الشهادة بغير العلم (31) لقوله تعالى «ولا تقل ما ليس لك به علم» (سورة الاسراء آية 85) وقوله أيضا «ولا تلبسوا الحق الباطل وتكتموا الحق وانتم تعلمون» (سورة البقرة آية 42). ويجب على القاضي إذا اطمأن للشهادة وتأكد من توفر شروطها أن يحكم بموجبها إذا لاجوز تأخير الحكم بها (32).

ب - شروط الشهادة : شروط الشهادة هي أيضا كشروط الاقرار منها المتفق عليها ومنها المختلف فيها بين فقهاء الشريعة الاسلامية (33).

1) الشروط المتفق عليها وهي :

الاسلام، البلوغ، العقل، الذكورة، الحرية، العدل، البصر، القدرة على الكلام، عدد الشهود أربعة، أن يصفوا الزنا بما يفيد تحقق وقوعه (34). وسنقتصر بكلمة موجزة عن الشرطين الاخيرين لما لهما من أهمية أكثر في الموضوع :

الشرط الاول : أن يكون عدد الشهود أربعة : ف جريمة الزنا، كما أشرنا من قبل، هي الوحيدة من بين الحدود التي تطلب فيها الشرع الاسلامي لاقامة الحد أن يصل نصاب الشهود الى أربعة لقوله تعالى : «واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» (سورة النساء، آية 15)، ولقوله أيضا «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة» (سورة النور آية 4). وقوله تعالى أيضا «لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء» (سورة النور آية 13).

واشترط عدد الاربعة في شهود الزنا دليل على خطورة الاتهام بهذه الجريمة،

(30) فتحي بهنسي : نظرية الاثبات ص 19.

(31) شرف الدين ص 49.

(32) ماعدا في ثلاثة أمور، أولها رجاء الصلح بين الاقارب، وثانيها استمهال المدين وثالثهما إذا كان عند القاضي ريب. فتحي بهنسي : نظرية الاثبات ص 14.

(33) راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص 430 - 431.

«رحمة الامة في اختلاف الائمة» للشافعي ص 274 - 275 الجزيري ج 5 ص 70 وما بعدها.

(34) نشير هنا الى أن من هذه الشروط ما يعد شرطا في تحمل الشهادة كالعقل والبصر عند بعض الفقهاء ومنها ما يعد شرطا في أدائها بالاضافة الى شروط التحمل كالعدالة والحرية والاسلام والذكورة.

كما أن من هذه الشروط ما هو عام أي يشترط في الشهادة على العموم كالاسلام والعقل والحرية - لعدل ومنها ما هو خاص بالزنا كالذكورة وعدد الشهود أربعة.

- انظر فتحي بهنسي : نظرية الاثبات ص 21 - 44.

شرف الدين ص 71 - 182

وتوخيا من الله تعالى للستر على عبادته (35).
 وإذا لم يكتمل عدد الأربعة امتنع الحد عن المشهود عليه، وقال بعض الفقهاء بحد
 الشهود الذين لم يصلوا عدد الأربعة حد القذف (36)، بينما ذهب البعض الآخر إلى
 عدم حدهم لأنهم ليسوا قذفة، ولأنه لو أقيم حد القذف على الشاهد لسد باب الشهادة على
 الزنا (37).

الشرط الثاني : وصف الزنا بحقيقته : يتطلب من الشهود أن يصفوا فعل الزنا كما
 هو فيشهدون برؤية الوطاء، أي بمعاينة فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة (38).
 والقاضي مطالب باستفسار الشهود عن الزنا، ماهو وكيف هو، وأين زنا، ومن زنا،
 وبمن زنا، وكيف زنا، حتى لا يشتبه الزنا باللمس مثلا أو بأحد أنواع الوطاء الحرام
 الأخرى، أو يكون العهد قد تقادم عليه أو يكون الزنا قد تم في دار الحرب مما يخرج
 عن ولاية الامام أو يكون هناك نكاح شبهة (39).

وجاء في المبسوط (40) أن عمر رضّ شهد عنده أبو بكر وشبل بن معبد ونافع
 ابن الارزق على المغيرة بن شعبة رضّ، بالزنا فقال لزياد وهو الرابع «بم تشهد ؟»
 فقال : «أنا رأيت أقداما بادية وأنفاسا عالية وأمرأ منكرا» وفي رواية قال «رأيتهما تحت
 لحاف واحد يتخفضان ويرتفعان ويضطربان اضطراب الخيزران» وفي رواية «رأيت
 رجلا أقعى وامرأة صرعى ورجلين مخصوبتين وانسانا يذهب ويجيء ولم أر سوى
 ذلك» فقال عمر رضّ «الله أكبر الذي لم يفضح واحدا من أصحاب رسوله».
 فهذا دليل على أن كل هذا الوصف الذي جاء على لسان الرابع، لم يكن يؤكد وقوع

-
- (35) السرخسي : المجلد الثاني، ص 38، الزرقاني : ج 7 ص 81. الدسوقي : ج 4 ص 319. الام للشافعي
 ج 5 ص 137.
 (36) للمزيد من الايضاح انظر السرخسي : المجلد الخامس ص 47 والام للشافعي ج 6 ص 137.
 (37) المحلى ج 11 ص 260 - 263 وجاء فيه أنه لا يوجد نص قرآني أو سنة صحيحة متعلقة بجلد الشاهد في
 الزنا إذا لم يكن معه غيره، فالقاذف ليس شاهدا والشاهد ليس قاذفا ص 261. انظر التفصيل في الاراء المختلفة
 في الموضوع : الجزيري ج 5 ص 82.
 رحمة الامة في اختلاف الائمة ص 275.
 ومن الاحاديث المروية في الموضوع ما جاء في الام للشافعي أنه ورد عن مالك عن سهيل عن أبيه عن أبي
 هريرة عن سعيد بن عباد قال : «يارسول الله أرأيت ان وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى أتى بأربعة شهداء؟
 قال رسول الله نعم ص 137.
 (38) الدسوقي : ج 4 ص 319. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 340. والام للشافعي : ج 6 ص 155.
 وذكر فتحي بهنسي حديثا نبويا قال فيه «إذا رأيت مثل الشمس فاشهد والا فدع» ص 13 - 14.
 (39) السرخسي : المجلد الخامس ص 38. الجزيري : ج 5 ص 74. وجاء فيه أن المالكية قالوا بأن الشهود
 يجب أن يتحدثوا في وصف الزنا من اضطجاع أو قيام أو قعود أو هو فوقها أو تحتها في مكان كذا، في وقت كذا،
 ولا بد من ذكر ذلك كله للحاكم على انفرادهم بعد تفرقهم قبل الاداء بأمانة.. ولا بد أن يقولوا أدخل الذكر في الفرج
 كالمرود في المكحلة ... «ص 74»
 (40) السرخسي : المجلد الخامس ص 38.

الزنا حقيقة وهو الوطء أي الايلاج (41).
ويجب أن تتم الشهادة بالتصريح القولي لا بالكتابة (42).

(2) الشروط المختلفة فيها :
وتتلخص في الزمان والمكان الذي تم فيه الزنا، ومجلس الادلاء بالشهادة وهل يقبل أن يكون الزوج أحد الشهود الأربعة، وهل يشترط أن تؤدي الشهادة فور مشاهدة الحادث ويكفي أن نحيل في شرحها على ما كتب فيها مفصلاً مع اختلاف آراء الفقه في ذلك (43).

المبحث الثاني :

أدلة الزنا المختلف فيها :

أولاً : الحمل :

اختلف الفقهاء في ظهور الحمل على المرأة التي لازوج لها، هل يعد اثباتاً للزنا أم لا ؟
فذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل إلى عدم حدها، لأن حملها يمكن أن يكون ناتجاً عن شبهة أو استكراه (44)، كما يمكن أن يتسرب ماء الرجل في فرجها بدون وطء، أما بفعلها أو بفعل الغير، إذ لا يستبعد أن تحمل البكر دون وطء (45).
ويستندون في ذلك إلى ما روي عن عمر أن امرأة جاءتته حاملاً وقالت : «اني امرأة ثقيلة الرأس، وقع علي رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد، وما روي عنه أيضاً أنه خلى سبيل امرأة حامل ادعت الاستكراه (46).
أما الإمام مالك (47)، فقال بأن الزنا يثبت بظهور الحمل على المرأة غير المتزوجة بالزوج الذي يلحق به الحمل، أما التي لا يلحق الحمل بزوجها كالأصغير أو

(41) يقول ابن تيمية في مجموعته : «ان شهد شاهد أنه رأى الرجل والمرأة والصبي في لحاف أو في بيت مرحاض أو راهما مجريدين أو محلولي السراويل، ويوجد مع ذلك ما يدل على ذلك، من وجود اللحاف قد خرج عن العادة إلى مكانهما، أو يكون مع أحدهما أو معهما ضوء قد أظهره فراه فأطفأه، فإن أطفأه دليل على اختفائه بما يفعل، فإن لم يكن يستغنى به إلا ما شهد به الشاهد كان ذلك من أعظم البيان على ما شهد به» ج 15 ص 306.
ويبدو أن ابن تيمية لا يتمسك بوجوب التأكد في الشهادة من مطابقتها للزنا حقيقة.

(42) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 430.

(43) انظر مثلاً حافظ نور ص 335 - 337.

الجزيري ج 5 ص 70 وما بعدها.

بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 430 - 431.

رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص 274 - 1275.

(44) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 430 - 431.

رحمة الأمة في اختلاف الأئمة ص 274 - 275.

(44) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ص 431. ابن تيمية ج 28 ص 336. شرف الدين ص 116.

(45) مجلة دراسات قانونية، هيئة التدريس بكلية الحقوق، ليبيا، مجرع سابق ص 320.

(46) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ق 431.

مجلة دراسات قانونية، ليبيا ص 320.

حافظ نور ص 353.

(47) الدسوقي ج 4 ص 319.

المجبوب فتحد إذا ظهر عليها الحمل، وتحد كذلك المرأة التي ولدته كاملاً لاقل من ستة أشهر ابتداء من تاريخ دخول الزوج بها. هذا ما لم تكن مستكرهة، وتأتي بقرينة على استكراهها، كأن تكون بكراً فتأتي وهي تدمي أو تأتي المرأة مستغيثة أو تظهر عليها امارات الاستكراه (48).

ويسند المالكية قولهم هذا (49) الى ماروي عن عمر بن الخطاب أنه قال «الرجم واجب على كل من زنا من الرجال والنساء إذا كان محصناً، إذا قامت البينة أو الحبل أو الاعتراف» والى ماروي عن عثمان بن عفان أنه «أتى بامرأة ولدت لستة أشهر فأمر بها أن ترجم لولا أن عرض له ابن أبي طالب فتلاً عليه قوله تعالى «وحمله وفصاله ثلاثون شهراً» (سورة الاحقاف آية 15). وهذا يدل على أنه كان سيرجمها بحملها (50).

ثانياً : اللعان :

اختلف الفقهاء أيضاً حول ثبوت الزنا باللعان، فمنهم من قال بأن الزنا يثبت في حق الزوجة التي لاعنها زوجها وصدقته أو امتنعت عن اللعان، وهذا مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة.

فالزوج عندهم إذا قذف زوجته وامتنع عن اللعان (51) حد حد القذف طبقاً لما قاله عليه السلام لهلل بن أمية حين قذف زوجته «إما البينة أو حد في ظهرك» وإذا لاعن الزوج وامتنعت الزوجة عن اللعان أو صدقته في ذلك، فيلزمها حد الزنا، لأن الزاني يحد بالاقرار، وهي بامتناعها أو تصديقها تكون قد أقرت، ثم أن الآية تقول «ويدرا عنها العذاب». أي ان اللعان يدرأ عنها عذاب حد الزنا، فإذا لم تلاعن ثبت في حقها الزنا.

ومنهم من قال بعدم حد الزوجة إذا لم تلاعن زوجها أو صدقته في قذفه وهذا

(48) انظر بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 340. شرف الدين ص 116 - 117 ويقول ابن تيمية (ج 28 ص 336) ان هذا هو مذهب الخلفاء الراشدين.

(49) وذلك حسب ما جاء في مجلة هيئة التدريس بكلية الحقوق، ليبيا ص 319 حيث تستند المجلة الى ما جاء في المغنى لابن قسطة ج 10 ص 192 وما بعدها، والشرح الكبير ج 10 ص 208.

(50) وري عن علي رضي الله عنه قال «الزنا زناان: الزنا سر والزنا علانية، فالزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى، وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف، فيكون الامام أول من يرمى» مجلة هيئة التدريس، ليبيا، ص 1319.

(51) جاء عند الجزيري أن «اللعان في اللغة : الابعاد. يقال لعنه الله أي أبعد من رحمته، وهو مصدر لاعن يلاعن ملاءنة، وفي الشرع هو مختص بملاءنة تجري بين الزوجين بسبب مخصوص بصفة مخصوصة. ص 106.

واللعان حكم الله تعالى في القذف الذي يرمى به الزوج زوجته وقد قال تعالى فيه «والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرا عنها لعذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين (سورة النور. آية 716 - 718). وهذه الآيات استتساخ لقوله تعالى «والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون» (سورة النور، آية 4).

مذهب الحنفية لان امتناعها عن اللعان أو تصديقها لزوجها لا يعد اقراراً، فهي لا تترك
وانما تركت اللعان. وهذا الترك ليس اقراراً، ولان الاقرار عندهم لا يتم الا بتكراره أربع مرات،
فتصديقها لزوجها لا يعد اقراراً، ولا يجوز اقامة حد القذف على الزوج، بل يحبس حتى
يلاعن لانه وجب عليه بنص القرآن، الا اذا كذب الزوج نفسه، فيجلد انذاك بصفته
قاذفاً، ويجب على الزوجة أيضاً ان تلاعن اذا لاعن زوجها لوجوبه عليها كذلك
بالقرآن، فاذا امتنعت حبست حتى تلاعن أو تصدقه، ولكنها لا تحدد حد الزنا الا اذا
أقيمت عليها البينة بأربع اقرارات أو أربعة شهود (52).

المبحث الثالث :

مقارنة بين اثبات الفساد في ق ج المغربي والشريعة الاسلامية :

نختم هذا الفصل ببيان أوجه الالتقاء والاختلاف الرئيسية بين وسائل اثبات جريمة
الفساد في الشريعة الاسلامية والقانون الجنائي المغربي.

أولاً : أوجه الالتقاء : بالنسبة لأوجه الالتقاء نلاحظ ان القانون المغربي يتفق مع
الشريعة الاسلامية في النقاط التالية :

(1) كلا التشريعين يعامل جريمة الفساد بصفة متميزة عن معاملة الجرائم الأخرى
من . بث التشدد في اتخاذ الاحتياطات لاجل التأكد من صدور الفعل حقيقة عن المتهم.

وتتجلى هذه المعاملة الخاصة في أن كلا من القانونين حدد وسائل اثبات معينة لهذه
الجريمة لايجوز اثباتها بغيرها، فهي بالنسبة للشريعة الاسلامية تقتصر على الاقرار
وشهادة الأربعة رجال (وهذا هو مذهب جمهور الفقه) وبالنسبة للقانون الجنائي
المغربي تنحصر في التلبس والاعتراف الصادر عن المتهم كتابة والاعتراف القضائي.

(2) ان كلا القانونين سوى بين الرجل والمرأة (أي طرفي العلاقة الجنسية) حيث
أخضع فعلهما لوسائل واحدة وهذا عكس ما فعلته كثير من التشريعات الوضعية كقانون
العقوبات المصري والفرنسي والسوري الذي حدد وسائل اثبات الزنا بالنسبة لشريك
الزوجة الزانية فقط، أما الزوجة، أو الزوج اذا ارتكب الفعل مع إمرة غير متزوجة،
فيخضع اثبات زناهما لجميع الوسائل المقبولة للاثبات في الميدان الجنائي، وهذا
التمييز ليس له تبرير يستند الى أساس معقول.

(3) ان جريمة الفساد والخيانة الزوجية (زنا المحصن وغير المحصن) يخضعان في
كلا القانونين لنفس وسائل الاثبات المحددة، فاثبات الزنا في الشريعة الاسلامية جاء
بصفة عامة لا يميز بين زنا المحصن وزنا غير المحصن، كما أن الفصل 493 ق ج

(52) الجزيري ص (108 - 109).

انظر بعض ما يخالف هذا التفصيل. مجلة (دراسات قانونية) هيئة التدريس. ليبيا ص 321.

حدد وسائل الإثبات بالنسبة لجريمة الفساد المنصوص عليها في الفصل 490 ق ج
وجريمة الخيانة الزوجية المنصوص عليها في الفصل 491 ق ج.

ثانيا : أوجه الاختلاف :

نلاحظ في هذا الشأن :

(1) أن القانون الجنائي أخذ بأدلة لم تأخذ بها الشريعة الإسلامية كالمحضر المحرر في حالة التلبس وكذا الاعتراف الصادر عن المتهم كتابة، كما أن الشريعة الإسلامية أخذت بشهادة أربعة رجال، وهذه لم يعتمدها القانون الجنائي المغربي في إثبات الفساد. ومن الملاحظ أن هناك نوع من التشابه بين محضر معاينة حالة التلبس الذي أخذ به المشرع المغربي كدليل على الفساد وبين الشهادة التي أخذت بها الشريعة الإسلامية ذلك أنه في كليهما يتطلب أن يشاهد المتهمان في ظروف لاتدع مجالا للشك في أنهما ارتكبا فعلا الجريمة، كما أن كلا من محضر التلبس في القانون المغربي وشهادة الشهود في الشريعة يخضع لتقدير القاضي الذي له كامل السلطة في اعتماد ما في المحضر أو الشهادة أو استبعاده.

ويقتصر الفرق بينهما في أن مشاهدة التلبس في القانون المغربي يجب أن تثبت بواسطة ضابط الشرطة القضائية، بينما في الشريعة الإسلامية يجب أن تثبت معاينة الزنا بواسطة أربعة رجال، كما أن وصول الواقعة الى علم القاضي تكون في حالة التلبس عن طريق محضر محرر، أما بالنسبة للشهادة فتتم بصفة شفوية أمام القاضي. فالفرق الجوهرى في نظرنا بين الوسيلتين يكمن في أن التلبس في القانون الجنائي يثبت لدى القاضي بواسطة ضابط الشرطة القضائية، بينما يثبت في الشريعة الإسلامية بواسطة أربعة شهود، وإذا أخذنا بعين الاعتبار مهمة الشرطي، وما هو مناط به من أجل اخلاصه لمهمته ووفاء لمهنته التي تعهد بالقيام بها على أحسن وجه، وخصوصا من حيث الصدق والدقة في الملاحظة، لوجدنا أن شهادته يمكن أن تساوي شهادة الأربعة رجال التي تقول بها الشريعة الإسلامية.

(2) وفي القانون الجنائي المغربي لا يوجد نص يعاقب على القاذف بالمفهوم المحدد في الشريعة الإسلامية، وقد وردت النصوص المتعلقة بالقذف والسب والوشاية الكاذبة (الفصل 442 ق ج وما بعده) بصفة عامة تعاقب على القاذف بالزنا وبغيره، بينما في الشريعة الإسلامية لا يطلق مصطلح القذف الا على من اتهم زوجته بالزنا فقط ولم يستطع اثبات ادعائه بواسطة أربعة شهود.

الفصل الرابع :

عقوبة جريمة الفساد

سنقسم هذا الفصل الى مبحثين، أولهما نخصصه لعقوبة الفساد في القانون الجنائي المغربي وثانيهما لعقوبة هذه الجريمة في الشريعة الاسلامية.

المبحث الاول :

عقوبة الفساد في ق ج المغربي

ندرس عقوبة الفساد في الموضوعات التالية :

أولا - العقوبة الاساسية لجريمة الفساد.

ثانيا - ظروف التخفيف وظروف التشديد.

ثالثا - العقوبات الاضافية والتدابير الوقائية.

رابعا - المتهم الذي لم يتم الثامنة عشر من العمر.

أولا : العقوبة الاساسية لجريمة الفساد :

حدد الفصل 490 ق ج عقوبة جنحة الفساد في «الحبس من شهر واحد الى سنة» وبمقابلة عقوبة جريمة الفساد في القانون المغربي مع عقوبتها في بعض القوانين الاجنبية التي تجرمها، نجد أن هذه الاخيرة يمكن أن تكون أكثر شدة من المشرع المغربي في معاملة مرتكبي الفساد، وذلك مثل قانون العقوبات القطري الذي قرر لزنا غير المتزوج سواء كان رجلا أو امرأة عقوبة الحبس «مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على ألف ريال أو العقوبتين معا» (1).

ومثل قانون العقوبات الكويتي الذي عاقب على هذه الجريمة في المادة 194 منه «بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تتجاوز ألفي روبية أو باحدى هاتين العقوبتين».

وهذه العقوبة لا تختلف عن التي قررها القانون القطري الا من حيث عملة الغرامة.

ومثل قانون العقوبات الليبي الذي نص في الفقرة الرابعة من المادة 407 على أن «كل من واقع انسانا برضاه يعاقب هو وشريكه بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات».

(1) الفقرة الاولى من المادة 211 ومن المادة 212 من قانون العقوبات القطري. وقد أخذنا بعين الاعتبار في وصف القانون القطري وكذا الكوتي والليبي اللاحقين بالشدة الحد الأقصى للعقوبة وكذا الحالة التي يجمع فيها بين عقوبة الحبس والغرامة، لأن كلا من القوانين الثلاثة لم يحدد الحد الأدنى للعقوبة وهذا يعطي للقاضي امكانية الحكم بالحبس لمدة أقل من شهر التي تشكل بالنسبة للقانون المغربي الحد الأدنى لعقوبة الفساد، كما يعطيه أيضا امكانية الاقتصار على الحكم بقدر زهيد من الغرامة مما يمكن القول معه بأن هذه القوانين تعامل الفساد بالتخفيف اذا نظرنا لها من جانب الحد الأدنى لعقوبة الحبس أو الاقتصار على الغرامة ومع ذلك فإن معيار تمييز القانون الاخف عن الاشد ينصب على الحد الأقصى لعقوبة الحبس، وامكانية الجمع بين الحد الأقصى والحبس والغرامة ما دام النص يسمح بالحكم به.

والعقوبة التي نص عليها الفصل 490 ق ج هي عقوبة جنحية واحدة (2) وأصلية (3) وضع لها المشرع حدا أدنى وحدا أقصى ليتمكن القاضي في إطار السلطة التقديرية التي خولها له بموجب الفصل 141 ق ج (4) من اختيار مدة الحبس الملائمة لخطورة الجريمة من جهة، وشخصية المجرم من جهة أخرى.

وقد توخى المشرع هذه المرونة في العقاب على أغلبية الجرائم تأثرا منه ببعض مبادئ النظرية الحديثة التي تنادي بتفريد العقاب ومراعاة خطورة المجرم وظروفه الشخصية.

وينتج عن ذلك اختلاف مدد السجن المحكوم بها من جريمة فساد إلى أخرى، بل قد تختلف المدة المحكوم بها بين متهمين في جريمة فساد واحدة، مع أنهما ساهما في ارتكاب نفس الجريمة (5).

ثانيا : ظروف التخفيف وظروف التشديد :

أ - ظروف التخفيف :

في الحالة التي يرتئي فيها القاضي تمتيع مرتكب الفساد

(2) أي أن المشرع لم يخصص لجريمة الفساد عقوبة أخرى غير عقوبة الحبس للحكم بها سواء بصفة إجبارية أو اختيارية، كما فعل في جرائم أخرى مثل جريمة السرقة (الفصل 515) أو جريمة إصدار الشيك بدون رصيد (الفصل 543 ق ج وما بعده). ولذلك يكون الحكم الذي يضيف عقوبة الغرامة إلى الحبس بالنسبة للمتهم بالفساد، كما هو الشأن في أحد قرارات المحكمة الابتدائية بالقنيطرة (الصادر بتاريخ 9 شتنبر 1982 في ملف رقم 82/3806 والذي أدان المتهم بجريمة الفساد وحكم عليه بسبعة أشهر حبسا و 200 درهم غرامة نافذين) قد خرق مبدأ من أهم مبادئ القانون الجنائي الذي هو لاجرم ولا عقوبة إلا بنص.

(3) حدد الفصل 17 ق ج العقوبة الجنحية الأصلية في

(1) الحبس

(2) الغرامة التي تتجاوز مائة وعشرين درهما.

وأقل مدة الحبس شهر وأقصاها خمس سنوات باستثناء حالات العود أو غيرها التي يحدد فيها القانون مددا أخرى.

(4) ينص الفصل 141 ق ج على أن «للقاضي سلطة تقديرية في تحديد العقوبات في نطاق الحدين الأدنى والأقصى المقررين في القانون المعاقب على الجريمة، مراعيًا في ذلك خطورة الجريمة المرتكبة من ناحية، وشخصية المجرم من ناحية أخرى».

(5) انظر مثلا الحكم الصادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة رقم 11180 الصادر بتاريخ 1981/11/9 ملف عدد 5609 الذي صرحت فيه المحكمة «بمواخذة الظنين (خ) والظنية (ن). بما نسب إليهما من جنحة الفساد طبقا للفصل 490 ق ج ومعاقبة (ن) بشهر واحد حبسا نافذا ومعاقبة (خ) بأربعة أشهر نافذة.

بظروف التخفيف (6)، فإنه يجوز له طبقا لما هو منصوص عليه في الفصل 150 (7) ق ج المتعلق بالجنح الضبطية (8) أن ينزل عن الحد الأدنى للعقوبة المقررة في الفصل 490 ق ج، دون أن تقل مدة الحبس عن ستة أيام. كما يجوز له أيضا أن يستبدل عقوبة الحبس بعقوبة الغرامة، على أن لا تقل في حدها الأدنى عن الحد الأدنى للغرامة المقررة في المخالفات وهو خمسة دراهم، أو تصل في حدها الأقصى الى خمسة آلاف درهم.

وعليه، فإنه يجوز للقاضي اذا ما تبين له منح ظروف التخفيف للمتهم في جريمة الفساد ان يحكم على هذا الاخير بعقوبة حبسية أقل من شهر واحد وهو الحد الأدنى المقرر للجريمة في الفصل 490 ق ج على أن لا تقل مدة الحبس عن ستة أيام. كما يجوز له أيضا تعويض العقوبة الحبسية المخصصة لجريمة الفساد بعقوبة الغرامة شريطة أن لا تقل عن خمسة دراهم، وأن لا تزيد عن خمسة آلاف درهم (9). وبالإضافة الى جواز النزول عن الحد الأدنى للعقوبة الحبسية أو استبدالها بالغرامة فان للقاضي أن يحكم بعقوبة الحبس موقوفة التنفيذ بشرط أن لا يكون المتهم «قد سبق

(6) بالإضافة الى السلطة التي خولها المشرع للقاضي في تقدير العقوبة بين الحد الأدنى والأقصى، حسب ما يتلاءم مع خطورة الجريمة وظروف المجرم الشخصية، أعطى المشرع أيضا للقاضي حق تمتع المتهم بظروف التخفيف اذا وجد ما يبررها حيث نص في الفصل 146 ق ج علي أنه «اذا تبين للمحكمة الجزئية بعد انتهاء المرافعة في القضية المطروحة عليها، ان الجزاء المقرر للجريمة في القانون قاس بالنسبة لخطورة الأفعال المرتكبة، أو بالنسبة لدرجة اجرام المتهم فانها تستطيع أن تمنحه التمتع بظروف التخفيف الا اذا وجد نص قانوني يمنع ذلك.

ومنح الظروف المخففة موكول الى تقدير القاضي، مع التزامه بتعليل قراره في هذا الصدد بوجه خاص، وأثار الظروف المخففة شخصية بحثة، فلا تخفف العقوبة الا فيما يخص المحكوم عليه الذي منح التمتع بها. ومنح الظروف المخففة ينتج عنه تخفيف العقوبات المطبقة ضمن الشروط المقررة في الفصول التالية»: والفصول المتضمنة شروط تخفيض العقوبات هي الفصول 147 - 151 التي تتناول بالتفصيل ما يتعلق بالجناية أو الجنحة التأديبية أو الضبطية أو المخالفة.

(7) ينص الفصل 150 ق ج على أنه «في الجنح الضبطية بما في ذلك حالة العود، يستطيع القاضي في غير الاحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك اذا ثبت لديه توفر الظروف المخففة وكانت العقوبة المقررة هي الحبس والغرامة أو احدي هاتين العقوبتين فقط أن ينزل بالعقوبة عن الحد الأدنى المقرر في القانون دون أن ينقص الحبس عن ستة أيام والغرامة عن اثني عشر درهما.

ويجوز له أيضا أن يحكم باحدى العقوبتين فقط، كما يجوز له أيضا أن يحكم بالغرامة عوضا عن الحبس، على أن لا تقل الغرامة في أي حال عن الحد الأدنى المقرر في المخالفات. وفي حالة الحكم بالغرامة عوضا عن الحبس اذا كانت العقوبة المقررة في القانون هي الحبس وحده فان الحد الأقصى لهذه الغرامة يمكن أن يصل الى خمسة آلاف درهم».

(8) جريمة الفساد جنحة ضبطية بموجب الفقرة الرابعة من الفصل 111 ق ج التي تقول بأن «الجريمة التي يعاقب عليها القانون بحبس حده الأقصى سنتان أو أقل أو غرامة تزيد عن مائة وعشرين درهما تعد جنحة ضبطية». (9) وقد أعطى المشرع امكانية الحكم بغرامة تصل في حدها الأقصى الى خمسة آلاف درهم في الحالة التي تكون فيها العقوبة المقررة للجريمة موضوع المتابعة هي «الحبس وحده» (الفقرة 3 من الفصل 150 ق ج) كما هو الشأن في جريمة الفساد.

- انظر مثالا على استبدال الحبس بالغرامة، الحكم في جريمة الفساد الصادر عن المحكمة الابتدائية بالقنيطرة عدد 9482 الصادر بتاريخ 81/7/20 ملف عدد 813859. هذا ويتعين على القاضي في جميع الاحوال ان يعلن قراره بمنح ظروف التخفيف تعليلا خاصا (الفقرة 6 من الفصل 146 ق ج).

الحكم عليه بالحبس من أجل جنائية أو جنحة عادية... 10» وأن يعلل القاضي قراره بذلك طبقاً لما هو منصوص عليه في الفصل 55 ق ج (11).

وقد خول القاضي سلطة الحكم بوقف تنفيذ العقوبة في إطار ملاءمة العقوبة لظروف المتهم الشخصية ودرجة خطورته الاجرامية، وذلك مراعاة لظروف بعض المتهمين الذين جنحوا عن الصواب لأول مرة وبطريق الصدفة، والذي يرجى تقويم سلوكهم دون أن يتعرضوا لعقوبة الحبس التي قد تأتي بنتائج عكسية في حالة تنفيذها عليهم، سيما اذا أخذنا بعين الاعتبار فقد العمل والتصدع العائلي الذي قد يتعرضون له واختلاطهم في السجن بمجرمين محترفين (12).

ب - ظروف التشديد :

يلاحظ أن المشرع لم ينص في عقوبة جريمة الفساد على أي ظرف من ظروف التشديد.

وباستثناء حالة العود التي يمكن أن تشدد عقوبة المتهم بالفساد اذا توفرت شروطها طبقاً للفصلين 154 و 157 ق ج (13)، فإن العقوبة المقررة للفساد، تطبق على المتهمين به كيفما كانت خطورتهم الاجرامية.

وتبعاً لذلك، فإن العقوبة الواردة في الفصل 490 ق ج تخص المتهم الذي مارس الفعل عرضاً أو بصفة احترافية، وسواء كان بدافع تلبية الرغبة الجنسية أو لأجل الحصول على المقابل، كما تخص المتهم الذي أتى العلاقة الجنسية غير الشرعية مع آخر ليست له به أية علاقة أو مع شخص خطيب أو قريب أو مكلف بالولاية أو الحجر عليه أو غير ذلك، ويحكم بها أيضاً بالنسبة لمن ضاع غير ممن يحل له الزواج به أو كان هذا الغير من أحد محارمه.

وإذا كان يكفي في مواجهة بعض هذه الظروف، السلطة التي خولها المشرع للقاضي في إطار تحديد العقوبة بين الحد الأدنى والحد الأقصى، وظروف التخفيف ووقف

(10) ويقصد بالجنائية والجنحة العادية، كل جنائية أو جنحة منصوص عليها في القانون العادي ولذلك لا يمنع على القاضي الحكم على المتهم بوقف تنفيذ العقوبة اذا ما ارتكب مثلاً هذا الاخير أحد الجنائيات أو الجنح العسكرية، انظر في هذا الشأن ذ. الخليلي القانون الجنائي العام ص 267 - 268.

(11) راجع الفصول 56 - 58 فيما يخص آثار الحكم بعقوبة موقوفة التنفيذ.

(12) انظر في هذا الشأن ذ. الخليلي : القانون الجنائي العام ص 267 - 268. ونذكر هنا بأن وقف التنفيذ يمكن أن يستفيد منه أحد المتهمين فقط في جريمة الفساد الواحدة، فقد تتوفر ظروفه في أحد طرفي العلاقة الجنسية غير الشرعية، دون الطرف الثاني كما اذا أتى أحدهما الفساد بصفة عرضية ولأول مرة، في حين ثبت أن الثاني محترفاً للفساد أو حكم عليه سابقاً من أجل جنائية أو جنحة عادية.

(13) ينص الفصل 157 على أن «من سبق الحكم عليه من أجل جنحة بعقوبة الحبس، بحكم حائز لقوة الشيء المحكوم فيه، ثم ارتكب جنحة مماثلة قبل مضي خمس سنوات من تمام تنفيذ تلك العقوبة أو تقادمها، يجب الحكم عليه بعقوبة الحبس الذي لا يتجاوز ضعف الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً للجنحة الثانية» ونقصد هنا الحالة التي يعود المتهم الى ارتكاب جريمة فساد ثانية وثالثة... بعد أن سبق الحكم عليه من أجل جريمة فساد أخرى قبل مضي خمس سنوات على الجنحة الاولى، وذلك لان الجنح المماثلة هي متنوعة حسب ما هو منصوص عليه في الفصل 158 ق ج.

التنفيذ وحالة العود، ليتقدر ظروف كل حالة على حدة، فإن البعض الآخر منها كالفساد مع المحارم أو مع من للمتهم الحق في الولاية عليه يستوجب نوعاً من التمييز، لأنه وإن كان الفعل المجرم واحداً، إلا أن العلاقة الاجتماعية والعائلية خصوصاً في وسط ما يزال يحافظ على معتقداته الدينية وتقاليده الأصلية كالمغرب، تفرض نوعاً من التعامل بالشدة مع بعض المجرمين الذين لم يقتصروا على الاعتداء على أخلاق المجتمع، بل يمتد اعتداؤهم إلى العلاقات العائلية التي تستوجب المحافظة على الروابط المقدسة التي تجمع بين أفراد العائلة الواحدة، والتي لم تتخل عن الحفاظ عليها كل المجتمعات مهما اختلفت معتقداتها الدينية وتقاليدها الاجتماعية وحضارتها ومدنيتها في الماضي والحاضر.

لذلك نرى من الضروري تحديد ظروف تشدد بها العقوبة على المتهم الذي مارس الفساد مع أحد محارمه أو من له الولاية أو الوصاية عليه، على غرار ما فعلت بعض التشريعات العربية كقانون العقوبات الكويتي الذي عاقب على جريمة الفساد في الفصل 394 «بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز ألفي روبية أو باحدى هاتين العقوبتين» وتعرض في المادة 189 «لكل من واقع ذات رحم محرم منه، وهو عالم بذلك بغير اكراه أو تهديد أو حيلة، وكانت تبلغ الثامنة عشرة، يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات وبغرامه عشرة آلاف روبية أو باحدى هاتين العقوبتين فإذا كانت المجنى عليها لم تتم الثامنة عشرة من عمرها، وبلغت التاسعة كانت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز خمس عشرة سنة ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تتجاوز خمسة عشر ألف روبية.

ويحكم بالعقوبة السابقة على من كان ولياً أو وصياً أو قيمياً أو حاضناً لانتى أو كان موكلًا بتربيتها أو برعايتها أو بمراقبة أمورها، وواقعها بغير اكراه أو تهديد أو حيلة». ثم نص في المادة 190 «كل انتى أتمت الثامنة عشرة من عمرها وقبلت أن يواقعها ذو رحم محرم، وهي تعلم صلتها به، تعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تتجاوز خمسة آلاف روبية أو باحدى هاتين العقوبتين» (14).

هذا ونشير إلى أنه يمكن أن يحكم على المتهم بالفساد بالإضافة إلى العقوبة والتدابير الوقائية، بالتعويض المدني لصالح الشخص الذي يثبت أنه لحق به ضرر مادي أو معنوي من الفعل الذي آتاه المتهم كرب الأسرة الذي ارتكب الفساد في منزله (15).

(14) وفي نفس الاتجاه ذهبت المادة 215 من قانون العقوبات القطري والمادة 155 و 168 من قانون العقوبات البحريني والمادة 475 من قانون العقوبات السوري طبقاً للتعديل الصادر بالمرسوم 85 بتاريخ 1953/9/28، بل هناك من الدول التي لم تعاقب على جريمة الفساد على النحو المعاقب عليه في المغرب وعاقبت على الفساد بالمحارم والموصى عليهم... الخ كقانون العقوبات العراقي في المادة 394 و 397.

(15) انظر د. الخليلي: القانون الجنائي الخاص ج 2 ص 195 وهامش رقم 11، من نفس الصفحة. ونشير هنا إلى أن القانون الجنائي نص في الفصل 420 على أنه «يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جرائم الجرح والضرب دون نية القتل حتى ولو نشأ عنها موت، إذا ارتكبها رب أسرة على أشخاص فاجأهم بمنزله. وهم في حالة اتصال جنسي غير مشروع».

ثالثا : العقوبات الإضافية والتدابير الوقائية :

أ - العقوبات الإضافية : يلاحظ أن الفصل 40 ق ج قصر امكانية الحكم بحرمان المحكوم عليه بعقوبة جنحية «من ممارسة حق أو عدة حقوق من الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية المنصوص عليها في الفصل 26» على الحالات التي يحددها القانون.

وبما أن القانون لم يحدد بالنسبة لجنحة الفساد أية عقوبة إضافية من هذا النوع فإنه يمنع على القاضي الحكم زيادة على العقوبة المحددة في الفصل 490 ق ج بحرمان الضنين من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 26 ق ج.

ويبدو أن هذا الاتجاه غير سليم في نظرنا، فقد كان على المشرع أن يعطي للقاضي على الأقل، امكانية الحكم بالحرمان من بعض الحقوق التي يكون المتهم قد استغل ممارستها إياها في ربط علاقة غير شرعية مع الطرف الثاني في هذه العلاقة، خصوصا وأن القانون لم يجعل من ارتكاب الفساد مع بعض الأشخاص كالمحجور عليهم والموصى عليهم والمكلف برعايتهم أو تعليمهم مثلا ظرفا مشددا بالنسبة للطرف المستغل لهذه الرابطة.

فجريمة الفساد قد ترتكب بين الوصي والموصى عليه أو بين المدرس أو مدير المؤسسة التعليمية أو التربوية وبين أحد تلاميذه أو طلبته، والعلاقات التي تربط هؤلاء هي علاقات يتطلب أن تسودها الثقة والاحترام المتبادلان، كما تتطلب أن يكون سلوك المكلفين بالرعاية والتربية والتعليم، في المستوى اللائق بالمهمة المنوطة بهم من استقامة وعفة ومثالا حسنا يحدى.

فإذا أخل الوصي أو المدرس أو المدير مثلا بالمهمة المقدسة المنوطة به، وثبت أنه استغلها لتلبية غريزته واشباع نزوته، فلا مجال لان نترك له ممارسة هذا الحق مادام أنه برهن على عدم إخلاصه له من جهة، وحتى لا تسنح له الفرصة لتكرار نفس الفعل من جهة أخرى.

لذلك نأمل أن يتدخل المشرع لاعطاء القاضي امكانية الحكم بعقوبة الحرمان من ممارسة مثل الحقوق السالفة الذكر اذا ما تبين له أن المتهم دون مستوى الحق الذي اسندت اليه ممارسته من الناحية الاخلاقية.

ب - التدابير الوقائية : اذا كان المتهم يشكل خطرا على المجتمع ولايرجى اصلاحه بالعقوبة العادية وحدها أمكن للمحكمة أن تحكم عليه بتدبير أو أكثر من تدابير الوقاية التي وضعها المشرع في اطار ملائمة الجزاء لمصلحة المجتمع وخطورة المجرم.

وقد تعرض المشرع للتدابير الوقائية في الفصول 61 - 92 من القانون الجنائي. ومن مراجعة مختلف التدابير التي أوردها المشرع، يلاحظ أن منها مايمكن الحكم به على مرتكب الفساد، كالوضع القضائي داخل مؤسسة للعلاج أو داخل مؤسسة

فلاحية أو سقوط الحق في الولاية الشرعية على الابناء، ومنها ما لا يمكن الحكم به عليه لما تطلبه القانون من شروط لا تتلاءم مع جريمة الفساد، كما هو الشأن في تدبير الاجبار على الإقامة الذي لا يحكم به الا في الجرائم المتعلقة بالمس بسلامة الدولة (الفصل 70 ق ج) أو المنع من الإقامة الذي لا تقضي به المحكمة الا اذا كانت الجريمة المرتكبة جنائية، أو كان يقضي به صراحة النص المعاقب على الجريمة بالنسبة للجنح (الفصل 72 ق ج) وهذا لا يتوفر في جريمة الفساد.

وتبرز أهمية التدابير الوقائية المحكوم بها على مرتكبي الفساد بصفة خاصة بالنسبة للمحترفين الذين اعتادوا التعاطي لهذه الجريمة اما بدافع النزوة أو تحت تأثير دوافع اقتصادية أو اجتماعية أو غيرها، ويخشى عدم تأثير العقوبة العادية في تغيير سلوكهم وان كانت التدابير التي حددها المشرع لا يمكن في الحقيقة أن تعطي النتائج المرجوة بالنسبة لبعض «المجرمين - الضحايا» الا اذا اضيفت لها تدابير أخرى لها تأثير خاص ومباشر على الظروف دفعتهم الى امتحان جريمة الفساد، وجعلتهم يرضون مضطرين بالاقدام على فعل ينعت مخترفوه بشتى الاوصاف المنافية للاخلاق والكرامة. والا اذا طبقت هذه التدابير بعناية ودقة، تراعي فيها ظروف كل حالة على حدة مع الاستعانة بخبراء وأطباء في هذا المجال.

رابعا : المتهم الذي لم يتم الثامنة عشرة من عمره.

اذا تعلق الامر بمتهم بلغ سن الخامسة عشرة ولم يبلغ سن السادسة عشر طبقا لما أوضحناه في الفصل الثالث من الباب الاول في موضوع مسؤولية الصغير (16)، فإن للمحكمة حسب ما هو منصوص عليه في الفصل 139 ق ج أن تحكم عليه «...» اما بتدابير الحماية أو التهذيب المقررة في الفصل 516 من المسطرة الجنائية واما بالعقوبة المخففة المقررة في الفصل 517»

لذلك فالقاضي لا يمكنه أن يحكم على مرتكب الفساد الذي بلغ سن الخامسة عشرة ولم يبلغ السادسة عشرة بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة في الفصل 490 ق ج وانما عليه أن يختار طبقا لمنطوق الفصل 139 ق ج :

- اما الحكم عليه بتدبير أو أكثر من تدابير الحماية والتهذيب، وهي كما ذكرها الفصل 516 م ج :

(1) تسليمه لآبويه أو لوصيه أو لكافله أو لشخص جدير بالثقة.

(2) تطبيق نظام الحرية المحروسة.

(16) وقد سبق القول أيضا في المبحث الثاني من الفصل الاول من الباب الاول ان المتهم الذي بلغ سن الثانية عشر ولم يبلغ سن الخامسة عشرة، لا يمكن أن يؤخذ بجريمة الفساد وانما بجريمة هتك العرض (الفصل 484 ق ج) اذا أتى العلاقة الجنسية مع غيره من نفس السن أو دونها بصفته فاعلا، أما المقعول به فيعد ضحية في هذه الجريمة، ولذلك لا يمكن ادانة الصغير بجريمة الفساد الا اذا بلغ سن الخامسة عشر وكان مساهم في الجريمة قد بلغ نفس السن.

(3) ايداعه في مشروع أو مؤسسة عمومية أو خصوصية مخصصة للتهذيب أو التكوين المهني ومؤهلة لذلك الايداع.

(4) ايداعه بمؤسسة طبية أو طبية تربوية مؤهلة لذلك.

(5) ايداعه بقسم داخلي صالح لايواء مجرمين أحداث لازالوا في سن الدراسة، غير أنه يمكن أن يتخذ في شأن الحدث الذي يتجاوز عمره 12 سنة تدبير يرمي الى ايداعه بمؤسسة عمومية معدة للتربية المحروسة والتربية الاصلاحية.

ويتعين في سائر الاحوال أن يحكم بالتدابير المشار اليها أعلاه لمدة معينة من غير أن تتجاوز التاريخ الذي يبلغ فيه الحدث 18 سنة كاملة».

- واما الحكم عليه بالعقوبة المخففة المقررة في الفصل 517.

وطبقا للفقرة الاخيرة من هذا الفصل، يمكن الحكم على الحدث الذي تجاوزت سنه الثانية عشر بعقوبة الحبس⁽¹⁷⁾ مخفضة في حدها الاقصى والادنى الى النصف أي الحكم عليه بالنسبة للفساد بالحبس لمدة تتراوح بين خمسة عشر يوما الذي هو نصف الحد الادنى المقرر في الفصل 490 ق ج وستة أشهر الذي هو نصف الحد الاقصى المقرر في نفس الفصل.

وبالرغم من أن الفقرة الثانية من الفصل 139 ق ج أجازت للمحكمة أن تحكم باحدى العقوبتين حسب اختيارها طبقا لما سبق تفصيله، فإن الفقرة الاولى من الفصل 517 ق ج تنص على أنه لايجوز لها تعويض تدابير الحماية والتهذيب المنصوص عليها في الفصل 516 م ج أو تميمها بغرامة أو عقوبة السجن أو الحبس الا بصفة استثنائية وبتعليل خاص. ومعنى هذا أن الجواز المطلق المنصوص عليه في الفصل 139 ق ج يقيد به الفصل 517 م ج، أي أن تدابير الحماية والتهذيب المقررة للحدث الذي أتم الثانية عشرة من عمره، ولم يبلغ السادسة عشر هي الاصل وتخفيض العقوبة هو الاستثناء⁽¹⁸⁾.

وإذا كان مرتكب الفساد قد أتم السادسة عشر من عمره ولم يبلغ الثامنة عشرة فإن للمحكمة حسب الفقرة الثانية من الفصل 140 ق ج أن تخضعه «لتدابير الحماية أو التهذيب طبق الشروط المقررة في الفصل 514 من المسطرة الجنائية».

(17) استعمل المشرع في الفصل 517 عبارة السجن، ونعتقد أنه يقصد بها السجن والحبس معا، مادامت الفقرة الثانية من الفصل 139 ق ج التي تحيل عليه تتعلق بالجنايات والجناح ومادام المشرع لم يكن يراعي اثناء وضعه لقانون المسطرة الجنائية التمييز بين السجن والحبس والاعتقال بصفة الاول عقوبة للجناية، والثاني عقوبة للجناحة والثالث للمخالفة.

(18) وهذا يستتج أيضا من مقابلة الفقرة الاولى من الفصل 516 م ج مع الفقرة الاولى من الفصل 517 حيث تنص الاولى على «أن الحدث الذي لا يبلغ عمره 16 سنة لا يمكن أن يتخذ في شأنه في قضايا الجنايات والجناح الا تدبير أو أكثر من بين تدابير الحماية أو التهذيب...» وتنص الثانية على أنه «بصفة استثنائية يجوز لهيئة الحكم نظرا لظروف ولشخصية المجرم الحدث أن تعوض في حق الاحداث الذين تجاوز سنهم الثانية عشر بموجب مقرر تعلق أسبابه خصيصا في هذه الحالة التدابير المنصوص عليها في الفصل السابق أو تميمها بغرامة أو عقوبة سجن. وذلك اذا ما رأت ضرورة اتخاذ هذا الاجراء».

وينص الفصل 514 م ج على أنه «يدرك سن الرشد الجنائي ببلوغ 16 سنة كاملة.
الا أنه يمكن لهياة الحكم فيما يتعلق بالمجرمين الذين يتراوح عمرهم بين 16 و 18 سنة أن تحكم بموجب مقرر معلل بأسباب اما بتعويض العقوبات العادية أو تتميمها بتدبير واحد أو عدة تدابير خاصة بالحماية أو اعادة تهيئهم كما ينص على ذلك الفصل 516».

لذلك فالمؤاخذ بالفساد الذي يتراوح عمره بين السادسة عشر سنة والثامنة عشرة يمكن الحكم عليه اما بالعقوبة العادية المقررة في الفصل 490 ق ج أو بتدبير واحد أو أكثر من تدابير الحماية المنصوص عليها في الفصل 516 أو بالعقوبة العادية متممة بتدبير أو أكثر من تدابير الحماية.

وبمقارنة العقوبة المقررة للمتهم في هذه الحالة مع عقوبة الحدث الذي لم يبلغ السادسة عشر، نجد أنهما يستفيدان معا من تدابير الحماية المقررة في الفصل 516 كعقوبة معوضة للعقوبة العادية بالنسبة للمتهم الاول بصفة استثنائية وللثاني بصفة أصلية (19).

على أن تخفيض العقوبة طبقا للفصل 517 لا يمكن أن يطبق الا على الحدث دون السادسة عشرة من عمره.

المبحث الثاني :

عقوبة الفساد⁽²⁰⁾ في الشريعة الاسلامية

أول نص قرآني نزل في جريمة الزنا هو قوله تعالى : «واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم، فان شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا» (سورة النساء، آية 15).

ثم تلاه قوله تعالى : «واللذان يأتيانها منكم فآذوهما» (سورة النساء آية 16) فكانت المرأة حسب رأي جمهور الفقه (21) اذا زنت تعاقب بالحبس في البيت، والرجل

(19) فالاصل بالنسبة للمتهم الذي أتم السادسة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة هو الحكم عليه بالعقوبة العادية لان مسؤوليته كاملة (الفقرة الاولى من الفصل 140 ق ج) وقد أجاز المشرع للمحكمة أن تخضعه لتدابير الحماية طبقا لما هو منصوص عليه في الفصل 514 م ج بصفة استثنائية، وتتجلى الصفة الاستثنائية هنا في اداة الاستثناء التي استعملها المشرع في بداية الفقرة الثانية من الفصل 140 ق ج حيث قال «الا أنه يجوز اذا كانت سنه...» كما تتجلى أيضا في القيد الذي فرضه المشرع على القاضي حيث اشترط عليه في الفصل 514 م ج أن يعلل حكمه على المتهم بتدابير الحماية تعليلا خاصا، وهذا لم يتطلبه في حالة الحكم بالعقوبة العادية.

أما الاصل بالنسبة للمتهم الذي لم يبلغ سن السادسة عشرة هو الحكم عليه بتدابير الحماية والتهديب المنصوص عليها في الفصل 516 م ج واستثناء بالعقوبة المخففة طبقا لما ورد في الفصل 517 م ج.

(20) عالج فقهاء الشريعة الاسلامية الفساد تحت اسم زنا البكر أو زنا غير المحصن.

(21) راجع الاختلاف الفقهي حول تفسير الآية الكريمة واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم... وكذا الآية الكريمة «واللذان يأتيانها منكم فآذوهما» فيما يتعلق بمفهوم الفاحشة التي اعطاها البعض مفهوم الزنا والبعض الآخر معنى اللواط أو السحاق، ومفهوم العقوبة المحددة في هذه الآيات. في تفسير القرآن الحكيم الشهير بتفسير المنار لمحمد رشيد رضى الطبعة الرابعة 1374 هـ مطبعة محمد علي صبيح ج 4 ص 434 - 440.

يعاقب بالايذاء بالتعبير والضرب بالنعال (21 م).

ولما نزلت سورة النور نسخت الآيات السابقة بقوله تعالى :
«والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله
إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر» (سورة النور آية 2 - 3)

وبهذا يكون حكم الله تعالى قد انتهى الى جلد الزاني مائة جلدة، وقد ورد النص
عاما يشمل المحصن وغير المحصن ونسخ في حق هذا الاخير بالرجم، بسنة الرسول
عليه السلام (22).

وروى عن عبادة بن الصامت أن النبي ص قال : «خذوا عني، خذوني قد جعل
الله لهن سبيلا، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة
والرجم» (23).

وقد اتفق فقهاء الشريعة الاسلامية على أن عقوبة الزاني غير المحصن هي الجلد
استنادا الى «الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما» واختلفوا في اضافة التغريب
للرجم بالنسبة للزاني المحصن تبعا لحديث عبادة بن الصامت، وحديث العسيف.
وستتناول في هذا المبحث على التوالي عقوبة الجلد، وشروطها والتغريب وسنده عند
القائلين به وأين يتم.

أولا : عقوبة الجلد.

أ - الجلد : الجلد مقرر في حق الزاني البكر بالكتاب والسنة والاجماع، وعدده مائة جلدة
توقع على الزاني والزانية على السواء (24).

ب - شروطه : هذه الشروط التي سنعرضها لم ترد مرتبة بهذا الشكل عند فقهاء
الشريعة وانما ذكرت عندهم بصفة متفرقة، والشروط هي :

(1) يجب أن يتم الجلد بسوط بين الحدة والقدم حتى لا يكون شديدا أو ضعيفا
الالم (25) جاء في الام «أن الشافعي قال (26) : أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم أن
رجلا اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله ص فدعى له رسول الله ص

(21 م) المحلى ج 11 ص 229.

(22) راجع ما ذهب اليه أبو زهرة من مساواة المحصن مع غير المحصن في عقوبة الجلد.

مجلة العدالة، أبو ضبي عدد 16 السنة الرابعة ص 36 وما بعدها.

(23) راجع مثلا السرخسي المجلد الخامس ص 36 والمحلى ج 11 ص 230. ويذكر ابن القيم الجوزية أن
الحديث ورد في صحيح مسلم، زاد المعاد ص 206.

(24) انظر في هذا المجال الدسوقي : ج 4 ص 321. الزرقاني ج 7 ص 83. الشربيني : ج 4 ص 148.

الكاساني : ج 7 ص 39. السرخسي : م 5 ص 44. المحلى : ج 11 ص 231 - 232. ابن تيمية : في الفتاوى :
ج 28 ص 333 وج 15 ص 295 - 297. رحمة الامة في اختلاف الائمة لابن عبد الله ابن عبد الرحمان ص

292. ابن رشد القرطبي في بداية المجتهد ج 2 ص 427.

(25) الجزيري : ج 5 ص 61.

(26) ص 145.

بسوط فأتى بسوط مكسور، قال : فوق هذا فأتى بسوط جديد لم تقطع ثمرته فقال بين هذين، فأتى بسوط قد ركب به ولان، فأمر رسول الله ص فجلد ثم قال : «أيها الناس قد أن لكم أن تنتهوا عن محارم الله، فمن أصاب منكم من هذه القادورات شيئاً فليستتر بستر الله فانه من يبدي لنا صفحته نقم عليه كتاب الله».

وجاء عند ابن تيمية⁽²⁷⁾ أن الجلد يجب أن يكون بسوط معتدل وأن عمر رض قال : «ضرب بين ضربين وسوط بين سوطين» ولا يكون الجلد بالعصي ولا بالمقارع.

(2) أن يكون الضرب معتدلاً حتى لا يؤدي إلى الهلاك، فيجب على الجلاد أن يفصل عضده عن إبطه، وألا يمدّه في الهواء كثيراً حتى يعلو رأسه⁽²⁸⁾، وقال الشافعي لا يجب بلوغ الجلد إلى الحد الذي ينهر الدم لأن ذلك فيه اتلاف⁽²⁹⁾.

(3) أن يتم الضرب في مواضع لا تؤدي إلى الهلاك، فيبقي الجلاد الوجه والفرج⁽³⁰⁾ وأضاف أبو حنيفة الرأس⁽³¹⁾، وجاء عند الكاساني أن أبا يوسف قال : لا يضرب الصدر والبطن ويضرب الرأس سوطاً أو سوطين، فأما الصدر والبطن فللخوف من الهلاك، وأما الرأس فلقول سيدنا عمر رض «اضربوا الرأس فإن فيه شيطاناً»⁽³²⁾.

ويوزع الضرب على أعضاء الجسم من كتفين وذراعين وعضدين وساقين وقدمين، ولا يجمع على عضو واحد لأنه يؤدي إلى تلف ذلك العضو⁽³³⁾.

وقال مالك والشافعي وأبو حنيفة بتجريد المجلود من ثيابه⁽³⁴⁾، واستثنى السرخسي⁽³⁵⁾ المرأة من التجريد، بينما قال ابن تيمية بأن ينزع عن المجلود فقط ما يمنع ألم الضرب من الحشايا والفراء ونحو ذلك⁽³⁶⁾.

(4) لا يجلد في برد قارس أو حر مفرط⁽³⁷⁾، وقال الشرييني إذا جلد الإمام في مرض أو حر أو برد فلا ضمان على النص، وهذا يقتضي أن التأخير مستحب⁽³⁸⁾.

(27) الفتاوي ج 28 ص 348

(28) حاشية الدسوقي : ج 4 ص 322. الكاساني : ج 7 ص 59. السرخسي : م 5 ص 72 - 73.

(29) الام ص 145.

(30) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 429.

(31) وروى عن علي أن النبي ص قال «اتق وجهه ومذاكيره» الكاساني ج 7 ص 59. السرخسي المجلد

الخامس ص 72 - 73.

(32) الكاساني ج 7 ص 59. وجاء عند الجزيري ص 62، أن رواية الشيطان في الرأس وردت عن أبي بكر.

(33) الكاساني : ج 7 ص 59. ابن تيمية ج 28 ص 349، وقال الجزيري أنه يفرق الضرب على جميع

الأعضاء حتى يعطى لكل عضو حظه لانه ذاق اللذة في كل عضو ولان الضرب على عضو واحد يؤدي إلى التلف ص 162

(34) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 429.

(35) ص 73 في المجلد الخامس.

(36) الفتاوي ج 28 ص 348.

(37) الدسوقي ج 4 ص 322.

(38) مغنى المحتاج ج 4 ص 155.

وذهب الجمهور إلى أن المجلود يضرب قاعدا (39) وقال السرخسي بضرب قاعدة والرجل قائما (40) وإلى هذا ذهب الجزيري مستندا على قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه «يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة» ولأن مبنى حال الرجل على أف والظهور حتى يعتبر به غيره ومبنى حال المرأة على الستر والخفاء (41). ويجب أن يتم الجلد علانية استنادا للنص القرآني وليشهد عدا بهما طائفة من المؤمنين» (سورة النور، آية 3).

فختلف في عدد الطائفة، فمنهم من اقتصر على واحد، وقال مالك أربعة، وقال ابن ثلاثة واثنان وسبعة (42).

قال ابن تيمية (43)، إن الجلد يجب أن يكون علانية إذا كانت المعصية ظاهرة أما كانت مستورة فيجب فيه الستر، كما ذكر أن عمر رضي الله عنه أمر بإعادة جلد ابنه عبد الله علانية.

(7) أن لا يقام الحد على حامل حتى تلد وقال الكاساني حتى ينقضي النفاس وتطهر النفاس نوع من المرض، بينما يقام على الحائض لأن الحيض ليس مرضا (44). وورد في شرح الزرقاني أن المرأة تؤخر سواء للجد أو الرجم أربعين يوما خشية يكون ببطنها حمل (45).

(8) أن لا يقام الحد على المريض حتى يبرأ، فإن كان لا يرجى برؤه ضرب بمشكال (أي فرع نخل) عليه مائة غصن، فإن كان خمسون ضرب به مرتين، ويلحق مريض الشخص الضعيف البنية الذي لا يقدر على تحمل الجلد (46).

ثانيا : عقوبة التغريب

اختلف الفقهاء في اضافة التغريب للجلد كعقوبة للزاني غير المحصن. فالشافعية لحنابلة ذهبوا إلى أن البكر إذا زنا يجلد مائة جلدة ويغرب عاما سواء كان ذكرا أو أنثى (47) استنادا إلى الحديث الذي رواه عبادة بن الصامت «البكر بالبكر مائة جلدة تغريب عام» وإلى حديث العسيف إذ قال النبي عليه السلام للذي زنا ابنه بامرأة ستأجره على ابنك جلد مائة وتغريب عام (48)، كما روى عن الخلفاء الراشدين أنهم

(39) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 429.

(40) السرخسي المجلد الخامس ص 73.

(41) الجزيري ج 5 ص 62.

(42) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 429. النبهان ص 305.

(43) ج 28 ص 287.

(44) بدائع الصنائع للكاساني ج 7 ص 59. الدسوقي ج 4 ص 322.

(45) راجع حالات التأخير. الزرقاني ج 7 ص 84 وقال السرخسي المجلد 5 ص 73، إذا ادعت المرأة أنها حامل عرضها القاضي على النساء.

(46) انظر الجزيري ج 5 ص 62 - 63. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 429. الام : ج 6 ص 136.

(47) مع وجوب تغريب المرأة مع أحد محارمها.

(48) راجع مغني المحتاج للشريني ج 4 ص 148 الام للشافعي ج 6 ص 134 وما بعدها. زاد المعاد ج 3 ص 206 - 207.

جلدوا وغربوا (49).

وقال ابن حزم في المحلى بوجوب الجلد والنفي «لأن الاخبار يضم بعضها الى البعض وأحكام الله تعالى وأحكام رسوله عليه السلام كلها حق ولا يحل ترك بعضها لبعض بل الواجب ضم بعضها الى بعض واستعمال جميعها» (50).

والمالكية، قالوا بالتغريب مع الجلد، ولكنهم خصوا به الذكر دون الانثى، لأن تغريب هذه الاخيرة فيه انتشار للفساد وضياع للمرأة، كما أن النبي ص حسب ما ورد في الصحيحين قال (51) «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم الا مع ذي محرم» (52).

أما الحنفية فذهبوا الى جلد الزاني البكر فقط استنادا الى الآية الكريمة «فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» التي لم يرد بها تغريب، لأن القول بالتغريب زيادة على النص ثم أن الاحاديث واردة بأخبار الاحاد كما أن التغريب يؤدي الى الزيادة في ارتكاب مسببات الحدود خصوصا بالنسبة للمرأة (53).

وجاء عند الجزيري أن أبا حنيفة قال حكمته المشهورة «كفى بالنفي فتنه» (54) ويتم التغريب سنة كاملة في مكان بعيد عن موطن الزاني، وقال الشربيني بأنه يغرب مسافة قصر (أي المسافة التي تقصر بها الصلاة) أو ما فوقها ولا يمكنه أن يرفض المكان الذي عينه له الامام، وإذا عاد الى بلده منع في الاصح، والمرأة لا تغرب وحدها بل مع زوج أو محرم (55).

ذكر الدسوقي أن نفقة الزاني في التغريب عليه، فإن لم يكن له مال، فمن بيت المال، والا فعلى المسلمين (56). نستخلص من هذا التفصيل في اختلاف الفقه أن جمهور الفقه ذهب الى الجلد والتغريب مع التمييز بين الرجل والمرأة. (57).

-
- (49) المحلى ج 11 ص 230 وما بعدها.
(50) ج 11 ص 333، ويقصد بضم الاخبار، ضم ما جاء في حديث النبي ص «البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام» الى قوله تعالى «الزاني والزانية فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة» فيكون العمل بالجلد واجبا استنادا لكتاب الله والتغريب الى سنة رسوله، انظر أيضا بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 427. رحمة الامة في اختلاف الامة ص 272. الجزيري ج 5 ص 64.
(51) الشربيني ج 4 ص 148 - 149.
(52) انظر الدسوقي ج 4 ص 321. الزرقاني ج 7 ص 83. الجزيري ج 5 ص 64. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 427. رحمة الامة في اختلاف الامة ص 272.
(53) انظر المبسوط للسرخسي المجلد الخامس ص 44. بدائع الصنائع للكاساني ج 7 ص 59. بداية المجتهد ونهاية المقتصد ص 227 - 228.
(54) الجزيري ج 5 ص 64.
(55) مغني المحتاج ج 4 ص 148.
(56) حاشية الدسوقي ج 4 ص 321 - 322.
(57) ابن تيمية ج 28 ص 333 و ج 15 ص 295 - 297.

خاتمة

يتكون موضوع هذه الخاتمة من ملخص لاهم موضوعات البحث مع النتائج والآراء المتعلقة بها، ومن فكرة مختصرة عن مدى جدوى العقاب على جريمة الفساد في محاربتها.

أولاً : أهم موضوعات البحث والآراء المتعلقة بها :

لقد حاولنا خلال هذا البحث تحديد مفهوم العلاقة الجنسية غير الشرعية التي يكون الفساد نوعاً منها، وقد قلنا في هذا المجال بأن الزواج وحده هو الذي يجب أن يسبغ المشروعية على العلاقات الجنسية الممارسة في إطاره، بحيث تعد كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة ليس بينهما رابطة زواج، علاقة غير شرعية سواء كان قانون البلد الذي مورس فيه الفعل يعاقب على هذا الأخير أم لا، وذلك حماية لمؤسسة الزواج ولما لها من اعتبار خاص وقديس يجعلان العلاقة بين الزوج وزوجته تقوم على أسس متينة هدفها الاستقرار والتعاطف والعمل المشترك من أجل الحفاظ على كيان العائلة التي يتركب منها المجتمع، مما يجعل العلاقة الجنسية الممارسة داخله تحقق، بالإضافة إلى الرغبة الجنسية المصحوبة بالعاطفة والثقة والاطمئنان، تخليد النسل وتكثير أفراد المجتمع في إطار الترابط المادي والمعنوي بين الآباء والأبناء داخل العائلة وبين هذه الأخيرة وبقية العائلات في المجتمع الواحد.

وبالمقابل فإنه فضلاً عن عدم تحقق مميزات الزواج السابقة في العلاقات الجنسية الحرة أو غير الشرعية، هناك أضرار اجتماعية وخلقية وصحية ومشاكل قانونية تنتج عن هذه العلاقات.

كما حاولنا إعطاء نظرة تاريخية، سريعة ومختصرة عن معاملة بعض المجتمعات للعلاقات الجنسية غير الشرعية هدفنا منها، من جهة، اظهار عدم استقرار المجتمعات على موقف معين في هذه العلاقات، والذي لازال مستمراً لحد الآن ويتمثل في تعاصر الانظمة الثلاثة حالياً وهي : النظام التنظيمي والتحريري والالغائي، مع هيمنة هذا الأخير على أغلب التشريعات. ومن جهة أخرى أن هذه المواقف المتغيرة زماناً ومكاناً لم تكن إلا من أجل البحث عن وسائل لمحاربة ظاهرة العلاقات الجنسية غير الشرعية.

وقد أوضحنا موقف المشرع المغربي في هذا المجال، والذي يعد بعقابه على جريمة الفساد منتظماً للنظام التحريمي الذي استمدته من الشريعة الإسلامية.

وبعد تحديد النطاق الزماني والمكاني لتطبيق الفصل 490 ق ج المتعلق بجريمة الفساد تولينا البحث في عناصر هذه الأخيرة والتي تتكون من :

- العنصر المادي : ويتوفر بقيام علاقة جنسية بين رجل وامرأة.

وقد عرضنا الاتجاه الفقهي في تحديد مفهوم العلاقة الجنسية الذي اشترط فيها

ضرورة حدوث الايلاج، بحيث يبقى كل نشاط جنسي لم يقع فيه الايلاج ولا ينطبق عليه تكليف جريمة أخرى، فعلا مباحا، وذهبنا الى أنه ليس من العدل والمنطق أن تقتصر المؤاخذه بالفساد على من تجاوز حدا يصعب تعيينه أو اثباته، مع أن الاعمال التي لا يقع فيها ايلاج لا تقل أهمية من حيث مساسها بالعرض والاخلاق عن الاتصالات الجنسية التي يحدث فيها الايلاج، سيما وأنه من الناحية القانونية لم ينص المشرع على ضرورة وجود الايلاج، وأن عبارة العلاقة الجنسية التي استعملها المشرع في الفصل 490 ق ج تشمل في رأينا كل فعل يؤدي الى تحقيق اللذة الجنسية بين الرجل والمرأة سواء بحدوث الايلاج أو بدونه، لذلك يجب اخضاعها لحكم واحد اما الاباحة أو التحريم.

كما عرضنا المقصود بالرجل والمرأة المكونان لاطراف العلاقة الجنسية ومدى شمول جريمة الفساد للعلاقة الجنسية الصادرة عنهما، مع التركيز على حالة الخنثى بصفتها وضعية غامضة يصعب تحديد جنس المتصف بها، والذي على أساسه يمكن تحديد طرفي العلاقة الجنسية للذان اشترط المشرع أن يكونا غير متحدي الجنس، وقلنا في هذا المجال بأن العلاقة الجنسية غير الشرعية التي تتم بين شخص (ذكرا كان أو أنثى) وخنثى أو بين خنثيين سواء تم الاتصال بينهما من القبل أو من الدبر، يجب أن يكيف دائما بالفساد على اعتبار أن الخنثى ينتمي الى جنس مغاير للشخص الثاني الذي مارس معه العلاقة الجنسية. وهذا التفسير يقصد منه ابعاد وصف الفعل بالشذوذ الجنسي استنادا للشك الحاصل في جنسي المتهم، والذي يجب أن يفسر لصالح هذا الاخير مادامت جريمة الشذوذ الجنسي أشد من الفساد.

- عنصر عدم ارتباط الفاعلين بعلاقة زواج : وهذا تضمن شرطين هما : عدم ارتباط الفاعل بعلاقة زواج مع الشخص الذي مارس معه العلاقة الجنسية، لان الزواج يصبغ صفة المشروعية على فعلهما، وعم ارتباط الفاعل بعلاقة زواج مع الغير لانه في الحالة المعاكسة يكيف فعل الجاني بالخيانة الزوجية عوضا عن الفساد.

وفي اطار هذا العنصر تعرضنا لحالة زواج أحد الفاعلين فقط وهو ما يطلق عليه «الشريك» غير المتزوج والذي ذهب القضاء في المغرب الى اعتباره خاضعا لاحكام الفصلين 129 و 130 ق ج المتعلقين بالمشاركة، مع أن هذا الاتجاه لا يركز في رأينا على أساس عادل ومنطق قانوني طبقا للانتقادات التي وجهناها في هذا المجال لموقف التشريع والقضاء.

- عنصر القصد الجنائي : وقد عرفناه انطلاقا من ارتباطه بالمسؤولية الجنائية تم حددنا ركنيه اللذين هما :

1) توجيه الارادة الى اتيان العلاقة الجنسية، وقد تناولنا فيه تحديد مفهوم الارادة كعنصر في القصد الجنائي، ثم عرضنا العوامل المؤثرة في الارادة في حدود ما يتلاءم منها مع جريمة الفساد والتي هي صغر السن والجنون والاكراه والمكر والتخدير.

(2) علم الجاني بعناصر الواقعة الاجرامية : وقد ركزنا البحث في هذا الركن على علم الجاني بانعدام الرابطة الزوجية بينه وبين الطرف الذي مارس معه العلاقة الجنسية على أساس أن هذه الواقعة تشكل أهم عنصر يجب أن يعلم به الجاني حتى يتوفر لديه القصد الجنائي، ثم تناولنا الجهل والغلط بصفتها عاملان ينفيان العلم لدى الجاني والذي يترتب عن وجودهما انتفاء القصد الجنائي لديه.

كما تناولنا البحث في اثبات جريمة الفساد وفي عقوبتها :

- فبالنسبة للاثبات ذكرنا المبدأ العام للاثبات في الميدان الجنائي الذي يقوم على حرية القاضي في تكوين قناعته، واستثناء جريمة الفساد من هذا المبدأ حيث حدد لها المشرع وسائل معينة لايجوز اثباتها بغيرها وهي إما المحضر المحرر في حالة التلبس أو المكاتيب والاوراق الصادرة عن المتهم والمتضمنة اعترافه أو الاعتراف القضائي. وقد بحثنا كل وسيلة من هذه الوسائل على حدة من حيث القواعد والاحكام التي تنظمها مع التساؤل حول بعض الاشكالات :

* مثل الصور الفوتوغرافية للمتهمين في وضع مريب، هل تعتبر من قبيل المكاتيب والاوراق، وقد ذهبنا الى وجهة الرأي القائل باعتماد الصور التي تستطيع المحكمة من خلالها مشاهدة وقائع الجريمة، الا أن هذا يؤدي من الناحية القانونية الى التوسع في مدلول الفصل 493 ق ج المحدد لوسائل اثبات الفساد.

* ومثل امكانية اثبات الفساد بأدلة غير مذكورة في الفصل 493 ق ج، والذي ذهبنا فيها الى ضرورة الالتزام بالوسائل المحددة قانونا لعدم اعتماد وسائل اخرى سواء بمفردها أو مضافة الى وسائل قانونية، الا في الحالة التي تذكر فيها الوسائل غير القانونية بصفتها عناصر أو وقائع يركز عليها القاضي للاقتناع بالوسيلة القانونية.

كما تعرضنا لتقييم التحديد الذي سلكه المشرع بشأن اثبات الفساد والذي عرضنا خلاله موقف التشريعات المقارنة من هذا التحديد، والانتقادات التي وجهناها لموقف المشرع. وقد تميزت هذه الاخيرة بصفة مجملة باظهار عدم جدوى التحديد بصفة عامة وعدم جدوى أغلب الوسائل المحددة بصفة خاصة من حيث بلوغ الهدف الذي من أجله سلك المشرع تعيين أدلة الفساد.

ثم بحثنا في اثبات جريمة الفساد (زنا غير المحصن) في الشريعة الاسلامية، وقد رأينا أن هناك أدلة متفق عليها وهي الاقرار والشهادة، وأخرى مختلف فيها مثل الحمل واللعان، مع عقد مقارنة بين اثبات الفساد في القانون الجنائي المغربي واثباته في الشريعة الاسلامية.

- وبالنسبة للعقوبة، فقد عرضنا العقوبة الاساسية المخصصة لجريمة الفساد وظروف التخفيف والتشديد التي يمكن أن تطبق على المتهم، والعقوبات الاضافية والتدابير الوقائية التي حكم بها الى جانب العقوبة الاصلية ثم حالة المتهم الذي لم يتجاوز

18 سنة مع ابداء بعض الملاحظات المتعلقة بعدم تمييز المشرع بين المجرمين في هذا المجال استنادا لخطورتهم الاجرامية. ثم تعرضنا لعقوبة الفساد في الشريعة الاسلامية المتفق عليها وهي الجلد والعقوبة الاضافية المختلف فيها وهي التغريب.

ثانيا : مدى جدوى العقاب على جريمة الفساد في محاربتها :

بالرغم من تجريم العلاقة الجنسية غير المشروعة بين الرجل والمرأة عن طوعية واختيار، فانه من الملاحظ أن حجم ممارسة هذه الجريمة يزداد انتشارا متسترا في أغلبه خصوصا في الجانب التجاري منه الذي يتخذ أشكالا متعددة ويمارس على مستويات متنوعة في كثير من المناطق، والذي بوجوده تنشط أعمال أخرى متصلة به كالقوادة والوساطة وغيرها من الاستغلالات التي تقوم على حساب الباغيات والزبناء معا.

وبتقصينا لحقيقة هذا التباين بين النصوص المعاقبة وتضخم الفعل المجرم، نستطيع القول بأن مشكلة البغاء تكون مرضا اجتماعيا له من الاسباب والدوافع ما يحول دون جدوى التدابير القانونية المعاقبة في القضاء عليه وإيقاف انتشاره واستفحاله. كما أن ممارسة النشاط الجنسي غير المشروع في سرية تجعل تطبيق القواعد الجزرية على مرتكبيه محصورا في عدد قليل من المتهمين الذين يضبطون غالبا عن طريق الصدفة، مع الأخذ بعين الاعتبار كفاءة الجهاز المكلف بتتبع مثل هذه الجرائم، وحرصه في تعامله مع مرتكبي هذه الافعال، مما تبقى معه الاغلبية السليخة من ممارسي هذا النشاط الاجرامي بعيدا عن كل متابعة ومؤاخذه.

ومن المعلوم أنه للقضاء على أي مرض اجتماعي، يجب تحديد الاسباب والدوافع التي نتج عنها وإيجاد الطرق والوسائل الناجعة للقضاء على هذه الاسباب والدوافع. وبالنسبة للبغاء، فإن نه أسبابا وعوامل متعددة ومتنوعة يصعب تحديدها بكاملها وتؤدي كلها أو بعضها الى الدفع بالاشخاص الي اتيان الفساد، وعلى الاخص أولئك الذين يتخفون من تسليم جسداهم للغير قصد تلبية حاجته الجنسية وسيلة للعيش وحرفة لكسب قوتهم اليومي، ويتعلق الأمر بمجموع النساء اللواتي يمارسن البغاء بأي شكل من الاشكال وما ينتج عن ذلك من أضرار تفوق بكثير ما ينتج عن الممارسة العرضية للفساد التي تكون غالبا بدافع تلبية الرغبة الجنسية بين الطرفين.

ويمكن تصنيف العوامل والدوافع المؤدية للسقوط في حضي البغاء بصفة مجملة الى عوامل متعلقة بالطلب. وهي مجموع الدوافع التي تجعل الزبناء يبحثون عن الباغيات ويشجعون على وجودهن، وعوامل تخص العرض، وهذه منها ما يتعلق بالظروف الشخصية للباغية كحالتها النفسية والعقلية، ومنها ما يتعلق بالظروف الاجتماعية كوضعيتها الاقتصادية والتربوية وغيرها. مع العلم أن هذا التمييز بين الظروف الشخصية والاجتماعية لا يرتكز على أساس الا من حيث المنهجية فقط لانهما يكونان معا ظروفا متداخلة يصعب التمييز بينها، إذ يعد كل منها نتيجة للآخر.

وللقضاء على هذه العوامل والدوافع، يجب ايجاد برنامج شامل ومتكامل يجمع بين القواعد الجزائية والتدابير الوقائية والاصلاحية.

لذلك فان البحث في مشكل البقاء في المغرب أو غيره من الدول التي تعرف نفس الوضعية، يجب أن لا يقتصر على الجانب القانوني، نظرا لان التجربة تثبت عدم جدوى النصوص المعاقبة في القضاء على هذا النشاط الاجرامي، وانما يجب القضاء على عوامل ظاهرة البقاء ومسبباته، أو على الأقل العمل على التخفيف من حدتها حتى يمكن للجزاء القانوني ان يلعب دوره في العلاج.

المراجع

أولا : مراجع باللغة العربية
أ - الكتب

- ابن تيمية :
- ابن القيم الجوزية :
- ابن قدامة الحنبلي :
- ابن جزي
- ابن رشد القرطبي
- ابي عبد الله العثماني الشافعي :
- ابن منظور أب الفضل جمال الدين :
- أبو علي محمد بن حزم :
- ابو داود :
- أبو الفتوح :
- ابراهيم زكي أخنوخ
- أحمد الخمليشي :
- أحمد فتحي سرور :
- أحمد الغندور :
- أحمد سيد عبد الخالق ومحمد حامد الناقل
- أحمد أمين :
- أحمد الدردير :
- الامم المتحدة :
- أنور الخطيب :
- بدران أبو العينين بدران :
- بوعلي ياسين :
- مجموعة الفتاوي
- زاد المعاد في هدي خير العباد.
- اعلام الموقعين من رب العالمين.
- المغني.
- القوانين الفقهية
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد.
- رحمة الامة في اختلاف الائمة.
- لسان العرب.
- المحلي.
- سنن أبوداود
- شرح القانون الجنائي المغربي
- شرح قانون المسطرة الجنائية.
- حالات الضرورات في قانون العقوبات
- التعليق على قانون الاحوال الشخصية
- القانون الجنائي العام.
- القانون الجنائي الخاص.
- شرح قانون المسطرة الجنائية.
- الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية.
- الميراث في الاسلام والقانون.
- الموسوعة المقارنة للقوانين والتشريعات والانظمة ...
- شرح قانون العقوبات، القسم الخاص.
- الشرح الكبير على مختصر خليل.
- الذكرى الثلاثون للامم المتحدة.
- الاحوال الشخصية : خصائص الشخص الطبيعي.
- الفقه المقارن للاحوال الشخصية.
- الثالوث المحرم.

- برنار مولودوف :
- توفيق الشاوي :
- جندي عبد المالك :
- حافظ نور :
- حسان ثابت رفعة :
- حسن صادق المرصفاوي :
- حسن الحسيكي :
- الماركسية والمسائل الجنسية عند المرأة.
(مترجم للعربية : دليل المناضل)
- فقه الاجراءات الجنائية.
- الموسوعة الجنائية
- جريمة الزنا في القانون المصري.
- الحريات العامة.
- أصول الاجراءات الجنائية.
- النظرية العامة للتفتيش في القانون المصري المقارن.
- الدسوقي شمس الدين محمد عرفة :- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
- الزرقاني عبد الباقي :
- زكي محمود :
- رمسيس بنهام :
- رشدي فكار :
- رؤوف عبيد :
- طارق أحمد حجي :
- الكاساني :
- موسى عبود :
- مأمون الكزبري :
- محمد رشيد رضا :
- محمود سلامة زناتي :
- محمد معجوز المزغراني :
- محمد محي الدين عوض :
- محمد طاهر السنوسي :
- محمد عبد الرحيم عنبر :
- محمد بن ادريس الشافعي :
- محمد عطية راغب :
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع
- محاضرات في القانون الدولي الخاص.
- نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي.
- تفسير المنار
- قانون حمو رابي.
- القانون الاشوري.
- تاريخ القانون المصري.
- أحكام الاسرة في الشريعة الاسلامية.
- جرائم الاخلاق والعرض في الشرائع السماوية والقانون السوداني.
- المجلة الجنائية.
- الموسوعة الشاملة للمبادئ القانونية في مصر والدول الاسلامية.
- الام.
- الجرائم الجنسية في التشريع الجنائي المصري.
- النظرية العامة للاثبات.

- محمود محمود مصطفى
- محمود ابراهيم اسماعيل :
- محمود مصطفى قللي :
- المسدالي خديجة
- مجمع اللغة العربية :
- المعهد القضائي
- مصطفى العوجي :
- نيازي حتاتة
- نوال السعداوي
- النصراوي سامي :
- عبد الرحمن الجزيري :
- عبد المهيمن بكر :
- عبد العزيز عامر :
- عبد الواحد وافي :
- عبد العظيم شرف الدين :
- عبد السلام التونجي :
- عبد الوهاب حومد :
- عبد النبي ميكو
- محمد عبد الله :
- عادل سيد فهم :
- عمر عبد الله :
- فوزي رشيد :
- فتحي بهنسي :
- فتحي سرور :
- فاروق النبهان :
- شرح قانون العقوبات القسم الخاص.
- شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات.
- المسؤولية الجنائية.
- مشكلة البغاء في المغرب
- المعجم الوسيط.
- دليل القانون الجنائي
- المسؤولية الجنائية في القانون اللبناني.
- جرائم البغاء
- المرأة والجنس.
- النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي.
- الموجز في النظرية العامة للقانون الجنائي المغربي
- أصول المحاكمات الجزائية في القانون العراقي.
- الفقه على المذاهب الاربعة.
- القسم الخاص في قانون العقوبات.
- الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء.
- الاسرة والمجتمع.
- العقوبة المقدرة لمصلحة المجتمع الاسلامي.
- موانع المسؤولية الجنائية.
- الوجيز في المسطرة الجنائية المغربية.
- الحقوق الجزائية.
- الوسيط في شرح مدونة الاحوال الشخصية
- احكام المواريث في الشريعة الاسلامية.
- النظرية العامة للمسؤولية الجنائية وجرائم الاشخاص والاموال.
- احكام المواريث في الاسلام
- الشرائع العراقية القديمة.
- المسؤولية الجنائية في الفقه الاسلامي.
- نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي.
- الوسيط في قانون الاجراءات الجنائية.
- مباحث في التشريع الجنائي الاسلامي.

- حيائي والتحليل النفسي : ترجمة عبد المنعم المليجي

- ثلاث مقالات في الجنسي : ترجمة جورج طرابشي.

- السلطة الشرطة ومناطق شرعيتها جنائيا واداريا.

- الجرائم المخلة بالاداب فقها وقضاء

- الاحكام العامة في قانون العقوبات.

- الموسوعة العربية.

- المبسوط.

- القانون الجنائي في شروح.

- مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ منهاج. شرح

- الشريبي على متن منهاج الطالبين.

ب . المجلات

- المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد.

- المجلة الجنائية (تونس)

- سلسلة الاجتهاد القضائي.

- سلسلة الدلائل والشروح القانونية.

- مجموعة مجلة قضاء المجلس الاعلى

- ، ، ، القضاء والقانون (المغرب)

- ، ، ، المحاماة (المغرب)

- ، ، ، المحاماة (مصر)

- ، ، ، الغاء البغاء

- مجموعة القواعد في 25 سنة (مصر)

- مجموعة المبادئ الجنائية في 10 سنوات (مصر)

- مجموعة القوانين المصرية

- مجلة المحامي (مراكش).

- مجلة القانون والاقتصاد (مصر)

- مجلة القضاء والتشريع (تونس)

- مجلة نشرية محكمة التعقيب التونسية.

- مجلة العدل (أبو ضبي).

- مجلة المحاكم العسكرية (مصر).

- مجلة المحامون (دمشق)

- مجلة دراسات قانونية (ليبيا)

- مجلة القضاء والقانون (الكويت)

- فرويد سيكمون :

- قدري عبد الفتاح الشهاوي :

- سيد حسن البغال :

- السعيد مصطفى السعيد :

- شفيق غربال :

- شمس الدين السرخسي :

- وزارة العدل :

- يحي ابن شرف النووي :

فهرس

9	مقدمة
9	الاطار الاجتماعي والقانوني للجريمة
11	المشاكل القانونية المطروحة في البحث
12	الطريقة المتبعة في البحث
12	المراجع المعتمد عليها
13	تصميم الموضوع
	باب تمهيدي :
	التطور التاريخي للعلاقات الجنسية غير المشروعة والاتجاه التشريعي المقارن بشأنها
15	الفصل الاول : مفهوم العلاقة الجنسية المشروعة وغير المشروعة
17	الفصل الثاني : التطور التاريخي للعلاقة الجنسية غير المشروعة
23	الفصل الثالث : الاتجاه التشريعي المقارن بشأن العلاقة الجنسية غير المشروعة
32	المبحث الاول : النظام التنظيمي
33	المبحث الثاني : النظام التحريمي
36	المبحث الثالث : النظام الالغائي
41	المبحث الرابع : موقف المغرب من هذه الانظمة
47	الفصل الرابع : تحديد بعض المصطلحات المشابهة للفساد
	وتعريف بعض جرائم العرض الاخرى
50	المبحث الاول : تحديد بعض المصطلحات المشابهة للفساد (البغاء والدعارة)
50	المبحث الثاني : تعريف بعض جرائم العرض المشابهة لجريمة الفساد
54	أولا : الاغتصاب
54	ثانيا : الخيانة الزوجية
56	الباب الاول : أركان جريمة الفساد
59	مقدمة :
	أولا : تعريف جريمة الفساد في القانون الجنائي المغربي
60	ثانيا : تعريف جريمة الفساد (الزنا) في الشريعة الاسلامية
62	ثالثا : تعريف جريمة الفساد في القانون المقارن
63	الفصل الاول : علاقة جنسية بين رجل وامرأة
65	المبحث الاول : علاقة جنسية
65	أولا : النشاط المادي لجريمة الفساد
65	أ - الوطء
66	

68	ب - محل الوطء.....
69	ج - الوطء مع وجود البكارة أو الرتق.....
72	د - محاولة الوطء.....
74	هـ - تضمين الحكم بالادانة لوقوع الوطء فعلا.....
76	ثانيا : ممارسة الجنس بطرق أخرى غير الموافقة.....
79	المبحث الثاني : وجوب ممارسة العلاقة الجنسية بين رجل وامرأة.....
79	أولا : تحديد مفهوم الرجل والمرأة من حيث الجنس.....
79	أ - علاقة الشذوذ الجنسي.....
81	ب - العلاقة الجنسية مع الخنثى.....
84	ج - العلاقة الجنسية مع الميت.....
85	د - العلاقة الجنسية مع الحيوان (الفساد).....
85	هـ - العلاقة الجنسية مع الأشياء.....
86	و - ممارسة الجنس على النفس.....
87	ثانيا : تحديد مفهوم الرجل والمرأة من حيث السن.....
	الفصل الثاني :
89	عدم ارتباط الفاعلين بعلاقة زواج.....
89	تمهيد :.....
91	المبحث الاول : عدم ارتباط الفاعلين بعلاقة زواج فيما بينهما أو مع الغير.....
91	تمهيد :.....
92	أولا : عقد الزواج.....
92	أ - العلاقة الجنسية خلال فترة الخطبة.....
93	ب - عقد الزواج الصحيح.....
95	ج - عقد الزواج الفاسد.....
98	د - الدخول (البناء).....
98	هـ - الدفع بالزوجية في حالة الزواج العرفي.....
102	ثانيا : العلاقة الجنسية بعد الفسخ أو الطلاق.....
	المبحث الثاني :
105	حالة زواج أحد الفاعلين فقط (الشريك).....
105	أولا : موقف القانون والقضاء والفقه.....
107	ثانيا : تقييم موقف القانون والقضاء والفقه.....
	الفصل الثالث :
112	القصد الجنائي :.....
112	المبحث الاول : تعريف القصد الجنائي.....
112	أولا : القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية.....

115	ثانيا : تعريف القصد الجنائي وتحديد عناصره
117	ثالثا : عدم تأثير الباعث في القصد الجنائي
118	المبحث الثاني : انتفاء العوامل المؤثرة على الارادة
121	أولا : الصغير
121	أ - في القانون الجنائي المغربي
122	ب - في الشريعة الاسلامية
126	ثانيا : الجنون
125	أ - تعريف الجنون
126	ب - شروط انتفاء مسؤولية المجنون
126	الشرط الاول : أن يكون فقدان الادراك أو الارادة قد حدث نتيجة خلل في القوة العقلية
127	الشرط الثاني : أن يكون الجنون مصاحبا لزمان ارتكاب الجريمة
127	ج - مسؤولية المجنون عن جريمة الفساد
128	د - مسؤولية الطرف الاخر في العلاقة الجنسية
129	هـ - اثبات الجنون
131	و - مسؤولية المجنون في الشريعة الاسلامية
132	ثالثا : الاكراه
132	أ - أشكال الاكراه
132	1) الاكراه المادي
132	- تعريفه
133	- شروط الاكراه المادي
133	الشرط الاول : استحالة التوقع
134	الشرط الثاني : استحالة المقاومة
136	2) الاكراه المعنوي
136	- تعريفه
137	- شروط الاكراه المعنوي
137	الشرط الاول : أن يكون الخطر على نفس المكره أو على نفس غيره
138	الشرط الثاني : أن يكون الخطر جسيما
138	الشرط الثالث : أن يكون الخطر حالا
138	الشرط الرابع : أن لا يكون لارادة الفاعل دخل في حلوله
138	الشرط الخامس : أن لا يكون من المستطاع دفع الخطر بوسيلة أخرى
138	ب - طبيعة الاكراه بالنسبة لمن وقع عليه
138	ج - طبيعة الاكراه بالنسبة لمن صدر عنه
139	

139	د - الاكراه على الزنا في الشريعة الاسلامية
140	رابعا : فقدان الشعور الناتج عن السكر او التخدير
141	ب - فقدان الشعور الاضطراري
142	ح - فقدان الشعور الاختياري
144	المبحث الثالث : انتفاء العوامل المؤثرة على العلم
146	أولا : الجهل والغلط
146	ثانيا : موقف الشريعة الاسلامية من الجهل والغلط
151	ثالثا : الجهل والغلط ظرف شخصي
152	رابعا : اثبات الجهل والغلط
	الباب الثاني :
155	اثبات جريمة الفساد وعقوبتها
156	تمهيد :
157	الفصل الاول اثبات جريمة الفساد
157	مقدمة
158	أولا : مبدأ الاثبات في الميدان الجنائي
160	ثانيا : استثناء جريمة الفساد من مبدأ الاثبات الوجداني
161	ثالثا : اختلاف التشريعات حول اثبات الفساد
163	المبحث الاول : محضر التلبس
163	أولا : تعريف التلبس
164	ثانيا : حالات التلبس
166	ثالثا : أ - حالة انجاز الفعل الجنائي أو على اثر انجازه
168	ب - حالة وجود آثار على المتهم تبين مشاركته في الجريمة
170	ثالثا : هل يمكن التوسع في مفهوم حالات التلبس ؟
172	رابعا : كيفية اكتشاف التلبس
173	خامسا : اثبات التلبس
174	سادسا : تقدير التلبس
176	المبحث الثاني : الاعتراف المتضمن في المكاتيب والاوراق الصادرة عن المتهم
176	أولا : تعريف المكاتيب والاوراق
179	ثانيا : هل يصح اعتماد الصور الفوتوغرافية لاصل المكاتيب والاوراق ؟
180	ثالثا : هل تعتبر الصور الفوتوغرافية للمتهمين في وضع مريب من قبل المكاتيب والاوراق ؟
181	رابعا : الشروط الواجب توافرها في المكاتيب والاوراق
181	أ - أن تكون صادرة عن المتهم

182	ب - أن تتضمن اعترافا واضحا في الدلالة على ارتكاب الفساد
183	ج - أن يتم الحصول عليها وفق اجراءات مشروعة
183	خامسا : تقدير الاعتراف المكتوب
185	المبحث الثالث : الاعتراف القضائي
185	أولا : تعريف الاعتراف وقيمه اثباتية
188	ثانيا : شروط الاعتراف
189	أ - أن يصدر من المتهم على نفسه
189	ب - أن يصدر أمام قاضي الحكم
190	ج - أن يكون صريحا وواضحا
190	د - أن لا يثبت من مستندات الملف كذب الاعتراف
190	هـ - أن يكون المعترف متمتعاً بالتمييز والادراك والارادة الحرة
191	ثالثا تقدير الاعتراف

	المبحث الرابع : هل يمكن أن تثبت جريمة الفساد بأدلة أخرى غير مذكورة في الفصل 493 ق ج ؟
191	
195	الفصل الثاني : تقييم تحديد المشرع لوسائل اثبات الفساد
195	المبحث الاول : اطار التحديد وغاية المشرع منه
195	أولا : اطار التحديد
197	ثانيا : غاية المشرع من التحديد
199	المبحث الثاني : ملاحظات حول التحديد
199	أولا : ملاحظات حول التحديد بصفة عامة
201	ثانيا : ملاحظات متعلقة بالوسائل المحددة في الفصل 493 ق ج
201	أ - بالنسبة لمحضر التلبس
203	ب - بالنسبة للاعتراف المكتوب
203	ج - بالنسبة للاعتراف القضائي
205	الفصل الثالث : اثبات الفساد (الزنا) في الشريعة الاسلامية
206	تمهيد
206	المبحث الاول : أدلة الزنا المجمع عليها
206	أولا : الاقرار
206	أ - تعريفه
206	ب - شروط الاقرار
207	1) الشروط المتفق عليها
207	الشرط الاول : البلوغ والعقل
207	الشرط الثاني : صدوره بصفة مختارة

207	الشرط الثالث : صدوره بصفة صريحة
207	(2) الشروط المختلف فيها
207	الشرط الاول : التكرار
208	الشرط الثاني : عدم الرجوع عن الاقرار
209	الشرط الثالث : النطق
209	الشرط الرابع : عدم التقادم
209	الشرط الخامس : عدم التكذيب من الطرف الآخر
210	الشرط السادس : الاقرار في مجلس القضاء
210	ثانيا : الشهادة
210	أ - تعريفها
211	ب - شروط الشهادة
211	(2) اهم الشروط المتفق عليها
211	الشرط الاول : أن يكون عدد الشهود أربعة
212	الشرط الثاني : وصف الزنا بحقيقته
213	(2) الشروط المختلف فيها
213	المبحث الثاني : أدلة الزنا المختلف فيها
213	أولا : الحمل
214	ثانيا : اللعان
215	المبحث الثالث : مقارنة بين اثبات الفساد في ق ج والشرعة الاسلامية
215	أولا : أوجه الالتقاء
216	ثانيا : أوجه الاختلاف
217	الفصل الرابع : عقوبة جريمة الفساد
217	المبحث الاول : عقوبة الفساد في ق ج المغربي
217	أولا : العقوبة الاساسية لجريمة الفساد
218	ثانيا : ظروف التخفيف وظروف التشديد
218	أ - ظروف التخفيف
220	ب - ظروف التشديد
222	ثالثا : العقوبات الاضافية والتدابير الوقائية
222	أ - العقوبات الاضافية
222	ب - التدابير الوقائية
223	رابعا : المتهم الذي لم يتم الخامسة عشر من عمره
225	المبحث الثاني : عقوبة الفساد (الزنا) في الشريعة الاسلامية
226	أولا : عقوبة الجلد
226	أ - الجلد

226	ب - شروط الجلد
226	(1) أن يكون السوط بين الجدة والقدم
227	(2) أن يكون الضرب معتدلاً
227	(3) أن يتم الضرب في مواضع لا تؤدي إلى الهلاك
227	(4) أن لا يجلد في برد قارس أو حر مفرط
228	(5) أن يضرب المجلود قاعداً
228	(6) أن يتم الجلد علانية
228	(7) أن لا تجلد الحامل حتى تلد
228	(8) أن لا يجلد المريض حتى يبرأ
228	ثانياً : عقوبة التغريب
230	خاتمة :
230	أولاً : أهم موضوعات البحث والآراء المتعلقة بها
233	ثانياً : مدى جدوى العقاب على جريمة الفساد في محاربتها
235	قائمة المراجع :
240	الفهرس :



احفظوا على إقرأ لي
<http://iqraeli.blogspot.com>

<http://iqraeli.blogspot.com>

مطبعة الرسالة
١١ شارع علال بن عبد الله
الرباط

الايداع القانوني : 1987/741

<https://www.facebook.com/iqraeli>



تابعونا على



هذا الكتاب موجود حصرىا على مدونة إقرأ لي

<http://iqraeli.blogspot.com>

<https://www.facebook.com/iqraeli>