

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة - 1
كلية الحقوق

جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في تشريعات المغرب العربي

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في القانون العام
فرع قانون عقوبات و علوم جنائية

تحت إشراف:

أ.الدكتور محمد الأخضر مالكي

إعداد الطالبة:

ليطوش دليلة

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	1	جامعة منتوري قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ طاشور عبد الحفيظ
مشرفا و مقرا	1	جامعة منتوري قسنطينة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ محمد الأخضر مالكي
عضوا مناقشا		جامعة بسكرة	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ بن مشري عبد الحليم
عضوا مناقشا		جامعة بسكرة	أستاذ محاضر	د/ مستاري عادل
عضوا مناقشا	1	جامعة منتوري قسنطينة	أستاذ محاضر	د/ عمارة فوزي
عضوا مناقشا		جامعة سكيكدة	أستاذ محاضر	د/ لنكار محمود

نوقشت بتاريخ: 2017/07/06.

السنة الجامعية: 2016 م / 2017 م.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

بسم الله الرحمن الرحيم

"إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة و
الله يعلم و أنتم لا تعلمون"، سورة النور، الآية 19.

كلمة شكر و تقدير خاص

الحمد لله قبل كل شيء، و لا حول و لا قوة إلا بالله العلي العظيم.
أتوجه بكل الشكر و الامتنان و التقدير إلى من مدني بنصائحه القيمة و توجيهاته السديدة، أستاذي المشرف الأستاذ الدكتور محمد الأخضر مالكي الذي تابع عملي و وجهني و فتح عيني على الأخطاء و النقائص التي غفلت عنها.
كما أتوجه بكل الشكر و الإمتنان و التقدير أيضا إلى أساتذتي أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا الإطلاع على رسالتي، و ذلك من أجل إفادتي بآرائهم القيمة و تصحيح أخطائي.

جزاكم الله عني ألف خير

إهداء

إلى كل من تمنى لي الحظ الطيب.

إلى كل من تمنى لي التوفيق.

إلى من ساندني في إنجاز هذه الرسالة، زوجي العزيز.

إلى عائلتي، و أبنائي ... أحمد عبد الله، و محمد عبد الرحمن.

أقدم هذا العمل المتواضع...

دليلة

مقدمة

تسعى المجتمعات كلها إلى الرقي بأفرادها من خلال تمسكهم بالأخلاق السامية، و التي دونها تتززع و ينصهر كيانها، فلا يمكن بأي حال من الأحوال الحصول على مجتمع سليم إلا إذا كانت أخلاقه سوية و من المحال وجود مجتمع سليم مركب من أفراد غير أسوياء لذا فإن أخلاق المجتمع من أخلاق أفراده الذين من الواجب أن تغرس فيهم الفضيلة و الإبتعاد عن الرذيلة بكل أشكالها و قد كان السعي منذ القدم لترسيخ هذه الأفكار على شتى الأصعدة في حياة الإنسان، و خصوصا ما تعلق منها بالجانب الجنسي الذي جبل عليه.

و تعتبر الغريزة الجنسية من الأمور الطبيعية في حياة البشر فهي لم تخلق من أجل المتعة في حد ذاتها و إنما من أجل إستمرار الإنسان على وجه الأرض، و قد ساهم الدين و التربية و المثل السامية و الشعور بالحياء المغروس في النفوس البشرية في وضع قيود على ممارسة الإنسان لغريزته، و تهذيب التعبير عنها و توجيهها و تنظيمها، لذلك أصبحت الحياة الجنسية للأفراد موضوعا هاما من المواضيع الإجتماعية و القانونية تنظم بحسب ما يطغى على المجتمعات من قيم و أفكار دينية و إجتماعية و قانونية.

و يعتبر القانون الجنائي من أهم القوانين التي تكفل سلامة الأخلاق الحميدة حسب ما تقره قيم كل مجتمع و من بينها المجتمعات المغاربية كالجزائر و تونس و المملكة المغربية و ليبيا و موريتانيا خصوصا في ظل ما ترسخ في مجتمعاتها من قواعد دينية و أخلاقية تحرم كل وطء دون زواج، و تمنع المساس بالأعراض و الآداب العامة، لأن هذه القواعد الدينية و الأخلاقية السامية هدفها صيانة الفضيلة و حماية الآداب العامة للمجتمعات ككل و المجتمعات المغاربية على وجه الخصوص.

و قد كانت هذه التشريعات متأثرة منذ القدم بما ساد من تحريم للعلاقات الجنسية غير المشروعة في كافة مظاهرها، و لكن مع مرور الزمن زاد شعور الإنسان بالتحضر و صار عرضه قيمة إنسانية و دينية و أخلاقية و إجتماعية، بمعنى أن الفعل الماس بالعرض قد إعتبر في الوقت ذاته مخالفا للدين و الأخلاق و النظام و إعتبرت الحماية للعرض لحماية للقيم الدينية و الإجتماعية و الأخلاقية الراسخة. كما صادفت هذه التشريعات المغاربية ما جاء به فقهاء القانون الوضعي الغربي الذين رأوا أن تلك الأفكار السابقة تعتبر تجاوزا لحدود التنظيم التشريعي، لذلك وقفت الشرائع الحديثة عند تجريم الأفعال الماسة بالعرض و الآداب العامة و ضيقت من نطاقها و تبنت أساسا للتجريم مخالفا لما تبنته الشرائع القديمة من الناحية الدينية و الأخلاقية، فأصبح حسب هذه الشرائع الوضعية من الأفعال ما هو غير محرم و لكن من الناحية الدينية و الأخلاقية يعتبر محرم و خطيئة و رذيلة، و هذا بحجة أن القانون له نطاق مختلف عن نطاق الدين و الأخلاق و بهذا حرصت هذه التشريعات على كفالة الحريات الشخصية و من بينها الحرية الجنسية و عدم التدخل في شؤون الأفراد، كما حرصت على التجريم فقط لتلك الأفعال التي تستهجنها الأخلاق و الدين و التي تمس في نفس الوقت بالتنظيم الإجتماعي سواء بصفة مباشرة أو

غير مباشرة، و بهذا إقتصرت التجريم على الأفعال التي تشكل إعتداء على الحرية الجنسية لأن ضمان هذه الحرية حسب هذه التشريعات الوضعية أمر لازم لوجود الأفراد في المجتمع و حفظ النظام الطبيعي للحياة.

و مع بروز الأفكار التي جاءت بعد الثورة الفرنسية و المناداة بفصل الدين عن الدولة و إنكار حق السلطة العامة في الإطلاع على حياة الأفراد الشخصية و على رأسها حرّيته في ممارسة الجنس، عرّضت هذه التشريعات الوضعية الغربية على وضع خطة تسيّر عليها في الاعتراف للأفراد بالحرية الجنسية و ممارستها بإعتبارها حقاً مشروعاً، دون اشتراط أية صلة قانونية بين أطراف هذه العلاقة و حصرت التجريم في الأفعال التي تقع دون الرضا الصحيح حسب ما تحدده قوانينها.

و بين كل هذه الظروف و التطورات و الأفكار وجدت التشريعات المغاربية نفسها تحاول جاهدة مسايرة ما رسخ في ذهنيات أفرادها من قيم دينية و أخلاقية و ذلك بتجريم كل ما يعتبر ماساً بالعرض و الآداب العامة في حد ذاته، و بين ما يعتبر ماساً بالحرّيات الجنسية أو بالحياء العرضي للمجتمع فقط، أو بالنظام الأسري في نطاقه الضيق أو بالنظام العام في بعض الحالات، كونها منبثقة عن الأفكار الحديثة لهذه التشريعات الوضعية الغربية التي تتعايش معها و تتأثر بها.

و من هنا برزت الأهمية البالغة لمعرفة المفهوم الذي صيغ كل من العرض و الآداب العامة خصوصاً في ظل النظرة المختلفة لهما من الجانب الاجتماعي و الأخلاقي و حتى الديني، فالعرض يقصد به في القانون الوضعي أو حسب التعريف الاجتماعي حرية المعاشرة الجنسية، بمعنى حماية الجسد من كل ممارسة غير إرادية، لهذا فإن كل فعل يتضمن ماساً بهذه الحرية أو خروجاً عنها يعتبر إعتداء على العرض¹، و الحقيقة أن نظرة فقهاء القانون للعرض هي نظرة ضيقة تنبع من فلسفة مختلفة عن الفلسفة الدينية و الأخلاقية فتعتمد على الحرية الجنسية أو الحياء العرضي أو حماية النظام العام أو حماية الأسرة في نطاقها الضيق كأساس للتنظيم القانوني للعلاقات الجنسية لذلك تضيق فكرة العرض و تتحدد أفعال الإعتداء عليه بكل ما يتضمن ماساً بهذه الأفكار أو خروجاً عن القيود الاجتماعية.

أما التعريف الأخلاقي للعرض فهو صيانة الجسد من كل ممارسة غير مشروعة للجنس² و بهذا يستمد المفهوم الأخلاقي للعرض مقوماته من القواعد الدينية و المعتقدات الأخلاقية النابعة من المثل العليا، و هو يتوجه إلى الفرد فيحثه على التحلي بالأخلاق و الفضيلة و الإبتعاد عن كل فعل أو تصرف يتعارض مع مقتضيات الحفاظ عليها و يقوم هذا المبدأ على أن نقاء العرض هو واجب الفرد إتجاه نفسه كما أنه حق لصاحبه في مواجهة الغير.

¹. رشيد أبو حجيبة (علي): الحماية الجزائية للعرض في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية- دراسة مقارنة- الطبعة 1، الأردن، دار الثقافة 2001، ص24.

². عبد المطلب (إيهاب)، صبحي (سمير): الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح القانون الجنائي المغربي في ضوء فقه و أحكام المجلس الأعلى المغربي و محكمة النقض المصرية، المجلد 3، الطبعة 1، (دون مكان نشر)، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2011، ص 14 و ما بعدها.

أما المفهوم الوضعي للآداب العامة فهو مجموعة القيم و التقاليد الأخلاقية و الإجتماعية التي يعتبرها القانون حقا للمجتمع جدير بالحماية و الآداب العامة، و هي مجموعة من القواعد الأخلاقية التي يقرها الشارع و يكفل لها الحماية القانونية¹، و ترد عبارة الآداب العامة جنبا إلى جنب في لغة القانون مع عبارة النظام العام، و ما هذا إلا لأنها من المجالات التي تتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع و إذا كان النظام العام من مجموعة المبادئ الأساسية و السياسية و الإقتصادية و الإجتماعية و الخلقية التي يقوم عليها مجتمع ما في وقت من الأوقات فإن الآداب العامة في لغة القانون هي مجموعة المبادئ النابعة من المعتقدات الدينية و الأخلاقية المتوارثة إجتماعيا و العادات و التقاليد و الأعراف المتأصلة في مجتمع ما في زمن معين و التي يعد الخروج عنها إنحراف لا يسمح به المجتمع.

و لهذا فإن دراسة جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة لها أهمية بالغة على شتى الأصعدة جراء التطور الرهيب و إستفحال هذا النوع من الجرائم، و كذا ذلك الإنحراف الخطير في المبادئ و الأفكار و الأسس الذي أثر على معالجة هذه الجرائم و الذي برزت آثاره واضحة و جلية على المجتمع برمته.

و من هنا وقع إختيارنا على دراسة هذا الموضوع فكان العنوان المقترح هو: " جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في تشريعات المغرب العربي".

و قد كان هذا الإختيار لأسباب عديدة تبرز أهميته البالغة على الصعيد القانوني و أهمها:

إستفحال جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة بشكل رهيب حيث تعدى النمط الكلاسيكي المعروف على مر العصور ، ليتمد إلى نوع جديد تستكركه الطبائع و النفوس البشرية أكثر فأكثر (كجرائم الإعتداء على الأطفال)، ليصل إلى المجتمعات العربية و من بينها دول المغرب العربي، و هو ما جعلنا نتخذها نموذجا للدراسة و الفحص و التمهيص على أساس أنها دول مجاورة لبعضها البعض تخضع لنفس التأثيرات الخارجية، و لها مقومات عربية إسلامية مشتركة و خضعت لنفس الإستعمار من الدول الأوروبية، فتأثرت بالفكر الغربي و كانت تلجأ في كل مرة إلى المشرع و القضاء الأوروبي حين التصدي لهذه الجرائم.

و الآثار الجسيمة الجسدية و النفسية التي تلحق بالأفراد و خصوصا الإناث و الأطفال، ناهيك عن الإضرار بمستقبلهم على المدى القريب و البعيد.

و كذلك تعميق البحث عن أوجه التشابه و الإختلاف بين تشريعات المغرب العربي حينما تصدت لمعالجة هذا النوع من الجرائم في تشريعاتها العقابية و الإجرائية من أجل محاولة البحث عن مدى التوازن الموجود من عدمه بين حماية الأخلاق و بين حماية الحرية الجنسية

و من خلال كل هذه الأسباب الهامة التي جعلتنا نولي هذا الموضوع إهتمامنا، بالإضافة لما رأيناه من قلة معالجة هذا النوع من المواضيع و دراسته دراسة كاملة، و قلة الدراسات السابقة المماثلة و ما وجد

¹. معجم القانون، (دون طبعة)، القاهرة، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1999، ص 237.

منها يمس بإحدى الجزئيات أو يتناوله من زاوية أخرى غير التي نريد أن نهتم بدراستها، حاولنا معالجة هذا الموضوع من الناحية القانونية و ذلك بإبراز جملة الحقائق القانونية التي تكون هذه الجرائم و أسباب تواجدها بالشكل الذي هي عليه في عدد من البلدان المتقاربة و هي دول المغرب العربي الكبير، و ذلك من خلال واقع النصوص الجزائية.

و قد حاولنا طرح إشكالية هذا البحث المتمثلة في:

ما هي المعالجة القانونية التي حظيت بها جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغربية؟

و هذا السؤال في الحقيقة ينطوي على تساولين فرعيين لا يقل أهمية عنه إن أردنا حقيقة معالجة هذه الظواهر الهدامة للكيان البشري و هي:

ما هو مقدار التوازن الذي حققته التشريعات المغربية بين حماية الأخلاق و التي لا تخرج في مفهومها عن المفهوم الديني من جهة و حماية الحرية الجنسية من جهة أخرى؟
و هل المعالجة القانونية من طرف التشريعات المغربية لها الأثر الفاعل في القضاء على هذه الجرائم أو على الأقل التقليل منها؟

و في محاولة منا لمعالجة هذه الأنواع الخطيرة من الجرائم التي إستفحلت في دول المغرب العربي كنموذج، حاولنا بالتوازي إتباع منهجا تحليليا، و إستعنا بالأسلوب المقارن في كثير من الحالات من أجل محاولة المقاربة بين هذه التشريعات و إستخلاص أوجه الشبه و الإختلاف و تحليلها ثم المقارنة فيما بينها من أجل إستخلاص الحلول المثلى الموجودة في قوانين هذه الدول.

و قد قسمنا هذه الدراسة إجمالاً كالاتي:

الباب الأول: أنواع جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغربية.

الباب الثاني: الإجراءات و العقوبات التي تصدت بها التشريعات المغربية لجرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

الخاتمة.

الباب الأول:

أنواع جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغاربية.

لقد اختلفت تشريعات المغرب العربي في تصنيف جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في قوانينها الجزائية، فنجد أن المشرع الجزائري صنف هذا النوع من الجرائم في الفصل الثاني بعنوان: "الجنايات و الجنح ضد الأسرة و الآداب العامة"، فكان القسم السادس بعنوان: "إنتهاك الآداب" و القسم السابع بعنوان: "تحريض القصر على الفسق و الدعارة"¹، و هو بهذا يكون قد نظر إلى هذا النوع إنطلاقا من كونه ماسا إما بالنظام الأسري أو بتلك العادات التي يسير عليها المجتمع و التي عبر عنها بالآداب العامة.

أما المشرع التونسي فقد أورد في المجلة الجزائية التونسية في الجزء الثاني تحت عنوان: "في الإعتداء على الناس"، في الباب الأول الذي بعنوان: "في الإعتداء على الأشخاص" جرائم الإعتداء بالفواحش و ذلك في القسم الثالث و عددها: "الإعتداءات على الأخلاق الحميدة، التحرش الجنسي، و الإعتداء بما ينافي الحياء، التحريض على فعل الخناء، الزنا هتك شرف الإنسان و عرضه"²، و المشرع التونسي هنا يكون قد بدأ بالنظر لهذا النوع من الجرائم على أساس أنها أفعال منكرة لأن الفحش هو قمة المنكرات. و أما مشرع المملكة المغربية فقد أورد في قانونه الجنائي³، جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في الباب الثامن الذي جاء بعنوان: "في الجنايات و الجنح ضد نظام الأسرة و الأخلاق العامة"، في فرعه السادس الذي جاء بعنوان: "في إنتهاك الآداب"، حيث أورد جرائم الإخلال العلني بالحياء و هتك العرض و الإغتصاب و الشذوذ الجنسي و الزنا، و في فرعه التاسع الذي جاء بعنوان: "في إفساد الشباب و في البغاء"، و أورد فيه جرائم تحريض القصر على الدعارة أو البغاء و جريمة البغاء، الحقيقة أن إنطلاقة هذا المشرع مماثلة لنظيره الجزائري لأنه جرم هذه الأفعال إنطلاقا من كونها ماسة بما ساد في المجتمع من آداب و أخلاق.

¹. قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون رقم 15-19 المؤرخ في 2015/12/30، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 71، بتاريخ 2015/12/30 .

². أنظر...المجلة الجزائرية التونسية، الطبعة 2، تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2009 م، ص 61 و ما يليها.

³. أنظر...مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، (دون طبعة)، المملكة المغربية، دار النشر للمعرفة، 2009م، ص 153 و ما يليها.

و بالنسبة للتشريع الموريتاني¹ فقد جاء الباب الثاني بعنوان: "الجنايات و الجنح ضد الأفراد"، في فرعه الرابع الذي جاء بعنوان: "الإعتداء على الشعائر الإسلامية" تجريم الأفعال الماسة بالعرض و الآداب العامة و قد إنتهج منهاجاً- تشريعياً- يؤكد على إتباع أحكام الشريعة الإسلامية.

أما بالنسبة للمشرع الليبي فقد نظم في قانون العقوبات الليبي هذه الجرائم في الباب الثاني الذي جاء بعنوان: "الجرائم ضد الأسرة" في الفصل الثاني الذي جاء بعنوان: "الجرائم ضد الأسرة" و في الباب الثالث الذي جاء بعنوان: "الجرائم ضد الحرية و العرض و الأخلاق"، و هنا نجد أن المشرع الليبي قد أراد الإلمام بتجريم هذه الأفعال إنطلاقاً من كونها ماسة بالأسرة و الأخلاق و الآداب عموماً².

و الحقيقة أن هذا التقسيم الأولي الذي إتخذته التشريعات المغربية لا تتضح معالمه إلا إنطلاقاً من دراسة ما ذهبت إليه حينما عالجت هذه الجرائم، و قد قسمنا هذا الباب إلى فصلين، كان الأول بعنوان: "جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة الرضائية في التشريعات المغربية"، أما الفصل الثاني فكان بعنوان: "جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة غير الرضائية في التشريعات المغربية".

و قد قصدنا من هذا التقسيم أن هذا النوع من الجرائم لها جملة من المميزات التي تشترك فيها مع بعضها البعض، و هو ما يجعل التقسيم يصعب و يعاب في كل مرة و قد كان الأصوب النظر إليها إنطلاقاً من كونها إن كانت هذه الجرائم ترتكب برضى الأطراف فلا نقول أنه هناك جان و مجني عليه بل كلا الطرفين أو الأطراف يعتبرون جناة في نظر القانون، أو لا ترتكب برضى أحد الأطراف أو أكثر و في هذه الحالة يعتبر هذا الطرف أو الأطراف مجنيا عليهم و بالتالي فهم لهم مركزاً قانونياً مختلفاً عن المركز القانوني للجاني أو الجناة، و كل هذا بالطبع خاضع للتوازن المنطقي و العلمي الذي يرتضيه هذا النوع من الأبحاث.

الفصل الأول:

جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة الرضائية في التشريعات المغربية.

إن التشريعات المغربية (الجزائر و تونس و المملكة المغربية و ليبيا و موريتانيا) جرمت هذا النوع الفظيع من الأفعال و عدت جملة الجرائم الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة و لكن أدرجته تحت تقسيمات بتسميات مختلفة كما سبق القول، و لكن بتصفح هذه التشريعات نجد أنها قد ضمت جملة من الجرائم تشترك في صفة واحدة هي أنها مرتكبة برضا الأطراف فلا نجد أنه هناك من وقع الفعل عليه

¹ . الأمر القانوني رقم 162-83 الصادر بتاريخ 9 يوليو 1983، المتضمن القانون الجنائي الموريتاني، متوفر على موقع:

<http://www.magistrats.net>

² . قانون العقوبات الليبي، متوفر على موقع:

دون إرادته أو إرتكبه دون إرادته و لهذا كانت تسميتها بالجرائم الرضائية، و قد نظرنا إليها بحسب منظورها المتأثر إما بالسياسات الجنائية الوضعية الغربية، أو بالسياسة الجنائية في الشريعة الإسلامية. و قد جاء هذا الفصل محاولا الإمام بما يخص هذه الجرائم التي تتطوي تحت هذا التقسيم من حيث تعريفها و أركانها هذا من جهة، مع إبراز في كل مرة المنهج الذي تأثرت به هذه التشريعات في كل جريمة على حدى و هذا من جهة أخرى، و ذلك من أجل محاولة توصيل أكبر فهم لهذا النوع الخطير من الجرائم من منظور التشريعات المغاربية، و مدى نجاعة السبل التي إتبعتها في سياساتها التجريبية لهذه الأفعال، و قد قسمنا هذا الفصل إلى خمس مباحث تناولنا في (المبحث الأول) جريمة الزنا، و تناولنا في (المبحث الثاني) جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم، و تناولنا في (المبحث الثالث) جريمة الشذوذ الجنسي، و تناولنا في (المبحث الرابع) جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة، أما (المبحث الخامس) فتناولنا فيه جريمة البغاء.

المبحث الأول:

جريمة الزنا.

إن نظام الأسرة يقوم على مصطلحات يرتضيها العقل و قواعد تختارها الجماعة ترمي إلى محاربة الغرائز أو توجيهها إلى طريق غير طريقها الطبيعي، و هي ليست من صنع الأفراد و لا هي خاضعة في تطورها لما يريده لها القادة و المشرعون، فنظام الأسرة يرتبط إرتباطا وثيقا بمعتقداتها و تقاليدها و عرفها الخلقي و ما تسيّر عليه من نظم في شؤون السياسة و الاقتصاد و التربية و القضاء¹، و يجب الإشارة إلى أنه حتى في التشريعات القديمة كان هناك تجريم للعلاقات التي تتم خارج إطار الزواج و قد كانت العقوبة تصل أحيانا إلى الإعدام و منها قانون حمورابي².

و الزواج و الزنا مظهران لفعل واحد هو الوطء بين الرجل و المرأة، غير أن الأول عمل مشروع نظمته الشرائع و أحكمته القوانين و الآخر غير مشروع جرمته الشرائع و القوانين و وضعت له عقوبات، و بالتالي فالزنا جريمة مباشرة تسلط على الذات البشرية، و هو لم يعرف إلا حينما عرف الزواج فبالزواج إستأثر الرجل بالمرأة و أصبح يتأذى من أي إفراط على حقه و يثور إذا ما إعتدى أحد غيره على هذا الحق، و الشرائع الوضعية لم تسلك طريقا واحدا في نظرتها إلى الزنا، فمنها من بالغ في التسامح و لم يعد الزنا جريمة كالقانون الإنجليزي الذي لم ير في الزنا موجبا للطلاق و إن كان يستوجب التعويض فقط، فالمرأة المتزوجة و الرجل المتزوج لا حرج عليهما في هذا القانون إذا صدر منهما فعل الخيانة في حق الطرف الآخر للعلاقة الزوجية.

¹ . عبد الواحد وافي (علي): الأسرة و المجتمع، الطبعة 7، مصر، دار النهضة للطباعة و النشر، 1977 م، ص 4.

² . عبد الكريم الغازي (إبراهيم): تاريخ القانون في وادي الرافدين و الدولة الرومانية، (دون طبعة)، القاهرة، مطبعة الأزهر، 2001 م ص 75، ريبولط (أودولف): القانون الجنائي في شروح، (دون طبعة)، المملكة المغربية، منشورات جمعية تنمية الدراسات و البحوث القانونية، 1990، ص 111

و منها من تشدد في العقاب فالتزم بأحكام الشريعة الإسلامية التي تجرم الزنا و تعتبره كل صلة جنسية محرمة بين رجل و امرأة، فيعاقب على الزنا سواء كان الزاني رجلاً أو امرأة متزوجاً أم غير متزوج، و قد توسطت غالبية الشرائع بين الإتجاهين فلم تعاقب على كل وطء في غير حلال (أي على الفعل باعتباره رذيلة في حد ذاته)، و إنما قصرت العقاب على الفعل الذي يقع من شخص متزوج على إعتبار أن فيه إخلال بالالتزام الأمانة الزوجية الواقع على عاتق الفاعل بمقتضى عقد زواج كان يربطه وقت إتيان الفعل. و لا تجيز هذه التشريعات في الوقت نفسه تحريك الدعوى إلا بناء على شكوى من المجني عليه الذي له أن يتنازل عن الدعوى في أي مرحلة كانت عليها فتتقضي بهذا التنازل¹، و هذا هو حال بعض دول المغرب العربي التي تحاول مجارات النظريات الغربية فيما يخص تجريم الزنا، و دون ترك مبادئ الشريعة الإسلامية، و قد قسمنا هذا المبحث إلى خمسة مطالب، تناول (المطلب الأول) تعريف جريمة الزنا، و تناول (المطلب الثاني) جريمة الزنا و غيرها من التسميات اللصيقة بها، و تناول (المطلب الثالث) أركان جريمة الزنا في التشريعات المغاربية، و تناول (المطلب الرابع) التلقيح الصناعي و جريمة الزنا، أما (المطلب الخامس) فتناول تقدير تجريم الزنا بين كونه محرماً لذاته و بين كونه يمس بالحرية الجنسية و العلاقات الأسرية.

المطلب الأول:

تعريف جريمة الزنا في التشريعات المغاربية.

إختلفت تشريعات المغرب العربي في التطرق لجريمة الزنا، فهناك من سماها بهذا اللفظ و هناك من أطلق عليها إسم "جريمة الفساد"، أو "الخيانة الزوجية"، و لكن المراد هنا هو تعريف "الزنا" كمفهوم قائم بذاته ثم التطرق إلى باقي المفاهيم، و الحقيقة أنه لم تتطرق التشريعات المغاربية لتعريف الزنا عدا التشريع الليبي، و يتحدد مفهوم الزنا بالتطرق إلى تعريفه للغويا و فقها و قانونياً.

الفرع الأول:

التعريف اللغوي لجريمة الزنا.

يعرف الزنا من الناحية اللغوية بأنه: كلمة مشتقة من فعل زنا أي ضاق، و زنا عليه تزنية أي ضيق و زنا يزني بمعنى فجر²، و هو بهذا لفظ يتجه إلى تلك العلاقة غير المشروعة بين الرجل و المرأة خارج إطار الزواج، و يقال أيضاً زنا أي ضيق على فلان، و فجر في علاقة الجنس، و أتى المرأة من غير

¹. محمود خليل (أحمد): جريمة الزنا في الشريعتين الإسلامية و المسيحية و القوانين الوضعية، (دون طبعة)، الإسكندرية منشأة المعارف، 2002 ص 6 و 7، علي أعبودة (الكوني): أساسيات القانون الوضعي الليبي- المدخل إلى علم القانون- الطبعة 2، ليبيا، المركز القومي للبحوث و الدراسات العلمية، 1998، ص 98 .

². محمد بن يعقوب الفيروز أبادي (محي الدين): القاموس المحيط، الطبعة 6، (دون مكان نشر)، مؤسسة الرسالة، 1958 م ص123.

عقد شرعي و يقال أيضا زنا الرجل و زنت المرأة و جمعهما زناة، أي مرتكبي الزنا و الفاجرة في علاقة الجنس هي الزانية التي أقامت علاقات جنسية دون زواج شرعي¹.

الفرع الثاني:

التعريف القانوني لجريمة الزنا.

لم تتطرق قوانين الدول المغاربية لتعريف الزنا و لكن إكتفت بتعداد جملة الأركان التي تجعله جريمة قائمة بذاتها مع أنها اختلفت في تسميته كما سوف نرى، و قد إنفرد المشرع الليبي بتعريف جريمة الزنا و ذلك في القانون رقم 70 لسنة 1973 في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي، في المادة الأولى منه ورد فيها تعريف الزنا: "هو أن يأتي رجل و امرأة فعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة"²، و يلاحظ أن المشرع الليبي هو الوحيد الذي أورد تعريف الزنا في نصوصه القانونية بالمقارنة مع التشريعات المغاربية فظبطه بما لا يدعوا مجالاً لأي خلط في مفهومها أو الأسس التي إستند عليها حين تجريمها، كما يلاحظ أن هذا التشريع قد جرم هذا الفعل على إطلاقه فلم ينظر إن كان أحد الأطراف أو كليهما متزوجا، و لم يقرنه بشرط أن يكون مرتكبا داخل منزل الزوجية و هو بهذا قد شابه تعريف الزنا في الشريعة الإسلامية كما سوف نرى.

الفرع الثالث:

التعريف الفقهي لجريمة الزنا.

إن الزنا فقها هو: "علاقة جنسية خارج إطار الزواج"، و قد إعتاد غالب الفقه على التوجه لتعريف الخيانة الزوجية و ليس الزنا بمفهومه المطلق الذي يجرم الوطء المحرم، و الفقه الفرنسي يميز بين نوعين من الزنا -الخيانة الزوجية-، زنا بسيط و هو الزنا الذي يرتكبه الشخص المتزوج مع شخص غير متزوج، و زنا ثنائي و هو زنا يرتكبه شخص متزوج مع شخص متزوج³، و هناك من عرف -الخيانة الزوجية- بأنه: "تدنيس فراش الزوجية و إنتهاك حرمتها بتمام الوطء"⁴، و هناك من عرفه أيضا بأنه: "خيانة العلاقة الزوجية"⁵، و هناك من عرفه أيضا بأنه: "إرتكاب الوطء الطبيعي غير المشروع من رجل على أنثى غير متزوجة أو متزوجة برضاها حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما، أو حال إنعدامها بين الإثنين"⁶، و يبدو من التعريفات السابقة أنها تختلف في تعريف الزنا -الخيانة الزوجية- و ذلك حسب

¹. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 623 و 624.

². القانون رقم 70 لسنة 1973 م في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام القانون الليبي، متوفر على موقع:

[Http://www.shaimaatalla.com](http://www.shaimaatalla.com)

³. صقر (نبيل): الوسيط في جرائم الأشخاص، (دون طبعة)، الجزائر، دار الهدى، 2009 م، ص 305.

⁴. محمود خليل (أحمد): المرجع سابق، ص 13.

⁵. محمد بدوي (أحمد): جرائم العرض وفقا للقانون الجنائي المصري و المقارن و الشريعة الإسلامية، (دون طبعة)، القاهرة، دار سعد سمك

للمطبوعات القانونية و الإقتصادية، (دون سنة نشر)، ص 49.

⁶. رشيد بو حجيبة (علي): مرجع سابق، ص 43.

المنطلقات و السياسات التي يتبناها هؤلاء الفقهاء، و بهذا نجد أن الزنا في تعريفه الفقهي لا يماثل الخيانة الزوجية التي تعتبر من أسس قيامها العلاقة الزوجية.

الفرع الرابع:

التعريف الشرعي لجريمة الزنا.

لقد حرمت الشريعة الإسلامية كل وطء خارج حدود العلاقة الزوجية و عاقبت عليه سواء حدث من متزوج أو غير متزوج، فكل وطء محرم في الشريعة هو زنا، فقد عرفه الحنفية بأنه: "وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك و شبهة الملك"¹، و عرفه الشافعية بأنه: "تغييب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما أو شبهة"²، و عرفه الحنابلة بأنه: "وطء وقع على غير نكاح صحيح و لا شبهة نكاح و لا ملك عين"³، كما عرف بأنه: "وطأ مكلف عامد عالم بالتحريم في قبل محرم العينة مشتهى طبعاً مع الخلو من الشبه"، و قد أرادوا بالوطء الإيلاج و خرج بالمكلف الصبي و المجنون، فليس وطء كل منهما زنا حقيقة و خرج بمحرم العينة العارض كحيض و إحرام و صوم فرضي فليس الوطء لزوجة و هي حائض أو محرمة بحج أو بعمرة زنا و إن كان حراماً و بمشتهى طبعاً خرج وطء البهيمة و الميتة فإن ذلك ليس بمشتهى طبعاً، و خرج بقيد الخلو من الوطء مع الشبهة كأن يظن أجنبية يظنها زوجته ليس ذلك بزنا و لا يحد به"⁴.

المطلب الثاني:

جريمة الزنا و غيرها من التسميات اللصيقة بها في التشريعات المغاربية.

ذهبت التشريعات المغاربية إلى تسمية الزنا بجريمة الخيانة الزوجية و بالتالي ضيقت من مدلول الزنا و ذهبت تشريعات مغاربية أخرى إلى تسمية الزنا بهذا اللفظ فلم تخرجها بذلك عن المفهوم الموسع الذي عرفت به منذ القدم و إستحدثت تشريعات أخرى تسمية للزنا ألا و هي جريمة الفساد و لكل منها أساس أوجده.

الفرع الأول:

التشريعات المغاربية التي جرمت الزنا.

لقد ذهب كل من التشريع الموريتاني و الليبي إلى تسمية هذا الفعل بمسماه الحقيقي و هو "الزنا"، و ذلك إقتداءً بأحكام الشريعة الإسلامية التي كانت دقيقة في تسمية هذا الفعل فلم تفرغه من محتواه و لم

¹. بن أبي بكر مسعود الكاساني (علاء الدين): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 7، الطبعة 2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1986، ص 33.

². علي بن محمد بن حبيب الماوردي (أبو الحسن): الأحكام السلطانية، الطبعة 2، القاهرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1966م، ص 223.

³. عدنان الفيل (علي)، علي عبد الله الصفو (نوفل): مرجع سابق، ص 17.

⁴. محمود خليل (أحمد): مرجع سابق، ص 174.

تقرنه بشرط كشرط قيام الرابطة الزوجية أي الحفاظ على الرابطة الأسرية في نطاقها الضيق، بل جرّمته صراحة دون قيد أو شرط.

الفقرة الأولى:

التشريع الموريتاني.

لقد أورد المشرع الموريتاني في المادة 307 من قانونه للعقوبات: " كل مكلف ذكرا كان أو أنثى ثبت بالشهود الأربعة أو بالإقرار أو بالحمل أنه ارتكب جريمة الزنا عن طواعية يعاقب بالجلد مائة جلدة أمام المأى و الحبس مع التعريب سنة إذا كان بكرا و بالرجم أمام المأى إذا كان محصنا...¹ " ، و الملاحظ من خلال هذا النص أن المشرع الموريتاني قد جرم الزنا على إطلاقه دون قيد أو شرط و قد شابه بهذا ما ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية من حيث تسميته و عدم جعل تجريمه مقترضا بشرط أو مقيدا بأي قيد من القيود التي عهدت التشريعات الوضعية على وضعها.

الفقرة الثانية:

التشريع الليبي.

لقد ورد في التشريع الليبي في المادة الأولى من قانون رقم 70 لسنة 1973 م في شأن إقامة حد الزنا السابق ذكره، أن: " الزنا هو أن يأتي رجل و امرأة فعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة"².

من خلال هذا النص نجد أن المشرع الليبي سمى هذه الجريمة بالزنا أيضا، و بذلك إعتد على المدلول الواسع لها، بأنها تلك العلاقة الجنسية غير المشروعة بين الرجل و المرأة سواء كانا الإثنين متزوجين، أو كان أحدهما متزوجا و الآخر ليس متزوجا أو كان الإثنين غير متزوجين، و هذا إقتداء بقوله تعالى: " و الزانية و الزاني فأجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة..."³، و قد شابه بهذا الموقف ما ذهب إليه المشرع الموريتاني.

الفرع الثاني:

التشريعات المغربية التي جرمت الخيانة الزوجية.

لقد جرم كل من التشريع الجزائري و التشريع التونسي و تشريع المملكة المغربية جريمة الزنا و لكن ليس بمفهومها الموسع الذي ظهر بموجب أحكام الشريعة الإسلامية و في كل من التشريعين الموريتاني و الليبي، و قد سموها بجريمة الخيانة الزوجية و هي تقتصر على تجريم الزنا الذي يرتكبه أحد أو كل الزوجين خارج إطار علاقة الزواج.

¹ . الأمر القانوني رقم 162 - 83 بتاريخ 9 يوليو 1983 م، المتضمن القانون الجنائي الموريتاني، مرجع سابق.

² . القانون رقم 70 لسنة 1973 م في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام القانون الليبي، مرجع سابق.

³ . سورة النور، الآية 2.

الفقرة الأولى:

التشريع الجزائري.

لقد ورد في المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري أنه: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا. و تطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة. و يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين و تطبق العقوبة ذاتها على شريكته..."¹، و يلاحظ من خلال النص السابق أن المشرع الجزائري إتبع الإتجاهات الوضعية و على رأسها التشريع الفرنسي الذي جرم الزنا فقط إن كان مرتكبه متزوجا، و القول هذا معناه يكفي أن يكون أحد الأطراف متزوجا فإن لم يوجد هذا الشرط إنعدمت الجريمة؟

الفقرة الثانية:

تشريع المملكة المغربية.

أما مشروع المملكة المغربية فقد أورد في الفصل 491: "يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية و لا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه، غير أنه في حالة غياب أحد الزوجين خارج تراب المملكة فإنه يمكن للنياحة العامة أن تقوم تلقائيا بمتابعة الزوج الآخر الذي يتعاط الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة"². و الملاحظ أن تشريع المملكة المغربية قد ذهب مذهب المشرع الجزائري فجرم الخيانة الزوجية بدل الزنا؟

الفقرة الثالثة:

التشريع التونسي.

أما بالنسبة للتشريع التونسي فقد أورد في الفصل 236 من المجلة الجزائية التونسية أن: "زنا الزوج أو الزوجة يعاقب عنه بالسجن مدة خمسة أعوام و بخطية قدرها خمسمائة دينار... و الشريك يعاقب بنفس العقاب المقرر للزوجة أو الزوج المرتكب للجريمة"³، و من خلال هذا النص نجد أن المشرع التونسي قد سلك نفس الإتجاه الذي سلكه نظيره السابقين.

الفرع الثالث:

تفرد تشريع المملكة المغربية بتسمية زنا غير المتزوجين بالفساد.

¹. أنظر... قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

². مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 157.

³. المجلة الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص 77.

لقد نص مشروع المملكة المغربية على جريمة غير المتزوجين و سماها بالفساد و ذلك في الفصل 490 على: "كل علاقة جنسية بين رجل و امرأة لا تربط بينهما علاقة الزوجية تكون جريمة الفساد و يعاقب عليها بالسجن من شهر واحد إلى سنة"¹، و بهذا يكون مشروع المملكة المغربية قد قسم جريمة الزنا إلى جريمتين، الأولى سماها بجريمة الخيانة الزوجية و الثانية سماها بجريمة الفساد، و كان الأولى أن يبقى على هذه الجريمة بتسمية الزنا فيوافق إسمها مضمونها ألا و هو الجريمة التي تقع من المتزوج و غير المتزوج.

المطلب الثالث:

أركان جريمة الزنا في التشريعات المغاربية.

هناك من التشريعات الوضعية من فرق بين زنا الزوج و زنا الزوجة فجعل هذه الجريمة لها أركان إذا وقعت من الزوج و جعل لها أركان إذا وقعت من الزوجة، و أركان زنا الزوجة هي: قيام الزوجية و الوطاء غير المشروع و القصد الجنائي، أما أركان زنا الزوج هي: حصول الزنا في منزل الزوجية، بالإضافة إلى أركان زنا الزوجة.

أما تشريعات المغرب العربي فذهب غالبيتها (الجزائر، المملكة المغربية، تونس) إلى تجريم الزنا إذا وقع من أحد الزوجين، و لم يفرقوا بين زنا الزوج و زنا الزوجة كما أنهم اختلفوا بهذا عن التشريع الليبي و الموريتاني اللذان لم يشترطا قيام الزوجية، و عن مشروع المملكة المغربية فيما يخص جريمة الفساد فأركان جريمة الزنا هي: قيام الزوجية و الوطاء غير المشروع و القصد الجنائي، و سوف نبرز جملة الفروق الجوهرية فيما يخص أركان الجريمة و هذا بين التشريعات المغاربية.

الفرع الأول:

حصول الوطاء غير المشروع.

إن الوطاء هو: إلتحام ذكر مع أنثى في المكان الطبيعي من المرأة، و بناء عليه يشترط لحصول الوطاء غير المشروع وجود شريك يجامع الزوجة جماعا غير شرعي على سبيل المثال، و قد إعتدت التشريعات المغاربية بحصول الوطاء كركن مادي لقيام جريمة الزنا (الخيانة الزوجية، و الفساد).

الفقرة الأولى:

الشروط الواجب توفرها في الوطاء غير المشروع.

هناك شروط عديدة للإعتداد بالوطاء كركن مادي لجريمة الزنا و هي:

أولا: حصول الوطاء الطبيعي.

¹. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 157.

و لا يكون هذا إلا من طرف رجل و امرأة، و بناء عليه لا يعتبر زنا مجرد الخلوة بين رجل و امرأة متزوجة إذا لم تصطحب هذه الخلوة بوطء و أعمال فاحشة، كما لا يعد من قبيل الزنا الأعمال المخلة بالحياء التي تأتيها المرأة على نفسها أو الصلات غير الطبيعية التي تأتيها مع امرأة أخرى، كما لا يعد وطئا الفتاة البكر المتزوجة التي تمتنع عن زوجها و تجتمع مع صديق لها في خلوة ليقوم بفض بكارتها لو حدث ذلك بغير عضوه التناسلي¹.

و يسقط نفس الحكم على الزوج الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية، حيث أن غالبية تشريعات المغرب العربي لم تفرق كما قيل سابقا بين زنا الزوج و زنا الزوجة، و كذلك على الوطء في جريمة الفساد التي نص عليها تشريع المملكة المغربية.

ثانيا: حصول الوطء التام.

لم تبين النصوص السابقة الخاصة بتجريم الزنا في تشريعات المغرب العربي إذا كان القصد بالوطء هنا هو الوطء التام أو مجرد القيام بأفعال (التقبيل، العناق...) التي تكون تمهيدا للوطء، لكن الرأي الغالب أن هذه التشريعات تتفق في أن كل منهما لا يعاقب إلا على الفعل التام، بمعنى أن الزنا (الخيانة الزوجية، الفساد) لا تقع إلا كاملة، و قد فسر القضاء الليبي الواقعة بأنها الوطء في القبل فالشروع فيها غير معاقبا عليه تحت وصف الزنا لأن هذه الجريمة تعتبر على سبيل المثال جنحة بالنسبة لأحكام القانون الجزائري و لا عقاب على الشروع في الجنح بالنسبة لأحكام هذا الأخير².

أما بالنسبة للتشريع التونسي فيذهب مذهب التشريع الجزائري في عدم تجريم ما دون الوطء على أنه جريمة زنا، أما تشريع الملكة المغربية فقد ذهب إلى عدم الإعتداد بما هو دون الوطء سواء كان هذا بالنسبة لما سماه بجريمة الفساد (الزنا بين شخصين غير متزوجين)، أو كان هذا بالنسبة لما أسماه بجريمة الخيانة الزوجية.

و يصدق نفس القول على رأي المشرع الموريتاني و المشرع الليبي، و إن كان أساس رأيهما مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية و ليس إقتداء بالآراء الغربية.

ثالثا: حصول الرضا بين طرفي العلاقة غير المشروعة.

فلا تقوم جريمة الزنا إلا إذا تم إبلاج العضو التناسلي لرجل في قبل امرأة برضاها في حالة كونها ليسا زوجين، و كون أحدهما أو كلاهما متزوج بآخر و سواء كان الإبلاج كلياً أو جزئياً، و سواء أن يبلغ أحدهما أو كلاهما شهوته أو لا يتحقق شيء من ذلك³.

¹. الشواربي (عبد الحميد): الجرائم المنافية للآداب العامة، (دون طبعة)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2009 م، ص 138.

². أنظر... بن مشري (عبد الحليم): جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 10، بسكرة، جامعة محمد خيضر كلية الحقوق و العلوم السياسية، ص 183 و ما والاها.

³. رشاد متولي (محمد): جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري و المقارن، الطبعة 2، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1989 م ص 16، بن مشري (عبد الحليم)، المرجع السابق، ص 183 و ما والاها.

الفقرة الثانية:

تمييز الفعل المادي لجريمة الزنا عن الفعل المادي لغيرها من الجرائم.

إن الفعل المادي في الزنا له نفس الدلالة في الإغتصاب، فلا يفرق بين الجريمتين غير كون الإتصال الجنسي في الإغتصاب بغير رضا المرأة في حين ينصرف إليه قبولها في الخيانة الزوجية. أما من حيث ماديات الفعل فلا فرق إزاءها بين الجريمتين و ما دام الإتصال الجنسي - الذي يشترطه القانون لقيام الزنا - لا يكون إلا بإيلاج العضو التناسلي للرجل في المرأة من الأمام دون الخلف، و بناء عليه فالركن المادي يتكون إذن من عنصرين هما: يلزم أن يكون الوطء من عنصرين متغايرين ذكر و أنثى، و أن يكون إتيان الرجل المرأة بالطريق الذي أعدته الطبيعة بحكم غريزة التناسل¹. و بناء عليه فإن الوطء بين رجلين "اللواط" حسب تشريعات المغرب العربي لا يعتبر من قبيل الزنا (الخيانة الزوجية، الفساد) حتى و لو كان الرجلان أو أحدهما متزوجا، أو تم الوطء في منزل الزوجية أو كان أحدهما خنثى، و هو ما لا يمنع من عقابهما تحت وصف آخر. كما أنه حسب ذات التشريعات ما يسمى بالسحاق لا يعتبر من قبيل الزنا (الخيانة الزوجية)، حتى و لو كانت إحداهما أو كلاهما متزوجة أو تم الفعل بينهما في منزل الزوجية، كما إذا مكنت المرأة المتزوجة من نفسها امرأة أخرى.

كما أن المرأة المتزوجة إذا مكنت من نفسها حيوانا فلا يعد فعلها أيضا زنا (خيانة زوجية)، بل يستحق فعلها في نظر التشريع الإسلامي التعزير فقط لأن حكمها حكم إتيان الرجل البهيمة، كما أن مجرد العبث بعورات الطرف الآخر لا يعد من قبيل الزنا، كما لا تقوم جريمة الزنا بتلقيح الزوجة صناعيا برضاها دون علم زوجها أو على الرغم من إعتراضه و لم تنص أصلا تشريعات المغرب العربي على هذه الحالة المستحدثة عدا ما ورد في القانون الليبي الذي عاقب المرأة التي تقبل تلقيحا صناعيا أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن و كذا الزوج إذا قام الزوج بنفس العمل و كان يعلم سواء كان التلقيح منه أو من رجل آخر².

الفقرة الثالثة:

خصوصية الفعل المادي لجريمة الزنا في الشريعة الإسلامية.

إختلف فقهاء الشريعة فيما إذا كان مفهوم الزنا يشمل الوطء في القبل أو الدبر، فيرى المالكية و الشافعية و الحنابلة و الزيدية أن الوطء في الدبر يدخل في مفهوم الزنا، أما أبو حنيفة فلا يرى الوطء في الدبر زنا و إنما يراه معصية يعزر فاعلها نظرا لإختلاف إسمي الفاعلين، لأن الوطء في الدبر يسمى لواط كما أن الزنا يؤدي إلى إشتباه الأنساب و تضييع الأولاد و ليس الأمر كذلك بالنسبة للواط، و هذا رأي

¹. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 16 و 17.

². قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

الظاهرية أيضا فهم يتفقون مع أبي حنيفة فيما ذهب إليه، لعدم ورود نص صحيح يعطي اللواط حكم الزنا، و لو أن التعريف الذي جاء به الحنفية و التوجه الذي ذهبوا إليه من قصر مفهوم الزنا على الوطء من قبل هو الأكثر دقة لقوة الأسانيد التي إستندوا إليها، فيكفي إنتفاء علة إختلاف الأنساب في جريمة اللواط لأنه لا يمكن تحققها¹.

كما يقول فقهاء الشريعة الإسلامية أن كل شروع في فعل محرم لا يعاقب عليه إلا بالتعزير، و يعتبر كل شروع معاقب عليه معصية في حد ذاته أي جريمة تامة، و لو أنه جزء من الأعمال المكونة لجريمة لم تتم، فالزاني إذا دخل بيت المرأة المزني بها مثلا يرتكب معصية، و إذا جلس معها في خلوة يرتكب معصية، و كل هذه الأفعال تعتبر شروعا في جريمة الزنا التي لم تتم و لكن كل فعل منها يعتبر بذاته معصية تامة تستوجب التعزير فإذا تمت الزنا وجب الحد و إمتنع التعزير لأن هذه المقدمات تكون مع الإيلاج جريمة تامة هي الزنا².

الفرع الثاني:

قيام علاقة الزوجية في الزنا (الخيانة الزوجية).

إن المقصود بها حسب ما ورد في المواد السابقة الذكر من التشريعات المغاربية أن جريمة الزنا (الخيانة الزوجية) لا بد أن تكون حاصلة أثناء قيام العلاقة الزوجية، و هذا عدا ما ذهب إليه المشرع الليبي و الموريتاني حيث لم يشترطا هذا الركن لقيام جريمة الزنا و كذا ما ذهب إليه مشرع المملكة المغربية فيما أسماه جريمة الفساد، و عدا هذا فإن إشتراط قيام الزوجية في تشريعات المغرب العربي مثلها مثل باقي التشريعات الأخرى القصد بها: "قيام الرابطة الزوجية الشرعية بين المرأة الزانية و بين الرجل الذي قدم الشكوى و حرك الدعوى الجزائية ضدها، أو بينها و بين من يتولى الشاكي مهمة الولاية أو الوصاية عليه"³.

الفقرة الأولى:

مفهوم الزوجية المعتد بها في ما يسمى بالخيانة الزوجية.

إن الزوجية القائمة فعلا هي تلك التي يكون الزوجان فيها في معيشة واحدة مستمرة و لو إنقطعت لفترات و لو كان الزوج في مقر عمله بعيدا عن زوجه الآخر بالآلاف الكيلومترات و لا يراه إلا كل عام أو عامين مثلا، أو كان محبوسا أو غائبا أو مفقودا و لم يحكم بعد بالتطليق أو بإنهاء و انحلال العلاقة الزوجية، و الزوجية القائمة حكما تكون في الفترة بين عقد القران و الدخول الفعلي، و تعتبر الخلوة

¹. عدنان الفيل (علي)، علي عبد الله الصفو (نوفل): جريمة الزنا في القوانين الوضعية-دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية-مجلة الأمن و القانون، السنة الرابعة عشر، العدد الأول، يناير، أكاديمية شرطة دبي، ص358.

². رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 23، هامش رقم 1.

³. عبد العزيز (سعد): الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، (دون طبعة)، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، ص 54.

الصحيحة دخولا حكما تترتب عليه جميع نتائج الدخول الحقيقي، و تعتبر الزوجية قائمة في حالة ترك الزوجة بيت الزوجية - لأي سبب كان - و معيشتها مع أهلها أو في مسكن مستقل¹. و من خلال ما سبق و إذا ما إستثنينا ما جاء في التشريع الليبي و الموريتاني و تشريع المملكة المغربية فيما يتعلق بجريمة الفساد، يمكننا القول أن القانون لا يعاقب على الوطء من رجل غير متزوج على امرأة غير متزوجة ما لم يقترن به عنف و ما لم تكن الموطوءة قاصرا، و بهذا نستنتج أيضا أن الوطء الممنوع هو الذي يقع بين تاريخ بداية عقد الزواج و تاريخ نهايته التي تكون بالوفاة أو بالطلاق، و عليه إذا وقع الوطء أثناء الخطوبة فلا عقاب عليه². و لكن إذا وقع أثناء الطلاق و قبل صدور حكم نهائي فهو ممنوع، و هو ما قضت به المحكمة العليا الجزائرية لقيام جريمة الزنا في حق الزوجة التي تزوجت مع رجل آخر بالفاتحة دون أن تنتظر الفصل في القضية المنشورة بينها و بين زوجها الأول³، كما قضت ذات المحكمة بقيام الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد الزواج مع رجل آخر قبل أن يصبح حكم الطلاق بينها و بين زوجها الأول نهائيا⁴.

الفقرة الثانية:

علة تمسك التشريعات المغاربية بركن قيام العلاقة الزوجية.

إن جريمة الزنا تبحت في القوانين الوضعية ضمن الجرائم الإجتماعية التي تهدف التشريعات - و من بينها تشريعات المغرب العربي مع خصوصية التشريع الليبي و الموريتاني - من خلال تجريمها إلى حماية الأسرة من خلال المحافظة على حق كل من طرفي الرابطة الزوجية في عدم إخلال الآخر بعهد الزواج و صيانة نظام الأسرة، كما يهدف بتجريمها إلى حماية حق الزوجين في الإختصاص بالعلاقة الجنسية مع بعضهما البعض، أما إشتراط ركن الزوجية لقيام جريمة الزنا فلم يعتد به التشريع الإسلامي و هو ما ذهب إليه التشريع الليبي فجعل الزواج طرفا مشددا للعقوبة و ليس ركنا لقيامها و كذا الموريتاني و قد قال الله تعالى: "و لا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة و ساء سييلا"⁵، فقد جاء التحريم على إطلاقه و لم يقتصر على المتزوجين أو أحدهما.

¹. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 27.

². دروس (مكي): القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، الجزء 2، (دون طبعة)، قسنطينة، ديوان المطبوعات الجامعية 2007م، ص 115.

³. جنائي 1986/05/13 م، قرار رقم 281، غير منشور... بوسقوية (أحسن): الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء 1 الطبعة 12، الجزائر دار هومه، 2010 م، ص 136، هامش رقم 1.

⁴. جنائي 1986/05/13 م، قرار رقم 281، غير منشور... المرجع نفسه، ص 136، هامش رقم 1.

⁵. سورة الإسراء، الآية 32.

و بالنسبة لتشريع المملكة المغربية¹ فهو لم يتمسك كما قلنا بركن قيام العلاقة الزوجية و هو ما يميز هذه الجريمة عن جريمة الخيانة الزوجية، و لكن لأنه يرى أن هذه الجريمة ليست خطيرة بقدر الخيانة الزوجية فهو أسقط هذا الركن ليس تمسكا بأحكام الشريعة الإسلامية و إنما تصغيرا لعظمة هذا الجرم الذي في نظره ليس ماسا بحرمة العلاقة الزوجية و إختصاص كل زوج بالآخر².

الفرع الثالث:

الركن المعنوي لجريمة الزنا.

ذهبت التشريعات المغاربية للقول أنه حتى تكتمل الجريمة لابد من تعمد الوطء المحرم فتتصرف إرادة المرأة و الرجل إلى ارتكاب الجريمة طواعية و عن إختيار، دون إكراه أو إضطرار و هما عالمان بأركان هذه الجريمة، أما إذا إنتفى القصد عندهما أو عند أحدهما فلا تتكون جريمة الزنا في حق من إنتفى لديه القصد الجنائي لغياب أحد أركان الجريمة، و عليه لابد من إتيان الفعل مع العلم بحرمة عن إختيار دون إكراه أو اضطرار³.

و يجب على الجهة القضائية المختصة أن تبحث عن وجود القصد و تعمد ارتكاب الفعل لأن إنتفاء القصد قد يكون إما لغلط موضوعي أو لغلط قانوني.

الفقرة الأولى:

الغلط الواقعي في الزنا (الخيانة الزوجية).

لا تقوم جريمة الزنا لإنعدام القصد الجنائي إذا ثبت أن الوطء قد حصل دون رضا الزوج كما لو تم بالعنف أو التهديد أو نتيجة للخديعة أو المباغثة، كأن يتسلل رجل إلى مخدع امرأة فتستسلم له ظنا منها أنه زوجها، و بالمقابل هناك من الفقهاء من يقول أنه تقوم جريمة الإغتصاب في حق من واقع امرأة دون رضاها⁴، و ينتفي القصد أيضا في صورة إنعدام التمييز نتيجة لحالة جنون على معنى الفصل 37 من المجلة الجنائية التونسية أو التخدير و كذلك عند إنتفاء الرضا بسبب غلط مادي (حالة تسلل رجل مخدع امرأة) و لو أن هذه الوضعية تكاد تكون خيالية و لكن ليست مستحيلة⁵.

¹. جاء في قرار المجلس الأعلى للمملكة المغربية: " لما أبرزت المحكمة أن المتهم قد طلق زوجته، فإن إدانته و الحالة هذه بجريمة الفساد تكون مطابقة للقانون"، قرار المجلس الأعلى، عدد 478 بتاريخ 16/02/1978 م، ملف جنحي 39206، منشور مجلة المحاماة عدد 20، ص 251... بلمحجوب (إدريس): الاجتهاد القضائي في مجموعة القانون الجنائي، طبعة 1، الرباط، (دون دار نشر)، 1992، ص 232.

². الفساد هو علاقة جنسية بين رجل و امرأة لا تربطهما علاقة زواج و إن عدم متابعة الشريعة يجعل جريمة الفساد غير قائمة... قرار المجلس الأعلى، عدد 418، بتاريخ 08/03/1979 م، ملف جنائي 52564 منشور ص 140، مجلة المحاماة، عدد 20 بلمحجوب (إدريس): المرجع نفسه، ص 232.

³. جبريح (فتيحة): جريمة الزنا- دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري- الطبعة 1، الجزائر، دار التنوير، 2010 م، ص 65، 53.

⁴. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص 137.

⁵. الأحمدي (عبد الله): قانون جنائي خاص- الجرائم الأخلاقية - (دون طبعة)، (دون مكان نشر)، 1998 م، ص 137.

الفقرة الثانية:

الغلط القانوني في الزنا (الخيانة الزوجية).

و الغلط القانوني هو الذي يثير بعض الصعوبات المرتبطة بالركن المعنوي، إذ قد يعتمد أحد الزوجين إلى الإتصال جنسيا بالغير بمجرد صدور حكم ابتدائي بالطلاق، ظنا منه أنه أصبح في حل من الرابطة الزوجية جاهلا أن الطرف المقابل إستأنف الحكم أو عالما بذلك و يعتقد أن الإستئناف مرفوض شكلا حسب ما أقرته محكمة التعقيب التونسية في قرارها الصادر بتاريخ 1982/12/07 م، إن مثل هذا الدفع لا يكفي لرد الدعوى إذا أن جهل القانون لا يكون عذرا في ارتكاب الممنوع طبقا لما أقره الفصل 545 من مجلة الإلتزامات و العقود التونسية، كما أنه يتعين التثبيت لدى المحكمة التي أصدرت حكم الطلاق بمعرفة ما إذا وقع الحكم فيه أم لا، و في الحالة الأولى فإن العلاقة الزوجية تبقى مستمرة و بالتالي يكون الزنا مؤاخذا عليه، و إن كان نفي القصد الإجرامي عن الفاعل الأصلي صعبا فإن الأمر مختلف بالنسبة للشريك¹، و عموما جاء أن القصد الجنائي هو: "علم الجاني عند إتيانه الفعل أنه يأتي عملا محظورا و ذلك بغض النظر عن الدافع أو الداعي حتى لو كان نبيلاً"².

كما أنه قد جاء في قرار تعقيبي جزائي - تونسي - عدد 1323 م، مؤرخ في 1975/06/04 م، "إذا إستأنف الزوجان حكم الطلاق إستمرت الرابطة الزوجية بينهما، و يمكن قيام أحدهما ضد الآخر بدعوى الزنا ما دام الحكم لم يصبح باتاً"³.

الفقرة الثالثة:

تأثير التمييز بين أطراف العلاقة على القصد الجزائي في التشريعات المغاربية.

نميز هنا بين ثلاث إتجاهات سلكتها التشريعات المغاربية، الأولى لم يميز فيها بين أطراف الجريمة و الثانية ميز بينهم، و الثالثة جمع فيها بين الحالتين السابقتين.

أولاً: التشريعات المغاربية التي لا تميز بين أطراف العلاقة.

هناك من التشريعات المغاربية من نظر إلى أطراف هذه العلاقة على أساس المساواة فإن ارتكبوا الفعل قامت مسؤوليتهم في حالة عدم وجود مانع من قيامها، و منها التشريع الموريتاني و التشريع الليبي فجعلتا

¹. الأحمدي (عبد الله): المرجع السابق، ص 165 و 166، بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 137.

². تع ج 33547 صادر في 1991/05/15 م، ص 74... بن جعفر (مصطفى): القانون الجنائي التونسي - القسم العام - تونس، (دون دار نشر) 2009 م، ص 109.

³. الهادي بن عبد الله (محمد): جرائم الإعتداء على الأشخاص و على الأموال من خلال فقه القضاء التونسي، (دون طبعة) تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، (دون سنة نشر)، ص 151.

إتجاه الشخص إلى نية القيام بعلاقة غير مشروعة و خارج إطار الزواج تعتبر جريمة معاقبا عليها و بذلك فالقصد عندهما هو قصدا عاما¹، و إن كان هناك خلاف فهو في العقوبة. و قد ذهب بهذا مذهب الشريعة الإسلامية التي إعتبرت قيام القصد الجنائي متى إتجهت نية و إرادة الزاني إلى إرتكاب الجريمة و هو عالم بنتائجها مختارا غير مكره على ذلك². و لا يختلف معنى القصد الجنائي في الفكر الإسلامي عنه في النظم الوضعية، فهو تعمد الزاني إتيان فعل الوطء المحرم مع علمه بأنه يوطأ امرأة محرمة عليه شرعا، و كذلك تعمد المرأة تمكين الغير من وطئها مع علمها بأنه رجل محرم عليها شرعا، و ينتفي القصد إذا إنتفى العلم و إنتفت الإرادة و ينتفي العلم إذا حدث جهل أو غلط في الوقائع الجوهرية، أما الإرادة فتنتفي إذا وقع إكراه يعدمها أو تدليس يجعلها معيبة، و على ذلك فمن يأتي فعل الوطء و هو لا يعلم أنه محرم عليه أو يعلمه و لكن على درجة مخالفة للحقيقة فلا حد عليه³.

ثانيا: التشريعات المغاربية التي تميز بين أطراف العلاقة.

هناك من فقهاء المغرب العربي من ذهب بصدد هذه النقطة إلى أن القصد الجرمي في الخيانة الزوجية يختلف باختلاف وضعية المتهم، و نعني بهذا القول التشريع الجزائري و التونسي، حيث يتعين التمييز بين الفاعل الأصلي و الشريك، كما أن لرضا القرين تأثير على توفر الركن المعنوي فبالنسبة للفاعل الأصلي في جريمة الزنا و هو الطرف المتزوج، فإنه إذا كان المتهمان متزوجان فإن كلاهما يعتبر فاعل أصلي و القصد الإجرامي في جريمة الزنا يتمثل بالنسبة للفاعل الأصلي في تعمده الإتصال الجنسي من غير القرين و هو عالم بأنه متزوج و حالة كونه يأتي هذا الفعل بإرادته الحرة⁴. أما بالنسبة للشريك فيشترط فيه العلم بأن خليلته (أو خليله) متزوجة أو (متزوجا)، فإن كان يجهل الرابطة الزوجية وقت إرتكاب الفعل فإن القصد الجنائي يكون منتقيا و قد ساواه المشرع الجزائري في المادة 339 من قانون العقوبات بالفاعل الأصلي، و هو ما ذهب إليه التشريع التونسي بمقتضى الفقرة الأخيرة من الفصل 36 من المجلة الجزائرية التونسية، الأمر الذي يجعل البحث عن الطبيعة القانونية للمشاركة عديمة الجدوى، لكن المشاركة هنا هي من نوع خاص لا تخضع لأحكام الاشتراك الواردة في هذه القوانين⁵، لأن المقصود بالشريك هنا هو: "شخص غير متزوج يتصل جنسيا بطرف متزوج" و على

¹. أحمد ضو (الترهوني): حجية القران في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - دراسة مقارنة في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة 1، بنغازي، منشورات جامعة قار يونس، 1993 م، ص 225.

². جبريح (فتيحة): مرجع سابق، ص 68.

³. أنظر... عبد الله أحمد (هلاي): الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الإنحراف الجنسي - دراسة مقارنة - (دون طبعة)، القاهرة دار النهضة العربية، 1996 م، ص 329 و 330.

⁴. الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 165.

⁵. أنظر... الفصل 232 من المجلة الجزائرية التونسية على سبيل المثال.

هذا الأساس فإن الركن المعنوي بالنسبة للشريك في الزنا يقتضي قصدا جنائيا خاصا يتمثل في علم الشريك بأنه يزني مع شخص متزوج¹.

و قد جاء في قرار تعقيبي تونسي، عدد 3150 مؤرخ في 1964/10/80 م أنه: "يكون ضعيف التعليل و قابلا للنقض الحكم الذي قضى بعقاب الشريك في جريمة الزنا دون إقامة الدليل على علمه بأن الفاعلة الأصلية متزوجة"².

كما جاء في قضاء المحكمة العليا الجزائرية أنه: "لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاء الإستئناف قد أدان الطاعن أساسا على إقراره بالمشاركة في الزنا أثناء تحقيق الشرطة و أمام وكيل الجمهورية عند إستجوابه في محضر التلبس بالجريمة فإنهم بقضائهم هذا التزموا صحيح القانون..."³.

ثالثا: خصوصية تشريع المملكة المغربية في النظر لأطراف العلاقة.

ذهب مشرع المملكة المغربية إلى أن مرتكبي الفعل في مركز واحد في جريمة الفساد إن كانا الإثنيون غير متزوجين و هنا لا يوجد إشكال، كما ذهب إلى أن أطراف العلاقة يعتبران ليسا في مركز واحد إذا كان أحدهما متزوجا و الآخر ليس متزوجا، و هنا نجده قد حذا حذو التشريعين الجزائري و التونسي و جعل من الركن المعنوي شرطا لما أسماه بجريمة الخيانة الزوجية، و قد جاء في قرار المجلس الأعلى للمملكة المغربية أنه: "لما ثبت للمحكمة أن المتهم كان متزوجا وقت ضبطه متلبسا بجريمة الفساد مع امرأة مطلقة، و قالت بأنه لا يمكن متابعتة بجريمة الفساد المنصوص عليه في الفصل 490 من القانون الجنائي، كما لا يمكن متابعتة بتهمة الخيانة الزوجية، ثم أعادت فأدانت المتهم من أجل المشاركة في جريمة الفساد تكون قد تناقضت في تعليلها و لم تبين حكمها على أساس صحيح مما يعرض حكمها للنقض"⁴.

المطلب الرابع:

التلقيح الصناعي و جريمة الزنا.

إن الغاية السامية التي تبنتها الشريعة الإسلامية من تجريم الزنا هي حفظ الأنساب، و قد إستحدثت في هذا العصر ما يسمى بالتلقيح الصناعي ما أدى إلى إثارة إشكالية مدى الحفاظ على الأنساب التي كانت و لا تزال دائما مطلب الشريعة الإسلامية و المنع من إختلاطها، و بالتحديد إن التساؤل حول معرفة ما

¹ النوارى (عبد الخالق): جريمة الزنا في الشريعة و القانون، الطبعة 1، تونس، (دون دار نشر)، 1970م، ص 16.

² خماسم (رضا): المجلة الجزائرية معلقا عليها في ضوء أحدث القوانين و مثرأة بفقهي القانون و القضاء، الطبعة 4، تونس (دون دار نشر)، 2007م، ص 352.

³ المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 1، الصادرة بتاريخ 1990 م، ملف رقم 28837، قرار بتاريخ 1984/06/12 م، ص 52.

⁴ قرار المجلس الأعلى للمملكة المغربية، رقم 406، بتاريخ 1979/11/15 م، ملف جنائي 47847، منشور ص 409، من مجموعة قرارات المجلس الأعلى لسنة 1966 م - 1986 م... بلمحجوب (إدريس): مرجع سابق، ص 232.

إذا كان تلقيح المرأة المتزوجة تلقيحا إصطناعيا بغير مني زوجها و دون علمها، أو رغم معارضته يشكل زنا أو لا؟

لقد اختلفت الآراء حول هذا الموضوع أمام إنعدام نصوص خاصة، و يرى جانب من الفقه الوضعي (القضاء الإنجليزي و الأمريكي و الكندي) بأن المرأة التي يجرى عليها تلقيح صناعي دون موافقة زوجها تعتبر مرتكبة للزنا، بينما ذهب جانب أوفر من نفس فقه القضاء إلى عكس ذلك بإعتبار أن الزنا يقتضي أساسا وجود إتصال جنسي، الأمر الذي ينعدم في حالة التلقيح الإصطناعي¹. أما المشرع الفرنسي فقد توسع في فكرة التلقيح الصناعي فأباحه و لو خارج نطاق الزواج و لم يعتبره جريمة، أو من صور الزنا حيث أصدر قانون رقم 653 - 1945 الذي يتضمن كيفية الحفظ على النواتج البشرية، ثم صدر مرسوم يبيح التلقيح الإصطناعي من الزوج سنة 1988 م و غيره من القوانين². أما على صعيد تشريعات دول المغرب العربي فنجد أنها لم تبين موقفها حول التلقيح الصناعي بصراحة، إلا التشريع الليبي الذي نص في المادة 403 مكررة (أ)³: "كل من لقح امرأة تلقيحا صناعيا بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات...". و المادة 403 مكررة (ب) التي تنص على: "تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحا صناعيا أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات..."، و بناء عليه نستنتج أن المشرع الليبي و إن جرم التلقيح الصناعي إلا أنه لم يعده زنا.

و قد جعله المشرع الليبي جريمة قائمة بذاتها تتميز عن غيرها من الجرائم، و جرمها سواء كانت بالقوة أو التهديد أو الخداع أو كانت المرأة قد قبلت بتلقيح نفسها إصطناعيا و عاقب المشرع الليبي أيضا الزوج إذا كان التلقيح برضاه و علمه و شدد الجريمة وقعت من طبيب أو صيدلي أو قابلة أو أحد معاونيهم⁴، و هو ما ذهبت إليه بعض الإتجاهات الوضعية لأن عملية التلقيح لا تعتبر إتصالا أو إيلجا جنسيا⁵.

و الراجح أن مقصد المشرع الليبي يذهب إلى التلقيح الصناعي بمني شخص آخر غير الزوج، لأنه إذا لقحت المرأة بمني زوجها و في حياته و موافقته فلا حرج لأن هذا يعتبر من سبل الحصول على الذرية و بطريق شرعي، و لو أنه مستحدث إلا أن الشريعة الإسلامية لا تنكر هذا مادام قد تم وفق ضوابط شرعية.

¹. أنظر... عبد الله (الأحمدي): مرجع سابق، ص 162.

². أنظر... محمود (لنكار): الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2010 م، ص 105.

³. قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

⁴. رشيد أبو حجيعة (علي): مرجع سابق، ص 74 و 75.

⁵. R. Vouin, Droit penal special, paris, 2 édition, 1968, p 63.

و في رأينا لا يعتبر التلقيح الصناعي زنا لأنه لا يتوفر على أركان الزنا خصوصا الوطء في المكان الطبيعي من المرأة إلا أن غاية الحفاظ على الأنساب من الضياع و الإختلاط هي ما تجمه مع الزنا لهذا لا بد من تجريمه في باقي التشريعات العقابية لدول المغرب العربي، و إضفاء الطابع الجزائي الذي يمثل أقصى مراتب الحماية مثل ما فعل التشريع الليبي، لأنه إذا لم تحترم له ضوابط أدى إلى ضياع الأنساب و ولادة أطفال مجهولي الأب أو الأبوين و عدم الإكتفاء بضبطه بموجب قوانين الأسرة¹.

المطلب الخامس:

تقدير تجريم الزنا بين حرمة الذاتية و مساسه بحق إختصاص الزوجين ببعضهما.

إن الزواج هو وحده الذي يجب أن يضيفي على العلاقات الجنسية الممارسة فيه طابع المشروعية بحيث تعد كل علاقة جنسية خارج هذا الإطار محرمة و لهذا حرمت جميع الأديان و الأعراف و التقاليد جريمة الزنا، و قد حاول كل من التشريع الموريتاني و الليبي تجريم الزنا بإعتباره جريمة محرمة لذاتها لا يهم من يرتكبها متزوج أو غير متزوج إلا إن كان هناك إكراه أو شبهة و تجريم الزنا في هذه الدول بناء على أنه يمس بالأخلاق و الأعراض بصفة مطلقة إن طبقت النصوص القانونية فيها على أتم وجه تحقق للمجتمعين الموريتاني و الليبي جملة من الفوائد العظيمة و هي:

- تماسك المجتمع بكل فئاته من أسر و أفراد ما يؤدي لإستقراره و عدم إنهياره لأن الزنا باب للتفكك الأخلاقي و الأسري و الإجتماعي و الإنغماس في الرذيلة و كثرت الأمراض و الأطفال غير الشرعيين الناقمين على المجتمع كله.

- بناء منهاجا مستقرا تسير عليه هذه الدول في تشريعاتها العامة في سياساتها الجنائية فتحريم الزنا كجريمة من جرائم العرض و الإعتداء على الأخلاق على إطلاقه لأنه يعتبر الباب الأول الذي عملت التشريعات الغربية و أنصار الإباحية الجنسية على إغلاقه بالتدريج.

أما التشريع الجزائري و التونسي و تشريع المملكة المغربية فقد كان تأثرهم واضحا بالتشريع الفرنسي (الوضعي الغربي)، فجرموا الخيانة الزوجية فقط و بهذا التوجه أباحوا أن يرتكب هذا الفعل من غير المتزوجين و جعلهم يتهربون من العقاب، ثم إن حماية الحق في إختصاص كل من الزوجين بالآخر يعتبر من أركان الحرية الجنسية و خصائصها، فهو بهذا المفهوم ضيق من غاية الأخلاق التي تهدف إلى حماية الأعراض ككل فليس من حق أي أحد تعريضها للمساس و الإنتهاك إلى حماية إختصاص الزوجين ببعضهما البعض متى تنازل أحدهما عنه جاز له ذلك و ليس للمجتمع أن يعبر على إنكاره، و تجريم مشرع المملكة المغربية للفساد و هو زنا غير المتزوجين ليس سوى تعبير هذا الأخير أيضا عن فشل السياسة التي يتبعها في ردع الجريمة²، لأن تجريد الزنا من مفهومها و مهما إختلفت التسميات يعني

¹. مثل المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على: "يجوز للزوجين اللجوء للتلقيح الاصطناعي"، و اشترطت أن يتم وفق زواج شرعي و برضا الزوجين و أثناء حياتهما و أن يتم بمنى الزوج و بويضة رحم الزوجة دون سواهما و عدم استعمال الأم البديلة.

². أحمد طه محمود (محمود): الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية - دراسة مقارنة - الرياض، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية 2003 م ص305.

إباحة الفعل تحت أوجه و أخرى و هو حقيقة ما يعبر عن الفشل الإجتماعي و الأخلاقي، و ليس هناك دليل على فشل التوجه الذي تتبعه هذه البلدان فيما يخص الزنا أكثر من إنتشارها و إنتشار الأمراض المتقلبة عن طريق الجنس، و هي أهم سبب لها و إنتشار الإنحلال الاخلاقي و الفساد الديني و إختلاط الأنساب.

المبحث الثاني:

جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم.

تعتبر جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم من الأفعال غير الأخلاقية الخطيرة التي تقع من شخص على محرمه، و يمكن القول أن هذه الجريمة لم تتأثر كثيرا بالتغير الذي طرأ على النظرة إلى الأفعال الجنسية بصفة عامة، إذ لا تزال المجتمعات المغاربية تشعر بالنفور و الإشمئزاز الشديد ممن يرتكب مثل هذه الأفعال، إذ يلاحظ أن الأخلاق و النظرة إلى العلاقات الجنسية قد تغيرت في غالب المجتمعات فأصبحت العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج أمرا معترفا به و لم تعد الممارسات الشاذة و المثلية تثير نفور أفرادها و لكن على الرغم من هذا التغير نلاحظ أن جريمة الفاحشة بين المحارم يكاد يكون السلوك الجنسي الوحيد الذي يثير نفور غالب المجتمعات، الأمر الذي دعا البعض إلى القول أن تجريم الفاحشة بين المحارم هو النظام المستقر في كل الثقافات الإنسانية المعروفة¹، و لو أن الإجماع على من هم الأشخاص الذين يعتبرون من المحارم غير موجود، و قد ضم هذا المبحث أربعة مطالب، تناول (المطلب الأول) تعريف جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم في التشريعات المغاربية، و تناول (المطلب الثاني) جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم بين إنكارها و النص عليها في التشريعات المغاربية، و تناول (المطلب الثالث) أركان هذه الجريمة، أما (المطلب الرابع) فتناول تقدير تجريم إرتكاب الفاحشة بين المحارم ببيكونه محرم لذاته و بين كونه يمس بالحرية الجنسية و العلاقات الأسرية.

المطلب الأول:

تعريف جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم في التشريعات المغاربية.

إن هذه التسمية لهذا النوع من الجرائم تعبر بدقة عن فضاة ذلك الفعل الذي يرتكب بين أفراد الأسرة و الأقارب الذين من المفروض أن تغلب عليهم العفة و الإحترام في تواصلهم مع بعض وفق الأطر السليمة التي يرتضيها المنطق و العقل السليمين و ترتضيها أحكام شريعتنا الإسلامية، و قد إختلف في مفهومه و فقا للتسمية التي سمي بها، فهناك من يسميه أيضا بزنا المحارم، و لكن الأصوب و الأشمل هي التسمية الأولى لأنها تشمل الزنا و ما دونه من الأفعال المنكرة التي ترتكب بين المحارم و لا تصل إلى درجة الوطء التام.

الفرع الأول:

¹. أنظر... عدنان الفيل (علي)، علي عبد الله الصفو (نوفل): مرجع سابق، ص 379 و 380.

تعريف جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم في اللغة.

إن جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم تتضمن لفظين هامين يكونان معا المفهوم الحقيقي لهذه الجريمة، و هذين اللفظين هما: "الفاحشة" و "المحارم".

و الفاحشة لغة من الفحش، و هو القول أو العمل الذي إشتد قبحه، و فقد كل حياء، و الفاحش هو المناف للحشمة و يجرح الحياء، و منه لفظ الداعر و الخلاعي، و المشهد الفاحش هو الذي يتضمن إشارات فاحشة مبالغ فيها، و الفحش أيضا ما هو قبيح و شنيع من قول أو فعل، و منه الفاحشة و جمعها فواحش، أي كل قول قبيح أو فعل أو تصرف شنيع و فاقد كل حياء¹.

أما المحارم لغة فهي من الفعل حرم، و يحرم و حراما، أي نهى و ألغى و بدد على الإطلاق و الإلزام و المحارم هو لفظ يطلق على من لا يجب على الرجل الزواج بهن من ذوي القرابة².

الفرع الثاني:

تعريف جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم في الفقه.

إن الفحش هو قمة المنكر و الرذيلة التي تستنكرها النفوس البشرية السوية لأنها مخالفة لطبائع النفوس قبل أن يجرمها دين أو قانون وضعي، و قد ورد تعريفه بأنه: "كل علاقة جنسية ترتكب بين ذوي الأرحام"³، كما عرف فحش بأنه هو: "كل فعل مناف للحياء يقع قصدا و مباشرة على جسم الذكر و الأنثى أو على عورتها بخلاف موقعة الأنثى غصبا..."⁴.

أما لفظ "المحارم" فلا يستوي الوصول إلى مدلوله إلا بالتطرق لمفهومه في أحكام الشريعة الإسلامية و المحارم هن الإناث اللاتي يحرم على الرجل الزواج بهن أو إقامة علاقة جنسية مع أي منهن، و تتفاوت القوانين الوضعية في تحديد المحارم فتوسع بعضها في تحديد المحارم بحيث يقترب من التحديد الشرعي، في حين تضيق قوانين أخرى في هذا التحديد⁵، و بالنسبة للمحارم في الشريعة الإسلامية فقد ميزت بين النساء المحرمات على سبيل التأبيد و المحرمات على سبيل التأقيت.

الفقرة الأولى:

المحرمات على سبيل التأبيد.

إن المحرمات على سبيل التأبيد هن النساء اللاتي يحرم على الرجل إقامة علاقة جنسية معهن بصورة دائمة لدوام الأسباب المؤدية للتحريم، و أسباب التحريم الدائم ثلاثة هي: النسب و الرضاع و المصاهرة

¹. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 1078.

². المرجع نفسه، ص 542.

³. درديوس (مكي): مرجع سابق، ص 122.

⁴. خماخم (رضا): مرجع سابق، ص 329.

⁵. عدنان الفيل (علي)، علي عبد الله الصفو (نوفل): مرجع سابق، ص 38.

فيحرم من النسب أصول الرجل و بناته و أخواته و عماته و خالاته و بنات الأخ و بنات الأخت لقوله تعالى: "حرمت عليكم أمهاتكم و بناتكم و أخواتكم و عماتكم و خالاتكم و بنات الأخ و بنات الأخت".¹ و يدخل في أصول الرجل الجدات كما يدخل في فروعه، الفرع و إن نزل أي أولاد الولد، و يذهب جمهور الفقهاء إلى تحريم الزواج بالبنت و لو كانت قد ولدت من زنا، أما تحريم الأخت فيشمل الأخت سواء كانت شقيقة أو أخت لأم أو أخت لأب، و يحرم من جهة الرضاعة المرأة المرضعة فتعد أما للرضيع و إبتها التي تعد أختا في الرضاعة، لقوله تعالى: "... و أمهاتكم اللاتي أرضعنكم و أخواتكم من الرضاعة..."².

و يحرم من جهة المصاهرة أي بسبب الزواج أم الزوجة التي يتزوجها الرجل و جداتها إن لم يكن قد دخل بها، و بنت الزوجة من غيره إذا كان قد دخل بها، و زوجات الأبناء الذين من صلبه كزوجة الإبن و إبن الإبن و إبن البنت، و زوجات الآباء و الأجداد و إن علو سواء دخل بهن أو لم يدخل بهن لقوله تعالى: "... و أمهات نساءكم و ربائبكم اللاتي في حجوركم من نساءكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم و حلائل أبنائكم الذين من أصلابكم..."³، و قوله تعالى أيضا: " و لا تتكحوا ما نكح آباءكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة و مقتا و ساء سبيلا"⁴.

أما بالنسبة لتشريعات المغرب العربي فنجد أن التشريع الجزائري أورد في المادة 24 و 25 و 26 و 27 من قانون الأسرة الجزائري موانع الزواج على سبيل التأييد، و قد ذهب التشريع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، في الفصل 14 و 15 و 16 إلى القول أن موانع الزواج قسمين مؤبدة و مؤقتة، فالمؤبدة هي القرابة و المصاهرة أو الرضاع أو التطليق ثلاثا.

الفقرة الثانية:

المحرمات على سبيل التأقيت.

إن التحريم العارض و غير الدائم هو التحريم الذي يزول بزوال سببه، فيحرم على الرجل أن يتزوج المرأة أثناء قيام السبب و يحق له أن يتزوجها عند زوال السبب. و أسباب التحريم العارض عديدة منها المصاهرة كتحريم الجمع بين الأختين، أو الجمع بين المرأة و عمتها أو خالتها، أو الزواج بالمرأة في فترة العدة، أو الزواج بالمرأة التي لا دين لها أو الوثنية، أو الزواج بإمرأة خامسة و تحته أربعة، و بشكل عام الزواج بإمرأة مرتبطة بآخر بعقد زواج. و بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 30 من قانون الأسرة على أنه يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة أو المعتدة من طلاق أو وفاة و المطلقة ثلاثا، و أضاف أنه يحرم مؤقتا الجمع بين الأختين و

¹. سورة النساء، من الآية 23.

². سورة النساء، من الآية 23.

³. سورة النساء، من الآية 23.

⁴. سورة النساء، من الآية 23.

بين المرأة و خالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من رضاع و كذلك زواج المسلمة مع غير المسلم.

أما المشرع التونسي فقد نص في مجلة الأحوال الشخصية على الحرمة المؤقتة بأنها هي: تعلق حق الغير بزواج أو بعدة، أما المحرمات بالقرابة أصول الرجل و فصول أول أصوله و أول فصل من كل أصل و إن علا.

و أما المحرمات بالمصاهرة فهن أصول الزوجات بمجرد العقد و فصولهن بشرط الدخول بالأم و زوجات الآباء و إن علوا و زوجات الأولاد و إن سفلوا بمجرد العقد. كما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و المصاهرة.

المطلب الثاني:

جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم بين إنكارها و النص عليها.

ذهبت أغلب تشريعات المغربي العربي إلى عدم النص على هذا النوع من الجرائم بهذه التسمية أو بتسمية أخرى، عدا التشريع الجزائري الذي جعلها جريمة مستقلة، و لا يعني هذا أن هذه التشريعات لا تجرمها، و إنما تختلف نظرت كل مشرع عن الآخر بالنسبة لكيفية تجريم هذا الفعل و الأساس المستند عليه.

الفرع الأول:

تفرد التشريع الجزائري بالنص على جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم.

إن التشريع الجزائري أفرد لهذه الجريمة نصا خاصا فقد ورد في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري أنه: " تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين...¹. و قد ساير بهذا من حيث من هم المحرمات الذين لا يجب وطأهن أحكام الشريعة الإسلامية لأنه كما قيل سابقا أن هذه الجريمة هي الوحيدة التي لم تستطع التشريعات الوضعية التغاضي عنها لأنها مستتكرة و لا تقبلها الطبائع و تنفر منها أكثر من الزنا و من الإغتصاب و غيرهما من الجرائم، فلا يتصور قبول الرضا بأفعال جنسية بين الأب و بنته أو الأخ و أخته أو العم و بنت أخيه - و لو أننا لا ننكر تلك الحالات الكثيرة المتزايدة التي أصبح واقعنا للأسف يحفل بها - و لكنه أيضا يكون قد ساير بهذا النص

¹. أنظر... قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

التشريع الفرنسي على الخصوص الذي يمنع الزواج من المحرمات صراحة في نصوصه القانونية¹، و لو أن هذا الأخير يختلف عما ذهب إليه المشرع الجزائري إختلافا جوهريا من حيث من هن المحرمات على الشخص الزواج بهن.

و عموما تتفاوت القوانين الوضعية في تحديد المحارم في حين يضيق بعضها من هذا التحديد بحيث يقصره على الأصول و الفروع دون الحواشي إذ تتجه معظم القوانين الغربية إلى النص على جريمة الزنا فضلا عن تحديد المحارم الذين لا يجوز إقامة علاقة جنسية معهم.

فقد نص القانون الإنجليزي على جريمة وطأ المحارم و إدراجها ضمن الجرائم الجنسية بموجب القانون الصادر سنة 1956 م، و نص على أن الشخص يعد مرتكبا جريمة وطء المحرمات إذا قام بالإتصال الجنسي مع امرأة يعلم أنها حفيده أو أخته أو ابنته أو والدته و تعتبر المرأة مرتكبة لجريمة وطء المحرمات إذا رضيت لوالدها أو جدها أو أخوها الشقيق أو الأخ من الأم أو الأب أن يواقعها جنسيا، و كانت قد تجاوزت السادسة عشر من عمرها فشمّل بهذا التحديد الأم من الأصول و الإبنة و ابنة الابن ابنة البنت من الفروع و الأخت و إن كانت أخت شقيقة من الحواشي فإذا ما قامت علاقة جنسية مع غيرهن كإبنة الأخ و ابنة الأخت فإنها لا تخضع للمسؤولية الجنائية².

الفرع الثاني:

التشريعات المغاربية التي لم تنص على جريمة ارتكاب الفاحشة بين المحارم.

و نعني بهذه التشريعات التشريع التونسي و الليبي و الموريتاني و تشريع المملكة المغربية، فهم لم يذهبوا المذهب الذي سلكه المشرع الجزائري فيما يخص النص على جريمة ارتكاب الفاحشة بين المحارم صراحة.

و لو أن هذا لا يعني أنهم لا ينكرون هذا الفعل المحرم أو أنهم لا يجرمونه، و إنما لهم نظرة مختلفة عن تلك التي كانت للمشرع الجزائري و عن بعضهم البعض أيضا.

الفقرة الأولى:

التشريع التونسي.

لقد ذهب التشريع التونسي بموجب الفصل 236³ إلى النص على جريمة الزنا فقط فلم يورد إشارة إلى هذا النوع من الجرائم و لا بموجب فصل مستقل عدا ما عده من قبيل الظروف المشددة للعقوبة في الفصل 229 من المجلة الجزائية التونسية الذي ينص على:

¹. الشافعي (محمد): الزواج من بعض المحرمات في القانون الفرنسي، المجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن، العدد 27، جامعة القاضي

عياض، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، مراكش، 1997 م، ص 25.

². عدنان الفيل (علي)، علي عبد الله نوفل (الصفو): مرجع سابق، ص 40.

³. المعدل بالقانون عدد 1 لسنة 1968 م، المؤرخ في 1968/03/08 م... المجلة الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص 77.

" و يكون العقاب ضعف المقدار المستوجب إذا كان الفاعلون للجرائم المشار إليها بالفصول 227 مكرر و 228 و 228 مكرر من أصول المجني عليه...¹ .

و هو بهذا جعلها من قبيل الظروف المشددة لجريمة الإغتصاب مثلا أو هتك العرض ... و لكن الإشكال يثور حو ما إذا كان ارتكاب جريمة الفاحشة بين المحارم بالرضا، هل هذا التشريع لا يجرمها؟ و هنا نجد الفراغ الرهيب الذي وقع فيه المشرع التونسي و الذي كان الأولى أن يجرمها بصفة مستقلة لأنه لا يمكننا أن نقول أنها من باب جريمة الزنا لأنه جرم فقط الخيانة الزوجية و بهذا يكون قد أسقطها من دائرة التجريم إن كان ارتكاب الجريمة واقعا برضا أطراف العلاقة المحرمة، و حتى بالنسبة للظروف المشددة نجد أنه أشار للأصول فقط و تغاضى عن باقي العلاقات التي قد ترتكب على سبيل المثال من الحواشي...

الفقرة الثانية:

تشريع المملكة المغربية.

أما بالنسبة لتشريع المملكة المغربية فلم يشر أيضا إلى هذا النوع من الجرائم لا في الفصل 490 من القانون الجنائي للمملكة المغربية و الذي يتحدث عن جريمة الفساد، و لا في الفصل 491² الذي يتحدث عن الخيانة الزوجية عدا ما ذهب إليه في الفصل 487 حين قال: "إذا كان الفاعل من أصول الضحية أو ممن لهم سلطة عليها...³، و الحقيقة أنه جعله ظرفا مشددا لجريمة الإغتصاب أي إذا ارتكب دون الرضا لأحد الأطراف و هو ما لا يفترض به أن يكون فهو بهذا قد أسقط تلك الجرائم التي ترتكب سفاحا بين الأقارب و الذي لا يجوز أن تكون بينهم هذه الأفعال و لا يدخل في إطار أية جريمة أخرى كالزنا و الحقيقة أن هذا لا يقود إلا إلى القول أن هذا النوع من المشرعين يتغاضى عن هذه الأفعال و هو حال المشرع التونسي؟

الفقرة الثالثة:

التشريع الليبي.

¹. المرجع نفسه، ص 74.

². غير بمقتضى الضهير الشريف رقم 1/03/207، الصادر في 11/11/2003 م، بتنفيذ القانون رقم 03. 24 المادة 1...مدونة القانون الجنائي

للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 157

³. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، المرجع نفسه، ص 154.

و عند تصفح أحكام القانون الليبي فنجد أن القانون رقم 70 لسنة 1973 م في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي السابق ذكره لم ينص عليها كجريمة مستقلة و لم يشر إليها كظرف مشدد، أما في المادة 407 من قانون العقوبات الليبي فقد ورد في الفقرة الثالثة: "إذا كان الفاعل من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته..."¹.

و الراجح أن المشرع الليبي حينما سكت عن هذه الجريمة فلأنه جعلها من قبيل الزنا و لم يكن أساس عدم النص عليها مثل الأساس الذي تبناه التشريع التونسي و تشريع المملكة المغربية؟ فهو جرم الزنا على إطلاقه و يدخل ضمنه العلاقة غير المشروعة المرتكبة بالرضا بين المحارم، والتي تتضمن الوطء التام، و ليس من المنطقي أنه لم يجرم الفاحشة بين المحارم فإن إرتكبت و توفر الرضا سقط عليها حكم الزنا كما هو في القانون الليبي و إن لم يتوفر الرضا إعتبر طرفا مشددا إما للإغتصاب أو هتك العرض، و لو أنه يجعلنا نتساءل عن موقع العلاقات التي تتم بين المحارم برضاهم و تكون دون الوطء التام، و هي أيضا لابد أن يكون لها تكييف قانوني؟ و هو ما يجعله ينفرد بهذا الموقف الذي يعتبر إيجابيا إلى حد بعيد مع وجوب تدارك النقص فيما يخص العلاقات المرتكبة بين المحارم بالرضا و تكون دون الوطء التام الذي يخرجها من وصف جريمة الزنا.

الفقرة الرابعة:

التشريع الموريتاني.

إن القانون الموريتاني² ذهب نفس مذهب التشريع الليبي بموجب الأمر القانوني رقم 162 - 83 الصادر بتاريخ 09 يوليو 1983 م، المتضمن القانون الجنائي الموريتاني من حيث أنه جعلها من جرائم الحدود وفق ما ذهب إليه أحكام الشريعة الإسلامية، و المؤكد أن هذه التشريعات لم تتناسى هذا الجرم الخطير و إنما جعلت أحكامه كظرف مشدد للجريمة سواء هتك عرض أو إغتصاب أو زنا أو لواط.

المطلب الثالث:

أركان جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم في التشريعات المغربية.

على إعتبار أن هذه الجريمة لم يتطرق إليها في كل من تشريعات دولة تونس و المغرب و ليبيا و موريتانيا فلا بد من التركيز على جريمة الفاحشة بين المحارم في التشريع الجزائري، و قد نصت المادة 337 مكرر³ من قانون العقوبات الجزائري على أن الفاحشة بين المحارم على النحو التالي: هي العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

¹. قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

². القانون الجنائي الموريتاني، مرجع سابق.

³. المعدلة بالأمر 75-47 المؤرخ في 17 يونيو 1975... أنظر، قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

- 1- الأقارب من الفروع أو الأصول.
 - 2- الإخوة و الأخوات الأشقاء من الأب و الأم.
 - 3- بين شخص و ابن أحد إخوته و أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعهم.
 - 4- الأم أو الأب و الزوج أو الزوجة و الأرملة أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعهم.
 - 5- والد الزوج أو الزوجة و الأرملة أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعهم.
 - 6- من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت.
- و بناء عليه فإن هذه الجريمة تقوم على ثلاثة أركان هي:

الفرع الأول:

قيام علاقات جنسية بالرضا.

حيث أنه لا تقتصر العلاقات الجنسية على الوطء الطبيعي، و إنما تشمل كل إيلاج جنسي و إن كان غير طبيعي حيث أن التشريع الجزائري أورد في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري لفظ " العلاقات الجنسية " .

و هذا لفظ يتسع لكل إتصال جنسي و مدلولها واسع، مما يفسح التشريع الجزائري الباب للإجتهد القضائي في تفسيرها على أساس أن هذه العلاقات هي علاقات لا يمكن أن تحدث إلا بفعل فلا يتصور حدوثها بإمتناع¹ هذا من جهة.

و من جهة ثانية يراد بالجنس: "كل فعل ذو إتصال بالحياة الجنسية سواء كان في صورة إتصال جنسي بمفهومه الواسع الذي يشمل المواقعة الطبيعية و المواقعة المخالفة للطبيعة، و كافة الصلات الجنسية لإرضاء شهوات الغير أم كان في صورة جرح للحياء الجنسي كالعيب بعورات إنسان أو الإعتداء الجسيم على عاطفة الحياء الجنسي لديه أم كان في صورة خدش للحياء الجنسي"²، و هنا نشير إلى العلاقات الجنسية التي تتم دون الوطء التام سواء كان طبيعيا أو لا.

و يشترط أن تتم العلاقات الجنسية برضا الطرفين فإذا إنتقى الرضا تحول الفعل حسب الحالة إلى إغتصاب أو فعل مذل بالحياء مع إستعمال العنف، و ينتقي الرضا إذا كان الفاعل قاصرا غير مميز أي إذا لم يبلغ سن السادسة عشر، و من ثمة يعد الفعل حسب الحالة إغتصابا على القاصر أو فعلا مذلا بالحياء مع ظروف مشددة³، و هذا حسب ما ذهب إليه التشريع و الفقه الجزائري.

و بهذا جعل المشرع الجزائري علاقة القرابة أو النسب بين الجاني و المجني عليه هي أساس قيام هذه الجريمة، بدليل أنه ورد في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري في الفقرة ما قبل الأخيرة أنه:

¹. عبد الحميد نبيه (نسرين): الإجرام الجنسي، (دون طبعة)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة 2008 م، ص 16.

². غالي الذهبي (إدوارد): الجرائم الجنسية، الطبعة 3، القاهرة، دار غريب، 2006 م، ص 10.

³. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 142 و 143.

"... و في جميع الأحوال أنه إذا ارتكبت الفاحشة من شخص راشد على شخص قاصر يبلغ من العمر 18 عاما فإن العقوبة المفروضة على الراشد تفوق وجوبا العقوبة المفروضة على الشخص القاصر".
فبمفهوم المخالفة لهذه الفقرة، لو أن الفعل تم دون رضا الطرف القاصر لما عاقبه المشرع عليه لإنعدام الرضا و لكان ظرفا مشددا لجريمة الإغتصاب، لكن الرضا هنا موجود لبلوغ القاصر هنا 18 عاما، و لو أن مراعاة خصوصية هذا السن جعل العقاب أقل لأن المشرع إشتراط في هذه الحالة تمام سن 18 عاما كاملة، و هي سن إعتبرها المشرع الجزائري تعبر عن وعي القاصر بفضاعة جملة من الجرائم و لا سيما تلك التي تنتهك حرمان الأسر و القربان العائلية التي حافظ عليها الدين الإسلامي على الخصوص.

الفرع الثاني:

وجود رابطة القرابة العائلية.

من خلال ما سبق ذكره يشترط أن تتم العلاقات الجنسية بين المحارم كما هي معرفة في الشريعة الإسلامية، أي أن يتم الاتصال الجنسي بين الأصول و الفروع، أو الإخوة و الأخوات الأثقاء من الأب و الأم أو بين شخص و ابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعه، أو والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب و فروع الزوج الآخر، أو من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت، و يتعلق الأمر أساسا بالمحرمين شرعا بالقرابة أو بالمصاهرة.

و المقصود بالمحرم هنا هو المحرم بالنسب، كما يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قياسا على الزواج مع حصر التحريم في الطفل الرضيع وحده دون إخوته، و هذا عملا بأحكام المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على أنه: "يعد الرضيع وحده دون أخوته و أخواته ولدا للرضعة و زوجها و أبا لجميع أولادها، و يسري التحريم عليه و على فروعه " ¹، و يثار التساؤل حول الرجل الذي عقد على إحدى محارمه حرمة مؤبدة و وطنها مع علمه بالحرمة، فهل يعتبر نكاحه زنا موجب للحد -بموجب الأحكام الشرعية- أم لا ؟

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في إعتبار نكاحه شبهة على رأيين: أما أصحاب الرأي الأول، فقالوا أن نكاحه زنا موجب للحد و إليه ذهب جمهور فقهاء المالكية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية، و قول أبي يوسف و محمد من أصحاب أبي حنيفة و أبي ثور و استدلوا بما يلي:

1- أن كل عقد لم يأمر به الله تعالى فمن عقده فهو باطل، و إن وطء فيه فإن كان عالما بالتحريم و عالما بالسبب المحرم فهو زان مطلقا.

2- أن العقد لا يتصور انعقاده دون محل، و محل النكاح هو الحل، لأنه مشروع لملك الحل فالمحرمة على التأبيد لا تكون محلا للحل و إذا لم ينعقد العقد لا تحل له.

3- أنه وصف صادق محلا ليس فيه ملك، و لا شبهة ملك و هو مقطوع بتحريمه فيتحقق به الحد.

¹. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 143.

أما الرأي الثاني فقال أصحابه إن نكاحه ليس زنا و إنما هو فعل محرم لا يوجب عقوبة حدية، و إنما عليه عقوبة تعزيرية، و هو قول أبي حنيفة و استدل لرأيه بأن الحد يسقط في هذه الحالة للشبهة و بيانها أنه قد وجدت صورة المبيح و هو عقد النكاح الذي هو سبب الإباحة، فإذا لم يثبت حكمه و هو الإباحة بقيت صورته شبهة دارية للحد، و قد رجح رأي جمهور الفقهاء من إعتبار نكاح المحارم زنا موجب للعقوبة الحدية¹.

و بتصفح القانون الفرنسي نجد أنه يمنع إطلاقا الزواج في الدرجة المباشرة بسبب النسب أو القرابة و ترجع أسباب التحريم إلى أسباب أخلاقية و فسيولوجية و حتى نسلية، فهذا التحريم يشكل النواة الصلبة لتحريم زنا المحارم لدى كل الشعوب و لكن مع هذا تأرجح تحريم و عدم تحريم العديد من العلاقات التي تستكرها أحكام الشريعة الإسلامية.

فقد قضي في الفصل 163 من القانون المدني الفرنسي المعدل بقانون (11 يوليو 1972م) بتحريم الزواج بين العم و بنت أخيه و الخال و بنت أخته و كذلك بتحريم الزواج بين العمه و ابن أخيها و الخالة و ابن أختها سواء كانت هذه القرابة شرعية أو طبيعية²، كما يشمل التحريم عم الأب و خال الأم و كذا عمه الأب و خالة الأم، و يرجع إمتداد هذا التحريم إلى القرار الإمبراطوري المؤرخ في (07 مايو 1808 م) الذي ألغى الرأي الصادر عن مجلس الدولة في (23 أبريل 1808 م).

غير أن الفصل 164 من القانون المدني المعدل بقانون (10 مارس 1938 م) سمح برفع التحريم فيما يخص الزواج بين العم و بنت أخيه و بين الخال و بنت أخته و القانون لا يفرق هنا بين العم و الخال و بين بنت الأخ و بنت الأخت فيما إذا كانوا منحدرين من أصل واحد أو من أصلين مشتركين³.

و إذا تأملنا في هذا التشريع نخلص إلى أنه إذا كان التشريع الغربي مرة يحرم الزواج بالمحارم و مرة يجيزه، فإنه بذلك إذا ارتكبت جريمة الفاحشة بين المحارم خصوصا مع توافر الرضا بين الطرفين فلا يعد الفعل جريمة زنا بالمحارم أو بالأحرى الإعتداء على الفواحش.

و هذا الخلط لا نجده أبدا في أحكام الشريعة الإسلامية التي فصلت في هذا الأمر، و هذا الموقف كان من الأولى الإبتعاد عنه و لو شابه جزئيا أو ظاهريا بعض ما تتبناه الأحكام الشرعية.

الفرع الثالث:

الركن المعنوي لجريمة ارتكاب الفاحشة بين المحارم(القصد الجنائي).

¹. فتيحة (جبريج): مرجع سابق، ص 52 و 53.

². يعترف القانون الفرنسي بالنسب الطبيعي فلأصبح الطفل الطبيعي و الطفل الشرعي على قدم المساواة فيما يخص الحقوق و الإلتزامات طبقا لمقتضيات الفصل 332 من القانون المدني، و لهذا يمنع على الأب الطبيعي أن يتزوج من البنت التي إعترف بها و حتى في حال عدم الإعتراف بها فإنه يحرم عليه الزواج إذا كان الطفل (فتاة أو فتى) يستفيد من نفقة حكمت بها المحكمة على أبيه الطبيعي طبقا للفقرة السابعة من الفصل 342 من القانون المدني الذي عدل بموجب قانون 1972/01/03 م الخاص بالنسب.

³. الشافعي (محمد): مرجع سابق، ص 26 و 27.

و بخصوص هذا الركن يجب أن يكون الجاني قد ارتكب الفاحشة عن وعي و هو على دراية بالقرابة العائلية على النحو المبين سابقا فإذا أثبت جهله إنتقت الجريمة¹، كمن إتصل جنسيا بامرأة برضاها و هو يجهل ما إذا كانت أختا له من الرضاعة فلا شيء عليه.

و على كل حال إن الجريمة تفترض العلم من الجاني و عليه أن يثبت العكس و أن يقيم الدليل على أنه كان يجهل العلاقة الحقيقية التي كانت تربطه بالطرف الآخر.

و قد يعلم بالعلاقة أحد الطرفين و يجهلها الآخر فتقوم الجريمة في حق من كان يعلمها و تسقط في حق من كان يجهلها².

المطلب الرابع:

تقدير تجريم إرتكاب الفاحشة بين المحارم بين حرمة الذاتية و مساسه بالعلاقات الأسرية.

إن جريمة الفاحشة بين المحارم تعتبر من أكثر الجرائم الماسة بالعرض و الأخلاق فضاة، فهي زيادة على إرتكابها خارج إطار الزواج ترتكب بين أشخاص يعتبرون محرمين على بعضهم البعض، و هنا نجد أن الأساس التجريمي الذي إنطلقت منه كل من التشريعات المغاربية هو الذي أدى إلى الخلاف فيما بينها حول تجريم هذا الفعل مباشرة أو بصفة غير مباشرة.

فقد ذهب **المشرع الجزائري** إلى تجريم هذا الفعل و هو متأثر إلى حد كبير بما ذهب إليه المشرع الفرنسي و غيره من التشريعات الأوروبية، و لكن لم يستطع الإستمرار في موافقة ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بخصوص هذه الجريمة فهو يجرم علاقات محددة بين المحارم و ليست كلها كما وردت في شريعتنا الإسلامية، و على إعتبار أن هذه العلاقات لا يمكن المساس بها و لا يمكن تعدي أحكام الشريعة الإسلامية فيما جاءت به حول تحريمها، و كذلك لأن هذه الجريمة تعتبر كما قلنا الجريمة الوحيدة التي لم تستطع الأفكار و المذاهب التي تتنادي بالإباحية الجنسية تجاوزها و جعلها مقبولة من طرف أغلب المجتمعات، تراجع المشرع الجزائري و واكب ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص من هم المحرمات على الشخص سواء في قانون الأسرة أو في قانون العقوبات، و كذلك لأنه يصعب إتباع كيفية تصنيف المشرع الغربي لمن هم من المحارم لأنه ضيق جدا من نطاقهم، و هذا المذهب الذي تبناه المشرع الجزائري في نظرنا يعبر عن فكرتين:

¹. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 143.

². أنظر... دردوس (مكي): مرجع سابق، ص 123 و 124.

- إحداهما إيجابية لابد من تشجيعها لدى المشرع الجزائري و هي الإقتداء بما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية و جعله أساسا للتجريم، فلا يقع في التعارض بين ما تنبأه من إتجاهات فكرية وضعية و ما جعله من المقومات الدستورية لمجتمعه.

- و الثانية سلبية و هي أن تبني من الأفكار ما يعارض ديننا أثبت فشله فلو كان أساس التجريم نابع من أحكام شريعتنا الإسلامية لكان هذا الفعل موجبا للحد، و إعتبر زنا موجب للرجم أو الجلد، و لا عبرة لإنعدام الرضا إلا في إسقاط الحد و ما دونه من الأفعال التي ترتكب على المحارم يوجب التعزير (أو التشديد في العقوبة)، لأن تبني فكرة الرضا التي يتمسك بها فقهاء المذاهب الوضعية كأساس لإسقاط الكثير من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة أثبت عدم نجاعته و فشله أمام قبح هذه الجريمة التي قد يرتكبها الرجل مع إبنته و الإبن مع أمه و الأخ مع أخته و العياذ بالله؟

ثم لو كان أساس التجريم أن هذا الفعل إما من الجرائم التي يجب فيها الحد أو من الجرائم التي يجب فيها التعزير، لتوضحت كيفية تجريمه وفق أسس متينة، لأن الفاحشة بين المحارم ليست زنا المحارم فقط و الذي يرتكب بصفة مباشرة على المرأة و يتضمن فعل الوطء التام و إنما يتعداه إلى أي فعل مستتكر يمس عرض الشخص الذي يعتبر من المحارم و أخلاقه و بهذا لا يفلت الفاعل من العقاب و خصوصا في ظل ما هو سائد في القوانين الوضعية بأنه لا جريمة و لا عقوبة دون نص.

كما أن كل من تشريعي تونس و المملكة المغربية لم يجعلوا هذا الفعل من قبيل أفعال الزنا و بالتالي إن كان يتضمن وطئا تاما أوجب الحد و إلا فالتعزير هو العقوبة لما دون الزنا، و لا هما كانا على قدر من الجرأة بأن يفردا له نصا خاصا و لا يعتدا بكونه مرتكبا بالرضا.

و الحقيقة أنهما تماديا في الإقتداء بما ذهب إليه الفكر الغربي فلم يجرما من الفاحشة بين المحارم إلا ما ارتكب دون الرضا فكيفا الفعل إما إغتصابا أو هتك عرض مع ظرف التشديد ... و كأن هذا الفعل يعتبر مباحا إذا ارتكب بالرضا بين أطراف العلاقة متناسين بذلك تلك الرابطة الأبوية أو الأخوية أو رابطة القرابة التي لا يجب أن تداس و الحقيقة أن هذا لا يعبر في نظرنا سوى عن الفشل الذريع الأخلاقي و الإجتماعي.

أما بالنسبة للتشريعين الليبي و الموريتاني فنعلم أنهما كانا واضحين بخصوص الأساس الذي إتبعاه حين تجريم هذه الأفعال التي نحن بصدد دراستها فجرما ما يوجب الحد إقتداء بما ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية فحتى حينما سكتا عن تجريم هذا الفعل لم يكن سكوتهما هذا سلبيا أو معترفا بمشروعية هذا الفعل المنكر، و إنما لأن هذا الفعل حسب أحكام قانون العقوبات الموريتاني و الليبي يوجب الحد إما بالرجم أو الجلد و إن إنعدم الرضا يسقط الحد، و ما كان دون ذلك يعتبر من الجرائم الموجبة للتعزير وفقا لما ذهب إليه المشرع الموريتاني، و من الجرائم التي يشدد فيها العقاب بموجب نصوص قانون العقوبات الليبي (مثل المادة 407 من قانون العقوبات الليبي)، و لو أننا نرى أنه كان

عليهما أن يجرماه صراحة بما لا يتنافى مع الأسس التي تبنياها و هذا لسد الباب أمام القاضي من أجل القول بعدم وجود النص على هذه الجريمة و بالتالي إفلات المجرم.

المبحث الثالث:

جريمة الشذوذ الجنسي (اللواط و المساحقة).

إن جريمة الشذوذ الجنسي من الجرائم التي تستنكرها النفس البشرية السوية، و رغم ذلك فهي من الجرائم التي إنتشرت منذ القدم و إزداد ظهورها في العصر الحديث في الدول الغربية إلى غاية أن أصبحت كالسوس ينخر أسس المجتمعات الغربية، و إمتد طيفه ليجتاح الدول العربية و الإسلامية لتدني الأخلاق و القيم فيها و على رأسها دول المغرب العربي، و هي الدول التي تناسى البعض منها القيم و الأخلاق و راحوا يلهثون على ما هو زائف من الحضارة الغربية الخليعة، و قد ضم هذا المبحث أربعة مطالب تناول (المطلب الأول) تعريف هذه الجريمة، و تناول المطلب الثاني جريمة الشذوذ الجنسي بين إنكارها و النص عليها في التشريعات المغاربية، و تناول (المطلب الثالث) أركان جريمة الشذوذ الجنسي في التشريعات المغاربية، أما (المطلب الرابع) فتناول تقدير تجريم الشذوذ الجنسي بين كونه محرم لذاته و بين كونه يمس بالحرية الجنسية و الحياء العرضي للمجتمع.

المطلب الأول:

تعريف جريمة الشذوذ الجنسي (اللواط و المساحقة).

يجب الإشارة أول الأمر أن جرائم الشذوذ الجنسي كثيرة و مستجدة، تكثر و تنتوع تبعا لكثرة الأشخاص المرضى نفسيا و ضعيفي الإيمان، و تكثر أيضا في البيئة الرديئة القابلة لكل منكر دون تردد، و تستجد تبعا لنتوع الطرق التي تظهرها الوسائل الحديثة للاتصال و تواصل أفراد المجتمعات ببعض البعض خصوصا في ظل التكنولوجيات الحديثة التي تسهل على الأفراد البحث عن كل ما يستهويهم و لو كان محرما و مضرا، و هذه الجرائم منها ما تجرمه التشريعات الوضعية و هو حال التشريعات المغاربية، و منها ما لا تجرمه أصلا خصوصا إذا كان يرتكب سرا، و الحقيقة أن كل من اللواط و المساحقة هما أهم جرائم الشذوذ الجنسي من حيث المعالجة القانونية من طرف القوانين عموما و القوانين المغاربية على وجه أخص.

الفرع الأول:

التعريف اللغوي لجريمة الشذوذ الجنسي (اللواط و المساحقة).

إن جريمة الشذوذ الجنسي هي تعبير عن الأفعال ذات المسحة الجنسية التي لا يكفي أنها ترتكب خارج الإطار المشروع و إنما إضافة لذلك تعتبر من الأفعال الخارجة عن نطاق الطبيعة و الفطرة الإنسانية السوية و المنطق الطبيعي لسير الأمور، و عليه كان من الواجب معرفة معنى كل من الشذوذ الجنسي و اللواط و المساحقة لغة من أجل معرفة المفهوم الحقيقي لكل منهم.

الفقرة الأولى:

المعنى اللغوي للشذوذ الجنسي إجمالاً.

إن الشذوذ الجنسي هو لفظ مركب من كلمتين هما: "الشذوذ" ومعناها الميل نحو الشيء، و هو من الفعل شد، أي خرج عن القاعدة و خالف القياس. و الشاذ هو غير الطبيعي و منه يقال نمو شاذ أي غريب الشكل، و جمعه شواذ و شذاذ، أي منفرد و خارج عن الجماعة، و الشاذ أخلاقياً أي منحرف الأخلاق، و الشذوذ هو عدم الانتظام و الإضطراب في الخلق. و "الجنسي" معناها خاص بجنس معين و منه المميزات الجنسية، أي الخاص بالجنس أو الإتصال أو التزاوج بين ذكر و أنثى¹.

الفقرة الثانية:

المعنى اللغوي للواط.

أما كلمة "الواط" فمشتقة من الفعل لاط أي طلى بالطين و ملس، و منه يقال لاط حائطاً، و مارس اللواط أي مارس علاقة جنسية بين ذكور، و لوطي من عمل قوم لوط، أي مصاب بشذوذ جنسي و صاحب ميل جنسي نحو شخص من نفس جنسه².

الفقرة الثالثة:

المعنى اللغوي للمساحقة.

و أما كلمة "سحاق"، فهي تشترك مع اللواط في أنهما جريمتان ترتكبان من طرف مثلي الجنس، و المقصود بها إشتهاء المماثل عند النساء، و منه امرأة سحاقية أي لوطية تشتهي مماثلتها³. و هو الفعل الذي يرتكب من المرأة على المرأة مماثلتها، و يرتكب مباشرة على ذاتها و يعتبر من أكثر الأفعال الجنسية الشاذة إنتشاراً بين النساء.

الفرع الثاني:

التعريف الفقهي لجريمة الشذوذ الجنسي (الواط و المساحقة).

إن جرائم الشذوذ الجنسي المنصوص عليها في التشريعات المغاربية هي جريمة اللواط و المساحقة و سايرت بهذا التشريعات الوضعية و تأثرت بفقهاؤها كما تأثرت بما تتادي به المبادئ الدولية، من حقوق الإنسان و حرية المطلقة.

¹. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 225.

². المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 1308.

³. المرجع نفسه، ص 780.

الفقرة الأولى:

المعنى الفقهي للشذوذ الجنسي إجمالاً.

إن المقصود بالشذوذ الجنسي هو إتصال جنسي غير طبيعي بين شخصين من نفس الجنس مثل اللواط و المساحقة¹، و قد عرف بأسماء أخرى منها: الميل إلى الجنس الآخر و الجنسية الغيرية و الإشتهاء المغاير²، و الطريقة الشاذة هي التي تخالف الطبيعة و تنحصر في الصور المختلفة للصلات الجنسية أو الأفعال المخالفة للطبيعة، و يقصد بها كل فعل يقع إرضاء للشهوة الجنسية بغير طريق الجماع الطبيعي، و الشذوذ الجنسي أو ما يعرف لدى علماء علم الاجتماع الجنائي يبدو في إنحراف الميل الجنسي عن هدفه و اتجاهه نحو موضوعات شاذة مخالفة للطبيعة الإنسانية منها المثلية الجنسية³. و عند علماء علم النفس الجنائي أن المصابون بهذا الإنحراف فئتان، **الفئة الأولى** هم الذكور الذين يميلون إلى الاستسلام السلبي لآخرين من جنسهم، و الإناث اللواتي يملن إلى التسلط الإيجابي على أخريات من جنسهن، و **الفئة الثانية** هم الذكور الذين يميلون إلى التسلط الإيجابي على آخرين من جنسهم، و الإناث اللواتي يملن إلى الاستسلام السلبي لأخريات من جنسهن⁴.

و يرى فرويد أن سبب هذا الانحراف يرجع إلى تثبيت الطاقة الإنفعالية للغريزة الجنسية في مرحلة الجنسية المثلية خلال الطفولة، أو نكوص الطاقة الإنفعالية للغريزة الجنسية إلى تلك المرحلة بعد تجاوزها في حين يرى علماء آخرون أن السبب يكمن في إختلال تكوين الهرمونات الجنسية، و يتجه رأي ثالث إلى أن السبب يرجع إلى ظروف بيئية فاسدة دفعت المنحرف في مستهل حياته إلى ممارسة إتصالات جنسية مع الآخرين من جنسه فأصبح لا يستمد اللذة إلا من تلك الإتصالات⁵.

و الحقيقة هي أنه هناك أفعال كثيرة و متعددة تتجاوز فعلي اللواط و المساحقة كمواقعة الحيوان و واقعة الموتى و الأفعال الأخرى التي تقع من الرجل و المرأة على النفس أو على الغير، و إشباع الشهوة عن طريق رؤية الاتصال الجنسي بين الآخرين أو عن طريق النظر إلى مفاتن المرأة....

و ليست هذه كل حالات الشذوذ الجنسي و إنما هي فقط الطرق المعروفة و الشائعة له، فهناك طرقاً أخرى يلجأ كل شاذ لإشباع شهوته الجنسية وفقاً لتصوراته و إبتكاراته و تخيلاته لا يخضع في ذلك إلى منطق و لا إلى عقل⁶.

الفقرة الثانية:

1. الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 131.

2. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 181.

3. أنظر... نشأت إبراهيم (أكرم): علم النفس الجنائي، الطبعة 1، الأردن، دار الثقافة، 2009 م، ص 33.

4. نشأت إبراهيم (أكرم): المرجع السابق، ص 82.

5. المرجع نفسه، ص 82.

6. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 181 و 182.

المعنى الفقهي للواط.

إن اللواط هو ذلك الفعل الجنسي المرتكب بين ذكرين و عرف بأنه: " إتيان الرجل الرجل في الدبر " ¹ و هو يعتبر الصورة الأمثل من أنواع الشذوذ الجنسي الذي يرتكب بين الرجال، و هو أيضا: " كل فعل جنسي لا يتم بين عضوي تناسلي الرجل و المرأة "، و هو بهذا المعنى شذوذ جنسي يكون بالوطء في دبر أنثى أو رجل ².

و قد ذم الله عز و جل هذا الفعل المنكر حين قال: " أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين " ³.

الفقرة الثالثة:

المعنى الفقهي للمساحقة.

و تسمى بالسحاق أو التذالك أيضا، و يعرفه الفقهاء بأنه: " إتيان المرأة المرأة " ⁴، و يعتبر هذا الفعل أيضا من أهم الأفعال التي تأتيها المرأة خارج قوانين الطبيعة و العلاقات المشروعة، و يعرف أيضا بأنه: " علاقة الإشتهاء بين المرأة و المرأة " ⁵، و المساحقة محرمة أيضا لقوله تعالى: " و الذين هم لفروجهم حافظون، إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين " ⁶.

المطلب الثاني:

جريمة الشذوذ الجنسي بين إنكارها و النص عليها في التشريعات المغاربية.

لقد جرمت التشريعات المغاربية و المتمثلة في التشريع الجزائري و التشريع التونسي و تشريع المملكة المغربية الشذوذ الجنسي، و لكنهم سكتوا كلهم عن تعريفه و إكتفوا بذكر أركانه فقط، أما التشريع الموريتاني و التشريع الليبي فقد سلكا نفس المسلك الذي إتبعاه منذ أول مرة حينما تصديا لجرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة الأخرى.

الفرع الأول:

التشريعات المغاربية التي جرمت الشذوذ الجنسي صراحة.

¹ . بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 114.

² . رشيد أبو حجيبة (علي): مرجع سابق، ص 43.

³ . سورة الأعراف، الآية 80.

⁴ . أنظر ...قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

⁵ . رشيد بوحجيبة (علي): مرجع سابق، ص 43.

⁶ . سورة المؤمنون، الآية 5، 6، عودة (عبد القادر): التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 2 الطبعة 7، بيروت مؤسسة الرسالة

لقد جرم صراحة المشرع الجزائري الشذوذ الجنسي و هو ما فعله المشرع التونسي و مشرع المملكة المغربية، و لو أنه هناك جملة من الإختلافات سوف نراها، و قد نظرت إليه هذه الأخيرة كأفعال منكرة لا بد من القضاء عليها في أوساط مجتمعاتها و قد جاءت بهذا التجريم مسايرة لأغلب التشريعات الوضعية التي جرمت هذا النوع من الأفعال.

الفقرة الأولى:

التشريع الجزائري.

ورد في قانون العقوبات الجزائري في المادة 338: "كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 2000 دج. و إذا كان أحد الجناة قاصرا لم يكمل الثامنة عشر فيجوز أن تزد عقوبة البالغ إلى الحبس لمدة ثلاث سنوات و إلى غرامة 1000 دج"¹، و من خلال هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري جرم الشذوذ الجنسي الواقع على المرأة أو الرجل على السواء، و قد ميز بين حالة كون الجناة بالغين و كون واحد منهم على الأقل قاصرا.

الفقرة الثانية:

التشريع التونسي.

أما التشريع التونسي فقد أورد في الفصل 230 من مجلته الجزائية أن: "اللواط و المساحقة إذا لم يكن داخلا في أي صورة من الصور المقررة بالفصول المتقدمة يعاقب مرتكبه بالسجن مدة ثلاثة أعوام"²، و من خلال هذا الفصل نجد أن المشرع التونسي كان صريحا بتحديد الأفعال المعتبرة من قبيل الشذوذ الجنسي و قد عاقب عليها دون قيد أو شرط كما فعل المشرع الجزائري.

الفقرة الثالثة:

تشريع المملكة المغربية.

أما تشريع المملكة المغربية فقد أورد هو أيضا في الفصل 489 من مدونة القانون الجنائي أنه: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و غرامة من مائة و عشرين إلى ألف درهم من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي مع شخص من جنسه ما لم يكون فعله جريمة أشد"³. و من خلال الفقرات السابقة نستنتج أن هناك ثلاث تشريعات جرمت بصفة صريحة و مستقلة جرائم الشذوذ الجنسي فعبر تشريع المملكة المغربية و التشريع الجزائري عليه بلفظ "الشذوذ الجنسي"، و عبر عنه التشريع التونسي بلفظ "اللواط أو المساحقة"، و بهذا جاء لفظ الشذوذ الجنسي يعبر عن معنى أكبر

¹. أنظر... قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

². المجلة الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 74.

³. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 157.

من اللفظ الذي قصده المشرع التونسي هذا من جهة، و من جهة أخرى نجد أن المشرع التونسي كان أدق في قصده لأن نيته إتجهت مباشرة إلى تجريم اللواط و المساحقة و لو أننا نرى أن كل أفعال الشذوذ الجنسي لا بد أن تجرم دون قيد أو شرط متى خرجت إلى العلن، و **الملاحظ** من تصفح التشريعين الجزائري و التونسي نجد أنه بالرجوع إلى نص الفصل 230 من المجلة الجزائرية التونسية¹، يوجد إختلاف بين الصيغتين العربية و الفرنسية لهذا الفصل²، فالنص الفرنسي لم يتعرض للمساحقة بل أقتصر على اللواط فقط " la sodomie "³.

و آثار هذا الإختلاف بين الصيغتين جدلا بين شراح القانون، و تعني هذه العبارة: الإتصال الجنسي في الدبر سواء تعلق الأمر برجل أو امرأة، و لم يستعمل المشرع التونسي في الفصل 230 من المجلة الجزائرية التونسية في صيغته الفرنسية مصطلح " L'homosexualité " علما بأن العبارة تعني الشذوذ الجنسي لدى النساء أو الرجال⁴، أما الصيغة العربية للفصل 230 من القانون الجنائي و هي المعتمدة دون سواها فطبقا للقانون عدد 64 لسنة 1993 م الصادر في 1993/06/5 م فقد تضمنت عبارتي اللواط و المساحقة⁵.

و بالرجوع للنص الفرنسي للمادة 338 من قانون العقوبات الجزائري⁶ نجدها قد إستعملت عبارة "Homosexualité" و هي تعني فقط اللواط بين ذكرين و السحاق بين أنثيين، و هي من جهة تختلف عن مفهوم الشذوذ الجنسي الذي تبناه التشريع التونسي، و من جهة أخرى لا يمكن تصور أن تشريع الجزائري قد قصد كل معاني الشذوذ الجنسي التي عددناها سابقا، و هناك رأي من الفقه الجزائري⁷ يذهب إلى أن المشرع الجزائري يقصد بالشذوذ الجنسي في نص المادة 338 من قانون العقوبات الجزائري فقط حالة اللواط بين ذكرين و حجتهم⁸ في ذلك أن السحاق الذي يتم بين أنثيين - علاوة على أنه لا يتصور وقوع ضرر بين من تباشرنه - لم توجد سابقة قضائية واحدة تعاقب الأنثى على مباشرتها له، يضاف إلى ذلك أن المشرع ذاته قد إستعمل لفظ " Homosexuel " الدال على المفرد المذكر و لم يستعمل لفظ

¹. المجلة الجزائرية التونسية، المرجع نفسه، ص 82... فيما يتعلق بالنص باللغة الفرنسية، و ص 74 فيما يتعلق بالنص باللغة العربية.

². الذي تضمن في صيغته الفرنسية ما يلي:

« La sodomie, si elle ne rentre dans aucun des cas prévus aux articles précédents, est punie de l'emprisonnement pendant trois ans »

³. و هي عبارة منتقلة من إسم "سودوم" و هي إحدى مدن فلسطين القديمة قرب البحر الميت، و قد عرف سكانها القدامى بتعاطي اللواط و قد أبيدت من أجل ذلك في القرن 19 قبل الميلاد بحجارة من سجيل، و قد قال فيها الله عز و جل: " فلما جاء أمرنا جعلنا عاليها سافلها و أمطرنا عليها حجارة من سجيل منضود...سورة هود، الآية 82.

⁴. أنظر... الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 132.

⁵. المرجع نفسه، ص 133.

⁶. تنص المادة 338 من قانون العقوبات الجزائري في نصها الفرنسي:

« Tout coupable d'un acte d'homosexualité est puni ... »

⁷. أنظر... رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 181 و 182 ... سعد (عبد العزيز): مرجع سابق، ص 72 و 72 و 74.

⁸. رشاد متولي (محمد): المرجع نفسه، ص 182.

"Homosexuelle" الدال على المفرد المؤنث¹، و إذا كان هذا الرأي الأخير يطالب بتعديل نص المادة 338 من قانون العقوبات الجزائري بإستبدال عبارة "الشذوذ الجنسي" بعبارة "اللواط"، فالأجدر تعميم الألفاظ إلى الأفعال التي ترتكبها الأنثى على الأنثى لأنه ليست حجة ألا توجد قضايا تخص طرفين مارسا هذا الفعل فقد توجد في أي وقت لاحق خصوصا مع إنحطاط القيم و الأخلاق في مجتمعاتنا.

ثم إنه إذا تفحصنا القضاء التونسي نجد أنه في هذا المجال - و إن كان مثل نظيره الجزائري لم توجد على مستواه هذا النوع من القضايا - أنه سجل قضية بهذا الخصوص، حيث نظرت الدائرة الجنائية لمحكمة الاستئناف بتونس في قضية غريبة تمثلت وقائعها في تعلق فتاتين ببعضهما منذ سن الدراسة حتى أصبحتا تمارسان المساحقة فتزوجت إحداهما فتضايقتا من الزوج لهذا الغرض، ففكرتا في التخلص منه بقتله، و خططتا لذلك ثم أعدت الزوجة سكينا لهذا الغرض و سلمته لعشيقتها التي دبرت مكيدة من أجل الإختلاء بالزوج و راودته عن نفسه فإستجاب لها و أخذ يداعبها فإستغلت الفرصة و طعنته بالسكين على مستوى القلب فتوفي بعد وقت قصير متأثرا بجراحه، فأحيلت المتهمتان على الدائرة الجنائية لمقاضاتهما من أجل القتل مع سبق الإصرار و تعاطي المساحقة، إذ عادة ما ترتكب الجريمة في التكم التام فيصعب جدا إكتشافها خاصة و أنها تقع عادة بالتراضي بين صديقتين حميمتين².

الفرع الثاني:

التشريعات المغاربية التي لم تجرم الشذوذ الجنسي صراحة.

و نقصد بهذا القول كل من التشريعين الموريتاني و الليبي الذين إنتهجا منهجا مغايرا للذي سلكه غيرهم من التشريعات المغاربية بخصوص هذه الجريمة.

الفقرة الأولى:

التشريع الموريتاني.

ورد في قانون العقوبات الموريتاني السابق ذكره، في المادة 308 منه أن: " كل مسلم ثبت بالشهود أو بالإقرار أنه ارتكب جريمة اللواط يعاقب بالرجم أمام الملاء، و في المساحقة تطبق العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 306..."، و الظاهر أن المشرع الموريتاني قد نص على عقوبة اللواط و المساحقة صراحة، ما يفهم أنه يجرم هذين الفعلين و لكن لم يجرمهما بصفة منفصلة عن باقي الجرائم و إنما جعلهما من قبيل الزنا و هو الأمر الذي جعله يسكت عن ذكر كونهما مجرمين و يكتفي بذكر العقوبة، و هو بهذا جعلهما مشابهيين للزنا من حيث الأصل التجريمي و مخالفين لها من حيث العقوبة و هو ما إكتفى بالإشارة إليه من أجل التوضيح.

الفقرة الثانية:

¹. المرجع نفسه، ص 182.

². الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 137.

التشريع الليبي.

إن التشريع الليبي لم يورد هذا الجرم تحت تسمية صريحة تدل على معناه مباشرة لا في قانون العقوبات الليبي، و لا في القانون رقم 70 لسنة 1973 م في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي، و الراجح أنه جعله منطويا تحت نص الفقرة الرابعة المضافة بموجب الأمر السابق إلى المادة 408 من قانون العقوبات الليبي التي جاء فيها: " كل من واقع إنسانا برضاه يعاقب هو و شريكه بالحبس"¹، حيث لم يبين نوع هذا الإنسان و هذا الشريك، و الراجح أن هذا النص يقصد به المشرع الليبي اللواط الذي يرتكب من طرف الذكر على الذكر تحت الإكراه، لأن هذا الأخير عد جريمة اللواط التي ترتكب من طرف ذكرين و برضاها التام تعتبر من قبيل الزنا من حيث درجة الجسامة و العقوبة² و ليس مفهومه، لأنه كان واضحا حينما عرف الزنا، أما جريمة المساحقة فلم يورد لها أية إشارة في قوانينه العقابية.

المطلب الثالث:

أركان جريمة الشذوذ الجنسي في التشريعات المغاربية.

تقوم جريمة الشذوذ الجنسي حسب التشريعات الثلاث التي نصت عليه على الركن المادي و الركن المعنوي، أما الركن المادي فيتمثل في أي فعل من أفعال الإتصال الجنسي بين شخصين من جنس واحد مهما كانت طبيعتها، و هذا يقتضي بالضرورة المساس بالجسم و العورة تحديدا، و لا يهم بعد ذلك إن تم الوطء أو إقتصر الأمر على ملامسة العورة فقط³.

الفرع الأول:

الإتصال الجنسي بين مثلي الجنس (الركن المادي).

يتخذ الشذوذ الجنسي في التشريعات المغاربية صورتين هما: اللواط و المساحقة، و هو غالب ما ذهب إليه التشريعات الوضعية الأخرى، و لعل العلة من تجريم هذين الفعلين الخطيرين فقط لكونهما الأخطر و الأقبح من بين أفعال الشذوذ الجنسي و أكثرهما إنتشارا هذا من جهة و من جهة أخرى لكون الأفعال الأخرى غالبا ما ترتكب بصفة منفردة و في غاية السرية ما يجعلها نادرا ما تخرج إلى العلن.

الفقرة الأولى:

الإتصال بين مثلي الجنس في اللواط.

¹. القانون رقم 70 لسنة 1973 م ، مرجع سابق.

². أظنر... الحوات (علي): الجرائم الجنسية، الطبعة 1، الرياض، دار الحامد للنشر و التوزيع، 2014 م، ص 52.

³. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 113.

فيمثل الركن المادي فيه في إتيان الرجل الرجل في الدبر¹، و قد إنقسم الفقه الجزائري إلى رأيين فهناك من يقول أن نص المادة 338 من قانون العقوبات الجزائري تقصد بعبارة " الشذوذ الجنسي " فعل اللواط دون المساحقة، بل و يذهب إلى حد المطالبة بتغيير العبارة و إستبدالها في هذا النص كما قلنا، و يقول أن اللواط جريمة جنحية تشبه جريمتين هما الزنا و الإغتصاب من حيث هدف الفاعل و نتيجة الفعل، و يتم الركن المادي لجريمة اللواط بأن يثبت وجود فعل مادي يتمثل في الوطء التام في الدبر كمثل وطء الأنثى في القبل إذ لو وقع في مكان آخر لأنشأ جريمة هتك العرض و ليس جريمة اللواط² و يذهب جانب آخر من الفقه الجزائري أن الشذوذ الجنسي يشمل جريمة اللواط و جريمة المساحقة أيضا³.

و نحن نميل إلى الرأي الثاني الذي يضمن الشذوذ الجنسي لكل من جريمتي اللواط و المساحقة، و هو الرأي الذي إنتهجه الفقه التونسي⁴.

أما فقهاء الشريعة فهناك من عد اللواط من قبيل جريمة الزنا فقد ذهب الأئمة أحمد بن حنبل و مالك و الشافعي و محمد و أيوب يوسف من أصحاب أبي حنيفة و الشيعة الإمامية، إلى أنه يستوي عندهم أنه يكون الوطء المحرم في قبل أو دبر من أنثى أو رجل لهذا يعرفوا الزنا بما لا يخرج عن هذا المعنى بقولهم: "أنه فعل الفاحشة من قبل أو دبر" ⁵، فالوطء في الدبر عندهم مثل الوطء في القبل، و قد جعل القرآن الكريم الوطء في الدبر بين الرجال فاحشة، و يقال أن أول ما بدأ وطئوا النساء في أدبارهن ثم صاروا إلى ذلك في الرجال، و قد قال الله عز وجل: "إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء" ⁶، كما روي عن أبي موسى الأشعري عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه قال: "إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان..."⁷.

أما رأي آخر فقد فرق بين الزنا و اللواط، و منهم أبو حنيفة و أهل الظاهر بالقول: أن الوطء في الدبر لا يعد زنا سواء كان الموطوء ذكرا أو أنثى، و يقولون أن الإتيان في القبل يسمى زنا و الإتيان في الدبر يسمى لواط و إختلاف الأسماء دليل على إختلاف المعاني و لو كان اللواط زنا ما إختلف أصحاب الرسول صلى الله عليه و سلم فيه، إذ لو كان زنا لم يكن لإختلافهم معنى لأن عقوبة الزاني مقدرة بنص القرآن الكريم، و من ثمة فإن ورود النص في عقوبة الزنا لا يعتبر ورودا في اللواط، و الواجب بالوطء في

1. الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 135.

2. سعد (عبد العزيز): مرجع سابق، ص 72 و 73.

3. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع نفسه، ص 113.

4. الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 135 و 136.

5. عبد الله أحمد (هلالي): مرجع سابق، ص 359.

6. سورة العنكبوت، الآية 28.

7. عبد الله أحمد (هلالي): المرجع نفسه، ص 359.

الدبر هو عقوبة تعزيرية، لا عقوبة حد لأن التعزير هو الذي يحتمل الاختلاف في القدر و الصفة أما الحد فلا، لأنه عقوبة مقدرة من الشارع و لأنه لا مجال للإجتهد في الحد¹.

الفقرة الثانية:

الإتصال بين مثلي الجنس في المساحقة.

و المقصود به: إتيان المرأة المرأة، و طالما أنه لا يمكن تصور وطء بين إمرأتين فإن المساحقة تقتصر على الأشكال الأخرى من التلذذ الجنسي مثل: المداعبة و التداكك و غير ذلك من ضروب الممارسات ذات المسحة الجنسية² و هو بمثابة شذوذ جنسي نسائي، و من الزاوية الدينية نجد أن المساحقة محرمة أيضا في الإسلام إذ قال صلى الله عليه و سلم: "... و إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان"³، و لا يعني هذا الوصف في الحديث الشريف أن هذه الجريمة تعتبر زنا بالوصف الذي تطرقنا إليه سابقا، فقد ورد عن الإمام أبي حنيفة أنه قال: "... إن ما ورد في الحديث مجاز لا تثبت حقيقة اللغة به و المراد فيه حق الإثم دون الحد"⁴، و قال عز و جل في خطاب موجه للنساء: "... و اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم"⁵.

الفرع الثاني:

رضى الطرفين بالعلاقة الشاذة.

لابد من توفر الرضا بين طرفي العلاقة الشاذة لكي تقوم بموجبها جريمة الشذوذ الجنسي و إن مجرد عدم ثبوت الرضا من أحد طرفي جريمة الشذوذ الجنسي لا تقيم الجريمة، كأن يفترن الفعل بالإكراه أو عدم تمييز المجني عليه، أو إرتكاب الفعل عن طريق الخداع أو عجز المجني عليه عن التعبير عن إرادته إما بالغيبوبة المؤقتة الناشئة من عقاقير مخدرة أو لأسباب أخرى كالإستغراق في النوم فيأتي الجاني فعله عليه و هو نائم، فلا يكون في وسعه أن يعي ما يرتكب على جسمه من أفعال و لا يبدي قبوله أو إعتراضه، أو المباغته بحيث يبلغ الجاني غايته من فعله دون مشاركة إرادة المجني عليه، و بهذا فالفعل لا يكون حينئذ لواط و إنما يكون هناك عرض بالقوة⁶.

¹. المرجع نفسه، ص 360.

². بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 114.

³. الأحمدى (عبد الله): المرجع نفسه، ص 133.

⁴. عبد الله أحمد (هاللي): مرجع سابق، ص 360، هامش رقم 3.

⁵. سورة الأعراف، الآية 81.

⁶. و تطبيقا لذلك يعد هناك عرض- و لا يعد لواط من ذكر على ذكر مثله إذا أرغمه على مواقفته فيمتثل لفعله، و من يرغب ذكرين على أن يتصل أحدهما بالآخر جنسيا على مشهد منه كان هاتكا لعرضهما معا، ... قرار تعقيبي تونسي، عدد 644 مؤرخ في 15/12/1976 م، و الحكم الجنائي عدد 2366 بتاريخ 26/09/1975 م، من المحكمة الجنائية بسوسة، ... مجلة القضاء و الشريعة - العدد 5 - س 19/05/1977 م، ص 78... رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 187، هامش رقم 2.

أما إذا استعمل الجاني الإكراه فعلا و ثبت أن المجني عليه كان راضيا بالفعل و تحقق أنه كان يقبله و لو لم يستعمل الإكراه، فإن الإكراه لا يعتبر متوفرا لأن العبرة في هذا المقام ليست بالقوة لذاتها بل بعلّة تقدير أنها معدمة للرضا، فإذا ما تحقق الرضا و لم تكن للقوة أي أثر في تحققه فإن مساءلة المتهم عنها لا يكون لها أدنى مبرر، و إذا ما وقع أي فعل مباغتة و لكن المجني عليه سكت و لم يعترض على الأفعال التالية التي وقعت عليه فإن ذلك ينسحب على الفعل الأول فيجعله أيضا حاصلا بالرضا، إذ لا يمكن القول بأن المجني عليه كان راضيا بجزء من الواقعة و لم يكن راضيا بالجزء الآخر، و مع ذلك فهناك من يرى عكس هذا الرأي و يقول بأنه ليس مطلقا و غير صحيح دائما فمن الجائز أن يرضى المجني عليه بالفعل الأول اليسير و يعترض على الفعل التالي الأشد جسامة الذي يريد الجاني إرتكابه، و إذا ثبت أن الفعل الأول إرتكب بغير رضا - كما لو وقع مباغتة - قامت المسؤولية عليه فلا يجوز أن ينهيا إرتكاب أفعال تالية تحقق الرضا بها، إذ لا يعرف القانون سببا من هذا القبيل لإنهاء المسؤولية و لكن يجوز القول أن الرضا بالفعل الثاني يقيم قرينة على الرضا بالفعل الأول و هذه القرينة قابلة لإثبات العكس¹.

الفرع الثالث:

الركن المعنوي لجريمة الشذوذ الجنسي.

و يتمثل في القصد الجنائي العام و هو ركن يكاد يكون مفترضا، إذ تقوم الجريمة بمجرد إتيان فعل من أفعال الشذوذ الجنسي²، و بمعنى أوسع يجب أن يتوفر في علم الفاعل بأن ما يقوم به هو فعل فاحش و حين إقدامه عليه هو حر تدفعه الرغبة في الحصول على اللذة و المتعة الجنسية متحديا للقواعد الأخلاقية و التقاليد الاجتماعية³، و لا يمكن التمسك بحسن النية للتملص من العقاب، فالرجل الذي يتصل جنسيا برجل آخر بإتيانه من الدبر لا يستطيع منطقا و قانونا أن يدعي أنه حسن النية، و كذلك الشأن بالنسبة للطرف الثاني الذي رضي بذلك فهناك أفعال لا تقتضي بطبيعتها القصد الإجرامي⁴.

و الجدير بالذكر أن تشريعات المغرب العربي و خصوصا تلك التي نصت صراحة على تجريم هذا الفعل لم تشترط في هذه الجريمة ركن التعوذ، أو الأجر و المقابل، و تقتضي كل من جريمتي اللواط و المساحقة توافر التراضي، و هناك من يرى أنه ينتفي القصد إذا إعتقد الجاني أن فعله مشروع، من يأتي من بلاد يباح فيها هذا الفعل و يرتكبه في بلاد تحرمه و هو يجهل ذلك تماما في أول يوم و أول ساعة يصل فيها لهذه البلاد⁵.

1. عبد الله أحمد (هلاي): مرجع سابق، ص 384.

2. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 114.

3. سعد (عبد العزيز): مرجع سابق، ص 73.

4. الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 137 و 138.

5. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 187.

المطلب الرابع:

تقدير تجريم الشذوذ الجنسي بين حرمة الذاتية و مساسه بحياء المجتمع.

إن إنتشار هذه الجريمة في الدول الغربية إستفحل إلى درجة أنه لم يعد مجرماً إطلاقاً، و وصل الأمر ببعض البلدان أنهم أباحوا الزواج بين رجلين، و أصبح الشواذ جنسيا منخرطين في جمعيات و نوادي و يطالبون بالإعتراف لهم بجملة من الحقوق و الإمتيازات و بمزيد من الحريات بعلّة حقهم في التصرف في أجسادهم و في حياتهم الخاصة، و ظهرت في فرنسا فكرة إقرار ما يسمى "عقد مدني إجتماعي يبرم بين شخصين من نفس الجنس سواء كانا رجلين أو إمرأتين و يعيشان مثل الزوجين"، و أثار هذا الموضوع جدلاً كبيراً بين مؤيدين و خصوم، نظراً لإنعكاساته على مفهوم العائلة و الزواج و الأطفال¹.

و هذا ما أكدّه الكاتب الفرنسي " أندريه موروا" في كتابه "أسباب إنهيار فرنسا في الحرب العالمية الثانية" في دراسة مستفيضة قال: "إن من أهم أسباب إنهيار فرنسا هو تقسخ الشعب الفرنسي نتيجة إنتشار الرذيلة بين أفرادها"²، إن هذا القول يعتبر دليل على أن فشل سياسة الإباحية الجنسية لم يصبح معترفاً به من طرف من يعارضوها فقط و إنما من طرف من كانوا يروجون لها.

و قد كان تجريم الشذوذ الجنسي في التشريعات المغاربية (الجزائر، تونس، المملكة المغربية) ليس بغاية تبني المفهوم الأخلاقي للعرض و إنما بغاية تتمثل في مواصلة تبني المفهوم الإجتماعي له، لأن تجريم فعل كاللواط أو المساحقة لا يعني بالضرورة الرجوع عن الأساس الذي أتبعوه منذ أول مرة فيما يخص جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، فالواقع أثبت أن هناك من الدول من تجرم هذا النوع من الأفعال لتحمي الأسرة كما في الخيانة الزوجية، أو تحمي الحياء العام كما في هذه الجريمة، أو لتحمي النظام العام للدولة كما في جريمة البغاء.

ثم إن تجريم الشذوذ الجنسي بهذه الصورة يعني أن غيره من الأفعال الشاذة إن إرتكبت بالموافقة و الرضا لا يعاقب عليها لأنه لا عقاب على جريمة دون النص عليها، ثم إن الأخذ بهذا النوع من النصوص يضيق كثيراً من دائرة الجرائم الماسة بالعرض و الأخلاق خصوصاً أننا نعيش في ظل تزايد إرتكاب هذا النوع من الأفعال في مجتمعاتنا لأن النص القانوني يعتبر من أهم الوسائل الرادعة لهذه الجرائم.

و نبقى في الأخير نوكد أنه لا يوجد سبيل أحسن من إتباع أحكام الشريعة الإسلامية التي تنص على الطهارة و هي صالحة لكل زمان و مكان، فهي تحرم كل الأفعال المنافية للدين و الحياء و الأخلاق و الفطرة السليمة، و سكوت المشرع الموريتاني عن النص عن جريمة اللواط و المساحقة ليس سوى لسبب واحد يظهر من إستقرائنا للنصوص السابقة و هو التمسك بما أمرتنا به شريعتنا الإسلامية و أحكامها و

¹. الأحمدي (عبد الله): المرجع نفسه، ص 134.

². أنظر... عبد الله أحمد (هلالي): مرجع سابق، ص 413.

الغالب أنه جعل الشذوذ الجنسي من قبيل الزنا، و لو أنه كان من الأولى النص عليه صراحة لكي لا يجد القاضي نفسه أمام فراغ قانوني.

أما المشرع الليبي فموقفه في هذا الخصوص جاء وسطا، فهو فيما يعتبر من الجرائم الخطيرة إقتدى بأحكام الشرع و نجده حرص على ألا يخالفه، و من ظاهر النصوص التي وردت عن المشرع الليبي أنه ما يجب فيه الحد أخذ كما هو في الشرع في نصوصه القانونية، و ما كان غير واجب فيه الحد تارة يحيلنا على أحكام الشريعة الإسلامية و أخرى يحاول مسايرة ما وصلت إليه القوانين الوضعية، و يعتبر هذا المذهب إيجابيا بالمقارنة مع ما ذهب إليه باقي التشريعات المغاربية الأخرى إن كان مصحوبا بالتطبيق الفعلي و تكافل جهود كل أفراد و مسؤولي هذه الدول على تفعيل هذه النصوص على أرض الواقع و إلا فإننا أمام فشل ديني و أخلاقي و إجتماعي لا محالة، و يجب أن لا ننسى ما سبق الإشارة إليه أن الشذوذ الجنسي مختلف في النظر إليه حتى بين فقهاء الشريعة الإسلامية و هو من بين أسباب الإختلاف حوله بالنسبة للمشرعين الليبي و الموريتاني.

المبحث الرابع:

جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة.

إن جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة كتسمية لا تتفرد لوحدها بهذا الوصف، فكل جرائم الآداب و الإعتداء على العرض تمس الأخلاق الحميدة، و لكن دراستها بصفة مستقلة كجريمة قائمة بحد ذاتها إنما يرجع لتطرق بعض تشريعات المغرب العربي إليها بأركانها المستقلة عن غيرها من الجرائم، و أيضا لمحاولة معرفة جملة الأخلاق الحميدة التي تقرها التشريعات المغاربية التي تأثرت بالفكر الغربي و جملة الأخلاق الحميدة التي قصدتها التشريعات المغاربية التي تأثرت بما تقره الشريعة الإسلامية، مع مواصلة البحث عن الأساس المعتمد حين تجريم الأفعال التي تعتدي على هذه الأخلاق، و مدى نجاعته في صد و ردع الجرائم الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة، و قد تناول هذا المبحث أربعة مطالب، تناول (المطلب الأول) تعريف هذه الجريمة، و تناول (المطلب الثاني) جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة بين إنكارها و النص عليها في التشريعات المغاربية، و تناول (المطلب الثالث) أركان هذه الجريمة، أما (المطلب الرابع) فتناول تقدير تجريم الإعتداء على الاخلاق الحميدة بين كونه محرم لذاته و بين كونه يمس بالحرية الجنسية و الحياء العرضي للمجتمع.

المطلب الأول:

تعريف جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة في التشريعات المغاربية.

إن تسمية هذه الجريمة يكتنفها الغموض و بالتالي تعوزها الدقة، نظرا لما تنطوي عليه من تعميم لأن جملة "الإعتداء على الأخلاق الحميدة" ربما تستوعب جميع مظاهر و أشكال الأفعال المنكرة التي تنال

من الأخلاق، و قد يتبادر للأذهان أن أي مساس بالأخلاق قد يشكل هذه الجريمة¹، و لهذا نجد أن البعض من التشريعات المغاربية نصت عليها و البعض منها لم تنص عليها.

الفرع الأول:

التعريف اللغوي للأخلاق.

إن الأخلاق في اللغة هي: جمع خلق بضم الخاء و اللام و هو العادة أي الصورة التي إعتاد عليها الإنسان في سلوكه أو صورة الإنسان من داخل نفسه، فكما أن خلقة الإنسان بكسر الخاء و سكون اللام تبين صورته الجسدية من الظاهر، فإن " خلقة " بضم الخاء و اللام تبين صورته من الداخل، و هو أيضا السجية و الطبع و المروءة و الدين²، و قد يطلق لفظ الأخلاق على جميع الأفعال الصادرة عن النفس محمودة كانت أو مذمومة، فنقول فلان كريم الأخلاق أو سيء الأخلاق³، و الخلق أيضا هو الطبع و السجية و العريكة، و هي طريقة تصرف يتميز بها الإنسان و هي أيضا طريقة سلوك، و تعني أيضا تنظيم متكامل لسمات الشخصية أو الإستجابة للعرف و آداب السلوك، أما الأخلاق فقد عرفت لغويا أيضا بأنها: "سلوك شخص أو آدابه و التي يحكم عليه من خلالها بالنسبة إلى مدى مطابقتها مع التعاليم الأخلاقية"⁴.

الفرع الثاني:

التعريف الفقهي للأخلاق.

أما معنى الأخلاق لدى الفقهاء عموما فنجد أنه قد اختلف في معناها و ذهبوا في ذلك مذاهب عديدة فهناك من يقول بوجود الأخلاق المثالية - مذاهب الحدسيين و العقليين - و يرون أن الخير يقترن بالإنذار و يوجب إتباعه و الشر يصحبه إلزام يقضي بتجنبه، و قالوا أن الفعل النبيل هو الذي يخضع لقانون العقل. و هناك من قال - المذهب النفعي - أن مقياس الخير و الشر عند أصحابها تتوقف على الأغراض التي تستهدفها، و رغم ما أخذ على هذه الأخلاق النفعية من إنتقادات إلا أنها مازالت هي المسيطر على فلسفة التجريم و العقاب في النظم الجنائية الوضعية و خصوصا ما يتعلق بالجرائم الجنسية و قد أدى ذلك إلى تعميق أزمة الأخلاق في هذا العالم الذي تطغى عليه المادة، و هكذا ساهم المشرع الجنائي عن قصد أو عن غير قصد في تدهور الأخلاق و إنحطاط مثلها العليا⁵.

الفرع الثالث:

التعريف الشرعي للأخلاق.

¹. الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 275.

². ابن بكر ابن منظور (محمد): لسان العرب، الجزء 1، بيروت، دار بيروت للطباعة و النشر، 1997، ص 154 و ما بعدها.

³. صليبا (جميل): المعجم الفلسفي بالألفاظ العربية و الفرنسية و الإنجليزية و اللاتينية، لبنان، دار الكتاب اللبناني، (دون سنة نشر)، ص 49.

⁴. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 418 و 419.

⁵. عبد الله أحمد (هلالي): مرجع سابق، ص 47 إلى 60.

و الحقيقة أنه لا سبيل إلى علاج أزمة الأخلاق و القيم إلا بإتباع مناهج الشريعة الإسلامية، فالأخلاق الإسلامية هي أخلاق دنيا و دين لقوله صلى الله عليه و سلم: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"، و قد ربط فقهاء الشريعة الإسلامية الأخلاق بالدين الإسلامي فقد قال رسول الله صلى الله عليه و سلم عندما سئل : أي الإيمان أفضل يا رسول الله؟ فقال: "خلق حسن" و في حديث آخر قال: "خير ما أعطي الناس خلق حسن"، و قوله صلى الله عليه و سلم أيضا: " الدين حسن الخلق"، و قوله أيضا: "أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم أخلاقا"¹.

و الحقيقة أنه مهما كان هناك من خلاف حول تعريف الأخلاق عند فقهاء الشريعة الإسلامية إلا أنهم أجمعوا على أنها كل الأفعال التي أمرنا الله و رسوله بالقيام به من التحلي بالفضيلة و الإبتعاد عن الرذيلة حبا لله و رسوله الكريم و إبتغاء الجنة و الفوز العظيم.

المطلب الثاني:

جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة بين إنكارها و النص عليها.

لقد ذهب كل التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية و التشريع التونسي و التشريع الليبي إلى تجريم الإعتداء على الأخلاق الحميدة، بينما سكت عن النص عليها المشرع الموريتاني، و لكل منهم وجهة إنطلق منها في نظرتة لهذه الأفعال المكونة لهذه الجريمة.

الفرع الأول:

التشريعات المغاربية التي نصت على جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة.

إن كل من التشريع الجزائري و التشريع الليبي و التشريع التونسي و تشريع المملكة المغربية قد جرموا الإعتداء على الأخلاق الحميدة صراحة، و هم بهذا قد ضيقوا من نطاق معنى الأخلاق الحميدة و ذلك بحصره في جملة من الأفعال يفهم معناها و تعدادها من مفهوم المخالفة لفكرة الإعتداء على الأخلاق الحميدة.

الفقرة الأولى:

التشريع الجزائري.

بتفحص تشريعات المغرب العربي نجد أن المشرع الجزائري نص على هذه الجريمة في المادة 333 مكرر من قانون العقوبات الجزائري² بقوله: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 2000 دج كل من صنع أو حاز أو إستورد أو سعى إلى إستيراد من أجل التجارة أو وزع أو أجر أو

¹. المرجع نفسه، ص 124.

². عدلت بموجب القانون رقم 82-04 المؤرخ في 13/02/1982 م...أنظر... قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

لصق أو أقام معرضاً أو عرض أو شرع في العرض للجمهور أو باع أو شرع في البيع أو وزع أو شرع في التوزيع كل مطبوع أو محرر أو رسم أو إعلان أو صور أو لوحات زيتية أو صور فوتوغرافية أو أصل الصورة أو قالبها أو أنتج أي شيء مخل بالحياء".

لم يعرف المشرع الجزائري جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة و لكنه عدد جملة من الأفعال تدخل في إطارها و هذا من أجل محاولة صدها و ردعها.

و لقد ورد في المادة 333 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري أنه: "يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 500000 دج إلى 1000000 دج كل من صور قاصراً لم يكمل 18 سنة بأي وسيلة كانت و هو يمارس أنشطة جنسية بصفة مبينة حقيقية أو غير حقيقية، أو صور الأعضاء الجنسية للقاصر لأغراض جنسية أساساً أو قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو ترويج أو إستيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية متعلقة بالقاصر.

في حالة الإدانة تأمر الجهة القضائية بمصادرة الوسائل المستعملة لإرتكاب الجريمة و الأموال المتحصل عليها بصفة غير مشروعة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية".

و الملاحظ أنه من خلال نص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري قد أكد على صورة أخرى مجرمة تشبه إلى حد كبير الصورة المجرمة في المادة 333 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، و لكنها مطبقة على القاصر لما راج من محاولات إستغلاله في الدعايات الجنسية و من طرف تجار الجنس و الجماعات التي تستغل الأفراد لهذا الغرض فأبي و سيلة يستغل بها القاصر تعتبر مجرمة في نظر المشرع الجزائري، و من هنا جاءت هذه الإضافة بهذه الصورة و هذا ما يعتبر إيجابياً إلى حد كبير لما فيه من الحماية لأخلاق القاصر.

الفقرة الثانية:

تشريع المملكة المغربية.

أما تشريع المملكة المغربية فنص في الفصل 503 -¹ السابق ذكره بأنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و غرامة من عشرة آلاف إلى مليون درهم كل من حرض أو شجع أو سهل إستغلال أطفال تقل سنهم عن ثمان عشرة سنة في مواد إباحية، و ذلك بإظهار أنشطة جنسية بأية وسيلة كانت سواء أثناء الممارسة الفعلية أو بالمحاكاة أو المشاهدة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للأطفال يتم لأغراض ذات طبيعة جنسية.

و تطبق العقوبة على كل من قام بإنتاج أو توزيع أو نشر أو إستيراد أو تصدير أو عرض أو بيع أو حيازة مواد إباحية من هذا النوع ..."، لقد ذهب تشريع المملكة المغربية إلى نفس مذهب المشرع الجزائري

¹. يتم مجموعة القانون الجنائي بمقتضى الظهير الشريف رقم 207.03.1 صادر في 16 رمضان 1424 (2003/11/11 م) بتنفيذ القانون رقم 03.24 - المادة الخامسة ... مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 163.

و لو أنهما يظهران من خلال هذه النصوص الإختلاف في البعض من الأفعال التي إعتبرها من قبيل الإعتداء على الأخلاق الحميدة.

الفقرة الثالثة:

التشريع الليبي.

أما التشريع الليبي فقد أورد هذه الجريمة في نفس المادة السابقة 421 من قانون العقوبات الليبي التي جاء في سياقها: "... و تطبق العقوبة ذاتها على من أخل بالحياء بتوزيع رسائل أو صور أو أشياء أخرى فاضحة أو يعرضها على الجمهور أو طرحها للبيع و لا يعد شيئاً فاضحاً النتاج العلمي أو الفني إلا إذا قدم لغرض غير علمي لشخص تقل سنه عن الثامنة عشرة ببيعه له أو عرضه عليه للبيع أو تيسير حصوله عليه بأية طريقة"¹.

و قد ذهب المشرع الليبي إلى نفس المذهب الذي إتبعه نظيره بأن نص على جملة الأفعال التي تعتبر من قبيل الإعتداء على الأخلاق الحميدة و لكنه لم ينص على تعريف جامع لها.

الفقرة الرابعة:

التشريع التونسي.

أما التشريع التونسي فقد جاء في الفصل 226 مكرر من مجلته الجزائية: "يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر و بخطية قدرها ألف دينار كل من يعتدي علنا على الأخلاق الحميدة أو الآداب العامة بالإشارة أو القول أو يعمد علنا إلى مضايقة الغير بوجه يخل بالحياء. و يستوجب نفس العقوبات المذكورة بالفقرة المتقدمة كل من يلفت النظر علنا إلى وجود فرصة لإرتكاب فجور و ذلك بكتابات أو بتسجيلات أو إرساليات سمعية أو بصرية أو إلكترونية أو ضوئية"². و قد واكب المشرع التونسي التشريعات الثلاث السابقة بأن جرم الإعتداء على الأخلاق الحميدة و عدد جملة من الأفعال التي تعتبر أساسا لها.

الفرع الثاني:

تفرد التشريع الموريتاني بعدم النص على جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة.

إن المشرع الموريتاني لم ينص على هذه الجريمة و لكن بتفحص نص المادة 306 السابق ذكرها، من الأمر القانوني المتضمن القانون الجنائي الموريتاني³، نجدها تقول: " كل من إرتكب فعلا مخلا بالحياء و القيم الإنسانية ... " و بالتالي نجد أن الحفاظ على القيم الإنسانية توجب تجريم كل فعل مناف لها و من باب أولى جرائم الإعتداء على الأخلاق الحميدة، و لو أننا نجد أن فكرة الأخلاق تتغير من مجتمع لآخر

¹. قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

². المجلة الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 71، 72.

³. الأمر القانوني رقم 162-83 بتاريخ 09 يوليو 1983 م المتعلق بالقانون الجنائي الموريتاني ... مرجع سابق.

إلا أنه بالموازاة معها نجد أن القيم الإنسانية أيضا تتغير من مجتمع لآخر و من مكان لآخر و من زمن لآخر.

و لو أن المشرع الموريتاني يظهر من خلال نصوصه العقابية المظهر الإسلامي إلا أن هذا الإتجاه لا يكف فهذه الجريمة التي هي محددة الأركان كما سبق في التشريعات المغاربية الأخرى غير موجودة في هذا التشريع و لا يمكن الجزم بأن المادة السابقة تسقط عليها أم لا فهي تعتبر فضفاضة قد تجعل مرتكبي هذا النوع من الجرائم يتهربون إذا فسرت تفسيراً ضيقاً.

المطلب الثالث:

أركان جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة في التشريعات المغاربية.

حسب ما ورد في تشريعات المغرب العربي فإن هذه الجريمة تتكون من ركنين هما المادي و المعنوي تجعلها تستقل عن غيرها من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في هذه التشريعات.

الفرع الأول:

الركن المادي لجريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة.

إن جريمة الإعتداء على الاخلاق الحميدة تتكون من عنصرين¹ هما: الأفعال المجرمة و محل الجريمة، و هذه الأركان تكون هذه الجريمة حسب ما نصت عليه التشريعات المغربية عدا التشريع الموريتاني.

الفقرة الأولى:

الأفعال المجرمة المكونة للركن المادي.

تعتبر هي العنصر الأول في تكوين الركن المادي لهذه الجريمة، فنجد حسب نص المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري أنها تتمثل في الصناعة و الحيازة و الإستيراد- الإلصاق و العرض للجمهور و الشروع فيه - البيع و التوزيع و الشروع فيهما، أما بالنسبة لتشريع المملكة المغربية فحسب الفصل 503- 2 السابق ذكره، فإن الأفعال المجرمة هي: تحريض، تشجيع، تسهيل، إستغلال القصر في مواد إباحية إنتاج، توزيع، نشر استيراد و تصدير، عرض، بيع ، حيازة مواد إباحية. و أما بالنسبة للتشريع التونسي فالأفعال المجرمة هي: إستلقات النظر أو نشر إعلانات تتعلق بالفسق و التسجيل و الكتابة و الإرسال و الإنتاج بمختلف الوسائل التقليدية و الحديثة، و بالنسبة للتشريع الليبي فعدد الأفعال المجرمة في المادة 421 السابق ذكرها على أنها: التوزيع و العرض و الطرح للبيع و تيسير الحصول بأي طريقة...

¹. أنظر... دردوس (مكي): مرجع سابق، ص 190.

و **الملاحظ** من خلال هذه النصوص أن المشرع في هذه الدول¹ قد أجمع على جملة من الأفعال المجرمة خصوصا منها التوزيع و البيع و الحصول عليها بأي وسيلة، و هناك من الفقه الجزائري من ذهب للقول أنه على المشرع الجزائري² الإشارة إلى الإهداء المجاني الذي يتم عادة في مثل هذه الحالات من يد إلى يد أو بطرق أخرى غير مباشرة، فهناك من يرى أن الإهداء يدخل تحت مدلول التوزيع و بإمكان القاضي إذن المعاقبة عليه دون الخروج عن مبدأ الشرعية و التفسير الضيق للمبادئ الجزائرية³، و قد عبر عن هذه الحالة و غيرها من الحالات التي قد تستحدث للنشر التشريع الليبي حين قال: "تيسير الحصول عليها بأي طريقة" و قد أصاب في هذا الصدد.

كما أن مشرع المملكة المغربية أضاف صورة جديدة و هي تحريض و تشجيع و تسهيل إستغلال القصر في مواد إباحية، و لو أننا نرى أنه كان من الأولى الإشارة إليها في جريمة تحريض القصر على الفسق لأنه من باب أولى التركيز على عنصر السن كطرف خاص لتسليط العقوبة، و كذا تشديدها لإجتماع خصوصية و حساسية الإضرار بهذه الفئات هذا من جهة، و كذا لحماية حياء المجتمع من جهة أخرى- و الأصح حماية مكارم الأخلاق ككل.

و **يستخلص** أيضا أن شرط العلنية متوفر بالنسبة للعرض أو الشروع فيه (الأغاني أو الصراخ أو الخطب المنافية للأخلاق) إذا وقع التقوه بها علانية أي أن يكون في إستطاعة الغير سماعها، و يتأتى ذلك إذا وقع النطق بها بصوت مرتفع و بمكان عمومي و على مسمع عدة أشخاص، أما في الصور الأخرى مثل البيع و التوزيع و الشروع فيهما فلا تتطلب الجريمة توفر عنصر العلنية، و يشترط لقيام الجريمة في صور الصناعة و الحيازة و الاستيراد أو التصدير أن يكون ذلك بغرض التجارة أو التوزيع أو التأجير أو اللصق أو إقامة معرض، و تبعا لذلك لا تقوم الجريمة إذا كانت الصناعة أو الحيازة أو الاستيراد من أجل الاستعمال الشخصي⁴.

و بتصفح أهم العبارات التي تدل على الأفعال المجرمة في المواد السابقة نجد أن حيازة أي شيء مخل بالحياة تعني وجود هذا الشيء تحت يد المتهم حقيقة و بصفته مالكا أو مستأجرا أو تحت أي وصف آخر كالإعارة⁵، أما المقصود بالصنع فهو الخلق و الإبتكار و الإبداع بالإضافة إلى التقليد أو النقل عن شيء آخر، أما المسك فهو السيطرة الفعلية على الشيء، في حين أن الاستيراد هو التوريد في مفهومه

¹. باستثناء التشريع الموريتاني الذي جاء نصه عاما كما سبقت الإشارة إليه، و لا يعني ذلك أنه لا يجرم هذه الأفعال و إنما ربما ترك تقدي ذلك للقاضي بما يسمح به النص 306 من قانون العقوبات السابق ذكره.

². أنظر... دردوس (مكي): مرجع سابق، ص 190.

³. المرجع نفسه، ص 190.

⁴. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 116...الأحمدي(عبد الله):مرجع سابق، ص 281 و ما والاها.

⁵. عبد العزيز (سعد): مرجع سابق، ص 20.

الإصطلاحي المعروف الذي يقابله التصدير، أي القيام بأعمال تجارية مع الخارج طبق لما هو معمول به، و يمتد إلى كل جلب لتلك الأشياء خلسة و لو عن طريق التهريب¹.

أما جريمة عرض الأشياء المخلة بالحياء فتعني عرض أي صورة أو مطبوعة أو محرر أو غير ذلك من الأشياء التي تخذش عاطفة الحياء و الحشمة و تثير غريزة الجنس لدى الشباب و المراهقين². و إمتد الفقه التونسي للقول بأن العرض سواء كان علانية أو سريا قصد بيع أشياء أو استئجارها ليس من الضروري أن يتم العرض لعدة أشخاص، فقد يوجه لشخص واحد أو أن يقع فعلا البيع و الإيجار إذ أن مجرد العرض كاف لقيام الجريمة، و تتوفر أيضا إذا أعطى المتهم تلك الأشياء للغير مجانا، كما أنه لا عبء بكيفية التسليم أو التوزيع فقد يقع بصفة مباشرة أو عن طريق الحيلة، كما أن التوزيع قد يقع عن طريق البريد أو بالقاءها على الناس في الطريق العام أو داخل وسائل النقل العمومي³.

أما جريمة بيع الأشياء المخلة بالحياء، فتعني قيام عقد بيع لهذه الأشياء متوفر الأركان⁴، و قد إستقر القضاء التونسي على أن توجيه رسالة منافية للحياء إلى شخص واحد عن طريق البريد يعتبر مراسلة خاصة غير موجبة للعقاب لكن العقاب يصبح واجبا إذا وجهت الرسالة لعدة أشخاص مثل بعث صورة رجل عار إلى أربعين امرأة⁵، و لا شك أنه قد تعددت في الوقت الحالي وسائل إتصال جديدة مثل الإنترنت، و بديهي أن عرض هذه الرسائل يعتبر مجرما بموجب النصوص التي تطرقت إليها تشريعات المغرب العربي بخصوص هذه الجريمة.

الفقرة الثانية:

محل الجريمة في الركن المادي.

إن العنصر الثاني من الركن المادي هو محل الجريمة، و المقصود به كل الأشياء المنافية للحياء فهي على وجه التفصيل كل المطبوعات و المحررات و الرسوم والإعلانات و الصور و اللوحات⁶ ... أو بإستعمال المشرع الجزائري عبارة "أي شيء" التي تسمح بالتوسع في التجريم لأشياء غير مذكورة لكنها تعارض الأخلاق الحميدة كبيع الأفلام الخليعة⁷، و يتعين التفريق بين المؤلفات و الصور الخليعة البحتة المحظورة و بين المؤلفات الأدبية أو العلمية التي يمكن أن تتضمن كتابات أو صور قد تثير الشهوة

1. الأحمدي (عبد الله): المرجع نفسه، ص 283 و 284.

2. عبد العزيز (سعد): المرجع نفسه، ص 21.

3. الأحمدي (عبد الله): المرجع نفسه، ص 284.

4. عبد العزيز (سعد): المرجع نفسه، ص 21.

5. الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 285.

6. دردوس (مكي): مرجع سابق، ص 191.

7. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 115.

الجنسية و لكن واضعيها أعدوها لأغراض علمية دون الأغراض الجنسية¹، و قد إستقر رأي الشراح² على أن تأليف أو بيع أو توزيع هذه الكتب أو الصور الوصفية التشريحية لا تشكل جريمة مثل الكتب و المعاجم الطبية التي قد تتضمن صوراً أو أوصافاً دقيقة لكل من عورة الرجل أو المرأة بغاية التعلم خصوصاً في المجال الطبي لمعرفة الأمراض التناسلية و غيرها من المسائل الطبية³.

و تجدر الإشارة إلى النص الليبي للمادة السابق ذكرها حين جعل النتاج الفني لا يعد عملاً فاضحاً، ما يجعلنا نتساءل عن ماهية هذا العمل الفني، و ما هي شروط إسقاطه عن هذه الجريمة؟ و لقد أصبح حالياً التقاط صور أو نشرها لغايات فنية لإبراز النواحي الجمالية في المرأة بما في ذلك مفاتها و التي قد تشمل العورة بالمفهوم الضيق و الواسع إبداعاً فنياً، إلا أن هذا الأمر في نفس الوقت مثير للمشاعر و الأحاسيس الجنسية، فما هو إذن الفاصل بين العمل الفني و غير الفني الذي يتضمن هذه الصور مثلاً. إن هذا الأمر لم يعد مستهجنًا في الدول الغربية التي طالما نادى و أكدت على الحرية الجنسية إلا أنه أمر مستهجن في دولنا العربية فإن كانت دولة من دول المغرب العربي الإسلامي تستسيغ هذا النوع من الإنتاج بدوافع فنية فأين إذن هي أخلاق الشريعة الإسلامية التي طالما حثت على خلق الحياء و الحشمة و الإبتعاد عن كل ما يثير شهوات الإنسان في غير الحلال؟ و الحقيقة إن تبني موقفا كهذا من طرف تشريع ظهر أول الأمر تمسكه بمبادئ الشريعة الإسلامية فيما يخص هذه الجرائم يظهر تعارضاً ظاهراً لأن الأساس الذي تبناه أول الأمر لا يتقبل منه هكذا موقف يسوقه إلى تحليل الكثير من المنكرات تحت تسميات مختلفة كالأعمال الفنية، ثم إن هذا الموقف يجعلنا نشكك كثيراً في تبني هذه التشريعات المواقف الشرعية حين التطبيق الفعلي على أرض الواقع؟

الفرع الثاني:

الركن المعنوي لجريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة.

تقتضي هذه الجريمة في كل صورها توفر قصدا جنائياً عاماً إضافة إلى القصد الخاص و المتمثل حسب ما ورد في المواد السابقة الخاصة بتجريم هذا الفعل في تشريعات المغرب العربي، في البيع و الإتجار و الحيازة و اللصق و إقامة معرض صناعة و الإستيراد و التصدير... في كل الحالات السابقة فإن سوء النية مفترض في كافة الصور المذكورة⁴، و يتمثل القصد الجنائي في إرادة و تعمد الجاني القيام

¹. الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 281... و قد جاء في قرار تعقيبي تونسي جزائي عدد 73405، المؤرخ في 19/02/1997 أن: "إذا كانت جميع مشاهد الشريط الأصلي بعنوان جديد فإن جريمة الاعتداء على الأخلاق الحميدة تكون متوفرة بركنيتها المادي و المعنوي...". الهادي بن عبد الله (محمد): مرجع سابق، ص 145.

². R .Merle et A .Vêtu, Droit pénal spécial, édition Cujas paris, 1982, n 1886.

³. و هو ما أشار إليه صراحة التشريع الليبي في المادة 421: "... و لا يعد فاضحاً النتاج العلمي أو الفني إلا إذا قدم لغرض غير علمي...". قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

⁴. أنظر... بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 117.

القيام بالأفعال المجرمة و هو على علم و إدراك بأن تلك الأشياء التي يمسكها بأي غرض من الأغراض المذكورة في المواد السابقة مخالفة للأخلاق الحميدة أو حتى التفوه بالعبارات المنافية للأخلاق¹، و مهما تكن هذه الصورة لا ينظر إلى الدافع الذي كان وراء تلك الأفعال، و لئن كان هذا الركن واضحا فإنه يثير إشكاليات منها أن يتوجه شخص أجنبي بعبارة بها مدلول مناف للحياء في البلد الذي يقيم فيه ذلك الشخص بينما ليس لها أي معنى مخالف للحياء في بلاده، و في هذه الصورة يصعب مؤاخذه من تفوه بها إذا ثبت أنه كان يجهل مدلولها المنافي للحياء في ذلك البلد، و تبقى المسألة خاضعة لإجتهد محكمة الأصل التي تستنتج القصد الإجرامي من ملابسات كل قضية على حدة، هذا إضافة إلى تغيير مفهوم الأخلاق الحميدة من بلد إلى آخر مما جعل بعض الفقهاء يسمون هذه الجريمة " بالجريمة المفتوحة" لأن مفهوم الأخلاق لا يقابلها من الناحية القانونية محتوى ضيق و على القضاة أن يحددوا في كل حالة معينة القواعد المميزة للأخلاق الحميدة².

المطلب الرابع:

تقدير تجريم الإعتداء على الأخلاق الحميدة بين حرمة الذاتية و مساسه بحياء المجتمع.

إن جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة لا تخرج عن جملة ما وصلنا إليه من نتائج من خلال تفحص الجرائم السابقة، فهي جريمة لا تعتبر في نظرنا جديدة فقد سبقت أحكام الشريعة الإسلامية أي تشريع وضعي آخر للتصدي لها مع إختلاف التسمية، و إنما كان تناولها شامل فأبي فعل يناف مكارم الأخلاق و يؤدي للرديلة هو محرم و منكر، فلا وجه للنقاش حول أصول الشريعة الإسلامية، و إنما الإختلاف كان حول فروع المسائل الحياتية للمسلمين، مما لا يوجد فيه النص أو فيما هو مستجد و لابد من إيجاد حل له وفق المعالم و الخطوط الكبرى للدين، و هذا التسلسل المنطقي في الفكر و المنظور الإسلامي الذي لا يتعارض مع بعضه و لا ينقض ما قبله و الذي يؤيد ما بعده إن كان لا يناقض الثوابت الدينية، يجعل أي متمسك به بعيد عن أي فشل أو غلط أو إرتباك.

و قد حاول المشرع الموريتاني التثبت بهذه الفكرة من خلال ما رأيناه في نصوصه السابقة، فعدم النص على هذه الجريمة بهذه التسمية لا يعتبر في نظرنا نقصا فهو من جهة كان واضحا في رسم معالم سياسته الجنائية فجرم وفق أحكام الشريعة الإسلامية ما هو غير متروك للبشر لأن يقولوا فيه ما بدى لهم، و

¹. و هي الحالة التي نص عليها التشريع الجنائي التونسي دون غيره من التشريعات في المغرب العربي.

². M. Laure Rassat, Droit pénal spécial, paris, Dalloz, 1997, p 566.

حاول التثبت بأحكامها فيما لا يوجد فيه نص و هذا ما يحث عليه قانون العقوبات الموريتاني، و كان هذا القانون يضم مادة (306) تعتبر النص الذي يجرم أي فعل مخالف للطبيعة أو للحياء أو معتد على مكارم الاخلاق، و هو بهذا إن طبق نصوصه يكون قد نجح في سن نصوص تنظم و تردع هذا النوع من الجرائم و لو أننا نعلم أنه لا بد من الإصلاح على شتى الأصعدة من أجل القضاء على هذا النوع من الجرائم، و كذا التطبيق الفعلي على الصعيد القضائي و عدم تقييد يد القضاة بالنص لكي لا يتهرب المجرمون تحت ذريعة عدم وجوده.

و لكن حين النظر ظاهريا لما ذهب إليه كل من تشريعات الجزائر و تونس و تشريع المملكة المغربية، نجد أن قوانينها تعبر عن تخبط عشوائي بين الثوابت الراسخة في أذهان مجتمعاتها و ما تحاول اللحاق بركبه من أفكار حديثة و مجارات من ينادون بحقوق الإنسان و التحضر و الإنفتاح، فلم السعي للترقيع؟ و لم تلك المحاولة البائسة من طرف كل واحد من هذه التشريعات في جمع و ضبط ما يعد من قبيل الإعتداء على الأخلاق الحميدة و ما لا يعد؟ إن الإجابة بسيطة، فهذه التشريعات لو كانت قد إتبعت أسسا في تجريمها لهذه الأفعال وفق ما تنص عليه أحكام شريعتها الإسلامية، لكانت بغنى عن محاولة البحث الدئم عما يستجد لإضافته فالأخلاق العليا معلومة و الإعتداء معلوم و إن تطورت و إستجدت وسائله، سوف يجد من يعطينا حلا وفق ما جاءت به شريعتنا الإسلامية خصوصا إذا كان من يكلفون بهذه المهمة متشبعين بمبادئها، و كان الأولى ترك إتباع المذاهب الوضعية الغربية لأنه و إن ظهر أن ما يقومون بتجريمه يساير بعضا مما في شريعتنا الإسلامية إلا أن الحقيقة غير ذلك فقد ضيقوا من نطاق الأخلاق حتى ضاق بها الخناق و تنوعت وسائل المس بها مما أدى لمساس مصالحهم الإجتماعية و غير الإجتماعية فأصبحوا يطاردون هذه الأفعال تحت تسميات عديدة و مستحدثة.

و بالنظر لما نص عليه المشرع الليبي و بإستقراء الأساس الذي إنتهجه في الجرائم السابقة إنطلاقا من الزنا و الإغتصاب و غيرهما، نجد أن المشرع الليبي و إن حرص على إتباع ما ورد في أحكام شريعتنا الإسلامية كما سبق الذكر إلا أن أن تجريم هذه الأفعال بنفس الكيفية التي تجرم بها عند التشريعات الوضعية الغربية قد يؤدي مستقبلا إلى تقمص ما يظهر و لا يظهر، أي إذا كان حاليا يضع خطأ واضحا بين الثوابت التي لا ينبغي المساس بها و التي يمكن الإجتهد فيها بالتجريم و العقاب، فالخوف أن تؤول ما يظهر من هذه النصوص التي تشبه في صياغتها لا في أساسها ما ذهب إليه التشريعات الأخرى إلى الأساس أيضا، فتكون ذريعة للتضييق مما هو ماس بالأخلاق فتباح أفعال بحجة أنها غير واردة في النصوص القانونية؟

المبحث الخامس:

جريمة البغاء.

تعتبر جريمة البغاء من أقدم الجرائم على مر التاريخ البشري، و قد تطرقت إليها تشريعات المغرب العربي و هي أصبحت حتى وقتنا الحالي متعددة و متنوعة نتيجة تداخل عدة صور لهذه الجريمة من جهة، و إرتباطها بصور إستحدثها التطور الرهيب في مجال الجرائم المنظمة من جهة أخرى، و كذلك تطور التكنولوجيا و الوسائل التي ساعدت على تشعب هذه الجريمة، و قد سعت التشريعات المغاربية لتجريمها لشدة فضاعتها و لكل منها الأساس المتبع في سياساتها الجنائية و ما تأثرت به من الأفكار الغربية أو أحكام الشريعة الإسلامية، و قد تناول هذا المبحث ستة مطالب، تناول (المطلب الأول) تعريف هذه الجريمة، و تناول (المطلب الثاني) إجماع التشريعات المغاربية على تجريم البغاء، و تناول (المطلب الثالث) أركان هذه الجريمة، و تناول (المطلب الرابع) جرائم القوادة المرتبطة بجريمة البغاء و تناول (المطلب الخامس) تفرد تشريع المملكة المغربية بالنص على تجريم السياحة الجنسية، و تناول (المطلب السادس) تقدير تجريم البغاء بين كونه محرم لذاته و بين كونه يمس بالحرية الجنسية و الحياء العرضي للمجتمع و النظام العام.

المطلب الأول:

تعريف جريمة البغاء في التشريعات المغاربية.

إن جريمة البغاء لها تعريفات عديدة توضح معناها، و قد إهتم بها شراح القانون و كل عرفها إنطلاقا من الأسس التي تأثر بها، و تعتبر جريمة البغاء من أهم الجرائم التي تناولتها التشريعات الوضعية و منها المغاربية بالمعالجة لأسباب عديدة نظرا لخطورتها حتى على مصالح الدول و نظامها لتشعب الحالات المرتبطة بها وامتدادها على نطاق دولي.

الفرع الأول:

التعريف اللغوي لجريمة البغاء.

إن أول ما يجدر التعريف به هو مصطلح "البغاء"، و هو من الفعل بغي، أي رغب في الشيء و رامه و أرادته، و منه بغيًا أي عدل عن الحق و سعى بالفساد خارجا عن القانون و البغاء هو التكبس بالفجور و الدعارة و البغي هو الجور و الطغيان، و نقول بيت بغاء أي منزل ترتكب فيه الدعارة لقاء المال¹، و البغاء أيضا هو: الإتصال الجنسي غير المشروع، و يقال بغت المرأة تبغي فهي بغي².

الفرع الثاني:

التعريف الفقهي لجريمة البغاء.

إن السائد فقها و قضاء أن الدعارة هي بغاء الإناث، و الفجور هو بغاء الذكور و المقصود ببغاء الإناث هو أن تتخذ الأنثى جسدها إرضاء لشهوات الغير بغير تمييز، و أما المقصود ببغاء الذكور هو

¹. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 198.

². رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 195.

أن يستخدم الذكر جسده إرضاء لشهوات الغير بغير تمييز¹، و الملاحظ من خلال هذا التعريف أن البغاء لفظ أعم و أوسع من لفظ الدعارة و من لفظ الفسق، فهو يضم كل الأفعال التي ترتكب من طرف المرأة و الرجل و التي تشترك في صفة واحدة هي التكسب أي وجود المقابل المادي و هو المال.

الفرع الثالث:

التعريف الشرعي لجريمة البغاء.

لقد حرمت الشريعة الإسلامية عموماً الزنا و بصفة مطلقة إن ارتكب خارج علاقة الزواج الشرعية، و قد حرمه أيضاً إن كان بعو أي بماقابل مادي و أيضاً جائئ التحريم بصفة مطلقة دون شرط أو قيد، فقد قال الله عز و جل: " و لا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصناً لتبتغوا عرض الحياة الدنيا و من يكرههن فإن الله من بعد إكراههن غفور رحيم" ²، و قد حرم الله عز و جل البغاء من قبيل صيانة الأعراس و النسل و الأخلاق الكريمة و حماية مقاصد الشريعة التي ترمي لحفظ الضروريات الخمس و من بينها العرض.

الفرع الرابع:

تمييز البغاء عن غيره من الألفاظ الشبيهة به.

يتميز لفظ البغاء عن غيره من الألفاظ التي تشبه معناه و لو أنه هناك أوجه تشابه كثيرة، و هناك من الألفاظ من تزامن وجوده مع وجود البغاء و هناك ما هو مستحدث نتج عن التنوع و التطور الحاصل على صعيد الجرائم الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة.

و نجد من الألفاظ القريبة إلى لفظ البغاء "الدعارة" بفتح الدال و كسرهما - و كذلك الدر و هو الفساد أو الفسق أو الخبث أو الشر، و أومست المرأة إيماسا فهي مومس أي فاجرة، و كذلك "العاهرة" و هي الفسق و الفجور فالمرأة عاهرة، و الرجل الذي يفسق بها عاهر كذلك، و "الفجر أو الفجور" هو الفسق أو الفسوق، فالرجل فاجر و المرأة فاجرة أو فاسقة³، و أيضاً لفظ "الخناء" و تعني لغة الفحش و الفساد، و المقصود هو إشباع الشهوة الجنسية للغير بمقابل و دون تمييز مهما كانت طريقة ذلك⁴، أما لفظ

¹. عبد الله أحمد (هلاي): مرجع سابق، ص 294 و 295.

². سورة النور، الآية 33.

³. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 295.

⁴. الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 380.

"السياحة الجنسية" فهو لفظ مستحدث خصوصا مع إنتشار البغاء المنظم، و هو جاء موافقا للمتطلبات السياحية لبعض الدول التي تعتبر السياحة العالمية مصدرا مهما للتطور و النمو الاقتصادي، و قد ظهرت في العديد من مناطق الجذب السياحي في العالم و أهمها في منطقة جنوب شرق آسيا¹، و جنوب إفريقيا و أستراليا و أندونيسيا و تايوان².

المطلب الثاني:

إجماع التشريعات المغاربية على تجريم البغاء و صورته.

لقد أجمعت كل تشريعات المغرب العربي على النص على البغاء بمفهومه الواسع و أشكاله مع بعض الإختلافات، و قد نصت عليه صراحة في نصوصها القانونية أي في قوانينها العقابية.

الفرع الأول:

التشريع الجزائري.

لقد ورد النص على تجريم البغاء في قانون العقوبات الجزائري بموجب المادة 343³ التي تقول: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 2000 دج و ما لم يكن الفعل المقترف جريمة أشد كل من ارتكب الأفعال التالية:

- 1- ساعد أو عاون أو حمى دعارة الغير أو أغرى الغير على الدعارة و ذلك بأي طريقة كانت.
- 2- إقتسم متحصلات دعارة الغير أو تلقى معونة من شخص يحترف الدعارة عادة أو يستغل هو نفسه موارد دعارة الغير و ذلك بأي صورة كانت.
- 3- عاش مع شخص يحترف الدعارة عادة.
- 4- عجز عن تبرير الموارد التي تنفق و طريقة معيشته حالة أنه على علاقات معتادة مع شخص أو أكثر من الذين يحترفون الدعارة.
- 5- إستخدم أو إستدرج أو أعال شخصا بالغا بقصد ارتكاب الدعارة و لو برضاه أو أغواه على إحتراف الدعارة و الفسق.
- 6- و يعاقب بالوساطة بأية صفة كانت بين أشخاص يحترفون الدعارة أو الفسق و بين أفراد يستغلون دعارة أو فسق الغير أو يكافئون عليه.
- 7- عرقل أعمال الوقاية أو الإشراف أو المساعدة أو التأهيل التي تقوم بها منظمات متخصصة لصالح أشخاص يحترفون الدعارة أو يخشى عليهم من احترافها و ذلك بطريق التهديد أو الضغط أو التحايل، أو بأية وسيلة أخرى.

¹. حيث كان هناك إنطباع عن النساء بأنهن مستسلمات و مطيعات و جذابات ما شجع على الاقتناع بالسياحة الجنسية وخصوصا بين الأطفال.

². أنظر... سليمان الزغاليل (أحمد): الإبتجار بالنساء و الأطفال، (دون طبعة)، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1999 م، ص 75..

³. المعدلة بموجب الأمر رقم 47-75، المؤرخ في 17 يونيو 1975... أنظر: قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

و يعاقب على الشروع في ارتكاب الجرح المشار إليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المنصوص عليها بالنسبة لتلك الجرح".

و من خلال هذا النص **نلاحظ** أن المشرع الجزائري لم يجرم الدعارة المرتكبة من المرأة مباشرة و لكن جرم ما يسهل و يؤدي إليها فقط، كما أنه إتجه قصده إلى دعارة المرأة دون فجور الرجل و الذي يسمى فسقا، عدا ما ورد في الفقرة 6 من المادة السابقة فيما يخص الوساطة و إستغلال و المكافئة على دعارة المرأة و فسق الرجل، و لم ينص المشرع الجزائري على بعض الأنواع المستجدة من البغاء مثل البغاء المنظم دوليا و البغاء المسمى بالسياحة الجنسية، كما لم يميز بين البغاء السري و البغاء المنظم فهو قد جرم ما يؤدي إليهما على الإطلاق و دون تخصيص.

الفرع الثاني:

التشريع التونسي.

أما المشرع التونسي فقد أورد في الفرع الثالث الذي جاء بعنوان: "في التحريض على فعل الخناء" في الفصل 231¹ من مجلته الجزائية: "النساء اللاتي في غير الصور المنصوص عليها بالتراتب الجاري بها العمل يعرضن أنفسهن بالإشارة أو بالقول أو يتعاطين الخناء و لو صدفة يعاقبن بالسجن من ستة أشهر إلى عامين و بخطية من عشرين دينارا إلى مائتي دينار.

يعتبر مشاركا و يعاقب بنفس العقوبات كل شخص إتصل بإحدى تلك النساء جنسيا"، أما الفصل 232² من نفس المجلة فنص على أنه: "يعد وسيطا في الخناء و يعاقب بالسجن من عام إلى ثلاثة أعوام و بالخطية من مائة دينار إلى خمسمائة دينار كل من:

أولا: يعين أو يحمي أو يساعد بأي وسيلة كانت خناء الغير أو يسعى في جلب الناس إليه.

ثانيا: يقاسم بأي صورة كانت متحصلات خناء الغير أو يستلم إعانات من شخص يتعاطى الخناء عادة.

ثالثا: يعيش قصدا مع شخص يتعاطى عادة الخناء و لا يمكنه أن يثبت أن له مداخيل كافية تسمح له بأن ينفق بمفرده على معيشته.

رابعا: يستخدم شخصا و لو برضاه حتى و لو كان رشيدا أو يجره أو ينفق عليه بقصد الخناء أو يدفعه إلى الفجور أو الفساد.

خامسا: يتوسط بأي عنوان كان بين الأشخاص الذين يتعاطون الخناء و الفجور و الأشخاص الذين

يستغلون الخناء أو الفجور أو الذين يؤجرون الغير على ذلك.

و المحاولة موجبة للعقاب ".

¹. ألغي بالأمر المؤرخ في 26 ماي 1949 م، ثم أضيف بالقانون عدد 34 لسنة 1964 م، المؤرخ في 02/07/1964 م، ثم نفع بالقانون عدد 1 لسنة 1968 م المؤرخ في 08/03/1968 م ... المجلة الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 75.

². ألغي بالأمر المؤرخ في 26/5/1949، ثم أضيف بالقانون عدد 34 لسنة 1964، المؤرخ في 02/07/1964م...المرجع نفسه، ص 75.

و من خلال ما نص عليه المشرع التونسي نجد أنه جرم الدعارة مباشرة و التي ترتكبها المرأة تحت تسمية الخناء، كما أنه قصد بذلك التجريم البغاء السري و ليس البغاء المنظم، لأنه إستبعد النساء الذين يقومون بتعاطي البغاء المنظم تحت إشراف الدولة التونسية و رقابتها بموجب قوانين خاصة، جرم أيضا كل الأعمال التي تؤدي و تساعد و تحرض على البغاء السري البعيد عن رقابة الدولة، يقتصر ما يسمى بالبغاء المنظم على المرأة فقط و هو الذي تضبطه الدولة التونسية و لا توجد ما يسمى بفسق المنظم و هو بغاء الرجل، و لم يتطرق المشرع التونسي للبغاء المنظم على نطاق دولي أو البغاء الذي يسمى السياحة الجنسية.

الفرع الثالث:

تشريع المملكة المغربية.

أما مشرع المملكة المغربية فقد نص في الفصل 1501¹ بأنه: "يعاقب بالحبس من أربع سنوات إلى عشر سنوات و بالغرامة من خمسة آلاف إلى مليوني درهم كل من ارتكب مباشرة أو بواسطة الغير أحد الأفعال الآتية:

1- حيازة أو تسيير أو إستغلال أو إدارة أو تمويل أو المشاركة في تمويل محل أو مؤسسة تستعمل بصفة إعتيادية للدعارة أو البغاء.

2- قيام من يتولى حيازة أو تسيير أو إستغلال أو إدارة أو تمويل أو المشاركة في تمويل أية مؤسسة مفتوحة للعموم أو يستعملها العموم بالإعتياد على قبول ممارسة شخص أو عدة أشخاص للدعارة أو البغاء داخل المؤسسة أو ملحقاتها أو قبول بحثهم داخلها عن زبائن لأجل الدعارة أو البغاء أو تغاضيه عن ذلك أو تشجيع السياحة الجنسية.

3- وضع محلات أو أماكن لا يستعملها العموم رهن إشارة شخص أو عدة أشخاص مع العلم أنهم سيستعملونها للدعارة أو البغاء.

تطبق نفس العقوبة على مساعدي الأشخاص المذكورين في الفقرات السابقة من هذا الفصل...".

و أضاف الفصل 01 - 1² أن: "إذا كان مرتكب الجرائم المنصوص عليها في الفصول 497 إلى 503 شخصا معنويا فيعاقب ..".

و أضاف الفصل 502 من نفس القانون: "يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنة و بالغرامة من عشرين ألف إلى مائتي ألف درهم من قام علنا بجلب أشخاص ذكورا أو إناثا لتحريضهم على الدعارة و ذلك بواسطة إشارات أو أقوال أو كتابات أو أية وسيلة أخرى".

¹. غير بمقتضى الظهير الشريف رقم 207.03.1 صادر في 11 نوفمبر 2003 م بتنفيذ القانون رقم 03.24، المادة 3...مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 161.

². يتم مجموعة القانون الجنائي بمقتضى الظهير الشريف رقم 207.03.1 صادر في 11/11/2003م بتنفيذ القانون رقم 03-24 المادة 5 ... مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 162.

أما الفصل 503 من نفس القانون فنص على: "يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنتين و بالغرامة من عشرين ألف إلى مائتي ألف درهم ما لم يكن فعله جريمة أشد من تغاضي عن ممارسة الدعارة بصفة مستترة و معتادة من أشخاص يتعاطون البغاء في محلات أو أمكنة يتصرف بها بأي صفة إذا كانت مما لا يستعمله الجمهور".

و من خلال النصوص التي جاء بها تشريع المملكة المغربية نستنتج أن المشرع ذهب إلى تجريم كل ما يساعد على إرتكاب الدعارة و يؤدي إليها بأي وجه من الأوجه، كما أنه قصد تجريم الدعارة المرتكبة من طرف المرأة و فسق الرجل، و هنا ذهب في نصوصه إلى تجريم البغاء المنظم – بعد أن كان مباحا – و هذا عندما جرم البغاء بصورة داخل المؤسسات و الذي يكون بصفة إعتيادية، و الإعتياد يقتضي المدوامة و التي بدورها تستدعي التنظيم و الضبط و هو ما يعني أن البغاء هنا هو البغاء المنظم، كما أن تشريع المملكة المغربية ذهب إلى تجريم حتى البغاء السري و الحاصل من المرأة فقط، فقد عبر عنه بالدعارة و هو ما يدل عليه نص المادة 503 من القانون السابق، و كذلك جرم ما يسمى بالسياحة الجنسية و يعتبر الوحيد من التشريعات المغربية التي تجرم هذا الفعل، و أضاف تجريم كل الأفعال المحرصة و المؤدية لإرتكاب البغاء بكل صورته إذا كان مرتكبه شخصا معنويا مهما كان عمله الظاهر و القانوني كالفنادق و الشركات...

الفرع الرابع:

التشريع الليبي.

أما التشريع الليبي فقد أورد في المادة 415¹ التي جاءت بعنوان: "التحريض على الدعارة" أنه: "كل من أغوى قاصرا أو مخنل العقل على الدعارة إرضاء لشهوة الغير أو سهل له ذلك..."، و المادة 416 التي جاءت بعنوان: "الإرغام على الدعارة" و التي تقول: "يعاقب... كل من إستعمل القوة أو العنف لإرغام قاصر أو امرأة بالغة على الدعارة إرضاء لشهوات الغير... و تضاعف... إذا وقع الفعل ضد امرأة متزوجة".

و أما المادة 417 فجاءت بعنوان: "إستغلال المومسات" فنصت على: "كل من يعول في معيشته كلها أو بعضها رجلا كان أو امرأة، على ما تكسبه امرأة من الدعارة يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة و بغرامة لا تجاوز مائتي جنيه".

و المادة 417 مكرر نصت على: "كل امرأة إتخذت الدعارة وسيلة للعيش أو الكسب تعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة.

¹. قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

و كل من فتح أو أدار محلا للفجور أو الدعارة أو عاون بأي طريقة كانت في إدارته يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة و بغرامة لا تقل عن مائة جنيه و لا تزيد عن ثلاثمائة جنيه...
و يعتبر محلا للدعارة و الفجور كل مكان يستعمل عادة لممارسة دعارة الغير أو فجوره".
أما المادة 417 مكرر (ب) من نفس القانون فنصت على: " يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة شهور... :

أ) كل من أجر أو قدم بأية صفة كانت منزلا أو مكانا يدار للفجور أو للدعارة أو لإقامة شخص أو أكثر إذا كان يمارس فيه الفجور أو الدعارة مع علمه بذلك.
ب) كل من يملك أو يدير منزلا مفروشا أو غرفة مفروشة أو محلا مفتوحا للجمهور يكون قد سهل عادة الفجور أو الدعارة سواء بقبوله أشخاصا يرتكبون ذلك أو بسماحه في محله على التحريض على الفجور أو الدعارة".

و أما المادة 418 من نفس القانون التي جاءت بعنوان: "الإتجار بالنساء على نطاق دولي"، فقد نصت على: " كل من أرغم امرأة بالقوة أو التهديد على النزوح إلى مكان في الخارج مع علمه بأنها سوف تستغل فيه للدعارة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات و بغرامة تتراوح بين مائة و خمسمائة جنيه...".

و من خلال النصوص السابقة **نستنتج** أن المشرع الليبي جرم من يحرض أشخاصا ناقصي التمييز و الإدراك على البغاء أو يكرههم على ذلك، و جرم من يكره المرأة على الدعارة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة، و لم يذكر تجريم إكراه الرجل على الفسق، كما جرم دعارة المرأة على وجه الإعتياد من أجل المعيشة و تعويل أي شخص على ما تكسبه المرأة من الدعارة للعيش منه أو من يسهل البغاء عموما بأية وسيلة أو طريقة كانت، كما جرم أي تهجير و إكراه النساء على الدعارة و هو ما سكتت عنه التشريعات المغاربية الأخرى.

الفرع الخامس:

التشريع الموريتاني.

أما التشريع الموريتاني فقد نص في المادة 1331¹ على: "يعتبر وسيطا في البغاء و يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 100000 إلى 1000000 أوقية و ذلك دون الإخلال بالعقوبة الأشد عند الإقتضاء كل من:

- 1- ساعد أو عاون أو حمى بغاء الغير أو أغراه على البغاء عمدا بأية طريقة كانت.
- 2- اقتسم حاصلات بغاء الغير أو تلقى معونة من شخص يحترف البغاء عادة و ذلك في صورة كانت.
- 3- عاش عمدا مع شخص يحترف البغاء عادة.

¹. الأمر القانوني رقم 162-83 بتاريخ 9 يوليو 1983 م المتعلق بقانون العقوبات الموريتاني، ... مرجع سابق.

- 4- عجز عن تبرير الموارد التي تنفق و طريقة معيشته حالة أنه على علاقات معتادة مع شخص أو أكثر من الذين يحترفون البغاء.
- 5- إستخدم أو إستدرج أو أعال شخصا و لو بالغا بقصد إرتكاب البغاء و لو برضاه أو أغراه على إحتراف البغاء أو الفجور.
- 6- قاسم بالوساطة بأي صفة كانت بين أشخاص يحترفون البغاء أو الفجور و بين آخرين يستغلون فجور الغير أو بغائه أو يكافئون عليه.
- 7- عرقل أعمال الوقاية أو الإشراف التي يقوم بها الأعدان العموميون أو المنظمات المختصة و ذلك بطريقة التهديد أو الضغط أو المناورة أو أية وسيلة أخرى.
- و يعاقب على محاولة إرتكاب الجرح المشار إليها في هذه المادة بالعقوبات المقررة لهذه الجرح".
- أما المادة 313 من نفس القانون فنصت على: "يعاقب بالعقوبات المقررة في المادة السابقة كل من حاز مباشرة أو بواسطة الغير أو سير أو أدار أو إستغل أو مول أو ساهم في تمويل مؤسسة لتعاطي البغاء أو إعتاد قبول ممارسة البغاء من شخص أو أكثر داخل فندق أو منزل مفروش، أو محل لبيع المشروبات أو ناد أو مرقص أو مكان للعرض أو ملحقاته أو أي مكان مفتوح للجمهور أو يستعمل إذا كان هو الحائز لها أو المسير أو الكلف بها...".
- و من خلال هذه النصوص **نستنتج** أن المشرع الموريتاني جرم تحريض البغاء دون أن ينص على تجريم البغاء الذي يرتكب مباشرة، كما جرم أي فعل يؤدي له و بأية وسيلة و في أي مكان و من أجل أية غاية و غرض و هو بهذا يشبه إلى حد كبير في طريقة تناوله للبغاء ما ذهب إليه المشرع الجزائري و لم يبين موقفه من البغاء المرتكب نو الطابع الدولي أو من السياحة الجنسية.

المطلب الثالث:

أركان جريمة البغاء في التشريعات المغاربية.

بتفحص النصوص التي جرمت البغاء في تشريعات المغرب العربي نجد أنه هناك من تشريعات المغرب العربي من لم تجرمه في حد ذاته و إنما إكتفت بتجريم أسبابه و تبعاته فنجد أن التشريع الجزائري و الموريتاني و تشريع المملكة المغربية لم يجرموا هذا الفعل و إنما جرموا أفعالا هي أسبابه و تبعاته¹ أما التشريع التونسي و الليبي² فقد إستدركا هذا الأمر حينما جرما هذا الفعل و لو أننا سوف نورد بشأن ذلك ملاحظات عديدة، مركزين على مذهب هذين التشريعين، و عموما فإن أركان جريمة البغاء حسب المفهوم المتطرق إليه هي ثلاثة: الركن المادي و هو ممارسة البغاء، و الركن الثاني و هو الإعتياد، و الركن الثالث و هو القصد الجنائي.

¹. أنظر... المادة 343 من قانون العقوبات الجزائري و الفصل 501 من قانون العقوبات للمملكة المغربية و المادة 311 من قانون العقوبات الموريتاني السابق ذكرهم.

². أنظر... الفصل 232 من المجلة الجزائرية التونسية، و المادة 417 مكررة (أ) من قانون العقوبات الليبي السابق ذكرهما.

الفرع الأول:

ممارسة البغاء (الركن المادي).

حين تفحص النصوص السابقة لا نجد البغاء بالمعنى المقصود لدى المشرع التونسي و الليبي، فقد إستعمل المشرع التونسي لفظ "الخناء" و المشرع الليبي إستعمل لفظ "الدعارة"، و إن كان لفظ الخناء أقرب إلى معنى البغاء على أساس أن المشرع التونسي إستعمل في صيغة المادة 231 من المجلة الجزائية التونسية في نصه الفرنسي عبارة "la prostitution"¹، و تعني البغاء إلا أن المشرع التونسي بالنص صراحة بالقول " النساء ... أو يتعاطين الخناء ..."، جعل اللفظ في المعنى المراد منه يماثل ما ذهب إليه المشرع الليبي، فقد جرما صراحة بغاء الإناث دون بغاء الذكور المسمى بالفجور.

الفقرة الأولى:

صور ممارسة البغاء.

من مضمون النصين الواردين عن المشرع الليبي و التونسي، فالركن المادي لهذه الجريمة هو كل الوسائل التي تتخذها المرأة لإرضاء شهوات الرجال، و قد أضاف المشرع الليبي شرط التكسب أي ممارسة الدعارة بمقابل، أما النص التونسي فلم يشر إلى شرط التكسب، و لكن ذهب الفقه التونسي إلى القول أن المقصود بالمادة هو إشباع الشهوة الجنسية للغير بمقابل و دون مقابل و دون تمييز و مهما كانت طريقة ذلك²، و ما يؤيد هذا القول الفصل 25 من مجلة حماية الطفل التي نصت على أنه: "يعد من قبيل الإستغلال الجنسي للطفل ذكرا كان أو أنثى تعريضه لأعمال الدعارة بمقابل أو بدونه و بطريقة مباشرة أو غير مباشرة"³، و على عكس النص الليبي الذي جاء على إطلاقه يبين النص التونسي أن الركن المادي لهذه الجريمة يتوسع في معناه حتى يشمل كل الوسائل التي تتخذها المرأة لإرضاء شهوات الغير.

بالإضافة إلى عدم ضرورة مباشرة الفسق فعلا إذ يكفي أن تعرض المرأة نفسها للفسق حتى يتحقق معنى البغاء⁴، و هذا لا يعني أنهما مختلفان بل إن إطلاق اللفظ في النص الليبي يؤدي إلى القابلية إلى إحتواء كل الأفعال التي من شأنها أن تكون الركن المادي لجريمة البغاء.

¹ . المجلة الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 82.

² . الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 197.

³ . بن محمود (فاطمة الزهراء): المنظومة القانونية لحقوق الطفل، (دون طبعة)، تونس، مركز الدراسات القانونية و القضائية 2007، ص 111.

⁴ . رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 201... قرار تعقيبي عدد 1975 مؤرخ في 1977/12/01 م، ن.م.ت- ق ج عدد 1 س 1977م ينص على: " يكفي لتوافر جريمة تعاطي الخناء أن تعرض المرأة نفسها بالإشارة أو بالقول " ... خماخم (رضا): مرجع سابق، ص 344... و قد جاء في قرار تعقيبي جزائي آخر عدد 1975 المؤرخ في 1977/12/01 م، " يكفي لتوافر أركان جريمة تعاطي الخناء أن تعرض المرأة نفسها بالإشارة أو القول " ... الهادي عبد الله (محمد): مرجع سابق، ص 140.

و بناء عليه فقد وافق التشريعين الليبي و التونسي التشريع الفرنسي في أنه لا يلزم أن يصل الفعل إلى درجة الإتصال الجنسي العادي، و لو أن التشريعين على خلاف التشريع الفرنسي أبعدا الفجور المرتكب من الرجل، و قد يتحقق البغاء في صورة فعل أو ملامسة من شخص على آخر أو يتبادلا عنها إرضاء لشهوة الغير، و قد يتحقق البغاء في صورة فعل أو ملامسة يرتكبها الشخص مع نفسه إرضاء لشهوة الغير، و لا يكفي لوجود البغاء أن يعرض الشخص إستعدادا لمباشرة الفعل أو الملامسة إذا لم يتحقق ذلك فعلا¹، و لقد إستعمل المشرع الليبي لفظ "إمرأة" في تجريمه للفعل و الأصح ما ذهب إليه التشريع التونسي على أساس أن لفظ "النساء" تضم كل من الفتاة العذراء و المرأة، لأنه يجوز أن تمارس البغاء الفتاة العذراء و لا تعتبر سلامة بكارتها دليل على براءتها².

كما أن المشرع الليبي لم يذكر أبدا بغاء الرجل الذي يسمى الفجور، فهل كان القصد به أنه لا يعتبر هذا الأخير الذي يتاجر بجسمه بغرض الكسب بغيا؟ إن المشرع التونسي كان واضحا بهذا الصدد حين نص في الفقرة الأخيرة من الفصل 231 من المجلة الجزائية التونسية: "يعد مشاركا و يعاقب بنفس العقوبات كل شخص إتصل بإحدى تلك النساء جنسيا"، و بالتالي فهو جعل الرجل الذي يتصل بالمرأة البغي ليس فاعلا أصليا و إنما مشاركا فقط، و يثار التساؤل عن الرجل الذي يتاجر بجسمه و يتصل بهؤلاء النسوة هل يعتبر فاعلا أصليا أم مشاركا فقط؟ و الفرق بينه و بين الرجل الذي يتصل بإحدى البغايا بالصدفة و يمارس أفعال البغاء، و هل هما في منزلة متساويان؟

إن الفقه التونسي فصل في قرار تعقيبي عدد 8901 المؤرخ في 16/05/1973 م في هذا الأمر بالقول: "إن الفصل 231 جنائي يعاقب كل شخص إتصل جنسيا بإحدى البغايا سواء كانت له معها علاقة شخصية غرامية أم لا"³، و في القرار التعقيبي عدد 10993 المؤرخ في 05/01/1976 م ن.م.ت-ق-ج، عدد 1 س 1976 ص 64 بالقول: "تمكين المرأة عدة رجال من نفسها في أوقات و أماكن مختلفة يكون جريمة البغاء السري بالنسبة إليها و يوجب مؤاخذه غيرها من الذكور من أجل المشاركة طبق أحكام الفصل 231 ق.ج"⁴.

كما أن المرأة التي تقابل بمأكولات و مشروبات دون المقابل المادي لا تتكون معه جريمة البغاء لأن عنصر المقابل مفقود.

¹. رشاد متولي (محمد): المرجع نفسه، ص 201 و 202.

². غالي الذهبي (الوارد): مرجع سابق، ص 219.

³. خمائم (رضا): مرجع سابق، ص 343.

⁴. المرجع نفسه، ص 343.

و يسجل للمشرع الليبي أن إطلاق النص السابق يجعله يجرم ما يسمى بالبغاء السري و البغاء العلني (المنظم) معاً، على عكس نظيره التونسي¹ الذي يجرم البغاء السري و يبقي البغاء المنظم، و المقصود بالصور في الفصل 231 من المجلة الجزائرية التونسية تعاطي البغاء العلني الذي نظمه القرار المؤرخ في 1942/04/30 م الصادر عن "الوالي الكاتب العام للحكومة التونسية" و المتعلق بتنظيم الفجور²، و كان الأولى محاربة هذه الآفة بشتى صفاتها لأنها كلها أخطار على الأمن والصحة و الآداب العامة³...

الفقرة الثانية:

مدى إعتبار الأفعال الفنية ذات الطابع الجنسي من قبيل جريمة البغاء.

تثار عدة تساؤلات حول النساء اللواتي يستأجرن لتمثيل الأوضاع الجنسية الفاضحة ثم تصور في مطبوعات أو أشرطة و تباع و تعرض، و الفنانات في المسارح و الملاهي و صالات الموسيقى و الرقص اللواتي يعرضن أجسادهن لإرضاء رغبات الجمهور، لاشك أن هذه الأفعال و إن لم تعد مجرمة في وقتنا الحاضر لإعتياد الناس مشاهدتها إلا أنها مستتكرة و محرمة وفق شريعتنا الإسلامية و الأولى التجريم من هذه الزاوية لسد باب هذه التساؤلات التي لا تثبت سوى فشل النظم القانونية الحديثة.

الفرع الثاني:

ركن الإعتياد في جريمة البغاء.

إن الإعتياد ليس شرطاً دائماً لتحقق البغاء في ذاته⁴، و لكن تبدو أهميته أحياناً عندما يراد وصف المرأة بأنها بغي و ذلك في القوانين التي تضع أحكاماً خاصة بمعاملة البغايا فقد ترتكب البغاء مرة واحدة فيعاقب من حرصها أو ساعدها على ذلك بإعتباره حرصها على البغاء أو ساعدها عليه⁵، و الظاهر أن النص الليبي يعاقب على البغاء و يشترط الإعتياد بالقول: "... إتخذت الدعارة وسيلة للعيش أو الكسب" فإتخاذ الوسيلة للعيش أو الكسب يقتضي التكرار مرة و أكثر من المرة لأن العيش يتطلب دائماً ضروريات و لا يكفي بالمرّة الواحدة، و يتوفر الإعتياد بإرتكاب فعل من أفعال البغاء مرتين أو أكثر، و تعتبر جميع

¹. إن منطوق الفصل 231 من المجلة الجزائرية يشير إلى البغاء السري لأنه جاء بالقول: "... النساء اللاتي في غير الصور المنصوص عليها بالقوانين الجاري بها العمل..."، و يوافق ما جاء في القرار التعقيبي عدد 43753 المؤرخ في 1994/09/19 م ق.ج.س 1994 م، ص 25 إن المشرع لم يشترط توفر ركن التعود لقيام جريمة تعاطي البغاء السري "... المرجع نفسه، ص 344.

². الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 199.

³. المرجع نفسه، ص 203..

⁴. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 204... خماخم (رضا): مرجع سابق، ص 344.

⁵. أنظر... رشاد متولي (محمد): المرجع نفسه، ص 204..

الأفعال مهما تعددت جريمة واحدة متى كان وقوعها قبل المحاكمة النهائية عنها كلها أو بعضها أي سواء كانت محل نظر في تلك المحاكمة أم لم تكن¹.

و ذهب القضاء التونسي أنه إذا إتهم شخص بممارسة البغاء عادة في المدة بين تاريخين معينين و رفعت الدعوى العمومية أمام القاضي و قبل الحكم النهائي إتهم بممارسة البغاء بناء على وقائع أخرى تثبت وقوعها بعد التاريخ الأخير فيجب على المحكمة أن تقرر و لو من تلقاء نفسها ضم وقائع الدعويين و أن تحكم في الموضوع باعتبارها جريمة واحدة، فإذا هي لم تفعل و حكمت على كل من الدعويين على حدة بالإدانة فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون².

و بالرجوع لنص الفصل 231 من المجلة الجزائية التونسية نجد أن النص يحتوي على خلط فكلمة "يتعاطين" يصعب التوفيق بينها و بين كلمة "صدفة"، فالتعاطي لغة تتناول ما لا يحق و يقال تعاطى أمرا قبيحا، و فلان تعاطى كذا أي يخوض فيه و لا شك أن الخوض في الشيء يعني التعمق فيه و لا يتأتى ذلك إلا بالتكرار و الإستمرار، أما "صدفة" فهي كلمة مولدة تعني لقاء على غير موعد، و بالتالي فتعاطي الخناء صدفة يعني إتيانه و لو مرة واحدة نتيجة لظروف معينة و من باب المصادفة، و هو ما أكده القرار التعقيبي السابق ذكره³، فكيف إذن بالمشرع التونسي أن يأتي بنقيضين في نص واحد هذا من جهة و كيف بالقضاء التونسي الذي يفسر الفصل 231 السابق بنقيضين أيضا في القرارات التي أشرنا إليها حاليا - الهامش - هناك قرارات أخرى أنتت مناقضة لها و مناقضة لمضمون الفصل 231 من المجلة الجزائية التونسية حين إشتطرت محكمة التعقيب التونسية ركن العود في القرار عدد 48432 الصادر في 1994/06/22 م⁴ بالقول: " أن الفصل 231 لا ينطبق إلا على الفاجرة التي إعتادت بيع عرضها لعدد معين من الرجال في مقابل"، و كذلك في القرار التعقيبي الذي جاء فيه: "جريمة الخناء السري أوجب فيها القانون و فقه القضاء تعود البغي على ذلك و أخذ المقابل منه و لا وجود للجريمة بدونهما و من لم تكن كذلك و كانت يعاشرها الرجل معاشرة الأزواج و لا ينقصهما سوى كتب الصداق فإن الجريمة تكون من مشمولات الفصل 36 (حالة مدنية)"⁵، فلو قصد المشرع التونسي ركن التعود لنص على ذلك صراحة كما فعل في الفصل 2/232-3 من المجلة الجزائية عندما تحدث عن "تعاطي الخناء عادة"⁶.

¹. إدوارد غالي (الذهبي): مرجع سابق، ص 237.

². أنظر... رشاد متولي (محمد): المرجع نفسه، ص 204 و 205.

³. القرار التعقيبي عدد 34755 المؤرخ في 1994/09/19... و كذلك القرار عدد 30735 المؤرخ في 1991/03/27 ن.م.ت- ق.ج. ص 75 " إن الفصل 231 من المجلة الجزائية التونسية لا يشير اطلاقا إلى المقابل المادي المقبوض أو المدفوع، كما أنه صريح في اعتبار تهمة الخناء ثابتة حتى في حق النساء اللاتي يتعاطين الخناء و لو صدفة و لذلك فإن شرط تعدد بيع العرض و قبض المال لا -يجد ما يبرره بالفصل المذكور "...
خماخم (رضا): مرجع سابق، ص 344.

⁴. قرار غير منشور ... الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 210.

⁵. قرار تعقيبي عدد 8912 مؤرخ في 1983/12/28 م، ن.م.ت- ق.ج. عدد 1 س 1986 م، ص 69... خماخم (رضا): مرجع سابق، ص 344.

⁶. الفقرة الرابعة من الفصل 232 من المجلة الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص 75.

الفرع الثالث:

الركن المعنوي لجريمة البغاء.

حيث يتوفر هذا الأخير في جريمة البغاء بتكرار هبة الشخص نفسه عن إرادة و علم بإنعدام الشرعية بينه و بين هذا الغير، و على ذلك تتعدم الجريمة بإنعدام القصد إذا ثبت أن ارتكاب الفاحشة كان نتيجة لقوة أو تهديد أو غيرهما من أسباب إنعدام الرضا، و يستوي أن يكون ارتكاب الفاحشة بقصد إرضاء شهوة نفس الشخص أو شهوة الغير لذاتها أو لتحقيق غرض كالإيقاع بهذا الغير أو سلب نفوده أو أغراه على إتيان عمل معين فإن مثل هذا الغرض لا يشكل القصد الجنائي و إنما يشكل الدافع للجريمة¹.

المطلب الرابع:

جرائم القوادة المرتبطة بجريمة البغاء.

إن القوادة تشمل في معناها الواسع كافة الأفعال التي يرتكبها الطرف الثالث في البغاء سواء كانت تحريض أو مساعدة أو استغلال أو غير ذلك من الأفعال بشتى أشكالها و بتتوع وسائلها التي يرتكبها الأشخاص بقصد التعيش من البغاء أو التكسب من وراءه أو السيطرة على النساء للحصول على مكاسب من البغاء²، إن هذه الجرائم عديدة و ما يجمعها هو إشتراكها كلها في ثلاثة أركان هي الجاني و الضحية و القصد الإجرامي³.

الفرع الأول:

التحريض على البغاء و ما في حكمه.

و هي جرائم تتمثل في جرائم المساعدة و المعاونة و التسهيل و الإستخدام و الإستدراج و الإغواء بأية طريقة كانت⁴ و أركانها هي: صفة المجني عليه و الركن المادي و القصد الجنائي.

الفقرة الأولى:

صفة المجني عليه.

¹. أنظر... رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 206.

². أنظر... غالي الذهبي (ادوارد): مرجع سابق، ص 255.

³. أنظر... مكي (دردوس): مرجع سابق، ص 255.

⁴. الفقرة الأولى من المادة 343 من قانون العقوبات الجزائري - الفقرة 1 و 4 من المادة 232 من المجلة الجزائرية التونسية-الفصل 502 من قانون العقوبات للمملكة المغربية و المادة 415 التي جاءت بعنوان (التحريض على الدعارة) من قانون العقوبات الليبي و الفقرة 1 من المادة 311 من قانون العقوبات الموريتاني.

لقد أخذ كل من التشريع الجزائري و التونسي و الموريتاني و تشريع المملكة المغربية بالإتجاه الذي لم يعين صفة خاصة بالمجني عليه حيث عبروا عليه "بالغير" ذكورا كانوا أو إناثا، و هذا لسد الباب لما يتبعه القواد من وسائل و حيل من أجل الإفلات من العقاب، أما التشريع الليبي فقد جعل المجني عليه قاصرا أو مختلا عقليا و المرأة البالغة المكروهة متزوجة أو غير متزوجة، و لم يذهب مذهب التشريعات المغربية الأخرى.

الفقرة الثانية:

الركن المادي في التحريض على البغاء.

فيقوم بأحد الأفعال المتعددة و هي: التحريض و المعاونة و المساعدة و الإغراء و الإغواء و التسهيل و الإستدراج و الإستخدام و الإستبقاء، و قد عدت تشريعات المغرب العربي هذه الألفاظ من أجل الإحاطة بكل صور القوادة و منع التأويلات لإفلات القوادين من العقاب، و هناك عدة صور لتكوين الركن المادي كما قيل سابقا، سوف نحاول الإحاطة بأهمها:

أما المساعدة و المعاونة و الحماية، فهي مجرمة في حد ذاتها، و هذا ما ذهبت إليه تشريعات المغرب العربي التي لم تجرم البغاء لذاته (التشريع الجزائري و الموريتاني و تشريع المملكة المغربية)، و تشترط أن تكون المساعدة حقيقية و مادية، كما لا يشترط فيها الإعتياد و المساعدة المعاقب عليها في جنحة الدعارة، مع الإشارة إلى أنه لكل من المساعدة و المعاونة تقريبا نفس المعنى و هو تقفي حركات الشخص المحمي للدفاع عنه إن إعترضه سوء¹، و لا يكفي مجرد إساءة النصيحة أو ملازمة موقف سلبي إزاء البغي كما لا يشترط أن يتقاضى مقابل²، و أما التحريض على البغاء فهو محاولة التأثير في نفس الشخص و إقناعه بإرتكاب الفعل فالتحريض هنا لا يختلف عن التحريض عموما كونه وسيلة للإشتراك في الجرائم عموما، و التحريض لا يقوم إلا في حق من يحرض غيره على الفجور أو الدعارة و بالتالي فالأنثى التي تقدم نفسها للغير لا تقع منها جريمة التحريض على الدعارة³، كما قد يقع التحريض بطريق القول أو الفعل، فحق الزوج في معاشرة زوجته لا يخوله تحريضها على الدعارة، بل إن مسؤوليته في هذه الحالة كبيرة بحكم ولايته عليها، و واجبه في صيانة عرضها، و لا يعتبر تحريضا على الدعارة مجرد النصح أو القدوة السيئة حتى و لو كان لها أسوء الأثر على نفس الغير، و التحريض يتم بغض النظر عن ممارسة الفجور أو الدعارة بالفعل، بمعنى أن الجريمة تقع حتى و لو لم يمارس المجني عليه عملا من أعمال الفجور أو الدعارة⁴.

¹. أنظر... دردوس (مكي): مرجع سابق، ص 194.

². أنظر... الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 227.

³. غالي الذهبي الذهبي (ادوارد): مرجع سابق، ص 259.

⁴. المرجع نفسه، ص 260.

و هناك صورة أخرى هي **تقاسم محصول البغاء و تسلم الإعانات**¹، و هو أن يأخذ الشخص قسطا من المقابل الذي يتحصل عليه ممن يتعاطى البغاء، و ليس ضروريا المقاسمة بالتساوي فالمهم إستفادة الوسيط من الأموال التي تتقاضاها المرأة البغي كما أنه لا عبرة بصفة الوسيط و علاقته بمتعاطية البغاء².

أما تسلم الاعانات فتختلف هذه الجريمة عن المقاسمة بكونها جريمة إعتياد³ بالنسبة للبغي و بالنسبة لمن يستلم الإعانات منه، و هناك صورة أخرى هي **الإستدراج**⁴، و هو يتميز عن التحريض في أنه يعني إصطحاب أو نقل أو قيادة المجني عليه إلى المكان الذي يقصده الجاني، و تقع الجريمة بمجرد أن يتم الإستدراج بالمعنى المذكور بغض النظر عن وقوع فعل من أفعال البغاء أو عدم وقوعه⁵. و هناك صورة أخرى هي **الإغواء**⁶ و لها نفس معنى الإغراء و الإستدراج و هي إبعاد غير مشروع لشخص عن أهله أو بيئته، بالإضافة إلى صورة **شخص يتعاطى البغاء**⁷، و تقتضي هذه الصورة المساكنة و عدم إثبات موارد كافية للعيش، و الجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي نزع عن هذه الصورة الطابع الجزائي في قانون العقوبات الفرنسي الجديد و ينطبق هذا الحكم على الزوج دون أطفال البغي⁸، و هناك صورة **التوسط في الدعارة**⁹، و هي تقتضي الإعتياد بل و حتى نوعا من الإحتراف، غير أنه قضي في فرنسا بأن الوساطة معاقب عليها حتى و إن كانت دون مقابل و لهذا التجريم فائدة عملية لمكافحة الأشكال الجديدة لتعاطي الدعارة مثل صالونات التجميل و محلات الاستراحة و قاعات الدلك و المساج على الطريقة الفنلندية و هناك أيضا صورة **السماح بممارسة الدعارة**، و مثاله السماح بممارسة الدعارة أو الإغراء في مكان مفتوح للجمهور¹⁰، و إن كان السماح بممارسة الدعارة في مكان عمومي يقتضي تعاطي الدعارة في المكان ذاته فقد قضي في فرنسا بأن هذه الجريمة تقوم حتى في حق الشخص

¹. الفقرة 2 من قانون العقوبات الجزائري - الفقرة 2 من الفصل 232 من المجلة الجزائرية التونسية و الفقرة 2 من المادة 311 من قانون العقوبات الموريتاني، أما التشريعين الليبي و و تشريع المملكة المغربية فقد سكتا عن ذكر هذه الصورة.

². دريدوس (مكي): مرجع سابق، ص 195.

³. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 120.

⁴. الفقرة الخامسة من المادة 343 من قانون العقوبات الجزائري، و الأولى من الفصل 232 من المجلة الجزائرية التونسية و الفقرة 5 من المادة 311 من قانون العقوبات الموريتاني.

⁵. عالي الذهبي (الوارد): المرجع نفسه، ص 268.

⁶. الفقرة الأولى من المادة 343 من قانون العقوبات الجزائري.

⁷. الفقرة 3 من المادة 343 من قانون العقوبات الجزائري و الفقرة 3 من الفصل 232 من المجلة الجزائرية التونسية و الفقرة 5 من المادة 311 من قانون العقوبات الموريتاني.

⁸. أنظر... بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع نفسه، ص 120.

⁹. الفقرة 6 من المادة 343 من قانون العقوبات الجزائري و الفقرة 5 من الفصل 232 من المجلة الجزائرية التونسية و الفقرة 6 من المادة 311 من قانون العقوبات الموريتاني.

المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري و الفقرة 1 و 2 من الفصل 501 من قانون العقوبات للمملكة المغربية و الفقرة 2 من المادة 417

(أ) من قانون العقوبات الليبي و المادة 313 من قانون العقوبات الموريتاني.¹⁰ مكررة

الذي يندب غيره لإدارة مؤسسة و لو مؤقتا، و تعتبر جريمة إعتياد تقتضي على الأقل القيام بعدة أعمال متعلقة بتعاطي الدعارة و يسمحون به¹، كما تقتضي صورة التوسط في الدعارة السماح بممارسة الدعارة في مكان غير مفتوح للجمهور².

و أخيرا يمكن القول أن المشرع في المملكة المغربية قد كان صريحا في تجريم الأفعال السابقة إذا كان مرتكبها شخصا معنويا، و هذا مثل ما يقوم به الشخص العادي في جرائم القوادة و تطبق عليه العقوبات نفسها دون الإخلال بتنظيم العقوبات المقررة للأشخاص المعنوية كالشركات و المؤسسات و المقاولات ...

الفقرة الثالثة:

الركن المعنوي للتحريض على البغاء.

و الذي يتوفر إذا إتجهت إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل المادي مع علمه بأن من شأن فعله أن يقود الجاني إلى ممارسة البغاء و سواء إرتكب ذلك بالفعل أم لا. و بالإضافة إلى القصد العام لآبد من توفر القصد الجنائي الخاص، و هو أن تكون هذه الأفعال على تعدادها بقصد إرضاء شهوات الغير أي يذهب قصد الجاني لأن يمارس المجني عليه الفحشاء مع شخص آخر غير الجاني و لا يهم أن يكون هذا الغير معروفا للجاني أو غير معروف له³.

الفرع الثاني:

القوادة الدولية.

القوادة الدولية هي أيضا صورة للبغاء المنظم، و يعتبر النمو الذي تشهده الكثير من الدول النامية هو الذي يزيد من واقع العرض و الطلب على تجارة الجنس، و كذا فرص المتاجرة بالنساء و الأطفال و هذا بدوره ساهم في إكساب هذه الجريمة صفة العالمية المنظمة بشكل سريع و بأشكال متعددة في هذا النوع من المتاجرة بالإنسان جنبا إلى جنب مع تجارة المخدرات، و لقد أقرت الأمم المتحدة بأن المتاجرة بالنساء و الأطفال يعد شكلا من أشكال العبودية كما أدانت جهات عالمية عديدة مهتمة بهذه الأمور هذا النوع من المتاجرة، و إعتبرته شكلا من أشكال الإعتداء على حقوق الإنسان، و هناك عدد كبير من الإتفاقيات و المواثيق الدولية تمنع جميع أعمال الرق و تجارة الرقيق، كالإتفاقية الخاصة بالرق و وقعت في جنيف في 1956/09/07 م، و غير ذلك من الصكوك الدولية التي إعتنت بمناهضة كافة أشكال الإستعباد و السخرة و الإتجار بالأشخاص⁴، و قد جاء المشرع الليبي صريحا بهذا الشأن حيث نص في

¹. أنظر... بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 123.

². المادة 348 من قانون العقوبات الجزائري و الفقرة 3 من الفصل 503 من قانون العقوبات للمملكة المغربية، و الفقرة 2 من المادة 417 مكررة (أ) من قانون العقوبات الليبي، و المادة 313 من قانون العقوبات الموريتاني.

³. عالي الذهبي (إدوارد): مرجع سابق، ص 276 و ما والاهأ.

⁴. حسن الشرفي (علي): تجريم الإتجار بالنساء و إستغلالهن في القوانين و الإتفاقيات الدولية، (دون طبعة)، الرياض جامعة نايف للعلوم الأمنية

المادة 418 من قانون العقوبات: " كل من أرغم إمراة بالقوة أو التهديد على النزوح إلى مكان في الخارج مع علمه أنها سوف تستغل فيه للدعارة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات و بغرامة تتراوح بين مائة و خمسمائة جنيه..."، و تقوم هذه الجريمة أيضا على ثلاثة أركان هي صفة المجني عليه و الركن المادي و الركن المعنوي.

الفقرة الأولى:

صفة المجني عليه.

نجد أن تشريعات المغرب العربي جرمت القوادة الدولية في إطار تجريم القوادة بصفة عامة، و لم تعد تقدرها بنص خاص عدا ما أشرنا إليه بالنسبة للتشريع الليبي، لكن حتى حين تفحص النص الليبي نجد أنه جرم أفعال من يحرض أو يقوم بأي فعل يخص القوادة الدولية إتجاه المرأة و هو نص قاصر لأنه قد تطورت هذه الجريمة تطورا خطيرا إمتد ليمس الذكور و الإناث و البالغين و الأحداث¹.

الفقرة الثانية:

الركن المادي للقوادة الدولية.

إن الركن المادي لهذه الجريمة فهو يتكون من أفعال تحرض الشخص على مغادرة البلاد للإشتغال بالفجور أو الدعارة أو تسهيل ذلك له، و إدخال شخص إلى البلاد لإرتكاب الفجور أو الدعارة أو تسهيل ذلك له.

الفقرة الثالثة:

الركن المعنوي للقوادة الدولية (القصد الجزائي).

أما الركن المعنوي فيتحقق بقيام القصد الجنائي، أي بإتجاه إرادة الجاني إلى إرتكاب الفعل المكون للجريمة مع علمه بكافة عناصرها، فيجب أن تتجه إرادة الجاني مثلا إلى إرتكاب فعل من شأنه مغادرة المجني عليه البلاد لممارسة البغاء بالخارج مع علمه بذلك، أو إتجاه إرادة الجاني إلى إرتكاب فعل من شأنه إدخال المجني عليه إلى البلاد لإرتكاب البغاء مع علمه بذلك، كما يجب أن يكون القصد الجنائي مصاحبا للفعل المادي المكون للجريمة أما إذا تراخى القصد الجنائي إلى ما بعد إرتكاب الفعل المادي فلا تقع جريمة القوادة الدولية و هذا بطبيعة الحال لا يمنع من وقوع جريمة القوادة داخل إقليم الدولة، و ليس من اللازم أن يكون قصد ممارسة المجني عليه للبغاء هو القصد الوحيد الذي دفع الجاني إلى إخراج المجني عليه من البلاد أو إدخاله إليها، و إنما يكفي أن يكون القصد هو أحد العوامل التي حملت الجاني على ذلك و العبرة في القصد الجنائي لدى الجاني بغض النظر عن قصد المجني عليه، فقد لا يعلم هذا

¹. غالي الذهبي (إدوارد): مرجع سابق، ص 291.

الأخير بالسبب الحقيقي من نقله إلى الخارج و متى توافر القصد لا يهم البحث فيما إذا كان المجني عليه يسعى إلى تحقيق كسب مادي أم لا، و لا يهم فيما إذا كان المجني عليه قد مارس البغاء بالفعل أم لا¹.

المطلب الخامس:

تفرد تشريع المملكة المغربية بالنص على تجريم السياحة الجنسية.

لم ترد فكرة السياحة الجنسية إلا في تشريع المملكة المغربية و لو أنها تعتبر أقل إنتشارا من أي منطقة أخرى في العالم، و ذلك لأن الممارسات الجنسية غير المشروعة محرمة دينيا، إلا أن الآثار الناتجة عن التحديث و التمدن و التغيرات الإقتصادية و السياسية و الأسرية... في المنطقة أدت إلى إنتشار هذا النوع من الجرائم خصوصا في المملكة المغربية، ما أدى صراحة إلى تجريمها في الفصل 501 من القانون الجنائي: "يعاقب بالحبس... أو قبول بحثهم داخلها عن زبائن لأجل الدعارة أو البغاء أو تغاضيه عن ذلك أو تشجيع السياحة الجنسية"، إذن هذا التشريع حين جرم هذا الفعل لم يخرج عما دأبت عليه باقي تشريعات المغرب العربي بصفة عامة، و قد سايرت ما جاء في التشريعات الدولية من تجريم لهذا الفعل، حيث جاء في المواد (1-2-3-4-5) من الإتفاقية الخاصة بحظر الإتجار بالبشر²، بتجريم كل أفعال القوادة و إستغلال دعارة الغير أو إدارة أوكارا للدعارة أو التمويل أو المشاركة في التمويل و الإستئجار، و هو ما وافقه البروتوكول الإختياري لإتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال و إستغلالهم في البغاء و في المواد الإباحية³.

حيث أكد هذا الأخير عن قلق الدول العميق إزاء الممارسة المنتشرة و المتواصلة و المتمثلة في السياحة الجنسية التي يتعرض لها الأطفال بشكل خاص نظرا لأنها تشجع بصورة مباشرة على بيع الأطفال و إستغلالهم في البغاء و في المواد الإباحية، و خصوصا ما تواجهه الفتيات صغيرات السن⁴ من خطر الاستغلال الجنسي.

و قلق الدول من إنتشار المواد الإباحية بشكل رهيب، فحظر في مواده كل بيع للأطفال و إستغلالهم في البغاء و المواد الإباحية⁵، و قد جاءت عدة إتفاقيات دولية أخرى تجرم كل أشكال البغاء بتسمياتها

¹ . غالي الذهبي (ادوارد): مرجع سابق، ص 295 و ما بعدها.

² . التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 02 كانون الأول سنة 1943 ... حسام الدين الأحمد (وسيم): حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الإتفاقيات الدولية، (دون طبعة)، تونس، منشورات الحلبي الحقوقية، (دون سنة نشر) ص 145 و 146.

³ . إعتد و عرض للتوقيع و الانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 263، الدورة 54، المؤرخ في 25 أيار 2000 و دخل حيز النفاذ في 18 كانون الثاني 2002م، ... حسام الدين الأحمد (وسيم): المرجع نفسه، ص 147 و ما بعدها.

⁴ . إن بعض السياح في المناطق التي تنتشر فيها ما يسمى بالسياحة الجنسية يستغلون الظروف الاقتصادية التي تعاني منها الأسر في هذه المجتمعات، كما أنهم يعتقدون أن هؤلاء الأطفال هم المحترفين في ممارسة البغاء مما يبيح لهم ممارساتهم بحيث تبدو لهم مقبولة و مبررة، و من الواضح أن الخوف من النقاط الأمراض الجنسية المعدية مثل الإيدز من خلال هذه الممارسات الجنسية غير المؤمنة مع مومسات بالغات زاد من الطلب على الفتيات العذارى صغيرات السن و بصرف النظر عن المخاطر التي يلاقيها هؤلاء الأطفال فهم يعانون من آلام و اضطرابات نفسية شديدة نتيجة لهذه الممارسات ... سليمان الزغاليل (أحمد): مرجع سابق، ص 72 و 73.

⁵ . المادة الأولى من البروتوكول الإختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال و استغلالهم في البغاء و في المواد الإباحية السابق ذكره.

المختلفة كالإتفاق الدولي المعقود في 18/05/1904 م و الإتفاقية الدولية المعقودة في 04/05/1910م حول تجريم الإتجار بالرقيق الأبيض، و الإتفاقية الدولية المعقودة في 30/09/1921م حول تجريم الإتجار بالنساء والأطفال، و الإتفاقيات الدولية المعقودة في 11/10/1933م حول تجريم الإتجار بالنساء البالغات، و الإتفاقية الدولية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة و التي إعتمدها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 34-180 المؤرخ في 18/12/1979 م حول الإتجار بالمرأة و إستغلال بغاءها، ثم جاءت الإتفاقية الدولية الخاصة بحظر الإتجار بالأشخاص و إستغلال دعارة الغير التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة يوم 03/12/1949 م و دخلت حيز النفاذ في 25 يوليو 1951 م¹.

المطلب السادس:

تقدير تجريم البغاء بين حرمة الذاتية و مساسه بحياء و نظام المجتمع.

لقد إختلفت التشريعات المغاربية في نظرتها لتجريم البغاء فهي زيادة على الإختلاف في تسميته و على من يقع التجريم و أنواع الأفعال المجرمة، نجد أنه لهذا الإختلاف سبب وجيه ألا و هو الأساس التجريمي الذي إنطلق منه كل من المشرعين المغاربة، فإذا أخذنا بعين الإعتبار أن **المشرع الموريتاني** حينما تصدى لهذه الجريمة صرح بتجريم التحريض دون أن يجرم الفعل الذي يرتكبه البغي مباشرة، مهما كانت النية التي يتجه إليها و الغرض إن كان هو الكسب أو مجرد طلب المتعة أو غيره... و إذا أخذنا بعين الإعتبار أن هذا المشرع نفسه قد عد سابقا أن العلاقة الجنسية التي تتم كاملة بين رجل و امرأة و خارج الإطار الشرعي الذي هو الزواج تعتبر من قبيل الزنا و ما دون ذلك يعتبر من الجرائم التي تستوجب التعزير، و إذا أخذنا في الحسبان أن هذا المشرع منذ الوهلة الأولى حينما جرم هذا النوع من الأفعال كان منطلقا من أساس تجريمي موجود في أحكام الشريعة الإسلامية و أحال إليه ما لم يتطرق إليه بموجب قانونه للعقوبات، و إذا لم ننسى أن الشريعة الإسلامية كانت واضحة أنها تجيز فيما هو دون الحد في هذا النوع من الجرائم أن يقضى بما يجتهد به فقهاءها على إختلاف مذاهبهم، فكل هذا يؤدي بنا إلى جملة من الإستنتاجات بخصوص موقف المشرع الموريتاني الذي إستحدث هذا النص الذي يظهر منه أنه موافقا لمبادئ القوانين الوضعية و الأحكام و الموثيق الدولية، في تجريم البغاء، و هذا التوجه الأخير لا يضير بموقفه بدليل أنه سكت عن تجريم البغاء المباشر من طرف البغي بإعتباره فاعلا أصليا لأنه يعده زانيا و العلاقة تعتبر غير مشروعة توجب الحد بالرجم أو الجلد.

و إن كنا لا نعيب على المشرع الموريتاني موقفه هذا لأن هذا الأخير بإقتدائه بما ذهب إليه التشريعات الوضعية و المغاربية لا يتعارض مع مبدأ الأخذ بما هو جيد و ضروري فلا ضير إن تبنى هذا الأخير مبدأ حماية النظام العام الذي يعتبر أساسا لتجريم هذا الفعل في التشريعات الغربية و غيرها

¹.أنظر... حسن الشرفي (علي): مرجع سابق، ص 179، 180.

بجانب حماية الأعراس و الاخلاق لذاتها و هي التي سبق أن كان واضحا بخصوصها، فهو جرم ما دون الوطء غير المشروع في هذه الجريمة وفقا لما رآه و لم يمس بهذه الخصوصية لأنها سمة لجريمة الزنا، و حتى الشريعة الإسلامية حينما جرمت البغي و هو صورة الزنا من أجل التكسب طبقت على البغي إن لم يكن مكرها عقوبة الزنا¹.

أما المشرع الليبي فهو و إن كان واضحا بخصوص الجرائم الماسة بالعرض و أساس تجريمها المستمد من التشريع الإسلامي، إلا تجريمه للبقاء بالصفة التي سبق توضيحها و لو أنه يخالف ما ذهب إليه المشرع الموريتاني في كثير من التفاصيل، فله ذلك ما دام لم يخرج عن الأساس التجريمي المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية.

و لكن هناك ملاحظة واحدة هي أن المشرع الليبي نص في المادة 417 مكرر و السابق ذكرها على: " كل امرأة إتخذت الدعارة وسيلة للعيش أو الكسب تعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة..."، إن هذه المادة فيها من الغموض ما يجعلنا نظن أن المشرع الليبي تراجع عن الأساس الذي تبناه سابقا، و هذا بأن عد المرأة التي تمارس الدعارة لا يسقط عليها الحكم الذي يسقط على الزانية و من ثمة العقوبة التي هي الرجم أو الجلد، و لكن بتمعن بسيط نجد أن المشرع الليبي بقي على ما تبناه و لم يتراجع حين نص على هذه الجريمة و هذا النص إنما يقصد المرأة التي تشغل نساء أخريات في الدعارة و تعيش مما يكسبه من هذا العمل غير المشروع و لا يقصد المرأة التي تمارس الفعل هي مباشرة لأن هذا الفعل يعتبر من قبيل الزنا و في إطار تلك العلاقات غير المشروعة التي جرّمها المشرع الليبي لذاتها، و ليس هناك دليل أكثر من سكوت المشرع الليبي عن تجريم دعارة المرأة أو فسق الرجل لأنه عدّهما من قبيل الزنا، و جرم مكانهما الإرغام على الدعارة للصغار لإنعدام تمييزهم و فاقد الإدراك أو المرأة المكروهة، و هم ليس عليهم حرج فالشريعة رفعت المسؤولية عن هؤلاء و هذا ما فعله المشرع الليبي أيضا، و لا ضير في أن يحمي نظامه العام من هذا النوع من الجرائم و يتبناه كأساس للتجريم إن لم ينسى و يتراجع عن الأساس الأول المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية.

أما التشريعات المغاربية الأخرى فهي و إن شابته التشريعات الموريتاني أو الليبي في تجريمهما للبقاء في الكثير من التفاصيل، إلا أن سبق تبنيها للأساس الوضعي الغربي في تجريم الجرائم الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة، و الذي ينطلق إما من حماية الحرية الجنسية كما في جريمة الإغتصاب أو بعض القيم الإجتماعية كالعلاقة الأسرية كما في جريمة الخيانة الزوجية، أو حماية النظام العام من الإعتداء عليه كما في جريمة البغاء، ما جعله في كل مرة يحاول تدارك ما يبرز من نقائص فيجرم هذا الفعل و يتراجع عن تجريم فعل آخر و يضيق من مفهوم و يزيد في آخر فهو في كل مرة أمام عقبات أوجدتها سياسته الجنائية الفاشلة و للأسف هذا ما تتبعه هذه التشريعات المغاربية، ثم لا بد من الوقوف

¹. عبد الله محمد (محمد): تجريم الإتجار بالنساء و إستغلالهن في الشريعة الإسلامية، (دون طبعة)، الرياض، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2005 ص 157 و ما بعدها.

عند أمر آخر هو أن التشريعات المغاربية و هي تتصدى لهذه الجريمة تبرز من حين لآخر إما البغاء المنظم أو البغاء السري، و لو أننا نعلم أن البغاء المنظم يعتبر من مخلفات الإستعمار على أراضيها، إلا أنه كان لابد من محو كل آثاره فهو من قبيل الزنا المحرم شرعا و لو اختلفت تسميته.

فالجدل القائم حول حصر مفهوم البغاء في دعارة المرأة أو السكوت عنه و كذلك الجدل القائم حول فكرة التعود على ممارسة الدعارة أو البغاء من أجل تجريم هذا الفعل من عدم تجريمه، و أيضا الجدل القائم حول ماهية الأماكن و المحلات و البيوت و غير ذلك ، لا يعبر سوى عن فشل ذريع في القيم التي تحاول هذه التشريعات تبنيها و بروز خطرهما على المجتمع بكل فئاته، فلو حرم هذا الفعل إنطلاقا مما تحت عليه أحكام الشريعة الإسلامية و لو تمسك المشرعون لهذه الدول بما تنهانا عنه و عملوا على تثبيت ما تأمرنا به من حرمت الإختلاط و التستر و عدم السفر دون محرم و غض البصر و غير ذلك من الأفعال التي تؤدي إلى التعفف، لما وقع تكاثر هذه الجرائم في مجتمعاتنا و لما حاول المشرع حماية نظام الدول من الإنهيار فأول أسباب إنهيار الدول و الحضارات هو إنتشار الرذيلة بين أفرادها.

الفصل الثاني:

الجرائم الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة غير الرضائية في التشريعات المغاربية.

إلى جانب الجرائم السابقة و التي تعتبر جرائم قد ارتكبت و فكرة الإرغام و الجبر أو القصر غائبة عنها و هي الصفة المشتركة بينها جميعها، توجد جرائم تعتبر من الأفعال التي ترتكب و صفة عدم رضى المجني عليه لصيقة بها و هي السمة التي تجمع الجرائم التي سوف يتناولها هذا الفصل. و الحقيقة أن إنعدام الرضى يكون لأسباب عديدة منها الإكراه أو إنعدام التمييز أو غير ذلك و هو عنصر جوهري في هذا النوع من الجرائم التي أصبح الفقهاء الغربيين يركزون عليه كسبب من أسباب الإعتداء على ما أسموه بالحرية الجنسية و بالتالي التجريم، و لو أن الشريعة الإسلامية قد كانت السبابة لإثارة هذه الفكرة المهمة إلا أنها لم تجعل الرضى أو عدمه سببا لقيام نوع من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، و إنما جعلت المحور الأساسي هو أوامر الله عز و جل و نواهيه، أما التشريعات الوضعية فجعلته في كثير من الحالات الفاصل بين كون الفعل مجرما من عدمه، و ذلك بغض النظر عما إذا كان الفعل مستنكرا دينيا و أخلاقيا أم لا، و لهذا كان تقسيمنا حسب هذا العنصر المهم لإبراز جملة الجرائم التي تعند فيها التشريعات و من بينها المغاربية بعدم وجود الرضا لقيام الجريمة و المعاقبة عليها مع معرفة تلك السياسات الجنائية التي تأثرت بها حين تجريمها لهذا النوع من الأفعال، و قد ضم هذا الفصل خمسة مباحث أيضا، فنتناول (المبحث الأول) جريمة الإغتصاب، و نتناول (المبحث الثاني) جريمة هتك العرض، و نتناول (المبحث الثالث) جريمة الفعل العلني المخل بالحياء، و نتناول (المبحث الرابع) جريمة التحرش الجنسي، و نتناول (المبحث الخامس) جريمة تحريض القصر على الفسق.

المبحث الأول:

جريمة الإغتصاب.

تعتبر جريمة الإغتصاب بحق من أشد الجرائم وطأة، و من أعنف الجرائم الواقعة على الأشخاص لما لها من آثار جسيمة على نفسية المجني عليها و سكينتها و أمنها في حياتها الخاصة و الإجتماعية و تعتبر من الجرائم التي تطال الإرادة بقسوة لأن هذه الأخيرة هي: " قوة نفسية تتحكم في سلوك الإنسان و نشاط نفسي يصدر عن وعي و إدراك من أجل بلوغ هدف معين"¹، فإذا تم الإعتداء عليها وقع الضرر الجسيم على المجني عليها من الناحية النفسية و الجسدية و الإجتماعية، و قد إهتمت بها تشريعات المغرب العربي إهتماما بالغا، لهذا كان من الواجب معالجة ما نصت عليه و معرفة و إبراز أوجه التباعد و التقارب فيما بينها، و قد جاء هذ المبحث يضم أربعة مطالب تناول (المطلب الأول) تعريف هذه الجريمة، و تناول (المطلب الثاني) أركان جريمة الإغتصاب، و تناول (المطلب الثالث) الإغتصاب بين الزوجين في التشريعات المغاربية، و تناول (المطلب الرابع) تقدير تجريم الإغتصاب بين كونه مجرما لذاته و بين كونه يمس بالحرية الجنسية.

المطلب الأول:

تعريف جريمة الإغتصاب في التشريعات المغاربية.

إهتمت التشريعات المغاربية كغيرها من التشريعات الوضعية بجريمة الإغتصاب لأنها تعتبر كما قلنا من أخطر الجرائم الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة، و قد تعددت التعريفات حول هذه الجريمة منها اللغوي و منها القانوني و منها الفقهي كما كان للشرعية الإسلامية الدور البارز و المهم في توضيح معنى هذه الجريمة.

الفرع الأول:

التعريف اللغوي لجريمة الإغتصاب.

إن جريمة الإغتصاب لغة من الفعل غصب، أي أخذ قهرا و ظلما، و يقال: غصب فلانا ماله أي حصل على شيء بعناء و تعب ظلما و قهرا، و يقال أيضا: إغتصب أي إستولى على شيء بالقوة و إغتصب إمراة أي زنا بها رغما عنها و هنك عرضها و غصبها، و الإغتصاب هو الأخذ بالقهر و القوة².

الفرع الثاني:

التعريف القانوني لجريمة الإغتصاب.

¹. عيد الله (سليمان): مرجع سابق، ص 258.

². المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 1056.

إن الغاية من التطرق لتعريف جريمة الإغتصاب في تشريعات المغرب العربي هو التعمق في المنهج الذي إتبعه كل مشرع من مشرعي هذه الدول، فهناك من عرفها بموجب النصوص القانونية التي جرمته و هناك من سكت عن ذلك تاركا المجال للتعريفات الفقهية و ما إستقر عليه القضاء الجزائي حين الفصل في النزاعات التي يكون موضوعها حالة إغتصاب و هذا طبعا وفقا للمنهج العام الذي يتبعه كما قلنا كل مشرع، و قد إنقسم بهذا مشرعي المغرب العربي إلى إتجاهين، الأول: عرف هذه الجريمة في النصوص الجزائية بصفة صريحة، و الإتجاه الثاني: سكت عن ذلك، إضافة إلى تعريفات أخرى يستعان بها.

الفقرة الأولى:

تفرد تشريع المملكة المغربية بتعريف جريمة الإغتصاب.

لقد إنفرد تشريع المملكة المغربية بتعريف جريمة الإغتصاب في قانون العقوبات، فقد نص الفصل 486 على أن: "الإغتصاب هو موقعة رجل لإمرأة دون رضاها..."¹، فيكون بذلك مشرع المملكة المغربية قد إنفرد بتعريف جريمة الإغتصاب بموجب النص السابق و خرج بذلك عن إطار تحديد أركانه بوصفه و تسميته بما لا يدعوا مجالا للخلط بينه و بين جريمة إنتهاك عرض أخرى، و من خلال نص هذه المادة نستنتج أن هذا التعريف يشير إلى جملة من المعطيات تبين الخطوات الأولى التي خطاها مشرع المملكة المغربية نحو توضيح معالم هذه الجريمة:

فقد جعل الإغتصاب عبارة عن عمل ضار عنيف و مجرم واقع من الرجل على المرأة و يمسه في عرضها مباشرة، و أن الإغتصاب لا يقع إلا من رجل على المرأة، و ليس من الرجل على الرجل و لا المرأة على المرأة و لا المرأة على الرجل، لأن هذه الحالات توجب وصفا قانونيا آخر، كما أنه يتم بفعل الوقاع الطبيعي فقط بحكم طبائع الأمور بين الرجل و المرأة، و أن تحديد إطار الإغتصاب بدقة يفرض على القضاة تبني هذا التعريف بحذافيره بما لا يدعوا لهم مجالا لأي تأويل هذا من جهة، ثم إن هذا التعريف يوحد ما يستقر عليه القضاة من أحكام فيما يخص هذه الجرائم من جهة أخرى، و أن هذا التعريف يعتبر أحد المؤشرات الأولى عن المسلك الذي يسلكه تشريع المملكة المغربية في سياسته التجريبية لهذا الفعل و فسح مجالا أكبر للمقارنة بين توجهه و توجهات التشريعات المغاربية الأخرى.

الفقرة الثانية:

التشريعات المغاربية التي سكتت عن تعريف جريمة الإغتصاب.

لم يرد في كل من تشريعات الجزائر و تونس و ليبيا و موريتانيا تعريفا محددًا لجريمة الإغتصاب ما يفسح المجال لرجال القانون بتبني أي تعريف يوافق السياسة التشريعية لهذه الدول، و يوافق ما إستقر عليه مفهوم هذه الجريمة في ذهن كل من مشرعيها.

أولا: التشريع الجزائري.

¹. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 154.

حين تصفح التشريع الجزائري لا نجد تعريفا لجريمة الإغتصاب، و قد جاء نص المادة 336 الجديدة كمايلي: " كل من ارتكب جناية الإغتصاب يعاقب بالسجن من خمس(5) سنوات إلى عشر (10) سنوات. إذا وقع الإغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشر (18) سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة".

و إنما نجد أن المشرع كان في نص المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري القديمة قد نص على أن: "كل من ارتكب جناية هناك عرض - و المقصود حسب النص الفرنسي جناية إغتصاب - يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

و إذا وقع هناك العرض - و المقصود أيضا الإغتصاب - ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة"¹.

و من نصي هاتين المادتين نستنتج أن: المشرع الجزائري لم يعرف الإغتصاب في قانون العقوبات و تسمية الإغتصاب التي تبناها المشرع الجزائري لاحقا الأقرب و الأصح في التعبير عن هذا الفعل الذي يعتدي على العرض في أبشع صورته².

و لكن ما جاء في التعديل الأخير لقانون العقوبات الجزائري، و الذي عبر المشرع عنه بلفظ "القاصر" هل يقصد القاصر الأنثى أن الذكر و الأنثى معا على خلاف ما كان موضحا في نص المادة قبل تعديلها، و الحقيقة أنه كان من الأولى لو أبقى المشرع الجزائري على لفظ "قاصرة" لأن الإغتصاب يقع على المرأة دون الرجل.

ثم إن النتيجة السابقة تقودنا من خلال عدم ضبط مفهوم الإغتصاب و حتى تسميته هو ترك المجال واسعا أما القضاء الجنائي الجزائري لإسقاط التعريف الذي يراه حين الفصل في الوقائع التي تعرض عليه ثم إن تسميته بهتك العرض في النص العربي يجعل المشرع الجزائري يسير في سياسة جنائية متسامحة إتجاه هذا النوع من الإعتداءات لأنها تؤدي إلى خلط المفاهيم و تؤدي إلى إستقرار مفاهيم قانونية أقل صرامة بالمقارنة مع هذا الجرم هذا من جهة، و من جهة ثانية ما هذا الإتجاه المتخذ من طرف المشرع الجزائري إلا مسابرة للإتجاهات الغربية و الإتجاهات التي توسع من مفهوم هناك العرض على حساب مفهوم جريمة الإغتصاب، و هو ما يؤدي فيما بعد إلى تناقص حجم الجزاء بالمقارنة مع حجم الضرر الموقع على المجني عليها.

ثانيا: التشريع التونسي.

لقد نص المشرع التونسي في الفصل 227 من المجلة الجزائية على أنه: " يعاقب بالإعدام:

1 - كل من واقع أنثى غصبا بإستعمال العنف أو السلاح أو التهديد به.

¹ نص المادة 336 باللغة الفرنسية هو :

« Quiconque a commis le crime de viol est puni de la réclusion à temps, de cinq à dix ans... »

² بموجب الأمر رقم 75-47 المؤرخ 17 جوان 1975 م ... (بوسقيعة أحسن): مرجع سابق، ص 140.

2 - كل من واقع أنثى سنها دون العشرة أعوام كاملة و لو دون استعمال الوسائل المذكورة. و يعاقب بالسجن بقية العمر كل من واقع أنثى دون رضاها في غير الصور المتقدمة. و يعتبر الرضا مفقودا إذا كان سن المجني عليها دون الثلاثة عشر عاما كاملة¹، أما الفصل 227 مكرر من المجلة الجزائرية التونسية فورد فيه: "يعاقب بالسجن مدة ستة أعوام كل من واقع أنثى بدون عنف سنها دون خمسة عشر عاما كاملة. و إذا كان سن المجني عليها فوق الخمسة عشر عاما و دون العشرين سنة كاملة فالعقاب يكون بالسجن مدة خمس أعوام..."².

و من خلال النصين السابقين **تستنتج** أن المشرع التونسي سلك نفس مسلك المشرع الجزائري حينما لم يعرف جريمة الإغتصاب، و قد تفادى تسميتها بجريمة الإغتصاب و فضل كلمة "المواقعة دون الرضا"، و الحقيقة أن أول ما يتبادر للذهن هو أن تسمية الواقعة دون الرضا كفعل مجرم، يأخذنا للقول أن المشرع لا يعتد بالواقعة إذا حصلت بالرضا، و من هنا نجد أن التشريع التونسي أيضا فتح بابا للإلتحاق بركب الدول التي تتادي بحماية الحرية الجنسية.

ثالثا: التشريع الليبي.

إن التشريع الليبي لم ينص أصلا على جريمة الإغتصاب في الباب الثالث الذي جاء بعنوان الجرائم ضد الحرية و العرض و الأخلاق في المادة 407³، و لو أنه ورد تحت عنوان "المواقعة" بالقول: "كل من واقع آخر بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات...". و من خلال هذا النص **نستنتج** أن المشرع الليبي قد أطلق كلمة الواقعة على اللواط و هو الذي قصده من النص السابق، و بناء عليه لا يتفق مع التشريع التونسي الذي قصد بالواقعة الإغتصاب، إن المشرع الليبي سكت عن ذكر جريمة الإغتصاب لسبب هام هو أنه جعل الإغتصاب من باب الإكراه على الزنا، و قصده في المادة 407 من قانون العقوبات السابق الذكر بالقول: "كل من واقع آخر" هو واقعة الرجل للرجل في الدبر، و لا أدل على ذلك من أنه أفرد لهتك العرض نصا آخر، و جعل لجريمة الزنا قانونا و نصوصا مستقلة، و الظاهر أن المشرع الليبي لم يخالف جملة المبادئ التي تتبعها أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت واضحة حينما جرمت أفعالا و عدتها من حدود الله و جعلت ما دونها من قبيل جرائم التعازير و هذا بالنسبة للجرائم الحدية التي كان الشرع فيها واضحا و هو ما سيوضح لنا أكثر حين دراسة باقي الجرائم.

رابعا: التشريع الموريتاني.

¹. المجلة الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 73.

². المرجع نفسه، ص 73.

³. القانون الجنائي الليبي، مرجع سابق.

أما التشريع الجنائي الموريتاني فقد نص عليها في المادة 309¹، بالقول: "يعاقب بالأشغال المؤقتة كل من يحاول ارتكاب جريمة الإغتصاب و إذا تمت الجنابة فإن الجاني يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة زيادة على الجلد إذا كان بكرا، كما يعاقب بالرجم وحده إذا كان محصنا". و من خلال هذا النص نستنتج أن المشرع الموريتاني قد سمى الجريمة بالإغتصاب، و هو و إن لم يعرف جريمة الإغتصاب إلا أنه الظاهر أنه قصد بأن هذا النوع من الجرائم شديد الوقع على المجني عليها و هو بهذه التسمية يقر بهذا الفعل بما يتضمنه من معنى فلا يريد أن يفتح بخصوصه المجال واسع للتأويل، و هو الأقرب إلى إتباع الخطى السديدة التي ترشدنا إليها الشريعة الإسلامية السمحة، فهو عده من قبيل الزنا تحت الإكراه.

الفرع الثالث:

التعريف الفقهي الداخلي لجريمة الإغتصاب.

لقد ورد من الناحية الفقهية عدت تعريفات لهذا الفعل المجرم، فهناك من عرفه بأنه: "إتصال رجل بإمرأة إتصالا جنسيا كاملا دون رضا صحيح منها بذلك"²، و هناك من عرفه بأنه: "فعل وطء أية إمراة وطئا تاما غير مشروع دون رضاها"³، أما الفقه الفرنسي فقد عرفه بأنه: "كل فعل معاشرة شهوانية يقع على إمراة رغما عن إرادتها"⁴، أو هو: "كل وطء بإكراه مادي أو معنوي يقع من رجل على إمراة في المكان الطبيعي المخصص للوطء"، أو هو: "الإتصال الجنسي بإمرأة دون رضاها"، كما أن من الفقهاء الفرنسيين من عرفه بأنه: "المواقعة غير المشروعة لإمرأة مع العلم بإنعدام رضاها"⁵. و الجدير بالذكر أن التعريف الأخير أقرب إلى الصواب لأنه يشير إلى ضرورة توفر علم الجاني بإنعدام رضا المجني عليها و الذي يعتبر جزء من الركن المعنوي. ثم إن هذه التعريفات لجريمة الإغتصاب تبين مدى ضيق هذا المفهوم، فالجاني هو دائما ذكر في حين أن المجني عليها تكون دائما إمراة، و أن الإتصال الذي يفرضه الأول على الثانية يجب أن يكون دائما إتصالا طبيعيا مما جعل بعض الفقهاء⁶ يرون أن الاغتصاب بهذا المعنى ليس سوى إعتداء عنيف بالفاحشة يتميز بالغاية التي يرمي إليها المتهم و هي الإتصال الجنسي بالمتضررة.

الفرع الرابع:

¹. القانون الجنائي الموريتاني: مرجع سابق.

². رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 125.

³. عبد العزيز (سعد): مرجع سابق، ص 36.

⁴. فودة (عبد الحكم): جرائم العرض في قانون العقوبات، (دون طبعة)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2005م، ص 46.

⁵. G. Levasseur : Droit pénal spécial Zairois, Tom 1, paris, librairie générale de droit et jurisprudence, 1976, p. 205.

R. Merle et A. Vitu, op.cit, n 1852.

⁶.

التعريف الدولي لجريمة الإغتصاب.

أما على الصعيد الدولي فقد حظر القانون الدولي جريمة الإغتصاب، و إعتبرها من الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية، فجعلها من الجرائم الموجهة ضد المدنيين بغض النظر إلى إنتمائهم إلى مجموعة وطنية أو عرقية أو دينية، و قد جاء في المادة 1/7 من نظام روما حول المحكمة الجنائية الدولية التي حددت على سبيل الحصر الجرائم ضد الإنسانية كالتالي: "... 7- الإغتصاب، الرق الجنسي، الدعارة الجبرية الحمل القسري، العقم الإجباري، أو أي شكل آخر من العنف الجنسي ذي خطورة مماثلة،..."¹. كما جاءت عدت مواثيق دولية تطالب بحفظ الكرامة الإنسانية و عدم الإعتداء عليها بأي وجه من الأوجه²، و قد حظر المجتمع الدولي الإغتصاب و غيره من أشكال الإعتداء الجنسي، كما أشارت إليه المادة 27 من إتفاقية جنيف التي تحظر بصفة خاصة الإغتصاب، كما ورد حظر الإغتصاب ضمناً و الإعتداء الجنسي في المادة 1/4 من البروتوكول الإضافي الثاني المتعلق بالنزاعات المسلحة، و كذلك المادة 46 من إتفاقية لاهاي لسنة 1907 م، و المادة 1/76 من البروتوكول الإضافي الأول التي تقضي بحماية النساء من الإغتصاب، كما أن هذا الفعل يحظر أيضا بصفته جريمة ضد الإنسانية، بموجب المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافية (سابقا)، و كذلك بموجب المادة 3 من نظام المحكمة الجنائية الدولية برواندا، و من أكثر الأحكام صلة بالموضوع هي إتفاقية جنيف التي أشارت في المادة 2/27 من الباب الرابع أنه: "يجب حماية النساء بصفة خاصة ضد أي اعتداء على شرفهن و لاسيما ضد الاغتصاب و الإكراه على الدعارة و أي هتك لحرمتهن"³.

الفرع الخامس:

التعريف الشرعي لجريمة الإغتصاب.

لقد أقرت الشريعة الإسلامية عدم شرعية هذا الفعل من قبيل الإكراه على الزنا، و جعلته من الجرائم و الكبائر التي توجب الحد على الشخص الذي يكره المرأة على الزنا⁴، لقوله تعالى: "ممن إضطر غير باغ باغ و لا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم"⁵، و قد ورد عن مالك بن أنس أنه قال: (باب ما جاء في المغتصبة) "الأمر عندنا في المرأة توجد حاملا و لا زوج لها فنقول قد إستكرهت أو تقول لقد تزوجت، إن ذلك لا يقبل منها و إنما يقام عليها الحد إلا أن يكون لها على ما إدعت من النكاح بينة، أو على أنها

¹. يحيوي(عمر): قانون المسؤولية الدولية، (دون طبعة)، الجزائر، دار هومه، 2009 م، ص 55،56.

². فقد ورد في المادة 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "يجب ألا يتعرض أحد للتعذيب أو القسوة، أو معاملة لا إنسانية أو مهينة أو عقاب".

³. البقيرات (عبد القادر): مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، الطبعة 1، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004م، ص 110.

⁴. أبو صفية (فخري): الإكراه في الشريعة الإسلامية، (دون طبعة)، الجزائر، شركة الشهاب للنشر و التوزيع، 1982م، ص 124.

⁵. سورة البقرة، الآية 173.

إستكرهت أو جاءت تدمى، إن كانت بكرا أو استغاثت حتى أتيت و هي على ذلك الحال، أو أشبه هذا من الأمر الذي تبلغ فيه فضيحة نفسها قال فإن لم تأت بشيء من هذا أقيم عليها الحد، و لم يقبل منها ما إدعت من ذلك"¹.

الفرع السادس:

التعريف القضائي لجريمة الإغتصاب.

أما من الناحية القضائية، فيستشف من أحكام القضاء الجزائري أن الإغتصاب هو واقعة رجل لإمرأة بغير رضاها، و قد عبر عنه صراحة بلفظ "إغتصاب" و هذا ما ورد في قرار المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 1984/05/29²، كما أن القضاء التونسي إتجه إلى أن الواقعة "الإغتصاب" لا تنصرف إلى مجرد الفعل الفاحش و إنما تقوم إذا كان هناك وطء في المكان الطبيعي من الأنثى و بطريق الإيلاج و هذا حسب ما قرره محكمة التعقيب التونسية، فإذا لم يتم الإيلاج كليا أو جزئيا إعتبر الإعتداء فاحشة³.

المطلب الثاني:

أركان جريمة الإغتصاب في التشريعات المغاربية.

إن جريمة الإغتصاب تفرض لقيامها و تمييزها عن غيرها من جرائم العرض الأخرى ثلاثة أركان هي: الركن المادي و هو الإتصال الجنسي الكامل، و الركن الثاني هو عدم رضا الأنثى بهذا الإتصال الجنسي، و الركن الثالث هو القصد الجنائي.

الفرع الأول:

الركن المادي (الإتصال الجنسي).

إن الركن المادي لجريمة الإغتصاب يتكون من عنصرين هما الفعل أو السلوك و النتيجة التي تحققت و كذا العلاقة السببية بينهما، و إذا لم تتحقق النتيجة في هذه الجريمة التي تعتبر من الجرائم المادية كنا بصدد فكرة قانونية جديدة هي الشروع في الإغتصاب و ليس جريمة الإغتصاب التي نحن بصدد معالجتها، و لهذا كان لابد من معرفة شروط الإتصال الجنسي الكامل الذي يكون الركن المادي لجريمة الإغتصاب من جهة و معرفة ما هي فكرة الشروع في الإغتصاب كنتيجة عن عدم تمام الركن المادي لجريمة الإغتصاب.

¹. أبو عبد الله أنس بن مالك (الأصبجي): الموطأ، تحقيق الشرح - عبد الرؤوف سعد (طه) - الطبعة 1، مصر، (دون دار نشر) 2003م، ص.

². في الملف رقم 34538، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 1، 1989م، ص 288 و ما بعدها.

³. قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية بدوائرها المجتمعة، عدد 6417، بتاريخ 1969/06/16، و قرار تعقيبي جزائي عدد 19335 بتاريخ

1986/11/19... الهادي عبد الله (محمد): مرجع سابق، ص 128.

الفقرة الأولى:

شروط الإتصال الجنسي الذي تتحقق به جريمة الإغتصاب.

إن الإتصال الجنسي الكامل كركن مادي لجريمة الإغتصاب، هو الإتصال الذي يكون الرجل الطرف الإيجابي فيه و تحمل المرأة على الاستسلام له، و يعتبر هذا الاتصال بالتالي غير مشروع¹، و هذا الفعل هو الذي يميز هذه الجريمة عن جريمة هتك العرض (و التي سوف نتطرق إليها لاحقاً)، و من هنا يمكن القول أن شروط الإتصال الجنسي الكامل هي:

أولاً: و قوع الجريمة من ذكر على أنثى حية.

يشترط أن تقع جريمة الإغتصاب من ذكر على أنثى، بحيث يكون الذكر هو الجاني و الأنثى هي المجني عليها، فلا تقوم الجريمة إذا أكرهت المرأة الرجل على موافقتها، إذ تكون المرأة في هذه الحالة قد إرتكبت جناية هتك عرض الرجل، و يجب أن تكون المجني عليها أنثى على قيد الحياة سواء كانت بكرًا أم ثيبًا، أما إذا أولج شخص قضيبه في جثة امرأة ميتة أو في جسم حيوان فلا تقوم جريمة الإغتصاب و لكن يمكن أن تسند إليه جرائم أخرى² كما لا تقوم الجريمة بأفعال فاحشة ترتكبها الأنثى على الأنثى و التي يطلق عليها إسم السحاق أو (التدالك)³.

و يجب الإشارة إلى أن التشريع الليبي حين ذكر في نص المادة 407 من قانون العقوبات " كل من واقع آخر" قصد أيضا جريمة اللواط⁴، فهو و إن يؤاخذ على عدم وضوحه و الذي من الأفضل أن يتداركه بالفصل بين جريمة الإغتصاب و جريمة اللواط إلا أنه بإستقراء المادة الأولى من القانون رقم 70 لسنة 1973 م⁵، نجد أن مادته الأولى تجرم الزنا، و يعتبر الإغتصاب في التشريع الليبي من قبيل الزنا مع توفر عنصر الإكراه، و يسقط نفس الحكم على اللواط بأن يعتبر من قبيل الزنا من حيث خطورته فله نفس أحكام الإغتصاب، فنية المشرع بالتالي لم تتجه إلى التوسع في مفهوم الإغتصاب و شروط قيامه و إمتداده لمواقعة الرجل للرجل، و إنما إتجه لإسقاط نفس أحكام الإغتصاب عليه لخطورته و ضرره الكبيرين و هو بهذا شابه أحكام الشريعة الإسلامية و ما ذهب إليه بعض فقهاءها، و جعل من تجريم الإغتصاب ضرورة لا مجال للنقاش بصددتها لمساسه بالأخلاق و لإعتدائه على الأعراض و لكونه مجرم على الخصوص من الناحية الشرعية و هو الأمر الذي يجب أن لا تغفله التشريعات المغاربية.

¹ . رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 125.

² . غالي الذهبي (إدوارد): مرجع سابق، ص 118.

³ . حيث استقر القضاء التونسي على أن جريمة الوقاع لا تكون بمجرد ذلك لأنها تستلزم الوطء بالمكان الطبيعي من أنثى بطريق الإيلاج و القوة.. قرار تعقيبي تونسي، رقم 6709، بتاريخ 1970/02/25م، نشرة 1970 م ... مجلة القضاء و التشريع التونسي، العدد 5، السنة 21، ماي 1979 م، ص 231.

⁴ . أنظر... الحوات (علي): مرجع سابق، ص 52.

⁵ . الحوات (علي): مرجع سابق، ص 53.

و لكن بالنظر لما هو سائد في وقتنا الحالي نجد أنه كان من الأولى أن تكون النصوص واضحة لا لبس فيها أو غموض من أجل تفادي خصوصا إفلات المجرمين بحجة عدم إنطباق النص على الواقعة المعروضة.

ثانيا: حصول الوطء الطبيعي كاملا.

و يشترط أن يقع هذا الفعل بإيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى، فلا يكون الإغتصاب إلا من ذكر على أنثى، و في المكان الطبيعي المعد لذلك أي من قبل و ليس من دبر¹، و لا يشترط أن يكون الإيلاج كلياً بل يكفي أن يكون جزئياً فأى فعل غير الإيلاج الكلي أو الجزئي لا يعد إغتصاباً مهما كان نوع هذا الفعل، و مهما كان هذا الفعل منافياً للآداب².

ثالثا: القدرة على الوطء و القبول.

و يشترط أيضا أن يكون الذكر قادرا على الإيلاج و المرأة قادرة على القبول، بمعنى أنه إذا كان الذكر عنيماً لا يستطيع الوصول إلى المرأة فلا تقوم جريمة الإغتصاب و إن قامت جريمة هتك العرض. و يستوي أن تكون المرأة شريفة حسنة السمعة أو منحرفة تمارس الدعارة فليست علة التجريم هنا هي حماية الشرف و الإعتبار و إنما حماية الحرية الجنسية - و هي علة التشريعات الغربية و من يسير في إتجاهها و لو أننا نتحفظ على هذا الرأي - و هي الصفة التي تتمتع بها كل النساء على السواء، و تطبيقاً لذلك من أرغم عاهرة على موافقتها جنسيا يرتكب جريمة الإغتصاب³، و الحقيقة إن كان أساس التجريم واضحا فإنه يغنينا عن كل هذه التاويلات و النقاشات بخصوص ما هو مجرم من عدمه فتعتبر الدعارة زنا و يعتبر الإكراه المرأة البغي إكراها على الزنا مع بقاء هذه الأخيرة مجرمة - في نظر الدين و الأخلاق-

الفقرة الثانية:

أثر تخلف نتيجة الفعل عن الركن المادي لجريمة الإغتصاب.

قد يبدأ الجاني في تنفيذ الركن المادي لجريمة الإغتصاب و لكن قد يحول حائل دون مضيئه فيها، و بالتالي هذه الظروف تشكل ما يسمى "بالشروع" أو "المحاولة"، و المحاولة أو الشروع في الجريمة عموماً هي: "البدء في التنفيذ بقصد ارتكاب جناية أو جنحة أو وقف أو خاب أثرها لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها"، و بالتالي لا يوجد فارق بين الشروع و الجريمة التامة من حيث الركن المعنوي، و إنما ينحصر الفرق بينهما في الركن المادي الذي تكتمل عناصره إذا كانت الجريمة تامة في حين تتخلف منه النتيجة

¹. و هذا هو المفهوم الضيق للمواقعة و هو الذي كان سائداً فقها و قضاء في فرنسا و لكن المشرع الفرنسي تدخل بإصدار تشريع جديد في 1980/12/23 بمقتضاه عدلت المادة 1/331 من قانون العقوبات الفرنسي بحيث اتسع مفهوم المواقعة ليشمل كل إيلاج جنسي أياً كانت طبيعته يقع على شخص الغير بالقوة أو التهديد أو المباغطة ... غالي الذهبي (ادوارد): مرجع سابق، ص 116 هامش رقم 1.

². المرجع نفسه، ص 116، 117.

³. أنظر... نجيب حسني(محمود): النظرية العامة للقصد الجنائي، (دون طبعة)، القاهرة، دار النهضة العربية، (دون سنة نشر) ص 342.

الإجرامية إذا إقتصررت الجريمة على مجرد الشروع، و يترتب على ذلك أن القصد الجنائي الذي يتعين توفره بالنسبة للشروع في الجريمة هو نفسه القصد الجنائي الذي يتعين توفره إذا كانت الجريمة تامة، و عليه يقوم في الحالتين على نفس العناصر و يخضع لنفس الأحكام¹.
و قد كان للتشريعات المغاربية نظرة مختلفة لفكرة المحاولة في جريمة الإغتصاب لابد من إبرازها و علة التوجه الذي سلكته فيها.

أولاً: عدم تجريم المحاولة في النص القانوني الذي يجرم الإغتصاب.

بالرجوع لأحكام قانون العقوبات الجزائري نجد في نص المادة 336 منه لم يتطرق إلى الشروع في الإغتصاب (المقصود ب- هناك العرض - كما قيل سابقا الإغتصاب إستنادا إلى ما ذهب إليه النص الفرنسي لنص المادة و الذي يعبر حقيقة عن رأي المشرع في رأينا)، و بالتالي حاول الفقه الجنائي الجزائري توضيح هذه المسألة بالقول: إذا حدث أن الجاني لم يتمكن من إتمام فعل الوقاع لسبب خارج إرادته كمقاومة المجني عليها أو طلبها للنجدة حينئذ تتحدد مسؤوليته على أساس الشروع في الإغتصاب و فرض أن ما صدر منه قد بلغ البدء في تنفيذ الجريمة فإن لم يبلغ هذه المرحلة لا يصح إعتبار الجاني قد شرع في الإغتصاب و إن جازت مع ذلك مساعلته عن جريمة هناك العرض متى توفرت أركانها.
و قد يجب في بعض الأحيان التمييز بين ما يعد بدء في تنفيذ الإغتصاب و بين ما يعد مجرد عمل تحضيرية له، و بالتالي التفرقة بين هناك العرض و الشروع في الإغتصاب و المعول عليه في ذلك هو المذهب الشخصي²، فيعد الفعل بدء في تنفيذ الإغتصاب إذا كان يؤدي حالا و مباشرة إلى الإتصال الجنسي³، و بالتدقيق في قانون العقوبات الجزائري نجد أن الشروع في الإغتصاب جنائية و المشرع جعل حكمه حكم الجنائية نفسها بقوله: " كل المحاولات لارتكاب جنائية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى إرتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم توقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى و لو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها" و هذا ما ذهب إليه قضاء المحكمة العليا الجزائرية⁴.

أما بالنسبة لمشرع المملكة المغربية فلم يعاقب على الشروع في جريمة الإغتصاب في النص الذي يجرم الفعل 486، و لكن على أساس أنه عد هذه الجريمة جنائية منفصلة حيث أنه بالرجوع إلى نص

¹. الديناصوري (عزالدين)، الشواربي (عبد الحميد): المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات و الإجراءات الجنائية، (دون طبعة) مصر، دار الجامعية، 1993م، ص 320.

². المرجع نفسه، ص 320 .

- و هو الذي يوافق ما ذهب إليه أحكام النقض الفرنسي حيث يأخذ في غالب أحكامه بالمذهب الشخصي (حكم 1927/12/03م) ... عبد الحميد نبيه (نسرين): الجريمة المستحيلة، الطبعة 1، 2008 م، دار الوفاء لندنيا الطباعة و النشر، الإسكندرية 2008 م، ص 63.

³. أنظر ... صقر (نبيل): مرجع سابق، ص 297، 298.

⁴. قرار صادر في 1991/02/05م، الغرفة الجنائية، ملف رقم 82315، المجلة القضائية، عدد2، 1993م، ص 164... و قرار صادر بتاريخ 1988/02/16م، الغرفة الجنائية، ملف رقم 49143، المجلة القضائية عدد4، 1991 م، ص 150.

الفصل 114 نجده يجرم كل محاولة لإرتكاب جنائية بدأت بالشروع في تنفيذها أو بأعمال لا لبس فيها تهدف مباشرة إلى ارتكابها إذا لم يوقف تنفيذها أو لم يحصل الأثر المتوخى منها إلا لظروف خارجة عن إرادة مرتكبها، تعتبر كالجنائية التامة و يعاقب عليها بهذه الصفة.

و من خلال موقف المشرعين الجزائري و المشرع المملكة المغربية، نجد أنهما جعلتا المحاولة كجريمة مستقلة¹، في نفس درجة الإغتصاب خروج عما ما ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية من زاويتين ذكرنا الأولى و هي أنهما لم يجزما الإغتصاب إنطلاقاً من كونه مجرم لذاته و أنه صورة لجريمة الزنا التي تقع تحت الإكراه، و بهذا التلطيف الذي أصبغا به هذه الجريمة فسحا المجال لإرتكابها رغم فضاعتها، فالنص التجريمي له الفاعلية القسوى و الأولية في ردع الفاعل عن الفعل المعول عليه لأنه يعلم مسبقاً بالجزاء الذي ينتظره، و الزاوية الثانية حينما حاولا إستدراك هذه الهفوة و لو ظاهرياً جعلتا من المحاولة في الإغتصاب كالإغتصاب من حيث تكييفه القانوني و العقاب عليه، و هو خلاف ثان مع أحكام الشريعة الإسلامية لأن المفروض أن المغتصب يعتبر زان و لا حد على المغتصبة إن ثبت إكراهها، و أن من يحاول الإغتصاب و لم يتم الفعل لأسباب تخرج عن إرادته يعزر و لا يحد و هما بهذا إزدادا بعدا عن أحكام الشريعة الإسلامية، و الحقيقة أنه لا يعتبر في نظرنا كاف جعل المحاولة في الإغتصاب كالإغتصاب لسببين هما

الأول: أن الشريعة الإسلامية جعلت هذا الجرم من الجرائم التي يجب فيها الحد و ما دونه من الجرائم التي يعزر فيها الفاعل و لا مجال في هذا للنقاش أو الجدل.
و الثاني أن جريمة الإغتصاب أخرجت من دائرة التجريم لذاته و لكونه ماساً بمكارم الأخلاق و الأعراض إلى دائرة حماية الحرية الجنسية.
و بهذا مهما دعم بوسائل لمنع إرتكابه تعتبر في نظرنا هشة و غير كافية لا من الناحية الدينية و لا من الناحية الأخلاقية و الأدبية.

ثانياً: تجريم المحاولة في النص القانوني الذي يجرم لإغتصاب.

و نعني بهذا التشريع التونسي فحين تفحص نص الفصل 227 مكرر الفقرة الثالثة من المجلة الجزائية التونسية² التي تقول: "... و المحاولة موجبة للعقاب ..."، يتضح أن المشرع التونسي قد أقر صراحة أن الشروع أو (المحاولة) في الإغتصاب (المواقعة) كما يدل عليه نص المادة السابقة واجب العقاب عليه، و حين الرجوع إلى الفصل 59 من الباب 6 للمجلة الجزائية التونسية نجدها تقول: "كل محاولة لإرتكاب جريمة يعاقب مرتكبها بالعقاب المقرر للجريمة نفسها إذا كان تعطيلها أو عدم حصول القصد منها مسبباً عن أمور خارجة عن إرادة فاعل للجريمة لكن لا يترتب عن المحاولة عقاب في كل الصور التي لا

¹. رشيد عبود (عبود): القانون الجنائي مع النص الكامل للمجموعة الجنائية، الطبعة 1، الرباط، مكتبة المعارف، 1963 م، ص 15 و مابعداها.

أعمرة (المختار): الوجيز في الأحكام العامة للقانون الجنائي - الجريمة - الطبعة 1، الرباط، مطبعة سلا، 2010 م ص 82 و ما بعدها.

². المجلة الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص 37.

توجب الجريمة فيها السجن أكثر من خمسة أعوام إلا إذا نص القانون على خلافه¹، و قد جاء القرار التعقيبي التونسي بأنه: "إذا دخل رجل على امرأة في ساعة مبكرة جدا و هي في فراش نومها و إرتقى عليها يقبلها معلما بسوء قصده فقاومته بالعنف و صاحت مستنجدة بأجوارها فخاف المتهم بورود النجدة مع صده بالمقاومة العنيف و عدل عما شرع فيه كان عدوله ذلك سبب خارج عن إرادته و توفرت و الحالة هاته أركان المحاولة"².

و من خلال ما سبق يتضح لنا أن المشرع التونسي بغض النظر عن كيفية نظرتة للمحاولة و كيفية تجريمها، إلا أنه و إنطلاقا من تجريمه للإغتصاب فهو يجرم المحاولة من نفس المنطلق فإذا كان الإغتصاب هو إعتداء كبير على الحرية الجنسية في نظره لذا قابله بنصوص تجريرية شديدة الوقع - في نظره - ما جعل بعض فقهاء القانون التونسي ينددون بإلغاءه و التخفيف منه في حالات عديدة منها إذا كان سن المجني عليها فوق الثالثة عشر³، فإن المحاولة أيضا تعتبر من قبيل محاولة الإعتداء على الحرية الجنسية و لا بد من تجريمها بما يناسب لإرساء الحماية على هذه الأخيرة، و الحقيقة أنه قد حدث له ما حدث حينما أراد فقهاء القانون الوضعي إرساء معالم السياسة الجنائية فأخذوا في التفكير و البحث فأخطأوا و أصابوا، فكان الأولى أن يتبع معالم الدين الإسلامي فيبتعد عن المغالاة في التجريم و يبتعد بذلك عن أي نقد خصوصا ممن يريدون إرساء قواعد حماية الحرية الجنسية و ذلك في إطار المناداة بحماية حقوق الإنسان و الإهتمام بالمجرم كونه ضحية.

ثالثا: تفرد التشريع الموريتاني بالنص على المحاولة دون جريمة الإغتصاب.

أما المحاولة في التشريع الجنائي الموريتاني فإنه حسب ما ترمي إليه المادة 2 من قانون العقوبات الموريتاني كل محاولة لإرتكاب جنائية الإغتصاب فيشرع في تنفيذها إذا لم توقف أو لم يتخلف أثرها إلا لظروف خارجة عن إرادة مرتكبها تعتبر جريمة تعزيرية و ليس كعقوبة الجرم إذا تم فعلا أي إذا وقع ركن الاغتصاب بكل أركانه، و يجب الإشارة إلى أن هذا النوع من الجرائم في تشريعات المغرب العربي التي يدين سكانها بالدين الإسلامي قد سايرت ما جاءت به الشريعة الإسلامية في عدم العقاب على مرحلة التفكير و صب العقاب على مرحلة التنفيذ، إلا أنه نجد أن الشريعة الإسلامية تتسع لتجرم و تعاقب كل ما يأتيه الجاني إذا تكون مما فعله معصية، و القاعدة أنه في جرائم الحدود و القصاص لا يتساوى عقاب

¹. المرجع نفسه، ص 23.

². قرار تعقيبي عدد 10763، مؤرخ في 19/02/1975... (رضا خمائم): مرجع سابق، ص 324... و هو ما أيده القرار الصادر عن محكمة التعقيب التونسية في القرار التعقيبي عدد 12325، الصادر بتاريخ 19/04/2006 م ... نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائي 2006م، ص 289.

³. أنظر... عبد الله (الأحمدي): مرجع سابق، ص 60.

الجريمة التامة بالجريمة التي لم تتم، و أصل هذه القاعدة حديث الرسول صلى الله عليه و سلم:"من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين"، و هذه القاعدة لا يمكن الخروج عنها¹، فلا يمكن في الشريعة الإسلامية العقاب على الشروع في الإغتصاب بنفس عقوبته، و هو ما عمل المشرع الموريتاني على إتباعه.

رابعاً: سكوت التشريع الليبي عن ذكر المحاولة في جريمة الإغتصاب.

إن المشرع الليبي لم يذكر أن المحاولة في الإغتصاب لها نفس أحكام جريمة الإغتصاب، و حين الرجوع إلى نص المادة 59 من قانون العقوبات الليبي السابق ذكره و التي جاءت تحت عنوان:"الشروع" في الفصل الثالث، نجد أن المشرع الليبي أورد النص كما يلي:"الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة إذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها، و لا يعتبر شروعا في جناية أو جنحة مجرد العزم على ارتكابها و لا الأفعال التحضيرية لذلك...". و حسب نص المادة الرابعة من القانون رقم 70 لسنة 1973 م، في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي إعتبر المشرع الليبي الزنا جنائية و عليه فالإغتصاب جنائية أيضا، و حين الرجوع إلى نص المادة 60 من نفس القانون التي جاءت تحت عنوان: "عقوبات الشروع في الجنايات" و التي تقول: "يعاقب على الشروع في الجناية بالعقوبات الآتية إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك: "... و في الأحوال الأخرى يحكم بعقوبة السجن مع خفض حديها إلى النصف"، و بمقارنة النصين نجد أن المشرع الليبي جعل من الشروع معاقبا عليه و مجرما، وفق ما يقدره القاضي و المهم أنه لا يصل إلى حكم عقوبة الإغتصاب، و قد ذهبت المحكمة العليا الليبية إلى تجريم الشروع في الإغتصاب بالقول أنه يعد شروعا في الواقعة إذا كان المتهم قد فاجأ المجني عليها و إحتضنها من الخلف و أمسك بها و ألقاها على الأرض محاولا موارقتها و خاب أثر الجريمة لسبب لا دخل لإرادته فيه و هو مقاومة المجني عليها و استغاثتها².

الفرع الثاني:

عدم رضا الأنثى بالإتصال الجنسي.

لا تتحقق جريمة الإغتصاب إلا إذا تمت الواقعة دون رضا المرأة، و يتفق ما يتطلبه هذا الركن مع علة تجريم الإغتصاب في القانون ألا و هي حماية الحرية الجنسية للمرأة³، فلا يتصور إعتداء على هذه الحرية إذا تم الفعل برضاها⁴، و هو الإتجاه الذي سلكته تشريعات المغرب العربي فيما يخص هذه

¹ عبد القوي سيد الشافعي (يونس): الجريمة و العقاب في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، دار الكتاب العلمية، 2002، ص120.

² قضاء المحكمة العليا الجزائي، المحكمة العليا الليبية، بتاريخ 04/04/1956، الجزء 1، ص352...غالي الذهبي (الوداد): مرجع سابق، ص 121، هامش رقم 3.

³ و لكن يختلف مع المبدأ و الأصل في تشريع هذا الفعل في الشريعة الإسلامية لكونه محرما لذاته و لأنه ماسا بالآداب و القيم و الأخلاق و لأنه وسيلة لانتهاك الأعراض و عدم الحفاظ على النسل الذي هو مقصدا من مقاصد ديننا الحنيف.

⁴ عبد الحميد نبيه (نسرين): مرجع سابق، ص 181.

المسألة، عدا التشريع الموريتاني و الليبي الذين أعطيا لجريمة الإغتصاب حكم جريمة الزنا تحت الإكراه و لو أن عدم رضا الأنتى معتد به و لكن إنطلاقا من الأساس الشرعي الذي يجعله مسقطا للعقوبة عن المغتصبة، و الحالات العامة التي يعتبر معها الرضا منعما في جريمة الإغتصاب هي إما:

الإكراه المادي، و يعرف هذا الفعل بأنه: "قوة مادية ضاغطة على جسم الإنسان يعجز عن مقاومتها فتدفعه إلى ارتكاب الجريمة و هو فاقد الإرادة مما يعدم أهليته الجنائية"¹، و يجب أن يتوفر فيه شرطان: **الأول** أن يقع الإكراه المادي على المجني عليها نفسها، فإذا وقع على خادمها أو أحد المقيمين معها فرضيت بعد ذلك بالفعل فلا يتوفر الإكراه المادي، و من باب أولى لا يتوفر هذا الإكراه إذا حطم الجاني شيئا في المكان أو قتل حيوان لإرهاب المجني عليها، و **الثاني** هو أن يكون الإكراه "مؤثرا" في منع مقاومة المجني عليها فالعبرة ليست بدرجة جسامة العنف، و إنما بمبلغ أثره في إرادة المجني عليها و هذه المسألة تقدرها محكمة الموضوع، أما إذا كانت مقاومة الأنتى نوعا من التمتع أو الدلال أو الحياء الطبيعي الذي لا يجعلها تستسلم إلا بعد إلحاح من الرجل فعندئذ لا يتوفر الإكراه المادي، و إذا اعتقد الجاني أن مقاومة المجني عليها غير جدي فلا يتوفر في حقه القصد الجنائي².

أو **الإكراه المعنوي** الذي يتحقق بالتهديد³ الصادر من الجاني نحو المجني عليها بإنزال شر بها أو بعزيب عليها، كما يتحقق الإكراه المعنوي بتهديد المرأة بنشر أمور تخصها و يستوي أن تكون هذه الأمور مشروعة أو غير مشروعة، كما لو أن هدد الجاني امرأة ارتكبت جريمة بالإبلاغ عنها إن لم تقبل الاتصال الجنسي به فتعرض له تحت هذا التهديد⁴.

كما لا يتوفر الرضا إذا **إنعدم التمييز أو بفقدان الوعي**، فإذا كان الرضا من أنتى فقدت الوعي أو التمييز أو كانت عاجزة عن التعبير عن إرادتها لأي سبب من الأسباب فلا ينفي هذا الإغتصاب و لا يكون لرضاها قيمة قانونية سواء كان فقدان الوعي أو التمييز راجعا إلى فعل الجاني أو دون تدخل من جانبه فيرتكب الجريمة من يتصل بمجنونة أو سكرانة أفقدتها حالتها القدرة على فهم ماهية فعل الوقاع فلم تبد أي معارضة له، و يلحق بحالة السكر إعطاء المجني عليها مخدرا يفقدها الوعي أو حبوبا منومة تضعف من إرادتها⁵، كما أن الرضا بالموافقة الذي ينفي جريمة الإغتصاب هو الرضا الذي يعبر عن إرادة صحيحة إتجهت إلى قبول الصلة الجنسية و يعني ذلك أن الرضا المعيب الذي يصدر تحت الغش و الخديعة لا يكون له ذات التأثير و إنما يلحق بالحالات التي ينعدم فيها الرضا، كما إذا قبلت المرأة

1. نشأت إبراهيم(أكرم): القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، (دون طبعة)، بيروت، الدار الجامعية، (دون سنة نشر)، ص 249.

2. أنظر...غالي الذهبي (ادوارد): مرجع سابق، ص 125.

3. هناك نظريتان في محيط الفقه الجنائي حول مفهوم العنف، الأولى و هي التقليدية تشير إلى القوى المادية بالتركيز على ممارسة القوة الجسدية و الثانية تشير إلى الضغط و الإكراه الإرادي بالتركيز على نتيجة استخدام وسائل معينة من شأنها إجبار إرادة الغير على إتيان تصرف معين، ...

محمد سلامة (مأمون): إجرام العنف، مجلة القانون و الاقتصاد، العدد 2، السنة 44، القاهرة، دار الهناء للطباعة، ص 265، 266

4. عبد الحميد نبيه (نسرين): الإجرام الجنسي، مرجع سابق، ص 183.

5. عبد الله الشاذلي (فتوح): جرائم الإعتداء على الأشخاص و الأموال، (دون طبعة)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 197.

الاتصال الجنسي مع رجل لم تكن لترضى بالاتصال به لو تحققت من شخصيته، كما لو دخل الجاني إلى فراش امرأة نائمة بطريقة توهمها بأنه زوجها فلم تعترض على إتصاله بها، و يكون الرضا أيضا معيبا بسبب الغش و الخديعة كما لو قبلت المرأة الاتصال الجنسي مع رجل لم تكن لترضى الاتصال به لو تحققت من صفة خاصة فيه كما لو طلق الزوج زوجته طلاقا بائنا و أخفى عليها ذلك ثم اتصل بها اتصالا جنسيا لم تكن لتقبله إلا لعدم علمها بسبق وقوع الطلاق¹.

و قد إنقسمت كل من تشريعات المغرب العربي إلى إتجاهين إثنين، الأول يقر أن إنعدام الرضا بالإتصال الجنسي لازم لقيام جريمة الإغتصاب و يعدد حالات إنعدام الرضا في نصوصه الجزائية، و الإتجاه الثاني يقر هذا الركن و لكن يسكت عن النص عن حالات إنعدام الرضا.

الفقرة الأولى:

التشريعات المغربية التي فصلت في حالات عدم رضا الأنثى بالإتصال الجنسي.

و نقصد هنا كل من التشريع التونسي و تشريع المملكة المغربية، فقد نصت تشريعات هذه الدول على حالات تعتبر معدمة للرضا و لا بد على القاضي الجزائي حين الفصل في نزاع يخص هذه الجريمة أن يلتزم بما نصت عليه قوانينها.

أولا: التشريع التونسي.

نجده في نص الفصل 227 من المجلة الجزائية التونسية قد فصل في حالات إنعدام الرضا سواء بإستعمال العنف أو برفع السلاح مهما كان نوعه (و لو دون إستعمال هذه الوسائل)، و أشار إلى باقي الحالات التي يندم فيها الرضا (كالحيلة و الغش...) بالقول: "... فيعاقب بالسجن بقية العمر كل من واقع أنثى بدون رضاها في غير الصور المتقدمة ..."، كما أكد على تجريم الإغتصاب بإنعدام التمييز و فصل في حالاته بتجريمه إذا وقع على من هي دون العاشرة و لو دون إستعمال العنف أو رفع سلاح و كذلك جرمه إذا وقع على من هي دون الثالثة عشر مع الفرق في الحالتين في ظرف التشديد، و واصل في الفصل 227 مكرر بتفصيل و تأكيد تجريم الإغتصاب إذا وقع على من هي دون 15 و دون 20 سنة كاملة مع تفريق في العقوبة، و بالتالي فصل بين تجريم حالات الإغتصاب-المواقعة بالرضا (و لو أنه لا يعتد به) و المواقعة دون رضا، كما أن المشرع التونسي كان رائدا في حماية فئات الأطفال من كل الإعتداءات و من بينها جريمة الإغتصاب و ذلك بسنه لمجلة حقوق الطفل في سنة 1995 م².

ثانيا: تشريع المملكة المغربية.

¹. المرجع نفسه، ص 196.

². عزالدين دياب(حسين): الجرائم الجنسية ضد الطفل في القانون التونسي، متوفر على موقع:

أشار هذا التشريع إلى الحالات المعدمة للرضا و هي إنعدام التمييز لصغر السن، العجز و قد يكون لمرض أو حالة نوم و الإعاقة و يقصد بها البدنية لأنه عبر عن الإعاقة العقلية ب: "... بضعف قواها العقلية ...". كما أضاف فكرة إذا كانت المرأة حاملا، و قد إعتد مشرع المملكة المغربية بهذه الحالة لأن المرأة الحامل تكون ضعيفة المقاومة إتجاه أي إعتداء.

و بجمع كل ما نصت عليه هذه التشريعات نجد أن معنى إنعدام الرضا يتسع ليشمل بالإضافة إلى الإكراه المادي و المعنوي جميع صور الرضا الصادر عن صغيرة غير مميزة أو تحت تأثير الغلط و التدليس، و كل حالة لا تستطيع الأنثى أن تعبر عن إرادتها تعبيرا صحيحا بسبب النوم أو الإغماء أو المباغت¹.

الفقرة الثانية:

التشريعات المغربية التي سكتت عن حالات عدم رضا الأنثى بالإتصال الجنسي.

و قد سلك هذا الإتجاه كل من التشريع الجزائري و التشريع الموريتاني و الليبي و لو أن سكوت المشرع الجزائري يرجع إلى ترك حالات إنعدام الرضا تفصل فيها القواعد العامة لقانون العقوبات، و لكن كان سكوت كل من التشريع الموريتاني و الليبي عنها لأنهما يعتمدا على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص و ما يوجد في أيسر المذاهب الفقهية أو المشهور منها.

أولا: التشريع الجزائري.

حسب نص المادة 336 من قانون العقوبات السابق ذكرها، يجده لم يتطرق إلى الحالات التي تعبر عن إنعدام الرضا للأنثى في جريمة الإغتصاب و إنما أشار إلى إنعدام التمييز في الفقرة الثانية من المادة 336 من القانون السابق، و سكوت المشرع الجزائري عن هذا التفصيل ليس بقصد إباحة و عدم الأخذ بحالات الرضا الأخرى و إنما أحال التفصيل فيها إلى القضاء و إكتفى بالنصوص العامة التي وردت في قانون العقوبات.

ثانيا: التشريع الموريتاني.

و هو الذي لم يبين الحالات المعدمة للرضا في المادة 309 من قانون العقوبات الموريتاني، و إن كان سكوته عن هذا التفصيل في نظرنا له سبب آخر لأن ما لا يذكره يحيل أحكامه على ما ورد من تفصيل في الشريعة الإسلامية و هذا حسب نص المادة 449 من قانون العقوبات الموريتاني، و قد قال الله عز و جل: "إلا من أكره و قلبه مطمئن بالإيمان"²، و بالرجوع إلى ما ورد عن السلف الصالح، أنه في رواية عن عبد الجبار بن وائل عن أبيه: "أن امرأة إستكرهت على عهد رسول الله صلى الله عليه و سلم فدرأ

¹. غالي الذهبي (ادوارد): مرجع سابق، ص 123.

². سورة النحل، الآية 106.

عنها الحد"¹، ما يدل على أن المرأة المغتصبة لا يطبق عليها الحد و هو ما ذهب إليه المشرع الموريتاني.

ثالثا: التشريع الليبي.

لقد ذهب المشرع الليبي أيضا إلى عد الإغتصاب من قبيل الزنا و لكنه لم يذكر حالات الإكراه على الإغتصاب (الإكراه على الزنا)، فقد جاء في المادة 10 من القانون رقم من القانون رقم 70 لسنة 1973 م²، ما يلي: "يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون بالنسبة لجريمة الزنا المعاقب عليها حدا..." ، و عليه فقد ذهب المشرع الليبي إلى نفس مذهب المشرع الموريتاني في يخص الحالات المعدمة للرضا و لم يتأثر بما تأثرت به التشريعات المغاربية السابقة و قد أحسنا صنعا فهذا القول يجعل المشرع و القاضي أمام حلول واضحة هي موافقة القانون لأحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يوجد فيه في النص.

الفرع الثالث:

الركن المعنوي لجريمة الإغتصاب.

يتوفر القصد الجزائي لدى الجاني بعلمه أنه يواقع أنثى، و أنه يواقعها دون رضاها و من دون شك أن مجرد موقعة الأنثى يعني العلم بالمواقعة، و أن العلم بوقوع الإكراه يعني العلم بإنعدام رضا الأنثى، غير أنه من الجائز القول بعدم توفر القصد الجنائي رغم إستعمال القوة و ذلك فيما إذا كان الجاني مع إستعماله القوة و ممانعة المجني عليها و مقاومتها يعتقد أنها كانت غير جادة في ممانعتها و أنها كانت مدفوعة إلى ذلك تحت تأثير عوامل أخرى، غير أن مثل هذه الحالة نادرا ما تحدث و تستطيع محكمة الموضوع أن تصل إليها فيما لو أثارها المتهم أمامها³، و يعرف القصد الجزائي بأنه: "علم بعناصر الجريمة و إرادة متجهة إلى تحقيق هذه العناصر أو إلى قبولها"⁴، و بناء عليه فالإغتصاب من الجرائم المقصودة و يتطلب فيها القصد الجرمي العام، و لا يمكن أن توجد في القانون جريمة إغتصاب غير عمدي، فيجب أن تتجه إرادة الجاني إلى موقعة المجني عليها بغير رضاها مع علمه بذلك و ذلك لأن هذه الموقعة هي من صميم ماديات الجريمة و تشكل الركن المادي الأول لها، و يجب أن يعلم أن الأنثى التي يواقعها محرمة عليه أو ليست زوجته أو أنها مجنونة فاقدة الشعور⁵.

¹ المغني لابن قدامة ج 9 ص 59... أبو صفية (فخري): الإكراه في الشريعة الإسلامية، (دون طبعة)، شركة شهاب للنشر و التوزيع، 1982 ص 139.

² القانون رقم 70 لسنة 1973 م في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام القانون الليبي، مرجع سابق.

³ رشاد محمد (متولي): مرجع سابق، ص 133.

⁴ نجيب حسني (محمود): مرجع سابق، ص 50.

⁵ محمد بدوي (أحمد): مرجع سابق، ص 29.

و حين التصفح في أحكام القانون الجزائي الجزائري نجد نص المادة 336 من قانون العقوبات السابق ذكرها جاء عاما فيما يخص ذكر أركان جريمة الاغتصاب و التي من بينها القصد الجنائي، و بتصفح المبادئ العامة لهذا التشريع سواء على الصعيد الفقهي أو القانوني نجده أنه أكد على أن القصد الجنائي العام أمر ضروري في كل الجرائم و من بينها الإغتصاب، فلا يجب ترتب القصد الخاص الذي يوجب التغلغل في نوايا الجاني و معرفة الغاية من إرتكاب الجريمة، و إنما تقوم الجريمة بمجرد توفر عنصري الإرادة و العلم (بالإضافة إلى الأركان الأخرى) ¹، و هو الأمر الذي وافقه المشرع التونسي في الفصل 227 السابق ذكره و كذا الفصل 227 مكرر، و كذلك المشرع الليبي و التشريع المغربي في الفصل 486 و الموريتاني و هذا في تشريعاتهما العقابية.

و يوافق القصد الجنائي ما يوجد في الشريعة الإسلامية حيث يعرف هذا الأخير بأنه هو: "هو تعمد إتيان الفعل المجرم أو تركه مع العلم بأن الشارع يحرم الفعل أو يوجبه، و قصد العصيان لا يجب توفره إلا في الجرائم العمدية دون غيرها" ²، و هو ما يسقط على جريمة الزنا بالإكراه في الشريعة الإسلامية و التي يقصد بها الاغتصاب.

المطلب الثالث:

الإغتصاب بين الزوجين في التشريعات المغاربية.

إن إثارة هذه الحالة على إنفراد إنما جاء لأسباب، منها تلك التطورات الحاصلة على صعيد الفكر الغربي و التي وصلت إلى حد مناقشة حق الزوج في زواج صحيح خال من أي شائبة في ممارسة حقه في الإتصال الطبيعي بزوجته، و تصادم هذ الفكرة مع الفكر الإسلامي المعتدل الموافق للطبائع السوية الذي يقر بأحقية هذا الأخير في معايشة زوجته بما يرضي الله، و هو الأمر الراسخ في الذهنية العربية الإسلامية و مدى تأثير تشريعات المغرب العربي بتلك الأفكار الغربية و أحكام الشريعة الإسلامية، ما يجعلنا نحاول معرفة الموقف الحقيقي لهذه الدول و مدى تأثيرها بكلا الإتجاهين.

الفرع الأول:

مدى تأثير التشريعات المغاربية بالإتجاه الغربي.

لقد ذهب بعض الفقهاء الغربيين ³ في أول الأمر للقول أن الزوج الذي يتصل بزوجته في المكان الطبيعي للوطء دون رضاها أو بالقوة لا يؤاخذ من أجل الإغتصاب و لكن يمكن تتبعه من أجل الإعتداء بالعنف، و هو ما ذهبت إليه القرارات القضائية التي لم تقض بالإغتصاب بين الزوجين بل كانت المحاكم تلجأ إلى تكييف آخر لتجريم هذا الفعل كالمس بالعرض أو الإخلال العلني بالحياء أو العنف الخفيف لأنه

¹. عبد الله (سليمان): شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء الأول، الطبعة 6، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 264، 263.

². عبد القوي السيد الشافعي (يونس)، مرجع سابق، ص 159...رحماني (منصور): الوجيز في القانون الجنائي العام (دون طبعة) الجزائر، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2006 م، ص 112.

R. Merle A. Vitu : Droit pénal spécial, op.cit, n 21.

يعتبر من الأهداف المشروعة من الزواج، إلا أنه يشكل هتكا للعرض إذا ارتكب بحضور أو بمساعدة الغير¹، وقد ناهضت عدة إتجاهات نسائية هذا الموقف بالقول أنه إذا كان يجب على الزوجة أن تؤدي فعلا واجبها الزوجي فإنه لا يجب أن يكون عن طريق العنف أو الإكراه في أي وقت شاء فيه الزوج أن يشبع غريزته الجنسية، و لا يمكن للزوج أن يتصرف بجسم زوجته كيفما شاء لأنه لا يملكه، و حتى إن كان هناك رفض للواجب الزوجي من طرف الزوجة فيمكن معاقبتها عن طريق القضاء و ليس بالعنف و الإكراه².

ثم برز إتجاه - الإتجاه الغربي الحالي - يجرم الإغتصاب بين الزوجين و إعتبر أن الزوج الذي يواقع زوجته دون رضاها يؤاخذ جزائيا من أجل جريمة الإغتصاب، حيث يرى هذا الإتجاه أن الرابطة الزوجية لا تحول دون الحرية الجنسية بين الزوجين، و معنى ذلك أن الإلتزامات المحمولة على كاهل الزوجين بموجب عقد الزواج لا تقيد بصفة مطلقة تصرفات الطرفين بل تترك لهما الحرية الكاملة في الميدان الجنسي، و نتيجة لذلك فإن الزوجة في نظرهم بإمكانها تمكين شخص آخر من نفسها غير زوجها دون أن تؤاخذ جزائيا بدليل إلغاء جريمة الزنا في التشريع الفرنسي، كما برر بعضهم تجريم الإغتصاب بين الزوجين بإحترام حرمة الجسد و هي مطلقة بإعتبار أن أساس تجريم الإغتصاب هي حماية الحرية الجنسية و حصانة الجسد و عدم إلحاق أضرار نفسية و جسدية بالإضافة إلى حماية الشرف، و أن الزواج لا يبيح النيل من حرمة الجسد و حتى الحرية الجنسية³.

و نجد أن التشريعات المغربية لم تتبنى صراحة في نصوصها الجزائية ما يدل على أنها توافق هذا الرأي، لكن بتصفح الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية نجد أن المشرع التونسي في بداية إتجاهه -إن صح القول- إلى إعتناق هذا المذهب إذ حذف من الفصل 23 واجب طاعة الزوجة لزوجها و أنه بهذا المفهوم يمكن مقاضاة زوجها إذا واقعها بتهمة الإغتصاب؟ و لو أننا لا يمكن الجزم بإمكانية تبنيه لهذا الفكر مستقبلا إلا أنه كان من الأفضل لو إبتعد عن ترسيخ تلك الأفكار التي تؤدي مستقبلا لهذا الإتجاه، لأنه بإستقراء نص الفصل 23 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية نجدها تنص: "على كل واحد من الزوجين أن يعامل الآخر بالمعروف و يحسن عشرته و يتجنب إلحاق الضرر به"⁴. و يقوم الزوجان بالواجبات الزوجية حسبما يقتضيه العرف و العادة...".

و هنا نجد فكرتين تعتبران الباب الأساسي للإسقاط لما تنادي به التيارات الغربية الهدامة، الفكرة الأولى هي عدم إلحاق الضرر بأحد الزوجين و يعني هذا أنه يعتبر ضررا أيضا معاشرته الزوج لزوجته

¹. الشافعي(محمد): تجريم الاغتصاب بين الزوجين في القانون الفرنسي، المجلة المغربية للاقتصاد و القانون المقارن العدد33 مراكش، المطبعة و

الوراقة الوطنية، 2000 م، ص22،23

². الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص33.

³. عبد الله أحمد (هلالي): مرجع سابق، ص 275.

⁴. الأحمر (عصام): فقه قضاء الدوائر المجتمعة، الطبعة 2، تونس، مركز الدراسات القانونية و القضائية، 2011 م، ص 22.

دون رضاها، و **الثانية** هي فكرة الإلتزام بالواجبات حسبما تقره الأعراف و العادات، فلا يخفى على أحد أن الأعراف و العادات تعتبر مرنة و متغيرة بحسب معطيات و ظروف و مستجدات تطراً على المجتمع فتغير ذهنيات و أفكار و تربية و حتى أخلاق أفرادها، فما كان يعتبر لازماً في وقت سابق أصبح مستحبا في وقتنا الحاضر و قد يعتبر منبوذا في وقت لاحق، و بهذا يعتبر هذا النص بحق مدخلا سهلا إضافيا لتسريب الأفكار الغربية التي تناهضها الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني:

مدى تأثير التشريعات المغربية بالأحكام الشرعية.

إن الشريعة الإسلامية تعتبر أن الزوج له الحق في التمتع بزوجه متى و كيف شاء ما دام في إطار الشرع و لو دون رضاها لقوله تعالى: "نساءكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم ..."¹ ، و قد جاءت النصوص التي تجرم الإغتصاب في تشريعات المغرب العربي خالية من إثارة هذه النقطة، لكن على الصعيد الفقهي نجد أن فقهاء المغرب العربي² يرون أنه لا يرتكب الزوج جريمة الإغتصاب إذا أكره زوجته على الصلة الجنسية، و ذهبوا في ذلك مذهب كل فقهاء الشريعة الإسلامية، فالمرأة المتزوجة الواجب عليها إطاعة زوجها و القيام بواجبها إتجاهه فليس لها أن تنتكر لما رضيت به، أما إذا أتى الزوج زوجته من الدبر دون رضاها فإنه يعاقب على جريمة هناك العرض، و لأنه مجرم شرعا لقوله صلى الله عليه و سلم: "و لا تأتوا النساء في أستانهن فإن الله لا يستحي من الحق"³.

و بناء عليه إذا قارنا كلا المذهبين و ما إتبعته غالبية دول المغرب العربي، نجد أن المذهب الثاني هو الأقرب إتباعا و إن كان هناك إعتراض فهو على العنف لا على حق الزوج على زوجته، كما أن الرأي الأول مردود بشدة لأنه لا يمكن تطبيق الحرية الفردية حتى في علاقة الزوجين لأنه لو لم ترد الزوجة هذا الإتصال فلماذا تزوجت، ثم إن هذا الحل يجعل الزوجات يتعسفن و يتحججن بإغتصاب أزواجهن لهن، و إن هذا الفكر دخيل على ثقافتنا التي مبدؤها الإحسان و حسن المعاملة و إلا فالطلاق إن كان هناك ضرر يستحيل معه العيش بالنسبة لأحد الزوجين أو الخلع إن تضررت الزوجة، و يمكن القول أن سكوت التشريعات المغربية عن هذه النقطة قد يكون لأحد الأسباب: فإما لكون هذه التشريعات المغربية لا تحبذ الأخذ بالفكر الغربي فيما يخص هذه النقطة، أو أنها لا تستطيع لعدة أسباب منها تعلق شعوبها بمبادئ الشريعة الإسلامية و عدم تقبلهم لهذا أفكار تحط من قيمتهم و رجولتهم، و الحقيقة إن المنادات بالحرية الفردية في العلاقات الزوجية لا يمكن بأي حال من الأحوال لأنه يهدم أهم أساسيات الزواج و هي الحق في إختصاص الزوجين ببعضهما البعض في الإطار الشرعي.

¹. سورة البقرة، الآية 223.

². الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 31.

³. رواه أحمد و الترميدي...المرجع نفسه، ص 31.

المطلب الرابع:

تقدير تجريم الإغتصاب بين حرمة الذاتية و مساسه بالحرية الجنسية.

لقد وقفنا بإيجاز من خلال ما سبق على الموقف الذي ينادي بالحرية الجنسية و الذي يحاول حصر دائرة التجريم فيما يتم فقط دون إرادة المجني عليه، و ما يمس الحياء العام للمجتمع فقط، و تعتبر جريمة الإغتصاب واحدة من الجرائم التي تحاول التشريعات الوضعية الغربية تجريمها من لباسها إن صح القول لأن أول ما قامت به هو إسقاط صفة الزنا تحت الإكراه عنها، ثم عملت على ضبطها بشروط هي أن تقع دون الرضا، ثم بعد ذلك حاولت نشر هذا الفكر على الصعيد الدولي و الداخلي للدول، بشتى الوسائل القانونية و غير القانونية، و هذا ما نجده بالفعل بإستقراء أغلب القوانين المغاربية التي كان عليها منذ أول لحظة أن تقتدي بمبادئ الشريعة الإسلامية التي تبنت أساسا واضحا للتجريم و هو تجريم كل ما يحصل خارج إطار علاقة الزواج، و ما الإغتصاب إلا زنا يسقط الحد على من ثبت إكراهها عليه، و لا مجال للحرية الجنسية و غير ذلك من الأفكار الهدامة.

و الحقيقة أننا لا نجد الأكثر إقتداء بأحكام نصوص الشريعة الإسلامية من المشرع الموريتاني - من الجانب التشريعي- و هذا على الأقل من الناحية النظرية أي على مستوى نصوصه العقابية، لأن هذا النوع الخطير من الجرائم لا بد فيه من تظافر الجهود على شتى الأصعدة و في كل ميادين الحياة لمكافحة و القضاء عليه، فهو - المشرع الموريتاني- الذي و إن أفرد للإغتصاب نصا مستقلا إلا أن مضمونه يبين أنه عده من قبيل الزنا و لا أدل على ذلك أكثر من فرضه لعقوبة حدية عليه.

المبحث الثاني:

جريمة هتك العرض.

تعتبر جريمة هتك العرض من الجرائم المنافية للأداب العامة و الماسة بالأعراض أيضا حيث أنها تعبر عن تعد فاضح على شخص الإنسان و كرامته، و قد تصدت لها كل تشريعات المغرب العربي بالتجريم فمنها من كان موافقا بذلك لمبادئ الشريعة الإسلامية، أو لأحكام القانون الدولي و توجه غالب البلدان الغربية و غيرها و خصوصا العربية منها.

و لمعرفة هذا النوع من الجرائم لا بد من الوقوف على كل تفاصيله، ثم إن هذه الجريمة فيها نوع من اللبس خصوصا من حيث تعريفها و تمييزها عن الإغتصاب بوجه أخص فلهذا السبب كان من اللازم دراستها بالقدر الذي يجعلها من جهة مفهومة و مستقلة عن غيرها من الجرائم، و من جهة أخرى تبيين كيفية تصدي التشريعات الجزائرية المغربية لها و هذا كله في إطار جملة ما تأثرت به هذه الأخيرة من الآراء و التوجهات التي عالجت هذه الجريمة، و قد جاء في هذا المبحث خمسة مطالب، تناول (المطلب الأول) تعريف هذه الجريمة و تناول (المطلب الثاني) جريمة هتك العرض بين إنكارها و النص عليها في التشريعات المغاربية، و تناول (المطلب الثالث) أركان جريمة هتك العرض في التشريعات المغاربية، و

تناول (المطلب الرابع) صور جريمة هتك العرض في التشريعات المغاربية، و تناول (المطلب الخامس) تقدير تجريم هتك العرض بين كونه محرما لذاته و بين كونه يمس بالحرية الجنسية.

المطلب الأول:

تعريف جريمة هتك العرض في التشريعات المغاربية.

لقد برز الإهتمام بهذه الجريمة من عدة نواحي نظرا لخطورتها التي لا تقل عن خطورة أي جريمة من جرائم إنتهاك الآداب الأخرى، فنجد أن هتك العرض له مدلول واسع و لو أنه من الناحية القانونية إختلف في ضبط تعريف موحد له، و قد تراوحت التشريعات المغاربية بين محاولة التوفيق بين ما وصلت إليه الدول من ضبط لمفهوم جريمة هتك العرض، و إسقاطه على ما يلائم واقعها فيما يخص هذا النوع من الجرائم، و بهذا فقد تعددت تعريفات هتك العرض و إختلفت، و تجدر الإشارة أنه لم يرد في النصوص القانونية لتشريعات المغرب العربي تعريف لهذه الجريمة لذا كان من الواجب التطرق لجملة التعريفات الأخرى التي إستعانت بها التشريعات المغاربية.

الفرع الأول:

التعريف اللغوي لجريمة هتك العرض.

تتكون جريمة هتك العرض من لفظين يكونان معناها هما "هتك" و "عرض"، و هتك هتكاً أي جذبته فأزاله من موضعه، و منه هتك ستر، و يقال هتك الرجل ثوبه و هتك ستره، أي فضحه و كشف مساوئه و ندد بسلوكه و جلب عليه العار، و يقال هتك عرض امرأة أو حرمتها أي إغتصبها، و الهتك هو الفضح و التدنيس و الإنتهاك، و تهتك أي نقص عنه الحياء و إنهمك في الغي، و هو عاشق حياة الفسق و المجون، و التهتك هو فساد الأخلاق¹.
و العرض هو ما يصونه الإنسان من نفسه أو ممن يلزمه أمره، و هو أيضا ما يذم و يمدح منه، فيقال طعن في عرض فلان أي هتك عرضه، و يقال نقي العرض أي برئ من أن يعاب².

الفرع الثاني:

التعريف الفقهي الداخلي لجريمة هتك العرض.

لقد عرفت جريمة هتك العرض بعدة تعريفات إقترحها فقهاء القانون الوضعي فهناك من الفقهاء من قال هي: "كل فعل من الأفعال المادية المخلة بالحشمة و الحياء التي تطال جسم الإنسان الآخر و عورته

¹. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 1471.

². المرجع نفسه، ص 965.

ذكرنا كان أو أنثى، و تمس موضع العفة منه بالإكراه أو بدونه" ¹، و هناك من عرفها بأنها: "الإخلال العمدي الجسيم بحياء المجني عليه بفعل يرتكب على جسمه و يمس في الغالب عورة فيه"². كما عرفت بأنها: "تعد مناف للآداب يقع مباشرة على جسم آخر و يكون من الفحش إلى حد المساس بعورات المجني عليه"³، و من خلال هذه التعريفات نجد أن هناك العرض يقع على أي إنسان ذكرا أو أنثى دون اشتراط الواقعة، فهو بذلك يشمل أي فعل يعتبر من الأفعال المنافية للآداب التي تطال جسم الإنسان و عرضه، و لا يشترط أن يقع الفعل المنافي للآداب على محل معين من الجسم، بل يشمل كل عمل مغاير للحياء يقع على شخص المجني عليه بالإطلاق.

الفرع الثالث:

التعريف الدولي لجريمة هتك العرض.

إن قواعد القانون الدولي حظرت هتك العرض و ذلك من خلال تجريمه، لأنه معاملة لا إنسانية و مهينة⁴، فقد جاء في البروتوكول الإضافي في عام 1977 م لإتفاقية جنيف في سنة 1949 م في المادة الرابعة: "... 2 - تعد الأعمال التالية الموجهة ضد الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى محظورة حالا و إستقبالا و في كل زمان و مكان... و ذلك دون الإخلال بطابع الشمول الذي تتسم به الأحكام السابقة... ه - إنتهاك الكرامة الشخصية بوجه خاص المعاملة المهينة و المحطة من قدر الإنسان و الإغتصاب و الإكراه على الدعارة و كل ما من شأنه خدش الحياء..."⁵، و بهذا فجريمة هتك العرض محظورة بموجب القوانين الداخلية و الدولية.

الفرع الرابع:

التعريف الشرعي لجريمة هتك العرض.

لقد سبقت أحكام الشريعة الإسلامية إلى تجريم هتك العرض، فقد جاءت تحظر كل أنواع الظلم و التي من بينها ظلم الإنسان لغيره، و يتمثل ذلك في الإنتقاص من حقوقهم أو عدم العدل و الإنصاف بينهم أو

¹. عبد العزيز (سعد): مرجع سابق، ص 27.

². رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 143، عبد الفتاح (حسين): جرائم هتك العرض، (دون طبعة)، القاهرة المكتب الفني للإصدارات القانونية 2005 م، ص 11.

³. أنظر... عبد المهيم (بكر): القسم الخاص من قانون العقوبات، (دون طبعة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1977 م، ص 92.

⁴. تنص المادة 5 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على: "يجب ألا يتعرض أحد للتعذيب، أو القسوة أو معاملة لا إنسانية أو مهينة أو عقاب"

أنظر... سعادي (محمد): حقوق الإنسان، الطبعة 1، الجزائر، دار الريحانة، 2004 م، ص 23.

⁵. أنظر... عتلم (شريف)، ماهر عبد الواحد (محمد): موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، الطبعة 6، القاهرة، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2005 م، ص 354.

الإعتداء عليهم أو هضم حقوقهم، حيث قال صلى الله عليه و سلم: "الظلم ظلمات يوم القيامة"، كما قال أيضا: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"¹.

و نجد أن الشريعة الإسلامية تصنف هذا الفعل من قبيل جرائم التعازير فهي من المعاصي، و لكن لم يجب فيها الحد، و الشريعة الإسلامية لم تحدها على سبيل الحصر و إنما تركت ذلك لأولي الأمر في الأمة أن يحرّموا ما يرون بحسب الظروف أنه ضار بصالح الجماعة و أمنها و نظامها و أن يضعوا قواعد لتنظيم الجماعة و توجيهها و يعاقبوا على مخالفتها، و القسم الذي ترك لأولي الأمر من جرائم التعازير أكبر من القسم الذي نصت عليه الشريعة و حدته، لكنها لم تترك لأولي الأمر حرية مطلقة فيما يحرّمون أو يحرّمون بل أوجبت أن يكون ذلك متفقا مع نصوص الشريعة و مبادئها العامة و روحها التشريعية، و من المتفق عليه التعزير يكون في كل معصية لا حد فيها و لا كفارة سواء كانت المعصية لله أو لحق آدمي، و معنى أن المعصية لله أنها تمس حقوق الجماعة أو أمنها أو نظامها²، و معنى أنها لحق آدمي أنها تمس حقوق الأفراد³، و قد قال تعالى: "و لتكن منكم أمة يدعون إلى الخير و يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر"⁴، و بذلك تدخل جريمة هتك العرض في باب المعاصي.

الفرع الخامس:

التعريف القضائي لجريمة هتك العرض.

إن تعريف جريمة هتك العرض تناولته كما قلنا عدة إتجاهات، و قد كان أيضا للقضاء دور في تعريف هذه الجريمة فقد عرفها القضاء التونسي ب: " تشمل جريمة فعل الفاحشة التي جاء بها الفصل 228 و ما بعده من القانون الجنائي كل فعل عمد مغل بالحياء يستطيل إلى جسم المرء و عورته و يخدش عاطفة الحياء عنده"⁵، و في قرار تعقيبي آخر: "الفعل الفاحش هو كل فعل مناف للحياء يقع قصدا و مباشرة على جسم الذكر و الأنثى أو على عورتهما..."⁶، و نلاحظ أن القضاء التونسي قد جرم هذا الفعل و بهذا التعريف قد ميزه عن الإغتصاب من حيث أنه يقع على الرجل و المرأة و من حيث أنه يقع حتى على عورتهما و لكن لا يصل إلى حد الإيلاج الطبيعي كما في جريمة الإغتصاب، و لكن يتفق مع باقي التعريفات الأخرى لجريمة هتك العرض في كونه لا يحدد معنى العورة و كذلك لا يحدد ما هي

¹ ملياني بغدادي (مولاي): حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، (دون طبعة)، الجزائر، قصر الكتاب، (دون سنة نشر)، ص 60.

² أنظر... قطب (سيد): في ظلال القرآن، الجزء 6، (دون طبعة)، (دون مكان نشر)، (دون دار نشر)، (دون سنة نشر)، ص 60.

³ أنظر... عبد القوي سيد الشافعي (بونس): مرجع سابق، ص 40، 41.

⁴ سورة آل عمران، الآية 104.

⁵ قرار تعقيبي جزائي عدد 18، المؤرخ في 15/09/1960 م...الهادي بن عبد الله (محمد): مرجع سابق، ص 119.

⁶ قرار تعقيبي عدد 6417 المؤرخ في 16/06/1969، صادر عن الدوائر المجتمعة، ن.م.ت - ق ج ت 1969 م، ص 175 ... خماسم (رضا):

مرجع سابق، ص 329.

الأفعال التي تعتبر هتكا للعرض و ما هي الأفعال التي تخدش الحياء، خصوصا أننا لا ننسى أن هذه الجريمة قد تتشابه مع جريمة أخرى - كما سوف نراه لاحقا - و هي جريمة الفعل المخل بالحياء.

المطلب الثاني:

جريمة هتك العرض بين إنكارها و النص عليها.

لقد حاولت أغلب التشريعات المغاربية تجريم هذا الفعل في نصوصها القانونية و قد إنقسمت إلى إتجاهين هما، الإتجاه الأول نص عليها في قانون العقوبات و هو الغالب، و الإتجاه الثاني سكت عن ذلك و يتعلق الأمر بالمشرع الموريتاني، و لهذا فمن الواجب معرفة سبب مسلك كل من الإتجاهين لأن هذه التفرقة تجعلنا نعرف وجهة هذه التشريعات فيما يخص هذه الجريمة بالنظر لتمييزها عن غيرها من الجرائم، و وجهتها فيما يخص سياستها التشريعية - في شقها الجزائي - من حيث علة التجريم التي إستندت إليها.

الفرع الأول:

التشريعات المغاربية التي نصت على جريمة هتك العرض.

لقد ذهب كل من تشريعات الجزائر و المملكة المغربية و تونس و ليبيا إلى تجريم هتك العرض و قد خالفت بذلك التشريع الموريتاني، و إن توضح المسلك الذي إنتهجه هذه الدول فيما يخص جريمة الإغتصاب فإن خصوصية هذه الجريمة جعلت السياسة الجنائية التي تتبعها هذه الدول فيما يخص هذه الجرائم تتضح أكثر.

الفقرة الأولى:

التشريع الجزائري.

إن التشريع الجزائري واحد من التشريعات المغاربية التي وافقت ما ذهبت إليه التشريعات العربية الأخرى و الغربية و على رأسها التشريع الفرنسي بالنص على تجريم هتك العرض، و لو أنه لم يضع تعريفا له لكن جرمه في نصي المادتين 334 و 335، فقد جاء في نص المادة 334 ما يلي: "يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر لم يكمل السادسة عشر ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك. و يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات أحد الأصول الذي يرتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر و لم يتجاوز السادسة عشر من عمره و لم يصبح بعد راشدا بالزواج". أما نص المادة 335 من نفس القانون فقد نصت على أنه: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك.

و إذا وقعت الجريمة على قاصر لم يكمل السادسة عشر يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة"، و **الملاحظ** من خلال هذين النصين أن المشرع الجزائري قد أخطأ حين وضع في النص العربي عبارة "فعل مخل بالحياء L'outrage à la pudeur" محل عبارة "هتك العرض Attenta à la pudeur" الموجودة في النص الفرنسي، كما أنه ذكر في النص العربي للمادة 1/335 Avec "بغير عنف Sans violence" بينما نجد نفس العبارة في النص الفرنسي "بعنف violence" ، و بما أن النص الفرنسي هو الأقرب في التعبير عن إرادة المشرع و لتماشيه مع مقتضيات المنطق فهو الأصح، و من خلال ما سبق **نستنتج** أن المشرع الجزائري يتأرجح بين وضع مفهوم بسيط لجريمة هتك العرض و مفهوم أكثر تبسيطا له، و هذا إنطلاقا من فكرة ضرورة حماية فقط ما تم دون الرضا و هي من أفكار المذاهب الوضعية التي تحمي الحرية الجنسية.

فهتك العرض من الجرائم الماسة بأخلاق مجتمعنا الجزائري الإسلامي لا بد من وضع مفهوم واضح لها إنطلاقا من وضع تسمية أوضح، ثم إن الإختلاف الواضح حول مفهوم النص يفتح المجال واسعا حول تأويله خصوصا إذا وضع في يد أصحاب النفوس الضعيفة و مع ترسخ المبادئ المادية و الإباحية الجنسية التي نرى أن المشرع الجزائري بدأ في التأثير بها إنطلاقا من هذا الفحص الأولي لنصوصه، و الحقيقة أن هتك العرض من الأفعال المنافية للأخلاق و مبادئ الدين الإسلامي كان من الواجب أيضا مثلها مثل جريمة الإغتصاب وضع أساسها التجريمي إنطلاقا من الأسس الشرعية الإسلامية، فيتضح معها التسمية و تضبط معانيها.

الفقرة الثانية:

التشريع التونسي.

أما المشرع التونسي فقد نص على جريمة هتك العرض في الفصل 228 من المجلة الجزائرية التونسية بالقول: " يعاقب بالسجن مدة ستة أعوام كل من إعتدى بفعل الفاحشة على شخص ذكرا كان أو أنثى بدون رضاه.

و يرفع العقاب إلى إثني عشر عاما إذا كان المجني عليه دون الثمانية عشر عاما كاملة. و يكون العقاب بالسجن المؤبد إذا سبق أو صاحب الإعتداء بفعل الفاحشة في الصورة السابقة إستعمال السلاح أو التهديد أو الإحتجاز أو نتج عنه جرح أو بتر عضو أو تشويه أو أي عمل آخر يجعل حياة المعتدى عليه في خطر".

و كذلك في الفصل 228 مكرر بالقول: " كل إعتداء بفعل الفاحشة بدون قوة على طفل لم يبلغ من العمر ثمانية عشر عاما كاملة يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام.

و المحاولة موجبة للعقاب"¹،

¹. المجلة الجزائرية التونسية: مرجع سابق، ص 74.

و **الملاحظ** من خلال هذين النصين أن المشرع الجزائري التونسي لم يتطرق لتعريف جريمة هناك العرض في الفصلين السابقين، و إنما إكتفى أيضا بتجريمه و عدد صورته، كما نلاحظ أنه عبر عن جريمة هناك العرض بلفظ: "فعل الفاحشة على شخص"، و "فعل الفاحشة على طفل" و لو أن النص الفرنسي النفس الفصلين السابقين عبر عنه بلفظ: "L'attentat à la pudeur"¹.

و **نستنتج** أن المشرع التونسي أيضا قد إنطلق من خلال تجريمه لهذا الفعل من نفس منطلق من ينادون بتفعيل و ترسيخ الفكر الإباضي، فالأصل أن يجرم الفعل إنطلاقا من كونه ماسا بالأخلاق سواء تم بالرضا أو دون الرضا مادام قد حصل خارج الإطار الشرعي.

الفقرة الثالثة:

تشريع المملكة المغربية.

أما تشريع المملكة المغربية فقد جرم هناك العرض دون التطرق لتعريفه أيضا و ذلك في نص المادة 484 بالقول: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات من هناك دون عنف أو حاول هناك..."، و الفصل 485 من نفس القانون بالقول: "يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات من هناك أو حاول هناك عرض أي شخص ذكرا كان أو أنثى مع استعمال العنف..."² ، و هذا على عكس ما ذهب إليه حين عرف الإغتصاب، و بهذا نجد أن مشرع المملكة المغربية كان أكثر وضوحا من نظيره، فقد سمى هذا الفعل بجريمة هناك العرض، و لكن يجب الإشارة ان هذا النص لم يعرف ما هو هناك العرض، و بناء على ما رأينا من إختلافات حين تعريفه نجده أنه قد يقع في أيد تحاول التلطيف من مقدار هذا الجرم فلا يحقق هذا النص مبتغاه في الردع للجريمة، فيرتكب الفعل مع إدراك الفاعل أن هذا الجرم ليس بالفعل الخطير خصوصا مع نقص الوازع الديني و الضمير الاخلاقي و إنتشار الفكر الإباضي. و الحقيقة أن هذه النصوص التجريبية لا تخلوا من الثغرات و سبل تأويلها وفق ما ترتئيه ضرورات الأفكار الوضعية الغربية و التي تولي الحماية القصوى للجاني حتى تكاد أن نقول أنه صار عندها أولى بالحماية من المجني عليه، فكان الأولى إتباع ما تذهب إليه أحكام الشريعة الإسلامية و مقاصدها من درء لكل مفسدة أو شبهة خصوصا أنه قد يكون للمجني عليه يد في ارتكاب هذه الجرائم لما ساد في مجتمعاتنا من إنحلال خلقي و كذلك من سفور و إختلاط و منكرات.

الفقرة الرابعة:

¹ Article 228 (Modifier par la loi n 95 – 93 du 9 novembre 1995)

Est puni d'un emprisonnement pendant six ans, l'attentat à la pudeur,..." .

Article 228 bis (ajouté par la loi n 1985 – 15 du 4 mars 1958est modifié par la loi n 95 – 93 du 9 novembre 1995)

" L'attentat à la pudeur commis sons violence sur la personne..."

المرجع نفسه، ص 81.

² مدونة القانون الحناني للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 154.

التشريع الليبي.

أما المشرع الليبي فقد أورد المادة 408 من قانون العقوبات و التي عنوانها "هتك العرض"، و قد جاء فيها ما يلي: "كل من هتك عرض إنسان بإتباع إحدى الطرق المذكورة في المادة السابقة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن خمس سنوات.

و تطبق العقوبة ذاتها إذا ارتكب الفعل و لو بالرضا مع من كانت سنه دون الرابعة عشر أو مع شخص لا يقدر على المقاومة لمرض في العقل أو الجسم فإذا كانت سن المجني عليه بين الرابعة عشر و الثامنة عشرة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة.

و إذا كان الفاعل أحد الأشخاص المذكورين في الفقرة الأخيرة في المادة السابقة تكون العقوبة السجن مدة لا تجاوز سبع سنوات.

و كل من هتك عرض إنسان برضاه يعاقب هو و شريكه بالحبس¹.

و بالتالي لو فرضنا أن المشرع الليبي حذا حذو نظيره الجزائري و التونسي حينما جرم صراحة هتك العرض إلا أنه كان أكثر وضوحا في هذا النص فقد عبر عنه صراحة بلفظ "هتك العرض"، و هو اللفظ الذي سمت به أغلب التشريعات هذه الجريمة على خلاف التشريعين السابقين، إلا أنه لم يعرف صراحة هذا الفعل و بالتالي لابد من إتباع التعريف الذي وضعه الفقهاء.

و من خلال هذا النص نجد أن المشرع الليبي لم يخرج عن ما ذهب إليه أحكام الشريعة الإسلامية السمحة فهو جرم الإغتصاب على أنه زنا تحت الإكراه، و جعل هتك العرض مجرم بحسب هذا النص، و إجتهد المشرع الليبي في ضبط أحكامه وفق ما يراه ضروري لمجتمعه و وفقا لما تراه أحكام الشريعة الإسلامية، لأنه لا يعتبر بموجبه جريمة توجب الحد فهو بالتالي دون الإغتصاب و دون الزنا، و بناء عليه حتى و إن ظهر لنا من النص أن المشرع الليبي سلك نفس الطريقة التي وضعتها التشريعات السابقة حين تجريمها لهذا الفعل إلا أنه إنطلق من غير أساسهم و هو الظاهر في النصوص التي إعتد عليها في تجريم هذه الأفعال، فكان أكثر ملائمة لأحكام الشريعة الإسلامية التي لا تعارض ما كان جيدا من الأفكار الوضعية و المفاهيم و المسميات لأن المهم هو الحفاظ على الأخلاق السامية و الإبتعاد عن الرذيلة و وأد الجريمة في مهدها.

الفرع الثاني:

تفرد التشريع الموريتاني بعدم النص على جريمة هتك العرض.

¹. قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

إن المشرع الموريتاني لم ينص على جريمة هناك العرض و لم يعرفها و هو كما رأينا سابقا جرم الإغتصاب في إطار أنه حسب المذهب الذي يتبعه - أحكام الشريعة الإسلامية - يدخل في باب الزنا مع الإكراه لهذا أقره في قانون العقوبات الموريتاني، أما هناك العرض فيدخل حسب إتجاه المشرع الموريتاني في ما نصت عليه المادة 306 من قانون العقوبات الموريتاني السابق ذكره و التي تنص على: " كل من إرتكب فعلا مخلا بالحياء و القيم الإنسانية أو إنتهك حرمة من حرمت الله أو ساعد على ذلك و لم يكن ذلك الفعل داخلا في جرائم الحدود ... " لهذا السبب سكت عن ذكره بصفة مستقلة، و هو بهذا الإتجاه سلك مسلكا مغايرا لما إنتهجه التشريعات المغاربية السابقة التي ظهر من خلال نصوصها التي تجرم هناك العرض مسايرتها لما أتت به التشريعات الغربية.

و لكنه بهذا الإتجاه لم يخرج على الأساس الذي إتبعه أولا، ألا و هو أساس حماية الأخلاق لذاتها و تجريم كل ما هو عمل جنسي خارج عن إطار الزواج و لكونه منافي لأحكام الشريعة الإسلامية، فحسب المشرع الموريتاني إن جريمة هناك العرض من الجرائم التي لا يجب فيها الحد و من الجرائم التي يترك تقديرها لأولي الأمور، و بهذا فالقاضي من يقدرها وفق ما يراه أصلح و أنفع وفقا للنص السابق الذي يمنع أي فعل تستنكره الأخلاق الإسلامية مهما إستجد لأن هذا النص بمعناه يتسع لأي مفهوم جديد و المهم أن يكون يطبق على الوجه الأمثل من أجل القضاء على هذه الجرائم.

المطلب الثالث:

أركان جريمة هناك العرض في التشريعات المغاربية.

يمكن تعداد أركان جريمة هناك العرض في تشريعات المغرب العربي بالركن المادي و الركن المعنوي و لكن يرى بعض الفقهاء بأن هناك العرض ليس بجريمة واحدة ذات ظروف مشددة و مخففة أو ذات عذر قانوني، و إنما هما جريمتان متميزتان و لكل منهما أركان خاصة، فالجريمة الأولى هي هناك العرض بالقوة أو التهديد.

و الجريمة الثانية هناك العرض دون قوة أو تهديد ، فالأولى تتطلب من بين أركانها القوة أو التهديد و الثانية تفترض إنتفاء هذا الركن و حلول ركن آخر محله هو مثلا صغر سن المجني عليه، و هذا الإختلاف يحول دون القول بوجود جريمة واحدة أساسية ذات صور مخففة أو مشددة إذ يفترض ذلك بقاء أركان الجريمة دون تغيير، ثم نضيف عند المقارنة بين الجريمتين أن ركنا في أحدهما ينتفي في الأخرى و أن هذه الأخيرة تتميز بركن لا وجود له في الأولى و لكن بين الجريمتين ركنا مشتركا، هو أهم أركانها و هو الركن المادي و تنال الجريمتان بالإعتداء ذات الحق و إن إختلفت كيفية الإعتداء¹.

الفرع الأول:

الركن المادي لجريمة هناك العرض.

¹. أنظر...رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 144، هامش رقم 1.

من خلال تصفح المواد 334 و 335 من قانون العقوبات الجزائري، و الفصلين 228 و 228 مكرر من المجلة الجزائرية التونسية، و المادة 408 من قانون العقوبات الليبي و ما يقابلها في تشريع المملكة المغربية نجد أن هذه التشريعات بالإضافة لتجريمها لهذا الفعل لم تخرج عن نطاق التشريعات الأخرى - الغربية و العربية - و ذلك بالأخذ بالمدلول المادي لهذه الجريمة. و عليه إذا قيل أن هناك العرض هو: "كل فعل مذل بالحياء يستطيل إلى جسم المجني عليه و عوراته و يחדش عاطفة الحياء عنده" يتبين أنه أوسع نطاق من جريمة الإغتصاب¹. حيث أنه إذا ارتكبت جريمة الإغتصاب تكون قد تضمنت و بحكم طبائع الأمور جريمة هناك العرض و عندئذ لا يسأل الجاني إلا عن جريمة الإغتصاب، و عموماً يمكن القول أن الركن المادي بصفة عامة يتميز بخاصيتين هما: أن يقوم الجاني بفعل يستطيل على نحو ما إلى جسم المجني عليه²، و أن يتضمن هذا الفعل إخلالاً جسيماً بالحياء، و عليه فإن الركن المادي في هناك العرض يكتسي صوراً عديدة هي:

الفقرة الأولى:

صور الركن المادي لجريمة هناك العرض.

تتنوع هذه الصور و تتخذ أشكالاً عديدة، و ما تتوعها و إختلافها حسب نظرنا إلا له مرجع واحد هو تلك التأثيرات الكبيرة التي تطغى على التشريعات المغاربية من الفكر الغربي الذي كلما مر الوقت يضيف فكرة تتناسب مع التطورات الرهيبة على صعيد واقع مجتمعاته من ناحية الجنس و خصوصاً في ظل تصعيد المنادات بما يسموه بالحرية الجنسية، و الشريعة الإسلامية كانت واضحة فيما يعد من الجرائم و ما لا يعد و ذلك بتجريمها لما يحصل خارج إطار الزواج من أفعال أن حصل دون إكراه، أما التشريع الوضعي الغربي فقد أجاز الزنا و تغاضى عن غيره من الجرائم و خفف من حدة تجريمها و لا أدل على ذلك من جريمة هناك العرض.

أولاً: المساس بجسم المجني عليه.

¹ . رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 146.

² . و تطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا الليبية: بأن أفعال هناك العرض تسبق فعل الواقعة التي يرتكبها الجاني بنشاط إجرامي واحد بهدف الواقعة التي تتم في نفس الزمان و المكان، هذه الأفعال تعتبر جزء لا يتجزأ من النتيجة الأخيرة التي انتهت إليها و تنطوي فيها، لأن فعل الواقعة لا يتأتى إلا إذا باشره الجاني مقترناً بتلك الأفعال بحكم الطبيعة البشرية، و تكون الواقعة في هذه الحالات فعلاً واحداً يكون جريمة واحدة هي جريمة الواقعة و يعد التعدد هنا ظاهرياً و مجرد أداة للنشاط الإجرامي، و هذا هو التعدد الصوري المنطبق على الفقرة الأولى من المادة 76 من قانون العقوبات الليبي، و يتعين العقاب عليه بعقوبة الجريمة الأشد و هي جريمة الواقعة ... غالي الذهبي (إدوارد): مرجع سابق، ص 119.

إن هذه الصورة مفادها أنه: قد يكون المساس بإحدى عورات المجني عليه - و هذا هو الغالب - أو على عضو من أعضاء جسمه لا يعد عورة و إنما ينطوي الفعل على إخلال جسيم بالحياء¹. و قد قضت المحكمة العليا الليبية ب: "أن الركن المادي في جريمة هتك العرض يتحقق بكل فعل يستطيل إلى ما يعد عورة في جسم المجني عليه أو يستطيل إلى أي جزء آخر يعد عورة أو يخل على نحو جسيم بعاطفة الحياء العرضي لديه نظرا لمبلغ ما يصاحب الفعل من فحش².

ثانيا: الكشف عن عورة المجني عليه دون ملامستها لمسا مخلًا بالحياء.

و الكشف عن عورة³ المجني عليه بهذه الصفة يميزها عن غيرها من بعض جرائم الإعتداء على العرض، حيث أن مجرد رفع ملابس بنت و تعريض جسمها للنظر مثلا تتكون منه جريمة هتك عرض⁴ لأنه يمس بحياءها و يجرحها، ثم إن الكشف عن عورة المجني عليه عموما فيه خلاف بين ما هي أجزاء جسم المرأة التي تعد عورة و أجزاء جسم الرجل التي تعد عورة، و كذلك لا يجب نسيان جملة ما أصبحت الدول المغاربية تعتبره عورة ففي الدولة الواحدة يختلف هذا المعيار من الأرياف إلى المدن ناهيك عن الإختلاف المسجل بين هذه الدول في حد ذاتها، و لا ننسى جملة المؤثرات الغربية التي طغت عليها الأفكار النفعية و التي أصبحت تتادي بفكرة الحفاظ على الحرية الجنسية و تقلص لديها معيار العورة بشكل أصبح لا يخدم حتى أكثر الدول المغاربية المتأثرة به.

ثالثا: مشاهدة أو تصوير عورة المجني عليه خلصة.

لقد ثار بشأنها جدل حول من يشاهد عورة الغير خلصة و مثال ذلك من يختبئ في دورة مياه السيدات أو في مكان خلع الملابس...، و هناك من يرى أن النصوص الحالية لا تسمح بالقول بقيام جريمة هتك العرض في حالة مشاهدة أو تصوير لعورات الغير خلصة لأن الحياء العرضي للمجني عليه لم يחדش، و الملاحظ في التجريم هو المجني عليه لا الجاني و مع ذلك يجوز البحث في جريمة الإعتداء على حرمة الحياة الخاصة⁵.

و ذهب رأي آخر إلى أن مشاهدة أو تصوير عورات الغير خلصة يكون الركن المادي في جريمة هتك العرض دون رضا المجني عليه، أما جريمة الإعتداء على حرمة الحياة الخاصة عن طريق التقاط صورة المجني عليه في مكان خاص دون رضا منه فلا تنصرف إلى وقوع الفعل على عورة من عورات المجني

¹. غالي الذهبي (إدوارد): مرجع سابق، ص 154.

². المحكمة العليا الليبية، جلسة 1971/11/16م المجلة ص 8 - ع 2، ص 424، رشاد متولي (محمد): مرجع سابق ص 148 و 149.

³. و العورة وفقا للمعنى الشرعي جسم المرأة كله عدا وجهها و يديها، في حين ينحصر في جسم الرجل فيما بين السرة و الركبتين لكن هذا المعنى لم يعد متفقا عليه إذ صارت كثير من المجتمعات لا تعد كشف بعض مناطق عورة مثلما كانت عليه في الماضي ... عبد الفتاح (حسن): مرجع سابق، ص 24.

⁴. نقض فرنسي، في 1874/07/26 م، سيريه 874 - 1 - 408 ... رشاد متولي (محمد): المرجع نفسه، ص 148.

⁵. زكي أبو عامر (محمد): الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، (دون طبعة)، الإسكندرية، الفنية للطباعة، 1985م، ص 27.

عليه و هو الأقرب إلى الصواب¹، و بالرجوع إلى أحكام المادة 334 و 335 من قانون العقوبات الجزائري نجد أن **المشعر الجزائري** حين نص على تجريم فعل هتك العرض قد جاءت نصوصه عامة فلم تشر إلى الحالات السابق ذكرها، و إنما إكتفى بصور هتك العرض و ما يعتبر منه ظرف تشديد. و أما ما ورد في الفصل 228 و 228 مكرر من المجلة الجزائرية التونسية فنجد أن **المشعر التونسي** قد حذا حذو المشعر الجزائري و هو ما ذهب إليه **المشعر الليبي** في المادة 408 من قانون العقوبات، و هو حال **تشريع المملكة المغربية** لذلك من الواجب الإستعانة برأي الفقهاء و الإجتهاادات القضائية لهذه الدول.

و عموما فإن تفحص المواد المتعلقة بتجريم هتك العرض في تشريعات المغرب العربي يجعلنا **نستخلص** أن هذه الجريمة لا يشترط فيها - الركن المادي - أي شرط يتعلق بجنس الجاني أو المجني عليه، كما لا يتطلب الكشف عن جسم الجاني أو المجني عليه فقد قصدت هذه التشريعات حماية المناعة الأدبية التي يصون بها المجني عليه عرضه من أي فعل يستهدف جسمه و يكون مخلا بالحياء العرضي لديه و لا يلزم أن يترك الفعل أثرا في جسم المجني عليه أو الجاني أو بملابسهما أو بملابس أحدهما، و لا يلزم كذلك في حالة وقوع الجريمة من ذكر أن يكون الجاني قادرا على المباشرة الجنسية فهي بخلاف جريمة الإغتصاب لا تتطلب إيلاجا جزئيا أو كليا، كما يستوي أن تقع الجريمة سرا أو علانية.

و يجب القول أن هذه التشريعات المغاربية قد إختلفت عن التشريع الموريتاني، فهي من خلال نصوصها هذه تؤكد على أنها تحترم ما يسمى بالحرية الجنسية فحسب هذه التشريعات إن قبل المجني عليه و إن لم يكتشف هذا الفعل فلا جريمة و لا عقاب و لو أن ظاهر ما ذهب إليه المشعر الليبي يذهب نفس مذهب المشعر الجزائري و التونسي و المملكة المغربية، إلا أنه بإستقراء نصوصه الجزائرية -المشعر الليبي- نجد أنه على مذهب التشريع الموريتاني إلا أنه قنن ما إستقاه من أحكام الشريعة الإسلامية و مقاصدها و لا ضرر في ذلك إن كانت الغاية من ذلك تثبيت المفاهيم السامية بنصوص تشريعية خصوصا في إطار تعالي الأصوات بالمنادات بفصل الدين عن الدولة و هي النظرية التي أثبتت فشلها على الصعيد الواقعي للدول في صد الجريمة في ظل الإنغماس في الماديات و الرذائل.

الفقرة الثانية:

أثر عدم إتمام الركن المادي على جريمة هتك العرض.

إن البدأ في تنفيذ الركن المادي لجريمة هتك العرض و عدم إتمامه هو ما يسمى بالمحاولة، و بما أن جريمة هتك العرض تعتبر من الجرائم التي ليس بالضرورة أن يكون فيها الوطاء تاما كان لا بد من تفرقتها عن المحاولة في جريمة هتك العرض حسب ما ذهبت إليه التشريعات المغاربية، و الحقيقة أنه لا بد من

¹. غالي الذهبي (إبوارد): مرجع سابق، ص 162.

رفع اللبس عن هذا النوع من الجرائم الذي إستحدثته التشريعات الوضعية و منها التشريعات المغاربية بتقسيم و مفهوم جديد مخالف لما عالجته به الشريعة الإسلامية هذه الجرائم.

أولاً: نظرة التشريعات المغاربية للمحاولة في جريمة هتك العرض.

لقد نص **المشعر الجزائري** في المادة 334 السابق ذكرها بالقول: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من إرتكب فعلاً مخرلاً بالحياء¹ ضد إنسان ذكرنا كان أو أنثى بغير عنف² أو شرع في ذلك..."، فجعل المحاولة من درجة الجريمة التامة لجريمة هتك العرض، و كذلك ذهب **المشعر التونسي** في الفصل 228 مكرر السابق ذكره: "كل إعتداء بفعل الفاحشة³ بدون قوة على طفل لم يبلغ من العمر ثمانية عشر عاماً كاملة يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام و المحاولة موجبة للعقاب"، إلا أن **المشعر الجزائري** إختلف عن **المشعر التونسي** في أنه جعل الشروع مجرماً مثل الفعل المادي تماماً لجريمة هتك العرض بمختلف صورها و دون النظر لظرف ما كصغر السن.

أما **المشعر الليبي** فقد جعل المحاولة تأخذ وصف الفعل المادي لجريمة هتك العرض ضد قاصر، فلم ينص في المادة 408 من قانونه للعقوبات على المحاولة في جريمة هتك العرض، و بالتالي تسقط عليه أحكام المحاولة بصفة عامة في نص المادة 60 من قانون العقوبات الليبي (أشرنا إليها بالنسبة لجريمة الإغتصاب) فيعاقب الجاني بنصف عقوبة مرتكب جنابة هتك العرض، أما **مشعر المملكة المغربية** فقد صرح بالقول في النص السابق: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات من هتك دون عنف أو حاول هتك عرض قاصر..." و بذلك جعل من المحاولة هنا مثل الجريمة التامة في هتك العرض، و لكن إشتراط أن يتم بغير عنف ضد قاصر، كما جرم المحاولة إذا وقعت بعنف على البالغين ذكورا أو إناثاً مثل الفعل التام و هذا في الفصل 486 من التشريع الجنائي للمملكة المغربية.

ثانياً: التفرقة بين المحاولة في جريمة الإغتصاب و جريمة هتك العرض.

نجد أحياناً أنه قد يقع الخلط بين المحاولة في جريمة الإغتصاب و جريمة هتك العرض فقد يقوم الجاني بجملة من الأفعال المادية تمهيداً لإرتكاب جريمة الإغتصاب كأن يستيقظ ضمير الجاني فيقف عند الإيلاج خشية فض البكارة عادلاً بإرادته المختارة عن الجريمة عندئذ لا يعاقب الجاني على شروعه و إنما يعاقب على جريمة هتك العرض، كما أنه قد تكون التفرقة عسيرة في الأعمال المادية التي يأتيها الجاني إذا كان يقصد إرتكاب جريمة هتك العرض أم جريمة تامة - الإغتصاب - لكن توقفت عند حد

¹ . و المقصود به هتك العرض و هو ما يدل عليه النص الفرنسي لنفس المادة .

² . و الأصح وضع لفظ "بعنف" و هو الذي يظهر في النص الفرنسي لنفس المادة.

³ . و هو المقصود به و هو مدلول النص بالفرنسية و الذي مفاده:

"L'attentat à la pudeur commis sans violence sur la personne d'un enfant âgé de moins de dix huit ans accomplis est puni de cinq ans d'emprisonnement .

La tentative est punissable."

الشروع، و بالرجوع إلى القصد الجنائي و دلالاته يمكن القول أنه إذا كانت النية متجهة إلى مجرد العبث بجسد المجني عليها مثلا دون الوطء فنحن هنا بصدد جريمة هتك العرض، أما إذا كانت النية متجهة إلى الوطء ثم حال حائل ما على سبيل المثال كنا بصدد الشروع في جريمة الإغتصاب¹.

الفرع الثاني:

الركن المعنوي لجريمة هتك العرض.

إن جريمة هتك العرض في كافة صورته من الجرائم العمدية، و لذلك يتخذ ركنه المعنوي صورة القصد الجنائي، فلا يعرف القانون هتك عرض غير عمدي، و القصد يتلزم غالبا مع طبيعة الفعل لأن من يأتي الفعل الإرادي المخل بالحياة يكون فعله غالبا مقصودا.

و القصد المتطلب لقيام جرائم هتك العرض هو القصد الجنائي العام الذي يتوفر بالعلم بعناصر الجريمة (الركن المادي)²، فيتحقق بإنصراف نية الجاني إلى خدش حياة المجني عليه و بتعمده ذلك، و عليه إذا كان ما وقع من الجاني على المجني عليه قد وقع عرضا بغير قصد فلا جريمة و لا عقاب بالتالي، و مثال ذلك أن يتشاجر إثنان و أثناء تماسكهما تتمزق ملابس أحدهما فتكشف عن عورة من عوراته، أو يتواجد أشخاص كثر أمام سيارة عامة و يتزاحمون للصعود أو للنزول منها و أثناء ذلك تلامس يد أحدهما عورة من عورات شخص آخر، أو يمزق أحد الركاب ملابس آخر نتيجة لهذا التزاحم فيكشف عورة من عوراته ... و ذلك لأن كشف العورة في مثل هذه الحالات أو ملامستها لم تقع نتيجة لانصراف نية محدثها إلى إحداثها، و إنما الكشف عن عورة أو ملامستها قد وقع عرضا. و القول بوجود توفر القصد الجنائي لا ينصرف إلى الإعتداد بالبواعث و الدوافع التي دفعته إلى إتيان هذا الفعل سواء كان مدفوعا بشهوة بهيمية أو حبا في الإنتقام من المجني عليه و التشهير به أو حتى لمجرد حب الاستطلاع، كما أن الجريمة لا تقوم إذا كان من حق الشخص إتيان ما يرتكب من أفعال كالزواج بالنسبة إلى الإتصال المشروع مع زوجته- إذا تم في إطار ما تأمرنا به أحكام الشريعة الإسلامية- كما ينتفي القصد بالرضا الصادر من المجني عليه سواء كان صراحة أو ضمنا إلا في الحالات التي يعاقب فيها القانون دون أن يعتد بالرضا³، و لقد إنصرفت كل تشريعات المغرب العربي إلى الإعتداد بالقصد الجنائي العام كركن لقيام جريمة هتك العرض دون أن تنصرف إلى وجوب توفر القصد الجنائي الخاص.

¹. أنظر... فودة (عبد الحكم): مرجع سابق، ص 56.

². عيد الله الشادلي (فتوح): مرجع سابق، ص 213، 214.

³. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 153 و 154.

المطلب الرابع:

صور جريمة هتك العرض في التشريعات المغربية.

تتجسد صور جريمة هتك العرض في تشريعات المغرب العربي كلها في فكرتين هما هتك العرض بالقوة و التهديد و هتك العرض بغير قوة أو تهديد، و تتحد الصورتين في إشتراكهما في الركنين المادي و المعنوي لجريمة هتك العرض عموماً.

الفرع الأول:

هتك العرض بالقوة و التهديد.

إستناداً إلى نص المادة 335 من قانون العقوبات الجزائري التي مفادها: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من إرتكب فعلاً مخرلاً بالحياة (المقصود به هتك العرض) ضد إنسان ذكرأ كان أو أنثى بغير عنف (الأصح بالعنف) أو شرع في ذلك..."، و إستناداً إلى الفقرة الثالثة من الفصل 228 من المجلة الجزائرية التونسية السابق ذكره التي تقول: "...و يكون العقاب بالسجن المؤبد إذا سبق أو صاحب الإعتداء بفعل الفاحشة (المقصود به هتك العرض) في الصورة السابقة إستعمال السلاح أو التهديد أو الاحتجاز أو نتج عنه جرح أو بتر عضو أو تشويه أو أي عمل آخر يجعل حياة المعتدى عليه في خطر، و إستناداً إلى نص المادة 408 من قانون العقوبات الليبي السابق ذكرها و التي مفادها: " كل من هتك عرض إنسان بإتباع الطرق المذكورة في المادة السابقة..."، و المقصود بالطرق السابقة ما نصت عليه المادة 407 من نفس القانون و التي تقول: "... كل من واقع آخر بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن عشر سنوات..."، و إستناداً إلى نص الفصل 485 من القانون الجنائي للمملكة المغربية الذي ينص على: "يعاقب بالسجن من خمس إلى عشر سنوات من هتك أو حاول هتك عرض أي شخص ذكرأ كان أو أنثى مع استعمال العنف..."، نجد أن كل هذه التشريعات قد أقرت الصورة الأولى لجريمة هتك العرض و جعلت من العنف و استعمال القوة عنصراً جوهرياً فيها، و لو أنها اختلفت في ضبطها إلا أنه إختلاف ظاهري لفظي في الصياغة، و إن كان لا بد من التوقف عند مدلول الألفاظ المستعملة في المواد السابقة " العنف، التهديد القوة، الخداع ".
فقد ذهب رأي فقهي إلى أن "العنف يشمل جميع أعمال الشدة و الإيذاء و التعذيب"¹، و بالتالي يخرج من هذا المعنى بعض أشكال العنف كمن يندفع نحو امرأة رغماً عنه فيمس موضع العفة منها، فهو هنا و إن تمثلت القوة الجسدية في الإندفاع إلا أنه لا يشكل جريمة هتك عرض².

¹. عبد الرزاق فخري (الحديثي)، حميدي الزعبي (خالد): الموسوعة الجنائية - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص الطبعة I الأردن، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009 م، ص 262.

². إن العنف في معناه اللغوي هو: " استخدام القوة أو الطاقة الجسدية لمن يباشره"، و لكن لا تكفي هذه القوة الجسدية لتحديد مفهوم العنف كما أرادته المشرع الجنائي... محمد سلامة (مأمون): العقوبة و خصائصها في التشريع الإسلامي، مجلة القانون و الإقتصاد، العدد 1، مصر، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص5.

و باعتبار أن العنف يشكل السلوك الإنساني غير المشروع فهناك من يفرق بين العنف المادي و المعنوي، و من أجل ذلك يتفق العنف المادي مع الإكراه المادي، أما الإكراه المعنوي فهو يشير إلى العنف الحادث عن طريق التهديد¹، و هناك من يدخل في معنى العنف القوة و التهديد و المباغته و المكر و الحيلة و كل ما من شأنه سلب الرضا الصحيح²، و بالتالي نجد و لو أن الفقه اختلف في وضع ضوابط واضحة للمعاني السابقة إلا أنها تتفق في تلك الأساليب الضاغطة على المجني عليه و التي لولاها لما حصلت النتيجة و هي إرتكاب الفعل المعد هتك عرض و هذا هو السبب الرئيسي الذي جعل كل تشريعات المغرب العربي تذكر مدلولات قانونية مختلفة لا تشترك سوى في فكرة انعدام الإرادة و كان من الأولى ضبط المفاهيم، فالعنف ليس هو الإكراه و إنما الإكراه هو النتيجة المتحققة عن طريق العنف و التهديد³، و لذلك ينبغي مراعاة عدم الخلط بين المصطلحات و المفاهيم لأنها تؤثر خصوصا على الأحكام الجزائية و ما يقدره القاضي المختص.

الفرع الثاني:

هتك العرض دون قوة أو تهديد.

حين تصفح المواد السابقة من تشريعات المغرب العربي نجد أن **المشروع الجزائري** أورد هذه الصورة في قوله في المادة 334 من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر لم يكمل السادسة عشر من عمره ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك..."، أما **المشروع التونسي** فقد أورد هذه الصورة في نص الفصل 228 مكرر من المجلة الجزائية التونسية بقوله: "كل اعتداء بفعل الفاحشة بدون قوة على طفل لم يبلغ من العمر ثمانية عشر عاما كاملة يعاقب بالسجن مدة خمسة أعوام..."، و أما **المشروع الليبي** فقد نص على هذه الصورة في المادة 408 من قانون العقوبات الليبي بقوله: "... و تطبق العقوبة ذاتها إذا ارتكب الفعل و لو بالرضا مع من كانت سنه دون الرابعة عشر أو مع شخص لا يقدر على المقاومة لمرض في العقل أو الجسم فإذا كان سن المجني عليه بين الرابعة عشر و الثامنة عشر كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة..." .

أما **مشروع المملكة المغربية** فقد نص في الفصل 486 من القانون الجنائي للمملكة المغربية على: "... غير أنه إذا كان المجني عليه تقل سنه عن ثمان عشرة سنة أو كان عاجزا أو معاقا أو معروفا بضعف قواه العقلية، فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة..." .

¹. محمد سلامة (مأمون): المرجع السابق، ص8.

². أنظر... الشواربي (عبد الحميد): مرجع سابق، ص 142 و 143.

³. G. Stefani et G. Levasseur, Droit pénal général et procédure pénale ,Tom 1, édition paris, Dalloz 1979 . p195,196.

و بالتالي فأول ما يلاحظ أن كل تشريعات المغرب العربي قد إتفقت على تجريم هناك العرض و لو وقع برضا المجني عليه إذا كان لم يبلغ سن الرشد، و لو أن المشرع الجزائري إستعمل لفظ " قاصر"، و التونسي إستعمل لفظ طفل و كذا مشرع المملكة المغربية، إلا أن المفهوم واحد لأن الطفل هو القاصر و يشترك اللفظان في أنه الشخص لم يبلغ سن الرشد و يعرف الحدث بأنه: " كل شخص ذكرًا كان أو أنثى لم يبلغ الثامنة عشر من عمره"¹، و أما المشرع التونسي فقد التزم مثل المشرع الجزائري بالسن التي حددتها إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، فعرف الطفل في الفصل الثالث من مجلة حماية الطفل بقوله: "كل إنسان عمره أقل من ثمانية عشر عاما لم يبلغ إلى الرشد بمقتضى أحكام خاصة"²، و هو ما ذهب إليه مشرع المملكة المغربية و كذا الليبي و لو أن هذا الأخير لم يستعمل لفظ "الحدث" و لا لفظ "الطفل"، و إنما ذكر مباشرة السن التي ينعدم فيها الاعتراف بالرضا و بذلك وافق التشريعات السابقة. كما نلاحظ أن التشريعات السابقة كلها إختلفت تحديد موحد لسن القاصر التي ينعدم فيها الإعتداد بالرضا لتقوم بذلك جريمة هناك العرض، فقد أورد المشرع الجزائري هذه الحالة على كل من لم يبلغ سن السادسة عشر من عمره، أما المشرع التونسي فقد رفع السن هنا إلى ثمانية عشر سنة و قد وافق بهذا ما جاء في إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل عموما فلم يخرج عن السن المحدد فيها و هو 18 سنة، أما المشرع الليبي فقد جمع بين تجريم هناك العرض إذا وقع على من هو دون الرابعة عشر من عمره دون قوة و خصص له عقوبة، و بين تجريمه إذا وقع على من هو فوق الرابعة عشر و دون الثامنة عشر و حدد له عقوبة، فهو يتأرجح إن صح القول بين ما ذهب إليه التشريعين السابقين مع إختلاف طفيف، أما تشريع المملكة المغربية فقد وافق ما ذهب إليه المشرع التونسي في هذه النقطة، و كان من الأولى أن يكون على الأقل السن الذي تقوم بموجبه جريمة هناك العرض دون قوة أو عنف موحد لأن فئات الأحداث في هذه الدول لها مشتركات عديدة من حيث الاستعدادات الجسدية و النفسية و الإجتماعية و الدينية.

و يلاحظ أن المشرع الجزائري أيضا فيما يخص هذه الصورة قد جاء نصه السابق عاما يقتصر على حالة صغر السن فقط و كذلك المشرع التونسي، و لو أنهما يتفقان الاثنان مع مشرع المملكة المغربية على عدم الإعتداد بالرضا و عدم ذكره لأنه يكفي فقط توفر السن المطلوب في هذه الصورة، و لكن المشرع الليبي أشار إلى عدم الاعتراف بالرضا و لو أن مشرع المملكة المغربية يشترك مع المشرع الليبي في إضافة حالات أخرى تدخل ضمن صور هناك العرض و هي حالة إذا كان الشخص مريضا مرضا عقليا أو جسديا.

فهذه الحالات تدخل ضمن الحالات التي تعدم الإرادة القانونية الصحيحة بحيث تصبح لا قيمة لها و تكون في حكم العدم، و بالتالي فالجاني يسأل عن جريمة هناك العرض، و يعد من قبيل المرض العقلي

¹. صقر (نبيل)، جميلة (صابر): الأحداث في التشريع الجزائري، (دون طبعة)، الجزائر، دار الهدى، 2008م، ص14.

². عزالدين دياب (حسن): الجرائم الجنسية ضد الطفل، مرجع سابق.

"البه" الذي يعتبر عاهة في العقل توقف نمو الملكات الذهنية دون بلوغ مرحلة النضج الطبيعي، و لا يتطلب في عاهة العقل أن يفقد المصاب الإرادة و الإدراك معا و إنما تتوفر بفقد أحدهما، كما يأخذ حكم العجز الجسدي أو النفسي من حيث إنعدام الرضا في جريمة هتك العرض حالة الإغماء، التخدير و السكر و النوم و التنويم المغناطيسي، و تتوفر جريمة هتك العرض إذا ارتكب الجاني الفعل الهاتك لعرض المجني عليه أثناء نوم هذا الأخير، و ذلك لأنه أثناء النوم لا تكون للشخص القدرة في التعبير عن إرادته فيعتبر أن الفعل قد وقع ضد إرادته¹، أما بالنسبة للتشريعات المغربية التي لم تتطرق إلى هذه الحالات فالأرجح أنه قد تركت تقدير هذه الحالات للجهات القضائية المختصة بشأن قيام جريمة هتك العرض من عدم قيامها، إن لم يوجد ما يدل على ذلك في القواعد العامة.

المطلب الخامس:

تقدير تجريم هتك العرض بين حرمة الذاتية و مساسه بالحرية الجنسية.

نحن في الحقيقة نقر بأن جريمة هتك العرض تختلف عن جريمة الإغتصاب و لو أنهما يجتمعان في أهم نقطة و هي أن الفعل الجنسي يعتبر غير مشروع و تم دون رضا، و لكن من زاوية أخرى نرى أن هتك العرض هو إمتداد لجريمة الإغتصاب في حالة محاولتنا لتقييمه من وجهة ما ذهب إليه أنصار الحرية الجنسية، حيث أنهم أقروا في البدء جريمة الإغتصاب الواقع على المرأة و هذا شرط جوهري في هذه الجريمة، ثم نزعوا هذه الصفة بعد نزعهم أصلا لمصطلح إغتصاب خصوصا على صعيد القانون الفرنسي فأصبح هناك هتك العرض فقط و هو يضم مفهوم الإغتصاب أيضا و العلة في نظرنا هي فكرتين هامتين هما:

أولاً: إسقاط الصفة الحدية عن جريمة الإغتصاب التي تقرها الشريعة الإسلامية و بذلك تكون العقوبة ملطفة، و هذا من باب توفير أكبر حرية للممارسات الجنسية غير الشرعية.

ثانياً: جعل هتك العرض فكرة فضفاضة تخضع للكثير من الجدل و تخضع في ضبطها للكثير من الآراء على الصعيد القانوني و الفقهي و القضائي، و هذا في نظرنا ذريعة لإفلات مرتكبي هذا الجرم و كثرتهم و إن كثر ارتكاب أي فعل و لو كان شنيعا قل العقاب عليه و ترسخت إباحته في أذهان الأفراد. و لا أدل على ذلك أكثر مما واجهناه من خلط في المفاهيم بين الإغتصاب و هتك العرض في نصوص القانون الجزائري و الليبي على سبيل المثال و التي ظهر تأثيرها كبيرا بالمذهب الوضعي الغربي، و يعتبر التشريع الموريتاني الأكثر إنسجاما مع مبادئ الشريعة الإسلامية فيما يخص هذه النقطة بدليل أنه لم ينص أصلا على جريمة هتك العرض لأنها تدخل حسب نظره فيما يمس بالحياء و القيم الحميدة و الأخلاق و هذا في نص المادة 306 من قانون العقوبات الموريتاني.

¹. أنظر... عبد الرزاق فخري (الحديثي)، حميدي الزعبي (خالد): مرجع سابق، ص 265 و 266.

المبحث الثالث:

جريمة الفعل العنفي المخل بالحياء.

جرمت تشريعات المغرب العربي الفعل العنفي المخل بالحياء و جعلته جريمة قائمة بذاتها و هذا حماية للشعور العام بالحياء و صيانة للحس الأخلاقي للناس، و لا يعني هذا القول أن جرائم أخرى كالإغتصاب و هناك العرض و الزنا لا تمس بالحياء العام فهذه الأخيرة أيضا تستطيل لتمس جسم الإنسان مباشرة و دون رضاه، إضافة إلى أنها تمس أخلاق الفرد و الجماعة و لكنها عادة ما ترتكب دون علانية. و قد ضم هذا المبحث خمسة مطالب، تناول (المطلب الأول) تعريف هذه الجريمة، و تناول (المطلب الثاني) الفعل العنفي المخل بالحياء بين إنكاره و النص عليه في التشريعات المغربية، و تناول (المطلب الثالث) أركان جريمة الفعل العنفي المخل بالحياء، و تناول (المطلب الرابع) إنعدام العلنية و أثره على الفعل المخل بالحياء في التشريعات المغربية و تناول (المطلب الخامس) تقدير تجريم الفعل العنفي المخل بالحياء بين كونه محرم لذاته و بين كونه يمس بالحرية الجنسية.

المطلب الأول:

تعريف جريمة الفعل العنفي المخل بالحياء في التشريعات المغربية.

تعتبر جريمة الفعل العنفي المخل بالحياء من جرائم الإعتداء على العرض و إنتهاك الآداب العامة و قد إهتم القانونيون بوضع تعاريف تطبؤها نظرا لما يشوبها من لبس و إختلاط بينها و بين تعريف بعض الجرائم الأخرى، كما إهتمت بتجريمها أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول:

التعريف اللغوي لجريمة الفعل العنفي المخل بالحياء.

إن الفعل العنفي المخل بالحياء هو الذي يرتكب على مرأى الغير و يمس بحياءهم، و هو لا يبلغ درجة الجسامة الكبيرة كهتك العرض لأنه يتميز عنه، و لمعرفة معناه لغويا لابد من معرفة معنى لفظ "العنفي" و معنى لفظ "الحياء"، و لفظ "العنفي" من الفعل علن، و علنا و علانية أي خلاف الخفية، و يقال عالنه الأمر أي أظهره له، و العنفي هو المصدر و هو خلاف السر، أي الظاهر أمره¹، أما لفظ "الحياء" فهو من حيي، و منه الحياة و هو ضد مات، و يقال أيضا حي بالشدة و حياء منه، أي إحتشم و يقال أيضا حيي الطريق أي إستبانته، و إستحي منه أي خجل و إحتشم، و الحياء معناه المطر الخصب النباتات، و الحياء هي الحشمة و إنقباض النفس من الشيء أي تركه خوفا من اللوم².

¹. منجد الطلاب، الطبعة 20، لبنان، المكتبة الشرقية، 1941 م، ص 496.

². المرجع نفسه، ص 151.

الفرع الثاني:

التعريف الفقهي لجريمة الفعل العلني المخل بالحياء.

لم تتطرق تشريعات المغرب العربي لتعريف جريمة الفعل العلني المخل بالحياء في نصوصها التي تجرم هذا النوع من الأفعال، و لكن نجد أنها تعرف في إصطلاح القانون بأنها: "فعل يمس علنا الشعور العام بالحياء في المجتمع"¹.

و بالرجوع إلى التعريف الذي إعتمده الفقهاء نجد أن هذه الجريمة هي: "إرتكاب فعل مادي علنا يחדش حياء العين لدى الغير الذي يشاهد ذلك"²، و هناك من عرفه بأنه: " كل فعل مادي مخل بالحياء العام"³ أو هو: " الفعل العمد المخل بالحياء الذي يחדش من المجني عليه حياء العين و الأذن"⁴، و هناك من عرفه بأنه: "كل فعل يقع على ما يعتبر عورة في جسم الإنسان و موضع عفة و حشمة على مرأى و مسمع شخص و يחדش عاطفة الشعور العام بالحياء"⁵، و بالتالي نجد أن هذه التعاريف تبرز الفوارق بين هذه الجريمة و أفعال أخرى مثل جريمة هتك العرض التي تقتضي تسليط الفعل المخل بالحياء مباشرة على جسم المجني عليه في حين أن في جريمة التجاهر بما ينافي الحياء لا يحصل لمس جسد المجني عليه، فهذا الأخير يتضرر من مجرد مشاهدة الفعل المخل بالحياء.

الفرع الثالث:

التعريف القضائي لجريمة الفعل العلني المخل بالحياء.

لقد ورد في القرار التعقيبي التونسي عدد 288 المؤرخ في 18 أوت 1976م أنه: "فعل مادي يخل بالحياء مغاير للآداب العامة أو تقتضي الأخلاق و الآداب العامة التستر عند إرتكابه سواء كان الفعل في ذاته مشروعاً أو غير مشروع معاقب عليه أو غير معاقب عليه"، و بذلك فهو أمر اعتباري موكول بتقديره لاجتهاد قاضي الموضوع مما يستمده من حالة الواقعة و ظروفها بالنظر للوسط الذي وقعت فيه و درجة الحضارة التي كان عليها هذا الأخير⁶.

¹. معجم القانون، مرجع سابق، ص 267.

². الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 245.

³. غالي الذهبي (الواردي): مرجع سابق، ص 374.

⁴. البغال (سيد): الجرائم المخلة بالآداب فقها و قضاء، (دون طبعة) بيروت، دار الفكر العربي، 1983، ص 357، و رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 167.

⁵. عبد العزيز (سعد): مرجع سابق، ص 11.

⁶. الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 247.

الفرع الرابع:

التعريف الشرعي للفعل العلني المخل بالحياء.

إن الحياء هو: "الحشمة و إنقباض النفس من الشيء و تركه خوفا من اللوم فيه، و قيل الحياء صفة رجل يستر ما يبلي به من المعاصي، أو يمتنع عن كشف ما يخصه من صميم الأمور الباطنية و لا سيما الأمور المتعلقة بالحياة الجنسية¹، و قد ورد ذكره في مواضع كثيرة من القرآن الكريم، تبين قيمة كخصلة في المسلم و كشعبة من شعب الإيمان، فقد قال الله تعالى: " فجاءته إحداهما تمشي على إستحياء..."²، كما زخرت أحاديث الرسول صلى الله عليه و سلم بذكر الحياء فعن أبي هريرة أنه صلى الله عليه و سلم قال: "الإيمان بضع و سبعون شعبة و الحياء شعبة من الإيمان"³.

و قد حرم الشرع كل الأفعال المنكرة التي تؤدي إلى الفساد و الرذيلة و تخدش حياء الناس فانه عز و جل كما حرم الكبائر و منها الزنا لم يتغاضى عن أهون المنكرات و التي تؤدي إلى المفسدة، فقد قال عز و جل: "إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا و الآخرة"⁴، كما حرم حرم أصغر المفسدات التي تهلك المسلم و منها النظرة الحرام فعن بريدة قال: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم لعلي: "يا علي لا تتبع النظرة النظرة فإن لك الأولى و ليس لك الآخرة"⁵، و بهذا و إن لم تعرف الشريعة الإسلامية إسم هذه الجريمة إلا أنها حرمتها في إطار تحريم كل المنكرات من أفعال و أقوال تؤدي إلى مفسدة كبيرة، و قد تركت فقهاء الأمة الإسلامية يجتهدوا في هذا النوع من الإعتداءات على أخلاق المسلمين و ما يتبنوه من قيم إسلامية فيضعون ما يعد ملائما لأي إعتداء عليها من العقوبات.

المطلب الثاني:

جريمة الفعل العلني المخل بالحياء بين إنكارها و النص عليها.

ذهبت كل تشريعات المغرب العربي إلى تجريم الفعل العلني المخل بالحياء عدا التشريع الموريتاني، و قد إتبع كل منهم أساسا جرم بناء عليه هذا الفعل.

و قد حاولوا بهذا التجريم صد هذا الفعل المنكر الذي يطال حتى أمن المجتمع و سكينته إذا إنتشر خصوصا في ظل ما يكثر من سبل عديدة تؤدي إلى إنتشار كل أنواع الفساد.

¹. أنظر... عبد الله أحمد (هاللي): مرجع سابق، ص 128.

². سورة القصص، الآية رقم 25.

³. رواه مسلم،... عبد الله أحمد(هاللي): المرجع نفسه، ص 129.

⁴. سورة النور، الآية 19.

⁵. رواه أبو داود ... لعوية (عمر): الإختلاط بين الجنسين و موقف بعض العلماء منه، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 6 قسنطينة، ص 245.

الفرع الأول:

التشريعات المغاربية التي نصت على الفعل العلني المخل بالحياء.

لقد نص على الفعل العلني المخل بالحياء كل من التشريع الجزائري و التونسي و الليبي و تشريع المملكة المغربية في قانون العقوبات صراحة وجعلوه مجرما مفردين له نصوصا مستقلة.

الفقرة الأولى:

التشريع الجزائري.

لقد ورد في التشريع الجزائري بموجب المادة 333 من قانون العقوبات السابق الذكر و التي جاء فيها: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 2000 دج كل من ارتكب فعلا علنيا مخلا بالحياء..."، و بذلك نجد أن المشرع الجزائري و على غرار المشرع الفرنسي يجرم الفعل المخل بالحياء إلا أنه لم يعرفه و لم يذكر أركانه¹.

الفقرة الثانية:

التشريع التونسي.

أما المشرع التونسي فقد أورد في الفصل 226 من المجلة الجزائرية التونسية: " يعاقب بالسجن مدة ستة أشهر و بخطية قدرها ثمانية و أربعون دينارا من يتجاهر عمدا بفحش"²، و بهذا قد جرم المشرع التونسي هذا الفعل و لكن تحت تسمية مخالفة لما أسماه به المشرع الجزائري و هو التجاهر بالفحش.

الفقرة الثالثة:

تشريع المملكة المغربية.

و بالنسبة لتشريع المملكة المغربية فقد أورد في الفصل 483 من قانونه للعقوبات: "من ارتكب إخلالا علنيا بالحياء، و ذلك بالعري المتعمد أو بالبذاءة في الإشارات أو الأفعال يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنتين، و بغرامة من مائة و عشرين إلى خمسمائة درهم، و يعتبر الإخلال علنيا متى كان الفعل الذي كونه قد ارتكب بمحضر شخص أو أكثر شاهدوا ذلك عفوا أو بمحضر قاصر دون الثامنة عشر من عمره، أو في مكان قد تتطلع إليه أنظار العموم"³، و بهذا فمشرع المملكة المغربية قد إنتهج منهج التشريعين السابقين، أما من الناحية القضائية فقد ورد أن: " جنحة الإخلال بالمروءة علانية لا تعتبر إلا

¹. دردوس (مكي): مرجع سابق، ص 167.

². المجلة الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 71.

³. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 153.

حين صدور الأعمال الفاحشة بمحل عمومي يمكن للعموم الدخول إليه أو في ظروف خصوصية تمكن الغير من مشاهدة تلك الأعمال صدفة...¹.

الفقرة الرابعة:

التشريع الليبي.

أما التشريع الليبي فقد أورد في المادة 421 تحت عنوان: "الأفعال أو الأشياء الفاضحة" أنه: " كل من ارتكب فعلا فاضحا في محل عام مفتوح أو معروض للجمهور يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة و بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها...²، و الملاحظ أن التشريعات السابقة و إن اجتمعت على تجريم هذه الفعل إلا أنها اختلفت في ضبط تسمية موحدة له، و لكنها إتفقت على كون هذا الفعل يرتكب بصفة ظاهرة و علنية تخدش الشعور و الحياء العام لأفراد المجتمع.

الفرع الثاني:

تفرد التشريع الموريتاني بعدم النص على الفعل العلني المخل بالحياء.

أما التشريع الموريتاني فقد أورد في الأمر القانوني رقم 162-83 بتاريخ 09 يوليو 1983م، المتضمن القانون الجنائي في الفرع الرابع الذي جاء بعنوان: "الإعتداء على الشعائر الدينية و الأخلاق الإسلامية" في المادة 306 السابق ذكرها أن: " كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء و القيم الإنسانية أو انتهاك حرمة من حرمت الله أو ساعد على ذلك، و لم يكن هذا الفعل داخلا في جرائم الحدود و القصاص أو الدية يعاقب تعزيرا بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 500 أوقية إلى 50000 أوقية...³.

و بناء عليه فإذا كان المشرع الليبي قد وافق التشريع الجزائري و التونسي و تشريع المملكة المغربية في ضبط الفعل المخل بالحياء، فإن التشريع الموريتاني قد خالف كل التشريعات السابقة، و حاول الخروج من مسأيرة ما جاءت به التشريعات الغربية- و هذا على الأقل من ناحية النصوص التشريعية أي من الجانب النظري فقط - بأن تمسك بتطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية، و حرمه على أساس أنه إنتهاك لحرمت الله إن ورد فيه عقوبة تعزيرية يعاقب بها و إلا عده مما يخضع لعقوبات القانون الوضعي.

فقانون العقوبات الموريتاني أحال صراحة فيما لا يوجد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية و لا يبقى سوى التطبيق الفعلي من طرف القضاة.

المطلب الثالث:

أركان جريمة الفعل العلني المخل بالحياء.

¹ . قرار المجلس الأعلى للمملكة المغربية، عدد 06، بتاريخ 1958/03/25 م، منشور ص 1110، من مجلة القضاء و القانون، عدد 11...
بلمحجوب (إدريس): مرجع سابق، ص 226.

² . قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

³ . الأمر القانوني رقم 162 - 83 المتضمن القانون الجنائي الموريتاني، السابق ذكره.

إن تشريعات المغرب العربي و إن اختلفت في تحديد مدلول الفعل العلني المخل بالحياة - حتى في تسميته ... الفعل الفاضح العلني - إلا أنها لم تخرج عن نطاق الفقه الجزائي عموما و ذلك بتحديد أركانه و هي ثلاثة: الفعل المادي المخل بالحياة العام و ركن العلانية و الركن المعنوي و هو القصد الجنائي.

الفرع الأول:

الركن المادي لجريمة الفعل العلني المخل بالحياة.

بموجب هذا الركن يجب أن يرتكب الجاني فعلا ماديا يقع في صورة "حركة عضوية" تتمثل في حركات أو أفعال أو إشارات أو أوضاع منافية للحياة¹، و بذلك تخرج من نطاق الجريمة الأقوال مهما كانت درجتها فحشا و بذاءة².

الفقرة الأولى:

صور الأفعال التي تكون الركن المادي لجريمة الفعل العلني المخل بالحياة.

رغم كثرة الأفعال المخلة بالحياة العام يمكن بلورت أهم مظاهرها في الطوائف التالية: الأفعال التي يرتكبها الجاني على الغير برضاه، و الأفعال التي يرتكبها الجاني على الغير دون رضاه لكن لا تصل إلى حد هتك العرض، و الأفعال التي يرتكبها الجاني على نفسه سواء كانت إيجابية أو بالترك³. فقد يكون الفعل المخل بالحياة واقعا على شخص معين فإذا لم يكن داخلا في صورة معينة من صور الجرائم الأخرى التي يعاقب عليها القانون كالاغتصاب أو الزنا و لم يبلغ من الفحش الحد الذي يوجب إعتبره هتك عرض، وجبت معاقبته إذا وقع في العلانية كما لو قبل شخص امرأة علنا بغير إرادتها، أو ضمها إلى صدره أو وضع يده على خصرها⁴.

الفقرة الثانية:

كيفية حصر التشريعات المغربية للأفعال المكونة للركن المادي.

رغم أن التشريع الجزائري جرم الفعل العلني المخل بالحياة الواقع على قاصر بغير عنف و حتى الفعل الذي يكون فيه الجاني من الأصول و الفعل العلني المخل بالحياة الواقع بعنف إلا أنه لم يبين ما هي صفات الفعل المخل بالحياة إن كانت مجرد الأفعال المادية في صورة حركة يأتيها الجاني على جسمه أو على جسم المجني عليه إذا توفر الرضا و إعتد به و كان بصفة علنية و هو حال التشريع التونسي أيضا، أما تشريع المملكة المغربية فقد جاءت مادته مقتضبة فلم تؤكد مثل ما فعل التشريع الجزائري على

M.Laur Rassat , Droit pénal, op.cit :p488

.1

.2. غالي الذهبي(ادوارد): مرجع سابق، ص 374.

.3. أنظر ... عبد الله أحمد (هلاي): مرجع سابق، ص 211.

.4. أنظر ... محمد بدوي (أحمد): مرجع سابق، ص 227.

الفعل العلني المخل بالحياة الواقع على قاصر و الواقع من أحد الأصول، أو الواقع بعنف أو بغير عنف، إلا أنه نص على تفصيل ورد في الفصل 483 من قانون العقوبات في صفة الفعل المادي بالقول: "... و ذلك بالعري المتعمد أو بالبذاءة في الإشارات أو الأفعال"، و لو أنه بهذا الموقف يجعلنا نتساءل إن كان ضمن هذه الأفعال تدخل العبارات الكلامية النابية و هل تعتبر من قبيل الفعل العلني المخل بالحياة حسب النص السابق من القانون الجنائي للمملكة المغربية؟ أم أنه ذهب مذهب التشريعين الجزائري و التونسي اللذين إنتهجا منهج التشريع الفرنسي بأن لم تعتبر الأقوال و الكتابة من ضمن الأفعال المكونة لجريمة الفعل العلني المخل بالحياة إلا أنها توصف بالسب العلني¹.

مع العلم أن التشريع الموريتاني سكت عن تفصيل الفعل العلني المخل بالحياة في المادة 306 من قانونه الجنائي، و أضاف التشريع الليبي أن الفعل المادي قد يكون مضمونه توزيع رسائل أو صور أو أشياء أخرى فاضحة أو عرضها على الجمهور أو طرحها للبيع و الإنتاج العلمي و الفني الذي يساء إستخدامه و يعرض على قاصر، و بذلك يكون هذا التشريع قد خالف التشريعات السابقة بإضافة جديدة يبني عليها مضمون الركن المادي لهذه الجريمة.

و مما لا شك فيه أن مفهوم الحياء العام ليس واحدا عند الناس حيث يتأثر بالمحيط و البيئة و المكان و الزمان، و الأشخاص و المجتمعات ككل بقيمتها و عاداتها و ما يؤثر عليها، فالحياء في المجتمعات الإسلامية يختلف عنه في المجتمعات الغربية، و في بلد واحد يختلف الحياء لدى سكان الريف عنه لدى سكان المدينة بل و قد يختلف بين مدينة و أخرى و بين قرية و أخرى²، و بالتالي ترجع السلطة الواسعة لقاضي الموضوع في تحديد ضابط الإخلال بالحياء العام³.

الفرع الثاني:

صفة العلنية في جريمة الفعل العلني المخل بالحياة.

و هو الركن الجوهري في جريمة الفعل العلني المخل بالحياة ذلك أن العبرة في تجريم هذا الفعل هو حماية البصر من مشاهدة مناظر منافية للأداب العامة و ليس ردع الفعل المخل بالحياة في حد ذاته، و قد يكون الفعل علنيا إذا وقع في مكان عمومي، غير أنه من الجائز أن يخل الفعل بحياء الغير حتى و لو إرتكب في مكان خاص و فق شروط معينة⁴.

الفقرة الأولى:

شروط العلنية.

¹. أنظر ... دردوس (مكي): مرجع سابق، ص 170.

². بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 109.

³. غالي الذهبي (إدوارد): مرجع سابق، ص 379.

⁴. بوسقيعة (أحسن): المرجع نفسه، ص 110.

إن إثبات شرط العلنية في جرم الفعل العلني المخل بالحياء يكون عادة وقت ارتكاب هذا الفعل و إكتشافه في الحين بالعثور عليه معاينة لا لمجرد السماع به، فإنه لا يتحقق ركن العلنية بعد مضي عدة أشهر من يوم ارتكاب الفعل،(أي عند ظهور الحمل على المرأة مثلا)، و إن القضاء بخلاف هذا المبدأ القانوني من طرف قضاة الموضوع يعرض قضاءهم للنقض إذا ما تأسس على تطبيق المادة 333 من قانون العقوبات الجزائي، في حين أن الوقائع إرتكبت في مكان بعيد عن العلنية و مما يجعل هذه الجريمة تفقد أحد أركانها الأساسية و بإنعدامه تنعدم الجريمة نفسها، لذا وجب نقض القرار القاضي بالإدانة من أجل فعل علني مخل بالحياء، في حين أن الفعل لم يعاين و إنما إكتشف و سمع به بعد ظهور الحمل على المرأة¹.

و قد أثار قضاء المملكة المغربية هذه النقطة المتعلقة بركن العلنية بقوله: "إن جنحة الإخلال بالمروءة علانية لا تعتبر إلا حين صدور الأعمال الفاحشة بمحل عمومي يمكن للعموم الدخول إليه أو في ظروف خصوصية تمكن الغير من مشاهدة تلك الأعمال صدفة، و أن الحكم بعدم بيانه للصفة العلنية للإخلال المذكور يكون غير مرتكز على أساس شرعي..."²، كما أنه ورد في قرار تعقيبي جزائي تونسي أن: "من أهم أركان جريمة التجاهر بما ينافي الحياء ركن العلانية و يكفي أن تكون الفعلة بمكان عمومي بالتخصيص أو المصادفة و في نفس الفترة الزمنية"³.

الفقرة الثانية:

الأماكن التي ترتكب فيها جريمة الفعل العلني المخل بالحياء.

إن الأماكن العامة التي يمكن أن يرتكب فيها الفعل العلني المخل بالحياء تنقسم قسمين، أماكن عامة بطبيعتها و أماكن عامة بالتخصيص.

أما الأولى: فهي التي تستخدم في مرور العامة أي الأماكن التي يتسنى لكل إنسان أن يمر بها في كل وقت كالطرق العامة و الميادين و الشوارع و المنتزهات العامة، و لا خلاف في أن وقوع الفعل العلني المخل بالحياء في مثل هذه الأماكن يتحقق فيه معنى العلانية سواء كان هناك شهود أو لم يكونوا⁴. و يدخل في مفهوم الأماكن العامة بطبيعتها الحقول و الغابات و الجبال و الشواطئ إذ ينبغي أن يؤخذ في الحسبان مرور الأفراد و احتمال رؤيتهم للأفعال الخادشة للحياء، لكن إذا وقع الفعل في مكان ناء بعيد تماما عن مرور الناس و محاط بما يخفيه عن أنظار الآخرين فإن عنصر العلنية لا يتحقق.

¹. قرار رقم 26957، صادر بتاريخ 1983/11/27 م... صقر (نبيل): مرجع سابق، ص 260.

². قرار المجلس الأعلى للمملكة المغربية، عدد 06 بتاريخ 1958/03/25م، منشور ص 1110 من مجلة القضاء و القانون العدد، 11... بلمحجوب (ادريس): مرجع سابق، ص 226.

³. قرار تعقيبي جزائي عدد-عدد 06، 3514، مؤرخ في 29 سبتمبر 1965م، أنظر... الهادي بن عبد الله (محمد): مرجع سابق، ص 139.

⁴. عبد الله أحمد (هاللي): مرجع سابق، ص 217.

و قد ورد عن المحكمة العليا الجزائرية أن: "القرار الذي أدان المتهمه على أساس أنها مارست الجنس مع المتهم في سيارته على شاطئ البحر لم يخطئ في تطبيق القانون فممارسة الجنس مع الغير بصفة غير شرعية يعد فعلا ماديا مخالفا للآداب العامة بصرف النظر عن الباعث أو نية الجاني، كما أن القيام بالفعل في سيارة على شاطئ البحر يعد فعلا علنيا ذلك أنه لا يشترط لتوفر عنصر العلنية أن يفاجئ الغير عمل الجاني بل يكفي أن تكون المشاهدة محتملة كما هو الأمر في قضية الحال"¹، فإذا لم يشاهد الفعل أحد فإنه يستحيل إثارة التتبع إذ في هذه الصورة من سيرفع الأمر للنيابة؟ لكن التتبع يصبح ممكنا إذا عاين الجريمة أعوان الأمن وحدهم و لو دون حضور أي شخص آخر، فالقانون يحمي أيضا حياء هؤلاء الأعوان من أي خدش².

أولاً: المكان العمومي بالتخصيص.

إن المكان العمومي بالتخصيص يقصد به ما يسمح للجمهور بدخوله في أوقات معينة أو بشروط معينة مجاناً أو بأجرة كالإدارة العمومية و المرافق العامة و المدارس و المحلات التجارية و المستشفيات و قاعات السينما، و تكون هذه الأماكن عمومية في الأوقات التي تكون فيها مفتوحة للجمهور و تأخذ هذه الأماكن صفة الخصوصية في غير تلك الأوقات و بالتالي فالأفعال التي ترتكب فيها عندئذ لا تكون علنية إلا إذا أمكن مشاهدتها بسبب عدم إحتياط الفاعل³.

ثانياً: المكان العمومي بالصدفة.

و أما المكان العمومي بالصدفة فيقصد به المكان الخاص في الأصل الذي يصبح عمومياً عندما يجتمع فيه عدد من الأشخاص صدفة كالسجون و المستشفيات و المحلات التجارية⁴.

ثالثاً: المكان الخاص.

بالنسبة لوقوع الفعل في الأماكن الخاصة فقد توجد العلنية و لو ارتكب الفعل في مكان خصوصي كمنزل أو غرفة أو أرض خصوصية، متى كان في إستطاعة الجمهور مشاهدته و هذه الأماكن منها أماكن معرضة لنظر الجمهور بحيث كل من كان في الطريق العام أن يشاهد ما يقع فيها، و تعتبر العلنية متوفرة فيها حتماً، و أماكن لا يستطيع من كان خارجاً عنها أن يشاهد ما يقع فيها إلا من مكان خصوصي آخر، فنتوفر فيه العلنية إذا ارتكب الفعل العلني المخل بالحياء في جزء من مكان مشترك بين عدة سكان كالسلاالم المشتركة في منزل تسكنه عدة عائلات، و أماكن مغلقة لا يستطيع الخارج عنها أن يشاهد ما يجري فيها و الأصل فيه عدم توفر العلنية لأن إغلاق المكان يحول دون مشاهدة ما يقع فيه

¹ غرفة الجنح و المخالفات، ملف رقم 131411، قرار 1996/12/30 م، غير منشور...بوسقيعة (أحسن): قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 138.

² M. Laure Rassat ,Droit pénal spécial, op.cit, p 491 .

³ . بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائي العام، مرجع سابق، ص 111.

⁴ . المرجع نفسه، ص 111.

شرط أن يكون الفاعل قد إحتاط للأمر الإحتياط الكافي كي لا يستطيع من الخارج أن يشاهد ما يجري و لو عن طريق المصادفة، أما إذا أهمل في ذلك كأن يكون قد أغلق الباب و لكنه لم يحكم إقفاله فإنه يؤخذ على ذلك¹.

الفرع الثالث:

الركن المعنوي في جريمة الفعل العلني المخل بالحياء.

حيث أن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء تعتبرها تشريعات المغرب العربي جريمة قصدية، لأنها تجرمها صراحة مما لا يترك مجالاً للشك في هذا فهي تستلزم تعمد المتهم إرتكاب الفعل العلني المخل بالحياء، لكن هذا الرأي رغم وضوحه إلا أنه يثير عدة إشكاليات، و كان محل جدل بين شراح القانون و يطرح بالخصوص بعض الصعوبات فيما يتعلق بالإثبات، و الإشكال هنا إن كان يكفي صدور الفعل العلني المخل بالحياء لكي تتوفر الجريمة و إدراك الجاني، بأن مثل ذلك الفعل من شأنه أن يחדش حياء من يشاهده أم يجب أن يثبت أن المتهم قصد بالذات خدش الحياء أي لابد من وجود قصد جنائي خاص؟ و الرأي السائد في تشريعات المغرب العربي و التشريعات الأخرى أنه ليس من الضروري إثبات أنه كانت للجاني نية خدش الحياء العام، بل يكفي أن يثبت أن المتهم عرض نفسه ليشاهده الغير في وضع قبيح أو مناف للأخلاق بسبب عدم إتخاذه لإحتياطات كافية أو عدم الإنتباه²، فالجريمة تتوفر سواء قصد الجاني خدش الحياء العام أو أنه لم يتخذ ما يلزم من الإحتياطات لتفادي ذلك دون حاجة إلى إثبات قصد جنائي خاص و هو تعمد خدش الحياء و إنتهى بعض الفقهاء إلى القول بأن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء هي تارة جنحة قصدية بالمعنى العادي لهذه الكلمة و لكنها غالباً جريمة عدم إنتباه أو إهمال³، و قد جاء في محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1955/10/20 م أن: "النية ليست ركناً من أركان الجنحة و أن إدانة مرتكبها تنتج إما من إرادة خدش الحياء العام و إما من مجرد الإهمال و التقصير في إخفاء الفعل المخل بالحياء عن أعين الغير⁴.

المطلب الرابع:

إنعدام العلنية و أثره على الفعل المخل بالحياء في التشريعات المغاربية.

¹. محمد بدوي (أحمد): مرجع سابق، ص 236 و 237.

². الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 270.

³. المرجع نفسه، ص 271.

⁴. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري العام، مرجع سابق، ص 112.

إن إنعدام ركن العلنية في هذه الجريمة لم تشر إليه تشريعات المغرب العربي (تونس و المملكة المغربية و ليبيا و موريتانيا) بنص خاص، أما التشريع الجزائري فقد جرمه و سار بذلك مسار العديد من التشريعات الأخرى كالتشريع الفرنسي، و قد عدّه التشريع الجزائري جريمة قائمة بذاتها و ذلك في نص المواد 334 من قانون العقوبات الجزائري بالقول: "يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد قاصر لم يكمل السادسة عشر ذكرا كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك..." و المادة 335 من نفس القانون: "يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو أنثى بغير عنف¹ أو شرع في ذلك، و هذا الفعل هو عبارة عن فعل يأتيه الجاني على جسم الضحية عنوة لا فرق في ذلك أن تكون الضحية ذكرا أو أنثى². و يرى جانب من الفقه أنه جرم هذا الفعل حماية للحرية الجنسية للمرأة مما قد ينالها من إعتداء في صورة لا تكف لتقوم بها جريمة هناك العرض³، و من ثمة كان دور جريمة الفعل المخل بالحياء بالنسبة لجريمة هناك العرض دورا تكميليا و إحتياطيا فهي مثلها تحمي ذات الحق و تطبق حيث لا يكون الإعتداء من الجسامة بحيث تتوفر به أركان هناك العرض، و له أركان هي **الفعل المادي**، حيث يشترط جانب من الفقه الجزائري أن يمارس مباشرة على جسم الضحية، فإذا لم يقع مباشرة عليها و لكن وقع بحضورها فقد يشكل فعلا علنيا مخلا بالحياء (المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري) أو تحريض قاصر على الفسق و الدعارة (المادة 342 من نفس القانون)⁴، و لكن الراجح أنه لا يشترط أن يمارس على جسم الضحية بل يدخل فيه الأفعال التي يأتيها المتهم على جسمه في حضور امرأة و في غير علنية بما لا يرقى ليكون جريمة هناك عرض (في الرأي الأول و الثاني)⁵.

كما تتطلب هذه الجريمة ركنا آخر هو **إنعدام الرضا**، و هذا الركن متصل بعلة التجريم فهي (حماية شعور المجني عليها و صيانة كرامتها مما قد يقع على جسمها أو بحضورها من أمور مخلة بالحياء على الرغم منها)، و تتطلب هذه الجريمة أيضا توفر **القصد الجنائي العام** بعنصريه، العلم و الإرادة، فيجب أن يكون الجاني عالما بأنه يأتي فعلا مخلا بالحياء في حضور امرأة، و أن تتجه إرادته إلى إتيان الفعل و الإخلال بحياء هذه المرأة⁶.

المطلب الخامس:

الإختلاف بين الفعل العلني المخل بالحياء و الإغراء العمومي.

¹. الأصح "يعنف"، أنظر... قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

². درديوس (مكي): مرجع سابق، ص 169.

³. عبد الحميد نبيه (نسرين): الإجرام الجنسي، مرجع سابق، ص 130.

⁴. درديوس (مكي): مرجع سابق، ص 169.

⁵. عبد الحميد نبيه (نسرين): مرجع سابق، ص 130، غالي الذهبي (إدوارد): مرجع سابق، ص 241 و 242.

⁶. غالي الذهبي (إدوارد): المرجع نفسه، ص 395.

إن الإغراء الغمومي كفعل مجرم نجد على الخصوص التشريع الجزائري قد نص عليه و جرمه في المادة 347 من قانون العقوبات الجزائري و التي جاء فيها أنه: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 1000 إلى 20000 دج كل من قام علنا بإغراء أشخاص من أي من الجنسين بقصد تحريضهم على الفسق و ذلك بالإشارة و الأقوال أو الكتابات أو بأي وسيلة أخرى. و يعاقب على الشروع بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة".

و من خلال نص هذه المادة نجد أن الإغراء العمومي يختلف عن الفعل العلني المخل بالحياء في كونه تلك الدعوة الموجهة من أحد الأطراف بغض النظر عن جنسهم و عمرهم و كونهم ذكورا أو إناثا أو من نفس الجنس، قصد القيام بعلاقة جنسية ، بأفعال شتى و تصرفات تدعوا إلى الفسق بشرط العلنية و التواجد في مكان عام، و إن كان هذا الفعل محظورا مثل الفعل العلني المخل بالحياء إلا أنهما يشتركان في كون المشرع قد جرمهما لكونهما يمسان بالحياء العام، و يختلفان في كون الإغراء العمومي من أهم أركانه تلك الوسيلة التي تعبر عن الدعوة إلى ممارسة تلك العلاقة الجنسية مهما كانت. و قد تتجسد في الإشارة التي يفهم منها الدعوة إلى مباشرة العلاقة الجنسية، كما قد تتجسد في صورة قول واضح يفيد نفس المعنى السابق، كما قد تكون الوسيلة بالكتابة و لو أنها صعبة التصور إلا أنها ممكنة الحدوث¹.

المطلب السادس:

تقدير تجريم الفعل العلني بين حرمة الذاتية و مساسه بالحرية الجنسية و حياء المجتمع.

إن ما ذهب إليه التشريعات المغاربية بخصوص هذه الجريمة يعبر عن فكرتين هما **أولاً**: أن السياسة الجنائية في الأنظمة الوضعية فاقدة للأساس المتين و المنطلق المكين فصارت بلا قرار، و إنطلقت من الظنون و الافتراضات المبنية على متغيرات ليست ثابتة و خلال هذا التخبط قد تصادف أحيانا صوابا قد يبقى أيضا متأرجحا بين الإبقاء و الإبطال لعدم قيامه على الأسس المتينة و القوية. و بناء على هذا القول نجد أن إتباع التشريعات المغاربية للتشريعات الغربية الوضعية عبر عن فشل ذريع ظهر من خلال النص على هذه الجرائم، و عدم الإنطلاق من ثوابت واضحة هي أن الأفعال المنكرة محرمة إنطلاقا من كونها قد تضر بالفرد أو بالمجتمع بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة و دون قيد أو شرط، فلا تجرم الأفعال لكونها تمس بالمجتمع أو لأن ما يمسه اليوم لا يمسه غدا نظرا لتغير مفهوم الأخلاق فيه، أو أنها تجرم إن توفر شرط دون الآخر، لأن الخوض في ماهية الأفعال التي تعتبر منافية من الأفعال غير المنافية للحياء كأننا نقول أن هناك أفعال ذات طابع جنسي و خارج العلاقة الشرعية و هي الزواج إذا لم يعلم و يراها أحد من أفراد المجتمع تعتبر جائزة و غير معاقبا عليها، فكأن أنصار

¹. أنظر... دردوس (مكي): مرجع سابق، ص 208.

الإباحية الجنسية بهذا القول يراوغون ما بقي من الضمائر الحية القليلة بأنهم يحاولون القضاء على كل مظاهر الإنحراف بشرط أن لا تمس ما يسعون إليه و هو الوصول إلى الإباحية الجنسية المطلقة، لأنهم و إن نجحوا في حصر دائرة الأخلاق ثم الأفعال المجرمة لم ينجحوا في قتل الضمير الحي لأفراد المجتمع خصوصا الإسلامي فتجريم الفعل العلني المخل بالحياء جعل التشريعات المغاربية على العموم و القضاء على وجه الخصوص في تساءل مستمر عن: ما هي الأفعال التي تمثل إعتداء على الحياء العام بصفة علنية و ما هي الأفعال التي تخرج عن دائرتها و ما هو أثر عدم توفر العلنية في هذه الجريمة و ما هي أوجه التشابه بينها و بين جريمة هتك العرض أو تحريض قاصر على الفسق؟ و غيرها من الأسئلة التي لا تثبت شيئا سوى الفشل الذريع في الأساس الذي تحاول بعض التشريعات المغاربية التمسك به إقتداء بالتشريعات الغربية.

فلو كان الأساس واضحا و الذي هو نقطة البدء في التجريم للأفعال الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة لما توقف الفقهاء و المطبقون لهذه النصوص في كل مرة للتمييز بينها و لحصر مكوناتها و هذا يعبر من زاوية أخرى على فشل ذريع في التقليل من إستفحالها مما أدى لتدخل المشرع إلى سن نصوص تتوافق مع ما يستجد من هذه الجرائم و إنهيار في القيم الاخلاقية و الدينية الرادعة للمنكرات و الفساد. و **ثانيا:** أن الشريعة الإسلامية تمتاز بأساسها الإيماني المتين و ثوابتها التجريمية و العقابية و كثرة مصادرها و أصولها و مقاصدها و قواعدها، لأنه لو إتبعنا التشريعات المغاربية تجريم هذا الفعل إنطلاقا من كونه محرم لذاته و من كونه منكر بغير قيد أو شرط و دون ربطه بكونه يرتكب في مكان دون آخر أو في وقت دون آخر لتفادلت النقص و لتفادلت التناقض و المحاولة للتمييز و التفرقة بينه و بين أفعال أخرى في كل مرة، فهذه الحلول الترقيعية تظهر الأنظمة المغاربية المتأثرة بالتشريعات الغربية على أنها فشلت في ضبط تصور واضح عن مفهوم هذا النوع من الجرائم و كان الأسهل و الأوضح إتباع ما ذهبنا إليه أحكام الشريعة الإسلامية و هو تجريمه لأنه منهي عنه بموجب الشرع و لأنه خارج العلاقة الشرعية و هي الزواج، و لأنه يؤدي لا محالة إلى إرتكاب الزنا و إنهيار المجتمع بأفراده و أخلاقه و قيمه، و ما أحوجنا لوجود من يفهم و يطبق هذا القول بعيدا عن الأهواء الشيطانية.

المبحث الرابع:

جريمة التحرش الجنسي.

إن تأثيرات العالم الغربي و إنتشار الفكر الإباحي و الإنحلال الخلقي أدى أيضا إلى ميلاد جريمة التحرش الجنسي، و لا يعني هذا أن هذه الأخيرة لم تكن موجودة عبر فترات زمنية سابقة، و لكن المقصود أنه حاليا أصبحت تظهر بكثرة في مجتمعاتنا و على الخصوص في مجتمع المغرب العربي الكبير، و القول بتجريم التحرش الجنسي يطال غالبا فئة النساء ليس صحيحا لأنه يطال أيضا الأطفال و حتى الرجال، و تعتبر هذه الجريمة من قبيل الجرائم الحديثة من حيث تجريمها لا من حيث وجودها، لأن

أساليب الاعتداء متعددة و موجودة منذ الأزل و التي تمس بالخصوص المرأة، و التحرش الجنسي له جذور تعود إلى العهود القديمة إذ تعرض له القرآن بصفة بليغة في سورة يوسف عليه السلام الذي كان ضحية "زليخة" امرأة العزيز حيث قال الله تعالى: "و راودته التي هو في بيتها عن نفسه و غلقت الأبواب و قالت هيت لك قال معاذ الله ربي أحسن مثواي أنه لا يفlech الظالمون"¹، كما عرف النظام الإقطاعي في أوروبا التحرش الجنسي إذ كان الإقطاعيون يتمتعون بما يسمى بحق "التفخيد"، و هو يتمثل في حق السيد في أولوية مضاجعة زوجة العامل الذي يشتغل في أرضه في ليلة الزفاف، و قد إنتشرت هذه الممارسات في عدة قطاعات أخرى مثل الصناعة و خاصة قطاع النسيج الذي يعتبره بعضهم جذور التحرش الجنسي².

و قد ضم هذا المبحث أربعة مطالب، تناول (المطلب الأول) تعريف هذه الجريمة، و تناول (المطلب الثاني) جريمة التحرش الجنسي بين إنكارها و النص عليها في التشريعات المغربية، و تناول (المطلب الثالث) أركان جريمة التحرش الجنسي في التشريعات المغربية و تناول (المطلب الرابع) تقدير تجريم التحرش الجنسي بين كونه محرما لذاته و بين كونه يمس بالحرية الجنسية.

المطلب الأول:

تعريف جريمة التحرش الجنسي في التشريعات المغربية.

حاليا يعتبر التحرش الجنسي وجها من أوجه العنف الذي أصبح يطال المرأة، على وجه الخصوص في مكان العمل و غيره من الأمكنة و يطال غيرها من فئات المجتمع، و قد تعددت التعريفات التي إستعانت بها تشريعات المغرب العربي و إن لم تعرفها مباشرة في قوانينها العقابية.

الفرع الأول:

التعريف اللغوي لجريمة التحرش الجنسي.

إن أول ما يجب الإشارة إليه هو أن أصل جريمة التحرش الجنسي ليس عربيا، و قد إختلفت التشريعات المغربية في النظرة لهذه الجريمة إنطلاقا من الأسس التي سبق و أن رأيناها و التي كانت سببا في تنوع الرؤى نحو هذه الجريمة، و في الغة نجد أن: التحرش و الحرش و التحريش، و هي كلمة مشتقة من الفعل الثلاثي حرش، و يقصد به الإغراء و حرش بينهم أي أفسد بعضهم البعض، و الحرش أن تهيج الضب في جحره، و الإحتراش هو الجمع و الكسب و الخداع، و حرش المرأة حرشا أي جامعها³، أما لفظ "جنسي" فهو خاص بجنس أو مميزات جنسية أو الإتصال و التزاوج بين ذكر و أنثى و

¹. سورة يوسف، الآية 23.

². أنظر ... خماخم (رضا): مرجع سابق، ص 310.

³. براك (أحمد): السياسة الجنائية المعاصرة في مكافحة التحرش الجنسي... متوفر على موقع:

هو أيضا المثير للغريزة الجنسية¹، و بذلك يلاحظ أن المعنى اللغوي قد يصيب معنى التحرش الإصطلاحي و قد لا يصيبه.

الفرع الثاني:

التعريف الفقهي لجريمة التحرش الجنسي.

إن التحرش هو: "الإغراء و إثارة العاطفة و الغرائز الجنسية، حيث يستخدم المصطلح للدلالة على السلوك الذي سيهدف إلى الإغواء بقصد الإستمالة إلى إرتكاب أفعال لا أخلاقية قد تكون مقدمة لجريمة الزنا، الإغتصاب أو هناك العرض أو اللواط"²، و هو مصطلح أجنبي ليس له أصول عربية و لم يتم تحديد معنى شامل له، و لكن يعرف من الناحية الفقهية بأنه: "التصرفات التي تنتهك بموجبها الحقوق الجنسية للمرأة"³، و الملاحظ أن هذا التعريف ذو مدلول ضيق لمعنى التحرش الجنسي حيث أنه قصره فقط على التحرش الواقع على المرأة.

و هناك من عرفه بأنه: "سلوك عدواني ذو طبيعة جنسية يرتبط بالخوف الذي يستمد أساسه من إستغلال النفوذ و علاقته بالسلطة و الإحساس بالعجز أمام سلطة المتحرش"⁴. و قد عرف أيضا بأنه: "أي سلوك غير مرغوب فيه ذي طابع جنسي أو أي سلوك قائم على الجنس يمس بكرامة الرجل و المرأة في مكان العمل و يشمل السلوك الجسدي و اللفظي و غير اللفظي، غير المرغوب فيه"⁵.

الفرع الثالث:

التعريف الدولي لجريمة التحرش الجنسي.

أما على الصعيد الدولي يعتبر التحرش الجنسي فعلا محرما يخالف مقتضيات إتفاقيات إلغاء كل أشكال التمييز إتجاه النساء لسنة 1979 م، التي تخولها الحق في سلامة ظروف العمل، لذلك عكفت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على إعداد توصية عامة رقم 19 بمناسبة دورتها الحادية عشر لسنة 1992 م، حيث تطرقت للعنف القائم على الجنس و من ضمنه التحرش الجنسي، و هو ما عولج أيضا على المستوى الأوروبي في إطار القانون المتعلق بمكافحة التحرش الجنسي الملحق بالتوصية رقم

¹. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 225.

². براك (أحمد): مرجع سابق، ص 12 و 13.

³. صقر (نبيل): مرجع سابق، ص 326.

⁴. المرجع نفسه، ص 326.

⁵. نعيم شلالا (نزيه): دعاوى التحرش و الإعتداء الجنسي، (دون طبعة)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، (دون سنة نشر)، ص 8.

131/92 الصادرة عن اللجنة الأوروبية بتاريخ 1991/11/27 م¹، كما أن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة عرفت جريمة التحرش الجنسي بأنها: "كل سلوك غير ملائم تتعرض له المرأة، فيقوم على دواعٍ جنسية سواء كان عن طريق الأقوال أو الأفعال"²، كما تناولت التشريعات الدولية على اختلافها مواضيع عامة و خاصة من أجل حماية الأفراد من جريمة التحرش الجنسي، و على وجه العموم جاء ميثاق الأمم المتحدة معتمدا في سان فرانسيسكو عام 1945 م أول معاهدة دولية تشير في عبارات واضحة و محددة إلى إيمان المنظمة الدولية بحقوق الإنسان للمرأة الذي أكده الميثاق، فقد بدأت في وقت مبكر أنشطتها من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة فأنشأت لجنة مركز المرأة عام 1946 م و بدأت نشاطاتها لمراقبة أوضاع المرأة و نشر حقوقها، و توالى الموثائق الدولية التي تؤكد على الحقوق الإنسانية عموما و حقوق المرأة على وجه الخصوص، ثم جاء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المواطن عام 1948 م، حيث تنص مادته الأولى: "يولد جميع الناس أحرارا و متساوون في الكرامة و الحقوق"، و كذلك المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا لعام 1993 م الذي شدد على ضرورة العمل من أجل القضاء على العنف ضد المرأة في الحياة العامة و الخاصة، كما جاء في البروتوكول الثاني الإضافي في 1977 م إلى اتفاقيات جنيف المنعقدة في 1949 م و المتعلق بالنزاعات المسلحة غير الدولية في المادة 4: "2... - تعد الأعمال التالية الموجهة ضد الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى محظورة حالا و استقبالا و في كل مكان و زمان و ذلك دون الإخلال بطابع الشمول الذي تتسم به الأحكام السابقة: ... هـ - إنتهاك الكرامة الشخصية و بوجه خاص المعاملة المهينة و المحطة من قدر الإنسان و الاغتصاب و الإكراه على الدعارة و كل ما من شأنه خدش الحياء..."³، و قد جاءت أيضا وثيقة ستوكهولم عام 1996 م التي أكدت على ضرورة حماية الطفل من التجارة الجنسية و استخدامه في الدعارة و المواد الإعلامية الإباحية.

الفرع الرابع:

التعريف الشرعي لجريمة التحرش الجنسي.

لا شك أن جريمة التحرش الجنسي من صور الأذى التي حذر منها الله عز و جل بقوله: " يا أيها النبي قل لأزواجك و بناتك و نساء المؤمنين يدنين عليهن من جلابيبهن، ذلك أدنى ألا يعرفن فلا يؤدين و كان الله غفورا رحيمًا"⁴، و قد ثبت في عهد السلف أن لباس الجلباب من شعائر الحرائر تمييزا لهن عن غيرهن من نساء المدينة فأمرن بلبسه عند كل خروج لكي لا يتعرض لهن أحد أو يتحرش بهن بالأقوال

¹. يحيوي (عمر): التحرش الجنسي في مكان العمل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، عدد 3 جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2005 م، ص 49.

². المرجع نفسه، ص 50.

³. عتلم (شريف)، ماهر (عبد الواحد): مرجع سابق، ص 354.

⁴. سورة الأحزاب، الآية 59.

التي تخجلهن و هذا يعتبر من قبيل سد الذرائع، و قد كرم الإسلام الإنسان رجلا كان أو امرأة صغيرا أو كبيرا حيث قال تعالى أيضا: "و لقد كرمنا بني آدم و حملناهم في البر و البحر و رزقناهم من الطيبات و فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا"¹، فالشريعة الإسلامية و إن لم تذكر هذا الجرم بتسميته الحالية إلا أنها وضعت أسسا متينة في أحكامها من أجل منع حدوثه أصلا و سدا لأي باب يقود إليه فهي صالحة لأي زمان و مكان.

المطلب الثاني:

جريمة التحرش الجنسي بين إنكارها و النص عليها.

إن التشريعات المغاربية قد إنقسمت إلى إتجاهين إثنين، الإتجاه الأول نص على جريمة التحرش الجنسي خصوصا بعد جملة التغيرات الحاصلة على الصعيد الدولي و المناذاة المستمرة بحقوق الإنسان في ظل الإنتهاكات الصارخة على شتى الأصعدة، و الإتجاه الثاني سكت عن النص على جريمة التحرش الجنسي.

الفرع الأول:

التشريعات المغاربية التي نصت على جريمة التحرش الجنسي.

لقد جرم كل من التشريع الجزائري و التشريع التونسي و تشريع المملكة المغربية التحرش الجنسي في قوانينهما العقابية، و قد حصروا جملة الأفعال التي تعد من قبيل التحرش الجنسي دون التطرق لتعريفه في نصوصهم العقابية، و قد إجتمعا ثلاثتهم في كون هذا الفعل قد جرم حديثا في تشريعاتهم العقابية.

الفقرة الأولى:

التشريع الجزائري.

لقد ورد في المادة 341 مكرر من قانون العقوبات الجزائري أنه: "يعد مرتكبا لجريمة التحرش الجنسي و يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) و بغرامة من 50000 دج إلى 100000 دج كل شخص يستغل سلطة وظيفته أو مهنته عن طريق إصدار الأوامر للغير أو بالتهديد أو بالإكراه أو بممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية..."².

إن النظر إلى هذا النص يجعلنا نستخلص جملة من النتائج تبين نظرة التشريع الجزائري لهذا الجرم و كذلك مدى تأثره بالنظم الوضعية و ما يستجد على صعيدها خصوصا القانون الفرنسي، و الحقيقة أنه لا عيب إن كانت هناك نتائج إيجابية يمكن الإقتداء بها، و لكن العيب هو الأخذ بما يرسوا عليه الفكر الغربي من إيجابيات و سلبيات، حيث نعم أنه لم ينطلق في أبحاثه من مسلمة مبنية على اليقين مثل أحكام الشريعة الإسلامية و لكنه كان ينطلق من إفتراضات ثم يأتي من يبطلها و يضع إفتراضات أخرى

¹. سورة الإسراء، الآية 70.

². أنظر... قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

و هكذا فتارة يصيب و غالبا ما يخطئ و هو في كل مرة يحاول تعديل ما وصل إليه مع ما إستجد عليه من طبائع مجتمعه.

فقد جرم المشرع الجزائري التحرش الجنسي بموجب تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 04 - 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 م¹، و قد جاء هذا التعديل بعد ظهور تجريم هذا الفعل خصوصا على الصعيد الفرنسي حيث تعتبر فرنسا الأولى من جرمتها بهذا المسمى فبعد جدل طويل حول ماهية التحرش و موضعه القانوني رست على وضع فعل التحرش الجنسي جنبا إلى جنب بجوار جرائم الإغتصاب و الإيذاء الجنسي المقترن بالعنف و أدخل المشرع الفرنسي تعديلا آخر بقانون 1998/06/27 م²، و قد ذهب القانون الفرنسي إلى القول بأنه: يعاقب بالسجن مدة عام، و بغرامة قدرها خمسة عشر ألف أورو كل من تحرش بالغير بإعطاء أوامر، التلطف بتهديدات، تسليط إكراه أو ممارسة ضغوطات شديدة بهدف الحصول من شخص متعسف في إستعمال السلطة التي منحها له وظيفته على منافع ذات طبيعة جنسية³.

و بهذا ساير المشرع الجزائري هذا التطور الحاصل على صعيد القانون الفرنسي و الدولي الذي أحس أخيرا بخطورة هذا الفعل في أماكن العمل و غيرها و تهديده حتى للجانب الإقتصادي، و الحقيقة أنه يتبادر إلى أذهاننا تساؤل هام هو: هل كان المشرع الجزائري ليجرم هذا الفعل لو أنه لم يجرم على صعيد القوانين الفرنسية؟ و لم لم يتبع مشرعنا الجزائري منذ الوهلة الأولى شريعتنا الإسلامية التي وضعت أحكاما واضحة في كل المجالات و ما لم يوجد فيه نص ترك في إطار الإجتهد و فق ضوابط وضعت تعتبر صالحة لكل زمان و مكان؟ و هذا الفعل في نظرها يعتبر منكر لا بد من الإنتهاء عنه و هو باب الرذائل لا محالة.

إن الحقيقة الموجودة هنا أن المشرع الفرنسي يسجل له تجريمه لهذا الفعل و لو أننا نتحفظ على أساس تجريمه له و الذي ينطلق من كونه ماس بالحرية الجنسية و هو ما يعارض مبادئ الشريعة الإسلامية التي كانت السبابة إلى تجريمه و لكن تحسب على المشرع الجزائري الذي لم يجرم هذا الفعل و لديه من مصادرها الإسلامية الصالحة لدرع أي فعل ضار و هو بهذا يؤكد على إنسياقه لإتباع القوانين الوضعية الغربية و يتناسى فشلها الذريع لأن هذه الجريمة لم تجرم عندهم إلا بعد تعالي الأصوات بالحرية الجنسية و المناداة بإبعاد الدين عن الدولة فحتى رواد هذا المذهب تضرروا منها فأعادوا النظر في هذا الفعل. كما يجب القول أن حداثة تجريم التحرش الجنسي أثبت فشل السياسة الجنائية الوضعية في صد الجرائم، و إستفعالها في صور عديدة و إمتدادها إلى قطاعات حساسة في هذه الدول ما جعل من مشرعي هذه الدول يعيدون النظر في جملة الأفعال المجرمة لديهم.

¹. المرجع نفسه.

². عتيق (السيد): جريمة التحرش الجنسي - دراسة جنائية قانونية - (دون طبعة)، القاهرة، دار النهضة العربية، (دون سنة نشر) ص 20.

³. Code pénal français, paris, Dalloz, 2012-11-11, p 69.

الفقرة الثانية:

التشريع التونسي.

لقد ورد في نص الفصل 226 ثالثا (أضيف بالقانون عدد 73 لسنة 2004 م المؤرخ 02 أوت 2004 م) من المجلة الجزائرية التونسية أنه: "يعاقب بالسجن مدة عام و بخطية قدرها ثلاثة آلاف دينار مرتكب التحرش الجنسي.

و يعد تحرشا جنسيا كل إمعان في مضايقة الغير بتكرار أفعال أو أقوال أو إشارات من شأنها أن تنال من كرامته أو تخدش حيائه و ذلك بغاية حمله على الاستجابة لرغباته أو رغبات غيره الجنسية أو بممارسة ضغوط عليه من شأنها إضعاف إرادته على التصدي لتلك الرغبات...¹.

إن هذا النص على جريمة التحرش الجنسي في التشريع التونسي يوصلنا إلى عدة نتائج أيضا تتعلق بمدى إصرار هذا التشريع على إتباع النظم الوضعية الغربية و مسايرتها، و إن كان هذا الفعل هو حقيقة لا بد من وأده إلا أن سبب تجريم المشرع التونسي- و مثله الجزائري- هو المساس الصارخ الذي تزايد على مستوى الهيئات الإقتصادية و الإجتماعية بالحرية الجنسية من خلال تحرش الأفراد ببعضهم البعض، لأنه لا ضير في حدوث الفعل عند هؤلاء إن كان رضى المجني عليه موجودا فقد يبرره أصحاب المذاهب الوضعية إنطلاقا من كونه عبارة عن مداعبة بريئة أو حبا أو نوايا حسنة... و كان من الأولى تجريم هذا الفعل من منظور الشريعة الإسلامية التي تراه بابا من أبواب الرذيلة و لا بد من غلقه و بهذا التجريم في القانون التونسي كان التأكيد على عدم إتباع أحكامها و جعل هذا الفعل مجرما فقط لأنه جرم في الشريعات الوضعية الغربية و شتان بين أصل تجريم هذا الفعل في هذين المذهبين.

الفقرة الثالثة:

تشريع المملكة المغربية.

قد جاء أيضا في الفصل 503-1² من قانون المملكة المغربية: "يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين و بالغرامة من خمسة آلاف إلى خمسين ألف درهم من أجل جريمة التحرش الجنسي كل من استعمل ضد الغير أوامر أو تهديدات أو وسائل للإكراه أو أية وسيلة أخرى مستغلا السلطة التي تخولها له مهامه لأغراض ذات طبيعة جنسية"³، و نلاحظ أيضا من خلال هذا التعريف الأخير أنه يوافق ما جاءت به أغلب التشريعات المغاربية السابقة، لأنها جاءت نصوصها تجرم التحرش الجنسي الواقع على "الغير"، و لم تحدد جنسه أو صفته لأنه على العموم ذلك العمل الواعي المقصود الذي يقوم به إنسان ذو نزعة جنسية بإتباع أساليب مختلفة بقصد الوصول إلى الإثارة الجنسية أو إشباع رغبة جنسية، فيقوم عادة بإقتحام

¹. المجلة الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 72.

². يتم مجموعة القانون الجنائي بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.3-207 في، 11/11/2003 م بتنفيذ القانون رقم 03. 24 المادة الخامسة من قانون المملكة المغربية).

³. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 22.

حميمية الشخص و الإندفاع نحوه دون رضاه، إذ بعد رفض الغير يصبح هذا العرض فرضاً و بالتالي فالمعتدي يقوم بإضعاف إرادة المجني عليها و حملها على القبول بمشاعره، و هو ما يثير لدى المجني عليها مشاعر القرف و الإرتباك و الإنزعاج بحدة، و قد يتصور أن يكون هذا الإقتراب عن طريق الهاتف عندما يصبح مقترناً بالإلحاح و الملاحقة و التحرش الجنسي إذن هو مظهر من مظاهر الخلل في العلاقات بين الجنسين داخل المجتمع و شكل من أشكال القهر الذي تتعرض له المرأة داخل المجتمع (لأنه في الغالب يقع عليها).

ثم إن إجتماع ثلاثة تشريعات من التشريعات المغاربية - و هي من وجدنا أنها منذ الأول من تحاول الإقتداء بالتشريعات الغربية - على تحصيل هذه الدول بتجريم التحرش الجنسي لهو الإثبات الكبير على فشل تلك المنظومة الوضعية الغربية و فشل من حاول إتباعها في التحكم بتزايد الجرائم الماسة بالأعراض و الأخلاق فكانت النتيجة خلق جرائم أخرى و شل على الصعيد الإجتماعي و الأخلاقي و الديني.

الفرع الثاني:

التشريعات المغاربية التي لم تنص على جريمة التحرش الجنسي.

لقد إجتمع كل من تشريعي موريتانيا و ليبيا على عدم تجريم التحرش الجنسي و الحقيقة أن هذا الغعل لا يعتبر من قبيل كون هذين الدولتين تقران إرتكابه و لكن لأن أساس التجريم في هذه الدول مختلف عما إتبعته التشريعات السابقة.

الفقرة الأولى:

التشريع الموريتاني.

إن التشريع الموريتاني كان واضحاً بتجريم كل ما هو ماس بالأخلاق الحميدة و هذا في نص المادة 106 من قانون العقوبات الخاص به، و أوكل فيما لا يوجد فيه نص الصل للقاضي الجزائي يقضي وفق أحكام الشريعة الإسلامية و هذه الأخيرة أمرت بغض البصر و منع الإختلاط و عدم السفر إلا بمحرم لأن كل هذه الأفعال هي أفعال من يحبون شيوع الفواحش بين الناس ليفعلوا ما تأمرهم به أنفسهم و قد قال عز و جل: " إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا و الآخرة و الله يعلم و أنتم لا تعلمون"¹، كما قال الله عز و جل في حق الرجال: " قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم و يحفظوا فروجهم"²، و قال أيضا في حق النساء: "قل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن و يحفظن فروجهن"³.

¹. سورة النور، الآية 19.

². سورة النور، الآية 30.

³. سورة النور، الآية 31.

فقد بين ديننا الحنيف الطريق إلى العفة الذي أثبت عبر مر العصور في التاريخ الإسلامي نجاعته في حماية الأخلاق و الأعراس، و لا يبقى على القاضي الموريتاني سوى التطبيق السليم للنصوص و الآيات لأنها من المصادر الأساسية التي يعتمدها القانون الموريتاني.

الفقرة الثانية:

التشريع الليبي.

مما سبق وصلنا إلى أن المشرع الليبي فيما يخص جرائم الحدود كان صارما و قد بين السياسة التشريعية التي ينتهجها في مواجهة جرائم العرض و الأخلاق و سكوته هذا و إن كان الأولى أن يجرم هذا النص بوضوح التحرش الجنسي و يتدارك ذلك بتعديله لقانون العقوبات، إلا أن هذا النقص أقل ضررا من أنه يتبع السياسة الوضعية الغربية فهو حتى حينما نص على تجريم تلك الأفعال وضع لها عنوانا مفاده "الجرائم ضد الحرية و العرض و الأخلاق" فالمهم أنه لم يتنازل عن المبادئ التي تتعلق بالجرائم الحدية و يبقى ما دونها متروك للمشرع يتداركه بالتعديلات لقانون العقوبات أو للقاضي يحكم بما لا يخرج عن سلطته التقديرية لدفع الضرر.

المطلب الثالث:

أركان جريمة التحرش الجنسي في التشريعات المغربية.

إن الملاحظ أن أكثر الحالات للتحرش الجنسي تقع من الرجال على النساء، إلا أن هذا لا ينف وقوعه على الرجال سواء من امرأة على رجل أو من رجل على رجل، أو التحرش الجنسي الواقع على الأطفال و قد جاءت تشريعات المغرب العربي الكبير عامة فقد إستعملت لفظ "الغير"، و لم تضع لفظ "المرأة" أو "النساء" و هذا اللفظ يشمل كل فئات المجني عليهم، و عموما فالتحرش الجنسي هو تلك الخطوات الأولية التي تتمثل في أفعال مجرمة إذا بلغ المتحرش مقصده من خلالها، إمتدت آثارها إلى جرائم ماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة، كالاغتصاب و هنك العرض و جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم جريمة تحريض القصر على الفسق و الدعارة.

الفرع الأول:

الشرط الأولي في جريمة التحرش الجنسي.

إن المقصود بالشرط الأولي في جريمة التحرش الجنسي هو تلك العلاقة بين الرئيس و المرؤوس، و هي السمة التي تميزه عن غيره من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، و يعتبر ميدان العمل من

أوسع الأوساط إنتشارا لهذا الجرم، لهذا هناك من جرم التحرش الجنسي مشترطا علاقة التبعية بين الرئيس و المرؤوس و هناك من جرمه دون إشتراطها، و هو ما تأثرت به التشريعات المغربية أيضا.

الفقرة الأولى:

التشريعات المغربية التي إشترتت علاقة الرئيس بالمرؤوس.

لقد إتجهت العديد من التشريعات الوضعية إلى إشتراط أن تكون هناك علاقة الرئيس بمرؤوسه، لكي تقوم جريمة التحرش الجنسي، و من بين هذه التشريعات التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية.

أولا: التشريع الجزائري.

بتصفح المادة 341 مكرر من قانون العقوبات الجزائري القائلة: " ... كل شخص يستغل سلطة وظيفته أو مهنته..."، لقد نص المشرع الجزائري على التبعية بين الرئيس و المرؤوس كأحد شروط قيام جريمة التحرش الجنسي و لم يجعله على إطلاقه، و الأولى لو لم ينص عليه لأن التحرش الجنسي أصبح يمس كل فئات المجتمع في كل الأمكنة و الأوقات لتدهور الأنظمة الأخلاقية و الدينية و الإقتصادية.

ثانيا: تشريع المملكة المغربية.

جاء الفصل 503-1 من القانون الجزائري للمملكة المغربية السابق ذكره، ينص على: "... مستعملا السلطة التي تخولها له مهامه..."، يلاحظ أنه لا يمكن تصور جريمة التحرش الجنسي في هذه القوانين المذكورة خارج إطار علاقات التبعية التي تتسم بها سلطات الرئيس بالمرؤوس، في إطار العلاقات الموجودة بموجب قوانين و قواعد الوظيفة و العمل على إختلافها و تعددها، و يعتبر هذا شرط ذو معنى ضيق لأنه يفلت الأفعال التي تعتبر من قبيل التحرش الجنسي و التي تكون مرتكبة في الأماكن المغلقة و الواقعة من زميل على آخر بغض النظر عن جنسه و صفته، فقد لا يكون رئيسا و إنما مجرد عامل أو موظف يجمعه مع المجني عليه علاقة عمل، و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي منذ تعديله قانون العقوبات بموجب قانون 2002/01/17 م لم يعد يشترط علاقة رئيس بمرؤوس بين الجاني و المجني عليه، حيث لم يعد يشترط النص أن يكون الجاني شخصا يستغل سلطة وظيفته و تبعا لذلك تقوم الجريمة و لو صدر التحرش عن زميل في العمل أو من أحد زبائن المؤسسة، بل و حتى لو صدر من مستخدم¹.

الفقرة الثانية:

تفرد التشريع التونسي بعدم إشتراط علاقة الرئيس بالمرؤوس.

يعتبر المشرع التونسي هو المشرع الوحيد الذي جرم التحرش الجنسي بغض النظر عن العلاقة التبعية بين الرئيس و المرؤوس، و ذلك حين أورد في الفصل 226 - ثالثا- من المجلة الجزائية التونسية تجريم التحرش الجنسي على إطلاقه دون أن يشترط علاقة التبعية بين الرئيس و المرؤوس، و قد ذهب أبعد من

¹. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 149.

ذلك حين جرم التحرش الجنسي الواقع على الأطفال بقوله في نفس الفصل السابق: "... و يضاعف العقاب إذا ارتكبت الجريمة ضد طفل أو غيره من الأشخاص المستهدفين بصفة خاصة بسبب قصور ذهني أو بدني يعوق تصديهم للجاني"، و بالتالي فقد حاول تجريم كل أفعال التحرش الجنسي بغض النظر عن الجنس أو السن أو صفة المجني عليه تفصيلا دقيقا، و هو و إن وافقه تشريع المملكة المغربية و التشريع الجزائري، إلا أنهما كان تجريم التحرش الجنسي عندهما غير مفصلا، و الأولى اللجوء إلى نفس ملجأ المشرع التونسي بإعتبار أن هذا الفعل إمتد و إستطال ليكون جريمة تقع على كل الفئات و الأجناس و في كل الأمكنة و بغض النظر عن الوظيفة و حتى في نطاق الأسر و بين المحارم.

الفرع الثاني:

الركن المادي لجريمة التحرش الجنسي.

حسب المواد المذكورة سابقا فيما يخص جريمة التحرش الجنسي في تشريعات المغرب العربي، و كباقي الجرائم المذكورة سابقا لابد من توفر الركن المادي الذي يتمثل في المظهر الخارجي للإرادة الإجرامية، فتوافر هذا الركن هو شرط توافر الجريمة من عدمه، و يتمثل بهذا في المساس الخطير بهدوء الشخص المجني عليه، فالتصرف لا يمكن تجريمه إلا إذا كان الإعتداء على هدوء الغير قد تجسد بالفعل¹، و عليه يتكون الركن المادي لجريمة التحرش الجنسي في الإزعاج النفسي و النتيجة و العلاقة السببية.

الفقرة الأولى:

الإزعاج النفسي.

و يقصد بالإزعاج النفسي إستخدام أوامر أو تهديدات أو إكراه تعتبر من صور التحرش الجنسي الذي لا تقع الجريمة إلا بها، و الغاية من إستعمال هذه الوسيلة هو الحصول على فضل ذو طابع جنسي². و قد ذهب جانب من الفقه إلى أن الركن المادي يتمثل في صدور سلوك عن الجاني يتجسد إما في مضايقة الغير بالقيام بأفعال أو أقوال أو إشارات من شأنها أن تنال من كرامته أو تخدش حيائه و ذلك بغاية حمله على الاستجابة لرغباته أو رغبات غيره الجنسية، أو بممارسة ضغوط عليه من شأنها إضعاف إرادته على التصدي لتلك الرغبات³.

و بهذا لا يقوم الركن المادي بأفعال الإغراء مهما كانت درجاتها، و ينحصر الإغراء في النظرات المنحطة أو الأسئلة المبتذلة أو الأحاديث الجنسية، في حين أن التحرش ينشأ بوجود إتصال جسدي

¹. عتيق (السيد): مرجع سابق، ص 75، 76.

². بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 149.

³. خماخم(رضا): مرجع سابق، ص 311.

بالمجني عليها مع إفتراض أن هذا الإتصال لم يتعد حدا من الجسامة و إلا تحول إلى إعتداء جنسي أو إغتصاب¹.

الفقرة الثانية:

الوسائل المستعملة لإتمام الركن المادي.

تتنوع الوسائل المستعملة لإتمام الركن المادي من إصدار للأوامر، إلى الإكراه بشتى صوره و أنواعه يستعملها المتحرش للوصول إلى غايته التي تتم بها الجريمة.

أولاً: إصدار الأوامر.

و يقصد به ما يصدر من رئيس إلى مرؤوس من طلبات تستوجب التنفيذ، و قد يكون الأمر كتابيا أو شفويا و من هذا القبيل مدير مؤسسة الذي يطلب إحدى مستخدمتيه إلى مكتبه و يأمرها بغلق الباب و خلع ثيابها².

و المقصود بالأوامر تلك الأوامر التي ليست لها علاقة بالعمل، و هي الصورة الغالبة في التحرش الجنسي، و قد تتمثل في التهديد، و المقصود به إرهاب المرؤوس من عقوبة ستحل به إن لم يرضخ للطلبات الجنسية للطالب، فقد يكون التهديد بعدم مساعدة المجني عليه، أو عدم قضاء مصالحه أو طرده من العمل أو عدم حصوله على حق له كفله له القانون، أو كما إذا هدد شخص آخر بتعطيل مصالحه أو إفساد علاقة الزوجية أو فسخ خطوبة أو نقله من وظيفته أو فصله منها أو رفع دعوى تعويض عليها أو إفشاء سر أو نسبة أمور تخدش الشرف، و متى كان موضوع التهديد إرتكاب جريمة أو إفشاء أو نسبة أمور خادشة للشرف فإنه يستوي بعد ذلك أن يكون الجاني قد هدد بإرتكاب هذه الجريمة ضد الشخص الذي وجه إليه التهديد، أو يكون قد هدد بإرتكابها ضد غيره ممن يربطهم به علاقة تجعله يعنى بأمرهم و يستشعر الخوف و القلق من التهديد بإيذائهم، و كذلك في هذه الحالة بإفشاء أو نسبة أمور خادشة بالشرف لا يزم أن تكون هذه الأمور قد صدرت من نفس الشخص المههد أو أن يكون الجاني قد هدد نسبتها إليه، إنما يكفي أن تكون صادرة أو منسوبة إلى شخص آخر يمت إليه بصلة وثيقة تجعله يخشى على سمعته و كرامته أو كرامة إبنته أو إبنة أو صديقه و التهديد بشيء مما تقدم معاقب عليه في القانون حتى و لو لم يكن صريحا واضحا متى كان في إمكان من وجه إليه أن يفهمه و أن يدرك فحواه³.

و من هنا نجد أن التهديد في هذه الجريمة ليس عنفا بإعتبار أن سلوك الجاني لا يتبلور في شكل ضرر مادي جسماني للمجني عليه، فالتهديد بهذه الصفة يرتب نتيجة معنوية تتمثل في الضغط على إرادة

¹. عتيق (السيد): المرجع نفسه، ص 76 و 77.

². بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 149.

³. صقر (نبيل): مرجع سابق، ص 331.

من يؤثر عليه دون أن يعدمها كلية، و بالتالي فهو (التهديد) له أثر مباشر بواسطة العقل الذي يتمثل أو يتخيل الضرر المنتظر أو المهدد به¹.

ثانياً: الإكراه.

و قد يكون إكراه مادي في جريمة التحرش الجنسي، و قد يكون إكراهاً معنوياً فيها، فإذا كان الإكراه المادي في مدلول الفقه الجنائي يعني عموماً: "هو قوة مادية تشل الإرادة أو تعدمها بصفة عارضة أو مؤقتة و تفقد الإنسان سيطرته على أعضاء جسمه و قد تدفعه إلى ارتكاب ماديات إجرامية"، أو هو "قوة مادية تفرض على الإنسان عمل ما لا يجب عمله أو يمنعه من عمل ما يجب عليه عمله"²، فإن الإكراه المعنوي هو: "قوة إنسانية توجه إلى نفسية إنسان فتضغط على إرادته و تحمله على ارتكاب جريمة تحت تأثير الخوف من خطر أو ضرر جسيم وشيك الوقوع"³.

و بالتالي لا يعد تحرشاً جنسياً إذا توفر عنصر الرضا إلا أن هذا الرضا لا يعتد به إذا تم التوصل إليه بالتهديد أو الوعد بمنصب شغل، أو أي شكل من أشكال الإكراه كما أن الصمت لا يعني بالضرورة توفر عنصر الرضا إذ أن الشخص القائم بالتحرش يعد مسؤولاً إذا ثبت بأن سلوكاته كانت ملحة و مضايقة و للضغوط هنا أشكال و ألوان فقد تكون مباشرة و قد تكون غير مباشرة، و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي منذ تعديله لقانون العقوبات بموجب القانون الصادر في 2002/01/17 م لم يعد يشترط وسيلة معينة، و تبعاً لذلك تقوم الجريمة حتى لمجرد إغواء أو مراودة امرأة⁴، و قد ورد عن لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على سبيل المثال بعض التصرفات التي تشكل تحرشاً جنسياً و هي: فرض إتصال جسدي، إعطاء تسبيقات إبداء ملاحظات تتضمن معنى جنسي، عرض مؤلفات مخلة بالحياء طلب الإستجابة لمتطلبات جنسية⁵.

ثالثاً: الغاية من إستعمال الوسائل المكونة للركن المادي.

كما قلنا سابقاً إن الغاية هي الحصول على مزايا ذات طابع جنسي، و تنتسج هذه الفكرة لتشمل كل الأعمال الجنسية من تقبيل و ملامسة وصولاً إلى الوطء، و يشترط القانون أن يكون الجاني هو المستفيد و ليس غيره، و من ثمة لا يسأل جزائياً من إستعمل الوسائل سالفة الذكر قصد تمكين غيره من الحصول على المزايا ذات الطابع الجنسي ما لم يشكل هذا الفعل جنحة تحريض قاصر على الفسق أو الدعارة أو فساد الأخلاق، و في هذه الحالة يشترط أن يكون المجني عليه قاصراً، أو جنحة وساطة في شأن الدعارة

¹. محمد سلامة (مأمون): مرجع سابق، ص 272 و 273.

². عبد القادر القهوجي (علي): شرح قانون العقوبات، القسم العام، الكتاب الثاني، الإسكندرية، (دون دار نشر)، 1998 م، ص 124.

³. راشد (علي): القانون الجنائي المدخل و أصول النظرية العامة، الطبعة 2، القاهرة، دار النهضة، العربية 1974 م، ص 129.

⁴. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجنائي الخاص، مرجع سابق، ص 150.

⁵. يحيوي (أعمر): مرجع سابق، ص 50.

و يشترط أن يكون ذلك بمقابل، فضلا عن إعتياد المجني عليه على ممارسة الدعارة، فإن تخلفت الشروط المذكورة و هو الأرجح أقلت من العقاب رغم بشاعته و جسامته¹.

الفرع الثالث:

الركن المعنوي لجريمة التحرش الجنسي.

يتوفر القصد الجنائي بإتجاه إرادة الجاني إلى إرتكاب الفعل عالما بأن من شأنه أن يحقق رغباته الجنسية، أو هو توفر النية الإجرامية إلى جانب الفاعل، و ثبت للمحكمة أن نواياه تجاوز مجرد المضايقة العابرة أو الضغط العابر الذي تقتضيه الوظيفة أو الطريق، و مما لاشك فيه أن الإصرار على إتيان الفعل و التكرار و تأكيد النية المتمثلة في تحقيق الرغبات الجنسية هي من العناصر التي تبرهن على قيام القصد الإجرامي و هي كلها عناصر موضوعية خاضعة لإجتهد المحكمة تستشفها من أوراق القضية و ما يتوفر لديها من براهين و حجج²، و تبعا لذلك فإن القصد الجنائي يتوفر إذا إستغل الجاني سلطته من أجل الحصول على مزايا جنسية، و لا يعتبر التحرش الجنسي قائما إذا كان الفاعل يعبر عن مشاعر حب لعاملة أو موظفة معه³، أو قام بأفعال لا تعبر عن إساءة جنسية، فقد قضي في فرنسا بعدم قيام الجريمة في حق مدير المؤسسة إذا أبدى عاطفة حب إتجاه مستخدمة كان قد أرسل لها عدة خطب و قصائد شعر لا تتضمن فحشا، و هو ما أدى بالفقه الفرنسي إلى القول بأن مثل هذه الجريمة لا تنطبق على مبادرات حب صادقة⁴.

و قد ذهب الفقه الفرنسي إلى أبعد من ذلك، فقد قال بعدم قيام جريمة التحرش الجنسي و لو كان هناك إستعمال للتهديد و الإكراه و الأمر و الضغط إذا لم يثبت أن الجاني أساء إستعمال سلطته⁵. و قد ذهب كل من التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية هذا المذهب بجعل جريمة التحرش الجنسي قائمة إذا إقترنت بإساءة إستعمال السلطة، و هو مذهب ضيق لأن التحرش الجنسي لا يطال الأفراد الذين يمارسون أعمالا أو وظائف فقط (أي وجوب وجود رئيس)، و إنما يطال كل فئات المجتمع بغض النظر عن الجنس و السن و الوظيفة، و بغض النظر عن الأماكن إذا كانت مغلقة أو مفتوحة أو إذا كانت عامة أو خاصة، و هو الأمر الذي تداركه المشرع الفرنسي بتعديله لنص المادة 222 - 33 حيث لم يعد يشترط النص الجديد علاقة التبعية بين الجاني و المجني عليه، كما لم يعد يشترط إستعمال

¹. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع نفسه، ص 150 و 151.

². خماسم (رضا): مرجع سابق، ص 313.

³. و لو أننا نتحفظ على هذا القول لأنه في الحقيقة لو راعينا المنطلقات الشرعية التي لا تجيز الإختلاط و خروج المرأة دون محرم إلا للضرورة و لباسها للباسا شرعيا مستورا و عدم تبرجها و تطيبها، و عمل الدولة على التطبيق الصارم لهذه الأوامر لكنا في غنى كبير عن كل هذا القول، ثم إن المداعبة البريئة و غيرها من الأفعال التي عجزها الفقهاء و يبعدهونها عن دائرة الأفعال المكونة للتحرش الجنسي لا نأخذ به، فالشريعة الإسلامية تحرم كل علاقة مهما كانت بسيطة بين الرجل و المرأة خارج إطار الزواج، درء للمفاسد.

⁴. بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق، ص 151.

⁵. المرجع نفسه، ص 151، 152.

وسيلة معينة فالتحرش الجنسي أصبح جريمة تعبر، عن كل ما هو سعي للإستمالة إلى ارتكاب أفعال لا أخلاقية قد تكون مقدمة لجرائم جنسية أخرى.

و غني عن البيان أن التحرش قد يتعرض له الرجل و المرأة على السواء، و من رجل على رجل أو امرأة على امرأة، و لكن الصورة الغالبة هي وقوعها على المرأة من قبل الرجل¹، و الحالة التي نتعرض لها هي حالة التحرش الجنسي في أماكن العمل أو الدراسة أو البيت، و ليس التعرض للفعل الفاضح و العلني الواقع على المرأة عن طريق أحد صور العلانية و في الأماكن العامة أو في الطرق، و هو ما عالجته معظم التشريعات.

بل إن ما يزيد الأمر صعوبة حيث يكون المتحرش صاحب سلطة على المرأة مثل صاحب العمل، فقد يؤدي عدم إستجابة المرأة إلى فقدانها لوظيفتها أو عدم ترقيتها، أو أحد أقارب المرأة الساكنين معها في المنزل و ممن لهم سلطة فعلية عليها أو التحرش الواقع على الأطفال في المدارس أو في الجامعات من أصحاب السلطة عليهم، و هنا يكون الظلم كبير خصوصا أن التحرش الجنسي لا يرقى إلى مدى المعالجة التي تميزت بها الجرائم الأخرى كالاغتصاب و هتك العرض ... فتتنوع مظاهره كإطلاق النكت ذات الطابع الجنسي، أو التعليقات المشينة و الإلحاح في طلب لقاء و طرح أسئلة جنسية، و قد يتصاعد ليصل إلى حد اللمس و التحسس و القرص و هو ما يعد إذلال للواقع عليه.

المطلب الرابع:

تقدير تجريم التحرش الجنسي بين حرمة الذاتية و مساسه بالحرية الجنسية.

إن هذه الجريمة مسكوت عنها من قبل المجني عليه لعدة أسباب في المجتمعات العربية عموما و المغربية على وجه الخصوص، نظرا للخوف من تلوين السمعة من جهة و صعوبة الإثبات من جهة أخرى، و خاصة في الأماكن المغلقة و الأهم هو الخوف من فقد الوظيفة أو العمل و التعثر في الدراسة إذا تم التحرش في المدارس و الجامعات، و الأمر يصبح أكثر تعقيدا إذا وقع في البيت من أحد الأقارب فالبيت من المفروض هو المكان الحامي للمرأة و الأطفال خصوصا و أنهم الفئات الأكثر ضعفا و حساسية في المجتمع.

¹. إن قانون المجموعة الأوروبية قد عالج مسألة التحرش الجنسي في القانون المتعلق بمكافحة التحرش الجنسي الملحق بالتوصية رقم 131/29 الصادرة عن اللجنة الأوروبية بتاريخ 1991/11/27م، و وفقا لهذا القانون يعتبر تحرشا جنسيا: " كل تصرف مازج سواء كان شفويا أو غير شفوي" و تكمن الخاصية الأساسية للتحرش الجنسي في كون الذي يتعرض له يشعر بأن مثل هذا السلوك غير مرغوب فيه ، و يعود لكل فرد تحديد ما هو التصرف الذي يقبله و التصرف الذي يحسبه مهينا، و على هذا الأساس يمتاز قانون المجموعة الأوروبية على القانون الدولي العالمي في جانبين مهمين هما:

- لم يحم القانون الأوروبي المرأة فحسب ضد التحرش الجنسي ، بل بسط حمايته لجنس الذكر أيضا.

- اعتد هذا القانون بمعيار شخصي لتحديد ما هو السلوك المعتبر تحرشا جنسيا، و هكذا يقترب قانون المجموعة الأوروبية من صرامة الشريعة الإسلامية عندما يعالج قضية التحرش الجنسي، لكن دون أن يصل إلى إعجازها لأن القرآن الكريم يحارب الدوافع النفسية الموصلة إلى هذه الجريمة مخاطبا الرجل و المرأة في آن واحد بغض البصر... يحيوي(أعمر): مرجع سابق، ص 51، 52.

فقد أثبتت الدراسة النفسية على المرأة المجني عليها أنه عندما لا تكون راضية بالأمر فالأمر يصبح مطاردة، و الإحساس بالمطاردة قد يسبب الإنهيار العصبي، خاصة إذا كانت ظروف المرأة لا تسمح لها بمغادرة مكان العمل أو الدراسة أو البيت، فإن بقيت تحت الضغط قد تصاب بأمراض نفسية مثل الفلق و السهر و اللامبالاة و الخوف و التعرض للكوابيس، و أخيرا تصاب بالإنهيار، و أخيرا إذا كان بإمكان المرأة المغادرة أو الهروب فإنها تصبح حذرة في علاقاتها حيث ستبقى التجربة السلبية راسخة بذهنها و بداخلها، و إذا وقعت المرأة في شباك التحرش بها فتهدم بيتها و حياتها¹.

و يعد التشريع التونسي بحق الأنجع في الحماية من هذه الجريمة، حيث أنه حينما جرم التحرش الجنسي في الفصل 226 ثالثا (أضيف بالقانون عدد 73 لسنة 2004 م المؤرخ في 02 أوت 2004 م) السابق ذكرها، لم يقرنه بضرورة توفر فكرة إستغلال السلطة بل توسع في مدلوله فلم يقصره على المرأة حيث عبر بلفظ "الغير" الذي يسقط على كل من يقع عليه هذا الفعل و من بينهم الأطفال، بينما نجد التشريع الجزائري لم يرق إلى هذه المرحلة فلم يجرم التحرش الجنسي ضد الأطفال صراحة و أغلب الظن أنه جعله من قبيل الأفعال المحظورة الواقعة على القصر و التي تعتبر جرائم أخرى مستقلة، و هذه النتيجة التي إنما هي على مستوى مدى إلمام النصوص المغاربية بحقيقة التحرش الجنسي فقط. و لكن على صعيد كون أن هذه الجريمة لها أساس إستمد في هذه التشريعات من الفكر الغربي و ليس من أحكام الشريعة الإسلامية فهو الأمر الأكيد، و إلا لكان قد جرم أول ما وضع القانون الجنائي لهذه الدول لأن تجريم هذا الفعل في التشريعات الأوروبية ثم التشريعات المغاربية لأكثر دليل على فشل الأفكار التحررية الهدامة و ما تجريم هذا الفعل حسبهم إلا محاولة فاشلة لتدارك ما زال من الحماية على الحرية الجنسية و لترك الرذيلة تجول بين أطراف مجتمعاتها بحرية، ثم إن حداثة التجريم لفعل التحرش الجنسي لهو أكبر دليل على أن الشريعة الإسلامية هي الدواء الوحيد للقضاء على هذه الجرائم و عدم تواجدها نهائيا و أكبر دليل أيضا على فشل هذه السياسات الوضعية على الصعيد القانوني و الإجتماعي و الأخلاقي².

المبحث الخامس:

جريمة تحريض القصر على الفسق.

إن الحدث لا ينحرف بسلوكه بين ليلة و ضحاها بل تتأتى له أسباب سابقة تهيئ له الجو الذي يساعد على إغواجه، و من بينها ما هو كامن في البيئة التي يعيش فيها إنطلاقا من أسرته و وصولا إلى هيئات المجتمع بصورها البسيطة و المعقدة، و إنطلاقا من السعي لحماية و رعاية هذه الفئة الحساسة و

¹. براك (أحمد): مرجع سابق، ص 14 و ما بعدها.

². فهي التي يصدق عليها قول الشاعر:
ألفاه في اليم مكتوفا و قال له *** إياك إياك أن تبتل بالماء.

العمل على تجنب إنحرافها - لأنها تعتبر بمثابة الأغصان الطرية التي يسهل تعديلها إن حدث هذا في الوقت المناسب و السليم و إلا أصابها الإعوجاج و الخشونة فتعذر تقويمها - كان إهتمام تشريعات المغرب العربي بها من خلال سن نصوص تعاقب كل أشكال الإعتداء و الإضطهاد الواقعة على القصر. فجرمت تلك الإعتداءات ذات الطابع الجنسي الواقعة عليهم فكان ذكر القاصر مؤكدا في عنوان هذه الجريمة، و لا ينف هذا أن الجرائم الأخرى لا تقع على قصر و إنما يعتبر صغر السن في كل تشريعات المغرب العربي طرفا مشددا كما سوف نراه لاحقا، و قد ضم هذا المبحث أربعة مطالب، تناول (المطلب الأول) تعريف هذه الجريمة، و تناول (المطلب الثاني) جريمة تحريض القصر بين إنكارها و النص عليها في التشريعات المغاربية، و تناول (المطلب الثالث) أركان جريمة تحريض القصر على الفسق في التشريعات المغاربية، و تناول (المطلب الرابع) تقدير تجريم تحريض القصر بين كونه محرم لذاته و بين كونه يمس بالحرية الجنسية.

المطلب الأول:

تعريف جريمة تحريض القصر في التشريعات المغاربية.

إن جريمة تحريض القصر على الفسق تتضمن ثلاثة مفاهيم لا بد من معرفة القصد منها و ذلك للوصول إلى مفهوم هذه الجريمة الحساسة و الخطيرة و كذلك فهم معناها، و ذلك من أجل الوصول إلى المعالجة الحقيقية لها لمساسها بأبنائنا، و معناها اللغوي مركب من ثلاثة ألفاظ لا بد من توضيح مدلولها ليكتمل معنى هذه الجريمة من الناحية اللغوية المركبة من لفظ "تحريض" و لفظ "القاصر" و لفظ "الفسق".

الفرع الأول:

تعريف التحريض.

للتحريض عدة مفاهيم، فمنها اللغوية و منها الفقهية التي أتى بها فقهاء القانون، و حتى هذه الأخيرة تتضمن فكرة التحريض بصورة موسعة و فكرة التحريض بصورة مخصصة تطبعه بالطابع الجنسي.

الفقرة الأولى:

التعريف اللغوي للتحريض.

هو الحث على الشيء¹ و الحض عليه² فيقال حرض على الأمر أي حث عليه و دفع للقيام به³، و يراد بالتحريض أيضا الحمل فيقال، حمله أي أغراه به⁴.

¹. إبن هادية (علي)، و آخرون: القاموس الجديد للطلاب، الطبعة 1، تونس، الشركة التونسية للتوزيع، 1979 م، ص 276.

². المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 241.

³. البستاني (بطرس): قطر المحيط، (دون طبعة)، لبنان، مكتبة لبنان، 1869م، ص 385.

⁴. المرجع نفسه، ص 195.

و الغالب إذا ذكر التحريض يكون المقصود به حث الغير على ارتكاب أمر غير مشروع إلا أنه في بعض الحالات يقصد به الحمل و الحث على القيام بعمل الخير لقوله تعالى: "يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال"¹، فمعنى التحريض من الناحية اللغوية لا يبتعد عن معناه من الناحية القانونية عموماً كما سوف نراه، و هو الذي يتضمن معنى الحث على شيء غير مقبول، و هو كذلك يقرب من الناحية اللغوية، مفهوم هذه الجريمة.

الفقرة الثانية:

التعريف الفقهي التحريض.

أما التحريض في الفقه فهو التأثير في إرادة الجاني و خلق فكرة الجريمة في عقله و بث التصميم الإجرامي على ارتكابها².

كما عرف بأنه: "كل ما يبعث أو يخلق فكرة الجريمة في ذهن شخص آخر فيدفعه إلى التصميم على ارتكابها"³.

و الملاحظ أنه هناك بعض المصطلحات القريبة من معنى التحريض و لا تعتبر تحريضاً بالمعنى

اللغوي، و الذي يكمن في خلق فكرة الجريمة لدى شخص خالي الدهن، و من هذه المصطلحات:

الدعوة و هي الحث على ارتكاب الفعل و الترغيب فيه، و التلميح و هو الإشارة إلى الشيء من غير تصريح، و التحبيذ من حيد الشيء أي رآه موافقاً مقبولاً، و النصيحة من نصحه أي أرشده و وعظه، و التشجيع شجعه على الأمر، جعله يقدم عليه، و السعي أي العمل على الشيء⁴، أما التحريض بمناسبة هذه الجريمة فهو: "كل الأعمال الجنسية التي يقوم بها الشخص بهدف توجيه قاصر إلى الفساد الأخلاقي"⁵، كما يقصد به أيضاً إثارة المجني عليه نفسياً بأية وسيلة لإرتكاب أفعال الفسق، فهي مخاطبة للنفس على الإقتناع بما يعنيه و يريده الجاني⁶.

الفرع الثاني:

تعريف القاصر.

إن القاصر هو الطفل الذي لم يتجاوز سن الرشد، و قد تبنت القوانين الوضعية مقياس السن من أجل تحديد مفهوم الطفل و كذلك التشريعات الدولية و قد كان قبل هذا إهتمام الشريعة الإسلامية بتثنية الطفل و مراعاة حدائته من أجل تنشأته تنشأة دينية سليمة.

¹ سورة الأنفال، الآية 65.

² حامد قشقوش (هدى): شرح قانون العقوبات - القسم العام - (دون طبعة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 2010 م ص 45.

³ أوهايبية (عبد الله): مرجع سابق، ص 291.

⁴ مسعود (جبران): معجم الرائد، الطبعة 1، بيروت، دار العلم للملايين، (دون سنة نشر)، ص 820، 1279، 546، 1505.

⁵ درديوس (مكي): مرجع سابق، ص 203.

⁶ عبد الحكم (فيدة): مرجع سابق، ص 179.

الفقرة الأولى:

التعريف اللغوي للقاصر.

إن لفظ القاصر لغة من الفعل قصر، أي عجز عن الأمر و كف عنه، و قصرًا هو الشيء المأخوذ من طوله فجعله أقل طولًا، و القاصر جمعه قصرًا، أو قاصرون و هو من لم يبلغ سن الرشد، و منه نقول ولد قاصر¹.

الفقرة الثانية:

التعريف الفقهي للقاصر.

لقد إهتمت الدول بوضع سن للقاصر يبدأ معها الحديث عن الحرية الجنسية من حيث حرية الإختيار و التعبير عن الإرادة، و إن إتفقت معظم الدول على هذه المقاييس، فإنها إختلفت من حيث تحديد السن المضبوطة حيث تختلف هذه السن من بلد لآخر، فنجد في فرنسا أنه يعتبر طفل كل شخص لم يتجاوز سن 18 سنة، حيث أن المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 22 يوليو 1912 م ألغى البحث في توفر التمييز من عدم توفره بالنسبة للأحداث الذين لم يتموا 18 سنة و إفترض فيهم إنعدام التمييز بقريئة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، و بالتالي محى عنهم كل مسؤولية جزائية و إن أمكن إخضاعهم لتدابير تقويمية².

و هو ما ذهب وقفه تشريعات المغرب العربي و على رأسها تونس التي إلتزمت بهذا السن في الفصل الثالث من مجلة حماية الطفل³ بكونه: "كل إنسان عمره أقل من ثمانية عشر عاما ما لم يبلغ إلى الرشد بمقتضى أحكام خاصة".

و طبقا لهذا النص يجب أن يتوفر شرطان لكي يوصف شخص ما بأنه " طفل "، الأول أن لا يكون متجاوزا سن الثامنة عشر من عمره، و الثاني ألا يكون القانون الوطني قد حدد سنا للرشد الجنائي أقل من ذلك، و مع أهمية هذا النص في تحديد مفهوم الحدث أو الطفل على الصعيد الداخلي، فإن صياغته على ذلك النحو تثير نوعا من الغموض خاصة في الأحوال التي يحدد فيها التشريع الوطني سنا أقل لمن يعتبر في مفهومه طفلا دون أن يعتبر من تجاوزها بالغا سن الرشد، و مثال ذلك القانون الليبي الذي يعتبر حدثا من لم يتجاوز سن الثامنة عشر دون أن يعتبر من تجاوزها بالغا سن الرشد، طالما أنه لم يصل إلى سن

¹. المنجد في اللغة العربية المعاصرة، مرجع سابق، ص 1158.

². G. Levasseur, G. Stefani, précis du droit pénal 10 éme Edition, paris , Cujas

978,p 80.

³. صدرت بموجب القانون عدد 92 لسنة 1991 م المؤرخ في 29 / 11 / 1991 م ، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 82 بتاريخ

1991/12/03 م... بن المكي عبيد (يوسف): مرجع سابق، ص 25.

الحادية والعشرين عاما حسب ما تقضي به المادة 44 - 2 من القانون المدني و ذلك قبل أن تعدل و تصبح سن الرشد بتمام الثامنة عشر بموجب المادة التاسعة من القانون رقم 17 لسنة 1992 م¹. و إن اتفقت أغلب هذه التشريعات على تحديد بلوغ سن الرشد على نحو يجعل الصغير في حال إرتكابه لجريمة ما أهلا لتحمل المسؤولية الجزائية وفق أحكام القانون، و لكن تختلف التشريعات فيما بينها إختلافا بينا في تحديد الفترة الزمنية التي يتعين أن يطبق فيها النظام القانوني الخاص بالأحداث، و لجأت بشأن ذلك إلى تقسيم الأحداث إلى مراحل مختلفة و على نحو ذلك تختلف المسؤولية الجزائية من مرحلة إلى أخرى، و حسب موقف النظام القانوني لبلد ما في تحديد تعريفه للحدث و بدء سن المسؤولية الجزائية، و عليه إتجهت تشريعات إلى تحديد بدء سن الحدث ببلوغه سن السابعة و قبل إتمامه سن الثامنة عشر في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى عدم تعيين حد أدنى لسن الحادثة، و إنما إكتفت بتحديد حد أعلى للسن الذي تقوم به مسؤولية الحدث.

و كما قيل فإن المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 22 يوليو 1912 م ألغى البحث في توفر التمييز و عدم توفره بالنسبة للأحداث الذين لم يتموا الثامنة عشرة، و إفترض فيهم القانون إنعدام التمييز بقريئة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، و بالتالي محا عنهم كل مسؤولية جزائية و إن أمكن إخضاعهم لتدابير تقويمية، أما الأحداث الذين بلغوا من العمر الثالثة عشر و لم يكملوا الثامنة عشر، فهؤلاء لا يمكن أن تثبت الأهلية الجنائية لهم إذا تحقق القاضي من وجود مناطها، و عندئذ يقرر العقوبة المستحقة عليهم، إلا أنه يستفيد من عذر صغر السن فتخفف عقوبته إذا كان عمره وقت ارتكاب الجريمة بين 13 و 16 سنة، أما الأحداث فيما بين 16 و 18 سنة فلا يستفيدون من هذا العذر و إنما توقع عليهم نفس العقوبة التي توقع على البالغين².

أما إذا قرر القاضي عدم توفر التمييز وقت إرتكاب الجريمة ووجب أن يقضي بالبراءة، و إن جاز أن يخضعه لتدابير تهييبية، و ظل الوضع هذا قائما إلى غاية صدور قانون سنة 1945 م بشأن الأحداث الجانحين، و فيه عدل المشرع الفرنسي قواعد المسؤولية الجزائية تعديلا أساسيا، فقد عدل عن معيار التمييز و صار الطفل بين الثالثة عشر و الثامنة عشر ليس له أهلية جنائية ما لم يثبت عكس ذلك، بما تدل عليه خطورة الجريمة أو شخصية الجاني فتوجد الأهلية³، أما الذي لم يبلغ الثالثة عشر فإنعدام أهليته يكون بقريئة لا تقبل إثبات عكسها، و عموما بالنسبة للأحداث الذين تتراوح أعمارهم بين الثالثة عشر و الثامنة عشر فعلى القاضي البحث في كل حالة عن توفر التمييز أو عدم توفره وقت ارتكاب الجريمة، أما

¹. صقر (نبيل)، جميلة (صابر): مرجع سابق، ص 25، 26.

². G. Levasseur, G. Stefani, précis du droit pénal op.cit p 324

³. A. Charles Dana, Essai sur la notion d'infraction pénale, paris, Librairie général de droit et de

Jurisprudence 1982, p 78.

الأحداث الذين تقل أعمارهم عن الثالثة عشر فالمشرع الفرنسي ألغى البحث في توفر التمييز من عدم توفره، و إفترض فيهم القانون إنعدام التمييز بقريئة قاطعة لا تقبل إثبات عكسها.

الفقرة الثالثة:

التعريف الدولي للقاصر.

لقد ورد في إتفاقية حقوق الطفل في مادتها الأولى أنه: "لأغراض هذه الإتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه¹.
و تعتبر هذه المادة صريحة حول مفهوم الطفل فقد خصته بهذا القوانين بالحماية من شتى أنواع المعاملة السيئة و المهينة و اللاأخلاقية و من ضمنها المعاملات الجنسية بشتى أنواعها.

الفقرة الرابعة:

التعريف الشرعي للقاصر.

لقد جعلت الشريعة الإسلامية من بلوغ الحلم نهاية مرحلة الطفولة، و الحلم يعني الإحتلام و هو دليل البلوغ، و البلوغ في الشريعة الإسلامية هو سن التكليف لمعظم الأحكام الشرعية سواء العبادات أو المعاملات، و هو في الفقه الإسلامي بلوغ النكاح بأن تظهر في الفتى مظاهر الرجولة و القدرة على النكاح، و في الأنثى مظاهر كمال الأنوثة بالحيض، و يذهب غالب الفقهاء في تقدير السن بخمس عشرة سنة بما روي عن أبي عمر رضي الله عنهما أنه قال: عرضت على رسول الله صلى الله عليه و سلم يوم أحد و أنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني، و عرضت عليه يوم الخندق و أنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني، فالرسول صلى الله عليه و سلم قد رأى في سن الخامسة عشر حد البلوغ في المقاتل

الفرع الثالث:

تعريف الفسق.

للفسق تعريفات عديدة منها التعريف اللغوي و منها أيضا التعريف الفقهي، وهو اللفظ الثالث الذي يبين معنى هذه الجريمة من أجل تمييزها عن غيرها من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

الفقرة الأولى:

التعريف اللغوي للفسق.

أما المقصود بكلمة " الفسق "، لغة هو: العصيان، و يعني أيضا تجاوز حدود الشرع، فيقال فلان فسق عن أمر ربه أي خرج عن طاعته³، و بهذا الفسق في مدلوله اللغوي يعتبر قريبا من مفهوم الشرع للفسق.

الفقرة الثانية:

¹. مجلة حماية الطفل التونسية، (دون طبعة)، تونس، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، 2005 م، ص 47.

². حسام الدين الأحمد (وسيم): مرجع سابق، ص 13 و ما والاها.

³. غالي الذهبي (إدوارد): مرجع سابق، ص 228.

التعريف الفقهي للفسق.

و من الناحية الفقهية فالفسق هو الفساد الأخلاقي في الميدان الجنسي و الذي يحاول الشخص أن يجر به القاصر إلى ميدان الجريمة¹، كما أنه كل ما يرتكبه الذكر أو الأنثى من أفعال جنسية غير مشروعة لا تصل إلى حد الاتصال الجنسي، ذلك أن هذا الأخير بالنسبة للرجل هو فجور. أما بالنسبة للمرأة فهو دعارة و لكن الفسق دون ذلك فلا معنى أعم من معنى الدعارة الذي يتعلق بالاتصال الجسماني المعروف، و لأن الفسق غير قاصر على اللذة الجسمانية بل يشمل إفساد الأخلاق بأية طريقة كانت كإرسال والد إبنته للرقص في محلات الملاهي، أو لمجالسة الرجال و التحدث إليهم في محل معد للدعارة أو غير ذلك من طرق إفساد الأخلاق و ليس من الضروري ارتكاب الفحشاء بالفعل².

المطلب الثاني:

جريمة تحريض القصر على الفسق بين إنكارها و النص عليها.

هناك من التشريعات المغاربية من نصت على جريمة تحريض القصر على الفسق و من بينها التشريع الجزائري و التشريع التونسي و التشريع الليبي، و هناك من أحجمت على تجريم هذه الأفعال بهذه التسمية و لكل منهم الأساس الذي إستند عليه.

الفرع الأول:

التشريعات المغاربية التي جرمت تحريض القصر على الفسق صراحة.

كما سبق القول ذهب كل من التشريعي الجزائري و التونسي و الليبي إلى الأخذ بما حصل من تطورات على الصعيد الدولي، فحاولوا إضفاء الحماية اللازمة للأطفال من أي نوع من الإعتداءات ذات الطابع الجنسي، و لهذا كان إجماعهم على النص على هذه الجريمة.

الفقرة الأولى:

تفرد التشريع الجزائري بتجريم تحريض القصر على الفسق و الدعارة و فساد الأخلاق.

لقد ورد في قانون العقوبات الجزائري بموجب المادة 342 أنه: "كل من حرض قاصرا لم يكمل الثامنة عشر (18) سنة على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه أو تسهيله له و لو بصفة عرضية

¹. منصور(محمد): إنحراف الأحداث بين الوقاية و العلاج، المجلة القانونية، العدد 1، تونس، مركز الأبحاث و الدراسات الإقتصادية و الإجتماعية 1974 م، ص 80.

². صقر (نبيل): مرجع سابق، ص 342.

يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات و بغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج.

و يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات المقررة للجريمة التامة".

و من خلال هذا النص نجد أن المشرع الجزائري ساير ما ذهب إليه التشريع الفرنسي كما ساير ما ذهبت إليه إتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام 1989 م السابق ذكرها، و التي تصدت مباشرة لمسألة التعريف بالطفل بصورة واضحة في المادة الأولى على أنه كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه.

و الحقيقة أن تجريم هذا الفعل يعمل على حماية القاصر و قد كان المشرع الجزائري يؤكد في كل مرة على مراعاته لتوفير الحماية للقاصر بأي شكل و من أي خطر سواء كان ذلك حين محاولة يحرصه على أي فعل يمس بأخلاقه أو يحرصه و يوجهه مستقبلا إلى ممارسة الدعارة لأنه يعتبر التحريض أحد أهم الوسائل التي يقع بها القاصر في الإستغلال من الشبكات الإجرامية التي أصبح لها البعد و الطابع الدولي.

الفقرة الثانية:

التشريع الليبي.

كما ورد في المادة 409 من قانون العقوبات الليبي التي جاءت بعنوان: " تحريض الصغار على الفسق و الفجور أنه: " يعاقب بالسجن كل من حرض صغيرا دون الثامنة عشر ذكرا كان أو أنثى على الفسق و الفجور أو ساعده على ذلك أو مهد له ذلك أو أثاره بأية طريقة لإرتكاب فعل شهواني أو ارتكبه أمامه سواء على شخص من نفس الجنس أو الجنس الآخر...¹".

لقد سجل لصالح المشرع الليبي أنه في جرائم الحدود أصاب الطريق فلم يبق على القاضي سوى التطبيق السليم، و لكن نجد من خلال صياغته للنصوص القانونية و من بينها هذا النص أنه يساير التطور الغربي حتى من الناحية اللفظية، و من خلال هذا النص نجد أنفسنا أمام فرضيتين الأولى: أنه يقصد من ناحية أساس التجريم الذي يتبعه المشرع أن هذا النص من قبيل الجرائم التي يجب فيها التعزير، و بالتالي المشرع الليبي من يضبط هذه الجريمة فجا هذا الضبط مسائرا للتطورات الخاصة و متأثرا بجملة من القوانين منها الغربية و الدولية.

و الفرضية الثانية: أن المشرع الليبي قد سقط في بؤرة التأثير بالمبادئ الغربية التي تحيط به، و هو ما لا نتمناه لأن ظاهر النص و إن كان يحمل إيجابيات عديدة إلا أنه طبيعة الأساس الذي يقتضيه الطريق

¹. قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

الشرعي يفرض نظرة مختلفة للجرائم الواقعة على الأخلاق و الآداب العامة فهي إما جرائم حدية أو جرائم غير حدية ثم مهما جدت أفعال في مجتمعنا المسلم سوف يوجد له ضابط شرعي وفق مقاصد الشريعة الإسلامية التي تهدف لحماية الأخلاق.

الفقرة الثالثة:

التشريع التونسي.

أما المشرع التونسي فقد أورد في الفصل 234 من المجلة الجزائية¹: "... كل من إعتدى على الأخلاق بتحريض الشبان القاصرين ذكورا أو إناثا على الفجور أو بإعانتهم عليه أو تسهيله لهم ". نجد أنه على صعيد القانون عموما أن هناك إشادة كبيرة بما حققته الجمهورية التونسية من إنفتاح على التطورات الغربية و الدولية و إهتمامها بحقوق الإنسان و منها حقوق الطفل و لا أدل على ذلك من أنها أنشأت قانونا خاصا بالطفل هو مجلة حماية الطفل².

و لكن يعاب على الإتجاه التونسي أنه إنتهج صراحة الإتجاه الغربي المندي بحماية الحرية الجنسية متناسيا مبادئ شريعتنا الإسلامية لأنه في هذه المادة أيضا يقرن هذا الجرم بإنعدام الرضا لعدم التمييز و الأولى تجريم هذا الفعل لذاته و لا أدل على ذلك مما جاء في الفصل الأول من هذه المجلة و القائل: "تهدف هذه المجلة في إطار الهوية الوطنية التونسية و الشعور بالإنتماء الحضاري إلى تحقيق الغايات التالية:

3...- إعداد الطفل لحياة حرة مسؤولة في مجتمع مدني متضامن..."³ ، و من خلال هذه المادة التي تهتم بالطفل و هو المقصود أيضا من النص الجزائي السابق الذي يتحدث عن تحريض القصر على الفسق، نتساءل عن معنى الحرية التي يقصدها المشرع التونسي؟ خصوصا أنها جاءت كفكرة مطلقة غير مقيدة، و هل يريد المشرع التونسي أن يجعله يمارس تلك الحرية المطلقة دون تقييد و لو كانت تمس بالأخلاق الإسلامية؟ و ما قصده بالمدينة؟ هل هي المدينة التي يتباهى بها المجتمع الغربي؟ أم المدينة التي تعني التحضر و التحلي بمكارم الأخلاق و التدين وفق ما تنص عليه شريعتنا الإسلامية... إن الإجابة عن هذه التساؤلات موجود على صعيد الواقع التونسي من إنتشار للأفعال المنافية للحياء و الرذيلة و السفور... ثم إن مدلول الحرية و مدلول المدينة في رأينا ما هي إلا مفتاحين من مفاتيح أبواب الحرية الجنسية في ظل المدينة الزائفة المتعفنة بالردائل و هل هناك أحسن من الحضارة الإسلامية و مبادئها المثالية الدائمة.

¹. المجلة الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص76.

². القانون عدد92، لسنة 1995 م المؤرخ في 09/11/1995 م، و المتعلق بإصدار مجلة حقوق الطفل... مجلة حماية الطفل التونسية، مرجع سابق، ص 5.

³. القانون عدد92، لسنة 1995 المؤرخ في 09/11/1995، و المتعلق بإصدار مجلة حقوق الطفل..مجلة حماية الطفل التونسية، مرجع سابق ص 7.

الفرع الثاني:

التشريعات المغاربية التي لم تجرم تحريض القصر على الفسق صراحة.

لقد ذهب كل من التشريعين الموريتاني و تشريع المملكة المغربية إلى عدم النص على هذه الجريمة بهذه التسمية التي أوردناه في بحثنا هذا، و لقد ذهب كل من هذين التشريعين إلى تبني أساس مختلف عن الآخر كما سوف نظهره.

الفقرة الأولى:

تشريع المملكة المغربية.

إن الظاهر من نصوص قانون عقوبات المملكة المغربية أن المشرع لم ينص على جريمة تحريض القصر على الفسق كجريمة مستقلة بذاتها عن الجرائم الأخرى، و لا يعني هذا أنه لم يولي هذه الفئة الحساسة بالحماية القانونية اللازمة و إنما شدد العقوبة كما سوف نراه على جملة من الأفعال التي تضر بالقاصر المباشرة و غير المباشرة، و الحقيقة أنه لا بد من تجريم كل فعل من شأنه جر رجل القاصر في الفساد و الرذيلة مهما كان نوعه ليس إقتداء بما ذهبت إليه التشريعات الوضعية الغربية و ليس إقتداء أيضا بما جاء في المواثيق و القوانين الدولية، و إنما تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية التي هي دين شعب المملكة المغربية.

و حين التدقيق في الفرع السابع من قانون عقوبات المملكة المغربية الذي جاء بعنوان: "إفساد الشباب و في البغاء" نجد أنه نص على جرائم الدعارة و صورها-كما سوف نرجع إليه- حيث جاء في الفصل 497: "يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات و بغرامة من عشرون ألفا إلى مائتي ألف درهم كل من حرض القاصرين دون الثامنة عشر على الدعارة أو البغاء أو شجعهم عليها أو سهلها لهم"¹. و الأرجح أن تشريع المملكة المغربية جرم تحريض القصر على الفسق و الدعارة بمقابل في هذا الباب، و لكن كان من الأولى لو أنه أفرد لها نصا واضحا لما لهذه الفئة من حساسية و خطورة هذا من جهة فيجزم التحريض على الفسق دون مقابل، و من جهة أخرى نجد أنه إذا أردنا التحقيق في كل من لفظي "البغاء" و "الفسق" نجد أن البغاء المذكور في العنوان السابق يقصد به: "الإتصال الجنسي غير المشروع من أجل إرضاء شهوات الغير و دون تمييز"²، أما الفسق فهو أعم من فكرة البغاء فهو أعم من فكرة البغاء فهو غير قاصر على اللذة الجسمية بل يشمل إفساد الأخلاق بأية طريقة كانت³، فكان من الأولى توسيع الحماية لتجريم كل ما من شأنه إيذاء القاصر و لو لم يكن يؤدي إلى إتصال جنسي غير مشروع.

¹. غير بمقتضى الظهير الشريف رقم 01.03.207 الصادر في 11/11/2003 بتنفيذ القانون رقم 4/03 المادة 1... مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 158.

². أنظر... غالي الذهبي (إوارد): مرجع سابق، ص 217.

³. أنظر... صقر (نبيل): مرجع سابق، ص 342.

الفقرة الثانية:

التشريع الموريتاني.

أما المشرع الموريتاني فلم يتطرق لهذه الجريمة أيضا و لو أن سكوته لا يعبر عن أي فراغ قانوني لأن الغالب أنه أدرجها فيما نص عليه في المادة 306 من القانون الموريتاني¹ و التي تقول: " كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء و القيم الإنسانية..."، و بهذا سد المشرع الموريتاني كل باب للزيلة و إن إستجبت أو غاب عن المشرع الموريتاني ذكرها، فهو بهذا النص فتح الباب على الإجتهد و الحكم وفق ما يستجد من جرائم بطابع الشريعة الإسلامية، فالقيم السامية للإنسانية لا تحميها سوى الشريعة الإسلامية لقوله صلى الله عليه و سلم : "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق".

المطلب الثالث:

أركان جريمة تحريض القصر على الفسق في التشريعات المغاربية.

حسب ما ورد في المواد التي تتطرق لهذا الفعل في التشريعات المغاربية، نجد أن جريمة تحريض القصر على الفسق تتكون من ركنان لقيامها هما الركن المادي و الركن المعنوي.

الفرع الأول:

الركن المادي.

هناك جملة من الأفعال و التصرفات و الأقوال يقوم بها شخص ما، و وسائل يستعملها بقصد التأثير على القاصر سواء كان ذكرا أو أنثى من أجل التأثير عليه و إقناعه و تشجيعه بغية دفعه إلى الفسق و فساد الأخلاق، و لا يهم إن كان القاصر فاسد الأخلاق عند ارتكاب الفعل، و لا تقوم الجريمة بمجرد التفوه بعبارات لا أخلاقية و لا بمجرد إساءة نصائح، و إنما تتطلب القيام بعمل ما قد يأخذ أشكال يمكن ذكرها على سبيل المثال: توفير محل بقصد الفسق و إستقبال القصر في دور الدعارة و القيام بعلاقة جنسية أمام قصر، و تنظيم سهرات ماجنة يحضرها قصر سواء كمشاهدين أو كفاعلين². و التحريض على الفسق بالقول يجب أن تستشف الدعوة إليه من واقع مدلول عبارات الداعي المحرض أيا كانت الألفاظ التي تخفي وراءها معنى التحريض، كل ذلك في إطار التقاليد و الأخلاق التي يعيشها المجتمع و كل هذه الأمور يفصل فيها قاضي الموضوع بما يجده في ظروف الدعوى و ملابساتها و كذلك الحال بالنسبة لوقوع الجريمة بالإشارات، و ليس بلازم أن يكون التحريض على الفسق بالإشارة باليد، إذ تقع الإشارة بأي جزء من أجزاء الجسم أيضا إذا كانت تدل على دعوة من المحرض لارتكاب الفسق.

¹. القانون الجنائي الموريتاني، مرجع سابق.

². أنظر... دردوس (المكي): مرجع سابق، ص 204

و لا يشترط أن تكون الأقوال أو الإشارات التي تصدر عن المحرض مؤدية بذاتها إلى إقناع من وجهت إليه للإنسياق إلى شخص المحرض أو من يعمل لحسابه، إذ يكفي فيها أن يتضمن الدعوة إلى ارتكاب الفسق بغض النظر عما تحدثه من تأثير في نفس من وجهت إليه، و لا عبء بما إذا كان من توجه إليه هذه الأقوال أو الإشارات قابل لها راض بها، أم أنه تأذى بها من سماعها أو فعلها¹. و قد يكون التحريض بإغراء بهدية أو وعد أو وعيد أو مخادعة أو دسياسة من أجل حمل المجني عليه على ممارسة الفسق، كما قد يكون بالتشجيع أي بتقديم الجاني العون للمجني عليه و إزالة العوائق التي تعيقه عن ممارسة الفسق أو تقديم الأموال الضرورية للممارسة أو القول أو الإرشاد عن كيفية الممارسة أو التخلص من تأثيرها و الهروب من نتائجها، و التشجيع على ارتكاب الجرائم الأخلاقية يعتبر جريمة تامة قائمة بذاتها و لا ترتبط بالنتيجة و الشروع فيها يعد أيضا جريمة تامة²، لأن كلاهما يعرضان و يوقعان القاصر في أخطار و نتائج وخيمة على حياته و مستقبله ككل.

الفقرة الأولى:

الطبيعة القانونية للأفعال المرتكبة على القاصر دون السادسة عشر.

لم ينص على هذه الحالة سوى التشريع الجزائري لأن كل من التشريع الليبي و التونسي قد جرما الأفعال الواقعة على القاصر بنية تحريضه على الفسق دون تمييز بين من هو دون السادسة عشر و فوق السادسة عشر.

و القاصر دون السادسة عشر في نظر المشرع الجزائري هو من تقوم في حق الجاني الجريمة و لو بارتكابه فعل واحد من أفعال التحريض عليه-القاصر- و هو ما يستفاد من عبارة نص المادة 342 السابق ذكرها "بصفة عرضية"³.

و الحدث دون السادسة عشر يتصف من الناحية العلمية وفق تصنيف أنماط المجني عليهم "عند ستيفن شامز" هو: الذي يعتمد على درجة مسؤولية الضحية و محور العلاقة بين المجرم و الضحية - ضمن الضحايا الضعيفة بيولوجيا، و هؤلاء بحكم تكوينهم أو بحكم خواصهم الجسمية أو العقلية يولدون في الجاني فكرة مهاجمتهم أو تحريضهم على فساد الأخلاق و الفسق ما يؤدي بهم في نهاية المطاف إلى الانحراف⁴.

¹. البغال(سيد): مرجع سابق، ص 266.

². صقر (نبيل): مرجع سابق، ص 346، 347.

³. دريدوس (مكي): مرجع سابق، ص 203.

⁴.

و لتطبيق نص المادة السابقة لابد أن يقدم المتهم على تحريض القاصر على الفساد أو الفسق إرضاء لشهوات الغير لا تحقيقا لرغبته الشخصية¹، و يخرج من هذا الوصف إن مارس الجاني علاقة جنسية مع قاصرة تجاوزت سن السادسة عشر متى كان ذلك برضاها².

الفقرة الثانية:

الطبيعة القانونية للأفعال المرتكبة على القاصر دون التاسعة عشر.

أما القاصر دون التاسعة عشر و فوق السادسة عشر سنة من عمره فتكتسي حمايته طابعا مميزا أيضا بإعتبار أن المشرع لم يتقيد بالمفهوم الجزائري للقاصر، و هو من لم يبلغ سن الثامنة عشر بل مدد نطاق الحماية لتشمل القاصر بمفهومه المدني و هو من لم يبلغ التاسعة عشر³، و لا تقوم الجريمة في حق الجاني في هذا الصنف إلا بالتكرار و يستفاد هذا الشرط من المادة 342 من قانون العقوبات الجزائري بصفة عكسية من عبارة - بصفة عرضية - لأن ما هو غير عرضي فهو معتاد أو متكرر⁴.

و يعتبر القضاء الفرنسي شرط الإعتياد متوفر بإتيان الجاني فعله مرتين و في مناسبتين مختلفتين و لو مع نفس الشخص، أما إذا كرر فعله عدة مرات و لكن في مناسبة واحدة فلا يكون في حالة إعتياد و لو كان يحضر المناسبة عدة قصر⁵، و قد أزال المشرع الجزائري الصفة العرضية في هذه الحالة و إشتراط التكرار بسبب أن القاصر في هذه الحالة أكثر نضجا و له القابلية لتحمل المسؤولية الجزائية و بذلك فإدراكه تام، و لو أنه إذا ما حصل عليه هذا النوع من الأفعال إلا أن وطأتها لن تكون أشد من وطأة نفس الفعل على القاصر دون السادسة عشر من عمره.

الفرع الثاني:

الركن المعنوي لجريمة تحريض القاصر على الفسق.

يقضي هذا الركن أن يكون الجاني على وعي كامل بأنه يقوم بالوساطة لإفساد أخلاق قاصر، و لا يعتد بالباعث في هذه الجريمة، فلا عبرة لقول الجاني لم أكن أسعى من خلال فعلي للحصول على الربح أو بقوله على العكس من ذلك كنت أقصد إفادة القاصر ببعض المال دون نية إفساد أخلاقه، فالقصد إذن يوجد ضمنيا في الفعل المادي المرتكب فلا حاجة للقاضي أن يقيم الدليل عليه بعد أن يثبت الواقعة ماديا.

¹ غ ج 2 قرار صادر بتاريخ 1988/02/02...بوسقيعة (أحسن): قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 145.

² جنائي 1990/05/15 ملف رقم 450 غير منشور...المرجع نفسه، ص 145.

³ المرجع نفسه، ص 147.

⁴ دريدوس (مكي): مرجع سابق، ص 203.

⁵ جنائي 1963/06/25 م-دالوز-1863 م-5-63، و جنائي 1860/12/29 م-دالوز-1861 م-5-34...دريدوس (مكي): مرجع سابق، ص

فقد قضي في فرنسا بأن هذا الظرف لا يحول دون مساءلة الجاني، اللهم إلا إذا كان الغلط لا يمكن إسناده له، و هذا ليس حال من يبني إدعائه على المظهر الجسمي للضحية¹. و من جهة أخرى تقتضي هذه الجريمة أن يتصرف الجاني لإشباع شهوات الغير و على هذا الأساس قضي بأن من يشبع رغباته مع قاصر لا يرتكب جريمة التحريض على الفسق إذا كان الأمر يتعلق بإغراء مباشر و شخصي و مهما كانت النتائج المترتبة من هذه العلاقات على أخلاق الفتاة². و الملاحظ أن تشريعات المغرب العربي اختلفت حين التطرق لهذه الجريمة، فنجد أن منها من لم يجرم مباشرة تحريض القصر على الفسق و الأخلاق، و لا يعني هذا تجاهل هذا النوع من الجرائم، و منهم من جرمه بالنصوص العامة إضافة إلى قوانين خاصة مثل المشرع التونسي حين أنشأ ما يسمى بمجلة حقوق الطفل بموجب القانون عدد 92 لسنة 1995 م المؤرخ في 1995/11/09 م³.

المطلب الرابع:

تقدير تجريم تحريض القصر بين حرمة الذاتية و مساسه بالحرية الجنسية.

إن تجريم تحريض القصر على الفسق جعلنا أمام عدة إتجاهات سلكتها التشريعات المغاربية تعبر حقيقة عن مدى بعد غالبيتها عن التشريع الإسلامي، فإن أبعدنا المشرع الموريتاني و الليبي عن هذا القول نجد أن كل من التشريعين الجزائري و التونسي قد أقرأ صراحة تبنيهما للفكر الغربي من حيث حماية الأخلاق و من حيث حماية الحرية الجنسية و من حيث إدعاء مسايرة ما جاءت به النصوص و المواثيق الدولية.

و إن كان هذا التجريم من الناحية القانونية يعتبر موقفا إيجابيا إلا أنه من الناحية الدينية و من ناحية الأساس الذي إعتد عليه حين تجريم تحريض القصر على الفسق، فهو أكد على السياسة التشريعية لهذه الدول قد تأثرت إلى حد كبير في مجال حماية الأعراض و الأخلاق بالسياسة الوضعية. و الأدهى و الأمر أنه حتى حين تبني هذا التوجه الغربي هناك من التشريعات المغاربية من سكت عن تجريم هذا الفعل إذا كان لا يتجه إلى التحريض على الفسق بمقابل مادي و كأن التحريض على الفسق إذا لم يكن من وراءه مقابل مادي لا يضر القاصر؟ و هو حال تشريع المملكة المغربية. إن الحقيقة التي فرضت نفسها بخصوص هذه الجريمة أن التشريعات المغاربية التي ظهر تأثيرها الكبير بالسياسة الجنائية الغربية أخفقت في حماية الأخلاق و الأعراض و مبادئ مجتمعاتها الإسلامية، و تجريمها لهذا الفعل هو الدليل الأكبر على هذا الفشل، ثم إنه موجود في أحكام الشريعة الإسلامية ما يضمن الحماية القصوى للقاصر إنطلاقا من يوم ولادته إلى أن يشب و يصبح لديه القدرة الكافية للتمييز بين الحلال و المنكر.

¹. المرجع نفسه، ص 205.

². غ ج 2 قرار 1987/01/27 م ملف 43167، بوسقيعة (أحسن): قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق ص 145.

³. بن المكي (عبيد): مرجع سابق، ص 133.

و لقد جاء الإسلام متمماً لمكارم الأخلاق، و قد وجد الكثير من الفقهاء أن التربية الأخلاقية السليمة هي أحسن رادع للفاصر من أن يقع في الرذيلة و لغيره أيضاً فقد نددوا بتجنب الإختلاط و التستر و حفظ النفس من الوقوع في المعاصي، و عملوا على التوجيه إلى التنشئة الإجتماعية و الدينية السلمية. و قد ذهب بعض فقهاء الإسلام إلى القول أن النظرية الغربية التي تسعى إلى تسهيل العلاقات بين الجنسين بدعوى الوقاية من الكبت و العقد النفسية تحاول النيل من الدافع الفطري العميق و السليم بين الجنسين، و هناك منهم من يرى أن نظرية فرويد كانت وراء النظريات المادية التي تسعى إلى تجريد الإنسان من خصائصه التي تفرقه عن الحيوان، و أن البلاد التي تبيح الكشف و العري و الإختلاط لم ينته بها الأمر إلى تهذيب الدوافع الجنسية و إنما إنتهى بها المطاف إلى سعار مجنون لا يرتوي و لا يهدأ... و هو أحد الأسباب وراء ظهور تجريم الأفعال في كل مرة يحس فيها الغربيون بالخطر على حرمتهم الجنسية¹.

الباب الثاني:

الإجراءات و العقوبات التي تصدت بها التشريعات المغاربية لجرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

إن ما جاء سابقاً يعبر عن الإتجاهات التي إنتهجتها تشريعات المغرب العربي فيما يخص سياسة التجريم بغية القضاء على هذه الجرائم و لكن لم تكتف بها، فهذه التشريعات تعتبر كغيرها من التشريعات العربية و غير العربية تدرك أنه لا بد من تدعيم هذه السياسة التجريرية بسياسة في مجال العقاب و أخرى إجرائية و ذلك بسن عقوبات و إجراءات تتناسب و الجرم المرتكب، و هذا في حالة ما إذا لم ينجح النص في صد هذه الجرائم عن طريق الترهيب، و بطبيعة الحال نجد أن الدول المغاربية كغيرها تسهر على ضمان تطبيق أمثل لهذه النصوص جعلت من قوانينها الإجرائية السبيل إلى ذلك من أجل ضمان أمثل لحماية المصلحة العامة و إن كان الجانب الإجرائي فيما يخص جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة و خصوصاً الإجراءات الخاصة التي فرضتها طبيعة بعض هذه الجرائم و كذا وسائل الإثبات فيها تعبر عن مدى مراعاة و تحكم هذه الدول في مجتمعاتها و الحفاظ على مصالحهم، فإن الجانب العقابي له أيضاً الدور الكبير في مواصلة إبراز توجهات هذه الدول فيما يخص سياستها التشريعية عموماً.

¹. لعوية (عمر): مرجع سابق، ص 146 و ما بعدها.

و عليه كان لابد من معرفة التوجه الحقيقي لهذه الدول على صعيد تلك الحماية التي أرادت أن تضيفها على حقوق الأفراد و المجتمع فيما يخص الجانب الإجرائي بما يضمنه من وسائل إثبات لهذه الجرائم أيضا، و كذلك معرفة ما هي العقوبات التي سنتها هذه الدول لصددها، و عليه قسمنا هذا الباب إلى فصلين، تناول (الفصل الأول) خصوصية جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة من الناحية الإجرائية في التشريعات المغربية، و تناول (الفصل الثاني) العقوبات المقررة لجرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغربية.

الفصل الأول:

الخصوصية الإجرائية لجرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغربية.

إن الجانب الإجرائي لمعالجة جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة له الدور الكبير في إبراز قيمة دراسة هذا النوع الخطير من الجرائم من جهة، و كذلك إبراز جملة الحلول التي حاولت الدول وضعها للتصدي لهذه الجرائم بعدما تقع من جهة ثانية، و أيضا مواصلة إبراز تلك السياسات الإجرائية التي تتبناها هذه الدول و منها المغربية من جهة ثالثة، و بطبيعة الحال محاولة الوصول لمعرفة السياسة العامة للتشريعات المغربية فيما يخص هذه الجرائم و قد جاء في هذا الفصل مبحثين، تناول (المبحث الأول) الإجراءات الخاصة المتعلقة بالدعوى العمومية عند ارتكاب جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة أما (المبحث الثاني) فقد جاءت فيه الإجراءات الخاصة المتعلقة بإثبات جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغربية.

المبحث الأول:

خصوصية إجراءات الدعوى العمومية عند ارتكاب جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

إن جرائم العرض و إنتهاك الآداب لها إجراءات عامة تشترك فيها مع كل الدعاوى الأخرى لمختلف الجرائم، و لها إجراءات خاصة تنفرد بها بعضها عن الجرائم الأخرى، و الغاية من فكرة الإجراءات الخاصة هي معرفة تلك الإجراءات التي تنفرد بها جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة و يكفي أن تكون في واحدة فقط، لأن خصوصية بعض جرائم العرض - التي أوجدتها التوجهات الفكرية على الصعيد القانوني- تحتم على المشرع في قانون الإجراءات الجزائية أن ينظر إليها بصفة خاصة و أن يفرد لها إجراءات خاصة، كما يجدر بنا معرفة مكان هذه الإجراءات الخاصة في حماية ما يسمى بالحرية الجنسية التي ينادي بها الفكر الغربي و ما هو من قبيل حماية الأخلاق و الأعراض، بمعنى آخر معرفة تلك التشريعات المغربية التي أفردت في نصوصها هذه الإجراءات و التشريعات المغربية التي جعلت هذه الجرائم تخضع لما تخضع له باقي الجرائم من إجراءات، و عليه يتكون هذا المبحث من فكرتين هما: تعليق تحريك الدعوى العمومية على شكوى (المطلب الأول)، و أسباب إنقضاء الحق في تقديم الشكوى

في التشريعات المغاربية (المطلب الثاني)، و تقدير تقييد الشكوى في الزنا في التشريعات المغاربية (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

تعليق تحريك الدعوى العمومية على شكوى.

إن معظم القوانين الوضعية جرمت بعض الأفعال التي إعتبرتها إعتداء على الحرية الجنسية، بإعتبار أن القانون ينظر إليها بأنها من الحريات الشخصية و التي ينبغي إحترام حرية الأفراد حين مباشرتها بإستثناء حالات محددة مثل الزنا (الخيانة الزوجية)، فإذا تعلق الأمر في هذه التشريعات بخيانة أحد الزوجين للآخر - أو بخيانة الزوجة لزوجها في التشريعات التي تفرق بين زنا الزوج و زنا الزوجة - فإن المشرع لا يجيز محاكمة أحد الزوجين إلا بناء على شكوى الزوج الآخر، ما يعني أن رضا الزوج أو الزوجة بزنا الآخر تحول دون متابعتة، و من هنا جاءت فكرة تعليق تحريك الدعوى العمومية على شكوى فيما يخص جريمة الزنا (الخيانة الزوجية).

الفرع الأول:

تفرد جريمة الزنا بتعليق تحريك الدعوى العمومية فيها على شكوى.

لقد تأثرت التشريعات المغاربية بعدة إتجاهات بخصوص ماهية الجرائم الماسة بالعرض و الآداب العامة التي لا يمكن أن تحرك فيها الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى، و بتفحصنا للنصوص التشريعية لهذه الدول لم نجد سوى جريمة الزنا من يسقط في حقها هذا الوصف. و قد تأثرت النظرة إلى جريمة الزنا بعدة أسس فكرية إستند عليها لكي تصبح على ما هي عليه في التشريعات الوضعية، فقد ثبت أن الشريعة اليهودية تتبنى منذ البدء مبدأ الحرية الجنسية الذي يبيح كافة الأفعال الجنسية التي تتم بين طرفين و برضاها عدا إستثناء واحد و هو جريمة زنا الزوجة دون الزوج فالزوجة اليهودية كأى منقول في بيت زوجها و عقد الزواج كعقد البيع، و بالتالي من يزني بها كمن يسرق من زوجها ما يملك، ثم جاء فكر الكنيسة الذي أخذ بالعامل الأخلاقي في القرون الوسطى و لكن بعد نجاح الثورات التحريرية في أوروبا إعتنقت مبدأ الحرية الجنسية لتبيح كافة الأفعال الجنسية مسايرة للمبادئ السياسية و الإقتصادية، مع تجريم زنا المتزوجين كإستثناء على أساس العامل العقائدي بصفة أن هذا العقد سرا من أسرار الكنيسة السبعة الذي يلزم كل زوج بالإخلاص لزوجته الآخر¹، و هذا ما جعل بعض التشريعات المغاربية تلجأ إلى الإعتداد بما يسمى بتعليق الشكوى على رضا أحد الزوجين، أخذة به كمبدأ من المبادئ الإجرائية متناسية المرجع التاريخي و العقائدي لنشوء هذا المبدأ، و متناسية أيضا المرجع العقائدي الإسلامي الذي خالف هذا المذهب السابق.

الفرع الثاني:

¹. أنظر... عبد الرزاق الحديثي (فخري)، حميدي الزعبي (خالد): مرجع سابق، ص 181 إلى 182.

التشريعات المغاربية بين إقرار تحريك الدعوى العمومية و السكوت عنها.

لقد إنقسمت التشريعات المغاربية إلى إتجاهين إثنين، الإتجاه الأول: يتمسك بتعليق الدعوى العمومية على شكوى، و نخص بالذكر التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية و التشريع التونسي، و الإتجاه الثاني: لم يشترط تعليق الدعوى العمومية على شكوى، و نعني بذلك كل من تشريعي دولة ليبيا و دولة موريتانيا.

الفقرة الأولى:

التشريعات المغاربية التي نصت على تعليق تحريك الدعوى العمومية على شكوى.

لقد لجأت كل من التشريعات الجزائرية و التونسية و تشريع المملكة المغربية إلى الإعتداد بفكرة حق الزوج المتضرر في تعليق رفع شكوى عن زنا زوجته أو العكس، و الأصل في تحريك الدعوى العمومية و رفعها و مباشرتها أنه من إختصاص النيابة العامة، حيث تنص المادة 1/29 من قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري على: "تباشر لنيابة العامة الدعوى العمومية بإسم المجتمع و تطالب بتطبيق القانون..."¹، كما ينص الفصل 20 من مجلة الإجراءات الجزائرية التونسية على: "النيابة العمومية تثير الدعوى العمومية و تمارسها كما تطلب تطبيق القانون و تتولى تنفيذ الأحكام"². أما تشريع المملكة المغربية فقد نص في المادة 3 من قانون المسطرة الجزائرية بأنه: "... يقيم الدعوى العمومية و يمارسها قضاة النيابة العامة..."³، إلا أن هذه القوانين لم تطلق يد النيابة العامة بصفة كاملة و خالية من أي قيد، فقد قيدتها أحيانا من حيث سلطتها في تحريك الدعوى العمومية، و ذلك بغل يدها لحين رفع القيد عنها بتقديم شكوى أو طلب أو إذن، و هي قيود لا تتعلق إلا بحق النيابة العامة بالمبادرة في إتخاذ الإجراء الأول و هو تحريك الدعوى العمومية⁴.

أولا: التشريع الجزائري.

حين تصفح التشريع الجزائري نجد أنه لم يقيد رفع الدعوى على شكوى إلا بالنسبة لجريمة الزنا (الخيانة الزوجية)، و دون غيرها من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، و عليه فإنه من الواجب التمعن في تفحص تلك الإجراءات التي تختص بها الدعوى في جريمة الزنا في هذا التشريع، فقد نص على حق

¹. قانون الإجراءات الجزائرية الجزائري، المعدل بالأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 و الصادر في الجريدة الرسمية عدد 40، بتاريخ 23 يوليو 2015.

². مجلة الإجراءات الجزائرية التونسية، طبعة 2، تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2009 م، ص 14.

³. قانون المسطرة الجنائية للمملكة المغربية، متوفر على الموقع:

<http://www.aladel.gov>

⁴. أوهابية (عبد الله): قانون الإجراءات الجزائرية- التحري و التحقيق- الطبعة 6، الجزائر، دار هومة، 2006 م، ص 95.

طلب تحريك الدعوى في المادة 339 فقرة أخيرة من قانون العقوبات: "... و لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور..."¹.

و يجب الإشارة إلى أن التشريع الجزائري قد علق تحريك الدعوى العمومية على شكوى الزوج المضرور أو الزوجة المتضررة، و بتبنيه لهذا المذهب يكون قد سائر المذهب الوضعي الذي يشترط أن تجرم الخيانة الزوجية لا الزنا على إطلاقه، كما أن هذا الإجراء المتبني ما هو إلا نتيجة حتمية عن الإتجاه الأول و الذي يخص السياسة التجريبية لكون الإعتداء على العرض حق خاص يحمى من هذا المنطلق و التقييد في رفع الدعوى العمومية إمتداد لها لا يمكن للنيابة العامة أن تمثل المجتمع و تقوم بالإجراءات اللازمة التي تؤدي لتطبيق العقوبة ما لم يرضى من له الحق و هو الزوج المضرور، و قد أطلق هذا الحق للزوج المضرور و الزوجة المتضررة و بهذا لم يتبع التشريعات الوضعية التي تميز بينهما حين التصدي لما يسمى بالخيانة الزوجية، كما أنه أخرج زنا غير المتزوجين من هذا التخصيص لأن من له صفة القيام بتقديم الشكوى من يكون متزوجا بالجاني و غير المتزوج ليس له صفة القيام بهذا الفعل.

ثانيا: التشريع التونسي.

أما المشرع التونسي فقد نص على حق تحريك الدعوى في الزنا (الخيانة الزوجية) في الفصل 236 من المجلة الجزائية التونسية في الفقرة 2 و التي تنص على: " و لا يسوغ التتبع إلا بطلب من الزوج أو الزوجة الذين لهما و حدهما الحق في إيقاف التتبع أو إيقاف تنفيذ العقاب"². و نستنتج من خلال تفحصنا لهذا النص أن المشرع التونسي إعتد على نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري بتبني الإتجاه الوضعي الذي يعتبر حق خالص لصاحبه و منه كان التجريم و كانت الإجراءات التي تخص المتابعة لا تخرج عن هذا الإطار، كما سائر هذا الأخير أيضا توجه المشرع الجزائري حينما لم يفرق بين زنا الزوج و زنا الزوجة فجعلهما في مرتبة واحدة هذا من جهة، و ساوى بين حقهما في إختصاص أحدهما بالآخر هذا من جهة أخرى، و قد سلك أيضا المشرع التونسي مسلك هذا الأخير في وضع هذا النص الإجرائي المقيد ليد النيابة العامة في الخيانة الزوجية في قانونه للعقوبات، و الأولى أن تكون هذه المادة الإجرائية في قانون الإجراءات الجزائية من قبل الحالات التي تغل يد النيابة العامة في رفع الدعوى العمومية.

ثالثا: تشريع المملكة المغربية.

أما مشرع المملكة المغربية فقد نص في الفصل 491 فقرة 1 على: "... و لا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه..."¹.

¹. أنظر... قانون العقوبات الجزائرية الجزائري، مرجع سابق.

². المجلة الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص 77 ... و إستقر فقه القضاء التونسي على هذه القاعدة الأساسية، المستمدة من صريح عبارات الفصل 236 جنائي، و صدرت في هذا المعنى عدة قرارات منها القرار عدد 7374 بتاريخ 24 جوان 1970 م، و القرار عدد 7415 بتاريخ 5 فيفري 1985 م ... الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 172.

و من خلال هذا النص نجد أن تشريع المملكة المغربية ذهب نفس مذهب نظيره المشرع الجزائري و المشرع التونسي عدا في كون هذا الأخير قد صرح بجواز رفع الدعوى ممن له الوكالة عن أحد الزوجين المضرور إن كان غائبا، فقد ورد في الفصل 491 في الفقرة الأخيرة: "... غير أنه في حالة غياب أحد الزوجين خارج تراب المملكة فإنه يمكن للنيابة العامة أن تقوم تلقائيا بمتابعة الزوج الآخر الذي يتعاطى الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة"².

رابعا: علة لجوء التشريعات المغربية إلى تعليق تحريك الدعوى العمومية على شكوى.

لقد جعلت هذه التشريعات هذا الحق ممنوحا للزوجين، لأنهم يزعمون أنهم قدموا مصلحة العائلة و الأولاد و الإبقاء على وحدتها، على أساس أنه و إن كان الحق في الحرية الجنسية مطلب أساسي لرواد المذاهب الوضعية إلا أنهم جعلوا حق خصوصية أحد الزوجين بالآخر مطلبا إضافيا مدعما للمطلب الأول، فإذا رأى أحد الزوجين أنه لا يريد أن يفكك أسرته لا يتقدم برفع الدعوى العمومية في حق الزوج الآخر، و عليه فقد ذهبوا إلى وجوب أن يوضح في الحكم الذي يقضي بإدانة الزوج في جريمة الزنا أن رفع الدعوى كان بناء على بلاغ من الزوج الآخر و إلا كان ذلك من العيوب الجوهرية المبطلة، و إذا لم يقدم الزوج أو الزوجة الشكوى فلا تملك النيابة أن تحقق و لا أن ترفع الدعوى، و إذا رفعتها من تلقاء نفسها فإنها تكون باطلة و على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبولها لبطلان الإجراءات، و لا يصحح الإجراءات بعد ذلك أن يوافق من له الحق في تقديم الشكوى على السير في الدعوى أو يطلب دخوله مدعيا مدنيا فيها، و إنما يجب إعادة الإجراءات من جديد لأن تقديم الشكوى مسألة جوهرية تتعلق بالنظام العام و يجوز التمسك بمخالفتها في أي مرحلة من مراحل التقاضي، و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا، و لجميع الخصوم التمسك به في أي مرحلة كانت عليها الدعوى³، و متى قدمت الشكوى إستردت النيابة العامة حريتها في تحريك الدعوى العمومية، و جاز لها مباشرة إجراءات التحري و التحقيق و المحاكمة.

الفقرة الثانية:

التشريعات المغربية التي لم تشترط تعليق تحريك الدعوى العمومية على شكوى.

لقد سكت كل من التشريعين الموريتاني و الليبي عن تقييد الشكوى في جريمة الزنا برفعها من الزوج المضرور، و ذلك لسلوكهما منهاجا مغايرا لما سلكته التشريعات المغربية السابقة و إن سلكا من الناحية العامة نفس مسلك التشريعات المغربية الأخرى، بأن جعلوا النيابة العامة هي من لها حق تحريك الدعوى العمومية.

¹. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية: مرجع سابق، ص157.

². المرجع نفسه، ص157.

³. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص44 و 45.

أولاً: التشريع الليبي.

لقد نص قانون الإجراءات الجنائية الليبي في المادة الأولى على أنه: "تختص النيابة العامة دون غيرها برفع الدعوى الجنائية و مباشرتها"¹، و بهذا يجوز في جريمة الزنا أن تحركها النيابة العامة بإعتبارها صاحبة الحق العام و لا تنتظر تحريكها من طرف الزوج المتضرر، و لم يرد في قانون العقوبات الليبي و لا في القوانين المكملة له ما يدل على تقييد يد النيابة العامة عن رفع الدعوى في جريمة الزنا و لم يرد ما يدل على ذلك في قانون الإجراءات الجزائية، و قد ساير بهذا ما ذهب إليه أول مرة حين جرم الزنا على إطلاقه و لكونه محرم لذاته فلم يماثل بإتجاه هذا التشريعات المغربية السابقة.

و حين التأمل في المادة السابقة نجدها تقر أن للنيابة الحق في تولي رفع الدعوى العمومية بإعتبارها ممثلة للمجتمع و لأن الإعتداء على العرض بالزنا لا يخول لأي من أطراف العلاقة غير المشروعة التمتع بأحقية الإختصاص بتحريك الدعوى العمومية، و عليه يجوز للنيابة و غير النيابة العامة رفع و تحريك الدعوى العمومية حين إكتشاف إرتكاب الزنا في إطار ما يقره قانون الإجراءات الجزائية الليبي.

ثانياً: التشريع الموريتاني.

أما قانون الإجراءات الجزائية الموريتاني فقد نص في المادة 27 منه بأنه: "تمارس النيابة العامة الدعوى العمومية و تطلب تطبيق القانون..."²، و قد ذهب المشرع الموريتاني إلى عدم تقييد يد النيابة العامة بإعتبارها صاحبة الحق في رفع الدعوى العمومية، و بالتالي إنتهج نفس المنهج الذي سلكه المشرع الليبي فجعلها مثل الجرائم الأخرى فليس هناك أي إعتبار لرضا أحد الزوجين بإرتكابه للزنا من طرف الزوج الآخر، و للنيابة حق رفع الدعوى و لغيرها أيضا حسب ما يشترطه هذا القانون.

ثالثاً: علة التشريعات المغربية التي لم تنص على تعليق تحريك الدعوى على شكوى.

لقد ذهب كل من التشريعين الليبي و الموريتاني إلى سلوك منهجا مغايرا لمنهج التشريعات السابقة فهما جرما الزنا على إطلاقه منذ أول مرة لإعتباره من المحرمات المنتهكة لحدود الله فيعاقب عليها و تثار الدعوى فيها دون قيد و قد راعيا بالنسبة لهذه النقطة ما ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية فالزنا جريمة ماسة بالأخلاق و محرمة لذاتها و لا يتحقق العدل إلا بعدم تقييد من له حق المتابعة و هي الدولة - النيابة العامة - و هي في الشريعة الإسلامية كغيرها من الجرائم حددها الله عز و جل نوعا و عددا و سماها بالحدود فهي لا تقبل لا زيادة و لا نقصان، و لا يحل للحاكم أن يتصرف فيها لا بالإضافة و لا الحذف و متى ثبت للقاضي إرتكاب جريمة من هذه الجرائم فيجب عليه أن يقضي، و لقد إتفق علماء المسلمين على أن الخصومة ليست بشرط في جرائم الحدود الخالصة لله عزوجل، و الشاهد - أربعة - إذا

¹. قانون الإجراءات الجزائية الليبي و القوانين المكملة له، ص1، متوفر على موقع:

². قانون الإجراءات الجزائية الموريتاني، متوفر على موقع:

عابن الجريمة مخير بين أمرين: إما أداء الشهادة حسبة لله و إما التستر على الزاني، و بهذا فالشاهد هنا مدع أيضا و لهذا تسمى هذه الدعوى في الشريعة الإسلامية دعوى حسبة¹.

الفرع الثالث:

شروط صحة الشكوى المقيدة ليد النيابة العامة في التشريعات المغربية.

إن هذه الشروط هي مجموعة من الإجراءات التي لا بد أن تكون عليها الشكوى حتى تكون صحيحة و منتجة لآثارها، بعضها في الشاكي و المشكو ضده، و البعض الآخر في الشكوى نفسها و هذا بالنسبة لجريمة الزنا فقط.

الفقرة الأولى:

شكل الشكوى و مضمونها.

لم يشترط القانون شكلا معينا للشكوى، فيستوي أن تكون شفوية أو كتابية و لا يهم اللغة التي تكتب بها، و يكفي أن تكون دالة على رغبة الشاكي في معاقبة الجاني أو طلب محاكمته، و يكفي أن تستخلص هذه الرغبة من ظروف الشكوى أو من عباراتها دون الحاجة إلى ذكرها صراحة فيها²، و هذا ما تشترك فيه تشريعات المغرب العربي (الجزائر، تونس، المملكة المغربية).

حيث يؤكد الفقه التونسي على أن طلب الشكوى قد يكون في أشكال مختلفة و المهم أن تكون معبرة بوضوح و لا لبس فيها عن الإرادة في التتبع³، و لا يشترط في الشكوى أن تكون ملمة بكافة التفاصيل الدقيقة بل يكفي أن يذكر فيها مجمل الوقائع و تاريخها و مكانها و الرغبة الصريحة في تحريك الدعوى العمومية، و لا يقوم مقام الشكوى مجرد مسارعة الزوج إلى تطليق زوجته، أو رفع دعوى مدنية عليها أو على شريكها، أو رفع دعوى اللعان أمام المحكمة المختصة بإنكار نسب الطفل الذي ولدته زوجته الزانية⁴، و لا تخضع الشكوى إلى شكل معين بل يكفي أن يستخلص منها رغبة الزوج المضرور في تسليط العقوبة على الجاني، و بما أن الشكوى هي شرط في مباشرة المتابعة فإن القاضي ملزم بإثباتها في حكم الإدانة⁵.

الفقرة الثانية:

توفر شرط الصفة في المشتكي.

ذهب الفقه الجزائري إلى أنه لا بد أن تصدر الشكوى في جريمة الزنا من صاحب الحق في تقديمها و هو المجني عليه (الزوج أو الزوجة المتضررين)، و هذا حسب نص المادة 339 فقرة أخيرة - السابق

¹. فتيحة (جبريج): مرجع سابق، ص 141.

². المرجع نفسه، ص 148.

³. الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 172.

⁴. فودة (عبد الحكيم): مرجع سابق، ص 275.

⁵. جنائي: 1891/01/31م - دالوز - 1891م - 1 - 176... دريدوس (مكي): مرجع سابق، ص 119.

ذكرها - من قانون العقوبات الجزائري أو وكيله الخاص بوكالة مبرمة بعد وقوع الجريمة، و لا تصح قبل وقوعها و لا تصح كذلك إذا صدرت من والد الزوج المتضرر أو أحد أقاربه أو أصدقائه، لأن القانون نظر إلى هذه الجريمة نظرة خاصة على أساس أنها تمس المصلحة الفردية و هي شرف و سمعة الزوج (أو الزوجة) المتضرر الذي أهدر عرضه و لطمح شرفه بالإضافة إلى هذا لا بد أن يكون هذا الشاكي متمتعا بقواه العقلية بأن لا يكون مجنوناً أو سكراناً، و أن يكون بالغاً و أن تكون الشكوى صادرة عن إرادة حرة غير مشوبة بأي نوع من أنواع عيوب الإرادة¹، كما أنه قد اختلف الفقه الجزائري بشأن القانون الذي يحدد صراحة أجلاً معيناً للزوج الشاكي لكي يستعمل حقه في ممارسة تقديم شكوى إلى ممثل النيابة العامة أو إلى الشرطة و لم يقيد به بشرط آخر، فما هو الحل في حال دخول الزوج المتضرر في مساومات مع الزوج الزاني بقصد الوصول إلى أهداف غير شرعية و غير أخلاقية أو قصد الإضرار به في الوقت الذي يريد؟ و ماذا سوف يكون موقف القاضي، هل يقبل بالشكوى المتخذة و يفصل في الدعوى أم يقرر عدم قبولها؟

حيث أن هناك من الفقهاء الجزائريين من يرون بأن على القاضي ألا يقبل الشكوى المتأخرة و هناك من يرى أنه على القاضي قبول الشكوى ما دامت أن الجريمة لم تنقض بعد بسبب من أسباب الإنقضاء المنصوص عليها في المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية²، و ما دامت لم تسقط بالتقادم المنصوص عليه في المادة 8 من نفس القانون³، و من أسس هذا الإتجاه الثاني أن القانون إكتفى بإشترط توفر الرابطة الزوجية لقيام جريمة الزنا، و لم يشترط توفرها لصحة تقديم الشكوى⁴، و قد ذهب الفقه التونسي إلى أن المتضرر قد يعلم بالجريمة من قبل أحد مأموري الضبط القضائي فيطلب التتبع، و في هذه الصورة تكون إثارة الدعوى العمومية و تحريكها مقبولة قانوناً، و إعتبر الفقه أن القيام بالحق الشخصي أمام المحكمة الجزائية دليل واضح على طلب التتبع⁵.

الفقرة الثالثة:

تقديم الشكوى إلى الجهة المختصة.

و معنى هذا الشرط أن على الشاكي أن يعرف طرق تحريك دعوى الزنا بأن يرفعها إلى الجهات المختصة حتى تكون صحيحة، و قد تكون الجهة المختصة هي النيابة العامة و هو ما نصت عليه المادة

¹. فتيحة (جبريح): مرجع سابق، ص 149.

². تنص المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية على: " تنقضي الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبة، بوفاء المتهم، العقوبة، و بالتقادم، و بالعفو الشامل و بيلغاء قانون العقوبات و بصدر حكم حائز لقوة الشيء المقضي ... تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت هذه شرطا لازما للمتابعة" ... قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق.

³. تنص المادة 8 من قانون الإجراءات الجزائية على: "تنقادم الدعوى العمومية في مواد الجرح بمرور ثلاث سنوات كاملة..." قانون الإجراءات الجزائية، مرجع سابق.

⁴. عبد العزيز (سعد): مرجع سابق، ص 59 و 60.

⁵. القرار التعقيبي عدد 21 الصادر في 10 سبتمبر 1975 م... الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 173.

36 من قانون الإجراءات الجزائية: "يقوم وكيل الجمهورية بتلقي المحاضر و الشكاوى و البلاغات و يقرر ما يتخذ بشأنها..."¹.

و الفصل 26 من المجلة الجزائية التونسية التي تنص على: "وكيل الجمهورية مكلف بمعاينة سائر الجرائم و تلقي ما يعلمه به الموظفون العموميون و أفراد الناس من الجرائم و قبول شكايات المعتدى عليهم..."²، أما قانون الإجراءات الجزائية للمملكة المغربية فقد نص في المادة 40 من قانون المسطرة الجنائية على: "يتلقى وكيل الملك المحاضر و الشكايات و الوشايات و يتخذ بشأنها ما يراه ملائما..."³. كما يختص بتلقي الشكاوى من المضرور في جريمة الخيانة الزوجية أيضا ضابط الشرطة القضائية حسب ما ورد في المادة 17 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري التي تنص على: "يباشر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12 و 13 و يتلقون الشكاوى و البلاغات..."⁴، و هم من سماهم المشرع التونسي بمأموري الضابطة العدلية، حيث ورد في الفصل 13 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية أنه: "...ثانيا: تلقي التقارير و الإعلانات و الشكايات المتعلقة بتلك الجرائم..."⁵، أما في قانون الإجراءات الجزائية للمملكة المغربية فتتص المادة 21 منه على: "...يتلقون الشكايات و الوشايات و يجرون الأبحاث التمهيديّة..."⁶، و هنا أيضا نجد تشريعات المغرب العربي الثلاثة قد اجتمعت فيما يخص هذه الفكرة.

و قد يرفع الشكوى المعني أمام المحكمة الجزائية بطريق الإدعاء المدني المباشر، و في هذه الحالة أباح المشرع للمتضرر من الجريمة الحق في رفع الدعوى الجنائية مباشرة عن طريقه، أي حق المدعي في الجرائم المصنفة جناحاً (الخيانة الزوجية) رفع الدعوى العمومية مباشرة بتكليف المتهم بالحضور أمام القضاء الجنائي⁷، و هو ما نصت عليه المادة 1 فقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على أنه: أنه: "...كما يجوز أيضا للطرف المضرور أن يحرك هذه الدعوى طبقا للشروط المحددة في هذا القانون"⁸، و هو ما يؤيده المشرع التونسي في الفصل 2 في الفقرة الأخيرة بقوله: "و يمكن إثارة الدعوى المذكورة من طرف المتضرر حسب القواعد المبينة بهذا القانون"⁹، و هو رأي مشرع المملكة المغربية أيضا حين نص في المادة 3 في الفقرة 3 بأنه: "...يمكن أن يقيمها المتضرر طبقا للشروط المحددة في

¹. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع نفسه.

². مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص 15.

³. قانون المسطرة الجزائية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 30.

⁴. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع نفسه.

⁵. مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، المرجع نفسه، ص 10.

⁶. قانون المسطرة الجزائية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 24.

⁷. جبريح (فتيحة): مرجع سابق، ص 150.

⁸. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق.

⁹. مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص 5.

هذا القانون...¹ و هذا بالطبع فيما يخص تكليف بإدعاء مباشر يقدمه المتضرر من الخيانة الزوجية و غيرها من الجرائم.

المطلب الثاني:

أسباب إنقضاء الحق في تقديم الشكوى في التشريعات المغربية.

و المقصود بأسباب إنقضاء الحق في تقديم الشكوى هو قيام حالات تمنع الحق في تقديمها لتحريك الدعوى العمومية، أو وقف مباشرتها و إصدار حكم فيها، فمتى توفر أحد الأسباب سقط الحق في الشكوى المرفوعة ضد المتهم².

و تنحصر أسباب إنقضاء الدعوى العمومية في الجرائم بصفة عامة و في جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة و التي من بينها جريمة الزنا (الخيانة الزوجية) بصفة خاصة، في ثلاثة أسباب هي: وفاة المجني عليه، و مضي مدة على سحب الشكوى أو التنازل عنها، و نجد أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على أسباب إنقضاء الحق في الشكوى و إنما إكتفى فقط بالنص على أسباب إنقضاء الدعوى العمومية في الجرائم بصفة عامة³، و هذا في نص المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية، و كذلك المشرع التونسي في نص الفصل 4 من مجلة الإجراءات الجزائية⁴، و هو أيضا ما ذهب إليه مشرع المملكة المغربية في المادة 4 من قانون المسطرة الجزائية⁵.

الفرع الأول:

وفاة المجني عليه.

إن المجني عليه في جريمة الزنا (الخيانة الزوجية) هو الزوج المتضرر الذي أعطى له المشرع الحق في رفع شكواه، و تكتسي هذه الفكرة الطابع الشخصي⁶ فلا يجوز للغير النيابة عنه لأنه ليس لهم مصلحة مصلحة في ذلك، و عليه إذا حدثت الوفاة قبل تقديم الشكوى إنقضى الحق في تقديمها، و بالتالي تنقضي الدعوى العمومية تلقائيا و لا ينتقل الحق في الشكوى إلى ورثة المجني عليه، و إذا حصل و تقدم أحدهم بهذه الشكوى لا يعتد بها و لا تنتج آثارها القانونية⁷، أما إذا قدمت الشكوى حال حياة الشاكي ثم توفي بعد بعد ذلك فلا تأثير لهذه الوفاة على سير الدعوى، و يكون على النيابة العامة مباشرة إجراءات التحقيق و المتابعة⁸.

¹. قانون المسطرة الجزائية للمملكة المغربية، المرجع نفسه، ص 19.

². جبريح (فتيحة): المرجع نفسه، ص 150.

³. المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع نفسه.

⁴. الفصل 4 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص 6.

⁵. قانون المسطرة الجنائية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 19.

⁶. غالي الذهبي (إبورد): مرجع سابق، ص 87.

⁷. جبريح (فتيحة): مرجع سابق، ص 151.

⁸. المرجع نفسه، ص 151.

و قد وافق الفقه التونسي في هذا القول نظيره الفقه الجزائري و أضاف أنه ليس للورثة إسقاط الدعوى ما دامت الشكوى قد رفعت قبل وفاة الزوج المتضرر، و لأن الأمر يتعلق بحقوق شخصية مملوكة للقرين المتضرر دون سواه فهو المؤهل للتنازل عنها و لا يملك الورثة هذا الحق، و هذا ما أكدته محكمة التعقيب التونسية في قرارها الذي ورد فيه: " أن حق التتبع في الزنا هو حق شخصي لا يسند للغير و لا يورث¹، مع الإشارة أنه في هذه القضية إنتحر الزوج المتضرر بعد أن رفع الشكوى و مات كمدا و حسرة على عرضه المدنس، خاصة أنه وجد شريك زوجته الخائنة تحت السرير و هو مكشوف العورة فحكم عليهما بخمس سنوات سجنا²، و قد أثار الفقه التونسي أيضا فكرة مدى تأثير وفاة الفاعل الأصلي على إثارة الدعوى و قد ميز بين حالتين:

أما الحالة الأولى: فيتعلق الأمر بمآل الدعوى العمومية بالنسبة للشريك الذي بقي حيا عندما يطلب المتضرر تتبعه بعد وفاة الفاعل الأصلي³، و مثالها كالزوجة التي تتوفى في حادث مرور و بعد وفاتها يتبين أنها كانت تخونه مع جار له فيطلب متابعة هذا الجار من أجل المشاركة في الزنا، و قد إتجه القضاء التونسي فيما يخص هذه الحالة إلى القول: بأن حالة الزوجية تنقضي بالوفاة و بذلك فإن المتضرر الذي يرفع الدعوى لم تبقى له الصفة القانونية حين إثارته لتلك الجريمة بعد وفاة الزوجة⁴. أما بالنسبة للحالة الثانية فهي تخص الفاعل الأصلي بعد تقديم الشكاية و تأثيرها على الشريك فالقواعد العامة للمشاركة في الجرائم العادية لا تحول دون مواصلة تتبع و معاقبة الشريك رغم عدم تتبع الفاعل الأصلي سواء لأسباب واقعية مثل الفرار، أو لأسباب قانونية كالوفاة أو إذا بقي مجهولا، و هو ما إستقر عليه القضاء التونسي⁵ كما ذهب إلى أن وفاة الفاعل الأصلي بعد رفع الشكوى تحول دون تتبع الشريك الذي تنقضى في حقه الدعوى العامة أيضا ما لم يصدر حكم نهائي في القضية، و لكن هناك من الفقه التونسي من ذهب خلاف ذلك و صرح أنه لا تأثير لوفاة الفاعل الأصلي على تتبع الشريك الذي بقي على قيد الحياة ما دام أن التتبع ضده إنطلق قبل تلك الوفاة، و أن خصوصية دعوى الزنا ليس لها تأثير في هذه النقطة بالذات و يؤكد على أنه يجب على المحكمة في مثل هذه الصورة أن تثبت طبعاً من وجود الفاعل الأصلي المكون للجريمة واقعا و قانونا، و أن يحصل لديها يقينا بإقتراف الجريمة لأنه إذا قضت المحكمة بتترك سبيل الفاعل الأصلي لعدم كفاية الأدلة و الحجة، فإن الشريك ينتفع حتما بنفس الحكم، إذ المفروض أن يتم تتبعهما في محاكمة واحدة فلا يجوز إفراد كل واحد منهما بتتبع مستقل⁶.

1. قرار تعقيبي عدد 17415، المؤرخ في 5 فيفري 1986 م ... الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 174.

2. المرجع نفسه، ص 174.

3. قرار تعقيبي عدد 1944 بتاريخ 11 جويلية 1977 م... المرجع نفسه، ص 175.

4. الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 175.

5. قرار تعقيبي صادر في 12 ماي لسنة 1977 م ... المرجع نفسه، ص 176.

6. المرجع نفسه، ص 177.

و يمكن أيضا إثارة نقطة أخرى هي مدى إمكانية الحكم بإدانة الفاعل الأصلي من أجل الزنا و ترك سبيل الشريك لعدم ثبوت التهمة في حقه، كأن يعترف الأول بالجريمة لكن الشريك ينكر ذلك، و قد قضي في قضية بإدانة الزوجة الزانية و تسليط عقاب بدني عليها و في نفس الوقت حكم بترك سبيل الشريك لعدم كفاية الحجة و تأيد هذا الحكم إستئنافيا و بنت محكمة التعقيب التونسية هذا المنهج ضمنيا في قرارها الذي بموجبه أحالت القضية على محكمة الإستئناف بعد نقض القرار الإستئنافي، أو كان قضي بعقاب كل من الفاعل الأصلي و الشريك¹، و تبقى وضعية أخيرة تتمثل في إرتكاب جريمة الزنا من قبل شخصين متزوجين و هنا يعتبر كلاهما فاعلا أصليا، و بذلك نتساءل عن مدى تأثير وفاة أحدهما على التتبع ضد الآخر قبل رفع الشكوى أو بعده، و قد أجاب الفقه التونسي بالقول أنه: من المفروض أن هذه الوفاة لا تحول دون تتبع من بقي حيا من المتهمين، على أساس أن الدعوى العمومية لا تنقوض إلا في حق من أدركه الموت، لكن التتبع إذا إنطلق لا يستمر بالضرورة إذ يخضع أيضا لنظام خاص بإعتبار أنه يجوز إيقافه².

الفرع الثاني:

مضي فترة من الزمن على إرتكاب الجريمة.

إذا مرت هذه المدة و لم يتقدم الزوج المجني عليه بشكواه رغم علمه بحصول هذه الجريمة يسقط حقه في تقديمها و تنقضي الدعوى العمومية، و المشرع الجزائري لم يحدد لا صراحة و لا ضمنيا أجلا معيناً تقدم خلاله الشكوى، و يترتب على مضي المدة على النحو المتقدم أن يكون للمتهمين (الزوج الزاني و شريكه) الدفع بسقوط الحق في تقديم الشكوى و بالتالي إنقضاء الدعوى العمومية³، و كذلك المشرع التونسي⁴ و مشرع المملكة المغربية اللذين ذهبوا نفس مذهب التشريع الجزائري في هذه النقطة⁵.

الفرع الثالث:

سحب الشكوى أو التنازل عنها.

يعتبر كل من سحب الشكوى أو التنازل عنها بعد رفعها إلى الجهة المختصة السبب الثالث و الأخير من أسباب إنقضاء الدعوى العمومية، و بذلك فإن التتبع في دعوى الزنا رهين بمشيئة القرين المتضرر، و قد أكد الفقه الجزائري على هذا القول أن مجرد تعليق تحريك الدعوى الخاصة بالزنا على شرط تقديم شكوى مسبقاً من الزوج المتضرر يستلزم و يتطلب أن تكون لمن إشتطت لمصلحته الحق في التنازل

¹. قرار عدد 9637 م الصادر في 13 جوان 1984 م ... المرجع نفسه، ص 178.

². المرجع نفسه، ص 179.

³. جبريح (فتيحة) مرجع سابق، ص 152.

⁴. المجلة الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 77.

⁵. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية: مرجع سابق، ص 157.

عن الشكوى متى شاء، و في أي مرحلة من مراحل إجراء التحقيق و المحاكمة¹، و قد نص في المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري في الفقرة الأخيرة: "... إن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة"² و قد ورد في حكم قضائي جزائري أنه: "يترتب على صفح الزوج عن زوجته التصريح بإنقضاء الدعوى العمومية، وفقا لأحكام المادة 6 ق إ ج"³.

و بهذا فإن المشرع الجزائري يقصد من الصفح هنا هو التنازل عن الشكوى و هو نوع من العفو الخاص عن الجريمة أجازه القانون للزوج المضرور، و الصفح هنا له مدلول واسع يتسع ليشمل جميع المراحل الإجرائية للدعوى، فيمكن أن يقع الصفح قبل وصول الدعوى إلى مرفق القضاء، و قد يقع أثناء المحاكمة، فإذا كان سابقا للحكم كان دليل براءة الزوج المتهم فتأمر النيابة العامة بحفظ الدعوى إذا لم تحرك الدعوى العمومية، أما إذا صدرت من صاحبها بعد وصول القضية إلى يد قاضي التحقيق أمر بالأوجه للمتابعة، أو إذا كانت أمام قضاء الحكم فتصدر تلك الجهة حكما بإنقضاء الدعوى العمومية لسحب الشكوى بالصفح⁴.

و قد ذهب جانب من الفقه الجزائري إلى القول أنه لا يتعدى التنازل عن الواقعة المبلغ عنها إلى وقائع أخرى مستقلة حصلت قبلها أو بعدها و لا إلى الزنا الذي يحدث بعده فتنازله عن الواقعة المبلغ عنها يترتب عليه إنقضاء الدعوى بالنسبة لهذه الواقعة لوحدها، و لا يمنعه من تقديم شكوى عن وقائع أخرى - و لو كانت من نفس نوع الواقعة - سواء كانت هذه الوقائع سابقة على الواقعة المتنازل عنها أو لاحقة لها، و لا يعتبر ذلك رجوعا عن التنازل⁵.

كما أن مضمون نص المادة 339 فقرة أخيرة يجعلنا نذهب إلى القول أن سحب الشكوى يضع حدا للمتابعة حتى بالنسبة للشريك، و يجب الإشارة إلى أن المادة 340 من قانون العقوبات الجزائري الملغاة⁶ كانت تنص على: "إن صفح الزوج المضرور يضع حدا للمتابعة المتخذة ضد زوجته، و أن الصفح الذي يمنح بعد صدور حكم غير قابل للطعن يوقف آثار ذلك الحكم بالنسبة للزوج الذي صدر الصفح لصالحه"، أي أن صفح الزوج المضرور جائزا حتى بعد صدور الحكم النهائي و يؤدي إلى وقف آثار العقوبة المحكوم بها، كما تدل هذه المادة على أنها كانت تخالف مضمون المادة 339 فقرة أخيرة الحالية⁷ الحالية⁷ في أنها - المادة السابقة - جعلت لصفح المضرور أثر نسبي ينحصر في زوجه و لا ينصرف

¹. عبد العزيز (سعد): مرجع سابق، ص 61.

². قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

³. جنائي 1984/11/27 م، ملف 29093 المجلة القضائية، 1990 م، ص 295... بوسقيعة (أحسن): قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 143.

⁴. جبريح (فتيحة): مرجع سابق، ص 153.

⁵. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 76.

⁶. بموجب القانون 82-04 المؤرخ في 13/2/1982... بوسقيعة (أحسن): مرجع سابق، ص 143.

⁷. المعدلة بموجب القانون رقم 82 - 04 المؤرخ في 13 فبراير 1982 م، السابق ذكره.

ينصرف أثره إلى الشريك¹، و أيضا أصبح لصفح المضرور أهمية فقط قبل صدور حكم نهائي و هو ما يخالف حكم المادة الملغاة²، و ما يستفاد من صريح الفقرة الأخيرة من المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري.

كما أضاف الفقه الجزائري حالة كون الزوج الزاني متزوجا بعدد من النساء فإن الصفح لا ينتج أثره إلا إذا صدر من جميع من قدم الشكوى، فالتنازل من إحداهن وحدها لا أثر له على الشكوى، بخلاف الأمر في تقديم الشكوى الذي يكفي حصوله من إحدى المجني عليهن لإمكان السير في الإجراءات ضد المتهم حتى و لو تنازلت الباقيات عن حقوقهن أو طلبن عدم السير في الدعوى³، أما بالنسبة للتنازل فقد يكون كتابيا أو قد يكون شفهيًا، و يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا بشرط أن يكون واضحا لا لبس فيه، و من الأمور التي تعتبر ضمنية معاشرة الزوج زوجته بعد رفعه شكوى ضدها، فهذا دليل على أن الزوج المتضرر قد تنازل عن شكواه بمعاشرته زوجته الزانية⁴، و قد وافق المشرع التونسي نظيره الجزائري بالنسبة لهذه الحالة، في جوانب كثيرة منها حين أورد في الفصل 236 في الفقرة 2 أنه: "... و لا يسوغ التتبع إلا بطلب من الزوج أو الزوجة الذين لهما وحدهما الحق في إيقاف التتبع أو إيقاف تنفيذ العقاب..."⁵، و قد أقرت محكمة التعقيب التونسية هذه القاعدة حين قالت: إن الإسقاط في جريمة الزنا يترتب عنه وجوبا إيقاف التتبع⁶.

كما ذهب القضاء التونسي إلى أن التنازل بعد صدور الحكم المستأنف فيه و أثناء عرض القضية لدى محكمة التعقيب أيضا يمكن أثناء الرجوع عن دعوى الزنا، و قد ورد: "أن دعوى الزنا يمكن الرجوع فيها ممن قام بها من الزوجين في كل درجة من درجات القضاء و توقيف المحاكمة أو تنفيذ الحكم عند الإقتضاء و بذلك فإن الإسقاط الحاصل إثر الحكم الإستئنافي يمكن إعتماده في التعقيب و نقض الحكم بدون إحالة"⁷، و لكن خالف أحكام المشرع الجزائري في نص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري بأن صرح في الفصل 236 فقرة 2 السابق ذكره⁸، أنه يمكن إيقاف التتبع أو إيقاف تنفيذ العقاب من الزوج الزوج المضرور أو الزوجة المضرورة، أي حتى بعد صدور الحكم نهائيا، و هو ما أحجم عنه المشرع الجزائري - بعد أن ألغى المادة 340 من قانون العقوبات الجزائري- أما مشرع المملكة المغربية فقد وافق كل من التشريعين الجزائري و التونسي في عدة نقاط فيما يخص فكرة التنازل عن الشكوى أو سحبها، و

¹. قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

². المرجع نفسه، ص 140.

³. رشاد متولي (محمد): المرجع نفسه، ص 77.

⁴. جبريح (فتيحة): المرجع نفسه، ص 153.

⁵. مجلة الإجراءات الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 77.

⁶. قرار عدد 12351، الصادر في 1985/10/09 م... الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 180.

⁷. قرار عدد 8453، الصادر في 1983/03/26 م... المرجع نفسه، ص 181.

⁸. مجلة الإجراءات الجزائرية التونسية، المرجع نفسه، ص 77.

قد ورد في الفصل 492 من قانونه للعقوبات بأنه: " تنازل أحد الزوجين عن شكايته يضع حدا لمتابعة الزوج أو الزوجة المشتكى بها عن جريمة الخيانة الزوجية، فإذا وقع التنازل بعد صدور حكم غير قابل للطعن فإنه يضع حدا لآثار الحكم بالمؤاخذة الصادر ضد الزوج أو الزوجة المحكوم عليها..."¹، و بهذا يستفاد من هذا النص أنه إذا كانت الدعوى في أية مرحلة من المراحل و تنازل المضرور عن شكواه يوقف السير فيها، أما بعد صدور حكم نهائي و كان التنازل - الصفح- فهذا يمنع من تطبيق العقوبة و بهذه الفكرة الأخيرة نجد أن مشرع المملكة المغربية قد سائر ما ذهب إليه التشريع التونسي في القول صراحة بإمكانية الصفح بعد أن يحوز الحكم على حجية الشيء المقضي فيه هذا أولاً، و ثانياً جعل هذا الصفح موقفاً للعقاب و هو ما لم يصرح به المشرع الجزائري في نص المادة 339 فقرة أخيرة من قانونه للعقوبات.

كما أورد مشرع المملكة المغربية في نفس الفصل في الفقرة الأخيرة أنه:" و لا يستفيد مشارك الزوجة و لا مشاركة الزوج مطلقاً من هذا التنازل"، و بهذا مشرع المملكة المغربية قد خالف التشريع التونسي الذي ترك حق الإستفادة من التنازل للشريك - شريكة الزوج الخائن أو شريك الزوج الخائنة أيضاً- فسواء حصل قبل صدور حكم بات أو بعده ينتفع به الفاعل الأصلي و الشريك²، و قد جاء قرار تعقيبي بهذا الصدد مفاده: "لا يجوز للمتضرر أن يسقط دعواه على قرينة الفاعل الأصلي دون الشريك الذي ينتفع حتماً بالإسقاط حتى إذا أراد الشاكي عكس ذلك، و يمكن تبرير هذا الرأي بأمرين أولهما أنه مستمد من الصيغة المطلقة التي جاءت بها الفقرة الثانية من الفصل 236 من المجلة الجزائية التونسية إذ لم تميز فيما يتعلق بإيقاف التتبع أو تنفيذ العقاب بين الفاعل الأصلي و الشريك فتؤخذ على إطلاقها. و ثانيهما مأخوذ من أحكام الفصل 4 من مجلة الاجراءات الجزائية التونسية الذي تضمن صراحة أن الدعوى العمومية تقضي بالرجوع في الشكاية إذا كانت شرطاً لازماً للتتبع و الرجوع بالنسبة لأحد المتهمين يعد رجوعاً بالنسبة للباقيين"³، كما ذهب إلى عكس مذهب المشرع الجزائري الذي و إن سكت عن توضيح موقفه إزاء نتائج تنازل المضرور عن الدعوى بالنسبة للشريك إلا أن الأصل أن يستفيد الشريك من سحب الشكوى وفقاً للقواعد العامة للإشتراك المحددة في المادة 42 من قانون العقوبات الجزائري و ما والاها⁴.

المطلب الثالث:

تقدير تقييد الشكوى في الزنا (الخيانة الزوجية) في التشريعات المغربية.

¹ مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 157.

² الأحمدي (عبد الله): المرجع نفسه، ص 182.

³ قرار تعقيبي عدد 4912 الصادر في 07/09/1966 م ... الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 182.

⁴ أنظر... المواد 42، 43، 44 من قانون العقوبات الجزائري، و قد جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية أنه: " تضع المادة 44 الشريك في مستوى الفاعل الأصلي للجريمة"...جنائي 11/05/1969، نشرة القضاة، 1969 م/5 ص 58... قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق .

إن تسليط الضوء على الإتجاهات التي سادت التشريعات المغربية و كيفية نظرتها إلى حق الزوج في تحريك دعوى عمومية عن زنا زوجته أو العكس، يجعلنا نحاول معرفة فاعية هذه النصوص التي قيدت رفع الدعوى العمومية في جريمة الزنا (الخيانة الزوجية) خصوصا من حيث كونها قد قصدت بذلك حماية الأسرة و الأولاد من الضياع و الإنحلال، و إن كان كل من التشريعين الليبي و الموريتاني لم ينصا على الخيانة الزوجية كما سبق و أن ذكرنا بالمفهوم الذي تطرقت إليه كل من تشريعات تونس و المملكة المغربية و الجزائر، فهل يعني هذا بالضرورة أنهما لم يريدا للأسرة الإصلاح، و هل أرادوا للأولاد الضياع و الفساد و الفضيحة؟

الفرع الأول:

تقدير علة التشريعات المغربية التي تقيد الشكوى في جريمة الزنا (الخيانة الزوجية).

إن جريمة الزنا جريمة أخلاقية تمس أخلاقيات المجتمع في أهم مقوماته و أسس بناءه لكن رغم ذلك فإن تشريعات الجزائر و تونس و المملكة المغربية قد قيدت رفع هذه الدعوى بناء على أسس هي: الأولى: أن هذه الجريمة تصيب حقا شخصا للزوج المضرور فقط أو الزوجة، فإن ظهر للمضرور إيثار مصلحة الأسرة ينتازل عن حق الشكوى، و لا يمكن لأحد أن يعتدي على حقه في هذا، فالزوج الذي يشرف و يهيمن على شؤون أسرته لا يمكن أخذ هذا الحق منه فلهذا إحتفظ له المشرع بهذا الحق الذي لا يمكن للنيابة العامة أن تعتدي على حقه هذا¹.

و الثانية: أن هذه الجريمة هي جريمة إجتماعية أصابت حقا عاما عائدا للمجتمع بأكمله فضررها تعدى الزوج أو الزوجة و لكن المشرع رعيا لمصلحة الأسرة و دوام إستمرارها رأى أن يقيد المتابعة بإشتراط الشكوى من الطرف المتضرر، فإذا رضي الزوج أو الزوجة المهان في شرفه و أسرته بوقوع الجريمة و أثرها و قبل بالإستمرار في المعاشرة الزوجية رغم الذل و العار فإن القانون يبارك هذه الفكرة و يقرر عدم المتابعة، و هذا إيثارا لمصلحة الزوج أولا و إيثارا لمصلحة الأولاد الذين سيتشردون بإنحلال الأسرة، و إن كان هناك ضرر يقع على المجتمع فهو نسبي، و لهذا على النيابة العامة أن تغمض عينيها من أجل منع الفضيحة و عدم التشهير².

إن التشريعات التي أقرت بفكرة تقيد الدعوى العمومية في جريمة الزنا تكون في نظرنا كمن ركب سفينة غير سفينته فرست به في غير موطنه فبقي حائرا ينتظر من يمد له يد المساعدة، فهذه التشريعات تبنت أفكارا هدامة غير الأفكار التي تحملها ديانة شعوبها، و تنكرت لأسس دينها فهذه الدول الغربية قد ألغت الزنا أصلا فلم يعد مجرما و لم يعد معاقبا عليه، ثم جعلت مما يسمى بالخيانة الزوجية ستارا يحتمي به من لا يرضى بإنتهاك عرضه و هوانه، و كأنها بهذا تحاول إرضاء القلة الذين لا يزال لهم ضمير في

¹. أجويد (أحمد): جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس، 1985م 1986 م ص 383 و ما والاها.

². المرجع نفسه، ص 383 و ما والاها.

إنتظار ما سيسفر عليه تطورات الزمن بؤأدهم و نشر الإباحية الجنسية، و ليس بغريب أن تلغى أيضا جريمة الخيانة الزوجية مستقبلا، لذا كان من الواجب عدم مسايرة هذه الدول في أفكارهم اللامنطقية البعيدة عن ديننا و أفكارنا.

الفرع الثاني:

تقدير علة التشريعات المغاربية التي لم تقيد الشكوى في جريمة الزنا (الخيانة الزوجية).

إن كل من تشريعي موريتانيا و ليبيا نظرا إلى الزنا نظرة الشريعة الإسلامية فوضعا لها إطارا قانونيا لا يخرج عن إطار الدين الإسلامي، فالشريعة الإسلامية لم تقيد رفع الدعوى في جريمة الزنا بناء على شكوى الزوج المضروب، و ليس هذا تقليلا لإحترامه أو تقليلا من حماية الأسرة أو تهوينا للجرم المرتكب و ضرره بالأبناء، فليس هناك من هو أرحم بهم من رب العباد، ثم إن الشريعة الإسلامية حين لم تقم بوضع شرط الشكوى فلأنها وضعت نظاما فعالا لحماية الأعراض و جعلت الزنا من جرائم الحدود فتتاسب الجرم مع العقاب و لكن هذا كله كان في إطار شروط تضمن حماية الأعراض و عدم الإستهتار بها و كذا إبعاد أي كيد أو تحايل، و قبل هذا حثت على مكارم الأخلاق و عدم إفشاء الفساد و الرذيلة و سعت لتربية النفس على عبادة الله و الطهارة من الخبائث فلم تترك الأفراد يعيشون في الأرض فسادا ثم تريد ردعهم و إنما حاولت إستئصال الشر من أصله، و قد نجحت في ذلك حين إتبعها أهلها بإخلاص فصدق وعد رسول الله صلى الله عليه و سلم لعدي بن حاتم و هو في المدينة حين قال له: " فإن طالت بك الحياة لترين الضغينة ترتحل من الحيرة حتى تطوف بالكعبة لا تخاف أحدا إلا الله"¹.

المبحث الثاني:

الإجراءات الخاصة المتعلقة بإثبات جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

إن الغاية المرجوة من هذا المبحث هي معرفة وسائل الإثبات التي تسمح للقاضي بإعتمادها من أجل تكوين قناعته لكي يحكم في الواقعة المعروضة عليه، و ذلك لأن الحكم على المتهم يعني المساس بماله أو بحريته أو بحياته و هذا يلحق به ضررا كبيرا و يستلزم تحري كل الدقة البعيدة عن أي ظن أو إحتمال كي لا يبدان بريء، و بالتالي إذا سمح للقاضي بأن يصل إلى الحقيقة بكافة الطرق التي يمكن أن تؤدي إليها و أن يستنتجها من كل ما يمكن أن يدل عليها في إعتقاده و إليه المرجع في تقدير صحة الدليل و ما به من قوة الدلالة، و ألا يحكم في الدعوة إلا طبقا لإعتقاده و إقتناعه فإن هذه الطريقة من شأنها أن تعطي للقاضي الحرية المطلقة في الإثبات و تسمى هذه الطريقة الأدلة الأدبية أو الإقناعية.

أما إذا وضع القانون قيودا على حرية القاضي في تكوين إقتناعه بحيث يتمتع عليه الحكم في مسألة ما إلا إذا توفر لديه دليل من الأدلة المحددة، و الأكثر من ذلك لابد من توفر الدليل الذي أوجبه القانون

¹. و الضغينة هي المرأة الوحيدة على راحلتها، البخاري، صحيح البخاري، 1322/3 ... بن المدني بوساق (محمد): إتجاهات السياسة الجنائية المعاصرة و الشريعة الإسلامية، الطبعة 1، الرياض، مركز الدراسات و البحوث، 2002 م، ص 5.

فإن هذه الطريقة في الإثبات تسمى بطريقة الأدلة القانونية و هو ما يسقط على البعض من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، و بناء عليه نجد أنه من تشريعات المغرب العربي من أفرد أدلة إثبات لنوع من الجرائم و هناك من تركها دون تقييد و هناك من التشريعات أيضا من حاول السعي للتوفيق بين ما ذهب إلىه أحكام الشريعة و أحكام القوانين الوضعية، ما جعلنا نحاول معرفة الجرائم التي تعتمد على وسائل إثبات مشتركة، أي تارة يعتمد المشرع فيها على الدليل القانوني و تارة يعتمد مشرع آخر - في بلد من بلدان المغرب العربي - بالنسبة لنفس الجريمة على الدليل الإقناعي، و كذلك جعلتنا نحاول أيضا معرفة الجرائم التي تعتمد على و سائل إثبات منفردة، و القصد هنا يتجه نحو تلك الجرائم التي إعتمدت تشريعات المغرب العربي في إثباتها على الدليل الإقناعي فقط دون اللجوء فيها - و لو أحد تشريعات المغرب العربي فقط - إلى وجوب إثباتها بالدليل القانوني و كذلك معرفة العلة التي لجأت إليها التشريعات المغربية حينما لجأت إلى هذا النوع من وسائل الإثبات و مدى تغليب فكرة حماية الحرية الجنسية على حماية الأخلاق أو العكس، و عليه فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب (المطلب الأول) يتحدث عن الجرائم التي تثبت بوسائل إثبات مشتركة و (المطلب الثاني) يتحدث عن جرائم التي تثبت بوسائل إثبات منفردة، و (المطلب الثالث) يتحدث عن إثبات جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة بين مواصلة إبراز الأسس التشريعية على الصعيد الإجرائي و بين محاولة ردع هذه الجريمة.

المطلب الأول:

الجرائم التي تثبت بوسائل إثبات مشتركة.

لا يعني بلفظ (مشتركة) وجود جرائم تعتمد على مزج و خلط أنواع وسائل الإثبات معا بالنسبة لنفس الواقعة - الجريمة - و إنما القصد هنا هو أن التشريعات المغربية بالنسبة لنفس الجريمة بعضها يعتمد على وسيلة إثبات قانونية يجب على القاضي الأخذ بها، و البعض الآخر يعتمد على وسيلة إثبات إقناعية أو أدبية تعتمد على السلطة التقديرية للقاضي في النظر لصحة هذه الوسائل من عدمها فقط. و عليه إذا تفحصنا أحكام هذا الموضوع نجد أن الجزائر و المملكة المغربية إشتراكا بالنسبة لجريمة الزنا في الإعتداد على وسائل الإثبات القانونية، بينما التشريع الليبي إعتد على شهادة الشهود و الأدلة العلمية أيضا إضافة لما إعتد عليه تشريعي الجزائر و المملكة المغربية، أما المشرع الموريتاني فقد إعتد على الشهادة و الإقرار و الحمل كوسائل إثبات قانونية، و أما المشرع التونسي فقد إعتد على وسائل إثبات أدبية أو إقناعية هذا من جهة، و من جهة أخرى نجد تلك الحالة الخاصة عند المشرع الموريتاني الذي أضاف كل من اللواط و المساحقة من أجل إثباتهم بوسائل إثبات قانونية، و عليه كان لابد من محاولة الإلمام بكل هذه الحالات.

الفرع الأول:

إثبات جريمة الزنا بوسائل إقناعية و قانونية.

إن إمكانية معرفة توجهات تشريعات المغرب العربي بخصوص جرائم العرض و انتهاك الآداب العامة يتم بصفة كبيرة إنطلاقاً من معرفة التوجه الحقيقي بخصوص جريمة الزنا فإدراكنا لهذه الفكرة جعلنا نركز على محاولة فهم نية كل مشرع و هو يسن هذه النصوص و مدى تأثره بالتشريعات الوضعية الغربية أو التشريع الإسلامي، و الأبعد من ذلك معرفة تلك المذاهب الفقهية الإسلامية التي تأثرت بها تلك التشريعات، و من هنا كان التباين الكبير فنجد أن تشريعات مثل التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية قد إعتدما على وسائل إثبات قانونية و إن كان هناك تشابه مع وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية إلا أنه تشابه ظاهري فقط، لأن أصل التسمية و المعالجة التي عولجت بها هذه الجريمة كانت متأثرة بالمذهب الوضعي الغربي منذ الأول، و كذلك إعتد المشرع الليبي و الموريتاني على وسائل إثبات قانونية و لكن إختلفا مع التشريع الجزائري و الليبي بكونهما الأكثر تأثراً بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، و بالمقابل نجد المشرع التونسي خالف كل هؤلاء بأن وضع لهذه الجريمة وسائل إثبات إقناعية، و هذا ما جعلنا نقول أن لهذه الجريمة وسائل إثبات قانونية و إقناعية.

الفقرة الأولى:

وسائل إثبات جريمة الزنا القانونية.

لقد تنوعت وسائل الإثبات القانونية في تشريعات المغرب العربي، و إنقسمت في ذلك إلى تيارين هما: **التيار الأول** إتجه نحو حصر هذه الوسائل و مثاله التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية و الموريتاني، و **التيار الثاني** تمادى في الأخذ بوسائل إثبات قانونية كثيرة و نقصد بذلك التشريع الليبي لأنه بتفحصنا للنصوص المتعلقة بإثبات هذه الجريمة في هذا القانون نجد و كأن المشرع الليبي أراد إلباس وسائل الإثبات الإقناعية الأدبية بثوب قانوني فيقول بهذا لقاظيه الجزائري بمجرد وجود أي وسيلة تثبت الزنا فأحكم بإدانة المتهم.

أولاً : محضر عن التلبس بفعل الزنا في التشريعات المغربية.

إن التلبس هو حالة تتعلق بإكتشاف الجريمة لا بأركانها القانونية و يعتبر شاهداً و دليلاً ظاهراً على وجود الجريمة، و قد عملت تشريعات المغرب العربي كغيرها من التشريعات -العربية و الغربية - على إقرار التلبس و ضبطه في نصوصها الإجرائية بصفة عامة¹ و على جعله من وسائل الإثبات القانونية على جريمة الزنا - الخيانة الزوجية، أو جريمة الفساد في تشريع المملكة المغربية - و قد إعتد على التلبس كوسيلة قانونية لإثبات جريمة الزنا في كل من تشريعي الجزائر و المملكة المغربية.

1: تعريف التلبس.

¹. حيث أن التلبس بإرتكاب الجناية أو الجنحة قد يكون في الجرائم الأخرى و لا يقتصر فقط على جريمة الزنا.

يعتبر التلبس حالة من الحالات التي يؤسس عليها قانون الإجراءات الجزائية السلطات الإستثنائية لضباط الشرطة القضائية، و قد عرفه الفقه الجزائري بأنه: "المعاصرة أو المقاربة بين لحظتي ارتكاب الجريمة و إكتشافها، أي تطابق أو تقارب لحظة إقتراف الجريمة و إكتشافها بالمشاهدة مثلا"، و بهذا فقانون العقوبات الجزائري لم يعرف التلبس و إنما إكتفى بحصر حالاته، و هو ما ذهب إليه تشريع المملكة المغربية فلم يرد فيه بموجب نص قانوني تعريف للتلبس، و لكن نجد أيضا أن فقه المملكة المغربية عرفه بأنه: " التقارب الزمني بين الجريمة و إكتشافها"¹، أما بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية فقد سموا التلبس بقريضة شاهد الحال، و معناها: "أن يكون وضع أو حال شخص أو شيء ما شاهدا على أمر ما"، أي يعد بمثابة القرينة الدالة على أمر خفي، و هناك من فقهاء الشريعة الإسلامية من أخذ بجواز إثبات الزنا بقريضة شاهد الحال.²

2: حالات التلبس كوسيلة إثبات قانونية لجريمة الزنا .

لقد أورد كل من تشريع الجزائر و تشريع المملكة المغربية حالات للتلبس نصت عليها قوانينها الإجرائية و تخص كل الجرائم، و حالة تلبس يكون بموجبها إثبات جريمة الزنا و هذه الحالة تشابه بعض حالات التلبس العامة و تختلف معها في أوجه أخرى، و أولى أوجه الإختلاف أن حالة التلبس بالزنا تعتبر وسيلة قانونية لإثبات الزنا و هي إستثناء عن القاعدة العامة التي مفادها أن هناك حرية في الأخذ بوسائل إثبات الجرائم.

أ: خصوصية التلبس بالزنا كوسيلة إثبات قانونية في التشريع الجزائري .

بالنسبة لحالات التلبس بجريمة الزنا، فقد نص المشرع الجزائري عليها كخروج عن القواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية، فإن ضبطت الجريمة في حالة تلبس يقتضي الإسراع في إتخاذ الإجراءات خوفا من ضياع الأدلة و حينما ينتفي أو يضعف احتمال الكيد للمتهم أو الخطأ في التقدير، و على ذلك وضع القانون أحكاما خاصة للتلبس، أما بالنسبة لجريمة الزنا في هذا التشريع - الخيانة الزوجية - فقد ورد في المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري على أن: "الدليل الذي يقبل عند ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبطية القضائية عن حالة التلبس..."³، و قد قضي بأنه: "من طرق الإثبات المنصوص عليها في المادة 341 من قانون العقوبات معاينة ضابط الشرطة حالة التلبس بالزنا و إثبات ذلك في محضر، و لما كان يتعذر على ضابط الشرطة القضائية و أعوانه في أغلب الحالات مشاهدة المتهمين متلبسين بالزنا فإنه يكفي أن تقع مشاهدتهما عقب

¹ . فاضل (محمد): جريمة الفساد في القانون الجنائي المغربي، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة محمد الخامس، 1985، 1986، م، ص 200.

² . منجد مصطفى (مضاء): دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - (دون طبعة) الرياض مركز الدراسات و البحوث، 2007، م، ص 174.

³ . قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

إرتكاب الجريمة بقليل في وضعية أو ظروف أو حالة لا تترك مجالاً للشك في أنهما باسراً العلاقة الجنسية¹.

و بتفحص النصوص العامة نجد أنه لكي يثبت التلبس و تترتب عليه أحكامه، يلزم أن تشاهد الجريمة في إحدى حالات التلبس الخمس التي حصرتها المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، أي إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها، أو إذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه إياها في وقت قريب جداً من وقت وقوع الجريمة و قد تبعه العامة بالصياح، أو وجدت في حيازته أشياء أو وجدت آثار أو دلائل تدعو إلى إفتراض مساهمته في الجناية أو الجنحة، أو إذا كانت قد ارتكبت في منزل و كشف صاحب المنزل عنها عقب وقوعها و بادر في الحال بإستدعاء أحد ضباط الشرطة القضائية لإثباتها². و بالتالي فهذه الحالة التي ذكرت بموجب نص المادة 41 السابق التعرض إليها تختلف عن حالة التلبس بقصد إثبات الزنا الذي نصت عليه المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري ذلك أن هدف تطبيق نص المادة الأولى التي نصت على حالات التلبس هو تخويل رجال الشرطة القضائية سلطة إثبات آثار الجريمة و تدوينها في الحال في محاضر معاينة، و تخويلهم سلطة إلقاء القبض على المتهم و إيقافه أو تفتيشه أو تفتيش منزله، بينما هدف تطبيق نص المادة الثانية لا يمتد إلى إيقاف المتهم أو القبض عليه لأنه لا يكون إلا بناء على شكوى مسبقة، و أما سلطة رجال الشرطة القضائية فإنها تقتصر فقط على تحرير محضر يتضمن ما شاهدوه من الآثار الدالة بذاتها على قيام الجريمة، أو يصوروا ما رأوه من الأوضاع التي وجدوا عليها المتهمين، و لقاضي الحكم بعد ذلك سلطة تقدير و تمحيص هذا المحضر و تقييم مدى صحته أو عدم صحته و له أن يأخذ أو لا يأخذ به³.

ب: خصوصية التلبس بالزنا كوسيلة إثبات قانونية في تشريع المملكة المغربية.

أما بالنسبة لتشريع المملكة المغربية فقد خالف التشريع الجزائري في أنه أقر حالة التلبس كوسيلة من وسائل إثبات جريمة الزنا و لكن بقسميها: ما سماه "بالفساد" و هو كما أدرجنا سالفاً حالة الزنا بين شخصين غير متزوجين، و كذلك "الخيانة الزوجية" و هي الزنا التي يكون طرفيها أو أحدهما متزوج، و هذا في الفصل 491 و 492 من القانون الجنائي للمملكة المغربية على التوالي، غير أن التشريع الجزائري أقر هذا النوع من التلبس في حالة "الخيانة الزوجية" فقط و بهذا يكون مشروع المملكة المغربية قد توسع في إستعمال هذه الوسيلة القانونية التي تعتبر من وسائل إثبات جريمة الزنا على العموم⁴.

¹. غرفة الجناح و المخالفات، ملف رقم 34041، قرار 1984/03/20م، المجلة القضائية، 1990م، ص 269...بوسقيعة (أحسن): قانون العقوبات

في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق، ص 143.

². أنظر... المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري، المرجع نفسه.

³. عبد العزيز (سعد): مرجع سابق، ص 63 و 64.

⁴. بوحوش (عمر): المفيد في الإجتهد القضائي الجديد، الطبعة 1، الرباط، دار السلام، 2004 م، ص 12 و ما بعدها.

ثم إنه هناك إختلاف ثان، و هو أن المشرع الجزائري أوكل تحرير المحضر الرسمي إلى مؤموري الضبط القضائي بموجب المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري و لم يشترط صفة ضابط الشرطة القضائية فيمن يحزر هذا المحضر، أما مشرع المملكة المغربية فقد إشتراط صفة ضابط الشرطة القضائية، و بهذا يكون المشرع الجزائري قد خالف في هذا حالة التلبس التي نص عليها في المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

أما مشرع المملكة المغربية فلم يختلف حينما نص على التلبس كحالة تثبت بها جريمة الزنا عموما في الفصل 493 من قانونه الجنائي، عن التلبس الذي ورد في أحكام المسطرة الجنائية¹ - قانون الإجراءات الجزائية - و الذي أوكل مهام تحرير محضر التلبس في الحالتين لضباط الشرطة القضائية.

و قد ماثل فقه المملكة المغربية نظيره الجزائري حينما ذهب إلى القول بأن جريمة الزنا- الخيانة الزوجية - يجب إثباتها بطريق مشروع فإن كان غير مشروع بطلت جميع الآثار المترتبة عليه، و لكن خالف فقه المملكة نظيره الجزائري بالقول بأنه على ضابط الشرطة القضائية أن يشاهد التلبس و هو بزاول مهمته، فإن كان خارج حدود سلطاته أو عمله فقد التلبس قوته كوسيلة إثبات و إعتبر باطلا²، و هذا ما لم نجده في فكر الفقهاء الجزائريين فيما يخص هذه النقطة، و لكن الملاحظ أن مشرع المملكة المغربية قد ذهب في جريمة الفساد إلى القول بأنه لا يكفي لتحقيق التلبس بجريمة الفساد أن تشاهد بعض الأفعال التي لا تكون الركن المادي للجريمة، أو تعد مجرد محاولة كالوجود في أوضاع مهينة للممارسة الجنسية، على أساس أن قانون المملكة لا يعاقب على المحاولة في جريمة الفساد، فقد ذهب المجلس الأعلى إلى القول: "الزنا جنحة و عليه فإن محاولة الزنا الذي هو محاولة جنحة لا يعاقب عليها القانون بمقتضى الفصل 115 لعدم وجود نص خاص..."³، بل يجب أن تنصب المشاهدة على الفعل المكون للركن المادي لجريمة الفساد الذي هو الممارسة الجنسية⁴.

و هنا إختلف عما ذهب إليه الفقه الجزائري الذي يرى أنه تصعب المشاهدة حين إكتشاف التلبس في جريمة الخيانة الزوجية فلم يشترط ضرورة المشاهدة، أما فقه المملكة المغربية فقد جزم بضرورة المشاهدة في الجريمة الخاصة بالفساد، و مرجع التشريعين في هذا أن تشريع المملكة المغربية حينما تشدد بالقول بضرورة المشاهدة⁵ لكي يغلق باب التأويل بالنسبة لزنا غير المتزوجين، أما الجزائري فحين أخذ بحالات

¹. و هذا بموجب نصي المادتين 21 و 56 من قانون المسطرة الجنائية، صيغة محكمة بتاريخ فاتح يونيو 2015 م، الجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 27 ذي القعدة 1423 (30 يناير 2003 م)، ص 315...قانون المسطرة الجنائية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 4 و 24 و 37... عبد المطلب (إيهاب)، صبحي (سمير): مرجع سابق، ص 362 و 363، الخليلي (أحمد): القانون الجنائي القسم الخاص، الجزء 2، الطبعة 2، الرباط، مكتبة المعارف، 1986 م، ص 89 .

². فاضل (محمد): مرجع سابق، ص 200.

³. قرار المجلس الأعلى عدد 933 س 7 بتاريخ 8 يوليو 1964م، منشور ص 452 من مجلة القضاء و القانون عدد 70-71... بلمحجوب (إريس)، مرجع سابق، ص 229.

⁴. فاضل (محمد): المرجع نفسه، ص 192.

⁵. أنظر...رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 100 و ما بعدها.

تدل على التلبس بجريمة الزنا فلأنه أخذ بكون المتزوج ذنبه أكبر من غيره فحاول بهذا القول سد الباب عليه من أجل الحفاظ على الأسر و الأنساب و المجتمع ككل، أما بالنسبة للخيانة الزوجية فقد تماثل التشريعان بأن لم يشترطا المشاهدة الفعلية لحالة التلبس بإرتكاب الركن المادي و أسقطا نفس الأحكام و جعلها تثبت بمحضر رسمي¹، إلا أن القضاء في المملكة المغربية ذهب إلى القول بعدم الإعتداد بالمحضر الذي يحرره ضباط الشرطة القضائية بناء على شهادة الشهود و الأخذ بالمحضر القائم فقط على معاينة ضباط الشرطة القضائية لحالة التلبس².

3: صعوبة إثبات التلبس بالزنا كوسيلة قانونية.

من المتفق عليه من الناحية الفقهية أنه ليس ضروريا أن يشاهد الزاني متلبسا بالجريمة - الخيانة الزوجية - بواسطة أحد مأموري الضبط القضائي، بل يكفي أن يشهد بعض الشهود برؤيتهم إياه في حالة التلبس بجريمة الزنا، و ذلك لتعذر اشتراط المشاهدة في هذه الحالة بواسطة مؤموري الضبط القضائي، و بناء على كون الزنا يقتضي تمام الوطء، أي تمام عملية الجماع و هي حالة يصعب رؤيتها لأن كل من الزاني و الزانية عندما يشعران بأية حركة سيوقفان العملية فورا، فتكون رؤيتها قبل المباشرة في الفعل أو بعده، و بناء على الحال الذي يريان فيه عند مفاجئتهما يمكن إستنتاج الجريمة - القرائن³، و كثيرا ما تحصل المشاهدة عرضا أي دون سعي أو عمل إيجابي يقوم به الشاهد و عندئذ يقوم أيضا التلبس قانونا دون أية شبهة على الإطلاق، لكن التلبس لا يقوم قانونا إذا كشفت عنه إجراءات باطلة فلا يجوز إثباته بناء على شهادات يختلسها رجال الضبط القضائي، من خلال ثقب الأبواب، لما فيه من مساس بحرمة المنازل و الحريات الشخصية، و ليس بناء على إقتحام المساكن فإن ذلك يعد جريمة في نظر القانون، و ليس بناء كذلك على التعسف في تنفيذ إذن التفتيش، و يشترط لعدم قيام التلبس قانونا نتيجة للإجراءات الباطلة أن يكون إكتشاف التلبس قد نتج مباشرة عن هذه الإجراءات⁴.

و القرائن التي من شأنها إثبات الزنا تستنتج من الوقائع أو الملابس التي يمكن أن يؤخذ منها بوجه التأكيد أن الزوجة لها صلات غرامية بعشيق يهواها، أو أن الزوج كان له مثل هذه الصلات بخليقة يأويها في منزل الزوجية، و هذه الوقائع و الملابس لا يمكن حصرها بل تختلف تبعا لإختلاف الحوادث و للقاضي مطلق الحرية في تقديرها، و من أمثلتها مفاجأة المتهمين أو مشاهدتهما في حالة تشعر حتما بوقوع الزنا كما لو شوهدا عاربين، عقب العملية مباشرة أو كسماع المحاورات التي دارت بينهم و فرار

¹. و قد أكد المجلس الأعلى هذه الحقيقة في حكم له عدد 11س 25 المؤرخ ب 1982/1/14 م، قضاء المجلس الأعلى، عدد 32 س 1983/10/8 م، ص 130 و ما بعدها: "لما كان لا ينتج لا من الحكم الابتدائي و لا من القرار المطعون فيه، و لا من سائر أوراق الملف أن هناك وسيلة من وسائل إثبات الخيانة الزوجية، على النحو المحدد قانونا فإن المحكمة التي أدانت الطاعنة من أجل هذه الجريمة لم تجعل لما قضت به أساسا صحيحا من القانون، و عرضت بذلك قرارها للنقض"، أنظر ... أجويد (أحمد): مرجع سابق، ص 338.

². قرار المجلس الأعلى، عدد 428 س 13 بتاريخ 1970/3/12م، منشور ص 296، ... بلمحجوب (إدريس): المرجع نفسه، ص 236.

³. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 100، 101.

⁴. المرجع نفسه، ص 101.

الزوجة مع عشيقها أو الزوج مع رفيقته، و كون المتهمين قد سكنا غرفة واحدة و إقتسما سريرا واحدا و عاشا معا كزوجين و وجود صور فوتوغرافية تصور المتهمين في وضع مريب، و نقل مرض سري من أحدهما للآخر، و كحمل الزوجة أثناء غياب زوجها¹، و قد خالف المشرع الجزائري التشريع الفرنسي قبل إلغاء جريمة الزنا، فالقانون الفرنسي رقم 617-75 الصادر في 11 جويلية 1975 م و الذي كان قد ضبط طرق إثبات الزنا - بالنسبة لشريك الزوجة - و حصرها في التلبس أو الوسائل الصادرة عن المتهم أما إثبات زنا الزوج أو الزوجة فإنه كان يثبت بكل الوسائل².

4: دور التلبس كوسيلة قانونية في إثبات زنا الشريك.

أما بالنسبة للشريك في جريمة الزنا، فبتفحص أحكام قانون العقوبات الجزائري نجد أنه جعل إثبات حالة التلبس بواسطة محضر قضائي يحرره أحد مأموري الضبط القضائي، و لم يفيدها بشرط أي لم يبين من المعنى بهذه الحالة، أهو الزوج الخائن و الزوجة الخائنة أم الشريك أيضا تسقط عليه أحكام هذه المادة و الراجح أنه يأخذ أحكام الزوج أو الزوجة الخائنين فتسقط عليه أحكام هذه الحالة، فليس منطوقا أن تكون واقعة إثبات الخيانة الزوجية ثابتة بحق الزوجة مثلا، بواسطة المحضر المحرر من طرف مأمور الضبط القضائي بثبوت حالة التلبس دون أن تمتد للشريك.

و أما بالنسبة لمشرع المملكة المغربية، فإنه أيضا لم يفرد للشريك أحكام خاصة في النص السابق الذي يحصر أدلة إثبات جريمة الخيانة الزوجية و الفساد، و لكن الراجح أيضا أنه سلك مسلك المشرع الجزائري في هذه النقطة و قد ذهب المجلس الأعلى للمملكة المغربية في إحدى قراراته أنه: "و حيث أن الثابت من الحكم الابتدائي المؤيد و كذا من الحكم الإستئنائي المطعون فيه أن الطاعن أدين من أجل المشاركة في الخيانة الزوجية بناء على محضر لرجال الدرك شهدوا فيه بأنهم توجهوا على الساعة الثانية عشر و النصف ليلا إلى منزل المجني عليه، و ذلك بطلب منه فوجدوا بقاعة النوم الزوجية و الطاعن مجريدين من ثيابهما"، و هكذا إستخلصت المحكمة أن المتهم الذي ضبط بمنزل الغير توجد عليه آثار تثبت مشاركته في جنحة الخيانة الزوجية مما جعل حكمها مبنيا على أساس قانوني³.

و بهذا نستنتج أن الشريك تسقط عليه نفس حالة إثبات التلبس بواسطة محضر معاينة يوقعه ضابط الشرطة القضائية، و عموما يمكن القول أنه ذهب كل من المشرع الجزائري و مشرع المملكة المغربية على الخصوص إلى محاولة إتباع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي قبل إلغاء لجريمة الزنا.

ثانيا: الإقرار بفعل الزنا في التشريعات المغربية.

إن الإقرار بأنواعه له دور في إثبات الزنا (الخيانة الزوجية) في التشريعات المغربية كوسيلة إثبات قانونية لا بد على القاضي الأخذ بها متى توفرت.

¹. محمود خليل (أحمد): مرجع سابق، ص 110.

². الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 184، 185.

³. قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 12/11/1965م ... فاضل (محمد): مرجع سابق، ص 198 و 199.

1: تعريف الإقرار.

إن الإقرار يعتبر من وسائل الإثبات القانونية لجريمة الزنا، و قد ذهب كل من التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية إلى الإعتداد به و قد اختلفا بهذا عن كل من تشريع تونس و ليبيا و التشريع الموريتاني.

و لغة هو: الإقرار و الثبوت، و هو ضد النكران فيقال: أقر بالحق أي أعترف به و أثبته كما يقال أنكر الحق أي جده¹.

و قد ورد في القرآن الكريم قوله عز و جل: "فإعترفوا بذنوبهم"²، و قوله أيضا: "فإعترفنا بذنوبنا"³، و عليه فإن الإقرار و الإقرار هما لفظان مترادفان.

و يعرف الإقرار من الناحية الفقهية بأنه: "هو قول صادر من المتهم يقر فيه بصحة إرتكابه الوقائع المكونة للجريمة بعضها أو كلها"⁴، و هناك من عرفه بأنه: "هو إقرار من المتهم و عبارات واضحة بحقيقة الوقائع المنسوبة إليه أو ببعضها"⁵.

أما شرعا فالإقرار هو: الإخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه⁶.

و حين تصفح تشريعي المملكة المغربية و الجزائر اللتين خصتا جريمة الزنا بأدلة قانونية نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف الإقرار، في النصوص التي تضمنت وسائل الإثبات في قانون الإجراءات الجزائية⁷، و لا في المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري السابق ذكرها و كذلك حال مشرع المملكة المغربية لم ينص عليه بموجب قانون المسطرة الجنائية⁸ و لا في الفصل 493 من مدونة القانون الجنائي الجنائي السابق ذكره.

2: أنواع الإقرار المعتد به كوسيلة إثبات قانونية.

إن الإقرار المعتد به كوسيلة إثبات قانونية في تشريعي الجزائر و المملكة المغربية هو الإقرار بنوعيه القضائي و غير القضائي.

أ: الإقرار القضائي.

إن الاعتراف القضائي بفعل الزنا في تشريعات المغرب العربي قد أخذت به كل من تشريعات الجزائر و المملكة المغربية و يعرف بأنه: "عبارة عن تصريحات و أقوال يدلي بها المتهم أثناء المرافعات أمام

¹. فراج حسين (أحمد): أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، (دون طبعة)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، (دون سنة نشر)، ص 277.

². سورة الملك، آية رقم 11.

³. سورة غافر، آية رقم 11.

⁴. نصر الدين (مروك): محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء 2، الطبعة 3، الجزائر، دار هومه، 2009 م، ص 31.

⁵. المرجع نفسه، ص 31.

⁶. فراج حسين (أحمد): مرجع سابق، ص 277.

⁷. أنظر... المواد 212 إلى 238 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق.

⁸. أنظر... المواد 286 إلى 296 من قانون المسطرة الجنائية للمملكة المغربية.

المحكمة و ينسب فيها إلى نفسه القيام بالأفعال المادية المكونة للجريمة الملاحق من أجلها"¹، أو هو عبارة عن: "إقرار المتهم على نفسه بأنه ارتكب الجريمة المنسوبة إليه، و هو نوع من الشهادة لأن المتهم يشهد على نفسه بأنه ارتكب الجريمة المنسوبة إليه"².

و من خلال هذين التعريفين نجد أن الفقه الجزائري و فقه المملكة المغربية إتفقا في نقطتين هما: أن الإقرار القضائي هو ذلك الإقرار الذي يصدر أمام القاضي المختص من طرف المتهم، و كذلك بأن هذين التعريفين أبعدا الاعتراف غير القضائي الذي لا يصدر في جلسة الحكم و لو أنه هناك من ذهب إلى تعريف الإقرار القضائي بأنه: "الإقرار في مجلس القضاء أو في محضر رسمي"³، و نحن لا نؤيد هذا التعريف و لعل غاية المشرع الجزائري و مشرع المملكة المغربية هنا هي أن المعترف أمام الضبطية القضائية قد يكره على الإقرار كما سبق القول، و عليه إستبعد الإقرار غير القضائي ما لم يثبت عليه المتهم أمام قضاء الحكم و حين الجلسة، و يعتبر الإقرار حجة مقتصرة على المتهم المعترف أمام المحكمة و بالتالي إن شريكه أنكر فإنه يؤخذ بمقتضى إقراره و يبرأ الشريك لأنه لم يعترف، و لا يؤخذ بالإقرار الصادر من المتهم كقرينة على زنا الشريك، لأن المشرع الجزائري و مشرع المملكة هنا أبعدا القرينة من نطاق إثبات جريمة الخيانة الزوجية، فلا سبيل للمحكمة على هذا الشريك مادام قد تدرع بالإنكار.

و يجب الإشارة أنه إذا إنصب إقرار المتهم على وقائع ليست لها علاقة بالجريمة، أو إقرار بصفة مجملة دون إقراره صراحة بإرتكاب الأفعال المكونة للجريمة المتهم بها بغض النظر على الوصف القانوني الذي تعطيه المحكمة للجريمة، و تسليم محامي المتهم بصحة ما أسند من تهم لموكله إذا كان هذا الأخير قد أنكرها لأن المحامي مؤازر للمتهم و ليس ممثلا له⁴ فلا يعد إقرارا قضائيا، و يمكن القول أن التسجيل الصوتي الذي يطرح أمام المحكمة و المتضمن إقرار المتهم بما نسب إليه لا يعد أيضا من قبيل الإقرار القضائي⁵.

و بالنسبة للتشريعين الجزائري و تشريع المملكة المغربية فإن الإقرار كباقي وسائل الإثبات الأخرى من حيث القيمة الإثباتية و ذلك طبقا لما تنص عليه المادة 212 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري التي تقول: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك..."⁶، و المادة 28 من قانون المسطرة الجنائية للمملكة المغربية التي تنص على أنه: "يمكن

¹. عبد العزيز (سعد): مرجع سابق، ص 65.

². أجوويد (أحمد): مرجع سابق، ص 271.

³. متولي رشاد (محمد): مرجع سابق، ص 106.

⁴. فاضل (محمد): مرجع سابق، ص 217.

⁵. المرجع نفسه، ص 217، هامش رقم 128.

⁶. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق.

إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ماعدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك¹، و هاتين المادتين لم تقردا وسيلة معينة من وسائل الإثبات بقيمة إثباتية خاصة، و مع ذلك فإننا من الناحية العملية لا يمكننا أن ننكر أثر إقرار المتهم أمام القاضي، و ما يتولد لدى هذا الأخير من إقتناع و إطمئنان يغنيه عن البحث عن وسائل أخرى، مع مراعاة الشروط الواجب توافرها في الإقرار كما سوف نرى، لأن القاضي حينما يعرض على المتهم الأفعال المنسوبة إليه ينتظر منه أن يعترف أو أن ينكر ما وجه إليه من تهم سواء كان إقراره أو إنكاره كليا أو جزئيا فإذا إقراره يبقى على القاضي فقط أن يتأكد من أن إقراره جاء مطابقا للحقيقة، فإذا تبين له ذلك أدانته دون أن يلجأ إلى البحث عن أدلة أخرى، و لذلك فإنه من الناحية التطبيقية لا يزال القضاء يعتبر الإقرار سيد الأدلة، و عموما مهما قيل عن الإقرار فإن هذا الأخير يبقى دوما حجة على المتهم يتعين مؤاخذته بمقتضى إقراره، ثم إنه ليس كل إقرار يصح دليلا على المتهم، و إنما لا بد من شروط أساسية فإن توفرت سرنا إلى الأصل و هو أن الاعتراف سيد أدلة الإثبات و هذه الشروط هي :

- **إنتفاء الغموض و اللبس و الإبهام** عن الإقرار بأن يرد صراحة يعبر بالألفاظ واضحة تدل على الواقعة الجنسية، و لا يعد سكوته إقرارا ضمنيا².
- **و يجب أن يصدر الإقرار من المتهم على نفسه**، لأن الإقرار لا يسري إلا على المعترف نفسه و لا يشمل غيره³، و يعد ما يقر به المتهم على غيره مجرد شهادة أو قرينة على متهم آخر، و لذلك فإن إقرار أحد المتهمين بالفساد ينحصر أثره على المعترف نفسه بالرغم من أن هذه الجريمة لا يمكن أن يرتكبها شخص بمفرده، فإذا أنكر المتهم الثاني و لم تتوفر ضده أدلة أخرى مقبولة و جب على المحكمة تبرأته⁴.
- **و ألا يستعمل القاضي وسائل إحتيالية أو تهديد أو إكراه لحمل المتهم على الإقرار** فإن فعل فالإقرار غير سليم.
- **و أن يصدر بين يدي القاضي ساعة إنعقاد المحكمة و في حضور المتهم**، و هو كما أشرنا شرط يميز الإقرار القضائي عن الإقرار غير القضائي، و هو ما إتجه إليه المشرع الجزائري في المادة 341 من قانون العقوبات السابق ذكره، و المادة 493 من مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية السابق ذكرها أيضا⁵.

¹. قانون المسطرة الجنائية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 27.

². أجوييد(أحمد): مرجع سابق، ص 374.

³. حافظ (نور): مرجع سابق، ص 313.

⁴. المرجع نفسه، ص 221.

⁵. أجوييد (أحمد): المرجع نفسه، ص 228، حافظ (نور): المرجع نفسه، ص 221.

- و أن يتعلق بالواقعة ذاتها المتابع من أجلها لا من أجل جريمة أخرى تثار المتابعة فيها و يمكن القول أن الإقرار قد يرد جزئيا أو كليا، فيكون كليا كلما تعلق بجميع و قائع الجريمة، كأن يقول أتيت المرأة فلانة بقصد الزنا، أو يكون جزئيا كأن يقول أتيت الفعل و لكنني أعتقدت أن المرأة الموطوءة زوجة لي، و في هذه الحالة ذهب فقه المملكة المغربية إلى أنه يمكن للمحكمة أن تجزأ الإقرار أو أن تأخذ كاملا و لها أن تستبعده إذا لم تطمئن إليه، و قد أكد المجلس الأعلى للمملكة المغربية هذه الحقيقة في حكم له بالقول: " لقضاء الموضوع كامل السلطة في تقدير قيمة الإقرار الصادر عن المتهم و من حقهم أن يأخذوا بجميع ما ورد فيه أو بعضه في حدود ما يطمنون إلى صدقه و لا ترد عليهم قاعدة عدم تجزئة الإقرار"¹.

- و أن لا يثبت من مستندات الملف كذب الإقرار، و بذلك يجب على القاضي أن يتخذ الاحتياطات اللازمة للتأكد من أن إقرار المتهم بما نسب إليه جاء معبرا عن واقعة حصلت فعلا، لأن الإقرار قد يكون غير صادق يدلي به صاحبه بدافع تحقيق رغبة يحرص عليها كتخليص المتهم الحقيقي من العقاب أو بإبعاد نفسه من الإتهام بجريمة أخرى أشد، أو رغبة منه في دخول السجن أو الإسراع في المحاكمة أو التخلص من مشاكل إقتصادية أو إجتماعية يعانيتها².

- و أن يكون المعترف متمتعا بالتمييز و الإدراك و الإرادة الحرة ، فالمعترف يجب أن يكون عاقلا و مميزا وقت صدور الإقرار، و أن يقر و هو مختار الإرادة غير واقع تحت أي تأثير من شأنه أن يضطره للتصريح بما لا يرغب في قوله³.

و عموما و بالإضافة لهذه الشروط يمكن أن نقول أنه على القاضي أن يمعن النظر في و قائع الإقرار و ظروفه، و العوامل التي أدت إلى التصريح به من طرف المتهم، لأن الأصل في هذا الأخير البراءة، و ذلك عن طريق الإكثار من الأسئلة و التدقيق فيها و تنويع عباراتها و ألفاظها لإستقصاء الحقيقة، و الحكم يكون ناقصا إذا إقتصر على القول بأن المتهم أجاب بأنه إقرار، و في كل الأحوال فإن الإقرار يخضع للسلطة التقديرية للقاضي و لا يخضع لرقابة المحكمة العليا الجزائرية و للمجلس الأعلى للمملكة المغربية، فقد جاء في حكم صادر عن المحكمة العليا الجزائرية: "أن تقدير الدليل ... يدخل في إطار الإقتناع الخاص لقضاء الموضوع و لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى"⁴، كما ورد في حكم صادر عن المجلس الأعلى للمملكة المغربية أن: "لقضاء الموضوع كامل السلطة في تقدير قيمة الإقرار الصادر عن المتهم"⁵.

¹. حكم عدد 313، س 22، 22/02/1979 م، أنظر ... فاضل (محمد): مرجع سابق، ص 375.

². فاضل (محمد): مرجع سابق، ص 223.

³. أنظر ... حافظ (نور): مرجع سابق، ص 304.

⁴. جنائي 13/05/1986 م، رقم 304، غير منشور ... بوسقيعة (أحسن): قانون الإجراءات الجزائرية، مرجع سابق، ص 86.

⁵. فاضل (محمد): المرجع نفسه، ص 375.

ب: الإقرار غير القضائي.

و الإقرار غير القضائي هو الذي يتم بواسطة مكاتيب أو رسائل أو صور و هو من أوجه وسائل إثبات الخيانة الزوجية في تشريعات المغرب العربي، و قد ذهب كل من تشريعي المملكة المغربية و الجزائري إلى الإعتداد به كدليل قانوني وارد بموجب نص خاص في قانونيهما العقابيين، فقد ورد في قانون العقوبات الجزائري في المادة 341 السابق ذكرها أنه: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم ... و إما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم...". أما مشرع المملكة المغربية فقد أورد في الفصل 493 من مدونة القانون الجزائري السابق ذكرها على: "الجرائم المعاقب عليها في الفصلين 490 و 491 لا تثبت إلا بناء على... أو بناء على إقرار تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم..."، و بهذا يكون الإقرار الكتابي وسيلة من وسائل الإثبات القانونية عن جريمة الزنا (الخيانة الزوجية و الفساد)، و يجب أول الأمر الإشارة إلى أن كل من تشريعي الجزائر و المملكة المغربية أشارا إلى هذا النوع من الوسائل القانونية بمفاهيم عديدة هي: إقرار بموجب رسائل، و إقرار بموجب مستندات، و إقرار بموجب مكاتيب، و وفقا لنصي المادتين 341 من قانون العقوبات الجزائري و 493 من مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، نجد أنه يجب:

- أن يكون الإقرار واردا في رسائل أو مستندات أو مكاتيب صادرة من المتهم نفسه لكي يعتد بها كدليل مقبول عن ارتكاب الزنا.

- و يجب أن يكون مطابقا للحقيقة و كثيرا ما يعمد الأبرياء إلى الزج بأنفسهم - لأسباب كثيرة - في قفص الاتهام، فواجب القاضي مراعاة¹ الإنسجام بين الإقرار و الأدلة الأخرى في الدعوى. و يتجه كل من التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية من خلال النصين السابقين إلى القول أنه تكفي الكتابة أو التوقيع للقول أنه صدر إقرار من المتهم في صور رسائل أو مستندات أو مكاتيب، و لا يلزم أن تكون هذه الرسائل و المستندات أو المكاتيب موجهة إلى شريك المتهم في الجريمة التي يحاكم من أجلها، بل يصح اعتبارها دليلا و لو كانت موجهة إلى شخص آخر.

- و يجب لصحة الإحتجاج بهذه الرسائل و المستندات أن يكون من يريد الإحتجاج بها قد حصل عليها بطريق مشروع².

و الأمر كذلك إذا ما أودع شخصا مكتوبا كأمانة لكن المودع لديه خان الأمانة و عرضها على أحد ضباط الشرطة القضائية أو مأموري الضبط القضائي أو قدمه إلى المحكمة، أو أن شخصا إترف شفويا أمام شخص فقام هذا الأخير بتسجيله و قدمه إلى ضباط الشرطة القضائية أو مأموري الضبط القضائي³ و هذا هو الأصل العام.

¹. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 104.

². المرجع نفسه، ص 105.

³. أوجيد (أحمد): مرجع سابق، ص 326.

و لكن يذهب الفقه إلى القول أنه يجوز لكل زوج أن يراقب زوجه الآخر و أن يتبع أخباره و سيره و بذلك سمح لكل منهما عند الإقتضاء أن يتقصى ما عساه أن يساوره من ظنون أو شكوك لينفيه فيهدأ باله أو يتأكد منه فيقرر ما يرتئيه، و عليه إن كانت الزوجة قد حامت حولها الشكوك و الشبهات القوية عند زوجها، فإن للزوج أن يستولي و لو خلسة على ما يعتقد بوجوده من رسائل العشق في حقيبتها الموجودة في بيته و تحت بصره ثم يستشهد بها عليها إذا رأى محاكمتها جنائيا لإخلالها بعقد الزواج¹. و قد ذهب بعض من فقه المملكة المغربية إلى القول أن هذه الرسالة أو المستند لا يدل بالتأكيد على أن الفعل الجرمي قد حصل و لكن لا بد من تعزيز ذلك بإعتراف الزوجة الصريح، أما الإكتفاء بظاهر الرسالة فهو أمر بعيد القبول، ثم إن هذه المحررات قد تكون متضمنة لغموض و إبهام أو شك، و الإعتراف الكتابي الصريح يستلزم ذكر العلاقة الجنسية كما تتم بالصورة الطبيعية مع تعيين الشخص الذي مورست معه، فإن إكتفى كاتب هذه المستندات بذكر هذه العلاقة دون تعيين الشخص الذي مورست معه كان ذلك غير كاف بحيث لا يصح إعتقاد القرينة للقول بأن هذا المكتوب يعني فلانة ما دام لم يعينها، و هذه الحجة قاصرة على صاحبها لا تتعداه إلى غيره، فإذا ضبط محرر صادر عن شخص يصف فيه علاقته الجنسية مع امرأة فإنه لا سبيل على هذه الأخيرة ما لم تعترف، لأن هذا المحرر مجرد قرينة عليها و القرينة مستبعدة من نطاق إثبات الخيانة الزوجية²، و يجب الإشارة إلى أن الإعتراف المكتوب في هذين التشريعين على الخصوص يتأرجح بين إتجاهين.

فهناك **إتجاه أول** يقول: أن المقصود من نص المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري و الفصل 493 من مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، هو الإعتراف المكتوب الصادر عن المعني بيده و بإرادته و غير هذا لا يعتبر إعترافا بمعنى هذه الفقرة - التي نحن بصدد كتابتها - و تخرج بذلك محاضر الشرطة القضائية أو مأموري الضبط القضائي من نطاق هذا الإعتراف الكتابي و التي وقع عليها المتهم³. و هناك **إتجاه ثاني** يأخذ إضافة إلى الإعتراف، بمفهوم رأي أصحاب الإتجاه الأول و ذلك بالإعتراف الصادر عن المعني أمام ضباط الشرطة القضائية - أو مأموري الضبط القضائي بالنسبة للتشريع الجزائري - و الموقع عليه من طرفه⁴.

و الأصوب في رأينا هو ما ذهب إليه الإتجاه الأول لإعتبارات عديدة أهمها، أن الغموض الذي يعتري نصي المادتين 341 من قانون العقوبات الجزائري و الفصل 493 من مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية السابق ذكرهما الأصل فيه أنه يفسر لصالح المتهم، و إنزال هذا الإعتراف الصادر أمام ضباط الشرطة القضائية أو مأموري الضبط القضائي و ما تم تدوينه في محاضرهم و توقيع المتهم عليه، بمنزلة

¹. رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 105.

². أجويد (أحمد): مرجع سابق، ص 363.

³. رشاد متولي (محمد): المرجع نفسه، ص 104... أجويد (أحمد): المرجع نفسه، ص 365، 366.

⁴. عبد العزيز (سعد): مرجع سابق، ص 64 و 65... حافظ نور (أحمد): مرجع سابق، ص 317.

الإعتراف المكتوب المنصوص عليه في المادتين السابقتين، يجعلنا أمام تفسير هذين النصين ضد مصلحة المتهم و هو أمر لا نقره القواعد العامة في القانون الجنائي، لأن من المعلوم أن الغموض و الشك يفسران لصالح المتهم هذا من جهة.

و من جهة أخرى قد يكون هذا التوقيع صادر تحت الإكراه أو التهديد أو الضغط، لأنه حتى من الناحية القضائية قد نشهد رجوع المقر عن إقراره في المحضر¹ ثم إنه لا يمكن نسبة أوراق صادرة عن ضابط شرطة قضائية أو مأمور الضبط القضائي إلى المتهم بحجة توقيعه عليها، و الأرجح أن المشرع الجزائري و مشرع المملكة المغربية قصدا أن يكون هذا الدليل القانوني صادرا من المتهم و بعيدا عن ضغط و إكراه هذه الجهات، ثم إن غاية التشريعين من حصر وسائل و إثبات جريمة الزنا هو التقليل ما أمكن من إثارة المتابعة في حق المتهمين بهذه الجريمة حفاظا على الأسرة و دوامها و إستقرارها لهذا لا بد من عدم التوسع في مفهوم الإقرار المكتوب.

3: تمييز الأوراق و المكاتيب عن أشباهها.

يجب القول أنه لا بد من تمييز الأوراق و المكاتيب عن أشباهها، و هنا تعترضنا عدة أفكار و حالات تساءل: هل يمكن إسقاط فكرة الرسائل و المكاتيب، عليها أم أنه من الواجب كما قلنا تضيق التفسير حتى لا نسقط في فكرة التوسع في وسائل إثبات جريمة الزنا - و هو عكس ما إبتغاه المشرع في الجزائر و المملكة المغربية - فقد ذهب الفقه الجزائري إلى إعتبار الصور الفوتوغرافية للرسائل و المكاتيب الصادرة عن المتهم و التي تتضمن إقراره يصح في الدعاوى الجنائية الإستشهاد بها متى كان القاضي قد إطمأن من أدلة الدعوى و وقائعها إلى أنها مطابقة للأصول التي أخذت عنها، أما الصور الفوتوغرافية التي تمثل المتهم في وضع مريب مع شريكه في الجريمة، فقد قيل بعدم إمكان صلاحيتها كدليل على المتهم في دعوى الزنا - الخيانة الزوجية و الفساد - و بالتالي إستبعاد الصور الفوتوغرافية و لو كان الوضع فيها مريبا و يدل على الفعل الممنوع، لأن الأدلة جاءت على سبيل الحصر و هي حالات إستثنائية من قواعد الإثبات بوجه عام و لا يجوز التوسع فيها، و لكن قد تدل على سبق وجود التلبس فليس محلها إذن الدليل المستمد من الإقرار الوارد في الرسائل أو المكاتيب و المستندات الصادرة عن المتهم، و يجب أخذ الحيطة و التحقق من أن هذه الصور تنبئ عن وضع حقيقي و ليس فيه حيل تصويرية²، خصوصا أننا نشهد عصر التطور في مجال التصوير و وسائله المتنوعة من هواتف و آلات تصوير و غيرها من وسائل الإتصال عبر الإنترنت، و قد ساير فقه المملكة المغربية نظيره الجزائري في هذه النقطة³ مع تحفظه بالنسبة للحالة التي يتم فيها تصوير المتهمين أثناء ارتكابهما لجريمة الفساد بقلم - مهما كانت وسيلة بثه - تظهر فيه صور المتهم و شريكه أو المتهمة و شريكها بوضوح بعيدة عن كل

¹. حكم عدد 1573 مؤرخ في 1980/12/28، قضاء المجلس الأعلى للمملكة المغربية، عدد 26، ص 99... أجويد (أحمد): مرجع سابق، ص 65.

². رشاد متولي (محمد): مرجع سابق، ص 107.

³. محمد (فاضل): مرجع سابق، ص 201.

إنتحال أو تدليس فني فهذا الجانب من فقه المملكة المغربية يرى بأنه من غير المعقول التمسك بالتطبيق الحرفي لنص الفصل 493 السابق، بل يمكن الإستناد إليه كوسيلة إثبات الفساد¹، لأن الهدف من تحديد وسائل الإثبات هو الحد من المتابعة لهذه الجرائم و الإقتصار على ما يثبت منها بوسيلة موثوقة و أية وسيلة أكثر صدقا من الفلم الذي تستطيع به المحكمة ذاتها مشاهدة الوقائع.

و الحقيقة أن هذا الرأي صائب في نظرنا فما برز من تطور على صعيد التكنولوجيات الحديثة يجب على المشرع أخذه في الحسبان حينما يشرع، و الأولى تعديل هذا النوع من النصوص كالنصين الذين نحن بصدد تحليلهما، لأن التوسع من الناحية الواقعية مقبول و لكن يؤدي لتوسيع التفسير و لتفادي هذا الإعتراض في الأحكام و الآراء الأولى تعديل النص مع الأخذ بعين الإعتبار ضرورة عرضها على خبرة من أجل التأكد من صحتها و سلامتها و ترك السلطة التقديرية في الأخير للقاضي المختص بالفصل في موضوع الدعوى، و قد تنبه قضاء المملكة المغربية لهذه النقطة فقد حاول التلطيف من موقفه الذي كان يعتبر الإعتراف أمام الضبطية القضائية بموجب محضر موقع عليه من المتهم بمثابة المكاتب و الرسائل في إثبات جريمة الزنا، فأصبح يضيف فكرة مفادها أن هذا القول ليست محكمة الموضوع ملزمة بتبنيه و إنما لها سلطة تقديرية².

ثالثا: شهادة الشهود بفعل الزنا في التشريعات المغربية.

لجأ كل من التشريعين الليبي و الموريتاني إلى الإعتماد على الشهادة كوسيلة إثبات قانونية لجريمة الزنا، و بهذا يكونا قد اختلفا عن كل من التشريعين الجزائري و تشريع المملكة المغربية الذين لم يعتمدا على الشهادة كوسيلة إثبات قانونية لهذه الجريمة، و قد جاء في القانون الليبي³ في المادة 6 مكرر بأنه: "تثبت جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة الأولى من هذا القانون بإعتراف الجاني أو بشهادة أربعة شهود أو بأية وسيلة إثبات علمية"، أما المشرع الموريتاني فقد نص في المادة 307 من قانونه للعقوبات⁴ على أن: "كل مكلف ذكرا كان أو أنثى ثبت بالشهود الأربعة أو بالإقرار..."، و عليه نجد أن كلا النصين إشتراطا أن تثبت جريمة الزنا بأربعة شهود.

1: تعريف الشهادة.

و الشهادة كدليل على قيام الجريمة الخاصة بالزنا لم يرد تعريفها في النصين السابقين، و إنما إكتفى المشرع الليبي و الموريتاني بذكرها كوسيلة إثبات قانونية، و الشهادة من أقوى الأدلة على إضهار الحقيقة متى إستكملت شروطها، و بالرجوع إلى فقهاء القانون الوضعي و كذا فقهاء الشريعة الإسلامية نجد أن الشهادة كان لها نصيب كبير من الإهتمام، و تعرف الشهادة في اللغة بأنها: "الإخبار بالشيء خبرا

¹. حافظ نور (أحمد): مرجع سابق، ص 319، 320.

² - أجويد (أحمد): مرجع سابق، ص 367.

³. القانون رقم 70 لسنة 1973 م، في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي ... مرجع سابق.

⁴. الأمر القانوني رقم 162-83، بتاريخ 09 يوليو 1983 م، المتضمن القانون الجنائي الموريتاني ... مرجع سابق.

قاطعاً"، لأنها مشتقة من المشاهدة فالشاهد يخبر بما شاهده و عاينه، و تطلق على معان أخرى منها الحضور و الأداء و الحلف و الإطلاع على الشيء و معاينته¹.

أما الشهادة عند فقهاء القانون فهي: "إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهده أو سمعه أو أدركه بحواسه من هذه الواقعة بطريقة مباشرة"².

أما عند فقهاء الشريعة الإسلامية فإن الشهادة عرفت شرعاً بتعاريف مختلفة في العبارة و الأسلوب لكنها تتفق في المعنى، فقد عرفها **الحنفية** بأنها: "إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق و لو بلا دعوى"، أما **المالكية** فقد عرفوا الشهادة بأنها: "إخبار حاكم عن علم ليقضي بمقتضاه" و أما **الشافعية** فقد عرفوها بأنها: "إخبار حاكم أو محكم عن شيء بلفظ خاص"³.

و عموماً نجد أن هذه التعاريف إتفقت على أن الشهادة تكون أمام القاضي، ثم إن الإخبار هنا القصد به هو ذلك القول عما رآه أو سمعه أو وصل إلى إدراك الشاهد للقاضي الذي يفصل في الواقعة محل النزاع، كما تتفق هذه التعاريف مع ما ذهب إليه فقهاء القانون الوضعي على أن الشهادة هي إخبار أو قول، و نجد أيضاً أن من أوجه الإتفاق فيما بين التعاريف الشرعية مع بعضها من جهة، و بينها و بين أحكام القانون الوضعي من جهة أخرى أن الشهادة هي قول الحق الصادق و ليس ذلك القول الكاذب، و سبيل التفرقة بين القولين هو القاضي و ما له من سلطة التقدير.

و نجد أيضاً من أوجه التشابه بين كل هذه التعاريف أن الشهادة قول عن علم و دراية، أو ما ذهب إليه **التعريف القانوني** بأنها: "إدراك لما شاهده الشخص أو سمعه بطريقة مباشرة فيشهد به"، و يمكن القول أنه هناك عدة أدلة من أحكام الشريعة الإسلامية تقوي مركز الشهادة كوسيلة إثبات في جريمة الزنا، حيث ورد في قوله عز وجل: "و اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم..."⁴.

2: شروط صحة الشهادة.

أما بالنسبة لشروط صحة الشهادة ، فقد إجتمع التشريع الموريتاني و الليبي على الإشتراط لصحة الشهادة **أربعة شهود** و هذا ما ظهر من نص المادة 6 مكرر من القانون رقم 70 لسنة 1973 في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي، و المادة 307 من قانون العقوبات الموريتاني السابق ذكرهما، و بهذا فقد إتفقا في عدد الشهود بالنسبة لأحكام الشريعة الإسلامية التي إشتراطت أربعة شهود لإثبات جريمة الزنا.

¹ . فالحضور كقولك: شهد المجلس أي حضره ، و منه قوله تعالى: "فمن شهد منكم الشهر فليصمه"، والأداء كقولك: شهد فلان على فلان بكذا، أي

أدى ما عنده من الشهادة، و الحلف كقولك: شهد بالله أي حلف ... **فراج حسين (أحمد)**: مرجع سابق، ص 30.

² . **شحط عبد القادر (العربي)**، **صقر (نبيل)**: الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه و الإجتهد القضائي، (دون طبعة)، الجزائر، دار الهدى، (دون

سنة نشر)، ص 99.

³ . **فراج حسين (أحمد)**: المرجع نفسه، ص 33.

⁴ . سورة النساء، الآية 15.

و لعل **علة** التشريعين الليبي الموريتاني هي نفس العلة التي كانت ترجوها أحكام الشريعة الإسلامية، و التي ترمي إلى تحقيق الستر على المذنب الذي وقع في الخطأ عن غفلة منه لأن الشيء كلما كثرت شروطه قل وجوده، فالمشرع يقصد التقليل من توقيع الحد عن طريق التشدد فيما يثبت هذه الجريمة، فإن أقيم كان على أساس عدم اليقين و الثبوت، و إن لم يقيم كان على أساس عدم الثبوت، ثم إن **العلة الثانية** هو محاولة تقاضي ما يلحق بالمتهم من عار و مذلة، و الأسوء أن تثبت براءته و كذا إبعاد أي تحامل على المتهم، و أكيد فالشاهد الواحد قد يتحايل على خصمه فيتهمه بالزنا و يشهد عليه، لذلك كان إشتراط أربعة شهود لغاية إبعاد الكذب و الكيد فإن إتفق شاهدين أو ثلاثة فإنه قلما يتفق الشهود الأربعة على المتهم.

و لكن ذهب جانب من فقهاء القانون إلى القول أن الشهادة في هذا الزمن أصبح يطغى عليها إنعدام الضمير و الوازع الديني و الأخلاق، فأصبح يتصور أنه قد يتفق أربعة شهود على الكيد للمتهم، لعداوة أو بغضاء أو تعارض مصالحهم فيشهدون عليه بالزنا، و دفعا لكل هذا لابد من الرجوع للقاعدة الفقهية التي مفادها: **"درع الحدود بالشبهات"**¹، حيث إعتبر هذا الجانب من فقهاء القانون الشهادة شبهة. و يمكن القول أنه لتكون للشهادة على إرتكاب الزنا صحيحة، لابد من توفر شرطين²: هما أن يكون عدد الشهود أربعة و وصف الزنا بحقيقته.

و الشروط الواجب توفرها في أطراف الشهادة حسب ما ورد في كل من تشريعي ليبيا و موريتانيا هي:
أ: وجوب توفر أربعة شهود.

و هذا إقتداء بأحكام الشريعة الإسلامية و هؤلاء الشهود يجب أن تتوفر فيهم شروط إضافة إلى عددهم لكي تصح الشهادة كوسيلة إثبات قانونية ألزم بها المشرع الليبي و الموريتاني قضاتهم.
- **حيث يجب أن يكون كل واحد من هؤلاء الشهود واعيا** ، فالشهادة خلاصة عملية ذهنية متعددة، فلا يتصور أن الشاهد وقت حصول الواقعة يكون فاقدا للحاسة التي يستطيع عن طريقها العلم بهذه الواقعة فالأعمى لا يكون شاهد رؤية، و الأصم لا يكون شاهد سمع، و لكن يجوز أن يكون الأصم شاهد رؤية و الأعمى شاهد سمع، و إذا كان الشاهد متمتعا بحاسته وقت الواقعة فهو أهل للشهادة و لو فقد هذه الحاسة وقت إدلائه بها³.

- **و يجب أن يكون الشاهد مميزا**، و يقصد به القدرة على فهم ماهية العقل و طبيعته و توقع الآثار التي من شأنه إحداثها، و هذه القدرة تتصرف إلى ماديات الفعل فتتعلق بكيانه و عناصره و خصائصه، و تتصرف كذلك إلى آثاره من حيث ما تنتطوي عليه من خطورة على المصلحة أو الحق الذي يحميه

¹. أجويد (أحمد): مرجع سابق، ص 302.

². نقصد هنا شرطين لصحة الشهادة عن جريمة الزنا، و ليس معنى ذلك إستبعاد شروط الشهادة العامة، و إنما تبيين خصوصية الشهادة هنا لأن الجريمة هنا لها طابع خاص.

³. شحط عبد القادر (العربي)، صقر (نبيل): مرجع سابق، ص 116.

القانون، و ما تندر به من إعتداء عليه، و يرجع إنعدام التمييز إلى صغر السن أو إلى حالة الشيخوخة أو بسبب المرض كالجنون أو العاهة العقلية أو لأي سبب آخر يفقد الإنسان القدرة على التمييز كالغيبوبة الناشئة عن تعاطي المسكرات¹، و لا تقبل شهادة الصغير عديم التمييز (الوعي).
و قد إعتد المشرع الليبي على السن المقدر بـ 14 سنة لكي يستطيع الشاهد أداء الشهادة، و ذلك بموجب نص المادة 256 من قانون الاجراءات الليبي التي تنص على: "يجب على الشهود الذين بلغت سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا يمينا قبل أداء الشهادة على أنهم يشهدون بالحق و لا يقولون إلا الحق و كل الحق"².

أما المشرع الموريتاني فقد جعل السن القانوني لقبول الشهادة هو 15 سنة، و هذا حسب مقتضيات المادة 406 من قانون الاجراءات الجزائية الموريتاني التي تنص على: "يستمتع إلى شهادة الأطفال الذين تقل أعمارهم عن خمس عشر (15) سنة بغير تأدية اليمين..."³ و قاضي الموضوع هو المختص بتقدير سن الشاهد فيفصل فيه على أساس السن المحدد في القيود الرسمية، أو على أساس تقرير طبي صادر عن طبيب يعينه لهذه الغاية و ذلك في حالة إنتفاء القيود الرسمية⁴.

و يعتبر الدفع بعدم تمييز الشاهد من الدفع الجوهري التي تستوجب رد المحكمة عليه و إلا كان حكمها قاصرا، كما أن الإنسان إذا وصل إلى مرحلة متقدمة من العمر إنتابه ضعف عام شمل أعضاء جسمه و حواسه و ذاكرته و قواه العقلية، بحيث يفقد القدرة على الإدراك و التمييز، أي لا تتوفر له الملكات الذهنية و النفسية التي تكفل له التمييز و الإختيار أيضا و قد سميت هذه المرحلة المتقدمة من العمر بمرحلة الشيخوخة أو الهرم، و هي غير محددة بسن معينة و هي في الأصل مسألة موضوعية خاضعة لتقدير قاضي الموضوع، و لكي يكون قضاؤه سليما عليه أن يستعين بأحد الخبراء للبحث في هذه المسألة فإذا ثبت لقاضي الموضوع أن الشاهد قد وصل إلى مرحلة متقدمة من العمر أفقدته التمييز فيجب عليه عدم قبول شهادته و لو على سبيل الإستدلال، لأنها تجعل الشخص في مرتبة الطفل الذي لم يتجاوز السابعة من العمر⁵.

و لم يرد بخصوص هذه النقطة توضيح في قانون العقوبات أو الإجراءات الليبي أو الموريتاني، و لكن نجد أن المشرع الليبي أورد في قانون رقم 70 لسنة 1973 في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي السابق ذكره في المادة 10 أنه: "يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص في هذا القانون بالنسبة إلى جريمة الزنا المعاقب عليها حدا، فإذا لم يوجد نص في المشهود طبقت أحكام قانون العقوبات...".

¹. المرجع نفسه، ص 116، 117.

². قانون الإجراءات الجنائية الليبي و القوانين المكملة له، مرجع سابق، ص 49.

³. قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص 51.

⁴. المرجع نفسه، ص 117.

⁵. شحط عبد القادر (العربي)، صقر (نبيل)، مرجع سابق، ص 117، 118.

و كذلك ذهب المشرع الموريتاني في المادة 449 من قانون العقوبات السابق ذكره إلى أن: "جميع القضايا التي لم تنظم بهذا القانون تبقى خاضعة لمقتضيات الشريعة الإسلامية، و كل ما لم يتضح معناه في نص الترجمة الفرنسية يرجع فيه إلى هذا النص العربي و إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

كما يدخل في هذا الشرط وجوب أن لا تقبل شهادة المجنون، و الجنون هنا بمفهومه الواسع لأنه يؤدي إلى فقدان الوعي أو الإرادة، كما يجب أن يكون الشاهد و قـت إدلائه بشهادته حر الإرادة و يقصد بها قدرة الإنسان على توجيه نفسه إلى إتخاذ عمل معين أو الإمتناع عنه دون تهديد أو إكراه، و لذلك يتعين على الشاهد أن يكون وقت إدلائه بالشهادة حر الارادة، أما إذا كان خاضعا في ذلك الوقت لتأثير تهديد أو إكراه فشهادته باطلة، و ألا يكون الشاهد محكوما عليه بعقوبة جنائية، فلا يكفي أن يكون الشاهد قد ارتكب جنائية، بل يجب أن يكون قد حكم عليه بعقوبة جنائية، فإذا لم يحكم في الجنائية إلا بعقوبة جنحة بناء على إستعمال الرأفة فإنه يجب أن يحلف اليمين¹.

و بالتدقيق في الشروط التي يجب أن تتوفر في الشهود في أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر مرجعية كل من قانون العقوبات الجنائي الموريتاني و الليبي، فيما يخص إثبات جريمة الزنا، فنجدها و قد إشتطت لإثبات جريمة الزنا أربعة شهود فلا يؤخذ بأقل من هذا العدد، لقوله تعالى: "و اللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فإستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت، حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا"²، و قد قال عز و جل أيضا: "و الذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فإجلدوهن ثمانين جلدة"³.

و من الآيتين الكريمتين يتبين أن جريمة الزنا من الجرائم الحدية التي توجب توفر أربعة شهداء فإن قلوا إعتبر من شهدوا قذفة و جب عليهم حد القذف، و هذا لحفظ الأعراض من الخوض فيها دون بينة، و يؤكد ذلك ما ذهب إليه رسول الله صلى الله عليه و سلم في جوابه لإبن عبادة حين سأله فقال: "أ رأيت لو أني وجدت مع إمرأتي رجلا أ أمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: نعم"⁴.

و يشترط في شهود الزنا الأربعة الذكورة و الأصالة و الإسلام و البلوغ، و إتحاد المجلس أي الحضور أمام القضاء في مجلس واحد عند الحنفية و المالكية، بينما يرى الحنابلة حضور الشهود في ذات المجلس و إن كان الشهود متفرقين، و يخالف الجمهور الشافعي في إتحاد المجلس و يقبل الشهادة في إثبات الزنا من الشهود متفرقين في أكثر من جلسة⁵، و الأولى أن يحضر الشهود متحدين في نفس

¹. شحط عبد القادر (العربي)، صقر (نبيل): مرجع سابق، ص 117 و 118.

². سورة النساء، الآية 15.

³. سورة النور، الآية 4.

⁴. إبن أنس (مالك): الموطأ كتاب الحدود، 2/ 823 حديث 7... معدي الحويقل (معجب): دور الأثر المادي في الإثبات الجنائي الطبعة 1، الرياض مكتبة الملك فهد الوطنية، 1999 م، ص 100.

⁵. المرجع نفسه، ص 100، فراج حسين(أحمد): مرجع سابق، ص 140.

مجلس القضاء، حتى يثبتوا ما شهدوا على فعله في وقت واحد، و يشترط في الشهود العدالة و تحري الصدق، و الإسلام شرط في إثبات جريمة الزنا لأن المسلم يحمله دينه على الصدق، فلا تقبل شهادة أهل الذمة، و الحرية فلا تقبل شهادة المملوك، و لا خلاف في هذا بين فقهاء المذاهب الأربعة¹.
ب: الشروط الواجب توفرها في الشهادة في حد ذاتها.

و هناك شروط يجب توفرها في الشهادة ذاتها، و يتعلق الأمر هنا بعدة شروط أولها هو: **الوصف الدقيق للشهادة و صيغتها** ، و لا يتأتى ذلك إلا بإستفسار القاضي للشهود عن كل ما يتعلق بالجريمة إستفسارا دقيقا عن مكان الزنا و زمانه، و كيفية إقترافه و المرأة المزني بها و طريقة الزنا بها، لأن الشاهد يظن أن كل وطأ أو ما شابهه زنا².

فالقاضي يحاول إستخلاص عناصر الجريمة بدقة لكي يستطيع توقيع العقاب، و إن نصت تشريعات موريتانيا و ليبيا على وجوب توفر أربعة شهود، إلا أنها لم تثر فكرة وجوب الوصف الدقيق و صيغتها و لكن إعتادها على أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص³، يجعل قضاة هاتين الدولتين يلجأون إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما يخص هذه الحالة و بالتالي يجب أن يكون الوصف في الشهادة دقيقا و معبرا و صريحا و صادقا، فلا يكفي أن يقول شاهد رأيت فلان يزني بفلانة، أو يطأها أو هما تحت لحاف واحد.

و بالإستناد على ما ذهب إليه الحنفية فإن على القاضي أن يسأل الشهود عن زمان الزنا لأن التقادم يؤثر في قبول الشهادة عندهم، أما بالإستناد على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فإنه يكفي من الشهود وصفهم الدقيق للزنا، و لا يعتبر مع ذلك ذكر الزمان إلا إذا ذكره بعضهم فحينئذ يجب على القاضي أن يسأل بقيتهم لإحتمال وقوع تناقض يسقط شهادتهم و يستوي في رؤية الشهود للزانيين و قبول شهادتهم أن تكون قد جاءت عرضا دون قصد، أو أنها عن عمد بقصد إقامة الشهادة لأنه لا حرمة لهما بعد أن هتكا حرمة أنفسهما⁴.

و ما تجدر الإشارة إليه أن الشهود وفق أحكام الشريعة الإسلامية يؤدون الشهادة بغير أداء اليمين، و هذا عكس القوانين الوضعية التي تجعل من أداء اليمين شرطا في صحتها لأن لفظ أشهد يفيد القسم، و لكن جانبا من الفقه الوضعي يرى أنه لا مانع من تحليف الشهود و خاصة في زماننا هذا حيث إنتشر الفساد بين الناس⁵.

¹ معدي الحويقل (معجب): المرجع نفسه، ص 101، فراج حسين (أحمد): المرجع نفسه، ص 60 و ما والاها.

² أجوييد (أحمد): مرجع سابق، ص 303، فراج حسين (أحمد): مرجع سابق، ص 41.

³ أنظر... المواد 6 مكرر من القانون رقم 70 لسنة 1973 م، في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام القانون الليبي، و المادة 449 من

الأمر رقم 162-83، بتاريخ 09 يوليو 1983 م، المتضمن القانون الجنائي الموريتاني، السابق ذكرهما.

⁴ فراج حسين (أحمد): المرجع نفسه، ص 141.

⁵ أجوييد (أحمد): المرجع نفسه، ص 308.

- و ثانيها يتعلق بالفورية في أداء الشهادة، حيث لم تتصا عليه تشريعات كل من ليبيا و موريتانيا، و قد ذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى إشتراط الفورية في أداء الشهادة على الزنا كونها من جرائم الحدود، و لكن فقهاء الشريعة الإسلامية إختلفوا في تحديد مدتها فذهب الإمام أحمد في تحديدها إلى قولين أحدهما ستة شهور و الثاني شهرا¹، أما أبو حنيفة فإنه لم يحددها بمدة و إن كان يقول بأدائها فور المعاينة، لأن عدم أدائها فور المعاينة يدل على أن الشاهد إختار جهة الستر، فشهادته بعد ذلك تكون دليلا على ضغينة و حقد² فلا تقبل و في ذلك قال عمر بن الخطاب: "أيا شهدوا شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فإنما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم"، و ذهب الإمام مالك و الشافعي و الظاهرية إلى قبول الشهادة و لو تقادمت³.

و قد رأينا أنه في هذا الزمان قلت المروءة و العدل و الإنصاف كما قلنا سابقا و قلت الروابط الدينية و الخوف من الله عز و جل، فقد يرى شخص إرتكاب الزنا و لكن يمتنع عن أداء الشهادة بغية إبتزاز أطراف الجريمة أو قد يريد أول الأمر الستر عليهم، ثم يطرأ أن يحدث خلاف أو تظهر ضغينة يقرر بموجبها الشاهد الإدلاء بشهادته، فالأولى أن تسقط الشهادة إن لم تؤدي فورا و لم يوجد عارض منع الشاهد من أدائها لسد الباب أمام أي تلاعب.

- ثالثها و هو وجوب أن تكون الشهادة أصيلة، و معناه أن تكون واردة عن الشاهد نفسه الذي عين تنفيذ ماديات الجريمة، و بناء عليه لا تقبل الشهادة عن طريق النيابة، و هي أن يشهد الشاهد على الشهادة أو أن يكتب القاضي إلى القاضي⁴، و هو ما ذهب إليه الحنفية و الحنابلة فقد قالوا بأنه: لا تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود لأنها مبنية على الستر و الدرء بالشبهات⁵.

أما المالكية فقالوا: تقبل الشهادة على الشهادة في الحدود و كان أساسهم أن الشهادة على الشهادة إستحسانا للضرورة، و الضرورة تقدر بقدرها فلا تعدوا موضعها أي لا يجوز التوسع في الشهادة، و إشتراط المالكية في نصاب الشهادة على الشهادة، أن يشهد شاهدان عن كل أصل (أي عن كل شهادة صادرة من صاحبها الذي رأى جريمة الزنا ترتكب بعينه)، فإن نقصت إلى شاهد واحد بطلت.

و أما الشافعية فلم يشترطوا في نصاب الشهادة على الشهادة شهادة شخصين عن كل شاهد أصلي، بل لو شهد شاهد واحد صحة شهادته، و إستدل القائلون بإشتراط شاهدين عن كل أصل بأن شهادة كل واحد من الأصلين هي المشهود بها، و المشهود لا يثبت إلا بشهادة شاهدين، و من ثم لا تثبت شهادة كل أصل بأقل من شاهدين، كما لا تثبت بإقرار مقرين بشهادة إثنين عن كل واحد منهما شاهد واحد، و أوجب

¹. المرجع نفسه، ص 310.

². فراج حسين (أحمد): المرجع نفسه، ص 134.

³. أجويد (أحمد): مرجع سابق، ص 311.

⁴. المرجع نفسه، ص 311، بنحدو (عبد السلام): الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية، الطبعة 1، الدار البيضاء، منشورات إيزيس 1993 ص 115 و ما بعدها.

⁵. فراج حسين (أحمد): مرجع سابق، ص 197.

عن ذلك بأن شاهدي الفرع لا ينقلان عن شاهدي الأصل حقا عليهما، و لهذا فلو أنكرها لم يطلبها الحاكم منهما فوجب أن يقبل فيه قول واحد، و إستدل القائلون بصحة شهادة فرع عن كل أصل بأن شهود الفرع بدل عن شهود الأصل فيكتفي بمثل عددهم¹.

و الراجح في القائلين بالشهادة على الشهادة ما ذهب إليه الحنابلة، حيث أنه لا يشترط في صحة الشهادة على الشهادة شهادة شخصين عن الشخص الأصل الذي أدلى بالشهادة الأصلية بل شاهد واحد يكفي و لأن الوارد في الشهادة الأصلية قد ثبت و كذلك تثبت كما لو شهد بنفس الشهادة، هذا فيما يخص ترجيح قول من ذهب إلى جواز الشهادة على الشهادة إلا أن الأرجح في رأينا ما ذهب إليه المذهب الحنفي حينما إشتراط أن تكون الشهادة أصلية أي واردة عن الشاهد نفسه لإقفال باب أي إحتمال أو شك أو سوء تفسير أو تقدير، وعموما ما يمكن قوله أن التشريعين الموريتاني و الليبي قد أصابا في الإعتدال على الشهادة و فق أحكام الشريعة الإسلامية، و قد خطوا بهذا خطوات إيجابية أكثر من دول المغرب العربي الأخرى و قد أصابوا في إحالتهم لأحكام الشريعة الإسلامية ما هو ليس بمنصوص عليه في قوانينهم العقابية، فهي غنية بأراء الفقهاء الذين يسعون إلى سد الباب عن كل تحايل أو ظلم.

رابعا: تفرد المشرع الموريتاني بالأخذ بالحمل كوسيلة إثبات قانونية.

إن هذه الحالة إنفرد بها التشريع الموريتاني دون غيره من تشريعات المغرب العربي الأخرى، فقد ذهب إلى النص في المادة 307 من قانون العقوبات الموريتاني² على: "كل مكلف ذكرا أو أنثى ثبت بالشهود الأربعة أو بالإقرار أو بالحمل أنه إرتكب جريمة الزنا عن طواعية..."، و بهذا فإن المشرع الموريتاني قد جعل الحمل دليل إرتكاب الزنا إن حدث دون إكراه أو تهديد، و لكن لم يبين إن كان القصد به المرأة غير المتزوجة أو المتزوجة إن ثبت حملها و لكن كانت شبهة تحوم حوله، و بذلك فكما قلنا سابقا، ترك المشرع الموريتاني الفصل في هذه المسائل للقاضي المختص يسير حسب مقتضيات أحكام الشريعة الإسلامية³.

و من الناحية العلمية، الحمل هو تلقيح البويضة و إستقرارها في الرحم، و يؤخذ كقاعدة عامة مطردة على أن كل امرأة سليمة قابلة للحمل طول مدة حصول الطمث، و غالبا ما يبدأ الطمث بين سن الثانية عشر أو الثالثة عشر و ينقطع ما بين سن الخامسة و الأربعون و الثمانية و الأربعون، و توجد حالات قد يبدأ فيها الحمل قبل أن تبلغ الفتاة 12 سنة و قبل حصول الطمث الأول⁴.

1: الحمل كوسيلة قانونية لإثبات زنا المرأة غير المتزوجة.

¹. المرجع نفسه، ص 205، 206، 207.

². الأمر القانوني رقم 162-83، بتاريخ 09 يوليو 1983 م، المتضمن القانون الجنائي الموريتاني السابق ذكره.

³. المادة 449 من القانون الجنائي الموريتاني، المرجع نفسه.

⁴. عبد التواب (معض) سينوت دوس (حليم): الطب الشرعي و التحقيق الجنائي و الأدلة الجنائية، الطبعة 2، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1999 ص 896.

و الحمل كوسيلة لإثبات زنا المرأة غير المتزوجة أجازها المشرع الموريتاني، و بهذا أضاف وسيلة جديدة لوسائل الإثبات القانونية التي لم تعتمدھا التشريعات الأخرى، و وافق بذلك جانب من الفقه في الشريعة الإسلامية، و المرأة غير المتزوجة هي التي لم يثبت زواجها بعقد شرعي صحيح، أي لم يتم الدخول بها و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنه قد اختلف الفقهاء في حكم إثبات الحد على من ظهر عليها الحمل و ليس لها زوج على قولين:

أما القول الأول: فذهب إلى عدم جواز إقامة الحد على من وجدت حاملا و ليس لها زوج، و هذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية و الشافعية و الحنابلة و الظاهرية، و قد نص الحنفية في كتبهم على أن الزنا لا يثبت إلا بالبينة و الإقرار، و نص الشافعية على أن الحد لا يقام على الزاني إلا بشهادة أربعة شهداء أو بإعتراف الزاني نفسه، و ذهب الشافعية في قول أنه: إذا وجدت المرأة حاملا و لا زوج لها سئلت، فإن اعترفت بالزنا و جب عليها الحد و إن إنكرت الزنا لم يجب عليها الحد¹.

و قد روي عن رسول الله صلى الله عليه و سلم أنه: "أمر بدرء الحدود بالشبهات"، و لا شك أن حمل من لا زوج لها فيه شبهة أنه قد يكون من وطء بإكراه²، و قد استدل أيضا أنصار هذا القول، بما فعله عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيمن جاءته و قد ظهر حملها مدعية أنها مكرهة بإعتبار أن الإكراه لا يؤاخذ الإنسان عليه، عملا بقوله صلى الله عليه و سلم: "إن الله تجاوز عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه"، و ما ورد عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "إدروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله، فإن الإمام لأن يخطيء في العفو خير من أن يخطيء في العقوبة"³.

و تفسيرا لهذا الحديث نجد أنه قد ثبت أن ماء الرجل قد يدخل في فرج المرأة من غير وطء فيجب درء الحد معه، و مثاله أيضا فيما روى عن المرأة التي رفعت إلى أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب - رضي الله عنه - لا زوج لها و قد حملت فسألها فقالت: "إني امرأة ثقيلة الرأس و قد وقع علي رجل و أنا نائمة فما إستيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد"⁴.

و هناك قول ثان ذهب إلى إثبات الحد بالحمل، فإن وجدت المرأة غير المتزوجة حاملا يقام عليها الحد إلا أن تكون قد جاءت بإمارة على أنها أكرهت و ذلك مثل أن تكون بكرًا تأتي و هي تدمي، أو أن تفضح

1. عبد المطلب حسن (شحاتة): حجية الدليل المادي في الإثبات في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، (دون طبعة) الإسكندرية دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005 م، ص 90.

2. معدي الحويقل (معجب): مرجع سابق، ص 103.

3. عبد المطلب حسن (شحاتة): المرجع نفسه، ص 91.

4. المرجع نفسه، ص 92.

نفسها بأثر الإستكراه أو إستغاثت حتى أتيت و هي على ذلك الحال و في هذا ذهب المالكية¹ و الحنابلة² في قول و إعتدوا في قولهم هذا على مجموعة من الأدلة

فمن السنة النبوية ما رواه أبو داود أن رجلا من أصحاب النبي صلى الله عليه و سلم تزوج امرأة بكرا في سترها فدخل عليها فإذا هي حبلى، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: "لها الصداق بما إستحللت من فرجها و الولد عبد لك، فإذا ولدت فأجلدها و في رواية فأجلدوها أو قال فحدوها"³، أما الأدلة المستمدة من آثار الصحابة رضوان الله عليهم فقد روى ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال: "إن الزنا زنا سر و زنا علانية، فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي ثم الإمام ثم الناس، و زنا العلانية أن يظهر الحمل أو الإعتراف فيكون الإمام أول من يرمي"، فهذا الأثر يدل صراحة على أن عليا رضي الله عنه كان يعد ظهور الحمل من أدلة الزنا التي يترتب عليها إقامة الحد، و قد قيل أن الحمل إذا لم يكن من طريق مشروع كان من طريق غير مشروع، و الحمل في هذه الحالة ليس بسبب مشروع و من ثم فهو زنا، كما ذهب القائلون بأن الحمل دليل على الزنا أنه: إذا وجب شرعا إقامة الحد بشهادة الشهود فإن إقامته على الحامل يكون من باب أولى لأن إحتمال كذب الشهود أو أغلبهم أقرب إلى العقل من كون الحمل من غير الزنا، ثم إن إعتقاد قرينة الحمل في المرأة إحتمال لأمر ظاهر لا يكذبه واقع الحال، و الإحتمالات الواردة عليه ترد على بينة الشهود، و لهذا يكون إعمال القرينة الظاهرة الواضحة أولى من إهدارها و إهمالها⁴.

و **الملاحظ** أن التشريع الموريتاني ذهب إلى إقرار الحمل و منه حمل المرأة غير المتزوجة، وفقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من المالكية و الحنابلة، و ورد في نص المادة 307 من قانون العقوبات الموريتاني السابق ذكرها ثبوت الزنا بحمل المرأة عن طوعية معناه أنه إن لم تكن مكرهة، و دليل النص القانوني هو نفس مذهب القائلون بأن الحمل قرينة على الزنا إذ لم يوجد إكراه للمرأة و يتضح أن المشرع الموريتاني بأخذه بهذه الفكرة قد نقل عبء الإثبات إلى المرأة الحامل أيضا.

2: الحمل كوسيلة قانونية لإثبات زنا المرأة المتزوجة.

أما بالنسبة للحمل كوسيلة إثبات زنا المرأة المتزوجة ، فكما ورد سابقا فإن التشريع الموريتاني لم يخص أيضا المرأة المتزوجة بقول خاص، و إنما تعتبر ممن تقوم في حقهن جريمة الزنا إن أثبت حملهن، و هذا إلى جانب المرأة غير المتزوجة و إن كانت الأولى يسهل إلى حد كبير - ليس مطلقا - أن تثبت عليها تهمة الزنا بمجرد قيام حملها و هذا إن إنتفى في حقها الإكراه، إلا أن طبيعة المرأة

1. معدي الحويقل (معجب): المرجع نفسه، ص 103.

2. عبد المطلب حسن (شحاتة): المرجع نفسه، ص 93.

3. منجد مصطفى(مضاء): مرجع سابق، ص167.

4. منجد مصطفى(مضاء): مرجع سابق ، ص181، معدي الحويقل (معجب): مرجع سابق، ص10، عبد المطلب حسن (شحاتة): مرجع

سابق، ص 93.

المتزوجة فيها خصوصية إضافة طابع الزواج على العلاقة التي تربطها بالرجل -الزوج- يجعل المنطق يذهب إلى أنها قد تصبح حاملا فالغاية الأساسية من الزواج هي الإنجاب، و بهذا فإن المرأة المتزوجة قد تكون زانية إن خرجت عما هو معهود في أي امرأة أخرى متزوجة، من وقت الحمل بالمقارنة مع وقت الزواج أو وقت الإنجاب مع آخر وقت جماع بينها وبين زوجها، أو فترة حملها أو إنجابها بالمقارنة مع وقت وفاة زوجها أو طلاقها أو سفره عنها و هو ما يعبر عنه بالإنفصال الجسدي، و هذه الحالات التي تطرأ هي التي تجعل المرأة المتزوجة تختلف بموجبه عن غيرها التي يثبت في حقها الزنا دون زواج، و عمومية النصين السابقين الموريتاني و الليبي يجعل من الواجب اللجوء لما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية، فقد تساءل فقهاء الشريعة الإسلامية عن ظهور الحمل في المرأة المتزوجة بصبي لم يبلغ الحلم، أو المتزوجة برجل بالغ و ولدت لأقل من ستة أشهر من زواجها، فهل يصلح كقرينة على إرتكابها للزنا؟

و قد عالج فقهاء الشريعة الإسلامية هذه الحالات، فقد تلد المرأة المتزوجة ولدا و لم تتم مدة تسعة أشهر، و قد ذهب جانب من الفقه الإسلامي إلى أن الحمل بهذه الكيفية لا يعد زنا، و قد روى البيهقي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه أتى بإمرأة ولدت لستة أشهر فأمر بها أن ترحم، فقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: "ليس ذلك عليها، قال الله تبارك و تعالى: "... و حملة و فصاله ثلاثون شهرا ..."¹، و قال أيضا: "... و فصاله في عامين..."²، و قال: "و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين..."³ فالرضاعة أربعة و عشرون شهرا و الحمل ستة أشهر، فأمر بها عثمان أن ترد فوجدها قد رجمت، و هذا دليل على أن عثمان رضي الله عنه عندما أمر برجم المرأة بمجرد الحمل⁴، و هذا بالنسبة لأقل مدة الحمل التي قد تفتح باب الشك للزوج أن المرأة قد حملت من غيره سواء قبل الزواج أو بعد رجوعه من سفر فوضعت بعد مدة أقل من تسعة أشهر، أو بعد شفاؤه أو زوال ذلك العارض كالسجن مثلا.

و قد بين العلم الحديث هذا كما بين أن الحمل قد يزيد عن مدة تسعة أشهر ما يفتح باب الشك أيضا بأن المرأة المتزوجة قد إرتكبت فعل الزنا، فقد وجد أنه لا توجد حدود معينة يؤخذ بها لمعرفة طول مدة الحمل الخارجة عن المعتاد و في مثل هذا النوع من القضايا، لا بد من معرفة تاريخ آخر جماع حصل من الزوج، و أن ولادة الطفل بعد مدة الحمل الطبيعية تجعل الوالد يعتقد أنه ابن غير شرعي، على أن تاريخ آخر جماع قد يطعن في صحته من الطرف الذي من صالحه ذلك.

و في مثل هذه الحالات يجب معرفة ميعاد الدورة الطمثية للمرأة و إحتساب عشرة دورات من هذه مع إضافة مدة يومين على الأقل يمكن أن تمضي ما بين الجماع و العلق فالناتج من ذلك هو مدة الحمل

¹. سورة الأحقاف، الآية 15.

². سورة لقمان، الآية 14.

³. سورة البقرة، الآية 233.

⁴. منجد مصطفى (مضاء): مرجع سابق، ص 168.

العادي للمرأة، فإذا لم يعلم آخر جماع، و عمل حساب مدة الحمل من تاريخ إبتداء من آخر طمث حصل فمدة الحمل التي تنتج قد تكون زائدة مدة 23 يوم عن مدة الحمل الحقيقية، لأن العلق قد يكون تأخر إلى ما قبل أول دور طمئي غاب مباشرة.

و في مثل هذه الدعاوى يلزم تقدير مدة الحمل بالطرق الحسابية المذكورة آنفا و كلما طالت مدة حمل المدعية عن مدة الحمل الطبيعي السابق ذكره، كلما قوي الشك في شرعية الحمل ما لم توجد أدلة تثبت أن الحمل هو من النوع الطويل غير العادي.

على أن هذه العلامات غير مؤكدة لإمكان وجود طفل ناميا نموا رحميا أكثر مما في الحمل الطبيعي تبعا لزيادة مدة الحمل¹.

خامسا: تفرد المشرع الليبي بجعل الوسائل العلمية كوسائل قانونية لإثبات الزنا.

و المقصود من هذه الفكرة أنه هناك من تشريعات المغرب العربي من تمادى في توسيع وسائل الإثبات القانونية ووسائل إثبات علمية تعتبر كقرائن على ارتكاب جريمة الزنا، فيكون بهذا تمادى في الخروج عن القاعدة التي مفادها حصر الحالات الإستثنائية - القانونية - و هذا ما ذهب إليه المشرع الليبي في نص المادة 6 مكرر السابق ذكرها: "...أو بأية وسيلة إثبات علمية"، فقد أجاز إثبات الزنا بالوسائل العلمية و جعلها من وسائل الإثبات القانونية بنص صريح في قانون العقوبات الليبي و بهذا يكون قد اختلف في هذه النقطة مع المشرع الموريتاني الذي جعل الحمل وسيلة لإثبات الزنا و توقف عند هذا، و بالتالي فالقاضي الجزائري الموريتاني يعمل بهذا القول و لا يتوسع فيه و لو أنه لجأ إلى ما هو مختلف فيه عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

أما المشرع الليبي فقد حتم بهذا النص على القاضي الجزائري الليبي أن يأخذ بالدليل العلمي كوسيلة لإثبات الزنا و يدخل فيه أيضا إثبات الحمل لأن الوسائل العلمية أصبح لها أدوار متعددة بالنسبة لهذه الحالة، و هو بمفهوم المخالفة يقيم الحد على أي من يثبت عليها ارتكابها للزنا بأية وسيلة أو حتى قرينة؟ و حسب نص المادة 6 مكرر من قانون العقوبات الليبي هناك وسائل عديدة و حديثة تعتمد على تقنيات العلم و التكنولوجيا يمكن أن تكون وسيلة لإثبات الزنا القانونية.

1: إثبات النسب أو نفيه بواسطة تحليل الدم.

¹. فمثلا يزيد الطول و الوزن و أقطار محيط الرأس عن المعتاد، و كذلك تظهر مراكز التعظم تقديما إذ يظهر مركز تعظم الطرف العلوي للقصبة و العظم النزدي للقدم واضحين، و نقطة تعظم هذا الأخير لا تظهر في الأطفال الذين لم تتم شهورهم الرحمية و تظهر ضئيلة في الأطفال الذين تتم شهورهم، و كذلك نقطة تعظم الجزء العلوي من القصبة لا ترى في العادة إلا في الأطفال الذين تتم شهورهم الرحمية ، أنظر ... عبد التواب (معوذ)، حليم دوس (سينوت): مرجع سابق، ص 896.

فصياغة المادة 6 مكرر السابق ذكرها تجعل من تحليل الدم وسيلة لإثبات أو نفي النسب¹ في التشريع الليبي لأنها جاءت مطلقة، رغم أن الفقه الوضعي ذهب إلى أن حجية نتائج تحاليل الدم ليست قاطعة أو حاسمة إلا في حالات النفي فقط، إلا أن مبدأ تساند الأدلة الذي يجعل القرائن المجتمعة و المترابطة أدلة مفنعة للقضاء تجعل من الضروري عدم إهمال هذه الوسائل العلمية حتى و لو كانت نتائجها مجرد قرينة بسيطة غير كافية بمفردها للتحقق من البنوة أو نفيها²، و إذا كان المسلمون قد لجأوا إلى إثبات النسب أو نفيه عن طريق مقارنة شبه المولود بشبه والديه و إنقسموا في ذلك إلى قسمين:

الأول ذهب إلى عدم جواز نفي الولد اعتماداً على مخالفته شبه والديه أو لونهما و هو ما ذهب إليه المالكية و الحنابلة و بعض الشافعية و إستدلوا بقوله صلى الله عليه و سلم فيما رواه عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: "إن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه و سلم فقال: يا رسول الله ولد لي غلام أسود فقال هل لك من إبل؟ قال نعم، قال ما ألوانها؟ قال: حمر، قال: هل فيها من أورك؟ قال: نعم قال: فأني ذلك؟ قال: لعله نزعه عرق، قال: فلعل إبنك نزعه"³، و يتضح من هذا أن النبي صلى الله عليه و سلم لم يجز للرجل أن ينفي نسب هذا الولد له، اعتماداً على هذه القرينة و بين أن مخالفة لون الولد للون والديه ليس دليلاً على أنه من غير الزوج، لأنه يجوز أن يكون عرق نزعه الولد في آباءه و أجداده.

و القول الثاني، ذهب إلى جواز نفي النسب اعتماداً على قرينة مخالفة شبه الولد أو لونه شبه أو لون والديه، و هو مذهب بعض الحنابلة و الشافعية، و اشتراطوا لجواز النفي أن ينظم إليه - إختلاف الشبه - قرينة زنا، فإن لم ينظم إلى المخالفة في الشبه و اللون قرينة زنا لم يجز النفي.

و استدلوا بما روي عن عكرمة عن بن عباس رضي الله عنهما: "أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه و سلم، بشريك بن سحماء فقال النبي: البينة أو حد في ظهرك، فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلاً ينطلق يلتمس البينة؟ فجعل النبي يقول: البينة و إلا حد في ظهرك، فقال هلال و الذي بعثك بالحق إني لصادق، فليزلن الله ما يبئري من الحد، فنزل جبريل و أنزل عليه قوله تعال: "و الذين يرمون أزواجهم"⁴، فقرأ حتى بلغ: "إن كان من الصادقين"⁵، فأنصرف النبي، فأرسل إليها، فجاء هلال فشهد، و النبي صلى الله عليه و سلم يقول: إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب، ثم قامت فشهدت فلما كانت عند الخامسة، وقفوها و قالوا إنها موجبة، قال ابن عباس: فتلكأت و نكصت حتى ظننا أنه ترجع ثم قالت لا أفصح قومي سائر اليوم فمضت فقال رسول الله: أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين خذلج الساقين فهو لشريك بن سحماء، فجاءت به كذلك، فقال النبي صلى الله عليه و سلم: لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي و لها شأن"، و يفهم من هذا أن النبي عليه

1. بالنسبة للمرأة المتزوجة، لأن غير المتزوجة يكفي أن تثبت حسب القانون الجنائي الليبي، أن تكون حاملاً دون زواج و غير مكروه.

2. المحمدي بوادي (حسنيين): الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، (دون طبعة)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2005، ص 74.

3. عبد المطلب حسن (شحاتة): مرجع سابق، ص 103.

4. سورة النور، الآية 6.

5. سورة النور، الآية 9.

السلام، إعتبر موافقة شبه المولود لمن إتهمت به دليلا على أنه ليس من الزوج، و لهذا قال النبي صلى الله عليه و سلم: " لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي و لها شأن " ¹، و معنى ذلك أن اللعان يدفع الحد عن المرأة و لولا ذلك لأقام الرسول عليها الحد من ذلك الشبه الظاهر بالذي رميت به، و عليه فإن القول الأول هو الأصوب لقوة أدلتهم.

و إذا رأينا أيضا أن العلم حاليا قدر أن تحاليل الدم لا تعني شيئا على الإطلاق في الإثبات، و لكن إن وجدت فقط قرائن أخرى ترجح أمرا أو تؤيده مثل التركيبات الشاذة في الأجسام الصلبة، فإن ذلك يجعل لإتفاق فصيلة الدم في العينة المجهولة مع العينة المعلومة نتائج هامة، و مثاله إذا كان دم الأم من فصيلة 0، و كانت فصيلة الطفل A فإن ذلك لا يتأتي إلا إذا كان دم الأب من فصيلة B، فإن هذا يجزم بأن الإبن مدسوس على الرجل لأن هذا ينتج طفلا بدم B أو O فقط، و لا ينتج عنه طفلا بدم A بأي حال من الأحوال ².

و عليه يستنتج من كل ما سبق أن المشرع الليبي قد خرج عن نطاق ما ذهبت إليه تشريعات المغرب العربي بتوسعه الكبير في الأخذ بالقرائن المتفق عليه و المختلف فيه، و سواء ما ظهر منها في عهد الرسول عليه السلام أو الصحابة و تابعيهم، أو حتى بما وصل إليه العلم الحديث، ثم نجد من خلال المقارنة السابقة بين إثبات أو نفي النسب عن طريق الشبه و إثباته أو نفيه عن طريق تحليل الدم أنه حتى بالنسبة لبعض الفقهاء الشريعة جعل قيام الشبهة بين المولود و من إتهمت به الزوجة، دليل على نفي النسب لا على قيام الزنا، و هو ما يؤيده العلم - و لو مع إختلاف الكيفية و هي تحليل الدم - و لكن نجد أن المشرع الليبي جعلها و سيلة قانونية صارمة تثبت بها جريمة الزنا.

2: إثبات النسب أو نفيه بواسطة البصمة الوراثية.

و تسمى البصمة الوراثية DNA ببصمة الحامض النووي، و قد أخذ المشرع الليبي بهذه الوسيلة كوسيلة إثبات لجريمة الزنا الموجبة للحد حسب المادة 6 مكرر من القانون رقم 70 لسنة 1973 في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي السابق الذكر، لأن هذا النص كما قلنا سابقا يعتبر نصا واردا على إطلاقه، و هذه التقنية الحديثة حول البصمة الوراثية تقدم وسيلة قاطعة تكفل إقناع القاضي.

و DNA هي رموز الحامض الخلوي و هذا الحامض موجود في نواة الخلية و هي مادة عضوية توجد في كروموزومات الخلية و هي الجينات حاملات الوراثة في داخل نواة الخلية تشكل نظاما معيناً للجينات تختلف من شخص لآخر، و تحتوي كل خلية بشرية على 23 زوجا من الكروموسومات.

¹. عبد المطلب حسن (شحاتة): مرجع سابق، 104 و 105.

². المحمدي بواوي (حسنين): مرجع سابق، ص 81 ... و يلاحظ أن إختبارات فصائل الدم يعتمد عليها و يقطع بها في نفي البنية أي نفي بنية الطفل الذي إختلفت فصيلته عن دم أبويه، و لا يعتمد عليها في إثبات البنية و أساس هذا الإثبات هو قانون مندل للوراثة ... عبد المطلب حسن (شحاتة): مرجع سابق، ص 107.

و على ذلك فإن DNA في الخلية يشمل جميع الكروموسومات بداخل نواة الخلية و تشكل هذه الكروموسومات نظاما، و هذا النظام أو الترتيب بهذه الجينات هو الذي يحدد خصائص كل فرد و يختلف هذا الترتيب من شخص لآخر¹.

و عموما يكفي لعملية الاختبار و العمليات المعملية المصاحبة كميات ضئيلة من الدم أو من المنى، و النتائج يمكن بموجبها جزم نسب المولود مثلا للزوج أو لغيره إن كان موضع إتهام أو شبهة، و هذا التطور الكبير هو الذي أراد المشرع الليبي أن يأخذ به.

و لكن حسب رأينا و كما قلنا سابقا إن هذا الفحص العلمي الدقيق يمكن الإقتداء به كوسيلة لنفي أو إثبات نسب فقط، و ليس كوسيلة لإثبات جريمة الزنا و قيام الحد على فاعلها، و هو الأمر الذي كان على المشرع الليبي أن يفقده بتعميم وسائل إثبات جريمة الزنا القانونية.

الفقرة الثانية:

تفرد المشرع التونسي بإثبات الزنا بوسائل إقناعية (أدبية).

إن الإختلافات الكثيرة و المتعددة الموجودة في تشريعات المغرب العربي فيما يخص جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة و كذا إثباتها، إمتد أيضا لنجد أن هناك من تشريعات المغرب العربي من إعتد على وسائل إثبات إقناعية و ليس قانونية، و نعني هنا التشريع التونسي.

أولا: صفة الأخذ بالوسائل الإقناعية لإثبات الزنا عند التشريع التونسي.

رغم أن المشرع التونسي سلك أول المطاف نفس المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري و مشرع المملكة المغربية حينما جعل جريمة الزنا جريمة محاطة بخصوصية كبيرة من حيث الإجراءات المتبعة حين و بعد إرتكابها، إلا أنه سكت عن ذكر وسائل قانونية تثبت وقفها هذه الجريمة فلا هو إقتدى بأحكام الشريعة الإسلامية، و لا هو إقتدى بأحكام تشريعات الجزائر و المملكة المغربية.

و إن صح تشبيهه نجده يشبه المشرع الليبي في أنه أطلق إثبات جريمة الزنا بشتى الوسائل فقط الفرق بينهما أن المشرع الليبي نص عليها بموجب المادة 6 مكرر السابق ذكرها وجعله من وسائل الإثبات القانونية، و المشرع التونسي سكت عن ذلك و سكوته جعل جريمة الزنا من الجرائم التي تثبت بوسائل إثبات إقناعية - أدبية - مع الإختلاف في الأساس المعتمد، فنجده قد خالف المشرع الجزائري فلم يذكر أصلا في الفصل 236 من قانون العقوبات السابق ذكره هذا الموضوع، أي لم ينص على تحديد وسائل إثبات جريمة الزنا بالوسائل القانونية، و لم يحصرها لا في هذا النص و لا في نص آخر ما وجدنا أمام فراغ تشريعي غير مبرر، لأنه في أول المطاف سلك مسلك المشرع الجزائري و مشرع المملكة المغربية

¹. المحمدي بوادي (حسين): المرجع نفسه، ص 56 إلى 62، علي شحور (حسين): الطب الشرعي مبادئ و حقائق (دون طبعة)، بيروت (دون دار نشر)، 1999 م، ص 262 إلى 266.

في تخصيص جريمة الزنا بأحكام خاصة ثم حاد عن هذا المنهج، خصوصا أنه لم يتبع ما ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية، و لا حتى أحكام التشريع الفرنسي الذي أشرنا إليه سابقا. ثم إن بعض الفقه التونسي ذهب إلى القول بأن سكوت المشرع عن تفصيل هذه النقطة كان مقصودا فالفصل 236 نقح بالقانون عدد 1 لسنة 1968 م، المؤرخ في 8 مارس 1968 م و كان بإمكان المشرع التونسي إستغلال هذه الفرصة لسد هذه الثغرة خاصة و أن الصيغة القديمة لهذا الفصل كانت تنص على معاقبة "المرأة المحصنة إذا إتهمت بالزنا و قويت التهمة عليها..."، لكن هذه الصيغة حذفت و أصبح الفصل 236 الجديد بعد تنقيحه خال من أية إشارة للإثبات، فكيف يفسر موقف المشرع التونسي؟ فهل أن حذف جملة "قوية التهمة عليها" يعني أنه كان يشترط في القانون القديم وجود قرائن قوية لإدانة الزوجة من أجل الزنا ثم عدل عن هذا الشرط بعد تعديل مارس 1968 م و لم يعد يخضع هذه الجريمة لنظام إثبات معين¹، و عليه يتترك الرجوع في هذه المسألة إلى القواعد القانونية للإثبات و ما ذهب إليه الفقه و القضاء في التشريع التونسي.

ثانيا: دور السلطة التقديرية للقاضي في تفعيل الوسائل الإقناعية لإثبات الزنا.

حين تفحص أحكام القضاء التونسي نجد أنها قد إنقسمت إلى قسمين: فالقسم الأول و هو له رأي الأغلبية، و قد أخذ بمبدأ الإثبات العام، هناك إتجاه ثاني يقول عكس ما يقوله الأول ألا و هو تقييد الإثبات و لو أنه ليس بقدر قوة الإتجاه الأول.

1: الأخذ بمبدأ الإثبات العام في جريمة الزنا.

لقد كانت أغلب القرارات الصادرة عن محكمة التعقيب التونسية تقول: بأن الزنا يثبت بكافة الوسائل فقد ورد في قرار تعقيبي أن: "مسألة الإثبات في مادة الزنا في الفصل 236 الجديد خاضعة للإقتناع النظري للمحكمة حسب الأدلة، فالتعليل الذي يذكر أن المتهمه غادرت محل الزوجية و إستقرت مع المتهم بمنزل إستأجره ردحا من الزمن يعد تعليلا سائغا قانونا"².

كما ورد في قرار تعقيبي آخر أنه: "لم يحدد الفصل 236 من م ج، مسألة الإثبات في مادة الزنا بل هي خاضعة للإقتناع النظري للمحكمة حسب الأدلة المقدمة إليها"³.

و ورد أيضا: "أن النصوص القانونية التونسية أوكلت للقاضي الجزائي حرية تقدير الأدلة من شهادات و قرائن و غيرها من الحجج التي لم يحجرها القانون.

و بالتأمل في الفصل 236 من القانون الجنائي يتضح أنه لم يفرض نوعا خاصا من الأدلة لإدانة الزانية أو شريكها في تلك الجريمة"⁴.

¹. الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 186، 187.

². قرار تعقيبي عدد 21 مؤرخ في 1975/09/10 م، ن.م.ت.ق.ج.ع 1، س 1976 م، ص 42 ... خمائم (رضا): مرجع سابق، ص 353.

³. قرار تعقيبي عدد 6812، مؤرخ في 1982/04/18 م، ن.م.ت.ق.ج.ع 1، س 1984 م، ص 241... المرجع نفسه، ص 353.

⁴. قرار تعقيبي عدد 7039، بتاريخ 1969/12/22 م ... الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 188.

و قد كانت هناك عدة قرارات تخص هذا المبدأ¹ الذي أساسه أن المشرع التونسي لم يحدد في الفصل 236 أدلة خاصة بإثبات جريمة الزنا و بالتالي فيجوز للمحكمة إعتقاد كل الوسائل التي يطمئن إليها وجدانها كالإعتراف و الشهادة أو القرائن، كالزوجة التي تحمل و يثبت زوجها أنه كان متغيب عنها مدة تفوق العامين².

و نستنتج من كل هذا أن إتجاه المشرع التونسي بموجب نص الفصل 236 السابق ذكره أيده القضاء من خلال العديد من القرارات، هذا الأخير الذي ساير رأي المشرع الذي أحال إثبات الزنا إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات الجزائية.

2: تقييد الإثبات في جريمة الزنا.

و لكن حينما نفحص الإجهادات القضائية الأخرى نجد أنه هناك إتجاه ثاني يقول عكس ما يقوله الأول ألا و هو تقييد الإثبات و لو أنه ليس بقدر قوة الإتجاه الأول.

فهو يرى أن جريمة الزنا هي جريمة خاصة تتميز عن الجرائم العادية من حيث إثباتها الذي لا يتأتى إلا بوسائل معينة بدونها لا تتسنى المؤاخذة و تجسد هذا الإتجاه في القرار الذي يقول: "درج فقه القضاء على إعتبار و سيلة إثبات دعوى الزنا إما بالإقرار الصحيح المدعم، أو بضبط الجانبين يمارسان الخطيئة، أو وجودهما في و وضع مستراب، أو في حالة دالة على قيام العلاقة الفاجرة بينهما"³، كما أيد هذا القرار قرار آخر قال: "بأن جريمة الزنا أحاطها المشرع بأركان و شروط يجب أن تتوفر جلها لمؤاخذة مرتكب الفعل بالعقاب المحدد بالفصل 236 من ق ج⁴.

و بناء عليه نستنتج أنه على خلاف المجلة الجزائية التونسية نجد أن القضاء - جانب منه - يقر بخصوصية جريمة الزنا من جانب الإثبات فهي ليست عادية، لا حين ارتكابها⁵ و لا حين مباشرتها و لا إثباتها، و نستنتج أيضا أن الإجهاد القضائي التونسي في طريقه للخروج من الغموض من نص المادة 236 السابق ذكره نحو حصر الوسائل الخاصة بالإثبات في الإقرار الصريح أو التلبس أو وجود المشتبه فيهم في وضع مستراب.

كما يلاحظ أيضا أن مفهوم "وضع مستراب" الذي تم ذكره في القرارات التعقيبية التي تؤيد خصوصية نظام إثبات جريمة الزنا يبقى مبهما و غير مفهوم، فهل قصد به المشرع الوضع المريب الذي قد توجد عليه زوجة مع شخص آخر على سبيل المثال؟ و هل يكفي لإقامة إثبات ارتكاب جريمة الزنا؟

¹. مثل القرار عدد 21 الصادر في 10/09/1975 م، و القرار عدد 6812 الصادر في تاريخ 28/04/1982 م، و القرار الصادر في 25/02/1987 م ... خماخم (رضا): المرجع نفسه، ص 188.

². القرار الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس في 05/02/1982 من عدد 38925، غير منشور... المرجع نفسه، ص 188.

³. قرار تعقيبي عدد 69365، مؤرخ في 14/10/1996 م، ن.م.ت.ق.ج، س 1996 م، ص 234 ... خماخم (رضا): مرجع سابق، ص 354.

⁴. قرار صادر في 06/02/1986 م، عدد 133357... الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 189.

⁵. لأن خصوصيتها تبرر كونها تمس بنظام الأسرة و تؤدي إلى تفككه و إختلاط الأنساب و بالتالي دمار كل المجتمع.

إن الإجابة تكون حسب القضاء التونسي هي النفي خصوصا مع ذهاب هذا الأخير إلى القول في قرار تعقيبي بأنه: " تنظر المحكمة الجزائية في الدعوى العمومية المطروحة أمامها على أساس ثبوت الجريمة من عدمها إستنادا لقرار الإحالة بعد تفحص الوقائع، و تقوم بالتكييف القانوني لهذه الوقائع و إنزال حكم القانون على مقتضى هذا التكييف، و لابد من ثبوت قيام الإتصال الجنسي بين طرفي تهمة الزنا حتى تتوفر أركان الجريمة، كما أن: "الأحكام لا تبنى على الإستنتاج و إنما تبنى على الجزم و اليقين"¹. و كذلك ذهب الفقه التونسي² إلى نفي الإثبات بناء على ما يسميه القضاء "الوضع المستراب"، كما ذهب القضاء التونسي إلى جعل ما سماه "بالوضع المستراب"، درجات فإن كانت مجرد الخلوة بين الرجل و المرأة لا تكفي لإثبات جريمة الزنا بينهما، فقد إعتبر بمثابة التلبس العنور على إمرأة متزوجة مع شخص آخر في فراش واحد، أو مفاجأة المرأة مع خليلها في غرفة واحدة مغلقة و رفضها فتح الباب رغم دقه عدة مرات إلى أن تم خلعه بعد فترة زمنية، أو مداهمة الغرفة التي كان يوجد فيها المتهمان ففر الشريك من النافذة تاركا حذاؤه و البعض من ثيابه، أو رجوع الزوج إلى محل الزوجية في ساعة متأخرة من الليل على غير عادته ففتحت له زوجته الباب و هي ترتدي قميصا خفيفا و مضطربة، ثم بدأت بمراودته عن نفسه و كانت متزينة، و فجأة سمع من تحت الفراش صوت رجل و هو يسعل³.

كما أن إرتكاب الجريمة يكون ثابت إذا غادرت الزوجة محل الزوجية و أصبحت تعيش مع شخص آخر في مسكن مستقل⁴، و قد أيده القرار الذي ورد في نصه: "أن ضبط الزاني في خلوة مع الزوجة في بيت الزوجية و إعترافهما بالجريمة و عن ظروف أخرى تؤيد تلك الحالة من التلبس فإن تراجعهما في إرتكابهما الجريمة المتلبس بها لا يكفي للحكم بتبرك سبيلها لما في ذلك من تخويف و سوء الإجتهد فيها و بذلك فإن الحكم يكون قاصر التسبب و مستوجبا للنقض"⁵، و عموما يمكن القول: "أن الحالات المسترابة" في القضاء التونسي عديدة و يبقى حصرها و تقديرها لسلطة القاضي الجنائي المختص، أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد سبق القول أنه كان له موقف غامض و هذا يسقط على الشريك أيضا.

الفرع الثاني:

إثبات جرائم الشذوذ الجنسي بأدلة قانونية و إقناعية.

إن جرائم الشذوذ الجنسي كما قلنا سابقا متعددة و قد إهتمت تشريعات المغرب العربي على وجه الخصوص بجريمة اللواط و جريمة المساحقة، و لكن نجد فيما يخص وسائل إثبات هذا النوع من الجرائم أنه هناك من جعل لإثبات هذه الجرائم وسائل قانونية محصورة و مثاله التشريع الموريتاني، و هناك من

¹. قرار تعقيبي عدد 8453، مؤرخ في 1983/03/26 م، ن.م.ت.ق.ج، ع1 س 1984 م، ص 245... خمائم (رضا): المرجع نفسه، ص 354.

². الأحمدى (عبد الله): المرجع نفسه، ص 190.

³. نشرية محكمة التعقيب، 1980 م، ص 18... الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 191.

⁴. المرجع نفسه، ص 191.

⁵. قرار تعقيبي جزائي عدد 6812، مرخ في 1982/04/28 م... الهادي بن عبد الله (محمد): مرجع سابق، ص 148.

جعل لها وسائل إثبات عامة و إقناعية و نعني بهذا كل من تشريعات دول الجزائر و المملكة المغربية و تونس و ليبيا.

الفقرة الأولى:

تفرد المشرع الموريتاني بإثبات جرائم الشذوذ الجنسي بوسائل قانونية.

لقد إنفرد المشرع الموريتاني فيما يخص هذه الحالة بالقول في المادة 308 من قانون العقوبات الموريتاني¹ أنه: "كل مسلم مكلف ثبت بالشهود أو الإقرار أنه ارتكب جريمة اللواط يعاقب بالرجم أمام الملاء، و في المساحة تطبق العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 306"، و بهذا جعل المشرع الموريتاني الإثبات بالشهود و الإقرار هما الوسيلتان القانونيتان اللتان تثبت بهما جريمة اللواط و المساحقة، و قد شابه في هذا ما ذهب إليه الرسول صلى الله عليه و سلم فيما رواه عنه أبو موسى الأشعري أنه قال: "إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان"، و كذلك في قوله صلى الله عليه و سلم: "إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان"².

أولاً: الشهادة كوسيلة قانونية لإثبات جرائم الشذوذ الجنسي (اللواط).

إن الشهادة كوسيلة إثبات قانونية إعتدها كل من التشريعين الليبي و الموريتاني كما سبق ذكره في جريمة الزنا، و قد كان هذا موقفا إيجابيا منهما حيث إقتديا في هذا بمذهب الشريعة الإسلامية السمحاء و فقهاؤها، و لكن إنفرد المشرع الموريتاني بجعله الشهادة وسيلة إثبات قانونية. و لم يشترط أن يكون عدد الشهود أربعة كما في الزنا، و قد جعل المشرع الموريتاني الشهادة على اللواط في حكم الشهادة على الزنا، و هذا على مذهب أحكام الشريعة الإسلامية، و لكن إن كان قد إشتراط عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية الشهادة بموجب أربعة شهود من الرجال كما هو الحال في الشهادة على الزنا، و علتهم أن اللواط كالزنا في الحد فكان كالزنا في الشهادة، فإن الإمام أبو حنيفة ذهب إلى القول أنه يقبل في الشهادة على اللواط رجلان عدلان لأن موجبها التعزير و ليس الحد، و ما كان كذلك فنصاب الشهادة فيه رجلين عدلين³، و الظاهر أن المشرع الموريتاني إقتدى بما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة رحمه الله فيما يخص اللواط.

¹. الأمر القانوني رقم 162-83، بتاريخ 09 يوليو 1983 م، المتضمن القانون الجنائي، مرجع سابق.

². الأحمدي (عبد الله): مرجع سابق، ص 133.

³. فراج حسين (أحمد): مرجع سابق، ص 141، 142.

و الشهادة هنا رغم عدم إشتراط المشرع الموريتاني توفر أربعة شهود فيها، إلا أنه وفق ما أحالنا عليه المشرع الموريتاني من أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 449 من قانون العقوبات الموريتاني السابق ذكرها، تتوفر فيها شروط مثل الشهادة على الزنا¹.

1: الشروط الواجب توفرها في شهود جريمة الشذوذ الجنسي (اللواط).

هناك عدة شروط يعتد بها المشرع الموريتاني و لابد من توفرها في الشهود عن جريمة الشذوذ الجنسي و هي:

- يجب أن تتوفر في الشهود الوعي، بأن يكونوا كاملي الإدراك و الحواس التي توصلهم إلى رؤية الفعل على سبيل المثال.

- و كذلك يشترط فيهم التمييز و قد جعله المشرع الموريتاني 15 عاما²، و من باب أولى إبعاد من ضعفت قدرته و أعضاء جسمه و حواسه و ذاكرته و قواه العقلية.

- و أن يكون الشاهد حر الإرادة أثناء إدلائه بالشهادة بعيدا عن أي إكراه أو تهديد.

- و يشترط في الشهود على اللواط قياسا على الشهادة في الزنا، الذكورة و الأصالة و الإسلام و البلوغ و إتحاد المجلس أي الحضور أمام القضاء في مجلس واحد عند الحنفية و المالكية³.

2: الشروط الواجب توفرها لصحة الشهادة في جريمة الشذوذ الجنسي (اللواط).

أما بالنسبة لشروط صحة الشهادة في اللواط و قياسا أيضا على أحكام الشهادة في الزنا فهي:

- الوصف الدقيق للشهادة.

- و الفورية في أداءها.

- و وجوب أن تكون الشهادة أصيلة.

و إن كان المشرع الموريتاني قد إشتراط الشهادة دون العدد في إثبات جريمة اللواط و عدها في مرتبة الزنا و قد مائل في هذا ما ورد عن فقهاء الشريعة الإسلامية، فلأن جريمة اللواط جريمة خطيرة و تعد من الجرائم التي تنفر منها النفوس البشرية فهي خروج عن الفطرة السليمة و فيها فساد عظيم للأخلاق و الأفراد فالسائد أن يشته الرجل المرأة و ليس الرجل الرجل أو الرجل المرأة في غير مكان الوطء الطبيعي و في هذا الضرر الكبير، و هو أمر لم ينسأه المشرع الموريتاني فشدد عليه و فرض له أحكاما.

3: خصوصية الشهادة في جريمة المساحقة عند المشرع الموريتاني.

¹. و قد ذهب الحنابلة إلى القول بأن: "الزنا هو فعل الفاحشة في قبل أو دبر و هو من الكبائر العظام "... معدي الحوقل (معجب): مرجع سابق، ص 99... و من هذا التعريف نستنتج أن هناك من عرف الزنا و اللواط بنفس التعريف، و جعلها من نفس جنس الجرم و لو أنه يبقى أن اللواط يختلف عن الزنا إلا أنه من باب أولى أن يكون له نفس شروط الشهادة في الزنا، عدا شرط العدد.

². المادة من قانون الإجراءات الجزائية الموريتاني السابق ذكره، ص 51.

³. معدي الحوقل (معجب): مرجع سابق، ص 100.

لقد جعل المشرع الموريتاني جريمة المساحقة مثلها مثل اللواط من حيث وسائل الإثبات فقد جاء في نص المادة 308 من قانون العقوبات الموريتاني السابق ذكره أنه: "كل مسلم مكلف ثبت بالشهود أو الإقرار أنه ارتكب جريمة اللواط يعاقب بالرجم أمام الملاء و في المساحقة تطبق..."¹، و هذا إقتداء أيضا بما ورد عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه: "إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان"¹، و لهذا فجريمة المساحقة كما سبق شرحها ترتكب بين أنثيين و لو أنه ثبت من الناحية العلمية أن ضررها يكون أقل من ضرر اللواط إلا أنها تعتبر جريمة معاقبا عليها لأنها تدعو إلى الفساد.

و لكن تثور نقطة هي أن جريمة المساحقة مثلها مثل جريمة اللواط أو الزنا لا ينتظر أن ترتكب علانية فإشتراط الشهود حسب القانون الموريتاني و إشتراط الذكورة حسب ما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية قد لا يتوفر دائما فقد يشهد على المساحقة امرأة أو إثنين خصوصا و أن عدم إشتراط المشرع الموريتاني لأربعة شهود، و ما يفهم من نص المادة 308 السابقة الذكر بأن "الشهود" لفظ يقصد منه إثنان فما فوق فهل تجوز شهادة المرأة؟ و هل يجوز أن تحل محل شهادة الرجل؟

إن قانون الإجراءات الجزائية و قانون العقوبات الموريتاني لم يجب عن هذا التساؤل و لم يبين شهادة المرأة هل هي جائزة و هل لها أن تحل محل الرجل، و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن الأئمة الأربعة قالوا: بأنه يشترط في نصاب الشهادة في الحدود و القصاص رجالان فلا تقبل شهادة النساء منفردات أو معهن رجل لما روى الزهري أنه قال: "مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه و سلم و الخليفتين من بعده أبي بكر و عمر رضي الله عنهما ألا شهادة للنساء في الحدود و القصاص".

و لأن في شهادة النساء شبهة البدلية عن شهادة الرجل فلا تقبل فيما يندرى بالشبهات، و الشبهة تكمن في شهادتهن من حيث غلبة السهو و النسيان، و ذهب ابن حزم الظاهري إلى أن نصاب الشهادة في الحدود رجالان مسلمان عدلان أو رجل و إمرأتان كذلك، أو أربع نسوة كذلك لقوله صلى الله عليه و سلم فيما رواه مسلم عن عبد الله بن عمر أنه قال: "شهادة إمرأتين تعدل شهادة رجل"، و هو حديث عام يتناول الشهادة على الحدود و على غيرها من سائر الحقوق²، و لا خلاف بين الفقهاء في قبول الشهادة بالنسبة للنساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال عادة من شؤون النساء³.

و عليه نستنتج أن سكوت المشرع الموريتاني عن هذا التدقيق يعني أنه يوافق ما جاءت به أحكام الشريعة الإسلامية، و قياسا على ذلك يمكن القول أن السحاق من الجرائم الجنسية التي ترتكب من الأنثى على الأنثى، و الغالب فيهما بذل الجهد لعدم إطلاع الناس عليه و قد تكون النساء الأخريات من رأين هذه الجريمة و هي ترتكب، فيصح أن يشهدن على هذا وفق ما أقرته أحكام الشريعة الإسلامية التي أحال عليها المشرع الموريتاني القاضي للفصل بموجب ما يقضي به فقهاءها فيما لا نص فيه.

¹. الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 133.

². فراج حسين (أحمد): مرجع سابق، ص 145، 146.

³. المرجع نفسه، ص 156.

ثانيا: الإقرار كوسيلة قانونية لإثبات جرائم الشذوذ الجنسي.

لقد نص المشرع الموريتاني على الإقرار، كوسيلة إثبات قانونية لجريمتي اللواط و المساحقة و هما من جرائم الشذوذ الجنسي، و هذا في نص المادة 308 من قانون العقوبات الموريتاني السابق ذكرها و التي تنص على: "كل مسلم مكلف ثبت بالشهود أو الإقرار أنه ارتكب..."، و الإقرار في نص هذه المادة لم يبين المشرع الموريتاني نوعه هل هو الإقرار القضائي أو غير القضائي، و بسكوته عن هذه النقطة نستنتج أن الإقرار الوارد في نص المادة السابقة يشمل جميع أنواع الإقرار و تبقى للقاضي السلطة التقديرية، فقد جاء في المادة 387 من قانون الإجراءات الجزائية الموريتاني: " إن الإقرار كأى عنصر من عناصر الإثبات يرجع فيه إلى تقدير القضاة"¹، و بهذا يعد من الوسائل القانونية لإثبات جرائم الشذوذ الجنسي أي اللواط و المساحقة هو الإقرار على إطلاقه، فيصح من المتهم أمام أحد الجهات القضائية التي تمر بها الدعوى الجنائية سواء كانت هذه الجهة هي النيابة كسلطة إتهام أو جهة تحقيق، أو جهة حكم، و يصح كذلك الإقرار الذي يصدر أمام جهة غير قضائية، بمعنى آخر هو الإقرار الذي يصدر خارج المحكمة التي تنتظر الدعوى الجنائية كالإقرار الصادر أمام الضبطية القضائية أو الاعتراف أمام أحد الأشخاص، أو الإقرار الوارد في رسالة المتهم أو الإقرار الوارد في تسجيل صوتي، أو الإقرار الصادر أمام محكمة غير جنائية، فكل هذه الأنواع من الإقرارات هي أنواع الإقرار غير القضائي².

و لكن مع هذا كله كان المشرع الموريتاني صريحا حينما إشتراط بموجب نص المادة 308 السابق ذكرها أن يكون المعترف مكلفا أي بالغ سن 15 سنة حسب القانون الموريتاني³، متمتعا بكل قواه العقلية إضافة إلى وجوب أن يكون حر الإرادة، و أن يكون الإقرار صريحا و واضحا بإرتكاب الجريمة بدقة و أن يستند الإقرار إلى إجراءات صحيحة، و عموما إن المشرع الموريتاني كان السباق في التصدي لهذا النوع من الجرائم بإقرار وسائل إثبات قانونية و هذا لأنه جعل هذا النوع من الجرائم خطيرا و يمس بالأسر و يهتك السر مثل جريمة الزنا فنص على وسائل معينة و محصورة بنص القانون.

الفقرة الثانية:

وسائل إثبات جرائم الشذوذ الجنسي الإقناعية.

و هذه الوسائل الإقناعية هي التي ذهبت إليها باقي تشريعات المغرب العربي (الجزائر تونس، ليبيا المملكة المغربية)، حيث نص المشرع الجزائري في المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية⁴ على: "يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير

¹. أنظر... قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، مرجع سابق، ص 50.

². نصر الدين (مروك): مرجع سابق، ص 43 إلى 47.

³. أنظر... المادة 406 من قانون الإجراءات الموريتاني.

⁴. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق.

ذلك..."، و ينص المشرع التونسي في الفصل 150 من مجلة الإجراءات الجزائية على: " يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك..."¹، و ينص مشرع المملكة المغربية في المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية على: "يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات، ما عدا في الأحوال التي يقضي القانون فيها بخلاف ذلك..."².

1: الإقرار كوسيلة إثبات إقناعية في جرائم الشذوذ الجنسي.

و بهذا يتوضح أن هذه التشريعات جعلت إثبات جرائم الشذوذ الجنسي بشتى الوسائل التي تصلح للإثبات حسب طبيعة الجرم المرتكب، فقد تثبتت جرائم الشذوذ بواسطة الإقرار و هو سيد الأدلة، و هذا بالنسبة للمشرع الجزائري و التونسي و المملكة المغربية و الليبي، و قد تثبتت بواسطة الشهود بالنسبة لنفس هذه التشريعات، و بذلك يصح أن يكون الإقرار قضائيا أو غير قضائيا، فيعترف الجاني بإرتكابه للجريمة سواء في جريمة اللواط أو في جريمة المساحقة، و يجب أن تتوفر على شروط ليعتبر صحيحا و كدليل من أدلة الإثبات و هذه الشروط هي الأهلية الإجرائية للمعترف و الإرادة الحرة، و الصراحة و الوضوح، و إستناد الإقرار إلى إجراءات صحيحة³ و يختلف الإقرار بجرائم الشذوذ الجنسي كما نصت عليه تشريعات الجزائر و تونس و ليبيا و المملكة المغربية عن الإقرار بجرائم الشذوذ الجنسي في التشريع الموريتاني.

فبالنسبة للدول الأربعة الأولى يعتبر هذا الإقرار بمثابة دليل لتكوين قناعة القاضي فيحكم بموجبها - أو بوجود أدلة أخرى - إنطلاقا من سلطته التقديرية، و يستوي الإقرار في هذه الحالة مع غيره من أدلة الإثبات من حيث حجيته، و هو الذي نصت عليه صراحة المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بقولها: " الإقرار شأنه كشأن جميع عناصر الإثبات تترك لحرية تقدير القاضي "⁴، و كذلك نص الفصل 152 من مجلة الإجراءات الجزائية التي تنص على: "الإقرار مثل سائر وسائل الإثبات يخضع لإجتهاد الحاكم المطلق"، و ما ورد في 293 من المسطرة الجنائية للمملكة المغربية أنه: " يخضع الإقرار كغيره من وسائل الإثبات للسلطة التقديرية للقضاة..."⁵، و بالتالي فالإقرار هنا متروك لحرية تقدير القاضي.

¹. مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص 54.

². قانون المسطرة الجنائية للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 106.

³. هناك نوعين من الأهلية، الأهلية الجنائية، و الأهلية الإجرائية، فالأهلية الجنائية تتمثل في مدى قدرة الشخص على الإرادة الحرة التي هي أساس المسؤولية الجنائية، و عناصر هذه الأهلية هي تلك الشروط التي يوجبها القانون للإعتداد بإرادة الجاني، و تتمثل في الإدراك و التمييز و حرية الإختيار، و الإدراك أو التمييز يقصد به حرية الشخص على فهم ماهية أفعاله و توقع أثارها، فالشخص يسأل عن فعله حتى و لو كان يجهل بأن القانون يعاقب عليه، أما حرية الإختيار، فهي أن يتوافر لدى شخص الإرادة الحرة أي القدرة على توجيه إرادته إلى عمل معين أو الإمتناع عنه ... نصر الدين (مروك): محاضرات في الإثبات الجنائي الجزء 2، مرجع سابق، ص 87.

⁴. قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، مرجع سابق.

⁵. قانون المسطرة الجنائية للمملكة المغربية: مرجع سابق، ص 107.

أما الإقرار كما سبق شرحه بمناسبة المادة 308 من قانون العقوبات الموريتاني فهو الإقرار كدليل قضائي مصدره القانون، أي هذا الأخير من إقراره لإمكان القول بإدانة المتهم بحيث أن إرادة المشرع هنا تحل محل إرادة القاضي¹ و ليس لهذا الأخير سوى النظر في مدى صحته و سلامته و خلوه من اللبس و الإشتباه.

2: الشهادة كوسيلة إثبات إقناعية في جرائم الشذوذ الجنسي.

كما أجازت تشريعات المغرب العربي عدا التشريع الموريتاني أن تكون الشهادة على جرائم الشذوذ الجنسي- اللواط و المساحقة - وسيلة إثبات، على ارتكاب الجريمة و بالتالي فالشهادة هنا أيضا لا بد من توفر شروط كما سبق الذكر لتصح و بطبيعة الحال لا يشترط العدد في الشهادة على هذا النوع من الجرائم، و لو أنه قيل سابقا إذا نظرنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية لوجدنا أنه من الفقهاء من جعل اللواط و المساحقة في حكم الزنا، و قياسا على ذلك جعل إثباته من وسائل إثبات الزنا و أهمها الشهادة² و هنا أيضا تختلف الشهادة عن تلك التي أوردها المشرع الموريتاني كوسيلة قانونية لإثبات جرائم الشذوذ الجنسي، و حسب تشريعات الجزائر و تونس و المملكة المغربية و ليبيا، تعتبر من وسائل الإثبات العادية قد يأخذ بها القاضي أو لا يأخذ بها، و هذا تبعا لمدى قناعته الشخصية، كما قد تكون هذه الجرائم مثبتة بموجب محاضر محررة من قبل رجال الضبط القضائي بناء على حالة من حالات التلبس، و يكون للقاضي تقدير ما إذا كان يأخذ به أم لا.

3: الخبرة كوسيلة إثبات إقناعية في جرائم الشذوذ الجنسي.

كما قد تكون للخبرة دور في إثبات جرائم الشذوذ الجنسي، و هنا أصبح للعلم الدور و الفضل في هذا النوع من الجرائم، و قد لجأت دول المغرب العربي لهذه الوسيلة و التي أصبحت تعطي نتائج قاطعة حول الفحص المطلوب، ما يجعل القضاة في غالب الأحيان يأخذون بها، فإذا نظرنا إلى جريمة اللواط من الناحية العلمية لوجدنا أنه ثبت أن هذا الفعل قد تظهر نتائج خبرة تدل على مدى ارتكابه بعنف أو دون عنف و كذا إمكانية تمييز الآثار إن كان المعتدي و المعتدى عليه أو أحدهما إما قاصرا أو بالغا³، و يمكن مشاهدة العلامات الدالة على وجود إعتداء من عدمه بعد عدة أيام، بالإستناد أيضا لفحص ما يتموضع في مكان الإعتداء من بقايا سائل أو ما يدل على هوية المعتدي⁴، و بناء على ما يتم تقديمه أمام القاضي من نتائج الخبرة المطلوبة يتم تكوين قناعته إن كانت هناك جريمة لواط أم لا؟

¹. نصر الدين (مروك): مرجع سابق، ص 48.

². عبد الله أحمد (هاللي): مرجع سابق، ص 409، 410.

³. عبد التواب (معوذ)، حليم دوس (سينوت): مرجع سابق، ص 853.

⁴. علي شحرور (حسين): مرجع سابق، ص 129، 130.

أما بالنسبة لجريمة المساحقة و هي مثلها مثل جريمة اللواط إلا أنه غالبا ما لا تترك آثار ملموسة¹، و غالبا ما لا ترتكب بغير الرضا، و بهذا تعتبر باقي وسائل الإثبات الأكثر نجاعة بالنسبة لجريمة المساحقة، ثم إنه قد تكتشف جريمة المساحقة بمناسبة ارتكاب جريمة أخرى، كأن ترتكب جريمة قتل زوج و يكتشف أن زوجته و امرأة أخرى قتلاه بغرض التخلص منه ليخلو لهما الجو من أجل ممارسة جريمة المساحقة²، كما أن هذا النوع من الجرائم أيضا عادة ما يرتكب في السر فإن ظهر للعلن تغير وصفه الجرمي، و عموما قد تتحد عدة وسائل إثبات بمناسبة ارتكاب جريمة واحدة ما يقوي قناعة القاضي بإرتكاب المتهم للجريمة فيأخذ بهذه الوسائل - تساند الأدلة -

المطلب الثاني:

الجرائم التي تثبت بوسائل منفردة.

و هذا النوع من الجرائم لم تنص تشريعات المغرب العربي فيه على نوع معين من وسائل الإثبات بموجب نصوص قانونية و بهذا نجد حرية الإثبات في هذا النوع من الجرائم، و قد سمينا وسائل إثباتها بالوسائل المنفردة على أساس أنها جرائم تثبت فقط بوسائل الإثبات الإقناعية و تبقى السلطة التقديرية في الأول و الأخير لقاضي الموضوع، و هي جرائم عديدة منها جريمة الإغتصاب و جريمة هتك العرض و جريمة تحريض القصر على الفسق و جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة و جريمة الفعل العلني المخل بالحياة.

و يجب القول أن هذا الإتجاه سائد في التشريعات المغربية كلها رغم إختلاف الأساس التجريمي الذي إنطلقت منه كل واحدة منها.

الفرع الأول:

قاعدة حرية الإثبات في الجرائم التي تثبت بوسائل منفردة.

تعتبر هذه القاعدة أهم قاعدة تطبق حين اللجوء إلى إثبات جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة بوسائل إثبات منفردة و هي الوسائل الإقناعية في هذه الحالة، و هذه القاعدة من أهم القواعد الإثبات الجزائي في التشريعات المغاربية و مثالها المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، و المادة 286 من قانون المسطرة الجزائية للمشرع في المملكة المغربية، و المادة 386 من قانون الإجراءات الجزائية الموريتاني و المادة 264 من قانون الإجراءات الجزائية الليبي و المادة 150 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسي³، و يرجع أساسها لكون الإثبات الجنائي في حد ذاته يتعلق بوقائع مادية و نفسية - ركن مادي و ركن معنوي - و هو الأمر الذي جعل المشرع يعزف عن مهمة حصرها، و كذلك

¹. الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 137.

². أنظر... الفصل الأول من هذه المذكرة، المطلب الثاني الذي جاء بعنوان "جريمة الشذوذ الجنسي".

³. أنظر... نصوص المواد الموجودة في القوانين الإجرائية لهذه الدول و التي سبق ذكرها .

يعتبر الإثبات مسألة صعبة لأن الفاعل يكون قد ارتكب فعله في سرية تامة متخذا كل الإحتياطات ما يقتضي اللجوء إلى أية قاعدة من قواعد الإثبات للوصول إلى الحقيقة. و الحقيقة أن هذه القاعدة و إن وضعها كل من التشريعين الموريتاني و الليبي و حتى الجزائري و مشرع المملكة المغربية في مكانها مع إختلاف التشريعين الأخيرين مع الأول و الثاني في الأساس الإجرائي المعتمد كما سوف نرى، إلا أننا نجد أن المشرع التونسي تمادى في إستعمالها كما أسلفنا الذكر و لهذه القاعدة شروط هي وجود الدليل ضمن ملف الدعوى و الحصول عليه بإجراءات صحيحة¹.

الفرع الثاني:

أنواع جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة التي تثبت بوسائل منفردة.

تتنوع جرائم العرض و إنتهاك الآداب في التشريعات المغاربية التي تثبت بوسائل إثبات منفردة أي هناك حرية في إثباتها بأية وسيلة يعتد بها مشرعوا قوانين هذه الدول. و يجب الإشارة إلى أن هذه الدول قد إختلفت حول الأساس الذي إتبعته حين سن هذه الوسائل في النظام الإجرائي عموما.

الفقرة الأولى:

إثبات جرائم الإغتصاب بوسائل إقناعية فقط.

و هنا كما قيل سابقا أن الوطء يكون في الموضع المخصص له في المرأة فقط، و يختلف الإغتصاب عن الزنا في كون الإرادة منعدمة لدى المجني عليها و تأخذ تشريعات المغرب العربي بالإعتراف أو الشهادة أو حتى بالنسبة لتحرير محاضر بحالات التلبس² بالنسبة لهذه الجريمة، و قد أصبح الأخذ بالوسائل العلمية في جريمة الإغتصاب مهم جدا من أجل تكوين قناعة القاضي، و حسب المواد 212 من قانون الإجراءات الجزائية التونسي، و المادة 286 من قانون المسطرة الجنائية للمملكة المغربية نجد أن حرية الإثبات هي السائدة بالنسبة لهذه الجريمة.

و إذا ركزنا على الخبرة كوسيلة إثبات مهمة في هذا النوع من الجرائم نجد أن الخبرة الطبية هنا لها دور فعال، فخصوصية تكوين المرأة لكونها المستهدفة في هذه الجريمة قد تبقى عليها آثارا تثبت قيام جريمة الإغتصاب و قد تنفيها، و غالبا ما يعتمد القضاة عليها لتكوين قناعاتهم الشخصية، و كما سبق القول أنه حتى تكتمل جريمة الإغتصاب لابد من الوطء التام، أما بالنسبة لعلامات الإغتصاب التي تدلي بها نتائج الخبرة العلمية فنجد تمزق الغشاء الذي يعد من أهم علامات حدوث الإغتصاب و هي تمزق

¹. أنظر... مروك (نصر الدين): مرجع سابق، ص 454 و ما بعدها.

². أنظر... شروط الإعتراف و الشهادة السابق ذكرها مع خصوصية الجرائم المنصوص على وسائل إثباتها بالطرق القانونية كالزنا و اللواط.

الغشاء عند البكر و الذي غالبا ما يتمزق عند أول جماع و قد لا يتمزق أحيانا رغم تكرار الجماع و يعزى هذا إلى طبيعة الغشاء و متانته الناتجة عن البنية الليفية له أو على العكس فهو لا يتمزق بسبب المرونة الزائدة¹.

و قد ذهب الباحثون في دراستهم إلى أنه بالإمكان عدم تمزق الغشاء حتى في حالات الحمل كامل الأشهر الرحمية، و قد لاحظ البعض أن الغشاء قد يتمزق فقط عقب الوضع و هو أمر هام بالنسبة للطب الشرعي الذي يفيدنا فيما يخص هذا النوع من الجرائم بالنظر للحالات الكثيرة التي تحصل فيها الواقعة التامة دون تمزق الغشاء².

و تمزق غشاء البكارة لا يكفي لإثبات حادثة الإغتصاب فقد يتمزق لأسباب أخرى³، كما أن واقعة الأنتى قبل سن البلوغ و تحديدا في سنوات الطفولة قد يحدث آثارا تدل على حدوث الإغتصاب⁴. و يجب القول أن هذه العلامات قد تدل على إغتصاب الفتاة، أو حتى إغتصاب المرأة إن ثبت عدم فض غشاء بكارتها بموجب زواج مثلا، و غالبا ما يلجأ الجاني إلى العنف لإخضاع الضحية التي تكون في حالة دفاع عن النفس⁵، و قد نجد على جسم الجاني آثارا هامة من جسم الضحية مثل الشعر و الألياف النباتية أو ترشح من الضحية قد يفيد التحقيق كثيرا، فقد يكون الجاني مصابا بمرض الزهري فيمكن ذلك من المساعدة أولا في إنقاذ الضحية و ثانيا في كشف الجاني، و كذلك يجب التأكد من عدم حدوث الحمل مما يشدد في عقوبة الجاني⁶، و غالبا ما تظهر علامات تدل على حدوث عراك بين الجاني و الضحية و تتفاوت العلامات هذه من آثار ضرب على الرأس إلى خدوش على العنق، و ربما آثار خنق بالأيدي إلى آثار عض و قد نجد أحيانا أن معظم هذه العلامات غائبة و ذلك للتفاوت بين الجاني و الضحية، أو لكون الضحية طفلا أو شخصا مخدرا⁷.

و إلى جانب فحص الضحية لا يجب إغفال فحص الجاني بدقة في حال القبض عليه، و إذا كان الجاني قد إستعمل الأسلوب العنيف للوصول إلى غايته فستظهر عليه آثار السحجات و الكدمات و الخدوش كذلك، أحيانا آثار العض على يديه و وجهه، و تظهر على ثيابه آثار المقاومة من تمزقات و خلفه، و يجب البحث دوما عن آثار الضحية على ملابسه و على ناحية العانة عنده و كذلك على البقع الحيوية (دم، مني) على ثيابه الداخلية و يجب عدم إغفال معاينته بحثا عن الأمراض الزهرية⁸.

¹. أنظر... عبد التواب (معوذ)، حلیم دوس (سینوت): مرجع سابق، ص 849.

². المرجع نفسه، ص 850.

³. علي شحرور (حسين): مرجع سابق، ص 126.

⁴. أنظر... عبد التواب (معوذ)، حلیم دوس (سینوت): مرجع سابق، ص 850.

⁵. أنظر... علي شحرور (حسين): مرجع سابق، ص 126.

⁶. المرجع نفسه، ص 128.

⁷. المرجع نفسه، ص 128.

⁸. أنظر... عبد التواب (معوذ)، حلیم دوس (سینوت): مرجع سابق، ص 818.

كما نجد من الناحية العلمية فحص ال DNA (البصمة الجينية) الذي فك رموز كثيرة عن ارتكاب جريمة الإغتصاب، فلم يعد يعتمد فقط على تلك القرائن التي تشير إلى أن فلان الفاعل أو وجود (مني، دم)، و إنما أصبح يعتمد على أبسط المخلفات التي يتركها المتهم من لعاب، أو سوائل أو شعر¹ ... كما قلنا سابقا.

أما من الناحية الشرعية فإن هذا النوع من الوسائل يعد من قبيل القرائن التي يوافق غالبية الفقهاء على الإستدلال و الإستعانة بها في تكوين القناعة الشخصية للقاضي الجزائي، و قد حاول الفقهاء من الناحية الشرعية الذهاب إلى أبعد من ذلك و حاولوا تفسير المستجدات العلمية وفق متطلبات الشرع مثل البصمة الوراثية، و لو أنهم اختلفوا في تحديد الدور الذي يمكن أن يكون ل (DNA) في إثبات جريمة الإغتصاب إلى ثلاث فرق.

فقد ذهب فريق منهم إلى القول أن البصمة الجينية تعد قرينة نفي و إثبات قوية لا تقبل الشك، و من ثم يجوز إثبات جريمة الإغتصاب عن طريقها خصوصا إذا تم التأكد من صحة نتائج البصمة الجينية، و عجز المتهم عن تقديم أدلة تدفع عنه دلالتها، أو أنه قام بتقديمها إلا أنها ردت بأدلة أقوى منها، أما إذا أثبتت شبهات حول صحة نتائج البصمة الجينية أو تمكن المتهم من تقديم أدلة تثبت عكس مدلولها مع عدم قدرة الجانب الآخر على الرد عليها، فإنه في هذه الحالة لا يمكن بناء الحكم وفق البصمة الجينية و هو راجع لتقدير القاضي².

و ذهب فريق ثان إلى جواز الإعتماد على البصمة الوراثية في إثبات جريمة الإغتصاب لكونها قرينة قوية الدلالة شريطة ألا يقتصر عليها فقط، أي أن تكون مستندة إلى إقرار أو شهادة أو قرائن قوية، و ذلك بهدف أن يكون الحكم الصادر يقينيا لا يعنتره أدنى شك و لا تثار عليه أدنى شبهة، مما يجعل القاضي مطمئنا من أن الحكم الذي أصدره حكم لا يستند فقط إلى قرينة البصمة الجينية بل إلى غيرها من الأدلة الأخرى التي تساندها³.

و ذهب فريق ثالث إلى أن قرينة البصمة الجينية لا يمكن الإعتماد عليها في إثبات جريمة الإغتصاب، و ذلك أن الشريعة الإسلامية حددت وسائل معينة لإثبات هذه الجريمة، و القرائن بما فيها البصمة الجينية ليست من بين هذه الوسائل فلا يجوز للقاضي أن يعتمد عليها، و من ثم فقرينة البصمة الجينية ينحصر دورها عند هؤلاء الفقهاء في مساعدة القاضي في إثبات جريمة الإغتصاب بطرق الإثبات المقررة شرعا، من إقرار أو شهادة فقط⁴.

¹. المحمدي بوادي (حسنيين): مرجع سابق، ص 56 و ما بعدها، معدي الحويقل (معجب): مرجع سابق، ص 32 و ما بعدها.

². منجد مصطفى (مضاء): مرجع سابق، ص 178.

³. المرجع نفسه، ص 179.

⁴. المرجع نفسه، ص 180... معدي الحويقل (معجب): مرجع سابق، ص 1000 و ما بعدها.

و حين تفحص هذه الآراء نجد أن الرأي الثاني هو الأقرب إلى الأخذ به، فهو يعتمد على البصمة الجينية لما لها من نتائج قاطعة، و لكن ليس بمفردها فقد تكون هناك وسائل إثبات أخرى تدعمها من إقرار أو شهادة أو قرائن قوية الدلالة كالحمل.

و حتى إذا تفحصنا تشريعات المغرب العربي نجد أن التشريع الموريتاني جعل عقوبة الإغتصاب هي الجلد مع الأشغال الشاقة للبكر و الرجم للمتزوج، و جعل عقوبة الإغتصاب - ظرف مشدد- في الواقع من الأصول أو من فئات ورد ذكرهم في المادة 310 من قانون العقوبات الموريتاني السابق الذكر و هي أيضا الرجم مع الأشغال الشاقة المؤقتة إذا كان بكرا أو الإعدام بالرجم بالنسبة للمحصن، و بهذا قد شابه الإغتصاب بالزنا بأن له عقوبة حدية، و لكنه سكت عن كيفية إثباته فلم يذكرها بنص خاص بينها، و الراجح أنه ذهب لإثباته بنفس وسائل الإثبات التي أوردناها بالنسبة للزنا لأنه فرض للإغتصاب نفس العقوبة هذا من جهة، و من جهة أخرى جعل اللواط و المساحقة من قبيل الجرائم التي لها وسائل إثبات مثل الزنا و هي في نظرنا أقل وطأة من الإغتصاب - لا ينفي هذا ضررها الكبير على شتى الأصعدة - فكان الإغتصاب هو الأولى بتطبيق نفس وسائل الإثبات المعتمدة في جريمة الزنا.

الفقرة الثانية:

إثبات جريمة هتك العرض بوسائل إقناعية فقط.

لقد وصلنا في الفصل الأول من خلال معالجة جريمة هتك العرض، إلى أنها جريمة تتعلق بكل فعل من الأفعال المادية المخلة بالحشمة و الحياء التي تطل جسم الإنسان الآخر و عورته ذكرا كان أو أنثى و تمس موضع العفة منه بالإكراه أو دونه، و أهم ما يميز هتك العرض عن الإغتصاب هو أن جريمة هتك العرض تختلف عن الإغتصاب من حيث أنها تقع من أي شخص على أي شخص ذكرا كان أو أنثى، بخلاف جريمة الإغتصاب فإنها لا تقع إلا من رجل على أنثى، كما أن هتك العرض عبارة عن عمل مناف للأداب و مذل بالحياء يقف عند حد العبث بجسم المعتدى عليه و عرضه أما فعل الإغتصاب فيمتد ليصل إلى حد إيلاج الفاعل ذكره في المكان المعد له - دون وجه حق - من جسم الضحية و دون رضاها¹.

و بالتالي فطبيعة هتك العرض تجعل منها جريمة لا ينتج من الإعتداء فيها حمل و لو أنه قد ينتج عنها فض البكارة - كما سبق أن شرحنا - و تتعدد أمثلة هتك العرض و تتعدد معها وسائل الإثبات على أساس أن كل تشريعات المغرب العربي لم تحدد وسائل معينة على سبيل الحصر، و عليه يجوز أن يكون الإقرار وسيلة لإثبات جريمة هتك العرض كأن يقرر شخص بأنه فاجأ شخصا عاريا في مكان خاص -

¹. عبد العزيز(سعد): مرجع سابق، ص 43.

كمنزله - فإطلع على عورات جسمه دون رضاء صحيح منه، أو أرغمه على الخروج من هذا المكان عاريا لكي يطلع الناس على عورته¹.

و يجب أن يكون الإقرار صحيحا صادرا ممن هو أهلا له، و أن يصدر دون إكراه مادي أو معنوي سواء تعلق الأمر بهتك العرض بالقوة أو دون قوة، كما يجوز أن يثبت بواسطة محضر محرر من طرف رجال الضبط القضائي، أو أن يثبت بواسطة شهود أو بواسطة خبرة علمية، كأن تبقى آثار من الجاني على جسم المجني عليه فتكون وسيلة لإثبات الجرم، و عموما يجوز أن يثبت هذا الجرم بأي وسيلة من وسائل الإثبات و تبقى السلطة التقديرية في الأول و الأخير للقاضي المختص.

الفقرة الثالثة:

إثبات جريمة تحريض القاصر على الفسق بوسائل إقناعية فقط.

إن هذه الجريمة الخطيرة مثلها مثل جريمة هتك العرض تخضع أيضا لنظام الإثبات المطلق بوسائل إقناعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي المختص.

و قد أجمعت تشريعات المغرب العربي على أنه تثبت بكل وسيلة حسب طبيعة الجرم الواقع على القاصر فخصوصية السن لهذا الأخير تجعل نوعا من الأفعال من قبيل الجرائم و لو ارتكبت بالرضا فهنا تغلب حماية القاصر على حماية الخصوصية أو الحرية الجنسية التي تسعى التشريعات الوضعية لحمايتها، و التي - للأسف - إنسأقت معها بعض تشريعات المغرب العربي إن لم نقل كلها، و بهذا يصح الإقرار و يصح الإثبات بتحريض محضر عن تلبس من أهل الإختصاص، كما يصح الإثبات بواسطة الشهود أو عرض القاصر على الخبرة، حسب طبيعة الجرم الحاصل عليه، و هذا كما قيل سابقا لا بد أن يتم وفق ضوابط تقرها التشريعات و خصوصا تشريعات المغرب العربي.

الفقرة الرابعة:

إثبات جريمة التحرش الجنسي بوسائل إقناعية فقط.

إن جريمة التحرش الجنسي هي جريمة حديثة من حيث المعالجة القانونية لها كما قلنا سابقا، و قد تناولتها تشريعات المغرب العربي بإحتشام، ثم إن طبيعة هذه الجريمة و خصوصيتها تجعل منها جريمة صعبة الإثبات، و قد أبدى القضاء الفرنسي تشددا في تقدير الدليل إذ لا تكفي تصريحات المجني عليه لإقامة الدليل إذا لم تكن هذه التصريحات مصحوبة بشهادة شهود تؤيدها معايير موضوعية، و هكذا قضى بإدانة المدير لإحدى محطات الإذاعة بجنحة التحرش الجنسي على صحفية بناء على شهادة دقيقة و مفصلة لزميلتها في العمل تعززها ترقية مهنية إستثنائية للمجني عليها متبوعة بوقفها عن العمل، و فصلها بغير مبرر².

¹. عبد الفتاح (حسين): مرجع سابق، ص 15.

². بوسقيعة (أحسن): الوجيز في القانون الجزائي الخاص، مرجع سابق، ص 152.

و إنطلاقا مما سبق شرحه في الفصل الأول عن أركان التحرش الجنسي **نستخلص** أن تشريعات المغرب العربي التي جرمت هذا الفعل تكون قد ألفت على عاتق المجني عليه عبء إثبات الجريمة، و هذه الأخيرة يمكن أن تثبت بكل وسائل الإثبات، فيجوز الإثبات بواسطة الإقرار، أو الشهادة أو عن طريق تحرير محاضر بالتلبس و لو أن هذا نادرا ما يحصل، أو عن طريق جملة من القرائن المترابطة التي يمكن للقاضي فحصها و إستنتاج أن الجريمة وقعت فعلا، كإمتناع رب العمل عن دفع مستحقات أحد الأفراد أو فصله أو جار عليه بأسلوب يغلب عليه روح التمييز من حيث إمتيازات أو ظروف العمل و دون سبب¹.

و عموما فالإثبات هنا جد صعب لأن مرتكب الجريمة يقترف فعله في سرية تامة متخذا كل التدابير و جميع الإحتياطات التي من شأنها إستبعاد كشف سلوكه الإجرامي.

الفقرة الخامسة:

إثبات جريمة الفعل العلني المخل بالحياء بوسائل إقناعية فقط.

إن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء لها طابع يخرج الفعل للعلن فيراه الناس و لو أنها لا ترقى لأن تكون جريمة هناك العرض.

و الأفعال التي تدخل في تكوين هذه الجريمة كما قلنا سابقا كثيرة و طابع العلنية الذي يعتبر ركنا في تكوين هذه الجريمة يجعلها أسهل للإثبات عن غيرها من جرائم العرض فيكفي إقرار صحيح من الجاني أو شهادة شهود أو تصويره أو ضبطه في حالة تلبس و تحرير محضر بذلك، من طرف رجال الضبط القضائي لقيام الجريمة و تبقى سلطة التقدير في الأول و الأخير للقاضي المختص يأخذ بدليل أو بآخر، فله الحرية على أساس أن هذه الجريمة تثبت بشتى وسائل الإثبات.

الفقرة السادسة:

إثبات جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة بوسائل إقناعية فقط.

و كما قلنا سابقا أن هذه الجريمة يكتنفها الغموض نظرا لما تنطوي عليه من تعميم فجلمة " الإعتداء على الأخلاق الحميدة " تستوعب جميع مظاهر و أشكال الأفعال التي تنال من الأخلاق الحميدة، و لا ننسى أن طبيعة مجتمعات المغرب العربي ذات المسحة الإسلامية تقتضي مراعاة عدم إتيان جملة من الأفعال التي تعتبر من قبيل الإخلال بأخلاق المجتمع الحميدة التي إعتادت أن يحترمها أفرادها، و عليه فإن الإثبات يكون ممكنا و أكثر سهولة بالمقارنة مع باقي جرائم العرض، فهذه الجريمة كسابقها تنطوي ضمنا على التجاهر بهذا الفعل كالصاق صور أو رسمها أو حيازتها، مع أنها تحتوي على أشياء مخلة و بهذا تصلح كافة وسائل الإثبات من إقرار صريح صحيح أو شهادة مستوفية الشروط و الأركان و تحرير

¹. عتيق (السيد): مرجع سابق، ص 106.

محاضر تثبت حيازة هذا النوع من الملصقات أو المطبوعات أو رسوم و غير ذلك من وسائل الإثبات التي يقدرها القاضي لكي يقول بقيام الجريمة من عدمها.

الفقرة السابعة:

إثبات جريمة البغاء بوسائل إقناعية فقط.

إن هذه الجريمة تصدت لها كل تشريعات المغرب العربي و هي جريمة إن صح القول مركبة، و هي غير محصورة في جنس المرأة فقط، و أكثر من ذلك هي جريمة أصبح لها حاليا أبعادا دولية، و بهذا فهي جريمة يصلح فيها الإثبات بشتى الوسائل فقد تعترف البغي بإرتكابها للجريمة، و قد تضبط متلبسة فيحرر محضر عن ذلك، و هذا أمر شائع كثير الحصول تحاول من خلاله الدول عادة قفل أبواب الدعارة و الفسق.

و كذلك يصح أن تثبت بواسطة محررات كالرسائل و عقود كراء المحلات و البيوت، و كذلك بواسطة الصور الفوتوغرافية، و لا يخفى أنه قد يكون الإثبات بواسطة الخبرة و لو أنه لا يمكن الإعتماد على أنه قد لا تكون الجريمة في حق امرأة مثلا بإعتبارها عذراء فقد ثبت أن العذرية لا يمكن أن تقاس بها أن الفتاة غير مومس.

ثم إن الذكر الذي يكون له يد في هذه الجريمة بصفته قوادا يمكن إثبات الجرم المنسوب إليه بشتى وسائل الإثبات، كأن يضبط متلبسا بمسك عائدات ممارسة فتاة مثلا بالدعارة، كما يمكن أن تكون وسائل الإثبات ناتجة عن تلك المحاضر التي تحررها و تبعثها الجهات القضائية المختصة من دولة لأخرى، في إطار التعاون الدولي لمكافحة جرائم الدعارة و يبقى للقاضي في الأول و الأخير سلطة تقدير هذه الوسائل الإقناعية.

المطلب الثالث:

نظام الإثبات بين مواصلة إبراز الأسس التشريعية الإجرائية و محاولة ردع هذه الجرائم.

إن وسائل الإثبات التي تمسكت بها التشريعات المغربية تعتبر من أهم ما ورد فيما يخص السياسة الإجرائية لهذه الدول للتصدي للجريمة بمحاولة كشفها بهذه الوسائل، و قد برز إختلاف كبير مرجعه هو الأسس التي إتبعتها كل من التشريعات المغربية إنطلاقا من النصوص التجريبية التي سبق التصدي لها. و قد سبق أن وجدنا أن نظام الإثبات الجنائي عموما تتجاذبه فكرتان هما الإثبات القانوني و الإثبات الإقناعي أو الأدبي أو الوجداني، فالأولى قيدت القاضي و الثانية أعطته حرية التقدير و قد تأرجحت التشريعات المغربية بين هذين الإتجاهين، فكان لكل منها توجهه الخاص.

الفرع الأول:

دور الإثبات كنظام إجرائي في إبراز الأسس الجزائية المتبعة.

إن قانون الإجراءات الجزائية و بما يتضمنه من قواعد من بينها قواعد إثبات الجرائم يتميز بكونه عبارة عن إستمرار للقانون الجزائي عموما في حماية المصالح الفردية و الإجتماعية، فإذا كانت هذه المصلحة التي يفرضها قانون العقوبات تتجلى في أنماط السلوك المختلفة لحماية المصالح و القيم الإجتماعية و حماية الحقوق و الحريات، فإن قانون الإجراءات الجزائية يهدف بوجه عام إلى حماية المصالح الإجتماعية من خلال ما يتضمنه من إجراءات لكشف الحقيقة و إقرار الحق¹.

و الحقيقة أن أزمة القانون الجنائي عموما تتمثل في كيفية التكيف مع التغيرات السريعة التي تمس مصالح المجتمع و كيفية التعايش مع التطور الحاصل فيه و هو ما يحدث على صعيد الإثبات في جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة باعتبارها جزء من المنظومة الجزائية ككل فالتشريعات المغاربية حينما تصدت لإثبات هذه الجرائم بقيت متأثرة بما إتبعته من أسس و التي رأينا أنها إما الأسس الوضعية الغربية و إما الأسس المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية السمحة.

الفقرة الأولى:

بروز الأساس الجزائي من خلال وسائل الإثبات القانونية.

لقد سبق أن وجدنا أن من تشريعات المغرب العربي من إقتدى بالتشريعات الوضعية الغربية و منهم من إقتدى بالتشريع الإسلامي، و قد أبرزنا جملة الفروق على الصعيد التشريعي لهذه الدول و جملة الإيجابيات و السلبيات التي أحاطت بمواقف هذه الدول، و الأمر سيان فيما يخص وسائل الإثبات القانونية فنجد كل من التشريع الجزائري و الموريتاني و الليبي و تشريع المملكة المغربية قد جعلوا في قوانينهم قواعد قانونية تقيد يد القاضي الجزائي في الأخذ بوسائل الإثبات، و حصرته في الأخذ بنوع منها فقط لهذا سميت بوسائل الإثبات القانونية، و لكن هذه الإجماع نجد أنه إجماع ظاهري فقط لأن الغوص في الأسس التجريبية يبرز الإختلاف العميق بين هذه التشريعات.

أولاً: التشريعات المغاربية التي تأثرت بالفكر الغربي حين قيدت و وسائل الإثبات.

إن التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية قد إعتدما على وسائل الإثبات القانونية فيما أسماها بالخيانة الزوجية و بالنسبة لتشريع المملكة المغربية الذي أضاف جريمة الفساد و بهذا أسقط المشرع الجزائري من هذا النوع من الإثبات إثبات جريمة الزنا بين غير المتزوجين، و قد إقتديا بما جاء في التشريع الوضعي الغربي و خصوصا الفرنسي قبل أن يلغي جريمة الزنا، كما أنهما حصرا هذه الوسائل في المحضر القضائي المحرر من قبل أحد رجال الضبطية القضائية عن حالة التلبس و الإقرار بواسطة محررات و الإقرار القضائي.

فإذا لم تتوفر أحد هذه الوسائل الثلاثة فالقاضي ملزم قانونا بالحكم بالبراءة بغض النظر عن مدى إقتناعه الشخصي من أدلة أخرى و لو أنه يبقى حرا في تقديره إياها، فقد جاء في قرار صادر عن

¹. فتحي سرور (أحمد): القانون الجنائي الدستوري، الطبعة 2، القاهرة، دار الشروق، 1968 م، ص 59.

المحكمة العليا الجزائرية أن: " الإقرار بالزنا متروك لحرية تقدير قضاة الموضوع"¹، و قد إعتدا بالوسائل القانونية في جريمة الزنا (الخيانة الزوجية و الفساد) فقط.

و من هنا نجد أن الأساس الأول الذي إتبعه المشرع الجزائري و مشرع المملكة المغربية ظهر جليا في أخذهما بوسائل الإثبات القانونية فإقتداءهما بما ذهب إليه التشريع الغربي حين جعل تجريم الزنا لكونه تعدي على خصوصية كل من الزوجين بالإستمتاع بالآخر و لأن الخيانة الزوجية فيها مساس بالأسرة، ما أدى به إلى تقييد يد النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية و أدى به أيضا إلى تقييد يد القاضي و ذلك من خلال فرض وسائل الإثبات القانونية.

و لا يعني هذا أنهما إقتديا بما وجد في أحكام الشريعة الإسلامية و لو أن الظاهر يقول بذلك، و لو أن تشريع المملكة المغربية جعل الفساد أيضا كجريمة تعبر عن زنا غير المتزوجين، فرغم أنهما شابها بعضا من أحكام الشريعة الإسلامية بتقييد و سائل الإثبات، إلا أن تفحص هذه الوسائل و شروط صحتها و كذا مدى حجية كل دليل يؤدي للقول أن هناك إختلاف كبير بينهم من حيث أن الشريعة الإسلامية تشددت كثيرا في قبول هذه الأدلة فوضعت لكل منها شروط تثبت صحته فإذا تخلفت أحد هذه الشروط طرح جانبا.

و قد كان السبب في تشدد الشريعة الإسلامية في قبول الأدلة المثبتة لجريمة الزنا يعود لكون هذه الجريمة خفية من شأنها أن تصدر في ركن مستور، و ينذر أن يطلع عليه الناس و أن شهود الزنا مخبرون بين أداء الشهادة أو العدول عنها و كذلك المقر عن نفسه له أن يبقى على إقراره أو يستتر نفسه فمندوبية الستر في أداء الشهادة أو الإقرار بها تجعل هذه الجريمة غير مكشوفة، فإذا حصل أن ظهرت بشهادة الشهود أو بإقرار و تأكد القاضي من صحة الدليل وجب الحد، و هذا لقوله صلى الله عليه و سلم: " من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فإن من بيد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله"² و هذا التشدد في أحكام الشريعة لا يوجد في التشريعين السابقين لأن ثبوت الحد يعني إمكانية قتل الناس فكان لا بد من التأكد و التدقيق، و هذين التشريعين لم يعملوا بهذه المبادئ و لم يعملوا بقاعدة درء الحدود بالشبهات و لم يحتاطا في الأخذ بهذه الوسائل، فقد توصل جانب من الفقه إلى أن هذا النوع من الأدلة يعتبر بمثابة قرائن ليس لها حجية مطلقة³.

ثانيا: التشريعات المغربية التي تأثرت بأحكام الشرع حين قيدت و سائل الإثبات.

و نخص بهذا القول كل من التشريعين الليبي و الموريتاني، فهما و إن ظهر أنهما قد شابها ما ذهب إليه كل من التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية حينما حصرا وسائل إثبات بعض جرائم العرض و

¹ . نقض جزائي رقم 776، بتاريخ 1980/12/02 م، الغرفة الجزائرية الثانية، القسم الثاني، المجلس الأعلى للقضاء، غير منشور...زبدة (مسعود):

القرائن القضائية، (دون طبعة)، الجزائر، موفم للنشر و التوزيع، 2001 م، ص 186.

² . أنظر... جبريح (فتيحة): مرجع سابق، ص 158.

³ . المرجع نفسه، ص 159.

إنتهاك الآداب العامة، إلا أن الأساس الذي سبق أن تبنياه و هو أحكام الشريعة الإسلامية يبين أنه تشابه ظاهري فقط.

فهذين التشريعين قد إعتبرا الزنا مجرماً أول الأمر بغض النظر عن صفة فاعليه أو مكان إرتكابه فهما حين جرماً الزنا و من ثمة وضعا له وسائل الإثبات نظراً إليها على أساس أنها من الأفعال التي فيها إعتداء على حق خالص لله عز و جل، و هو ما تعلق به النفع العام - المصلحة العامة - من غير إختصاص، و نسباً هذا الحق لله تعالى لعظم خطره و شمل نفعه و حقوق الله تتجسد أساساً في العبادات و الحدود و التي من بين سبل الإعتداء عليها الزنا¹.

فجعلاً كل من الإعتراف و شهادة الشهود الأربعة وسيلة لإثبات الزنا كما تقرهما الشريعة الإسلامية كوسائل منققة عليها، و ما لم يرد من تفصيل حول شروط صحتها فيرجع فيه إلى أحكامها و هذا ما سبق و أن أشرنا إليه بخصوص هذين التشريعين، و لم يجعلاً من التلبس وسيلة قانونية تثبت به الزنا. و لو أننا سجلنا إختلافات بين هذين التشريعين فهي إختلافات فيما هو مختلف فيه أيضاً بين فقهاء الشريعة الإسلامية، فيما يخص حمل المرأة الذي إعتد به المشرع الموريتاني و قد ذهب في هذا مذهب الإمام مالك و أصحابه و عمر رضي الله عنه²، و ما سماه المشرع الليبي بوسائل الإثبات العلمية و التي يذهب قصدده بخصوصها، إلى وسائل إثبات النسب و نفيه كدليل لإثبات أو نفي الزنا و قد ذهب في هذا مذهب من يقرون بإعتقاد القرائن كحجة على إرتكاب المرأة للزنا و هو مذهب بعض الحنابلة و الشافعية³، و كذلك ما ذهب إليه المشرع الموريتاني فيما يخص إثبات جرائم الشذوذ الجنسي بالوسائل القانونية⁴.

الفقرة الثانية:

بروز الأساس الجزائي من خلال وسائل الإثبات الإقناعية.

إن وسائل الإثبات الإقناعية تترك فيها للقاضي حرية الأخذ بالدليل الذي يراه مناسباً و متوفراً لإثبات الجريمة من عدمها، و قاعدة حرية الإثبات هي القاعدة العامة التي إعتدها المشرع الجزائري و هي متنوعة و مختلفة، و رغم أن هذه القاعدة الجزائية لا تحتاج إلى نص لترسيخها إلا أنها إستقرت في غالب التشريعات و منها التشريعات المغاربية، و يتطلب لإثبات هذه القاعدة إعمال أي قاعدة من قواعد الإثبات كالإعتراف و الشهادة و المحررات و الخبرة و المعاينة... و قد ذهبت التشريعات المغاربية إلى إعمال هذه القاعدة في جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، و قد سجلت إختلافات عديدة و جوهرية سبق

¹. مروك (نصر الدين): محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء 1، الطبعة 3، الجزائر، دار هومه، 2009 م، ص 36 و 37.

². جبريح (فتيحة): المرجع نفسه، ص 125.

³. عبد المطلب حسن (شحاتة): مرجع سابق، 104، 105.

⁴. أنظر... إثبات جرائم الشذوذ الجنسي بوسائل قانونية من هذه المذكرة.

ذكرها و قد كان هذا الإختلاف مرده في الأصل إلى أن الأساس التجريبي كان مختلفا فيه عند هذه الدول.

أولاً: التشريعات المغاربية التي تأثرت بالفكر الغربي حين أطلقت وسائل الإثبات.

و نخص بهذا القول التشريع التونسي و الذي وجدنا أنه أول الأمر قد تأثر كثيرا بالمذهب الفكري و القانوني الغربي، فجرم جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة إنطلاقا من كونها ماسة بالحرية الجنسية أو بالأسرة و خصوصية الأزواج و حقهم في الإستمتاع ببعضهم البعض و كذلك إنطلاقا من كون الجريمة تمس بالحياء العرضي للمجتمع أو بالنظام العام للدولة و قد أبرزنا مساوئ هذا التوجه، و لكن حين النظر إلى وسائل الإثبات الجزائية فيما يخص هذه الجرائم نجد أن المشرع التونسي تبنى نظام الإثبات المطلق و غير المقيد و إستبعد وسائل الإثبات القانونية حتى من جريمة الزنا (الخيانة الزوجية)، و قد خالف بهذا حتى التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية و هو من كان في صفهم و خالف أحكام الشريعة الإسلامية في ظاهرها و باطنها، و إن دققنا في موقف المشرع التونسي نجده قد سائر ما ذهب إليه التشريع الفرنسي قبل إلغاء لجريمة الزنا بمقتضى القانون رقم 617 - 75 الصادر في 1975/07/11 ترك إثبات زنا الزوج أو الزوجة بكافة وسائل الإثبات¹.

و حتى حين تفحص الفصل 150 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية نجدها تنص على: "يمكن إثبات الجرائم بأية وسيلة من وسائل الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك و يقضي القاضي حسب وجدانه الخالص..."²، و نستنتج أن المشرع التونسي خرج عن كل ما سبق و شرحناه من التوجهات المغاربية سواء نحو الفكر الغربي أو الشريعة الإسلامية و هو أقرب إتباعا لما ساد في القانون الفرنسي قبل إلغاء للزنا و إتبع كل الوسائل في إثباتها.

أما بالنسبة لباقي الجرائم الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة فقد شابه موقفه ما ذهب إليه كل من المشرع الجزائري و مشرع المملكة المغربية، و اللذان جعلوا من وسائل الإثبات الأدبية أو الإقناعية التي يلجأ إليها قضاتها حين التصدي لباقي جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، مثل الإغتصاب و هتك العرض و البغاء ... و بهذا سايروا النظام الإتهامي³ و ذلك ما يظهر من خلال المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري و المادة 150 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسي و المادة 286 من المسطرة الجزائية للمملكة المغربية السابق ذكرهم.

ثانيا: التشريعات المغاربية التي تأثرت بأحكام الشرع حين أطلقت وسائل الإثبات.

¹. لقد كان القانون الفرنسي إلى جانب هذا يستعين بوسائل الإثبات القانونية فيما يخص إثبات زنا شريك الزوجة... الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق ص 185.

². مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، مرجع سابق، ص 54.

³. الذي يقوم على مبدأ إطلاق مبدأ إطلاق حرية الإثبات للخصوم و للقاضي الجنائي.

لقد عمل كل من **المشرع الليبي و الموريتاني** على إثبات جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة - عدا جريمة الزنا بالنسبة للتشريعين معا و جرائم الشذوذ الجنسي بالنسبة للمشرع الموريتاني- بوسائل إثبات إقناعية و تركوا إثباتها مثل إثبات باقي الجرائم عموما.

فقد ورد في المادة 386 من قانون الإجراءات الجزائية الموريتاني أنه:

"بإستثناء الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك فإن الجرائم يمكن أن تثبت بجميع الأدلة الشرعية و يحكم القاضي إعتقادا على إقتناعه الشخصي المعتمد على البيئات و المثبتات القانونية". كما ورد في المادة 264 من قانون الإجراءات الجزائية الليبي السابق ذكره أنه: " للمحكمة أن تأمر و لو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى بتقديم أي دليل تراه لازما لظهور الحقيقة". و إذا أخذنا بعين الإعتبار منهج هذين التشريعين باللجوء إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لا يوجد فيه نص نستنتج أن:

التشريعين السابقين واصلا تمسكهما بعدم الخروج عما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية من أسس فيما هو غير متروك للبشر من أجل النظر فيه فكانت الوسائل القانونية موضوعة تبعا لما ورد في أحكام الشريعة الإسلامية.

أما باقي الجرائم فقد أطلق فيها يد القاضي للتقدير و الفحص و تكوين قناعته الشخصية، فحتى فقهاء الشريعة الإسلامية ذهبوا إلى أنه تسري على هذا النوع الأحكام - جرائم التعازير - المقررة في الجرائم التي تمس حقوق العباد فتثبت الجريمة بالإقرار أو البيينة أو بالنكول أو بعلم القاضي و تقبل فيها شهادة النساء مع الرجال¹.

الفرع الثاني:

فاعلية وسائل الإثبات في صد جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

إن وسائل الإثبات القانونية و الإقناعية وجدنا أن كل من التشريعات التي تتبع الإتجاه الغربي و التشريعات التي إنتهجت منهج الشريعة الإسلامية قد تداولتها مع إختلافات في الأسس التي تبنتها كما سبق الذكر.

الفقرة الأولى:

فاعلية وسائل الإثبات المتأثرة بالفكر الغربي.

و بالنسبة للتشريعات التي تبنت الفكر الغربي الوضعي فسواء كانت وسائل الإثبات قانونية أو إقناعية فهي تعتبر فاشلة في دعم تلك السبل التي تحاول إرساءها بموجب أنظمتها الجزائية عموما، فالوسائل القانونية فيها تتسم بعدم الشدة و عدم الردع و هي لا تتسم بمراعاة جملة من الشروط التي تعتبر لازمة بموجب أحكام الشريعة الإسلامية، كما أن وسائل الإثبات الإقناعية سايرت هذه الأخيرة من حيث إتسامها

¹. مروك (نصر الدين): محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء 1، مرجع سابق، ص 47.

بنوع من التهاون و عدم التمسك بشروط الصحة الواردة في الشريعة الإسلامية فهي تسابير أولا و أخيرا المنهج المتبع و الذي ينظر بتهاون إلى جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.
و الحقيقة أن الإبتعاد عن أحكام الشريعة الإسلامية سواء حين التجريم بموجب النصوص القانونية أو حين وضع الأطر الإجرائية يعتبر من أهم السبل التي تؤدي إلى إنتشار هذه الجرائم، كما يؤدي بالقضاة إلى عدم تحكيم الضمير الإسلامي الذي من الواجب اللجوء إليه و يؤدي تبعا للنقائص التي أثبت وجودها على مر العصور في الأنظمة الجزائية الغربية إلى وجود ثغرات قانونية يتهرب منها فاعلوا هذه الجرائم و مطبقوا النصوص، ما يؤدي في الأخير إلى كون هذه القوانين غير فعالة و ناقصة في مواجهة تزايد هذه الجرائم.

الفقرة الثانية:

فاعلية وسائل الإثبات المتأثرة بأحكام الشرع.

إن وسائل إثبات جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة التي إتخذها كل من التشريعين الليبي و الموريتاني سواء القانونية أو الإقناعية، أثبتت أنها تقتدي بأحكام الشريعة الإسلامية - إلى حد كبير - التي وضعت نظاما صالحا للتطبيق على صعيد المجتمعات الإسلامية لكل زمان و مكان إن كان هذا التطبيق موكل إلى أهله و تم وفق شريعة الله عز و جل و رسوله صلى الله عليه و سلم في هذه الدول، فما كان لازما للإثبات بالوسائل القانونية كان كذلك و غيره أجازا أن يثبت بأي وسيلة أخرى.
و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن هذه الأخيرة قد إتبعت نظاما إجرائيا مكملا للنظام العقابي و هو الذي يعبر عن السياسة الجزائية للمشرع الإسلامي، و هذه الأخيرة تقوم على التفرقة بين الجرائم التي تقع من الأفراد على المجتمع و التي تقع من الأفراد على بعضهم البعض، و الإثبات مرتبط هنا بنظام الجرائم و الجرائم مرتبطة بدورها بهذه الحقوق، و الحقوق أقسام هي: قسم يشمل الحقوق الخالصة لله تعالى لعظم خطرها و منها الحدود، و قسم يتعلق بحقوق خالصة للعبد و هي كثيرة، و قسم يجتمع فيه الحقان و حق الله هو الغالب، و قسم يجتمع فيه الحقان و حق العبد هو الغالب.
و الجرائم أنواع منها جرائم الحدود و جرائم التعزير... و تترايط هذه الأفكار مع بعضها وفق قواعد أهمها ضمان الحرية الشخصية و قرينة البراءة و غيرها من الضمانات و القواعد التي إجتهد فقهاء الشريعة الإسلامية - فيما لا يوجد فيه نص - في إرسائها ضمانا لحماية حقوق و أعراض الأفراد و ضمانا لإنتشار الفضيلة و العدل و الإحترام في المجتمعات من أجل الوصول إلى دول تسير وفق منهج الله و رسوله صلى الله عليه و سلم، و ما أحوجنا لنرى هذه التطبيقات في قوانيننا، و بالخصوص هذه القوانين التي تبنت هذا الفكر الإسلامي.

و ذلك لأن إنجازها لا يكون إلا من خلال التطبيق الفعلي و إحترام القواعد الشرعية و تسليم مسؤولية الإشراف و القضاء و التشريع و التنفيذ إلى أهله و إذا إنتشر نجاحها كانت مستقبلا دولا يقتدى بها لا بالدول الغربية.

الفصل الثاني:

عقوبات جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغربية.

يرتبط العقاب بالتجريم تمام الإرتباط إذ لا جريمة دون عقوبة، و لذلك فإن العقوبة تأخذ وضعها القانوني من كونها المقابل للواقعة التي جرمها القانون¹. و العقوبة هي الوسيلة التي يلجأ إليها حينما تفشل السياسة التجريبية للتشريعات المختلفة في ردع المجرم، و قد لجأت إليها كل تشريعات المغرب العربي. كما لعب تنوع الآراء على صعيد السياسة العقابية التي برزت عند الفقهاء الغربيين دورا كبيرا في التأثير على مفهوم العقاب الموجه ضد مرتكبي الجرائم عموما² و مرتكبي جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة على وجه الخصوص في التشريعات المغربية كما كان للسياسة العقابية في التشريع الإسلامي دورا أيضا في التأثير على بعض الدول المغربية.

و العقوبات التي تناولتها التشريعات المغربية تتنوع بين عقوبات سالبة للحرية و عقوبات ماسة بسلامة الجسد و أخرى بحقوق المتهم بعد ثبوت التهمة عليه، و قد تنوعت أوجه الإختلاف بين النصوص التشريعية لبلدان المغرب العربي فيما يخص نوع هذه العقوبات و مقدارها و الكيفية التي تطبق فيها، و عليه كان لابد من معرفة مفهوم العقوبة في التشريعات المغربية في (المبحث الأول)، و أنواع العقوبات في التشريعات المغربية في (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

مفهوم العقوبة في التشريعات المغربية.

لقد تنوعت الأسس التي إعتدتها التشريعات المغربية في ضبط مفهوم و دلالة العقوبة عن جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، و قد تأثر هذا النوع من الجرائم بما هو سائد على صعيد الجدل القائم عند فقهاء و مفكري القانون الوضعي، و على صعيد ما هو موجود من تنوع فكري عند فقهاء الشريعة الإسلامية، و تخضع العقوبة عن جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة لما تخضع له العقوبة عن باقي الجرائم في تعريفها، و للعقوبة تعاريف متعددة تختلف إنطلاقا من الأسس التي تعتمدها القوانين أو الفقهاء فقد برزت تعريفات عديدة لها على صعيد الفقه الغربي، و كذلك على صعيد أحكام الشريعة الإسلامية كما برز هذا الإختلاف على صعيد العقوبات التي أدرجتها التشريعات المغربية حينما شرعت العقوبات المقدره

¹. فتحي سرور (أحمد): أصول السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص176.

². خمائم (رضا): تطور العقوبات في القانون الجزائري التونسي، (دون طبعة)، تونس، منشورات مركز الدراسات القانونية و القضائية، 2006، ص15.

لجرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، و عليه كان من الواجب معرفة تعريف القانون الوضعي للعقوبة في (المطلب الأول)، و تعريف الشريعة الإسلامية للعقوبة في (المطلب الثاني).

المطلب الأول:

تعريف القانون الوضعي للعقوبة.

لقد ورد في تعريف العقوبة عموماً أنها هي: "جزاء يقرره القانون للجريمة المنصوص عليها فيه لمصلحة المجتمع الذي أصابه ضررها و يوقعها القاضي على مرتكبيها، و هي تختلف عن الجزاء المدني أي التعويض"¹، و هناك من عرف العقوبة بأنها إيذاء يلحق بالجاني زجراً له و تحذيراً لمن يريدون أن يسلكوا سبيله في الإعتداء على الغير"²، كما عرفت أيضاً بأنها: "الأثر الذي ينص عليه القانون ليلحق المجرم بسبب ارتكابه الجريمة"³.

و العقاب ليس بطريقة مستجدة من أجل إرجاع المخطئين إلى الطريق السليم الذي تبتغيه الأخلاق و المبادئ و القيم و الأخلاقية و الدينية، بل وجد منذ أول مرة حين خلق الله عز و جل آدم عليه السلام، و هو أول من عاقبه الله تعالى حينما أكل من الشجرة التي نهى عن الأكل منها فقال تعالى: "يا بني آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة ينزع عنهما لباسهما ليريهما سوءتهما"⁴.

كما إستمر العقاب مع إستمرار الإنسان على وجه الأرض، و عرف منذ كان الإنسان يعيش في المجتمعات البدائية و بعد تطور ليعيش في شكل أسرة ثم تطورت المجتمعات و مرت بعدت مراحل تطور العقاب فيها إلى أن أصبح على الشكل الحالي في المجتمعات الحالية.

المطلب الثاني:

التعريف الشرعي للعقوبة.

أما العقوبة في الشريعة الإسلامية فهي تأديب و إصلاح و زجر يختلف بحسب إختلاف الذنب⁵، و عرفت أيضاً بأنها: "إيلاء مقصود بإعتبار أنها أذى ينزل بالجاني غير أنه أذى غير مقصود لذاته و إنما لما يحققه من أهداف في نفس الجاني من جهة، و من جهة أخرى و ما يحققه في نفوس الآخرين من وقاية للمجتمع من الجرائم المستقبلية"⁶.

كما ذهب البعض من الفقهاء إلى تعريف العقوبة بأنها: "جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه و ترك ما أمر به"، فهي جزاء مادي مفروض سلفاً يجعل المكلف يحجم عن ارتكاب الجريمة

¹ نشأت إبراهيم (أكرم): القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، مرجع سابق، ص 298.

² رحمانى (منصور): علم الإجرام و السياسة الجنائية، (دون طبعة)، الجزائر، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2006 م، ص 241.

³ فتحي سرور (أحمد): أصول السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 176.

⁴ سورة الأعراف، الآية 26.

⁵ عبد المنعم (سليمان): مبادئ علم الجزاء الجنائي، (دون طبعة)، الإسكندرية، (دون دار نشر)، 2002 م، ص 108.

⁶ محمد مأمون (سلامة): مرجع سابق، ص 59.

فإذا ارتكبها زجر بالعقوبة حتى لا يعود إلى الجريمة مرة أخرى، كما يكون عبرة لغيره¹، و الحقيقة أن العقوبة في الشريعة الإسلامية تتناسب و جسامة الجريمة، و هذه الجسامة تستفاد من جسامة الضرر الذي تحققه الجريمة بالمصالح المحمية بنصوص التجريم، و التي تقررت لمستقبل المجتمع و سلامته و تطوره.

المبحث الثاني:

أنواع العقوبات في التشريعات المغاربية.

لقد تنوعت العقوبات المرصودة للإعتداءات على جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في تشريعات المغرب العربي، من عقوبات مسلطة على الجسد إلى عقوبات مسلطة على المال و بعض الحقوق و قد كان أخطرها العقوبات الماسة بالحياة، و قد ضم هذا المبحث العقوبات السالبة للحرية عن جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغاربية في (المطلب الأول).
و العقوبات البدنية في (المطلب الثاني)، و العقوبات الماسة بحقوق مدان بهذا النوع من الجرائم في (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

العقوبات السالبة للحرية عن جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

لقد أجمعت كل تشريعات المغرب العربي على إقرار عقوبات سالبة للحرية عن جرائم الإعتداء على العرض و إنتهاك الآداب العامة نظرا لجسامة هذه الجرائم، و قد سارت بذلك وفق ما ذهبت إليه السياسات الجزائرية الغربية التي أصبحت تعتبر العقوبة اليوم الصورة الأساسية، و بالتحديد قبل ظهور ما يسمى بالتدابير الإحترازية (الأمن) و التدابير التقييمية بفضل مدارس الفقه الجنائي الوسطية، التي أخذت بها على نحو متباين أغلب التشريعات العقابية المعاصرة، و قد تنوعت العقوبات التي لجأت إليها هذه التشريعات المغاربية.

الفرع الأول:

عقوبة الحبس في التشريعات المغاربية.

لقد ثار خلاف حول الحبس كعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة، فقد رأى البعض أنها العقوبة الأقل من ثلاثة أشهر، و رأى آخرون أن الحبس قصير المدة هو الذي لا يزيد مقداره عن ستة أشهر، و الرأي الأرجح أن الحبس قصير المدة العقوبة فيه لا تتجاوز مدة السنة²، و قد لجأت إليها تشريعات المغرب العربي في جملة من الجرائم الماسة بالعرض و الآداب العامة و التي رأت أنها لا تستحق عقوبة ترقى إلى عقوبة السجن.

¹. محمود خليل (أحمد): مرجع سابق، ص 36.

². محمود خليل (أحمد): مرجع سابق، ص 115، هامش رقم 5.

الفقرة الأولى:

الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة هتك العرض.

بتصفح التشريعات المغاربية نجد أن المشرع الجزائري جعل في نص المادة 334 من قانون العقوبات العقوبة على جريمة هتك العرض هي الحبس من 5 سنوات إلى 10 سنوات إذا كانت مرتكبه ضد قاصر لم يبلغ السادسة عشر من العمر، و لكن بالرجوع إلى نص المادة 5 من قانون العقوبات الجزائري¹ فإننا نجدها تنص على: "... و العقوبات الأصلية في مادة الجرح هي:

1- الحبس مدة تتجاوز الشهرين إلى 5 سنوات ما عدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى...". و من هذين النصين نستنتج أن المشرع الجزائري جعل جريمة هتك العرض من قبيل الجرح و لكن شدد لها العقوبة فجعلها جنائية و رفعها إلى أكثر من أقصى حد لعقوبة الحبس لأن ظرف صغر سن المجني عليه يعتبر من الظروف التي ينظر إليها المشرع في تشديد العقوبة.

غير أن تشريع المملكة المغربية جاء على غير ما جاء به المشرع الجزائري فجعل عقوبة هتك العرض دون عنف - و هي تشمل هتك عرض قاصر كما سبق و أن أشرنا في النص العقابي الجزائري - الحبس من سنتين إلى 5 سنوات، و لو أنه - أي تشريع المملكة المغربية- يشترك مع التشريع الجزائري في أن الحد الأقصى لعقوبة الحبس هي 5 سنوات و أنه جعل هتك عرض دون عنف من قبيل الجرح إلا أنه جعل لها عقوبة أخف و لم يراعي حالة أو ظرف صغر السن أو حتى حالة الجنون أو أي عارض قد يشوب الرضا الصحيح التام، فهل هذا مرده إلى أن مشرع المملكة المغربية ينظر إلى هذا الجرم بأنه ليس بالخطير و الذي يستوجب معه تشديد العقاب؟ أم أن المشرع الجزائري بالغ حينما جعل صغر السن كظرف تشديد بموجبه رفع عقوبة الجنحة و جعلها مماثلة لعقوبة الجنائية؟

و لا بد من الإشارة إلى فكرة أخرى نجدها حين تصفح التشريع العقابي التونسي، حيث نجد أن هذا الأخير لم يتطرق لمصطلح الحبس على الإطلاق، فقد جاء في نص الفصل 25²: "... العقوبات الأصلية ... السجن ببقية العمر ... السجن لمدة معينة ..."، و هو ما وافقته فيه كل النصوص التي تحدثت عن جرائم العرض و الآداب العامة في المجلة الجزائرية التونسية.

و الغالب أنه قصد بعبارة السجن في النصوص التي تكون العقوبة عن جنحة، لا جنائية الحبس بالمعنى المتعارف عليه بدليل أن النص الفرنسي للفصل 226 من المجلة الجزائرية التونسية عبر عن السجن بلفظ " Six mois d'emprisonnement"، و التي تعني " الحبس" باللفظ العربي، و بذلك العبرة هنا لمعرفة الجنائية من الجنحة بالمدة التي نص عليها التشريع التونسي، دون الإعتماد على ما يتلفظه - السجن -

¹. قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

². نصح بالقانون عدد 34، لسنة 1964 م، المؤرخ في 02/07/1964م، و بالقانون عدد 63 لسنة 1966م، المؤرخ في 05/07/1966م، و بالقانون عدد 89 لسنة 1999 م، المؤرخ في 02/08/1999 م ... المجلة الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 07.

أما **التشريع الليبي** فقد نص على عقوبة الحبس في المادة 408 من قانون العقوبات الليبي السابق ذكرها، حيث جرم هناك العرض و لو بالرضا إذا وقع على من هو بين 14 سنة و 18 سنة من العمر فجعله جنحة عقوبتها الحبس لمدة لا تقل عن السنة، و الجدير بالذكر أن المشرع الليبي نص في المادة 22 من قانون العقوبات¹ على أن: "عقوبة الحبس هي وضع المحكوم عليه في أحد السجون المركزية... و لا يجوز أن تقل هذه المدة بأي حال من الأحوال عن 24 ساعة، كما لا يجوز أن تزيد على ثلاثة سنوات إلا في الأحوال الخاصة المنصوص عليها قانونا".

و **نستنتج** بصدد هذه الجريمة أن التشريعات الجزائرية و التونسية و الليبية و إن كلفت جرم هناك العرض إذا وقع على قاصر أو حتى على الشخص الذي لا يعتد برضاه من قبيل الجنح، إلا أنها اختلفت في وضع عقوبة محددة لها هذا من جهة. كما أنها اختلفت في سن القاصر الذي يعتد به من جهة أخرى و هذا الإختلاف واضح جدا ثم إن التشريعين الموريتاني و تشريع المملكة المغربية إنتهجا منها مخالفا. فالأول لم يذكر هذه الحالة التي تطرقت إليها التشريعات الثلاثة السابقة الذكر، و الثاني لم ينص إطلاقا على هناك العرض.

الفقرة الثانية:

الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة التحرش الجنسي.

أما بالنسبة لجريمة التحرش الجنسي فقد عاقب عليها **المشرع الجزائري** بعقوبة الحبس و جعلها حسب نص المادة 341² جنحة و مدة العقوبة فيها من شهرين إلى سنة، و جرمها **التشريع التونسي** و جعل عقوبتها الحبس³ مدة عام، و جاء الفصل 503 - 1 من القانون الجنائي للمملكة المغربية⁴ و جعل عقوبتها من سنة إلى سنتين.

أما **التشريعين الليبي و الموريتاني** فلم يوردا تجريم هذا الفعل بنص خاص، و هنا أيضا قد جعلت هذه التشريعات العقوبة مختلفة، و لو أنها كلها من قبيل الجنح، فمنح التشريع الجزائري السلطة التقديرية للقاضي أن يحكم بالعقوبة بين حد أدنى و حد أقصى، بينما فصل التشريع التونسي بجعل العقوبة السالبة للحرية مدتها عام واحد، و مائل تشريع المملكة المغربية التشريع الجزائري بوضع حد أدنى و أقصى، و لكن رفع من المدة الأولى و الثانية.

الفقرة الثالثة:

الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة تحريض القصر على الفسق.

¹. قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

². قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

³. الفصل 226 ثالثا، من المجلة الجزائرية التونسية، و ورد فيه لفظ - سجن - بدل - حبس -

⁴. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 163.

إن المشرع الجزائري في المادة 342 من قانون العقوبات الجزائري¹، أعاد فكرة رفع عقوبة الجنحة و جعلها مماثلة لعقوبة الجنائية، و هذا في جريمة أخرى راعى فيها سن المجني عليه و هي جريمة تحريض القصر على الفسق و جعل صغر السن ظرف مشدد و ذلك بالحسب من 5 سنوات إلى 10 سنوات، و لكن جاء التشريع الليبي بصدد نفس الجريمة و جعل عقوبتها مبهمة و ذلك حين أورد في نص المادة 2409² عقوبة الحبس على نفس هذه الجريمة و لكن لم يقدر مدة الحبس، فهل يقصد بهذا أن جعل للقاضي السلطة التقديرية المطلقة بسن عقوبة بين الحد الأدنى و الحد الأقصى؟

كما تنص عليه المادة 22 من قانون العقوبات الليبي و التي تقول بأن الحبس يكون بين مدة لا تقل عن 24 ساعة و لا تزيد عن 3 سنوات.

و المادة 54 التي جاءت بعنوان - الجنح -³ التي تنص على أن: "الجنح هي الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات الآتية: الحبس الذي يزيد مدته عن شهر...".

كما أنه أضاف فكرة جديدة بأن شدد العقوبة إلى الضعف إذا كان الجاني من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن له سلطة عليه أو كان خادما عنده أو عند من تقدم ذكرهم⁴.

الفقرة الرابعة:

الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة الزنا.

أما جريمة الزنا فقد إجمعت تشريعات المغرب العربي على أنها لم تجعل للزوج عقوبة و للزوجة عقوبة أخرى في حال ثبوت الزنا، و لكن إختلفوا في مدة هذه العقوبة، حيث نجد أن المشرع الجزائري عد جريمة الزنا - الخيانة الزوجية - جنحة معاقب عليها بالحسب من سنة إلى سنتين و كذلك عقوبة الشريك و ذلك في نص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري، و أما التشريع التونسي فقد ماثل سابقه بأن عدها جنحة⁵، و لكن أقر لها عقوبة حبس مدة 5 سنوات و ذلك في الفصل 236 من المجلة الجزائرية التونسية، و بالنسبة لتشريع المملكة المغربية فقد ماثل نظيره الجزائري بأن جعل الخيانة الزوجية جنحة و جعل عقوبتها الحبس من سنة إلى سنتين و هذا في الفصل 491 من قانونه للعقوبات، و أضاف عقوبة أخرى و هي الحبس من شهر إلى سنة فيما سماه بجريمة الفساد، و لكن عند تفحص هذا المنطلق الذي جرمت منه التشريعات المغاربية الثلاث جريمة الزنا نجده غير كاف و هذا حتى في أقصى عقوبة له كما نص عليها المشرع التونسي، فهي جريمة - جريمة الزنا - حدية نص عليها القرآن الكريم، و للعقاب الأنجع عليها يجب الحد المقرر في الشريعة و الخروج عن هذا الأمر هو الفساد بعينه مهما بذلت

1. أنظر... قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

2. أنظر... قانون العقوبات الليبي، مرجع سابق.

3. المرجع نفسه.

4. الفقرة 3 من المادة 407 من قانون العقوبات الليبي.

5. الأحمدى (عبد الله): مرجع سابق، ص 192.

التشريعات المغاربية و غيرها من جهد خارج ما أقره الله عز وجل و قد كان من الأولى توفيره في تطبيق حدوده.

الفقرة الخامسة:

الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء.

بتصفح النصوص المتعلقة بالفعل العلني المخل بالحياء نجد أن المشرع الجزائري جرم أيضا هذا الفعل فجعله في خانة الجرح، و جعل عقوبته الحبس من شهرين إلى سنتين.
أما المشرع التونسي فجعل عقوبة الحبس مدة ستة أشهر و ذلك في نص الفصل 226 من المجلة الجزائية التونسية، و أما مشرع المملكة المغربية فقد عاقب عليه بالحبس من شهر إلى سنتين، و ذلك في نص الفصل 483 من قانون العقوبات للمملكة المغربية.

و بالنسبة للمشرع الليبي فقد عاقب عليه في المادة 421 بالحبس مدة لا تزيد عن السنة، و أما المشرع الموريتاني فعاقب عليه بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين، و بذلك و إن إتفق التشريعين الجزائري و الموريتاني و تشريع المملكة المغربية كذلك في الحد الأقصى لعقوبة الحبس و هي السنتين إلا أنهم اختلفوا في حده الأدنى من شهر إلى شهرين إلى ثلاثة أشهر.
ثم إن التشريع التونسي قد حدد العقوبة دون أن يفتح مجالا للقاضي أن يقدر بين حد أدنى و حد أقصى، و أما المشرع الليبي فحدد الحد الأقصى بسنة دون تحديده للأدنى.
و بالرجوع إلى النصوص العامة نجد أن هذه المدة الدنيا لا تجوز أن تقل بأي حال من الأحوال عن 24 ساعة¹.

الفقرة السادسة:

الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة الشذوذ الجنسي.

لا يختلف الأمر كثيرا حينما نتصفح نصوص المواد التي تجرم أفعال الشذوذ الجنسي في تشريعات المغرب العربي.
ف نجد أن التشريع الجزائري جعل الفعل جنحة يعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين²، و التشريع التونسي³ عاقب عليها بالحبس ثلاثة سنوات.
أما تشريع المملكة المغربية⁴ فقد عاقب عليها من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، و بذلك فقد إتفقت التشريعات الثلاثة على مدة الثلاث سنوات كعقوبة لفعل الشذوذ الجنسي، و لكن وضعها المشرع الجزائري

¹. المادة 22 من قانون العقوبات الليبي.

². المادة 338 من قانون العقوبات الليبي.

³. الفصل 230 من المجلة الجزائية التونسية.

⁴. الفصل 489 من المدونة الجنائية للمملكة المغربية .

كظرف مشدد لهذا الفعل إذا كان أحد الجناة قاصرا فترفع عقوبة الشخص الآخر البالغ إلى الحبس لمدة ثلاث سنوات¹.

و جعل التشريع التونسي هذه العقوبة واحدة ليست لها أدنى أو حد أقصى، و جعل تشريع المملكة المغربية لها حد أقصى بينما اختلف مرة أخرى مع التشريع الجزائري في الحد الأدنى فالأول جعله ستة أشهر و الجزائري جعله شهرين ثم إن الحد الأقصى في الطرف العادي أي عندما يكون طرفا الجريمة بالغين فإن المشرع الجزائري جعله سنتين فقط.

الفقرة السابعة:

الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة الإعتداء على الاخلاق الحميدة.

أما بالنسبة لجريمة الإعتداء على الاخلاق الحميدة في تشريعات المغرب العربي، فقد جعلها المشرع الجزائري أيضا من قبيل الجرح المعاقب عليها و ذلك بالحبس من شهرين إلى سنتين². أما تشريع المملكة المغربية فجعلها جنحة معاقب عليها بالحبس من سنة إلى 5 سنوات³، و بالنسبة للتشريع الليبي فقد جعلها أيضا جنحة و عاقب عليها بالحبس مدة لا تزيد عن السنة⁴. و هنا نجد أيضا تباينا واضحا في مدة العقوبة بالحبس من حيث تقدير الحد الأقصى و الأدنى من عدمه.

الفقرة الثامنة:

الإطار القانوني لجريمة الحبس عن جرائم القوادة المرتبطة بجريمة البغاء.

أما بالنسبة لجرائم القوادة المرتبطة بجريمة البغاء، فهي أيضا تحفل بكثير من الإختلافات فقد جرمها المشرع الجزائري و جعلها جنحة معاقبا عليها بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات⁵، و جرمها المشرع التونسي و جعلها جنحة و لكن اختلفت العقوبة لتكون السجن - الحبس - من ستة أشهر إلى عامين⁶، و جرمها مشرع المملكة المغربية و جعلها أيضا جنحة و لكن عاقب عليها بالحبس من 4 سنوات إلى 10 سنوات⁷، أما المشرع الليبي فجعلها أيضا جنحة يعاقب عليها بما لا يزيد عن السنة⁸، و بالنسبة للتشريع الموريتاني فعاقب على هذه الجنحة بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات، و هنا أيضا كان الإختلاف بين مدة الحبس في حده الأدنى و الأقصى بما لا يدع مجالاً للشك أن تشريعات المغرب العربي لها سياسات عقابية متباينة في نظرتها إلى هذا النوع من الجريمة الخطيرة.

¹. الفقرة 2 من المادة 338 من قانون العقوبات الجزائري.

². المادة 333 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

³. الفصل 503 - 2 من المدونة الجنائية .

⁴. المادة 421 من قانون العقوبات الليبي.

⁵. المادة 343 من قانون العقوبات الجزائري.

⁶. الفصل 231 من المجلة الجزائرية.

⁷. الفصل 501 من مدونة القانون الجنائي.

⁸. المادة 417 مكررة (أ) من القانون الجنائي الليبي.

الفرع الثاني:

عقوبة السجن في التشريعات المغاربية.

إن السجن هو حرمان المحكوم عليه من حقه في التنقل بحرية، و ذلك بوضعه في أحد المؤسسات العقابية التي يحددها القانون¹، و هو أنواع في التشريع الجزائري و ينقسم إلى سجن مؤبد و سجن مؤقت²، و هو ما ذهب إليه التشريع التونسي³. و كذلك ما ذهب إليه تشريع المملكة المغربية⁴ و التشريع الليبي⁵، و قد ذهب التشريع الموريتاني إلى النص على ما يسمى بالأشغال الشاقة المؤبدة، أو المؤقتة و السجن⁶، و كان الأولى أن يعدل المشرع الموريتاني المعنى إلى سجن مؤقت و سجن مؤبد و سجن مشدد أو ما يسمى بالسجن مع الأشغال الشاقة.

الفقرة الأولى:

الإطار القانوني لعقوبة السجن عن جريمة الإغتصاب.

لقد عاقب المشرع الجزائري على جريمة الإغتصاب بعقوبة جنائية و هي السجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات⁷ و قد جعل لها ظرفا مشددا و ذلك بأن رفع مدة جنائية الإغتصاب من 10 سنوات إلى 20 سنة و ذلك إذا وقع الجرم ضد قاصرة لم تكمل 16 سنة، أما المشرع التونسي فقد كان أشد صرامة فبمجرد أن يقع الإغتصاب على أنثى تفوق 10 سنوات و دون الثالثة عشر سنة و لو دون إستعمال العنف أو السلاح أو التهديد و لو برضاها لأنه غير معتمد به فعقوبة هذا الجرم السجن المؤبد⁸، ثم أضاف تفاصيل أخرى - المشرع التونسي - بأن جعل عقوبة الإغتصاب أو كما يسميه "المواقعة" إذا وقع على أنثى ما بين الثالثة عشر و الخامسة عشر عاما السجن مدة 6 سنوات و لو وقع دون عنف، و أضاف أن عقوبة الإغتصاب إذا وقع على أنثى سنها فوق 15 سنة و دون 20 سنة كاملة هي السجن مدة 5 أعوام⁹، و أما التشريع الليبي فقد إنتهج منهجا مخالفا، فهو أول ما بدأ به أنه نص على الواقعة في المادة 407 من قانون العقوبات الليبي و المراد به الإغتصاب لأنه في المادة التي تليها نص على جريمة هناك عرض، و لكن حين تصفح المادة 407 السابق ذكرها نجده يستهلها بقوله: "كل من واقع

1. عبد الكريم محمود (سامي): الجزء الجنائي، الطبعة 1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010 م، ص 145.

2. المادة 5 من قانون العقوبات الجزائري.

3. الفصل 5 من المجلة الجزائرية التونسية.

4. الفصل 15 من مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية.

5. المادة 17 من قانون العقوبات الليبي.

6. المادة 7 من قانون العقوبات الموريتاني.

7. المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري.

8. الفصل 227 من المجلة الجزائرية التونسية.

9. الفصل 227 من المجلة الجزائرية التونسية.

آخر... " و هنا يكون اللبس هل يقصد بهذا القول موقعة الأنتى، أم ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك و هو موقعة الذكر - اللواط -

و لكن يجب التوضيح، أن هناك من ذهب إلى أن الموقعة لفظ ينصرف إلى الوطاء سواء الرجل أو المرأة في المكان الطبيعي المعد لذلك منها، ثم إنه - المشرع الليبي - ساوى بين عقوبة من واقع آخر بالقوة و التهديد و الخداع و من واقع صيبا دون 14 سنة أو شخصا لا يقدر على المقاومة لمرض في عقله أو جسمه و جعل العقوبة السجن مدة لا تزيد على 10 سنوات¹.

و بالرجوع إلى نص المادة 21 من قانون العقوبات الليبي نجد أن الحد الأدنى لعقوبة السجن هي ثلاث سنوات، فإذا كان المجني عليه قاصرا أتم الرابعة عشر و لم يتم 18 سنة فالعقوبة هي السجن لمدة لا تقل عن 3 سنوات و لا تزيد عن 5 سنوات، و قد شدد في عقوبة السجن إذا كان الجاني من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادما عنده أو عند من تقدم ذكرهم فرفع عقوبة السجن حسب السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ما بين خمس سنوات و 15 سنة، أما تشريع المملكة المغربية فقد فصل في جريمة الإغتصاب بالمعاقبة عليها بالسجن من 5 سنوات إلى 10 سنوات، و شدد في العقوبة إذا كان المجني عليه سنها يقل عن 18 سنة أو كانت عاجزة أو معاقة، أو معروفة بضعف قواها العقلية، أو حاملا بالسجن من 10 إلى 20 سنة²، أما المشرع الموريتاني فقد حاول أن يسلك مسلك الشريعة الإسلامية دون الخروج عن تطورات القوانين الوضعية فجعل عقوبة المحاولة هي السجن مع الأشغال الشاقة و إن تمت الجنائية فيعاقب بالأشغال الشاقة و الجلد، إذا كان بكرا و الرجم إذا كان محصنا و تطبق على الجاني وحده هذه العقوبة³، و لم ينص على عقوبة الإغتصاب لأنه أفرد لها عقابا من نوع آخر، و هنا عموما نجد أن تشريعات المغرب العربي لم تخرج عن المسار الذي سلكته بخصوص كل الجرائم السابق ذكرها، و هي و إن اتفقت في جعل هذه الجريمة جنائية إلا أنها اختلفت في أوجه عديدة من مدة العقوبة في حدها الأقصى و الأدنى، و ظروف التشديد التي يبني عليها القاضي الجزائي تقديره حين النطق بالعقوبة.

الفقرة الثانية:

الإطار القانوني لعقوبة السجن عن جريمة هتك العرض.

و بتصفح ما جاء في جريمة هتك العرض في تشريعات المغرب العربي، نجد أيضا أن المشرع الجزائري قد عاقب على جريمة هتك العرض الواقع بغير عنف بالسجن المؤقت من 5 إلى 10 سنوات و قد شدد العقوبة إذا وقعت على قاصر لم يكمل 16 سنة فرفعها إلى السجن المؤقت من 10 إلى 20

¹. المادة 407 من قانون العقوبات الليبي.

². المادة 476 من قانون العقوبات للمملكة المغربية.

³. المادة 309 من قانون العقوبات الموريتاني.

سنة¹، و قد ذهب **المشرع التونسي** إلى تجريم هتك العرض و جعله جناية عقوبتها مدة ستة أعوام إذا وقع دون رضا، و شدد العقوبة فرفعها إلى 12 سنة كاملة، و أضاف أن العقوبة تشدد مدة أخرى إذا سبق أو صاحب الإعتداء على الشخص دون 18 سنة إستعمال السلاح أو التهديد أو الإحتجاز أو نتج عنه جرح أو بتر عضو أو تشويه أو أي عمل آخر يجعل حياة المعتدى عليه في خطر²، ثم يعود ليضيف تعدد جناية ويعاقب عليها بالسجن إذا وقع هتك العرض دون قوة على طفل لم يبلغ من العمر 18 عاما³ ثم جعل عقوبة المحاولة كعقوبة الجناية هنا و هي السجن 5 سنوات.

أما **التشريع الليبي** فقد جعل عقوبة جناية هتك العرض السجن أيضا مثل نظيره⁴، فهو عاقب من هتك عرض آخر بالتهديد و القوة أو الخداع بالسجن مدة لا تزيد عن 5 سنوات و جعل نفس العقوبة تطبق على من هتك عرض من هو دون 14 سنة، أو مع شخص لا يقدر على المقاومة لمرض في العقل أو الجسم و لو برضاه و إذا كان سن المجني عليه بين الرابعة عشرة و الثامنة عشرة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن السنة، و إذا كان الفاعل من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادما عنده أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز 7 سنوات، و كل من هتك عرض إنسان بالغ برضاه يعاقب هو و شريكه بالحبس، و هنا لم يجعل العقوبة السجن و إنما خفضها - بإعتبار أن هذه الصورة تخرج عن الصور السابقة - و الحبس هنا يكون بين 24 ساعة و لا يزيد عن 3 سنوات⁵، أما **مشرع المملكة المغربية** فإختصر التجريم بالسجن عن هتك العرض لشخص سواء كان ذكرا أو أنثى بإستعمال العنف مدة 5 سنوات إلى 10 سنوات و شدد العقوبة من 20 سنة إذا كان المجني عليه طفلا يقل سنه عن 18 سنة، أو كان عاجزا أو معاقا أو معروفا بضعف قواه العقلية⁶، و هنا نجد نفس الملاحظات السابقة، أي الإختلاف في نوع العقوبة بين حداها الأدنى و الأقصى، و الإختلاف في ظروف التشديد و المدد التي ترفع إليها عقوبة هذا الجاني و هناك من لم ينص أصلا على هذه الجريمة و هو حال التشريع الموريتاني.

الفقرة الثالثة:

الإطار القانوني لعقوبة السجن عن جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم.

و إذا تصفحنا جريمة الفاحشة بين المحارم - و هناك من يسميها بجريمة زنا المحارم - **فالمشرع الجزائري** كما قيل سابقا هو الوحيد الذي نص عليها كجريمة مستقلة و من ذكرها من تشريعات المغرب

¹. المادة 335 من قانون العقوبات الجزائري.

². الفصل 228 من المجلة الجزائرية التونسية.

³. الفصل 228 من المجلة الجزائرية التونسية.

⁴. المادة 408 من قانون العقوبات الليبي.

⁵. المادة 21 من قانون العقوبات الموريتاني.

⁶. الفصل 485 من المدونة الجنائية للمملكة المغربية.

العربي، ذكرها على أساس أنها ظرف مشدد لجريمة الإغتصاب - و قد أشرنا إليها سابقا - و قد جعلها المشرع الجزائري جنائية¹ عقوبتها السجن من 10 إلى 20 سنة إذا كانت مرتكبة بين الأقارب من الفروع أو الأصول، و الإخوة و الأخوات و الأشقاء من الأب أو الأم، و لكن جعل الجرم جنحة إذا ارتكب بين شخص و ابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعهم أو الأب أو الأم و الزوج أو الزوجة أو الأرملة أو مع أحد آخر من فروعهم و والد الزوج أو الزوجة، الأم أو زوجة الأب، و فروع الزوج الآخر، و لكن أبقى على عقوبة الجنائية لهذه الجنحة و هي الحبس من 5 إلى 10 سنوات (و لا يعني هذا أنها جنائية بل هي جنحة)².

و حسنا فعل المشرع الجزائري، حيث أفرد لهذا الجرم الفضيع نصا خاصا و عقابا خاصا لأنه أصبح كثير الشيع في مجتمعاتنا التي سادها التفكك و نقص الوعي الديني و كثرة إنتهاك الحرمات، و هذا بالمقارنة مع كل من التشريع التونسي و تشريع المملكة المغربية لأن سكوت التشريعين الموريتاني و الليبي عن هذه الجريمة و بالتالي عقوبتها لا يعد من قبيل النقص في نظرنا و إنما لإعتبارهما لهذه الجريمة زنا موجبة للحد جلدًا أو رجما.

الفرع الثالث:

تقييم العقوبات السالبة للحرية في التشريعات المغاربية.

لقد و جدنا أن العقوبات السالبة للحرية تتنوع من حيث درجة جسامتها إلى عقوبة الحبس و عقوبة السجن، و قد سجلنا أن التشريعات المغاربية بخصوص هذه النقطة تباينت مواقفها و اختلفت إختلافا جوهريا و مرجع هذا لسبب واحد هو تأرجح هذه الأخيرة في الإقتداء بالأسس العقابية المستمدة من الأفكار الغربية الوضعية و الأسس العقابية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية في نوع من الجرائم في بعض هذه البلدان.

و قد عدت عقوبة الحبس و السجن أهم العقوبات السالبة لحرية المتهم، و قد تعاقبت عليها عدة أفكار حاولت التصدي لمدة و نوع هذه الأخيرة إنطلاقا من مدى تناسبها مع الضرر الحاصل للمجني عليه و للمجتمع عموما، و قد تأثرت التشريعات المغاربية بهذه الإتجاهات و برز ذلك من خلال نصوصها القانونية التي سبق أن حددنا إطارها.

و هذه العقوبة بإعتبار أنها تنال من حق التنقل لهذا الشخص الذي ثبتت عليه التهمة و ذلك بعزله عن المجتمع، و لكن في ظل محاولات إخراجهم كمحكوم عليه من كونه شخصا منبوذا من المجتمع خصوصا في أوروبا - مهد هذه الأفكار - إلى شخص ينظر إليه بعين الرأفة على إعتباره مخطئا لا بد من رعايته بالإصلاح و العلاج - إلى حد وصول بعض الفقهاء الغربيين إلى القول بأن هذه العقوبة هي السبب

¹ المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

² تكون العقوبة في الجرح بالحبس و لو تجاوزت خمس سنوات، كما هو الشأن في الجنحة المنصوص و المعاقب عليها في المادة 342...جنائي 1977/10/08 م، غير منشور... بوسقيعة (أحسن): قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، مرجع سابق ص 5.

الأول في إجرامه¹، نجد أن هناك من نادوا بإستبدالها أو بتخفيفها بالقدر الذي يتناسب مع إصلاح المذنب، فبدأت النظرة للعقوبة السالبة للحرية بأنواعها تتغير و قد كان لهذا التغير أثره الكبير على التشريعات الوضعية و منها التشريعات المغاربية.

فقد عرفنا أن جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة قد إختلف حول الأساس التجريمي لها، و قد وجدنا أن العقوبة و التجريم إستمرار لفكرة واحدة تناولها فقهاء السياسة الجنائية، و قد رأينا أنه في خضم كل هذه المعطيات القانونية أن الجريمة التي تمس بالعرض و الآداب العامة على الرغم من خطورتها إلا أنها بدء يمسها الفتور و التهاون في النظر لخطورتها فأصبحت هذه الأفعال لا يعاقب عليها إلا إذا مست الإرادة أو مست الأسرة أو مست الحياء العام للمجتمع أو نظام الدولة في البعض منها، و نحن نعلم ما هي عليه بعض القيم الإجتماعية - الغربية - من تغير و رداءة و إنحطاط. و الحقيقة أن كل هذه الأفكار و التطورات قد حصلت بالتوازي مع تلك الحاصلة على صعيد السياسة العقابية لهذه الدول و التي من بينها التشريعات المغاربية، فقد وجدنا أن غالب التشريعات المغاربية قد تأثرت ببعض ما ذهب إليه المدارس الفقهية التي برزت و تصدت لأحكام السياسة الجنائية عموماً.

الفقرة الأولى:

تأثر العقوبات السالبة للحرية في التشريعات المغاربية بالفكر التقليدي القديم.

من أوجه تأثر التشريعات المغاربية بالمدارس الفقهية ما جاء في المدرسة التقليدية القديمة التي كان من مبادئها: المطالبة بإلغاء عقوبة الإعدام فهذا المبدأ كان له الأثر البالغ على السياسة العقابية للدول و منها التشريعات المغاربية (الجزائر، تونس، و المملكة المغربية) التي لم تعاقب على جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة بأية عقوبة إعدام و حتى في الجرائم التي كان من المفروض أن تكون فيها هذه العقوبة مثل الزنا ما أثر على سقوط العقوبات إلى دائرة العقوبات السالبة للحرية من حبس و سجن و هذا ما يفسر كثرة لجوء التشريعات المغاربية إلى هذا النوع الأخير من العقوبات².

كما أن من المبادئ التي تأثرت بها التشريعات المغاربية عن المدرسة التقليدية أن يكون العقاب متناسباً مع الضرر الذي أحدثته الجريمة فإن إنتفى الضرر إنتفى العقاب إذ لا عقاب على العزم و التصميم أو الأعمال التحضيرية التي تقبل التأويل، فقد برز هذا المبدأ بخصوص جملة القوانين التي لم تعاقب إلا على الفعل الكامل و التام في التشريعات المغاربية كجرائم الإعتداء على الأخلاق الحميدة و جرائم التحريض على الفسق و غيرها من الجرائم التي تناولتها هذه التشريعات.

الفقرة الثانية:

¹. عبد الرؤوف (مهدي): السجن كجزاء جنائي في ظل السياسة الجنائية الحديثة، مجلة القانون و الإقتصاد، العدد2 مصر، مطبعة القاهرة، 1979

م، ص 231 و ما بعدها.

². بن المدني بوساق (محمدين): مرجع سابق، ص 30.

تأثر العقوبات السالبة للحرية في التشريعات المغاربية بالفكر التقليدي الحديث .

كما تأثرت التشريعات المغاربية ببعض المبادئ التي جاءت بها المدرسة التقليدية الحديثة و منها: إقرار مبدأ تفاوت المسؤوليات، حيث رفضت حصر المتهمين في فئتين فقط فئة المسؤولين جنائيا و فئة غير المسؤولين جنائيا، و أثبتت تفاوت في المسؤولية و عليه فمن كان ناقص العقل و يجب أن تكون مسؤوليته مخففة و تكون العقوبة بالتالي مناسبة لدرجة المسؤولية، و تشتد العقوبة حين تكتمل حرية الإختيار. و قد برز هذا المبدأ في النصوص العقابية التي جاءت بها التشريعات المغاربية السابق ذكرها، فقد اجتمعت على أن المسؤولية الجزائية للجاني تكون كاملة إذا ارتكب الفعل بنفسه فقد ميزت بواسطة قواعدها خصوصا العامة أن الجاني الحدث أو الجاني المجنون أو الجاني المكره ليس كالذي يأتي هذا النوع من الجرائم، إلى درجة أنهم على الصعيد الفقهي ذهبوا إلى الجدل حول مدى مسؤولية المرأة التي تكره الرجل على علاقة تعد غير شرعية و مدى مسؤولية الصبي الذي يغتصب امرأة و مدى تأثير إنعدام أو نقص الوعي على المسؤولية الجزائية عموما و منها المسؤولية على ارتكاب الجرائم الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة، كما جاءت هذه المدرسة بمبدأ تفاوت العقوبات شدة و تخفيفا لتحقيق دواعي الأمن و الإستقرار، و نادت هذه المدرسة بضرورة التناسب بين العقوبة و جسامة الجريمة من حيث إعطاء القاضي حرية التقدير و حرية التفريد العقابي¹.

ثم إن هذا المبدأ أيضا برز في التشريعات المغاربية حول غالبية الجرائم التي تناولتها هذه الأخيرة عدا ما ضبطت عقوبتها بحد كجريمة الزنا و جريمة اللواط في التشريعين كالموريتاني و الليبي، فقد جاءت العقوبات مقدره في غالبها بين حد أدنى و حد أقصى يحكم القاضي بموجبه على الجاني مراعيًا جملة من الظروف كما قلنا كالصغر أو عدم الإدرا لجنون أو غيرها من الظروف التي على القاضي مراعاتها، و قد جرمت التشريعات المغاربية بعض النوع من الجرائم ليس لأنه محرم لذاته كما سبق و أن وضحنا و لكن بغاية الحفاظ على أمن المجتمع و إستقراره.

و الحقيقة أن هذا المبدأ قد عملت به حتى التشريعات المغاربية التي تأثرت بمبادئ الشريعة الإسلامية لأن هذا المبدأ في الحقيقة قد سبق إليه الإسلام الأحكام الغربية الوضعية فنجد أن الشريعة الإسلامية ذهبت إلى أن الفعل المحرم في الشريعة الإسلامية يباح لأسباب متعددة كالإكراه أو السكر أو الجنون أو صغر السن ...

الفقرة الثالثة:

تأثر العقوبات السالبة للحرية في التشريعات المغاربية بالفكر الجنائي المعاصر .

¹ I. Taylor, P. Walton, J. young, The new criminology for a social theory of deviance, London, library of sociology, 1975, p 1-9.

لقد برز تأثير التشريعات المغاربية حين سنت هذا النوع من الجرائم بالفكر الجنائي معاصر، حيث برز علم الإجرام الذي عنى بدراسة الدوافع و العوامل الداخلية و الخارجية المفضية إلى ارتكاب الجريمة و إضفاء الطابع العلمي على الجزاءات الجنائية، حيث يلقي كل مجرم جزاء ملائما و مناسبا لحالته بناء على معرفة العوامل و الأسباب التي دفعته إلى ارتكاب الجريمة، و قد ظهرت ثلاث مدارس فقهية، منها المدرسة الوضعية الإيطالية، حيث من بين ما وصلت إليه أنها حينما ركزت على سمات المجرمين و وجدت أنهم مصنّفون إما إلى مجرمون بالولادة، أو المجانين أو بالصدفة أو بالعاطفة أو المعتادون و أكدوا على ضرورة النظر في العوامل النابعة من داخل المجرم ثم توقيع الجزاء.

كما برز إتجاه آخر يقول بأن الجرائم تقسم إلى طبيعية و مصطنعة و إعتبر الجريمة ظاهرة إجتماعية تنتج عن عوامل داخلية عديدة و وجوب تسليط البحث داخل المجرم، و قد ظهر تأثير التشريعات المغاربية بهذه المذاهب حين أبرزت جملة الظروف التي تؤثر على العقوبة إما بالتشديد أو التخفيف و منها العود و التعدد (أو الإشتراك)، و كذلك و النظر إلى العلاقة التي تربط المجني عليه بالضحية و التركيز على العقوبة كأساس لحماية المجتمع و التشديد فيها إذا مست بجملة من العلاقات المحمية كالأسرة و النظام العام.

كما برز التأثير بحركة الدفاع الإجتماعي و هي مدرسة مختلطة تهدف إلى حماية المجتمع و المجرم من الظاهرة الإجرامية و ترك الواقعة الإجرامية و إحلال محلها الشخصية الإجرامية لتقدير درجة الإنحراف الإجتماعي.

كما نادى بصيانة الكرامة الإنسانية و صيانة الحقوق و الحريات الفردية، و قد تأثرت التشريعات المغاربية بها و قد برزت فكرة حماية الإنسان و حرّيته من خلال هذا المنطلق و منها الحرية في الممارسة الجنسية و حتى إن وقعت إعتداءات على جرائم العرض فحسب هذا الإتجاه لابد من النظر إلى المجرم و ما دفعه إلى الإجرام و كذا النظر إلى الظاهرة الإجرامية التي هي عبارة عن خلل إجتماعي فكان نتاج هذه المدارس التخفيف من شدة العقوبة السالبة للحرية.

الفقرة الرابعة:

تأثير العقوبات السالبة للحرية في التشريعات المغاربية بالسياسة العقابية الشرعية.

لقد ذهب التشريعين الموريتاني و الليبي إلى إنتهاج منهاج وسطا حينما تبني أحكام السياسة العقابية الشرعية في العقاب على بعض جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، و هذا إضافة إلى ما سبق و أن بيناه فيما يخص تأثير كل التشريعات المغاربية بالسياسة العقابية الوضعية، فقد جعل من العقوبة السالبة للحرية و هي الحبس من العقوبات التعزيرية التي تضاف إلى جملة من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

ف نجد أن **المشعر الليبي** قد أورد في المادة الثانية التي جاءت تحت عنوان "حد الزنا": "يحد الزاني بالجلد مائة جلدة و يجوز تعزيره بالحبس مع الجلد"، و هذه المادة تبين مدى تأثير المشعر الليبي بأحكام الشريعة الإسلامية، و جعله الحبس كعقوبة سالبة للحرية عقوبة تعزيرية تقرها السياسة العقابية التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، و لكن حين تصفح -على سبيل المثال لا الحصر- أحكام المادة الثالثة من القانون السابق الذكر و التي جاءت بعنوان: " تعزير الفاعل الذي لم يتم الثامنة عشر"، نجدها تنص على: " إذا كان الجاني في المادة السابقة لم يتم الثامنة عشر يعزر على الوجه الآتي ... " و كذلك المادة الخامسة من نفس القانون السابق و التي من ضمن ما جاء فيها ما يلي: " أما إذا كان من بين الجرائم المنسوبة إلى الجاني جرائم أخرى معاقب عليها بموجب قانون العقوبات أو أي قانون آخر فتوقع عقوبات الحدود وفقا لأحكام الفقرة السابقة و ذلك دون إخلال بالعقوبات المقررة للجرائم الأخرى ... " ، نجد أن هذا المشعر متأثرا بجملة من الأفكار التي جاءت بها السياسة العقابية الغربية، بدليل أنه قد برز إهتمامه بالشخصية العامة للمجرم من حيث سنه و ظروفه و خطورته الإجرامية و هي من أهم المبادئ التي جاءت بها المدرسة الوضعية، و أكبر دليل على هذا ما جاءت به المادة الخامسة السابق ذكرها التي تتحدث عن تعدد الجرائم و العقوبات و التي وضحت تأثير عود المجرم إلى الجريمة على نوع العقوبات و كذا تأثير تعدد الجرائم على نوع العقوبة.

أما بالنسبة **للمشعر الموريتاني** فقد شابه المشعر الليبي و من أوجه تأثيره بالسياسة العقابية في الشريعة الإسلامية إلى جانب ما سبق أن وضحناه بخصوص تأثيره بالسياسة العقابية الغربية، أنه حسب مادته الأولى من قانون العقوبات قد قسم من جهة الجرائم إلى جرائم قصاص أو دية و جرائم حدود و جرائم تعزير و من جهة أخرى جعلها بحسب خطورتها جنائيات و جنح و مخالفات و عقوباتها هي تلك المقررة للجنائيات و الجنح و المخالفات في قانون العقوبات الموريتاني.

و هذا يبين أن المشعر الموريتاني توسط بين المذهبين فقد حاول ألا يخرج عن المبادئ الشرعية كما حاول اللجوء في ما ليس فيه نص إلى أحكام الفقه الغربي فيما لا يضر بالمبادئ الإسلامية التي تبناها و هو ما يظهر تمازج السياستين العقابيتين الغربية و الإسلامية.

المطلب الثاني:

العقوبات البدنية في التشريعات المغربية.

إن فضاة هذا النوع من الجرائم الذي نحن بصدد دراسته حتم على تشريعات المغرب العربي جملة من العقوبات الناجعة لصد هذه الجرائم و الحد منها، و قد تنوعت هذه العقوبات فكانت منها عقوبات تمس بجسد المتهم، بالإضافة إلى تلك العقوبات السالبة للحرية و التي سبق التطرق إليها، و تنتوع العقوبات الماسة بالجسد إلى نوعين: عقوبات ماسة بجسد المحكوم عليه و التي لا ترقى إلى مرتبة الإعدام، و العقوبات الماسة بحياته و هي عقوبة الإعدام.

الفرع الأول:

العقوبات البدنية دون عقوبة الإعدام.

إن العقوبة المقصودة في هذه الفقرة هي تلك العقوبة التي تمس عضوا من أعضاء جسم المدان و لا تصل إلى إعدامه فيبقى بذلك حيا يرزق، لأن الغاية من سن هذا النوع من العقوبات (كالجلد و القطع، إن وجد) هو السعي للحد من إنتشار هذا النوع من الجرائم و جعل المجني عليه يعود إلى حياته الطبيعية بعيدا عن إرتكاب هذه الجرائم.

و إذا تصفحنا قانون العقوبات الجزائري لا نجد في أي مادة من مواده التي تطرقت لهذا النوع من الجرائم الذي نحن بصدد دراسته لهذا النوع من العقوبات، و كذلك في قانون العقوبات التونسي و قانون العقوبات للمملكة المغربية أيضا¹، و لكن هذا النوع من العقوبات نجده في كل من التشريعين الموريتاني و الليبي.

الفقرة الأولى:

الإطار القانوني للعقوبة البدنية دون الإعدام في التشريعات المغاربية.

لقد إنتهج كل من التشريعين الموريتاني و الليبي منهجا مغايرا لما ذهبت إليه باقي التشريعات المغاربية، فنص على جملة من العقوبات التي تمس بالبدن غير عقوبة الإعدام إضافة إلى جملة العقوبات السالبة للحرية من حبس و سجن، و حين تصفح القانون الجزائري الليبي² نجد أن المشرع الليبي قد أقر هذا النوع من الجرائم و ذلك حين نص في المادة 2 التي جاءت بعنوان : " حد الزنا " أنه: " يحد الزاني بمئة جلدة و يجوز تعزيره ..."³، و كذلك حين تصفح المادة الثالثة من القانون رقم 70 لسنة 1973 م، في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي و التي جاءت بعنوان: " تعزير الفاعل الذي لم يتم الثامنة عشر"، نجد أن هذا المشرع ذهب إلى القول أنه: "إذا كان الجاني في المادة السابقة لم يتم الثامنة عشر سنة يعزر على الوجه الآتي...".

و أما التشريع الجزائري الموريتاني، فقد أقر أيضا هذا النوع من العقوبات فوافق بذلك التشريع الليبي إلى حد ما، و إذا تصفحنا قانون العقوبات الموريتاني⁴، نجد أن المشرع نص صراحة في المادة الأولى منه على: " تنقسم الجرائم إلى ثلاثة أنواع:

1- جرائم تعزير؛

2- جرائم حدود؛

¹. أنظر... قانون العقوبات الجزائري و التونسي و قانون العقوبات للمملكة المغربية.

². القانون رقم 70 لسنة 1973 م، في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام القانون الليبي ... مرجع سابق.

³. المرجع نفسه.

⁴. الأمر القانوني رقم 162 - 83، بتاريخ 09 يوليو 1983 م، المتعلق بالقانون الجنائي الموريتاني السابق ذكره.

3- جرائم قصاص أو دية؛ "...، و بتفصيل أدق نجده أورد في المادة 306 من قانونه¹ بأنه: " كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياة... و لم يكن هذا الفعل داخلا في جرائم الحدود و القصاص أو الدية يعاقب تعزيرا بالحبس...".

و بمفهوم المخالفة نجد أن المشرع الموريتاني يقصد أنه إذا كان الجرم المرتكب من جرائم الحدود مثلا، كالزنا فإن العقاب يكون الجلد و هذا الأخير ما يعتبر عقوبة ماسة بجسد الإنسان و هي دون عقوبة الإعدام.

و ما يؤكد ذلك ما ذهب إليه نفس المشرع في المادة 307 من قانون العقوبات الموريتاني حين نص: " كل مكلف ذكرا كان أو أنثى ثبت بالشهود الأربعة، أو بالإقرار، أو بالحمل أنه ارتكب الزنا عن طواعية يعاقب بالجلد مائة جلدة...".

و بناء عليه نجد أن التشريعين الليبي و الموريتاني قد إتفقا على إدراج هذا النوع من العقوبات في قوانينهما العقابية.

الفقرة الثانية:

عقوبة الجلد كعقوبة بدنية في التشريعات المغربية.

لقد تأثرت التشريعات المغربية التي نصت على العقوبات البدنية دون عقوبة الإعدام بأحكام الشريعة الإسلامية، فكان كل من المشرعين الموريتاني و الليبي قد إستندا أحكام هذه العقوبات منها كما أحالا ما لا يوجد فيه نص إلى أحكام الشريعة الإسلامية كما سبق أن وضحناه.

أولا: مفهوم عقوبة الجلد.

إن الجلد المقرر في التشريعين الموريتاني و الليبي هو الجلد الذي قصده أحكام الشريعة الإسلامية، و هو مقرر في حق الزاني البكر بالكتاب و السنة و الإجماع، و عدده مائة جلدة توقع على الزاني و الزانية على السواء، فقد قال عز و جل في الآية الكريمة: " الزانية و الزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة..."²، و قد كانت عقوبة الجلد في من العقوبات التي تعترف بها بعض القوانين الوضعية، و لكن نجد أن بعض شراح القانون الوضعي يعارضون ههذ العقوبة بحجة أنها تسبب النفور من الألم الجسدي و ثانيهما إدعائهم بأنه فيها إنتقاص من الإحترام الواجب توفيره للإنسان، و لكن هناك من يرد عليهم بأن هذه العقوبة تمتاز بأنها موجهة إلى حساسية الجاني المادية و أن الخوف من ألم الجلد هو أول ما يخافه المجرمون فيجب الإستفادة من ذلك في ترويضهم³.

ثانيا: شروط الجلد.

¹. جاءت تحت الفرع 4، الذي عنوانه: " الإعتداء على الشعائر الدينية و الأخلاق الإسلامية".

². سورة النور، الآية 02.

³. عودة عبد (القادر): التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 1، مرجع سابق، ص 636 و 637.

إن التشريع الموريتاني حينما أقر الجلد جعله من العقوبات الماسة بجسد مرتكب الزنى و لم يقيم المشرع الموريتاني بتفصيل شروطه، و لكن بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها إشتطرت أنه يجب أن يتم الجلد بسوط بين الجدة و القدم حتى لا يكون شديد أو ضعيف الألم، و أن يكون الضرب معتدلاً حتى لا يؤدي إلى الهلاك، و أن يتم الضرب في مواضع لا تؤدي إلى الهلاك، و أن يوزع الضرب على أعضاء الجسم من كتفين و ذراعين و عضدين و ساقين و قدمين، و لا يجمع على عضو واحد لأنه يؤدي إلى تلف ذلك العضو و يجب أن لا يجلد المحكوم عليه في البرد القارس أو حر مفرط، و يجلد و هو جالس و إذا كانت المرأة هي المحكوم عليها لا تجلد و هي حامل و ينتظر حتى تلد و أن لا يقام الحد على المريض حتى يشفى، و إن كان لا يرجى برؤه ضرب بفرع نخل فيه مائة غصن و يلحق بالمريض الشخص ضعيف البنية الذي لا يقدر على تحمل الجلد¹، أما عقوبة العبد و الأمة فهي النصف من عقوبة الحر، فلا يجلد العبد و الأمة مائة جلدة و إنما خمسين جلدة².

و قد ذهب المشرع الليبي إلى نفس ما ذهبت إليه أحكام الشريعة الإسلامية، و الفرق بينه و بين نظيره الموريتاني هو أنه نص على شروط الجلد صراحة في المادة السابعة من القانون رقم 70 لسنة 1973م، في شأن الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي السابق ذكره، و ذكر أنه لا يجوز إستبداله بأية عقوبة أخرى، و قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية في نقاط هي: أنه لا بد من الفحص الطبي لكي يتأكد من عدم خطورة الجلد على المحكوم عليه و أن يتم في مركز الشرطة و تحت إشراف الطبيب المختص. و الحقيقة أن المشرع الليبي إختلف مع نظيره الموريتاني في كون هذه العقوبة مفروضة على من يرتكب جريمة اللواط في التشريع الموريتاني³.

ثالثاً: العلة المقصودة من عقوبة الجلد.

إن الجلد كعقوبة حدية تمس جسد المدان قد قصد بها الله تعالى الردع للمجتمع و الزجر و التخويف للخير أكثر من التنفيد على الجاني، فالإنسان حينما يقارن بين ما سيحصله من اللذة العارضة بالزنا و بين ما ينتج عن هذه اللذة من عقوبات شديدة من خزي و عار و فضيحة في مجتمعه إمتنع عن الوقوع فيها و فضل بعقله البعد عنها صوناً لنفسه و عرضه و كرامته⁴، و لعقوبة الجلد في الشريعة الإسلامية حد واحد و لو أنها بطبيعتها ذات حدين، لأن الشريعة حددت العقوبة و قدرتها فجعلتها مائة جلدة، و قد وضعت عقوبة الجلد على أساس محاربة الدوافع التي تدعو للجريمة بالدوافع التي تصرف عنها، فالدافع

¹. فاضل (محمد): مرجع سابق، ص 266 و ما والاها.

². محمد بدوي (أحمد): مرجع سابق، ص 132.

³. أنظر... المادة 308 من قانون العقوبات الموريتاني السابق ذكرها.

⁴. أنظر... أبو صفية (فخري): مرجع سابق، ص 124.

الذي يدعوا الزاني للزنا هو إشتهاؤها و الدافع الوحيد الذي يصرف الإنسان عن اللذة هو الألم و لا يمكن أن يستمتع الإنسان بنشوة اللذة إذا تذوق العذاب، أو أي شيء يحقق الألم أكثر من الجلد مائة جلدة¹.

الفرع الثاني:

عقوبة الإعدام عند الإدانة بإحدى جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

تعتبر عقوبة الإعدام من أشد العقوبات صرامة و هي عموما لا تفرض إلا في حال إرتكاب جرائم خطيرة جدا فلا يمكن أن يكون الجزاء فعالا إلا إذا كانت العقوبة هي الإعدام و تأتي عقوبة الإعدام من حيث ما تنتم به من شدة على رأس العقوبات قاطبة، و هي قبل أن تكون عقوبة ماسة بالبدن فهي تسلب الروح المرادفة للحياة، و تنقرر عقوبة الإعدام في التشريعات الحديثة غالبا في جرائم الإعتداء على الحياة و الجرائم الماسة بأمن الدولة.

و عقوبة الإعدام قديمة عرفتها التشريعات منذ أمد بعيد، فقد كان المجتمع البشري و رغم كل التطورات و التغييرات التي حصلت فيه يقابل العديد من الجرائم و من بعضها جرائم العرض كالزنا مثلا، بالقتل و هي مقررة في الشريعة الإسلامية أيضا².

فهذه الأخيرة لم تضعها إرتجالا و إنما جاءت بعد فهم صحيح لطبائع البشر فقد قال الله عز و جل: " ألا يعلم من خلق و هو اللطيف الخبير"³.

الفقرة الأولى:

عقوبة الإعدام في التشريعات المغاربية المتأثرة بالسياسة العقابية الغربية.

و المقصود هنا هو التشريع الجزائري و التشريع التونسي و تشريع المملكة المغربية، و بتصفح نصوص هذه القوانين لا نجد أنها عاقبت على أية جريمة من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة بعقوبة الإعدام أي حتى في الجرائم التي تعتبر خطيرة جدا كالزنا و الإغتصاب...⁴ ، و قد ذهب في هذا مذهب الإتجاهات الوضعية الغربية التي نادى بعدم جعل الإعدام من العقوبات التي تكون جزاء عن جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، و إستندوا في حججهم على عدم جعل الإعدام من العقوبات المرصودة في هذه الجرائم بأن:

¹ أنظر ... عودة (عبد القادر): التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 1، مرجع سابق، ص 636.

² فالشريعة الإسلامية تقرر عقوبة القتل لجريمة زنا المحصن و جريمة الحرابة، و جريمة الردة و البغي و جرائم القصاص و بعض جرائم التعازير عند بعض الفقهاء، قتل الجاسوس و الداعية إلى البدعة و معتاد الجرائم الخطيرة ... عبد المنعم (سليمان): مرجع سابق، ص 76 و 77.

³ سورة الملك، الآية 14.

⁴ لقد إتجهت المملكة المغربية إلى عدم تحية عقوبة الإعدام في الجرائم الخطيرة، حيث لم تصادق على الإتفاقيات الدولية المنادية بالإلغاء، هناك من الفقهاء في هذه الدولة من يدعون إلى الإلغاء بالتدرج على فئات معينة كالمعاقين مع تحديد مفهوم الإعاقعة ... بلقاسم (السيد): السياسة العقابية، مجلة السياسة الجنائية بالمغرب واقع و آفاق، عدد 3، مكناس، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، 2004 م، ص

- ليس من حق المجتمع سلب حياة الفرد لأنه ليس هو الذي منحها، و لو علم الفرد أن العقد الإجتماعي الذي ربطه بالدولة يؤدي به يوما إلى أن يفقد حياته ما وافق عليه.

- كما قالوا أن هذه العقوبة لا تحقق هدف الدولة من العقاب كالتأهيل و الإصلاح و الردع الخاص.

- كما ذهبوا إلى أن هذه العقوبة بشعة تجرح الشعور العام الذي يفزع من قسوة العقوبات.

- و ذهبوا أيضا إلى أنه يستحيل الرجوع عن هذه العقوبة إذا تبين خطأها في حين يمكن الرجوع عن غيرها إذا تبين ذلك، خصوصا و أن الخطأ جائز على البشر¹.

و الحقيقة أن هذه العقوبة تعتبر من أهم العقوبات الرادعة و هي بخصوص جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة تعتبر قد أنتت بعد فهم سليم لتكوين الإنسان و فهم عقليته و تقدير دقيق لغرائزه و ميوله و عواطفه، و وضعت لتحفظ مصلحة الفرد و الجماعة معا و هذه ميزة تمتاز بها العقوبات التي وضعتها الشريعة الإسلامية في جرائم الحدود... و ليس العقوبات الوضعية الغربية²، فالعقوبة الحدية في الشريعة الإسلامية تتسم بأنه لا يستطيع أحد أن يخفض منها أو يشدها لأي ظرف من الظروف سواء ما تعلق بالمجرم أو بالجريمة نفسها، و مع ذلك لا يجوز فيها الصلح و لا الإبراء³، و الحقيقة أن هناك من المنظمات الدولية من تركز كل جهودها لإلغاء هذه العقوبة فنجد منظمة العفو الدولية قد جعلت من مبادئها الصريحة المطالبة بإلغاء عقوبة الإعدام فهي تعتبرها إنتهاكا للحق الأساسي في الحياة، و أنها قاسية و غير إنسانية تجعل جميع من يشتركون فيها كالوحوش و أن المنظمة تعارضها دون تحفظ⁴.

الفقرة الثانية:

عقوبة الإعدام في التشريعات المغربية المتأثرة بالسياسة العقابية الشرعية.

إن التشريع الموريتاني قد ذهب إلى الإعتداد بعقوبة الإعدام (الرجم حتى الموت) في جريمة الزنا (زنا المحصن)، و ذلك إقتداء بالسياسة العقابية للشريعة الإسلامية، حيث يعتبر الإحصان فيها ظرفا مشددا للعقوبة⁵، و بالنسبة للتشريع الموريتاني فقد نص على هذه العقوبة في المادة 310 من قانون العقوبات الموريتاني: " إذا كان الجناة من أصول من وقع الإعتداء عليه ... فتكون العقوبة هي: الإعدام بالرجم بالنسبة للمحصنين ...".

و بهذا فقد صرح المشرع الموريتاني بوجود عقوبة الإعدام في نوع من جرائم العرض و الآداب العامة، و هذا بالنسبة للجاني المحصن الذي يعتدي بالإغتصاب على أحد فروع و تكون طريقة الإعدام

¹. رحماني (منصور): علم الإجرام و السيارغ الجنائية، مرجع سابق، ص 249 و 250.

². محمود خليل (أحمد): مرجع سابق، ص 50.

³. محمد عبد العزيز الزيني (محمود): شكوى المجني عليه- و الآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي- (دون طبعة)، مصر (دون دار نشر)، 2004 م، ص 234.

⁴. أحمد شحاتة (محمد): الإعدام في ميزان الشريعة و القانون و أحكام القضاء، (دون طبعة)، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث، 2007 م ص 79.

⁵. المرجع نفسه، ص 33.

بالرجم، و لكن نجده في النصوص 307، 308، 309، من نفس القانون¹ قد أوجب الرجم على الزاني المحصن و المغتصب المحصن و لكن لم يقرنه بلفظ (الإعدام) أو (الموت)، و لكن الراجح أنه ذهب مذهب الشريعة الإسلامية بأن الرجم يكون إلى غاية موت الجاني و قد إتبع قوله صلى الله عليه و سلم: "لا يحل دم إمريء مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان و زنا بعد إحصان و قتل نفس بغير نفس"، و قد أثار عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه أمر برجم ماعز و الغامدية و صاحبة العسيف فالرجم سنة فعلية و سنة قولية في وقت واحد².

و قد إستقر الفقه الإسلامي في عمومته على هذا³، و تتفد عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية بالرجم، و الرجم هو القتل رميا بالحجارة، و ذلك بأن يلقى بالجناة في حفرة على مشهد من الناس عامة ثم يرمون بالحجارة و ما شابهها، و قد يقال عن الرجم من بعض اللذين يحاولون التشكيك في الشريعة الإسلامية أنه قاس و لا يتفق و مقتضيات العدالة و الرحمة و هو قول مردود، حيث أن الرجم هو قتل لا غير، و أن معظم قوانين العالم تنص على عقوبة الإعدام في قوانينها الجنائية و من الناحية العملية لا فرق بين يقتل شنقا أو ضربا بالفأس أو تسميما بالغاز أو صعقا بالكهرباء أو رجما بالحجارة فكل هؤلاء قتلى و لكن وسيلة القتل هي التي تختلف، و النتيجة واحدة و هي أن الجاني تزهق روحه⁴، و بهذا يعتبر التشريع الموريتاني من أكثر تشريعات المغرب العربي إقتداء بالمنهج الإسلامي - على الأقل من الناحية النظرية لأنه من الناحية الواقعية فهذه العقوبة لا تطبق على صعيد الواقع الموريتاني- و إن حاولنا المقاربة بين موقفها و مواقف تشريعات أخرى لقلنا أنها من أنصار المطالبين بالإبقاء على هذه العقوبة، و الذين يتحججون بأن لهذه العقوبة الفاعلية في مواجهة الخطورة الإجرامية لبعض المجرمين الذين ينبغي إستئصالهم من المجتمع عن طريق الإعدام فهي تحقق أيضا العدالة و التناسب⁵، فهذه الجريمة لما تثير في النفوس من إشمئزاز فإن مرتكبها بعد أن غض الله طرفه و أحصن فرجه بالزواج ثم يقدم على فعل قبيح رغم إعداره فهو بذلك يشجع غيره و يفتن الذن لم يحصنوا فإن كان هذا المتزوج يأتي الزنا فما بال غير المتزوج فوجب أن تكون عقوبته تنكيلا له و إنذارا لغيره.

الفقرة الثالثة:

خصوصية عقوبة الإعدام في التشريع الليبي.

¹. لمزيد من التفصيل... أنظر المواد 307، 308، 309، من الأمر القانوني رقم 162 - 83، المؤرخ في 09 يوليو 1983 م السابق ذكره.
². عودة (عبد القادر): التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 1، مرجع سابق، ص 641.
³. أحمد شحاتة (محمد): مرجع سابق، ص 33، عودة (عبد القادر): التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي الجزء الأول، مرجع سابق ص 643.
⁴. المرجع نفسه، ص 69.
⁵. رحمانى (منصور): علم الإجرام و السياسة الجنائية، (دون طبعة)، الجزائر، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2006، ص 260 و 261.

إن النظر إلى القوانين الجزائرية لكل من التشريع الجزائري و التشريع التونسي و تشريع المملكة المغربية يبين لنا ذلك الإصرار على التمسك بالسياسة العقابية الغربية، و تناسي أن الإسلام هو دين شعوب هذه الدول، و قد ظهر هذا جليا في تركها للعقوبات التي ليس لأحد من المسلمين التنازل عن تطبيقها أو إستبدالها أو العفو عنها.

كما أنه بتفحصنا لأحكام القانون الجزائري الموريتاني و جدنا أن المشرع الموريتاني قد تمسك بالعقوبات المقررة في جرائم الحدود في نصوصه العقابية و على رأسها الزنا و ذلك إقتداء بأحكام الشريعة الإسلامية، و قد تبين ذلك حتى من خلال إبقاءه على عقوبة الإعدام (الرجم).

و لكن بالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري الليبي و القوانين المكملة له نجد أنه قد ذهب مذهب التشريع الموريتاني و لكن سكت عن عقوبة الإعدام خصوصا في الجرائم الحدية و التي سبق و أن إنتهج بخصوصها سياسة جزائية يغلب عليها الطابع الإسلامي، و الحقيقة أنه لا يفسر هذا إلا بإحتمالين هما: إما أن المشرع الليبي فيما يخص عقوبة الإعدام بالفكر الغربي المناهض لهذه العقوبة و حبذا لو أنه جعلها من العقوبات المقررة للزنا لأن الله عز و جل حين أقر هذا النوع من العقوبات كان أدري بنفوس البشر الذين لا تردعهم أية عقوبة غير التي قررها، أو أنه طبق ما ذهب إليه في نص المادة رقم 10 من القانون رقم 70 لسنة 1973 م في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الليبي السابق ذكره و التي تنص على: " يطبق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا القانون بالنسبة لجريمة الزنا المعاقب عليها حدا...".

و هو ما يصدق على ما ذهب إليه الخوارج حينما أنكروا عقوبة الرجم بحجة أنه لم يرد في القرآن الكريم ما يدل على وجوبه، و مذهبهم يقوم على جلد المحصن و غير المحصن و التسوية بينهما في العقوبة¹ و لو أنه حسب رأينا لا يعتبر مذهب الخوارج ما يقصده المشرع الليبي حسب المادة العاشرة لأنه أغلب الظن أنه يقصد بذلك المذهب المالكي و الحنفي و الشافعي و الحنبلي، و بهذا فإن الرأي السابق و هو أن المشرع الليبي حاول الإمتثال لمن يطالبون بإلغاء الحكم بالإعدام و لهذا لم ينص على الرجم في حق الزاني المحصن؟

المطلب الثالث:

العقوبات الماسة بحقوق المدان بإحدى جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

و القصد هنا إضافة إلى جملة العقوبات التي تمس بشخص المجني عليه، هناك عقوبات تمس بمكتسباته المادية و المعنوية ، و قد نصت تشريعات المغرب العربي على هذا النوع من العقوبات في حال ارتكاب جريمة من جرائم الإعتداء على العرض و إنتهاك الآداب العامة و لو أنها اختلفت في

¹. عودة عبد (القادر): التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، الجزء 1، مرجع سابق، ص 64.

مقادير هذه العقوبات، و الغرامة هي إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من المال يقدره الحكم القضائي إلى خزينة الدولة، و هي عقوبة أصلية في المخالفات و الجنح و عقوبة تكميلية في الجنايات¹.
أما العقوبة الماسة بالحقوق المعنوية فالقصد منها تلك العقوبات التي تنص على بعض حقوق المحكوم عليه حيث يمنع من ممارستها، و هي عديدة و مثالها المنع من الإقامة و تحديدها و الحرمان من مباشرة بعض الحقوق، و هي تعتبر عقوبات تكميلية لا يبدأ في تنفيذها إلا بعد إنقضاء العقوبة الأصلية التي تتبعها².

الفرع الأول:

الغرامات المالية المقررة في جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

عند تصفح تشريعات المغرب العربي نجدها إجمعت كلها على إقرار الغرامة المالية كعقوبة من العقوبات المقررة في هذا النوع من الجرائم، و إن إختلفت في حدها الأدنى و الأقصى في كل مرة، و إذا تطرقنا لأحكام المواد³ التي تتكلم عن الإغتصاب و هنك العرض في تشريعات المغرب العربي نجدها لا تذكر عقوبة الغرامة في هذا النوع من الجرائم فهي إكتفت بعقوبة الحبس أو السجن و أحيانا الإعدام و هو حال التشريع الموريتاني.

الفقرة الأولى:

الإطار القانوني للعقوبة المالية عن جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

لقد ذهبت تشريعات المغرب العربي إلى الإعتداد بالعقوبات المالية كعقوبات تمس المحكوم عليه إضافة لجملة العقوبات الأخرى.

أولاً: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة التحرش الجنسي.

لقد ذهب المشرع الجزائري لإقرار الغرامة المقدرة بين حد أدنى هو 50.000 دج و حد أقصى هو 100.000 دج إضافة لعقوبة الحبس السابق ذكرها، أما المشرع التونسي فقد حدد بدقة الغرامة المقررة لجريمة التحرش الجنسي ب 3000 دينار تونسي، أما مشرع المملكة المغربية فقد قدر الغرامة ب 5000 درهم إلى 50000 درهم، و أما المشرع الليبي فلم يتطرق أصلا لهذه الجريمة و هو حال المشرع الموريتاني⁴.

¹. عبد المنعم (سليمان): مرجع سابق، ص 96.

². رحماني (منصور): علم الإجرام و السياسة الجنائية، مرجع سابق، ص 268.

³. أنظر... المواد 336 من قانون العقوبات الجزائري، و الفصل 227 مكرر من المجلة الجزائرية، و المادة 407 من قانون العقوبات الليبي، و الفصل 486، من قانون العقوبات المغربي، و المادة 309 من قانون العقوبات الموريتاني، هذا بالنسبة لجريمة الإغتصاب و المواد 334 من قانون العقوبات الجزائري، و الفصل 228 من المجلة الجزائرية و المادة 408 من قانون العقوبات الليبي و الفصل 484 من قانون العقوبات للمملكة المغربية، و لكن المشرع الموريتاني لم يتطرق لهذه الجريمة كالتشريعات المغاربية الأخرى.

⁴. أنظر... المواد 341 مكرر من قانون العقوبات الجزائري و الفصل 226 ثالثا من المجلة الجزائرية التونسية و 503-1 من قانون العقوبات للمملكة المغربية..

ثانيا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة تحريض القصر على الفسق.

و أما بالنسبة لجريمة تحريض القصر على الفسق فقد جعل لها المشرع الجزائري غرامة كعقوبة إلى جانب عقوبة الحبس و المقدرة ب 500 إلى 25000 دج، و أما المشرع التونسي فقد أورد غرامة مالية كعقوبة أيضا مقدرة ب 100 إلى 500 دينار تونسي، و أما مشرع المملكة المغربية فلم ينص على هذه الجريمة، و كذلك الشأن بالنسبة للمشرع الليبي و الموريتاني فقد سلكا نفس الطريق الذي إنتهجه مشرع المملكة المغربية¹.

ثالثا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة الزنا.

و أما فيما يتعلق بجريمة الزنا فلم ينص المشرع الجزائري على غرامة مالية بشأنها و إكتفى بعقوبة الحبس، و بالنسبة للمشرع التونسي² فقد خالفه في ذلك بأن جعل عقوبة الغرامة المقدرة ب 500 دينار تونسي إلى جانب عقوبة الحبس، أما مشرع المملكة المغربية و الليبي و الموريتاني فقد سلخوا جميعهم مسلك المشرع الجزائري، في عدم سن عقوبة مالية بمناسبة ثبوت ارتكاب جريمة الزنا. و بخصوص جريمة الفاحشة بين المحارم فلم ينص عليها المشرع التونسي و لا الموريتاني أو الليبي و لا تشريع المملكة المغربية، و لم يذكروا بالتالي عقوبات محددة، أما التشريع الجزائري و لو أنه جرمها صراحة في نص المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري إلا أنه لم يذكر عقوبة الغرامة.

رابعا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء.

و إذا نظرنا لجريمة الفعل العلني المخل بالحياء نجد أن المشرع الجزائري أورد عقوبة الغرامة إلى جانب عقوبة الحبس و ذلك بغرامة مالية قدرها 500 إلى 2000 دج، أما المشرع التونسي فقد خصها بغرامة قدرها ثمانية و أربعون دينار تونسي، و أما مشرع المملكة المغربية فقدر الغرامة ب 120 إلى 500 درهم، و هذا بالطبع إلى جانب عقوبة الحبس، و كذلك الحال بالنسبة للمشرع الليبي الذي قدرها بغرامة لا تتجاوز 50 جنيها، أما المشرع الموريتاني فقدرها ب 5000 إلى 60000 أوقية³.

خامسا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة الشذوذ الجنسي.

أما بالنسبة لجريمة الشذوذ الجنسي فقد قدر المشرع الجزائري الغرامة من 500 إلى 2000 دج وقد ترفع الغرامة إلى 10000 دج، إذا كان أحد طرفي العلاقة بالغا (و الآخر قاصرا)، أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد إكتفى بعقوبة السجن دون الغرامة، و قد قدرها مشرع المملكة المغربية بحد أدنى قدره 120 درهم و حد أقصى قدره 1000 درهم، أما المشرع الليبي فلم يتطرق إلى الجريمة و بالتالي لم يذكر

¹. أنظر... المادة 342 من قانون العقوبات الجزائري و الفصل 234 من المجلة الجزائرية التونسية.

². أنظر... الفصل 236 من المجلة الجزائرية التونسية.

³. أنظر... المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري، و الفصل 226 من المجلة الجزائرية التونسية و الفصل 483 من قانون العقوبات للمملكة المغربية، و أيضا المادة 421 من قانون العقوبات الليبي، و كذلك المادة 306 من قانون العقوبات الموريتاني.

الغرامة المالية على عكس **المشعر الموريتاني** الذي تطرق إليها و قدر لها عقوبة الرجم فقط بالنسبة للواط، أما عقوبة الغرامة فقدر لها غرامة من 5000 إلى 60000 أوقية إلى جانب عقوبة الحبس¹.

سادسا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة.

أما جريمة الإعتداء على بالأخلاق الحميدة فقد أقر لها **المشعر الجزائري** غرامة قدرها من 500 إلى 2000 دج إلى جانب عقوبة الحبس، أما **مشعر المملكة المغربية** فقدرها بغرامة 10000 إلى مليون درهم، أما بالنسبة **للمشعر الليبي** فقدرها بغرامة لا تتجاوز 50 جنيها، و لم يتطرق **المشعر التونسي** لهذه الجريمة في المجلة الجزائرية التونسية و كذلك **المشعر الموريتاني**².

سابعا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة البغاء.

أما جريمة البغاء فهي أيضا قدر لها **المشعر الجزائري** غرامة مالية تتراوح ما بين 500 و 20000 دج، و **المشعر التونسي** قدر لها غرامة ب 100 إلى 500 دينار تونسي، و أما **مشعر المملكة المغربية** فقدرها ب 500 إلى مليون درهم، و أما **المشعر الليبي** فقدرها في حالات متعددة، ففي حالة قدرها بغرامة لا تزيد عن 200 جنيه و هذا في حالة التحريض الدعارة و إستغلال المومسات، و في حالة الإرغام على الدعارة تتراوح الغرامة بين 1500 و 5000 جنيه ... أما **المشعر الموريتاني** فقدرها ب 100000 إلى 1000000 أوقية³.

الفقرة الثانية:

العقوبة المالية و جسامة جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

هذه الغرامات المالية قدرتها تشريعات المغرب العربي في قوانينها العقابية بمناسبة إرتكاب جريمة من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.

و حين تفحص هذه الغرامات و مقاديرها نجد أن تشريعات المغرب العربي تتفق في أنها جعلتها عقوبات ماسة بمال المدان ترهيبا له لكي لا يعيد إرتكاب هذا النوع من الجرائم، كما أنها إتفقت أيضا في العديد من المرات في فرض حد أدنى و حد أقصى لهذه الغرامات أو عدم فرضها إطلاقا، و الإكتفاء فقط بعقوبة الحبس أو السجن و لكن هذا الإتفاق ليس مطلقا، فهناك إختلافات كبيرة فتارة تفرض الغرامة بالنسبة لتشريع و لا تفرض بالنسبة لآخر، و هذا راجع لعدة أسباب أهمها أنه هناك نوع من الجرائم العرض و

¹. أنظر... المادة 338 من قانون العقوبات الجزائري و الفصل 230 من المجلة الجزائرية التونسية، و المادة 408 من قانون العقوبات الليبي و المادة 306 و 308 من قانون العقوبات الموريتاني.

². أنظر.. المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري و الفصل 503-2 من قانون العقوبات للمملكة المغربية و المادة 421 من قانون العقوبات الليبي

³. أنظر... المادة 343 من قانون العقوبات الجزائري و المادة 311 من قانون العقوبات الموريتاني و الفصل 231 و 232 من المجلة الجزائرية و الفصل 501 من قانون العقوبات للمملكة المغربية و المادة 415 و 416 و 417 و 417 مكررة (أ) و 417 مكررة (ب) من قانون العقوبات الليبي.

إنتهاك الآداب العامة لا تجرمه بعض التشريعات من بلدان المغرب العربي و هو ما ظهر لنا جليا في الكثير من الحالات و نحن بصدد هذه الدراسة.

ثم إنه هناك إختلاف ظاهر بين مقدار الغرامة فهي لا تتفق حتى و لو أخذنا في حسابنا سعر عملات الصرف في هذه البلدان و وازنا بينها، ثم إنه هناك ملاحظة مهمة للغاية مفادها أن تلك الغرامات لا تعبر حقيقة عن الجرم المرتكب، هذا من جهة.

و من جهة أخرى فهي غير مسايمة لتغيرات سعر العملات إنطلاقا من تاريخ سنها في القوانين إلى غاية وقتنا الحالي، و خصوصا في ظل التزايد المستمر للجرائم الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة و تنوعها و إمتدادها لتكسب الطابع العالمي.

الفرع الثاني:

الحرمان من حقوق شخصية كان يتمتع بها المدان.

و المقصود بالحقوق الشخصية تلك الحقوق التي كان يمارسها المدان قبل الحكم عليه نهائيا بالإدانة بجرم من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، و الجدير بالذكر أن التشريعات المغاربية لم تنطرق لعقوبة الحجر القانوني¹.

الفقرة الأولى:

أنواع الحقوق الشخصية التي يحرم منها المدان.

هناك العديد من الحقوق كان يتمتع بها الشخص و يحرم منها بعد أن يحكم عليه بجريمة من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة و هي:

أولا: الحرمان من الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية.

ف نجد أن المشرع الجزائري قد نص في المادة 337 مكرر² من قانون العقوبات على أنه: "...و يتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم فقدان حق الأبوة أو الوصاية الشرعية"، و عليه فالمشرع الجزائري قد جعل الجاني المرتكب لجريمة الفاحشة بين المحارم فاقتدا لحق الأبوة إذا كان المجني عليه من أبنائه، أو الوصاية على شخص من غير أبنائه، كما نص في المادة 346 فقرة أخيرة من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "... يجب في جميع الأحوال أن يؤمر في حكم العقوبة بسحب الرخصة التي كانت ممنوحة للمستغل، كما يجب علاوة على ذلك الحكم بإغلاق المحل لمدة لا تقل عن السنة إبتداء من يوم صدور الحكم"، و بناء عليه يعتبر سحب الرخصة لإستغلال محل و غلقه من قبيل الحرمان من حقوق

¹. الحجر القانوني هو حرمان المحكوم عليه أثناء تنفيذ عقوبة أصلية من مباشرة حقوقه المالية، و تطبق على إدارة الأموال للمحجور عليه قانونا الأحكام المقررة للحجر القضائي، و هو عقوبة تكميلية يجب الحكم بها كلما قضت المحكمة بعقوبة جنائية...أوهايبيبة (عبد الله): شرح قانون

العقوبات الجزائري-القسم العام- (دون طبعة)، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 2011، ص 377.

². قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.

شخصية كانت للمدان، و لهذا فالقاضي الجزائري رأى خطورة في بقاء هذا المحل مفتوحا، لأن إستمرار النشاط فيه خطورة إستمرار إرتكاب هذا النوع من الجرائم¹ - فيما يخص المادة السابق ذكرها فهي تتعلق بممارسة الدعارة -

أما **المشروع التونسي** فقد أورد في المجلة الجزائرية التونسية في الفقرة الأخيرة من الفصل 235 أنه: "... و يحكم بتجبير الإقامة مدة لا تزيد على عشرة أيام على مرتكبي الجرائم المنصوص عليها بالفصول² المذكورة"، و يقصد بتجبير الإقامة هو تحديدها في مكان معين أو منطقة ما قد يكون المجني عليه على علاقة بها أو لا، وهي عقوبة تكميلية تقضي بإلزام المحكوم عليه بالإقامة في نطاق إقليمي محدد في الحكم لمدة زمنية³، و أما **مشروع المملكة المغربية** فقد نص في الفصل 501 من قانون العقوبات في الفقرة الأخيرة على: "... يجب في جميع الحالات أن يؤمر في الحكم بالإدانة بسحب الترخيص الذي كان يستفيد منه المحكوم عليه، كما يجوز أن يحكم بإغلاق المحل نهائيا أو بصفة مؤقتة⁴.

و الظاهر من هذا النص أنه في حالة الإدانة بجريمة من جرائم الدعارة لابد أن يقضى بهذه العقوبة التي تعتبر تكميلية و هذا من أجل تفادي إستغلال هذا المحل في هذه الجريمة من جديد، و قد أيد هذه الفقرة حين نص مشروع المملكة المغربية في الفصل 503-2 من قانون العقوبات في الفقرة الأخيرة على: "... علاوة على ذلك يمكن أن يأمر عند الإقتضاء في الحكم بالإدانة بسحب الترخيص الذي كان يستفيد منه المحكوم عليه كما يجوز أن يحكم بإغلاق المحلات بصفة نهائية أو مؤقتة⁵، و هذا في حال ما إذا كان المجني عليه في جرائم الدعارة قاصرا لم يبلغ 18 سنة، كما أضاف مشروع المملكة المغربية في الفصل 504 من قانون العقوبات أنه: "... في جميع الحالات يجوز الحكم على مرتكبي الجرح المعاقب عليها في هذا الفرع زيادة على ما ذكر بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في الفصل 40 و بالمنع من الإقامة من 5 إلى 10 سنوات⁶.

و يقصد المشروع هنا بأنه إضافة إلى كل هذه العقوبات المنصوص عليها في جرائم الدعارة على إطلاقها يمكن حرمان المجني عليه من حق من حقوقه المدنية أو الوطنية أو العائلية لمدة تتراوح بين السنة و العشر سنوات و مثالها: عزل المحكوم عليه و طرده من جميع الوظائف الحكومية و كل الخدمات و الأعمال العمومية، و حرمانه من أن يكون ناخبا أو منتخبا و حرمانه بصفة عامة من سائر الحقوق الوطنية و السياسية و من حق التحلي بأي وسام، و عدم الأهلية للقيام بمهمة عضو محلف، أو

¹. أوهابيبية (عبد الله): قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 176 إلى 383.

². يقصد المشروع التونسي - بالفصول المذكورة - الفصل 232 و 233 و 234 من مجلته الجزائرية و التي جاءت تحت الفرع 3 الذي جاء بعنوان

"في التحريض على فعل الخناء" ... المجلة الجزائرية التونسية، مرجع سابق، ص 74.

³. أنظر... أوهابيبية (عبد الله): مرجع سابق، ص 379.

⁴. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، مرجع سابق، ص 162.

⁵. المرجع نفسه، ص 164.

⁶. مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، المرجع نفسه، ص 164.

خبير و عدم الأهلية لأداء الشهادة في أي رسم من الرسوم، أو الشهادة أمام القضاء إلا على سبيل الإخبار فقط، و عدم أهلية المحكوم عليه لأن يكون وصيا أو مشرفا على غير أولاده، و الحرمان من حق حمل السلاح و من الخدمة في الجيش و القيام بالتعليم أو إدارة مدرسة أو العمل في مؤسسة للتعليم كأستاذ أو مدرس أو مراقب¹.

أما **المشرع الليبي** فلم ينص على هذا النوع من العقوبات على عكس نظيره **الموريتاني** الذي نص عليها في الفقرة 2 من المادة 313 من قانون العقوبات الموريتاني بقوله: "... و في جميع الحالات يمكن علاوة على ذلك أن يمنع الجناة في الحكم أو القرار من الإقامة لمدة سنتين إلى خمس سنوات كما تحجز و تصدر الأموال المنقولة و المستعملة بصفة مباشرة أو غير مباشرة لإرتكاب الجناة مهما يكن مالكها..."، و هنا نجد أن المشرع الموريتاني قد جعل الحرمان من هذه الحقوق عقوبة إضافية فيما يتعلق بجرائم الدعارة المنصوص عليها في هذه المادة و لم يكتف بذلك بل ذهب إلى أبعد منه حين حرم مرتكبي جرائم الدعارة على تفصيلها من جملة الحقوق الوطنية و العائلية و المدنية² لمدة سنتين على الأقل إلى عشرين سنة على الأكثر ابتداء من تاريخ إنتهاء العقوبة و من أن يكون مرتكب جرائم الدعارة قيما أو وصيا و إمكانية سحب جواز السفر و تعليق رخصة السياقة لمدة أقصاها 3 سنوات مع إمكانية مضاعفة هذه المدة في حالة العود³، كما أنه منع الشخص المحكوم عليه بالحبس بمناسبة إرتكاب جريمة من جرائم الدعارة أن يظهر في منطقة إدارية أو أكثر تكون قد إرتكبت فيها الوقائع في مدة مساوية لضعف عقوبة الحبس.

و عموما يمكن الوصول إلى القول أن غالبية تشريعات المغرب العربي (عدا المشرع الليبي) إتفقت في إقرار العقوبات التي تتعلق بحرمان المدان بجريمة من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة لخطورة هذه الجرائم من جهة، و لقناعة المشرع بضرورة فرض هذا النوع من العقوبات كجزاء عن هذه الأفعال من جهة أخرى، لأنه إن لم يقم بذلك مثل غلق محل فتح لممارسة البغاء، أو لم يمنع شخص إرتكب جريمة الفاحشة بين المحارم من ممارسة حقوقه العائلية فإن بقاء جملة هذه الحقوق قد يفتح مستقبلا الباب لإعادة إرتكاب هذا النوع من الجرائم، و لكن لا نجد إجماعا عن نفس المنع من ممارسة هذه الحقوق و لا مدة المنع و بالتالي تضاف إختلافات أخرى بين آراء تشريعات المغرب العربي.

ثانيا: تفرد المشرع الموريتاني بالنص على التغريب.

¹ أنظر... الفصول 40 و 26 من مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، المرجع نفسه، ص 14 و 18.

² و هي التصويت و الترشح و الإنتخاب، و أن يكون محلفا أو موظفا عموميا أو مستخدما في الإدارة، أو يمارس هذه الوظائف أو الخدمات، و حمل الأسلحة و التصويت و الإقتراع و أن يكون وصيا أو قيما على غير أولاده و بشرط أخذ رأي العائلة، و أن يكون خبيرا أو شاهدا في العقوبة و أن يشهد في المحاكم إلا على سبيل الإستئناف... المادة 36 من قانون العقوبات الموريتاني... الأمر القانوني رقم 162 - 83 بتاريخ 09 يوليو 1983 م، مرجع سابق.

³ المادة 314 فقرة 2 من قانون العقوبات الموريتاني.

لقد جاء في المادة 307 من قانون العقوبات الموريتاني السابق ذكره أن المدان بجريمة الزنا إذا كان بكرا يحد بالجلد إضافة إلى التغريب سنة، و قد نص صراحة في نفس المادة بأن المرأة لا تغرب و معنى هذا أنه يبعد الزاني بموجب حكم قضائي عن مكان سكنه و لكن لم ينص على هذا صراحة. و بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية و بالنسبة للرجل البكر إذا ثبتت عليه تهمة الزنا فقد ورد في الأثر بأنه بعد أن يجلد يغرب سنة، و قد ورد عن رسول الله صلى الله عليه و سلم : "البكر بالبكر جلد مائة و تغريب عام"¹.

و الحقيقة أن هذا الحديث غير متفق عليه بين الفقهاء و لذلك اختلفوا حيال هذه العقوبة فأبوا حنيفة و أصحابه يرون أن الحديث منسوخ أو غير مشهور، فأبو حنيفة و أصحابه يرون أن الحديث منسوخ أو غير مشهور و إذا اعترفوا بالتغريب فإنما يعترفون به على أنه تعزير لا حد يجوز الحكم به إذا رآه الإمام أما الإمام مالك فيرى أن التغريب حدا يجب على كل زان محصن، و يرى القائلون بالتغريب أن يغرب الزاني من بلده الذي زنا فيه، إلى بلد آخر داخل حدود دار الإسلام على ألا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر، و يرى الإمام مالك أن يسجن في البلدة التي يغرب إليها، و يرى الإمام الشافعي أن يراقب في البلدة التي يغرب إليها و لا يحبس إلا إذا خيف هربه و رجوعه إلى بلدته فيحبس، أما الإمام أحمد ابن حنبل فيرى أنه لا يحبس المغرب².

و قد ذهب التشريع الموريتاني في هذا مذهب الإمام مالك رحمه الله، و هو الذي يرى أن التغريب حدا واجبا على الرجل دون المرأة، و هذا إلى بلد غير الذي زنا فيه داخل حدود دار الإسلام، على ألا تقل المسافة بين البلدين عن مسافة القصر، و يرى مالك أن يسجن الزاني في البلدة التي يغرب إليها³. و التغريب يعتبر عقوبة تكميلية بالنسب لعقوبة الجلد، و له علتان هما: التمهيد لنسيان الجريمة بأسرع وقت و هذا يقتضي إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة، و الثانية هي أن إبعاد المجرم عن مسرح الجريمة يجنبه مضايقات كثيرة لا بد و أن يلقاها إذا لم يبعد و قد تصل هذه المضايقات إلى حد قطع الرزق، و قد لا تزيد على حد الإهانة و التعيير فالإبعاد يهيء للجاني أن يحيا حياة كريمة⁴.

الفقرة الثانية:

العقوبات الماسة بالحقوق غير المالية و جسامة جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.
إن العقوبات الماسة بالحقوق غير المالية لمدان بجريمة من جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغربية، لا يمكن في الحقيقة إطلاق تقدير جازم حولها ما لم نقدر العقوبة الأصلية التي سبقتها، و الحقيقة أن تقدير العقوبة الأصلية سواء في جنابة أو جنحة عن جرائم العرض و إنتهاك الآداب

¹. أنظر... محمود خليل (أحمد): مرجع سابق، ص 41.

². أنظر... عودة (عبد القادر): التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي الجزء 1، مرجع سابق، ص 639 و 640.

³. أنظر... محمود خليل (أحمد): مرجع سابق، ص 41، 24.

⁴. محمود خليل (أحمد): مرجع سابق، ص 42، عودة (عبد القادر): مرجع سابق، ص 640.

العامّة مقدرة في التشريعات المغاربية أو حتى في الجرائم التي سميت في بعض هذه التشريعات بالحدود لا يتسنى إلا بالرجوع إلى الأساس التجريمي و الأساس العقابي و مدى فاعلية هذه العقوبات في صد هذه الجرائم، و بالتالي سوف تكون العقوبة الماسة بالحقوق المالية و غير المالية فعالة في حالة واحدة إذا كان عقاب المقدر أصلا فعال كما رأينا سابقا.

فإتجاه بعض التشريعات المغاربية إلى إتباع الأساس الغربي في النظر إلى هذه الجرائم و الذي ينظر إليها من زاوية مختلفة عن الزاوية التي ترى منها الشريعة الإسلامية هذه الأخيرة أدى إلى تلطيف أغلب العقوبات و حتى التي جاءت في بعض الدول التي سايرت أحكام الشريعة الإسلامية قد مس جزء منها هذا التلطيف، و مثاله إحجام المشرع الليبي عن سن عقوبة الرجم للزاني المحصن، و هذ التلطيف و التخفيف من العقوبة الأصلية لا يعتبر رادعا في نظرنا و لا تعتبر معه العقوبات الإضافية سواء المالية أو غير المالية رادعة، فقد يكون مرتكب هذه الجرائم ميسور الحال فلا تؤثر فيه الأحكام بالغرامات المالية التي سبق و ذكرناها، و قد يكون المجرم أيضا على قدر من الخطورة التي لا تهمة معها الحرمان من الحقوق على إجمالها فهو لا يأبه بمركزه الإجتماعي و لا العائلي و لا الوظيفي و لا شيء... و بالتالي فعن أي دور للحرمان من الحقوق نتكلم عنه في مواجهة هذه النوع من الجرائم التي تسيره الغريزة غير السوية في البشر، و التي لا بد لصدده التمسك بالأخلاق السوية لردعها.

الخاتمة:

لقد حاولت هذه الدراسة بحث مشكلة جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في تشريعات المغرب العربي، و قد إتضح من سياق التحليل و المقارنة بين النصوص القانونية لهذه الدول، أن هذه التشريعات تتخبط بين تيارات عديدة من أجل محاولة التصدي لهذه الجرائم و قد قيدت كل منها نفسها بإطار قانوني تتظر من خلاله لهذه الجرائم.

و قد وصلنا إلى جملة من النتائج أتبعناها بإقتراحات عديدة هي:

* بالنسبة لجريمة الزنا نجد أن من التشريعات المغاربية من جرم الخيانة الزوجية كالتشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية و التشريع التونسي و هناك من جرمها تحت تسمية الزنا فلم يشترط ركن قيام الزوجية شرطا لقيام جريمة الزنا، و نعني بذلك كل من التشريع الليبي و الموريتاني، فهما جعلتا من كل علاقة تمارس خارج إطار الزواج الصحيح من قبيل الزنا.

و قد إنفرد تشريع المملكة المغربية بالنص على جريمة الفساد و هو زنا غير المتزوجين، و جعله كجريمة قائمة بذاتها، و هو بهذا جعل له تصور مختلف عن كل من إتجاهي التشريعات المغاربية، و من جهة أخرى هو يقول أن هذا الفعل يعتبر أقل خطورة من الخيانة الزوجية، و هذا يعتبر غير صائبا خصوصا و أن هذا الأخير يشترك مع الخيانة الزوجية في أهم علة و هي إختلاط الأنساب. ثم إنه هناك إشكال مهم و هو في حال ما إذا كان أحد أطراف علاقة الفساد متزوجا هل يعاقب بعقوبة الخيانة الزوجية أم يعتبر شريكا في جريمة الفساد و بالتالي يفلت من عقوبة الخيانة الزوجية خصوصا في ظل صعوبة إثبات جريمة الفساد.

و هنا كان على التشريعات المغاربية (الجزائر، تونس و المملكة المغربية)، تجريم الفعل أنطلاقا من كونه ماسا بالأخلاق في حد ذاته، و عدم جعل ركن الزوجية سوى ظرف مشدد للعقوبة و الإقتداء بما ورد في الشرع.

* كما أن التشريعات المغاربية لم تتظر بنفس النظرة لما يسمى بالتلقيح الصناعي، فنجد أن التشريع الليبي هو فقط من ضبطه بجعله جريمة قائمة بذاتها خصوصا و أنه هناك إشكال إن كان يعتبر من الزنا

أم لا لأنه يتحد معه في العلة و هي إختلاط الأنساب إن كان خارج الضوابط المحددة شرعا و قانونا، و كان الأولى التصدي لهذه المستجدات لكي لا يقع اللبس و إكسابها الطابع الجزائي في حالة التعدي على الضوابط الشرعية و القانونية.

* إن جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم تعتبر جريمة منصوص عليها صراحة في التشريع الجزائري فقط، و إن كنا لا نعتب على التشريعين الليبي و الموريتاني الذين في الغالب قد عداها من قبيل الزنا المجرم في نصوصهما الجزائية، دون شرط أو قيد و بالتالي إن إرتكب فعل الوطء بين المحارم يعتبر من قبيل الزنا، و نجد أيضا أن التشريعين الليبي و الموريتاني قد جعلوا من الفعل المرتكب دون الوطء من قبيل الأفعال الماسة بالأخلاق الحميدة (التشريع الموريتاني)، و أيضا أن هذا الأخير و الليبي قد أحالا ما لا يوجد فيه نص إلى أحكام الشريعة، و لكن بتفحص أحكام التشريع التونسي و تشريع المملكة المغربية نجد أنهما جعلاه فقط من ظروف التشديد للإغتصاب أو هتك اعرض أو الفعل العلني المخل بالحياء، و هما بهذا أسقطا خصوصية هذا الجرم الذي يمس بالأعلاقات الأسرية كالأبوة و البنوة ... و الذي يجب أن يغلظ فيه العقاب.

* و بالنسبة لجريمة الشذوذ الجنسي نجد أن التشريعات المغاربية (تونس، الجزائر، المملكة المغربية) ذهبت إلى تجريم صورتين فقط من صور الشذوذ الجنسي، و هما اللواط و المساحقة و حتى أنه نجد أن التشريع الجزائري قد ذهب إلى تجريم اللواط دون المساحقة، أما التشريع الليبي و الموريتاني فقد سكتا عن تجريم هذين الصورتين و غيرهما من أفعال الشذوذ الجنسي، و لكن بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تجرم و تعاقب على جريمة الزنا نجد أن المشرع الموريتاني جعل عقوبة اللواط و المساحقة نفس عقوبة الزنا ما يرجح أنه جعله من قبيل الزنا في درجة الخطورة و كذا العقوبة، و كذلك المشرع الليبي قال في نص المادة 408: " كل من واقع إنسانا برضاه ..."، جعل أن الإنسان قد يكون ذكرا أو أنثى و هو يضم اللواط، و الراجح أنه قد جعله من قبيل الزنا (في درجة الخطورة)، و لو أنه كان من الأولى أن تجرم هذه الأفعال منفردة و بوضوح، و من جهة ثانية تجريم باقي الأفعال الأخرى التي تعتبر من قبيل الشذوذ و التي سكتت عنها هذه التشريعات لكي لا يفلت مرتكبها من العقاب، تحت طائلة القول أنه لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص.

* كما أن التشريعات المغاربية مثل الجزائر و تونس و المملكة المغربية قد من الإعتداء على الأخلاق الحميدة جريمة، و الحقيقة أن الإعتداد بهذه الجريمة يجعلنا من جهة نقول أن هذه النصوص القانونية حققت فقرة نوعية خصوصا في ظل تطور صور هذه الجرائم و إستحداثها و إتساع التعامل بكل ما هو إباضي، إلا أن هذه الجريمة قد ضيقت من ماهية الأخلاق الحميدة و كأن باقي جرائم العرض الأخرى لا تمس بالأخلاق و هذه هي الصورة السلبية لهذه الجريمة.

* أما بالنسبة لجريمة البغاء و التي تشمل على عدة صور فنجد أن التشريعات المغاربية قد جرمت التحريض على البغاء و ما في حكمه، و إن كان سكوت التشريع الليبي و الموريتاني عن تجريم دعارة

المرأة فلأنهما عدا هذا الفعل من قبيل جريمة الزنا و هو معاقب عليه في هذين القانونين، و لكن سكوت التشريع الجزائري و التونسي و تشريع المملكة المغربية عن تجريم دعارة المرأة فيه الكثير من الغموض و كان من الأولى أن يجرمها لا أن يسكت عليها خصوصا أن الدعارة هي ممارسة المرأة الزنا بإرادتها و بمقابل، و لكن نجد أن التشريعات المغربية قد أصابت حين جرمت صور التحريض على البغاء و القوادة و السياحة الجنسية بالنسبة لتشريع المملكة المغربية، نظرا لخطورتها و لإكتسابها البعد الدولي و العابر للحدود ما يجعلها من الجرائم الماسة بالنظام العام للدول.

* أما بالنسبة لجريمة الإغتصاب فأول ما نلاحظه هو إختلاف النظرة لها من التشريعات المغربية سواء من حيث التسمية أو من حيث الضبط فنجد أن المشرع الجزائري قد وقع في لبس و في الخلط بينها و بين هناك العرض في التسمية، و الحقيقة أن ما ذهب إليه المشرع الموريتاني من جعل الإغتصاب من قبيل الزنا و شدد في العقوبة بإضافة الأشغال الشاقة، هو الأصوب نظرا للضرر الكبير الذي يصيب المجني عليها و الذي يمتد طوال حياتها و كذلك الضرر الكبير الحاصل للمجتمع خصوصا إذا نتج عن الجريمة مولود.

* و بالنسبة لجريمة هناك العرض فأول ما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري قد وقع في خلط بين مفهوم هناك العرض و الفعل العلني المخل بالحياء، و كان الأولى ضبط المفاهيم التي لها الأثر الكبير على تكييف الوقائع، و كذلك نجد أيضا إختلاف في تسمية هذا الفعل و قد ذهب المشرع التونسي إلى تسميته "بفعل الفاحشة"، أما ما يسجل هنا فهو عدم نص المشرع الموريتاني عل هذه الجريمة و كان من الأولى ذلك لكي لا يفلت مرتكب هذا الفعل من العقوبة.

* و نجد أن أهم ما يستنتج من تفحص النصوص التي تجرم الفعل المخل بالحياء نجد أن التشريعات المغربية قد إجتمعت على تجريم الفعل و هو ذو طابع علني ما يجعل من العلنية أحد اهم ما يميز هذا الفعل و لكن نجد أن المشرع الموريتاني قد سكت عن تجريم هذا الفعل و إن كان في نصوصه ما يجرم كل ما يمس بالأخلاق الحميدة عموما إلا أن هذا لا يعتبر كافيا خصوصا في ظل القول بأنه لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص و هذا مراعاة لثلاث يفلت مرتكب الفعل من العقاب، كما أنه كان من الأولى تجريم الفعل بغض النظر عن كونه علنيا و جعل الفعل العلني أحد الصور لكي يدخل في إطاره أي فعل يرتكب و ذلك بصورة غير علنية مع مراعاة ألا يمس ذلك بخصوصيات الناس.

* و أما بالنسبة لجريمة التحرش الجنسي فنجد أن كل من تشريعات الجزائر و تونس و المملكة المغربية قد جرمتها، و لكن إختلفت في طبيعة هذا التجريم لأننا نجد أن التشريع التونسي قد جرّمه على إطلاقه دون إشتراط علاقة الرئيس بالمرؤوس على عكس نظيره هذا من جهة و من جهة أخرى نجد أن المشرع الليبي و الموريتاني قد سكتا عن تجريمه و كان من الأولى أن يجرماه نظرا لشيوعه خصوصا في أوساط العمل و حتى خارجه و أن يجرم على إطلاقه بغض النظر عن جنس المتحرش به و كذا بغض النظر عن وجود العلاقة بين العامل و رب العمل.

* و أما بالنسبة لجريمة تحريض القصر على الفسق و الدعارة فنجد أن التشريع الجزائري قد جرم هذا الفعل تحت تسمية تحريض القصر على الفسق و الدعارة و بهذا يكون قد تميز عن كل من التشريع التونسي و الليبي الذين إشتراكا في تجريم تحريض القاصر على الفسق فقط و قد كان لهذا التوجه من المشرع الجزائري ما فيه من الحرص على القاصر و محاولة إبعاده عن أي خطر محقق و ما يتبعه من محاولات إستغلاله، و أما ما توجه به تشريع المملكة المغربية و التشريع الموريتاني الذين لم يتطرقا إلى هذه الجريمة فلأنهما قد جعلتا من أي إعتداء على القاصر بأي صورة من الصور ظرفا مشددا لباقي الجرائم المرتكبة عليه.

* و أما من الناحية الإجرائية فنجد أن المشرع التونسي و الجزائري و مشرع المملكة المغربية قد حاولوا تقييد تحريك الدعوى العمومية في جريمة الزنا و هذا ما يعتبر أهم خصوصيات الإجراءات التي تصدت بها التشريعات المغاربية لهذه الجرائم، و قد فتحت بهذا الباب واسعا أمام الإعتداء على الأخلاق فتقييد الدعوى العمومية على شكوى فيه إمكانية هروب الجاني من العقاب خصوصا في ظل مسامحة الزوج المعني لهذا الأخير أو سكوته عن رفع الدعوى، و هذا ما يعتبر مساسا بالأخلاق و القيم.

* أما من ناحية الإثبات لهذه الجرائم فنجد أن البعض من هذه الدول قد قيدت إثبات بعض الجرائم بوسائل إثبات معينة مثل التشريع الجزائري و تشريع المملكة المغربية، و لكنها إختلفت مع التشريع الموريتاني و الليبي الذين و إن إعتدا بوسائل قانونية معينة إلا أنه سجل الإختلاف الكبير سواء فيما بينهما أو مع التشريعين السابقين، كما أن المشرع الموريتاني إنفرد بجعل وسائل الإثبات القانونية لجريمة الشذوذ الجنسي أيضا، و التشريع الليبي قد تمادى في تعداد الوسائل القانونية و كان من الأولى ألا يفعل ذلك، كما أن المشرع التونسي قد سكت عن تعداد و ذكر الوسائل القانونية و هذا عكس ما كان متوقعا بأن يحدو حدو التشريعين الجزائري و تشريع المملكة المغربية، و قد كان من الأولى جعل الإقتداء بمبادئ الشرع خصوصا في الجرائم الحدية و على رأسها الزنا.

* أما من ناحية العقوبات فنجد أن العقوبات التي أقرتها التشريعات المغاربية متباينة كثيرا حتى بالنسبة للعقوبات التي تخص نفس الجرائم، كما أن هذه العقوبات قد تراوحت بين السجن و الحبس و الغرامات المالية، و حتى بالنسبة للتشريعين الذين قد فرضا عقوبات حدية لم يثبت من الناحية الواقعية أن القاضي الموريتاني قد طبق عقوبة الرجم بالنسبة للزاني المحصن، كما ان المشرع الليبي قد سكت أصلا عن النص على عقوبة الرجم و إكتفى بذكر عقوبة الجلد، و هذا لا يعتبر سوى إقتداء بالأصوات الدولية التي تناهض ما تسميه بالعقوبات القاسية و على رأسها الإعدام.

و بهذا يمكن القول أن هذه التشريعات قد أخفقت في الحد من هذه الجرائم، و ليس هناك ما هو أسهل من إثبات هذا القول على صعيد الواقع الإجتماعي الذي تعيشه هذه الدول كما سبق القول، فقد سجلت إرتفاعا كبيرا في تنامي هذه الجرائم و تطورها بسبب العديد من العوامل و المعطيات التي غيرت نظرة شباب المغرب العربي و صغار السن حاليا لمفهوم الجنس و السلوك الجنسي، فهي لم تعد تلك النظرة

التي كان عليها الآباء و الأجداد فقد تأثرت بعاملين أساسيين، أولهما ما ترتب على التنمية و التحديث من مشاكل إجتماعية مثل الهجرة الريفية إلى المدن و الفقر و البطالة و أزمة السكن في هذه الدول و نمو الأحياء الفقيرة و المهمشة في ضواحي المدن، و تفاوت المستوى المعيشي بين طبقات المجتمع الواحد و إنكماش الطبقة الوسطى في هذه الدول، و كذا تأثر نظرة شباب المغرب العربي بمفهوم الثقافة الغربية و الحياة الجنسية، و ذلك من خلال الإتصال الثقافي و السياحي و التعليم في الخارج و الإنبهار بالثقافة الغربية و الأهم من ذلك قلة التمسك بمبادئ و قيم الدين الإسلامي الحنيف، و الإنفتاح الذي عرفته دول المغرب العربي على وسائل و تكنولوجيات غير مضبوطة و غير مراقبة تحت على الإنحطاط و الرذيلة. و بناء عليه كان من الواجب على القائمين بالتشريع إعادة النظر في النصوص التشريعية، التجريبية منها و العقابية، التي أثبتت فشلها في التصدي لجرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، بالوقوف على معطيات أفراد المجتمع و أسباب إنهياره و آثار هذه النصوص العقابية، و لا يتأتى هذا إلا بإتخاذ كل الجهود على صعيد هذه الدول بالعمل على الإبتعاد عن الأفكار و السياسات الغربية الهدامة. و لا يكفي هذا أيضا، بل لابد من الإهتمام بإعادة النظر في المناهج التربوية لشباب المغرب العربي فيترى وفق المبادئ السامية، كما يجب أن تتكافل جهود هذه الدول لمكافحة هذه الجرائم ليس فقط بعلاج الآثار و النتائج و الأعراض التي هي مؤقتة، و إنما نقترح أن تتوجه هذه الجهود إلى أصولها و بدء تكوين تلك الأسباب التي تعتبر هي المسؤولة عن كل أنواع الإنحرافات الجنسية، و ذلك بتحسين الظروف الإجتماعية و الإقتصادية إضافة إلى تحسين ظروف الصحة النفسية و العقلية، و الرقي بالحياة الثقافية كأداة علاجية، و محاولة رسم خطة مغاربية مشتركة لتبادل المعلومات حول جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة، تمهيدا لوضع خطط مشتركة لمواجهتها مثل تبادل المعلومات حول تنقل البغايا و العاهرات و القوادين و تجار الجنس من بلد لآخر من بلدان المغرب العربي، مع إحتفاظ كل بلد بما يراه مناسباً وفقاً لخصوصياته.

إن الإكثار من الدراسات و البحوث العلمية حول هذه الجرائم على أن تأخذ مسارات متعددة و متكاملة كدراسة الأبعاد الإجتماعية و الإقتصادية لجرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة و دراسة الفوارق الريفية و الحضرية لهذه الجرائم، و كذلك دراسة الأبعاد الثقافية و النفسية و الدراسات التي تهتم بتطوير أساليب القضاء على هذه الظواهر و كيفية معالجتها و طرق الوقاية منها و دور الإعلام في إستئصالها و العمل على تبادل المعلومات و الخبرات داخل دول المغرب العربي في مجال مكافحة و التصدي لهذه الجرائم مما يتطلب تضافر الجهود و تكاملها في جميع الأصعدة و على جميع المستويات، مع إعادة كل الضوابط وفق معايير شرعية.

تم بعون الله و حمده

قائمة المراجع:

القرآن الكريم.

أولاً: المعاجم و القواميس.

- 1- إبن بكر ابن منظور (محمد): لسان العرب، الجزء 1، بيروت، دار بيروت للطباعة و النشر، 1997 م.
- 2- إبن هادية (علي)، و آخرون : القاموس الجديد للطلاب، الطبعة الأولى، تونس، الشركة التونسية للتوزيع 1979 م.
- 3- البستاني (بطرس): قطر المحيط، لبنان، مكتبة لبنان، 1896 م.
- 4- المنجد في اللغة العربية المعاصرة: الطبعة 1، بيروت، دار المشرق، 2000 م.
- 5- صليبيا (جميل): المعجم الفلسفي للألفاظ العربية و الفرنسية، و الإنجليزية و اللاتينية، لبنان دار الكتاب اللبناني، (دون سنة نشر).
- 6- محمد بن يعقوب الفيروز أبادي (محي الدين) : القاموس المحيط، الطبعة 6، (دون مكان نشر) مؤسسة الرسالة، 1958 م.
- 7- مسعود (حبران): معجم الرائد، الطبعة الأولى، بيروت، دار العلم للملايين، 1964 م.
- 8- معجم القانون: مجامع اللغة العربية، مصر الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية 1999 م.
- 9- منجد الطلاب: الطبعة 20، لبنان، المكتبة الشرقية، 1941 م.

ثانياً: المراجع باللغة العربية.

1 - الكتب.

أ - الكتب العامة.

- 1- أبو صفية (فخري): الإكراه في الشريعة الإسلامية (دون طبعة)، الجزائر، شركة شهاب للنشر و التوزيع 1982 م.
- 2- أحمد شحاتة (محمد) : الإعدام في ميزان الشريعة و القانون و أحكام القضاء، (دون طبعة) الإسكندرية، الكتب الجامعي الحديث، (دون سنة نشر).

- 3- أحمد ضو الترهوني (محمد) : حجية القرائن في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي- دراسة مقارنة في ضوء القضاء و الفقه - الطبعة 1، بنغازي، منشورات قار يونس، 1993 م.
- 4- أحمد طه محمود (محمود): الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية -دراسة مقارنة- الرياض، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، 2003 م.
- 5- أعمرة (المختار): الوجيز في الأحكام العامة للقانون الجنائي -الجريمة - الطبعة 1، الرباط، مطبعة سلا، 2010 م.
- 6- الأحمر (عصام): * مجلة الأحوال الشخصية، (دون طبعة)، تونس، مركز الدراسات القانونية و القضائية، 2012 م.
- 7- * فقه قضاء الدوائر المجتمعة، الطبعة 2، تونس، مركز الدراسات القانونية، و القضائية، 2011 م.
- 8- البقيرات (عبد القادر): مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، الطبعة 1، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004 م.
- 9- الخمليشي (أحمد): القانون الجنائي، القسم الخاص، الجزء 2، الطبعة 2، الرباط، مكتبة المعارف 1986 م.
- 10- الديناصوري (عزالدين)، الشواربي (عبد الحميد): المسؤولية الجنائية في قانون العقوبات و الإجراءات الجنائية، (دون طبعة)، مصر، دار المطبوعات الجامعية، 1993 م.
- 11- الفاصي (علال): مقاصد الشريعة الإسلامية و مكارمها، (دون طبعة)، الرباط، (دون دار نشر) 1963 م.
- 12- الهادي بن عبد الله (محمد) : جرائم الإعتداء على الأشخاص و على الأموال من خلال فقه القضاء التونسي، (دون طبعة)، تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، (دون سنة نشر).
- 13- المحمدي بواوي (حسنين): الوسائل العلمية الحديثة في الإثبات الجنائي، (دون طبعة) الإسكندرية منشأة المعارف، 2005 م.
- 14- أوهايبيبة (عبد الله): * قانون الإجراءات الجزائية الجزائري - التحري و التحقيق - الطبعة 6 الجزائر، دار هومة، 2006 م.
- 15- بلمحجوب (إدريس): الإجتهد القضائي في مجموعة القانون الجنائي، طبعة 1، الرباط (دون دار نشر)، 1992 م.
- 16- بن أبي بكر مسعود الكاساني (علاء الدين): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء 7، الطبعة 2، بيروت، دار الكتب العلمية، 1986م.
- 17- بن جعفر (مصطفى): القانون الجنائي التونسي، (دون طبعة)، القسم العام، تونس، (دون دار نشر)، 2009 م.

- 18- **بن حدو (عبد السلام):** الوجيز في شرح المسطرة الجنائية المغربية، الطبعة 1، الدار البيضاء منشورات إيزيس، 1993 م.
- 19- **بن محمود (فاطمة الزهراء):** المنظومة القانونية لحقوق الطفل، (دون طبعة)، تونس، مركز الدراسات القانونية و القضائية، 2007 م.
- 20- **يوحوش (عمر):** المفيد في الإجتهد القضائي الجديد، الطبعة 1، الرباط، دار السلام، 2004 م.
- 21- **بوسقيبة (أحسن):** الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء 1، الطبعة 12، الجزائر، دار هومة، 2010 م.
- 22- **حسام الدين الأحمد (وسيم):** حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و الإتفاقيات الدولية، (دون طبعة)، تونس، منشورات الحلبي الحقوقية (دون سنة نشر).
- 23- **حسن الشرفي (علي):** تجريم الإتجار بالنساء و إستغلالهن في القوانين و الإتفاقيات الدولية (دون طبعة)، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2005 م.
- 24- **خليل محمود (ضاري):** الوجيز في شرح قانون العقوبات - القسم العام - (دون طبعة)، بغداد، دار القادسية للطباعة، 1992 م.
- 25- **خماخم (رضا):** * المجلة الجزائرية معلقا عليها في ضوء أحدث القوانين و مثرأة بفقهي القانون و القضاء، الطبعة 4، تونس، (دون دار نشر)، 2007 م.
- 26- * تطور العقوبات في القانون الجزائري التونسي، (دون طبعة)، تونس، منشورات مركز الدراسات القانونية و القضائية، 2006 م.
- 27- **يردوس (مكي):** القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، الجزء 2، (دون طبعة) قسنطينة ديوان المطبوعات الجامعية، 2007 م.
- 28- **راشد (علي):** القانون الجنائي المدخل و الأصول و النظرية العامة، الطبعة 2، القاهرة، دار النهضة العربية، 1974 م.
- 29- **رحماني (منصور):** * الوجيز في القانون الجنائي العام، (دون طبعة)، الجزائر، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2006 م.
- 30- * علم الإجرام و السياسة الجنائية، (دون طبعة)، الجزائر، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2006 م.
- 31- **رشيد عبود (عبود):** القانون الجنائي مع النص الكامل للمجموعة الجنائية، الطبعة 1، الرباط مكتبة المعارف، 1963 م.
- 32- **ريبولط (أودولف):** القانون الجنائي في شروح، (دون طبعة)، المملكة المغربية، منشورات جمعية تنمية البحوث و الدراسات القانونية، 1990 م.
- 33- **زيدة (مسعود):** القرائن القضائية، (دون طبعة)، الجزائر، موفم للنشر و التوزيع، 2001 م.

- 34- سعادي (محمد): حقوق الإنسان، طبعة 1، الجزائر، دار ربحانة، 2007 م.
- 35- سليمان الزغاليل (أحمد): الإتجار بالنساء و الأطفال، (دون طبعة)، الرياض، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1999 م.
- 36- شحط عبد القادر (العربي)، صقر (نبيل): الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه و الإجتهد القضائي، (دون طبعة)، الجزائر، دار الهدى، (دون سنة نشر).
- 37- شعبان (زكي الدين): أصول الفقه الإسلامي، الطبعة 6، ليبيا، منشورات جامعة قار يونس، 1995 م.
- 38- عبد التواب (معوض)، سينوت دوس (حليم): الطب الشرعي و التحقيق الجنائي و الأدلة الجنائية الطبعة 2، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1999 م.
- 39- عبد الحميد نبيه (نسرین): الجريمة المستحيلة، الطبعة 1، الإسكندرية، دار الوفاء للطباعة و النشر، 2008 م.
- 40- عبد الرزاق الحديثي (فخري)، حميد الزعبي (خالد): الموسوعة الجنائية، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة 1، الأردن، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2009 م.
- 41- عبد القادر القهوجي (علي): شرح قانون العقوبات - القسم العام - الكتاب 2، الإسكندرية، (دون دار نشر)، 1998 م.
- 42- عبد القوي السيد الشافعي (يونس): الجريمة و العقاب في الفقه الإسلامي، الطبعة 1، بيروت دار الكتاب العلمية، 2002 م.
- 43- عبد الكريم الغازي (إبراهيم): تاريخ القانون في وادي الرافدين، (دون طبعة)، القاهرة، (دون دار نشر)، 1963 م.
- 44- عبد الكريم محمود (سامي): الجزء الجنائي، الطبعة 1، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية 2010 م.
- 45- عبد الله الشادلي (فتوح): جرائم الإعتداء على الأشخاص و الأموال، (دون طبعة) الإسكندرية دار المطبوعات الجامعية، 2002 م.
- 46- عبد الله (سليمان): شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الجزء 1، الطبعة 6، الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية، 2005 م.
- 47- عبد الله محمدن (محمد): تجريم الإتجار بالنساء و إستغلالهن في الشريعة الإسلامية (دون طبعة)، الرياض، جامعة نايف للعلوم الأمنية، 2005 م.
- 48- عبد المطلب (إيهاب)، صبحي (سمير): الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح القانون الجنائي المغربي في ضوء فقه و أحكام المجلس الأعلى المغربي و محكمة النقض المصرية، المجلد 3، الطبعة 1، (دون مكان نشر)، المركز القومي للإصدارات القانونية 2011 م.

- 49- عبد المطالب حسن (شحاتة): حجية الدليل المادي في الإثبات في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، (دون طبعة)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005 م.
- 50- عبد المهيمن (بكر): القسم الخاص من قانون العقوبات (دون طبعة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1977 م.
- 51- عبد المنعم (سليمان): مبادئ علم الجزاء الجنائي، (دون طبعة)، الإسكندرية، (دون دار نشر) 2002 م.
- 52- عبد الواحد وافي (علي): الأسرة و المجتمع، الطبعة 7، مصر، دار النهضة للطباعة و النشر 1977 م.
- 53- عتلم (شريف)، ماهر عبد الواحد (محمد): موسوعة إتفاقيات القانون الإنساني، الطبعة 6 القاهرة، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 2005 م.
- 54- علي أعبودة (الكوني): أساسيات القانون الوضعي الليبي- المدخل إلى علم القانون- الطبعة 2 ليبيا، المركز القومي للبحوث و الدراسات العلمية، 1998 م.
- 55- علي شحرور (حسين): الطب الشرعي مبادئ و حقائق، (دون طبعة)، بيروت، (دون دار نشر) 1999.
- 56- عودة (عبد القادر): التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء 1، الطبعة 2 بيروت، مؤسسة الرسالة، 1986 م.
- 57- صقر (نبيل): الوسيط في جرائم الأشخاص، (دون طبعة)، الجزائر، دار الهدى 2009 م.
- 58- صقر (نبيل)، جميلة (صابر): الأحداث في التشريع الجزائري، (دون طبعة)، الجزائر، دار الهدى 2008 م.
- 59- فتحي سرور (أحمد): *القانون الجنائي الدستوري، الطبعة 2، القاهرة، دار الشروق 1968 م.
- 60- * أصول السياسة الجنائية، (دون طبعة)، القاهرة، دار النهضة العربية 1972 م.
- 61- الشرعية الدستورية و حقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، (دون طبعة) القاهرة، دار النهضة العربية، 1990 م.
- 62- فراج حسين (أحمد): أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، (دون طبعة)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ص 277.
- 63- قطب (سيد): في ظلال القرآن، الجزء 6، (دون طبعة)، (دون مكان نشر)، (دون سنة نشر).
- 64- لطفى السيد (أحمد): الشرعية الإجرائية و حقوق الإنسان، (دون طبعة)، القاهرة، (دون دار نشر) 2004 م.

- 65- محمد عبد العزيز الزيني (محمود): شكوى المجني عليه، و الآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي،(دون طبعة)، مصر (دون دار نشر)، 2004 م.
- 66- معدى الحويقل (معجب): دور الأثر المادي في الإثبات الجنائي، الطبعة 1، الرياض مكتبة الملك فهد الوطنية، 1999 م.
- 67- ملياني بغدادى (مولاي): حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، (دون طبعة)، الجزائر، قصر الكتاب، (دون سنة نشر).
- 68- منجد مصطفى (مضاء): دور البصمة الجينية في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي -دراسة مقارنة - (دون طبعة)، الرياض، مركز الدراسات و البحوث 2007 م.
- 69- نجيب حسني (محمود): النظرية العامة للقصد الجنائي، (دون طبعة)، القاهرة، دار النهضة العربية، (دون سنة نشر).
- 70- نشأت إبراهيم (أكرم): * القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن، (دون طبعة)، بيروت الدار الجامعية، (دون سنة نشر).
- 71- * علم النفس الجنائي، الطبعة 1، الأردن، دار الثقافة، 2009 م.
- 72- نصر الدين (مروك): * محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء 1، الطبعة 3، الجزائر، دارهومه 2009 م.
- 73- * محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء 2، الطبعة 3، الجزائر، دارهومه 2009 م.
- 74- يحياوي (عمر): قانون المسؤولية الدولية، (دون طبعة)، الجزائر، دار هومة، 2009 م.
- ب - الكتب المتخصصة.**
- 1- الأحمدي (عبدالله): قانون جنائي خاص - الجرائم الأخلاقية - (دون طبعة)، تونس، (دون دار نشر)، 1988 م.
- 2- البيغال (سيد): الجرائم المخلة بالأداب فقها و قضاء، (دون طبعة)، بيروت، دار الفكر العربي، 1983 م.
- 3- الحوات (علي): الجرائم الجنسية، الطبعة 1، الرياض، دار الحامد للنشر و التوزيع 2014م.
- 4- الشواربي (عبد الحميد): الجرائم المنافية للأداب العامة، (دون طبعة)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2009 م.
- 5- النواري (عبد الخالق): جريمة الزنا في الشريعة و القانون، الطبعة 1، تونس، (دون دار نشر) 1970 م.
- 6- جبريخ (فتيحة): جرائم الزنا - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري - الطبعة 1 الجزائر، دار التنوير، 2010 م.

- 7- رشاد متولي (محمد): جرائم الإعتداء على العرض في القانون الجزائري و المقارن، الطبعة 2 الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1982 م.
- 8- رشيد أبو حجلة (علي): الحماية الجزائرية للعرض في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - الطبعة 1، الأردن، دار الثقافة، 2001 م.
- 9- زكي أبو عامر (محمد): الحماية الجنائية للعرض في التشريع المعاصر، (دون طبعة)، الإسكندرية الفنية للطباعة و النشر، 1985 م.
- 10- عبد الحميد نبيه (نسرین): الإجرام الجنسي (دون طبعة)، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة 2008 م.
- 11- عبد العزيز (سعد): الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، (دون طبعة)، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، 1982 م.
- 12- عبد الفتاح (حسين): جرائم هتك العرض (دون طبعة)، القاهرة، المكتب الفني للإصدارات القانونية، 2005 م.
- 13- عبد الله أحمد (هلاي): الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الإنحراف الجنسي، دراسة مقارنة (دون طبعة)، القاهرة، دار النهضة العربية، 1996 م.
- 14- عتيق (السيد): جريمة التحرش الجنسي - دراسة جنائية مقارنة - (دون طبعة)، القاهرة، دار النهضة العربية، (دون سنة نشر).
- 15- غالي الذهبي (إدوارد): الجرائم الجنسية، الطبعة 3، القاهرة، دار غريب، 2006 م.
- 16- فودة (عبد الحكم): جرائم العرض في قانون العقوبات (دون طبعة)، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2005 م.
- 17- فتيحة (جبریح): جريمة الزنا - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري - الطبعة 1، الجزائر، دار التنوير، 2010 م.
- 18- محمد بدوي (أحمد): جرائم العرض وفقا للقانون الجنائي المصري و المقارن، و الشريعة الإسلامية، (دون طبعة)، القاهرة، دار سعد سمك للمطبوعات القانونية و الإقتصادية، (دون سنة نشر).
- 19- محمود خليل (أحمد): جريمة الزنا في الشريعتين الإسلامية و المسيحية، و القوانين الوضعية (دون طبعة)، الإسكندرية، منشأة المعارف، 2002 م.
- 20- نعيم شلالا (نزیه): دعاوى التحرش و الإعتداء الجنسي، (دون طبعة)، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، (دون سنة نشر).

2- الرسائل العلمية:

- 1- أجويد (محمد): جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية جامعة محمد الخامس، 1985-1986 م.

2- حافظ نور (أحمد): جريمة الزنا في القانون المصري و المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 1958 م.

3- فاضل (محمد): جريمة الفساد، في القانون الجنائي المغربي، رسالة دكتوراه في العلوم القانونية جامعة محمد الخامس، 1983 م.

4- لنكار (محمود): الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2010 م.

3- المقالات العلمية:

1- الشافعي (محمد): * تجريم الإغتصاب بين الزوجين في القانون الفرنسي، المجلة المغربية للإقتصاد و القانون المقارن، العدد 33، مراكش، دار المطبعة و الوراقة الوطنية، 2000 م.

2- * الزواج من بعض المحرمات في القانون الفرنسي، المجلة المغربية للإقتصادية و القانون المقارن، العدد 27، كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية جامعة، القاضي عياض عراسين، 1997 م.

3- بلفاسم (السيد): السياسة العقابية، مجلة السياسة الجنائية بالمغرب واقع و آفاق، عدد 3، مكناس منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية و القضائية، 2004 م.

4- بن مشري (عبد الحليم): جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 10 بسكرة، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق و العلوم السياسية.

5- عبد الرؤوف (مهدي): السجن كجزء جنائي في ظل السياسة الجنائية الحديثة، مجلة القانون و الإقتصاد، العدد 2، مصر، مطبعة القاهرة، 1979 م.

6- عدنان الفيل (علي) علي عبد الله الصفو (نوفل): جريمة الزنا في القوانين الوضعية - دراسة مقارنة مع أحكام الشريعة الإسلامية - مجلة الأمن و القانون و السنة الرابعة عشر العدد الأول، يناير، أكاديمية شرطة دبي، 2006 م.

7- لعويرة (عمر): الإختلاط بين الجنسين و موقف بعض العلماء منه، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، العدد 06، قسنطينة.

8- محمد مأمون (سلامة): العقوبة و خصائصها في التشريع الإسلامي، مجلة القانون و الإقتصاد العدد 1 مصر، مطبعة جامعة القاهرة، 1978 م.

9- منصور (محمد): إنحراف الأحداث بين الوقاية و العلاج، المجلة القانونية، العدد 1، تونس، مركز الأبحاث و الدراسات الإقتصادية و الإجتماعية، 1974 م.

10- يحيوي (عمر): التحرش الجنسي في مكان العمل، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية، عدد 3، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2008 م.

4- القرارات القضائية.

- 1- قرار صادر بتاريخ 16/02/1988، الغرفة الجنائية، ملف رقم 49143، المجلة القضائية، عدد 4 1991.
- 2- قرار صادر بتاريخ 02/06/1984، ملف رقم 28837، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 1 الصادرة بتاريخ 1990 م.
- 3- قرار صادر في 05/02/1991، الغرفة الجنائية ملف رقم 82315، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، الصادرة بتاريخ 1993 م.
- 4- قرار تعقيبي تونسي رقم 6709 بتاريخ 25/02/1970، مجلة القضاء و التشريع التونسية العدد 5 الصادرة بتاريخ 1979 م.
- 5- قرار صادر عن محكمة التعقيب التونسية عدد 12325، نشرية محكمة التعقيب التونسية، القسم الجزائي، الصادرة بتاريخ 2006 م.

5- القوانين.

- 1- قانون العقوبات الجزائري المعدل بالقانون رقم 15-19، المؤرخ في 30/12/2015 الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 71، بتاريخ 30/12/2015.
- 2- قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المعدل بالأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو الصادر في الجريدة الرسمية عدد 40، بتاريخ 23 يوليو، 2015.
- 3- بوسقيعة (أحسن): قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، (دون طبعة)، الجزائر، منشورات بيرتي، 2006-2007 م.
- 4- المجلة الجزائرية التونسية، الطبعة الثانية، تونس، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، 2009 م.
- 5- مجلة حماية الطفل التونسية، (دون طبعة)، تونس، منشورات المطبعة الرسمية، للجمهورية التونسية 2005 م.
- 5- مدونة القانون الجنائي للمملكة المغربية، دون طبعة، الدار البيضاء، دار النشر للمعرفة (دون سنة نشر).

ثالثا - المراجع الإلكترونية.

- 1- الأمر القانوني رقم 83-162 الصادر بتاريخ 9 يوليو 1983، المتضمن القانون الجنائي الموريتاني، متوفر على موقع:
[Http://www.majistrats.net](http://www.majistrats.net)
- 2- قانون الإجراءات الجزائية الموريتاني متوفر على موقع:
<http://www.aladel.gov>
- 3- قانون العقوبات الليبي، متوفر على موقع:
<http://www.paged2.Google sydication.com>

4- القانون رقم 70 لسنة 1973 م في شأن إقامة حد الزنا و تعديل بعض أحكام القانون الليبي، متوفر على موقع:

<http://www.shaimaatalla.com>

5- قانون الإجراءات الجزائية الليبي و القوانين المكملة له، متوفر على موقع:

<http://www.aladel.gov>

6- قانون المسطرة الجنائية للمملكة المغربية، متوفر على موقع:

<http://www.aladel.gov>

7- عز الدين ذياب (حسن): الجرائم الجنسية ضد الأطفال في القانون التونسي متوفر على موقع:

<http://www.lejuriste.montadalhilal.com>

8- براك (أحمد): السياسة الجنائية المعاصرة في مكافحة التحرش الجنسي، متوفر على موقع:

<http://www.ahmadbarak.com>

9- الموسوعة العربية، متوفر على موقع:

<http://www.arab-ency.com>

رابعا- المراجع باللغة الأجنبية.

أ- المراجع باللغة الفرنسية.

1- Code pénal francais, paris, dalloz, 11-11-2012.

2- A.Charles dana, essia sur la natin d'infraction pénale, paris, librairie général de droit et de jurisprudence, 1982.

3- G. Levasseur, Droit pénal spécial Zaïrois, Tom 1, paris, librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976.

4- G. Stefani et G. Levasseur – Droit pénal général et procédure pénale, Tom 1, édition paris, Dalloz et 1979.

5- – précis du Droit pénal, 10^{ém} édition, paris, Cujas, 1978.

6- M. Laure Rassat, Droit pénal spécial, paris, dalloz, 1997.

7- R. Merle et A. Vitu, Droit pénal spécial, édition Cujas, paris, 1982.

8- R. Vouin, Droit penalspecial, 2^{ém} édition, paris, 1968.

ب- المراجع باللغة الإنجليزية.

1- R. Ramirez, Victimologic, Bogota, Colombes, 1993.

2- I. Taylor, P. Walton, J. young, The new criminology for a social theory of deviance, London, library of sociology, 1975.

الفهرس:

01مقدمة
	الباب الأول:
05أنواع جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغربية
	الفصل الأول:
06جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة الرضائية في التشريعات المغربية
	المبحث الأول:
07جريمة الزنا
08المطلب الأول: تعريف جريمة الزنا في التشريعات المغربية
08الفرع الأول: التعريف اللغوي لجريمة الزنا
08الفرع الثاني: التعريف القانوني لجريمة الزنا
09الفرع الثالث: التعريف الفقهي لجريمة الزنا
10الفرع الرابع: التعريف الشرعي لجريمة الزنا
10المطلب الثاني: جريمة الزنا و غيرها من التسميات اللصيقة بها في التشريعات المغربية
10الفرع الأول: التشريعات المغربية التي جرمت الزنا
10الفقرة الأولى: التشريع الموريتاني
11الفقرة الثانية: التشريع الليبي
11الفرع الثاني: التشريعات المغربية التي جرمت الخيانة الزوجية
11الفقرة الأولى: التشريع الجزائري
12الفقرة الثانية: تشريع المملكة المغربية
12الفقرة الثالثة: التشريع التونسي
12الفرع الثالث: تفرد تشريع المملكة المغربية بتسمية زنا غير المتزوجين بالفساد
13المطلب الثالث: أركان جريمة الزنا في التشريعات المغربية
13الفرع الأول: حصول الوطء غير المشروع

- 13.....الفقرة الأولى: الشروط الواجب توفرها في الوطء غير المشروع.
- 14.....أولا: حصول الوطء الطبيعي.
- 14.....ثانيا: حصول الوطء التام.
- 14.....ثالثا: حصول الرضا بين طرفي العلاقة غير المشروعة.
- 14.....الفقرة الثانية: تمييز الفعل المادي لجريمة الزنا عن الفعل المادي لغيرها من الجرائم.
- 15.....الفقرة الثالثة: خصوصية الفعل المادي لجريمة الزنا في الشريعة الإسلامية.
- 16.....الفرع الثاني: قيام علاقة الزوجية في الزنا (الخيانة الزوجية).
- 16.....الفقرة الأولى: مفهوم الزوجية المعتد بها فيما يسمى بالخيانة الزوجية.
- 17.....الفقرة الثانية: علة تمسك التشريعات المغاربية بركن قيام العلاقة الزوجية.
- 18.....الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة الزنا.
- 18.....الفقرة الأولى: الغلط الواقعي في الزنا (الخيانة الزوجية).
- 18.....الفقرة الثانية: الغلط القانوني في الزنا (الخيانة الزوجية).
- 19.....الفقرة الثالثة: تأثير التمييز بين أطراف العلاقة على القصد الجزائي في التشريعات المغاربية.
- 19.....أولا: التشريعات المغاربية التي لا تميز بين أطراف العلاقة.
- 20.....ثانيا: التشريعات المغاربية التي تميز بين أطراف العلاقة.
- 21.....ثالثا: خصوصية تشريع المملكة المغربية في النظر لأطراف العلاقة.
- 21.....المطلب الرابع: التلقيح الصناعي و جريمة الزنا.
- المطلب الخامس: تقدير تجريم الزنا بين حرمة الذاتية و مساسه بحق الزوجين في الإختصاص ببعضهما.

المبحث الثاني:

- 23.....جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم.
- 24.....المطلب الأول: تعريف جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم في التشريعات المغاربية.
- 24.....الفرع الأول: تعريف جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم في اللغة.
- 25.....الفرع الثاني: تعريف جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم في الفقه.
- 25.....الفقرة الأولى: المحرمات على سبيل التأييد.
- 26.....الفقرة الثانية: المحرمات على سبيل التأقيت.
- 27.....المطلب الثاني: جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم بين إنكارها و النص عليها.
- 27.....الفرع الأول: تفرد التشريع الجزائري بالنص على جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم.
- 28.....الفرع الثاني: التشريعات المغاربية التي لم تنص على جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم.
- 28.....الفقرة الأولى: التشريع التونسي.

- 29.....الفقرة الثانية: تشريع المملكة المغربية.
- 29.....الفقرة الثالثة: التشريع الليبي.
- 30.....الفقرة الرابعة: التشريع الموريتاني.
- 30.....المطلب الثالث: أركان جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم في التشريعات المغربية.
- 30.....الفرع الأول: قيام علاقات جنسية بالرضا.
- 31.....الفرع الثاني: وجود رابطة القرابة العائلية.
- 33.....الفرع الثالث: الركن المعنوي في جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم.
- 34.....المطلب الرابع: تقدير تجريم الفاحشة بين المحارم بين حرمة الذاتية و مساسه بالعلاقات الأسرية...
المبحث الثالث:
- 35.....جريمة الشذوذ الجنسي (الواط و المساحقة).
- 36.....المطلب الأول: تعريف جريمة الشذوذ الجنسي (الواط و المساحقة).
- 36.....الفرع الأول: التعريف اللغوي لجريمة الشذوذ الجنسي (الواط و المساحقة).
- 36.....الفقرة الأولى: المعنى اللغوي للشذوذ الجنسي إجمالاً.
- 37.....الفقرة الثانية: المعنى اللغوي للواط.
- 37.....الفقرة الثانية: المعنى اللغوي للمساحقة.
- 37.....الفرع الثاني: التعريف الفقهي لجريمة الشذوذ الجنسي.
- 37.....الفقرة الأولى: المعنى الفقهي للشذوذ الجنسي إجمالاً.
- 38.....الفقرة الثانية: المعنى الفقهي للواط.
- 39.....الفقرة الثالثة: المعنى الفقهي للمساحقة.
- المطلب الثاني : جريمة الشذوذ الجنسي بين إنكارها و النص عليها في التشريعات
المغربية.....
- 39.....الفرع الأول: التشريعات المغربية التي جرمت الشذوذ الجنسي صراحة.
- 39.....الفقرة الأولى: التشريع الجزائري.
- 40.....الفقرة الثانية: التشريع التونسي.
- 40.....الفقرة الثالثة: تشريع المملكة المغربية.
- 42.....الفرع الثاني: التشريعات المغربية التي لم تجرم الشذوذ الجنسي صراحة.
- 42.....الفقرة الأولى: التشريع الموريتاني.
- 42.....الفقرة الثانية: التشريع الليبي.
- 43.....المطلب الثالث: أركان جريمة الشذوذ الجنسي في التشريعات المغربية.
- 43.....الفرع الأول: الإتصال الجنسي بين مثلي الجنس (الركن المادي).

- 43.....الفقرة الأولى: الإتصال بين مثلي الجنس في اللواط
- 44.....الفقرة الثانية: الإتصال بين مثلي الجنس في المساحقة
- 45.....الفرع الثاني: رضا الطرفين بالعلاقة الشاذة
- 46.....الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة الشذوذ الجنسي
- 46.....المطلب الرابع: تقدير تجريم الشذوذ الجنسي بين حرمة الذاتية و مساسه بحياء المجتمع
- المبحث الرابع:**

- 48.....جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة
- 48.....المطلب الأول: تعريف جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة في التشريعات المغربية
- 48.....الفرع الأول: التعريف اللغوي للأخلاق
- 49.....الفرع الثاني: التعريف الفقهي للأخلاق
- 49.....الفرع الثالث: التعريف الشرعي للأخلاق
- 50.....المطلب الثاني: جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة بين إنكارها و النص عليها
- 50.....الفرع الأول: التشريعات المغربية التي نصت على جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة
- 50.....الفقرة الأولى: التشريع الجزائري
- 51.....الفقرة الثانية: تشريع المملكة المغربية
- 51.....الفقرة الثالثة: التشريع الليبي
- 52.....الفقرة الرابعة: التشريع التونسي
- 52.....الفرع الثاني: تفرد التشريع الموريتاني بعدم النص على جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة
- 52.....المطلب الثالث: أركان جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة في التشريعات المغربية
- 53.....الفرع الأول: الركن المادي لجريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة
- 53.....الفقرة الأولى: الأفعال المجرمة المكونة للركن المادي
- 55.....الفقرة الثانية: محل الجريمة في الركن المادي
- 56.....الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة
- المطلب الرابع: تقدير تجريم الإعتداء على الأخلاق الحميدة بين حرمة الذاتية و مساسه بحياء المجتمع
- 57.....المجتمع
- المبحث الخامس:**

- 58.....جريمة البغاء
- 58.....المطلب الأول: تعريف جريمة البغاء في التشريعات المغربية
- 59.....الفرع الأول: التعريف اللغوي لجريمة البغاء
- 59.....الفرع الثاني: التعريف الفقهي لجريمة البغاء

59	الفرع الثالث: التعريف الشرعي لجريمة البغاء
60	الفرع الرابع: تمييز البغاء عن غيره من الألفاظ الشبيهة به
60	المطلب الثاني: إجماع التشريعات المغربية على تجريم البغاء و صورته
60	الفرع الأول: التشريع الجزائري
61	الفرع الثاني: التشريع التونسي
62	الفرع الثالث: تشريع المملكة المغربية
64	الفرع الرابع: التشريع الليبي
65	الفرع الخامس: التشريع الموريتاني
66	المطلب الثالث: أركان جريمة البغاء في التشريعات المغربية
66	الفرع الأول: ممارسة البغاء (الركن المادي)
66	الفقرة الأولى: صور ممارسة البغاء
68	الفقرة الثانية: مدى إعتبار الأفعال الفنية ذات الطابع الجنسي من قبل جريمة البغاء
69	الفرع الثاني: ركن الإعتياد في جريمة البغاء
70	الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة البغاء
70	المطلب الرابع: جرائم القوادة المرتبطة بجريمة البغاء
71	الفرع الأول: التحريض على البغاء و ما في حكمه
71	الفقرة الأولى: صفة المجني عليه
71	الفقرة الثانية: الركن المادي في التحريض على البغاء
73	الفقرة الثالثة: الركن المعنوي للتحريض على البغاء
73	الفرع الثاني: القوادة الدولية
74	الفقرة الأولى: صفة المجني عليه
74	الفقرة الثانية: الركن المادي للقوادة الدولية
74	الفقرة الثالثة: الركن المعنوي للقوادة الدولية
74	المطلب الخامس: تفرد تشريع المملكة المغربية بالنص على السياحة الجنسية
76	المطلب الرابع: تقدير تجريم البغاء بين حرمة الذاتية و مساسه بحياء و نظام المجتمع

الفصل الثاني:

الجرائم الماسة بالعرض و إنتهاك الآداب العامة غير الرضائية في التشريعات

78	المغربية
----	----------

المبحث الأول:

79	جريمة الإغتصاب
----	----------------

المطلب الأول: تعريف جريمة الإغتصاب في التشريعات الجزائرية المغربية.....	79
الفرع الأول: التعريف اللغوي لجريمة الإغتصاب.....	97
الفرع الثاني: التعريف القانوني لجريمة الإغتصاب.....	80
الفقرة الأولى: تفرد تشريع المملكة المغربية بتعريف جريمة الإغتصاب.....	80
الفقرة الثانية: التشريعات المغربية التي سكتت عن تعريف جريمة الإغتصاب.....	81
أولاً: التشريع الجزائري.....	81
ثانياً: التشريع التونسي.....	82
ثالثاً: التشريع الليبي.....	82
رابعاً: التشريع الموريتاني.....	83
الفرع الثالث: التعريف الفقهي الداخلي لجريمة الإغتصاب.....	83
الفرع الرابع: التعريف الدولي لجريمة الإغتصاب.....	84
الفرع الخامس: التعريف الشرعي لجريمة الإغتصاب.....	85
الفرع السادس: التعريف القضائي لجريمة الإغتصاب.....	85
المطلب الثاني: أركان جريمة الإغتصاب في التشريعات المغربية.....	85
الفرع الأول: الركن المادي (الإتصال الجنسي).....	86
الفقرة الأولى: شروط الإتصال الجنسي الذي تتحقق به جريمة الإغتصاب.....	86
أولاً: وقوع الجريمة من ذكر على أنثى حية.....	86
ثانياً: حصول الوطء الطبيعي كاملاً.....	87
ثالثاً: القدرة على الوطء و القبول.....	87
الفقرة الثانية: أثر تخلف نتيجة الفعل عن الركن المادي لجريمة الإغتصاب.....	88
أولاً: عدم تجريم المحاولة في النص القانوني الذي يجرم الإغتصاب.....	88
ثانياً: تجريم المحاولة في النص القانوني الذي يجرم الإغتصاب.....	90
ثالثاً: تفرد التشريع الموريتاني بالنص على المحاولة دون جريمة الإغتصاب.....	91
رابعاً: سكوت التشريع الليبي عن ذكر المحاولة في جريمة الإغتصاب.....	92
الفرع الثاني: عدم رضا الأنثى بالإتصال الجنسي.....	92
الفقرة الأولى: التشريعات المغربية التي فصلت في حالات عدم رضا الأنثى بالإتصال الجنسي.....	93
أولاً: التشريع التونسي.....	93
ثانياً: تشريع المملكة المغربية.....	94
الفقرة الثانية: التشريعات المغربية التي سكتت عن حالات عدم رضا الأنثى بالإتصال الجنسي.....	94
أولاً: التشريع الجزائري.....	94

- 95.....ثانيا: التشريع الموريتاني.....
- 95.....ثالثا: التشريع الليبي.....
- 95.....الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة الإغتصاب.....
- 96.....المطلب الثالث: الإغتصاب بين الزوجين في التشريعات المغاربية.....
- 97.....الفرع الأول: مدى تأثر التشريعات المغاربية بالإتجاه الغربي.....
- 98.....الفرع الثاني: مدى تأثر التشريعات المغاربية بالأحكام الشرعية.....
- 99.....المطلب الرابع: تقدير تجريم الإغتصاب حرمة الذاتية و مساسه بالحرية الجنسية.....

المبحث الثاني:

- 99.....جريمة هتك العرض.....
- 100.....المطلب الأول: تعريف جريمة هتك العرض في التشريعات المغاربية.....
- 100.....الفرع الأول: التعريف اللغوي لجريمة هتك العرض.....
- 101.....الفرع الثاني: التعريف الفقهي الداخلي لجريمة هتك العرض.....
- 101.....الفرع الثالث: التعريف الدولي لجريمة هتك العرض.....
- 102.....الفرع الرابع: التعريف الشرعي لجريمة هتك العرض.....
- 102.....الفرع الخامس: التعريف القضائي لجريمة هتك العرض.....
- 103.....المطلب الثاني: جريمة هتك العرض بين إنكارها و النص عليها.....
- 103.....الفرع الأول: التشريعات المغاربية التي نصت على جريمة هتك العرض.....
- 103.....الفقرة الأولى: التشريع الجزائري.....
- 104.....الفقرة الثانية: التشريع التونسي.....
- 105.....الفقرة الثالثة: تشريع المملكة المغربية.....
- 106.....الفقرة الرابعة: التشريع الليبي.....
- 107.....الفرع الثاني: تفرد التشريع الموريتاني بعدم النص على جريمة هتك العرض.....
- 107.....المطلب الثالث: أركان جريمة هتك العرض في التشريعات المغاربية.....
- 108.....الفرع الأول: الركن المادي لجريمة هتك العرض.....
- 108.....الفقرة الأولى: صور الركن المادي لجريمة هتك العرض.....
- 109.....أولا: المساس بجسم المجني عليه.....
- 109.....ثانيا: الكشف عن عورة المجني عليه دون ملامستها لمسا مخلا بالحياء.....
- 109.....ثالثا: مشاهدة أو تصوير عورة المجني عليه خلسة.....
- 110.....الفقرة الثانية: أثر عدم إتمام الركن المادي على جريمة هتك العرض.....
- 111.....أولا: نظرة التشريعات المغاربية للمحاولة في جريمة هتك العرض.....

111.....	ثانيا: التفرقة بين المحاولة في جريمة الإغتصاب و جريمة هتك العرض
112.....	الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة هتك العرض
113.....	المطلب الرابع: صور جريمة هتك العرض في التشريعات المغاربية
113.....	الفرع الأول: هتك العرض بالقوة و التهديد
114.....	الفرع الثاني: هتك العرض دون قوة أو تهديد
116.....	المطلب الخامس: تقدير تجريم هتك العرض بين حرمة الذاتية و مساسه بالحرية الجنسية
	المبحث الثالث:

117.....	جريمة الفعل العلني المخل بالحياء
117.....	المطلب الأول: تعريف جريمة الفعل العلني المخل بالحياء في التشريعات المغاربية
117.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي لجريمة الفعل العلني المخل بالحياء
118.....	الفرع الثاني: التعريف الفقهي لجريمة الفعل العلني المخل بالحياء
118.....	الفرع الثالث: التعريف القضائي لجريمة الفعل العلني المخل بالحياء
119.....	الفرع الثالث: التعريف الشرعي للفعل العلني المخل بالحياء
119.....	الفرع الثاني: جريمة الفعل العلني المخل بالحياء بين إنكارها و النص عليها
120.....	الفرع الأول: التشريعات المغاربية التي نصت على الفعل العلني المخل بالحياء
120.....	الفقرة الأولى: التشريع الجزائري
120.....	الفقرة الثانية: التشريع التونسي
120.....	الفقرة الثالثة: تشريع المملكة المغربية
121.....	الفقرة الرابعة: التشريع الليبي
121.....	الفرع الثاني: تفرد التشريع الموريتاني بعدم النص على الفعل العلني المخل بالحياء
121.....	المطلب الثالث: أركان جريمة الفعل العلني المخل بالحياء
122.....	الفرع الأول: الركن المادي لجريمة الفعل العلني المخل بالحياء
122.....	الفقرة الأولى: صور الأفعال التي تكون الفعل العلني المخل بالحياء
122.....	الفقرة الثانية: كيفية حصر التشريعات المغاربية للأفعال المكونة للركن المادي
123.....	الفرع الثاني: صفة العلنية في جريمة الفعل العلني المخل بالحياء
123.....	الفقرة الأولى: شرط العلنية
124.....	الفقرة الثانية: الأماكن التي ترتكب فيها جريمة الفعل العلني المخل بالحياء
125.....	أولا: المكان العمومي بالتخصيص
125.....	ثانيا: المكان العمومي بالصدفة
125.....	ثالثا: المكان الخاص

- 126..... الفرع الثالث: الركن المعنوي في جريمة الفعل العلني المخل بالحياء.
- 126..... المطلب الرابع: إنعدام العلنية و أثره على الفعل المخل بالحياء في التشريعات المغربية.
- 127..... المطلب الخامس: الإختلاف بين الفعل العلني المخل بالحياء و الإغراء العمومي.
- المطلب السادس: تقدير تجريم الفعل العلني المخل بالحياء بين حرمة الذاتية و مساسه بالحرية
- 128..... الجنسية و حياء المجتمع.

المبحث الرابع:

- 129..... جريمة التحرش الجنسي.
- 130..... المطلب الأول: تعريف جريمة التحرش الجنسي في التشريعات المغربية.
- 130..... الفرع الأول: التعريف اللغوي لجريمة التحرش الجنسي.
- 131..... الفرع الثاني: التعريف الفقهي لجريمة التحرش الجنسي.
- 131..... الفرع الثالث: التعريف الدولي لجريمة التحرش الجنسي.
- 132..... الفرع الرابع: التعريف الشرعي للتحرش الجنسي.
- 133..... المطلب الثاني: جريمة التحرش الجنسي بين إنكارها و النص عليها.
- 133..... الفرع الأول: التشريعات المغربية التي نصت على جريمة التحرش الجنسي.
- 133..... الفقرة الأولى: التشريع الجزائري.
- 134..... الفقرة الثانية: التشريع التونسي.
- 135..... الفقرة الثالثة: تشريع المملكة المغربية.
- 136..... الفرع الثاني: التشريعات المغربية التي لم تنص على جريمة التحرش الجنسي.
- 136..... الفقرة الأولى: التشريع الموريتاني.
- 137..... الفقرة الثانية: التشريع الليبي.
- 137..... المطلب الثالث: أركان جريمة التحرش الجنسي في التشريعات المغربية.
- 137..... الفرع الأول: الشرط الأولي في جريمة التحرش الجنسي.
- 137..... الفقرة الأولى: التشريعات المغربية التي إشتترطت علاقة الرئيس بالمرؤوس.
- 138..... أولاً: التشريع الجزائري.
- 138..... ثانياً: تشريع المملكة المغربية.
- 138..... الفقرة الثانية: تفرد التشريع التونسي بعدم إشتراط علاقة الرئيس بالمرؤوس.
- 139..... الفرع الثاني: الركن المادي لجريمة التحرش الجنسي.
- 139..... الفقرة الأولى: الإزعاج النفسي.
- 139..... الفقرة الثانية: الوسائل المستعملة لإتمام الركن المادي.
- 140..... أولاً: إصدار الأوامر.

- 140 ثانيًا: الإكراه
- 141 ثالثًا: الغاية من الوسائل المكونة للركن المادي
- 141 الفرع الثالث: الركن المعنوي لجريمة التحرش الجنسي
- 143 المطلب الرابع: تقدير تجريم التحرش الجنسي بين حرمة الذاتية و مساسه بالحرية الجنسية

المبحث الخامس:

- 144 جريمة تحريض القصر على الفسق
- 145 المطلب الأول: تعريف جريمة تحريض القصر على الفسق في التشريعات المغربية
- 145 الفرع الأول: تعريف التحريض
- 145 الفقرة الأولى: التعريف اللغوي للتحريض
- 145 الفقرة الثانية: التعريف الفقهي للتحريض
- 146 الفرع الثاني: تعريف القاصر
- 146 الفقرة الأولى: التعريف اللغوي للقاصر
- 146 الفقرة الثانية: التعريف الفقهي للقاصر
- 148 الفقرة الثالثة: التعريف الدولي للقاصر
- 148 الفقرة الرابعة: التعريف الشرعي للقاصر
- 149 الفرع الثالث: تعريف الفسق
- 149 الفقرة الأولى: التعريف اللغوي للفسق
- 149 الفقرة الثانية: التعريف الفقهي للفسق
- 150 المطلب الثاني: جريمة تحريض القصر بين إنكارها و النص عليها
- 150 الفرع الأول: التشريعات المغربية التي جرمت تحريض القصر على الفسق صراحة
- 150 الفقرة الأولى: تفرد التشريع الجزائري بتحريض القصر على الفسق و الدعارة و فساد الأخلاق
- 151 الفقرة الثانية: التشريع الليبي
- 151 الفقرة الثالثة: التشريع التونسي
- 152 الفرع الثاني: التشريعات المغربية التي لم تجرم تحريض القصر على الفسق صراحة
- 152 الفقرة الأولى: تشريع المملكة المغربية
- 153 الفقرة الثانية: التشريع الموريتاني
- 153 المطلب الثالث: أركان جريمة تحريض القصر على الفسق في التشريعات المغربية
- 154 الفرع الأول: الركن المادي

- الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية للأفعال المرتكبة على القاصر دون السادسة عشر.....155
- الفقرة الثانية: الطبيعة القانونية للأفعال المرتكبة على القاصر دون التاسعة عشر.....155
- الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة تحريض القصر على الفسق.....156
- المطلب الرابع: تقدير تجريم تحريض القصر بين حرمة الذاتية و مساسه بالحرية الجنسية.....156

الباب الثاني:

- الإجراءات و العقوبات التي تصدت بها التشريعات المغاربية لجرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.....158

الفصل الأول:

- الخصوصية الإجرائية لجرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغربية.....158

المبحث الأول:

- خصوصية إجراءات الدعوى العمومية عند ارتكاب جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.....159
- المطلب الأول: تعليق تحريك الدعوى العمومية على شكوى.....159
- الفرع الأول: تفرد جريمة الزنا بتعليق تحريك الدعوى العمومية فيها على شكوى.....159
- الفرع الثاني: التشريعات المغاربية بين إقرار تحريك الدعوى العمومية و السكوت عنها.....160
- الفقرة الأولى: التشريعات المغاربية التي نصت على تعليق تحريك الدعوى على شكوى.....160
- أولا: التشريع الجزائري.....161
- ثانيا: التشريع التونسي.....161
- ثالثا: تشريع المملكة المغربية.....162
- رابعا: علة لجوء التشريعات المغاربية إلى تعليق تحريك الدعوى العمومية على شكوى.....162
- الفقرة الثانية: التشريعات المغاربية التي لم تشترط تعليق تحريك الدعوى العمومية على شكوى.....162
- أولا: التشريع الليبي.....162
- ثانيا: التشريع الموريتاني.....163
- ثالثا: علة التشريعات المغاربية التي لم تنص على تعليق تحريك الدعوى على شكوى.....164
- الفرع الثالث: شروط صحة الشكوى المقيدة ليد النيابة العامة في التشريعات المغاربية.....164
- الفقرة الأولى: شكل الشكوى و مضمونها.....164
- الفقرة الثانية: توفر شرط الصفة في المشتكي.....165

- 166.....الفقرة الثالثة: تقديم الشكوى إلى الجهة المختصة.
- 167.....المطلب الثاني: أسباب إنقضاء الحق في تقديم الشكوى في التشريعات المغربية.
- 168.....الفرع الأول: وفاة المجني عليه.
- 170.....الفرع الثاني: مضي فترة من الزمن على ارتكاب الجريمة.
- 170.....الفرع الثالث: سحب الشكوى أو التنازل عنها.
- 173.....المطلب الثالث: تقدير تقييد الشكوى في الزنا (الخيانة الزوجية) في التشريعات المغربية.
- الفرع الأول : تقدير علة التشريعات المغربية التي تقيد الشكوى في جريمة الزنا (الخيانة الزوجية).
- 173.....
- الفرع الثاني: تقدير علة التشريعات المغربية التي لم تقيد الشكوى في جريمة الزنا(الخيانة الزوجية)
- 174.....

المبحث الثاني:

- 175.....الإجراءات الخاصة المتعلقة بإثبات جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة
- 176.....المطلب الأول: الجرائم التي تثبت بوسائل إثبات مشتركة.
- 176.....الفرع الأول: إثبات جريمة الزنا بوسائل قانونية و إقناعية.
- 177.....الفقرة الأولى: وسائل إثبات جريمة الزنا القانونية.
- 177.....أولاً: محضر عن التلبس بفعل الزنا في التشريعات المغربية.
- 177.....1: تعريف التلبس.
- 178.....2: حالات التلبس كوسيلة إثبات قانونية لجريمة الزنا.
- 178.....أ: خصوصية التلبس بالزنا كوسيلة إثبات قانونية في التشريع الجزائري.
- 179.....ب: خصوصية التلبس بالزنا كوسيلة إثبات قانونية في تشريع المملكة المغربية.
- 180.....3: صعوبة إثبات التلبس بالزنا كوسيلة قانونية.
- 181.....4: دور التلبس كوسيلة قانونية في إثبات زنا الشريك.
- 182.....ثانياً: الإقرار بفعل الزنا في التشريعات المغربية.
- 182.....1: تعريف الإقرار.
- 183.....2: أنواع الإقرار المعتمد به كوسيلة إثبات قانونية.
- 183.....أ: الإقرار القضائي.
- 186.....ب: الإقرار غير القضائي.
- 189.....3: تمييز الأوراق و المكاتيب عن أشباهها.
- 190.....ثالثاً: شهادة الشهود بفعل الزنا في التشريعات المغربية.
- 190.....1: تعريف الشهادة.

191	2: شروط صحة الشهادة.....
192	أ: وجوب توفر أربعة شهود.....
194	ب: الشروط الواجب توفرها في الشهادة في حد ذاتها.....
197	رابعا: تفرد المشرع الموريتاني بالأخذ بالحمل كوسيلة إثبات قانونية.....
197	1: الحمل كوسيلة قانونية لإثبات زنا المرأة غير المتزوجة.....
198	2: الحمل كوسيلة قانونية لإثبات زنا المرأة المتزوجة.....
201	خامسا: تفرد المشرع الليبي بجعل الوسائل العلمية كوسائل قانونية لإثبات الزنا.....
201	1: إثبات النسب أو نفيه بواسطة تحليل الدم.....
203	2: إثبات النسب أو نفيه بواسطة البصمة الوراثية.....
204	الفقرة الثانية: تفرد المشرع التونسي بإثبات الزنا بوسائل إقناعية (أدبية).....
204	أولا: صفة الأخذ بالوسائل الإقناعية لإثبات الزنا عند التشريع التونسي.....
205	ثانيا: دور السلطة التقديرية للقاضي في تفعيل الوسائل الإقناعية لإثبات الزنا.....
205	1: الأخذ بمبدأ الإثبات العام في جريمة الزنا.....
206	2: تقييد الإثبات في جريمة الزنا.....
207	الفرع الثاني: إثبات جرائم الشذوذ الجنسي بأدلة قانونية و إقناعية.....
207	الفقرة الأولى: تفرد المشرع الموريتاني بإثبات جرائم الشذوذ الجنسي بوسائل قانونية.....
208	أولا: الشهادة كوسيلة قانونية لإثبات جرائم الشذوذ الجنسي (اللواط).....
208	1: الشروط الواجب توفرها في شهود جريمة الشذوذ الجنسي (اللواط).....
209	2: الشروط الواجب توفرها لصحة الشهادة في جريمة الشذوذ الجنسي (اللواط).....
209	3: خصوصية الشهادة في جريمة المساحقة عند المشرع الموريتاني.....
210	ثانيا: الإعتراف كوسيلة قانونية لإثبات جرائم الشذوذ الجنسي.....
211	الفقرة الثانية: وسائل إثبات جرائم الشذوذ الجنسي الإقناعية.....
211	1: الإعتراف كوسيلة إثبات إقناعية في جرائم الشذوذ الجنسي.....
212	2: الشهادة كوسيلة إثبات إقناعية في جرائم الشذوذ الجنسي.....
213	3: الخبرة كوسيلة إثبات إقناعية في جرائم الشذوذ الجنسي.....
213	المطلب الثاني: الجرائم التي تثبت بوسائل منفردة.....
214	الفرع الأول: قاعدة حرية الإثبات في الجرائم التي تثبت بوسائل منفردة.....
214	الفرع الثاني: أنواع جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة التي تثبت بوسائل منفردة.....
215	الفقرة الأولى: إثبات جريمة الإغتصاب بوسائل إقناعية فقط.....
218	الفقرة الثانية: إثبات جريمة هتك العرض بوسائل إقناعية فقط.....

218.....	الفقرة الثالثة: إثبات جريمة تحريض القصر على الفسق بوسائل إقناعية فقط.
219.....	الفقرة الرابعة: إثبات جريمة التحرش الجنسي بوسائل إقناعية فقط.
219.....	الفقرة الخامسة: إثبات جريمة الفعل العلني المخل بالحياء بوسائل إقناعية فقط.
220.....	الفقرة السادسة: إثبات جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة بوسائل إقناعية فقط.
220.....	الفقرة السابعة: إثبات جريمة البغاء بوسائل إقناعية فقط.
	المطلب الثالث: نظام الإثبات بين مواصلة إبراز الأسس التشريعية الإجرائية و محاولة ردع هذه
221	الجرائم.
221.....	الفرع الأول: دور الإثبات كنظام إجرائي في إبراز الأسس الجزائية المتبعة.
221.....	الفقرة الأولى: بروز الأساس الجزائي من خلال وسائل الإثبات القانونية.
222.....	أولاً: التشريعات المغاربية التي تأثرت بالفكر الغربي حين قيدت وسائل الإثبات.
223.....	ثانياً: التشريعات المغاربية التي تأثرت بأحكام الشرع حين قيدت وسائل الإثبات.
224.....	الفقرة الثانية: بروز الأساس الجزائي من خلال وسائل الإثبات الإقناعية.
224.....	أولاً: التشريعات المغاربية التي تأثرت بالفكر الغربي حين أطلقت وسائل الإثبات.
225.....	ثانياً: التشريعات المغاربية التي تأثرت بأحكام الشرع حين أطلقت وسائل الإثبات.
226.....	الفرع الثاني: فاعلية وسائل الإثبات في صد جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.
226.....	الفقرة الأولى: فاعلية وسائل الإثبات المتأثرة بالفكر الغربي.
226.....	الفقرة الثانية: فاعلية وسائل الإثبات المتأثرة بأحكام الشرع.
	الفصل الثاني:
227.....	عقوبات جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة في التشريعات المغاربية.
	المبحث الأول:
228.....	مفهوم العقوبة في التشريعات المغاربية.
228.....	المطلب الأول: تعريف القانون الوضعي للعقوبة.
229.....	المطلب الثاني: التعريف الشرعي للعقوبة.
	المبحث الثاني:
229.....	أنواع العقوبات في التشريعات المغاربية.
230.....	المطلب الأول: العقوبات السالبة للحرية عن جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.
230.....	الفرع الأول: عقوبة الحبس في التشريعات المغاربية.
230.....	الفقرة الأولى: الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة هتك العرض.
232.....	الفقرة الثانية: الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة التحرش الجنسي.
232.....	الفقرة الثالثة: الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة تحريض القصر على الفسق.

- 233.....الفقرة الرابعة: الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة الزنا.
- 233.....الفقرة الخامسة: الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء.
- 234.....الفقرة السادسة: الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة الشذوذ الجنسي.
- 234.....الفقرة السابعة: الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جريمة الإعتداء على الأخلاق الحميدة.
- 235.....الفقرة الثامنة: الإطار القانوني لعقوبة الحبس عن جرائم القوادة المرتبطة بجريمة البغاء.
- 235.....الفرع الثاني: عقوبة السجن في التشريعات المغربية.
- 236.....الفقرة الأولى: الإطار القانوني لعقوبة السجن عن جريمة الإغتصاب.
- 237.....الفقرة الثانية: الإطار القانوني لعقوبة السجن عن جريمة هتك العرض.
- 238.....الفقرة الثالثة: الإطار القانوني لعقوبة السجن عن جريمة إرتكاب الفاحشة بين المحارم.
- 239.....الفرع الثالث: تقييم العقوبات السالبة للحرية في التشريعات المغربية.
- 240.....الفقرة الأولى: تأثير العقوبات السالبة للحرية في التشريعات المغربية بالفكر التقليدي القديم.
- 240.....الفقرة الثانية: تأثير العقوبات السالبة للحرية في التشريعات المغربية بالفكر التقليدي الحديث.
- 241.....الفقرة الثالثة: تأثير العقوبات السالبة للحرية في التشريعات المغربية بالفكر الجنائي المعاصر.
- 242.....الفقرة الرابعة: تأثير العقوبات السالبة للحرية في التشريعات المغربية بالسياسة العقابية الشرعية.
- 243.....المطلب الثاني: العقوبات البدنية في التشريعات المغربية.
- 243.....الفرع الأول: العقوبات البدنية دون عقوبة الإعدام.
- 244.....الفقرة الأولى: الإطار القانوني للعقوبة البدنية دون الإعدام في التشريعات المغربية.
- 245.....الفقرة الثانية: عقوبة الجلد كعقوبة بدنية في التشريعات المغربية.
- 245.....أولاً: مفهوم عقوبة الجلد.
- 245.....ثانياً: شروط الجلد.
- 246.....ثالثاً: العلة المقصودة من عقوبة الجلد.
- 246.....الفرع الثاني: عقوبة الإعدام عند الإدانة بإحدى جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.
- 247.....الفقرة الأولى: عقوبة الإعدام في التشريعات المغربية المتأثرة بالسياسة العقابية الغربية.
- 248.....الفقرة الثانية: عقوبة الإعدام في التشريعات المغربية المتأثرة بالسياسة العقابية الشرعية.
- 249.....الفقرة الثالثة: خصوصية عقوبة الإعدام في التشريع الليبي.
- 250.....المطلب الثالث: العقوبات الماسة بحقوق مدان بإحدى جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.
- 251.....الفرع الأول: الغرامات المالية المقررة في جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.
- 251.....الفقرة الأولى: الإطار القانوني للعقوبة المالية عن جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.
- 251.....أولاً: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة التحرش الجنسي.
- 251.....ثانياً: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة تحريض القصر على الفسق.

252.....	ثالثا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة الزنا.
252.....	رابعا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء.
252.....	خامسا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة الشذوذ الجنسي.
252.....	سادسا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة الإعتداء على الإخلاق الحميدة.
253.....	سابعا: الإطار القانوني للغرامة المالية عن جريمة البغاء.
253.....	الفقرة الثانية: العقوبة المالية و جسامة جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.
254.....	الفرع الثاني: الحرمان من حقوق شخصية كان يتمتع بها المدان.
254.....	الفقرة الأولى: أنواع الحقوق الشخصية التي يحرم منها المدان.
254.....	أولا: الحرمان من الحقوق الوطنية و المدنية و العائلية.
256.....	ثانيا: تفرد المشرع الموريتاني بالنص على التغريب.
	الفقرة الثانية : العقوبات الماسة بالحقوق غير المالية و جسامة جرائم العرض و إنتهاك الآداب العامة.
257.....	الخاتمة.
259.....	قائمة المراجع.
264.....	الفهرس.
274.....	

ملخص.

لقد سنت تشريعات المغرب العربي نصوصا عقابية و حاولت من خلالها التصدي لجملة كبيرة من الجرائم و من بينها جرائم العرض و الاعتداء على الآداب العامة، فهي بهذه التشريعات حاولت المحافظة على الأخلاق الحسنة و أعراض الأفراد و خصوصياتهم الجنسية، كما أنها حاولت مسايرة تطورات الفكر القانوني الذي اجتهد من أجل وضع قوانين تجرم هذه الأفعال الشنيعة، كما أنها حاولت في حالات كثيرة ألا تخرج عن مبادئ التشريع الإسلامي و هو ما ذهبت إليه بعض هذه الدول، و لو أننا نجد أن هذه التشريعات و إن اتفقت أحيانا في التصدي بنفس الطريقة لهذه الجرائم إلا أنها اختلفت في مرات كثيرة و أخفقت في معالجة كل الجرائم بكيفية واحدة هذا من جهة، و من جهة أخرى اختلفت مع مبادئ الشريعة الإسلامية التي تجرم هذه الأفعال لذاتها إن خرجت عن إطار الشرع، و لكن التجريم في تشريعات المغرب العربي كان أساسه هو حماية الحرية الجنسية للفرد ، فإن كان الاعتداء على العرض و الآداب لا يمس هذه الخصوصية جاز انتهاكه و هم بهذا سايروا في بعض النصوص القانونية في الفكر الغربي، و عليه فإن دراستنا هذه حاولت معالجة نصوص تشريعات المغرب العربي حينما جرمت الاعتداء على العرض و الآداب العامة و حاولنا إبراز أوجه الشبه و الاختلاف بين هذه القوانين، و قد وصلنا إلى جملة من النتائج أهمها إخفاق هذه الترسانة القانونية في القضاء أو حتى التقليل من انتشار هذه الجرائم في المغرب العربي، و أكبر دليل هو استفحال هذه الظواهر الإجرامية يوميا ما جعل الأمر يؤكد أنه لا بد من إعادة النظر في النصوص القانونية و المبادئ التي استند عليها في التشريع و تكافل كل الجهود مع الإقتداء بمبادئ الشريعة الإسلامية.

الكلمات المفتاحية:

- 1- جرائم العرض و انتهاك الآداب العامة.
- 2- زنا.
- 3- اغتصاب.
- 4- تحرش جنسي.
- 5- لواط.

Résumé

Les législations du Maghreb ont promulgué des dispositions pénales par lesquelles ils ont essayé de faire face à un nombre important de crimes, dont les crimes d'agression et les violations contre la moralité publique, C'est avec ces législations qu'ils ont cherché à préserver les bonnes mœurs et moralités des individus et leur intimité, tout en essayant de suivre l'évolution de la pensée juridique qui s'est efforcée d'établir des lois qui criminalisent ce genre d'actes odieux.

En outre, ils ont cherché dans plusieurs cas à ne pas sortir de la législation islamique, chose qui était le point de vue de certains de ces pays d'ailleurs, même si nous constatons que ces législations, bien qu'elles conviennent parfois à faire face à ces crimes de la même manière, elles ont plusieurs fois différé et elles ont, d'un côté, échoué à traiter de manière unie, et d'un autre côté, elle sont différé avec les principes de la législation islamique qui criminalise ces actes qui sortent du cadre de la Chari'a. Cependant, la criminalisation dans les législations du Maghreb se basait essentiellement sur la protection de la liberté et l'identité. Si une agression contre la morale et la décence ne touche pas à cette intimité, elle est permise; et c'est de cette manière qu'ils ont d'ailleurs suivi dans certains de leurs textes législatifs la pensée occidentale, De ce fait, notre étude vise à traiter les textes législatifs du grand Maghreb et leur criminalisation de la violation contre la moralité publique, et nous essayons de démontrer les similitudes et les différences entre ces lois, Nous sommes arrivés à un certain nombre de résultats, à savoir: L'échec de cet arsenal juridique dans la juridiction ou même de diminuer la propagation de ces crimes dans le Maghreb; d'ailleurs, la montée de ces formes de criminalités de jour en est la grande preuve de cela. Ce qui confirme qu'il faut reconsidérer les textes juridiques et les principes basés sur la législation, et faire des efforts concertés en suivant les principes de la législation islamique (Chari'a).

Les mots clé:

- 1-Les crimes d'agression et les violations contre la moralité publique.
- 2-Adultère.
- 3-Violence.
- 4-Harcèlement sexuel.
- 5-Sodomie.

Abstract

Maghreb legislation enacted penal provisions through which it tried to cope with a large number of crimes, including the crime of aggression and violations against public morality. With these laws, they sought to preserve decency and morality of individuals and their privacy, while trying to follow the evolution of legal thought that has sought to establish laws that criminalize such odious acts. In addition, they tried in many cases not to be out of the Islamic legislation, which was the point of view of some of these countries. Moreover, even if we note that these laws, although they may agree to face these crimes in the same way, they differ in many points and have, on one hand, failed to address these crimes in a united manner, and on the other hand, they differ from the principles of Islamic legislation, with criminalizes such acts within the scope of Shari'ah. However, criminalization laws in the Maghreb were essentially based on the protection of freedom and the identity of individuals. If a violation against morality and decency do not touch this privacy, it will be permitted; in other words, they have followed in some of their legislative texts the western thought. Therefore, this study aims to address the Maghreb legislation and their criminalization of violations against public morality. We have tried to show the similarities and differences between these laws.

And we arrived at a number of findings, including:

The failure of this legal arsenal in the jurisdiction or even to reduce the spread of these crimes in the Maghreb; and the rise of these forms of criminality day by day is the greatest proof of this. This confirms that we must reconsider the legal texts and principles based on law, and make concerted efforts by following the principles of Islamic law (Shari'a).

Key words:

- 1-The crime of aggression and violations against public morality.
- 2-Adultery.
- 3-Rape.
- 4-Sexual molestation.
- 5-Sodomy.

