

الجاني والمجني عليه في جريمة الواقعة دراسة مقارنة للتشريعين المصري والليبي

للدكتور عوض محمد عوض

أستاذ القانون الجنائي بالجامعة

الليبية وجامعة الإسكندرية

١ - تمهيد :

عالج التشريع المصري جريمة الواقعة في المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات فنص فيها على أن : « من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة . فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها ، أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها ، أو ممن لهم سلطة عليها ، أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم ، يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة » .

أما التشريع الليبي فقد عالج هذه الجريمة في المادة ٤٠٧ من قانون العقوبات ونص فيها على أن : « ١ - كل من واقع آخر بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات . ٢ - وتطبق العقوبة ذاتها على من واقع ولو بالرضا صغيراً دون الرابعة عشرة ، أو شخصاً لا يقدر على المقاومة لمرض في العقل أو الجسم . فإذا كان المجني عليه قاصراً أتم الرابعة عشرة ولم يتم الثامنة عشرة فالعقوبة بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات . ٣ - وإذا كان الفاعل من أصول المجني عليه ، أو من المتولين تربيته أو ملاحظته ، أو ممن لهم سلطة عليه ، أو كان خادماً عنده أو عند من تقدم ذكرهم ، يعاقب بالسجن ما بين خمس سنوات وخمس عشرة سنة » .

ويؤثر الفقه في مصر تسمية هذه الجريمة بالاغتصاب بدلاً من الواقعة ، ويرى أن لفظ الاغتصاب أكثر دلالة على مراد الشارع ، لأنه يتضمن بذاته معنى الإكراه بغير حاجة للنص عليه^(١) . ولا شك في أن هذه التسمية أفضل

(١) ويلاحظ أحمد أمين أن القانون الأسبق كان يعبر عن الفعل المكون لهذه الجريمة بلفظ « اغتصب » ، وكان هذا اللفظ في تقديره أفضل ، لأن المشرع اضطر حين استعمل لفظ « واقع » إلى إضافة =

قانوناً من بعض الوجوه ؛ فالمواقعة لغة تعني الوطاء مطلقاً ، في حلّ أو في غير حل ، بالرضا أو بالرغم . ولهذا كان لفظ الواقعة في إطلاقه غير دقيق في الدلالة على الجريمة ، لأن المشرع لا يعاقب على كل صور الواقعة ، بل يقتصر العقاب على بعضها . ومن هنا كان اصطلاح الواقعة غير مانع .

غير أن لفظ « الاغتصاب » بدوره مصطلح لا يخلو من عيوب ؛ فالغصب في اللغة يعني أخذ الشيء عنوة . فهو لا يقتصر فحسب على الفسق بالغير كرهاً ، بل يشمل كل صور الاستيلاء على حق الغير بدون رضاه ^(١) . والتشريع المصري ذاته يستعمل لفظ الاغتصاب في عديد من نصوصه بمعناه العام ^(٢) . ومن هنا يبدو اللفظ معيباً لعموم محله ، فهو بدوره غير مانع . وقد حاول بعض الفقهاء تخصيص المحل فأضافوا لفظ « الإناث » إلى « الاغتصاب » ولكنهم بهذه الإضافة سلبوا المصطلح ميزة الإيجاز وسقطت حجتهم في

= عبارة « بغير رضاها » لبيان معنى الإكراه أو انعدام الرضا وهو ركن في الجريمة . انظر أحمد أمين - شرح قانون العقوبات الأهلي - القسم الخاص سنة ١٩٢٤ ص ٤٤١ . وانظر كذلك : محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص سنة ١٩٦٤ ص ٢٨٣ ، رمسيس بهنام - القسم الخاص في قانون العقوبات سنة ١٩٥٨ ص ٢٨٥ ، نجيب حسني - دروس في قانون العقوبات سنة ١٩٥٩ ص ٢٧٤ ، عمر السعيد - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص سنة ١٩٦٤ ص ٢٨٢ ، عبد المهيم بكر - جرائم الاعتداء على الاشخاص والأموال سنة ١٩٦٦ ص ١٨٠ ، فتحي سرور - الوسيط في شرح قانون العقوبات - القسم الخاص سنة ١٩٦٨ ص ٥٠٩ .

(١) وقد استعمل القرآن الكريم لفظ الغصب بهذا المعنى فقال تعالى في سورة الكهف : وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً « الآية ٧٩ » .

(٢) فالباب الثامن من الكتاب الثالث من قانون العقوبات المصري عنوانه : السرقة والاغتصاب ، والمادة ٣٢٥ من هذا القانون تعاقب على اغتصاب السندات ، أي الاستيلاء عليها بالقوة أو بالتهديد ، والمادة ٩٣ تشير إلى اغتصاب الأراضي ، ومثلها المادة ٣٥٨ / ٢ ، والمادة ١٣٠ تعاقب على اغتصاب الملك إذا وقع من موظف عام بناء على سطوة وظيفته .

الاعتراض على مسلك المشرع ، لأنهم لم يستطيعوا بدورهم أن يعبروا عن الجريمة بلفظة واحدة . وفضلاً عن ذلك فإن لفظ الاغتصاب يعجز عن حمل بعض صور الوقاع ، كالوقاع بالخداع ، لأن هذا الوقاع فيه صورة الرضا ، ولأنه يتجرد من القسر والقهر ، وكذلك وقاع الصغار والمرضى ، فهو وقاع يوثمه القانون حتى ولو كان مقترناً بالرضا^(١) .

وإذا كانت المصطلحات غير المركبة تعوزها الدقة في الإفصاح عن مضمون الجريمة واستيعاب أركانها كما حددها الشارع ، فإننا نؤثر استخدام مصطلح الواقعة أو الوقاع باعتبارهما الأثير لدى واضع القانون . فهذا اللفظ وإن كان لا ينبئ لغة عن حقيقة الجريمة كاملة ، فهو في تقدير الشارع كفيلاً بذلك اصطلاحاً . ولسنا نرى مبرراً للعدول عن هذا اللفظ ما دام غيره لا يفضل .

الفصل الأول

الجاني

٢ - جنس الجاني :

لا خلاف في الفقه والقضاء المصريين على أن الواقعة جريمة الرجل وحده .

(١) ويطلق الشرعيون اسم الزنا على الوطء في غير حل . غير أن أحداً لم يفكر في استعارة هذا المصطلح للدلالة على جريمة الوقاع ، لأن للزنا عند الشرعيين مفهوماً أوسع من المفهوم القانوني لجريمة الواقعة ، ولأن القانون الوضعي ذاته يستخدم مصطلح الزنا ويجعل له مدلولاً محدداً يختلف كثيراً عن مفهوم الواقعة (م ٢٧٤ و ٢٧٥ مصري ، و ٣٩٩ و ٤٠٠ لبي) . فالزنا في القانون يقتصر على الوطء الذي يقع من زوج أو زوجة حال قيام الزوجية فعلاً أو حكماً ، وهو يفترض الرضا بالوطء دائماً ، فإن وقع عنوة أو بالخدعة فليس بزناً قانوناً .

وسند هذا الرأي عبارة النص ، فالمادة ٢٦٧ / ١ تنص صراحة على عقاب « من واقع أنثى بغير رضاها » . وهذا النص مطابق للمادة ٣٣١ من قانون العقوبات الفرنسي . وعلى الرغم من أن النص لم يحدد إلا جنس المجني عليه ، إلا أن السائد في مصر وفرنسا أنه إذا كان المجني عليه في تلك الجريمة لا يكون إلا أنثى ، فإن طبيعة الفعل توجب أن يكون الجاني ذكراً ، لأن الوقاع يتمثل في الوطء ، والأنثى لا تطؤها أنثى بل ذكر .

أما النص الليبي فظاهر عبارته يسمح بالقول بأن الجاني يصح أن يكون ذكراً أو أنثى . فالمادة ٤٠٧ تشير في فقرتيها الأوليين إلى الجاني بلفظ « من » ، وهو اسم موصول ينصرف في اللغة إلى المذكر والمؤنث على السواء . والفقرة الثالثة تشير إلى الجاني بلفظ « الفاعل » ، وقد استقر في عرف الشارع أن الأحكام القانونية الواردة بصيغة المذكر إذا أطلقت فإنها تتناول الرجال والنساء جميعاً إلا أن تخصص بدليل . وقد يعزز هذا الرأي أن المصدر التاريخي للنص الليبي هو التشريع الإيطالي ، وقد عبرت المادة ٥١٩ من قانون العقوبات الإيطالي عن الجاني في جريمة الواقعة بعبارة « كل من Chiunque » وهي عبارة عامة تشمل الذكر والأنثى بغير تمييز . وجمهور الفقه في إيطاليا على أن الواقعة ليست جريمة الرجل وحده ، بل يصح وقوعها من الرجل والمرأة على السواء^(١) . وحجتهم عموم النص . ولسنا نذكر في الفقه الإيطالي من

(١) Cfr. : Vannini. Il delitto di violenza carnale, p. 1 e ss.; Pannain, Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, p. 35 e ss.; Manzini, Trattato di diritto penale italiano, VII, p. 269, n. 2542; Antolisei, Manuale di diritto penale italiano, p. s, p. 371; Gabrieli, Violenza carnale, p. 1070, Maggiore, Diritto penale, II, 1, p. 548 e ss.; Manfredini, Delitti contro la moralità pubblica, p. 128; Ranieri, Manuale di diritto penale, III, p. 53; Sabatini, Istituzioni, II, p. 273; Santoro, Manuale di diritto penale, III, p. 481; =

يشترط الذكورة في الجاني غير Tuozi^(١) ، أما من عداه فيجمعون على استواء الذكورة والأنوثة وإن اختلفوا بعد ذلك في أمور أخرى .

على أننا مع ذلك نعتقد أن الفهم الصحيح للمادة ٤٠٧ من قانون العقوبات الليبي يؤدي إلى وجوب اشتراط الذكورة فيمن تقع منه جريمة الواقعة . ومن هذه الزاوية يتفق التشريع الليبي مع التشريع المصري على الرغم مما بين نصيهما من خلاف .

وسندنا في ذلك أن النص الليبي لا يطابق النص الإيطالي تمام المطابقة ، بل إن بينهما اختلافاً قد يبدو طفيفاً ولكنه عند التأمل غني بالدلالة ؛ فالمادة ٥١٩ من قانون العقوبات الإيطالي تعاقب كل من أرغم غيره بالقوة أو بالتهديد على الاقتران الجسدي أو الوطء « Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale é punito » . وعبارة الإرغام بالقوة أو التهديد على الوطء تفسح المجال للقول باستواء الذكورة والأنوثة فيمن يقع الفعل منه . فالرجل قادر على إرغام الغير على تحمل ما يقع منه من وطء ، والمرأة بدورها قادرة على إرغام الغير على مباشرة الوطء . وعلى هذا يستقيم تفسير الفقهاء الإيطاليين للمادة ٥١٩ من قانون العقوبات الإيطالي . أما النص الليبي فيعاقب كل من واقع آخر بالقوة أو بالتهديد أو الخداع . وهو يختلف عن النص الإيطالي اختلافاً عميقاً ؛ فالفعل المؤثم فيه هو الوقاع بإحدى الطرق التي بينها وليس الإرغام على الوطء كما هو الشأن في إيطاليا . ولهذا وجب التساؤل عما إذا كان بوسعنا أن نصف فعل المرأة بأنه وقاع إذا حملت رجلاً بالقوة أو التهديد أو الخداع على

= Lupo, Violenza carnale e atti di libidine violenti, in foro penale, 1957, p. 283 e ss..

Tuozi, Corso di diritto penale, II, 1, p. 580.

(١)

إتيانها . تلك هي المشكلة ، ولا سبيل لحلها إلا إذا بينا المقصود بالوقاع في اللغة ومدى إمكان نسبته للمرأة .

والواقع من الأمر أن العرب لا يفهمون الوقاع إلا على أنه فعل الرجل وحده ؛ فهم يقولون : وقع الرجل على امرأته أي جامعها ، وواقعها موقعة ووقاعاً إذا باضعها وخالطها^(١) . فالمواقعة والمباضعة والمخالطة والجماع والوطء ألفاظ تؤدي في اللغة معنى واحداً ، ولا ينصرف أي منها إلى فعل المرأة . فالعرب لا تقول : واقعت المرأة زوجها ولا وطئته ، لأن هذا الفعل بحسب اشتقاقه فيه معنى الاستعلاء ، وهو بالرجل أليق ، فكان في اللغة فعله دائماً ، من باب وصف الأغلب الأعم بوصف المطلق^(٢) .

وإذا كان للمرأة دور في عملية المخالطة الجنسية فهو التمكين لا الإتيان ، سواء كانت هي المطلوبة أو الطالبة ، لأن هذا الدور هو ما يتفق وطبيعة الأنثى . وإذا أردنا أن نجعل لها من مصدر المواقعة اسماً يلائمها فإننا نسميها في جميع الحالات موقعة (بالفتح وهو اسم مفعول) لا مواقعة (بالكسر وهو اسم فاعل)^(٣) .

(١) القاموس المحيط للفيروز أباذي ج ٣ ص ١٠٠٠ ، والمصباح المنير ج ٢ ص ٣٦ ، وترتيب القاموس المحيط وأساس البلاغة ج ٧ ص ٥٨٢ .

(٢) ويلاحظ أن القرآن الكريم لا يستخدم لفظ الوقاع ولا الوطء في تصوير العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة ؛ فهما لفظان خشنان يعكسان غلظة البدوي وجفوته ونظراته إلى طبيعة العلاقة بين الرجل والمرأة . فالوقوف على المرأة أو بها ووطئها تصويران قريبان من الواقع ولكنها غير رفيقين بالمرأة . وإنما يتحدث القرآن عن العلاقة الجنسية فيمكنى ويستخدم ألفاظاً رقيقة شفاقة تؤدي نفس المعنى ، ولكنها تعكس مفهوماً جديداً لنوع هذه العلاقة ، فنراه يعبر عنها بالمس والملاسة والمباشرة والقرب والتغشية وإتيان الحرث . وهذه الأفعال في كتاب الله منسوبة كلها للرجل ؛ فالفعل إذن فعله والمرأة إنما تستجيب له بالتمكين فحسب .

(٣) وقد عرض القدامى من فقهاء الشريعة لهذه المسألة في جريمة الزنا ، فذهب الحنفية إلى أن وجوب =

وإذن فالوقاع فعل يأبى بطبيعته أن يصدر عن المرأة ، ولذلك وجب فيمن يأتيه أن يكون ذكراً . وليس من العسير أن نوفق بين هذا المعنى وبين عموم الألفاظ التي استخدمها المشرع الليبي في المادة ٤٠٧ عندما تحدث عن الجاني في جريمة الواقعة . فعموم اللفظ الدال على الفاعل يخصه نوع الفعل المنسوب إليه . فإذا تبين أن فعل الوقاع لا يمكن أن يصدر إلا عن رجل فالنص يكون قد خصص بذاته عموم لفظه ، وبذلك تنتفى مظنة التحكم في التفسير .

٣ - ويقال في مصر وفرنسا إن استحالة نسبة الواقعة إلى المرأة يرجع في جانب منه إلى طبيعة التنظيم القانوني للجريمة . فليس بوسع امرأة أن تكره رجلاً على وقاعها بالقوة ، وإن جاز أن تحمله على ذلك بالتهديد أو الخداع ^(١) ، وإنما الرجل وحده الذي يقوى على ارتكاب الجريمة في مختلف صورها ، فلزم أن يكون هو دون الأنثى فاعلها الأصلي في كل الأحوال .

غير أن هذه الحجة غير حاسمة ، لأن الوقاع لا يتم بالعنف وحده ، بل يصح قانوناً أن يرتكب بالتهديد أو بالخدعة . وأصحاب الرأي المتقدم لا

= الحد على المرأة ليس لكونها زانية ، لأن فعل الزنا وهو الوطء لا يتحقق منها ، فهي موطوءة وليست بواطئة . وتسميتها في الكتاب العزيز زانية هو مجاز لا حقيقة ، فيصح في اللغة إطلاق اسم الفاعل للدلالة على اسم المفعول . فانه تعالى يقول في كتابه الكريم : خلق من ماء دافق ، والمراد مدفوق ، ويقول : فهو في عيشة راضية ، والمراد مرضية . وكذلك الحال بالنسبة لتسمية المرأة زانية ، فالمراد مزني بها . راجع بدائع الصنائع للكاساني ج ٧ ص ٣٤ والمبسوط للسرخي ، ج ٩ ص ٥٥ .

(١) انظر : Garçon, Code pénal annoté, II, art. 331, n. 20.

وانظر في الفقه المصري : محمود مصطفى فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٤ ، رمسيس بهنام ص ١٨٦ ، عبد المهيم بكر ص ١٨٢ . وفي الفقه الإيطالي كذلك من يرى استحالة إرغام الرجل على الواقعة بالقوة . انظر : Carrara, Programma di diritto penale, II, p. 330, nota 1.

ينفون قدرة المرأة على استعمال التهديد أو اصطناع الحيلة فيتحقق لها ما تهدف إليه من وقاع . وإذا كان بوسع المرأة أن ترتكب الفعل في بعض صورته فليس من المنطق في مقام التفسير أن نسقط الحكم عنها كليةً لمجرد عجزها عن ارتكاب الفعل في إحدى صورته . هذا إلى أن الظن بأن المرأة لا تستطيع أن تكره رجلاً بالقوة على وقاعها غير صحيح ، لأن الإكراه محله الإرادة ، والاشتهاء الجنسي والاستجابة له لا يخضعان دائماً لسلطان الإرادة . وموؤدى ذلك أن الرجل يمكنه أن يواقع المرأة حتى وإن أكرهه على ذلك ^(١) .

ولهذا فإننا إذ نقرر عند تفسير النص المبيى بأن المرأة لا يمكنها أن ترتكب فعل الوقاع فإنما نستند في ذلك أساساً إلى طبيعة الفعل لا إلى التنظيم القانوني للجريمة . فالوقاع فعل الذكر وحده ، وما يبدو من المرأة فيه بوصفها أنثى لا يعد وقاعاً بل هو تمكين . والوقاع فعله الإيلاج لا التمكين . وإذا كان المشرع قد جرم الوقاع في حالات معينة فليس هناك مجال للشك إطلاقاً في أننا بصدد جريمة من جرائم الذكورة ، سواء صرح النص بذلك أو لم يصرح .

٤ - تكييف فعل المرأة التي تحمل الغير على وقاعها :

إذا حملت امرأة رجلاً على أن يواقعها بالقوة أو بالتهديد أو بالحيلة ، فإنها لا ترتكب جريمة موافقة بالرغم من تحقق الوطاء فعلاً ، لأن الوقاع لم

(١) ومن فقهاء الشريعة من سبق إلى ظنهم أن المكره لا يواقع ثم تخلوا عن رأيهم . وقد عرضوا لذلك بمناسبة البحث في مدى جواز حد المكره على الزنا ، فقال أبو حنيفة في رأي أول له بوجوب حده ، على أساس أن الرجل لا يزني ما لم تنتشر آلته ، وذلك دليل الطوعية . غير أنه رجع عن هذا الرأي من بعد وقال إن انتشار الآلة لا يدل حتماً على أنه كان طائعاً ، فقد تنتشر الآلة عن طوع أو عن طبع ، واستدل على ذلك بأن النائم تنتشر آلته من غير قصد ولا فعل منه . انظر المبسوط ج ٩ ص ٥٩ .

يصدر منها وإن تم بسعيها . والرجل بدوره لا يعد جانبياً وإن كان واقعياً ، لأنه لم يتوسل إلى الوقاع بالقوة أو التهديد أو الحيلة ، بل إنه مغلوب على أمره . فهو في حقيقة الأمر مجني عليه في جريمة قارفتها المرأة ، وهذه الجريمة هي هتك العرض ^(١) . ولهذا فإن فعل المرأة في هذا الفرض ينطبق على مواد هتك العرض (وهي المادتان ٢٦٨ و ٢٦٩ من قانون العقوبات المصري ، والمادة ٤٠٨ من قانون العقوبات الليبي) . وعلة ذلك أن المرأة حملت الرجل كرهاً أو خداعاً على كشف عورته ثم على إيلاج فرجه في فرجها ^(٢) . ولنفس العلة ترتكب المرأة جريمة هتك عرض لا وقاع إذا انسلت في جوف الليل إلى فراش رجل واستلقت بجانبه على أنها زوجته فأثاها ، كما يعتبر فعلها هتك عرض إذا حملت مجنوناً أو صغيراً على وقاعها .

(٥) تكييف فعل المرأة التي تساق امرأة بغير رضاها :

لا يعتبر السحاق وقاعاً ولو تم بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع . ذلك أن الوقاع ركنه إيلاج قضيب الرجل في فرج آدمي . والسحاق مدالكة خارجية ،

(١) انظر : محمود مصطفى فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٤ ، رمسيس بهنام ص ٢٨٦ ، عبد المهين بكر ص ١٨٢ .

(٢) على أنه إذا بدأ الفعل بالقوة أو بالخدعة فصادف من المجني عليه قبولاً أو وسعه كشف الخديعة ثم تم الوقاع فإن الفعل من جانب المرأة لا يعتبر في مذهب القضاء المصري هتك عرض . وقضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن هتك العرض إذا بدىء في تنفيذه بالقوة فصادف من المجني عليه قبولاً ورضاء صحيحين فإن ركن القوة يكون منتفياً فيه ، لأن عدم إمكانية تجزئة الواقعة المكونة له لارتكابها في ظروف وملابسات واحدة ، بل في وقت واحد وتنفيذاً لقصد واحد لا يمكن معه القول بأن المجني عليه لم يكن راضياً بجزء منها وراضياً بجزء آخر ، كما أن العبرة في هذا المقام ليست بالقوة لذاتها ، بل بها على تقدير أنها معدمة للرضا ، فإذا ما تحقق الرضا ولم يكن للقوة أي أثر في تحقيقه فإن مساءلة المتهم عنها لا يكون لها أدنى مبرر ولا مسوغ . نقض ١٩٤٠/٣/٢٥ و ١٩٤٢/٦/٢٢ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ عاماً ج ٢ ص ١١٩٠ رقم ٣٤ و ٣٥ .

فهو أشبه بالمباشرة دون الفرج على ما يقول الشرعيون . على أن ما يحول دون اعتبار السحاق وقاعاً ليس هو انتفاء الإيلاج أساساً ، بل هو صدور الفعل من أنثى . ففي بعض الحالات النادرة يصح أن تنطوي المساحقة على إيلاج حقيقي نتيجة شذوذ في تكوين الأعضاء التناسلية لإحدى المرأتين ^(١) . وعلة استبعاد وصف الوقاع عن السحاق إطلاقاً أن الإيلاج فيه فرض نادر لا يستحق عناء النظر فيه وإشادة نظرية الوقاع عليه ، لأن النادر لا حكم له ، ولأن الحاجة إلى زجر الشارع إنما تكون فيما يغلب وجوده ، ولا يغلب وجود هذا الفعل ، وهو إذا وجد لا يعتبر وقاعاً بل هتك عرض .

٦) مدى إمكان مساهمة المرأة في جريمة الواقعة :

إذا استحال على المرأة بحكم أنوثتها أن تكون فاعلاً أصلياً في جريمة الواقعة ، فإنه لا يستحيل عليها أن تكون شريكة فيها طبقاً للمادة ٤٠ من قانون العقوبات المصري والمادة ١٠٠ من قانون العقوبات الليبي . فقد تقوم المرأة بالتحريض أو تدخل طرفاً في الاتفاق أو تبذل المساعدة فتقع الجريمة بناء على ما قامت به فتكون شريكة فيها . غير أن التساؤل يثور عما إذا كانت المرأة يمكن أن تكون فاعلاً مع غيرها في جريمة الواقعة . ولهذا التساؤل ما يبرره ؛ فالمواقعة في التشريع الليبي جريمة مركبة تتكون من فعلين يرتبطان ببعضهما ارتباط الوسيلة بالغاية ، وهما العنف أو التهديد أو الخداع من

(١) انظر : Manzini, Trattato, VII, p. 269, n. 2542 . وفي الفقه الإيطالي من ينفي عن السحاق صفة الوقاع لاعتبار لا يتعلق باتحاد الجنس ، بل لاستحالة الإيلاج من جانب المرأة Santoro, III, p, 487. أما محكمة النقض الإيطالية فلا ترفض اعتبار المساحقة وقاعاً حين يتم الإيلاج . انظر : Cass. 11 Marzo, 1952, Giustizia penale, II, col. 579, 25 novembre 1948, ivi, 1950, II, col. 862.

جهة ، والوطء من جهة اخرى . وقد تقوم المرأة بمباشرة العنف أو التهديد أو الخداع على المجني عليه ويقوم الرجل بوقاعه بعد رضوخه أو انخداعه ، وبذلك تدخل المرأة في ارتكاب الجريمة فتأتي - عمداً - عملاً من الأعمال المكونة لها .

وقد يبدو أن المرأة في هذه الحالة تعتبر فاعلاً مع غيرها طبقاً للمادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري والمادة ٩٩ من قانون العقوبات الليبي . غير أن هذه النظرة في حقيقة الأمر غير سديدة ، لأن الوقاع جريمة ذات فاعل خاص ، فهي لا تقع إلا من ذكر ، والرأي الراجح في الفقه يشترط فيمن يعتبر فاعلاً مع غيره في جرائم ذوي الصفة الخاصة ما يشترطه في فاعلها الأصلي . فالصفة شرط لازم في الحالين لا يغني عنها ارتكاب الفعل كله أو بعضه ^(١) . فإذا قامت امرأة بارتكاب جزء من الأعمال المكونة لجريمة الوقاع فإن ما ارتكبته لا يجعلها فاعلاً مع غيرها ، بل مجرد شريك في جريمة الواقعة . ويتضح من ذلك أن النشاط المادي لا يعتبر وحده أساساً للتفرقة بين الفاعل مع غيره والشريك في هذه الجريمة ، إذ يلزم لصحة الاعتداد بهذا النشاط أن تثبت الصفة ابتداء .

(٧) القدرة على الإيلاج شرط لازم وكاف :

يشترط فيمن يرتكب جريمة الواقعة - فوق صفة الذكورة - أن يكون

(١) انظر : نجيب حسني - المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ص ٧٩ ، والقسم العام ص ٤٥٦ ، رمسيس بهنام - النظرية العامة للقانون الجنائي ص ٦١٣ وما بعدها ، فوزية عبد الستار - المساهمة الأصلية في الجريمة ص ١٨٦ ، مأمون سلامة - جرائم الموظفين ضد الإدارة العامة - مجلة القانون والاقتصاد ص ٣٩ ص ١٥٣ .

قادراً على الإيلاج . فإن كان عاجزاً عن ذلك لآفة تمنعه ، فلا سبيل لنسبة الجريمة إليه ، لا في صورتها التامة ولا في صورة الشروع فيها .

ويرى بعض الفقهاء في مصر أنه إذا كان الجاني ممن لا يشتهون ، ففعله لا يعتبر وقاعاً ولا شروعاً فيه ، وإنما هو مجرد هتك عرض^(١) . وكذلك الشأن إذا كان الشخص مجرداً من قوة التناسل أو كان خصياً ، لاستحالة وقوع الجريمة منه استحالة مطلقة^(٢) .

وهذا الرأي فيما نرى غير صحيح ، فالجريمة تم بالإيلاج وحده ، وليس من عناصرها قضاء الشهوة ولا القدرة على الإخصاب . ولهذا لا يشترط فيمن يرتكب الجريمة إلا أن يكون رجلاً قادراً على الإيلاج .

فأما من لا يشتهي فإنه قادر على ارتكاب الجريمة كما يرتكبها من ينضح شهوة ، لأن الإيلاج إشباعاً للشهوة غير لازم لوقوعها . وقد يتصور البعض أن الإيلاج مستحيل بغير انتصاب ، وهذا الظن خاطيء ، لأن انتشار عضو الذكورة إن كان من شأنه تيسير فعل الإيلاج ، فإن ارتخاءه لا يجعل الإيلاج مستحيلاً ، إذ يمكن إقحامه في فرج المرأة على وجه من الوجوه . ولهذا فارتكاب الجريمة من عنيّن لا يعتبر فرضاً مستبعداً لمجرد العنة . ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الزنا يقع ولو كان الوطء غير مصحوب بانتشار ، بل

(١) انظر : أحمد أمين ص ٤٤٢ ، محمود مصطفى ، فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٤ ، صالح مصطفى - الجرائم الخلقية ص ١٩ و ٢٠ .

(٢) صالح مصطفى ص ٢٠ . وقضى في مصر بأنه لا عقاب إذا اتضح من شهادة الطبيب أن الجاني ليس ممن يشتهون أو ليس فيه قوة التناسل ، ويدخل في هذا الحكم الغلام الذي لم يبلغ سن الحلم . استئناف مصر ١٩٠٤/١/٣ - الاستقلال س ٤ ص ٨٥ . ويشترط بعض الفقهاء لوقوع الجريمة أن يكون الرجل متمتعاً بالقوة الجنسية . نجيب حسني - دروس في القسم الخاص ص ٢٧٦ .

ولو دخل الذكر في هواء الفرج ولم يمس جدره^(١) . ويقرر مانتسيني في إيطاليا أن جريمة الوقاع لا تستلزم بالضرورة قضاء الشهوة الجنسية وأنها لهذا السبب يمكن أن تقع من أشخاص عاجزين جنسياً عجزاً نسبياً أو مطلقاً ، كما أنها يمكن أن تقع من الصبية الذين لم يبلغوا سن الحلم ، ومن الكهول أيضاً^(٢) .

أما العجز عن الإخصاب لآفة أو شيخوخة فليس حائلاً دون الوقاع ، وذلك من باب أولى ، لأنه لا ارتباط بين العقم وبين القدرة على الوطء . فالوطء وحده كاف لوقوع الجريمة كاملة ، أما الإماء وخصوبة الخلايا المنوية فلا اعتبار لهما في هذا الباب . والخصاء مظهر من مظاهر العجز عن الإخصاب ، ولكنه ليس آفة مانعة من الوطء . فالخصي هو من سلّت خصيتاه وبقيت آلته ، ولا ينعدم الإيلاج بسبب الخصاء وإنما ينعدم به الإنزال فحسب ، وذلك غير معتبر في إتمام الوقاع كما قدمنا ، فيلزم الخصي من الأحكام ما يلزم الفحل على حد قول الشرعيين^(٣) . ويبدو أن ثمة لبساً أدى إلى الخلط بين الخصاء والحب والفرق بينهما كبير . فالمحبوب هو مبتور

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٤ ، فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ ، حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ١٩٤ . وانظر كذلك عبد القادر عودة - التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ج ٢ ص ٣٥٠ .

(٢) Mazini, cit., VII, p. 259, n. 2540. ويستشهد هذا الفقيه على صحة رأيه بأقوال لرجال الطب الشرعي منهم Pelligrini, Trattato di medicina legale, Padova 1932, L, p. 400.

وانظر من هذا الرأي في الفقه المصري ، عبد المهيمن بكر ص ١٨٣ ، فهو يقرر أن أقصى ما يمكن تطلبه هو أن تكون لدى الجاني « القدرة » على ارتكاب الفعل ، فمضى توافرت هذه القدرة صح اعتبار فعل الجاني اغتصاباً أو شروفاً فيه على حسب الأحوال ، حتى ولو كان غلاماً لم يبلغ سن الحلم أو كان رجلاً ليست لديه قوة التناسل .

(٣) المبسوط ج ٩ ص ٩٨ . ويقول السرخسي في موضع آخر من مبسوطه إن قطع تلك الآلة من الخصي كقطع عضو آخر منه . ومعنى الفتنة لا ينعدم ، فالخصي قد يجامع بل هو أشد الناس جماعاً فإنه لا تفترآلته بالإنزال . المبسوط ج ١٠ ص ١٥٨ .

الآلة أو فاقدتها ، أما الحصى فآلته باقية . والمجبوب عاجز عن الإيلاج عجزاً مطلقاً لافتقاره إلى ما يمكنه من ذلك ، ولهذا فهو لا يرتكب وقاعاً ، أما الحصى فأمره مختلف عن ذلك تماماً ، لأن لديه ما يعينه على الإيلاج المعتبر .

الفصل الثاني

المجني عليه

(٨) صفة المجني عليه :

محل الحماية القانونية في جرائم العرض عامة هو حق الأفراد في صيانة أجسادهم من العبث بمواطن العفة فيها على غير رضاهم . والحقوق لا تثبت لغير الأحياء من الناس ، فلزم أن يكون المجني عليه في جريمة الواقعة إنساناً حياً . أما الموتى فلا عقاب في القانون على من يواقعهم . وقد يعاقب القانون على الفسق بالموتى ، لا باعتباره وقاعاً ، بل باعتباره انتهاكاً لحرمة القبور أو لحرمة الموتى إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في هذا الشأن . وينتقد الفقه في معظم الدول قصور التشريع عن كفالة الحماية الواجبة لبحث الموتى إزاء هذا العمل الشائن الذي قد يمارسه بعض المنحرفين ^(١) .

(١) انظر في الفقه المصري : أحمد أمين ص ٤٤٣ ، محمود مصطفى فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٤ ، رمسيس بهنام ص ٢٨٦ ، فتحي سرور ص ٥١٠ . وانظر في الفقه الفرنسي : Garçon, cit., II, art. 331-333, n. 21, p. 194. وفي الفقه الإيطالي : Manzini, VII, p. 262, n. 2541. ويصدق هذا النقد بنفس الدرجة على التشريع الليبي ؛ فنصوص قانون العقوبات فيه قاصرة عن تجريم الفسق بالموتى إلا في بعض الصور التي يمكن اعتبار الفعل فيها انتهاكاً لحرمة القبور أو الجبانات أو تدنيسها (م ٢٩٢) . وهذا هو الحكم أيضاً في القانون المصري (م ١٦٠) . وحتى في هذه =

والمعلوم أن حال الضحية وقت الوقاع هو المعتبر ؛ فإن بدأ الوقاع والمجني عليه حيّ ثم مات أثناء الوطء نتيجة لما استخدمه الجاني من عنف لحمله على رضوخ أو للحيلولة دون افتضاح أمره ، كان الجاني مسئولاً عن جريمة وقاع وعن قتل أو ضرب أفضى إلى الموت بحسب الأحوال (١) ، أما إذا حدثت الوفاة أولاً - طبيعية كانت أو جنائية - ثم أعقبها الوطء ، فهذا الوطء لا يكون جريمة وقاع .

ووطء البهيمة لا يعد وقاعاً وإن أمكن العقاب عليه في بعض الحالات بوصفه جريمة أخرى إذا توافرت شروط معينة ؛ فقد يكون هذا الوطء جريمة الفعل الفاضح أو الإتلاف أو الإيذاء أو القسوة على الحيوان (٢) .

الحالة تبدو العقوبة غير كافية ، لأن جريمة انتهاك حرمة القبور في التشريعين الليبي والمصري عقوبتها الحبس مدة لا تزيد على سنة أو الغرامة التي لا تزيد على خمسين جنياً . وهذه العقوبة تبدو تافهة إذا وقع الجاني جثة الميت . والشرعيون مختلفون في مدى جواز حد من وطء امرأة ميتة ؛ فأبو حنيفة لا يعتبر الفعل زنا لأن عضو الميت مستهلك ، فكان وطؤه كلا وطء . وهذا القول رأي للشافعي وأحمد ، والرأي الثاني لها أن الفعل يعتبر زنا يجب فيه الحد - ما لم يكن بين زوجين - لأنه وطء محرم . وذلك هو مذهب مالك أيضاً . انظر عبد القادر عودة ص ٣٥٤ .
Manzini, VII, p. 262, p. 2541 .

(١) وكانت التشريعات الأوروبية في العصور الوسطى تعتبر هذا الفعل من الجرائم البشعة وتعاقب عليه بالإعدام . ومنها ما كان يقضي بحرق الجاني حياً مع الحيوان الذي فسق به على أن يذبح رمادهما بعد ذلك في الهواء .

واختلف فقهاء الشريعة فيمن أتى البهيمة ؛ فمنهم من أوجب حد الزنا ، ومنهم من قال بالتعزير . واختلف هؤلاء في نوع التعزير ومداه ؛ فمنهم من اشتد فأوجب القتل ، ومنهم من رأى الجلد ، ومنهم من فوض الأمر للإمام . انظر في ذلك تفصيلاً : المحلى لابن حزم ج ١١ ص ٣٨٦ - ٣٨٨ .

وينسب لبعض التشريعات العربية أنها تعاقب على إتيان البهيمة باعتباره وقاعاً مؤثماً . فالمادة ٢٠٥ من قانون العقوبات السوري تنص على أن كل مجامعة على خلاف الطبيعة يعاقب عليها بالحبس حتى سنة واحدة . ويفسر البعض هذا النص على أنه يشمل فيما يشمل حالات الفسق بالحيوان لأنه جماع على خلاف الطبيعة .

٩ - جنس المجنى عليه :

لا يشير جنس المجنى عليه في جريمة الوقاع خلافاً في التشريع المصري على الإطلاق ، لأن صراحة النص أغنت الفقه والقضاء عن الاجتهاد . فالمادة ٢٦٧ من قانون العقوبات بينت جنس المجنى عليه في جريمة الوقاع صراحة فاستعملت لفظ « الأنثى » . والمصدر التاريخي لهذه المادة هو المادة ٣٣١ من قانون العقوبات الفرنسي . ولذلك فلا خلاف في مصر على أن اللواط هتك عرض لا وقاع .

أما في ليبيا فالوضع مختلف ، لأن المادة ٤٠٧ من قانون العقوبات ليست صريحة في بيان جنس المجنى عليه ، فهي لم تشر إليه في أي من فقراتها الثلاث إلا بالفاظ تحمل الأنوثة والذكورة لعمومها . والمصدر التاريخي للنص الليبي هو المادة ٥١٩ من قانون العقوبات الإيطالي ، ولذلك فإنه يتعين الرجوع ابتداء إلى الفقه والقضاء في إيطاليا لمعرفة ما استقرا عليه في تفسير هذه المادة .

والسائد في إيطاليا أن جنس المجنى عليه في جريمة الواقعة لا أثر له على الإطلاق ، فهي تقع على الرجل كما تقع على المرأة سواء بسواء . وينحصر الخلاف الفقهي هناك في مسألة فرعية هي مدى لزوم التباين بين جنس الجاني وجنس المجنى عليه . فمن الفقهاء من يشترط تباين الجنسين في جريمة الوقاع ، وهؤلاء لا يعتبرون اللواط ولا المساحقة وقاعاً^(١) ، ومنهم من لا يقيمون

(١) من هذا الرأي :

Antolisei, Manuale, cit., p. 371; Frisoli, Responsabilità del concorrente per il reato sessuale diverso commesso dal partecipe, in Giustizia penale 1950, II, col., 803 e ss.; Le Vecchi, Atti di libidine violenti e inammissibilità del tentativo, in Giust. pen. 1956, II, p. 154 e ss.; Vannini. Il de-

وزناً للتباين أو للتماثل ، ولذلك فاللواط والسحاق عندهم وقاع^(١) . ومن الفريق الثاني من يتحفظ بالنسبة للسحاق - دون اللواط - فلا يراه وقاعاً^(٢) . على أنه لما كان الرأي السائد في الفقه الإيطالي أن الجاني يصح أن يكون ذكراً أو أنثى ، فإن الخلاف المتقدم يصبح عديم الأثر بالنسبة لتحديد جنس المجني عليه . ولهذا فالفقه الإيطالي على اختلاف مذاهبه يسلم بأن جريمة الواقعة يصح أن ترتكب على المرأة وعلى الرجل . وهذا هو ما استقر عليه القضاء الإيطالي بدوره^(٣) .

وحجة الفقه والقضاء في إيطاليا أن المادة ٥١٩ من قانون العقوبات تعبر عن المجني عليه في جريمة الواقعة بلفظ « taluno » ، ومعناه « الغير » أو « شخص ما » . وهذا اللفظ عام الدلالة ، فهو ينصرف إلى المذكر والمؤنث

litto di violenza carnale, cit., p. 1 e ss.; Lupo, Violenza carnale, cit., p. 283 e ss.; Pannain, cit., p. 35 e ss.

(١) من هذا الرأي :

D'amico, Violenza carnale e congiunzione carnale abusiva, in Enciclopedia forense, 1962, VII, p. 1037; Maggiore, cit., p. 584 e ss.; Manfredini, Trattato, VII, p. 259; Ranieri, Manuale, cit., III, p. 53; Contieri, La coigiunzione carnale violenta p. 30-31.

Santoro, cit., p. 487.

(٢) من هذا الرأي :

(٣) ومن قضاء محكمة النقض الإيطالية في هذا الشأن أن اغتصاب شخص من جنس الجاني يعد وقاعاً لا هتك عرض - Cass, 11 marzo 1952 in Esposizione critica della Giurisp - rudenza sul codice penale nella sua attuazione dal 1941 ad oggi p. 330, n. 40 . ومن قضائهما أيضاً أن الجاني يسأل عن جريمة وقاع تامة إذا أولج قضيبه في دبر طفل . نقض ٩ أكتوبر ١٩٥١ - المرجع السابق ص ٣٣٠ رقم ٣٩ . وتستند محكمة النقض الإيطالية في رفض الرأي القائل بوجوب تباين الجنسين إلى عموم اللفظ الذي أشار به القانون إلى المجني عليه وإلى عبارات أخرى وردت بالمذكرة الإيضاحية لقانون العقوبات الإيطالي تعزز ما انتهت إليه .

ما لم يخصصه المشرع صراحة أو ضمناً ، وهم لا يرون في النص دليلاً على التخصيص^(١) .

وفي ليبيا واجهت المحكمة العليا هذه المشكلة في بداية عهدها واتخذت منها موقفاً واضحاً ثبت عليه قضاؤها فلم تتحول عنه ، واستقر عليه القضاء الليبي كله نزولاً على حكم المادة ٢٨ من قانون المحكمة العليا التي تجعل المبادئ التي تقررها هذه المحكمة ملزمة لكافة السلطات . وبينت المحكمة العليا رأيها تفصيلاً في حكم شهير أصدرته في ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٥ م ، وأوضحت فيه الأسباب التي دعته إلى عدم انتهاج سبيل الفقه والقضاء في مصر . وقد رأينا أن نثبت هنا هذا المبدأ بنصه لما له من أهمية :

« وحيث إن النيابة العامة ترى أن الحكم المطعون فيه قد خالف القانون (وكان الحكم قد اعتبر اللواط وقاعاً) . إذ طبق على الواقعة المادة ٤٠٧ المقررة للمواقعة ، دون المادة ٤٠٨ الخاصة بهتك العرض ، ذلك أن القانون الليبي قد استعمل كلمة « واقع » في المادة ٤٠٧ ، والمواقعة لغة جماع المرأة ، أما أعمال الفحش الأخرى فيعبر عنها باللواط أو هتك العرض ، والعبرة في تأويل القانون الليبي بالنص العربي ، لأن القانون وضع باللغة العربية وإن كانت المادة ٤٠٧ قد نقلت عن القانون الإيطالي . فإذا كان المشرع الليبي قد أراد أن يجري حكمها على حالات المواقعة عموماً ، سواء أكان المجني عليه ذكراً أو أنثى لأفصح عن ذلك كما فعل القانون العراقي^(٢) . وتضيف النيابة أن الجريمتين : جريمة المواقعة أو الاغتصاب وجريمة هتك العرض

(١) Manzini, Trattato, VII, p, 261, n. 2541; Vannini Quid iuris? (١) III, p. 1.

(٢) تنص المادة ٢٣٢ من قانون العقوبات العراقي على عقاب « كل من واقع أي أنثى بغير رضاها أو لاوط بذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها » .

تفترقان في معظم القوانين ، فقد فرق القانون الفرنسي بين جريمتي الاغتصاب وهتك العرض ، وذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى أن الأولى لا تنطبق إلا على الإناث ، كما جرى الفقه والقضاء في مصر على أن الواقعة لا تقع إلا بالوطء الطبيعي ، ونحا القانون الانجليزي منحى القانون الفرنسي والمصري .

« وحيث إنه من المسلم به أن للقاضي أن يستعين في تأويله للقانون بكل ما يتصل بالتاريخ واللغة والمنطق ، وبما سبق النص أو صحبه من الأعمال التحضيرية أو المذكرات التفسيرية وبمقارنة النص المراد تفسيره بالنصوص الأخرى التي اقتبس منها ، ولا نزاع في أن المادة ٤٠٧ من قانون العقوبات الليبي منقولة عن المادة ٥١٩ من القانون الإيطالي ، وقد جرى الفقه والقضاء باطراد في إيطاليا على أنه يجوز أن تقع الجريمة المنصوص عليها في المادة ٥١٩ من أي الجنسين ، كما يجوز أن يكون المجني عليه ذكراً أو أنثى ، وأن هذه الجريمة يمكن وقوعها بين ذكرين أو بين امرأتين ، ومتى كان مصدر التشريع الليبي في هذه المادة هو التشريع الإيطالي فلا محل للتحدي بالقوانين الأخرى ، خصوصاً وأن القانون المصري قد عبر عندما نص على هذه الجريمة في المادة ٢٦٧ بقوله : « من واقع أنثى بغير رضاها » ، وإزاء هذا النص الصريح تمتنع المقارنة بين القانونين ، وكذلك الحال بالنسبة للقانون الفرنسي والانكليزي فقد فرق الفقه والقضاء فيهما بين الجريمتين في الوقت الذي وحد بينهما القانون الإيطالي .

« ومتى ثبت ذلك وكان مصدر القانون الليبي هو القانون الإيطالي الذي لم يفرق بين واقعة الذكر للأنثى وإتيان الذكر للذكر ، يكون ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه من تطبيق المادة ٤٠٧ دون المادة ٤٠٨ هو تفسير صحيح للقانون ، ولا يغير من هذا الوضع ما انطوت عليه المادة ٤٠٧ من ترجمة

عربية غير دقيقة» (١).

ويبين من استعراض وجهتي النظر أن النيابة العامة في ليبيا كانت ترى وجوب قصر الواقعة على الحالة التي يكون فيها المجني عليه أنثى ، فإن كان ذكراً كان الفعل لواطاً يخضع للنص الخاص بهتك العرض . أما المحكمة العليا فقد سوت بين الجنسين واعتبرت وطأهما في الحالين وقاعاً . وحجة النيابة العامة تقوم على التفسير اللغوي للفظ الوقاع ، وعلى أنه لو قصد الشارع غير هذا المعنى لأفصح صراحة عن قصده بالنص على « الذكر » كما فعل التشريع العراقي . وحجة المحكمة العليا تقوم على وجوب الاهتداء بالمصدر التاريخي للنص الليبي والافتداء بالإيطاليين عند تفسيره ، وعلى أنه لو قصد الشارع أن يقصر الحكم على وقاع الأنثى لنص على ذلك صراحة كما فعل التشريع المصري والتشريع الفرنسي .

(١٠) والصواب عندنا هو ما ذهب إليه المحكمة العليا . ولا يقدر في صحة نظرها أن يكون الوقاع لغةً هو وطء المرأة ، فهذا المفهوم اللغوي يستقيم لو أن المشرع قصد الالتزام به . أما إذا ثبت انصرافه عنه وتأيدت بمختلف الأدلة رغبته في إضفاء مفهوم آخر على لفظ الواقعة يختلف عما جرت به معاجم اللغة ، فهذا شأنه ، ومراده يلزم الفقه والقضاء ويوجب عليهما التزام المفهوم الاصطلاحي دون المفهوم اللغوي .

والأدلة على أن للوقاع في التشريع الليبي مفهوماً اصطلاحياً يختلف عن مفهومه اللغوي ويتسع لحالات إتيان الإناث والذكور عديدة ، منها :

(١) المحكمة العليا في ١٢/٧/١٩٥٥ - قضاء المحكمة العليا ج ١ رقم ٣٦ ص ١٨٣ . ورددت المحكمة العليا هذا المبدأ بلفظه في حكم آخر أصدرته في ١٢/٢١/١٩٥٥ قضاء المحكمة العليا ج ١ رقم ٤١ ص ٢١٤ .

(١) أن التشريع الليبي عدل عن صياغة بعض التشريعات العربية ، ومنها التشريع المصري ، التي تحقق التطابق بين المفهوم اللغوي للمواقعة ومفهومها الاصطلاحي بالنص صراحة على أن المواقعة تكون بين طرفين أحدهما أنثى . ومسلك التشريع الليبي واضح من استعمال كلمة « آخر » للدلالة على المجني عليه في المادة ٤٠٧ بدلاً من لفظ « أنثى » ؛ فهذا اللفظ لا يخص جنساً بذاته ، بل يشمل الذكر والأنثى على السواء . وقد أشار حكم المحكمة العليا إلى هذه الحجة .

(٢) أن الشارع الليبي عندما صاغ نصوص المواقعة كان حريصاً كل الحرص على تجنب استعمال لفظ « الأنثى » ؛ فهو في الفقرة الثانية من المادة ٤٠٧ يقرر عقاب من واقع ولو بالرضا « صغيراً » دون الرابعة عشرة أو « شخصاً » لا يقدر على المقاومة . ثم هو يتحدث عن « القاصر » فيما بين الرابعة عشرة والثامنة عشرة مبيناً عقوبة من يواقعه برضاه . وهذه الألفاظ الثلاثة : « الصغير » و « الشخص » و « القاصر » عامة المدلول ، تتناول الذكر والأنثى معاً ، ويدل انحياز الشارع إليها على أنه حين وضع لفظة « آخر » في صدر المادة ٤٠٧ لم يضعها عفواً ، بل انتقاها عامداً لكي تتسع للإناث والذكور جميعاً .

(٣) أن المادة ٤١٠ من قانون العقوبات الليبي تعاقب كل من واقع أو هتك عرض « إنسان » برضاه إذا افتضح أو ضبط متلبساً به في مكان عام . وفي هذه المادة يؤكد الشارع مرة أخرى حرصه على تحاشي استعمال لفظ يخص جنساً دون جنس . بل إن هذا النص يقطع بانصراف نية الشارع إلى اعتبار الوقاع جريمة ترتكب على الأنثى وعلى الذكر بغير تفريق ، لأنه قرن الوقاع بهتك العرض في نص واحد ، وأطلق على من يتحمل الفعل في الحالين

اسم « الإنسان » . ولما كان من المسلم به أن هتك العرض يقع على الأنثى كما يقع على الذكر ، فإن مقتضى اقتران الجريمتين وانعطافهما على ذات المحل والتسوية بينهما في الحكم أن تكون الواقعة - كهتك العرض - جريمة تقع على الأنثى وعلى الذكر .

(٤) ولعل المادة ٤٠٣ من قانون العقوبات الليبي أوضح دلالة في هذا الشأن ، فهي تعاقب كل من واقع أحد أصوله أو فروعه أو أخته أو « أخاه » أو أحد أصول زوجه أو فروعه . وهذا النص كما هو بيّن يعرض لإتيان الأخ - وهو لواط - فيسميهِ وقاعاً ، وهو بذلك ينفي كل شك حول انصراف قصد الشارع إلى اعتبار الوقاع فعلاً لا يرتكب على الإناث وحدهن ، بل يمكن أن يرتكب على الذكران أيضاً .

(١١) سن المجنى عليه :

لم يشترط القانون المصري ولا الليبي بلوغ المجنى عليه في جريمة الواقعة سناً معينة ، بل إن الأعمار كلها فيها سواء . وعلى ذلك فالجريمة لا يقتصر وقوعها على من يفيضون حيوية ، بل يصح أن تقع كذلك على الصغار وعلى من بلغوا سن اليأس . وعلة ذلك أنه ليس من عناصر الجريمة أن يكون المجنى عليه محل اشتها .

على أن جريمة الوقاع مع ذلك تختلف عن غيرها من جرائم الأشخاص ، فالقتل والضرب والسب والقذف يمكن وقوعها على أي كائن حي يصدق عليه وصف الإنسان ، وبعبارة أخرى فهذه الجرائم ممكنة الوقوع من لحظة الميلاد حتى تمام الوفاة .

أما جريمة الوقاع فلها طابع خاص يميزها بالنظر إلى ركنها المادي ، ولذلك فإنه يمتنع عقلاً وقوعها على بعض الأشخاص ممن تقل أعمارهم عن سن معينة .

ويرى بعض الفقهاء أن جريمة الوقاع لا ترتكب على الأطفال ، لأن فروجهن ضيقة إلى حد يمتنع معه الإيلاج . ويستشهدون على صحة هذا الرأي بما يقرره الأطباء^(١) . ومن الفقهاء من يرى أن هذا القول إنما يصدق فحسب بالنسبة للوقاع التام ، أما الشروع فيه فممكن ، بل إنه لسوء الحظ شائع^(٢) .

ومن المؤكد أن الصغر في ذاته ليس حائلاً دون ارتكاب الوقاع ؛ فالنضج الجنسي ليس شرطاً لازماً في المجني عليه . غير أن التكوين الجسمي للمجني عليه - وهو يرتبط ارتباطاً وثيقاً بسنه - يقف في بعض الأحيان حائلاً دون الإيلاج . ومسألة السن على هذه الصورة تصبح مسألة واقع لا قانون ، فليست هناك حدود ثابتة للسن التي يصبح الوقاع ممكناً عند بلوغها وممتنعاً قبلها ، وإنما المعول عليه دائماً هو درجة النضج الجسمي وطبيعة تكوين الفرج ، لأن الأشخاص يختلفون في مدى نمو أعضائهم وإن تماثلت أعمارهم . ولا ينبغي إطلاق القول بأن الصغار يمتنع وقاعهم ؛ فالقانون نفسه لا يرفض ذلك ، بل إنه ينص صراحة على إمكان وقاع من هم دون الرابعة عشرة (م ٢/٤٠٧ لبي) . وإذا لم يكن ثمة مناص من تحديد سن معينة للمجني عليه في جريمة الوقاع فهذه السن هي التي يتهياً له فيها تكوين عضوي يسمح لمن يصح أن يسأل جنائياً بوقاعه^(٣) .

(١) انظر محمود مصطفى ، فقرة ٢٧٠ ص ٢٨٤ .

(٢) من هذا الرأي : Garçon, cit., II, 194, n. 18 وأحمد أمين ص ٤٤٢ .

(٣) وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بدورهم في مدى اعتبار وقاع الصغيرات زناً . فمالك يرى أن الواطئ يحد كلما أمكنه وطء الصغيرة ولو كان وطؤها غير ممكن لغيره . وأبو حنيفة وأصحابه يوجبون الحد إذا كان مثلها يجمع . ويختلف المذهبان في أن مالكاً يجعل الحد منوطاً بإمكان وطء =

فالعبرة هنا بتكوين المجني عليه ذاته لا بتكوين لداته . ودرجة التكوين هذه لا تتوقف على طبيعة تكوين الجاني ، لأن ذلك يفترض أن العقاب رهن بتمام الوقاع وهو ما لا يوجبه القانون . وإنما يكفي أن يكون المجني عليه قد بلغ درجة من التكوين العضوي يمكن معها لشخص ممن يسألون جنائياً أن يولج قضيبه في فرجه ، سواء كان ذلك ممكناً للجاني نفسه أو متعذراً عليه . ويتضح من ذلك أن سن المجني عليه في جريمة الواقعة ليست عنصراً قانونياً يلتزم حكم الإدانة ببيانه ، وإنما السن مجرد واقع يصاحب - عرضاً - نوعاً معيناً من التكوين ، وهو يختلف في حده الأدنى باختلاف المجني عليهم ، ولذلك فإنه لا يعيب الحكم أن يخطئ فيه أو يصيب .

والقضاء في مصر وليبيا على ذلك ، فقد قضى في مصر بأن القانون لم يقيد سنّ الأنثى في جريمة الوقاع بعمر خاص ، فإذا شمل الفعل وقاعاً فإن عقاب ذلك ينطبق على المادة ٢٦٧ عقوبات ، سواء كانت الأنثى محل شهوة أو

= الصغيرة نفسها من قبل الجاني نفسه ولو كان مثلها لا يجمع أو ولو كان وطؤها غير ممكن لغيره ، أما أبو حنيفة وأصحابه فيجعلون الحد منوطاً بصلاحية الصغيرة للجماع بصفة عامة لا بصلاحية الجاني لوقاعها .

أما الشافعيون فيوجبون الحد ما دام الوطء قد حدث فعلا دون التقيد بأي قيد يتصل بشخص الواطئ أو شخص الموطوء .

وفي مذهب أحمد رأيان يتفق أحدهما مع مذهب الشافعي ، أما الثاني فيخالفه في حالة وقوع الوطء بالفعل . ويفرق الرأي الثاني بين ما إذا كانت الصغيرة يمكن وطؤها أو لا يمكن ، فإن كان الوطء ممكناً فإن ما وقع يكون زناً موجباً للحد ، لأن الصغيرة بذلك تكون كالكبيرة ، وإن كانت الصغيرة لا تصلح للوطء فلا حد على من وطئها وإنما عليه التعزير . وبعض أصحاب هذا الرأي يحدد سن الصغيرة التي تصلح للوطء بنسب سنوات على أساس أنها قبل ذلك لا تشتهى وأن وطئها يشبه ما لو أدخل إصبعه في فرجها . انظر في المذهب المالكي شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٦ ، وفي المذهب الحنفي شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ ، وفي المذهب الشافعي أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٨ ، وفي مذهب ابن حنبل المغني ج ١٠ ص ١٥٣ ، وانظر في عرض ذلك كله عبد القادر عودة ص ٣٥٧ - ٣٥٨ .

ليست محلاً لذلك^(١) . والقضاء الليبي مطردة أحكامه على العقاب على وطء الصغار . ومن الأحكام ما قضى بالإدانة على وقاع أطفال بعضهم كان دون العاشرة ، وبعضهم لم يبلغ السابعة ، وبعضهم دون الخامسة ، بل إن بعض المحاكم قضت بالإدانة على وقاع طفلة لم يتجاوز عمرها الثالثة^(٢) .

وإذا لم يبلغ المجني عليه بسبب صغر سنه درجة من النمو والتكوين العضوي تسمح بوقاعه على الوجه المتقدم ، فإن أفعال الفسق التي تقع عليه لا تعتبر شروعا في وقاع بل جريمة هتك عرض^(٣) .

(١٢) حالة المجني عليه وظروفه :

لا عبرة في القانون بحالة المجني عليه ولا بظروفه الخاصة ، وإن جاز أن يكون لتلك الظروف أثر لدى القاضي عند تقدير العقوبة . فالصحيح والمريض ، والعاقل والمجنون ، والأعزب والمتزوج سواء في جريمة الواقعة^(٤) . وقد

(١) جنايات الزقازيق ١٩٢٩/٨/٢٧ المحامة س ١٠ ص ٧٨ .

(٢) وردت الإشارة إلى هذه الأحكام في سياق بعض أحكام المحكمة العليا في ليبيا انظر منها : عليا

١٩٦٧/١٠/٢١ قضاء المحكمة العليا ج ٣ رقم ١١٨ ص ٤١١ ، و ١٩٥٥/٦/١٥ ج ١

رقم ٢٥ ص ١٤٨ ، و ١٩٦٥/٢/٢٧ ج ٣ رقم ٤٤ ص ١٥٣ ، و ١٩٥٥/١٢/٧ ج ١

رقم ٣٦ ص ١٨٣ ، و ١٩٥٥/١٢/٢١ ج ١ رقم ٤١ ص ٢١٤ ، و ١٩٦١/٤/٢٩

ج ٢ ص ٤٧٧ ، و ١٩٦٥/٢/١٣ ج ٣ رقم ٤٢ ص ١٤٨ ، و ١٩٥٨/٥/٢٤ ج ٢ ص ١٣٧ .

(٣) عكس ذلك جارسون كما تقدم .

ويلاحظ أن القانون الليبي يقيم للسن في جريمة الوقاع وزناً من زاوية معينة لا تتصل بصلاحيية المجني عليه كحل للجريمة ، بل بصلاحييته للتعبير عن رضاه بالوقاع . فالمادة ٤٠٧/٢ تهدر رضا الصغير تماماً إن كان دون الرابعة عشرة ، فإن كان بين الرابعة عشرة والثامنة عشرة كان رضاه عذراً مخففاً يجعل عقوبة وقاعه السجن مدة لا تزيد على خمس سنوات بدلا من العقوبة العادية وهي السجن مدة أقصاها عشر سنوات .

(٤) يعتد القانون الليبي دون المصري بالمرض المعجز فيجعله كصغر السن مهدراً للرضا بالوقاع (م ٢/٤٠٧) وحكمه في هذا الشأن مستمد من المادة ٥١٩ من قانون العقوبات الإيطالي .

يكون المجني عليه أجنبياً عن الجاني أو قريباً له ، بل قد يكون من محارمه كالعمة والحالة ، والأم والبنت ، والأخ والأخت^(١) . فاذا ارتكب الوقاع على واحد من هؤلاء بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع أو باستغلال حالة العجز أو صغر السن ، وجب تطبيق العقوبة المقررة لجريمة الواقعة^(٢) .

ويستوى كذلك أن يكون المجني عليه عفاً أو عاجراً . والعاهر هي من تبيع جسدها لطالبه مقابل أجر يدفعه . والعهر لا يهدر حرمة الجسد ولا يبيح المرأة لطالبها رغم أنفها ولا يسلبها حقها في أن تمنع نفسها عن تشاء . ومن ثم فوقاعها بغير رضاها يوجب العقاب ولا يصلح حتى أن يكون عذراً مخففاً^(٣) . ولا يرفع عن الجاني جرمه أن يمنح العاهر بعد اغتصابها أجرها ،

(١) وقد تتداخل جريمة الواقعة في بعض الحالات مع جريمة زنا المحارم المنصوص عليها في المادة ٤٠٣ من قانون العقوبات الليبي ، وتعاقب هذه المادة بالسجن من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات كل من واقع أحد أصوله أو فروعه أو أخته أو أخاه أو أحد أصول زوجته أو فروعه . فإذا ارتكب الفعل شخص بالغ سن الرشد مع قاصر تقل سنه عن الثامنة عشرة تزداد العقوبة بالنسبة للبالغ بمقدار الثلث .

(٢) وتشدد العقوبة على الجاني إذا كان أصلاً للمجني عليه أو قائماً على تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادماً عنده أو عند من تقدم ذكرهم . (م ٢٦٧/٢ ع مصري و ٤٠٧/٣ ع ليبي) .

(٣) كانت بعض التشريعات القديمة تعتبر واقعة العاهر *la pubblica meretrice* بغير رضاها جريمة مقترنة بظرف مخفف ، على ظن أن إتيانها كرهاً ليس في جسامته اغتصاب غيرها من العفيفات . وكان هذا هو مسلك التشريع الإيطالي في العصور الوسطى ، وظل حكمه كذلك حتى أوائل القرن العشرين ، إذ بقي هذا الحكم منصوصاً عليه في قانون سنة ١٨٨٩ ، ثم عدل التشريع الإيطالي عن هذا الحكم بعد ذلك . وقيل تبريراً لهذا العدول إن العاهر التي تسلم جسدها على سبيل الاتجار لمن يطلبه لا تتجرد مع هذا من حقها في التصرف بحرية في نفسها في مجال العلاقات الجنسية . وبذلك فالجريمة التي تقع عليها رغم إرادتها لا تختلف في شيء عن تلك التي تقع على غيرها من العفيفات ، كما أن الخطورة الإجرامية التي يفصح عنها مسلك الجاني لا تختلف باختلاف المركز الاجتماعي لصحيته . =

أو أن يزيد فيه ، ولا أن يكون قد ألقى به إليها قبل وقوعها ، متى ثبت أنها لم تكن راضية بالوقوع وقت حدوثه . ويستوي أن يكون رفضها راجعاً إلى رغبتها في منع نفسها أصلاً عمن طلب موافقتها أو إلى رغبتها في إرجاء الوقوع إلى وقت آخر ، أو لما تراه من ضالة الأجر ، لأنها في كل هذه الحالات تعتبر غير راضية بالوقوع ساعة حدوثه ، وهذا يكفي لوقوع الجريمة ممن اغتصبها^(١) .

(١٣) حكم إثبات الزوج زوجته بغير رضاها :

تنص بعض التشريعات الأجنبية صراحة على استبعاد صفة الجريمة عن الواقعة التي يمارسها الزوج على زوجته رغم إرادتها في ظل نكاح صحيح . ومن هذه التشريعات : قانون العقوبات الألماني (م ١٠٧) ، والنمساوي (م ١٢٥) ، والسويسري (م ١٨٧) ، والسوري (م ٤٨٩) والسوداني (م ٣١٦)^(٢) .

= وإذا كان القانون لا يفرق من حيث العقوبة بين إثبات العنفات والعاهرات ، فإن في الفقه الإيطالي مع ذلك اتجاه يري - لاعتبارات خلقية - وجوب مراعاة القاضي لظروف الواقعة ، ويوصيه باستعمال سلطته التقديرية عند تحديد مقدار العقوبة حتى لا تكون هناك جفوة بين الواقع والتطبيق السليم للقانون . انظر من هذا الرأي :

Manzini, Trattato, cit., VII, p. 266, n. 2541.

(١) راجع Garçon, cit., II, n. 25 رمسيس بهنام ص ٢٨٦ ، نجيب حسني فقرة ٣٢٠ ص ٢٧٦ ، فتحي سرور فقرة ٣٥٩ ص ٥١١ .

(٢) تنص المادة ١/٤٨٩ من قانون العقوبات السوري على أن : « من أكره غير زوجه بالعنف أو التهديد على الجماع عوقب بالأشغال الشاقة خمس سنوات على الأقل » . وتنص المادة ٩٠ من هذا القانون أيضاً على أن : « يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة من جامع شخصاً غير زوجه لا يستطيع المقاومة بسبب نقص جسدي أو نفسي أو بسبب ما استعمل نحوه من ضروب الخداع » . وتنص المادة ٣١٦ من القانون السوداني صراحة على أن « الواقعة الرجل لزوجته لا يعتبر اغتصاباً إذا كانت بالغة سن الحلم »

والفقه في هذه البلاد يعتبر الزوجية شرطاً نافياً للفعل الإجرامي أو صفة سلبية في المجني عليه ، فيقال تحديداً لشخص المجني عليه في جريمة الواقعة إنه كل من عدا زوج الواطيء . وفي هذه التشريعات لا تثور مشكلة وقاع الزوج زوجته بغير رضاها ، وإنما تثور المشكلة في تشريعات الدول التي خلت نصوصها من أي إشارة إلى العلاقة الزوجية وأثرها في جريمة الواقعة . ومن هذه التشريعات قانون العقوبات الليبي والمصري ، ومثلهما الإيطالي والفرنسي .

وتبدو أبعاد المشكلة متى وضعنا في الاعتبار أن الوقاع المرفوض من جانب الزوجة تحفّ به ظروف وتدعو إليه أسباب مختلفة . فقد يقع الوطء في فترة انفصال قانوني بين الزوجين ، أو يقع في ظروف تنطوي على خطر يهدد الزوجة أو حملها ، أو تشعر الزوجة فيها بالإثم أو بالحرج من الوقاع ، أو يتم بطريقة شاذة تأبأها الزوجة . وإزاء اختلاف هذه الظروف فقد اختلفت الحلول التي خلص اليها الفقه إليها .

(١٤) ويذهب جانب من الفقه في إيطاليا إلى أن وطء الزوج زوجته عنوة أو بالحيلة يعتبر جريمة إذا كانا منفصلين عن بعضهما انفصلاً قانونياً وتم الوطء في فترة الانفصال . وحجة هذا الرأي أن حالة الانفصال وإن كانت لا تحل عقدة الزواج ولا تسقط التزام أي من الزوجين بالوفاء لصاحبه ، إلا أنها تحل كلاً منهما من التزامه بأن يستجيب جنسياً لقرينه ، بحيث يصبح الزوجان في هذه الحالة في حكم الغرباء . فإذا أقدم الزوج في فترة الانفصال على موافقة زوجته بدون رضاها ، فإن هذه الواقعة تعد جريمة ، لأنه اغتصب امرأة تملك حق الرفض قانوناً^(١) .

(١) من هذا الرأي في الفقه الإيطالي :

Contieri, p. 54; Manzini, Trattato, VII, p. 273, n. 2542. =

ويذهب جانب كبير من الفقه كذلك في إيطاليا وفرنسا ومصر إلى أن وطء الزوج زوجته بغير رضاها يعتبر جريمة ولو كانا يعيشان معاً ، إذا تم الوطء بطريقة أو في ظروف غير طبيعية . ويكون الوطء كذلك حين يأتي الزوج زوجته من دبر ، أو عندما يكون في الوطء خطر على صحتها أو على صحة الجنين الذي تحمله ، فقد تكون الزوجة مريضة بمرض يتفاقم بالوقوع فيها ، أو يكون الزوج نفسه مصاباً بمرض معد ينتقل بالوقوع للزوجة أو للجنين كالسل والزهرى والسيلان . ومن الظروف غير الطبيعية أيضاً إصرار الزوج على وطء زوجته في مكان عام أو على مرأى من بعض الناس (١) .

= وعكس ذلك في الفقه الفرنسي .

Garraud, V, n. 2084; Chauveau et Hélie, IV, n. 1579, Garçon, II, n. 24.

(١) انظر في الفقه الايطالي

Gabrieli, cit., p. 1071; Manzini, cit., VII, p. 273, n. 2542 ; Jannetti Piromallo, Titolo dall'ottavo al tredicesimo del libro secondo del cod. pen. III, 1936, p. 95; Maggiore, II, 1, p. 549; Manfredini, cit, p. 129; Contieri, cit., p. 56 ; Santoro, cit., III, p. 481.

وتسير أحكام محكمة النقض الإيطالية في هذا الاتجاه ، فقد قضت بأن إثبات الزوجة من دبر على كره منها يعد وقاعاً معاقباً عليه بالمادة ١٩٥ من قانون العقوبات :

«Atto carnale è anche il congiungimento contro natura, e, quindi, commette il delitto preveduto nell'art. 519 chi costringe la propria moglie a coito contro natura.» Cass. 19 novembre 1933; 17 agosto 1914; 1 febbraio, 1900, citate dal Manzini, p. 273, nota 1.

وانظر في تأثيم هذا الوطء في الفقه الفرنسي

Chauveau et Hélie, IV, n. 1576; Garraud, V, n. 2100, Blanche, V, n. 107.

وفي الفقه المصري : أحمد أمين ص ٤٤٢ ، رمسيس بهنام ص ١٨٧ ، محمود مصطفى فقرة =

على أن في الفقه الإيطالي رأياً ينكر مساءلة الزوج في أي حال عن جريمة وقاع ولو وطئ زوجته على غير رضاها . وحجته أنه بعد الزواج لا يبقى لأحد من الزوجين في مواجهة صاحبه حق في حرمة الجسد ، لأن عقد الزواج يحل لكل منهما أن يستمتع بالآخر . وإذن فإنه لا يتصور أن يلحق الوقاع ضرراً بذلك الحق حتى ولو مارسه الزوج بالقوة . ويتساءل أصحاب هذا الرأي في عجب : كيف يمكن للزوج أن يلحق الضرر بهذا الحق لمجرد أن الوقاع يلحق الضرر بحق أو بمصلحة أخرى كسلامة البدن أو صيانة الأجنة (١) !

أما إذا تم وطئ الزوجة على غير رضاها في ظل نكاح صحيح لا يشوبه انفصال ، وفي ظل ظروف طبيعية لا خطر فيها على الزوجة ولا على حملها ، وبطريقة طبيعية أيضاً لا تتجاوز المأثى المشروع ، فإن جمهور الفقه في إيطاليا وفرنسا ومصر على أن الفعل لا يعتبر جريمة ، لأن إشباع الشهوة *remedium concopiscentiae* من مقاصد عقد الزواج . فإذا وقع الرجل زوجته ،

= ٢٦٩ ص ٢٨٥ ، فتحي سرور فقرة ٣٥٩ ص ٥١١ .

على أنه يلاحظ أن الفقه والقضاء في مصر وفرنسا لا يعتبران إتيان الزوجة من دبر على غير رضاها جريمة وقاع بل هتك عرض ، وذلك لعل لا تتصل بعلاقة الزوجية بل بطبيعة فعل الوقاع ومحل الإيلاج . فالوقاع في البلدين بإجماع الآراء هو إتيان الأنثى من قبل بغير رضاها . وقضى في فرنسا بأن إتيان الزوجة من الخلف كرهاً يعتبر هتك عرض . نقض فرنسي ١١/٢١ / ١٨٣٩ و ١٨٥٤/٥/١٨ مشار إليهما في جارسون . والظاهر أن الرأي يتجه كذلك إلى إجراء نفس الحكم على إتيان الزوجة بدون رضاها على مشهد من الغير ، فقد قضى في فرنسا بأن وقاع الزوجة بالقوة على مرأى من الغير وبمساعده يعد جريمة هتك عرض . نقض فرنسي ١٩/٣ / ١٩١٠ مشار إليه في جارسون .

(١) من هذا الرأي :

Vannini, Quid iuris ? III, p. 5; Pannain, Delitti, cit., p. 38, Lo Stesso, Manuale, II, 1, p. 347.

برضاها أو برغمها ، فإنما يمارس حقاً تقرر له بمقتضى عقد الزواج ، وهذا الحق سبب مبيح يرفع عن الفعل صفة اللامشروعية^(١) .

ومع ذلك ففي الفقه الايطالي من يعترض على الرأي السائد ، ويعتبر الزوج حتى في هذه الحالة مرتكباً جريمة وقاع . وسند هذا الرأي أن جريمة الوقاع لا تتكون من الوطء وحده ، بل تتكون منه ومن فعل القوة أو التهديد أو الخداع أيضاً . وإذا كان عقد الزواج يحل للزوج أن يستمتع بزوجه ، فليس في النظام القانوني القائم ما يخول الزوج حق اللجوء إلى وسائل غير مشروعة لاقتضاء حقه والوصول إلى غايته المشروعة . وقد عني القانون ببيان ما يترتب على إخلال أحد الزوجين بواجباته الزوجية ومنها الإباء الجنسي ،

(١) انظر في الفقه الايطالي

Manzini, VII, p. 272, n. 2542, Vannini, Quid iuris? III, p. 5.

ويرى هذان الفقيهان أن امتناع العقاب على الفعل بوصفه جريمة وقاع لا يحول دون العقاب عليه بوصف آخر كالضرب أو الإيذاء . وانظر في الفقه الإيطالي أيضاً . Antolisei, cit., 1. n. 82. غير أن هذا الفقيه مع تسليمه بالإباحة يرى وجوب إعادة النظر في الموضوع مجازاة لروح العصر ولما ينبغي أن تكون عليه العلاقات بين الزوجين .

وانظر في الفقه الفرنسي

Garçon, II, n. 33; Chauveau et Hélie, IV, n. 1579, Garraud, V, n. 2084.

وانظر نقض فرنسي ١٩/٣/١٩١٠ ، مشار إليه في جارسون ، المرجع والموضع السابقان . وانظر في الفقه المصري : أحمد أمين ص ٤٤٣ ، محمود مصطفى فقرة ٢٦٩ ص ٢٨٤ ، رمسيس بهنام ص ٢٨٧ ، نجيب حسني فقرة ٣٢١ ص ٢٧٧ ، عبد المهيم بكر فقرة ١٢٤ ص ١٨٣ ، عمر السعيد فقرة ٢٥٢ ص ٢٨٤ ، فتحي سرور فقرة ٣٥٩ ص ٥١١ .

وجاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أنه « ليس للزوجة المسلمة حرية الاختيار في تسليم نفسها لزوجها وعدم التسليم ، بل هي مجبرة بحكم عقد الزواج وبحكم الشرع إلى موافاة زوجها عند الطلب ، وليس لها أن تمتنع بغير عذر شرعي وإلا كان له حق تأديبها » نقض ١٩٢٨/١١/٢٢ مجموعة القواعد القانونية س ١ رقم ١٦ ص ٢٢ .

فأجاز للطرف الآخر أن يطلب الانفصال بسبب الإهانة الجسيمة ، ولكنه لم يخوله سلطة إكراه صاحبه بالقوة أو بالتهديد على تنفيذ التزامه . وعلى ذلك فالحياة الزوجية وإن كانت لا تجعل لأحد من الزوجين قبل الآخر حقاً في عدم المساس به جنسياً ، باعتبار أن هذا الحق يتعارض مع طبيعة عقد الزواج ومقاصده ، إلا أنها مع ذلك لا تهدر الحرية الجنسية لكل زوج ، فلا ينبغي لأحدهما أن يكره الآخر على الوطء ولا على تحمله . ويضيف هذا الرأي كذلك أنه ليس صحيحاً ما يقال من أن المرأة بقبولها الزواج قد ارتضت الوطء من زوجها مستقبلاً كلما أراد ، بحيث لا يقبل منها بعد ذلك الادعاء بوقوع الوطء رغماً عنها ، فهذا الظن يخالف الواقع من جهة ، لأن كل وطأة تقتضي الرضا بها استقلالاً ، وقد تقابل بالرفض ، كما أن هذا الظن من جهة أخرى يسرف في تفسير الرضا بالزواج ويحمله فوق ما يحتمل ، لأن هذا الرضا إنما يعني فحسب قبول الزوجة لتحمل الالتزامات العامة الناشئة عن عقد الزواج^(١) .

ويتضح مما تقدم أن الفقه المقارن في الدول التي خلت تشريعاتها من نص خاص يعالج المسألة على ثلاثة وجوه : فثمة اتجاه متطرف يعتبر الوقاع مباحاً في كافة الأحوال ، وثمة اتجاه عكسي يمثله في التطرف يعتبر الوقاع جريمة في كل حال ، وهناك أخيراً اتجاه وسط يعتبر الفعل مباحاً في حالات وموئماً في حالات . ولا يبين من استقراء أحكام المحكمة العليا في ليبيا أنها أبدت رأياً في هذه المسألة .

وعندنا أن الفصل في هذا الخلاف بتوقف على معرفة مدى الحقوق التي تنشأ عن عقد الزواج ، لأن وقاع المرأة بغير رضاها جريمة بحسب الأصل ،

Contieri, cit., p. 55 e segg.

(١)

ولا يرتفع هذا الوصف إلا بناء على سبب مبيح . ولما كان استعمال الحقوق من أسباب الإباحة فإنه يتعين البحث في مدى حق الزوج في وقاع زوجته ، فحيثما ثبت له هذا الحق فلا جريمة في فعله ، وإن سقط وجب عقابه .

ومن المتفق عليه أن عقد الزواج لا يحل للرجل أن يطأ امرأته من دبر ، لأن مأتى المرأة الذي يحله العقد للزوج هو القبل وحده . وفي الفقه الإسلامي رأي ضعيف يحل للزوج وطء الدبر^(١) ، غير أن أصح الآراء في مختلف المذاهب مجمعة على تحريمه ووجوب العقاب عليه^(٢) . وموؤدى ذلك أن حرمة الدبر على الزوج كحرمة على الغير ، فليس له أن يجعله محلاً للوقاع وإلا كان آثماً . فإن أتى الزوجة فيه برغمها تعين عقابه . وحكمه في ذلك لا

(١) هناك روايات عن الشافعي ومالك تفيد حل إتيان الزوجة من دبر ، وهناك أيضاً روايات منسوبة إلى صحابيين أجلاء منهم سعيد بن المسيب ونافع وابن عمر بعدم تحريم هذا الوطء . راجع في ذلك أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤١٥ و ٤١٦ في تفسير قوله تعالى : نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم (سورة البقرة ، الآية ٢٢٣) . وقد عرض القرطبي في تفسيره لتلك الروايات والأقوال ففندها وأنكر صحتها ونفى صدورها عن نسبت إليهم ، وأقام على ذلك عديداً من الأدلة ، وذهب مع الجمهور إلى أن إباحة الإتيان مختصة بموضع الحرث ، فغير موضع النسل لا يناله ملك النكاح ، انظر القرطبي ص ٨٩٩ وما بعدها .

(٢) والرأي متفق على أن وطء الزوجة في دبرها لا حد فيه ، ولكن فاعله مع ذلك لا ينجو من العقاب . ويرى أبو حنيفة أن هذا الوطء ليس زناً ولكنه معصية توجب التعزير ، أما أبو يوسف ومحمد فيريان أنه زنا يوجب الحد أصلاً ولكن يدرأ الحد لشبهة الملك وللاختلاف في حلية المحل فيعزر عليه . وهذا الرأي هو مذهب أحمد . أما المالكية والشافعية والشيعة الزيدية فيرون أن الفعل ليس زناً لأن الزوجة محل لوطء الزوج وله أن يستمتع بها . غير أن المالكية والزيدية يرون الفعل مع ذلك محرماً ويوجبون التعزير فيه ، أما الشافعية فلا يرون التعزير فيه إلا عند العودة إليه بعد نهى الحاكم عنه ، فإن لم يكن نهى فلا عقاب . ومنهم من يرى التعزير عند تكرار الفعل ولا يصرح باشتراط النهي عنه . والظاهر يرون لا يعتبرون الفعل زناً ولكنه في رأيهم معصية يعزر عليها . راجع في ذلك عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٥٣ ، وفيه إشارة إلى عدة مراجع في مختلف المذاهب . وانظر في الفقه المالكي أيضاً الشرح الصغير للدردير ج ٥ ص ١١٩ . والذي يعيننا من ذلك كله أن الوطء من دبر غير مباح وأنه معصية بغير خلاف .

يختلف عن حكم غيره من الكافة . بيد أنه إذا كان الوطء من دبر معاقباً عليه في التشريعين المصري والليبي ، فإن تكييف هذا الوطء فيهما مع ذلك مختلف ؛ فالفقه في مصر على أن جريمة الواقعة تقتضي إيلاجاً في القبل ، وعلى هذا الأصل يكون وطء الزوجة من دبر بغير رضاها هتك عرض وليس وقاعاً . أما في ليبيا فالفعل يعد وقاعاً بغير شبهة ، لأن هذه الجريمة تقع على الأنثى وعلى الذكر ، وركنها الإيلاج ، ولذلك فإنه يستوى أن يكون محلها القبل أو الدبر .

أما إذا اجتنب الزوج ما لا يحل له وطؤه ولم ينل من زوجه غير القبل ، فإن وطأه إياها ولو بغير رضاها لا يعد جريمة وقاع . وليس من شأن الحجب التي ساقها الفقيه الإيطالي Contieri أن تزعزع الرأي السائد في إيطاليا وفرنسا ومصر . ونحن لا نختلف مع الفقيه الإيطالي في المقدمة التي مهد بها لرأيه ، فالمواقعة جريمة لا تنحصر في الوطء وحده ، بل تتألف منه ومن فعل القوة أو التهديد أو الخداع أيضاً . غير أن « كنتيري » غفل عن مسألة أصولية فوق فيما ظن أن خصومه قد وقعوا فيه . ذلك أن جريمة الواقعة لا ترتكب إلا إذا تحققت أركانها ، شأنها في ذلك شأن غيرها من الجرائم . والركن المادي للمواقعة يضم عنصرين : هما عدم مشروعية الوطء وعدم مشروعية الوسيلة ، ولا يغني أحد العنصرين عن الآخر . فإذا كان الوطء مشروعاً في ذاته فالجريمة لا تقع لتخلف أحد عناصرها ولو كانت الوسيلة غير مشروعة . فالقانون عندما جرم هذا الفعل واشترط للعقاب عليه عدم رضا المجني عليه لم يكن هدفه حماية الإرادة من أساليب الإكراه والخداع ، بل كان هدفه الأساسي حماية الفروج . ولا محل للحديث عن هذه الحماية إذا كان النظام القانوني نفسه يبيح لشخص معين وطء فرج معين .

لو سلمنا جديلاً بأن الدين المسيحي لا يخول الزوج سلطة إكراه زوجته

على الوفاء بواجباتها ومنها التمكين الجنسي ، فليس بوسع أحد مع ذلك أن يرمي الزوج الذي يظاً زوجته كرهاً بأنه قد نال منها ما ليس حقاً له ، لأن إخلال الزوجة بالتزامها ليس سبباً مسقطاً لحق زوجها . وبذلك يكون الوطء في ذاته حقاً وإن كانت وسيلة الزوج إليه غير مشروعة ، وهذا في حد ذاته كاف لنفي جريمة الواقعة .

أما الشريعة الإسلامية وهي في مسائل الأحوال الشخصية قانون واجب التطبيق على المسلمين في مصر وليبيا ، فالأمر فيها لا يحتمل خلافاً ، ففقهاء الشريعة يوجبون على المرأة أن تكون مبادرة إلى فراش زوجها إذا التمسها ولم يكن هناك مانع شرعي كحيض أو نفاس^(١) . وجاء في مرشد الحيران أن للزوج أن يباشر زوجته ولو بغير رضاها^(٢) . وليس للزوجة أن تمنع زوجها من وطئها ، فإن منعه صارت ناشزة وكان لزوجها أن يؤذيها ليحملها على طاعته ، لقوله تعالى : « واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً »^(٣) . وموؤدى

(١) راجع أحمد إبراهيم - أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية سنة ١٩٢٥ ج ١ ص ٢٢٤ ، والأحكام الشرعية للأحوال الشخصية سنة ١٩٣٨ ص ٧٣ و ٧٤ ، بدران أبو العينين بدران - أحكام الزواج والطلاق في الإسلام ١٩٦١ ص ٢٠٢ .

(٢) مرشد الحيران ص ٢٣٠ ، وجاء في فتح القدير : وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله ، لأن فوات الاحتباس منها ، وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة ، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين في بيت الزوج ، لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرهاً . فتح القدير ج ٣ ص ٣٢٤ .

(٣) سورة النساء الآية ٣٤ . ويرى بعض المفسرين أن ضرب النساء إنما يجوز من أجل امتناعهن على أزواجهن في المباشعة ، وقاسوا ضرب الزوجة في الخدمة على ضربها من أجل المباشعة ، لأن كليهما واجبة عليها لزوجها ، ويروون عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله : لا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب . راجع تفسير القرطبي ص ١٧٤١ - ١٧٤٤ . وجاء في الفتاوى الكبرى : سئل عن بالغ تزوج بامرأة وهو غير مختن فامتنعت عن أن تمكنه من الوطء حتى يختن ، =

ذلك كله أن وطء الزوج زوجته ولو على كره منها يعتبر حقاً من حقوقه التي قرر لها له عقد الزواج ، ففعله مباح سواء فيما تعلق بذات الوطاء أو في الوسيلة المستعملة ، ولا جريمة مع الإباحة .

وقد يصح النظر في وسيلة الإكراه التي لجأ الزوج إليها للبحث فيما إذا كان منصفاً أو متحيّفاً ، وقد يسأل جنائياً إذا تجاوز الحدود المقررة لحقه في التأديب الشرعي . ولكن المسألة تظل حتى في هذه الصورة بعيدة عن جريمة الوقاع ، وإن جاز أن تنطبق على فعل الزوج أحكام الإيذاء إذا اكتملت شروطه^(١) .

ولا يختلف حكم الوطاء في تقديرنا ولو باشره الزوج رغم إرادة الزوجة في فترة انفصال قانوني ، لأن الاستمتاع من مقاصد عقد الزواج ، فكل وطء يتم في ظله هو — بوجه عام — حلال ديناً ومشروع قانوناً . ولا يزول هذا الحكم حتى تنحل عقدة النكاح بالطلاق أو التطليق أو التفريق أو الوفاة . والانفصال الجسدي عند المسيحيين يحل الزوجة من التزامها بالمعيشة المشتركة مع زوجها في بيت الزوجية ، ولكنه لا يفصم عري الزواج ولا يؤثر في

= هل لها ذلك وإن لم يضرها الوطاء ولا يسقط بذلك لوازمتها الشرعية ؟ فأجاب : ليس للمرأة منع زوجها من وطئها فإن منعه صارت ناشزة . الفتاوى الكبرى ج ٣ ص ١٩٨ .

ولا يسوغ الاعتراض على ذلك بأن إباء المرأة جزاؤه أن تعتبر ناشزة فحسب فلا يجوز إكراهها على التمكين ، لأن الآية الكريمة تجعل الوعظ والمجر والضرب وسائل لحمل المرأة على الطاعة مخافة النشوز . وانظر تأييداً لذلك حكم النقض في مصر الذي أباح للزوج حق تأديب امرأته إذا امتنعت عليه بغير عذر شرعي . ١٩٢٨/١١/٢٢ مشار إليه فيما سبق .

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة جنابات الإسكندرية بأن « للزوج شرعاً أن يفض بكاره زوجته ، كما قد اتفق شراح القانون على أن استعمال القوة مع الزوجة للوصول إلى هذا الغرض لا جريمة فيه ، فإذا ترتب على هذه القوة ترتب آثار تنطبق عليها مواد أخرى من القانون عوقب عليها =

سائر الحقوق والالتزامات الأخرى التي تترتب على الزوجية^(١) . ولما كان عقد الزواج - وليست المعيشة المشتركة - هو الذي يبيح للزوج وطاء زوجته ، وكان هذا العقد يبقى قائماً حتى في حالة الانفصال الجسدي ، فإن وطاء الزوجة من جانب زوجها لا يعد وقاعاً معاقباً عليه إذا ارتكب في فترة الانفصال ، ولو استعان الزوج عليه بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع .

وواطء الزوج زوجته في ظروف غير طبيعية لا يعتبر بدوره وقاعاً معاقباً عليه بهذه الصفة ، خلافاً للرأي الشائع . ولسنا ننكر أن حق الزوج في وطاء زوجته يقيّد في حالات معينة فلا يحل له شرعاً أن يطأها بلى يتعين عليه اعتزالها . ومن هذه الحالات المرض ، والحيض ، والنفاس ، والصوم في رمضان ، والإحرام في الحج . وللزوجة ، بل عليها ، أن تصد زوجها ولا تمكنه في هذه الحالات من نفسها ، وإلا كانت في نظر الدين آثمة . ومع ذلك فنحن لا نعتبر الزوج مرتكباً جريمة وقاع إذا وطئ زوجته رغم إرادتها في هذه الحالات .

وحيثنا في ذلك أن ارتفاع حق الوطاء في الحالات المتقدمة لا يرجع إلى علة في ذات المحل الموطوء ، بل يرجع إلى اعتبار آخر . والفرق واضح بين وطاءٍ يحرمه الدين والقانون لحرمة الفرج على الواطئء حرمة مطلقة ، وبين

= بحسب الظروف . أما الفرض نفسه فلا جريمة فيه ، لأن الزوج بارتكابه نه إنما استعمل حقاً أباحت له الشريعة . جنائيات الاسكندرية ٢٦ / ٤ / ١٩٣١ عماد المراجع ص ٥٤٠ رقم ٤٠ .

(١) Chauveau et Hélie, IV, n. 1579, Garraud, v, n. 2084.

ولهذا فإن لكل من الزوجين أن يقدم شكوى ضد زوجه إذا زنى في أثناء هذا الانفصال ، لأن كلا منهما ما زال ملتزماً بالإخلاص لصاحبه ، وإذا مات أحدهما في أثناء الانفصال ورثه الآخر باعتباره زوجاً له ، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة . راجع : توفيق حسن فرج - أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ١٩٦٤ فقرة ٢٠١ ص ١٠٠٥ ، أحمد سلامة - الأحوال الشخصية للمواطنين غير المسلمين ١٩٦٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٧١ .

وطء يحرم عليه لعلّة عارضة . فالأول هو المعتبر في جريمة المواقعة ، وهو ما يؤكّده القانون صيانةً للفروج . أما الثاني فليس محرماً لذاته ، بل لما يؤدي إليه من انتهاك لحقوق أخرى ، ولهذا لا يعتبر جريمة وقاع في القانون وإن جاز العقاب عليه بوصف آخر . وقد أدرك الشرعيون هذا الفارق من زمن ورتبوا عليه آثاره في باب الزنى ، فذهبوا إلى أن وطء الرجل زوجته الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المحرمة أو التي ظاهراً أو آتياً منها يعتبر وطئاً محرماً ، ولكنه لا يعد زنى موجهاً للحد ، لأن ملك الحل باقٍ في زمان الوطء ، أما التحريم فعارض^(١) .

١٦) الوطء في نكاح باطل :

لا ترتفع أحكام الوقاع الواردة في قانون العقوبات بسبب الزوجية إلا إذا كان بين الواطيء والموطوءة عقد نكاح صحيح ، لأن هذا العقد هو الذي يحل للزوج فرج زوجته . فإن تخلف العقد وجب لإباحة الفعل جنائياً أن تكون المرأة راضية قانوناً بما يقع عليها من وطء . فإن لم يكن عقد نكاح ولا رضا معتبر ، وجب العقاب على الوطء باعتباره جريمة وقاع . وليس المراد بالعقد مجرد صورته ، بل يلزم أن يكون النكاح صحيحاً . فإن كان مجمعاً على بطلانه ، كنكاح خامسة أو نكاح زوجة الغير أو معتدته أو المطلقة ثلاثاً قبل أن تنكح زوجاً آخر ، فإنه يكون نكاحاً غير معتبر في حل الفرج . وإذا تم في ظله وطء بالقوة أو بالتهديد أو بالخداع ، كان كالوطء الذي يقع في غير نكاح أصلاً ، فيكون جريمة وقاع منطبقة على المادة ٢٦٧ مصري و ٤٠٧ لبي .

(١) راجع المبسوط ج ١٠ ص ١٥٨ - ١٦٠ ، وانظر كذلك عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٥٠ فقرة ٤٨٥ ، وفيه إشارة إلى مراجع عديدة في ذات المعنى .

والمرأة قد تكون طرفاً في عقد كهذا اما نتيجة لجهلها بأحكام الشريعة او لجهلها بحقيقة الواقع . والوطء قد يقع عليها وهي واهمة مخدوعة ، وقد يقع عليها بالإكراه بعد أن تكتشف بطلان العقد فتتأبى على الرجل . وفي هذه الحالات جميعاً لا تعتبر المرأة زوجة للعاقد حتى يحل له وطؤها شرعاً ، ولا هي راضية بالوطء حتى يباح له وطؤها قانوناً ، وإنما هو وقاع آثم تجرى عليه أحكام قانون العقوبات ^(١) .

ولهذا يرى الفقه في مصر أن من كان في عصمته أربع وتمكن بالخدعة من العقد على خامسة ثم دخل بها يعتبر مرتكباً لجريمة الواقعة ^(٢) . وقضت محكمة النقض في مصر بانه إذا اتفق مسيحي متزوج - بعد أن سعى لدى السلطات الدينية التابع لها بقصد التخلص من هذا الزواج - مع امرأة على أن تزوجه بنتها القاصر ، وهي مع علمها بهذه الظروف زوجتها إليه وسلمتها له بعد اجراء زواج ظاهري ، وتوصل بذلك لمعاشرتها معاشرة الأزواج ومواقععتها ، فإنه يكون باشتراكه مع والدتها قد أوجد البنت في حالة خطأ لا يمكن التغلب عليه ، بأن جعلها بالنسبة لحدثة سنها وظروف الواقعة

(١) والخلاف قائم بين فقهاء الشريعة حول مدى اعتبار هذا الوطء زناً موجهاً للحد . فمالك والشافعي وأحمد والظاهرية والزيدون يعتبرونه زناً موجباً للحد ويجعلون العقد لغواً لا أثر له . أما أبو حنيفة فيرى في وجود العقد شبهة تدوراً الحد ، ولكنه مع ذلك يوجب التعزير إن كان العاقد عالماً ببطلان العقد . انظر عبد القادر عودة ج ٢ فقرة ٤٩٤ و ٤٩٥ ص ٣٦٣ والمراجع المشار إليها فيه . أما أبو يوسف ومحمد فيوجبان الحد في ذوات المحارم إن كان العاقد عالماً ثم وطئ المعقود عليها ، وكذلك الحال في كل امرأة ذات زوج أو محرمة على التأييد . انظر المبسوط ج ٩ ص ٨٥ . والذي يعيننا في هذا المقام أن عقد الزواج في كل الحالات المتقدمة باطل ، وأنه لا يبيح للرجل فرج المرأة ، إذ هي تظل بعد العقد محرمة عليه كما كانت قبله ، فإن وطئها وهو عالم ببطلان العقد ففعله معصية إن لم توجب الحد بالإجماع ، فإنها في القليل توجب التعزير .

(٢) انظر احمد امين ص ٤٤٨ .

تعتقد بصحة ذلك الزواج الموهوم^(١) .

١٧ - وطء المطلقة :

الطلاق يفصم عرى الزوجية ، ولكنه لا يرتب هذا الأثر إلا إذا انقضت العدة أو وقع بائناً منذ البداية . فإن كان رجعيًا فإنه لا يرفع أحكام النكاح ولا يزيل ملك الزوج قبل انقضاء العدة ، فلا يحرم على الزوج قبل ذلك الدخول على مطلقة ولو من غير إذنها ، ويجوز له الاستمتاع بها ووطؤها ، ويصير بذلك مراجعاً ولو حصل الوطء بغير رضاها^(٢) .

وإذا كان الشرع يبيح للزوج هذا الحق في الطلاق الرجعي ، فإنه لا يتصور قانوناً أن يوصف وقاعه بأنه جريمة ولو حصل بغير رضا الزوجة ، لأن استعمال الحق سبب مبيح . أما إذا وقع الطلاق بائناً كما في الخلع والطلاق الثلاث ، أو إذا بانّت المرأة بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي ، فإنها تحرم على مطلقها فلا يحل له ووطؤها . فإن فعل ذلك كان آثماً ديناً ، وإن ووطئها بغير رضاها كان فعله جريمة وقاع في نظر القانون^(٣) .

(١) نقض ١٨/١٢/١٩١٥ المجموعة الرسمية س ١٧ ص ٩٩ ، وبئفس المعنى جنيات أسيوط ٦/٦/١٩١٢ المجموعة الرسمية س ١٣ ص ٢٦٤ ، وجنيات بني سويف ٣/٢/١٩٣١ عماد المراجع ص ٥٣٣ زقم ١٨ .

(٢) مرشد الخيران المواد ٢٣٠ - ٢٣٢ ويرى الحنفية ان المراجعة بالقول أولى لتكون الرجعة سنية ، أما الرجعة بالوطء ومقدماته فإنها بدعية وإن تكن معتبرة . والمالكية يوافقون الحنفية في الرجعة بالفعل مشرطين في ذلك الوطء بنية المراجعة ، ومثلهم الخنابلة . أما الشافعية فيرون أن الرجعة لا تصح إلا بالقول ، أما الوطء ومقدماته فلا يدل على الرجعة وإن نوى الزوج . وحجة من خص الرجعة بالقول أنها بمنزلة ابتداء الزواج لثبوت الخل بها ، وابتداء الزواج لا يحل بالوطء فكان حراماً . أما المجيزون فيعتبرون الرجعة استدامة للزواج فيحل الوطء لقيام الملك من كل وجه ، والفعل قد يقع دليلاً على الاستدامة . راجع بدران ابو العينين - ص ٢٥٣ - ٢٥٤ .

(٣) ولا خلاف على هذا الرأي في الفقه المصري . انظر أحمد أمين ص ٤٤٣ ، محمود مصطفى فقرة =

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً وأخفى عنها أمر الطلاق ثم عاشرها معاشرة الأزواج فمكنته من نفسها ظناً منها أنها ما تزال في عصمته ، فإن فعله يكون وقاعاً بالخداع يعاقب عليه قانوناً . وقضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك بأن للزوج في الشريعة الإسلامية حق إيقاع الطلاق بمشيئته وحده من غير مشاركة الزوجة ولا اطلاعها ، فإذا طلق زوجته وجهل عليها أمر الطلاق فإنها تظل قائمة فعلاً على حالها من التأثير بذلك الإكراه الأدبي الواقع عليها من قبل عقد الزواج والشرع المانع لها من حرية اختيار عدم الرضا عند إرادته ، وإذن فإذا طلق زوج زوجته طلاقاً مانعاً من حل الاستمتاع وكنم عنها أمر هذا الطلاق قاصداً ثم واقعها ، وثبت بطريقة قاطعة أنها عند الواقعة كانت جاهلة تمام الجهل يسبق وقوع هذا الطلاق المزيل للحل ، وثبت قطعاً كذلك أنها لو كانت علمت بالطلاق لامتنعت عن الرضا له ، كان وقاعه إياها حاصللاً بغير رضاها ، وحق عليه العقاب المنصوص عنه بالمادة ٢٦٧ عقوبات ، لأن رضاها بالوقوع لم يكن حراً ، بل كانت تحت تأثير إكراه عقد زال أثره بالطلاق وهي تجهله^(٢) .

(١٨) وطء الخلية :

لا تعتبر المخادنة سبباً قانونياً يكسب الرجل حقاً في إتيان عشيقته متى شاء راضية أو كارهة ، إذ لا تقاس الخلية على الزوجة ، فهي غير ملزمة قانوناً بتمكين خليلها منها حين يريد لها ، أما الزوجة فمجبورة بحكم عقد الزواج على موافاة زوجها كلما التمسها . وإذا كان قانون العقوبات حالياً من نص

= ٢٦٩ ص ٢٨٤ و ٢٨٥ ، رمسيس بهنام ص ٢٨٧ ، نجيب حسني فقرة ٣٢١ ص ٢٧٧ ،

عبد المهيمن بكر فقرة ١٢٤ ص ١٨٣ .

(١) نقض ١٩٢٨/١١/٢٤ المجموعة الرسمية س ٣٠ ص ٤ .

يعاقب على المخادنة في ذاتها فليس معنى ذلك أن النظام القانوني يقرها ويعترف لأهلها بحقوق الأزواج كلها أو بعضها ، لأن من الأصول المقررة أن خروج فعل من الأفعال عن سلطان قانون العقوبات لا يعني أنه مباح في سائر فروع القانون . ولما كانت المخادنة عملاً يخالف النظام العام والآداب فإن القانون لا يعترف للعاشق بحق على جسد المرأة التي قبلت العيش معه بغير زواج . ولا يختلف الحكم حتى وإن ضم العشيقين بيت واحد أعده الرجل للمرأة وهياً لها فيه كل أسباب الحياة . بل إن الحكم لا يختلف ولو أثمرت علاقتهما الآثمة أولاداً غير شرعيين . وقد يقوم بين الخليلين اتفاق صريح أو ضمني على أن تستجيب المرأة لشهوات خدينها كلما أراد مقابل ما يوفره لها من أسباب ، وهذا الاتفاق لا اعتداد به في نظر القانون ، فهو باطل لمخالفته للنظام العام والآداب ، ولذلك فإنه لا يكسب الرجل حقاً ولا يثقل كاهل المرأة بالتزام . وكل وطأة في هذه العلاقة تقتضي الرضا بها استقلالاً ، فإن تخلف هذا الرضا كان فعل الرجل وقاعاً معاقباً عليه في القانون .

وإذا كان للمخادنة ما يميزها في صدد جريمة الواقعة فهو مظنة الرضا بالوطء من جانب المرأة . فقريئة الرضا يمكن أن تلعب دوراً في هذا المجال نظراً لطبيعة العلاقة بين المرأة وخدينها . غير أن المسألة على هذا النحو تخرج من نطاق شخص المجني عليه وتدخل في نطاق عنصر آخر من عناصر الجريمة ، وهو انشاء الرضا بالوطء . والذي يعنينا في هذا المقام أن صفة الخلية مهدورة ، فهي لا تؤثر بذاتها في قيام جريمة الواقعة إذا استوفت شرائطها .

وحتى في نطاق الرضا لا تعتبر هذه الصفة قريئة قاطعة على ثبوته ، فالخليلة ككل امرأة قد تقبل الوقاع في لحظة وترفضه في أخرى . وكل ما يمكن أن يكون لهذه الصفة من أثر أن الرضا بالوقاع من جانبها يفترض غالباً ، فأما إذا ثبت عدم رضاها به فليس في القانون ما يحول دون عقاب واطئها