الزنى المعاقب عليه حدًّا

الدكتور محمد سامي النبراوي

استاذ القانون الجنائي المساعد

١

كان وضعاً غريباً أن يقف الشارع في البلاد الإسلامية في مكان المتفرج ، من جريمة تعد بحق من أبشع ما وصفته الشريعة الإسلامية، واستنكرته وحرمته جميع الأديان السماوية .

وليس أدل على شناعة الزنى من أن الله سبحانه وتعالى وصفه بالفحشاء واعتبره من الكبائر العظام . وأورد في شأنه آيات قرآنية حاسمة في تحريمه ، ومقررة له أغلظ أنواع العقاب . وذلك حتى يكون للجزاء أثره الزاجر في مقاومة المغريات وتقوية العزيمة لئلا يصبح الإنسان عبدا لغرائزه .

كما أن السنة والفقه قد أحاطاه بعناية خاصة، لم تحظ بمثلها أنواع كثيرة من النشاط الإجرامي . فوضعا له الأحكام التفصيلية التي تشمل مختلف صوره، وأوردا في شأنه الأمثلة العديدة التي تتناول كل فروضه ، حتى لا يبقى هناك عذر لجاحد .

وقد دعى إلى هذا الاهتمام ما تمثله تلك الجريمة من عدوان على بعض الدعائم الأساسية، التي تصون للبشرية كرامتها وتحفظ للمجتمع دينه وصلاحيته ومستقبله . فلا يخفى ما في الزنى من جناية على الأعراض والأنساب ، وانحلال للأخلاق ، وإهدار للقيم . مع ما يصاحب ذلك من انعدام الثقة وانتشار الفساد ، الذي يؤدي في النهاية إلى هدم الأسرة ، التي تعد النواة الأولى لبناء الجماعة الفاضلة .

وأمام تلك الاعتبارات تسقط كل الحجج الواهية والادعاءات الباطلة التي يتذرع بها البعض، لعدم تدخل الشارع بالعقاب على جميع صور هذه الجريمة النكراء . كالقول بأن الزنى من الأمور الشخصية ، وأنه لا يمس مصلحة المجتمع . فلا يجوز العقاب عليه إلا إذا تعدى هذه الدائرة الخاصة ، كأن يكون الجاني متزوجاً أو ارتكب الفعل دون رضاء الطرف الآخر .

المبحث التمهيدي

الزنى بين الاحكام الملغاة والقانون الجديد

١ ـ تمهيد :

نتكلم هنا عن بعض الملامح والملاحظات المتعلقة بجريمة الزنى في ظل أحكام قانون العقوبات الملغاة وقانون إقامة حد الزنى . على أن نتناول المسائل الأخرى المتعلقة بهذا الشأن عند دراسة الموضوع الخاص بها . ونقسم ذلك إلى مطلبين :

أولاً ـ أحكام جريمة الزنى الملغاة .
ثانياً ـ أحكام قانون إقامة حد الزنى .

المطلب الاول

احكام جريمة الزنى الملغاة

٢ ـ اشتراط قيام العلاقة الزوجية .
٣ ـ التفرقة بين زنى الزوجه وزنى الزوج .
٤ ـ دعوى الزنى .

٢ ـ اشتراط قيام العلاقة الزوجية :

كان قانون العقوبات ينص على جريمة الزنى في المواد ٣٩٩ ـ ٤٠٢ . وقد اقتبس الشارع هذه الأحكام من قانون العقوبات الإيطالي، مما ترتب عليه أن جاءت تلك الأحكام متعارضة مع ما يقضي به ديننا الحنيف ، ومتنافية مع تقاليد مجتمعنا الشرقي .

فالزنى بجميع أشكاله محرم ومعاقب عليه في الشريعة . ولا يعتد في ذلك بمجرد الأعتداء الشخصي الواقع على المجني عليه . بل ينظر إلى ما يؤدي إليه شيوع الفعل من آفات خطيرة تقوض بنيان المجتمع (١) . لذا يكون من المفروض أنه لا يدخل في تكوين الجريمة قيام رابطة الزوجية أو عدم الرضا أو أي عنصر آخر من هذا القبيل .

وهذا على خلاف ما ذهب إليه قانون العقوبات وأغلب التشريعات الوضعية ، حيث لا يعتبر كل وطء في غير حلال زنى . فلا يعد الفعل جريمة ويعاقب عليه إلا إذا حصل من شخص غير مرتبط بعقد زواج صحيح (المادتان ٣٩٩ / ١ و ٤٠٠ / ١ عقوبات الملغتان)(٢) . وذلك لأن هدف الشارع من الحماية هو صيانة حرمة الزواج (٣) .

---

(١) محمد ابو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، العقوبة ، ص ٩٤ .

(٢) لذلك اذا حملت المرأة قبل الزواج ، فانها لم تكن تسأل عن الزنى، ولو وضعت حملها في اثناء قيام العلاقة الزوجية. احمد امين ، شرح قانون العقوبات الاهلي ـ القسم الخاص ـ سنة ١٩٢٤م ص ٤٦٣ ، محمد عطية راغب ، الجرائم الجنسية في التشريع الجنائي المصري سنة ١٩٥٧ م ص ٣٧ .

(٣) ونتيجة لهذا كان من المحتمل ان يتهرب الزوج من مسئوليته عن جريمة الزنى بتطليق زوجته طلاقاً بائناً بعد ارتكابه الجريمة مباشرة، لكي يسقط حقها في الشكوى . ويمكن ان تترتب نفس هذه النتيجة بالنسبة للزوجة الزانية اذا كانت العصمة بيدها .
صالح مصطفى، الجرائم الخلقية، دراسة تحليلية مقارنة ١٩٦٢ م ص ٨٦، محمد عطية =

٣ ــ التفرقة بين زنى الزوجة وزنى الزوج :

فرق الشارع في المعاملة الجنائية والعقاب بين زنى الزوج وزنى الزوجة من عدة وجوه .

أولا : تثبت الجريمة في حق الزوجة إذا حصل منها الفعل في أي مكان (المادة ٣٩٩ عقوبات الملغاة) . أما الزوج فلا يثبت في حقه إلا إذا زنى في بيت الزوجية أو اتخذ له خليلة جهاراً في أي مكان (المادة ٤٠٠ عقوبات الملغاة) .

ثانياً : تعاقب الزوجة الزانية بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (المادة ٣٩٩/ ١ عقوبات الملغاة) . أما الزوج الزاني فيعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر (المادة ٤٠٠ / ١ عقوبات الملغاة) .

ثالثاً : لا عذر قانوني للزوجة إذا فوجئت بمشاهدة زوجها متلبسا بالزنى فقتلته في الحال هو وشريكته أو أحدهما . في حين أن هذا العذر موجود بالنسبة للزوج ، فتصبح جريمته جنحة ويعاقب عليها بالحبس (المادة ٣٧٥ عقوبات)

ونظراً إلى أن هذه التفرقة لاتستند إلى أساس منطقي سليم، ويرجع سبب وجودها إلى مجرد الإبقاء على أصلها التاريخي الممتد إلى القانون الروماني ، فإنه أصبح لا مبرر لها . خاصة في ظل نظرة المساواة بين المرأة والرجل في مختلف أوجه الأنشطة [1] .

أما الشريعة فلم تعرف مثل هذه الفوارق ، لأن نظرتها دائماً تكون أعمق

= راغب ص ٣٦ . ويرى بعض الفقهاء ان هذه الحيلة لا يصح ان تقف حائلا دون المحاكمة ، محمد مصطفى القللي ، اصول تحقيق الجنايات ص ٥١ .

(١) ادوار غالي الذهبي ، الجرائم الجنسية في التشريع الليبي المقارن ١٩٧٣م ص ٢٤، ٢٥ .

وأشمل . فساوت بين الرجل والمرأة في جميع الأحكام المتعلقة بذلك الشأن .

ولكن يلاحظ أن قانون إقامة حد الزنى لم يتضمن فيما الغاه المادة ٣٧٥ عقوبات التي تنص على عذر الزوج الذي يضبط زوجته حال تلبسها بالزنى فيقتلها في الحال هي ومن يزني بها أو أحدهما .

كما أنه من ناحية أخرى لم ينص على هذا العذر بالنسبة للزوجة التي تقتل زوجها حال مفاجأته متلبساً بالزنى ، رغم ما يلحق بها من إهانة وخيانة ، مما يصعب معه مقاومة رغبتها في الانتقام .

٤ – دعوى الزنى :

كانت جريمة الزنى من بين الجرائم التي لا يجوز فيها للنيابة العامة إقامة الدعوى إلا بناء على شكوى من الزوج المجني عليه (المادة ٣٩٩ عقوبات الملغاة بشأن زنى الزوجة ، والمادة ٤٠٠ عقوبات الملغاة بشأن زنى الزوج) .

وتسقط الجريمة بتنازل الزوج عن شكواه حتى ولو بعد النطق بالحكم نهائياً . كما تسقط بموت الزوج المعتدى عليه أو بانقضاء الزواج . وذلك حتى بالنسبة للشريك في الزنى أو الخليلة أو أي شخص آخر اشترك في الجريمة . فإذا كان قد صدر حكم بالإدانة أوقف تنفيذ الحكم وتقضت آثاره الجنائية (المادة ٤٠٢ عقوبات الملغاة) .

وقصد بهذا القيد حماية مصلحة الأسرة ، حيث ترك للمجني عليه تقدير النتائج التي قد تترتب على السير في الدعوى الجنائية . فإذا فضل عدم اتخاذ الأجراءات درءا للفضيحة وما تسفر عنه من أضرار ، وجب الأخذ بهذا الاعتبار وعدم معاقبة الجاني[1] .

---

(١) جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ج ٤ سنة ١٩٤١ ص ٧٤ .

ووفقاً لحكم المادة ٣٩٩ / ٢ عقوبات الملغاة ، لم تكن تقبل الشكوى المقدمة من الزوج إذا ثبت أنه أرتكب الزنى المعاقب عليه في خلال الخمس سنوات السابقة على ارتكاب جريمة الزوجة .

وكذلك الحال بالنسبة للزوجة ، حيث كانت المادة ٤٠٠ / ٢ عقوبات الملغاة تنص على أنه لا يعاقب على الفعل إذا أثبت الزوج أن زوجته زنت في خلال الخمس سنوات السابقة على ارتكاب جريمة الزوج .

ومعنى ذلك أن الشارع رأى أن زنى أحد الزوجين يعطي مثلا سيئاً يجعله غير جدير بتقديم شكوى ضد زوجه ، إذا كان قد أرتكب تلك الجريمة قبله[1] .

ولا يخفى ما في هذا الاتجاه من خطورة بالغة . إذ يترتب عليه منح الإذن بالزنى للزوج الذي سبق أن زنى زوجه . فلا يعاقب على أرتكابه الجريمة . وهذا ما تأباه أبسط مبادىء الأخلاق . وذلك بالإضافة إلى أنه يتنافى مع القواعد التي يأخذ بها القانون الجنائي ، حيث لا يقبل أن تمحى الجريمة بأخرى مثلها[2] .

---

(١) ادوار غالي الذهبي ص ٢٥ .

(٢) يقصر قانون العقوبات المصري ذلك على الزوجة الزانية، حيث تنص المادة ٢٧٣ على انه اذا ارتكب الزوج جريمة الزنى في المسكن الذي يقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة ٢٧٧ عقوبات فلا تسمع دعواه . فلا يستطيع الزوج ان يتمسك به باعتباره رب العائلة الذي يجب ان يكون القدوة الحسنة لها .

احمد امين ص ٤٧١ ، محمد عطية راغب ص ١٢٩ ، صالح مصطفى ص ٧٧ .

المطلب الثاني

احكام قانون اقامة حد الزنى

٥ ــ طبيعة أحكام قانون إقامة حد الزنى .

٦ ــ نوع جريمة الزنى .

٧ ــ حد الزنى .

٨ ــ إثبات الزنى .

٥ ــ طبيعة احكام قانون اقامة حد الزنى :

يتميز قانون إقامة حد الزنى ببعض الأحكام والقواعد المتعلقة به . وهذا ما يجعله من القوانين الخاصة . ويترتب على ذلك استبعاد أحكام قانوني العقوبات والإجراءات الجنائية في كل ما ورد به نص في هذا القانون .

أما إذا كان لم يرد في شأنه نص خاص ، فقد نصت المادة العاشرة من القانون على أنه يطبق المشهور من أيسر المذاهب بالنسبة إلى جريمة الزنى المعاقب عليها حدا . فإذا لم يوجد نص في المشهور طبقت أحكام قانون العقوبات .

وبالنسبة إلى الإجراءات فتطبق في شأنها أحكام قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون .

فلا تخل احكام هذا القانون باحكام قانون العقوبات او اي قانون آخر ، فيما لم يرد بشأنه نص فيه .

ومن ذلك يتضح أنه في حالة عدم وجود نص في القانون ، يجب أولا الأخذ بالمذهب الذي يكون قد أتى بأسهل الأحكام المعتبر أنها في مصلحة المتهم ، بالنسبة إلى جريمة الزنى المعاقب عليها حدا .

ولكن اتباع هذا الأتجاه على إطلاقه يؤدي أحياناً إلى نتائج قد لا تتفق مع الحكمة من العقاب على الزنى ، وينعارض مع أصول السياسة الجنائية ، كما أن أيسر المذاهب ليس دائماً أفضلها من وجهة النظر الاجتماعية .

فمثلا تختلف المذاهب في حكم المرأة التي تجامع صبياً ، فالبعض قال لا تحد[١] ، والآخر قال تحد [٢] ، وهناك من وضع قيداً[٣] . فإذا أخذنا بالأيسر لترتب عليه إفلات المرأة من الحد . في حين أن ما وقع منها يعتبر زنى ويحقق لها الشهوة التي كانت تنشدها من فعلها .

بالإضافة إلى أن الأخذ بأيسر المذهب قد يؤدي إلى أختلاف الأحكام في الواقعة الواحدة بالنسبة إلى ظروف كل منهم على حدة ، لأن ما يكون في مصلحة شخص معين قد لا يعد كذلك بالنسبة للمساهم معه في ذات الجريمة[٤] .

كما أنه من ناحية أخرى الإحالة إلى قانون العقوبات فيما لم يرد بشأنه نص في المشهور من أيسر المذاهب ، قد لا يكون كافياً في بعض الفروض لسد النقص الموجود في القانون .

فمثلا بالنسبة للشروع في الجريمة ، إذا رجعنا فيه إلى قانون العقوبات ، نجد أن عقوبات الشروع محددة على أساس العقوبات المقررة للجريمة الكاملة (المادتان ٦٠ و ٦١ عقوبات) ، في حين أن قانون إقامة حد الزنى لـــم يبين الكيفية التي تحدد به العقوبة على الشروع في هذه الجريمة . وهذا ما تداركه الشارع

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، لعلاء الدين الكاساني ، الطبعة الاولى ج ٧ ص ٣٤ .

(٢) المغنى على مختصر الخرقي ، لمحمد عبد الله بن قدامة ، الطبعة الاولى ج ١٠ ص ١٥٢ .

(٣) شرح عبد الله محمد الخرشي على المختصر الجليل ، الطبعة الاولى ج ٥ ص ٣١٩ .

(٤) لذلك في قانون اقامة حدي السرقة والحرابة احال الشارع اولا الى المشهور من مذهب مالك ، باعتباره المذهب السائد في هذه البلاد من زمن طويل ، والف الناس تنظيم شئونهم في ضوء احكامه . كما الف القضاء تطبيقه في سهولة ويسر .
المذكرة الايضاحية بشأن المادة ٢٣ من قانون اقامة حدي السرقة والحرابة .

في المادة ١١ من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة(٥) .

لذلك نرى أنه كان من الأفضل لو أن الشارع قد تعرض بالنص الصريح لمثل هذه المسائل التي يكثر بشأنها الجدل وتتباين فيها الآراء، مما يحتمل أن يترتب عليه استفادة الجاني ولو كان هذا على حساب مصلحة المجتمع .

٦ – نوع جريمة الزنى :

تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية على أن عقوبة الزنى هي الحد مائة جلده ، مع جواز تعزير الجاني بالحبس مع الجلد .

ونظراً لأن عقوبة الجلد مستحدثة ولم تتضمنها القوانين الجنائية القائمة ، وأن تقسيم الجرائم في قانون العقوبات إلى جنايات وجنح ومخالفات يقوم على أساس نوع العقوبة المقررة لكل جريمة ، فإنه كان لزاما بيان نوع جريمة الزنى.

كما أنه بالنسبة للحبس ، فمع أنه من عقوبات الجنح (المادة ٥٤ عقوبات) إلا أنه مقرر في المادة ٢/٢ السابق الإشارة إليها بوصفه عقوبة تكميلية جوازية ، يقضي بها القانون بالإضافة إلى العقوبة الأصلية وهي الجلد ، ولا يجوز أن يحكم بها وحدها . لذلك لا يصح أن يحدد نوع الجريمة بناء عليها .

وهذا ما دعا الشارع إلى النص في المادة الرابعة على أنه « تعتبر جناية جريمة الزنى المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون » وذلك حتى تتحدد أحكام القانون المتعلقة بهذه الجريمة فيما لم يرد بشأنه نص في القانون(١) .

ولكن يلاحظ أن بعض العقوبات التبعية التي تترتب على الحكم لا تتوقف

---

(٥) تنص هذه المادة على انه « ١– تسرى احكام قانون العقوبات على الشروع في جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حداً . ٢ – وتتحدد العقوبة على الشروع في الجريمتين المشار اليهما وفقا لاحكام المادتين ٦٠، ٦١ من قانون العقوبات . وذلك على اساس العقوبة المقررة الجريمة بحسب وصفها في القانون المشار اليه » .

(١) وهذا ما فعله الشارع في المادة التاسعة من قانون اقامة حدي السرقة والحرابة .

على نوع العقوبة المقضي بها فحسب ، بل يدخل في الاعتبار أيضاً طبيعتها ومقدارها، كما هو الحال بالنسبة للمادتين ٣٣ و ٣٤ عقوبات، بشأن الحرمان من الحقوق المدنية ، حيث أن الحرمان يترتب على الحكم بالسجن المؤبد أو السجن لمدة عشر سنوات أو أكثر . لذلك أعتقد أنه ينبغي إضافة عقوبات الحدود إلى تلك العقوبات ، وتبين العقوبات التبعية التى تترتب عليها .

٧ – حد الزنى :

تفرق الشريعة بين المحصن وغير محصن في الحد المقرر للزنى .فبالنسبة للمحصن غلظت العقوبة ، لأن الفعل إذا وقع من متزوج يكون جرمه شد . وذلك لإنتقاء وجود أي مبرر يقتضي التخفيف عليه أو الرأفة به ، بعد سد كل الذرائع التي قد تدفعه إلى ارتكاب هذه الجريمة . لذلك جعلت عقوبته في هذه الحالة الرجم . وهو القتل رمياً بالحجارة بشروط معينة(١) .

وهذا بإجماع الفقهاء استناداً إلى ما روي عن الرسول عليه الصلاة والسلام قولا وفعلا عندما أمر برجم كل من ماعز والغامدية والمرأة التي زنى بها العسيف. واستمر على ذلك من تبعه من الخلفاء . ولم يخالف فيه سوى طائفة من الخوارج حيث ذهبوا إلى أن الحد في الزنى هو الجلد فحسب ، استناداً إلى القول بأن حديث الرجم خبر آحاد فلا يؤخذ به(٢) .

---

(١) محمد ابو زهرة ص ١١٠ .

(٢) « وقد روى ان رسل الخوارج جاءوا عمر بن عبد العزيز رحمه الله . فكان من جملة ما عابوا عليه الرجم ، وقالوا ليس في كتاب الله الا الجلد . وقالوا الحائض اوجبتم عليها قضاء الصوم دون الصلاة والصلاة اوكد . فقال لهم عمر وانتم لا تأخذون الا بما في كتاب الله؟ قالوا نعم . قال فاخبروني عن عدد الصلوات المفروضات وعدد اركانها وركعاتها ومواقيتها ، اين تجدونه في كتاب الله تعالى ؟ واخبروني عما تجب الزكاة فيه ومقاديرها ونصبها ؟ فقالوا انظرنا فرجعوا يومهم ذلك فلم يجدوا شيئاً مما سألهم عنه في القرآن . فقالوا لم نجده في القرآن . قال فكيف ذهبتم اليه ؟ قالوا لأن النبي صلى الله عليه وسلم فعله وفعله المسلمون بعده. فقال لهم فكذلك الرجم =

أما الزاني غير المحصن فعقوبته أخف وهي الجلد مائة جلدة لقوله تعالى « الزانية والزاني فأجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة »[١] . وما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول وفعل ، والإجماع . وقد يضاف إلى الجلد عقوبة التغريب وهي تعادل الحبس[٢] .

وعلة التخفيف عن غير المحصن هي تأخيره في الزواج والطبع يسهل زناه ، فيكون جرمه أقل من المتزوج ، مما يقتضي أن يتناسب جزاؤه مع ظروفه[٣] .

لذلك إذا كان أحد الزانين محصناً والآخر غير محصن ، كانت عقوبة الأول الرجم وعقوبة الثاني الجلد وقد يضاف التغريب اليها[٤] .

ولكن الشارع في قانون إقامة حد الزنى لم يأخذ بهذه التفرقة بين المحصن وغير المحصن في العقوبة المقررة للجريمة ، فجعلها واحدة في الحالتين ، رغم الإجماع على التفرقة بينهما وفقاً لما جاء في الشريعة ، ووجود المبرر المنطقي الذي يقتضي ذلك . فقد نص في المادة ٢ / ١ على أن « ١ – يحد الزاني مائة جلدة ويجوز تعزيره بالحبس مع الجلد » .

٨ – اثبات الزنى :

لم يتضمن قانون إقامة حد الزنى أية أحكام تتعلق بإثبات الجريمة . كما أنه لم يحل في هذا الشأن إلى المشهور من مذهب مالك مثل ما فعل في قانون إقامة حدي السرقة والحرابة (المادة ١٠) ، ولا إلى المشهور من أيسر المذاهب

= وقضاء الصوم فان النبي صلى الله عليه وسلم رجم ورجم خلفاؤه بعده والمسلمون . اذا ثبت هذا فمعنى الرجم ان يرمى بالحجارة وغيرها حتى يقتل » . المغنى ج ١٠ ص ١٢٢ .

(١) سورة النور ، الآية : ٢ .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٩ .

(٣) عبد القادر عودة التشريع الجنائي الاسلامي ج ٢ ص ٣٨٣ ؛ محمد ابو زهرة ص ١٠٠ .

(٤) المهذب لابي اسحق ابراهيم الشيرازي ج ٢ ، مطبعة عيسى الحلبي ص ٢٦٨ .

كما هو الشأن بالنسبة للأحكام الموضوعية للزنى المعاقب عليه حدا (المادة ١٠/١) حيث اكتفى بالنص في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون على أن تطبق بالنسبة للأجراءات أحكام قانون الإجراءات الجنائية فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون .

ويترتب على ذلك أنه يجوز إثبات الزنى المعاقب عليه حداً بكافة طرق الإثبات القانونية من أدلة وقرائن ؛ حيث لم يشترط قانون الإجراءات الجنائية وسائل معينة لإثبات هذه الجريمة(١) .

في حين أنه وفقاً لأحكام الشريعة لا يجوز ذلك إلا بأدلة معينة وردت على سبيل الحصر . وهي في جملتها لا تخرج عن الإقرار والبينة . والبعض أضاف قرينة ظهور الحمل في المرأة غير المتزوجة (٢) .

وقد يكون السبب الذي دفع الشارع إلى هذا المسلك هو صعوبة إثبات الزنى وفقاً لأحكام الشريعة . خاصة فيما يتعلق بالبينة ، إذ يلزم لإقامة الحد بناء عليها أن يكون عدد الشهود أربعة بشروط خاصة . وهذا إجماع لا خلاف فيه . لقوله سبحانه وتعالى : « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة »(٣) ، وقوله « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم »(٤) ، وقوله « لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء ، فإذا لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون »(٥) . وقد أكدت السنة ذلك.

---

(١) تقيد المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات المصري اثبات الزنى على شريك الزوجة بادلة معينة وردت على سبيل الحصر.

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الدسوقي ، مطبعة دار احياء الكتب العربية ج ٤ ص ٣١٩ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٣٣ ؛ المغنى ج ١٠ ص ١٩٢ .

(٣) سورة النور ، آية ٤ .

(٤) سورة النساء : آية ١٥ .

(٥) سورة النور ، آية ١٣ .

كلية القانون - المكت

إلى جانب أنه يتعذر إثبات الزنى بغير قرائن الأحوال ، لأنه يكاد يستحال مشاهدة الجماع في أثناء حدوثه[١] .

مما يترتب عليه إفلات الزاني من العقاب إذا قيد إثبات هذه الجريمة بأدلة معينة .

ولكن كان من الممكن تلافي هذه النتيجة دون الخروج على أحكام الشريعة. وذلك بالنص على عقاب الجاني تعزيريا إذا لم تتكامل للدليل الشرعي عناصره، متى اقتنعت المحكمة بثبوت الجريمة بأي دليل أو قرينة أخرى . وهذا ما اتبعه الشارع في شأن جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليهما حدا[٢] .

* * *

وكان من المحتمل تجنب مثل هذه الملاحظات وما سيأتي ذكره في سياق الموضوع لو أن الشارع أرفق مذكرة إيضاحية بالقانون توضح لنا الأسباب التي دفعته إلى اتخاذ هذا الاتجاه وغيره مما أشرنا إليه .

---

(١) احمد أمين ص ٤٧٢ .

(٢) تنص الفقرة الرابعة من المادة العاشرة من قانون إقامة حدي السرقة والحرابة على انه « وتطبق العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في قانون العقوبات اذا لم يكتمل الدليل الشرعي المنصوص عليه في هذه المادة ، او عدل الجاني عن اقراره. وذلك متى اقتنع القاضي بثبوت الجريمة بأي دليل او قرينة اخرى » .

الزنى المعاقب عليه حدا

٩ ـ أدلة التحريم .

١٠ ـ تعريف الزنى .

١١ ـ شروط الزنى الموجب للحق .

٩ ـ ادلة التحريم :

الزنى محرم في الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة والإجماع . بالكتاب لقوله تعالى « ولا تقربوا الزنى انه كان فاحشة وساء سبيلا »[١] ، وقال « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ، فإن شهدوا فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا »[٢] ، وقال « الزانية والزاني فأجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة »[٣] . وقال « والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلقي آثاماً » .

وبالسنة لما روي عن عبدالله من أنه قال « سألت النبي صلى الله عليه وسلم أي الذنب أعظم عند الله عز وجل . قال : أن تجعل لله نداً وهو خلقك . قلت : إن ذلك لعظيم . قال : قلت ثم أي . قال أن تقتل ولدك مخافة أن يأكل معك . قال قلت ثم أي . قال : أن تزاني حليلة جارك »[٤] .

---

(١) سورة الاسراء ، الآية ٣٢ .

(٢) سورة النساء ، الآية ١٥ .

(٣) سورة النور ، الآية ٢ .

(٤) المهذب ج ٢ ص ٢٦٦ .

وروي عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني أنهما قالا « كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقام إليه رجل فقال إن ابني كان عسيفاً[١] على هذا فزنى بأمرأته . فقال على ابنك جلد مائة وتغريب عام . واغد يا أنيس على أمرأة هذا فإن اعترفت فارجمها . فغدا عليها فاعترفت فرجمها . ولو وجب الجلد مع الرجم لأمر به » .

وروى مسروق عن عبدالله « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم أمرىء مسلم شهد أن لا الاه الا الله وأتى رسول الله إلا باحدى ثلاث ، الثيب الزاني ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » .

وروى عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « خذوا عني خذوا عني ، قد جعل الله لهن البكر بالبكر جلد مائـــة وتغريب عام . والثيب بالثيب جلـــد مائة والرجم »[٢] .

كما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قـــال « إذا زنت أمـــة أحدكم فليجلدها الحد » .

أما الاجماع فقد أخذ بذلك الصحابة والسلف الصالح واقاموا الحد على الزاني والزانية في عدة حالات[٣] .

١٠ – تعريف الزنى :

اختلف الفقهاء في تعريف الزنى . فقال المالكية بأن وطء مكلف فرج آدمي لا ملك له فيه باتفاق تعمداً[٤] .

---

(١) العسيف هو الأجير .

(٢) المراد بالثيب الذي وطىء في نكاح صحيح .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٦٦ .

(٤) شرح الزرقاني على مختصر خليل ج ٨ ص ٣١٧ ، مواهب الجليل شرح مختصر خليل وبهامشه=

وقال الحنفية بانه وطء الرجل المرأة في القبل في غير ملك وشبهة ملك[١] .

وقال الشافعية بانه وطء رجل لامرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد[٢] .

وقال الحنابلة بانه فعل الفاحشة في قبل او دبر[٣] .

ومع الاختلاف في تعريف الزنى الذي تترتب عليه عدة نتائج متباينة ، فمن المتفق عليه بين الفقهاء انه يمكن التعبير عنه بالوطء المحرم المتعمد[٤] .

وقد نصت المادة الاولى من قانون اقامة حد الزنى على ان « الزنى هو ان يأتي رجل وامرأة فعل الجماع بغير ان تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة » . ونصت الفقرة الثانية من المادة الثانية على انه « ويشترط ان يكون الفاعل عاقلا أتم ثمانية عشر سنة من عمره وقصد ارتكاب الفعل » .

ومن ذلك يتضح ان الشارع أخذ بالمذهب الحنفي في تعريف الزنى . وهذا ما يتمشى مع السياسة التي اتبعها في القانون . وقد نص في المادة العاشرة بتطبيق المشهور من أيسر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص خاص بالنسبة إلى جريمة الزنى المعاقب عليها حدا .

= التاج والاكليل المختصر خليل للمواق ج٦ الطبعة الاولى ص ٢٩٠ ، شرح الخرشي ج٥ ص ٣١٧.

(١) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ، الطبعة الأولى ج ٣ ص ١٦٣ ، شرح فتح القدير لابن الهمام ، ومطبوع معه شرح العناية على الهداية لمحمد بن محمود البابرتي الطبعة الاولى ج ٤ ص ١٣٨ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٣ .

(٢) اسنى المطالب – شرح روض الطالب لابي يحيى زكريا الانصاري ، الطبعة الأولى ج ٤ ص ١٢٥ ، مغنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج لمحمد الشربيني الخطيب سنة ١٣٧٧ هـ ج ٤ ص ١٤٤ .

(٣) كشاف القناع عن متن الاقناع لمنصور بن يونس البهوتي سنة ١٠٤٦ هـ ص ٨٩ ج ٦ ، المغنى ج ١٠ ص ١٥١ .

(٤) عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٤٩ .

١١ ــ شروط الزنى :

من تعريف الزنى السابق يتبين انه يجب توافر ثلاثة شروط لقيام هذه الجريمة هي :

١ ــ الجماع المحرم .

٢ ــ القصد الجنائي .

٣ ــ ما يتعلق بالفاعل .

ويترتب على تخلف أحد هذه الشروط أو اختلاله سقوط الحد . ولكن ذلك لا يمنع من ان الفعل قد يعاقب عليه تعزيرا إذا كون جريمة أخرى وفقاً لأحكام قانون العقوبات او أي قانون آخر .

ونتكلم عن كل شرط في مبحث خاص .

المبحث الأول ــ الجماع المحرم .

المبحث الثاني ــ القصد الجنائي .

المبحث الثالث ــ ما يتعلق بالفاعل .

المَبحَث الأول

الجـــماع المحرم

١٢ ــ تمهيـــد :

الركن المادي لجريمة الزنى هو الجماع المحرم . ويتكون من عنصرين . الأول فعل الوطء . الثاني عدم قيام علاقة الزوجية .

ونتكلم عن كل عنصر في مطلب .

المطلب الاول

فعل الوطء

١٣ ــ الوطء المعتبر زنى .
١٤ ــ بقاء البكارة .
١٥ ــ الشروع في الزنى .
١٦ ــ الوطء في الدبر .
١٧ ــ وطء الأموات .
١٨ ــ وطء البهائم .
١٩ ــ المساحقة .
٢٠ ــ الاستمناء .

١٣ ــ الوطء المعتبر زنى :

ليس كل وطء يعتبر جماعا مما تقوم به جريمة الزنى . فالوطء قد يكون بين رجل ورجل ، أو باتيان المرأة من دبرها ، أو بادخال قدر من الحشفة . وفي جميع هذه الحالات لا يعد الفعل زنى . وذلك لان الجماع المكون للجريمة هو الذي يأتي فيه الرجل المرأة في فرجها . بحيث يكون الذكر في الفرج كالميل في المكحلة[1] .

---

(١) روى عن ابن هريرة انه قال « جاء الاسلمي نبي الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه أنه اصاب امرأة حراماً اربع مرات. كل ذلك يعرض عنه . فأقبل في الخامسة . فقال : انكحتها ؟ قال : نعم. قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها ؟ قال نعم . قال كما يغيب المرود في المكحلة وكما يغيب الرشاء في البئر؟ قال: نعم . قال : فهل تدري ما الزنى ؟ قال : نعم . اتيت منها =

واذا لم يكن للذكر حشفه كما لو كان مقطوعها فيكفي ادخال قدرها .

ويلاحظ ان مجرد التحام ذكر مع انثى في المكان الطبيعي من المرأة كانت تقوم به جريمة الزنى المنصوص عليها في المادتين ٣٣٩/ ١ و ٤٠٠/ ١ عقوبات الملغتين [١] . كما تتم به جريمة المواقعة المنصوص عليها في المادة ٤٠٧ عقوبات ، ولكن هذا الفعل كما اشرنا لا يكفي لقيام جريمة الزنى الموجبة للحد .

ولكن يتحقق الزنى حتى ولو كان ادخال الذكر في هواء الفرج دون أن يلامس جدرانه [٢] . ولا يشترط أن يكون الذكر منتشرا ، فتتم الجريمة ولو كان الذكر غير منتشر ، كما لو ادخله الجاني باصبعه [٣] .

كما لا يمنع من قيام الجريمة لف قطعة قماش رقيقة أو كيس من المطاط الخفيف حول الذكر . بشرط ان لا يمنع ذلك من اللذة . اما إذا كان يترتب على هذا الحاجز الحيلولة دونها ، فإن الزنى لا يتحقق [٤] .

وهذا سواء استمر في الفعل إلى نهايته أو كف عنه فوراً ، اشبعت الشهوة أم لا ، حصل انزال او لم يحصل [٥] .

وبصرف النظر عن بلوغ المرأة سن الاياس او استحال الحمل أو استئصال الرحم ، أو ان يكون الرجل عنينا ، او لا قدرة له على القذف [٦] .

= حراماً مثل ما أتي الرجل من امرأته حلالا قال. ما تريد بهذا القول : قال : اريد ان تطهرني . فأمر به فرجم . فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ .

(١) محمد عطية راغب ص ٣١ .

(٢) شرح الخرش ج ٥ ص ٣١٤ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٠ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٥ ، أسنى المطالب ج ٤ ص ١٢٥ ، المغني ج ١٠ ص ١٥١ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ، كشاف القناع ص ٩٥ .

(٤) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٣ ، كشاف القناع ص ٩٥ .

(٥) مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ .

(٦) احمد امين ص ٤٦٧ .

وروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم انه قال « لا يخلون احدكم بامرأة ليست له بمحرم فإن ثالثهما الشيطان » .

لذلك يعاقب على الفعل تعزيرا في هذه الحالات ، وفقاً لأحكام قانون العقوبات . باعتباره يكون جريمة اخرى قائمة بذاتها ، إذا توافرت الشروط المنصوص عليها .

١٤ – بقاء البكارة :

يرى أبو حنيفة والشافعي واحمد أنه إذا شهد اربعة على امرأة بالزنى ، وشهد ببكارتها بعض النساء ، سقط الحد عن المرأة والرجل للشبهة ولا حد على الشهود [١] .

أما مالك فيرى اقامة الحد رغم بقاء البكارة ، لان الوطء يمكن ان يتم دون ان يترتب عليه ازالتها . وهذا ما يتمشى مع نظريته في ان المثبت مقدم على النافي [٢] .

ويقوم ابن حزم انه « إذا شهد اربعة بالزنى على امرأة وشهد اربع نسوة أنها عذراء ، اختلف الناس في هذا . فقالت طائفة لا حد عليهما . كما روينا عن الشعبي انه قال في اربعة رجال عدول شهدوا على امرأة بالزنى وشهد أربع نسوة بأنها بكر ، فقال اقيم عليا الحد وعليها خاتم من ربها . وقال الحرث بن بهثان آخذ بشهادة الرجال واترك شهادة النساء واقيم عليها الحد » اما عن رأيه فيقول « قال الله تعالى – كونوا قوامين بالقسط شهداء لله – فواجب إذا كانت الشهادة عندنا في ظاهرها حقا ولم يأت شيء يبطلها ان يحكم بها . وإذا صح عندنا انها ليست حقا ففرض علينا ان لا نحكم بها ، إذ لا يحل الحكم بالباطل .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٦٩ ؛ اسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٢ ؛ المغني ج ١٠ ص ١٨٩ .
(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٤ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٢٣ ؛ حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٩ .

هذا هو الحق الذي لا شك فيه ثم نظرنا في الشهود لها انها عذراء . فوجب ان يقرر النساء على صفة عذرتها . فإن قلن انها عذرة يبطلها ايلاج الحشفة . ولا بد وانه صفاق عند باب الفرج . فقد ايقنا بكذب الشهود وانهم وهموا . فلا يحل انفاذ الحكم بشهادتهم . وإن قلن انها عذرة واغلة في داخل الفرج ، لا يبطلها ايلاج الحشفة . فقد امكن صدق الشهود ، إذ بإيلاج الحشفة يجب الحد . فيقام الحد عليها لانه لم يتبين كذب الشهود ولا وهمهم »[1] .

ومن المتفق عليه في الطب الشرعي ان الادخال قد يتم ويحصل الانزال دون أن يتمزق غشاء البكارة[2] . فبقاؤه سليماً لا يمنع من اثبات الزنى بأي أدلة أو قرائن أخرى مقبولة وفقاً لأحكام قانون الاجراءات الجنائية (المادة ١٠ / ٣) .

١٥ – الشروع في الزنى :

أختلف الرأي في امكان قيام الشروع في الزنى . فذهب اتجاه إلى أنه لا تتصور حالة الشروع لهذه الجريمة . فهي لا تقع إلا تامة[3] . وذلك لانه لا يشترط لتحقق الزنى الوقاع . فمجرد الوطء كاف . وهذا يتم بالإيلاج فحسب [4] .

وذهب اتجاه آخر إلى أنه يمكن من الناحية القانونية تصور الشروع في الزنى ، وهذا يتحقق بكل فعل يؤدي حالا ومباشرة إلى وقوع الجريمة . كما

---

(١) المحلي لابن حزم ، الطباعة المنيرة ج ١١ ص ٢٦٣ و ٢٦٤ .
(٢) محمد عبدالعزيز سيف النصر ، الطب الشرعي النظري والعملي سنة ١٩٦٠ ص ٢٩٥ .
(٣) احمد امين ص ٤٦٧ ، صالح مصطفى ص ٥٧ .
(٤) اما الوقاع فيتطلب بالاضافة الى ذلك ان ينهي الشخص شهوته الجنسية من الطرف الآخر . فكل وقاع يتضمن وطئاً ، في حين انه لا يشترط ان يتضمن الوطء وقاعاً .
محمد عطية راغب ص ٣١ .

لو قطعت الملابسات بأن الرجل كان على وشك وطء المرأة ، ولكن أوقف الفعل لسبب خارج عن ارادتهما[١] .

ونميل إلى الأخذ بالرأي الثاني خاصة بالنسبة إلى الزنى المعاقب عليه حدا ، وذلك لانه كما سبق ان اشرنا لا يكفي لقيام هذه الجريمة مجرد الالتحام بين الرجل والمرأة في المكان الطبيعي ، إذ يشترط إدخال الحشفة أو قدرها على الاقل في الفرج [٢] . اما إذا كان ما أدخل اقل من هذا ، فإن الفعل لا يكون زنى وانما يعتبر شروعا فيه . وكذلك الحال إذا كان ما وقع من الافعال يؤدي إلى تحقيق الزنى حالا ومباشرة كأن يتم ضبط لجريمة عند وشك الوطء .

ويلاحظ انه لم يرد نص خاص بالشروع في قانون اقامة حد الزنى . وذلك على خلاف ما اتبعه الشارع في قانون اقامة حدي السرقة والحرابة (المادة ١١). ولكن هذا لا يعني بالضرورة ان الشارع رأى عدم الأخذ بفكرة الشروع في الزنى ، حيث احال بشأن كل ما لم يرد به نص إلى المشهور من أيسر المذاهب ، ثم إلى قانون العقوبات (المادة ١٠ / ١) .

ومع ان الشريعة لم تعبر عن الجرائم غير التامة باصطلاح الشروع ، فإنها قد أخذت بأحكامه وقررت العقاب عليه تعزيراً ، حيث يعد معصية ويكون جريمة قائمة بذاتها[٣] .

ونرى ان الجاني يعزر في هذه الحالة على اعتبار ان ما وقع منه يعد شروعاً في مواقعه وفقاً لأحكام المواد ٤٠٧ / ٤ و ٥٩ عقوبات و ١٠ / ٢ من قانون اقامة حد الزنى [٤] .

---

(١) ادوار غالي الذهبي ص ٣٣ .

(٢) راجع ١٩ ص .

(٣) عبد القادر عودة ج ١ ص ٣٤٥ .

وذلك لأنه لا تتوافر شروط اقامة الحد ، كما انه لا يوجد نص في قانون العقوبات يعذر على تلك الجريمة . في حين ان الفعل يخضع لحكم الفقرة الرابعة المضافة إلى المادة ٤٠٧ عقوبات حيث تنص على انه « وكل من واقع انساناً برضاه يعاقب هو وشريكه بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات » .

١٦ – الوطء في الدبر :

يرى المالكية والشافعية والحنابلة ومن الحنفية محمد وأبو يوسف ان ما يجب بالوطء في الفرج يجب بالوطء في الدبر ، لأنه يعتبر فرج مقصود ويتحقق به الاستمتاع . فيتعلق الحد بالإيلاج فيه كالقبل . وذلك اولى لأنه مما لا يستباح في حين ان الوطء في القبل مما يستباح (١) .

وهذا استنادا إلى قوله عزوجل « ولوطاً إذ قال لقومه اتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين (٢) » . وقوله « ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ». وسوى سبحانه وتعالى بين الزنى واللواط إذ سمي أحدهما بما يسمى به الآخر فيما خاطب فيه قوم لوط بقوله: « انكم لتأتون الفاحشة » (٣). وقوله « واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم» (٤) . وعذب به قوم لوط بما لم يعذب به احد .

كما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « إذا اتى الرجل الرجل

---

(١) رد المحتار على الدر المختار على متن تنوير الابصار لابن عابدين – السعادة ج٣ ص ١٩٤ ؛ شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ ؛ المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٤ ، المغني ج ١٠ ص ١٦٠ ، المدونة الكبرى رواية سحنون عن عبد الرحمن بن القاسم عن الامام مالك – الطبعة الاولى ج ١٦ ص ١٣ .

(٢) سورة العنكبوت – الآية ٥٠ .

(٣) سورة العنكبوت . الآية ٢٨ .

(٤) سورة النساء . الآية ١٥ .

فهما زانيان ، وان أتت المرأة المرأة فهما زانيتان »[١] .

مما يستدل منه على تحريم الوطء في الدبر . وان من فعل ذلك ممن يجب عليه حد الزنى وجب عليه الحد .

ويرى أبو حنيفة ان الوطء في الدبر لا يعتبر زنى سواء كان الموطوء ذكراً أم انثى . وحجتهم ان هذا الوطء يسمى لواطاً . واختلاف الأسامي دليل على اختلاف المعاني في الأصل .

هذا بالإضافة إلى أنه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الأنساب . كما أنه اندر وقوعاً من الزنى لانعدام الداعي من أحد الجانبين على ما هو الجبلة السليمة حيث الغالب ان الشهوة لا تدعو إليه . ولذا اختلف الصحابة في حد اللواط في حين اتفقوا في موجب الزنى . فيعتبر معصية يجب فيها التعزير ، ويسجن الجاني حتى يموت أو يتوب . وإذا اعتاد اللواطة قتله الأمام محصناً كان أو غير محصن[٢] .

ويذهب أهل الظاهر إلى أنه لا قتل ولا حد على الفاعل لأن الله تعالى لم يوجب ذلك ولا رسوله عليه السلام . فحكمه أنه أتى منكرا . والواجب بأمر السنة تغيير المنكر باليد عن طريق التعزير[٣] .

هذا الخلاف بين الفقهاء يقتصر على وطء الذكر أو المرأة الأجنبية في الدبر . أما إذا كانت الموطؤة زوجة الفاعل ، فمن المتفق عليه أن الفعل يكون أيضاً محرماً ، ولكنه لا يعتبر زنى ، لأن المرأة محل وطء في الجملة لزوجها .

---

(١) نيل الاوطار من اسرار منتقى الاخبار لمحمد علي الشوكاني — مطبعة بولاق جـ٧ ص ٣٠ .

(٢) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٠ ، المبسوط جـ ٩ ص ٧٧ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٤ ٣
ابن عابدين جـ ٣ ص ١٩٤ .

(٣) المحلي جـ ١١ ص ٣٨٥ .

فلا يقام عليه الحد وانما يعاقب بعقوبة تعزيرية ، وذلك استناداً إلى ما ورد في كتاب الله الكريم على الوجه السابق ذكره[١] .

وذهب البعض إلى حله . فقد روي عن ابن عمر أنه لا يرى بأساً من اتيان الزوجة في دبرها[٢]. استنادا إلى ظاهر قوله تعالى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم [٣] ».

وقد سوى قانون اقامة حد الزنى بين جميع تلك الحالات ،ولم يعتبرها من الزنى . وهذا مستفاد من التعريف الذي نص عليه في المادة الأولى[٤] فلا يقام الحد .

ولكن يعاقب على الوطء تعزيرياً وفقاً لحكم المادتين ١٠ / ٣ من القانون و ٤٠٧ عقوبات لأنه يكون جريمة المواقعة[٥] ، ولا يغير من الوضع أن يكون الفعل قد تم برضاء الطرف الثاني . وذلك بناء على الفقرة الرابعة التي اضافها الشارع إلى المادة ٤٠٧ عقوبات التي تنص على أنه « وكل من واقع انساناً برضاه

---

(١) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩١ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢ ؛ المغني جـ ١٠ ص ١٦٢ ، اسنى المطالب جـ ٤ ص ١٢٦ ، المحلي جـ ١١ ص ٣٨٠ .

(٢) المحلى جـ ١٠ ص ٦٩ ، المغني جـ ١٠ ص ١٦٢ .

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٢٣ .

(٤) راجع ١٦ ص .

(٥) ذهب رأي الى ان فعل المواقعة لا يكون الا من ذكر على انثى في المكان الطبيعي . وذلك وفقاً لأحكام القانون الليبي . ولكننا نميل الى الاتجاه الذي يقول بأن هذه الجريمة تقع على الذكر ايضاً مثل الانثى . لأن نص المادة ٤٠٧ عقوبات جاء مطلقاً حيث قرر « كل من واقع آخر .. » مما يستدل منه على انه يقصد الجنسين الذكر والانثى . وقد عبر الشارع صراحة عن هذا الاتجاه في بعض النصوص الاخرى مثل المادة ٤٠٣/١ عقوبات الملغاة . أدوار غالي الذهبي ص ١٠٧ . وقد استقر قضاء المحكمة العليا على ذلك . جلسة ٧ ديسمبر ١٩٥٥ ، مجلة المحكمة العليا جـ ١ ص ١٨٣ ، و ٢١ ديسمبر ١٩٥٥ جـ ١ ص ٢١٤ ، ٢٧ يونيه ١٩٦٠ جـ ٢ ص ٣٣٧ ، ١٢ نوفمبر ١٩٦٠ جـ ٢ ص ٣٥٩ و ٢٧ نوفمبر ١٩٦٥ جـ ٣ ص ٢٥٣ .

يعاقب هو وشريكه بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات[١] .

١٧ ـ وطء الامـــوات :

اختلف الفقهاء في حكم وطء الأموات . سواء كان هذا بجماع المرأة الميتة أو باستدخال المرأة ذكر الرجل الميت بفرجها .

فيرى المالكية ان من أتى ميتة من غير زوجه فإنه يحد سواء كان الوطء في قبلها أو دبرها . لانطباق حد الزنى عليه حيث يشعر بلذة من فعله . أما ادخال المرأة ذكر ميت غير زوجها بفرجها ، فإنه لا يقام عليها حد الزنى لعدم الشعور باللذة ، ولكنها تعذر[٢] .

ويرى الحنفية وقول عند كل من الشافعية والحنابلة ان وطء المرأة الأجنبية الميتة ، أو استدخال المرأة ذكر الميت الاجنبي في فرجها لا يعد زنى ، لانه عمل لا يشتهى وتعافه النفس عادة . فلا يحتاج إلى زجر الطبع عنه . ويكتفى فيه بالتعزير[٣] .

والقول الثاني عند الشافعية والحنابلة يعتبر الفعل زنى لانه إيلاج في فرج

---

(١) وتنص المادة ٣٠٧ عقوبات على ان « ١ – كل من واقع آخر بالقوة او التهديد او الخداع يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات . ٢ – وتطبق العقوبة ذاتها على من واقع ولو بالرضا صغيراً دون الرابعة عشرة او شخصاً لا يقدر على المقاومة لمرض في العقل او الجسم. فاذا كان المجني عليه قاصراً اتم الرابعة عشرة ولم يتم الثامنة عشرة فالعقوبة بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات. ٣ – واذا كان الفاعل من اصول المجني عليه او من المتولين تربيته او ملاحظته او ممن لهم سلطة عليه او كان خادماً عنده او عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن ما بين خمس سنوات وخمس عشرة سنة » .

(٢) حاشية الدسوقي جـ٤ ص ٣١٤ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩١ ، شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٧ شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٧٦ .

(٣) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٢ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤ ، المبسوط جـ ٩ ص ١٠٢ ، ابن عابدين جـ ٣ ص ١٩٤ .

محرم ولا شبهة فيه كما لو كان حياً . فيقام الحد على الجاني [١] .

ويستفاد من نص المادتين الأولى والثانية من قانون اقامة حد الزنى أنه يشترط لقيام جريمة الزنى أن يكون كل من الرجل والمرأة حياً وقت ارتكاب الفعل . وكذلك الحال بالنسبة لجريمة المواقعة (المادة ٤٠٧ عقوبات) حيث يشترط لقيامها أن يكون المجني عليه حياً [٢] .

ولكن الجاني قد يعاقب تعزيرياً وفقاً لأحكام المواد ١٠/ ٣ من القانون و٢٩٢ و ٢٩٣ عقوبات [٣] .

١٨ – وطء البهائم :

من المسائل التي تناولها الفقهاء بالتفصيل حكم وطء البهائم وسائر الحيوانات بصفة عامة ، كأن يجامع رجل بهيمة أو ان تمكن امرأة حيواناً من نفسها .

يرى المالكية والحنفية والحنابلة واهل الظاهر أن الفعل ليس فيه معنى الزنى . ولا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء . والطبع السليم ينفر عنه . فلا يفتقر إلى زاجر لزجر الطباع عنه . فيكون فيه التعزير [٤] .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٦٩ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٥ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٤ ، المغني ج ١٠ ص ١٥٢ .

(٢) ادوار غلي الذهبي ص ١١١ .

(٣) تنص المادة ٢٩٢ عقوبات على انه « يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة او بغرامة لا تزيد على خمسين ديناراً كل من انتهك حرمة القبور او الجبابين او دنسها او اخل بنظام الجنازة » .

وتنص المادة ٢٩٣ عقوبات على انه « يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة كل من مثل بجثمان او اعدمه او اتلف جزءا منه او شتت رفاته » .

(٤) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤، المبسوط ج ٩ ص ١٠٢، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٢ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٢٠ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٦ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٣ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٤ ، المغنى ج ١٠ ص ١٦٣ ، المحلي ج ١١ ص ٣٨٨ .

ويرى الشافعية تحريم اتيان البهيمة لقوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على ازواجهم او ما ملكت إيمانهم غير ملومين» . فإذا أتى البهيمة وهو ممن يجب عليه حد الزنى فعندهم ثلاثة أقوال .

الأول : أنه يقتل لما روى ابن عباس من أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » كما روى أبو هريرة أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « من وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » .

الثاني : أنه كالزنى ، فإن كان الفاعل غير محصن جلد وغرب . وان كان محصناً رجم .

الثالث : أنه يجب فيه التعزير ، لأن فرج البهيمة لا يشتهى ، فلم يجب فيه الحد [1] .

---

(١) كما انهم قد اختلفوا في شأن البهيمة . فمنهم من قال يجب قتلها لحديث ابن عباس وأبي هريرة ولانه اذا ابقى عليها ربما تأتي بولد مشوه الخلق . وقد يكثر تعيير الفاعل بها . ومنهم من قال لا يجب قتلها لأن البهيمة لا تذبح لغير الأكل . وان الحديث بقتلها ضعيف . ومنهم من قال ان كانت البهيمة مما تؤكل ذبحت وان كانت مما لا تؤكل لم تذبح .

المهذب ج ٢ ص ٢٦٩ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٤٥ .

ويرى الحنابلة قتل البهيمة سواء كانت مملوكة للفاعل او لغيره ، مأكولة كانت او غير مأكولة لحديث ابن عباس السابق . فان كانت البهيمة ملكه فهي هدر لان الانسان لا يضمن ماله ، وان كانت البهيمة لغيره ضمنها لربها . لانها اتلفت بسببه اشبه ما لو قتلها . ويحرم اكلها وان كانت من جنس ما يؤكل ، لانه وجب قتلها لحق الله تعالى .

كشاف القناع ج ٦ ص ٩٥ ، المغنى ج ١٠ ص ١٦٣ .

ويرى الحنفية ذبح البهيمة وحرقها لقطع التحدث به . لانه كلما رؤيت يتأذى الفاعل . واذا ذبحت وهي مما لا يؤكل ضمن قيمتها ان كانت ملكاً لغيره.

المبسوط ج ٩ ص ١٠٢ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٠ .

ويرى المالكية واهل الظاهر انه ليس في الفعل ما يوجب قتل البهيمة او ذبحها .

حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٦ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٣ . =

ويستفاد من حكم المادة الأولى من القانون ان الشارع قد أخذ بما ذهب إليه جمهور الفقهاء . فلا يقع الزنى إذا جامع الرجل بهيمة أو إذا مكنت المرأة حيواناً من نفسها .

كما أن الفعل لا يمكن اعتباره مواقعة (المادة ٤٠٧ عقوبات) أو هتك عرض (المادة ٤٠٨ عقوبات) . وذلك لأنه يشترط في مثل هذه الجرائم كما هو الحال في الزنى أن يكون المجني عليه إنساناً .

ولكن هذا لا يمنع من ان الجاني قد يعذر إذا كون سلوكه جريمة أخرى كالمنصوص عليه في المادة ٥٠٢ عقوبات بشأن القسوة على الحيوان [١] .

١٩ ــ المســـاحقة :

المساحقة هي اتيان المرأة للمرأة . وتسمى أيضاً بالتدلك . وهي محرمة لقوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على ازواجهم أو ما ملكت ايمانهم ، فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون »[٢]. وهذا لأن الفعل يبعدهما عن الخير والرحمة والسمات الحسنة . فتكون المرأة التي تبيح فرجها لامرأة اخرى آثمة لانها لم تحفظه وتعتبر من العادين .

= وقد روي عن ابي عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لعن الله من عمل قوم لوط ثلاث مرات. لعن الله من واقع بهيمة من وجدتموه وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة . فقيل لابن عباس ما شأن البهيمة ؟ فقال ما سمعت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئاً . ولكن ارى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كره ان يؤكل من لحمها او ينتفع بها، وقد عمل بها ذلك العمل ».
المحلى ج ١١ ص ٣٨٧ .

(١) تنص المادة ٥٠٢ على انه « كل من قسا على حيوان او اساء معاملته دون مبرر او ارغمه على تحمل اعباء او متاعب ظاهرة المشقة يعاقب بغرامة لا تجاوز خمسة دنانير » .

(٢) سورة المؤمنون . الآيتان ٥ و ٦ .

ويروي عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال « لا ينظر الرجل إلى عورة الرجل ولا المرأة إلى عورة المرأة ، ولا يفضي الرجل إلى الرجل في ثوب واحـــد ، ولا تفضي المرأة إلى المرأة في الثوب الواحد [١] » . وهذا الحديث صريح في تحريم السحاق لأنه افضاء المرأة إلى المرأة .

كما روى أبو موسى الأشعري عن رسول الله عليه الصلاة والسلام أنه قال « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان ، وإذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان [٢] ».

والمساحقة لا تعد زنى باتفاق الفقهاء ، لأنه لا إيلاج فيها . فيكون في هذا الفعل الأدب بالتعزير وليس الحد [٣] .

ما ما ورد في حديث أبي موسى من وصف الفعل بأنه زنى فإن ذلك لا يلحق بالزنى المعاقب عليه حداً للسبب السابق ذكره [٤] .

فلا يعتبر الفعل زنى وفقاً لحكم المادة الأولى من القانون . كما أن نص المادة ٤٠٧ عقوبات لا ينطبق ، لأن هذه الجريمة لا تقع إلا من ذكر كما هو الحال في الزنى [٥] .

ولكن قد يعد الفعل من قبيل هتك العرض ويعذر عليه وفقاً لأحكام المادة ٤٠٨ عقوبات . ولا يشترط أن تكون هذه الجريمة قد تمت بدون رضاء

---

(١) نيل الاوطار جـ ٦ ص ١٦ .

(٢) نيل الاوطار جـ ٧ ص ٣٦ .

(٣) شرح الخرس جـ ٥ ص ٣٢٠ ، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٦ ، مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٣ ، المبسوط جـ ٩ ص ٧٧ ابن عابدين جـ ٣ ص ١٤٩ ، بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٤ ، المهذب جـ٢ ص ٢٦٩، مغنى المحتاج جـ٤ ص ١٤٤، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٥ ؛ المغنى جـ ١٠ ص ١٦٢ .

(٤) شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٠ ؛ المهذب جـ ٢ ص ٢٦٩ ، شرح الزرقاني جـ ٨ ص ٧٨ كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٥ ؛ المحلى جـ ١١ ص ٣٩٠ .

(٥) ادوار غالي الذهبي ص ١١٠ .

الطرف الثاني . وذلك لأنه طبقاً لحكم الفقرة الرابعة التي اضيفت إلى المادة المذكورة كل من هتك عرض انسان برضاه يعاقب هو وشريكه بالحبس [١] .

٢٠ ـ الاستمناء :

اتفق الفقهاء على ان استنماء الرجل بيد امرأة اجنبية أو إذا أدخل الرجل أصبعه في فرج المرأة لا يعتبر زنى . ولكن الفعل يعد معصية . ويعذر الرجل والمرأة ، سواء حدث انزال أو لم يحدث .

وقد اختلف في حكم استنماء الرجل بيده أو المرأة بيدها . فيرى المالكية والشافعية أنه محرم استنادا إلى قوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت ايمانهم فإنهم غير ملومين . فمن ابتغى وراء ذلك ، فأولئك هم العادون [٢] . » فيعذر الفاعل ولا حد عليه [٣] .

وذلك لأن كلا من الرجل والمرأة مطالب بحفظ فرجه إلا على زوجه ، فإن التمس منكحاً سواه يكون قد تجاوز ما أحل الله تعالى إلى ما حرمه عليه . فيعتبر الفعل مباشرة دون إيلاج واشبه مباشرة الأجنبية فيما دون الفرج [٤] .

ويرى الحنفية ان الاستنماء حرام إذا كان لاستجلاب الشهوة . أما إذا

---

(١) وتنص المادة ٤٠٨ عقوبات على ان « ١ – كل من هتك عرض انسان باتباع احدى الطرق المذكورة في المادة السابعة يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات ٢ – وتطبق العقوبة ذاتها إذا ارتكب الفعل ولو بالرضا مع من كانت سنه دون الرابعة عشرة ، أو مع شخص لا يقدر على المقاومة لمرض في العقل او الجسم . فاذا كانت سن المجني عليه الرابعة عشرة ودون الثامنة عشرة كانت العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة ٣ – واذا كان الفاعل احد الاشخاص المذكورين في الفقرة الأخيرة المادة السابعة تكون العقوبة السجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات » .

(٢) سورة المؤمنون . الآيتان ٥ و ٦ .

(٣) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٧ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٩ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ .

(٤) عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٦٩ .

غلبته الشهوة وليس له زوجة ولا امة ففعل ذلك لتسكينها ، فالرجاء أنه لا وبال عليه . ويجب الاستنماء لو خاف الزنى[١] .

ويقول أهل الظاهر بأن الاستنماء ليس بحرام إلا أنه مكروه . وذلك لأنه ليس من مكارم الأخلاق ولا من الفضائل . وقد انقسم الناس في شأنه فكرهته طائفة وأباحته أخرى[٢] .

ومن الواضح ان الاستنماء لا يمكن اعتباره زنى (المادة الأولى من القانون) أو مواقعه (المادة ٤٠٧ عقوبات) ، حيث لا تتم مثل هذه الجرائم إلا بالاتصال الجنسي[٣] .

ولكن الفعل قد يعد هتك عرض (المادة ٤٠٨ عقوبات) ، أو فعل فاضح (المادة ٣٢١ عقوبات) ، ويعذر عليه وفقاً لأحكام قانون العقوبات .

المطلب الثاني

عدم قيام العلاقة الزوجية

٢١ ـ الزواج الصحيح .
٢٢ ـ النكاح المختلف عليه .
٢٣ ـ النكاح في زواج باطل .

---

(١) ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٥ .
(٢) ويقول ابن حزم ان الكراهة صحيحة عن عطاء والاباحة المطلقة صحيحة عن الحسن وعمر بن دينار وزياد ابي علاء ومجاهد .
المحلي ج ١١ ص ٣٩٢ .
(٣) ادوار غالي الذهبي ص ١٠٩ .

٢٤ ــ المستأجرة للنكاح .
٢٥ ــ الوطء بشبهة .
٢٦ ــ ادعاء الزوجية .

٢١ ــ الزواج الصحيح :

الوطء المحرم المكون للزنى هو الذي يحدث بين رجل وامرأة لا تربطهما العلاقة الزوجية . فكل جماع يحدث في غير ملك تقوم به الجريمة ويعاقب عليه حدا . وهذا يشمل الواطىء والموطوءة[١] .

اما إذا كانت تلك العلاقة قائمة وقت مباشرة الفعل ، فإن الجماع يكون قد حدث في ملك ، فلا يعد زنى .

فالعلاقة الزوجية تمنع من قيام هذه الجريمة ، حتى ولو كان الجماع الذي تم محرما لسبب آخر . ولكن بشرط أن يكون هذا التحريم من النوع المؤقت الذي يرفع بزوال العارض . كما لو وطىء الرجل امرأته الحائض أو النفساء أو الصائمة وما أشبه ذلك ، لأن التحريم هنا ليس لذاته بل لأمور عارضة[٢] . فحرمة وطئها عليه لم تكن أصلية ، ويجوز لـــه أن يتمتع بها فيما دون الجماع[٣] .

وكما سبقت الإشارة[٤] ، من رأي من الفقهاء حد من أتى المرأة الميتة ، أو التي تستدخل في فرجها ذكر ميت ، اشترط لذلك عدم قيام الملك ، فلا يعتبر

---

(١) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٤ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٣ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩١ .
(٢) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٧ حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٣ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٩ .
(٣) كشاف القناع ج ٦ ص ٩٦ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٢٠ .
(٤) راجع ص ٢٧ .

عندهم زنى جماع الميت[١] .

كذلك الذين ذهبوا إلى أن ما يجب بالوطء في الفرج يجب بالوطء في الدبر ، قالوا بأن الحد لا يقام إذا كان الوطء في ملك[٢] .

٢٢ ـ النكاح المختلف عليه :

اتفق الفقهاء على أن الوطء الذي يتم في ظل نكاح مختلف على صحته ، يمنع من إقامة الحد[٣] ، لأن الفعل في هذه الحالة لا يسمى زنى شرعاً[٤] وذلك كالنكاح بلا ولي ، وزواج المتعة[٥] والعقد بلا شهود[٦] ، ونكاح الأخت في عدة اختها[٧] .

وقد خالف في ذلك أهل الظاهر تمشياً مع اتجاههم في رفض الأخذ بمبدأ درء الحدود بالشبهات . فأوجبوا إقامة الحد في النكاح المختلف عليه . ويقول ابن حزم إن « كل نكاح لم يبحه الله تعالى فلا يجوز عقده . فإن وقع فسخ ابدا لأنه نكاح صحيح . فإن وقع فيه الوطء ، فالعالم بتحريمه زان عليه الحد . ومن كان جاهلا فلا شيء عليه[٨] .

---

(١) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٦ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٩ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٥ .

(٢) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٤ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩١ كشاف القناع ج ٦ ص ٩٤ المغني ج ١٠ ص ١٦٠ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٨ ، المبسوط ج ٩ ص ٨٨ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٥ مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٣ .

(٤) ويقول المارودى ان « حل الخلاف في النكاح ان لا يقارنه حكم ، فان حكم شافعي ببطلانه حد قطعاً ، او حنفي او مالكي بصحته لم يحد قطعاً » مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٤٥ .

(٥) بدليل ان ابن جريح احد الاعلام وفقيه اهل مكة في زمنه اباحه . ويروى انه تزوج نحواً من سبعين امرأة نكاح متعة . شرح الخرشي ج ٥ ص ٢١٨ .

(٦) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٨ ، المبسوط ج ٩ ص ٨٨ .

(٧) كشاف القناع ج ٦ ص ١٩٧ .

(٨) المحلي ج ١١ ص ٢٤٩ .

٢٣ ـ الزواج اللاحق :

يرى جمهور الفقهاء ان العبرة بقيام العلاقة الزوجية تكون بالوقت الذي تم فيه الجماع . أما إذا وطىء الرجل امرأة ثم تزوجها عقب هذا مباشرة ، فإنهما يكونان قد زنيا وعليهما الحد . وذلك لانهما قد باشرا النكاح في غير ملك . وأوجب الله تعالى الحد فلا يسقطه زواجه إياها لعدم الشبهة وقت ارتكاب الفعل . كما لو سرق نصاباً ثم ملكه (١) .

وفي رواية عن أبي حنيفة أنه يرى عدم إقامة الحد في تلك الحالة ، لأن المرأة تصبح مملوكة للزوج بالنكاح . وهذا يكون شبهة تدرأ الحد (٢) .

أما الأصح عند الحنفية فهو أن الحد لا يسقط ، لأن الزواج ليس له أثر رجعي . فالوطء الذي يحدث قبل عقده يكون زنى لا شبهة فيه(٣) .

ويقول ابن حزم في ذلك « وهذه من تلك الطوام . فإن قالوا كيف نحده في وطء امرأته وامته . قلنا لهم لم نحده في وطئه لهما وهما امرأته وأمته ، وإنما نحده في الوطء الذي كان منه لهما وهما ليسا امرأته ولا أمته »(٤) .

٢٤ ـ الجماع في نكاح باطل :

يرى المالكية والشافعية والحنابلة ، ومحمد وابو يوسف من الحنفية وأهل الظاهر أن الجماع في نكاح مجمع على بطلانه يعد زنى ، ويقام فيه الحد ، لأنه لا شبهة فيه(٥) .

---

(١) المغنى جـ ١٠ ص ١٩٤ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٨ ، المحلي جـ ١١ ص ٢٥٢ .
(٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٦٢ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٩ .
(٣) ابن عابدين جـ ٣ ص ٢٠٠ .
(٤) المحلى جـ ١١ ص ٢٥٢ .
(٥) شرح الخرشى جـ ٥ ص ٣١٨ ، حاشية الدسوقي جـ٤ ص ٣١٥ ، مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٩١=

كالذي يتزوج بخامسة ، لأن حلها بعقد ضعيف جداً لا أثر له في درء الشبهة . ومن طلق زوجته ثلاثاً ثم عقد عليها أو وطئها في عدتها ، وبديهي أنه أولى إقامة الحد لو جامعها بعد العدة أو بدون عقد ، لأن هذا النوع من الطلاق يرفع ملك الزوج في الحال . كما تحد الزوجة إن كانت تعلم به ، حيث قد أصبح كل من الزوجين غريباً عن الآخر (١) . وكمن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها مثل معتدة أو منكوحة الغير ، أو وطء مسلمة نكحها وهو كافر ، أو وطء وثنية نكحها وهو مسلم . وكذلك إذا كانت المرأة من محارمه كالأصول والفروع . وعلى هذا كل محرمة بالصهارة وأولى من وطء محرمة بالنسب أو بالرضاع لأنهما لا يكونان إلا مؤبدين ، بخلاف الصهر فقد يكون مؤقتاً كما إذا عقد على الأم من غير دخول فلا تحرم بنتها (٢) .

وذلك لان العقد في جميع تلك الحالات لم يصادف محله . ومقطوع بتحريمه وليس فيه شبهة . فيكون باطلا ويعتبر وجوده كعدمه (٣) .

أما أبو حنيفة فيرى أنه رغم كون العقد معيب ، فإنه يقيم شبهة تدرأ الحد.

= شرح فتح القدير جـ٤ ص ١٤٧، بدائع الصنائع جـ٧ ص ٣٥ ، المبسوط جـ٩ ص ٨٥ ، مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٧ ، المحلى جـ ١١ ص ٢٤٧ .

(١) وذلك على عكس الطلاق الرجعي ، فانه لا يرفع احكام النكاح . ويظل ملك الزوج قائماً الى ان تنتهي عدة الزوجية ، والمطلقة فيه تحل للزوج بغير عقد ومهر جديدين . اما اذا انقضت العدة فلا يصح للزوج ارجاع الزوجة لانها قد بانت بينونة ملكت بها نفسها فلا تحل له الا بعقد ومهر جديدين .

(٢) ويقول اللخمي « ان تزوج ابنة زوجته ودخل بها ولم يكن قد دخل بالام لم يحد ، لانها تحل له لو طلق الام . وان كان قد دخل بالام حد . وكذلك ان تزوج أم امرأته ، فان دخل بالابنة حد ، وان لم يدخل بها لم يحد للخلاف » . مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩١ .

(٣) مغنى المحتاج جـ ٤ ص ١٤٥ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٤ .

فلا يعاقب الجاني إلا بالتعزير [١] .

ويقول في ذلك ابن حزم ان « كل عقد فاسد لا يحل . فالفرج به لا يحل ولا يصح به زواج . فهما اجنبيان كما كانا . والوطء فيه من العالم بالتحريم زنى مجرد محض . وفيه الحد كاملا من الرجم أو الجلد أو التعزير . ولا يلحق فيه ولد أصلا ولا مهر فيه . ولا شيء من أحكام الزوجية . وإن كان جاهلا فلا حد . ولا يقع في ذلك شيء من أحكام الزوجية الالحاق الولد فقط للاجماع ... واما من سمى كل عقد فاسد ووطء فاسد — وهو الزنى المحض — زواجاً ليتوصل به إلى إباحة ما حرمه الله تعالى أو إلى اسقاط حدود الله تعالى الا كمن سمي الخنزير كبشاً ليستحله بذلك الاسم [٢] . »

٢٥ — ادعاء الزوجية :

العبرة في الزواج الذي ينفي الزنى تكون بالعقد الشرعي الذي يحل النكاح . فلا يشترط أن يكون العقد قد وثق أو قام بإجرائه موظف رسمي مختص . وذلك ما دام قد استوفى شروط صحته واحل استمتاع كل طرف من الزوجين بالآخر وفقاً لأحكام الشرع .

ويرى جمهور الفقهاء انه إذا ضبط رجل يطأ أمرأة وادعيا بقيام علاقة الزوجية ، لا يقام عليهما الحد ما لم يشهد الشهود بزناهما [٣] . فإذا شهدوا ، وجب عليهما إقامة البينة على النكاح حتى يسقط عنهما الحد . وذلك لأن الشهادة بالزنى تنفي كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولهما [٤] .

---

(١) ولكنه يعاقب باشد ما يكون التعزير سياسة لاحدا مقدراً شرعياً ان كان عالماً بذلك. واذا لم يكن عالماً لا حد ولا عقوبة تعزير . شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥ ، المبسوط ج ٩ ص ٨٥ .

(٢) المحلي ج ١١ ص ٢٤٨ و ٢٤٥ .

(٣) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ ، المغنى ج ١٠ ص ١٦٨ ، اسنى المطالب ج ٤ ص ١٣٤ .

(٤) عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٧٣ .

ويضيف الحنفية أنه إذا شهد الشهود على أنه زنى بأمرأة لم يعرفونها ، فلا حد عليه . لأنه من الجائز أن تكون زوجته وهذا يكون شبهة يدرأ بها الحد [١] .

ويرى أهل الظاهر أنه إذا كانا غريبين أولا يعرفان فلا شيء عليهما ولا يعرض لهما وعلى هذا الاجماع [٢] .

ويقول مالك بأنه يقع عليهما اثبات الزوجية ، حتى لا يقام عليهما الحد [٣] .

أما إذا أقر أحد الطرفين بالزنى وادعى الآخر الزوجية فيرى أبو حنيفة وأحمد أن الحد يسقط لقيام الشبهة ، حيث يحتمل صدق دعوى النكاح [٤] .

ويرى مالك والشافعي حد المقر ، لأن الإقرار يكون حجة عليه وحده ، ولا يثبت الزنى في حق الطرف الآخر . كما أنه لا يورث شبهة العدم في حق المقر [٥] .

لذلك إذا دفع الرجل والمرأة أو أحدهما بقيام علاقة الزوجية ، وجب على المحكمة الجنائية لضمان سلامة حكمها أن توقف النظر في الدعوى حتى يفصل في مسألة الزواج وقيامه من عدمه بمعرفة الجهة ذات الاختصاص [٦] .

---

(١) المبسوط ج ٩ ص ٨٩ .

(٢) المحلي ج ١١ ص ٢٤٣ .

(٣) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٥٨ ، المحلي ج ١١ ص ٢٤٣ .

(٤) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٨ ، المغنى ج ١٠ ص ١٦٨ .

(٥) المدونة ج ١٦ ص ٤١ ، اسنى المطالب ج٤ ص ١٣٤ .

(٦) محمد عطية راغب ص ٣٧ ، صالح مصطفى ص ٥٩ .

وتنص المادة ١٩٦ اجراءات جنائية على انه « اذا كان الحكم في الدعوى الجنائية يتوقف على الفصل في مسألة من مسائل الاحوال الشخصية يجب على المحكمة الجنائية ان توقف الدعوى ، وتحدد للمتهم او المدعي بالحقوق المدنية او المجني عليه على حسب الاحوال اجلا لرفع المسألة المذكورة الى الجهة ذات الاختصاص . ولا يمنع وقف الدعوى من اتخاذ الاجراءات او التحقيقات الضرورية او المستعجلة . »

٢٦ ـ المستأجرة للنكاح :

من المسائل التي تعرض لها الفقهاء حكم المرأة التي تستأجر لنكاحها . فيرى المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد بن الحنفية وأهل الظاهر أن من استأجر امرأة لوطء أو الخدمة ثم وطئها ، فإن فعله يكون زنى محضاً ويحد . وذلك لان عقد الاجارة لا يكون شبهة تدرأ عنه الحد لانتفاء الملك والعقد . والبضع لا يستباح بها[1] .

أما أبو حنيفة فيرى أنه لا يقام الحد في هذه الحالة ، لأن الإجارة شبهة . ويستند في ذلك إلى ما روى من أن امرأة طلبت من رجل مالا ، فأبى أن يعطيها حتى تمكنه من نفسها . فدرأ عنها عمر الحد . وقال هذا مهرها . وقد سمى الله تعالى المهر اجرة في قوله « فما استمتعتم به منهم فاتوهن من أجورهن فريضة فصار شبهة . وذلك لأن الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة . فلو قال الرجل امهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد . فكذا إذا قال استأجرتك أو خذي هذا لاطأك [2] .

ويقول ابن حزم « وأمـــا الحنفيون المقلدون لأبي حنيفة في هذا ، فمن عجائب الدنيا التي لا يكاد يوجد لها نظير أن يقلدوا عمر في اسقاط الحد ههنا بأن ثلاث حبات من تمر مهر ، وقد خالفوا هذه القضية بعينها فلم يجيزوا في النكاح الصحيح مثل هذا واضعافه مهرا . بل منعوا من أقل من عشرة دراهم في ذلك . فهذا هو الاستخفاف حقاً [3] .

---

(١) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٧ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٤ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩١ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٨ ، المغني ج ١٠ ص ١٩٤ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٥ ، المحلي ج ١١ ص ٢٥٠ .

(٢) الزيلعي ج ٣ ص ١٧٩ .

(٣) المحلي ج ١١ ص ٢٥٠ .

ويعتبر رأي أبي حنيفة شاذا لمخالفته الأصول العامة للشريعة وخروجه عن ما أجمع عليه جمهور الفقهاء . لذلك لا يؤخذ به ويقام حد الزنى على المستأجر أو المستأجرة للوطء .

٢٧ ـ الوطء بشبهة :

يرى جمهور الفقهاء أن الشبهة تدرأ الحد . وذلك استناداً إلى ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من أنه قال « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله ، فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة[1] » . وقوله عليه الصلاة والسلام « أيها الناس من ارتكب شيئاً من هذه القاذورات فاستتر فهو في ستر الله ، ومن ابدى صفحة اقمنا عليه الحد » .

ومن هذا يتضح أن الشارع الحنيف يهدف من وراء الحد مجرد الزجر . فهو يضيق من نطاق تطبيقه . فيأخذ بأي شبهة تدرؤه ، ولا ينفذه إلا على من أرتكب الجريمة وليس له من عذر يشفع له .

كما أنه أوسع من دائرة التسامح فأوجب ستر الجاني إذا ما ارتكب الجريمة في غير اعلان . وذلك تشجيعاً له على التوبة الصادقة ومنعاً للأضرار التي قد تنجم عن اجراءات إقامة الحد ، كالتحريات والتحقيقات والقرارات وما تتضمنه من التشهير ونشر الفضائح . مما قد يفوق ما يترتب على عدم إقامة الحد .

هذا بالإضافة إلى أنه أخذ بالمبدأ الذي يقضي بأن خطأ القاضي في العفو خيراً من خطئه في العقاب . وذلك لأنه في الحالة الأولى لا يلحق ضرر بأحد ، ويحمي البريء من كل اتهام غير قائم على يقين . أما في الحالة الثانية فعلى العكس يضر البريء ولا يفيد أحد . مما يخالف قاعدة لا ضرر ولا ضرار في الإسلام[2] .

---

(١) نيل الاوطار ج ٧ ص ١٩ .

(٢) محمد ابو زهرة – الجريمة – ص ٢٢٢ .

وقد روي عن عمر بن الخطاب أنه قال « لئن أعطل الحدود بالشبهات أحب إلي من أن أقيمها بالشبهات » .

وتحقيقاً لهذه المعاني كان الرسول صلى الله عليه وسلم يحرص على التأكد من استيفاء شروط الحد ، ويحث على العدول عن الإقرار . وهذا واضح من واقعة ماعز حين جاءه معترفاً بالزنى فاعرض عنه عدة مرات ثم قال له : لعلك قبلتها لعلك باشرتها . . فأبى ماعز الا ان يقر صراحة بالزنى . فقال له الرسول : ابك خبل ، ابك جنون . ولما علم بمن حرضه على الإقرار قال له : لو سترته بثيابك لكان خيراً لك . ولام من نفذ الحد عليه حين حاول الهروب بعد أن أشرف على الموت وقال لهم : هلا تركتموه[1] .

وقد خالف في ذلك أهل الظاهر ، حيث يرون أن الحدود لا تدرأ أو تقام بالشبهة، لانها تتعلق بحقوق الله تعالى . ويقول في هذا ابن حزم « ذهب قوم إلى أن الحدود تدرأ بالشبهات . فأشدهم قولا بها واستعمالا لها أبو حنيفة وأصحابه ، ثم المالكيون ثم الشافعيون . وذهب أصحابنا إلى ان الحدود لا يحل أن تدرأ بشبهة . وانما هو حق الله تعالى ولا مزيد . فإن لم يثبت الحد لم يحل أن يقام بشبهة ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان دماءكم وأموالكم واعراضكم عليكم حرام وإذا ثبت الحد لم يحل أن يدرأ بشبهه لقول الله تعالى — تلك حدود الله فلا تتعدوها [2] .

ومع أن جمهور الفقهاء يأخذ بالشبهة كسبب لدرء الحد ، فإنهم اختلفوا فيما يعتبر شبهة . ويرجع ذلك إلى اختلافهم في التقدير بالنسبة للحالة الواحدة ، فالبعض قد يعتبرها شبهة ، والآخر قد لا يرى هذا[3] . ولا تدخل تلك الحالات

---

(١) كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٧ .

(٢) المحلي جـ ١١ ص ١٥٣ .

(٣) عبد القادر عودة جـ ٢ ص ٣٥٩ .

تحت حصر . وسبق التعرض لعدد منها وسيأتي الكلام عن صور أخرى بصدد المسائل التي تتصل بها .

والشبهة هي ما يشبه الثابت وليس بثابت . وقد اهتم الحنفية والشافعية في تقسيمها والتعريف بها ووضع قواعد لها . أما باقي الفقهاء فقد تكلموا عنها في فروض متفرقة لمناسبات مختلفة .

فقال الشافعية أن الشبهة ثلاثة أقسام :

الأول : شبهة في المحل : وأساسها ليس مجرد الظن وانما تقوم في محل الفعل المحرم وتسلط الفاعل شرعا عليه ، كوطء الزوجة الحائض أو الصائمة .

الثاني— شبهة في الفاعل : وأساسها ظن الفاعل ، حيث إنه يأتي الفعل وهو يعتقد عدم تحريمه ، كمن يجد امرأة في فراشه فيطأها ظاناً أنها زوجته .

الثالث— شبهة في الجهة : وأساسها اختلاف الفقهاء على الفعل ولو كان الفاعل يعتقد بتحريمه ، لأن ظنه ليس له أثر في ذلك[1] .

أما الحنفية فقالوا إن الشبهة قسمان :

الأول — شبهة في الفعل : وتسمى شبهة اشتباه . وهي تكون في حق من اشتبه عليه دون غيره ممن لم يشتبه عليه . فيظن الحرام حلالا ولا دليل في السمع يفيد الحل . فاعتقد غير الدليل دليلا . كأن يجامع زوجته المطلقة ثلاثا وهي في العدة ظاناً انها تحل له .

الثاني— شبهة في المحل : وتسمى شبهة حكمية أو شبهة ملك وتقوم بالاشتباه

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٧٦ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٠ .

في حكم الشرع بحل المحل ، لقيام دليل شرعي ينفي الحرمة . وذلك سواء ظن الفاعل الحل أو علم الحرمة ؛ لأن الشبهة تتعلق بالدليل ذاته [١] .

المبحث الثاني

القصد الجنائي

٢٨ – تمهيـــد :

الزنى جريمة عمدية . فهي لا تقوم إلا إذا توافر القصد الجنائي لدى الفاعل وقت ارتكاب الفعل .

وقد نص البند الثاني من المادة الثانية من قانون إقامة حد الزنى صراحة على القصد الجنائي بقوله « ويشترط أن يكون الفاعل ... قصد ارتكاب الفعل » .

والقصد في الزنى قصد عام . فيتوافر بمجرد اتيان الجماع مع علم الفاعل بأنه يطأ شخصاً محرماً عليه وانصراف إرادته إلى ذلك . ولا عبرة بالغاية التي سعى إليها من وراء فعله [٢] .

من هذا يتضح أنه يلزم وجود عنصرين لقيام القصد الجنائي في الزنى ، هما العلم والإرادة ، على أن يكون ذلك معاصراً لوقت ارتكاب الجريمة .

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤١ ، المبسوط ج ٩ ص ٩٦ ، ابن عابدين ج ٣ ص ٢٠٨ . بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٥ .

(٢) محمد مصطفى القللي ص ١٦٠ .

المطلب الاول

العـلم

٢٩ ـ العلم بالوقائع .
٣٠ ـ الغلط في الشخص .
٣١ ـ الجهل بالقانون .
٣٢ ـ الجهل بالعقوبة .
٣٣ ـ الجهل بفساد النكاح أو ببطلانه .

٢٩ ـ العلم بالوقائع :

يجب أن ينصرف علم الفاعل إلى جميع وقائع الجريمة . وذلك بأن يكون الرجل مدركاً بأنه يجامع امرأة محرمة عليه ، وان تكون المرأة مدركة بأنها تمكن رجلا محرماً عليها . أما إذا كان الفاعل يعتقد أنه يجامع من تحل له أو أن المرأة تمكن حليلها ، فإن الجريمة لا تقوم .

فلا حد على من جامع وهو يجهل العين الموطوءة بأن ظنها زوجته. أما إذا أقدم عليها وهو شاك ، فظاهر كلام المالكية وان لم يكن صريحاً سقوط الحد[١] .

وهذا على خلاف ما ذهب إليه الحنفية حيث يرون أن من وطىء امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لي فعليه الحد[٢] .

وأجمع الفقهاء على أن من زفت إليه غير امرأته وأخبرته النساء بأنها زوجته

---

(١) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٣ شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٩ .
(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ ، المبسوط ج ٩ ص ٨٨ .

فوطئها ، لا حد عليه ويدفع المهر . وقد قضى بذلك على رضى الله عنه ولا يعلم فيه خلاف [١] .

وكذلك الحال بالنسبة لمن زفت إلى غير زوجها فمكنته من نفسها معتقدة أنه زوجها ، أو التى تمكن مطلقها طلاقاً بائناً وهي لا تعلم أنه طلقها .

واختلف الفقهاء في حالة ما إذا وطىء الرجل امرأة اجنبية وجدت في فراشه ظانا انها زوجته ، أو من وجدت رجلا في فراشها فمكنته معتقدة أنه زوجها .

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يقام الحد ، حيث يحتمل ما يدعى به من شبهة [٢] .

ويرى الحنفية أنه يقام الحد ، لأنه لا اشتباه بعد طول الصحبة . فيكون الظن غير مستند إلى دليل . وذلك لأنه قد يرقد في الفراش غير الزوج أوالزوجة من المحارم المقيمين في نفس المنزل .

وكذلك الحال إذا كان الفاعل أعمى لأنه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره ، إلا إذا كان دعاها فقالت له إنها زوجته لأنها لو لم تقله ، واقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد ، حيث يجب أن تطمئن نفسه إلى أنها هي .

ويرى زفر ان الحكم يختلف في حالة الأعمى ، حيث الظاهر أنه لا ينام على فراشه غير امرأته . فيستند ظنه إلى دليل تقوم به شبهة قوية تدرأ الحد عنه [٣] .

ومن ذلك يتضح أنه في جميع الحالات التي لا يعلم فيها الفاعل بأنه يجامع

---

(١) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٩ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٣ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٦ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ، مغنى المحتاج ج ٣ ص ١٤٤ .

(٢) حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٣ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ ، المغنى ج ١٠ ص ١٥٥ .

(٣) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧ ، المبسوط ج ٩ ص ٥٧ ، حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٢١٣ ، الزيلعي ج ٣ ص ١٧٨ .

من حرم عليه ، لا يقام عليه الحد . وهذا تطبيقاً لحكم المادة ١٠ الذي يقضي بالأخذ بالمشهور من أشهر المذاهب فيما لم يرد بشأنه نص . فالخطأ هنا يكون شبهة قوية تدرأ الحد ، لقوله تعالى « وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم »[١] .

٣٠ ـ الغلط في الشخص :

إذا جامع رجل امرأة محرمة عليه وهو يظنها أخرى محرمة عليه أيضاً ، أو مكنت امرأة رجلا محرماً عليها وهي تظنه آخر محرماً عليها أيضاً ، فإن الحد يقام على كل منهما في الحالتين المذكورتين . وذلك لأن الخطأ في الجماع المحرم لا يعفي من العقوبة ولا يصلح شبهة تدرأ الحد ، فالفاعل اشبه بمن قتل رجلاً يظنه أجنبياً فبان ابنه . وعلى هذا جمهور الفقهاء[٢] .

فهذا النوع من الغلط لا يؤثر في مسئولية الزاني أو الزانية، لأنه قد تعمد ارتكاب جريمة معينة فوقعت مستوفية جميع أركانها، ولا يغير من الوضع أن علم الفاعل بأحدى الصفات المميزة لمحلها قد شابه غلط ، ما دام ذلك لا يدخل ضمن عناصر الزنى القانونية اللازمة لقيام الجريمة . فالنتيجة واحدة وهي الاعتداء على الحق الذي حماه الشارع[٣] .

أما إذا جامع الرجل زوجته وهو يظنها أخرى محرمة عليه ، أو مكنت المرأة زوجها وهي تظنه آخر محرماً عليها ، فلا حد على أي منهما .

وذلك لعدم توافر شرط التحريم . فالجماع قد تم في ظل عقد نكاح صحيح ، مما ينتفي معه حرمة الفرج للفرج ، الذي لا يقوم الزنى إلا به . ولكن هذا لا

---

(١) سورة الاحزاب ، الآية ٥ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ ، المغنى ج ١٠ ص ١٥٥ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٦ ؛ المهذب ج ٢ ص ٢٧٦ ، شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ .

(٣) جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٤٩ مجموعة احكام النقض ج ١ رقم ٥٠ ص ١٥٠ .

يمنع من اعتبار الشخص آثما على ظنه [١] .

٣١ ـ الجهل بالقانون :

الأصل في الشريعة أن الجهل بأحكامها لا يكون مسوغاً للإفلات مما تقضي به .[٢] فلا يعتبر عذراً في دار الإسلام الدفع بعدم معرفة الأحكام . فلا يقبل من أحد ولو كان قريب العهد بالإسلام ان يحتج بجهله تحريم الزنى ، توصلا إلى إثبات عدم قيام القصد الجنائي . خاصة وان هذه الجريمة قد ثبتت بالنص القرآني وبالحديث الشريف وانعقد عليها الإجماع [٣] .

وذلك كما هو الشأن في التشريعات الوضعية ، حيث يؤخذ بقاعدة أن الجهل بالقانون ليس بعذر [٤] .

ولكن استثناء من تلك القاعدة يبيح جمهور الفقهاء الإحتجاج بالجهل بالأحكام الشرعية إذا كانت ظروف الحال تؤكد عذر الجاني [٥] ، كالشخص قريب العهد بالإسلام الذي لم ينشأ في دار اسلام ، إذا كانت ظروفه ترجح جهله بتحريم الزنى [٦] .

---

(١) مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ، شرح الزرقاني ج ٨ ص ٨٧ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٧ ، المغنى ج ١٠ ص ١٥٥ ، المحلي ج ١١ ص ٢٤٦ .

(٢) عبد القادر عودة ج ١ ص ٤٣١ .

(٣) محمد ابو زهرة ، ص ٢٣٦ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٣ .

(٤) محمد سامي النبراوي ص ١٧٦ .

(٥) وقد روي عن سعيد بن المسيب ان رجلا تضيف اهل بيت باليمن ، فأصبح يخبر الناس انه زنى بربة البيت . فكتب الى عمر . فقال عمر ان كان يعلم ان الله حرم الزنى فحدوه . وان كان لا يعلم فعلموه فان عاد فحدوه. ويعلق على ذلك السرخسي بقوله « فجعل عمر ظن الحل في ذلك الوقت شبهة ، لعدم اشتهار الاحكام » .

(٦) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١١٦ ، المغنى ج ١٠ ص ١٥٦ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٧ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٣ ، شرح الخرشى ج ٥ ص ٣١٩ ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ ص ٣١٣ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٤٦ .

ويقول الشيرازي « ان زنى رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بتحريمه ، فإن كان قد نشأ فيما بين المسلمين لم يقبل قوله ، لأنا نعلم كذبه . وإن كان قريب العهد بالإسلام ، أو نشأ في بادية بعيدة عن المسلمين أو كان مجنوناً فأفاق وزنى قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله ، لأنه يحتمل ما يدعيه فلم يجب عليه الحد »[1] .

وهناك من فقهاء الحنفية من يرى أن الحربي إذا دخل دار الأسلام فأسلم وزني وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت إليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنى حرام في جميع الأديان والملل . فكيف يقال إذا ادعى مسلم اصلي أنه لا يعلم حرمة الزنى لا يحد لانتفاء شرط الحد[2] .

٣٢ ــ الجهل بالعقوبة :

يرى جمهور الفقهاء أنه إذا علم الشخص بتحريم الزنى ولكنه في نفس الوقت كان يجهل العقاب المقرر له : فإنه لا يقبل منه هذا العذر ويقام عليه الحد : بمعنى أن جهل الحكم لا يفيد ما دام قد علم بالجريمة .

وقد استندوا في ذلك إلى قضية ماعز . فقد روي أنه قال في أثناء رجمه « ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قومي غروني من نفسي واخبروني أن النبي صلى الله عليه وسلم غير قاتلي . ولكن النبي عليه الصلاة والسلام أمر برجمه[3] » .

---

(١) المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ .
ويروى انه اتي عمر بامرأة قد زنت فسألها عن ذلك ، فقالت نعم يا امير المؤمنين واعادت ذلك وايدته . فقال على انها لتستهل به استهلال من لا يعلم انه حرام . فدرأ عنها الحد . وهذا من دقيق الفراسة . محمد بلتاجي ص ٢٥٨ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤٦ ، المبسوط ج ٩ ص ٨٥ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٧ .

(٣) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٢٠ ، مغنى المحتاج ج ٤ ص ١٤٦ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٧ .

٣٣ ـ الجهل بفساد النكاح أو ببطلانه :

اختلف الفقهاء في حالة ما إذا كان الشخص يعلم بتحريم فعل الزنى ، ولكنه يجهل بفساد نوع النكاح أو بطلانه ، الذي يعد فيه الجماع زنى .

فذهب البعض إلى أنه لا يقبل منه الدفع بهذا الجهل ، فيقام عليه الحد ، لأنه يفترض في كل شخص العلم بما حرم عليه . وذلك لأن قبول مثل هذه الأعذار يؤدي إلى فتح الباب واسقاط الحد [١] .

ويرى آخرون قبول الاحتجاج بهذا الجهل . وذلك لأن معرفة تفاصيل الحكم تحتاج إلى بحث فقهي مما يخفى على غير أهل العلم . فتقوم بهذا شبهة تدرأ الحد ، وان كانت لا تمنع من توقيع عقوبة تعزيرية على الفاعل [٢] .

ويستندون في ذلك إلى بعض الأقضية التي أخذ بها الصحابة رضي الله عنهم . فقد روي أنه رفع لعمر امرأة اتخذت غلامها لوطئها . فأراد رجمها . فقالت : قرأت وما ملكت إيمانكم . فقال تأولت كتاب الله على غير تأويله وتركها وجز رأس الغلام وغربه [٣] .

وقد أتت امرأة إلى علي بن أبي طالب فقالت : أن زوجي زنى بجاريتي فقال : صدقت هي ومالها لي حل . فقال له علي : اذهب ولا تعد . كأنه درأ عنه الحد بالجهالة [٤] .

وعرض على عمر امرأة تزوجت في عدتها . فقال : هل علمتما ؟ فقالا : لا . فقال : لو علمتما لرجمتكما . فجلدهما وفرق بينهما [٥] .

---

(١) المحلى ج ١١ ص ٢٤٩ .

(٢) مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٥ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ، المغني ج ١٠ ص ١٥٦ المحلي ج ١١ ص ١٨٨ .

(٣) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٩ .

(٤) المحلى ج ١١ ص ١٨٨ .

(٥) كشاف القناع ج ٦ ص ٩٨ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ .

وذلك باستثناء الزنى الواضح الذي لا يجهله إلا النادر ، فإنه يحـــد فيه ولا يقبل العذر بعدم العلم . لهذا لا بد من الظن القوي حتى تقوم الشبهة فإذا لم تكن ظنة الحل ثابتة لم تكن هناك شبهة أصلا[١] .

ويلاحظ أنه في جميع حالات الاحتجاج بفساد النكاح أو بطلانه يعفى الجاني من إقامة الحد استنادا إلى توافر الشبهة التي تدرأ الحد ، ولكن لا يمنع هذا من توقيع عقوبة التعزير .

وذلك على خلاف الاحتجاج بالجهل بتحريم الزنى ، لأن قبوله يعفي الفاعل من العقوبة لانعدام القصد الجنائي . فلا يحد ولا يعذر[٢] .

المطلب الثاني

الارادة

٣٤ ــ اتجاه الارادة إلى ارتكاب الزنى .
٣٥ ــ الباعث .

٣٤ ــ اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الزنى :

لا يكفي مجرد العلم لقيام القصد الجنائي في الجرائم العمدية ، حيث يجب أن تتوافر الارادة وان تتجه إلى إتيان الفعل المحرم . فلا يتحقق القصد إذا

---

(١) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٣ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٢٠ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٤١ ، المبسوط ج ٩ ص ٥٣ .
(٢) عبد القادر عودة ج ٢ ص ٣٧٥ .

كان الذي ارتكب الزنى غير مكلف كالمجنون ومن في حكمه أو كان لا يتمتع بحرية الاختيار[١] .

وقد اختلف الفقهاء بشأن الأكراه فيما يتعلق بالتفرقة بين الرجل والمرأة .

فبالنسبة للمرأة المكرهة على الزنى أجمع الفقهاء بأنه لا حد عليها ولا تعذر لنفي التعمد عنها اتفاقاً . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» [٢] .

أما إذا أكره الرجل على الزنى فيرى بعض المالكية كابن رشد واللخمي وابن العربي بأنه أيضاً لا حد عليه . . وذهب غيرهم إلى أنه يحد حتى ولو كانت المرأة هي المكرهة له على الزنى . وعلى ذلك أكثر أهل المذهب استناداً إلى أن انتشاره ينافي اكراهه[٣] .

وكان أبو حنيفة يرى أنه يجب حد من أكرهه السلطان على الزنى . وهو قول زفر . وذلك على اعتبار ان زنى الرجل لا يتصور إلا بعد انتشار قضيبه . وهذا يعتبر دليل الاختيار وآية الطواعية . مما يترتب عليه اقتران الاكراه بما ينفيه ويبطل أثره . وذلك بخلاف اكراه المرأة على الزنى ، لأنه يكون بالتمكين وليس فيه ما يدل على الطواعية .

ثم رجع أبو حنيفة عن رأيه السابق وقال بعدم حد الرجل المكره أيضاً كالمرأة . وذلك لقيام السبب الملجىء إلى الفعل ، وان الانتشار لا يستلزم الطواعية حيث قد يكون طبعاً عن غير قصد كما في النائم مما يورد الشبهة .

---

(١) محمد سامي النبراوي ص ١٧٩ .

(٢) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٧ ، بدائع الصنائع ج ٨ ص ٣٤ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٢٢ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٨ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٨ .

(٣) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩٤ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٨ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣٢٢ .

أما إذا أكرهه غير السلطان فإنه يحد عند أبي حنيفة . لأن الإكراه في غير هذه الحالة لا يدوم إلا نادرا . وذلك لإمكان الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ، كما يستطيع دفعه بنفسه بالسلاح أو بغيره ، والنادر لا حكم له[١] .

ويرى أبو يوسف ومحمد أنه لا حد في هذه الحالة أيضاً ، لأن الاعتبار المؤثر في الاكراه هو خوف الهلاك . مما قد يتحقق أيضاً من غير السلطان[٢] .

وعند الشافعية رأيان :

الأول : يقول بأنه لا يجب عليه الحد وهذا الذي عليه المذهب .

الثاني : يقول بأنه يجب عليه الحد لانه الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار[٣] .

وكذلك عند الحنابلة رأيان : الأول يقول بأنه يحد لان الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث بالاختيار . والثاني يقول إنه لا حد على الرجل المكره كالمرأة ، لان الاكراه شبه تدرأ الحد[٤] .

ويدخل في حكم الاكراه حالة الاضطرار لأنه يترتب عليها أيضاً انتفاء حرية الاختيار على الوجه الذي يمنع من توافر القصد الجنائي . وهذا باتفاق الفقهاء لقوله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه»[٥] .

وقد روي أن عمر أتى بامرأة جهدها العطش فمرت على راع فاستسقت ،

---

(١) شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٧ ، ابن عابدين ج ٣ ص ٢٠٧ ، بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤.

(٢) ويقول السرخسي ان هذا اختلاف عصر وزمان . ففي زمن ابي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان . وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب ، فيفتى بقولهما ، المبسوط ج ٩ ص ٥٩ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ .

(٤) كشاف القناع ج ٦ ص ٩٧ .

(٥) المبسوط ج ٩ ص ٥٨ ، الطرق الحكمية ص ٥٣ .

فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها . ففعلت . فشاور الناس في رجمها . فقال علي : هذه مضطرة ارى أن يخلى سبيلها ، استنادا إلى قوله تعالى . فخلى عمر سبيلها [1].

كما يرى أهل الظاهر أنه في جميع تلك الحالات لا يقام الحد سواء انتشر أو لم ينتشر ، امني أم لم يمن ، أنزلت أو لم تنزل ، لأنهما لم يفعلا شيئاً أصلا . والانتشار والإنماء من فعل الطبيعة الذي خلقه الله تعالى في المرء احب أم كره ، لا اختيار له في ذلك[2] .

ويستوي أن يكون الاكراه مادياً كأن يغلب الرجل المرأة بالقوة الجسدية ، أو معنوياً كالتهديد بالقتل أو الإيذاء . واقعاً من الزاني أو الزانية أو غيرهما .

ومن الواضح ان الحد لا يرفع إلا عن الزاني الواقع تحت تأثير الإكراه . أما الشخص الآخر ، فإن كان مختاراً فلا يحد . فإذا مكنت امرأة بإرادتها رجلا مكرهاً لجماعها ، فإن الحد يجب عليها وحدها دون الرجل . وكذلك الحال لو أكره الرجل المرأة على الجماع ، فلا حد عليها وانما يقام الحد على الرجل . فسقوط الحد عن أحد الواطئين لظرف يخصه وحده لا يوجب سقوطه عن الطرف الآخر . فكل منهما يؤاخذ بفعله . وهذا ما يأخذ به جمهور الفقهاء[3] .

متى تحقق القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة السابقة الإشارة اليهما ، فإن جريمة الزنى تقوم ، ولا أهمية للباعث الذي دفع إلى ارتكابها[4] .

---

(١) محمد بلتاجي ص ٢٥٨ .

(٢) المحلي جـ ٨ ص ٣٣١ .

(٣) مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٩٤ ؛ حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٨ ، شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣٢١ ، المبسوط جـ ٩ ص ٧٥ ، شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٥٧ ، المهذب جـ ٢ ص ٢٦٨ ، مغني المحتاج جـ ٤ ص ١٤٦ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٧ .

(٤) وقد قررت المحكمة العليا «ان قصد الجنائي في جريمة هتك العرض يتوفر بالافعال المادية الحادثة =

فتوافر القصد العام يكفي وليس بشرط أن يكون الفاعل قد هدف إلى غاية خاصة من وراء فعله . فيستوي أن يكون غرضه الانتقام ، أو المغامرة والتجربة ، أو حتى مجرد ارضاء الغير[1] .

وبالنسبة إلى ان الشريعة تعاقب على الرذيلة في ذاتها ، وبغض النظر عما إذا كان يترتب عليها أثر للغير ، فإنه يكون من الممكن وقوع هذه الجريمة من امرأة بلغت سن الاياس أو كان يستحيل عليها الحمل ، أو من عنين أو شيخ فان[2] .

المطلب الثالث

مسائل متعلقة بالقصد

٣٦ ــ معاصرة القصد الجنائي لارتكاب الفعل .

٣٧ ــ اثبات القصد الجنائي .

٣٦ ــ معاصرة القصد الجنائي لارتكاب الفعل :

لا تقوم جريمة الزنى إلا إذا كان القصد الجنائي معاصراً لارتكاب الفعل .

= العرض والتي وقعت من الجاني عمداً بغض النظر عن البواعث المختلفة . ولا ينفى هذا القصد بادعاء الجاني أنه لم يفعل فعلته ارضاء لشهوة جسمانية . بل يصح العقاب ولو كان لم يقصد بفعله المادي الا التماسك بالمجنى عليه » . جلسة ٢٠ يناير ١٩٧٠ م مجلة المحكمة العليا ، السنة السادسة ، الاعداد الاول والثاني والثالث ص ١٣٩ .

(١) محمد مصطفى القللى ص ١٦٠ .

(٢) صالح مصطفى ص ٥٧ .

فالعبرة بتوافر العلم والإرادة تكون بوقف حدوث الجماع . فيجب أن يكون قصد الفاعل قد انصرف في اثناء المباشرة إلى الجماع المحرم[١] .

أما إذا توافر العلم والإرادة قبل الفعل ولكنهما أو أحدهما انتفى وقت المباشرة ، فإن الجريمة لا تتحقق . وذلك كأن يكون الفاعل قد قصد ارتكاب الزنى مع أمرأة اجنبية ثم أتى امرأة وجدها في فراشه معتقداً أنها زوجته ، ولكن اتضح فيما بعد أنها غريبة عنه ، فإنه لا يعد زانياً . كما أنه إذا أكره شخص على ارتكاب الزنى ، ثم انتهى الاكراه قبل مباشرة الفعل ، فإنه يعد زانياً[٢] . وهذا لأن الفاعل لا يؤاخذ إلا على وفق ما اعتقده واراده عند اقتراف الجرم[٣] . ونفس الحكم يكون اولى بالنسبة للعلم أو الإرادة التي قد تتوافر بعد الانتهاء من الفعل ، فإنه لا تأثير لها لذات العلة[٤] .

وقد يحدث أحياناً أن يأتي الرجل المرأة بالقوة رغماً عنها . وفي اثناء الفعل يكف عن الإكراه ، ولكن تظل المرأة ممكنة نفسها له برغبتها . فانها تعتبر زانية في هذه الحالة ، حيث إن الجماع استمر برضائها . وكذلك الحال إذا كانت المرأة تعتقد أن الذي يجامعها زوجها ، ثم يتأكد لها أنه رجل آخر . ولكنها

---

(١) محمد سامي النبراوي ص ١٨٣ .

(٢) عبد القادر عودة ج ٢ ص ٢٧٤.

(٣) احمد امين ص ٤٦٦ .

(٤) وقد قررت المحكمة العليا في جريمة المواقعة التي كان يلزم لقيامها انتفاء الرضاء ، قبل الغاء هذا القيد بالفقرة الرابعة التي اضيفت الى المادة ٤٠٧ عقوبات « ان الرضاء الذي ينتفي معه معنى الاكراه هو الذي يسبق الفعل او يقترن به. اما السكوت عن ذكر الفعل للغير او عدم الاستغاثة بعد وقوعه فلا يعد رضاء به لان العبرة في اعتبار الرضا قائماً من عدمه هو وقت حدوث الفعل . فمتى تم الفعل بغير رضا المجني عليه حيال ما وقع عليه ، سواء كان سلوكه ايجابياً او سلبياً .

جلسة ٢٧ فبراير ١٩٧٣ ، مجلة المحكمة العليا ، السنة التاسعة ، العددان الثاني والثالث ص ٢٠٩ .

مع هذا استمرت في تمكين نفسها له ، تكون زانية ، لأن قصدها يقـــوم برضائها[1] .

٣٧ ــ اثبات القصد الجنائي :

نظراً لأن القصد الجنائي يتكون من نشاط نفسي تتجه فيه الآراء إلى ارتكاب الفعل المحرم ، فإنه كثيراً ما يكون السلوك الإجرامي غير كاف وحده للدلالة على قيامه .

لذلك يجب على النيابة اثبات توافر العلم وانصراف الإرادة إلى الفعل وإن القصد كان قائماً بعنصريه وقت الجماع .

أما إذا ادعى الفاعل جهله بعدم قيام علاقة الزوجية أو ببطلان العقد ، أو بأنه كان مكرهاً ، فيقع عليه عبء إثبات ذلك . فيكلف بإقامة الدليل على أن الظروف لم تكن تمكنه من معرفة حقيقة الأمر ، أو أنه لم يكن في استطاعته مقاومة الاكراه الذي تعرض له[2] .

---

(١) ويذهب اتجاه الى انه في جريمة المواقعة التي كان يشترط لقيامها انعدام رضاء المجني عليه فانه يلزم استمرار انعدام الرضاء طوال الفعل. اما اذا ثبت انه قد رضي به في اثناء ارتكابه فان هذا الرضا ينسحب على الفعل الذي بدء في تنفيذه بالقوة، وذلك لأن واقعة هتك العرض تكون واقعة واحدة ولو تعددت الافعال المكونة لها . استناداً الى عدم امكان تجزئة الواقعة المكونة له ، لارتكابها في ظروف وملابسات ووقت واحد وتنفيذاً لقصد واحد. مما لا يمكن معه القول بأن المجني عليه لم يكن راضياً بجزء منها وراضياً بجزء آخر . والعبرة ليست بالقوة لذاتها بل لانها معدمة للرضا . كما لا يصح ان يكون هناك وصفين مختلفين للواقعة، ويتعين وصفها بالوصف الذي فيه مصلحة للمتهم. فاذا كان وقوع اول الافعال مباغتة ولكن المجني عليه لم يعترضه على الافعال التالية ، فان ذلك يجعل الفعل الاول ايضاً حاصلا بالرضاء.

ادوار غالي الذهبي ص ١٧٧ . جلسة ٢٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ٥ رقم ٨٢ ص ١٤٧ وجلسة ٢٢ يونيه سنة ١٩٤٢ م ج ٥ رقم ٤٣٥ ص ٦٨٨ .

(٢) احمد امين ص ٤٦٦ .

ويعتبر اثبات القصد مسألة تتعلق بالوقائع مما يفصل فيه نهائياً قاضي الموضوع دون أن يخضع في هذا لرقابة المحكمة العليا[١] . وذلك طالما كان استخلاصه للنتيجة التي انتهى إليها سائغاً ، ومن شأن القرائن التي اعتمدها حمل قضائه . واستند إلى فهم صحيح منطقي للأصول الثابتة في أوراق الدعوى .

ولكن ليس معنى هذا الزام المحكمة بأن تذكر القصد الجنائي بصريح الألفاظ حيث يكفي أن يستدل عليه من عبارات الحكم والوقائع التي اوردها[٢]

المبحث الثالث

ما يتعلق بالفاعل

٣٨ — تمهيد .

٣٩ — العقل .

٤٠ — البلوغ .

٤١ — حكم من يجامع قاصراً أو مجنوناً .

٣٨ — تمهيـــد :

ينص البند الثاني من المادة الثانية من قانون إقامة حد الزنى على أنه يشترط أن يكون الفاعل عاقلا اتم ثماني عشرة سنة من عمره .

---

(١) جلسة ٢١ مارس سنة ١٩٥٦ م مجلة المحكمة العليا ج ١ ص ٤٥٣ .

(٢) جلسة ٢٢ فبراير سنة ١٩٦٤ مجلة المحكمة العليا ج ٣ ص ٤٠ .

ولا خلاف بين الفقهاء على أنه لا يقام الحد على الفاعل إلا إذا كان مكلفاً . أما إذا كان عديم أو ناقص الأهلية كالمجنون والصغير ومن في حكمهما ، فإنه لا يسأل عن فعله . استناداً إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » .

وذلك لأنه اسقط التكليف عنهم في العبادات والمآثم في المعاصي ، حيث لا ارادة لهم يمتحن بها . كما ن الحد عقوبة فيستدعي الجناية ، في حين أن فعلهم لا يوصف بالجنايات ، ولذا لم تجب عليهم سائر الحدود[1] .

مما يترتب عليه أنه إذا كان فعل المجنون أو الصغير يسمى زنى لغة ، فإن ذلك لا يصدق عليه شرعاً [2] .

٣٩ ــ العقــل :

لا يكون الشخص مسئولا عن افعاله إلا إذا كان متمتعاً بكامل قواه العقلية وقت ارتكابها[3] . اما إذا كان مصاباً بعيب عقلي كلي ناتج عن مرض افقده قوة الشعور والإرادة ، فإنه لا يمكن ان تسند إليه أفعاله ، ويكون غير مسئول عنها من الناحية الجنائية[3] .

وقد روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال لماعز حين اقر عنده بالزنى « ابك جنون » . كما روي أنه « أتي عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها اناساً . فأمر بها أن ترجم . فمر بها على بن أبي طالب رضي الله عنه فقال :

---

(١) المهذب جـ ٢ ص ٢٦٧ ، كشاف القناع جـ ٦ ص ٩٦ .
(٢) شرح الخرشي جـ ٥ ص ٣١٧ ، حاشية الدسوقي جـ ٤ ص ٣١٢ .
(٣) تنص المادة ٨٣ عقوبات على انه « لا يسأل جنائياً من كان وقت ارتكابه الفعل في حالة عيب عقلي كلي ناتج عن مرض افقده قوة الشعور والارادة » .

ما شأن هذه ؟ قالوا مجنونة آل فلان زنت . فأمر بها عمر أن ترجم . فقال : ارجعوا بها ثم أتاه . فقال يا أمير المؤمنين أما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاثة ؟ عن المجنون حتى يبرأ وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم . قال : بلى . قال : فما بال هذه ؟ قال : لا شيء . قال فأرسلها . قال : فجعل عمر يكبر»[1] .

ويقصد بالجنون المرض الذي يصيب العقل ويذهب بالقوى الواعية المدركة منه سواء بصفة دائمة أو متقطعة يفصل بينها فترات افاقة . ويدخل تحت معناه الأمراض العصبية التي تؤدي إلى انحراف الجهاز العصبي وعدم سيطرته على مراكز التوجيه في المخ مما يفقد الشخص قوة شعوره وارادته كالهستريا وفصام الشخصية[2] .

ويشترط في الجنون الذي يعدم المسئولية أن يكون كلياً . وفي ذلك تقول المحكمة العليا « إن الحكم الذي يقضي بعدم المسئولية لا يكون سليماً إلا إذا كان التقرير الطبي الذي يتخذه اساساً لحكمه قاطعاً في الدلالة على وجود عيب عقلي كلي ، أو يدلل الحكم بأدلة سائغة على توافر هذا العيب الكلي»[3] .

أما إذا كان العيب العقلي جزئياً ، بمعنى أنه ينقص من قوة الشعور والإرادة على وجه جسيم دون أن يزيلها ، فإن العدالة تقتضي أن يرد أيضاً نقص مقابل على مسئولية الجاني .

ونظراً لأن الشارع لم يورد نصاً في قانون إقامة حد الزنى يعالج هذا الوضع ، فإنه طبقاً للإحالة الواردة في المادة ١٠ يعاقب الفاعل تعزيراً وفقاً

---

(١) الذخيرة للقرافي جـ ٨ ص ١٤٦ .
(٢) محمد سامي النبراوي ص ٢٤٤ .
(٣) جلسة ٢٤ فبراير سنة ١٩٧٠ مجلة المحكمة العليا – السنة السادسة – العدد الرابع ص ١٨٤ .

لحكم المادة ٨٤ عقوبات التي تنص على أنه « يسأل من كان وقت اقتراف الفعل في حالة خلل عقلي غير مطبق ناتج عن مرض أنقص قوة شعوره وارادته بقدر جسيم دون أن يزيلها ، إلا أنه تستبدل في شأنه بعقوبة الأعدام السجن لمدة لا تقل عن عشر سنوات ، وبعقوبة السجن المؤبد السجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات وتخفض العقوبات الأخرى بمقدار ثلثيها » .

أما إذا كان تأثير الجنون ليس جسيما ، فإنه لا يعتد به من ناحية توافر المسئولية الجنائية ، وإن كان القاضي قد يدخل هذا الاعتبار في وزنه للعقوبة التي يحكم بها بمقتضى سلطته التقديرية من حيث التعزير بالحبس مع الجلد .

والعبرة في توافر الجنون تكون بوقت ارتكاب الجريمة . فلا يترتب عليه أثره إلا إذا كان معاصراً لفعل الزنى . أما إذا كان الفاعل قد شفي منه قبل ذلك أو أصابه بعده ، فإنه يسأل عن فعله . وفي ذلك تقول المحكمة العليا « إن حالة المتهم المرضية وقت ارتكاب الجرم هي التي تحدد ما يتبع في شأنه من إقامة الدعوى الجنائية ضده أو عدم إقامتها ، وعلى المحكمة أن تبين في حكمها حالة المتهم وقت ارتكابه الفعل المسند إليه وإلا كان حكمها قاصراً [1] .

وكذلك الحال إذا كان الفاعل قد باشر الجماع وهو تحت تأثير سكر أو تخدير غير اختياري[2] . وقد نصت المادة ٨٧ عقوبات على أنه « لا يسأل من ارتكب فعلا وكان وقت ارتكابه فاقد الشعور والإرادة لسكر كلي ناتج عن حادث طارىء ، أو قوة قاهرة أو عن مواد أخذها على غير علم منه بها . وإذا كان السكر غير كلي ولكنه كان من الجسامة بحيث انقص قوة الشعور والإرادة دون أن يزيلها ، يسأل الفاعل وتطبق في شأنه العقوبة التي يقررها

---

(١) جلسة ٣٠ مارس سنة ١٩٦٥ مجلة المحكمة العليا ج ٣ ص ١٦٥ .
(٢) المهذب ج ٢ ص ٢٦٧ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٧ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٣ .

القانون مع إبدالها أو تخفيفها على الوجه المبين في المادة ٨٤ » . ونصت المادة ٩٠ عقوبات على أنه « لا يحول السكر الاختياري دون مسئولية الفاعل أو ينقصها » كما نصت المادة ٢١ عقوبات على أنه « تطبق أحكام المواد ٨٧ و ٨٨ و ٩٠ أيضاً عندما يرتكب الفعل تحت تأثير المواد المخدرة »[١] .

وإذا حدث شك فيما إذا كان السكر أو التخدير غير اختياري أم اختيارياً ، فيرى المالكية وبعض الفقهاء أن الظاهر حمله على الحالة الثانية لأنه الأغلب ، إلا أن تكون حالته تدل على خلاف ذلك أو يثبته فيحمل على الأول لدرأ الحد بالشبهة[٢] .

وذلك لأن اسقاط الحد عنه يؤدي إلى أن كل من اراد أن يزني يشرب الخمر أو يتناول المخدر ويزني وهو مطمئن بأنه سيكون بمنأى عن العقاب[٣] .

ويدخل في حكم الجنون كل ما من شأنه أن يذهب بقوة الشعور والإرادة كالصمم والبكم (المادة ٨٦ عقوبات) والتسمم المزمن الناتج عن تعاطي الكحول أو المخدرات (المادة ٩١ عقوبات) وهذا لتوافر نفس الحكمة .

وكذلك الحال بالنسبة لزنى النائم حيث يرى جمهور الفقهاء أنه إذا أدخلت المرأة ذكر نائم في فرجها إو إذا جامع الرجل امرأة نائمة ، فلا حد على أي منهما ، لأنه لم يصدق عليه ما يوجب الحد[٤] .

---

(١) وقد حكم بانه « الاصل على ما جرى به قضاء محكمة النقض ان الغيبوبة المانعة من المسئولية على مقتضى المادة ٦٢ من قانون العقوبات (المصري) هي التي تكون ناشئة عن عقاقير مخدرة تناولها الجاني قهراً عنه او على غير علم منه بحقيقة امرها » .
جلسة ١٣ يناير سنة ١٩٦٩ م مجموعة احكام النقض س ٢٠ رقم ٢٣ ص ١٠٤ .

(٢) مواهب الجليل ج ٦ ص ٣١٢ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٤٥ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ١٧٠ ، حاشية الدسوقي ج ٤ص ٢٧٨ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٦ .

(٤) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٧ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٤ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٤ ، كشاف القناع ج ٦ ص ٩٦ .

٤٠ – البلـــوغ :

لا يعد الشخص مسئولا عن أفعاله من الناحية الجنائية إلا إذا كان بالغاً . وصغر السن يعتبر مانعاً من قيام المسئولية فلا حد على الصغير الذي يرتكب فعل الجماع . وهذا للحديث الشريف السابق وإجماع الفقهاء .

والأصل أن البلوغ يكون بالاحتلام . وذلك لأنه في هذه المرحلة من السن يكتمل للانسان الشعور والإرادة، فتتوافر له الأهلية اللازمة لمعرفة ماهية أفعاله، وبالتالي يتحمل مسئولية نتائجها .

ولكن نظراً لأن علامات البلوغ قد تتقدم أو تتأخر ، فقد استعاض عنها الفقهاء بتقدير سن حكمي يفترض فيه أن الصبي يحتلم . فرأى البعض أنها تكون ببلوغ الخامسة عشرة ، بينما يرى مالك واحدى الروايتين عن أبي حنيفة أنها تكون ببلوغ الثامنة عشر[1] .

وقد أخذ الشارع بالرأي الثاني لكي ينتفي كل احتمال ويكون حكمه مبنياً على يقين . فيعتبر الفاعل بالغاً إذا كان قد اتم الثامنة عشرة . وذلك سواء كان قد احتلم فعلا أو حكماً .

والعبرة في تحديد السن تكون بوقت ارتكاب الجريمة وليس بوقت اكتشافها أو القبض على المتهم أو محاكمته[2] . فإذا كان لم يبلغ الثامنة عشر وقت الجماع فإنه لا يقام عليه الحد . وإنما يعذر وفقاً لأحكام المادة الثالثة[3] .

---

(١) تنص المادة ٨١ عقوبات على مسئولية الصغير ما بين الرابعة عشرة والثامنة عشرة على ان تخفض العقوبة بشأنه .

(٢) جلسة ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٦١ م مجلة المحكمة العليا ج ٢ ص ٥٣٨ .

(٣) تنص المادة الثالثة من قانون اقامة حد الزنى على انه : « اذا كان الجاني في المادة السابقة لم يتم الثامنة عشرة سنة يعزر على الوجه الآتي :

١ – اذا كان قد اتم السابعة من عمره ولم يتم الخامسة عشرة يعزر بالتوجيه والتوعية والتأنيب . =

ولم ينص الشارع على التقويم الذي يحسب به السن . ووفقاً لأحكام الشريعة يحسب بالتقويم الهجري بلا خلاف[1] .

٤١ – حكم من يجامع قاصراً أو مجنوناً :

اختلف الفقهاء في حكم المرأة التي تجامع صبياً أو مجنوناً . فيرى أبو حنيفة أنه لا حد عليها . وذلك لأن فعل الصبي والمجنون ليس بزنى ، فلا تكون المرأة مزنياً بها . كما أن فعل الزنى لا يتحقق منها ، إذ انها موطوءة وليس بواطئة ، ولكنها سميت زانية مجازاً لا حقيقة تسمية للمفعول باسم الفاعل [2] .

ويرى الشافعي وأحمد وزفر وأبو يوسف في رواية عنه أن المرأة تحد . وذلك لأنه صدر منها ما يعد زنى ، وانفردت بما يوجب الحد[3] .

ويفرق المالكية في الحكم بين وطء المجنون والقاصر . فإذا مكنت المرأة مجنوناً من نفسها تحد . أما إذا مكنت صبياً يقدر على الجماع ولكنه لم يحتلم ، فإنها لا تحد ، لأنه لا يحصل لها به لذة كالكبير المجنون[4] .

أما إذا جامع الرجل البالغ العاقل صبية أو مجنونة ، فيرى أبو حنيفة أنه إذا

= ويجوز اذا تجاوز العاشرة تعزيره بالضرب بما يناسب سنه .

٢ – واذا كان قد اتم الخامسة عشرة يعزر بالضرب .

٣ – وفي الحالتين السابقتين اذا تكرر ارتكاب الجريمة يحكم على الجاني بالضرب بما يناسب سنه. فاذا كان قد تجاوز العاشرة يحكم عليه كذلك بالايواء في اصلاحية قانونية .

٤ – وتعد التعازير المنصوص عليها في هذه المادة مجرد اجراءات تأديبية .

(١) تنص المادة ١٣ عقوبات على انه : « اذا رتب القانون اثراً قانونياً على زمن يحسب ذلك الزمن بالتقويم الميلادي . ولا يدخل يوم البدء في حسبان المدد » .

(٢) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ ، الزيلعي ج ٣ ص ١٨٣ ، ابن عابدين ج ٣ ص ١٩٥ .

(٣) المغني ج ١٠ ص ١٥٢ ، المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ ؛ بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ .

(٤) مواهب الجليل ج ٦ ص ٢٩١ ، شرح الزرقاني ج ٨ ص ٧٨ ، شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٩ .

كان يجامع مثلها حد . لأن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه ؛ حيث يؤاخذ كل منهما بفعله . أما إذا كانت لا يجامع مثلها لم يحد[١] .

ويرى مالك حد الرجل إذا جامع مجنونة أو صغيرة يمكن وطؤها ، لصدق حد الزنى عليه . أما إذا لم يمكن وطؤها فلا حد[٢] .

ووجه الخلاف بين أبي حنيفة ومالك هو أن مناط الحكم عند الأول صلاحية الصغيرة للوطء عموماً ، أي للزاني أو غيره . أما عند الثاني فهو تمكن الزاني من وطئها ، وان تعذر ذلك على غيره .

ويرى الشافعي وأهل الظاهر إقامة الحد على الرجل دون قيد . سواء كان يمكن جماعها أو يجامع مثلها أم لا[٣] .

وعند الحنابلة قولان : الأول يتفق مع ما ذهب إليه الشافعية . والثاني يتفق مع ما ذهب إليه المالكية[٤] .

وفي جميع الحالات التي لا يطبق فيها حد الزنى بسبب عدم البلوغ أو الجنون، فإن الفاعل سواء كان رجلا أو امرأة يعاقب تعزيراً وفقاً لحكم المادة الثالثة من القانون أو أحكام قانون العقوبات . وكذلك الوضع بالنسبة لمن ارتكب معه الجريمة .[٥] .

---

(١) بدائع الصنائع ج ٧ ص ٣٤ ، ابن عابدين ج ٣ ص ١٩٥ ، شرح فتح القدير ج ٤ ص ١٥٦ ، المبسوط ج ٩ ص ٧٥ .

(٢) شرح الخرشي ج ٥ ص ٣١٨ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣١٤ ، مواهب الجليل ج ٦ ص ٢١٩ .

(٣) المهذب ج ٢ ص ٢٦٨ ، مغني المحتاج ج ٤ ص ١٤٦ ، المحلي ج ١١ ص ١٥٦ .

(٤) المغني ج ١٠ ص ١٥٢ ، كشاف القناع ج ١١ ص ٩٨ .

(٥) وتنص المادة ٩٩ عقوبات على أنه « ومع ذلك اذا وجدت ظروف خاصة بأحد الفاعلين تغير وصف الجريمة او العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى اثرها الى غير منهم اذا كان غير عالم بتلك الاحوال » .