

ثانياً : بعض حالات تنازع نصوص مُتصلة بجرائم الحدود

تقارير الدكتور عوض محمد عوض

أستاذ القانون الجنائي

بجامعة قاريونس (سابقاً) والاسكندرية

(١) التنازع بين النصوص الخاصة بالشروع في الوقاع
وهتك العرض

المبدأ القانوني :

إن ما عول عليه الحكم المطعون عليه في اعتبار الطاعن مرتكباً لجريمة الشروع في الواقعة يعد تطبيقاً صحيحاً للقانون ، ذلك أن الطاعن وقد تسلل ليلاً إلى حجرة المجني عليها أثناء نومها واستلقى بجانبها بعد أن أطفأ النور الذي كان مضاءً وأزاح عنها غطاءها وأبعد يدها من على وجهها يكون قد ارتكب فعلاً سابقاً على الواقعة ويؤدي إليها مباشرة ، وأن عدم إتمامه لما عقد العزم عليه راجع إلى سبب لا دخل لإرادته فيه ، وهو استيقاظ المجني عليها واستنجادها بمن كانت تنام معها . كما أن ركن القوة يكون متوفراً لأن الطاعن ارتكب الفعل أثناء نوم المجني عليها ، وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن فعل الوقاع أو هتك العرض يعتبر مرتكباً بالقوة كلما كان الفعل واقعاً على المجني عليه أثناء نومه .

وإنه مع التسليم جديلاً أن ما نسب إلى الطاعن لا يكون جريمة الشروع في الواقعة إلا أنه يكون جريمة هتك العرض المنصوص عليها في المادة ٤٠٨ / ١ عقوبات ، لأن ما صدر من الطاعن يعتبر من أعمال الفحش وعلى درجة جسيمة منه ويخل بالحياء العرضي للمجني عليها . وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن فعل الفحش الجسيم يكون جريمة هتك العرض ولو لم يمس عورة من المجني عليه . واستلقاء شخص أجنبي عن المجني عليها بجانبها أثناء نومها ، وإزاحة الغطاء عنها ، ورفع يدها من على وجهها ، لا ريب أنه من أعمال الفحش لما ينطوي عليه من انتهاك للأخلاق السائدة والآداب المرعية .

« وإن العقوبة الموقعة على الطاعن تدخل في نطاق عقوبة هتك العريضة المبينة بالمادة ٤٠٨ عقوبات ، ومن ثم فإنه لا يكون للطاعن مصلحة في النجاة بعدم تكوين فعله لجريمة الشروع في الواقعة (حكم المحكمة العليا في ٢ أبريل ١٩٧٤ ، مجلة المحكمة العليا ، السنة العاشرة ، العدد الرابع ، ص ٢٢٠)

وقررت المحكمة نفس المبدأ في واقعة أخرى مشابهة ، وختمت حكمها قائلة : وفضلاً عن ذلك ، فإن ما قام به الطاعن تجاه المجني عليها يكون جريمة هتك العريضة المبينة بالمادة ٤٠٨ عقوبات ، وهو ما سلم به الطاعن في نعيه ، وكان ذلك لا يجعل له مصلحة في الطعن ، لأن العقوبة المقضي بها في الحكم بالسجن لمدة سنتين ، وهذه العقوبة تدخل في نطاق العقوبة المقررة لجريمة هتك العريضة ، إذ إن عقوبتها السجن الذي لا تزيد أقصى مدته على خمس سنوات وطبقاً للمادة ٢١ عقوبات ، فإن الحد الأدنى لمدة عقوبة السجن هي ثلاث سنوات . وعلى ذلك فإن الحد الأدنى لعقوبة جريمة هتك العريضة والتي سلمها الطاعن تزيد عن العقوبة المقضي بها مما لا يكون معه وجه لنعيه (حكم المحكمة العليا في ١٩ مارس ١٩٧٤ ، مجلة المحكمة العليا ، السنة العاشرة ، العدد الرابع ، ص ٢٠٥) .
التعليق :

يلاحظ أن الأمور مضت في الحالتين السابقتين بغير تعقيد لأن الطاعن هو المتهم وحده ، ولكن ماذا كانت تصنع المحكمة العليا لو أن النيابة العامة طعنت بدورها أو طعنت وحدها في الحكم ونعت عليه خطأ في تطبيق القانون على أساس أنه عاقب المتهم بعقوبة الشروع في الواقعة بدلاً من عقوبة هتك العريضة ؟

إن لهذا الطعن في التشريع الليبي ما يبرره ، لأن العقوبة التي يقرر للشروع في الواقعة بالقوة تقل في حدها الأدنى عن عقوبة هتك العريضة بالقرار الأول طبقاً للمادتين ١/٤٠٧ و ٦٠ عقوبات هي السجن من سنة ونصف

خمس سنوات، والثانية هي السجن من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات طبقاً للمادة ١/٤٠٨ عقوبات. ولو أن محكمة الجنايات اعتبرت أن ما نسب إلى المتهم في الحالتين السابقتين يكون هتك عرض لما كان في وسعها أن تحكم عليه بأقل من ثلاث سنوات إلا إذا عاملته بالرفقة، ولكنها إذ اعتبرت أن ما صدر عنه شروع في موقعة فقد وسعها أن تحكم عليه بالسجن سنتين، وكانت تستطيع قانوناً أن تحكم عليه بالسجن سنة ونصف سنة فقط. وهنا يبدو الشذوذ، فالجاني إذا هتك عرض غيره بالقوة قاصداً موقاعته كانت عقوبته أخف مما لو ارتكب نفس الفعل دون قصد إلى الموقعة. فهل من سبيل لتدارك هذا الشذوذ؟ وهل تملك النيابة العامة أن تطلب من المحكمة إسقاط قصد الموقعة والاكتفاء باعتبار ما صدر عن المتهم هتك عرض لا شروعاً في موقعة؟

لم يواجه القضاء الليبي المشكلة بهذه الصورة فيما نعلم. ويتضح من استقراء أحكامه أنه لا يجري في هذا الشأن على خطة ثابتة، فمن الأحكام ما يعتبر الفعل شروعاً في موقعة، ومن أمثلتها الحكمان محل التعليق، ومنها ما يعتبر الفعل هتك عرض بالرغم من وضوح قصد الموقعة والتصريح في الحكم به^(١).

(١) والأمثلة على ذلك كثيرة، منها ما قضت به إحدى محاكم الجنايات في واقعة حصلها الحكم في أن المتهم وهو ناظر مدرسة استدرج أحد تلاميذه إلى منزله ودلف به إلى حجرة داخلية ثم راوده عن نفسه فامتنع عليه فأمسك به المتهم وحل سرواله وطرحه أرضاً وفسق به بينما كان المجني عليه يبكي ويستغيث. وقرر ممرض المستشفى الحكومي الذي أوقع الكشف على المجني عليه وجود تلوثات منوية بين الإلئين وحول الدبر وعلى السروال، ولكنه لم يتحقق من الإيلاج. وقد رأت المحكمة أن تأخذ المتهم بالقدر المتيقن فاعتبرت الفعل هتك عرض، وأقرتها المحكمة العليا على قضائها. أنظر عليا ٢١ مايو ١٩٦٠، قضاء المحكمة العليا، ج ٢ ص ٢٩٩ طعن ٦/٧٦ ق.

وقضي بمثل ذلك أيضاً في واقعة أخرى حصلها محكمة الجنايات في أن غلاماً في الرابعة عشرة ذهب ليستحم في البحر، ولما أراد العودة وقف بالطريق العام وأشار إلى إحدى السيارات العابرة لتحمله، فاستجابت له إحداها وكان بداخلها شخصان. وبعد أن مضت السيارة قليلاً انحرفت عن الطريق العام ثم توقفت، وطلب زميل السائق موقعة الغلام فرفض، فقام السائق بالقبض عليه من ساقيه ثم طرحه على المقعد الخلفي للسيارة =

والقضاء المصري كالقضاة الليبي في هذا الصدد ، فالواقعة يتردد تكييفها
أحكامه بين الشروع في الواقعة وهتك العرض رغم وجود قصد الواقعة^(١)

= وجذب سرواله ثم قام زميله بهتك عرضه بأن وضع عضو تناسله بين الإليتين ، و
الغلام بانسكاب سائل . ولما فرغ من ذلك قام بالقبض على الغلام وتعطيل مقاومته
السائق في مواقعه ، وشعر المجني عليه بإيلاج قضيه . وقرر الطبيب الشرعي
سحجات حول فتحة الشرج وأنه أخذ عينة من المستقيم لتحليلها فلم تظهر
حيوانات منوية . وقضت محكمة الجنايات باعتبار الواقعة هتك عرض منطبقة على
١/٤٠٨ عقوبات ، وأقرتها المحكمة العليا على مذهبها . أنظر عليا ٢٩
١٩٧٢ ، مجلة المحكمة العليا س ٨ ع ٣ ص ١٥٥ .

وفي واقعة أخرى تتحصل في أن المتهم دخل ليلا على المجني عليها في خيمتها رأ
بملابسها وراودها عن نفسها واحتضنها وضمها إلى صدره وقبلها وغازلها ، فحك
المحكمة باعتبار الفعل هتك عرض ، وأيدتها في ذلك المحكمة العليا ، أنظر
يناير ١٩٧٢ مجلة المحكمة العليا س ٨ ع ٣ ص ١١١ ، وانظر في نفس الاتجاه
ديسمبر ١٩٦٠ قضاء المحكمة العليا ج ٢ ص ٣٨٦ ، وعليا ٢٥ فبراير ١٩٦٤
المحكمة العليا س ١ ع ١ ص ٥٧ .

(١) من أمثلة الطائفة الأولى ما قضت به محكمة النقض من أنه متى قال الحكم إن المتهم
المجني عليها بالقوة وأرقدتها عنوة ثم رفع ثيابها وكشف جسمها وجذب
فأمسكت برباط الأستك تريد منعه ما استطاعت من الوصول إلى غرضه منها
لباسها في يده ، وفك أزرار بنظونه وجثم فوقها وهو رافع عنها ثيابها يحاول
بالقوة ، فإن ذلك مما تتحقق به جريمة الشروع في الوقاع متى اقتنعت المحكمة بأن
كان يقصد إليه .

نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ١٠٧٩ رقم ٢٩٧ .
المعنى نقض ١١ يناير ١٩٤٣ ونقض ١٩ ديسمبر ١٩٤٩ . مجموعة القواعد القان
٢٥ عاماً ج ٢ ص ١٢٢٣ رقم ٢ و ٣ .

ومن أمثلة الطائفة الثانية التي غلب القضاء فيها وصف هتك العرض ما قضت به
النقض من أنه إذا كان المتهم قد طرق باب المجني عليها ليلا ففتحته معتقدة أنه
فسارع المتهم بالدخول وإغلاق الباب من خلفه وجذبها إليه وراودها عن نفسها
إياها بالأيذاء إن رفضت ، فاستغاثت فاعتدى عليها بالضرب ، فإن هذا الفعل
الذي وقع على جسم المجني عليها بقصد الاعتداء على عرضها هو مما يחדش
ويمس عرضها ويجعل الواقعة لذلك هتك عرض بالقوة . نقض ٤ أكتوبر ١٩٥٤

وقد ورث التشريع الليبي هذه المشكلة من التشريع الايطالي ، وهو المصدر التاريخي الأساسي له في هذه الجرائم . ففي إيطاليا كما في ليبيا يمكن أن تكون عقوبة الشروع في الواقعة أخف من عقوبة هتك العرض . وفي مصر أيضاً يمكن أن تثور المشكلة ، وإن كانت أحكام الشروع من جهة ، والتباين الواضح بين عقوبة الواقعة بالقوة وهتك العرض بالقوة من جهة أخرى تحول في معظم الأحيان دون أن تنزل عقوبة الشروع في الواقعة عن عقوبة هتك العرض التام^(١) .

= القواعد القانونية في ٢٥ عاماً ح ٢ ، ص ١١٩٠ رقم ٣١ . وبنفس المعنى نقض ٨ أكتوبر ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض س ٣ ص ٣٠ رقم ١٥ . وقضى بمثل ذلك أيضاً في واقعة حاصلها أن المجني عليها كانت وحدها بالمنزل وأنها كلفت المتهم ببعض الشؤون المنزلية مما يتصل بخدمته وهو يشتغل عندها ، وتركته ودخلت الحمام لتغسل يديها ، فحضر المتهم ووقف خلفها ومد يده على شعر رأسها فالتفتت إليه تسأله لم يفعل ذلك ، فأبدى لها المتهم رغبته في وقاعها وهجم عليها محاولاً إكراهها على ذلك إذ أبت أن تستجيب له ، واستعمل في سبيل ذلك مختلف الوسائل من ضغط عليها وضرب بالأيدي وإلقاء على الأرض وهي تقاومه ، واضطرت لعض إصبعه وأخذت تستغيث وسمع صراخها بعض جيرانها ففر المتهم . وجاء بالحكم أن المتهم أبان للمجني عليها عن عورته واحتضنها وكشف ملابسها وطرحتها أرضاً وحاول الفسق بها ، ومع ذلك اعتبرت الفعل هتك عرض بالقوة . نقض ١٤ فبراير ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض س ٧ ص ١٧٤ رقم ٥٥ .

(١) تنص المادة ٤٦ من قانون العقوبات المصري على ما يلي : « يعاقب على الشروع في الجناية بالعقوبات الآتية إلا إذا نص قانوناً على خلاف ذلك :
بالأشغال الشاقة المؤبدة إذا كانت عقوبة الجناية الإعدام .
بالأشغال الشاقة المؤقتة إذا كانت عقوبة الجناية الأشغال الشاقة المؤبدة .
بالأشغال الشاقة المؤقتة مدة لا تزيد على نصف الحد الأقصى المقرر قانوناً أو السجن إذا كانت عقوبة الجناية الأشغال الشاقة المؤقتة . . . »
وتنص المادة ٢٦٧ على أن « كل من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب الأشغال 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 » .

وقد واجه الفقه الايطالي هذه المشكلة وانقسم الرأي فيه قسمين فريق من الفقهاء الى أنه إذا اجتمعت في واقعة واحدة أو كان هتك والشروع في الواقعة وجب تغليب أحكام الشروع في الواقعة ولو أدى الحكم بعقوبة أقل من العقوبة المقررة لهتك العرض ، وذهب فريق ضرورة تغليب النص الخالص بهتك العرض وتطبيق عقوبته .

ويستند الرأي الأول إلى أن العلاقة بين الواقعة وهتك العرض هـ خاص بعام ، وأن القواعد الأصولية تقضي بأن الخاص يقيد العام . الواقعة تشتمل على كل أركان هتك العرض وتزيد عليها عنصراً الإيلاج . وهذا العنصر هو مناط الخصوصية في جريمة الواقعة وهو الذي عليها اسمها وسلخها من عموم هتك العرض وأفردها بنص خاص . فإذا شروط انطباق هذا النص فلا يجوز العدول عنه إلى النص العام مهما تكن لأن ذلك مخالف للأصول .

أما الرأي الثاني ، وعليه جمهور الفقهاء . فلا ينكر أن الواقعة خاصة من هتك العرض ، وهو لا ينازع كذلك في أن الخاص يقيد العام يشترط لذلك تمام الواقعة ، لأن الواقعة التامة هي التي يتحقق فيها الإيلاج وجه الخصوص . أما الشروع في الواقعة فلا يختلف في ذاته - أي من فعل - عن غيره من أفعال هتك العرض في شيء ، لأنه مثلها فح الإيلاج . ويقرر أنصار هذا الرأي أن الحالة الوحيدة التي يمكن الحكم الجاني بعقوبة الشروع في الواقعة هي الحالة التي يرتكب فيها فعلاً يؤد ومباشرة إلى الواقعة دون أن ينطوي هذا الفعل على هتك عرض ، كأن

= وتنص المادة ٢٦٨ على أن كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع يعاقب بالأشغال الشاقة من ثلاث سنين إلى سبع . وإذا كان عمر من وقعت عليه المذكورة لم يبلغ ست عشرة سنة كاملة أو كان مرتكبها ممن نص عنهم في الفقر من المادة ٢٦٧ يجوز إبلاغ مدة العقوبة إلى أقصى الحد المقرر للأشغال الشاقة وإذا اجتمع هذان الشرطان معاً يحكم بالأشغال الشاقة المؤبدة .

الجاني على المرأة بيتها ويهددها بقتلها أو قتل طفلها إن لم تمكنه من نفسها ، أو يخذعها بالتظاهر بالعقد عليها حتى توشك أن تدعه يطؤها . وأما الشروع في الواقعة الذي تكتمل فيه أركان هتك العرض فيجب اعتباره هتك عرض فحسب وعقاب مرتكبه على هذا الأساس .

والرأي الثاني تعززه الأعمال التحضيرية لقانون العقوبات الإيطالي ، فقد جاء بتقرير وزارة العدل المرافق للمشروع في هذا الشأن أن « المشروع يعاقب على هتك العرض الذي يقصد به الجاني إلى واقعة المجني عليه بوصفه هتك عرض لا شروعا في واقعة ، وذلك باعتبار أن العامل الحاسم في تحديد نوع الجريمة لا يتمثل في غرض الجاني أو غايته ، بل في طبيعة الفعل وكيفيته . أما الشروع في الواقعة فيقتصر فحسب على الأفعال التي يقصد بها الجاني إلى اتمام الواقعة دون أن تكون لهذه الأفعال خصائص هتك العرض » .

وما قيل عن حل المشكلة في إيطاليا يمكن أن يقال في ليبيا أيضاً .

ويمكن الاحتجاج للرأي الأول بالمادة ١٢ من قانون العقوبات الليبي ، فهي تنص صراحة على أنه : إذا خضعت إحدى المسائل لعدة قوانين جنائية أو لأحكام متعددة من قانون جنائي واحد ، فإن القوانين الخاصة أو الأحكام الخاصة من القانون تسري دون القوانين العامة أو الأحكام العامة من القانون إلا إذا نص على خلاف ذلك . ولما كان نص الواقعة يعتبر خاصاً بالنسبة إلى نص هتك العرض ، فإنه يتعين تطبيق الأول كلما توفرت شروطه دون الثاني .

أما التفرقة بين الواقعة التامة والشروع فيها فيمكن دفعها بأن نص الشروع مكمل لكل نص مجرم . وكان من الممكن إلحاق حكم الشروع بكل نص من هذه النصوص لولا أن أصول الفن التشريعي اقتضت فصله وإيراده في القسم العام تجنباً للتكرار . وعلى هذا الأساس يعتبر نص الواقعة في جملته - أي سواء كانت الواقعة تامة أو مجرد شروع - نصاً خاصاً يعطل النص العام الذي يعاقب على هتك العرض .

غير أننا مع ذلك لا نؤيد هذا الرأي ، بل نرجح الرأي الآخر
ونحن نتفق مع الرأي الآخر في نتيجته ولكننا لا نسلم بحجته لأن وجه
فيها ظاهر . فالقول بأن نص الواقعة لا يكون خاصاً إلا إذا ارتكبت الواقعة
لا يخلو من افتعال . والصحيح أن مناط الخصوص في هذا النص لا ينحصر
الإيلاج فحسب ، وإنما في القصد أيضاً . فإذا توفر القصد وتحقق الإيلاج
الجريمة ، وإذا قام القصد وحده وتخلف الإيلاج لسبب لا دخل لإرادة الجاني
كان الفعل شروعيّاً في الواقعة بغير شبهة . أما الاحتكام إلى القواعد الأصغر
هذا المقام فغير جدّي . ولو صحت هذه الدعوى في صدد الواقعة لوجب الرد
بصحتها في صدد القتل أيضاً . فالقتل صورة خاصة من الإيذاء ، لا يميز
المادي غير النتيجة ، وهي الوفاة . فهل في الفقه من يستطيع القول بأن
يعاقب بعقوبة الضرب أو الجرح إذا اعتدى على جسم المجني عليه قاصداً
فأخفق ، وأنه لا يعاقب بعقوبة الشروع في القتل إلا إذا ارتكب فعلاً يؤدي
ومباشرة إلى وفاة المجني عليه دون أن يمسه ، كأن يطلق النار عليه فيخطئ
بدس له السم فلا يتجرعه ! إن أحداً من الفقهاء لم يقل بذلك لسبب واضح
هو أن عقوبة الشروع في القتل أشد من عقوبة الضرب والجرح . ولو أن
الشروع في الواقعة كانت أشد من عقوبة هتك العرض ما ثارت المشكلة أصلاً
مع أن فكرة العام والخاص لا شأن لها بمقدار العقاب .

أما الحجة التي نعتمد عليها فهي الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من قانون
العقوبات (وتقابلها الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون العقوبات المصغر)
وهي تنص على أنه إذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجاني
التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها . وتطبيقاً لهذا النص فإنه إذا
فعل الجاني هتك عرض وشروعاً في الواقعة وكانت عقوبة هتك العرض أشد
وجب اعتبار هذه الجريمة والحكم بعقوبتها .

وقد يعترض على ذلك بأن حكم هذه الفقرة مشروط بالألا يكون
الأخف خاصاً والأشد عاماً ، وإلا وجب تطبيق الخاص أياً ما كانت عقوبته

وهذا الاعتراض صحيح من حيث المبدأ ، ولكنه ليس مطلقاً ، وإنما تقيده الغاية من التخصيص . والمعلوم أن المشرع عندما قرر للمواقعة نصاً خاصاً لم تكن غايته التخفيف عن الجاني ، بل كان غرضه التشديد عليه . فإذا تراكبت الأحكام القانونية وبدأ أن اعمال النص الخاص يؤدي بالتفاعل مع غيره إلى نتيجة تناقض ما أراد المشرع وجب الرجوع إلى القاعدة التي قررتها المادة ١/٧٦ وتعين تغليب النص الأشد .

وعلى ذلك إذا اجتمع في فعل واحد وصفان هما هتك العرض والشروع في المواقعة وكانت عقوبة هتك العرض أشد وجب إغفال قصد المواقعة ومعاقبة الجاني بعقوبة هتك العرض ، لأن قصد المواقعة إنما يعتد به فحسب حين يؤدي إلى توقيع عقوبة أشد من عقوبة هتك العرض ، وإلا أفسدنا على المشرع قصده ورميناه بغير حق بمجافاة العقل والمنطق والإخلال بموازين العدالة .

(٢) التنازع بين نصوص الزنى والمواقعة في التشريع الليبي

بسم الله الرحمن الرحيم

١ - نطاق المواقعة في قانون العقوبات :

عقب صدور قانون العقوبات الليبي في سنة ١٩٥٣ ثار في الوسط القضائي خلاف حول تفسير نص المواقعة ، فذهب رأي الى أنه يشترط لانطباق المادة ٧٧ أن يكون المجني عليه أنثى وأن يطأها الجاني وطئاً طبيعياً بايلاج قضيبه في قبلها وذهب رأي آخر الى أن النص لا يفرق بين إتيان الاناث وإتيان الذكور ، يطبق حكمه على أفعال الزنى واللواط بغير تمييز . وكان سبب الخلاف عدم النص ، فالمادة ٥٧ لم تشر في أي فقرة من فقراتها الى المجني عليه بلفظ جنسه ، وإنما استخدمت ألفاظاً عامة تنصرف عند أهل اللغة الى الاناث الذكور .

وقد حسمت المحكمة العليا هذا الخلاف في وقت مبكر فقضت بأن النص والأنثى في صدد المواقعة سواء ، وأنه لا وجه للتفرقة بينهما في تطبيق المادة ٧٧ لعموم لفظها من جهة ، ولأن مصدرها التاريخي - وهو التشريع الايطالي - يفرق بين الجنسين فلا يفرق بين مواقعة الذكر للأنثى وإتيان الذكر للذكر . وأرسلت المحكمة العليا هذا المبدأ في حكم شهير لها أصدرته في سنة ١٩٥٥ وثبتت قضائياً من بعد فلم تتحول عنه^(١) ، واستقر عليه القضاء الليبي من ورائها على حكم المادة ٢٨ من قانون المحكمة العليا التي تجعل المبادئ التي تقررها المحكمة ملزمة لكل السلطات . وأيد الفقه من جانبه هذا القضاء .

(١) أنظر حكم المحكمة العليا في ٧/١٢/١٩٥٥ - قضاء المحكمة العليا حـ ١ رقم ٦٠٦/١٨٣ . ورددت المحكمة العليا نفس المبدأ وبلفظه في حكم آخر أصدرته في ٢١/١٢/١٩٥٥ - قضاء المحكمة العليا حـ ١ رقم ٤١ ص ٢١٤ .

ومن هذا يتضح أن فعل الموافعة في قانون العقوبات الليبي منذ صدوره في سنة ١٩٥٣ والى أن صدر قانون الزنى في سنة ١٩٧٣ هو إيلاج فرج انسان في مطلق فرج انسان آخر .

٢ - نطاق الزنى المعاقب عليه حداً :

صدر قانون إقامة حد الزنى في سنة ١٩٧٣ ونصت المادة الأولى منه على أن « الزنى هو أن يأتي رجل وامرأة فعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة » . والنص صريح في تحديد طرفي الزنى ، فهو لا يكون الا بين رجل وامرأة . غير أنه إذا كان جنس الموطوء لا يحتمل الخلاف فان محل الوطء يحتمله ، ذلك أن الجماع لفظ يفيد الاقتران الجسدي بالمرأة ، وقد يرى البعض أن اللفظ في عمومته لا يقتصر على إتيان المرأة في القبل فحسب ، بل وفي الدبر أيضاً . غير أن هذا الرأي ضعيف ، والصحيح أن الزنى في تطبيق تشريع الحد هو إتيان المرأة في قبلها فحسب . والأدلة على ذلك عديدة ، منها :

١ - أن الصحابة رضوان الله عليهم والأئمة من بعدهم اختلفوا في حكم اللواط اختلافاً كبيراً ، فذهب طائفة من الصحابة والتابعين الى وجوب حد اللائط ، وهذا مذهب مالك والشافعي وأحمد ، وبه قال محمد وأبو يوسف صاحباً أبي حنيفة . ومن هؤلاء من اعتبر اللواط زنى شرعاً ، ومنهم من رآه في معنى الزنى . وذهب طائفة أخرى من الصحابة الى عدم حد اللائط ، وهذا مذهب أبي حنيفة وأهل الظاهر أيضاً ، وحثتهم أن اللواط ليس زنى ، وأن الحد مقصور على الزنى وحده . والذي يعنينا في هذا المقام بيانه أن الخلاف كان منصباً على المأتي ، لا على جنس الموطوء ، فليس بين الصحابة أو الفقهاء من غاير في الحكم تبعاً لكون الموطوء ذكراً أو أنثى . وقد اشترط قانون الزنى في الموطوء أن يكون امرأة ، فدل بذلك على أنه لا يعتبر اللواط زنى ، وإلا كان معنى ذلك أن اللواط يعتبر زنى حين يقع على أنثى ولا يعتبر كذلك حين يقع على ذكر ، وهو ما لا يمكن قبوله ، لأنه يؤدي الى ابتداء تفرقة

لم يسبق إليها أحد من فقهاء الشريعة ، فلم يبق إلا أن يكون تخصيص بالذكر في المادة الأولى من قانون الزنى مقصوداً به قبلها لا مطلق فرج

٢ - أن إشارة النص الى علاقة الزوجية المشروعة كمانع من اعتبار الجماع تخلو من دلالة على بيان المأني ، فعقد النكاح لا يحل للزوج من زوجه القبل ، أما الدبر فعلى أصله من التحريم ، فيظل اللواط منهيماً عند الزواج كما كان قبله . وإذا كان ما يبيحه عقد الزواج هو القبل ، وكما الزوج زوجته لا يعد زنى ، فذلك يعني أن الزنى المعتبر هو اتيان غير في قبلها .

٣ - أن لفظ الجماع وإن جاز صرفه الى الايلاج في الفرج مطلقاً ، إلا الاصطلاح يقتصر على الايلاج في القبل ، فالعرف اللغوي لا يسيغ في جامع الرجل الرجل ، وإنما يسيغ فحسب قولك : جامع الرجل وعندئذ ينصرف الذهن الى أنه أتاها في قبلها^(١) .

٤ - أن عدم اعتبار اللواط زنى فيه تضيق لمعنى الزنى وتفاد لايقاع الحد ، يتفق وروح القانون . فالمشرع يوجب الرجوع الى المذهب الأيسر فيما فيه ، وذلك يؤدي الى القول بأنه إذا كانت عبارة النص تحمل التأويل الى فعل من الأفعال بحيث يجب الحد على قول ويمتنع على قول فانه ترجيح مذهب القائلين بالمنع لأن مذهبهم هو الأيسر .

وحاصل ما تقدم أن الزنى المعاقب عليه حداً في التشريع الليبي هو فرج رجل في قبل امرأة غير زوج له .

٣ - طبيعة العلاقة بين نص الزنى ونص الواقعة :

إذا كان كل من الزنى والواقعة قد تحدد معناه على نحو ما تقدم ،
(١) وفي معاجم اللغة لا نجد الجماع منسوباً لغير المرأة . جاء في تاج العروس : الم
المباضعة ، جامعها مجامعة وجماعاً نكحها وهو كناية . ح ٥ ص ٣٠٩ .

العقوبة المقررة لكل منها مختلفة ، فانه يتعين البحث في طبيعة العلاقة القائمة بين نص الزنى ونص الواقعة ، لأن التداخل بين النصين قائم بالنسبة الى فعل الزنى. وهذا البحث لازم من وجهين : الأول لبيان أي النصين ينطبق عند اكتمال أركان الزنى ، والثاني لبيان أي النصوص في قانون العقوبات ينطبق إذا تخلف شرط من الشروط اللازمة لايقاع الحد .

والعلاقة المحتملة بين نص الزنى ونص الواقعة لا تعدو واحداً من ثلاثة :
أما أن يكون قانون الزنى قد عدل منذ صدوره نص الواقعة ضمناً فاقتطع النشاط الاجرامي المكون للزنى بصفة نهائية من هذا النص ، بحيث أصبحت جريمة الواقعة الآن مقصورة على اللواط دون الزنى ، وهذا هو الاحتمال الأول ، وأما أن يكون فعل الزنى مشتركاً بين النصين وخاضعاً لسلطانها في نفس الوقت ، وعندئذ يفض التنازع بينهما على أساس العقوبة المقررة في كل نص طبقاً لحكم الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من قانون العقوبات ، وهذا هو الاحتمال الثاني ، وأما أن يكون نص الواقعة بالنسبة الى فعل الزنى نصاً احتياطياً ينطبق كلما وقع الفعل وامتنع تطبيق الحد على فاعله ، وذلك استناداً الى حكم المادة ١٢ من قانون العقوبات ، وهذا هو الاحتمال الثالث .

٤ - النص الواجب التطبيق عند توافر شروط الحد :

إذا توافرت شروط الحد فقد اكتملت بالضرورة أركان الواقعة . ولم يعرض القضاء الليبي حتى الآن فيما نعلم للمشكلة في إطار التنازع بين النصين مباشرة ، غير أن المحكمة العليا مع ذلك تصدت لها عرضاً في أحد أحكامها . وإذا كانت المحكمة العليا لم تعلن صراحة تبنيها للاحتمال الثاني بشكل جازم ، إلا أنها لم ترفضه من حيث المبدأ ، بل لعلنا لا نفتات عليها إذا اعتقدنا أنها قد رشحته فعلاً ليكون الأساس الذي تبنى عليه العلاقة مستقبلاً بين نص الزنى ونص الواقعة . وفيما يلي ننقل ما قرره المحكمة :

« إن عقوبة الجلد مستحدثة بالقانون رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣

في شأن إقامة حد الزنى ، وهي لذلك لم ترد ضمن العقوبات الأ
التي حددها قانون العقوبات في المادة ١٧ منه التي رتبها حسب شد
وهذا الترتيب القانوني هو الضابط لمعرفة ما إذا كانت العقوبة التي ي
القانون الجديد أشد أو أخف من تلك التي كان يقررها القانون الس
كما أن نوع الجريمة يعد ضابطاً آخر لبيان أي العقوبتين أشد ، ذلك
عقوبة الجناية أشد من عقوبة الجنحة ، وهذه أشد من عقوبة المخالفة

« وأنه لا جدوى في واقعة الحال من تقرير ما إذا كانت عقوبة الجلد أ
أو مساوية في الشدة لعقوبة السجن المقررة لجريمة الواقعة المنصوص عليها
المادة ٤٠٧ عقوبات بجميع فقراتها ، لأن مجال بحث ذلك عندما يكون قان
إقامة حد الزنى ممكن التطبيق ، وهذا أمر متخلف في واقعة الحال (بسبب تم
الدليل الشرعي) »^(١) .

وهذا الحكم يكشف عن اتجاه المحكمة العليا ، فهي لا ترفض - بل له
تجبد - أن تكون المقارنة بين نص الزنى ونص الواقعة - عند ثبوت الزنى بد
الشرعي - على أساس العقوبة ، فأى العقوبتين كانت أشد طبق النص ال
يقررها ، وقد أشار الحكم الى الصعوبة القانونية التي تعترض عملية المقارن
نظراً لأن الضابط التقليدي لا يسعف . غير أن هذه الصعوبة على أي حال لا تتر
الى حد الاستحالة ، فما زال التغلب عليها بالمنطق القانوني ممكناً . وحتى
نتجنى على المحكمة العليا فنسب اليها رأياً لم تجزم به ولم تطبقه على واقعة
عرضت عليها فعلاً فسوف نعتبر أن ما استطردت اليه في حكمها كان مجرد
أو تصور أبدته وأنه في تقديرها يمكن أن يطرح ويناقش إذا ما ثارت المشك
أمامها ، وعلى هذا الأساس سنبحثه .

وإذا تصور أنصار هذا الرأي أن التوفيق في تحديد أي العقوبتين

(١) عليا ٢٨/٥/١٩٧٤ مجلة المحكمة العليا س ١١ العدد الأول ص ١٤٨ طعن

بحل المشكلة فاننا نخالفهم ، بل نقول انها قد تزداد بذلك تعقيداً . ذلك بأننا إذا سمحنا لأنفسنا بالمقارنة بين العقوبتين من حيث الجسامة ثم لم نصادر على المطلوب بدافع ديني ، فان المقارنة أما أن تسفر عن اعتبار السجن أشد أو العكس ، وكلا الفرضين محتمل من الناحية النظرية . ولنأخذ الفرض الأول باعتبار مثال القلق^(١) ، فقد يقال دفاعاً عنه أن السجن في كل أحواله عقوبة جنائية ، أما الجلد فانه في أغلب الأحوال عقوبة جنحة (كما في حدي القذف والخمر) وفي بعض الأحوال عقوبة جنائية ، وما كان عقوبة جنائية باطلاق أشد مما يكون عقوبة جنائية في حال وعقوبة جنحة في حال . يضاف الى ذلك أنه إذا كان حد القذف - وهو يعتبر جنحة - ثمانين جلدة ، وكان حد الزنى - وهو جنائية - مائة جلدة ، فان الفارق بين الحدين وهو عشرون جلدة يبدو ضئيلاً الى درجة تجعل كفة السجن عند المقارنة ترجح وكفة الجلد تشيل ، ومن ثم فالسجن يعتبر أشد من الجلد . ولكي نحس الأمر نهائياً ونوصد باب النقاش تماماً سنفرض جدلاً أن العقوبة المقررة للمواقعة قانوناً هي الاعدام لا السجن ثم ننظر بعد ذلك الى النتيجة . والنتيجة الحتمية هي استبعاد نص الزنى وتطبيق نص المواقعة ، وهذا ما نرفضه بحزم ، لأن التسليم بإمكان ذلك يعني تعطيل القانون الخاص باقامة حد الزنى تعطيلاً يعدل الالغاء . ذلك أنه يستحيل بعد ذلك أن تتاح لهذا القانون فرصة التطبيق لأن كل زنى مواقعة . ولو صح الرأي المتقدم لكان إصدار تشريع الزنى لغواً .

والصحيح في اعتقادنا أن التنازع بين نص الزنى ونص المواقعة لا يفض استناداً الى حكم الفقرة الأولى من المادة ٧٦ من قانون العقوبات التي تجعل شدة (١) ولا يعني ذلك أن الفرض الآخر مستبعد، فمن الممكن القول دفاعاً عنه بأنه إذا كان لا يكفي لاثبات الزنى ما يكفي عادة لاثبات المواقعة ، فذلك دليل على أن جريمة الزنى أشد مما عداها من صور المواقعة الأخرى، وبالتالي فان عقوبتها أشد جسامة، وإلا ما كان للتشدد في دليل الإثبات معنى . يضاف الى ذلك أنه فضلاً عما في الجلد من ألم ومذلة ومهانة ، فان فيه خزيًا ومعرّة ، لأنه - بنص الكتاب - لا يتم إلا بمشهد طائفة من المؤمنين .

العقوبة هي المناط ، فهذه الفقرة لا شأن لها بما نحن بصدده ، وإنما يفرض التنازع استناداً إلى المادة ١٢ من قانون العقوبات التي تقضي بأنه إذا خض إحدى المسائل لعدة قوانين جنائية أو لأحكام متعددة من قانون جنائي واحد فإن القوانين الخاصة أو الأحكام الخاصة من القانون تسري دون القوانين العامة أو الأحكام العامة من القانون إلا إذا نص على خلاف ذلك . ومقتضى تقى الخاص على العام أن العقوبة المقررة في النص الخاص يجب توقيعها أيأما نوعها أو قدرها . وسواء كانت أشد أو أخف من عقوبة النص العام .

أما أن المادة ١/٧٦ لا شأن لها فلأنها تعالج وضعاً يتمخض الفعل الو فيه عن جرائم متعددة ، ويتحقق ذلك عندما يصيب الفعل أكثر من مصدا يحميها قانون العقوبات . ومن قبيل ذلك أن يجري غير طبيب عملية جراحة لغيره ، ففعله يعتبر مكوناً جرمي جرح ومزاولة لمهنة الطب بغير ترخيص ، قبيله أيضاً أن يستعمل شخص محرراً مزوراً مع علمه بذلك للاحتيال على غيره فهذا الفعل يكون جريمة استعمال محرر مزور وجريمة نصب ، أو أن يواد شخص غيره في مكان مفتوح أو معرض للجمهور ، فهذا الفعل يكون جريمة موافقة وفعل فاضح . ولمثل هذه الأحوال كان حكم المادة ١/٧٦ الذي يف بتوقيع العقوبة الأشد ، وهو حكم واجب التطبيق قانوناً ، ولكنه غير لازم عقاب حتى أن من التشريعات الأجنبية ما ينص في هذه الأحوال على تعدد العقوبات تبعاً لتعدد الجرائم . أما الحال التي نحن بصددها فمختلفة ، لأنها ليست تعدد في الجرائم ، وإنما هي حالة تنازع بين نصين كل منهما يستغرق الواجب بأكملها ويصلح للانطباق عليها . ولا يمكن قانوناً ولا عقلاً أن ينطبق النص معاً ، لأن الفعل إما أن يتمخض زنى أو موافقة ، فإذا انطبق أحد النصين وجب استبعاد الآخر بحكم اللزوم العقلي . وربما كان سبب الخلط هو إغفال التفريق بين ما يطلق عليه الفقه اسم التعدد المعنوي للجرائم من جهة وبين العموم والخصوص من جهة أخرى . ومن أمثلة العموم والخصوص : الشروع بالنسبة للجريمة التامة ، والايذاء بالنسبة للقتل ، وهتك العرض بالنسبة للموافقة

وإذا كانت العقوبة التي تطبق في الأمثلة السابقة على التوالي هي عقوبة الجريمة التامة وعقوبة القتل وعقوبة الواقعة ، فإن ذلك ليس مرجعه الى أنها عقوبة الجريمة الأشد ، وإنما سببه أنها عقوبة النص الخاص .

ونص الزنى يعتبر خاصاً بالنسبة لنص الواقعة من وجهين :

الأول : أن الزنى صورة من صور الواقعة ، وكان نص المادة ٤٠٧ يشملها في البداية كما يشمل اللواط ، ثم رأى المشرع لأسباب معلومة أن يعاقب عليه بعقوبة مختلفة فأفرده بتشريع خاص تناول فيه بالتنظيم بعض أحكامه وأحال في البعض الآخر الى مشهور أيسر المذاهب . وللتخصيص عند علماء الأصول طرق يعرفونها بها ، منها الاستثناء والصنف والغاية والشرط . والزنى فرد من أفراد الواقعة خصصه المشرع بالشرط ، إذ اعتد فيه بأمور لا اعتبار بها في عموم الواقعة ، فاشترط في الايلاج المعتبر زنى أن يكون في قبل امرأة لا في مطلق فرج انسان .

والثاني : أن الزنى خاصة والواقعة عامة أفعال محظورة لأنها معاص ، بل هي كبائر ، ولكن حد الزنى ثبت بالنص شرعاً وعقوبة الواقعة تقررت بالاجتهاد تعزيراً ، وما ثبت بالنص أخص مما تقرر بالاجتهاد . وإذا كان المشرع الوضعي في ليبيا قد قنن الحكمين فذلك لا يغير من طبيعتها ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن يزاحم نص الواقعة نص الزنى ، لأنه لا يصح التعزير فيما يجب فيه الحد . وهذا المنطق ليس شرعياً فحسب ، ولكنه أصبح في ليبيا منطقاً قانونياً أيضاً ، وهو يعتمد على أساسين : الأول دستور اتحاد الجمهوريات العربية (٦م) وكذلك قرار مجلس قيادة الثورة الصادر في ٩ من رمضان ١٣٩١ والذي يقضي باتخاذ الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع ويوجب التزام مبادئها الأساسية في كل ما تصدره الدولة من قوانين . والثاني هو المادة السادسة من قانون إقامة حد الزنى التي تنص صراحة على عدم جواز الأمر بوقف تنفيذ عقوبة الحد ولا استبدال غيرها بها ولا تخفيضها ولا العفو عنها . ولا نزاع في أن الحكم بالعقوبة المقررة لجريمة الواقعة رغم ثبوت الزنى بدليله الشرعي يعتبر استبدالاً

للحد وانتهاكاً للحظر المفروض في هذه المادة ومخالفة لنص الدستور ولقرار
قيادة الثورة^(١) .

والنتيجة التي نخلص إليها مما تقدم هي أنه إذا توافرت في فعل و
أركان الواقعة المعاقب عليها تعزيراً وشروط الزنى المعاقب عليه حداً ، فإن
الواجب التطبيق في كل الأحوال هو نص الزنى وحده .

٥ - النص الواجب التطبيق عند ثبوت الحد بدليله وقيام شبهة تدرؤه

قد يثبت الزنى بدليله الشرعي وهو الاقرار أو البينة ، ولكن تقوم شبهة
الحد فلا يحكم القاضي بايقاعه ، وعندئذ يتعين البحث عن النص القانوني
يجب تطبيقه . والرأي متفق لدى فقهاء الشريعة على أن امتناع إقامة الحد للحد

(١) وقد واجهت تشريعات الحدود جميعاً - ومنها تشريع الزنى - مشكلة وثيقة الصلة بمشكلة
وعالجتها على نحو مختلف عما تقرره القواعد العامة رعاية لحرمة الحد ، ونعني بذلك
مشكلة الارتباط بين جرائم الحد وجرائم التعزير . فالقاعدة في قانون العقوبات أن
تعددت الجرائم وارتبطت فيما بينها بوحدة الغرض فانه يتعين توقيع العقوبة المقررة
للجريمة الأشد مع زيادتها الى الثلث . وقد حرص المشرع على أن يورد في كل تشريع
تشريعات الحدود نصاً يعطل به هذه القاعدة إذا كان بين الجرائم المرتبطة جريمة عقوبت
الحد خشية أن يؤدي إعمال القاعدة الى استبعاد توقيعه . وبالنسبة الى تشريع الزنى
نصت المادة ٢/٥ على أنه إذا كان بين الجرائم المنسوبة الى الجاني جرائم أخرى معاقب
عليها بموجب قانون العقوبات أو أي قانون آخر فتوقع عقوبات الحدود ، وذلك
إخلالاً بالعقوبات المقررة للجرائم الأخرى . ويلفت النظر أن القاعدة التي تقتضي
بتوقيع العقوبة الأشد في أحوال التعدد والارتباط منصوص عليها في الفقرة الثانية
المادة ٧٦ عقوبات ، وهي ذات المادة التي يراد الاحتجاج بفقرتها الأولى بغية توقيع
العقوبة الأشد عندما يجتمع وصف الزنى والمواقعة في فعل واحد . وإذا كان المشرع
خرج صراحة على القاعدة في أحد شقيها لثلا يفوت الحد ، فلا يصح لنا أن ننظر
باجتهادنا غزله فتفوت الحد في الشق الآخر ، بل ينبغي أن تكون الغاية التي وضعت
المشرع نصب عينيه ماثلة أمامنا عند تفسير النصوص وفض ما بينها من تنازع . وقد
يقتضي التسليم بوجود توقيع الحد إذا كونه الفعل الواحد جرائم متعددة وكانت احد
جريمة عقوبتها الحد بغير بحث فيما إذا كانت هذه العقوبة أشد من الأخرى أو أخف

لا يلزم منه حل الفعل بالضرورة ، فقد يرتفع الاثم في بعض الأحيان تماماً ، وقد يبقى في أحيان أخرى رغم امتناع الحد . ومن الشبهات التي تمنع الحد وترفع الاثم الجهل بتحريم النكاح ، والغلط في الموطوءة . وهذا الضرب من الشبهات في فقه القانون الوضعي ينفي القصد الجنائي وهو ركن في الجريمة . أما الشبهات التي تمنع الحد ولا ترفع الاثم فعديدة ، منها ما اتفقت عليه المذاهب ومنها ما اختلفت فيه . ولما كان تشريع الزنى قد خلا من نص يعدد الشبهات أو يعرفها ، فانه ينبغي الأخذ بكل شبهة تمثل المشهور في أي مذهب . ومن الشبهات المعتبرة : زنى غير المسلم ، والأخرس ، والسكران سواء كان سكره بحلال أو بحرام ، وسواء كان الكسر قهراً أو اختياراً ، ومنها الزنى بحائل ، وادعاء الزوجية مع العجز عن إثباتها ، والزنى بالصغيرة دون تسع سنين ، ونكاح معتدة الغير والمجوسية إذا كان الجاني عالماً بأمرها ، والنكاح بغير ولي ولا شهود ، واستسلام المكلفة طوعاً لزنى غير المكلف .

ولا يصح القول بأن تشريع الزنى قد أخرج فعل الزنى نهائياً من نص الواقعة وجعل النص مقصوراً على اللواط وحده ، لأن ذلك يعني الالغاء الجزئي ، وهو أمر لم يصرح به تشريع الزنى ولا هو مستفاد منه ضمناً . هذا الى أن القول بذلك يؤدي في أغلب الأحوال الى إفلات الزناة من العقاب بسبب القيود الكثيرة التي وضعتها مختلف المذاهب على إقامة الحد . والفقه الشرعي على أنه إذا كانت الشبهة من النوع الذي يمنع الحد ولا يرفع الاثم فليس هناك ما يمنع بل أنه يتعين تعزير الجاني على ما ارتكب من معصية . ونص الواقعة في رأينا نص احتياطي بالنسبة لنص الزنى ، فاذا انطبق الثاني فلا عمل للأول ، أما إذا امتنع إقامة حد الزنى رغم ثبوت الفعل بدليله الشرعي فان نص الواقعة يصبح واجب التطبيق .

٦ - النص الواجب التطبيق عند تخلف الدليل الشرعي على الزنى :

مذهب المحكمة العليا أنه إذا امتنع إقامة حد الزنى لتخلف دليله الشرعي فان نص الواقعة يكون واجب التطبيق إذا ثبت وقوع الزنى وفقاً لأحكام الاثبات

المقررة في قانون الاجراءات . وقد أعلنت المحكمة في حكم حديث لها هذا
وبينت أسانيد ، ونظراً لما للمبدأ من أهمية فاننا نورده هنا بنصه . قا
المحكمة :

« إن امتناع تطبيق قانون إقامة حد الزنى لا يترتب عليه إفلات الجاني
العقاب متى ثبت ارتكابه للجريمة وفقاً للقواعد المقررة للاثبات في المسائل الجنائية
والمنصوص عليها في قانون الاجراءات ، ذلك لأن قانون إقامة حد الزنى لم
المادة ٤٠٧ عقوبات ، والتي تعاقب على الواقعة والتي هي عبارة عن زنى حسب
تعريف المادة الأولى من القانون المذكور في حالة وقوع الفعل على أنثى ، كما
الفقرة الأولى من المادة العاشرة من قانون إقامة حد الزنى تقضي بأنه لا تخل أحكام
هذا القانون بأحكام قانون العقوبات أو أي قانون آخر ، وذلك فيما لم يرد به
نص في هذا القانون . ومن البديهي أن المراد بأحكام قانون العقوبات التي لا
بها أحكام قانون حد الزنى هي الأحكام التي تعاقب على أفعال الوقاع المعتبرة
في نظر القانون المذكور والتي تكون واجبة التطبيق كلما امتنع توقيع عقوبة
لتخلف الدليل الشرعي . وإنه مما يؤكد غرض المشرع في وجوب تطبيق أحكام
قانون العقوبات كلما امتنع توقيع حد الزنى هو التعديل في قانون العقوبات
جاء به قانون إقامة حد الزنى في المادة الثامنة منه والذي أضاف بمقتضاها فقرة
الى المادة ٤٠٧ عقوبات والتي يجري نصها بالآتي : « وكل من واقع انساناً بـ
يعاقب هو وشريكه بالسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات » ، ذلك أن
المذكورة هي عبارة عن زنى وفق تعريف المادة الأولى من قانون إقامة حد الزنى
ولم يكن بالمشرع من حاجة لإيرادها لو لم يكن غرضه وجوب تطبيق الأحكام
المذكورة في حالة تخلف الدليل الشرعي في جريمة الزنى المعاقب عليها حداً »^(١)
وما انتهت اليه المحكمة العليا في هذا الشأن محل نظر ، فقد سـ

(١) عليا ٢٨/٥/١٩٧٥ مجلة المحكمة العليا س ١١ العدد الأول ص ١٤٨ ط

مقدمات صحيحة في جملتها ، ولكنها استخلصت من تلك المقدمات نتيجة لا تؤدي اليها بالضرورة . ونحن لا ننازع في أن امتناع تطبيق الحد لتخلف دليله الشرعي لا يكفي بمجردة لإفلات الجاني من العقاب تماماً ، ولا ننازع كذلك في أن أحكام قانون الزنى لا تخل بأحكام قانون العقوبات فيما لم يرد بشأنه نص . غير أن التسليم بذلك لا يلزم منه وجوب التسليم بأن المادة الواجبة التطبيق هي المادة ٤١٧ على وجه التحديد ، بل أن تطبيق هذه المادة بالذات هو محل الاعتراض .

ووجه الاعتراض أنه لكي تحكم المحكمة بعقوبة الواقعة على مرتبك فعل الزنى يتعين عليها أن تذكر السبب الذي حال بينها وبين إيقاع حد الزنى ، لأن نص الواقعة احتياطي لا يصار اليه إلا عند امتناع تطبيق النص الأصلي . وهذا يقتضي الاعتراف بتخلف الدليل الشرعي على ثبوت الزنى . وإذا سلم الحكم بهذه الحقيقة ثم قضى مع ذلك بعقوبة الواقعة فقد أوقع نفسه في تناقض خطير ، لأنه بذلك يعلن أن الزنى لم يثبت للمحكمة شرعاً إلا أنه ثبت لها قانوناً ، ولأنه لم يثبت شرعاً لم تقض بالجلد حداً ، فلما ثبت لها قانوناً قضت بالسجن تعزيراً . وهذه دعوى لا يمكن قبولها بحال ، إذ لا يجوز في ظل نظام قانوني واحد أن يعلن القضاء ثبوت الواقعة وعدم ثبوتها في نفس الوقت . وإذا جاز في شرائع أخرى - كما كان جائزاً في ليبيا نفسها قبل صدور قانون الزنى - أن يثبت الزنى بالشاهد الواحد أو بالقرائن أو باعتراف المتهم ولو عدل عنه أو أنكره ، فانه لا يجوز في النظام الليبي الجديد إثبات الزنى بهذه الوسائل ولو وصف الفعل بأنه واقعة ، لأنه لا يجوز نفي الفعل شرعاً وإثباته قانوناً ، لما في ذلك من إساءة للشرعية أو للقانون الوضعي . ذلك أن هذا التنافر يعني أحد أمرين ؛ أما إتهام الشريعة بالإفراط في تطلب دليل إثبات لا حاجة إليه ، أو إتهام القانون الوضعي بالتفريط بقبوله دليلاً لا يصح الاكتفاء به والاعتماد عليه ، وكلا الأمرين لا يليق .

وقد يرد علينا بأنه لو صح هذا الاعتراض بالنسبة الى الزنى لوجب أن يصح كذلك بالنسبة الى السرقة إذا لم يكتمل دليلها الشرعي ، بحيث يتعين الامتناع عن الحكم بثبوتها قانوناً إذا تعذر إثباتها شرعاً ، وهو ما يصطدم بصريح نص المادة

العاشرة من قانون إقامة حدي السرقة والحراية التي تقضي في فقرتها الرابع
بوجوب تطبيق العقوبات التعزيرية المنصوص عليها في قانون العقوبات إذا
يكتمل الدليل الشرعي ، وذلك متى اقتنع القاضي بثبوت الجريمة بأي دليل
قرينة أخرى . وعندنا أن هذا قياس مع الفارق ، لأن السرقة المعاقب عليه
تعزيراً لا تطابق السرقة المعاقب عليها حداً ، بل هما مختلفتان لا من حيث الاثبات
فحسب ، وإنما من حيث الأركان أيضاً . فالسرقة المعاقب عليها حداً تقع على
منقول محترم مملوك للغير في حرز مثله يساوي نصاباً على الأقل ، وفعلها هو هتك
الحرز وإخراج المال منه والاستيلاء عليه خفية بنية تملكه ، أما السرقة المعاقب
عليها تعزيراً فهي اختلاس منقول مملوك للغير بنية تملكه أو استعماله مؤقتاً
رده . وإذا عاقب القاضي على السرقة تعزيراً فهو في غنى عن التطرق في حكمه
إلى ما لا يقتضيه نص قانون العقوبات الذي يطبقه ، ومن ثم فلا تعارض
العقل والمنطق بين الاعتراف بعدم ثبوت السرقة شرعاً وبثبوتها قانوناً لاختلاف
المنفى عن المثبت وإن أوهم لفظ السرقة المشترك بغير ذلك . أما بالنسبة إلى الزنى
فالوضع مختلف ، لأن الزنى شرعاً هو إيلاج فرج ذكر في قبل امرأة في غير حل
ومواقعة الأنثى في القانون لا تختلف عن ذلك في شيء ، وإنما هي عين الزنى
الشرعي . ومن هنا يقوم التعارض حتماً حين يعترف القاضي بعدم ثبوت الزنى
وبثبوت الواقعة ، لأن ما نفاه هو نفس ما أثبته وإن أوهم اختلاف الاسم
ذلك . ويمكننا في النهاية أن نحتج لرأينا بما احتج به علينا ، فقد كان المشرك
الوضعي حريصاً على أن ينص في قانون السرقة والحراية على التحفظ المتقدم
ينص في قانون الزنى على مثله ، لأنه يدرك جيداً أن هذا الحكم لا يستقيم
الزنى ، ولو استقام لنص عليه .

هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن التسليم بالرأي المنتقد يؤدي
نتيجة مرفوضة شرعاً ، وهي أن هناك نوعين من الزنى ، أحدهما معاقب
حداً ، والآخر معاقب عليه تعزيراً ، وأن الفارق بين النوعين يكمن في الدليل
فما ثبت بالاقرار أو بأربعة شهود ففيه الحد ، وما ثبت بما دون ذلك

التعزير . والمذاهب الشرعية على اختلافها لا تعرف إلا زنى يثبت بدليله الشرعي أو لازني على الاطلاق .

ومن جهة ثالثة فان تنويع العقاب على الفعل الواحد تبعاً لدليل إثباته غريب على الفكر القانوني وعلى الفن التشريعي المعاصر ، فلم تجر العادة بالمخالفة في العقوبة لمثل هذا السبب ، وإنما جرت العادة على أن تختلف العقوبة تبعاً لخطورة الجريمة أو خطورة مرتكبها أو لظروف ارتكابها . وليس في التشريعات المعاصرة تشريع يقرر للفعل الواحد بنفس أبعاده عقوبتين مختلفتين ويجعل توقيع كل منهما مرهوناً بدليل إثبات معين . وليس ما يعيب هذا القول أساساً أنه خروج على المألوف ، فقد عرفته بعض الشرائع القديمة في فترة من تاريخها ، ولكن عيبه الحقيقي أنه يصطدم بالمنطق ، لأنه يقسم الأدلة الى كاملة وغير كاملة ، وهو تقسيم يتعارض مع معنى الدليل ، لأن الدليل هو ما يؤدي الى كشف الحقيقة ، أو هو ما يولد اليقين في النفس بصحة أمر أو بعده صحته . ولما كان اليقين لا يحتمل التدرج - وإلا كان شكاً في بعض صوره - فكذلك الدليل لا يحتمله . وإذا عجز الدليل عن تحقيق اليقين فانه لا يعتبر دليلاً أصلاً ، ولا يقال عنه أنه دليل غير كامل . وفي هذا المعنى يقول ابن حزم : اليقين لا يتفاضل ، لكن إن دخل فيه شيء من شك أو جحد بطل كله ، برهان ذلك أن اليقين هو إثبات الشيء ، ولا يمكن أن يكون إثبات أكبر من إثبات ، فان لم يحقق الاثبات صار شكاً^(١) .

وأخيراً فما الحكم لو أن القاضي حك بعقوبة الواقعة على المتهم بالزنى فقدم المحكوم عليه شكوى ضده مطالباً باقامة حذ القذف عليه لأنه رماه بالزنى دون أن يثبت صحة ما رماه به شرعاً ، بل على البغم من علمه بأن ذلك غير ممكن الثبوت شرعاً؟ إن الأمر في اعتقادنا يصبح حرجاً بغير شك ، ولا نظن أن في وسع القاضي عندئذ أن يعتصم بسبب الإيابة المتمثل في أداء الواجب ، لأن النظام القانوني لا يمكن أن يجعل قذف المسمين بالزنى بغير دليل شرعي عملاً

(١) المحلى ج ١ ص ٤١ .

مباحاً ، بله واجباً^(١) .

وإذا انتهينا الى أن المادة ٤٠٧ لا تنطبق ، وكان قانون الزنى بدور منطبق ، فقد يصح التساؤل : ألا يخشى أن يؤدي ذلك إلى إفلات المتهم يسيع المنطق أن يتسع القانون لعقاب من يواقع الذكر ويضيق عن عقاب يواقع الأنثى ؟

والجواب أن هذه النتيجة ليست هي البديل الضروري ، فما زال ممكناً بنص آخر في قانون العقوبات ، وهو نص المادة ٤٠٨ الخاصة

(١) وبيان ذلك أن للزنى بين الحدود منزلة بالغة الخصوصية ، فهو الجريمة الوحيدة التي يكفي لإثباتها شاهدان ، بل يلزم لذلك أربعة ، وهو كذلك الجريمة الوحيدة التي على ارتكاب فعلها إذا ثبت بالدليل الشرعي ، ويحد على القذف به إذا عجز القاذف إثباته بهذا الدليل . أما الحدود الأخرى فيكفي لإثباتها شاهدان ، كما أن الرمي به دليل لا يوجب الحد وإنما قد يوجب التعزير . وعلّة إفراد الزنى بهذه الخصص مفهومه ، فالاسلام يريد أن يكون مجتمعه عفيفاً طاهراً ، ونسبة الزنى الى شخص دليله الشرعي فيه معرفة بينة ونفي للنسب وإشاعة للفاحشة . فأما أن يثبت القاذف ما قذف به فيحد الزاني أو يحد هو حد القذف . وقد حذرنا الله من خلخلة المجتمع بقوله : « إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة والله يعلم وأنتم لا تعلمون » . وقال في معرض الزجر عن ترديد ما يوجب الحجة : « إذ تلقونه بالسنتكم وتقولون بأفواهكم ما ليس لكم به علم ، وتحسبنا وهو عند الله عظيم . ولولا إذ سمعتموه قلتم ما يكون لنا أن نتكلم بهذا ، سبحان الله هذا بهتان عظيم » . وقد يكون الخطاب في هذه الآيات العنيفة الزاجرة موجهاً مباشرة الى قذفة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها والى جماعة المؤمنين ، إلا أن ذلك عندما حتمها لم يجعل هذه الحماية وفقاً عليها لميزة من المزايا التي اختصت بها عائشة ونساء المسلمين ، وإنما حتمها أساساً واشتدت على قذفتها بوصفها مؤمنة معصومة العلم إلا بالحق . فالنهي والتقريع والتهديد موجه لكل قاذف الى أن يرث الله الأرض وما عليها . وحتى لو لم تقرع مسامعنا كلمات الله القاطعة الزاجرة التي تنضح بالتهديد والوعيد ، فإن التأسي برسول الله وصحبه كفيلاً بأن يصدنا عن التسرع بنسبة الزنى الى إنسان دون توافر الدليل الشرعي ، لأن النهي لا يقتصر فحسب على عدم إيقاع حد الذي لم يكتمل دليله ، بل هو في الأساس ينصرف الى عدم التقرير بوقوع الزنى نفسه ويجب أن يكون أدب الإسلام أسمى مرتبة من اجتهاداتنا القانونية .

العرض . وقد تكون عقوبة هذه المادة أخفّ من عقوبة المادة ٤٠٧ ، لكنها المخرج الوحيد الذي يمكن من خلاله رفع كل أوجه الشذوذ . فاذا حقق القاضي الدعوى واستبان له أن دليل الزنى لم يكتمل شرعاً ، فعليه أن يثبت شهادة الشهود وأقوال المتهم وتقارير الخبراء وقرائن الأحوال ثم يعلن أن الأدلة التي اجتمعت لديه لا تكفي لإثبات الزنى شرعاً ، ولكنها مع ذلك تكفي قانوناً لإدانة المتهم في جريمة هتك العرض وهو القدر المتيقن ، ثم يحكم عليه بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة طبقاً للفقرة التي توفرت شروطها .

٧ - الخاتمة :

يمكن إجمال ما تقدم في المبادئ الثلاثة الآتية :

أولاً : : إذا اكتملت في فعل واحد أركان الواقعة المعاقب عليها تعزيراً وشروط الزنى المعاقب عليه حداً وجب تطبيق نص الزنى لا نص الواقعة .

ثانياً : إذا استكمل الفعل أركان الزنى وثبت بدليله الشرعي ثم امتنع توقيع الحد لشبهة معتبرة وجب تطبيق نص الواقعة .

ثالثاً : إذا وقع فعل الزنى ولكنه لم يثبت بدليله الشرعي وكانت هناك أدلة أخرى على وقوعه ، فإن النص الواجب التطبيق هو النص الخاص بهتك العرض لا نص الواقعة .