

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



أثر القرابة الأسرية في تطبيق القانون الجنائي - دراسة مقارنة -

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. تشوار جيلالي

من إعداد الطالبة:

دلال وردة

لجنة المناقشة :

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	- أ.د. حميدو زكية
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	- أ.د. تشوار جيلالي
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	- أ.د. بوسندة عباس
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	- أ.د. قادة بن بن علي

السنة الجامعية: 2015-2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ

لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً ﴾.

سورة النحل الآية (72)



شكراً وتقديراً

الحمد لله رب العالمين نحمده حمد الشاكرين ونستجيب له استجابة الطائعين، والصلاة والسلام على سيدنا وقدوتنا وشفيعنا محمد بن عبد الله إمام خير أمة أخرجت للناس، وعلى آله الطيبين الطاهرين أجمعين، وجميع الأنبياء والمرسلين ومن تبعهم بأحسان إلى يوم الدين .
مصدقا لقوله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: " وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ وَلَئِن كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ " . سورة ابراهيم الآية 7 .

فالحمد والشكر لله حمدا كثيرا على تمام هذا العمل المتواضع، كما أتوجه بمخالص شكري وعرفاني إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور: تشوار جيلالي، الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه الأطروحة وساعدني بتوجيهاته القيمة ونصائحه النيرة طيلة فترة البحث، فله مني كل الشكر، وجزاه الله عنا كل خير، ودام ذخرا للوطن والعلم .

كما أتوجه بالشكر الجزيل للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل المتواضع .

وكل من ساعدني في إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد .

الطالبة: **وللا وروة**

أهدى

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى روح أبي وروح أمي رحمهما الله

وإلى زوجي وابني إياد .

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

ب.د.ن: بدون دار نشر.

ب.س.ن: بدون سنة نشر.

ج: جزء.

ص: صفحة.

ع: عدد.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

غ.ج.م: غرفة الجنح والمخالفات.

غ.ج.2: الغرفة الجنائية الثانية.

ف: فقرة.

ثانياً: باللغة الفرنسية

Art : Article.

Bull. crim : Bulletin criminel.

Cass. crim : Cassation criminelle.

Op.cit : Ouvrage précédemment cité.

P. : Page.

مقدمة

لقد كرم الله سبحانه وتعالى الإنسان عن سائر المخلوقات فقال: " وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ"¹، ومن مظاهر هذا التكريم أن الله عز وجل خلق الإنسان ككائن حي اجتماعي يعيش في وسط اجتماعي يؤثر فيه ويتأثر به، وتنشأ في هذا الوسط علاقات وروابط بين الإنسان وأخيه الإنسان تجعلهم يحتاجون إلى بعضهم البعض، دون أن يعتبر ذلك مظهر من مظاهر النقص في بني آدم بل يعد تكميلاً للإنسان. فهذا الأخير لا تظهر إنسانيته إلا في إطار وسط اجتماعي وفي ضوء ما يسود هذا الوسط من علاقات. ومن أجل هذه الغاية الاجتماعية التي هي جزء من الغاية العقائدية الكبرى في إطار قوله تعالى: " وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون"². خلق الله سبحانه وتعالى آدم -عليها السلام- وخلق له زوجته حواء فتكونت من هذا الرجل وتلك المرأة أقدم أسرة بشرية على مر التاريخ وكانت هذه الأسرة الصغيرة اللبنة الأولى التي كونت المجتمعات الإنسانية منذ ذلك الحين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وظلت الأسرة الأولى يسودها المحبة والترابط والسلام حتى دخلت الأغيار والأحقاد في قلوب بعض أفرادها ووقعت أول جريمة قتل في تاريخ البشرية داخل الأسرة بين ولدي آدم حيث قتل قابيل أخاه هابيل. فالأسرة تعد النواة الأساسية لأي مجتمع، فإذا كانت هذه الأسرة سوية وسليمة ومتماسكة كان المجتمع كذلك. وإذا كانت مفككة ومتصدعة وغير مترابطة، كان لذلك أثره على المجتمع وعلى مدى ترابطه. فما تقدمه الأسرة لأبنائها من استقرار نفسي وعاطفي ومادي من شأنه أن يشيع في نفوسهم الأمن والطمأنينة، ويجعل عملية غرس القيم الثقافية والاجتماعية واحترام القانون أكثر تقبلاً، الأمر الذي يساعدهم مستقبلاً على مواجهة المواقف والصعاب التي تعترض حياتهم³.

ونظراً لما للأسرة من دور هام في بناء المجتمع وجب علينا أن نعرفها من الناحية اللغوية والاصطلاحية. فالأسرة من الناحية اللغوية كلمة مشتقة من الفعل أسر، ويعني القيد: ويقال أسر فلاناً أسراً أو إسراراً: قيده، وأسّر البول أسراً: احتبس فهو أسير. والأسر شدة الخلق، يقال شد الله أسره: أحكم خلقه⁴. فالمقصود بالأسرة في اللغة جماعة الرجل الذي يتقوى بهم ويحتمي بهم، فالإنسان لا

¹ - سورة الإسراء، الآية رقم 70.

² - سورة الذاريات، الآية رقم 56.

³ - أنظر، بهاء رزقي علي، الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص 38-39.

⁴ - أنظر، مختار الصحاح للإمام الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص 16.

يكون عزيزا في منعه إلا إذا كان في أسرة تحسنه فتمنعه¹. والأسرة تعني كذلك القوة والشدة، ولذلك تفسر بأنها الدرع الحصين، فأعضاء الأسرة يشد بعضهم أزر بعض، ويعتبر كل منهم درعا للآخر². أما من الناحية الاصطلاحية فيعرفها بعض علماء الاجتماع بأنها رابطة اجتماعية تتألف من زوج وزوجة وأطفالهما أو بدون أطفال، وقد تكون الأسرة أكبر من ذلك بحيث تضم أفراد آخرين كالأجداد والأحفاد وبعض الأقارب على أن يكونوا مشتركين في معيشة واحدة مع الزوج والزوجة والأطفال³. ويذهب جانب آخر إلى تعريفها بأنها تجمع قانوني لأفراد اتحدوا بروابط الزواج والقرابة أو بروابط التبني، وهم في الغالب يشاركون بعضهم بعضا في منزل واحد، ويتفاعلون تفاعلا متبادلا مع بعضهم البعض طبقا لأدوار اجتماعية محددة تحديدا دقيقا وتدعمها ثقافة عامة⁴.

ويذهب جانب ثالث إلى أبعد من ذلك حيث يطلق لفظ الأسرة على كل وحدة اجتماعية مكونة من شخص واحد أو مجموعة من الأشخاص تكفل لنفسها استقلالها اقتصاديا منزليا، سواء انطوت هذه المجموعة على وجود نساء وأطفال أو اقتصر على عنصر الرجال فقط، وسواء كانت تربطهم قرابة يقرها المجتمع ويحددها أو لم تكن بينهم هذه الرابطة⁵. وعلى ذلك يعتبر كل فرد مستقل في معيشته أسرة، وكذلك مجموعة الأصدقاء الذين يعيشون عيشة منزلية واحدة، وينطبق التعريف أيضا على المؤسسات الاجتماعية التي ترعى مئات الأطفال⁶. فمفهوم الأسرة لدى هذا الاتجاه يتسع ليشمل بجانب الصورة الطبيعية لها المكونة من الزوج والزوجة والأطفال، معيشة رجل مع رجل أو امرأة مع امرأة، سواء وجدت بينهما علاقة يقرها المجتمع أو لم توجد مثل هذه العلاقة، بشرط أن تكفل هذه الجماعة استقلالها اقتصاديا منزليا.

1- أنظر أبو سرحان تغريد، الإيذاء الجسدي الواقع على الأطفال من داخل الأسرة، مجلة الدراسات الأمنية، أكاديمية الشرطة الملكية، عمان المجلد الثالث، عدد 7، 2006، ص 167.

2- أنظر، سهيلة زين العابدين، بناء الأسرة المسلمة، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1975، ص 17 وما بعدها.

3- لمزيد من التفصيل أنظر، جابر عوض السيد، الأسرة والطفولة من منظور الخدمة الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2001، ص 30.

4- أنظر، زيدان عبد الباقي، الأسرة والطفولة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1980، ص 9، محمد نجيب توفيق، الخدمة الاجتماعية مع الأسرة والطفولة والمسنين، الكتاب الأول، الأسرة، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1998، ص 28.

5- أنظر، منير المرسي سرحان، في اجتماعيات التربية، الطبعة الثانية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1978، ص 180، ماهر محمود عمر، سيكولوجية العلاقات الاجتماعية، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 1988، ص 95.

6- أنظر، مصطفى الحشاش، الاجتماع العائلي، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، 1966، ص 43 وما بعدها.

فالمفهوم الكلاسيكي للأسرة تغير مع المستجدات الحديثة خصوصا في المجتمعات الغربية وذلك لتجريدتها من القيم الروحية والأخلاقية، حيث أصبح يسمح بالزواج بين شخصين من نفس الجنس لتتشكل بذلك أسرة مكونة من رجلين أو امرأتين يمنح لهم حق التبني¹، أي تنشأ بذلك أسرة منافية للأخلاق ولتعاليم الشريعة الإسلامية.

ومع ذلك يتسع ويضيق معنى الأسرة في القانون بحسب القانون الذي ينظمها، والزاوية التي ينظر منها إلى الأسرة²، فيمكن أن يضيق بحيث يشمل الزوج والزوجة والأولاد القصر، بينما يتسع في قوانين الأحوال الشخصية والموارث إذ يضم إلى ما سبق تحديدهم كل من الأولاد البالغين والأقارب من العصابات وذوي الأرحام، حيث رتب لهم هذه القوانين العديد من الحقوق والواجبات بحسب درجة القرابة. كما يمكن أن تعرف الأسرة بأنها مجموعة من الأفراد مكونة من زوج وزوجة وأولاد في محل إقامة واحد، أو بعض أفراد هذه المجموعة إذا كانوا في معيشة موحدة، ولو تباعدت محل اقامتهم³.

وفي إطار دراستنا يمكننا تعريف الأسرة بأنها: " رابطة اجتماعية وقانونية تجمع بين الزوج والزوجة وأطفالهما - إن وجدوا - وفقا للشريعة الدينية السائدة في المجتمع الذي يعيشان فيه، وقد يتسع مفهوم الأسرة ليشمل الأبناء المتزوجين والأحفاد، وبعض الأقارب من أصول أو فروع أحد الزوجين". فالأسرة بذلك تتكون من أفراد تربطهم ببعض رابطة الزواج والدم، فالرابطة بين الزوجين هي الزواج، والعلاقة التي تربط بين الوالدين بالأبناء هي رابطة الدم، إلى جانب رابطة الإخوة.

هذه الأسرة وبعيدا عن مفهومها تحتاج بحكم مكانتها الاجتماعية لكي تقوم على أسس متينة إلى حد أدنى من الرعاية والحماية. ولذا فقد صدرت العديد من النصوص القانونية والمواثيق الدولية التي تطالب الدول باتخاذ كافة الاجراءات اللازمة لتوفير الحماية القانونية للأسرة هدفها تقوية الروابط الأسرية وعدم تفككها. هذا ما جعل التشريعات الوطنية تهتم بالأسرة لا سيما قوانين الأحوال الشخصية

¹ - تبيح عدة دول أوروبية الزواج بين مثليي الجنس وعلى رأسها الدنمارك، السويد، إيسلندا، ألمانيا، فلندا، نيوزيلندا، النرويج، البرتغال، إيطاليا والقانون الفرنسي سنة 2013. لأكثر تفصيل انظر، دلال وردة، زواج مثليي الجنس، مجلة العلوم القانونية والادارية والسياسية، مجلة سداسية أكاديمية مر ابن خلدون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد 17-2014، نشر ابن خلدون، ص 160-161.

² - مرت الأسرة بأشكال متعددة نتيجة للتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التي يشهدها العالم، فبعد أن كان نطاقها يتسع ليشمل كل أفراد العشيرة، أخذت تنكمش وتنحصر في الزوجين والأطفال، وهو ما يعرف بالأسرة الزوجية أو الأسرة النوواة. بهاء رزيقي علي، المرجع السابق، ص 37.

³ - أنظر، محمد محمود الزيني، رعاية الأسرة والطفولة في المجتمع الاشتراكي العربي، مكتبة الشاطبي، الاسكندرية، 1967، ص 13.

والتشريعات الاجتماعية والقانون المدني، وبالأخص توفير حماية جنائية للأسرة من خلال القانون الجنائي - والذي يعيننا في هذا المقام -، فكل دولة لها فلسفة معينة في حماية نظام الأسرة جنائياً بوضع نصوص جزائية لحماية الأسرة من الجرائم الواقعة عليها، سواء مست تلك الجرائم علاقة الأزواج فيما بينهم أو علاقة الآباء بأبنائهم أو علاقات أخرى كالأخوة والمصاهرة.

فالقانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي يهدف إلى حماية أسس النظام الاجتماعي وبصفة خاصة الروابط أو القرابة الأسرية، بحيث يوازن بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة فيقر من المصلحتين ما يهم المجتمع ويضمن استقراره. وتحظى القرابة الأسرية بمكانة خاصة عند إقامة هذا التوازن، ويتضح هذا فيما يفرضه من قواعد تؤثر تأثيراً واضحاً في تطبيق القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي، بغية حفظ صلات المودة الاجتماعية، وعدم تفتيت عرى الأسرة حتى لا تتعرض دعائم المجتمع للخطر والضرر.

وقديمة هي الرغبة في تنظيم الأسرة ووضع الأسس لحمايتها، إلا أن النظام التي اهتمت بالأسرة كانت دائماً مرهونة بالتطور الاقتصادي وتداخل العوامل الدينية على مر العصور والأزمنة¹. ولعل قدم الأنظمة القانونية التي تحكم علاقات الأسرة واتخاذها طابع العادات والتقاليد شبه المقدسة بسبب ما تنطوي عليه من شفافية وحساسية خاصة، هذا بالإضافة إلى الأصول والقواعد الدينية التي ساهمت في تحديد وضبط معالم تلك الأنظمة، هو الذي جعل من محاولات تعديل تلك الأسس أمراً محوطاً بالعراقيل والصعوبات. فقد كانت الأسرة في نشأتها تضم مجموعة من الأفراد تربطهم علاقة القرابة والدم، وكان رب الأسرة يسهر على حمايتها وحماية الروابط بين أفرادها من التصرفات التي تهدد كيانها. وكان مجتمع الأسرة يميز بين الاعتداء الداخلي الذي يصدر عن فرد من أفراد الأسرة أنفسهم وبين الاعتداء الخارجي. ففي حالة وقوع اعتداء داخلي ضد فرد من أفراد الجماعة ككل، فإن لرب الأسرة أن يوقع الجزاء المناسب على الجاني لتأديبه، وإن لم يكف ذلك الجزاء لتأديبه جاز لرب الأسرة أن يأمر بقتل الجاني أو طرده منها². وعندما انتقلت الأسرة إلى نظام القبيلة أصبح هذا الدور منوطاً برئيس القبيلة أو العشيرة بانتقال السلطان إليه.

1 - أنظر، صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 25.

2 - أنظر، عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.س.ن، ص 18.

وبعد أن تكونت الممالك وظهرت سلطتها التي منعت مباشرة العقاب من الأفراد إلا من طرف قضائها حتى ولو كان الفاعل من الأسرة الواحدة. وفي هذا الصدد لعل أبرز النظم القانونية القديمة التي أثرت في حياة البشرية، نجد القانون الفرعوني والقانون الروماني فكلاهما قد اهتم بالأسرة وبالقرابة الأسرية التي هي محل دراستنا.

فقد كان للقرابة الأسرية بالغ الأثر في التجريم والعقاب عند الفراعنة، ويظهر ذلك في جريمة القتل العمد والتي كانت عقوبتها الموت سواء كان رجلاً حراً أم عبداً، غير أن الفراعنة كانوا يأخذون بالظروف المخففة لجريمة القتل ومن بين هذه الظروف - وهو الذي يعيننا في هذا المقام - أن يكون القاتل أباً للقتيل. فالأب الذي قتل ابنه لا يخضع لعقوبة الموت، بل عقوبته أن يحمل جثة ابنه القتل لمدة ثلاثة أيام وثلاث ليالٍ متتالية تحت إشراف ونظر حراس من قبل الدولة. والعلة في عدم مجازاة الأب القاتل بالموت أن المصريين كانوا ينظرون إلى أن الأب هو الذي يمنح الابن الحياة وعلى ذلك لا يكون من العدل أن يحكم على الأب بالموت بسبب قتله لابنه، ويكفيه ما يلاقيه من ألم نفسي من جراء توقيع العقوبة المشار إليها مما يحمله على التوبة. وعلى العكس من ذلك كان إذا قتل الابن أباه يخضع للتعذيب قبل موته كما كانت عقوبته الحرق، والعلة من التشديد والقسوة أن أشنع جرائم الإنسان أن يقضي بالقوة على حياة من منحوه الحياة¹. هذا كان عن أثر العلاقة بين الأصول والفروع عند الفراعنة، أما عن أثر العلاقة الزوجية في القانون الفرعوني فيظهر في جريمة الزنا حيث نجد أن عقوبة الموت كانت مقررة للزوجة الزانية، أما جزاء الرجل الذي يزني بامرأة برضاها هو جلده مائة جلدة.

أما فيما يخص أثر القرابة الأسرية في ظل القانون الروماني، فنجد أن هذا الأخير كان يعترف للأب بسلطة قتل ابنه أو ابنته أو نبذهما إلى أن ألغى الإمبراطور قسطنطين هذا الحق تحت تأثير تعاليم الديانة المسيحية. وكان للأب سلطة تزويج ابنته وله حل زواجها رغماً عن إرادتها ولكن صدرت مراسيم تحرم رب الأسرة أن يفصل ابنته عن زوجها رغماً عن إرادتها. وكان للأم سلطة على أولادها، فكان لها حق نبذ وليدها، ولكن الأم لا تملك هذا الحق إلا بعد وفاة زوجها².

1 - محمود سلام زناقي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ب.د.ن، 1988، ص 342 وما بعدها.

2 - محمود سلام زناقي، نفس المرجع، ص 395.

وقد كان للقرابة الأسرية دور في مجال التجريم والعقاب حتى في الشرائع السماوية¹ وعلى رأسها الشريعة الإسلامية الغراء آخر الرسائل السماوية، فقد اهتمت هذه الأخيرة بالأسرة ووضعت أسسا يجب مراعاتها عند الشروع في بناء الأسرة المسلمة بدءا من اختيار الزوج لزوجته والمرأة لزوجها، حيث تطلبت الشريعة أن ينظر كلا من الخاطب والمخطوبة إلى الآخر حتى تدوم المودة بينهما، ورتبت على كل زوج صحيح حل العشرة الزوجية واستمتاع كل من الزوجين بالآخر، وأمرت بالمعاشرة بالمعروف وأوجبت النفقة الزوجية من الزوج على زوجته ولو كانت موسرة، كما أباحت للزوجة أن تأخذ من مال زوجها لتنفق على نفسها وأولادها من زوجها البخيل. كما أوجبت الإخلاص وصيانة العرض بالنسبة للزوجين وبالنسبة لغيرهما فجرمت الزنا ووضعت عقوبات رادعة للزناة. كما أباحت للزوج حق تأديب زوجته ولو بضربها ضربا غير مبرح إذا لم ترتدع بالوعظ والهجر في المضجع، فقد ثبت حق التأديب في قوله تعالى: " وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا كَبِيرًا"².

وأما بشأن العلاقة بين الأصول والفروع فقد نظم الإسلام هذه العلاقة أروع تنظيم، فأوجب على الأولاد ذكورا وإناثا البر بوالديهم فقال تعالى: " وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا إِمَّا يَبُلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا فَظِيلًا وَلَا تُنْهَرُهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا، وَخَفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيْتَنِي صَغِيرًا"³. كما أمر بالإحسان إليهما وبطاعتهما إلا إذا أمرا بمعصية. وعلى جانب آخر فإن للأولاد حقوقا على والديهم، وأهم هذه الحقوق حق الأولاد في ثبوت نسبهم إلى أبيهم وحق الرعاية والتعليم والتربية وغيرها.

1 - احتوت الديانة اليهودية على أحكام تجرم وعقاب فيما يتعلق بالأسرة وما ينشأ بين أفرادها من روابط، وذلك سواء تعلق الأمر بالعلاقة الزوجية أم العلاقة بين الأصول والفروع. ففيما يخص العلاقة الزوجية فنجد الديانة اليهودية قد جرمت الزنا ووضعت عقوبة الاعدام رجما لكل من الزاني المتزوج والزانية المتزوجة، وذلك إذا كانا من اليهود، وكذلك تطبيق عقوبة الاعدام رجما على اليهودي الذي يزني بامرأة وثنية. وتقوم الخطبة مقام الزواج فيما يتعلق بالزنا عند اليهود، أما في حالة ما إذا كان الزاني أو الزانية غير متزوجين وغير خاطبين فتطبق عقوبة الجلد. أما عن العلاقة بين الأصول والفروع فيظهر أثرها في الديانة اليهودية في تقرير عقوبة الاعدام للابن الذي يضرب أباه أو أمه، وكذلك عقوبة الجلد على اسقاط الحمل عمدا. لمزيد من التفصيل أنظر، صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، 1972، ص 242 وما بعدها.

2 - سورة النساء، الآية 34.

3 - سورة الإسراء، الآياتان 23، 24.

وبعد أن استعرضنا مدى الاهتمام بالأسرة والقرابة الأسرية في بعض الأنظمة القانونية القديمة والشريعة الإسلامية، نجد أن حتى القانون الجنائي الوضعي الحديث قد أعطى أهمية كبرى للقرابة الأسرية عند وضعه للنصوص الجنائية، ذلك أن بعض الجرائم قد ترتكب من جناة تربطهم بالجاني عليهم قرابة أسرية تؤثر إلى حد كبير على المنحى الذي تأخذه الجريمة، سواء من حيث التجريم أو من حيث العقاب. هذه القرابة أجبرت المشرع على التدخل لسن بعض الأحكام التي تراعي هذا البعد الاجتماعي، وتكفل حماية أوسع لكل مصلحة عليا للمجتمع الذي هو محل الحماية الجنائية. وقد اختلفت التشريعات الوضعية في السياسة الجنائية لحماية تلك الروابط الأسرية، حيث اهتمت تلك التشريعات بالقرابة الأسرية في أكثر من موضع سواء في مجال التجريم أو العقاب وفي جميع مراحل الدعوى الجنائية. غير أن أثر تلك القرابة على نفس الجريمة اختلف من تشريع إلى آخر وذلك على حسب اختلاف نمط حياة المجتمع وإيديولوجيته، فنجد بعضها تجعل من تلك القرابة ركنا أساسيا في جريمة ما في حين لا تعطىها تشريعات أخرى أية أهمية، فمثلا تعتبر العلاقة الزوجية ركنا لازما في جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري بينما لا تؤثر تلك العلاقة في فعل الزنا في القانون الفرنسي بعدما ألغيت جريمة الزنا فيه، وقد تجعل تلك التشريعات من القرابة الأسرية ظرفا مشدد أو مخففا أو عذرا معفيا من العقاب أو سببا مبيحا للفعل المجرم أو قيد إجرائي على تحريك الدعوى العمومية. كما قد تتفق التشريعات الوضعية حول أثر قرابة أسرية معينة على نفس الجريمة، كاتفاق أغلب القوانين العربية ومنها الجزائري والمغربي مثلا على اعتبار العلاقة بين الأصول والفروع ظرفا مشددا في جريمة قتل الآباء. وأثر القرابة الأسرية حسب كل تشريع جنائي يتوقف على نظرة المشرع لتلك القرابة ورغبته في حماية الروابط الأسرية وعدم تفككها، بحيث قد يجعل مثلا من العلاقة الزوجية في جريمة ما ركن أساسي في جريمة معينة في حين يعتبرها عذر معفي من العقاب في جريمة أخرى.

ومما تقدم نجد أن أثر القرابة الأسرية في تطبيق القانون الجنائي - وهو موضوع دراستنا - يختلف من تشريع إلى آخر وفي نفس التشريع من جريمة إلى أخرى، ويكون قصد المشرع في كل حالة حماية الأسرة وصيانتها من التفكك حسب نمط كل مجتمع. ذلك أن القرابة الأسرية تعد أداة لإنسجام أفراد المجتمع وإنتشار المودة والرحمة بينهم، إما وأن تنقلب إلى وسيلة لإنتشار الفاحشة والكرهية، فإن ذلك وحده كاف لتعميق الهوة بين أفراد المجتمع الواحد الذي سيتأثر أمنه وإستقراره لا محالة، وهذه الجرائم تستمد خصوصيتها من طبيعة العلاقة التي تربط أفرادها. والقرابة الأسرية المعنية في دراستنا هي: العلاقة الزوجية والعلاقة بين الأصول والفروع، وذلك أن هاتين العلاقتين هما اللتان لهما في القانون الجنائي أثر في التجريم

والعقاب وكذا الجانب الإجرائي مقارنة برابطة الأخوة والمصاهرة والتي ليس لهما كل هذا الأثر، مع أن بعض التشريعات قد جعلت لرابطة الأخوة مثلا نفس أثر العلاقة الزوجية أو العلاقة بين الأصول والفروع في جريمة معينة كالقانون الليبي الذي جعل من علاقة الأخوة عذر مخفف فيما يخص جريمة قتل الأخ لأخته حال مفاجأته متلبسة بجريمة الزنا بينما لم يعطيها القانون الجزائري مثلا ذلك الأثر كما سنبينه في رسالتنا.

وقد أخذ المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العقابية المقارنة كلا من العلاقة الزوجية والعلاقة بين الأصول والفروع في حسابه سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية. ففيما يخص القواعد الموضوعية نجد أن للعلاقة الزوجية والعلاقة بين الأصول والفروع أثر واضح في مجال التجريم والعقاب. فالعلاقة الزوجية يمكن أن تكون ركنا مفترضا في بعض الجرائم كجريمة الزنا مثلا. كما يمكن أن تكون ظرفا مشددا في جرائم أخطر كصور التحريض أو الاستخدام أو المساعدة على الفسق والدعارة، أو تشكل عذر مخفف للعقاب لجرائم محددة كعذر الاستفزاز في حالة التلبس بالزنا. كما قد تلعب دورا حتى في الاعفاء من العقاب في جرائم ما كجريمة السرقة، أو إباحة الفعل المجرم كما في حالة حق تأديب الزوج لزوجته.

وبالمقابل يكون للعلاقة بين الأصول والفروع نفس الأثر، حيث يمكن أن تعتبر تلك العلاقة عنصرا لازما في جرائم معينة كجريمة الإجهاض أو ظرفا مشددا كجريمة قتل الأصول، أو تكون عذر مخفف للعقاب كجريمة قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة، أو عذر معفي للعقاب كجريمة السرقة، أو سبب إباحة في حالة حق تأديب الصغار.

أما عن أثر تلك العلاقتين في مجال القواعد الإجرائية فإنه يمتد من تحريك الدعوى الجنائية إلى سيرها حتى سقوطها.

تلك هي القرابة الأسرية التي ارتأينا في موضوع بحثنا أن نسلط الضوء على آثارها في تطبيق القانون الجنائي، واختيارنا لهذا الموضوع نابع من أهميته العلمية والاجتماعية. فمن الناحية العلمية هو مهم نظريا، لأنه يبين بالتدقيق الآليات القانونية التي اعتمدها المشرع لتكريس المبدأ الدستوري¹ القاضي بوجوب حماية الدولة للأسرة باعتبارها الخلية الأساسية لبناء المجتمع، كما حث الدستور على واجب

¹-تنص المادة 63 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أنه: " يمارس كل واحد جميع حرياته، في إطار احترام الحقوق المعترف بها للغير في الدستور، لا سيما احترام الحق في الشرف وستر الحياة الخاصة، وحماية الأسرة والشبيبة والطفولة".

رعاية الآباء للأبناء وإحسان الأبناء للآباء¹. وهو مهم من عمليا لأنه يعد بمثابة أداة قانونية في يد القاضي تمكنه من التكيف الصحيح للوقائع والتقدير الحقيقي للجزاء الذي يستحقه الجاني، اذ كثيرا ما يجرم الفعل في جانب الجاني الذي تربطه قرابة بالمجني عليه في حين يكون مباحا إذا لم توجد تلك القرابة، وعلى العكس يمكن أن يبرئ الجاني على أساس وجود تلك القرابة في حين يدان في حالة انعدامها. أما من الناحية الإجتماعية فإن للموضوع أهمية بالغة لا سيما في مجتمع يدين بالدين الإسلامي، والذي جعل من الإحسان للوالدين واجب بعد طاعة الله والرسول -عليه الصلاة والسلام - مصداقا لقوله تعالى: " وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا"². وهو الدين نفسه الذي حث على صلوات القربى والرحم، اذ قال الرسول - صلى الله عليه وسلم -: " الرحم معلق بالعرش تقول: من وصلني وصله الله ومن قطعني قطعته الله"³.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع من خلال العديد من الدراسات والبحوث في مجال العلوم الإجتماعية والتربية وعلم النفس والتي أكدت على خطورة الجرائم التي يربط فيها الجاني بالمجني عليه قرابة أسرية وانعكاساتها السلبية على الفرد في شخصه وعلى الأسرة في استقرارها وعلى المجتمع في نموه وتقدمه⁴. ولعل أكثر ما يؤكد أهمية دراسة هذا الموضوع هو ارتفاع نسبة الجرائم الواقعة بين أفراد الأسرة الواحدة، وذلك يظهر من خلال احصائيات عن مختلف الجرائم التي ترتكب بين أشخاص تربطهم قرابة أسرية. فقد باتت تلك الجرائم تنصدر صفحات الجرائد والمجلات خلال السنوات الأخيرة، وتعد أبشعها جرائم قتل الأمهات للأبناء أو قتل الآباء وتعذيبهم للأبناء حتى الموت، حيث تشير بعض الإحصائيات إلى أن 60 بالمائة من جرائم العنف على وجه الخصوص - القتل - تقع داخل الأسرة نفسها⁵. كما أكدت خلية الاتصال بقيادة الدرك الوطني بالعاصمة بأنه وصل الأمر إلى حد تسجيل قضايا عديدة

1 - تنص المادة 65 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أنه: " يجازى الآباء على القيام بواجب تربية أبنائهم ورعايتهم، كما يجازى الأبناء على القيام بواجب الإحسان إلى آباءهم ومساعدتهم". والتي عدلت في دستور 2016 بالقانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 كالاتي: " يلزم الآباء تحت طائلة المتابعات، بضمان تربية أبنائهم وعلى الأبناء واجب القيام بالإحسان إلى آباءهم ومساعدتهم". أي أن الآباء أصبحوا ملزمين بتربية أبنائهم وإلا تعرضوا للمتابعة، كما يجب على الأبناء الإحسان إلى آباءهم ومساعدتهم.

2 - سورة الإسراء، الآية 23.

3 - حديث قدسي، رواه البخاري.

4 - أنظر، تركي رابح، أصول التربية والتعليم، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 7.

5 - الجرائم الأسرية في الجزائر... إلى أين، أخبار اليوم، 19 نوفمبر 2015، منشور على الموقع التالي:

لزنا المحارم، حيث سجلت مصالح الدرك الوطني في الثلاثي الأول من سنة 2009 - 71 قضية اغتصاب، إضافة إلى قضايا أخرى لم يتم الفصل فيها بعد¹. وأحصت المديرية العامة للأمن الوطني خلال 9 أشهر الأولى من السنة الجارية أكثر من 73000 امرأة تعرضت للعنف بمختلف أشكاله، وسجلت أن السلوكات العنيفة تصدر في الغالب من محيطها القريب كالزوج والإبن والخطيب، حيث أشارت الأرقام إلى تسجيل 420 حالة عنف مارسها الأبناء تجاه أمهاتهم².

ومهما تعددت الاحصائيات التي ترصد تنامي الجرائم التي تقع داخل الأسرة، إلا أنها ليست بالقدر الذي يمكن الركون إليه لعدة اعتبارات أهمها أن هذا النوع من الجرائم يعتبر من السلوكيات المسكوت عنها لأنها تعتبر من خصوصيات الأسرة التي لا يحق لأحد الاطلاع عليها. كما أن ما يتوافر من بيانات رسمية حول هذا النوع من الجرائم وما بها من مؤشرات تعكس بساطة حجم المشكلة للدرجة التي لا يمكن اعتبارها ظاهرة إنما هي بيانات عن حالات محدودة جدا تحال للقضاء ويفصل فيها، وهي بالتالي لا تعكس الحجم الحقيقي للظاهرة مع اختلاف الاحصائيات المعلن عنها من هيئة إلى أخرى.

ومن خلال ما سبق، ونظرا لأهمية الموضوع وتشعبه فإن محاولة دراسته تتطلب الخوض في الإشكالية التالية: ما مدى تأثير كل من العلاقة الزوجية والعلاقة بين الأصول والفروع على أحكام القانون الجنائي؟ والإجابة عن هذه الإشكالية تستلزم طرح بعض التساؤلات الفرعية الآتية: كيف يمكن لتلك العلاقتين أن تكونا ركنا لقيام جريمة ما من جهة وسببا لنفي الوصف التجريمي عن فعل ما من جهة أخرى؟ وكيف يمكن لتلك العلاقتين أن تكونا سببا في التشديد أو التخفيف في آن واحد؟ وهل قصد المشرع من وراء تعامله مع هاتين العلاقتين بهذا الشكل قد تحقق أم أنه يفترض به تغيير ذلك التعامل لتحقيق قصده؟ وللإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا القيام بدراسة هذا الموضوع من خلال استقراء وتحليل النصوص الجزائرية ومحاولة إجراء مقارنة بين القانون الجزائري وبعض القوانين العربية والغربية لا سيما القانون المصري والقانون الفرنسي وغيرها من القوانين الأخرى إذا دعت ضرورة المقارنة إلى ذلك، وذلك باتباع المنهج التحليلي والمنهج المقارن مع اللجوء في بعض الحالات إلى اظهار أحكام الشريعة الإسلامية.

وقد قسمنا هذا الموضوع إلى بابين:

الباب الأول: أثر العلاقة الزوجية في تطبيق القانون الجنائي.

¹ - جريدة الخبر، 09-09-2009، ص 24.

² - يومي الخبر الجزائرية، 17-11-2015، ص 22.

الباب الثاني: أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تطبيق القانون الجنائي.

الباب الأول: أثر العلاقة الزوجية في تطبيق القانون الجنائي

إن العلاقة الزوجية هي أسمى الروابط الأسرية التي تربط بين رجل وامرأة، فهي الإطار الشرعي لبناء أسرة شرعية صحيحة وآمنة. وإذا كان هذا بعض من أهمية العلاقة الزوجية في حياة الإنسان عامة، فإن لهذه العلاقة السامية أهمية كبرى في القوانين التي تحكم حياة الإنسان عامة وفي إطار القانون الجنائي خاصة بشقيه الموضوعي تجرّما وعقابا، وفي شقه الإجرائي إجراء وإدعاء وحكما. ومن ثم فتلك العلاقة في إطار هذا القانون تتميز بتعدد الأثر، فقد ينصب أثر العلاقة الزوجية على تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الجنائي، وقد يمتد أثرها إلى تطبيق القواعد الإجرائية له.

ولتوضيح هذا الأثر قسمنا هذا الباب إلى فصلين، فصل أول نبين فيه أثر العلاقة الزوجية في تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الجنائي، وفصل ثان نعالج فيه أثر تلك العلاقة على القواعد الإجرائية للقانون الجنائي.

الفصل الأول

أثر العلاقة الزوجية في تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الجنائي

ينصرف مفهوم القواعد الموضوعية إلى تلك القواعد التي تنظم التجريم والعقاب، حيث تنظم حق الدولة في العقاب وتضع الحدود الفاصلة بين الممنوع والمباح، وكذلك الجزاء المناسب الذي يحدده القانون نتيجة مخالفة التكليف الذي يأمر به الأشخاص الخاضعين له. فهذه القواعد تتعلق بالتجريم والعقاب سواء من حيث بيان أركان الجريمة وعناصر كل ركن، وتحديد الجرائم، وما يلحقها من أسباب تشديد أو تخفيف وما يعزبها من أسباب إباحة أو موانع عقاب¹.

وسنحاول أن نلقي الضوء في هذا الفصل على أثر العلاقة الزوجية في تطبيق تلك القواعد الموضوعية سواء من حيث التجريم أو من حيث العقاب:

¹ - لمزيد من التفصيل انظر، محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 1998، ص

13 وما بعدها، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1996، ص

المبحث الأول

العلاقة الزوجية وأثرها في مجال التجريم

من المعلوم أن الجريمة تتكون من أجزاء أو مقومات لا توجد بدونها، لكن تعددت تسميات الفقهاء لهذه الأجزاء أو المقومات، فهناك من الفقه¹ من يطلق عليها تسمية عناصر الجريمة وهناك من يفضل استخدام مصطلح أركان الجريمة للتعبير عن أجزاء الجريمة أو مقوماتها².

والمستقر عليه أن هناك ركنين أساسين للجريمة وهما الركن المادي والركن المعنوي، فضلا عن الركن الشرعي على خلاف بين الفقهاء. حيث يتكون الركن المادي من ثلاث عناصر تتمثل في: السلوك الإجرامي، النتيجة المعاقب عليها ورابطة السببية المادية التي تربط بين السلوك والنتيجة، ويستلزم المشرع لكل عنصر شروطا تختلف من عنصر لآخر³.

وعلى الرغم من ذلك نجد أن بعض الجرائم لا يكفي فيها الركن المادي والركن المعنوي لقيامها قانونا، إنما تحتاج لوجود ركن أو عنصر مفترض يفترض النص الجنائي وجوده أسبق منهما في الوجود، بحيث إذا انتفى هذا العنصر المفترض لم تقم الجريمة ولو توافر ركنها المادي والمعنوي، وذلك ما يعرف بالركن المفترض أو الشرط المفترض في الجريمة، وهو أمر سابق على الجريمة ولازم لوجودها⁴.

ويغلب على التشريعات الجنائية الوضعية اعتبار العلاقة الزوجية _ موضوع الدراسة _ عنصرا تكوينيا أو عنصرا مفترضا في العديد من الجرائم ذات الصلة بالعلاقة الزوجية، والتي يتصور أن تقع من أحد الزوجين⁵. إلا أن أثر العلاقة الزوجية في مجال التجريم يختلف من دولة إلى أخرى باختلاف القيم والمعتقدات السائدة في كل دولة من جهة، وبحسب التحرر الأخلاقي من جهة أخرى، لذلك نجد المشرع في كثير من الدول يعتد بالعلاقة الزوجية ويجعلها شرطا مفترضا في جرائم زنا الأزواج، في حين يحرص المشرع في بعض الدول أثر هذه العلاقة على جريمة هجر الزوجة أو الهجر العائلي، بينما نكاد

¹ -Bouzat .Peire.et Pinatel.Jean, Traite de droit criminel et de criminologie, T2, 1963, p. 85 .

² - أنظر عبد العظيم مرسي الوزير، الشروط المفترضة في الجريمة. دار النهضة العربية. 1983. ص 237.

³ - عبد الفتاح الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، د.د.ن، د.س. ن، ص 272.

⁴ - عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، 1985، ص 50. انظر كذلك لأكثر تفصيل عبد العظيم مرسي الوزير، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

⁵ - محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية _ دراسة مقارنة _ الطبعة الأولى، الرياض، 2002، ص 17.

ألا نجد لهذه العلاقة أثر في معظم التشريعات الغربية سوى في جرائم تعدد الزوجات¹. كل هذه النقاط سنوضحها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول

العلاقة الزوجية كشرط مفترض في جرائم زنا الأزواج

تبيح العلاقة الزوجية موافقة الزوج لزوجته، ومن ثم توجد منفذا طبيعيا مشروعاً للغريزة الجنسية للإنسان ذكراً كان أم أنثى، لذا حرصت التشريعات الوضعية على تجريم العلاقة الجنسية متى كان أحد طرفيها متزوجاً أو كلاهما وكانت خارج إطار العلاقة الزوجية² أي أن العلاقة الزوجية تعتبر شرطاً مفترضاً في جرائم زنا الأزواج، لأنه لا يجرم إلا زنا الأزواج في مفهوم القوانين الوضعية.

أما بالنسبة للفقهاء الإسلاميين³ فنجد أنه يعتبر حتى العلاقة الجنسية التي تقع بين غير المتزوجين زناً أيما كان سنهما، كل ما في الأمر أنه تفرق بين عقوبة المتزوج وغير المتزوج في جريمة الزنا، حيث تشدد العقوبة إذا كان الشخص المرتكب لجريمة الزنا متزوجاً إلى عقوبة الرجم أما غير المتزوج فعقوبته الجلد، بمعنى أنها تجعل من العلاقة الزوجية ظرفاً مشدداً في جريمة الزنا وليس شرطاً مفترضاً فيها.

وقد سار المشرع الجزائري على ما سارت عليه القوانين الوضعية، حيث اشترط في جريمة الزنا أن تكون علاقة الزوجية قائمة وقت ارتكاب الجريمة، أي اعتبرها شرطاً مفترضاً في جريمة الزنا وليس ظرفاً مشدداً.

¹ - بهاء رزيقي علي، المرجع السابق، ص 65.

² - وذلك نظراً لانتفاء المبرر لتلك العلاقة الجنسية، فضلاً عما تنطوي عليه من خيانة للثقة والأمانة التي تعاهد عليها الزوجان عند بدء العلاقة الزوجية بينهما. محمود أحمد طه. المرجع السابق. ص 17.

³ - قد أجمعت الأمة الإسلامية على وجوب جلد الزاني والزانية إذا لم يحصنا مائة جلدة، واختلفوا في تغريمهما عاماً بعد الجلد، فذهب الجمهور عدا الحنفية إلى أن الجلد من تمام الحد. وذهب الحنفية إلى أن التغريم من باب التعزير فلإمام فعله أو لا حسب المصلحة واستدلوا بأن عمر رضي الله عنه غرب ربيعة فلحق بهرقل فقال لا أغرب بعدها أبداً فلو كان حداً ما تركه عمر رضي الله عنه. أما إذا كان الزاني محصناً فقد اتفق الفقهاء على أن عقوبته رجلاً كان أو امرأة الرجم بالحجارة حتى الموت لما روي أن صلى الله عليه وسلم رجم ماعز والغامدية. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني المتوفي سنة 587 هـ. حسن السيد حامد خطاب، أثر القرابة على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، 2001، ص 209.

ويتضح هذا بجلاء من استقراء نصوص قانون العقوبات الجزائري، حيث تنص المادة 339 في فقرتها الأولى¹: " يقضى بالحبس.... على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها لجريمة الزنا". كما تنص الفقرة الثالثة من نفس المادة على أنه: " ... يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس...".

وإذا كانت معظم التشريعات تعاقب على جريمة الزنا، فإن القلة منها لا تعاقب عليه ومن بينها القانون الإنجليزي والقانون الفرنسي قبل تعديله، ففي رأيهم أن العقاب على الزنا لا يجدي اذ لا فائدة من عقاب شخص لا تروعه مبادئ الأخلاق، فضلا عما في العقاب من إثارة فضيحة ينجم عنها ضرر بالعائلة أبلغ من الضرر الذي يصيب المجتمع، وأنه أعطى للزوج وحده الحق في تحريك الدعوى العمومية، فإن العقاب يترتب على مزاحه وحده وأن الجزاء الطبيعي هو الطلاق أو الفرقة²

وبطبيعة الحال جريمة الزنا كغيرها من الجرائم تنطوي على ركن مادي وركن معنوي، إضافة إلى الشرط المفترض وهو قيام علاقة الزوجية.

ولتوضيح أثر العلاقة الزوجية في جريمة زنا الأزواج لا بد من توضيح ماهية الزنا ومتى تقوم تلك العلاقة، وما المقصود بالركن المادي والمعنوي في هذه الجريمة، وكذلك أثر علاقة الزوجية في تجريم الزنا في ضوء التشريعات المقارنة على التفصيل الآتي:

الفرع الأول

ماهية الزنا

الزنا لديه مدلولين لغوي وآخر اصطلاحى:

فالزنا في اللغة مصدر زنا يزني بالقصر لغة أهل الحجاز وبالمدلغة تميم. ويطلق على معان منها:

أ_ أنه يطلق على الدنو يقال زنا الظل بمعنى دنا بعضه من البعض.

ب_ ويطلق على الصعود يقال زنا الجبل بمعنى صعد.

ج_ ويطلق على اللجوء يقال زنا إليه أي لجأ إليه³.

¹ - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 (الجريدة الرسمية رقم 71)، والقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (الجريدة الرسمية رقم 84)، والقانون رقم 11-14 المؤرخ في 12 أوت 2011، والقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014 (الجريدة الرسمية رقم 7). والقانون رقم 15-19 المؤرخ في 2015/12/30 (الجريدة الرسمية رقم 71).

² - عبد الحكم فودة، الجرائم الماسة بالآداب العامة، دار الكتب القانونية، 2006، ص 386.

³ - لسان العرب، فصل الزاي 90/1، المعجم الوحيد، طبعة دار المعارف، ص 294.

أما المعنى الاصطلاحي للزنا في التشريعات الوضعية يختلف عنه في الشريعة الإسلامية، وذلك نظرا لاختلاف أساس التجريم لدى كل منهما:

أولا: تعريف الزنا في التشريعات الوضعية:

يمكن التمييز بين اتجاهين في التشريعات الوضعية فيما يخص تعريف الزنا:

أما الاتجاه الأول فيخصص التشريعات التي لم تعرف الزنا، حيث لم تعرف غالبية التشريعات الوضعية الزنا تاركة ذلك للفقهاء، ومن بين تلك التشريعات التشريع الجزائري والذي تناول جريمة الزنا في المادة 339 من قانون العقوبات¹ دون أن يعطي تعريفا لهذه الجريمة. كذلك تناول المشرع المصري جريمة الزنا في المواد 273، 275 من قانون العقوبات، ولم يشر في هذه المواد إلى تعريف الزنا. لكن إذا استطلعنا تعريفات الفقه المصري لوجدناها مع اختلاف الألفاظ المستخدمة في تعريفاتها تدور حول معنى واحد يتجسد في: موافقة أنثى برضاها خارج العلاقة الزوجية رغم أن أحدهما أو كلاهما متزوج بآخر². أما التشريع الفرنسي فقد تعرض لجريمة الزنا في المواد 336، 339 من قانون العقوبات، والتي ألغيت بالقانون رقم 617 لعام 1975 الصادر في 1975/05/11. ولم يعرف المشرع الفرنسي الزنا تاركا تحديده معناه للفقهاء. وقد عرف هذا الأخير الزنا بأنه: " خرق لحرمة الزواج من شخص متزوج له علاقات غير مشروعة بآخر غير زوجه برضاها. ويميز بين نوعين من الزنا: زنا بسيط وهو الزنا الذي يرتكبه الشخص المتزوج مع شخص غير متزوج. وزنا ثنائي، وهو زنا يرتكبه شخص متزوج مع شخص متزوج³. وبالمقابل هناك اتجاه ثان يمثله تشريعات عرفت الزنا والتي تتسم بطابعها الإسلامي، ومن أمثلتها التشريع الليبي حيث عرفت المادة الأولى من قانون العقوبات الليبي لعام 1974 الزنا بأنه: "مواقعة أنثى برضاها خارج العلاقة الزوجية". وقد فسر القضاء الليبي لفظ الجماع بأنه الوطء في القبل. وكذلك التشريع اليمني والذي عرف الزنا بأنه: "كل وطء محرم سواء صدر من الزوج أو من الزوجة أو من غيرها".

1 - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

2 - أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص 556.

3-Auguste FOREL, Question sexuelle, 3 édition, Revue et corrigée.1911. p.344.

ثانيا: تعريف الزنا في الفقه الإسلامي

عرف الفقهاء جريمة الزنا بتعريفات مختلفة وكان السبب في اختلافهم في الأعم الأغلب يرجع إلى اختلافهم في ذكر الأركان والشروط الواجبة فيها أو في الشبهة المانعة من وجوب الحد. ومن هذه التعريفات:

- عرفها الحنفية بأنها: وطء مكلف طائع في قبل مشتهاة خال عن ملكه وشبهته في دار الإسلام أو تمكينه من ذلك أو تمكينها¹.
- وعرفها المالكية بأنها: وطء مكلف مسلم خرج أدمي لا ملك له فيه بلا شبهة عمدا².
- وعرفها الشافعية بأنها: إيلاج ملتزم عالم بالتحريم حشفة أوقدرها بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة مشتهي طيعا³.
- وعرفها الحنابلة بأنها: فعل الفاحشة في قبل أو دبر⁴.

تتفق التعريفات السابقة للفقه الإسلامي في تعريفهم للوطء المحرم وإن اختلفت الألفاظ، إذ يعني الوطاء المحرم المتعمد في غير ملك أو شبهة. ويختلفون في محل الوطاء، فالبعض يقصره على القبل فقط، بينما يمدده البعض الآخر إلى الدبر أيضا. ويرجح الاتجاه الذي يقصر محل الوطاء على القبل، وهو ما يمثل اتجاه الجمهور ويتفق هذا المفهوم مع التشريعات التي عرفت الزنا⁵.

في ضوء مفهوم الزنا في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي يتضح اختلافهما في صفة الجاني: فالفقه الإسلامي لا يشترط في الجاني أن يكون متزوجا على عكس التشريع الوضعي الذي لا يجرم الوطاء إلا إذا كان الجاني متزوجا. ومع ذلك يتفق الفقه الوضعي مع الفقه الإسلامي في ثلاثة أمور:

1 - العلامة ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار -، الجزء الثالث، طبعة الحلبي، 1252 هـ، 141-142.

2 - حاشية الدسوقي المتوفي سنة 1230 هـ على مختصر سيدي خليل المتوفي سنة 767 هـ، 313/4 _ حاشية الخرشبي على مختصر سيدي خليل، دار الفكر، بيروت، 316/5.

3 - روضة الطالبين وتحفة المفتين للإمام النووي المتوفي سنة 676 هـ، طبعة بيروت، 309/7.

4 - المغني لابن قدامة المتوفي سنة 630 هـ على متن أبي القاسم الخرقى، دار الكتاب العربي، بيروت، دار الحديث بالقاهرة، 181/8.

5 - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 20.

الأول: النشاط الإجرامي وهو الوطء في محرم، والثاني: الركن المعنوي وهو تعمد الوطء، والثالث: رضا الطرفين بالزنا لأن انعدام الرضا يغير من وصف الجريمة والعقاب، إذ يصبح جنائية اغتصاب في التشريعات الوضعية، في حين يصبح حد حرابة في الشريعة الإسلامية إذا توافرت شروطها.

الفرع الثاني: الركن المفترض

قيام رابطة زوجية صحيحة

يجب في جريمة زنا الزوجة أن تكون المرأة الزانية مرتبطة بعقد زواج صحيح برجل غير من اتصلت به جنسياً، وكذلك يجب في جريمة زنا الزوج أن يكون الرجل الزاني مرتبطاً بعقد زواج صحيح بامرأة غير التي اتصل بها جنسياً. وترجع الحكمة من ذلك إلى أن عقد الزواج يلزم طرفيه بالأمانة والإخلاص كلاهما اتجاه الآخر، فحقوق الزوجية التي يهدف تجريم الزنا إلى حمايتها منبثقة عن هذه العلاقة الزوجية¹.

وفي هذا الصدد لا بد أن نحدد ما هي الفترة التي تعتبر فيها العلاقة الزوجية قائمة؟

إن الفترة الزمنية التي يتصور ارتكاب جريمة الزنا فيها هي الفترة المحصورة بين انعقاد الزواج ونحلاله، وبذلك يخرج من دائرة تجريم الزنا ما يحدث بين الخاطب والمخطوبة من اتصال جنسي بينهما، ولو نتج عن هذا الاتصال حمل ظهر بعد إتمام عقد الزواج².

فقد تطلب المشرع في مجال تجريم الزنا وجود علاقة زوجية قائمة حقيقة أو حكماً. ويقصد بالعلاقة الزوجية القائمة حقيقة، تلك التي يرتبط فيها الطرف الزاني بزوجه الآخر بعقد زواج صحيح مستوفياً الشروط والإجراءات الشكلية التي يستلزمها القانون، مع بقاء هذه العلاقة قائمة بالفعل دون أن يرد عليها سبب انحلال بوفاة الزوج الآخر أو بطلاق أو تطليق. أما إذا حدث الاتصال الجنسي بعد انحلال الزواج فلا تقوم به جريمة الزنا، ولا فرق بين أسباب الانحلال إذا كانت الطلاق³ أم موت الزوج، ولا أهمية لعلم المتهم بتحقيق سبب الانحلال.

¹ - يترتب على خطة المشرع في تجريم الزنا نتائج غاية في الخطورة على الأفراد والمجتمع أهمها: أنه إذا كان كل من طرف الاتصال الجنسي غير متزوج وبلغ ثمانية عشر كاملة، وكان ذلك برضاها فلا يعدو أن يكون فعلهما مجرد استعمال للحرية الجنسية، ومن ثم فالأمر يخرج عن دائرة التجريم، ما لم يتم تحت إطار فعل إجرامي آخر ألا وهو الفعل العلني المخجل بالحياء.

² - بهاء رزقي، المرجع السابق، ص 67.

³ - ينحل الزواج في الشريعة الإسلامية بمجرد صدور الطلاق، وعند النزاع يكون حكم القاضي مقرراً له عند ثبوته لأن الأصل في الشريعة الإسلامية الغراء أن الطلاق باللفظ. أما في الشريعة المسيحية فيعتبر تاريخ انقضاء الزوجية هو تاريخ صدور الحكم بالفسخ. وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري، حيث نحدده قد نص في المادة 49 من قانون الأسرة أن "الطلاق لا يثبت إلا بحكم قضائي".

ولهذا الركن طبيعة موضوعية، وتطبيقا لذلك فالمرأة التي اتصلت بعشيقها عقب وفاة زوجها لا تسأل عن جريمة الزنا وإن كانت لم تعلم بعد بوفاته، وكانت تعتقد وقت فعلها أنها تحل بحقوق الزوجية، لكن بشرط أن يكون سبب الانحلال قد أنتج أثره فانقضت العلاقة الزوجية، لأنه إذا انقضت تلك العلاقة وبقيت بعض آثارها نكون أمام ما يعرف بالعلاقة الزوجية القائمة حكما¹، وقد سبق وأن بينا أن المشرع في مجال تجريم الزنا تطلب وجود علاقة زوجية قائمة حقيقة أو حكما. ومن هذه الوجهة يتعين - وفقا للشريعة الإسلامية- التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن:

فالطلاق الرجعي لا يرفع قيد الزوجية ولا يزيل ملكا ولا حلا بمعنى أنه لا يزيل ملك الاستمتاع الثابت بالزواج، ويعني ذلك أنه يبقى على علاقة الزوجية حكما خلال فترة العدة، فإذا ارتكبت الزوجة فعلها خلال هذه الفترة قامت بما جريمة الزنا، ولكن إذا ارتكبت بعد انتهاء العدة فلا تقوم بها الجريمة لانقضاء الزوجية.

أما إذا كان **الطلاق بائنا** -سواء في ذلك بينونة الكبرى أو الصغرى- فهو ينهي علاقة الزوجية في الحال، ومن ثم لا ترتكب المطلقة طلاقا بائنا جريمة الزنا إذا أتت الفعل خلال عدتها. وإذا توفى الزوج انقضت الزوجية بوفاته، فلا ترتكب الزوجة جريمة الزنا إذا اقترفت فعلها بعد الوفاة مباشرة ولم تكن العدة قد انقضت بعد².

وإن كان هذا رأي جمهور الفقه فيما يخص الطلاق البائن والوفاء، إلا أننا نجد أن جانب من الفقه³ قد انتقد هذا الرأي استنادا إلى مخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لأحكام قانون الأسرة.

فقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن كل نكاح مجمع على بطلانه كنكاح خامسة أو متزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثا قبل أن تنكح زوجا آخر، يعد زنا موجب للحد إذا حدث فيه وطء، ولا عبء بوجود العقد ولا أثر له⁴. ومن ثم فإن كل اتصال جنسي عقب الوفاة أو الطلاق عامة ولو كان

¹ - محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1989، ص 27 و28.

² - محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثامنة، ب.د.ن، 1984، ص 337 وما بعدها، محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، 1978، ص 464 وما بعدها.

³ - محمد عبد الرؤوف محمود أحمد، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008، ص 154 وما بعدها.

⁴ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الثاني، ب.د.ن، ب.س.ن، ص 363.

بائنا بينونة صغرى أو كبرى يقوم به الزنا، طالما حدث أثناء عدة الوفاة أو عدة الطلاق ولو كان بائنا. ذلك لأن الوفاة أو الطلاق البائن وإن أنهى كل منهما الزوجية فعلا، إلا أن آثار الزوجية يبقى بعضها قائما حكما أثناء العدة لاسيما في مجال الحل والحرمة. يضاف إلى ذلك أن القانون الجنائي يحيل في بيان الأمور المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية _ كالزواج والطلاق مثلا _ إلى القوانين المنظمة لها، ولما كانت هذه القوانين مستمدة من الشريعة الإسلامية، فلا بد من النظر إلى مفاهيم الزواج والطلاق وآثارهما في ضوء المفاهيم الشرعية لهما، وحيث أن الشريعة الإسلامية تجعل لعدة الوفاة أو الطلاق بعض الآثار، فرغم أنهما يزيلان الحل إلا أنهما لا يزيلان الحرمة. فمثلا المرأة إذا مات زوجها أو طلقها طلاقا بائنا، زال عنها حل الاستمتاع المنبثق من عقد الزواج، إلا أنه يحرم عليها الارتباط بآخر أثناء العدة. وبالتالي إذا حرم العقد أثناء العدة حرم الاتصال الجنسي بغير العقد من باب أولى، لذلك يعد زنا ويعاقب عليه قانونا¹.

ويخلص صاحب هذا الرأي إلى أنه يتعين عند بحث مفهوم الزنا قانونا، أن يتم ذلك في ضوء مفهوم الزوجية والطلاق، ومفهوم العدة وحكمتها وآثارها في الفقه الإسلامي. ويجب امتداد تجريم الزنا إلى كل اتصال جنسي يقع بين المرأة المتوفى عنها زوجها ورجل آخر أثناء عدة الوفاة فضلا عن امتداده إلى كل اتصال جنسي يقع بين المطلق أو المطلقة ومن في حكمهما كما في الخلع.

ولدينا، أنه بالرغم من وجاهة الرأي السابق وما ينشده من المحافظة على الأخلاق وتجرير كافة أشكال زنا الأزواج صيانة للفضيلة في ذاتها وتطهيرا للأنفس من الرذيلة، إلا أنه يصطدم مع الحكمة التشريعية من تجريم زنا الأزواج من جهة، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من جهة أخرى. فمحل الحماية الجنائية في هذه الجريمة ليس صيانة الفضيلة في ذاتها، وإنما المحافظة على حق كل من طرفي رابطة الزوجية في عدم إحلال الآخر بعهد الزواج، وفي نفس الوقت حماية المجتمع في كفالة حرمة الزوجية وصيانة نظام الأسرة من انتهاك أحد الزوجين لما يفترض فيه من ثقة، وبالتالي دفع ما يترتب على ذلك من هدم كيان العائلة باعتبارها الخلية الأساسية في بناء المجتمع ونظامه. ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يقرر أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني، يأبى التفسير الواسع في مجال التجريم لما يترتب عليه

¹ - ويضيف صاحب هذا الرأي إلى ذلك أن العدة من المفاهيم الشرعية التي تؤخذ امتثالا لأمر الله ولو لم يعلم حكمه مشروعيتها، فإن كان الظاهر من تقرير العدة التحقق من براءة الرحم وعدم انشغاله بالحمل فتاديا لاختلاط الأنساب، فهذا مدعاة من باب أولى لاعتبار الاتصال الجنسي أثناء العدة زنا. محمد عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 154.

من امتداد التحريم أو العقاب إلى حالات يشملها النص الجنائي، كما أنه يتحافى مع منهج التفسير القانوني الذي يبني على تحديد المصلحة الاجتماعية المحمية كما قصد إليها الشارع¹.

أما عن موقف المشرع الجزائري فيهم من خلال المادة 339 من قانون العقوبات² وجوب توافر العلاقة الزوجية وقت ارتكاب جريمة الزنا، أي أن يكون مرتكب الفعل متزوجا دون أن يبين حكم ذلك الفعل إذا ارتكب خلال فترة محاولات الصلح أو خلال فترة عدة الطلاق. بينما ذهبت المحكمة العليا في قرار لها³ إلى قيام الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد زواج مع رجل آخر قبل أن يصبح حكم الطلاق بينها وبين زوجها الأول نهائيا⁴.

كما أكدت المحكمة العليا فيقرار آخر أنه: " لا صفة للزوج بعد الطلاق في رفع الشكوى من أجل الزنا"⁵. أي أنها أكدت وجوب توافر الرابطة الزوجية وقت ارتكاب جريمة الزنا، وبانتهاء العلاقة الزوجية يسقط شرط من شروط جريمة الزنا، بينما لو حدث فعل الزنا خلال فترة مراجعة الزوج لزوجته أو قبل صيرورة الحكم بالطلاق نهائيا، بانقضاء مدة الطعن أو برفض الطعن من طرف المحكمة العليا، فإن الجريمة تقوم، وذلك على اعتبار أن أحكام الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف وفقا لنص المادة 57 من قانون الأسرة⁶، وأن الطعن بالنقض في هذه الحالة يوقف التنفيذ⁷ عملا بأحكام المادة

1 - أنظر، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، 1996، ص 35.

2 - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

3 - المجلس الأعلى، قرار رقم 570 المؤرخ في 6 جوان 1989، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ص 131.

4 - سار أيضا على نفس النهج القضاء الجنائي المغربي، في قرار للمجلس الأعلى عدد 7471 المؤرخ في 2 أكتوبر 1984 قائلا: أنا مطلقة أثناء فترة العدة تظل في حكم الزوجة، ولذلك إذ اثبت اقترافها للفاحشة أثناء هذه العدة، فإنها تعتبر مرتكبة لجريمة الخيانة الزوجية وليس جريمة الفساد. أنظر، منصور المبروك، الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغربي (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2013/2014.

5 - المحكمة العليا، غ. ج. م، 08/01/2003، الطعن رقم 249349، المجلة القضائية، 2/2003، ص 355.

6 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

7 - أنظر، نجيمي جمال، جرائم الآداب والفسوق والدعارة في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مقارنة معززة بالإجتهد القضائي، دار هومة، 2014، ص 368.

361 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ التي تقضي بأنه: " لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بالأشخاص وأهليتهم وفي دعوى التزوير".

غير أن المحكمة العليا ذهبت في قرار جريئ لها إلى دعوة قضاة الموضوع بالأخذ بعين الاعتبار حالة ما اذا كان موقف الزوج متعسفا إلى درجة الظلم، مثل ذلك الزوج الذي فارق زوجته منذ خمسة سنوات ورفض ارجاعها أو تطبيقها وتركها كالمعلقة، فلما حدث وأن أخطأت وزنت رفع ضدها شكوى وحكم قضاة الموضوع بإدانتها فلما رفع الأمر إلى المحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقا) نقضت ذلك القضاء ودعت قضاة الموضوع إلى مراجعة موقفهم والتأكد من قيام الرابطة الزوجية فعلا، أي أنها وجهتهم إلى احتمال النطق بالبراءة اذا تأكد أن العلاقة الزوجية هي مجرد حبر على ورق وأن الزوج الشاكي ظالم لزوجته من خلال تعسفه في رفض المراجعة ورفض المفارقة²، ذلك ما جاء في قرارها: " متى كان من المقرر قانونا أنه اذا كانت أسباب القرار لا تكفي لمواجهة ما قدمه الأطراف من أدلة وما أبدوه من طلبات..... فإنهم بذلك اكتفوا باثبات الفعل المنسوب للمتهمين دون الإمعان في جوانب الدعوى وأسبابها وذلك بعدم تعرضهم إلى أقوال المتهمة التي أدلت بها أثناء التحقيق الابتدائي بكونها خرجت من سكن زوجها الشاكي منذ خمس سنوات وامتنع من ارجاعها بعد أن صرح لها بأنه لا يطلقها ولا يردها، كما أنه لم يسجل زواجه بها في الحالة المدنية حتى لا ترثه،..."³

أما فيما يخص الانفصال الجسماني الذي تطبقه بعض المذاهب المسيحية، فإنه لا يرفع التزام الأمانة بين الزوجين، وبالتالي لا ينهي العلاقة الزوجية، وإن كان يرفع عن المنزل صفته كفراش زوجية. والسؤال الذي يطرح هنا: ما حكم زنا أحد الزوجين بعد الحكم بالانفصال الجسماني بينهما؟

بالنسبة لزنا الزوجة تعاقب عليه على أساس أن الانفصال الجسماني لا ينهي العلاقة الزوجية، أي تظل صفتها كزوجة قائمة. بينما بالنسبة لزنا الزوج لا يعد جريمة لعدم وقوعه على فراش الزوجية، وأساس ذلك أن الانفصال الجسماني يرفع صفة فراش الزوجية عن المنزل الخاص بالزوجية، فالزوج في تلك القوانين لا يعتبر مرتكبا لجريمة الزنا إلا إذا تمت في فراش الزوجية.

1 - القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2 - نجيمي، جمال، المرجع السابق، ص 369.

3 - المجلس الأعلى، غ.ج.م، 1987/02/24، طعن رقم 39171، المجلة القضائية، 3/1989، ص 285.

وهذه التفرقة في الحكم بين زنا الزوجة وزنا الزوج غير منطقية وليس لها مبرر، فطالما الانفصال الجسماني هذا لا يرفع الالتزام بالأمانة بين الزوجين كان من المنطقي أن يحرم زنا أي من الزوجين خلال سريان هذا الحكم¹.

وغني عن البيان أن إصابة الزوج بمرض أو جنون أو الحكم عليه بعقوبة سالبة للحرية وتنصيب قيمعليه لا يمس حقوق الزوجية، ومن ثم يتصور قيام جريمة الزنا خلال فترة المرض أو الجنون أو الاعتقال². وتجدد الإشارة إلى أنه في مجال تجريم القانون للزنا لا يكفي قيام رابطة الزوجية فحسب، بل لا بد أن تقوم الرابطة الزوجية صحيحة. فإذا اعتبر المشرع قيام العلاقة الزوجية من أركان جريمة الزنا، فهو يفترض صحة هذه العلاقة فهي التي يعتد بها القانون. أما إذا ثبت أنها غير صحيحة فلا اعتداد بها، ومن ثم لا تقوم جريمة الزنا³. ولا فرق بين بطلان عقد الزواج وفساده، ففي الحالتين لا يحل استمتاع أحد الزوجين بالآخر، ويعني ذلك أنه لا تنشأ به حقوق الزوجية التي يهدف تجريم الزنا إلى حمايتها، وإذا قضى بالبطلان كان له أثر رجعي فيعني أن صلة الزوجية لم تنشأ في أي وقت. ومن ثم لا تقوم الخيانة الزوجية بفعل اقترفته الزوجة قبل النطق بالبطلان. وإذا فسخ عقد الزواج كان لفسخه أثر رجعي كذلك واستحال قيام جريمة الزنا ولو عن فعل اقترف قبل النطق بالفسخ. ويكون للبطلان أو الفسخ هذا الأثر ولو كانت الزوجة تجهل سببه وتعتقد صحة الزواج، فلهذا الركن طبيعة موضوعية ولكن إذا اعتقدت توافر سبب للبطلان أو الفساد أو الفسخ، في حين كانت العلاقة الزوجية صحيحة فإن القصد الجنائي لديها يعتبر منتفياً.

وإذا دفع المتهم _ في جريمة الزنا _ بعدم صحة العلاقة الزوجية، وجب على المحكمة الجنائية أن توقف الفصل في الدعوى حتى يفصل في النزاع في الزوجية من القضاء المختص في الأحوال الشخصية، وللمحكمة الجنائية إذا تبين لها بطلان الزواج بطلاناً مطلقاً أن تأمر بالإيقاف من تلقاء نفسها⁴.

1 - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 74 و75.

2 - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 28.

3 - محكمة النقض المصرية، في 3 فبراير، مجموعة أحكام محكمة النقض، س4، رقم 179، ص 469.

4 - محمد رشاد متولي، نفس المرجع، ص 31.

أما إذا كان عقد الزواج صحيحا فلا عبرة لدخول الزوج بزوجه من عدمه، ففي مجال تجريم الاتصال الجنسي من أحد الزوجين بغير زوجه تكون بدءا من إتمام العقد وحتى انحلاله¹.

ولنا أن نطرح التساؤل الآتي: هل تقوم رابطة الزوجية بموجب الزواج العرفي؟

يقصد بالزواج العرفي في هذا الصدد الزواج الذي له كيانه الشرعي والقانوني كاملا، بمعنى أنه زواج استوفى شروط صحته الشرعية، وكل ما هنالك أنه غير مكتوب أو غير مدون بوثيقة زواج رسمية. فتقوم بهذا الزواج رابطة الزوجية المعتبرة في تجريم الزنا إذ يتولد عنه جميع حقوق الزوجية والتزاماتها، ومنها حل الصلة الجنسية بين الزوجين².

ولا يتغير الحكم إذا كانت سن الزوجة أو سن الزوج يقل عن السن القانونية للزواج، وكأن صغر السن هو الباعث إلى الاكتفاء بالعقد العرفي، وكل ما يترتب على صغر السن هو خضوع الزوج أو الزوجة المرتكب لجرمة الزنا لقانون الأحداث، ولكن شريكه في الجريمة يخضع للقواعد العامة.

ويثبت الزواج العرفي لدى القاضي الجنائي بجميع وسائل الإثبات التي يكون من شأنها اقتناعه بذلك. ونجد أن مسألة إثبات الزواج في القانون الجزائري تثير إشكالات عديدة، وذلك نظرا لعدم انسجام التشريع الجزائري في هذا المجال، حيث نصت المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري³ في مضمونها على أن الزواج يثبت بشهادة مستخرجة من سجلات الزواج لبلدية مكان عقد الزواج، وأضافت نفس المادة في فقرتها الثانية أن الزواج يكون صحيحا إذا توافرت فيه الشروط الشرعية لزواج ويمكن تثبيته بحكم قضائي.

وعليه يشترط لقيام جريمة الزنا تطبيقا لنص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري⁴ أن يكون الزاني أو الزانية وقت ارتكابهما للأفعال المنسوبة إليهما مرتبطان بعقد زواج صحيح مع الشاكي. حيث نصت المادة 339 في فقرتها الأولى على أنه: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا"، فلم تشترط هذه المادة أن يكون عقد الزواج مسجلا في الحالة المدنية حتى يكون صحيح، بل يكفي أن يكون العقد مستوفيا لجميع الشروط والأركان الشرعية القانونية، سواء كان

1 - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 468 وما بعدها، محمد عطية راغب، الجرائم الجنسية في التشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى، ب.س.ن، 1957، ص 29.

2- بهاء رزقي علي، المرجع السابق، ص 76.

3 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المعدل والمتمم.

4- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، والمعدل والمتمم.

في عقد زواج عرفي أو رسمي محرر من طرف ضابط الحالة المدنية. وعليه تقوم جريمة الزنا ضد المرأة التي تزوجت بالفاتحة وحصل الزواج أمام جماعة المسلمين، ولو يحصل تسجيله في دفاتر الحالة المدنية¹. وإن كانت قرارات المجلس الأعلى قد تناقضت فيما بينها، وذلك بالنظر إلى القرار 21440 الصادر بتاريخ 1980/12/02 والذي جاء فيه: " لا يعتد بالزواج بالفاتحة لإثبات قيام جنحة الزنا". وكذلك القرار الصادر في 1982/11/09 الذي جاء فيه: " لا تتم المتابعة على أساس المادة 339 من قانون العقوبات إلا بتقديم عقد من الحالة المدنية يثبت زواج الشاكي. في حين نجد القرا بالصادر في 1987/02/24 في الطعن رقم 39171 يذهب إلى أنه: "يشترط لتطبيق المادة 339 من قانون العقوبات أنتكون الزانية وقت ارتكاب الأفعال المنسوبة إليها مرتبطة بعقد زواج مع الشاكي حتى ولو حصل هذا الزواج أمام جماعة من المسلمين ولم يحصل تسجيله في دفاتر الحالة المدنية". وهذا ما ذهبت إليها لمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/12/25 في القضية رقم 58224 أين نجدها أقرت بصحة زواج عرفي لما توفرت أركانه، أي أنه يكفي لقيام الجريمة الزواج العرفي إذا أمكن إثباته². ولكي يعتبر الزوج مرتكباً لجريمة الزنا لا بد أن يقوم بالسلوك الإجرامي المكون لهذه الجريمة.

الفرع الثالث

الركن المادي في جريمة الزنا

جريمة الزنا شأنها شأن سائر الجرائم لها ركن مادي تقوم عليه وتوجد به وتنتفي بانتفائه. والركن المادي في جريمة الزنا هو فعل الوطء ذاته. وخلافاً للشريعة الإسلامية، فإن غالبية التشريعات الوضعية ومنها القانون الجزائري لم تورد نصاً صريحاً يحدد ماهية الفعل _ كما بينا سابقاً _ وتعريفه، وإلى أي مدى لا يعاقب عليه القانون؟ ومتى ومنذ أية لحظة تمتد النصوص بالعقاب على الفعل؟ وتركت هذه القوانين مسألة التعريف إلى الفقهاء وشراح القانون.

¹- نبيل صقر، كتاب الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، 2008، ص 307 وما بعدها.
² - أنظر، عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد العاشر، نوفمبر 2006، ص 11.

وتكاد تجمع أقوال الفقهاء¹ على أن جريمة الزنا لا تقوم إلا إذا تم إيلاج العضو التناسلي لرجل في قبل امرأة برضاها حالة كونهما ليسا زوجين وكون أحدهما أو كلاهما متزوجا مع شخص ثالث، وسواء أكان الإيلاج كلياً أو جزئياً، وسواء بلغ أحدهما أو كلاهما شهوته أو لا يتحقق شيء من ذلك. ولهذا الفعل في جريمة الزنا ذات دلالة في الاغتصاب، فلا يفرق بين الجريمتين غير كون الاتصال الجنسي في الاغتصاب بغير رضا المرأة، في حين ينصرف إليها قبولها في جريمة الزنا. أما من حيث ماديات الفعل فلا فرق بين الجريمتين².

وما دام الاتصال الجنسي _الذي يشترطه القانون لقيام جريمة الزنا_ لا يكون إلا بإيلاج العضو التناسلي للرجل في المرأة من الأمام دون الخلف، فإن الركن المادي إذن يتكون من عنصرين هما:

العنصر الأول: يلزم أن يكون الوطء بين طرفين متغايرين: ذكر وأنثى

وينبغي على ذلك أن:

أ_ الوطء بين رجلين _ اللواط_ لا يعتبر في نظر التشريع الجزائري جريمة زنا، حتى لو كان الرجلان أحدهما أو كلاهما متزوجا، أو تم الوطء بينهما في منزل الزوجية، أو كان أحدهما خنثى على صورة الرجال وأحوال النساء. وهذا لا يمنع بطبيعة الحال من عقابهما تحت وصف آخر وهو الشذوذ الجنسي وفق المادة 333 الفقرة الثانية من قانون العقوبات³ إذا توافرت شروطه.

ب_ التبدل بين امرأتين _السحاق_ لا يعتبر أيضا في نظر التشريع الجزائري جريمة الزنا، حتى لو كانت المرأتان أحدهما أو كليهما متزوجة، أو تم الفعل بينهما في منزل الزوجية، أو استعملت أحدهما عضو تذكير صناعي في وطئها للمرأة الأخرى لانتفاء الحكمة من العقاب على الخيانة الزوجية⁴.

ج_ وإذا مكنت المرأة المتزوجة نفسها من حيوان فلا يعد في نظر التشريع الجزائري جريمة زنا تستوجب العقوبة، بل يستحق فعلها في نظر الشريعة الإسلامية التعزير فقط، لأن حكمها حكم إتيان البهيمة، وحكم وطء البهيمة عند الأحناف التعزير⁵.

1 - لأكثر تفصيل أنظر، محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 16 وما بعدها.

2 - محمد رشاد متولي، نفس المرجع، ص 16.

3 - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، والمعدل والمتمم.

4 - يعاقب القانون التونسي على المساحقة في المادة 230 من قانون العقوبات.

5 - عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1375هـ، ص 143.

العنصر الثاني: فعل الوطء بين الذكر والأنثى

ويراد به إتيان الرجل المرأة بالطريق الذي أعدته الطبيعة بحكم غريزة التناسل، وذلك بأن يولج الرجل عضو تذكيره في قبل الأنثى¹. وبطبيعة الحال فإن الوطء لا يتحقق إذا وضع الرجل شيئاً آخر غير عضو ذكوره كأصبعه مثلاً في عضو تأنيث المرأة، ولا تقوم الجريمة بمجرد عبث أحدهما بعورات جسم الآخر أياً كانت درجة فحش هذا العبث، كما لا تقوم الجريمة بتلقيح الزوجة صناعياً من مني رجل آخر غير زوجها برضاها دون علم زوجها أو على الرغم من اعتراضه².

ومما يؤيد ضرورة إيلاج ذكر الرجل في فرج المرأة كي يتحقق الركن المادي في جريمة الزنا، أن أحد المحاكم المصرية قد قضت بالبراءة³ في قضية تتلخص وقائعها في أن: "فتاة بكر سنها أكثر من ثمانية عشر عاماً زوجت كرها عنها برجل لا تهواه و لا تريد الزواج منه، حيث كانت ترغب في الزواج من شاب تعلقت به ولم يرد أهلها ذلك، فعقدوا زواجها على الرجل الأول وتم العقد فعلاً، إلا أنها اتفقت مع عشيقها الشاب على أن يزيل بكارتها بأصبعه و قد حدث ذلك فعلاً، ولم تر المحكمة في هذا ما يقيم الركن المادي لجريمة الزنا، حيث ثبت من التحقيق أنه لو يواقعها وجريمة الزنا لا تتم إلا بالواقعة الجنسية الطبيعية أي بإيلاج عضو تذكير الرجل في عضو تأنيث المرأة، فقضت بالبراءة".

ويكفي لقيام الركن المادي مجرد الإيلاج حتى ولو لم يحصل الإمناء أو الإنزال، أي ولو لم يشبع أحدهما أو كلاهما رغبته الجنسية. فبمجرد الإيلاج ولو بدون انتصاب تتم الجريمة حتى ولو كان عنينا أو خصياً، إذ يكفي في معنى الوقاع بالنسبة له أن يتم ولو بغير إيلاج كامل، أو كان حمل المرأة من هذا الفعل عينه مستحيلاً لبلوغها سن اليأس، أو المرض أو عيب خلقي في جهازها التناسلي أو استأصل، أو تم الإنزال خارج الفرج أو استعملت وسائل منع الحمل أو سبق حملها المبكر من زوجها. وليس بشرط أن يتم الإيلاج بفعل الرجل، فحتى لو كان الرجل مستلقياً وأدخلت المرأة ذكره في فرجها بإرادتهما المشتركة، لزمهما الحد شرعاً والعقوبة قانوناً عن فعل الزنا⁴.

1 - حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 1946/12/23.

2 - محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص 462.

3 - محكمة عابدين الجزئية، بتاريخ 29 أكتوبر 1945. مقتبس عن بهاء رزيقي علي، المرجع السابق، ص 60.

4 - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 18.

أما إذا تم الإيلاج في دبرها ولم يمس قبلها بالمرّة فقد اختلفت آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في حكمه، فبعضهم¹ يرى أن وقاع المرأة في دبرها _على خلاف الطبيعة_ لا يكون جريمة الزنا، على أساس أن هذا الفعل يستحيل معه الإخصاب وبالتالي يحول دون دخول أطفال غير شرعيين في الأسرة، و لأن فعل الزنا هو بالذات إدخال السائل المنوي داخل الوعاء المعد لتكوين الحمل، فما لم يصل الفعل إلى هذه النتيجة لا يعد زنا، بالإضافة إلى أن إتيان المرأة من الخلف ليس حقا لزوجها وبالتالي فليس له أن يزعم أن في وقوع هذا الفعل من الغير اعتداء على حق له.

وخلافا لذلك يرى البعض الآخر² أن هذا الوقاع يكون جريمة الزنا التامة، فليس الوقاع في القبل هو وحده الذي يرتب الآثار الخطيرة، وليست هذه الآثار الخطيرة مقصورة على الخوف من الحمل، لأن الطب في الحاضر قد كشف عن أساليب عديدة يتفادى بها هذا الحمل، بالإضافة إلى الوسائل الأخرى الكثيرة - الطبيعية والصناعية- التي يلجأ إليها أو يستعملها طرفا الفعل لمنع الحمل. فليس الحمل أو احتمالاه هو المعيار الذي يجرم الفعل أو لا يجرمه، "لأن الأخذ بهذا المعيار يؤدي إلى إنكار وقوع الزنا في فعل الإيلاج في القبل إذا تم باستخدام مانع من الحمل، مع أن الإيلاج في القبل - مع الاحتياطات المانعة للحمل- وفي الدبر يتضمن فعلا ماديا ذو نتيجة واحدة، وفي نفس الجسامة من حيث إخلاله على ذات القدر بالنظام الزوجي الذي يحميه القانون، بل ويمكن الذهاب إلى أبعد من ذلك فيقال: أن حمل المرأة من غير زوجها لا يعد زنا إلا أثبت التحقيق ذلك، أي أنه كان نتيجة وقاع مع آخر غيره.

فالطب الحديث قد أثبت نجاح عمليات الإخصاب بطرق شتى غير الوطاء منها، مثلا عن طريق الحقن كما يتوقع الشرعيون احتمال الحمل من غير وطاء بأن يدخل ماء الرجل في فرج المرأة عرضا في الحمام مثلا، أو بفعلها هي وحدها أو بفعل غيرها من النسوة، ولهذا تصور حمل البكر. وقالوا: " ما يجب بالوطء في الفرج من الحد يجب بالوطء في الدبر أيضا لأنه فرج مقصود فتعلق الحد بالإيلاج فيه كالقبل ولأنه إذا وجب بالوطء في القبل وهو ما يستباح يكون بالوطء في الدبر من باب أولى". والقول بغير ذلك من شأنه أن يفتح بابا واسعا لا يمكن أبدا غلقه، بأن يدفع الزاني والزانية جريمتهم بأن الوطاء

1 - الحنفية وأحمد ووافقهم ابن حزم والظاهرين. للتفصيل أكثر أنظر، حسن السيد حامد خطاب، أثر القرابة على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، ايتراك للنشر والتوزيع، 2001، ص 193.

2 - مالك والشافعي والشيعة والزيدية ومحمد وابو يوسف. حسن السيد حامد خطاب، نفس المرجع، ص 193 وما بعدها.

كان في الدبر وليس في القبل فتبرأ ساحتها رغم ضبطهما متلبسين بارتكاب الفعل مثلاً وقد أشبع كل منهما رغبته الجنسية تماماً¹.

وهذا ومن المتفق عليه شرعاً أن الزوج إذا وطأ زوجته في دبرها، فإنه لا يعتبر زانياً فزوجته محل وطئه وله أن يستمتع بها، وإنما يعتبر مرتكباً لمعصية يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية².

أما فيما يخص الشروع في جريمة الزنا فتتفق غالبية القوانين الوضعية ومنها القانون الجزائري مع الشريعة الإسلامية في أن كل منها لا يعاقب على الفعل التام، بمعنى أن جريمة الزنا لا تقع إلا كاملة، فالشروع فيها غير معاقب عليه – تحت وصف الزنا – في نظر القانون الجزائري، والشريعة الإسلامية على السواء³، لأن هذه الجريمة جنحة ولا عقاب على الشروع في الجنح إلا بنص صريح في القانون. ولا يوجد نص في قانون العقوبات الجزائري ولا في القانون الفرنسي – قبل إلغاء مواد الزنا فيه – والمصري والمغربي والأردني وقوانين أخرى كثيرة يعاقب على الشروع في الزنا⁴. فكل الأفعال التي لا تصل إلى فعل الوطء عينه، والتي هي دونه ولا تبلغ مستواه – كالعناق والتقبيل والمفاخدة – لا يتحقق بها الركن المادي لهذه الجريمة، لكنه لا ينفي العقاب على هذه الأفعال تحت وصف آخر طبعاً. ولكي تكتمل جريمة الزنا لا بد أن يتوافر القصد الجنائي لدى مرتكبه.

الفرع الرابع

الركن المعنوي في جريمة الزنا

لا يكفي لقيام المسؤولية الجنائية أن يصدر عن الجاني سلوك إجرامي معاقب عليه، بل لا بد لتقوم تلك المسؤولية أن يتوافر ركن معنوي ينم عن اتجاه الجاني لسلوك هذا المسلك الإجرامي، والقيام بارتكاب الفعل الذي يعاقب عليه القانون.

¹ – محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 19.

² – إلا أن هناك رأي يذهب للقول أن مادام دبر الزوجة موضع اشتهاؤ من جانب الزوج كان لزاماً أن تتقرر إباحتان الزوجة لها فيه إن رضاً أو كرهاً، فهو يملك حل التمتع الجنسي الشامل على جسدها ممثلاً في جميع أعضائه. أنظر، محمد عطية راغب، الجرائم الجنسية في التشريع المصري، ب.د.ن، ب.س.ن، ص 234.

³ – عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 344 و 345 بند 248.

⁴ – ولكن التشريعات التي تعاقب على الشروع في الجنح بوجه عام فإنها تعاقب على الشروع في الزنا، ومنها بعض التشريعات العربية، كالتشريع العراقي مثلاً الذي ينص في المادة 31 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب على الشروع في الجنائيات والجنح ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". ولم ينص هذا القانون في المواد 377 و 373 و 379 و 330 والمتعلقة بجريمة الزنا على عدم العقاب على الشروع في هذه الجريمة، ومن ثم يكون الشروع فيها معاقباً عليه في هذا القانون.

ويتمثل الركن المعنوي في جريمة الزنا في القصد الجنائي، وعليه لا عقاب على الزنا إلا إذا حصل بقصد جنائي. ويعتبر القصد متوافرا لدى الزوجة متى ارتكبت الفعل وهي عالمة بأنها متزوجة وأنها تواصل شخصا غير زوجها، ذلك أن القصد الجنائي يقتضي توافر عنصران وهما العلم والإرادة. فلا عقاب على الزوجة إذا أثبتت أنها ارتكبت الزنا وهي تعتقد أنها حرة من ربة الزواج، كما لو اعتقدت أنها مطلقة أو أن زوجها الغائب قد مات. ولا عقاب على الزوجة إذا ثبت أنها خدعت وسلمت نفسها لأجنبي معتقدة أنه زوجها، كما إذا تسلل شخص إلى فراش امرأة أثناء نومها واتخذ حياها المركز الذي كان يشغله زوجها فظنت أنه هو فسلمت نفسها إليه، ففي هذه الحالة لا يمكن أن ينسب إلى المرأة ارتكابها جريمة الزنا لأنه يعتبر وطء بشبهة.

وواضح أن جريمة الزنا تنتفي طبقا للقواعد العامة إذا كانت الزوجة لا تعتبر مسؤولة كما لو أكرهت على تسليم نفسها لأجنبي فاغتصبها بالقوة والتهديد.

أما بالنسبة للزوج فيتحقق القصد الجنائي في حقه باتصاله الجنسي غير المشروع مع أية امرأة كانت وهو عالم بأنه متزوج وحالة كونه يأتي هذا الفعل بإرادة حرة. ولا شك بأن الزوج - على خلاف الزوجة في بعض الأحوال - يعلم دائما بحقيقة حالته الاجتماعية من حيث الزواج، وكذلك فإن الزوج - بخلاف الزوجة - قلما يكره على الزنا. وعلى أية حال فهذه كلها أمور يستطيع أن يصل إليها قاضي الموضوع من وقائع وظروف الدعوى بملا بساتها¹.

والمشروع الجزائي لم يضع تعريفا للقصد الجنائي، ولكنه يشترطه في كثير من الجرائم كركن للمسؤولية الجزائية. ومن ذلك المادة 2/36 من قانون العقوبات²: "... ويعاقب بالعقوبة نفسها... أو قاموا عمدا وعن علم بتزويرها... " والمادة 90: "... أو يمدونها عمدا... ". كما عبر المشرع الجزائري عن ضرورة توافر العمد في جرائم أخرى كثيرة بأن اشترط توافر علم الجاني بالواقعة. فمثلا تنص المادة 2/86 على أنه: " ويعاقب بالعقوبة نفسها ... وعن علم بتزويرها... ", والمادة 2/339 من قانون العقوبات³ والخاصة بجريمة الزنا والتي تنص على أنه: " تطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة".

¹ - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 34.

² - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، والمعدل والمتمم.

³ - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، والمعدل والمتمم.

و عدم قيام المشرع الجزائري بوضع تعريف للقصد الجنائي معناه تسليم منه بالتعريف السائد والمتعارف عليه والاكتفاء به، والذي مضمونه: "أن القصد الجنائي هو انصراف إرادة الجاني واتجاهها إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بماديات الجريمة وأركانها التي يتطلبها القانون" فعنصر القصد إذن هما:

أولاً: اتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة.

ثانياً: العلم بتوافر أركان الجريمة التي يتطلبها القانون.

وبذلك يتحدد عنصرا القصد الجنائي في الإرادة والعلم:

أولاً: عنصر الإرادة

توجد نظريتين فيما يخص عنصر الإرادة هما:

1_ النظرية التقليدية: نظرية الإرادة في القصد

وهي النظرية السائدة حتى الآن، وتتطلب لقيام القصد الجنائي توافر إرادة الجاني لارتكاب الفعل المادي، وتوافر إرادته أيضاً في تحقيق النتيجة المباشرة. وتوافر إرادته كذلك في كل واقعة تعاصر الفعل ومن شأنها أن تعطيه دلالة الإجرامية. فيشترط وفقاً لهذه النظرية في الزاني _ رجل أو امرأة_ إرادة الفعل وهو الوطء وإرادة النتيجة المباشرة وهي تدنيس فراش زوجية شخص آخر والاعتداء على حق خاص به.

والأخذ بهذه النظرية فضلاً على أنه يحقق العدالة فإن من شأنه إمكان التفرقة بين الجرائم العمدية وغير العمدية، وبين القصد المباشر والقصد الاحتمالي، فمن يبذل كل جهده ليتجنب وطء امرأة تكون متزوجة من شخص آخر حتى لا يدنس فراش زوجية هذا الشخص ويعتدي على حق خاص به، فيذهب لقضاء حاجته في بيت من بيوت الدعارة الرسمية، فلا يمكن أن يتوافر لديه القصد الجنائي الذي تقوم به جريمة الزنا في حالة وطئه لامرأة متزوجة كانت موجودة في هذه البيوت لأنه لم يقصد أبداً هذه النتيجة التي كان راغباً عنها باذلاً جهده لتجنبها. ولقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية التقليدية ورفض الأخذ بنظرية العلم والتصور¹.

2_ النظرية الحديثة: نظرية العلم أو مجرد التصور في القصد

ويكفي لديها لقيام القصد الجنائي أن يكون الجاني قد أراد الفعل، وتوقع النتيجة على سبيل الجزم أو على سبيل التوقع والاحتمال فقط، والعلم بالوقائع التي تعطي للفعل دلالة الإجرامية، ويستوي أن

1 - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 36.

تكون النتيجة المطلوبة معقولة أو غير معقولة، يمكن تحقيقها أو غير ممكن تحقيقها، نبجح الجاني في تحقيقها أو فشل. فهذه النظرية تسوي بين القصد المباشر والقصد الاحتمالي أو غير المباشر، بخلاف النظرية التقليدية التي لا تقوم المسؤولية للجريمة عمدية فيها إلا إذا أراد الجاني الفعل ونتيجته المباشرة، أو نص المشرع على خلاف ذلك استثنائيا.

وأخيرا فيجب التمييز بين الإرادة كعنصر من عناصر المسؤولية وهي المقدرة على الاختيار والتمييز والتي إذا انتفت لا تقوم المسؤولية الجنائية في جميع الجرائم، وبين الإرادة كعنصر من عناصر القصد الجنائي، والتي نبحت _ إذا قامت المسؤولية الجنائية _ عن اتجاهها، فإذا اتجهت نحو ارتكاب الفعل ونحو تحقيق النتيجة مع العلم بتوافر أركان الجريمة كنا بصدد جريمة عمدية، وإذا لم تكتمل هذه الشروط كلها نكون حينئذ أمام جريمة غير عمدية.

ثانيا: عنصر العلم

العلم الذي هو عنصر من عناصر القصد الجنائي هو علم الجاني بتوافر أركان الواقعة الإجرامية وأن القانون يعاقب عليها، فكل جريمة تقوم على مجموعة من الوقائع يجب علم الجاني بها حتى يسأل عنها، وعليه فإن جهله بالواقع أو الغلط فيه ينفي القصد الجنائي، ودفعه بالغلط أو بجهله بالواقع يقبل إثباته بجميع الطرق لأنه جزء من موضوع الدعوى¹.

والعلم بالقانون مفترض ولا يجوز الاحتجاج بالجهل به، وهي قاعدة سائدة نصت عليها بعض التشريعات الجنائية، بينما تعتبرها غالبية التشريعات من الأصول المقررة بغير حاجة إلى نص. وأخيرا فانه توجد بعض الوقائع لا يتطلب العلم بها.

فالركن المادي لجريمة الزنا الذي يجب أن تنصرف إرادة الفاعل إليه في جميع أجزائه يقوم على عنصرين: عنصر مادي هو فعل الوقاع، وعنصر مفترض هو صفة الزوجية في المرأة أو في الرجل ولكي يتوافر القصد الجنائي يجب أن يكون علم الجاني قد انصرف إلى العنصرين معا.

والعلم بفعل الوطاء لا يثير أي إشكال عملي، ما لم يكن فاعله مجنوناً لا يعي أعماله فلا يحاسب عنها. أما العلم بالعنصر الثاني وهو صفة الزوجية فهو الذي يثير في الواقع معظم الإشكالات، فمجرد تطرق الشك إلى هذه الصفة اللازمة كجزء من الركن المادي للجريمة معناه عدم انصراف العلم إلى هذا

¹ - عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000، ص 225 وما بعدها.

الجزء على وجه اليقين، أي عدم انعقاد الإرادة في معنى إجرامي هو الذي قصده القانون بتقرير العقاب، الأمر الذي يدحض متى ثبت هذا الشك قرينة القصد الجنائي، ويصل إلى الحكم بالبراءة.

والحالات التي ينتفي فيها العلم اليقين بصفة الزوجية، مثل:

— رجل يظن أنها غير متزوجة، لأن زوجها غائب عنها ولا يتردد عليها، ولأنها أفهمته أن زواجها قد انقضى ولا وجود له، في حين أنه مزال قائماً.

— وآخر يواقع امرأة مطلقة في فترة عدتها فلمسائلته يجب توافر القصد الجنائي لديه، وهو انصراف علمه إلى أن طلاقها رجعيًا، وأنها بالتالي مازالت في عصمة زوجها وكذلك المرأة — في هذه الفرضية — إذا كانت مسيحية مثلاً وادعت أنها لا تفهم من أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية إلا ما تفهمه من أحكام شريعتها بأنه تحرير كامل لها من روابط الزوجية¹، فهذه ولا ريب حالة شك تفسر لمصلحتها.

— وقد حكم في فرنسا بأن وقوع الزنا من أحد الزوجين على إثر إعلانه بحكم صادر بطلاقه من الزوج الآخر لا يستوجب مسؤولية جنائية ولو اتضح أن الحكم المعلن كان غير نهائي، إذا اعتذر الزوج بأنه لم يكن يعلم بهذه الخصوصية أو بكونها لا ترفع عن مسلكه وصف الزنا².

— وإذا لم يثبت بأن الزاني كان يعلم بأن المرأة التي زنى بها متزوجة ففي هذه الحالة لا يعاقبه القانون على الزنا.

وفي جريمة الزنا بحكم طبيعتها يتعدد المساهمون، والعبارة في مساءلة كل مساهم بالحالة التي تكون عليها نفسه هو بصرف النظر عن حالة الطرف المساهم معه في الجريمة. فان زنى شخص مع امرأة متزوجة وهي تعلم يقيناً أنها متزوجة وثبت أنه لا يعلم بزواجها، فإنه يبرأ دونها. وعلى العكس من ذلك إذا كانت المرأة تعتقد أنها حرة من ربة الزواج كما لو اعتقدت أنها مطلقة أو أن زوجها الغائب قد مات، ويكون الزاني معها عالماً ومتيقناً بأنها متزوجة، فإنه يعاقب هو دونها.

أما إذا ارتكب الرجل فعل الوقاع وهو معتقد كل الاعتقاد بأن المرأة متزوجة، في حين أنها ليست كذلك، فنكون حينئذ بصدد جريمة وهمية أجرم فيه الشخص بمحض نيته ولا عقاب على مجرد النيات، فموضوع الحماية الجنائية في جريمة الزنا هو الأمانة الزوجية اللازمة لكيان الأسرة، فإذا انتفت صفة

¹ - في الشريعة المسيحية يعتبر تاريخ انقضاء الزوجية من تاريخ صدور الحكم بالفسخ، محكمة مصر الكلية، في أول مارس سنة 1923. بماء رزقي علي، المرجع السابق، ص 61.

² - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 63.

الزوجية انتفت بالتالي هذه الأمانة، وليس ثمة حاجة بالتبعية إلى العقاب حتى ولو كان الفاعل متصورا في ذهنه أنه قد أحل بهذه الأمانة التي لا وجود لها فعلا¹.
وبعد أن رأينا أثر العلاقة الزوجية في تجريم الزنا في القانون الجزائري، لنا أن نتساءل عن أثر تلك العلاقة في قوانين أخرى.

الفرع الخامس

أثر العلاقة الزوجية في تجريم الزنا في بعض القوانين الجنائية الغربية والعربية

سنحاول أن نبين موقف بعض القوانين الغربية والعربية من أثر العلاقة الزوجية في تجريم الزنا كما يلي:
أولا: القوانين الغربية

وبادئ ذي بدء فإن المشرع الجنائي الفرنسي قد ألغى تجريم الزنا بموجب المادة 17 من القانون رقم 617 الصادر في 11 يوليو 1975. وأصبح الزنا حاليا يخضع لنص المادة 242 من القانون المدني الفرنسي التي تقضي بأنه: " يمكن أن يطلب الزوج أو الزوجة الطلاق إذا ما وقع من شريك حياته ما يؤدي إلى انتهاك حرمة واجبات الزوج والتزاماته أو عاد إليها، وجعل بذلك الحياة الزوجية غير ممكنة"²، أي أن الزنا أصبح ينظر إليه على أنه خطأ مدني كغيره من الأخطاء³.
وبعد إلغاء تجريم الزنا في فرنسا على نحو ما سلف فإن ذلك الإلغاء قد أنقص كثيرا من أثر العلاقة الزوجية في التجريم وضيق كثيرا من نطاق هذا الأثر، ويكاد يكون أبرز أثر للعلاقة الزوجية في القانون الفرنسي يتمثل في تجريم تعدد الزوجات وتجرير المهجر المادي والمعنوي للعائلة، والذي سنتكلم عليه في موضعه.

وفي قانون العقوبات الايطالي: نجد أن المشرع قد اعتد بالعلاقة الزوجية في التجريم واعتبرها كركن مفترض في تجريم زنا الزوجة وشريكها وفقا للمادة 559 من قانون العقوبات. والملاحظ على هذه المادة أن المشرع الايطالي قد أخذ بقيد ارتكاب زنا الزوج في منزل الزوجية وقد جعل هذا القيد يمكن استبداله

¹ - رشاد محمد متولي، المرجع السابق، ص 39.

² - Article 242 du code civil : Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune.

³ - عبد الرحيم صدقي، جرائم الأسرة، مكتبة نهضة الشرق، 1986، ص 173 و 174.

بقيد آخر وهو اشتهاار الزوج بارتكاب الزنا، ونرى الاشتهار وإن كان يحمل معنى تكرار ارتكاب الزنا إلا أنه لا يتقيد بمكان سواء منزل الزوجية أو غيره من الأمكنة¹.

كما نلاحظ أن المشرع الايطالي يعتبر الزنا من الجنح ويعاقب على الشروع في الزنا وفقا للمادتين 559 و560 في ضوء المادتين 17،56 من قانون العقوبات حيث يعاقب على الشروع في الزنا بما يعادل ثلث إلى ثلثي جريمة الزنا التامة².

ثانيا: القوانين العربية

من أبرز مظاهر أثر العلاقة الزوجية في تجريم الزنا في القوانين العربية نجد أن هناك تشريعات جنائية عربية اعتدت بالعلاقة الزوجية كركن مفترض في جريمة الزنا ومنها القانون المصري، فقد نص على تجريم زنا الزوجة في المادة 274 من قانون العقوبات والتي تقضي بأن: "المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين لكن لزوجها ان يقف تنفيذ الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت". ونص في المادة 275 من ذات القانون على أنه: "ويعاقب أيضا الزاني بتلك المرأة بنفس العقوبة". ونص في المادة 277 من نفس القانون على تجريم زنا الزوج بأن: "كل زوج زنى في منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر".

ونلاحظ أن المشرع المصري على خلاف المشرع الجزائري قد فرق بين عقوبة الزوجة الزانية والزوج الزاني، كما قد جعل عقاب الزوج الزاني متوقف على المكان الذي تم فيه الفعل ألا وهو منزل الزوجية، أما مشرعنا الجزائري فلم يجعل هناك فرق بين زنا الزوجة وزنا الزوج لأن هذه التفرقة لا مبرر لها.

ومن بين التشريعات كذلك التي جعلت العلاقة الزوجية ركن مفترض في جريمة الزنا القانون العراقي فقد نصت المادة 377 من قانون العقوبات في فقرتها الأولى على عقوبة الحبس لجريمة زنا الزوجة ومن يزني بها، ونص في الفقرة الثانية من ذات المادة على ذات العقوبة لجريمة زنا الزوج في منزل الزوجية. وقرر عقوبة الحبس لجريمة تحريض الزوج زوجته على ارتكاب الزنا إذا ارتكبت الزوجة الزنا بناء على هذا التحريض.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فنجده قد فرق بين جريمة الفساد وجريمة الخيانة الزوجية أو الزنا، حيث يتجلى الفرق في عنصر العلاقة الزوجية بالنسبة لأحد طرفي العلاقة الجنسية الغير مشروعة، بحيث تعرف

¹ - عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، الطبعة الثانية، دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، 1992، ص 209 و239.

² - عبد الوهاب عمر البطراوي، نفس المرجع، ص 145.

جريمة الفساد في الفصل 490 من القانون الجنائي المغربي بأنها: "كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة زوجية"¹. أما جريمة الخيانة الزوجية، وإن كان المشرع المغربي قد سكت عن إعطاء تعريف خاص لها، إلا أنه قد بين عناصرها، بحيث يكفي لقيام جريمة الخيانة الزوجية أن ينطبق على الفعل المكون لها وصف جريمة الفساد، بالإضافة إلى كون أحد طرفي العلاقة الجنسية متزوجا بشخص آخر، يتوقف على شكواه تحريك المتابعة في مواجهة الزوج الخائن أو الزوجة الخائنة وكذلك الشريك. أي أن المشرع المغربي اعتبر العلاقة الزوجية ركن مفترض في جريمة الخيانة الزوجية².

أما القانون التونسي فيعاقب على جريمة الزنا في المادة 236 من قانون العقوبات كل من الزوج أو الزوجة الزانية خمس سنوات مع دفع كفالة، ويعاقب شريك أي منهما بالعقاب المقرر للزاني. فقد ساوى المشرع التونسي بين عقوبة الزوجة الزانية والزوج الزاني، بعدما كان لا يجرم زنا الزوج قبل تعديله للمادة 236 من قانون العقوبات، وكأنه لم يكن يتصور وقوع الزنا إلا من الزوجة فقط أو لا يعتبر الفعل الذي قوم به الزوج جريمة زنا مثلها مثل زنا الزوجة.

ولا تعتبر العلاقة الزوجية ركنا لازما في جريمة الزنا فقط بل لها أثر كذلك في جريمة تعدد الزوجات والأزواج.

المطلب الثاني

العلاقة الزوجية كشرط مفترض في جريمة تعدد الزوجات والأزواج

العلاقة الزوجية طرفاها الزوج والزوجة، وهنا يبرز تساؤل حول مدى إمكان تعدد العلاقة الزوجية للرجل الواحد أو للمرأة الواحدة؟ بمعنى آخر هل يجوز للزوج أن يتزوج بأكثر من زوجة في آن واحد؟ وهل يجوز للزوجة أن تتزوج بأكثر من زوج في إن واحد؟ أم التعدد هذا مجرم؟ هذه التساؤلات نحاول الإجابة عليها في هذا المطلب، حيث نتناول تعدد الزوجات في فرع أول، وتعدد الأزواج في فرع ثان:

¹ - تنص المادة 490 من القانون الجنائي المغربي على أنه: "كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة زوجية تكون جريمة الفساد ويعاقب عليها بالحبس من شهر إلى سنة".

² - ميلودة الباشيري، الخيانة الزوجية في القانون الجنائي المغربي، مجلة جوهرة للأسرة المغربية، أغسطس 2010. ص 22.

الفرع الأول تعدد الزوجات

اختلفت التشريعات المقارنة من حيث موقفها إزاء تعدد الزوجات بين تشريعات تبيح ذلك وعلى رأسها الشريعة الإسلامية، وتشريعات تجرم ذلك وعلى رأسها التشريع الفرنسي.

أولاً: إباحة تعدد الزوجات

يستعرض هذا الاتجاه من خلال نقاط ثلاث:

1_ التشريعات السماوية

من الشرائع السماوية التي أباحت تعدد الزوجات: الشريعة الإسلامية واليهودية:

أ_ الشريعة الإسلامية

لقد أباحت الشريعة الإسلامية تعدد الزوجات، ويستدل على ذلك من القرآن الكريم بقوله تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَمَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا". ومن السنة النبوية قول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم لغيلان بن أمية الثقفي وقد أسلم وتحتة عشرة نسوة: " خذ منهن أربعاً"¹. كما نسب إلى حارث بن قيس قوله أسلمت وعندى ثماني نسوة فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال: " اختر منهن أربعاً"².

ب_ اليهودية:

ورد في سفر اللاويين الإصحاح عبارة: "ولا تؤخذ امرأة على أختها للضرر لتكشف عن عورتها معها في حياتها". وقد اختلف أئمة اليهود في فهم هذا النص: فذهب البعض للقول بأنه: يعني تجريم تعدد الزوجات لأنه يجوز الجمع بين الزوجة وامرأة أخرى حيث فسروا كلمة " أختها" الواردة في النص بأنها تشمل كل امرأة أخرى _ الأخت في الإنسانية_. بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأن: هذا النص لا يعني تجريم تعدد الزوجات على أساس أن كلمة " أختها" الواردة في النص تعني الأخت الشرعية

¹ - القزويني، أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة العلمية، بيروت، الجزء الأول، ب.س.ن، ص 628.

² - الشوكاني، محمد بن عبد الله، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، الطبعة الثانية، مصر، الجزء السادس، 1344هـ، ص 149.

وليست الأخت في الإنسانية، وهذا يعني وفقا لهذا الرأي الأخير أن المحرم هو الجمع بين الأختين، وهو ما يتفق مع الشريعة الإسلامية.

وإذا كان ما ورد في سفر اللاويين محل خلاف بين أحبار اليهود، فإن ما ورد في سفر الريانيين ليس محل جدل حيث نصت المادة 54 على أنه: "لا ينبغي للرجل أن يكون له أكثر من زوجة واحدة، وعليه أن يحلف يمينا على ذلك في العقد قبل إبرامه...". كما نصت المادة 176 على أنه: "لا يجوز للرجل أن يتزوج على زوجته الكارهة قبل طلاقها شرعا".

وإذا كانت المادتان السابقتان تشيران إلى عدم إباحة تعدد الزوجات إلا برضا الزوجة الأولى، فإن المادة 55 من نفس الشريعة _ الريانيين _ قد أباحت التعدد ولو كررها على الزوجة. وذلك متى كان له مسوغ شرعي يبرر التعدد، وكان عنده القدرة على الإنفاق، مع إمكانية تحقيق العدل بينهما¹.

2_ التشريعات الوضعية:

تنحصر غالبية هذه التشريعات في تشريعات الدول الإسلامية لكونها تستمد أحكام الأحوال الشخصية من الشريعة الإسلامية. وإن كانت بعض هذه التشريعات قد أدخلت ضوابط أو شروط جديدة من شأنها تقييد هذا التعدد من الناحية العملية. وإن تفاوتت هذه الضوابط من تشريع لآخر: ففي التشريع الجزائريأباح المشرع تعدد الزوجات وذلك يظهر من خلال الفقرة الأولى من المادة 8 المعدلة من قانون الأسرة² والتي نصت على ما يلي: "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة...."، لكنه قيد نظام تعدد الزوجات بقيود هي المبرر الشرعي ونية العدل وترخيص بالزواج من طرفقاضي شؤون الأسرة، وذلك بطبيعة الحال أن يكون التعدد في حدود الشريعة الإسلامية كما جاء في المادة 8 من قانون الأسرة:

_ أن يكون العدد مما حددته الشريعة الإسلامية :

فبالرغم من اختلاف الآراء الفقهية حول العدد المباح لتعدد الزوجات إلا أن المذاهب السنية استقرت على أنه لا يجوز للشخص أن يتزوج في آن واحد بأكثر من أربعة نسوة، ومن ثم فإن المشرع الجزائري يكون قد أخذ بهذا الرأي الأخير.

¹ - أحمد فتحي سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، ب.د.ن، 1978، ص 182 و187.

² - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

– وجود المبرر الشرعي :

في الحقيقة المبرر الشرعي الذي أشار إليه المشرع في هذه المادة يتجلى في أمرين: اذا أصبحت الزوجة مريضة مرضا مزمنًا أعدها عن الواجبات الزوجية، وعقم الزوجة.

– توافر نية العدل لدى الزوج :

نية العدل التي أشار إليها المشرع في المادة 1/8 من قانون الأسرة الجزائري هي النية المطلوبة في المسائل المادية كالمبيت والنفقة، وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من ذات المادة: "... وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية". أما العدل الروحي أو القلبي فهو غير مشترط في هذه الحالة. وقد روي في حديث عن عائشة رضي الله عنها أنه: " كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم في العدل ويقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك".

– إخبار الزوجة السابقة والزوجة اللاحقة بالتعدد :

إن المقصود من ذلك هو أنه لا يكفي بإبلاغ الزوجة السابقة واللاحقة بالتعدد، بل ينبغي الحصول على موافقتهم.

– الحصول على ترخيص قضائي :

لقد قيد المشرع تعدد الزوجات بالحصول على ترخيص قضائي، لأن مهمة القاضي وهو في هذه الحالة قاضي شؤون الأسرة وفقا للمادة 7/426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، أن يتأكد من موافقة الزوجتين وذلك باستدعائهما إلى مكتبه والاستماع إليهما شخصيا.

كما يجب عليه أن يتأكد من وجود المبرر الشرعي وقدرة الزوج على إقامة العدل، وذلك بتقدير الشروط الضرورية للحياة الزوجية كي يمنح الترخيص بالزواج الثاني.

أما التشريع المصري فيستمد قانون الأحوال الشخصية أحكامه من الديانة التي يتبعها الزوج سواء كانت الشريعة الإسلامية أو المسيحية أو اليهودية، وتمثل الديانة الإسلامية غالبية المصريين، وتمثل المسيحية أقلية، واليهودية نادرة في مصر.

¹ - القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويشترط للخضوع لأحكام ديانة غير إسلامية أن يتحد الزوجان في الملة والطائفة¹. وبالتالي إذا اختلف الزوج والزوجة في الملة أو الطائفة خضعوا لأحكام الشريعة الإسلامية في مسائل الأحوال الشخصية. ويعني ذلك أن أحكام الشريعة الإسلامية تكاد تكون هي المطبقة في هذا الصدد _ التعدد _ على الغالب الأعم من المصريين. ولم يتعرض القانون الجنائي المصري لهذه الحالة، باعتبارها إحدى مسائل الأحوال الشخصية لذا يتعين الوقوف على أحكامها في قانون الأحوال الشخصية وفقاً لآخر تعديلاته. ذلك القانون الذي تضمن ضوابط جديدة من شأنها تقييد تعدد الزوجات من الناحية العملية، وضمان عدم الجمع بين أكثر من أربع. ويستدل على ذلك بنص المادة الخامسة مكرر بنصها على أنه: "على المطلق أن يوثق إشهار طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوماً من إيقاع الطلاق. وتعتبر الزوجة عاملة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهار الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل. وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج على الزوجة، فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به".

كما تنص المادة الحادية عشرة مكرر من نفس القانون بأن: "وعلى الزوج أن يقر وثيقة الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجاً فعلياً أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحل إقامتهن. وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مقرون بعلم الوصول. ويجوز للزوجة التي تزوج عليها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها. فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها عليه طلاقاً بائناً. ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى إلا إذا كانت رضيت بذلك صراحة أو ضمناً. ويتجدد حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى. وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها، ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك"².

¹ - من المعروف أن المسيحية تنقسم إلى ثلاثة ملل: الكاثوليك، الأرثوذكس والبروتستانت، وهذه الملة الثلاث ينقسم كل منها إلى عدة طوائف أهمها في مصر: ملة الكاثوليك حيث تنقسم إلى طوائف الروم، السريان، الأرمن، الأقباط، الموارنة، اللاتين. وكذلك تنقسم ملة الأرثوذكس إلى عدة طوائف: الروم، الأرمن، الأقباط، النجيل.

² - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 121 و 122.

وقد أخضع التشريع السوري مسائل الأحوال الشخصية التي منها تعدد الزوجات لأحكام الشريعة الإسلامية. إلا أنه بموجب المادة السابعة عشرة من المرسوم بقانون رقم 1953/79 حول القاضي سلطة رفض التعدد، حيث نصت على أنه: "يجوز للقاضي ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إذا تحقق من انه غير قادر على الإنفاق عليها". وهذا القيد يهدف إلى ضمان عدم إلحاق الضرر المادي بالزوجة القديمة.

ويتفق التشريع المغربي مع التشريع السوري في إخضاعه مسألة تعدد الزوجات لرقابة القضاء بهدف ضمان العدل بين الزوجات، حيث نصت المادة 30 من القانون رقم 1957/343 على: "خضوع قدرة الرجل على إقامة العدل بين الزوجات لسلطة ورقابة القضاء، فإذا خيف عدم العدل عند التعدد كان غير جائز"¹.

وقد أوضح في نفس المادة أنه للمتزوج عليها إذا لم تكن اشترطت الخيار أن ترفع أمرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها، ولا يعقد على المرأة الثانية إلا بعد اطلاعها على أن مريد الزواج منها متزوج بغيرها².

ثانياً: تجريم تعدد الزوجات

نجد على رأس الدول التي تجرم تعدد الزوجات الشرائع الغربية، وذلك لاعتناق الدول الأوروبية الديانة المسيحية التي حرمت تعدد الزوجات. وإن كان ليس معنى ذلك عدم وجود دول تدين بالإسلام لا تجرم ذلك، فعلى سبيل المثال نجد المشرع التونسي يجرم تعدد الزوجات.

ويمكننا ان نصنف التشريعات التي تجرم تعدد الزوجات إلى طائفتين: طائفة تقرر جزاء مدني فقط والمتمثل في البطلان، وطائفة أخرى تجرم هذا التعدد بجانب الجزاء المدني:

1_ الطائفة الأولى: التشريعات التي تقرر البطلان للزواج الجديد فقط:

من بين التشريعات التي تقرر الجزاء المدني فقط بالنسبة لتعدد الزوجات نجد، القانون الألماني، القانون الانجليزي والقانون الايطالي، إضافة إلى الشريعة المسيحية، فقد ورد في إنجيل مرقس أن: " من يطلق امرأته ويتزوج بأخرى فهو يزني". كما جاء في إنجيل متى: "من طلق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزني".

¹ - عبد الناصر العطار، دراسة في قضية تعدد الزوجات، القاهرة، 1967، ص 158.

² - أمغار محمد، تعدد الزوجات بين الواقع والقانون، محور: حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، مجلة الحوار المتمدن العدد 3295، بتاريخ 2011/03/04. منشور في موقع:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=248909>

كما قال الرسول بولس: "فليكن لكل واحد امرأته، ولكل واحدة رجلها". كما قال أيضا: "أما المتزوجين فأوصيهم لا أنا بل الرب ألا تفارق المرأة رجلها... ولا يترك الرجل امرأته"¹. من خلال النصوص السابقة الذكر من الكتاب المقدس نستنتج أن الشريعة المسيحية تأخذ بمبدأ الزوجة الواحدة وتحرم تعدد الزوجات.

ولا يقر التشريع الانجليزي تعدد الزوجات، ويأخذ بمبدأ الزوجة الواحدة وإذا حدث أن تزوج الرجل بزوجة أخرى قبل انحلال العلاقة الزوجية بزوجته الأولى، فإن زواجه هذا يعتبر باطلا. إلا أن هذا البطلان لا يؤثر على نسب الأولاد من الزوجة الثانية إلى أبيهم². وفي التشريع الإيطالي نصت المادة 86 من القانون المدني على أنه: "لا يجوز زواج من يكون مرتبطا بزواج قائم". وقد رتب الفقرة الأولى من المادة 117 من نفس القانون جزاء البطلان لهذا الزواج الجديد. وهذا البطلان من النظام العام، لذا يحق لكل من له مصلحة وللنيابة العامة طلب البطلان لهذا الزواج الجديد³.

2_ الطائفة الثانية: التشريعات التي تجرم تعدد الزوجات

ويمثل هذه الطائفة التشريع الفرنسي والذي يتميز عن غيره من التشريعات السابقة التي تحظر تعدد الزوجات بعدم اكتفائه بالجزاء المدني، بل اعتبر الواقعة جريمة يعاقب عليها الزوج أي أنه أضاف إلى الجزاء المدني جزاء جنائي:

ويستدل على الجزاء المدني من نص المادة 147 من القانون المدني الفرنسي، والتي نصت على أن: "عدم جواز عقد زواج ثان قبل انحلال الزواج الأول". وقد أوضحت المادة 184 من نفس القانون أن هذا البطلان يحق لكل ذي مصلحة التمسك به حتى النيابة العامة فلها أن تطالب بالطلاق، وذلك لتعلقه بالنظام العام⁴. أما الجزاء الجنائي فقد نصت عليه المادة 433-20 من قانون العقوبات⁵.

¹ - إنجيل مرقس، متى ورسالة بولس الأولى لوثيوس، التاب المقدس، مشار إليه عند د. محمود أحمد طه محمود، المرجع السابق، ص 130.

² - يكن زهدي، الزواج ومقارنته بقوانين العالم، صيدا، 1978، ص 87.

³ - عبد الناصر العطار، دراسة في قضية تعدد الزوجات، القاهرة، 1968، ص 162.

⁴ - دنيا محمد صبحي، المرجع السابق، ص 139.

⁵ - Article 433-20, Modifié par Ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000 - art. 3 (V) JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002:

"Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

قد اتضح لنا فيما سبق أن تعدد الزوجات مشروع في أغلب التشريعات، وإن كانت هناك بعض التشريعات تقرر له جزاء مدني أو جنائي. فهل نفس الوضع في حالة تعدد الأزواج أم تشكل الواقعة جريمة؟

الفرع الثاني

تجريم تعدد الأزواج

يمكن القول أنجميع التشريعات القانونية سماوية كانت أو وضعية تحظر على الزوجة الجمع بين أكثر من زوج في آن واحد، وإن اختلفت فيما بينها في نوع الحماية القانونية المقررة للزوج لحمايته من إقدام زوجته على هذا الفعل المحظور: فالشريعة الإسلامية تحظر ذلك وتعتبر الزواج باطلا، وتعاقب الزوجة على فعلها باعتباره زنا. وهذا الموقف يغلب على التشريعات الوضعية للدول الإسلامية، وذلك على عكس التشريعات الأوروبية، فرغم حظرها لهذا التعدد وإقرارها بطلان هذا الزواج إلا أنها لا تجرمه. ويرجع ذلك إلى إباحة هذه التشريعات للزنا أصلا.

والجدير بالذكر أن الدول التي تحظر هذا التعدد وتقرر له حماية جنائية لم تقرر له نصوصا تجريبية خاصة، وإنما اعتبرت هذه الواقعة جريمة زنا. وأساس ذلك أنه طالما أصبح التعدد باطلا، يعتبر كأن لم يكن ومن ثم تعدد موافقة الزوج الجديد للزوجة المتزوجة بآخر من قبل ولا تزال على ذمته غير مشروعة. وهو ما سبق توضيحه من أن الوطاء غير المشروع يشكل جريمة زنا متى كان أحد طرفيه متزوجا في غالبية التشريعات الوضعية، وأيا كان صفة الطرفين في الشريعة الإسلامية.

وإن كان هذا التعدد واضح الحكم بشأن الحالة التي تتزوج فيها الزوجة بآخر، وهي على ذمة زوجها الأول دون أن يكون هناك طلاق أو غياب أو فقد أو وفاة للزوج، فإن هذه الأمور الأخيرة تحتاج توضيح أكثر وتمثل هذه الأمور في:

أولا: الزواج بآخر خلال فترة العدة

لقد ذكرنا سابقا أن العلاقة الزوجية لا تنتهي تلقائيا بمجرد الطلاق بين الزوجين، وإنما يتعين انتهاء عدة الطلاق الرجعي ومدتها ثلاثة حيضات أو ثلاثة أشهر بالنسبة لمن انقطع عنها دم الحيض وللحامل إلى ان تضع حملها، حيث يملك الزوج إرجاع زوجته خلال فترة العدة بدون عقد جديد. بينما في الطلاق البائن بينونة صغرى، وهو الطلاق الذي تنتهي فيه مدة الطلاق الرجعي دون أن يراجع الزوج

Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent.»

زوجته خلال فترة العدة، فانه يمكن للزوج أن يرجع زوجته بشرط أن يعقد عليها من جديد. وأخيرا في الطلاق البائن بينونة كبرى، وهو الطلاق الذي يكون في الطلاق للمرة الثالثة فلا يملك الزوج إعادة زوجته إليه خلال عدة الطلاق أو بعد انتهائها ولو بعقد جديد، وإنما يتعين على زوجته الزواج برجل آخر ثم يتوفى عنها هذا الأخير أو يطلقها بعد الدخول بدون قصد تحليلها لزوجها الأول. وبعد أن تنهي عدتها في هذه الحالة سواء عدة وفاة أو طلاق يمكن لزوجها الأول أن يرجعها إليه بعقد جديد.

وهنا نتساءل إذا تزوجت الزوجة قبل انتهاء فترة العدة بالغير هل تعاقب على ذلك باعتبارها قامت بجريمة تعدد الأزواج؟ أم أنها تعاقب وفقا لأحكام التحريم والعقاب الخاصة بجريمة الزنا؟

كما سبق القول أن التشريعات الوضعية رغم أنها حظرت تعدد الأزواج إلا أنها لم تنص في قانون العقوبات على جريمة تعدد الأزواج كجريمة مستقلة بذاتها ولها عقوبتها الخاصة بها، إنما اعتبرت الزوجة التي تتزوج للمرة الثانية وهي لا تزال على ذمة زوجها الأول قد ارتكبت جريمة زنا، بمعنى أنها تعاقب على أساس الأحكام الخاصة بجريمة الزنا. ونفس الشيء بالنسبة للزوجة التي تتزوج قبل انتهاء فترة العدة، حيث يعتبر وطء الزوج الثاني وطء غير مشروع وتعاقب عن جريمة زنا¹، وذلك متى تقدم زوجها بشكوى ضدها وذلك وفقا لما سنوضحه فيما بعد في محله.

ثانيا: الزواج بآخر خلال فترة الانفصال الجسماني

التشريعات الوضعية التي تدين دولها بالمسيحية، وكذلك قوانين الأحوال الشخصية للمسيحيين في الدول الإسلامية تقر ما يعرف بالانفصال الجسماني الذي ذكرناه سابقا. وهنا يطرح التساؤل حول حكم الزوجة التي تتزوج بعد الحكم بالانفصال الجسماني بين الزوجين؟

نظرا لأن الانفصال الجسماني لا ينهي العلاقة الزوجية ولا يرفع عنهما التزام الأمانة والإخلاص - عدم إقامة علاقة جنسية مع الغير- فإن الزوجة تظل على ذمة زوجها، ولا يجوز لها الزواج باخر، ويعتبر زواجها باطلا. كما يعد وطئها من الزوج الثاني غير مشروع لا خلالها بالأمانة الزوجية، وتعاقب الزوجة عن جريمة الزنا في الدول التي تعاقب على الزنا متى تقدم زوجها بشكوى ضدها.

ثالثا: الزواج بآخر خلال فترة غياب الزوج

هل تعاقب الزوجة في هذه الحالة عن جريمة زنا أم لا؟

¹ - وإن كان الحنفية يرون تعزير الزوجة فقط لوجود شبهة يدرأ بها حد الزنا - شبهة الزواج - محمود أحمد طه محمود، المرجع السابق، ص 136.

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على ما إذا كان الزواج الثاني قد تم قبل الحكم لها بالتطليق من زوجها الغائب أم بعده؟ لأنه من المعروف أن العلاقة الزوجية لا تنتهي بصورة تلقائية بمجرد غياب الزوج عن زوجته، وإنما يتعين على الزوجة أن ترفع دعوى تطالب فيها بالتطليق من زوجها الغائب - المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري¹-. أما قبل الحكم بتطليقها من زوجها فإن العلاقة الزوجية تبقى قائمة رغم غيابه، لذلك لو تزوجت بآخر خلال تلك الفترة فإن زواجها يعتبر باطلا. وبالتالي فإن وطئها من قبل زوجها الثاني يعد غير مشروع وتعاقب عن جريمة الزنا.

بينما لو تزوجت بعد الحكم بالتطليق وانتهت عدتها فإن زواجها يعد صحيحا، ويحق لزوجها الثاني وطئها دون أن يشكل ذلك جريمة زنا.

رابعا: الزواج بآخر في فترة فقدان الزوج

هل تعاقب الزوجة إذا تزوجت بآخر في فترة فقدان زوجها عن جريمة زنا؟

تعاقب الزوجة عن جريمة الزنا في هذه الحالة متى تزوجت قبل الحكم لها بوفاة زوجها المفقود، أو بعد الحكم لكن قبل انتهاء عدة الوفاة -المادة 59 من قانون الأسرة الجزائري²-. وذلك بطبيعة الحال في الدول التي تعاقب تشريعاتها عن جريمة الزنا، بينما لا تعاقب الزوجة إذا تزوجت بعد الحكم لها بوفاة زوجها وبعد انتهاء عدة الوفاة، وذلك لأن زواجها صحيح في هذه الحالة ومن ثم يعد وطئها من قبل زوجها الثاني مشروع ولا يشكل جريمة.

وإن كانت العلاقة الزوجية تعد ركن مفترض في جريمة تعدد الأزواج، فهل لها نفس الأثر فيما يخص جريمة هجر الزوجة؟

المطلب الثالث

العلاقة الزوجية كشرط مفترض في جريمة هجر الزوجة

إن العلاقة الزوجية تحل للزوج وطء زوجته في أي وقت يشاء ماعدا في فترة الحيض والنفاس، وتلزم الزوجة بطاعة زوجها ما لم يكن في ذلك معصية، لكنها في المقابل تلزم الزوج بالإنفاق على زوجته كما تلزمه بحسن معاشرتها ورعايتها نفسيا واجتماعيا.

1 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

2 - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

أي أن العلاقة الزوجية رتبت التزامات مادية على الزوج تتمثل في الانفاق على الزوجة، والتزامات معنوية تتمثل في رعايتها نفسياً واجتماعياً، وفي حالة اخلال الزوج بهذه الالتزامات نكون بصدد هجر الزوجة سواء كان هجر مادي (فرع أول) أو هجر معنوي (فرع ثان).

الفرع الأول

الهجر المادي للزوجة

يعتبر الزوج قد هجر زوجته مادياً إذا أخل بالتزامه في الانفاق عليها، ويقصد بالنفقة أن يقوم الزوج بتوفير ما تحتاج إليه الزوجة من طعام ومسكن وعلاج وكسوة وما يلزمها وتتطلبه حياتها معه في الحدود الشرعية وحسب امكانياته (المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري)¹. والتساؤل الذي يطرح نفسه في هذا الصدد هو: هل يشكل اخلال الزوج بالإنفاق على زوجته جريمة يعاقب عليها القانون؟ وللإجابة على هذا التساؤل لا بد ان نوضح مدى التزام الزوج بالإنفاق على زوجته أولاً، ومدى تجريم الاخلال بهذا الالتزام ثانياً.

أولاً: التزام الزوج بالإنفاق على زوجته

إن الزوج ملزم بالإنفاق على زوجته، لكن ما هو مصدر هذا الالتزام؟ وما هي شروطه؟ وما مقداره؟ وما يتميز عن غيره من الالتزامات المادية الاخرى؟ كل هذه التساؤلات سنحاول الاجابة عنها في النقاط التالية:

1_ مصدر التزام الزوج بالإنفاق على زوجته:

سنعرض فيما يلي الى المصدر الشرعي للالتزام بالإنفاق على الزوجة، وكذلك المصدر القانوني:

أ_ المصدر الشرعي:

التزام الزوج بالإنفاق على زوجته ثابت في القرآن والسنة النبوية والاجماع والقياس. ففي القرآن الكريم يستدل على التزام الزوج بالإنفاق على زوجته بالعديد من الآيات القرآنية الكريمة منها: قوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ..."².

1 - تنص المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

2- سورة النساء، الآية رقم 34.

وقوله عز وجل: "أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا..."². وقوله تعالى: "وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ"³.

وهذه الآية الأخيرة دليل قوي على التزام الزوج بنفقة زوجته على أساس أن هذا الإنفاق من الأمور المتعلقة بالمعروف⁴. كما أن الآية الثانية توجب على المطلق اسكان المطلقة من حيث يسكن وينفق عليها مدة العدة في حدود امكانياته، فإذا كان المطلق ملزم بنفقة مطلقاته فهو ملزم بنفقة زوجته من باب أولى.

أما في السنة النبوية الشريفة فيستدل بالعديد من الأحاديث النبوية الشريفة منها: ما روي عن معاوية القشيري قال: إن النبي صلى الله عليه وسلم سأله رجل: ما حق المرأة على الزوج قال: "تطعمها طعمت وتكسوها إذا اكتسبت"⁵.

وما روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إذا أنفق المسلم نفقة على أهله وهو يحتسبها كانت له صدقة"⁶.

وما روي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها قالت: أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي، إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. قال صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁷. وقال صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع: "اتقوا

1- سورة الطلاق، الآية رقم 6.

2- سورة الطلاق، الآية رقم 7.

3- سورة النساء، الآية رقم 19.

4- محمد سلام مذكور، الوجيز في أحكام الأسرة في الإسلام، ب.د.ن، 1978، ص 186 وما بعدها.

5- أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، الجزء الثاني، بيروت، 1995. ص 11

6- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، القاهرة، 1407هـ، 1987م. ص 407.

7- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، نفس المرجع، ص 418.

الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله، لكم عليهن ألا يوطئن فرشكم من تكرهون، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"¹.

وأجمع الفقهاء على وجوب التزام الزوج بالإففاق على زوجته دون خلاف متى كانت بالغة وغير ناشز². فاذا امتنع كان ظلما وفرض لها القاضي نفقة.

ومن القياس نجد أن من القواعد السائدة في الشريعة الاسلامية أن من حبس لحق مقصود لغيره ومنفعته، فغن نفقته تكون واجبة على هذا الغير³. فاذا كان من مقتضى عقد الزواج أن تكون الزوجة محبوسة لحق الزوج ومتفرغة للقيام برعايته ورعاية أولاده وشؤون البيت، فكان من المنطقي والطبيعي وطبقا لقواعد العدالة أن تكون نفقتها عليه⁴.

ب_ المصدر التشريعي:

نظم المشرع الجزائري مسألة النفقة في قانون الأسرة في الفصل المتعلق بآثار الطلاق، حيث أوجب على الزوج الإففاق على زوجته مستندا في ذلك على أحكام الشريعة الاسلامية، إلا أن ما يلاحظ على قانون الأسرة الجزائري أنه يطبق على أساس الجنسية وليس على أساس الديانة، أي أنه يطبق على جميع المواطنين سواء كانوا مسلمين أم لا، وهذا ما نستشفه من المادة 221 من قانون الأسرة الجزائري⁵. وبذلك أوجب قانون الأسرة الجزائري على الزوج الإففاق على زوجته متى كان يتمتع بالجنسية الجزائرية وذلك مهما كانت ديانته.

وقد نص المشرع الجزائري في المادتين 37 و38 من قانون الأسرة على حقوق الزوجة وحصرها في حقوق مالية وأخرى غير مالية، وفي مقدمة هذه الحقوق المالية نجد حق النفقة الشرعية، ونظرا لأهمية هذه الاخيرة وحرصا من المشرع ورغبة منه في تبادل الحقوق بين الزوجين كطرفين للعلاقة الزوجية وما يترتب عنها من آثار، نص عليها في الباب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان النفقة الشرعية في المواد:

¹ - أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، بيروت، دار احياء التراث العربي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، الجزء الخامس، ص8.

² - أنظر لأكثر تفصيل: يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، 1981، الجزء الرابع، ص 162_170.

³ - يوسف قاسم، نفس المرجع، الجزء الثاني، ص 155.

⁴ - دنيا محمد صبحي. المرجع السابق، ص 59.

⁵ - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

74، 78، 79، 80. وقد جاء في المادة 74 ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها اليه بيينة مع مراعاة احكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون".

وقد عرف النفقة في المادة 78 والتي نصت على ما يلي: "تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". ومن خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري قد عرف النفقة وفقا لمشمولاتها من غذاء وكسوة وعلاج وسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات أو ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس، وفي ذلك اقتداء بالأئمة الأربعة وهو ما ذهب اليه في نص المادة 37 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: "يجب على الزوج النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها". إلا أن المشرع الجزائري أضاف الى ما تشمله النفقة عندهم نفقة العلاج، وجعلها في المرتبة الثالثة نظرا لأهميتها وقدمها على نفقة السكن وأجرته عندما يتعذر توفره. أما عن نفقة ما يعتبر من الضروريات حسب العرف والعادة فقد أحسن المشرع الجزائري فعلا عندما قيد هذا الحق بأن جعله مقيدا بالعرف والعادة أي بحسب ما تعارف واعتاد عليه الناس في حياتهم وكان لازما وهذا الأمر يختلف باختلاف الزمان والمكان.

كما ألزم المشرع الجزائري الزوج بالإففاق على زوجته خلال فترة العدة بعد الحكم بالطلاق بأنواعه المختلفة، حيث يتحتم على القاضي أن يحكم للمطلقة بنفقة العدة ومدتها محددة بمدة العدة. كما أجاز للقاضي ان يحكم للمطلقة بنفقة الاهمال، والتي يبدأ سريانها من يوم رفع الدعوى إلى غاية الحكم بالطلاق، غير أن المشرع قد أورد استثناء على تلك القاعدة في المادة 80 من قانون الأسرة¹ حيث أجاز للقاضي أن يحكم باستحقاق نفقة الاهمال بناء على بيينة لمدة لا تتجاوز السنة قبل رفع الدعوى. وما يلاحظ من خلال ما سبق أن المشرع الجزائري قد أوجب على الزوج الإففاق على زوجته من يوم الدخول بها أو دعوتها إليه إلى غاية انتهاء عدتها في حالة الطلاق، كما ألزمه بنفقة الاهمال إذا ثبتت في حقه.

أما المشرع المصري مثلا فقد نظم مسألة النفقة على حسب ديانة الزوج، فعند المسلمين نصت المادة الأولى من القانون رقم 100/1985 المعدلة بالمادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية المصري رقم 25/1920 على ما يلي: "تجب النفقة للزوجة من تاريخ العقد الصحيح إذا سلمت نفسها اليه ولو حكما حتى لو كانت موسرة أو مختلفة معه في الدين، ولا يمنع مرض الزوجة من استحقاقها النفقة".

¹ - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

أما بالنسبة للمسيحيين فلا يوجد تنظيم لمسألة النفقة إلا لدى الأقباط الأرثوذكس، لذا تطبق أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها صاحبة الولاية العامة في مسائل الأحوال الشخصية في لم يرد به نص في هذه الشرائع¹. أما وفقا لشريعة الأرثوذكسيين التي أقرها المجلس الملي لعام 1938 نصت المادتين 145 و146 على أنه: "يجب على الزوج أن يسكن زوجته في منزله، وأن ينفق عليها قدر طاقته"². وفيما يخص اليهود فنصت المادتان 106 و107 من شريعة اليهود على أنه: "يجب على الزوج أن يكفل لزوجته مهرها ومثونتها وكسوتها"³.

2_ شروط التزام الزوج بالإففاق على زوجته:

يلتزم الزوج بالإففاق على زوجته بالعقد الصحيح جزاء احتباسها لحقه ومنفعته ودخولها في طاعته، أي ان شروط وجوب نفقة الزوجة هي:

أ_ أن يكون عقد الزواج صحيحا:

يشترط أن يكون الزواج صحيحا، فإن لم يكن عقد الزواج صحيحا كما هو الحال في الزواج بالمحارم والزواج الباطل فلا يلزم الزوج بالإففاق على زوجته.

ب_ أن تمكن الزوجة زوجها من الاستمتاع بها:

فقد نص المشرع الجزائري في المادة 74 من قانون الأسرة⁴ على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها اليه بيينة". ويتضح من هذه المادة أنه يتعين على الزوجة لكي تستحق النفقة أن تسلم نفسها لزوجها، وألا يوجد من جانبها ما يحول بينها وبين زوجها والاستمتاع بها.

ج_ أن يتحقق شرط الاحتباس لحق الزوج والدخول في طاعته:

ويقصد بالاحتباس ان تسلم الزوجة نفسها لزوجها أي أن تخلي بين نفسها وزوجها ورفع المانع من وطئها والاستمتاع بها. وقد اقتدى المشرع الجزائري بما ذهب اليه جمهور الفقهاء بأن النفقة واجبة على الزوج ما دامت الزوجة محتبسة أو مستعدة للاحتباس أي أن تكون قاصرة نفسها على زوجها. وبمعنى آخر أن الزوجة تستحق النفقة إذا تم الدخول بها في بيت الزوجية، أما الزوجة المعقود عليها فقد فلا

¹ - أحمد فتحي سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، المرجع السابق، ص 272.

² - أحمد فتحي سرور، نفس المرجع، ص 272.

³ - دينا محمد صبحي، المرجع السابق، ص 66.

⁴ - القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

نفقة لها على زوجها إلا في حالة واحدة وهي التي يتم فيها العقد بصفة رسمية صحيحة ويتباطأ الزوج بها لسبب غير معروف أو غير مشروع وتطلبه الزوجة بشكل واضح وثابت.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد أوجب النفقة على الزوج دون الزوجة بسبب تفرغ الزوجة لزوجها بناء على عقد الزواج الصحيح، وتمكين الزوجة من استنفاد الغرض المقصود من الزواج واستعدادها في الدخول في طاعة زوجها وعدم امتناعها من الانتقال إلى مسكن الزوجية والاستقرار به، فإذا لم يتحقق ذلك فلا تستحق الزوجة النفقة إلا إذا كان الامتناع بحق.

3_ مقدار النفقة ومشمولاتها:

كما سبق وأن ذكرنا فإن المشرع الجزائري نص على مشمولات النفقة في المادة 78 من قانون الأسرة والتي نصت على أنه: " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة". أما المشرع المصري فقد نص عليها في المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية بأنها تشمل الغذاء والكسوة والسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك بما يقضيه الشرع.

ثانيا: تجريم امتناع الزوج عن الوفاء بالنفقة المحكوم بها لصالح الزوجة

منح المشرع الجزائري للزوجة في المادة 53 من قانون الأسرة الحق في طلب التطلق، وذلك لعدة أسباب ذكرها على سبيل الحصر. ومن بين تلك الأسباب امتناع الزوج عمدا عن تنفيذ الحكم الصادر من القضاء بوجوب النفقة لها وذلك بشرط ألا تكون عالمة بإعساره وقت العقد.

ولم يكتف المشرع الجزائري بمنح الزوجة الحق في طلب التطلق، بل جرم امتناع الزوج عن الوفاء بالنفقة المحكوم بها لصالح الزوجة وذلك في المادة 331 من قانون العقوبات¹. وهذا ما سارت عليه بعض التشريعات الأخرى كالشريع المصري والتشريع الفرنسي، وإن اختلفت في الجزاء المترتب عن تلك الجريمة كما سنوضحه على النحو التالي:

1_ تجريم امتناع الزوج عن الوفاء بالنفقة المحكوم بها لصالح الزوجة في القانون الجزائري:

ينص المشرع الجزائري في المادة 331 من قانون العقوبات في القسم الخاص بترك الأسرة على معاقبة الزوج الذي يمتنع لمدة تتجاوز الشهرين عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع النفقة لها، بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج.

¹ - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

وسنحاول فيما يلي توضيح أركان الجريمة، وكذلك الجزاء المقرر لها:
أ_ أركان الجريمة:

يتضح من نص المادة 331 من قانون العقوبات أن جريمة الامتناع عن أداء النفقة للزوجة لا تقوم في حق المتهم إلا متى توافرت ثلاثة أركان للجريمة وهي: الركن المفترض والركن المادي والركن المعنوي:
- الركن المفترض: صدور حكم قضائي ملزم بأداء النفقة:

لا يكفي لمتابعة الزوج جنائيا حسب المادة 331 من قانون العقوبات الجزائي مجرد امتناعه عن الانفاق عن زوجته، بل يتعين صدور حكم قضائي ضده يلزمه بدفع النفقة لها. وهذا ما جاء في قرار للمحكمة العليا بقولها: " تقتضي جنحة عدم تسديد النفقة المقررة قضاء توافر الشروط الآتي بيانها التي يتعين إبرازها في قرار الإدانة:

— وجود سند قضائي يقضي بأداء نفقة معينة للزوج أو أحد الأصول أو الفروع.

— أن يكون السند القضائي قابل للتنفيذ.

— القيام بإجراءات التنفيذ.

— أن يمتنع المحكوم عليه عن دفع كامل النفقة المقررة قاء لمستحقيها لمدة تفوق الشهرين"¹.

ورغم ذلك هناك من يرى² ضرورة امتداد الحماية الجنائية الى ما قبل صدور الحكم، بل عقب حدوث الامتناع تفاديا لانتظار الزوجة اجراءات التقاضي المطولة.

إلا أننا نذهب مع الرأي القائل³ بأن شرط صدور حكم قضائي له عدة مزايا تتمثل في أنه يضع حدا للدعايات الكاذبة التي ربما قد تلجأ اليها الزوجة، ثم إن طرح النزاع المتعلق بالنفقة على القضاء من شأنه أن يتيح للمحكمة التحقق من شروط استحقاقها والوقوف على ظروف الملتزم بها المالية ومدى قدرته على الدفع وكيفية الوفاء بدين النفقة، إذ أن صدور حكم قضائي يظهر حق المحكوم له ويثبت وجوبه على المحكوم عليه أي أنه تأكيد قضائي لوجود حق الدائن⁴.

1 - المحكمة العليا، غ.ج.م، 1996/06/30، ملف رقم 132862: غير منشور، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 137.

2- دنيا محمد صبحي، المرجع السابق، ص 46.

3- أنظر، مسعود محمد مرسى، شكوى المجني عليه في النظام الجنائي الاسلامي مقارنا بالنظام الوضعي، كلية الدراسات العليا أكاديمية الشرطة، القاهرة، 1990. ص 238.

4- أنظر، فتحي عبد الصبور، الحبس لدين النفقة، مجلة الأمن العام، 1963، ع 21، س 6، ص 19.

وفيما يخص طبيعة الحكم الصادر بأداء النفقة فإنه يجب أن نأخذ عبارة حكم بمفهومها الواسع، والذي يتسع ليشمل الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية والقرارات الصادرة عن المجلس والأوامر الصادرة من رئيس المحكمة¹. وفي هذا الصدد جاء في قرار² لغرفة الجناح المخالفات للمحكمة العليا ما يلي: "من المقرر قانوناً أن يتحمل المسؤولية الجنائية كل من امتنع عمداً ولمدة تفوق الشهرين عن تقديم المبالغ المالية المقررة قضاء لإعالة أسرته، ويبقى الافتراض عن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ومتى ثبت صدور حكم قضائي استعجالي يلزم المتهم بدفع النفقة، فإن قضاة المجلس قد حرقوا القانون عندما قضوا ببراءته بدعوى أنه لا يوجد حكم أو قرار نهائي في النزاع". كما جاء في نفس القرار أنه يجب تفسير كلمة حكم بمفهومها الواسع الذي يشمل الحكم والقرار القضائي والأمر الاستعجالي.

ويشترط في الحكم الذي يقضي بالنفقة أن يكون قابلاً للتنفيذ أي حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، كما يشترط تبليغ ذلك الحكم للمعني بالأمر حسب الأشكال ووفق الشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية. وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1982/11/23 بما يلي: "إذا كان مؤدى نص المادة 331 من قانون العقوبات الحكم جزائياً بالحبس والغرامة على كل من امتنع عمداً ولمدة تجاوز الشهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء لصالح من حكم لهم بها إلا أنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الجرم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقاً للقانون بالحكم القاضي بالنفقة وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون"³.

والحكمة من اشتراط تبليغ المدين بالحكم واضحة ومنطقية إذ لا يجوز تحميل شخص أمراً لا علم له به، كما يهدف المشرع من وراء ذلك إلى إعطاء المدين حقه في الطعن بالمعارضة والاستئناف وكذا حتى يستثنى له تنفيذ الحكم طواعية إذا كان بإمكانه ذلك، وقد أكدت المحكمة العليا على شرط تبليغ الحكم في العديد من قراراتها إذ جاء فيقرار صادر عن غرفة الجناح والمخالفات بتاريخ 1982/11/23 ملف رقم 63194 ما يلي: "إذا كان مؤدى نص المادة 331 من قانون العقوبات الحكم جزائياً بالحبس والغرامة على كل من امتنع عمداً و لمدة تجاوز شهرين عن دفع النفقة المحكوم بها عليه قضاء

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 156.

² - أنظر، المحكمة العليا، غ.ج.م، 16/04/1995، ملف رقم 124384، المجلة القضائية، 1995، عدد 2، ص 192.

³ - أنظر، المجلس الأعلى، غ.ج.م، 23/11/1982. ملف رقم 23194، مشار اليه عند محمود زكي شمس، الموسوعة العربية للاجتهادات القضائية الجزائرية، المجلد التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000، ص 6210.

لصالح من حكم لهم بها لأنه يشترط للمتابعة الجزائية بهذا الحزم أن يكون المحكوم عليه قد بلغ وفقا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة وأن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون . فإذا كان من الثابت بملف الإجراءات أن الزوج كان قد حكم عليه بدفع نفقة شهرية لزوجته المطلقة وأنه كلف بدفع هذه النفقة وأمهل مدة شهر عقب تبليغه بهذا الحكم، ولذلك فإن المتابعة الجزائية تكون مكتملة العناصر من أجل هذه الجنحة".

كما يطرح التساؤل حول طبيعة النفقة المحكوم بها؟

عرف مفهوم النفقة المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات المقررة للمطلقة تطورات مثيرة في السنوات الأخيرة، حيث اخذ قضاء المحكمة العليا حيال هذه المسألة اتجاهين مختلفين.

فالالاتجاه الأول يحرص مجال تطبيق مفهوم النفقة باستبعاد نفقة الإهمال والعدة المحكوم بهما لفائدة المطلقة، وهكذا قضي بأن ما دامت علاقة الزوجية انقطعت بسبب الطلاق فإن النفقة المحكوم بها لفائدة المطلقة تعتبر دينا يتعين على هذه الأخيرة تنفيذ الحكم للحصول عليه، ولا تشكل أساسا للمتابعة الجزائية، ومن ثم يعرض قرارهم للنقض قضاة الموضوع الذين أدانوا على أساس جنحة عدم تسديد النفقة¹. وفي نفس الاتجاه قضي في قرارات غير منشورين أن نفقة العدة ونفقة الإهمال المقررتين للزوجة بعد طلاقها لا ينطبق عليهما نص المادة 331 من قانون العقوبات، وإنما تخضعان لإجراءات التنفيذ المدني العادي².

أما الاتجاه الثاني فيوسع من مجال تطبيق مفهوم النفقة إلى الكسوة والسكن أو أجرته، وعلى هذا الأساس قضي بأنه يترتب على عدم تسديد بدل الإيجار، باعتباره من مشمولات النفقة، المحكوم به لممارسة الحضانة، قيام الجنحة المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات³. وقد أسست المحكمة العليا قضاءها على سببين، أولهما أن نص المادة 331 من قانون العقوبات في نسختها بالعربية التي تتحدث عن "النفقة" وليس "النفقة الغذائية"، وثانيهما أن نص المادة 78 من قانون الأسرة التي تعرف النفقة على أساس أنها تشمل الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته.

1 - أنظر، المحكمة العليا، غ.ج.م، 1993/11/13، ملف رقم 102548، المجلة القضائية 1994-2، ص 282.

2 - المحكمة العليا، غ.ج.م، 2006/7/26، ملف رقم 36335 و366196: غير منشور، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 139.

3 - المحكمة العليا، غ.ج.م، 2006/04/26، ملف رقم 380958: غ.ج.م، 2008/02/27، ملف رقم 397975. مقتبس عن أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 139.

ويعلق الدكتور أحسن بوسقيعة قائلاً بأنه يخالف الاتجاه الأول ويرى أن النفقة التي يقصدها المشرع في المادة 331 من قانون العقوبات تتسع لتشمل كلا من نفقة العدة ونفقة الإهمال المقررتين للزوجة عند الحكم بالطلاق، وذلك على أساس أن نفقة الإهمال هي دين سابق للحكم بالطلاق والمادة 80 من قانون الأسرة صريحة في هذا الشأن بنصها على أن نفقة الإهمال تستحق من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي الحكم باستحقاقها لمدة لا تتجاوز سنة. وعلى أساس كذلك أنه للزوجة المطلقة حق في النفقة في عدة الطلاق (المادة 61 من قانون الأسرة).

أما بخصوص الاتجاه الثاني للمحكمة العليا فنجد أن المادة 331 من قانون العقوبات تتحدث في نسختها بالعربية عن النفقة، وتشمل حسب ما هي معرفة في المادة 78 من قانون الأسرة: الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة. بينما حصر النص في نسخته الفرنسية الذين المالي في النفقة الغذائية "pension alimentaire" دون سواها. وفي ظل هذا التباين يثور التساؤل حول الطبيعة القانونية للدين المالي، فهل يشمل ما نصت عليه المادة 78 من قانون الأسرة أم أنه ينحصر في الغذاء وحده؟

دأبت المحكمة العليا إلى غاية 2006 على حصر الدين المالي في النفقة الغذائية، واستقرت على ذلك إلى غاية صدور القرار المؤرخ في 2006/04/26 سالف الذكر. فاذا كان ما خلصت إليه المحكمة العليا سائغا ومتسقا مع ما نصت عليه المادة 331 في صياغتها بالعربية، فإنه لا يستقيم في ضوء نص المادة 331 في صياغتها بالفرنسية. وإذا كان الترجيح عند اختلاف الصياغة بين نصين يكون للنص الأصلي فإن النص الأصلي هو في حقيقة الأمر النص بالفرنسية وليس بالعربية، على اعتبار أن المشرع نقل نص المادة 331 من قانون العقوبات من النص الفرنسي الذي يحصر النفقة في الغذاء دون سواه. وإذا كانت كلمة الفصل تبقى للمحكمة العليا فإنه من السابق لأوانه الحديث عن استقرارها على موقفها إذا صدرت لاحقا قرارات ذهبت فيها مذهباً مخالفا لما قضت به في 2006/04/26¹.

- الركن المادي:

لا يكفي مجرد صدور حكم يفرض على الزوج اداء النفقة المقررة عليه الى زوجته، وإنما يلزم علاوة على ذلك عدم الامتثال عمدا للحكم المذكور مع قدرته على دفع النفقة ومضي مهلة معينة بعد اخطاره

¹ - أنظر أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، 2014/2013، برقي للنشر، ص 140-141.

بالحكم حددها المشرع الجزائري في المادة 331 من قانون العقوبات بشهرين. وفيما يلي تفصيل للعناصر المكونة للركن المادي:

العنصر الأول: الامتناع عن الدفع

تعد جريمة الامتناع عن دفع النفقة الواجبة للزوجة من الجرائم السلبية¹، ومن ثم يعد العنصر الأول في ركنها المادي هو التقاعس عن دفع النفقة المحكوم بها لصالح الزوجة. وعلى ذلك يتوافر الامتناع المكون للجريمة بكل عمل من شأنه أن يحول دون وصول المبالغ المحكوم بها الى المحكوم لها بها، ومن ثم يعد امتناعا عدم أداء كامل دين النفقة لأن السداد الجزئي لا تنفي به الحكمة من التجريم وهي إلزام المكلف بالنفقة بدفع ما يسد به مستحق النفقة حاجته²، وإن كان السداد الجزئي قد يؤخذ بعين الاعتبار عند تقدير العقوبة. وفي هذا الصدد اعتبرت المحكمة العليا الجزائرية- المجلس الأعلى سابقا- في قرارها الصادر بتاريخ 01/06/1982 أن جرم عدم تسديد النفقة جنحة مستمرة، فالتهم الذي تماطل في دفع النفقة المحكوم بها عليه لصالح زوجته يبقى مرتكبا لهذه الجنحة الى حين التخلص التام عن دفع المبالغ التي عليه³.

كما يتوافر الامتناع إذا تمسك المتهم بالمقاصة بين دين له على الزوجة ودين النفقة المحكوم به، إذ أن المقاصة في هذه الحالة لا تجوز الا فيما يزيد على حاجة المحكوم له وهي الزوجة، وهذا أمر يرجع اليها بالقبول أو الرفض⁴ وبناء على ذلك يكون على المتهم أن يقوم بأداء دين النفقة ثم يقتضي بعد هذا حقه بالطرق المقررة قانونا. كذلك يعد امتناعا عن أداء النفقة أن يقوم الزوج بدفع النفقة الى شخص يعد دائما للزوجة المحكوم لها بالنفقة، كما لو دفع لمالك العقار الايجار عن العقار الذي تقيم فيه الزوجة

¹ - أي أنها من طائفة الجرائم التي تقع بالامتناع عن القيام بسلوك ايجابي معين يفرضه القانون. انظر، محمد رمضان بارة، شرح القانون الجنائي الليبي، القسم العام، الطبعة الأولى، الجماهيرية العظمى، المركز القومي للبحوثوالدراسات العلمية، 1997. ص 139.

² - ابراهيم عطا شعبان، النظرية العامة للامتناع في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1981، ص 91.

³ - أنظر، المجلس الأعلى، غ.ج.م، 01/06/1982، ملف رقم 23000. مقتبس عن أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 116.

⁴ - عبد السلام الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الغرب، 1986. ص 175.

المحكوم لها بالنفقة¹ إذ أن أجرة المسكن المقصودة في نص المادة 78 من قانون الاسرة هي تلك المستحقة للحضانة والأولاد، وليست المستحقة للمؤجر بمقتضى عقد الايجار².

من ناحية أخرى يتوافر عنصر الامتناع إذا أدى المحكوم عليه النفقة عينيا، كما لو قدم مجموعة من السلع تعادل قيمة النفقة المحكوم بها، إذ ان ذلك يعد مخالفة للحكم الذي يقرر الوفاء بالنفقة نقدا. وأيما كان الأمر فان عنصر الامتناع ينتفي إذا قام الزوج بالوفاء بدين النفقة بأي من طرق الدفع النقدي سواء بالمناولة او البريد او الايداع المصرفي، فمهما كان الوسيلة التي سلكها المدين مادامت النفقة قد وصلت الى الزوجة نقدا انتفت المسؤولية عن الزوج. ويلاحظ أن الدفع لوكيل الزوجة يبرئ الذمة إذ أنه يمثل الأصل، ولذا متى قام المتهم بالدفع له لا يعد حينئذ ممتنعا عن الدفع³.

العنصر الثاني: القدرة على الدفع

يجب أن يكون المتهم قادرا على دفع النفقة المحكوم بها للزوجة، وشرط القدرة هنا مناط باليسار بحيث يكون في استطاعته الوفاء بالنفقة المحكوم بها وفقا للحكم القاضي بها، أي ان الاعسار هو السبب الوحيد الذي يمكن قبوله فعلا مبررا لعدم التسديد. ويقع عبء اثبات القدرة على الدفع على عاتق سلطة الاتهام وذلك باي طريقة من طرق الاثبات، كأن تثبت ما لديه من أموال منقولة أو ثابتة. وفي جميع الأحوال يرجع التقدير النهائي للقدرة على الدفع لمحكمة الموضوع التي لها تقدير عناصر ذمة الزوج المحكوم عليه المالية، ومصادر ثروته وكسبه بأي طريقة من طرق الاثبات.

وتتجلى عدم القدرة على الدفع في عدة صور منها على سبيل المثال افلاس المدين إذا كان تاجرا، أو وجوده في حالة بطالة او فصله من العمل او توقف راتبه إذا كان موظفا، إلا انه وحسب الفقرة الثانية من المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري لا يعتبر الاعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال.

ويظل المانع من دفع النفقة حائلا دون قيام الجريمة طوال استمرار حالة عدم القدرة عن الدفع إذ ان الامتناع هنا يعد اضطراريا.

¹ - نقض 30_11_1953. مجموعة احكام نقض رقم 150. مشار اليه عند محمد عبد الحميد مكّي، جريمة هجر العائلة، الطبعة الأولى، القاهرة دار النهضة العربية، 2000، ص 65.

² - محمد عبد الحميد مكّي، نفس المرجع، ص 70.

³ - حسن صادق المرصفاوي، قانون الإجراءات الجزائية، منشأة المعارف، 1996، ص 114 وما يليها.

العنصر الثالث: مضي المهلة المحدد قانونا دون الوفاء بدين النفقة

طبقا لنص المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري لا يصبح الامتناع عن دفع النفقة المحكوم بها لصالح الزوجة واجبا للمساءلة الجنائية الا بمضي شهرين من اخطار المحكوم عليه بالحكم الذي يلزمه بدفع النفقة، وتتفاوت هذه المدة القانونية بحسب التشريعات الجنائية. كما تثير مسألة الشهرين العديد من الاشكاليات: فمتى يتم بداية حساب المواعيد؟ هل تبدأ هذه المهلة من تاريخ تبليغ الحكم للمحكوم عليه أم من تاريخ التبليغ وانقضاء مهلة 15 يوما المقررة للسداد؟

الرأي الراجح¹ قضاء أن ميعاد الشهرين يبدأ من تبليغ الحكم وانقضاء مهلة 15 يوما المحددة في التكليف أو الالتزام بالدفع الذي يحرره المحضر يكلف به المحكوم عليه بسداد مبلغ النفقة طبقا لإجراءات التنفيذ المنصوص عليها بقانون الاجراءات المدنية. وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا بأنه: " يتم احتساب مدة الشهرين اعتبارا من تاريخ انقضاء مهلة 20 يوما المحددة في التكليف بالدفع"². فاذا مرت المدة المحددة ولم يف الزوج المدين بالنفقة، فإن ذلك يعد قرينة على سوء نيته مما يستلزم عقابه رعاية للزوجة مستحقة النفقة من جهة واحتراما للأحكام القضائية من جهة اخرى. فبمجرد انتهاء المدة المحددة تقوم الجريمة محل البحث حيث يكون ركنها المادي قد اكتمل، وهذه الجريمة شأنها شأن أي جريمة سلبية لا يتصور فيها الشروع، فهي اما تقع تامة أو لا تقع. كما يطرح في هذا الصدد مسألة بداية حساب مهلة الشهرين هل تحتسب من تاريخ تقديم الشكوى أم من تاريخ المتابعة؟

فإذا فرضنا أن مهلة 20 يوما المخصصة للسداد قد انتهت بتاريخ 2003/11/30 وبتاريخ 2004/01/02 تقدمت المستفيدة من الحكم القاضي بالنفقة بشكوى لدى مصالح الشرطة لتصل الشكوى لدى نيابة الجمهورية بتاريخ 2004/04/28 أي بعد حوالي 04 أشهر من تاريخ تقديم الشكوى، فأى تاريخ يتم اعتماده تاريخ تقديم الشكوى أم تاريخ المتابعة؟ فإذا تم اعتماد تاريخ تقديم الشكوى كأساس فإن مهلة الشهرين المنصوص عليها بالمادة 331 من قانون العقوبات لم تتحقق، بالتالي الجريمة غير قائمة، أما إذا تم اعتماد تاريخ المتابعة كأساس فإن مهلة الشهرين قد انقضت وتصبح الجريمة قائمة.

1 - أحمد بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 116.

2 - المحكمة العليا، غ.ج.م، 1996/09/09، ملف رقم 136249، غ.ج.م، 1996/07/14، ملف رقم 132869: غير منشورين. مقتبس عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 138.

لم يتطرق القضاء الجزائري لهذه المسألة، أما القضاء الفرنسي فقد أخذ بعين الاعتبار تاريخ تقديم الشكوى لحساب مهلة الشهرين وليس تاريخ المتابعة، ثم تراجع عن هذا الموقف واستقر على أن مهلة الشهرين يبدأ حسابها من تاريخ المتابعة القضائية وليس من تاريخ الشكوى، وهو الرأي الذي نراه صائبا لأنه بذلك التاريخ يتم التأكد من تسديد المتهم مبلغ النفقة من عدمه.

وفي كل الأحوال فإن القضاء قد اشترط لإدانة المتهم بجنحة عدم تسديد نفقة وجود محضر الإنذار بالدفع ومحضر عدم الامتثال وفي هذا الصدد صدر عن غرفة الجنح والمخالفات للمحكمة العليا قرار بتاريخ 2000/01/18 ملف رقم 229680 جاء فيه ما يلي: "إن القضاء بإدانة المتهم بدفع النفقة الغذائية للمطعون ضدها دون توافر محضري الإلزام بالدفع وعدم الامتثال بالملف يعد خطأ في تطبيق القانون".¹

- الركن المعنوي للجريمة:

تعتبر هذه الجريمة جريمة عمدية ولا يتصور ارتكابها في صورة الخطأ، وهذا ما نستشفه من صياغة المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري. ويتطلب القصد الجنائي توفر عنصري العلم والارادة: العلم: يجب ان يحاط الزوج الملزم بالإففاق علما بصدور حكم قضائي ضده واجب النفاذ بدفع النفقة لزوجته، وأن يكون قد تم اخطاره بالدفع وأن يثبت علمه بذلك الاخطار، فإن جهل كل ذلك انتفى القصد الجنائي لديه.

كما يجب ان يكون الزوج المتهم عالما بقدرته على أداء النفقة، بمعنى ان يكون عالما بيساره أو قدرته على الوفاء بدين النفقة ومع ذلك لم يقم بالوفاء به. فاذا تبين للمحكمة ان لدى المتهم ما يكفي لأداء النفقة غير أنه لم يكن يعلم به، كما لو كان له الحق في الميراث عن قريب له ولم يكن بعلم بوفاته لتوطنه بعيدا عنه فان القصد الجنائي لديه ينتفي.²

الارادة: يجب أن تنصرف ارادة المتهم الى الامتناع عن أداء النفقة اي نحو عدم سدادها، فان لم تنصرف الارادة الى فعل عدم السداد فلا يتوافر القصد الجنائي في حق المتهم، كما لو كانت قوة القاهرة منعت المتهم من دفع النفقة. ولا يعد من قبيل القوة القاهرة سوء سلوك المتهم أو كسله أو السكر الذي يؤدي إلى تبديد ثروته وعجزه عن اداء النفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 331 من قانون العقوبات. ومن

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز فيا لقانون الجزائيا لخاص، المرجع السابق، ص164.

² - حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص 119.

باب أولى تبديده للمال عمدا رغم علمه بالتزامه بأداء النفقة لا يعد كذلك من قبيل القوة القاهرة، ونفس الشيء بالنسبة للزوج الذي يزيد من أعبائه المالية نتيجة زواجه الثاني والذي كان ثمرته إنجاب اطفال جدد له¹.

أما فيما يخص اثبات القصد الجنائي فقد افترض المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 331 من قانون العقوبات أن يكون عدم الدفع عمديا ما لم يثبت العكس، وذلك لأجل تسهيل الإثبات وتوزيع عبئه بين الادعاء من جهة والمتهم من جهة أخرى.

ب_ الجزاء على جريمة الامتناع عن دفع نفقة الزوجة

يعاقب الزوج الذي يمتنع عن اداء كامل النفقة المقررة عليه الى زوجته، وذلك إذا توافرت الأركان السابقة الذكر بعقوبة الجنحة، وهي الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 50 ألف إلى 300 ألف دينار جزائري (المادة 331 ف1 من قانون العقوبات الجزائري).

كما يجوز الحكم على الزوج المتهم بهذه الجريمة بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات الجزائري² من سنة على الأقل الى خمس سنوات على الأكثر وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 332 من قانون العقوبات الجزائري.

ومع ذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى للزوجة الحق في الصفح للزوج المتهم وذلك في التعديل الذي أدخله بالقانون رقم 06_23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، وبذلك تكون الزوجة قد وضعت حدا للمتابعة الجزائية، وهذا ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة 331 من قانون العقوبات: "ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية". وهنا يكون المشرع قد فتح باب آخر للتأويل عند نصه على الصفح لأنه قد يستغله الزوج في الضغط على زوجته بالصفح عنه وإلا لا يقوم بإرجاعها أو يمنحها املا بإعادة الزواج بها في قضايا الطلاق.

وما يمكن قوله أن المشرع الجزائري أعطى للزوجة حق الصفح الذي يضع حدا للمتابعة الجزائية تأسيسا على تغليب مصلحة المجني عليه والأسرة على مصلحة الدولة والتي تتمثل في مجرد توقيع العقاب على الجاني، وذلك لمساس هذه الجريمة بالأسرة والروابط العائلية، فالزوجة باعتبارها مجني عليها تضع حدا

¹ - محمد عبد الحميد مكي، المرجع السابق، ص 94.

² - نصت المادة 14 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة وفي الحالات التي يحددها القانون أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر 1 وذلك لمدة لا تزيد عن 5 سنوات".

للمتابعة الجزائية للزوج بالصفح عنه، بحيث يشكل هذا الصفح قيذا يوقف سير الدعوى العمومية في حق الزوج المتهم، وهذا ما سنوضحه عند الحديث عن الجرائم التي تعتبر فيها القرابة الزوجية قيذا على تحريك الدعوى العمومية.

2_ تجريم امتناع الزوج عن الوفاء بالنفقة المحكوم بها لصالح الزوجة في بعض القوانين المقارنة:

لم يكتف المشرع المصري بضمانات التنفيذ المنصوص عليها في القانون المدني والمتمثلة في الحجز على اموال الزوج للوفاء بالنفقة، بل قرر اضافة الى ذلك الاكراه البدني الذي يملكه القاضي ويميز له حبس الزوج لمدة لا تزيد عن 30 يوما لإجباره على الوفاء بدين النفقة لصالح زوجته. وهذا ما نصت عليه المادة 347 من القانون رقم 78_ 1938 بقولها: "إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقات... يرجع في ذلك إلى المحكمة الجزئية للأحوال الشخصية التي اصدرت الحكم، أو التي يقع في دائرتها محل التنفيذ... ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به، وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجوز ان تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما، أما إذا أدى المحكوم عليه ما حكم به أو أحضر كفيلا فإنه يخلى سبيله، وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية " الحجز على أموال المدين".

ونظرا لما للنفقة من أهمية كبرى للزوجة، فإننا نجد المشرع المصري قد سار على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري في تجريمه لامتناع الزوج عن أداء النفقة الواجبة عليه وجعل منها جنحة، فقد نصت المادة 293 من قانون العقوبات المصري على أنه: "كل من صدر عليه حكم نهائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أقاربه أو اصهاره أو أجر حضانة أو رضاعة أو سكن، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة 3 شهور بعد التنبيه عليه بالدفع، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز 500 جنيه مصري أو بإحدى هاتين العقوبتين... واذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية من هذه الجريمة فتكون عقوبة الحبس مدة لا تزيد عن سنة".

وما يلاحظ من خلال هذه المادة اختلاف المشرع المصري مع المشرع الجزائري في العقوبة المقررة حيث قرر المشرع المصري عقوبة أخف من تلك التي قرها المشرع الجزائري، وكذلك اختلف معه في المهلة التي تعطى للزوج لدفع النفقة حيث حددها المشرع الجزائري بشهرين بينما حددها المشرع المصري بثلاث شهور. كما نجد أن المشرع المصري قد تحدث عن العقوبة في هذه الجريمة وجعلها عقوبة الحبس الزاما، اذ لا يحق للقاضي الاختيار بين عقوبتي الحبس والغرامة، وهذا دون شك تشديد للعقاب على الزوج في حالة العود باعتباره ظرفا مشددا للعقاب.

أما المشرع الفرنسي فقد جرم الهجر المادي للزوجة والمتمثل في عدم الوفاء بالنفقة المحكوم بها على الزوج، حيث اعتبرها جنحة معاقب عليها وفقا لقانون العقوبات وهذا ما نص عليها في المادة -227 4 المعدلة بالأمر رقم 916-2000 المؤرخ في 19 سبتمبر 2000¹.

ونصت المادة 38 من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسي على أنه يجوز لقاضي الجرح أن يحكم بوضع المدين تحت الاختبار وأن لديه من الوسائل ما يستطيع به اجبار المدين على الوفاء بالتزامه بدفع النفقة. وأنه لا يوجد أي حظر في شأن تطبيق هذه العقوبات على الشريك في هذه الجريمة، وهو على سبيل المثال من يساعد على وجود أو احداث اعسار للمدين بالنفقة².

اضافة إلى ذلك نص المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 11.07.1975 في المادة 375_3 على التزام المدين بإخطار الدائن بعنوانه الجديد في حالة الانفصال الجسماني او الطلاق، ونصت على عقابه بالحبس من شهر إلى 6 أشهر في حالة عدم مراعاة هذا الشرط³. أي أن المشرع الفرنسي قد وضع في القانون الصادر في 11.07.1975 عقوبات بديلة للحبس والغرامة، بحيث أجاز للقاضي الحكم بالحبس مع وقف التنفيذ أو وضعه تحت الاختبار هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد جرم مجرد تغيير المدين الملزم بدفع النفقة لعنوانه دون اخطاره للزوجة بعنوانه الجديد في حالة الانفصال الجسماني أو الطلاق.

ونص المشرع الليبي في المادة 398 مكرر أ من قانون العقوبات على أن: "كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أصوله أو فروعهم أو اخوته أو أجرة حضانة أو رخصة أو مسكن أو امتنع عن الدفع مع قدرته عليه مده شهر بعد التنبيه عليه يعاقب بالحبس مدة تزيد عن سنة".

وما يلاحظ أن أغلب التشريعات قد جرمت الهجر المادي للزوجة (عدم الالتزام بالنفقة الواجبة على الزوج بحكم قضائي) رغم الاختلاف في مقدار العقوبة والمهلة الممنوحة للزوج من يوم إخطاره. فهل سارت هذه التشريعات السابقة على نفس النهج في تجريمها للهجر المعنوي للزوجة.

¹- Art 227-4: "Le fait, par une personne tenue, dans les conditions prévues à l'article 227-3, à l'obligation de verser une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature, de ne pas notifier son changement de domicile au créancier dans un délai d'un mois à compter de ce changement, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende".

². André VITU, Roger MERLE: Traité de droit pénal Spécial, Paris, 1982, p.1686, n2078 ,

³. André VITU, Roger MERLE, op. cit, n 2080, p. 1688.

الفرع الثاني

الهجر المعنوي للزوجة

يقصد بالهجر المعنوي للزوجة اخلال الزوج بواجب الرعاية المعنوية للزوجة وعدم تنفيذه على الوجه الأكمل¹.

والجدير بالذكر أن رعاية الزوج لزوجته معنويا لا يقل أهمية عن رعايته لها ماديا، فالزوجة كما أنها في حاجة إلى الماديات من طعام وملبس ومسكن ومصاريف العلاج، فإنها في حاجة أيضا إلى الرعاية المعنوية التي تساهم بدورها في التكوين النفسي والعاطفي للشخصية بصورة سليمة وصحيحة بما يحقق التوازن الاجتماعي والخلقي بين رغبتها ومصصلحة الأسرة والمجتمع².

وإذا كانت حاجة الزوجة إلى الرعاية المعنوية من قبل زوجها لازمة بأي حال من الأحوال مثل رعايتها ماديا، فهل حظيت بإقرار هذا الحق لها؟ وهل حظي حقها هذا بحماية قانونية لا سيما الجنائية منها على غرار الهجر المادية للزوجة؟

تقتضي الاجابة على هذين التساؤلين الوقوف على مدى إلزام الزوج برعاية زوجته معنويا(أولا)، ثم نعقبه بالتعرف على مدى اقرار حماية جنائية لرعاية الزوجة معنويا(ثانيا):

أولا: إلزام الزوج برعاية زوجته معنويا

كي نوضح مدى إلزام الزوج برعاية زوجته معنويا يتعين التعرف على مصدر هذا الإلزام (1)، ثم نبرز مناطه (2):

1_ مصدر إلزام الزوج برعاية زوجته معنويا:

يلزم الزوج أن يحيط زوجته برعاية معنوية، وهذا الإلزام لديه مصدره الشرعي والقانوني:

أ_ المصدر الشرعي:

تعتبر الشريعة الاسلامية الأسمى في الشرائع السماوية، وهي التي تطبق على رعايا الدول الاسلامية مسلمين وغير مسلمين فيما لم يكن من خصوصيتهم. فقد اهتمت اهتماما كبيرا برعاية الزوجة معنويا، ويستدل على ذلك بما ورد في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة. فقد نهى الله عز وجل في القران الكريم عن الاضرار بالزوجة فقال تعالى: "... وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ

¹- دنيا محمد صبحي، المرجع السابق، ص 89.

²- دنيا محمد صبحي، نفس المرجع، ص 88، 103 و104.

نَفْسُهُ...¹. كما أمر الله سبحانه وتعالى بحسن عشرة الزوجة بقوله: "... وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ..."². وقد خير الزوج في حالة نشوب الخلافات مع زوجته في استمراره معها وحسن معاملتها أو طلاقها دون ظلمها، وذلك لقوله تعالى: "... فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ..."³. وحث رسول الله صلى الله عليه وسلم الزوج على حسن معاملة زوجته، ويستدل على ذلك بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: "خياركم خياركم لنسائهم..."⁴. وأيضاً ما جاء في خطبة الوداع حيث قال النبي صلى الله عليه وسلم: "استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عندكم عوان..."⁵.

وكذلك حث الرسول صلى الله عليه وسلم على اللهو مع الزوجة بالرغم من ان اللهو غير مرغوب في الأصل بقوله: "كل شيء يلهو به ابن ادم فهو باطل إلا ثلاثاً: رمية قوس، وتأديبه فرسه وملاعبته أهله فإنهم من الحق"⁶.

كما حث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم على مراعاة مشاعر الزوجة حتى في أخص الخصوصيات بقوله صلى الله عليه وسلم: "إذا جامع أحدكم أهله فليصدقها، فإذا قضى حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها"⁷.

وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن افشاء ما يجري بين الزوجين أثناء الجماع لقوله صلى الله عليه وسلم: "إن من أشر الناس عند الله منزلة يوم القيامة: الرجل يفضي الى المرأة وتفضي اليه ثم ينشر سرها"⁸. وقد شبه رسول الله صلى الله عليه وسلم من يفعل ذلك بالشیطان لقوله: "انما ذلك مثل شيطانة لقيت شيطان في السكة، فقضى منها حاجته والناس ينظرون اليه"⁹.

1- سورة البقرة، الآية 231.

2- سورة النساء، الآية 19.

3- سورة البقرة، الآية 229.

4- أنظر، أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة العلمية، بيروت، ج2، ص 636.

5- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، نفس المرجع، ص 594.

6- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ج 2، المرجع السابق، ص 169.

7- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، نفس المرجع، ج 2، ص 173.

8- أنظر، محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الاوطار، شرح منتقى الأخبار، من أحاديث سيد الأخيار، الطبعة الثانية، 1344هـ، ج 6، ص 199.

9- أنظر، سليمان بن الأشعث أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، بيروت، 1995. ج1. ص 253 و ص 254.

وحتى في شريعة الأقباط والارثوذكسنتصت المادة 45 من شريعة الأقباط الأرثوذكس على ضرورة حسن المعاملة بين الزوجين: " يجب على كل من الزوجين تجاه الآخر الأمانة والمعاونة على المعيشة والمواسة عند المرض". كما ألزمت المادة 46 الزوج بحسن معاملته لزوجته لنصها على أنه: " يجب على الزوج حماية زوجته ومعاملتها بالمعروف ومعاشرتها بالحسنى"¹.

ب_ المصدر القانوني:

لقد نظم المشرع الجزائري في الفصل الرابع من قانون الأسرة الحقوق الزوجية الشخصية، حيث قد جاء في المادة 36 من قانون الأسرة² تحديد الواجبات الملقاة على عاتق الزوجين بموجب عقد الزواج وهي:

المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة، فهذا الواجب يخص معاملة كل زوج نحو الآخر في إطار الحياة المشتركة (المادة 36 ف1 من قانون الأسرة). ومن ثم يجب على الزوجين أن يعملوا ما باستطاعتهم ليحيا الحياة الزوجية سعيدة تسودها المودة والاحترام، ان هذا الواجب يتعلق أساسا بحسن المعاشرة وذلك لا يكون إلا على أساس التسامح والاخلاص والقول الحسن (المادة 36 ف2 من قانون الأسرة)، أي أن المشرع الجزائري قد أكد من خلال هذه المادة وجوب رعاية الزوج لزوجته معنويا وذلك بحسن معاملتها ومعاشرتها.

التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات: إذا كانت المادة 39 من قانون الأسرة الجزائري الملغاة تنص على أنه: " يجب على الزوجة طاعة زوجها ومراعاته باعتباره رئيس العائلة." وهو ما قرره الفقه الاسلامي، وذلك حتى لا يكون هناك اضطراب داخل العائلة بسبب تعدد مراكز اصدار الأوامر، إلا أننا نجد أنه قد أصبح في التعديل الجديد في الفقرة الرابعة من المادة 36 ينص صراحة على التشاور في تسيير شؤون الأسرة، ومن ثم فإنه لا يجوز للزوج أن ينفرد بإصدار القرارات داخل الأسرة بل ينبغي عليه أن يشاور في ذلك زوجته خصوصا فيما يتعلق بتباعد الولادات كي لا تصاب الزوجة بالأضرار نتيجة الولادات المتكررة، وبذلك يكون القانون قد ألزم الزوج برعاية زوجته معنويا في أخذ رأيها في الولادات باعتبارها شريكة حياته وليست مجرد امرأة استأجرها لتنجب له طفلا.

¹-أنظر، محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، ب.د.ن، 1983، ص 225.

² - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة والمعدل والمتمم.

كما أوجب قانون الأسرة في المادة الثامنة على الزوج أن يعدل بين الزوجات في حالة التعدد، وهذا العدل يكون في الأمور المادية وكذلك المعنوية، حيث يجب عليه حسن معاشرة ومعاملة كل زوجة من زوجاته معاملة شرعية.

واضافة إلى إلزام المشرع الجزائري الزوج برعاية زوجته معنويا، قد قرر حماية جنائية لحق الزوجة في هذه الحماية، وهذا ما سنوضحه في محله.

أما التشريع المصري فقد تضمن قانون الأحوال لشخصية نصوصا عديدة تقرر إلزام الزوج رعاية زوجته معنويا، ويستنتج ذلك من مفهوم المخالفة لهذه النصوص، فوفقا للمادة السادسة من القانون رقم 25.1929. يتعين على الزوج عدم الاضرار بزوجه اضرارا يصعب العشرة معه وإلا جاز لها طلب التطليق منه. كما نصت المادة التاسعة من نفس القانون على حق الزوجة في طلب التطليق متى كان بزوجه عيب سواء كان عيبا جسمانيا أو نفسيا أو جنسيا. وكذلك نصت المادة الثانية عشر من نفس القانون على حق الزوجة في طلب التطليق كذلك إذا غاب عنها زوجها سنة فأكثر بلا عذر متى تضررت من بعده عنها ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه¹.

2_ مناهج التزام الزوج بحسن رعاية زوجته معنويا:

يتعين على الزوج كي يحسن رعاية زوجته معنويا مراعاة حقوق الزوجة المعنوية، والتي تتجسد في:

أ_ ضرورة استئذان المرأة قبل الزواج بها:

لا يجوز للرجل الزواج بامرأة إلا بعد الحصول على موافقتها على ذلك الزواج بكرة كانت أو ثيبا، اذ يتعين على وليها الحصول على موافقتها قبل موافقته على زواجها. ويستدل علذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا تنكح الأم حتى تستأمر ولا البكر حتى تستأذن". قالوا يا رسول الله: كيف اذنها؟ قال: " أن تسكت"².

ووفقا لهذه الأحاديث إذا رفضت المرأة الزواج من الرجل المتقدم لها لا يصح الزواج إذا تم جبرا عنها، ويعتبر الزواج باطلا حسب الاتجاه الفقهي الصحيح. والدليل ما حدث بالفعل للخنساء بنت حزام عندما أتت الرسول صلى الله عليه وسلم بعد أن زوجها أبوها وهي ثيب دون أن تقر ذلك، فرد الرسول صلى الله عليه وسلم نكاحها³.

¹ - أنظر، طارق العمري، مشكلات الزوجية وفقا للشريعة الاسلامية والقوانين المصرية، الطبعة الأولى، ب.د.ن، 1996، ص 93.

² - محمد بن عبد الله الشوكاني، المرجع السابق، ص 118.

³ - محمد بن عبد الله الشوكاني، نفس المرجع، ص 169.

وتكمن الحكمة من هذا الشرط في مراعاة نفسية المرأة ومدى راحتها وشعورها بالطمأنينة تجاه شريك حياتها، فالزواج معايشة دائمة وشركة قائمة بين الرجل والمرأة، ولا يدوم الود والانسجام ما لم ترضى المرأة بهذا الزواج.

ب_ ضرورة معاملة الزوجة المعاملة الحسنة والمعايشة بالمعروف:

يتعين على الزوج أن يحيط زوجته بالحب والحنان والعطف وأن يصون كرامتها وأن يتجنب ما يؤذيها، وأن يلاطفها ويداعبها ويلهو معها كما كان يفعل الرسول صلى الله عليه وسلم في الأمور العامة التي تهم الأسرة وفي شؤونها الخاصة حتى تشعر بأنها جزء منه وليست غريبة عنه، الأمر الذي يقوي الحب والود والحنان بينهما¹.

ويتعين على الزوج ألا يعبس في وجه زوجته لغير ذنب، وألا يكون فظاً غليظاً في القول والفعل معها، وأن يكون رحيماً بما لو أخطأت وألا يلجأ إلى الإيذاء البدني لها إلا بعد مراعاة قيود التأديب التي نصت عليها الشريعة الإسلامية².

ج_ ضرورة أن يصون الزوج عرض زوجته:

المرأة بمجرد زواجها تنتقل إلى مسكن زوجها ويصبح مسؤولاً عنها، وتصبح سمعتها من سمعته ويتعين على كل زوج الحرص على سمعة زوجته وأن يصون عرضها:

أن يغار الزوج على زوجته: من شأن غيرة الزوج على زوجته أن تدفعه إلى صيانتها والحفاظ عليها وابعادها عن كل ما من شأنه تدنيس عرضها. فقد روي عن سعد بن عبادة قوله: " لو رأيت رجلاً مع امرأتي لضربته بالسيف غير مصفح". فقال الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: " أتعجبون من غيرة سعد، لأننا أغير منه، والله أغير مني، ومن أجل غيرة الله حرم الفواحش ما ظهر منها وما بطن". كما قال الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: " ثلاثة لا يدخلون الجنة: العاق لوالديه، والديوث ورجلة النساء" وقد سأله الصحابة من الديوث فقال صلى الله عليه وسلم: " الذي لا يبالي من دخل على أهله"³. كما من شأن هذه الغيرة أن يحرص الزوج على أن تظهر زوجته بصورة محتشمة في لبسها وحركاتها، وألا تخرج دون محرم وفي أي أوقات متأخرة من الليل، أو مرتدية ما هو كاشف مفاتنها وألا يدخل عليها من لا تأمنه وألا يغيب عنها طويلاً.

¹ - محمد بن عبد الله الشوكاني، المرجع السابق، ص 168_169.

² - أنظر، يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، 1981، ص 254 و 255.

³ - محمد بن عبد الله الشوكاني، نفس المرجع، ص 170 و 171.

والجدير بالذكر أن الغيرة التي حث عليها الرسول صلى الله عليه وسلم هي الغيرة المعتدلة، لذا يتعين على الزوج ألا يبالغ في إساءة الظن بزوجته وألا يسرف في تقصي كل حركاتها وألا يحصي جميع عيوبها، لأن الغيرة بهذا الشكل تعد قاتلة فتفسد العلاقة الزوجية وتقطع ما أمر الله به أن يوصل¹.

ويستدل على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "إن من الغيرة ما يحببه الله، ومنها ما يبغضه الله... فأما الغيرة التي يحبها الله فالغيرة في الريبة، والغيرة التي يبغضها الله فالغيرة في غير ريبة"².

ألا يهمل الزوج جماع زوجته: يتعين على الزوج وطء زوجته لأنها بزواجها منه ملكت نفسها له وحبست نفسها عليه، ومن هنا وجب عليه عدم اهمالها كأن يتركها كالمعلقة لا هي زوجة حقيقية فيجامعها زوجها، ولا هي غير متزوجة فتتزوج غيره، وحرص الاسلام على ضرورة أن يجامع الرجل زوجته جاء من حرصه الشديد على عفة الزوجة وطهارتها وصيانة العرض.

ثانيا: مدى اقرار حماية جنائية لرعاية الزوجة معنويا

في ضوء المصدر الشرعي والقانوني للالتزام الزوج برعاية زوجته معنويا يمكن تصنيف التشريعات المقارنة الى اتجاهين: اتجاه لا يقر حماية جنائية للزوجة لإجبار زوجها على حسن رعايتها معنويا، واتجاه آخر يجرم ذلك الاخلال:

الاتجاه الأول: عدم اقرار حماية جنائية والاكتفاء بالحماية المدنية للزوجة

يمثل هذا الاتجاه الغالب ويستدل على ذلك من موقف الشريعة الاسلامية وشريعة الاقباط، وقانون الأحوال الشخصية المصري.

فقد أجازت الشريعة الاسلامية للزوجة أن تطلب التطليق من زوجها متى تضررت معنويا من هذا الزوج، حيث أجازت للزوجة التي يغيب عنها زوجها طلب التفريق ولو كان له مال تنفق منه، ويشترط للحكم بالتطليق في هذه الحالة أن تمر سنة على غياب الزوج عن زوجته، وأن تتضرر الزوجة من غياب زوجها مما يشعرها بالوحشة وتخشى على نفسها الفتنة، وأن يكون ذلك الغياب دون عذر مقبول. وأخيرا أن يكون هذا الغياب في بلد اخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة. كما أجازت الشريعة الاسلامية التطليق للزوجة متى كان زوجها محبوسا، لما في الحبس من الحاق ضرر بالزوجة لبعدها عنها، وذلك

¹ - محمد بن عبد الله الشوكاني، المرجع السابق، ص 171.

² - محمد بن عبد الله الشوكاني، نفس المرجع، ص 171.

متى كانت المدة المحكوم بها ثلاث سنوات فأكثر، في هذه الحالة يحق للزوجة طلب التطليق بعد قضاء مدة سنة من الحبس.

كما يجوز للزوجة طلب تطليقها من زوجها إذا كان الزوج به عيب أي كان نوعه طالما كان من شأنه الحاق الضرر بالزوجة سواء كان عيبا نفسيا أو جنسيا أو بدنيا، وكذلك لو كان يضربها ضربا مبرحا وكان يكرهها على منكر من القول أو الفعل. المهم أن يكون الايذاء لا تقدر عليه الزوجة، وأن تنجح في اثبات هذا الضرر أمام القضاء أو يقر به الزوج، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يسعى إلى محاولة التوفيق بينهما أولا، فاذا عجز عن ذلك كان عليه الحكم للزوجة بالتطليق¹.

وفي شريعة الأقباط والأرثوذكس نصت المادة 57 من على أنه: "يجوز طلب الطلاق إذا أساء أحد الزوجين معايشة الآخر، أو أدخل بواجبه نحوه اخلافا جسيما مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وانتهى الأمر إلى إفتراقهما عن بعضهما، واستمرت الفرقة ثلاث سنوات متوالية"².

ووفقا لهذا النص فإن من حق كل من الزوجين اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق من الطرف الآخر في العلاقة الزوجية، وذلك في حالة اساءة المعايشة من أحدهما اتجاه الآخر أو في حالة الاخلال الجسيم بواجباته اتجاه الآخر، إلا أن القاضي لا يحكم بالتطليق مباشرة وإنما يتعين عليه أن يفرق بينهما جسمانيا أولا، فاذا استمرت الفرقة ثلاث سنوات دون أن يتم الوثام يحكم بالتطليق.

وقد نظم التشريع المصري في قانون الأحوال لشخصية رقم 25 لسنة 1929 كما سبق القول وما طرأ عليه من تعديلات أخرى، الحماية القانونية للزوجة في حالة اخلال الزوج بالتزامه تجاهها برعايتها معنويا وتتجسد هذه الحماية القانونية في حق الزوجة في طلب التطليق من زوجها عن طريق القضاء في الحالات التالية:

- في حالة الاضرار بها من قبل زوجها اضرارا لا يستطيع معه دوام العشرة.
- في حالة وجود عيب بالزوج، بحيث يكون ذلك العيب مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل ولا يمكنها البقاء معه إلا بضرر.
- في الحالة التي يغيب فيها الزوج عن زوجته أكثر من سنة بدون عذر مقبول وتضررت من بعده.

1 - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 113 و114.

2- أنظر، معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الاسكندرية، 1984، ص 711.

وما يلاحظ على الاتجاه الأول أنه قصر الجزاء المترتب على إخلال الزوج بالرعاية المعنوية لزوجته في طلبها للتطليق، ولم يقرر أي حماية جنائية للزوجة في حقها في الرعاية المعنوية، على خلاف ما ذهب إليه الاتجاه الثاني:

الاتجاه الثاني: اقرار حماية جنائية للزوجة

يمثل هذا الاتجاه قلة من التشريعات على رأسها التشريع الجزائري، حيث لم يكتف المشرع الجزائري بمنح الزوجة الحق في طلب التطليق وذلك حالة إخلال الزوج برعايتها المعنوية، بل قرر أيضا حماية جنائية للزوجة وذلك ما نستشفه من الفقرة الثانية من المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري¹، والتي نصت على ما يلي: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25 ألف إلى 100 ألف دينار جزائري: ... الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي".

أي أن المشرع الجزائري جرم ترك الزوجة الحامل عمدا باعتباره جنحة، وغايته من ذلك التجريم هي حماية الطفل والأم معا نظرا لخطورة هذا الفعل على صحة الجنين ونفسية الأم. وتقوم جريمة ترك المرأة الحامل على الركنين المادي والمعنوي، إضافة إلى الركن المفترض وتتوقف المتابعة فيها على شكوى الزوجة المهملة، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أ_ أركان الجريمة:

لكي تقوم هذه الجريمة لا بد من قيام علاقة زوجية إلى جانب الركن المادي والمعنوي:

1_ الركن المفترض: قيام العلاقة الزوجية

تستوجب هذه الجريمة قيام عقد صحيح ورسمي مقيد في سجلات الحالة المدنية، حيث نصت المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري أن الزواج يثبت بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية. وعليه لا تقوم هذه الجريمة في حالة الزواج العرفي ما لم يثبت هذا الزواج بحكم قضائي طبقا لأحكام المادة 22 المذكورة أعلاه. وعليه فإن لم يكن عقد الزواج مع المشتكى منه قد سبق تسجيله وتقييده في سجلات الحالة المدنية في الوقت المناسب، تعين على الشاكية تسجيل زواجها باتباع الطريق القانوني قبل تقديم شكواها،

¹ - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

وبذلك تكون الجريمة قائمة في حق الزوج من تاريخ حملها وليس من تاريخ تثبيت الزواج، كون الزواج قائم بين الطرفين بمجرد توافر أركانه القانونية وفقا لأحكام قانون الأسرة الجزائري.

2_ الركن المادي للجريمة:

يقتضي هذا الركن توافر ثلاث عناصر جاءت بها الفقرة الثانية من المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري وتمثل في:

ترك محل الزوجية: ويكون ذلك بمغادرة الزوج لمحل الزوجية، وتركه لزوجته وحدها مع علمه بأنها حامل، وعليه لا تتوافر الجريمة في حق الزوج إذا ما غادرت الزوجة محل الزوجية واستقرت عند أهلها¹.
ترك محل الزوجية لمدة أكثر من شهرين: يجب أن يستمر التخلي عن الزوجة الحامل مدة تفوق الشهرين، وعليه فإذا ادعت الزوجة الشاكية أن زوجها تركها في مقر الأسرة وهي حامل لمدة أكثر من شهرين وأنكر الزوج ذلك فعليها الإثبات بالدليل القاطع أن المشتكى منه قد تركها لمدة أكثر من شهرين متتاليين دون انقطاع. ذلك لأن الترك لمدة أقل من شهرين أو لمدة أكثر من شهرين تخللها انقطاع بالعودة إلى مقر الزوجية يزيل عن الفعل الصفة الاجرامية، لأن عودته إلى مقر الزوجية خلال الشهرين يوحى بالرغبة في استئناف الحياة الزوجية المشتركة.

حمل الزوجة: يجب أن تكون الزوجة المتخلى عنها حاملا، ويجب أن يكون ذلك الحمل بينا ومعلوما من طرف الزوج، وبذلك وجب على الزوجة الشاكية أن تقدم ما يثبت وجود الحمل وعلم الزوج بذلك، وإثبات وجود الحمل يكون بكل الوسائل كالشهادة الطبية لمعاينة الحمل².

3_ الركن المعنوي للجريمة:

جريمة ترك الزوجة الحامل جريمة عمدية تتطلب لقيامها توافر قصد جنائي وهو العلم بأن الزوجة حامل والتخلي عنها عمدا قصد الاضرار بها، وعليه يستوجب الإشارة إلى علم الزوج بأن الزوجة حامل في الحكم القاضي بإدانة الزوج عن جريمة ترك الزوجة الحامل.

إلا أننا نجد ان المشرع الجزائري قد جعل من السبب الجدي مبررا للتخلي عن الزوجة الحامل وأعفى الزوج من المتابعة والجزاء في حالة قيامه، ومن بين الأسباب التي يمكن أن يقدمها الزوج للمحكمة الترك

¹ - القرار الصادر عن الغرفة الجزائرية لمجلس قضاء بومرداس في يوم 23.04.2002: "... أن الأفعال المنسوبة للمتهم غير قائمة طالما ثبت أن الضحية غادرت بيت الزوجية وعليه فإن عناصر جنحة ترك مقر الأسرة غير متوفرة في قضية الحال". مقتبس عن أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 151.

² - أحسن أبو سقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، نفس المرجع، ص 152.

من أجل القيام بالخدمة الوطنية أو البحث عن عمل أو لتحصيل العلم، إلا أن الدفع بقيام السبب الجدي متروك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع باعتباره مسألة واقع.

ب_ المتابعة والجزاء:

لا تتم المتابعة في هذه الجريمة إلا إذا تقدمت الزوجة بشكوى، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: " لا تتخذ اجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى". وذلك لاعتبارات منها المحافظة على الروابط الأسرية اذ تغلب مصلحة الأسرة على المصلحة العامة، ومادام أن الدعوى العمومية في هذه الجريمة معلق على شكوى فإن التنازل عليها وصفح الضحية يضع حدا للمتابعة. وستعرض بمزيد من التفصيل الى شكل الشكوى وإجراءات المتابعة في الفصل المخصص للقواعد الاجرائية.

أما فيما يخص الجزاء، فإن المادة 330 من قانون العقوبات تعاقب مرتكب جنحة ترك الزوجة الحامل بالحبس من شهرين الى سنة واحدة وبغرامة من 25 ألف الى 100 ألف دينار جزائري. كما يجوز علاوة على ذلك طبقا للمادة 332 من قانون العقوبات الجزائري حرمان المحكوم عليه من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة الى خمس سنوات على الأكثر.

غير أن هذه الجريمة طرأ عليها تعديل وفقا للأمر رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، حيث أصبحت المادة كالاتي: " يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50000 دج إلى 200000 دج: ...2_ الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته لغير سبب جدي..."

وبهذا التعديل أصبح المهجر المعنوي للزوجة لا يتعلق بالزوجة الحامل فقط، بل بالزوجة بصفة عامة إذا تخلى زوجها عنها لمدة تتجاوز شهرين وذلك بدون وجود سبب جدي. كما عدل المشرع من عقوبة ترك الأسرة بصفة عامة ورفع منها، فأصبحت العقوبة الحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50000 دج إلى 200000 دج.

كما أضاف المشرع الجزائري بمقتضى المادة 330 مكرر من الأمر رقم 15-19 سابق الذكر جريمة أخرى لها صلة بالزوجين وتحت الفصل الخاص بترك الأسرة، حيث تنص تلك المادة على أنه: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين كل من مارس على زوجته أي شكل من أشكال الإكراه أو التخويف ليتصرف في ممتلكاتها أو مواردها المالية.

يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية".

وما نلاحظه من خلال هذه المادة أن هذه الجريمة تتعلق بالإكراه أو التخويف الذي يمارسه الزوج على زوجته، والذي يهدف الزوج من وراء التصرف في ممتلكات زوجته أو مواردها المالية بصفة عامة. لكن هل تعتبر هذه الجريمة لها علاقة بهجر الزوجة طالما وردت في الفصل الخاص بترك الأسرة؟ وهل صحيح تجريم مثل هذا الفعل الذي يقوم به الزوج هدفه المحافظة على العلاقة الزوجية؟ أم أنه يؤدي بالعكس إلى هدم الأسرة ما دام أن الأمور وصلت بين الزوجين إلى عدم التفاهم أمورهم المالية؟ نعتقد أن المشرع بتجريمه لهذا الفعل يشجع على فك الرابطة الزوجية لا المحافظة عليها، لأن مثل هذه المواد لا تتماشى مع المجتمع الجزائري.

وإلى جانب جريمة الزنا وتعدد الأزواج وهجر الزوجة، أضاف المشرع الجزائري وفقا للأمر رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم لقانون العقوبات جريمة أخرى يمكن اعتبار العلاقة الزوجية ركنا مفترضا فيها، وهي جريمة التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر المرتكب ضد الزوجة والمنصوص عليه في المادة 266 مكرر 1 والتي نصت على ما يلي: " يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، كل من ارتكب ضد زوجه أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية. يمكن إثبات حالة العنف الزوجي بكافة الوسائل.

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية. كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.

لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملا أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح".

وما يلاحظ أن المشرع تطلب في هذه الجريمة تكرار العنف اللفظي، وكذلك اشترط أن يمس ذلك العنف بكرامة الزوجة أو سلامتها البدنية أو النفسية. وتقوم الجريمة سواء كان الزوج يقيم في نفس المسكن مع الضحية أم لا، ولا يستفيد من ظروف التخفيف إذا كانت الزوجة حاملا أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح. يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية."

وتظهر في هذه الجريمة رغبة المشرع في توفير حماية للزوجة أكثر من العلاقة الزوجية، ذلك أن الزوجة التي ترفع دعوى على زوجها لارتكابه مثل هذه الأفعال لا تسعى أبداً إلى المحافظة على زواجها، بل بالعكس سيؤدي ذلك إلى وقوع الطلاق وفك الرابطة الزوجية. وإن كان للعلاقة الزوجية هذا الأثر البالغ في مجال التجريم، فإن لها أثرها أيضاً في مجال العقاب.

المبحث الثاني

العلاقة الزوجية وأثرها في مجال العقاب

قد أسلفنا فيما تقدم أن ركن الجريمة هو ما تقوم الجريمة إلا به، سواء أكان ركناً عاماً كالركن المادي أو الركن المعنوي أو ركناً خاصاً كالركن المفترض في الجريمة. ولا يوجد الركن إلا إذا توافرت عناصره، فالركن المادي يشترط لقيامه توفر النشاط والنتيجة ورابطة السببية، وذلك بالنسبة للجرائم التي تعتبر النتيجة عنصراً في ركنها المادي. كما يشترط لقيام الركن المعنوي في الجريمة العمدية أن يتوفر عنصر العلم والارادة اللذين يتكون منهما القصد الجنائي¹. وتوفر كل عنصر من هذه العناصر أساسي لوجود الركن الذي تنتمي إليه، لذا فهي عناصر أساسية إذا اكتملت جميعها وجدت الجريمة وإذا تخلف أحدها تخلف وجود الجريمة.

على أن هناك فئة من العناصر إذا أضيفت إلى الجريمة بعد اكتمال أركانها وعناصرها فإنها تعدل من الآثار الجنائية المترتبة عن الجريمة لا سيما العقوبة المقررة لها، وإذا لم تضاف هذه العناصر إلى الجريمة فلا يترتب على ذلك مساس بكيانها، ولا بالآثار الجنائية المترتبة عليها وقد أطلق على هذه العناصر تسمية "الظروف"². والظرف في اللغة معناه "الوعاء" أو هو كل ما يستقر فيه غيره كالיום والحين وفوق وتحت، ومنه ظرف الزمان والمكان³. ولا يختلف معنى الظرف على هذا النحو في اللغة العربية عنه في اللغة اللاتينية حيث يسمى *crum stat* أي ما يحيط بالشيء. وجوهر معنى الظرف في المجال القانوني لا يختلف عن معناه اللغوي، فهو عنصر أو عناصر تحيط بالجريمة.

¹ - أنظر، إبراهيم عيد نايل، أثر العلم في تكوين القصد الجنائي، رسالة دكتوراه. جامعة عين شمس، 1990، ص 70 وما بعدها.

² - وقد أطلق الفقه الإيطالي على هذه العناصر تسمية "العناصر العرضية" أو الثانوية للجريمة. أنظر، عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية، ب.د.ن، ب.س.ن، ص 273.

³ - بهاء رزيقي علي، المرجع السابق، ص 80.

وعلى هذا الأساس يمكننا أن نعرف الظرف _ في مجال الجريمة _ بأنه: " واقعة تبعية تضاف إلى الجريمة بعد اكتمال مقوماتها فتصيب بتعديل أو استبعاد أهم أثر من الاثار الجنائية المترتبة على الجريمة وهي العقوبة"¹. ويتضح من هذا التعريف أن للظرف خصيصتين: أولاها أنه يلحق بالجريمة بعد اكتمال مقوماتها بحيث لا يترتب على تخلفه أي تأثير على وجود الجريمة، وثانيهما أنه يقتصر مفعوله على آثار الجريمة وبالذات على العقوبة، ويعدل منها بالتخفيف أو بالتشديد أو يستبعد وقوعها². والظرف قد يكون متعلقا بالركن المادي للجريمة أو بالركن المعنوي فيها، كما قد يتعلق بصفة في الجاني أو الجاني عليه كصفة الزوجية التي نحن بصدد دراسة أثرها في العقاب.

فالعلاقة الزوجية كما لها دور في تجريم بعض الأفعال التي تباح متى كان طرفاها غير متزوج كجريمة الزنا، أو تلك التي لا وجود لها إلا في ظل علاقة زوجية قائمة (جريمة تعدد الزوجات والأزواج)، وأخيرا تلك التي لا وجود لها إلا بين الزوجين (المحرر المادي والمعنوي للزوجة)، لها دور كذلك في مجال العقاب. وفي هذا المبحث سنحاول أن نوضح أثر العلاقة الزوجية في مجال العقاب حيث أن تلك العلاقة قد تقترن بالجريمة وتجعل العقوبة مشددة فيها، كما أنها قد تكون سببا لتخفيف العقوبة اضافة إلى أنها قد تؤثر على استحقاق العقاب.

وسنحاول في هذا المبحث القاء الضوء على أثر العلاقة الزوجية في مجال العقاب سواء باعتبارها كظرف مشدد (مطلب أول)، أو سببا لتخفيف العقاب (مطلب ثان)، أو توقف عليها استحقاق العقاب (مطلب ثالث).

المطلب الأول

العلاقة الزوجية كظرف مشدد للعقاب

تعرف الظروف المشددة للعقاب بأنها: " تلك العناصر والصفات التي تلحق بالجريمة ذاتها أو بشخص مرتكبها فتغير من وصفها وتخضعها لنص قانوني، أو فقرة في ذات النص كل منهما يقرر حكما يختلف عما كان يقرره للجريمة وهي متجردة من هذا العنصر أو تلك الصفة"³.

¹ - أنظر، جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد، دار المعارف، الاسكندرية، 2005، ص 589.

² - لمزيد من التفصيل د عبد الفتاح الصيفي، المرجع السابق، ص 274 وما بعدها.

³ - عبد الفتاح الصيفي، نفس المرجع، ص 275.

ولم يضع قانون العقوبات نظرية عامة ينظم فيها الظروف المشددة للجريمة، وإنما أشار إليها في أحكام متفرقة عند نصه على بعض الجرائم. وتنقسم الظروف المشددة للظروف المشددة عامة: تتمثل في العود والذي يعتبر ظرف مشدد عام، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المواد من 54 مكرر إلى المادة 59 من قانون العقوبات الجزائري¹. أما الظروف المشددة الخاصة فقد تتعلق بالركن المادي في الجريمة أو الركن المعنوي فيها أو قد تتعلق بالشخص.

فالظروف المشددة التي تتعلق بالركن المادي في الجريمة متعددة، قد تتعلق بالوسيلة مثل جريمة القتل بالتسميم² وكذا جريمة السرقة باستعمال المفاتيح المصطنعة³، كما قد تتعلق بطريقة تنفيذ الجريمة مثل القتل بالتعذيب⁴. وإضافة إلى ذلك قد تتعلق بزمان ارتكاب الجريمة كالسرقة ليلا⁵ أو مكانها كارتكاب السرقة في المنازل أو المساكن سواء كانت مسكونة أو غير مستعملة للسكن وفي توابعها⁶. كما قد تلحق الظروف المشددة بالركن المعنوي للجريمة، ومثالها سبق الإصرار كظرف مشدد في جريمة القتل⁷.

أما الظروف القانونية المشددة التي قد تتعلق بالشخص، فيقصد بها تلك الظروف المتعلقة بالشخص لصفة فيه أو لمركز يشغله أو وظيفة يمارسها والتي يأخذ بها القانون كظروف مشددة لتشديد العقاب المقرر للجريمة وهي نوعان، بحيث أن النوع الأول يتمثل في الظروف التي قد تلحق بالشخص الجاني كجريمة السرقة التي يرتكبها الخادم أو المستخدم بأجر حتى ولو وقعت السرقة ضد من لا يستخدمونه لكنها وقعت سواء في منزل مخدومه أو في المنزل الذي يصحبه فيه⁸. أما النوع الثاني فيتعلق بالظروف التي قد تلحق بالشخص المجني عليه، وذلك سواء رجع السبب صغر سن المجني عليه كجريمة الفعل المخل بالحياة ضد قاصر⁹، أو بسبب وجود قرابة بينه وبين الجاني.

1 - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

2 - أنظر، المادة 260 من قانون العقوبات.

3 - أنظر، المادة 354 من قانون العقوبات.

4 - أنظر، المادة 262 من قانون العقوبات.

5 - أنظر، المادة 353 من قانون العقوبات.

6 - أنظر، المادة 353 الفقرة الرابعة من قانون العقوبات.

7 - أنظر، المادة 255 من قانون العقوبات.

8 - أنظر، المادة 353 الفقرة السادسة من قانون العقوبات.

9 - أنظر، المادة 334 الفقرة الأولى من قانون العقوبات.

وعليه فإن للقرابة أثر في تشديد العقاب باعتبارها صفة في الشخص سواء كان جاني أو مجني عليه، ونوع القرابة التي نقصدها في هذا الباب هي العلاقة الزوجية فكما سبق الذكر فإن تلك العلاقة قد حظيت باهتمام الشرائع السماوية والقوانين الوضعية على حد سواء، لذلك إذا تم اساءة ما تتطلبه هذه العلاقة من مبادئ وأسس أو تم اساءة استعمال تلك العلاقة السامية في تسهيل ارتكاب جريمة فإنه من الواجب تشديد العقاب في مثل هذه الحالات.

ونجد أن التشريعات العقابية قد اعتدت بالعلاقة الزوجية واعتبرتها ظرفا مشددا للعقاب في بعض الجرائم، ويظهر ذلك بوضوح في القانون الجزائري والقانون المقارن. وذلك ما سنحاول أن نبينه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

العلاقة الزوجية كظرف مشدد في القانون الجزائري

إذا نظرنا إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أنه اعتد بالعلاقة الزوجية كظرف مشدد للعقاب على بعض الجرائم في أكثر من موضع:

فجده في المادة 276 من قانون العقوبات الجزائري يشدد العقاب على جرائم اعطاء المواد الضارة العمدي المفضي إلى المرض والعجز عن العمل أو المفضي إلى عاهة مستديمة أو إلى الموت المنصوص عليها في المادة 275 من قانون العقوبات إذا وقعت بين الأزواج¹.

وكذلك الحال يشدد المشرع الجزائري العقاب على صور تحريض أو استخدام أو مساعدة القصر على الفسق والدعارة المنصوص عليها في المادة 343 من قانون العقوبات الجزائري، بحيث أنه لو كان الجاني زوجا للمجني عليه فالمشرع شدد عقابه في المادة 344 الفقرة الرابعة من القانون العقوبات الجزائري.

وسنحاول أن نوضح كل جريمة من هذه الجرائم التي شدد المشرع الجزائري العقاب فيها لوجود قرابة زوجية في النقاط التالية:

¹ - أنظر، ابراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الكتاب اللبناني، ب.س.ن، ص 359 وما بعدها.

أولاً: العلاقة الزوجية وتشديد العقاب في جريمة اعطاء المواد الضارة العمدي

إن جريمة اعطاء مواد ضارة بالصحة عمدا وبأية طريقة كانت وبدون قصد احداث الوفاة معاقب عليها في المادتين 275 و 276 من قانون العقوبات¹، وهذه الجريمة كغيرها من الجرائم لديها ركن مادي وركن معنوي. كما قرر لها المشرع الجزائري جزاء جنائي يختلف باختلاف النتيجة المترتبة عن اعطاء تلك المواد الضارة بالصحة، بحيث شدد العقوبة كلما كانت النتيجة أخطر، إلا أنه لم يكتف بتشديد العقوبة بالنظر الى النتيجة المترتبة عن السلوك في هذه الجريمة بل شددتها أكثر إذا كانت تلك الجريمة قد وقعت من طرف أحد الزوجين على الآخر، وسبب التشديد هنا يرجع لشناعة هذه الجريمة وما تشكله من اعتداء واضح على نظام الأسرة وصلات القرى والروابط والتضامن بين الزوجين. أي أنه جعل من العلاقة الزوجية هنا ظرفا للتشديد، وسنوضح فيما يلي الركن المادي والركن المعنوي للجريمة وكذلك الجزاء المقرر لها:

1_ أركان الجريمة:

لا تقوم هذه الجريمة مثلها مثل أي جريمة إلا بتوافر ركن مادي وركن معنوي:

أ_ الركن المادي:

يتكون الركن المادي في الجريمة من ثلاث عناصر وهي السلوك والنتيجة وعلاقة سببية تربط بين السلوك والنتيجة، وفي هذه الحالة يطلق على الجريمة اسم الجريمة المادية وذلك على عكس الجرائم الشكلية أو ما تسمى بجرائم السلوك، والتي تتحقق بمجرد توافر السلوك ودون أن تحتاج لإحداث نتيجة ومثالها جريمة امتناع الأم عن ارضاع طفلها.

وتعتبر الجريمة المنصوص عليها في المادة 275 من قانون العقوبات من الجرائم المادية التي وتتكون من سلوك ونتيجة وعلاقة سببية:

السلوك:

يتمثل السلوك في هذه الجريمة في أن يعطعمدا للضحية وبأية طريقة كانت وبدون قصد احداث الوفاة مواد ضارة بالصحة²، أي أن سلوك الجاني في هذه الجريمة هو سلوك ايجابي يتم بالفعل وهو اعطاء المواد المضرة بالصحة، وتختلف هذه المواد عن المواد المذكورة في المادة 260 من قانون العقوبات والمتعلقة

¹ - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

² - أنظر، المادة 275 من قانون العقوبات.

بالتسميم، فالمواد التي قصدها المشرع الجزائري في المادة 275 من قانون العقوبات هي تلك المواد التي من شأنها أن تضر بصحة المحني عليه ولا تؤدي الى وفاته عاجلا أو آجلا، أي أنها ليست مواد سامة فاذا كانت المواد التي أعطاها الجاني للضحية لها تأثير يؤدي إلى وفاة الضحية عاجلا أم اجلا نخرج من نطاق جريمة اعطاء مواد ضارة بالصحة عمدا، وندخل في نطاق جريمة أخرى وهي القتل بالتسميم. وحتى لو حدثت الوفاة في جريمة اعطاء المواد الضارة بالصحة، إلا أن المشرع الجزائري اشترط أن يكن ذلك بدون قصد احداثها وإلا كنا أمام جريمة قتل عمدي.

النتيجة:

إن جريمة اعطاء مواد ضارة بالصحة عمدا وبدون قصد إحداث الوفاة لا تؤدي الى نتيجة واحدة فقط، بل قد تؤدي الى نتائج ذكرها المشرع في المادة 275 من قانون العقوبات وهي:

المرض أو العجز عن العمل الشخصي:

سواء كان لمدة 15 يوم أو تجاوزها أو كان ذلك المرض يستحيل برؤه، والمرض هو اعلال الصحة ولا يكف توافر الألم في المريض بل لا بد أن يلازم الفراش وبالتالي يعجز عن مباشرة عمله لمدة 15 يوم. كما قد تتجاوز مدة المرض تلك المدة، كما في حالة الكسور بأنواعها مضاعفة أو بسيطة، الاصابات الرضية في الرأس المصحوبة بارتجاج في المخ، أو الجروح المتقيحة الكبيرة، والاصابات التي تتناول الأعصاب وعمليات فتح البطن والحروق الجسيمة.

العجز في استعمال عضو أو عاهة مستديمة:

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد وقع في تكرار في المادة 275 الفقرة الرابعة، ذلك أن العجز عن استعمال عضو يعتبر عاهة مستديمة. فبالرغم من أن القانون لم يعرف العاهة المستديمة إلا أننا يمكن أن نعرفها بأنها: " فقد منفعة عضو من أعضاء الجسم فقدا كليا أو جزئيا سواء بفعل العضو أو بتعطيل وظيفته أو مقاومته، على أن يكون ذلك بصفة مستديمة، أي لا يرجى شفاء منه". وبالتالي نجد أن العجز عن استعمال العضو يعتبر فقد لمنفعته وتعطيل لوظيفته أي أنه يعتبر عاهة مستديمة. وتقدير ما يعتبر عاهة مستديمة متروك لتقدير قاضي الموضوع يث فيه بناء على حالة المصاب، وما يستخلصه من تقرير

الطبيب ومن امثلة العاهة المستديمة¹: بتر أحد الأعضاء، الحرمان من استعمال أحد الأعضاء، فقد البصر، فقد ابصار أحد العينين².

وأخيرا قد تكون نتيجة اعطاء المواد الضارة بالصحة الى الوفاة.

العلاقة السببية:

لا بد أن تتوافر علاقة السببية بين سلوك الجاني وهو اعطاء مواد ضارة بالصحة، وبين النتائج السابقة الذكر سواء كانت مرض أو عجز عن العمل أو كان عاهة مستديمة أو الوفاة، بمعنى أن فعل الجاني هو السبب المباشر دون دخول أسباب أخرى غير متوقعة الذي أدى إلى حدوث تلك النتائج، أي أننا في هذه الجريمة نأخذ بنظرية السبب الملائم³، بمعنى أنه إذا دخلت مع فعل الجاني أسباب شاذة غير متوقعة انقطعت علاقة السببية بين فعله وبين النتيجة التي وقعت، وبالتالي لا يسأل الجاني عن تلك الجريمة. ومثال ذلك قيام الجاني بكسر ذراع المجني عليه واستقل سيارة اسعاف للذهاب الى المستشفى وهو في الطريق وقع حادث مرور أدى إلى قطع ذراع المجني عليه، فهنا تنقطع العلاقة السببية، وذلك لتدخل سبب أجنبي وغير متوقع قطع علاقة السببية بين فعل الجاني ونتيجة العاهة المستديمة، ويعاقب فقط عن نتيجة كسر الذراع. كما أن الجاني لا يتحمل المسؤولية إذاطال المرض بسبب سوء نية المصاب ورغبته في تجسم مسؤولية الجاني.

ب_ الركن المعنوي:

إن جريمة إعطاء مواد ضارة بالصحة العمدي وبدون قصد احداث الوفاة جريمة عمدية، وبالتالي يشترط فيها توافر عنصري العلم والارادة، حيث يجب أن يكون الجاني على علم أن ما يقدمه الى الضحية هي مادة ضارة بالصحة اضافة الى علمه بقراءة الزوجية التي تربطه بالضحية، وذلك حالة ما إذا قدم تلك المادة أحد الأزواج الى زوجه. كما يجب أن تتجه ارادته الى القيام بذلك السلوك أي يعتمد اعطاء المادة المضرة بالصحة وذلك كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 275 من قانون العقوبات⁴. كما لا بد أن تتجه ارادته الى تحقيق نتيجة المرض أو العجز عن العمل، لكن دون أن تتجه ارادته إلى

1- المادة 264 من قانون العقوبات المصري ذكرت أمثلة عن العاهة المستديمة.

2- في القضاء المصري من أمثلة العاهة المستديمة نذكر منها: ضعف بصر احدي العينين، فصل الذراع، فقد جزء من فائدة الذراع بصفة دائمة، فقد سلامة من أحد الأصابع. بماء رزيقي، المرجع السابق، ص 87.

3- عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص 45.

4 - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

احداث الوفاة. أما إذا أدى فعله إلى نتيجة أشد من المرض أو العجز عن العمل لمدة أقل من 15 يوم فهنا تصبح الجريمة مشددة بالنتيجة، أي تكون لها عقوبة أشد وذلك يكون في الحالة التي يؤدي سلوكه المتعمد في اعطاء مواد مضرّة بالصحة إلى مرض أو عجز عن العمل مدة تتجاوز 15 يوم، أو أي مرض لا يبرئ منه، أو أدى إلى عاهة مستديمة أو الوفاة، أي كلما اختلفت النتيجة اختلفت العقوبة. ويستنتج القصد من الظروف المتصلة بالوقائع المتبعة في تقديم المواد الضارة، ومن غيرها من القرائن التي تؤدي إلى اقناع القاضي بأن المتهم كان بنية تامة مما يقوم به ويعلم أن الشخص الذي يقدم له المواد الضارة بالصحة هو زوجه.

2_ الجزء:

لقد قرر المشرع الجزائري لجريمة اعطاء مواد مضرّة بالصحة العمدي عقوبات متفاوتة حسب النتيجة المترتبة على فعل الجاني، وذلك على النحو التالي:

أ_ إذا نتج عن سلوك الجاني مرض أو عجز عن العمل الشخصي لمدة لا تتجاوز 15 يوما، يعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى 3 سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج (المادة 275 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات).

ب_ إذا نتج عن سولك الجاني مرض أو عجز عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوما فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

كما يجوز علاوة على ذلك الحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات الجزائري وبالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر.

ج_ إذا أدت المواد المعطاة إلى مرض يستحيل برؤه أو إلى عجز في استعمال عضو أو إلى عاهة مستديمة تكون العقوبة السجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشرين سنة (الفقرة الرابعة من المادة 275 من قانون العقوبات).

د_ إذا أدت المواد المعطاة إلى الوفاة دون قصد احداثها تكون العقوبة السجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة.

لكن المشرع الجزائري لم يكتف بهذه العقوبات عندما تكون هناك علاقة تربط الجاني والمجني عليه سواء كانت تلك العلاقة أسرية أو غيرها كما حددتها المادة 276¹، بل جعلها مشددة وذلك بسبب وجود تلك العلاقة لا سيما العلاقة الزوجية والتي نحن بصدد دراستها. فقد جعل المشرع الجزائري في المادة 276 من قانون العقوبات من العلاقة الزوجية ظرفا مشددا لجريمة اعطاء مواد مضرّة بالصحة العمدي دون قصد احداث الوفاة المنصوص عليها في المادة 276 من قانون العقوبات، حيث أنه إذا ارتكب الجرح والجنايات المعينة في المادة 275 من قانون العقوبات أحد الزوجين، فإنه يعاقب بعقوبات أشد من تلك المقررة في المادة 275 من قانون العقوبات، وذلك على النحو التالي:

- 1_ الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وذلك في الحالة التي يعطي فيها أحد الزوجين للآخر مواد مضرّة بالصحة عمدا دون قصد إحداث الوفاة ويسبب بفعله ذلك مرضا للزوج الآخر أو عجز عن العمل الشخصي لمدة لا تتجاوز 15 يوما.
- 2_ السجن المؤقت من خمس إلى عشرة سنوات في الحالة التي ينتج فيها عن إعطاء المواد الضارة بالصحة من طرف الزوج مرضا أو عجزا عن العمل لمدة تتجاوز 15 يوما للزوج الآخر.
- 3_ السجن المؤقت من عشرة سنوات الى 20 سنة وذلك إذا أدى اعطاء الزوج لزوجته مواد مضرّة بالصحة إلى مرض يستحيل برؤه أو الى عجز في استعمال عضو أو إلى عاهة مستديمة.
- 4_ السجن المؤبد، وذلك إذا أدت المواد المضرّة بالصحة التي أعطاها أحد الزوجين للآخر إلى الوفاة دون قصد احداثها.

ثانيا: العلاقة الزوجية كظرف مشدد في صور التحريض أو الاستخدام أو المساعدة على الفسق والدعارة

لم يجرم المشرع الجزائري فعل المرأة التي تتعاطى الدعارة، ولا فعل الرجل الذي يتعاطى اللواط بمقابل، ولكنه جرم بصفة عامة تحريض القصر على الفسق والدعارة، وذلك في القسم السابع من قانون العقوبات في المواد من 342 إلى 349 مكرر²، بحيث نص على العديد من صور التحريض على الفسق والدعارة،

¹ - لقد شدد المشرع الجزائري العقوبة عن جريمة اعطاء مواد مضرّة بالصحة دون قصد احداث الوفاة المنصوص عليها في المادة 275 من قانون العقوبات، وذلك في حالة ما ارتكبها أحد الأشخاص المذكورين في المادة 276 من قانون العقوبات، وهم أحد الأصول أو أحد الزوجين أو من يرث المجني عليه أو الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو ممن يتولى رعايته.

² - أنظر القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

دون أن يحدد المقصود من الفسق أو البغاء والدعارة. وبالتالي لم يشترط أي شرط في تعريف البغاء، كما لم ينسب البغاء إلى المرأة دون الرجل وترك أمر كل هذا للقواعد العامة وإلى آراء الفقهاء وأحكام المحاكم¹. والمقصود بالدعارة في مفهوم القانون الجزائري عرض جسم شخص على الغير لإشباع شهواته الجنسية بمقابل². كما قضت محكمة النقض المصرية بأن البغاء هو مباشرة الفحشاء مع الناس بغير تمييز فإذا ارتكبه الرجل فهو فجور، وإن اقترفته الأنثى فهو دعارة³.

وقد جرم المشرع الجزائري تحريض القصر على الفسق وفساد الأخلاق في المادة 342 من قانون العقوبات، وفعل الوسيط بشأن الدعارة في المواد 343 و345 كما جرم السماح للغير بتعاطي الدعارة في المادتين 346 و348 من نفس القانون.

ففيما يخص جريمة تحريض القصر على الفسق وفساد الأخلاق المنصوص عليه في المادة 342 من قانون العقوبات، فيقصد بها تلك التصرفات والأفعال والأقوال التي يقوم به الشخص مع شخص آخر قصد التأثير عليه ودفعه إلى مزاوله أعمال الفسق المخالفة للآداب العامة. حيث تقول محكمة النقض المصرية أن مدلول كلمتي الفجور والفسق ليس قاصرا على اللذة الجسمانية بل يشمل أيضا إفساد الأخلاق بأي طريقة كانت، كإرسال والدابنته للرقص في المحلات والملاهي أو مجالسة الرجال والتحدث إليهم في محل معد للدعارة أو غير ذلك من طرق إفساد الأخلاق⁴.

وقد طرأ على هذه الجريمة تعديل حسب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 فيفري 2014 حيث كانت تنص على أن: " كل من حرض قسرا لم يكملوا التاسعة عشرة ذكورا أو إناثا على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعهم عليه أو تسهيله لهم وكل من ارتكب ذلك بصفة عرضية بالنسبة لقصر ليكملوا السادسة عشرة يعاقب بالحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وبغرامة من 500 إلى 25.000 دج.

¹ - أنظر، محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1989، ص 199.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 111.

³ - أنظر، محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل الجنح عليه، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999، ص 151.

⁴ - محمد رشاد متولي، نفس المرجع، ص 200.

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

وعليه كانت تأخذ هذه الجريمة المنصوص عليها في المادة 342 صورتان حسب سن المجني عليه:

-صورة الجريمة العرضية : إذا كان المجني عليه لم يكمل 16 سنة.

-صورة جريمة الاعتياد: إذا كان المجني عليه لم يكمل 19 سنة.

وبذلك يعتبر صغر سن المجني عليه ركنا في كلتا صورتى الجريمة سواء العرضية منها أو الاعتيادية، إلى جانب الركن المادي والمعنوي في الجريمة.

أما بعد تعديل 2014 أصبح نص المادة 342 من قانون العقوبات¹ كالآتي: "كل من حرض قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة على الفسق أو فساد الأخلاق أو تشجيعه عليه أو تسهيله له ولو بصفة عرضية، يعاقب بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج.

ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجرح المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات المقررة للجريمة التامة".

وما يلاحظ أن هذه الجريمة أصبحت تتم فقط في صورة عرضية بالنسبة للقاصر الذي لم يكمل 18 سنة دون الصورة الاعتيادية، أي أن سن القاصر في جريمة التحريض على الفسق وفساد الأخلاق هو 18 سنة وهو ركن في الجريمة لأن مثل هذه الجريمة لا تقع على الشخص الذي يتجاوز 18 سنة. هذا عن جريمة تحريض القاصر الذي لم يتجاوز 18 سنة على الفسق وفساد الأخلاق بصفة عرضية، أما عن الوساطة في شان الدعارة فقط نصت المادة 343 من قانون العقوبات على مجموعة من الصور كالآتي:

"يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج وما لم يكن الفعل المقترف جريمة أشد، كل من ارتكب عمدا أحد الأفعال الآتية:

1- ساعد أو عاون أو حمى دعارة الغير أو أغرى الغير على الدعارة وذلك بأية طريقة كانت.

¹ - أنظر القانون رقم 01-14 المؤرخ في 04 فبراير 2014 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

- 2- اقتسم متحصلات دعارة الغير أو تلقى معونة من شخص يحترف الدعارة عادة أو يستغله ونفسه موارد دعارة الغير وذلك على أية صورة كانت.
 - 3- عاش مع شخص يحترف الدعارة عادة.
 - 4- عجز عن تبرير الموارد التي تتفق وطريقة معيشتة حالة أنه على علاقات معتادة مع شخص أو أكثر من الذين يحترفون الدعارة.
 - 5- استخدم أو استدرج أو أعال شخصا ولو بالغا بقصد ارتكاب الدعارة ولوبرضاه أو أغواه على احترام الدعارة أو الفسق.
 - 6- قام بالوساطة بأية صفة كانت بين أشخاص يحترفون الدعارة أو الفسق وبين أفراد يستغلون دعارة أوفسق الغير أو يكافئون الغير عليه.
 - 7- عرقل أعمال الوقاية أو الإشراف أو المساعدة والتأهيل التي تقوم بها منظمات متخصصة لصالح أشخاص يحترفون الدعارة أو يخشى عليهم من احترافها وذلك بطريق التهديد أو الضغط أو التحايل أو بأية وسيلة أخرى.
- ويعاقب على الشروع في ارتكاب الجنح المشار إليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المنصوص عليها بالنسبة لتلك الجنح".
- وهنا لم يربط المشرع هذه الجريمة بسن المجني عليه أي أنه لم يعتبره ركن في الجريمة، إنما جعل من ذلك السن ظرفا مشددا في المادة 344 من قانون العقوبات.
- أما فيما يخص جنح السماح بممارسة الدعارة فتأخذ صورتين هما: السماح بممارسة الدعارة في مكان مفتوح للجمهور وهو ما أشارت إليه المادة 346 من قانون العقوبات، والسماح بممارسة الدعارة في مكان غير مفتوح للجمهور حسب نص المادة 348 من قانون العقوبات. عاقب المشرع على الصورة الأولى بعقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 200000 دج، أما الصورة الثانية فعقوبتها الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج.
- إلا أن المشرع قد شدد من عقوبة جريمة الوساطة في شأن الدعارة المنصوص عليها في المادة 343 من قانون العقوبات اذا اقترنت بظرف من الظروف المشددة المذكورة في المادة 344 من نفس القانون،

والتي قد تتعلق بسن المجني عليه مثل صغر السن¹ (الفقرة الأولى من المادة 344 من قانون العقوبات) أو قرابته مع الجاني (الفقرة الرابعة من المادة 344 من قانون العقوبات)، كما قد تتعلق تلك الظروف المشددة بالوسيلة المستعملة كاستعمال التهديد أو الاكراه أو العنف أو الاعتداء أو اساءة استعمال السلطة أو الغش (الفقرة الثالثة من المادة 344 من قانون العقوبات) أو حمل سلاح ظاهر أو مخبئ، كما قد يعتبر المكان وتعدد الجناة أو المجني عليه ظرف مشدد في تلك الجريمة (الفقرة السادسة والسابعة والتاسعة من المادة 344 من قانون العقوبات).

ومن بين الظروف المشددة التي تهمنا في هذا المقام القول القرابة الأسرية بين الجاني والمجني عليه والتي نصت على الفقرة الرابعة من المادة 344 من قانون العقوبات: "... إذا كان مرتكب الجنحة زوجا أو أبا أو أما أو وصيا على المجني عليه أو يدخل في إحدى الفئات التي عدتها المادة 337 من قانون العقوبات".

وما يلاحظ من خلال هذه الفقرة أن العقوبة عن الصور المذكورة في المادة 343 من قانون العقوبات تكون مشددة إذا توافرت بين الجاني والمجني عليه علاقة زوجية أو أبوة أو أمومة أو وصاية أو غيرها من العلاقات المذكورة في المادة 337 من قانون العقوبات. فالقيام بهذه الأفعال المجرمة يؤدي إلى خروج الفاعلين عن دورهم وأداء رسالتهم مما يعنى معه القضاء على الوظائف الطبيعية والاجتماعية التي كان يؤديها وبالتالي انعدام أي عنصر من هذه العناصر يضر بوحدة الأسرة. والحكمة من التشديد في هذا الوضع لما لمرتكي السلوك المجرم من صفة، وما يفترض فيهم أن يكون مثلا يقتدي به في الأخلاق والسلوك الطيب، لا أن يكون مصدرا للتحريض على الفسق وفساد الأخلاق، ولما للجاني من سلطة على المجني عليه، هذا الأخير الذي يرى من له سلطة عليه مثلا له في السلوك الفاضل والقويم، لا نموذج لفساد الأخلاق².

ومادنا في إطار دراسة العلاقة الزوجية نقول بأن المشرع الجزائري جعل من العلاقة الزوجية ظرفا مشددا في الجريمة المذكورة في المادة 343 من قانون العقوبات، ومن خلال استقراءنا لهذه المادة نجد مجموعة من الأفعال التي تدخل في إطار التحريض على الدعارة، والتي يعاقب عليها مرتكبها بالحبس

¹ عدلت الفقرة الأولى من المادة 344 بموجب القانون رقم 14-01، حيث كان سن المجني عليه الذي يعتبر ظرفا مشددا هو 19 سنة وأصبح 18 سنة.

² - أنظر، بوزيان عبد الباقي، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010/2009، ص 81

من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج، ومن بين تلك الأفعال التي يمكن أن يرتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر:

— صورة المساعدة أو المعاونة أو حماية دعارة¹ الغير أو اغراء الغير على الدعارة وذلك بأية طريقة كانت (الفقرة الأولى من المادة 343 من قانون العقوبات).

— صورة استخدام أو استدراج أو اعادة شخص ولو بالغ بقصد ارتكاب الدعارة ولو برضاه أو اغرائه على احتراف الدعارة أو الفسق (الفقرة الخامسة من المادة 343 من قانون العقوبات).

ويلاحظ أن النص القانوني يعاقب على الاستخدام لذاته، دون أي اعتبار لوقوع الدعارة فعلاً أو عدم وقوعها، ودون أي اعتبار لرضاء الضحية المستخدمة أو عدم رضائها².

وتعتبر الجريمة المنصوص عليها في المادة 343 من قانون العقوبات جريمة عمدية يعاقب على الشروع فيها طبقاً للفقرة الأخيرة من نفس المادة.

ونظراً لشناعة هذه الجريمة وتعارضها مع الأخلاق فإن عقوبتها تكون أشد إذا ارتكبها أحد الزوجين على الآخر (الفقرة الرابعة من المادة 344 من قانون العقوبات)، وتتمثل تلك العقوبة في الحبس من خمس سنوات إلى عشرة سنوات والغرامة من 20000 دج إلى 200000 دج. وإن كانت العقوبات المقررة في نص المادة 344 من قانون العقوبات ترقى بالفعل إلى مستوى الجنائية، إلا أن المشرع اعتبرها جنحة وذلك بنصه في ذيل المادة على أن الشروع في هذه الجنحة يعد كالجنحة نفسها.

وإضافة إلى عقوبة الحبس والغرامة يجوز الحكم على مرتكبي الجنح المنصوص عليها في القسم الخاص بالتحريض على الفسق والدعارة بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات وبالمنع من الإقامة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر.

وتجدر الإشارة إلى أنه بموجب الأمر رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 والمعدل للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، جعل المشرع من العلاقة الزوجية

¹ - تعرف الدعارة بأنها: "استخدام الجسم ارضاء لشهوات الغير مباشرة نظير أجر أو بغير أجر. أنظر، عبد الحكم فودة، الجرائم الجنسية في ضوء فقه وقضاء النقض، مكتبة ومطبعة الاشعاع للطباعة والنشر والتوزيع. 1997. ص 17.

ويفرق القضاء بين الدعارة والفسق بالقول بأن: "الدعارة هي استخدام الجسم في ارضاء شهوات الناس الجنسية بقصد الحصول على أجر، فاذا انعدم القصد فلا يكون الفعل دعارة إنما يكون فسق.

² - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 113.

ظرفا مشددا في جريمة الضرب والجرح العمدي المنصوص عليه في المادة 264، وذلك من خلال المادة 266 مكرر والتي نصت على ما يلي: "كل من أحدث عمدا جرحا أو ضربا بزوجه يعاقب كما يأتي: 1_ بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح والضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل يفوق 15 يوما.

2_ بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن 15 يوما.

3_ بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد بصر إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى،

4_ بالسجن المؤبد إذا أدى الضرب أو الجرح المرتكب عمدا إلى الوفاة بدون قصد احداثها.

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية.

كما تقوم الجريمة أيضا إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة.

لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملا أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح.

يضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية في الحالتين 1 و 2.

تكون العقوبة السجن من خمس سنوات إلى عشرة سنوات في الحالة الثالثة في حالة صفح الضحية". ومن خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري جعل من العلاقة الزوجية ظرفا مشددا في جريمة الضرب والجرح العمدي المنصوص عليها في المادة 264 من قانون العقوبات، بحيث تشدد العقوبة وفقا لما جاء في المادة 266 مكرر الحالة 1 و 2 و 3 و 4. أي أنه أعطى للعلاقة الزوجية نفس تأثير العلاقة بين الأصول والفروع في المادة 267 من قانون العقوبات ولو اختلفت درجة العقوبة.

وتقوم الجريمة سواء كان الفاعل يقيم أو لا يقيم في نفس المسكن مع الضحية، وحتى إذا ارتكبت أعمال العنف من قبل الزوج السابق، وتبين أن الأفعال ذات صلة بالعلاقة الزوجية السابقة، ولا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملا أو معاقة أو إذا ارتكبت الجريمة بحضور الأبناء القصر أو تحت التهديد بالسلاح. وهنا تظهر رغبة المشرع في توفير حماية أكبر للعلاقة الزوجية.

كما اعتبر المشرع أن صفح الضحية يضع حدا للمتابعة الجزائية في الحالتين 1 و 2، بينما في الحالة

3 تخفض العقوبة من السجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة إلى السجن من خمس إلى

عشرة سنوات. أما إذا أدى الضرب والجرح العمدي إلى الوفاة دون قصد احداثها، فإن صفح الضحية لا يؤثر على تشديد العقوبة.

الفرع الثاني

العلاقة الزوجية كظرف مشدد في القانون المقارن

اتبعت التشريعات المقارنة نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري في اعتبار العلاقة الزوجية ظرفا مشددا للعقاب في بعض الجرائم، وذلك سواء كانت تلك التشريعات عربية أو تشريعات غربية: فاذا تحدثنا عن التشريعات العربية فالأحرى بينا أن نتحدث عن الشريعة الاسلامية في مقدمة هذه التشريعات. فمن بين الجرائم التي اعتبرت فيها الشريعة الاسلامية العلاقة الزوجية ظرفا مشددا هي جريمة الزنا، فعلى عكس التشريعات الوضعية التي اعتبرتها عنصرا تكوينيا في جريمة الزنا، فإن الشريعة الاسلامية قد جرمت فعل الزنا بغض النظر عن الحالة الاجتماعية للجاني متزوجا كان أو غير متزوج، ولكنها لم تهمل أثر العلاقة الزوجية في تلك الجريمة اذ جعلت منها ظرفا مشددا للعقاب. فقد فرقت الشريعة الاسلامية بين عقوبة زنا المتزوجين وعقوبة زنا غير المتزوجين، حيث جعلت عقوبة زنا غير المتزوجين الجلد العلني مائة جلدة وتغريب عام، ودليل ذلك قوله تعالى: "والزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين"¹. أما فيما يخص التغريب فدليله من السنة النبوية مع اختلاف الفقهاء حول وجوب تغريب الرجل أم المرأة أم هما معا. بينما شددت عقوبة زنا المحصن أو المحصنة الى الرجم بالحجارة حتى الموت، وذلك يتضح من خلال قوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر". وراه البخاري ومسلم. كما ثبت بالسنة الفعلية أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد أمر برجم ماعز والمرأة الغامدية²، ورحم يهوديين³.

¹ - سورة النور، الآية رقم 2.

² - أنظر، قصة ماعز والغامدية في الحديث الذي رواه مسلم في الحدود، وابن ابي شيبة في المصنف كتاب الحدود مختصرا، والطبراني في الأوسط، والدارقطني في السنن كتاب الحدود والديات، والبيهقي في الكبرى كتاب الاقرار، عن بريدة بن الحصيبي. مشار اليه عند، حسن السيد حامد خطاب، المرجع السابق، ص 209.

³ - أنظر الحديث المتفق عليه: رواه البخاري في المحاربين من أهل الكفرة والردة، ومسلم في الحدود، وأحمد في المسند، وأبو داود في الحدود، والترمذي في الحدود، وابن ماجه في الحدود. عن ابن عمر. مشار اليه عند، حسن السيد حامد خطاب، نفس المرجع، ص 209.

كما نجد أن المشرع المصري قد جعل للعلاقة الزوجية أثرا بيينا في تشديد العقاب في الكثير من الجرائم، أبرزها في قانون مكافحة الدعارة رقم 10 لسنة 1961، حيث أدرج العلاقة الزوجية تحت مصطلح " من لهم سلطة على المجني عليهم"، واعتد بهذا الظرف في تشديد العقاب على جرائم البغاء بالنسبة للإناث وعلى جرائم الفجور بالنسبة للذكور، فقد نصت المادة الرابعة من هذا القانون على تشديد العقاب على "من لهم سلطة على المجني عليه" وأمد هذا التشديد على الجرائم التي نصت عليها المواد الثلاث الأولى من هذا القانون، وتتمثل في ثلاث جرائم:

الجريمة الأولى: جريمة التحريض على الفجور أو الدعارة التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون السابق الذكر.

الجريمة الثانية: جريمة التحريض على الفجور أو الدعارة إذا اقترنت هذه الجريمة بظرف صغر سن المجني عليه، بأن كانت من وقعت عليه الجريمة لم يتم من العمر 21 سنة ميلادية وفقا للفقرة الثانية من المادة الأولى من نفس القانون.

الجريمة الثالثة: جريمة الاستخدام أو الاستدراج أو الاغواء لارتكاب الفجور أو الدعارة إذا ارتكبت الجريمة بإحدى وسائل الاكراه من قوة أو خداع أو تهديد أو اساءة استعمال السلطة أو غير ذلك من وسائل الاكراه، حيث اعتبر المشرع هنا الظرف سببا مزدوجا لزيادة تشديد العقاب إذا ما اقترن هذا الظرف بأحد الظروف الأخرى التي نصت عليها الفقرة الأولى من المادة الثانية من ذات القانون.

وفي المادة الرابعة من ذات القانون اعتبر المشرع المصري العلاقة الزوجية ظرفا مشددا كذلك في تلك الجريمة التي تدرج تحت مسمى استبقاء المجني عليه بغير رغبته في محل الفجور أو الدعارة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 2 من نفس القانون.

هذا وقد جرم المشرع المصري بمقتضى المادة 3 من قانون مكافحة الدعارة القوادة الدولية لمكافحة الاتجار بالرقيق الأبيض بكل صورته، وشدد العقاب في المادة 4 من ذات القانون في حالة كون الجاني زوجا للمجني عليه.

كما نجد المشرع المصري قد اعتبر العلاقة الزوجية ظرف مشدد كذلك في الجرائم الماسة بأمن الدولة وقانون مكافحة المخدرات رقم 182 لسنة 1960، حيث أنه اعتد بالروابط الأسرية وجعلها لا تنفصل عن القائمين على تنفيذ القوانين، فاذا امتد أثر النشاط الاجرامي إلى الاعتداء عليهم أو إلى المساس

بأشخاص ذويهم من زوجات أو أصول أو فروع، فيعد هذا الاعتداء ظرفا مشددا للعقاب على بعض أنواع الجرائم لا سيما الجرائم المضرة بالحكومة من جهة الداخل وجرائم المخدرات¹.

أما المشرع المغربي فقد جعل أيضا العلاقة الزوجية أو المصاهرة ظرفا مشددا خاصا للعقاب في بعض الجرائم بحسب كل جريمة على حدا، حيث يشدد العقاب على جرائم العنف والايذاء المرتكبة بين الأزواج ونص على هذا التشديد في المادة 414 من قانون العقوبات المغربي²، وشدد العقاب كذلك على زنا المتزوجين وذلك بالمادة 491 من قانون العقوبات بعد أن جرم وعاقب على كل علاقة جنسية بين رجل وإمرأة لا تربط بينهما علاقة زوجية وذلك في المادة 490 من قانون العقوبات، وأطلق عليها تسمية جريمة الفساد تمييزا لها عن الخيانة الزوجية³.

ومن التشريعات العربية أيضا التي أعطت أهمية للعلاقة الزوجية في تشديد العقاب التشريعي الكويتي، حيث نجد أن قانون الجزاء الكويتي في المادتين 195 و196 قد شدد عقاب زنا المتزوجين وعقاب شريك الزوجة وشريكة الزوج، وذلك لأن المشرع الكويتي يجرم زنا غير المتزوجين بالمادة 194 من قانون الجزاء الكويتي. وكذلك شدد المشرع الكويتي العقاب على زنا الأصهار ضمن العقاب على زنا المحارم في المادة 189 من ذات القانون.

وشدد المشرع الليبي عقوبة جريمة خيانة الأمانة بالفقرة الثانية من المادة 465 من قانون لعقوبات الليبي، وذلك إذا وقع الفعل اساءة للعلاقات العائلية كما وقعت الجريمة في المادة 16 من قانون العقوبات الليبي⁴. وما نلاحظه أن المشرع الليبي قد شدد العقاب لتوافر رابطة تستوجب تخفيف العقاب لا تشديده، كما أنه نص على أن تحريك الدعوى العمومية عن جريمة خيانة الأمانة في صورتها المشددة المنصوص عليها في المادة 465 في فقرتها الثانية من قانون العقوبات لا يتوقف على تقديم شكوى من الطرف المضرور في حين اشترط تقديم الشكوى بالنسبة لهذه الجريمة في صورتها البسيطة⁵. وكان الأولى بالمشرع أن يترك أمر تحريك الدعوى عن هذه الجريمة للمجني عليه المضرور من الجريمة وذلك بتقرير قيد

¹ - لمزيد من التفصيل انظر، بهاء رزقي علي، المرجع السابق، ص 81 وما بعدها.

² - أحمد الخمليشي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، ص 129.

³ - أحمد الخمليشي، نفس المرجع، ص 230-249.

⁴ - أنظر، ادوار غالي الذهبي، شرح قانون العقوبات الليبي، القسم الخاص، الطبعة الثانية، سنة 1976، مكتبة غريب، ص 573 وما بعدها.

⁵ - ادوار غالي الذهبي، نفس المرجع، ص 522 وما بعدها.

الشكوى، أما وأن المشرع يشدد العقاب من غير مبرر للتشديد ويمنع تقرير قيد مع وجوب تقريره فإن ذلك يخالف مقتضيات السياسة التشريعية الحكيمة. ومن ناحية أخرى فالقانون الليبي يشدد عقاب القتل الواقع بين الأزواج بالفقرة الثانية من المادة 372 من قانون العقوبات الليبي¹.

ونجد المشرع العراقي قد اعتد بالعلاقة الزوجية كظرف مشدد في جريمة التحريض على الفجور والفسق والدعارة إذا كان الجاني زوجاً أو صهراً إلى الدرجة الثالثة، وذلك بالمادة 399 الفقرة الثانية في ضوء الفقرة 5 ب من المادة 393 من قانون العقوبات العراقي.

ومن بين التشريعات الغربية التي جعلت العلاقة الزوجية أو المصاهرة ظرفاً مشدداً عاماً في بعض الجرائم قانون العقوبات البرتغالي في المادة 27_34، حيث يشدد عقوبة الجريمة عندما يكون الجاني عليه في حالة يستحق فيها حماية أو رعاية خاصة بسبب مركزه العائلي كزوج أو زوجة أو صهراً إلى الدرجة الثانية².

كما نجد أن المشرع اليوناني يشدد عقوبة القوادة إذا ارتكبت بواسطة الزوج الذي يتاجر في عرض زوجته فاستحق العقاب المشدد المنصوص عليه في المادة 349 من قانون العقوبات اليوناني³. ولا يتوقف أثر العلاقة الزوجية في تشديد العقاب في بعض الجرائم، بل يمتد أثرها حتى على تخفيف العقاب.

المطلب الثاني

العلاقة الزوجية وأثرها في تخفيف العقاب

لقد رأينا فيما سبق الأثر البين للعلاقة الزوجية في تشديد العقاب على بعض الجرائم، وعلى الجانب الآخر نجد أن للعلاقة الزوجية أثر واضح كذلك في تخفيف العقاب على بعض الجرائم كعذر مخفف للعقاب وليس كظرف مخفف له، فهناك فرق بين الأعذار المخففة للعقاب والظروف المخففة له. فالأعذار المخففة للعقاب هي حالة أو صفة تلحق بشخص الجاني حالة ارتكابه جريمة ويقرر المشرع عقاباً مخففاً له في هذه الأحوال، أي أن تأثيرها يقتصر على تخفيف العقاب دون الاعفاء منه وذلك على عكس الأعذار المعفية من العقاب والتي تؤدي إلى عدم عقاب المتهم عن الجريمة التي ارتكبها،

¹ - محمود نجيب حسني، الاعتداءات على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، ب.س.ن، ص 161.

² - أنظر، هشام أبو الفتوح، النظرية العامة للظروف المشددة، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1982. ص 215.

³ - هشام أبو الفتوح، نفس المرجع، ص 216.

وهي التي ستكون محل دراستنا في المطلب الثالث من هذا المبحث. والأعذار القانونية سواء كانت مخففة للعقاب أو معفية منه هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر، وهذا ما جاء في المادة 52 ن قانون العقوبات الجزائري.

أما الظروف المخففة للعقاب فهي ظروف متروكة للقاضي لذا تسمى بالظروف القضائية المخففة، حيث أن المشرع يسلم أن هناك ظروفًا مخففة نستدعي أخذ المتهم بالرأفة لا يستطيع أن يحددها سلفًا كما فعل بالنسبة للأعذار المخففة لذا فقد تركها للقاضي يستخلصها من وقائع الدعوى، وقد أجاز له عند توافرها أن ينزل بالعقاب إلى ما دون الحد الأدنى المقرر وذلك طبقًا للمواد من 53 إلى 59 من قانون العقوبات الجزائري¹ تحت عنوان الظروف المخففة.

وما يهمننا في هذا الصدد هو الإعذار المخففة للعقاب، ذلك أن المشرع قد نص عليها على سبيل الحصر، ومن أمثلة ذلك في قانون العقوبات الجزائري الإعذار في الجنايات والجرح المنصوص عليها في المواد من 277 إلى 283 من قانون العقوبات الجزائري وذلك بخصوص جرائم العنف العمدية.

ومن خلال استقراءنا لتلك المواد نجد أن المشرع الجزائري قد خفف العقاب عن الجاني في جرائم القتل والجرح والضرب، وذلك سواء تعلق الأمر بصغر السن أو وقوع جريمة إثر ثورة غضب شديد ناتج عن عمل غير محق وعلى جانب من الخطورة أثاره الجني عليه² أي تحقق الاستفزاز هنا بشكل عام، أو في حالة توافر عذر الاستفزاز لدى أحد الزوجين الذي مفاجأً زوجه الآخر في حالة تلبس بالزنا³.

وبإمعان النظر في تلك الأعذار بصفة عامة نجد أن المشرع الجزائري قد حصر أثر العلاقة الزوجية في تخفيف العقاب في إطار الأعذار القانونية في عذر الاستفزاز⁴، حيث نص في المادة 279 من قانون العقوبات⁵ على ما يلي: "يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا". ونفس الشيء نجد بالنسبة للتشريعات المقارنة فيما يخص عذر الاستفزاز، وإن كانت هناك بعض التشريعات قد

1 - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

2 - أنظر، المادة 277 من قانون العقوبات.

3 - أنظر، المادة 279 من قانون العقوبات.

4 - لقد درج الفقه والقضاء على تسمية العذر المنصوص عليه في المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري بعذر الاستفزاز رغم أن المشرع لم يستعمل هذا المصطلح صراحة.

5 - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

جعلت من عذر الاستفزاز عذر معفي من العقاب وليس مخففا له، وهذا ما سنوضحه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أثر العلاقة الزوجية في تخفيف العقاب في ضوء عذر الاستفزاز في القانون الجزائري
لقد تناول المشرع الجزائري هذا العذر من خلال نص المادة 279 من قانون العقوبات الخاصة بجرائم العنف العمدية، فقد نصت تلك المادة على ما يلي: "يستفيد مرتكب القتل والضرب من الأعدار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا". فهذا العذر الذي عليه هذه المادة يعد تطبيقاً لفكرة الاستفزاز، وعلى هذا الأساس اعتبر المشرع الجزائري حالة تلبس أحد الزوجين عذراً قانونياً مخففاً حالة ارتكابهما جريمة قتل أو جرح أو ضرب ضد الطرف الآخر، وذلك بالنظر إلى حالة الانفعال النفسية التي يحدثها في الزوج أو الزوجة مشهد التلبس بالزنا، بحيث يقدم أي منهما على جريمته في غير ترو ولا تقدير للعواقب. ولكي يستفيد أحد الزوجين من العذر المنصوص عليه في المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري لا بد من توافر عدة شروط، لذلك سنحاول بداية أن نحدد المقصود بعذر الاستفزاز ثم نتعرض لشروط قيامه، وأخيراً نوضح مقدار العقوبة المخففة حالة توافره وكذلك كيفية اثباته:

أولاً: المقصود بعذر الاستفزاز

العذر في لغة العرب هو الحجة التي يعتذر بها فيقال: لي في هذا الأمر عذر، أي خروج من الذنب، وعذرتة فيما صنع عذراً، أي رفعت عنه اللوم، فهو معذور أي غير ملوم¹.

أما في الاصطلاح القانوني فالأعدار كما سبق القول نوعان: منها المعفية ومنها المخففة. ويعتبر عذر مفاجأة أحد الزوجين للآخر حالة تلبس أحدهما بالزنا عذراً مخففاً للعقاب في القانون الجزائري، وذلك نظراً لحالة الاستفزاز التي تنشأ لدى أحد الزوجين، لذلك سماه الفقهاء بعذر الاستفزاز لكن ليس هناك تعريف محدد لعذر الاستفزاز. بيد أن البعض من الفقهاء² قد عرفه بأنه: "التماس المعذرة للجاني الذي يرتكب جريمته تحت تأثير حالة الهياج النفسي الناجمة عن السلوك الخاطيء للمعني عليه، والتي تستوجب

¹ - أنظر، ابن منظور، لسان العرب، طبعة دار المعارف، القاهرة، ب س ن. ص 167.

² - أنظر، محمد عبد الشافي اسماعيل، عذر الاستفزاز في قانون العقوبات، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، 1996، ص 8.

قانونا التعديل في المعاملة العقابية المقررة أصلا لتلك الجريمة". أما حالة الاستفزاز فعرفوها بأنها حالة من الهياج الجسيم التي تعتري الشخص إثر تعرضه لباعث تلقائي غير محق، تضعف من قدرته على ضبط نفسه وتزيد اندفاعه على المعتدي، وتستوجب تعديلا في المعاملة العقابية التي تطبق عليه.

وهذا التعريف يبرز بوضوح جوهر الاستفزاز ويحدد أهم سمات الواقعة المنشئة له ويبين أثره. فأما جوهره فإنه عبارة عن حالة هياج نفسي تعتري الحالة النفسي للشخص، ويكون من شأنها اضعاف القوة المانعة من الاعتداء وزيادة القوة الدافعة إليه. وهذا التحديد يومئ الى حكمة التخفيف ألا وهي تغيير مكناات المستفز إثر حالة الهياج التي تعتريه تغيرا يغدو معه جديرا بالتماس المعذرة له.

وأما الواقعة المنشئة للعدر فإن أبرز سماتها أنها واقعة غير مشروعة وأنها واقعة تلقائية، ومن ثم ينبغي على ذلك أنه لا يكون ثمة وجه لالتماس المعذرة لمن يستفز بسلوك مشروع، أو كان هو الذي خلق بتصرفه حالة الاستفزاز أو تسبب في وجودها¹.

وأما أثر الاستفزاز فإنه ينصرف إلى العقوبة ليس إلا، ومن ثم فإنه لا شأن له بصفة عدم المشروعية اللاصقة بالفعل ولا بعناصر المسؤولية الجنائية، وتأثيره على العقوبة يتمثل في تخفيفها أو الاعفاء منها كلية، ومن ثم يصدق هذا التعريف على الاستفزاز في ظل سائر التشريعات سيان منها ما اعتبره عدرا معفيا، أو ما اعتبره عدرا مخففا ليس إلا كما فعل المشرع الجزائري بخصوص جريمة الزنا المتلبس بها.

ثانيا: شروط قيام عدر الاستفزاز

بالرجوع الى المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري يتبين لنا أنه لا بد من توافر شروط ثلاثة لقيام

عدر الاستفزاز وهي:

1_ صفة الجاني:

لقد أوردت المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري على سبيل الحصر صفة خاصة في الجاني الذي له الحق في الاستفادة من العذر وذلك بقولها: "يستفيد مرتكب القتل...أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه..."، وعليه يستفيد كل من زوج المرأة الزانية وزوجة الرجل الزاني من هذا العذر، أي أنه لا بد أن تكون علاقة زوجية معتبرة قانونا بين الجاني والجني عليه وقت ارتكاب فعل القتل أو الضرب أو الجرح حالة مفاجأة الجاني للمجني عليه في حالة تلبس بالزنا لكي يستفيد الجاني من عدر الاستفزاز.

¹ - محمد عبد الشافي اسماعيل، المرجع السابق، ص 9.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد ساوى بين الزوجين في الاستفادة من هذا العذر على حد سواء، على خلاف بعض التشريعات الأخرى والتي حصرت الاستفادة من هذا العذر على الزوج وحده دون الزوجة كما سنبينه لاحقاً.

وفي هذا الشرط الخاص بصفة الجاني يبرز أثر العلاقة الزوجية في تخفيف العقاب عن جريمة القتل أو الجرح أو الضرب التي يرتكبها أحد الزوجين ضد زوجه الآخر حالة مفاجأته متلبساً بالزنا، فالعبرة في تحديد امكانية الاستفادة من عذر الاستفزاز من عدمه تكمن في قيام علاقة زوجية معتبرة قانوناً، وتحديد قيام تلك العلاقة من عدمه مرجعه قانون الأسرة، وعليه لا نكون بصدد هذا العذر إذا كانت العلاقة التي تجمع بين الرجل والمرأة لم تتعدى مرحلة الخطبة. أما إذا كان يربط بينهما عقد زواج عرفي فالرأي الراجح في الفقه¹ يذهب الى اعتبار عقد الزواج العرفي عقداً صحيحاً مرتباً لأثاره في حق الطرفين سواء وثق بعد ذلك أمام ضابط الحالة المدنية بعد اثباته بحكم قضائي أو لم يوثق.

ولا يكف مجرد وجود عقد زواج بل يشترط أن يكون هذا العقد صحيحاً، والمرجع في تحديد شروط صحة عقد النكاح هو قانون الأسرة، والتي سبق الحديث عنها في المطلب الخاص بالعلاقة الزوجية كشرط مفترض في جريمة الزنا. كما لا يستفيد من هذا العذر في القانون الجزائري أقارب الزوجين وإن كانت صلتهم بهم وثيقة كالأب والأخ والابن، فهؤلاء يسألون عن قتل أو ضرب أو جرح عمدي إذا ما اقترفوا فعل الاعتداء على أحد الزوجين إذا ما اقترفوا فعل الاعتداء على أحد الزوجين في ذات الظروف، حتى وإن أوجعتهم الخيانة واستفزههم مشهد التلبس بالزنا. وحرمان الأهل الأقربين من تطبيق هذا التخفيف عليهم يعد ظلم فادح لأنهم أقرب الى المرأة من زوجها، ثم أليس من الظلم أن تزني بنات الناس وأخواتهم وأمهاتهم ويطالبون بأن لا يستفزوا، ولا نعذرهم إذا لحقهم الغضب فأفقدتهم شعورهم وأقدموا على قتل من ألحق العار بشرفهم².

ورغم أن العلاقة الزوجية وأثرها في تخفيف العقاب هي محل دراستنا في هذا الصدد، إلا أنه لا بد أن نشير الى أنه يعاب على المشرع الجزائري حصره للمستفيدين من عذر الاستفزاز في المادة 279 من قانون العقوبات في الزوج والزوجة فقط، دون غيرهم من الأقارب الذين قد تعثرهم حالة هياج جسيم لدى رؤيتهم لمشهد الزنا المتلبس به تدفعهم الى ارتكاب جريمة قتل ضد الزاني أو الزانية.

¹ - محمد عبد الشافي اسماعيل، المرجع السابق، ص 54.

² أنظر، عبد الحميد الشواربي، ظروف الجريمة المشددة والمخففة للعقاب، الناشر الإسكندرية، ص 38.

2_ مفاجأة أحد الزوجين متلبسا بالزنا:

لقد تناول المشرع الجزائري هذا الشرط بقوله في نص المادة 279 من قانون العقوبات بأن: "... في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة التلبس بالزنا...". وما يلاحظ أن هذا الشرط ينطوي على عنصرين أساسيين وهما: المفاجأة والتلبس:

أ_ المفاجأة:

وفي هذا العنصر بالذات تكمن الحكمة من تخفيف عقوبة الزوج المرتكب لجريمة القتل أو الضرب أو الجرح في المادة 279 من قانون العقوبات، إذ أن المفاجأة بهذا المشهد الرهيب تذهب برشده وتغتنال تفكيره السليم للأمر، فيقدم على ارتكاب القتل أو الجرح أو الضرب غير مقدرًا عواقبه¹. لذلك ولكي يستفيد أحد الزوجين من هذا العذر المخفف لا بد من وجود عنصر المفاجأة، ذلك أن علة النص تنحصر في الاستفزاز الذي يدفع الجاني _ نتيجة المفاجأة_ الى القتل أو الجرح أو الضرب في الحال، فلا يكفي اذن مجرد كون الزوجة أو الزوج سيئ السلوك ولو باعترافه إذا لم يكن عنصر المفاجأة متوافرا في هذه الحالة.

وتتحقق المفاجأة في صورتها الكاملة إذا كان الزواج مبنيًا على أساس الثقة والاخلاص التام، ولا يساور أحد الزوجين شك في وفاء الزوج الآخر ثم شاهده متلبسا بالزنا، كمن يدخل بيته ليلا فيجد زوجته في مخدعه مع شخص غريب متلبسة بالزنا فيقوم بقتلها أو قتل شريكها، كذلك تتحقق المفاجأة إذا كان أحد الزوجين شك في الآخر وشاهد ذلك الوضع صدفة أو عن طريق المراقبة². وعكس ذلك فلا يستفيد أحد الزوجين من العذر المقرر في المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري إذا كان يعلم بخيانة الزوج الآخر له، فإن دبر قتله بعد هذا لا يصح أن يقال معه أنه مبني على الاستفزاز، بل تطبق عليه النصوص المجرمة للقتل العمد مع سبق الإصرار.

ب_ التلبس:

مما هو جدير بالملاحظة أن التلبس بالزنا ليس مقصود به ذلك المعنى العادي للتلبس الوارد في المادة 41 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائري، فليس المقصود أن يشاهد أحد الزوجين زوجه الآخر في لحظة ارتكاب فعل الزنا أو عقب ارتكابها بوقت قريب أو أن تتبعه العامة بالصياح إلى آخر ما جاء في

¹ - محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 397.

² - وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها. أنظر، جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم الخاص، ب.د.ن، ب.س.ن، ص 264.

نص المادة 41 سابقة الذكر، بل يكفي أن يوجد الجاني في وضع لا يدع مجالاً للشك بأن فعل الزنا قد تم ارتكابه.

ومن قبيل مشاهدة الزوجية متلبسة بالزنا أن يضبطها زوجها مرتدية ملابس منزلية وهي في حالة ارتباك شديد ومعها رجل غريب مختفياً تحت السرير، وكان خالعا حذاءه وكانت الزوجية عند قدوم زوجها لا شيء يسترها غير جلايية النوم¹.

فالتلبس بالزنا هو وجود أحد الزوجين في حالة لا تدفع للشك في أن الزنا لم يقع، وقد منح المشرع الجزائري قاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في تكييف الوضع الذي فوجئ فيه الزوج وبالتالي النطق فيما إذا كان يعتبر تلبس أم لا.

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعط اهتماماً لمكان وقوع جريمة الزنا، حيث وسع من تطبيق هط العذر متى توافر في أي مكان ولم يقصره على مكان واحد وهو منزل الزوجية مثلما فعل المشرع الفرنسي في المادة 324 من قانون العقوبات.

3_ القتل أو الضرب أو الجرح في الحال:

يتضح هذا الشرط من خلال ما أورده المشرع الجزائري في المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري بقوله: " يستفيد... في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة متلبسا بالزنا". ويتحقق هذا الشرط كنتيجة للشرط السابق، فيشترط أن يقع القتل أو الضرب أو الجرح عند حدوث المفاجأة، ذلك أن سبب العذر هو الغضب الوقي الناتج عن الإهانة الحاضرة. فاذا انقضى زمن كاف لزوال الغضب سقط العذر وعوقب الزوج أو الزوجة طبقاً للأحكام العامة، لذلك قد قضي في مصر بأن زوجاً فاجأ زوجته وشريكها متلبسين بالزنا فهم عليهما وسارع بقتل الشريك، أما الزوجة فقد هربت إلى منزل أهلها إلا أن الزوج بعد قتل الشريك تتبع زوجته إلى منزل أهلها فبلغه بعد ساعتين وهناك قتل الزوجة، فقضت المحكمة بمعاقبته بعقوبة القتل العمدي ولم تطبق عليه العذر المخفف².

ولكن نضل في حدود العذر طالما علة الاستفزاز قائمة ولم تهدأ رغم مرور بعض الوقت كالذهول عقب المفاجأة أو البحث عن أداة أو سلاح ينفذ به الجاني جريمته على الزوجة أو شريكها أو عليهما،

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 40.

² - عبد الحميد الشواربي، نفس المرجع، ص 43.

وبعبارة أخرى هذا الشرط الزمني يتحقق طالما لم تهدر علة التخفيف¹. وإن مسألة تقرير الزمن الكافي لتهدئة ثائرة أحد الزوجين مسألة موضوعية تخضع لسلطة القاضي.

ثالثا: اثبات عذر التلبس بالزنا والعقوبة المقررة في حالة توافره:

سنتاول فيما يلي اثبات عذر التلبس بالزنا، وكذا العقوبة المقررة حالة توافره:

1_ اثبات عذر التلبس بالزنا:

باعتبار أن علة الاستفادة من عذر التلبس بالزنا تكمن في عنصر المفاجأة فهو اذن حالة ذهنية تنتاب الجاني وعليه لا يمكن وضع معايير وضوابط معينة لإثباته، بل هناك عدة قرائن يمكن أن تستشف منها المحكمة مدى توافر هذا العذر، فتحديده يخضع للسلطة لتقديرية للقاضي. وإذا تم التمسك بهذا العذر أمام محكمة الجنايات فإنه يجب أن يكون محل سؤال مستقل ومميز يطرحه رئيس محكمة الجنايات، وإلا كان حكمه معيبا وقابلا للنقض وهذا ما نصت عليه المادة 305 من قانون الاجراءات الجزائية².

2_ العقوبة المقررة حالة توافر العذر:

بالرجوع الى المادة 1/ 283 من قانون العقوبات الجزائري التي تبين العقوبة المقررة عند قيام الأعدار في الجنايات والجنح، يتضح أن الجريمة التي تكون عقوبتها الاعدام أو السجن المؤبد تخفض إلى الحبس من سنة إلى خمس سنوات. ومن ثم إذا فاجأ أحد الزوجين زوجه متلبسا بالزنا وقتله فبدل أن يحكم عليه بالإعدام أو السجن المؤبد، تطبق عليه العقوبة المخففة المشار اليها في المادة 283 من قانون العقوبات أي الحبس من سنة إلى خمس سنوات، كما يجوز أن يحكم على الجاني في هذه الحالة بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر.

أما إذا فاجأ أحد الزوجين زوجه متلبسا بالزنا وارتكب ضده فعل الجرح أو الضرب، فإنه يحكم عليه بالعقوبة المخففة المقررة في الفقرة الثالثة من المادة 283 من قانون العقوبات الجزائري، وهي الحبس من شهر إلى 3 أشهر بدلا من العقوبة المقررة في المادة 264 من قانون العقوبات والمقررة لعقوبة الحبس من سنة الى خمس سنوات وبغرامة 100000 دج إلى 500000 عن جريمة الضرب والجرح العمدي.

¹ - جلال ثروت، المرجع السابق، القسم الخاص، ص 264.

² - أنظر الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون 06-22 المؤرخ في 24/14/2006، والأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 (الجريدة الرسمية العدد 40).

أما بالنسبة تأثير هذا العذر على نوع الجريمة، فهناك من يرى أن القتل المقترن بالعذر المنصوص عليه في المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري يعتبر جنحة لا جناية لأن القانون يعاقب عليه بالحبس¹. ولكننا نعيب على هذا الرأي استنادا إلى ما نص عليه المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 28 من قانون العقوبات الجزائري بأن نوع الجريمة بطبيعتها لا تتغير بتغير عقوبتها عند توفر عذر من الأعذار المخففة، فالتخفيف لا يغير وصف الجريمة².

وعليه عندما يرتكب الزوج جريمة القتل بتوافر العذر تظل الجريمة جنائية، ويحاكم المتهم أمام محكمة الجنايات لا محكمة الجنح، كل ما هناك أنه يستفيد أحد الزوجين من العذر المخفف حيث تخفف العقوبة طبقا لنص المادة 1/289 من قانون العقوبات، فتوقع عليه عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات.

الفرع الثاني

أثر العلاقة الزوجية في تخفيف العقاب في ضوء عذر الاستفزاز في القانون المقارن

تنفق غالبية القوانين على اعطاء الزوج حالة المفاجأة بمشاهدة الزوجة بالزنا عدرا لكنها اختلفت اختلافا كبيرا في طبيعته وفي تحديد نطاقه ومن يستفيدون من هذا العذر، وفي العموم اعتبرته معظم التشريعات عدرا مخففا وقله منها اعتبرته في بعض الحالات عدرا معفيا من العقاب وفي البعض الآخر عدرا مخفيا. وفيما يلي سنتعرض لكل من هاتين الطائفتين، ثم نتطرق لبعض الملاحظات حول خطة تلك التشريعات من ذلك العذر:

أولا: عذر الاستفزاز في بعض التشريعات المقارنة

كما سبقت الإشارة فإن خطة التشريعات في شأن عذر الاستفزاز المقرر للزوج في حالة التلبس بالزنا انقسمت الى طائفتين، فهناك من التشريعات من اعتبرته عدرا مخففا للعقاب وتشريعات أخرى جعلت منها عدرا معفيا من العقاب³ وذلك على النحو التالي:

¹ - أنظر محمد نجم صبحي، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002، ص 217.

² - تنص المادة 28 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "لا يتغير نوع الجريمة إذا أصدر القاضي فيها حكما يطبق فعلا على نوع اخر منها نتيجة لظرف مخفف للعقوبة أو نتيجة لرف العود التي يكون عليها المحكوم عليه".

³ - أي أن هناك من التشريعات من اعتبرته عذر الاستفزاز حالة التلبس الزنا مانع من موانع العقاب، أي أنها اعتبرت العلاقة الزوجية كمانع من موانع العقاب وليس عدرا مخففا للعقاب، وهذا ما سيكون محل دراسة في مطلب آخر إلا أنه نظرا لرأي غالبية التشريعات في اعتباره عدرا مخففا فضلنا التطرق إليه في هذا المطلب.

1_ الطائفة الأولى:

هذه الطائفة من التشريعات اعتبرت عذر مفاجأة الزوج متلبس بالزنا عذرا مخففا للعقاب، سواء منها العربية أو الغربية.

فمن التشريعات العربية نجد التشريع المصري، حيث نصت المادة 337 من قانون العقوبات المصري على أنه: "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين 234 و236".

ووفقا لهذا النص فإن الزوج الذي يفاجئ زوجته متلبسة بالزنا ويقوم بقتلها في الحال هي وشريكها أو أحدهما لا يعاقب عن جريمة القتل العمدي وإنما عن جريمة الايذاء البدني فقط، وهي جنحة وليست جناية كما في القتل العمد المنصوص عليه في المادتين 234 و236 من قانون العقوبات المصري¹.

أما التشريع الكويتي مثلًا تنص المادة 153 من قانون الجزاء الكويتي المعدلة بالقانون رقم 1960/36 على أن: "من يفاجئ زوجته حال تلبسها بالزنا أو يفاجئ ابنته أو أمه أو أخته حال تلبسها بمواقعة رجل لها فيقتلها في الحال أو يقتل من يزني بها أو يقتلها معا يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وغرامة لا تتجاوز ثلاثة الاف روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين بدلا من العقوبة المقررة لجريمة القتل العمد".

وفقا لهذا النص فإن الزوج أو الأب أو الابن أو الأخ إذا قتل زوجته أو ابنته أو أمه أو أخته حال تلبسها بالزنا هو ومن يزني بها أو أحدهما يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدهما (عقوبة الجنحة)، وذلك بدلا من عقوبة القتل العمد (عقوبة الجناية)².

كما جاء في الفصل 207 من قانون العقوبات التونسي: "يعاقب بالسجن مدة خمس أعوام الزوج القاتل لزوجته أو من وجدها معها وهما بحالة الوقاع".

وفي التشريع الليبي تنص المادة 375 من قانون العقوبات الليبي: "من فوجئ بمشاهدة زوجته أو ابنته أو أخته أو أمه في حالة تلبس بالزنا أو في حالة جماع غير مشروع فقتلها في الحال هي أو شريكها أو هما معا ردا للاعتداء الماس بشرفه أو شرغ أسرته يعاقب بالحبس وإذا نتج عن الفعل أذى جسيم أو

¹ - تنص المادة 234 من قانون العقوبات امصري على أنه: "من قتل نفسا عمدا من غير سبق اصرار ولا ترصد يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة". وتنص المادة 236 من نفس القانون على أنه: "كل من جرح أو ضرب أحدا عمدا أو أعطاه مادة ضارة ولو يقصد من ذلك قتلا ولكنه أفضى الى الموت يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث إلى سبع سنوات".

² - أنظر، سمير الشناوي، النظرية العامة للجريمة والعقوبة في قانون الجزاء الكويتي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ص 241-242.

خطير للمذكورين في الظروف ذاتها فتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد عن سنتين، ولا يعاقب على مجرد الضرب أو الايذاء البسيط في مثل هذه الظروف".

يتضح من نص هذه المادة أن عذر الاستفزاز يستفيد منه الزوج والأب والابن والأخ دون الزوجة، وذلك في حالة ما إذا قام بجرمة القتل أو الأذى الجسيم، أما إذا اقتصر فعله على مجرد الضرب أو الايذاء البسيط فلا يعاقب عن هذا الفعل، أي أن عذر الاستفزاز هنا تحول من عذر مخفف للعقاب في جريمة القتل والايذاء الجسيم إلى عذر معفي من العقاب في جريمة الضرب والايذاء البسيط.

وتنص المادة 409 من قانون العقوبات العراقي على ما يلي: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات من فاجأ زوجته أو أحد محارمه في حالة تلبسها بالزنا أو وجودها في فراش واحد مع شريك فقتلها في الحال أو قتل أحدهما أو اعتدى عليهما أو على أحدهما اعتداءً أفضى إلى الموت أو إلى عاهة مستديمة، ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من عذا العذر ولا تطبق ضده أحكام الظروف المشددة".

نلاحظ أن المشرع العراقي قد حصر المستفيدين من عذر الاستفزاز في الزوج وأحد المحارم دون الزوجة، كما أنه نص على عدم جواز استعمال الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر¹. ونصت المادة 234 من قانون العقوبات البحريني بأنه: "يعاقب بالحبس من فاجأ زوجته متلبسا بجريمة الزنا فقتله وشريكه في الحال أو اعتدى عليهما اعتداءً أفضى إلى موت أو عاهة، ويسري هذا الحكم أيضا على من فاجأ احدي أصوله أو فروعه أو أخواته متلبسة بالزنا. ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر".

كما تنص المادة 334 من قانون العقوبات الاتحادي لدولة الامارات العربية المستحدث على أنه: "يعاقب بالسجن المؤقت من فوجئ بمشاهدة زوجته أو ابنته أو أخته حال تلبسها بجريمة الزنا فقتلها في الحال أو قتل من يزني بها أو قتلها معا، ويعاقب بالحبس إذا اعتدى عليها اعتداءً أفضى إلى موت أو عاهة. وتعاقب بالسجن المؤقت الزوجة التي فوجئت بمشاهدة زوجها حال تلبسه بجريمة الزنا في مسكن الزوجية فقتلته في الحال أو قتلت من يزني بها أو قتلها معا. وتعاقب بالحبس إذا اعتدت عليه أو عليها

¹ - علق بعض الفقهاء على الفقرة الأخير من المادة 409 من قانون العقوبات العراقي بأنه كان من الأصح أن تعتبر هذه الحالة سبب من أسباب الاباحة، فهذا ما تقضي به المبادئ العامة من أن الدفاع الشرعي يشترط فيه أن يكون الاعتداء غير مشروع، وما دام أن في هذه الحالة ي منع على المعتدى عليه الدفاع عن نفسه دفاعا شرعيا، فهذا يعني أن فعله مباح. أنظر، حسن محمد أبو السعود، شرح قانون العقوبات العراقي، القسم الخاص، 1943، مطبعة الرشيد بغداد، ص 132.

اعتداء أفضى إلى الموت أو عاهة. ولا يجوز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر".

أما فيما يخص التشريعات الغربية فقد نصت المادة 587 من قانون العقوبات الايطالي على أن: "كل من يقتل زوجته أو ابنته أو أخته حال اكتشاف علاقة جنسية غير مشروعة معها حالة غضبه الناتج عن الاعتداء على شرفه وشرف أسرته يعاقب بالسجن من ثلاث إلى سبعة سنوات"¹. كما ينص المشرع الإنجليزي على أن: "من ارتكب جريمة قتل عمد تحت تأثير ثورة غضب وفقدان السيطرة على نفسه نتيجة لاستفزاز شديد مفاجئ يعاقب على قتل خطأ لا قتل عمد". وما يلاحظ أن التشريع الإنجليزي يعتد بعذر الاستفزاز باعتباره عذرا عاما أيا كان سبب الاستفزاز.²

2_ الطائفة الثانية:

هذه الطائفة من التشريعات اعتبرت عذر الاستفزاز عذرا معنيا من العقاب في بعض الحالات ومخففا له في البعض الآخر. لكن قبل الحديث عن تلك التشريعات الوضعية لا بد أن نبرز رأي الشريعة الاسلامية بخصوص عذر الاستفزاز حالة التلبس بالزنا، ثم نبين رأي بعض التشريعات الوضعية. ففيما يخص الشريعة الإسلامية اختلف الفقهاء فيما بينهم حول إذا ما كان الزوج الذي يقتل زوجته بسبب الزنا يعفى من العقاب كلية أم يقتصر على مجرد التخفيف؟ يمكن التمييز بين اتجاهين للفقهاء في هذا الصدد، الأول يبيح الفعل ويمثله الجمهور، والثاني يخفف العقاب دون اباحته ويمثله السلف.

فقد ذهب إليه الجمهور إلى أن الشريعة الاسلامية أباحت القتل دفاعا عن العرض، واستدلوا على ذلك بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "من قتل دون ماله فهو شهيد، ومن قتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد"³. ولكن هل من يقتل زوجته أو من يزني بها أو كليهما يباح فعله تلقائيا دون حاجة إلى اثبات على صحة ما يدعي به؟

حقيقة إذا حدث ذلك الاعتداء على عرضه وقام بالقتل فلا يسأل عن فعله هذا في الاخرة، أما في الدنيا فتطلب الفقهاء من الزوج أن يقيم البيئة على دعواه، فإن استطاع اقامة البيئة لا شيء عليه أي عدم العقاب مشروط بإثبات الزوج لواقعة الزنا، لكن نظرا لصعوبة الاثبات قد نهي جمهور الفقهاء الزوج

¹ - محمد ابراهيم زيد، قانون العقوبات المقارن، الجزء الثاني، منشأة المعارف، 1974، ص 136 و 137.

² - دنيا محمد صبحي، المرجع السابق، ص 515.

³ - أنظر، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري بحاشية السندي، دار المنار، القاهرة، الجزء السادس، ص 323.

عن قتل زوجته الزانية ومن يزني بها لأن ذلك يفرضه غالباً للقتل قصاص أو يدفع الدية إذا عفا أهل المقتول أو القتيلة عن القصاص¹.

في حين يرى بعض السلف أن الزوج إذا قتل زوجته ومن يزني بها أو أحدهما لا يقتص منه وإنما يعزر فقط، وذلك إذا ظهرت أمارات صدقه بكشف الطبيب عليها أو وجود شبهات سابقة على سوء سلوك الزوجة أو اشتها المقتول بالزنا.

ووفقاً لهذا الاتجاه الثاني ويمثله قلة، فإن ارتكاب الزنا لا يبيح للزوج قتل زوجته ومن زنا بها، وإن كان يعد عذراً مخففاً للعقاب فلا يقتص منه وإنما يعزر وفقاً لما يراه الحاكم.

كما نجد بعض التشريعات الوضعية قد جعلت من عذر الاستفزاز عذراً معفياً من العقاب في بعض الحالات ومخففاً له في حالات أخرى. ومن هذه التشريعات نجد التشريع الأردني، والذي يميز بين حالتين يكون في الأولى محلاً أي معفياً من العقاب، وفي الثانية يكون مخففاً للعقاب على النحو التالي:

الحالة الأولى: تنص المادة 1/340 من قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 على أنه: "يستفيد من العذر المحل من فاجأ زوجته أو أحد محارمه حالة التلبس بالزنا مع شخص آخر وأقدم على قتلها أو جرحها أو ايذاءها كيهما أو أحدهما". وهنا يكون العذر معفياً.

الحالة الثانية: يكون العذر مخففاً للعقاب فتص المادة 2/340 من قانون العقوبات الأردني على أنه: "يستفيد مرتكب القتل أو الجرح أو الإيذاء من العذر المخفف إذا فاجأ زوجته أو إحدى أصوله أو فروعها أو أخوته مع آخر على فراش غير مشروع"².

وينتهج التشريع اللبناني ذات النهج الذي سلكه المشرع الأردني بالتمييز بين الحالتين السابقتين، فتص المادة 562 من قانون العقوبات اللبناني على أنه: "يستفيد من العذر المحل من فاجأ زوجته أو أحد فروعها أو أخته في جرم الزنا المشهود أو في حالة الجماع غير المشروع فأقدم على قتل أحدهما أو إيذاءه بغير عمد. ويستفيد مرتكب القتل أو الأذى من العذر المخفف إذا فاجأ زوجته أو أحد أصوله أو فروعها أو أخته في حالة مريبة مع آخر".

ولا يخرج التشريع السوري عن السبيل الذي سلكه كل من التشريعين الأردني واللبناني حين نص في المادة 548 من قانون العقوبات السوري على أن: "1_ يستفيد من العذر المحل من فاجأ زوجته أو

¹- أنظر، عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العالمية، 1932هـ، الجزء الخامس، ص 65.

²- أنظر، السعيد كامل، شرح قانون العقوبات الأردني، الطبعة الأولى، عمان، 1988، ص 145.

أحد أصوله أو فروعه أو أخته في جرم الزنا المشهود أو في حالة الجماع غير المشروع فأقدم على قتل أحدهما أو ايذائه بغير عمد.

2_ يستفيد مرتكب القتل أو الأذى من العذر المخفف إذا فاجأ زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو أخته في حالة مريبة مع آخر¹.

أما عن التشريع الفرنسي فقد نصت المادة 1/324 من قانون العقوبات على أن: "القتل الواقع من الزوج على الزوجة أو من يزني بها، أو من الزوجة على الزوج ليس مباحاً إلا إذا كان القاتل (زوجاً كان أو زوجة) وقت القتل في حالة استفزاز شديد تفقده السيطرة على أفعاله" أي أن من حق الزوج أو الزوجة على حد سواء قتل الزوج الآخر في حالة ضبطه في حالة تلبس كما يحق له قتل الشريك في الزنا أيضاً ويعفى من العقاب كلية².

ونعتقد أن الرأي الأصح هو ألا يقصر المشرع الجزائري من عذر التخفيف عن ارتكاب جريمة القتل حالة التلبس بالزنا على الزوج فقط الذي يفاجأ زوجته متلبسة بالزنا ويقتلها في الحال، بل يمد ذلك العذر حتى بالنسبة للأب والأخ الذي يفاجأ ابنته أو أخته متلبسة بالزنا، ذلك أن القصد من تقرير ذلك العذر واحد ألا وهو حماية الأسرة وصيانتها، خاصة وأن هذه الجريمة التي ترتكبها الزوجة أو البنت أو الأخت تتعلق بشرف الأسرة. وذلك دون أن يجعل المشرع الجزائري من عذر الاستفزاز عذر معفي من العقاب، حتى لا يضيع حق الدولة في العقاب ولكي يكون هناك توازن بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع.

ثانياً: ملاحظات حول خطة التشريعات المقارنة فيما يخص عذر الاستفزاز

من خلال ما تقدم فيما يخص موقف التشريعات المقارنة من عذر الاستفزاز حالة التلبس بالزنا نستنتج عدة ملاحظات نستعرضها فيما يلي:

1_ تفاوت القوانين فيمن يستفيد من العذر المحلل أو المخفف، فنجد أن هناك من التشريعات من حصرت الاستفادة من العذر في الزوج على زوجته فقط، في حين أضافت تشريعات أخرى عبارة أحد محارمه أو ابنته أو أخته أو أمه على التفصيل السابق ذكره. وهذا الاختلاف يرجع بالتأكيد إلى اختلاف التشريعات في مراعاة الظروف الاجتماعية والعادات والتقاليد السائدة في البلاد العربية الإسلامية، وتجدد

¹ - أنظر، عطري ممدوح، قانون العقوبات، مؤسسة النووي، دمشق، 1992. ص 201.

² - دنيا محمد صبحي، المرجع السابق، ص 515 وص 524.

الإشارة أن عبارة " أحد محارمه " هي أشمل من التفصيل الذي ذكرته بعض القوانين، حيث يشمل حتى العممة والحالة وابنة الأخ وابنة الأخت ضمن النسوة اللواتي يستفيد من العذر المحل أو المخفف عند قتلهن بسبب الزنا. وباعتبار الجزائري بلد إسلامي كان عليه أن يراعي ذلك عند نصه على عذر الاستفزاز حالة التلبس بالزنا فلا يقصره على الزوج فقط، بل يمنح ذلك العذر حتى إلى الأب والأخ على الأقل تماشياً مع التقاليد السائدة في المجتمع الجزائري.

2_ قصر الاستفادة من العذر المحل أو المخفف على الزوج دون الزوجة في بعض التشريعات:

الواقع أن هذه التفرقة لا مبرر لها على الإطلاق، إذ يتعين على التشريعات التي تقصر هذا العذر على الزوج فقط أن تمد كذلك إلى الزوجة، وأساس ذلك أن الإهانة تلحق كلا منهما بمجرد ارتكاب أحدهما جريمة الزنا نتيجة الإخلال بعقد الزواج والأمانة المترتبة عليه، كما أن الإهانة واحدة في الحالتين لوحدة الفعل المرتكب، فكلاهما يعد وطئ غير مشروع.

3_ جميع القوانين اشترطت في العذر المحل أو المخفف للعقاب أن يضبط الزوج زوجته متلبسة بالزنا، بمعنى أنه لا بد من توافر عنصر المفاجأة والتلبس كما شرحناه سابقاً، وإثبات حالة التلبس تكون سواء بالأدلة¹ أو القرائن سواء كانت سابقة على الوطء أو تالية عليه مباشرة بما يقطع أن جريمة الزنا قد تمت. 4_ إن التشريعات التي عدت عذر الاستفزاز معفياً في بعض حالاته ومخففاً في البعض الآخر غيرت في العذر في حالتين، الأولى يرى فيها المتمتع بالعذر زوجته أو أحد محارمه لحظة تلبسه بالزنا، وهنا عدت العذر معفياً من العقاب. وفي الثانية يرى فيها المتمتع بالعذر زوجته أو أحد محارمه في فراش غير مشروع أو في حالة مريبة أو وضعاً من شأنه أن ينبئ بحصول الجماع غير المشروع، وهنا عدت تلك التشريعات العذر مخففاً. أي أن سبب المغايرة في اعتبار العذر معفياً أو مخففاً للعقاب هو نوع الفعل الذي قامت به الزوجة أو أحد المحارم، وهي تفرقة لا محل لها هنا مادام أن في كلتا الحالتين هناك إساءة إلى شرف الأسرة.

5_ لا خلاف بين قوانين العقوبات في استفادة الزوج أو ذي الرحم من العذر المحل أو المخفف إذا كان هو الفاعل الأصلي للقتل أو الإيذاء سواء أكان معه شركاء أو متدخلون أم كان لوحده، ولكن

¹ - الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم. أنظر، فؤاد عبد اللطيف السرطاني، جريمة القتل بسبب الشرف في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الثانية، السنة السابعة والعشرين، يونيو 2003. ص 153.

الخلاف واقع بين استفادة شريك الزوج في القتل أو المتدخل معه من العذر المحل أو المخفف، وسبب ذلك راجع إلى نظرة الفقه إلى العذر هل هو شخصي أو لا؟

ذهب رأي¹ إلى أن شريك الزوج أو المتدخل معه لا يستفيد من العذر لأنه شخصي محض، في حين ذهبت بعض التشريعات القانونية (القانون المصري والقانون الليبي) إلى وجهة نظر أخرى، حيث يؤخذ الشريك بالاتفاق أو التحريض أو المساعدة بمقتضى قصده من الجريمة، بحيث إذا كان قصده المساهمة في رد الاعتداء الماس بشرف الجاني (الفاعل) أو شرف أسرته فإنه يستفيد من العذر، أما إذا كان قصد غير ذلك فيعاقب بعقوبة جريمة القتل العمد².

6_ أخيراً ما نستخلصه من خلال دراستنا لأثر العلاقة الزوجية في تخفيف العقاب في ضوء عذر الاستفزاز حالة التلبس بالزنا، أن التشريع الجزائري وغيره من التشريعات على التفصيل السابق الذكر قد اعتد بالعلاقة الزوجية وجعلها كصفة خاصة في الجاني المستفيد من عذر الاستفزاز، وذلك دون أن يجعل للعلاقة بين الأصول والفروع أو ذي المحارم بصفة عامة نفس الأثر، وهذا على عكس تشريعات أخرى والتي أعطت للعلاقة بين المحارم (سواء الأب أو الابن أو الأخ) نفس الأثر في مجال عذر الاستفزاز في حالة التلبس بالزنا، إلا أننا فضلنا الإشارة إلى هذه التشريعات في إطار أثر العلاقة الزوجية في تخفيف العقاب، وذلك تماشياً مع موقف المشرع الجزائري والذي قصر المستفيدين من هذا العذر على الزوجين دون غيرهم من المحارم كما سبق وأن ذكرنا.

وفي مجال العقاب جعل المشرع أثراً للعلاقة الزوجية ليس فقط في تشديده أو تخفيفه، بل حتى في استحقاق ذلك العقاب.

المطلب الثالث

العلاقة الزوجية وأثرها على استحقاق العقاب

لقد رأينا فيما سبق ما جعله المشرع الجنائي للعلاقة الزوجية من أثر عظيم في تشديد العقاب على بعض الجرائم، وفي تخفيف العقاب على بعض الجرائم الأخرى. ولم يقف المشرع بأثر العلاقة الزوجية عند هذا الحد بل إن المشرع جعل لهذه العلاقة أثرها الواضح في مدى استحقاق العقاب من الأساس،

¹- أنظر، فحري عبد الرزاق، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2009، ص 171.

²- أنظر علي القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001، ص 154.

فتارة يعتبر المشرع العلاقة الزوجية مانعا من موانع العقاب أو سببا من أسباب الاعفاء منه، وتارة يعتد بالعلاقة الزوجية كسبب من أسباب اباحة الفعل في حد ذاته.

وسنحاول أن نبين في هذا المطلب العلاقة الزوجية كمانع من موانع العقاب في فرع أول، والعلاقة الزوجية كسبب إباحة في فرع ثان:

الفرع الأول

العلاقة الزوجية كمانع من موانع العقاب

قبل أن نعالج أثر العلاقة الزوجية كمانع من موانع العقاب في التشريعات الجنائية، لا بد علينا أن نوضح المقصود بموانع العقاب:

أولا: مفهوم موانع العقاب

يقصد بموانع العقاب تلك الأسباب التي نص عليها القانون، ويترتب على توافرها عدم توقيع العقوبة على فاعل الجريمة رغم توافر شروط المسؤولية عنها، ويطلق عليها الفقه عادة " موانع العقاب " أو " الأعدار المعفية من العقاب"¹.

وقد عبر عنها المشرع الجزائري بالأعدار القانونية المعفية من العقاب، وذلك يظهر من خلال المادة 52 من قانون العقوبات² حيث نصت على ما يلي: " الأعدار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت اعدار معفية... ". وواضح أن موانع العقاب واردة في القانون على سبيل الحصر، فلا توجد موانع عامة للعقاب تشمل جميع الجرائم. و يترتب على هذا الطابع الخاص لموانع العقاب نتيجتان: الأولى: ألا يحكم بالإعفاء من العقاب الا إذا وجد نص يقرره، والنتيجة الثانية: وجوب تفسير النصوص المتعلقة بالإعفاء تفسير ضيق، وذلك ما يظهر من خلال المادة 52 من قانون العقوبات الجزائري، وكذا من خلال ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بقولها: " لا اعفاء من العقوبة بغير نص، والنصوص المتعلقة بالإعفاء واردة على سبيل الحصر فلا يصح التوسع في تفسيرها بطريق القياس... وعلى ذلك فلا يجوز للقاضي أن يعني

¹-أنظر، مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، 1990، ص 186.

² - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

من العقوبة الا إذا انطبقت شروط الاعفاء في النص التشريعي على الواقعة المؤثمة انطباقا تاما سواء من ناحية كنهها أو ظروفها أو الحكمة التي ابتغاها المشرع نت تقرير الاعفاء"¹.

فموانع العقاب تحول دون تطبيق سلطة الدولة في العقاب، وذلك لاعتبارات تتعلق بالسياسة الجنائية، وهي لا تزيل الصفة الاجرامية عن الفعل بل يظل غير مشروع، وكل ما هناك أنه في هذه الأحوال يمتنع توقيع العقاب على من توافرت في حقه ومن ثم فهي ذات طبيعة شخصية².

وقد نص القانون على عدد من الحالات أعفى فيها الفاعل أو المساهم في الجريمة من العقاب، وذلك مراعاة لعدة اعتبارات تقتضيها السياسة الجنائية، منها ما يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وبعضها الغرض منه المحافظة على الصلات والروابط الأسرية، وأخيرا قد يكون الهدف هو تحقيق مصلحة المجني عليه³.

ويترتب على توافر مانع من موانع العقاب عدم توقيع العقوبة على من قام بشأنه هذا المانع، فلا يحكم ببراءته ولكن يعفى فقط من العقاب لأن الفرض هنا أن الجريمة موجودة، والمعفى من العقاب مسؤول عنها مسؤولية كاملة أي أنه ليس لديه مانع من موانع المسؤولية، وهذا ما يفسر لنا اعطاء القاضي السلطة التقديرية في أن يطبق على المعفى عنه تدابير أمن (المادة 2/52 من قانون العقوبات الجزائري)، ذلك أن تدبير الأمن يعتبر جزاء جنائي، وما ذلك إلا دليل على بقاء الجريمة قائمة. كما يفسر لنا بقاء مسؤوليته المدنية عن الأضرار الناشئة عن الجريمة، ولا يتمتع بالإعفاء من العقوبة إلا الشخص المقرر له هذا الاعفاء، وبناء عليه لا يستفيد منه كل مساهم في ارتكاب الجريمة سواء بصفة أصلية أو تبعية⁴.

ثانيا: العلاقة الزوجية كمانع من موانع العقاب في التشريعات الجنائية

اعتبرت معظم التشريعات العقابية لمقارنة العلاقة الزوجية مانعا من موانع العقاب في بعض الجرائم، وعلى رأس تلك التشريعات نجد التشريع الجزائري. فكما سبق وأن بينا فإن المشرع الجزائري قد نص على موانع العقاب أو ما سماه بالأعذار المعفية من العقاب في المادة 52 من قانون العقوبات وقد ذكرها على سبيل الحصر، إلا أنه أجاز للقاضي الحكم على المعفى عنه بتدابير أمن. وأهم موانع العقاب في

¹ - نقض 1969/11/17، مجموعة أحكام النقض، س.20.ر.م.265. ص 1307.

² - مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 186.

³ - بهاء رزيقي علي، المرجع السابق، ص 97.

⁴ - بهاء رزيقي، نفس المرجع، ص 97.

القانون الجزائري جاء النص عليها في المواد: 377، 373، 368، 180، 179، 92، 91، ومن خلال قراءة تلك المواد نجد أن المشرع قد أعطى الجاني من العقاب لأسباب قد تتعلق بتحقيق المصلحة العامة وتشجيع الأفراد على التبليغ عن الجرائم (المادة 92 و 179 من قانون العقوبات)، كما قد يكون الهدف من تقرير الاعفاء من العقاب الحفاظ على الروابط الأسرية سواء كانت تلك الرابطة زوجية أو رابطة بين الأصول والفروع. وستقتصر دراستنا هنا فقط على العلاقة الزوجية كمانع من موانع العقاب، أما العلاقة بين الأصول والفروع كمانع من موانع العقاب فسوف نوضحها في باب آخر.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل العلاقة الزوجية كعذر معفي من العقاب في عدة جرائم منها ما يتعلق بجرائم الاخفاء، ومنها ما يتعلق بجرائم الأموال.

ففي جرائم الاخفاء نصت المادة 91 من قانون العقوبات¹ بأنه: "يجوز للمحكمة في الحالات المنصوص عليها في هذه المادة أن تعفي أقارب أو أصحاب الفاعل لغاية الدرجة الثالثة من العقوبة المقررة". وما يظهر من خلال نص هذه المادة أن الاعفاء جوزاي وليس وجوبي، أي أنه يجوز للقاضي ان يعفي من العقاب من تربطه بالفاعل علاقة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الثالثة بما في ذلك من تربطه علاقة زوجية بالفاعل وذلك في الحالات التالية²:

— تزويد مرتكبي الجنايات والجنح ضد أمن الدولة بالمؤن أو وسائل المعيشة، وتهيئة مساكن لهم أو اماكن لاحتفائهم أو لتجمعهم، وذلك دون أن يكون قد وقع عليه اكراه ومع علمه بنواياهم.

— حمل مراسلات مرتكبي هذه الجنايات وتلك الجنح وتسهيل الوصول إلى موضوع الجناية أو الجنحة أو اخفائه أو نقله أو توصيله، وذلك بأي طريقة كانت مع علمه بذلك.

حيث اعتبر المشرع الجزائري في الحالتين السابقتين والمتعلقة بالجنايات والجنح ضد أمن الدولة من يقوم بتلك الأفعال شريكا في الجريمة، إلا أنه إذا وجدت بينه وبين الفاعل علاقة زوجية فإنه يجوز أن يعفيه القاضي من العقاب (المادة 91 فقرة الأخيرة من قانون العقوبات).

كما أنه اعتبر في الفقرة الأولى من المادة 91 من قانون العقوبات مرتكبا لجريمة اخفاء من يرتكب من غير الفاعلين أو الشركاء الأفعال الآتية:

¹ - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

² - انظر المادة 91 من قانون العقوبات الجزائري.

— إخفاء الأشياء أو الأدوات التي استعملت أو كانت تستعمل في ارتكاب الجناية أو الجنحة والأشياء أو المواد أو الوثائق المتحصلة من الجنايات والنجح مع علمه بذلك.

— اتلاف أو اختلاس أو إخفاء أو تزيف وثيقة عمومية أو خصوصية من شأنها تسهيل البحث عن الجناية أو الجنحة أو اكتشاف الدليل عليها أو عقاب مرتكبيها مع علمه بذلك. ففي هاته الحالات كذلك إذا وجدت علاقة زوجية بين المخفي والفاعل في الجريمة، يجوز للقاضي أن يعفي من العقاب الزوج الذي قام بفعل الإخفاء في هذه الجريمة.

إلا أن المشرع الجزائري قد ذكر حالات أخرى يعتبر فيها الجاني قد ارتكب جريمة إخفاء وذلك في المادة 180 من قانون العقوبات والتي نصت على ما يلي: "فيما عدا الحالات المنصوص عليها في المادة 42 و 91 فقرات 3 و 4 كل من أخفى عمدا شخصا يعلم أنه ارتكب جناية أو أن العدالة تبحث عنه بسبب هذا الفعل وكل من حال عمدا دون القبض على الجاني أو البحث عنه أو شرع في ذلك وكل من ساعد على الاختفاء أو الهرب يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من ألف إلى 10 آلاف دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

ولا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وأصهار الجاني لغاية الدرجة الرابعة فيما عدا ما يتعلق بالجنايات التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة".

وما يلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري يعفي من العقاب من قام بفعل من الأفعال الواردة في المادة 180 من قانون العقوبات إذا كانت تربطه بالجاني علاقة قرابة أو مصاهرة إلى غاية الدرجة الرابعة، والاعفاء في هذه الحالة وجوبي وليس جوازي. إلا أنه قيد الاعفاء بأن لا تكون تلك الجنايات قد ارتكبت ضد القصر الذين لا تتجاوز سنهم 13 سنة.

أما فيما يخص جريمة إخفاء الأشياء بصفة عامة فقد نصت عليها المادة 387 من قانون العقوبات الجزائري¹ بقولها: "كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جناية أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 20000 إلى 100000 دج...".

إلا أنه يعفى أحد الزوجين من العقاب حسب المادة 389 من قانون العقوبات الجزائري، وهنا الاعفاء يكون وجوبي.

1 - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

ومن خلال المواد السابقة الذكر (المواد 91، 180، 389 من القانون العقوبات الجزائري) يلاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل من العلاقة الزوجية مانع من موانع العقاب.

وإضافة إلى الجرائم المتعلقة بالإخفاء قد جعل قانون العقوبات الجزائري من العلاقة الزوجية مانعا موضوعيا من توقيع العقاب في جرائم الأموال وذلك قبل تعديل قانون العقوبات بالأمر رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات. ومن جرائم الأموال التي نص عليها المشرع الجزائري في هذا المجال، جريمة السرقات التي يرتكبها أحد الزوجين اضرارا بزوجه الآخر، والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 3/368، ففي هذه الحالة يعفى الزوج من العقاب لوجود علاقة زوجية تربطه بالجنح عليه. ونفس الحكم يطبق بالنسبة لجريمة النصب واطدار شيك بدون رصيد (المادة 373 من قانون العقوبات)، وجريمة خيانة الأمانة (المادة 377 من قانون العقوبات) التي يرتكبها أحد الزوجين اضرارا بالزواج الآخر.

غير أنه بموجب الأمر رقم 15-19 سابق الذكر أصبحت صياغة المادة 368 كآآتي: " لا يعاقب على السرقات التي ترتكب من الأشخاص، المبينين فيما بعد، ولا تخول إلا الحق في التعويض المدني:

- 1_ الأصول إضرارا بأولادهم أو غيرهم من الفروع،
- 2_ الفروع إضرارا بأصولهم".

وبذلك لم يعد المشرع الجزائري يعتبر العلاقة الزوجية عذر معفي من العقاب وحصرها فقط في العلاقة بين الأصول والفروع، أما فيما يخص العلاقة الزوجية فأصبحت تعتبر قيد إجرائي على تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 369 من قانون العقوبات والمعدلة بالأمر رقم 15-19 سابق الذكر، والتي نصت على ما يلي: " لا يجوز اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأزواج والأقارب والحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء على شكوى الشخص المضرور، والتنازل عن الشكوى يضع حدا لهذه الإجراءات".

وقد أحسن المشرع فعلا بهذا التعديل الخاص بجريمة السرقة، ويمس هذا التعديل حتى جريمة النصب وخيانة الأمانة (المادة 373 من قانون العقوبات) وإصدار شيك بدون رصيد (المادة 377 من قانون العقوبات).

وإلى جانب التشريع الجزائري، قد اعتبرت معظم التشريعات الجنائية المقارنة العلاقة الزوجية مانعا من موانع العقاب في بعض الجرائم، حيث جعل المشرع المصري للعلاقة الزوجية أثرا هاما في منع العقاب في بعض الجرائم، أهمها جرائم الاخفاء في المادة 144 والمادة 145 من قانون العقوبات (جريمة تقديم

معلومات مضللة للعدالة مع العلم بعدم صحتها)، وكذلك اعفاء زوجة الفار من أداء الخدمة العسكرية من العقاب (المادة 146 من قانون العقوبات).

فضلا عن ذلك فقد أعفى المشرع المصري الزوج الذي يخفي زوجته الطفلة من العقاب، وكذلك الزوجة التي تخفي زوجها الطفل بموجب المادة 115 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996. ولم يقف أثر العلاقة الزوجية في الاعفاء من العقاب في القانون المصري على جرائم الاخفاء، بل امتد ليشمل جرائم أمن الدولة (المادة 82 من قانون العقوبات).

وعموما نجد التشريعات الجنائية المقارنة سواء عربية كانت أو اوروبية قد اعتدت بالعلاقة الزوجية كمانع من موانع العقاب، بحيث يدور ذلك المانع في فلك جرائم العرض أو الابلاغ عن جرائم أمن الدولة، وجرائم الأموال.

ففي جرائم العرض نجد أن القانون الانجليزي يعتبر العلاقة الزوجية مانعا من موانع العقاب في جرمي الاغتصاب وهتك العرض¹، وذلك بموجب الفقرة الثانية من الفصل السادس من قانون الجرائم الجنسية الصادر سنة 1956، وقد تبنى القضاء الأمريكي هذا الاتجاه². وهناك تشريعات تعتبر الزواج اللاحق على وقوع الجريمة مانع من موانع العقاب عليها، ففي القانون الفرنسي يجوز للقاضي أن يعتبر الزواج اللاحق بين الجاني والمجني عليها من الظروف المخففة أو المعفية من العقاب عن جريمة الاغتصاب البسيط³.

كما اعتد القانون الألماني بالزواج اللاحق كمانع للعقاب في جريمة الاغواء المنصوص عليها في المادة 182 من قانون العقوبات الألماني، وهي احدى جرائم العرض التي لا ترقى الى حد الاغتصاب بالقوة، ولا تقف عند هتك عرض الفتاة، حيث يقوم الجاني بإغواء الفتاة التي يقل عمرها عن السادسة عشر على ارتكاب فعل الاتصال الجنسي التام تحت تأثير ضعف مقاومة المجني عليها وقلة خبرتها، فتتقاد

¹ - إن التشريعات العربية لم تتعرض للاغتصاب وهتك العرض بالقوة الواقع بين الزوجين، فلا مسؤولية ولا عقاب تماشيا مع أحكام الشريعة الاسلامية، فمقتضى عقد الزواج اباحة لكلا من الطرفين الاستمتاع بالآخر أتي شاء.

² - لمزيد من التفصيل حول جرائم العرض في القانون الانجلوأمريكي أنظر، أشرف توفيق شمس الدين. الحماية الجنائية في صيانة العرض، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994، ص 397.

³ - دنيا محمد صبحي، المرجع السابق، ص 183.

لفعل قد لا ترغب في وقوعه، أو يستغل الجاني حب المجني عليها الشديد له¹. وجاءت الفقرة 2 من المادة 182 من قانون العقوبات الألماني ونصت على مانع عقاب إذا تزوج الجاني من الفتاة المغرر بها. وقد تبنى قانون الجزاء الكويتي هذا الاتجاه، حيث اعتبر زواج الخاطف بمن خطفها زواجا شرعيا مانعا من العقاب بأي عقوبة، متى تم الزواج بإذن من ولي المجني عليها، وطلب الولي عدم عقاب الخاطف (المادة 182 من قانون الجزاء الكويتي).

أما في جرائم أمن الدولة لا سيما جرائم عدم الإبلاغ عن الجنايات أو مساعدة الجناة لإيوائهم أو إخفائهم ومساعدتهم على الهرب والافلات منالعقاب، نجد تشريعات تعتبر الزوجية سببا للإعفاء من العقاب كما في قانون العقوبات البحريني²، وكذلك قانون الجزاء الكويتي³. وقد سار على ذلك قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر في 22 يوليو 1992 والمطبق ابتداء من أول مارس 1994، حيث أعفى الزوج أو الزوجة من العقاب عن جريمة عدم الإبلاغ عن الجناية التي تصل إلى علم الفرد⁴، وقد مد نطاق هذا الاعفاء ليشمل الخليل والخليلة⁵، وذلك على عكس المادة 100 من قانون العقوبات الملغى التي كانت تعتبر الزوجية وصلة القرابة، وتشمل قرابة الدم والمصاهرة سببا للإعفاء من العقاب عن جريمة الامتناع عن الإبلاغ عن جرائم الخيانة والتجسس أو الأنشطة الضارة بالدفاع الوطني⁶. هذا وقد اعتد المشرع المغربي بالعلاقة الزوجية في نطاق جرائم أمن الدولة، حيث اعتبرها مانعا من موانع العقاب بموجب المادة 196 من قانون العقوبات المغربي، ووسع من نطاق هذا الاعفاء ليشمل إلى جانب الزوجين الأصهار إلى الدرجة الرابعة، وهو اعفاء جوازي يخضع لتقدير محكمة الموضوع اذ يختلف عن الاعفاء الوجوبي المقرر بمقتضى المادة 299 من نفس القانون والذي يتعلق بجريمة عدم التبليغ عن الجرائم الأخرى غير جرائم أمن الدولة⁷.

¹ - أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص 412.

² - أنظر، المادة 137 والمادة 141 من قانون العقوبات البحريني.

³ - أنظر، المادة 143 من قانون الجزاء الكويتي.

⁴ - أنظر، المادة 1/434 إلى المادة 3/434 من قانون العقوبات الفرنسي.

⁵ - Giudicelli(G)_ Delag, Les crimes et délit contre la nation , l'Etat et la paix publique, R.S.C.1993 , p. 506.

⁶ - أنظر، حسام الدين محمد، حق الدولة في الأمن الخارجي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1984، ص 439 وما بعدها.

⁷ - أحمد الخليلي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 116 وما بعدها.

وتعد العلاقة الزوجية مانعا من موانع العقاب كذلك في مجال جرائم الأموال، وبصفة خاصة في جرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة، فتعفي المادة 1/534 من قانون العقوبات المغربي السارق اذا كان أحد الزوجين وسرق المال المملوك لزوجه الآخر، كما تعفي المادة 574 من نفس القانون الجاني في جريمة اخفاء الأشياء المتحصلة من جريمته اذا كان أحد الزوجين¹.

وتجدر الإشارة الى أن المشرع الفرنسي بموجب قانون العقوبات الفرنسي الجديد، قد قرر حصانة عائلية تتعلق بجرائم الأموال تؤدي الى عدم قبول الدعوى الجنائية في هذا المجال، فهي حصانة اجرائية تتعلق بالدعوى الجنائية وليست موضوعية حيث لا تعد سببا للإباحة ولا مانعا من موانع العقاب. وقد كان التقنين الملغى ينص على هذه الحصانة في المادة 380 منه وهي تشمل الأزواج والأصول والأصهار، فالسرقات التي تقع بين أفراد هذه المجموعات الثلاث لا تقبل بشأنها الدعوى الجنائية. وقد مد القضاء هذه الحصانة الى جرائم النصب²، وخيانة الأمانة³، واخفاء الأشياء المتحصلة من جنابة أوجنحة⁴ واغتصاب التوقيعات⁵. وقد جاء التقنين الجديد ونص على الحصانة العائلية في المادة 12/311، ويتضح لنا من مقارنة نص المادة 380 من التقنين الملغى بالمادة 12/311 من التقنين الجديد أن المشرع الفرنسي قد أبقى على الحصانة العائلية كمانع اجرائي من تحريك الدعوى العمومية كما كان في القانون الملغى⁶، وإن كان قد ضيق من مجالها حيث لم تعد تشمل الزوجين في حالة الانفصال الجسدي، وكذلك الأصهار. ويمتاز القانون الجديد بأنه نص صراحة على تطبيق الحصانة العائلية المنصوص عليها في جريمة السرقة على جرائم الأموال الأخرى.

الفرع الثاني

العلاقة الزوجية كسبب من أسباب الاباحة

أسباب الاباحة هي أحوال تبدو فيها الواقعة من حيث الظاهر مستجمعة كل العناصر التي تلزم لاعتبارها جريمة، ولكنها مع ذلك لا تعد جريمة وذلك لوجود قاعدة قانونية ترخص بارتكاب الفعل في

¹ - أحمد الخمليشي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 319 وما بعدها.

² - Trib, corr. Seine 27 déc 1946, Gaz. PAL, 1946 , 1, 72.

³ - Paris 15 jan 1950 ; J. C. P. 1950, 2, 5896.

⁴ - Trib, corr, Toulouse, 3 fév, 1960, Gaz. PAL , 1960.

⁵ - Crim, 8 fév 1840, b, crim, n 51 ; S. 1840, 1, 651.

⁶ - BOULOC(b, Les infractions contre les biens dans le rouveau code pénal, R.S.C.1993 , p482, Jean_ LAROUIER, droit pénal spécial, 11 éd, Dalloz, 2000 p. 262.

تلك الأحوال أو توجهه¹، وهي ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الاسلامية بأن الأصل في الأشياء الاباحة حتى يأتي النص الذي يحرم، كما يمكن أن نعرفها بأنها تلك الأسباب التي تخرج الفعل من العقاب استثناء بسبب وقوعه في ظروف خاصة.

وقد اختلفت تسمية أسباب الاباحة والمعنى واحد، حيث يطلق عليها أيضا تسمية أسباب التبرير أو الأفعال المبررة، وهذه هي التسمية التي أعطاها المشرع الجزائري لأسباب الاباحة وذلك في الفصل الرابع من الباب الأول الكتاب الثاني من الجزء الأول من قانون العقوبات الجزائري، والأفعال المبررة هي تلك الأفعال التي يمكن اسقاطها على نص في القانون يجرمها ولكن استثناءها المشرع بنص خاص أخرجها من دائرة التجريم وأدخلها مجال المباحات معطلا بذلك الشق الأول من النص القانوني الجنائي. ويتضح من ذلك أن أسباب الاباحة تزيل الصفة الاجرامية عن الفعل ويضحى مشروعاً، ومن ثم فهي ذات طبيعة موضوعية وليست شخصية كما في حالة موانع العقاب، اذ يستفيد منها كل المساهمين في الفعل الذي أصبح مباحاً في ضوء ظروفه وملاساته التي اعتد بها المشرع في الاباحة².

وبالرغم من أن أسباب الاباحة تتشابه مع موانع العقاب في عدم توقيع أي عقوبة على الفاعل، إلا أنهما يختلفان في نقطة أساسية مؤداها أن موانع العقاب لا تؤثر على أركان الجريمة ولا على المسؤولية الجنائية للمتهم، وبالتالي لا يحكم ببراءته بل بإعفائه فقط من العقوبة. أما سبب الاباحة فإنه يرفع عن الفعل الصفة غير المشروعة فيصير مباحاً ولا يعد جريمة، ولا يعد مرتكب هذا الفعل مجرماً في نظر القانون وبالتالي يحكم ببراءته. وهذا يفسر لنا بقاء المسؤولية المدنية في حالة العذر المعفى من العقاب، وانتفائها في حالة سبب الاباحة³.

وخلاصة القول أن الفعل الذي يرتكبه الجاني اذا اقترن بسبب اباحة لا يعد جريمة، وهذا ما يظهر من خلال المادة 39 من قانون العقوبات الجزائري⁴، والتي نصت على ما يلي: " لا جريمة: _ إذا كان الفعل قد أمر أو أذن به القانون.

_ إذا كان الفعل قد دفعت اليه الضرورة الحاله للدفاع المشروع عن النفس أو الغير أو عن مال مملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامته الاعتداء".

¹ - عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص 187.

² - مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 187.

³ - بهاء رزقي، المرجع السابق، ص 98.

⁴ - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

أي أن المشرع الجزائري يخرج الفعل من دائرة التجريم الى دائرة الاباحة إذا وقع في ظروف استثنائية (اباحة استثنائية) للموازنة بين الحقوق والمصالح، وذلك في الحالات التالية: استعمال الحق (ما أذن به القانون)، وأداء الواجب (ما أمر به القانون)، وفي حالة الدفاع الشرعي.

وفي إطار دراستنا لأثر العلاقة الزوجية كسبب اباحة نجد مجالها استعمال الحق، والذي اعتبره القانون الجزائري مما يأذن به القانون. ونظرا أن أسباب الاباحة لا تقتصر مصادرها على التشريع بل قد تمتد إلى الشريعة الاسلامية والعرف كذلك، فإنه يمكن أن يكون مصر استعمال الحق الشريعة الاسلامية كحق الزوج في تأديب زوجته، أو حق المعاشرة الجنسية بين الزوجين. ومن خلال هاذين الحقيين يظهر أثر العلاقة الزوجية كسبب اباحة، لأن العلاقة الزوجية هي التي تسمح بممارسة تلك الحقوق، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولا: حق الزوج في تأديب زوجته

ممارسة حق تأديب الزوجة يقتضي من الزوج تصرفات تتضمن مساسا بحقوق عدة للزوجة، كحق سلامة البدن وحق الشرف وحق الاعتبار، ومع ذلك فإن هذه التصرفات تكون مشروعة للزوج باعتبارها ممارسة لحق يخوله له المشرع بمقتضى علاقة الزواج، شريطة أن يلتزم في ممارسة هذا الحق بسائر الحدود والقيود المقررة شرعا على ممارسته، والتي تكفل انحصار استعماله في المجال المتفق مع الغاية التي شرع من أجلها، ألا وهي مصلحة الأسرة والمجتمع.

وستكون دراستنا لهذا الحق وفقا للعناصر التالية:

1_ السند الشرعي والقانوني لحق تأديب الزوجة:

يستمد حق تأديب الزوجة سنده من الشرع والقانون:

أ_ السند الشرعي: قدأقرت الشريعة الاسلامية هذا الحق، وسنده في الكتاب قوله تعالى: "الرجال قوامون على النساء بما فضل الله به بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجرهن في المضاجع واضربوهن فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا إن الله كان عليا كبيرا"¹. وقوله تعالى: " وللرجال عليهم درجة"²، وهي درجة القوامة التي نص خص بها الرجل على زوجته.

¹ - سورة النساء، الآية رقم 34.

² - سورة البقرة، الآية رقم 226.

وسنده في السنة النبوية الشريفة ما روي عن مالك بن يحيى بن سعيد أن الرسول صلى الله عليه وسلم استؤذن في ضرب النساء، فقال: اضربوا، ولن يضرب خياركم، فأباح وندب الى الترك¹. كذلك قوله عليه السلام: " استوصوا بالنساء خيرا، فإنما هن عندكم عوان، ليس تملكون منهن شيئا غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع، واضربوهن ضربا غير مبرح فإن اطعكم فلا تبغوا عليهن سبيلا"².

ب_ السند القانوني:

جعلت التشريعات الجنائية لبعض الدول تأديب الزوجة استعمالا للحق ضمن أسباب الاباحة والتبرير إلى جانب الدفاع الشرعي وأداء الواجب بنص صريح كقانون العقوبات العراقي لسنة 1969 الذي ينص في المادة 41 منه على أنه: " لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون ويعد استعمالا للحق: 1_ تأديب الزوج وزوجته وتأديب الاباء والمعلمين...". وهناك تشريعات أخرى كالتشريع الجزائري قد ذكرت استعمال الحق بصفة عامة كسبب اباحة، وبأن حق التأديب يعتبر استعمالا لحق الزوج فإنه يعتبر كسبب اباحة في القانون الجزائري، نرجع في معرفة شروطه إلى الشريعة الاسلامية.

وهناك تشريعات جنائية لدول أخرى تعد تأديب الزوجة من قبيل اجازة القانون كقانون العقوبات المصري، ذلك أن الأفعال التي يميزها القانون لا تعد من الجرائم بل تعد أفعالا مبررة³. وهناك تشريعات جنائية أخرى سكتت عن اجازة تأديب الزوجة ولكن الفقه والقضاء جعلاه من صور الأفعال التي يميزها القانون تارة على أساس القياس، وتارة على أساس الشريعة الاسلامية أو العرف العام كما هو الحال في الأردن وسوريه⁴.

وبصفة عامة نجد أن معظم التشريعات الجنائية في ادول الاسلامية قد أجازت تأديب الزوجة سواء بصورة صريحة أو غير صريحة، ومصدرها في ذلك هو الشريعة الاسلامية الغراء.

¹ - أنظر، سليمان بن الأشعث أبو داوود السجستاني الأزدي، سنن أبي داوود، الجزء الثاني، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، ص 244.

² - أنظر، سنن البيهقي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 369.

³ - أنظر، عماد محمد ربيع، تأديب الزوجة بين الشريعة أو قانون الأحوال الشخصية والقانون الجنائي، مجلة جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، 2002، ص 52.

⁴ - أنظر، نائل عبد الرحمن صالح، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر، الطبعة الأولى، عمان، ص 145.

2_ مناط حق تأديب الزوجة:

يمكن أساس حق تأديب الزوج لزوجته في علاقة الزوجية، فضلا عن كونها تعد شرطا من شروطها، اذ لولا وجود هذه العلاقة وقيامها فعلا ما ثبت هذا الحق للزوج¹، فحق التأديب من الحقوق المكفولة للزوج على زوجته، اذ طبيعة كل اجتماع تجعل للواحد منه درجة على غيره وتجعل له سلطان الاصلاح والتأديب. وفي علاقة الزوجية جعلت هذه الدرجة للرجل لأنه بحكم قدرته وطبيعته والتزامه بالنفقة على الأسرة أقدر بضبط عواطفه، وتغليب حكم عقله ومن ثم أعطي درجة على الزوجة في الاشراف والرعاية². وأعطيت له هذه السلطة مقابل المسؤولية التي يتحملها ليتمكن من القيام بمسؤولياته على خير وجه، وعقد الزواج هو مصدر حق التأديب ومن ثم الخطيب لا يستطيع أن يؤدب خطيبته عن معصية لحد فيها باستعمال حق التأديب، رغم مصلحته الثابتة الواضحة المشروعة في ذلك. ويشترط ثبوت صفة الزوجية وقت مباشرة حق التأديب، بمعنى أنه يتعين أن يكون الحق ثابتا وموجودا لحظة استعماله لا وقت حدوث سببه المنشئ له (النشوز)، فاذا ارتكبت الزوجة ما يوجب التأديب وبعد الطلاق اعتدى عليها طليقها بالضرب استعمالا لحق التأديب، خضع فعلة هنا لقانون العقوبات لأن حق الزوج في التأديب ينقضي بعد انقضاء الزواج بالطلاق³.

وحق تأديب الزوجة حق من الحقوق الشخصية التي لا تقبل الانابة، ومن ثم لا يجوز لغير الزوج من أهله أو من أهلها أن يقوم به، ومن ثم إذا كلف الزوج غيره بضرب زوجته لتأديبها فضررها الغير، سئل الغير عن فعله بوصفه فاعلا وسئل الزوج بوصفه شريكا له⁴.

3_ الشروط القانونية لممارسة حق تأديب الزوجة:

أجازت الشريعة الاسلامية للزوج تأديب زوجته عن كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر بغية اصلاح المرأة لا للانتقام والايذاء، بشرط أن يمارس في الحدود التي أقرها المشرع وبوسائل ثلاث هي: الوعظ والهجر في المضجع والضرب. فالوسيلة الثالثة هي التي يبدو تعارضها مع أحكام قانون العقوبات، أي أنه لكي يكون فعل الضرب مباح إذا وقع من الزوج على زوجته لا بد أن تتوافر شروط معينة:

¹ - أنظر، خلود سامي عزارة المعجون، النظرية العامة للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984، ص 197.

² - أنظر، محمود نجيب حسني، أسباب الاباحة في التشريعات العربية، النظرية العامة للإباحة، استعمال الحق، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962، ص 103.

³ - عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص 106.

⁴ - أنظر، محمود نجيب حسني، أسباب الاباحة في التشريعات العربية، نفس المرجع، ص 75.

أ_ أن ترتكب الزوجة معصية لم يرد في شأنها حد مقرر، وأن يكون الزوج قد لجأ الى ضروب التأديب الأخرى التي أشارت اليها الآية الكريمة، وهي الوعظ أولاً والهجر في المضجع ثانياً. فلا يجوز للزوج أن يضرب زوجته تأديباً قبل أن يستنفذ هاتين الوسيلتين ويثبت عدم جدواهما.

ب_ ألا يكون ذلك الضرب شديداً (مبرحاً): وقد فسر القضاء المصري الضرب غير الشديد بأنه ذلك الضرب الذي لا يترك في الجسم أي أثر ولو سحجات بسيطة، ومن باب أولى لا يؤدي الى عاهة مستديمة ولا يفضي الى الوفاة، وإلا يسأل الزوج عن جريمة ضرب مفضي الى الوفاة¹.

ج_ أن يتوافر لدى الزوج حسن النية: أي أن يكون الغرض من الضرب هو الاصلاح والتهذيب للزوجة ومواجهة لنشوزها وردّها عن هذا النشوز، فمن ابتغى غاية سوى ذلك وأخفى باعثاً اجرامياً مثل الانتقام أو مجرد الايذاء يخرج عن حدود التأديب المجاز به ويسأل جنائياً طبقاً لقصده الجنائي².

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "وإن أبيض للزوج تأديب زوجته تأديباً خفيفاً على كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر إلا أنه لا يجوز له أصلاً أن يضربها ضرباً فاحشاً وحد الضرب الفاحش أن يؤثر في الجسم ويغير لون الجسد، وأن يكون محكوماً بغاية الاصلاح والتهذيب وهو ما يتفق مع العلة من تقريره"³. ومن خلال هذا الحكم تظهر الشروط السابقة الذكر.

فاذا خالف الزوج القواعد المرسومة لحقه في تأديب زوجته يدخل في نطاق التجاوز على ما هو مشروع له واندرج فعله في نطاق التجريم، وإذا كان تجاوزه عمداً كانت الجريمة عمدية أو متجاوزة القصد بحسب الأحوال.

ثانياً: حق المعاشرة الجنسية بين الزوجين

من بين الحقوق التي تترتب على عقد الزواج (العلاقة الزوجية) هي حق المعاشرة الجنسية بين الزوجين، أي أن هذا الحق من الحقوق الزوجية التي تبيح صور من السلوك التي تعد وفقاً لقانون العقوبات جرائم، وهناك يظهر أثر العلاقة الزوجية كسبب اباحة حيث أنه لولا وجود علاقة زوجية لاعتبر فعل المعاشرة الجنسية جريمة.

¹ - عماد محمد ربيع، المرجع السابق، ص 54.

² - أنظر، جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، الجزء الأول، نظرية الجريمة، الاسكندرية، 1994، ص 240 و241.

³ - نقض مصري، 10 نوفمبر 1941. مشار إليه عند جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، نفس المرجع، ص 641.

ويقصد بحق المعاشرة الجنسية حق الاتصال الجنسي بين الرجل و المرأة وفقا للفترة الطبيعية، وحيث أن اشباع الشهوة الجنسية من مقاصد الزواج¹ فإن أهم آثار الزواج هو اباحة الصلات الجنسية بين الزوجين إلى حد أنها تصير حقا لهما معا، وتصير ممارستها تبعا لذلك واجبا شرعيا وقانونيا عليهما²، أي أنه حق مشترك بين الزوجين.

أي أن اهم مجال لتحري شرعية الفعل الجنسي _ ربما لحدود الاعتداء على العرض _ هو حيث يكون الفعل في نظام اجتماعي يعترف به القانون وهو الزواج، وشرعية الصلة الجنسية هذه موقوتة بالوقت الذي يقوم خلاله الزواج ومشروط بصحة هذا الزواج، بحيث أن الزواج لا ينتج أثره المبيح للصلات الجنسية بين الزوجين إلا إذا كان صحيحا، ولهذا يجب التأكد من توفر شروط صحته، وذلك بالرجوع الى القانون الذي يحدد تلك الشروط وهو قانون الأحوال الشخصية.

كما أن العلاقة الجنسية تكون مباحة وخارجة عن نطاق التجريم ما دامت خلال فترة الزواج، أما إذا تمت خلال فترة الخطبة أو بعد انتهاء عقد الزواج بالطلاق³، فإنها تكون مجرمة في القانون سواء باعتبارها جريمة زنا إذا كان أحد طرفي العلاقة الجنسية متزوجا، أو فعل مخل بالحياء إذا توافرت أركان تلك الجريمة حسب قانون العقوبات الجزائري، أو أي جريمة أخرى من جرائم العرض المنصوص عليها في قانون العقوبات لدول أخرى إذا توافرت أركانها. فالزواج في ذاته هو صيانة للعرض، إذ أن الزواج يعتبر وسيلة لإشباع الغريزة الجنسية بشكل يتلاءم ومصالح المجتمع، ففي نطاقه وحده تباح الصلة الجسدية بين الرجل والمرأة.

ورغم أن تلك المعاشرة الجنسية حق للزوج يخوله له عقد الزواج، إلا أنه يجب على الزوج أن يلتزم في ممارسته لذلك الحق بالحدود والقيود المقررة شرعا على ممارسته من بينها:

¹ - أنظر، عوض محمد عوض، الجاني والجني عليه في جريمة الواقعة، مجلة الدراسة القانونية، المجموعة الثالثة، 1973، ص 16
² - أنظر، محمد أحمد الأمان، الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها له الشريعة الاسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1900، ص 40، أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص 30.
³ - تجدر الإشارة الى أن العلاقة الجنسية تكون مباحة إذا كانت خلال فترة عدة الطلاق الرجعي لأن هذا الأخير لا يزيل ملكا.

1_ رضا الزوجة: إذا وقع الجماع بدون رضا الزوجة، فهل يعتبر الزوج ممارسا لحق الاستمتاع المقرر له بمقتضى عقد الزواج، ومن ثم ترفع عن سلوكه صفة اللامشرعية؟ أم يلزم رضا الزوجة بهذا الجماع حتى تضي عليه صفة المشروعية¹؟

تنص بعض التشريعات الجنائية صراحة على استبعاد صفة الجريمة عن الواقعة التي يمارسها الزوج على زوجته رغم ارادتها في ظل نكاح صحيح، ومنها القانون الألماني²، القانون النمساوي³، القانون السويسري⁴، القانون السوري⁵، القانون اللبناني⁶. أما الدول التي لم تنص تشريعاتها على هذا الحكم كالجائر ومصر فرنسا وإيطاليا، فقد اختلف الفقه بخصوص ذلك، ونجد أن رأي الفقه العربي⁷ يجمع على أن للزوج مباشرة زوجته طوعا أو كرها بناء على حقوقه الزوجية التي ترتبت على رضائها أو رضا وليها في عقد الزواج، الذي لا يجوز الرجوع فيه، إذ أن الزوجة مجبرة بحكم هذا العقد وبحكم الشرع إلى موافاة زوجها عند الطلب، وليس لها أن تمتنع بغير عذر شرعي، وإلا كان له حق تأديبها، ولا يعتبر بذلك معتديا على الحرية الجنسية للزوجة. ولكن إذا عدت أفعال الاكراه خروجا عن حقه في تأديبها بإطارة الاستثنائي وبقيوده الشرعية يعاقب بوصفه معتديا على حق الزوجة في سلامة جسمها ومن ثم كرامتها.

2_ عدم الاضرار بصحة الزوجة:

لا بد ألا يكون من شأن العلاقة الجسدية الاضرار بصحة الزوجة وتعريضها لخطر جسيم، وذلك بالنظر إلى ضعفها أو مرضها أو افراط الزوج في تلك العلاقة، فرغم تمتع الزوج بحق المعاشرة الجنسية

¹ - أثبتت هذه المشكلة في المؤتمر السابع للأمم المتحدة بشأن منع الجريمة ومعاملة المذنبين المنعقد في ميلانو سنة 1985، وأوصى المؤتمر بضرورة البحث عن ضوابط تحفظ للزوجة كرامتها في هذا المجال ولو بتجريم سلوك الزوج. مشار إليه عند عبد الوهاب البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، دار الصفوة، 1992، ص 41.

² - انظر، المادة 107 من قانون العقوبات الألماني.

³ - انظر، المادة 125 من قانون العقوبات النمساوي.

⁴ - انظر، المادة 187 من قانون العقوبات السويسري.

⁵ - انظر، المادة 489 من قانون العقوبات السوري.

⁶ - انظر، المادة 508 من قانون العقوبات اللبناني.

⁷ - محمود نجيب حسني، الوجيز في قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 343، دنيا محمد صبحي، المرجع السابق، ص 178، محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، طبعة ثانية، دار المطبوعات الجامعية، 1986، ص 822، انظر، عبد العزيز سعيد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982، ص 43.

المرتتب على عقد الزواج إلا أنه مادام استعمال هذا الحق ينطوي على فعل آخر غير مشروع، ويسبب الاضرار بالزوجة فيجب على الزوج أن يتنازل عن استعمال حقه هذا، وإلا وجب أن يتحمل نتيجة سلوكه غير المشروع حسب قصده، وهي اصابة الزوجة بالمرض أو وفاتها¹.

3_ أن يجمع الزوج زوجته في مكان يأمنان من عدم دخول الغير عليهما:

أي أن تكون خلوتهما الشرعية صحيحة، وبصدد هذا الفرض نتساءل عن حكم استعمال هذا الحق في مشهد من الغير، هل يحصن عقد الزواج هذا الاستعمال العلني ضد اضعاء اللامشروعية عليه، ومن ثم تكييفه كجرمة من جرائم الاعتداء على العرض والأخلاق؟

إذا كانت ظروف الفعل لا تنفي عنه دلالة الجنسية، وكان برضا صحيح من الزوجة كمبادلتها العناق على مرأى الغير أو مداعتها واحتضانها في الطريق العام، فرغم أن هذا الاستعمال لحقوق الزوجية غير مجرم لذاته إلا أن مباشرته بهذه الكيفية تؤدي لانتهاك حقوق أخرى أجدر بالرعاية، مما يجيز العقاب عليه بوصفه فعل مخل بالحياء ذلك أنه قد تم على مرأى من الناس، لأنه يعتبر مخالفا لمقتضيات الأخلاق العامة ممارسة لحق المعاشرة الجنسية علنا². فههدف المشرع من تجريم الفعل المخل بالحياء هو حماية الشعور العام بالحياء، وفي هذه الحالة يكون الزوج بممارسة العلاقة الجنسية على مرأى من الناس قد خدش الحياء العام مما يوجب العقاب عن فعله باعتباره جريمة فعل مخل بالحياء. أما إذا كان الفعل قد صدر في ظروف تنفي عنه دلالة الجنسية، وتجعله تعبيراً عن عاطفة أو شعور مقبول اجتماعياً فإنه يتجرد من صفة الاخلال بالحياء، ومثال ذلك تقبيل الزوج لزوجته علنا عند توديعها له لحظة سفر. هذه العلاقة الزوجية التي كان لها أثر في الشق الموضوعي للقانون الجنائي، هل لها نفس الأثر على شقه الإجرائي؟

الفصل الثاني

أثر العلاقة الزوجية في تطبيق القواعد الإجرائية للقانون الجنائي

تمهيد وتقسيم:

قد بينا في الفصل السابق مفهوم القواعد الموضوعية للقانون الجنائي وأثر العلاقة الزوجية على تلك القواعد، وعرفنا أن القواعد الموضوعية تعني مجموعة القواعد التي تتعلق بالتجريم والعقاب سواء من حيث

¹ - أشرف توفيق شمس الدين، المرجع السابق، ص 164.

² - محمد زكي أبو عامر. قانون العقوبات، المرجع السابق، القسم الخاص، ص 722.

بيان أركان الجرائم وعناصر كل ركن وتحديد عقوبات الجرائم وما يلحقها من أسباب تشديد أو تخفيف وما يعترضها من أسباب إباحة أو موانع مسؤولية أو موانع عقاب.

وقبل أن نتطرق إلى بحث أثر العلاقة الزوجية على القواعد الإجرائية يجدر بنا أن نبين أو لا مفهوم القواعد الإجرائية، فالقواعد الإجرائية تعني تلك القواعد الشكلية التي تنظم كيفية وشكل إجراءات الدعوى الجنائية وتحديد السلطات المختصة بما بصدد جريمة ارتكبت للوصول إلى حكم قضائي يقرر أو ينفي حق الدولة في توقيع العقاب أو في إنزال التدابير الاحترازية بالجاني¹.

والقواعد الإجرائية هي التي تكفل الشرعية الإجرائية التي هي الوجه الآخر للشرعية الجنائية، فكما أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" فكذلك "لا عقوبة بغير خصومة جنائية يفصل فيها القضاء بنزال العقوبة بالجاني"، فالقواعد الموضوعية تظل رغم مخالفتها في حالة سكون إلى أن تأتي القواعد الإجرائية فتنقلها من حالة السكون إلى حالة الحركة².

ومن الجدير بالذكر أن موضع القواعد الإجرائية لا يؤثر على طبيعتها ومفهومها السابق سواء وردت في قانون إجرائي أو وردت في قانون يحتوي على قواعد موضوعية جنائية.

كما أن هناك قواعد ذات طبيعة مزدوجة موضوعية وإجرائية مثل القواعد المتعلقة بتقادم الدعوى الجنائية، فهي موضوعية بالنظر إلى أثرها، وهو عدم توقيع العقاب على الجاني ولكن بالنظر إلى أثر آخر لها وهو استحالة ملاحقة الجاني نظرا لسقوط الدعوى الجنائية فتتعلق قواعد التقادم بالملاحقة بإجراءات الدعوى الجنائية، ومن ثم تعتبر من هذه الناحية من القواعد الشكلية³.

وإذا نظرنا إلى أثر العلاقة الزوجية على القواعد الإجرائية بالمفهوم سالف الذكر، فإننا نجد أن تلك العلاقة لها أثرها الواضح على القواعد الإجرائية سواء لحظة تحريك الدعوى الجنائية أو أثناء سير إجراءاتها، وحتى صدور حكم بات فيها لها أثرها حتى في مرحلة تنفيذ الحكم الجنائي. وحتى يتسنى لنا بحث هذه الآثار المتعددة يجدر بنا أن نقسم الفصل الثاني إلى مبحثين: المبحث الأول: نتناول فيه أثر العلاقة

¹ - أنظر، نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، طبعة مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1988، ص 11، مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 13.

² - أنظر، أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1996، ص 6 و ص 7.

³ - أنظر، فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة مطبعة القاهرة، دار النهضة العربية، 1992، ص 9.

الزوجية على إجراءات الدعوى الجنائية، والمبحث الثاني نخصه لأثر العلاقة الزوجية في الإثبات وكذلك على الحكم الجنائي.

المبحث الأول

أثر العلاقة الزوجية على إجراءات الدعوى الجنائية

إن تحريك الدعوى الجنائية يتم باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق أو المحاكمة كسماع شهادة شاهد أو ضبط وإحضار متهم أو إجراء معاينة أو تكليف متهم بالحضور وغيرها من الإجراءات. وتحريك الدعوى الجنائية يختلف عن استعمالها، حيث أن استعمال الدعوى له معنى عام يشمل تحريك الدعوى ومباشرتها بعد التحريك حتى الوصول إلى حكم بات فيها¹.

فتحريك الدعوى الجنائية عمل من أعمال الاتهام تختص به النيابة العامة باعتبارها سلطة اتهام، إلا أن المشرع علق تحريك الدعوى الجنائية في أحوال معينة على تقديم شكوى من المجني عليه رغم توافر أركان الجريمة وشروط المسؤولية الجنائية عنها².

وبحث أثر العلاقة الزوجية على إجراءات الدعوى الجنائية هو أثر ذو شقين:

الشق الأول: يتعلق بأثر العلاقة الزوجية في نطاق قيود تحريك الدعوى الجنائية.

الشق الثاني: يتعلق بأثر العلاقة الزوجية على سير إجراءات الدعوى الجنائية.

وهذا ما سنتناوله في المطلبين التاليين:

المطلب الأول

أثر العلاقة الزوجية في نطاق قيود تحريك الدعوى الجنائية

بوقوع الجريمة ينشأ حق الدولة في عقاب مرتكبها، ولكن الدولة لا تستطيع أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر إذ لا بد من الالتجاء إلى القضاء ليؤكد لها حقها في العقاب، وتمثل وسيلتها في المطالبة بالعقوبة أمام القضاء في "الدعوى الجنائية"، والنيابة العامة هي الشخص الإجرائي الرئيسي الذي وكلت إليه الدولة صلاحية مباشرة اقتضاء حقها في العقاب³.

¹ - فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 48.

² - أنظر، نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الرابعة، دار الثقافة الجامعية، 93/92، ص 111 وما بعدها.

³ - أنظر، عبد الفتاح الصيفي، حق الدولة في العقاب، نشأته وفلسفته، اقتضاؤه، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1985، ص 143 وما بعدها.

وللنيابة العامة مطلق الجريمة في تحريك الدعوى الجنائية أو الامتناع عن تحريكها طبقا لما تراه، فهي الأمانة عليها دون غيرها، ولا يقيد حريتها في هذا النطاق المحاكمات الإدارية والتأديبية ولا تنازل المجني عليه عن حقوقه وصفحه عن الجاني. بيد أنها لا تملك التنازل عن الدعوى في أي مرحلة كانت عليها، وإذا تنازلت عنها أو وعدت بذلك سواء شفاهة أو كتابة، فإن هذا التنازل لا يقيدتها أيا كانت أسبابه¹. ومع ذلك فثمة حالات استثنائية يتوقف فيها اقتضاء النيابة العامة لحق الدولة في العقاب على إرادة الغير، إن شاء أجاز للنيابة مباشرة إجراءات اقتضاء هذا الحق وإن لم يشاء حال بينها وبين مباشرة هذه الإجراءات²، وهذا ما يعرف بالقيود الإجرائية التي تعد عقبة قانونية نص عليها المشرع في بعض الجرائم لحكمة ارتآها، يترتب عليها تقييد سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية إلا بعد إزالة هذه العقبة، وتتمثل هذه القيود في الشكوى والطلب والإذن.

ولهذه القيود طبيعة إجرائية خالصة، إذا أنها عقبات تعترض تحريك الدعوى الجنائية ويترتب على تحريكها الدعوى قبل إزالة القيد القضاء بعدم قبول الدعوى. وتتعلق هذه القيود بالنظام العام، فلا يجوز للمتهم أن يتنازل عنها ويقبل محاكمته. ويتعين على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى في أي حالة كانت عليها، وعلى النيابة العامة أن تدفع بذلك على الرغم من أنها هي التي أقامت الدعوى³. فمتى ارتفع القيد بتقديم الشكوى أو الطلب أو صدور الإذن استردت النيابة العامة سلطتها في تحريك الدعوى الجنائية، ويحق لها التصرف في الدعوى كما لو كانت بصدد جريمة لم يضع القانون فيها على سلطتها قيد، فلا تلتزم بتحريكها حين يرتفع القيد وإنما تكون لها السلطة التقديرية في تحريكها⁴.

وفي أثر العلاقة الزوجية في نطاق قيود تحريك الدعوى الجنائية، فإننا نبحت هذا الأثر في نطاق قيد الشكوى لا سيما في الجرائم التي تعد رابطة الزوجية عنصرا لازما فيها، أو تلك التي تقع بين الأزواج. ونرى أن أثر العلاقة الزوجية بالنسبة لقيد الشكوى له نطاق شخصي ونطاق موضوعي ونطاق زمني، وهذا ما سنبينه في الفروع التالية:

¹ - نقض 1931/05/07، مجموعة القواعد القانونية، ج 1 رقم 253، مشار إليه عند بهاء رزوقي علي، المرجع السابق 257 و258.

² - عبد الفتاح الصيفي، حق الدولة في العقاب، نفس المرجع، ص 249.

³ - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 113.

⁴ - بهاء رزوقي علي، نفس المرجع، ص 259.

الفرع الأول

النطاق الشخصي لأثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى:

نصت المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية¹ على أن الشكوى تعتبر من القيود الواردة على تحريك الدعوى الجنائية من طرف النيابة العامة، وذلك في الجرائم التي حددها قانون العقوبات الجزائري على سبيل الحصر في المواد: 326، 330، 369، 339، 373، 377، 389. وغيرها من الحالات التي نص عليها قانون العقوبات على سبيل الحصر.

ولم تضع أغلب التشريعات تعريفا للشكوى على عكس الفقه² حيث عرفها بأنها: "إجراء يباشر من شخص معين هو المجني عليه وفي جرائم محددة يعبر بها عن إرادته الصريحة في تحريك الدعوى العمومية عنها توصلا لمعاقبة فاعلها، وتتضمن الشكوى بلاغا عن الجريمة إذا لم تكن السلطات العامة قد علمت بها".

ولم يحدد المشرع الجزائري طريقة تقديم الشكوى أو شكلها، وبالتالي يمكن أن تقدم شفها أو كتابيا لقاضي التحقيق أو النيابة العامة أو إلى ضابط الشرطة القضائية، ويجب على الجهة التي قدمت لها الشكوى أن تدونها في محضر رسمي مؤرخ وموقع عليه من الشاكي.

ولم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة لتقديم الدعوى وذلك عكس المشرع المصري والذي حددها بثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمتركبها ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وما يهمننا في هذا الصدد ليس كل الجرائم المعلق تحريك الدعوى العمومية فيها على رفع شكوى من المضرور، إنما فقط جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية، وهي ما يطلق عليها "جرائم الشكوى النسبية" التي تتطلب توافر رابطة بين الجاني والمجني عليه لحظة ارتكاب الجريمة، وتسمى النسبية تمييزا لها عن جرائم الشكوى المطلقة التي لا تتطلب توافر رابطة بين الجاني و المجني عليه كجريمة القذف والسب في القانون المصري، فالمشرع المصري قد اشترط في هذه الجريمة تقديم شكوى من المجني عليه سواء وقعت الجريمة بين الأزواج أو بين الأصول والفروع أو بين غير هؤلاء ممن لا تجمعهم رابطة أسرية³. وذلك على

1 - الأمر رقم 66_155 المؤرخ في 1966/6/8 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية والمعدل والمتمم.

2- أنظر، مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1980، ص 64.

3 - أنظر، نبيل مدحت سالم، المرجع السابق، ص 116.

عكس المشرع الجزائري الذي لم يقيد جرائم القذف والسب برفع شكوى من المضرور، ولكنه جعل من صفح الضحية مهما كانت الرابطة بينها وبين الجاني يوضع حدا للمتابعة الجزائية¹.

ومن ثم فإن ما يعيننا في هذا المقام هو جرائم الشكوى النسبية، وبالأخص منها تلك التي تتطلب توافر رابطة الزوجية بين الجاني والمجني عليه.

وفي هذا الجرائم وفي مجال النطاق الشخصي لأثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى نجد أن الشكوى لا بد أن تقدم من الزوج المجني عليه أو الزوجة المجني عليها بحسب الأحوال، وأن تتوافر في الشاكي أو الشاكية صفة الزوجية وقت تقديم الشكوى ولو زالت بعد ذلك، حيث يجب التحقق وقت تقديم الشكوى من قيام الزوجية حقيقة أو حكما كما في الطلاق الرجعي، حيث أن هذا الأخير لا يزيل صفة الزوجية بل تبقى قائمة إلى انقضاء العدة، بينما الطلاق البائن يزيل صفة الزوجية ويسقط الحق في الشكوى، كما يجب أن تتوافر كذلك الشروط العامة فيمن يقدم الشكوى بأن تكون إرادته حرة غير مكره وأن يكون متمتعا بكامل القوى العقلية.

وفي مقام بحثنا إذا كان القانون قد أوجب أن تقدم الشكوى من الزوج المجني عليه أو من الزوجة المجني عليها فإنه قد أجاز تقديمها من وكيل أيهما، ولكن يجب أن يكون التوكيل صريحا وخصوصا بواقعة الدعوى المراد تحريكها، وأن تكون الواقعة سابقة على صدور التوكيل فلا يصلح التوكيل العام لتقديم الشكوى لأن لكل واقعة تقديرها الخاص لدى المجني عليه من الزوجين².

وإذا تعدد المتهمون وكانت الشكوى مقدمة من الزوج أو الزوجة ضد أحدهم فإنها تعتبر مقدمة ضد الباقين، وذلك بشرط عدم تعدد الجرائم بتعددتهم³.

والقاعدة أن المشرع علق تحريك الدعوى الجنائية بالنسبة لمرتكب الفعل الذي اشترط المشرع تقديم شكوى من المجني عليه دون غيره من المتهمين كجريمة السرقة بين الأزواج التي نص عليها المشرع المصري، فهذا الأخير جعل من العلاقة الزوجية قيد إجرائي على تحريك الدعوى العمومية في جريمة السرقة بين الأزواج على عكس المشرع الذي جعل تلك العلاقة عذر معفي من العقاب، وهذا ما سنوضحه في النطاق الموضوعي لأثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى.

1 - أنظر، المادة 299 من قانون العقوبات الجزائري.

2- فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 100 وما بعدها.

3 - فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، نفس المرجع، ص 99 وما بعدها.

إلا أنه نستثني من القاعدة العامة جريمة الزنا، فلا تجوز محاكمة شريك الزوجة الزانية أو شريكة الزوج الجاني بتقديم الشكوى ضدّها دون أن تقدم ضد الزوج الزاني أو ضد الزوجة الزانية لأن محاكمة الشريكة أو الشريك تثير ذات الاعتبارات التي تطلب المشرع من أجلها وجوب التقدم بشكوى من الزوج المجني عليه أو من الزوجة المجني عليها¹.

وعلى ذلك فإذا كان لا تجوز محاكمة شريكة الزوج الزاني أو شريك الزوجة الزانية بمفردها دون الزوج أو الزوجة الزانيين فإن ذلك مقصور على مركزهما كشركاء في الجريمة، أما إذا كانا كلاهما أو أحدهما متزوجا وتقدم زوج الشريكة الزانية أو زوجة الشريك الزاني المجني عليها بشكوى فإن الشركاء يصيرون فاعلين أصليين بالنظر إلى رابطة الزوجية الأخرى، وتجاوز محاكمتهم في هذه الحالة وتصير الزوجة الزانية شريكة ويصير الزوج الزاني شريك².

الفرع الثاني

النطاق الموضوعي لأثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى

فيما يخص النطاق الموضوعي لأثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى فنعني به جرائم الشكوى التي تعد العلاقة الزوجية ركنا أو عنصرا لازما فيها أو تلك التي تقع بين الأزواج ويتطلب القانون فيها تقديم شكوى من الزوج المجني عليه أو الزوجة المجني عليها.

ويندرج تحت النطاق الموضوعي كذلك بيان الإجراءات الجنائية التي يمكن للسلطات اتخاذها قبل تقديم الشكوى، والإجراءات الجنائية التي يمتنع اتخاذها قبل تقديم الشكوى:

أولا: جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية

هناك جريمتين من جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية في القانون الجزائري وهما جريمة الزنا وجريمة المهجر المعنوي للزوجة:

فيما يخص جريمة الزنا: نصت عليها المادة 339 من قانون العقوبات كما سبق وأن بيناه في الفصل السابق حيث نصت الفقرة الأخيرة منها على أنه: "... ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضروب، وأن صفح هذا الأخير يضع حد لكل متابعة".

1 - مأمون سلامة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 86.

2 - مأمون سلامة، شرح قانون الإجراءات الجنائية، نفس المرجع، ص 86 وما بعدها.

ويجد تعليق الدعوى في جريمة الزنا على شكوى أساسه في القانون الروماني القديم، حيث كان الزوج وحده في البداية صاحب الحق أن يعاقب زوجته الزانية، ثم تطور الوضع وأصبحت سلطته قاصرة على الاتهام أما القضاء بالعقوبة فللمحاكم. فالطبيعة الخاصة لجريمة الزنا والمحافظة على الأسرة أملت على المشرع تقييد رفع الدعوى العمومية على الزوج الزاني بشكوى الزوج المجني¹ أما فيما يخص أركان هذه الجريمة فقد سبق وأن تطرقنا إليها، ونحيل إلى ذلك منعا للتكرار².

كذلك علق المشرع الجزائري في جريمة الهجر المعنوي للزوجة تحريك الدعوى العمومية على تقديم شكوى الزوجة، وهذا ما يتضح من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 330 من قانون العقوبات والتي نصت على أنه: "... وفي الحالتين الأولى والثانية من هذه المادة فلا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك...". وما دمنا بصدد الحديث عن الهجر المعنوي للزوجة، فإن الزوج المتروك هنا قصد به المشرع الزوجة، أي أن الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي لا تحرك ضده الدعوى العمومية إلا بتقديم شكوى من طرف الزوجة. وما يلاحظ أن المشرع الجزائري قد قصر أثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى على الجرائم التي تعد العلاقة الزوجية ركنا فيها، وذلك دون الجرائم التي تقع بين الأزواج كجريمة السرقة، لأنه جعل من العلاقة الزوجية عذر معفي من العقاب في السرقة التي تقع من الزوج إضرارا بالزوج الآخر³، بينما جعلها مقيدة برفع شكوى في حالة ما إذا تمت السرقة بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة⁴.

بينما إذا نظرنا إلى التشريعات المقارنة، فنجد أن هناك من التشريعات من علق تحريك الدعوى العمومية على رفع شكوى من الزوج المضروب ليس فقط في جريمة الزنا أو الهجر المعنوي للزوجة، بل حتى في جريمة السرقة التي تقع بين الأزواج وبعض الجرائم الأخرى.

ففي الشريعة الإسلامية⁵ نجد أن هناك بعض الفقه الإسلامي الحديث يرى أن الشريعة الإسلامية لا تجيز لولي الأمر ملاحقة الجاني بالعقاب في جريمة السرقة إلا بناء على شكوى من المجني عليه مستندا

1 - أنظر، المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري.

2- انظر الأطروحة سابقا، ص 19 وما بعدها.

3 - أنظر، المادة 368 من قانون العقوبات.

4 - أنظر، المادة 369 من قانون العقوبات.

5- لم يتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية لقواعد تحريك الدعوى الجنائية في جريمة السرقة بين الزوجين بصفة خاصة، وإن تعرضوا إليها بصفة عامة بغض النظر عن صفة الجاني أو المجني عليه في هذه الجريمة. أنظر لأكثر تفصيل، محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 382 وما بعدها.

في ذلك إلى أنه من عناصر هذه الجريمة أن يكون المال محل الاختلاس مملوكا للغير، وحتى يثبت هذا العنصر لا بد من وجود من يدعي ملكيته للمال المسروق، بالإضافة إلى أن المساس بحق المجني عليه واضح في هذه الجريمة إلى حق المجتمع¹. وهذا الاتجاه الحديث لبعض الفقه الإسلامي يتماشى مع غالبية التشريعات الوضعية فيما يخص جريمة السرقة بين الأزواج.

أما في التشريع المصري نجد جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية إضافة إلى جريمة الزنا²، وجريمة الامتناع عن دفع النفقة الزوجية³، نجد كذلك جريمة السرقة بين الزوجين فقد نصت المادة 312 من قانون العقوبات المصري على أنه: "لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة إضراراً بزوجه أو زوجته أو... إلا بناء على طلب المجني عليه، وللمجني عليه أن يتنازل عند دعواه بذلك في أية حالة كانت عليها، كما أن له أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت شاء".

كما أخذ المشرع المصري بقيد الشكوى في جريمة اختلاس الأشياء المنقولة المرهونة، حيث تنص المادة 323 مكرر من قانون العقوبات المصري على أنه: "ويعتبر في حكم السرقة كذلك اختلاس الأشياء المنقولة الواقع ممن رهنها ضماناً لدين عليه أو على آخر.

ولا تسري في هذه الحالة أحكام المادة 312 من هذا القانون إذا وقع الاختلاس إضراراً بغير من ذكروا بالمادة المذكورة".

وتطبيقاً لحكم الفقرة الثانية من هذه المادة بمفهوم المخالفة إذا وقع اختلاس الأشياء المرهونة إضراراً ممن ذكروا في المادة 312 استوجب تطبيق حكم المادة المذكورة، أي إذا وقع اختلاس الأشياء المنقولة الواقع ممن رفعها ضماناً لدين عليه أو على آخر بين الزوجين، فلا تحرك الدعوى العمومية إلا إذا تقدم الزوج المضرور بشكوى.

كما نجد أن القضاء المصري قد قاس بعض جرائم الأموال الخاصة التي تقع بين أفراد الأسرة على السرقة بين الزوجين، فقد تطلب القضاء تقديم شكوى من المجني عليه لتحريك الدعوى الجنائية الناشئة عن جرائم النصب وخيانة الأمانة إذا وقعت إضراراً بالزوج⁴.

¹ - أنظر، محمد أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، 1974، ص 348.

² - أنظر، المادة 277 من قانون العقوبات المصري.

³ - انظر، المادة 293 من قانون العقوبات المصري.

⁴ - فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 95.

ويقاس القضاء المصري كذلك على السرقة الإتلاف الواقع إضراراً بحق أو مال الزوج لتحقق ذات المحكمة من تقرير القيد الإجرائي بشأن السرقات في المادة 312 من قانون العقوبات، وهي المحافظة على الروابط العائلية التي تربط بين المجني عليه والجاني داخل الأسرة الواحدة¹.

وفي التشريع الكويتي مثلاً نصت المادة 109 من قانون الإجراءات والمحاکمات الجزائية على أنه: "لا يجوز رفع الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه في الجرائم الآتية... رابعاً: جرائم السرقة والابتزاز والنصب وخيانة الأمانة إذا كان المجني عليه من أصول الجاني أو فروعه أو كان زوجه...". ونفس المعنى نصت عليه المادة 241 من قانون الجزاء الكويتي: "لا تقام الدعوى الجنائية على من ارتكب سرقة أو ابتزاز أو نصب أو خيانة أمانة إضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه إلا بناء على طلب المجني عليه". فوفقاً لهذين النصين لا تملك النيابة العامة تحريك الدعوى العمومية في الجرائم المذكورة بين الزوجين إلا إذا تقدم الزوج المجني عليه شكوى ضد الزوج الجاني².

كما نصت المادة الثالثة من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي على أنه: "لا يجوز تحريك الدعوى الجزائية إلا بناء على شكوى من المجني عليه أو من يقوم مقامه في الجرائم الآتية: ... 3_ السرقة والاعتصاب أو خيانة الأمانة أو الاحتيال أو حيازة الأشياء المتحصلة منها إذا كان المجني عليه زوجاً للجاني أو أحد أصوله أو فروعه ولم تكن هذه الأشياء محجوزاً عليها قضائياً أو إدارياً أو مثقلة بحق لشخص آخر.

4_ إتلاف الأموال أو تخريبها عدا أموال الدولة إذا كانت الجريمة غير مقترنة بظرف مشدد...". فوفقاً لهذا النص فإن العلاقة الزوجية بمثابة قيد إجرائي على تحريك الدعوى العمومية في جريمة السرقة والجرائم المذكورة في المادة السابقة الذكر متى ارتكبت من قبل أحد الزوجين ضد الآخر أو من أحد الأصول أو الفروع³.

وكذلك نصت المادة 661 من قانون العقوبات السوري على أنه: "لا تلاحق إلا بناء على شكوى الفريق المتضرر ما لم يكن مجهولاً أو تكن الشكوى مردودة الجرح المنصوص عليها في المواد...660...".

¹ - حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية، طبعة نادي القضاة، الطبعة الثانية، 1991، ص 38.

² - محمد إبراهيم زيد، قانون العقوبات المقارن، المرجع السابق، ص 21، أنظر كذلك فتوح عبد الشاذلي، حول المساواة في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، الرياض، 1406هـ، ص 180.

³ - إبراهيم زيد، قانون العقوبات المقارن، نفس المرجع، ص 21.

والمادة 660 خاصة بالسرقه بين الزوجين أي أنه لا يجوز تحريك الدعوى العمومية في جريمة السرقة بين الزوجين إلا بناء على شكوى الزوج المتضرر¹.

أما عن أثر العلاقة الزوجية في حالة التعدد المادي والتعدد المعنوي بين جريمة يتطلب القانون فيها الشكوى وجريمة لا يتطلب القانون ذلك، فنقول أن ذلك التعدد والارتباط لا يمنع النيابة العامة من تحريك الدعوى العمومية بشأن الجريمة الأخرى التي ليست من جرائم الشكوى ولا تنصرف إليها آثار الشكوى كقيد إجرائي.

ثانيا: الإجراءات الجنائية الممكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى

هناك إجراءات جزائية لا يمكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى، وإجراءات أخرى يمكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى:

فيما يخص الإجراءات التي لا يمكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى هي إجراءات التحقيق كالقبض على المتهم وسماع الشهود وإجراء معاينة لمكان الحادث أو ندب الخبراء أو استجواب المتهم أو تفتيشه أو حبسه احتياطيا أو غير ذلك من إجراءات التحقيق، وإذا امتنع إجراء التحقيق امتنع رفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة من باب أولى. ويقع باطلا أي إجراء تتم مباشرته قبل تقديم الشكوى، وكذلك يبطل ما ينتج عن إجراء التحقيق الباطل ويبطل ما يترتب عليه لأن ما بني على الباطل باطل مثله. فمثلا إذا تم القبض على المتهم قبل تقديم الشكوى فيبطل القبض ويبطل ما يترتب عليه من تفتيش ويبطل ما قد يسفر عنه التفتيش من دليل أو من جريمة عرضية، ويبطل الاستجواب اللاحق لذلك وإذا صدر حكم بني على أي من هذه الإجراءات الباطلة بطل هذا الحكم.

أما فيما يتعلق بالتلبس بجريمة يتوقف فيها تحريك الدعوى العمومية على شكوى، فالمعمول به أن الدعوى تحرك لاتخاذ جميع الإجراءات اللازمة فإذا قدمت الشكوى استمرت المتابعة. أما إذا لم تقدم الشكوى ووضع المجني عليه حدا لها فلا يجوز الاستمرار في تلك الإجراءات وإلا كانت باطلة، يعني أنه يجوز في الجريمة المتلبس بها ورغم أن تحريك الدعوى العمومية فيها مقيد بتقديم شكوى من الزوج المضروب إلا أنه تجرى بعض إجراءات التحقيق بشرط ألا تمس بشخص المتهم في حرته أو في حرمة مسكنه.

¹-أنظر، ممدوح العطري، قانون العقوبات السوري، ب.د.ن، 1947، ص 641 و642.

فيصح إجراء المعاينة لمكان الواقعة وسماع الشهود وانتداب الخبراء وتحريز أدوات وأدلة الجريمة المتلبس بها، وكذلك تفتيش منزل غير منزل المتهم لضبط أدلة ثبوت الجريمة¹.

أما الإجراءات التي يمكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى سواء كانت الجريمة متلبس بها أمغير متلبس بها فهي إجراءات الاستدلال أو البحث والتحري التي يقوم بها ضباط الشرطة القضائية. والاستدلال ينصرف إلى مجموعة الإجراءات الأولية السابقة على تحريك الدعوى العمومية، والتي تهدف إلى التحري عن الجريمة والتثبت من وقوعها وجمع المعلومات الكافية والعناصر اللازمة لتحقيق الواقعة ومنها تلقي البلاغات والشكاوى وإجراءات المعاينات اللازمة، وحيث أن إجراءات الاستدلال لا تعتبر من إجراءات الخصومة الجنائية بل هي من الإجراءات الأولية التي تمهد لها ولا ترد عليها قيود تحريك من شكوى أو إذن أو طلب، ومن ثم يجوز إجرائها قبل تقديم شكوى².

ورغم أن القاعدة أن جميع إجراءات الاستدلال يجوز اتخاذها في الجريمة المتلبس بها، إلا أنه يستثنى من تلك القاعدة جريمة الزنا وذلك لعدم إثارة الفضيحة، فلا يجوز اتخاذ أي إجراء بشأنها ولو كان من إجراءات جمع الاستدلالات قبل تقديم الشكوى من الزوج المجني عليه³.

والراجع كذلك أنه لا يجوز اتخاذ أي إجراء تحقيق أو استدلال قبل شريك الزوجة الزانية أو قبل شريكة الزوج الزاني إلا بعد تقديم الشكوى من الزوج المجني عليه أو من الزوجة المجني عليها بحسب الأحوال، لأن أي إجراء من شأنه إثارة الفضيحة التي أراد المشرع سترها⁴.

الفرع الثالث

النطاق الزمني لأثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى

يقصد بالنطاق الزمني في هذا الصدد وقت تقديم الشكوى والمدة التي يجب أن تقدم خلالها الشكوى، والعوامل الزمنية التي تؤثر في الحق في تقديم الشكوى:

ففي جرائم الشكوى النسبية التي تتأثر بالعلاقة الزوجية والتي أشرنا إليها سلفا يجب أن تتوافر فيها صفة الزوجية بقيام رابطة الزوجية بيم المجني عليه والجاني وقت وقوع الجريمة، وأن يستمر توافر صفة الزوجية إلى أن تقدم الشكوى، فالزوج الذي يطلق زوجته الزانية طلاقا بائنا قبل تقديم الشكوى لا تقبل

¹ - مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 70 وما بعدها.

² - فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، المرجع السابق، ص 108.

³ - فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية، نفس المرجع، ص 109.

⁴ - نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 121.

شكواه في حين أنه إذا طلقها بعد تقديم الشكوى فإن طلاقه لا يسقط الشكوى، بل تستمر دعوى زنا الزوجة قائمة رغم طلاقهما¹.

أما فيما يخص المدة التي يجب أن تقدم خلالها الشكوى فنجد أن المشرع الجزائري لم يحدد مدة معينة وتركها في يد الشاكي، و ربما يرجع السبب في ذلك لارتباط هذه الجرائم بالأسرة والخوف من تفككها بحيث يحتاج المجني عليه مدة معينة لكي يوازن بين مصلحته في تحريك الدعوى ومصلحته في المحافظة على علاقته الزوجية، وبالتالي قد تطول تلك المدة أو تقصر فإذا باشر الزوج المتضرر حياته الزوجية بصورة عادية فهذا دليل على أنه قد رجح مصلحة الأسرة، أما إذا طلق الزوج زوجته أو طلبت الزوجة المتضررة التخليق من زوجها فهذا يعني أنه قد رجح مصلحته في تحريك الدعوى العمومية، لكن إذا قدم الشكوى في هذه الحالة لا بد أن يكون ذلك قبل الحكم بالطلاق كما سبق الذكر.

ونرى أنه كان على المشرع الجزائري أن يحدد مدة معينة لا تكون طويلة، لأن ترك المدة بدون تحديد يؤدي إلى التراخي في تقديم الشكوى مما قد يفتح الباب للمساومة من المجني عليه للجاني، كما أن التراخي قد يضيع أدلة الإثبات اللازمة للتحقيق ويفقد الأدلة إن وجدت قوتها التدليلية، ويشكك المحكمة في ثبوت الجريمة.

إلا أن هناك تشريعات أخرى قد حددت مدة معينة لتقديم الشكوى منها التشريع المصري، والذي حددها بثلاثة أشهر وذلك في المادة 3 من قانون الإجراءات الجزائية في فقرتها الأخيرة بقوله: " ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمركبها ما لم ينص القانون على غير ذلك". ويعاب هنا على المشرع المصري طول تلك المدة لأن التراخي في تقديم الشكوى كما قلنا قد يؤدي إلى تضييع أدلة الإثبات اللازمة للتحقيق ويفقد قوتها الاستدلالية.

وبالنسبة للوقت الذي يبدأ فيه حساب مدة الثلاثة أشهر هو وقت علم المجني عليه بالجريمة وبمركبها، فعلم المجني عليه الذي تبدأ به مدة الثلاثة أشهر هو علم المجني عليه اليقيني بوقوع الجريمة، فلا يكفي شكه بوقوعها لتوافر العلم الذي تبدأ به تلك المدة، في حين أن علم المجني عليه بمركب الجريمة يكفي فيه الشك المبني على أسباب معقولة وتتولى سلطات البحث والتحقيق تقوية أدلة الثبوت، وإذا انتهت مدة الثلاثة أشهر دون تقديم الشكوى سقط الحق في تقديمها واستحال تحريك الدعوى بشأن الجريمة السابقة على الشكوى.

¹ - فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص 101.

أما عن العوامل الزمنية التي تؤثر في الحق في تقديم الشكوى خاصة بجرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية وتحديدًا جريمة الزنا، فتلك الجريمة قد يتأثر الحق في تقديم الشكوى بشأنها علاوة على ما سبق على عاملين زمنيين هما:

1_ رضاء الزوج مقدما بالزنا: فإذا ما ثبت أن الزوج علم بزنا زوجته ورضي به ثم أراد أن يقدم بعد ذلك شكوى لتحريك دعوى زنا ضدها، فإن بعض الفقهاء¹ يذهبون إلى أن الرضاء السابق بالزنا يسقط الحق في تقديم الزوج شكواه لمحاكمة زوجته عن سلوك سبق أن رضيه. ورغم وجاهة المبررات الاجتماعية لهذا الاتجاه إلا أنه لا سند له من القانون، ومن ثم فليس في نصوص القانون ما يمنع الزوج من تقديم الشكوى ضد زوجته رغم سبق رضائه بالزنا.

لكننا نرى أنه من الأحسن أن يكون هناك تدخل تشريعي يحسم هذا الأمر، حتى لا تحصن جريمة الزنا بالنصوص الحالية وحتى لا يتحول الرضاء السابق بالزنا إلى حماية قانونية للدعارة، وإلى التحريض على الفسق والدعارة من طرف الزوج لزوجته. فالرضاء بالزنا يهدم كيان الأسرة فلا أسرة ولا خصوصية وبالتالي تختفي الاعتبارات الأسرية التي اعتد بها الشارع في تقريره لقيد الشكوى بالنسبة لجريمة الزنا، ومن ثم يتعين استرداد النيابة العامة سلطتها في تحريك الدعوى العمومية بالنسبة لجريمة الزنا في حالة سبق رضاء الزوج بزنا زوجته الآخر، لا سيما أن سبق الرضاء بالزنا يسقط الأهلية في الحق في تقديم الشكوى ولا يبيح الجريمة. فكان لزاما أن تقوم النيابة العامة مقام من فقد أهلية الشكوى في تقدير الاعتبارات بين تحريك دعوى الزنا أو عدم تحريكها لا سيما وأنها خصم عادل يبغى الحقيقة دائما، وما أكثر القضايا التي تحفظها النيابة العامة مراعاة لاعتبارات أسرية واجتماعية.

2_ سبق ارتكاب الزوج المجني عليه جريمة الزنا: هذا العامل لا وجود له ضمن نصوص التشريع الجزائري، بينما نجد أن المشرع المصري قد نص عليه لاعتبارات معينة في المادة 273 من قانون العقوبات المصري بقوله: " لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها إلا أنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة 277 لا تسمع دعواه".

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع قد اعتبر أن سبق ارتكاب الزوج لجريمة الزنا يسقط حقه في تقديم الشكوى لتحريك دعوى الزنا على زوجته إذا قامت بجريمة الزنا، وذلك لأنه بزناه السابق فقد أهليته في تقديم الشكوى ولا يعتد بتقديره للاعتبارات الأسرية التي قرر المشرع من أجلها قيد الشكوى،

¹ - مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها.

ومن ثم فقد أجاز المشرع للزوجة الزانية أن تدفع دعوى زوجها عليها بسبق ارتكابه لجرمة الزنا المنصوص عليها في المادة 277 من قانون العقوبات¹.

والدفع بسبق ارتكاب الزنا مقرر للزوجة الزانية التي سبق أنزنا زوجها، بينما لا يستفيد منه الزوج الزاني الذي سبق وأن زنت زوجته رغم أن الاعتبار التي تسقط أهلية تقديم الشكوى متوافرة بالنسبة للزوج والزوجة.

وبما أن سبق ارتكاب الزوج للزنا يسقط حقه في تقديم شكوى من زوجته التي ارتكبت جريمة الزنا، نرى أنه من المنطقي أن تسترد النيابة العامة حقه في تحريك دعوى الزنا في هذه الحالة حتى لا تتحصن جريمة الزنا بسبق ارتكاب الزوج للزنا، كما أن من سبق له أن ارتكب الزنا قد لا يحس في منعه من تقديم الشكوى بأي جزاء لأن من هانت عليه أعراض الناس هان عليه عرضه.

وفي ختام تناولنا للنطاق الزمني لقيد الشكوى يجب أن نذكر أنه من الضروري أن يتم تقديم الشكوى قبل وفاة المجني عليه لأن الحق في الشكوى شخصي ولا يورث.

وكذلك الحال إذا توفي الزوج المتهم قبل تقديم الشكوى من الزوج المجني عليه سقط الحق في تقديم الشكوى. ففي جريمة الزنا مثلاً إذا توفي الزوج المتهم بالزنا أو توفيت الزوجة المتهممة بالزنا قبل تقديم الشكوى من الزوج المجني عليه سقط الحق في تقديم الشكوى لأن الدعوى الجنائية تنقضي بوفاة المتهم عملاً بالمادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري²، وإذا انقضت الدعوى العمومية بوفاة المتهم انقضى الحق في تحريكها من باب أولى سواء بشكوى أو غيرها، لأن القانون لا يعرف محاكمة الأموات. يمتد أثر العلاقة الزوجية في مجال القواعد الإجرائية للقانون الجنائي، بداية من تحريك الدعوى لعمومية وحتى خلال سير إجراءاتها وحتى صدور حكم فيها.

المطلب الثاني

أثر العلاقة الزوجية خلال سير الدعوى الجنائية

إذا كان للعلاقة الزوجية أثر هام في إمكانية تحريك الدعوى الجنائية أو عدم تحريكها _ كما سبق الذكر_ لا سيما في نطاق جرائم الشكوى، فإن أثر تلك العلاقة ممتد وفعال أثناء سير إجراءات الدعوى

¹ - مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها.

² - أنظر المادة 6 المعدلة بالأمر رقم 15-02 المؤرخ 23 يونيو 2015 والمعدل للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية. مع الإشارة إلى أن تعديل المادة لم يمس انقضاء الدعوى العمومية بسبب وفاة المتهم.

الجنائية، وذلك سواء في جرائم الشكوى أو في غيرها حتى وقت صدور حكم فيها. وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أثر العلاقة الزوجية خلال سير الدعوى الجنائية في جرائم الشكوى

قد قيد المشرع الجنائي حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية بتقديم شكوى في بعض الجرائم كجريمة الزنا والهجر المعنوي للزوجة والسرقعة بين الأزواج. والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا هو كآآتي: هل يحق للزوج المتضرر والذي قدم الشكوى أن يسحبها وبالتالي يؤدي إلى وقف سير الدعوى الجنائية؟ ولكي نوضح أثر العلاقة الزوجية على سير الدعوى الجنائية في جرائم الشكوى السابقة الذكر، يتعين التعرف أولاً: على مدى إقرار التشريعات المقارنة لحق الزوج المجني عليه في سحب الشكوى، وثانياً: الأحكام العامة لهذا الحق:

أولاً: موقف التشريعات المقارنة من إقرار حق الزوج المجني عليه في سحب الشكوى:

يمكن تصنيف التشريعات المقارنة في هذا الصدد إلى: تشريعات لا تقر هذا الحق للزوج المجني عليه، وتشريعات أخرى تقره.

فمن التشريعات التي لم تقر هذا الحق الشريعة الإسلامية، اذ لم تقر للمجني عليه في جرائم الحدود (بما فيها الزنا والسرقعة) الحق في وقف الدعوى الجنائية نظراً لتعلقها بحق الله تعالى، وإن تعلق بها حق العبد فإن حق الله هو الغالب. ومن المتفق عليه في جرائم الحدود أن الإبلاغ عنها للسلطات حق لكل مسلم أو مسلمة يقيم على إقليم الدولة التي ارتكب عليها الجريمة، ودون إلزام عليه بذلك فله إن شاء أبلغ وإن شاء لم يبلغ، وإن حبذت الشريعة الغراء عدم الإبلاغ عنها للسلطات عملاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: " من ستر أخاه المسلم في الدنيا ستره الله يوم القيامة"¹. إلا أنه متى أبلغ عن جرائم الحدود إلى السلطات تحركت الدعوى الجنائية، ولم يعد للمجني عليه أو القاضي أو لولي الأمر نفسه أي حق إزاء وقف استمرار الدعوى الجنائية.

وعليه فإن الشريعة الإسلامية لم تمنح للزوج المجني عليه في حد الزنا والسرقعة الحق في إسقاط الحد بعد تحريك الدعوى الجنائية.

¹ - أنظر، محمد بن ناصر الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض، ص 448.

أما التشريعات الوضعية التي لم تقر كذلك للزوج المجني عليه الحق في سحب الشكوى التشريعية اليمني، حيث نصت المادة 81 من قانون الإجراءات الجزائية اليمني على أنه: " لمن قدم الشكوى الحق أن يتنازل عنها في أي وقت إلا في جرائم الحدود". وفقا لهذا النص لا يملك الزوج المجني عليه في السرقة أو الزنا الحق في التنازل عن الشكوى السابق تقديمها ضد الزوج الزاني أو السارق باعتبارهما من جرائم الحدود. كما لا يقر المشرع السعودي حق الزوج المجني عليه في وقف الدعوى الجنائية بسحبه للشكوى، وذلك نظرا لتطبيقه لأحكام الشريعة الإسلامية لذا يصدق هنا ما سبق ذكره في الشريعة الإسلامية. إلا أن هناك تشريعات وضعية تقر للزوج المجني عليه الحق في سحب الشكوى كالشريعة الجزائرية، فقد نصت المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: " تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت هذه شرطا لازما للمتابعة".

ومن خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع الجزائري أجاز للمجني عليه في الجرائم التي تطلب فيها القانون تقديم شكوى أن يسحبها، وجعل من سحب الشكوى سببا من أسباب انقضاء الدعوى العمومية. وباعتبار أن المشرع الجزائري قد قيد تحريك الدعوى العمومية في جريمة الهجر المعنوي للزوجة وجريمة الزنا برفع شكوى من الزوج المتضرر، فإنه يجوز له أن يسحب تلك الشكوى طبقا للمادة السابقة الذكر وبالتالي تنقضي الدعوى العمومية.

وهنا يظهر أثر العلاقة الزوجية في استمرار وسير الدعوى العمومية، فلولا قيام رابطة زوجية بين الجاني والمجني عليه في جريمة الزنا والهجر المعنوي للزوجة وقت رفع الشكوى، لما سمح المشرع للمجني عليه بسحب الشكوى بعد تحريك الدعوى العمومية، فهنا المشرع رجح مصلحة الأسرة على المصلحة العامة. كما نصت المادة العاشرة من قانون الإجراءات الجزائية المصري علما يلي: " لمن قدم الشكوى... أن يتنازل عن الشكوى في أي وقت إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي وتنقضي الدعوى الجنائية بالتنازل". وهنا يتضح أن المشرع المصري أقر للزوج المجني عليه في جريمة الزنا وكذلك السرقة بين الأزواج أن يتنازل عن الشكوى التي قدمها، وبذلك تنقضي الدعوى الجنائية. وكذلك تنص المادة 2/489 من قانون العقوبات على أن: " إسقاط الحق عن الزوج أو الزوجة يسقط دعوى الحق العام والدعوى الشخصية عن سائر المجرمين".

وتتعلق هذه المادة بجريمة زنا أحد الزوجين، وعليه فمن حق الزوج المجني عليه الذي سبق أن تقدم بشكواه ضد الزوج الزاني وفقا للفقرة الأولى من المادة السابقة الذكر أن يتنازل عن شكواه هذه، ومن شأن ذلك التنازل إسقاط الدعوى الجنائية عن الشريك في الجريمة أيضا¹.

وتنص المادة 1/379 من قانون العقوبات العراقي على ما يلي: "تنقضي الدعوى الزنا ويسقط الحق المدني بوفاة الزوج الشاكي أو تنازله عن محاكمة الزوج الزاني أو برضا الشاكي بالعودة إلى معاشرة الزوج الزاني قبل صدور حكم نهائي في الدعوى، ويعتبر تنازل الزوج عن محاكمة زوجته الزانية تنازلا منه عن محاكمة من زنا بها".

وفقا لهذا النص فإن الزوج المجني عليه يملك التنازل عن محاكمة الزوج الزاني، كما أن رضا الزوج المجني عليه بمعاشرته للزوج الزاني يعد بمثابة تنازل منه عن استمرار الدعوى الجنائية، وإسقاط الدعوى الجنائية عن الزوج الزاني يترتب عنه سقوطها عن الشريك².

ثانيا: الأحكام العامة لحق الزوج المجني عليه في إسقاط الدعوى الجنائية

تناول الأحكام العامة لحق الزوج المجني عليه في إسقاط الدعوى الجنائية في إسقاط الدعوى الجنائية من خلال التنازل عن شكواه السابق تقديمها، والذي يعني "تعبير المجني عليه بإرادته المنفردة عن رغبته في عدم اتخاذ الإجراءات الجزائية أو عدم استمرارها ضد من ارتكب الجريمة"³، يكون من خلال تحديد صاحب الحق في التنازل ووقت التنازل وشكله، وأخيرا آثاره:

1_ صاحب الحق في التنازل:

يحق لمن قدم الشكوى التنازل عنها وهذا حق طبيعي، فمن يطلب تحريك الدعوى الجنائية يملك دون شك طلب عدم استمرارها. ويجب أن تتوافر الأهلية في المتنازل بنفس شروط توافرها بالنسبة لتقديمها، وإذا كنا التنازل من الوكيل وجب أن يكون توكيله خاصا بالتنازل عن الشكوى، فلا يكفي أن يكون التوكيل عاما بإجراءات التقاضي ولا يكفي التوكيل الخاص بتقديم الشكوى للمتنازل عنها⁴. ولكن لا يشترط في التنازل عن الشكوى أن يكون التنازل ممن قدمها، فقد تقدم الشكوى من ولي الزوج المتضرر ثم يبلغ سن الأهلية للتقاضي بعد رفع الشكوى، وبالتالي يحق له أن يتنازل عن شكوى وليه.

¹ - أنظر، صبري محمد الحشكي، الشكوى في القانون الجزائي، مكتب المنار، الزرقاء، الأردن، ب.س.ن، ص 281.

² - كامل السمراي، قانون العقوبات العراقي، ب.د.ن، ب.س.ن، ص 145.

³ - أنظر، عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية، 1997، ص 539.

⁴ - أنظر، محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجزائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 405 وما بعدها.

وإذا كان المشرع تطلب صفة معينة فيمن يقدم الشكوى وهي صفة الزوجية، فإنه لا يشترط في سحب الشكوى أو التنازل عنها توافر تلك الصفة، فالتنازل جائز ولو زالت صفة الزوجية بعد تقديم الشكوى، فلو تقدم الزوج المجني عليه بشكواه جاز له أن يتنازل عنها ولو بعد الطلاق وانتهاء رابطة الزوجية¹.

وإذا تعدد المجني عليهم الذين قدموا الشكوى فلا يعتبر التنازل صحيحا ومنتجا لآثاره في انقضاء الدعوى الجنائية، إلا إذا صدر التنازل من جميع من قدموا الشكوى. أما إذا تعدد المتهمون الذين تطلب القانون تقديم شكوى لتحريك الدعوى ضدهم، فإن التنازل عن الشكوى بالنسبة لأحدهم يعد تنازلا بالنسبة للباقيين ويستفيدون منه، والعلة في ذلك أن الجريمة واحدة سواء في حالة تقديم الشكوى أو في حالة التنازل عنها²، وذلك بطبيعة الحال في جريمة الزنا وليس في جريمة السرقة بين الأزواج. ففيما يخص حالة الشريك أو الشريكة في الزنا، فرغم أن القانون لا يتطلب الشكوى تجاههما لذاتهما إلا أنه ومن دافع ستر الفضيحة على الزنا وعدم الاستمرار في إثارتها والخوض فيها، فإن تنازل الزوج عن شكواه ضد زوجته الزانية يستفيد منه شريكها حتما، وتنقضي دعوى الزنا بالنسبة لهما معا. وكذلك فإن تنازل الزوجة عن شكواه ضد زوجها الذي زنا في منزل الزوجية يعد تنازلا بالنسبة لشريكته، وتستفيد منه تلك العشيقة وتنقضي الدعوى الجنائية بالنسبة لهما معا. وإذا تم تعليق التنازل على شرط الاستمرار في محاكمة الشريك أو الشريكة في الزنا، فيبطل هنا الشرط لتعارضه مع مبدأ وحدة الجريمة³.

2_ وقت التنازل عن الشكوى:

التنازل أو السحب في أحكام الشكوى هو التنازل اللاحق على تقديم الشكوى، لأن التنازل بعد وقوع الجريمة وقبل تقديم الشكوى غير ذي معنى، لأن المشرع حينما أجاز التنازل عن الشكوى إنما قرره تمشيا مع ذات الحكمة التي من أجلها قرر قيد الشكوى، فرعاية لاعتبارات أسرية قرر المشرع إجازة التنازل عن الشكوى لمنح المجني عليه أو ممثله القانوني فرصة أخرى للموازنة بين الاعتبارات التي دعت إلى تحريك الدعوى العمومية بتقديمه شكواه، والاعتبارات الأسرية في عدم الاستمرار في إجراءات الدعوى، فيتنازل عن شكواه لتنقضي دعواه. كما أن التنازل عن الشكوى قبل تقديمها غير ذي أثر لأنه لا تنقضي

¹ - محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 406.

² - نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 131 وما بعدها.

³ - أنظر، رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجزائية، الطبعة 11، مطبعة الاستقلال الكبرى، 1980، ص 79 وما بعدها.

الدعوى به دعوى لم تحرك أصلاً، ولا يرتفع به القيد الوارد على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية، لأن القيد باق حيث لم تقدم شكوى تزيله.

أما إذا قدم الزوج المجني عليه الشكوى فيجوز له التنازل عن الشكوى في أي وقت بعد تقديمها إلى أن يصدر في الدعوى حكم نهائي. كما أنه يمكن أن يصفح عن الضحية حتى بعد صدور حكم نهائي كما سنبينه في محله.

وينتهي الحق في التنازل عن الشكوى بوفاة الشاكي، إذ أن الحق في التنازل هذا قاصر على الشاكي أو وكيله بموجب توكيل خاص بذلك، فإذا توفي الشاكي سقط حق الغير في التنازل ولو كان وكيلًا عنه لأن الوكالة تنتهي بوفاة الموكل، ودون أن ينتقل هذا الحق للورثة¹. وذلك لأن التنازل ذو طابع شخصي ومن ثم لا يورث، فإذا توفي الشاكي لم يكن للورثة أن يتنازلوا عن شكوى مورثهم، بل تستمر الدعوى رغم وفاة المجني عليه الذي سبق أن قدم شكواه².

3_ شكل وآثار التنازل:

إذا كان للزوج المجني عليه التنازل عن الشكوى، فهل لذلك التنازل شكل معين؟ وما هي آثاره؟

أ_ شكل التنازل:

لا يشترط شكل معين في التنازل، فيتصور أن يكون كتابة كما يتصور أن يكون شفهيًا³، وقد يصدر بعبارة صريحة ويعرف في هذه الحالة بالتنازل الصريح، والذي يعني به التعبير الواضح عن الإرادة بعدم الرغبة في استمرار سير الدعوى الجنائية ضد الزوج الجاني. ويشترط في هذا التنازل الصريح ألا يكون معلقًا على شرط، إذ لا بد أن يكون باتاكي يعتد به وينتج آثاره⁴.

وقد يستفاد التنازل ضمناً من تصرفات معينة للمجني عليه متعارضة مع إرادة استمرار سير الدعوى الجنائية ضد المشكو في حقه. ويعرف في هذه الحالة بالتنازل الضمني، وأكثر ما يكون هذا النوع من

¹ - عبد الرؤوف مهدي، المرجع السابق، ص 456.

² - وإذا كانت هذه القاعدة العامة في عدم انتقال الحق في التنازل عن الشكوى إلى الورثة، إلا أننا نجد أن المشرع المصري مثلاً قد أورد استثناءً على تلك القاعدة، وذلك في نص المادة 10 من قانون الإجراءات الجزائية فيما يخص جريمة الزنا بقوله: "... وإذا توفي الشاكي فلا ينتقل حقه في التنازل إلى ورثته، إلا في دعوى الزنا فلكل واحد من أولاد الزوج الشاكي من الزوج المشكو منه أن يتنازل عن الشكوى وتنقضي الدعوى".

³ - رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال. الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، 1985، ص 72.

⁴ - إبراهيم زيد، قانون العقوبات المقارن، المرجع السابق، ص 39.

التنازل في جريمة الزنا، ويستنتج التنازل الضمني في هذه الحالة من أفعال الزوج الشاكي التي يظهر فيها قصد الزوج مسامحة زوجته وتجاوزه عن جرماتها¹.

ويتعين كي يعتد بهذا النوع الأخير من التنازل أن تفصح تصرفات المجني عليه عن إرادة قاطعة في عدم استمرار سير الدعوى الجنائية ضد الزوج الجاني، وتقدير حصوله على هذا النحو مسألة موضوعية لا قانونية تترك لتقدير محكمة الموضوع². وهو ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية بقولها: " إن ادعاء الزوجة حصول التنازل من الزوج ضمنا من وقائع ذكرتها، وأن تحصيل القاضي من هذه الوقائع والأدلة عدم حصول التنازل لا سلطان عليه فيه"³. فلا تدل مثلا إقامة الزوج دعوى طاعة على زوجته الزانية على الصلح وتنازله عن دعوى الزنا، وكذلك الحال فإن حمل الزوجة اللاحق على الزنا ليس دليلا على الصلح ورضاء زوجها معاشرتها لأن ذلك الحمل قد يكون ثمرة للزنا⁴.

ب_ آثار التنازل عن الشكوى:

يترتب عن تنازل الشاكي عن شكواه العديد من النتائج يمكن إيجازها في انقضاء الدعوى الجنائية⁵، فلا يجوز للنيابة العامة إذا لم تكن قد حركت الدعوى الجنائية أن تسير في هذا الإجراء. بينما إذا كان التنازل قد تم بعد تحريك الدعوى الجنائية، فإن الآثار تختلف باختلاف المرحلة التي قدم خلالها التنازل، فإذا قدم هذا الأخير في مرحلة الاستدلالات فإن النيابة العامة تملك فقط حفظ أوراق الدعوى. أما في مرحلة التحقيق فإن سلطة التحقيق تصدر قرارا بآلا وجه للمتابعة لانقضائها بالتنازل. بينما في مرحلة المحاكمة تتوقف المحكمة عن الفصل في الموضوع وتوقف إجراءات المحاكمة لانقضاء الدعوى الجنائية. وأخيرا إذا كان التنازل بعد الطعن في الحكم تعين على المحكمة الحكم بعدم جواز الاستمرار في الطعن⁶.

وينصرف أثر التنازل في انقضاء الدعوى إلى الدعوى الجنائية فقط ولا يحول دون المطالبة بالتعويض المدني إلا في حالة التنازل عن الشكوى في دعوى الزنا فإن التنازل تنقضي به الدعوى الجنائية والمدنية

¹ - أنظر، آمال عثمان عبد الرحيم، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1989، ص 91.

² - رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، المرجع السابق، ص 72.

³ - نقض 1941/05/19.

⁴ - نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية. المرجع السابق، ص 130 ما بعدها.

⁵ - أنظر، المادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8/6/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية والمعدل والمتمم بالأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015.

⁶ - أنظر، صبري محمد الحشكي، الشكوى في القانون الجزائري، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن، ص 280.

أيضا نظرا للطبيعة الخاصة لجريمة الزنا، حيث أن الدعوى المدنية الناشئة عنها تتطلب تعرضنا لواقعة الزنا التي أراد المتنازل عن الشكوى سترها.

ومن الجدير بالذكر أن التنازل عن الشكوى لا يجوز الرجوع فيه، فهو ملزم للمتنازل ولا يجوز له المطالبة باستئناف السير في الدعوى حتى لا يتحول حق الشكوى والتنازل عنها إلى وسيلة للتهديد والابتزاز¹.

ويجوز رفع شكوى مرة أخرى بعد التنازل طالما ظهرت وقائع جديدة لم تكن معروفة عند تنازله عن شكواه، ولا يعد ذلك رجوعا عن التنازل وإنما يعتبر شكوى جديدة². كما أنه إذا ارتكب أحد الزوجين مثلا جريمة زنا للمرة الثانية جاز للزوج المتضرر رفع الشكوى من جديد، ونفس الشيء بالنسبة لجريمة الهجر المعنوي للزوجة المنصوص عليها في القانون الجزائري، إذ يجوز للزوجة الحامل التي تركها زوجها لمدة تجاوز الشهرين (المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري) أن ترفع شكوى ضد زوجها، وذلك في حالة ما إذا تركها للمرة الثانية بعد أن كانت قد سحبت الشكوى المقدمة في حقه.

الفرع الثاني

أثر العلاقة الزوجية خلال سير الدعوى الجنائية في غير جرائم الشكوى

لا يقف أثر العلاقة الزوجية في نطاق قيود تحريك الدعوى الجنائية وأثناء سير الدعوى في نطاق جرائم الشكوى فقط، بل إن المشرع قد جعل للعلاقة الزوجية أثرها البين أثناء سير إجراءات الدعوى الجنائية حتى صدور حكم فيها في أكثر من موضع.

فقد أصبح من المتفق عليه أن وفاة الزوجة الزانية أثناء سير إجراءات دعوى الزنا وقبل صدور الحكم النهائي يترتب عليها انقضاء الدعوى الجنائية لوفاة المتهم، ويترتب على هذا الانقضاء سقوط الدعوى الجنائية بالنسبة للشريك الذي زنا بها، وذلك خلافا للقاعدة العامة في المساهمة الجنائية والتي تقضي بأن وفاة الفاعل الأصلي لا تحول دون الاستمرار في محاكمة الشريك³.

ومن أبرز إجراءات الدعوى الجنائية التي تتأثر برابطة الزوجية إجراء التفتيش لا سيما تفتيش المساكن. فالمساكن وما في حكمها لها حرمة لأنها مستودع لحق الإنسان في أسراره والمحافظة على خصوصياته،

¹ - رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجزائية في القانون المصري، المرجع السابق، ص 82.

² - أنظر، أحمد حافظ، جريمة الزنا في القانون المصري، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مطبعة نخضة مصر، 1958، ص 257.

³ - حسن صادق المرصفاوي، قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 60.

لذلك لا يجوز انتهاك تلك الحرمه من طرف ضابط الشرطة القضائية إلا بإذن من قاضي التحقيق أو وكيل الجمهورية حتى لو كان ذلك في حالة من حالات الجريمة المتلبس بها (المادة 44 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري)، ووفقا للشروط التي أحاطها المشرع بإجراء التفتيش وذلك نظرا لخطورته ومساسه بجريمة الشخص المتخذ ضده إجراء التفتيش.

ولما كان للشخص الحرية في استعمال حقه بما لا يآباه القانون فإن له أن يقبل مختارا بتفتيش مسكنه برضائه، وهذا ما نصت عليه المادة 64 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بقولها: " لا يجوز تفتيش المساكن ولا معابنتها وضبط الأشياء المثبتة للتهمة إلا برضا صريح من الشخص الذي ستخذ لديه هذه الإجراءات ويجب أن يكون هذا الرضا بتصريح مكتوب بخط يد صاحب الشأن، فإن كان لا يعرف الكتابة فيإمكانه الاستعانة بشخص يختاره بنفسه، ويذكر ذلك في المحضر مع الإشارة إلى رضاه". ومن ثم فإن رضاء صاحب الشأن يجعل الإجراء الذي هو في أصله اعتداء على حقه في السر عملا مباحا لا يعدو أن يكون اطلاعا أو معاينة مباحة في صورة تفتيش واقعي لكنه ليس تفتيشا بالمعنى القانوني من حيث أحكام التفتيش وضمائنه¹.

ويشترط في الرضا بالتفتيش أن يصدر الرضاء من صاحب الشأن الذي له صفة في حيازة المسكن المراد تفتيشه، الزوجة هي الحائزة الفعلية للمسكن في حالة غياب زوجها فإن أذنت لضابط الشرطة القضائية المختص بدخول مسكن زوجها ورضيت بتفتيشه صح رضاؤها وصح التفتيش، ولا عبرة بما يتضح بعد ذلك سواء كانت الزوجة شرعية أو خلية لصاحب المسكن فالعبرة في الإقامة الفعلية مع صاحب المسكن، أما إذا كانت من أذنت بالتفتيش مجرد زائرة عابرة للمسكن فلا يعتد برضاها، ومن هنا يتضح أثر العلاقة الزوجية على إجراء التفتيش.

ويشترط في الرضاء كذلك أن يكون حرا صريحا لا إكراه فيه ولا تدليس، وأن يصدر الرضا قبل دخول المكان لتفتيشه حتى يكون هناك معنى للرضاء ذاته، ويجب كذلك في الرضا بالتفتيش أن يعلم من صدر عنه الرضا أن الغرض من دخول المسكن هو التفتيش وبأن من يطلب القيام به لا يملك ذلك قانونا لأنه لو كان هناك إذن قانوني لنفذ التفتيش جبرا ودون حاجة لرضاء حائز المسكن.

وإذا توافرت في الرضا بالتفتيش الشروط السابقة صح الرضا ما دام أن الزوجة هي الحائزة الفعلية للمسكن ورضيت بتفتيشه، ومن ثم يصح تفتيش المسكن وملحقاته وصح ما يترتب عليه، فإذا تم ضبط أدوات

¹ - انظر، عبد المهيم بكر، إجراءات الأدلة الجنائية، التفتيش، الطبعة الأولى، ب.د.ن، 93/94. ص 6 و 7 وما بعدها.

أو أدلة في الجريمة محل البحث صح الضبط قانونا وكذا لو قامت داخل المسكن حالة تلبس بجريمة كانت حالة التلبس صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية من ضبط وقبض وتفتيش لشخص المتهم الذي توافرت في حقه حالة التلبس¹.

ولذلك قضي بأن للزوجة التي تسكن زوجها صفة أصلية في الإقامة في منزله لأنه في حيازتها وهي تمثله في هذه الحيازة وتنوب عنه بل تشاركه فيه، ولذلك قضي ببراءة المتهم من تهمة حيازة المخدرات تأسيسا على شيوع الاتهام أي شيوع حيازة المخدر بين المتهم وزوجته، لأن استعمالها لمكان ضبط المخدر (دولاب موجود في حجرة نومها) لا ينفرد أحد به دون الآخر وأنه في متناول أيديهما معا². ومن أبرز مظاهر أثر الروابط الأسرية عامة ورابطة الزوجية خاصة أثناء سير إجراءات الدعوى الجنائية أن يجوز للقاضي الجنائي أن يوقف الفصل في الدعوى الجنائية إذا كان الحكم في تلك الدعوى يتوقف على الفصل في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، كما لو دفع بعدم توافر الصفة الزوجية وقت وقوع الجريمة في دعوى الزنا. وإن لم ينص المشرع الجزائري صراحة على ذلك فهذا لا يمنع القاضي الجنائي من إيقاف الفصل في الدعوى الجنائية إلى حين الفصل في مسألة الأحوال الشخصية، وقد نص المشرع المصري صراحة على ذلك في المادة 223 وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائية. ويجوز للقاضي الجنائي الذي أثبت أمامه مسألة الأحوال الشخصية أن يفصل في تلك المسألة بنفسه إذا لم يقيم المتهم الذي دفع بتلك المسألة برفع دعوى أمام قاضي الأحوال الشخصية. أما إذا قام المتهم برفع دعواه فيما يخص توافر الزوجية من عدمه أمام قاضي الأحوال الشخصية فإن الحكم الذي يصدره القاضي في تلك المسألة يكون له قوة الشيء المحكوم به أمام القاضي الجنائي، وهذا ما نصت عليه المادة 458 من قانون الإجراءات الجزائية المصري.

كما قد جعل المشرع للعلاقة الزوجية أثر في رد القضاة، وذلك يظهر من خلال نص المادة 554 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري والتي نصت على حالات الرد بقولها: "يجوز طلب رد أي قاض من قضاة الحكم للأسباب التالية:

1_ إذا كانت ثمة قرابة أو نسب بين القاضي أو زوجه وبين أحد الخصوم في الدعوى أو زوجه أو أقاربه حتى درجة ابن العم الشقيق وابن الخال الشقيق ضمنا.

¹ - عبد المهيم بكر، إجراءات الأدلة الجنائية، التفتيش، المرجع السابق، ص 290 وما بعدها.

² - انظر، خلف محمد، قضاء المخدرات، طبعة نادي القضاة، الطبعة الرابعة، ب.س.ن، ص 399 و 865.

ويجوز مباشرة الرد حتى في حالة الطلاق أو وفاة الزوج إذا كان على علاقة مصاهرة بأحد الخصوم حتى الدرجة الثانية ضمنا.

2_ إذا كانت للقاضي مصلحة في النزاع أو لزوجه أو للأشخاص الذين يكون وصيا أو ناظرا أو قيما عليهم، أو مساعدا قضائيا لهم أو كانت للشركات أو الجمعيات التي يساهم في إدارتها أو الإشراف عليها مصلحة فيه.

3_ إذا كان القاضي أو زوجه قريبا أو صهرا إلى الدرجة المعينة آنفا للوصي أو الناظر أو القيم أو المساعد القضائي على أحد الخصوم أو ملت يتولى تنظيم أو إدارة أو مباشرة أعمال شركة تكون طرفا في الدعوى.

4_ إذا وجد القاضي أو زوجه في حالة تبعية بالنسبة لأحد الخصوم وبالأخص إذا ما كان دائنا أو مدينا لأحد الخصوم أو وارثا منتظرا له أو مستخدما أو معتادا مؤاكلة أو معاشرة المتهم أو المسؤول عن الحقوق المدنية أو المدعي المدني أو كان أحد منهم ذاته المنتظر.

5_ إذا كان القاضي قد نظر القضية المطروحة كقاض أو كان محكما أو محاميا فيها أو أدلى بأقواله كشاهد على وقائع في الدعوى.

6_ إذا وجدت دعوى بين القاضي أو زوجه أو أقاربهما أو أصهارهما على عمود النسب المباشر وأحد الخصوم أو زوجه أو أقاربه أو أصهاره على العمود نفسه.

7_ إذا كان للقاضي أو لزوجه دعوى أمام المحكمة التي يكون فيها أحد الخصوم قاضيا.

8_ إذا كان للقاضي أو زوجه أو أقاربهما أو أصهارهما على عمود النسب المباشر نزاع مماثل للنزاع المختصم فيه.

9_ إذا كان بين القاضي أو زوجه وبين أحد الخصوم من المظاهر الكافية الخطورة ما يشبهه معه في عدم تحيزه في الحكم."

من خلال نص هذه المادة نلاحظ أن أسباب رد أي قاضي من قضاة الحكم لا تتعلق به لوحده، وإنما كذلك إذا شمل ذلك السبب الزوج أو قرابة معينة كما حددتها المادة السابقة الذكر، أي أن العلاقة الزوجية لها أثر في رد قاضي الحكم الذي ينظر الدعوى الجنائية و ذلك في كل حالات الرد التي نصت عليها المادة 554 من قانون الإجراءات الجزائية عدا الحالة الخامسة، و يظهر أثر العلاقة الزوجية في إمكانية رد القاضي ليس فقط في الحالة التي تكون فيها العلاقة الزوجية لازالت قائمة إنما حتى في حالة الطلاق أو الوفاة، وذلك ما جاء في الحالة الأولى من حالات رد قضاة الحكم، والتي أجازت مباشرة الرد حتى في حالة الطلاق أو وفاة الزوج إذا كان على علاقة مصاهرة بأحد الخصوم حتى الدرجة الثانية.

ورد القاضي جوازي حيث يخضع لتقدير السلطة المختصة بالفصل فيه وهي المحكمة المنظور أمامها الدعوى المقدم فيها طلب الرد، على ألا يشترك القاضي المطلوب رده في الهيئة التي تفصل في طلب الرد لأنه بمثابة خصم.

ويجب أن يقدم طلب الرد قبل كل مرافعة في الموضوع (المادة 558 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري)، وإذا كان القاضي المطلوب رده مكلفا بالتحقيق فيكون إبداء الرد قبل كل استجواب أو سماع أقوال في الموضوع ما لم تكن أسباب الرد قد تحققت أو اكتشفت فيما بعد (المادة 558 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري)، وإذا رفض طلب الرد قضي بإدانة الطالب بغرامة مدنية من ألفين إلى خمسين ألف دينار جزائري، وذلك بغير الإخلال بالعقوبات المستحقة في حالة ما إذا قدم الطلب عن سوء نية بقصد إهانة القاضي.

بالرغم من أن للقاضي الجنائي حرية في الإثبات وله الحق في إصدار الحكم الذي يراه حسب اقتناعه الشخصي، إلا أنه يمكن أن يكون للعلاقة الزوجية تأثير على تلك الحرية في بعض التشريعات حتى بعد صدور الحكم.

المبحث الثاني

أثر العلاقة الزوجية في إثبات الدعوى الجنائية وتنفيذ الحكم الجنائي

تعتبر نظرية الإثبات المحور الذي تدور حوله قواعد الإجراءات الجنائية من لحظة وقوع الجريمة إلى غاية إصدار الحكم النهائي بشأنها. هذا الحكم يكون نتيجة العملية المنطقية التي يمارسها القاضي الجزائري بناء على السلطة الممنوحة له في تقدير الأدلة، والتي تختلف حسب نوع نظام الإثبات الذي يتبناه المشرع¹. ذلك أن الجريمة واقعة تنتسب إلى الماضي وليس في وسع المحكمة أن تعاينها بنفسها وتتعرف على حقيقتها، بل يجب عليها الاستعانة بوسائل تعيد أمامها تفاصيل ما حدث، وتمثل هذه الوسائل في أدلة الإثبات². فالإثبات الجنائي هو إقامة الدليل على وقوع الجريمة وإسنادها للمتهم، وذلك بالطرق التي يحددها القانون ووفق القواعد التي أخضعها لها.

¹ - أنظر، بلوحي مراد، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010/2011، ص 1.

² - بهاء رزيقي علي، المرجع السابق، ص 276.

ومن المعلوم أن دور القاضي الجنائي في الإثبات يختلف عن دور القاضي المدني، حيث يقتصر دور هذا الأخير على الموازنة بين الأدلة التي يقدمها الخصوم وترجيح بعضها على البعض الآخر، بينما للقاضي الجنائي دور إيجابي يقتضيه البحث والتحري عن الحقيقة بكافة الطرق المشروعة، حيث يجوز له من تلقاء نفسه تقديم أي دليل يراه لازماً لظهور الحقيقة، وهذا ما يعرف بمبدأ حرية القاضي الجنائي في الإثبات.

ومع ذلك فإن حرية القاضي الجنائي في الإثبات ليست مطلقة، إنما يرد عليها استثناءات تتعلق ببعض الجرائم التي تعتبر العلاقة الزوجية عنصراً فيها، مما يجعلنا نقول أن للعلاقة الزوجية تأثير في إثبات الدعوى الجنائية، كما أن أثرها يمتد حتى إلى مرحلة تنفيذ الحكم الجنائي في بعض التشريعات المقارنة. ولبحث أثر العلاقة الزوجية في إثبات الدعوى الجنائية وتنفيذ الحكم الجنائي، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتطرق في المطلب الأول إلى أثر العلاقة الزوجية في إثبات بعض الجرائم، وفي المطلب الثاني لأثر العلاقة الزوجية في مرحلة تنفيذ الحكم الجنائي

المطلب الأول

أثر العلاقة الزوجية في إثبات بعض الجرائم

إن الإثبات في المواد الجنائية هو النتيجة التي تتحقق باستعمال وسائله وطرقه المختلفة للوصول إلى الدليل الذي يستعين به القاضي لاستخلاص حقيقة الوقائع المعروضة عليه لإعمال حكم القانون عليها. وللقاضي الجنائي بحكم مبدأ حرته في الإثبات والاعتناع أن يأمر ولو من تلقاء نفسه بتقديم أي دليل يراه لازماً لظهور الحقيقة، كما له الحرية في تكوين عقيدته بالأدلة لا تتفاضل فيما بينها لأسباب تخصها في ذاتها، وإنما تتفاضل الأدلة بمقدار ما تحدثه في نفسه من أثر وفي وجدانه من ارتياح واطمئنان، فلا يتقيد بما يقدمه الخصوم من أدلة بل يجوز له السعي وراء أي دليل يراه ذي جدوى في إنارة طريقه والكشف له عن الحقيقة¹.

ورغم هذا المبدأ الذي يعطي للقاضي الجنائي الحرية في البحث عن الأدلة التي يراها لازمة لكشف الحقيقة، إلا أن المشرع وانطلاقاً من اهتمامه بالعلاقة الزوجية وحقوق الزوجية قد وضع استثناء على

¹ - أنظر، محمود مصطفى، آليات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الجزء الأول، النظرية العامة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1977، ص 74.

ذلك المبدأ وذلك في جريمة الزنا، والتي حدد فيها الأدلة التي تقبل أن تكون حجة على المتهم بجريمة الزنا.

ولكن قبل التطرق لأثر العلاقة الزوجية على مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع يجدر بنا أن نبين مفهوم ذلك المبدأ، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول

مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع

إن السلطة الممنوحة للقاضي الجنائي في الإثبات وتقدير الأدلة تختلف حسب نوع نظام الإثبات الذي يتبناه المشرع. وقد عرف القانون المقارن ثلاث نظم في الإثبات وهي: نظام الإثبات القانوني أو القانوني، نظام الإثبات المعنوي أو المطلق ونظام الإثبات المختلط.

لذلك وقبل التطرق لتعريف مبدأ حرية القاضي الجنائي وضوابط ذلك المبدأ وقيوده، يجدر بنا الإشارة إلى أنظمة الإثبات في التشريعات الوضعية وذلك على النحو التالي:

أولاً: أنظمة الإثبات في التشريعات الوضعية

تتنوع أنظمة الإثبات في التشريعات المقارنة، ويمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنظمة:

1_ نظام الإثبات المقيد أو القانوني:

وفيه يحدد المشرع طرق معينة للإثبات ويحدد قيمة كل دليل على حده في الإثبات، وهو بذلك لا يترك حرية للقاضي الجنائي في تكوين عقيدته، بل إن دور القاضي الجنائي في ظل هذا النظام دور آلي لا يتعدى مراعاة توافر الأدلة وشروطها القانونية، بحيث إذا لم تتوافر لا يجوز له أين يحكم بالإدانة حتى ولو كان مقتنعا بذلك، فهو لا يستطيع أن يتحرى الحقيقة بأدلة إثبات أخرى لم ينص عليها المشرع، كما أنه متى توافرت الأدلة التي نص عليها المشرع وشروطها القانونية وجب عليه الحكم بالإدانة حتى ولو كان مقتنعا بغير ذلك¹.

وهذا النظام كان سابقاً في التشريع الفرنسي القديم والأنظمة الأخرى في العصور الوسطى.

2_ نظام الإثبات الحر أو المعنوي:

وهذا النظام على النقيض من النظام السابق يقوم على مبدأ الاقتناع الشخصي أو مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع، وبمقتضاه يباشر القاضي دور إيجابياً في كشف الحقيقة، ويبدو هذا الدور من جانبين:

¹ - بلوهي مراد، المرجع السابق، ص 12.

الأول هو حرية القاضي في أن يستمد قناعته من أي دليل يطمئن إليه. والثاني هو حرية القاضي في تقدير الأدلة المطروحة عليه.

فهذا النظام يمنح للقاضي الجنائي دورا فعالا حيال الدليل الذي يوضع أمامه، كما يمنح الحرية في الاستعانة بكافة طرق الإثبات للبحث عن الحقيقة والكشف عنها، كما أعطاه كافة الصلاحيات التي تمكنه من اتخاذ ما يجده يخدم إظهار الحقيقة، وخوله حرية تقدير قيمة ووزن كل دليل وضع بين يديه، بالإضافة إلى التنسيق بين الأدلة المقدمة واستخلاص نتيجة منطقية إما بالإدانة أو البراءة¹. وهذا النظام هو السائد في التشريعات الجنائية المعاصرة بما فيها القانون الجزائري والقانونيين الفرنسي والمصري.

3_ نظام الإثبات المختلط:

كما يبدو من خلال تسميته فإن هذا النظام يسعى إلى الجمع بين النظامين السابقين والتوفيق بينهما، فهو يحاول التوفيق بين يقين القاضي ويقين المشرع، ومقتضاه يكون بمقدور القاضي أن يصدر حكما استنادا إلى دليل وفقا لقناعته، ولكن مع توافر الشروط التي يستلزمها المشرع لقبول هذا الدليل². ويمثل هذا الاتجاه النظام الأنجلوسكسوني.

وإذا ما حللنا هذه الأنظمة الثلاثة لوجدنا أنها تقوم على فكرتين أساسيتين: أولهما هو تحديد أو عدم تحديد أدلة الإثبات المعروضة على القضاء، وثانيهما هو تقدير أو عدم تقدير القيمة الاقناعية لكل دليل.

وبالرجوع إلى النظام السائد في التشريع الجزائري وفي معظم التشريعات المقارنة نجد أنه نظام الأدلة المعنية، وهو يقوم على مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع.

ثانيا: تعريف مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع

لقد تعددت التعاريف بخصوص مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي الجنائي، فقد عرفه البعض³ بأنه: "التقدير الحر المسبب لعناصر الإثبات في الدعوى، وهو البديل عن نظام الأدلة القانونية".

¹ - بلوحي مراد، المرجع السابق، ص 14.

² - بلوحي مراد، نفس المرجع، ص 15.

³ - أنظر، محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الجزء الأول، النظرية العامة، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1977، ص 03.

كما عرفه البعض الآخر¹ على أنه: " تلك الحالة الذهنية أو النفسية أو ذلك المظهر الذي يوضح وصول القاضي باقتناعه لدرجة اليقين بحقيقة واقعة لم تحدث أمام بصره بصورة عامة".

وإذا رجعنا إلى المصدر الأول الذي انبثق منه لفظ الاقتناع بمفهومه القانوني، وبالضبط إلى المناقشات التي دارت بين أعضاء الجمعية التأسيسية الفرنسية والتي انتهت إلى صياغة المادة 342 من قانون تحقيق الجنايات الفرنسي، يتبين أنهم كانوا يقصدون من تعبير الإقناع الضمان السامي للوصول للحقيقة، وهو الهدف نفسه الذي تضمنه مصطلح اليقين².

وخلاصة القول إن الاقتناع هو حالة ذهنية يمتاز بكونه ذو خاصية لتفاعل ضمير القاضي عند تقديره الأمور، فالإقتناع يعبر عن ذاتية وشخصية القاضي³.

وقد أشار القانون الجزائري إلى هذا المبدأ في العديد من النصوص في قانون الإجراءات الجزائية والتي تبين مظاهر الدور الإيجابي للقاضي الجزائري، ونذكر منها 286 والتي نصت على أن: " ضبط الجلسة وإدارة المرافعات منوط بالرئيس.

له سلطة كاملة في ضبط حسن سير الجلسة وفرض الاحترام الكامل لهيأة المحكمة واتخاذ أي إجراء يراه مناسباً لإظهار الحقيقة...".

والمادة 235 من قانون الإجراءات الجزائية بقولها: " يجوز للجهة القضائية إما من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو المدعي المدني أو المتهم أن تأمر بإجراء الانتقالات اللازمة لإظهار الحقيقة...". وكذا المادة 1/212 والتي جاء فيها أنه: " يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات... وللقاضي أن يصدر حكمه تبعاً لاقتناعه الخاص...".

وتطبيقاً لذلك أصدرت المحكمة العليا في الجزائر العديد من القرارات التي تشير فيها صراحة إلى تبنيها مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع وتقدير الأدلة، حيث قضت بأن: " لقضاة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير أدلة الإثبات بدون معقب مادام ما استندوا إليه له أصل ثابت في أوراق الدعوى"⁴.

¹- أنظر، عبد الله بن صالح بن رشيد الريش، سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاً في المملكة العربية السعودية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1423/1424، ص 30-32.

²- أنظر، زبدة مسعود، القرائن القضائية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2001، ص 111.

³ - Jean LARGUIER, Procédure pénal, 16 éme éditio., Dalloz, Pari, 1997, p. 210.

⁴- قرار صادر بتاريخ 1982/01/05، ملف رقم 814.25، مقتبس عن، جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 12.

وفي قرار آخر: " إن العبرة في مواد الجنائيات هي باقتناع المحكمة التي لها الحرية المطلقة في تقدير الوقائع وأدلة الإثبات بدون معقب عليها من طرف المجلس الأعلى"¹.

أما في القانون المصري فهناك العديد من مواد قانون الإجراءات الجزائية التي تمنح دورا ايجابيا للقاضي الجنائي في البحث عن الحقيقة وكشفها، ومنها المادة 291 التي تنص على أن: " للمحكمة أن تأمر ولو من تلقاء نفسها أثناء نظر الدعوى بتقديم أي دليل تراه لازما لظهور الحقيقة". والمادة 302 أيضا بقولها: " يحكم القاضي الجنائي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته، ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على أي دليل لم يطرح أمامه في الجلسة".

وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذا المبدأ بقولها: " إن القانون قد أمد القاضي في المسائل الجنائية بسلطة واسعة وحرية... وتبرئة كل برئ"².

ومن خلال هذه التعاريف نخلص إلى القول أن مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع يبدو من جانبين: 1_ حرية القاضي الجنائي في أن يستمد قناعته من أي دليل يطمئن إليه، دون أن يتقيد في تكوين عقيدته بدليل معين.

2_ حرية القاضي الجنائي في تقدير الأدلة المطروحة عليه، دون أن يكون ملزما بإصدار حكم بالإدانة أو بالبراءة لتوافر دليل معين طالما أنه لم يقتنع به، فله أن يأخذ بالدليل الذي يطمئن إليه وجدانه ويطرح الدليل الذي لا يطمئن إليه.

ومع ذلك فإنه لا يقصد من هذا المبدأ التحكم القضائي المطلق، فلا يجوز للقاضي أن يحكم وفقا لهواه وميوله أو يتحكم في قضائه، وإنما عليه أن يتحرى المنطق الدقيق في تفكيره الذي قاده إلى اقتناعه، ولكن ذلك مشروط بأن يكون تفكيره قد جاء متفقا مع المنطق والأصول المسلم بها في الاستدلال، فاذا خالف ذلك فإن المحكمة العليا تراقبه في هذا الأمر³، يضاف إلى ذلك ما وضعه المشرع من ضوابط وقيود تحكم هذا المبدأ.

ثالثا: ضوابط وقيود تطبيق مبدأ اقتناع القاضي الجنائي

يخضع مبدأ اقتناع القاضي الجنائي لضوابط وقيود تحكمه كالاتي:

¹ - قرار صادر بتاريخ 1983/12/13، ملف رقم 471.34، مقتبس عن، جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 11.

² - محكمة النقض المصرية. قرار صادر بتاريخ 12 يونيو 1939، مشار إليه لدى مراد بلوحي، المرجع السابق، ص 21.

³ - بهاء رزيقي علي، المرجع السابق، ص 279

1_ ضوابط تطبيق مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع:

إذا كان الأصل هو أن القاضي الجزائي حر في أن يستمد قناعته من أي دليل يطمئن إليه فإنه ترد على هذا الأصل بعض الضوابط يتعين على القاضي الالتزام بها وهو بصدد اختيار الأدلة التي يستمد منها اقتناعه، فلا يمكن له أن يستمد قناعته من أي دليل، بل فقط من الأدلة التي تتوافر فيها الشروط والضوابط التي حددها القانون، وهذه الضوابط المتعلقة بالأدلة تتمثل في:

أ_ مشروعية الأدلة التي يستمد منها القاضي اقتناعه:

إذا كان المشرع قد خول للقاضي الجنائي حرية الاقتناع، فإنه ينبغي عليه ألا يؤسس اقتناعه على دليل لحقه سبب يبطله ويعدم أثره، إذ لا يصح أن يبنى حكم صحيح بالإدانة أو بالبراءة على دليل باطل في القانون¹، لذلك وجب أن يكون الدليل الذي يستمد منه القاضي اقتناعه مشروعاً. ولا يكون الدليل مشروعاً ومن ثم مقبولاً في عملية الإثبات والتي من خلالها يتم إخضاعه للتقدير إلا إذا جرت عملية البحث عنه أو الحصول عليه، وعملية تقديمه إلى القضاء بالطرق التي رسمها القانون².

أما فيما يخص قيمة الدليل غير المشروع في الإثبات فقد أوردت محكمة النقض المصرية قيدا هاما يتعلق بدليل البراءة، حيث قضت بأن: "دليل الإدانة وحده يجب أن يكون مشروعاً، أما دليل البراءة فلا يلزم فيه ذلك، كأن حرر وصل إلى حيازة المتهم عن طريق غير مشروع"³.

وتبرير إمكانية تأسيس حكم البراءة على دليل غير مشروع، هو مبدأ افتراض البراءة باعتبارها هي الأصل، وبالتالي فالمحكمة لم تكن في حاجة إلى إثباتها. بالإضافة إلى أن بطلان الدليل المستمد بوسيلة غير مشروعاً شرع أساساً لحماية حرية المتهم، ومن ثم من غير المعقول أن ينقلب عليه⁴.

ورغم ذلك هناك رأي⁵ أنتقد هذا القضاء لأنه أقم تفرقة ليس لها أساس من القانون، فضلاً عن أنه لا يجوز للقضاء أن يقر قاعدة الغاية تبرر الوسيلة، فالأخذ بهذه القاعدة في خصوص إثبات البراءة بكل

¹ - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 429.

² - بلوحي مراد، المرجع السابق، ص 104.

³ - محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 6097 جلسة 15/02/1984، مشار إليه لدى بلوحي مراد، نفس المرجع، ص 107.

⁴ - أنظر، هلاي عبد الله أحمد، النظرية العامة في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والأجلوسكسونية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 1987، ص 503.

⁵ - أحمد فتحي سرور، نفس المرجع، ص 752، رؤوف عبید، مبادئ الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 740 وما بعدها.

السبل، يعني قبول القول بأن التزوير والشهادة الزور وإرهاب الشهود للعدول عن أقوالهم تصبح أمورا مشروعة لإثبات البراءة وهو قول لا يمكن الأخذ به.

ب-وجوب مناقشة الدليل الوارد بملف الدعوى:

قد نصت على هذا المبدأ المادة 2/212 من قانون الإجراءات الجزائي بقولها: " لا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه". وهذا نفس ما جاءت به المادة 302 من قانون الإجراءات الجزائية المصري في نصها: " ومع ذلك لا يجوز له أن يبني حكمه على دليل لم يطرح أمامه في الجلسة".

وما يلاحظ من خلال هاتين المادتين أنه لا بد أن يرد الدليل الذي يستمد منه القاضي الجنائي اقتناعه بملف الدعوى وأن يطرح في الجلسة وتتم مناقشته، وترجع العلة في ذلك إلى مبدأ الشفوية والمواجهة في المحاكمات الجزائية. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في الجزائر حينما قضت بأن: " لقضاة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير أدلة الإثبات بدون معقب مادام ما استندوا إليه ثابت في أوراق الدعوى"¹.

كما قضت بأنه: " لا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات، والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه"².

ويترتب على هذا القيد نتيجة هامة مؤداها أنه لا يجوز للقاضي أن يستمد اقتناعه من معلومات شخصية حصل عليها خرج الجلسة، وذلك لأن هذه المعلومات لم تعرض في الجلسة ولم تتح فرصة مناقشتها وتقييمها، ومن ثم يكون الاعتماد عليها مناقضا لمبدأ الشفوية والمواجهة الذي يسود المحاكمة الجنائية.

ولكن هذا القيد لا يطبق على إطلاقه بل يجوز للقاضي الاستناد في حكمه إلى المعلومات العامة التي يفترض في كل شخص الإمام بها أو إلى أي رأي متفق عليه أو إلى العرف³.

¹ - المحكمة العليا، غ.ج.1، 1982/01/05، الطعن رقم 25814، مقتبس عن، جيلالي بغداداي، المرجع السابق، ص 16.

² - المحكمة العليا، غ.ج.1، 1994/06/26، ملف رقم 71886، المجلة القضائية، 1995، العدد الأول، ص 259.

³ - بهاء رزيقي علي، المرجع السابق، ص 880.

ج-وجوب تسبب الحكم الجنائي وبيان مؤدى الأدلة في الحكم بيانا كافيا:

يقصد بالتسبب ضرورة اشتغال الحكم على الأسباب التي بني عليها، بحيث تكون هذه الأسباب قادرة على تحقيق نفس النتيجة التي توصل إليها، وهذا ما أوضحتها المادة 379 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بقولها:

"كل حكم يجب أن ينص على هوية الأطراف، ويجب أن يشمل على أسباب ومنطوق وتكون الأسباب أساس الحكم...".

وهذا معناه أنه متى استند القاضي إلى دليل من أدلة الإثبات لإدانة متهم أن يتعرض في أسباب الحكم إلى ما يتضمنه هذا الدليل، فلا يقتصر على الإشارة إلى أدلة الإثبات دول تعرضه إلى مضمونها، أي يجب عليه بيان مؤدى الأدلة في الحكم بيانا كافيا، فالقاضي ملزم بتسبب أحكامه بصفة جلية وبيان الأدلة المعتمدة دون إبهام أو غموض لكي تفرض المحكمة العليا رقابتها على الوجه الصحيح، فمراقبة المحكمة العليا لا تأتي ثمارها إلا إذا كانت الأحكام مشتملة على الأسباب الواضحة الكافية والكفيلة بالمقصود منها على نحو ما ذكر¹.

وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومنها أنه: "لا يكفي لصحة الحكم أو القرار بالإدانة أن يكون معللا وإنما يجب أيضا أن تكون الأسباب كافية وأن تصاغ بأسلوب واضح يسمح للقارئ بفهم معناه ومعرفة المنهجية التي اتبعها القاضي لتكوين عقيدته والوصول إلى ما انتهى إليه في منطوق مقرره"².

ويعد ضابط تسبب الأحكام من أهم الضمانات التي فرضها المشرع على القاضي، إذ يعد مظهر من مظاهر قيامه بواجب التدقيق والبحث وإمعان النظر والتعرف على الحقيقة التي يعلنها في أحكامه، وبه يسلم من مظنة التحكم والاستبداد، فضلا عن أنه يحقق وظيفة رقابية يستحيل وجودها بدون احتواء الحكم على أسبابه³.

¹ - بلوحي مراد، المرجع السابق، ص 125.

² - أنظر، المحكمة العليا، غ.ج.2، 1980/02/25، لظعن رقم 19620، وقرار 1984/04/03، الطعن رقم 29526. مقتبس عن، جيلالي بغداددي، المرجع السابق، ص 268 و 269.

³ - بهاء رزيقي، المرجع السابق، ص 282.

2- القيود الواردة على مبدأ حرية اقتناع القاضي الجنائي:

إلى جانب الضوابط السابق ذكرها هناك قيود أو استثناءات على مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع. فإن كان القاضي الجنائي حر في أن يستمد قناعته من أي دليل يطمئن إليه دون أن يتقيد في تكوين عقيدته بدليل معين (لمادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري)، إلا أنه ترد على هذا الأصل بعض القيود والاستثناءات، بحيث لا تترك للقاضي الجنائي حرية اختيار الأدلة التي يستمد منها قناعته، وذلك بأن يحدد له المشرع الأدلة التي تقبل في إثبات بعض الجرائم ومنها جريمة الزنا والتي تهمنا في هذا المقام¹. أو يتعين عليه الالتزام بأدلة الإثبات الخاصة ببعض المسائل غير الجزائية التي يملك اختصاص النظر فيها بصفة تبعية للدعوى الأصلية، والتي تكون أدلة إثباتها قانونية عكس أدلة الإثبات الجزائية.

كما أنه في بعض الأحيان يلاحظ المشرع أن الوضع الغالب هو تحقق أمر معين، فيفترض ذلك دون حاجة إلى إثباته، وهذه هي القرائن القانونية والتي تقيد حرية القاضي في تقدير الأدلة المطروحة أمامه. كما أنه في حالات أخرى جعل المشرع لبعض المحاضر حجية معينة في الإثبات بما تضمنته من وقائع، بحيث لا يجوز دحضها إلا بتقديم الدليل العكسي أو بالطعن فيها بالتزوير²، وبالتالي حجية تلك المحاضر تقيد حرية القاضي في تقديره لها كون المشرع قد أعطاهما حجية معينة، لا يمكن للقاضي الجنائي المساس بها.

ونظرا لأن تناول كل هذه القيود والاستثناءات بالشرح والتحليل يخرجنا عن إطار دراستنا، فإننا سوف نقتصر الحديث وبما يتفق مع موضوع البحث على القيد الخاص بوجود الالتزام بأدلة معينة في جرائم الزنا.

الفرع الثاني

مدى تأثير العلاقة الزوجية على المبدأ في جريمة الزنا

تعتبر جريمة الزنا (الخيانة الزوجية) من أشد الجرائم عدوانا على شرف الأسرة، لذلك شدد الشارع الحكيم في أدلة إثبات هذه الجرائم نظرا لجسامتها وخطورتها. بينما لم ينظر المشرع الوضعي بعين التشدد

¹ - إلى جانب جريمة الزنا التي حدد المشرع أدلة إثبات خاصة بها، فقد قيد المشرع الجزائري أيضا إثبات السياقة في حالة سكر بأدلة معينة كذلك.

² - بلوحي مراد، المرجع السابق، ص 91.

في هذه الأدلة، ويرجع ذلك إلى عامل أساسي وهو أن العقوبة في الشريعة الإسلامية بالنسبة للزوج الخائن أو الزوجية الخائنة تبلغ حدا من القسوة تصل إلى الرجم حتى الموت لأنه ليس من المعقول أن يرحم إنسان حتى الموت بأدلة واهية ضعيفة. أما عقوبة جريمة الزنا في القانون الوضعي فهي في أقصى شدتها لا تتعدى الحبس، ولهذا كانت الأدلة فيها ليست بدرجة شدة الأدلة في الفقه الإسلامي¹. ولكن هذا لا يعني أن القانون الوضعي قد ترك جريمة الزنا مثلها مثل سائر الجرائم يكون القاضي فيها غير مقيد بطريق مخصوص من طرق الإثبات، بل على العكس من ذلك نجد أنه قد خرج عن مبدأ حرية القاضي الجنائي في الإثبات، وذلك بنصه على أدلة إثبات خاصة بجريمة الزنا، ولعل السبب في ذلك يرجع لخطورة تلك الجريمة وأثرها على كيان الأسرة، لذلك كان لا بد على المشرع أن يحافظ على العلاقة الزوجية بوضع وسائل إثبات خاصة بجريمة الزنا.

وسنقتصر في دراستنا هذه على ذكر أدلة إثبات جريمة الزنا في القانون الوضعي دون الشريعة الإسلامية، وذلك باعتبارنا نحاول توضيح أثر العلاقة الزوجية على مبدأ حرية القاضي الجنائي في الإثبات.

وبالرغم من اتفاق القوانين الوضعية القوانين الوضعية على تحديد أدلة إثبات خاصة بجريمة الزنا، إلا أنه هناك من القوانين (القانون الجزائري) من لم تفرق بين الزوج والزوجة والشريك في جريمة الزنا من حيث الأدلة التي تقبل وتكون حجة على ارتكاب كل منهم للجريمة، وهناك قوانين أخرى قد ذكرت الأدلة التي تقبل على الشريك فقط وتركت الأدلة التي تقبل على الزوج والزوجة للقواعد العامة.

وسنتناول فيما يلي أدلة إثبات جريمة الزنا في القانون الجزائري (أولا)، وثانيا أدلة إثبات جريمة الزنا في بعض القوانين الوضعية المقارنة:

أولاً: أدلة إثبات جريمة الزنا في القانون الجزائري

تنص المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري² على أن: "الدليل الذي يقبل على ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم، وإما بإقرار قضائي".

¹ - أنظر، خالد عبد العظيم أبو غابة، الخيانة الزوجية وأثرها، المعاشرة الجنسية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، سنة 2009، ص 17.

² - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

وواضح من هذا النص القانوني أن أدلة الإثبات التي تقبل عن ارتكاب الجريمة هي: حالة التلبس، إقرار المتهم، الوارد في رسائل أو مستندات صادرة منه، الإقرار القضائي. ووجود دليل من هذه الأدلة ليس معناه الإدانة حتما، بل المهم أن يقتنع القاضي بالأدلة عن طريق هذا الدليل، وللمتهم أن يدحض الدليل بإثبات عكسه ويكفي دليل واحد للإدانة، فاذا وجد أكثر من دليل يجوز الحكم بالإدانة من باب أولى¹.

وما يلاحظ أن الأدلة المذكورة في المادة 341 من قانون العقوبات واردة على سبيل الحصر، وهذا ما أكده المجلس الأعلى في قرار له بقوله: " لا تثبت جريمة الزنا إلا بالطرق الواردة على سبيل الحصر في المادة 341 من قانون العقوبات، ومن ثم لا تصح شهادة شاهد كدليل لإثبات جريمة الزنا"².
وسنوضح كل دليل من هذه الأدلة دليل تلو الآخر وفق نص المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري على النحو التالي:

1_ التلبس بجريمة الزنا:

نص المشرع الجزائري على حالات التلبس في المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية³ بقوله: " توصف الجناية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس اذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها. كما تعتبر الجناية أو الجنحة متلبسا بها إذا كان الشخص المشتبه في ارتكابها إياها في وقت قريب جدا من وقت وقوع الجريمة قد تبعه العامة بالصياح أو وجدت في حيازته أشياء أو وجدت آثار أو دلائل تدعو إلى افتراض مساهمته في الجناية أو الجنحة. وتتسم بصفة كل جناية أو جنحة وقعت ولو في غير الظروف المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين، إذا كانت قد ارتكبت في منزل وكشف صاحب المنزل عنها عقب وقوعها وبادر في الحال باستدعاء مأموري الضبط القضائي لإثباتها".

وضبط الجريمة في حاله يبرر الخروج على القواعد العامة في الإجراءات الجنائية، حيث يقتضي الإسراع في اتخاذ الإجراءات خوفا من ضياع الأدلة. ولكي يثبت التلبس وتترتب عليه أحكامه يلزم أن تشاهد الجريمة في إحدى حالات التلبس الخمس التي حصرتها المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

¹ - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 99.

² - المجلس الأعلى، غ.ج 2، 1973/05/15، مف رقم 8420، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ص 145.

³ - الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية والمعدل والمتمم.

هذا عن التلبس بالجريمة بصفة عامة، أما عن التلبس بالزنا فقد وضحته المادة 341 من قانون العقوبات بقولها أن: "الدليل الذي يقبل على ارتكاب الجريمة المعاقب عليها في المادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس...".

ومن خلال هذا النص يفهم أن المشرع الجزائري قد اشترط أن يحرر محضر قضائي من طرف رجال الضبط القضائي عن حالة التلبس بالزنا. إلا أنه ليس ضرورياً أن يشاهد الزاني متلبساً بالجريمة بواسطة أحد مأموري الضبطية القضائية، بل يكفي أن يشهد بعض الشهود برؤيتهم إياه في حالة تلبس بجريمة الزنا، وذلك لتعذر اشتراط المشاهدة في هذه الحالة بواسطة مأموري الضبطية القضائية، فالقانون لا يجيز إثبات التلبس بشهادة الشهود إلا في جريمة الزنا¹.

ويلزم في المشاهدة أن تكون قد حصلت عن طريق مشروع، أي أن تحدث عرضاً ودون أي سعي أو عمل إيجابي يقوم به الشاهد، وعندئذ يقوم التلبس قانوناً دون أية شبهة على الإطلاق. كما أن التلبس لا يقوم قانوناً إذا كشفت عنه إجراءات باطلة، فلا يجوز إثباته على شهادات يختلسها رجال الضبط القضائي من خلال ثقب أبواب المساكن، لما في هذا من مساس بحرمة المساكن والمنافاة للآداب، ولا بناء على اقتحام المسكن فإن ذلك يعد جريمة في القانون، ولا بناء على التعسف في تنفيذ ادن التفتيش. ويشترط لعدم قيام التلبس قانوناً نتيجة للإجراءات الباطلة أن يكون اكتشاف التلبس قد نتج مباشرة عن هذه الإجراءات².

ولا يشترط أن تتوافر شروط التلبس طبقاً للمادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، بأن يشاهد الزوج الزاني -وشريكه- وقت ارتكاب الجريمة بالذات³ أو عقب ارتكابها مباشرة يتبعهما العامة بالصياح... الخ، بل يكفي أن يوجد عقبهما في ظروف تقطع بحصول الزنا، ولا تدع مجالاً للشك في وقوعه سواء هذا عن طريق رؤيتهما أو سماعهما. وفي هذا ما أكدته المحكمة العليا -المجلس الأعلى سابقاً- في قرارها الصادر في 1984/03/20، والذي جاء فيه ما يلي: "من طرق الإثبات المنصوص عليها في المادة 341 ق ع معاينة ضابط الشرطة القضائية حالة التلبس بالزنا وإثبات ذلك في محضر.

¹ - محمد رشاد متولي، المرجع السابق، ص 100.

² - محمد رشاد متولي، نفس المرجع، ص 101.

³ - من المتعذر إن لم يكن مستحيلاً إثبات الزنا بغير القرائن، لأن الزنا يقتضي تمام الوطء أي عملية الجماع كاملة، وهذه الحالة يندر ويصعب مشاهدتها لأن الزانيين عندما يشعران بأية حركة سينهاهما فوراً، فيمكن رؤيتها عقب الفعل مباشرة أو قبيله، ومن الحال الذي يريان فيه عند مفاجأتهما يمكن استنتاج الجريمة، وهذه هي القرائن. محمد رشاد متولي، نفس المرجع، ص 101.

ولما كان يتعذر غالباً، على ضابط الشرطة القضائية وأعوانه مشاهدة المتهمين متلبسين بالزنا فإنه يكفي أن تقع مشاهدتهما عقب ارتكاب الجريمة بقليل وهما في وضعية أو ظروف أو حالة لا تترك مجالاً للشك في أنهما باسراً العلاقة الجنسية¹.

2_ إقرار المتهم الوارد في رسائل ومستندات:

يقصد بها المحررات الصادرة من المتهم، والتي يكون م نشأتها إثبات وقوع جريمة الخيانة الزوجية، فيكفي صدور هذا الإقرار في الأوراق والمكاتيب والوثائق، سواء وقعها بتوقيعه الصريح أو بتوقيع رمزي، أو لم يوقعها إذا ثبتاً أنها بخطه، لكن من الضروري أن تتضمن هذه المحررات والرسائل اعتراف المتهم. وعلى ذلك، فالإقرار الشفهي أو الإقرارات الواردة في غير رسائل ومستندات المتهم لا تصلح كوسيلة مقبولة لإثبات جريمة الخيانة الزوجية، وهكذا أيضاً لانكون بصدد هذه الجريمة إذا كان الاعتراف على النفس وارداً في رسائل ومستندات الغير، لأن هذا الاعتراف لا يصلح أيضاً كدليل إثبات لأنه صادر عن الغير، وإنما ما يهم هو أن تتضمن اعترافاً على النفس من المتهم.

وقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون هذا الإقرار واضحاً، ليس فيه لبس أو غموض ويتناول مضمونه ذكر علاقات جنسية، على أن يكون هذا الاعتراف وارداً في صور أو في سند أو في أي محرر آخر، شريطة أن يكون صادراً عن المتهم. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا - المجلس الأعلى سابقاً بأن: " يتعين أن يكون الاعتراف واضحاً دون لبس أو غموض ويتناول مضمونه ذكر علاقات جنسية باللمس"².

وطبقاً للقواعد العامة، فإن كل من يريد الأخذ والتمسك بالإقرارات الواردة في المستندات والرسائل عن المتهم فيدعو بالخيانة الزوجية، يجب أن يكون قد حصل عليها بطرق مشروعة، وفي حالة عدم دفع المتهم بأن تلك المستندات أو الأوراق والرسائل قد سرقت منه، فيحق للقاضي عندئذ أن يأخذها كدليل إثبات. خاصة إذا علمنا أن القانون قد أباح لكل زوج مراقبة الزوج الآخر، بحيث يتتبع أخباره وسيرته، وبذلك إذا حامت على الزوجة شكوك وشبهات قوية عند زوجها، فلهذا الأخير أن يستولي ولو خلسة على ما يشك بوجوده من رسائل العشاق وأصدقائها في حقيبتها الموجودة في بيته وتحت

1 - المجلس الأعلى، غ.ج.م، 1984/03/20، ملف رقم 34051، المجلة القضائية 2/1990، ص 269.

2 - المجلس الأعلى، غ.ج.م، 1988/02/02، قرار رقم 57: غير منشور. مقتبس عن أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، ص 145.

بصره، ث مله أن يستشهد بها عليها إذا رأى محاكمتها جزائيا لإخلالها بشروط عقد الزواج، ويكون للزوجة نفس الحق إذا شكت هي الأخرى في زوجها¹.

وبخصوص الصور الفوتوغرافية التي تمثل الجاني في وضع مشبوه مع شريكه في جريمة الزنا، فإنه لا يجوز اعتبارها كدليل إثبات في القانونين الجزائري، لأن المشرع الجزائري قصر ذلك على الرسائل والمستندات دون غيرها. ولا يجوز أن تفسر القواعد الجزائية بواسطة القياس احتراماً لمبدأ الشرعية، إذ غالباً ما تكون الصور الفوتوغرافية مركبة.

ولذلك يجب على المحكمة عندما تفضي بالإدانة أن تشير إلى العبارات التي تتضمنها تلك الأوراق والرسائل والمستندات، التي تؤكد ارتكاب جريمة الزنا من طرف الزوج المتهم، مع الإشارة إلى أنها صادرة عن هذا الأخير².

3_ الإقرار القضائي:

الإقرار هو الاعتراف الصريح الصادر من نفس المتهم باقتراح جريمة الزنا سواء كان أمام النيابة العامة، أو أمام جهة التحقيق، أي أمام قاضي التحقيق، أو أمام جهة الحكم، حتى ولو كانت أمام جهة استئناف جزائية، حيث يجب أن يكون هذا الإقرار صريحاً وواضحاً حتى لا يحتمل أي تأويل. وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها: "يعد إقراراً قضائياً اعتراف المتهم أمام قاضي التحقيق في محضر السماع الأول"³. وقولها كذلك: "الاعتراف بالجريمة أمام قاض من قضاة النيابة، يعتبر إقراراً قضائياً يلزم صاحبه"⁴.

ولا يشترط أن يكون الإقرار القضائي كتابة، بل يصح أن يكون شفاهة، مثلما هو عليه الحال أثناء استجواب المتهم أمام المحكمة الجزائية، بشرط تدونه في سجل المرافعات، حتى يمكننا الرجوع له عند الضرورة، إضافة إلى ذلك قد يصدر الاعتراف على النفس كتابة في محضر رسمي، كأن يقر المتهم على نفسه بقيامه بجريمة الزنا أمام قاضي التحقيق في محضر السماع عند الحضور الأول، أو في محضر

1 - لحسن بن الشيخ آملوي، المرجع السابق، ص 145.

2- لحسن بن الشيخ آملوي، نفس المرجع، ص 145-146.

3 - المحكمة العليا، غ.ج.م، 1996/06/26، ملف رقم 120961، غير منشور، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 145.

4 - المجلس الأعلى، غ.ج.م، 1984/06/12، ملف رقم 28837، المجلة القضائية 1/1990، ص 279.

الاستجواب في الموضوع أو في المواجهة، أو في أي محضر، ويدون قاضي التحقيق ذلك الاعتراف أو الإقرار في محضر رسمي عن طريق كاتبه ويوقع عليه المتهم¹.

والإقرار القضائي في جريمة الزنا شخصي يلزم المقر وحده دون غيره، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها: "الإقرار القضائي في جريمة الزنا شخصي يلزم المقر وحده دون غيره، وعليه يسيء تطبيق القانون المجلس الذي قضى بادانة المتهم بناء على إقرار الزوجة الزانية وحدها وفي غياب إقرار المتهم، ويكون قراره مشوباً بالقصور في التعليل"².

كما يجب أن يكون الشخص المقر، مميزاً وعاقلاً، إضافة إلى ذلك أن يكون اعترافه صريحاً لا يحتمل أي غموض كما أشرنا سابقاً، على أن يأخذ بمنتهى الحذر، لأن المقر قد تكون له دوافع أخرى، كالحصول على التطلاق مثلاً أو الطلاق، كما لا يعتد بالاعتراف إذا كان ناتجاً عن تهديد أو إكراه، إلا أنه يجب على القاضي أن يبحث عن الدوافع التي دفعت المعترف للإدلاء بأقواله، ويجب عليه أن يراعي الانسجام بين الإقرار ووسائل الإثبات الأخرى، وأن يأخذ باعتراف المتهم على نفسه في التحقيق ولو عدل عنه أثناء المحاكمة³.

وبناء على ما تقدم، نلاحظ أن المشرع الجزائري، قد جعل أدلة الإثبات في جريمة الزنا محددة مسبقاً وعلى سبيل الحصر، غير أن تقديم الدليل على قيام اللجنة بإحدى الوسائل المذكورة في المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري لا يمنع القاضي من استعمال سلطته التقديرية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد قراراتها قائلة: "بأن الإقرار القضائي في مجال الزنا شأنه شأن أي إقرار يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع وفقاً لنص المادة 213 من قانون الإجراءات الجزائية"⁴.

ثانياً: أدلة إثبات جريمة الزنا في بعض القوانين الوضعية المقارنة

هناك بعض القوانين من جعلت أدلة الإثبات الخاصة بالزنا تقتصر على شريك الزوجة الزانية فقط، ومن بين تلك القوانين نجد القانون المصري والذي سنكتفي به كنموذج في هذا الصدد.

1 - أحسن بوسقيعة، الوحيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 134.

2 - المحكمة العليا، غ.ج.م، 1990/10/21، ملف رقم 69957، المجلة القضائية 3/1993، ص 205.

3 - لحسن بن الشيخ آملوليا، المرجع السابق، ص 147.

4 - المحكمة العليا، غ.ج.م، 1996/12/26، ملف رقم 120961، غير منشور، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 145.

وقد وردت الأدلة الخاصة بجريمة الزنا فيا المادة 271 من قانون العقوبات المصري والتي تنص على ما يلي: " أدلة الإثبات التي تقبل أن تكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه، أو وجوده في المحل المخصص للحريم".

وما يلاحظ من صياغة هذا النص أن أدلة الإثبات هذه تتعلق بشريك الزوجة الزانية، أما الزوجة الزانية أو الزوج الزاني أو شريكه فلا يشملهم قيد الإثبات الوارد بالنص. وهذا ما أثار التساؤل في الفقه، فهل يقتصر هذا القيد وفقا لظاهر النص على شريك الزوجة الزانية فحسب أم يتعلق بجرائم الزنا عموما سواء تعلق بزنا الزوج أم بزنا الزوجة أم شريك أي منهما؟

ذهب رأي في الفقه إلى أن صياغة نص المادة 276 من قانون العقوبات المصري تقطع دون أدنى مجال للشك بأنها تخص شريك الزوجة الزانية فحسب، آية ذلك العبارة الواردة في المادة "...أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم"، فضلا عن ذلك فإن نص هذه المادة مأخوذ حرفيا من نص المادة 338 من قانون العقوبات الفرنسي الملغاة¹، والتي حددت الأدلة التي تقبل ضد شريك الزانية في: التلبس، وجود مكاتيب وأوراق صادرة منه، بينما ترك الزوج وشريكه والزوجة للقواعد العامة بحيث يجوز إثبات زناهم بأي دليل².

معنى ذلك - وفقا لهذا الرأي- أن إثبات الزنا يقوم على طريقة مزدوجة، تتركز على التفرقة بين شريك الزوجة الزانية من جهة والزوجة أو الزوج الزاني وشريكه من جهة أخرى، حيث قيد الإثبات في مواجهة الأول بأدلة معينة وردت في القانون على سبيل الحصر بينما أطلق الإثبات للطائفة الثانية، حيث تركهم للقواعد العامة.

وقد انتقد أغلب الفقه هذا الاتجاه نظرا للنتائج غير المنطقية والمنافية للعدالة التي تتمخض عنه، إذ من شأن هذا الاتجاه أن تعاقب الزوجة وهي فاعلة أصلية ويثبت عليها الفعل، بينما يحكم ببراءة الشريك لعدم وجود دليل في حين أنه ارتكب نفس الفعل، فالجريمة لا تتم إلا به !! فكيف يمكن للعقل والمنطق

¹- ART 338 : " Le complice de la femme adultère sera puni de l'emprisonnement pendant le même espace de temps, et, en outre, d'une amende de cent francs à deux mille francs.

Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité, seront, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu".

² - Constant (j), Manuel de droit pénal ,T2,Paris ,1975 ,p. 129 .

والعدالة أن تقبل ذلك والجريمة بطبيعتها لا تقبل التجزئة؟ وأين العدالة في توقيع العقاب على أحد أطراف الجريمة دون الطرف الآخر، وقد يكون هو المحرض على ارتكابها¹.

وحتى نتفادى هذه الأحكام والنتائج المتناقضة، يتعين أن تمتد وسائل الإثبات الخاصة إلى كافة الأطراف في جريمة الزنا، فليس هناك مبرر لإتباع هذه الطريقة المزدوجة في الإثبات، لا سيما وأن لهذه الجرائم طبيعة واحدة تتمثل في اتصالها بعرض الأسرة وشرفها².

وهذا ما دعا جانب من الفقه³ إلى القول بسريان أحكام المادة 276 من قانون العقوبات المصري على كل متهم بارتكاب الزنا، سواء أكان رجلا أم شريكته أم امرأة أم شريكها، فهذه المادة تتحدث عن المتهم بالزنا وهذا اللفظ يتسع ليشمل كل جرائم الزنا، ولا يجوز تقييد النص بغير سند. فضلا عن توافر الحكمة من إقرار هذا الاستثناء لشريك الزوجة الزانية بالنسبة لزنا الزوجة والزوج وشريكته.

ورغم تضارب الآراء إلا أن وضوح النص في تخصيص أدلة محددة وردت على سبيل الحصر بالنسبة لشريك الزوجة الزانية، وترك إثبات زنا الزوجة والزوج وشريكته للقواعد العامة دون التقييد بأي دليل، يجعل القاضي الجنائي مقيدا بهذا النص ولا يتقيد بأي دليل⁴.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه: " إذا كان القانون يستلزم أن يكون إثبات جريمة الزنا على الشريك بأدلة معينة فإن إثبات زنا المرأة يصح بجميع طرق الإثبات"⁵.

وتجدر الإشارة إلى أن نطاق هذا القيد ينحصر فقط في حصر أدلة الإثبات، دون أن يمتد إلى قوة هذه الأدلة، بمعنى أن القاضي الجنائي حر في تكوين عقيدته، ومن ثم فله ادا لم يقتنع بالدليل المتوافر أمامه والمنصوص عليه قانونا على سبيل الحصر أن يطرحه جانبا ولا يعتد به، ويعني من جانب آخر أن هذه الأدلة قابلة لإثبات العكس من قبل شريك المتهم⁶.

¹ - Garraud (R) , Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale , T1,no,2172, Paris, 1907-1927, p. 602.

أنظر أيضا، محمود مصطفى، المرجع السابق، 1977، ص 57 وما بعدها.

² - دنيا محمد صبحي، المرجع السابق، ص 428.

³ - أنظر، رؤوف عبيد. مبادئ الإجراءات الجزائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، 1987، ص 680.

⁴ - أنظر، محمد مصطفى القللي، أصول تحقيق الجنايات، ب.د.ن، 1945، ص 55.

⁵ - نقض مصري 1974/03/21، مجموعة أحكام النقض، س 25. رقم 58، ص 358، نقض 1976/12/13، مجموعة أحكام انقض. س.2. رقم 231، ص 940.

⁶ - هلاي عبد الله أحمد، المرجع السابق، ص 121.

وتنحصر أدلة الإثبات الخاصة بشريك الزوجة الزانية في التلبس والاعتراف والأوراق المكتوبة بخطه، وهي أدلة مشتركة إلى حد ما مع الأدلة التي جاء بها المشرع الجزائري في المادة 341 من قانون العقوبات والخاصة بكل الأطراف في جريمة الزنا إلى جانب الأدلة الأخرى، إلا أن المشرع المصري قد أضاف دليل آخر ألا وهو وجود الشريك في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم:

فقد اعتبر المشرع المصري وجود الشريك في المحل المخصص للنساء من البيت -دون سبب مشروع يبرر ذلك- دليلا على اشتراكه في جريمة الزنا. وقد راعى في ذلك التقاليد في عدم السماح للرجال من غير ذوي الأرحام المحارم بالاختلاط بنساء العائلة. وقد اقتضى ذلك أن يخصص من المنزل قسم يحظر على الرجال الغرباء الدخول فيه، فاذا وجد رجل غيب فيه خلافا لهذه التقاليد كان دليلا يتيح للقاضي البحث فيما إذا كان الزنا قد ارتكب. ويعني ذلك أن مجرد وجود الرجل الغريب في هذا المكان ليس في ذاته دليلا على الزنا تطبيقا للقاعدة العامة من أن الإدانة في الزنا تفترض ثبوت الوطء بأحد الأدلة التي حددها القانون لا مجرد توافر هذا الدليل فحسب¹.

والجدير بالذكر أن توافر الدليل في هذه الحالة يفترض أن وجود الرجل الغريب كان بغير سبب مشروع، أما إذا وجد هذا السبب كما لو كان طبييا لإسعاف الزوجة فلا محل لاعتبار هذا الدليل متوافرا².

وإذا كانت التقاليد السابقة قد تطورت واستتبع ذلك تطورا في صميم البيوت، فلم يعد فيها ذلك الجزء المخصص للنساء، إلا أن جزء من البيت و هو "غرفة النوم" لا تزال التقاليد تستهجن أن يدخل فيه رجل غريب حين تكون الزوجة فيه، الأمر الذي يظل معه تطبيق هذا الدليل محل اعتبار-علما بالرغم من تطور التقاليد- متى وجد الرجل مختليا بالزوجة في غرفة نومها. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن "القول من جانب المتهم بتطور العادات في هذا الصدد لا يكون في الواقع إلا مناقشة في تقدير الأدلة التي اقتنعت بها المحكمة في ثبوت الزنا، فلا يجوز التحدي به لدى محكمة النقض"³.

ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في أن يفسر دلالة وجود الرجل في هذا المكان وما إذا كان يعني ارتكاب الزنا. ومؤدى ذلك أن له القول بعدم ارتكاب الزنا على الرغم من وجود الرجل في هذا المكان.

¹ - نقض مصري 1948/12/28، مج القواعد القانونية، ج7، رقم 766، ص720.

² - نقض 1937/05/24، مج القواعد القانونية، ج4، رقم 76، ص74.

³ - نقض مصري، 1949/02/28، مج القواعد القانونية، ج7، رقم 833، ص787.

ولا بد أن نشير إلى أن هذا الدليل يفترض أن الزوجة تقيم مع زوجها، اذ يتحقق بذلك وجود منزل للزوجية يخصص للزوجة قسم منه لا يجوز أن يدخل فيه الرجال الغرباء، أما إذا كانت الزوجة غضبي واستقلت عن زوجها بمسكن خاص بها، أو أقامت مع أهلها فإن وجود رجل معها لا يوفر هذا الدليل¹.

المطلب الثاني

أثر العلاقة الزوجية في مرحلة تنفيذ الحكم الجنائي

ذكرنا آنفا إقرار قواعد خاصة لتحريك الدعوى الجنائية واستمرارها حتى صدور الحكم البات في جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية، بما من شأنه تحقيق حماية جنائية إجرائية للعلاقة الزوجية. ولكن ثمة تساؤل يطرح نفسه في هذا الصدد ألا وهو: هل أن المشرع الجنائي قد مد نطاق هذه الحماية الإجرائية للعلاقة الزوجية إلى مرحلة تنفيذ الحكم الجنائي الصادر ضد الزوج الجاني في جرائم الشكوى، وذلك بإقرار حق الزوج المجني عليه (الشاكي) في العفو عن العقاب أو وقف التنفيذ؟

يجاب عن هذا التساؤل من خلال التعرف على موقف التشريعات المقارنة بما فيها موقف المشرع الجزائري، ثم نوضح عقب ذلك الأحكام العامة لهذا الحق المخول لهذا الزوج المجني عليه، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

موقف التشريعات المقارنة من إقرار حق الزوج المجني عليه في العفو عن العقاب أو تنفيذه

يمكن تصنيف مواقف التشريعات المقارنة إلى اتجاهين: الأول لا يقر هذا الحق وعلى رأسه الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري. والثاني: يقر هذا الحق كالقانون المصري وغيره من التشريعات، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً: الاتجاه القائل بعدم أحقية الزوج المجني عليه في العفو عن العقاب

يمثل هذا الاتجاه الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات الوضعية. فالشريعة الإسلامية لا تجيز للمجني عليه العفو عن العقاب الصادر في الدعوى الجنائية في جرمي الزنا والسرقعة أو وقف التنفيذ، وذلك باعتبارها من جرائم الحدود التي لا يملك أحد الشفاعة فيها ولو كان المجني عليه نفسه، وما ذلك إلا

¹ - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، المرجع السابق، ص 439.

لتعلق جرائم الحدود بحق الله تعالى، ضف على ذلك أن جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية لا تتطلب في الأصل رفع شكوى من الزوج المضرور كما هو الحال في غالبية التشريعات الوضعية، ونفس الشيء بالنسبة لجريمة السرقة فالشريعة الإسلامية لم تقيد تحريك الدعوى الجنائية في السرقة بين الزوجين على شكوى من الزوج المضرور كما هو الحال في القانون المصري، فمن باب أولى نجد أن الشريعة الإسلامية لا تقر للمجني عليه في تلك الجريمتين الحق في العفو عن العقاب أو تنفيذه.

والحق الوحيد المخول للمجني عليه في هذه الجرائم هو حقه في الإبلاغ عن الجريمة أو عدم الإبلاغ عنها، فإذا أبلغ عنها وعلمت بها السلطات لم يعد له أي حقوق نهائية إزاء استمرار الدعوى الجنائية، وإزاء العقاب الصادر فيها سواء بالعفو أو وقف التنفيذ.

أما في التشريع الجزائري فجرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية في القانون الجزائري - كما سبق الذكر- هي جريمة الزنا (المادة 339 من قانون العقوبات)، جريمة عدم تسديد النفقة (المادة 331 من قانون العقوبات)، جريمة الهجر المعنوي للزوجة (المادة 330 من قانون العقوبات). ففي هذه الجرائم لا يمكن للنيابة العامة أن تحرك الدعوى العمومية إلا إذا قدم الزوج المجني عليه شكوى ضد الزوج الجاني، حيث تعتبر الشكوى قيد على رفع الدعوى في تلك الجرائم، فقد رأى المشرع في قيد الشكوى نوعاً من الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية والمحافظة على الروابط الأسرية.

بل أكثر من ذلك قد أجاز المشرع للمجني عليه سحب الشكوى في تلك الجرائم بعد تقديمها، إلا أنه لم يمد الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية بعد صدور حكم نهائي في الدعوى الجنائية، ذلك أنه متى صار الحكم باتاً في الدعوى الجنائية المرفوعة بشأن تلك الجرائم انقضت الدعوى العمومية ووجب تنفيذ العقوبة المحكوم بها، وبذلك لا يملك المجني عليه التنازل عن تنفيذ العقاب.

ورأينا أن المشرع الجزائري قد أصاب في تبنيه لهذا الموقف في هذه الحالة، لأنه رجح حيازة الحكم الجنائي لقوة الشيء المقضي به واستقرار الأحكام على مد الحماية للعلاقة الزوجية بعد صدور حكم جنائي بات، وذلك حتى لا يفتح الباب في هذا المجال للزوج المجني عليه أن يتحكم في مسار تنفيذ الحكم الجنائي بعد أن أصبح نهائياً. كما أنه لو سمح للزوج المجني عليه في تلك الجرائم بالعفو عن العقاب أو وقف تنفيذه لأعطاه فرصة في مساومة الزوج الجاني المحكوم عليه بالعقوبة في أمور مادية مقابل العفو عن العقاب.

ثانيا: الاتجاه القائل بأحقية الزوج المجني عليه في العفو عن العقاب أو وقف تنفيذه

وسنأخذ على سبيل المثال التشريعين المصري والأردني. فالتشريع المصريأقر هذا الحق للزوج المجني عليه في كل من جرمي الزنا والسرقه باعتبارهما من الجرائم التي يقيد فيها تحريك الدعوى العمومية برفع شكوى من الزوج المجني عليه.

فيما يخص جريمة الزنا نصت المادة 274 من قانون العقوبات المصري بأنه: "... لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرته لها كما كانت".

ومن خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع المصري قد منح الزوج المجني عليه الحق في وقف تنفيذ الحكم الجنائي، وذلك برضائه لمعاشره زوجته كما كانت، دون أن يعطي ذلك الحق للزوجه في المادة 277 من قانون العقوبات الخاصة بزنا الزوجه، فحسب تلك المادة لا يجوز للزوجه العفو عن العقاب الصادر ضد زوجها أو وقف تنفيذه، وهذه التفرقة محل نقد.

أما بالنسبة لجريمة السرقة بين الزوجين، والتي علق فيها المشرع المصري تحريك الدعوى العمومية على شكوى يرفعها الزوج المضروب، قد منح لهذا الأخير أيضا الحق في العفو عن العقاب دون أن يفرق بين الزوج والزوجه، وهذا ما يستنتج من نص المادة 312 من قانون العقوبات المصري: "... وللمجني عليه أن يتنازل على دعواه... كما له أن يقف تنفيذ الحكم النهائي على الجاني في أي وقت يشاء"¹. أما التشريع الأردن ينصت المادة 1/28 من قانون العقوبات الأردني على أنه: "... وتسقط الدعوى والعقوبة بالإسقاط".

فمن خلال نص هذه المادة يتضح أن المشرع الأردني قد نص صراحة على حق كل من الزوج والزوجه في العفو عن العقاب أو وقف تنفيذه إذا كان قد بدأ في تنفيذه، فكما يملك الزوج المجني عليه الحق في الشكوى يملك كذلك الحق في إسقاط الدعوى، ويملك أيضا العفو عن العقوبة أو وقف تنفيذها. ولم يفرق المشرع الأردني بين الزوج المجني عليه والزوجه المجني عليها في الجرائم التي تتطلب رفع شكوى من أحدهما، فقد أعطاهما دون تفرقة الحق في رفع الشكوى أو سحبها وكذلك الحق في العفو عن العقاب أو وقف تنفيذه.

¹ - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 413 و ص 414.

الفرع الثاني

الأحكام العامة لإقرار حق الزوج المجني عليه في العفو عن العقاب

سنتناول في هذا المقام الأحكام العامة لإقرار حق الزوج المجني عليه في العفو عن العقاب أو وقف تنفيذه، وذلك بطبيعة الحال في القوانين التي تقر ذلك الحق، ونأخذ كنموذج عنها المشرع المصري والذي يعطي ذلك الحق - كما سبق الذكر - للزوج المجني عليه في كل من جريمة الزنا و جريمة السرقة. وسنحاول من خلال هذا الفرع أن نبين صاحب الحق في العفو عن العقاب ووقت العفو وكيفيته وأخيرا آثاره:

أولا: صاحب الحق في العفو ووقت العفو

لقد منح المشرع المصري للزوج المجني عليه في جرمي الزنا والسرقة الحق في العفو عن العقاب، إلا أنه اعتمد على التفرقة بين الزوج والزوجة في جريمة الزنا ولم يعتمدها في جريمة السرقة، فهل أصاب المشرع المصري في تلك التفرقة؟ وما هو الوقت الذي يمكن فيه للزوج المجني عليه العفو عن الزوج الجاني؟:

1- صاحب الحق في العفو عن العقاب:

فرق المشرع المصري بين صاحب الحق في العفو عن العقاب في جريمة الزنا عنه في جريمة السرقة:

أ- جريمة الزنا:

قصر المشرع المصري الحق في العفو عن العقاب في جريمة الزنا على الزوج وحده دون الزوجة¹. والواقع أن هذه التفرقة لا مبرر لها فالحكمة من إقراره ذلك الحق للزوج تتوافر بالنسبة للزوجة أيضا، وهي المساعدة في إعادة بناء الأسرة والحفاظ على كيانها².

وإذا كان المشرع المصري قصر هذا الحق على الزوج فقط، فهل يجوز القياس عليه ومنحه للزوجة أيضا؟

نرى أنه يجوز القياس على هذا الحق ومنحه للزوجة، لأن القياس جائز في مجال موانع العقاب وغير جائز في مجال التجريم لأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". فنحن هنا بإعطاء الحق للزوجة في العفو عن العقاب عن زوجها الزاني لا نخلق جريمة لم ينص عليها المشرع الجنائي، إنما نعطيها فقط الحق في العفو عن العقاب عن جريمة نص عليها المشرع.

¹ - أنظر مصطفى الشاذلي، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب، المكتب العربي الحدي، 1406 هـ، ص 176.

² - أنظر، مهدي عبد الرؤوف، شرح القواعد العامة للإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية، ب.د.ن، 1997، ص 550 و ص 551.

هذا فضلا عن انتهاء المبرر لهذه التفرقة، وهذا ما قضت به محكمة باريس قديما (في ظل تجريم المشرع الفرنسي للزنا) حيث قضت بأن الزوجة تتمتع بنفس الحق اتجاه زوجها المحكوم عليه في جريمة زنا الزوج، وذلك قياسا على حق الزوج تجاه زوجته الزانية¹. وهذا ما يتفق كذلك مع نهج المشرع الأردني والذي منح الزوجين هذا الحق على قدم المساواة.

ب_ جريمة السرقة:

على خلاف جريمة الزنا منح المشرع المصري للزوج المجني عليه الحق في العفو عن العقاب سواء كان زوجا أو زوجة، وقد أحسن المشرع المصري في ذلك لأنه لا مبرر للتفرقة بين الزوجين في هذا الحكم. وهذا الحق قاصر على الزوج المجني عليه ولا ينتقل إلى الأولاد في حالة وفاة الزوج المجني عليه².

2- وقت العفو:

يحق للزوج المجني عليه صاحب الحق في العفو عن العقاب الصادر ضد زوجه في جرمي السرقة والزنا أن يستخدم حقه هذا بعد صدور الحكم البات وقبل تنفيذ العقاب، ويعرف عندئذ بالعفو عن العقاب. كما يحق له استخدام هذا الحق حتى بعد بدء تنفيذ العقاب ضد الزوج الجاني وقبل الانتهاء من تنفيذ المدة المحكوم بها³.

ثانيا: كيفية العفو وآثاره

1_ كيفية العفو عن العقاب:

فرق المشرع المصري بين كيفية العفو عن العقاب في جريمة الزنا عنه في جريمة السرقة:

أ_ العفو في جريمة الزنا:

اشتراط المشرع كي يتم العفو عن العقاب أو وقف تنفيذ العقوبة الصادرة ضد الزوجة الزانية في جريمة الزنا، أن يرضى الزوج معاشرتها من جديد.

وهنا يثور التساؤل: هل يشترط في الزواج كي يعفو الزوج عن الزوجة الزانية المحكوم عليها أن تظل رابطة الزوجية قائمة وقت العفو؟

ذهبت الغالبية إلى طلب ذلك، واستندوا في ذلك إلى صريح المادة 274 من قانون العقوبات، حيث ذكرت صفة الزوجية وبأن بقاء هذه الصفة هو الذي يمكن الزوج من إعادة معاشرتها من جديد، بينما

¹- Trib. Paris. 15-01-1912-D. 1912.1.

²-أنظر، خليل عدلي، جريمة السرقة والجرائم الملحققة بها، الطبعة الأولى، ب.د.ن، 1993، ص 43.

³- آمال عبد الرحيم عثمان، المرجع السابق، ص 500.

إذا كان قد طلقها فلا يتمكن من ذلك ولو كان الطلاق رجعياً، إذ يتعين عليه أولاً أن يراجعها ثم يعاود معاشرتها من جديد، وكذلك لو كان قد طلقها طلاقاً بائناً إذ يشترط أن يعقد عليها من جديد كي يستوفي الشرط الأساسي للعفو عن الزوجة¹.

في حين يرى البعض² عدم اشتراط صفة الزوجية وقت العفو، ذلك أن المشرع لم يتطلب المعاشرة بالفعل وإنما اشترط فقط الرضا بمعاشرتها من جديد، وهذا الرضا يتوافر ولو كانت العلاقة الزوجية انتهت. ونحن نرى أن الرأي الأول أولى بالإتباع، ذلك أن حجة الرأي الثاني مردود عليها بأنه لا يمكن أن تتم المعاشرة دون علاقة زوجية، وإلا كانت علاقة غير مشروعة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المشرع قد أراد من وراء إقراره الحق للزوج في العفو عن العقاب المحافظة على الأسرة وحماية العلاقة الزوجية، أما إذا كانت تلك العلاقة قد انتهت فإن العلة من وراء إقرار ذلك الحق غير موجودة أيضاً. والجدير بالذكر أن العفو هنا لا يتم تلقائياً بمجرد رضا الزوج إعادة معاشرة زوجته من جديد، وإنما يشترط أن يعبر عن رغبته هذه صراحة في طلب يقدمه للجهة المختصة بالتنفيذ يطلب فيها وقف التنفيذ أو العفو إذا لم تكن قد بدأت في التنفيذ لرغبته في إعادة معاشرتها من جديد³.

ب_ العفو في جريمة السرقة:

يتوقف العفو في جريمة السرقة على طلب يقدمه الزوج المجني عليه يعفو فيه عن الزوج الجاني ولو كان قد بدأ التنفيذ، وهذا الحق محول لكل من الزوجين وليس قاصراً على أحدهما دون الآخر.

2_ آثار العفو عن العقاب:

بمجرد أن يعفو الزوج المجني عليه عن الزوج الزاني أو السارق، فإنه لا يجوز الرجوع في العفو أياً كانت الأسباب⁴.

ويقتصر أثر العفو على الزوج المجني عليه في جرمي الزنا والسرقة فقط، دون أن يمتد إلى العقاب المحكوم به إلى الزوج الزاني أو السارق في جريمة أخرى. كما لا يمتد إلى شريك الزوج الزاني لأن ارتباط

¹ - أنظر، بكر عبد المهيمن، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص 500.

² - انظر، أحمد حافظ، جريمة الزنا في القانون المصري، رسالة دكتوراه، القاهرة، مطبعة نهضة مصر، 1958، ص 260، دنيا محمد صبحي، المرجع السابق، ص 573، ص 576.

³ - محسن عبد العزيز، الحماية الجنائية للعرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1989، ص 422.

⁴ - آمال عبد الرحيم عثمان، المرجع السابق، ص 93 و 94، مهدي عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 500_552.

الشريك بالزوج الزاني ينتهي بصدور الحكم البات في الدعوى، وعلى ذلك يستوفي الشريك عقوبته ولو عفا الزوج المجني عليه عن الزوج الزاني¹.

¹ - بكر عبد المهيمن، القسم الخاص في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 737.

الباب الثاني:

أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تطبيق القانون الجنائي

من الأهداف الرئيسية للزواج هو تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وهذا ما جاءت به المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

فالمقصود من وراء قيام علاقة زوجية شرعية هو إنشاء أسرة عن طريق إنجاب أطفال، فالعلاقة الزوجية في مسارها الطبيعي أن ينجب الزوجان بنين وبنات، فتنشأ بذلك علاقة الأصول والفروع وتكتمل الأسرة بهاتين العلاقتين الأساسيتين، وتنشأ بعض الروابط الأخرى مثل رابطة الأخوة والمصاهرة. إلا أن موضوع بحثنا سينصب فقط على علاقة الأصول بالفروع بعد دراستنا لأثر العلاقة الزوجية في الباب الأول، فقد حثت الشريعة الإسلامية على توثيق الروابط العائلية والاجتماعية بين الآباء والأبناء، وعلى تقوية صلات القربى والمحبة والتعاون وقد ورد هذا في عدة آيات قرآنية، منها قوله تعالى في كتابه الكريم: "وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ"¹. وقوله عز وجل في سورة الكهف: " الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا..."². وقوله أيضا: "وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا..."³.

وقبل التطرق إلى أثر تلك العلاقة في تطبيق القانون الجنائي، لا بد أن نوضح المقصود بالأصول والفروع في نطاق القانون الجنائي.

يقصد بأصول الشخص من تناسل منهم وإن علو فيعتبر من الأصول الأب والأم والجد والجددة وأبواهما دون توقف عند درجة معينة، ودون تفرقة بين جد صحيح (جد لأب) وجد غير صحيح (جد لأم). ويقصد بفروع الشخص من تناسلوا منه وإن نزلوا فيعتبر من الفروع الأبناء والأحفاد وأبناؤهم وأحفادهم وذلك دون توقف عند درجة معينة ودون تفرقة بين الذكور والإناث.

والمرجع في تحديد الصلة بين الأصول والفروع ومدى توافرها من عدمه في قوانين الدول العربية ومنها الجزائر هو قوانين الأحوال الشخصية، وما دام أن هذه الأخيرة تحكمها الشريعة الإسلامية، فإن الصلة بين الأصول والفروع لا تتوافر بالمعنى السابق إلا إذا نتجت عن زواج صحيح شرعا يعد سندا صحيحا لثبوت النسب. وبالتالي لا تتوافر تلك الصلة بين ابن غير شرعي وأبيه سفاحا ولو اعترف به ولو تزوج

¹ - سورة لقمان، الآية 14.

² - سورة الكهف، الآية رقم 46.

³ - أنظر، سورة النساء، الآية 36.

بأمه بعد أن حملت به سفاحا. بينما تتوافر رابطة الأصول والفروع بين ابن السفاح وأمه فهي صلة طبيعية متحققة بواقعة الميلاد وينسب لأمه. كما لا تعترف الشريعة الإسلامية بالتبني، ومن ثم فلا وجود لرابطة الأصول والفروع بين المتبني والمتبني¹.

وبالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري نجد أن القرابة بين الأصول والفروع ذكرت في نص المادة 33 من القانون المدني الجزائري² بقولها: " القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع...". كما نصت المادة 34 من نفس القانون على كيفية حساب درجات هذه القرابة بقولها: " يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود إلى ما عدا هذا الأصل...". أما في قانون الأسرة الجزائري فقد جاء ذكر القرابة في الفصل الخاص بموانع الزواج، وذلك في المادتين 24 و 25 لكن دون التفرقة بين القرابة المباشرة وقرابة الحواشي.

أما كلمة الأصول والفروع في قانون العقوبات الجزائري³ فقد ذكرت في عدة مواد، بداية من جريمة القتل في المادة 258 والمادة 261، إلى أعمال العنف العمدية في المادة 267 والمادة 272 والمادة 276. إضافة إلى المواد 334، 337، 337 مكرر في القسم الخاص بانتهاك الآداب، والمادة 344 في قسم تحريض القصر على الفسق والدعارة. وكذلك المادتين 330 و 331 المتعلقتين بجريمة ترك الأسرة، وبعض المواد في القسم الخاص بترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر والقسم الخاص بخطف القصر وعدم تسليمهم. كما ذكر كلمة الأصول والفروع حتى ضمن جرائم السرقة وإصدار شيك بدون رصيد وخيانة الأمانة، إضافة جريمة الاتجار بالأشخاص ومواد أخرى سنبينها في محلها في هذا الباب، كما سنبين إذا كان مفهوم الأصول والفروع يختلف من جريمة إلى أخرى أم أن له نفس المعنى.

والمتأمل في قانون العقوبات الجزائري أو غيره من القوانين المقارنة سيلاحظ أثر القرابة بين الأصول والفروع في مختلف الجرائم وذلك حسب السياسة الجنائية التي ينتهجها كل مشرع. فقد تأثر تلك القرابة في مجال القواعد الموضوعية على قيام الجريمة فتشكل ركن مفترض فيها أو محل مادي لها. كما قد تأثر على العقوبة الخاصة بالجريمة فتخففها أو تشدد منها، هذا إن لم تعف الجاني من العقوبة بسبب توافر

¹ - أنظر، محمود نجيب حسني، الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، المرجع السابق، ص 147.

² - الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني والمعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

³ - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

تلك القرابة. أضف إلى ذلك أنها يمكن أن تكون سبب إباحة يرفع الصفة التجرىمية عن الفعل المحرم. ولا ينتفي أثر تلك القرابة على القواعد الإجرائية للقانون الجنائي، بحيث تأثر القرابة بين الأصول والفروع في تحريك الدعوى العمومية وسيرها وكذا في تنفيذ الحكم الجنائي.

إلا أننا ومنعا للتكرار لن نتفصل في أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تطبيق القواعد الإجرائية للقانون الجنائي بتخصيص فصل لها. كما أن أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الجنائي يتطلب منا أن نخصص له هذا الباب كاملا، أما أثرها على تطبيق القواعد الإجرائية للقانون الجنائي سنشير إليه باختصار في آخر هذا الباب. وبذلك سنقسم هذا الباب إلى فصلين، فصل نعالج فيه العلاقة بين الأصول والفروع وأثرها في التجريم، وفصل ثان نوضح فيه أثر تلك العلاقة في العقاب:

الفصل الأول

العلاقة بين الأصول والفروع وأثرها في التجريم

إن بعض الجرائم كما سبق الذكر لا يكفي فيها الركن المادي والمعنوي لكي تقوم قانونا، بل تحتاج إلى عنصر مفترض سابق على الجريمة ولازم لقيامها. وكما هو الحال بالنسبة للعلاقة الزوجية التي قد تشكل شرطا مفترضا في بعض الجرائم، نجد أن العلاقة بين الأصول والفروع قد تؤثر في بعض الجرائم فتكون شرطا مفترضا فيها، كما يمكن تكون محلا ماديا في جرائم أخرى.

وبذلك يكون للعلاقة بين الأصول والفروع أثر بالغ في مجال التجريم، وهذا ما سنوضحه من خلال هاذين المبحثين، اذ سنتعرض في المبحث الأول للعلاقة بين الأصول والفروع كشرط مفترض لقيام الجريمة، ونخصص المبحث الثاني للعلاقة بين الأصول والفروع كمحل مادي لبعض الجرائم:

المبحث الأول

العلاقة بين الأصول والفروع كشرط مفترض لقيام الجريمة

يظهر أثر العلاقة بين الأصول والفروع في مجال التجريم بكل وضوح في مسلك أغلب التشريعات الجنائية في اعتبار تلك العلاقة شرطا مفترضا أو عنصرا لازما في جريمة الإجهاض، والتي يعتبر الحمل أو الجنين شرطا مفترضا فيها (المطلب الأول). بالإضافة إلى جرائم أخرى اعتبرت بعض التشريعات الجنائية

العلاقة بين الأصول والفروع شرطا مفترضا فيها، من بينها جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم (المطلب الثاني)، وكذا جرائم إهمال الأولاد (المطلب الثالث).

المطلب الأول

جريمة الإجهاض

اعتبرت القوانين الوضعية الجنين وهو في بطن أمه إنسانا حيا كباقي الناس، يتمتع بكثير من الحقوق لا سيما حقه في الحياة وحقه في الإرث وحقه في أن يوهب أو يوصى له...، يستحقها بمجرد ولادته حيا، ولذلك فإن الاعتداء على الجنين وهو في بطن أمه يشكل جريمة يعاقب عليها القانون.

والواقع أنه لا يوجد تشريع يقر عدم العقاب على الإجهاض مطلقا، وذلك لخطورة جريمة الإجهاض وتعدد المصالح التي قصد المشرع حمايتها من وراء تجريم ذلك الاعتداء. فهناك مصلحة الجنين مهما كان عمره أي حقه في أن يحيى ويستمر تكوينه إلى أن يولد في موعد ولادته الطبيعي وأي مساس به يمثل ضررا على حياته أو على الأقل يمثل ضررا على حقه في اكتمال نموه، فأى مساس بنموه يجعله غير قادر على مواجهة ظروف الحياة بعد خروجه حيا من رحم أمه إن عاش. كما أن تجريم الإسقاط يحمي مصلحة الأم في حياتها وسلامة جسدها لأن الإسقاط يمثل خطرا على سلامة جسم الأم وقد يؤدي بحياتها¹. إضافة إلى أن تجريم الإجهاض يهدف إلى المحافظة على نسل الإنسان، فلولا وجود الأجنة وولادتها لانقرض بنو البشر. فكل فرع نسل لأصله ولو لم ينفصل عنه، أي هناك بين الأم الحامل وحينئذ علاقة أصل بفرعه، وهي العلاقة التي نحن بصدد دراستها كشرط مفترض في هذه الجريمة.

فجريمة الإجهاض يلزم لقيامها توافر شرط مفترض إلى جانب ركنيها المادي والمعنوي ألا وهو وجود حمل أو جنين، وبطبيعة الحال هذا الجنين مرتبط بوجود الأم أي علاقة أصل بفرع، وبالتالي تشكل هذه العلاقة شرطا مفترضا في هذه الجريمة بحيث لو انعدم هذا الشرط لا تقوم هذه الأخيرة. وكما جرم المشرع الإجهاض الواقع من غير الحامل فإنه قد جرم الإجهاض الواقع من الأم الحامل على نفسها، وهذه هي الحالة التي تعيننا في هذا البحث.

ولبحث أثر العلاقة بين الأصول والفروع على جريمة الإجهاض لا بد علينا من التطرق إلى موقف التشريعات الجنائية المقارنة من تجريم الإجهاض (الفرع الأول)، وكذا أركان جريمة الإجهاض والعقوبة المقررة لها (الفرع الثاني). وهذا ما سندرسه من خلال الفروع التالية:

¹ - أنظر، عبد المنعم عبد الرحيم العوضي، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار الفكر العربي، 1991، ص 117 وما بعدها.

الفرع الأول

موقف التشريعات الجنائية المقارنة من تجريم الإجهاض

بالرغم من أن تجريم الإجهاض متفق عليه مبدئياً في أغلب القوانين الجنائية المقارنة، إلا أن هناك استثناءات عديدة جعلت بعض القوانين تبيحه أو تفرضه، وقد اختلفت تلك القوانين في أسباب إباحة فعل الإجهاض باختلاف القيم والمعتقدات السائدة في كل دولة من جهة، وبحسب التحرر الأخلاقي من جهة أخرى. فقد يكون سبب الإجهاض هو اتقاء الفضيحة والعار، كأن تكون المرأة قد حملت الجنين كرهاً أو سفاحاً نتيجة علاقة جنسية بينها وبين أحد المحارم الذي يحرم الزواج به شرعاً، كما قد يكون سببه انقراض حياة الأم من الخطر، أو لضرورة المحافظة عليها فقط¹، أو تكون قد فرضته أسباب سياسية كالحمد من النمو الديموغرافي².

أما في الشريعة الإسلامية فقد اتفق علماءها على الحالة التي تدب فيها الحياة بالجنين فإسقاطه يعد جريمة يستحق مرتكبها عقوبة دنيوية فضلاً عن العقوبة الدينية في الآخرة. ويقول الإمام الغزالي: "ليس العزل كالإجهاض والوآد لأن ذلك جنائية على موجود حاصل والوجود له مراتب وأول مراتب الوجود أن تقع النقطة في الرحم وتحتل بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جنائية، فإذا اصارت نطفة معلقة كانت الجنائية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الحلقة ازدادت الجنائية تفاحشاً ومنتهى التفاحش في الجنائية هي بعد الانفصال حياً"³.

أما عن موقف القانون الفرنسي من تجريم الإجهاض فنجد أن المشرع الفرنسي قد تردد كثيراً بين تجريم الإجهاض وإباحتها. ففي البداية، كان القانون الفرنسي القديم يعتبر فعل الإجهاض في مرتبة القتل سواء دبت الحياة في الجنين أم لا، إلا أن قسوة هذه العقوبة قد أثارت فلاسفة القرن الثامن عشر وطالبوا بالتخفيف منها، وهذا ما حصل بعد قيام الثورة الفرنسية حيث نص قانون العقوبات الصادر سنة 1791 على تجريم فعل من يجهض المرأة الحامل مع جعل عقوبته السجن لمدة عشرين عاماً. ثم جاء قانون العقوبات الفرنسي الصادر سنة 1810 مقررًا في المادة 317 منه على أن عقوبة الإجهاض هي

¹- انظر، عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي لمغربي : القسم الخاص، الطبعة الثانية، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، سنة 2009، ص2.

²-Louise MELANÇON, l'avortement dans une société pluraliste, éditions Paulines, 1993, Paris, p. 23.

³- لأكثر تفصيل أنظر، كريم حسنين إسماعيل، الإجهاض وحق الحياة، أبحاث ووقائع المؤتمر العام الثاني والعشرين، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ب.د.ن، ب.س.ن، ص 5 وما بعدها.

السجن سواء وقع فعل الإجهاض من المرأة الحامل نفسها أم من غيرها. وفي سنة 1923 تم تعديل عقوبة الإجهاض، حيث أصبحت جنحة يعاقب عليها بالحبس والغرامة. وتخفف العقوبة إذا كانت المرأة هي التي أجهضت نفسها بنفسها¹.

إلا أن التشريع الفرنسي لم يلبث أن تعدل في شأن جريمة الإجهاض مرتين في سنة 1933 وسنة 1939، والذي عاقب فيه على الإجهاض وإن لم تكن المرأة حاملا. كما اعتبر اعتياد المرأة على الإجهاض جريمة مستقلة لها عقوبتها. وفي قانون 1979 أجاز للمرأة الحامل أن تقرر إنهاء حملها خلال العشرة أسابيع الأولى دون الحاجة إلى موافقة ولي الأمر أو ممثلها القانوني². وبموجب القانون الصادر في 1993/01/27 أضحى الإجهاض الذاتي عملا مباحا³.

أما التشريع الجزائري فلم تكن هناك نصوص خاصة بجريمة الإجهاض في فترة الاستعمار باستثناء النصوص الفرنسية، إلى أن صدر بعد الاستقلال قانون العقوبات الجزائري بموجب الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، والذي سار على نفس مسار القوانين الجنائية المقارنة في جعل المبدأ هو تجريم الإجهاض وذلك في الفصل الثاني تحت عنوان: الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة في المواد من 304 إلى 313. حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 304 على أن " كل من أجهض أو شرع في إجهاض امرأة حامل أو مفترض حملها، بأن قدم لها مأكولات أو مشروبات أو أدوية، أو باستعمال حركات، أو أعمال عنف، أو أية وسيلة أخرى برضاها أو بدون رضاها، يعاقب بالسجن من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج". وهذا بالنسبة للإجهاض الذي يقع من الغير على الحامل.

أما عن جريمة إجهاض الحامل لنفسها والتي تهمنا في هذا المقام فقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 309 من قانون العقوبات بقوله: " تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض". إلا أنه أجاز فعل الإجهاض في المادة 308 من نفس القانون بشروط معينة، حيث قضت تلك المادة بأنه: " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبه ضرورة

¹ - Dfossez (D), Nouveau code pénal , Paris , 1998, p. 251.

² - Merle (R) et VITU (A), Traité de droit criminel , droit pénal spécial ,(par André VITU), T.2, éd CUJAS, Paris, 1982 , n° 2101, p.1306.

³ - COUVART (P), Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal , R.S.C. 1993, p.474.

انقاد الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطات الإدارية ". وهذا ما أكد عليه المشرع في قانون الصحة رقم 85-105¹ في المادة 72، والتي أباحت الإجهاض إذا اقتضت الضرورة ذلك لإنقاذ حياة الأم من الخطر، أو للمحافظة على توازنها الفسيولوجي أو العقلي، وذلك بشرط أن يتم الإجهاض العلاجي في هيكل طبي متخصص يجرى بمعية طبيب مختص.

ولم يعن المشرع الجنائي بصفة عامة بوضع تعريف محدد للإجهاض، بل اكتفى بإيراد النصوص التي تبين مختلف جرائم الإجهاض مع تحديد أحكامها وعقوباتها، وترك لرجال الفقه والقضاء مهمة وضع تعريف للإجهاض، لذلك لا بد علينا من الوقوف على معناه اللغوي وتعريفه الفقهي.

فالإجهاض لغة مصدر فعل لازم، وهو يعني إسقاط الجنين قبل أوانه بحيث لا يعيش، فيقال أجهضت المرأة نفسها إذا أسقطت جنينها، ولا يقال أجهضها بمعنى جعلها تسقط الجنين وأصله في الناقة، قال ابن منظور في لسان العرب مادة (جهض) جهضت الناقة إجهاضا، وهي مجهض ألفت ولدها لغير تمام، والجمع مجاهيض².

ويتضح أن التعريف اللغوي يقوم على أساس إخراج الجنين من الرحم وهو غير قابل للحياة وهو يقترب من تعريف رجال الطب، إلا أن أطباء التوليد يميزون بين الإجهاض من جهة والولادة المبكرة من جهة أخرى، فمفهوم الإجهاض عندهم يعني إسقاط الجنين من يوم تلقيح البويضة، أو طرد الجنين الذي يعلق خلال المائة والثمانين يوما الأولى من الحمل³. وفي هذه الحالة قد يكون الإسقاط طبيعيا أو عفويا، أو قد يكون ماثارا بفعل شخص ما مما قد يجعل من هذا الإسقاط يكتسي مظهرين، مظهرا علاجيا أو مظهرا إجراميا⁴، ويمكن التمييز بين هذين المظهرين عن طريقة النية الإجرامية فقط⁵. أما الولادة المبكرة فتعرف طبيا بأنها: خروج الحمل أو الجنين من رحم أمه بعد مرور ستة أشهر من الحمل، وهم يميزون أيضا بينما إذا كانت الولادة المبكرة تلقائية أو مثارة.

1 - أنظر، القانون رقم 85-05 المؤرخ 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها والمعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008.

2 - أنظر، ابن منظور، لسان العرب، طبعة دار المعارف، القاهرة، ب. س. ن، ص 78.

3 - انظر، مبارك السعيد بن القائد، القانون الجنائي الخاص، الطبعة الأولى، بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2000، ص 175.

4 - لمزيد من التفصيل انظر، أميرة عدلي أمير، جريمة لإجهاض الحوامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 17.

5 - منصورى المبروك، المرجع السابق، ص 128.

أما من حيث التعريف الاصطلاحي: عرف بعض الفقهاء العرب الإجهاض بأنه: "استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة"¹. وعرفه البعض الآخر² بأنه: "إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي". وتعرفه محكمة النقض المصرية بأنه: "تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان"³.

ويعرفه الفقه الفرنسي⁴ بأنه: "إعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى نتيجة معينة لا وجود للجريمة بدونها، وهي طرد متحصل الحمل قبل أوان ولادته الطبيعي سواء خرج ميتا أو كان حيا ولكنه غير قابل للحياة". ويمكننا القول أن المراد بالإجهاض هو إنهاء حالة الحمل عمدا وبلا ضرورة قبل الأوان، سواء بإعدام الجنين داخل الرحم أو بإخراجه منه ولو حيا قبل الموعد الطبيعي المقدر لولادته⁵. ومن هذا التعريف يتضح أن جريمة الإجهاض تتكون من ثلاثة أركان وهي: ركن مفترض يتمثل في وجود الحمل، ركن مادي وركن معنوي.

الفرع الثاني

أركان جريمة الإجهاض والعقوبة المقررة لها

نصت المادة 309 من قانون العقوبات بقوله: "تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض".

ولبحث صورة إجهاض الحامل نفسها يجدر بنا أن نتعرض إلى أركان الإجهاض وهي:

أولا: الركن المفترض (وجود الحمل):

الركن المفترض في هذه الجريمة هو وجود الحمل، اد يفترض وقوعها على امرأة حامل فعلا أي وجود جنين في رحم المرأة يقع عليه الاعتداء سواء بإخراجه حيا قبل موعد ولادته أو قتله في الرحم، أو فرضا

¹ - انظر، روؤف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الخامسة، 1965، ص 228.

² - أنظر، فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1977، ص 552.

³ . نقض 1976/06/06، مجموعة أحكام النقض، س 23 ق 132، ص 596.

⁴ _Garcon (E), Code pénal annoté, nouvelle édition refondue et mise a jour par Marcel Rouselet, Maurice Patin, Marc Ancel, Pais, Recueil Sirey, 1956, art 317,n° 13.

_ GARRAUD (R), Traité Théorique et pratique de droit pénal français, 3 éd , Librairie de Recueil Siery , 1924. N° 2018.

⁵ - أنظر، حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي _ دراسة مقارنة_، دار النهضة العربية، 1995، ص 11.

بأن توهمت أنها حامل أو توهم غيرها كما جاء في المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري: "كل من أجهض امرأة حامل ومفترض حملها..."¹.

فمن خلال نص هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري يعاقب على فعل الإجهاض سواء وقع الفعل على امرأة حامل فعلا أو يعتقد فقط أنها حامل أي أنه يعاقب على الجريمة المستحيلة. وهذا النص مطابق لنص المادة 317 من قانون العقوبات الفرنسي والمعدلة في 29 جويلية 1939، وهذا ما أخذت به قوانين أخرى كالقانون المغربي والقانون التونسي¹.

وعلى العكس من ذلك إن لم تكن المرأة حاملا لا تقوم الجريمة في قانون العقوبات المصري (المادة 260 من قانون العقوبات)، ولو في صورة الشروع لأن القانون المصري بصريح نص المادة 264 لا يعاقب على الشروع في الإجهاض². فهناك من يرى³ أن عدم وجود الحمل يؤدي إلى تخلف ركن أساسي من أركان الجريمة ألا وهو كون وجود الحمل، وبالتالي لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار اعتقاد وجود الحمل مثل وجود الحمل.

والإشكال الذي يطرح نفسه هنا يتجلى في معرفة ما هي السبل التي نستطيع من خلالها تحديد وقت الحمل حتى نجزم الأفعال التي تأتي بعده، أومتى تعتبر المرأة حاملا؟
لم تتعرض القوانين الوضعية لهذه المسألة، أما بالنسبة للفقهاء فيرى أغلب الفقهاء أن الحمل يتكون من يوم تلقيح البويضة إلى غاية حدوث الولادة الطبيعية⁴.

لكننا لو أخذنا بهذا الرأي على إطلاقه لاعتبرت المرأة التي تستعمل أدوات وأجهزة منع الحمل أو تنظيم النسل مرتكبة لجريمة الإجهاض، ذلك أن البويضة الملقحة تمكث في قناة الرحم مدة ثلاثة أيام ثم بعد ذلك تنزل إلى الرحم لتبقى فيه لمدة عشرة أيام كاملة، ثم بعد ذلك تلصق في جدار الرحم ثم يبدأ تشكيل الجنين، وتسمى هذه العملية بعملية الزرع، حيث إن أدوات وأجهزة منع الحمل، تمنع البويضة

¹ - تنص المادة 214 من المجلة التونسية على أن: "كل من تولى أو حاول أن يتولى إسقاط حمل ظاهر أو محتمل بواسطة أطمعة"...، والمادة 449 من القانون الجنائي المغربي بقولها: "من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلية أو يظن أنها كذلك، برضاها أو بدونه..."

² - بهاء رزقي علي، المرجع السابق، ص 111.

³ - أنظر، كامل السعيد، شرح قانون العقوبات: الجرائم الواقعة على الأخلاق ولآداب العامة ولأسرة، ب ط، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، سنة 1995، ص 191.

⁴ - أنظر، محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار مطابع الشعب، القاهرة، الطبعة السادسة، 1964، ص

الملقحة من عملية الانزراع وليس التلقيح¹. فإذا كان الحمل يبدأ من يوم التلقيح²، أو هو البويضة الملقحة، فإن هذا يعني إن تلك الوسائل والأدوية جميعها تعتبر مجهضة وتبعا لذلك فهي غير مشروعة لأنها مجهضة للحمل وليست مانعة له.

ولتجنب الانتقاد الذي وجه للرأي السابق يرى اتجاه آخر³ أن الحمل بدأ من لحظة الانزراع، وبهذا المعنى فإن الإجهاض يمكن أن يحدث في أيوقت، سواء كان حدث في بداية الحمل أم في نهايته أو في وسطه. وفي هذا الصدد قررت المحكمة المصرية: "بأنه لا يقبل دفاع المتهم عن نفسه في هذه الجريمة، بأن الشريعة الإسلامية تبيح إجهاض الجنين الذي لم يتجاوز أربعة أشهر، وأن المادة 60 من قانون العقوبات تبيح ما تبيحه الشريعة، وإنما ورد عن الشريعة ليس أصلا ثابتا في أدلتها المتفق عليها، وإنما هو اجتهاد انقسم حوله الرأي فيما بينهم"⁴.

¹ - إن هذه الأدوية والأجهزة بمقدورها منع أن تمنع البويضة من التلقيح أو تقف دون بقائها ملقحة لمدة طويلة داخل الرحم، والأكثر من ذلك أن مفعول تلك الأجهزة والأدوية يدوم أو يبقى ساري المفعول مدة اثنتين وسبعين ساعة بعد العملية الجنسية (الجماع). كامل السعيد، المرجع السابق، ص 19.

² - التلقيح يكون نتيجة اتصال جنسي مباشر أو اتصال جنسي غير مباشر:

أ- **الحمل** نتيجة لإتصال جنسي مباشر: وهو الحمل الذي يكون نتيجة لنكاح صحيح، أو نتيجة لنكاح غير صحيح، كجريمة الزنا والفاحشة.

ب - الحمل بغير الإتصال الجنسي المباشر:

- الحمل نتيجة لتلقيح صناعي: الذي هو عبارة عن نقل الحيوان المنوي للرجل ووضعه في رحم المرأة، بأساليب وطرق طبية تختلف عن الإتصال المباشر السالف الذكر، وللتلقيح الصناعي طرق متعددة، فقد يكون داخليا عن طريق حقن الحيوان المنوي الذكري داخل رحم الزوجة، كما قد يكون خارجيا بحيث يتم الإخصاب خارج الرحم كأطفال الأنابيب. أو عن طريق التقنيات المستحدثة الأخرى مثل: الحمل في ظاهرة تأجير الرحم، الحمل في ظاهرة بنوك الأجنة والبويضات الأنثوية، الحمل نتيجة لظاهرة الاستنساخ البشري.

لمزيد من التفصيل أنظر أميرة عدلي، المرجع السابق، ص 40 وما يليها.

³ - لمزيد من التفصيل أنظر إيهاب ياسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجناحية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، السنة 1994، ص 333. أنظر كذلك منال مروان منجد، الإجهاض في القانون الجنائي، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة 2002، ص 4.

⁴ - أنظر نقض 23 نوفمبر 1959 مجموعة أحكام النقض س 10 رقم 190، ص 952 مقتبس عن أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 4.

ووفقا للرأي الراجح في القانون الفرنسي لا يشترط أن يكون الجنين حيا أو قابلا للحياة حيث تقوم جريمة الإجهاض حتى ولو ارتكبت قبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة، والأكثر من ذلك يسأل الجاني عن فعله ولو كان الحمل قد مات موتا طبيعيا قبل الإخراج العمدي¹.

أما المشرع الجزائري فقد حذى حذو المشرع الفرنسي في هذه المسألة، طالما أنه تتبنى المذهب الشخصي، في نظرية الشروع أو المحاولة، التي مفادها أنها تعاقب على الجريمة المستحيلة. حيث نجد أن قانون العقوبات الجزائري، بدوره يعاقب على الشروع في هذه الجريمة، سواء تحققت النتيجة المرغوب فيها أم لم تتحقق بنص القانون. وذهب إلى أبعد من ذلك إذ أنه يعاقب على الجريمة المستحيلة أيضا، عندما يتعلق الأمر بالإجهاض من طرف الغير، وفقا لنص المادة 304 من ق ع ج، على قيام الجريمة على المرأة الحامل أو المفترض حملها².

والجدير بالذكر أن نطاق تجريم الإجهاض يشمل الحمل سواء كان طبيعيا أو اصطناعيا، كما يستوي في ذلك أن تكون العملية الجنسية مشروعة أو غير مشروعة، حيث إذا كان الجنين من علاقة غير مشروعة فهذا لا يعني أنه لا يتمتع بالحماية الجنائية، وبالتالي ينتفي عنه وصف الجنين، فالنصوص القانونية جاءت مطلقة، ولم تفرق بين الأجنة مهما كان سبب وجودها³. إلا أن نصوص الإجهاض لا تحمي جنين الأنابيب الملقح صناعيا خارج الرحم من الاعتداء عليه أو من إتلافه، ولا تشمل الحماية الجنائية بنصوص الإجهاض إلا بعد نقله إلى داخل الرحم⁴.

ثانيا: الركن المادي

كما سبق الذكر فإن ما يعيننا في هذا المقام هو الإجهاض الذي يقع من الحامل على نفسها، وبالأحرى الإجهاض الواقع من الأصل على فرعه أو من الأم الحامل على نفسها، والذي نصت عليه المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري⁵.

¹ - انظر، محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، السنة 2005، ص 61.

² - انظر، أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 40.

³ - لمزيد من التوضيح انظر، كامل السعيد، المرجع السابق، ص 194.

⁴ - محمد عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 345.

⁵ - تقابلها المادة 262 من قانون العقوبات المصري، والمادة 214 من المجلة التونسية، المادة 454 من القانون الجنائي المغربي.

ومن المعلوم أن الركن المادي يتكون من ثلاثة عناصر وهي: السلوك الإجرامي، النتيجة الإجرامية والعلاقة السببية:

أ- السلوك الإجرامي:

يتمثل السلوك الإجرامي في الفعل الذي يصدر عن الأم أو الغير والذي من شأنه إنهاء حالة الحمل وفصل الجنين عن أمه قبل الموعد الطبيعي، وذلك بغض النظر عن الوسيلة المستعملة طالما كانت تلك الوسيلة صالحة لإحداث النتيجة، ومتى كانت النتيجة النهائية خروج الجنين من الرحم سواء كان ميتا أو حيا¹. فقد جاءت المادة 304 من قانون العقوبات الخاصة بجريمة إجهاض الغير للحامل عامة بقولها: "من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لو توافقت....". وهذا ينطبق حتى في حالة المرأة التي تجهض نفسها، فلا تهم الوسيلة أو الطرق التي تستعملها المرأة لتجهض نفسها طالما استعملتها لتحقيق غرض الإجهاض، فالمشرع² لم يعدد كل صور النشاط المكونة للركن المادي وإنما سرد بعض الأمثلة لهذا النشاط فقط، فقد تضاف وسائل أخرى كيميائية مثل إعطاء مادة إلى المرأة حامل، تؤدي إلى تقلصات في عضلات الرحم تكون سببا في إسقاط الجنين، أو دس مادة قاتلة للحمل. والأكثر من ذلك قد تكون أداة ميكانيكية، كإدخال أداة أو آلة في الرحم تقوم بإخراج الجنين، أو قتله في بطن أمه، أو عن طريق أشعة توجه إلى بطن المرأة تؤدي إلى انقباضات في الرحم ينتج عنها إسقاط الجنين. وقد تكون أيضا وسائل عادية وبريئة في ظاهرها كالحمامات الساخنة والتدليك تؤدي إلى طرد الجنين إلى خارج الرحم، أو بممارسة الحامل رياضة عنيفة أو بارتدائها ملابس ضيقة جدا³.

وإذا كانت صورة إجهاض الحامل لنفسها يطلق عليها الإجهاض الإيجابي، فهذا لا يمنع أن تقع بفعل سلمي، فالمرأة الحامل التي لا تحاول أن تمنع الغير من إجهاضها، أو التي تتمكن الغير من استعمال وسائل

¹ - انظر، محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، المرجع السابق، ص 60، 61 و62.

² - تنص المادة 1/241 من المجلة الجنائية التونسية على أنه "كل من تولى أو حاول أن يتولى إسقاط حمل ظاهر أو محتمل بواسطة أطعمة أو مشروبات أو أدوية أو أية وسيلة أخرى سواء كان ذلك برضى الحامل أو بدونه...". ونص المادة 449 من القانون الجنائي المغربي: "من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلية أو يظن أنها كذلك، برضاها أو بدونه سواء كان ذلك بواسطة طعام أو شراب أو عقاقير أو تحايل أو عنف أو أي وسيلة أخرى...".

³ - أنظر، نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، ب ط، دار الهدى، الجزائر، ب س ن، ص 202.

وطرق الإجهاض، كأن تتركه يضرها أو يحددها للقيام بعملية الإسقاط تعتبر قد ارتكبت فعل الامتناع، وبالتالي حققت الفعل السليبي، لك نشريطة أن يكون في استطاعتها الحيلولة دون فعل الإسقاط¹.

ويتضح من نص المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري وكذا المادة 1/214 من المجلة الجنائية التونسية والمادة 449 من القانون الجنائي المغربي، أن الشروع أو المحاولة يعتد ب هويعاقب عليه في جريمة الإجهاض، إذا لم تتحقق النتيجة المرغوبة. كما يستشف من ذات النصوص القانونية أنها أيضا تعاقب على الجريمة المستحيلة، على العكس من المشرع المصري الذي لا يعاقب على ذلك بصريح نص المادة 264 من قانون العقوبات. ذلك أن جريمة الإجهاض في القانون الجزائري والقوانين المتأثرة بالنصوص الفرنسية تقوم حتى لو كانت المرأة مفترضا حملها وليس محققا، وهو ممكن الخلاف مع القانون المصري الذي يشترط وجود الحمل لقيام جريمة الإجهاض.

ومن خلال نص المادة 309 سالفه الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري يعاقب الحامل التي تجهض نفسها عمدا أو محاولتها ذلك أو إذا وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض. في حين أن المشرع المصري ينص في المادة 262 من قانون العقوبات على أن: "المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها". أي أن المشرع المصري قد جرم صورتين من صور سلوك المرأة الحامل في اجهاض نفسها وهما: رضاء المرأة الحامل بتعاطي الأدوية أو رضائها باستعمال الوسائل المؤدية للإسقاط، وتمكين الغير من استعمال تلك الوسائل لها.

ب- النتيجة الإجرامية:

تتمثل النتيجة الإجرامية في طرد الجنين أو الحمل، أي إسقاطا لحمل من رحم أمه قبل أن يحين موعد ولادته، أو أن يكتمل نموه الطبيعي، حيث تعتبر هذه الصورة هي الشائعة واقعيًا، أو بالأحرى فيا حياة العملية. غير أن هناك حالات أخرى تؤدي لقيام الجريمة، كحالة عدم خروج الجنين من الرحم إذا أُنهيت حالة الحمل. وهذا ماذهبت إليه محكمة النقضا لمصرية قائلة: "...إن الإسقاط هو تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان. وتتوافر أركان الجريمة ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها، وليس في

¹ - عبد الله أوهابيبية، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، محاضرات ألقيت بكلية الحقوق، جامعة الجزائري، 2007، ص 227.

استعمال القانون لفظ الإسقاط ما يفيد أن خروج الحمل من الرحم ركن من أركان الجريمة، ذلك أنه يستفاد من نصوص القانون أن المشرع افترض بقاء الأم على قيد الحياة، لذلك استخدم لفظ الإسقاط ولكن ذلك لا ينفي قيام الجريمة متى أنهت حالة الحمل قبل الأوان لو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحامل¹.

وعلى العموم تتخذ النتيجة الإجرامية صورتين وهما:

الصورة الأولى: وهي موت الجنين داخل الرحم، وهذا يشكل اعتداء على حق الجنى في الحياة، وهي الصورة التي لا يتم فيها خروج الجنين من الرحم، لكن مع استحالة مواصلة تطوره ونموه الطبيعي. ففي هذه الحالة أيضا يتم إنهاء الحمل عن طريق تدمير الموطن الطبيعي للحمل أو الجنين والقضاء تماما على ظروف معيشتة أو بقاءه.

الصورة الثانية: هي طرد الجنين حتى ولو كان حيا أو قابلا للحياة قبل الموعد الطبيعي لولادته، وهذا يعد اعتداء على حق الجنين أو الحمل في النمو الطبيعي والولادة الطبيعية داخل الرحم، وتعني هذه الصورة خروج الجنين من الموطن الأول الطبيعي له، بحيث لا يستطيع في أغلب الأحوال العيش أو الحياة²، إذ بمجرد أن يطرد من الرحم يشكل جريمة الإجهاض بصرف النظر عما إن كان حيا أم ميتا.

ج-العلاقة السببية:

إن المبدأ العام المقرر في التشريعات الجنائية المقارنة، هو أن الشخص لا يسأل عن أية نتيجة إجرامية إلا إذا كانت ناتجة عن نشاطه أو سلوكه، تسمى هذه الرابطة المادية فقها بالعلاقة السببية، التي تربط السلوك الإجرامي بالنتيجة الإجرامية، بحيث يكون السلوك هو سبب حدوث النتيجة. وبمعنى آخر فإن النتيجة تعتبر ثمرة السلوك المجرم، فإذا انتفت العلاقة كأن وقعت النتيجة بسبب سلوك آخر، انتفت العلاقة السببية بينهما³.

وبالرجوع إلى النظرية العامة للقانون الجنائي والتي تكفلت بدراسة الإشكاليات التي يطرحها موضوع السببية⁴، يمكن القول أنه لكي تتوافر علاقة السببية في جريمة إجهاض الأم لنفسها يجب أن يكون

¹ - نقض 27 كانون أول 1970 أحكام النقض، س 21 ق 2، مقتبس عن كامل السعيد، المرجع السابق، ص 200.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 3.

³ - عبد الله أوهابيه، المرجع السابق، ص 2.

⁴ - نظرا لتداخل عدة أسباب مختلفة في وقوع النتيجة الإجرامية، وعدم معرفة أي منها ينسب له لإقامة الرابطة السببية ظهرت ثلاثة نظريات حاولت كل واحدة منها وضع معيار مناسب من خلاله نستطيع تقرير مدى وجود الرابطة السببية بين السلوك الضار والنتيجة

السلوك الإجرامي الذي قامت به هو السبب في حدوث النتيجة الإجرامية وهي موت الجنين أو خروجه من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعي¹. وترجع السلطة التقديرية في تحديد توافر العلاقة السببية من عدمه إلى قاضي الموضوع، وذلك على ضوء الملابسات دون أن تفرض على القاضي أية نظرية من نظريات العلاقة السببية شريطة أن يقوم بتعليل موقفه².

وتكون الجريمة تامة إذا تحققت النتيجة الإجرامية في جريمة إجهاض الأم لنفسها. أما إذا لم تتحقق النتيجة المرغوبة فيها فتسأل الأم في هذه الحالة عن الشروع في الإجهاض، وهذا طبقاً للمادة 309 من قانون العقوبات: " تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين... المرأة التي أجهضت نفسها أو حاولت ذلك...". وذلك خلافاً لقانون العقوبات المصري الذي لا يعاقب على الشروع في الإسقاط وفقاً للمادة 264 منه. وإن الحكمة التي توخاها المشرع المصري هنا، هي فتح باب التراجع وتشجيع العدول الاختياري قبل إتمام عملية الإجهاض، بالرغم ماله من آثار ومخاطر تهدد الجنين، حيث قد يترتب على هذا السلوك الإجرامي غير المعاقب عليه قانوناً تشويه الجنين أو إلحاق الضرر به أو قد يفقد عضواً من أعضائه³.

ثالثاً: الركن المعنوي

يعتبر الإجهاض من الجرائم العمدية، إذ لا يمكننا أن نتصور قيام هذه الجريمة بدون توافر القصد الجنائي، ذلك أن القانون لا يعاقب عليها إلا بتوفره. وفي جريمة إجهاض الحامل لنفسها المنصوص عليها في المادة 309 من قانون العقوبات الجزائي، نص المشرع على ذلك صراحة بقوله: "...أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض". ويستلزم القصد الجنائي في جريمة إجهاض الحامل لنفسها أن تنصرف إرادتها إلى ارتكاب واقعة الإجهاض بجميع أركانها وعناصرها التي تتمثل في إنزال الجنين، إضافة إلى علمها بكافة شروطها والعقوبة المقررة لها⁴. ورضا الحامل بالإجهاض لا يعتد به ولا يؤثر على قيام الجريمة، ذلك أن النفس البشرية

الإجرامية، وتتمثل هذه النظريات فيما يلي 1- :نظرية تعادل الأسباب 2 - .نظرية السبب الأقوى أو الفعال 3 - .نظرية السبب الملازم. لمزيد من التفصيل. عبد الله أوهابيه، المرجع السابق، ص 234 وما يليها.

1 - نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، المرجع السابق، ص 310 وما يليها.

2 - عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 238.

3 - أنظر، منال مروان منجد، الإجهاض في القانون الجنائي، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 90.

4 - محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 62.

حرمة ولا تستباح بالإباحة¹. أما في الحالة التي تحاول فيها الحامل الانتحار ثم تفشل محاولتها، مما يترتب عنها وفاة الجنين، ففي هذه الحالة تسأل المرأة عن الجريمة إذا توقعت النتيجة الإجرامية، أو رضيت بها وقبلتها، لأن المشرع يعتد بالقصد الاحتمالي في جرائم الإجهاض².

رابعاً: العقوبة المقررة لجريمة إجهاض الحامل لنفسها

تكيف جريمة إجهاض الحامل لنفسها على أنها جنحة، وذلك حتى لو كانت المرأة الحامل ذات صفة أو استعملت وسائل عنيفة في الإجهاض، لأن المشرع لم يجعل استعمال الوسائل والطرق العنيفة ظرفاً مشدداً لعقوبة هذه الواقعة الإجرامية إلا في صورة وقوعها على الحامل من قبل الغير³.

واعتبار تلك الجريمة جنحة يستشف من العقوبة المقررة لها، فقد عاقب المشرع الجزائري المرأة التي تجهض نفسها من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار طبقاً للمادة 309 من قانون العقوبات. ونفس الشيء بالنسبة للقانونين المغربي والتونسي، فقد اعتبر جريمة إجهاض الحامل لنفسها جنحة، حيث أن المشرع التونسي قد عاقبها بعامين سجنًا وبخطية قدرها ألفا دينار أو بإحدى العقوبتين طبقاً لنص المادة 214. أما بالنسبة للمشرع المغربي عاقبها بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم حسب المادة 454. كما عاقب كل من المشرع الجزائري والمغربي والتونسي على مجرد الشروع في هذه الجريمة. في حين أن المشرع المصري اعتبر جريمة إجهاض الحامل لنفسها جنحة عقوبتها بالحبس، ولم يعاقب على الشروع فيها.

وبمقارنة عقوبة إجهاض الحامل لنفسها في المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري مع عقوبة إجهاض الغير للحامل في المادة 304 من نفس القانون والمتمثلة في الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100000 دينار، نجد أنها أخف. كما أن عقوبة إجهاض الغير للحامل قد تصل إلى السجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة في الحالة التي يفضي فيها الإجهاض إلى الموت، ناهيك عن الظروف المشددة لجريمة إجهاض الغير للحامل المنصوص عليها في المادتين 305 و306 من قانون العقوبات، والمتعلقة باعتياد ممارسة أفعال الإجهاض وصدور تلك الأفعال من ذوي صفة. وكل هذا لا نجد في جريمة إجهاض المرأة لنفسها، فحتى لو كانت الحامل التي تجهض نفسها طبيبة أو قابلة أو غيرها من الصفات المحددة في المادة 306 إلا أنها تعاقب حسب المادة 309 من

1 - محمد عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 345.

2- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، المرجع السابق، ص 524.

3 - بهاء رزقي علي، المرجع السابق، ص 113.

قانون العقوبات، وذلك إن دل على شيء فإنه يدل على محاولة المشرع تخفيف عقوبة إجهاض الحامل لنفسها، مراعيًا وضع المرأة التي تحاول إجهاض نفسها فغالبًا ما تعتمد المرأة إلى إجهاض جنينها إذا كان ناتج عن علاقة غير مشروعة. فعلاقتها بهذا الجنين هي علاقة أصل بفرعه حاول المشرع مراعاتها بتخفيف العقوبة عنها، أي أن علاقة الأم بالجنين في جريمة إجهاض الحامل لنفسها إضافة إلى أنها تعتبر ركن مفترض في الجريمة أي وجود حمل، فإنها أثرت أيضًا في تخفيف العقوبة عن الأم التي تجهض نفسها. وكما تعتبر العلاقة بين الأصول والفروع ركنًا مفترضًا في جريمة الإجهاض، فإن لها تأثيرها في جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم.

المطلب الثاني

جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم

يطلق على هذا النوع من الأفعال مصطلح الفحشاء أو السفاح، وكلمة السفاح مأخوذة من سفح الدمع يسفحه سفحًا، أبنى رسله، وجاءت أيضًا من التسافح والمسافحة، أي الزنا والفجور، وسافحت المرأة مسافحة، أي أقامت مع رجل فجورًا.

ويسمى الزنا بالسفح، لأنه حدث أو وقع دون وجود عقد، وهو مثل الماء المسفوح الذي لا يعترض طريقه أي شيء فالمعنا للغوي للسفاح هو الزنا، أيًا لزنا بالمحارم من ذوي القرابة كالفرع، والأصول، والأخوة. وهي تشكل جريمة دينية، فالعصاة بفعلهم هذا يلحون لأنفسهم ما حرمه الله - عز وجل - إضافة لما تحمله من بشاعة واستنفار في عقول الناس، لما تتعارض مع الطباع البشرية والأخلاق والقيم الإنسانية، مهما اختلفت الديانات والعقائد البشرية¹، وما تحمله من استغلال وسطوة على هؤلاء الأفراد.

إذن فوطء المحرمات من الإناث، جريمة تعاقب عليها كل القوانين الوضعية، والشرائع السماوية، وتنبذ المبادئ الأخلاق والحميدة، لأن إتيانها يشكل اعتداء على المجتمع بكامله وتحطيمًا لركيزة الأساسية في المجتمع، لأن رابطة الدم والنسب والمصاهرة، هي التي تكون الروابط والصلات والعلاقات

¹ - هذا الاتصال مجرم حتى في المجتمعات أو الدول التي تبيح جريمة الزنا، ففي الشريعة العامة الإنجليزية كان السفاح مباحًا، أي لم يكن مجرمًا، لكن المحاكم الكنسية، كانت تحاكم وتعاقب عليه، وعند صدور قانون الزواج، الذي حددت بموجبه درجات القرابة، حظر الزواج في نطاقها، واعتبر هذا العقد باطلاً وأصبح ل أساسه، وأكثر من ذلك إذا وقع اتصال جنسي في هذا الإطار الضيق من درجة القرابة، يشكل جريمة جنائية. انظر كامل السعيد، المرجع السابق، ص 261.

في المجتمع، وجريمة السفاح هي التي تقوم بهدم الروابط والعلاقات الاجتماعية، لذلك عمدت بعض الدول إلى وضع نصوص قانونية تحد منها بالجرائم.

ففي الجزائر أضحى ظاهرة زنا المحارم تشكل إحدى أهم القضايا المتعلقة بالاعتداءات الجنسية في بلادنا، فمصالح الأمن المختصة من درك وأمن وطني يقوم بالتصريح فقط بالقضايا التي يتم التبليغ عنها، إذ الكثير من العائلات تلجأ إلى التستر عن هذه القضايا خوفاً من الفضيحة، كما أن أغلب هذه القضايا غالباً ما تأخذ منحنيات خطيرة، كأن يتعرض الأطفال المعنفين للقتل أو التصفية من أقرب الناس إليهم. وخلال السداسي الأول من عام 2010 تم إحصاء 17 حالة تتعلق بقضايا زنا المحارم¹. ويبقى هذا الرقم بعيداً تماماً عن الرقم الحقيقي كون أن أغلب العائلات لا تقوم بالتبليغ عن عدد من القضايا، خشية من الفضيحة ونظرة المجتمع إليهم، غير أن الظاهرة في تصاعد مستمر وتستدعي تحرك المصالح المختصة وعدم تسامحها بشأن هذه الجرائم، ذلك أن وضع نصوص قانونية تجرم تلك الأفعال دون تطبيقها على أرض الواقع، يجعل من تلك النصوص حبر على ورق لا نصوص تحد من تلك الجريمة البشعة.

وقد جرم المشرع الجزائري زنا المحارم واعتبره من الفواحش التي تتم بين ذوي المحارم وذلك في المادة 337 مكرر من قانون العقوبات، إذ جرم ذلك الفعل بمقتضى الأمر رقم 75-47 المؤرخ في 17/06/1975. حيث نصت المادة 337 مكرر² منه على ما يلي: "تعتبر من الفواحش العلاقات الجنسية التي تقع بين:

- 1_ الأقارب من الفروع والأصول.
- 2_ الإخوة والأخوات الأشقاء من الأب أو الأم.
- 3_ بين شخص وابن أحد إخوته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعهم.
- 4_ الأم أو الأب أو الزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه مع أحد آخر من فروعهم.
- 5_ والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر.
- 6_ من أشخاص يكون أحدهم زوجاً لأخ أو لأخت."

¹ - مراد محامد، ظاهرة زنا المحارم في ارتفاع في الجزائر، نشر في الجزائر نيوز يوم 2010/10/23. منشور على الرابط التالي: <http://www.djazairnews.com/djazairnews/21318>

² - المادة 337 مكرر معدلة بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014 المعدل والمتمم للأمر رقم 66/156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

ومن القوانين التي جرمت الفاحشة بين المحارم القانون الأردني في المادة 285 من قانون العقوبات¹، أما القوانين العربية الأخرى كالقانون المصري أو القانون المغربي أو القانون التونسي، فلم تنص على زنا المحارم كجرمة مستقلة كما فعل المشرع الجزائري إنما تناولتها بطريقة مختلفة.

فالفاحشة في القانون التونسي لها مدلول آخر، ويتضح ذلك من خلال نص المادة 228 من المجلة الجنائية التونسية التي تنص على أنه: "يعاقب بالسجن مدة ستة أعوام كل من اعتدى بالفاحشة على شخص ذكرا كان أو أنثى بدون رضاه.

- ويرفع العقاب إلى اثني عشرة عاما إذا كان المجني عليه دون الثمانية عشر عاما كاملة.

- ويكون العقاب بالسجن المؤبد إذا سبق أو صاحب الاعتداء بفعل الفاحشة في الصورة السابقة استعمال السلاح أو التهديد أو الاحتجاز أو نتج عنه جرح أو بتر عضو أو تشويه أو أي عمل آخر يجعل حياة المعتدى عليه في خطر."

وحتى القضاء التونسي في إحدى قراراته التعقيبية، يقصد بفعل الفاحشة: "بمجرد ملامسة المتهمب عضو تناسله عورة المجني عليه، لما في ذلك من الفحش والخدش بالحياء العرضي ولا يشترط قانونا في تلك الجنائية إذا ارتكبت بالقوة، أي استعمال القوة المادية، بل يكفي إتيان الفعل الماس أو الخادش للحياء العرضي بدون رضا المجني عليه"².

لكن نص القانون الجنائي التونسي على هذا النوع من الجرائم، من خلال المادة 229 من المجلة التونسية، التي نقتح بقانون عدد 23 لسنة 1989 المؤرخ في 27 فبراير 1989 التي أحالتنا إلى المواد 227 مكرر والمادتين 228 و 228 مكرر من نفس القانون. تحت الفقرة الثانية-الاعتداء بما ينافي الحياء-.

أما المشرع المغربي فإنه لا وجود لتسمية الفاحشة ولا لتسمية السفاح لكنه نص على هذه الجريمة، في المادة 487 من القانون الجنائي المغربي، التي أحالتنا بدورها إلى المواد 484 و 485 و 486 منه تحت الفرع السادس انتهاك الآداب.

ويمكن القول أن كلا من المشرعين التونسي والمغربي قد شددوا عقوبة جريمة الاغتصاب حالة ارتكابها من طرف الأصل على الفرع، وجريمة الاغتصاب تختلف عن جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم التي نحن

¹ - كمال السعيد، المرجع السابق، ص 261.

² - انظر، القرار التعقيبي عدد 1229 المؤرخ في 12 سبتمبر 1960، مقتبس عن رضا خماحم، القانون الجنائي التونسي تشريعا وفقها قضاء، الطبعة الثالثة، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، سنة 2003. ص 263.

بصدد دراستها، فالأولى تكون بدون رضا المجني عليه في حين أن الثانية تتطلب أن يكون الفعل برضا الطرفين، إضافة إلى اختلاف الركن المادي في كلتا الجريمتين، وكذلك جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم تتطلب توافر قرابة أسرية بين طرفي العلاقة سواء كانت علاقة أصول بفروع أو قرابة مصاهرة، وبذلك تشكل تلك القرابة ركن مفترض فيها وليس ظرف مشدد للعقوبة فقط.

ويرى عبد العزيز سعد أن جريمة الفاحشة هي: "كل فعل من أفعال الاتصال الجنسي المباشر التي تقع بين شخص ذكر كان أو أنثى وبين أحد محارمه شرعا من أقاربه أو أصهاره أو غيرهم برضائهم المتبادل"¹.

من خلال هذا التعريف وطبقا لما نصت عليه المادة 337 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، يتضح أنه لكي تقوم جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم لا بد أن تتوفر رابطة قرابة أسرية بين طرفي جريمة الفاحشة، بما في ذلك قرابة الأصول بالفروع التي نحن بصدد دراستها، أي أن القرابة الأسرية في هذه الجريمة تشكل ركن مفترض فيها، وذلك إضافة إلى ركنيها المادي والمعنوي. وسنحاول أن نبين أركان هذه الجريمة والمتابعة والجزاء المقررة لها في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

أركان الجريمة

لكي تقوم جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم لا بد أن تتوفر فيها الأركان الآتية:

أولا: الركن المفترض:

لقيام جريمة الفاحشة لا بد من توفر عنصر القرابة، الذي نصت عليها المادة 337 مكرر من قانون العقوبات سابقة الذكر، فإذا لم تتوفر صلة القرابة لا تقوم هذه الجريمة ولكن لا يعني هذا انتفاء صفة التجريم عن هذا الفعل، بل يمكن إخضاعه لنص آخ من القانون الجنائي.

ومن بين أنواع القرابة التي نصت عليها المادة 337 مكرر هي القرابة بين الأصول والفروع التي نحن بصدد دراستها، وبصفة عامة يتبين لنا أن جريمة الفاحشة هي تلك الواقعة التي ترتكب بين الأقارب، وهم الأصول والفروع الشرعيون وغير الشرعيين، وبين الأشقاء والشقيقات، والإخوة والأخوات لأب أو لأم، أو من هم بمنزلة هؤلاء جميعا من الأصهار—وهذا اما لا ينطبق علنا لقانون المغربي والقانون

¹ - انظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظاما لأسرة، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص

التونسي¹ - لتشمل الأعمام والأخوال وأبنائهم. أي أن المشرع الجزائري قد وسع علاقة القرابة والمصاهرة، حيث يشترط لقيام جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم وجود صلة قرابة أو نسب أو مصاهرة بين مرتكبي جريمة الفحش أو وجود أحد أو بعض أسباب التجريم المنصوص عليها في المواد من 24 إلى 30 منقانون الأسرة².

ويثار في شأن الرضاع عدة تساؤلات، فهل تطبق قاعدة: "يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب" قياسا على تحريم الزواج بدوي الأرحام؟ فيكونا لجواب بنعم مع حصر التحريم في الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته طبقا لنص المادة 28 من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "يعد الطفل الرضيع وحده دون إخوته وأخواته ولدا للمرضعة وزوجها وأخا لجميع أولادها ويسري التحريم عليه وعلى فرعه"³. أما فيما يخص الكافل والمكفول فحسب المادة 11 التي تعدل وتتمم المواد 336 و 337 مكرر و 342 و 344 من الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-14 المؤرخ في 4 فبراير 2014، فإنه تطبق على العلاقات الجنسية بين الكافل والمكفول العقوبة المقررة للفاحشة المرتكبة بين الأقارب من الفروع أو الأصول. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وسع من القرابة بين الأصول والفروع لتشمل حتى الكافل والمكفول. ويتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية و/ أو الكفالة.

ونعتقد أن موقف المشرع الجزائري صائب فيما يخص العلاقة الجنسية التي تتم بين الكافل والمكفول، ذلك أن عدم وجود قرابة طبيعية حقيقية بين الكافل والمكفول لا يحوي بشاعة هذه الجريمة. كما أن المكفول يعيش وسط أسرة الكافل لا بمفرده، وبذلك إذا تم فعل الفاحشة بينهما فإنه سينعكس سلبا على الأسرة منحيث سلوكيات أفرادها ككل.

¹ - القانون التونسي والقانون المغربي، لم يشير إلى جريمة الفاحشة أو جريمة السفاح، وإنما أشار إلى واقعة الاغتصاب التي تقع من الأصول فقط، فبهذه الملاحظة يكون القانونان قد حصرا درجة القرابة في أصول المحني عليه لا غير. ولأجل ذلك شتدا العقوبة، والأكثر من ذلك فإن القانونين أضافا كل من له مسطرة عليه أو كانوا معلميه أو خدمته أو أطباءه أو أطباء للأسنان أو كان الاعتداء بإعانة عدة أشخاص وحتى الخدم ومن في حكمهم.

² - القانون رقم 84-11 المؤرخ 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

³ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 139. وأنظر كذلك في هذا المجال عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 76.

ثانيا: الركن المادي

تمثل الركن المادي في جريمة زنا المحارم في الفعل المادي الفاحش، والذي يتوفر بوقوع علاقة جنسية طبيعية تامة بين الرجل والمرأة استنادا إلى رضائهما الصريح المتبادل دون استعمال عنف أو غش أو تهديد أو إكراه مادي أو معنوي من أحد الطرفين ضد الآخر. أما إذا صاحب الفعل تهديد أو إكراه، فإن الوصف الجرمي يصبح اغتصابا لا فحشا.

كما لا تقتصر العلاقة الجنسية في هذه الجريمة على مجرد الوطاء فحسب، الذي يتم بمجرد إيلاج العضو الذكري في فرج المرأة كما هو الحال في جريمة الزنا المذكورة في مادة 339 من قانون العقوبات، بل يتعدى ذلك ليشمل أي إيلاج جنسي، سواء كان الإيلاج في الدبر، أو في الفم ولا يهم إن كان ذكر أو أنثى، ومن ثم تشمل العلاقة حتى اللواط والسحاق بشرط الرضا بطبيعة الحال¹. فإذا لم يتحقق الرضا، اعتبر هذا الفعل، إما فعلا مخلا بالحياء، أو اغتصابا مع استعمال العنف حسب الحالة.

ونفترض في جريمة الفاحشة مساس مباشر بجسم المجني عليه، ويخرج بذلك من نطاقها الأفعال التي يرتكبها الجاني على جسمه أمام نظر المجني عليه مهما كانت درجة فحشاه ومهما بلغ تأثيره عليه. وتجدر الملاحظة أن الوطاء يعد صحيحا ومكون للواقعة الإجرامية، حتى ولو كان الفاعل والمفعول فيه أو أحدهما في سن لا يسمح بحصول الحمل أو يجعله مستحيلا، كحالة العقم أو وجود مرض. لأن الغرض الأساسي من العقاب هو الحيلولة دون الاتصال الجنسي غير المشروع ومعاقبة مرتكبيه، وليس منع اختلاط الأنساب، أو حصول الحمل. وبالتالي يعاقب على الوطاء متى حصل، حتى ولو كان من شيخ طاعن في السن، أو امرأة بلغت سن اليأس، أو صبي لم يبلغ الحلم².

ثالثا: الركن المعنوي:

بالإضافة إلى الركنين السابقين يشترط لقيام جريمة زنا المحارم توافر الركن المعنوي والمتمثل في القصد الجنائي العام³ بعنصره العلم والإرادة، وذلك من خلال علم الجاني بأن ما يأتيه من أفعال يعاقب عليها

¹- جرائم الفواحش، أرشيف شؤون قانونية، بتاريخ 3 ماي 2011. منشور في الموقع التالي:

<http://avocatbencherif.alafdal.net/t321-topic>

²- أنظر، محمد محمد وليد مسلط، جريمة السفاح، دراسة أعدت لنيل درجة الدبلوم فيا لعلوم الجنائية، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2005/2004، ص 10.

³- إن القصد الذي يتطلب هنا هو القصد العام الذي يشمل عنصر الإرادة وعنصر العلم، وليس القصد الخاص، فالقصد العام يكفي لقيام جريمة السفاح، ولا أهمية للقصد الخاص، سواء كان قصد الفاعل الانتقام أو شيء آخر، فالأمر سيان فبمجرد توفر القصد العام تترتب المسؤولية - أنظر محمد محمد وليد مسلط، نفس المرجع، ص 14.

القانون، ومن ثم اتجاه إرادته لتحقيق النتيجة الإجرامية والمتمثلة في الاتصال الجنسي غير المشروع. أي أن الركن المعنوي لجريمة الفاحشة، يتطلب علم الطرفين - الفاعل والمفعول فيه- مرتكبي الجريمة بأن هذه الأفعال التي يأتونها مجرمة قانونا، ورغم ذلك تتجه إرادتهما الحرة إلى ارتكاب الفعل، وبالتالي تتحقق النتيجة المرجوة التي تتمثل في حدوث الاتصال الجنسي غير المشروع. وبمعنى آخر يجب أن يكون الجاني قد أتى الفاحشة عن وعي ودراية بوجود القرابة العائلية، فإذا ثبت جهله بالقرابة انتفت جريمة الفاحشة بين ذوي الأرحام¹. وفي هذا الصدد قد يكون أحد الجناة على علم بهذه القرابة ويجهلها الطرف الآخر، ففي هذه الحالة تقوم جريمة الفاحشة في حق الجاني الأول الذي يعلم بالقرابة، وتنتفي في حق الثاني الذي يجهلها.

أما فيما يتعلق بالمحرم من الرضاع فهل يفترض أيضا العلم بهذه القرابة؟ الإجابة نعم، ما لم يثبت العكس حيث إن عبء الإثبات يقع على المتهم نفسه، إذ يتعين عليه إقامة الدليل على جهله بالقرابة².

الفرع الثاني

المتابعة والجزاء

نتعرض في هذا الفرع لكيفية المتابعة في جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم (أولا)، والجزاء المقرر لها (ثانيا).

أولا: المتابعة

تخضع جريمة زنا المحارم إلى القواعد العامة في تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها باسم المجتمع، أي تحريك أن الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة لا يتوقف على تقديم شكوى من طرف الطرف المضرور، وذلك على عكس جريمة الزنا المذكورة في المادة 339 من قانون العقوبات والتي تتطلب رفع شكوى من الزوج المضرور.

ونعتقد أن السبب في ذلك يرجع إلى أن المشرع رأى أن جريمة الفواحش بين ذوي المحارم تمس بمصلحة المضرور والأسرة بنفس الدرجة التي تمس فيها بكيان المجتمع ككل، بل أن مساسها بمصلحة المجتمع تفوق مساسها بمصلحة المضرور، لذلك لم يقيد المشرع تحريك الدعوى العمومية بشأنها بشكوى من المضرور. أضف إلى ذلك أن تقييد تحريك الدعوى العمومية بشأن هذه الجريمة يضر الأسرة لا يحميها،

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 139.

² - أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 139.

لأن وقوع مثل هذه الجريمة بين الأصول والفروع مثلا قد يؤدي إلى كوارث أخرى، كما لو حدث حمل الأم من ابنتها أو البنت من أبيها ما هو مصير هذه الأسرة ومصير المجتمع ككل؟ أما فيما يخص إثبات جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم، فإنها تثبت بمختلف طرق ووسائل الإثبات كشهادة الشهود أو بالأدلة الشفوية أو حتى وسائل الإثبات الحديثة، بخلاف جريمة الزنا التي قيد المشرع إثباتها بوسائل محددة على سبيل الحصر في المادة 341 من قانون العقوبات¹.

ثانيا: الجزاء

نظرا لبشاعة جريمة زنا المحارم ومساسها بالأسرة، قد شدد المشرع الجزائري العقوبات فيها في المادة 337 مكرر مقارنة مع جريمة الزنا المنصوص عليها في المادة 339 من قانون العقوبات، وقد اختلفت عقوبتها حسب وصفها جنائية كانت أم جنحة مع درجة القرابة:

أ - الحالة الأولى: التي توصف فيها الجريمة بالجنائية.

وهي الحالات التي ترتكب فيها الفاحشة بين الأقارب من الفروع أو الأصول والإخوة والأخوات الأشقاء من الأب أو الأم. وتقدر العقوبة في مثل هذه الحالات بالسجن من 10 إلى 20 سنة. إضافة إلى العقوبات الأصلية، تطبق عقوبات تكميلية على المحكوم عليه. كما يتضمن الحكم المقضي به ضد الأب أو الأم أو الكافل سقوط الولاية و/ أو الكفالة.

وطالما نحن بصدد دراسة أثر العلاقة بين الأصول والفروع على جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم، نقول أنه إضافة إلى اعتبار المشرع القرابة الأسرية بما فيها قرابة الأصول بالفروع ركنا مفترضا فيها، نجد أنه قد شدد العقوبة عنها نظرا لمساسها بكيان الأسرة والمجتمع ككل.

ب - الحالة الثانية: التي توصف فيها الجريمة بالجنحة.

وتوصف بهذا الوصف في الحالات الأخرى، التي تكون فيها العقوبة الحبس من خمس إلى عشر سنوات في الحالات التالية:

- شخص وابن أحد إخوته أو أخواته أو أحد فروعهم.
- بين الأم أو الأب وزوجة أو زوج وأرملة الابن أو أحد فروعهم.
- ولد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وأحد فروع الزوج الآخر.

¹ - تنص المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم اما على محضر قضائي يجره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل ومستندات من المتهم واما بإقرار قضائي.

أما الحالة الأخيرة فتطبق عليها عقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وهي جنحة فعل الفحش المقترف بين أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو أخت الآخر.

وفي الأخير نلاحظ أنه رغم تشديد المشرع لعقوبة جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم إلا أن هذه الأخيرة في تزايد مستمر، وهو ما تؤكد الإحصائيات الخاصة بهذه الجريمة ولو أنها لا تعكس الأرقام الحقيقية، مما يجعلنا نقول أن هذه الجريمة الشنيعة لا يحد منها تشدد المشرع في العقاب عليها، لأن أغلب مرتكبيها لا يبلغ عنهم ولا يصلون إلى المحاكم لتطبق عليهم تلك النصوص، ولذلك لا نجد تطبيقات قضائية كثيرة لهذه الجريمة. وتبقى الأخلاق والقيم الحميدة والتمسك بتعاليم الدين الإسلامي هي المنفذ الوحيد للحد من هذه الجريمة وغيرها من الجرائم الأخرى اللاأخلاقية.

أما الفقه الإسلامي فلا نجد أثر التشديد العقوبة في هذه الواقعة، فقد ذهب جمهور فقهاء الحنفية، والمالكية، والشافعية وبعض الحنابلة والظاهرية إلى أن الزنا بالمحارم يعاقب بحد الزنا، مستدلين على ذلك من عموم نص الآية التي لم تميز بين زنا ذوي الأرحام وغيرهم من الأفراد. من قوله تعالى: "الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عِدَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ"¹. وقد سئل الإمام مالك " أرأيت الذي يزني بأمه التي ولدته أو بعمته أو بأخته أو بذات رحم محرم منه أو بخالته؟. فقال: رأى أنه زنا إن كان ثيبا رجم، وإن كان بكرا جلد مائة، وغرب عاما².

وبالإضافة إلى الجريمتين السابقتين نجد أن العلاقة بين الأصول والفروع لها أثر حتى على جريمة إهمال الأولاد.

المطلب الثالث:

جرائم إهمال الأولاد

عقد الزواج كغيره من العقود يترتب حقوق والتزامات على عاتق طرفيه وهما الزوجين، وتنشأ بموجبه الخلية الأساسية في المجتمع وهي الأسرة التي تعتمد في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبد الآفات الاجتماعية. وعلى هذا الأساس نصت المادة 58 من الدستور

¹ - سورة النور، الآية، رقم 02.

² - مقتبس عن، عبادة فوزية خالد أحمد، الاعتداء على ذوي الأرحام، رسالة قدمت لنيل درجة الماجستير، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، فلسطين، سنة 2011، ص 70.

الجزائري¹ على أن الأسرة تحظى بحماية الدولة والمجتمع، ولتجسيد هذه الحماية تدخل المشرع بنصوص قانونية، منها ما يكرس الحقوق والواجبات المتبادلة بين أفراد الأسرة وهذا ما نظمه قانون الأسرة، ومنها ما يضيف صفة التجريم على الأفعال التي تمس بكيان الأسرة وتماسكها، وهذا ما نص عليه قانون العقوبات في القسم الخامس من الفصل الثاني من الباب الثاني من الجزء الثاني في المواد: 330، 331 و332 منه تحت عنوان: "ترك الأسرة"، والتي تضم أربع جرائم درج الفقه والقضاء على تسميتها جرائم الإهمال العائلي وهي: جريمة ترك مقر الأسرة، جريمة إهمال الزوجة الحامل، جريمة الإهمال المعنوي للأولاد وجريمة عدم تسديد النفقة.

وما يعنينا من هذه الجرائم هو ما يتعلق بالقرابة بين الأصول والفروع وأثرها في هذه الجرائم أي: جريمة ترك مقر الأسرة (الفرع الأول)، جريمة الإهمال المعنوي للأولاد (الفرع الثاني) وجريمة عدم تسديد النفقة (الفرع الثالث) دون جريمة إهمال الزوجة الحامل، ذلك أننا قد تعرضنا لها في الباب الأول من بحثنا عند دراستنا لأثر العلاقة الزوجية في التجريم².

الفرع الأول

جريمة ترك مقر الأسرة

من مقاصد الزواج تكوين أسرة أساسها المواد والرحمة تعتمد على التكافل والترابط الاجتماعي وحسن المعاشرة، فإن تخلى أحد الوالدين عن التزاماته وترك مقر الزوجية لمدة تتجاوز الشهرين دون القيام بالالتزامات الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية بغير سبب جدي يشكل جريمة يعاقب عليها القانون، وهذا ما ذهبت إليه المادة 1/330 من قانون العقوبات³ بقولها: "يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة من 25000 دج إلى 100000 دج:

¹ - بمقتضى القانون رقم 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016 المعدل للدستور أصبح نص المادة 58 كالاتي: " تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع.

تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفل.

تكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب.

يقمع القانون العنف ضد الأطفال".

² - أنظر الأطروحة سابقا، ص 64 وما بعدها.

³ - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

1- أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (2) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي. ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع يبنى عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية.

وقد عدلت هذه المادة بمقتضى الأمر رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 المعدل والمتمم لقانون العقوبات كالتالي: " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500000 دج إلى 200000 دج: 1_ أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (2) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي. ولا تنقطع مدة الشهرين (2) إلا بالعودة إلى مقر الأسرة علوضع يبنى عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية.

وبذلك عدل المشرع الجزائري من العقوبة المقررة لهذه الجريمة وكذلك عدل حرف العطف "أو" ب حرف "و" فيما يخص الإلتزامات الأدبية "و" المادية بدل الإلتزامات الأدبية "أو" المادية. وقد نص القانون المغربي أيضا على جريمة ترك الأسرة في المادة 479 من القانون الجنائي كما يلي: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط:

1- الأب أو الأم إذا ما ترك أحدهما بيت الأسرة دون موجب قاهر لمدة تزيد عن شهرين وتملص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة. ولا ينقطع أجل الشهرين إلا بالرجوع إلى بيت الأسرة رجوعا ينم عن إرادة استئناف الحياة العائلية بصورة نهائية.

2- الزوج الذي يترك عمدا، لأكثر من شهرين ودون موجب قاهر، زوجته وهوى علم أنها حامل". أما المشرع الفرنسي فقد أورد هذه الجريمة ضمن أحكام قانون العقوبات في المادة 357، والتي تقابلها المادة 17/227 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد¹. في حين اقتصر المشرع المصري على إدراج جريمة الهجر المادي للأسرة في المادة 1/293 من قانون العقوبات، دون أن يكثرث لجريمة ترك مقر

¹ - André VITU , traité de droit criminel, droit pénal spécial, n° 2081, CUJAS, Paris , 1982, p. 1689 .

الأسرة والهجر المعنوي للزوجة أو الأولاد، وذلك راجع لاعتبار المشرع المصري أن الهجر المعنوي هدفه وقائي أكثر منه علاجي بشأن رعاية الأسرة وتفادي تفككها¹.

ولكي تقوم جريمة ترك مقر الأسرة لا بد من توافر مجموعة من الأركان سنحاول أن نوضحها فيما

يلي:

أولاً: القرابة الأسرية:

ونعني بذلك أن يكون الشخص تارك منزل الزوجية متوفراً على صفة الأب أو الأم، حيث نصت المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: "أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وذلك بغير سبب جدي...". والمادة 479 من القانون الجنائي المغربي التي جرى نصها على النحو التالي: "الأب أو الأم إذا ماترك أحدهما بيت الأسرة دون موجب قاهر لمدة تزيد عن شهرين وتخلص من كل أو بعض واجباته المعنوية والمادية الناشئة عن الولاية الأبوية أو الوصاية أو الحضانة...".

ومنه نرى أن الفروع غير الأبناء المباشرين أي الأحفاد، لا يستفيدون من الحماية الجنائية المقررة للأبناء، بمعنى أنه حينما يكونا لجد أو الجدة مع حفيده ويترك أحد الأجداد مقر الأسرة، فلا يمكن متابعة أحد الأصول جزائياً، بجريمة ترك مقر الزوجية، ذلك أن المتهم تارك مقر الأسرة لا بد أن تتوفر فيه صفة الأب أو الأم. أما العلاقة البعيدة التي تكون بين الأحفاد مع أصولهم فلا تنطبق عليها جريمة ترك مقر الأسرة. غير أن المشرع أشار في المادة 1/330 من قانون العقوبات لأحد الوالدين الذي تخلى عن التزاماته المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، وبالرجوع إلى المادة 92 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون". وبالاستناد إلى ما جاء قرار للمحكمة العليا بقولها: يصبح الجد بحكم المادة 92 من قانون الأسرة²، وصيا على الولد القاصر، يتيم الأبوين³، فإنه يمكن للجد أن يتابع جزائياً لارتكابه جريمة ترك الأسرة المنصوص عليها في المادة 1/330 إذا ما كان وصيا على حفيده القاصر وتخلي عن التزاماته الأدبية والمادية لمدة تتجاوز الشهرين.

1- محمد عبد الرؤوف، المرجع السابق، ص 361.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة والمعدل والمتمم.

3- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 15/05/2006، ملف رقم 363794، مجلة المحكمة العليا، عدد 2/2006، ص 461.

ومنه كان على المشرع الجزائري إذا أراد حصر مرتكبي جريمة ترك مقر الأسرة في أحد الأبوين فقط دون الأجداد، أن يوضح ذلك صراحة لا يبين أن الشخص الذي يتخلى عن التزاماته الأدبية والمادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية يعد مرتكبا لتلك الجريمة، وإلا أدخلنا تحت طائلة هذه الجريمة العديد من الأشخاص، ونكون قد تعارضنا مع مبدأ شرعية قانون العقوبات وفسرنا النص الجنائي تفسيراً واسعاً.

كما يلاحظ أنه ورد في المادة 330 من قانون العقوبات بمصطلح أحد الوالدين، بدون أن يبين لنا المشرع إن كان ذلك المصطلح يشمل الأب والأم الشرعيين فقط؟ أو حتى الأبوان غير الشرعيين كذلك؟ وبالتالي هل يمكن ارتكاب جريمة ترك مقر الأسرة من طرف الأب الطبيعي أو المتبني؟

الفقه الفرنسي انقسم إلى قسمين من حيث تفسير نص المادة 357 من قانون 1942 الذي بدوره عاقب من ارتكب جريمة ترك الأسرة خاصة فيما يتعلق بحماية الأولاد الطبيعيين. حيث لا يرى بعض الفقهاء الفرنسيين أي مشكل في توسيع هذه الحماية لتشمل الأولاد الطبيعيين، في حين عارض الفريق الثاني تمديد هذه الحماية لتشمل الولد الطبيعي، لأن الهدف الأول للمشرع في نظرهم هو إصلاح كرامة الأسرة الشرعية فقط، إذ نصت المادة 357 على لفظي أب أو أم الأسرة، فهي ألفاظ لا تنطبق إلا على الأسرة الشرعية.

أما في الوقت الحالي نجد أن قانون 3 يناير 1972 المتعلق بالنسب والذي يعطي الولد الطبيعي نفس الحقوق التي يتمتع بها الولد الشرعي، قد وحد رأياً لفقه وموقف القضاء في هذه المسألة¹. أما فيما يخص القانون الجزائري فإنه لم يطرح هذا المشكل أمام القضاء، إلا أنه يمكن القول أن المادة 330 من قانون العقوبات التي عاقبت على جنحة ترك مقر الأسرة، ترتبط بقانون الأسرة الجزائري الذي فرض الواجبات المادية والمعنوية للأب والأم نحو أبنائهما القصر، لذلك فالحماية الجزائية للولد المتبني لا يمكن توسيعها لتشمله، فقانون الأسرة لا يعترف بالأسرة المتبنية، فقد نصت المادة 46 من قانون الأسرة على أنه: "يمنع التبني شرعاً وقانوناً".

ونفس الشيء بالنسبة للقانون المغربي الذي نص على جريمة ترك الأسرة في المادة 479 من القانون الجنائي، فهو لا يعترف بالبنوة غير الشرعية في المدونة المغربية وهذا ما جاء في المادة 148 من تلك المدونة بقولها: "لا يترتب على البنوة غير الشرعية بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية".

¹ - أنظر، أزيك سعيد، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، ب ط، الهلال العربية للطباعة والنشر، 1992، ص 31.

أما فيما يخص الأم فقد نصت المادة 147 من المدونة المغربية على أنه: " تعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاعتصاب".

وقد يثار التساؤل أيضا حول ما إذا كان الأطفال المكفولين معينين بالحماية القانونية المقررة في المادة 1-330، خاصة وأن المادة 116 من قانون الأسرة، تعرف الكفالة على أنها: " التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه...". كما أن المادة 121 من قانون الأسرة تخول الكفالة الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية التي يتمتع بها الولد الأصلي. ومنه فإن الالتزامات الأدبية والمادية التي يتحملها الأب يتحملها الكافل. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأنه: " يجب على الكافل القيام بالإنفاق على الطفل المكفول وتربيته ورعايته قيام الأب بابنه، باعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت تخليه عن الكفالة"¹.

وبالتالي إذا تخلى عن تلك الالتزامات لمدة تتجاوز الشهرين فإنه يرتكب جريمة ترك الأسرة المنصوص عليها في المادة 1/330 من قانون العقوبات، ما لم يثبت تخليه عن الكفالة بطبيعة الحال لأنها التزام على وجه التبرع حسب المادة 116 سابقة الذكر.

أما فيما يخص الولد غير شرعي فنجد أن المادة 119 من قانون الأسرة² نصت على أنه: " الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب". وبالتالي إذا كان المكفول مجهول النسب ولم يتخلى الكافل عن الكفالة، فإنه يقع على عاتقه الالتزامات الأدبية والمادية التي إذا تخلى عنها، يعد مرتكبا للجريمة المنصوص عليها في المادة 1/330 من قانون العقوبات. أضف إلى ذلك أنه بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية حالة عدم وجود نص، فإن الإبن غير الشرعي ينسب لأمه. وبالتالي إذا كان من ترك مقر الأسرة وتخلى عن التزاماته هي الأم، فإنه يمكن أن نطبق بشأنها المادة 1/330 سابقة الذكر.

كما يشترط إضافة إلى قرابة الأبوة أو الأمومة لكي تتوافر جريمة ترك مقر الأسرة، ضرورة وجود زواج شرعي يربط بين الزوجين، لأن مجرد تقديم الشكوى من أي امرأة ضد أير جل تزعم أنه زوجها، وأنه تركها وترك مسكن الزوجية دون مبرر شرعي لا يكفي وحده لاثامه بارتكاب جريمة ترك مقر الأسرة ومتابعته جزائيا ثم معاقبته وفقا لأحكام المادة 330 من قانون العقوبات، إلا إذا تمكنت من تقديم

1- أنظر، المحكمة العليا، غ.أ.ش، 2006/12/13، ملف رقم، 369032، مجلة المحكمة العليا، عدد 2/2007. ص 443.

2 - القانون 84_11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

وثيقة عقد الزواج المسجلة في سجلات الحالة المدنية، وإثبات أنّ الزواج الذي يحكمه هذا العقد مازال قائما ولم ينحل بأيّ سبب من أسباب انحلال عقد الزواج.

ثانيا: الركن المادي

يقتضي هذا الركن توافر أربع عناصر مجتمعة وتمثل في: الابتعاد جسديا عن مقر الأسرة (أ)، وجود ولد أو عدة أولاد (ب)، عدم الوفاء بالالتزامات العائلية دون سبب جدي (ج)، وأخيرا أن تكون المدة أكثر من شهرين (د).

أ- الابتعاد جسديا عن مقر الأسرة:

من شروط قيام هذه الجنحة الابتعاد جسديا عن المنزل العائلي، أي مقر الأسرة بمعنى مكان إقامة الأب والأم والأبناء القصر، وهذا يقتضي بالضرورة وجود بيت زوجية يتركه المتهم مع التملص من واجباته العائلية. فهذه الجريمة تقتضي ترك أحد الزوجين مقر الأسرة المعتاد وبقاء الزوج الآخر بمقر الزوجية. أما إذا ترك الزوج بيت الزوجية وقامت الزوجة رفقة الأبناء بالتوجه إلى بيت أهلها، فإن مقر الأسرة يكون منعما¹. وكذلك إذا كان الزوجان بعد زفافهما يعيشان منفصلين، بحيث يظل الزوج في بيت أهله وتظل الزوجة هي الأخرى مأكثة في بيت أهلها تمارس حضانة ورعاية أولادها، ففي هذه الحالة ينعدم وجود مقر الأسرة، وبالتالي قد يحكم القاضي بعدم قيام هذه الجريمة². وعلى هذا الأساس قضي بأن: "...الأفعال المنسوبة للمتهم غير قائمة طالما ثبت أن الضحية هي التي غادرت بيت الزوجية، وعليه فإن عناصر جنحة ترك مقر الأسرة غير متوفرة في قضية الحال"³. وفي نفس السياق قضي بأن: "...حيث أنه ثبت من الملف أن عناصر المادة 330 من قانون العقوبات غير ثابتة تجاه المتهم بحيث أن الثابت وأن الضحية هي التي غادرت المحل الزوجي كما هو ثابت في القضية المتعلقة بالأحوال الشخصية"⁴. والحديث عن الابتعاد الجسدي عن مقر الأسرة يقتضي منا تحديد المقصود بمقر الأسرة أو بيت الزوجية باعتباره عنصرا هاما في هذه الجريمة، فبيت الزوجين أو مسكن الزوجية هو مكان تواجد وإقامة

1 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 146 .

2 - أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 150.

3 - مجلس قضاء بومرداس، الغرفة الجزائرية، 2002/04/23، فهرس 509/2002: غير منشور، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 151.

4 - مجلس قضاء بومرداس، الغرفة الجزائرية، 2003/01/07، فهرس 30: غير منشور، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 151.

الزوجين مع بعضهما البعض وهو يحوي عنصرين، عنصر معنوي ويتمثل في الشعور ونية الإقامة في المكان باعتباره مسكن الزوجية، وعنصر مادي يتمثل في البقاء في الأمكنة لمدة معينة. وعليه يمكن أن يكون بيت الزوجية مسكن مستقل عن أهل الزوج والزوجة، ويمكن أن يكون مسكن الزوجية عبارة عن غرفة من مسكن أهل الزوج كما هو الحال في الأسرة المكبرة، وهذه المسألة يرجع تقديرها إلى قاض الموضوع¹.

ودراستنا لهذه الجريمة تثير تساؤلات فيما يخص مصطلح الإهمال أو الترك، فهل يشمل فقط هجر بيت الزوجية أم أنه يمتد ليشمل المهجران في المضجع؟ وبمعنى آخر هل يمكن لأحد الزوجين الذي تم هجرانه في المضجع من الطرف الزوج الآخر أن يتمسك بنص المادة 1/330 من قانون العقوبات الجزائري لإرغامه للعدول عن تصرفه؟

ما نلاحظه هو أن نص المادة 1/330 من قانون العقوبات الجزائري لم يوفر أي حماية للزوجة في هذه الحالة، إذ أن المشرع كان صريحاً فقد جعل من غيبة الزوج وابتعاده جسدياً عن مقر الأسرة عنصراً لقيام الجريمة، وما عدا ذلك فلا مجال للحديث عن جريمة ترك الأسرة. وعليه إذا ما بقي الزوج في بيت الزوجية، والتزم بكافة واجباته المادية حيال زوجته وأولاده غير أنه امتنع عن مضاجعتها وقرر هجرها في الفراش دون وجه حق، فإن جريمة ترك مقر الأسرة لا تكون قائمة في حقه، ذلك أن المادة 1/330 من قانون العقوبات نصت على أحد الوالدين الذي يهجر مقر أسرته وليس أحد الزوجين الذي هجر فراش النوم. وعليه فالهجر في المضجع الذي نص عليه المشرع في المادة 53 من قانون الأسرة يخرج من نطاق الحماية الجزائية المقررة بنص المادة 1/330 من قانون العقوبات. وفي حالة حدوث ذلك ما على الزوجة إلا إتباع الطريق المدني والاستفادة من الحماية التي أقرها لها المشرع في نص المادة 3/53 من قانون الأسرة الجزائري لتطلب التخليق للهجر في المضجع.

فالحماية المقررة بنص المادة 1/330 من قانون العقوبات هي حماية خاصة بالأسرة كلها وليس الزوجين فقط، ذلك أن الزوجين الغير حاضنين لا يستفيدان من هذه الحماية، فأساس الجريمة هنا هو وجود أطفال صغار محزونين أي وجود علاقة أبوة وأمومة وعلاقة بنوة من جهة أخرى.

¹ - إذا رجعنا إلى نص المادة 1/330 المكتوب باللغة الفرنسية نجد أن المشرع استعمل لفظين *la résidence familiale* وهو الأصل في النص الصادر باللغة العربية فاستعمل لفظ مقر أسرته *foyer familiale*، فلفظ مقر أسرة هو مصطلح غير قانوني محض ولا نجد له تفسير في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي ينظم الإقامة أو الموطن.

ب-وجود ولد أو عدة أولاد:

لا تقوم جريمة ترك مقر الأسرة إلا في حالة وجود ولد أو عدة أولاد، إذ لا تقوم الجريمة في حق الزوجين اللذين لا ولد لهما إذ جاء النص ليقرر حماية للأبناء خاصة، بنص المشرع علما لتخلي عن الالتزامات الأدبية والمادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية¹. ولا مجال للكلام عن الولاية

¹ - هناك فرق بين السلطة الأبوية والولاية القانونية حيث أن:

السلطة الأبوية: تعني في أصلها اللغوي "حكم الأب"، وتعود في جذورها كمفهوم إلى الحضارة الرومانية، حيث كان رب الأسرة يملك السلطة المطلقة على كل من تحت ولايته من البنين والبنات والزوجات والأبناء، وكانت هذه السلطة حكراً على الرجال فقط، وكانت تشمل البيع والنفي والتعذيب، وكان رب الأسرة هو مالك أموال الأسرة وهو المتصرف فيها، وهو الذي يتولى تزويج الأبناء والبنات دون إذنهم أو مشورتهم. ويمكن إدراك هذا التصور الاستبدادي لسلطة الأب داخل الأسرة من اشتقاق كلمة الأسرة Familia ذاته، حيث كان يعني عند الرومان الحق لو البيت والأموال والعبيد، أو التركة التي يتركها الأب والزوج للورثة، وبذلك كانت المرأة جزءاً من ثروة الرجل. وقد استخدم مفهوم "الأبوية" في الكتابات الحديثة لنقد سيطرة الأب داخل الأسرة، وكان الإنكليزي روبر تفيلمر "في القرن السابع عشر أول من استخدم نموذج الأسرة الأبوية في تحليله لنظم الحكم، حيث رأى أن الحكومات المستبدة هي التي يعامل فيها الحاكم رعاياه كما يعامل الرجل زوجته وأولاده، وهو الطرح الذي انتقده" لوك "كاقتراب لتحليل الظاهرة السياسية، وإن لم يعارض سلطة الأب داخل الأسرة. ثم شاع بعد ذلك استخدام المفهوم خاصة في الكتابات الماركسية عند ماركس وأنجلز، كما أنه يُعد مفهوماً محورياً في نقد النسوية لسلطة الرجل وبنية الأسرة والمجتمع. أنظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ب. س. ن، ص 142-145.

أما الولاية القانونية: فهي ثبوت الولاية الأصلية للأب ثم الأم بعد وفاته وذلك وفقاً للمادة 87 من قانون الأسرة والتي تنص على مايلي: "يكون الأب ولياً على أولاده القصر، وبعد وفاته تحل الأم محله قانوناً". ولا يجوز للأبوين التنازل أو التخلي عنها، وإلا تعرضا للعقوبة، المنصوص عنها بالمادة 330 من قانون العقوبات نتيجة التخلي عن كافة التزاماته الأدبية والمادية المترتبة على السلطة الأبوية، أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب. والولاية شخصية لا تنتقل إلى الورثة، وتستلزم إنفاق الوالدين على أولادهم إذا لم يكن لهم مال، ويكون ذلك بالنسبة للذكور إلى حين بلوغهم سن الرشد، أما الإناث إلى حين زواجهن. أما إذا كان للأولاد أموال، فالوالدان ينفقان عليهم في حدود تلك الأموال، وفي هذا الصدد تنص المادة 75 من قانون الأسرة على مايلي: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، وبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول، وتستمر في حالة إذا ما كان الولد عاجزاً لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولاً للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب". وتكون الولاية شاملة لجميع أموال القاصر إلا إذا كان قد وهب للقاصر أو أوصي له، مع شرط استبعاد ولاية الأب، ولا بد من تعيين وصي خاص يتولى إدارتها. وللولي عموماً إدارة أموال القاصر، والتصرف فيها ويكون مسئولاً عن ذلك مسؤولية الرجل الحريص على أمواله وفقاً للمادة 88 من قانون الأسرة والتي تنص على مايلي: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسئولاً طبقاً لمقتضيات القانون لعام، وعليه يجب أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية: - بيع العقار وقسمته، ورهنه. - بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة - استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض. - إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات، أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

دون وجود رابطة الأبوة أو الأمومة، وعليه فإن الجريمة لا تقوم في حق الأجداد كما ذكرنا سابقا، إذ أن المادة 330 ق.ع حصرت الجريمة في أحد الوالدين.

وعليه لا مجال للحدّث على السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية دون وجود رابطة الأبوة أو الأمومة. وعليه قضى بعدم قيام الجريمة كون المتهم ليست له صفة الأب حيث جاء في حيثيات الحكم بأنه: " حيث أنه تبين للمحكمة من خلال الملف والمناقشات أن الوقائع المتابع بها المتهم لا تؤلف من عناصرها المتوفرة الشروط المطلوبة لأركان جنحة الإهمال العائلي ففي حين تشترط المادة 330 من قانون العقوبات أن الأب الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز الشهرين...وهي شروط غير متوفرة في قضية الحالاذ أن المتهم ليست له صفة الأب لكونه ليس له أولاد ولم يترك مقر الزوجية..."¹.

ج-عدم الوفاء بالالتزامات العائلية دون سبب جدي:

تقتضي الجريمة أن يصاحب ترك مقر الأسرة التخلي عن كافة أو بعض الالتزامات الزوجية التي تقع على كل من الأب والأم تجاه الزوج والأولاد دون سبب جدي، وبذلك تقتضي الجريمة بالنسبة للأب وهو صاحب السلطة الأبوية التخلي عن كافة التزاماته في ممارسة ما يفرضه عليه القانون نحو أولاده وزوجه، وتقتضي الجريمة بالنسبة للأم وهي صاحبة الوصاية القانونية على الأولاد عند وفاة الأب التخلي عن التزاماتها نحو أولادها وزوجها².

والالتزامات الزوجية قد تكون أدبية تتعلق برعاية وحماية أفراد الأسرة أو مادية تتعلق بضمان حاجياتهم

المعيشية:

1-الالتزامات الأدبية:

تتمثل هذه الالتزامات في رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا³، وإذا كان الأب حيا وانحلت الرابطة الزوجية تنتقل الالتزامات الأدبية إلى الأم إذا كانت

وتنقضي ولاية الأب والأم ببلوغ القاصر سن الرشد، أو بعجز الولي أو موته أو الحجر عليه، أو غيابه. أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الطبعة الثانية، 1989، ص 120-126.

أما الوصاية القانونية فلها نفس تعريف الولاية إلا أن الوصي يكون في غياب الولي، بمعنى أن الوصي يوصى له بالمسؤولية على القاصر ويعين الوصي من الأب أو الجد للولد القاصر، وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم طبقا للمادة 92 من قانون الأسرة.

1 - محكمة بومرداس، قسم الجنح، 2003/02/15، فهرس 307.

2 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 146، 147.

3 - المادة 64 من قانون الأسرة.

حاضنة، وفي هذه الحالة تنقضي التزامات الأم بالنسبة للذكر ببلوغه 10 سنوات وبالنسبة للأنثى ببلوغها سن الزواج أي 19 سنة وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية¹، ويبقى الأب ملزم بالالتزامات المادية. في حين تنتقل إليها كافة الالتزامات سواء أدبية أو مادية في حالة وفاة الأب باعتبارها صاحبة الولاية القانونية.

2_الالتزامات المادية:

تتمثل هذه الإلتزمات أساسا في النفقة، إذ تجب نفقة الزوج على زوجته وعلى أبنائه، وبالنسبة للذكور إلى بلوغه سن الرشد أي بلوغ 19 سنة والإناث إلى الدخول، وتستمر إذا كان الولد عاجزا لإعاقه عقلية أو بدنية أو مزاولا للدراسة، وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب². وتشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات وفقا للعرف والعادة طبقا للمادة 78 من قانون الأسرة. وقد تدخل المشرع بتجريم الامتناع عن دفع النفقة الغذائية بنص المادة 331 من قانون العقوبات³ واعتبرها صورة من صور الإهمال العائلي قائمة بذاتها حرصا منه على صحة وسلامة أفراد الأسرة. وعليه يستخلص مما سبق أن الأب أو الأم الذي يترك مقر أسرته دون التخلي عن واجباته الأدبية والمادية لا يعتبر مرتكبا لجريمة ترك مقر الأسرة، وبذلك فإن الإشارة إلى توفر عنصر التخلي عن هذه الالتزامات أمر ضروري لإثبات قيام الجريمة رغم اكتفاء الأحكام والقرارات القضائية بالإشارة إلى هذا العنصر دون تحديد الالتزامات التي أحل بها المتهم، فقد ورد في حكم لمحكمة بومرداس بأنه: " حيث ثبت للمحكمة من الملف والمناقشات أن الوقائع المتابع بها المتهم و المتعلقة بالإهمال العائلي ثابتة ضده...وتخلى عن الالتزامات الأدبية و المادية تجاه أولاده و أسرته..."⁴.

ويشترط أن يكون تخلي الأب أو الأم عن الالتزامات العائلية بدون سبب جدي، لأنه إذا توافرت أفعال مبررة وهي ظروف خاصة ترغم صاحبها على مغادرة مقر الأسرة، سواء كانت عائلية أو صحية أو مهنية، بحيث تدفع الأب إلى ترك مقر الأسرة أو بيت الزوجية، ويتخلى عن كل أو بعض التزاماته العائلية، كسبب أداء الخدمة الوطنية أو داعي البحث عن العمل... الخ. فإن السبب عندئذ يعتبر سببا

1 - المادة 65 قانون أسرة.

2 - المادتان 74 و75 من قانون الأسرة.

3 - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

4 - محكمة بومرداس، 2003/02/22، فهرس 330. مقتبس عن أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 147.

جديا وشرعيا وليس فيه نية الإضرار بأفراد الأسرة¹، ذلك أن المشرع اشترط لقيام جريمة ترك مقر الأسرة أن يكون ذلك الترك بدون سبب جدي، غير أن سوء النية هو أمر مفترض ومن ثم فعلى الزوج الذي ترك مقر الأسرة إثبات قيام السبب الجدي². فإن أثبت السبب الجدي كان من الممكن أن ينفي نيته الإجرامية في ارتكاب جريمة ترك مقر الأسرة.

وإن كنا لم نعثر في القضاء الجزائري على حالات اعتبر فيها السبب جديا، فالثابت من القضاء الفرنسي أنه متشدد في قبوله. وهكذا قضي بأن نفور الزوج من حماته لا يشكل سببا شرعيا لمغادرة الزوج بيت الزوجية³. كما قضي بعدم جواز مغادرة الزوج محل الزوجية بحجة سوء سيرة الزوجة إذا ما ثبت أنه غادر محل الزوجية للعيش مع خليلته تاركا أولاده القصر تحت رعاية زوجته⁴. وبالمقابل قضي بأن سوء معاملة الزوجة يشكل سببا شرعيا يبرر مغادرتها لمقر الزوجية⁵. كما يعد سببا شرعيا لمغادرة الزوج بيت الزوجية بحثا عن العمل اذا ما استمر في التكفل ماديا بزوجته وأبنائه. فالسبب الجدي لترك الأسرة يعتبر من أهم العناصر المكونة لجريمة ترك مقر الأسرة، والتي إما أن تعفي الجاني من العقاب أو أنه يتحمل العقوبة بكاملها، وهي مسألة يترك تقديرها للقاضي بما له من خبرة في هذا المجال.

د- أن تكون مدة الإهمال أو ترك مقر الأسرة أكثر من شهرين:

من شروط قيام هذه الجنحة استمرار ترك مقر الأسرة لمدة تزيد عن شهرين، وذلك ما جاء في قانون العقوبات الجزائري وفي القانون الجنائي المغربي. لذلك يولي المشرع الجزائري والمغربي لها أهمية كبرى، حيث يوجب أخذ هذه المدة على شمولها، فهي تحتوي على أمرين، أولهما: مغادرة مقر الأسرة وثانيهما: هو التخلي عن الالتزامات العائلية في آن واحد⁶. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأنه: "يعتبر مشوبا بالقصور ومنعدم الأساس القانوني وبالتالي يستوجب النقض، القرار الذي لم يوضح المدة التي استغرقتها ترك الأسرة ولم يشر إلى شكوى الزوجة المهجورة"⁷.

¹ - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 15.

² Cass. crim, 27/02/1964, Bull.crim. n° 72.

³ T. corr, Nantes 31/07/ 1947, Rev. Sc. Crim, 1948.p 56.

⁴ Crim, 30/05/1967, D 1968, Somm. 14.

⁵ T. corr, Clamecy crim, 10/07/1946, D. 1946, 412.

⁶ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 152.

⁷ - المحكمة العليا، غ.ج، 1989/03/31، ملف رقم 48087، المجلقة القضائية للمحكمة العليا، 1/1992، ص 197.

وبذلك ترتكب هذه الجريمة بمجرد أن يترك المتهم سواء كان الأب أو الأم مقر الزوجية أو مقر إقامة الأسرة، لمدة أكثر من شهرين، مع تملصه عن أداء واجباته المادية والمعنوية المفروضة عليه بحكم القانون، كما أشرنا سابقاً¹. فإذا كان هذا الغياب شرطاً ضرورياً، فإنه لا يكفي وحده لقيام هذه الجريمة، بل لابد من استمراره لمدة تزيد على الشهرين، لكن إذا عاد المتهم إلى مقر الأسرة واستأنف حياته العائلية بمحض إرادته لا يعتبر في هذه الحالة مرتكباً لجنحة ترك الأسرة.

وفي هذا الإطار يمنح المشرع للقاضي السلطة التقديرية، بحيث لا ينقطع أجل الشهرين إذا عاد المهمل إلى مقر الأسرة لقضاء بعض الأيام، ثم يذهب بغير رجعة فلا يؤخذ هذا الرجوع في الحسبان، لأنه في الأساس يشكل تحايلاً على القانون. أما إذا عاد المتهم عودة تنم عن استئناف الحياة الزوجية أو بالأحرى العائلية وبشكل نهائي فالمدة الزمنية التي غاب فيها المتهم تنقطع².

أما إذا كان الزوج ينفق على عائلته ويسأل عن أحوالها رغم غيابه عنها فلا تقوم الجريمة ولو كانت المدة تتجاوز الشهرين. وتحسب مدة الشهرين ابتداءً من ترك الزوج لمقر الزوجية والتخلي عن التزاماته العائلية إلى تاريخ تقديم الشكوى ضده، وعلى هذا الأساس قضي بعدم قيام الجريمة باعتبار أن مدة ترك مقر الأسرة لم تتجاوز الشهرين³.

وإثبات مرور مدة الشهرين على ترك مقر الأسرة وإثبات التخلي عن التزامات العائلة، إنما يقع على عائق الزوجة الشاكية بالتعاون مع وكيل الجمهورية بكافة الوسائل القانونية، حيث يمكنها الاعتماد على عدة طرق منها:

- كترك رسالة مكتوبة من طرف المتهم-الشخص الفار- يعبر فيها عن نية الإهمال، إلا أن هذه الحالة قليلاً ما تحدث في الواقع، لأنها تشكل حجة دامغة ضد المتهم الفار سواء كان أباً أو أما.

- شهادة الجيران، حيث يمكن لهم أن يدلوا بشهادتهم، خاصة في الأحياء الشعبية التي يلعبون فيها دوراً هاماً يصل إلى درجة الاختلاط والألفة. فإذا كان الأب هو الذي ارتكب جنحة ترك الأسرة يزيد التضامن بين الجيران والنساء المهملات وأولادهن الشيء الذي يقوي صفة الجار حينما يدلي بشهادته.

¹ - إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح القانون الجنائي لمغربي في ضوء الفقه وأحكام المجلس الأعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية، المجلد الرابع، الطبعة الثانية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، السنة 2011، ص 4.

² - أزكيك سعيد، المرجع السابق، ص 35.

³ - محكمة بومرداس، قسم الجنح، 10/05/2003 فهرس 1105. مقتبس عن أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 148.

- شهادة حارس العمارة هي الأخرى يمكن اعتمادها أكثر من غيرها، على أساس أن حارس العمارة يعرف جيدا عادات السكان كما أن هيراقب ذهابه موعودتهم وبالتالي فإنه قد يلاحظ غياب المتهم ويتعرف على وضعية الأبناء والزوجة قبل وبعد فعل الترك¹.

وتقطع مدة الشهرين بالعودة إلى مقر الأسرة لكن بشرط أن تكون العودة تعبير عن الرغبة الصادقة في استئناف الحياة الزوجية، ويبقى لقاضي الموضوع سلطة تقدير ما إذا كان الرجوع فعلي أم مؤقت لقطع مدة الشهرين وتفادي قيام الجريمة.

بالإضافة إلى الركن المادي يجب أن يتوفر الركن المعنوي، أي العنصر الإرادي لقيام جريمة ترك مقر الأسرة.

ثالثا: الركن المعنوي:

يتمثل الركن المعنوي لجريمة ترك مقر الأسرة في نية المغادرة للوسط العائلي إضافة إلى إرادة قطع الصلة بالأسرة². فإهمال الأسرة من الجرائم العمدية أو القصدية، والتي تتحقق بمجرد هجر البيت والتخلص من الواجبات المفروضة لأسباب غير قاهرة اتجاه الأبناء القصر.

وعلى النيابة العامة أن تثبت توفر القصد أو النية الإجرامية، هذا القصد الذي يتحقق بمجرد ترك مقر الأسرة، والإخلال بالالتزاما المادية والمعنوية كلها أو بعضها اتجاه العائلة³. على أن يتم الاستدلال على توفر القصد الجرمي أو النية الآثمة عن طريق إثبات واقعة ترك البيت أو الابتعاد عنه مع انعدام العذر المقبول، إضافة إلى القرائن المستخلصة من تصرفات الهاجر وعلاقته بزوجه. وعلى المتهم أن يدحض وجود النية الإجرامية أو وجود القصد الجنائي وأن يؤسس خروجه أو تركه لمقر الأسرة على سبب مشروع مع قيامه بالتزاماته العائلية على الوجه المطلوب على الرغم من بعده عن البيت⁴.

فالمسؤولية الجنائية تنتفي إذا وجدت أسباب قاهرة ساهمت أو أدت إلى ترك الأسرة كما لو كان الزوج أسيرا لدى العدو أو مسجوناً، حيث تبقى للقضاء سلطة تقديرية واسعة لتقدير وجود أو انتفاء العذر القاهر⁵.

1 - أركيك سعيد، المرجع السابق، ص 35.

2 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 152.

3 - أحمد الخليلي، المرجع السابق، ص 204.

4 - أركيك سعيد، نفس المرجع، ص 39.

5 - أنظر، نور الدين العمراني، شرح القانون الجنائي الخاص وفق آخر التعديلات، الطبعة الأولى، دار الأمان النشر والتوزيع، الرباط، 2005، ص 270-271.

وانطلاقا مما تقدم فجرمة ترك مقر الأسرة تتطلب أن يكون الأب أو الأم على وعي تام بخطورة إخلاله بالتزاماته العائلية، وما يترتب عنها من نتائج وخيمة على صحة وسلامة وتربية وأخلاق أبنائهم القصر¹.

وخلاصة القول أن جريمة ترك مقر الأسرة لا يمكن تحققها والمعاقبة عليها إلا بتوافر عناصر أساسية، وهي الابتعاد جسديا عن مقر الأسرة ووجود رابطة الأبوة أو الأمومة، وعدم الوفاء بالالتزامات العائلية لمدة تفوق الشهرين دون سبب جدي، زيادة على ضرورة تقديم الشكوى من الزوج المضروب حتى تستطيع النيابة العامة مباشرة الدعوى العمومية.

فإن كان الأصل أن تحريك الدعوى العمومية هو من اختصاص النيابة العامة وحدها باعتبارها وكالة عن المجتمع كما نصت عليه المادتين 1 و 29 من قانون الإجراءات الجزائية²، إلا أن المشرع قد يقيد النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في أحوال معينة منها وجوب تقديم شكوى المضروب وذلك لاعتبارات عدة، منها المحافظة على الروابط الأسرية كما هو الحال في جريمة ترك مقر الأسرة إذ تغلب مصلحة الأسرة على المصلحة العامة التي تسعى النيابة العامة لحمايتها، وعليه نصت الفقرة الأخيرة من المادة 330 على أن لا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا بأنه: "يعتبر مشوبا بالقصور ومنعدم الأساس القانوني وبالتالي يستوجب النقض، القرار الذي لم يوضح المدة التي استغرقها ترك الأسرة ولم يشر إلى شكوى الزوجة المهجورة"³.

فاذا باشرت النيابة العامة المتابعة بدون شكوى تكون هذه المتابعة باطلة بطلانا نسبيا لا يجوز لغير المتهم إثارته، على أن يثيره أمام المحكمة أول درجة وقبل أي دفاع في الموضوع⁴. ومادام أن تحريك الدعوى العمومية معلق على شكوى فان التنازل عليها يضع حد للمتابعة وفقا للمادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية.

1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 152.

2 - الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

3 - أنظر، المحكمة العليا، غ.ج، 1989/03/31، ملف رقم 48087، المعلقة القضائية للمحكمة العليا، 1/1992، ص 197.

4 - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 150.

وتطبيقا لذلك قضي بانقضاء الدعوى العمومية لسحب الشكوى وذلك بموجب الحكم الصادر عن قسم الجنح محكمة بومرداس بتاريخ 2004/11/06 والذي جاء في حيثياته: "حيث أنه ثبت للمحكمة من خلال أوراق الملف والمناقشات التي دارت في الجلسة أن الضحية تنازلت عن الشكوى المرفوعة ضد زوجته من أجل الإهمال العائلي كما هو ثابت في التصريح الكتابي المقدم في الجلسة. حيث أن المادة 330 في فقرتها الأخيرة تستوجب شكوى الزوج المتروك لاتخاذ إجراءات المتابعة من أجل الأفعال المنصوص عليها في الفقرتين 1 و2. حيث أن الدعوى العمومية تنقضي في حالة سحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للمتابعة وفقا للمادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث والحال عليه وبناء على ما سبق يستوجب التصريح بانقضاء الدعوى العمومية لسحب الشكوى"¹.

أما فيما يخص الجزاء على جنحة ترك مقر الأسرة، فإن المادة 330 من قانون العقوبات تعاقب مرتكب جنحة ترك مقر الأسرة بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50000 إلى 200000 دج. وعلاوة على ذلك يجوز الحكم على المتهم بعقوبة تكميلية بالحرمان من الحقوق الوطنية وذلك من سنة إلى خمس سنوات وفقا للمادة 332 من قانون العقوبات، حيث أحالتنا إلى المادة 14 من قانون العقوبات² والتي تنص على أنه: "يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي يحددها القانون، أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر 1 وذلك لمدة لا تزيد عن خمس سنوات". وتنص المادة 9 مكرر 1 من قانون العقوبات على أنه: "يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في:

1- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة،

2- الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام...".

وفي الأخير نقول أن المشرع حاول من خلال تجريم فعل ترك مقر الأسرة حماية هذه الأسرة، وذلك بدون أن يضر الجاني والذي هو أحد الأبوين ولا يضر مصلحة المجتمع. فقد اشترط المشرع أركان معينة لقيام هذه الجريمة، كما قيد تحريك الدعوى فيها بتقديم شكوى من الزوج المتروك. غير أنه لم يكتفي بهذا الفعل لحماية الأولاد القصر، فمد التجريم حتى فيما يخص الإهمال المعنوي للأولاد.

¹ - محكمة بومرداس، قسم الجنح، 2004/11/16، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، ال الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 160.

² - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

الفرع الثاني:

جريمة الإهمال المعنوي للأولاد

إن الرعاية المعنوية للأسرة تشمل الاهتمام بالجانب النفسي لأفرادها، وذلك من خلال إقامة العلاقات الأسرية على أساس الحب والمودة والعطف والحنان والتضحية في سبيل مصلحة الجماعة الأسرية وتفضيلها على مصلحة الفرد.

وتؤكد الدراسات الاجتماعية والنفسية أن تجارب التعلم الأولى للأطفال في التنشئة المبكرة تؤسس أنماط سلوك وعادات وتصورات تتسم بالديمومة، والتأثير في استجابات الفرد عند النضج¹، وعلى ذلك فإن العامل الأسري على جانب كبير من الأهمية في توجيه سلوك الأبناء سواء نحو الاستقامة أو نحو الانحراف لتعلق ذلك بظروف معيشتهم وتربيتهم².

وقد ورد في الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"³. وأهم عاملين يدفع الأبناء إلى إهمالهم معنويا وبالتالي الانحراف، هما التفكك الأسري والانحيار الخلقي للأسرة، أو سوء تعليمها للطفل، وهذا ما أراد⁴ المشرع الجزائري أن يشملها من صور لكي يرتب الجزاء على الفاعل، من خلال تحديده لأعمال الإهمال المبينة في المادة 330 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات، والتي قضت بما يلي: "...

3- أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحدا أو أكثر من هم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلا سيئا لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايتهم، أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم، وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقض بإسقاطها."

¹- أنظر، قيس النوري، نمو شخصية الفرد والخبرة الإجتماعية، ب ط، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1988، ص166 .

²- Cf . KALFAT.Choukri, Le dossier médico-psychologique et social du délinquant mineur, Conférence donnée à l'occasion du deuxième Colloque Maghrébin sur « L'enfant et le Droit dans les pays maghrébins», Faculté de droit, Université de Tlemcen ,les 06 et 07 / 12 / 2004 .

³ - أنظر، أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج8، ب ط، دار النفائس، بيروت، 2007، ص25.

⁴ - وتجدد الإشارة إلى أن المشرع الجزائري، قد تدخل للوقاية من سوء معاملة الأطفال بموجب الأمر رقم 72-03 المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة المعرضين للخطر المعنوي.

وهذا ما نص عليه أيضا المشرع المغربي في المادة 482 من القانون الجنائي¹، وكذا المشرع الفرنسي في المادة 17/227 من قانون العقوبات الفرنسي²، في حين لم ينص المشرع المصري على الإهمال المعنوي للأولاد كما سبق وأن ذكرنا.

من خلال الاطلاع على النصوص القانونية السابقة، يتضح أن المشرع الجنائي يعاقب الأب والأم في حالة التقصير في أداء واجباتهما أو التزاماتهما تجاه أولادهما، سواء كان ابنا واحدا أو عدة أبناء، وذلك رغم معاشرتهم ومساكنتهم لهم³، وهذا خلافا لجريمة ترك الأسرة، فهنا نص المشرع على مفهوم مجرد للإهمال بحيث نجد أنفسنا أمام مسألة إهمال لا يصاحبه ترك مقر الأسرة، لأن المشرع هنا اشترط الإهمال بمفهومه الواسع⁴. إضافة إلى ذلك لا يشترط وجود مدة زمنية معينة محددة لارتكاب جريمة الإهمال المعنوي على عكس جريمة ترك الأسرة.

وتجدر الإشارة إلى أن مجال إساءة الوالدين إلى أبنائهم واسع لا يخضع إلى حدود، وفي الكثير من الأحيان يصعب التفريق بين ما يدخل في حقوق الأبوين في تأديب أولادهم وبين ما يعتبر إساءة لهم ويستوجب معاقبتهم. ولهذا وجب علينا تحديد الأفعال التي تكون الركن المادي لجريمة الإهمال المعنوي للأولاد وكذا الركن المعنوي، وقبل ذلك نحدد القرابة التي تربط بين الجاني والجاني عليه في هذه الجريمة.

¹ - تنص المادة 482 من القانون الجنائي المغربي على أنه: "إذا تسبب أحد الأبوين في إلحاق ضرر بالغ بأطفاله أو بواحد أو أكثر منهم، وذلك نتيجة سوء المعاملة أو إعطاء القدوة السيئة في السكر أو سوء السلوك أو عدم العناية أو التقصير في الإشراف الضروري من ناحية الصحة أو الأمن أو الأخلاق، يعاقب بالحبس من شهر واحد إلى سنة وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم، سواء حكم عليه بالحرمان من السلطة الأبوية أم لا. ويجوز علاوة على ذلك، أن يحكم على مرتكب الجريمة بالحرمان من واحد أو أكثر من الحقوق المشار إليها في الفصل 40 من خمس سنوات إلى عشر."

² - Article 227-17 du code pénal: "Le fait, par le père ou la mère, de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende."

L'infraction prévue par le présent article est assimilée à un abandon de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du code civil".

³ - إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، المرجع السابق، ص 10.

⁴ - أزيك سعيد، المرجع السابق، ص 47.

أولاً: قرابة الأبوة أو الأمومة

يشترط لقيام هذه الجريمة أن يتوفر عنصر الأبوة أو الأمومة والبنوة بين الفاعل والضحية، بمعنى يجب أن يكون المتهم أباً شرعياً أو أما حقيقية للضحية، وأن يكون هذا الضحية ابناً شرعياً للمتهم أو المتهم¹، وذلك بطبيعة الحال بالنسبة للقانون الجزائري والمغربي اللذين حرما التبني. أما في حالة لم تتوفر أية علاقة أبوة ولا علاقة بنوة بين الفاعل والضحية، فإنه لا يمكن تطبيق الفقرة الثالثة من المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري حتى ولو توافرت العناصر والشروط الأخرى.

ولكن التساؤل يطرح فيما يخص الكافل، ألا يعتبر مرتكباً لجريمة الإهمال المعنوي للطفل المكفول إذا عرض صحة هذا الأخير أو أمنه وخلقه لخطر جسيم على اعتباره أنه ملزم بتربيته ورعايته، وذلك بأن يسيء معاملته أو يكون مثلاً سيئاً له للإعتياد على السكر أو سوء السلوك، أو بأن يهمل رعايته أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليه؟

يمكن القول هنا أنها انطلاقاً من نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري التي عرفتها كغفلة بأنها التزام بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قياماً بالأبائه وتتم بعقد شرعي، وبعدما سمح المرسوم التنفيذي رقم 92-24 المؤرخ في 13/01/1992 بنسب المكفول للكفيل، فإنه يمكن أن يتابع الكافل عن جريمة الإهمال المعنوي للطفل المكفول إذا قام بالسلوك الذي نصت عليه المادة 3/330، والذي سنوضح في الركن المادي. فالمشرع في هذه الجريمة أراد حماية الأبناء من إهمال الوالدين، الذي قد يؤثر سلباً عليهم وعلى الأسرة ككل وبالتالي ينعكس ذلك على المجتمع، فالابن الذي يفتقد الاهتمام المعنوي، سرعان ما يسلك سبيل الجريمة نتيجة انغماسه في وسط سيئ دون انتباه أحد له. فلأجل ذلك قرر المشرع جزاءات لتوفير أكبر ضمانات لحماية الأبناء من إهمالهم معنوياً لما يشكل ذلك كله من خطورة إجرامية على نشأة الأسرة. وهذا بطبيعة الحال لا ينطبق على الابن الشرعي فحسب، فالطفل المكفول كذلك يتأثر بسبب ذلك مادام أنه يعيش داخل تلك الأسرة وسط الأبناء الشرعيين لذلك الكافل إن وجدوا، فمن غير المعقول أن يتأثر الأبناء الشرعيين دون الطفل المكفول.

ثانياً: الركن المادي

إن جريمة الإهمال المعنوي للأولاد تتطلب أن يقوم أحد الوالدين بأعمال تؤدي إلى نتائج خطيرة تضر بالأولاد.

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 156.

1- أعمال الإهمال المجرمة:

ذكر المشرع الجزائري في المادة 3/330 من قانون العقوبات بعض أعمال الإهمال على سبيل المثال لا الحصر، ويمكن أن نقسم هذه الأعمال إلى صنفين:

الصنف الأول: أعمال ذات طابع مادي، وتحقق بسوء المعاملة وإهمال رعاية الأولاد ويدخل ضمن سوء المعاملة ضرب الولد أو قيده حتى لا يغادر البيت أو تركه بمفرده في البيت والانصراف إلى العمل، ومن قبيل إهمال الرعاية عدم عرض الولد المريض على الطبيب أو عدم تقديم له الدواء على نحو ما وصفه له الطبيب أو عدم اقتناء الدواء اللازم له¹.

الصنف الثاني: أعمال ذات طابع أدبي، والمتمثلة في المثل السيئ وعدم الإشراف، ويتحقق المثل السيئ بالإدمان على السكر وتناول المخدرات والقيام بأعمال منافية للأخلاق، أما عدم الإشراف فيتحقق بطرد الأولاد للخارج وصرفهم للعب في الشارع دون أي مراقبة أو توجيه².

وتجدر الإشارة أن هذه الأعمال يجب أن تكون متكررة وذلك واضح من خلال عبارة الاعتياد التي جاءت بها المادة 3/330 من قانون العقوبات.

2- النتائج الخطيرة المترتبة عن أعمال الإهمال:

اشتراط المشرع أن تعرض سلوكات الأب أو الأم صحة أولادهم أو أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم، فالمشرع لا يعاقب على مجرد إثبات هذه الأفعال إلا إذا ترتبت عنها نتائج خطيرة تمس الابن وتؤثر على صحته أو أمنه أو خلقه، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 3/330 من قانون العقوبات الجزائري والتي قضت بما يلي: "...الذي يعرض صحة واحد أو أكثر من أولاده أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم...". والمادة 482 من القانون الجنائي المغربي، التي جرى نصها كالتالي: "...من ناحية الصحة أو الأمن أو الأخلاق...".

فإذا حدث ضرر للأبناء من الناحية الصحية فلا يثير أي إشكال على أساس أنه يمكن للطبيب تحديد الصحة السيئة والجيدة للابن. لكن بالنسبة لأمن وأخلاق الابن ليس بالأمر الهين، إذ كيف يمكن للأبوين أن يزعموا أمن أبنائهم؟ فهل يتعين معاقبتهم، لأنهم لم يجنبوا أبنائهم سقوط أو انهيار المنازل والجدران؟ فهل هذا يعني منع الأبناء من اللعب في الطريق العمومي؟

¹ - انظر، هناء عبد الحميد ابراهيم بدر، الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع، ب ط، المكتب الجامعي الجديد، مصر، ب.س. ن، ص 257، 258.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 153، 154.

يمكن ذلك في حالة ما إذا وفرت الدول الحدائق العمومية لتجنب فساد الأخلاق الأبناء وألا يرتكبوا أفعالا منافية للقانون، كالتسول والسرقة والاتجار في المواد المحظورة كالمخدرات... الخ¹ ويلاحظ أنه لم يرد في نص القانون أي معيار للتحديد أو تقييم جسامة الخطر أو الضرر، وفي غياب ذلك يبقى لقاضى الموضوع السلطة التقديرية الكاملة التي تمكنه من التمييز بين جسامة الخطر أو الضرر، وتسمح له بأن يستنتج مدى تأثيرها على صحة أو أمن أو أخلاق الأولاد².

ثالثا: الركن المعنوي

بالرجوع لنص المادة 3/330 من قانون العقوبات الجزائري، فإنه لم يرد ذكر عنصر العمد لهذه الجريمة، فالقانون لم يشترط قصدا جنائيا لقيام الجريمة، غير أن المنطق يفرض بأن إقدام أحد الوالدين على هذا الفعل يجب أن يكون مدركا وعالما بأن ما أقدم عليه يعد تقصيرا في أداء التزاماته العائلية، مما يؤدي إلى وقوع ضرر كما يجب أن لا يكون مكرها على إتيان هذا الفعل. أما فيما يخص إجراءات المتابعة، فإذا كان المشرع الجزائري قد علق إجراءات المتابعة بالنسبة لجريمة ترك الأسرة على شكوى الزوج المضرور، فإن إجراءات المتابعة بالنسبة لجريمة الإهمال المعنوي للأولاد لا تخضع لأي قيد فيمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية دون انتظار شكوى المضرور. وتطبق نفس العقوبات الواردة على جنحة ترك مقر الأسرة على جنحة الإهمال المعنوي للأولاد، وهي الحبس من 6 أشهر إلى سنتين إلى سنة وبغرامة من 50000 إلى 200000 دج. ويجوز علاوة على ذلك الحكم على المتهم بالحرمان من الحقوق الوطنية وذلك من سنة إلى 05 سنوات. أراد المشرع من تجريمه للإهمال المعنوي حماية الأولاد من الانحراف وسوء الأخلاق الذي قد يغمس بهم في الجريمة، ولتوفير حماية أكثر جرم كذلك عدم الإنفاق الواجب سواء على الأصل أو الفرع.

الفرع الثالث

جريمة عدم تسديد النفقة

رتب المشرع الجزائري في إطار العلاقات الأسرية مجموعة من الحقوق والواجبات التي يجب مراعاتها ضمانا لاستمرار هذه العلاقات، ومن بين هذه الواجبات واجب الزوج في الإنفاق على أسرته، وهذا الواجب يفرضه الوازع الأخلاقي والاجتماعي قبل أن تفرضه المواد من 74 إلى 77 من قانون الأسرة،

¹ - إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، المرجع السابق، ص 10.

² - أزيك سعيد، المرجع السابق، ص 4.

فقد جاء في المادة 74 المذكور أعلاه أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه بيينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من قانون الأسرة". وجاء في المادة 77 أنه تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث. أما المادة 75 من نفس القانون فبينت نفقة الأب على الأولاد، أما حالة عجزه فتجب نفقتهم على الأم إذا كانت قادرة على ذلك حسب المادة 76 من ذات القانون.

وعليه فإن الامتناع عن القيام بهذا الواجب يرتب آثار سلبية في المجتمع وللحد من هذه الآثار تدخل المشرع الجزائري ورتب جزاء على من لا يدفع النفقة المقدرة في ذمته حيث جاء في المادة 331 من قانون العقوبات ما يلي: "يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50000 إلى 300000 دج كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه، وذلك رغم صدور حكم ضده بإلزامه بدفع نفقة إليهم.

ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الإعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك أو الكسل أو السكر عذرا مقبولا من المدين في أية حالة من الأحوال. دون الإخلال بتطبيق المواد 37 و40 و329 من قانون الإجراءات الجزائية، تختص أيضا بالحكم في الجرح المذكورة في هذه المادة، محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو المنتفع بالمعونة.

ويضع صفح الضحية بعد دفع المبالغ المستحقة حدا للمتابعة الجزائية.

باستقراء هذه المادة نلاحظ أن المشرع قد جرم فعل الامتناع عن تسديد النفقة، هذه الجريمة التي تدخل ضمن جرائم الإهمال العائلي، وحصر الأشخاص المستفيدين من النفقة الذين تشملهم الجريمة في الزوجة أو الأصول أو الفروع.

ونجد المشرع المصري قد سار على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الجزائري في تجريمه لامتناع الزوج عن أداء النفقة الواجبة عليه لأسرته وجعل منها جنحة، فقد نصت المادة 293 من قانون العقوبات المصري على أنه: "كل من صدر عليه حكم نهائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوج أو أقاربه أو أصهاره أو أجر حضانة أو رضاعة أو سكن، وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة 3 شهور بعد التنبيه عليه بالدفع، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة و بغرامة لا تتجاوز 500 جنيه مصري أو

ياحدى هاتين العقوبتين... وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية من هذه الجريمة فتكون عقوبة الحبس مدة لا تزيد عن سنة".

ونعتقد أن المشرع المصري قد تساهل مع الجاني في جريمة عدم تسديد النفقة من حيث العقوبة، اذ جعلها الحبس لمدة لا تتجاوز السنة والغرامة، وإن عاود تلك الجريمة فتكون الحبس فقط، وكأنه خفف له العقوبة حالة معاودة الجريمة بدل أن يشدها لكي يرتدع الجاني. لكن ربما يكون المشرع المصري قد راعى الروابط الأسرية ولم يتشدد في العقوبة، لأنه يمكن للشخص الواجب عليه النفقة أن يحل المشكلة مع الأشخاص الواجب نفقتهم عليه.

كما نلاحظ أن المشرع المصري لم يقتصر على الزوجة والأصول والفروع كأشخاص تشملهم جريمة عدم تسديد النفقة، إنما وسع منها لتشمل نفقة لزوجه أو أقاربه أو أصهاره أو أجر حضانة أو رضاعة أو سكن.

كما نص المشرع المغربي في المادة 480 من القانون الجنائي على أنه: "يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجته أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد، وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتما، والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم خلاف ذلك".
وبذلك يكون المشرع المغربي قد سار على نفس نهج المشرع الجزائري في حصر الأشخاص المستفدين من النفقة في الزوجة والأصول والفروع.

وقد سبق وأن بينا جريمة عدم تسديد النفقة للزوجة عند دراستنا لأثر العلاقة الزوجية في التجريم في الباب الأول¹، لذلك ومنعا للتكرار سنقتصر هنا بتوضيح ما يتعلق بالأصول والفروع. وعليه إن جريمة عدم تسديد النفقة لا تقوم في حق المتهم إلا متى توافرت ثلاثة أركان للجريمة وهي: الركن المفترض والركن المادي والركن المعنوي:

لا تختلف أركان جريمة عدم تسديد نفقة الزوجة عن جريمة عدم تسديد نفقة الأصول أو الفروع فهي جريمة واحدة، حيث لا بد من توافر عنصر مفترض فيها وهو صدور حكم قضائي ملزم بأداء النفقة، وركن مادي بكافة عناصره التي تشمل الامتناع عن الدفع رغم القدرة على ذلك ومضي المهلة المحددة

¹ - أنظر الأطروحة سابقا، ص 47.

للدفع، إضافة إلى الركن المعنوي للجريمة. وفي كل هذه العناصر نحيل إلى ما سبق ذكره في جريمة عدم تسديد نفقة الزوجة¹.

ولكن ما يجب أن نوضحه هنا هو النفقة بين الأصول والفروع التي إذا تخلف المتهم عن أدائها يعتبر مرتكباً لجريمة عدم تسديد النفقة:

1- نفقة الفروع على الأصول:

وفقاللمادة 77 منقانونالأسرةالجزائريفإنه: "تجب نفقة... والفروع عللأصول"، وبذلك تطرح هذه المادة تساؤلا حول المقصود بالأصول الذين تجب نفقتهم على الفروع، هل يقصد بهم الآباء والأمهات دون أن تمتد للأجداد أم أنها تشمل كل الأصول باعتبار أن المراد بالأصل الآباء والأمهات والأجداد والجدات؟

في هذا الصدد الأصول عند جمهور الفقهاء الذين تجب لهم النفقة هم الآباء والأجداد والأمهات والجدات وإن علوا لأن (الأب) يطلق على الجد وكل من كان سببا في الولادة، كذلك (فالأم) تطلق على الجدة مهما علت لأن القرآن الكريم أطلق كلمة (الأبوين) على آدم وحواء². قال تعالى: " ا بَنِي آدَمَ لَا يَفْتِنَنَّكُمُ الشَّيْطَانُ كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ الْجَنَّةِ يَنزِعُ عَنْهُمَا لِيَاسَهُمَا لِيُرِيَهُمَا سَوْآتِهِمَا إِنَّهُ يَرَاكُمْ هُوَ وَقَبِيلُهُ مِمَّنْ حَيْثُ لَا تَرَوْنَهُمْ إِنَّا جَعَلْنَا الشَّيَاطِينَ أَوْلِيَاءَ لِلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ " ³. وقوله تعالى: " مَلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِن قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُونَ الرَّسُولُ شَهِيدًا عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَآتُوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلَاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْمَ النَّصِيرُ " ⁴. ولأن بين الولد وأصله قرابة توجب رد الشهادة فأشبهه الجد والجد الوالدين القريبين، ويكون الأجداد والجدات من الآباء والأمهات فيقوم الجد مقام الأب عند عدمه. وقد أجمع العلماء على أن الجدة تحرم على الإنسان كما تحرم عليه أمه في الزواج لقوله تعالى: " حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ " ⁵.

1 - أنظر الأطروحة سابقا، ص 53.

2 - أنظر، بلقاسم شتوان، نفقة الأقارب والزوجة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، معهد الشريعة، جامعة قسنطينة، 1995، ص 117.

3 - سورة الأعراف، الآية 27.

4 - سورة الحج، الآية 78.

5 - سورة النساء، الآية 23.

أما الأصول عند المالكية الذين تجب نفقتهم هم الآباء والأمهات المباشرون لا الأجداد والجدات مطلقاً سواء من جهة الأب أو الأم، فلا تجب نفقة على جد أو جدة. والرأي الصحيح في هذه المسألة هو قول الجمهور¹.

وقد استمد المشرع قاعدة إنفاق الأولاد على أبويهم من الشريعة الإسلامية، حيث يتحمل الابن الموسر الالتزام بالإنفاق عليهم من باب الإحسان إليهما لقوله تعالى: "وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا لِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا"². وبذلك يقصد بكلمة الأصول الواردة في المادة 331 من قانون العقوبات حتى الأجداد والجدات مهما علو، غير أن الإنفاق عليهم يكون مقيد حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث كما جاء في المادة 77 من قانون الأسرة. أي ان المشرع أخذ هنا برأي الحنابلة القائل بوجوب النفقة لكل قريب وارث بفرض أو تعصيب كالأخ الشقيق والأب، ولا تجب لذوي الأرحام كالحالة والعمة³، غير أنه حصر القريب الوارث هنا في الأب أو الجد الصحيح.

ويحكم بنفقة الأب والأم من تاريخ رفع الدعوى أو الشكوى، بعكس نفقة الزوجة التي يحكم بها من تاريخ الامتناع عن دفع النفقة، لأن نفقة الأولاد على الآباء تعد واجب مواساة في حين إن نفقة الزوجة تعتبر ديناً في ذمة الزوج⁴.

2- نفقة الأصول على الفروع:

من الثابت شرعاً وقانوناً وقضاء أن الأب ملزم بالإنفاق على أولاده الصغار⁵، كما جاء في نص المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري⁶ على أنه: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد، أي ببلوغ سن تسعة عشرة كاملة طبقاً للفقرة الثانية من نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، وتستمر النفقة بالنسبة للإناث إلى غاية الدخول بهن. كما نصت المادة 77 من نفس القانون على أن: "تجب نفقة الأصول على الفروع". ووفقاً للفقهاء المالكي أنه تجب على الأب نفقة أولاده الذين لا ثروة لهم، على أن واجب الالتزام هذا يقتصر على الأب فقط، ولا يمتد

1 - أنظر، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 7، طبعة دار الفكر، ب.س.ن، ص 830.

2 - سورة الإسراء، الآية 23.

3 - وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 835.

4 - أزكيك سعيد، المرجع السابق، ص 15.

5 - نور الدين العمراني، المرجع السابق، ص 274.

6 - القانون رقم 84_11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة والمعدل والمتمم.

إلى الأم والأقارب كالأعمام والأجداد، فهم غير ملزمين بنفقة الأولاد في حالة عجز الأب عن نفقة أبنائه، وينفق الأب على الابن إلى بلوغه، وعلى الأثني حتى تتزوج ولو عنست ويخل بها الزوج بالفعل أو يدعى للدخول¹.

والنفقة الواجبة من الأصل على فرعه تكون حسب القدرة والاحتياج، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في أحد الأوجه المثارة بالقرار " أن القرار المطعون فيه قضى بالنفقة للولد-الحفيد-استنادا إلى أحكام المادة 77 من ق.أ مع أن الطاعن تجاوز سن السبعين من العمر وليس له أي دخل سوى ما يتقاضاه من المنحة الزهيدة للتقاعد التي لم تكن كافية لسد حاجياته المعيشية، مع إن المطعون ضدها من قوم أغنياء بتجارهم المزدهرة وبالتالي فهي ليست في ضيق من العيش. وهو ما يعيبه بما يستوجب نقضه. لكن حي ثإن القرار المطعون فيه على ما هو ظاهر من الحيثيات قد استند في فرض النفقة على الجد للأب إلى ماتوجه المادة 77 قانون الأسرة دون أن يتحقق من أن مرتب معاشه يكفي طالما أن نفقة الأصول على الفروع تفرض حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة سواء بالنسبة للأم أو الجد للأب إلا أن القرار المطعون فيه قضى بالنفقة للولد دون أن يناقش ذلك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون².

أما فيما يخص الأم فقد نصت المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري على أنه في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك. أي أنه يفرض على الأم الإنفاق على أولادها إذا كانت غنية وكان الأب عاجزا كليا أو جزئيا عن الإنفاق عليهم، وذلك بمقدار ما عجز عنه الأب. ويثار إشكال عويص حول إمكانية متابعة الأم جنائيا، في حالة امتناعها عن دفع نفقة الأولاد الذين يوجد أبوهم في حالة عسر طبقا لنص المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري؟.

في الحقيقة لم نعتز على الحل في الفقه والقضاء، لكن يمكن القول أنه مادام يوجد التزام قانوني وشرعي وطبيعي على عاتق الأم، فإنه لا مانع من متابعة الأم الغنية جنائيا طبقا للمادة 331 من قانون العقوبات.

وفيما يخص الولد غير الشرعي أو المتبنى فلا يشملهم نص المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري، فالحماية الجنائية لا تمتد إلى الأسرة غير الشرعية أو المتبنية. أما بالنسبة للولد الطبيعي الناتج عن الزنا،

¹ - بلقاسم شتوان، المرجع السابق، ص134.

² - أنظر، المحكمة العليا، غ ج، 2002/07/03، ملف رقم 264458، المجلة القضائية، 2004، عدد2، ص338-343.

فإن قانون الأسرة الجزائري لا يدع أي شك في حماية الولد الطبيعي جنائيا، وإذا امتنعت الأم عن أداء النفقة لابنها، يمكن أن تتابع وفقا للمادة 331 من قانون العقوبات الجزائري في حالة الإخلال بواجبها خاصة إذا كانت موسرة، بمعنى لها القدرة على ذلك. كما يمكن أيضا متابعة الولد الطبيعي جنائيا على أساس المادة السابقة من القانون، إذا امتنع عن دفع النفقة المقررة قضاء لأمه.

أما فيما يخص المتابعة في جريمة عدم تسديد النفقة للأصول أو الفروع، فإنه حسب المادة 4/331 من قانون العقوبات الجزائري والتي نصت على أن: "...ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة...". نستنتج أنه يمكن للضحية في جريمة عدم تسديد النفقة أن يصفح عن الجاني، وبذلك يضع حدا للمتابعة بعد دفع المتهم للمبالغ المستحقة، بعدما كان ذلك الصفح لا أثر له على انقضاء الدعوى العمومية قبل تعديل المادة 331 من قانون العقوبات بموجب القانون 2006/12/20. حيث قضت المحكمة العليا بأن: "سحب الشكوى أو التنازل عنها في جنحة عدم تسديد النفقة لا يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية باعتبار أن الشكوى ليس شرطا لازما للمتابعة"¹.

غير أن صفة التقاضي بالنسبة للأولاد في هذه الجريمة تمنح لهم بعد بلوغهم سن الرشد، وهذا ما قضت به المحكمة العليا بقولها: "أنه لا صفة ولا مصلحة للأم الحاضنة في رفع دعوى عدم تسديد نفقة البنت بعد بلوغها سن الرشد"².

أما الجزاء المقرر عن جنحة عدم تسديد نفقة الأولاد فتتمثل في الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج، وذلك حسب المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري. كما يجوز الحكم علاوة على ذلك طبقا للمادة 332 من قانون العقوبات بالحرمان من الحقوق الواردة في المادة 14 من هذا القانون من سنة إلى خمس سنوات على الأكثر.

ولا يقف أثر العلاقة بين الأصول والفروع على اعتبارها ركن مفترض في الجريمة، بل يمكن أن تكون تلك العلاقة محل مادي لبعض الجرائم.

¹ - أنظر، المحكمة العليا، غ.ج.م، 1998/07/21، ملف رقم 164848: غير منشور، غ.ج.م، 1998/02/17، ملف رقم 144741، المجلة القضائية، 1998-2، ص 150. مقتبس عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 138.

² - أنظر، المحكمة العليا، غ.ج.م، 2002/07/02، ملف رقم 269321، المجلة القضائية، 2003، عدد 2، ص 366.

المبحث الثاني

العلاقة بين الأصول والفروع كمحل مادي لبعض الجرائم

لا يقتصر أثر العلاقة بين الأصول والفروع على التحريم بأن تشكل تلك العلاقة ركنا مفترضا لقيام الجريمة، بل يمكن أن تكون تلك العلاقة محل مادي لبعض الجرائم. فهناك أفعال جرمها المشرع لأنها قد تمس بهوية الطفل ونسبه، مما يؤدي إلى عدم التوصل لمعرفة أبوي الطفل الذين لهم الحق في أن يحمل ذلك الطفل نسب العائلة، وتنشأ بالتالي علاقة بين الأصل والفروع تترتب عليها عدة آثار وتنشأ عنها حقوق وواجبات متبادلة بين الأصل والفرع. فنظرا لقداسة تلك القرابة الأسرية وما يترتب عنها من اختلاط للأنسب، نجد المشرع قد تدخل وجرم أفعال قد تمس بهوية الطفل ونسبه بحيث تكون العلاقة بين الأصل وفرعه محل مادي لتلك الجرائم، وهي جريمة الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل وعدم التصريح بميلاده أو وفاته أو عدم تسليمه، وهذا ما سنوضحه في المطلب الأول.

كما نجد أن المشرع قد حمى تلك العلاقة من خلال تجريمه لأفعال قد تؤثر على صلة القرابة بين الأصل وفرعه، كما قد تمز تلك العلاقة مما يؤدي إلى آثار سلبية على الأسرة ككل، ومن قبيل تلك الجرائم جريمة ترك الأبناء وتعريضهم للخطر، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول

جرائم الاعتداء على هوية الطفل ونسبه

قد يتعرض الطفل خلال طفولته إلى جرائم متعددة تستهدف عدم وجوده ضمن نطاق أسرته، وبما أن الطفل بسبب عدم نضجه البدني والعقلي يحتاج إلى إجراءات وقائية ورعاية خاصة بما في ذلك حماية قانونية مناسبة، لذلك حاولت القوانين تأمين هذه الحماية في نصوص قانون العقوبات والقوانين المكملة له، وذلك بتجريمها كل ما يمس شخص الطفل وهويته. فالإنسان يتميز عن باقي المخلوقات بأنه يحتاج لهوية قانونية وذلك حتى يستطيع أن يعيش طبيعيا، ومكونات هذه الهوية هي الاسم والنسب والجنسية. فقد ألزم المشرع بضرورة تسجيل هوية الطفل في سجل رسمي معتبرا كل تحريف في الهوية فعلا مجرما¹ في حق الطفل والأسرة باعتبار أن الطفل المجني عليه عنصر هام لوجود الأسرة ومربط وثاقها.

¹ - أنظر المادة 61 و62 من قانون الحالة المدنية الجزائري، والمادة 3/442 من قانون العقوبات.

ويقصد بهوية الطفل كل ما يتعلق بشخصيته القانونية المدنية في جانبها الشخصي لا المالي كالاسم والنسب والجنسي، والاعتداء على هوية الطفل يشمل كل الأفعال التي تحول دون التحقق من شخصية الطفل كإخفاء نسبه أو عدم التصريح بميلاده أو وفاته. وهذا ما سنوضحه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل

إن الحق في الانتساب لأسرة لا يتوقف مداها عند حمل اسمها، وإنما يتعداه إلى مجموعة حقوق يكتسبها الطفل بمجرد ولادته ويتحملها الأبوان وعلى رأسها حقه في الأبوة والأمومة. وهذه الأخيرة بدورها تكرر حقه في انتسابه إليهما، وعليه جرم المشرع الجزائري كل فعل من شأنه الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل. وذلك في المادة 321 من قانون العقوبات¹ بقولها: "يعاقب بالسجن من 05 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 500000 إلى 1000000 دج كل من نقل عمدا طفلا أو أخفاه أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته.

وإذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا فتكون العقوبة هي الحبس من سنة إلى 05 سنوات وغرامة من 100000 إلى 500000 دج.

وإذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا فيعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين وبغرامة من 10000 إلى 20000 دج.

غير أنه إذا قدم فعلا الولد على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا، بعد تسليم اختياري أو إهمال من والديه، فيعاقب بالحبس من سنة إلى 05 سنوات من 100000 إلى 500000 دج".

ومن خلال هذه المادة نلاحظ أن جريمة الحيلولة دون التحقق من هوية الطفل تشكل من صورتين:

الصورة الأولى: إخفاء نسب طفل حي

نصت على هذه الصورة الفقرة الأولى من المادة 321 من قانون العقوبات بقولها: "يعاقب بالسجن المؤقت من 5 خمس سنوات إلى عشر 10 سنوات وبغرامة من 500000 دج إلى 1000000 دج، كل من نقل عمدا طفلا، أو أخفاه، أو استبدل طفلا آخر به أو قدمه على أنه ولد لامرأة لم تضع، وذلك في ظروف من شأنها أن يتعذر التحقق من شخصيته." ويتعلق الأمر هنا بالقاصر غير المميز أي

¹ - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

الذي لم يبلغ الثالث عشر طبقا للفقرة الثانية من المادة 42 من القانون المدني الجزائري. ولكي يتحقق فعل إخفاء نسب طفل حي لا بد من توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: يتمثل في العمل المادي والذي يشمل أربع أشكال من الأفعال تتمثل في نقل الطفل، أو إخفاءه، أو إستبداله بطفل آخر، أو تقديمه على أنه ولد لإمرأة لم تضع بغية نسبه لهذه الأخيرة. فنقل الطفل يتحقق بإبعاده عن المكان الذي يوجد به ونقله إلى مكان آخر، وهذا الفعل قد يشكل جريمة أخرى تتمثل في تحويل قاصرة المنصوص عليها في المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري. ومثال كأن يخطف رضيع بعد قيد اسمه في دفتر الحالة المدنية، أي في دفتر المواليد، ثم يوضع بعيدا عن والديه أو من يتولون رعايته، ليربى خفية باسم غير اسمه ليجد نفسه في المستقبل محروما من نسبه الحقيقي، مما يحتم عليه اللجوء إلى القضاء من أجل إثبات بنوته أو نسبه الحقيقي. أما إخفاء الطفل فتتجلى صورته في قيام الشخص بخطف الطفل وإخفائه وحجبه عن الغير في ظروف يستعصى معها إثبات حالته المدنية.

والشكل الثالث الذي يتحقق بموجبه الركن المادي لهذه الجريمة هو استبدال طفل بطفل آخر، وذلك عندما يوضع طفل مكان طفل الذي ولدته المرأة الحقيقية، إما من طرف هذه المرأة أو من طرف الغير أي نعطيها مكانة الآخر وبالنتيجة حقوق الطفل الآخر، سواء كان ذلك بعد الولادة مباشرة، أو بعد ساعات أو أيام قليلة، وسواء تم ذلك في العيادات أو المصحات أو في المستشفيات، أو أي مكان آخر غير ذلك، بغض النظر عن كون الطفل يشبهه أم لا¹.

وإن هذا الغش الذي يكون بالإدخال المادي لطفل في عائلة يكون غريب عنها يشكل جناية وفي الواقع يمكن لهذا الأخيرة أن تحصل إما عن طريق إبدال طفل شرعي بآخر أو طفل طبيعي بطفل شرعي والعكس بالعكس بحيث لا يأخذ نسبه الأصلي².

أما آخر شكل فهو تقديم طفل على أنه ولد لامرأة لم تضع وذلك بغية نسبه لهذه الأخيرة، على الرغم من أنها لم تحمل به مطلقا³ وذلك من أجل طمس هوية ذلك المولود⁴.

1 - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 41

2 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 169.

3 - عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 41

4 - وقد تضمنت ذلك محكمة النقض المصرية في قرار لها قضت فيه بما يلي: "يكفي لإدانة المتهم في الجريمة المنصوص عنها في المادة 283 من قانون العقوبات أن يعزو المتهم الطفل زورا إل غير والدته ولو لم تصل التحقيقات إلى معرفة ذوي الطفل ممن لهم

فالسلك الإجرامي يتوافر في حق الجاني في هذه الجريمة إذا قام بأي عمل من هذه الأعمال وحقق النتيجة التي كان يهدف إليها بالذات. كما يجب أن تتوافر العلاقة السببية بين ذلك السلوك والنتيجة التي تحققت، وتعتبر علاقة السببية قائمة إذا كانت النتيجة التي حصلت محتملا توقعها.

وما يلاحظ هو اتجاه إرادة المشرع إلى تثبيت الجرم على فاعله، من خلال الصور التي سردتها، لكي تشمل هذه الصور أكبر مجال مشمول بالحماية، بالإضافة إلى أنه إعتبر علاقة السببية قائمة إذا كانت النتيجة محتمل وقوعها وليست مؤكدة، خلاف لتطبيق القواعد العامة في ترتيب المسؤولية الجزائية والتي إشترط فيها تأكيد حصول النتيجة.

الشرط الثاني: إثبات أن الوالدة وضعت حملها، وأن الطفل ولد حيا، وأنه لم يسلم لمن له الحق في المطالبة به، فعلى الوالدة تقديم شكوى أن تثبت بأنها ولدت طفلا وأنه ولد حيا.

الشرط الثالث: أن يكون هذا العمل من شأنه أن يعرض نسب الطفل للخطر بغية عدم التحقق من شخصيته وبالتالي إخفاء نسبه، وفي حالة ما إذا تم نقل الطفل أو إخفائه أو استبداله بطفل آخر دون إخفاء شخصيته الحقيقية أي نسبه. فلا مجال لقيام الجريمة إذ تطبق في هذا المجال المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري¹، لأن الأمر هنا يتعلق بالنسب الذي هو مجال الحماية. وعلى هذا الأساس لا تقوم هذه الجريمة في حالة التصريح الكاذب للحالة المدنية بنسب طفل خيالي، كأن تصرح امرأة أنها ولدت طفلا وهي لم تلد أصلا، هنا نكون أمام التصريح الكاذب أما الجريمة الأخرى فلا تتحقق².

الشرط الرابع: يجب أن يكون الطفل قد ولد حيا وقابلا للحياة. وعلى النيابة العامة إثبات ذلك وإذا لم تثبت ذلك فنكون أمام جريمة أخرى هي عدم تسليم جثة طفل، ولا يشترط أن يكون الطفل حديث العهد بالولادة لأن المادة 321 تحدثت عن الطفل كما لا يهم إن كان الطفل شرعيا أو غير شرعي³.

الصورة الثانية: عدم تسليم جثة طفل

وردت هذه الصورة في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 321 من قانون العقوبات الجزائري: "...وإذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا فتكون العقوبة هي الحبس من شهرين إلى خمس سنوات.

الحق في رعايته وكفالتة". نقض جلسة 1952/04/08، طعن سنة 22 ق الرابع، ص 547. المشار إليه عند، ايهاب عبد المطلب وسمير صبحي، المرجع السابق، ص 656.

1 - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 41.

2 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 169-170.

3 - أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 170.

وإذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا فيعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين".¹
ولا يتعلق الأمر في هذه الصورة بصيانة الأنساب لأن الطفل الذي يولد ميتا لا يكون له نسب، وإنما يقصد حماية شخص الطفل أو بالأحرى ضمان العقاب على حوادث قتل الأطفال التي يشتهب فيها ويتعذر إثباتها¹.

وتتعلق هذه الصورة بطفل لم يولد حيا أو لم يثبت أنه ولد حيا، ولا تقوم الجريمة إلا إذا بلغ الجنين 180 يوما (أي 06 أشهر) وإلا كان الفعل إجهاضا. ويأخذ هذا الفعل صورتين:
الصورة الأولى: إذا لم يثبت أن الطفل قد ولد حيا، وهي الصورة المنصوص عليها في الفقرة الثانية سالفة الذكر، وفي هذه الحالة يكون الطفل قد أخفي. فالقانون يشترط طبقا لقانون الحالة المدنية الإعلان بالولادة حتى يتمكن المجتمع من حماية الطفل، وتقوم الجريمة بمجرد إخفاء جسم الطفل ولا يهم إن دل الجاني فيما بعد عن مكان إخفاء الجثة، لأن هذا الفعل المتأخر لا يمحوا الجريمة التي تمت. وبوجه عام تقوم الجريمة في هذه الصورة إذا لم تثبت النيابة أن الطفل قد ولد حيا.

الصورة الثانية: إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا وهي الصورة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من ذات المادة، وتقوم الجريمة في هذه الصورة إذا أثبت الجاني أن الطفل قد ولد ميتا².
ويتمثل الركن المعنوي لجريمة الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل بصورتها فيتمثل في القصد الجنائي لدى الفاعل، بحيث لا يكفي لتكوينها مجرد ارتكاب الفعل المادي، وإنما يشترط انصراف إرادة الجاني إلى تحقيق وقائع الجريمة مع العلم بأركانها كما يتطلبها القانون، فالقصد الجنائي في هذه الجريمة هو الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل.

أما فيما يخص الجزاء المقرر لجريمة الحيلولة دون التحقق من هوية الطفل، فنجد أن المشرع الجزائري قد جعل العقوبة تختلف باختلاف صور الجريمة، بحيث تشكل جنائية في حالة إخفاء نسب طفل حي وهي الحالة المنصوص والمعاقب عليها في الفقرة الأولى من المادة 321 من قانون العقوبات بالسجن من 05 إلى 10 سنوات. غير أن هذه الجريمة تتحول إلى جنحة في صورة تقديم طفل على أنه ولد لامرأة لم تضع حملا، وتكون العقوبة في هذه الحالة الحبس من سنة إلى 05 سنوات طبقا للفقرة الرابعة من المادة 321. كما قد تشكل جنحة إذا لم يثبت أن الطفل ولد حيا، وهي الحالة المنصوص عليها في

1 - جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص 257.

2 - رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص 49.

الفقرة الثانية من المادة 321 من قانون العقوبات، عقوبتها الحبس من سنة إلى خمس سنوات. وأخير قد تشكل تلك الجريمة مخالفة إذا ثبت أن الطفل لم يولد حيا وهي الحالة المنصوص والمعاقب عليها بنص المادة 3/321 من قانون العقوبات بالحبس من شهر إلى شهرين.

ويكون الشخص المعنوي مسئولا، إذا ما ساهم في ارتكاب هذه الجريمة، وذلك وفقا لنص المادة 51 مكرر¹، ويعاقب بالغرامة طبقا لنص المادتين 18 مكررو 18 مكرر 22 عند الاقتضاء، كما قد يتعرض للعقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة السابقة.

أما المشرع الجنائي المغربي، فقد عاقب على ذلك من خلال ما تضمنته المادة 470 من ذات القانون التي قررت العقوبة على النحو التالي:

يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات كل من تعمد نقل طفل أو إخفائه أو تغييره أو استبداله بطفل آخر أو تقديمه ماديا على أنه ولد لامرأة لم تلده.

وتكون العقوبة الحبس م ثلاثة أشهر إلى سنتين، إذا لم يثبت أنه ولد حيا.

أما إذا ثبت إنه لم يولد حيا، فإن المتهم يعاقب بالحبس من شهر إلى شهرين، وغرامة من ألف ومائتين إلى مائة ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط".

وأضاف المشرع المغربي ظرفا مشددا للعقوبة يرجع إلى صفة الجاني، حيث ضاعف العقوبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة أعلاه، بالحبس من أربع سنوات إلى عشرة، إذا كان الفاعل من أصول الطفل أو شخصا مكلفا برعايته أو له سلطة عليه.

أما المشرع المصري فقد عاقب على هذه الجريمة بالحبس أي اعتبره جنحة، وذلك في المادة 1/283 من قانون العقوبات بقوله: "كل من خطف طفلا حديث العهد بالولادة أو أخفاه أو أبدله بآخر أو عزاه زورا إلى غير والدته يعاقب بالحبس..."

وفي الأخير يتضح مما تقدم أن المشرع الجزائري انفرد بتسليط العقوبة على الشخص المعنوي إذا ساهم هو الآخر في ارتكاب هذه الجريمة، كما انفرد المشرع المغربي بتشديد العقوبة إذا كان الجاني من أصول الطفل أو كان الجاني شخصا مكلفا برعايته أو من له سلطة على، وهي النقطة التي غفل عنه

¹ - المادة 51 مكرر أضيفت بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 التي نصت على ما يأتي: "باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكونا لشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عند ما ينص القانون على ذلك.

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال".

المشرع الجزائري، وكان عليه أن يتداركها أسوة بالمشرع المغربي. بينما اتفق المشرعان المصري والمغربي في اعتبار هذه الجريمة جنحة على خلاف المشرع الجزائري الذي جعل منها جنحية أو جنحة أو مخالفة على حسب اختلاف صور الجريمة.

أما المتابعة في هذه الجريمة فتتم بدون قيد أو شرط وللنيابة العامة القيام بإجراءات المتابعة بمجرد توافر عناصر وأركان الجريمة.

ويعتبر كذلك من قبيل الإعتداء على هوية الطفل ونسبه عدم التصريح بميلاده أو عدم تسليمه.

الفرع الثاني

عدم التصريح بميلاد الطفل أو عدم تسليمه

نتناول في هذا الفرع جريمة عدم التصريح بالميلاد وجريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة:

أولاً: جريمة عدم التصريح بميلاد طفل

تعتبر واقعة الميلاد من الأمور الهامة في تحديد هوية وشخصية الطفل، وعليه فإن أي مخالفة لإقرار هذه الواقعة من شأنه أن يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، لذلك اهتم المشرع الجزائري كغيره من القوانين الأخرى لاسيما القانون الفرنسي في الفقرتين 4 و 5 من المادة 645 من قانون العقوبات¹، وكذلك القانون المغربي في المادة 468 من القانون الجنائي والقانون المصري في المادة 23 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد جاء الأمر رقم 70/20 المتعلق بالحالة المدنية في المادة 61 منه على أنه: "يصرح بالمواليد خلال 05 أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 الفقرة 03 من قانون العقوبات".

أما المادة 62 من نفس الأمر² فقد نصت على أنه: "يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم وإلا فالأطباء القابلات أو أي شخص آخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها الشخص

¹ - ART. R 645 – 4 : « le fait , par une personne ayant assisté a un accouchement , de ne pas faire la déclaration prescrite par l'article 56 du code civil dans les délais fixés par l'article 55 du même code est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5ème classe »
ART. R 645 – 5 : « le fait , par une personne ayant trouvé un enfant nouveau-né , de ne pas faire la déclaration prescrite par l'article 58 du code civil ou , si elle ne consent pas à se charger de l'enfant de ne pas le remettre à l'officier d'état civil , est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5ème classe » code pénale Français.

² - الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية والمعدل والمتمم.

الذي ولدت الأم عنده". وبالرجوع إلى نص المادة 3/442 من قانون العقوبات فإنها تعاقب كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 إلى 16000 دج.

والملاحظ من خلال هذه المواد أن عدم التصريح بالميلاد يعد جريمة يعاقب عليها القانون، وذلك

بتوافر العناصر التالية:

1- حضور ولادة الطفل:

يشترط لقيام هذه الجريمة حضور الولادة ولا يهتم إن ولد الطفل حيا أو ميتا، إذ نستنتج من نص المادة 62 المذكورة أعلاه أنه لكي يلزم الشخص بالتصريح بولادة طفل إلى ضابط الحالة المدنية يجب أن يكون قد حضر فعلا حادثة الوضع وشاهد الولادة مشاهدة عيان أو ساهم في تسهيلها بنفسه إذ لا يكفي مثلا أن يسمع شخص بولادة امرأة ولو كانت قريبته حتى يلزم قانونا بالذهاب إلى ضابط الحالة المدنية ليقدم له تصريحاً بمن ولدت. ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا الأب والشخص الذي وقعت الولادة في مسكنه والشخص الذي تكلفه العائلة بتقديم التصريح، فإن هؤلاء يبقون خاضعين لحكم الإلزام ويعاقبون إذا لم يقوموا بهذا الواجب رغم عدم حضورهم الولادة بأنفسهم¹.

2- الركن المادي:

لقيام الركن المادي لهذه الجريمة يجب حصول فعل الامتناع أو الإغفال عن التصريح بالميلاد من طرف الأشخاص المكلفين بذلك خلال أجل معين.

فبالرجوع إلى المادة 62 من قانون الحالة المدنية نستنتج أن الأشخاص الذين يتعرضون لهذه العقوبات، هم الأب فهو المسؤول الأول عن التصريح حتى ولو لم يكن حضر الولادة بنفسه، ثم الأم²، بالإضافة إلى الأطباء والقابلات فهم مطالبون بالتصريح إذا كان الوالد غائبا، ولم تقم الأم بتصريح الميلاد، بالإضافة إلى أن الجزاء يشمل حتى الشخص الذي ولدت الأم عنده، نتيجة تخلفه عن إلتزام الإدلاء والتصريح بحالة الولادة.

وحماية لهذا الوضع فقد إعتبر المشرع الجزائري أن حتى ولادة الطفل ميتا وعدم التصريح بولادته يرتب المسؤولية الجزائرية لمن حضر الولادة، لأن حضور الولادة شرط القيام الجريمة كما سبق الذكر.

¹ - أنظر، عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، طبعة ثانية منقحة ومزودة، دارهومة-الجزائر، 1995، ص 91.

² - في القانون الفرنسي لا تعتبر الأم ملزمة بالتصريح بالميلاد ومن ثم فهي غير معنية بالمخالفة.

غير أن التصريح الذي يدلي به أحد الملمزمين يعفي الآخرين من واجب التصريح، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 28 فيفري 1867 عن غرفتها الجزائية¹. كما أن الجريمة لا تقوم إذا لم يتضمن التصريح أحد البيانات المنصوص عليها في المادة 63 من قانون الحالة المدنية² الجزائري مثل هوية الأم مثلاً. وهذا على خلاف المشرع المصري الذي قرر ذات الأثر بصدد جريمة الادلاء العمدي ببيانات غير صحيحة عند التبليغ عن المولود، إذ نص في المادة رقم 24 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996 على أنه: " دون إخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من أدلى عمداً ببيان غير صحيح من البيانات يوجب القانون ذكرها عند التبليغ عن المولود".

أما فيما يخص مهلة التصريح بالولادة فإن كل ولادة تقع فوق التراب الجزائري أوجب القانون في المادة 61 من قانون الحالة المدنية، أن تكون محل تصريح إلى ضابط الحالة المدنية الذي وقعت الولادة في إقليم بلديته وذلك خلال أجل وضمن مهلة لا تتجاوز 05 أيام³ من اليوم الذي يلي يوم الولادة. وإذا انقضى هذا الأجل من غير أن يقع التصريح بسبب أو بدون سبب، فإنه يتعين ألا يذهب إلى ضابط الحالة المدنية، وإنما يتوجه إلى وكيل الجمهورية ليعلن له اسم وتاريخ ميلاد المولود الجديد ويقدم له طلباً كتابياً مصحوباً بالوثائق والأوراق التي تثبت زواجه ونسب هذا المولود إليه وذلك لاستصدار أمر معن للميلاد من طرف رئيس المحكمة يسمح له بتقييد طفله في سجلات الحالة المدنية، مع الإشارة

¹-Crim, 10-09-1847, D 1847,1,302.

Crim, 28-02-1867, D 1867, 1,190.

مقتبس عن أحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 167

²- عدلت المادة 63 بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 9 أوت 2014 المعدل والمتمم للأمر رقم 70_20 المؤرخ في 19 فبراير 1970 كالآتي: " تبين في عقد الميلاد السنة والشهر واليوم والساعة والمكان وجنس الطفل والأسماء التي أعطيت له وأسماء وألقاب وأعمار ومهنة ومسكن الوالدين وكذلك بالنسبة للمصرح، إن وجد، مع مراعاة أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 64 أدناه".

³ - بينما أوجب المشرع المصري في المادة 14 من قانون الطفل لسنة 1996 الإبلاغ عن المواليد خلال 15 يوماً من تاريخ حدوث الولادة.

إلى أن أجل خمسة أيام لا تنطبق على ولايات الجنوب إنما تحدد المدة بعشرين يوماً من الولادة، وذلك حسب الفقرة الثالثة من المادة 61 من قانون الحالة المدنية المعدل¹ بعدما كانت تحدد ب 60 يوماً. وتجدر الإشارة إلى أن يوم الولادة لا يدخل ضمن مهلة الخمسة أيام، وإذا صادف آخر يوم هذه المهلة يوم عطلة رسمية، فإن هذه المهلة ستمتد إلى أول يوم يلي يوم العطلة الرسمية، ويمنع ضابط الحالة المدنية من تلقي أي تصريح وتسجيل أي طفل بعد انقضاء الأجل المحدد.

وفي حالة ولادة طفل على ظهر باخرة جزائرية لنقل المسافرين أثناء سفر بحري، فإنه على قائد هذه البخرة أن يحرر وثيقة بذلك استناداً إلى تصريح أب الطفل أو أمه أو أي شخص آخر خلال مدة 05 أيام ابتداء من اليوم الذي وقعت فيه الولادة.

وفي حالة وقوع الولادة أثناء فترة توقف السفينة في ميناء أجنبي ولم يكن بالإمكان الاتصال بالبر أو لم يوجد بهذا الميناء موظف دبلوماسي أو قنصل جزائري مكلف بمهام ضابط الحالة المدنية، فإن القانون يوجب على قائد السفينة أن يحرر وثيقة الميلاد خلال 05 أيام من يوم الولادة بناء على تصريح الأب أو الأم أو أي شخص آخر حضر الولادة².

ولم يشترط المشرع في هذه الجريمة توافر القصد الجنائي، لاعتبار أن هذا النوع من الجرائم يشكل مخالفة بسيطة.

ثانياً: جريمة عدم تسليم طفل حديث عهد بالولادة

نصت المادة 1/67 من الأمر 20/70 المتعلق بالحالة المدنية³ على أنه: "يتعين على كل شخص وجد مولوداً حديثاً أن يصرح به إلى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه وإذا لم تكن له رغبة بالتكفل بالطفل يجب عليه تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية مع الألبسة الأمتعة الأخرى الموجودة معه" وقد نصت المادة 442 فقرة 01 و 03 من قانون العقوبات على أنه: "يعاقب بالحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 إلى 16000 دج... 3. كل من حضر ولادة طفل ولم يقدم عنه الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة وكل من وجد طفل حديث

¹ - القانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 هـ الموافق 9 أوت سنة 2014، والمعدل والمتمم للأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 هـ الموافق 19 فبراير 1970 والمتعلق بالحالة المدنية. الجريدة الرسمية العدد 49.

² - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 103.

³ - الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 هـ الموافق 19 فبراير 1970 والمتعلق بالحالة المدنية، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 هـ الموافق 9 أوت سنة 2014.

العهد بالولادة ولم يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب ذلك القانون ما لم يوافق على أن يتكفل به ويقر بذلك أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرتها..."

وهذا ما ذهب إليه كذلك التشريع المصري في المادة 20 من قانون الطفل لسنة 1996 والتي نصت على: "كل من عثر على طفل حديث عهد بالولادة أن يسلمه فوراً بالحالة التي عثر عليه".

ولكي تقوم جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة لا بد من توافر ركن مادي وركن معنوي: فالركن المادي لجريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة يتحقق بامتناع كل من وجد طفلاً حديث العهد بالولادة القيام بما يلي:

- إما تسليمه إلى ضابط الحالة المدنية كما يوجب القانون ذلك.
 - الإقرار به أمام جهة البلدية التي عثر على الطفل في دائرتها إذا ما وافق على التكفل به.
- إذ يوجب القانون على هذا الشخص أن يدلي بتصريح عن ذلك إلى ضابط الحالة المدنية الذي عثر على الطفل بدائرة اختصاص بلديته، وإذا لم تكن له الرغبة في التكفل به يجب عليه أن يسلمه إلى ضابط الحالة المدنية مع ما وجد معه من ألبسة وغيرها.

أما الركن المعنوي فإن جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة تتطلب قصداً جنائياً عاماً أي انصراف إرادة الجاني إلى تحقيق وقائع الجريمة مع علمه بأركانها كما يتطلبها القانون.

وفيما يخص المتابعة عن جرمي عدم التصريح بميلاد طفل أو جريمة عدم تسليم طفل حديث العهد بالولادة المنصوص عليهما في المادة 3/442 من قانون العقوبات الجزائري¹، فإنها تخضع للقواعد العامة لتحريك الدعوى العمومية، إذ يمكن للنياحة القيام بالمتابعة بمجرد قيام أركان الجريمة، ولا تخضع لأي قيد يغل يدها عن تحريك الدعوى العمومية.

أما عن الجزاء المقرر لكلتا الجريمتين والتي باعتبارها مخالفة بسيطة فهو حسب المادة 442 من قانون العقوبات الحبس من 10 أيام على الأقل إلى شهرين على الأكثر وبغرامة من 8000 إلى 16000 دج.

ولا تقتصر الجرائم التي قد تمس بالطفل على الجرائم التي تحول دون التحقق من هويته ونسبه، بل قد يترك ويعرض الطفل للخطر.

¹ - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

المطلب الثاني

جريمة ترك الأبناء وتعريضهم للخطر

من أهم الجرائم التي تقع داخل الأسرة والتي من شأنها الإضرار بنظام الأسرة ككل وبعلاقة الفروع بالأصول بصفة خاصة، نجد جرائم إهمال الأطفال بتركهم وتعريض صحتهم وحياتهم للخطر، ويزداد الأمر خطورة إذا ما تم تركهم في مكان خالي من الناس بحيث يصبح تعريض حياتهم للخطر أمرا وشيكا. وفي هذا الصدد قد جرم المشرع الجزائري الأفعال المتعلقة بترك الأبناء أو تعريضهم للخطر أو التحريض على ذلك في القسم الثاني من الفصل الثاني الخاص بالجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، وذلك تحت عنوان: في ترك الأطفال والعاجزين وتعريضهم للخطر وبيع الأطفال، في المواد من 314 إلى 320 مكرر من قانون العقوبات¹، متبعا في ذلك القانون الفرنسي² الذي يعتبر المصدر التاريخي للقانون الجزائري، حيث نص المشرع الفرنسي على تجريم تعريض الطفل للخطر اذا كان يقل عمره عن 15 سنة بجرمانه من الغذاء والرعاية الصحية اللازمة اذا ارتكب هذا الفعل أصوله الشرعيين أو الطبيعيين أو بالتبني، وذلك بموجب المادة 15-227 من قانون العقوبات الفرنسي³.

أما في القانون المصري فلا نجد نص يشابه مواد قانون العقوبات الجزائري فيما يخص جريمة ترك الأطفال أو تعريضهم للخطر، وذلك على خلاف المشرع المغربي والذي نص على ذلك من خلال

¹ - الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

² - Cf, Florence LAROCHE-GISSEROT, Les droits de l'enfant, éd, Dalloz, Paris, 1996, p..80.

³ - Article 227-15 Modifié par la Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 - art. 44

Modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 19 JORF 7 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006

Le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Constitue notamment une privation de soins le fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants.

المواد 459 و 460 و 462 إلغاية المادة 467 من القانون الجنائي¹، وكذا المشروع التونسي في المادة 212 من المجلة الجنائية التونسية².

وباستقراء النصوص الخاصة بجرائم ترك الأبناء أو تعريضهم للخطر نجد أن المشروع الجزائري فرق بين صورتين: صورة تتعلق بترك الأبناء أو تعريضهم للخطر، وصورة تتعلق بتحريض الوالدين على التحلي على أبنائهما. وسنحاول أن نبين كل هذه الصور في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

ترك الأبناء وتعريضهم للخطر

وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمواد 314 إلى 318 من قانون العقوبات الجزائري، وهذه الجريمة وثيقة الصلة بجريمتين أخرتين، فلها ارتباط بجرمان القصر من العناية والغذاء المنصوص والمعاقبة عليها بنص المادة 269 من قانون العقوبات. كما تدخل أيضا ضمن الجرائم الموجهة ضد رعاية الطفل وتتوسط جرمي عدم تسليم الطفل وتحويله (م327، 328ق.ع) لأن القانون يعاقب على تعريض الطفل أي التحلي عنه باعتباره عملا يتنافى وواجب الحضانة الواقع على عاتق الحاضن، كما أن القانون يحمي صحة الأطفال ويعاقب على تعريضها للخطر.

ولا يمكن ادانة أي شخص بهذه الجريمة إلا بعد التأكد من توافر أركانها الأساسية الركن المادي والركن المعنوي، إضافة إلى عناصر أو شروط أخرى لازمة لتوقيع الجزاء على الجاني.

1 - نصت المادة 459 على ما يلي: " من عرض أوترك طفلا دون الخامسة عشرة أو عاجزا لا يستطيع أن يحمي نفسه بسبب حالته الجسمية أو العقلية في مكان خال من الناس أو حمل غيره على ذلك، يعاقب مجرد هذا العمل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

فإذا نشأ عن التعريض للخطر أو عن الترك مرض أو عجز لمدة تزيد عن عشرين يوما، فإن العقوبة هي الحبس من سنتين إلى خمس. أما إذا أصيب الطفل أو العاجز ببتير أو عطب، أو إذا بقي مصابا بعاهة مستديمة فإن العقوبة هي السجن من خمس إلى عشر سنوات.

وإذا نتج عن التعرض للخطر أو عن الترك موته، كانتا لعقوبة السجن من عشرة إلى عشرين سنة". أما المادة 460 فقد نصت على مايلي " :إذا كان مرتكب الجريمة أحد أصول الطفل أو العاجز أو أحد الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو المكلفين برعايته...".

2 - تنص المادة 212 من المجلة الجنائية التونسية على أنه: " يستوجب السجن مدة ثلاثة أعوام وخطية قدرها مائتا دينار من يعرض مباشرة أو بواسطة أو يترك مباشرة أو بواسطة بقصد لإهمال في مكان أهل بالناس طفلا لا طاقة له على حفظ نفسه أو عاجزا. ويكون العقاب بالسجن مدة خمسة أعوام وخطية قدرها مائتا دينار إذا كان المجرم أحد الوالدين أو من له سلطة على الطفل أو العاجز أو مؤتمنا على حراسته.

ويضاعف العقاب في الصورتين السابقتين إذا حصل التعريض أو الترك في مكان غير أهل بالناس والمحاولة موجبة العقاب."

أولاً: أركان وشروط الجريمة

سنوضح الأركان التي تقوم بها هذه الجريمة، والشرط اللازم توافرها كذلك:

1_الركن المادي: ترك الابن أو تعريضه للخطر

ترك الابن أو تعريضه للخطر هو جوهر الركن المادي لهذه الجريمة، ويتحقق ذلك بمجرد نقل الطفل من مكان آمن والذهاب به إلى مكان آخر خال تماماً من الناس أو غير خال ثم تركه هناك وتعريضه للخطر، وهو عنصر يتم تكوينه بمجرد الانتهاء من عملية النقل والترك دون حاجة إلى إثبات أي تصرف آخر ودون حاجة إلى البحث عن الحالة، التي كان عليها الضحية ولا عن الوسيلة التي تم نقله بواسطتها، ذلك أن الترك هو العمل الشكلي للتخلي عن الطفل¹. لذلك فإن الجريمة تقوم في حق من ترك طفلاً أمام باب ملجأ أو مسجد أو جمعية خيرية ولو كان ذلك على مرأى من الناس. كما قضي في فرنسا بقيام هذه الجريمة في حق أم تركت ولدها عند أحد الأشخاص على أن تعود إليه فاختلفت ولم تعد إليه².

غير أن هناك من يرى أن تعريض الطفل للإهمال هو وضعه في مكان غير الذي يوجد به الأشخاص المفروض عليهم واجب العناية به دون أن يتحققوا من أن أحدا التقطه أو سيلتقطه، وهناك من يرى أن التعريض يحصل متى وضع الطفل في محل خال من الناس أو مأهول بهم ويحصل التخلي متى ترك الطفل لوحده لو لفترة قصيرة فقد فيها الرعاية والعناية اللازمين³.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا-المجلس الأعلى سابقاً- في الجزائر في إحدى قراراتها بأنه: " تشترط الجريمة المنصوص عليها بالمادة 316 من قانون العقوبات لتطبيقها ترك الطفل في مكان غير خال من الناس قصد التخلص منه بصفة نهائية لذلك لا تحقق الجريمة بالنسبة للجددة التي سلمت حفيدها الصغيرة إلى أبيها بطلب من أمها التي أصبحت تغير قادرة على الاعتناء بها"⁴.

وقد اعتبر المشرع الجاني مسئولاً عن النتائج المترتبة عن تلك الوقائع، المتمثلة في الترك أو التخلي والتعرض للخطر، في محل خال من الآدميين، أي أنه عاقب على هذا الفعل باستناده على نظرية القصد الاحتمالي لأن الشخص الذي يعرض طفلاً للخطر ويتركه في مكان خال من الناس، لا يقصد بذلك

1 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 178.

2 - أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 180.

3 - أنظر، رضا سماح، المرجع السابق، ص 229.

4 - أنظر، المجلس الأعلى، غ.ج.م، 1974/03/26، ملف رقم 10021، مقتبس عن جيلالي بغداددي، المرجع السابق، ص

إحداث جرح له أو عاهة مستديمة أو يقصد قتله، ولكنه يعلم طبيعة فعله الجرم فبإمكانه توقع أي نتيجة تترتب عن هذا الفعل¹.

2_ كون المتخلى أبا أو أما للمتخلى عنه

يشترط أن يكون التارك من أصول المتروك أو ممن له سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته، ويتحدد هذا الشرط من خلال الجزاء المقرر بالنظر لصلة الجاني بالجاني عليه المنصوص عليه في المادة 315 من قانون العقوبات الجزائري. كما نصت على ذلك المادتين 460 و462 من القانون الجنائي المغربي. وعليه في حالة فقدان تلك الصفة تفقد الجريمة أحد شروطها، وبالتالي يستبعد تطبيق المادة 315 من قانون العقوبات الجزائري لتحل محلها المادة 314 من نفس القانون.

3_ ترك الطفل أو الولد في مكان خال من الناس

يشترط حسب المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري ترك الطفل في مكان خال قصد التخلص منه، والمكان الخال هو المكان الذي لا يوجد فيه الناس ولا يطرقيه عادة، ولا يتوقع أن يؤمه بنو الإنسان إلا نادرا، وهي الحالة التي يحتمل معها حالة الولد دون أن يعثر عليه من يسعفه أو ينجيه، أو يقدم له يد المساعدة من الخطر الذي يمكن أن يداهمه أو الضرر الجسيم الذي يمكن أن يتعرض له². ومع ذلك لا يقصد بعبارة "مكان خال من الناس" أن يكون المحل أو المكان فعلا خاليا من الناس أو الآدميين في كل الأوقات كالجزر المهجورة مثلا، وإنما يكون ذلك المكان أو المحل خاليا من الناس في الوقت الذي تعرض فيه الطفل للخطر أو وقع فيه التخلي أو الترك، حتى ولو كان في غير هذا الوقت أهلا بالناس. لذا فقد اعتبر الشارع العمومي خاليا من الناس، في وقت متأخر من الليل حتى ولو كان السير فيه لا ينقطع مطلقا أثناء النهار. ومنه فإن مسألة خلو الشارع من عدمها، هي مسألة موضوعية يترك تقديرها لقاضي الموضوع.

هذا وقد كانت المحكمة الفرنسية تشترط قبل 1898 لقيام جريمة ترك الطفل وتعريضه للخطر توفر الركنتين معا، ولا عقاب على التعريض ما لم يليه ترك، فمن ترك الوليد على عتبة منزل ويدق الجرس أو يترك الباب ثم لاذ بالفرار قبل التحقق من أن الوليد قد التقط يعتبر قد عرض وترك الطفل للإهمال، بيد أنه إذا حصل الفرار بعد التحقق من التقاط الطفل فلا عقاب لعدم تحقق شرط الترك أو التخلي³.

¹- إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، المرجع السابق، ص 628.

² - أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 182.

³ - رضا سخاحم، المرجع السابق، ص 229.

ونعتقد أن ترك الطفل على عتبة المنزل يعد تعريضا للخطر سواء تم التقاطه أم لا، ذلك أنه حتى لو تم التقاطه ما الدليل على أنه داخل ذلك المنزل في أمان ولن يتعرض لأي اعتداء من أي نوع، بل أنه يمكن أن يكون الخطر أكبر داخل ذلك المنزل خاصة إذا كان ذلك المنزل مجهول لدى تارك الطفل.

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى المغربي: "إن إهمال الأم لرضيعها وتركه وحيدا في منزلها دون تعهده بالتغذية والرعاية في الأوقات المناسبة، مما ينتج عنه هزاله ووفاته، لا ينطبق عليه الوصف القانوني الوارد في الفصلين 461-462 من القانون الجنائي والذي يتضمن تعريض الطفل العاجز للخطر وتركه في مكان خال من الناس دون نية الرجوع إليه أو إيقافه تحت عهدة أو مسؤولية مرتكب الفعل"¹.

نرى أن هذه الجريمة التي قامت بها الأم صحيح أنها لا تشكل فعل تعريض الطفل للخطر بتركه في مكان خال من الناس، غير أنها قد عرضته للخطر بامتناعها عن رعايته واطعامه في الأوقات المناسبة مما نتج عنه وفاته، لذلك يمكن تكيف هذه الجريمة بأنها جريمة قتل تحققت بالإمتناع.

وبالرغم من أن البعض² يرى أن شرط ترك الولد أو الابن في مكان خال من أهم عناصر هذه الجريمة لأنه شرط متعلق بالإثبات، أي بإثبات أن الضحية هو الابن الذي ترك في محل خال من الآدميين، وهي الحالة التي يحتمل معها هلاك الطفل، إلا أن هناك رأي آخر³ يرى أن المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري لم تعتبر مكان ترك الطفل سواء في مكان خال أم لا شرطا أو ركنا من أركان الجريمة. بل هي مجرد ظروف مكانية تؤثر في العقوبة بالتشديد أو بالتخفيف ولا أثر لها على قيام الجريمة، وهذا ما تؤكدته المادة 316 من قانون العقوبات التي تعاقب على ترك الطفل وتعريضه للخطر في مكان غير خال من الناس ولكن بعقوبات أخف من تلك المقررة في المادة 314 من قانون العقوبات التي تعاقب على ترك الأطفال وتعريضهم للخطر في مكان خال من الناس.

ونحن نرجح الرأي الثاني الذي يعتبر أن مكان ترك الطفل مجرد ظروف مكانية تؤثر بالتشديد أو بالتخفيف لا أثر لها على قيام الجريمة، فالجريمة تقوم سواء كان المكان خال من الناس أم لا، لكن العقوبة

¹ - القرار عدد 1909/7 المؤرخ في 09/09/16، ملف جنحي، عدد 10258/09، مقتبس عن إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، المرجع السابق، ص 633.

² - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 34.

³ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 182.

تكون أخف فيما يخص المكان غير خال من الناس. وهذا ما نراه منطقي، ذلك أن احتمال تعرض الطفل للخطر يتضاعف في المكان الخال من الناس عنه في المكان غير خال من الناس.

4_ كون الطفل غير قادر على حماية نفسه

لابد لقيام هذه الجريمة أن يكون الطفل المتروك أو المتخلى عنه غير قادر على حماية نفسه بنفسه، إما لصغر سنه، أو لسبب آخر كضعف جسمه، أو لضعف عقله بسبب خلل أصابه أو كان مجنوناً لا يميز بين ما يضره وما ينفعه، أو به مرض أو عجز أو كان قد أصابته عاهة مستديمة¹.

ونشير إلى أن المشرعان الجزائري والتونسي لم يحددا سن الصغير المشمول بالحماية، في المادة 314 وما يليها من قانون العقوبات الجزائري، والمادة 212 من المجلة الجنائية التونسية، بل تركا أمر ذلك لقاضي الموضوع الذي عليه تقدير تلك السن مع مراعاة حالة الرضيع أو المولود الصحية والجسمية، وتحديد الظروف التي ترك فيها الطفل أو تعرض فيها للخطر²، مما يفهم من ذلك أنهما كرسا وبدون شك حماية جنائية أكبر للطفولة. وذلك خلافاً للمشرع المغربي الذي حدد سن الطفل في المادتين 459 و461 من القانون الجنائي المغربي بأن يكون دون سن الخامسة عشرة، والمشرع الفرنسي في المادة 15/227 من قانون العقوبات الفرنسي والذي حددها ب 15 سنة.

5_ الركن المعنوي

لقيام هذه الجريمة لا بد من توافر القصد الجنائي، إلا أن ما يتحكم في العقوبة هو النتيجة المترتبة عن الفعل وليس القصد الجنائي الذي لا أثر له في درجة العقوبة³. غير أن الأستاذ عبد العزيز سعد يرى أن مجرد توفر الركن المادي وشروط الجريمة سابقة الذكر يعفي من البحث عن نية الفاعل وقصده، فهو يرى أن القانون لم يجعل من النية أو القصد الجرمي ركناً متميزاً إلى جانب الأركان الأخرى وذلك ما دام لم ينتج عن هذا الفعل أية مضاعفات خطيرة⁴. إلا أن القانون يتطلب في هذه الجريمة توافر جميع أركانها وأن تتجه إرادته الحرة إلى تعريض الطفل للخطر والتخلي عنه، وأن تكون هذه الإرادة لم يمسها عيب كالإكراه المادي أو المعنوي الذي قد يعيب الإرادة أحياناً وقد يعدمها أحياناً أخرى⁵.

1- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، المرجع السابق، ص 225

2- رضا خمّاحم، المرجع السابق، ص 229.

3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 180-181.

4- عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 43.

5- نبيل صقر، نفس المرجع، ص 226.

ويرى الفقيه روني غاور أن العنصر المعنوي للجريمة يكمن في نية عدم القيام بالعناية التي تفترضها حراسة الطفل أو الرضيع وأن أفعال التعريض بالخطر والتخلي إذا ما ارتكبت بنية جعل الطفل يختفي نكون بصدد اختفاء الطفل، أما إذا حصل ذلك بنية قتله وذلك عبر حرمانه من العناية سيشكل الفعل عندئذ قتلا عمديا أو محاولة قتل¹.

ثانيا: الجزاء المقرر للجريمة

تختلف العقوبة حسب الظروف المكانية لارتكاب الجريمة وما ترتب عنها من نتائج وصلة الجاني بالجني عليه على النحو الآتي:

1- ترك الطفل في مكان خال: تتحكم في تحديد المكان الخالي عدة عوامل ويعتبر العامل الجغرافي أهمها إذ أن ترك طفل في غابة معزولة وموحشة ليس كتركه أمام باب مسجد أو ملجأ أو في مدينة أو قرية عامرة بالسكان. أما العامل الثاني فهي ظروف وضع الطفل وتتمثل هذه الظروف خاصة في وقت ترك الطفل والتخلي عنه، فتركه ليلا ليس كتركه نهارا ووضع الطفل في مكان آمن ولو كان معزولا أو خاليا ليس كوضعه في مكان عامر بالسكان والحركة ولكنه شديد الخطورة، كوضع الطفل أمام الطريق السريع، أو الأماكن التي تكثر فيها القلاقل والنزاعات والحروب، أما العامل الثالث فهو حظوظ إنقاذ الطفل، فكلما كانت حظوظ إنقاذ الطفل ضئيلة كلما تجلت للقاضي النية العمدية للفاعل في التخلص من الطفل وتعريضه للخطر، وتعاقب المادة 314 في فقرتها الأولى على ترك الطفل في مكان خال بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وتشدد هذه العقوبة بتوافر ظرفين هما نتيجة الفعل المجرم وصفة الفاعل:

أ- نتيجة الفعل:

حيث تؤثر نتيجة الفعل على العقوبة على النحو التالي:

- إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما تكون الجريمة جنحة عقوبتها الحبس من سنتين إلى خمس سنوات (المادة 2/314 من قانون العقوبات)، ويلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ في جريمة ترك طفل في مكان خال أو غير خال بمدة 20 يوما عجز كمعيار للتمييز بين درجات خطورة الجريمة خلافا لما أخذ به في جرائم العنف حيث أخذ فيها بمدة 15 يوما.

¹ - مقتبس عن، نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، المرجع السابق، ص 227.

- إذا حدث للطفل بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون الجريمة جنائية عقوبتها السجن من 05 سنوات إلى 10 سنوات (المادة 3/314 من قانون العقوبات).
- إذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الموت فتكون جنائية عقوبتها السجن من 10 إلى 20 سنة (المادة 4/314 من قانون العقوبات).

نعتقد أن تشديد العقوبة حسب العقوبة المقررة هو أمر منطقي، فالجريمة تقوم مهما كانت النتيجة غير أن العقوبة تختلف باختلاف تلك النتيجة، فمن غير المعقول أن تكون عقوبة من نتج عن فعل تركه وتعرضه الطفل للخطر عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما مثل عقوبة مننتج عن فعله الموت.

ب- صفة الجاني:

تشدد العقوبات حسب المادة 315 من قانون العقوبات ضد الأصول أو من لهم سلطة على الطفل أو من يتولون رعايته وذلك برفع العقوبات المقررة قانون درجة واحدة، فتكون العقوبات كما يلي:
- الحبس من سنتين إلى خمس سنوات في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 314 من قانون العقوبات.

- 2- الحبس من 05 إلى 10 سنوات في حالة ما إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما.
- السجن من 10 إلى 20 سنة في حالة ما إذا حدث للطفل بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة.

- السجن المؤبد إذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الموت.
وقد أحسن المشرع برفع العقوبة بدرجة واحدة إذا كان الجاني من الأصول أو من لهم سلطة على الطفل أو من يتولون رعايته، ذلك أن هؤلاء هم المسؤولون عن رعايته وحمايته لا تعرضه للخطر.

2_ ترك الطفل في مكان غير خال:

تعاقب المادة 316 من قانون العقوبات على هذا الفعل مبدئيا بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، وتشدد العقوبة حسب نتيجة الفعل أو صفة الجاني:

أ- نتيجة الفعل:

- إذا نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة تتجاوز 20 يوما فتكون العقوبة الحبس من 06 أشهر إلى سنتين.

- إذا حدث للطفل بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات.

- إذا أدى الترك أو التعريض للخطر إلى الوفاة فتكون العقوبة السجن من 05 إلى 10 سنوات. وهنا بطبيعة الحال اتبع المشرع نفس الموقف في تشديده للعقوبة على أساس النتيجة، غير أنه جلعها أخف من ترك الطفل في مكان خال من الناس، ذلك أن المكان هنا يختلف ألا وهو ترك الطفل في مكان غير خال من الناس. فترك الطفل في مكان الخال من الناس يعرض الطفل للخطر أكثر من تركه في مكان غير خال من الناس بحيث يمكن اسعافه، غير أننا في الوقت الراهن أصبح الأطفال عرضة للخطر حتى أمام منازلهم ومدارسهم بتعرضهم لجرائم الخطف التي أصبحت مسلسل رعب نسمع عنه كل يوم. فهل ترك الأم لطفلها أمام باب المنزل ليلعب أو تأخر الأب عن أحضاره من المدرسة يعد تعريضاً للخطر إذا ثبت تعمدهما ذلك؟

ب-صفة الجاني:

تشدد العقوبة في المادة 317 ضد الأصول أو من يتولون رعايته وذلك برفع العقوبات المقررة قانوناً درجة واحدة فتكون العقوبات كما يلي:

- الحبس من 06 أشهر إلى سنتين في الحالة المنصوص عليها في المادة 316 من قانون العقوبات.

- الحبس من سنتين إلى 05 سنوات في حالة ما نشأ عن الترك أو التعريض للخطر مرض أو عجز كلي لمدة 20 يوماً.

- السجن من 05 إلى 10 سنوات في حالة ما إذا حدث للطفل بتر أو عجز في أحد الأعضاء أو أصيب بعاهة مستديمة.

- السجن من 10 إلى 20 سنة إذا تسبب الترك أو التعريض للخطر في الوفاة.

- وفي حالة ما إذا أدى ترك الطفل أو تعريضه للخطر إلى الوفاة مع توافر نية إحداثها فإن المادة 318 من قانون العقوبات قد أحالت فيما يخص العقوبة إلى المواد 261 إلى 263 من قانون العقوبات على حسب الأحوال، وسواء تعلق الأمر بترك الطفل في مكان خال أو غير خال، فيعاقب الفاعل بالسجن المؤبد في هذه الحالة، أما إذا اقترن الفعل بسبق الإصرار أو التردد، فيعاقب الفاعل بالإعدام (م 261 ق.ع).

ويجوز حسب المادة 319 من قانون العقوبات الحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 من قانون العقوبات من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر،

وذلك في حالة ما إذا قضي عليه بعقوبة جنحة فقط طبقا للمواد من 314 إلى 317 من نفس القانون.

ومما سبق يتبين لنا أن علة التجريم هنا ترجع إلى رغبة المشرع في توفير حماية جنائية خاصة للطفل ضد الأخطار التي يتعرض لها، ويكون من شأنها المساس بحقه في الحياة وفي سلامة الجسم، ومن أهم مميزات هذه الصورة من صور الحماية أنها ذات طابع وقائي، وبالتالي تنطوي على فعالية كبيرة لأن النصوص العقابية المتعلقة بها تطبق لمجرد تعريض الطفل للخطر، دون توقف على حدوث ضرر فعلي بالطفل المجني عليه¹.

كما نلاحظ أن القرابة بين الأصول والفروع في هذه الجريمة لعبت دورا مزدوجا، بحيث أنها تمثل محل مادي للجريمة لأن فعل ترك الطفل وتعريضه للخطر يؤثر على هذه القرابة الأسرية، فمن واجب الأصول الاعتناء بفروعهم وحراستهم بدل من اهمالهم لدرجة تعريضهم للخطر. كما تلعب صفة الجاني هنا وهي قرابة الأصل بفرعه دور في تشديد عقوبة جريمة ترك الطفل أو تعريضه للخطر.

الفرع الثاني

تحريض الوالدين على التخلي عن طفلهما

تتمثل هذه الصورة في حمل الغير على ترك الطفل وتعريضه للخطر، وهي وجه من أوجه التحريض وتشكل جريمة يعاقب عليها القانون بصفة مستقلة، كما يعاقب على الفعل في حد ذاته.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في المادة 320 من قانون العقوبات بقوله: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر، وبغرامة مالية من 20000 إلى 100000 دينار:

- كل من حرّض أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد، وذلك بنية الحصول على فائدة.

- كل من تحصل من أبوين أو أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفليهما الذي سيولد أو شرع في ذلك وكل من حاز مثل هذا العقد أو استعمله أو شرع في استعماله.

- كل من قدم وساطته للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك."

1 - أنظر، شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 118.

كما جرم المشرع المغربي هذه الأفعال في المادة 466 من القانون الجنائي على النحو الآتي: يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، وبغرامة من مائتين إلى خمسة آلاف درهم من ارتكب، بقصد الحصول على فائدة، أحد الأفعال الآتية:

- حرص الأبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلها الوليد أو الذي سيولد.

- قدم أو حاول أن يقدم وساطته للتكفل بطفل وليد أو سيولد أولتبيه.¹

وما يلاحظ من هذه المواد أن هذه الجريمة تختلف نوعاً ما عن الجريمة السابقة، وذلك من حيث أن عقوبة هذه الجريمة لا تسلط على الأب والأم بسبب تخلي أحدهما عن طفله الصغير إلى الغير، وإنما تسلط على شخص آخر غيرهما سيلعب دوراً إيجابياً وفعالاً في دفعهما أو دفع أحدهما إلى التخلي عن ولده لمصلحة هذا الغير، وذلك باتباع طرق احتيالية عديدة، تجعل من والد الطفل أو من يتولى رعايته يتركه أو يتخلى عنه، كالحصول على تعهد مكتوب مثلاً أو الحصول على عقد رضائي يتوسط به بين أحد الأبوين أو من في حكمهما، وبين الغير بغية الوصول إلى غايته، سواء كانت فائدة مادية أو معنوية، تكون ثمرة التخلي عن المولود أو الذي سيولد في المستقبل.¹

كما يلاحظ من خلال المادة 320 من قانون العقوبات الجزائري أن هذه الجريمة لا تشتمل على شكل أو صورة واحدة، وإنما تشمل ثلاث صور وكل صورة من هذه الصور تشكل جريمة متميزة ومستقلة عن غيرها لها أركانها وشروطها الخاصة بها، وتمثل هذه الأشكال أو الصور فيما يلي:

الصورة الأولى: تحريض الوالدين أو أحدهما عن التخلي عن طفلها المولود أو الذي سيولد وذلك بنية الحصول على فائدة:

تمثل هذه الصورة في استعمال كل الطرق والوسائل لحمل الأبوين أو أحدهما على التخلي عن الطفل، عن طريق إغراء أو دفع الأم أو الأب أو هما معاً إلى ترك طفليهما الرضيع حديث العهد بالولادة، أو الالتزام بالتخلي عن صغيرهما الذي سيولد في المستقبل وذلك بغرض تحقيق منفعة مادية أو معنوية.²

وتتفق هذه الصورة في بعض جوانبها مع جريمة حمل الغير على ترك الطفل المنصوص عليها في المادة 314 من قانون العقوبات الجزائري، وما يميزهما عن بعضهما هو نية الحصول على فائدة التي لولاها

¹- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 36، أنظر إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، المرجع السابق، ص 638.

² - إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، نفس المرجع، ص 638.

لذابت الأولى في الثانية، أما الميزة الثانية فتتمثل في كون هذه الصورة غير مقصورة على الطفل المولود فقط بل تشمل أيضا الطفل الذي سيولد¹.

وتتكون جريمة دفع أو إغراء الأبوين إلى التخلي عن الطفل من عدة عناصر هي العنصر المادي، وعنصر البنوة، وعنصر الحصول على منفعة:

أولا: العنصر المادي

يتمثل العنصر المادي في قيام شخص معين العمل على تحريض وإغراء أحد الوالدين أو كليهما ودفعهما بشتى الوسائل والأساليب المادية والمعنوية إلى أن يتخلى أو يتخليا له عن إبنهما المولود أو الذي سيولد في المستقبل، ويسلمانه له أو لغيره تسليما ماديا وحسبيا بمقابل أو بدون مقابل.

ويتضح هذا العنصر من خلال الفقرة الأولى من المادة 320 من قانون العقوبات بنصها على: "كل من حرض أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد وذلك بنية الحصول على فائدة".

ثانيا: البنوة

وهو العنصر المفترض في هذه الجريمة ويتمثل في صفة المخني عليه الذي يجب أن تربط علاقة بنوة شرعية بأحد الوالدين الذي كان محل للإغراء والتحريض². والمخني عليه هنا هو الطفل الحديث العهد بالولادة أو الذي سيولد مستقبلا، وهذا ما أشارت إليه المادة 320 من قانون العقوبات بقولها: "...من حرض أبوين أو أحدهما على التخلي عن طفلهما المولود أو الذي سيولد...".

ثالثا: الحصول على منفعة (العنصر المعنوي)

يتمثل هذا العنصر في النية أو الغاية الإجرامية أو الهدفا لأساسي الذي يتبغيه المحتال أو المحرض إن صح التعبير، وهو يمثل الركن المعنوي في هذه الجريمة أي القصد الجنائي الذي يتجسد في إتيان السلوك المادي المكون للجريمة، لأن الواقعة الإجرامية عمدية عن علم واردة، وإن وجد قصد خاص فيتمثل في حصول المحرض على فائدة من وراء ذلك العمل أو النشاط³. ولقاضي الموضوع أن يستخلص الركن المعنوي في هذه الجريمة من كل الظروف والملابسات المحيطة بالواقعة الإجرامية محل المتابعة. ونية الحصول

1 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في شرح القانون الجزائي، المرجع السابق، ص 126.

2 - نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، المرجع السابق، ص 229.

3 - إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، المرجع السابق، ص 639.

على المنفعة عنصر يتطلبه القانون لقيام جريمة التحريض على التحلي عن الأبناء، وذلك وفقا لنص المادة 1/320 من قانون العقوبات: "...وذلك بنية الحصول على فائدة...".

الصورة الثانية:

تتمثل هذه الصورة حسب المادة 2/320 من قانون العقوبات في الحصول على عقد من الوالدين أو من أحدهما يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن ولدهما الذي سيولد أو الشروع في ذلك وكذا حيازة مثل هذا العقد أو استعماله أو الشروع في استعماله.

والملاحظ أن ما يميز هذه الصورة عن سابقتها هو غياب نية الحصول على فائدة، وتقوم هذه الصورة على عقد أيا كان شكله يبرمه الجاني مع امرأة حامل أو زوجها يتضمن تعهد الوالدين بالتخلي عن الولد الذي سيولد.

وتجدر الإشارة إلى أن الممارسات التي بموجبها تقبل المرأة حمل طفل عن طريق التلقيح الاصطناعي على أن تتنازل عنه عند ولادته لامرأة أخرى أو لزوجين تتضمن بالضرورة عقد أيا كان شكله يتعهد بمقتضاه أحد الوالدين بالتخلي عن الطفل الذي سيولد.

ولكي تقوم هذه الجريمة لا بد من توافر العناصر التالية:

أولاً: العنصر المادي

يتمثل العنصر المادي في توجه شخص معين إلى الأم أو الأب أو إليهما مجتمعين ويستكتبهما أو يستكتب أحدهما، ويطلب منه تحرير وثيقة رسمية أو عرفية يتعهد فيها بأنه سيتخلى له أو لغيره نهائياً عن طفله أو ابنه الذي سيولد مستقبلاً أو شرع في ذلك، وينشأ هذا العنصر بمجرد الفراغ من تحرير الوثيقة. وكذلك مجرد حيازة مثل ذلك العقد أو الوثيقة أو استعمالها أو الشروع في ذلك.

ثانياً: الأبوة أو الأمومة

يفترض في هذه الجريمة وجود علاقة أبوة أو أمومة، بين الطفل المتعهد بتركه أو التحلي عنه من ناحية، وبين محرر أ ومحررة التعهد أو الوثيقة من أجل التحلي عن الطفل من ناحية أخرى.

ويعتبر هذا العنصر من العناصر الأساسية لقيام هذه الجريمة، لأن تخلفه حتماً سيؤدى إلى عدم توافر أو اكتمال جريمة تحريض الوالدين على التحلي عن طفلهما الذي سيولد. وبالتالي عدم قيام الجريمة ذاتها.

ثالثا: الكتابة

في الحقيقة يعد هذا العنصر جزءا من الركن المادي الذي تعرضنا له سابقا، ولكن نظرا لأهميته في الإثبات أردنا أن نجعله عنصرا مستقلا، فهو يشكل دليلا قاطعا أو حجة قوية لا تقبل الشك لإثبات هذه الجريمة. إضافة إلى أن الكتابة المتمثلة في الوثيقة أو التعهد، تدل دلالة لا تقبل الشك على عزم المحرض أو الفاعل لبلوغ هدفه أو مبتغاه. فمجرد التعهد الشفوي لا يعتد به القانون كركن من أركان جريمة تحريض الأبوين بالتعهد عن التخلي على طفليهما، ومنه إذاتخلف عنصر الكتابة يتعذر معها إثبات هذه الجريمة¹.

ويتضح عنصر الكتابة من خلال الفقرة الثالثة من المادة 320 من قانون العقوبات الجزائري، التي نصت على مايلي: "كل من تحصل من أبوين أو أحدهما على عقد يتعهدان بمقتضاه بالتخلي عن طفليها الذي سيولد أو شرع في ذلك وكل من حاز مثل هذا العقد أو استعمله أو شرع في استعماله...". وما يلاحظ فيما يخص هذه الجريمة هو أن وقائعها، خصوصا واقعة حيازة الوثيقة التي في واقع الأمر ماهي إلا تعهد كتابي من الأبوين، إضافة إلى واقعة استعمال تلك الوثيقة أو التعهد، أو محاولة الشروع في ذلك كفيل لقيام الركن المادي في هذه الجريمة. أما الركن المعنوي يتحقق بمجرد علم الحائز أو المستعملب محتوى الوثيقة أو التعهد وعلمه أيضا الغرض الذي حررت لأجله، ولا فائدة بعد ذلك للحديث عن وسائل وعناصر أخرى لإدانة ومعاينة المتهم.

وفي الأخير نلاحظ أن المشرع الجنائي المغربي لم ينص على هذه الصورة، فمن خلا لقراءة المادة 466 من القانون الجنائي المغربي لم نلاحظ أية إشارة إلى الكتابة أو التعهد أو الوثيقة، بأي صفة من الصفات، مما يعني أن المشرع الجزائري كان أكثر حرصا من غيره في هذه المسألة وخص الطفل بحماية جنائية خاصة في الفقرة الثالثة من المادة 320 منه.

الصورة الثالثة:

تتمثل هذه الصورة في التوسط للحصول على طفل بنية التوصل إلى فائدة أو الشروع في ذلك، فتعتبر هذه الصورة وسيلة من وسائل ارتكاب جرائم تحريض الوالدين على التنازل عن أبنائهما لفائدة الغير، بحيث يقوم شخص بالوساطة بين الأبوين أو بين أحدهما وبين شخص ثالث فيوصلهما ببعضهما ويقوم بالمساعي التمهيديّة أو التنفيذية بقصد جعل الأطراف أو الطرفين يتفقون ويتواعدون على أن يتخلى

¹ - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص38.

الوالدين أو أحدهما عن طفلهما الذي ولد أو الذي سيولد مستقبلا، وذلك من أجل تحقيق فائدة للوسيط أو الغير، وبغض النظر عن نوع الفائدة أو مقدرها أو عمّن يتحصل عليها من أطراف العقد أو الوعد¹.

وقد نص المشرع الجزائري على هذه الصورة في الفقرة الثالثة من المادة 320 من قانون العقوبات كما يلي: "... كل من قدم وساطته للحصول على طفل نية التوصل إلى فائدة أو شرع في ذلك". ولا تقوم هذه الصورة من الجريمة إلا بتوافر العناصر التالية:

أولاً: العنصر المادي

يتجلى العنصر المادي لهذه الصورة في أن يعرض شخص ما وساطته بين الأب أو الأم أو هما معا وبين شخص آخر، ويقوم هذا المخرض بتهيئة الجوالمناسب، عن طريق مساعيه المؤدية والموصلة، إلى إتمام الغرض المطلوب، المتمثل في التكفل بطفل وليداً وسيولد أولتبنيه، أي نسبة الطفل لغير أبيه وأمه². وتقوم هذه الجريمة حتى ولو تخلفت النتيجة المرجوة، ولم تحصل فعلا، لأن القانون يعاقب على مجرد الوساطة، كما يعاقب على مجرد الشروع في هذه الجريمة وذلك وفقا للفقرة الأخيرة من نص المادة 320 من قانون العقوبات الجزائري.

ثانياً: العنصر المعنوي

وهو القصد الجنائي في إتيان لسلوك المادي المكون للجريمة، فالجريمة عمدية تتطلب العلم والإرادة، إضافة إلى القصد الخاص والمتمثل في أن يصاحب فعل الوساطة نية الحصول على طفل رضيع أو سيولد من أبويه الشرعيين بقصد حصول الجاني أو المتهم على فائدة من وراء ذلك³.

ثالثاً: عنصر الغاية

يتمثل هذا العنصر في أن تكون الغاية من الوساطة هي تحقيق تنازل الوالدين أو أحدهما عن طفله الحديث العهد بالولادة أو الذي سيولد مستقبلا، وأن يكون الهدف من ذلك تحقيق منفعة من وراء فعل الوساطة بقطع النظر عن كون الوساطة كانت منتجة أو غير منتجة⁴. ذلك أن المادة 320 من قانون العقوبات الجزائري لم تشترط أن تكون الوساطة منتجة.

1 - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 38 و 39.

2 - إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، المرجع السابق، ص 638-639.

3 - إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، نفس المرجع، ص 639.

4 - نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، المرجع السابق، ص 231.

ما يمكن أن نستخلصه في الأخير هو أن تحقيق وقائع أية صورة من هذه الصور الثلاثة-التي تم التطرق إليها-مشملة على العناصر المكونة لها تكفي وحدها لقيام الحالات الجرمية المنصوص عليها في البنود 3.2.1 والمعاقب عليها بنص الفقرة الأولى من المادة 320 من قانون العقوبات الجزائري بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من 20000 إلى 100000 دينار جزائري.

وتعتبر جريمة تحريض أحد الوالدين بالتخلي عن طفلها صورة واضحة للاعتداء على العلاقة بين الأصول والفروع، بحيث تشكل هذه القرابة في هذه الحالة محل مادي لهذه الجريمة وليس ظرف مشدد كذلك كما بالنسبة لجريمة ترك الأطفال، فهنا تحقق التحريض بصوره الثلاث إذا تحققت نتائجه سيؤدي إلى تخلي الوالدين عن طفلها، وبالتالي حمل هذا الطفل لنسب آخر غير نسب أبيه وفي ذلك اعتداء على قرابة الأصل بفرعه التي نحن بصدد دراستها.

الفصل الثاني

العلاقة بين الأصول والفروع وأثرها في العقاب

لا يتوقف أثر القرابة بين الأصول والفروع على مجال التجريم بل يمتد إلى العقاب أيضا، ولعل أثره على العقاب أعظم ذلك أنه قد تتفكك أو اصر القربى بين الأصول والفروع وتتحول علاقة المحبة إلى بغضاء فتنشأ بينهم العداوة وتستفحل الكراهية، مما قد يؤدي أحيانا إلى التناحر والتطاحن إلى درجة قد تصل إلى اعتداء أحدهما على الآخر سواء على حياته أو جسده أو عرضه أو ماله. وهذا ما يجعل المشرع يتدخل لحماية هذه القرابة الأسرية للحد من هذه الجرائم نظرا لمساسها بالأسرة والمجتمع ككل، وذلك ليس بتجريمه لأفعال تكون تلك القرابة الأسرية ركن مفترضا فيها أو محلا ماديا لها، كما وسبق أن بيناه في الفصل السابق، إنما جعل للعلاقة بين الأصول والفروع أثرها البالغ في مجال العقاب سواء في تشديد العقوبة المقررة للجريمة أو تخفيفها أو حتى استحقاق العقاب عنها، وذلك حسب السياسة الجنائية التي يتبعها كل مشرع والتي يراها مناسبة للحد من تلك الجرائم، حيث نجد أن القرابة بين الأصول والفروع قد يعتبرها قانون ما سبب معفي للعقاب في حين يقتصر أثرها على تقييد رفع الدعوى العمومية في قانون آخر وهكذا..

ولتوضيح أثر العلاقة بين الأصول والفروع في مجال العقاب ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، مبحث نتناول فيه العلاقة بين الأصول والفروع كظرف مشدد للعقاب باعتبار أن أغلب الجرائم التي

تقع بين الأصول والفروع تكون العقوبة مشددة فيها. ومبحث ثاني خصصناه للعلاقة بين الأصول والفروع وأثرها في تخفيف العقوبة أو استحقاقها:

المبحث الأول:

العلاقة بين الأصول والفروع كظرف مشدد للعقاب

اعتدت التشريعات العقابية بالعلاقة بين الأصول والفروع، واعتبرتها ظرفا مشددا للعقاب في بعض الجرائم، إيماناً من المشرع الجنائي بأهمية تلك العلاقة وما ينبثق عنها من حقوق وواجبات متبادلة. فإذا ما شكل الإخلال بهذه الحقوق أو تلك الواجبات في إطار هذه العلاقة جريمة من الجرائم، فإن المشرع في كثير من الأحوال يشدد العقاب لتوافر هذه الصلة الأسرية عما قرره من عقاب لمرتكب ذات الجريمة الذي لا تربطه بالجني عليه هذه الصلة.

ويظهر ذلك الأثر للعلاقة بين الأصول والفروع في مجال تشديد العقوبة بصورة واضحة على جرائم الاعتداء أو الأيذاء، أو جرائم العرض¹. وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول:

العلاقة بين الأصول والفروع كظرف مشدد للعقوبة في جرائم الإعتداء

بالرغم من أن الشريعة الإسلامية تحث على توطيد العلاقة والمحبة بين الأصول وفروعهم، إلا أن الواقع المعاش يعكس لنا وجود كراهية وعنف داخل الأسرة يصل إلى درجة اعتداء أحد الأصول على فروعها أو العكس، مما جعل المشرع الجنائي يتدخل بتشديد العقوبة لحماية العلاقة بين الأصول والفروع والأسرة ككل. وجرائم الاعتداء بين الأصول والفروع قد تقع على الحياة (الفرع الأول) أو على سلامة الجسم (الفرع الثاني).

¹ - ذهبت بعض التشريعات إلى اعتبار العلاقة بين الأصول والفروع ظرفا مشددا عاما في كل الجرائم متى توافرت بين الجاني والجني عليه، ومن أبرز هذه التشريعات: قانون العقوبات البرتغالي في المادة 27-34، وقانون العقوبات الأثيوبي في المادة 1/87 منه. بماء رزيقي علي، المرجع السابق، ص 125.

الفرع الأول

جرائم الاعتداء على الحياة (القتل)

القتل هو إعتداء على حياة إنسان بفعل يؤدي إلى وفاته¹، ولما كان حق الإنسان في الحياة هو من أهم الحقوق اللصيقة بشخصه، فإن القتل يعد من أشد جرائم النفس وأخطرها على الإطلاق ظهرت مع وجود الإنسان على وجه الأرض²، فحق الإنسان في الحياة حق مقدس يحرص المجتمع على صيانه ورعايته لأنه أساس بقائه على الوجود. فكان من الطبيعي أن يتشدد المشرع الجنائي في عقوبة القتل الواقع بين أشخاص لا تربطهم أي صلة قرابة بصفة عامة، وفي عقوبة القتل الواقعة بين الأصول والفروع بصفة خاصة. وسوف نلقي الضوء هنا على جريمة القتل التي يكون ضحيتها الأصل، على اعتبار أن أغلب التشريعات الجنائية جعلت من تلك الصفة ظرفا مشددا في الجريمة. أما فيما يخص القتل الواقع على الفرع فلم ينص عليه المشرع الجزائي ضمن نصوص المواد الخاصة بجريمة القتل كظرف مشدد، إنما شدد العقوبة على الأصل إذا أدى فعله بالضرب والجرح إلى وفاة الفرع لتصل إلى الإعدام، لذلك سوف نقتصر هنا على قتل الأصول دون ضرب وجرح الفروع المؤدية للوفاة، والذي سندرجه ضمن جرائم الإعتداء على سلامة الجسد.

ومن المسلم به أن جريمة القتل تظل من أفظع الجرائم وأخطرها على الإطلاق، وتزداد فظاعة وبشاعة، عندما ترتكب من أحد الفروع على أصوله، وتدل بطريقة لاتقبل الشك من تمكن واستفحال العقوق والجحود من نفسية مقترفها³. إضافة لتنكر الفاعل لرابطة الدم التي تربطه بأبيه أو أمه، وبند كل مشاعر الأبوة والبنوة⁴، وهذا ما يفسر صرامة الجزاء الجنائي الذي قرره أغلب التشريعات الجنائية بتشديدها لعقوبة القتل إذا كان المجني عليه أحد أصول الجاني، دون أن يمتد هذا التشديد إلى حالة قتل الأصل

¹ - أنظر، حسني محمد نجيب، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991، ص 14.

² - أنظر، طاهر صالح العبيدي، جريمة قتل الأب ابنه عمدا وعقوبتها -دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون-، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مجلة علمية دورية محكمة، تصدر عن أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد الثلاثون، نوفمبر 2000، ص 134.

³ - عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 254.

⁴ - أنظر، محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2008، ص 82.

لفرعه¹. وعلى رأس تلك القوانين قانون العقوبات الفرنسي الذي شدد عقاب القتل العمد فجعله السجن المؤبد²، إذا توافرت في المجني عليه صفة معينة بينها المادة 221-4 منها أصول الجاني³. وقد سار على هذا النهج العديد من التشريعات العربية⁴، والتي من بينها القانون الجزائري، في حين وسعت تشريعات أخرى نطاق التشديد ليشمل حالة قتل الأصل للفرع ومثال ذلك القانون اللبناني في المادة 3-549 من قانون العقوبات، والقانون السوري في المادة 3/535 من قانون العقوبات. وقد ذهب المشرع الليبي إلى أبعد من ذلك حيث شدد عقاب القتل المرتكب ضد الأصول أو الفروع أو الإخوة والأخوات في المادة 372 من قانون العقوبات⁵. أما قانون العقوبات المصري فلم ينص على قتل الأصول، ذلك أنه يعاقب على القتل العمد بصفة عامة بالإعدام في المادة 230 منه بغض النظر عن صفة الفاعل.

وترجع العلة من تشديد العقاب على قتل الأصول أن توافر هذه الصلة بين الجاني والمجني عليه، تفرض عليه واجبات البر والإحسان والمحافظة على حياة المجني عليه لا اهدارها. كما تفترض هذه الرابطة وجود

¹ - نلاحظ أن أغلب التشريعات عاقبت قاتل الأصل وحده بعقوبة مشددة دون قاتل الفرع، باستثناء بعض القوانين العربية كالقانون السوري، الذي عاقب قاتل الأصل بنفس عقوبة قاتل الفرع وهي الإعدام، والقانون اللبناني في المادة 549 من قانون العقوبات. ولعل السند في ذلك مطابقتها لرأي جمهور الفقهاء القائل بأن الأب لا يقتل مطلقا إذا قتل ابنه عملا بالحديث النبوي الشريف فيما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن عمر بن الخطاب قال سمعت رسول الله يقول: "لا يقتل الوالد بولده". أنظر، طاهر صالح العبيدي، المرجع السابق، ص 147، 146.

² - تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي في ظل قانون العقوبات الملغى كان يعاقب على جنائية قتل الفرع لأحد أصوله *le parricide*، بمقتضى المادة 302 من هذا القانون باعتبارها جريمة مستقلة عقوبتها الإعدام قبل إلغائه بالقانون الصادر في 9 أكتوبر 1981، ليحل محله عقوبة السجن المؤبد. وقد أبقى القانون الجديد على هذه الجريمة في صورة ظرف مشدد للعقاب في جريمة القتل العمد في المادة 221-4:

Art 221-4 :

Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis :

1° Sur un mineur de quinze ans ;

2° Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ..."

³ - والأصل في التشريع الفرنسي يشمل الأصل الشرعي والطبيعي وبالتبني حسب المادة 221-4 من قانون العقوبات.

⁴ - من بين القوانين العربية التي شددت عقوبة قتل الأصول القانون المغربي في المادة 396 من القانون الجنائي، القانون التونسي في المادة 203 من المجلة الجنائية، القانون الأردني في المادة 3/322 من قانون العقوبات.

⁵ - أنظر، محمود نجيب حسني، الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، المرجع السابق، ص 145 وما بعدها.

عاطفة انسانية أصلية في نفس الفرع أو الأصل، ووقوع هذه الجريمة يؤكد انعدام هذه العاطفة، الأمر الذي يكشف عن خطورة اجرامية لدى الجاني تجعله يستوجب العقاب المشدد¹.
وقد نص المشرع الجزائري في المادة 258 من قانون العقوبات على أن: "قتلا لأصوله وإزهاق روح الأب أو الأم أو أيمناً لأصولاً لشرعيين". كما نص في المادة 2/261 من نفس القانون على أنه: "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب القتل اغتياً أو القتل بالتسميم، أو قتل الأصول".
وانطلاقاً من هذه المواد نستنتج أن جريمة قتل الأصول لا تقوم إلا بتوافر الأركان التالية:

أولاً: الركن المادي

تتشترك جرائم القتل أياً كانت صورتها في النشاطاً والفعل الإجرامي الذي يصدر عن إنسان وينتج عنه إزهاق روح إنسان آخر. حيث يتمثل الركن المادي في القيام بعمل إيجابي أو سلبي من شأنه أن يؤدي إلى الموت ويتكون هذا الركن من ثلاثة عناصر: السلوك الإجرامي، إزهاق الروح، إضافة إلى العلاقة السببية بين السلوك والنتيجة².

ويتطلب لتطبيق عقوبة الإعدام بخصوص جريمة قتل الأصول أن يتوفر لركن المادي المتمثل في قيام الابن أو الحفيد بإزهاق روح أبيه أو جده وإن علا، أو أمه أو جدته، بفعل من الأفعال المؤدية مباشرة إلى الموت، سواء كان السلوك إيجابياً أو سلبياً. أما إذا شرع الحفيد أو الابن في هذا الجريمة ولم تتحقق النتيجة المطلوبة، يعتبر الشروع في هذه الحالة كالقتل، وبالتالي يعاقب المتهم بنفس العقوبة المقررة قانوناً لجريمة القتل التام، وذلك كلما كان سبب عدم تحقق النتيجة سبباً خارجاً عن إرادة المتهم، ومعنى آخر كان سبباً أجنبياً³.

ثانياً: صلة القرابة

تعتبر صلة القرابة من أهم الشروط لقيام جريمة قتل الأصول، ويقصد بها علاقة الأبوة أو البنوة التي تربط بين الجاني والمجني عليه، حيث تتطلب فيه أن يكون القاتل فرعاً للمقتول - وليس العكس - كأن يكون أحد أبنائه سواء كان ولداً أو بنتاً. وتتطلب كذلك أن يكون الضحية أصلاً من أصول القاتل كأن يكون أباه أو أمه أو جده أو جدته. وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 258 من قانون

¹ - محمود نجيب حسني، الاعتداء على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، المرجع السابق، ص 145.

² - أنظر، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الطبعة العاشرة، دار هومة، الجزائر، سنة 2009، ص 45.

³ - انظر، عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 88.

العقوبات الجزائرية¹: "... روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين". وما أكدته قرار المحكمة العليا² بأن "من المقرر قانونا أن قتل الأصول هو إزهاق روح الأب أو الأم أو أي من الأصول الشرعيين. ولما كانت صفة الشرعية منعدمة لدى شخص الأب، فلا يحق له الاحتجاج بحق محمي قانونا والمطالبة بالتعويض والتأسيس كطرف مدني.

وعليه، فإن صفة التقاضي أمام المحاكم للمطالبة بالتعويضات غير متوفرة في قضية الحال مما يتعين التصريح بعدم قبول الطعن".

ومن خلال عبارة "الأصول الشرعيين" لا يؤخذ إلا بالعلاقة الأسرية الشرعية بشكل رسمي في هذه الجريمة، ولا تتعداها إلى نظام الكفالة³ والتبني ولا الطفل الناتج عن العلاقة غير الشرعية في القانون الجزائري⁴ على خلاف القانون الفرنسي مثلا أو القانون التونسي الذي يميز التبني.

وبالتالي، فلكي يتحقق وجود هذا العنصر بشكل قانوني رسمي، يجب أن تكون العلاقة القائمة بين بنوة القاتل وأبوة المقتول علاقة شرعية ثابتة، بحيث يكون نسب القاتل ممتدا إلى المقتول ومرتبطا بنسبه وفق القواعد إثباتا بالنسب الواردة ذكرها في المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة⁵، ووفقا لقواعد النسب الخاصة بكل قانون جرم قتل الأصول⁶.

وإذا وقع خلاف حول النسب أمام المحكمة الجزائية الناظرة في موضوع جريمة القتل وأنكر المتهم مثلا وجود أية علاقة قربي بينه وبين الضحية، فإن إثبات ذلك إنما يقع على عاتق النيابة العامة بالدرجة

1 - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

2 - أنظر، المحكمة العليا، غ.ج، 2000/07/25، قرار رقم 183365، قانون العقوبات، النص الكامل للقانون والمدعم بالاجتهادات القضائية، الطبعة الثانية، 2002، ص 165.

3 - تنص المادة 116 من قانون الأسرة على أنه: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابه وتتم بعقد شرعي.

4 - تنص المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري على مايلي: "يمنع التبني شرعا وقانونا".

5 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة والمعدل والمتمم.

6 - تجدر الإشارة إلى أن القانون المغربي، من خلال مدلول المادة 396 منه يشترط أن تكون رابطة القرابة من جهة الأب شرعية، دون اشتراط ذلك من جهة الأم، استنادا لنص المادة 146 من مدونة الأسرة المغربية التي ساوت بين الأمومة الطبيعية والأمومة الشرعية، لأن الأولى ثابتة دوما والدليل عليها لا يقبل الشك أو التكذيب، خلافا للأب الطبيعي. انظر، عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 254.

الأولى، وعلى ذوي حقوق الضحية بالدرجة الثانية، وإن من إختصاص المحكمة الجزائية هذه أن تفصل في هذ الدفع إستنادا إلى القاعدة القائلة بأن: "قاضي الأصل هو قاضي الدفع"¹.

وبالتالي، فلا يتعين إحالة هذا الإشكال على جهة قضائية أخرى، إلا إذا كان القانون ينص على ذلك. وفي هذا المعنى نصت المادة 330 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري² بقولها: "تختص المحكمة المطروحة أمامها الدعوى العمومية بالفصل في جميع الدفوع التي يديها المتهم دفاعا عن نفسه ما لم ينص لقانون على خلاف ذلك"، وهو أيضا نفس المعنى الذي تضمنته الفقرة الثالثة من المادة 352 من نفس القانون لما نصت علأ ن: "المحكمة الملزمة بالإجابة عن المذكرات المودعة على هذا الوجه إيداعا قانونيا يتعين عليها ضم المسائل الفرعية والدفوع المبدأة أمامها للموضوع والفصل فيها بحكم واحد يث فيه أولا في الدفع ثم بعد ذلك في الموضوع".

ولا يكفي لقيام جريمة قتل الأصول القرابة والركن المادي، بل لا بد من توافر النية الإجرامية.

ثالثا: الركن المعنوي (النية الإجرامية)

القصد الجنائي - بوجه عام - هو العلم بعناصر الجريمة مع القيام بالسلوك الإجرامي أو إرادة تحقيق النتيجة الإجرامية، المتمثلة في إزهاق الروح³.

وبناء على ذلك يتوفر القصد الجنائي في جريمة القتل المقصود في الحالة التي ينصب فيها علم الجاني على جميع العناصر التي تتكون منها جريمة قتل الأصول قانونا⁴. فيجب أن يكون القاتل على علم تام، بأن الذي سيزهق روحه أو يحاول قتله، هو أصل من أصوله كأبيه أو جده، وفقا لنص المادة 258 من قانون العقوبات الجزائري. بمعنى أن تكون كل منا لوقائع الجرمية، ورابطة القرابة واضحتين وتميزتين لدى المتهم قبل شروعه في جريمة القتل.

1- عبد العزيز سعد، الجرائم لواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 89.

2- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 1966/6/8 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية والمعدل والمتمم.

3- أنظر، جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد، المرجع السابق، ص 486، أنظر، عبد المهيمن بكر، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار الكتب، القاهرة، 1977، ص 540.

4- علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 78

ومفهوم المخالفة، إذا كان القاتل قد تعمد ذلك مع توفر النية الإجرامية، دون أن يعلم بأن الشخص المراد قتله هو أحد أصوله كوالده أو أمه أو جده... الخ . فإن جريمة القتل هذه لا تشكل جريمة قتل الأصول، وإنما تعتبر جريمة قتل عادية، وبالتالي لا يترتب على ذلك تشديد العقوبة¹.

وانطلاقاً مما سبق أنه إذا كان القاتل لا يعلم بذلك نتيجة خطأ أو غلط، فإن العقوبة لا تشدد، كأن يهاجم الجاني شخصاً في الظلام بقصد قتله، فيقتل مبقته بالفعل، ويتبين بعد ذلك أن المقتول هو أبوه، فإن العقاب في هذه الحالة أيضاً لا تشدد فيه العقوبة. لكنه إذا قصد إزهاق روح والده وصوب المسدس نحوه وأطلق الرصاص، لكن الرصاص أخطأه وقتلت شخصاً آخر، ففي هذه الصورة نكون أمام جريمتين مختلفتين هما، جريمة قتل عمدية بالنسبة لمن أصابته الرصاصة ثم توفي، والشروع في جريمة قتل والده²، فتشدد في حقه العقوبة لتصل إلى الإعدام في القانون الجزائري.

وفي الأخير يمكن القول أنه إذا توافرت العناصر السابقة في حق الجاني عليه، قامت جريمة قتل الأصول ووجب تشديد العقوبة في هذه الحالة لتصل إلى الإعدام في القانون الجزائري حسب المادة 2/261 من قانون العقوبات. ولا يستفيد الجاني من الأعدار المخففة لعقوبة القتل العمدي في القانون الجزائري في حالة قتل الأصول، وهذا ما أكدته المادة 282 من قانون العقوبات بتأكيد صراحة على عدم استفادة قاتل الأصول من أي عذر قانوني يخفف العقوبة³. وهذا على خلاف الأفعال المبررة والممانعة للمسؤولية (الجنون، ما أمر أو أذن به القانون، الدفاع الشرعي) فإنها تطبق على قاتل الأصول⁴.

وإلى جانب العقوبة المشددة المفروضة على قاتل أصله هناك عقوبة أخرى إعتدت بها الشريعة الإسلامية وأقرتها بعض القوانين الوضعية في البلاد الإسلامية، ومن بينها قانون الأسرة الجزائري في المادة 135 منه⁵، وهي عقوبة مالية غير مباشرة تتمثل في حرمان الشخص من حقه في التركة، ومنعه من

1- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة المرجع السابق، ص 90.

2- عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 255.

3- نصت المادة 282 من قانون العقوبات " لا عذر إطلاقاً لمن قتل أباه أو أمه أو أحد أصوله".

4- أنظر، بن شيخ حسين، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، الطبعة الخامسة، دارهومة، الجزائر، 2006، ص 30

5- من القوانين العربية التي حرمت قاتل المورث من حقه في التركة القانون المصري في المادة 5 من قانون الأحوال الشخصية، والقانون في المغربي (المادة 333). والقانون التونسي في المادة 88 من مجلة الأحوال الشخصية.

أخذ نصيبه من الميراث، كلما ثبت أن هذا الشخص قد قتل مورثه عمدا وعدوانا¹. وكذلك بالنسبة للموصى له إذا قتل الموصي².

وبذلك إذا قتل المتهم والده أو جده أو أمه.. الخ، ممن يرثهم بعد وفاتهم، وكان القتل ناتجا عمدا وليس عن خطأ ولا دفاعا عن النفس، فإن هذا المتهم يعاقب زيادة على العقوبة المشددة المنصوص عليها بقانون العقوبات، بعقوبة المنع من الميراث سواء كان شريكا أو محرضا، والأكثر من ذلك يعتبر كأنه لم يولد بعد. ومنع المتهم القاتل من حقه في الميراث، لا يمكن أن تصدره محكمة الجنايات أو الجهة القضائية النازرة في جريمة القتل، وذلك يعود لعدم اختصاصها من ناحية، ولعدم وجود نص في قانون العقوبات يعاقب بالمنع من الميراث كعقوبة تكميلية من ناحية أخرى. وذلك لأن الحرمان من التركة هو حرمان شرعي وقانوني ينشأ بمجرد ثبوت جريمة القتل وإسنادها إلى الوارث المتهم ثم ادانته بها، ويمكن يحتاج فقط إلى تأكيده بحكم صادر عن الجهات القضائية المدنية إذا وقع نزاع في ذلك، وهنا يقوم ذوي المصلحة باستصدار حكم عن قاضي شؤون الأسرة يقضي بحرمان الوارث القاتل من الميراث استنادا إلى حكم الإدانة الجزائي النهائي.

وتجدر الإشارة هنا أن جريمة قتل الأصول كظرف مشدد هو من الظروف الشخصية في الجريمة يعود إلى العلاقة التي تربط بين الجاني والمجني عليه في جريمة القتل، التي تعتبر في هذه الحالة هي علة تشديد العقوبة أو الجزاء. ومن ثم فلا يعاقب بالإعدام إلا الذي تربطه تلك العلاقة التي تحدثنا عنها سابقا، أما المساهمون أو المشاركون مع المتهم - في جريمة قتل الأصول - الذين لا تربطهم مع المجني عليه أي علاقة قرابة، فلا تشدد عليهم العقوبة³.

الفرع الثاني

جرائم الإعتداء على سلامة الجسم (الايذاء)

يحمي القانون حق الإنسان في سلامة جسمه، كما يحمي حقه في الحياة، بتجريم أفعال الجرح والضرب سواء ارتكبت عمدا أو بصورة غير عمدية. كما جرم المشرع الجزائري فعل آخر يضر بسلامة

¹ - نشير إلى أن ليس الفرع القاتل لأصله من يجرم من ميراثه فقط، بل حتى الأصل القاتل لفرعه وبصفة عامة يجرم من الميراث كل قاتل لمورثه عمدا وعدوانا.

² - المادة 188 من قانون الأسرة: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا".

³ - عبد الواحد العلمي، المرجع السابق، ص 255.

الجسد وهي جريمة اعطاء المواد الضارة العمدي المنصوص عليها في المادة 275¹ من قانون العقوبات، والتي شدد فيها العقوبة حسب جسامة النتيجة، وشدد العقوبة أكثر على تلك الجريمة في المادة 276 من نفس القانون إذا ارتكب الجريمة أحد الأصول أو الفروع أو أحد الزوجين أو من يرث المحني عليه أو الأشخاص الذين لهم سلطة عليه أو ممن يتولون رعايته. وقد سبق وأن بينا أركان هذه الجريمة عند دراستنا أثر العلاقة الزوجية في تشديد عقوبة اعطاء مواد ضارة عمدي، لذلك ومنعا للتكرار نحيل إلى ما درسناه سابقاً² باعتبار أن المشرع جعل للعلاقة الزوجية والعلاقة بين الأصول والفروع نفس الأثر في تشديد العقوبة.

وفي إطار جرائم الاعتداء على سلامة الجسد سنتناول جريمة الضرب والجرح الواقع بين الأصول والفروع، على اعتبار أن تلك القرابة بين الأصل وفرعه تشكل ظرف مشدد في الجريمة سواء وقعت من الأصل على الفرع أو العكس.

هذا ويعرف الضرب على أنه: "أي مساس بالجسم مساساً من شأنه الضغط أو التأثير على الجسم كله أو جزء منه وهو سلوك يتم عادة بالعنف بدرجات متفاوتة، وقد يتحقق الضرب دون عنف مباشر على الجسم"³. أو أنه: "كل ضغط أو صفع أو رض أو دفع أو احتكاك بجسم المحني عليه سواء ترك به أثراً أم لم يترك ولا أهمية للآلة المستعملة"⁴.

أما الجرح فيعرف على أنه: "كل مساس مادي بجسم المحني عليه من شأنه أن يؤدي إلى تغيرات ملموسة في أنسجته وقد يتمثل هذا في تمزق تلك الأنسجة أو حدوث إنسكابات دموية يتسبب عنها أورام، والجروح مادامت تحدث تمزقات في أنسجة الجسم سواء خارجية أم داخلية تعد أمراضاً قد تحتاج إلى علاج". إضافة إلى ذلك أن هناك من وصف الجرح بإصابة أنسجة الجسم الخارجية أو الداخلية أو أي عضو من أعضائه حتى ولو بقي الجلد صحيحاً كالكدومات تحت الجلد والإصابات الداخلية التي

1 - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

2- أنظر الأطروحة سابقاً، ص 79 وما بعدها.

3- أنظر مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي القاهرة، سنة 1983، ص 115.

4- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، المرجع السابق، ص 112

يكشف عنها بالوسائل الطبية كالأشعة، وعليه فإن الجرح قد ينشأ عن الضرب كما قد يتحقق بمختلف أنواع الإيذاء، الذي يعد انتهاك السلامة جسم الإنسان¹.

وتدخل الحروق ضمن وصف الجروح، سواء كانت هذه الحروق عادية أو غير عادية تتمثل في تعرض الجسم لحرارة شديدة أو تعرضه للهي بناري، أو لتيار كهربائي أو تعرضه لأشعة حارقة كأشعة أكس، وللحروق أربع مستويات².

وفيما يلي سنتناول أهم صور الإيذاء الجسماني الواقعة بين الأصول والفروع، المتمثلة في الضرب والجرح والتعدي، بأي وسيلة كانت كالأرجل أو الأيدي أو الأسنان أو أية وسيلة كانت كقطعة حديدية أو خشبية أو خنجر، نظرا لانتشار هذه الجرائم ولخطورة النتائج المترتبة عنها على جسم الإنسان وحالته النفسية، كبتز أحد أعضاء جسمه أو إصابته بجروح خطيرة قد تصل في بعض الحالات إلى إصابته بعاهة مستديمة³.

وجريمة الضرب والجرح قد تقع من الفروع على الأصول أو العكس، وستتناول كل جريمة لوحدها على النحو الآتي:

أولا: جريمة ضرب أو جرح الأصول

نص المشرع الجزائري على تشديد عقوبة ضرب أو جرح الأصول في المادة 267 من قانون العقوبات⁴ كما يلي: "كل من أحدث جرحا أو ضربا بوالديه الشرعيين أو غيرهما من أصوله الشرعيين يعاقب كما يلي:

- بالحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا لم ينشأ عن الجرح أو الضرب أي مرض أو عجز كلي عن العمل من النوع الوارد في المادة 264.

- بالحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا نشأ عجز كلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشرة يوما.

¹ - باسم شهاب، المرجع السابق، ص 188-189.

² - لمزيد من التفصيل أنظر مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 37.

³ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 86-87.

⁴ - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

- بالحبس المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد بصر إحدى العينين أو أية عاهة مستديمة أخرى.
- بالسجن المؤبد إذا أدى الجرح أو الضرب المرتكب عمدا إلى الوفاة بدون قصد إحداثها.
- وإذا وجد سبق إصرار أو ترصد تكون العقوبة:
- الحد الأقصى للحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى.
- السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا نشأ عن الجرح أو الضرب عجز كلي عن العمل لمدة تزيد على خمسة عشرة يوما.
- السجن المؤبد في الحالات المنصوص عليها في المادة 265".

يتبين أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 267 من قانون العقوبات، يعتبر أن الجرح أو الضرب الواقع على الوالدين أو الأصول مهما كان بسيطا حتى ولو لم يترتب عليه أي عجز عن العمل أو مرض جنحة ذات عقوبة مشددة هي الحبس من 05 إلى 10 سنوات في لفقرة الأولى. ثم تشدد عقوبة الحبس إذا نتج عن الضرب عجز عن العمل لمدة تزيد عن 15 يوما. واعتبرها في الفقرتين الثالثة والرابعة الأفعال الحاصلة جنائية وخصها بعقوبة تمتد من 10 سنوات إلى 20 سنة إذا نشأ عن الضرب عاهة مستديمة، كما يتشدد العقاب إذا اقترن الضرب أو الجرح سبق الإصرار أو الترصد إذا حدثت الوفاة. ومن التشريعات العربية التي شددت عقوبة جرح أو ضرب الأصول، نجد المشرع المغربي في المادة 404 من القانون الجنائي، والمشرع التونسي في المادتين 218 و 219 من المجلة التونسية. أما المشرع المصري، فلا يوجد ضمن نصوصه الخاصة بجرائم الإعتداء تشديد العقاب على من يقوم بالإعتداء على أصوله.

ولكي تشدد العقوبة في حق الفرع الذي يعتدي على أصله بالضرب والجرح لا بد أن تتوافر في الجريمة العناصر الآتية:

أ_ القرابة الأسرية:

يتضح من خلال نص المادة 267 من قانون العقوبات الجزائري أنه يجب أن يكون الجاني عليه أحد والدي الجاني أو غيرهما من أصوله الشرعيين، أي أن يكون الجاني ابنا شرعيا للمجني عليه. وبذلك لا تقوم هذه الجريمة في حق الربيب أو الكفيل أو ابن من الزنا أو من زواج باطل، وإنما يتعين أن يكون النسب شرعيا من الابن إلى الأب وإن علا دون انقطاع.

وإذا تخلف شرط النسب الشرعي بين الجاني والمجني عليه، فإنه سيؤدي إلى اختلال أركان الجريمة، ومثمة لا يمكن قيام جريمة الضرب أو جرح ضد الوالدين الشرعيين، وإنما يمكن متابعتها ومعاقبتها على أساس المادة 264 من قانون العقوبات¹.

في حين نجد أن المشرع الجنائي المغربي قد أضاف إلى جانب الوالدين الشرعيين الكافل بموجب المادة 404 من القانون الجنائي التي نصت على ما يلي: "يعاقب كل من ارتكب عمدا ضربا أو جرحا أو أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء ضد أحد أصوله أو ضد كافله أو ضد زوجه كما يلي...". ونحن نوافق المشرع المغربي فيما ذهب إليه من حيث إضافة الكافل، باعتبار أن العلاقة بين الكافل والمكفول هي علاقة أب بابنه، ومن غير المعقول ألا تشدد عقوبة من ضرب أو جرح عمدا كافله بينما تشدد عقوبة الابن الشرعي، بل بالعكس المكفول بارتكابه هذا الفعل يكون قد قابل الأحسان بالإساءة، مما يستوجب تشديد العقوبة في حقه.

كما أنه من الأحسن كذلك تشديد العقوبة حتى بالنسبة لابن الزنا الذي يتعدى بالضرب أو الجرح على والديه الطبيعيين، فقصد المشرع من وراء تشديد العقوبة هنا هو حماية القرابة بين الأصل والفرع، فارتكاب هذه الجريمة من طرف ابن الزنا على أمه مثلا لا يحكي بشاعة هذه الجريمة، إلا إذا كان المشرع يحاول أن يعاقب الأم على جريمة الزنا فلا يشدد من عقوبة ابنها الناتج عن الزنا إذا تعدى عليها بالضرب؟

ونفس الشيء يقال بالنسبة للإبن من زواج باطل، ذلك أن العلاقة التي تربط بين ذلك الإبن وأبويه لا تتغير ببطلان الزواج، بالتالي يتوجب حمايتها بتشديد العقوبة في حالة ضرب ذلك الإبن لأحد والديه.

ب_ الركن المادي:

يتطلب الركن المادي لهذه الجريمة ضرورة توفر ثلاثة عناصر أساسية تتمثل في السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية والرابطة السببية:

فيما يخص السلوك الإجرامي، فإن جريمة الإيذاء تقوم كل ما صدر اعتداء بالعنف طال سلامة جسم الإنسان وأحدث به ضرر. ومنه لا يتصور تأسيس هذه الجريمة دون القيام بعمل مادي المتمثل في الضرب والجرح والعنف والإيذاء.

¹-عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص96.

ولا نجد في القانون تعريفا للضرب أو الجرح، لكن بالرجوع إلى كتب القانون نجد أن معظم الشراح متفقون على أن الضرب هو الضغط الذي يسلط على الأنسجة سواء ترك أثرا ظاهرا مؤقتا أو دائما على جسد الإنسان، كالأحمرار أو الانتفاخ أو الزرقة... الخ. في حين أن الجرح هو تمزيق أنسجة الجسم الخارجية أو الباطنية، بغض النظر عن الوسيلة المستعملة سواء بلكمة أو بحجر أو بعصا أو بغير ذلك، ولا يشترط أن يترتب عن ذلك حصول نزيف دموي¹. ولا عبرة بالوسيلة المستعملة في إحداث الجرح، فقد يستخدم الجاني أعضاء جسمه كساقه أو قبضة يده أو رأسه أو حتى أسنانه (إذ لا غرابة أن تعد الأسنان أسلحة قاتلة مادامت أنها قد تقوم بذلك، باعتبارها وسيلة من وسائل الجرح)²... الخ.

وانطلاقا مما تقدم نلاحظ نظريا أنه لا فرق بين الضرب والجرح مادامت نتيجهما واحدة تتجلى في انتهاك سلامة جسد الإنسان³، ولذلك فإن هذه النوع من الجرائم لا يتصور حدوثها إلا إذا وجه الجاني جريمته إلى جسم الإنسان الذي لا يزال على قيد الحياة، وبالنتيجة فهي لا يمكن أن ترتكب ضد الحيوان. أما بالنسبة للنتيجة الإجرامية فهي تختلف باختلاف صور الإيذاء وحسب تلك النتيجة تختلف عقوبة الفرع الذي يتسبب في ضرب أو جرح أصله، فقد تكون النتيجة هي العجز الكلي عن العمل لمدة تزيد عن خمسة عشر يوما/ كما قد تتمثل في فقد أو بتر أحد الأعضاء أو الحرمان من استعماله أو فقد بصر إحدى العينين أو أية عاهمة مستديمة أخرى. وكما قد تصل النتيجة إلى حد الوفاة دون قصد إحداثها. والشروع متصور في جرائم الضرب أو الجرح من حيث الواقع، فقد يبدأ الجاني فعل الجرح أو الضرب ثم لا يتم تنفيذ الجريمة بسبب لا دخل لإرادته فيه، كمن يشهر سكينه ليحرج به غريمه فيأتي ثالث ويأخذه منه... الخ⁴.

ولتطبيق أحكام المادة 267 من قانون العقوبات الجزائري لا بد أن تثبت رابطة سببية بين فعل الضرب والجرح الذي أحدثه الجاني أو التعدي وبين حدوث أثر الضرب والجرح، وتعتبر هذه العلاقة قائمة حتى ولو ساهمت عوامل أخرى مع فعل الجاني في إحداث العاهة، مادامت هذه العوامل مألوفة ومتوقعة، حسب الجرى العادي للأمر.

¹ - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 98.

² - Robert M. Jarvis Michale. L. Closen. Donald. H. J. Hermann and Arthurs. S. Leonard,= AIDS, law in nutshell USA, 1991. p184.

³ - رضا خماخم، المرجع السابق، ص 239.

⁴ - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 229-230.

ج- الركن المعنوي:

يشترط في جريمة ضرب أو جرح الأصول أن يتوافر لدى الجاني القصد الجنائي، أي علم هذا الأخير بجميع عناصر الجريمة بما في ذلك علمه بأن المجني عليه هو أحد أصوله الشرعيين. كما يجب أن تتجه إرادته إلى فعل الضرب أو الجرح في مختلف صورته، وذلك سواء انصرفت إرادته إلى أحداث عجز عن العمل أو عاهة مستديمة، أو أن يكون قد توقع بالفعل إمكان أو احتمال حدوثها كنتيجة لفعله.

وبالتالي فإن مجرد تعمد الفرع اعتراف فعل الضرب أو الجرح، وعلمه بأن المعتدى عليه يكون أم أو أب أو أحد أجداد أو جدات الجاني كاف لتوفر الركن المعنوي لقيام جريمة اعتداء الفروع على الأصول¹.

ثانيا: جريمة ضرب أو جرح الفروع

جرم المشرع الجزائري جميع الأفعال التي من شأنها أن تمس بسلامة جسد الطفل، وبالوظائف الطبيعية لأعضائه، ويتجلى ذلك من خلال نص المادة 269 من قانون العقوبات² التي تعاقب على كل فعل ينطوي على جرح أو ضرب أو منع الطعام أو العناية أو أي عمل من أعمال العنف أو التعدي الموجهة ضد قاصر لا يتجاوز 16 سنة. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أقر حماية جنائية خاصة للطفل في حالة الاعتداء عليه بالضرب والجرح، وجعل صفة الطفل المجني عليه محل اعتبار خاصة بعد تفاقم ظاهرة العنف ضد الطفل وسط المجتمع³. فحسب احصائيات العنف ضد الطفل في الجزائر خلال الثلاثي الأول من سنة 2015 تم تسجيل 1281 ضحية من مختلف أنواع العنف ضد الطفل، من بينهم 756 من العنف الجسدي الذي يأتي في المقدمة، يليه العنف الجنسي ب 372 حالة، وسوء المعاملة ب 124 ضحية والاختطاف 20 ضحية والضرب والجرح المفضي للوفاة 6 ضحايا.

كما أن مبررات تشديد العقاب في حالة الاعتداء بالضرب أو الجرح على الطفل تتجسد في ضعفه جسمانيا مما يسهل لمن تسول له نفسه الاعتداء عليه بالضرب أو الجرح، لذا رأت التشريعات التي قررت تشديد العقاب ردعا لمن يرغب في الاعتداء على الطفل بالضرب أو الجرح يعادل القوة الجسمانية التي يكون عليها البالغ في الدفاع عن نفسه ومقاومة الجاني⁴.

1 - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 98.

2 - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

3 - أنظر، القانون آلية لحماية الطفل والمجتمع غير معفى من هذه المسؤولية أيضا، منشور على الرابط الآتي:

<http://www.el-hourria.com/index.php/societe/item/39341>

4 - أنظر، محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 1999، ص 87.

ويزداد الأمر خطورة إذا وقع الاعتداء الجسدي من طرف الآباء، فقد تتجرد قلوب هؤلاء من الرأفة والرحمة لتحل محلها الفظاظة المؤدية إلى العنف والقسوة في المعاملة ضد أطفالهم، مما ينعكس سلبا على الطفل ويؤثر على سلوكياته إلى الحد الذي يصل به إلى الجنوح.

ونظرا لهذه الانعكاسات السلبية على الطفل خصوصا إذا وقع الاعتداء عليه من أحد أصوله، تدخل المشرع الجزائري وشدّد العقوبة بالنظر إلى تلك القرابة الأسرية في المادة 272 من قانون العقوبات. فقد نصت المادة 269 من ذات قانون على أن: "كل من جرح أو ضرب عمدا قاصرا لا تتجاوز سنه السادسة عشر، أو منع عنه عمدا الطعام أو العناية إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو ارتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي، فيما عدا الإيذاء الخفيف...". في حين نصت المادة 272 على ما يلي: "إذا كان الجناة هم أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر ل هسلطة على الطفل أو يتولى رعايته فيكون عقابهم كما يلي...".

وقد جرم المشرع المغربي أيضا أفعال الضرب والجرح الواقع ضد طفل لم يتجاوز 15 سنة، وشدّد عقوبة تلك الجريمة إذا ارتكبتها أحد أصول المجني عليه وذلك في الفصلين 408 و 411 من القانون الجنائي المغربي¹. أما في التشريع المصري فيخضع الطفل لنفس الحماية الجنائية المقررة للشخص البالغ دون تفرقة إذ تطبق المواد من 238 إلى 240 من قانون العقوبات على جرائم الإعتداء أو الجرح أيا كانت صفة المجني عليه بالغا أو راشدا ومهما كانت صلة القرابة التي تربطه بالجاني².

ولكي تقوم جريمة ضرب أو جرح الأصول للفروع لا بد أن تكتمل أركانها:

1_ الركن المادي:

ويتمثل الركن المادي في الجرح أو الضرب أو المنع من الطعام أو العناية عمدا إلى الحد الذي يعرض سلامة الطفل للخطر³، أو أن يرتكب ضده عمدا أي عمل آخر من أعمال العنف أو الإيذاء كحبس

¹ - جاء في الفصل 408 من القانون الجنائي المغربي على ما يلي: "يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من جرح أو ضرب عمدا طفلا دون الخامسة عشرة من عمره أو تعمد حرمانه من التغذية أو العناية، حرمانا يضر بصحته، أو ارتكب عمدا ضد هذا الطفل أي نوع آخر من العنف أو الإيذاء الخفيف". أما المادة 411 من نفس القانون فجاء نصها كالآتي: "إذا كان مرتكب الجريمة أحد أصول الطفل المجني عليه أو شخصا له سلطة عليه أو مكلفا برعايته فعقوبته على التفصيل الآتي...".

² - أنظر، محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 86.

³ - عبارة المنع والحرمان الواردة في نص المادة 269 من قانون العقوبات الجزائري تشير ولو ضمنا بأن الجاني هو من الأشخاص، الذين يفرض عليهم القانون واجب تلبية حاجيات الطفل. أنظر، ونزاري صليحة، الأفعال الماسة بالسلامة الجسدية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 39.

الطفل في منطقة معزولة لوحده. وبذلك يكون المشرع الجزائري قد وسع من دائرة الأفعال التي من شأنها إيذاء الطفل، وذلك بإضافته لعبارة "أي عمل من أعمال العنف أو التعدي" إلا أنه استثنى الإيذاء الخفيف، ولعل ما قصده المشرع من وراء هذا الاستثناء هو ذلك الفعل الذي لا يعرض حياة الطفل وصحته للخطر كحق العائلة أو المجتمع ككل في ممارسة ما يسمى بالتأديب الجسماني، لذلك بات من الضروري إعادة النظر في مفهوم تربية الأطفال بناء على التجاوزات التي من شأنها أن تحول دون نمو الطفل وازدهار شخصيته¹.

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يقتصر على فعل الضرب والجرح في المادة 269 من قانون العقوبات إنما وسع من أفعال الإيذاء ضد الطفل لتشمل حتى المنع من الطعام أو العناية عمدا للحد الذي يعرض سلامة الطفل للخطر أو عمال من أعمال العنف أو التعدي، أي أن الركن المادي في هذه الجريمة يقع بالسلوك الإيجابي كما قد يقع بالسلوك السلبي. وبالتالي، فإن الجريمة تتحقق بأي فعل -أو امتناع - يكون من شأنه المساس بسلامة الجسم سواء كان ضربا أو إيذاء أو جرحا، شريطة أن يكون الإيذاء جسيما. ويترك تقدير مدى جسامته لقاضي الموضوع، لأنها مسألة موضوعية بحتة.

فيجب على الآباء تطعيم الأبناء وتحصينهم بالطعوم الوقائية من الأمراض المعدية، ولا يجوز في أي حالة من الحالات إضافة مواد ملونة أو حافظة أو أي زيادة أو إضافة إلى أغذية ومستحضرات الأطفال والرضع، بل يجب أن تكون أوعيتهم نظيفة وخالية من المواد الضارة بالصحة. أضف إلى ذلك عدم القيام بأي فعل من أفعال العنف والتعدي ضد الطفل، ما عدا الإيذاء الخفيف الذي يدخل ضمن تأديب الآباء للأطفال ولا يشكل ضرا كبيرا بهم، وهذا التأديب مسموح به شرعا وقانونا، لأنه يدخل تحت إسم أسباب الإباحة². وهو ما سنوضحه لاحقا عند دراستنا للعلاقة بين الأصول والفروع كسبب اباحة.

2_ الركن المفترض (محل الاعتداء):

يصيب الاعتداء في جرائم إيذاء الأشخاص الإنسان الحي في سلامة جسمه، وجسم الإنسان كيانه المادي الذي ينهض بوظائف الحياة، ويتمثل حق الإنسان في سلامة جسمه في الاحتفاظ بالمستوى

¹ - أنظر، محمد كحلولة، الحماية القانونية للطفل ضد المعاملات السيئة ذات الطابع الجسدي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، 2004، العدد الثاني، ص 6.

² - أنظر، منصور المبروك، المرجع السابق، ص 54.

الصحي والتكامل الجسدي وتخلص صاحب الحق من الألم في كل صورة الأمر الذي يترتب عليه إسباغ الصفة الجرمية على الأفعال التي تطول حق الإنسان في سلامته¹.

ومحل الاعتداء هنا هو جسم الطفل الذي لم يتجاوز سنه 16 سنة حسب المادة 269 من قانون العقوبات الجزائري²، ولسنا ندري ما السبب الذي أدى بالمشروع الجزائري إلى تحديد هذا السن بـ 16 سنة خاصة إذا أخذنا بالاعتبار اتفاقية حقوق الطفل التي حددت سن الطفل بـ 18 سنة كاملة والتي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 19/12/1992. وبعدما صدر قانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015 والمتعلق بحماية الطفل، حدد المقصود بالطفل في المادة الثانية منه بقولها: "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: الطفل: كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة (18) سنة كاملة...".

ولتطبيق المادة 272 من قانون العقوبات الجزائري³، والتي شددت عقوبة الجاني الذي يعتدي على الطفل الذي لم يتجاوز 16 سنة من عمره بفعل من الأفعال سابقة الذكر، لا بد أن يكون الجاني هو أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل أو يتولى رعايته. وبذلك يكون المشرع قد جعل من العلاقة بين الأصول والفروع ظرفاً مشدداً لجريمة الإيذاء العمدي للطفل الذي لم يتجاوز 16 سنة، خاصة وأنه من المفروض على الأب أو الأم خلال هذه الفترة العناية بالطفل والسهر على حسن تربيته لا الاعتداء عليه بالضرب أو الجرح ما عدا الإيذاء الخفيف الذي يدخل ضمن حق التأديب.

ويظهر من خلال المادة 272 من قانون العقوبات أنه لا بد أن تكون الأبوة التي تربط الجاني بالجني عليه شرعية. أما إذا كان الجني عليه ربيب المعتدي أو ابنه من زنا أو من زواج باطل فلا يمكن تطبيق تلك المادة، وإنما نطبق المادة 269 من قانون العقوبات.

¹ - أنظر، بلقاسم سويقات، الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2010/2011. ص 69.

² - هناك بعض التشريعات حددت سن القاصر في جرائم الإيذاء العمدي بما لا يتجاوز 15 سنة كالقانون المغربي (المادة 411 من القانون الجنائي).

³ - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

ونعتقد أنه يستحسن تمديد تشديد العقوبة حتى بالنسبة لأحد الأبوين الذي يعتدي بالضرب على ابنه من زنا أو من زواج باطل أو حتى المكفول، ذلك أن هؤلاء كذلك مسؤوليتهم هي حماية ذلك الطفل ورعايته لصغر سنه لا الإعتداء عليه.

3_ الركن المعنوي:

جريمة الإيذاء العمد الواقعة على الطفل سواء كان الجاني أجنبيا عن الطفل أو أحد أصوله الشرعيين، هي من الجرائم التي يستلزم فيها توافر القصد الجنائي بنوعيه العام والخاص. ويتمثل القصد العام في انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة، أي إلى المساس بالسلامة الجسدية للطفل، بينما يشتمل الركن الخاص على نية الجاني تحقيق النتيجة التي قد تتباين على حسب درجة الضرر الحاصل¹. ويضاف إلى ذلك أنه في جريمة الإيذاء الواقعة من أحد الأصول الشرعيين، لا بد أن يكون الجاني على علم أن الجاني عليه هو ولده الشرعي. ويستخلص العمد من خلال ملابسات الفعل أو الظروف المحيطة به، وكذا الغاية أو الهدف الذي يرتضيه المعتدي².

وعليه إذا توافرت الأركان السابقة مجتمعة يستحق الجاني إذا كان أحد الوالدين الشرعيين أو غيرهم من الأصول الشرعيين العقوبة المشددة المنصوص عليها في المادة 272 من قانون العقوبات على النحو الآتي:

— إذا شكلت الوقائع ضربا أو جرحا متعمدا ضد قاصر من فروع الجاني، لم يبلغ سنه ستة عشرة سنة، أو منع عنه عمدا الطعام أو العناية الطعام إلى الحد الذي يعرض صحته للضرر، أو ارتكب ضده عمدا عمل آخر من أعمال العنف أو التعدي المنصوص عليها في المادة 269 يعاقب بالعقوبة المقررة في المادة 270 من قانون العقوبات، التي تتمثل في الحبس من ثلاث إلى عشر سنوات وغرامة مالية من 20000 دج إلى 100000 دج، مع جواز الحكم بالحرمان من الحقوق المنصوص عنها في المادة 14 من قانون العقوبات.

— إذا ترتب عن الأفعال التي قام بها الجاني ضد الضحية، مرضا أو فقدان القدرة على الحركة أو عجزا كليا عن العمل لمدة أكثر من 15 يوما، أو إذا اقترن الفعل بسبق الإصرار أو التردد، فإن العقوبة المقررة هي السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات.

1- أنظر، حاج علي بدر الدين، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري، مذكر ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011/2009. ص 29.

2 - منصور المبروك، المرجع السابق، ص 55.

-إذا كانت الأفعال والوقائع المنسوبة إلى الأصل الجاني، والمتعلقة بالضرب والجرح ومختلف أنواع العنف والإيذاء، المنصوص عنها في المادة 269 من قانون العقوبات، الواقعة على الفرع قد نتج عنها فقد أو بتر أحد أعضاء الجسم أو الحرمان من استعماله أو فقد البصر... الخ، أو نتج عنها الوفاة دون قصد إحداثها، فإن العقوبة المقررة هي السجن المؤبد.

-إذا أدت الأفعال التي قام بها الأصول ضد الفروع إلى الوفاة سواء حصلت بقصد، أو بدون قصد ولكنها حصلت نتيجة الطرق العلاجية المعتادة، فإن العقوبة المقررة تكون الإعدام. إن كان للعلاقة بين الأصول والفروع أثرا بالغا في تشديد العقوبة في جرائم الإعتداء على الحياة وعلى الجسم، فإن لها أثرا لا يقل أهمية في تشديد العقوبة في جرائم العرض.

المطلب الثاني

العلاقة بين الأصول والفروع كظرف مشدد للعقوبة في جرائم العرض

إن الحق في صيانة العرض هو من أسمى الحقوق التي اهتم بها الشارع فكفله على نطاق واسع ودعمه بحماية فعالة قوية. وقد كفل المشرع حماية جنائية لصيانة عرض الطفل أقوى من تلك التي كفلها لصيانة عرض البالغين¹، ذلك أن ظاهرة الاعتداء الجنسي على الأطفال منتشرة بصورة تفوق الخيال في العالم بأكمله. فاستخدام الأطفال لإشباع الغريزة الجنسية لدى الآخرين ليس بالأمر الجديد. فمنذ أن بدأ الإنسان تدوين الحياة البشرية، كانت هناك تقارير عن كيفية قيام الكبار الذين كانوا عادة من الرجال وإن كانوا في بعض الأحيان من النساء باستغلال الأطفال من أجل المتعة، أو باسم الدين، أو لإرضاء نزعات مرضية، أو في محاولة لاستغلال علاقة من علاقات السلطة، أو لمجرد اعتقادهم أنهم سيفلتون من العقاب.

وقد أشارت دراسة الأمين العام للأمم المتحدة في عام 2006 بشأن العنف ضد الأطفال إلى ما ذكرته منظمة الصحة العالمية من تعرض 150 مليون من البنات و73 مليون من الأولاد دون الثامنة عشر لجماع جنسي قسري أو لأشكال أخرى من أشكال العنف الجنسي والاستغلال التي تضمنت اتصالاً جسدياً. ومما يدعو إلى الفرع أن هذه الدراسة المتعلقة بالعنف صرحت بأن مرتكبي العنف

¹ - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 117.

الجنسي ضد البنات غالبا ما يكونون من أعضاء الأسرة الذكور (الإخوة أو الأعمام أو الأخوال)، ويأتيهم في هذا الصدد أزواج الأمهات والآباء وأعضاء الأسرة من الإناث¹.

أما عن حجم هذه الظاهرة في الجزائر فإن البيانات المتوفرة بشأنها قليلة بشكل عام نظرا لحساسية هذه الظاهرة في بعض المواقع كالأسرة، ومحدودية التبليغ عن مثل هذه الحوادث. ونشير إلى أنه قد بلغت حالات الاعتداء الجنسي خلال سنة 2006 حوالي 752 حالة، في حين انخفضت إلى 716 حالة في 2007، منها 457 فعل مخل بالحياء و 137 حالة هتك العرض و 104 تحريض قاصر على الفسق والدعارة و 12 حالة زنا المحارم و 04 حالات فعل مخل بالحياء، بالإضافة إلى قضيتي اختطاف للقصر متبوعة بهتك العرض.

كما أشارت الإحصائيات الصادرة عن مصالح الأمن، والمتعلقة بالعنف الموجه ضد الأطفال إلى تسجيل 1737 اعتداء جنسي ضد الأطفال خلال سنة 2012 على المستوى الوطني، مقابل 470 حالة سوء معاملة ضد هذه الفئة في نفس المدة الزمنية. كما تم الاعتداء عليهم بالضرب والجرح العمدي، حيث بلغ هذا النوع من الاعتداءات، في نفس السنة سقف الـ 3463 حالة مقيدة لدى المصالح الأمنية. أما فيما يتعلق بحالات القتل المقرونة بالاختطاف والاعتداء الجنسي ضد الأطفال، فقد بلغت 11 حالة في الفترة الممتدة بين 2003 و 2013، بحسب ذات المصادر. وقد بلغ عدد الجرائم الجنسية التي طالت الأطفال، والتي تعددت بين الفعل المخل بالحياء وهتك عرض قاصر وتحريض قاصر على ممارسة الفسق والدعارة نسبة كبيرة تستوجب دق ناقوس الخطر².

أمام انشار ظاهرة الاعتداء الجنسي على الأطفال بصورة كبيرة كان لا بد من تدخل المشرع لحماية حق الإنسان في صيانة عرضه بصفة عامة وحماية عرض الطفل بصفة خاصة³، وتوضيح هذه الحماية يتطلب منا أن نوضح المقصود بالعرض. فالعرض في اللغة يقصد به الجسد، بينما وفقا للمعنى الاصطلاحي فيعني به الطهارة الجنسية بمعنى الالتزام الشخصي بممارسة سلوك جنسي لا يعرضه إلى لوم اجتماعي⁴.

1 - المؤتمر العالمي لمكافحة الاستغلال الجنسي للأطفال والمراهقين، اليونيسف، من 25 إلى 28 نوفمبر 2006، البرازيل، ص 1.

2- حماية الطفل من الاعتداء الجنسي أجمل احتفاء به، مجلة الحرية، منشور على الرابط الآتي:

<http://el-hourria.com/index.php/societe/item/7129>

3 - نصت المادة 34 من اتفاقية الأمم المتحدة لحماية الطفل لسنة 1989 على أنه: "على الدولة حماية الأطفال ضد الإستغلال الجنسي والإنتهاكات الجنسية بما في ذلك الإنخراط في الدعارة وإنتاج المواد الإباحية".

4- محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 119.

ووفقا لهذا المعنى الاصطلاحي فإن المساس بالعرض هو مساس بالجسد يقع مباشرة عليه فيخل بهذه الطهارة. وتتعدد الأفعال التي تشكل انتهاكا للعرض، إلا أنه يجمع بينها جميعا صفة مشتركة هي الصفة الجنسية للفعل، وهذه الصفة الجنسية للفعل ذات مدلول واسع تستوعبه جميع الممارسات والأفعال الجنسية الطبيعية التي تهدف إلى تحقيق الإشباع الجنسي الكامل، كما يستوعبه أيضا الأفعال الممهدة للاتصال الجنسي¹.

وتقر التشريعات الوضعية حماية جنائية خاصة للأطفال في مجال الاعتداء على العرض، ذلك أنها لا تجرم جميع الصلات الجنسية إلا إذا انطوت على اعتداء على الحرية الفردية للمجني عليه. لذلك فإن السن بالنسبة للمجني عليه يلعب دورا في التحريم والعقاب، فالطفل لا يعتد برضاه على عكس البالغ وهذا ما يجعل نطاق التحريم فيما يتعلق بجرائم العرض يختلف بالنسبة للطفل عنه بالنسبة للبالغ. وهذا على عكس الشريعة الإسلامية والتي لم تقرر حماية جنائية خاصة لصيانة عرض الأطفال، وذلك يرجع إلى أنها تحرم جميع الصلات الجنسية غير الشرعية البعيدة عن الزواج، ودون أدنى اعتداد بالرضا والذي هو حجر الأساس في التحريم الخاص في التشريعات الوضعية².

ويدخل تحت مدلول جرائم العرض في صورة جرائم حسب قانون العقوبات الجزائي كل من جريمة الفعل المخل بالحياء وجرمي الإغتصاب وهتك العرض، وكذا جريمة تحريض القصر على الفسق وأعمال الدعارة. ففي هذه الجرائم يلعب سن الضحية دورا بالغا في تشديد العقاب على الجاني، ويزداد الأمر خطورة إذا كان مرتكب أحد تلك الأفعال أحد أصول المجني عليه مما يجعل العقوبة أشد نظرا لوجود قرابة أسرية ألا وهي علاقة الأصول بالفروع والتي نحن بصدد دراستها، خاصة وأن أغلب الإحصائيات تشير إلى أن الإعتداء الجنسي على الأطفال يكون غالبا من طرف الأقارب.

وما نلاحظه في صدد دراسة العلاقة بين الأصول والفروع كطرف مشدد في جرائم العرض هو أن الجاني يكون هو الأصل والفرع هو المجني عليه، إذ لم يكتف المشرع بإيراد نصوص جزائية لكل جريمة بل جعل الرابطة الأسرية بين الجاني والضحية طرفا مشددا للعقوبة إذ من المفروض أن تكون العلاقة علاقة

¹ - أنظر محمود نجيب حسني، الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية، 1984، ص 952.

² - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 119-120.

محبة وتعاون، فبارتكابه لمثل هذه الجرائم يكون قد تنكر بوشائج القرى وأواصر الدم وخيانتته لثقة وضعت فيه أو اساءة لسلطة خولت له¹.

وهذا ما سنوضحه أكثر بدراستنا لتلك القرابة كظرف مشدد في كل من جريمة الفعل المخل بالحياة وجريمة الاغتصاب وكذا التحريض على الفسق وفساد الأخلاق.

الفرع الأول

جريمة الفعل المخل بالحياة

يعرف الفعل المخل بالحياة على أنه: "كل فعل يقع على ما يعتبر عورة في جسم الإنسان وموضوع عفة وحشمة على مرأى أو مسمع شخص أو أكثر ويخدش عاطفة الشعور العام بالحياة"². كما يعرف أيضا على أنه: "كل فعل يمارس على جسم شخص آخر ويكون من شأنه أن يشكل إخلالا بالأداب سواء كان ذلك علانية أو في الخفاء"³.

وقد تناول المشرع الجزائري جريمة الفعل المخل بالحياة⁴ من خلال المواد من 333 إلى 335 من قانون العقوبات⁵، وبينما استخدم هذا الأخير مصطلح الفعل المخل بالحياة نجد غيره من التشريعات استخدمت مصطلح هتك العرض، ومن بين تلك التشريعات نجد التشريع المصري فقد نصت المادة 268 من قانون العقوبات على أنه: "كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو التهديد أو شرع في ذلك يعاقب بالأشغال الشاقة من ثلاث إلى سبع سنين...". وكذلك المشرع الفرنسي في المادة 331 من قانون العقوبات بقوله: "كل من هتك عرض إنسان أو شرع في ذلك وكان عمر من وقعت عليه الجريمة أيا كان جنسه لم يبلغ 15 سنة كاملة تكون العقوبة الحبس من خمس إلى عشرة سنوات ويعاقب بنفس العقوبة من يهتك عرض صغير لم يبلغ 15 سنة وكان الجاني من أصول المجني عليه والذي لم يأذن له

1 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 87.

2 - عبد العزيز سعد، نفس المرجع، ص 11.

3 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 98.

4 - في الفترة الممتدة بين سنة 2000 و2006 كشفت احصائيات للدرك الوطني الجزائري 4025 ضحية فعل مخل بالحياة، وتصدرت هذه الجريمة باستعمال العنف ضد القصر من الجنسين الاعتداء الجنسي. أنظر، الركن الأخضر، تزايد حوادث الإعتداء الجنسي بالجزائر، منشور بتاريخ 2007/08/26 على الموقع التالي:

http://www.grenc.com/show_article_main.cfm?id=8519

5 - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

بالزواج...". في حين استخدم المشرع التونسي مصطلح الاعتداء بالفاحشة في الفصل 228 من المجلة الجزائية¹.

وتتميز جريمة هتك العرض عن الفعل المخل بالحياء حسب المشرع الجزائري في عدة نقاط أهمها:
- أن جريمة هتك العرض تقع على الأنثى فقط أما الفعل المخل بالحياء يقع على ذكر و أنثى
- أن هتك العرض لا يكون إلا بالوقوع من قبل أما الفعل المخل بالحياء فيشمل كل الأفعال الماسة بالعرض فيما عدا الوقوع.

غير أن هذا التمييز لا يتعلق في حقيقة الأمر بهتك العرض والفعل المخل بالحياء إنما يتعلق بالفرق بين الإغتصاب والفعل المخل بالحياء، ذلك أن المشرع الجزائري كان يستعمل مصطلح هتك العرض بدل الإغتصاب قبل تعديل 2014 كما سنبينه لاحقاً².

وقد ميز المشرع الجزائري بين الفعل المخل بالحياء العلني وغير العلني، وبين الفعل المخل بالحياء الذي يكون سن الضحية ركنا فيه ويتم بغير عنف (المادة 334 من قانون العقوبات)، وبين الفعل المخل بالحياء الذي يقع بعنف (المادة 335 من قانون العقوبات)، وفي كلتا الحالتين شدد العقوبة أكثر إذا كان الجاني من أصول المجني عليه:

أولاً: جريمة الفعل المخل بالحياء بدون عنف

نص المشرع الجزائري على هذا الفعل في المادة 334 من قانون العقوبات كالآتي:
" يعاقب بالحبس من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلاً مخلاً بالحياء ضد قاصر لم يكمل السادسة عشرة ذكراً كان أو أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك.
ويعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات أحد الأصول الذي يرتكب فعلاً مخلاً بالحياء ضد قاصر ولو تجاوز السادسة عشرة من عمره ولم يصبح بعد راشداً بالزواج".

¹ - الفصل 228 نقح بالقانون عدد 93 لسنة 1995 المؤرخ في 9 نوفمبر 1995: "يعاقب بالسجن مدة ستة أعوام كل من اعتدى بفعل الفاحشة على شخص ذكراً كان أو أنثى بدون رضاه.

ويرفع العقاب إلى اثني عشر عاماً إذا كان المجني عليه دون الثمانية عشر عاماً كاملة.
ويكون العقاب بالسجن المؤبد إذا سبق أو صاحب الاعتداء بفعل الفاحشة في الصورة السابقة استعمال السلاح أو التهديد أو الاحتجاز أو نتج عنه جرح أو بتر عضو أو تشويه أو أي عمل آخر يجعل حياة المعتدي عليه في خطر."

² - أنظر الأطروحة لاحقاً، ص 284.

وما يلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع جعل من صغر سن الضحية في الفقرة الأولى وهو القاصر الذي لم يكمل 16 سنة ركنا في جريمة الفعل المخل بالحياء بدون عنف، وذلك لأن هذا الأخير لا يدرك ماهية الأفعال التي ترتكب ضده لأنه غير مكتمل القدرات العقلية والذهنية التي تمكنه من فهم خطورة هذه الأفعال¹، وكذلك لسهولة خداع القاصر على المساس بعرضه نتيجة ضعفه الجسماني والعقلي مما يوقعه فريسة لخداعه وإغوائه، على العكس من أن يكون المجني عليه بالغاً يصعب خداعه².

وعليه، فإن وقوع أي فعل مما يعتبر في عرف المجتمع مخلاً بالحياء على أي جزء من جسم القاصر يعرض فاعله إلى المعاقبة بعقوبة الحبس من 05 إلى 10 سنوات. أما حسب ما جاءت به المادة 337 من قانون العقوبات³ إذا كان الجاني من أصول المجني عليه الذي وقع عليه الفعل المخل بالحياء حسب الفقرة الأولى من المادة 334 من قانون العقوبات، فإن العقوبة تكون مشددة، أي أن المشرع جعل من العلاقة بين الأصول والفروع ظرفاً مشدداً للعقوبة في جريمة الفعل المخل بالحياء بدون عنف. أما في الفقرة الثانية من المادة 334 من قانون العقوبات، فلم يشترط المشرع الجزائري أن يكون المجني عليه لم يتجاوز 16 سنة إنما تقوم الجريمة حتى لو تجاوز القاصر 16 سنة ولم يصبح بعد راشداً بالزواج، وذلك في الحالة التي يكون فيها مرتكب الجريمة أحد الأصول. ولنوضح هذه الجريمة لا بد من شرح أركانها:

أ- الركن المفترض:

وهو سن الضحية ذكراً كان أو أنثى، حيث حددته المادة 1/334 من قانون العقوبات بالألا يتجاوز 16 سنة عند وقوع الفعل من أجنبي، أما إذا وقع الفعل من أحد أصول الطفل المجني عليه فحتى لو تجاوز المجني عليه 16 سنة ولم يصبح بعد راشداً بالزواج.

ب- الركن المادي:

ويتمثل في القيام بعمل من الأعمال المنافية للحياء، والماسة بجرمة جسم الإنسان، وعليه يجب أن يتصل هذا الفعل بجسم المعتدى عليه وبمسه بموضع يعتبر موضع عفة وشرف والعبث به. ولقاضي

¹ - أنظر، حاج علي بدر الدين، المرجع السابق، ص 78.

² - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 134-135.

³ - تنص المادة 337 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليه أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادماً بأجر لدى الأشخاص المبيينين عالياً أو كان موظفاً أو من رجال الدين أو إذا كان الجاني مهما كانت صفته قد استعان في ارتكاب الجريمة بشخص أو أكثر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 334 والسجن المؤبد في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين 335 و336 .

الموضوع كامل السلطة التقديرية في تحديد ما إذا كان هذا الفعل مخالفا بالحياة أو لا، مستأنسا ذلك من ظروف الفعل ومكان وقوعه، وهي من الأمور التي يخرج عن رقابة المحكمة العليا باعتبار أنه ما يمكن أن يشكل فعلا مخالفا بالحياة لدى جماعة ما أو لوقوعه في مكان ما، قد لا يكون كذلك لدى جماعة أخرى أو لوقوعه في مكان آخر¹.

كما أن ما يميز الفعل المخل بالحياة الوارد في المادة 334 من قانون العقوبات أن يقع بدون عنف، أي أن الضحية يرضخ للفعل بدون استعمال عنف لفظي أو مادي وهو ما يفصح عن وجود نوع من الإغواء والاستدراج، ومثال ذلك تنويم الطفل مغناطيسيا. أما إذا توافر العنف فالجريمة تأخذ وصفا آخر، وهو الفعل المخل بالحياة ضد قاصر بالعنف المعاقب عليه بموجب المادة 335 قانون العقوبات. وفي هذا قضى المجلس الأعلى في أحد قراراته ب: "إن العنف لا يفترض تجاه القاصر في القضايا المخلة بالحياة، لأن المادة 334 من قانون العقوبات تنص على الفعل المخل بالحياة دون عنف الواقع على قاصر دون 16 سنة"².

ج-الركن المعنوي:

لا يكفي قيام الجاني بأفعال مادية فقط بل يجب أن يتوافر لديه القصد الجنائي أي العلم والارادة، بحيث يكون على علم أن ما يفعله فيه مساس بموضع العفة والحشمة من جسم المعتدي عليه وهو القاصر حسب ما حددته المادة 334 من قانون العقوبات، وأن تتجه ارادته إلى الفعل ونتيجته. ومن باب المخالفة لو وقع شجار أدى إلى تمزيق أو قطع ملابس الضحية مما أدى إلى كشف عورته ودون قصد، فإن ذلك ينفي القصد الجنائي لهذه الجريمة. كما لا يتوفر القصد الجنائي إذا حصل الفعل المخل بالحياة عرضا كما لو لامس الفاعل عورة الضحية في حافلة مكتظة بالركاب دون أن يقصد الملامسة³. أما عن الجزاء المقرر لجريمة الفعل المخل بالحياة بدون عنف فكما سبق وأن ذكرنا، فإن العقوبة تختلف حسب سن الضحية من جهة وحسب وجود قرابة بين الجاني والجني عليه من جهة أخرى:

¹ - حاج علي بدر الدين، المرجع السابق، ص 78.

² - أنظر، مجلس أعلى، غ.ج، بتاريخ 1980/12/02، مقتبس عن بن وارث محمد، مذكرات في القانون الجزائري الجزائري، القسم الخاص، ط3، دارهومة، الجزائر، 2006، ص 180.

³ - أنظر، بن عودة حسكر مراد، الحماية الجنائية للأسرة في القانون الوضعي - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012-2013، ص 136.

— يعاقب الجاني عن الفعل المخل بالحياء المرتكب ضد قاصر لم يتجاوز 16 سنة ذكرا كان أو أنثى بدون عنف بالحبس من خمس سنوات إلى عشرة سنوات (المادة 1/334 من قانون العقوبات).

— يعاقب الجاني إذا كان من أصول المجني عليه والذي يرتكب الفعل المخل بالحياء ضد قاصر لو تجاوز 16 سنة من عمره ولم يصبح بعد راشدا بالزواج بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشرة سنوات (المادة 2/334 من قانون العقوبات).

— يعاقب الجاني إذا كان من أصول المجني عليه، والذي يرتكب الفعل المخل بالحياء ضد قاصر لم يتجاوز 16 سنة من عمره بالسجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة (المادة 337 من قانون العقوبات).

وما نلمسه من خلال العقوبة المقررة للفعل المخل بالحياء بدون عنف، أن المشرع الجزائري جعل من العلاقة بين الأصول والفروع ظرفا مشددا للعقوبة، فعقوبة تلك الجريمة التي يرتكبها شخص أجنبي عن المجني عليه تكون أخف من عقوبة الجريمة التي يرتكبها شخص تربطه قرابة بالمجني عليه أو أي صلة أخرى مما ذكرته المادة 337 من قانون العقوبات¹. وترجع العلة من وراء ذلك أن علاقة الأصل (الجاني) بالفرع (المجني عليه) تلقي على عاتقه واجب حماية عرض المجني عليه من اعتداء الغير عليه، فاذا هو يعتدي عليه بنفسه. كما أن هذه الصلة تعني أن للجاني على المجني عليه سلطة فيسئ استعمالها، لا سيما وأن تلك الصلة تسهل للجاني ارتكاب الجريمة باعتبار أنه قريب للمجني عليه، ويطمئن إليه ولا يخشاه ولا يحتاط ازاء بثمة احتياطات، فيرتكب جريمته الدنيئة دون أدنى عناء ولذلك حق تشديد العقاب².

وإن كان المشرع قد اعتبر العلاقة بين الأصول والفروع ظرفا مشددا في جريمة الفعل المخل بالحياء بدون عنف، فإنه قد سار على نفس النهج بالنسبة لجريمة الفعل المخل بالحياء المرتكب بعنف، إلا أنه شدد العقوبة أكثر من سابقتها.

ثانيا: جريمة الفعل المخل بالحياء بعنف

عالج المشرع الجزائري هذه الجريمة في المادة 335 من قانون العقوبات حيث جاء فيها: "يعاقب بالسجن المؤقت من 05 إلى 10 سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد إنسان ذكرا كان أو

¹ - تنص المادة 337 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " إذا كان الجاني من أصول من وقع عليه الفعل المخل بالحياء أو هتك العرض أو كان من فئة من لهم سلطة عليه أو كان من معلميه أو ممن يخدمونه بأجر أو كان خادما بأجر لدى الأشخاص الميينين عليه أو كان موظفا أو من رجال الدين...".

² - بهاء رزقي علي، المرجع السابق، ص 121-122.

أنثى بغير عنف أو شرع في ذلك. وإذا وقعت الجريمة على قاصر لم يكمل 16 سنة يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة".

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه ورد خطأ في النص الأصلي باللغة العربية بالنسبة لعبارة " بغير عنف " بينما الأصح هو " بالعنف"، وهو ما يتضح من النص باللغة الفرنسية والذي تكلم عن ارتكاب الفعل بالعنف وهو المقصود في هذه الجريمة

« Est puni de la réclusion à temps de cinq a dix ans, tout attentat à la pudeur consommé outenté avec violences contre des personnes de l'un ou de l'autre sexe ».

وعلى الرغم من التعديلات التي طرأت على قانون العقوبات إلا أن المشرع لم يقيم بتصحيح هذا الخطأ، مع أن الأجدد به أن يتدارك ذلك. ذلك أن ما يميز هذه الجريمة عن سابقتها هو استعمال العنف من طرف الجاني، لذلك يجب على القاضي عند الفصل في جريمة فعل مخل بالحياء أن يبين حدوث تلك الجريمة بعنف. وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقولها: " يجب في جريمة ارتكاب الفعل المخل بالحياء بعنف تعريف الواقعة المجرمة، وتبيان الشروع فيها، وتخصيص سؤال مستقل لظرف العنف المشدد"¹. ولنميز أكثر بين الجرمين لا علينا من تبيان أركان هذه الجريمة والتي تتضح من خلال نص المادة 335 من قانون العقوبات كالاتي:

أ_ الركن المفترض:

وهو سن الضحية الذي لم يتجاوز 16 سنة، ولا يهيم جنس الضحية أي سواء كان ذكرا أو أنثى حسب الفقرة الأولى من المادة 335 من قانون العقوبات.

ب-الركن المادي:

يشترط في الفعل المادي المكون لهذه الجريمة أن يقع مباشرة على جسم الضحية وأن يחדش حيائها، أي ضرورة المساس بجسم المجني عليه ووجود اتصال مادي بين الجاني والضحية بحيث يكون في هذا الاتصال خدش لحياء الضحية، وهنا يثور التساؤل متى يكون الفعل مخلًا بالحياء ويחדش حياء المجني عليه؟

¹ - أنظر، المحكمة العليا، غ.ج، 2006/11/22، ملف رقم 431572، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 2007، ص 577.

ما استقر عليه الفقه والقضاء هو اعتبار العورة معيار لضبط مدى خدش الحياء، إلا أن الآراء تباينت حول المرجع الواجب اعتماده فيما يعد عورة وما لا يعد كذلك¹.

وفي غياب مرجع قانوني متفق عليه يرجع تقدير ما يعد عورة إلى العرف الجاري والتقاليد وأحوال البيئة الاجتماعية وأخلاقها. وهكذا فالعورة في الفقه الإسلامي هي كل ما ستر الإنسان استنكافاً وحياء²، وعلى هذا النحو يختلف مدلول العورة باختلاف الجنس فهي بالنسبة للرجل بين الصرة والركبة في حين أنها تشمل بدن المرأة بكامله عدا الوجه والكفين.

وبصرف النظر عن المعيار الواجب اعتماده في تحديد مفهوم العورة، فمن الثابت أن الأعضاء التناسلية تعد عورة وكذلك الحال مكان العفة والحياء مثل الثدين³.

وبالرجوع إلى القضاء المقارن لا سيما منه العربي القريب منا حضارياً نجد أمثلة عديدة حول ما يعتبر فعل مغل بالحياء. فقد استقرت محكمة النقض المصرية على أن كل مساس بما في جسم المجني عليه مما يعتبر عورة يعد هتكاً للعرض بغض النظر عن بساطة أو جسامة هذا المساس⁴. فإذا فاجأ المتهم المجني عليها أثناء وقوفها في الطريق وضغط يديها بيده فإن هذا الفعل يعد هتكاً للعرض بالقوة⁵. ويعد هتكاً لعرض المجني عليها بالقوة إذا مزق المتهم سراويل المجني عليها ووضع شطه في فرجها⁶.

ومن أحكام القضاء الفرنسي أنه متى كانت الواقعة أن المتهم قد جذب طفلة صغيرة لم تبلغ الحادية عشرة من العمر وأركبها فوق بطنه وجعل يلامس فرجها إلى حد أحدث لها التهاباً خفيفاً، فإنه يعد مرتكباً لجريمة هتك عرض⁷. كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن من يعري عدة فتيات ويكشف عن سوءأتهن إلى منتصف بطونهن ويتركهن على هذا الحال مدة من الزمن طويلة أو قصيرة يعد مرتكباً لجريمة هتك العرض⁸.

1 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص 101.

2 - أحسن بوسقيعة، نفس المرجع، ص 102، أنظر، فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطابع السعديني مصر، 2001، ص 234.

3 - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 135.

4 - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض 26 / 03 / 1963، قضية 52، مجموعة أحكام النقض المصرية. ص 146.

5 - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض 04 فبراير 1952، قضية رقم 249، مجموعة أحكام النقض، ص 173.

6 - أنظر، محكمة النقض المصرية، نقض 27 ديسمبر 1954، قضية رقم 117، مجموعة أحكام النقض، ص 361.

7- Cass crim, 05 juillet 1837, 5- 1839-159.

8 - أنظر، سمير ناجي، هتك العرض بالتصوير الخفي، المجلة الجنائية القومية، المجلد السادس عشر، مارس 1973، ص 100.

وعلى كل حال، فإن الأمر متروك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع لتحديد ما إذا كان الفعل مخالفاً بالحياة أم لا، وله في سبيل ذلك الاهتداء بظروف الفعل ومكان وقوعه.

كما يشترط أن يكون ارتكاب الفعل المادي المكون للجريمة قد تم بالعنف، وذلك كسوء العنف المادي والذي يتحقق عن طريق القوة الجسدية أو باستخدام أي وسيلة كالضرب والخنق، أو يكون معنوياً كالتهديد بالقتل مثلاً، فقد استقر القضاء على الأخذ بالعنف المعنوي¹. وذلك بطبيعة الحال إذا وقعت الجريمة على شخص بالغ ذكراً كان أو أنثى. أما إذا لم يتجاوز المجني عليه 16 سنة فلا يشترط توافر العنف وإنما يفترض².

ج- الركن المعنوي:

تتلخص النية الإجرامية في هذه الجريمة من خلال علم الفاعل بأن ما يقوم به هو من الأفعال المخلة بالحياة والآداب العامة التي ينفر المجتمع من رؤيتها، ثم يعتمد فعله دون مراعاة أي شيء من ذلك وغير مبال ولا مهتم بتقاليد المجتمع³. أي أنه يجب لتوافر الركن المعنوي في إتيان الفعل المعاقب عليه عن إرادة وقصد.

أما عن الجزاء المقرر لجريمة الفعل المخل بالحياة المرتكب بعنف، فإن عقوبته أشد من عقوبة جريمة الفعل المخل بالحياة المرتكب بدون عنف، حيث يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات إذا ارتكب فعل مخل بالحياة ضد إنسان ذكراً كان أو أنثى بعنف أو شرع في ذلك. وتشدد العقوبة إذا وقعت الجريمة على قاصر لم يكمل 16 سنة إلى السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة، ذلك أن صغر سن المجني عليه يعتبر هنا ظرفاً مشدداً في الجريمة.

أما إذا كان الجاني من أصول المجني عليه أو أحد الأشخاص المذكورين في المادة 337 من قانون العقوبات الجزائري، فإن العقوبة تشدد أكثر لتصل إلى السجن المؤبد. والمقصود بذلك أن الجاني الذي ارتكب الفعل المخل بالحياة بالعنف من أصول المجني عليه البالغ أو الذي لم يكمل 16 سنة تشدد عليه العقوبة إلى السجن المؤبد، ذلك أن العلاقة بين الأصول والفروع هنا تشكل كذلك ظرفاً مشدداً في الجريمة لأن هذا الأصل المفترض فيه رعاية ولده لا الاعتداء عليه خصوصاً إذا استعمل العنف في

¹ - المجلس الأعلى، غ.ج، 1986/07/08، قرار رقم 412: غير منشور، مقتبس عن أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق، ص 142.

² - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 137.

³ - حاج علي بدر الدين، المرجع السابق، ص 71.

جريمته، فإن العقوبة بالتأكيد تكون أشد من إذا كان الفعل المخل بالحياة بدون عنف كما سبق وأن بيناه.

ومع ذلك يعاب على المشرع الجزائري أنه حصر القرابة الأسرية كظرف مشدد في جريمة الفعل المخل بالحياة في العلاقة بين الأصول والفروع دون أن تمتد لقرابة الحواشي أو المصاهرة، فالإخوة مثلا يعيشون في بيت واحد وتكون بينهم ثقة متبادلة مما يتيح الفرصة لأحدهم ارتكاب الفعل المخل بالحياة على الآخر خصوصا إذا كان المجني عليه قاصرا، وبالتالي إذا وقعت مثل هذه الجريمة فإنه يطبق عليها المادة 1/334 أو المادة 335 من قانون العقوبات دون حاجة إلى تشديد العقوبة حسب المادة 337 من نفس القانون.

وفي الأخير نلفت الانتباه إلى أن جريمة الفعل المخل بالحياة سواء تمت بعنف أو بدونه إذا كان الجاني من أصول المجني عليه، جريمة صعب الكشف عنها في مجتمعنا حيث نادرا ما يتم الإبلاغ عن مثل هذه الجرائم أو يصعب التوصل إليها وفي كثير من الأحيان يتم تعمد التكتم عليها بحجة الستر وغير ذلك من الحجج التي يدفع المجني عليه ثمنها خصوصا إذا كان قاصرا.

وجريمة الفعل المخل بالحياة تقع إما على ذكر أو أنثى، فهل يختلف الأمر في جريمة الاغتصاب؟

الفرع الثاني

جريمة الاغتصاب

تعتبر جريمة الاغتصاب من أخطر الجرائم ضد العرض سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي، فهي تعتبر بمثابة جريمة ضد الإنسانية من طرف الأمم المتحدة، فضلا عن اعتراف المحاكم الجنائية الدولية المتخصصة بأن الاغتصاب وغيره من أشكال العنف الجنسي يمكن أن يعتبر جريمة حرب أو جريمة ضد الإنسانية، إذ يحدد نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية¹ الاغتصاب الذي يمكن أن يعتبر

¹ - اعتمد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في 17/7/1998 ودخل حيز النفاذ في 01/07/2002، لم تصادق عليه الجزائر، في آخر لحظة واكتفت بالتوقيع فقط بتاريخ 28/09/2000. أسباب ذلك متعددة منها ما هو سياسي ومنها ما هو قانوني. أنظر، عبدلي سفيان، الاغتصاب الزوجي على ضوء القوانين الوطنية (الجزائري والفرنسي) والاتفاقيات الدولية، مجلة الجنان لحقوق الإنسان، مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر عن قسم حقوق الإنسان في جامعة الجنان، لبنان، 2015، عدد 8 يونيو، ص 113.

جريمة حرب بأنه الاغتصاب المنظم أي الاغتصاب الممنهج¹. وفي 2008 كيف مجلس الأمن الدولي الاغتصاب على أنه " سلاح حرب " يستعمل ضد النساء والبنات خصوصا في النزاعات المسلحة، بل وذهبت لجنة مناهضة التعذيب سنة 2006 إلى أن " التعدي الجنسي من طرف الشرطة... يشكل تعديا، ولو ارتكب خارج مراكز الاحتجاز ". كما وصف العديد من المقررين الخاصين بموضوع التعذيب، الاغتصاب بأنه أحد أشكال التعذيب، وكذلك فعلت لجنة مكافحة التمييز ضد المرأة².

وفي مجال القانون الجنائي الدولي أسهمت القرارات التي اتخذتها المحكمة الجنائية الدولية الخاصة لروندا، والمحكمة الجنائية ليوغسلافيا السابقة في قضيتي " سيليبيتشي " و" فورونديجا " في الاقرار الدولي بكون الاغتصاب يعد شكلا من أشكال التعذيب. كما وسعت المحاكم الجنائية الدولية من خلال ما سبق أن أصدرته من قرارات، نطاق جرائم العنف الجنسي التي يمكن ملاحقة مرتكبيها قضائيا بوصفها اغتصابا بحيث تشمل الجنس الفموي والإيلاج في الفرج أو الدبر أو باستخدام أدوات أو أي طرف من أطراف المعتدي. وهذا أمر في غاية الأهمية حيث أن الاغتصاب لا يزال في بعض البلدان يعرف بوصفه " اتصالا جنسيا "، ما يجعله مقصورا على إيلاج العضو الجنسي الذكري³.

وهذا فعلا ما كان عليه الحال في الجزائر قبل تعديل قانون العقوبات في 2014⁴، وما هو عليه لحد الآن في أغلب قوانين الدول العربية، لذلك سنتناول جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري قبل تعديل 2014 وبعد ذلك التعديل، ونبين ان كان ذلك التعديل قد أثر على مفهوم الاغتصاب المتعارف عليه فيما قبل؟ وهل مازالت العلاقة بين الأصول والفروع تشكل ظرفا مشددا في جريمة الاغتصاب؟

أولا: جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري قبل تعديل 2014

نص المشرع الجزائري على جريمة الاغتصاب في المادة 336 من قانون العقوبات كما يلي: " كل من ارتكب جناية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات. وإذا وقع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشرة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ".

¹ طبقا للمادة 1/7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن جريمة الاغتصاب بكافة أشكالها هي جريمة ضد الإنسانية عندما ترتكب بطريقة منظمة ضد مجموعة من السكان المدنيين.

² - عبدلي سفيان، المرجع السابق، ص 114 و 117.

³ - عبدلي سفيان، نفس المرجع، ص 119.

⁴ - القانون رقم 01/14 المؤرخ في 04 فبراير 2014. الجريدة الرسمية 07، ص 7.

وما يلاحظ من نص المادة أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح "هتك العرض" كمقابل للمصطلح الفرنسي "viol". ولا نجد في نصوص القانون الجزائري - المقتبس من النص الفرنسي قبل تعديله - أي تعريف لجريمة هتك العرض (الاغتصاب)، في حين يستشف من أحكام القضاء ومنا التشريعات العربية أنهتكتكالعرضهومواقعةأنشغيررضاهاسواءبالإكراهأوبالتهديدأوبالحيلة¹ فقد نص المشرع المصري في المادة 267 من قانون العقوبات على أن: " من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد...". في حين نص المشرع التونسي في الفصل 227 من المجلة الجزائية على أنه: " يعاقب بالاعدام: 1- كل من واقع أنثى...". أما المشرع المغربي فقد كان صريحا في تعريفه للاغتصاب في المادة 486 من القانون الجنائي بالقول أن: "الاغتصاب هو واقعة رجل لامرأة بدون رضاها، ويعاقب عليه بالسجن من خمس إلى عشر سنوات". وبذلك إذا ما أردنا تحديد فعل الوقاع نقول أنه الوطاء الطبيعي بإيلاج الجاني عضوه الذكري في فرج الأنثى².

أما بالرجوع إلى قانون العقوبات الفرنسي نجده عرف الاغتصاب في المادة 222-23 على النحو التالي: " الاغتصاب هو كل اختراق جنسي مهما كانت طبيعته يرتكب على شخص الغير بالعنف أو الاكراه أو التهديد أو المفاجأة"³.

وهنا نلمس الاختلاف بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري قبل تعديله وكذلك قوانين الدول العربية، والتي تعتبر أن جريمة الاغتصاب لا تقع إلا بالإيلاج الجنسي الطبيعي بإدخال قضيب الذكر في فرج الأنثى دون رضاها.

ويمكن الاستدلال بوقوع فعل الإيلاج بواسطة الفحص الطبي الذي إذا أثبت مثلا وجود تمزيق في غشاء البكارة - سواء كان التمزق كليا أو جزئيا- أو وجود السائل المنوي، فإن ذلك يسهل عملية إثبات وقوع الجريمة. ومع ذلك يلاحظ أنه في بعض الحالات وبالنظر إلى الخصوصية الفسيولوجية للغشاء، فإنه لا يتمزق بالرغم من حصول الإيلاج، وهذا الغشاء يصطلح عليه تسمية الغشاء المجامل **Un complaisant hymen**. وقد أثبت الطب الشرعي وجود هذا النوع من غشاء البكارة الذي له قابلية التتمطط دون أن يتمزق، وهنا يمكن الأخذ بالمفهوم الواسع للإيلاج ليشمل كل تلامس لعضو

1 - أحمد محمد أحمد، الجرائم المخلة بالأداب العامة، دار الفكر والقانون، مصر، 2009، ص 5.

2 - أنظر، حسنين عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الطبعة الثانية، القاهرة، ب د ن، 1973، ص 162، ادوارد غالي الذهبي، المرجع السابق، ص 101.

3 - art "222-23 Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol".

التذكير مع عضو التأنيث، وهذا راجع لصعوبة إثبات عملية الإيلاج من جهة ومن ناحية أخرى لاستحالة عملية الإيلاج في حالة ما إذا كانت الطفلة المجني عليها صغيرة جدا¹.

وهكذا فاذا ما تم فعل الإيلاج في غير مهبل المرأة (فمها، ثديها، دبرها)، أو تم الإيلاج في مهبلها لكن بغير قضيب الرجل كالأصابع مثلا فلا تقوم جريمة الاغتصاب وإنما تعد هذه الأفعال اخلالا بالحياء. ولا يعد هتكا للعرض أو اغتصابا كل فعل إيلاج جنسي ولو بالعنف يقع من رجل على رجل أو من امرأة على امرأة أخرى، وتبعاً لذلك لا يتصور أن تكون المرأة فاعلا في جريمة الاغتصاب ومع ذلك يمكن أن تكون شريكا فيها².

ولا يميز القانون أيضا بين أن تكون المرأة ضحية الجريمة بكرا أو سبق لها الاتصال جنسيا، بل حتى ولو كانت عاهرة يكفل لها القانون حرمة جسدها من انتهاكه بغير رضاها ويضمن لها حرمتها الجنسية من كل اعتداء لا تتقبله³.

أما عن الشروع في جريمة الاغتصاب على اعتبار أن الفعل المكون للجريمة هو إيلاج عضو التذكير في عضو التأنيث يثير عدة إشكالات، فما هي التي تعتبر بدءا في تنفيذ جريمة الاغتصاب؟ وكيف يمكن التمييز بين محاولة الاغتصاب وجريمة الفعل المخل بالحياء مع استعمال العنف المنصوص عليها في المادة 335 من قانون العقوبات؟

في حقيقة الأمر يصعب تحديد الأفعال التي تعتبر مجرد شروع في الاغتصاب، إلا أنه يمكن الاعتماد على نية المتهم لتحديد ذلك، بحيث إذا تبين أن نيته كانت متجهة بشكل واضح وأكد إلى ارتكاب جناية الاغتصاب وأنه أنجز فعلا بعض الأعمال التي من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة المقصودة، فإنه يمكن للقضاة عندئذ تطبيق أحكام المادة 336 من قانون العقوبات⁴. فطالما أن الاغتصاب بإيلاج عضو تذكير الجاني في فرج المرأة المجني عليها، فلا يشترط لإتمام الجريمة أن يشبع الجاني رغبته بإنزال المادة المنوية، ويتم الإيلاج بالإدخال مطلقا سواء كان ذلك جزءا أو كلا، فما لم يحصل الإدخال لا تتم الجريمة وإنما قد يعد الفعل شروعا إذا بدأ الجاني في تنفيذ الجريمة ثم حالت دون ذلك أسباب خارجة عن إرادته كتمكن المجني عليها من مقاومته ومنعه من إتمام الجريمة أو قدوم الغير لنجدتها. وفي هذا الصدد

1 - حاج علي بدر الدين، المرجع السابق، ص 66.

2 - عبدلي سفيان، المرجع السابق، ص 121.

3 - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 139.

4 - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 40.

قضت محكمة النقض المصرية أنه يعد "شروعاً في اغتصاب" جذب شخص امرأة من يدها، ووضع يده على ملابسها ليفكها بقصد مواقعتها دون رضاها"، كما قضت بأن: "رفع المتهم ملابس المجني عليها أثناء نومها وإمساكه برجليها، يعد في القانون شروعاً، متى اقتنعت المحكمة بأن المتهم كان يقصد إليه، لأن هذه الأفعال من شأنها أن تؤدي فوراً ومباشرة إلى تحقيق ذلك القصد"¹.

ويشترط لقيام جريمة الاغتصاب توافر ركن جوهري ألا وهو انعدام الرضا لدى المجني عليها، وينعدم رضاها كلما ثبت أن هذا الأخير توصل إلى اتمام فعله الاجرامي باستعمال العنف رغم المقاومة المستمرة للمجني عليها، سواء كان هذا العنف مادياً أو معنوياً، فالعنف المادية يتحقق باستعمال القوة الجسدية أو أية وسيلة مادية لاكره المجني عليها على الصلة الجنسية. أما العنف المعنوي فيتحقق بالتهديد بالقتل مثلاً أو التهديد بفضيحة، كما قد يأخذ العنف صوراً أخرى كاستعمال الأقراص المخدرة أو المنومة. وينعدم الرضا كذلك في حالتي الجنون وعدم التمييز²، وقد حدد القانون المدني الجزائري سن التمييز في المادة 2/42 ب 13 سنة.

وما يلاحظ على قانون العقوبات الجزائري قبل تعديل 2014 فيما يخص جريمة هتك العرض أو الاغتصاب أنه إضافة إلى اعتباره أن هذه الجريمة لا تقع إلا على أنثى بغير رضاها بإيلاج عضو قضيب الجاني في فرج المجني عليها، قد جعل من سن تلك الأنتى ظرفاً مشدداً في الجريمة إذا لم تتجاوز 16 سنة. وفي هذا قضاة المجلس الأعلى بأنه: "من المقرر قانوناً أن يعاقب بالحبس كل من ارتكب فعلاً مخلاً بالحياء ضد قاصر لم تكمل 16 سنة، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه بإغفاله ذكر عنصر السن الذي يعتبر أساساً في الجريمة المقترفة فحال دون قيام المجلس الأعلى بممارسة رقابته على مشروعية القرار، ومتى كان ذلك استوجب النقض. ويلاحظ أنه في غياب ظرف التشديد هذا تطبق أحكام المادة 1/336 من قانون العقوبات والتي تعاقب الجاني بالسجن من 05 إلى 10 سنوات"³.

وإلى جانب الركن المادي في جريمة الاغتصاب لا بد من توافر الركن المعنوي أيضاً، ذلك أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية، حيث تتطلب اتجاه إرادة الفاعل إلى ارتكاب الفعل الجنسي مع المعتدى عليها مع علمه بأنه يمارس صلة جنسية غير مشروعة عن طريق الإكراه. وعند تحقق القصد الجنائي فلا

¹ - مقتبس عن عبد الحكم فودة، جرائم العرض في قانون العقوبات المصري، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 56.

² - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 140.

³ - أنظر، المجلس الأعلى، 1989/06/20، ملف رقم 69587، مقتبس عن عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 41.

عبارة بالدافع أو الباعث، لأن الباعث ليس عنصرا في القصد الجنائي فيستوي أن يكون الدافع قضاء شهوة أو الانتقام منا لمجني عليها أو أهلها أو أي دافع آخر¹.

ثانيا: جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري بعد تعديل 2014

بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 4 فيفري 2014 تم تعديل قانون العقوبات الجزائري²، وقد مس التعديل حكم المادة 336، والتي أصبحت محررة كالآتي: "كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات.

إذا وقع الاغتصاب على قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة، فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

نلاحظ للوهلة الأولى من خلال هذا التعديل تغيرا في المصطلحات التي يتبناها المشرع الجزائري وتطورا في مفهوم الجريمة وفي مفهوم القاصر.

فعلى مستوى المصطلحات تبنى المشرع مصطلح "الاغتصاب" بدل مصطلح "هتك العرض"، وحسنا فعل المشرع لأنه المصطلح الأكثر دقة المقابل لمصطلح "VIOL" باللغة الأجنبية³. كذلك من الصياغة الجديدة يتضح أن المشرع تبنى مفهوما جديدا للقاصر وللجريمة في حد ذاتها، حيث يتجلى المفهوم الجديد للقاصر بنص المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 336 على رفع سن القاصر إلى الثامنة عشرة سنة بدل السادسة عشرة سنة، وتشديد العقوبة متى كان ضحية الجريمة قاصرا. وهذا يتماشى مع ما جاء في المادة 1/2 من القانون الرقم 15-12 المؤرخ في 15/07/2015 والمتعلق بحماية الطفل⁴

1 - حاج علي بدر الدين، المرجع السابق، ص 68.

2 - الجريدة الرسمية 07، ص 7.

3 - من جهة أخرى نجد خلفية ما فوق وطنية لهذا التعديل، يتعلق الأمر أساسا بتوصيات لجان معاهدات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان. على سبيل المثال أعربت لجنة حقوق الطفل عن قلقها العميق لتزايد حالات الاعتداء الجنسي على الأطفال في المدارس، بما فيها المدارس الدينية، وسفاح المحارم، وممارسة الجنس مع الأطفال في الدولة الطرف (الجزائر). وفي هذا السياق تشعر اللجنة بالقلق من أن المادة 336 من النسخة العربية من قانون العقوبات تعرف الاغتصاب بأنه هتك لمفهوم العرض، ومن ثم يجوز للمغتصب أن يتفادى العقوبة عن طريق الزواج من الفتاة المغتصبة ومحو العار. وحثت اللجنة الجزائر على تنقيح المادة 336 من قانون العقوبات وتعريف جريمة الاغتصاب على أنها الجماع الذي يتم دون موافقة وعلى مقاضاة ومعاقبة جميع مرتكبي أعمال العنف الجنسي والاستغلال الجنسي، بمن فيهم المعلمون، وضمان اتخاذ القضاة وسلطات انفاذ القوانين لجميع التدابير المناسبة لتقديم الجناة إلى العدالة وإنزال عقوبات تتناسب مع جرائمهم. أنظر، الأمم المتحدة، لجنة حقوق الطفل، الدورة الستون، الملاحظات الختامية حول التقرير الجامع للتقاريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر، 2012، ص 25، مقتبس عن عبدلي سفيان، المرجع السابق، ص 124.

4 - الجريدة الرسمية العدد 39، ص 5.

بقولها: يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: _ الطفل: كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة (18) سنة كاملة...".

أما بالنسبة لمفهوم جريمة الاغتصاب فالمشروع في التعديل الجديد استخدم مصطلح "قاصر" بدل "قاصرة". فقبل هذا التعديل تواتر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الجزائرية على كون هتك العرض هو "مواقعة رجل لأمرأة دون رضاها"، فجريمة الاغتصاب لا تقع إلا على امرأة بالإيلاج الجنسي الطبيعي بإدخال قضيب الذكر في فرج الأنثى بدون رضاها، وذلك أن الفقرة الثانية من المادة 336 قبل تعديلها كانت تنص على تشديد العقوبة متى كان محل الجريمة فتاة قاصرة لم تكمل السادسة عشرة. غير أن الأمر قد يأخذ منحى آخر في ظل تغيير مصطلح "قاصرة" إلى مصطلح "قاصر"، فمحل جريمة الاغتصاب حسب النص الجديد قد يكون ذكرا أو أنثى، وبالنتيجة فشرط واقعة أنثى في فرجها لم يعد له محل في المفهوم الجديد للجريمة.

وهكذا قد يجد القاضي نفسه أمام تنازع التكييفات حسب قانون العقوبات بصياغته الحالية للمادة 336 التي تجرم وتعاقب على الاغتصاب، والمادتين 334 و335 اللتان تجرمان وتعاقبان على الأفعال المخلة بالحياء وكذلك نطاق هذه المواد. ففي ظل الصياغة السابقة للمادة 336 كان التمييز بين الفعل المخل بالحياء والاغتصاب قائما على محل الجريمة، بحيث لا تقوم جريمة الاغتصاب متى كان محلها شخص ذكر أبدا ولا اغتصاب لامرأة تمت مواقعتها في غير فرجها، بل في كلتا الحالتين تكيف هذه الأفعال بأنها منافية للحياء ويعاقب عليها بهذا الوصف. أما حسب الصياغة الجديدة للمادة 336 فالجريمة يمكن أن تقع على الذكر كما على الأنثى فلا محل إذا لشرط الفرج لتعلقه بالأنثى. ولكن ما هو معيار التمييز بين ما يعد اغتصابا ما يعد فعلا منافيا أو خلا بالحياء؟

معيار التمييز هو فعل الإدخال فقط، فكل اختراق أو فعل إدخال أو إيلاج في أي فوهة كانت يشكل اغتصابا شرط أن يكون ذلك بالعنف أو الاكراه أو التهديد أو المفاجأة. ويبقى مفهوم الفعل المخل بالحياء يتعلق بكل فعل ذو صبغة جنسية سواء كان ماديا أو معنويا، وأن يتم دون رضا الضحية. وهكذا يكون نطاق تطبيق المادتين 334 و335 يتعلق بكل اعتداء أو مساس جنسي بجسم الضحية شرط أن يكون سطحيا أو بمعنى أدق كعلاقة أو تعدي جنسي آخر بغير إيلاج¹.

1 - عبدلي سفيان، المرجع السابق، ص 125.

لجريمة الفعل المخل بالحياء بالرغم من أنه كان من المفروض أن يجعل حتى من القرابة بين الحواشي ظرفا مشددا في جريمة الاغتصاب وذلك حماية للروابط الأسرية.

وما يعاب على المشرع الجزائري فيما يخص تشديد العقوبة إذا كان الجاني المرتكب لجريمة الاغتصاب من أصول المجني عليه طبقا للمادة 337 من قانون العقوبات، أنه رغم تغييره لمصطلح "هتك العرض" إلى مصطلح "اغتصاب" في المادة 336 إلا أنه أبقى على مصطلح هتك العرض في المادة 337 بالرغم من أنه يقصد بها الاغتصاب، فالأجدر به أن يتدارك هذا الخطأ في تعديلاته القادمة.

وما يلاحظ على الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب في التشريع الجزائري أنه ملطف مقارنة مع التشريعات الأخرى، ففي تونس أقر المشرع عقوبة الاعدام في حالة إذا استعمل الجاني العنف أو السلاح أو التهديد به (الفصل 227 من المجلة الجزائية). كما أنه ل يأخذ بعين الاعتبار الآثار التي قد تنتج عن الاغتصاب مثل فض البكارة أو الحمل، في حين أن المشرع المغربي قد اعتبر هذه الآثار ظروفًا مشددة تغلظ فيها العقوبة¹.

هذا عن جرمي الفعل المخل بالحياء والاعتصاب، أما فيما يخص جريمة التحريض على الفسق والدعارة، فإن العلاقة بين الأصول والفروع لها دور في تشديد العقوبة أيضا، وهذا فيما يخص الوساطة في شأن الدعارة التي نصت عليها المادة 344 من قانون العقوبات كما سبق وأن بيناه في هذه الأطروحة عند حديثنا عن العلاقة الزوجية كظرف مشدد في جريمة التحريض على الفسق والدعارة، لذلك ومنعا للتكرار نحيل إلى ما درسناه سابقا². غير أنه يجب توضيح المقصود بالعلاقة بين الأصول والفروع التي قصدها المشرع كظرف مشدد في هذه الجريمة، فهل تمتد لكل الأصول والفروع أم أنها محصورة فقط في الأب والأم؟

الأشخاص المعنيين بتشديد العقوبة والذين يرتكبون أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 343 من قانون العقوبات هم حسب المادة 344 من نفس القانون أب أو أم المجني عليه دون سواهما مادام أن المشرع حصرها بالقول: "...إذا كان الجاني أبا أو أما..." بما يفيد أنه إذا كان الجاني جدا أو جدة مهما كانت درجتهما على عمود النسب لا يعاقبان طبقا لهذه الصفة وفقا للمادة 344 من قانون

¹ - جاء في الفصل 488 من القانون الجنائي المغربي أن: "في الحالات المشار إليها في الفصول 484 إلى 487 إذا نتج عن الجريمة افتضاض المجني عليها فإن العقوبة تكون على التفصيل التالي: ...السجن من عشرة إلى عشرين سنة في الحالة المشار إليها في الفقرة الأولى من الفصل 486، السجن من عشرين إلى ثلاثين سنة في الحالة المشار إليها في الفقرة الثانية من الفصل 486..."

² - أنظر الأطروحة سابقا، ص 83 وما بعدها.

العقوبات، بل تطبق عليهما أحكام المادة 343، وإن كان من الممكن تطبيق الظرف المشدد عليهما إذا لهما سلطة على المجني عليه. طبقا لما جاء في المادة 344 حين نصت أنه: "أو يدخل في إحدى الفئات التي عدتها المادة 337..."، إذ أن من بين هذه الفئات المذكورة الأشخاص الذين لهم سلطة على الضحية¹.

ويثار التساؤل فيما يخص علاقة الأبوة أو الأمومة هي يشترط فيهما أن يكونا أبوان شرعيان أم يشمل النص كذلك حتى الأبوان غير الشرعيان كالكافل؟

نعتقد أن المشرع لم ينص صراحة على أن تكون الأبوة أو الأمومة شرعية، وتطبيقا لنفس الفقرة المذكورة أعلاه الواردة بالبند الرابع من المادة 344، فإن الكافل يمارس سلطة فعلية على المكفول يمكنه من خلالها أن يستغله في الدعارة. لذلك إذا استغل الكافل سلطته التي يمارسها على المكفول في استخدام هذا الأخير في الدعارة، فإنه يطبق عليه هذا الظرف المشدد.

أما عن صفة الوصي كظرف مشدد في جريمة الوساطة في شأن الدعارة المنصوص عليها في المادة 343 من قانون العقوبات، وإن كانت الوصاية لا تدخل ضمن أحكام القرابة إلا أنها تعتبر رابطة قانونية بين الوصي والموصى به قريبة في معناها من الولاية التي يمارسها الأب على ابنه ما دام للوصي نفس سلطة الولي في التصرف، وهذا ما جعل المشرع يخضعه لحكم المادة 344 في بندها الرابع.

وبالإضافة إلى الأفعال الخاصة بالوساطة في شأن الدعارة المنصوص عليها في المادة 343 من قانون العقوبات، نص المشرع الجزائي على جريمة الاتجار بالأشخاص في المادة 303 مكرر 4 من القسم الخامس مكرر²، حيث عرفت تلك المادة الاتجار بالأشخاص بمجموعة من الأفعال يقوم بها الجاني من بينها استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي بنصها كالاتي: "يعد اتجارا بالأشخاص...أو استغلال حالة استضعاف أو بإعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سلطة على شخص آخر بقصد الاستغلال.

ويشمل الاستغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو استغلال الغير في التسول...يعاقب على الاتجار بالأشخاص بالحبس من ثلاث (3) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 300.000 دج إلى 1.000.000 دج..."

¹ - سمير العماري، المرجع السابق، ص 61.

² - أضيف بالقانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 ويتضمن المواد من 303 مكرر 4 إلى 303 مكرر 15. الجريمة الرسمية 15 ص 5.

وما يتضح من هذه المادة أنه من صور الاتجار بالأشخاص صورة استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي، ويعد الاتجار في البشر بصفة عامة جريمة ذات طبيعة خاصة باعتبار أن موضوعها سلعة متحركة ومتجددة، هي فئة خاصة من البشر، يعانون من الفقر الشديد والبطالة وعدم الأمان الاجتماعي وهم في الغالب من الحالات أطفال¹. ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد حرص على حماية هذه الفئة بتجريم هذه الأفعال في إطار تكييف القوانين الداخلية مع الالتزامات المترتبة عن التصديق على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطن²، فقرر المشرع تجريم مهذا الفعل وفرض جزاءات عقابية بظرف التشديد، إذا وقع الفعل الإجرامي على الطفل من طرف أحد أصوله بنص المادة 303 مكرر 5 من القانون رقم 09-01 بنصها على معاقبة الجاني المرتكب لجريمة الاتجار بالأشخاص المنصوص عليها في المادة 303 مكرر 4 سابقة الذكر بالحبس من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج إذا ارتكبت الجريمة مع توافر ظرف على الأقل، من كون الفاعل زوجا للضحية أو أحد أصولها أو فروعها أو وليها أو كانت سلطة عليها أو كان موظفا ممن سهلت له وظيفته ارتكاب الجريمة.

وقد جاءت هذه المادة شاملة لجميع حالات الرابطة الأسرية لتوفر نوع بما في ذلك علاقة الأصول بالفروع، بل تعدت العقوبة لتشمل كل شخص له سلطة على الضحية. وبذلك إذا ارتكب جريمة الاتجار بالأشخاص أحد أصول أو فروع الجاني عليه بما في ذلك استغلاله في الدعارة أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي بما أننا بصدد دراسة العلاقة بين الأصول والفروع كظرف مشدد في جرائم العرض، فإن العقوبة تكون مشددة مع عدم استفادة الجاني من ظروف التخفيف المنصوص عليها بالمادة 53 من قانون العقوبات وهذا طبقا لنص المادة 303 مكرر 6 من القانون 09-01. بالإضافة إلى تطبيق عقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من قانون العقوبات، وذلك ما نصت عليه طبقا المادة 303 مكرر 7 من القانون 09-01.

وهذا الحرص من المشرع العقابي راجع إلى خطورة الجرم والمصلحة المرغوب حمايتها على الشخص المضروب وعلاقة الجاني بالضحية، هذا كله في إطار حفظ أواصر المودة بين أطراف العلاقة ضمن النسق الاجتماعي للأسرة.

¹ - بوزيان عبد الباقي، المرجع السابق، ص 85.

² - وعلى الأخص البروتوكول المكمل لها، المتعلق بمنع وجمع الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال والذي صادقت عليه الجزائر بتحتفظ، بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 03-417 المؤرخ في 09 نوفمبر 03 - 2003، الجريدة الرسمية رقم 69.

وإذا كان المشرع قد اعتد بالعلاقة بين الأصول والفروع في تشديد العقوبة، فإنه قد اعتد بها أيضا في إطار تخفيف أو استحقاق العقوبة.

المبحث الثاني

أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تخفيف العقوبة واستحقاقها

إذا كان القانون قد افترض في اقتران بعض الظروف والوقائع بالجريمة المرتكبة خطورة في نفسية الجاني، وقدر أنه يتوجب معها تشديد العقوبة عليه بالقدر الذي يفيد في ردعه، فإنه من ناحية أخرى قد نظر إلى نفس الوقائع بعين الرحمة حيناً وبعين التخفيف حيناً آخر، هادفاً من وراء ذلك حماية مصلحة أسمى من المصلحة الشخصية للمجني عليه. وذلك هو شأن قرابة الأصول بالفروع الذي رأينا في المبحث السابق أن اقتراها بالجريمة يؤدي إلى تشديد العقوبة على الجاني الذي يكون قد مس بقداسة الروابط الأسرية، فإنه وحماية لنفس المصلحة قد يكون سبباً لإفادة الجاني بقدر أخف من العقاب الذي كان مقرراً للفعل المرتكب بعيداً عن الدائرة الأسرية، وقد يصل الأمر إلى حد التأثير على استحقاق العقاب من حيث اباحة الفعل أو الاعفاء أصلاً من العقاب. وذلك عندما يرى المشرع أن الحفاظ على صلوات الرحم أولى من الحفاظ على مصلحة المجني عليه التي يمكن جبرها بتعويض مادي، بل وقد يقدر في بعض الأحيان أن تسليط العقاب على الجاني لا يفيد المجتمع في شيء مادام الدافع إلى اقتراف الجريمة لا ينبع عن نفس مجرمة، بل يعود إلى الاضطراب الذي يصاحب الجاني ساعة اقترافه للجريمة¹.

وبهذه الليونة تعامل المشرع الجزائي مع عنصر قرابة الأصول بالفروع، إذ لم يأخذ به كسبب لتشديد العقوبة فحسب، بل قدر في بعض الحالات أنه سبب لتخفيفها أو الاعفاء منها نهائياً أو حتى اباحة الفعل الجرم. وقد حصر المشرع حالات التخفيف، وحدد القدر الذي تنزل إليه العقوبة بنص القانون، مثلما حصر حالات الإعفاء أيضاً، وهي الحالات التي تعرف بالأعذار القانونية المخففة أو المعفية من العقاب، هذا بالإضافة إلى بعض الحالات التي يمكن أن تشكل فيها العلاقة بين الأصول والفروع سبب اباحة.

وهكذا سنتناول في هذا المبحث العلاقة بين الأصول والفروع وأثرها في تخفيف العقاب في مطلب أول، وفي مطلب ثان نوضح أثر تلك العلاقة في استحقاق العقاب:

¹ - سمير العماري، المرجع السابق، ص 63.

المطلب الأول

أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تخفيف العقوبة

أوضحنا فيما تقدم¹ أن أسباب تخفيف العقوبة نوعان: الأول، الأعدار القانونية: وهي التي يقدر المشرع أسبابها ويحدد حالها ويلزم القاضي بتطبيقها متى توافرت شروطها. والثاني، الظروف القضائية: وفيها ترك المشرع للقاضي سلطة تقديرها والحكم بها فهي أسباب تخفيف جوازية. والسبب الذي نقصده في هذا الموضوع هو ذلك الذي نص عليه القانون أي العذر القانوني المخفف، وقد أشار المشرع الجزائري إلى الأعدار القانونية المخففة في المادة 52 من قانون العقوبات، التي نصت على أنها حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية تخفيف العقوبة.

ولقد ميز القانون الجزائري بين نوعين من الأعدار القانونية المخففة، أعدار الاستفزاز المنصوص عليها في المواد من 277 إلى 283 من قانون العقوبات²، وعذر صغر السن المنصوص عليه في المواد من 49 إلى 51 من نفس القانون. وقد قرن قيام العذر القانوني المخفف في بعض المواد بتوافر رابطة قرابة أسرية بين الجاني والمجني عليه، كما هو الشأن بالنسبة للعذر القانوني المخفف المنصوص عليه بالمادة 279 من قانون العقوبات والذي يستفيد منه الزوج الذي يقتل أو يضرب أو يجرح زوجه الآخر أو شريكه حالة مفاجأتهما متلبسين بالزنا. وقد سبق وأن وضحنا هذا العذر عند دراستنا لأثر العلاقة الزوجية في تخفيف العقوبة.

أما عن أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تخفيف العقوبة فتتوضح من خلال العذر الذي نصت عليه المادة 2/261 من قانون العقوبات الجزائري، والذي يخفف العقوبة عن الأم التي تقتل وليدها حديث العهد بالولادة. كما أخذت معظم التشريعات العقابية بالعلاقة بين الأصول والفروع كعذر قانوني مخفف للعقاب، إلا أن هناك من التشريعات من حصرت أثر تلك العلاقة في جريمة قتل الأم لطفلها الوليد الناتج عن سفاح درءا للعار والفضيحة كالقانون الجزائري، وهناك من أمدت أثر تلك العلاقة حتى بالنسبة لعذر الاستفزاز وعدم قصره على الزوج، ليشمل حتى فروع وأصول المرأة الزانية³.

¹ - راجع ما تقدم ذكره في هذه الأطروحة، ص 93 وما بعدها.

² - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

³ - بهاء رزيقي، المرجع السابق، ص 130.

وسوف نركز الدراسة فيما يخص العلاقة بين الأصول والفروع كعذر مخفف للعقوبة في العذر الخاص بالأم التي تقتل طفلها الحديث العهد بالولادة. فقد كفل المشرع حق الانسان في الحياة وعاقب على جريمة القتل العمد في صورتها البسيطة بالسجن المؤبد، وهي عقوبة ذات حد واحد مما يقيد السلطة التقديرية للقاضي في مجال تطبيقها. إلا أن من الملاحظ أن جرائم القتل العمد لا تثير لدى الرأي العام درجة واحدة من الإستهجان. فإذا كان بعضها مما يهتز له الشعور الجماعي بقوة ويدي بشأنه مزيدا من السخط والاستنكار اعتبارا لما صاحب الجريمة من ملابسات تفصح عن مدى استفحال النزعة الاجرامية لدى الفاعل أو بالنظر إلى الصفة الوحشية للوسائل المستعملة في التنفيذ مثلا، فإن بعضها الآخر يرتكب في ظروف ينم تحليلها عن خضوع الفاعل لقوى معينة دفعته إلى الجريمة دفعا مما يستدعي النظر إلى مسؤوليته بعين التخفيف¹.

وأمام هذا الاختلاف البين في الحالات المعروضة لا يجد المشرع الوضع بدا من تنويع الجزاءات المستحقة وفق ما يقتضيه مبدأ تفريد العقوبة. ومراعاة لهذا المبدأ الأساسي في التجريم، فقد تضمن القانون الجنائي في حالات محددة من القتل العمد النص على عدد من الظروف المشددة ترفع بها العقوبة من السجن المؤبد إلى الاعدام. ومن بين تلك الحالات ما يتعلق بالقرابة الأسرية في جريمة قتل الأصول التي جعل المشرع فيها العلاقة بين الأصول والفروع ظرفا مشددا للعقوبة والتي سبقت دراستها في المبحث السابق. كما ورد النص في حالات أخرى على بعض الأعدار القانونية المخففة يترتب على توافر شروط تطبيقها تقرير عقوبة أخف من العقوبة المقررة، كما في حالة قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة وذلك مراعاة لصفة معينة في الأم الجانية.

وقد نص المشرع الجزائري على جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة في المادة 259 من قانون العقوبات بقوله: " قتل الأطفال هو إزهاق روح طفل حديث العهد بالولادة". ونصت المادة 261 من ذات القانون على العقوبة المقررة لها بقولها: "يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة القتل أو قتل الأصول أو التسميم. ومع ذلك تعاقب الأم بالحبس سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة على ألا يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة."

¹ - أنظر، عبد الحفيظ بلقاضي، جريمة قتل الأم لطفلها الوليد في القانون المغربي، مجلة المحاكم المغربية، مؤسسة النخلة للكتاب، ماي/يونيو 2001، العدد 88، ص 74.

ولدراسة جريمة قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة لا بد علينا من الرجوع إلى الأصل التاريخي لهذه الجريمة وتوضيح العلة من وراء تقرير التخفيف (الفرع الأول)، ثم نوضح أركان وعناصر تلك الجريمة (الفرع الثاني):

الفرع الأول

الأصل التاريخي للجريمة والعلة من تقرير عذر التخفيف

لما كانت جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة مأخوذة عن القانون الفرنسي القديم بكل ما طرأ على هذا الأخير - على مدار قرن ونصف من الزمان- من تعديلات تشريعية متلاحقة، كان فهمها الدقيق رهينا برصد أهم ملامح التطور التي شهدتها هذا الميدان (أولا) كما ان تفسيرها السليم يظل مرتبطا بتحديد العلة الحقيقية في تقريرها (ثانيا).

أولا: التطور التاريخي لجريمة قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة

صدر قانون العقوبات الفرنسي الأول خلوا من النص على جريمة قتل الوليد "Infanticide". وكان العقاب على هذه الحالة يتم إما على أساس القتل العمد البسيط أو على أساس القتل العمد المقترن بظرف سبق الإصرار. أما المدونة قانون نابوليون الصادر عام 1810 فقد اعتبر هذه الجريمة جنائية خاصة معاقبا عليها بالإعدام سواء أكان مرتكبها أما للضحية أو أحدا غيرها، وسواء اقترن ارتكابها بسبق الإصرار أو لم يقترن. وبالنظر إلى الشدة البالغة التي كانت تتسم بها العقوبة الواجبة التطبيق في هذه الحالة من جهة، وإلى أن المحلفين غالبا ما كانوا يقعون تحت التأثير الشديد للظروف الدافعة للأمهات إلى التخلص من أولادهن، من جهة أخرى، فغن محاكم الجنايات كثيرا ما كانت تتراخى في تطبيق العقوبة المذكورة وتنطق ببراءة المتهمات الماثلات أمامها¹.

وعلاجا لهذا الوضع، لم يجد المشرع الفرنسي بدا من التدخل بمقتضى القانون الصادر في 21 نوفمبر 1901 الذي ميز في هذا الشأن بين حالتين: حالة ارتكاب الجريمة من قبل شخص من الغير حيث كانت تطبق عقوبة القتل العمد البسيط أو عقوبة القتل المقتن بأحد ظروف التشديد، وحالة ارتكاب الجريمة من قبل أم الضحية حيث كانت تطبق عقوبة مخففة تتمثل إما في الأشغال الشاقة المؤقتة (بدلا من عقوبة الإعدام) اذا ما اقترن القتل بسبق الإصرار، وإما في الأشغال الشاقة المؤقتة (بدلا من الأشغال الشاقة المؤبدة) اذا ما اتخذ القتل صورة بسيطة.

¹ - عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع السابق، ص 78.

إلا أن هذا الإصلاح لم يحقق أثره في الحد من ظاهرة تمادي المحاكم في تبرئة المتهمات أو النطق في حقهن بمجرد عقوبات جنحية بسيطة. وأمام هذا التساهل المفرط كان لزاما على المشرع التدخل ثانية من خلال القانون الصادر في 2 ديسمبر 1941 الذي تغير بموجبه وصف جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة من جناية إلى جنحة معاقب عليها بالسجن من ثلاث إلى عشر سنوات مع حرمان مرتكبها من الاستفادة من التنفيذ ومن الظروف القضائية المخففة على حد سواء¹.

إلا أن هذا الإصلاح لم يتردد صداه إيجابيا لدى الأوساط المعنية، بل كان عرضة لنقد شديد من ناحيتين: من حيث أنه مما يتنافى مع الاعتبارات الأخلاقية والقانونية النزول بواقعة ذات خطورة إجرامية بالغة إلى مستوى الجنح، من جهة، ومن حيث أن هذا الإصلاح الذي أريد به الحزم والصرامة حيال هذا النوع من الجرائم سرعان ما أفرغ من محتواه على اثر ما دخل عليه من تعديلات بناء على القانون الصادر في 11 فبراير 1951 الذي أعاد للقضاء الزجري حريته كاملة في اختيار الجزاءات مما أفسح المجال أمام الجناة في جرائم قتل طفل حديث العهد بالولادة للاستفادة من نظام وقف التنفيذ فضلا عن الظروف المخففة، من جهة أخرى.

غير أن المشرع الفرنسي قد اختار من خلال القانون الصادر في 13 أبريل 1954 الرجوع إلى النظام الذي كان مقررا في ظل قانون 21 نوفمبر 1901 مع فارق يتمثل في خضوع الأم القاتلة لعقوبة مخففة واحدة وهي السجن من عشر إلى عشرين سنة بغض النظر عن ارتكابها الجريمة بسبق إصرار أو بدونه. وبذلك استقر الوضع النهائي في ظل قانون العقوبات الفرنسي القديم على تجريم قتل الطفل حديث العهد بالولادة في احدى صورتين: صورة "محايدة" إذا كان مرتكبها أحد الأغيار إما بصفته فاعلا أو شريكا في قتل بسيط أو قتل مقترن بأحد ظروف التشديد، وصورة خاصة حيث تكون أم الوليد هي المقتربة للجريمة إما بصفته فاعلة أصلية أو شريكة في قتل مخفف². ومع صدور قانون عقوبات الجديد لسنة 1994 لم تعد هناك أي اشارة إلى جريمة قتل طفل حديث العهد بالولادة "Infanticide" سواء

¹-Cf,MALLET et A .VITU , traité de droit criminel, droit pénal spécial, édition dalloz, Paris, 1982, p. 99.

²- Vitu (A) , Droit pénal spécial, op.cit, n. 2089, p. 1097.

في صورتها المحايدة أو الخاصة، مما اضطر القضاء إلى تطبيق نص المادة 4/221¹ التي تخص القتل المرتكب ضد القاصر الذي يقل عمره عن 15 سنة².

وقد أخذ المشرع الجزائري بتجريم قتل الطفل حديث العهد بالولادة متأثرا بالقانون الفرنسي قبل إلغائه حيث خفف العقوبة عن الأم التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في الجريمة (المادة 261 من قانون العقوبات). ونفس الشيء بالنسبة للمشرع المغربي والذي قرر عذر قانوني مخفف إذا كانت الأم هي المساهمة في الجريمة بصورة أصلية أو تبعية في الفقرة الثانية من الفصل 397 من القانون الجنائي كما يلي: "إلا أن الأم، سواء كانت فاعلة أصلية أو مشاركة في قتل وليدها، تعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشر. ولا يطبق هذا النص على مشاريكها ولا على المساهمين معها". أما المشرع التونسي فقد أشار إلى هذا العذر المخفف في الفصل 211 التي نصت على مايلي: "يعاقب بالحبس مدة عشرة أعوام الأم القاتلة لمولودها بمجرد ولادته أو إثر ولادته".

ثانيا: علة تقرير العذر المخفف

يسود السياسات الجنائية الحديثة بشأن جريمة قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة اتجاهان رئيسيان: اتجاه يقرر العذر المخفف اعتبارا لباعث محدد وراء اقدام الأم على الفعل قوامه اتقاء العار والتستر على الفضيحة بسبب الحمل الناتج عن علاقة جنسية غير مشروعة. ويمثل هذا الاتجاه كل من القانون الايطالي (المادة 578) والقانوني الليبي (المادة 373) والقانون السوري الذي ينص في المادة 537 منه على أنه: "تعاقب بالاعتقال المؤقت الوالدة التي تقدم اتقاء للعار، على قتل وليدها الذي حبلت به سفاحا".

وتخفيف العقاب يجد أساسه في نطاق هذا الاتجاه في اعتبارات معينة مؤداها الحرج الاجتماعي البالغ والشقاء النفسي المرير اللذان تقع فيهما الأم التي تضع وليدها وضعا غير شرعي مما يدفعها إلى التخلص منه تحريرا لنفسها من الشعور بالخطيئة³.

¹ - Article 221-4 du code pénal: "Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis :

1° Sur un mineur de quinze ans ;

2° Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ...".

² - Cf. J.PRADEL et M.DANTI-JUAN, Droit pénal spécial, 4 éd.CUJAS, 2007/2008, p.41.

³ - عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع السابق، ص 80، أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 33،

عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، المرجع السابق، ص 92.

أما الاتجاه الثاني، فلا يشترط لقيام جريمة قتل طفل حديث العهد بالولادة سوى نية ازهاق الروح دوغما تطلب لذلك القصد الجنائي الخاص الذي قوامه ارتكاب الجريمة بغرض التستر على الفضيحة. ومن القوانين التي نعتبرها أخذت بهذا الاتجاه القانون الفرنسي القديم والقانون المغربي¹ وكذا القانون الجزائري² باعتبار هذه القوانين نصت بصفة عامة على تخفيف عقوبة الأم التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة دون تحديد الباعث من وراء القتل. ويقيم هذا الاتجاه تخفيف العقاب على أساس بعض الاعتبارات البدنية أو الفزيولوجية: أن الأم التي تتجاهل عاطفتها البديهية لتقضي على حياة وليدها غالبا ما تقدم على فعلها، وهي لا تزال تحت تأثير الاضطراب الجسمي والنفساني الناجم عن الوضع³. وبناء على ذلك، تتمتع الأم بالعدر المخفف في ظل القانون الجزائري حتى في حالة قتل وليدها الشرعي، وان كان هذا مستبعد الحدوث إلا في حالات نادرة كولادة الطفل مشوها أو رغبة الأم في قطع علاقتها نهائيا بزوجها السابق⁴.

ولكي تستفيد الأم التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة من العذر المخفف لا بد من توافر عناصر وأركان معينة.

الفرع الثاني

أركان وشروط تطبيق العذر المخفف

لقد راعى المشرع صفة الأمومة في جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة، فلكي تتحقق هذه الجريمة لا بد من توافر مجموعة من الشروط لاستفادة الأم في جريمة قتل ابنها حديث العهد بالولادة من ظروف التخفيف، وذلك وفق ما قضى به المجلس الأعلى في 21 أبريل 1981⁵ كما يلي: " تتحقق جنائية قتل الطفل حديث العهد بالولادة من قبل أمه الجنائية المنصوص والمعاقب عليها في المادتين 259 و261 الفقرة 2 من قانون العقوبات، بقيام الأركان التالية:

1 - جاء في الفصل 397 من القانون الجنائي المغربي ما يلي: " من قتل عمدا طفلا وليدا يعاقب بالعقوبات المقررة في الفصلين 392 و393، على حسب الأحوال المفصلة فيهما".

2 - تنص المادة 2/261 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "... ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة على ألا يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة".

3 - عبد الحفيظ بلقاضي، المرجع السابق، ص 80.

4 - أحمد الخمليشي، المرجع السابق، ص 68-69.

5 - أنظر المجلس الأعلى، العرفة الجزائرية 1، 1981/04/21، ملف رقم 24442، نشرة القضاة، 1983، عدد2، ص 70.

1- أن يولد الطفل حيا.

2- أن تقوم الجناية بفعل يؤدي حتما إلى وفاة المولود كعدم ربط حبله السري.

3- صفة الجانية : أن تكون أم المجني عليه.

4- القصد الجنائي.

ومن خلال هذا القرار نلاحظ أن الأركان الواجب توافرها لكي تستفيد الأم من عذر التخفيف في حالة قتلها لطفلها حديث العهد بالولادة هي:

أولا: الركن المادي

ويشمل العناصر التالية:

1_ السلوك الإجرامي:

يتمثل السلوك الإجرامي الذي تأتيه الأم والذي يؤدي إلى ازهاق روح طفلها حديث العهد بالولادة، سواء كان إيجابيا أو سلبيا كعدم ربط الحبل السري أو الامتناع عن إرضاع الطفل¹. وقد جاء في قرار المجلس الأعلى الصادر في 04 جانفي 1983 بأنه: " في جريمة القتل العمد يكون الجاني مسئولا عن وفاة المجني عليه متى كانت النتيجة وهي الوفاة مرتبطة بنشاطه ارتباط وثيقا لا يسمح في التردد في القول بأن هذا النشاط هو السبب المباشر في حدوث الموت سواء حصل القتل بفعل الجاني أو وقع بطريقة سلبية وهو ما يسمى بالقتل بالترك أو بالامتناع كالأم التي امتنعت عمدا عن قطع الحبل السري ليموت طفلها حديث العهد بالولادة، فمات لأن وفاة المولود مرتبطة بامتناع أمه عن القيام بواجبها ارتباط السبب بالمسبب"².

2_ أن يولد الطفل حيا:

ويقصد بذلك أن تظهر مظاهر الحياة عند المولود لحظة الولادة، هذا وحده يكفي لجعل الاعتداء متعمدا، حتى ولو ثبت بعد ذلك أن استمراره في الحياة قبل التعدي كان أمرا شبه مستحيل، أو أمرا ضعيفا، أو أن المولود كان معتلا. بمعنى أخرى ففرض هذا الشرط أن يولد المولود، حيا بصرف النظر

¹ - إضافة إلى السلوك الإجرامي لا بد أن تتحقق النتيجة الاجرامية المتمثلة في الوفاة، وأن تتوافر رابطة سببية تربط السلوك الاجرامي بالنتيجة.

² - أنظر المجلس الأعلى، الغرفة الجزائية 1، 04/01/1983، ملف رقم 30100، مقتبس عن جيلالي بغداددي، المرجع السابق، ص 90.

عن حالته الصحية، فإذا كان المولود سقيماً أو مشوهاً، فإن مرضه لا ينفي عنه الحماية الجنائية المقررة له بموجب النصوص الجزائية¹.

أما إذا ولد الطفل ميتاً، فإن هذه الجريمة لا تقوم أصلاً، وبالتالي لا يصح الحديث عن العذر المخفف في هذه المسألة، وبالتالي يقع عبء الإثبات على عاتق النيابة العامة، ولا تؤثر الحالة الصحية للمولود في وقوع الجريمة كما بينا أعلاه، مادام ولد حياً فهو يصلح لأن يكون محلاً لجريمة القتل.

لذا يشترط أن يقع القتل على الطفل المولود مباشرة بعد ولادته، لأن التسبب في موت الجنين وهو في بطن أمه، يشكل جريمة أخرى يطلق عليها جريمة الإجهاض. أما قتله بعد الولادة أو أثناءها، هو الذي يشكل جريمة قتل الوليد، التي تعتبر كظرف مخفف بالنسبة للأم دون غيرها من المساهمين إذا توفرت الشروط اللازمة للعذر المخفف².

3_ أن يقع القتل على طفل حديث العهد بالولادة:

لم يعط المشرع الجزائري مفهوماً واضحاً للطفل حديث العهد بالولادة حيث نص في المادة 259 من قانون العقوبات على أن: "قتل الأطفال هو إزهاق روح طفل حديث عهد بالولادة". كما أنه لم يحدد السن الذي تنتهي فيه حداثة العهد بالولادة خلافاً لبعض التشريعات التي حددتها بسنة واحدة مثل المشرع الأردني، وخلافاً كذلك للتشريعات التي حددته بعدد الأيام الواجبة للتسجيل ضمن سجلات المواليد ومنها القانون المصري³، وبالتالي ترك مسألة تقدير ذلك قضاة الموضوع.

ونجد بعض القوانين الأجنبية قد حددت بصفة عامة صفة المولود حديثاً كقانون العقوبات الإسباني في المادة 336 منه، حيث يصف المولود حديثاً بأنه الطفل الذي يقل عمره عن ثلاثة أيام 03 في حين يصفه قانون العقوبات الإيطالي لعام 1889 في المادة 369 منه بأنه: "الطفل الذي يقل عمره عن خمسة أيام"⁴.

أما المشرع الفرنسي فهو الآخر لم يحدد المقصود بالطفل حديث العهد بالولادة بينما عرفه الفقه والقضاء الفرنسي بأنه: "الطفل الذي لم يمض على ولادته أكثر من ثلاثة أيام أي لم يتم التبليغ عن واقعة

¹ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 41-42.

² - إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، المرجع السابق، ص 31.

³ - يحدد المشرع المصري الفترة الواجبة للتسجيل ب 15: يوم التي تلي الميلاد. أنظر، بلقاسم سويقات، المرجع السابق، ص 68.

⁴ - أنظر، بن شيخ لحسين، المرجع السابق، ص 36.

ميلاده"¹. أي أن حادثة العهد بالولادة تنتهي بانقضاء الأجل لتسجيل المولود في سجلات الحالة المدنية، وهو محدد بخمسة أيام في قانون الحالة المدنية الجزائري².

وهناك من يرى أنه كان بإمكان المشرع ربط هذه المسألة بفترة النفاس بحيث لا تزيد عن أربعين يوماً³، لأنه قد يكون الدافع الذي حمل الأم على قتل وليدها دافعا قويا نظرا للظروف النفسية والبيولوجية التي سيطرت عليها بحيث لم تسترد وعيها تماما من تأثير عملية الولادة والرضاعة ف كان سلطان هذا الدافع عليها قويا وهنا نستمد العلة من تخفيف العقاب على الأم⁴.

وعليه حكمة التخفيف تتمثل في الحالة النفسية أو الآلا مالي تتزامن أو تعقب الولادة ويترتب عليها الانتقاص من وعي المرأة أو عدم استعادته بصورة تامة، وفي هذه الحالة لاحظ المشرع نقص الإدراك الذي من شأنه تخفيف المسؤولية.

ويمكننا القول أن حادثة العهد بالميلاد تبدأ منذ آلام الوضع عند الأم ونزول الطفل حيا إلى غاية انتهاء انزعاج الأم واضطرابها واسترداد حالتها النفسية المعتادة، فاذا ذاع بين الناس أمر فضيحتها فهنا تنتهي العلة من التخفيف من العقاب ويعتبر القتل الواقع على الطفل بعد ذلك قتلا عمديا تسري عليه أحكام القتل العمدي⁵.

4_ أن تكون الجانية أم الطفل المجني عليه:

أي أن يقع القتل من الأم نفسها، وهو شرط تتفق وتجمع عليه أغلب التشريعات⁶، وهو الأمر الذي قررته المادة 2/261 من قانون العقوبات الجزائري⁷ على أن تستفيد الأم لوحدها من ظروف التخفيف،

¹ - Cass.Crim 13-03-1856 , D.P,1856,1,221 ; Angers , 22-07-1847.04.297, cité par MERLLET et A. VITU, op. cit, p .698.

² - تنص المادة 61 من قانون الحالة المدنية الجزائري على أنه: " يصرح بالمواليد خلال 5 أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان...".

³ - أنظر، الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء الأول، مؤسسة الريان، بيروت، 2006، ص 220.

⁴ - أنظر، محمد صبحي نجم، الجرائم الواقع على الأشخاص، دار الثقافة، عمان، 2002، ص 76.

⁵ - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص72.

⁶ - وذلك على خلاف الشريعة الإسلامية والتي تمد العذر المخفف إلى الوالدين، وبغض النظر عن الباعث وعن سن الطفل، وإن كان الإمام أحمد يقصر عذر التخفيف على القتل الذي يحدث من أحد الوالدين بقصد التأديب. حاج علي بدر الدين، المرجع السابق، ص 23.

⁷ - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

وهذا معناه أن غير الأم مهما كان ما يربطه بها من علاقة كالزوج والأخ والأب والأم والأخت لا ينطبق عليه هذا السبب من أسباب التخفيف مهما كان دافعه إلى ذلك.

وتأسيساً على ما سبق، فإذا وقع القتل من الأم استفادت من العقوبة المخففة، وإذا وقع من غير الأم طبقت على الفاعل العقوبة المقررة للقتل العمد.

وعذر التخفيف المقرر للأم التي تقتل طفلها حديث العهد بالولادة هو ظرف شخصي لا ينصرف أثره لغيرها سواء كانت فاعلة أصلية أم شريكة، أي لا ينصرف لغير الأم من فاعلين أصليين مشاركين أو شركاء كالطبيب والقابلة وأم أم الجانية¹. وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 24 جويلية 1990 الذي جاء بما يلي: "يعاقب القانون الأم التي قتلت طفلها حديث العهد بالولادة لا بالعقوبة المقررة للقتل العمد وإنما بعقوبة مخففة هي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين عاما غير أنه لا يستفيد من هذا العذر المخفف غيرها ممن ساهموا أو اشتركوا معها كالزوج مثلا وذلك طبقاً لأحكام المادة 261 الفقرة 2 من قانون العقوبات"².

وما نلاحظه أن المشرع حصر عذر التخفيف على الأم الجانية، أي أن القرابة المقصودة هنا والتي هي موضوع دراستنا لا تمتد لكل الأصول والفروع إنما محصورة بين الأم وطفلها حديث العهد بالولادة. غير أن الإشكال يثور حول مقصود لفظ الطفل الوارد في نص المادة 259 من قانون العقوبات، هل يقصد بها لطفل الشرعي الذي حملته الأم نتاج زواج شرعي أم هو طفل طبيعي ناتج عن علاقة محرمة؟ من خلال ما رأيناه في العلة من عذر التخفيف وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة، نجد تباين في المواقف، فقد اتجه كل من التشريع السوري والكويتي واللبناني إلى اعتبار أن القتل بواسطة الأم هو عذر قانوني متى كان اتقاء للعار. بينما ذهب التشريع الفرنسي من خلال المادة 2/302 من قانون العقوبات إلى تخفيف العقاب على الأم أياً كان غرضها، في حين لم يعتبر المشرع المصري القتل بواسطة الأم عذر قانوني مهما كان الغرض³.

أما عن موقف المشرع الجزائري من المسألة، فيبدو أنه قد تأثر بالمشرع الفرنسي وهذا أمام شمولية النص الذي جاء على إطلاقه، كما يمكن الاستدلال على هذا بما جاء في إحدى قرارات المجلس الأعلى

¹ - اسحاق ابراهيم منصور، المرجع السابق، ص 45.

² - أنظر، المحكمة العليا، الغرفة الجزائرية، 24 جويلية 1990، ملف رقم 69053، مقتبس عن جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجنائية، ج2، ص 371.

³ - محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها.

والذي قضى: " إن قتل الأم عمدا لولدها حديث العهد بالولادة يشكل الجنائية المنصوص عليها بالمادتين 259 و 2/261 من قانون العقوبات، لذلك يجب أن تستظهر لأسئلة المتعلقة بالإدانة عناصر الجريمة وعلى الخصوص صفة الأمومة للجنائية وكون القتل طفلا حديث عهد بالولادة"¹. وبذلك لم يميز المشرع الجزائري بين أن يكون الوليد شرعيا أو غير شرعي أو إن كانت المرأة عاهرا في الأصل لا بسبب الاغتصاب مثلا فساوى بينهم في العقاب وشملهم بالتخفيف فيه².

وفي نظرنا الأولى أن يشمل هذا العذر من كان وليدها شرعيا أو عن اغتصاب لا المرأة التي اعتادت السفاح، ذلك أن هذه الأخيرة طالما أنها معتادة على السفاح لها أن تتوقع وقوع حمل من إحدى العلاقات غير الشرعية التي تمارسها، وبالتالي بإمكانها أن تتجنب حدوث ذلك الحمل وولادة طفل تقوم بالتخلص منه بالقتل، وبذلك ليس من حقها الاستفادة من العذر المخفف.

ثانيا: الركن المعنوي

جريمة قتل الطفل حديث الولادة من الجرائم العمدية التي يتطلب القانون فيها توافر القصد الجنائي بنوعيه العام والخاص. ويتمثل القصد العام في انصراف إرادة المتهم إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بكافة أركانها القانونية. أما القصد الخاص فيتمثل في قتل طفل حديث الولادة، وهو أمر ضروري لاكتمال الوصف القانوني للجريمة طبقا للنصوص الجنائية، وهو في نهاية المطاف مجرد وصف من الأوصاف القانونية التي يصح أن تلحق ركن العمد المباشر في الجريمة عندما يراد تحديده على صورة واضحة³.

وبذلك تتطلب جريمة قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة إلى جانب الركن المادي وجود نية القتل أو ازهاق الروح، فالخطأ غير العمدي مهما بلغت خطورته، لا يكفي لترتيب المسؤولية الجزائية على جريمة القتل، ومن ثم يتطلب توفر نية إزهاق الروح. وهناك بعض القوانين الجنائية تجعل من إخفاء المولود حديث الولادة، أو وضعه في مكان بعيد عن أعين الناس (مهجور)، قرائن قوية على قيام القصد الجرمي المتمثل في نية القتل⁴. أما إذا لم يتم الدليل على نية القتل وقصد ازهاق الروح، كإهمال العناية بالوليد أو القيام بعمل ما يكون قد أدى على الوفاة بدون قصد احداثها، كأن يتوفي المولود نتيجة سقوطه من

¹ - المجلس الأعلى، الغرفة الجزائرية، 1981/04/21، ملف رقم 24442، مقتبس عن جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 370.

² - بلقاسم سويقات، المرجع السابق، ص 67.

³ - انظر، رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي المصري، الطبعة الثالثة، دارالفكر العربي، القاهرة، 1966، ص 245.

⁴ - نبيل صقر، المرجع السابق، ص 42.

بين أيدي أمه، أو موته وهي في حالة إغماء، أو كانت تحت تأثير مخدر، فإن الجريمة في هذه الحالة لا تأخذ وصف جريمة قتل الوليد بل تأخذ وصف القتل الخطأ¹.

وكثير ما تثار الشكوك حول توافر القصد الجنائي ويقع عبء إثبات الإرادة الجنائية على عاتق النيابة العامة، ويتم اللجوء إلى الطب الشرعي في مثل هذه المسائل الأمر الذي يمنح القاضي القرائن الجنائية على هذه الجريمة سواء بالوجود أو العدم². إذ يجب أن يكون قصد الفاعل إحداث الوفاة أي إرادة القتل وليس إحداث جروح، أي أن يكون إحداث الوفاة إراديا. ولا يمكن إعتبار آثار العنف الموجود على جسد الطفل كأداة إثبات ضد الأم المتهمه بقتل طفلها، وعلى أنها كانت مريدة وقاصدة إحداث الوفاة، بل على الطبيب المختص أن يبين ذلك بعد الفحص الدقيق لطبيعة الجرح وخطورتها والطريقة التي استخدمت في إحداثها، وبالتالي تقرير ما إذا كانت إرادية أو غير إرادية³. مع إمكانية مناقشة تقرير خبرة الطبيب المعروضة عليه الحالة وهذا ما قضى به المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 18 جانفي 1983 بأنه: "إذا كان من حق الدفاع أن يطلب إستدعاء خبير لمناقشته في تقريره ولم يفعل فليس له الحق في الطعن بعدم إستدعاء الخبير من قبل المحكمة والنيابة"⁴. وقد يستقر ذلك من ظروف السابقة للجريمة والمصاحبة لها أو التالية لها، ويترك ذلك لتقدير قضاة الموضوع.

فاذا اجتمعت الأركان والشروط السابقة، فإن الأم بصفتها فاعلة أصلية أو شريكة تستفيد من ظروف التخفيف، وذلك بتخفيض عقوبة السجن المؤبد المقررة لجريمة القتل العمد إلى السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة (المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري)، على أن لا يطبق هذا التخفيف على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة، كون أن هذا العذر القانوني الممنوح للأم هو ظرف شخصي يتعلق بتخفيف العقاب عليها وحدها سواء كان هؤلاء المساهمون معها عاملين أو جاهلين بهذا العذر، ومن ثم يتعين أن يحاسبوا على إرادتهم الآثمة وما انطوت عليه نفوسهم فيتعمد قتل إنسان حي يتمثل هنا في طفل حديث العهد بالولادة.

وفي الأخير نقول وإن كانت النفس البشرية التي تزهد هي نفس واحدة، مهما كان سنها أو دينها أو لونها أو جنسها، إذ لا تفاضل بين النفوس البشرية، إلا أن المشرع في هذه الحالة التمس للأم التي

¹ - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 73.

² - أنظر، الشافعي عبيدي، الطب الشرعي والأدلة الجنائية، الموسوعة الجنائية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص 68 .

³ - بوزيان عبد الباقي، المرجع السابق، ص 138.

⁴ - أنظر، المجلس الأعلى، جنائي، 18/01/1983، ملف رقم 30791، نشرة القضاة 1983، العدد 2، ص 95.

تقتل وليدها حديث العهد بالولادة العذر لتخفيف العقوبة وذلك للعلة التي وضحناها. ونجد أن المشرع في بعض الحالات ولأسباب مختلفة لم يتوقف عند تخفيف العقوبة، إنما جعل من العلاقة بين الأصول والفروع سببا في اباحة الفعل أو الاعفاء من العقاب.

المطلب الثاني

أثر العلاقة بين الأصول والفروع على استحقاق العقاب

لا يقف أثر العلاقة بين الأصول والفروع عند حد التخفيف والتشديد من العقوبة فحسب، بل أن المشرع جعل لهذه العلاقة أثرها الواضح في استحقاق العقاب. فتارة يعتد بها كسبب من أسباب اباحة الفعل، وتارة يعتبرها مانعا من موانع العقاب أو سببا من أسباب الاعفاء.

الفرع الأول

العلاقة بين الأصول والفروع كسبب اباحة

باعتبار الإباحة تتمثل في تلك الظروف التي تلغى الصفة الغير مشروعة عنا لسلوك المرتكب لكونهما علة التجريم فإنما يلاحظ أن علة التجريم، وعلة الإباحة مرتبطان بحيث يمكن استخلاص ثانيهما من أولهما، من حيث أن علة التجريم هي حماية حق أو مصلحة من خلال إضفاء صبغة عدم المشروعية على السلوك نظرا لما يتميز به من خطر على مقتضيات النظام الاجتماعي¹، غير أنه إذا تبين للمشرع أن سلوكا من هذه السلوكات " لا يؤثر في ظروف معينة على تلك الحقوق والمصالح، أو ثبت له إنه وإن كان يضر ببعضها إلا أنه يكفل الحماية لغيرها مما يعد أولى منها، فإنه يرجح جانب الإباحة على جانب التجريم"². وهذا هو نفس أساس الإباحة في جرائم الأسرة.

بالإضافة إلى أن أسباب الإباحة في الجرائم الماسة بالأسرة تدخل ضمن ما أذن به القانون ويقصد به ترخيص القانون لصاحب الحق في استعمال حقه ولفظ القانون الذي استعمله المشرع لفظ واسع يتسع ليشمل كل قاعدة قانونية سواء كانت محددة في نص تشريعي أو قاعدة واردة بالشرعية الإسلامية أو عرفا ساريا. وهذا لكون مبدأ الشرعية كذلك يرخص التفسير الواسع في حال أسباب الإباحة.

وأسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية من حيث أساسها وعناصرها وأثرها، فالإباحة تركز على أساس حماية حق أو مصلحة جديرة بالحماية، أي أنها تركز على عناصر موضوعية لا علاقة لها بنفسية

¹ - بوزيان عبد الباقي، المرجع السابق، ص 144.

² - أنظر، عوض محمد عوض، قانونالعقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 88.

الجاني أو المجني عليه، غير أن القانون في جرائم الأسرة وخاصة في حالة استعمال أو ممارسة حق التأديب ضمن العلاقة الأسرية يتطلب عنصرا نفسيا كحسن النية.

وهذا مما يؤدي إلى أن أسباب الإباحة تزيل الصفة الإجرامية عن الفعل ومن ثم فإن أثرها لا يقتصر على الفاعل الأصلي وحده، بل يمتد إلى شركائه وذلك تأسيسا على أن للفرع حكم الأصل. إلا أن الأمر خلاف ذلك في جرائم الأسرة حيث لا يستفيد الشريك من أسباب الإباحة. استثناء هذا الحكم في حالة الشريك ضمن واقعة الزنا¹.

وتنحصر أسباب الإباحة في صدد موضوعنا في حق تأديب الأولاد، حيث تعتبر العلاقة بين الأصول والفروع سبب اباحة. فحق تأديب الأولاد يعد من الحقوق الملازمة لحق الولاية الذي يمارسه الآباء على أولادهم، والمسؤول عن تربية الولد يجب أن يتمتع بالسلطة والمهابة اللازمتين لممارسة هذا الحق. لذلك فقد استقرت النظم القانونية المقارنة على منح الأب حق تأديب الصغير بغية تهيئته وتقوم سلوكه، وبالتالي فالتأديب يستند إلى قواعد تجيزه وحدود يمارس من خلالها مجاله، كما تبين هذه القواعد الأشخاص الذين يمارسونه والذين يخضعون له.

وإلى جانب القانون الوضعي أجازت الشريعة الإسلامية أيضا تأديب الصغير بغية تهيئته وإصلاح أحواله فقررت هذا الحق لأشخاص معينين، لذلك سنتناول حق تأديب الأولاد في القانون الوضعي المقارن والشريعة الإسلامية ثم نبين موقف المشرع الجزائري من حق تأديب الأولاد على النحو الآتي:

أولا: حق تأديب الأولاد في القانون الوضعي المقارن والشريعة الإسلامية

سنحاول أن نوضح موقف كل من القانون الوضعي المقارن والشريعة الإسلامية من حق تأديب الأولاد:

1_ حق تأديب الأولاد في الشريعة الإسلامية:

أباحت الشريعة الإسلامية تأديب الصغير حرصا على أحواله وتهيئته لصالح أموره التي يصلح بها المجتمع وهي بذلك تحقق مصلحة أولى بالرعاية، وعليه سنبين أساس اباحة التأديب ووسائله وقيدوه:

أ_ أساس اباحة تأديب الصغير:

ذهب علماء الأصول إلى القول بأن تربية الصغير وتهيئته من أهم الواجبات التي يضطلع بها رب الأسرة، ذلك أن الصغير أمانة عند والديه ويصون الوالد صغيره بتأديبه وتهيئته بتعليمه محاسن الأخلاق

¹ - بوزيان عبد الباقي، المرجع السابق، ص 144-145.

والتربية الإسلامية الصحيحة. فإذا ما خرج الوالد عن هذه الحدود فلا مجال للقول بإباحة الأفعال التي يباشرها على الصغير¹.

وإباحة أفعال التأديب بالنسبة للصغير تجد سندها الشرعي في القرآن والسنة والإجماع، فمن القرآن نجد قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم نارا..."². وقوله أيضا: " إذ قالت امرأت عمران رب إني نذرت لك ما في بطني محررا فتقبل مني إنك أنت السميع العليم"³. وتدل هذه الآية على أن للأمم تأديب ولدها وتعليمه وامساكه وتهذيبه، ولو لا قدرتها على اتيان هذه الأفعال لما كان في استطاعتها أن تنذره إلى الله سبحانه وتعالى⁴.

أما من السنة النبوية، قوله صلى الله عليه وسلم: " مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين، وإذا بلغ عشر سنين فاضربوه عليها"⁵، وقوله أيضا: " ما نحل والد ولده من نحل أفضل من أدب حسن"⁶. فهذه الأحاديث تؤكد على اباحة تأديب الصغار من قبل الآباء قصد تهذيبهم وإصلاح شؤونهم. ولقد استقرت قواعد الشريعة الإسلامية على اعتبار بلوغ الصغير سن السابعة من عمره أهلا للتمييز، ومن ثم يؤدب إذا قامت موجبات التأديب. أما إذا كان الصغير دون سن السابعة من عمره فلا مجال للقول بتأديبه لتصور الفهم لمدرجات الأفعال عنده⁷.

وتجدر الإشارة إلى أن حق تأديب الصغير تنتهي حتما ببلوغه، ذلك أن علة التأديب هو الولاية على النفس وبانتهاء هذه الولاية تنتهي سلطات الولي على الصغير ومنها تأديبه وتهذيبه. فيباح للولي تأديب الصغار إذا أمرهم بالمعروف ولم يمتثلوا أو نكروا عن المنكر ولم ينتهوا.

ب_ وسائل التأديب وقبوه:

يشترط في وسيلة التأديب أن تكون معقولة لأن الشريعة الإسلامية حددت الوسائل التي يمارسها الآباء في تأديبهم لأولادهم الصغار، إذا ما تحققت موجبات التأديب إذا ما تحققت موجبات التأديب،

¹ - بن عودة حسكرمراد، المرجع السابق، ص 45-46.

² - سورة التحريم، الآية 06.

³ - سورة آل عمران، الآية 35.

⁴ - أنظر، ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء الرابع، دار العلم، القاهرة 1984، ص 11.

⁵ - أنظر، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، بدون دار نشر، القاهرة، 1980، ص 489.

⁶ - أنظر، تحفة الأحوذ في شرح جامع الترمذي، الجزء 6، الجامع للحديث النبوي، منشور على الرابط التالي:

<http://www.sonnaonline.com/DisplayExplanation.aspx?ExplainId=82881&HadithID=145678>

⁷ - بن عودة حسكر مراد، نفس المرجع، ص 46.

بحيث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بين وسائل التأديب إذ قرر بأمر الصغير بأداء الصلاة فإذا بلغ عشر سنوات فإن هذا الأمر يتحول إلى ممارسة أفعال الأيداء البدني على جسم الصغير.

وقد ذهب بعض علماء الإسلام إلى القول بأن الوالد يستعين على تأديب الصغير بحيائه أو تمييزه، وأول ما يجب أن يتعود عليه ألا يأخذ الطعام إلا بيمينه وأن يقول بسم الله عند أخذه، وعند عدم امتثاله يقبح على ذلك ويذم على فعله كما يمدح الصغير المتأدب، ثم يعود الصغير على تعلم القرآن وأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، فإذا خالف ذلك في بعض الأحوال مرة أو مرتين فينبغي أن يتغافل عنه لأنه قد يجتهد في إخفائه ومكاشفته تؤدي إلى أن يتجاسر على اتيانه مرة أخرى¹.

وإذا لم يمثل الصغير بالوعظ واللين كان لوليه أن يؤدبه بالضرب، ويشترط في هذا الضرب ألا يكون مبرحا وبدون أداة تجاوز آثارها أفعال التأديب، ولا يكون في مواضع يخشى من ابقاع الضربات عليها هلاك الصغير.

وحق الوالدين في تأديب الصغير ليس مطلقا بل هو يخضع لذات القيود التي يخضع لها حق تأديبه لزوجته، فيجب أن يكون استعماله لحق التأديب متفقا مع الحكمة المقصودة شرعا من تقرير هذا الحق. كما يجب ألا يترتب على هذا التأديب ضرر بالصغير يتجاوز الضرر الذي تقره ضرورة التأديب².

والجدير بالذكر هو أن بعض فقهاء الشريعة الإسلامية كالحنفية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة قصروا أفعال تأديب الصغير على الضرب ثلاث لتكون الزيادة على هذا العدد تجاوزا في استعمال الحق³. بينما يرى المالكية وغالبية الشافعية بجواز الزيادة على هذا العدد⁴، هذا ويتقيد حق تأديب الصغار بمن يمارس هذا الحق عليه، فقد استقر فقهاء الشريعة الإسلامية على ثبوت هذا الحق للأب والأم، أو الجد الصحيح وللأخ والعم وبقية العصابات من جهة الأب. وذهب بعض آخر من الفقهاء⁵ إلى القول بجواز تأديب معلم القرآن للصبي، كما يجوز أيضا لمعلم الحرفة أن يضرب الصبي إذا كان ذلك في مصلحته لتعلم الحرفة، كما ثبت لعامة المسلمين إذا لم يوجد من يؤدب الصغير على النحو السابق ذكره.

1- أنظر، أبو حامد الغزالي، معارج القدس في مدارج معرفة النفس، مطبعة المعلى، مصر، بدون سنة نشر، ص 70.

2- بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 47.

3- أنظر، أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1988، ص 142.

4- أحمد فتحي بهنسي، نفس المرجع، ص 142 وما بعدها.

5- مقتبس عن، بن عودة حسكر مراد، نفس المرجع، ص 48.

2_ تأديب الأولاد في القانون المقارن:

اختلفت القوانين المقارنة في أساس اباحة حق تأديب الصغير واتخذ هذا الاختلاف اتجاهين، الأول يقرر حق تأديب الصغير ويسنده إلى قاعدة تشريعية أو عرفية أو يقرره في المبادئ العامة للنظام القانوني ذاته، أما الرأي الثاني فيعترف بهذا الحق بنصوص قانونية صريحة. وسنتعرض لكل اتجاه على حدى:

أ_ السماح بالتأديب في إطار النظام العام:

يبیح هذا الاتجاه لصاحب الحق أن يباشر حقه في إطار ما تقره النظم القانونية وفي إطار نصوصها العامة، ومن النظم القانونية التي سارت على هذا المنوال:

_ التأديب استنادا للسلطة العائلية في القانون الفرنسي:

يعد حق التأديب في القانون الفرنسي أحد عناصر السلطة العائلية التي يباشرها رب الأسرة على أبنائه بغية تهيئهم وتقوم سلوكهم، ويستند هذا الحق في النظام القانوني إلى القواعد العامة العرفية وما تدرج عليه النظام العام، وهو الأمر الذي أدى ببعض الفقهاء إلى تسميتها بإذن العرف بالمقابلة لما يطلق عليه اذن القانون مستندين لنص المادة 327 من قانون العقوبات، والقضاء الفرنسي اعتبر التأديب رخصة عرفية وهذا ما ذهب إليه محكمة بوردو في حكمها الصادر في 18 مارس 1981¹. كما يستمد حق تأديب الصغير في النظام القانوني الفرنسي مصدره من الحقوق التي تنفرع عن امتيازات الحقوق الأبوية الواردة في التقنين المدني الفرنسي. هذا رغم اعتراف القانون الفرنسي بالكيان المستقل للأسرة من الناحية القانونية، إلا أنه اعترف لرب الأسرة بحق الرقابة وتأديب الصغار².

_ التأديب استنادا لحق الرعاية في القانون الانجليزي:

أقر النظام القانوني الانجليزي مستندا للسوابق القضائية حق الوالدين وخاصة الأب في الرعاية والرقابة والإشراف على الصغار ولو اقتضى ذلك تأديبهم بالضرب، وذلك قصد تأديبهم وتقوم سلوكهم في الأسرة والمجتمع³.

وحق الرعاية يتضمن حقوقا عدة منها حق التأديب وهو يشمل الضرب بشرط أن يكون معقولا، ويشمل كذلك حق تحديد الدين الذي يعتنقه الأطفال وتحديد نوع التعليم الذي يتلقونه، ويتضمن أيضا حق الانتفاع بخدمات الصغار. ولكن يمكن انتزاع هذا الحق منهما أو من أحدهما إذا لم يكن جديرا

¹ - مقتبس عن، مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص 212.

² - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 42

³ - مروك نصر الدين، نفس المرجع، ص 212.

به، فمثلا متى كان سلوك الأب منحرفا لدرجة تهدد حياة الأطفال بالخطر الجسيم أو تهدد صحتهم أو أخلاقهم فإن هذا الحق ينتقل إلى الأم.

والجدير بالذكر أن المشرع الانجليزي وضع قانون خاص بالأطفال سماه قانون الأطفال الصغار، اذ يجمع في محتواه أغلب المبادئ المتعلقة بشؤون الأطفال، فنجد مثلا نص المادة 44 فقرة 01 منه توجب على كل محكمة يعرض عليها أمر طفل صغير أن تضع نصب عينها مصلحة هذا الطفل أو الصغير، كما يجب عليها اتخاذ الإجراءات اللازمة لعزله عن الوسط أو البيئة غير مرغوب فيها، وفي سبيل ضمان هذه المصلحة تتخذ ما يلزم لتعليمه وتدريبه¹.

ـ التأديب استنادا لحق شرعي في القانون المصري:

تنص المادة 60 من قانون العقوبات المصري على أنه: " لا تسري أحكام قانون العقوبات على كل فعل ارتكب بنية سليمة عملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية".

ويتضح من هذه المادة أنها أباحت ارتكاب الأفعال المجرمة إذا كانت بنية سليمة وعملا بحق مقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية، وفي تعليل المراد بهذه المادة أثناء مناقشتها بمجلس الشورى والذي وافق عليها بالإجماع²، أن القصد من ايراد هذا النص هو أن يخرج من العقوبة من له حق تأديب الصغار، كالوالد والوالدة والوصي لكونهم مخاطبين بحق التأديب المقرر بمقتضى الشريعة الإسلامية. وتطبيقا لذلك يتبين أن حق تأديب الصغار يستند في النظام القانوني المصري إلى ما تجيزه الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا من مصادر القانون من قيام حق التأديب بالنسبة للصغار.

وقد سارت العديد من التشريعات العربية على هذا النهج، منها قانون العقوبات التونسي الذي نص في الفصل 42 منه على أنه: " لا عقاب على من ارتكب فعلا بمقتضى نص قانوني أو اذن من الحكومة التي لها النظر"³. وأيضا قانون العقوبات الليبي في المادة 69 منه.

ب- السماح بالتأديب بنص صريح:

ذهب الاتجاه الثاني من النظم القانونية إلى الاعتراف صراحة بحق رب الأسرة في تأديب الصغار، وذلك من خلال نصوص قانونية صريحة.

¹ - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 43.

² - أنظر، عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، م 2، ب.د.ن، 1989، ص 942.

³ - أنظر المجلة الجنائية التونسية لسنة 1993، المطبعة الرسمية التونسية، ص 12. وقد تضمنت أحكام قانون العقوبات التونسي.

ومن أهم هذه القوانين نجد القانون البحريني الذي أجاز للآباء حق تأديب أولادهم من خلال المادة 26 من قانون العقوبات التي نصت على أنه: " يحق لأي من الوالدين أو الشخص الذي يحل مكانهما أو لمعلم المهنة، الذي يكون تحت رعايته أو مسؤوليته بصورة مشروعة طفل أو تلميذ تحت التجربة، أن يستعمل لأغراض التهذيب أو حفظ النظام تلك الدرجة من القوة الضرورية والمعقولة لمثل ذلك الغرض...".

كما اجاز القانوني الكويتي للآباء حق تأديب أبنائهم، وذلك بنصه في المادة 29 من قانون العقوبات على ما يلي: " لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق التأديب من شخص يخول له القانون هذا الحق، بشرط التزام حدود واتجاه نيته إلى مجرد التهذيب". وفي نفس السياق منح المشرع اللبناني للآباء حق تأديب أبنائهم وذلك بنصه في المادة 2/186 من قانون العقوبات على أنه: " لا يعد جريمة... ضرب التأديب التي ينزلها بالأولاد آبائهم وأستاذتهم على نحو ما يبيحه العرف العام"¹.

نخلص مما تقدم بأن الانظمة القانونية سابقة الذكر قررت الحقوق سعياً وراء تحقيق غايات معينة، هذه الغايات تكون العلة دائماً في اباحة إتيان أفعال تباشر من خلال هذه الحقوق وعلى ذلك يستلزم لإباحة الأفعال الناشئة عن حق تأديب الصغار، أن تكون هذه الأفعال متفقة مع الغايات من هذا الحق. وهي التأديب قصد التربية والتهذيب أو التعليم أو حفظ صحة الصغير، ومن ثم إذا خرج صاحب الحق عن هذه الغايات التي وجد من أجلها الحق كان فعله غير مشروع، أما إذا تجاوز التأديب حدود طاقة الصغير، كان الفعل مجرماً واستوجب مسؤوليته القائم به ولو كان الأب نفسه، لأن الصغير بحكم تكوينه الجسمي وقوته البدنية لا يستطيع أن يحمي نفسه الأمر الذي جعل المشرعين يتولون هذه المهمة².

ثانياً: موقف المشرع الجزائري من تأديب الأولاد أو الصغار

لقد سبق وأن قلنا أن حق تأديب الصغير ملازم لحق الولاية الذي يمارسه الآباء على الأبناء، والمسؤول عن تربية الولد يجب أن يتمتع بالسلطة والمهابة اللازميتين لممارسة هذا الحق. وبما أن الصغير يخضع في طور نموه لمؤثرات اجتماعية بيولوجية ونفسية وثقافية كان لا بد من ضبط هذه المؤثرات، وجعلها تنصب في قناة التنشئة الصحيحة حتى تساهم في تكوين الشخصية الإنسانية المتسمة بحس اجتماعي ومدني يؤهلها للإلتفاف مع متطلبات الحياة في المجتمع المنظم³.

¹ - عصام أحمد محمد، المرجع السابق، ص 939-940.

² - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 45.

³ - أنظر، مصطفى العوجي، الأمن الاجتماعي، مؤسسة نوفل للنشر، بيروت، 1983، ص 408.

وقد درجت معظم المجتمعات على اتباع بعض الأعراف في الوسائل المتعلقة بتأديب الصغير، كحرمانه من بعض المزايا كحرية اللعب أو ضربه ضربا خفيفا...، كل ذلك اشعارا له بذنبه وبأن سلوكه المنحرف يمكن أن يؤدي إلى ألم جسدي يخشاه كما يخشى الإنسان كل ألم وحرمان.

هذا وفيما يخص الجزائر نقول أنه مادام أن المادة 1/39 من قانون العقوبات¹ قد أباحت ضمينا حق التأديب ضمن ما يبيحه العرف العام، مع الأخذ بعين الاعتبار التطور التربوي الحاصل والذي يعدل ويطور المفاهيم التربوية فيكون عرفا جديدا يجب التقيد به، وسنوضح هذا الحق كما يلي:

1_ تحديد الصغير الخاضع للتأديب:

إن مفهوم العرف مفهوم نسبي دائم التطور يتغير ويتعدل مضمونه مع تطور العادات والتقاليد والمفاهيم والوسائل. والسؤال الذي يمكن أن نطرحه هو: من الصغير الذي ينبغي أن يخضع للتأديب؟
تجمع جل القوانين ومن بينها التشريع الجزائري على أن الضعف هو سبب التأديب، وقد نظم المشرع هذا الضعف وبينه حتى فترة زواله واستقلال الصغير بنفسه، وهذا يختلف باختلاف المراحل التي يمر بها الصغير، حيث يمر هذا الأخير بثلاثة أطوار:

الطور الأول: ويبدأ من ولادته إنسانا حتى بلوغه سن التمييز وهو سن 13 سنة²، وذلك طبقا للمادة 2/42 من القانون المدني، ويسمى الصغير في هذه المرحلة بالصغير غير مميز.

الطور الثاني: يبدأ من سن التمييز أي من سن 13 سنة حتى 19 سنة، ويسمى الصغير في هذه المرحلة بالشخص المميز وذلك طبقا للمادة 43 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

الطور الثالث: وهو بلوغ الصغير سن 19 سنة، ويسمى الشخص في هذه المرحلة بالشخص البالغ وذلك طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني في 20 جوان 2005 كان يجعل من سن 16 سنة السن القانونية للتمييز، مع أن هذا الحد مبالغ فيه من قبل المشرع، غير أنه بعد تعديله لنص المادة 42 من القانون المدني وجعله سن التمييز ب 13 سنة يكون قد أصاب وتدارك الوضع³.

¹ - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

² - عدلت المادة 42 من القانون المدني بموجب الأمر رقم 10/05 الصادر في 20 جوان 2005، فبعدما كان سن التمييز يحدد ب 16 سنة أصبح 13 سنة.

³ - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 49.

ومادام أن المشرع جعل سن التمييز يبدأ من 13 سنة إلى 19 سنة، فهل يجوز ضرب الطفل في مثل هذا السن؟

إن الإجابة بنعم في هذه الحالة تتنافى مع المنطق ذلك أن الشخص بعد بلوغه سن 13 سنة وبداية سن 14 سنة يبدأ بالدخول في مرحلة جديدة وهي مرحلة المراهقة، حيث تبدأ شخصيته في التكوين، وضربه في هذه المرحلة يمكن ان يشكل خطرا عليه ويسبب في تعرضه للانحراف لأن المراهق يتصرف بنوع من الطيش واللامبالاة الأمر الذي يزيد من مسؤولية الوالي، ومن ثم يستوجب على الأهل والوالي على النفس مساعدة الصغير على تحطّي هذه المرحلة بسلام حتى يصبح شابا صالحا.

وعليه وأمام غياب نص قانوني يحدد سن التأديب وغياب رأي الفقه والقضاء الجزائري، لا بد علينا من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لتحديد سن التأديب طبقا للمادة الأولى من القانون مدني والمادة 222 من قانون الأسرة. وبالتالي فالسن الذي يؤدب فيه الصغير هو من سن السابعة حتى 14 سنة استنادا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم: " غدي ولدك سبعا وأدبه سبعا"¹. وهذا هو السن الذي يتفق مع المنطق.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل نصت في مادتها الأولى على تعريف الطفل بنصها على ما يلي: " لأغراض هذه الاتفاقية، يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر سنة ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق عليه"². وكذلك قانون حماية الطفل في الجزائر سابق الذكر في المادة 1/2 عرف الطفل بأنه كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة (18) سنة كاملة.

2_ الأشخاص الذين يملكون حق التأديب:

الأصل أن الانسان يولد عاجزا وضعيفا، وهو في هذا الضعف والعجز يحتاج إلى من يحميه من نفسه فيبعده عن الأضرار التي تلحق بجسمه أو بعضو من أعضائه، ومن هذا المنطلق جعل المشرع الجزائري الولاية على النفس لعدد من الأشخاص حرصا منه على ألا يبقى الصغير وحيدا عاجزا عن تدبير أموره. وأولياء الولد هم كل من يعمد إليهم بتربيته سواء أكان الأب أو الأم أو الوصي أو المعلم أو الحاضنة، وهم يمارسون حق التأديب على الأولاد تبعا لحق الولاية أو الوصاية التي أعطاها لهم القانون. وتنطلق الولاية من مكانها الطبيعي الاول وهو الأسرة، فقد نصت المادة الثانية من قانون الأسرة على

¹ - أنظر، أحمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، ب. س. ن، ص 22.

² - أنظر، الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل لسنة 1989 والتي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 92-461 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، الجريدة الرسمية عدد 91، سنة 1992، ص 2318-2331.

أن "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة". كما أوجبت المادة 36 من نفس القانون "على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم". أضيف إلى ذلك أن المادة 87 من قانون الأسرة قد اعتبرت الأب وليا على أولاده القصر، وحق التأديب هو ملازم لحق الولاية الذي يمارسه الأب على اولاده باعتباره المسئول الأول عن تربية الولد وتحمل الأم محله بعد وفاته، أو في حالة الطلاق إذا اسندت الحضانة لها (المادة 87 من قانون الأسرة).

غير أنه في حالة انهيار الأسرة كخلية أساسية ومكان طبيعي لتربية الولد، فإن المشرع الجزائري راعى ذلك ووضع جملة من التدابير في المادتين 62 و64 من قانون الأسرة والمتعلقة بالحضانة. بحيث عرف الحضانة في المادة 62 واعتبرها أساس رعاية الولد وتعليمه والقيام على شؤونه على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. أما المادة 64 فقد عدد فيها المشرع الأشخاص الذين يعهد إليهم بالحضانة ورتبهم على سبيل الحصر وجعل للأم الأولوية لحضانة أبنائها. كما هيأ المشرع كل الظروف بقصد حماية الصغير بحيث جعل له كافلا في حالة غياب أهله، وفي ذلك نصت المادة 116 من قانون الأسرة على أن: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي". وبطبيعة الحال، فإن حق التأديب ينتقل للكافل أثناء توليه كفالة المكفول¹. وإلى جانب حق هؤلاء فقد منح العرف العام للمعلم حق تأديب التلاميذ، وحق المعلم في التأديب لا يقتصر مفعوله على تربية الولد، بل يتعداه إلى هدف أسمى وأهم، وهو ضبط النظام داخل المدرسة وفرض الاحترام، ذلك أن المعلم الذي يفقد هيبته وسلطته على تلاميذه يعرض هذا النظام للعبث مما يؤدي للفوضى وتعطيل الدراسة، وعليه فالمصلحة العامة هنا تجيز للمعلم ممارسة حق التأديب ضمن الحدود التي رسمتها الأنظمة والعادات والعرف في المحيط الاجتماعي.

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري اعتنى بالصغير أيما عناية، بحيث قيد له العديد من الأولياء (الأب، الأم، الحاضن، أم الأم، أم الأب،....المعلم،...الكفيل...الخ) ، وذلك كله من أجل مصلحة المجتمع حتى يشب أطفاله رجالا صالحين ساعين لخدمته.

¹ - بن عودة حسكر مراد، المرجع السابق، ص 51.

وما تجدر الإشارة إليه أن حق التأديب هو حق نسبي وليس مطلق أي مقيد بقيود وشروط، وفي هذا الإطار يرى جانب من الفقه في الجزائر¹ أن حق تأديب الصغير مشروط بثلاثة شروط: أولهما أن يكون حق التأديب للأب والوصي والأم وكذلك للولي على النفس عند عدم وجود الأب. وثانيهما أن يكون هذا الحق بقصد التهذيب والتأديب، فإذا خرج عن مضمونه استوجب الفعل المساءلة. وآخر شرط أن يكون حق التأديب من حيث الوسيلة محدودا فينبغي أن يكون الضرب خفيفا بغير تعذيب.

ونعتقد أن هذا الرأي على صواب فيما ذهب إليه غير أنه يضاف إلى ذلك أنه إذا تجاوز الأب حدود التأديب البسيط الذي يحدث ضررا جسيما بجسم الصغير بالرغم من عدم وجود آثار دالة عليه أو مرض ناتج عنه، فإنه يكون قد خرج عن حدود التأديب ومن ثم يتابع جزائيا عن جريمة الإيذاء العمدي ضد قاصر، وتطبق في شأنه أحكام المواد 269 وما يليها من قانون العقوبات.

وفي الأخير نخلص إلى أن أثر العلاقة بين الأصول والفروع في اباحة الفعل المحرم تنحصر في حق تأديب الآباء لأبنائهم وفق ما وضحناه، وذلك سواء كان ذلك الحق مقرر بنص صريح أو عرف أو في القواعد العامة أو بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك على عكس أثر تلك العلاقة في تخفيف العقاب فيما يخص قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة، والتي نص عليها المشرع صراحة ووضح شروط تخفيف العقوبة وإلى أي حد تخفف تلك العقوبة. أما فيما يخص حق تأديب الأولاد كسبب اباحة فلا بد أن يتمتع به الأشخاص المخول لهم ذلك الحق وفق شروط وقيد معينة، وإلا خرج الفعل من دائرة الإباحة إلى دائرة التحريم من جديد.

وعلاقة الأصول بالفروع قد لا تأثر في اخراج الفعل من دائرة التحريم إلى الإباحة، إنما تعفي الجاني فقط من العقوبة المقررة لأسباب يراه المشرع.

الفرع الثاني

أثر العلاقة بين الأصول والفروع في الإعفاء من العقوبة

يقصد بموانع العقاب كما سبق وأن بينا في الباب السابق تلك الأسباب التي نص عليها القانون، ويترتب على توافرها عدم توقيع العقوبة على فاعل الجريمة رغم توافر شروط المسؤولية عنها، ويطلق عليها الفقه عادة " موانع العقاب " أو " الأعذار المعفية من العقاب "².

¹ - أنظر، رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، شركة ون، الجزائر، ب. س.ن، ص 147.

² - مأمون محمد سلامة، المرجع السابق، ص 186.

وقد عبر عنها المشرع الجزائري بالأعذار القانونية المعفية من العقاب، وذلك يظهر من خلال المادة 52 من قانون العقوبات والتي نصت على ما يلي: "الأعذار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم عقاب المتهم إذا كانت اعذار معفية...". وما يلاحظ أن هذه المادة اجازت في حالات محددة في القانون على سبيل الحصر اعفاء المتهم من العقوبة مع قيام الجريمة، وهو ما يسمى بنظام الإعفاء من العقوبة والذي يحو العقاب عن الجاني، إلا أنه لا يرفع عنه المسؤولية ولا يمحي عن الفعل وصف الجريمة.

وسبب اعفاء الجاني من العقاب ليس لانعدام الإثم، وإنما لاعتبارات وثيقة الصلة بالسياسة الجنائية وبالمنفعة الاجتماعية¹. وهذا ما يميزه عن موانع المسؤولية التي تكون فيها الإرادة الاجرامية للجاني منعدمة لعدم قدرته على الإدراك والاختيار، كما في حالتي الجنون والإكراه. كما يتميز عن أسباب الإباحة في كونه يستبعد العقوبة مبقيا على صفة الجريمة، في حين تستبعد أسباب الإباحة عن الفعل وصف الجريمة. وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرار لها بأن: "من ثبت إجرامه يتعين عقابه ما لم يوجد نص صريح يعفيه من العقاب، لأن الأعذار المعفية كما يدل عليها اسمها ظروف تعفي من العقوبة شخصا ثبت قضائيا أنه أجرم. فهي لا تمحو الجريمة ولا تنفي مسؤولية مقترفها، كالأفعال المبررة. وإنما تعفيه من العقاب فقط، لذلك يترتب عليها الحكم بالإعفاء من العقوبة لا الحكم بالبراءة. أما الأفعال المبررة أو ما يعبر عنه بعض الفقهاء بأسباب الإباحة فإنها تمحو الجريمة، طبقا لمقتضيات المادتين 39 و40 من قانون العقوبات. وبالتالي فإنها لا تكون محل سؤال مستقل ومميز وإنما هي مندرجة حتما وبصفة ضمنية في السؤال الرئيسي المتعلق بالإدانة"².

ويترتب على ثبوت العذر المعفي من العقاب الحكم بالإعفاء من العقوبة وليس البراءة، ومن ثم لا يمكن أن يصدر الإعفاء إلا من جهة الحكم، إذ لا يجوز مثلا لجهة التحقيق أن تأمر به. ويفلت المستفيد من الإعفاء في غالب الأحيان من أية عقوبة مهما كان نوعها، غير أنه قد توقع عليه بعض العقوبات التكميلية التي تعد جوازية كالحرمان من الحقوق المدنية والمنع من الإقامة في المادة 92 من قانون العقوبات. كما يجوز للقاضي في حالة الإعفاء تطبيق تدابير الأمن تطبيقا لنص المادة 52 من قانون العقوبات. غير أن الإعفاء لا يمتد إلى دفع مصاريف الدعوى ولا تحمل المسؤولية المدنية الناتجة عن

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 243.

² - أنظر، المحكمة العليا، الغرفة الجنائية الأولى، 1981/02/24، ملف رقم 22680. مقتبس عن جيلالي بغدادي، الإجتهد القضائي في المواد الجزائية، ج2، ص 36.

تصرفات الجاني، ولا إلى مصادرة الأشياء الخطرة والمضرة عند الاقتضاء، كما لا يجوز قيده في صحيفة السوابق القضائية¹.

وموانع العقاب أو الأعدار المعفية قد يقرها المشرع لتحقيق المصلحة العامة كتشجيع الأفراد عن التبليغ عن الجرائم، كما قد يكون الغرض منها الحفاظ على الروابط الأسرية. وما يهمننا في هذا المقام هي رابطة الأصول والفروع، فقد سبق وأن بينا في الباب السابق مدى اعتداد المشرع بالعلاقة الزوجية كعذر معفي من العقاب في جرائم معينة، وهو نفس النهج الذي سار عليه فيما يخص العلاقة بين الأصول والفروع.

فبالرجوع إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أنه قد اعتبر العلاقة بين الأصول والفروع عذر معفي من العقاب في جرائم معينة هي نفسها الجرائم التي اعتبر فيها العلاقة الزوجية عذر معفي أيضا، ونص على أثر كلتا القربتين في نفس البند سواء تعلق الأمر بجرائم الإخفاء أو جرائم الأموال كما سبق وأن رأينا، وذلك على النحو التالي:

فيما يخص جرائم الإخفاء: فقد عاقبت المادة 91 من قانون العقوبات الأشخاص الذين يمتنعون عن التبليغ عن جرائم خيانة الأمانة والتجسس وغيرها من النشاطات التي يكون من طبيعتها الإضرار بالدفاع الوطني، وأيضا مزودي مرتكبي الجنايات والجرح ضد أمن الدولة بالمؤن ووسائل المعيشة أو تسهيل وصولهم إلى موضوع الجناية أو الجنحة مع العلم بنواياهم. وكذا من يقومون بإخفاء أو اتلاف أو اختلاس أو تزييف الأشياء والأدوات والوثائق التي استعملت أو ستستعمل في ارتكاب هذه الجرائم أو من شأنها تسهيل البحث عن هذه الجرائم أو اكتشافها. غير أن المشرع أجاز للمحكمة في الفقرة الأخيرة من هذه المادة أن تعفي أقارب أو أصحاب الفاعل لغاية الدرجة الثالثة من العقوبة المقررة لهذه الأفعال.

وفي هذه الحالة ترك المشرع للقاضي السلطة التقديرية في تطبيق العذر المعفي أو عدم تطبيقه، وذلك بالرغم من أن الأعدار المعفي ملزمة للقاضي متى نص عليها القانون. ولعل الغاية من وراء جعل الأمر جوازي في هذه الحالة، هو أن المشرع رأى أن قاضي الموضوع هو وحده الذي يمكنه أن يستخلص وقائع القضية إن كان القريب أو الصهر مدفوعا إلى عدم التبليغ أو المساعدة أو الإخفاء بدافع عاطفة القربى

¹ - سمير العماري، المرجع السابق، ص 44.

وما تحمله من مشاعر الخوف والإشفاق على القريب الجاني أو هو مدفوع إلى الفعل بدافع إجرامي فيساهم في الجريمة من منطلق الاقتناع بإتيان الأفعال المكونة لها¹.

ويستفيد من العذر المعفي بموجب المادة 91 من قانون العقوبات - إن رأى القاضي بدا من تطبيقه- أقارب وأصهار الجاني لغاية الدرجة الثالثة. وعلى ذلك يتحدد نطاق الأشخاص المشمولين بهذا العذر بالقرابة إلى غاية الدرجة الثالثة مهما كان نوع هذه القرابة. فقد تكون مباشرة وبالتالي يستفيد من العذر الأب والأم والجد والجدة، أي الأصول ولكن لغاية الدرجة الثالثة. كما يستفيد منه الفروع وهو الأبناء وأبناء الأبناء وبناتهم، وأبناء البنات وبناتهن على ألا ينزلوا تحت الدرجة الثالثة.

وما يهمننا في هذا المقام من أنواع القرابة التي جعلها المشرع عذر معفي، هي هذه القرابة المباشرة بين الأصول والفروع والتي قيدها بأن لا تتجاوز الدرجة الثالثة. وبالإضافة إلى القرابة المباشرة تدخل تحت طائلة المادة 91 في فقرتها الأخيرة حتى القرابة غير المباشرة أي قرابة الحواشي لغاية الدرجة الثالثة، وكذا الزوج إذا كانت الجانية زوجته أو الزوجة إذا كان الجاني زوجها كما سبق وأن بيناه في الباب السابق.

ومن المواد التي نصت كذلك على جرائم الاخفاء نجد المادة 180 من قانون العقوبات²، والتي نصت على ما يلي: "فيما عدا الحالات المنصوص عليها في المادة 42 و91 فقرات 3 و4 كل من أخفى عمدا شخصا يعلم أنه ارتكب جناية أو أن العدالة تبحث عنه بسبب هذا الفعل وكل من حال عمدا دون القبض على الجاني أو البحث عنه أو شرع في ذلك وكل من ساعد على الاختفاء أو الهرب يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من ألف إلى 10 آلاف دج أو بإحدى هاتين العقوبتين. ولا تطبق أحكام الفقرة السابقة على أقارب وأصهار الجاني لغاية الدرجة الرابعة فيما عدا ما يتعلق بالجنايات التي ترتكب ضد القصر الذين لا يتجاوز سنهم 13 سنة".

وبذلك يعفي المشرع الجزائري من العقاب من قام بفعل من الأفعال الواردة في المادة 180 من قانون العقوبات، إذا كانت تربطه بالجاني علاقة قرابة أو مصاهرة إلى غاية الدرجة الرابعة وليس الدرجة الثالثة كما نصت عليه المادة 91 سابقة الذكر. وبذلك تعتبر القرابة المباشرة بين الأصول والفروع لغاية الدرجة الرابعة بين الجاني والشخص المخفي له عذر معفي من العقاب.

¹ - سمير العماري، المرجع السابق، ص 45.

² - الأمر 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات والمعدل والمتمم.

غير أن الاعفاء في هذه الحالة وجوبي وليس جوازي، كما يشترط ألا تكون تلك الجنايات قد ارتكبت ضد القصر الذين لا تتجاوز سنهم 13 سنة.

أضف إلى ذلك المادة 387 من قانون العقوبات والخاصة بجريمة اخفاء الأشياء بصفة عامة والتي نصت على ما يلي: " كل من أخفى عمدا أشياء مختلسة أو مبددة أو متحصلة من جنابة أو جنحة في مجموعها أو في جزء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل الى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 20000 الى 100000 دج...". إلا أن المشرع في المادة 389 من ذات قانون¹ قد أعفى وجوبيا من العقاب مرتكب الجريمة إذا كان أحد الأصول أو الفروع دون أن يقيد هذه القرابة بدرجة معينة، وذلك بالرجوع إلى المادة 368 من قانون العقوبات والتي أحالتنا إليها المادة 389 من نفس القانون والتي تنص على أنه: " لا يعاقب.... ولا تخول إلا الحق في التعويض المدني: 1_ الأصول اضرارا بأولادهم أو غيرهم من الفروع. 2_ الفروع اضرارا بأصولهم".

هذا عن جرائم الاخفاء، أما فيما يخص جرائم الأموال التي نص عليها المشرع الجزائري في هذا المجال، جريمة السرقات التي يرتكبها أحد الأصول اضرارا بأحد فروع أو أحد الفروع بأحد أصوله ذكورا أو اناثا وهما كانت درجتهم على عمود النسب، والتي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 368، ففي هذه الحالة يعفى الأصل أو الفرع من العقاب لوجود هذه القرابة الأسرية. ونفس الحكم يطبق بالنسبة لجريمة النصب واصدار شيك بدون رصيد (المادة 373 من قانون العقوبات)، وجريمة خيانة الأمانة (المادة 377 من قانون العقوبات).

أما فيما يخص أثر العلاقة بين الأصول والفروع في الإعفاء من العقاب في التشريعات الجنائية، فنأخذ على سبيل المثال المشرع المصري الذي جعل لهذه العلاقة أثرا هاما في عدم استحقاق العقاب في بعض الجرائم، أهمها جرائم الاخفاء، جريمة عدم ابلاغ السلطات عن الاعتداءات ضد أمن الدولة أو الإعداد لارتكابها، وجريمة معاونة الجناة على الاختفاء أو تقديم المأوى ووسائل المعيشة الأخرى لهم، وكل مساعدة تعينهم على الافلات من وجه العدالة كالإدلاء بمعلومات مضللة وغير صحيحة عن الجريمة مع العلم بعدم صحتها. وقد تعرضنا لهذه الموانع عند معالجتنا لأثر العلاقة الزوجية على استحقاق العقاب، لذلك نحيل إليها منعا للتكرار².

¹ - تنص المادة 389 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: " تطبق الاعفاءات والقيود الخاصة بمباشرة الدعوى العمومية المقررة بالمادتين 368 و369 على جنحة الاخفاء المنصوص عليها في المادة 387".

² - راجع ما سبق ذكره في هذه الأطروحة، ص 114.

هذا إلى جانب ما قرره المادة 115 من قانون الطفل رقم 12 لسنة 1996 من استثناء الأبوين والأجداد من توقيع عقوبة الحبس والغرامة، إذا أخفوا طفلهم المحكوم بتسليمه لشخص أو جهة طبقاً لأحكام هذا القانون، أو دفع الطفل على الفرار أو ساعده على ذلك. فقد أعفى المشرع المصري بمقتضى هذه المادة الأبوين والأجداد من العقاب كأثر لعلاقة الأصول بفروعهم، وذلك تقديراً لعواطف الآباء والأجداد تجاه أطفالهم، ولانتفاء الخطورة الإجرامية في هذه الحالة.

فضلاً عن ذلك فقد منع المشرع المصري بموجب المادة 286 من قانون الاجراءات الجنائية توقيع العقاب على أصول أو فروع أو أقارب أو أصحاب المتهم إذا امتنعوا عن الشهادة ضده، فليس من المنطق إلزام الأشخاص بإثبات إدانة ذويهم.

يضاف إلى ذلك، ما قرره المشرع المصري في المادة 39 من قانون المخدرات رقم 182 لسنة 1960 المعدل بالقانون 122 لسنة 1989 بشأن جريمة ضبط الشخص في مكان معد أو مهياً لتعاطي الجواهر المخدرة أثناء تعاطيها مع علمه بذلك. فبعد أن عاقب على هذه الجريمة بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز ثلاثة آلاف جنيه، عاد وقرر في الفقرة الأخيرة من هذه المادة إعفاء أصول أو فروع أو اخوة أو زوج من أعد أو هياً المكان المذكور أو على من يقيم فيه، وذلك نظراً لما تستوجبه هذه العلاقات الأسرية والإنسانية من تواجد الشخص في هذا المكان الموبوء دون رغبة منه في مشاركة معد أو مهياً هذا المكان. ويفترض الإعفاء في هذه الحالة عدم المشاركة بتعاطي المخدر، وإلا خضع الأصل أو الفرع لحكم المادة 37 من قانون المخدرات. ويعتبر هذا الاعفاء وجوبي لا يخضع لتقدير المحكمة¹.

¹ - بهاء رزيقي، المرجع السابق، ص 136 إلى 138.

خاتمة

لقد اهتمت التشريعات الجنائية بالأسرة وأولتها عناية خاصة باعتبارها الخلية الأساسية لبناء المجتمع، وكانت سياستها الجنائية مبنية على صيانة القرابة الأسرية بمختلف أنواعها وبالأخص العلاقة الزوجية والعلاقة بين الأصول والفروع والتي كانت محل دراستنا. ففي محاولة المشرع الجنائي الموازنة بين المصلحة الخاصة للفرد والمصلحة العامة، أعطى للقرابة الأسرية مكانة خاصة من خلال فرض قواعد قانونية تؤثر تأثيرا واضحا في تطبيق أحكام القانون الجنائي، وذلك بغية الحفاظ على الروابط الأسرية وصلات المودة الإجتماعية حتى لا تتعرض دعائم المجتمع للخطر والضرر.

فمن خلال دراستنا يظهر اهتمام التشريع الجزائري والتشريع المقارن على حد سواء بالعلاقة الزوجية والعلاقة بين الأصول والفروع في أكثر من موضع، حيث جعل لتلك العلاقات تأثير في تطبيق القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي. وكان قصد المشرع من وراء ذلك الاهتمام هو الحفاظ على الأسرة وصيانتها من التفكك. غير أن ذلك الهدف الذي سعى المشرع الجنائي لتحقيقه لم يتحقق في بعض الحالات، وانقلبت الحماية الجنائية لتلك القرابة الأسرية بالسلب على الأسرة وعلى المجتمع.

فباعتبار العلاقة الزوجية هي أسمى الروابط الأسرية التي تربط بين رجل وامرأة، فهي الإطار الشرعي لبناء أسرة شرعية صحيحة وآمنة، كان لها بالغ الأثر على أحكام القانون الجنائي الموضوعية والإجرائية. وبذلك لعبت العلاقة الزوجية دورا مهما في مجال التجريم والعقاب، بحيث غلب على التشريعات الجنائية الوضعية اعتبار تلك العلاقة عنصرا تكوينيا أو عنصرا مفترضا في العديد من الجرائم ذات الصلة بالعلاقة الزوجية، والتي يتصور أن تقع من أحد الزوجين كما هو الحال في جريمة الزنا وتعدد الأزواج وهجر الزوجة.

ففي جريمة الزنا حاول المشرع الجنائي حماية العلاقة الزوجية وذلك بجعله من تلك العلاقة ركنا مفترضا فيها، بمعنى أن جريمة الزنا لا تقع إلا إذا كان أحد طرفي الجريمة متزوجا سواء كان رجلا أم امرأة. وبذلك يخرج من دائرة التجريم الفعل المكون لجريمة الزنا إذا ارتكبه شخصين غير متزوجين بارادتهما. وما يلاحظ هنا أن المشرع أراد حماية العلاقة الزوجية لا الفضيلة والأخلاق، والتي تلعب دورا هاما في بناء أسرة متماسكة سعى إلى حمايتها منذ البداية. وحتى حمايته للعلاقة الزوجية يجعلها ركنا مفترضا في جريمة الزنا يبدو ظاهريا يصعب تحقيقه في الواقع، وذلك لخصوصية السلوك الإجرامي المكون لجريمة الزنا وحصر طرق اثباتها. أضف إلى ذلك أنه قيد النيابة العامة بتقديم شكوى لتحريك الدعوى العمومية، والحق في سحب تلك الشكوى بعد تقديمها وكأن واقعة الزنا مسألة خاصة بالزوجين فقط. كما أن العقوبة المقررة لجريمة الزنا بسيطة مقارنة ببشاعة الجرم المرتكب.

وازاء ذلك يفترض بالمشرع العربي بصفة عامة والمشرع الجزائري بصفة خاصة العدل عن سياسته المثيرة للسخرية والداعية للاستنكار في هذا المجال، والرجوع إلى الشريعة الإسلامية بدلا من استيراد مواد قانونية من الغرب إلى الحد الذي يصل بنا لإلغاء التحريم عن فعل الزنا كما فعل القانون الفرنسي وقصر أثره في مجال فك الرابطة الزوجية فقط، وذلك بدل تجريمه للزنا بغض النظر عن صفة مرتكبه متزوجا أم لا، مع امكانية تشديد العقوبة بالنسبة للشخص المتزوج كنوع من الحماية للعلاقة الزوجية.

وبناء على عدم إقرار سياسة جنائية رادعة لزنا الزوجين في تشريعات الدول التي تدين بالإسلام، نجد أن تجريمها لتعدد الأزواج بغية حماية العلاقة الزوجية لا تتحقق غايتها، حيث انتشر الزنا من طرف المتزوجين على النحو الذي نشعر به ونعاني منه في وقتنا الراهن. أما الدول التي لا تجرم الزنا، فليس هناك في نظرنا أي معنى لتجريم تعدد الأزواج بغرض حماية العلاقة الزوجية.

وترتب العلاقة الزوجية التزامات مادية على الزوج تتمثل في الانفاق على الزوجة، والتزامات معنوية تتمثل في رعايتها نفسيا واجتماعيا، وفي حالة اخلال الزوج بهذه الالتزامات نكون بصدد هجر الزوجة سواء كان هجر مادي أو هجر معنوي. فقد جرم المشرع الجزائري امتناع الزوج عن الوفاء بالنفقة المحكوم بها لصالح الزوجة وذلك في المادة 331 من قانون العقوبات. وهذا ما سارت عليه بعض التشريعات الأخرى كالتشريع المصري والتشريع الفرنسي، وإن اختلفت في الجزاء المترتب عن تلك الجريمة. وبالرغم من أن الظاهر من تجريم المشرع لامتناع الزوج عن الوفاء بالنفقة المحكوم بها رغبته في حماية العلاقة الزوجية والروابط الأسرية إلا أن الواقع ينفي ذلك، فالزوجة لا تطالب أمام القضاء بحقها في النفقة إلا إذا أردت طلب التطليق، ومن ثم تقديم شكوى لتحريك الدعوى العمومية إذا امتنع الزوج عمدا عن تقديم النفقة المحكوم بها، وبذلك تجريم المشرع لهذا الفعل يهدف إلى حماية الزوجة لا العلاقة الزوجية التي تكون في طريقها للانحلال. أما عن المجرم المعنوي للزوجة فقد فنجد أن التشريعات الوضعية قد فطنت إلى أهمية معاملة الزوجة معاملة حسنة، وعدم التضييق عليها في سبيل العيش الكريم باعتبار ذلك خط دفاع حصين يحول بين الزوجة ووقوعها في الرذيلة.

ويتفق نهج التشريعات الوضعية في هذا الصدد مع نهج الشريعة الإسلامية التي حرصت على أن يكفل الزوج زوجته معنويا، إلا أنها لم تقر للزوجة أن ترفع دعوى جنائية على زوجها حالة هجرها معنويا، بل اكتفت بحقها في طلب التطليق. وفي نظرنا طلب التطليق من طرف الزوجة لإهمالها معنويا من زوجها كاف، دون الحاجة لمقاضاته جنائيا، فذلك بدون شك سيأثر على الأولاد في حالة وجودهم ويؤدي إلى نتائج وخيمة. فبالإضافة إلى ما يسببه انفصال الأبوين على أولادهم من أمراض نفسية قد

تودي بهم للجنوح، يزداد الأمر سوءا إذا عوقب الزوج جنائيا على اهمال الزوجة معنويا خاصة إذا كان المشرع الجزائري مثلا يعاقب في المادة 330 من قانون العقوبات المعدلة بالأمر رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015 الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته وذلك لغير سبب جدي.

وكما للعلاقة الزوجية دور في تجريم بعض الأفعال لها دور أيضا في مجال العقاب، حيث أن تلك العلاقة قد تقتزن بالجريمة وتجعل العقوبة مشددة فيها، كما أنها قد تكون سببا لتخفيف العقوبة اضافة إلى أنها قد تؤثر على استحقاق العقاب. فقد اعتد التشريع الجزائري بالعلاقة الزوجية واعتبرها ظرفا مشددا للعقاب في بعض الجرائم، ومنها جرائم اعطاء المواد الضارة العمدي المفضي الى المرض والعجز عن العمل أو المفضي إلى عاهة مستديمة أو إلى الموت المنصوص عليها في المادة 275 من قانون العقوبات إذا وقعت بين الأزواج، وذلك أن العلاقة الزوجية تقتضي المعاشرة بالمعروف بين الزوجين لا الحق الضرر ببعضهما.

وكذلك الحال يشدد المشرع الجزائري العقاب على صور تحريض أو استخدام أو مساعدة القصر على الفسق والدعارة المنصوص عليها في المادة 343 من قانون العقوبات، بحيث أنه لو كان الجاني زوجا للمحني عليه فالمشرع شدد عقابه في المادة 344 الفقرة الرابعة من القانون العقوبات، وذلك نظرا لشناعة هذه الجريمة وتعارضها مع الأخلاق فإن عقوبتها تكون أشد إذا ارتكبها أحد الزوجين على الآخر.

وهناك تشريعات أخرى كالمشرع المغربي قد جعلت من العلاقة الزوجية ظرفا مشددا للعقاب في جرائم العنف والايذاء المرتكبة بين الأزواج، ونص على هذا التشديد في المادة 414 من قانون العقوبات المغربي. كما شدد العقاب كذلك على زنا المتزوجين وذلك بالمادة 491 من قانون العقوبات بعد أن جرم وعاقب على كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة زوجية، وذلك في المادة 490 من قانون العقوبات، وأطلق عليها تسمية جريمة الفساد تمييزا لها عن الخيانة الزوجية. وقد أصاب المشرع المغربي في اعطائه هذا الأثر للعلاقة الزوجية سواء فيما يخص جرائم العنف والايذاء أو زنا المتزوجين، ونرجوا أن يحذو المشرع الجزائري حذوه فيما يخص زنا المتزوجين.

وقد حصر المشرع الجزائري أثر العلاقة الزوجية في تخفيف العقاب في إطار الأعدار القانونية في عذر الاستفزاز، حيث نص في المادة 279 من قانون العقوبات على ما يلي: " يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعدار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه

فيها في حالة تلبس بالزنا". فالمشرع جعل إذن من أثر الاستفزاز ينصرف إلى العقوبة فيخففها ليس إلا، وذلك دون أن يجعل للعلاقة بين الأصول والفروع أو ذي المحارم بصفة عامة نفس الأثر. وهذا على عكس تشريعات أخرى والتي أعطت للعلاقة بين المحارم (سواء الأب أو الابن أو الأخ) نفس الأثر في مجال عذر الاستفزاز في حالة التلبس بالزنا كالقانون الكويتي والليبي والعراقي. والأكثر من ذلك هناك تشريعات جعلت من العلاقة الزوجية في إطار عذر الاستفزاز، عذرا معفيا من العقاب لا مخففا له التشريع الأردني واللباني والفرنسي.

وهنا كان الأجدد بالمشرع الجزائري أن يمد الحماية الجنائية للعلاقة الأصول والفروع على الأقل ولا يقصرها على العلاقة الزوجية، أي يخفف العقاب حتى للشخص الذي يقتل أو يضرب أمه أو ابنته في حال مفاجأتهما متلبستين بجريمة الزنا، وذلك لصيانة عرض الأسرة وتحقيق حمايتها وعدم تفككها. كما أنه من المستحسن على المشرع الجزائري أن ينص صراحة على عدم جواز استعمال حق الدفاع الشرعي ضد من يستفيد من هذا العذر كما فعلت العديد من التشريعات وإلا ترتبت نتيجة شاذة على ذلك، فالزوج الذي يفاجأ زوجته متلبسة بالزنا مثلا يستفيد من عذر التخفيف إذا قتلها إلا أنه بالمقابل يمكن للزوجة أو شريكها الدفاع الشرعي عن نفسيهما، وبالتالي يحدث تناقض بين العذر المخفف وحق الدفاع الشرعي وبالتالي لا تتحقق الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية. أما بالنسبة للتشريعات التي حصرت الاستفادة من عذر الاستفزاز على الزوج فقط كالقانون المصري، مع أن تلك التفرقة لا محل لها باعتبار أن المشرع الجنائي يقصد من وراء ذلك التجريم حماية العلاقة الزوجية لا حق الزوج فقط في صيانة عرضه.

كما جعل المشرع الجزائري من العلاقة الزوجية مانعا للعقاب أو كما سماه عذرا معفيا من العقاب في بعض جرائم الإخفاء كما جاء في المادة 91 من قانون العقوبات. غير أنه في هذه الجرائم لم يحصر مانع العقاب في العلاقة الزوجية فقط، بل مده حتى لأقارب أو أصهار الفاعل لغاية الدرجة الثالثة وليس فقط زوج الفاعل. ذلك أن غرض المشرع كان حماية الأسرة ككل لا العلاقة الزوجية فقط، فمن غير المعقول أن يبلغ الأقارب عن بعضهم من أجل توقيع العقاب عليهم، بالتالي رجح المشرع هنا مصلحة الأسرة على مصلحة المجتمع. ومع ذلك جعل المشرع الإعفاء من العقاب في هذه الحالة جوازي للقاضي، وذلك نظرا لخطورة الجرائم المرتكبة وتعلقها بأمن الدولة.

وإضافة إلى الجرائم المتعلقة بالإخفاء، قد جعل قانون العقوبات الجزائري من العلاقة الزوجية والعلاقة بين الأصول والفروع أيضا مانعا موضوعيا من توقيع العقاب في جرائم الأموال، والمتمثلة في السرقة،

النصب، اصدار شيك بدون رصيد وخيانة الأمانة. غير أننا نجد تشريعات عقابية أخرى اختلفت مع المشرع الجزائري في تأثير العلاقة الزوجية على جريمة السرقة، بحيث جعلت منها عذرا مخففا للعقاب أو قيذا إجرائيا على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية ضد الطرف الآخر، إذ لا يجوز تحريكها إلا بموجب شكوى يقدمها الزوج المجني عليه كما هو الحال في القانون المصري. وهذا التباين بين التشريعات فيما يخص أثر العلاقة الزوجية على جريمة السرقة، سببه أن المشرع قد يرحح مصلحة الفرد والأسرة فيعفي الزوج السارق من العقاب أو يجعل مصلحة الأسرة والمجتمع في حماية حق الملكية في نفس الكفة فيجعل من العلاقة الزوجية مجرد قيد اجرائي على تحريك الدعوى العمومية. وفي رأينا وحسب المجتمع الجزائري كان على المشرع أن يجعل من العلاقة الزوجية قيد إجرائي على تحريك الدعوى العمومية من أجل حماية العلاقة الزوجية، أو ظرفا مخفف للعقاب لا معفيا منه حتى لا يكون للزوج السارق حقا لا يتوافر للسارق الأجنبي، وإلا أصبح المشرع هنا يحمي الجاني لا العلاقة الزوجية أو الأسرة. كما أن قصد المشرع المتمثل في حماية الروابط الأسرية في هذه الحالة لا يتحقق، ذلك أن الزوج الذي يرفع دعوى قضائية على الزوج الآخر يتهمه بالسرقة يكون قد عقد العزم على فك الرابطة الزوجية، ومن ثم لا يكون هناك بد لحمايتها باعفائه من العقاب بل أن ذلك الاعفاء قد يكون فيه ظلم للزوج الآخر الذي ائتمن الزوج السارق نتيجة تلك العلاقة الزوجية، خاصة وأن الذمة المالية للزوجين مستقلة في ظل القانون الجزائري.

وبالفعل قد تفتن المشرع الجزائري إلى ذلك في تعديله الأخير بموجب الأمر رقم 15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، وذلك بجعله من العلاقة الزوجية قيد إجرائي على تحريك الدعوى العمومية طبقا للمادة 369 من قانون العقوبات لا عذرا معفيا من العقاب.

وجعلت التشريعات الجنائية لبعض الدول تأديب الزوجة أو الأولاد استعمالا للحق ضمن أسباب الاباحة والتبرير إلى جانب الدفاع الشرعي وأداء الواجب بنص صريح كقانون العقوبات العراقي لسنة 1969 في المادة 41 منه. غير أن هناك تشريعات أخرى كالتشريع الجزائري قد ذكرت استعمال الحق بصفة عامة كسبب اباحة، وبمأن حق التأديب يعتبر استعمالا لحق الزوج، فإنه يعتبر كسبب اباحة في القانون الجزائري، نرجع في معرفة شروطه إلى الشريعة الاسلامية والتي أجازت للزوج تأديب زوجته عن كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر بغية اصلاح المرأة لا للانتقام والايذاء، بشرط أن يمارس في الحدود التي أقرها المشرع وبوسائل ثلاث هي: الوعظ والهجر في المضجع والضرب. ويكون ضرب الزوج لزوجته بشروط معينة وليس بصورة مطلقة حتى لا يتحول ذلك الحق إلى المساس بسلامة جسد الزوجة، خاصة

إذا كان ذلك الضرب مبرحا. ولكي تتحقق الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية فيما يخص حق التأديب لا بد أن تكون بغرض اصلاح الزوجة لا الانتقام منها. فإن كان الزوج يريد اضطهاد الزوجة، فإن ذلك يؤدي إلى تفكك الأسرة لا صيانتها. غير أننا بالرجوع إلى الواقع المعاش، نلاحظ أنه في بعض الحالات لا تلجأ الزوجة إلى القضاء إذا ضربها زوجها حتى ولو كان ضربا مبرحا، في حين قد ترفع زوجة أخرى تلك الدعوى حتى ولو لم يضربها زوجها من قبيل الدعاوى الكيدية، وذلك يتوقف على رغبة الزوجة في حد ذاتها في المحافظة على أسرتها أم لا.

وكما للعلاقة الزوجية أثر على تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الجنائي فإن لها أثر كذلك على القواعد الإجرائية سواء لحظة تحريك الدعوى الجنائية أو أثناء سير إجراءاتها، وحتى صدور حكم بات فيها ولها أثرها حتى في مرحلة تنفيذ الحكم الجنائي. فقد اعتبر المشرع الجنائي العلاقة الزوجية قيد اجرائي على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية في بعض الجرائم، كجريمة الزنا والهجر المعنوي للزوجة في القانون الجزائري وجريمة السرقة وجريمة الامتناع عن دفع النفقة الزوجية مثلا في القانون المصري.

وما يمكن أن يلفت انتباهنا فيما يخص قيد الشكوى أنه وإن كانت وسيلة في يد الزوج الجاني ليقرر حماية علاقته الزوجية من الانحلال أو حماية حقه في صيانة عرضه كما هو الحال في جريمة الزنا، إلا أنه قد يتحول إلى سلاح في يد ذلك الزوج يساوم به الزوج الآخر على أمور أخرى، خاصة وأن المشرع الجزائري مثلا لم يحدد مدة معينة يجب خلالها رفع الشكوى بعد وقوع الجريمة إلا إذا تقادمت الدعوى. كما أن المشرع قد سمح للزوج المتضرر الحق في سحب الشكوى حتى بعد تقديمها، مما يدل أنه اعتبر تلك الجرائم المقيد بتلك الشكوى خاصة بالزوجين ولا تمس المجتمع، مع أن بعضها يمس بالمجتمع أكثر مثل جريمة الزنا.

ومن أجل توثيق الروابط العائلية والاجتماعية بين الآباء الأبناء وتقوي صلات القربى والمحبة والتعاون، أعطت التشريعات الجنائية للعلاقة بين الأصول والفروع أثر في تطبيق أحكام القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي. ففي مجال التجريم اعتبرت تلك العلاقة ركنا مفترضا في جريمة الإجهاض، حيث يلزم لقيامها هذه الجريمة توافر شرط مفترض إلى جانبر كنيها المادي والمعنوي ألا وهو وجود حمل أو جنين. وبطبيعة الحال هذا الجنين مرتبط بوجود الأم أي علاقة أصل بفرع، وبالتالي تشكل هذه العلاقة شرطا مفترضا في هذه الجريمة بحيث لو انعدم هذا الشرط لا تقوم هذه الأخيرة. ونطاق تجريم الإجهاض يشمل الحمل سواء ان طبيعيا أو اصطناعيا، كما يستوي في ذلك أن تكون العملية الجنسية مشروعة أو غير مشروعة، حيث إذا كان الجنين من علاقة غير مشروعة، فهذا لا يعني أنه لا يتمتع بالحماية الجنائية،

وبالتالي ينتفي عنه وصف الجنين. فالنصوص القانونية جاءت مطلقة، ولم تفرق بين الأجنة مهما كان سبب وجودها، ذلك أن المشرع الجنائي أرد حماية العلاقة الناشئة بين الأم والجنين بغض النظر عن نوعية العلاقة التي جاء بها الجنين. كما أنه ومراعاة لتلك العلاقة خفف العقوبة عن الأم في حالة هي قامت باجهاض نفسها.

وهناك بعض الجرائم يشكل إتيانها اعتداء على المجتمع بكامله وتحطيما للركيزة الأساسية في المجتمع، ألا وهي الفاحشة بين ذوي المحارم كما سماها المشرع الجزائري أو ما يسمى بزنا المحارم، لأن رابطة الدم والنسب والمصاهرة، هي التي تكون الروابط والصلات والعلاقات في المجتمع، وجريمة السفاح هي التي يتقوم بهدم الروابط والعلاقات الاجتماعية. لذلك عمدت الدول إلى وضع نصوص قانونية تحد من هذه الجرائم من جهة، وتحكم وتنظم العلاقات في المجتمع من جهة أخرى.

فالعلاقة بين الأصول والفروع في جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم تعتبر ركنا مفترضا فيها، فإذا لم تتوفر صلة القرابة لا تقوم هذه الجريمة ولكن لا يعني هذا انتفاء صفة التجريم عن هذا الفعل، بل يمكن إخضاعه لنص آخر من القانون الجنائي. غير أن المشرع الجزائري قد وسع علاقة لقرابة والمصاهرة، حيث يشترط لقيام جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم وجود صلة قرابة أو نسب أو مصاهرة بين مرتكبي جريمة الفحش أو وجود أحد أو بعض أسباب التحريم المنصوص عليها في المواد من 24 إلى 30 منقانون الأسرة. وقد أصاب المشرع الجزائري في موقفه هذا من أجل توفير حماية أكبر للروابط الأسرية، كما يحمده النص صراحة على جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم كجريمة مستقلة تختلف عن جرائم أخلاقية أخرى كالزنا. فالسلوك الإجرامي للزنا يختلف عنه في جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم كما وضحنه في هذه الدراسة.

كما جعلت التشريعات الجنائية العلاقة بين الأصول والفروع محلا ماديا في بعض الجرائم، وذلك لمساسها بهوية الطفل ونسبه، مما يؤدي إلى عدم التوصل لمعرفة أبوي الطفل الذين لهما الحق في أن يحمل ذلك الطفل نسب العائلة، وتنشأ بالتالي علاقة بين الأصل والفروع تترتب عليها عدة آثار وتنشأ عنها حقوق وواجبات متبادلة بين الأصل والفرع. وتشمل تلك الجرائم الأفعال التي تحول دون التحقق من شخصية الطفل، أو عدم التصريح بميلاده أو وفاته.

كما جرم المشرع الجزائري أفعالا تقع داخل الأسرة والتي من شأنها الإضرار بنظام الأسرة ككل وبالعلاقة الفروع بالأصول بصفة خاصة، ألا وهي جرائم إهمال الأطفال بتركهم وتعريض صحتهم وحياتهم للخطر من طرف أحد الأبوين. ونلاحظ أن القرابة بين الأصول والفروع في هذه الجريمة لعبت دورا

مزدوجا، بحيث أنها تمثل محل مادي للجريمة لأن فعل ترك الطفل وتعرضه للخطر يؤثر على هذه القرابة الأسرية، فمن واجب الأصول الاعتناء بفروعهم وحراستهم بدل من اهمالهم لدرجة تعرضهم للخطر . كما تلعب صفة الجاني هنا وهي قرابة الأصل بفرعه دور في تشديد عقوبة جريمة ترك الطفل أو تعرضه للخطر.

وقد تتفكك أو اصر القربى بين الأصول والفروع وتتحول علاقة المحبة إلى بغضاء فتنشأ بينهم العداوة وتستفحل الكراهية، مما قد يؤدي أحيانا إلى التناحر والتطاحن إلى درجة قد تصل إلى اعتداء أحدهما على الآخر سواء على حياته أو جسده أو عرضه أو ماله. وهذا ما جعل المشرع يتدخل لحماية هذه القرابة الأسرية للحد من هذه الجرائم نظرا لمساسها بالأسرة والمجتمع ككل، وذلك يجعل للعلاقة بين الأصول والفروع أثرها البالغ في مجال العقاب سواء في تشديد العقوبة المقررة للجريمة أو تخفيفها أو حتى استحقاق العقاب عنها، وذلك حسب السياسة الجنائية التي يتبعها كل مشروع والتي يراها مناسبة للحد من تلك الجرائم.

ويظهر أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تشديد العقوبة في جرائم الاعتداء كجريمة قتل الأصول للفروع، فجريمة القتل تظل من أفظع الجرائم وأخطرهما على الإطلاق، وتزداد فظاعة وبشاعة، عندما ترتكب من أحد الفروع على أصوله، وتدل بطريقة لا تقبل الشك من تمكن واستفحال العقوق والجحود من نفسية مقترفها. كما تشدد العقوبة في جرائم الضرب الواقعة من الفروع على الأصول أو من الأصول على الفروع، وذلك نظرا لاستنكار المشرع ارتكاب هذه الجريمة من طرف شخصين يفترض أنهما تربطهما المحبة والتعاون.

وكفل المشرع حماية جنائية لصيانة عرض الطفل أقوى من تلك التي كفلها لصيانة عرض البالغين، ذلك أن ظاهرة الاعتداء الجنسي على الأطفال منتشرة بصورة تفوق الخيال في العالم بأكمله. ففي التشريعات الجنائية لا يعتد برضا الطفل على عكس البالغ وهذا ما يجعل نطاق التجريم فيما يتعلق بجرائم العرض يختلف بالنسبة للطفل عنه بالنسبة للبالغ. ونجد أن المشرع الجزائري أدرج تحت مدلول جرائم العرض كل من جريمة الفعل المخل بالحياء وجرمي الإغتصاب وهتك العرض، وكذا جريمة تحريض القصر على الفسق وأعمال الدعارة. ففي هذه الجرائم يلعب سن الضحية دورا بالغا في تشديد العقاب على الجاني، ويزداد الأمر خطورة إذا كان مرتكب أحد تلك الأفعال أحد أصول الجاني عليه مما يجعل العقوبة أشد نظرا لوجود قرابة أسرية ألا وهي علاقة الأصول بالفروع، إذ من المفروض أن تكون العلاقة علاقة محبة وتعاون، فبارتكابه لمثل هذه الجرائم يكون قد تنكر بوشائج القربى وأواصر الدم وخيانتته لثقة

وضعت فيه أو اساءة لسلطة خولت له. وبذلك يكون المشرع قد أصاب في تشديده للعقاب في هذا النوع من الجرائم، وذلك من أجل حماية الطفل بالدرجة الأولى اضافة إلى حماية العلاقة بين الأصول والفروع.

وفي ختام دراستنا عن أثر العلاقة الزوجية والعلاقة بين الأصول والفروع في تطبيق القانون الجنائي، نشير إلى أنه يجدر بالمشرعين الجزائري والمشرع العربي عند تقريرهما لحماية جنائية لتلك العلاقة، سواء باعتبارها لها تأثير في مجال التجريم أم العقاب أن يراعي القيم الإجتماعية والدينية السائدة في المجتمع. فمن غير المعقول أن يقوم المشرع باستيراد قواعد قانونية من دول غريبة لا تدين بنفس ديننا ولا تجمعنا بها نفس القيم الإجتماعية، خاصة وأن تلك الدول مثل فرنسا وغيرها من الدول الغربية قد أدخلت إلى قوانينها مفاهيم جديدة للأسرة لا تتماشى لا مع ديننا كمسلمين ولا مع انسانيتنا كآدميين، ذلك أنها سمحت بتكوين أسرة من طرف شخصين من نفس الجنس تتوافر لهم نفس حقوق الأسرة الطبيعية، وبالتالي ستوفر لهم نفس الحماية الجنائية للروابط الأسرية كالعلاقة الزوجية، وعليه لنا أن نتساءل هل من المعقول أن يمنح للزوج الرجل عذر معفي من العقاب ألا وهو عذر الاستفزاز حالة مفاجأة زوجه من نفس الجنس في حالة تلبس بالزنا مع شخص ثالث من نفس الجنس أو من جنس مغاير؟

الملاحق

الملحق الأول: إحصائيات حول عدد الجرائم المرتكبة من 1 جانفي 2015 إلى 30 جوان 2015. مجلس قضاء تلمسان.

الملحق الثاني: الجرائم المرتكبة خلال سنة 2014.

الملحق الثالث: إحصائيات لسنة 2012 عن عدد الأشخاص المحالين على جهة الحكم البالغين في جرائم مختلفة.

الملحق الرابع: جدول تفصيلي سنوي للجرائم المرتكبة في تلمسان.

الملحق الخامس: جريدة الخبرة الجزائرية اليومية وجريدة الوطن متضمنة أمثلة عن الجرائم التي تقع داخل الاسرة.

قائمة المراجع

1 _ المراجع العامة:

- 1- ابراهيم الشباسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، الطبعة الأولى، دار الكتاب اللبناني، ب.س.ن.
- 2- ابن العربي، أحكام القرآن، الجزء الرابع، دار العلم، القاهرة 1984.
- 3- ابن منظور، لسان العرب، طبعة دار المعارف، القاهرة، ب.س.ن.
- 4- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج8، دار النفائس، بيروت، 2007.
- 5- أبو حامد الغزالي، معارج القدس في مدارج معرفة النفس، مطبعة المعلى، مصر، بدون سنة نشر.
- 6- أبو داود، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، الجزء الثاني، بيروت، 1995.
- 7- أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة العلمية، بيروت، ج2.
- 8- أبو عبد الله محمد من اسماعيل البخاري، صحيح البخاري بحاشية السندي، دار المنار، القاهرة، الجزء السادس.
- 9- أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي السلمي، سنن الترمذي، بيروت، دار احياء التراث العربي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، الجزء الخامس.
- 10- أحسن وسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الطبعة العاشرة، دارهومة، الجزائر، 2009.
- 11- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الأول، الجرائم ضد الأشخاص والأموال، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 2002.
- 12- أحسن بوسقيعة، قانون العقوبات في ضوء الممارسة القضائية، برقي، 2014/2013.
- 13- أحمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الرائد العربي، بيروت، ب.س.ن.

- 14- أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، الرباط، 1986.
- 15- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح البازي بشرح صحيح البخاري، دار الريان للتراث، القاهرة، 1407هـ، 1987م.
- 16- أحمد فتحي بهنسي، المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1988.
- 17- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، 1996.
- 18- أحمد فتحي سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، القاهرة، 1978.
- 19- أحمد محمد أحمد، الجرائم المخلة بالأداب العامة، دار الفكر والقانون، مصر، 2009.
- 20- ادوار غالي الذهبي، شرح قانون العقوبات الليبي، القسم الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة غريب، 1976.
- 21- آمال عبد الرحيم عثمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الهيئة العامة المصرية العامة للكتاب، 1989.
- 22- آمال عثمان عبد الرحيم، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1989.
- 23- إيهاب عبد المطلب وسمير صبحي، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح القانون الجنائي المغربي في ضوء الفقه وأحكام المجلس الأعلى المغربي ومحكمة النقض المصرية، المجلد الرابع، الطبعة الثانية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، السنة 2011.
- 24- بكر عبد المهيمن، إجراءات الأدلة الجنائية، التفتيش، الطبعة الأولى، ب.د.ن، 94/93.
- 25- بكر عبد المهيمن، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982.
- 26- بن شيخ لحسين، مذكرات في القانون الجزائري الخاص، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 27- بن وارث محمد، مذكرات في القانون الجزائري الجزائري، القسم الخاص، ط3، دارهومة، الجزائر، 2006.

- 28- تركي رابح، أصول التربية والتعليم، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- 29- جابر عوض السيد، الأسرة والطفولة من منظور الخدمة الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2001.
- 30- جلال ثروت، قانون العقوبات، القسم الخاص، ب.د.ن، ب.س.ن.
- 31- جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد، دار المعارف، الاسكندرية، 2005.
- 32- جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، الجزء الأول، نظرية الجريمة، الاسكندرية، 1994.
- 33- جيلالي بغداددي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
- 34- جيلالي بغداددي، الاجتهاد القضائي في المواد الجنائية، الجزء الأول، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، 1996.
- 35- حسن صادق المرصفاوي، قانون الإجراءات الجزائية، منشأة المعارف، 1996.
- 36- حسن علام، قانون الإجراءات الجنائية، طبعة نادي القضاة، الطبعة الثانية، 1991.
- 37- حسن محمد أبو السعود، شرح قانون العقوبات العراقي، القسم الخاص، مطبعة الرشيد بغداد، 1943.
- 38- حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي _ دراسة مقارنة_، دار النهضة العربية، 1995.
- 39- حسني محمد نجيب، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، القاهرة، دار النهضة العربية، 1991.
- 40- حسنين عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الطبعة الثانية، القاهرة، ب. د. ن، 1973.
- 41- خلف محمد، قضاء المخدرات، طبعة نادي القضاة. الطبعة الرابعة، ب.س.ن.
- 42- خليل عدلي، جريمة السرقة والجرائم الملحقة بها، الطبعة الأولى، 1993.
- 43- رضاخاخم، القانون الجنائي التونسي تشريعا وفقها قضاء، الطبعة الثالثة، منشورات المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية، تونس، 2003.

- 44- رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، شركة ون، الجزائر، ب. س. ن.
- 45- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الثامنة، دار الفكر العربي، 1985.
- 46- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1965.
- 47- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجزائية في القانون المصري، دار الفكر العربي، 1987.
- 48- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجزائية، الطبعة 11، مطبعة الاستقلال الكبرى، 1980.
- 49- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام في التشريع العقابي المصري، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1966.
- 50- زيدة مسعود، القرائن القضائية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2001.
- 51- زيدان عبد الباقي، الأسرة والطفولة، مكتبة النهضة المصرية، القاهرة، 1980.
- 52- السعيد كامل، شرح قانون العقوبات الأردني، الطبعة الأولى، عمان، 1988.
- 53- سليمان بن الأشعث أبو داود، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، الجزء الأول، المكتبة العصرية، بيروت، 1995.
- 54- سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، الجزء الثاني، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت.
- 55- سمير الشناوي، النظرية العامة للجريمة والعقوبة في قانون الجزاء الكويتي، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ب. د. ن، ب. س. ن.
- 56- سهيلة زين العابدين، بناء الأسرة المسلمة، الدار السعودية للنشر والتوزيع، 1975.
- 57- الشافعي عبيدي، الطب الشرعي والأدلة الجنائية، الموسوعة الجنائية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 58- شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 59- الشوكاني، محمد بن عبد الله، نيل الأوطار، شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأنبياء، الطبعة الثانية، مصر، الجزء السادس، 1344هـ.
- 60- صاحب عبيد الفتلاوي، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.

- 61- الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقهاء المالكيو أدلته، الجزء الأول، مؤسسة الريان، بيروت، 2006.
- 62- صبري محمد الحشكي، الشكوى في القانون الجزائري، مكتبة المنار، الزرقاء، الأردن، ب.س.ن.
- 63- صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، طبعة 1972.
- 64- طارق العمري، مشكلات الزوجية وفقا للشرعية الاسلامية والقوانين المصرية، الطبعة الأولى، ب.س.ن، 1996.
- 65- عبد الحكم فودة، الجرائم الجنسية في ضوء فقه وقضاء النقض، مكتبة ومطبعة الاشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، 1997.
- 66- عبد الحكم فودة، جرائم العرض في قانون العقوبات المصري، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997 .
- 67- عبد الحميد الشواربي، ظروف الجريمة المشددة والمخففة للعقاب، الناشر الاسكندرية، ب.س.ن.
- 68- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، دار الكتب العالمية، 1932هـ، الجزء الخامس.
- 69- عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة للإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية، ب.د.ن، 1997.
- 70- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ب.س.ن.
- 71- عبد السلام الشريف، المبادئ الشرعية في أحكام العقوبات في الفقه الإسلامي، الإسكندرية، دار الغرب، 1986.
- 72- عبد العزيز سعد، الجرائم الأخلاقية في قانون العقوبات الجزائري: الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1982.
- 73- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الطبعة الثانية، 1989.

- 74- عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، طبعة ثانية منقحة ومزودة، دار هومة-الجزائر، 1995.
- 75- عبد العزيز عامر، التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1375هـ.
- 76- عبد العظيم مرسي الوزير، الشروط المفترضة في الجريمة، دار النهضة العربية، 1983.
- 77- عبد الفتاح الصيفي، حق الدولة في العقاب، نشأته وفلسفته، اقتضاؤه، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1985.
- 78- عبد الفتاح الصيفي، قانون العقوبات، النظرية العامة، ب.د.ن، ب.س.ن.
- 79- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، الجزء الثاني، ب.د.ن، ب.س.ن.
- 80- عبد الله أوهايبي، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، محاضرات أقيمت بكلية الحقوق، جامعة الجزائري، 2007.
- 81- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.س.ن.
- 82- عبد المنعم عبد الرحيم العوضي، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار الفكر العربي، 1991.
- 83- عبد المهيم بكر، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار الكتب، القاهرة، 1977.
- 84- عبد الناصر العطار، دراسة في قضية تعدد الزوجات، القاهرة، 1967.
- 85- عبد الناصر العطار، دراسة في قضية تعدد الزوجات، القاهرة، 1968.
- 86- عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي: القسم الخاص، الطبعة الثانية، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، 2009.
- 87- عصام أحمد محمد، النظرية العامة للحق في سلامة الجسم، م2، بدون دار نشر، 1989.
- 88- عطري ممدوح، قانون العقوبات، مؤسسة النووي، دمشق، 1992.
- 89- علي القهوجي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، منشورات الحلبي الحقوقية، 2001.
- 90- عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985.
- 91- عوض محمد عوض، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.

- 92- عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2000.
- 93- فتح الباري، شرح صحيح البخاري، بدون دار نشر، القاهرة، 1980.
- 94- فتوح عبد الشاذلي، حول المساواة في الإجراءات الجنائية، دراسة مقارنة، الرياض، 1406.
- 95- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مطابع السعدني مصر، 2001.
- 96- فخري عبد الرزاق، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- 97- فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجنائية، طبعة مطبعة القاهرة، الناشر دار النهضة العربية، 1992.
- 98- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، 1977.
- 99- القزويني، أبو عبد الله محمد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الجزء الأول، المكتبة العلمية، بيروت، ب.س.ن.
- 100- قيس النوري، نمو شخصية الفرد والخبرة الإجتماعية، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 1988.
- 101- كامل السعيد، شرح قانون العقوبات :الجرائم الواقعة على الأخلاق ولآداب العامة ولأسرة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.
- 102- كامل السمرائي، قانون العقوبات العراقي، ب.د.ن، ب.س.ن.
- 103- لحسن بن الشيخ آثمليوا، المنتقى في القضاء الجزائي :الجرائم ضد الأسرة والآداب العامة والجرائم ضد الأموال، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2010 .
- 104- مأمون سلامة، قانون الاجراءات الجزائية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 1980.
- 105- مأمون سلامة، قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي القاهرة، 1983.
- 106- مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، 1990.
- 107- ماهر محمود عمر، سيكولوجية العلاقات الاجتماعية، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، 1988.

- 108- مبارك السعيد بن القائد، القانون الجنائي الخاص، الطبعة الأولى، بابل للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، 2000.
- 109- محسن عبد العزيز، الحماية الجنائية للعرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1989.
- 110- محمد ابراهيم زيد، قانون العقوبات المقارن، الجزء الثاني، منشأة المعارف، 1974.
- 111- محمد أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، الجزء الثاني، 1974.
- 112- محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الاوطار، شرح منتقى الأخبار، من أحاديث سيد الأخيار، الطبعة الثانية، 1344هـ، ج 6.
- 113- محمد بن ناصر الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، مكتبة المعارف، الرياض.
- 114- محمد حسين منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، الاسكندرية، 1983.
- 115- محمد رمضان بارة، شرح القانون الجنائي الليبي، القسم العام، الطبعة الأولى، الجماهيرية العظمى، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، 1997.
- 116- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، طبعة ثانية، دار المطبوعات الجامعية، 1986.
- 117- محمد زكي أبو عامر، الإجراءات الجزائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
- 118- محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الجزء الأول، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الاردن، 2008.
- 119- محمد سلام مدكور، الوجيز في أحكام الأسرة في الإسلام، ب.د.ن، طبعة 1978.
- 120- محمد صبحي نجم شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 121- محم دصبحي نجم، الجرائم الواقعة على لأشخاص، دارالثقافة، عمان، 2002.
- 122- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 123- محمد عبد الشافي اسماعيل، عذر الاستفزاز في قانون العقوبات، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، 1996.

- 124- محمد عطية راغب، الجرائم الجنسية في التشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى، 1957.
- 125- محمد عطية راغب، الجرائم الجنسية في التشريع المصري، ب، د.ن، ب.س.ن.
- 126- محمد محمود الزيني، رعاية الأسرة والطفولة في المجتمع الاشتراكي العربي، مكتبة الشاطبي، الاسكندرية، 1967.
- 127- محمد مصطفى القللي، أصول تحقيق الجنايات، ب.د.ن، 1945.
- 128- محمد نجم صبحي، الجرائم الواقعة على الأشخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2002.
- 129- محمد نجيب توفيق، الخدمة الاجتماعية مع الأسرة والطفولة والمسنين، الكتاب الأول، الأسرة، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1998.
- 130- محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 1999.
- 131- محمود زكي شمس، الموسوعة العربية للاجتهادات القضائية الجزائية، المجلد التاسع، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
- 132- محمود سلام زناقي، تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية، ب.د.ن، 1988.
- 133- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار مطابع الشعب، القاهرة، الطبعة السادسة، 1964.
- 134- محمود مصطفى، الإثبات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الجزء الأول، النظرية العامة، الطبعة الأولى، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1977.
- 135- محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثامنة، 1984.
- 136- محمود مصطفى، كليات في المواد الجنائية في القانون المقارن، الجزء الأول، النظرية العامة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1977.
- 137- محمود نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، النظرية العامة للإباحة، استعمال الحق، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962.
- 138- محمود نجيب حسني، الاعتداءات على الحياة في التشريعات الجنائية العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، ب.س.ن.
- 139- محمود نجيب حسني، الحق في صيانة العرض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصري، دار النهضة العربية، 1984.

- 140- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجزائية، طبعة مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الناشر دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1988.
- 141- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، 1978.
- 142- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.
- 143- مختار الصحاح للإمام الرازي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994.
- 144- مسعود محمد مرسي، شكوى المجني عليه في النظام الجنائي الاسلامي مقارنا بالنظام الوضعي، كلية الدراسات العليا، أكاديمية الشرطة، القاهرة، 1990.
- 145- مصطفى الخشاب، الاجتماع العائلي، الدار القومية للطباعة والنشر، القاهرة، 1966.
- 146- مصطفى الشاذلي، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب، المكتب العربي الحديث، 1406 هـ.
- 147- مصطفى العوجي، الأمن الإجتماعي، مؤسسة نوفل للنشر، بيروت، 1983.
- 148- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الاسكندرية، 1984.
- 149- ممدوح العطري، قانون العقوبات السوري، 1947.
- 150- منال مروان منجد، الإجهاض في القانون الجنائي، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة 2002.
- 151- منير المرسي سرحان، في اجتماعيات التربية، الطبعة الثانية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1978.
- 152- مهدي عبد الرؤوف، شرح القواعد العامة للإجراءات الجزائية، الطبعة الثانية، 1997.
- 153- نائل عبد الرحمن صالح، محاضرات في قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر، الطبعة الأولى، عمان. ب.س.ن.
- 154- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، الجزائر، ب س ن.
- 155- نبيل صقر، كتاب الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، 2008.
- 156- نبيل مدحت سالم، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الرابعة، دار الثقافة الجامعية. 93/92.

- 157- نجيمي جمال، جرائم الآداب والفسوق والدعارة في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مقارنة معززة بالإجتهد القضائي، دار هومة، 2014.
- 158- نور الدين العمراني، شرح القانون الجنائي الخاص وفق آخر التعديلات، الطبعة الأولى، دار الأمان النشر والتوزيع، الرباط، 2005.
- 159- هشام أبو الفتوح، النظرية العامة للظروف المشددة، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 1982.
- 160- هلاي عبد الله أحمد، النظرية العامة في الإثبات الجنائي، دراسة مقارنة بين النظم الإجرائية اللاتينية والأجلوسكسونية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، 1987.
- 161- هناء عبد الحميد ابراهيم بدر، الحماية الجنائية لدور المرأة في المجتمع، المكتب الجامعي الجديد، مصر، ب س ن.
- 162- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 7، طبعة دار الفكر، ب.س.ن.
- 163- يكن زهدي، الزواج ومقارنته بقوانين العالم، صيدا، 1978.
- 164- يوسف قاسم، حقوق الأسرة في الفقه الاسلامي، دار النهضة العربية، 1981.
- 165- يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الاسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، 1981، الجزء الرابع.

2 _ المراجع المتخصصة:

أ_ المؤلفات:

- 1_ أزيك سعيد، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، الهلال العربية للطباعة والنشر، 1992.
- 2_ أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحوامل في التقنيات المستحدثة، ب.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
- 3_ حسن السيد حامد خطاب، أثر القراية على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي، ايتراك للنشر والتوزيع، 2001.
- 4_ خالد عبد العظيم أبو غابة، الخيانة الزوجية وأثرها، المعاشرة الجنسية، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2009.
- 5_ عبد الرحيم صدقي، جرائم الأسرة، مكتبة نهضة الشرق، 1986.

- 6_ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
- 8_ عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، الطبعة الثانية، دار الصفاة للطباعة والنشر والتوزيع، 1992 .
- 9_ كريم حسنين إسماعيل، الإجهاض وحق الحياة، أبحاث ووقائع المؤتمر العام الثاني والعشرين، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، ب.د.ن، ب.س.ن.
- 10_ محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989.
- 11_ محمد عبد الحميد مكي، جريمة هجر العائلة، الطبعة الأولى، القاهرة دار النهضة العربية، 2000.
- 12_ محمد عبد الرؤوف محمود أحمد، أثر الروابط الأسرية على تطبيق القانون الجنائي، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، 2008.
- 13_ محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية _ دراسة مقارنة_ الطبعة الأولى، الرياض، 2002.

ب_ الأطروحات والمذكرات:

_ الأطروحات:

- 1_ ابراهيم عطا شعبان، النظرية العامة للامتناع في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1981.
- 2_ ابراهيم عيد نايل، أثر العلم في تكوين القصد الجنائي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1990.
- 3_ أحمد حافظ، جريمة الزنا في القانون المصري، رسالة دكتوراه، القاهرة، مطبعة نهضة مصر، 1958.
- 4_ أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية في صيانة العرض، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994.
- 5_ إيهاب ياسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، السنة 1994.
- 6_ بن عودة حسكر مراد، الحماية الجنائية للأسرة في القانون الوضعي - دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012-2013.

- 7_ بهاء رزيقي علي، الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.
- 8_ حسام الدين محمد، حق الدولة في الأمن الخارجي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1984.
- 9_ خلود سامي عزارة المعجون، النظرية العامة للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984.
- 10_ دنيا محمد صبحي، الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987.
- 11_ محمد أحمد الأمان، الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التي تكفلها له الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1900.
- 12_ مروك نصر الدين، الحماية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق، سنة 1997.
- 13_ منصور المبروك، الجرائم الماسة بالأسرة في القوانين المغربي (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2014/2013.
- _ المذكرات:

- 1_ أحمد حافظ، جريمة الزنا في القانون المصري، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، مطبعة نهضة مصر، 1958.
- 2_ أسامة محمد عبد العزيز، مفاجأة الزوج لزوجته حال تلبسها بالزنا، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 1999.
- 3_ بلقاسم سويقات، الحماية الجزائية للطفل في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011/2010.
- 4_ بلقاسم شتوان، نفقة الأقارب والزوجة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي، معهد الشريعة، جامعة قسنطينة، 1995.
- 5_ بلوهي مراد، الحدود القانونية لسلطة القاضي الجزائري في تقدير الأدلة، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011/2010.
- 6_ جازية جبريل، أثر القرابة في القانون الجنائي الليبي، رسالة ماجستير، جامعة قاريونس، سنة 2004.
- 7_ حاج علي بدر الدين، الحماية الجنائية للطفل في القانون الجزائري، مذكر ماجستير في العلوم الجنائية وعلم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011/2009.

- 8_ سمير العماري، تأثير القرابة على الجرائم والعقوبات - دراسة تحليلية لأحكام قانون العقوبات الجزائري-، مذكرة تخرج لنيل اجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثانية عشر، 2001-2004.
- 9_ عبادة فوزية خالد أحمد، الاعتداء على ذوي الأرحام، رسالة قدمت لنيل درجة الماجستير، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، فلسطين، سنة 2011 .
- 10_ عبد الله بن صالح بن رشيد الريش، سلطة القاضي الجنائي في تقدير أدلة الإثبات بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في قسم العدالة الجنائية أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1423/1424.
- 11_ محمد محمد وليد مسلط، جريمة السفاح، دراسة أعدت لنيل درجة الدبلوم في العلوم الجنائية، جامعة دمشق، كلية الحقوق، السنة 2005، 2004.
- 12_ ونزاري صليحة، الأفعال الماسة بالسلامة الجسدية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 2001 .

3_ المقالات:

أ_ المقالات المطبوعة:

- 1_ أبو سرحان تغريد، الإيذاء الجسدي الواقع على الأطفال من داخل الأسرة، مجلة الدراسات الأمنية، أكاديمية الشرطة الملكية، عمان المجلد الثالث، عدد 7، 2006.
- 2_ الجرائم الجنسية، مجلة دعم حقوق المرأة والطفل من خلال تكنولوجيا المعلومات في تونس، مارس 2012.
- 3_ سمير ناجي، هتك العرض بالتصوير الخفي، بحث المجلة الجنائية القومية، المجلد السادس عشر، مارس 1973.
- 4_ طاهر صالح العبيدي، جريمة قتل الأب ابنه عمدا وعقوبتها -دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون- ، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، مجلة علمية دورية محكمة، تصدر عن أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد الثلاثون، نوفمبر 2000.
- 5_ عبد الحفيظ بلقاضي، جريمة قتل الأم لطفلها الوليد في القانون المغربي، مجلة المحاكم المغربية، العدد 88، ماي/يونيو 2001، مؤسسة النخلة للكتاب.

6_ عبد الحليم بن مشري، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة بسكرة، العدد العاشر، نوفمبر 2006.

7_ عبدلي سفيان، الاغتصاب الزوجي على ضوء القوانين الوطنية (الجزائري والفرنسي) والاتفاقيات الدولية، مجلة الجنان لحقوق الإنسان، مجلة علمية محكمة نصف سنوية تصدر عن قسم حقوق الإنسان في جامعة الجنان، لبنان، عدد 8 يونيو 2015.

8_ عماد محمد ربيع، تأديب الزوجة بين الشريعة أو قانون الأحوال الشخصية والقانون الجنائي، مجلة 9_ جامعة دمشق، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، 2002.

10_ عوض محمد عوض، الجاني والمجني عليه في جريمة الواقعة، مجلة الدراسة القانونية، المجموعة الثالثة، 1973.

11_ فتحي عبد الصبور، الحبس لدين النفقة، مجلة الأمن العام، ع 21. س 6. 1963.

12_ فؤاد عبد اللطيف السرطادي، جريمة القتل بسبب الشرف في الشريعة والقانون، مجلة الحقوق، المملكة الأردنية الهاشمية، العدد الثانية، السنة السابعة والعشرين، يونيو 2003.

13_ محمد كحلولة، الحماية القانونية للطفل ضد المعاملات السيئة ذات الطابع الجسدي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد الثاني، 2004.

14_ ميلودة الباشيري، الخيانة الزوجية في القانون الجنائي المغربي، مجلة جوهرة للأسرة المغربية، أغسطس 2010.

15_ دلال وردة، زواج مثلي الجنس، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، مجلة سداسية أكاديمية محكمة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، العدد 17-2014، نشر ابن خلدون، ص 160-161.

ب_ المقالات المنشورة على شبكة الأنترنت:

1_ أمغار محمد، تعدد الزوجات بين الواقع والقانون. محور: حقوق المرأة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، مجلة الحوار المتمدن العدد 3295. بتاريخ 2011/03/04 منشور في موقع:

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=248909>

2_ مراد محامد، ظاهرة زنا المحارم في ارتفاع في الجزائر، نشر في الجزائر نيوز يوم 2010/10/23. منشور على الرابط التالي:

<http://www.djazairnews.com/djazairnews/21318>

3_ الجرائم الأسرية في الجزائر... إلى أين، أخبار اليوم، 19 نوفمبر 2015، منشور على الموقع التالي:

www.akhbarelyoum.dz

4_ الركن الأخضر، تزايد حوادث الإعتداء الجنسي بالجزائر، منشور بتاريخ 2007/08/26 على الموقع التالي:

http://www.grenc.com/show_article_main.cfm?id=8519

5_ تحفة الأحوذى في شرح جامع الترميذي، الجزء 6، الجامع للحديث النبوي، منشور على الرابط التالي:

<http://www.sonnaonline.com/DisplayExplanation.aspx?ExplainId=82881&HadithID=145678>

6_ جرائم الفواحش، أرشيف شؤون قانونية، بتاريخ 3 ماي 2011، منشور في الموقع التالي:

<http://avocatbencherif.alafdal.net/t321-topic>

7_ القانون آلية لحماية الطفل والمجتمع غير معفى من هذه المسؤولية أيضا، منشور على الرابط الآتي:

<http://www.el-hourria.com/index.php/societe/item/39341>

8_ حماية الطفل من الاعتداء الجنسي ذاجمل احتفاء به، مجلة الحرية، منشور على الرابط الآتي:

<http://el-hourria.com/index.php/societe/item/7129>

4 _ القوانين:

أ _ الوطنية:

1_ دستور 1996 المؤرخ في 8 ديسمبر 1996 المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، والقانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016.

2_ الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 (الجريدة الرسمية رقم 71)، والقانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 (الجريدة الرسمية رقم 84)، والقانون رقم 11-14 المؤرخ في 12 أوت 2011، والقانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فبراير 2014 (الجريدة الرسمية رقم 7). والقانون رقم 15-19 المؤرخ في 2015/12/30 (الجريدة الرسمية رقم 71).

3_ الأمر 66-155 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم بالقانون 06-22 المؤرخ في 24/12/2006، والأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 (الجريدة الرسمية العدد 40).

4_ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ 27 فبراير 2005.

5_ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2005.

6_ القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

7_ القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15/07/2015 المتعلق بحماية الطفل.

8_ الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 هـ الموافق 19 فبراير 1970 والمتعلق بالحالة المدنية، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 هـ الموافق 9 أوت سنة 2014.

9_ القانون رقم 85-05 المؤرخ 16 فبراير 1985 التعلق بحماية الصحة وترقيتها والمعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20 يوليو 2008.

ب_ الأجنبية:

1_ قانون العقوبات الفرنسي.

2_ ظهير شريف رقم 1.59.413 الصادر بتاريخ 26 نونبر 1962 بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي المغربي. منشور بالجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر، 5 يونيو 1963، ص 1253.

3_ ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربي. الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص 418.

4_ القانون عدد 79 لسنة 1913 المؤرخ في 01/10/1913 المتعلق باصدار المجلة الجنائية التونسية.

5_ الأمر 13/08/1956 المعدل والمتمم والمتعلق باصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

6_ قانون العقوبات المصري.

A/ ouvrages:

- 1- André VITU , traité de droit criminel, droit pénal spécial, n° 2081, Cujas, Paris , 1982.
- 2- André VITU, Roger MERLE: Traité de droit pénal spécial, Paris,1982.
- 3- Auguste FOREL. Question sexuelle , 3édition, Revue et corrigée.1911.
- 4- BOULOC(b), Les infractions contre les biens dans le nouveau code pénal, R.S.C.1993.
- 5- BOUZAT. P et A. PINATEL, Traite de droit criminel et de criminologie , T2, 1963 .
- 6- Cf, MALLET et A .VITU , Traité de droit criminel, droit pénal spécial, édition dalloz, Paris, 1982.
- 7- Cf. J.PRADEL et M.DANTI-JUAN, Droit pénal spécial, 4 éd.CUJAS, 2007/2008.
- 8- CONSTANT (J) , Manuel de droit pénal ,T2,Paris ,1975.
- 9-DéFOSSEZ(D), Nouveau code pénal, Paris , 1998.
- 10-Florence LAROCHE-GISSEROT,Les droits de l'enfant, éd Dalloz, Paris, 1996.
- 11-GARCON (E) , Code pénale annoté, nouvelle édition refondue et mise a jour par Marcel Rouselet , Maurice Patin, Marc Ancel, Pais, Recueil Sirey, 1956, art 317. n° 13.
- 12-GARRAUD (R) , Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale , T1,no,2172, Paris, 1907-1927.
- 13-GARRAUD (R): Traité Théorique et pratique de droit pénal français, 3 éd Libraire de Recueil Siery , 1924. N° 2018.
- 14-Jean LARGUIER, Procédure pénal, 16 ème éditio,. Dalloz, Pari, 1997.
- 15-Jean_ LAROUIER, droit pénal spécial, 11 éd, Dalloz, 2000.
- 16-KALFAT.Choukri, Le dossier médico-psychologique et social du délinquant mineur,Conférence donnée à l'occasion du deuxième Colloque Maghrébin sur « L'enfant et le Droit dans les pays maghrébins», Faculté de droit, Université de Tlemcen, les 06 et 07/12/2004.
- 17-Louise MELANCON, L'avortement dans une société pluraliste, éditions Paulines, 1993, Paris.

18-Merle(R) et Vitue (A), Traité de droit criminel , droit pénal spécial ,(par André VITU), T.2, éd Cujas, Paris, 1982 , n° 2101.

19-Robert M. JARVIS. Michale. L. Clozen. Donald. H. J. Hermann and Arthurs. S. Leonard,AIDS law in nutshell USA, 1991.

B/Article:

1-COUVRAT (P), Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal , R.S.C. 1993.

2-GIUDICELLI (G)_ Delag,Les crimes et délit contre la nation , l'Etat et la paix publique, R.S.C.1993.

الفهرس

1	مقدمة.....
12	الباب الأول: أثر العلاقة الزوجية في تطبيق القانون الجنائي.....
13	الفصل الأول: أثر العلاقة الزوجية في تطبيق القواعد الموضوعية للقانون الجنائي.....
14	المبحث الأول: العلاقة الزوجية وأثرها في مجال التجريم.....
15	المطلب الأول: العلاقة الزوجية كشرط مفترض في جرائم زنا الأزواج.....
16	الفرع الأول: ماهية الزنا.....
17	أولاً: تعريف الزنا التشريعات الوضعية.....
18	ثانياً: تعريف الزنا في الفقه الإسلامي.....
19	الفرع الثاني: الركن المفترض: قيام رابطة زوجية صحيحة.....
26	الفرع الثالث: الركن المادي في جريمة الزنا.....
30	الفرع الرابع: الركن المعنوي في جريمة الزنا.....
32	أولاً: عنصر الإرادة.....
32	1_ النظرية التقليدية: نظرية الإرادة في القصد.....
32	2_ النظرية الحديثة: نظرية العلم أو مجرد التصور في القصد.....
33	ثانياً: عنصر العلم.....
35	الفرع الخامس: أثر العلاقة الزوجية في تجريم الزنا في بعض القوانين الجنائية الغربية والعربية.....
35	أولاً: القوانين الغربية.....
36	ثانياً: القوانين العربية.....
37	المطلب الثاني: العلاقة الزوجية كشرط مفترض في جريمة تعدد الزوجات والأزواج.....
38	الفرع الأول: تعدد الزوجات.....
38	أولاً: إباحة تعدد الزوجات.....
38	1_ التشريعات السماوية.....
38	أ_ الشريعة الإسلامية.....
38	ب_ اليهودية.....

- 2_ التشريعات الوضعية..... 39.....
- ثانيا: تحريم تعدد الزوجات..... 42.....
- 1_ الطائفة الأولى: التشريعات التي تقرر البطلان للزواج الجديد فقط..... 42.....
- 2_ الطائفة الثانية: التشريعات التي تحرم تعدد الزوجات..... 43.....
- الفرع الثاني: تحريم تعدد الأزواج..... 44.....
- أولا: الزواج بآخر خلال فترة العدة..... 44.....
- ثانيا: الزواج بآخر خلال فترة الانفصال الجسماني..... 45.....
- ثالثا: الزواج بآخر خلال فترة غياب الزوج..... 45.....
- رابعا: الزواج بآخر في فترة فقدان الزوج..... 46.....
- المطلب الثالث: العلاقة الزوجية كشرط مفترض في جريمة هجر الزوجة..... 46.....
- الفرع الأول: الهجر المادي للزوجة..... 47.....
- أولا: التزام الزوج بالإنفاق على زوجته..... 47.....
- 1_ مصدر التزام الزوج بالإنفاق على زوجته..... 47.....
- أ_ المصدر الشرعي..... 47.....
- ب_ المصدر التشريعي..... 49.....
- 2_ شروط التزام الزوج بالإنفاق على زوجته..... 51.....
- أ_ أن يكون عقد الزواج صحيحا..... 51.....
- ب_ أن تتمكن الزوجة زوجها من الاستمتاع بها..... 51.....
- ج_ أن يتحقق شرط الاحتباس لحق الزوج والدخول في طاعته..... 51.....
- 3_ مقدار النفقة ومشمولاتها..... 52.....
- ثانيا: تحريم امتناع الزوج عن الوفاء بالنفقة المحكوم بها لصالح الزوجة..... 52.....
- 1_ تحريم امتناع الزوج عن الوفاء بالنفقة المحكوم بها لصالح الزوجة في القانون الجزائري..... 52.....
- أ_ أركان الجريمة..... 53.....
- ب_ الجزاء على جريمة الامتناع عن دفع نفقة الزوجة..... 61.....
- 2_ تحريم امتناع الزوج عن الوفاء بالنفقة المحكوم بها لصالح الزوجة في بعض القوانين المقارنة..... 62.....
- الفرع الثاني: الهجر المعنوي للزوجة..... 64.....

أولاً: إلزام الزوج برعاية زوجته معنوياً.....	64
1_ مصدر إلزام الزوج برعاية زوجته معنوياً.....	64
أ_ المصدر الشرعي.....	64
ب_ المصدر القانوني.....	66
2_ مناط التزام الزوج بحسن رعاية زوجته معنوياً.....	67
أ_ ضرورة استئذان المرأة قبل الزواج بها.....	67
ب_ ضرورة معاملة الزوجة المعاملة الحسنة والمعاشرة بالمعروف.....	68
ج_ ضرورة أن يصون الزوج عرض زوجته.....	68
ثانياً: مدى اقرار حماية جنائية لرعاية الزوجة معنوياً.....	69
الاتجاه الأول: عدم اقرار حماية جنائية والاكتفاء بالحماية المدنية للزوجة.....	69
الاتجاه الثاني: اقرار حماية جنائية للزوجة.....	71
أ_ أركان الجريمة.....	71
1_ الركن المفترض: قيام العلاقة الزوجية.....	71
2_ الركن المادي للجريمة.....	72
3_ الركن المعنوي للجريمة.....	72
ب_ المتابعة والجزاء.....	73
المبحث الثاني: العلاقة الزوجية وأثرها في مجال العقاب.....	75
المطلب الأول: العلاقة الزوجية كظرف مشدد للعقاب.....	76
الفرع الأول: العلاقة الزوجية كظرف مشدد في القانون الجزائري.....	78
أولاً: العلاقة الزوجية وتشديد العقاب في جريمة اعطاء المواد الضارة العمدي.....	79
1_ أركان الجريمة.....	79
أ_ الركن المادي.....	79
ب_ الركن المعنوي.....	81
2_ الجزاء.....	82
ثانياً: العلاقة الزوجية كظرف مشدد في صور التحريض أو الاستخدام أو المساعدة على الفسق والبدعة.....	83

90.....	الفرع الثاني: العلاقة الزوجية كظرف مشدد في القانون المقارن.....
93.....	المطلب الثاني: العلاقة الزوجية وأثرها في تخفيف العقاب.....
95.....	الفرع الأول: أثر العلاقة الزوجية في تخفيف العقاب في ضوء عذر الاستفزاز في القانون الجزائري.....
95.....	أولاً: المقصود بعذر الاستفزاز.....
96.....	ثانياً: شروط قيام عذر الاستفزاز.....
96.....	1_ صفة الجاني.....
98.....	2_ مفاجأة أحد الزوجين متلبسا بالزنا.....
98.....	أ_ المفاجأة.....
98.....	ب_ التلبس.....
99.....	3_ القتل أو الضرب أو المرح في الحال.....
100.....	ثالثاً: اثبات عذر التلبس بالزنا والعقوبة المقررة في حالة توافره.....
100.....	1_ اثبات عذر التلبس بالزنا.....
100.....	2_ العقوبة المقررة حالة توافر العذر.....
101.....	الفرع الثاني: أثر العلاقة الزوجية في تخفيف العقاب في ضوء عذر الاستفزاز في القانون المقارن.....
101.....	أولاً: عذر الاستفزاز في بعض التشريعات المقارنة.....
102.....	1_ الطائفة الأولى.....
104.....	2_ الطائفة الثانية.....
106.....	ثانياً: ملاحظات حول خطة التشريعات المقارنة فيما يخص عذر الاستفزاز.....
108.....	المطلب الثالث: العلاقة الزوجية وأثرها على استحقاق العقاب.....
109.....	الفرع الأول: العلاقة الزوجية كمانع من موانع العقاب.....
109.....	أولاً: مفهوم موانع العقاب.....
110.....	ثانياً: العلاقة الزوجية كمانع من موانع العقاب في التشريعات الجنائية.....
116.....	الفرع الثاني: العلاقة الزوجية كسبب من أسباب الإباحة.....
118.....	أولاً: حق الزوج في تأديب زوجته.....
118.....	1_ السند الشرعي والقانوني لحق تأديب الزوجة.....
118.....	أ_ السند الشرعي.....

ب_ السند القانوني.....	119
2_ مناط حق تأديب الزوجة.....	120
3_ الشروط القانونية لممارسة حق تأديب الزوجة.....	120
ثانيا: حق المعاشرة الجنسية بين الزوجين.....	121
1_ رضا الزوجة.....	123
2_ عدم الاضرار بصحة الزوجة.....	123
3_ أن يجامع الزوج زوجته في مكان يأمنان من عدم دخول الغير عليهما.....	124
الفصل الثاني: أثر العلاقة الزوجية في تطبيق القواعد الإجرائية للقانون الجنائي.....	124
المبحث الأول: أثر العلاقة الزوجية على إجراءات الدعوى الجنائية.....	126
المطلب الأول: أثر العلاقة الزوجية في نطاق قيود تحريك الدعوى الجنائية.....	126
الفرع الأول: النطاق الشخصي لأثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى.....	128
الفرع الثاني: النطاق الموضوعي لأثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى.....	130
أولا: جرائم الشكوى التي تتأثر بالعلاقة الزوجية.....	130
ثانيا: الإجراءات الجنائية الممكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى.....	134
الفرع الثالث: النطاق الزمني لأثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى.....	135
المطلب الثاني: أثر العلاقة الزوجية خلال سير الدعوى الجنائية.....	138
الفرع الأول: أثر العلاقة الزوجية خلال سير الدعوى الجنائية في جرائم الشكوى.....	139
أولا: موقف التشريعات المقارنة من إقرار حق الزوج المخني عليه في سحب الشكوى.....	139
ثانيا: الإجراءات الجنائية الممكن اتخاذها قبل تقديم الشكوى.....	141
1_ صاحب الحق في التنازل.....	141
2_ وقت التنازل عن الشكوى.....	142
3_ شكل وآثار التنازل.....	143
أ_ شكل التنازل.....	143
ب_ آثار التنازل عن الشكوى.....	144
الفرع الثاني: النطاق الزمني لأثر العلاقة الزوجية في قيد الشكوى.....	145
المبحث الثاني: أثر العلاقة الزوجية في إثبات الدعوى الجنائية وتنفيذ الحكم الجنائي.....	149

المطلب الأول: أثر العلاقة الزوجية في إثبات بعض الجرائم.....	150
الفرع الأول: مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع.....	151
أولاً: أنظمة الإثبات في التشريعات الوضعية.....	151
1_ نظام الإثبات المقيد أو القانوني.....	151
2_ نظام الإثبات الحر أو المعنوي.....	151
3_ نظام الإثبات المختلط.....	152
ثانياً: تعريف مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع.....	152
ثالثاً: ضوابط وقيود تطبيق مبدأ اقتناع القاضي الجنائي.....	154
1_ ضوابط تطبيق مبدأ حرية القاضي الجنائي في الاقتناع.....	155
أ_ مشروعية الأدلة التي يستمد منها القاضي اقتناعه.....	155
ب-وجوب مناقشة الدليل الوارد بملف الدعوى.....	156
ج-وجوب تسبب الحكم الجنائي وبيان مؤدى الأدلة في الحكم بيانا كافيا.....	157
2-القيود الواردة على مبدأ حرية اقتناع القاضي الجنائي.....	158
الفرع الثاني: مدى تأثير العلاقة الزوجية على المبدأ في جريمة الزنا.....	158
أولاً: أدلة إثبات جريمة الزنا في القانون الجزائري.....	159
1_ التلبس بجريمة الزنا.....	160
2_ إقرار المتهم الوارد في رسائل ومستندات.....	162
3_ الإقرار القضائي.....	163
ثانياً: أدلة إثبات جريمة الزنا في بعض القوانين الوضعية المقارنة.....	164
المطلب الثاني: أثر العلاقة الزوجية في مرحلة تنفيذ الحكم الجنائي.....	168
الفرع الأول: موقف التشريعات المقارنة من إقرار حق الزوج المجني عليه في العفو عن العقاب أو تنفيذه.....	168
أولاً: الاتجاه القائل بعدم أحقية الزوج المجني عليه في العفو عن العقاب.....	168
ثانياً: الاتجاه القائل بأحقية الزوج المجني عليه في العفو عن العقاب أو وقف تنفيذه.....	170
الفرع الثاني: الأحكام العامة لإقرار حق الزوج المجني عليه في العفو عن العقاب.....	171
أولاً: صاحب الحق في العفو ووقت العفو.....	171

171.....	1_ صاحب الحق في العفو عن العقاب
171.....	أ_ جريمة الزنا
172.....	ب_ جريمة السرقة
172.....	ثانيا: كيفية العفو وآثاره
172.....	1_ كيفية العفو عن العقاب
172.....	أ_ العفو في جريمة الزنا
173.....	ب_ العفو في جريمة السرقة
173.....	2_ آثار العفو عن العقاب
175.....	الباب الثاني: أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تطبيق القانون الجنائي
178.....	الفصل الأول: العلاقة بين الأصول والفروع وأثرها في التحريم
178.....	المبحث الأول: العلاقة بين الأصول والفروع كشرط مفترض لقيام الجريمة
179.....	المطلب الأول: جريمة الإجهاض
180.....	الفرع الأول: موقف التشريعات الجنائية المقارنة من تجريم الإجهاض
183.....	الفرع الثاني: أركان جريمة الإجهاض والعقوبة المقررة لها
183.....	أولاً: الركن المفترض (وجود الحمل)
186.....	ثانيا: الركن المادي
187.....	أ- السلوك الإجرامي
188.....	ب- النتيجة الإجرامية
189.....	ج- العلاقة السببية
190.....	ثالثاً: الركن المعنوي
191.....	رابعاً: العقوبة المقررة لجريمة إجهاض الحامل لنفسها
192.....	المطلب الثاني: جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم
195.....	الفرع الأول: أركان الجريمة
195.....	أولاً: الركن المفترض
197.....	ثانيا: الركن المادي
197.....	ثالثاً: الركن المعنوي

198.....	الفرع الثاني: المتابعة والجزاء.....
198.....	أولاً: المتابعة.....
199	ثانياً: الجزاء.....
199.....	أ – الحالة الأولى: التي توصف فيها الجريمة بالجناية.....
199.....	ب – الحالة الثانية: التي توصف فيها الجريمة بالجنحة.....
200.....	المطلب الثالث: جرائم إهمال الأولاد.....
201.....	الفرع الأول: جريمة ترك مقر الأسرة.....
203.....	أولاً: القرابة الأسرية.....
206.....	ثانياً: الركن المادي.....
206.....	أ-الابتعاد جسدياً عن مقر الأسرة.....
208.....	ب-وجود ولد أو عدة أولاد.....
209.....	ج-عدم الوفاء بالالتزامات العائلية دون سبب حدي.....
209.....	1-الالتزامات الأدبية.....
210.....	2_الالتزامات المادية.....
211.....	د-أن تكون مدة الإهمال أو ترك مقر الأسرة أكثر من شهرين.....
213.....	ثالثاً: الركن المعنوي.....
216.....	الفرع الثاني: جريمة الإهمال المعنوي للأولاد.....
218.....	أولاً: قرابة الأبوة أو الأمومة.....
218.....	ثانياً: الركن المادي.....
219.....	1-أعمال الإهمال المجرمة.....
219.....	2-النتائج الخطيرة المترتبة عن أعمال الإهمال.....
220.....	ثالثاً: الركن المعنوي.....
220.....	الفرع الثالث: جريمة عدم تسديد النفقة.....
223.....	1_نفقة الفروع على الأصول.....
224.....	2-نفقة الأصول على الفروع.....
227.....	المبحث الثاني: العلاقة بين الأصول والفروع كمحل مادي لبعض الجرائم.....

- 227.....المطلب الأول: جرائم الاعتداء على هوية الطفل ونسبه
- 228.....الفرع الأول: الحيلولة دون التحقق من شخصية الطفل
- 233.....الفرع الثاني: عدم التصريح بميلاد الطفل أو عدم تسليمه
- 233.....أولاً: جريمة عدم التصريح بميلاد طفل
- 234.....1-حضور ولادة الطفل
- 234.....2-الركن المادي
- 236.....ثانياً: جريمة عدم تسليم طفل حديث عهد بالولادة
- 238.....المطلب الثاني: جريمة ترك الأبناء وتعريضهم للخطر
- 239.....الفرع الأول: ترك الأبناء وتعريضهم للخطر
- 240.....أولاً: أركان وشروط الجريمة
- 240.....1_الركن المادي: ترك الابن أو تعريضه للخطر
- 241.....2_كون المتخلى أبا أو أما للمتخلى عنه
- 241.....3_ترك الطفل أو الولد في مكان خال من الناس
- 241.....4_كون الطفل غير قادر على حماية نفسه
- 243.....5_الركن المعنوي
- 244.....ثانياً: الجزاء المقرر للجريمة
- 244.....1-ترك الطفل في مكان خال
- 244.....أ-نتيجة الفعل
- 245.....ب-صفة الجاني
- 245.....2_ترك الطفل في مكان غير خال
- 245.....أ-نتيجة الفعل
- 246.....ب-صفة الجاني
- 247.....الفرع الثاني: تحريض الوالدين على التخلي عن طفلهما
- 253.....الفصل الثاني: العلاقة بين الأصول والفروع وأثرها في العقاب
- 254.....المبحث الأول: العلاقة بين الأصول والفروع كظرف مشدد للعقاب

254.....	المطلب الأول: العلاقة بين الأصول والفروع كظرف مشدد للعقوبة في جرائم الاعتداء.....
255.....	الفرع الأول: جرائم الاعتداء على الحياة (القتل).....
257.....	أولاً: الركن المادي.....
257.....	ثانياً: صلة القرابة.....
259.....	ثالثاً: الركن المعنوي (النية الإجرامية).....
261.....	الفرع الثاني: جرائم الإعتداء على سلامة الجسم (الايذاء).....
263.....	أولاً: جريمة ضرب أو جرح الأصول.....
264.....	أ_ القرابة الأسرية.....
265.....	ب_ الركن المادي.....
267.....	ج_ الركن المعنوي.....
267.....	ثانياً: جريمة ضرب أو جرح الفروع.....
268.....	1_ الركن المادي.....
269.....	2_ الركن المفترض (محل الاعتداء).....
271.....	3_ الركن المعنوي.....
272.....	المطلب الثاني: العلاقة بين الأصول والفروع كظرف مشدد للعقوبة في جرائم العرض.....
275.....	الفرع الأول: جريمة الفعل المخل بالحياة.....
276.....	أولاً: جريمة الفعل المخل بالحياة بدون عنف.....
277.....	أ- الركن المفترض.....
277.....	ب- الركن المادي.....
278.....	ج- الركن المعنوي.....
279.....	ثانياً: جريمة الفعل المخل بالحياة بعنف.....
280.....	أ_ الركن المفترض.....
280.....	ب- الركن المادي.....
282.....	ج- الركن المعنوي.....
283.....	الفرع الثاني: جريمة الاغتصاب.....
284.....	أولاً: جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري قبل تعديل 2014.....

288.....	ثانيا: جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري بعد تعديل 2014.....
294.....	المبحث الثاني: أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تخفيف العقوبة واستحقاقها.....
295.....	المطلب الأول: أثر العلاقة بين الأصول والفروع في تخفيف العقوبة.....
297.....	الفرع الأول: الأصل التاريخي للجريمة والعلة من تقرير عذر التخفيف.....
297.....	أولا: التطور التاريخي لجريمة قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة.....
299.....	ثانيا: علة تقرير العذر المخفف.....
300.....	الفرع الثاني: أركان وشروط تطبيق العذر المخفف.....
301.....	أولا: الركن المادي.....
301.....	1_ السلوك الإجرامي.....
301.....	2_ أن يولد الطفل حيا.....
302.....	3_ أن يقع القتل على طفل حديث العهد بالولادة.....
303.....	4_ أن تكون الجانية أم الطفل المجني عليه.....
305.....	ثانيا: الركن المعنوي.....
307.....	المطلب الثاني: أثر العلاقة بين الأصول والفروع على استحقاق العقاب.....
	الفرع الأول: العلاقة بين الأصول والفروع كسبب
	اباحة.....307.....
308.....	أولا: حق تأديب الأولاد في القانون الوضعي المقارن والشريعة الإسلامية.....
308.....	1_ حق تأديب الأولاد في الشريعة الإسلامية.....
311.....	2_ تأديب الأولاد في القانون المقارن.....
313.....	ثانيا: موقف المشرع الجزائري من تأديب الأولاد أو الصغار.....
314.....	1_ تحديد الصغير الخاضع للتأديب.....
315.....	2_ الأشخاص الذين يملكون حق التأديب.....
317.....	الفرع الثاني: أثر العلاقة بين الأصول والفروع في الإعفاء من العقوبة.....
323.....	خاتمة.....
333.....	الملاحق.....
334.....	قائمة المراجع.....

الملخص:

تتضمن هذه الدراسة مدى أثر كل من العلاقة الزوجية والعلاقة بين الأصول والفروع في تطبيق أحكام القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي.

فمن زاوية القانون، فقد اهتمت التشريعات منذ القدم بحماية الروابط الأسرية، غير أن التشريعات الجنائية الحديثة، نظرا لما عرفته القيم الاجتماعية من تطور تارة ايجابية وتارة سلبية، اختلفت في السياسة الجنائية المتبعة لحماية تلك العلاقات، حيث أهما اهتمت بتلك العلاقات في أكثر من موضع سواء في مجال التجريم أو العقاب وفي جميع مراحل الدعوى الجنائية، إلا أنه تباينت مواقفها حول الآثار المترتبة على نفس الجريمة، وذلك على حسب اختلاف نمط حياة المجتمع وإيديولوجيته. وعليه لنا أن نتساءل عما اذا ما آلت إليه هذه التشريعات من وضع أحكام ونصوص في هذا المجال جاء فعلا لصيانة العلاقات الأسرية أم لإشباع الأهواء والميول الشخصي للأفراد.

الكلمات المفتاحية: قرابة، أسرة، زوجية، أصول، فروع، حماية، عقوبات، أعداء، تشديد.

Résumé :

Cette étude porte sur l'effet de la relation conjugale et la relation entre ascendants et descendants quant à l'application des règles du droit pénal tant sur le fond que sur la forme, à savoir la procédure.

Sur le plan du droit, et de tout temps, la protection des relations familiales a occupé une place non négligeable dans les différentes législations. Or, les législations pénales contemporaines, compte tenu des nouvelles valeurs sociales, quelles soient positives ou négatives, n'ont pas embrassé la même politique pénale pour ce qui est de la protection desdites relations. Et, par des dispositions précises et limpides, ces législations ont régies ces dernières dans plusieurs cas différents, que ce soit en matière d'incrimination ou de répression et ce, à travers toutes les étapes de l'action pénale, encore que leurs positions diffèrent parfois quant à l'effet résultant de la même infraction. Face à ces positions antinomiques, il convient de se demander si, de par ces préceptes, les législateurs ont réellement daigné la préservation des relations familiales ou bien au contraire d'assouvir le penché personnel des individus ?

Mots clés: parenté, famille, conjugale, ascendants, descendants, protection, sanctions, excuses, aggravation.

Abstract:

This study focuses in the effect of the marital relationship and the one between parent and child when executing the rules of penal law both in substance and in form.

In terms of law, protection of family relationships has always occupied a significant place in different legislation. However, contemporary penal laws, taking into account new social values, whether positive or negative, have not embraced the same penal policy regarding the protection of such relationships. By precise and clear provisions, these laws regulated the past in several different cases, in terms of either criminalization or repression, through all stages of prosecution, although their positions differ sometimes as to the effect resulting from the same offense. Faced with these conflicting positions, it must ask if with these precepts, legislators have actually deigned to preserve family relations or on the contrary, to satisfy the staff looked individuals?

Keywords: parenthood, family, marital, parents, descendants, protection, sanctions, apologies, aggravation.