جامـــعة زيان عاشور بالجلفـــــة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

جريمة الاغتصاب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

– دراسة مقارنة –

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص:أحوال شخصـــــية

اعـداد الطالبـــة:

- **زريـــعة فايـــــزة**

اشراف الاستاذة:

- **بشيـر حفيظة**

لجنة المنـــــــــاقشة:

الاستـاذ: بوفاتـــــح احمد..... رئيسا.

الاستـاذة: بشيـــــر حفيظة.....مقررا.

الاستـاذة: داودي صحـــــراء..... مناقشا.

الموسم الجامعي : 2013-2014

بسم الله الرحمن الرحيم

دعـــــــــــاء

"سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم"

صدق الله العظيم

الحمد لله أولا وأخيرا، الحمد لله على كل النعم ما ظهر منها وما بطن

اللهم لا تجعلنا نصاب بالغرور إذا نجحنا، ولا باليأس إذا أخفقنا

وذكرنا أن الإخفاق هو التجربة التي تسبق النجاح

اللهم إذا أعطيتنا نجاحا فلا تأخذ تواضعنا

وإذا أعطيتنا تواضعا فلا تأخذ اعتزازنا بكرامتنا

ربنا تقبل دعائنا، ربنا عليك توكلنا وإليك المصير

اللهم آمين

إهداء

إلى الذي استلهمت منه معنى الثبات وزرع في قلبي حب العلم ووضع بين جنباتي القوة والعزيمة والدي العزيز" عطية " أدامه الله لي ظلا وارفا الجا اليه كلما لفحتني حرارة الزمن .

إلى التي أهدتني نور الحياة وسقتني من دفقات حبها ورعايتها وتعهدت بالرعاية خطواتي ورسمت معي أحلام حياتي والدتي الحبيبة" زينب" أطال الله في عمرها.

الى من شاركوني رحم امي: زهرة, محمد, سارة, وفاء, عيسى, كريم, مريا.

الى اختي ام الخير وزوجها دحمان واولادها: خليل, جيجي, هيثم.

الى من كان لي نعم الاخ والصديق اليك:" ناجي طيباوي" وعائلتك الكريمة.

الى عائلتي الثانية التي احتضنتني طيلة فترة الدراسة عمتي وزوجها بولنوار وكل اولادهم خاصة: حفيظة, خليدة, عيشة.

الى اخوتي الذين لم تلدهم امي :عمتي سوسو, عمر, علولة.

الى من تمنيت وجودها الساعة: اختي" خيرة" رحمها ا الله.

الى زملاء العمل طاقم متوسطة جقال بايزيد بالجلفة, طاقم صيدلية الشفاء بدار الشيوخ كل باسمه.

الى من رافقنني درب الدراسة: عربية, سعيدة, احلام, فطيمة, هدى, ايمان...

الى اعز الصديقات: خيرة , ثلجة, ام الخير ,مسعودة, فوزية, الطاوس.

الى ابي الروحي معلمي: "طاجين بوبكر" وعائلته الكريمة

فايزة زريعة

إهداء خاص

إلى كل فتاة ارادت ان تعيش بهناء وسلام

إلى كل فتاة حرمها المجرمون الشواذ من تحقيق أحلامها

الى كل مغتصبة لم تتمكن من الدفاع عن نفسها واستيفاء حقها

أهدي عملي هذا.

فايزة زريعة

شكر و عرفان

اولا احمد الله سبحانه وتعالى على توفيقي في انجاز هذا العمل المتواضع آملة أن يكون سندا وعونا لكل طالب علم.

اتقدم بالشكر الجزيل الى الاستاذة الفاضلة: "**بشير حفيظة**" والتي كانت سندي ومرشدتي طيلة فترة البحث على كل المجهودات التي بذلتها معي من اجل اخراج هذه المذكرة في احسن صورة, جازاك الله خيرا.

كما اتقدم بجزيل الشكر الى من ساندني ودعمني في انجاز هذه المذكرة وأثرى موضوعي بالمادة العلمية اليك "**مجيد بن غربي**" .

كما لا يفوتني ان اشكر الزميل والصديق "**عمري مراد**" على كل المجهودات التي بذلها لإخراج هذا العمل الى النور, وكذا زميلتي "**حواسي يامنة**" التي لم تبخل علي بأي معلومة تخص بحثي.

وجزيل الشكر الى الاستاذ " **شيبوط محمد**" الذي كان لي نعم المحفز والمشجع , وأختي "**سارة**" التي مدت لي يد العون ولم تبخل علي بأي مجهود.

الى كل من ساهم في انجاز هذه المذكرة ولو بالكلمة الطيبة جازاكم الله خيرا.

فايزة زريعة

مقدمة

مقدمـــــــــــة:

يعد الحفاظ على العرض من اهم مقاصد الشريعة الاسلامية, وقد برز ذلك من خلال التشريعات الوقائية بتقوية صلة العبد بربه, فشرعت الشريعة النكاح واباحت التعدد وندبت الى حسن اختيار الزوجة, وحرمت كل ما يؤدي الى الزنا او اللواط فضلا عن الاغتصاب مثل : النظر المحرم، التبرج وابداء الزينة.....وكذا من خلال التشريعات الزجرية التي من شأنها حماية الافراد من جنايات ضعفاء النفوس و الايمان, فرتبت جزاءات لهؤلاء ردعا لهم كعقوبة الزنا, و اللواط , وكذا القذف.

والمشرع الجزائري بدوره حذا حذو الشريعة الاسلامية من خلال حمايته للحرية الجنسية, وحظر الاعتداء عليها, وهذا لخطورة هذا النوع من الجرائم على شخص المجني عليه ,وكذا انتشار الرذيلة وخراب المجتمعات عند ارتكاب مثل هذا النوع من الجرائم, وتعد جريمة الاغتصاب من ابشع واشد الجرائم التي تتعرض لها الضحية لاستعمال الجاني عنصر الاكراه عليها, ونظرا للانعكاسات السلبية على المجني عليها من اضطرابات نفسية وعقلية والاضرار بمستقبلها سواء من ناحية زواجها خاصة اذا كانت غير متزوجة, او من ناحية وجود حمل غير شرعي يؤدي بها غالبا الى الانتحار تجنبا للعار والفضيحة. وقد اقر المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية او الغربية عقوبات لمثل هذه الجرائم.

الاشكالية الرئيسية:

ما هي جريمة الاغتصاب؟ وما حكمها في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري ؟
وما مدى نجاعة السياسة الجنائية التي انتهجها المشرع الجزائري لردع جريمة الاغتصاب؟
وتندرج ضمن هذه الاشكالية الرئيسية العديد من التساؤلات الفرعية منها:

- ✓ ما مفهوم الاغتصاب في الشريعة والقانون الجزائري؟
- ✓ ما هي اركان جريمة الاغتصاب؟ وكيف يمكن اثباتها ؟
- ✓ ماهي العقوبات التي اقرتها الشريعة الاسلامية لمرتكبيها وكذا العقوبات القانونية؟

أهمية الموضوع:

تتجلى اهمية الموضوع في النقاط التالية:

1- انه يعنى بأحكام حماية العرض وهو احد مقاصد الشريعة الاسلامية.

2- الاختلاف الفقهي لطبيعة جريمة الاغتصاب, ومدى تكييف عقوبتها بين عقوبتي الزنا واللواط و عقوبة الحرابة، مما يستوجب الاحاطة بهذه الآراء الفقهية ، وتبيان ما اخذ به المشرع الجزائري خاصة والتشريعات الوضعية عامة

3-استفحال هذه الجريمة في الآونة الاخيرة لانعدام الوازع الاخلاقي خاصة مما يحتم علينا معرفة موقف الشريعة الاسلامية منه والقوانين الوضعية خاصة القانون الجزائري.

4- ندرة وقلة الدراسات لهذا الموضوع ، مما يعطي لموضوع بحثنا هذا القيمة العملية الكبرى.

اهداف الدراسة:

يمكن تحديد اهداف الدراسة في النقاط التالية:

- ✓ التعريف بجريمة الاغتصاب في كل من الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ومقارنتها بكل ما يشابهها.
- ✓ تبيان الاركان الاساسية التي تقوم عليها الجريمة وادلة اثباتها.
- ✓ تبيان موقف كل من الفقه الإسلامي، والقانون الجزائري، وكذا القانون الدولي من هذه الجريمة، بالرغم من أنهم لا يؤيدون بأي حال من الأحوال مثل هذا النوع من تدني الأخلاق، ولكنهم قصروا في سد الثغرات التي يستغلها الجناة في ارتكاب جرمهم على عكس الفقه الإسلامي الذي لم يترك شيء إلا و وضع لها حدا زاجرا رادعا.
- ✓ بيان العقوبات المقررة لجريمة الاغتصاب سواء في الفقه او القانون.
- ✓ الغوص في المصادر الفقهية لمعرفة حكم الشرع في جريمة الاغتصاب التي يعتقد البعض حداثتها.
- ✓ تبيان حكم القانون في جريمة الاغتصاب مع بيان الفروقات الطفيفة بين القانون الجزائري والتشريعات الاخرى سواء الغربية منها او العربية.

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب الشخصية:

1- اهتمامي الكبير بقضايا الأسرة وكل ما يرتبط بها خاصة الجرائم الماسة بشرفها والمهددة لكيانها، وهذا البحث يمكنني من الغوص أكثر في هذا الاتجاه.

2- قلة الاحكام القضائية خاصة الجزائرية منها الناتجة عن خلو المكتبة القانونية من معالجة الموضوع بين اوساط القضاة والمحامين ،الذين يمثلون الجانب التطبيقي فيها او في اوساط اساتذة القانون الممثلون للجانب النظري.

3- نظرة الناس والمجتمع لهذا النوع من الجرائم, وعدم التبليغ عنها تجنبا للعار والفضيحة مما يهدر حق الضحية ويوقف متابعة الجاني المجرم.

الأسباب الموضوعية:

1- اعتبار جريمة الاغتصاب من الجرائم الخطرة, ولا ترجع خطورتها الى ما تسببه من انعكاس سلبي على المجني عليها فقط، وانما لخطورتها على الراي العام نفسه وما تحدثه من قلق وشك في الاخلاقيات العامة و الفردية.

2- الارقام الغامضة لجريمة الاغتصاب والتي لا يصل الى علم السلطة العامة منها الا اعدادا قليلة تكاد تكون نادرة, وهو ما تشهد عليه قلة الاحكام القضائية, فلا وجود لأدنى شك بعدم التطابق والفرق الهائل بين ما يقع في المجتمع من جرائم اغتصاب وبين ما يصل فعلا الى علم السلطات

3-صعوبة ضبط واثبات جريمة الاغتصاب وهذا راجع للسرية التي تكتنفها.

4-قلة الدراسات الفقهية المتخصصة في هذه الجريمة بمعناها الدقيق.

5-حاجة المكتبة القانونية لمثل هذه المواضيع, خصوصا المواضيع الفقهية القانونية.

هذه الاسباب كلها جعلتني اهتم بدراسة هذه الجريمة محاولة مني الالمام بجوانبها وخلفياتها او اصولها الشرعية وكذا القانونية.

المنهج المتبع:

سأعتمد في هذا البحث على المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن:

أ - **الاستقرائي** : حيث أستقرئ القضايا الفقهية مثلا من أمهات الكتب الفقهية وغيرها.

ب - التحليلي : ويظهر ذلك من خلال تحليلنا للنصوص القانونية الجزائرية منها والغربية.

ت - المقارن : وذلك من عدة نواح:

- المقارنة بين أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية و القانون.
- المقارنة بين أقوال المذاهب الفقهية في المسألة الواحدة.
- مقارنة موقف الشريعة الاسلامية في المسألة مع ما اختاره المشرع الجزائري.

وقد عمدت في دراسة هذا البحث على:

- ✓ التعريف بمفردات البحث التي تحتاج الى بيان.
- ✓ ترتيب المذاهب على حسب القدم: الحنفي ثم المالكي ثم الشافعي ثم الحنبلي.
- ✓ قمت بشرح بعض المصطلحات الفقهية التي تحتاج الى شرح.
- ✓ عرفت بعض الاعلام الواردة في الموضوع.
- ✓ رتبت المصادر حسب التخصص(الفقهية ثم القانونية) ووفقا للترتيب الابجدي.

الدراسات السابقة:

فيما اطلعت عليه من خلال بحثي في الموضوع لم اجد الا دراستين سابقتين للموضوع في الجزائر

الاولى تحت عنوان "**جريمة الاغتصاب** "من اعداد الطالبة القاضية: مسعودي بركاهم دفعة 2005- 2006، وقد تعرضت فيها الباحثة على الجانب القانوني فقط لهذه الجريمة من خلال ابرازها لاهم التعاريف التشريعية لهذه الجريمة، وذكرها لكيفية اثباتها وكذا العقوبات المقررة لها, في حين اني ارتأيت دراسة هذا الموضوع من الناحية الفقهية ومقارنتها بالناحية القانونية خاصة القانون الجزائري, كما وجدت دراسة ثانية وهي رسالة ماجستير من اعداد الطالبة: امال نايف تحت عنوان "**الجريمة الجنسية المرتكبة ضد القاصر- الاغتصاب والتحرش الجنسي**-" دفعة 2013 من جامعة قسنطينة , وقد ركزت فيها الباحثة على فئة القصر اما انا فستشمل دراستي الضحية بصفة عامة سواء كان قاصرا او بالغا, ثيبا او بكر, وركزت الدراسة على جريمة الاغتصاب فقط محاولة مني الى التعرض الى كافة الجوانب الفقهية وكذا القانونية لهذه الجريمة.

اما الدراسات خارج الجزائر فوجدت مذكرة لنيل شهادة الماجستير من جامعة نايف للعلوم الامنية من اعداد الباحث: ابراهيم بن صالح اللحيدان تحت عنوان "**احكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الاسلامي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية**".

وقد فصل فيها الطالب تفصيلا دقيقا , وبين الجانب التطبيقي لها في السعودية.

وقد حرصت من خلال هذه الدراسة على تبيان الجانب الفقهي لجريمة الاغتصاب وكذا القانوني خاصة في ظل قانون العقوبات الجزائري محاولة مني معرفة مدى تجاوب القانون مع الشريعة الاسلامية وموقفه منها من خلال التعاريف, الحكم, العقوبة...

صعوبات البحث:

- لا يخف على اي باحث علم انه سوف يواجه العديد من المشاكل اثناء مساره في عملية , ومن اهم الصعوبات التي واجهتني خلال بحثي هذا:
- قلّة المراجع خاصة في الجانب الفقهي منها.
- ضيق الوقت .
- قلة الدراسات السابقة التي كنا نأمل ان تسهل بحثنا هذا.
- صعوبة الحصول على قرارات قضائية حول هذا الموضوع, وكذا الحصول على الاحصائيات المتعلقة بنسبة هذه الجريمة على الاقل على مستوى ولاية الجلفة, وهذا رغم محاولاتي العديدة مع الجهات المعنية.

خـــــــطة البحـــــــث:

لقد رسمت لدراسة هذا الموضوع الخطة المبينة ادناه:

مقـــــــــــدمة

الفصل الاول: ماهية جريمة الاغتصاب.

المبحث الاول: مفهوم جريمة الاغتصاب.

المطلب الاول: مفهوم جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي.

المطلب الثاني: مفهوم جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري.

المبحث الثاني: اركان جريمة الاغتصاب

المطلب الاول: اركان جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي.

المطلب الثاني: اركان جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري.

الفصل الثاني: اثبات جريمة الاغتصاب والجزاء المقرر لها.

المبحث الاول: اثبات جريمة الاغتصاب.

المطلب الاول: اثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي.

المطلب الثاني: اثبات جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري.

المبحث الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب

المطلب الاول: الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي.

المطلب الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب في القانون الجزائري.

الخـــــــاتمة.

الفصل الأول: ماهية جريمة الاغتصاب

ان الحديث عن جريمة الاغتصاب سواء كان ذلك في الفقـــه الاسلامي او في القانون يقودنا بالضرورة الى التطرق الى جملة من المسائل الهامـــة المشكلة بدورها مكونات هذه الجريمة ومنها ماهيتها, ولكون جريمة الاغتصاب مـــن الجرائم الخطيرة لا لكونها تمس بمصلحة الضحية فقط ,وانما باعتبارها ماسة بكيـــان الاسرة والمجتمع كافة, لذا نجد كافة الشرائع السماوية والقوانين الوضعية لم تتوان فـــي استقباح واستهجان هذه الجريمة وقد اهتمت اهتماما بالغا بتجريمها وتقريـــر الجـــزاء المناسب لمرتكبها.

وتبعا لذلك فقد استرسلت في دراستي للفصل الاول تحديد مفهوم جريمة الاغتصاب من خلال التعاريف الفقهية والقانونية كمبحث أول, وتبيان أركان هذه الجريمة في مبحث ثان, مراعية في ذلك الجانب الفقهي والقانوني, وهو ما سنبينه وفق المخطط التالـــــــــــــي:

المبحث الاول: مفهوم جريمة الاغتصاب

المطلب الاول: تعريف جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي.

المطلب الثاني: تعريف جريمة الاغتصاب في القانون.

المبحث الثاني: أركان جريمة الاغتصاب.

المطلب الاول: أركان جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي.

المطلب الثاني: أركان جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم جريمة الاغتصاب

قبل التطرق الى المفهوم الفقهي والقانوني لجريمة الاغتصاب وجب الوقوف أولا عند المدلول اللغوي والاصطلاحي لها.

ان عبارة "جريمة الاغتصاب " مشكلة من كلمتين: جريمة – الاغتصاب.

فكلمة **جريمة** لغة: من الفعل جرم الجرم القطع وشجرة جريمة أي مقطوعة ,والجرمُ بضم الميم بمعنى التعدي, والجرم أي الذنب, والجمع اجرام وجروم وهو الجريمة , وأجرم فهو مجرم وجريم[1].

أما كلمة **الاغتصاب** لغة: فهي مشتقة من الفعل غصب والغصب هو أخذ الشيء ظلما، غصب الشيء يغصبه غصبا, واغتصبه فهو غاصب, وغصبه على الشيء: قهره وغصبه منه.

وفي الحديث انه غصبها نفسها: أراد انه واقعها كرها فاستعاره للجماع, وهـــذا المعنى الاخير هو الذي شاع استعماله حتى غلب في العرف فصار الاكراه على الجمـــــاع يسمى اغتصابا.[2]

أما في المعنى الاصطلاحي فان اكثر ما يرد الاغتصاب في اخذ المال قهرا وظلـــما, وان اورده بعض الفقهاء على اغتصاب العرض والشرف اثناء الحديث عن اسبـــاب زوال عهد الذمة.[3]

فمنها :"النصراني اذا غصب المسلمة في الزنا قتل" بمعنى زنا بها غير مطاوعة له.

المطلب الاول: تعريف جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي.

لم يتعرض الفقهاء لتعريف مصطلح الاغتصاب كغيره من المصطلحات, فقـــد قصره البعض في حديثه عن جريمة الزنا باعتبار الرجل هو المغتصب وعرفها بانّهـــا: "حمل الرجل المرأة على الاتصال بها جنسيا دون رضا أو اختيار منها", فيما ذهـــب

---

[1]- ابن منظور: جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم, لسان العرب , دار المعارف, القاهرة, المجلد الاول, باب الجيم, الجزء التامن، ص1869.

[2]– المرجع نفسه، المجلد5, باب الغين, ج38, ص3262.

[3]– الذمة نسبة لأهل الذمة اي العهد للإمام او نائبه لليهود و النصارى للأمن على انفسهم واموالهم نظير الزامهم الجزية ونفوذ احكام الاسلام فيهم.

البعض الاخر الى اعتبار الاغتصاب مصطلحا آخرا للواط وعرفت بانها:" إرغام الرجل او المرأة غيرهما على الاتصال به جنسيا, دون رضا الطرف الاخـر أو دون اختيار منه اذا كان ذلك حراما محضا, وهذا يشمل جريمة الاغتصاب التامة سواء كانت زنا أو لواطا, وسواء كان الجاني رجلا أو امرأة".

وبالتالي يخرج معنى الاغتصاب عن مقدمات الزنا و السحاق, وعن اغتصاب الزوجة او ملك اليمين واخراج اغتصاب من لها شبهة النكاح وبالتالي فالفـــــاعل هنا لا يعد مرتكبا لجريمة الاغتصاب. [1]

يتعين من خلال التعاريف السابقة انه لابد لنا من الوقوف على مفهوم جريمتي الزنا واللواط وتمييزهما عن جريمة الاغتصاب في الفرعين التاليين:

الفـــــرع الاول: تعريـــــف الزنا

أولا: التعريف اللغوي للزنا

زنى :الزنى يمد ويقصر, زنى الرجل يزني زنى مقصور وزنا ممدود, وكذلك المرأة.

و زانى مزاناة وزنّى كزنى, ومنه قول الأعشى: اما نكاحا واما أزنّ.

يريد :أزنى, وحكى ذلك بعض المفسرين للشعر, وزاني مزاناة وزنا, بالمد (عن اللحياني).

والمرأة تزني مزاناة وزنا أي تباغي.[2]

ثانيا: تعريف الزنا في الفقه الاسلامي

ورد ذكر الزنا في القرآن الكريم في عدة آيات منها ما يحمل وصفا مباشرا لفظـــاعة هذا الجرم ومنها ما يتضمن عقوبة الله للزناة.

فورد وصـــــف الزنا بالفاحشة في قوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَقْـــرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا** ﴾. [3]

أما في قوله تعالى :﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ**

---

[1]– ابراهيم بن صالح بن محمد اللحيدان, أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الاسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية, مذكرة ماجستير, قسم العدالة الجنائية, كلية الدراسة العليا, جامعة نايف للعلوم الأمنية, الرياض, 2004, ص ص 18-19.

[2]– ابن منظور, مرجع سابق, المجلد 3 , باب الزاي, ج 21, ص 1875.

[3] – سورة الاسراء, الآية 32.

(2) الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ (3) ﴾.[1]

وقوله تعالى كذلك: ﴿ **وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا (68) يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا (69)** ﴾.[2]

فنجد الحكم الصريح للزنا وكذا حرمة الزواج بالزاني, أما ما ورد في السيرة النبوية الشريفة وسنة الرسول ﷺ، ما عرف بقضية أو واقعة "ماعز" وهي أشهر قضايا الزنا في ذلك العصر لما تضمنته من أحكام تتعلق أساسا بالإثبات والجزاء وغير ذلك .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد ذهبوا تقريبا مذهبا موحدا في تعريف هذه الجريمة ومن ذلك نستعرض آراءهم كما يلي:

المذهب الحنفي:" الزنا هو وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك".[3]

المذهب الشافعي:" الزنا هو ايلاج الذكر بفرج محرم لعينه خال من الشبهة مشتهى طبعا".

المذهب المالكي :" الزنا هو وطء مكلف فرج امرأة لا ملك له فيه تعمدا" .

وعرفوه أيضا بأنه: "كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة ولا ملك يمين".

المذهب الحنبلي:" الزنا هو فعل الفاحشة في القبل أو الدبر"[4]

المذهب الظاهري :" الزنا هو وطء من لا يحل النظر إلى مجردها، مع العلم بالتحريم. أو هو وطء محرمة العين". [5]

والتعريف الأمثل للزنا أن الزنا هو:" الوطء في قبل خال في ملك أو شبهة".[6]

---

[1] – سورة النور، الآيتين 2_3.

[2] – سورة الفرقان, الآيتين 68 –69.

[3] – عبد القادر عودة, التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي, المجلد الثاني , دار الكتب العلمية, بيروت, الطبعة الاولى, 2005, ص287.

[4]– د/عبد الحميد الشواربي, جريمة الزنا, منشأة المعارف, الاسكندرية, بدون طبعة, 1998, ص03.

[5]– ابن حزم: ابي محمد علي بن سعيد, المحلى, ج11, ادارة الطباعة المنيرية, مصر , بدون طبعة, ص256.

[6] – بكر بن عبد الله بن بوزيد, الحدود والتعزيرات عند ابن القيم, دار العاصمة, السعودية, الطبعة الثانية, 1415هـ, ص93.

ثالثا: الفرق بين جريمتي الزنا والاغتصاب

بناء على ما سبق ان الزنا يفارق الاغتصاب بأن أحد طرفي الاغتصاب مكره عليه, أو غير مختار لفعله, وبالتالي فهو غير اثم على هذا الفعل, وغير مجّرم ولا يستـــــــحق العقوبة اما المختار فهو اثم ومجرم و مستحق للعقوبة في الدنيا والاخرة, وعقوبة الزنـــا البحت تعم الزانية والزاني, أمّا عقوبة الاغتصاب فهي مختصة بالجاني وهي في الدنيـا عقوبة حدية اما الحاقا لها بعقوبة الزنا على مذهب جمهور الفقهاء أو الحاقا لها بعقوبة الحرابة على ما ذهب اليه اخرون على ما سيأتي تفصيله.

الفرع الثاني: تعريف اللـــــواط

اولا: التعريف الفقهي للواط

اختلف الفقهاء في تعريف اللواط على قولين:

- **القول الأول:** ان اللواط مندرج في حد الزنا وهو المفهوم من تعريف الزنا عند المالكية, الشافعية والحنابلة.
- **القول الثاني:** اللواط هو ادخال رجل حشفته[1] الاصلية أو قدرها من مقطوعها في دبر رجل أو امرأة, وهما عالمان مختاران وهو قول الحنفية[2], والمالكية, والشافعية[3], والحنابلة وهو القول الصحيح.

فان الوطء في الدبر لا يسمى زنا لا لغة ولا شرعا ويشمل هذا التعريف اللوطية الصغرى (اتيان النساء في ادبارهن) أيا كانت هذه المرأة ولو زوجته أو ملك يمينه, واللوطية الكبرى (اتيان الذكران في ادبارهم) ويخرج به الزنا ومقدماته.

ثانيا: الفرق بين جريمتي اللواط و الاغتصاب

بناء على ما تقدم يظهر الفرق بين اللواط والاغتصاب في ان اللواط يكون بالتراضي من الفاعل والمفعول به وكلاهما اثم مجرم يستحق العقوبة في الدنيا والاخرة, اما جريمة الاغتصاب فان احد طرفي الفعل غير مختار فهو اما مكره على الفعل أو ليس له اختيار

---

[1] – الحشفة: هي ما يظهر من الختان.

[2] – الكاساني: الامام ابي بكر بن مسعود بن أحمد, بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, ج7, دار الكتب العلمية, لبنان, بدون طبعة, ص34.

[3] – الشافعي الصغير, شمس الدين محمد بن احمد الرملي, نهاية المحتاج الى شرح المنهاج, ج7, دار الفكر, لبنان, بدون طبعة, 1967, ص424.

صحيح كأن يكون صبيا أو مجنونا أو مغررا به أو مغشوشا فلا اثم عليه أما الجاني فيستحق العقوبة.

مما سبق نجد أن جريمة الاغتصاب في الفقه تضم جريمة الزنا واللواط بشرط اكراه الآخر على الاتصال به أو الاتصال به دون اختيار حقيقي منه, وجريمة الزنا واللواط تعني في الفقه وطء محرما خاليا من النكاح أو شبهته, فان كان اللواط في القبل و تم ايلاج الحشفة الأصلية في الفرج الأصلي كان زنا, وان كان في الدبر كان لواطا، وهذا الوطء محرم ومعاقب عليه في الشريعة سواء أضيف اليه الاكراه او انعدام الاختيار أم لم يضف.[1]

بعد استعراض ما سبق نذهب الى وضع تعريف للاغتصاب بأنه: "اتصال رجل بأنثى غير حل له شرعا اتصالا جنسيا طبيعيا كاملا دون رضا صحيحا منها بذلك, مع اتجاه ارادته اتجاها صحيحا الى مباشرة فعل الاتصال الجنسي, عالما بعدم شرعية ذلك الفعل وعدم رضاها به.[2]

والاغتصاب في الفقه الإسلامي هو عبارة عن زنا، وكل ما في الأمر أن المرأة التي زنى بها الرجل إما أنها لم تكن راضية بفعله, واما أنها كانت دون سن الرضا، وهذا وذاك يعدان مانع مسؤولية عما حدث فلا تعاقب، ويقتصر العقاب على الزاني والمغتَصب وحده، كما يعرف أيضا في الفقه الجنائي الإسلامي من حيث الظروف التي تقع فيها، وهي أن يكون بالإكراه، ومع أنثى دون سن الرضا، وفيما عدا ذلك لا يوجد أي اختلاف بين الزنا والاغتصاب.[3]

المطلب الثاني: تعريف جريمة الاغتصاب في القانون

لم تتخذ التشريعات الجنائية المقارنة موقفا موحدا بشأن تعريف الاغتصاب, لذا سوف نعالج مفهومه في كل من القانون المقارن والقانون الجزائري, وذلك من خلال الفرعين التاليـــــــن:

[1]- ابراهيم بن صالح بن محمد اللحيدان, مرجع سابق, ص ص 37 – 39.

[2] – عادل يوسف عبد النبي الشكري, مقال بعنوان: "جريمة الاغتصاب في ضوء سياسة التجريم والعقاب المعاصرة", مجلة الكوفة, العدد13,ص 83.

[3] – أمال نياف, الجريمة الجنسية المرتكبة ضد القاصر, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقوبات والعلوم الجنائية, كلية الحقوق, جامعة قسنطينة,2012_2013, ص31.

الفرع الاول: تعريف جريمة الاغتصاب في القانون المقارن

أولا: تعريف الاغتصاب في القانون الفرنسي

لقد عرف الأستاذ جارو الاغتصاب بأنه :" كل فعل معاشرة شهوانية يقع على امرأة رغما عن إرادتها" فيقول:

Ceci posé, et en la absence de toute definition précise donnée par le code pénal, il résulte de ces précédents qu'on a toujours entendu par viol le fait de connaître charnellement une femme sans la participation de sa volonté.

وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 222/23 من قانون العقوبات الحالي الصـــــادر في 22 يوليو 1992 والذي جرى العمل به اعتبارا من أول مـــــارس سنة 1994 الاغتصاب بأنه :"كل ايلاج جنسي, أيا كانت طبيعته, يرتكب من شخص الغير بالعنف او الاكراه او التهديد او المباغتة".[1]

« Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violences contrainte, menace ou surprise est un viol » [2]

ويلاحظ على هذا النص تبني المشرع الفرنسي مفهوما واسعا للاغتصاب بتضمينه النص عبارة (أيا كانت طبيعته) ليشمل كل افعال الوطء او الايلاج ,مشكلا للصلات الجنسية غير الطبيعية, سواء اتحد جنس الجاني والمجني عليه أو اختلف، وعليه فإن جريمة الاغتصاب لم تكن مقصورة على المرأة فقط بل تشمل الرجل ايضا.

وسواء تم الوطء أو الايلاج في القبل أو الدبر أو حتى في الفم على شرط أن تتم هذه الأعمال بالعنف.[3]

---

[1] – عادل يوسف عبد النبي الشكري, مرجع سابق، ص 80.

[2]– د/نهى القاطرجي, جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي, مجد, بيروت, الطبعة الاولى, 2003 نقلا عن

picat,jean :violence meurtieres et sexielles, presses universaires de France 1992, P24

[3]- مكي دردوس، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية قسنطينة، الجزائر، 2007, ص 163.

والملاحظ أن النص الجديد اضاف كلمة التهديد الى التعريف, وحالات انعدام الرضا الواردة في المادة لم تأت على سبيل الحصر والتحديد وانما يتسع مدلولها ليشمل كافة الصور التي لا يتوافر فيها رضا المجني عليها رضا صحيحا بالمواقعة وهو الراجح والسائد في الفقه و القضاء الجنائي الفرنسي, ولم تشر المادة الى الركن المعنوي للجريمة بالرغم من أهميته لكونه يمثل الأصول النفسية لماديات الجريمة والسيطرة النفسية عليها.[1]

ثانيا: تعريف الاغتصاب في القانون المصري

الاغتصاب كما عرفه قانون العقوبات في المادة 267 منه هو: "مواقعة انثى بغير رضاها", وقد نصت المادة على أنه: "من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة فإذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادما بالأجر عندها أو عند ممن تقدم ذكرهم يعاقب بالأشغال الشاقة المؤبدة".[2]

وبهذا يكون المشرع المصري قد تعرض لجريمة الاغتصاب واعتبرها جناية يعاقب مرتكبيها بالأشغال الشاقة المؤقتة ثم شدد العقوبة إلى الأشغال الشاقة المؤبدة لتصل إلى الإعدام, وجريمة الاغتصاب هي من الجرائم المادية لا الشكلية لأن الحدث المكون لها هو الوطء بدون رضا المرأة و هو في ذاته حدث ضار يتمثل في العدوان على الحرية الجنسية.

و في الوقت ذاته فان عدم رضا المرأة لا يجعل وقوع الجريمة راجعا إلى سلوك منها و إنما تعزى الجريمة إلى سلوك الرجل وحده و بالتالي تدخل في عداد جريمة الفاعل الوحيد لا جريمة الفاعل المتعدد.

و بما أن المشرع المصري اعترف للأفراد بالحرية الجنسية مما يعني اعتبار ممارسة هذه الحرية نشاطا مشروعا دون تقييد ذلك، باشتراط علاقة زوجية بين أطراف الصلة الجنسية وحصر مجال التجريم في أفعال الاعتداء على الحرية الجنسية التي ترتكب دون رضا صحيح ممن تقع عليها، ويشمل ذلك حالات يرتكب فيها الفعل دون رضا على الإطلاق، كما يشمل حالات يرتكب فيها الفعل برضا صادر عن شخص لم يبلغ سنا معينة يحددها القانون.

---

[1]– عادل يوسف عبد النبي الشكري, مرجع سابق، ص 80.

[2] – المادة 267 من قانون العقوبات المصري طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003 المعدل لقانون رقم 58 لسنة 1937.

ولقد سار المشرع المصري على منوال المشرع الفرنسي بعدم العقاب على الاعتـــــداءات على الحريـة الجنسية في كل صورها فانتقى صورا معينة تتميز عن غيرها يتعدى الأذى فيها إلى الغير منها جريمة الاغتصاب التي تعد من أشد جرائم الاعتداء على العرض.

ومما لا شك فيه أن المشرع المصري قد تبني المفهوم الضيق لفعل المواقعة الذي تقوم به جناية الاغتصاب في قصره لهذا الفعل على مجرد "إيلاج رجل لقضيبه في فرج المرأة دون رضاها " كشكل وحيد لا تقوم تلك الجريمة إلا به، وهو نفسه المفهوم الذي يعتنق في الجزائر.[1]

والاغتصاب هو:" اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا كاملا دون رضاها" ويطلق على لفظ الاغتصاب في القانون بالمواقعة أي إيلاج عضو التذكير في الموضع الطبيعي المعد له من جسم المرأة أي في فرجها, وأن لا يكون هناك عقد زواج يربط الطرفين، وبالتالي فإن مواقعة الزوج لزوجته دون رضاها لاتعد اغتصابا لأنها نوع من أنواع استعمال حق مشروع للزوج.[2]

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المنوال بأنه " ولما كان للزواج في الشريعة الإسلامية هو عقد وضع لتملك المتعة بالمرأة قصدا، كان في أحكامه أن تحتبس المرأة في بيت زوجها وأن يكون عليها طاعته والمبادرة إلى فراشه إذا التمسها لذلك ولم تكن ذات عذر شرعي، وأن للرجل أن يعاقبها العقاب الشرعي إذا لم تجبـه إلى هذا الالتماس وهي طاهرة ".

فالمرأة مجبرة بحكم العقد والشرع إلى الاستجابة لزوجها عند الطلب والا كان له حق عقابها وإكراهها.

كما عرف الدكتور رمسيس بهنام الاغتصاب بأنه:" وطء المرأة بإيلاج عضو التذكير في المكان المعد له من جسمها دون رضاها، ومقتضى هذا أن يكون الجاني قادر على الإيلاج وأن يكون عضو المرأة صالحا له والا كان الفعل إخلال بالحياء أو شروعا في الاغتصاب".

ولا يقع الاغتصاب إلا من رجل على امرأة، فارتكاب الفحشاء من ذكر على ذكر أو من امرأة على امرأة يعد فعل مخل بالحياء لا اغتصابا متى تم بغير رضا المجني عليه أو عليها، فإذا تم بالرضا فلا جريمة فيه ما لم يكن علنيا إذا يحقق عندئذ الفعل العلني الفاضح.[3]

---

[1] - مسعودي بركاهم, جريمة الاغتصاب, مذكرة لنيل شهادة القضاء, دفعة 2005-2006, ص8.

[2] – أحمد محمود خليل، جرائم هتك العرض, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, بدون طبعة, 1990, ص22.

[3] – مسعودي بركاهم, مرجع سابق, ص 9.

وجريمة الاغتصاب تعد من الجنايات الموجهة ضد الحرية الجنسية فلا عبرة بسن المرأة ولا بمدى جمالها وجاذبيتها أو كانت بكرا أو ثيبا أو متزوجة أو غير متزوجة، صغيرة في السن أم كبيرة، شريفة أم ساقطة فالعبرة بالفعل المادي المكون للجناية هو الوطء الطبيعي بإيلاج عضو الذكر في عضو المرأة فإتيان المرأة من الخلف ،أو وضع أصبع أو وضع شيء آخر في فرجها لا يعد اغتصابا وإنما فعل مخل بالحياء، وإذا أخذ الفعل المادي شكل الاحتكاك على فرج المرأة من الخارج لا تقوم الجريمة.

ثالثا: تعريف الاغتصاب في القانون الدولي

طبقا للمادة السابعة الفقرة الاولي من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية[1] الدائمة (روما) التي وصفت جريمة الاغتصاب بكافة أشكالها على أنها جريمة ضد الإنسانية عندما ترتكب بطريقة منظمة ضد مجموعة من السكان المدنيين، كذلك أشارت إليها العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية في موادها، إلا أن جريمة الاغتصاب رغم خطورتها على المجتمع الدولي والتي تمس شرف وإحساس الإنسان الا أنها لم تحظ باتفاقية خاصة بها.

ولقد حظر القانون الدولي الاغتصاب وغيره من أشكال الاعتداء الجنسي، كما أشارت إليه المادة 27 من اتفاقية جنيف [2]التي تحظر بصفة خاصة الاغتصاب، كما ورد حظر الاغتصاب ضمنيا والاعتداء الجنسي في المادة 4 الفقرة الاولى من البروتوكول الإضافي الثاني المتعلق بالنزاعات المسلحة التي تنص على أنه: " لجميع الأشخاص الحق في احترام شخصهم وشرفهم", وكذا المادة 46 من اتفاقية لاهاي لسنة 1907 [3], والمادة 76 الفقرة 1 من البروتوكول الإضافي الأول التي تقضي بحماية النساء من الاغتصاب.[4]

وأخيرا يحظر الاغتصاب بصفته جريمة ضد الإنسانية بموجب المادة 5 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا (السابقة), وكذا بموجب المادة 3 من نظام المحكمة الجنائية الدولية برواندا دقيقا ومن أكثر الأحكام صلة بالموضوع هي اتفاقية جنيف التي أشارت في المادة 27 الفقرة 2 من الباب الرابع "يجب حماية النساء بصفة خاصة ضد أي

[1] – المادة 7 من نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة المعتمد في 17 جويلية 1998.

[2] – المادة 27 من اتفاقية جنيف بشان حماية الاشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 اب 1949.

[3]– المادة 46 من اتفاقية لاهاي لسنة 1907 التي تقضي بحماية النساء من الاغتصاب.

[4] – د/ عبد القادر البقيرات، مفهوم الجرائم ضد الإنسانية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2004, ص ص110-111.

اعتداء على شرفهن ولا سيما ضد الاغتصاب والإكراه على الدعارة وأي هتك لحرمتهن ", وأشارت كذلك المادة 76 الفقرة 1 من البروتوكول الأول يجب أن تكون النساء موضع احترام خاص وأن يتمتعن بالحماية ولاسيما ضد الاغتصاب والإكراه والدعارة، وضد أي صورة أخرى من صور خدش الحياء.[1]

أما المحكمة الجنائية الدولية فقد شهدت العديد من قضايا الاغتصاب, وتعد قضية المدعي العام ضد " جون بول أكايسوا"[2] اهم القضايا التي عرضت على المحكمة الجنائية الدولية لرواندا.

والتي عرفت الاغتصاب في إطار الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وخلصت الدائرة الابتدائية التي تنظر في هذه القضية إلى أنه ليس هناك تعريف متعارف عليه بشكل عام لهذا المصطلح في القانون الدولي، وأقرت بأنه في الوقت الذي يعرف فيه الاغتصاب في قوانين وطنية معينة باعتباره " جماعا بغير تراض " فإن هناك تعاريف مختلفة له.

وخلصت المحكمة إلى أن الاغتصاب شكل من أشكال العدوان وهو اعتداء بدني ذو طبيعة جنسية يرتكبه الشخص في ظل ظروف من الإكراه، وبناء على هذا التعريف اعتمدت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا في حكمها في قضية" أكايسوا".

وعرفت المقررة الخاصة للأمم المتحدة بشأن حالة الاغتصاب المنهجي وللاسترقاق الجنسي والممارسة الشبيهة بالرق خلال فترات النزاع المسلح على أنه إيلاج أي شيء، بما في ذلك قضيب الشخص في ظروف القسر أو الإكراه أو الإجبار، في فرج أو شرج الضحية أو إيلاج قضيب الشخص في فم الضحية، وتعرف الاغتصاب بعبارات محايدة من حيث نوع الجنس، إذ أن الرجال والنساء على السواء يكونون ضحايا للاغتصاب, فالظروف القسرية الواضحة التي توجد في كل حالات النزاعات المسلحة تنشئ قرينة بعدم القبول وتبطل حاجة سلطة الادعاء إلى إثبات عدم القبول باعتباره ركنا من أركان الجريمة والى جانب ذلك، فإن القبول ليس مسألة قانون أو واقع عند النظر في مسؤولية قيادة كبار

[1] - عبد القادر البقيرات, مرجع سابق, ص 112.

[2] – **جون بول أكايسوا:** رئيسا لبلدية "تابا" وهي مدينة شهدت اغتصاب الآلاف من اهل "التوتسي" اثناء الابادة الجماعية في رواندا عام 1994 , وجهت له عدة تهم من بينها الاغتصاب, هتك العرض... وفي 2سبتمبر 1998 ادانته المحكمة بتسع تهم تخص الابادة والتعذيب, والتحريض على الاغتصاب, ومثلت ادانته اول ادانة دعت فيها المحكمة الى تفسير تعريف الابادة الجماعية.

الضباط الذين يأمرون بارتكاب الجرائم كالاغتصاب في حالات النزاع المسلح أو يسهلون ارتكابها إلا أن قضية القبول يمكن إثارتها باعتبـــارها دفعا إيجابيا.

ولذا نرى تعريف الاغتصاب الذي يمثل جريمة ضد الإنسانية أنه اعتـداء بدني ذي طبيعة جنسية يرتكبه شخص بالقوة أو بالتهديد بطرق منهجية منظمـــة ضد السكان المدنيين.[1]

الفرع الثاني: تعريف جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري

نص المشرع الجزائري على جريمة الاغتصاب في المادة **336** عقوبات ضمن جرائم انتهاك الآداب بصفة عامة في القسم السادس، من الفصل الثاني، من الباب الثاني ،من الكتاب الثالث ،من الجزء الثاني، من قانون العقوبات والتي تقابلها المواد 232 عقوبات فرنسي والمادة 267 عقوبات مصري و407 عقوبات ليبي و419 عقوبات سوري, والمادة 232 عقوبات عراقي.

ويعرف الاغتصاب بأنه اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا كاملا دون رضا صحيح منها بذلك، وعلة تجريمه أنه اعتداء على العرض، فالجاني يكره المجني عليها عن سلوك جنسي لم تتجه إليه إرادتها فيصادر بذلك حريتها الجنسية, ومن ثم كان الاغتصاب أشد جرائم الاعتداء على العرض جسامة.

وبالرجوع للقانون الجزائري نجد انه لم يعط أي تعريف لجريمة الاغتصاب كما لم يحدد أركانها مما يجبرنا للرجوع إلى الفقه و القضاء من أجل تحديد المفهوم القانوني لـــــها.

و ما يستشف من أحكام القضاء الجزائري أن الاغتصاب هو" مواقـــــعة رجل لامرأة بغير رضاها".[2]

ويعرّفه بعض الفقه بانه:" إتيان امرأة بغير رضاها وممارسة العملية الجنسية الطبيعية ممارسة كاملـة".

وعرّفه الاستاذ فتوح عبد الله الشاذلي بأنه: "اتصال رجل بامرأة غير زوجته اتصالا جنسيا كاملا دون رضاء صحيح منها".[3]

---

[1] – عبد القادر البقيرات, مرجع سابق, ص112

[2] – د/ أحسن بوسقيعة, , الوجيز في القانون الجنائي الخاص , الجزء الأول, دار هومة, الجزائر, الطبعة 2010, ص 91.

[3] – لحسين بن الشيخ اث ملويا, المنتقى في القضاء الجزائي, دار هومة, الجزائر, بدون طبعة,2010, ص109.

أما المستشار عبد العزيز سعد فقد عرف الاغتصاب بانه:" فعل ممارسة رجل لعمل جنسي مع امرأة محرمة عليه شرعا وقانونا بالإكراه ودون رضاها".[1]

وقد نص المشرع الجزائري في المادة **336** من قانون العقوبات الجزائري:" كل من ارتكب جناية هتك العرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس الى عشر سنوات.

واذا وقع هتك العرض ضد قاصرة لم تكمل السادس عشر فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشرة الى عشرين سنة".[2]

والملاحظ أن النص العربي للمادة السابقة اطلق على الاغتصاب تسمية هتك العرض وهي ترجمة خاطئة لكلمة "**viol**" المذكورة في النص الفرنسي, والعبارة الصحيحة هي الاغتصاب, إذ لم يوفق المشرع الجزائري في ضبط المصطلحات المقررة للجريمة مما جعلنا أمام جريمة ثانية غير الاغتصاب هي جريمة هتك العرض, وحتى يظهر المقصود الحقيقي للاغتصاب كان لابد لنا من التعرف على مفهوم جريمة هتك العرض, وتمييزها عن الاغتصاب وهو ما سنتناوله فيما يلي:

- **مفهوم جريمة هتك العرض وتمييزها عن الاغتصاب:**

لم يحدد قانون العقوبات الجزائري و غالبية قوانين الدول العربية والقانون فرنسي المقصود بهتك العرض, ولم يبين الافعال التي تعتبر اعتداء على العرض لصعوبة حصرها, وترك الأمر للفقه و القضاء .

ويمكن تعريف هتك العرض بانه: "كل فعل مخل بالآداب يمس جسم الغير مباشرة".[3]

ويعرف كذلك بأنه:" كل فعل مخل بالحياء يستطيل الى جسم المجني عليه وعوراته, ويخدش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية".[4]

---

[1] – د/ عبد العزيز سعد , الجرائم الواقعة على نظام الأسرة, الديوان الوطني للأشغال التربوية, الجزائر, الطبعة الثانية, ص 71.

[2] – الامر قم 66– 156 المؤرخ في 18صفر1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[3] – د/ محمد صبحي نجم, شرح قانون العقوبات الجزائري "القسم الخاص", ديوان المطبوعات الجامعية, الجزائر, الطبعة الخامسة, 2004, ص 78.

[4] – منى محمد الحمداني ورنا عبد المنعم يحي, مقال بعنوان" الحماية الجزائية لعرض الطفل في قانون العقوبات العراقي", مجلة بحوث مستقبلية, العدد 33–34, مركز الدراسات المستقبلية, كلية الحدباء الجامعة,2011, ص183.

ان أهم ما يميز جريمة الاغتصاب عن جريمة هتك العرض أن جريمة الاغتصاب لا تقع الا من ذكر على انثى أي يجب أن يكون الجاني فيها ذكرا, في حين ان هتك العرض يقع من ذكر على انثى أو ذكر, ويشترط في الاغتصاب ان يتم الوقاع المتحقق بالاتصال الجنسي الطبيعي التام بين الرجل والمرأة, بخلاف هتك العرض الذي يشمل ما دون الوقاع من الافعال الماسة بالعرض, كما يدخل فيه وقاع الصغيرات اذا لم يكن مصحوبا بقوة أو تهديد.[1]

مما سبق تتضح لنا عدة نقاط لابد من ذكرها حتى يزول كل ما هو مبهم في هذه الجريمـــــــــــة:

- ✓ في القانون الجزائري لا يقع الاغتصاب (هتك العرض) إلا من رجل على امرأة على عكس ما هو وارد في الفقه الاسلامي الذي يعتبر جريمة الاغتصاب تقع حتى على الذكـــــر.
- ✓ لا يتم هتك العرض في القانون الجزائري إلا بإيلاج عضو التذكير في فرج المرأة وعليه فإن وضع الأصبع أو قضيب أو غيره في فرج المرأة لا يعد اغتصابا، أمّا في الفقه الاسلامي فإنه يعتبر الاغتصاب أي إيلاج جنسي سواء كان في القبل او الدبر.
- ✓ لا يعد اغتصابا إيلاج عضو التذكير في أجزاء الجسم الأخرى من غير فرج المرأة، كأن يتم الإيلاج في فمها أو في دبرها.
- ✓ لا يهم في جريمة الاغتصاب أن تكون الضحية بكرا أو فاقدة بكارتها متزوجة أو مطلقة، عفيفة أو فاجرة، راشدة أو قاصرة في كلا من الفقه الاسلامي والقانون الجزائري.
- ✓ يشترط في الاغتصاب عدم مشروعية المواقعة وبالتالي لا يعتبر اغتصابا إكراه الزوج لزوجته على الجنس سواء في الفقه الاسلامي او القانون الجزائري.

إن ممارسة العنف من طرف الزوج على زوجته لا يشكل اغتصابا(هتك عرض) فقد يعاقب الزوج العنيف بتهمة الضرب والجرح إن هو تعدى الحد، ولكن لا يمكن أبدا متابعته بتهمة الهتك, لأن ما بلغه من زوجته ولو كان باستعمال العنف والاكراه فهو من الاهداف الاساسية للزواج هذا من جهة, ومن جهة اخرى لان الزواج بصفة عامة هو قرينة على رضا الزوجة على مواقعه الزوج لها ولا حاجة الى تكرار هذا الرضا في كل اتصال جنسي.[2]

[1] – محمد صبحي نجم, مرجع سابق, ص 78.

[2] – مكي دردوس, مرجع سابق, ص165.

المبحث الثاني: أركان جريمة الاغتصاب

ان جريمة الاغتصاب كغيرها من الجرائم يتطلب قيامها عدة اركان سواء في الشريعة الاسلامية أو في القوانين الوضعية, فالمشرع الجزائري لم يعط أي تعريف لهذه الجريمة ولم يعدد اركانها بالرغم من خطورتها البالغة, وانما نستشف ذلك من أحكام القضاء الجزائري, وعليه سنتناول الاركان الواجب توافرها في هذه الجريمة حتى تسلط عليها العقوبات اللازمة في كلا من الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري وذلك من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الاول: أركان جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي

ان ركن الشيء هو الماهية التي لا يتحقق بدونها, والعقاب لا يتصور الا ان يكون اثر للجريمة وأثر الشيء لا يكون جزء منه.[1]

وبالرجوع الى كتب الفقه الاسلامي نجد اكثرها يتجه الى اركان الجريمة الثلاث:

الركن الأول :أن يكون هناك نص شرعي يحدد الجريمة ويبين الجزاء المترتب عليها، وهو ما يسمى" بالركن الشرعي."

الركن الثاني :أن يقع من المجرم الأمر المادي المكون للجريمة، سواء أكان هذا الأمر إيجابيًا أم سلبيًا، فاعلا أصليًا أم اشتراكًا، جريمة تامة أم شروعًا، وهذا ما يسمى" بالركن المادي."

والركن الثالث : أن تتوافر في المجرم مسؤوليته عن هذا الأمر الذي وقع منه والذي نص على تجريمه وعقابه، وذلك بتوافر عناصر المسؤولية الأدبية في شخصه من حيث الإدراك والإرادة، ومن حيث الخطأ العمدي أو غير العمدي، ومن حيث ارتكاب الأمر بغير حق يستعمله، أو واجب يؤديه، وهذا ما يسمى" بالركن الأدبي".[2]

الفرع الاول: الركن الشرعي

ان الاغتصاب اكراه على الزنا فهو فاحشة عظيمة, وهو من الكبائر العظام وقد اتفقت كل الشرائع على تحريمه, ولم يحل في شريعة قط ولهذا كان اشد الحدود لأنه جناية على

---

[1] – الامام: محمد أبو زهرة, الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي–الجريمة–, دار الفكر العربي, القاهرة, بدون طبعة, 1998, ص 131.

[2] – المرجع نفسه, ص 286.

الاعراض والانساب, وقد ثبت تحريمه في القرآن والسنة والاجماع والمعقول ندرج بعضا من ادلة التحريـــــم فيما يلي:

اولا: القران الكريم

لقد وردت العديد من الآيات القرآنية الي تحرم الزنا واللواط باعتبارهما من أشد الفواحش, فنجد قوله تعالى: ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَا إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا** ﴾. [1]

وكذا قوله تعالى: ﴿ **وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ يَلْقَ أَثَامًا (68) يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا (69)** ﴾[2].

والاصل في مشروعية حد الزنا للبكر قوله عز وجل: ﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ (2)** ﴾.[3]

ونجد في قول الحق عز وجل: ﴿ **وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَمَنْ يُكْرِهْهُنَّ فَإِنَّ اللَّهَ مِنْ بَعْدِ إِكْرَاهِهِنَّ غَفُورٌ رَحِيمٌ (33)** ﴾.[4]

ان الله سبحانه عز وجل ينهي على الاكراه على الزنا, فان تم فان الله غفور رحيم لن يؤاخذ المكرهات على الزنا ارساء لمبدأ أن الاكراه على الزنا يدفع الحد.[5]

أما تحريم اللواط فقد ورد في قوله تعالى: ﴿ **وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ (80)** ﴾,[6]

وقد اعتبره الحق تعالى فاحشة وقال: ﴿ **وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ** ﴾.[7]

ولقد عذب الله قوم لوط بما لم يعذب به احد من الناس من قبل.[8]

---

[1] – سورة الاسراء, الآية 32.

[2] – سورة الفرقان, الآيتين 68 –69.

[3] – سورة النور، الآية 2.

[4] -سورة النور, الآية 33.

[5] – محمد بن فهد بن مرزوق المطيري, اثر الاكراه على المسؤولية الجنائية في جريمة الزنا بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية, مذكرة لنيل درجة الماجستير, قسم العدالة الجنائية, كلية الدراسات العليا, جامعة نايف للعلوم الامنية, دفعة 2014, ص 181.

[6] _ سورة الاعراف, الآية 80.

[7] – سورة الانعام, الآية 151.

[8] – وهبة الزحيلي, الفقه الاسلامي وادلته, الجزء السادس, دار الفكر, دمشق, الطبعة الرابعة, ص24.

ثانيا: السنة النبوية

لقد ثبتت حرمة الزنا في السنة النبوية , ويظهر ذلك خلال تطبيق الرسولﷺ لحد الزنا (في رجم المحصن), فرجم الرسولﷺ ماعزا الذي اعترف بالزنا, ورجم كذلك امرأة من بني غامد أقرت بالزنا فرجمها بعد ان وضعت بأخبار بعضها متواتر.

بالإضافة الى وجود عددًا من الأحاديث عن الإكراه على الزنا نعرض بعضها على سبيل المثال :

روى عبد الجبار بن وائل عن أبيه قال:"استكرهت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فدرأ الحد عنها، وأقامه على الذي أصابها ولم يذكر أنه جعل لها مهرًا".[1]

عن علقمة بن وائل الكندي عن أبيه قال: "أن امرأة خرجت على عهد النبي ﷺ تريد الصلاة، فتلقاها رجل فتجللها فقضى حاجته منها فصاحت فانطلق, ومر عليها رجل فقالت : إن ذاك الرجل فعل بي كذا وكذا ومرت بعصابة من المهاجرين فقالت: إن ذاك الرجل فعل بي كذا وكذا، فانطلقوا فأخذوا الرجل الذي ظنَّت أنه وقع عليها، وأتوها، فقالت : نعم هو هذا فأتوا به لرسول ﷺ فلما أمر به ليرجم، قام صاحبها الذي وقع عليها فقال : يا رسول الله، أنا صاحبها فقال لها: "اذهبي فقد غفر الله لك وقال للرجل الذي اتهم خطأ قولا حسنًا، وقال للرجل الذي وقع عليها" أرجموه"، وقال :" لقد تاب توبة لو تابها أهل المدينة لقبل منهم[2]."

ثالثا: الاجماع

أجمعت الامة على مشروعية الرجم.[3]

واتفق ائمة المذاهب الاربعة على انه لا يجب الحد على الصبي والمجنون لقوله ﷺ " رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يكبر, وعن النائم حتى يستيقظ, وعن المجنون حتى يفيق".[4]

---

[1] _ اخرجه الترميذي في سننه (1454), وابن ماجة (2668), والبهيقي في السنن الكبرى (17388).

[2] – اخرجه الترميذي في سننه (1455), وابو داوود في سننه (4379).

[3] – وهبة الزحيلي, مرجع سابق, ص 41.

[4] – السمرقندي: عبد الله بن عبد الرحمان دارمي, سنن الدارمي, الجزء الثاني, كتاب الحدود, دار الكتاب العربي, 1987, رقم الحديث 2296, ص 225.

رابعا: المعقول

يوجب مثل هذا العقاب لان زنا المحصن غاية في القبح فيجازى بما هو غاية من العقوبات الدنيوية, وحد الزنا من حقوق الله تعالى الخالصة له, أي من حقوق المجتمع لما يترتب على الزنا من اعتداء على الاسرة والنسل ونظام المجتمع .

الفرع الثاني: الركن المادي (الفعل المحرم)

يعد الركن المادي الركن الاساسي في جريمة الاغتصاب , ولقد حددت الشريعة الاسلامية جملة من الشروط الواجب توافرها في كلا من الجاني او المغتصب والمجني عليه حتى يستحق العقاب رغم اختلافهم فيها, فلابد ان يكون المغتصب مكلفا(عاقلا, بالغا), عالما بتحريم هذا الفعل, مختارا, قادرا على الجماع في حين انه يشترط في الضحية الادمية, الحياة, كونها مشتهاة طبعا, وان تكون مكرة على الزنا, الانوثة على اختلاف الفقهاء فيها.

اولا: تعريف الوطء المحرم

الوطء هو إيلاج الرجل عضو ذكورته في فرج المرأة مقدار اختفاء الحشفة أو قدرها بين الشفرين, إذا فالوطء يكون في الفرج كما الميل في المكحلة والرشاء في البئر وإدخال الحشفة أو قدرها يعتبر اغتصابا ولو دخل الذكر في هواء الفرج ولم يمس جدره، كما أنه يعتبر اغتصابا سواء حدث إنزال أم لم يحدث[1]، والقاعدة العامة هي أن الوطء المحرم المعتبر اغتصابا هو الذي يحدث في غير ملك فكل وطء من هذا النوع عقوبته الحد ما لم يكن مانع شرعي من هذه العقوبة، فلا يعتبر وطء الصبي والمجنون زنا وهذا باتفاق جميع الفقهاء[2]، وقد حدد بعض الفقهاء شروط يجب أن تتوفر في الذكر الذي هو آلة الإيلاج وهي :

- أن يكون ذكرا آدميا واضح الذكورة.
- أن يكون متصلا .
- أن يكون أصليا .
- ويشترط أن يكون صحيحا كما لا يؤثر أن يكون ملفوفا في خرقة مثلا.

والوطء الذي يوجب الحد هو ايلاج الحشفة وتغييبها في الفرج, والوطء يتناول الايلاج المجرد عن الانزال, ولا يشترط ان يكون الوطء بإيلاجه فأنه أو كان مستلقيا, فأدخلت ذكره

[1] – عبد القادر عودة, مرجع سابق, ص 350.

[2] – احمد محمود خليل, مرجع سابق, ص 17.

في فرجها لزمها الحد, فاذا ادخل المغتصب الحشفة في فرج امرأة أو دبـــرها أو دبر ذكر بدون رضا فقد تم الوطء ويحصل الاغتصاب.[1]

وبالتالي يخرج عنه مقدمات الوطء كالتقبيل و المعانقة... وكذلك السحاق فلا حد عليه لأنه لا يتضمن ايلاجا, فأشبه المباشرة دون الفرج وعليها التعزير لآنه زنا لا حد فيه, فأشبه مباشرة الرجل المرآه من غير جماع, أو باشر الرجل المرأة فاستمتع بها فيما دون الفرج, فلا حد عليه وان اوجب التعزير.[2]

فكل هذه الأفعال وإن كانت من مقدمات الزنا إلا أنها لا تعتبر كذلك ولا يستوجب فيها الحد وإنما تحدد لها عقوبة تعزيرية، وهذا ما جاء في السيرة عن الرسولﷺ فعن وهب بن جرير قال عن النبيﷺ أنه قال لماعز بن مالك " لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت، قال: لا، قال: أفَنِكْتها ؟[3] قال نعم، قال فعند ذلك أمر برجمه ".

وجاء أيضا عن عبد الله " أن رجل جاء إلى النبيﷺ فقال إني عالجت[4] امرأة من أقصى المدينة فأصبت منها مادُن أن أمسّها فأنا هذا فأقم عليّ ما شئت، فقال عمر قد ستر الله عليك لو سترت على نفسك ، فلم يرد عليه النبيﷺ شيئا ، فانطلق الرجل فأتبعه النبي ﷺ رجلا فدعاه فتلا عليه ﴿ وَأَقِمِ الصَّلَاةَ طَرَفَيِ النَّهَارِ وَزُلَفًا مِنَ اللَّيْلِ ﴾ إلى آخر الآية فقال رجل من القوم يا رسول الله ألله خاصة أم للناس ؟ فقال للناس كافة ".

الملاحظ من هذه الأحاديث أن الشريعة الإسلامية جعلت الوطء في غير حلال زنا أما ما دونه من مقدمات فلا يعتبر زنا وعليه فهي تعاقب عليه بعقوبة تعزيرية, إذ أن الشريعة تعتبر الفعل في الحالتين جريمة تامة ، ولا تعتبر الوطء جريمة تامة وما دون ذلك شروعا في الجريمة ، بل هو أيضا جريمة قائمة بذاتها, إلا أن هناك نوع من الوطء يعتبر محرما شرعا

---

[1] – عبد الحميد الشواربي, مرجع سابق, ص 14.

[2] – ابن قدامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد, المغني, الجزء 10, دار عالم الكتب, الرياض, الطبعة الثالثة,1997, ص32.

[3] – أفنكتها ، بكسر النون وسكون الكاف أي أفجامعتها .

[4] – عالجها: أي استمتع بها بجميع أنواع الاستمتاع إلا الجماع والمراد به القبلة والمعانقة...

ولكنه لا يعتبر زنا لأن التحريم في هذه الحالة عارض ، كوطء الرجل زوجته الحائض أو النفساء أو الصائمة أو المُحَرَمة أو التي ظاهر منها فكل ذلك محرم لكنه لا يعتبر زنا[1].

فإذا كان الوطء بين الرجل والمرأة في غير حل قام الركن المادي للجريمة.

ثانيا: الصور المختلفة للوطء

➢ ***الوطء في الدبر:***

اتفق الأئمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد على أن الوطء في الدبر هو وطء محرم كالوطء في القبل سواء تم في أنثى أو رجل ويشاركهم في هذا الرأي محمد وأبو يوسف من أصحاب أبي حنيفة ، وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى: والخطاب موجه لقوم لوط : ﴿ **إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ**﴾[2] وقولـــه: ﴿ **إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ**﴾[3] , وقولـــه تعالى: ﴿ **وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانِهَا مِنْكُمْ فَآذُوهُمَا**﴾.[4]

فجعل سبحانه وتعالى الوطء في الدبر فاحشة، والوطء في القبل فاحشة فسمى أحدهما بما يسمى به الآخر[5].

أما الإمام أبو حنيفة فلا يعتبر الوطء في الدبر زنا سواء كان ذكرا أم انثى, وحجته في ذلك أن الوطء في القبل يسمى زنا والوطء في الدبر يسمى لواطا فضلا عن أن الزنا يؤدي إلى اختلاط الأنساب وتضييع الأولاد وليس الأمر كذلك في اللواط, كما أن العقوبة تُشرع دائما لما تغلب وجوده والزنا وحده هو الغالب بعكس اللواط كما أن اللواط لا يجب فيه حد الزنا ، بل تستوجب فيه عقوبة تعزيرية ويسجن فاعله حتى يموت أو يتوب، ولو اعتاد اللواط قتله الإمام.

➢ ***وطء الزوجة في دبرها:*** من المتفق عليه أن وطء الزوجة في دبرها لا يعاقب عليه بالحد لأن الزوجة محل للوطء ولأن الرجل يملك وطء زوجته، وإنما يعتبر الزوج في هذه الحالة مرتكبا لمعصية يعاقب عليها بعقوبة تعزيرية[6].

---

[1] – عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص 350 .

[2] – سورة العنكبوت, الاية 28.

[3] – سورة الاعراف, الاية 181.

[4] – سورة النساء, الاية 16.

[5] – عبد القادر عودة ، مرجع سابق, ص 351.

[6] – عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 16.

➢ ***وطء الأموات :***

لقد اختلف الفقهاء في وطء الأموات فقد رأى أبو حنيفة أن وطء المرأة الأجنبية الميتة لا يعتبر زنا وكذلك استدخال المرأة ذكر الأجنبي الميت في فرجها, وهذا ما درج نحوه راي من الشافعية والحنابلة ، والقائلون بهذا يوجبون التعزيز وحجتهم في ذلك أن عضو الميت مستهلك ، ولأنه عمل تعافه النفس ولا يشتهى عادة .

أما الرأي الثاني من مذهب الشافعي وأحمد فيعتبر الفعل زنا يجب فيه الحد إذا لم يكن بين زوجين لأنه وطء محرم بل هو أ عظم من الزنا وأكثر إثما كونه هتك حرمة الميت أما مالك فيرى أن من أتى ميتة في قبلها أو دبرها حال كونها غير زوج له فإنه يعتبر زانيا ويعاقب بعقوبة الزنا لالتذاذه بذلك الفعل, أما إذا وطء الرجل زوجته فلا حدعليه، وكذلك بالنسبة لإدخال المرأة ذكر ميت غير زوجها في فرجها فإنها تعزر وهذا لانعدام اللذة[1].

➢***وطء البهيمة:***

إذا وطء الرجل بهيمته أو إن مكنت المرأة حيوانا منها (قردا، كلبا) ففي الموضوع ثلاثـــــــة آراء:[2]

✓ فقال بعض الفقهاء أن وطء البهائم لا يعتبر زنا وإنما يعاقب عليه مرتكبه بعقوبة تعزيرية وأصحاب هذا الرأي هم المالكية والحنفية، وهذا ما ذهب إليه كذلك بعض من الشافعية والحنابلة .

✓ الرأي الثاني ويمثله فريق آخر من الشافعية والحنابلة فيعتبرون الفعل زنا ولكنه يعاقب عليه بالقتل في كل الأحوال وسند هذا الرأي ما روى عن الرسول ﷺ " من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة " وهو حديث لا يصححه الكثيرون.[3]

✓ الرأي الثالث ويمثله فريق آخر من الشافعية فيعتبرون الفعل زنا قياسا عن إتيان الرجل المرأة ويجعلون عقوبة المحصن الرجم وعقوبة غير المحصن الجلد والتغريب.

---

[1] – عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص 352 .

[2] – المرجع نفسه , ص293.

[3] - سنن الترميذي (1455) , ابن ماجة (2564).

➢ ***الوطء بالإكراه:*** *يعتبر هذا العنصر العنصر الجوهري في جريمة الاغتصاب وعليه سنتناوله من خلال بيان حكم المكره على الزنا, وكذا بيان انواع الاكراه مستندة في ذلك الا بعض الحوادث الواقعة في عهد عمر بن الخطاب على سبيل المثال.*

1. حكم المكره على الزنا(الاغتصاب):

من المتفق عليه انه لا حد على مكرهة على زنا مصداقا ولا خلاف بين الفقهاء أن المغتصب اذا قام بجريمته وهو بكامل اختياره يستحق العقوبة[1], لكن الخلاف يكمن في حكم الرجل اذا أكره على اغتصاب أنثى هل يقام عليه الحد وتسلط عليه العقوبة أم لا على قوليـــــــــــن:

- ✓ **القول الاول:** المكره على الاغتصاب لا يستحق العقوبة وهو قول الحنفية, والمالكية, والاظهر عند الشافعية والرواية عند الحنابلة.
- ✓ **القول الثاني:** المكره على الاغتصاب لا يستحق العقوبة ولا اعتبار للإكراه وهو قول بعض الحنفية, والمشهور عند المالكية, والقول عند الشافعية والمذهب عند الحنابلة.

وقد استدلوا في اسقاط العقوبة على المكره بأدلة من القرآن والسنة والمعقول.

❖ **القـــــرآن:** قوله تعالى:﴿ **وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ**﴾.[2]

وقولـــــــــه تعالى:﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (173)**﴾[3]

❖ **السنة:** قوله ﷺ:"ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه."[4]

❖ **المعقول:** ان الحد شرع للجزر ولا حاجة لذلك في حالة الاكراه, وكذا لان الاكراه يعدم رضا المغتصب فيواقع تحت ضغط الاكراه وليس رغبة فيسقط عنه الحد.

---

[1] – الكاساني, مرجع سابق, ج7, ص34.

[2] – سورة الانعام, الآية 119.

[3] – سورة البقرة, الآية 173.

[4] – أخرجه ابن عدي في الكامل(5/1920–1921), والطبراني في الكبير(11/133–134) حديث رقم 11274, وابن ماجة (2045).

أما القائلين بإقامة الحد عليه فاستدلوا بان الاغتصاب لا يتحقق الا بانتشار الذكر الذي لا يكون الا نتيجة للذة, واللذة دليل الطواعية اذ أنه مع الخوف لا يحصل الانتشار فيكون بذلك طابعا, ويقام عليه الحد.

وسبب الاختلاف أن هذا المكره يستطيع الفعل أو الامتناع فهو مختار للفعل, ولكن ليس غرضه نفس الفعل وانما مراده دفع الضرر عن نفسه.

وذكر بعض أهل العلم شروطا للإكـــــــــراه منها:[1]

- أن يكون الاكراه من قادر بسلطان أو غيره.
- أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به, العجز عن دفعه او الهرب منه.
- أن يكون مما يلحق الضرر به .

2. حالات الإكراه على الزنا

أ_ الإكراه المباشر : عد الفقهاء أن الإكراه المباشر هو استخدام القوة الجسدية في الاعتداء على الضحية، وقد يكون الخوف من استخدام القوة الجسدية هو من أسباب استسلام الضحية بسهولة، [2] وحدثت في عهد عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حوادث إكراه مباشر على الزنا منها:

– الحادثة الأولى : ذكرها البخاري قال: 'حدثني نافع أن صفية بنت أبي عبيد أخبرته أن عبدا من رقيق الإمارة وقع على وليدة من الخمس فاستكرهها حتى افتضها فجلده عمر الحد ونفاه".[3]

– الحادثة الثانية : ذكرها أبو يوسف فقال ":حدثنا مجالد عن الشعبي عن سويد بن غفلة أن رجلا من أهل الذمة من نبط الشام، نخس بامرأة على دابة فلم تقع فدفعها فصرعها فانكشفت عنها ثيابها فجلس فضاجعها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فأمر به فصلب، وقال : ليس على هذا عاهدناكم".[4]

ب– الإكراه غير المباشر :حدثت في عهد عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عدة حوادث استغل فيها بعض الزناة الفتيات، وأجبروهن على ارتكاب الزنا وعفي عنهم, وجاء هذا العفو لأن

---

[1] – الاغتصاب أحكام واثار , مجلة كلية العلوم الاسلامية, ص4.

[2] – امال نياف, مرجع سابق, ص42.

[3] – أخرجه البخاري في صحيحه 694 ، ومالك في الموطأ 3054 .

[4] – أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (28837) ، والحارث في مسنده (520) .

الزنا حدث مراعاة لحاجة من جوع أو عطش أو تحت تأثير الخداع أو النوم، ولا بد هنا من الإشارة إلى أن الحاجة تثبت في حال الإجهاد، وخوف الهلاك على النفس.

- **الإكراه تحت تأثير الجوع والعطش**: ذكر الفقهاء أنه لا حد على المرأة إذا اضطرت إلى الزنا تحت ضغط الحاجة والضرورة، ومن هذه الضرورات الحاجة إلى الطعام والشراب، فعن عبد الرزاق عن ابن عيينة عن الوليد بن عبد الله عن ابن الطفيل أن امرأة أصابها جوع فأتت راعيا فسألته الطعام فأبى عليها حتى تعطيه نفسها قالت :" فحثي لي ثلاث حثيات من تمر وذكرت أنها كانت جهدت من الجوع فأخبرت عمر فكبر، وقال :مهر، مهر، مهر كل حفنة مهر، ودرأ عنها الحد"[1].

وجاءت امرأة على عهد عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ استسقت راعيا فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها, فقال لعلي ما ترى فيها ؟ قال إنها مضطرة, فأعطاها شيئا وتركها.

- ***الاكراه على الزنا تحت تأثير النوم*(وطء النائمة)**

النائم مرفوع عنه القلم ، فلو زنا بنائمه أو استدخلت امرأة ذكر نائم في فرجها فلا حد عليه، لأن القلم مرفوع عنه وهذا مصداقا لقوله ﷺ: " رفع القلم عن ثلاثة، عن المجنون حتى يبرأ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبي حتى يحتلم".[2]

اعتبر الفقهاء أن استغلال فرصة نوم المرأة، واستغلال عجزها عن الدفاع عن نفسها للزنا بها يعتبر حكمه كحكم الإكراه على الزنا لذلك فإنه لا حد عليها.[3]

وعليه فإذا زنا الرجل بنائمة فالحد عليه لا عليها.[4]

وقد وقعت العديد من الحوادث نذكر منها: حدث أبو موسى الأشعري قال : أُتي عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بامرأة من أهل اليمن، قالوا بغت أي زنت، قالت : إني كنت نائمة، فلم أستيقظ إلا برجل رمى في مثل الشهاب فقال عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يمانية نومة(أي عميقة النوم) شابة، فخلَّى عنها ومتعها.

---

[1] – أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (13653) ، من حديث أبي الطفيل.

[2] – سبق تخريجه.

[3] – امال نياف , مرجع سابق, ص43.

[4] – عبد الحميد الشواربي, مرجع سابق, ص 18.

وأُتي عمر بامرأة ليس لها زوج وقد حملت، فسألها عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقالت : إني امرأة ثقيلة الرأس، ووقع علي رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى فرغ، فدرأ عنها الحد.

➢ ***وطء العاقل البالغ صغيرة أو مجنونة:***

قد اختلف أصحاب المذاهب أيضا في وطء العاقل البالغ لصغيرة أو مجنونة, فيرى مالك أن الواطئ يحد لإتيان المجنونة الكبيرة, وتحد كذلك لإتيان الصغيرة مجنونة كانت أو غير مجنونة كلما أمكنه وطؤها ولو كان الوطء غير ممكن لغيره, فإذا لم يكن وطء الصغيرة ممكنا للواطئ فلا حد عليه وإنما يعزر علي الفعل ,أما أبا حنيفة فيرى أن العاقل البالغ إذا زنى بمجنونة أو صغيرة وجب عليه الحد لأن فعله يعد زنا, ولأن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه ,ويرى الشافعيون حد العاقل البالغ إذا زنى بمجنونة أو صغيرة مادام الوطء قد حدث فعلا ولا يقيدون العقوبة بأي قيد, وفي مذهب أحمد رأيان يتفق أحدهما مع مذهب الشافعي, أما الثاني فيخالفه في حالة وطء مجنونة أو صغيرة مادام الوطء قد حدث فعلا و لا يقيدون العقوبة بأي قيد, وفي مذهب أحمد رأيان يتفق أحدهما مع مذهب الشافعي, أما الثاني فيخالفه في حالة وطء الصغيرة مجنونة أو غير مجنونة ويفرق أصحاب هذا الرأي بين ما إذا كانت الصغيرة ممكن وطؤها أولا يمكن, فإن كان الوطء ممكنا فهو زنا يوجب الحد لأنها كالكبيرة في ذلك, وإن كانت الصغيرة لا تصلح للوطء فلا حد على من وطئها وإنما عليه التعزيز وبعض أصحاب هذا الرأي يحدد سن الصغيرة التي لا تصلح للوطء بتسع سنوات, وحجتهم أن الصغيرة لا تشتهى في هذه السن وأن وطئها يشبه ما لو أدخل إصبعه في فرجها.[1]

ثالثا: الركن المعنوي (القصد الجنائي)

يشترط في جريمة الاغتصاب أن يتوفر لدى المغتصب أو الجاني نية العمد أو القصد الجنائي أي الارادة الى القيام بذلك الفعل, ويتوفر القصد الجنائي إذا أكره الجاني الضحية ووطئها, وهو يعلم أن من يطؤها محرمة عليه, إلا أنه قد لا يتوافر القصد الجنائي في جريمة الاغتصاب في حالة وحيدة وهي أن يقوم الشخص بالاغتصاب وهو لا يعلم أن الاغتصاب محرم.

[1] – عبد القادر عودة ، مرجع سابق ، ص 357.

فالأصل في الشريعة الإسلامية أنه لا يحتج في دار الإسلام بجهل الأحكام, فلا يقبل من أحد أن يحتج بجهل التحريم , ولكن استثناء من هذه القاعدة نجد الفقهاء يبيحون الاحتجاج بجهل الأحكام ممن لم تتيسر له ظروف العلم بالأحكام, فيعذر الجاهل بالتحريم ان كان قريب العهد بالإسلام, او نشأ في بادية بعيدة عن العلماء, أو كان مجنونا أفاق واغتصب ضحية ما قبل أن يعلم بتحريم الاغتصاب.[1]

ففي هاتين الحالتين وأمثالهما يكون الجهل بالأحكام علة انعدام القصد الجنائي، وهذا ما جاء في المهذب (إن زنا رجل بامرأة وادعى أنه لم يعلم بجريمته, فإن كان نشأ فيما بين المسلمين لم يقبل قوله لأننا نعلم كذبه, وأن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ في بادية بعيدا عن المسلمين أو كان مجنونا فأفاق وزنا قبل أن يعلم الأحكام فلم يجب عليه الحد) وجاء في المبسوط (إذا زنا الزاني فقال عندي هذا حلال, لم يدرأ عنه الحد, لأنه علمنا بكذبه فالزنا حرام في الأديان كلها[2].

ويبدوا مما سبق أن هناك نوعين ممن يدعون جهل التحريم يجب التفريق بينهما.

- **النـوع الاول:** يحتمل أن يجهل التحريم, وهم حديثي العهد بالإسلام, والناشئ ببادية بعيدة عن المسلمين والمجنون الذي أفاق ولا يعلم بالأحكام كما اشرنا سابقا, وهذا النوع يسقط عنه الحد.
- **النـوع الثانـي:** وهذا لا يحتمل الجهل بالتحريم بالنسبة لهم, وهم المسلمين وأهل العلم والذميين, وهذا النوع يجب عليه الحد.[3]

المطلب الثاني: أركان جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري

لقد تناول القانون جريمة الاغتصاب في نص المادة **336** من قانون العقوبات الجزائري[4] واعتبرها جناية يعاقب عليها بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشرة سنوات, الا أن المشرع الجزائري لم يعرف هذه الجريمة ولم يعدد أركانه, وما يستشف من أحكام القضاء الجزائري بأنها مواقعة رجل لامرأة بغير رضاها, وفي ظل التشريع الجزائري من لابد

---

[1] – وهبة الزحيلي, مرجع سابق, ص 36.

[2] – عبد القادر عودة, مرجع سابق, ص 375.

[3] – عبد الحميد الشواربي, مرجع سابق, ص 20.

[4] – الامر قم 66– 156 المؤرخ في 18صفر1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

من توافر ركنين حتى يمكننا القول بوقوع جريمة الاغتصاب :وهما الركن المادي الذي يتمثل في فعل الوطء الطبيعي وانعدام رضا الضحية, والركن المعنوي المتمثل في اتجاه إرادة الجاني لارتكاب الجريمة مع علمه بذلك, وسوف نتطرق إلى هاته الاركان في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الركن المادي

الركن المادي لجريمة الاغتصاب يتطلب مواقعة رجل لامرأة مواقعة غير مشروعة وبذلك يتحلل هذا الركن الى العناصر التالية:

اولا: المواقعة الجنسية

- **فعل الوطء أو الوقاع :**

ان اهم ما يميز جريمة الاغتصاب عن هتك العرض اننا لا نقول بوجود الاولى الا اذا حصل الوقاع فعلا, فلابد فيها من الايلاج وهذا لا يصدق الا على الجريمة التامة, أما الشروع فيكفي فيه البدء التقيد بقصد الايلاج ولولم يتم فعلا .[1]

ويتحقق فعل الوطء بإيلاج الرجل عضو تذكيره في فرج المرأة باعتباره المكان الطبيعي في جسم المرأة المخصص لممارسة العملية الجنسية العادية، فإذا تحقق الإيلاج كان ذلك كافيا لتمام الجريمة, ويستوي أن يكون الإيلاج كاملا أو جزئيا, مرة واحدة أو عدة مرات , بلغ به شهوته ام لا، تمزق بسببه غشاء البكارة أم لم يتأثر، فالإيلاج وحده كاف, فلا يعد اغتصابا إتيان المرأة كرها من الخلف أي الدبر, أو إيلاج أي جسم آخر في فرج المرأة كوضع الأصبع أو عصا أو أي شيء آخر ولوكان قاصدا من ذلك فض بكارتها وفضها فعلا، وإنما تعد هذه الأفعال إخلال بالحياء.[2]

فجميع الأفعال الماسة بالحرية الجنسية للمرأة التي لم تبلغ مبلغ الاتصال الجنسي الكامل، وذلك أيا كانت درجة الفحش التي تنطوي عليها، فعبث يد الجاني كرها بالأعضاء التناسلية للمرأة لا يعد اغتصابا ولو بلغ حد إدخال أصبعه في فرجها وإزالته بكارتها, كما لا يعد اغتصابا من عبث بعضو تذكيره في جزء من جسم المرأة يعتبر عورة كالثدي مثلا وإنما تقوم بذلك جريمة الفعل المخل بالحياء, ولا تقوم هذه الجريمة بتلقيح امرأة صناعيا ضد إرادتها ولو أفضى إلى حملها، إذ لا يصدق على هذا الفعل أنه اتصال جنسي.

---

[1] – عبد الحميد الشواربي , مرجع سابق, ص 83 .

[2] – أحسن بوسقيعة, مرجع سابق, ص92.

كما يلزم أن يأخذ شكل الإيلاج أي الإدخال فإذا اتخذ شكل الاحتكاك على فرج المرأة من الخارج حتى أمنى عليه، فلا تقوم الجريمة ونكون بصدد فعلا مخلا بالحياء, إلا أن مثل هذه الأفعال تعد اغتصابا في القانون الفرنسي وهذا منذ إصلاح قانون العقوبات لسنة 1992.[1]

- **أن يكون محل المواقعة امرأة:**

ويشترط أن يقع فعل الوطء بين رجل وامرأة ,فلا تقوم جريمة الاغتصاب إذا وقع فعل الوطء من رجل على رجل كاللواط ,أو من امرأة على امرأة كالسحاق حتى لو حدث باستخدام العنف أو مع انعدام الرضا, بل تعتبر تلك الأفعال من قبيل الأفعال المخلة بالحياء.

ويجب أن تكون المرأة التي وقع عليها فعل الوطء حية فلا تقوم هذه الجريمة إلا على الأحياء, وعليه فان المواقعة الجنسية المنصبة على جثة امرأة لا يمكن ان تشكل اغتصابا ,بل تدنيسا لحرمة الموتى.[2]

ويستوي أن تكون المرأة بكرا أو ثيبا أو متزوجة أو مطلقة أو أرملة أو عجوز ولو كانت قد بلغت سن اليأس, ولا عبرة بدرجة أخلاق المرأة فقد تكون عريقة الأصل والنسب وقد تكون من البغايا فليست علة التجريم حماية الشرف والاعتبار, وإنما حماية الحرية الجنسية ولكن إذا ثبت اعتياد المرأة على ممارسة الدعارة فإن ذلك قد يؤخذ عليها كقرينة تعني أن الوقاع قد تم برضاها.

فالقانون يحمي لكل امرأة حريتها الجنسية كاملة فيقع الاغتصاب على العاهر إذا كانت المواقعة بدون رضاها, وكذا لا يقبل من الجاني أن يدفع الجريمة بأنه سبق له معاشرة المرأة أكثر من مرة في غير حل, أو حتى بأنها سبق أن أنجبت منه طفلا أثناء معاشرة غير شرعية.[3]

ولكن إتيان الفعل في هذه الظروف قد يوحى إلى الجاني بأن رفض المرأة أو مقاومتها غير جديين و أنها في الحقيقة راضية و يعني هذا الاعتقاد انتفاء القصد الجنائي لديه. ولا تقع جريمة الاغتصاب الا اذا كان الفاعل فيها رجلا والمجني عليه امرأة ,ذلك ان فعل الايلاج لا يكون الا من رجل, كما لا تقع الجريمة اذا كان الفاعل فيها امرأة والمجني عليها امرأة اخرى,

---

[1] – د/ إسحاق إبراهيم منصور, شرح قانون العقوبات الجزائري " جنائي خاص", ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر, الطبعة الثانية, 1988, ص123.

[2]– لحسين بن الشيخ اث ملويا, مرجع سابق, ص 113.

[3] – اسحاق ابراهيم منصور, مرجع سابق، ص124.

أو كان الفاعل رجلا والمجني عليه رجلا اخر, فاتحاد الجنس ينفي وقوع جريمة الاغتصاب.[1]

لكن يمكن تصور وقوع جريمة الاغتصاب من المرأة على الرجل كأن تجبره على المواقعة عن طريق الخديعة, أو الغش أو التحايل كأن تحل محل امراته في الفراش وهنا يتوفر انعدام رضا الرجل, ولكن تعتبر الجريمة في هذه الحالة بفعل المخل بالحياء لأن الجاني في جريمة الاغتصاب لا يكون إلا رجلا ولا تكون المرأة جانية في جريمة الاغتصاب.[2]

أمّا في القانون اللبناني والمصري والاردني اذا أكرهت انثى رجلا على مواقعتها فلا تعتبر انها اغتصبته وانما هتكت عرضه.[3]

- **ان تكون المواقعة غير مشروعة**

تعد المواقعة اغتصابا إذا كانت غير شرعية وبدون رضا المرأة، وعلى ذلك فان الزوج الذي يواقع زوجته دون رضاها لا يرتكب اغتصابا, وقد التساؤل في فرنسا في وصف العلاقة الجنسية التي يفرضها الزوج على زوجته هل هي اغتصابا ام لا؟

طرح هذا التساؤل على القضاء الفرنسي فتطور موقفه من المسألة، ومر في ذلك بثـــــــلاث مراحل :

- **مرحلة استبعاد جريمة الاغتصاب بين الزوجين:**

استقر القضاء الفرنسي في مرحلة أولى على أن الإكراه الجنسي الذي يمارسه الزوج على زوجته لا يشكل هتك عرض على أساس أن ما بلغه الزوج من زوجته هو من الأهداف الشرعية للزواج, أي أن واجب المساكنة يبرر لا لجريمة وأن الإكراه الجنسي لا يمكن أن يشكل إلا فعلا مخلا بالحياء وذلك في حالة ما إذا أرغم الزوج زوجته على فعل من أفعال الشذوذ الجنسي، أو عندما يرغمها على المواقعة في حضور أو بمساعدة الغير, وقد ظل هذا الرأي سائدا إلى غاية صدور القانون رقم 1041/80 المؤرخ في 1980/12/23 الذي

---

[1] – د/ فخري عبد الرزاق الحديثي, د/ خالد حميد الزعبي, الموسوعة الجنائية 2– شرح قانون العقوبات القسم الخاص– , دار الثقافة, عمان, الطبعة الاولى, 2009, ص 217.

[2] – اسحاق ابراهيم منصور, مرجع سابق,ص 124.

[3] – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص 176.

وضح جريمة الاغتصاب عندما عرفها بأنها: " كل فعل إيلاج جنسي، مهما كانت طبيعته يرتكب على ذات الغير بالعنف أو بالإكراه أو المباغتة ". [1]

- **مرحلـــــــــــة التردد:**

تزامنت هذه المرحلة مع صدور قانون 1980/12/23 الذي اختلف الفقهاء في قراءتهم له، فمنهم من فسره على أنه ترخيص لتجريم الإكراه الجنسي الذي يمارسه الزوج علـــى زوجته على أساس أن المساس بحرية الرضاء يحتل موقعا مركزيا في قمع الاغتصاب، ومنهم من تمسك بما استقر عليه القضاء حيث أكدوا أن لا محل للاغتصاب بين الزوجين إذا كانت المواقعة عادية أي بدون شذوذ.

وفي ظل هذا الاختلاف الفقهي أصدرت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1990/9/5 قرار ذا أهمية جاء فيه على وجه الخصوص أن المادة 232 قانون العقوبات الفرنسي ترمي إلى حماية حرية كل فرد لا تستبعد من الاغتصاب فعل الوقاع الذي يتم بين أشخاص يربطهم رباط الزواج, وبذلك يكون القضاء قد أخذ بوصف الاغتصاب بين الزوجيـــــن.

- **مرحلة الإقرار بالاغتصاب بين الزوجين:**

جاءت مع صدور القرار المؤرخ في 1992/6/11 حيث قضت محكمة النقض الفرنسية أنه " إذا كان الزواج قرينة على رضا الزوجين على إقامة علاقات جنسية في إطار الحميمية التي تطبع الحياة الزوجية فإن هذه القرينة صحيحة إلى أن يثبت العكس", أي إن قرينة رضا الزوجة على الاتصال الجنسي بزوجها هي قرينة نسبية تقبل الدليل العكسي.

وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد فتح الباب على مصراعيه أمام تجريم الإكراه الجنسي الذي يمارسه الزوج على زوجته حتى وإن كانت المواقعة عادية لا شذوذ فيها، وقد تدعم هذا الموقف بصدور قرار ثاني عن محكمة النقض الفرنسية في 1994/09/26 في نفس السياق. [2]

أما على ضوء القانون الجزائري والشريعة الإسلامية فان الزوج الذي يواقع زوجته كرها لا يرتكب اغتصابا لأنه يملك اتيانها شرعا ولو بغير رضاها.[3]

---

[1] – أحسن بوسقيعة, مرجع سابق, ص 92.

[2]– المرجع نفسه, ص ص 93-94.

[3] – محمد صبحي نجم, مرجع سابق, ص75.

لكن هذا لا يعني أن لا تعتبر جريمة إذا ما وصل العنف إلى درجة الضرب، والجرح أو إجبارها على ممارسة الشذوذ الجنسي، ولكن كل جريمة تعاقب على حدا.[1]

ولقد قضت محكمة الجزائر في ذلك في حكمها الصادر في2 ماي1987 بقولـــها:

"عندما يكون الهدف من العنف المرتكب من طرف الزوج على زوجته الى ممارسة المقاصد الشرعية للزواج, فانه لا يشكل فعلا مخلا بالحياء, بل وببساطة تعديا معاقب عليه بعقوبات جنحية".[2]

ثانيا: انعدام رضا الضحية (الاكراه على الاغتصاب)

انعدام رضا الضحية هو جوهر الاغتصاب فإذا حصل الوقاع برضا المرأة فلا جريمة فيه, إلا إذا حصل من رجل متزوج فيكون الفعل جريمة الزنا أو حصل علانية فيكون فعلا فاضحا علنيا, ويتوافر هذا العنصر في جريمة الاغتصاب كلما كان الفعل المكون لها قد وقع بغير رضا المرأة سواء باستعمال الجاني في سبيل تنفيذ مقصده وسائل القوة أو التهديد ,أو غير ذلك مما يؤثر في رضا المجني عليها فيعدم إرادتها ويشل مقاومتها, أو بمجرد مباغته إياها أو بانتهاز فرصة فقدانها لشعورها واختيارها لجنون, أو عاهة في العقل, أو استغراق في النوم, ولكن التساؤل الذي يطرح هل أن الإكراه يقع قبل أو أثناء أو بعد المواقعة؟

إن العبرة في ذلك بمدخل أو بداية المواقعة، فإذا استعمل الإكراه لإخضاع المجني عليها سواء كان ماديا أو معنويا, بطريقة كافية للتغلب على مقاومة المجني عليها وفقدت المرأة قواها و أصبحت لا تستطيع المقاومة, فهذا يكف لقيام الجريمة لان العبرة ليست بالقوة وانما بالأثر المترتب عليها. ولم يشترط أن يظل الإكراه مستمرا طوال فترة المواقعة بل يكف ان يكون بطريقة كافية للتغلب غلى مقاومة المجني عليها، أما إذا تم الوقاع بدون عنف و استخدمت هذه القوة بعده استتماما للذة الجنسية؛ فانه يعد تاما برضا المرأة و من ثم لا يتوافر في الفعل جريمة الاغتصاب و أنما جريمة الضرب أو الجرح عمدا على حسب الأحوال.[3]

وسوف نتعرض بالتفصيل لكل ما يعدم رضا المجني عليها على النحو التالـي:

---

[1] – مكي دردوس, مرجع سابق, ص165.

[2] - لحسين بن الشيخ اث ملويا, مرجع سابق, ص 113.

[3] – أحمد محمود خليل, مرجع سابق, ص ص 12-13.

- ✓ **الإكراه المادي:**

يقصد بالإكراه المادي ما يستعمله الجاني من قوة مادية للتغلب على مقاومة المجني عليها, وهو يشمل كل أعمال العنف التي توجه لجسم المجني عليها بهدف احباط مقاومتها التي تعترض بها فعل الجاني ,وكذا الاعمال التي من شانها ارهاب المجني عليها حتى لا تبد أي مقاومة, والعبرة ليس بالقوة المستعملة وانما بالأثر المترتب عليها, و قد يتخذ العنف صورة الضرب أو الجرح أو التقييد بالحبال أو الإمساك بالأعضاء محل الحركة من المرأة للسيطرة عليها, و يجب أن يؤدي هذا العنف إلى شل مقاومة المجني عليها أو شل إرادتها, ولا يتطلب القانون أن يستمر الإكراه طوال فترة المواقعة بل يكف أن يكون المتهم قد استعمل الإكراه ابتداء للتغلب على مقاومة المجني عليها فإذا فقدت المجني عليها قواها واستسلمت، حيث أصبحت لا تستطيع المقاومة تحقق الإكراه.[1]

- ✓ **الإكراه المعنوي:**

يراد بالإكراه المعنوي تهديد الأنثى بشر جسيم يلحق بها أو بشخص عزيزا عليها, أو أي مصلحة تهمها اذا هي لم تقبل الاتصال الجنسي أو قاومت الجاني حال مباشرته بارتكاب فعله, سواء كان موضوع التهديد مشروعا أم غير مشروع. ومن صور الاكراه المعنوي قيام الجاني بتهديد المجني عليها ان هي استمرت في المقاومة بقتلها أو الحاق الاذى بها وذلك باستعمال سكين أو سلاح ناري فتذعن لرغبته وتستسلم اليه, أو قيام الجاني بقتل وليدها اذا لم تستجب لرغبته في مواقعتها, أو قيامه بتهديد المجني عليها بعدم تمكينها من مغادرة المسكن إلا بعد مواقعتها فيتحقق الإكراه في حالة تهديد المجني عليها بالإبلاغ عن جريمة ارتكبتها فعلا ان لم تقبل الصلة الجنسية به.[2]

- ✓ **الحالات الأخرى:** كما قد توجد عوامل حكمية تأخذ حكم الإكراه وبها ينعدم الرضا وتفقد الشعور ومثالها أن تكون المجني عليها وقت المواقعة غير قادرة على التعبير

---

[1]– د/ محمد سعيد نمور, شرح قانون العقوبات القسم الخاص, الجزء1, دار الثقافة, الاردن, الطبعة الرابعة,2011, ص 208.

[2]– عادل يوسف عبد النبي الشكري, مرجع سابق, ص96.

عن إرادته ولا تستطيع رفض المواقعة الجنسية، بحيث لو كانت في كامل وعيها لرفضت هذا الاتصال الجنسي, ويرجع هذا العجز في التعبير إلى الأسباب التالية:

- **عاهة العقل:** لا ينسب لمجنون رضا صحيحا بمواقعة غير مشروعة, فإذا واقع الجاني مجنونة فانه يرتكب جريمة الاغتصاب بفعله حتى و لو لم تبد على فعله أي اعتراض, لأن الجنون أفقدها القدرة على فهم ماهية الفعل وقت إتيانه، فلو كانت في كامل وعيها لرفضت هذا الاتصال الجنسي.
- **السكر أو المخدر:** يؤدي إلى غياب العقل و بالتالي إلى فقدان الإرادة والرضا, و في حالة ما إذا كانت الضحية سكرانة أو مخدرة على نحو فقدت معه القدرة على فهم ماهية الفعل تقوم بمواقعتها جريمة الاغتصاب , ويستوي أن يكون الجاني هو الذي أسكرها من أجل هذا الغرض أو لغرض آخر أو أن يكون الذي أسكرها شخصا آخر غير المتهم أو كانت قد سكرت باختيارها و استغل الجاني حالة فقد التمييز التي صارت فيه.[1]
- **صغر السن:** إذا كانت الضحية صغيرة السن ورضيت بفعل الجاني، فإن بعض الآراء تخرجه من نطاق الاغتصاب لتجعل منه فعل مخل بالحياء دون قوة أو تهديد، وسندها فيما يبدو أن هذا الرضا ينفي الاكراه الذي ينفي بدوره الاغتصاب.

وعيب هذه الآراء أنها اعتبرت الإكراه ركنا في الاغتصاب، وذلك ليس صوابا، فركن هذه الجريمة انتفاء الرضا الصحيح بالصلة الجنسية أيا كان مصدره، ولذلك كان هذا الركن متوفرا إذا رضيت الضحية بالفعل ولكن كان رضاها غير معتبر قانونا

ولابد من التفرقة بين الصغيرة غير المميزة والصغيرة المميزة: فإن كانت غير مميزة فلا شك عندنا في قيام الجريمة على الرغم من رضاها بالفعل، ذلك أن إرادتها متجردة تماما من القيمة القانونية فلا يمكن أن يقوم بها رضا صحيح, ومن العسير تصور جريمة اغتصاب تامة بالنسبة لهذه الصغيرة, ولكن الشروع في هذه الجريمة محتمل, وتثور الصعوبة عند تحديد سن التمييز فلا يلتزم القاضي بأن يعتبر من جاوزت سنا معينة مميزة ومن كانت دونها غير مميزة، وإنما عليه أن يبحث كل حالة على حدة ويتحرى على فهم الضحية طبيعة الفعل الذي رضيت به، وهذه المقدرة على التمييز يختلف سن توافرها من شخص لآخر

[1] – أحمد ابو الروس, الموسوعة الجنائية الحديثة (4),المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية, بدون طبعة, 1997, ص36 .

وترتبط بعديد من الظروف، وللقاضي أن يسترشد بالسن فقط إذا كانت ظروف الواقعة لا تأبى ذلك.[1]

أما إذا كانت الصغيرة مميزة فإن الرأي المجمع عليه يذهب إلى أن رضاها ينفي الاغتصاب، فتقتصر مسؤولية الجاني على فعل مخل بالحياء دون قوة أو تهديد، ونعتقد أن الشائع هو أن يستبعد من نطاق الاغتصاب الحالات التي يمكن القول فيها بأن المرأة قد اتجهت إرادتها اتجاها صحيحا إلى قبول الصلة الجنسية، ويفترض ذلك أن تكون هذه الإرادة معتبرة قانونا حتى يكون اتجاهها بدوره معتبرا من القانون، وإذا كانت الضحية مميزة ولكنها لصغر سنها ما تزال قليلة الخبرة بالحياة سهلة الإغراء وليس في وسعها أن تقدر خطورة الفعل على سمعتها ومستقبلها، ومنه لا يمكن أن يقوم بها رضا صحيح ينفي جريمة الاغتصاب.

وندعم هذا الرأي بملاحظة أنه من غير السائغ أن يسوى في المسؤولية والعقاب بين من واقع الصغيرة برضاها ومن اقتصر على الإخلال بحيائها في الصورة التي يقوم بها فعل مخل بالحياء على الرغم مما بين فعليهما من فارق كبير من حيث الجسامة والدلالة على خطورة مرتكبة, وكذلك من غير السائغ اعتبار الوقاع مجرد فعل مخل بالحياء.

ونرى أن تحديد السن التي ينتهي عندها الصغر وتكتمل ببلوغها القيمة القانونية للإرادة هو من شأن قاضي الموضوع دون أن يكون مقيدا بسن معينة, ويسترشد القاضي في تحديد السن بظروف الضحية، ومدى دلالة هذه الظروف على الخبرة بالحياة والمقدرة على إدراك المخاطر الاجتماعية للفعل.[2]

وقد يكون من الملائم تشريعيا أن ينص المشرع على صورة الاغتصاب في حالة رضاالمجني عليها الصغيرة بالفعل، وأن ينص كذلك على حالة رضا المرأة – التي سنها أقل من 16 سنة– بالفعل.

- **الإعيـــاء:** الإعياء ضعف شديد يصيب الجسم فيعطل الإحساس و الإرادة و بالتالي ينفي الرضا فإذا ارتكب المتهم الفعل على امرأة تعرضت لإعياء شديد عطل إحساسها و إرادتها, فان جريمة الاغتصاب تقوم إذا ثبت بصورة قاطعة أنها كانت عاجزة عن التعبير عن إرادتها برفض الفعل, ومثال ذلك حالة فتاة تعرضت لاغتصاب اصطحب بأفعال عنف شديد ترتب عليها أن صارت تعاني من أعياء بدني و تعطل وقتي في

[1]– مسعودي بركاهم, مرجع سابق, ص 21.

[2] – المرجع نفسه, ص 22.

وظائف الإحساس و الإرادة فاستغل ذلك شخص أخر مارس فعله عليها فيكون بذلك مرتكبا لجريمة الاغتصاب.

- **المـــرض:** قد ينعدم رضا المجني عليها بتأثير مرض ألم بها فاذا استغل الجاني هذا المرض وواقعها رغما عنها سئل عن ارادتها, ويتعين ان ينال هذا المرض من قدرة المجني عليها على المقاومة وعندئذ لا يعتد برضاها لعدم قدرتها على المقاومة كما لو كانت مشلولة, وقد قضت محكمة النقض المصرية من أنه إذا كان المتهم قد باغت المجني عليها وهي مريضة ومستلقية في فراشها وكمم فاهها بيده ونزع سروالها ثم اتصل بها جنسيا بإيلاج قضيبه في فرجها بغير رضاها, منتهزا فرصة عجزها بسبب المرض عن المقاومة أو إتيان أية حركة فإن ذلك يكفي لتكوين جريمة الاغتصاب.[1]
- **النـــوم:** النائم هو الفاقد للإرادة و بالتالي فاقد الرضا, فإذا انتهز الجاني فرصة استغراق المجني عليها في النوم وواقعها فأن جريمة الاغتصاب تكون قائمة لانعدام الرضا, ومثال ذلك إذا دخل الجاني في فراش امرأة نائمة فتعتقد وهي بين اليقظة والنوم أنه زوجها فتسمح له بأن يتصل بها جنسيا.
- **الإغمـــاء:** الإغماء أقرب إلى النوم فالمغمي عليه شخص لا يدرك ما حوله حيث يكون فاقد الإرادة و بالتالي فاقد الرضا و الإغماء قد يكون بسبب حالة مرضية كالصرع و قد يكون بسبب مادة أطلقها المتهم كالبخور, وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن ركن انعدام الرضا يكون متوافرا باستعمال البخور الذي يحدث دورا وأن لم يصل إلى حد فقد الصواب إذا كان من شأنه فقدان قوة الضحية وسلبه رضاها.[2]
- **الغلط أو التدليس:** ويقصد به الاحتيال على الضحية وإدخال الغش عليها للتمكن من مواقعتها بحيث لولا هذه الخدعة ما تمكن من مواقعتها لعدم موافقتها على ذلك, و التدليس قريب من الخديعة فكلاهما يوقع الضحية في الغلط و بذلك يكون رضاها معيبا, لأنه لولاه لما رضيت الضحية بالمواقعة، ويتحقق التدليس بإيهام المرأة أن الجاني شخص أخر كانت ترضى بالصلة الجنسية به كأن يعطي الجاني لنفسه صفة معينة تمنحه حق المواقعة مثل اخفاء الزوج عن زوجته أنه طلقها وكتم عنها أمر هذا

[1] – محمد سعيد نمور, مرجع سابق, ص 231.

[2] – احمد ابو الروس, مرجع سابق, ص ص37-38.

الطلاق قاصدا، ثم يتصل بها وهي راضية لاعتقادها أنها ما تزال زوجته، وثبت بطريقة قاطعة أنها عند المواقعة كانت جاهلة تمام الجهل بسبق هذا الطلاق المزيل للحل و ثبت أنها لو كانت علمت بالطلاق لامتنعت, وكذلك كما لو رتب الجاني مظاهر معينة يوهم بها الضحية أنه قد عقد بها زواجا صحيحا فترضى بصلته بها معتقدة أنها زوجة له.[1]

- **المباغتـــة:** هي استغلال الجاني لظروف قائمة على نحو يتيح له مواقعة انثى دون رضاها, مثال ذلك الطبيب الذي يواقع المرأة في غفلة منها أثناء الكشف عنها, ومن قبيل المباغتة ايضا المدلك الذي ينتهز فرصة استسلام امرأة لديه ليجري لها مساج ثم يفاجئها على غفلة ويواقعها.[2]

ثالثا: الشروع في جريمة الاغتصاب

تثير مسألة الشروع في الاغتصاب عدة إشكالات بالغة الدقة نظرا لخصائص أركان الجريمة، ومبدئيا تخضع محاولة الاغتصاب للقواعد العامة للشروع المقررة في قانون العقوبات طبقا للمادة 30 منه, وطبقا لهذه القواعد تقتضي المحاولة توافر ركنين اساسين هم: البدء في التنفيذ, وعدم العدول الاختياري.[3]

وغالبا ما تكون أفعال العنف التي يقوم بها الجاني ضد الضحية قصد مواقعتها دالة على البدء في التنفيذ, غير انها في الواقع لا تعكس نية الجاني في الاغتصاب فقد تكون نيته ارتكاب فعل مخلا بالحياء مع استعمال العنف, الامر الذي يطرح التساؤل في كيفية التمييز بينهما خاصة في التشريعات التي تقرر عقوبات اشد لجريمة الاغتصاب مثل القانون التونسي الذي تصل فيه العقوبة الى الاعدام, عكس القانون الجزائري الذي يقرر لهما نفس العقوبـــــة.[4]

تتم جريمة الاغتصاب بعملية إيلاج عضو تذكير الجاني في فرج المرأة المجني عليها، فلا يشترط لإتمام الجريمة أن يشبع الجاني رغبته ، ويتم الإيلاج بالإدخال مطلقا سواء كان ذلك

---

[1] – المرجع نفسه, ص 38.

[2] – فخري عبد الرزاق الحديثي/ خالد حميد الزعبي, مرجع سابق, ص228.

[3] – الامر قم 66– 156 المؤرخ في 18صفر1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[4] – أحسن بوسقيعة، مرجع سابق, ص ص 96-97.

جزءا أو كلا، فما لم يحصل الإدخال لا تتم الجريمة وإنما قد يعد الفعل شروعا إذا بدأ الجاني في تنفيذ الجريمة تم حالت دون ذلك أسباب خارجة عن إرادته كتمكن الضحية من مقاومته ومنعه من إتمام الجريمة أو قدوم الغير لنجدتها, وحكم بان رفع المتهم ملابس الضحية اثناء نومها وامساكه برجليها ذلك يصح في القانون عده شروعا متى اقتنعت المحكمة بانه كان يرمي اليه.[1]

و ما دام جوهر الاغتصاب هو الإيلاج فان مقتضي ذلك أن الجريمة يستحيل أن تقع تامة إلا إذا كان الرجل قادرا عليه و كانت المرأة صالحة له, أما إذا كان الرجل عاجزا مطلقا على الإيلاج لفقدان القدرة عليه, أو كان عضو المرأة غير صالح مطلقا لدخول شيء فيه فأن الجريمة لا تقوم لا على صورتها التامة ولا على صورتها الناقصة تطبيقا لنظرية الاستحالة المطلقة, وإن قامت به جريمة الفعل المخل بالحياء فالجريمة تكون مستحيلة إذا لم يكن في الامكان تحققها مطلقا أما إذا كانت استحالة الجريمة نسبية كأن كانت قدرة الرجل مذبذبة وإن لم تكن منعدمة, أو كان فرج المرأة ضيقا لعيب خلقي أو سنها، وإن لم يكن مستحيلا دخوله ولو من صغير مثلها قامت الجريمة في صورة شروع إذا لم يتحقق الإيلاج و قام الدليل على توافر القصد الجنائي.

ففي حالة الجاني العنين نكون امام استحالة مطلقة ويقتصر عقابه على فعل مخل بالحياء, اما في حالة ضيق عضو المجني عليها فهي صورة للاستحالة النسبية ومن ثم يسأل عن الشروع في الاغتصاب.[2]

رابعا: المساهمة الجنائية في الاغتصاب

تخضع جريمة الاغتصاب للقواعد العامة في المساهمة الجنائية، فيتصور تعدد الفاعلين ويتصور أن يوجد إلى جانب الفاعل شريك أو أكثر و هذا طبقا للمادة 42 من قانون العقوبات " يعتبر شريك في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل

1 – محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص75 .

2– محمد رشاد متولي, الوجيز في القانون الجنائي الخاص, الجزء الاول, دار هومة, الجزائر, بدون طبعة, 2003, ص 131.

الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك ".[1]

ونجد الركن المادي يقوم في هذه الجريمة علي عنصرين: الاتصال الجنسي و الفعل الذي يكون من شأنه إعدام رضا المرأة كالعنف مثلا، فان كل من يصدر عنه أحد هذين الفعلين يعتبر تطبيقا للقواعد العامة فاعلا مع غيره, فمن أمسك بجسم امرأة كي يشل مقاومتها حتى واقعها زميله كان فاعلا أصليا معه للجريمة، كما يعد فاعلا أصليا من ضرب المرأة أو هددها بالسلاح كي ترضخ لرغبة زميله، ولكن شرط ذلك أن يأتي فعله في الوقت الذي يباشر فيه زميله الصلة الجنسية، أما إذا أتاه في وقت سابق كما لو أعطى الضحية المادة المخدرة أو قيدها بالحبال ثم باشر زميله في وقت لاحق هذه الصلة فهو شريك بالمساعدة, ومن صور الاشتراك بالمساعدة في هذه الجريمة إعارة أو تأجير المكان الذي ترتكب الجريمة فيه، أو تجهيز المادة المخدرة أو تسليم السلاح الذي يستعين به الجاني في ارتكاب الجريمة طبقا للمادة 43 قانون العقوبات.[2]

وإذا كان الفقه الجنائي لا يتصور أن يكون فاعلا لجريمة الاغتصاب إلا رجل وحجته هي حصره لركنها المادي في فعل الاتصال الجنسي الذي لا يتصور أن يصدر عن امرأة, ولكن إذا لاحظنا أن الفعل المعدم للرضا هو كذلك عنصر في هذا الركن، ويمكن تصور أن تأتي هذا الفعل امرأة فإن هذه المرأة تعد فاعلة أصلية لهذه الجريمة, وتطبيقا لذلك إذا أمسكت امرأة بجسم أخرى لكي تشل مقاومتها تمكينا لرجل من مواقعتها، فكلاهما فاعل للجريمة.[3]

الفرع الثاني: الركن المعنوي

الركن المعنوي أو القصد الجنائي هو انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل وعلمه بأنه يواقع أنثى دون رضاها، وباعتبار جريمة الاغتصاب من الجرائم العمدية فالرأي الغالب فقها وقضاء أن القصد الجنائي اللازم توافره لدى الجاني في هذه الجريمة هو القصد الجنائي الخاص, ويثبت هذا القصد باتجاه إرادة الجاني إلى وطء الضحية بغير رضاها مع علمه

[1] – الامر قم 66– 156 المؤرخ في 18صفر1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[2] – الامر قم 66– 156 المؤرخ في 18صفر1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[3]– أحمد محمود خليل, مرجع سابق, ص 12.

وقت ارتكاب الفعل بأن هذا الوطء غير مشروع، واستعمال القوى أو التهديد ما هي إلا قرائن على توافر القصد الجنائي في أغلب الأحوال الا أنها لا تدل دائما على اتجاه إرادة الفاعل إلى فعل الوطء بدون رضا الضحية.

كما أنه لا يستبعد أن يكون الجاني معتقدا بأن مقاومة المرأة له لم تكن جدية ولكنها من قبيل التمنع غير الجاد مما يعد غلط في الواقعة ولذا يلزم لإدانة الجاني أن يثبت علمه بعدم رضا المرأة ولا يعتد في هذا الصدد بأن يدفع المتهم هذا العنصر بأنه قد سبق له مواقعة هذه المرأة حتى لو كان قد أنجب منها طفلا في علاقات سابقة غير مشروعة، كما لا يعتد بأن المرأة من البغايا اللائي اعتدن الممارسات الجنسية لأن العبرة بالواقعة موضوع الدعوى بغض النظر عن سلوك المرأة قبل ارتكاب الاغتصاب.

إن القصد الجنائي الخاص وان كان يظهر واضحا ويبدو متلازما مع الأفعال المادية التي يأتيها الجاني مفصحة عن اتجاه رغبته في الوطء دون رضا المجني عليها دون غيرها من الأفعال التي تعد من قبيل الأفعال المخلة بالحياء إلا أنه لإعطاء الواقعة تكييفا قانونيا صحيحا لابد من إقامة الدليل على أن الجاني اتجهت نيته إلى مواقعة المرأة مع علمه بأن الوطء غير مشروع وأنه كان الوطء بغير رضا المرأة المجني عليها.

وأن لجوء المتهم إلى تهديد الضحية وتوعدها أو لجوئه إلى استعمال وسيلة من الوسائل التي تعطل إرادة الضحية في الامتناع وتشل قدرتها على المقاومة أو استغلاله لمرضها كاف وحده لاستنتاج قصد الجاني ونيته الإجرامية.[1]

[1] – عبد العزيز سعد ,مرجع سابق, ص 79.

خلاصـــــــة الفصل:

ان جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي تعدل جريمة الزنا او اللواط مضاف الى كل منهما اكراه الاخر على الاتصال به, فالزنا واللواط يقومان اساسا على الوطء المحرم الذي تعاقب عليه الشريعة الاسلامية سواء اضيف له الاكراه أم لم يضف, وهو ما يبرز بجلاء الفرق بين حقيقة هذه الجريمة في الفقه والقانون الذي لا يعتبر الجريمة قائمة الا بوجود عنصر الاكراه,

كما يظهر كذلك الفرق من خلال حصر الاغتصاب في القانون على الانثى فقط , وفي المكان الطبيعي للايلاج, وبالتالي يخرج من ذلك اغتصاب الذكور خاصة الاطفال واغتصاب المرأة في الدبر, بالاضافة الى استبعاد شتى انواع الايلاج في جريمة الاغتصاب واقتصاره فقط على الايلاج الحقيقي(عضو الذكورة) ,كما لا يعدّ اكراه الزوج لزوجته اغتصابا في كلا من الشريعة والقانون.

ويتفق القانون الوضعي مع ما ذكره فقهاء الشريعة الاسلامية في اشتراط أركان اساسية حتى تقوم هذه الجريمة ويطبق الحد على فاعلها والمتمثلة في: الركن الشرعي, الركن المعنوي (القصد الجنائي), والركن المادي(الوطء المحرم).

فالشريعة الاسلامية تحرم مثل هذه الافعال حفاظا على اعراض الناس التي تعد احدى مقاصد الشريعة, بينما المشرع الجزائري يجرمها اذا كان فيها مساس بالنظام العام.

اما بالنسبة لأركان الجريمة نجد ان هناك اتفاق ماعدا في ركن الوطء , فالقانون لا يرى قيام الجريمة الا اذا كانت المواقعة أو الوطء في المكان المعد لذلك أي القبل, وهذا عكس ما أتت به الشريعة الاسلامية التي تقيم الجريمة سواء كان الوطء قبلا أو دبرا.

الفصل الثاني: اثبات جريمة الاغتصاب والجزاء المقرر لها

لما كانت جريمة الاغتصاب من أبشع و أخطر الجرائم التي تهدد الفرد والمجتمع سلط الفقه الاسلامي عقوبات زاجرة في حق مرتكبيها, وعلى الرغم من أنه لم يأتِ نصٌّ صريح في التشريع الإسلامي يقرر عقوبة المغتصب – كما في جريمة الزنا – فإن كثيرًا من الفقهاء يرون أن عقوبة المغتصب هي عقوبة الزاني، وهي الجلد مائة للبكر والرجم للمحصن، إلا أن فقهاء المالكية يرون أن جريمة الاغتصاب تختلف عن جريمة الزنا، فبينما تتم جريمة الزنا بالتراضي – وربما بالإغراء – فإن جريمة الاغتصاب تعتمد على العنف والإكراه، لذا فهي تشبه جريمة الحرابة, وحذت بدورها القوانين الوضعية خاصة القانون الجزائري حذو الشريعة فأقرت عقوبات لمرتكبي هذه الجريمة وهذا بعد اثباتها بكافة طرق الاثبات.

وسنتطرق خلال هذا الفصل الى إثبات هذه الجريمـــة على فاعلها حتى الوصول الى العقوبات المفروضة عليه وفق المخطط التالي:

المبحث الأول: اثبات جريمة الاغتصاب.

المطلب الأول: اثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي.

المطلب الثاني: اثبات جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري.

المبحث الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب.

المطلب الأول: الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي.

المطلب الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب في القانون الجزائري.

المبحث الأول: اثبات جريمة الاغتصاب

لقد حظي الانسان بحماية بالغة من أي اعتداء عليه من في الشريعة الاسلامية, فجعلت عقوبة الحد والتعزير لمنع اعتداء الانسان على اخيه الانسان سواء كان مسلما أم لا, وشددت على ضرورة التحري والتأكد من وجود الجريمـــــــــة التي تستوجب الحد قبل تنفيذه على المستحق له, وبدورها القوانين الوضعية حذت ذات المنهـــج وذلك بعدم توقيعها لعقوبة الجريمة الا بعد التأكد من اثباتها بكافة الطرق المنـــصوص عليها قانونا, وسنتناول اثبات جريمة الاغتصاب في كلا من الفقه الاسلامي والقانون الجزائري في المطلبين التاليين على التوالي:

المطلب الأول: اثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي

اشترط الفقهاء شروطا معينة لإثبات جريمة الاغتصاب, منها ما يتعلق بالقاضي الذي يحكم في الجريمة ومنها ما يتعلق بالطرق التي يجب اتباعها للتأكد من حصول الجريمة وهو ما سنتناوله تاليا:

الفرع الاول: الشروط المتعلقة بالقاضي

فرض الفقهاء شروطا يجب توافرها في القاضي الذي يقضي بين الناس وتنفيذ حدودهم وهـــــــــــي:[1]

- الرجولية: هذا شرط الذي يجمع بين صفتين: البلوغ و الذكورية .
- العقل والحرية والاسلام لقوله تعالى:﴿ **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا**﴾.[2]
- العدالة والسلامة في السمع و البصر.
- أن يكون عالما بأحكام الشريعة ومجتهدا هذا الشرط الذي يعتبر هاما خاصة في عصرنا الحالي رغم صعوبة تحقيقه.

[1] – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص ص 120-121.

[2] – سورة النساء, الآية 141.

الفرع الثاني: طرق اثبات جريمة الاغتصاب

لقد اختلف الفقهاء في حكم الاغتصاب هل يخضع لحد الزنا أم يخضع لحد الحرابة وهذا ما سنتطرق اليه بالتفصيل في المطلب الثاني اذا كان لابد من ايراد طرق اثبات كل من هذه الحدود مع تبيان الفرق بين الحدين:

أولا: اثبات جريمة الزنا

اعتبر الفقهاء الذين قالوا أن حكم الاغتصاب هو حكم الزنا باعتبار حده تابعا لحد الزنا مع وجود عنصر الاكراه, وبالتالي فإثبات الاغتصاب يكون بنفس طرق اثبات الزنا, وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في باب إثبات جريمة الزنا نجد أن الشريعة تتشدد في إثباتها إذ حصرتها في أدلة خاصة هي: الشهادة, الإقرار، والقرائن واللعان وتبدو أهمية هذا التشدد في ناحتين:[1]

- ✓ **الأولى:** أن الستر مطلوب في جريمة الزنا وهذا مصداقا لقوله ﷺ: "من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستر بستر الله فان من يبد لنا صفحه نقم عليه كتاب الله ".
- ✓ **الثانـــية:** أن شدة العقوبة في الشريعة الإسلامية رجم المحصن وجلد غير المحصن تجعل التشدد في الإثبات واجبا, كي لا يقتل الناس جزافا ويؤيد ذلك قوله ﷺ: " ادرؤوا الحدود بالشبهات".[2]

وسنتكلم فيما يلي عن أدلة إثبات جريمة الزنا وهي:

1. الشهـــــــــود

من المتفق عليه ان الزنا لا يثبت الا بشهادة اربعة شهود والواقع ان هذا الحكم توقيفي فلا مجال للاجتهاد معه بعد وروده في العديد من آيات الله عز وجل لقوله تعالى:

﴿ **وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ** ﴾[3], والا عدّو قاذفين لقـــــوله تعالى:﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ**

---

[1] – أحمد محمود خليل, مرجع سابق, ص 18.

[2] – اخرجه الترميذي في كتاب الحدود 1344, والبهيقي في السنن الكبرى 8/238.

[3] – سورة النساء, الآية 15 .

جَلْدَةً ﴾[1], وقوله تعالى ايضا:﴿ لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ (13) ﴾.[2]

ولقد جاءت السنة مؤكدة للنصوص القرآنية, ومن ذلك ان سعد ابن عبادة قال لرسول الله ﷺ:((أرأيت لو وجدت مع امرأة رجلا أمهله حتى أتى بأربعة شهداء؟ فقال النبيﷺ : نعم)).

شروط الشهادة: حتى تقبل شهادة الشاهد لابد من توافر جملة من الشروط هي:

- **البلوغ:** يشترط في الشاهد ان يكون بالغا والا فلن تقبل شهادته, ولو كان في حاله حال أهل العدالة وذلك لقوله تعالى: ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾.[3]
- **العقل:** يشترط في الشاهد أن يكون عاقلا, والعاقل من عرف الواجب عقلا، والضروري وغيره، والممكن والممتنع، وما يضره وما ينفعه غالبا, فلا تقبل شهادة مجنون ولا معتوه، إلا انه تقبل شهادة ممن يجن أحيانا في حالة افاقته.[4]
- **العدالة:** يلزم في الشاهد أن يكون عدلا وهو أن تكون حسناته أكثر من سيئاته وهذا يتناول اجتناب الكبائر وترك الإصرار على الصغائر.

ولا خلاف في اشتراط العدالة في سائر الشهادات وهذا مصداقا لقوله تعالى:﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾[5] وقوله أيضا عز وجل: ﴿ إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا ﴾.[6]

كما جاء عن الرسول ﷺ قال:" لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر[7] على أخيه، ولا تجوز شهادة القانع[8] لأهل البيت ".

---

[1] – سورة النور, الآية 4.

[2]– سورة النور, الآية 13.

[3] – سورة البقرة, الآية 281.

[4] – عبد القادر عودة, مرجع سابق, ص400 .

[5] – سورة الطلاق, الآية 2.

[6] –سورة الحجرات, الآية 6.

[7] – ذي غمر: ذي حقد

[8] – القانع: هو التابع الذي ينفق عليه اهل البيت.

وفي رواية أخرى: " لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه ".[1]

- **الحفظ:** يشترط في الشاهد أن يكون قادرا على حفظ الشهادة، وفهم ما وقـــــع بصره عليه، مأمونا على ما يقول فان كان مغفلا لم تقبل شهـــادته، ويلحـــق بالغفلة كثرة الغلط والنسيان إلا أنه تقبل شهادة من يقل غلطة لأن الكل معرض للغلط.[2]
- **توافق شهادة الشهود الأربعة:** فإذا اختلفت شهادة أحدهم عن الآخرين لم تكن بينة كاملة توجب على الحاكم أن يحكم بالعقوبة، وهي الحد بل يعتبر الشهود قذفة يحدون حد القذف.
- **أن تكون الشهادة تصريحا بالزنا الموجب للحد:** بأنهم رأوه يدخل فرجه في الفرج المحرم، وذكر الرجل في فرج المرأة كالميل في المكحلة أو كالدلو في البئر، وغير ذلك من الألفاظ الصريحة في الإيلاج بل على القاضي أن يسأل الشهود بالإضافة إلى لمقصود بالزنا الذي يشهدون عليه لاحتمال وجود فعل غير الزنا الذي يستوجب الحد وكيف هو لاحتمال الجماع دون الفرج، ومتى زنا فإن التقادم يسقط الحد، وأين زنا فإن كان في دار الحرب سقط الحد لوجود شبهة الجهالة، وبمن زنا فقد تكون ممن لا يجب الحد على وطئها.
- **أن يكون الشهود أحرارا:** لأن العبد لا ولاية له على نفسه، والشهادة نوع من الولاية نتيجتها هنا قتل المشهود عليه أو جلده، وفي شهادته شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.
- **أن تؤدى الشهادة في مجلس واحد:** وهناك من يرى شهادة الشهود في مجالس متفرقة.
- **الذكورة:** أن يكون الشهود ذكورا فلا تقبل شهادة النساء لقول الله تعالى:﴿ **وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ** ﴾.[3]
- **قدرة المشهود عليه على دفع الدعوى:** أن يكون المشهود عليه قادرا على دفع الدعوى، فإذا لم يكن قادرا على دفع الدعـــــــوى كالأخرس فإن شهادة الشهـــــــود عليه لا توجب حده بحد الزنا، وهذا شرط اشترطته الحنفية، وذكـــــره صاحب بدائع الصنائع قال رحمه الله (ومنها أن يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على رد دعوى الشبهة،

[1] – رواه عبد الله بن عمرو في السنن الكبرى للبيهقي 1894, سنن الدارقطني 4557/4044, سنن ابن ماجة 2359.

[2] – عبد القادر عودة, مرجع سابق, ص402.

[3] – سورة النساء, الآية 15.

فإن كان ممن لا يقدر كالأخرس لا تقبل شهادتـــــــهم لأن من الجائز لو كان قادرا لادعى شبهة).[1]

موانع الشهادة:

- ✓ **القرابة:** تمنع القرابة من قبول الشهادة عند مالك من ذلك أنه لا يقبل شهادة الأبوين لأولادهما، ولا شهادة الاولاد لأبويهما ولا يقبل شهادة الزوجين أحدهما للآخر، أما أبو حنيفة فيقبل شهادة الاصل لفرعه والفرع لأصله واحد الزوجين للآخر، أما الشافعية فلا يقبلون بشهادة الوالدين للأولاد وان نزلوا ولا شهادة الاولاد للوالدين وأن علوا، أما شهادة احد الزوجين للآخر فلا مانع منها عند الشافعية، أما الحنابلة فلا يقبلون شهادة عمودي النسب بعضهم لبعض من والد وان علا ولا من جهة الام وولد وان نزل من ولد البنين والبنات، كذلك لاتقبل شهادة احد الزوجين لصاحبه.[2]
- ✓ **العداوة:** يرى جمهور الفقهاء أن شهادة العدو على عدوه لا تقبل إذا كانت العداوة لأمر من أمور الدنيا، أما كانت العداوة غضبا لله فانها لاتمنع من قبول الشهادة .
- ✓ **التهمة:** وهي أن يكون بين الشاهد والمشهود له ما يبعث على الظن بأن الشاهد يحابي الشهود له بشهادته او ان يكون للشاهد مصلحة تعود عليه من اداء الشهادة كشهادة الشريك لشريكه، والخادم لمخدومه، والعامل لرب العمل.

2. الإقـــرار

تثبت جريمة الزنا بإقرار(باعتراف) الزاني على نفسه بأنه ارتكب جريمة الزنا الموجب للحد، واعتبر فقهاء المسلمين أن الإقرار هو سيد الأدلة بالنسبة لكافة الحدود وخاصة حد الزنا.[3] ويشترط فيـــــه ما يلـــــــــــي[4] :

- ➢ **أن يكون الإقرار صحيحا:** وذلك بأن يصرح المقر أنه أدخل فرجه في فرج المرأة بحيث غابت الحشفة أو قدرها وأنه أدخله في فرجها كما يدخل الميل في المكحلة، والمطلوب من القاضي أو الحاكم أن يتحقق من توافر شروط الجريمة الموجبة للحد بالسؤال عن ماهية الجريمة، وعن أهلية الجاني.

---

[1] – أمال نياف, مرجع سابق, ص99.

[2] – عبد القادر عودة, نفس المرجع , ص407.

[3] – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص 134.

[4] – امال نياف, مرجع سابق, ص89.

- **أن يكون المقر بالغا عاقلا:** فلو كان صغيرا أو مجنونا فلا يقام عليه الحد لقول الرسول ﷺ :"**رفع القلم عن ثلاثة: عن الصغير حتى يحتلم، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق**"[1].
- **أن يكون المقر مختارا:** فإذا كان مكرها على الزنا فلا يقام عليه الحد عند جمهور الفقهاء.
- **أن يكون المقر عالما بتحريم الزنا لا بعقوبة الزنا:** فإذا لم يكن عالما بحرمة الزنا فلا يقوم عليه الحد لأن الجهل بالحكم عذر لجاهله، ولا يشترط أن يكون عالما بالعقوبة، وهي الحد فقد كان ماعز بن مالك رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يعلم حرمة الزنا لكنه لم يعلم بعقوبة الزنا، وهي الرجم للمحصن بل قيل له لن يقتله الرسول مع هذا أمر الرسول برجمه، وقال بهذا عامة أهل العلم.
- **البقاء على الإقرار:** كما يشترط لإقامة الحد على الزاني بالإقرار بقاؤه على إقراره إلى إتمام الحد، أما إن رجع عن إقراره قبل تنفيذ الحد أو خلال تنفيذه أو هرب، وجب الكف عن تنفيذ الحد فيه، و ذلك ما ذهب إليه مالك، و الثوري، والشافعي، وإسحاق، وأبو حنيفة، وأحمد[2] .

وقد استدلوا لذلك بما ثبت من قول الرسول ﷺ لمن تبع ماعز بن مالك الأسلمي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الذي جاء معترفا بالزنا و أمر رسول ﷺ برجمه، فهرب فتبعوه حتى قتلوه ":هلا تركتموه، لعله يتوب فيتوب الله عليه؟ "[3]، وهذا هو موضع الاستدلال:"هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه؟"، فإن في ذلك أوضح الدلالة على أنه يقبل رجوعه عن الإقرار، وقالوا أيضا :أن رجوع المقر في ذاته يعتبر شبهة ومعلوم أن الحدود تدرأ بالشبهات.

- **تكرار الاعتراف:** أن يعترف الزاني بوقوع الزنا منه أربعة أقارير على أن يكون إقراره طوعا، ودون إكراه فإن أقر أربعة أقارير أقيم عليه الحد، وإن أقر دون ذلك من

---

[1] – سبق تخريجه.

[2] – امال نياف, مرجع سابق, ص 90.

[3] – الحديث أخرجه أبو داود في سننه (4419) ، والترميذي في سننه (1428) ، وأحمد في المسند (21890) من حديث نعيم بن هزال الأسلمي، وهو حديث حسن.

الأقارير فلا حد واستدلوا لذلك من السنة بما أخرجه الشيخان عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: "أتى رسول الله ﷺ رجل من المسلمين، وهو في المسجد فناداه فقال يا رسول الله، إني زنيت، فأعرض عنه حتى ثّني ذلك عليه أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله ﷺ فقال :"أبك جنون؟ قال: لا، قال :"فهل أحصنت؟"، قال: نعم، فقال ﷺ :"اذهبوا به فارجموه".[1]

3.القرائـــــــــــن

إن القرينة المعتبرة في الزنا هي ظهور الحمل في امرأة غير متزوجة، أو لا يعرف لها زوج، كما يلحق بغير المتزوجة، المراءة التي تزوجت بصبي لم يبلغ الحلم او بمجبوب، او من تزوجت بالغا فولدت لأقل من ستة اشهر.[2]

وظهور الحمل على امراة غير متزوجة من الادلة التي اختلف فيها الفقهاء الى رايين:

- في قول لاحمد وابي حنيفة والشافعي: يرى بانه لا يلزمها الحد بذلك وتسال ان ادعت انها اكرهت, وان كان بشبهة ولم تعترف بالزنا لم تجلد.
- في قول مالك: ان عليها الحد ان كانت مقيمة غير غريبة, الا ان تظهر امارات الاكراه.

وقد روى علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: " ألا أيها الناس، إن الزنا زنيان، زنا سر، وزنا علانية، فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمي، وزنا العلانية أن يظهر الحبل والاعتراف ".[3]

واستطرد ابن قسامة قائلا:((انه يحتمل ان يكون الحمل من وطء اكراه او شبهة , والحد يسقط بالشبهات, وروي ان امراة رفعت الى عمر بن الخطاب ليس لها زوج وقد حملت, فسالها عمر فقالت: يا امير المؤمنين اني املراة ثقيلة الراس , وقد وقع علي رجل وانا نائمة, فما استيقظت حتى فرغ , فدرا عليها الحد)).

---

[1] – أمال نياف, مرجع سابق, ص ص 88-89.

[2] – عبد القادر عودة، مرجع سابق, ص440.

[3] – عبد الحميد الشواربي, مرجع سابق, ص 46.

والحبل ليس قرينة قاطعة على الزنا، بل هو قرينة تقبل الدليل العكسي، فيجوز اثبات ان الحمل حدث من غير زنا ويجب درء الحد عن الحامل كلما قامت شبهة في حصول الزنا، أو حصوله طوعا، فيجب درء الحد إذا كان هناك احتمال بان الحمل كان نتيجة وطأ باكراه او بخطأ, أو إذا كان هناك احتمال بان الحمل حدث دون إيلاج لبقاء البكارة، إذ قد تحمل المرأة من غير ايلاج.[1]

4.اللعـــــــــــان

اللعان هو عبارة عن ايمان يذكر اللعن فيها من نسب زوجته الى الزنا, فيدرأ الحد والنسب عن نفسه بمجرد يمينه, وذلك رخصة لمسيس الحاجة الى صيانة الانساب وعسر اقامة البينة على زنا المرأة.[2]

وهو قيام الزوج برمي زوجته بالزنا أي ينفي الولد عنه ويتهمها بالزنا، وإن هذا الولد ليس من صلبه وهذا اذا كانت وضعت الحمل أو أن هذا الحمل ليس منه اذا كانت حامل لم تضع بعد, بدون ما يكون له اربعة شهود يشهدون بما رماها به, والاصل في ذلك قـــــوله تعالـــــى:﴿ **وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9) وَلَوْلَا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ (10)** ﴾.[3]

ويبدأ اللعان بتحليف الزوج بأن يشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين في اتهامه لزوجته بالزنا ونفيه الولد عنه سواء كانت حامل لم تضع بعد أو كانت قد وضعت ويحلف الخامسة على نفسه كذلك ويضيق ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين, فإن حلف وجب على الزوجة أن تحلف فإن امتنعت أجبرت حتى تحلف، ولا يدرأ عنها العذاب إلا أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين وفي الخامسة تحلف على نفسها أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين, وإن صدقته في اتهامه لها بالزنا أقيم عليها حد الزنا.

---

[1] – أمال نياف, مرجع سابق, ص90.

[2] _ محمد بن محمد بن محمد الغزالي, الوسيط في المذهب, المجلد6, دار السلام, الطبعة الاولى,1997, ص69.

[3] – سورة النور, الآيات 6-9.

وقد ذهب كل من المالكية, والحنابلة, والظاهرية إلى أن الفرقة تقع بين الزوجين بمجرد الانتهاء من اللعان فلا حاجة لقضاء القاضي.

في حين ذهب أبو حنيفة الى ان هذه الفرقة لا تقع إلا بتفريق القاضي بعد الانتهاء من اللعان.

ويترتب على اللعان التحريم بين الزوجين ولكنه وقع اختلاف في الرأي حول طبيعة هذا التحريم، فقد ذهب جمهور الفقهاء الى ان الفرقة التي تقع باللعان تكون فرقة مؤبدة, في حين يرى أبو حنيفة أن الفرقة تقع باللعان توجب حرمة مؤقتة فإذا كذب الزوج نفسه بعد اللعان، أقيم عليه حد القذف ولكنه يراجع زوجته بموجب عقد جديد, والزوجة يوجب عليها الحد دون حاجة لإقرارها بالزنا وحتى تدرأ على نفسها العذاب أي الحد يجب عليها ان تقيم دليلا أو قرينة على صحة ادعائها انها كانت مكرهة او كان الوطء بشبهة، كأن تثبت انها بلغت عمن أكرهها أو أن أناسا شهدوها متعلقة به تستغيث عقب الاكراه.

امتناع الزوجة عن اللعان:

إذا امتنع الزوج عن اللعان فقد قذف زوجته فيحد حد القذف, أمّا إذا امتنعت الزوجة عن اللعان فقد صدقته في دعوى الزنا فيقام عليها الحد، لأن الحق عز وجل يقول: ﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ﴾[1] فلعانها هو الذي يدرأ عنها العذاب فإن امتنعت – بمفهوم المخالفة –وجب عليها العذاب أي الحد .[2]

إلا أن أبا حنيفة وبعض الشافعية يرون حبس الممتنع عن الملاعنة حتى يلاعن، إلا أن المرأة حتى لو أصرت على الامتناع فلا تحد لأنهم يشترطون إقرارها بالزنا صراحة و يشترطون تكرار الإقرار.

فالخلاصة : أن امتناع الزوجة عن الملاعنة يعد بمثابة تصديق لدعوى زوجها بزناها، أي أنه أحد وسائل إثبات الزنا وإن كان بصورة غير مباشرة.[3]

---

[1]– سورة النور, الآية 8.

[2] – محمد بن محمد بن محمد الغزالي, مرجع سابق, ص 72.

[3] – ابراهيم بن صالح بن محمد اللحيدان, مرجع سابق, ص 141.

ثانيا: اثبات جريمة الحرابة

تثبت جريمة الحرابة في الفقه الاسلامي بالبيّنة او بالإقرار, ويكفي في الحرابة شهادة شاهدين.

* **الحنفية:** تثبت الحرابة في المذهب الحنفي اما بالبيّنة او بالإقرار عقيب خصومة صحيحة ولا يظهر بعلم القاضي, مثال ذلك ان يقضي القاضي بما سمع أو رأى.

* **الشافعية:** تثبت الحرابة عند الشافعية بإقرار القاطع به لا باليمين المردودة..., وشهادة رجلين لا رجل و امرأتين او يمين, واما المال فيثبت بذلك ويشترط في الشهادة التفصيل وتعيين قاطع الطريق ومن قتله او أخذ ماله....

* **الحنابلة:** تثبت الحرابة عند الحنابلة بالبينة و الاقرار الاّ ان الشهود لا يشهدوا على انفسهم.[1]

* **المالكية:** تثبت الحرابة عند المالكية بالإقرار وبالشهادة, ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين سلبوهم...وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع.

وهذا الاثبات يكون في حال توافر نصاب الشهادة وهي شهادة رجلين, اما في حال عدم توافر نصاب الشهادة يعاقب المحارب عقوبة تعزيرية, والعبرة عند توقيع العقوبة بثبوت الاتهام لدى القاضي, وهي مقدرة حسب تقدير القاضي.[2]

* **المذهب الشيعي الاثني عشرية:** تثبت الحرابة عند الشيعة الاثني عشرية بالبيّنة والاقرار, الاّ انهم لم يقبلوا بشهادة اللصوص بعضهم على بعض.

اتباع الاغتصاب لحد الحرابة

يرى الفقهاء المعاصرون أن جريمة الاغتصاب يجب ان تلحق بجريمة الحرابة لسببين:

- ✓ عدم اشتراط وجود اربعة شهداء ولأنه غالبا ما يتم في الخفاء خطف الاناث لأجل اغتصابهن وبالتالي فمن غير المعقول ان نطالب الاناث بتقديم أربعة شهداء يؤيدون اتهامهن للمغتصبين.
- ✓ اختلاف الظروف بين الاغتصاب و الزنا، فالزنا يأتي بالتراضي والتدبير في حين أن الاغتصاب يكون على غفلة يصعب معها ايجاد الشهود الاّ نادرا , وكذا تكرار الزنا

[1] – نهى القاطرجي, ص 139.

[2] – عبد القادر عودة, مرجع سابق, ص 646.

مما يتيح للأخرين فرصة ملاحظة ورصد تحركاتهم خاصة في المجتمعات الصغيرة اضافة الى ان الزنا غالبا ما يكون في بيت المرأة أو الرجل وحتى لو حدث في مكان ثالث فهذا لا يعدم ملاحظة تردد الطرفين على هذا المكان.[1]

المطلب الثاني: اثبات جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري

لقد نصت المادة 212 من قانون الاجراءات الجزائية[2] في فحواها بأنه " يجوز إثبات الجرائم بأي طريق من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص.

ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه".

ان إثبات جريمة الاغتصاب ليس بالأمر السهل رغم تعدد واختلاف وسائل الإثبات في المواد الجزائية ، فما عدا الحالات التي يعترف فيها الجاني بنفسه تلقائيا, ويضبط في حالة تلبس تثبت جريمة الاغتصاب بمعاينة مسرح الجريمة, وكذا التفتيش بالإضافة إلى شهادة الشهود إذا كانت مطابقة لأقوال الضحية هذا مع إثباتها بواسطة الدليل الفني أي تقرير الطبيب الشرعي, والغالب عمليا اعتماد القضاة في أحكامهم على أساس الشهادة الطبية التي تظهر أثار العنف الممارس على الضحية.

وسوف نتطرق إلى هذه العناصر بالتفصيل على النحو التالي:

- **الشهود:** لا يعتمد الاثبات في جريمة الاغتصاب على الشهود بشكل واسع , ذلك ان هذه الجريمة غالبا ما تحصل في الخفاء ونادرا ما يشاهدها احد, وأول شاهد في جريمة الاغتصاب هي المجني عليها نفسها إذا يعول على شهادتها طالما كانت تتفق مع باقي وقائع الدعوى والأدلة الفنية الأخرى.[3]

وقد قضت محكمة النقض المصرية أنه من المقرر أنه لا يلزم لصحة الحكم بالإدانة أن تطابق أقوال الشهود مضمون الدليل الفني في كل جزئية منه، بل يكفي أن يكون جماع الدليل القولي غير متناقض مع جوهر الدليل الفني تناقضا يستعصي على الملائمة والتوفيق ولما كان ذلك فإن ما يثيره الطاعن من وجود تناقض بينهما لا يكون له محلا,

[1] – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص ص 141-142.

[2] - الامر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

[3] - نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص 226.

وفضلا عن ذلك فإن البين من محضر جلسة المحاكمة أن المدافع عن الطاعن لم يثر شيئا عما أورده بوجه الطعن من قلة التناقض بين الدليلين القولي والفني ومن ثم فلا يسوغ له أن يثير هذا الأمر لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه دفع موضوعي لا يقبل منه النعت على المحكمة بإغفال الرد عليه مادام لم يتمسك أمامها.[1]

- **القرائن:** يمكن للمحكمة أن تستكشف واقعة مجهولة من واقع واقعة معلومة قام الدليل عليها، أخذا بالاستنتاج والتحويل عن القرائن.

فسبق الحكم على المتهم في العديد من قضايا الاغتصاب لاعتبار قرينة اعتياد المتهم على ارتكاب مثل هذه الجرائم وأن تصريحات المجني عليها ضده صادقة.

- **التفتيش:** هو البحث عن الوسائل المستعملة في ارتكاب الجريمة التي من شأنها أتدين الجاني وهذا في حالة ما إذا استعمل المتهم أداة لإرهاب وتحديد المجني عليها من أجل المواقعة, وأن المجني عليها نفسها تعرفت على الأداة المستعملة عند عرضها عليها، ويتم التفتيش في مسكن المتهم من طرف ضباط الشرطة القضائيـة بعد إذن النيابة العامة.
- **المعاينة:** يمكن لوكيل الجمهوريـة أو ضباط الشرطة القضائية معاينة مسرح الجريمة للوقوف على الآثار المتخلفة عن الجريمة لوجود السائل المنوي على الفراش, أو ترك المتهم شيء من مخلفاتـه كأداة التهديد بمسرح الحادث .
- **الخبرة الطبية:** يقوم بها ذوي الاختصاص وهذا في حالة طلبها من طرف وكيل الجمهوريـة أو قاضي التحقيق, حيث يقوم الطبيب الخبير بمعاينة ملابس الضحية للكشف عن أثار المقاومة كتمزق الملابس أو وجود بقع دموية أو نطاق أو أية علامة تدل على مكان وقوع الفعل كالحشائش و الطين ثم يقوم بفحص الضحية و ذلك على مرحلتيـــــــــــن:

أ) **الفحص العام:** للبحث عن أثار المقاومة و العنف الجسدي كالكدمات وسحجات الأظافر حول الفم و العنق لمنع الضحية من الصراخ و حول المعصمين و الذراعين و الوجه الداخلي للفخذين.

ب) **الفحص الجنسي:** يخص الأعضاء التناسلية كالتورم و الكدمات و فحص الافرازات للتمييز بين الدم و الطمث و السيلان و كذا فحص غشاء البكارة بالنسبة

[1] – احمد ابو الروس, مرجع سابق, ص 212.

للبكر فإذا كان افتضاض البكارة دليل قاطع على حصول الإيلاج فان تمزيق غشاء البكارة تمزيقا جزئيا يكفي لإثبات المواقعة.[1]

أما بالنسبة للثيب فمن الصعب معرفة وقوع الاغتصاب اذا لم تكن هناك آثار عنف خارجية واضحة لانعدام العلامات الداخلية والاشكال الذي يطرح ان علامات الاغتصاب تزول بعد مرور 7 الى 10 أيام من وقوع الفعل ولا يبقى هناك سوى آثار للتمزق القديم بعد اندمال الجرح والذي يظهر على شكل ندبات بيضاء اللون وصلبة القوام, ولهذا فان الطبيب الخبير الشرعي لا يمكنه التحديد الدقيق لحدوث الاغتصاب.

ولابد من فحص عينة من محتوى المهبل وافرازاته بحثا عن النطاف بالمجهر وتحليل كل افراز يلاحظ على منطقة العانة والبطن والوجه الداخلي للفخذين وعلى الملابس, إلا أنه لا يمكن أن ينسب هذا التحليل إلى المتهم لأنه لا يمكن إرغامه على إعطاء دليل ضده وهذا يطرح إشكال الإثبات وأحيانا قد يكون من المفيد فحص الجاني بعد أخذ موافقته للتأكد من أنه هو الذي قام بالفعل المنسوب إليه بحثا عن أثار للمقاومة كالسحجات الظفرية والكدمات والعض على مستوى الوجه وأعلى الصدر, كما قد تفيد بقع الدم المكتشفة على ملابس الجاني أو أعضائه في مقارنتها بالتي تمت معاينتها على الضحية وأيضا فإن فحص الجاني يسمح بتقدير القوة البدنية للجاني المحتمل القول ما إذا كانت قوته العضلية كافية لإرغام المجني عليها ومواقعتها عنوة.

ولا يمكن إرغام الجاني على أخذ عينة من سائله المنوي من أجل إجراء التحليل وتثبيت الاتهام في حقه رغم تطور العلم والوصول إلى عملية تحليل ADN لمعرفة الجاني نفسه وهذا يعتبر كعثرة للإثبات في المواد الجنائية.[2]

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا المنوال انه:" متى كان الدفاع قد تمسك باستكمال التحليل لتعيين فصيلة الحيوانات المنوية ومعرفة ما إذا كانت من فصيلة مادة الطاعن أولا وكانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي الحديث تفيد إمكان تعيين فصيلة الحيوان المنوي فقد كان متعينا على المحكمة أن تحقق هذا الدفع الجوهري عن طريق المختص فنيا وهو الطبيب الشرعي أما وهي لم تفعل واستغنت عن تحقيق ما أثاره الطاعن

[1] – أحسن بوسقيعة, مرجع سابق, ص 96.

[2] – مسعودي بركاهم, مرجع سابق, ص 30.

وهو دفع له أهميته في خصوصية الواقعة المطروحة لما قد يترتب عليه من أثر في إثباتها ولم تناقض هذا الطلب أو ترد عليه فان حكمها يكون معيبا بالإخلال بحق الدفاع مما يتعين معه نقضه والاحالة.[1]

المبحث الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب

[1] – احمد ابو الروس, مرجع سابق, ص 203.

تختلف عقوبة جريمة الاغتصاب في العصر الحالي عما كانت عليه في العصور السابقة, ففي حين كانت عقوبة هذه الجريمة تتنوع بين الحد والتعزير فكان يتعين على القاضي اذا ثبتت الجريمة الحكم على المتهم وتنفيذ العقوبة عليه ,ودور القاضي في الحدود محدد فلا يملك إذا ثبتت الجريمة أن يعفو, أو يزيـد, أو ينقص في العقوبة لان الحد هو حق الله تعالى ولا يحتاج إلى دعوى من أحد، كما لا يسقط بإسقاط أحد.

اصبحت في العصر الحالي تخضع للعقوبة القانونية التي فرضها القانون والتي لا تمت باي صلة الى احكام الشريعة الاسلامية, وسنتناول بيان هذه العقوبات في المطالب التالية:

المطلب الاول : الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي

لا خلاف بين الفقهاء على ان المرأة المكرهة على الزنا لا عقاب عليها, واختلفوا في توصيف الاغتصاب الحاصل من الرجل, وبناء عليه تعددت اراء الفقهاء في عقوبة الاغتصاب في الفقه الاسلامي وذلك لعدة اعتبارات من اهمها:

- اعتبار جمهور الفقهاء ان عقوبة الاغتصاب هي عقوبة الزنا, بينما اعتبرها المالكية عقوبة الحرابة, ولم يتعرض كلاهما الى دليل المسالة, الا أن المالكية اعتبروا الاغتصاب فيه ترهيب واخافة, وهذا الأمر فيه مجاهرة بالمعصية وتعدّ على الحرمات, وإفساد في الارض وكل هذا جمع في اغتصاب المرأة التي لا تحل له فيكون حكم المغتصب حكم المحارب*.[1]
- اعتبار بعض الفقهاء وجود حالات يرفع فيها الحد لوجود الشبهة, وتحول العقوبة الى عقوبة التعزير كما هو الحال عند جمهور الفقهاء.
- انقسام الفقهاء في الاقرار باعتباره وسيلة اثبات الحدود بشكل عام وحد الزنا بصفة خاصة, فاعتبر البعض حصوله مرة واحدة, في حين لم يعترف بوقوعه فريقا اخر الا اذا وقع اربـــعة مرات في جلسات مختلفة.[2]

لذا كان لابد لنا من جمع هذه الآراء بغيـــــة الاحاطة بكل ما يتعلق بهذا الجرم من خلال مـــــايلي:

---

1 – حسام أحمد رمضان الجعبري, أثر جرائم العرض في مسائل الاحوال الشخصية, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي, كلية الدراسات العليا, جامعة الخليل, 2013, ص 108.

* المحارب: القاطع للطريق المخيف للسبيل الشاهر للسلاح للطلب.

2 – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص45.

الفرع الاول: الحـــــــدود

ان الحد اصطلاحا هو عقوبة مقدرة في الشرع لأجل حق لله تعالى[1] , ولهذا يسمى التعزير لآنه غير مقدر, ولا يسمى قصاص لأنه حق العباد, وهذا لان وجوب حق العباد في الاصل بطريق الجبران, فأما ما يجب حقا لله تعالى فالمنع من ارتكاب سببه لان الله تعالى جلّ على ان يلحقه نقصان ليحتاج في حقه الى الجبران.

وأغراض الحدود في الشـــرع ثلاث:[2]

- أن ينتقم من الجاني لاعتدائه، ويذوق وبال السيئة التي قد ألحقها بغيره من أفراد المجتمع و المجتمع نفسه.
- ردع الجاني من العودة لجرمه.
- أن يجعل من عقوبته عبرة لمن يعتبر.

لقد اتفق الفقهاء على ان جريمة الاغتصاب هي جريمة تستوجب العقاب, واختلف الفقهاء في حكمه باعتباره حد زنا ام حد حرابة, ونبين في التالي كلا من الحدين:

اولا :حـــــــــد الزنا

ورد في القران الكريم ذكر عقوبة الزاني في الدنيا والاخرة, وجاء الرسولﷺ وطبقها احسن تطبيقا , وقد جاء عن النبي في معرض النصح والارشاد قوله: ((يا معشـــــــــر المسلمين اتقو الزنا فان فيه ست خصال ثلاث في الدنيا وثلاث في الاخرة , فأما التي في الدنيا فذهاب بهاء الوجه, وقصر العمر ودوام الفقر, وأما التي في الاخرة فسخـــط الله تبارك وتعالى وسوء الحساب والعذاب بالنار)).[3]

ولقد اوجب الاسلام الحد على الزاني وجعل حد الزنا نوعان حد يستوجب الرجم حتى الموت وهو زنا المحصن, وحد يستوجب الجلد والتغريب وهو زنا البكر.

1. **عقـــــوبة البكر:**

[1] – بكر بن عبد الله ابو زيد, مرجع سابق, ص23.

[2] – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص47.

[3] – المرجع نفسه, ص 53.

البكر لغة: الجارية التي لم تفتض, وجمعها ابكار ,والبكر من النساء التي لم يقربها رجل, ومن الرجال الذي لم يقرب امرأة بعد, فاذا زنا البكر سواء كان رجلا او امرأة عوقب بعقوبتين اولهما **الجلد** وهي عقوبة مقدرة لا اجتهاد للقاضي فيها والثانية **التغريب** لقوله ﷺ : ((خذو عني فقد جعل الله لهن سبيلا, البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام)) ولقوله تعالى:﴿ **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ** ﴾.[1]

✓ **عقـــــــوبة الجلد:**

اذا زنا البكر عوقب بالجلد مائة جلدة, وعقوبة الجلد هي حد أي عقوبة مقدرة لا اجتهاد للقاضي فيها, فليس للقاضي أن ينقص منها او يزيد فيها لأي سبب كان, وليس له ان يوقف تنفيذها او يستبدلها بغيرها وكذلك الامر بالنسبة لولي الامر فلا يملك العفو عنها كلها أو بعضها.[2]

- **كيفيـــــــــــة الجلد:**

يجلد الزاني الذكر مائة جلدة بسوط لا ثمرة له, ويجلد الذكر في الغالب واقفا لا يقيد ولا يربط ولا يمد على الأرض، ويتجنب الوجه والرأس والقبل، وكل ما هو مقتل، لأن الغاية من الجلد التأديب، والزجر، والإيلام لا الإهلاك ولا القتل، ويجلد بثياب عادية وتنزع عنه الثياب الثقيلة كالفرو وغيره مما يمنع الألم من الجلد، والأصل في الجلد أن يكون مؤلما حتى يتحقق المقصود منه، ولا يركز في الضرب على مكان واحد أو عضو واحد بل يوزع الضرب على جميع الأعضاء.[3]

والجلد هو ما لمس الجلد وأوقع الألم فيه لأن موضع الإحساس والألم هو الجلد ومن الفقهاء من رأى تركيز الضرب على الظهر آخذا بظاهر قول الرسول ﷺ "البينة أو حد في ظهرك" [4]

✓ **عقوبة التغريب:**

---

[1] – سورة النور, الآية 2.

[2] – عبد القادر عودة, مرجع سابق, ص313.

[3] – امال نياف, مرجع سابق, ص 106.

[4]– البخاري: محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي, صحيح البخاري, دار ابن كثير, بدون طبعة, 1993, رقم الحديث 2526.

هو العقوبة الثانية للزاني رغم اختلاف الفقهاء في ماهيته, فقال مالك وأبو حنيفة : أن التغريب معناه الحبس مدة لا تزيد سنة في بلد غير البلد الذي وقعت فيه الجريمة ومن أصحاب هذا الرأي الزيديون.[1]

ويرى الشافعي وأحمد أن التغريب معناه النفي من البلد الذي حدث فيه الزنا إلى بلد أخر.

ويختلف الفقهاء في وجوب التغريب فأبو حنيفة يرى ان التغريب ليس واجبا, ولكنهم يخيرون الامام ان يجمع بين الجلد والتغريب اذا رأى في ذلك مصلحة, فهي عقوبة تعزيرية.

ويرى مالك والشافعي وأحمد وجوب الجمع بين الجلد والتغريب, ويعتبرون ان التغريب حدا كالجلد وحجتهم حيث الرسول ﷺ : "البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام".[2]

- **تغريب المرأة:** يرى مالك أن التغريب جعل للرجل دون المرأة لأن هاته الاخيرة تحتاج الى حفظ وصيانة لان الاصل أنه لا يجوز تغريب مرأة دون محرم.

فيرى المالكية ان التغريب في حق الرجل دون المرأة, في حين يرى الشافعية والحنابلة التغريب عقوبة واحدة لكل من الرجل و المرأة.[3]

2.عقـــــوبة المحصن:

لقد فرقت الشريعة بين المحصن والبكر في عقوبة الزنا, فخففت عقوبة البكر وشددت عقوبة المحصن الى الجلد والرجم, ولقد اشترط الائمة شروط للإحصان وهي: البلوغ, الحرية, العقل, ان يكون متزوجا بامرأة محصنة, وأن يكون قد دخل بها ووطئها في حالة جاز فيها الوطء وهما على احصان. [4]

✓ **الرجـــــــــــم:** هو القتـــــل رميا بالحجارة وما أشبهه.

---

[1] _ ابن همام: كمال الدين ابن عبد الواحد, فتح القدير, الجزء الرابع, دار الفكر, دون طبعة, ص270.

[2] – المرجع نفسه, ص283.

[3] – ابن قدامة, مرجع سابق, ص 134.

[4] – عبد الرحمان الجزيري, كتاب الفقه على المذاهب الاربعة, المجلد الخامس, دار الكتب العلمية, بيروت, 1999, ص 55.

وهو عقوبة معترف بها من طرف جميع الفقهاء الا طائفة الأزارقة من الخوارج لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم تكن في حد التواتر, وعندهم عقوبة المحصن وغير المحصن هي الجلد, والاصل في الرجم أنه سنة قولية وفعلية في وقت واحد.[1]

فمن السنة ما أخرجه أبو داود وغيره من أئمة الحديث عن عبادة بن الصامت قال :قال رسول الله ﷺ " خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا: الثيب بالثيب جلد مائة، ورمي بالحجارة، والبكر بالبكر جلد مائة، ونفي سنة" .

وأخرج أبو داود أيضا عن ابن عباس :أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه خطب فقال :الله بعث محمد ﷺ بالحق، وأنزل عليه الكتاب، فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها و وعيناها، ورجم رسول الله ﷺ ورجمنا من بعده، وإني خشيت إن طال بالناس الزمان أن يقول قائل : ما نجد آية الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى، فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء إذا كان محصنا إذا قامت البينة أو كان حمل أو اعتراف، وأيم الله لولا أن يقول الناس: زاد عمر في كتاب الله عز وجل، لكتبتها"[2].

- **كيفيـــــة الرجم:**

اتفق الائمة الاربعة على ان الرجل المحدود بالرجم يقام عليه الحد قائما, ولا يربط بشيء ولا يمسك ولا يحفر له سواء ثبت الرجم بالإقرار او البينة كما فعل الرسول ﷺ بماعز فلم يحفر له, ولأن المرجوم قد يفر فيكون ذلك دلالة على رجوعه في قراره, فقد هرب ماعز من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة, وقال مالك يجرد الرجل في ضرب الحدود كلها ماعدا ما بين السرة والركبة لأن الامر بجلده يقتضي مباشرة جسمه.

- **اداة حد الرجم:**

يقام حد الرجم بالضرب بالمدر(الطين المتحجر) وبالحجارة المعتدلة لا بحصيات صغيرة لئلا يطول تعذيبه, ولا بصخرات تقضي عليه بسرعة لئلا يفوت التنكيل المقصود.[3]

- **الجمع بين الجلد و الرجم:**

---

[1] – عبد القادر عودة, مرجع سابق, ص316.

[2] – أخرجه أبو داود في سننه (4/144), وأحمد في مسنده (1/296) من حديث عمر بن الخطاب– رضي الله عنه–.

[3] – وهبة الزحيلي, مرجع سابق, ص ص61–62.

- **المالكية والشافعية والحنفية:** قالو لا يجوز الجمع بين الجلد والرجم على المحصن لأن حد الرجم نسخ حد الجلد ورفعه, ولأن الحد الاصغر ينطوي تحت الحد الاكبر.
- **الحنابلة:** قالو ان المحصن يجلد في اليوم الاول ثم يحد بالرجم في اليوم الثاني لما روي عن النبي ﷺ أنه جلد رجلا يوم الخميس ورجمه يوم الجمعة.

ولكن الراجح هو قول الجمهور لأن النبي ﷺ رجم ماعز ورجم امرأة من جهينة, ولم يثبت عن أحد من الصحابة أنه جلد واحدا منهما قبل رجمه.

ثانيا: حـــد الحرابة

ثار خلاف بين الفقهاء المسلمون في حكم الحرابة بناء على الآية الكريمة:﴿ **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ (33)**﴾.[1]

فذهب اتجاه فقهي الى اعتبار الاحكام الواردة في هذه الآية على سبيل التنويع أي حسب طبيعة كل جريمة, وذهب الاتجاه الاخر الى اعتبار هذه الاحكام على سبيل التخيير للحاكم أو القاضي, وسنتعرض لأقوال الفقهاء في حكم الحرابة فيما يلي:[2]

- **المذهب الحنفي:**

اجمع الأحناف على ان الحرابة حق لله سبحانه وتعالى لا تسقط بتنازل العباد عنه, ولا يسقط الا في حالة وحيدة وهي حالة التوبة قبل القدرة, وفي ذلك ردع للمشاركين في الجريمة الذين يقومون بالمساهمة المباشرة, او قد يتسترون على الجريمة ولا يقومون بردع المجرم عن القيام بجريمته.

- **المذهب الشافعي:**

ان حكم الحرابة يكون تبعا للجريمة المرتكبة في حقه وجسامتها, اما في حال ارتكب المحارب اكثر من جريمة فيقدم الاخف فالأخف, فيؤخر حد الزنا اذا كان الواجب الرجم, فان كان جلدا قدم على القتل قطعا, اي تنفذ به جميع العقوبات الصادرة في حقه واحدة تلو الاخرى بدء بالأخف فالأخف.

---

[1] – سورة المائدة, الآية 33.

[2] – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص ص 94-95.

وفي قول الشافعية ان في الجناية على ما دون النفس قصاص, وذلك حسب جسامة الجريمة المرتكبة ضده.

- **المذهب الحنبلي:**

يتفق الحنابلة مع الأحناف والشافعية في اعتبار حكم الحرابة تابعا للجناية المرتكبة.

- **المذهب المالكي:**

يختلف المذهب المالكي عن غيره من المذاهب بانهم لم يحصروا الاحكام حسب الجناية بل جعلوا للحاكم حرية الاختيار في اصداره للأحكام على بعض الجرائم حسب تقديره لخطورتها او خطورة مرتكبها, ومعنى التخيير عنده ان الامر واقع في ذلك الى اجتهاد الامام ,فان كان المحارب ممن له الراي والتدبير فوجه الاجتهاد قتله او صلبه, وان كان لا راي له وانما هو ذو قوة وباس قطعه من خلاف, ولعل هذا المناسب في زمننا هذا خاصة ان البعض ينظم الى هاته العصابات تحت التهديد او الخوف, أو تحت تأثير المخدرات... مما يجعل الحكم يختلف بين افراد العصابة.[1]

حكم الحرابة في الفقه المعاصر:

يتجه الفقهاء المعاصرون الى اعتبار جريمة الاعتداء على العروض جريمة تقع في نطاق الحرابة لما تتضمنه من الافساد والمحاربة لله ورسوله, ويعتبرها البعض منهم "محمد شلتوت" في كتابه (فقه القران والسنة) أفضل عقاب تناله العصابات المفسدة حتى ولو كانت الجرائم خالية من القتل او أخذ المال.

ويؤكد الامام "محمد عبده" اعتبار الاعتداء على الاعراض داخلا في حد الحرابة لما فيه من الافساد, وهو راي المالكية والظاهرية في اعتبار جريمة الاعتداء على العرض داخلة في حكم الحرابة, وللإمام أو القاضي سلطة اجتهادية في نطاق النص لمحاربة هذه الجريمة التي تعصف بقيم المجتمع وبمنجزاته, فالمغتصب مستحق للعقاب الذي ذكره الله في الآية السابقة سواء كان في المدن او القرى او الصحاري.

الفرع الثاني: التعزير

اولا: تعريف التعزير

[1] – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص 94.

ان التعزير هو التأديب بما يراه الحاكم زاجرا لمن يفعل فعلا محرما عن العودة الى هذا الفعل , فكل من أتى فعلا محرما لا حد فيه , ولا قصاص ولا كفارة فان على الحاكم ان يعزره بما يراه زاجرا له عن العودة من ضرب, أو سجن أو توبيخ.[1]

ويختلف حكمه باختلاف حاله وحال فاعله, فيوافق الحدود في وجه انه تأديب استصلاح وزجر يختلف باختلاف الذنب, ويختلف عن الحدود باعتبار هذه الاخيرة جرائم دين وجرائم دنيا, ام الحال التعزير في التعزير فعلى خلاف ذلك فهي جرائم دنيا فحسب.

فتطبق عقوبة الحد في عدة حالات منها: ان تكون الجريمة المنفذة تامة, وان لا يكون هناك مانع من توقيع العقوبة, وفي عدا ذلك كأن كانت الجريمة تامة ولم تستوف شروط العقوبة , او درء الحد للشبهة , او كانت الجريمة شروعا, فالعقوبة في هذه الحالات طبقا للشريعة هي التعزير.[2]

ثانيا: عقوبة التعزير

تعتبر الافعال التي لا تصل الى درجة الحد جرائم مستقلة, وعقوبتها هي عقوبة تعزيرية ففي الزنا مثلا يعاقب الرجل الذي يرتكب افعالا تمس جسد المرأة بعقوبة تعزيرية وذلك في حال لم يصل الامر الى الوطء, ويعاقب ايضا بعقوبة تعزيرية من شرع في عملية الاغتصاب ولكنه عدل عنها عدولا اختياريا, ويرجع مقدار التعزير الى الامام او الحاكم شريطة ان لا تبلغ الحـــــــد.

ثالثا: مقدار التعزير

اختلف الفقهاء في الحد الادنى والحد الاقصى للتعزير على اقوال:

- **الحنفية:** أوجب الأحناف التعزير في كل جناية ليست موجبة للحد, اما مقدار الحد فيعود الى قدر الجناية, والى شخصية الجاني, فمن الجناة من يكفيه التغليظ في القول خاصة اشراف القوم, ومنه من لا يردعه الا الضرب والحبس, واقل التعزير ثلاثة اسواط فصاعدا, ولا يبلغ اربعين بل ينقص منه سوط وهذا عند ابي حنيفة ومحمد, وقال ابو يوسف: في العبد ينقص من اربعين خمسة أسواط, وفي الحر لا يبلغ ثمانين وينقص منه خمسة اسواط. [3]

[1] – عبد الرحمان الجزيري, مرجع سابق, ص245.

[2] – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص ص 96-97.

[3] – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص 116.

- **الشافعية:** استنبط فقهاء هذا المذهب أحكام التعزير من قولـــــــه تعالى:﴿ **وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ (5) إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ (6)**﴾[1], ومن قول النبي ﷺ "لا يخلون رجل بامرأة الا كان ثالثهما الشيطان" , فاذا حرمت الخلوة بها فالأولى أن تحرم المباشرة لأنها أدعى الى الحرام وفعل ذلك لم يوجب الحد فانتقل العقاب الى التعزير, أما مقدار التعزير لكل ذنب مستنبط من حده فأعلاه خمسة وسبعون.
- **الحنابلة:** عدّد الفقهاء الحنابلة المعاصي التي تدخل في باب التعزير ولا تدخل في باب الزنا, وهي: وطء الشريك الجارية المشركة أو أمته المتزوجة أو وطء امرأته في دبرها أو حيضها, أو وطء أجنبية دون الفرج....

ولكل معصية عقوبتها, وهناك رأيان في المذهب في مقدار الحد فقد روي عن أحمد رحمه الله أنه لا يزاد في التعزير عن عشر جلدات, والرأي الثاني يرى انه يختلف باختلاف اسبابه.

- **المالكية:** يبيح المذهب المالكي أن يكون مقدار التعزير موازيا لمقدار الحدود وذلك عائد لاجتهاد الامام , فقد قال النبي ﷺ في الصحيح وغيره: "لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط الا في حد من حدود الله", فحمله مالك عن الامور الغريبة التي تكون في الذنب اليسير فكل ما فحش من ذنب أو قبح مما لم يرد به نص في حد فالإمام يجتهد فيه فيجوز له أن يزيد عن العشر, وهذا أقوى حد, قال علمائنا: ويجوز ان يزيد على الحد.[2]

المطلب الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب في القانون الجزائري:

فرق قانون العقوبات الجزائري في عقوبة الاغتصاب بين الاغتصاب في صورته البسيطة الاغتصاب في صورته المشددة, وكذا تناول مسالة تعدد حريمة الاغتصاب مع الجرائم الاخرى وهو ما سنتناوله فيما يلي:

الفرع الاول: الاغتصاب في صورته البسيطة

[1] – سورة المؤمنون, الآيات 5– 6.

[2] – نهى القاطرجي, مرجع سابق, ص118.

لقد حدد المشرع الجزائري عقوبة الجريمة في صورتها البسيطة فجعلها السجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات طبقا للمادة 1/336 قانون العقوبات[1]" كل من ارتكب جناية هتك عرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات ", وفي حالة وجود ظروف مخففة فانه يجوز تخفيض العقوبة الى الحبس سنة واحدة طبقا للمادة 53 من قانون العقوبات, ويجوز النطق بوقف التنفيذ طبقا للمادة 4/309 من قانون الاجراءات الجزائية[2] للعقوبة المخفضة لاعتبارها عقوبة جنحية .

وفي حالة الحكم في عقوبة جنائية تحكم المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في الحرمان من ممارسة الحقوق المالية. وكذا الحرمان من حق او اكثر من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية لمدة اقصاها 10 سنوات..[3]

وبالمقارنة مع التشريع المقارن ومنه على سبيل المثال التشريع المصري يعاقب على جريمة الاغتصاب على المرأة بالأشغال الشاقة المؤقتة والمؤبدة طبقا للمادة 267 قانون العقوبات المصري.[4]

أما المشرع الفرنسي وفي نص المادة 232 عقوبات فرنسي فقد عاقب على هذه الجريمة بخمس عشر سنة.

وتعد جسامة العنف والسمعة الأخلاقية للمجني عليها وسنها وكونها متزوجة ومقدار ما أبدته من مقاومة من بين الاعتبارات التي توجه القاضي في استعمال سلطته التقديرية في الحدود التي عينها القانون، وللقاضي أن يطبق الظروف المخففة وله أن يعتبر الزواج اللاحق بين الجاني والمجني عليها أحد هذه الظروف.

الفرع الثاني: ظروف التشديد في جريمة الاغتصاب

[1] – الامر قم 66– 156 المؤرخ في 18صفر1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[2] – الامر رقم 66–155 المؤرخ في18صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

[3] – لحسين بن الشيخ اث ملويا, مرجع سابق, ص ص 119–120.

[4]– المادة 267 من قانون العقوبات المصري طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003 المعدل لقانون رقم 58 لسنة 1937.

لقد حدد المشرع ظروف التشديد للجريمة في المادة 2/336 و337 قانون العقوبات الجزائري[1] وتقوم هذه الظروف بصفة عامة على سن المجني عليها, وعلى توافر الصفة لدى الجاني أي أن تكون له صلة بالمجني عليها, ويكفي توافر صفة واحدة مما نص عليها القانون فلا يشترط اجتماع صفتين أو أكثر، وكل ظرف له طابع شخصي يغير من وصف الجريمة ويتأثر به الشريك إذا كان عالما به.

وعلة التشديد أن هذه الصفات تعني أن للجاني على المجني عليها سلطة فيسيء استعمالها، فمن جهة يسهل عليه ارتكاب الجريمة باعتباره قريبا من المجني عليها ويجعلها لا تخشاه ولا تحتاط منه، بل تثق فيه ومن جهة أخرى فصفة الجاني تحمله بواجبات اتجاه عرض المجني عليها، فعليه أن يحميه من اعتداء الغير، فإذا صدر الاعتداء منه فإنه يكون قد أهدر واجبه وخان الثقة التي وضعت فيه ونفصل صفات الجاني التي يقوم عليها ظرف التشديد فيما يلي:

1- **إذا كانت الضحية قاصرة لم تتجاوز السادسة عشرة (16):** طبقا للمادة **2/336** قانون العقوبات الجزائري " **وإذا وقع هتك عرض ضد قاصرة لم تكمل السادسة عشرة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة** ", والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري ومراعاة منه لحماية أعراض الفتيات الصغيرات وذلك باعتبار أن الفتاة في سن السادسة عشر تكون قد بلغت سن المراهقة وهي أخطر مرحلة من مراحل الحياة الجنسية عند الفتيات واللواتي تعتبرن أمهات المستقبل.

غير أنه عند قراءتنا للمادة 1/336 قانون العقوبات الجزائري بالنص العربي نجده ينص على القاصرة التي لم تكمل السادسة عشر بينما الأصح والأصل عمليا هو ما جاء في النص الفرنسي[2], فهناك اختلاف بين النص العربي في المادة 336 والنص الفرنسي في المواد 334و335 ، ففي الوقت الذي يتحدث فيه النص العربي عن القاصر الذي لم يكمل السادسة عشرة 16 سنة، يتحدث النص الفرنسي عن القاصر الذي لم يتجاوز السادسة عشرة.

---

[1] – الامر قم 66- 156 المؤرخ في 18صفر1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

[2] – أحسن بوسقيعة, مرجع سابق, ص140.

« Si le viol a été commis sur la personne d'une mineure de 16 seize ans ..... »

ويتفق النصان في المادة 342 حيث يتحدث كلاهما عن القاصر الذي لم يكمل السادسة عشرة، mineur de seize ans مما يؤكد أن ما يقصده المشرع في المواد 334, 335, 336 القاصر الذي لم يكمل السادسة عشرة.[1]

ولقد اكد على ضرورة مراعاة سن الضحية واعتباره من ظروف التشديد في العقوبة قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/5/29 ملف رقم 34538.

2- **أن يكون الجاني من أصول المجني عليها:** أعتد المشرع بأواصر القرابة التي تربط بين الجاني والمجني عليها، فإذا كان الجاني من أصول المجني عليها و ارتكب جريمته معها فهو قد أخل بواجبه في مراعاة فروعه و الحفاظ عليهم ومن ثم حقت عليه العقوبة المشددة, وأصول المجني عليها هم من تناسلت منهم تناسلا حقيقيا كالأب والجد و إن علا ولا يعد من الأصول الأب بالتبني و الجد بالتبني و يجب أن تكون صلة البنوة شرعية فلا ينطبق التشديد على الأب غير الشرعي.[2]

3- أن يكون الجاني من المتولين تربية المجني عليها أو ملاحظتها: ويقصد بهم كل من عهد إليهم أمر الإشراف على المجني عليها و تهذيبها سواء كان ذلك بحكم القانون كالولي أو الوصي أو القيم أو المعلم في المدرسة أو بحكم الاتفاق كالمعلم الخصوصي أو بحكم الواقع كزوج الأم وزوج الأخت والعم والأخ الأكبر.

4- **أن يكون الجاني ممن له سلطة على المجني عليها:** ويقصد بالسلطة ما قد يكون للجاني من قدرة على تنفيذ أوامره على المجني عليها أو السيطرة على تصرفاتها، يستوي أن يكون مصدرها القانون كسلطة رب العمل على عاملاته وصاحب الحرفة على من تعملن عنده ورئيسا لمصلحة أو المرفق على من تعملن فيه أو يكون مصدرها الدافع لا القانون كسلطة أحد أقارب المجني عليها إذا لم يكن من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أما فيما يتعلق بسلطة المخدوم على خادمته فمصدرها القانون.

[1] – احسن بوسقيعة, مرجع سابق , ص 141.

[2] – احمد ابو الروس, مرجع سابق, ص 40.

5- أن يكون الجاني خادما بالأجر عند المجني عليها أو عند أحد ممن ذكروا فيما سبق: يراد بالخادم من يعمل لقاء أجر للقيام بعمل لدي المجني عليها أو لدى أصولها أو المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو لدى أحد ممن له سلطة عليها, ويستوي أن تكون العمل دائم كالخدم المقيمين معها في المنزل أو لبعض الوقت كالبستاني والطباخ الذي يؤدي عمل يومي لبعض الوقت.

6-أن يكون الجاني موظفا: يتوفر الظرف المشدد إذا كان الجاني والمجني عليها يعملان معا في خدمة شخص واحد إذ يصدق عليه أنه خادم عند من له على المجني عليها سلطة. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه متى كان المتهم والمجني عليها كلاهما عاملين في محل كراء واحد فهما مشمولان بسلطة رب عمل واحد ومن ثم ينطبق الظرف المشدد عليهما لو كانت إحداهما عاملة وواقعها الآخر دون رضا. [1]

7- أن يكون الجاني من رجال الدين: في هذه الحالة يمكن أن يكون الجاني إمام أو مأموم او كاهن او قسيس....

8- إذا استعان الجاني بشخص أو أكثر لارتكاب جناية الاغتصاب.[2]

الفرع الثالث: التعدد بين جريمة الاغتصاب والجرائم الأخرى:

يفترض الاغتصاب في بعض حالاته إكراها ماديا متمثلا في ضرب أو جرح ينزله الجاني بالمجني عليها ولكن لا تقوم بفعل الإكراه جريمة مستقلة، فقد جمع المشرع بينه وبين فعل الوطء في وحدة قانونية ومن ثم تقوم بهما جريمة واحدة.

ولكن إذا أفضى فعل الضرب والجرح إلى موت المجني عليها تعددت بذلك الجرائم، إذا أن الوفاة واقعة خارجة عن الكيان المادي للاغتصاب، ولا تتعدد عقوبات المتهم لارتباط الجريمتين بوحدة الغرض وإنما يقضي بأشد العقوبتين طبقا للمادة 32 قانون العقوبات الجزائري: " يجب أن يوصف الفعل الواحد الذي يحمل عدة أوصاف بالوصف الأشد من بينها" .[3]

---

[1] – احمد ابو الروس, مرجع سابق، ص 41.

[2]– لحسين بن الشيخ آث ملويا , مرجع سابق, ص 120.

[3] - الامر قم 66- 156 المؤرخ في 18صفر1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

وينطوي الاغتصاب بطبيعته على فعل مخل بالحياء، لما ينطوي عليه من إخلال بحياء المجني عليها الجسيم, ولا تتعدد الجريمتان وإنما تكون حالة تنازع نصوص، إذا يعتبر نص الاغتصاب نصا خاصا بالقياس إلى الفعل المخل بالحياء فيطبق دونه.

وإذا ارتكب الاغتصاب في علانية تعددت جريمة الاغتصاب وجريمة الفعل الفاضح العلني تعددا معنويا, أما إذا كانت الضحية متزوجة فلا تتعدد جريمتا الاغتصاب والزنا لأن الاغتصاب ينفي عنصر الزنا وهو حصول الاتصال الجنسي برضا طرفين، فثمة تنازع بين نصين ينفي إحداهما الآخر.[1]

وفي حالة ما اذا أضاف الجاني إلى فعل الوطء قتل المجني عليها عمدا يتعين التفرقة بين وضعين:

- إذا ارتكب فعل الوطء أولا ثم قتل الضحية تخلصا من مسؤولية جريمته فهو مسؤول عن قتل مقترن بجناية ومرتبط بها كذلك.
- اذا ارتكب القتل اولا ثم فسق بجثة الضحية فهو يسال عن القتل فقط ولا يسال عن الاغتصاب, اذا لم تكن الضحية حية وقت ارتكابه فعله.[2]

خلاصـــــــــــة الفصل:

تجرم كل الشرائع السماوية جريمة الاغتصاب بكل أشكالها فنجد الله سبحانه وتعالى فصّل فيها كثيرا وذلك حماية لأعراض الناس وشرفهم باعتبارها من مقاصد الشريعة

[1] – محمد رشاد متولي, مرجع سابق, ص 142.

[2] – المرجع نفسه, ص 143.

الاسلامية السمحاء, وكذا بهدف التقليل من انتشار الفاحشة في المجتمع ,فنصت الشريعة الاسلامية على وسائل اثبات محددة ومنصوصة وواضحة وحددت لها شروطا معينة ودقيقة اذ نجد ان القاضي يتشدد في قبولها نظرا لجسامة العقوبة المسلطة على مرتكبها, في حين نجد ان القاضي القانوني يسلط العقوبة على حسب مدى اقتناعه بأدلة الاثبات المتعددة والمختلفة في الفقه الجنائي, ففي القانون يعتمد خاصة على وسائل الاثبات المستحدثة في عصرنا خاصة اللجوء الى الفحوصات الطبية.

اما بالنسبة للعقوبة المقررة لجريمة الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري هي عقوبة تقديرية للقاضي بالنظر الى ملابسات كل قضية وصفة الجناة اذ لم يكن السبب من تسليط هذه العقوبة هو ارتكاب جريمة الزنا وانما يعود الى الاكراه المستعمل في الجريمة, في حين نجد ان جمهور الفقهاء ألحقوا الاغتصاب بالزنا, ونظروا الى صفة الجناة من جهة الاحصان, عكس المشرع الجزائري الذي نظر اليهم حسب الصلة التي تربطهم بالمجني عليها.

وقد شدد الله سبحانه وتعالى في هذه العقوبات وجعلها من العقوبات الحدية الصارمة التي لا اجتهاد معها, وجعلها تتركز اساسا على ايلام الجاني, اما المشرع الجزائري فيعتبرها عقوبة مقيدة للحرية فقط دون التشديد فيها اذ تصل في حالات التشديد الى السجن المؤقت من عشرة الى عشرون سنة كحد اقصى وهو ما لا نراه متناسبا مع حجم الجريمة المرتكبة وانعكاساتها المختلفة على الفرد والاسرة والمجتمع بأكمله, على امل ان يراجع المشرع نفسه في النظر الى هذه النقطة.

الخاتمة

الخاتـــــــــمـــــة

إن ظاهرة الاغتصاب ظاهرة تقشعر لها الأبدان وقد زادت انتشارا في الآونة الأخيرة لعدة أسباب سواء كانت اجتماعية أو نفسية أو اقتصادية ولعل اهمها غياب الوازع الديني لدى الأشخاص أصحاب النفوس الضعيفة، كما أن القصور الموجود في التشريعات القانونية بصفة عامة، والتشريع الجزائري بصفة خاصة، أعطى منفذا لكل من سولت له نفسه تدنيس شرف وعفة المرأة على عكس الشريعة الإسلامية التي درست كل صغيرة وكبيرة، وأما ما استحدث من جرائم فتركته لاجتهاد الأئمة والعلماء، وشرعت لهم في ذلك التعازير بدل الحدود.

ومن كل ما سبق يمكننا أن نقول أننا خرجنا من هذا البحث بعدة نتائج منها السلبية والتي نرجو تحسنها، وأخرى إيجابية نتمنى دوامها، وهي كالاتي:

- غياب تعريف دقيق وجلي لجريمة الاغتصاب سواء في الشريعة الاسلامية أو القانون الجزائري.
- أن المشرع الجزائري لم يحذو حذو الشريعة الاسلامية في مفهومه لجريمة الاغتصاب واقتصرها فقط في "اتصال رجل بامرأة غير زوجته اتصالا جنسيا كاملا دون رضا صحيحا منها", وبالتالي اخرج منه اتيان الضحية من دبرها, واغتصاب الذكور الذي لا يقل فحشا عن الاولى خاصة امام التزايد الهائل لهذا النوع من الجرائم في الاونة الاخيرة, وكان من الاحسن ان يحذو حذو الشريعة في المفهوم الواسع جريمة الاغتصاب.
- ان المشرع الجزائري لم يوفق في ضبط المصطلحات في نص المادة 336 ويجدر به اعادة صياغة المادة والنص الصريح على مصطلح الاغتصاب في المادة.
- غياب عقوبة قانونية رادعة في القانون الجزائري رغم ما تكتنفه من خطورة واعتبارها من جرائم الحرب التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، وكل ما فعلته هو رفع العقوبة بزيادة مدة السجن فقط في ظروف التشديد، عكس الشريعة الاسلامية التي اقرت عقوبات صارمة، ورادعة وكانت عبرة لمن يعتبر من ذوي النفوس الضعيفة من خلال الحدود التـي وضعها سبحانه وتعالى.
- تستر معظم الأسر عن الجرائم الجنسية التي تلحق ببناتها, وكل هذا راجع لأسبـــــاب اجتماعية بحتـــة، بالإضافة إلى تخوفـــــــهم من العار والفضيحة, وكذا ضيـــاع حقوقهم في ظل هذا القصور التشريعي.

- عدم نص المشرع الجزائري على اثار هذه الجريمة من فض للبكارة, الحمل المرتقب من الاغتصاب, اصابة الضحية بأمراض جنسية خطيرة , وفاة الضحية.....

بالرغم من اهميتها البالغة, ودورها الكبير في تقدير العقوبة على امل استدراكها في التعديلات القادمة واعتبارها من ظروف تشديد العقوبة.

- لا يتم هتك العرض في القانون الجزائري إلا بإيلاج عضو التذكير في فرج المرأة وعليه فإن وضع الأصبع أو قضيب أو غيره في فرج المرأة لا يعد اغتصابا ونحن نرى أن أي إيلاج جنسي في فرج المرأة سواء كان باستعمال قضيب الرجل أو الأصبع أو أي وسيلة كل هذا يعد اغتصاب، لأن العبرة بنتيجة هذا الفعل كفض البكارة أو الحمل، وليس بطريقة ممارسته، ونتمنى أن يأخذ المشرع الجزائري هذه النقطة بعين الاعتبار.
- المشرع القانوني لا يعتبر الجريمة اغتــصابًا، ويعــدُّها هتك عرض، إذا قام المــجرم باغتصاب السيدة في غير المكان الطبيعي اي كان الاغتصاب عن طريق الدبر رغم أن فداحة الجرم واحدة، فالقــرآن الكريم تعامل مع الجــريمة الأخلاقيـــة الهابـــطة التي ابتدعها قوم لوط، بمنتهى القـــوة والشدة، وكان التنكيل بهم رهيب فكيف تُخَفَف العقـــوبة عن مثل هــؤلاء، في حين أن الألم الذي ينال الضحية من ارتكاب الجريمة بهذه الكيفية يكون أشد وأقسى .

ومن خلال هذه الدراسة اتضحت لي بعض الاقتراحات أدرجها فيما يلي:

- ✓ ضرورة إعادة النظر في العقوبات المقررة في القانون الجزائري، وتشديدها بما يلائم خصوصية هذه الجريمة، مثل ما هو مقرر في بعض الدول لتكون لها فعالية على سياستها العقابية في الجزائر.
- ✓ اعادة صياغة المادة القانونية وضبطها بمصطلح الاغتصاب.
- ✓ الاقتداء بأحكام الشريعة الإسلامية، و الاستعانة بالقوانين الأجنبية بما يتماشى مع قيم وأخلاق المجتمع الجزائري.
- ✓ تطبيق عقوبة جريمة الاغتصاب في حالة كون المغتصَب ذكرا خاصة فئة في الآونة الاخيرة في المجتمع الجزائري.
- ✓ التوسيع من نطاق جريمة الاغتصاب بادراج شتى انواع الايلاج مهما كانت طبيعته وذلك نظرا للاثار السلبية والخطيرة الناجمة عنها.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القران الكريم برواية ورش عن نافع.

أولا: كتب الحديث النبوي:

1. البخاري: محمد بن اسماعيل البخاري الجعفي, صحيح البخاري, دار ابن كثير, بدون طبعة, 1993.
2. السمرقندي: عبد الله بن عبد الرحمان دارمي, سنن الدارمي, الجزء 2, كتاب الحدود, دار الكتاب العربي, بدون طبعة, 1987.

ثانيا: الكتب الفقهية

1. بكر بن عبد الله بن بوزيد, الحدود والتعزيرات عند ابن القيم, دار العاصمة, السعودية, الطبعة الثانية, 1415.
2. ابن حزم: ابي محمد علي بن سعيد, المحلى, الجزء11, ادارة الطباعة المنيرية, بدون طبعة, مصر.
3. الشافعي الصغير, شمس الدين محمد بن احمد الرملي, نهاية المحتاج الى شرح المنهاج, الجزء 7 , دار الفكر, لبنان, 1967.
4. عبد الرحمان الجزيري, كتاب الفقه على المذاهب الاربعة, المجلد الخامس, دار الكتب العلمية, بيروت, بدون طبعة, 1999.
5. ابن قدامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد, المغني, الجزء 10, دار عالم الكتب, الرياض, الطبعة الثالثة,1997.
6. ابن قدامة: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد, المغني, الجزء 12, دار عالم الكتب, الرياض, الطبعة الثالثة,1997.
7. الكاساني: ابي بكر بن مسعود بن أحمد, بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع, الجزء7, دار الكتب العلمية, لبنان.
8. الامام: محمد أبو زهرة, الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي-الجريمة-, دار الفكر العربي, القاهرة, 1998.

9. محمد بن محمد بن محمد الغزالي, الوسيط في المذهب, المجلد6, دار السلام, الطبعة الاولى,1997.
10. ابن همام: كمال الدين ابن عبد الواحد, فتح القدير, الجزء الرابع, دار الفكر, دون طبعة ودون سنة.
11. وهبة الزحيلي, الفقه الاسلامي وادلته, الجزء السادس, دار الفكر, دمشق, الطبعة الرابعة.

ثالثا: الكتب القانونية :

1. احسن بوسقيعة, الوجيز في القانون الجنائي الخاص, الجزء الاول, دار هومة, الجزائر, 2003.
2. أحمد ابو الروس, الموسوعة الجنائية الحديثة (4), المكتب الجامعي الحديث, الاسكندرية , بدون طبعة, 1997.
3. احمد محمود خليل, جرائم هتك العرض, دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية, 1990.
4. إسحاق إبراهيم منصور, شرح قانون العقوبات الجزائري " جنائي خاص", ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر, الطبعة الثانية, 1988.
5. عبد الحميد الشواربي, جريمة الزنا, منشأة المعارف, الاسكندرية. بدون طبعة, 1998.
6. عبد العزيز سعد ,الجرائم الواقعة على نظام الأسرة, الديوان الوطني للأشغال التربوية, الجزائر, الطبعة الثانية.
7. عبد القادر البقيرات، مفهوم الجرائم ضد الإنسانية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، 2004.
8. عبد القادر عودة, التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي, المجلد الثاني , دار الكتب العلمية, بيروت, الطبعة الاولى, 2005.
9. فخري عبد الرزاق الحديثي, خالد حميد الزعبي, الموسوعة الجنائية 2- شرح قانون العقوبات القسم الخاص-, دار الثقافة, عمان, الطبعة الاولى,2009.
10. لحسين بن الشيخ اث ملويا, المنتقى في القضاء الجزائي, دار هومة, الجزائر, 2010.

11. محمد رشاد متولي, الوجيز في القانون الجنائي الخاص, الجزء الاول, دار هومة, الجزائر ,بدون طبعة, 2003.
12. محمد صبحي نجم, شرح قانون العقوبات الجزائرى "القسم الخاص", ديوان المطبوعات المنهجية, الجزائر, الطبعة الخامسة, 2004.
13. مكي دردوس، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، ، الجزء الثاني, ديوان المطبوعات الجامعية، المطبعة الجهوية قسنطينة، الجزائر، 2007.
14. نهى القاطرجي، جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي, مجد المؤسسة الجامعية للدراسات , بيروت, الطبعة الاولى, 2003.

رابعا: الرسائل الجامعية

1. ابراهيم بن صالح بن محمد اللحيدان, أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الاسلامي وتطبيقه في المملكة العربية السعودية, مذكرة ماجستير, قسم العدالة الجنائية, كلية الدراسة العليا, جامعة نايف للعلوم الأمنية, الرياض, 2004.
2. أمال نياف, الجريمة الجنسية المرتكبة ضد القاصر, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقـــــوبات والعلوم الجنائية, كلية الحقوق, جامعة قسنطينة,2012_2013.
3. حسام أحمد رمضان الجعبري, أثر جرائم العرض في مسائل الاحوال الشخصية, مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي, كلية الدراسات العليا, جامعة الخليل, 2013.
4. محمد بن فهد بن مرزوق المطيري, اثر الاكراه على المسؤولية الجنائية في جريمة الزنا بين الشريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية, مذكرة لنيل درجة الماجستير, قسم العدالة الجنائية, كلية الدراسات العليا, جامعة نايف للعلوم الامنية, دفعة 2014, ص 181.
5. مسعودي بركاهم, جريمة الاغتصاب, مذكرة لنيل شهادة القضاء, دفعة 2005-2006.

خامسا: المجلات

1. اغتصاب أحكام واثار, مجلة كلية العلوم الاسلامية.

2. عادل يوسف عبد النبي الشكري, مقال بعنوان "جريمة الاغتصاب في ضوء سياسة التجريم والعقاب المعاصرة", مجلة الكوفة, العدد13.
3. منى محمد الحمداني ورنا عبد المنعم يحي, مقال بعنوان" الحماية الجزائية لعرض الطفل في قانون العقوبات العراقي", مجلة بحوث مستقبلية, العدد 33-34, مركز الدراسات المستقبلية, كلية الحدباء الجامعة,2011, ص183.

سادسا: المعـــــاجـــم

1. ابن منظور: جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم, لسان العرب , دار المعارف, القاهرة, 1869.

سابعا: النصوص القانونية

1. وزارة العدل, الامر رقم 66-155 المؤرخ في18صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
2. وزارة العدل, الامر رقم 66-155 المؤرخ في18صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966, الذي يتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل والمتمم.
3. قانون العقوبات المصري طبقا لأحدث التعديلات بالقانون 95 لسنة 2003 المعدل لقانون رقم 58 لسنة 1937.

ثامنا: الاتفاقيات الدولية

1. اتفاقية جنيف بشان حماية الاشخاص المدنيين في وقت الحرب المؤرخة في 12 اب 1949.
2. نظام روما الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة المعتمد في 17 جويلية 1998.

تاسعا: المواقع الالكترونية

1. www.ahlahadeeth.com

اطلع عليه في 18 افريل 2014 على الساعة الثالثة زوالا.

2. www.flickr.com

اطلع عليه في 2 مارس 2014 على الساعة الثامنة والنصف صباحا.

الفهرس

العنوان **الصفحة**

مقدمة.....أ- و

الفصل الأول : ماهية جريمة الاغتصاب

المبحث الأول :مفهوم جريمة الاغتصاب 9

المطلب الاول:تعريف جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي 10

الفرع الاول: تعريف الزنا 11

اولا: التعريف اللغوي للزنا 11

ثانيا: تعريف الزنا في الفقه الاسلامي 11

ثالثا: الفرق بين جريمتي الزنا والاغتصاب 12

الفرع الثاني: تعريف اللواط 12

اولا: التعريف الفقهي للواط 12

ثانيا: الفرق بين جريمتي اللواط والاغتصاب 13

المطلب الثاني: تعريف جريمة الاغتصاب في القانون 13

الفرع الاول: تعريف جريمة الاغتصاب في القانون المقارن 14

اولا: تعريف الاغتصاب في القانون الفرنسي 14

ثانيا: تعريف الاغتصاب في القانون المصري 15-17

ثالثا: تعريف الاغتصاب في القانون الدولي 17-18

الفرع الثاني:تعريف الاغتصاب في القانون الجزائري 19-22

المبحث الثاني :اركان جريمة الاغتصاب.....23

المطلب الأول :اركان جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي 23

الفرع الأول :الركن الشرعي.....23-26

الفرع الثاني :الركن المادي(الفعل المحرم) 26-33

الفرع الثالث: الركن المعنوي(القصد الجنائي) 33-34

المطلب الثاني :اركان جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري 34

الفرع الأول :الركن المادي..... 35

اولا: المواقعة الجنسية 35-39

ثانيا: انعدام رضا الضحية.....39-44

ثالثا: الشروع في الاغتصاب.....44-45
رابعا: المساهمة الجنائية في الاغتصاب.....45-46
الفرع الثاني: الركن المعنوي..... ..... 46 47
الفصل الثاني:اثبات جريمة الاغتصاب والجزاء المقرر لها
المبحث الأول :اثبات جريمة الاغتصاب.....51
المطلب الأول :اثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي .....,,,,,,,,,.....51
الفرع الأول : الشروط المتعلقة بالقاضي.....51
الفرع الثاني: طرق اثبات جريمة الاغتصاب 52
اولا: اثبات جريمة الزنا 52-59
ثانيا: اثبات جريمة الحرابة 60
المطلب الثاني: اثبات جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري 61-64
المبحث الثاني :الجزاء المقرر لجريمة الاغتصاب 65
المطلب الأول :الجزاء المقرر الاغتصاب في الفقه الاسلامي 65
الفرع الأول :الحدود.....66
اولا: حد الزنا 66-70
ثانيا: حد الحرابة 70-71
الفرع الثاني :التعزير 72
اولا: تعريف التعزير 72
ثانيا: عقوبة التعزير 72
ثالثا: مقدار التعزير 72-73
المطلب الثاني :الجزاء المقرر الاغتصاب في القانون الجزائري 73
الفرع الأول :الاغتصاب في صورته البسيطة.....,..... 74.
الفرع الثاني :ظروف التشديد في جريمة الاغتصاب.....75-77
الفرع الثالث: التعدد بين جريمة الاغتصاب والجرائم الاخرى.....77-79
الخاتمة 81-82
قائمة المصادروالمراجع.....88 -85
الفهرس.....87-90