

إسقاط الحوامل وصنع وبيع الأشربة والجواهر المغشوشة وهتك العرض وإفساد الأخلاق فى قانون العقوبات

شرح المواد من ٢٦٠ الى المادة ٢٧٩ من قانون العقوبات والمتعلقة بإسقاط الحوامل وصنع وبيع
الاشربة والجواهر المغشوشة وهتك العرض وافساد الاخلاق فى قانون العقوبات

المستشار محمود سلامه

الأساس القانوني للدفع

إسقاط امرأة حبلى بالضرب ونحوه

ماده ٢٦٠

كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالسجن المشدد.

معدلة بالقانون - رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ - نشر بتاريخ ١٩ / ٠٦ / ٢٠٠٣

جريمة إسقاط الحوامل (١)

تتميز جريمة إسقاط الحوامل ببعض الأحكام التي خرج فيها الشارع على القواعد العامة . وأكثر تلك الأحكام متعلق بالعقوبة التي توقع على مرتكبها .

نصوص المواد الخاصة بالاسقاط :

المواد من ٢٦٠ وحتى ٢٦٤ وظاهر من هذه النصوص أنها رغم تنوع العقاب باختلاف الوسائل وصفات الجناة - تتكلم عن جريمة واحدة هي الاسقاط التي لا تتوافر إلا باجتماع الأركان الآتية :

(١) أن يحدث اسقاط ، وهذا يفترض وجود حمل .

(٢) أن تستعمل وسائل ما .

(٣) القصد الجنائي .

الركن الأول : أن يحدث إسقاط (٢)

-وجود الحمل : يفترض الجريمة وجود حمل . والحمل الذي يمكن إسقاطه هو البويضة الملقحة من لحظة التلقيح إلى اللحظة التي تتم فيها الولادة الطبيعية وإثبات وجود الحمل مسألة لا تثير صعوبة عادة والمرجع فيها إلى الطبيب الشرعى .

تعريف الاسقاط : فى اللغة الطبية - كما فى اللغة العامة - لفظ الاجهاض لفظ عام، يدل على كل

خروج الجنين قبل موعده ، سواء أكان ذلك بسبب طبيعى : مرض أو ضعف أو بسبب حادث عارض : سقوط ، صدمه عصبية ، أو بسبب تدخل عمدى جنائى .

لفظ الاجهاض يدل - على فعل خروج الجنين قبل موعده ، وليس هذا بداهة ما يقصده القانون ، وإنما هو يقصد معنى محددًا قصده بكلمة ” الاسقاط ” ، فما هو هذا المعنى ؟
ليس فى النصوص تعريف للاسقاط .

وليس من السائغ أن يحال على المعنى الطبى للفظ أو المعنى الذى يدل عليه فى اللغة العادية ، لتعدد هذه المعانى وتلك .

إذن فما الذى يقصده الشارع ؟ اختلف فى ذلك الشراح :

فيرى البعض أن المشرع إذ يقرر العقاب على الاسقاط فهو إنما يريد أن يحمى الجنين نفسه ، أى أن الاسقاط نوع من القتل العمد ، فإذا ما أخرج الجنين قبل موعده دون أن يموت ، فلا جريمة هناك ، بعبارة أخرى لا يتحقق الاسقاط إلا باخراج الجنين ميتاً قبل أوان ولادته .

ويرى البعض الآخر أن الشارع إنما يرمى إلى أن يترك الحمل يستوفى أجله ، فلا تبتسر الولادة عمداً . وواضح أن ابتسار الولادة عمداً يترتب عليه - إلا فى حالات نادرة جدا - وفاة الجنين ، ولذا لم يشترط هؤلاء الشراح ، موت الجنين ركناً فى تعريف الجريمة . وهذا الرأى الثانى هو الأرجح فقهاً وقضاءً .

وعلى هذا فيمكن تعريف الاسقاط بأنه إخراج الحمل عمداً قبل الأوان .

الأهمية العملية للتعريف : ليس الخلاف بين الشراح فى التعريف مجرد خلاف نظرى ، بل إنه له نتائج عملية هامة ، تتعلق بتكليف الفعل وهل يعتبر إسقاطاً أم لا ، وبتمييز الاسقاط عن قتل الأطفال حديثى العهد بالولادة فما دامت العبرة فى الاسقاط هى بابتسار مدة الحمل فانه ينبى على ذلك :

أولاً : (أ) أن الجريمة يمكن أن تقع فى أى وقت منذ اللحظة التى يتم فيها تلقيح البويضة إلى اللحظة التى تتم فيها الولادة الطبيعية . وعملاً يتم الاسقاط عادة فى الشهور الأولى للحمل .

(ب) تتحقق الجريمة ولو كان الجنين ناقص التكوين بطبيعته بحيث كان يمكن الجزم بأنه ما كان يمكن أن يعيش .

(ج) كما تتحقق حتى ولو ثبت أن الجنين كان ميتاً فى بطن أمه - بفرض جهل الجانى بهذه الواقعة .

ثانياً : وبداية يعتبر أن ثم إسقاطاً إذا أخرج الجنين ميتاً بعد أن تكون وتميزت أعضاؤه . ولكن ما الحكم إذا ما أخرج حيا ، وكان مخرجه طبيياً متخصصاً حرص كل الحرص على ألا يموت ولم يميت فعلاً عند إخراجه ؟

قد يتصور عملاً أن أما لها مصلحة فى الولادة قبل موعد معين : لاثبات نسب الطفل مثلاً بعد الطلاق أو وفاة الزوج ... فهل يعتبر أن ثم إسقاطاً رغم أن الطفل ولد حياً ؟ .

أصحاب الرأى الأول يرون أن الواقعة لا تعتبر إسقاطاً لأن الطفل لم يميت ، ولكن أصحاب الرأى الثانى - وهو الأرجح - يرون العكس ، ويقولون إنه كل ولادة تبتسر عمداً تهدد حياة الطفل ، ومن غير المقبول أن يلفت من كل العقاب الطيب الذى يخرج جنينا حياً ليموت بعد ساعات أو بعد أيام .

ثالثاً : أخيراً يتميز الاسقاط عن قتل الطفل عمداً بأن الاسقاط إخراج عمداً لما فى الرحم ولو أخرج الجنين حيا ، أما قتل الطفل الحديث العهد بالولادة فيفترض أن الطفل ولد ولادة طبيعية ، وقتل إما أثناء عملية الولادة نفسها ، وإما أثر ولادته .

فضلاً عن ذلك فالقتل لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الطفل حياً أزهقت روحه ، ولو لم يثبت أنه تنفس فعلاً ، ما دام قد ولد قابلاً للحياة ، فاذا تحقق أنه كان ميتاً قبل ولادته . فلن يكون ثم إلا شروع فى قتل على أسوأ الفروض ، أما الاسقاط فيقع ولو كان الجنين ميتاً ، ما دام الجانى يجهل ذلك ، ويعتبر عندئذ جريمة تامة فى الرأى الراجع .

الخلاصة : أن المميز الرئيسي لجريمة الاسقاط هو أنها ابتسار للولادة ، إخراج للجنين - بمعنى البويضة الملحقة وما تطورت اليه - بشكل غير طبيعي ؛ وعلى ضوء هذا المميز تكيف الجريمة ويفرق بينها وبين قتل طفل حديث الولادة عمدا

الركن الثانى - وسائل الاسقاط (٣)

أهمية هذا الركن : هذا الركن من أهم أركان الجريمة . لأن استعمال وسائل صناعية هو الذى يميز بين إجهاض طبيعى أو عارض وبين الاسقاط العمدى المعاقب عليه .

ووسيلة الاسقاط - كوسيلة القتل - هى الطريق الذى يكشف عن القصد الجنائى ، والقصد هو الفيصل الذى به يميز بين الاسقاط وبين الجرائم الأخرى التى قد تشترك معه فى النتيجة .

لهذا عنى المشرع الفرنسى - منذ البداية - بالنص على وسائل الاسقاط ، فنص على الأدوية ، والأغذية وأعمال العنف .. الخ على سبيل التمثيل ، وأتبع ذلك بعبارة عامة تفيد أن كل الوسائل لديه سواء ، فقال أو أى وسيلة أخرى .

أما فى مصر فقد خالف تقنيننا مصدره فى هذه النقطة .

تميز التقنين المصرى بين الوسائل : تعاقب م ٢٦٠ع بالسجن المشدد إذا حل الاسقاط بضرب أو نحوه من أنواع الايذاء فى حين تعاقب م ٢٦١ بالحبس فقط محدث الاسقاط ” باعطاء أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى (الاسقاط) . فما علة هذا التمييز وما أثره ؟ سوف نستبين ذلك الآن .

تقدير النصوص : المادتان ٢٦٠ و ٢٦١ محل نقد من عدة وجوه :

فأولاً فعل الاجهاض فعل ماس بسلامة الجسم فأى وسيلة تحدثه عمدا هى إذن مما يدخل فى نطاق مواد ” الايذاء البدنى العمد بالمعنى ” وبداهة عندما فرق الشارع بين الوسائل لم يرد بالضرب معناه الواسع ، وإلا كان النص لغوا لا فائدة منه . ولما كان من الضرورى إعمال النص ، تعين أن نقصر معنى عبارة ” الضرب ونحوه من أنواع الايذاء ” الواردة فى م ٢٦٠ على معناها الضيق ، المعنى العادى لما يعتبر ضرباً أو فعلاً من أفعال العنف .

وهذا أول نقد يوجه إلى هذه النصوص ، لأنها تستعمل مصطلحاً سبق استعماله فى مواد الايذاء بمعنى ، وعادت إلى استعماله بمعنى أخص دون بيان صريح لهذا التخصيص ، ودون مبرر ظاهر مقنع .

وثانياً عنيت م ٢٦١ بالنص على عبارة ” مؤذية إلى ذلك ” وجعلتها نعتاً للوسائل ، وهذه العبارة

لا معنى لها إلا إذا أريد الأخذ بنظرية الجريمة المستحيلة فى العقاب على الشروع . أما وتقنيننا قد نص صراحة على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط ، فما كان ثم معنى لهذه العبارة بعد كلمة عمدا ، لأن الفرض أن ثم إسقاطا قد حصل كلها بوسيلة أدت فعلاً اليه . ومن ثم فالنص تحصيل حاصل .

وكان أحسن أن تستعمل نفس العبارة التى استعملتها م ٣١٧ ع ف منذ البداية : ” أو بأى وسيلة أخرى ” . فهى أدل على قصد الشارع خصوصا إذا تقرر عدم العقاب على الشروع ولأنه - فعلاً - لا أهمية فى تطبيق م ٢٦١ ع لنوع الوسيلة المستعملة .

وثالثاً : جانب مشرعنا المنطق ، فسوى . فى م ٢٦١ ع . بين الاسقاط الذى يتم برضاء المرأة ، أو بناء على إلحاحها ، والاسقاط الذى يتم قسراً بالرغم من مقاومتها ، أو غدرا فى غفلة منها وبغير علمها (بأن تسقى دواء مجهضا على أنه مقو) . وظاهر أن الاسقاط فى الحالة الثانية أشد إجراما منه فى الحالة الأولى .

صحيح أن مشرعنا قد وقع فى هذا الخطأ لأنه تبع التشريع الفرنسى ، ولكنه - وقد خالفه فى عدة نقاط فى هذه الجريمة - كان يستطيع أن يتنبه - على الأقل سنة ١٩٣٧ - إلى هذا العيب الذى انتقده الشراح الفرنسيون ، والذى تنبه له واضعو مشروع تعديل تقنين العقوبات سنة ١٩١٧ (مشروع برونيت) .

ورابعاً : ابتعد تقنيننا عن مصدره فخانه التوفيق مرة أخرى .

فالمادة ٣١٧ ع ف لم توفق إذ سوت بين جان رضيت المرأة بأن يسقطها ، وآخر غدر بها ، ولكنها كانت منطقية إذ سوت بين جميع الوسائل ، لأن الجريمة هى جريمة إسقاط والعبء فيها - كما فى القتل العمد - بالنتيجة لا بالوسيلة .

أما مشرعنا فقد أراد أن يفرق بين أنواع الوسائل : فاعتبر الاسقاط بالضرب أو نحوه من أفعال العنف جنائية عقوبتها الأشغال الشاقة ، فى حين أن الاسقاط بأى وسيلة أخرى جنحة عقوبتها الحبس فقط .

ترى أبين الضرب وغيره من الوسائل الفارق الذى بين الحبس ثلاث سنوات والأشغال الشاقة
خمس عشرة سنة ؟

قد يقال إن لهذه التفرقة ما يبررها ، لأن الاسقاط بالضرب ونحوه من أنواع الايذاء فيه عنف
وقسوة .. ولكن أليس فعل الاسقاط فى ذاته فعلاً قاسياً لأنه يعرض حياة المرأة للخطر دائماً أياً
كانت وسيلته ؛ وهو يعد أكثر إجراماً إذا كان الجانى قد ارتكب الجريمة كرها أو غدرًا مهما كانت
الوسيلة ليئة سهلة !!

مهما تكن التبريرات المتصورة لهذه التفرقة ، فهى دائماً غير مقنعة .

والظاهر أن مشرعنا نقل هذا النص عن القانون العثمانى دون أن يتدبر فيه فجاء شاذاً غير متسق
مع باقى النصوص . وهذا عيب أخذ نصوص متفرقة من عدة تقنيات .

وعلى كل حال فالعيب الأكبر للمادة ٢٦٠ ع ليس فيما تقدم وإنما هو فيما سيأتى.

وخامساً : تعاقب م ٢٦٠ ع ” من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب ” وهذه الصياغة صياغة
مطلقة ، فهى لم تسو - كما فعلت م ٢٦١ ع . بين جان ارتكب الجريمة برضاء المرأة ، وآخر ارتكبتها
بغير رضائها .

فهل يفهم من ذلك أنهما سيان ، وأن الفعل يعتبر دائماً جناية ؟ أم أن الضرب يعتبر من بين
الوسائل المنصوص عليها فى م ٢٦١ ع إذا ما أحدث - بقصد الاسقاط - برضاء المرأة ؟

إذا أخذ بظاهر النص لانتهينا إلى نتيجة غير مقبولة لأننا سنعاقب بالأشغال الشاقة من يسقط
امرأة باستعمال الضرب ، فى حين أننا سنعاقبه بالحبس فقط لو أسقطها كرها أو غدرًا بوسيلة
أخرى .

ويقول د/ حسن أبو السعود : إذا قنا مع الأستاذ جندى عبد الملك أن الشارع يفترض فى م ٢٦٠ ع
” عدم رضاء المرأة التى أسقطت ” لانتهينا كذلك إلى نتيجة غير منطقية : لأن م ٢٦١ سوت فى
العقاب - عندما تستعمل وسائل غير الضرب - بين إسقاط المرأة برضاءها ، وإسقاطها كرها عنها

، فلماذا نفرق هذه التفرقة الخطيرة في حالة الضرب ، فنعبر الواقعة جناية إذا لم ترض المرأة بالاسقاط ، وجنحة إذا رضيت ، والضرب في الحالين هو هو ، والاعتبارات التي تدعو إلى التشديد ان وجدت - هي هي ؟ ولماذا لا نعتبر لرضاء المرأة أى أثر في حالة ، ونجعل له هذا الأثر الخطير في حالة أخرى ؟

إ يقول د/ حسن أبو السعود : يرى الاستاذ جندى بك أن النتيجة التي وصل إليها ” تستفاد من أن م ٢٦١ نصت صراحة على عقاب المسقط سواء أكان الاسقاط برضا المرأة أم لا ، ولم يرد شئ من ذلك في م (٢٦٠) . وتستفاد أيضا من أن م (٢٦٢) نصت على عقاب المرأة التي رضيت بتعاطى الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السابق ذكرها أو مكنت غيرها من استعمالها ولم تنص على عقاب المرأة التي رضيت باستعمال الضرب أو نحوه من طرق الايذاء وما ذلك إلا لأن الضرب والايذاء لا يتصور حصولهما في حالة الرضا ، وإن حصل بالرضا فيكونان من قبيل الوسائل المنوه عنها في المادة (٢٦١) .

ويقول د/ حسن أبو السعود : وهذه الحجج في نظرنا غير مقنعة .

فأما القول بأن المادتين ٢٦٠ و٢٦٢ سكتتا عن إيراد نص لحالة الاسقاط الذي يحدث بالضرب مع رضا المرأة ، لأن الرضا بالضرب لا يتصور ، فينقضه أن الرضا بالضرب والايذاء متصور جداً بل هو كثير الحدوث ، وقد رأينا أمثلة عديدة عند دراسة جرائم الايذاء البدنى العمد . وقد قدم جندى بك مثلاً بالغ الدلالة إذ أورد حكم محكمة أسيوط الابتدائية ، وهو خاص بامرأة أجهضت عن طريق إيذائها نفسها ، ويقول د/ حسن أبو السعود : ونعتقد أنه من المتصور جداً أن تقبل مثل هذه المرأة أن يؤذيها غيرها . بل إن الكثير من القضايا التي تحفظ في النيابات ضد مجهول ، أو لعدم كفاية الأدلة هي قضايا جرح أفضى إلى موت ، كان فيها قصد محدث الجرح الاسقاط .

فهذا القول إذن غير مقنع ، لأنه عندما يستبعد فرض ما على أساس أنه غير متصور ، فإن معنى هذا أن يكون الفرض غير جائز الحدوث عقلاً . وهذا غير الواقع .

وأما القول بأنه ” إن حصل الضرب بالرضا فيكون من قبيل الوسائل المنوه عنها في م ٢٦١ ” .

فهو أيضاً غير مقنع .

أولاً لأن هذا القول - على فرض التسليم به - ينتهى إلى نتيجة غير منطقية بينها .

وثانياً لأن هذه المحاجة قائمة على مصادرة المطلوب ، فالذى نريد إثباته هو بالذات هل يعتبر الضرب - فى حالة الرضا به - من بين المسائل المنوه عنها فى م ٢٦١ ع أم لا ؟ ، وعلى أى أساس نبنى إجابتنا بالإيجاب ؟

ويقول د/ حسن أبو السعود : الواقع فيما نرى أن رأى جندى بك قد يكون أقرب الآراء إلى الصحة فى التقريب بين النصوص ، وإذا كان فيه عيب ، فالعيب ليس فى الرأى نفسه وإنما فى النصوص .

ذلك أن مشرعنا أخذ نص م ٢٦٠ عن القانون العثمانى . وأخذ المواد ٢٦١ و ٢٦٣ عن م ٣١٧ ع ف ، وقد غفل فى المواد الأخيرة عن المادة الأولى فلم ينتبه لها ، ولم يحرص على التوفيق بينها وبين المواد الأخرى التى نقلت عن نص جانب المنطق مرة إذ أهمل أثر رضاء المرأة ، ولكنه كان منطقياً إذ سوى بين الوسائل جميعاً ، أما نصوصنا ، فقد جانبت المنطق مرة مع المشرع الفرنسى ، ثم جانبته مرة أخرى إذ ميزت بين الوسائل ، ثم انتهت إلى تناقض لا يمكن تفاديه أياً كان الحل الذى نقول به . وهذه نتيجة نقل النصوص من عدة مصادر دون أن ينتبه لما بينها من خلاف .

وليس للأمر علاج الآن الا أن ينتبه الشارع له فى المشروع الجديد لقانون العقوبات .

الخلاصة : أن وسيلة الاجهاض لا أهمية لها - من حيث قيام أركان الجريمة - وكل أهميتها هى أولاً فى تحديد نطاق تطبيق م ٢٦٠ ع التى هى نص غير موفق يتعين تعديله لكى تكون النصوص متلائمة متسقة .

وغنى عن البيان أنه - وقد اشترط قانوننا للعقاب أن تكون الجريمة تامة - فلا بد من أن يثبت أن الوسيلة المستعملة قد كانت السبب فى النتيجة ، أى أن يثبت أنه كان بين الوسيلة والنتيجة رابطة سببية ، وهذه نقطة يفصل فيها الطبيب الشرعى .

ورابطة السببية هنا يجب أن تفهم كما فى القتل العمد ، وأن تقدر بنفس المعيار السابق .

اما الأهمية الثانية الوسيلة فهي أنها - كما فى القتل - سبيل التمييز بين الاسقاط المتعمد ،
والاجهاض غير المتعمد ، سبيل الكشف عن الركن الثالث للجريمة ، وهو القصد الجنائى .

الركن الثالث : القصد الجنائي (٤)

تعريف : نصت المادتان ٢٦٠ و ٢٦١ على عقاب كل من ” أسقط عمدا ” امرأة حبلى

ومن هذه النصوص الصريحة يبين أن الاسقاط جريمة عمدية ، ولما كان الاسقاط - كالقتل عمدا - تتميز فيه النتيجة عن الفعل ، فحتى يتوافر القصد الجنائي يجب أن يثبت أن الجانى تعمد ارتكاب الفعل (الوسيلة التى أدت إلى الاجهاض) وتعمد ارتكاب النتيجة ، أى أن قصده قد انصب أصلاً على النتيجة وأنه ارتكب الفعل عمدا بقصد تحقيقها .

بعبارة أخرى القصد الجنائي فى الاسقاط - حتى عند القائلين بالقصد الخاص - هو القصد العام : تعمد ارتكاب الجريمة بالشروط التى حددها القانون . أو ارتكاب الفعل مع العلم بأنه محرم قانونا . أى أن القصد يجب أن ينصب على كل أركان الجريمة .

وسنفصل ذلك فيما يلى :

العلم بالحمل : الاسقاط يفترض وجود حمل ، وبداهة لا يمكن مساءلة الشخص عن إسقاط إلا إذا علم بوجود حمل . فاذا جهل هذه الواقعة ، وأحدث فعله إجهاضا (وهذا مفترض لأنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط) فلا يمكن أن يقع فعله تحت نصوص المواد ٢٦٠ وما بعدها ، وإن كان يمكن أن يقع تحت طائلة نصوص أخرى : إيذاء بدنى عمد أو خطأ حسب الأحوال .

ارادة الفعل : لكي يتوافر القصد الجنائي فى الاسقاط عمدا يجب أن يثبت أن المتهم قد ارتكب الفعل عن شعور وإرادة .

فمن يقع - بسبب قوة قاهرة - على إمراة حامل فيجهضها ، لا يسأل عن إسقاط لأنه لم يرد الفعل ، وبالمثل من يأتى الفعل من غير شعور بسبب مسكر أو مخدر .

وعدم المسؤولية هنا راجع إلى القواعد العامة للمسؤولية الجنائية ، والارادة والشعور مفترضان فى الشخص العاقل - والأصل فى الانسان العقل - إلى أن يثبت العكس .

ارادة النتيجة : يجب أن يثبت أن الجانى قد قصد إحداث الاجهاض بالذات ، وأن يقترف الفعل

عمدا لكي يتوصل إلى تحقيق غايته .

فمن يضرب امرأة يعلم أنها حامل ، ولكنه لا يقصد إلا مجرد الضرب لا يسأل عن إسقاط لأنه لم يقصده .

ولا محل هنا للاحتجاج بفكرة القصد الاحتمالي ، لأنه حيث يعاقب الشارع . في جريمة عمدية - على نتيجة معينة فلا بد أن يثبت أن الجاني قد قصد هذه النتيجة بالذات .

ولن يغنى في إثبات القصد أن تكون النتيجة محتملة أو حتى قريبة الاحتمال . ولكن إذا كانت النتيجة حتمية لازمة ، فيكفى أن يعتمد ارتكاب الفعل لكي يسأل مقترفة عن النتيجة .

وقد حرص مشرعنا على أن يزيل كل لبس متعلق بالقصد الجنائي . فنص صراحة على ركن العمد ، وحرص على أن يجعل كلمة ” عمدا ” صفة للإسقاط لا للفعل المؤدى إليه . نصت على هذا م ٢٦٠ في صياغتها العربية والفرنسية . ونصت عليه م ٢٦١ في الصياغة العربية فقط ، ولكن رغم عدم وجود مقابل في الصياغة الفرنسية للفظ ” عمدا ” الموجود في النص العربي ، فهو لفظ يعبر عن قصد المشرع ، ويتعين الأخذ بمدلوله في تفسير النص .

أما المادة ٢٦٢ فلم يرد فيها لفظ ” عمدا ” لا في الصياغة العربية ولا في الصياغة الفرنسية ، ولكن لا شبهة مع ذلك في أنها لا تطبق إلا إذا ثبت أن المرأة قصدت أن تسقط نفسها ، فتعاطت الأدوية أو استعملت الوسائل أو مكنت غيرها من استعمالها بقصد الوصول إلى هذه النتيجة .

الإسقاط لانقاذ حياة الأم : قد يضطر الطبيب أحيانا إلى إجراء عما يرى أنه ضروري لانقاذ حياة الأم ، وقد يقع ذلك بعد الحمل بقليل ، أو قبل الولادة بقليل ، (ولادة مبتسرة) أو يضطر لقتل الطفل داخل الرحم لإخراجه ، وذلك في الحالات المرضية التي يكون الإسقاط فيها الحل الوحيد لانقاذ حياة الأم (السل ، حمل خارج الرحم ..) فما حكم هذه الحالات ؟

الكل على اتفاق أنه لا عقاب على الطبيب فيها . ولكن الخلاف هو على التكييف القانوني . فالبعض يرى أن أساس عدم عقاب الطبيب هو انعدام القصد الجنائي لديه .

وهذا رأى واضح الخطأ. (د / حسن أبو السعود ، ص ٢٣٢)

والبعض يرى أن العلة ترجع إلى أن الأم تعتبر في حالة دفاع شرعى .

وهذا بدوره رأى خاطئ ، لأنه يسرف في تفسير معنى الدفاع الشرعى ، فكيف يعتبر الطفل معتدياً

٥

الرأى الصحيح هو أن عمل الطبيب مبرر بحالة الضرورة . فاذا كان لابد من تضحية الجنين أو الأم ، فالطبيب بالخيار ، وأيا كان الضحية فعمله تبرره حالة الضرورة . وعملاً يضحى الجنين لانقاذ الأم .

الخلاصة : أن القصد الجنائى فى جريمة الاسقاط هو القصد الجنائى العام ، وأنه يجب أن ينصب على النتيجة والفعل ، على أن يطبق تماماً كما يطبق القصد فى القتل العمد (مع ملاحظة فرق الشروع) .

اما الطبيب الذى يسقط لانقاذ الأم فعمله تبرره حالة الضرورة .

(١) ، (٢) ، (٣) ، (٤) : د / حسن محمد أبو السعود ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ج ١ ،

الطبعة الأولى ، ١٩٥٠ ، ص ٣١٤ وما بعدها .

عقاب الجريمة (٥)

تكلم المشرع عن عقاب الاسقاط فى عدة أحوال ، جعل فيها صفة الجانى الأساس لتوقيع العقاب (عدا م ٢٦٠ ع) ، ودراسة العقوبة تقتضى أولاً أن نفصل هذه الأحوال ، ثم ندرس بعد ذلك تطبيق قواعد الاشتراك على جريمة الاسقاط ، لأننا سنرى أن ثم شذوذاً عن القواعد العامة ، وأخيراً ندرس تعدد الجرائم .

أحوال العقاب (٦)

١- اذا كان الجانى شخصاً عادياً غير حامل : تقصد بالشخص العادى كل الأشخاص الذين لم تنص عليهم م٢٦٣ .

وعقاب هؤلاء يتميز بحسب الوسيلة المستعملة :

(أ) فاذا أحدث الاجهاض بضرب أو نحوه من أنواع الايذاء - طبقا للمعنى الذى حددناه - كانت الواقعة جنائية عقوبتها الاشغال الشاقة : م ٢٦٠ ع . والمادة ٢٦٠ تطبق بلا خلاف إذا ارتكبت الواقعة بغير رضا المرأة ، أما إذا أحدث الضرب برضاها ، فالأمر محل شك كما أسلفنا .

(ب) أما إذا استعملت أى وسيلة أخرى غير الضرب والايذاء كالأدوية والحقن والعمليات الجراحية المختلفة ، فان الجريمة تكون جنحة فقط عقوبتها الحبس ، ولا يتغير وصفها سواء أكانت المرأة راضية بالاجهاض أم غير راضية به .

وقد خرج هذا النص عن القواعد العامة للاشتراك لأنه يعاقب - فاعلاً أصلياً - من يدل الحامل على الوسائل المجهضة ، وطبقاً للقواعد العامة ما كان يمكن اعتبار هذا الفعل إلا مجرد اشتراك .

(ج) وفى الحالة السابقة تعاقب بالحبس كذلك المرأة الحامل التى رضيت بتعاطى الأدوية التى قدمت لها . وباستعمال الوسائل التى رشدت عنها ، أو مكثت غيرها من استعمالها بقصد إسقاط نفسها .

وهى تعاقب عندئذ باعتبارها فاعلة أصلية بنص م ٢٦٢ التى تعتبر كذلك خروجاً على القواعد العامة فى الاشتراك ، والتى تقطع ، فى أن لجريمة الاسقاط مميزات خاصة ، فهى جريمة روعيت فيها اعتبارات المصلحة العامة من جهة ، وروعت فيها مصلحة الحامل نفسها ، وذلك إلى جانب الغرض الأول من العقاب عليها وهو حماية الجنين ، ولهذا نص على عقاب الأم رغم رضائها بالاسقاط .

والنص فى شمول صياغته لا يشترط فى الرضا شكلاً خاصاً ، فيكفى أن تعلم المرأة أن الدواء

المقدم لها قصد به إسقاطها ، ثم تقبل أن تشربه ، أو أن تعلم أن الوسيلة التي ستستعمل نوى مستعملها إخراج حملها ثم تسلم نفسها له ليستعمل هذه الوسيلة أيا كانت .

بعبارة أخرى يستوى أن تساهم المرأة بفعل إيجابى : تعاطى الدواء ، أو بفعل سلبى : مجرد عدم المعارضة فى استعمال الوسيلة لكى ينطبق النص .

والشرط الأساسى فى تطبيق م ٢٦٢ ع ليس مجرد العلم بطبيعة الدواء أو الوسيلة ، بل أن تعلم المرأة أن القصد هو بالذات إسقاطها .

(٢) اذا أسقطت الحامل نفسها : نصت م ٢/٣١٧ ع فرنسى صراحة على عقاب ” المرأة التي تسقط نفسها أو تشرع فى ذلك ” ، والمرأة التي ترضى باستعمال الوسائل التي دلت عليها أو قدمت لها لكى تجهض .“

ويظهر أن أراد مشرعنا من جهة أن يختصر النص فأهمل النص صراحة فى م ٢٦٢ على عقاب من تسقط نفسها بنفسها دون أن تسأل أحدا ليرشدها عن أدوية أو وسائل ، ودون أن تقدم لها أدوية ” ترضى ” بتعاطيها ، أو تمكن أحداً من إسقاطها . ومن جهة أخرى فقد خالف مشرعنا مصدره فنص صراحة على وجوب حدوث الاسقاط (فعلاً) ، وما كان محتاجا لهذه العبارة لأن الواقعة جنحة لا شروع فيها إلا بنص صريح ، ولأنه نص فى م ٢٦٤ على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط .

ويثير هذا النص التساؤل على أمرين : الأول : هل تعاقب المرأة التي سقطت نفسها دون مساعدة أحد ؟ والثانى ما الحكم اذا كانت هذه المرأة قد لجأت فى اسقاط نفسها الى الضرب ونحوه من أنواع الايذاء ؟

عن الأمر الأول : يبدو أن القضاء المصرى مستقر على وجوب العقاب فى هذه الحالة ، لأنه ” ليس من المحتم أن يكون عقاب المرأة التي تستعمل لنفسها وسائل تؤدى الى اسقاطها معلقاً على شرط عرض هذه الوسائل عليها من آخر اجنبى وقبولها لها ، لأن هذا التأويل يفضى الى نتائج غير مقبولة عقلاً ، ولا يمكن أن يكون القانون قد قصدها : إذ يترتب عليه معاقبة المرأة إذا ارتكب

جريمة الاجهاض عمداً بناءً على إرشاد آخر لها ، وإعفاؤها من العقوبة إذا ارتكبتها بمحض إرادتها بغير إرشاد من أحد ، مع أن الحالة الثانية أشد إجراماً من الأولى. ومما يؤيد ذلك أن حكمة التشريع في المعاقبة على الاجهاض هي المحافظة على الجنين بقطع النظر عن المرأة كما هو مستفاد صراحة من جميع نصوص القانون الخاصة بالاجهاض فالقول بأن المرأة التي تجهض نفسها عمداً لا تعاقب إلا إذا كان لها شريك أرشدها إلى وسيلة الاجهاض هو من قبيل التمسك بحروف النص القانوني ومعناه السطحي بغير مراعاة لروح التشريع ” .

(أسيوط الابتدائية ١٩١٢/٥/٩ مج س ١٣ ص ٢٤٤ . القضاء الجنائي م ٢٢٥ و ٢٢٦ ن ٢)

وهذا القضاء في محله لما أورده الحكم السابق من أسباب نرى الأخذ بها لأنها قائمة على القياس من باب أولى . (د / حسن أبو السعود ، ص ٢٣٧) .

عن الأمر الثاني : هذه صعوبة أخرى يثيرها نص م ٢٦٠ ع ، وهو نص غير موفق ، متنافر مع باقى المواد لاختلاف مصادرها .

والصعوبة ناشئة من إغفال النص كلية على عقاب المرأة التي تسقط نفسها بدون معاونة من أحد ، وإغفال النص كذلك على عقاب من يسقط امرأة برضاها بالضرب .

وقد عرضت للمسألة محكمة أسيوط في حكمها السابق ، وانتهت إلى أن ” الضرب والإيذاء يدخلان في الوسائل المنصوص عليها في م (٢٦١) بطبيعة الحال إذ أنهما لم يخرجوا عن كونهما من الوسائل المؤدية للاسقاط . وينتج من ذلك أن المرأة إذا اتخذت الضرب أو الإيذاء وسيلة لاسقاط حملها ، كان فعلها داخلاً ضمن الوسائل المنصوص عليها في م (٢٦٢ ع) ، واعتبره القانون جنحة خلافاً للاجنبى الذى يعد فعله جناية ، وهذا الفرق في المعاملة بين الأجنبي والمرأة الحبلى معقول ، لأن الأول فعله يتناول الاضرار بشخصين أما الثانية فان كان لها أن تؤذى نفسها فليس لها إيذاء الجنين وهو ما يعاقب عليه القانون ” .

ويقول د/ حسن أبو السعود : وهذا الرأى معقول فيما انتهى إليه ، لأنه مما ينبوعن الذوق أن تعاقب المرأة بالأشغال الشاقة إذا أسقطت نفسها بما يعتبر إيذاء أو ضرباً ، فى حين يعاقب بالحبس فقط

من يسقطها كرها ، أو على حين غفلة منها - بوسيلة أخرى ، هي كالضرب ماسة بسلامة الجسم وإن لم تعتبر فى نظر م ٢٦٠ ضرباً ولا فعلاً من أفعال العنف .

ولكن هل يستند هذا الرأى على أساس قانونى سليم ؟ ذلك ما نشك فيه لأن حجة هذا الرأى هى أن الغير إذ يضرب المرأة يعتدى على شخصين بينما المرأة لها أن تؤذى نفسها ، ومن ثم تسأل عن جنحة فقط .

وهذه الحجة غير مقنعة . لأن فعل الاجهاض نفسه ماس بسلامة جسم المرأة فى كل الأحوال ، أيا كانت وسيلة . وقد نص القانون صراحة على أن إسقاط امرأة بغير رضاها يعتبر جنحة - مادام قد تم بوسيلة غير الايذاء والضرب - مع أنه لا شبهة فى هذه الحالة فى أنه اعتداء على المرأة والجنين معا . (ولا نقول شخصين لأن الجنين ليس شخصاً !!) .

أكثر من هذا يبدو مما سبق أن إسقاط المرأة بالضرب برضاها يعتبر جنحة ، رغم أن ثم اعتداء عليها وعلى الجنين معا ، ورضاؤها بالضرب لن يغير من طبيعة الاعتداء ، ولا يرفع المسؤولية عنه . فالحجة التى تسوقها المحكمة إذن ليست قاطعة من حيث هى حجة قانونية . مرة أخرى ليس العيب فى الرأى ، وإنما العيب فى النص الذى أقحم على نصوص أخرى مستمدة من غير مصدره دون حساب لما بينهما من تنافر .

(٣) اذا كان المسقط طبيياً : نصت م ٢٦٣ على عقوبة السجن المشدد إذا كان المسقط طبيياً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة .

والحكمة فى التشديد أن الجراحين والأطباء (بصفة عامة) لديهم معلومات فنية كافية تجعل الالتجاء اليهم لاجراء الاسقاط أمراً طبيعياً لما فى الاسقاط من خطر على حياة الحامل . ونفس الحكمة تتوافر فى القابلات اللاتى يعلمن ما لا يعلمه الشخص العادى عن الولادة وبالتالي عن الاجهاض . وكذلك الأمر فى الصيادلة بحكم علمهم بالأدوية والعقاقير ..

ولم يكن القانون ينص على القابلات ثم نص عليهن سنة ١٩٣٧ ، لأن محاكمتنا رفضت أن تشدد عليهن العقوبة بغير نص ، ومعها الحق إذ أن النص وارد على سبيل الحصر .

وكلمة ” المسقط ” الواردة فى النص يجب أن تفسر على ضوء المواد السابقة .

فيعتبر الطبيب مسقطا إذا استعمل الضرب والايذاء ، وعندئذ لا تظهر فائدة م ٢٦٣ لأن عقوبتها كعقوبة م ٢٦٠ : السجن المشدد . ولكن فائدة م ٢٦٣ تظهر إذا رضيت المرأة أن يضربها الطبيب ، فتعتبر الواقعة حينئذ جناية بالمادة ٢٦٣ بلا خلاف ، وإن يكن غير متصور عملا أن يلجأ طبيب إلى هذه الوسيلة للاسقاط .

ويعتبر الطبيب مسقطا كذلك إذا قدم دواء أو استعمل وسيلة أخرى تؤدي للاجهاض ، أو إذا اكتفى ” بدلالة ” المرأة على وسيلة ما أو دواء معين .. م ٢٦١ .

وسواء أرضيت المرأة أم لم ترض فعقوبة الطبيب (ومن فى حكمه) هى السجن المشدد .

هل تنطبق م ٢٦٣ على من تسقط نفسها : قد يحدث أن تكون المرأة التى تسقط نفسها قابلة أو صيدلية أو طبيبه ، فهل تنطبق عليها م ٢٦٣ ع ٩ الراجع فى الفقه أنها تعاقب بالحبس فقط ، لأن الحكمة فى التشديد لا تتوافر فى هذه الحالة .

تعدد الجناة (٧)

الفاعلون الاصليون :

خرج الشارع فى جريمة الاسقاط عن القواعد العامة لتعدد الجناة فى بعض المواضع وسنبين فيما يلى ما يتفق مع القواعد العامة وما يشذ عنها :

(١) القواعد العامة : طبقا للقواعد العامة يعتبر فاعلاً أصلياً فى الاسقاط :

أ - من راتكب الجريمة وحده : ويتحقق ذلك عملاً إذا تم الاسقاط بغير رضا المرأة . سواء كان محدثه طبيياً أم شخصاً عادياً ، أو إذا أسقطت المرأة نفسها بغير معاونة أحد .

ب - من ارتكب فعلاً من الأفعال المكونة لها : وهى الأفعال التى ترتكب ضد جسم المرأة . كمن يعطى المرأة بنجاً تمهيداً لعملية إجريها الطبيب ومن يعاون فى اخراج الحمل ، ومن يساهم فى فعل الضرب بقصد الاسقاط الخ .

(٢) الاستثناءات : استثناء من القواعد العامة اعتبر الشارع فاعلاً أصلياً :

أ - المرأة التى تقبل أن يجرى لها الغير - طبيياً أو غير طبيب - عملية الاسقاط ، رغم أن دورها يكون سلبياً بحثاً : م٢٦٢ع .

ب - الشخص - أياً كانت صفته - الذى يدل المرأة على دواء مجهض أو على وسيلة مجهضة ، رغم أن دوره يقتصر على مجرد ارشادها : م٢٦١ع .

- الشركاء :

القواعد العامة - أولاً - التكييف : طبقاً للقواعد العامة يعتبر شريكاً من يساهم فى الجريمة مع علمه بها بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة ، على أن يقتصر دوره على ما يدخل فى أعمال التحضير ولا يجاوزها . وعلى هذا فيعتبر شريكاً .

(أ) المحرض الذى يحرض المرأة على إسقاط نفسها ، أو يحرض الغير على

إسقاط المرأة وكذلك الشريك باتفاق .

(ب) الشريك بالمساعدة مع الفاعل الأصلي . سواء أكان المرأة أم غيرها الذى يقوم بفعل من أفعال المساعدة غير ما نصت عليه م ٢٦١ . كمن يعاون المرأة أو الغير بتقديم منزله مثلا لاجراء العملية فيه أو بالإرشاد عن أدوية مقوية لكى تتحمل المرأة الاجهاض ، .. أو بتقديم عصا للضرب الخ ... وغالبا ما يكون الشريك فى هذه الحالة شريكا بالاتفاق أيضا .

ثانيا : العقوبة : يعاقب الشريك بعقوبة الفاعل الاصلى : م ٤١ ع ، وعلى ذلك فشريك المرأة أو الغير . غير الطبيب . يعاقب بالعقوبة التى تنص عليها المواد ٢٦٠ و ٢٦١ و ٢٦٢ حسب الأحوال .

فاذا كان الفاعل الأصلي طبييا فان أثر الظرف المشدد . صفة الطبيب (أو الصيدلى أو الجراح أو القابلة) لا يسرى على الشريك إلا إذا علم به ، فان جهله كانت العقوبة الحبس فقط . م ٤١ / ع .

(٢) الاستثناءات : أولا : التكييف : بينا أن القانون أعتبر بعض الشركاء فاعلين أصليين بصريح النص .

ثانيا : العقوبة : خرج القانون عن القواعد العامة فى عقوبة الشركاء فى الاسقاط فى الأحوال الآتية :

(١) الطبيب (ومن فى حكمه) يعاقب دائما بالسجن المشدد ولو كان شريكا فقط .

هذا ما يقوله الفقهاء الذين لم يتوسعوا فى البحث أكثر من ذلك ويقول د/ حسن أبو السعود : ولكننا نرى أنه يجب أن يفرق بين فرضين :

الأول : إذا قام الطبيب بفعل من الأفعال المبينة فى م ٢٦١ فهو عندئذ مسقط ، ويعاقب بالأشغال الشاقة طبقا للمادة ٢٦٣ ع .

الثانى : إذا كان الطبيب شريكا بالاتفاق فقط أو بالتحريض فقط أو بالمساعدة لعمل غير ما تستغل فيه معلوماته ، غير ما يقع تحت نص م ٢٦١ ، فهو عندئذ شخص عادى تطبق عليه المواد ٢٦٠ . ٢٦٢ حسب الأحوال ، لأن الحكمة فى التشديد تتخلف حينئذ .

(ب) ما الحكم إذا كان الطبيب شريكا للشريك ؟ صورة ذلك عملا أن يذهب الزوج مثلا إلى أحد الأطباء يسأله عن دواء مسقط ، فيعطيه له أو يرشده عنه ، فما حكم عمل الطبيب عندئذ ؟ .

وضع العلامة جارسون السؤال ومن أن يجيب عليه صراحة ؟

والاجابة سهلة إذا ما طبقنا القواعد العامة فالشريك يعاقب لأنه اشترك فى جريمة معينة لا لأنه اشترك مع شخص معين .

وعلى هذا فيجب أن نقدر الفعل الذى صدر من الطبيب ، فاذا لم تكن له صلة بالجريمة ، فهو لا يعتبر شريكا ، ولكن إذا كان له صلة بها ، فهو يعتبر شريكا ولو أنه لم يتصل بالفاعل الأصلي مباشرة ، لأن العبرة هى بالصلة بين فعله وفعل الفاعل الأصلي ، بين فعله وبين الجريمة التى ارتكبت .

وعلى هذا ففى المثل السابق يعتبر الطبيب شريكا ، ويعاقب بالمادة ٢٦٣ع. وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية فى قضية ثبت فيها أن طبيبا أعطى لعشيق امرأة تعليمات لاسقاطها ، قام العشيقان بتنفيذها . وبهذا تأخذ محكمتنا العليا .

(ج) المرأة التى تمكن طبيبا من إسقاطها ، تعاقب بالحبس فقط تطبيقاً للمادة ٢٦٢ رغم أن القواعد العامة كانت تقضى بعقابها بالأشغال الشاقة لأنها شاركت بالاتفاق فاعلاً أصليا يسرى عليه ظرف مشدد تعلم به .

الخلاصة : أنه عندما يتعدد الجناة فان القواعد العامة تطبق فيما عدا الاستثناءات التى أتت بها نصوص صريحة .

الشروع : قلنا إن الشروع فى الاسقاط كان محل خلاف كبير فى فرنسا ، فكانت محكمة النقض الفرنسية تذهب مذهباً لا يقرها عليه الفقه ، ولا يستند فى الواقع إلى القواعد العامة .

وكان السبب فى ذلك عيب النصوص التى كانت تعاقب فى بعض الأحوال على الشروع وتشتترط فى أحوال أخرى أن تتم الجريمة .

وقد عدلت النصوص الفرنسية سنة ١٩٢٣ سنة ١٩٢٩ بحيث أصبح يعاقب على كل شروع بل أصبح يعاقب على من يشرع فى إسقاط امرأة غير حبلى إذا كان يعتقد أنها حامل .

وقد أراد مشرعنا ألا يعاقب على الشروع فنص صراحة فى م ٢٦٤ على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط .

وفائدة النص بدهاهة هى فى جنايات الاسقاط فقط ، لأن الجنح لا عقاب أصلا على الشروع فيها إلا بنص خاص : م ٤٨ ع .

تعدد الجرائم (٨)

طبيعة فعل الاسقاط : الاسقاط إخراج للحمل قبل موعد خروجه الطبيعي ، وهو فعل ضار بالصحة دائماً مهدد للحياة يودى بها أحيانا . هو إذن فعل ماس بسلامة الجسم ، لأنه يضره ويؤذيه ويتعارض مع السير الطبيعي لوظائف الجسم ، مهما اصطنع في إحداثه من أناة وحذر واتخذ من احتياطات .

وإذا كان ذلك كذلك فإن فعل الاسقاط يعتبر في ذات الوقت جريمة إيذاء بدنى عمد ، أى أن الفعل بعينه يكون جريمتين : جريمة الاسقاط وجريمة إيذاء بدنى عمد ، يختلف وصفها حسب نتائجها ، وينبنى على هذا أنه سيكون ثم حالة تعدد معنوى فتطبق العقوبة الأشد : م ٢٢/٤١ .

وعلى ذلك فإذا حدث اسقاط بالضرب أو إذا كان المسقط طبيياً - أو من فى حكمه - فتطبق المادتان ٢٦٠ و ٢٦٣ لأن عقوبتهما أشد .

أما إذا انطبقت المادتان ٢٦١ و ٢٦٢ ، فتطبق هاتان المادتان إما لأن عقوبتهما أشد من عقوبة الضرب المعتبر جنحا ، وأما لأن العقوبة متساوية : حالة مادة ٢٤١/٤٢ .

إلا أنه كثيرا ما يصعب إثبات قصد الاسقاط ، وعندئذ يتعين وصف الجريمة بأنها إيذاء عمد ، إذا توفر القصد الجنائى ، وإلا فهى جرح خطأ إذا تخلف وتوافر ركن الخطأ .

-وتظهر أهمية تطبيق مواد الايذاء البدنى إذا تخلفت عاهه مستديمة أو أفضى الاسقاط إلى الوفاة (وذلك فى غير حالة م ٢٦٠ وم ٢٦٣) لأن تلك الجريمتين جنائتان .

وينبنى على كل ما تقدم أنه إذا قدم المتهم بتهمة إسقاط ويرئ امتنع تقديمه مرة أخرى للمحاكمة بتهمة إيذاء عمد ، لأن الفعل واحد ، ولهذا تقضى الحيلة عند الشك بتقديم المتهم بكلا الوصفين ولو على سبيل الخبرة ، كما يتعين على المحكمة إذا برأت لعدم وجود قصد الاجهاض أن تقضى بالادانة بتهمة إيذاء بدنى (أو إعطاء مواد ضاره) ، وإلا كان حكمها متعين النقض .

ولا محل للبحث فى تعدد معنوى إلا إذا ثبت أن الجانى كان يقصد إحداث إسقاط ، فاذا تخلف

هذا القصد لم يسأل المتهم لا عن إسقاط ، وسئل عن إيذاء عمد أو خطأ حسب الأحوال .

بيانات الحكم (٩) : لكي يكون الحكم الصادر بالادانة سليماً يجب أن يبين أركان الجريمة بياناً كافياً ، والركن الأهم هو القصد الجنائي فيجب أن يثبت أن الجاني تعمد الاسقاط ، وأنه استعمل الوسيلة الذي استعملها بقصد احداث هذه النتيجة بالذات .

وفى حالة م ٢٦٣ يجب أن يبين الحكم أن المتهم طبيب أو صيدلى الخ ...

ويجب أن يعنى الحكم ببيان أن الاسقاط حدث بسبب وسائل غير طبيعية ، ولكن ليس بذى أهمية بيان رضا المرأة وعدمه فى تطبيق م ٢٦١ ، لأن النتيجة لا تختلف فى الحالتين .

إللقيد والوصف (١٠) : يجب أن يبين الحكم الصادر بالادانة أركان الجريمة السابق شرحها وأن يعنى ببيان رابطة السببية والقصد الجنائي فيهما - دون غيرهما - دقة تقتضى التفصيل فى البيان . واللقيد يكون بالمادة المنطبقة ، أما الوصف فيتضمن باختصار أركان كل مادة .

فى حالة م ٢٦٠ : تقيد جناية بالمادة ٢٦٠ ع ضد لأنه أسقط عمداً فلانه بأن ضربها بعضا (بيده - برجله) قاصداً إسقاطها ، فنشأ عن ذلك إجهاضها كما هو مبين بالتقرير الطبى .

وفى حالة الوسائل الأخرى : تقيد جنحة بالمادة ٢٦١ ع ضد ... لأنه ... أسقط عمداً فلانه بأن قدم لها دواء مجهضاً مع علمه بذلك بقصد إجهاضها ، (بأن دلها على دواء مجهض أو بأن حقنها حقنة مجهضة - بأن أجرى لها عملية إخراج الجنين الخ .) فشربته ونشأ عن ذلك إجهاضها كما هو مبين بالتقرير الطبى ..

أما بالنسبة للمرأة فتقيد جنحة بالمادتين ٢٦١ و ٢٦٢ (وذكر المادة ٢٦١ واجب لأنها هى التى تبين العقوبة ، ولأنها هى التى تتضمن الوسائل التى تشير إليها م ٢٦٢) ضد لأنها أسقطت نفسها عمداً بان .

ولأنها - مكنت فلاناً من إسقاطها عمداً ، بأن قبلت أن يجرى لها عملية إخراج حملها مع علمها بذلك ، (بأن رضيت بتعاطى الدواء المجهض الذى قدمه لاسقاطها ، مع علمها بطبيعته) فأجرى

لها العملية التي ترتب عليها إجهاضها كما هو مبين بالتقرير الطبى ..

وفى حالة الطبيب : تقييد جنحة بالمادتين ٢٦١ و٢٦٢ ع ضد ... لأنه .. وهو طبيب (صيدلى - جراح - قابلة) أسقط عمداً فلانة بأن حقنها (أعطى لها دواء ، أجرى لها عملية ، دلها على دواء الخ ...) .

وفى حالات الاشتراك تضاف المادتان ٤٠ و٤١ ويضاف الوصف الخاص بالاشتراك : فمثلاً فى حالة الاشتراك مع امرأة أسقطت نفسها : تقييد جنحة بالمادة ٢٦١ ع للأول وبها وبالمادتين ٤٠/٣ و٤١ ع للثانى لأنها الأولى أجهضت نفسها ... الخ ... الثانى ، اشترك بطريقى الاتفاق والمساعدة مع المتهمه الأولى فى ارتكاب الجريمة سائلة الذكر مع علمه بها بأن اتفق معها على ارتكابها وأعانها عليه بأن قدم لها منزله وقدم لها دواء مستويا ، فوقعت الجريمة بناء على ذلك . (٥) ، (٦) ، (٧) ، (٨) ، (٩) ، (١٠) : د/ حسن محمد أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٣٣ وما بعدها .

الإسقاط بإعطاء الادوية

ماده ٢٦١

كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدالاتها عليها سواء كان برضاها أم لا يعاقب بالحبس.

جريمة إسقاط الحوامل (١)

تتميز جريمة إسقاط الحوامل ببعض الأحكام التي خرج فيها الشارع على القواعد العامة . وأكثر تلك الأحكام متعلق بالعقوبة التي توقع على مرتكبها .

نصوص المواد الخاصة بالاسقاط :

المواد من ٢٦٠ وحتى ٢٦٤ وظاهر من هذه النصوص أنها رغم تنوع العقاب باختلاف الوسائل وصفات الجناة - تتكلم عن جريمة واحدة هي الاسقاط التي لا تتوافر إلا باجتماع الأركان الآتية :

(١) أن يحدث اسقاط ، وهذا يفترض وجود حمل .

(٢) أن تستعمل وسائل ما .

(٣) القصد الجنائي .

الركن الأول : أن يحدث إسقاط (٢)

-وجود الحمل : نفترض الجريمة وجود حمل . والحمل الذي يمكن إسقاطه هو البويضة الملقحة من لحظة التلقيح إلى اللحظة التي تتم فيها الولادة الطبيعية وإثبات وجود الحمل مسألة لا تثير صعوبة عادة والمرجع فيها إلى الطبيب الشرعى .

تعريف الاسقاط : فى اللغة الطبية - كما فى اللغة العامة - لفظ الاجهاض لفظ عام ، يدل على كل خروج للجنين قبل موعده ، سواء أكان ذلك بسبب طبيعى : مرض أو ضعف أو بسبب حادث عارض : سقوط ، صدمه عصبية ، أو بسبب تدخل عمدى جنائى .

لفظ الاجهاض يدل - على فعل خروج الجنين قبل موعده ، وليس هذا بداهة ما يقصده القانون ، وإنما هو يقصد معنى محددًا قصده بكلمة ” الاسقاط ” ، فما هو هذا المعنى ؟

ليس فى النصوص تعريف للاسقاط .

وليس من السائغ أن يحال على المعنى الطبي للفظ أو المعنى الذى يدل عليه فى اللغة العادية ، لتعدد هذه المعانى وتلك .

إذن فما الذى يقصده الشارع ؟ اختلف فى ذلك الشراح :

فيرى البعض أن المشرع إذ يقرر العقاب على الاسقاط فهو إنما يريد أن يحمى الجنين نفسه ، أى أن الاسقاط نوع من القتل العمد ، فإذا ما أخرج الجنين قبل موعده دون أن يموت ، فلا جريمة هناك ، بعبارة أخرى لا يتحقق الاسقاط إلا باخراج الجنين ميتاً قبل أو ان ولادته .

ويرى البعض الآخر أن الشارع إنما يرمى إلى أن يترك الحمل يستوفى أجله ، فلا تبتسر الولادة عمداً . وواضح أن ابتسار الولادة عمداً يترتب عليه - إلا فى حالات نادرة جداً - وفاة الجنين ، ولذا لم يشترط هؤلاء الشراح ، موت الجنين ركناً فى تعريف الجريمة . وهذا الرأى الثانى هو الأرجح فقهاً وقضاءً .

وعلى هذا فيمكن تعريف الاسقاط بأنه إخراج الحمل عمداً قبل الأوان .

الأهمية العملية للتعريف : ليس الخلاف بين الشراح فى التعريف مجرد خلاف نظرى ، بل إنه له نتائج عملية هامة ، تتعلق بتكليف الفعل وهل يعتبر إسقاطاً أم لا ، وبتمييز الاسقاط عن قتل الأطفال حديثى العهد بالولادة فما دامت العبرة فى الاسقاط هى بابتسار مدة الحمل فانه ينبى على ذلك :

أولاً : (أ) أن الجريمة يمكن أن تقع فى أى وقت منذ اللحظة التى يتم فيها تلقيح البويضة إلى اللحظة التى تتم فيها الولادة الطبيعية . وعملاً يتم الاسقاط عادة فى الشهور الأولى للحمل .

(ب) تتحقق الجريمة ولو كان الجنين ناقص التكوين بطبيعته بحيث كان يمكن الجزم بأنه ما كان يمكن أن يعيش .

(ج) كما تتحقق حتى ولو ثبت أن الجنين كان ميتاً فى بطن أمه - بفرض جهل الجانى بهذه الواقعة .

ثانياً : وبداية يعتبر أن ثم إسقاطاً إذا أخرج الجنين ميتاً بعد أن تكون وتميزت أعضاؤه . ولكن ما الحكم إذا ما أخرج حياً ، وكان مخرجه طبيياً متخصصاً حرص كل الحرص على ألا يموت ولم يموت فعلاً عند إخراجها ؟

قد يتصور عملاً أن أما لها مصلحة فى الولادة قبل موعد معين : لاثبات نسب الطفل مثلاً بعد الطلاق أو وفاة الزوج .. ، فهل يعتبر أن ثم إسقاطاً رغم أن الطفل ولد حياً ؟ .

أصحاب الرأى الأول يرون أن الواقعة لا تعتبر إسقاطاً لأن الطفل لم يموت ، ولكن أصحاب الرأى الثانى - وهو الأرجح - يرون العكس ، ويقولون إنه كل ولادة تبسّر عمداً تهدد حياة الطفل ، ومن غير المقبول أن يلفت من كل العقاب الطبيب الذى يخرج جنيناً حياً ليموت بعد ساعات أو بعد أيام .

ثالثاً : أخيراً يتميز الاسقاط عن قتل الطفل عمداً بأن الاسقاط إخراج عمداً لما فى الرحم ولو أخرج الجنين حياً ، أما قتل الطفل الحديث العهد بالولادة فيفترض أن الطفل ولد ولادة طبيعية ، وقتل إما أثناء عملية الولادة نفسها ، وإما أثر ولادته .

فضلاً عن ذلك فالقتل لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الطفل حياً أزهقت روحه ، ولو لم يثبت أنه تنفس فعلاً ، ما دام قد ولد قابلاً للحياة ، فإذا تحقق أنه كان ميتاً قبل ولادته . فلن يكون ثم إلا شروع فى قتل على أسوأ الفروض ، أما الاسقاط فيقع ولو كان الجنين ميتاً ، ما دام الجانى يجهل ذلك ، ويعتبر عندئذ جريمة تامة فى الرأى الراجح .

الخلاصة : أن المميز الرئيسى لجريمة الاسقاط هو أنها ابتسار للولادة ، إخراج للجنين - بمعنى البويضة الملحقة وما تطورت اليه - بشكل غير طبيعى ؛ وعلى ضوء هذا المميز تكيف الجريمة ويفرق بينها وبين قتل طفل حديث الولادة عمداً .

الركن الثانى - وسائل الاسقاط (٣)

أهمية هذا الركن : هذا الركن من أهم أركان الجريمة . لأن استعمال وسائل صناعية هو الذى يميز بين إجهاض طبيعى أو عارض وبين الاسقاط العمدى المعاقب عليه .

ووسيلة الاسقاط - كوسيلة القتل - هى الطريق الذى يكشف عن القصد الجنائى ، والقصد هو الفيصل الذى به يميز بين الاسقاط وبين الجرائم الأخرى التى قد تشترك معه فى النتيجة .

لهذا عنى المشرع الفرنسى - منذ البداية - بالنص على وسائل الاسقاط ، فنص على الأدوية ، والأغذية وأعمال العنف .. الخ على سبيل التمثيل ، وأتبع ذلك بعبارة عامة تفيد أن كل الوسائل لديه سواء ، فقال أو أى وسيلة أخرى .

أما فى مصر فقد خالف تقنيننا مصدره فى هذه النقطة .

تميز التقنين المصرى بين الوسائل : تعاقب م ٢٦٠ ع بالسجن المشدد إذا حل الاسقاط بضرب أو نحوه من أنواع الايذاء فى حين تعاقب م ٢٦١ بالحبس فقط محدث الاسقاط ” باعطاء أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى (الاسقاط) . فما علة هذا التمييز وما أثره ؟ سوف نستبين ذلك الآن .

تقدير النصوص : المادتان ٢٦٠ و ٢٦١ محل نقد من عدة وجوه :

فأولاً فعل الاجهاض فعل ماس بسلامة الجسم فأى وسيلة تحدثه عمدا هى إذن مما يدخل فى نطاق مواد ” الايذاء البدنى العمد بالمعنى ” وبداهة عندما فرق الشارع بين الوسائل لم يرد بالضرب معناه الواسع ، وإلا كان النص لغوا لا فائدة منه . ولما كان من الضرورى إعمال النص ، تعين أن نقصر معنى عبارة ” الضرب ونحوه من أنواع الايذاء ” الواردة فى م ٢٦٠ على معناها الضيق ، المعنى العادى لما يعتبر ضرباً أو فعلاً من أفعال العنف .

وهذا أول نقد يوجه إلى هذه النصوص ، لأنها تستعمل مصطلحاً سبق استعماله فى مواد الايذاء بمعنى ، وعادت إلى استعماله بمعنى أخص دون بيان صريح لهذا التخصيص ، ودون مبرر ظاهر

وثانياً عُنيت م ٢٦١ بالنص على عبارة ” مؤدية إلى ذلك ” وجعلتها نعتاً للوسائل ، وهذه العبارة لا معنى لها إلا إذا أريد الأخذ بنظرية الجريمة المستحيلة فى العقاب على الشرع . أما وتقنيننا قد نص صراحة على أنه لا عقاب على الشرع فى الإسقاط ، فما كان ثم معنى لهذه العبارة بعد كلمة عمدا ، لأن الفرض أن ثم إسقاطا قد حصل كلها بوسيلة أدت فعلاً اليه . ومن ثم فالنص تحصيل حاصل .

وكان أحسن أن تستعمل نفس العبارة التى استعملتها م ٣١٧ ع ف منذ البداية : ” أو بأى وسيلة أخرى ” . فهى أدل على قصد الشارع خصوصاً إذا تقرر عدم العقاب على الشرع ولأنه - فعلاً - لا أهمية فى تطبيق م ٢٦١ ع لنوع الوسيلة المستعملة .

وثالثاً : جانب مشرعنا المنطق ، فسوى - فى م ٢٦١ ع - بين الإسقاط الذى يتم برضاء المرأة ، أو بناء على إلحاحها ، والإسقاط الذى يتم قسراً بالرغم من مقاومتها ، أو غدراً فى غفلة منها وبغير علمها (بأن تسقى دواء مجهضاً على أنه مقو) . وظاهر أن الإسقاط فى الحالة الثانية أشد إجراماً منه فى الحالة الأولى .

صحيح أن مشرعنا قد وقع فى هذا الخطأ لأنه تبع التشريع الفرنسى ، ولكنه - وقد خالفه فى عدة نقاط فى هذه الجريمة - كان يستطيع أن يتنبه - على الأقل سنة ١٩٣٧ - إلى هذا العيب الذى انتقده الشراح الفرنسيون ، والذى تنبه له واضعو مشروع تعديل تقنين العقوبات سنة ١٩١٧ (مشروع برونيت) .

ورابعاً : ابتعد تقنيننا عن مصدره فخانه التوفيق مرة أخرى .

فالمادة ٣١٧ ع ف لم توفق إذ سوت بين جان رضيت المرأة بأن يسقطها ، وآخر غدر بها ، ولكنها كانت منطقية إذ سوت بين جميع الوسائل ، لأن الجريمة هى جريمة إسقاط والعبرة فيها - كما فى القتل العمد - بالنتيجة لا بالوسيلة .

أما مشرعنا فقد أراد أن يفرق بين أنواع الوسائل : فاعتبر الاسقاط بالضرب أو نحوه من أفعال العنف جناية عقوبتها الأشغال الشاقة ، فى حين أن الاسقاط بأى وسيلة أخرى جنحة عقوبتها الحبس فقط .

ترى أبين الضرب وغيره من الوسائل الفارق الذى بين الحبس ثلاث سنوات والأشغال الشاقة خمس عشرة سنة ؟

قد يقال إن لهذه التفرقة ما يبررها ، لأن الاسقاط بالضرب ونحوه من أنواع الايذاء فيه عنف وقسوة .. ولكن أليس فعل الاسقاط فى ذاته فعلاً قاسياً لأنه يعرض حياة المرأة للخطر دائماً أياً كانت وسيلته ؛ وهو يعد أكثر إجراماً إذا كان الجانى قد ارتكب الجريمة كرها أو غدرًا مهما كانت الوسيلة لينة سهلة !!

مهما تكن التبريرات المتصورة لهذه التفرقة ، فهى دائماً غير مقنعة .

والظاهر أن مشرعنا نقل هذا النص عن القانون العثمانى دون أن يتدبر فيه فجاء شاذاً غير متسق مع باقى النصوص . وهذا عيب أخذ نصوص متفرقة من عدة تقنيات .

وعلى كل حال فالعيب الأكبر للمادة ٢٦٠ ع ليس فيما تقدم وإنما هو فيما سيأتى.

وخامساً : تعاقب م ٢٦٠ ع ” من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب ” وهذه الصياغة صياغة مطلقة ، فهى لم تسو - كما فعلت م ٢٦١ ع . بين جان ارتكب الجريمة برضاء المرأة ، وآخر ارتكبتها بغير رضائها .

فهل يفهم من ذلك أنهما سيان ، وأن الفعل يعتبر دائماً جناية ؟ أم أن الضرب يعتبر من بين الوسائل المنصوص عليها فى م ٢٦١ ع إذا ما أحدث - بقصد الاسقاط - برضاء المرأة ؟

إذا أخذ بظاهر النص لانتبهنا إلى نتيجة غير مقبولة لأننا سنعاقب بالاشغال الشاقة من يسقط امرأة باستعمال الضرب ، فى حين أننا سنعاقبه بالحبس فقط لو أسقطها كرها او غدرا بوسيلة أخرى .

ويقول د/ حسن أبو السعود : إذا قنا مع الأستاذ جندى عبد الملك أن الشارع يفترض فى م٢٦٠ع ” عدم رضاء المرأة التى أسقطت ” لانتهينا كذلك إلى نتيجة غير منطقية : لأن م٢٦١ سوت فى العقاب - عندما تستعمل وسائل غير الضرب - بين إسقاط المرأة برضاها ، وإسقاطها كرها عنها ، فلماذا نفرق هذه التفرقة الخطيرة فى حالة الضرب ، فتعتبر الواقعة جناية إذا لم ترض المرأة بالإسقاط ، وجنحة إذا رضيت ، والضرب فى الحالين هو هو ، والاعتبارات التى تدعو إلى التشديد ان وجدت - هى هى ؟ ولماذا لا نعتبر لرضاء المرأة أى أثر فى حالة ، ونجعل له هذا الأثر الخطير فى حالة أخرى ؟

إ يقول د/ حسن أبو السعود : يرى الاستاذ جندى بك أن النتيجة التى وصل إليها ” تستفاد من أن م٢٦١ نصت صراحة على عقاب المسقط سواء أكان الإسقاط برضا المرأة أم لا ، ولم يرد شئ من ذلك فى م (٢٦٠) . وتستفاد أيضا من أن م (٢٦٢) نصت على عقاب المرأة التى رضيت بتعاطى الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السابق ذكرها أو مكنت غيرها من استعمالها ولم تنص على عقاب المرأة التى رضيت باستعمال الضرب أو نحوه من طرق الايذاء وما ذلك إلا لأن الضرب والايذاء لا يتصور حصولهما فى حالة الرضا ، وإن حصل بالرضا فيكونان من قبيل الوسائل المنوه عنها فى المادة (٢٦١) .

ويقول د/ حسن أبو السعود : وهذه الحجج فى نظرنا غير مقنعة .

فأما القول بأن المادتين ٢٦٠ و٢٦٢ سكتتا عن إيراد نص لحالة الإسقاط الذى يحدث بالضرب مع رضا المرأة ، لأن الرضا بالضرب لا يتصور ، فينقضه أن الرضا بالضرب والايذاء متصور جداً بل هو كثير الحدوث ، وقد رأينا أمثلة عديدة عند دراسة جرائم الايذاء البدنى العمد . وقد قدم جندى بك مثلاً بالغ الدلالة إذ أورد حكم محكمة أسيوط الابتدائية ، وهو خاص بامرأة أجهضت عن طريق إيذائها نفسها ، ويقول د/ حسن أبو السعود : ونعتقد أنه من المتصور جداً أن تقبل مثل هذه المرأة أن يؤذيها غيرها . بل إن الكثير من القضايا التى تحفظ فى النيابات ضد مجهول ، أو لعدم كفاية الأدلة هى قضايا جرح أفضى إلى موت ، كان فيها قصد محدث الجرح الإسقاط .

فهذا القول إذن غير مقنع ، لأنه عندما يستبعد فرض ما على أساس أنه غير متصور ، فإن معنى هذا أن يكون الفرض غير جائز الحدوث عقلا . وهذا غير الواقع .

وأما القول بأنه ” إن حصل الضرب بالرضا فيكون من قبيل الوسائل المنوه عنها فى م ٢٦١ ” . فهو أيضاً غير مقنع .

أولاً لأن هذا القول - على فرض التسليم به - ينتهى إلى نتيجة غير منطقية بينهاها .

وثانياً لأن هذه الحاجة قائمة على مصادرة المطلوب ، فالذى نريد إثباته هو بالذات هل يعتبر الضرب - فى حالة الرضا به - من بين الوسائل المنوه عنها فى م ٢٦١ ع أم لا ؟ ، وعلى أى أساس نبني إجابتنا بالإيجاب ؟

ويقول د/ حسن أبو السعود : الواقع فيما نرى أن رأى جندى بك قد يكون أقرب الآراء إلى الصحة فى التقريب بين النصوص ، وإذا كان فيه عيب ، فالعيب ليس فى الرأى نفسه وإنما فى النصوص .

ذلك أن مشرعنا أخذ نص م ٢٦٠ عن القانون العثمانى . وأخذ المواد ٢٦١ و ٢٦٢ عن م ٣١٧ ع ف ، وقد غفل فى المواد الأخيرة عن المادة الأولى فلم ينتبه لها ، ولم يحرص على التوفيق بينها وبين المواد الأخرى التى نقلت عن نص جانب المنطق مرة إذ أهمل أثر رضاء المرأة ، ولكنه كان منطقياً إذ سوى بين الوسائل جميعاً ، أما نصوصنا ، فقد جانب المنطق مرة مع المشرع الفرنسى ، ثم جانبته مرة أخرى إذ ميزت بين الوسائل ، ثم انتهت إلى تناقض لا يمكن تفاديه أياً كان الحل الذى نقول به . وهذه نتيجة نقل النصوص من عدة مصادر دون أن ينتبه لما بينها من خلاف .

وليس للأمر علاج الآن الا أن ينتبه الشارع له فى المشروع الجديد لقانون العقوبات .

الخلاصة : أن وسيلة الاجهاض لا أهمية لها - من حيث قيام أركان الجريمة - وكل أهميتها هى أولاً فى تحديد نطاق تطبيق م ٢٦٠ ع التى هى نص غير موفق يتعين تعديله لكى تكون النصوص متلائمة متسقة .

وغنى عن البيان أنه - وقد اشترط قانوننا للعقاب أن تكون الجريمة تامة - فلا بد من أن يثبت أن

الوسيلة المستعملة قد كانت السبب فى النتيجة ، أى أن يثبت أنه كان بين الوسيلة والنتيجة رابطة سببية ، وهذه نقطة يفصل فيها الطبيب الشرعى.

ورابطة السببية هنا يجب أن تفهم كما فى القتل العمد ، وأن تقدر بنفس المعيار السابق .

اما الأهمية الثانية الوسيلة فهى أنها - كما فى القتل - سبيل التمييز بين الاسقاط المتعمد ، والاجهاض غير المتعمد ، سبيل الكشف عن الركن الثالث للجريمة ، وهو القصد الجنائى .

الركن الثالث : القصد الجنائي (٤)

تعريف : نصت المادتان ٢٦٠ و ٢٦١ على عقاب كل من ” أسقط عمدا ” امرأة حبلى

ومن هذه النصوص الصريحة يبين أن الاسقاط جريمة عمدية ، ولما كان الاسقاط - كالقتل عمدا - تتميز فيه النتيجة عن الفعل ، فحتى يتوافر القصد الجنائي يجب أن يثبت أن الجانى تعمد ارتكاب الفعل (الوسيلة التى أدت إلى الاجهاض) وتعمد ارتكاب النتيجة ، أى أن قصده قد انصب أصلاً على النتيجة وأنه ارتكب الفعل عمدا بقصد تحقيقها .

بعبارة أخرى القصد الجنائي فى الاسقاط - حتى عند القائلين بالقصد الخاص - هو القصد العام : تعمد ارتكاب الجريمة بالشروط التى حددها القانون . أو ارتكاب الفعل مع العلم بأنه محرم قانونا . أى أن القصد يجب أن ينصب على كل أركان الجريمة .

وسنفصل ذلك فيما يلى :

العلم بالحمل : الاسقاط يفترض وجود حمل ، وبداهة لا يمكن مساءلة الشخص عن إسقاط إلا إذا علم بوجود حمل . فاذا جهل هذه الواقعة ، وأحدث فعله إجهاضا (وهذا مفترض لأنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط) فلا يمكن أن يقع فعله تحت نصوص المواد ٢٦٠ وما بعدها ، وإن كان يمكن أن يقع تحت طائلة نصوص أخرى : إيذاء بدنى عمد أو خطأ حسب الأحوال .

ارادة الفعل : لكي يتوافر القصد الجنائي فى الاسقاط عمدا يجب أن يثبت أن المتهم قد ارتكب الفعل عن شعور وإرادة .

فمن يقع - بسبب قوة قاهرة - على إمراة حامل فيجهضها ، لا يسأل عن إسقاط لأنه لم يرد الفعل ، وبالمثل من يأتى الفعل من غير شعور بسبب مسكر أو مخدر .

وعدم المسؤولية هنا راجع إلى القواعد العامة للمسئولية الجنائية ، والارادة والشعور مفترضان فى الشخص العاقل - والأصل فى الانسان العقل - إلى أن يثبت العكس .

ارادة النتيجة : يجب أن يثبت أن الجانى قد قصد إحداث الاجهاض بالذات ، وأن يقترف الفعل

عمدا لكي يتوصل إلى تحقيق غايته .

فمن يضرب امرأة يعلم أنها حامل ، ولكنه لا يقصد إلا مجرد الضرب لا يسأل عن إسقاط لأنه لم يقصده .

ولا محل هنا للاحتجاج بفكرة القصد الاحتمالي ، لأنه حيث يعاقب الشارع . في جريمة عمدية - على نتيجة معينة فلا بد أن يثبت أن الجاني قد قصد هذه النتيجة بالذات .

ولن يغنى في إثبات القصد أن تكون النتيجة محتملة أو حتى قريبة الاحتمال . ولكن إذا كانت النتيجة حتمية لازمة ، فيكفى أن يعتمد ارتكاب الفعل لكي يسأل مقترفة عن النتيجة .

وقد حرص مشرعنا على أن يزيل كل لبس متعلق بالقصد الجنائي . فنص صراحة على ركن العمد ، وحرص على أن يجعل كلمة ” عمدا ” صفة للإسقاط لا للفعل المؤدى إليه . نصت على هذا م ٢٦٠ في صياغتها العربية والفرنسية . ونصت عليه م ٢٦١ في الصياغة العربية فقط ، ولكن رغم عدم وجود مقابل في الصياغة الفرنسية للفظ ” عمدا ” الموجود في النص العربي ، فهو لفظ يعبر عن قصد المشرع ، ويتعين الأخذ بمدلوله في تفسير النص .

أما المادة ٢٦٢ فلم يرد فيها لفظ ” عمدا ” لا في الصياغة العربية ولا في الصياغة الفرنسية ، ولكن لا شبهة مع ذلك في أنها لا تطبق إلا إذا ثبت أن المرأة قصدت أن تسقط نفسها ، فتعاطت الأدوية أو استعملت الوسائل أو مكنت غيرها من استعمالها بقصد الوصول إلى هذه النتيجة .

الإسقاط لانقاذ حياة الأم : قد يضطر الطبيب أحيانا إلى إجراء عما يرى أنه ضروري لانقاذ حياة الأم ، وقد يقع ذلك بعد الحمل بقليل ، أو قبل الولادة بقليل ، (ولادة مبتسرة) أو يضطر لقتل الطفل داخل الرحم لإخراجه ، وذلك في الحالات المرضية التي يكون الإسقاط فيها الحل الوحيد لانقاذ حياة الأم (السل ، حمل خارج الرحم ..) فما حكم هذه الحالات ؟

الكل على اتفاق أنه لا عقاب على الطبيب فيها . ولكن الخلاف هو على التكييف القانوني . فالبعض يرى أن أساس عدم عقاب الطبيب هو انعدام القصد الجنائي لديه .

وهذا رأى واضح الخطأ . (د / حسن أبو السعود ، ص ٣٣٢)

والبعض يرى أن العلة ترجع إلى أن الأم تعتبر في حالة دفاع شرعى .

وهذا بدوره رأى خاطئ ، لأنه يسرف في تفسير معنى الدفاع الشرعى ، فكيف يعتبر الطفل معتدياً

٥

الرأى الصحيح هو أن عمل الطبيب مبرر بحالة الضرورة . فاذا كان لابد من تضحية الجنين أو الأم ، فالطبيب بالخيار ، وأيا كان الضحية فعمله تبرره حالة الضرورة . وعملاً يضحى الجنين لانقاذ الأم .

الخلاصة : أن القصد الجنائى فى جريمة الاسقاط هو القصد الجنائى العام ، وأنه يجب أن ينصب على النتيجة والفعل ، على أن يطبق تماماً كما يطبق القصد فى القتل العمد (مع ملاحظة فرق الشروع) .

اما الطبيب الذى يسقط لانقاذ الأم فعمله تبرره حالة الضرورة .

(١) ، (٢) ، (٣) ، (٤) : د / حسن محمد أبو السعود ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ج ١ ،

الطبعة الأولى ، ١٩٥٠ ، ص ٣١٤ وما بعدها .

عقاب الجريمة (٥)

تكلم المشرع عن عقاب الاسقاط فى عدة أحوال ، جعل فيها صفة الجانى الأساس لتوقيع العقاب (عدم م ٢٦٠ ع) ، ودراسة العقوبة تقتضى أولاً أن نفصل هذه الأحوال ، ثم ندرس بعد ذلك تطبيق قواعد الاشتراك على جريمة الاسقاط ، لأننا سنرى أن ثم شذوذاً عن القواعد العامة ، وأخيراً ندرس تعدد الجرائم .

أحوال العقاب (٦)

١- اذا كان الجانى شخصاً عادياً غير حامل : تقصد بالشخص العادى كل الأشخاص الذين لم تنص عليهم م٢٦٣ .

وعقاب هؤلاء يتميز بحسب الوسيلة المستعملة :

(أ) فاذا أحدث الاجهاض بضرب أو نحوه من أنواع الايذاء - طبقا للمعنى الذى حددناه - كانت الواقعة جنائية عقوبتها الاشغال الشاقة : م ٢٦٠ ع . والمادة ٢٦٠ تطبق بلا خلاف إذا ارتكبت الواقعة بغير رضا المرأة ، أما إذا أحدث الضرب برضاها ، فالأمر محل شك كما أسلفنا .

(ب) أما إذا استعملت أى وسيلة أخرى غير الضرب والايذاء كالأدوية والحقن والعمليات الجراحية المختلفة ، فان الجريمة تكون جنحة فقط عقوبتها الحبس ، ولا يتغير وصفها سواء أكانت المرأة راضية بالاجهاض أم غير راضية به .

وقد خرج هذا النص عن القواعد العامة للاشتراك لأنه يعاقب - فاعلاً أصلياً - من يدل الحامل على الوسائل المجهضة ، وطبقاً للقواعد العامة ما كان يمكن اعتبار هذا الفعل إلا مجرد اشتراك .

(ج) وفى الحالة السابقة تعاقب بالحبس كذلك المرأة الحامل التى رضيت بتعاطى الأدوية التى قدمت لها . وباستعمال الوسائل التى رشدت عنها ، أو مكثت غيرها من استعمالها بقصد إسقاط نفسها .

وهى تعاقب عندئذ باعتبارها فاعلة أصلية بنص م ٢٦٢ التى تعتبر كذلك خروجاً على القواعد العامة فى الاشتراك ، والتى تقطع ، فى أن لجريمة الاسقاط مميزات خاصة ، فهى جريمة روعيت فيها اعتبارات المصلحة العامة من جهة ، وروعت فيها مصلحة الحامل نفسها ، وذلك إلى جانب الغرض الأول من العقاب عليها وهو حماية الجنين ، ولهذا نص على عقاب الأم رغم رضائها بالاسقاط .

والنص فى شمول صياغته لا يشترط فى الرضا شكلاً خاصاً ، فيكفى أن تعلم المرأة أن الدواء

المقدم لها قصد به إسقاطها ، ثم تقبل أن تشربه ، أو أن تعلم أن الوسيلة التي ستستعمل نوى مستعملها إخراج حملها ثم تسلم نفسها له ليستعمل هذه الوسيلة أيا كانت .

بعبارة أخرى يستوى أن تساهم المرأة بفعل إيجابى : تعاطى الدواء ، أو بفعل سلبى : مجرد عدم المعارضة فى استعمال الوسيلة لكى ينطبق النص .

والشرط الأساسى فى تطبيق م ٢٦٢ ع ليس مجرد العلم بطبيعة الدواء أو الوسيلة ، بل أن تعلم المرأة أن القصد هو بالذات إسقاطها .

(٢) اذا أسقطت الحامل نفسها : نصت م ٢/٣١٧ ع فرنسى صراحة على عقاب ” المرأة التي تسقط نفسها أو تشرع فى ذلك ” ، والمرأة التي ترضى باستعمال الوسائل التي دلت عليها أو قدمت لها لكى تجهض .“

ويظهر أن أراد مشرعنا من جهة أن يختصر النص فأهمل النص صراحة فى م ٢٦٢ على عقاب من تسقط نفسها بنفسها دون أن تسأل أحدا ليرشدها عن أدوية أو وسائل ، ودون أن تقدم لها أدوية ” ترضى ” بتعاطيها ، أو تمكن أحداً من إسقاطها . ومن جهة أخرى فقد خالف مشرعنا مصدره فنص صراحة على وجوب حدوث الاسقاط (فعلاً) ، وما كان محتاجا لهذه العبارة لأن الواقعة جنحة لا شروع فيها إلا بنص صريح ، ولأنه نص فى م ٢٦٤ على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط .

ويثير هذا النص التساؤل على أمرين : الأول : هل تعاقب المرأة التي سقطت نفسها دون مساعدة أحد ؟ والثانى ما الحكم اذا كانت هذه المرأة قد لجأت فى اسقاط نفسها الى الضرب ونحوه من أنواع الايذاء ؟

عن الأمر الأول : يبدو أن القضاء المصرى مستقر على وجوب العقاب فى هذه الحالة ، لأنه ” ليس من المحتم أن يكون عقاب المرأة التي تستعمل لنفسها وسائل تؤدى الى اسقاطها معلقاً على شرط عرض هذه الوسائل عليها من آخر اجنبى وقبولها لها ، لأن هذا التأويل يفضى الى نتائج غير مقبولة عقلاً ، ولا يمكن أن يكون القانون قد قصدها : إذ يترتب عليه معاقبة المرأة إذا ارتكب

جريمة الاجهاض عمداً بناءً على إرشاد آخر لها ، وإعفاؤها من العقوبة إذا ارتكبتها بمحض إرادتها بغير إرشاد من أحد ، مع أن الحالة الثانية أشد إجراماً من الأولى. ومما يؤيد ذلك أن حكمة التشريع فى المعاقبة على الاجهاض هى المحافظة على الجنين بقطع النظر عن المرأة كما هو مستفاد صراحة من جميع نصوص القانون الخاصة بالاجهاض فالقول بأن المرأة التى تجهض نفسها عمداً لا تعاقب إلا إذا كان لها شريك أرشدها إلى وسيلة الاجهاض هو من قبيل التمسك بحروف النص القانونى ومعناه السطحى بغير مراعاة لروح التشريع ” .

(أسيوط الابتدائية ١٩١٢/٥/٩ مج س ١٣ ص ٢٤٤ . القضاء الجنائى م ٢٢٥ و ٢٢٦ ن ٢)

وهذا القضاء فى محله لما أورده الحكم السابق من أسباب نرى الأخذ بها لأنها قائمة على القياس من باب أولى . (د/ حسن أبو السعود ، ص ٢٣٧) .

عن الأمر الثانى : هذه صعوبة أخرى يثيرها نص م ٢٦٠ ع ، وهو نص غير موفق ، متنافر مع باقى المواد لاختلاف مصادرها .

والصعوبة ناشئة من إغفال النص كلية على عقاب المرأة التى تسقط نفسها بدون معاونة من أحد ، وإغفال النص كذلك على عقاب من يسقط امرأة برضاؤها بالضرب .

وقد عرضت للمسألة محكمة أسيوط فى حكمها السابق ، وانتهت إلى أن ” الضرب والإيذاء يدخلان فى الوسائل المنصوص عليها فى م (٢٦١) بطبيعة الحال إذ أنهما لم يخرجوا عن كونهما من الوسائل المؤدية للاسقاط . وينتج من ذلك أن المرأة إذا اتخذت الضرب أو الإيذاء وسيلة لاسقاط حملها ، كان فعلها داخلاً ضمن الوسائل المنصوص عليها فى م (٢٦٢ ع) ، واعتبره القانون جنحة خلافاً للاجنبى الذى يعد فعله جناية ، وهذا الفرق فى المعاملة بين الأجنبى والمرأة الحبلى معقول ، لأن الأول فعله يتناول الاضرار بشخصين أما الثانية فإن كان لها أن تؤذى نفسها فليس لها إيذاء الجنين وهو ما يعاقب عليه القانون ” .

ويقول د/ حسن أبو السعود : وهذا رأى معقول فيما انتهى إليه ، لأنه مما ينبوع الذوق أن تعاقب المرأة بالأشغال الشاقة إذا أسقطت نفسها بما يعتبر إيذاء أو ضرباً ، فى حين يعاقب بالحبس فقط

من يسقطها كرها ، أو على حين غفلة منها - بوسيلة أخرى ، هي كالضرب ماسة بسلامة الجسم وإن لم تعتبر فى نظر م ٢٦٠ ضرباً ولا فعلاً من أفعال العنف .

ولكن هل يستند هذا الرأى على أساس قانونى سليم ؟ ذلك ما نشك فيه لأن حجة هذا الرأى هى أن الغير إذ يضرب المرأة يعتدى على شخصين بينما المرأة لها أن تؤذى نفسها ، ومن ثم تسأل عن جنحة فقط .

وهذه الحجة غير مقنعة . لأن فعل الاجهاض نفسه ماس بسلامة جسم المرأة فى كل الأحوال ، أيا كانت وسيلة . وقد نص القانون صراحة على أن إسقاط امرأة بغير رضاها يعتبر جنحة - مادام قد تم بوسيلة غير الايذاء والضرب - مع أنه لا شبهة فى هذه الحالة فى أنه اعتداء على المرأة والجنين معا . (ولا نقول شخصين لأن الجنين ليس شخصاً !!) .

أكثر من هذا يبدو مما سبق أن إسقاط المرأة بالضرب برضاها يعتبر جنحة ، رغم أن ثم اعتداء عليها وعلى الجنين معا ، ورضاؤها بالضرب لن يغير من طبيعة الاعتداء ، ولا يرفع المسؤولية عنه . فالحجة التى تسوقها المحكمة إذن ليست قاطعة من حيث هى حجة قانونية . مرة أخرى ليس العيب فى الرأى ، وإنما العيب فى النص الذى أقحم على نصوص أخرى مستمدة من غير مصدره دون حساب لما بينهما من تنافر .

(٣) اذا كان المسقط طبيياً : نصت م ٢٦٣ على عقوبة السجن المشدد إذا كان المسقط طبيياً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة .

والحكمة فى التشديد أن الجراحين والأطباء (بصفة عامة) لديهم معلومات فنية كافية تجعل الالتجاء اليهم لاجراء الاسقاط أمراً طبيعياً لما فى الاسقاط من خطر على حياة الحامل . ونفس الحكمة تتوافر فى القابلات اللاتى يعلمن ما لا يعلمه الشخص العادى عن الولادة وبالتالي عن الاجهاض . وكذلك الأمر فى الصيادلة بحكم علمهم بالأدوية والعقاقير ..

ولم يكن القانون ينص على القابلات ثم نص عليهن سنة ١٩٣٧ ، لأن محاكمتنا رفضت أن تشدد

عليهن العقوبة بغير نص ، ومعها الحق إذ أن النص وارد على سبيل الحصر .
وكلمة ” المسقط ” الواردة فى النص يجب أن تفسر على ضوء المواد السابقة .

فيعتبر الطبيب مسقطاً إذا استعمل الضرب والايذاء ، وعندئذ لا تظهر فائدة م ٢٦٣ لأن عقوبتها كعقوبة م ٢٦٠ : السجن المشدد . ولكن فائدة م ٢٦٣ تظهر إذا رضيت المرأة أن يضربها الطبيب ، فتعتبر الواقعة حينئذ جناية بالمادة ٢٦٣ بلا خلاف ، وإن يكن غير متصور عملاً أن يلجأ طبيب إلى هذه الوسيلة للاسقاط .

ويعتبر الطبيب مسقطاً كذلك إذا قدم دواء أو استعمل وسيلة أخرى تؤدى للاجهاض ، أو إذا اكتفى ” بدلالة ” المرأة على وسيلة ما أو دواء معين .. م ٢٦١ .

وسواء أرضيت المرأة أم لم ترض فعقوبة الطبيب (ومن فى حكمه) هى السجن المشدد .

هل تنطبق م ٢٦٣ على من تسقط نفسها : قد يحدث أن تكون المرأة التى تسقط نفسها قابلة أو صيدلية أو طبيبه ، فهل تطبق عليها م ٢٦٣ ع ٩ الراجع فى الفقه أنها تعاقب بالحبس فقط ، لأن الحكمة فى التشديد لا تتوافر فى هذه الحالة .

تعدد الجناة (٧)

الفاعلون الاصليون :

خرج الشارع فى جريمة الاسقاط عن القواعد العامة لتعدد الجناة فى بعض المواضع وسنبين فيما يلى ما يتفق مع القواعد العامة وما يشذ عنها :

(١) القواعد العامة : طبقا للقواعد العامة يعتبر فاعلاً أصلياً فى الاسقاط :

أ - من راتكب الجريمة وحده : ويتحقق ذلك عملاً إذا تم الاسقاط بغير رضا المرأة . سواء كان محدثه طبيياً أم شخصاً عادياً ، أو إذا أسقطت المرأة نفسها بغير معاونة أحد .

ب - من ارتكب فعلاً من الأفعال المكونة لها : وهى الأفعال التى ترتكب ضد جسم المرأة . كمن يعطى المرأة بنجاً تمهيداً لعملية إجريها الطبيب ومن يعاون فى اخراج الحمل ، ومن يساهم فى فعل الضرب بقصد الاسقاط الخ .

(٢) الاستثناءات : استثناء من القواعد العامة اعتبر الشارع فاعلاً أصلياً :

أ - المرأة التى تقبل أن يجرى لها الغير - طبيياً أو غير طبيب - عملية الاسقاط ، رغم أن دورها يكون سلبياً بحثاً : م٢٦٢ع .

ب - الشخص - أياً كانت صفته - الذى يدل المرأة على دواء مجهض أو على وسيلة مجهضة ، رغم أن دوره يقتصر على مجرد ارشادها : م٢٦١ع .

- الشركاء :

القواعد العامة - أولاً - التكييف : طبقاً للقواعد العامة يعتبر شريكاً من يساهم فى الجريمة مع علمه بها بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة ، على أن يقتصر دوره على ما يدخل فى أعمال التحضير ولا يجاوزها . وعلى هذا فيعتبر شريكاً .

(أ) المحرض الذى يحرض المرأة على إسقاط نفسها ، أو يحرض الغير على

إسقاط المرأة وكذلك الشريك باتفاق .

(ب) الشريك بالمساعدة مع الفاعل الأصلي . سواء أكان المرأة أم غيرها الذى يقوم بفعل من أفعال المساعدة غير ما نصت عليه م ٢٦١ . كمن يعاون المرأة أو الغير بتقديم منزله مثلا لاجراء العملية فيه أو بالإرشاد عن أدوية مقوية لكى تتحمل المرأة الاجهاض ، .. أو بتقديم عصا للضرب الخ ... وغالبا ما يكون الشريك فى هذه الحالة شريكا بالاتفاق أيضا .

ثانيا : العقوبة : يعاقب الشريك بعقوبة الفاعل الاصلى : م ٤١ ع ، وعلى ذلك فشريك المرأة أو الغير . غير الطبيب . يعاقب بالعقوبة التى تنص عليها المواد ٢٦٠ و ٢٦١ و ٢٦٢ حسب الأحوال .

فاذا كان الفاعل الأصلي طبيبا فان أثر الظرف المشدد . صفة الطبيب (أو الصيدلى أو الجراح أو القابلة) لا يسرى على الشريك إلا إذا علم به ، فان جهله كانت العقوبة الحبس فقط . م ٤١ / ع .

(٢) الاستثناءات : أولا : التكييف : بينا أن القانون أعتبر بعض الشركاء فاعلين أصليين بصريح النص .

ثانيا : العقوبة : خرج القانون عن القواعد العامة فى عقوبة الشركاء فى الاسقاط فى الأحوال الآتية :

(١) الطبيب (ومن فى حكمه) يعاقب دائما بالسجن المشدد ولو كان شريكا فقط .

هذا ما يقوله الفقهاء الذين لم يتوسعوا فى البحث أكثر من ذلك ويقول د/ حسن أبو السعود : ولكننا نرى أنه يجب أن يفرق بين فرضين :

الأول : إذا قام الطبيب بفعل من الأفعال المبينة فى م ٢٦١ فهو عندئذ مسقط ، ويعاقب بالأشغال الشاقة طبقا للمادة ٢٦٣ ع .

الثانى : إذا كان الطبيب شريكا بالاتفاق فقط أو بالتحريض فقط أو بالمساعدة لعمل غير ما تستغل فيه معلوماته ، غير ما يقع تحت نص م ٢٦١ ، فهو عندئذ شخص عادى تطبق عليه المواد ٢٦٠ . ٢٦٢ حسب الأحوال ، لأن الحكمة فى التشديد تتخلف حينئذ .

(ب) ما الحكم إذا كان الطبيب شريكا للشريك ؟ صورة ذلك عملا أن يذهب الزوج مثلا إلى أحد الأطباء يسأله عن دواء مسقط ، فيعطيه له أو يرشده عنه ، فما حكم عمل الطبيب عندئذ ؟ .

وضع العلامة جارسون السؤال ومن أن يجيب عليه صراحة ؟

والاجابة سهلة إذا ما طبقنا القواعد العامة فالشريك يعاقب لأنه اشترك فى جريمة معينة لا لأنه اشترك مع شخص معين .

وعلى هذا فيجب أن نقدر الفعل الذى صدر من الطبيب ، فاذا لم تكن له صلة بالجريمة ، فهو لا يعتبر شريكا ، ولكن إذا كان له صلة بها ، فهو يعتبر شريكا ولو أنه لم يتصل بالفاعل الأصلي مباشرة ، لأن العبرة هى بالصلة بين فعله وفعل الفاعل الأصلي ، بين فعله وبين الجريمة التى ارتكبت .

وعلى هذا ففى المثل السابق يعتبر الطبيب شريكا ، ويعاقب بالمادة ٢٦٣ع. وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية فى قضية ثبت فيها أن طبيبا أعطى لعشيق امرأة تعليمات لاسقاطها ، قام العشيقان بتنفيذها . وبهذا تأخذ محكمتنا العليا .

(ج) المرأة التى تمكن طبيبا من إسقاطها ، تعاقب بالحبس فقط تطبيقاً للمادة ٢٦٢ رغم أن القواعد العامة كانت تقضى بعقابها بالأشغال الشاقة لأنها شاركت بالاتفاق فاعلاً أصليا يسرى عليه ظرف مشدد تعلم به .

الخلاصة : أنه عندما يتعدد الجناة فان القواعد العامة تطبق فيما عدا الاستثناءات التى أتت بها نصوص صريحة .

الشروع : قلنا إن الشروع فى الاسقاط كان محل خلاف كبير فى فرنسا ، فكانت محكمة النقض الفرنسية تذهب مذهباً لا يقرها عليه الفقه ، ولا يستند فى الواقع إلى القواعد العامة .

وكان السبب فى ذلك عيب النصوص التى كانت تعاقب فى بعض الأحوال على الشروع وتشتترط فى أحوال أخرى أن تتم الجريمة .

وقد عدلت النصوص الفرنسية سنة ١٩٢٣ سنة ١٩٢٩ بحيث أصبح يعاقب على كل شروع بل أصبح يعاقب على من يشرع فى إسقاط امرأة غير حبلى إذا كان يعتقد أنها حامل .

وقد أراد مشرعنا ألا يعاقب على الشروع فنص صراحة فى م ٢٦٤ على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط .

وفائدة النص بدهامة هى فى جنايات الاسقاط فقط ، لأن الجنح لا عقاب أصلا على الشروع فيها إلا بنص خاص : م ٤٨ ع .

تعدد الجرائم (٨)

طبيعة فعل الاسقاط : الاسقاط إخراج للحمل قبل موعد خروجه الطبيعي ، وهو فعل ضار بالصحة دائماً مهدد للحياة يودى بها أحيانا . هو إذن فعل ماس بسلامة الجسم ، لأنه يضره ويؤذيه ويتعارض مع السير الطبيعي لوظائف الجسم ، مهما اصطنع في إحداثه من أناة وحذر واتخذ من احتياطات .

وإذا كان ذلك كذلك فإن فعل الاسقاط يعتبر في ذات الوقت جريمة إيذاء بدنى عمد ، أى أن الفعل بعينه يكون جريمتين : جريمة الاسقاط وجريمة إيذاء بدنى عمد ، يختلف وصفها حسب نتائجها ، وينبنى على هذا أنه سيكون ثم حالة تعدد معنوى فتطبق العقوبة الأشد : م ٢٢/٤١ .

وعلى ذلك فإذا حدث اسقاط بالضرب أو إذا كان المسقط طبيياً - أو من فى حكمه - فتطبق المادتان ٢٦٠ و ٢٦٣ لأن عقوبتهما أشد .

أما إذا انطبقت المادتان ٢٦١ و ٢٦٢ ، فتطبق هاتان المادتان إما لأن عقوبتهما أشد من عقوبة الضرب المعتبر جنحا ، وأما لأن العقوبة متساوية : حالة مادة ٢٤١/٤٢ .

إلا أنه كثيرا ما يصعب إثبات قصد الاسقاط ، وعندئذ يتعين وصف الجريمة بأنها إيذاء عمد ، إذا توفر القصد الجنائى ، وإلا فهى جرح خطأ إذا تخلف وتوافر ركن الخطأ .

-وتظهر أهمية تطبيق مواد الايذاء البدنى إذا تخلفت عاهه مستديمة أو أفضى الاسقاط إلى الوفاة (وذلك فى غير حالة م ٢٦٠ وم ٢٦٣) لأن تلك الجريمتين جنائتان .

وينبنى على كل ما تقدم أنه إذا قدم المتهم بتهمة إسقاط ويرئ امتنع تقديمه مرة أخرى للمحاكمة بتهمة إيذاء عمد ، لأن الفعل واحد ، ولهذا تقضى الحيلة عند الشك بتقديم المتهم بكلا الوصفين ولو على سبيل الخبرة ، كما يتعين على المحكمة إذا برأت لعدم وجود قصد الاجهاض أن تقضى بالادانة بتهمة إيذاء بدنى (أو إعطاء مواد ضاره) ، وإلا كان حكمها متعين النقض .

ولا محل للبحث فى تعدد معنوى إلا إذا ثبت أن الجانى كان يقصد إحداث إسقاط ، فاذا تخلف

هذا القصد لم يسأل المتهم لا عن إسقاط ، وسئل عن إيذاء عمد أو خطأ حسب الأحوال .

بيانات الحكم (٩) : لكي يكون الحكم الصادر بالادانة سليماً يجب أن يبين أركان الجريمة بياناً كافياً ، والركن الأهم هو القصد الجنائي فيجب أن يثبت أن الجاني تعمد الاسقاط ، وأنه استعمل الوسيلة الذي استعملها بقصد احداث هذه النتيجة بالذات .

وفى حالة م ٢٦٣ يجب أن يبين الحكم أن المتهم طبيب أو صيدلى الخ ...

ويجب أن يعنى الحكم ببيان أن الاسقاط حدث بسبب وسائل غير طبيعية ، ولكن ليس بذى أهمية بيان رضا المرأة وعدمه فى تطبيق م ٢٦١ ، لأن النتيجة لا تختلف فى الحالتين .

إل القيد والوصف (١٠) : يجب أن يبين الحكم الصادر بالادانة أركان الجريمة السابق شرحها وأن يعنى ببيان رابطة السببية والقصد الجنائي فيهما - دون غيرهما - دقة تقتضى التفصيل فى البيان . والقيد يكون بالمادة المنطبقة ، أما الوصف فيتضمن باختصار أركان كل مادة .

فى حالة م ٢٦٠ : تقيد جناية بالمادة ٢٦٠ ع ضد لأنه أسقط عمداً فلانه بأن ضربها بعضا (بيده - برجله) قاصداً إسقاطها ، فنشأ عن ذلك إجهاضها كما هو مبين بالتقرير الطبى .

وفى حالة الوسائل الأخرى : تقيد جنحة بالمادة ٢٦١ ع ضد ... لأنه ... أسقط عمداً فلانه بأن قدم لها دواء مجهوضا مع علمه بذلك بقصد إجهاضها ، (بأن دلها على دواء مجهوض أو بأن حقنها حقنة مجهوضه - بأن أجرى لها عملية إخراج الجنين الخ .) فشربته ونشأ عن ذلك إجهاضها كما هو مبين بالتقرير الطبى ..

أما بالنسبة للمرأة فتقيد جنحة بالمادتين ٢٦١ و ٢٦٢ (وذكر المادة ٢٦١ واجب لأنها هى التى تبين العقوبة ، ولأنها هى التى تتضمن الوسائل التى تشير إليها م ٢٦٢) ضد لأنها أسقطت نفسها عمداً بان .

ولأنها - مكنت فلاناً من إسقاطها عمداً ، بأن قبلت أن يجرى لها عملية إخراج حملها مع علمها بذلك ، (بأن رضيت بتعاطى الدواء المجهوض الذى قدمه لاسقاطها ، مع علمها بطبيعته) فأجرى

لها العملية التي ترتب عليها إجهاضها كما هو مبين بالتقرير الطبى ..

وفى حالة الطبيب : تقييد جنحة بالمادتين ٢٦١ و٢٦٢ ع ضد ... لأنه .. وهو طبيب (صيدلى - جراح - قابلة) أسقط عمداً فلانة بأن حقنها (أعطى لها دواء ، أجرى لها عملية ، دلها على دواء الخ ...) .

وفى حالات الاشتراك تضاف المادتان ٤٠ و٤١ ويضاف الوصف الخاص بالاشتراك : فمثلاً فى حالة الاشتراك مع امرأة أسقطت نفسها : تقييد جنحة بالمادة ٢٦١ ع للأول وبها وبالمادتين ٤٠/٣ و٤١ ع للثانى لأنها الأولى أجهضت نفسها ... الخ ... الثانى ، اشترك بطريقى الاتفاق والمساعدة مع المتهمه الأولى فى ارتكاب الجريمة سائلة الذكر مع علمه بها بأن اتفق معها على ارتكابها وأعانها عليه بأن قدم لها منزله وقدم لها دواء مستويا ، فوقعت الجريمة بناء على ذلك . (٥) ، (٦) ، (٧) ، (٨) ، (٩) ، (١٠) : د/ حسن محمد أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٣٣ وما بعدها .

الرضا بالإسقاط وعقوبته

ماده ٢٦٢

المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها.

جريمة إسقاط الحوامل (١)

تتميز جريمة إسقاط الحوامل ببعض الأحكام التي خرج فيها الشارع على القواعد العامة . وأكثر تلك الأحكام متعلق بالعقوبة التي توقع على مرتكبها .

نصوص المواد الخاصة بالاسقاط :

المواد من ٢٦٠ وحتى ٢٦٤ وظاهر من هذه النصوص أنها رغم تنوع العقاب باختلاف الوسائل وصفات الجناة - تتكلم عن جريمة واحدة هي الاسقاط التي لا تتوافر إلا باجتماع الأركان الآتية :

(١) أن يحدث اسقاط ، وهذا يفترض وجود حمل .

(٢) أن تستعمل وسائل ما .

(٣) القصد الجنائي .

الركن الأول : أن يحدث إسقاط (٢)

- وجود الحمل : نفترض الجريمة وجود حمل . والحمل الذي يمكن إسقاطه هو البويضة الملقحة من لحظة التلقيح إلى اللحظة التي تتم فيها الولادة الطبيعية وإثبات وجود الحمل مسألة لا تثير صعوبة عادة والمرجع فيها إلى الطبيب الشرعى .

تعريف الاسقاط : فى اللغة الطبية - كما فى اللغة العامة - لفظ الاجهاض لفظ عام ، يدل على كل خروج للجنين قبل موعده ، سواء أكان ذلك بسبب طبيعى : مرض أو ضعف أو بسبب حادث عارض : سقوط ، صدمه عصبية ، أو بسبب تدخل عمدى جنائى .

لفظ الاجهاض يدل - على فعل خروج الجنين قبل موعده ، وليس هذا بداهة ما يقصده القانون ، وإنما هو يقصد معنى محددًا قصده بكلمة ” الاسقاط ” ، فما هو هذا المعنى ؟

ليس فى النصوص تعريف للاسقاط .

وليس من السائع أن يحال على المعنى الطبى للفظ أو المعنى الذى يدل عليه فى اللغة العادية ، لتعدد هذه المعانى وتلك .

إذن فما الذى يقصده الشارع ؟ اختلف فى ذلك الشراح :

فيرى البعض أن المشرع إذ يقرر العقاب على الاسقاط فهو إنما يريد أن يحمى الجنين نفسه ، أى أن الاسقاط نوع من القتل العمد ، فإذا ما أخرج الجنين قبل موعده دون أن يموت ، فلا جريمة هناك ، بعبارة أخرى لا يتحقق الاسقاط إلا باخراج الجنين ميتاً قبل أو ان ولادته .

ويرى البعض الآخر أن الشارع إنما يرمى إلى أن يترك الحمل يستوفى أجله ، فلا تبتسر الولادة عمداً . وواضح أن ابتسار الولادة عمداً يترتب عليه - إلا فى حالات نادرة جداً - وفاة الجنين ، ولذا لم يشترط هؤلاء الشراح ، موت الجنين ركناً فى تعريف الجريمة . وهذا الرأى الثانى هو الأرجح فقهاً وقضاءً .

وعلى هذا فيمكن تعريف الاسقاط بأنه إخراج الحمل عمداً قبل الأوان .

الأهمية العملية للتعريف : ليس الخلاف بين الشراح فى التعريف مجرد خلاف نظرى ، بل إنه له نتائج عملية هامة ، تتعلق بتكليف الفعل وهل يعتبر إسقاطاً أم لا ، وبتمييز الاسقاط عن قتل الأطفال حديثى العهد بالولادة فما دامت العبره فى الاسقاط هى بابتسار مدة الحمل فانه ينبى على ذلك :

أولاً : (أ) أن الجريمة يمكن أن تقع فى أى وقت منذ اللحظة التى يتم فيها تلقيح البويضة إلى اللحظة التى تتم فيها الولادة الطبيعية . وعملاً يتم الاسقاط عادة فى الشهور الأولى للحمل .

(ب) تتحقق الجريمة ولو كان الجنين ناقص التكوين بطبيعته بحيث كان يمكن الجزم بأنه ما كان يمكن أن يعيش .

(ج) كما تتحقق حتى ولو ثبت أن الجنين كان ميتاً فى بطن أمه - بفرض جهل الجانى بهذه الواقعة .

ثانياً : وبداية يعتبر أن ثم إسقاطاً إذا أخرج الجنين ميتاً بعد أن تكون وتميزت أعضاؤه . ولكن ما الحكم إذا ما أخرج حياً ، وكان مخرجه طبيياً متخصصاً حرص كل الحرص على ألا يموت ولم يميت فعلاً عند إخراجها ؟

قد يتصور عملاً أن أما لها مصلحة فى الولادة قبل موعد معين : لاثبات نسب الطفل مثلاً بعد الطلاق أو وفاة الزوج .. ، فهل يعتبر أن ثم إسقاطاً رغم أن الطفل ولد حياً ؟ .

أصحاب الرأى الأول يرون أن الواقعة لا تعتبر إسقاطاً لأن الطفل لم يميت ، ولكن أصحاب الرأى الثانى - وهو الأرجح - يرون العكس ، ويقولون إنه كل ولادة تبسّر عمداً تهدد حياة الطفل ، ومن غير المقبول أن يلفت من كل العقاب الطبيب الذى يخرج جنيناً حياً ليموت بعد ساعات أو بعد أيام .

ثالثاً : أخيراً يتميز الاسقاط عن قتل الطفل عمداً بأن الاسقاط إخراج عمداً لما فى الرحم ولو أخرج الجنين حياً ، أما قتل الطفل الحديث العهد بالولادة فيفترض أن الطفل ولد ولادة طبيعية ، وقتل إما أثناء عملية الولادة نفسها ، وإما أثر ولادته .

فضلاً عن ذلك فالقتل لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الطفل حياً أزهقت روحه ، ولو لم يثبت أنه تنفس فعلاً ، ما دام قد ولد قابلاً للحياة ، فإذا تحقق أنه كان ميتاً قبل ولادته . فلن يكون ثم إلا شروع فى قتل على أسوأ الفروض ، أما الاسقاط فيقع ولو كان الجنين ميتاً ، ما دام الجانى يجهل ذلك ، ويعتبر عندئذ جريمة تامة فى الرأى الراجح .

الخلاصة : أن المميز الرئيسى لجريمة الاسقاط هو أنها ابتسار للولادة ، إخراج للجنين - بمعنى البويضة الملحقة وما تطورت اليه - بشكل غير طبيعى ؛ وعلى ضوء هذا المميز تكيف الجريمة ويفرق بينها وبين قتل طفل حديث الولادة عمداً .

الركن الثانى - وسائل الاسقاط (٣)

أهمية هذا الركن : هذا الركن من أهم أركان الجريمة . لأن استعمال وسائل صناعية هو الذى يميز بين إجهاض طبيعى أو عارض وبين الاسقاط العمدى المعاقب عليه .

ووسيلة الاسقاط - كوسيلة القتل - هى الطريق الذى يكشف عن القصد الجنائى ، والقصد هو الفيصل الذى به يميز بين الاسقاط وبين الجرائم الأخرى التى قد تشترك معه فى النتيجة .

لهذا عنى المشرع الفرنسى - منذ البداية - بالنص على وسائل الاسقاط ، فنص على الأدوية ، والأغذية وأعمال العنف .. الخ على سبيل التمثيل ، وأتبع ذلك بعبارة عامة تفيد أن كل الوسائل لديه سواء ، فقال أو أى وسيلة أخرى .

أما فى مصر فقد خالف تقنيننا مصدره فى هذه النقطة .

تميز التقنين المصرى بين الوسائل : تعاقب م ٢٦٠ ع بالسجن المشدد إذا حل الاسقاط بضرب أو نحوه من أنواع الايذاء فى حين تعاقب م ٢٦١ بالحبس فقط محدث الاسقاط ” باعطاء أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى (الاسقاط) . فما علة هذا التمييز وما أثره ؟ سوف نستبين ذلك الآن .

تقدير النصوص : المادتان ٢٦٠ و ٢٦١ محل نقد من عدة وجوه :

فأولاً فعل الاجهاض فعل ماس بسلامة الجسم فأى وسيلة تحدثه عمدا هى إذن مما يدخل فى نطاق مواد ” الايذاء البدنى العمد بالمعنى ” وبداهة عندما فرق الشارع بين الوسائل لم يرد بالضرب معناه الواسع ، وإلا كان النص لغوا لا فائدة منه . ولما كان من الضرورى إعمال النص ، تعين أن نقصر معنى عبارة ” الضرب ونحوه من أنواع الايذاء ” الواردة فى م ٢٦٠ على معناها الضيق ، المعنى العادى لما يعتبر ضرباً أو فعلاً من أفعال العنف .

وهذا أول نقد يوجه إلى هذه النصوص ، لأنها تستعمل مصطلحاً سبق استعماله فى مواد الايذاء بمعنى ، وعادت إلى استعماله بمعنى أخص دون بيان صريح لهذا التخصيص ، ودون مبرر ظاهر مقنع .

وثانياً عُنيت م ٢٦١ بالنص على عبارة ” مؤدية إلى ذلك ” وجعلتها نعتاً للوسائل ، وهذه العبارة لا معنى لها إلا إذا أُريد الأخذ بنظرية الجريمة المستحيلة فى العقاب على الشروع . أما وتقنيننا قد نص صراحة على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط ، فما كان ثم معنى لهذه العبارة بعد كلمة عمدا ، لأن الفرض أن ثم إسقاطا قد حصل كلها بوسيلة أدت فعلاً اليه . ومن ثم فالنص تحصيل حاصل .

وكان أحسن أن تستعمل نفس العبارة التى استعملتها م ٣١٧ ع ف منذ البداية : ” أو بأى وسيلة أخرى ” . فهى أدل على قصد الشارع خصوصا إذا تقرر عدم العقاب على الشروع ولأنه - فعلاً - لا أهمية فى تطبيق م ٢٦١ ع لنوع الوسيلة المستعملة .

وثالثاً : جانب مشرعنا المنطق ، فسوى . فى م ٢٦١ ع . بين الاسقاط الذى يتم برضاء المرأة ، أو بناء على إلحاحها ، والاسقاط الذى يتم قسراً بالرغم من مقاومتها ، أو غدرا فى غفلة منها وبغير علمها (بأن تسقى دواء مجهضا على أنه مقو) . وظاهر أن الاسقاط فى الحالة الثانية أشد إجراما منه فى الحالة الأولى .

صحيح أن مشرعنا قد وقع فى هذا الخطأ لأنه تبع التشريع الفرنسى ، ولكنه - وقد خالفه فى عدة نقاط فى هذه الجريمة - كان يستطيع أن يتنبه - على الأقل سنة ١٩٣٧ - إلى هذا العيب الذى انتقده الشراح الفرنسيون ، والذى تنبه له واضعو مشروع تعديل تقنين العقوبات سنة ١٩١٧ (مشروع برونيت) .

ورابعاً : ابتعد تقنيننا عن مصدره فخانه التوفيق مرة أخرى .

فالمادة ٣١٧ ع ف لم توفق إذ سوت بين جان رضيت المرأة بأن يسقطها ، وآخر غدر بها ، ولكنها كانت منطقية إذ سوت بين جميع الوسائل ، لأن الجريمة هى جريمة إسقاط والعبء فيها - كما فى القتل العمد - بالنتيجة لا بالوسيلة .

أما مشرعنا فقد أراد أن يفرق بين أنواع الوسائل : فاعتبر الاسقاط بالضرب أو نحوه من أفعال العنف جنائية عقوبتها الأشغال الشاقة ، فى حين أن الاسقاط بأى وسيلة أخرى جنحة عقوبتها

الحبس فقط .

ترى أبين الضرب وغيره من الوسائل الفارق الذى بين الحبس ثلاث سنوات والأشغال الشاقة
خمس عشرة سنة ؟

قد يقال إن لهذه التفرقة ما يبررها ، لأن الاسقاط بالضرب ونحوه من أنواع الايذاء فيه عنف
وقسوة .. ولكن أليس فعل الاسقاط فى ذاته فعلاً قاسياً لأنه يعرض حياة المرأة للخطر دائماً أياً
كانت وسيلته ؛ وهو يعد أكثر إجراماً إذا كان الجانى قد ارتكب الجريمة كرها أو غدرًا مهما كانت
الوسيلة لينة سهلة !!

مهما تكن التبريرات المتصورة لهذه التفرقة ، فهى دائماً غير مقنعة .

والظاهر أن مشرعنا نقل هذا النص عن القانون العثمانى دون أن يتدبر فيه فجاء شاذاً غير متسق
مع باقى النصوص . وهذا عيب أخذ نصوص متفرقة من عدة تقنيات .

وعلى كل حال فالعيب الأكبر للمادة ٢٦٠ ع ليس فيما تقدم وإنما هو فيما سيأتى.

وخامساً : تعاقب م ٢٦٠ ع ” من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب ” وهذه الصياغة صياغة
مطلقة ، فهى لم تسو - كما فعلت م ٢٦١ ع . بين جان ارتكب الجريمة برضاء المرأة ، وآخر ارتكبها
بغير رضائها .

فهل يفهم من ذلك أنهما سيان ، وأن الفعل يعتبر دائماً جناية ؟ أم أن الضرب يعتبر من بين
الوسائل المنصوص عليها فى م ٢٦١ ع إذا ما أحدث - بقصد الاسقاط - برضاء المرأة ؟

إذا أخذ بظاهر النص لانتبهنا إلى نتيجة غير مقبولة لأننا سنعاقب بالاشغال الشاقة من يسقط
امرأة باستعمال الضرب ، فى حين أننا سنعاقبه بالحبس فقط لو أسقطها كرها او غدرا بوسيلة
أخرى .

ويقول د/ حسن أبو السعود : إذا قنا مع الأستاذ جندى عبد الملك أن الشارع يفترض فى م ٢٦٠ ع
” عدم رضاء المرأة التى أسقطت ” لانتبهنا كذلك إلى نتيجة غير منطقية : لأن م ٢٦١ سوت فى

العقاب - عندما تستعمل وسائل غير الضرب - بين إسقاط المرأة برضاها ، وإسقاطها كرها عنها ، فلماذا نفرق هذه التفرقة الخطيرة في حالة الضرب ، فنعتبر الواقعة جنائية إذا لم ترض المرأة بالإسقاط ، وجنحة إذا رضيت ، والضرب في الحالين هو هو ، والاعتبارات التي تدعو إلى التشديد ان وجدت - هي هي ؟ ولماذا لا نعتبر لرضاء المرأة أى أثر في حالة ، ونجعل له هذا الأثر الخطير في حالة أخرى ؟

إ يقول د/ حسن أبو السعود : يرى الاستاذ جندى بك أن النتيجة التي وصل إليها ” تستفاد من أن م ٢٦١ نصت صراحة على عقاب المسقط سواء أكان الإسقاط برضا المرأة أم لا ، ولم يرد شئ من ذلك في م (٢٦٠) . وتستفاد أيضا من أن م (٢٦٢) نصت على عقاب المرأة التي رضيت بتعاطى الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السابق ذكرها أو مكنت غيرها من استعمالها ولم تنص على عقاب المرأة التي رضيت باستعمال الضرب أو نحوه من طرق الايذاء وما ذلك إلا لأن الضرب والايذاء لا يتصور حصولهما في حالة الرضا ، وإن حصل بالرضا فيكونان من قبيل الوسائل المنوه عنها في المادة (٢٦١) .

ويقول د/ حسن أبو السعود : وهذه الحجج في نظرنا غير مقنعة .

فأما القول بأن المادتين ٢٦٠ و٢٦٢ سكتتا عن إيراد نص لحالة الإسقاط الذي يحدث بالضرب مع رضا المرأة ، لأن الرضا بالضرب لا يتصور ، فينقضه أن الرضا بالضرب والايذاء متصور جداً بل هو كثير الحدوث ، وقد رأينا أمثلة عديدة عند دراسة جرائم الايذاء البدنى العمد . وقد قدم جندى بك مثلاً بالغ الدلالة إذ أورد حكم محكمة أسيوط الابتدائية ، وهو خاص بامرأة أجهضت عن طريق إيذائها نفسها ، ويقول د/ حسن أبو السعود : ونعتقد أنه من المتصور جداً أن تقبل مثل هذه المرأة أن يؤذيها غيرها . بل إن الكثير من القضايا التي تحفظ في النيابات ضد مجهول ، أو لعدم كفاية الأدلة هي قضايا جرح أفضى إلى موت ، كان فيها قصد محدث الجرح الإسقاط .

فهذا القول إذن غير مقنع ، لأنه عندما يستبعد فرض ما على أساس أنه غير متصور ، فإن معنى هذا أن يكون الفرض غير جائز الحدوث عقلاً . وهذا غير الواقع .

وأما القول بأنه ” إن حصل الضرب بالرضا فيكون من قبيل الوسائل المنوه عنها في م ٢٦١ ” . فهو أيضاً غير مقنع .

أولاً لأن هذا القول - على فرض التسليم به - ينتهي إلى نتيجة غير منطقية بينهاها .

وثانياً لأن هذه المحاجة قائمة على مصادرة المطلوب ، فالذى نريد إثباته هو بالذات هل يعتبر الضرب - في حالة الرضا به - من بين الوسائل المنوه عنها في م ٢٦١ ع أم لا ؟ ، وعلى أى أساس نبني إجابتنا بالإيجاب ؟

ويقول د/ حسن أبو السعود : الواقع فيما نرى أن رأى جندى بك قد يكون أقرب الآراء إلى الصحة في التقريب بين النصوص ، وإذا كان فيه عيب ، فالعيب ليس فى الرأى نفسه وإنما فى النصوص .

ذلك أن مشرعنا أخذ نص م ٢٦٠ عن القانون العثمانى . وأخذ المواد ٢٦١ و ٢٦٣ عن م ٣١٧ ع ف ، وقد غفل فى المواد الأخيرة عن المادة الأولى فلم يتنبه لها ، ولم يحرص على التوفيق بينها وبين المواد الأخرى التى نقلت عن نص جانب المنطق مرة إذ أهمل أثر رضاء المرأة ، ولكنه كان منطقياً إذ سوى بين الوسائل جميعاً ، أما نصوصنا ، فقد جانبت المنطق مرة مع المشرع الفرنسى ، ثم جانبته مرة أخرى إذ ميزت بين الوسائل ، ثم انتهت إلى تناقض لا يمكن تفاديه أياً كان الحل الذى نقول به . وهذه نتيجة نقل النصوص من عدة مصادر دون أن يتنبه لما بينها من خلاف .

وليس للأمر علاج الآن الا أن ينتبه الشارع له فى المشروع الجديد لقانون العقوبات .

الخلاصة : أن وسيلة الاجهاض لا أهمية لها - من حيث قيام أركان الجريمة - وكل أهميتها هى أولاً فى تحديد نطاق تطبيق م ٢٦٠ ع التى هى نص غير موفق يتعين تعديله لكى تكون النصوص متلائمة متسقة .

وغنى عن البيان أنه - وقد اشترط قانوننا للعقاب أن تكون الجريمة تامة - فلا بد من أن يثبت أن الوسيلة المستعملة قد كانت السبب فى النتيجة ، أى أن يثبت أنه كان بين الوسيلة والنتيجة رابطة سببية ، وهذه نقطة يفصل فيها الطبيب الشرعى .

ورابطة السببية هنا يجب أن تفهم كما فى القتل العمد ، وأن تقدر بنفس المعيار السابق .

اما الأهمية الثانية الوسيلة فهى أنها - كما فى القتل - سبيل التمييز بين الاسقاط المتعمد ، والاجهاض غير المتعمد ، سبيل الكشف عن الركن الثالث للجريمة ، وهو القصد الجنائى .

الركن الثالث : القصد الجنائي (٤)

تعريف : نصت المادتان ٢٦٠ و ٢٦١ على عقاب كل من ” أسقط عمدا ” امرأة حبلى

ومن هذه النصوص الصريحة يبين أن الاسقاط جريمة عمدية ، ولما كان الاسقاط - كالقتل عمدا - تتميز فيه النتيجة عن الفعل ، فحتى يتوافر القصد الجنائي يجب أن يثبت أن الجاني تعمد ارتكاب الفعل (الوسيلة التي أدت إلى الاجهاض) وتعمد ارتكاب النتيجة ، أى أن قصده قد انصب أصلاً على النتيجة وأنه ارتكب الفعل عمدا بقصد تحقيقها .

بعبارة أخرى القصد الجنائي فى الاسقاط - حتى عند القائلين بالقصد الخاص - هو القصد العام : تعمد ارتكاب الجريمة بالشروط التي حددها القانون . أو ارتكاب الفعل مع العلم بأنه محرم قانونا . أى أن القصد يجب أن ينصب على كل أركان الجريمة .

وسنفصل ذلك فيما يلى :

العلم بالحمل : الاسقاط يفترض وجود حمل ، وبداهة لا يمكن مساءلة الشخص عن إسقاط إلا إذا علم بوجود حمل . فاذا جهل هذه الواقعة ، وأحدث فعله إجهاضا (وهذا مفترض لأنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط) فلا يمكن أن يقع فعله تحت نصوص المواد ٢٦٠ وما بعدها ، وإن كان يمكن أن يقع تحت طائلة نصوص أخرى : إيذاء بدنى عمد أو خطأ حسب الأحوال .

ارادة الفعل : لكي يتوافر القصد الجنائي فى الاسقاط عمدا يجب أن يثبت أن المتهم قد ارتكب الفعل عن شعور وإرادة .

فمن يقع - بسبب قوة قاهرة - على إمراة حامل فيجهضها ، لا يسأل عن إسقاط لأنه لم يرد الفعل ، وبالمثل من يأتى الفعل من غير شعور بسبب مسكر أو مخدر .

وعدم المسؤولية هنا راجع إلى القواعد العامة للمسؤولية الجنائية ، والارادة والشعور مفترضان فى الشخص العاقل - والأصل فى الانسان العقل - إلى أن يثبت العكس .

ارادة النتيجة : يجب أن يثبت أن الجاني قد قصد إحداث الاجهاض بالذات ، وأن يقترف الفعل

عمدا لكي يتوصل إلى تحقيق غايته .

فمن يضرب امرأة يعلم أنها حامل ، ولكنه لا يقصد إلا مجرد الضرب لا يسأل عن إسقاط لأنه لم يقصده .

ولا محل هنا للاحتجاج بفكرة القصد الاحتمالي ، لأنه حيث يعاقب الشارع . في جريمة عمدية - على نتيجة معينة فلا بد أن يثبت أن الجاني قد قصد هذه النتيجة بالذات .

ولن يغنى في إثبات القصد أن تكون النتيجة محتملة أو حتى قريبة الاحتمال . ولكن إذا كانت النتيجة حتمية لازمة ، فيكفى أن يعتمد ارتكاب الفعل لكي يسأل مقترفة عن النتيجة .

وقد حرص مشرعنا على أن يزيل كل لبس متعلق بالقصد الجنائي . فنص صراحة على ركن العمد ، وحرص على أن يجعل كلمة ” عمدا ” صفة للإسقاط لا للفعل المؤدى إليه . نصت على هذا م ٢٦٠ في صياغتها العربية والفرنسية . ونصت عليه م ٢٦١ في الصياغة العربية فقط ، ولكن رغم عدم وجود مقابل في الصياغة الفرنسية للفظ ” عمدا ” الموجود في النص العربي ، فهو لفظ يعبر عن قصد المشرع ، ويتعين الأخذ بمدلوله في تفسير النص .

أما المادة ٢٦٢ فلم يرد فيها لفظ ” عمدا ” لا في الصياغة العربية ولا في الصياغة الفرنسية ، ولكن لا شبهة مع ذلك في أنها لا تطبق إلا إذا ثبت أن المرأة قصدت أن تسقط نفسها ، فتعاطت الأدوية أو استعملت الوسائل أو مكنت غيرها من استعمالها بقصد الوصول إلى هذه النتيجة .

الإسقاط لانقاذ حياة الأم : قد يضطر الطبيب أحيانا إلى إجراء عما يرى أنه ضروري لانقاذ حياة الأم ، وقد يقع ذلك بعد الحمل بقليل ، أو قبل الولادة بقليل ، (ولادة مبسرة) أو يضطر لقتل الطفل داخل الرحم لإخراجه ، وذلك في الحالات المرضية التي يكون الإسقاط فيها الحل الوحيد لانقاذ حياة الأم (السل ، حمل خارج الرحم ..) فما حكم هذه الحالات ؟

الكل على اتفاق أنه لا عقاب على الطبيب فيها . ولكن الخلاف هو على التكييف القانوني . فالبعض يرى أن أساس عدم عقاب الطبيب هو انعدام القصد الجنائي لديه .

وهذا رأى واضح الخطأ . (د / حسن أبو السعود ، ص ٢٣٢)

والبعض يرى أن العلة ترجع إلى أن الأم تعتبر في حالة دفاع شرعى .

وهذا بدوره رأى خاطئ ، لأنه يسرف في تفسير معنى الدفاع الشرعى ، فكيف يعتبر الطفل معتدياً

٥

الرأى الصحيح هو أن عمل الطبيب مبرر بحالة الضرورة . فاذا كان لا بد من تضحية الجنين أو الأم ، فالطبيب بالخيار ، وأيا كان الضحية فعمله تبرره حالة الضرورة . وعملاً يضحى الجنين لانقاذ الأم .

الخلاصة : أن القصد الجنائى فى جريمة الاسقاط هو القصد الجنائى العام ، وأنه يجب أن ينصب على النتيجة والفعل ، على أن يطبق تماماً كما يطبق القصد فى القتل العمد (مع ملاحظة فرق الشروع) .

اما الطبيب الذى يسقط لانقاذ الأم فعمله تبرره حالة الضرورة .

(١) ، (٢) ، (٣) ، (٤) : د / حسن محمد أبو السعود ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ج ١ ،

الطبعة الأولى ، ١٩٥٠ ، ص ٣١٤ وما بعدها .

عقاب الجريمة (٥)

تكلم المشرع عن عقاب الاسقاط فى عدة أحوال ، جعل فيها صفة الجانى الأساس لتوقيع العقاب (عدا م ٢٦٠ ع) ، ودراسة العقوبة تقتضى أولاً أن نفصل هذه الأحوال ، ثم ندرس بعد ذلك تطبيق قواعد الاشتراك على جريمة الاسقاط ، لأننا سنرى أن ثم شذوذاً عن القواعد العامة ، وأخيراً ندرس تعدد الجرائم .

أحوال العقاب (٦)

١- اذا كان الجانى شخصاً عادياً غير حامل : تقصد بالشخص العادى كل الأشخاص الذين لم تنص عليهم م٢٦٣ .

وعقاب هؤلاء يتميز بحسب الوسيلة المستعملة :

(أ) فاذا أحدث الاجهاض بضرب أو نحوه من أنواع الايذاء - طبقا للمعنى الذى حددناه - كانت الواقعة جنائية عقوبتها الاشغال الشاقة : م ٢٦٠ ع . والمادة ٢٦٠ تطبق بلا خلاف إذا ارتكبت الواقعة بغير رضا المرأة ، أما إذا أحدث الضرب برضاها ، فالأمر محل شك كما أسلفنا .

(ب) أما إذا استعملت أى وسيلة أخرى غير الضرب والايذاء كالأدوية والحقن والعمليات الجراحية المختلفة ، فان الجريمة تكون جنحة فقط عقوبتها الحبس ، ولا يتغير وصفها سواء أكانت المرأة راضية بالاجهاض أم غير راضية به .

وقد خرج هذا النص عن القواعد العامة للاشتراك لأنه يعاقب - فاعلاً أصلياً - من يدل الحامل على الوسائل المجهضة ، وطبقاً للقواعد العامة ما كان يمكن اعتبار هذا الفعل إلا مجرد اشتراك .

(ج) وفى الحالة السابقة تعاقب بالحبس كذلك المرأة الحامل التى رضيت بتعاطى الأدوية التى قدمت لها . وباستعمال الوسائل التى رشدت عنها ، أو مكثت غيرها من استعمالها بقصد إسقاط نفسها .

وهى تعاقب عندئذ باعتبارها فاعلة أصلية بنص م ٢٦٢ التى تعتبر كذلك خروجاً على القواعد العامة فى الاشتراك ، والتى تقطع ، فى أن لجريمة الاسقاط مميزات خاصة ، فهى جريمة روعيت فيها اعتبارات المصلحة العامة من جهة ، وروعت فيها مصلحة الحامل نفسها ، وذلك إلى جانب الغرض الأول من العقاب عليها وهو حماية الجنين ، ولهذا نص على عقاب الأم رغم رضائها بالاسقاط .

والنص فى شمول صياغته لا يشترط فى الرضا شكلاً خاصاً ، فيكفى أن تعلم المرأة أن الدواء

المقدم لها قصد به إسقاطها ، ثم تقبل أن تشربه ، أو أن تعلم أن الوسيلة التي ستستعمل نوى مستعملها إخراج حملها ثم تسلم نفسها له ليستعمل هذه الوسيلة أيا كانت .

بعبارة أخرى يستوى أن تساهم المرأة بفعل إيجابى : تعاطى الدواء ، أو بفعل سلبى : مجرد عدم المعارضة فى استعمال الوسيلة لكى ينطبق النص .

والشرط الأساسى فى تطبيق م ٢٦٢ ع ليس مجرد العلم بطبيعة الدواء أو الوسيلة ، بل أن تعلم المرأة أن القصد هو بالذات إسقاطها .

(٢) اذا أسقطت الحامل نفسها : نصت م ٢/٣١٧ ع فرنسى صراحة على عقاب ” المرأة التي تسقط نفسها أو تشرع فى ذلك ” ، والمرأة التي ترضى باستعمال الوسائل التي دلت عليها أو قدمت لها لكى تجهض .“

ويظهر أن أراد مشرعنا من جهة أن يختصر النص فأهمل النص صراحة فى م ٢٦٢ على عقاب من تسقط نفسها بنفسها دون أن تسأل أحدا ليرشدها عن أدوية أو وسائل ، ودون أن تقدم لها أدوية ” ترضى ” بتعاطيها ، أو تمكن أحداً من إسقاطها . ومن جهة أخرى فقد خالف مشرعنا مصدره فنص صراحة على وجوب حدوث الاسقاط (فعلاً) ، وما كان محتاجا لهذه العبارة لأن الواقعة جنحة لا شروع فيها إلا بنص صريح ، ولأنه نص فى م ٢٦٤ على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط .

ويثير هذا النص التساؤل على أمرين : الأول : هل تعاقب المرأة التي سقطت نفسها دون مساعدة أحد ؟ والثانى ما الحكم اذا كانت هذه المرأة قد لجأت فى اسقاط نفسها الى الضرب ونحوه من أنواع الايذاء ؟

عن الأمر الأول : يبدو أن القضاء المصرى مستقر على وجوب العقاب فى هذه الحالة ، لأنه ” ليس من المحتم أن يكون عقاب المرأة التي تستعمل لنفسها وسائل تؤدى الى اسقاطها معلقاً على شرط عرض هذه الوسائل عليها من آخر اجنبى وقبولها لها ، لأن هذا التأويل يفضى الى نتائج غير مقبولة عقلاً ، ولا يمكن أن يكون القانون قد قصدها : إذ يترتب عليه معاقبة المرأة إذا ارتكب

جريمة الاجهاض عمداً بناءً على إرشاد آخر لها ، وإعفاؤها من العقوبة إذا ارتكبتها بمحض إرادتها بغير إرشاد من أحد ، مع أن الحالة الثانية أشد إجراماً من الأولى. ومما يؤيد ذلك أن حكمة التشريع فى المعاقبة على الاجهاض هى المحافظة على الجنين بقطع النظر عن المرأة كما هو مستفاد صراحة من جميع نصوص القانون الخاصة بالاجهاض فالقول بأن المرأة التى تجهض نفسها عمداً لا تعاقب إلا إذا كان لها شريك أرشدها إلى وسيلة الاجهاض هو من قبيل التمسك بحروف النص القانونى ومعناه السطحى بغير مراعاة لروح التشريع ” .

(أسيوط الابتدائية ١٩١٢/٥/٩ مج س ١٣ ص ٢٤٤ . القضاء الجنائى م ٢٢٥ و ٢٢٦ ن ٢)

وهذا القضاء فى محله لما أورده الحكم السابق من أسباب نرى الأخذ بها لأنها قائمة على القياس من باب أولى . (د/ حسن أبو السعود ، ص ٢٣٧) .

عن الأمر الثانى : هذه صعوبة أخرى يثيرها نص م ٢٦٠ ع ، وهو نص غير موفق ، متنافر مع باقى المواد لاختلاف مصادرها .

والصعوبة ناشئة من إغفال النص كلية على عقاب المرأة التى تسقط نفسها بدون معاونة من أحد ، وإغفال النص كذلك على عقاب من يسقط امرأة برضاؤها بالضرب .

وقد عرضت للمسألة محكمة أسيوط فى حكمها السابق ، وانتهت إلى أن ” الضرب والإيذاء يدخلان فى الوسائل المنصوص عليها فى م (٢٦١) بطبيعة الحال إذ أنهما لم يخرجوا عن كونهما من الوسائل المؤدية للاسقاط . وينتج من ذلك أن المرأة إذا اتخذت الضرب أو الإيذاء وسيلة لاسقاط حملها ، كان فعلها داخلاً ضمن الوسائل المنصوص عليها فى م (٢٦٢ ع) ، واعتبره القانون جنحة خلافاً للاجنبى الذى يعد فعله جناية ، وهذا الفرق فى المعاملة بين الأجنبى والمرأة الحبلى معقول ، لأن الأول فعله يتناول الاضرار بشخصين أما الثانية فإن كان لها أن تؤذى نفسها فليس لها إيذاء الجنين وهو ما يعاقب عليه القانون ” .

ويقول د/ حسن أبو السعود : وهذا رأى معقول فيما انتهى إليه ، لأنه مما ينبوع الذوق أن تعاقب المرأة بالأشغال الشاقة إذا أسقطت نفسها بما يعتبر إيذاء أو ضرباً ، فى حين يعاقب بالحبس فقط

من يسقطها كرها ، أو على حين غفلة منها - بوسيلة أخرى ، هي كالضرب ماسة بسلامة الجسم وإن لم تعتبر فى نظر م ٢٦٠ ضرباً ولا فعلاً من أفعال العنف .

ولكن هل يستند هذا الرأى على أساس قانونى سليم ؟ ذلك ما نشك فيه لأن حجة هذا الرأى هى أن الغير إذ يضرب المرأة يعتدى على شخصين بينما المرأة لها أن تؤذى نفسها ، ومن ثم تسأل عن جنحة فقط .

وهذه الحجة غير مقنعة . لأن فعل الاجهاض نفسه ماس بسلامة جسم المرأة فى كل الأحوال ، أيا كانت وسيلة . وقد نص القانون صراحة على أن إسقاط امرأة بغير رضاها يعتبر جنحة - مادام قد تم بوسيلة غير الايذاء والضرب - مع أنه لا شبهة فى هذه الحالة فى أنه اعتداء على المرأة والجنين معا . (ولا نقول شخصين لأن الجنين ليس شخصاً !!) .

أكثر من هذا يبدو مما سبق أن إسقاط المرأة بالضرب برضاها يعتبر جنحة ، رغم أن ثم اعتداء عليها وعلى الجنين معا ، ورضاؤها بالضرب لن يغير من طبيعة الاعتداء ، ولا يرفع المسؤولية عنه . فالحجة التى تسوقها المحكمة إذن ليست قاطعة من حيث هى حجة قانونية . مرة أخرى ليس العيب فى الرأى ، وإنما العيب فى النص الذى أقحم على نصوص أخرى مستمدة من غير مصدره دون حساب لما بينهما من تنافر .

(٣) اذا كان المسقط طبيياً : نصت م ٢٦٣ على عقوبة السجن المشدد إذا كان المسقط طبيياً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة .

والحكمة فى التشديد أن الجراحين والأطباء (بصفة عامة) لديهم معلومات فنية كافية تجعل الالتجاء اليهم لاجراء الاسقاط أمراً طبيعياً لما فى الاسقاط من خطر على حياة الحامل . ونفس الحكمة تتوافر فى القابلات اللاتى يعلمن ما لا يعلمه الشخص العادى عن الولادة وبالتالي عن الاجهاض . وكذلك الأمر فى الصيادلة بحكم علمهم بالأدوية والعقاقير ..

ولم يكن القانون ينص على القابلات ثم نص عليهن سنة ١٩٣٧ ، لأن محاكمتنا رفضت أن تشدد

عليهن العقوبة بغير نص ، ومعها الحق إذ أن النص وارد على سبيل الحصر .
وكلمة ” المسقط ” الواردة فى النص يجب أن تفسر على ضوء المواد السابقة .

فيعتبر الطبيب مسقطا إذا استعمل الضرب والايذاء ، وعندئذ لا تظهر فائدة م ٢٦٣ لأن عقوبتها كعقوبة م ٢٦٠ : السجن المشدد . ولكن فائدة م ٢٦٣ تظهر إذا رضيت المرأة أن يضربها الطبيب ، فتعتبر الواقعة حينئذ جناية بالمادة ٢٦٣ بلا خلاف ، وإن يكن غير متصور عملا أن يلجأ طبيب إلى هذه الوسيلة للاسقاط .

ويعتبر الطبيب مسقطا كذلك إذا قدم دواء أو استعمل وسيلة أخرى تؤدى للاجهاض ، أو إذا اكتفى ” بدلالة ” المرأة على وسيلة ما أو دواء معين .. م ٢٦١ .

وسواء أرضيت المرأة أم لم ترض فعقوبة الطبيب (ومن فى حكمه) هى السجن المشدد .

هل تنطبق م ٢٦٣ على من تسقط نفسها : قد يحدث أن تكون المرأة التى تسقط نفسها قابلة أو صيدلية أو طبيبه ، فهل تطبق عليها م ٢٦٣ ع ٩ الراجع فى الفقه أنها تعاقب بالحبس فقط ، لأن الحكمة فى التشديد لا تتوافر فى هذه الحالة .

تعدد الجناة (٧)

الفاعلون الاصليون :

خرج الشارع فى جريمة الاسقاط عن القواعد العامة لتعدد الجناة فى بعض المواضع وسنبين فيما يلى ما يتفق مع القواعد العامة وما يشذ عنها :

(١) القواعد العامة : طبقا للقواعد العامة يعتبر فاعلاً أصلياً فى الاسقاط :

أ - من ارتكب الجريمة وحده : ويتحقق ذلك عملاً إذا تم الاسقاط بغير رضا المرأة . سواء كان محدثه طبيياً أم شخصاً عادياً ، أو إذا أسقطت المرأة نفسها بغير معاونة أحد .

ب - من ارتكب فعلاً من الأفعال المكونة لها : وهى الأفعال التى ترتكب ضد جسم المرأة . كمن يعطى المرأة بنجاً تمهيداً لعملية إجريها الطبيب ومن يعاون فى اخراج الحمل ، ومن يساهم فى فعل الضرب بقصد الاسقاط الخ .

(٢) الاستثناءات : استثناء من القواعد العامة اعتبر الشارع فاعلاً أصلياً :

أ - المرأة التى تقبل أن يجرى لها الغير - طبيياً أو غير طبيب - عملية الاسقاط ، رغم أن دورها يكون سلبياً بحثاً : م٢٦٢ع .

ب - الشخص - أياً كانت صفته - الذى يدل المرأة على دواء مجهض أو على وسيلة مجهضة ، رغم أن دوره يقتصر على مجرد ارشادها : م٢٦١ع .

- الشركاء :

القواعد العامة - أولاً - التكييف : طبقاً للقواعد العامة يعتبر شريكاً من يساهم فى الجريمة مع علمه بها بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة ، على أن يقتصر دوره على ما يدخل فى أعمال التحضير ولا يجاوزها . وعلى هذا فيعتبر شريكاً .

(أ) المحرض الذى يحرض المرأة على إسقاط نفسها ، أو يحرض الغير على

إسقاط المرأة وكذلك الشريك باتفاق .

(ب) الشريك بالمساعدة مع الفاعل الأصلي . سواء أكان المرأة أم غيرها الذى يقوم بفعل من أفعال المساعدة غير ما نصت عليه م ٢٦١ . كمن يعاون المرأة أو الغير بتقديم منزله مثلا لاجراء العملية فيه أو بالإرشاد عن أدوية مقوية لكى تتحمل المرأة الاجهاض ، .. أو بتقديم عصا للضرب الخ ... وغالبا ما يكون الشريك فى هذه الحالة شريكا بالاتفاق أيضا .

ثانيا : العقوبة : يعاقب الشريك بعقوبة الفاعل الاصلى : م ٤١ ع ، وعلى ذلك فشريك المرأة أو الغير . غير الطبيب . يعاقب بالعقوبة التى تنص عليها المواد ٢٦٠ و ٢٦١ و ٢٦٢ حسب الأحوال .

فاذا كان الفاعل الأصلي طبيبا فان أثر الظرف المشدد . صفة الطبيب (أو الصيدلى أو الجراح أو القابلة) لا يسرى على الشريك إلا إذا علم به ، فان جهله كانت العقوبة الحبس فقط . م ٤١ / ع .

(٢) الاستثناءات : أولا : التكييف : بينا أن القانون أعتبر بعض الشركاء فاعلين أصليين بصريح النص .

ثانيا : العقوبة : خرج القانون عن القواعد العامة فى عقوبة الشركاء فى الاسقاط فى الأحوال الآتية :

(١) الطبيب (ومن فى حكمه) يعاقب دائما بالسجن المشدد ولو كان شريكا فقط .

هذا ما يقوله الفقهاء الذين لم يتوسعوا فى البحث أكثر من ذلك ويقول د/ حسن أبو السعود : ولكننا نرى أنه يجب أن يفرق بين فرضين :

الأول : إذا قام الطبيب بفعل من الأفعال المبينة فى م ٢٦١ فهو عندئذ مسقط ، ويعاقب بالأشغال الشاقة طبقا للمادة ٢٦٣ ع .

الثانى : إذا كان الطبيب شريكا بالاتفاق فقط أو بالتحريض فقط أو بالمساعدة لعمل غير ما تستغل فيه معلوماته ، غير ما يقع تحت نص م ٢٦١ ، فهو عندئذ شخص عادى تطبق عليه المواد ٢٦٠ . ٢٦٢ حسب الأحوال ، لأن الحكمة فى التشديد تتخلف حينئذ .

(ب) ما الحكم إذا كان الطبيب شريكا للشريك ؟ صورة ذلك عملا أن يذهب الزوج مثلا إلى أحد الأطباء يسأله عن دواء مسقط ، فيعطيه له أو يرشده عنه ، فما حكم عمل الطبيب عندئذ ؟ .

وضع العلامة جارسون السؤال ومن أن يجيب عليه صراحة ؟

والاجابة سهلة إذا ما طبقنا القواعد العامة فالشريك يعاقب لأنه اشترك فى جريمة معينة لا لأنه اشترك مع شخص معين .

وعلى هذا فيجب أن نقدر الفعل الذى صدر من الطبيب ، فاذا لم تكن له صلة بالجريمة ، فهو لا يعتبر شريكا ، ولكن إذا كان له صلة بها ، فهو يعتبر شريكا ولو أنه لم يتصل بالفاعل الأصلي مباشرة ، لأن العبرة هى بالصلة بين فعله وفعل الفاعل الأصلي ، بين فعله وبين الجريمة التى ارتكبت .

وعلى هذا ففى المثل السابق يعتبر الطبيب شريكا ، ويعاقب بالمادة ٢٦٣ع. وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية فى قضية ثبت فيها أن طبيبا أعطى لعشيق امرأة تعليمات لاسقاطها ، قام العشيقان بتنفيذها . وبهذا تأخذ محكمتنا العليا .

(ج) المرأة التى تمكن طبيبا من إسقاطها ، تعاقب بالحبس فقط تطبيقاً للمادة ٢٦٢ رغم أن القواعد العامة كانت تقضى بعقابها بالأشغال الشاقة لأنها شاركت بالاتفاق فاعلاً أصليا يسرى عليه ظرف مشدد تعلم به .

الخلاصة : أنه عندما يتعدد الجناة فان القواعد العامة تطبق فيما عدا الاستثناءات التى أتت بها نصوص صريحة .

الشروع : قلنا إن الشروع فى الاسقاط كان محل خلاف كبير فى فرنسا ، فكانت محكمة النقض الفرنسية تذهب مذهباً لا يقرها عليه الفقه ، ولا يستند فى الواقع إلى القواعد العامة .

وكان السبب فى ذلك عيب النصوص التى كانت تعاقب فى بعض الأحوال على الشروع وتشتترط فى أحوال أخرى أن تتم الجريمة .

وقد عدلت النصوص الفرنسية سنة ١٩٢٣ سنة ١٩٢٩ بحيث أصبح يعاقب على كل شروع بل أصبح يعاقب على من يشرع فى إسقاط امرأة غير حبلى إذا كان يعتقد أنها حامل .

وقد أراد مشرعنا ألا يعاقب على الشروع فنص صراحة فى م ٢٦٤ على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط .

وفائدة النص بدهاهة هى فى جنايات الاسقاط فقط ، لأن الجنح لا عقاب أصلا على الشروع فيها إلا بنص خاص : م ٤٨ ع .

تعدد الجرائم (٨)

طبيعة فعل الاسقاط : الاسقاط إخراج للحمل قبل موعد خروجه الطبيعي ، وهو فعل ضار بالصحة دائماً مهدد للحياة يودى بها أحيانا . هو إذن فعل ماس بسلامة الجسم ، لأنه يضره ويؤذيه ويتعارض مع السير الطبيعي لوظائف الجسم ، مهما اصطنع في إحداثه من أناة وحذر واتخذ من احتياطات .

وإذا كان ذلك كذلك فإن فعل الاسقاط يعتبر في ذات الوقت جريمة إيذاء بدنى عمد ، أى أن الفعل بعينه يكون جريمتين : جريمة الاسقاط وجريمة إيذاء بدنى عمد ، يختلف وصفها حسب نتائجها ، وينبنى على هذا أنه سيكون ثم حالة تعدد معنوى فتطبق العقوبة الأشد : م ٢٢/٤١ .

وعلى ذلك فإذا حدث اسقاط بالضرب أو إذا كان المسقط طبيياً - أو من فى حكمه - فتطبق المادتان ٢٦٠ و ٢٦٣ لأن عقوبتهما أشد .

أما إذا انطبقت المادتان ٢٦١ و ٢٦٢ ، فتطبق هاتان المادتان إما لأن عقوبتهما أشد من عقوبة الضرب المعتبر جنحا ، وأما لأن العقوبة متساوية : حالة مادة ٢٤١/٤٢ .

إلا أنه كثيرا ما يصعب إثبات قصد الاسقاط ، وعندئذ يتعين وصف الجريمة بأنها إيذاء عمد ، إذا توفر القصد الجنائى ، وإلا فهى جرح خطأ إذا تخلف وتوافر ركن الخطأ .

-وتظهر أهمية تطبيق مواد الايذاء البدنى إذا تخلفت عاهه مستديمة أو أفضى الاسقاط إلى الوفاة (وذلك فى غير حالة م ٢٦٠ وم ٢٦٣) لأن تلك الجريمتين جنائتان .

وينبنى على كل ما تقدم أنه إذا قدم المتهم بتهمة إسقاط ويرئ امتنع تقديمه مرة أخرى للمحاكمة بتهمة إيذاء عمد ، لأن الفعل واحد ، ولهذا تقضى الحيلة عند الشك بتقديم المتهم بكلا الوصفين ولو على سبيل الخبرة ، كما يتعين على المحكمة إذا برأت لعدم وجود قصد الاجهاض أن تقضى بالادانة بتهمة إيذاء بدنى (أو إعطاء مواد ضاره) ، وإلا كان حكمها متعين النقض .

ولا محل للبحث فى تعدد معنوى إلا إذا ثبت أن الجانى كان يقصد إحداث إسقاط ، فاذا تخلف

هذا القصد لم يسأل المتهم لا عن إسقاط ، وسئل عن إيذاء عمد أو خطأ حسب الأحوال .

بيانات الحكم (٩) : لكي يكون الحكم الصادر بالادانة سليماً يجب أن يبين أركان الجريمة بياناً كافياً ، والركن الأهم هو القصد الجنائي فيجب أن يثبت أن الجاني تعمد الاسقاط ، وأنه استعمل الوسيلة الذي استعملها بقصد احداث هذه النتيجة بالذات .

وفى حالة م ٢٦٣ يجب أن يبين الحكم أن المتهم طبيب أو صيدلى الخ ...

ويجب أن يعنى الحكم ببيان أن الاسقاط حدث بسبب وسائل غير طبيعية ، ولكن ليس بذى أهمية بيان رضا المرأة وعدمه فى تطبيق م ٢٦١ ، لأن النتيجة لا تختلف فى الحالتين .

إللقيد والوصف (١٠) : يجب أن يبين الحكم الصادر بالادانة أركان الجريمة السابق شرحها وأن يعنى ببيان رابطة السببية والقصد الجنائي فيهما - دون غيرهما - دقة تقتضى التفصيل فى البيان . واللقيد يكون بالمادة المنطبقة ، أما الوصف فيتضمن باختصار أركان كل مادة .

فى حالة م ٢٦٠ : تقيد جناية بالمادة ٢٦٠ ع ضد لأنه أسقط عمداً فلانه بأن ضربها بعضا (بيده - برجله) قاصداً إسقاطها ، فنشأ عن ذلك إجهاضها كما هو مبين بالتقرير الطبى .

وفى حالة الوسائل الأخرى : تقيد جنحة بالمادة ٢٦١ ع ضد ... لأنه ... أسقط عمداً فلانه بأن قدم لها دواء مجهضا مع علمه بذلك بقصد إجهاضها ، (بأن دلها على دواء مجهض أو بأن حقنها حقنة مجهضة - بأن أجرى لها عملية إخراج الجنين الخ .) فشربته ونشأ عن ذلك إجهاضها كما هو مبين بالتقرير الطبى ..

أما بالنسبة للمرأة فتقيد جنحة بالمادتين ٢٦١ و٢٦٢ (وذكر المادة ٢٦١ واجب لأنها هى التى تبين العقوبة ، ولأنها هى التى تتضمن الوسائل التى تشير إليها م ٢٦٢) ضد لأنها أسقطت نفسها عمداً بان .

ولأنها - مكنت فلاناً من إسقاطها عمداً ، بأن قبلت أن يجرى لها عملية إخراج حملها مع علمها بذلك ، (بأن رضيت بتعاطى الدواء المجهض الذى قدمه لاسقاطها ، مع علمها بطبيعته) فأجرى

لها العملية التي ترتب عليها إجهاضها كما هو مبين بالتقرير الطبى ..

وفى حالة الطبيب : تقييد جنحة بالمادتين ٢٦١ و٢٦٢ ع ضد ... لأنه .. وهو طبيب (صيدلى - جراح - قابلة) أسقط عمداً فلانة بأن حقنها (أعطى لها دواء ، أجرى لها عملية ، دلها على دواء الخ ...) .

وفى حالات الاشتراك تضاف المادتان ٤٠ و٤١ ويضاف الوصف الخاص بالاشتراك : فمثلاً فى حالة الاشتراك مع امرأة أسقطت نفسها : تقييد جنحة بالمادة ٢٦١ ع للأول وبها وبالمادتين ٤٠/٣ و٤١ ع للثانى لأنها الأولى أجهضت نفسها ... الخ ... الثانى ، اشترك بطريقى الاتفاق والمساعدة مع المتهمه الأولى فى ارتكاب الجريمة سائلة الذكر مع علمه بها بأن اتفق معها على ارتكابها وأعانها عليه بأن قدم لها منزله وقدم لها دواء مستويا ، فوقعت الجريمة بناء على ذلك .
(٥) ، (٦) ، (٧) ، (٨) ، (٩) ، (١٠) : د/ حسن محمد أبو السعود ، مرجع سابق ، ص ٣٣٣ وما بعدها .

العقوبة إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو قابله

ماده ٢٦٣

إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلاً يحكم عليه بالسجن المشدد.

معدلة بالقانون - رقم ٩٥ لسنة ٢٠٠٣ - نشر بتاريخ ١٩ / ٠٦ / ٢٠٠٣

جريمة إسقاط الحوامل (١)

تتميز جريمة إسقاط الحوامل ببعض الأحكام التي خرج فيها الشارع على القواعد العامة . وأكثر تلك الأحكام متعلق بالعقوبة التي توقع على مرتكبها .

نصوص المواد الخاصة بالاسقاط :

المواد من ٢٦٠ وحتى ٢٦٤ وظاهر من هذه النصوص أنها رغم تنوع العقاب باختلاف الوسائل وصفات الجناة - تتكلم عن جريمة واحدة هي الاسقاط التي لا تتوافر إلا باجتماع الأركان الآتية :

(١) أن يحدث اسقاط ، وهذا يفترض وجود حمل .

(٢) أن تستعمل وسائل ما .

(٣) القصد الجنائي .

الركن الأول : أن يحدث إسقاط (٢)

-وجود الحمل : نفترض الجريمة وجود حمل . والحمل الذي يمكن إسقاطه هو البويضة الملقحة من لحظة التلقيح إلى اللحظة التي تتم فيها الولادة الطبيعية وإثبات وجود الحمل مسألة لا تثير صعوبة عادة والمرجع فيها إلى الطبيب الشرعى .

تعريف الاسقاط : فى اللغة الطبية - كما فى اللغة العامة - لفظ الاجهاض لفظ عام ، يدل على كل خروج للجنين قبل موعده ، سواء أكان ذلك بسبب طبيعى : مرض أو ضعف أو بسبب حادث عارض : سقوط ، صدمه عصبية ، أو بسبب تدخل عمدى جنائى .

لفظ الاجهاض يدل - على فعل خروج الجنين قبل موعده ، وليس هذا بداهة ما يقصده القانون ، وإنما هو يقصد معنى محددًا قصده بكلمة ” الاسقاط ” ، فما هو هذا المعنى ؟

ليس فى النصوص تعريف للاسقاط .

وليس من السائغ أن يحال على المعنى الطبي للفظ أو المعنى الذى يدل عليه فى اللغة العادية ، لتعدد هذه المعانى وتلك .

إذن فما الذى يقصده الشارع ؟ اختلف فى ذلك الشراح :

فيرى البعض أن المشرع إذ يقرر العقاب على الاسقاط فهو إنما يريد أن يحمى الجنين نفسه ، أى أن الاسقاط نوع من القتل العمد ، فإذا ما أخرج الجنين قبل موعده دون أن يموت ، فلا جريمة هناك ، بعبارة أخرى لا يتحقق الاسقاط إلا باخراج الجنين ميتاً قبل أو ان ولادته .

ويرى البعض الآخر أن الشارع إنما يرمى إلى أن يترك الحمل يستوفى أجله ، فلا تبتسر الولادة عمداً . وواضح أن ابتسار الولادة عمداً يترتب عليه - إلا فى حالات نادرة جداً - وفاة الجنين ، ولذا لم يشترط هؤلاء الشراح ، موت الجنين ركناً فى تعريف الجريمة . وهذا الرأى الثانى هو الأرجح فقهاً وقضاءً .

وعلى هذا فيمكن تعريف الاسقاط بأنه إخراج الحمل عمداً قبل الأوان .

الأهمية العملية للتعريف : ليس الخلاف بين الشراح فى التعريف مجرد خلاف نظرى ، بل إنه له نتائج عملية هامة ، تتعلق بتكليف الفعل وهل يعتبر إسقاطاً أم لا ، وبتمييز الاسقاط عن قتل الأطفال حديثى العهد بالولادة فما دامت العبرة فى الاسقاط هى بابتسار مدة الحمل فانه ينبى على ذلك :

أولاً : (أ) أن الجريمة يمكن أن تقع فى أى وقت منذ اللحظة التى يتم فيها تلقيح البويضة إلى اللحظة التى تتم فيها الولادة الطبيعية . وعملاً يتم الاسقاط عادة فى الشهور الأولى للحمل .

(ب) تتحقق الجريمة ولو كان الجنين ناقص التكوين بطبيعته بحيث كان يمكن الجزم بأنه ما كان يمكن أن يعيش .

(ج) كما تتحقق حتى ولو ثبت أن الجنين كان ميتاً فى بطن أمه - بفرض جهل الجانى بهذه الواقعة .

ثانياً : وبداية يعتبر أن ثم إسقاطاً إذا أخرج الجنين ميتاً بعد أن تكون وتميزت أعضاؤه . ولكن ما الحكم إذا ما أخرج حياً ، وكان مخرجه طبيياً متخصصاً حرص كل الحرص على ألا يموت ولم يمت فعلاً عند إخراجها ؟

قد يتصور عملاً أن أما لها مصلحة فى الولادة قبل موعد معين : لاثبات نسب الطفل مثلاً بعد الطلاق أو وفاة الزوج .. ، فهل يعتبر أن ثم إسقاطاً رغم أن الطفل ولد حياً ؟ .

أصحاب الرأى الأول يرون أن الواقعة لا تعتبر إسقاطاً لأن الطفل لم يمت ، ولكن أصحاب الرأى الثانى - وهو الأرجح - يرون العكس ، ويقولون إنه كل ولادة تبتسر عمداً تهدد حياة الطفل ، ومن غير المقبول أن يلفت من كل العقاب الطبيب الذى يخرج جنيناً حياً ليموت بعد ساعات أو بعد أيام .

ثالثاً : أخيراً يتميز الاسقاط عن قتل الطفل عمداً بأن الاسقاط إخراج عمداً لما فى الرحم ولو أخرج الجنين حياً ، أما قتل الطفل الحديث العهد بالولادة فيفترض أن الطفل ولد ولادة طبيعية ، وقتل إما أثناء عملية الولادة نفسها ، وإما أثر ولادته .

فضلاً عن ذلك فالقتل لا يمكن أن يتم إلا إذا كان الطفل حياً أزهقت روحه ، ولو لم يثبت أنه تنفس فعلاً ، ما دام قد ولد قابلاً للحياة ، فإذا تحقق أنه كان ميتاً قبل ولادته . فلن يكون ثم إلا شروع فى قتل على أسوأ الفروض ، أما الاسقاط فيقع ولو كان الجنين ميتاً ، ما دام الجانى يجهل ذلك ، ويعتبر عندئذ جريمة تامة فى الرأى الراجح .

الخلاصة : أن المميز الرئيسى لجريمة الاسقاط هو أنها ابتسار للولادة ، إخراج للجنين - بمعنى البويضة الملحقة وما تطورت اليه - بشكل غير طبيعى ؛ وعلى ضوء هذا المميز تكيف الجريمة ويفرق بينها وبين قتل طفل حديث الولادة عمداً .

الركن الثانى - وسائل الاسقاط (٣)

أهمية هذا الركن : هذا الركن من أهم أركان الجريمة . لأن استعمال وسائل صناعية هو الذى يميز بين إجهاض طبيعى أو عارض وبين الاسقاط العمدى المعاقب عليه .

ووسيلة الاسقاط - كوسيلة القتل - هى الطريق الذى يكشف عن القصد الجنائى ، والقصد هو الفيصل الذى به يميز بين الاسقاط وبين الجرائم الأخرى التى قد تشترك معه فى النتيجة .

لهذا عنى المشرع الفرنسى - منذ البداية - بالنص على وسائل الاسقاط ، فنص على الأدوية ، والأغذية وأعمال العنف .. الخ على سبيل التمثيل ، وأتبع ذلك بعبارة عامة تفيد أن كل الوسائل لديه سواء ، فقال أو أى وسيلة أخرى .

أما فى مصر فقد خالف تقنيننا مصدره فى هذه النقطة .

تميز التقنين المصرى بين الوسائل : تعاقب م ٢٦٠ ع بالسجن المشدد إذا حل الاسقاط بضرب أو نحوه من أنواع الايذاء فى حين تعاقب م ٢٦١ بالحبس فقط محدث الاسقاط ” باعطاء أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى (الاسقاط) . فما علة هذا التمييز وما أثره ؟ سوف نستبين ذلك الآن .

تقدير النصوص : المادتان ٢٦٠ و ٢٦١ محل نقد من عدة وجوه :

فأولاً فعل الاجهاض فعل ماس بسلامة الجسم فأى وسيلة تحدثه عمدا هى إذن مما يدخل فى نطاق مواد ” الايذاء البدنى العمد بالمعنى ” وبداهة عندما فرق الشارع بين الوسائل لم يرد بالضرب معناه الواسع ، وإلا كان النص لغوا لا فائدة منه . ولما كان من الضرورى إعمال النص ، تعين أن نقصر معنى عبارة ” الضرب ونحوه من أنواع الايذاء ” الواردة فى م ٢٦٠ على معناها الضيق ، المعنى العادى لما يعتبر ضرباً أو فعلاً من أفعال العنف .

وهذا أول نقد يوجه إلى هذه النصوص ، لأنها تستعمل مصطلحاً سبق استعماله فى مواد الايذاء بمعنى ، وعادت إلى استعماله بمعنى أخص دون بيان صريح لهذا التخصيص ، ودون مبرر ظاهر

مقنع .

وثانياً عنيت م ٢٦١ بالنص على عبارة ” مؤدية إلى ذلك ” وجعلتها نعتاً للوسائل ، وهذه العبارة لا معنى لها إلا إذا أريد الأخذ بنظرية الجريمة المستحيلة فى العقاب على الشروع . أما وتقنيننا قد نص صراحة على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط ، فما كان ثم معنى لهذه العبارة بعد كلمة عمدا ، لأن الفرض أن ثم إسقاطا قد حصل كلها بوسيلة أدت فعلاً اليه . ومن ثم فالنص تحصيل حاصل .

وكان أحسن أن تستعمل نفس العبارة التى استعملتها م ٣١٧ ع ف منذ البداية : ” أو بأى وسيلة أخرى ” . فهى أدل على قصد الشارع خصوصا إذا تقرر عدم العقاب على الشروع ولأنه - فعلاً - لا أهمية فى تطبيق م ٢٦١ ع لنوع الوسيلة المستعملة .

وثالثاً : جانب مشرعنا المنطق ، فسوى - فى م ٢٦١ ع - بين الاسقاط الذى يتم برضاء المرأة ، أو بناء على إلحاحها ، والاسقاط الذى يتم قسرا بالرغم من مقاومتها ، أو غدرا فى غفلة منها وبغير علمها (بأن تسقى دواء مجهضا على أنه مقو) . وظاهر أن الاسقاط فى الحالة الثانية أشد إجراما منه فى الحالة الأولى .

صحيح أن مشرعنا قد وقع فى هذا الخطأ لأنه تبع التشريع الفرنسى ، ولكنه - وقد خالفه فى عدة نقاط فى هذه الجريمة - كان يستطيع أن يتنبه - على الأقل سنة ١٩٣٧ - إلى هذا العيب الذى انتقده الشراح الفرنسيون ، والذى تنبه له واضعو مشروع تعديل تقنين العقوبات سنة ١٩١٧ (مشروع برونيت) .

ورابعاً : ابتعد تقنيننا عن مصدره فخانه التوفيق مرة أخرى .

فالمادة ٣١٧ ع ف لم توفق إذ سوت بين جان رضيت المرأة بأن يسقطها ، وآخر غدر بها ، ولكنها كانت منطقية إذ سوت بين جميع الوسائل ، لأن الجريمة هى جريمة إسقاط والعبرة فيها - كما فى القتل العمد - بالنتيجة لا بالوسيلة .

أما مشرعنا فقد أراد أن يفرق بين أنواع الوسائل : فاعتبر الاسقاط بالضرب أو نحوه من أفعال العنف جنائية عقوبتها الأشغال الشاقة ، فى حين أن الاسقاط بأى وسيلة أخرى جنحة عقوبتها الحبس فقط .

ترى أبين الضرب وغيره من الوسائل الفارق الذى بين الحبس ثلاث سنوات والأشغال الشاقة خمس عشرة سنة ؟

قد يقال إن لهذه التفرقة ما يبررها ، لأن الاسقاط بالضرب ونحوه من أنواع الايذاء فيه عنف وقسوة .. ولكن أليس فعل الاسقاط فى ذاته فعلاً قاسياً لأنه يعرض حياة المرأة للخطر دائماً أياً كانت وسيلته ؛ وهو يعد أكثر إجراماً إذا كان الجانى قد ارتكب الجريمة كرها أو غدرًا مهما كانت الوسيلة لينة سهلة !!

مهما تكن التبريرات المتصورة لهذه التفرقة ، فهى دائماً غير مقنعة .

والظاهر أن مشرعنا نقل هذا النص عن القانون العثمانى دون أن يتدبر فيه فجاء شاذاً غير متسق مع باقى النصوص . وهذا عيب أخذ نصوص متفرقة من عدة تقنيات .

وعلى كل حال فالعيب الأكبر للمادة ٢٦٠ ع ليس فيما تقدم وإنما هو فيما سيأتى.

وخامساً : تعاقب م ٢٦٠ ع ” من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب ” وهذه الصياغة صياغة مطلقة ، فهى لم تسو - كما فعلت م ٢٦١ ع . بين جان ارتكب الجريمة برضاء المرأة ، وآخر ارتكبها بغير رضائها .

فهل يفهم من ذلك أنهما سيان ، وأن الفعل يعتبر دائماً جنائية ؟ أم أن الضرب يعتبر من بين الوسائل المنصوص عليها فى م ٢٦١ ع إذا ما أحدث - بقصد الاسقاط - برضاء المرأة ؟

إذا أخذ بظاهر النص لانتبهنا إلى نتيجة غير مقبولة لأننا سنعاقب بالاشغال الشاقة من يسقط امرأة باستعمال الضرب ، فى حين أننا سنعاقبه بالحبس فقط لو أسقطها كرها او غدرا بوسيلة أخرى .

ويقول د/ حسن أبو السعود : إذا قنا مع الأستاذ جندى عبد الملك أن الشارع يفترض فى م٢٦٠ع ” عدم رضاء المرأة التى أسقطت ” لانتهينا كذلك إلى نتيجة غير منطقية : لأن م٢٦١ سوت فى العقاب - عندما تستعمل وسائل غير الضرب - بين إسقاط المرأة برضاها ، وإسقاطها كرها عنها ، فلماذا نفرق هذه التفرقة الخطيرة فى حالة الضرب ، فتعتبر الواقعة جناية إذا لم ترض المرأة بالإسقاط ، وجنحة إذا رضيت ، والضرب فى الحالين هو هو ، والاعتبارات التى تدعو إلى التشديد ان وجدت - هى هى ؟ ولماذا لا نعتبر لرضاء المرأة أى أثر فى حالة ، ونجعل له هذا الأثر الخطير فى حالة أخرى ؟

إ يقول د/ حسن أبو السعود : يرى الاستاذ جندى بك أن النتيجة التى وصل إليها ” تستفاد من أن م٢٦١ نصت صراحة على عقاب المسقط سواء أكان الإسقاط برضا المرأة أم لا ، ولم يرد شئ من ذلك فى م (٢٦٠) . وتستفاد أيضا من أن م (٢٦٢) نصت على عقاب المرأة التى رضيت بتعاطى الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السابق ذكرها أو مكنت غيرها من استعمالها ولم تنص على عقاب المرأة التى رضيت باستعمال الضرب أو نحوه من طرق الايذاء وما ذلك إلا لأن الضرب والايذاء لا يتصور حصولهما فى حالة الرضا ، وإن حصل بالرضا فيكونان من قبيل الوسائل المنوه عنها فى المادة (٢٦١) .

ويقول د/ حسن أبو السعود : وهذه الحجج فى نظرنا غير مقنعة .

فأما القول بأن المادتين ٢٦٠ و٢٦٢ سكتتا عن إيراد نص لحالة الإسقاط الذى يحدث بالضرب مع رضا المرأة ، لأن الرضا بالضرب لا يتصور ، فينقضه أن الرضا بالضرب والايذاء متصور جداً بل هو كثير الحدوث ، وقد رأينا أمثلة عديدة عند دراسة جرائم الايذاء البدنى العمد . وقد قدم جندى بك مثلاً بالغ الدلالة إذ أورد حكم محكمة أسيوط الابتدائية ، وهو خاص بامرأة أجهضت عن طريق إيذائها نفسها ، ويقول د/ حسن أبو السعود : ونعتقد أنه من المتصور جداً أن تقبل مثل هذه المرأة أن يؤذيها غيرها . بل إن الكثير من القضايا التى تحفظ فى النيابات ضد مجهول ، أو لعدم كفاية الأدلة هى قضايا جرح أفضى إلى موت ، كان فيها قصد محدث الجرح الإسقاط .

فهذا القول إذن غير مقنع ، لأنه عندما يستبعد فرض ما على أساس أنه غير متصور ، فإن معنى هذا أن يكون الفرض غير جائز الحدوث عقلا . وهذا غير الواقع .

وأما القول بأنه ” إن حصل الضرب بالرضا فيكون من قبيل الوسائل المنوه عنها فى م ٢٦١ ” . فهو أيضاً غير مقنع .

أولاً لأن هذا القول - على فرض التسليم به - ينتهى إلى نتيجة غير منطقية بينهاها .

وثانياً لأن هذه الحاجة قائمة على مصادرة المطلوب ، فالذى نريد إثباته هو بالذات هل يعتبر الضرب - فى حالة الرضا به - من بين الوسائل المنوه عنها فى م ٢٦١ ع أم لا ؟ ، وعلى أى أساس نبني إجابتنا بالإيجاب ؟

ويقول د/ حسن أبو السعود : الواقع فيما نرى أن رأى جندى بك قد يكون أقرب الآراء إلى الصحة فى التقريب بين النصوص ، وإذا كان فيه عيب ، فالعيب ليس فى الرأى نفسه وإنما فى النصوص .

ذلك أن مشرعنا أخذ نص م ٢٦٠ عن القانون العثمانى . وأخذ المواد ٢٦١ و ٢٦٢ عن م ٣١٧ ع ف ، وقد غفل فى المواد الأخيرة عن المادة الأولى فلم ينتبه لها ، ولم يحرص على التوفيق بينها وبين المواد الأخرى التى نقلت عن نص جانب المنطق مرة إذ أهمل أثر رضاء المرأة ، ولكنه كان منطقياً إذ سوى بين الوسائل جميعاً ، أما نصوصنا ، فقد جانب المنطق مرة مع المشرع الفرنسى ، ثم جانبته مرة أخرى إذ ميزت بين الوسائل ، ثم انتهت إلى تناقض لا يمكن تفاديه أياً كان الحل الذى نقول به . وهذه نتيجة نقل النصوص من عدة مصادر دون أن ينتبه لما بينها من خلاف .

وليس للأمر علاج الآن الا أن ينتبه الشارع له فى المشروع الجديد لقانون العقوبات .

الخلاصة : أن وسيلة الاجهاض لا أهمية لها - من حيث قيام أركان الجريمة - وكل أهميتها هى أولاً فى تحديد نطاق تطبيق م ٢٦٠ ع التى هى نص غير موفق يتعين تعديله لكى تكون النصوص متلائمة متسقة .

وغنى عن البيان أنه - وقد اشترط قانوننا للعقاب أن تكون الجريمة تامة - فلا بد من أن يثبت أن

الوسيلة المستعملة قد كانت السبب فى النتيجة ، أى أن يثبت أنه كان بين الوسيلة والنتيجة رابطة سببية ، وهذه نقطة يفصل فيها الطبيب الشرعى.

ورابطة السببية هنا يجب أن تفهم كما فى القتل العمد ، وأن تقدر بنفس المعيار السابق .

اما الأهمية الثانية الوسيلة فهى أنها - كما فى القتل - سبيل التمييز بين الاسقاط المتعمد ، والاجهاض غير المتعمد ، سبيل الكشف عن الركن الثالث للجريمة ، وهو القصد الجنائى .

الركن الثالث : القصد الجنائي (٤)

تعريف : نصت المادتان ٢٦٠ و ٢٦١ على عقاب كل من ” أسقط عمدا ” امرأة حبلى

ومن هذه النصوص الصريحة يبين أن الاسقاط جريمة عمدية ، ولما كان الاسقاط - كالقتل عمدا - تتميز فيه النتيجة عن الفعل ، فحتى يتوافر القصد الجنائي يجب أن يثبت أن الجانى تعمد ارتكاب الفعل (الوسيلة التى أدت إلى الاجهاض) وتعمد ارتكاب النتيجة ، أى أن قصده قد انصب أصلاً على النتيجة وأنه ارتكب الفعل عمدا بقصد تحقيقها .

بعبارة أخرى القصد الجنائي فى الاسقاط - حتى عند القائلين بالقصد الخاص - هو القصد العام : تعمد ارتكاب الجريمة بالشروط التى حددها القانون . أو ارتكاب الفعل مع العلم بأنه محرم قانونا . أى أن القصد يجب أن ينصب على كل أركان الجريمة .

وسنفضل ذلك فيما يلى :

العلم بالحمل : الاسقاط يفترض وجود حمل ، وبداهة لا يمكن مساءلة الشخص عن إسقاط إلا إذا علم بوجود حمل . فاذا جهل هذه الواقعة ، وأحدث فعله إجهاضا (وهذا مفترض لأنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط) فلا يمكن أن يقع فعله تحت نصوص المواد ٢٦٠ وما بعدها ، وإن كان يمكن أن يقع تحت طائلة نصوص أخرى : إيذاء بدنى عمد أو خطأ حسب الأحوال .

ارادة الفعل : لكي يتوافر القصد الجنائي فى الاسقاط عمدا يجب أن يثبت أن المتهم قد ارتكب الفعل عن شعور وإرادة .

فمن يقع - بسبب قوة قاهرة - على إمراة حامل فيجهضها ، لا يسأل عن إسقاط لأنه لم يرد الفعل ، وبالمثل من يأتى الفعل من غير شعور بسبب مسكر أو مخدر .

وعدم المسؤولية هنا راجع إلى القواعد العامة للمسؤولية الجنائية ، والارادة والشعور مفترضان فى الشخص العاقل - والأصل فى الانسان العقل - إلى أن يثبت العكس .

ارادة النتيجة : يجب أن يثبت أن الجانى قد قصد إحداث الاجهاض بالذات ، وأن يقترف الفعل

عمدا لكي يتوصل إلى تحقيق غايته .

فمن يضرب امرأة يعلم أنها حامل ، ولكنه لا يقصد إلا مجرد الضرب لا يسأل عن إسقاط لأنه لم يقصده .

ولا محل هنا للاحتجاج بفكرة القصد الاحتمالي ، لأنه حيث يعاقب الشارع . في جريمة عمدية - على نتيجة معينة فلا بد أن يثبت أن الجاني قد قصد هذه النتيجة بالذات .

ولن يغنى في إثبات القصد أن تكون النتيجة محتملة أو حتى قريبة الاحتمال . ولكن إذا كانت النتيجة حتمية لازمة ، فيكفى أن يعتمد ارتكاب الفعل لكي يسأل مقترفة عن النتيجة .

وقد حرص مشرعنا على أن يزيل كل لبس متعلق بالقصد الجنائي . فنص صراحة على ركن العمد ، وحرص على أن يجعل كلمة ” عمدا ” صفة للإسقاط لا للفعل المؤدى إليه . نصت على هذا م ٢٦٠ في صياغتها العربية والفرنسية . ونصت عليه م ٢٦١ في الصياغة العربية فقط ، ولكن رغم عدم وجود مقابل في الصياغة الفرنسية للفظ ” عمدا ” الموجود في النص العربي ، فهو لفظ يعبر عن قصد المشرع ، ويتعين الأخذ بمدلوله في تفسير النص .

أما المادة ٢٦٢ فلم يرد فيها لفظ ” عمدا ” لا في الصياغة العربية ولا في الصياغة الفرنسية ، ولكن لا شبهة مع ذلك في أنها لا تطبق إلا إذا ثبت أن المرأة قصدت أن تسقط نفسها ، فتعاطت الأدوية أو استعملت الوسائل أو مكنت غيرها من استعمالها بقصد الوصول إلى هذه النتيجة .

الإسقاط لانقاذ حياة الأم : قد يضطر الطبيب أحيانا إلى إجراء عما يرى أنه ضروري لانقاذ حياة الأم ، وقد يقع ذلك بعد الحمل بقليل ، أو قبل الولادة بقليل ، (ولادة مبتسرة) أو يضطر لقتل الطفل داخل الرحم لإخراجه ، وذلك في الحالات المرضية التي يكون الإسقاط فيها الحل الوحيد لانقاذ حياة الأم (السل ، حمل خارج الرحم ..) فما حكم هذه الحالات ؟

الكل على اتفاق أنه لا عقاب على الطبيب فيها . ولكن الخلاف هو على التكييف القانوني . فالبعض يرى أن أساس عدم عقاب الطبيب هو انعدام القصد الجنائي لديه .

وهذا رأى واضح الخطأ . (د / حسن أبو السعود ، ص ٢٣٢)

والبعض يرى أن العلة ترجع إلى أن الأم تعتبر في حالة دفاع شرعى .

وهذا بدوره رأى خاطئ ، لأنه يسرف في تفسير معنى الدفاع الشرعى ، فكيف يعتبر الطفل معتدياً

٥

الرأى الصحيح هو أن عمل الطبيب مبرر بحالة الضرورة . فاذا كان لابد من تضحية الجنين أو الأم ، فالطبيب بالخيار ، وأيا كان الضحية فعمله تبرره حالة الضرورة . وعملاً يضحى الجنين لانقاذ الأم .

الخلاصة : أن القصد الجنائى فى جريمة الاسقاط هو القصد الجنائى العام ، وأنه يجب أن ينصب على النتيجة والفعل ، على أن يطبق تماماً كما يطبق القصد فى القتل العمد (مع ملاحظة فرق الشروع) .

اما الطبيب الذى يسقط لانقاذ الأم فعمله تبرره حالة الضرورة .

(١) ، (٢) ، (٣) ، (٤) : د / حسن محمد أبو السعود ، قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ج ١ ،

الطبعة الأولى ، ١٩٥٠ ، ص ٣١٤ وما بعدها .

عقاب الجريمة (٥)

تكلم المشرع عن عقاب الاسقاط فى عدة أحوال ، جعل فيها صفة الجانى الأساس لتوقيع العقاب (عدم م ٢٦٠ ع) ، ودراسة العقوبة تقتضى أولاً أن نفصل هذه الأحوال ، ثم ندرس بعد ذلك تطبيق قواعد الاشتراك على جريمة الاسقاط ، لأننا سنرى أن ثم شذوذاً عن القواعد العامة ، وأخيراً ندرس تعدد الجرائم .

أحوال العقاب (٦)

١- اذا كان الجانى شخصاً عادياً غير حامل : تقصد بالشخص العادى كل الأشخاص الذين لم تنص عليهم م٢٦٣ .

وعقاب هؤلاء يتميز بحسب الوسيلة المستعملة :

(أ) فاذا أحدث الاجهاض بضرب أو نحوه من أنواع الايذاء - طبقا للمعنى الذى حددناه - كانت الواقعة جنائية عقوبتها الاشغال الشاقة : م ٢٦٠ ع . والمادة ٢٦٠ تطبق بلا خلاف إذا ارتكبت الواقعة بغير رضا المرأة ، أما إذا أحدث الضرب برضاها ، فالأمر محل شك كما أسلفنا .

(ب) أما إذا استعملت أى وسيلة أخرى غير الضرب والايذاء كالأدوية والحقن والعمليات الجراحية المختلفة ، فان الجريمة تكون جنحة فقط عقوبتها الحبس ، ولا يتغير وصفها سواء أكانت المرأة راضية بالاجهاض أم غير راضية به .

وقد خرج هذا النص عن القواعد العامة للاشتراك لأنه يعاقب - فاعلاً أصلياً - من يدل الحامل على الوسائل المجهضة ، وطبقاً للقواعد العامة ما كان يمكن اعتبار هذا الفعل إلا مجرد اشتراك .

(ج) وفى الحالة السابقة تعاقب بالحبس كذلك المرأة الحامل التى رضيت بتعاطى الأدوية التى قدمت لها . وباستعمال الوسائل التى رشدت عنها ، أو مكثت غيرها من استعمالها بقصد إسقاط نفسها .

وهى تعاقب عندئذ باعتبارها فاعلة أصلية بنص م ٢٦٢ التى تعتبر كذلك خروجاً على القواعد العامة فى الاشتراك ، والتى تقطع ، فى أن لجريمة الاسقاط مميزات خاصة ، فهى جريمة روعيت فيها اعتبارات المصلحة العامة من جهة ، وروعت فيها مصلحة الحامل نفسها ، وذلك إلى جانب الغرض الأول من العقاب عليها وهو حماية الجنين ، ولهذا نص على عقاب الأم رغم رضائها بالاسقاط .

والنص فى شمول صياغته لا يشترط فى الرضا شكلاً خاصاً ، فيكفى أن تعلم المرأة أن الدواء

المقدم لها قصد به إسقاطها ، ثم تقبل أن تشربه ، أو أن تعلم أن الوسيلة التي ستستعمل نوى مستعملها إخراج حملها ثم تسلم نفسها له ليستعمل هذه الوسيلة أيا كانت .

بعبارة أخرى يستوى أن تساهم المرأة بفعل إيجابى : تعاطى الدواء ، أو بفعل سلبى : مجرد عدم المعارضة فى استعمال الوسيلة لكى ينطبق النص .

والشرط الأساسى فى تطبيق م ٢٦٢ ع ليس مجرد العلم بطبيعة الدواء أو الوسيلة ، بل أن تعلم المرأة أن القصد هو بالذات إسقاطها .

(٢) اذا أسقطت الحامل نفسها : نصت م ٢/٣١٧ ع فرنسى صراحة على عقاب ” المرأة التي تسقط نفسها أو تشرع فى ذلك ” ، والمرأة التي ترضى باستعمال الوسائل التي دلت عليها أو قدمت لها لكى تجهض .“

ويظهر أن أراد مشرعنا من جهة أن يختصر النص فأهمل النص صراحة فى م ٢٦٢ على عقاب من تسقط نفسها بنفسها دون أن تسأل أحدا ليرشدها عن أدوية أو وسائل ، ودون أن تقدم لها أدوية ” ترضى ” بتعاطيها ، أو تمكن أحداً من إسقاطها . ومن جهة أخرى فقد خالف مشرعنا مصدره فنص صراحة على وجوب حدوث الاسقاط (فعلاً) ، وما كان محتاجا لهذه العبارة لأن الواقعة جنحة لا شروع فيها إلا بنص صريح ، ولأنه نص فى م ٢٦٤ على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط .

ويثير هذا النص التساؤل على أمرين : الأول : هل تعاقب المرأة التي سقطت نفسها دون مساعدة أحد ؟ والثانى ما الحكم اذا كانت هذه المرأة قد لجأت فى اسقاط نفسها الى الضرب ونحوه من أنواع الايذاء ؟

عن الأمر الأول : يبدو أن القضاء المصرى مستقر على وجوب العقاب فى هذه الحالة ، لأنه ” ليس من المحتم أن يكون عقاب المرأة التي تستعمل لنفسها وسائل تؤدى الى اسقاطها معلقاً على شرط عرض هذه الوسائل عليها من آخر اجنبى وقبولها لها ، لأن هذا التأويل يفضى الى نتائج غير مقبولة عقلاً ، ولا يمكن أن يكون القانون قد قصدها : إذ يترتب عليه معاقبة المرأة إذا ارتكب

جريمة الاجهاض عمداً بناءً على إرشاد آخر لها ، وإعفاؤها من العقوبة إذا ارتكبتها بمحض إرادتها بغير إرشاد من أحد ، مع أن الحالة الثانية أشد إجراماً من الأولى. ومما يؤيد ذلك أن حكمة التشريع فى المعاقبة على الاجهاض هى المحافظة على الجنين بقطع النظر عن المرأة كما هو مستفاد صراحة من جميع نصوص القانون الخاصة بالاجهاض فالقول بأن المرأة التى تجهض نفسها عمداً لا تعاقب إلا إذا كان لها شريك أرشدها إلى وسيلة الاجهاض هو من قبيل التمسك بحروف النص القانونى ومعناه السطحى بغير مراعاة لروح التشريع ” .

(أسيوط الابتدائية ١٩١٢/٥/٩ مج س ١٣ ص ٢٤٤ . القضاء الجنائى م ٢٢٥ و ٢٢٦ ن ٢)

وهذا القضاء فى محله لما أورده الحكم السابق من أسباب نرى الأخذ بها لأنها قائمة على القياس من باب أولى . (د/ حسن أبو السعود ، ص ٢٣٧) .

عن الأمر الثانى : هذه صعوبة أخرى يثيرها نص م ٢٦٠ ع ، وهو نص غير موفق ، متنافر مع باقى المواد لاختلاف مصادرها .

والصعوبة ناشئة من إغفال النص كلية على عقاب المرأة التى تسقط نفسها بدون معاونة من أحد ، وإغفال النص كذلك على عقاب من يسقط امرأة برضاؤها بالضرب .

وقد عرضت للمسألة محكمة أسيوط فى حكمها السابق ، وانتهت إلى أن ” الضرب والإيذاء يدخلان فى الوسائل المنصوص عليها فى م (٢٦١) بطبيعة الحال إذ أنهما لم يخرجوا عن كونهما من الوسائل المؤدية للاسقاط . وينتج من ذلك أن المرأة إذا اتخذت الضرب أو الإيذاء وسيلة لاسقاط حملها ، كان فعلها داخلاً ضمن الوسائل المنصوص عليها فى م (٢٦٢ ع) ، واعتبره القانون جنحة خلافاً للاجنبى الذى يعد فعله جناية ، وهذا الفرق فى المعاملة بين الأجنبى والمرأة الحبلى معقول ، لأن الأول فعله يتناول الاضرار بشخصين أما الثانية فإن كان لها أن تؤذى نفسها فليس لها إيذاء الجنين وهو ما يعاقب عليه القانون ” .

ويقول د/ حسن أبو السعود : وهذا رأى معقول فيما انتهى إليه ، لأنه مما ينبوعن الذوق أن تعاقب المرأة بالأشغال الشاقة إذا أسقطت نفسها بما يعتبر إيذاءً أو ضرباً ، فى حين يعاقب بالحبس فقط

من يسقطها كرها ، أو على حين غفلة منها - بوسيلة أخرى ، هي كالضرب ماسة بسلامة الجسم وإن لم تعتبر فى نظر م ٢٦٠ ضرباً ولا فعلاً من أفعال العنف .

ولكن هل يستند هذا الرأى على أساس قانونى سليم ؟ ذلك ما نشك فيه لأن حجة هذا الرأى هى أن الغير إذ يضرب المرأة يعتدى على شخصين بينما المرأة لها أن تؤذى نفسها ، ومن ثم تسأل عن جنحة فقط .

وهذه الحجة غير مقنعة . لأن فعل الاجهاض نفسه ماس بسلامة جسم المرأة فى كل الأحوال ، أيا كانت وسيلة . وقد نص القانون صراحة على أن إسقاط امرأة بغير رضاها يعتبر جنحة - مادام قد تم بوسيلة غير الايذاء والضرب - مع أنه لا شبهة فى هذه الحالة فى أنه اعتداء على المرأة والجنين معا . (ولا نقول شخصين لأن الجنين ليس شخصاً !!) .

أكثر من هذا يبدو مما سبق أن إسقاط المرأة بالضرب برضاها يعتبر جنحة ، رغم أن ثم اعتداء عليها وعلى الجنين معا ، ورضاؤها بالضرب لن يغير من طبيعة الاعتداء ، ولا يرفع المسؤولية عنه . فالحجة التى تسوقها المحكمة إذن ليست قاطعة من حيث هى حجة قانونية . مرة أخرى ليس العيب فى الرأى ، وإنما العيب فى النص الذى أقحم على نصوص أخرى مستمدة من غير مصدره دون حساب لما بينهما من تنافر .

(٣) اذا كان المسقط طبيياً : نصت م ٢٦٣ على عقوبة السجن المشدد إذا كان المسقط طبيياً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة .

والحكمة فى التشديد أن الجراحين والأطباء (بصفة عامة) لديهم معلومات فنية كافية تجعل الالتجاء اليهم لاجراء الاسقاط أمراً طبيعياً لما فى الاسقاط من خطر على حياة الحامل . ونفس الحكمة تتوافر فى القابلات اللاتى يعلمن ما لا يعلمه الشخص العادى عن الولادة وبالتالي عن الاجهاض . وكذلك الأمر فى الصيادلة بحكم علمهم بالأدوية والعقاقير ..

ولم يكن القانون ينص على القابلات ثم نص عليهن سنة ١٩٣٧ ، لأن محاكمتنا رفضت أن تشدد

عليهن العقوبة بغير نص ، ومعها الحق إذ أن النص وارد على سبيل الحصر .
وكلمة ” المسقط ” الواردة فى النص يجب أن تفسر على ضوء المواد السابقة .

فيعتبر الطبيب مسقطا إذا استعمل الضرب والايذاء ، وعندئذ لا تظهر فائدة م ٢٦٣ لأن عقوبتها كعقوبة م ٢٦٠ : السجن المشدد . ولكن فائدة م ٢٦٣ تظهر إذا رضيت المرأة أن يضربها الطبيب ، فتعتبر الواقعة حينئذ جناية بالمادة ٢٦٣ بلا خلاف ، وإن يكن غير متصور عملا أن يلجأ طبيب إلى هذه الوسيلة للاسقاط .

ويعتبر الطبيب مسقطا كذلك إذا قدم دواء أو استعمل وسيلة أخرى تؤدى للاجهاض ، أو إذا اكتفى ” بدلالة ” المرأة على وسيلة ما أو دواء معين .. م ٢٦١ .

وسواء أرضيت المرأة أم لم ترض فعقوبة الطبيب (ومن فى حكمه) هى السجن المشدد .

هل تنطبق م ٢٦٣ على من تسقط نفسها : قد يحدث أن تكون المرأة التى تسقط نفسها قابلة أو صيدلية أو طبيبه ، فهل تطبق عليها م ٢٦٣ ع ٩ الراجع فى الفقه أنها تعاقب بالحبس فقط ، لأن الحكمة فى التشديد لا تتوافر فى هذه الحالة .

تعدد الجناة (٧)

الفاعلون الاصليون :

خرج الشارع فى جريمة الاسقاط عن القواعد العامة لتعدد الجناة فى بعض المواضع وسنبين فيما يلى ما يتفق مع القواعد العامة وما يشذ عنها :

(١) القواعد العامة : طبقا للقواعد العامة يعتبر فاعلاً أصلياً فى الاسقاط :

أ - من ارتكب الجريمة وحده : ويتحقق ذلك عملاً إذا تم الاسقاط بغير رضا المرأة . سواء كان محدثه طبيياً أم شخصاً عادياً ، أو إذا أسقطت المرأة نفسها بغير معاونة أحد .

ب - من ارتكب فعلاً من الأفعال المكونة لها : وهى الأفعال التى ترتكب ضد جسم المرأة . كمن يعطى المرأة بنجاً تمهيداً لعملية إجريها الطبيب ومن يعاون فى اخراج الحمل ، ومن يساهم فى فعل الضرب بقصد الاسقاط الخ .

(٢) الاستثناءات : استثناء من القواعد العامة اعتبر الشارع فاعلاً أصلياً :

أ - المرأة التى تقبل أن يجرى لها الغير - طبيياً أو غير طبيب - عملية الاسقاط ، رغم أن دورها يكون سلبياً بحتاً : م٢٦٢ع .

ب - الشخص - أياً كانت صفته - الذى يدل المرأة على دواء مجهض أو على وسيلة مجهضة ، رغم أن دوره يقتصر على مجرد ارشادها : م٢٦١ع .

- الشركاء :

القواعد العامة - أولاً - التكييف : طبقاً للقواعد العامة يعتبر شريكاً من يساهم فى الجريمة مع علمه بها بالتحريض أو الاتفاق أو المساعدة ، على أن يقتصر دوره على ما يدخل فى أعمال التحضير ولا يجاوزها . وعلى هذا فيعتبر شريكاً .

(أ) المحرض الذى يحرض المرأة على إسقاط نفسها ، أو يحرض الغير على

إسقاط المرأة وكذلك الشريك باتفاق .

(ب) الشريك بالمساعدة مع الفاعل الأصلي . سواء أكان المرأة أم غيرها الذى يقوم بفعل من أفعال المساعدة غير ما نصت عليه م ٢٦١ . كمن يعاون المرأة أو الغير بتقديم منزله مثلا لاجراء العملية فيه أو بالإرشاد عن أدوية مقوية لكى تتحمل المرأة الاجهاض ، .. أو بتقديم عصا للضرب الخ ... وغالبا ما يكون الشريك فى هذه الحالة شريكا بالاتفاق أيضا .

ثانيا : العقوبة : يعاقب الشريك بعقوبة الفاعل الاصلى : م ٤١ ع ، وعلى ذلك فشريك المرأة أو الغير . غير الطبيب . يعاقب بالعقوبة التى تنص عليها المواد ٢٦٠ و ٢٦١ و ٢٦٢ حسب الأحوال .

فاذا كان الفاعل الأصلي طبييا فان أثر الظرف المشدد . صفة الطبيب (أو الصيدلى أو الجراح أو القابلة) لا يسرى على الشريك إلا إذا علم به ، فان جهله كانت العقوبة الحبس فقط . م ٤١ / ع .

(٢) الاستثناءات : أولا : التكييف : بينا أن القانون أعتبر بعض الشركاء فاعلين أصليين بصريح النص .

ثانيا : العقوبة : خرج القانون عن القواعد العامة فى عقوبة الشركاء فى الاسقاط فى الأحوال الآتية :

(١) الطبيب (ومن فى حكمه) يعاقب دائما بالسجن المشدد ولو كان شريكا فقط .

هذا ما يقوله الفقهاء الذين لم يتوسعوا فى البحث أكثر من ذلك ويقول د/ حسن أبو السعود : ولكننا نرى أنه يجب أن يفرق بين فرضين :

الأول : إذا قام الطبيب بفعل من الأفعال المبينة فى م ٢٦١ فهو عندئذ مسقط ، ويعاقب بالأشغال الشاقة طبقا للمادة ٢٦٣ ع .

الثانى : إذا كان الطبيب شريكا بالاتفاق فقط أو بالتحريض فقط أو بالمساعدة لعمل غير ما تستغل فيه معلوماته ، غير ما يقع تحت نص م ٢٦١ ، فهو عندئذ شخص عادى تطبق عليه المواد ٢٦٠ . ٢٦٢ حسب الأحوال ، لأن الحكمة فى التشديد تتخلف حينئذ .

(ب) ما الحكم إذا كان الطبيب شريكا للشريك ؟ صورة ذلك عملا أن يذهب الزوج مثلا إلى أحد الأطباء يسأله عن دواء مسقط ، فيعطيه له أو يرشده عنه ، فما حكم عمل الطبيب عندئذ ؟ .

وضع العلامة جارسون السؤال ومن أن يجيب عليه صراحة ؟

والاجابة سهلة إذا ما طبقنا القواعد العامة فالشريك يعاقب لأنه اشترك فى جريمة معينة لا لأنه اشترك مع شخص معين .

وعلى هذا فيجب أن نقدر الفعل الذى صدر من الطبيب ، فاذا لم تكن له صلة بالجريمة ، فهو لا يعتبر شريكا ، ولكن إذا كان له صلة بها ، فهو يعتبر شريكا ولو أنه لم يتصل بالفاعل الأصلي مباشرة ، لأن العبرة هى بالصلة بين فعله وفعل الفاعل الأصلي ، بين فعله وبين الجريمة التى ارتكبت .

وعلى هذا ففى المثل السابق يعتبر الطبيب شريكا ، ويعاقب بالمادة ٢٦٣ع. وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية فى قضية ثبت فيها أن طبيبا أعطى لعشيق امرأة تعليمات لاسقاطها ، قام العشيقان بتنفيذها . وبهذا تأخذ محكمتنا العليا .

(ج) المرأة التى تمكن طبيبا من إسقاطها ، تعاقب بالحبس فقط تطبيقاً للمادة ٢٦٢ رغم أن القواعد العامة كانت تقضى بعقابها بالأشغال الشاقة لأنها شاركت بالاتفاق فاعلاً أصليا يسرى عليه ظرف مشدد تعلم به .

الخلاصة : أنه عندما يتعدد الجناة فان القواعد العامة تطبق فيما عدا الاستثناءات التى أتت بها نصوص صريحة .

الشروع : قلنا إن الشروع فى الاسقاط كان محل خلاف كبير فى فرنسا ، فكانت محكمة النقض الفرنسية تذهب مذهباً لا يقرها عليه الفقه ، ولا يستند فى الواقع إلى القواعد العامة .

وكان السبب فى ذلك عيب النصوص التى كانت تعاقب فى بعض الأحوال على الشروع وتشتترط فى أحوال أخرى أن تتم الجريمة .

وقد عدلت النصوص الفرنسية سنة ١٩٢٣ سنة ١٩٢٩ بحيث أصبح يعاقب على كل شروع بل أصبح يعاقب على من يشرع فى إسقاط امرأة غير حبلى إذا كان يعتقد أنها حامل .

وقد أراد مشرعنا ألا يعاقب على الشروع فنص صراحة فى م ٢٦٤ على أنه لا عقاب على الشروع فى الاسقاط .

وفائدة النص بدهاهة هى فى جنايات الاسقاط فقط ، لأن الجنج لا عقاب أصلا على الشروع فيها إلا بنص خاص : م ٤٨ ع .

الشروع فى الإسقاط غير معاقب عليه

ماده ٢٦٤

لا عقاب على الشروع فى الإسقاط .

إعطاء جواهر غير قابلة لشخص نشأ عنها مرض أو عجز

ماده ٢٦٥

كل من أعطى عمدا لشخص جواهر غير قابلة فنشا عنها مرض أو عجز وقتى عن العمل يعاقب طبقا لأحكام المواد ٢٤٠ و ٢٤١ و ٢٤٢ على حسب جسامه ما نشأ عن الجريمة ووجود سبق الإصرار على ارتكابها أو عدم وجوده .

جريمة إعطاء المواد الضارة

أركان الجريمة :

الركن المادى : إعطاء مادة ضارة (١)

جعل القانون إعطاء مادة ضارة فى حكم الضرب والجرح . ويتوافر الركن المادى فى هذه الجريمة بتناول المجنى عليه مادة ضاره فنشأ عنها مرض أو عجز وقتى عن العمل .

وتعتبر المادة ضارة إذا كانت تحدث اضطراباً فى وظائف أعضاء الجسم ، والعبرة فى ذلك بالنتيجة الأخيرة لتعاطى المادة لا بالأثر الوقتى الذى قد ينشأ عن تعاطيها . ويجب أن تكون المادة ضارة فقط فلا تكون من المواد السامة أو القاتلة .

ويشترط لتمام الجريمة أن تكون المادة التى اعطيت قد نشأ عنها فعلا مرض أو عجز وقتى عن العمل ، وهو النتيجة التى يعاقب فى هذه الجريمة .

الركن المعنوى (٢) : يتوافر القصد الجنائى فى صورة إعطاء مادة ضارة إذا قصد الجانى المساس بصحة المجنى عليه . وهذا يقتضى أولاً أن يكون الجانى عالماً بأن المادة التى يناولها للمجنى عليه أو يضعها تحت تصرفه من المواد الضارة ، وثانياً أن يرمى إلى المساس بصحة المجنى عليه ، فإذا كان يجهل أن المادة ضارة ، أو مع علمة بحقيقتها لم يقصد المساس بصحة المجنى عليه بل علاجه مثلا ، فإن القصد الجنائى يكون منتفياً لديه .

(١) ، (٢) : د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥ وما بعدها .

عقوبة الجريمة : يعاقب الشارع علي إعطاء المادة الضارة فى أبسط صورة له وهي الإعطاء الذى يؤدي إلي مرض أو عجز عن الأشغال عشرين يوماً فأقل بعقوبة الضرب البسيط طبقاً للمادة ٢٤٢ع وهي الحبس مدة لا تزيد علي سنة أو غرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز مائتي جنيها مصرياً .

ظرف مشدد : سبق الإصرار : إذا كان الإعطاء مصحوباً بسبق إصرار تكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد علي سنتين أو الغرامة التي لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تجاوز ثلاثمائة جنيهاً مصرياً .

ماده ٢٦٦

ملغاة بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ الخاص بقمع الغش والتدليس الصادر في ١٦/٩/١٩٤١
والمنشور في ١٨/٩/١٩٤١.

حكم

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، والمداولة.

حيث إن الوقعات - على ما يتبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق- تتحصل في أن المدعى عليه السابع أقام ضد المدعى اللجنة المباشرة رقم ٧١٣٥ لسنة ٢٠٠٠ جنح بندر ميت غمر، متهماً إياه بإعطائه بسوء نية شيكاً لا يقابله رصيد قائم وقابل للسحب ، وبجلسة ٢٠٠٠/٦/٢٤ حكمت المحكمة غيابياً بحبس المتهم سنة مع الشغل وكفالة مائة جنيه لوقف التنفيذ والمصاريف ، مع إلزامه بأن يؤدي للمدعى بالحق المدنى واحداً وخمسين جنياً تعويضاً مؤقتاً ، فعارض المدعى فى ذلك الحكم ، وبجلسة ٢٠٠٣/١٠/١١ حكمت المحكمة باعتبار المعارضة كأن لم تكن ، فاستأنف الحكم بالجنة المستأنفة رقم ١١١٨١ لسنة ٢٠٠٣ جنح مستأنف ميت غمر ، وبجلسة ٢٠٠٦/١٠/٢٩ حكمت المحكمة غيابياً برفض الاستئناف وتأييد الحكم المعارض فيه ، فعارض المدعى فى ذلك الحكم وبجلسة ٢٠٠٧/٣/٢٥ حكمت المحكمة برفض المعارضة وتأييد الحكم المعارض فيه ، ومن جهة أخرى كانت الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض قد أصدرت بجلسة ١٩٩٩/٧/١٠ حكمها فى الطعن رقم ٩٠٩٨ لسنة ٦٤ قضائية بشأن تطبيق المادة (٣٢٧) من قانون العقوبات ، وإذ رأى المدعى أن الأحكام المتقدمة تمثل عقبة فى تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى الدعوى رقم ١١٨ لسنة ٢١ قضائية ”دستورية“ بجلسة ٢٠٠٦/١/١٥ الذى اعتبر أحكام قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ المتعلقة بالشيك ، قانوناً أصلح للمتهم ، وكذلك حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر فى الدعوى رقم ٨٣ لسنة ٢٣ قضائية ”دستورية“ بجلسة ٢٠٠٦/٥/٧ القاضى بعدم دستورية القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٨ بإضافة باب جديد إلى أبواب الكتاب الثالث من قانون العقوبات ، وذلك لعدم عرض مشروع ذلك القانون على مجلس الشورى ، والذى من مقتضاه ولازمه - كما يرى المدعى - عدم دستورية الفصل الثالث من الباب الرابع من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، بعد أن لحقه العوار الدستورى ذاته الذى

شاب القانون السالف الذكر ، ومن ثم فقد أقام دعواه الماثلة .

وحيث إن قوام منازعة التنفيذ التى تختص المحكمة الدستورية العليا وحدها بالفصل فيها ، وفقاً لنص المادة (٥٠) من قانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ، أن تعترض تنفيذ حكمها عوائق تحول قانوناً - بمضمونها - دون اكتمال مدها ، أو تقييد اتصال حلقاته بما يعرقل جريان آثاره كاملة أو يحد منها ، ومن ثم تكون هذه العوائق هى محل منازعة التنفيذ التى تستهدف إنهاء الآثار القانونية الناشئة عنها أو المترتبة عليها ، وتتدخل المحكمة الدستورية العليا لإزاحة هذه العوائق التى يُفترض أن تكون قد حالت فعلاً أو من شأنها أن تحول دون تنفيذ أحكامها تنفيذاً صحيحاً مكتملاً ، وسبيلها فى ذلك الأمر بالمضى فى تنفيذ أحكامها ، وعدم الاعتداد بذلك الحائل الذى عطل مجراه .

وحيث إن البين من مطالعة أسباب ومنطوق الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى رقم ١١٨ لسنة ٢١ قضائية "دستورية" بجلسة ٢٠٠٦/١/١٥ أنه قضى بعدم قبول الدعوى التى أقيمت طعناً على نص الفقرة الثانية من المادة الأولى وعجز الفقرة الأولى والفقرة الثانية من المادة الثالثة من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة ، وذلك لانتفاء مصلحة المدعى فى الاستمرار فى الدعوى لزوال العقبة القانونية المتمثلة فى تأجيل العمل بأحكام الشيك الواردة بقانون التجارة ، بعد بدء العمل بها اعتباراً من الأول من أكتوبر سنة ٢٠٠٥ ، ولم يتضمن ذلك الحكم قضاءً فاصلاً فى مدى دستورية تلك النصوص ، كما لم يُقرر بقضاء قطعى تثبت له حجية الأمر المقضى أن تلك الأحكام تعتبر قانوناً أصح للمتهم ، وترك أمر تطبيقها وإنزال حكمها على المتهم لمحكمة الموضوع ، متى رأت أنها تعتبر قانوناً أصح له. وتبعاً لذلك فإن حكم الهيئة العامة للمواد الجنائية بمحكمة النقض ، وتلك الأحكام الجنائية الصادرة فى حق المدعى ، لا تعتبر عقبة فى تنفيذ حكم المحكمة الدستورية العليا المار ذكره .

وحيث إنه تأسيساً على ما تقدم ، فإن منازعة التنفيذ المعروضة لا تكون قد توافرت لها مقومات قبولها ، مما يتعين معه القضاء بعدم قبولها ،

وحيث إنه عن طلب التصدى لدى دستورية أحكام الشيك الواردة بقانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، فإن المقرر فى قضاء هذه المحكمة ، إن إعمالها الرخصة المقررة لها طبقاً لنص المادة (٢٧) من قانونها ، منوط بأن يكون النص الذى يرد عليه التصدى متصلاً بنزاع مطروح عليها ، فإذا انتفى قيام النزاع أمامها - كما هو الحال فى الدعوى الماثلة - والتى انتهت المحكمة إلى عدم قبولها ، فإن رخصة التصدى لا يكون لها من سند يسوغ إعمالها .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة بعدم قبول الدعوى ، وإلزام المدعى المصروفات ومبلغ مائتى جنيه مقابل أتعاب المحاماه .

□ الطعن رقم ٢ - لسنة ٣١ ق - تاريخ الجلسة ٠٧ / ٠٢ / ٢٠١٠ □

هتك العرض وافساد الاخلاق

مواقعة أنثى بغير رضاها

مادة (٢٦٧)

من واقع أنثى بغير رضاها يُعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد.

ويُعاقب الفاعل بالإعدام إذا كانت المجني عليها لم يبلغ سنها ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجر عندها أو عند من تقدم ذكرهم، أو تعدد الفاعلون للجريمة.

وفقاً لآخر تعديل بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١١ الصادر بتاريخ ٢٢ / ٣ / ٢٠١١ نشر بتاريخ ٢٢ / ٣ / ٢٠١١ في الجريدة الرسمية

بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

الاجتصاب (١)

تعريف : الاجتصاب هو اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضا صحيح منها بذلك .
وقد نصت على هذه الجريمة المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات.

علة التجريم : علة التجريم هي الاعتداء على العرض في أجسم صوره ، فالجاني يكره المجني عليها على سلوك جنسي لم تتجه إليه إرادتها فيصادر بذلك حريتها الجنسية ، ومن ثم كان الاجتصاب أشد جرائم الاعتداء على العرض جسامة . وبالإضافة إلى ذلك فثمة حقوق أخرى ينالها الاعتداء بهذه الجريمة : فهي اعتداء على الحرية العامة للمجني عليها ؛ وهي اعتداء على حسانة جسمها ، وقد يكون من شأنها الاضرار بصحتها النفسية أو العقلية ؛ وهي اعتداء على شرفها ، وقد يكون من شأنها أن تقلل من فرص الزواج أمامها أو تمس استقرارها العائلي إن كانت متزوجة ؛ وقد تفرض عليها أمومة غير شرعية ، فتضر بها من الوجهتين المعنوية والمادية على السواء .

وتقتضي دراسة جريمة الاجتصاب البحث في موضوعين : بيان أركانها وتحديد عقوبتها.

أركان الاغتصاب (٢)

بيان أركان الاغتصاب : تقوم جريمة الاغتصاب على أركان ثلاثة : ركن مادي ، هو الاتصال الجنسي الكامل ؛ وانتفاء الرضا به ؛ والقصد الجنائي .

الاتصال الجنسي الكامل

عناصر الركن المادي في الاغتصاب : الفعل الذي يقوم به الركن المادي لجريمة الاغتصاب هو الاتصال الجنسي الكامل الذي يمثل الرجل طرفه الإيجابي وتحمل المرأة على الاستسلام له ، وتندمج النتيجة - وهي حالة الاتصال - في الفعل . واعتبار الاتصال الجنسي الفعل الذي تقوم به الجريمة يفترض أنه غير مشروع .

دلالة الاتصال الجنسي : يعني الاتصال الجنسي الكامل التقاء الأعضاء التناسلية للجاني والمجني عليها التقاء طبيعياً . فإذا تحقق هذا الاتصال كان ذلك كافياً لتمام الجريمة : فسواء أن يكون كلياً أو جزئياً ، وسواء أن يبلغ المتهم شهوته أو ألا يبلغ ذلك . وليس بشرط أن يترتب على الفعل تمزيق غشاء البكارة .

وتحديد الفعل الذي تقوم به الجريمة وفق هذا المدلول يعني أن تستبعد من نطاقها جميع الأفعال الماسة بالحرية الجنسية للمرأة التي لم تبلغ مبلغ الاتصال الجنسي الكامل ، وذلك أياً كانت درجة الفحش التي تنطوي عليها : فعبث يد الجاني كرها بالأعضاء التناسلية للمرأة لا يُعد اغتصاباً . ومن باب أولى فإنه لا يرتكب هذه الجريمة من عبث بعضو في جسم المرأة يعتبر عورة كالثدي مثلاً ، وإنما تقوم بذلك جريمة هتك العرض . ولا تقوم هذه الجريمة بتلقيح امرأة صناعياً ضد إرادتها ، ولو أفضى إلى حملها ، إذ لا يصدق على هذا الفعل أنه اتصال جنسي .

طرفا الاتصال الجنسي : للاتصال الجنسي طرفاه : رجل وامرأة . وتفترض الجريمة أن الرجل هو الجاني ، وأن المرأة هي المجني عليها . وتترتب على هذا التحديد للفعل الذي تقوم به الجريمة نتائج هامة تحد من نطاقها : فلا تتصور الجريمة إذا اتحد جنس الجاني والمجني عليه ، كما لو كانا رجلين أو امرأتين . وحين يختلف طرفا الاتصال فإن الجريمة تفترض أن الرجل هو الجاني

، فهو الذي يصدر عنه فعل الحمل على الاتصال ، وأن المرأة هي المجني عليها التي تحمل على الخضوع له : فلا قيام للجريمة إذا كانت المرأة هي التي حملت الرجل على الاتصال بها ؛ وهذا الفرض متصور، فليس من أركان الجريمة الإكراه ، وإنما تقوم إذا كان الاتصال بغير رضا صحيح من المجني عليه كما لو كان حصل بالخداع أو كان المجني عليه غير صالح للتعبير عن إرادة صحيحة ، ومن ثم يتصور أن تحمل امرأة رجلاً على الاتصال بها دون رضا صحيح منه ، كما لو حلت محل امرأة أخرى فظننها مخدوعاً أنها المرأة التي يقبل الاتصال بها أو كان الرجل مجنوناً أو سكراناً فلم تكن لرضائه قيمة . وإنما تسأل المرأة في هذه الفروض عن هتك عرض ، باعتبار أنها مست دون رضا صحيح من الرجل بأعضاء في جسمه تعد عورة .

ويتعين أن تكون المجني عليها امرأة حية ، إذ هي التي تكون لها الحرية الجنسية ، ومن ثم يخرج من نطاق الاغتصاب فسق الرجل بجثة امرأة .

عدم شرعية الاتصال الجنسي : إذا كان الاتصال الجنسي الذي أكره الرجل المرأة عليه مشروعاً فإنه لا يصلح ابتداءً ليقوم به الركن المادي للاغتصاب . ويكون هذا الاتصال مشروعاً إذا كان في نطاق نظام اجتماعي يعترف للرجل بالحق في هذا الاتصال ويفرض على المرأة الالتزام بقبوله ، وهذا النظام في القانون الحالي هو الزواج فقط . وقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الاتصال الجنسي حق للزوج وواجب على الزوجة ، ومنهم من أضاف إلى ذلك أنه كذلك حق للزوجة وواجب على الزوج . وتطبيقاً لذلك لا يرتكب الزوج جريمة الاغتصاب إذا أكره زوجته على الصلة الجنسية ، ولكن إذا كانت أفعال الإكراه في ذاتها جريمة كالضرب فيما يجاوز به الزوج حدود حقه في التأديب كان مسئولاً عن هذه الجريمة فقط . ولكن الزواج لا ينتج هذا الأثر إلا إذا كان صحيحاً كي ينتج حكمه الشرعي من حيث ” حل متعة كل من الزوجين بزوجه ” ، أما إذا كان الزواج باطلاً أو فاسداً فهو لا يخلع على الصلة بين طرفيه الصفة المشروعة ، وإن كان جهل الزوج بسبب البطلان أو الفساد ينفي القصد لديه .

وشرعية الصلة الجنسية بما يمنع من قيام الاغتصاب موقوتة بالوقت الذي يقوم خلاله الزواج : فإن كانت قبله كما لو أكره الخطيب خطيبته عليها قامت بها الجريمة ولو عقد الزواج بعد ذلك

بوقت يسير؛ وإن كانت بعد انحلاله كما لو باشرها المطلق بائناً على مطلقته أو المطلق رجعياً بعد أن بانت عنه مطلقته بانتهاء عدتها قامت الجريمة كذلك . أما إذا باشرها المطلق رجعياً قبل انتهاء العدة فلا جريمة ، لأن هذا الطلاق ” لا يرفع قيد الزوجية ولا يزيل ملكاً ولا حلاً ” طالما لم تنقض العدة ، بل إن هذه الصلة تعد مراجعة فتستأنف بها الحياة الزوجية .

(١) ، (٢) : د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٧ وما بعدها .

الشروع في الاغتصاب (٣)

اتجه قضاء محكمة النقض في أول الأمر إلى الأخذ بالمذهب الموضوعي في تحديد البدء في تنفيذ هذه الجريمة : فقضت محكمة النقض بأن مجرد طلب الفحشاء من امرأة وجذبها من يدها وملابسها ليس مما يعد بدءا في تنفيذ الجريمة ، وإنما هو مجرد عمل تحضيري لها . ولكن القضاء الحديث لمحكمة النقض ينجح إلى المذهب الشخصي ، ووفقا لهذا المذهب يتحقق البدء في التنفيذ بأي فعل يؤدي حالا ومباشرة إلى إتمام هذه الجريمة ، باعتباره ينطوي بذلك على خطر يهدد الحرية الجنسية للمجني عليها في صورة الاغتصاب. وتطبيقا لذلك كان البدء في التنفيذ متحققا بارتكاب فعل عنف أيا كان لحمل المرأة على الاستسلام أو صدور تهديد إليها في سبيل ذلك أو إعطائها مادة مسكرة أو مخدرة أو تنويمها من أجل هذا الغرض أو محاولة خلع ملابسها أو إركابها في عربة ولو بالخداع أو مجرد اصطحابها إلى المكان الذي ينوي الجاني ارتكاب الجريمة فيه . ويفترض الشروع أنه قد أعقب البدء في التنفيذ عدم إتمام الجريمة لأسباب لا ترجع إلى إرادة الجاني ، وأبرز تطبيقات لذلك أن تقاوم المرأة فتتغلب عليه أو أن يخف لنجدتها أحد.

المساهمة الجنائية في الاغتصاب (٤)

تخضع جريمة الاغتصاب للقواعد العامة في المساهمة الجنائية ، فيتصور تعدد الفاعلين ، ويتصور أن يوجد إلى جانب الفاعل شريك أو أكثر .

والفرض الخاص بتعدد الفاعلين عسير على التصور ، ولكن إذا لاحظنا أن الركن المادي يقوم في هذه الجريمة على عنصرين : الاتصال الجنسي ، والفعل الذي يكون من شأنه إعدام رضاء المرأة كالعنف مثلاً ، فإن كل من يصدر عنه أحد هذين الفعلين يعتبر - تطبيقاً للقواعد العامة - فاعلاً مع غيره . وبناء على ذلك فإن من أمسك بجسم المرأة كي يشل مقاومتها في حين اغتصابها زميله كان فاعلاً معه للجريمة ؛ ومن باب أولى يُعد فاعلاً من ضرب المرأة أو هدها بالسلاح كي ترضخ لرغبة زميله .

ويذهب الرأي السائد في الفقه إلى أنه لا يتصور أن يكون فاعلاً لهذه الجريمة إلا رجل ، وبناء على ذلك يدرجها في عداد ” جرائم ذوي الصفة الخاصة “ ، وحجته حصره ركنها 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 ، وكان من المتصور أن تأتي هذا الفعل امرأة ، فإن هذه المرأة تعد فاعلة مع غيرها لهذه الجريمة . وتطبيقاً لذلك فإنه إذا أمسكت امرأة بجسم أخرى لكي تشل مقاومتها تمكيناً لرجل من اغتصابها ، فكلاهما فاعل للجريمة . ولم ينكر هذا الرأي أن تكون المرأة شريكة في هذه الجريمة . ويتصور أن تكون امرأة فاعلة معنوية لهذه الجريمة ، كما لو أغرت مجنوناً باغتصاب امرأة أخرى .

ومن صور الاشتراك بالمساعدة في هذه الجريمة إعاقة أو تأجير المكان الذي ترتكب الجريمة فيه ، أو تجهيز المادة المخدرة أو تسليم السلاح الذي يستعين به الجاني في ارتكاب الجريمة .

انعدام الرضاء (٥)

ماهية هذا الركن : عبر الشارع عن هذا الركن بقوله : أن وقاع الأثنى كان ” بغير رضاها ” ؛ وهذا التعبير أوسع دلالة من لفظ ” الإكراه ” ، وإن كان يشملها. فهذا الركن لا يقتضى ارتكاب الفعل باكراه مادي أو معنوي، وإنما يكتفي بارتكابه دون رضاء صحيح من المجني عليه ؛ وفي تعبير آخر لا يشترط أن يرتكب المتهم الفعل ” ضد إرادة ” المجني عليها ، وإنما تقوم الجريمة بارتكابه الفعل ” دون إرادتها ” .

ويشمل انعدام الرضاء حالات عديدة : فيشمل حالات الإكراه ماديا كان أو معنويا ؛ ويشمل كذلك حالات الرضاء غير المعتبر قانونا ، وهذه تتسع للرضاء الصادر عن غير مميزة ، والرضاء الصادر تحت تأثير الغلط أو التدليس ؛ ويشمل في النهاية حالة ما إذا كانت المجني عليها لا تستطيع التعبير عن إرادتها لنوم أو إغماء أو لارتكاب الفعل مباغثة.

الإكراه المادي (٦)

يعني الإكراه المادي أفعال العنف التي ترتكب على جسم المرأة وتستهدف إحباط المقاومة التي تعترض بها فعل الجاني ، ويشمل كذلك العنف الذي يستهدف إرهاب المجني عليها ابتداء كي لا تبدي مقاومة . والأصل أن يتخذ العنف صورة الضرب أو الجرح ، ولكنه قد يتخذ صورة فعل قسري أيا كان يعدم - أو يضعف على نحو ملموس - القدرة على المقاومة : فيعد إكراهها ماديا الإمساك بأعضاء المرأة التي قد تستعملها في المقاومة أو تقييدها بالحبال . وقد قيل ان من العسير تصور أن يرتكب الجاني في ذات الوقت فعلي العنف والوقاع موزعا جهوده بينهما ، ولكن هذا الاعتراض في غير محله : فقد يصدر الإكراه عن شخص آخر يقدم معونته إلى الجاني ؛ وقد تكون المجني عليها صغيرة السن أو ضعيفة أو مريضة بحيث يكفي عنف قليل لإحباط مقاومتها أو إرهابها ؛ وقد يصدر العنف أولا فيكون مم شأنه إعياء المجني عليها فتستسلم لرغبات الجاني وهي عاجزة عن إبداء أية مقاومتها .

ويشترط في العنف الذي يقوم به الإكراه المادي شرطان : أن يرتكب على شخص المرأة ، وأن يكون من شأنه إعدام رضائها بالفعل . وينبغي على الشرط الأول استبعاد أفعال العنف التي تقع على الأشياء ، كما إذا حطم المتهم سورا أو بابا أو قتل كلبا إذا أعقب ذلك أن استقبلته المرأة راضية بالفعل الذي يريد ارتكابه . وتستبعد كذلك أفعال العنف التي ترتكب ضد أشخاص آخرين كخادم المرأة أو أحد أقاربها إذا رضيت بعد ذلك بفعل المتهم . ويعني الشرط الثاني أن يكون العنف كافيا لإحباط مقاومة المرأة أو إرهابها . ويقضى ذلك أن يكون على قدر من الجسامه يختص بتقديرها قاضي الموضوع . ومؤدى ذلك أن العنف اليسير الذي لا يعدم الإرادة ، ولكن ينهي تردد المرأة أو يتغلب على تمنعها ويكون عاملا في إقناعها بأن ترضى بالصلة الجنسية لا يكفي لتحقيق الإكراه . وإذا اعتقد المتهم أن مقاومة المرأة غير جدية في حين أنها كانت كذلك ، انتفى القصد لديه .

ولا يتطلب القانون أن يستمر الاكراه طيلة الاتصال الجنسي ، وإنما يكفي أن يكون الوسيلة إلى ابتدائه : فإذا قاومت المرأة أفعال العنف ثم انهارت مقاومتها فاستسلمت عجزا عن المقاومة أو

يأسا من جدواها فلم ير الجاني حاجة إلى الاستمرار في العنف فإن الإكراه يتحقق مع ذلك . وليس
بشروط أن يترك الإكراه أثرا بجسم المجني عليها أو بجسم الجاني.

الإكراه المعنوي (٧)

يعني الإكراه المعنوي التهديد بشر . ويتعين أن يكون هذا الشر جسيماً وحالاً ، وأن يربط الجاني في ذهن المجني عليها - صراحة أو ضمناً - بين نزوله ورفض الصلة الجنسية التي يريدها . والعبرة بتأثير التهديد على ارادة المجني عليها على نحو يثبت به أنها لم تتجه إلى قبول هذه الصلة ، ويرتهن تحديد هذا التأثير بالظروف التي صدر فيها التهديد ، ومن ثم كان قاضي الموضوع هو المختص بتقديره . وسواء أن يهدد الشر نفس المرأة أو مالها ، وسواء كذلك أن يهددها أو يهدد شخصاً عزيزاً عليها كتهديدها بقتل ابنها إن لم تقبل الصلة . ويستوي في النهاية أن يكون موضوع التهديد فعلاً إجرامياً أو أن تنتفي عنه هذه الصفة ، بل قد يكون أمراً مشروعاً ، كتهديد امرأة بالإبلاغ عن جريمة ارتكبتها فعلاً إن لم تقبل الصلة .

(٣) ، (٤) ، (٥) ، (٦) ، (٧) : د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٣١ .

الرضاء الصادر عن غيره المميّزة (٨)

لا صعوبة في تعليل عدم اعتداد القانون بهذا الرضاء ، فإذا كان الرضاء في ذاته تعبيراً عن ارادة ، وكانت ارادة غير المميّزة مجردة من القيمة القانونية ، استتبع ذلك تجريد قبولها من هذه القيمة . وحالات انعدام التميّيز عديدة : فتشمل الجنون والسكر وصغر السن .

فإذا اتصل المتهم بمجنونة لم تبد على فعله أي اعتراض فإنه يرتكب بذلك جريمة الاغتصاب ، ولكن يجب التحقق من أن جنونها قد أفقدها القدرة على فهم ماهية الفعل وقت اتيانه ، وإلا كان لقبولها قيمته وحال دون قيام الجريمة . وتطبيقاً لذلك فلا قيام للجريمة إذا كان جنون المجني عليها متقطعاً واتصل بها المتهم في فترة الإفاقة ، أو كان جنونها من النوع المتخصص أو كان يسيراً فلم تفقد القدرة على إدراك ماهية الفعل .

وإذا كانت المجني عليها سكرانة أو مخدرة على نحو فقدت معه القدرة على فهم ماهية الفعل قامت بوقاعها جريمة الاغتصاب ، وسواء أكان الجاني هو الذي أسكرها من أجل هذا الغرض أو لغرض آخر ، أو كان شخص سواه هو الذي أسكرها ، أو كانت قد سكرت من تلقاء نفسها فاستغل الجاني حالة فقد التميّيز التي صارت فيها . ويعني ذلك أن رضاء السكرانة ينفي الجريمة إذا لم يفقدها سكرها التميّيز سواء لقلة المادة التي تعاطتها أو لاحتمالها تأثيرها . ويلحق بالسكر إعطاء المجني عليها حبواً منومة وإن كانت لم تؤد إلى نومها فعلاً ولكن أضعفت من إرادتها ، وحرقت بخور أحدث دواراً وإن لم تفقد المجني عليها الصواب تماماً .

وإذا كانت المجني عليها صغيرة السن ورضيت بفعل الجاني ، فإن بعض الآراء تخرجه من نطاق الاغتصاب لتجعل منه هتك عرض دون قوة أو تهديد ، وسندها فيما يبدو أن هذا الرضاء ينفي الإكراه ، فينفي تبعاً لذلك الاغتصاب . وعيب هذه الآراء أنها اعتبرت الإكراه ركناً في الاغتصاب ، وذلك - كما قدمنا - ليس صواباً ، فركن هذه الجريمة "انتفاء الرضاء الصحيح" أي كان مصدره ، ولذلك كان هذا الركن متوافراً إذا رضيت المجني عليها بالفعل ، ولكن كان رضاؤها غير معتبر قانوناً ، إذ لا يُعد رضاء صحيحاً . وحين تكون المجني عليها صغيرة فإنه يصعب القول بأن رضاءها

ذو قيمة قانونية كاملة بحيث يكون من شأنه نفي الجريمة . ويقول د/ محمود نجيب حسنى : ونرى التفرقة بين الصغيرة غير المميزة والصغيرة المميزة : فإن كانت غير مميزة فلا شك في قيام الجريمة على الرغم من رضائها بالفعل ، ذلك أن إرادتها متجردة من القيمة القانونية ، فلا يمكن أن يقوم بها رضاء صحيح . أما إذا كانت الصغيرة مميزة ، فإن الرأي المجمع عليه يذهب إلى أن رضائها ينفي الاغتصاب ، فتقتصر مسئولية الجاني على هتك العرض دون قوة أو تهديد بشرط ألا تكون قد أتمت الثامنة عشرة من عمرها . وحجة هذا الرأي أن الرضاء الصادر عن وعي بطبيعة الفعل يحول دون القول بتوافر ركن الجريمة المتمثل في ”عدم الرضاء“ . ويقول د/ محمود نجيب حسنى : ولكننا نعتقد أن خطة الشارع هي أن يستبعد من نطاق الاغتصاب الحالات التي يمكن القول فيها بأن المرأة قد اتجهت ارادتها اتجاهها صحيحا إلى قبول الصلة الجنسية ، ويفترض ذلك أن تكون هذه الارادة معتبرة قانونا حتى يكون اتجاهها بدورة معتبرا من القانون . وإذا كان المجني عليها مميزة ، ولكنها لصغر سنها ما تزال قليلة الخبرة بالحياة سهلة الإغراء وليس في وسعها أن تقدر خطورة الفعل على سمعتها ومستقبلها ، فمن السائغ القول بأن ارادتها - وإن كان لها بعض القيمة القانونية بالنظر الى ما توافر لها من تمييز - فانه ليست لها هذه القيمة كاملة ، ومن ثم لا يمكن أن يقوم بها رضاء صحيح ينفي جريمة الاغتصاب . ويقول د/ محمود نجيب حسنى : وندعم هذا الرأي بملاحظة أنه من غير السائغ أن يسوي في المسئولية والعقاب بين من واقع الصغيرة برضاؤها ومن اقتصر على الإخلال بحيائها في الصورة التي يقوم بها هتك العرض على الرغم مما بين فعليهما من فارق كبير من حيث الجسامة والدلالة على خطورة مرتكبه ؛ ومن غير السائغ كذلك أن يعتبر الوقاع مجرد هتك عرض ، إذ تنصرف دلالة هذا الأخير إلى أفعال أقل من الوقاع فحشا ، بالإضافة إلى ما قدمناه من أن الصغيرة لا تتوافر لها إرادة مكتملة القيمة على النحو الذي يقوم به الرضاء الصحيح . وقد يكون من الملائم تشريعيا أن ينص الشارع على صورة مخففة من الاغتصاب في حالة رضاء المجني عليها الصغيرة المميزة بالفعل .

الرضاء الصادر تحت تأثير التدليس أو الغلط (٩)

إذا كان الشارع يستبعد من نطاق الاغتصاب حالات الرضاء بالفعل ، فهو يعني بذلك أن هذا الرضاء يعبر عن إرادة صحيحة اتجهت - وهي على بينة - إلى قبول الصلة الجنسية ، أما إذا كانت معيبة للتدليس فهي غير ذات قيمة قانونية ، وتبعاً لذلك فهي ملحقة بحالات عدم الرضاء . وأهمية التدليس أنه يفضي إلى وقوع المرأة في غلط موضوعه الظروف التي يؤتي فيها بالفعل ، فيصوره لها على نحو ترضى به في حين لو أنها علمت بحقيقة ظروفه لما رضيت به. وللتدليس صورتان : صورة يكون موضوعه فيها شخص الجاني ، وصورة يكون موضوعه فيها صفته في إتيان الفعل :

فالصورة الأولى تعني إيهام المرأة أن الجاني شخص آخر كانت المرأة ترضى بالصلة الجنسية به . وأبرز تطبيق لذلك أن يدخل الجاني في فراش امرأة نائمة فتعتقد وهي بين اليقظة والنوم أنه زوجها فتسمح له بأن يتصل بها ، وقد يستفيد الجاني من ظرف آخر غير النوم كأن تكون المرأة ضريرة . والصورة الثانية تعني إيهام المرأة أن من حق الجاني أن يباشر الصلة الجنسية معها ، ويعني ذلك أن التدليس لم يتناول حقيقة شخصيته ، وإنما تعلق بصفته وما يتفرع عنها من حقوق على المرأة . وأبرز تطبيق لذلك أن يرتب الجاني مظاهر يوهم بها شخصيته أنه قد عقد بها زواجا صحيحا فترضى بصلته بها معتقدة أنها زوجة له. ومن تطبيقات ذلك أن يخفي شخص - لا يجوز له طبقا لقانون أحواله الشخصية أن يعدد زوجاته - عن المجني عليها أنه متزوج ، فيحملها بذلك على قبول الزواج منه ثم يمارس الصلة الجنسية معها ، أو يخفي الزوج عن زوجته أنه طلقها على نحو أنهى علاقة الزوجية بينهما ثم يتصل بها وهي راضية لاعتقادها أنها ما تزال زوجته.

عجز المرأة عن التعبير عن إرادتها : إذا كانت المرأة - وقت ارتكاب الفعل - عاجزة عن التعبير عن إرادتها بالقبول أو الاعتراض فإن الجريمة تتوافر بذلك أركانها ، فخطة الشارع أنه لا يستبعد من نطاقها سوى الحالات التي يتوافر فيها القبول الصحيح بالفعل . وحالات العجز غير محصورة ، وقاضي الموضوع هو المنوط باستخلاصها ، وأهم هذه الحالات النوم والإغماء والإعياء الذي يبلغ درجة تعطيل الإرادة وإتيان الفعل بغتة.

فإذا أتى الجاني فعله أثناء نوم المجني عليها فلم تنتبه إلا بعد بدء الصلة الجنسية ، فإن الاغتصاب تتوافر بذلك أركانه ، ويستوي أن يكون النوم طبيعياً أو مغناطيسياً. وإذا أتى الجاني فعله على امرأة مغمى عليها توافرت أركان الاغتصاب . وإذا ارتكب المتهم الفعل على امرأة تعرضت لإعياء شديد عطل إحساسها وإرادتها فإن الجريمة تقوم إذا ثبت بصورة قاطعة أنها كانت عاجزة عن التعبير عن إرادتها برفض الفعل . وتتحقق الجريمة كذلك إذا ارتكب الجاني فعله بغتة ، فلم تكن لدى المجني عليها الفرصة في أن تبدي اعتراضها عليها ، مثال ذلك طبيب يباغت مريضته - وقت الكشف عليها أو إجراء عمل طبي على جسمها - فيتصل بها جنسياً .

القصد الجنائي (١٠)

تمهيد : الاغتصاب جريمة عمدية ، ومن ثم يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي . ولا يثير التحقق من توافر القصد صعوبة : فالأفعال التي تصدر عن الجاني - وخاصة الإكراه - تكشف في وضوح عن القصد . والقصد المتطلب في هذه الجريمة قصد عام ، إذ يقوم بانصراف العلم والإرادة إلى الوقائع التي تقوم عليها الجريمة ، وهي الفعل الذي تقوم به الصلة الجنسية.

ويخضع القصد الجنائي للقاعدة العامة التي تقضي بأنه لا عبرة بالبواعث في تحديد عناصره : فإذا كان الباعث عادة هو ” الشهوة الجنسية ” ، فإن من المتصور أن يحرك الجاني إلى فعله باعث أبعد من ذلك مدى : فقد يهدف إلى الانتقام من المرأة أو ذويها بإنزال العار بهم ، أو إرضاء عقيدة فاسدة سيطرت عليه ، ولكن تحقيق هذه الغايات يفترض إرضاء للرغبة الجنسية.

ويقوم القصد - تطبيقاً للقواعد العامة - على عنصرَي العلم والإرادة . ولا يثير التحقق من الإرادة صعوبة ، إذ أن ” فعل الوقاع ” بطبيعته عمل إرادي ، فهو يصدر عن رغبة ويستهدف إشباع شهوة ، ومن ثم كانت صفته الإرادية واضحة ، وتصير هذه الصفة أكثر وضوحاً حين يقترب من الفعل المعدم للرضاء كالإكراه . . ونفصل فيما يلي ما يتعين أن يحيط العلم به.

ما يتعين أن يحيط العلم به : يتعين أن يعلم الجاني أنه يمارس صلة جنسية غير مشروعة وبدون رضاء صحيح من المرأة ، ويترتب على اشتراط العلم بهذه العناصر أنه إذا وقع الجاني في غلط في شأن أحدها انتفى القصد لديه.

فإذا اعتقدا لجاني أن الصلة التي يمارسها مشروع فلا يتوافر لديه القصد ، ولا تفرقة بين ما إذا كان غلطه متعلقاً بالوقائع أو بالقانون، فالفرض أن القاعدة القانونية التي تعلق بها غلطة لا تنتمي إلى قانون العقوبات. فإذا أكره الأعمى على الصلة الجنسية امرأة ظن أنها زوجته فلا يُعد القصد متوافراً لديه. وإذا كان ما يربط الرجل بالمرأة التي مارس الصلة الجنسية معها عقد زواج باطل أو فاسد ، ولكنه كان يجهل سبب البطلان أو الفساد ، فإن القصد لا يتوافر لديه ، سواء تعلق غلطة بالوقائع كما لو تزوج أخته من الرضاع وهو جاهل أنها كذلك ، أو تعلق بالقانون كما لو

كان عالماً بذلك ، ولكنه يجهل القاعدة الشرعية التي تحرم هذا الزواج ، ومثال ذلك أن يجمع إلى زوجته خالتها أو ابنة أختها وهو جاهل القاعدة التي تحرم هذا الجمع . وينتفي القصد كذلك لدى شخص اتصل كرها بمطلقته رجعياً بعد انقضاء عدتها إذا كان يعتقد - لخطأ في الحساب - أنها لم تنقض بعد .

ويتعين أن يعلم بعدم رضاء المرأة بالصلة الجنسية ، فإن اعتقد أنها راضية وأن ما تبديه من رفض أو مقاومة هو في حقيقته تمنع أو حياءً طبيعي ، فإن القصد لا يتوافر لديه ، ولو كان اعتقاده مستنداً إلى تقدير خاطئ . ولكن ارتكاب العنف تقوم به قرينة على العلم بعدم الرضاء ، وهذه القرينة يجوز مع ذلك إثبات عكسها .

عقوبة الاغتصاب (١١)

عقوبة الاغتصاب في صورته البسيطة : حدد الشارع عقوبة هذه الجريمة في صورتها البسيطة فجعلها السجن المؤبد (المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات ، الفقرة الأولى) وللقاضي أن يطبق الظروف المخففة ، وله أن يعتبر الزواج اللاحق بين الجاني والمجني عليها أحد هذه الظروف.

الظروف المشددة للاغتصاب : حدد الشارع هذه الظروف في المادة ٢٦٧ من قانون العقوبات التي نصت على أنه إذا لم تبلغ المجني عليها ١٨ سنة أو إذا كان الفاعل من أصول المجني عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادما بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالإعدام. وتقوم هذه الظروف على توافر صفة لدى الجاني، تعني أن له صلة بالمجني عليها . ويكفي توافر صفة واحدة مما نص عليه القانون . وكل ظرف له طابع شخصي ، ويغير من وصف الجريمة ، ومن ثم يتأثر به الشريك إذا كان عالما به.

علة التشديد : علة التشديد أن هذه الصفات تعني أن للجاني على المجني عليها سلطة فيسيء استعمالها ، ويكشف ذلك عن علتين للتشديد : فمن ناحية يسهل عليه ارتكاب الجريمة باعتباره قريبا من المجنى عليها ، وبينهما نوع من الألفة يجعلها لا تخشاه ولا تحتاط إزاءه ، بل وثق فيه ؛ ومن ناحية ثانية فهذه الصفة تحمله بواجبات تجاه عرض المجني عليها ، فعليه أن يحميه من اعتداء الغير، فإذا صدر عنه الاعتداء ، فقد أهدر هذه الواجبات وخان الثقة التي وضعت فيه.

أصول المجني عليها : يراد بأصول المجني عليها من تناسلت منهم تناسلاً حقيقياً، فيصدق ذلك على الأب والجد الصحيح وإن علا والجد غير الصحيح وإن علا ولا يُعد من الأصول الأب أو الجد بالتبني.

لأن الشريعة الإسلامية لا تعترف بهذا النظام . ويجب أن تكون صلة البنوة شرعية ، فلا ينطبق التشديد على الأب غير الشرعي . ولكن الصلة بين المجني عليها وأمها غير الشرعية هي صلة طبيعية ولذلك لم تتركها الشريعة ، ومن ثم يتوافر الظرف المشدد إذا كان الجاني هو الأب الشرعي لهذه الأم .

المتولون تربية المجني عليها أو ملاحظتها : يراد بالمتولين تربية المجني عليها أو ملاحظتها جميع الأشخاص الذين يقومون فعلا بتهدئتها ومراقبة سلوكها وتوجيهها ، سواء استمد المتهم هذه الصفة من القانون أو من قرار القاضي أو من عقد يربط بينه وبين المجني عليها أو من يحق لهم التعاقد عنها أو من مركز واقعي خلع عليه هذه الصفة ، فيدخل في ذلك الولي والوصي والقيم وملقن الحرفة والمدرس وزوج الأم إذا كان يتولى تربية ابنة زوجته وأقارب الأبوين كالعم أو الخال إذا تولى أحدهم ذلك ، ومن التقط لقيطة أو عشر على فتاة ضالة فأواها لديه وتولى تربيتها أو ملاحظتها .

من لهم سلطة على المجني عليها : استعمل الشارع لفظ ” سلطة ” مطلقا ، ومن ثم يتوافر الظرف المشدد أيا كان نوع أو صفة هذه السلطة : فسواء أن تكون السلطة قانونية أو فعلية ؛ وسواء أن تكون دائمة ، أي غير مقيدة بأجل ما ، أو تكون محدودة الأجل كما لو عهد بفتاة إلى شخص كي يربعاها خلال الفترة التي يتغيب فيها أبواها ، وسواء في النهاية أن تكون السلطة مشروعة أو غير مشروعة : فمن خطف فتاة ثم اغتصبها يتوافر له الظرف المشدد .

وللتفرقة بين السلطة القانونية والسلطة الفعلية أهميتها : فإذا كانت السلطة قانونية كسلطة الوصي أو القيم فيكفي إثبات الصفة التي تنفرع عنها هذه السلطة ، فثمة قرينة غير قابلة لإثبات العكس على أن صاحب هذه الصفة له السلطة على المجني عليها . أما إذا كانت السلطة فعلية كسلطة زوج الأم ، فيتعين إثبات مجموعة الظروف التي تستخلص منها هذه السلطة ، ولا تعدو قيمة هذه الظروف أن تكون قرينة على وجود السلطة ، ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس ، ومن ثم كان للمتهم نفيها .

ومن تطبيقات هذا الظرف أن يصدر الفعل من مخدوم على خادمتة . أو من رب العمل على عاملة أو موظفه لديه ، أو من رئيس مصلحة حكومية أو مرفق عام أيا كان على موظفه أو عامله في هذه المصلحة أو المرفق ، أو من طبيب على مريضته فهو صاحب سلطة فعلية عليها وان تكن موقوتة ، وخاصة إذا كانت تنزل في مستشفى يديره أو يعمل فيه . ومن أهم تطبيقاته أن يكون الجاني مدرسا للمجني عليها ، إذ للمدرس سلطة على تلميذته وتنشأ بينهما صلة من الألفة والثقة ، وسواء

أن يكون مدرسا في معهد حكومي أو في مدرسة خاصة ، ويتوافر الظرف بصفة خاصة إذا كان الجاني مدرسا خاصا للمجني عليها ، إذ تكون الصلة بينهما أوثق ، وسهولة ارتكاب الجريمة أكبر. الخادم بالأجر عند المجني عليها أو عند من تقدم ذكرهم :

يراد بالخادم من ينقطع نظير أجر - نقدي أو عيني - للقيام بالأعمال المادية التي تحتاج إليها المجني عليها في حياتها اليومية ؛ وفي الغالب يقيم الخادم في مسكن المجني عليها أو تكون له - إذا كان لا يقيم فيه - حرية الدخول فيه والتجول في أنحاءه. والانقطاع للخدمة واستطاعة الدخول في المسكن يولدان ألفة ويتيحان فرصا للجريمة فيسهل ذلك ارتكابها ؛ وفي ذلك تكمن علة التشديد. وبناء على ذلك لا يتوافر الظرف المشدد إذا ارتكب الفعل من يتردد على عدد من المساكن للقيام بأعمال الخدمة فيها ، أو من تطوع للخدمة دون أجر ، أو من يقوم بعمل غير مادي كمحاسب أو سكرتير خاص يعمل لدى المجني عليها.

ولا يقتصر نطاق التشديد على حالة ما إذا كان الجاني خادما لدى المجني عليها ، بل يتسع لحالات ما إذا كان خادما لدى من سبق أن ذكرهم النص، وهم ” الأصول والمتولون التربية أو الملاحظة وأصحاب السلطة ”. بل يتوافر 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 .

عقوبة الاغتصاب المشدد : إذا توافر أحد الظروف المشددة السابقة كانت العقوبة الإعدام . وغنى عن البيان أنه يجوز للقاضي تطبيق الظروف المخففة إذا رأى لذلك محلاً .

(٨) ، (٩) ، (١٠) ، (١١) : د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٥٢٥ وما بعدها .

هتك عرض إنسان بالقوة أو بالتهديد

مادة (٢٦٨)

كل من هتك عرض إنسان بالقوة أو بالتهديد أو شرع في ذلك يُعاقب بالسجن المشدد.

وإذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة المذكورة لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان مرتكبها أو أحد مرتكبيها ممن نُص عليهم في الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧) تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن سبع سنوات، وإذا اجتمع هذان الظرفان معاً يُحكّم بالسجن المؤبد.

وفقاً لآخر تعديل بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١١ الصادر بتاريخ ٢٢ / ٣ / ٢٠١١ نشر بتاريخ ٢٢ / ٣ /

٢٠١١ في الجريدة الرسمية

بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

هتك العرض (١)

أولاً : الركن المادي: فعل هتك العرض

هتك العرض هو كل فعل مخل بالحياء يستطيل إلى جسم المجني عليه وعوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية ، ولا يشترط لتوافره قانوناً أن يترك الفعل أثراً بجسم المجني عليه . ويتبين من هذا التعريف أن هتك العرض أوسع نطاقاً من الواقعة ، فإذا كانت كل واقعة تتضمن بالضرورة هتكاً للعرض ، فإن هتك العرض لا يصل في الغالب إلى الواقعة (الاغتصاب) .

وبالتمعن في التعريف آنف البيان يتضح أنه في هتك العرض وقوع فعل مادي يمس جسم المجني عليه بشكل يخدش عاطفة الحياء أو يمس من جسمه ما يعد من العورات . ويصح في هتك العرض أن يكون الفاعل رجلاً . كما يجوز أن يكون أنثى . كما يصح أن يكون المجني عليه رجلاً أو امرأة ، ويجوز أن يقع هتك العرض من رجل على آخر ومن امرأة على أخرى.

ورغم الاستقرار على تعريفات هتك العرض بالصورة آنفة البيان ، إلا أنه مع هذا يحتاج إلى ضوابط تأتي من خارج التعريف ، ذلك أن الحياء الذي يعتبر هتك العرض إخلالاً به أمر يختلف وفقاً للظروف الشخصية والاجتماعية والملابسة للواقعة ، فالأفعال التي تعد هتكاً للعرض قد لا تقع على عورة من العورات مباشرة ولكنها تصل إلى درجة من الفحش تمس الحياء العرضي . فإن كان هناك من أجزاء الجسم ما يعد من العورات ولا يختلف في شأنه ، إلا أنه حين يثور النقاش حول وضع معين فإنه يلزم الاستعانة في هذا السبيل بالعرف والظروف الاجتماعية .

ولقد عبرت محكمة النقض في مصر عن الفعل المادي في جريمة هتك العرض بأنه يتحقق بأي فعل مخل بالحياء العرضي للمجني عليها ويستطيل على جسمها ويخدش عاطفة الحياء عندها من هذه الناحية ، ولا يلزم الكشف عن عورتها بل يكفي لتوفر هذا الركن أن يكون الفعل الواقع على جسمها قد بلغ من الفحش والإخلال بالحياء العرضي درجة تسوغ اعتباره هتكاً عرضاً سواء أكان بلوغها هذه الدرجة قد تحقق عن طريق الكشف عن عورة من عورات المجني عليها أم عن غير هذا الطريق .

ومن التطبيقات العملية أنه يُعد هتكاً للعرض تمزيق لباس المجني عليها الذي كان يسترها وكشف جزء من جسمها وهو من العورات على غير إرادتها. وتمزيق شخص لباس غلام من الخلف إذ كشف جزءاً من جسمه هو من العورات التي يحصر كل إنسان على صونها وحجبها عن أنظار الناس ولو لم يصاحب هذا الفعل أية ملامسة مخلة بالحياء . والتصاق المتهم عمداً بجسم المجني عليه من الخلف حتى مس قضيبه عجز الصبي . وجريمة هتك العرض تتم بوقوع فعل منافٍ للآداب مباشرة على جسم المجني عليه ولو لم يحصل إيلاج أو احتكاك يتخلف عنه أي أثر كان . ووضع الاصبع في دبر المجني عليه هو مساس بعورة من جسمه وفيه نوع من الفحش لا يترك مجالاً للشك في إخلاله بحيائه العرضي .

ويُعد هتك عرض بالقوة فعل المتهم الذي يلقي بنتاً بكرة عمرها عشر سنوات على الأرض عنوة ويفض بكارتها بأصبعه . ووضع الرجل عضو التناسل في يد المجني عليه أو في فمه أو في جزء آخر من جسمه لا يعد عورة بل يعد من قبيل هتك العرض . وتتحقق جريمة هتك العرض إذا كان الثابت أن المتهم احتضن مخدومته كرهاً عنها ثم طرحها أرضاً واستلقى فوقها ولو لم يقع من الجاني أن كشف ملابسه أو ملابس المجني عليها .

ومن يطوق كتفي امرأة بذراعيه ويضمها إليه يكون مرتكباً لجناية هتك العرض، لأن هذا الفعل يترتب عليه ملامسة المتهم لجسم المجني عليها ويمس فيها جزءاً هو لا ريب داخل في حكم العورات . وثدي المرأة هو من العورات التي تحرص دائماً على عدم المساس بها فإمساکه بالرغم منها وبغير إرادتها يعتبر هتك عرض . وفخذ المرأة عورة فلمسه وقرصه على سبيل المغالاة يُعد هتك عرض . واجتراء المتهمين على إخراج المجني عليه عنوة من الماء الذي كان يسبح فيه عارياً وعدم تمكينه من ارتداء ثيابه وهو عار بالطريق العام وبذلك استطالوا إلى جسمه بأن كشفوا على الرغم منه عن عورته أمام النظارة يكون جريمة هتك العرض بالقوة . وإذا كان الثابت من الحكم أن المطعون ضدها قد كشفت عن عورات المجني عليها وأحدثت بمنطقة غشاء البكارة والشرج والآليتين حروقا متقريحة نتيجة كي هذه المناطق بأجسام ساخنة فإن هذا الفعل الواقع على جسم المجني عليها يكون قد بلغ من الفحش والإخلال بالحياء العرضي درجة يتوافر بها الركن المادي في جريمة هتك

وكما سبق القول لا يشترط أن يترك الفعل أثرا بجسم المجني عليه أو أن تتم المباشرة الجنسية ، فهو إذن يمكن أن يقع من عنين بفرض ثبوت عنته ، فإذا كان الحكم قد أثبت أن الطاعن وضع يده على اليه المجني عليه واحتضنه ووضع قبله في يده فإن هذه الملامسة فيها من الفحش والخدش للحياء العرضي ما يكفي لتوافر الركن المادي للجريمة . وملامسة المتهم بعضو تناسله دبر المجني عليها يعتبر هتك عرض ، ولو كان عنيئا . لأن هذه الملامسة فيها من الفحش والخدش بالحياء العرضي ما يكفي لتوافر الركن المادي.

ومن أحكام المحاكم فيما لا يعد هتكاً للعرض ما قضى به من أن الفتاة الريفية التي تمشي سافرة الوجه بين الرجال لا يخطر ببالها أن في تقبيلها في وجنتيها إخلالاً بحيائها العرضي واستطالة على موضع من جسمها تعده هي ومثيلاتها من العورات التي تحرص على سترها ، فتقبيلها في وجنتيها لا يخرج على أن يكون فعلاً فاضحاً مخلاً بالحياء (١) . وإذا قاد المجني عليه شخصان إلى غرفة مغلقة الأبواب والنوافذ وقبله أحدهما في وجهه وقبله الثاني على غرة منه في قناه وعضه في وضع التقبيل فهذا الفعل لا يعتبر هتك عرض ولا شروعا فيه . كما أنه لا يدخل تحت حكم أي جريمة أخرى من جرائم إفساد الأخلاق . وملاحقة المتهم للمجني عليها في الطريق العام وقرصه ذراعها تطوي في ذاتها على الفعل الفاضح العلني لإتيان المتهم علانية فعلاً فاضحاً يخدش الحياء .

وقد قضت محكمة الاستئناف العليا في الكويت بأن تقبيل الشخص في الوجه لا يكون الركن المادي في جريمة هتك العرض ، لأنه لا يمس ما يعد عورة في الجسم وهذه الجريمة لا تقوم إلا إذا كان فعل المتهم ماساً بجزء من جسم المجني عليه يدخل من باب العرف المعتبر في حكم العورات ، ولأن خد الذكر لا يعرف في عرف البيئة عورة ، ولا هو كذلك في اعتبار الذكر أو في تقديره وأن مجرد تقبيله لا تقوم به جريمة هتك العرض حتى ولو كانت القبلة في بعض التقدير مريبة ، لأن المعول عليه في هذا المقام هو كنه الفعل في حق الناس بحسب موقعه من جسيم المجني عليه ، وليس ما يعتمل في داخل المتهم وهو من عواطفه التي لا يعلم بحقيقتها إلا الله .

ثانياً : الركن المعنوي : القصد الجنائي (٢)

جريمة هتك العرض جريمة عمدية ومن ثم يشترط أن يتوافر فيها القصد الجنائي ، ويكفي فيه القصد العام ، حيث لم يتطلب المشرع نية خاصة لدى الجاني . ويتوافر القصد الجنائي بتوجيه الجاني لإرادته باختياره نحو الفعل المكون لهتك العرض وعن علم به . فإذا شاب إرادة الفاعل عيب يعدمها تخلف القصد الجنائي وانتفت الجريمة ، كمن يدفع بأخر نحو امرأة مفاجأة فيحتضنها خشية السقوط . ولا تقوم الجريمة إذا كان من حق الشخص اتيان ما ارتكب من أفعال ، كالزوج بالنسبة إلى الاتصال المشروع مع زوجته . وينتفي القصد الجنائي بالرضا الصادر من المجني عليه ، سواء أكان صراحة أو ضمناً أي عدم الاعتراض ، إلا في الحالات التي يعاقب فيها القانون بغير أن يعتد بالرضا .

ومتى توافر القصد الجنائي على الصورة السالفة كان في هذا الكفاية لاستحقاق الجاني للعقاب ، ولا يؤثر في هذا الباعث على ارتكاب الجريمة سواء أكان إرضاء لشهوة أو حتى لمجرد الانتقام . وقد يكون للباعث أثره في تقدير القاضي للعقاب . فإذا كان المتهم قد عمد إلى كشف جسم امرأة ثم أخذ يلمس عورة منها ، فلا يقبل منه القول بانعدام القصد الجنائي لديه بدعوى أنه لم يفعل فعلته إرضاء لشهوة جسمانية وإنما فعلها بباعث بعيد عن ذلك . ويصح العقاب ولو كان الجاني لم يقصد بفعله إلا مجرد الانتقام من المجني عليه أو ذويه . والقصد الجنائي في جريمة هتك العرض يتحقق بنية الاعتداء على موضع عفة المجني عليها سواء أكان ذلك إرضاء للشهوة أو حباً للانتقام . ولا يلزم في القانون أن يتحدث الحكم استقلالاً على توافر القصد الجنائي . بل يكفي أن يكون فيما أثبتته من وقائع وظروف ما يكفي للدلالة على قيامه .

وقد ينتفي القصد الجنائي إذا ثبت رضا المجني عليه بالفعل ولم يكون جريمة أخرى ، وكذلك إذا حدث خطأ في شخصية المجني عليه وقام الدليل على الاعتقاد الخاطئ للفاعل ، ولم يكن فعله يكون جريمة بالنسبة لمن قصده أساساً .

(١) ، (٢) : د/ حسن صادق المرصفاوى ، مرجع سابق ، ص ٦٥٢ وما بعدها .

الشروع في الجريمة (٣) :

قلنا أن الركن المادي في جريمة هتك العرض يتوفر بالمساس بجزء من جسم المجني عليه يُعد من العورات ، وكذلك الأفعال التي تصيب الجسم فتخدش الحياء العرضي لما يصاحبها من فحش . ومن هذا التعريف يبين أن الجريمة تعتبر تامة بمجرد الملامسة المادية سواء للعورة أو للجزء من الجسم الذي يخدش الحياء العرضي .

ويثور التساؤل عن متى يعتبر الشروع متوافراً في هذه الجريمة ، والفرص أن القصد الجنائي قائم في كل الصور . وابتداء يجب استبعاد الصورة التي يثبت فيها مجرد انعقاد نية الشخص على ارتكاب الجريمة حتى ولو أعلن عن هذه النية وصارح بها الشخص الآخر . ولكن الصعوبة تثور حينما يتعدى الحال دور الأقوال إلى الأفعال ، وهذه الأفعال قد تعد في حد ذاتها هتكا للعرض ، الأمر الذي أثار بحث ما إذا كان الشروع في هتك العرض يمكن تصوره أم لا ، بمعنى القول بأن الجريمة إما أن توجد تامة أو أعمالاً تحضيرية . وهو ما ذهب إليه بعض الأحكام . والواقع أنه يمكن تصور الشروع إذا استطالت أفعال الجاني إلى جسم المجني عليه بنية هتك عرضه دون أن تصل إلى عورته أو إلى جزء من جسمه يخدش حياءه العرضي ، فتقف الجريمة أو يخيب أثرها لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها . فإذا صارح شخص إنساناً بنيته في هتك عرضه وهدده وضربه وأمسكه بالقوة رغم مقاومته إياه وألقاه على الأرض ليعبث بعرضه ولم ينل منه غرضه بسبب استغاثته فهذه الأفعال تكون جريمة الشروع في هتك عرض المجني عليه بالقوة . وفي حكم لمحكمة النقض قررت أنه وإن كان الركن المادي في جريمة هتك العرض لا يتحقق إلا بوقوع فعل مخل بالحياء العرضي للمجني عليه يستطيل إلى جسمه فيصيب عورة من عوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية ، إلا أنه متى ارتكب الجاني أفعالاً لا تبلغ درجة الجسامة التي تسوغ عدها من قبل هتك العرض التام ، فإن ذلك يقتضي تقصي قصد الجاني من ارتكابها ، فإذا كان قصده قد انصرف إلى ما وقع منه فقط ، فالفعل قد لا يخرج عن دائرة الفعل الفاضح ، أما إذا كانت تلك الأفعال قد ارتكبت بقصد التوغل في أعمال الفحش فإن ما وقع منه يُعد بدءاً في تنفيذ جريمة هتك العرض ، وفقاً للقواعد العامة ولو كانت هذه الأفعال في ذاتها غير منافية للآداب ولا

يشترط لتحقيق الشروع أن يبدأ الفاعل في تنفيذ جزء من الأعمال المكونة للركن المادي للجريمة بل يكفي لاعتباره شارعا في ارتكاب الجريمة أن يأتي فعلاً سابقاً على تنفيذ الركن المادي لها ومؤدياً إليه حالاً.

العقوبة (٤) :

نوع المشرع فى جريمة هتك العرض وفقاً لتوافر ظروف مختلفة أشار إليها فى المادتين ٢٦٨ و ٢٦٩ من قانون العقوبات . ويلاحظ أن تلك الظروف هى بذاتها المشار إليها فى المواد الخاصة بالمواقعة مع اختلاف قدر العقوبة .

١. هتك العرض بغير الرضاء (٥) :

تنص المادة ٢٦٨ من قانون العقوبات فى صدرها على هتك العرض بالقوة أو بالتهديد ، ولإعمال فقرتها الأولى ينبغى قيام الدليل على توافر احدى الصورتين. وقد تناولنها عند الكلام فى جريمة المواقعة ونشير إليها هنا إلى بعض تطبيقاتها .

وينصرف لفظ القوة إلى كل عنف يقع على المجنى عليه فيعدمه المقاومة ، ولا يقتصر لفظ القوة على معنى العنف المادي الذي يقع على جسم المجنى عليه ، بل يتضمن كل صور عدم الرضاء غير حالة التهديد التي نص عليها صراحة ، كالمفاجأة والمباغطة التي بهما يندم الرضاء الصحيح ويتدرج فى القوة عاهة العقل التي تعدم الرضا الصحيح ، ولا يشترط فيها أن يفقد المصاب الإدراك والإرادة معا ، بل تتوافر بفقد أحدهما وبها حينئذ يندم الرضاء الصحيح فى جريمة هتك العرض . ولا يشترط فى حالة القوة أن يترك الفعل أثراً بالمجنى عليه ، وهذا نتيجة منطقية بتحديد الفعل المادي لهتك العرض . ولهذا إذا جثم المتهم على المجنى عليها عنوة وأدخل اصبعه فى دبرها تقوم جريمة هتك العرض بغض النظر عما جاء بالكشف الطبي من عدم وجود آثار بها .

ومن التطبيقات العملية أن مباغطة المجنى عليه ووضع المتهم اصبعه فى دبره فجأة وهو جالس مع غلام آخر يندم الرضاء ويكون ركن الإكراه متوافراً . وتتوافر جريمة هتك العرض فى واقعة ثبت فيها أن المجنى عليها كانت تسير فى صحبة زوجها وكان المتهم يسير مع لفيف من الشبان وتقابل الفريقان وكان المتهم فى محاذاة المجنى عليها وعلى مسافة خمسين سنتيمتراً منها مد يده حتى لامس موضع العفة منها وضغط عليه بين أصابعه وفى واقعة أخرى ثبت أن المتهم فاجأ المجنى عليها أثناء وقوفها فى الطريق وضغط إلتيتها بيده ، لما فى ذلك من مباغطة المجنى عليها بالاعتداء المادي

على جسمها في موضع يتأذى عرض المرأة من المساس بحرمته .

ومباغته المجني عليها بوضع الجاني يدها الممدودة على قبلة من خارج الملابس يخدش حياءها العرضي وقد استطال إلى جسمها وبلغ درجة من الفحش يتوافر بها الركن المادي في جريمة هتك العرض.

ويكفي لتوافر ركن القوة في جريمة هتك عرض أنثى أن يكون الفعل قد ارتكب ضد إرادة المجني عليها أو بغير رضائها وكلاهما يتحقق بإتيان الفعل أثناء النوم . لأن حالة النوم الطبيعي سائلة للإرادة . وتتوافر الجريمة متى ثبت أن المتهم جثم على المجني عليها وهي نائمة ورفع جلبابها وأدخل قضيبه في فتحة لباسها وأخذ يحكه في فرجها من الخارج حتى أمنى فاستغاثت بوالدتها التي كانت تنام بجوارها . وكذلك في مفاجأة المتهم المجني عليها أثناء نومها وتقبيله إياها وإمسাকে بثديها . وإذا أثبت الحكم أن المتهم أخرج عضو تناسل المجني عليه بغير رضائه وهو في حالة سكر وأخذ يعبث فيه بيده فهذا كاف لإثبات ركن القوة.

وتوافر ركن القوة وعدم توافره يستخلصه القاضي من وقائع الدعوى التي تعرض عليه ، على أن تكون النتائج التي ينتهي إليها لها أصل في الأوراق ولا تتناقض مع المقدمات التي أثبتها فللمحكمة أن تستخلصه من الوقائع التي شملها التحقيق ومن أقوال الشهود.

وتبدو دقة استخلاص توافر ركن القوة أو عدم توافره في حالة سكوت المجني عليه ، سواء عند بدء الأفعال التي تقع من المتهم أو في أثنائها ، ذلك أن السكوت كما قد يحمل على أنه رضائه قد يكون عن غير رضائه كحالة الخوف من الجاني ، والرجوع في هذا لوقائع الدعوى . وقد قضى بأن هتك العرض إذا بدأ في تنفيذه بالقوة فصادف من المجني عليه قبولا ورضاء صحيحين فإن ركن القوة يكون منتقيا فيه ، لأن عدم إمكان تجزئة الواقعة المكونة له لارتكابها في ظروف وملابسات واحدة بل في وقت واحد وتنفيذاً لقصده واحد لا يمكن معه القول بأن المجني عليه لم يكن راضياً بجزء منها وراضياً بجزء آخر . كما أن العبرة في هذا المقام ليست بالقوة لذاتها بل على تقدير أنها معدمة للرضا . فإذا ما تحقق الرضاء ولم يكن للقوة أي أثر في الحقيقة فإن مساءلة المتهم عنها لا يكون

لها أدنى مبرر ولا مسوغ . فإذا كان هتك العرض قد وقع بسلسلة أفعال متتالية وكان وقوع أولها مباحة ولكن المجني عليه سكت ولم يعترض على الأفعال التالية التي وقعت عليه فإن ذلك ينسحب على الفعل الأول فيجعله أيضا حاصلًا بالرضاء . ومجرد ارتكاب فعل هتك العرض في الظلام وفي مكان غير أهل بالسكان لا يعتبر قد تم بغير رضاء .

وقد جعل المشرع التهديد في مرتبة القوة ، يستوي فيه أن يكون ماديا أو أدبيا على ما سلف القول عند الكلام على الواقعة ، فكلاهما ينتهي إلى أثر واحد هو انعدام رضاء المجني عليه ، بل كثيرا ما يصاحب القوة التهديد . من هذا القبيل ما قضى به من أنه إذا كان المتهم قد طرق باب المجني عليها ليلاً ففتحته معتقدة أنه زوجها فسارع المتهم بالدخول وإغلاق الباب من خلفه وأمسكها من صدرها ومن كتفها وجذبها إليه وروادها عن نفسها مهددا إياها بالإيذاء أن رفضت فاستغاثت فاعتدى عليها بالضرب فإن هذا الفعل يجعل الواقعة هتك عرض بالقوة .

ويستوي الخداع مع القوة والتهديد ، لأن أثرهما هو انعدام رضاء المجني عليه . ومتى ثبت أن المجني عليها قد انخدعت بمظاهر الجاني فاعتقدت أنه طيب فسلمت بوقوع الفعل عليها ولم تكن لترضى لولا هذه المظاهر فإن هذا يكفي للقول بأن المجني عليها لم تكن راضية بما وقع من المتهم .

ويجب على المحكمة أن تعني باستظهار شرط القوة أو التهديد ، لاسيما حين يدفع المتهم بوقوع الفعل برضاء المجني عليه . فإذا كانت المحكمة قد استظهرت ركن القوة بقولها انه متوافر لدى المتهم الذي أثار اشمئزها واستنكارها في أول مرة ودفعها إلى صفع المتهم المذكور ثاني مرة ، فإن ما ذكرته المحكمة من ذلك يكفي للرد على ما أثاره الطاعن من انتفاء ركن استعمال القوة ، لأن المجني عليها سكتت عندما وقع عليها الفعل في المرة الأولى مما يدل على رضائها به . وإذا كان الحكم المطعون فيه حين أدان الطاعن بجريمة هتك العرض بالقوة لم يستظهر ركن الاكراه الواجب توافره لقيام هذه الجريمة وأغفل التحدث عما دفع به الطاعن من أن الأفعال المنسوبة إليه تمت برضاء المجني عليها فإنه يكون قاصرا ، على أنه لا يلزم أن يتحدث الحكم استقلالاً عن ركن القوة متى كان ما أورده من وقائع وظروف ما يكفي للدلالة على قيامه .

ظروف مشددة (٦) :

أورد المشرع ظروفًا مشددة في المادة ٢/٢٦٨ من قانون العقوبات رفع عند توافرها العقوبة إلى السجن المشدد وهي خاصة بأصول المجني عليه والمتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادما عنده أو عند من تقدم ذكرهم .

كما تناول النص سالف الذكر حالة ما إذا كان عمر من وقعت عليه الجريمة لم يبلغ ثماني عشرة سنة كاملة . وقد رأى المشرع أن من لم يبلغ السن المشار إليها ليست له الإرادة الكافية لرد العدوان الواقع عليه فاعتد به كظرف مشدد . ومن أجل هذا نجد أن القضاء لا يعتد برضاء الصغير حين يثبت عدم تمييزه ويعتبر أن هتك العرض قد تم بالقوة فقد قضى بأن تعتبر جريمة هتك العرض بالقوة متى لم تكن المجني عليها ذات إرادة يمكنها بها أن تمنع المتهم لصغر سنها الذي لم يزد على ثلاث سنين وعدم تمييزها .

والبنت التي عمرها ست سنوات تكون مسلوقة الإرادة فالفسق بها يعتبر باكراه وان تبين من أقوالها أنها كانت تمتثل للمتهم كلما أتاها .

وقد نصت المادة ٣/٢٦٨ عقوبات على أنه ” .. وإذا اجتمع هذان الشرطان معا يحكم بالسجن المؤبد ” . أي يحكم بهذه العقوبة عند توافر ظرف صغر السن مع كون الجاني ممن نص عليهم في المادة ٢٦٧ / عقوبات .

(٣) ، (٤) ، (٥) : د/ حسن صادق المرصفاوي ، مرجع سابق ، ص ٦٥٨ وما بعدها .

هتك عرض صبي أو صببية لم يبلغ

مادة (٢٦٩)

كل من هتك عرض صبي أو صببية لم يبلغ سن كل منهما ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة بغير قوة أو تهديد يُعاقب بالسجن، وإذا كان سنه لم يجاوز اثنتي عشرة سنة ميلادية كاملة أو كان من وقعت منه الجريمة ممن نُص عليهم في الفقرة الثانية من المادة (٢٦٧) تكون العقوبة السجن المشدد مدة لا تقل عن سبع سنوات.

وفقاً لآخر تعديل بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١١ الصادر بتاريخ ٢٢ / ٣ / ٢٠١١ نشر بتاريخ ٢٢ / ٣ / ٢٠١١ في الجريدة الرسمية

بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ ..

جناية هتك العرض بغير قوة أو تهديد

تمهيد :

كما يعاقب القانون على هتك العرض المقترن بالقوة أو بالتهديد يعاقب عليه إذا تجرد من القوة والتهديد في حالة معينة ، هي تلك التي تكون فيها سن المجني عليه أقل من ثماني عشرة سنة كاملة .
أركان الجريمة (١) .

تتطلب هذه الجريمة لقيامها ، بالإضافة إلى الركنين المادي والمعنوي اللازم توافرها في جرائم هتك العرض جميعا ، عدم بلوغ سن المجني عليه ثماني عشرة سنة كاملة . وتفترض فضلاً عن ذلك تخلف ركن القوة أو التهديد ، أو بعبارة أخرى أن يكون الفعل قد وقع على المجني عليه برضاء صحيح من جانبه . فكل ما ينفي رضاء المجني عليه كالإكراه المادي أو المعنوي والمباغته ، أو يعيب هذا الرضاء كالخدعية والسكر والجنون يحول دون تطبيق المادة ٢٦٩ع ويعتبر فعل الجاني هتك عرض بالقوة أو التهديد يخضع لنص المادة ٢٦٨ع .

والعبرة هي بسن المجني عليه وقت ارتكاب الجريمة . وإذا تعذر معرفة سنه الحقيقي ، بسبب كونه من ساقطي القيد مثلاً ، جاز للمحكمة أن تستعين في تقديرها لسنه بتقارير الأطباء . ويفترض علم الجاني بحقيقة سن المجني عليه حتى يقيم الدليل على أنه كان يجهل هذا السن وأن جهله به كان راجعاً إلى أسباب قهرية . فإذا تمكن من إقامة هذا الدليل وجبت تبرئته لتخلف القصد الجنائي .

ويلاحظ أنه إذا كان المجني عليه في جريمة هتك العرض بدون قوة أو تهديد أنثى فإن الركن المادي للجريمة يمكن في هذه الحالة أن يتخذ صورة الوقاع أي الاتصال الجنسي الطبيعي، وذلك لأن رضاء المجني عليها يحول حينئذ دون قيام جناية الاغتصاب فلا يصبح هناك محل لمساءلة الجاني إلا عن جريمة هتك العرض بدون قوة أو تهديد باعتبار أن فعل الوقاع يتضمن هتك العرض.

عقوبة الجريمة (٢) :

كانت جريمة هتك العرض بدون قوة أو تهديد هي في الأصل جنحة يعاقب عليها بالحبس الذي تصل أقصى مدته إلى ثلاث سنوات وكان ذلك قبل جعلها جنائية بالتعديل بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١١.

ومع ذلك فقد نص القانون على تغليظ هذه العقوبة ورفعها إلى السجن المشدد في حالتين: الأولى إذا كان سن المجني عليه لم يبلغ وقت ارتكاب الجريمة اثني عشرة سنة ميلادية كاملة . والثانية إذا كان الجاني من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادماً بالأجرة عنده أو عند أحد ممن تقدم ذكرهم.

والواقع أن النص على تشديد العقاب في الحالة الأولى هو من قبيل التزيد الذي قد يؤدي إلى شيء من اللبس . وذلك لأن الفعل في هذه الحالة هو في حقيقته هتك عرض بالقوة أو التهديد ، نظراً لأن انعدام التمييز لدى المجني عليه يفيد انعدام الرضاء الصحيح من جانبه ، فيكون فعل الجاني بهذا الوصف معاقباً عليه بالسجن المشدد طبقاً للمادة ٢٦٨ ع . ويقول د/ عمر السعيد رمضان : ولهذا نعتقد أنه كان من الأوفق ألا ينص المشرع في المادة ٢٦٩ ع على الحالة المذكورة وأن يتركها تخضع لحكم المادة ٢٦٨ ع . وحينئذ كان يمكن الوصول بالعقوبة إلى درجة أكبر من التشديد ، إذ تصبح عقوبة الجاني السجن المؤبد فيما لو كان من أصول المجني عليه أو من المتولين تربيته أو ملاحظته أو ممن لهم سلطة عليه أو كان خادماً بالأجرة عنده أو عند من تقدم ذكرهم.

(١) ، (٢) : د/ عمر السعيد رمضان ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧ وما بعدها .

تحريض المارة على الفسق

مادة (٢٦٩ مكرر)

يُعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر كل من وُجد في طريق عام أو مكان مطروق يحرض المارة على الفسق بإشارات أو أقوال.

فإذا عاد الجاني إلى ارتكاب هذه الجريمة خلال سنة من تاريخ الحكم عليه نهائياً في الجريمة الأولى تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تزيد على ثلاثة آلاف جنيه، ويستتبع الحكم بالإدانة وضع المحكوم عليه تحت مراقبة الشرطة مدة مساوية لمدة العقوبة.

وفقاً لآخر تعديل بقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١١ الصادر بتاريخ ٢٢ / ٣ / ٢٠١١ نشر بتاريخ ٢٢ / ٣ / ٢٠١١ في الجريدة الرسمية

بشأن تعديل بعض أحكام قانون العقوبات الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧.

تحريض المارة على الفسق

أركان الجريمة

أولاً : فعل التحريض : ويكون ذلك بإشارات وأقوال يرتكبها الجاني وغالباً ما يكون هؤلاء قوادين يحرضون على الفسق .

هذه الجريمة لا تتحقق إلا بصدور إشارات أو أقوال من الجاني تتطوى على إيماءات جنسية منعكسة على الممارسة الجنسية بحيث لا تخرج دلالة الإشارة أو دلالة القول عن ذلك ، وأن يكون القصد هو تصيد من يأنس منه قبولا لدعوته إلى الفسق (١) .

(١) الطعن رقم ٤٧٠٨٤ لسنة ٥٩ ق - جلسة ١٩٩٦/١٢/٢٢ س ٤٧ ص ١٣٧٩ .

والفسق هو كل سلوك جنسي يخالف الآداب العامة سواء كان هذا السلوك متمثلاً في الواقعة الجنسية الكاملة أو الناقضة التي تتفق مع الطبيعة أو السلوك الشاذ الذي يخرج عن العادي والمألوف . فلفظ فسق لفظ عام يتسع لكل الأعمال الشهوانية أو المخالفة للآداب .

ثانياً : وقوع الجريمة في طريق عام أو مكان مطروق :

ولكى ينطبق نص المادة ٢٦٩ مكررا يجب أن تصدر الأقوال أو الإشارات التي تتضمن الدعوة إلى الفسق في طريق عام أو مكان مطروق .

الركن المعنوي : يتحقق القصد الجنائي لدى الجاني بانصراف نيته إلى دعوة المجني عليه لارتكاب الفسق .

العقوبة : الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر

- الظرف المشدد للعقوبة : (حالة العود) الحبس مدة لا تقل عن سنة وغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تزيد على ثلاثة آلاف جنيه بالإضافة إلى وضع المحكوم عليه تحت مراقبة الشرطة مدة مساوية لمدة العقوبة . إذا عاد الجاني الى ارتكاب هذه الجريمة خلال سنة من تاريخ الحكم عليه نهائياً في الجريمة الأولى .

ماده ٢٧٠

ملغاة بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة الصادر في ٢٦/٤/١٩٥١ ونشر في ٢٨/٤/١٩٥١.

□ القضية رقم ٢٧ - لسنة ٣٠ ق - تاريخ الجلسة ٧ / ٢ / ٢٠١٠ □

ماده ٢٧١

ملغاة بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة.

ماده ٢٧٢

ملغاة بالقانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٥١ بشأن مكافحة الدعارة.

محاكمة الزانية بناء على دعوى زوجها

ماده ٢٧٣

لا تجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها إلا إنه إذا زنى الزوج في المسكن المقيم فيه مع زوجته كالمبين في المادة ٢٧٧ لا تسمع دعواه عليها.

الزنا فى القانون المصرى

ينص قانون العقوبات على الزنا فى المواد ٢٧٣ - ٢٧٧ ، ويجمع فى هذه المواد الأحكام الموضوعية والشكلية ، وسيكون الكلام قاصراً على الأحكام الموضوعية ، أما القواعد الخاصة بدعوى الزنا فتدخل فى دراسة الإجراءات الجنائية .

وقد اقتبس الشارع المصرى أحكام الزنا من القانون الفرنسى (المواد ٣٣٧ - ٣٣٩) . فيعاقب على الزنا إذا حصل من امرأة متزوجة أو من رجل متزوج ، ويفرق بين جريمة الزوج وجريمة الزوجة من عدة وجوه ، فالجريمة لا تقوم بالنسبة إلى الزوج إلا إذا وقع منه الزنا فى منزل الزوجية بينما ترتكب الزوجة الزنا فى أي مكان ، وتعاقب الزوجة على الزنا بالحبس لغاية سنتين بينما يعاقب الزوج بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور ، وللزوج أن يعفو عن زوجته بعد الحكم النهائي عليها ، أما الزوجة فلا حق لها إلا فى التنازل السابق على الحكم النهائي . والتفرقة بين الزوجين لا مبرر لها وإنما هي أثر من آثار القانون الرومانى ، فقد كانت المساواة فيه بين الزوجين غير مرعية وكانت جريمة الزنا لا ترتكب إلا من الزوجة (١) .

(١) د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٣٦ وما بعدها .

ان كل ما يوجب القانون على النيابة العامة أن تثبت أن المرأة التى زنى بها متزوجة كما هو الحال فى هذه الدعوى ، وليس عليها أن تثبت علم الطاعن بأنها كذلك إذ أن علمه بكونها متزوجة أمر مفترض . وكان عليه أن يثبت أن الظروف كانت لا تمكنه من معرفة ذلك لو استقصى عنه وهو مالم يقيم به (٢) .

(٢) الطعن رقم ٣٠٤٥ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٦/١٠/١٩٨٨ س ٣٩ ص ٩١٤ .

المقصود بالشكوى :

المقصود بالشكوى اصطلاحاً البلاغ الذى يقدمه المبنى عليه إلى السلطة المختصة وكانت المادتين ٢٧٣ ، ٢٧٧ من قانون العقوبات إذ تطلب للمحكمة فى جريمة الزنا أن لا تكون إلا بناء على دعوى

الزوج لم تقصد بكلمة - دعوى - أكثر من مجرد شكوى الزوج أو طلب رفع الدعوى (٣) .

(٣) الطعن رقم ٦٦٥٦ لسنة ٦٢ ق- جلسة ١٦/٩/١٩٩٣ س ٤٤ ص ٧٢٦

إذا تبين أن دخول المنزل كان بقصد ارتكاب جريمة الزنا لما تقع ، فلا حاجة لشكوى الزوج كي ترفع الدعوى ، ذلك بأن القانون لم يشترط هذا القيد . وهو شكوى الزوج . الا فى حالة تمام جريمة الزنا (٤) .

(٤) الطعن رقم ٢٢٣٩ لسنة ٣٠ ق- جلسة ١٣/٢/١٩٦١ س ١٢ ص ٢٠٦

إن جريمة الزنا ليست إلا جريمة كسائر الجرائم تمس المجتمع لما فيها من إخلال بواجبات الزواج الذي هو قوام الأسرة والنظام الذي تعيش فيه الجماعة ، ولكن لما كانت هذه الجريمة تتأذى بها في ذات الوقت مصلحة الزوج وأولاده وعائلته ، فقد رأى الشارع في سبيل رعاية هذه المصلحة أن يوجب رضاء الزوج عن رفع الدعوى العمومية بها . وإذا كان هذا الإيجاب قد جاء على خلاف الأصل كان من المتعين عدم التوسع فيه وقصره على الحالة الوارد بها النص . وهذا يقتضى اعتبار الدعوى التي ترفع بهذه الجريمة من الدعاوى العمومية في جميع الوجوه إلا ما تناوله الاستثناء في الحدود المرسومة له ، أي فيما عدا البلاغ وتقديمه والتنازل عنه ، واذن فمتى قدم الزوج شكواه فإن الدعوى تكون ككل دعوى تجري فيها جميع الأحكام المقررة للتحقيق الابتدائي وتسري عليها إجراءات المحاكمة ، ولا يجوز تحريكها ومباشرتها أمام المحاكم من صاحب الشكوى إلا إذا كان مدعياً بحق مدني (٥) .

(٥) الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ١١ ق- جلسة ١٩/٥/١٩٤١

إذا صدر تنازل من الزوج المجنى عليه فى جريمة الزنا بالنسبة للزوجة سواء أكان قبل الحكم النهائي أو بعده وجب حتماً أن يستفيد منه الشريك ويجوز أن يتمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض لتعلقه بالنظام العام وينتج أثره بالنسبة للدعوى الجنائية والمدنية (٦) .

(٦) الطعن رقم ١٣٦٩ لسنة ٤٧ ق- جلسة ١٩٧٨/٥/٢٢ س ٢٩ ص ٥٢٧ ؛ الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٤١ ق- جلسة ١٩٧١/٥/٣١ س ٢٢ ص ٤٢٧ .

عقوبة الزوجة الزانية

ماده ٢٧٤

المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت.

زنا الزوجة (١)

أركان الجريمة: تنص المادة ٢٧٤ عقوبات على جريمة زنا الزوجة وتبين المادة محل التعليق أن الزوجة ترتكب الزنا إذا توافرت الشروط الآتية :

(١) وقوع الوطء ، (٢) حال قيام الزوجية ، (٣) بقصد جنائي .

الوطء : تشترك جريمة الزنا مع جناية الاغتصاب في هذا الشرط ، فهي لا تقوم إلا بحصول الوطء فعلاً بالطريق الطبيعي . وبناء عليه لا تقع الجريمة بما دون ذلك من أعمال الفحش التي ترتكبها الزوجة مع رجل أو امرأة أخرى . والوطء في ذاته كاف لتكوين الجريمة متى توافرت الشروط الأخرى ، فلا يؤثر في ذلك كون الحمل مستحيلاً ، إذ ليس الغرض من العقاب اختلاط الأنساب بل صيانة حرمة الزواج ، فيعاقب على الزنا ولو كانت الزوجة قد بلغت سن الإياس أو كان شريكها لم يبلغ سن الحلم ، وما إلى ذلك .

قيام الزوجية : ويشترط أن يقع الوطء وعلاقة الزوجية قائمة فعلاً أو حكماً ، فلا ترتكب المرأة جريمة الزنا إذا وقع منها الوطء قبل عقد الزواج ، ولو حصل أثناء الخطبة وحملت منه المرأة ولم تضع إلا بعد زواجها ، إذ أن حقوق الزوجية لا تكتسب إلا بعد الزواج . ويشترط أن يكون العقد صحيحاً فلا يقع الزنا إذا كان العقد باطلاً أو فاسداً . كذلك لا يُعد الوطء من قبيل الزنا إذا وقع من المرأة بعد انحلال رابطة الزوجية بوفاة الزوج أو بطلاق . لكن تجب التفرقة بين الطلاق الرجعي والطلاق البائن ، فارتكاب الفعل أثناء عدة الطلاق الرجعي يكون جريمة الزنا لأن الطلاق الرجعي لا يرفع أحكام الزواج ولا يزيل ملك الزوج قبل انقضاء العدة . أما إذا كانت التطليقة بائنة فإنها تزيل ملك الزوج ، ويحل للمطلقة أن تتزوج ممن شاءت ، فإذا ما ارتكبت الفعل في المدة التي كانت فيها بائنة فإنها لا ترتكب بذلك الزنا . وإذا دفعت الزوجة أو شريكها تهمة الزنا بأنها مطلقة ، أو أنها لم تكن متزوجة من الأصل ، أو أن زواجها باطل أو فاسد ، جاز للمحكمة الجنائية أن توقف الدعوى الجنائية وتحدد للمتهم أجلاً لرفع المسألة المذكورة إلى الجهة ذات الاختصاص (المادة ٢٢٣ من قانون الإجراءات الجنائية) .

القصد الجنائي : يتوافر القصد لدى الزوجة التي ارتكبت الفعل عن إرادة وعن علم بأنها متزوجة وأنها تواصل شخصاً غير زوجها . فلا تقوم الجريمة لانعدام القضاء إذا ثبت أن الوطاء قد حصل على غير رضاء الزوجة ، نتيجة لقوة أو تهديد أو أي سبب من الأسباب المدعمة للرضاء . فإذا تسلل رجل إلى مخدع امرأة فسلمت له ظناً منها أنه زوجها فإن الواقعة تكون قد حصلت مباغته على غير رضاها فلا ترتكب الزنا ويرتكب الفاعل جناية الاغتصاب . كذلك ينتفي القصد إذا كانت الزوجة وقت الفعل تجهل أنها مقيدة بعقد زواج ، كما لو اعتقدت أنها مطلقة أو أن زوجها الغائب قد مات .

عقوبة الجريمة : تعاقب الزانية بالحبس مدة لا تزيد على سنتين (المادة ٢٧٤) ، ويعاقب الزاني بها بنفس العقوبة (المادة ٢٧٥) وكلمة ” الزاني ” يقابلها في النص الفرنسي كلمة **complice** أي ” الشريك ” ، وهو تعبير أدق . حقيقة إن أول ما يتبادر إلى الذهن أن الزاني والزانية فاعلان أصليان ، فقد ارتكب كل منهما فعل الوطاء ، ولكن القانون يعتبر جريمة الزنا موجهة ضد الزوجين ، فالفاعل الأصلي فيها هو الزوجة الزانية أو الزوج الزاني ، أما الطرف الآخر فشريك في هذه الخيانة . ولما كان يشترط في جريمة الاشتراك أن ينصرف قصد الشريك إلى المساهمة في الجريمة بأركانها المحددة في القانون فإنه يشترط لتحقيقها أن يكون الشريك عالماً وقتها أنه يأتي الفعل مع زوجة ، فإذا كان يجهل رابطة الزوجية فإن القصد الجنائي يكون منتفياً لديه .

تعليق رفع الدعوى على شكوى (٢) : لا يجوز أن ترفع الدعوى الجنائية في جريمة الزنا - زنا الزوج أو زنا الزوجة - إلا بناء على شكوى من الزوج المجني عليه أو من يمثله . وهناك مسألة تمس الشكل والموضوع معا وتثير نقاشاً في الفقه ، وهي هل يحق للزوج المجني عليه أن يشكو زوجته إذا كان قد رضى بالزنا عند وقوعه .

في حكم لإحدى المحاكم جاء ما يلي : ” إن جريمة الزنا هي في الحقيقة والواقع جريمة في حق الزوج المثلوم شرفه ، فإذا ثبت أن الزوج كان يسمح لزوجته بالزنا ، بل إنه قد اتخذ من هذا الزواج حرفة يبغي من ورائها العيش مما تكسبه زوجته من البغاء ، فإن مثل هذا الزوج لا يصح أن يعتبر زوجاً حقيقة ، بل هو زوج شكلاً ، لأنه فرط في أهم حق من حقوقه وهو اختصاص الزوج بزوجته

، ومادام قد تنازل عن هذا الحق الأساسي المقرر أصلاً لحفظ كيان العائلة وضبط النسب فلا يصح بعد ذلك أن يعترف به كزوج ولا يبقى له من الزوجية سوى ورقة عقد الزواج . أما زوجته فتعتبر في حكم غير المتزوجة ولا يقبل منه كزوج أن يطلب محاكمة زوجته أو أحد شركائها إذا زنت ، وإلا كان هذا الحق متروكا لأهوائه يتخذه وسيلة لسلب أموال الزوجة وشركائها كلما عن له ذلك بواسطة تهديدهم بالفضيحة .

وهذا القضاء لا يستند إلى أساس قانوني ، فلا نزاع في أن الزنا إذا وقع كان للزوج المجني عليه الحق في طلب رفع الدعوى ، ولا يوجد في القانون المصري نص يحرمه من هذا الحق أو يحول دون معاقبة الزاني أو الزانية متى قدمت الشكوى . ويصح النظر بعد ذلك فيما إذا كان رضاء المجني عليه يبيح الزنا . من الشراح من يرى أن رضاء المجني عليه بالجريمة عند وقوعها لا يببر ارتكابها ولا يحول بالتالي دون المعاقبة عليها . ولكن الراجح في الفقه أن ذلك الرأي لا يؤخذ على إطلاقه ، فرضاء المجني عليه من أسباب الإباحة إذا كان الحق المعتدى عليه مما يجوز للمجني عليه التصرف فيه . ولا نزاع في أن حقوقه الزوجية ليست من الحقوق التي يجوز التنازل عنها لتعلقها بالنظام العام ، ومن ثم فإن رضاء المجني عليه بوقوع الزنا لا يببره . فالأمر يقتضي حلاً تشريعياً على غرار ما لجأ إليه قانون العقوبات الإيطالي في المادة ٥٦١ (٣) .

(١) ، (٢) ، (٣) : د/ محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٢٧ وما بعدها .

عقوبة الزانى

ماده ٢٧٥

ويعاقب ايضا الزانى بتلك المرأة بنفس العقوبة.

وضع شريك الزوجة

ان جريمة الزنا هي جريمة ذات طبيعية خاصة لأنها تقتضى التفاعل بين شخصين يعد القانون أحدهما فاعلا أصليا وهي الزوجة وبعد الثانى شريكا وهو الرجل الزانى . فاذا انمحت جريمة الزوجة وزالت آثارها لسبب من الأساليب وقبل صدور حكم نهائى على الشريك ، فان التلازم الذهني يقتضي محو جريمة الشريك أيضا ، لأنها لا يتصور قيامها مع انعدام ذلك الجانب الخاص بالزوجة ، وإلا كان الحكم على الشريك تأثيما غير مباشر للزوجة التي عدت بمنأى عن كل شبهة إجرام ، كما أن العدل المطلق لا يستسيغ بقاء الجريمة بالنسبة للشريك مع محوها بالنسبة للفاعلة الأصلية لأن اجرام الشريك إنما هو فرع من اجرام الفاعل الأصلي ، والواجب في هذه الحالة أن يتبع الفرع الأصل ما دامت جريمة الزنا لها ذلك الشأن الخاص الذي تمتع معه التجزئة وتجب فيه ضرورة المحافظة على شرف العائلات (١) .

(١) الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧١/٥/٣١ س ٢٢ ص ٤٣٧ ؛ و الطعن رقم ٨٨٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٠/١١/١٣ س ٣١ ص ٩٩٥ ؛ و الطعن رقم ٤٤٩٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٢/٨ س ٣٣ ص ١٧٣

وتنازل الزوج عن شكواه ضد زوجته الطاعنة الأولى - والمقدم لهذه المحكمة - محكمة النقض - ينتج أثره القانوني بالنسبة لها ولشريكها - الطاعن الثاني - مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه بالنسبة للطاعنين ، والقضاء بانقضاء الدعوي الجنائية للتنازل وبراءتها مما أسند اليهما (٢) .

(٢) الطعن رقم ٨٨٧ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٠/١١/١٣ س ٣١ ق ١٩٢ ص ٩٩٥ .

أدلة الزنا

ماده ٢٧٦

الادلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل او اعترافه او وجود مكاتيب او اوراق اخرى مكتوبة منه او وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم .

أدلة الزنا (١)

حصر الأدلة هو بالنسبة لشريك الزوجة فقط - ومن المقرر فقها وقضاء أن القانون لم يحدد أدلة الإثبات في جريمة الزنا إلا بالنسبة لشريك الزوجة الزانية . أما الزوجة نفسها وكذا الزوج وشريكته فلم يشترط القانون بشأنهم أدلة خاصة بل ترك الأمر في ذلك للقواعد العامة .

قبول كافة الأدلة بالنسبة للزوجة وكذا بالنسبة للزوج وشريكته - فيجوز إثبات زنا الزوجة بكافة طرق الإثبات القانونية (نقض ١٤ يناير سنة ١٩٠٥ مج ٦ عدد ٤٩ و ١٣ فبراير سنة ١٩٣٣ قضية رقم ٦٨٠ سنة ٣ قضائية) .

وكذلك يجوز إثبات زنا الزوج وشريكته بكافة طرق الإثبات القانونية (أسيوط الابتدائية ١١ يناير سنة ١٩١٩ مج ٢٠ عدد ٧٩) .

- وبناء على ذلك يجوز إثبات الزنا في حق أولئك الأشخاص بالبيئة وقرائن الأحوال ، وفي الواقع يتعذر إثبات الزنا بغير القرائن ، فهي الدليل العملي الذي يلجأ إليه في إثباته . وذلك لأن الزنا يقتضي إتمام فعل الجماع ، وهو أمر يكاد لا يمكن مشاهدته .

- أما القرائن التي من شأنها إثبات الزنا فتستنتج من الوقائع أو الملابس التي يمكن أن يؤخذ منها بوجه التأكيد أن الزوجة لها صلوات غرامية بعشيق يهاواها أو أن الزوج كان له مثل هذه الصلوات في منزل الزوجية .

وهذه الوقائع والملابس لا يمكن حصرها ولا التكهن بها ، بل تختلف تبعاً للحوادث ، وللقاضي مطلق السلطة في تقديرها . نذكر منها على سبيل المثال مفاجأة المتهمين أو مشاهدتهما في حالة تشعر حتماً بوقوع الفعل الجنائي ، وسماع المحاورات التي يمكن أن تكون دارت بينهما ، وفرار الزوجة مع عشيقها أو الزوج مع خليلته ، وكون المتهمين قد سكنا في غرفة واحدة واقتسما سريراً واحداً وعاشا معاً كزوجين ، وحمل الزوجة أثناء غياب زوجها ، ووجود صور فوتوغرافية تمثل المتهمين في وضع مريب ، ونقل مرض سري من أحدهما للآخر... إلخ.

- ومن أظهر الأدلة على وقوع الزنا مشاهدة المتهمين متلبسين بالجريمة سواء بواسطة مأمور من مأموري الضبطية القضائية شاهدهما على هذه الحالة وأثبت ذلك في محضره ، أو بواسطة شهود قرروا ذلك في التحقيق . على أنه حتى في هذه الحالة يتعذر وجود الدليل المباشر على وقوع الجريمة . فيكفي أن يكون المتهمان قد شوهدا عقب ارتكاب الجريمة في ظروف لا تترك مجالاً للشك في اتصالهما ببعضهما .

- أشرنا فيما تقدم إلى أن التلبس بالجريمة يمكن إثباته بمشاهدة مأمور رسمي كما يمكن إثباته بشهادة شهود . إلا أنه بينما فيما يختص بالشريك لا تقبل الشهادة إلا إذا كانت منصبه على حالة التلبس، فليس الأمر كذلك فيما يتعلق بالزوج أو الزوجة إذ يجب الرجوع بالنسبة لهما إلى قواعد الإثبات العامة ، ويكفي أن يشهد الشاهد على أية واقعة يمكن أن يستنتج منها القاضي وقوع الجريمة .

- ويجوز للقاضي الجنائي أن يعتبر اعتراف الزوجة أو الزوج دليلاً كافياً على الزنا المنسوب إليهما . وليس بلازم بالنسبة لهما أن يكون الاعتراف قضائياً بل يجوز أن يكون صادراً في غير مجلس القضاء ، ويصح إثباته بكافة الطرق .

- ولا يخفى أن الاعتراف في المواد الجنائية لا يقيد القاضي ولا يعفيه من البحث وراء أدلة أخرى . وهو في باب الزنا ادعى للزانية إذ قد يكون الباعث عليه الحصول على حكم بالطلاق .

- ويجوز للقاضي أن يجد الدليل على زنا الزوجة أو الزوج في المكاتيب والأوراق . لكن لا يشترط كما في حق الشريك أن تكون صادرة عنهما . فيجوز أن يحتج على الزوجة بخطابات يكون أرسلها إليها عشيقها ولو لم تقدم جواباتها عنها .

- الأدلة التي تقبل في حق الشريك (٢) - قلنا إن الشارع استثناء من القواعد العامة قد حصر الأدلة التي تقبل وتكون حجة على شريك الزوجة الزانية فيما يأتي :

(١) تلبسه بالجريمة ، (٢) اعترافه ، (٣) وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه ، (٤) وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم (المادة ٢٧٦) .

وقد أراد الشارع بحصر الأدلة التي تقبل على الشريك تضييق دائرة الإثبات بالنسبة له ، فلا تقبل في حقه سوى الأدلة التي نص عليها القانون . ونتيجة هذا التضييق أنه يجوز في بعض الأحوال الحكم على الزوجة الزانية التي ثبت زناها بشهادة الشهود أو بقرائن الأحوال وتبرئة شريكها لانعدام الدليل الذي يقبل ضده .

التلبس بالجريمة - من المقرر فقهاً وقضاءً أنه لا يشترط في حالة التلبس أن يشاهد الجاني حال ارتكابه الزنا بالفعل أو عقب ارتكابه ببرهه يسيرة ، بل يكفي أن تكون الزانية وشريكها قد شوهدا في ظروف لا تترك مجالاً للشك عقلاً في أنهما ارتكبا الفعل المكون للزنا (نقض مصري ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ قضية رقم ١١٦٨ سنة ٢ قضائية و ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ قضية رقم ٢١ سنة ٦ قضائية وأسيوط الابتدائية ١٠ فبراير لسنة ١٩١٦ مج ١٧ عدد ٥٦) .

- وقد حكم بثبوت جريمة الزنا على الشريك لوجوده في حالة تلبس :

إذا كان الزوج قد فاجأ المتهم في منزله ليلاً خالعا ملابسه الخارجية وسرواله ومختفياً تحت مقعد في غرفة مظلمة بينما كانت الزوجة في حالة اضطراب وكانت تتظاهر بادئ الأمر بالنوم عند دخول زوجها ومفاجأته لها (نقض ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ قضية رقم ١١٦٨ سنة ٢ قضائية) .

وإذا كان الزوج قد حضر إلى منزله في منتصف الساعة العاشرة ليلاً ولما قرع الباب فتحته زوجته وهي مضطربة مرتبكة ، وقبل أن يتمكن من الدخول طلبت منه أن يعود للسوق ليستحضر لها حلوى فاستمهلها قليلاً ولكنها ألحت عليه في هذا الطلب فاعتذر غير أنها عادت وطلبت منه أن يستحضر لها حوائج أخرى فاشتبه في أمرها ودخل غرفة النوم وفيها وجد المتهم تحت السرير مختفياً وكان خالعاً حذاه وكانت زوجته عند قدميه لا شيء يسترها غير جلاية النوم (نقض ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ قضية رقم ٢١ سنة ٦ قضائية) .

وإذا كان المتهم قد أخذ الزوجة من منزل زوجها وأسكنها في منزل شخص أجنبي وبات معها ليلة كاملة في خلوة وصار يتردد عليها بعد ذلك (أسيوط الابتدائية ١٠ فبراير سنة ١٩١٩ مج ١٧ عدد ٥٦) .

وإذا وجدت امرأة في ساعة متقدمة من الليل في منزل رجل وكانت ملابسها في حالة من سوء النظام لا تترك مجالاً للشك في أمر الزنا الذي ارتكبه .

وإذا وجدت الزوجة وعشيقتها في غرفة اختليا فيها مدة ثلاثة أرباع الساعة ، ولما أن نبه عليهما بفتح الباب رفضا ذلك وبقيتا على حالتها هذه إلى أن جاء صانع في الساعة الحادية عشرة مساء وفتح الباب عنوة.

وإذا كانت الزوجة وعشيقتها قد عاشا علنا كزوجين ولم يكن لهما سوى غرفة واحدة للنوم ليس بها سوى سرير واحد ، ولما أن وضعت المرأة عهد العشيق بالطفل إلى مرضع واعترف ببنوته له .

وإذا اجتمع الرجل والمرأة معاً في غرفة في فندق حيث أعد لهما حمامان وشهد شهود بأنهم سمعوا صوت قبلاتهما .

وإذا شهد بعض الجيران بأنهم رأوا الزوجة وعشيقتها يدخلان في حجرة أحكما إغلاقها وأنهم سمعوا قبلاتهما كما سمعوا قرقعة أثاث وصوت تهديدات وكلمات متقطعة ورفض المتهمان فتح باب الحجرة لرجال الشرطة.

وإذا وجد المتهمان ليلاً في غرفة واحدة ليس بها سوى سرير واحد كانت المرأة نائمة فيه بينما كان الرجل بقميص النوم وملابسه ملقاة في الغرفة.

ولكن حكم بعدم توفر أدلة الزنا إذا وجدت الزوجة في منزل المتهم ليلاً وهو أعزب ، ” لأن وجود المرأة في منزل المتهم ليلاً لأي غرض لا يمكن أن يعد من أدلة الزنا القانونية ” (نقض مصري ٧ فبراير سنة ١٩٢٧ محاكمة ٨ عدد ١٠) .

على أنه يجب أن يلاحظ عدم الخلط بين الظروف المكونة لحالة التلبس وبين طرق الإثبات التي يمكن بواسطتها إقامة الدليل على هذه الحالة . فكل ما أوجبه القانون لمعاقبة الشريك هو مفاجأته حين تلبسه بالجريمة ، ولكنه لم يرد حصر أو تحديد طرق إثبات التلبس بالجريمة.

وقد بينا فيما تقدم كيف يتحقق التلبس بجريمة الزنا.

أما إثبات التلبس فغير خاضع لأي شرط أو شكل معين ، بل يجوز للقاضي أن يكون اعتقاده من جميع طرق الإثبات العادية (محكمة أسبوط الابتدائية ١٠ فبراير سنة ١٩١٦ مج ١٧ عدد ٥٦) .

- فلا يشترط أن يضبط المتهم متلبساً بالجريمة بواسطة أحد مأموري الضبطية القضائية ، بل يجوز إثبات التلبس بشهادة شهود الرؤية ولو لم يقبض على المتهم (نقض ٢ مايو سنة ١٩١٤ شرائع ١ ص ١٩٩ و ١٨ مارس سنة ١٩٤٠ قضية رقم ٧٠٥ سنة ١٠ قضائية) .

- فيجوز أن تثبت حالة التلبس من شهادة شهود يقررون أنهم فاجأوا المتهمين حال ارتكابهما الجريمة . وتقبل شهادة الزوج في إثبات التلبس .

ويجوز أن يثبت التلبس في حق الشريك من اعتراف الزوجة إذا كان مؤيداً بأدلة أو مستندات أخرى .

ويكون التلبس دليلاً قاطعاً على الشريك إذا أمكن ضبطه حال ارتكابه جريمة الزنا أو عقب ارتكابه لها ببرهنة يسيرة ، غير أنه في معظم الأحوال ، مع قيام الدليل على التلبس ، يبقى هناك شك فيما إذا كان الزنا قد ارتكب فعلاً أو أنه كان سيرتكب ، ومن أجل ذلك قد تقرر أن مفاجأة الزوجة وشريكها في حالة مريبة تنشئ ضدتهما قرينة تكفي للحكم بإدانتها ولا تنتفي هذه القرينة إلا إذا أمكنهما أن يثبتا بجلاء تام أن الزنا لم يقع فعلاً ، وهما المكلفان بهذا الإثبات.

- الاعتراف - وأما الاعتراف فيراد به اعتراف الشريك نفسه أما اعتراف الزوجة على نفسها وعلى شريكها فلا يقبل حجة على الشريك (نقض ٢٤ يناير سنة ١٩١٤ عدد ٥٧) .

- المكاتيب والأوراق - وأما المكاتيب والأوراق فيراد بها الخطابات المحررة بخط الشريك وسائر المحررات الأخرى الصادرة عنه ، ولا يشترط أن تتضمن هذه الخطابات والأوراق اعترافاً صريحاً بوقوع جريمة الزنا ، بل يكفي أن يكون فيها ما يدل على ذلك . وعلى كل حال فالأمر متروك لتقدير المحكمة.

- وقد حكم بأن الصورة الفوتوغرافية التي تمثل المتهم قائماً إلى جانب كرسي تجلس عليه الزوجة

وكلاهما يلبس الملابس المعتادة لا تصح دليلاً على الزنا، لأن كل ما يلوح عليهما فيها أن بينهما شيئاً من الود لا أزيد على أنه حتى لو كان في مثل هذه الصورة أي وضع آخر مريب فلا يمكن أن تصلح دليلاً على المتهم في دعوى الزنا، لأن القانون لم يقبل من الحجج على هذا المتهم سوى أدلة معينة، وليست الصورة الفوتوغرافية من بينها (على فرض أن وضعها كان مريباً دالاً على الفعل الممنوع). ولا يمكن قطعياً قياسها على المكاتيب والأوراق لأن المشتراط في هذه المكاتيب والأوراق مع دلالتها على الفعل أن تكون كتابية محررة من المتهم نفسه (نقض ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ قضية رقم ٣٢٤٠ سنة ٤٧ قضائية).

المحل المخصص للحريم - وأما وجود المتهم في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم فلا يخرج عن كونه قرينة قانونية، ولكنها غير قاطعة، فيجوز للمتهم أن يثبت بكافة الطرق أنه لم يرتكب جريمة الزنا (أحمد بك أمين ص ٤٧٤).

وقد حكم بأن قصد الشارع بمنزل مسلم إنما هو منزل الرجل المسلم الذي يقيم فيه مع زوجته ملاحظاً عادات المسلمين في منع غير ذي رحم محرم من الدخول إلى المحل الخاص بالحريم كما تدل على ذلك تسمية محرم وحريم. فإذا كانت الزوجة غضبي من زوجها ومقيمة في منزل خاص لم يساكنها فيه الزوج ولم يكن معها فيه ولم ينفق عليها ولم يعاشرها معاشررة الأزواج لإقامته بمنزل آخر تكون إذن بمعزل عن منزل زوجها وفي منزل غير منزله. فوجود أجنبي في منزلها لا يكون دليلاً مستوفياً للشروط طبقاً للمادة ٢٣٨ (المادة ٢٧٦ من القانون الحالي) ولا يمكن التوسع في فهم ما أراده الشارع من عبارة منزل مسلم أو القياس عليه بأن يجعل في حكمه منزل مسلمة لأن ذلك محظور في العقوبات (طنطا الابتدائية ٧ مايو سنة ١٩٠٦ مجموعة ٧ ص ٢١٢).

وأنه إذا أثبتت محكمة الموضوع في حكمها أن المجني عليه عاد إلى منزله الساعة ٤٥، ١١ صباحاً وقرع الباب فلم تفتح له زوجته إلا بعد مضي زمن قدره بنحو سبع دقائق وكانت مرتكبة في أمرها وشعرها غير منتظم وطلبت إليه أن يمكث في حجرة صغيرة لوجود صديقة لها في دورة المياه، ولما أراد التحقق من ذلك خرج إليه المتهم من دورة المياه فأمسكت المتهمة بيد زوجها لتمنعه من إمساك شريكها الذي انتهز الفرصة وهرب، ثم قالت المحكمة عن أدلة الثبوت "إن ظروف

الحادثة ووجود المتهم في دورة المياه مع ما كانت عليه الزوجة من ارتباك في حركاتها وشعرها كافيان طبقاً للمادة ٢٣٨ ع للتدليل على ارتكاب الجريمة ” ، فظاهر من ذلك أن المحكمة اعتبرت وجود المتهم في منزل المجني عليه في المحل المخصص للحريم بالكيفية المبينة أنفاً دليلاً على ارتكاب جريمة الزنا وهي في ذلك لم تخالف القانون لا سيما وأن المتهم لم يرم في دفاعه إلى نفي القرينة القانونية المستمدة من وجوده بمنزل المجني عليه بالمحل المخصص للحريم بل اكتفى بإنكار الجريمة (نقض ١٧ مايو سنة ١٩٣٧ قضية رقم ١٣١٧ سنة ٧ قضائية) .

(١) ، (٢) : الموسوعة الجنائية ، جندى عبدالملك ، ص ١٠٧ وما بعدها .

الدعوى المدنية في جريمة الزنا (٣)

تطبيقاً للقواعد العامة ، للزوج المجني عليه الحق في مطالبة زوجه الزاني وشريكه بتعويضات مدنية لتعويض الضرر المادي والأدبي الناشئ عن الجريمة. وهذا الرأي أصبح الآن ثابتاً لا نزاع فيه.

غير أن بعض الشراح الأقدمين كانوا اعترضوا على هذا الرأي متأثرين بالعادات القومية التي تأبى على الزوج أن يتخذ من زنا زوته أساساً لدعوى مدنية وأن يستفيد مالياً من الطعن في شرفه ، فذهب بعضهم إلى أن الزوج المجني عليه ليس له الحق إطلاقاً في أية تعويضات . وذهب آخرون إلى أنه لا يكون له حق في التعويضات إلا إذا أثبت أنه لحقه ضرر مادي . أما الآن فقد أجمع الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على وجوب تطبيق القواعد العامة في هذا الصدد.

ومن ثم يجوز الحكم بالتعويضات المدنية على الزوج الزاني كما يجوز الحكم بها على شريكته . وفي حالة رفع الدعوى على الاثنين معاً يجب الحكم بها عليهما بالتضامن .

وحق رفع الدعوى المدنية ليس مقصوراً على الزوج المجني عليه بل يملكه كل شخص لحقه ضرر من الجريمة كالأولاد المولودين من الزواج فهم يكونون في الغالب ضحية الزنا ويهمهم أمره .

والدعوى المدنية التي ترفع على الزوج الزاني وشريكته خاضعة للقواعد العامة التي تجرى على كافة الدعاوى المدنية . فيجوز رفعها إما إلى المحاكم المدنية منفصلة عن الدعوى العمومية ، وإما إلى المحكمة الجنائية بطريق التبعية للدعوى العمومية ، ويجوز للزوج المجني عليه أن يدعي بحقوق مدنية في الشكوى المقدمة منه أو يتدخل أمام المحكمة في الدعوى المرفوعة من النيابة العامة أو يكلف المتهمين مباشرة بالحضور أمام المحكمة الجنائية.

- وإذا رفعت دعوى التعويض إلى المحكمة المدنية وكانت الدعوى العمومية مرفوعة في الوقت نفسه أمام المحكمة الجنائية فيجب على المحكمة المدنية أن توقف الفصل في طلب التعويض لحين صدور الحكم النهائي في الدعوى العمومية.

- وتقدير قيمة التعويضات من حق قاضي الموضوع وحده ، ولا شأن لمحكمة النقض به . على أنه يجب أن لا تتعدى هذه القيمة تعويض الضرر المادي والضرر الأدبي الذي لحق المجني عليه . فليس للقاضي أن يغالي في تقديرها بحيث يجعلها بمثابة عقوبة على الجريمة التي ارتكبت أو إعانة تمنح للزوج المجني عليه.

- ويجب رفض طلب التعويض إذا كان الزوج متواطئاً مع زوجته فسمح لها بارتكاب الزنا أو سهله لها أو شجعها على ارتكابه .

وإذا تنازل الزوج عن شكواه أو صفح عن زوجته قبل صدور حكم نهائي من محكمة الجناح فإنه يفقد الحق في المطالبة بالتعويض حتى أمام المحكمة المدنية.

أما إذا حصل الصلح بين الزوجين بعد أن أصبح الحكم نهائياً وبعد أن استوفت الزوجة عقوبتها فإن هذا لا يمنع من قبول طلب التعويض ضد الشريك.

ويجوز للزوج أيضاً حتى بعد أن تنازل عن شكواه قبل الحكم النهائي أن يرفع على الشريك دعوى تعويض مدنية بينها على سبب آخر غير الزنا كالضرر الذي لحق بشرفه واعتباره من جراء الفعل الفاضح العلني المخل بالحياء الذي ارتكبه الزوج وشريكها والذي استوجب الحكم عليها بالعقوبة وكالضرر الذي لحق به من تحدث الشريك بصلاته الفرامية بامرأته بصفة علنية.

(٣) الموسوعة الجنائية ، جندی عبدالمك ، ص ١١٥ وما بعدها .

بيان واقعة الزنا في الحكم (٤)

يجب على محكمة الموضوع أن تبين في الحكم القاضي بعقوبة من أجل جريمة زنا الوقائع التي ينتج عنها من جهة القانون الأركان المكونة للجريمة . ويجب أن يعني فيه على الخصوص بذكر أن المرأة متزوجة .

ويجب أيضاً أن يظهر من الحكم أن رفع دعوى الزنا كان بناء على بلاغ الزوج (نقض مصري ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ مج ٣٠ عدد ٩٤) .

ويجب أن يثبت في الحكم القاضي بعقوبة على الشريك أنه ضبط متلبساً بالجريمة أو أنه اعترف بها أو أن الدليل عليه يستفاد من وجود مكاتيب أو أوراق آخر مكتوبة منه أو أنه وجد في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم .

وقد حكم بأنه ” إن يكن اعتقاد القاضي فيما يتعلق بالتلبس بالجريمة يجوز أن يستنتج من أي دليل كان إلا أنه من المحتم عليه أن يثبت في حكمه وجود حالة التلبس وإلا كان الحكم باطلاً .

وأنه إذا استند الحكم القاضي بإدانة زان على ضبطه متلبساً بالجريمة وزاد على ذلك وقائع أخرى لم تنص المادة ٢٣٨ ع (٢٧٦ جديدة) على قبولها بصفة أدلة فلا يعد ذلك وجهاً موجباً لنقض الحكم (نقض ٢ ابريل سنة ١٩١٠ مج ١١ عدد ٨٩) .

- ولمحكمة النقض والإبرام حكم قررت فيه أن قاضي الموضوع يحكم نهائياً فيما إذا كان يوجد تلبس بالجريمة بدون أن يكون ملزماً ببيان الوقائع التي يستنتج منها وجود التلبس (نقض ٣٠ يونية سنة ١٩١٠ مج ١١ عدد ١٢١) .

ولكنها قضت بعد ذلك بما يفيد أن لها حق مراقبة محكمة الموضوع في تقدير الوقائع التي يستنتج منها وجود حالة التلبس وقررت أنه متى بين الحكم الوقائع التي استظهر منها حالة التلبس وكانت هذه الوقائع كافية بالفعل وصالحة لأن يفهم منها هذا المعنى فلمحكمة الموضوع كامل الحرية في استنتاج ما ترى استنتاجه من هذه الوقائع . فاذا قدرت أن جريمة الزنا قد وقعت بالفعل وكانت

الوقائع تحتمل ذلك فلا يمكن الاعتراض عليها بأن الأمر لا يعدو أن يكون شروعاً في جريمة الزنا ، لأن تقدير هذا أو ذاك مما تملكه محكمة الموضوع ولا وجه للاعتراض عليها فيه (نقض ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ قضية رقم ١١٦٨ سنة ٢ قضائية) .

ويترتب على حق المراقبة هذا أنه إذا اكتفى الحكم بذكر وجود التلبس بدون بيان الوقائع المكونة له كان هذا الحكم محلاً للنقض لعدم كفاية الأسباب .

وعلى العكس من ذلك يحكم قاضي الموضوع نهائياً فيما إذا كانت المكاتيب والأوراق صادرة عن المتهم بالزنا . وإذا كانت العبارات الواردة فيها تثبت الزنا أم لا .

ولما كانت جميع الأدلة صالحة لإثبات زنا الزوجة أو الزوج فليس من اللازم أن يبين الحكم الصادر على أيهما أنه ضبط ملتبساً بالفعل أو أنه اعترف بالجريمة أو وجدت عليه مكاتيب أو أوراق آخر مكتوبة منه أو وجد في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم .

فيكون الحكم الصادر على الزوجة أو الزوج مسبباً تسبباً كافياً إذا ذكر فيه أن الزنا ثابت على المتهم من شهادة شهود يبين مضمونها .

ولقاضي الموضوع أن يقرر نهائياً بأن الدليل على الزنا مستفاد من مكتوب مضبوط . ولا يمكن الاعتراض عليه بأن الأمر لا يعدو أن يكون شروعاً في جريمة الزنا لأن تقدير هذا أو ذاك مما تملكه محكمة الموضوع .

وقد قررت محكمة النقض والإبرام الفرنسية في بعض أحكامها أن لها أن تراقب قاضي الموضوع في تقدير ما إذا كانت الوقائع التي يثبتها في حكمه تقيّد قانوناً حصول الصلح بين الزوجين مما يترتب عليه أن القاضي ملزم بإثبات تلك الوقائع كي يتسنى لمحكمة النقض أداء هذه المراقبة . ولكنها في أحكام أخرى قررت أن محكمة الموضوع تفصل نهائياً في الدفع بحصول الصلح بقبوله أو برفضه بما لها من سلطة التقدير التي لا رقابة عليها فيها .

(٤) الموسوعة الجنائية ، جندى عبد الملك ، ص ١١٨ وما بعدها .

زنا الزوج فى منزل الزوجية

ماده ٢٧٧

كل زوج زنى فى منزل الزوجية وثبت عليه هذا الأمر بدعوى الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور.

زنا الزوج

أركان الجريمة : يشترط لقيام الجريمة ، فضلاً عن الأركان المكونة لجريمة زنا الزوجة السابق بيانها ، أن يحصل الزنا في منزل الزوجية ، وهو ما تقصر الكلام عليه .

علة اشتراط ارتكاب الزنا في منزل الزوجية (١) : علة هذا الركن أن منزل الزوجية هو المكان الذي تتخذ فيه العلاقات الزوجية صورها المتعددة ، ومن ثم كانت له حرمة ، والزوجة ربة هذا المنزل ، والتزام زوجها بالإخلاص لها يبلغ فيه أقوى درجاته ، وقد أراد الشارع حماية الزوجة من الإهانة التي تلحق بها إذا نافستها فيه امرأة أخرى حقوق الزوجية .

وهذه العلة تثير التساؤل عن مدى اتساقها مع علة تجريم الزنا : فإذا كان الشارع قد أراد بتجريم الزنا حماية حقوق الزوجة وتقرير جزاء جنائي للالتزام بالإخلاص الزوجي ، فقد كان ذلك مقتضياً تجريم زنا الزوج أياً كان مكان ارتكابه . والقول بأن الشارع قد هدف إلى حماية الزوجة من الإهانة المحتملة إذا زنى زوجها في منزل الزوجية يعني أن علة التجريم لم تعد حماية حق الزوجة في إخلاص زوجها لها ، وإنما صارت حماية شعور الزوجة وكبريائها في منزل الزوجية . وتكشف هذه الملاحظة عن عدم صواب تطلب هذا الركن : ذلك أن شعور الزوجة لا يستحق الحماية الجنائية ، وإنما الذي يستحقها هو حقها في إخلاص زوجها لها ، لاتصال ذلك بفحوى الزواج وكيان العائلة ومصصلحة المجتمع . ومؤدى ذلك أن التفرقة بين زنا الزوجة وزنا الزوج من هذه الوجهة ينقصها السند من زاويتي المنطق القانوني والسياسة التشريعية .

دلالة منزل الزوجية (٢) : منزل الزوجية هو كل مكان يحق للزوج أن يكلف زوجته بالإقامة فيه ، ويحق للزوجة أن تقيم فيه ، ويلتزم زوجها بقبولها فيه . ويعني ذلك أن منزل الزوجية هو مكان الإقامة المشتركة للزوجين ، سواء أكانت إقامة حالة فعلية أم كانت إقامة احتمالية . ولما كان الزوج هو الملزم بإعداد منزل الزوجية واستقبال زوجته فيه ، فإن كل مكان خصصه الزوج لإقامته - أو خصص لذلك - يعتبر منزل زوجية ، ولو كانت الزوجة لا تقيم فيه بالفعل ، إذ من حقها أن تقيم فيه ؛ بل ولو كانت لا تعلم بهذا المكان ، إذ يحق لها حين تعلم به أن تقيم فيه . وبذلك يتخذ منزل

الزوجية مدلولاً واسعاً يكاد يشمل كل مكان يحوزه الزوج - على أي وجه كان - بشرط ألا يكون مخصصاً لغرض يتنافى بطبيعته مع الحياة الزوجية .

فيعتبر منزل زوجية المسكن المعتاد للزوجين ، وذلك هو المدلول المتبادر إلى الأذهان لمنزل الزوجية . ولكن ينصرف هذا المدلول كذلك إلى المسكن الذي خصصه الزوجان للإقامة المؤقتة خلال فترة معينة من السنة أو في مناسبات معينة : فمنزل في مصيف أو مشى يعتبر منزل زوجية . وإذا كان عمل الزوج يفرض عليه التردد خلال وقت معين أو في ظروف معينة على مدينة غير التي يقيم فيها عادة ، فاتخذ لنفسه فيها مسكناً اعتبر هذا المسكن منزل زوجية . وتطبيقاً لذلك فالزوج الذي يملك أرضاً زراعية ويتردد عليها للإشراف على استغلالها فأنشأ بيتاً فيها يقيم فيه وحده حينما يكون فيها ، والزوج الذي تضطره أعماله التجارية إلى التردد على مدينة في داخل البلاد أو في خارجها فاتخذ لنفسه فيها مسكناً ، كان مسكنه في الحالتين منزل زوجية . وإذا كان الزوج يدير محلاً تجارياً أو مصنعا تجارياً فخصص جناحاً أو غرفة فيه لكي يستريح به فترة الظهيرة أو يبيت فيه إذا اقتضت الضرورة ذلك ، كان هذا المكان منزل زوجية . وإذا خصصت الدولة لموظف مسكناً في مكان عمله النائي ، كان هذا المسكن منزل زوجية . وإذا خصص أهل الزوج غرفة أو جناحاً في مسكنهم لكي يقيم فيه الزوج حين يرغب في ذلك ، كانت هذه الغرفة أو الجناح منزل زوجية . وإذا أعد الزوج على غير علم من زوجته مسكناً له ولو كان قد أجره باسم مستعار، كان هذا المسكن منزل زوجية ، ويحتفظ منزل الزوجية بصفته هذه ولو غادرت الزوجة مؤقتاً لسفرها مثلاً أو إقامتها في مستشفى للعلاج ، بل ولو غضبت من زوجها فأقامت لدى أهلها وإن طالَّت إقامتها . ويحتفظ منزل الزوجية بهذه الصفة خلال عدة الطلاق الرجعي .

ولهذا التوسع حدوده حيث يثبت أن المكان بحسب طبيعته أو تخصصه مخصص لغرض يتنافى مع الحياة الزوجية : فلا يعد منزل زوجية المسكن الخاص بعشيقته الذي يلتقي فيه بها ، أو غرفة في فندق استأجرها الزوج - ولو لمدة طويلة - لكي يلتقي فيها بعشيقته ؛ أو بيت أعد خصيصاً للالتقاء بها وتتردد عليه أو تقيم فيه ومن ثم لا يتصور أن يكون مكاناً صالحاً للحياة الزوجية ؛ ولا يعد منزل زوجية المتجر أو المصنع أو المكتب الحكومي الذي يعمل فيه الزوج إذا استغل فرصة خلوه

من الناس بعد انتهاء مواعيد العمل فيه فمارس فيه صلته بعشيقته.

عقوبة الجريمة : حدد الشارع عقوبة هذه الجريمة بالحبس لا تزيد مدته على ستة شهور . ولم ينص على ظروف مشددة لها . ولا عقاب على الشروع فيها .

(١) ، (٢) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٦٠٤ وما بعدها .

وضع شريكة الزوج : لم يتضمن القانون نصا يحدد وضع شريكة الزوج على مثال المادة ٢٧٥ من قانون العقوبات التي حددت وضع شريك الزوجة ، ولكن القواعد العامة في المساهمة الجنائية تحدد في وضوح هذا الوضع : فتعاقب شريكة الزوج طبقاً للمادة ٤١ من قانون العقوبات بعقوبة جريمة زنا الزوج التي اشتركت فيها ، وإذا كانت بدورها متزوجة فلا يحول دون محاكمتها كشريكة أن زوجها لم يقدم شكواه ضدها . ولكن إذا قدم زوجها الشكوى تعدد بفعالها زنا الزوجة والاشترار في زنا زوج وتعرضت لعقوبة الأولى باعتبارها الأشد . ويجب أن يتوفر لشريكة الزوج قصد الاشتراك ، ومن عناصره أن تعلم بأن المكان الذي يزني بها الزوج فيه هو منزل الزوجية (٣) .

(٣) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص ٦٠٦ ، ٦٠٧ .

الفعل الفاضح العلنى

ماده ٢٧٨

كل من فعل علانية فعلا فاضحا مخلا بالحياء يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو غرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه.

معدلة بالقانون - رقم ٢٩ لسنة ١٩٨٢ - نشر بتاريخ ٢٢ / ٠٤ / ١٩٨٢

جريمة الفعل الفاضح العلني

أركان الجريمة :

يبين من نص المادة ٢٧٨ من قانون العقوبات أن الجريمة لا تقوم إلا بتوافر أركان ثلاثة ، الأول فعل مادي يخدش في المرء حياء العين أو الأذن ، سواء وقع الفعل على جسم الغير أو أوقعه الجاني على نفسه. والثاني العلانية ولا يشترط لتوافرها أن يشاهد الغير عمل الجاني فعلا ، بل يكفي أن تكون المشاهدة محتملة والثالث القصد الجنائي وهو تعمد الجاني إتيان الفعل . ومداعبة الطاعن لسيدة بالطريق العام واحتضانه لها من الخلف مما أثار شعور المارة حسبا استظهره الحكم المطعون فيه ، ينطوي في ذاته على الفعل الفاضح العلني المنصوص عليه في المادة ٢٧٨ من قانون العقوبات لإتيان المتهم علانية فعلا فاضحا يخدش الحياء على النحو المتقدم (١) .

(١) ١٩٧٠/١٢/٢٩ أحكام النقض س٢٦ ق١٩٦ ص٨٩١.

الركن الأول : فعل مادي مخل بالحياء (٢)

فعل مادي : يتوافر الركن المادي في الجريمة بارتكاب فعل مادي مخل بالحياء . ويدخل في هذا كل عمل أو حركة أو إشارة من شأنها خدش شعور الغير . ولكن لا يدخل في الفعل الفاضح مجرد الأقوال والصور والمحركات ، فالأقوال البذيئة لا تعد فعلاً فاضحاً وإنما يجوز أن توصف بالسب العلني ، وإظهار المحركات والصور البذيئة يعد انتهاكاً لحرمة الآداب أو حسن الأخلاق ولكنه لا يعد فعلاً فاضحاً بالمعنى المقصود في القانون .

مخل بالحياء : ويكون الإخلال بالحياء سواء وقع الفعل على جسم الغير أو أوقعه الجاني على نفسه .

أما الفعل الذي يقع على جسم الغير فيدخل فيه كل أفعال التمازج الجنسي طبيعية أو غير طبيعية والتي تكون الركن المادي في الاغتصاب أو الزنا أو هتك العرض ، فيعاقب عليها بوصف الفعل الفاضح إذا ارتكبت علناً برضاء من وقعت عليه ، ويعد الشخصان فاعلين أصليين في جنحة الفعل الفاضح العلني .

(٢) د / محمود محمود مصطفى ، مرجع سابق ، ص ٣٢٦ .

الركن الثانى : العلانية (٣)

العلانية هى الركن المميز لجريمة المادة ٢٧٨ ع . ولما كان الغرض من هذه المادة صيانة الجمهور من أن يقع نظره على مشهد فاضح مغاير للآداب ، فإن ركن العلانية يتحقق اذا ارتكب الفعل الفاضح فى ظروف يستفاد منها أنه يمكن أن يחדش حياء الغير . وبعبارة أخرى يعتبر الفعل الفاضح علنيا متى رآه أو أمكن أن يراه أناس يمكن أن يחדش هذا الفعل إحساسهم الأدبى .

(٣) الموسوعة الجنائية ، جندى عبدالمك ، ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ .

وقضى بأنه : لا يشترط لتوافر العلانية التي عنتها المادة ٢٧٨ عقوبات أن يشاهد الغير عمل الجاني فعلا ، بل يكفي أن تكون المشاهدة محتملة . (الطعن ٦٤٤ لسنة ٤٣ ق - جلسة ١٤/١٠/١٩٧٣ س ٢٤ ص ١٤٧)

الركن الثالث : القصد الجنائي (٤)

وجوب اشتراط القصد الجنائي في الأفعال التي تقع على جسم المجني عليه بغير رضائه والتي لم تبلغ من الفحش درجة تدخلها في عداد جرائم هتك العرض، والقصد الجنائي في هذه الحالة هو علم الجاني بأن فعله يחדش الحياء العام . أما الأفعال الأخرى التي تثير الشعور بالخجل عند الجمهور سواء أوقعت على شخص معين برضائه أو لم تقع على شخص معين فيكفي فيها مجرد الإهمال وعدم الاحتياط .

(٤) الموسوعة الجنائية ، جندى عبد الملك ، ص ٤٢٠ ، ٤٢١ .

بيان الواقعة في الحكم (٥)

إلما كان الفعل الفاضح يتكون من ركن مادي هو فعل أو حركة أو إشارة مخلة بالحياء وجب أن يشتمل الحكم القاضي بعقاب شخص من أجل هذه الجريمة على بيان الأفعال المخلة بالحياء التي اعتبرها القاضي مكونة لها ، فإن هذا البيان لازم حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة صحة تطبيق القانون ، وكل حكم لا يعني به يكون باطلاً لعدم تسببيه تسبباً كافياً .

إلما كانت العلانية هي الركن الجوهري للجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٧٨ ع وجب على القاضي أن يبين بطريقة واضحة في الحكم القاضي بالإدانة من أجل هذه الجريمة أن الفعل المعاقب عليه قد ارتكب علناً وأن يوضح الظروف التي استنتج منها هذا الركن من أركان الجريمة وإلا كان الحكم باطلاً .

(٥) الموسوعة الجنائية ، جندى عبد الملك ، ص ٤٢١ .

عقوبة جريمة المادة ٢٧٨ : الحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة التي لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه .

ارتكاب فعل مخل بالحياء مع امرأة في غير علانية

ماده ٢٧٩

يعاقب بالعقوبة السابقة كل من ارتكب مع امرأة امرا مخل بالحياء ولو في غير علانية.

الفعل الفاضح غير العلني

- أصل التشريع - كان مشروع قانون العقوبات الذي عرض على مجلس شورى القوانين في سنة ١٩٠٤ لا يعاقب على الفعل الفاضح إلا إذا ارتكب علناً. ولكن المجلس اقترح وضع مادة تعاقب على الفعل الفاضح إذا وقع في حضرة امرأة ولو في غير علانية وذكر على وجه الخصوص دخول شخص في منزل وارتكابه في حضرة امرأة فعلاً لواقع علانية لعد فعلاً فاضحاً مخللاً بالحياء ” .
وإجابة لطلب المجلس وضعت المادة ٣٤١ المقابلة للمادة ٢٧٩ من القانون الحالي (١) .

(١) الموسوعة الجنائية ، جندى عبد الملك ، ص ٤٢٢ وما بعدها .

للجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٧٩ ركنان : الأول إتيان فعل مخل بالحياء مع امرأة ودون رضاها في غير علانية ، والآخر القصد الجنائي . وتقتصر هذه الجريمة على وقوعها على امرأة ، بشرط أن ينتفي رضاؤها وهو ما يستخلص من وقائع الدعوى . ورغم عمومية لفظ المرأة الواردة بالمادة ٢٧٩ عقوبات فإنه يجب أن يكون الرضاء صادراً ممن يعتد برضائه ، والمقياس في هذا هو القاعدة التي أخذ بها المشرع في باب هتك العرض وإفساد الأخلاق ، وهو لم يعتد بالرضا إلا إذا كانت سن المجني عليها قد بلغت الثامنة عشرة ، وهو ما ينبغي إعماله في الصورة الماثلة (٢) .

يقول د/ حسن صادق المرصفاوى : والعبارة الأخيرة من المادة ٢٧٩ عقوبات وهي - ولو في غير علانية - تشير اللبس ، ذلك أنها تعني أن الفعل كما يقع في غير علانية فإنه يتم علانية . وهذه الصورة الأخيرة تكفلت بالعقاب عليها المادة ٢٧٨ عقوبات . وفي رأينا أن الرضا ينطبق فقط إذا ارتكب الفعل المخل بالحياء في غير علانية مع امرأة ، وآية هذا ما جاء في تعليقات الحقانية على مواد قانون العقوبات سنة ١٩٠٤ من أن هذه المادة وضعت بناء على طلب مجلس شورى القوانين وقد ذكر المجلس المذكور على وجه الخصوص دخول شخص في منزل وارتكابه في حضرة امرأة فعلاً لواقع علانية لعد فعلاً فاضحاً مخللاً بالحياء . ويعاقب أيضاً بمقتضى هذه المادة على دخول شخص في الجزء المخصص للحريم في منزل يقصد إرغام امرأة على وجوده عندها ” . ويذهب رأي إلى أن الجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٧٩ عقوبات هي صورة مخففة من جريمة هتك

العرض مع تخصيص حكمها بالأفعال المخلة بالآداب التي ترتكب على النساء خاصة كما هو صريح في المادة. فيدخل في حكمها الأفعال التي ترتكب على جسم امرأة ولكنها لا تبلغ من الفحش درجة تدخلها في جرائم هتك العرض ، كتقبيل امرأة بغير رضاها أو ضمها أو وضع اليد على خصرها . ويدخل في حكمها أيضاً الأفعال التي لا تقع على جسم المرأة مباشرة ولكنها ترتكب في حضورها وتكون مغايرة للحياء والآداب ، كالأفعال والإشارات التي تدخل في حكم المادة ٢٧٨ إذا هي ارتكبت علانية ، كمن يكشف سواته في حضرة امرأة أو يشير إليها إشارات مخجلة (٣) .

(٢) ، (٣) : د/ حسن صادق المرصفاوى ، مرجع سابق ، ص ٢٧٩ وما بعدها .

الغرض من العقاب - فالجريمة المنصوص عليها في المادة ٢٧٩ع هي جريمة قائمة بذاتها لا تشترك مع جريمة الفعل الفاضح العلني في شيء وإن أشبهتها في الركن المادي . والواقع أن هذه الجريمة أشبه بجريمة هتك العرض منها بجريمة الفعل الفاضح العلني، لأن الشارع أراد بالعقاب على الفعل الفاضح العلني حماية شعور الجمهور من أن تجرحه رؤية بعض المناظر المخلة بالآداب . أما المادة ٢٧٩ فقد أراد بها الشارع حماية شعور المرأة وصيانة كرامتها مما قد يقع على جسمها أو بحضرتها من أمور مخلة بالحياء . ولذلك يعاقب القانون على الفعل الفاضح العلني ولو كان برضاء من وقع عليه هذا الفعل . أما الفعل الفاضح غير العلني فلا يعاقب عليه إلا إذا كان بغير رضاء المجني عليها (٤) .

- أركان الجريمة (٥) - تتكون هذه الجريمة من ركنين : (١) فعل مادي محل بالحياء يقع على امرأة (٢) أن يقع الفعل بغير رضاء المجني عليها ، (٣) القصد الجنائي .

- الركن المادي - تعاقب المادة ٢٧٩ع على الأفعال المخلة بالآداب التي ترتكب مع النساء خاصة . ويدخل فيها كل عمل أو حركة أو إشارة من شأنها خدش حياء المرأة .

- فيندرج تحت نص هذه المادة :

(أولاً) الأفعال التي ترتكب على جسم امرأة ولكنها لا تمس ما فيه من عورات كتقبيل امرأة بغير رضاها أو لمس زراعها . أما الأفعال المخلة بالحياء والتي تستطيل إلى جسم المرأة وعوراتها فهي

من قبيل هتك العرض .

(ثانياً) الأعمال التي لا تقع على جسم المرأة مباشرة ولكنها ترتكب في حضورها وتكون مغايرة للحياء والآداب كالأفعال والحركات والإشارات التي تدخل في حكم المادة ٢٧٨ إذا هي ارتكبت علانية . فمن كشف سواته بحضرة امرأة أو أشار إليها إشارة مخجلة يعاقب بمقتضى المادة ٢٧٩ ع ولو وقع ذلك منه في غير علانية.

- وقد جاء في تعليقات الحقانية على هذه المادة أنه يعاقب أيضاً بمقتضاها من يدخل في جزء مخصص للحريم من منزل بقصد إرغام امرأة على وجوده عندها . ولكن هذا الحكم يجب ألا يؤخذ به على إطلاقه بل يشترط للعقاب أن يقترن الدخول بفعل أو حركة أو إشارة من شأنها خدش حياء المرأة .

أما ألفاظ الفحش فلا تكفي متى كانت مجردة من كل فعل مادي لتكوين جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء . وهذا ما قرره محكمة أسوان الجزئية بحكمها الصادر في ١٠ مارس سنة ١٩١٣ إذ قضت بأنه إذا دخل شخص منزل امرأة يعرفها وطلب منها أمراً منافياً للآداب فلا يعتبر مرتكباً أمراً مخلاً بالحياء بالمعنى الوارد في المادة ٢٧٩ ع ، إذ أن هذه المادة مثل المادة ٢٧٨ لا تنطبق إلا في حالة ما إذا تعدى العمل الفاضح حد الكلام واقترن بفعل مادي (أسوان الجزئية ١٠ مارس سنة ١٩١٣ مج ١٤ عدد ١١١) .

إولفظ امرأة الوارد في المادة ٢٧٩ هو لفظ عام . فيشمل كل أنثى سواء أكانت بالغة أو غير بالغة (نقض ٢٠ يناير سنة ١٩٠٦ استقلال ٦ ص ٧٣) .

ولكن يشترط في حالة الصغيرة أن تكون ممن يدركن طبيعة الفعل حتى يمكن القول بأن الفاعل أخل بحيائها ما لم يكن الفعل في ذاته من قبل الأفعال التي تدخل في عداد جرائم هتك العرض فتطبق المادة ٢٦٨ ع (أحمد بك أمين ص ٤٨٨) .

- الركن الثاني (٦) : انعدام الرضا - أراد الشارع بالمادة ٢٧٩ ع حماية شعور المرأة وصيانة كرامتها كما تقدم . فيشترط للعقاب على الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة أن يقع الفعل بغير رضا

المجني عليها . ويرى الأستاذ المرحوم أحمد بك أمين أنه يجب الرجوع هنا إلى التقسيم الذي قرره الشارع فيما يتعلق بجريمة هتك العرض . فإذا كانت المرأة قد بلغت سن الثمانية عشرة أو تجاوزتها فلا عقاب على الفعل الفاضح الذي يرتكب معها أو في حضرتهما إلا إذا كان قد وقع بغير رضاها ، وإذا كانت لم تبلغ الثمانية عشرة وجب العقاب على الفعل في كل الأحوال إذ لا عبرة بالرضا مع صغر السن (أحمد بك أمين ص ٤٨٨) .

- الركن الثالث - القصد الجنائي (٧) - يعتبر القصد الجنائي متوفراً متى ارتكب الجاني الفعل عن إرادة عالماً بأنه محل بالحياة (أحمد بك أمين ص ٤٨٨) .

فالعلم والإرادة يكفيان لتكوين الركن المعنوي للجريمة بدون حاجة إلى البحث فيما إذا كان الفاعل قد ارتكب فعلته عن شهوة أو على سبيل الانتقام أو من باب الفضول وحب الاستطلاع أو بسبب الانحطاط الخلقي (انظر نقض ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ قضية رقم ١٧٣٧ سنة ١٩٤٥ ق) .

- ولكن جريمة الفعل الفاضح لا يمكن أن تقع من فعل مصدره مجرد الألفة وسقوط الكلفة (انظر الحكم نفسه) .

ولا من فعل يحصل عرضاً وعن غير قصد . وقد حكم في جريمة فعل فاضح علني بأن لمس ذراع أنثى أثناء سيرها في الطريق قد يكون مقصوداً به التحكك بها إخلالاً بالحياة وقد يكون حصوله عرضاً وعن غير قصد أثناء السير . فإذا كان الحكم القاضي بالإدانة لم يبين الواقعة التي استنتج منها وقوع الفعل بقصد الإخلال بالحياة فإن هذا نقص جوهري في الحكم موجب لنقضه (نقض ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٦ محاماة ٧ عدد ٤٥٦) .

- أما العلانية فليست لازمة بنص المادة ٢٧٩ع إذا كان الفعل الفاضح حاصلًا مع امرأة (نقض ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٩ قضية رقم ٢٣٨٥ سنة ١٩٤٦ ق) .

(٤) ، (٥) ، (٦) ، (٧) : الموسوعة الجنائية ، جندى عبد الملك ، ص ٤٢٣ وما بعدها .

تم بحمد الله