

القانون الجزائي الخاصّ

سنة أولى ماجستير بحث في القانون الخاصّ
كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس المنار

الأستاذ المحاضر: منصف بوقرة

من إعداد: معاذ البجاوي

السنة الجامعيّة: 2020/2019



كلية الحقوق والعلوم السياسيّة بتونس
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES DE TUNIS

المراجع:

- قانون جزائي خاصّ: الجرائم الأخلاقية، عبد الله الأحمدى، المكتبة القانونية، تونس 1998.
- موقف فقه القضاء من الجرائم الجنسيّة، مذكرة، علي بن الطاهر الزريبي (سامي الجريبي)، كلية الحقوق بتونس، 2000، 036000038666، MD 1210.
- البغاء، مذكرة، لمياء البكري (ساسي بن حليلة)، كلية الحقوق بتونس، 1999، MD1080، 00360000039408.
- جريمة تعاطي البغاء السري في فقه القضاء، مذكرة، رياض الجمري (عبد الله الأحمدى)، كلية الحقوق بتونس، 2009، MD5868، 00360000101722.
- الزّنا من خلال فقه القضاء، مذكرة، فاتن بوبكر (أحمد عمران)، كلية الحقوق بصفاقس، 2014، MD 6555، 00360000122277.

المقدمة:

الفقرة الأولى: مفهوم القانون الجزائي:

هو قانون العقوبات وهو الجانب السلبي للجزاء. بعض التشريعات تسمي القانون الجزائي بقانون العقوبات (مصر).

المادة الجزائية هي مادة المحذور والممنوع فيما يخص حرية الشخص. فالشخص يمكن أن يتصرف بحرية إما بصورة إيجابية (شخص يعترم إزهاق روح شخص آخر) أو بصورة سلبية (شخص يمتنع عن إنقاذ شخص يغرق وهو يجيد السباحة).

أصبح القانون الجزائي متكوّنًا من جملة القواعد التي تضعها السلطة التشريعية والتي تحدّد من خلالها بكامل الدقة والوضوح جملة الأفعال التي تقرّر منع القيام بها أو الامتناع عنها، ثمّ ترصد العقوبة التي تراها ملائمة في صورة عدم امتثال الشخص لأمر النهي الوارد في نصّ القانون.

عبارة 'جزائي' تنسب إلى الجزاء الذي قد يسلّط على كلّ من يرتكب محظورا لكنّها قد تفيد الجانب الإيجابي وهو ما جعل بعض المشرّعين في الدول العربية يستعملون عبارة 'قانون العقوبات' لكنّ هذه الكلمة بدت هي الأخرى قاصرة عن أداء المعنى المطلوب لأنّ قانون العقوبات المصري مثلاً لا يحتوي على العقوبات فقط وإنما أيضاً جملة التدابير الاحترازية والتي ليست من قبيل العقوبات لذلك بدا هذا المصطلح عاجزاً عن استيعابها وهو ما جعل مشرّعين آخرين يختارون عبارة المجلة 'الجنائية' وهو مصطلح كان يؤدّي المعنى في وقت معين لأنّ الجرائم التي ضمّتها المجلة اقتصرّت على الجنايات وهي الأخطر على الإطلاق. هذه التسمية ظهرت عند الرومان أي في الوقت التي كانت الجنايات فيه تمثّل بمفردها جرائم القانون العام أمّ الجرح فلم تكن تنتمي للقانون الجزائي لكن لما يسمّى بالقانون الخاصّ على أساس أنّها تحدث ضرراً للخواصّ. ومع تطوّر القانون الجزائي، أصبحت الجرح تدخل تحت طائلته وتمّ استحداث المخالفات. ومن هنا أصبحت الجرائم تنقسم إلى 3 أصناف حسب خطورتها وهو ما تبناه المشرّع التونسي:

- الجنايات هي الأكثر خطورة على الإطلاق وتتراوح عقوبتها بين الـ 5 سنوات سجن والإعدام
- الجرح هي أقلّ خطورة من الجنايات وتتراوح عقوبتها السجنية بين 16 يوم و 5 سنوات.
- المخالفات هي الأقلّ خطورة وتتراوح عقوبتها بين اليوم سجن والـ 15 يوم سجنًا.

ورغم هذا التطور في محتوى القانون الجزائي مقارنة بما كان عليه في القانون الروماني فإن أغلب التشريعات المعاصرة أبقت على تسمية القانون الجنائي لكنّ المشرع التونسي ولئن اعتمد تسمية المجلة الجنائية من خلال الأمر العليّ المؤرخ في 09 جويلية 1913 فقد تغيّر اسمها منذ صدور القانون عدد 46 المؤرخ في 06 جوان 2005 والمتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام المجلة الجنائية وإعادة النظر في صياغتها وصارت التسمية المجلة الجزائية اعتباراً أنّ التسمية القديمة صارت قاصرة خاصّة أنّ المجلة تتضمن كلّ الجرائم بما في ذلك، الجنح والمخالفات. من جهة أخرى، تتضمن هذه المجلة التدابير الاحترازية التي قد لا تكون عقوبات (إيواء المجانين) وقد تكون عقوبات (ما يسلط على القاصر المميز عندما يرتكب جريمة). وبالتالي فإنّ عيب تسمية المجلة 'الجزائية' أنّها تستوعب الإيجابي والسلبي رغم أنّ مواد المجلة تقتصر على الجانب السلبي.

وحتى الدّول التي لازالت تحتفظ على مصطلح قانون العقوبات فهي لم تستغن عن كلمة الجزاء لأنّ قانون الإجراءات الجزائية يسمى لديهم قانون أصول المحاكمات الجزائية. وبصفة عامّة، القانون الجزائي هو قانون الأفعال المحظورة + العقوبات + التدابير.

الفقرة الثانية: طبيعة القانون الجزائي:

المبدأ في الأشياء هو الإباحة والحرية وكلّ شخص يتصرّف بكامل حريته لأنّ الإنسان ولد حرّاً في فطرته لكنّ هذا المبدأ تبين أنّه لا يمكن أن يبقى على إطلاقه في إطار الحياة الاجتماعية لأنّ الحرية المطلقة يمكن أن تتحوّل إلى فوضى يحكمها قانون الغاب ومنطق البقاء للأقوى. ولهذا السّبب ظهر القانون بشكل عام والقانون الجزائي بشكل خاص لإعطاء توازن بين الحقوق والحريات¹. وبالتالي فإنّ الإباحة هي المبدأ العام والمنع هو الاستثناء ولذلك عدّة نتائج:

- القانون الجزائي قانون استثنائي برمته.
 - أحكام القانون الجزائي ينبغي بالضرورة أن يتمّ التّنصيب عليها ضمن نصّ قانوني ويشترط في هذا النصّ أن يكون:
 - نصّاً سابق الوضع أي أن يكون موجوداً قبل ارتكاب الفعل المجرّم.
 - أن يكون صريحاً ودقيقاً لأنّه لو تبين أنّ هذا النصّ غامض بشكل يجعله يحتمل الشّيء ونقيضه أي يحتمل المنع والإباحة في نفس الوقت، نعود للمبدأ وهو الإباحة (المبدأ يسبق الاستثناء).
- => من هنا جاء مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات (الفعل المجرّم + العقوبة في نصّ سابق الوضع).

¹ نظريّة العقد الاجتماعي، روسو

- النصّ الجزائي لا يطبق بمفعول رجعي أي لا يعود إلا الوراء اعتباراً أنّ ذلك تعدّد على مبدأ الحرّية. ولهذا النصّ بعض الاستثناءات لعلّ أهمّها النصّ الأرفق بالمتّهم.
- النصّ الجزائي يؤوّل حصرياً وبصورة صارمة، لا يجوز التوسّع فيه لأنّ التوسّع فيه توسّع في الاستثناء وهو ما لا يجوز. تبعاً لذلك، لا يجوز اعتماد القياس في القانون الجزائي لأنّ في القياس توسّع
- مثال: الفصل 18 كما صدرت م.أ.ش في 1956 يمنع تعدد الزوجات ويضع جزاء مزدوجاً يتكوّن من عقوبة سالبة للحرّية + خطيّة. فهل يجوز سحب ذلك على المرأة التي تقوم بنفس الفعل، أي تبرم زواجا ثانياً قبل حلّ الزواج الأوّل؟
- محكمة التعقيب ذهبت في اتجاه سحب التّجريم على تعدّد 'الأزواج' وهو الأمر الذي شهد انتقاداً لادّعاء من جملة من الشراح لأنّ محكمة القانون خرقت بذلك مبدأً شرعيّة الجرائم والعقوبات الذي لا يسمح بالقياس في المادّة الجزائيّة.
- مبدأ شرعيّة الجرائم والعقوبات: هو مبدأ تأصيلي/تأسيسي أي أنّه يؤسّس إلى كلّ الأحكام وكلّ القواعد المتعلقة بالقانون الجزائي وكلّ النصوص التشريعية المنضوية تحته سواء التي تضمنته المجلة الجزائية أو حتى خارجها.
- والملاحظ كذلك أنّه كغيره من المبادئ التّأصيليّة، جاء يتصدّر طليعة فصول الم.ج التي تعتبر المجلة الأم في المادّة الجزائيّة 'لا يعاقب أحد (المبدأ) إلّا بمقتضى نصّ سابق الوضع (الاستثناء)'. فالمبادئ التّأصيليّة غالباً ما تكون في مستهلّ النصوص التشريعية المتعلقة بالمادّة ومثال ذلك الفصل 1 م.ج.ع يؤصّل مفهوم الحق العيني ويعرّف المال، الفصل 1 م.إ.ع...
- الملاحظ أيضاً أنّ المبادئ التّأسيسية التي من بينها مبدأ شرعيّة الجرائم والعقوبات أنّها تصنّف ضمن المبادئ العامة التي تكتسي مكانة سامية غالباً ما نجدها ترتقي إلى مقام الدستور فتتحوّل إلى مبادئ دستوريّة ومثال ذلك الفصل 1 م.ج الذي يجد له صدى في الفصل 13 من دستور 1959 والفصل 28 من دستور 2014، شأنه شأن المبدأ المتعلق بالملكيّة الذي يتواجد في الفصل 14 من دستور 1959 و41 من دستور 2014. وينصّ الفصل 28 من دستور 2014 أنّ 'العقوبة شخصيّة ولا تكون إلّا بمقتضى نصّ قانونيّ سابق الوضع عدا النصّ الأرفق بالمتّهم. فلماذا ارتقى المشرّع بهذا المبدأ إلى مقام الدّستور؟
- التنصيب على مبدأ عدم رجعيّة النصّ الجزائي في الزّمن دستوريّاً يجعله مفروضاً ليس على القاضي فقط وإنّما أيضاً على المشرّع. فالارتقاء بهذا المبدأ إلى مقام المبدأ الدستوري يجعل في طيّاته دلالة واضحة على أنّ المشرّع الدستوري أراد أن يحميه من إمكانيّة خرقه من قبل واضع القوانين العادية فلو بقي منصوباً على هذا المبدأ في الم.ج فقط ما كان لشيء أن يمنع المشرّع من أن يضع نصوصاً جزائية تعود للوراء.

من الملاحظ كذلك أنّ الاستثناء الوحيد لمبدأ عدم رجعية النص الجزائي هو النصّ الأرفق بالمتهم والمقصود بذلك النصّ الذي يلغي العقوبة تماما (يعود بنا إلى الإباحة) والنصّ الذي يحدّ من العقوبة ويخفّف من شدّتها (يقربنا من المبدأ وهو الإباحة).

=> إذا، وإن كان القانون الجزائي محكوما بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يتفرّع عنه مبدأ عدم الرجعية ومبدأ التأويل الضيق، فما ذلك إلا لأنه قانون استثنائي وفي هذا يبدو مختلفا عن القانون المدني الذي يمكن أن نعتبره قانونا متكاملا (فيه المبدأ والاستثناء) فهو يقرّ المبادئ الأساسية لكنه يتضمن في نفس الوقت جملة من الاستثناءات، أما القانون الجزائي فليس فيه جانب المبدأ لأن المبدأ لا يحتاج إلى نصّ. ومن هنا يمكننا أن نتبين أنّ القانون الجزائي يشبه القانون المدني في جزئه المتعلّق بالاستثناءات أي يشبه ما جاء في الفصل 540 م.إ.ع.

ويختلف القانون الجزائي عن القانون المدني في أن القانون المدني قلّ وندر ما نجد فيه نفسا عقابيا وحتى إن عاقب فعقوبته تختلف عن العقوبة الجزائية لأن الغاية من القانون المدني هي التعويض عن الأضرار الحاصلة أكثر من الجانب العقابي أمّا القانون الجزائي فغاياته الأساسية هي الردع وتسليط العقاب ولربّما كان هذا الاختلاف بينهما ما دعا بعض الشراح إلى التساؤل:

الفقرة الثالثة: هل أنّ القانون الجزائي جزء من القانون الخاص أم من القانون العام؟

القانون العام هو القانون الذي تتعاطى نصوصه مع نظام الدولة، الجماعات والمؤسسات العمومية فيما بينها أو بينها وبين الخواصّ. ويتضمن هذا القانون أحكاما آمرة على اتصال بالنظام العام. أمّا القانون الخاصّ فهو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات بين الخواصّ. وتبعا لذلك، كانت أحكامه أكثر مرونة لأنها تولى لحرية الأطراف فيما بينهم جانبا مهما (العقد شريعة الطرفين).

ومن هنا نتبين أهم أوجه الاختلاف بين القانون العام والخاصّ فالقانون العام يعتني بحماية المصالح العامة للمجتمع في حين أن القانون الخاصّ يسعى لحماية مصالح الخواصّ. أيضا، يبدو القانون العام أكثر نجاعة وفاعلية من القانون الخاصّ وذلك من منطلق أن الدولة والجماعات العمومية تتمتع بصلاحيات قانونية تخول لها تنفيذ مقرراتها دون ضرورة الرجوع للسلطة القضائية باعتبار ما يتمتع به المقرّر الإداري من قرينة قانونية تجعله محمولا على مطابقته للقانون إلى حين أن يقع الطعن فيه بالإلغاء ومعنى هذا أنّه يخوّل قانونيا للإدارة أن تتولى تنفيذ مقرراتها بنفسها ولو أدى الأمر لاستعمال القوة العامة. أمّا قواعد القانون الخاصّ، فتفرض على صاحب الحقّ اللجوء أولا إلى المحكمة لاستصدار حكم يكون سنداً يمكن تنفيذه بالقوة العامة في صورة عدم التنفيذ تلقائيا.

كلّ هذه الاختلافات ليست قاطعة ولا مطلقة لأنّ هنالك الكثير من القواعد في القانون الخاص التي لا تحمي المصلحة الشخصية وإنما تحمي المصلحة العامة هذه القواعد أخذت تتكاثر من خلال تكاثر القوانين الآمرة والمرتبطة بالنظام العام كميدان قانون الشغل (حماية مصالح الطبقة الشغيلة) وقانون الأسرة (حماية النواة الأولى للمجتمع) والقانون التجاري والصرفي (حماية النظام العام الاقتصادي).

وتبعاً لما سبق سرده، رأى بعض الشراح أنّ القانون الجزائي ينتمي للقانون العام وحججهم في ذلك عديدة:

- القانون الجزائي هو قانون زجري والزجر هو تسليط العقوبة واستعمال القوة وهو ما لا يكون مشروعاً إلا حينما يكون صادراً بأمر القانون وعن أجهزة الدولة المختصة دون سواها. وهو ما لا يمكن للخوفاص أن يقوموا به فتسليط العقاب حصري للدولة مما يمكن من القول أنّ الحق في تسليط الجزاء هو عمل من أعمال القانون العام ويمكن ترجمة ذلك على مستوى التطبيق بأمرين:

○ الحق في تحريك التتبع الجزائي من خلال تحريك الدعوى العمومية هو مبدئياً من مشمولات النيابة العمومية التي تتكلم باسم الحق العام/المجتمع ولا تتكلم باسم المتضرر.

○ النيابة العمومية حسب م.إ.ج ولئن كان ينتمي ممثلوها إلى سلك القضاء العدلي فإنهم وظيفياً يعملون في إطار هرمي مستقل عن سلك القضاء المجلسي وفي أعلى هذا الهرم وزير العدل. ومن هذا المنطلق يحق لوزير العدل بأن يأمر ممثل النيابة بإجراء التتبع الجزائي.

- في صورة قيام جريمة وقيام النيابة العمومية بالتتبعات، ليس للمتضرر التراجع والمطالبة بسحب الشكاية لأنّ عدوله عن الشكاية لا يؤثر مبدئياً على التتبع الجزائي فالمتضرر يملك الدعوى المدنية الرامية إلى جبر الضرر أمّا الدعوى الجزائية الرامية إلى الردع وتسليط العقاب فتملكها النيابة العمومية.

أمّا البعض الآخر، فقد ارتأى له أنّ القانون الجزائي أقرب إلى القانون الخاص من القانون العام² وحججهم في ذلك هي الآتية:

- القانون الجزائي رغم حمايته للنظام العام والسلم الاجتماعي فإنه يهدف بالأساس إلى حماية الخوفاص (المواطنين) في أموالهم، شرفهم، حياتهم...

- القانون الجزائي تطبّقه المحاكم العدلية ولا تطبّقه المحاكم الإدارية. والمحاكم العدلية هي التي تختص بالنظر في القضايا التي ترفع لها من الخوفاص (مدني/تجاري...).

- القاضي الجزائي غالبا ما ترفع أمامه في نفس القضية الجزائية دعوى مدنية فيصبح مختصا بالنظر في الاثنتين معا فيقضي بتسليط العقوبة (اختصاص أصلي) وبإقرار التعويض المدني (اختصاص فرعي)
مثال 1: حوادث الطرقات.
- مثال 2: بمقتضى القانون، قاضي الناحية جعله المشرع مطالبا بالبت في جريمة الزوج على خلاف الصيغ القانونية وفي نفس الوقت إبطال هذا الزواج.
- مثال 3: في جريمة الزوج بثنائية، يقضي حاكم الناحية بإقرار عقوبة جزائية وفي نفس الحكم إبطال الزواج الثاني.
- القاضي الجزائي غالبا ما يجد نفسه مطالبا بتطبيق قواعد القانون المدني إما بصورة مباشرة (عندما يطلب من القاضي الجزائي البت في الدعوى المدنية) أو مستقلة (وذلك داخل الدعوى الجزائية عندما يكون البت فيها متوقفا على البت في مسألة مدنية)
مثال 1: جريمة خيانة مؤتمن التي لا تقوم إلا بوجود عقد بين الجاني والمتضرر (عقد أمانة) يكون القاضي فيها مطالبا بالكشف عن هذا العقد.
- مثال 2: جريمة بيع ملك الغير يتوقف البت فيها على البت في مدى وجود عقد بيع بين غير المالك والمشتري.
- مثال 3: جريمة الزنا لا تكون موجودة إلا إذا كان على الأقل أحد الطرفين متزوجا وهنا سيجد القاضي مجبرا على الكشف عن وجود هذه الرابطة الزوجية من عدمها بل أيضا عن مسألة صحة هذه الرابطة الزوجية من عدمها.
- هناك العديد من النصوص المدنية التي تقحم فيها عقوبات جزائية.
مثال 1: جريمة الشيك بدون رصيد عملية تجارية من صميم القانون الخاص.
- مثال 2: الجرائم المتعلقة بالشركات التجارية.
- مثال 3: مجلة الأحوال الشخصية مجلة مدنية فيها العديد من العقوبات الجزائية منها جريمة إهمال العيال وجريمة تعدد الزوجات.
- القضاة التونسيون حين يقع انتدابهم للدخول في سلك القضاء فإن الانتداب يكون واحدا (مدني + جزائي) والقاضي العدلي أثناء مسيرته المهنية يمكنه التحول من قاض جزائي إلى قاضي مدني والعكس بالعكس.

الفقرة الرابعة: ما هي أهم مكوّنات القانون الجزائي؟

القانون الجزائي أعطاه الشراح مفهوما موسعا يجعله يستوعب الكثير من المواد ويتوزع على عدة أقسام أهمها:

- القانون الجزائي العام
- القانون الجزائي الخاص

- قانون الإجراءات الجزائية
- القانون الجزائي الدولي
- القانون الجزائي المقارن

إضافة إلى جملة من العلوم التي تأتي على علاقة وطيدة مع القانون الجزائي لأنها تتداخل معه وهي أساسا:

- علم الإجرام Criminologie
- علم الضحية. Victimologie
- علم العقوبة. Pénologie
- علم البحث عن الجريمة. police scientifique
- علم الطب الشرعي. Médecine légale

1. قانون الإجراءات الجزائية:

تؤسس له م.إ.ج الصادرة سنة 1968 وهذا القانون كان يسمى قانون المرافعات الجنائية وفي فرنسا كان يسمى قديما بقانون التحقيق الجنائي. هذا القانون يختلف عن القانون الجزائي رغم العلاقة الوثيقة بينهما وذلك باعتبار أن القانون الجزائي يهتم أساسا بتنظيم الأحكام المتعلقة بأصل الجريمة ثم يتعلق بأصل العقاب من جهة أخرى فهو الذي يحدد أركان الجريمة، أنواع الجرائم وأصناف العقوبات المسلطة على المجرمين من ناحية، ومن جهة أخرى يضبط شروط قيام المسؤولية الجزائية والصور التي تنعدم فيها المسؤولية وكذلك الصور التي يسقط فيها العقاب المنجر عن هذه المسؤولية.

أما قانون الإجراءات الجزائية فيكتفي بـ:

- تنظيم القضاء الجزائي.
- تحديد اختصاصات المحاكم الجزائية.
- الجهات المختصة في إثارة التتبعات الجزائية من نيابة عمومية وبعض الإدارات.
- التمييز بين أصناف القضاة من قضاء جالس وقضاء واقف.
- فالقضاء الجالس ينقسم بدوره إلى صنفين: صنف أول يهتم بالتحقيق في الجرائم (قاضي التحقيق/دائرة الاتهام) وصنف ثان يتمثل في قضاة الحكم (محكمة ابتدائية/محكمة استئناف). ويسمى قضاء جالسا لأن القضاة حين يجلسون يوم الجلسة لاستئناف المتهمين ثم إصدار الأحكام في شأنهم يقومون بهذه الأعمال وهم جالسون وكذلك الحال بالنسبة لقضاة التحقيق.

○ أمّا القضاء الواقف فهو يتمثل في جهاز النيابة العمومية الذي ولئن كان ممثلوه يلقبون بالقضاة إلا أنّهم ليس بحكام أي أنّهم لا يبتّون في القضايا والسبب في ذلك راجع إلى أنّهم ليسوا محايدين في القضية وإنّما هم طرف فيها بل ومدّعون فلا يمكن أن يكونوا طرفاً وحكماً في آن واحد. وعلى هذا الأساس فإن أعضاء النيابة العمومية يعملون بصورة مستقلة عن القضاء الجالس ويوم الجلسة لا يدخلون قاعة الجلسة من نفس المنفذ. ويلقب هؤلاء بالقضاة الواقفين لأنّهم حين المرافعة في حق المجتمع، ينتصب ممثل النيابة العمومية واقفاً عند تلاوة طلباته. أمّا عن سبب تلقيبهم بالقضاة، فذلك راجعاً لعدة أسباب. أولاً، هم ينتدبون بنفس الطريقة من خلال نفس المناظرة الوطنية دون أيّ تمييزهم بينهم وبين غيرهم من القضاة العدليين. أيضاً، ممثل النيابة العمومية يمكنه خلال مسيرته المهنية أن ينتقل من سلك النيابة إلى سلك القضاء الجالس والعكس بالعكس. وتمتاز النيابة العمومية بتنظيمها الهرمي القائم على علاقة الرئيس بالمرؤوس وهنا نجد نيابة عمومية لد محاكم الأصل مستقلة عن نظيرتها بمحكمة التعقيب. فالأولى تتكون من ممثل النيابة العمومية لدى المحكمة الابتدائية وهو وكيل الجمهورية مع مساعديه الذين يعملون تحت إمرته ولدى محكمة الاستئناف، نجد الوكيل العام ومساعديه. والملاحظ أنّ وكيل الجمهورية هو بدوره تحت إمرة الوكيل العام بمحكمة الاستئناف التي يرجع لها بالنظر. أمّا الوكيل العام فرئيسه المباشر هو وزير العدل. وبالنسبة لمحكمة التعقيب، يوجد لدى كلّ دائرة ممثل للنيابة العمومية يسمى المدعي العمومي لدى محكمة التعقيب وله مساعده والمدعون العموميون يعملون تحت إمرة وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب الذي يعمل بدوره تحت رئاسة وزير العدل. وتعود هذه الإستقلالية بين النيابة العمومية لدى محاكم الأصل والنيابة العمومية لدى محكمة التعقيب إلا أنّ النيابة في محاكم الأصل تختص بإثارة التتبعات ضد المجرمين أي أنها تتدخل في الواقع وغايتها حماية النظام العام والسلم الاجتماعي إلى جانب حماية حسن تطبيق القانون، بينما النيابة في محكمة التعقيب لا تختص بإثارة التتبعات لأنّ محكمة التعقيب هي محكمة قانون وليست محكمة واقع تهتم بحماية القاعدة القانونية من التعسف عليها.

- الطرق التي يتعين اتباعها عند القيام بالتتبع الجزائي³:

- إثارة التتبع.
- سير المحاكمة.

³ المظنون فيه = ذي الشبهة ≠ المتهم: التهمة توجهها له دائرة الاتهام، صدر في شأنه قرار وتتم إحالته على المحكمة فيدان أو تقع تبرئته

○ صدور الحكم.

- الطعن في الأحكام الجزائية. وفي هذا الإطار نفرّق بين:
 - طريقة الطعن العادية التي تعيد النظر في القضية برمتها وتتمثل في الاستئناف.
 - طرق الطعن غير العادية وهي التعقيب، التماس إعادة النظر والاعتراض (الاعتراض في المادة المدنية هو وسيلة طعن غير عادية لأنّ المعارض هو الغير عن النزاع وقع الإضرار بحقوقه بصورة غير مباشرة).
- سقوط الدّعى العمومية وسقوط العقاب بمرور الزمن.
- التجريح في الحكّام (قبل صدور الحكم) ومؤاخذة الحكّام (بعد صدور الحكم).
- تنفيذ الأحكام الجزائية.

2. القانون الجزائي الدولي:

هو القانون الجزائي المقابل للقانون الجزائي الداخلي أي أنه القانون الذي يتدخل فيه عنصر أجنبي يجعل من الجريمة المقرّفة تثير نوعاً من التنازع بين قوانين دولتين مختلفتين أو أكثر. مثال: شخص يرتكب جريمة في بلد أجنبي ثمّ يفرّ إلى بلد آخر.

هل يمكن للدولة التي ارتكب هذا الشخص فيها الفعل المجرّم أن تطلب من الدولة التي استقرّ بها تسليمه؟

وهل من الممكن للدولة التي لجأ لها المجرّم أن تتولّى هي محاكمته على نفس تلك الجريمة التي ارتكبها خارج أراضيها عوض أن تحاكمه الدولة التي ارتكب الجريمة على أراضيها؟ وفي صورة محاكمته، هل يتم تطبيق قانون الدولة التي ارتكب فيها الجريمة أم قانون الدولة التي يحاكم فيها؟

وهل من الممكن المطالبة بمحاكمة هذا الشخص دولياً أي من خلال المحكمة الدولية؟

3. القانون الجزائي المقارن:

كأيّ قانون مقارن، هي مادّة تعنى بدراسة المدارس القانونية الجزائية على غرار المدرسة الإيطالية التي تشتهر كثيراً بنظريّاتها وخاصة في مادة علوم الإجرام وكذلك المدرسة الأمريكية التي لها وزنها في هذا المجال.⁴

⁴ المدرسة الرومانية هي مدرسة الشكليات
المدرسة الانقلاوسكونية هي مدرسة السابقة القضائية التي يؤسسها القاضي

وهناك القانون المقارن بمفهومه الضيق وهو المتمثل في مقارنة بين قوانين الدول وليس بين المدارس.

4. علم الإجرام:

هي المادة التي تعنى بالبحث عن الأسباب التي من الممكن أن تدفع بالشخص إلى ارتكاب الجريمة من أسباب داخلية خاصة وأسباب خارجية:

- الأسباب الخاصة بالشخص⁵ هي مادة رائدها Lombroso وهو طبيب إيطالي الجنسية اكتشف في منتصف القرن 19 أن الشخص يمكن أن يولد ومقومات الجريمة مخلوقة فيه وقد تتجلى خارجيا من خلال تكوينه الجسماني بحيث يولد ومقومات الجريمة تكبر فيه وتنمو شيئا فشيئا إلى أن تتفجر طاقته الاجرامية⁶.
- الأسباب الخارجية هي العوامل التي قد يجد الإنسان فيها نفسه إما بصورة عفوية أو برغبة منه فيتأثر بها إلى حد يدفعه إلى ارتكاب جريمة. (مثال: القفر، الخصاصة، الإدمان على المخدرات، معرفة المجرمين، الانقطاع المبكر عن التعليم، البيئة العائلية المتوترة، السجن...)

ويبحث علم الإجرام عن الأساليب الكفيلة بالحيلولة دون وقوع الجريمة وهي أساليب قد تكون وقائية إذا اكتشفت الأسباب الداعية إلى ارتكاب الجرم قبل ارتكابها (التربية، التثقيف...) وقد تكون علاجية (إحالة مدمن مخدرات على مصحة، إنارة الأنهج في الليل، الإصلاحية، تعليم المساجين وتثقيفهم، تنظيم السجون، التقليل من الاكتظاظ، تجنب اختلاط المساجين) يقع اتخاذها بعد حصول الجريمة.

5. علم البحث عن الجريمة:

الشرطة الفنية تهدف إلى البحث في الأساليب التي قد تعجز مادة علم الإجرام عن تحقيقها: مقاومة الجريمة من خلال اللحاق بالمجرم وعدم تركه هاربا. حينما ترتكب الجريمة فإن أول ما ينبغي القيام به هو تحديد هوية المجرم وذلك في الصور التي ارتكب فيه جرمه وفر هاربا ولم يقع إيقافه. ويكون تحديد الهوية من خلال جملة الآثار المادية التي قد يتم تركها دون أن يتفطن إلى ذلك. فعمل الشرطة الفنية يهدف إلى تطوير أساليب البحث عن الجريمة ومقترفيها وهذه الأساليب هي أساسا علمية وتقوم على معطيات متنوعة أهمها:

المدرسة الصينية والشيوعية هي مدرسة افتكاك الحكم وممارسة الدكترة على البرجوازيين، انتفاء الدولة والقانون مدرسة التشريع الإسلامي تتميز بازدواجية المصدر، قانون الهي ووضعي في آن واحد

⁵ Anthropologie criminelle

⁶ Le criminel né

- القيس وهو أسلوب اكتشفه الفرنسيون في أواخر القرن 19 ويتمثل في طريقة علمية تعتمد في الكشف عن هوية المجرم من خلال تحديد ملامح وجهه وسمات جسمه وخصائص تكوينه الجسماني.
- علم البصمات تأسس بعد أن اكتشف صاحبه أن لكل شخص بصمات خاصة به ولا يمكن البتة أن يتحد شخصان أموات أو أحياء في نفس البصمة بما في ذلك التوأم وهذه البصمات لا تفنى مع فناء صاحبها. ومن هنا تطور هذه العلم وأصبحت هذه البصمات توقع على الوثائق المحددة للهوية كبطاقات التعريف. وقد أثبت هذا العلم نجاعته بشكل كبير في تحديد هوية المجرم بحيث أصبح اجراء ضروريا تقوم به أعوان الضابطة العدلية بصورة آلية كلما ألقوا القبض على المشتبه به.
- علم التحاليل الجينية⁷ وهي الأخرى تثبت هوية الشخص.
- الطب الشرعي هو أيضا من العلوم الطبية التي تأتي على ارتباط وثيق بمادة القانون بشكل عام والقانون الجزائي بشكل خاص والطب الشرعي يلعب دورا هاما بالنسبة للمجرم وبالنسبة للضحية. فبالنسبة للضحية، يساعد على تحديد أسباب الوفاة ويبين إن كانت الوفاة نتيجة لعملية انتحار أم قتل وإن كان قتل عن طريق مادة سامة أو عن طريق عنف. فكلما أودت الجريمة بحياة الضحية فإن أول إجراء يتعين القيام به هو إحالة الجثة على الطبيب الشرعي ليقوم بعملية التشريع ليحدد سبب الوفاة بكامل الدقة ويعدّ تقريراً في الغرض يرفع إلى الباحث القضائي الذي يجعلها منطلقاً لأبحاثه ويأخذه بعين الاعتبار وهو ضروري كذلك عند تنفيذ الحكم بالإعدام لأنه على ضوءه سيتحدد إن كان التنفيذ قد وقع أم لم يقع فيوجب عليه القانون حضور عملية التنفيذ لفحص المنفذ عليه والتأكد من حصول الوفاة من عدمها. ويستخدم الطب الشرعي وسائل حديثة كالتحاليل البيولوجية. يعتمد من جهة أخرى في الجرائم الجنسية للتأكد من وقوعها وإن كان بين الضحية والجانية قرابة (تشديد العقوبة).
- البحث في الآلات التي قد تكون استخدمت في تنفيذ الجريمة: نوعها، تاريخ صنعها، عيارها...

مادة الشرطة الفنية أو علم البحث عن الجريمة ما انفكت بالتطور يوميا وهي تتطلب تجهيزات خاصة ومتطورة لأنها باتت ضرورية في عالم مكافحة الإرهاب والتصدي للجريمة المنظمة داخليا ودوليا.

6. القانون الجزائي العام:

- دراسة الأحكام العامة للقانون الجزائي وجميع العقوبات بمختلف أنواعها وأصنافها وذلك فيما يتعلق بالجريمة من حيث أركانها والظروف المحيطة بها.

⁷ ADN

- المجرم من حيث شخصيته وقدرته على تحمل المسؤولية الجزائية والأسباب المعدمة لهذه المسؤولية وكذلك الأسباب المعفية من العقاب أو المخففة منه، العقوبة من حيث أنواعها، خصائصها (أصلية/تكميلية) والاختلاف بين العقوبة والتدبير الاحترازي.
- تقسيم الجرائم إلى جنایات، جنح ومخالفات حسب خطورتها.
- تقسيم حسب نوع الجريمة وهنا نميز بين
 - الجرائم المدنية (جرائم الحق العام)
 - الجرائم السياسية
 - الجرائم العسكرية
- تقسيم الجرائم إلى:
 - جرائم حينية⁸ وهي الجرائم التي تقترب في وقت معين في الزمن وتنتهي في نفس ذلك الوقت أي أنها لا تمتد ولا تتواصل في الزمن (مثال: جريمة القتل أو الاعتداء بالعنف)
 - جرائم متشعبة⁹ وهي الجرائم التي تتكون وجوبا من مجموعة أفعال متباينة فيما بينها من حيث النوع والطبيعة لكنها تؤدي من حيث الهدف إلى تحقيق غاية واحد. وإذا أخذنا كل فعل لوحده منفردا لما شكّل جريمة مستقلة بذاتها (مثال: جريمة التحيل)
 - وتختلف الجريمة المتشعبة عن التوارد المثالي للجرائم ففي هذه الصورة تتألى الأفعال من أَل تحقيق غاية بعينها لكن الفرق بينها وبين الجريمة المتشعبة هو أن كل فعل في هذه الأخيرة لا يشكل جريمة لوحده بينما في التوارد المثالي كل فعل يشكل جريمة بعينها (مثال: اقتحام شخص محلا للغير في الليل من أجل سرقة أموال كان يعلم أنها موجودة داخل ذلك المحلّ، فالغاية التي قصدها هذا الشخص هي سرقة تلك الأموال لكن الوصول إلى تحقيق هذه النتيجة تطلب منه اقتراف 3 جرائم هي اقتحام محلّ بالليل، التّسوّر ثمّ السرقة.
 - الجريمة المسترسلة¹⁰ هي التي يمتد ارتكابها ويتواصل في الزمن (سرقة النّور الكهربائي من الجار) ويفترض فيها استمرار النية الإجرامية لدى الجاني بحيث لا تتوقف.
 - الجريمة المتواترة¹¹ تتكون من تكرار نفس الفعل الحيني المحظور (مثال: الموظف العامل بمؤسسة بنكية يريد اختلاس مبلغ 100 د غير أنه عوض

⁸ Infraction instantanée

⁹ Infraction complexe

¹⁰ Infraction continue

¹¹ Infraction continuée

اختلاس المبلغ دفعة واحدة باختلاسه على مراحل فقام باختلاس 10 د يوميا على 10 أيام).

- جريمة الاعتياد¹² تتكون من تكرار نفس الفعل وعنصر التجريم فيها هو هذا التكرار الذي لولاه لما قامت الجريمة لأن الفعل الإجرامي الواحد في حد ذاته لا يمثل جريمة (التسول إذا قام به أصحابها مرة واحدة فهو لا يشكل جريمة).

تخضع كل هذه الجرائم بمختلف أنواعها لما يسمّى بالتّوارد، فما معنى التّوارد؟

أ) التّوارد المادّي (الحقيقي)¹³: (صورة الفصل 56 م.ج)

• المفهوم:

يحصل في صورة اقتراف الجاني جملة من الأفعال المحظورة التي تأتي متتالية في الزمن وتكون مستقلة عن بعضها البعض فكلّ منها مكون بمفرده لجريمة بذاته. هذا الأفعال لا تكون وحدة فيما بينها وإنما هي قابلة للتجزئة بل يشترط في التوارد المادّي كي يتحقق أن يكون مجموع الأفعال المحظورة مستقلة عن بعضها من حيث الاقتراف والنتائج وقد تكون هذه الأفعال من نفس الطبيعة كما قد تكون ذات طبيعة مختلفة.

مثال: ارتكاب شخص لـ 3 جرائم سرقة مستقلة عن بعضها ومتباعدة في الزمن / شخص يعتدي بالعنف على أحد المارة وفي المساء يقوم بسرقة سيارة وفي الغد يقوم بجريمة الاغتصاب، هي جرائم مستقلة من حيث الغاية ولم تمهّد الجريمة السابقة لللاحقة (≠ الجريمة المتشعبة) / شخص يدلس صكّين بنكيين في وقتين متباينين لفائدة شخصين مختلفين، استقلالية من حيث الغاية والنتيجة.

محكمة التعقيب¹⁴ تؤكد على ضرورة بحث قضاة الأصل عن النية التي كانت ترافق الجريمة إن كانت ذاهبة إلى الربط بين الجريمة الأولى والثانية حتى نبيّن من وجود التوارد المادي من عدمه.

يمكن في التوارد المادي أن تكون الجرائم على أوصاف قانونية مختلفة. مثال: شخص يرتكب جريمة السكر الواضح في الطريق العام ثم الاعتداء على المارة في نفس ذلك الطريق. والملاحظ في هذه الصورة أنّه ينعكس وجوبا على إجراءات التتبع إذ يحاكم الجاني بصورة مستقلة عن كلّ فعل محظور اقترفه ثم تنطق المحكمة بالعقوبة عن كل جريمة مقترفة بعد

¹² Infraction d'habitude

¹³ Le concours réel d'infraction

¹⁴ قرار تعقيبي جزائي عدد 19159 مؤرخ في 28 جوان 1986
قرار تعقيبي جزائي عدد 5505 مؤرخ في 24 جوان 1981

أن تخصص لها عقوبة منفردة. ويتأكد ذلك من خلال عبارات الفصل 56 م.ج القائل 'كلّ انسان¹⁵ ارتكب جرائم متباينة يعاقب من أجل كل واحدة بانفرادها'.

ويتميّز التوارد المادي عن صورة تقترب منه كثيرا وهي صورة العود. إذ يكمن التشابه في أنّه في كلتا الصّورتين هناك تعدد في الجرائم التي تكون بالضرورة مستقلة فيما بينها وتتجه بالضرورة إلى إثارة التتبع وإجراء المحاكمة والبت في كل منها بصورة مستقلة بذاتها. أمّا الاختلاف، فيكمن في أنّه ورغم تعدد الجرائم في التوارد، إلّا أنّه لم يصدر بعد حكم بعد في أيّ من هذه الأعمال المحظورة في حين لا يتحقق العود على معنى الفصل 47 م.ج إلّا في حق من يرتكب جريمة بعد عقابه بموجب أخرى من خلال حكم بات وهو ما يعني أنّه في العود يجب أن يقع البت في الجريمة المقترفة من قبل أن يكون نفس الجاني عمداً إلى إقرار جريمة جديدة وهو الأمر الذي يجب على المحكمة المتعدهدة أن تتبيّنه من خلال مضمون بطاقة الجاني العدلية التي تنصّ على سوابقه العدلية وهو ما يفسر وجوب أن تطالب المحكمة بهذه البطاقة قصد الاطلاع عليها قبل النطق بالحكم وهو ما قرّره محكمة التعقيب معتبرة أنّ على قاضي الأصل أن يطلع على بطاقة السوابق وجوبا قبل النطق بالحكم.¹⁶

• العقاب:

نصّ الفصل 56 م.ج في آخره أنّه '... يعاقب من أجل كلّ واحدة منها بانفرادها ولا تضمّ العقوبات لبعضها إلّا إذا حكم الحاكم بخلاف ذلك'.

- المبدأ: لا تضمّ العقوبات لبعضها البعض إلّا إذا قرّر الحاكم خلاف ذلك. والضّم هو تطبيق العقوبة الأشدّ. العقوبة التي رصدها المشرع في صورة التوارد المادي للجرائم يكمن مبدئياً في فترّد كل جريمة بعقاب خاصّ بها مما يجعل الجاني خاضعا حسب إرادة المشرع إلى تنفيذ مجموع العقوبات.
- الاستثناء: المشرع في أعقاب الفصل 56 لم يجعل هذا الحلّ قاطعا وإنّما جعله مرنا إذ سمح للقاضي بإمكانية أن يحكم بضّمّ العقوبات لبعضها البعض وأن يكتفي القاضي بتنفيذ العقاب الأقصى والأشدّ. وفي هذه الصورة، يجب على المحكمة أن تنصّ في قرارها/حكمها على الضّمّ وإلّا انطبق الجمع. أيضا، الضّمّ في مادة التوارد المادي هو أمر جعله المشرع من مشمولات القاضي وجزء من سلطته التقديرية وبالتالي فهو ليس مطالبا بتعليل حكمه وذلك دليل على أنّ هذه السلطة التقديرية تختلف عن سلطة القاضي في تخفيف العقاب وإسعاف الجاني بتأجيل التنفيذ ففي هذين الصّورتين يكون القاضي مطالبا بتعليل قراره/حكمه بينما عند تمتيعه للجاني بالضّمّ فهو ليس مطالبا بالتعليل. إذا فالضّمّ ≠ ظروف التخفيف وتأجيل التنفيذ لأنّ المشرع بين أسباب

¹⁵ Personne physique

¹⁶ قرار تعقيبي جزائي عدد 55777 مؤرّخ في 12 فيفري 1969

التخفيف في العقاب من خلال الفصل 53 م.ج ولا نجد الضمّ في هذه القائمة. وتدعم هذه القراءة بإمكانية القاضي الحكم بتخفيف العقاب أو تأجيل التنفيذ مع تمتيع المحكوم عليه بالضمّ¹⁷.

- استثناء الاستثناء (العودة للمبدأ): رغم هذه السلطة التقديرية التي سمحت للقاضي بأن يحكم بالضمّ، إلّا أنّ هذه الصورة تعرف بدورها استثناء يقرب الموازين رأساً على عقب وهي صورة القاصر المميز. فحسب الفصل 69 من مجلة حماية الطفل، الضمّ هو المبدأ والجمع هو الاستثناء بل وعلاوة على ذلك، إذا رأى القاضي جمع العقوبات فعليه تعليل قراره/حكمه.

ويمنع على القاضي ضمّ العقوبات وذلك في العقوبات المالية (الخطايا) والعقوبات التكميلية (المراقبة الإدارية مثلاً). ويفرض الضمّ وجوباً في صورة واحدة: عقوبة الإعدام. وبالتالي فإنّ السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في ضمّ العقوبات من عدمه يقتصر على صورة العقوبات السالبة للحرية (السجن) دون سواها.

قاعدة الفصل 56 م.ج هي قاعدة مكّلة لإرادة القاضي (مثال آخر: أحكام الحضانة) ففي القانون الجزائي كل القواعد أمرة أمّا ما يكون مكّلاً فهو يكون بين المشرع والقاضي وليس مع الأطراف.

أ) التوارد المثالي (الصوري)¹⁸: صورة الفصلين 54 و55 م.ج:

• المفهوم:

يتجسّد التوارد المثالي في صورتين:

○ صورة الفصل 54 م.ج:

جاء فيه أنّه ' إذا تكون من الفعل الواحد عدة جرائم فالعقاب المقرّر للجريمة التي تستوجب أكبر عقاب هو الذي يقع الحكم به وحده'.

■ الحالة الأولى: تتكوّن من الفعل الواحد فيها جرائم متعدّدة. ومثال ذلك

شخص أطلق النار باتجاه عدة أشخاص بعضهم مات وبعضهم تعرّض للجرّح. يعني فعل واحد ترتب عنه نتيجتان، القتل والجرّح.

■ الحالة الثانية: يكون فيها الفعل المجرّم فعلاً واحداً لكنه فعل قابل

للوقوع تحت أوصاف تجرّيمية مختلفة تنظمها نصوص تشريعية

مختلفة. ومثال ذلك الشخص الذي يتفوه بكلام معين يكون في نفس

الوقت تهاجراً بما ينافي الحياء (الفصل 226 م.ج) واعتداء على الأخلاق

الحميدة (الفصل 226 مكرر م.ج).

¹⁷ قرار تعقيبي جزائي عدد 12051 مؤرّخ في 01 أفريل 1986

¹⁸ Le concours idéal d'infraction

هذا يعني أنّ الحال الأولى يكون الفعل فيها مؤدياً لنتائج مختلفة بحيث يمكن لكل نتيجة منها أن تكون جريمة مستقلة، بينما الحالة الثانية تفترض أن يكون لهذا الفعل أوصاف تجرّيمية متعدّدة.¹⁹

○ صورة الفصل 55 م.ج: تتعلّق بالحالة التي يكون الجاني فيها قد عمد إلى ارتكاب جرائم كثيرة ومختلفة يهدف من خلالها إلى تحقيق غاية بعينها مما يحدث بينها ترابطاً وثيقاً يصيرها تشكّل وحدة متماسكة فيما بينها بحيث يجعل مجموعها غير قابل للتجزئة أي أن الجريمة الثانية ما كان يمكن للجاني أن يحقق نتيجتها دون أن يكون قد ارتكب الجريمة الأولى. الجريمة الأولى مهدت الطريق أمام الجاني لارتكاب الجريمة الثانية. ومثال ذلك الجاني الذي يختلس دفتر صكوك بنكية، يتولى تدليس بطاقة تعريف وطنية ثم يقوم بتقليد توقيع صاحب الدفتر المختلس. هنا الجاني ارتكب جرائم متتالية مستقلة بذاتها وهي: جريمة سرقة دفتر صكوك (1)، جريمة تدليس وثيقة رسمية (2)، تقليد التوقيع أو التدليس (3)، استعمال المدّلس مرة أولى (4) واستعمال مدّلس وهو الصك المقلّد مرّة ثانية (5). الخيط الرابط بين هذه الجرائم يكمن في أن الجاني أراد الوصول إلى نتيجة واحدة وهي الاستيلاء على مقدار من المال من الرصيد البنكي لصاحب الصكوك المدّلسة التي وقع اختلاسها من صاحبها.

هذه الصورة تقوم على تعدد الأفعال الإجرامية التي ترتكب في فترة زمنية واحدة أو فترات زمنية متباعدة لكن الغاية في جميعها تبقى كامنة بالضرورة في سعي الجاني إلى تحقيق غاية واحدة، الأمر الذي يجعل من غير المستساغ قانوناً وواقعاً تجزئة هذه الأفعال عن بعضها البعض والسبب في هذه أنها تمثّل جرائم مندمجة فيما بينها فرأى المشرع أنّ من الوجيه أن يتعامل معها كما لو كانت تمثّل جريمة واحدة. وقد جاء في قرار صادر عن الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب أنّ 'تشعب الجرائم حسب الفصل 55 م.ج يقوم على ركنين: وحدة المقصد + عدم إمكانية التجزئة في الجرائم المتفرقة في ظروف متحدة ولمحكمة الموضوع استخلاص تلك العناصر من الوقائع المطروحة عليها مع التعليل²⁰. والملاحظ أيضاً في صورة الفصل 55، أنّ الركن المادي المتمثل في عدم إمكانية التجزئة بين مختلف الأفعال المقترفة قد يحصل من خلال الركن المعنوي المتعلّق بالقصد الجزائي الواحد. ومثال ذلك ارتكاب الجاني لجريمة سرقة كان قد استهلّها بجريمة اقتحام محلّ على ملك الغير ليلاً وهو الذي من الممكن أن يكون الخطّ الرابط بين الجريمتين بشكل يجعل منهما وحدة متماسكة لا تقبل التجزئة لأنّ النتيجة

¹⁹ قرار تعقيبي جزائي عدد 87424 مؤرّخ في 10 مارس 1998 (نشرية محكمة التعقيب لسنة 1998، القسم الجزائي، الصفحة 177)

²⁰ قرار تعقيبي جزائي صادر عن الدوائر المجتمعة عدد 4369 مؤرّخ في 20 جوان 1966

التي أرادها منذ البداية هي السرقة أمّا جريمة اقتحام محل على ملك الغير ليلا فكانت فقط بمثابة التمهيد لإنجاز جريمة السرقة. فما كان للجاني أن يتمكن من إتمام السرقة في تلك اللحظة دون ارتكاب الجريمة الأولى لأنّ الأموال المعتمز سرقتها هي داخل المحلّ الذي على ملك الغير.

• الجزاء:

العقاب المستوجب هو العقاب المرصود للجريمة التي تستوجب تسليط العقوبة الأقصى والأشدّ. وما يمكن ملاحظته في هذه الصورة هو أن اختيار المشرع في صورة الفصل 54 على تسليط العقاب الأقصى والأشدّ من بين الأوصاف الممكنة التي يمكن اعطاؤها لنفس مرتكب الفعل، هذا الاختيار يبرّره التّعدي الأخطر لهذا الفعل على النظام العام وعلى الأخلاق الحميدة وهو ما يقتضي على صعيد الإجراءات أن تتولّى النيابة العمومية القيام بتتبع جزائي واحد (خلافا للتوارد المادي التي تكون فيها تتبعات مختلفة) يؤدّي إلى إجراء محاكمة واحدة تنتهي بتسليط عقاب واحد هو العقاب الأشدّ تطبيقا في ذلك للمبدأ القانوني القاضي بوجوب أن لا يحاكم الشخص على الفعل المحظور الواحد الذي قد يرتكبه إلا مرة واحدة.

ومن هنا نتبيّن أنّ التتبع الذي تثيره النيابة العمومية في هذه الصورة ضد الجاني لا يتسلّط على التكاليف القانونية المتعددة والممكنة لذلك الفعل بل يتسلّط على الفعل المادي المحظور دون غيره. أمّا الوصف القانوني للملائم لذلك الفعل المحظور المرتكب فيرجع إلى السلطة التقديرية للمحكمة التي سوف تبتّ في الدعوى العمومية. ومن هنا نتبيّن أيضا، أنّ التكييف القانوني الذي تعطيه النيابة العمومية لذلك الفعل المرتكب وحتى التكييف القانوني الذي يعطيه قاضي التحقيق (في صورة ما إذا فتح تحقيق في الغرض) وحتى التكييف القانوني الذي قد تعطيه دائرة الاتهام، جميعها لا تلزم محكمة الحكم في شيء بمعنى أنّ محكمة الحكم لها السلطة التقديرية المطلقة في إعطاء التكييف القانوني الذي تراه مناسبا للفعل المقترف. وهو الأمر الذي حققته محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة في قرار تعقيبي جزائي صادر عن الدوائر المجتمعة تحت عدد 6417 مؤرخ في 16 جوان 1966²¹.

كذلك أيضا، بالنسبة لصورة الفصل 55 م.ج، أي صورة الجرائم المتواترة التي ترمي إلى تحقيق غاية واحدة بشكل يجعل مجموعها يكون وحدة متماسكة لا تقبل التجزئة فمن منطلق أنّ هذه الغاية الواحدة هي التي أدّت إلى اقتراف مجموعة من الأفعال المحظورة وأدّت تبعا لذلك إلى تواردها فإنّ المشرع ارتأى أن يسلّط على مرتكبها العقاب الأقصى والأشدّ من بين جملة العقوبات المرصودة لتلك الجرائم المقترفة. وهو ما حققته محكمة التعقيب في قرارها الجزائي عدد 11609 مؤرخ في 19 فيفري 1986²² وهو أيضا ما قرّره محكمة التعقيب الفرنسية في

21 م.ق.ت 1970 العدد 2 صفحة 61
نشرية قرارات الدوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب سنوات 1961-1992 صفحة 697
22 نشرية محكمة التعقيب 1986، القسم الجزائي، صفحة 332

قرارها الصادر عن الدائرة الجنائية بتاريخ 21 أبريل 1976²³. وهو ما يعني في الأخير، أن العقوبات في هذه الصورة، تضمّن إلى بعضها البعض وجوبا لتفرز في الأخير عقابا واحدا يسلّط على الجاني هو العقاب المرصود للجريمة التي تستوجب العقوبة الأقسى والأشدّ وذلك من دون أن يكون القاضي قادرا على تقرير الجمع.

ونتيجة لذلك، نتبيّن الاختلاف القائم بين التوارد المثالي على معنى الفصل 55 والتوارد المادي من جهة أخرى فيما يتعلّق بنظام تسليط العقوبة المرصودة في كلّ منهما. فبالنسبة للتوارد المثالي، تضمّن العقوبات إلى بعضها البعض بصورة آليّة بموجب نصّ القانون بينما في التوارد المادي فإنّ الضّم مبدئيّا لا يحصل وجوبا أي لا يحصل بمقتضى نصّ القانون بل يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للمحكمة فهي التي بإمكانها أن تقضي به بعد أن تكون قد قاضت الجاني عن كلّ جريمة ارتكبها على حدة وحددت لكل منها العقاب الخاصّ بها بصورة منفردة وبشكل مستقلّ.

والملاحظ في الضّم الذي قد تقضي المحكمة به في التوارد المادي أو الذي يقضي المشرّع به بنصّ القانون في التوارد المثالي، أنّه يختلف تماما عن ظروف التخفيف لأنّه لم يرد ذكره ضمن سلسلة ظروف التخفيف الواردة في الفصل 53 م.ج. كما أنّه أيضا يمكن للمحكمة أن تقضي في صورة التوارد المادي في نفس الوقت بضّم العقوبات إلى بعضها مع تمتيع الجاني بظروف التخفيف أو بتأجيل التنفيذ. كما يمكن أيضا للمحكمة في صورة التوارد المادي أن تقضي بتمتيع الجاني بالضمّ من جهة والتشديد عليه من جهة أخرى إذا كان هذا الجاني عائدا. وكذلك أيضا في التوارد المثالي، فإنّ ضمّ العقوبات الذي يقتضيه القانون لا يمنع المحكمة من زيادة تمتيع الجاني بظروف التخفيف أو بتأجيل التنفيذ كما لا يمنعه أيضا من التشديد عليه في صورة العود.

7. القانون الجزائي الخاصّ:

القانون الجزائي الخاصّ يمثّل القسم المتعلّق بدراسة الجرائم بصورة منفردة أيّ كلّ جريمة منها على حدة، فهو القانون الذي يضبط بالتّحديد ما يعتبره المشرّع جريمة وما يقرّره لها من عقاب. ومن هذا المنطلق، فإنّ القانون الجزائي الخاصّ هو الذي يتولّى تحديد الركن المادي لكلّ جريمة مستقلة بذاتها، ثم بعد ذلك، يتولّى إعطاء الوصف القانوني الذي يراه ملائما لها، ثمّ في الأخير يقرّر لها العقوبة التي يعتبرها مناسبة لها. وفي هذه الصورة، يمكن للمشرّع أن يستوجب عقابا محددا بصورة دقيقة وباتّة كما يمكن أيضا للمشرّع وهي الحالة الغالبة أن يحدّد الأدنى والأقصى للعقاب ليترك بذلك مجال تقدير العقوبة المستوجبة موكولا للقاضي يقدرها بين هذين الحدين آخذا في ذلك بعين الاعتبار مبدأ تفريد العقوبة أي تحديد العقوبة بحسب ظروف كلّ

²³ نشريّة م.ت الفرنسية، القسم الجزائي رقم 122

مجرم وخصائص شخصيته والدافع الذي قد يكون حمله على ارتكاب الجريمة²⁴. كذلك أيضا، يقرّر المشرع عند الاقتضاء وبحسب كل جريمة ما إذا كان يمنع أو لا على المحكمة تمتيع الجاني بظروف التخفيف أو بتأجيل التنفيذ²⁵. أيضا، يقرّر المشرع عند الاقتضاء ما إذا كانت الجريمة التي يضبط أركانها تمثل جريمة عادية أم جريمة شخصية، فالجريمة العادية هي تلك الجريمة التي بمجرد ارتكابها تفتح للنّياحة العمومية إمكانية إثارة التتبع في شأنها فصلاحيات التتبع ترجع للنّياحة العمومية بصورة آلية حينما يتعلّق الأمر بجريمة عادية (مبدأ ملائمة التتبع)، أمّا الجريمة الشخصية (أو الخاصة) فإنّ القيام بإثارة التتبع في شأنها وإجراء المحاكمة وتسليط العقاب وتنفيذه، يتوقّفون بالضرورة على صدور شكاية من الشخص المتضرّر منها²⁶.

والملاحظ في القانون الجزائي الخاص أنّه تاريخيا أقدم بكثير من القانون الجزائي العام وذلك راجع بالأساس إلى أنّ التشريعات القديمة من زمن حمورابي كانت قد درجت على تجريم الأفعال كلّ فعل على حدة ثمّ تسليط العقاب عليها كلّما تبين لها أنّ هذه الأفعال خطيرة ويستوجب ارتكابها العقاب وذلك من دون أن تكون هذه التشريعات القديمة قد فكّرت بصورة مسبقة في استنباط الأحكام العامة والمشاركة بين كافّة الجرائم وهو ما يعني أنّ هذه الأحكام العامة والمشاركة بين كافّة الجرائم والمكوّنة لمادة القانون الجزائي العام قد وقع استنباطها واستخلاصها من الأحكام الخاصة بكلّ جريمة على حدة.

وفي هذا الإطار نلاحظ أيضا أنّ الأحكام العامة أي قسم القانون الجزائي العام هي عادة الأحكام التي ترد في مستهلّ المجلة الجزائية وتكوّن الجزء الأوّل منها وهو ما يتأكد من خلال المجلة الجزائية التونسية التي ورد الكتاب الأوّل منها تحت عنوان 'أحكام عامة'. أمّا القسم المكوّن للقانون الجزائي الخاص فهو القسم الذي يتناول مختلف الجرائم كل واحدة على حدة، فإنّ هذا القسم يأتي لاحقا في المجلة الجزائية أي في المقام الثاني وهو ما نلاحظه في المجلة الجزائية التونسية التي ورد الكتاب الثاني منها تحت عنوان 'في جرائم مختلفة والعقوبات المستوجبة لها'. لكنّ تنظيم هذه الجرائم ليس حكرا على المجلة الجزائية بمعنى أنّه لا يفرض على المشرّع أن ينظّم جميع الجرائم على اختلاف أنواعها بالضرورة في المجلة الجزائية بل بإمكانه أن ينظّم البعض منها في المجلة الجزائية وأن ينظّم البعض الآخر منها في نصوص أخرى خارج المجلة الجزائية. وهذه النصوص الخارجة عن المجلة الجزائية يمكن أن تكون في شكل قوانين مستقلة بذاتها على غرار قانون مكافحة الإرهاب ومنع غسل الأموال كما يمكن أيضا لهذه الجرائم أن يقع إدراجها في مجلات قانونية أخرى وهاته المجالات يمكن أن تكون ذات صبغة جزائية على غرار مجلة العقوبات العسكرية، كما يمكن أيضا أن تكون هذه المجالات ذات صبغة

²⁴ الدّافع هو إجابة عن السّؤال: لماذا؟

²⁵ إذا سكت المشرّع، وحدد العقوبة وانتهى عند هذا الحدّ، القاضي عند تسليط العقوبة بإمكانه أن يفعل الفصل 53 (ظروف التخفيف أو تأجيل التنفيذ) أمّا إذا تكلم المشرّع وأراد التشديد ففي هذه الصورة نجد في آخر الفصل 'يمنع الاعتماد على الفصل 53' وتبعاً لذلك يمنع على القاضي اعتماد ظروف التخفيف أو تأجيل التنفيذ. إذا فالتشديد ينبغي أن يقع التنصيص عليه صراحة في النصّ بينما في ظروف التخفيف لا يجب ذلك.

²⁶ مثال ذلك جريمة الزّنا في الفصل 236 م.ج.

مزدوجة أي جزائية ومدنية في نفس الوقت على غرار مجلة الديوانة ومجلة الغابات، ويمكن علاوة على ذلك للمشرع أن ينظم الجرائم في مجلات ذات طابع مدني بحث على غرار المجلة التجارية²⁷، مجلة الشركات التجارية²⁸، مجلة الأحوال الشخصية²⁹، مجلة الحالة المدنية³⁰. والملاحظ أيضا أن إدراج هذه الجرائم خارج رحاب المجلة الجزائية يثير نقطتين:

- إدراج جريمة جزائية في مجلة مدنية دليل واضح من المشرع على أن الأمر في تلك الصورة متعلق بالنظام العام وأن القاعدة المدنية التي أضيف إليها الطابع الجزائي هي قاعدة آمرة.³¹

- ما هي الطبيعة القانونية لهذه الجرائم المنصوص عليها خارج المجلة الجزائية³²؟ إذا تواردت هذه الجرائم مع جرائم موجودة في المجلة الجزائية فما هو الحل، ما هو الوصف الأقرب للمنطق القانوني والذي سنعطيه للفعل؟ هل الذي يقدم على التزوج بثانية هو مرتكب لجريمة زنا، تعدد زوجات، أم جريمة الزوج خلافا للصيغ القانونية؟

- الفرضية الأولى: الحل يكون في التوارد المثالي (الحالة الثانية من الفصل 54): إذا ارتكب فعل وسقط تحت طائلة تجريمين مختلفين. الحل هو العقوبة الأشد.
- الفرضية الثانية: الجرائم الواردة خارج إطار المجلة خاصة وفي المجلة عامة. وإذا تضارب العام مع الخاص فإن الخاص هو الذي يغلب حسب القاعدة العامة بمجلة الالتزامات والعقود.³³

- في هذه الصورة عقوبة النص الخاص عادة ما تكون أخف من عقوبة النص العام.

- هل أن المشرع التونسي الجزائي يقسم الجرائم إلى جرائم عامة وجرائم خاصة أصلا؟ لا. فالتقسيم بين العام والخاص هو تقسيم مدني. والجزء الثاني للمجلة الجزائية ليس في الجرائم العامة حتى نعتبر أن الجرائم التي خارج المجلة هي جرائم خاصة. فجريمة الزنا هي جريمة شخصية ومتعلقة بالزواج لكن نجدها في المجلة الجزائية رغم تشابهها مع جريمة الزوج بثانية. ووحده المشرع من يمكنه إيراد هكذا تقسيمات.

²⁷ جريمة إصدار شيك بدون رصيد

²⁸ جرائم مسيري الشركات

²⁹ جريمة الامتناع عن تسديد النفقة وجراية الطلاق

³⁰ جريمة الزوج على خلاف الصيغ القانونية

³¹ مثال: الزواج بثانية أو التزوج على خلاف الصيغ القانونية جعلهما المشرع مكونين لجريمة جزائية مما يدل على أن الزواج الثاني في جريمة تعدد الزوجات والزواج المخالف للصيغ في الصورة الثانية هما باطلان بطلانا مطلقا لأن البطلان المطلق بهتان النظام العام والعقوبة الجزائية هي رمز النظام العام. لذلك فإن اقتران البطلان بالعقوبة الجزائية دليل على أن البطلان مطلق. وهو ما ينم عن إرادة من المشرع في القضاء على هذين الظاهرتين حماية للنظام العام الأسري.

كذلك أيضا، تجريم إصدار شيك بدون رصيد عملية مدنية لكن إضفاء العقوبة الجزائية دليل على إرادة المشرع في حماية النظام العام الاقتصادي.

³² ما هو التكييف القانوني للسليم للفعل الذي يقع تحت طائلة أكثر من وصف إجرامي؟

³³ الفصل 543 م.إ.ع

■ حينما نطبّق هذه القاعدة، فنكون جلبنا قاعدة من م.إ.ع وأغفلنا قاعدة التّوارد المثالي الموجودة في المجلة الجزائية التي هي المجلة الخاصة بالقانون الجزائي. وكأننا لتغليب الخاصّ على العام سبّقنا العام (م.إ.ع) على الخاصّ (م.ج) وفي ذلك تناقض كبير.

محكمة التعقيب تصدر مواقف متضاربة بين الفرضية الأولى والثانية. وفي إطار تنظيم الجرائم في المجلة الجزائية، نجد أن المشرع قسم هذه الجرائم إلى 3 أصناف:

- الجزء الأول تعرّض فيه المشرع للجرائم التي تمثّل اعتداء على النظام العام وهي الجرائم المتعلقة بالاعتداءات على أمن الدولة الخارجي وأمن الدولة الداخلي وكذلك الجرائم المرتكبة من الموظفين أو أشباههم حالة ممارستهم لوظيفتهم وكذلك الاعتداءات التي قد تصدر من أفراد الناس نحو السّلطة العامّة.

- الجزء الثاني جاء متعلّقاً بالجرائم التي تمثّل اعتداء على الناس وهذا الجزء مقسّم بدوره إلى أبواب ثلاثة:

- الباب الأول يتعلق بالجرائم التي تمثّل اعتداء على الأشخاص.
- الباب الثاني يتعلق بالجرائم التي تمثّل اعتداء على الممتلكات.
- الباب الثالث يتعلّق بالجرائم التي تمثّل اعتداء على الصّحة العموميّة.
- الجزء الثالث اعتنى فيه المشرع بالجرائم التي يعتبرها من قبيل المخالفات.

في سياق هذا الدرس سوف نقتصر على دراسة الجرائم التي من الممكن أن توصف بجرائم ماسّة بالأخلاق والشرف (في محور أول) ثمّ في (محور ثان) الجرائم التي تمثّل اعتداء على الممتلكات.

الجزء الأول: الجرائم الماسة بالأخلاق والشرف

من خلال جملة نصوص التشريع الجزائي المتعلقة بالعلاقات الجنسية والمجرمة لها، يتبين بكل وضوح أنّ المشرع التونسي لم يجرّم ممارسة العلاقات الجنسية خارج إطار الزواج بشكل مبدئيّ وشامل. وهو ما يعني أنّ ممارسة هذه العلاقات من منظور التشريع الوضعي التونسي مباحة مبدئيًا في زواج كما في غير زواج وذلك من منطلق المبدأ القائل بأن كل شيء مباح عدا ما منعه المشرع وجعله بنص صريح سابق الوضع وهو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات³⁴. ففي غياب نص صريح يمنع هذه الممارسة ويجرمها في غير زواج فإنّ هذه العلاقة في حدّ ذاتها تبقى مباحة وذلك على الرغم من وجود جملة من الجرائم التي توصف بأنها جرائم جنسية ماسة بالأخلاق والشرف وذلك من منطلق أنّ ما قد يكون قصده المشرع وبحث عن تجريمه من خلال جملة هذه الجرائم الجنسية لا يكمن في إرادته في منع تلك الممارسة في حدّ ذاتها خارج إطار الزواج بل يكمن بالأساس في إرادة المشرع حماية الرضا والإرادة لدى الأشخاص الممارسين لهذه العلاقة من جهة، والحفاظ على النظام العام من جهة أخرى علما بأنّ النظام العامّ يستدعي في حمايته أيضا حماية الأخلاق الحميدة. ويحمي المشرع النظام العام أيضا من خلال الرقابة على المتاجرة بالعلاقات الجنسية.

³⁴ الفصل 1 م.ج والفصلين 13 من دستور 1959 و28 من دستور 2014

الفصل الأول: إجراء الرقابة على المتاجرة بالجنس:

من خلال النصوص التشريعية الجزائية، نتبين بكامل الوضوح أن إرادة المشرع التونسي لم تتجه نحو التصدي لظاهرة المتاجرة بالجنس والعلاقات الجنسية بصورة قاطعة ومبدئية بل اتجهت فقط نحو التصدي لظاهرة المتاجرة بهذه العلاقات لما تكون خارج الإطار الذي تنظمه التراتيب القانونية. وهذا يتبين من خلال جملة النصوص المتعلقة بتعاطي ما يسمى بال 'بغاء' والتمعش منه فهذه النصوص استقرت جميعها فقط على تحجير المتاجرة بالعلاقات الجنسية في كنف التخفي والسرية أما إذا كانت هذه المتاجرة في إطار الجهر والعلن فإن نصوص التشريع الوضعي تسمح بها وتعمل بها بل وتنظمها.

والملاحظ في النظام التونسي المتعلق بالمتاجرة بالعلاقة الجنسية أنه يندرج ضمن واحد من التيارات الثلاثة المتعاملة مع المتاجرة بالعلاقات الجنسية:

- التيار الأول: يمنعها منعاً قطعياً مهما كان الإطار الذي تقع فيه.
- التيار الثاني: يبيح هذا النشاط إباحة كلية عملاً بمبدأ الحرية الفردية.
- التيار الثالث: اختار له منزلة وسطى بين المنزلتين يقوم على إباحة هذا النشاط في الإطار القانوني وتجريمه خارج هذا الإطار. وهو التيار الذي اختار المشرع التونسي أن ينصهر فيه من قبل استقلال البلاد واستمر عليه إلى يوم الناس هذا وهو ما يتطلب البحث أولاً في الجانب المباح من هذا النشاط (القسم الأول) حتى نتبين في مرحلة ثانية الجانب الممنوع منه (القسم الثاني).

القسم الأول: إباحة المتاجرة العلنية بالعلاقة الجنسية:

انطلاقاً من قراءة الفصل 231 م.ج الذي رصدت أحكامه عقاباً زجرياً على النساء اللاتي يتعاطين الخناء في غير الصور المنصوص عليها بالترايب الجاري بها العمل، نتبين بكل وضوح أن النساء اللاتي يتعاطين هذا النشاط في كنف التراتيب الجاري بها العمل أي في كنف النصوص المنظمة له لا يمكن اعتبارهن معنّيات بهذا الزجر ولا بهذا التجريم ولا يمكن اعتبارهن مشمولات بالعقاب المنصوص عليه لأن تعاطيهن لذلك النشاط جاء في كنف القانون وهو إذا مباح ومسموح به.

أما الترتيب الجاري بها العمل والمنصوص عليها بالفصل 231 م.ج فتكمن أساسا في أحكام القرار المؤرخ في 30 أفريل 1942 عن المقيم الفرنسي والذي نصت أحكام فصله الأول على ما يلي 'النساء اللواتي يسلمن أنفسهن لكلّ وارد مهما كان أصله أو وضعه مقابل أجر يعتدن باغيات ويخضعن لمقتضيات هذا القرار.'

إلى جانب هذا القرار تكمن الترتيب أيضا في المنشور الوزاري الصادر عن وزارة الداخلية المؤرخ في 12 جانفي 1977 وهو المنشور الذي جاء أكثر دقة في تعريف متعاطيات البغاء العلني إذ جاء فيه ما يلي 'النساء اللاتي اعتدن عرض أجسادهن على الغير بإشباع الشهوات الجنسية مقابل أجر ماديّ مهما كانت قيمته'.³⁵

ومن خلال هذين الترتيبين يمكن الخروج باستنتاجين اثنين:

- أولا، المشرع التونسي لم يبق على العمل بمهنة المتاجرة بالجنس التي كانت رائجة فيما مضى من التاريخ منذ عصور الجاهلية وحتى العصور البدائية وإنما أبقى على صنف واحد منها هو صنف بغاء النسوة مع الرجال أما بغاء الرجال فيما بينهم وكذلك بغاء النساء فيما بينهنّ فإنّ المشرع لم ينظّمهما بل لعله يمنعهما منعاً باتاً ويجزّمهما وذلك من خلال أحكام الفصل 230 م.ج التي نصت عباراته على ما يلي 'اللوّاط أو المساحقة إذا لم يكن داخلا في أيّ صورة من الصّور المقرّرة بالفصول المتقدّمة يعاقب مرتكبه بالسّجن مدّة ثلاثة أعوام'.
- ثانيا، الفصل 2 من هذا القرار جاء يورّع النساء المتعاطيات لهذا النشاط إلى صنفين اثنين:

- صنف أوّل تمثّله النسوة المتعاطيات للبغاء في بيت خاصّ ويلقّبهن المنشور بالبغايا المنفردات والملاحظ في هذا الصّنف أنّه نشاط لا يسمح بممارسته إلّا في المدن الكبرى ويحدّد المشرع مفهوم المدينة الكبيرة ويعرّفها بأنّها المدينة التي يفوق عدد السّكان فيها الـ 100000 ساكن (مائة ألف) أما بالنسبة للقرى والمدن الصّغرى أي المدن التي يقلّ عدد السّكان فيها عن مائة ألف فإنّه لا مجال فيها للعمل بالبغايا المنفردات بل يعمل فيها بالصّنف الثاني فقط.
- صنف ثان تمثّله النساء الملقّبات بنساء الدّيار بمعنى النساء اللاتي يعملن في دور البغاء العلني أو ما يميّه المنشور بالمواخير وهنّ يعملن تحت إشراف صاحبات هذه الدّيار وصاحبات هذه الدّيار هنّ المسؤولات عن العاملات تحت إشرافهنّ وكذلك مسؤولات عن كلّ ما يحدث في هذه الدّيار.

³⁵ هذا المنشور يتخذ شكل قانون فهو يعرف ويضع حلاولا مجلس الدولة الفرنسي يرى أنّ المناشير لا ترقى إلى مستوى القوانين

إذا يمكننا القول أنّ المدن الكبرى ينشط فيها الصنفان معا بينما المدن الصغرى والقرى فينشط فيها الصنف الثاني دون الأول. وسواء تعلّق الأمر بالبغايا المنفردات أم ببغايا الدّيار فإنّهنّ يخضعن كلّهنّ وجوبا إلى ترسيم أسمائهنّ بسجلّ خاصّ تمسكه ما يسمّى بشرطة الأخلاق وهو ما اقتضاه صراحة منشور وزاري مؤرخ في 12 جانفي 1977

والملاحظ أيضا في البغاء العلني بصنفيه أنّ دخول البغايا إلى عالمه يقع بطريقتين ممكنتين، الطريقة الأولى اختيارية والطريقة الثانية وجوبية:

- الطريقة الاختيارية يقع الدخول بمقتضاها إلى عالم البغاء العلني بموجب مطلب كتابيّ تتقدّم به الرّغبة في ذلك بصورة تلقائية وتقدّمه إلى السّلط المعنية وبناء على هذا المطلب يتعيّن على السّلط المعنية أن تقوم وجوبا بإجراء الأبحاث اللازمة حول هذه المترشحة ثمّ بعد ذلك تتخذ في شأنها الموقف القاضي إمّا بقبول مطلبها والسّماح لها بالانخراط في تعاطي هذا النّشاط وإمّا برفض مطلبها. وفي صورة قبول مطلب هذه المترشحة فإنّه يقع ترسيم اسمها بالسّجل المعدّ لهذا الغرض وذلك بعد أن يكون قد تبين أنّ شروط تعاطي هذا النّشاط قد توفّرت فيها أمّا إن تبين أنّ هذا الشّروط لم تتوفّر في المترشحة كلاً أو بعضاً فإنّ مطلبها يرفض وجوبا ولا يقع السّماح لها بتعاطي هذا النّشاط.

- الطريقة الإجبارية تتعلّق بالترسيم الإجباري المتعلّق بالنّساء اللّاتي اعتدن تعاطي العلاقات المشبوهة من نشاط البغاء السريّ ويتمّ التّرسيم الإجباري في هذه الصّورة بمقتضى قرار خاصّ يتّخذه مساعد رئيس البلدية المفوّض له في الأمر بمقتضى القانون وذلك بناء على اقتراح من رئيس المصلحة الأمنية المحليّة الذي يقدّمه له بعد أن يكون قد قام بإنذار هذه المرأة مرّتين على الأقلّ من أجل الإمساك عن تعاطي هذا النّشاط المحظور ولكن دون جدوى. وهو ما يعني أنّ تعاطي النّشاط المحظور يمثل جريمة لكنّها من صنف جرائم الاعتیاد.

والملاحظ أيضا أنّ ترسيم العاملات في هذا النّشاط بدور البغاء العلني يخضع إلى جملة من الشّروط نصّت عليها أحكام قرار 30 أفريل 1942 ومنشور 12 جانفي 1977 وهذه الشّروط تتمثّل على وجه الخصوص في:

- السّن: التي ينبغي أن تكون عليها نزيلات هذه الدّيار والتي لا يجوز أن تقلّ عن سنّ الرّشد.
- سلامتهنّ من كافّة الأمراض العصبية والسرطانية والنّخاعية والصّدرية والتّناسلية والعقلية وسائر الأمراض الأخرى الخطرة والمعدية.

وتخضع دور البغاء العلني بدورها لجملة من الشّروط تسمح لها بتعاطي هذا النّشاط، بعضها يتعلّق بصاحب الدّار والبعض الآخر يتعلّق بالدّار نفسها.

- الشروط المتعلقة بصاحب الدار:

- أن يكون صاحب هذه الدار وجوبا امرأة غير متزوجة سنّها لا يقلّ عن الـ 35 عاما ولا يفوق الـ 60 عاما.
- هذه المرأة مطالبة بوجوب أن تكون سليمة بدورها من الأمراض العقلية والتناسلية وكافة الأمراض الخطرة والمعدية.
- أن تكون وجوبا من بين النساء اللّاتي سبق لهنّ أن تعاطين فيما مضى نشاط البغاء العلني.
- أن يكون المحلّ الذي فتحتة لتعاطي نشاط البغاء العلني عائدا لها إمّا على وجه الملكية وإمّا على وجه التسويغ³⁶.
- يجب عليها أن تذكر بصورة دقيقة عدد النساء اللّاتي تعتزم ترسيمهنّ للاشتغال في هذا المحلّ.

- الشروط الواجب توفّرها في المحلّ التي يعتزم تعاطي البغاء العلني فيه:

- لا يكون مجرد شقّة في عمارة بها شقق أخرى للمتساكنين بل ينبغي أن يكون محلاّ مستقلا بذاته يقع في مكان مستتر بعيدا عن الأحياء التي تتسم بالكثافة السكّانية أو بالأنشطة التجاريّة أو الأماكن التي بها مؤسسات تربويّة أو تعليميّة أو غيرها أيضا من المؤسسات التي تؤدّي فيها الشّعائر الدينيّة كالجوامع والمساجد والكنائس³⁷.
- ينبغي أن تتوفّر في هذا المحلّ جملة من المواصفات التي تخضع لها عموما ديار البغاء العلني وهي أن يكون هذا المحلّ في حالة حسنة تسمح بالعيش فيه والإقامة بداخله وأن يكون فيه من الغرف ما يكفي لإيواء عدد النزيلات المرسمات لتعاطي النشاط فيه.

- الشروط المتعلقة بنزيلات البغاء العلني:

- والملاحظ أيضا في نزيلات البغاء العلني أنهنّ يخضعن وجوبا إلى جملة من الشروط: رقابة صحّية دائمة ومتواصلة بحيث تجري عليهنّ فحوصات طبّية وتحاليل مخبريّة وذلك بصورة دوريّة الغاية منها التّثبت ممّا أن تكن إحدى هذه النزيلات قد أصيبت في الأثناء ببعض الأمراض الخطرة والمعدية. وهذه الرّقابة تجري على هؤلاء النّسوة وجوبا بالمستشفيات العموميّة والمستوصفات العمومية التي ينتقلن إليها بهذا الغرض. وهو ما يعني أنّ هذه الفحوصات والتّحاليل لا يمكن أن يقوم بها إلاّ الأطبّاء والمخبريّون العاملون وجوبا في القطاع

³⁶ هل أنّ عقد التسويغ هنا قابل للإبطال على أساس السّبب المخالف للأخلاق الحميدة؟
م.إ.ع قانون عادي أعلى درجة من هذا المنشور تقرّ البطلان المطلق.
³⁷ وكأنه إقرار يكاد يكون صريحا من المشرّع بأن هذا النشاط يخالف الأخلاق الحميدة

العام أي في قطاع الصحة العمومية والعائدون بالنظر إلى هياكله ومؤسساته وحدهم دون سواهم.

○ يشترط فيهنّ أيضا أن يكنّ من ذوات السيّرات الحسنة وهو شرط ضروري لانتدابهنّ في هذه المهنة. والمقصود بالسيّرة الحسنة هو ألا تكون المترشحة قد اشتهرت بالسّرقَة والانتشال أو بالقتل والاعتداء بالعنف وذلك حتّى يقع ضمان الحرفاء في سلامتهم من أن يقع سرقة أمتعتهم من إحدى هؤلاء النّسوة أو أن يقع الاعتداء منهنّ عليهم بالعنف أو بالقتل.

ويخضع هذا النّشاط إلى رقابة أمنيّة من مصالح الأمن العمومي الغاية منها ضمان أمن التعاملات في هذه الديار وكذلك إجراء رقابة خاصّة على الحرفاء الذي يرتادون هذه الديار وذلك حتّى لا يدخل إلى هذه الديار من كان من ذوي المشهود فيهم من المصابين ببعض الأمراض السّارية أو ممّن كانوا أيضا من الأجانب الذين يخشى جدّيا أن يكون مصابين بالأمراض التناسلية الخطرة.

ومع هؤلاء النّسوة المتعاطيات يمارس الرّجال الذين يلقّبون بالحرفاء العلاقات الجنسيّة مقابل مبلغ ماليّ وهو ما يعني أنّ هذا النّشاط مصنّف على أنّه نشاط تجاريّ والمبلغ الماليّ الذي يسدّده الحريف تنفرد بمعلومه المرأة التي تعمل في البغاء العلنيّ المصنّف على أنّها من نساء البغاء العلنيّ المنفردات. بمعنى أنّ العلاقة التجارية في هذه الصّورة علاقة مباشرة بين المرأة والحريف.

أمّا رواد ديار البغاء العلنيّ أو ما يسمّى بالمواخير فإنّ المعلوم الذي يسدّدونه مقابل ممارستهم العلاقة الجنسيّة مع نزيلات تلك الديار فإنّه يدفعونه إلى صاحبة الدّار ولا يدفعونه إلى الزّيلة فيه وصاحبة الدّار تتولّى بعد ذلك اقتسام هذا المبلغ مع العاملات لديها بحيث جزء منه يعود لها وجزء آخر يعود للزّيلة. كما يجوز أيضا أن تستأثر صاحبة الدّار لنفسها بالمبلغ كاملا على أن تسدّد للنّازلات لديها أجرا في آخر كلّ شهر تكون قد اتّفقت عليه معهنّ بصورة مسبّقة. وهو ما يعني أنّ بين صاحبة الدّار من جهة والعاملات لديها من جهة أخرى عقد شغل قد أبرم بينهما³⁸.

والملاحظ أيضا في المعاليم التي تتقاضاها أصحاب دور البغاء العلنيّ والمعاليم التي تتقاضاها متعاطيات هذا النّشاط سواء من المنفردات أو النزيلات في الديار، أنّها تخضع وجوبا للرقابة الجبائيّة باعتبارها من المداخل الخاضعة للأداء على الدّخل والأرباح وكذلك أيضا الخاضعة للأداء على القيمة المضافة وأساس ذلك أنّ هذه الأنشطة يعتبرها المشرّع الجبائيّ من قبيل الخدمة المسداة³⁹ وهو ما جعل البعض يقول بأن الدولة التي تقرّ هذا العمل بأنّها دولة تتمعّش من خناء الغير.

ما هو مال هذا العقد من حيث سببه ؟³⁸

³⁹ Prestation de service

هناك قاعدة تقول بأنّ المشرّع الجبائي لا يعترف بالأخلاق

Le droit fiscal est un droit immoral

أمّا الخروج من هذا النّشاط فإنّه يخضع لجملة من الإجراءات ويتمّ أيضا بنفس الطّريقة التي يقع الدّخول بها إليه عملا في ذلك بمبدأ التّوازي بين الشّكليات أي أنّه يمكن أن يكون اختياريا أو بطلب من المعنّية بالأمر تتقدّم فيه بطلب في الغرض للسلط المعنّية حينما تقرر أنّ هذا النّشاط وإمّا أن يقع الخروج بصورة وجوبيّة وذلك بمقتضى قرار من السلط المعنّية تتّخذ هذه السلط بعد أن تكون تأكّدت من أنّ المرأة المعنّية بالأمر والتي تعمل في البغاء العلني لم تعد تصلح للاستمرار في هذه المهنة.

لكنّ ممارسة هذا النّشاط خارج إطار قرار أفريل 1942 وخارج إطار المنشور الوزاري المؤرخ في جانفي 1977 تعتبر ممنوعة بل ومجرّمة لأنّها من قبيل الممارسة التي تخرج عن إطار العلنيّة والوضوح وتخرج من إطار الرّقابة الصحيّة والأمنيّة لتدخل في إطار العمل الخفيّ والسّري والمتّسم بالفوضويّة

القسم الثاني: منع المتاجرة بالعلاقة الجنسية:

من خلال النصوص التشريعية المتعلقة بحظر المتاجرة بالعلاقة الجنسية خارج الترتيب القانونية، نستنتج أنّ المشرع بحث عن تجريم ظاهرتين من هذا النشاط:

- ظاهرة المتاجرة المباشرة أي ظاهرة تعاطي العلاقة الجنسية لقاء مقابل ماديّ معيّن.
- ظاهرة تعاطي هذا النشاط بصورة غير مباشرة يعني بصورة يتدخل الغير بموجبها في هذا النشاط من أجل التمتع منه.

الفرع الأول: تجريم تعاطي الخناء:

المقصود بذلك هو ما اصطلح على تسميته تداولاً بين الناس وكذلك لدى بعض المحاكم بالـ 'البغاء السري' لكنّ الملاحظ في مصطلح البغاء أنّ المشرع لم يقم باستخدامه في المجلة الجزائية بل فضّل استعمال لفظ آخر بديلاً عنه هو لفظ 'الخناء' وهو ما يتّضح جلياً من خلال عنوان القسم الثالث للباب الأول من الجزء الثاني في المجلة الجزائية الذي ورد تجريم البغاء السري منضوياً تحته 'في التحريض على الخناء'. لكنّ المحاكم بشكل عام قلّ ما تستعمل في أحكامها وقراراتها لفظ 'الخناء' بل تستبدله في أغلب الصور بكلمة البغاء السري.

وفي هذا السياق، يرى بعض شراح القانون أنّ هناك اختلافاً يمكن أن يكون موجوداً بين البغاء والخناء. وذلك على أساس أنّ كلمة الخناء تحمل دلالة على معنى الفحش والفساد في حين أنّ مصطلح البغاء يحمل مدلولاً خاصاً وضيقاً⁴⁰ وهو رأي لا يتفق معه بعض الشّراح الآخرين الذين يعتبرون أنّ ما يستنتج من مقتضيات الفصل 231 م.ج الذي يعتبر النصّ المجرّم لهذا النوع من النشاط أنّ مصطلح الخناء الذي يستعمله المشرع من دون أن يكلف نفسه عناء تفسيره أو بيان فحواه أو إعطاء تعريف دقيق له رغم أنّ النصوص الجزائية يشترط فيها أن تكون دقيقة وكذلك لفظ البغاء الذي دأبت المحاكم على استعماله بديلاً عن لفظ الخناء، هذان اللفظان أريد من خلالهما حسب تيار فقهي التدليل على نفس المعنى والمحتوى وهو بيع اللذة للغير بمقابل وبأي أسلوب كان⁴¹.

وبعيداً عن الاختلاف في المصطلحات فإنّ السؤال الذي يتّجه طرّحه هو المتعلّق بتحديد ما معنى البغاء السري أو الخناء؟ ما المقصود منهما؟ ما هو الفعل المحظور في مادّة البغاء أو في مادّة الخناء؟

أوجبت عديد القرارات أن يكون النصّ الجزائيّ واضحاً فلا يحتمل أيّ غموض وأنّ كلّ نصّ غامض يمكن اعتباره مخالفاً للدستور لأنّ المادة الجزائية مادة استثنائية يحكمها مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ولئن كانت النصوص القانونية تحمي الحقوق والحريات من حيث غايتها

⁴⁰ عبد الله الأحمدى

⁴¹ الفقيه الفرنسي مارسال فيرون

إلا أنها تقوم بذلك من حيث وسيلتها كذلك. وبالتالي يجب أن يكون النص الجزائي دقيقا لكن رغم ذلك فإنّ المشرع لم يكلف نفسه عناء إعطاء محتوى لمصطلح الخناء وإنّما أعطى من جهة أخرى بعض الأركان التي قد تساعد على تحديد صور الخناء حسب ما جاء بالفصل 231 م.ج 'النساء اللاتي في غير الصّور المنصوص عليها بالتراتب الجاري بها العمل يعرضن أنفسهنّ بالإشارة أو بالقول⁴² أو يتعاطين الخناء ولو صدفة، يعاقبن بالسجن من 6 أشهر إلى عامين وبخطية من 20 د إلى 200 د. ويعتبر مشاركا ويعاقب بنفس العقوبات كلّ شخص اتّصل بإحدى تلك النّساء جنسيّا'.

انطلاقا من هذا الفصل، يطرح السّؤال، ما هو الفعل المادي المحظور الذي يمثّل الرّكن المادي في جريمة تعاطي الخناء؟ مع العلم أنّ هذا الفصل القانوني نظّم جريمتين مستقلّتين بذاتهما الأولى هي جريمة المراودة وهي المنصوص عليها بعبارة النساء اللاتي يعرضن أنفسهنّ بالإشارة أو بالقول والجريمة الثانية هي جريمة تعاطي الخناء أو البغاء ولو صدفة.

أبرز فقه القضاء أركان جنحة تعاطي البغاء السريّ مؤكّدا أنّها تقتضي توفّر ركنين أساسيين هما

- تعوّد بيع العرض للعديد من الرّجال.
- قبض مقابل ذلك البيع.

وقد استقرّ فقه القضاء على هذا الاتجاه من خلال عديد القرارات التعقيبيّة ومنها قرار تعقيبي جزائيّ عدد 48419 مؤرّخ في 17 جانفي 1995 جاء فيه أنّه 'من المتفق عليه فقها وقضاء أنّ جريمة تعاطي البغاء السريّ المنصوص عليها بالفصل 231 م.ج تتوفر بوجود ركنين أساسيين وهما ركن تعوّد بيع العرض للرجال والركن الثاني المتمم للأول وهو قبض مبلغ مالي مقابل ذلك البيع.

1) تعوّد بيع العرض للعديد من الرّجال:

يجمع معشر الفقهاء على أنّه الرّكن الأساسي لقيام جريمة البغاء السريّ وهذا الركن يقتضي توضيح مقوماته للوقوف على المقصود منه.

أ) بيع العرض:

لئن أقرّ المشرع معاقبة النساء اللاتي يتعاطين الخناء فإنّه لم يبيّن الرّكن الماديّ المكوّن للخناء الذي يعني الفحش إلا أنّه وبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من الفصل 231 يتجلّى أنّ هذا الركن يتمثل في الاتصال الجنسي الذي يحصل بين المرأة الباغية وشريكها لكن المشرع في الفقرة المذكورة يعتمد عبارة 'الاتصال الجنسي' التي هي عبارة أعمّ وأشمل من عبارة 'المواقعة' التي يستعملها المشرع في الفصول 202، 227 و 227 مكرر والمنقحة بالقانون المتعلق بمناهضة

⁴² جريمة المراودة

العنف ضدّ المرأة. ومن الواضح أنّ مفهوم الاتصال الجنسي يختلف عن مفهوم المواقعة خصوصاً وأنّ محكمة التعقيب في قرار صادر في 16 جوان 1969 عرضت المواقعة على أنها العلاقة الجنسية الطبيعية التي تحصل من خلال وقع الرجل للمرأة بمكانها الطبيعي تأكيداً على اختلاف المعاني. وهذا ما ذهبت إليه أيضاً محكمة التعقيب الفرنسية من خلال قرار جزائي صدر بمناسبة قضية تتعلق بمحل فتحه صاحبه لغرض تعاطي نشاط التمسيد والتدليك غير أنّه تحوّل إلى محلّ لإشباع الرغبات الجنسية من خلال العاملات بذلك المحلّ. إذا فالاتصال الجنسي قد يتخذ أشكالاً متعددة من التلذذ الجنسي بمعنى أنّ الركن الأول للبغاء السري هو حصول اللذة الجنسية بقطع النظر عن كيفيّتها سواء تعلق الأمر بالمواقعة أو غيرها من الطرق الأخرى كإتيانها من الخلف، التفخيذ، التبطين، استعمال الفم، مداعبة الأعضاء التناسلية وهو ما جاء في قرار تعقيبي فرنسي بتاريخ 27 مارس 1996⁴³.

(ب) التّعود:

يعرف فقه القضاء بعضاً من الاستقرار على اعتباراً جريمة البغاء السري جريمة اعتياد وذلك من خلال قرارات تعقيبية عديدة منها القرار عدد 7509 المؤرخ في 21 ديسمبر 1970 والقرار التعقيبي عدد 48419 المؤرخ في 17 جانفي 1995. واشترط ركن الاعتياد يقتضي تكرار الفعل مرات عديدة وبالتالي فإنّ المؤاخذه الجزائي لا تتأثّر مبدئياً إلا إذا كانت المتهمة متعودة ممارسة الخناء وإذا مارست الخناء مرّة واحدة فإنّها لا تعاقب إذ أنّ التّعود يقتضي ممارسة نفس الفعلة على الأقلّ مرّتين فأكثر.

هذا التوجّه رفض من قبل بعض الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ عبد الله الأحمد الذي اعتبر ما ذهبت إليه محكمة التعقيب يتجافى مع الفصل 231 الذي أقرّ صراحة العقاب حتى إذا تبين أنّ تعاطي الخناء كان صدفة ولا شكّ أنّ هذه العبارة تعني عكس التّعود لأنّ المقصود بها القيام بالفعل الإجرامي مرّة واحدة أي انعدام التكرار والمفروض أنّ المرأة تؤاخذ جزائياً إذا مكّنت الرجل من نفسها بمقابل ولو مرّة واحدة وثبت أنّه لم يسبق في الماضي أن اقترفت مثل هذه الفعلة ما دام المشرع لا يشترط التّعود⁴⁴. إضافة إلى ذلك تبدو هذه القراءة متماشية مع مبدأ التأويل الضيق للقانون الجزائي فلا يمكن للمحكمة إضافة واشترط ركن جديد لجريمة ما لم يأت به أي نصّ وخاصة إذا أقصى المشرع ذلك الركن كما هو الشأن في جريمة تعاطي البغاء السريّ فالفصل 231 لا فقط لم يشترط ركن التّعود بل أقرّ المؤاخذه عند اقتراف الفعل المجرم صدفة. وقد صدرت في هذا الاتجاه بعض القرارات التعقيبية المنعزلة منها قرار تعقيبي جزائي عدد 8075 في 29 نوفمبر 1972 وقرار تعقيبي جزائي عدد 1975 مؤرخ في 1 ديسمبر 1977 وقرار عدد 43753 في 17 سبتمبر 1994.

⁴³ عبد الله الأحمد، مرجع سابق، صفحة 206

⁴⁴ عبد الله الأحمد، مرجع سابق، صفحة 209

هذا التيار الفقهي يمكن أن يكون منطقيا باعتبار أنّ تأويل النص يجب أن يكون حصريا وصارما إذ يجب تناول النص بصفة مضيقة خاصّة إذا ركّزنا على التضارب الحاصل في الفصل 231، فالفصل المذكور يستعمل من جهة عبارة 'يتعاطين' التي تفيد في مدلولها اللغوي معنى الاعتیاد ويستعمل أيضا عبارة 'ولو صدفة' مما يوحي بأنّ البغاء يعاقب عليه ولو على وجه الصدفة في رسالة توشي جديا بأنّ الاعتیاد ليس شرطا لتحقيق التجريم في البغاء وأنّ البغاء جريمة حينية. لكنّ هذا الرأى ورغم وجاهة بعض حججه إلا أنّه يصطدم بجملة من القرائن المخالفة⁴⁵. فمن جهة أولى، وفي صورة وجود نصّ جزائيّ يحتمل في الآن نفسه تجريما وإباحة وتناقضا في المعنى فإنّ الأولوية تكون في اتجاه الإباحة والمنطلق هو أنّ المشرع منزه عن اللهو كما أكدت محكمة التعقيب بقولها أنّ 'الصبغة الاعتيادية لهذه الجريمة تفهم من خلال عبارة "صدفة" التي لم تأت للتعارض مع عبارة تعاطي الخناء وإنّا أتت في سياق آخر وهو تعاطي المرأة للخناء بصورة اعتيادية مع كل شخص يمكن أن يعترضها على وجه الصدفة وهذا التمشي يمكن أن ينسجم مع ما أقره المشرع عندما أكد على إدخال كل امرأة للبغاء العلني من خلال التنبيه عليها مرتين على الأقلّ للكفّ عن تعاطي البغاء السريّ وهذا دليل واضح على أنّ هذا الفعل لا يصبح جريمة بمجرد القيام به مرة واحدة بل يجب أن يتوفّر فيه عنصر الاعتیاد. أمّا القول بأنّ اشتراط عنصر الاعتیاد من شأنه أن يقلّص من نطاق التجريم، فيمكّم الردّ عليه بأنّ اشتراط ركن الاعتیاد ينسجم أكثر مع التأويل الجزائيّ لأنّ التأويل الجزائيّ يتماشى مع الإباحة أكثر من المنع ومع التخفيف دون التشديد.

القانون المقارن هو الآخر كان أكثر وضوحا في هذا الصدد إذ نصّت المادة 9 من القانون الجنائيّ المصري أنّ 'كلّ من اعتاد' في دلالة واضحة على أنّ جريمة تعاطي البغاء السريّ هي جريمة اعتیاد.

(ت) تعدّد الرجال:

النتيجة المنطقية لاعتبار تعاطي البغاء السري جريمة اعتیاد حسب ما درج عليه فقه القضاء هي اشتراط تعد الرجال الذين تمكنهم المرأة الباغية من نفسها وفعلا أكدت محكمة التعقيب في عديد القرارات أنّ 'هذه الجنحة تستلزم بيع العرض لعدد غير معيّن من الرجال' في قرار تعقيبي عدد 7509 في 21 ديسمبر 1970.

ورغم الاستقرار الذي عرفه فقه القضاء على هذا الاتجاه، إلا أنّ بعض القرارات اليتيمة خالفته الرأى ومن ذلك قرار تعقيبي عدده 7273 مؤرخ في 8 ماي 1972 اكتفى لقيام جريمة البغاء السري بتمكين شخص واحد من الاتصال الجنسيّ مع امرأة عدة مرات بمقابل وأسست

⁴⁵ المنصف بوقرة

المحكمة ذلك على أنّ تجريم البغاء السري راجع إلى حماية الأخلاق والآداب العامة والمحافظة على الهيكل الاجتماعي صيانة للأخلاق وهو ما يحصل حتى لو كان الأمر متعلّقاً برجل واحد يتصل جنسياً بامرأة بمقابل. وهذا الرّأي يجد صدًى ضئيل في الفقه المقارن⁴⁶

(ث) الفاعل الأصلي والشريك:

الفاعل الأصلي في هذه الجنحة يكون دائماً امرأة وهي التي تتعاطى الخناء في حين أنّ الرجل الذي يتصل بها جنسياً هو شريك طبق الفقرة الأخيرة من الفصل 231 وهي مشاركة خاصة تختلف عن النظام العام للمشاركة الواردة بالفصل 32 م.ج ضرورة أنّ من يساعد الباغية على تعاطي البغاء يعد وسيطاً في الخناء على معنى 232 م.ج علاوة على أنّ جريمة البغاء لا يمكن أن يكون لها وجود إلا بتواجد طرفين⁴⁷.

أمّا الرجل الذي يتعاطى اللواط بمقابل فلا يقع تحت طائل الفصل 231 بل يؤاخذ طبق الفصل 230 من المجلة الجنائية المتعلّقة بجريمة اللواط وكذلك الأمر بالنسبة للمرأة التي تتعاطى المساحقة بمقابل⁴⁸.

لكن، ومن جهة أخرى، يبدو أنّ المشرّع في الفصل 231 لم يستعمل عبارة توجي بأنّ الشريك في جريمة البغاء السري يكون رجلاً بالضرورة وإنّما استعمل عبارات عامّة تفيد الجنسين معاً مما يفتح إمكانية أن يكون الشريك أيضاً من جنس الإناث خاصّة مع استعمال عبارة الاتصال الجنسي التي لا تنحصر في العلاقة الجنسية بين الرجل والمرأة كما هو الحال في المواقعة وكما سبق بيانه⁴⁹.

(2) دفع مبلغ مالي مقابل العلاقة الجنسية:

وإلى جانب اشتراط التعود، يستوجب تعاطي البغاء السري تحقق كل أركان الجريمة المذكورة ومن بينها حصول المرأة على مقابل تتقاضاه لممارستها الجنس وهو ما أكّد عليه صراحة القرار عدد 7509 المؤرخ في 21 ديسمبر 1970. وهذا الموقف الذي اتخذته المحكمة راجع إلى أنّ المشرّع يعتبر ممارسة البغاء في غير الصور القانونية داخلاً في الحقيقة في موضوع الاتجار بالبشر والمتاجرة بالعلاقات الجنسية. والمتاجرة تقتضي وجود مبلغ ماليّ أي مقابلاً مادياً. ويكمن الاختلاف بين البغاء السري والبغاء العلني في كون هذا الأخير منظماً بنصّ قانوني واضح وهو غير مجرّم بينما البغاء السري مجرّم لأنّه مخالف للقانون ويمارس على عامش القانون. وهذا الركن المتعلق بالمقابل هو ركن استقرّت عليه محكمة التعقيب لكن الاختلاف كامن في تحديد محتوى هذا المبلغ المالي.

⁴⁶ Michèle Laure Rassat

⁴⁷ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق، صفحة 220

⁴⁸ عبد الله الأحمدى، مرجع سابق، صفحة 221

⁴⁹ المنصف بوقرة، محاضرات الدرس

تجيب محكمة التعقيب أنّ ما تتلقاه المرأة ينبغي أن يكون مقدارا من المال يقع الاتفاق عليه بين المرأة والشريك لأنّ الهدف الذي تهدف إليه كلّ 'منحرفة' من وراء هذه الممارسة هو الحصول على المال والاتجار بجسدها طبق قرار تعقيبي جزائي صادر في 1983. وهو ما يعني أنّ المقابل المادي لا يمكن أن يكون بعض المشروبات أو المأكولات التي قد تستهلكها المرأة على حساب الحريف .

وتضيف محكمة التعقيب في قرار تعقيبي مؤرخ في 29 نوفمبر 1978 أنّ المرأة التي تمكّن الرجال من نفسها مقابل الأكل والمبيت لا تعتبر مرتكبة للبغاء'.

والملاحظ أنّ هذا الموقف الذي اتخذته محكمة التعقيب من ذكرها لعنصر المقابل في مادة البغاء السري مرتبط بعنصر الاتجار والمتاجرة بالجنس وهو خاضع ضمنا إلى ما يعرف بالعرض والطلب على أساس أنّه اتفاق بين الطرفين أي عقد مبرم بين طرفين على غرار العقد المبرم بين طرفي البغاء العلني المقنّن. فالنية الإجرامية قائمة من خلال الاتفاق على الاتجار باللذة الجنسية بين من يطلبها من جهة ومن عرضها عليه من جهة أخرى. وهو ما يحيلنا على أنّ جريمة البغاء السري هي جريمة قصدية.

وبالتالي فإنّ واقعة امرأة رشيدة برضاها وبدون مقابل لا يشكّل جريمة ولا يقع تحت طائلة الفصل 231 م.ج خلافا لبعض التقنيات الأجنبية التي جرمت هذه الفعلة مثل القانون الجنائي المغربي في فصله 490.

ويمكن القول أنّ فقه القضاء استقرّ على هذا الاتجاه باستثناء قراراتين شذّا عنه أوّلهما القرار عدد 1975 المؤرخ في 01 ديسمبر 1977 أقرّت فيه محكمة التعقيب أنّه 'يكفي لتوفر جريمة تعاطي الخناء أنّ تمكن المرأة رجلا من نفسها ولو من باب الصدفة دون حاجة إلى المقابل المالي أو الهدايا لأنّه لا شيء في هذا الفصل 231 يفيد وجود المقابل أو الهدايا' وثانيهما قرار صدر بتاريخ 27 مارس 1991 تحت عدد 30735 جاء فيه أنّ الفصل 231 من المجلة الجنائية لا يشير إطلاقا إلى المقابل المقبوض أو المدفوع كما أنّه صريح في اعتبار تهمة الخناء ثابتة حتى في حق النساء اللاتي يتعاطين الخناء ولو صدفة'

(3) جريمة المراودة وجريمة البغاء السري:

وبالعودة إلى الفصل 231، نتبين أن المشرع إلى جانب تطرّقه لجريمة تعاطي البغاء السري أو الخناء، فإنّه تطرّق أيضا إلى جريمة المراودة. والمراودة قريبة جدا من البغاء السري لعدة أسباب يمكن التطرق لها من خلال العناصر التالية:

- العنصر الأوّل: وقع التعرض في نفس الفصل إلى جريمتي البغاء والمراودة وهو ما يعني أنّ المراودة هي تمهيد لجريمة تعاطي الخناء.

- العنصر الثاني: هو أنّ جريمة المراودة جعلها المشرع تخضع لنفس الجزاء الذي تخضع له جريمة تعاطي البغاء السري. فهذه الجريمة وإن كانت لا تتطلب اتصالاً جنسياً مع الحريف على عكس البغاء، إلا أنّ جملة الأفعال التي تقوم بها المرأة في سبيل استدراج الحريف وهي دلالة المراودة هو تمهيد من صاحبه لممارسة البغاء طبق قرار صادر في 12 جوان 1985.

- الملاحظ أنّ المشرع عوض أن يعاقب على المحاولة في جريمة الخناء فإنّه خير أن تكون هذه المحاولة جريمة مستقلة بذاتها لأنّ المراودة هي محاولة ممارسة الجنس والتنصيب على المراودة كجريمة مستقلة بذاتها جاء لإضافة صفة التجريم على المحاولة لأنّ المحاولة لا توجب العقاب في الجرح بدون نصّ قانوني واضح في الغرض.

الفرع الثاني: تجريم التدخّل في خناء الغير:

بالرجوع إلى التشريع الجزائي المجرّم للتجارة الجنسية، نلاحظ أنّ المشرع أراد أن يجرم كافة أشكال التحريض على تعاطي الخناء والتمعّش منه. ووضع المشرع التجريم على خمسة أصناف:

- الصنف الأوّل: التوسّط في الحناء: أي جلب الحرفاء وهذا ما يحصل بكافة الوسائل المتاحة كأن يتخذ محل لتعاطي الخناء أو محل يضعه على ذمة الباغية لتستقبل فيه حرفائها وتمارس معهم الجنس بمقابل وقد تطرّقت محكمة التعقيب إلى هذه الصورة في قرار صادر في 1977 اعتبرت فيه أنّ تجريم البغاء يسري أيضا على أصحاب النزل الذين يؤجرون الغرف للنساء اللاتي يتعاطين البغاء السري.
- الصّنف الثاني: هي الصورة التي نظمتها أحكام الفصل 232 م.ج فقرة 2 وهي الصورة التي يتقاسم فيها الشخص مدخول المرأة الباغية.
- الصّنف الثالث: صورة الفصل 232 فقرة 3 وهي صورة الشخص الذي يعيش قصداً مع شخص يتعاطى البغاء ولا يمكن أن يثبت أنّ له مداخل كافية تسمح له بأن ينفق بمفرده على معيشته.
- الصّنف الرابع أورده المشرع في الفقرة 4 من نفس الفصل وهي صورة من يستخدم شخصا ولو برضاه وحتى ولو كان رشيدا أو يجره أو ينفق عليه بقصد الخناء أو يدفعه إلى الفجور والفساد.
- الصّنف الخامس جاء بالفقرة الخامسة ومفاده التوسّط بأيّ عنوان كان بين الأشخاص الذين يتعاطون الخناء والفجور والأشخاص الذين يستغلّون الخناء أو الفجور أو الذين يؤجرون الغير على ذلك.
- والمحاولة في كل ما سبق ذكره موجبة للعقاب حسب الفقرة الأخيرة من الفصل 232 م.ج.

والملاحظ أيضا في أحكام الفصل 232 من المجلة الجزائية أنه خصّ مقترفي التحريض على الخناء والتّمعّش منه بظروف تشديد عند تسليط العقاب. البعض من هذه الظروف يؤخذ من وضعية من دعي إلى تعاطي الخناء (الشخص الذي وقع رصده لهذه المهنة) كأن يكون قاصرا سنّه دون الـ 18 سنة. كما يؤخذ أيضا من ظرف التشديد صفة الجاني كأن يكون ذا سلطة أدبية يمارسها على متعاطية الخناء كأن يكون معلّما لها، مؤجرا لها، زوجا⁵⁰. ويؤخذ كظرف تشديد الطرق والوسائل التي يتوخاها الجاني ويستعملها في سبيل إجبار المرأة على تعاطي الخناء كأن يستعمل معها مثلا أسلوب الإكراه أو تجاوز السّلطة أو التّحيّل وقد يستعمل الأسلحة في بعض الحالات وقد يستعين أيضا بشخص آخر أو بعدّة أشخاص وهي صورة الفصل 233 م.ج في فقراته 2 و 3 و 4.

والمستنتج من جميع هذه الأفعال المجرّمة أنّ الغاية التي أراد المشرّع تحقيقها تكمن بالأساس في التّصدّي لكلّ من يسعى إلى التّمعّش من خناء الغير أي التّمعّش من الخناء الذي يؤتى بعيدا عن رقابة السّلط المعنية وخارج القانون. والسبب في ذلك أنّ هذا التّمعّش يؤدّي إلى الإخلال بالنّظام العام بحيث لا تجرى عليه رقابة ولا تجرى على سلامة المرأة رقابة ولا تجرى على الأرباح المحقّقة رقابة مع العلم بأنّ الأرباح المحقّقة من تعاطي الخناء مراقبا كان هذا الخناء أو غير مراقب، يتعيّن أن تخضع وجوبا للأداء على الدخل كما للأداء على القيمة المضافة لأنّ القانون الجبائي يعتبرها من قبيل الخدمات المسداة والقانون الجبائي لا يعبأ بالأخلاق وغايته جمع المال مهما كان مآثاه.

ولعلّ أيضا في جريمة المراودة ما يكشف عن الإخلال الواضح بالنّظام العام والأخلاق الحميدة باعتبار أنّ المراودة بشكل خاصّ غالبا ما تقع في الطريق العام وتتسبّب في إزعاج للمرّة. كذلك أيضا، واضح أنّ تعاطي الخناء داخل محلات الفجور يحدث إزعاجا للمتساكنين وإفسادا للشّبيبة وجرا للمراهقين نحو عالم الفجور والرّذيلة فضلا عمّا تفرزه من فوضى جنسيّة محقّقة لأمراض تناسليّة خطيرة.

الفقرة الرابعة من الفصل 232 50

الفصل الثاني: حماية حقوق الغير من خلال تجريم الزنا:

لقد نصّ الفصل 236 م.ج في مستهلّه على ما يلي: 'زنا الزوج والزوج معاقب عنه'. ونتبين من خلال هذا النصّ أنّ الزنا المعاقب عنه في التشريع التونسي ليس كلّ فعل جنسيّ يؤتى خارج إطار الزواج وإنّما الفعل الجنسيّ الذي يأتيه الشخص المتزوج دون سواه. ويستنتج من النصّ المذكور أنّ الفعل الماديّ المحظور يكمن في ارتباط شخص القرين بعلاقات جنسية مع الغير وهذا يعني في حدّ ذاته أنّ هذا الفعل الماديّ ما كان له أن يكون محظورا لولا وجود الزواج. فالزواج إذا ليس شرطا كما يرى البعض لقيام جريمة الزنا وإنّما هو أساس المنع.

القسم الأوّل: محتوى الفعل الماديّ المحظور المكون لجريمة الزنا:

يتبيّن أيضا من خلال الفصل 236 م.ج أنّ الفعل المحظور هو العلاقة الجنسيّة التي قد تقع بين شخص القرين والغير. وهذه العلاقة يستوجب القانون أن تكون قد أوتيت عن قصد من طرفها.

الفقرة الأولى: العلاقة الجنسيّة:

هناك سؤالان يطرحهما الفصل 236 فيما يتعلّق بالفعل الماديّ المحظور:

- فيم يتمثّل الفعل الماديّ المحظور؟
- كيف من الممكن إثبات وقوعه؟

1) تحديد محتوى العلاقات الجنسيّة:

لئن كانت مقتضيات الفصل 236 م.ج قد جرّمت الزنا إلّا أنّها أغفلت عن تعريفه وبيان محتواه، فهي لم تبين بوضوح محتوى الركن الماديّ لهذه الجريمة بدقّة وإحكام مما جعل بعض شراح القانون يعتبر أنّ هناك غموض سائد في هذا النصّ وهو غموض ناجم عن إغفال المشرّع التونسي ولكنّها ليس خاصّا به بل إنّ غموض نجده مشتركا بين التشريع التونسي وجلّ تشريعات البلدان العربية الإسلامية الأخرى. هذا الأمر يدعو إلى التساؤل عن المدلول الحقيقي للزنا في القانون التونسي.

هل يستوجب وقوع ارتباط جنسيّ تامّ بين الرّجل والمرأة على غرار ما حقّقته الدّوائر المجتمعة لمحكمة التعقيب في جريمة المواقعة المنصوص عليها بالفصل 227 قبل تنقيحه بقانون 2017 المتعلق بنبذ العنف ضدّ المرأة؟

أم أنّه من الممكن أن يكتفى في جريمة الزنا بما هو دون الارتباط الجنسيّ التامّ أي العمليات السطحية كالاعتداء بالفاحشة؟

وإذا كان المشرع التونسي قد أحجم عن الإجابة عن السؤال فهل أنّ إحجامه يدل على اعتباره نفسه في غنا عن تعريف الزنا باعتبار أنّ هذا المصطلح متداول بين الناس ومفهومه شائع بينهم بحيث لم ير لزوما في تعريفه؟

قد يكون المشرع أيضا قد اقتبس المفهوم الحسي والمادي للزنا من أحكام التشريع الإسلامي التي قد تمثل في هذه الصورة مصدرا من مصادره.

إن كان الجواب بنعم، أي أنّ المفهوم هو ما جاء في التشريع الإسلامي فإنّ مصطلح الزنا يصبح وجوبا مرادفا للارتباط الجنسي الطبيعي والتام الذي يمارس بين الرجل والمرأة وذلك بصرف النظر عن الوضعية التي تكون فيها المرأة -عذراء كانت أم غير عذراء، محافظة على خصوبتها أم أدركت سن اليأس-. في هذا السياق، جاء على لسان محكمة النقض المصرية تبني الزنا مفهوما الحسي الذي يستوجب حصول الوطء وعدم الاكتفاء بما هو دون ذلك⁵¹. أمّا محكمة التعقيب التونسية، فبدت وكأنها لم تشأ أن تتبني في الزنا هذا المفهوم الضيق إذ أكدت في جملة من قراراتها التي اتخذت طابعا مبدئيا بنبرة الجزم والحزم أنّ 'مجرد الاتصال الجنسي تتم به جريمة الزنا ولو بمجرد الدّلك فلا يشترط الإيلاج'⁵².

والملاحظ في هذا الموقف المتخذ من محكمة التعقيب أنّها تبنت نفس مفهوم الاتصال الجنسي الذي حقّقه في جريمة البغاء السري أي المفهوم الواسع للمصطلح. ولكنّ محكمة التعقيب لا تكتفي بتبني هذا المفهوم الواسع بل تحرص على تبريره وذلك بقولها 'إنّ الفصل 236 م.ج المتعلق بجريمة الزنا لم يحصر كيفية خاصّة لعملية وقوع الزنا، لهذا فإنّه يؤخذ على إطلاقه وغموضه، إذ أنّ القاعدة العامة تقرّر أنّ اللفظ إذا أطلق انصرف إلى عموم أفراد، ومن ثمّ فإنّ جريمة الزنا تثبت سواء كان الاتصال بالدّلك أو بالإيلاج'⁵³.

واضح أيضا أنّ محكمة التعقيب فسّرت كلمة الزنا الواردة في الفصل 236 م.ج من خلال قاعدة الفصل 533 م.إ.ع التي جاء فيها أنّ 'عبارة القانون إذا وردت مطلقة جرت على إطلاقها'. وهذا ينسجم مع طبيعة تأويل النصّ الجزائي الذي يؤوّل تأويلا حصريا أو ضيقا⁵⁴ أي تأويل لا يوسّع في التجريم ولا يضيق فيه. فنصّ التجريم يؤخذ كما أراده المشرع.

أمّا عن السبب الذي قد يكون جعل محكمة التعقيب تتوسّع في المفهوم المادي لجريمة الزنا وتعتبر أنّ المشرع أراده أن يكون مفهوما واسعا يرجعه البعض من شراح القانون إلى خلوّ التشريع الوضعي التونسي من تجريم المحاولة في جريمة الزنا فالفصل 236 لا ينصّ على أنّ المحاولة معاقب عنها أو موجبة للعقاب مع العلم بأنّ هذه الجريمة تمثل جنحة ولا تمثل جناية. الأمر

⁵¹ قرار 1066 مؤرخ في 28 ديسمبر 1948

⁵² قرار تعقيبي جزائي عدد 3482 مؤرخ في 14 جانفي 1980، نشريّة م.ت 1980، القسم الجزائي، صفحة 18
القرار الجزائي عدد 1337 مؤرخ في 05 فيفري 1986، نشريّة م.ت في 1986، القسم الجزائي صفحة 315.

⁵³ قرار تعقيبي جزائي عدد 9090 مؤرخ في 05 جانفي 2006، مذكور سابقا

⁵⁴ Interprétation stricte

الذي يستدعي بالضرورة وجوب التنصيص على تجريم المحاولة إن كان المشرع يريد تجريمها. وكأن المحكمة هنا أرادت أن تعاقب المحاولة بصورة غير مباشرة من خلال إقحامها في الجريمة التامة أي من خلال إقحامها في مصطلح الزنا نفسه. ومحكمة التعقيب مستقرة على هذا المفهوم الواسع للزنا.

لكن كيف من الممكن إقامة الدليل على ثبوت هذا الركن المادي لجريمة الزنا؟

(2) إثبات الفعل المادي المحظور:

كيف من الممكن إقامة الدليل على أنه كانت للقرين بشكل عام ارتباطات جنسية مع غير قرينه؟

نطرح هذا السؤال من منطلق أن الإجابة عنه لا تخلو من بعض الصعوبات وذلك راجع في الأساس إلى ما تتسم به العلاقة الجنسية من تخفّ وسريّة. لكنّ صعوبة الإثبات لا تعني استحالة فالمشرع كان على علم بذلك ووضع للإثبات نظامه.

وبالرجوع للتشريع التونسي، نجد أنّ هناك بشكل عام نظامين في الإثبات يتعلقان بكيفية إثبات الفعل المادي المحظور فما هما هذان النظامان وما هو النظام الذي قد يكون اختاره المشرع التونسي في هذه الصورة؟

أ) عرض نظامي الإثبات:

النظامان الكفيلان بإثبات وقوع فعلة الزنا هما:

- النظام المقيّد: يتّسم بشيء من الشدّة والصّرامة فهو يقوم على وجوب إثبات واقعة الزّنا بطريقة معيّنة يكون المشرّع قد حدّدتها وضبط معالمها بشكل مسبق وذلك بمقتضى نصّ خاصّ وصريح الأمر الذي يجعلها تقيّد القاضي وتلزمه بأن لا يأخذ بأيّة وسيلة أخرى سواها. فلا تترك للقاضي مجال التدخّل في تقدير وسيلة الإثبات التي يتلقاها. والملاحظ في هذا النظام هو أنّه النظام الذي دأبت عليه أحكام التشريع الإسلامي وأوجبت اتّباعه في جريمة الزنا. أحكام التشريع الإسلامي حرصت على حصر إثبات الزنا المؤدّي إلى إقامة الحدّ على صاحبه، في وسائل محدّدة أجمع الفقهاء على البعض منها على الأقلّ ولكنهم اختلفوا حول البعض الآخر منها. فالوسائل المتّفق عليها بين الفقهاء هي:

○ الإقرار الذي يشترط فيه أن يكون قد صدر عن صاحبه صريحا وواضحا لا غموض فيه.

○ البيّنة بالشّهادة من أشخاص لا يقلّ عددهم عن الـ 4. ولهذه الشّهادة أصل ثابت في النصّ القرآني.⁵⁵

⁵⁵ الآية 15 من سورة النساء 'واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهنّ أربعة منكم' الآية 5 من سورة النور 'والذين يرمون المحصنات ثمّ لا يأتون به 4 شهداء فاجلدوهم 80 جلدة'

○ اللعان ولهذه الوسيلة أصل ثابت في النصّ القرآني⁵⁶. وهي وسيلة الشخص الذي يشعر في قرارة نفسه أنّ زوجته الحامل قد اقترفت جريمة زنا وأنّ هذا الحمل ليس من صلبه لكنّه لا يملك وسيلة إثبات على ذلك فجاءت هذه الآيّة لتمكّنه من وسيلة في إثبات زنا زوجته ونفي نسب ذلك الحمل عنه. وواضح من خلال الآيات الأربعة في هذا الإطار أنّها وردت في سبيل توفير وسيلة إثبات للزنا لكن فقهاء التشريع الإسلامي استنبطوا منها أيضا وسيلة لنفي النسب. والفارق بين الصورتين أنّ وسيلة اللعان تؤدّي إلى إقامة الحدّ على الزوجة في صورة ما إذا سكّنت بعد ملاعنة زوجها لها أمّا إن ردّت ونفت هذه التّهمة عنها فإنّ الحدّ لن يقام عليها بل يدرك عنها العذاب. أمّا النسب فممنّي عن الزوج في الصّورتين في صورة سكوت الزوجة وصورة ردّها والسبب في ذلك راجعا إلى أنّ النسب ملك للزوج يتصرّف فيه.

لكنّ فقهاء التشريع الإسلامي اختلفوا حول ما إذا كان من الممكن اعتماد ظهور الحمل على المرأة وسيلة في ثبوت زناها من عدمه، البعض منهم يرى فيه وسيلة كافية والبعض الآخر يرفض اعتباره وسيلة كافية. نظرا لافتقاره القدرة على الجزم بزنا صاحبه ممّا يجعل الشكّ يتسلّل إلى ذهن القاضي والشكّ في المادّة الجزائية ينتفع به المتّهم وجوبا.

واختلف الفقهاء أيضا على وسيلة أخرى تسمّى يعلم القاضي. بمعنى هل أنّ القاضي إذا كان عالما شخصا بوقوع الزّنا، يمكن له أن يحكم بعلمه أم لا. اختلف في هذا الصدد الفقهاء على اعتبار أنّ القاضي ينبغي أن يكون محايدا وألا يحكم بعلمه الخاصّ. وإن كان على علم بالواقعة فعليه أن تنحّي عن منصبه كقاضي ويتحوّل إلى شاهد من بين بقية الشّاهدين. التّيار الغالب لدى جمهور الفقهاء هو أنّ القاضي مطالب بألا يقضي بعلمه الشخصي.

كذلك أيضا انصهرت في نظام الإثبات المقيّد جملة من التشريعات الوضعية المقارنة من بينها/التشريع الجزائري الذي اقتضت أحكامه من خلال المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري أنّ الزّنا لا يعتبر ثابتا إلا بموجب 'محضر معاينة جرم متلبّس به محرّر من قبل أحد ضباط الشرطة القضائية، وإمّا إقرارا في رسائل أو مستندات صادرة عن المتّهم، وإمّا إستنادا إلى إقرار قضائي'. وهو ما فعله أيضا/المشرع المغربي إذ نصّت أحكام المادة 493 من القانون الجنائي المغربي على وجوب أن يثبت الزّنا بمقتضى محضر رسمي يتولّى أحد ضباط الشرطة القضائية تحريره في صورة الإيقاع بالزّاني متلبّسا بزناه أو استنادا إلى إقرار صدر عنه في مجلس القضاء أو اعترافات منه تجلّت من خلال مكاتيب أو رسائل

⁵⁶ الآيات 6 و7 و8 و9 من سورة النور 'والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهادة إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربعة شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين يدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات من الله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين'

صدرت عنه'. والملاحظ في التشريعين الجزائري والمغربي أنَّهما لاحا متأثرين بما كان عليه التشريع الفرنسي في إثبات جريمة الزنا بالنسبة لشريك الزوجة وذلك قبل أن يتولَّى المشرع الفرنسي إلغاء جريمة الزنا وشطبها من التجريم بمقتضى قانون 11 جويلية 1975. فقد كان المشرع الفرنسي قبل هذا القانون يستوجب الإدلاء لإثبات الزنا بمحضر يحزّره أحد أعوان الضابطة العدليّة في صورة التلبّس أو باعترافات صادرة عن شريك الزوجة تضمّنتها رسائل صدرت عنه. وهو ما كانت تنصّ عليه الفقرة 2 من الفصل 338 من المجلة الجزائية الفرنسية قبل إلغاءه بقانون 11 جويلية 1975.

- النظام الحرّ: إذا كان نظام الإثبات المقيد يتّسم بشيء من التضييق والحصص في تعداد الوسائل التي يتعيّن التعويل عليها في إثبات جريمة الزنا فإنّ نظام الإثبات الحرّ يميّز بشيء من المرونة باعتبار أنّه لا يقيد القاضي في تلقّيه لوسائل إثبات الزنا بل يجيز إقامة الدليل على الزنا بكافّة وسائل الإثبات التي من شأنها أن تقنع وجدان المحكمة. ولعلّ من بين أهمّ الوسائل الممكنة لإقناع وجدان القاضي في نظام الإثبات الحرّ:

- البيّنة بالشهادة
- كافّة القرائن التي إن تضافرت واجتمعت أصبحت قادرة على التدليل على ثبوت جريمة الزنا.

في هذا السياق يمكن أن نشير إلى ما استقرّ عليه القانون العبري في هذا الشأن وهو أنّ أحكامه تسمح باللجوء إلى اعتماد القرينة على وقوع الزنا إذا كانت هذه القرينة قد جاءت موحية بصورة جدّية على وقوع الزنا. ويمكن استيحاء هذه القرينة في القانون العبري من مجرّد أن يثبت اختلاء رجل غريب امرأة أجنبيّة عنه في مكان مغلق مدّة من الزّمن يقول عنها واضعو أحكام القانون العبري بأنّه 'مدّة كافية لسلق البيضة وأكلها' ومهما يكن من أمر فإنّ وسائل إثبات وقوع الزنا في نظام الإثبات الحرّ تبقى في الأخير خاضعة في تقدير مدى قوّة حجّيتها لسلطان القاضي حسب مدى اقتناع وجدانه بها وبجدّية ما تثبته وذلك على اعتبار أنّ المحكمة في المادّة الجزائية تحكم مبدئيّا بخالص وجدانها.

وعلى الرّغم ممّا قد يكون لقيه نظام الإثبات الحرّ من بعض الانتقاد من جانب هامّ من شراح القانون باعتبار أنّه قد يؤدّي في الأخير إلى تحكّم القاضي وجعل ثبوت الزنا ليده من عدمه أمرا مرتبطا بقناعاته الشخصيّة وتوجّهاته الفكريّة وانتماءاته الإيديولوجية، ممّا يجعله يكتفي أحيانا ببعض القرائن الموحية بوجود الزنا إن كان ينتمي إلى فئة المحافظين، وأحيانا أخرى لا يقضي بالإدانة إلّا متى أقيم الدليل لديه على وقوع الزنا بشكل قاطع لا جدل فيه إن كان هذا القاضي ينتمي إلى التيّار المتحرّر. غير أنّه ورغم هذا الانتقاد الذي لقيه نظام الإثبات الحرّ فإنّ ذلك لم يمنع بعض التشريعات الوضعية من اعتماده والتعويل عليه والسبب في ذلك راجع بالأساس إلى

ما يميّز به الزّنا من تخفّ وسريّة يجعلان من النادر جداً أن يقع ضبط الجناة فيها في حالة تلبّس. ومن بين التشريعات الوضعية التي تعتمد نظام الإثبات الحرّ نذكر نظام التشريع الفرنسي السابق لقانون 1975 وذلك فقط فيما يتعلّق بإثبات زنا الزوج وشريكته وزنا الزّوجة أمّا زنا شريك الزّوجة فمستثنى من نظام الإثبات الحرّ وخاضع إلى نظام الإثبات المقيّد. وهو نفس الحلّ الذي يتوخّاه المشرّع المصري الذي قد يكون تأثّر بالحلّ الفرنسي القديم وذلك لأنّ أحكام القانون الجزائي المصري تخضع بدورها زنا الزوج وشريكته وزنا الزّوجة إلى نظام الإثبات الحرّ في حين تبقي زنا شريك الزّوجة خاضعا لنظام الإثبات المقيّد وهو ما يتجلّى من خلال أحكام المادّة 276 من قانون العقوبات المصري.

وبين هذين النظامين المقيّد من جهة والحرّ من جهة أخرى، أيّ النظامين اختار القانون التونسي؟

(ب) موقف القانون التونسي:

الملاحظ أنّ المشرّع لم يخصّ الزنا بوسائل إثبات محدّدة. فنصوص التشريع الجزائي التونسي خالية تماما من نصّ يحدّد وسيلة معيّنة لإثبات فعلة الزّنا.

والملاحظ أيضا أنّ خلوّ التشريع التونسي من نصوص تحدّد وسيلة بذاتها لإثبات فعلة الزنا يعتبره الأستاذ عبد الله الأحمدى خلوّا مقصودا من المشرّع التونسي والدليل على هذا هو أنّ المشرّع التونسي عمد في 1968 إلى التخلّي عن الصياغة القديمة التي كان عليها هذا الفصل والتي كانت تتضمّن إشارة ولو نسبية إلى وسيلة خاصّة بإثبات زنا الزّوجة وهي اتّهامها بالزّنا وكانت شبهة الزّنا قد قويت عليها بما يوجب ألا تعتمد المحكمة في تقرير إدانتها من أجل الزّنا إلّا على جملة من القرائن تكون قويّة، خطيرة ومتظافرة وإلّا لما أمكن إدانة الزّوجة من أجل الزنا.

لكنّ المشرّع منذ قانون 8 مارس 1968 تخلّى عن هذه الصياغة القديمة وعوّضها بصياغة أخرى جديدة جاءت خالية تماما من كلّ إشارة إلى وسيلة معيّنة من وسائل الإثبات، الأمر الذي يدلّ على أنّ المشرّع التونسي قد بات يخضع واقعة الزنا إلى نظام الإثبات الحرّ وهو النظام العام في الإثبات الذي يعتمد المشرّع التونسي في المادة الجزائية بشكل عامّ. وهو الذي تضمّنته أحكام الفصل 150 م.ج فهذا النظام هو الذي يتعيّن على المحكمة أن تعتمد في إثبات الجرائم بشكل عامّ إلّا في الصّور التي يكون المشرّع قد نصّ فيها صراحة على وجوب إخضاعها إلى نظام الإثبات بوسائل محدّدة. وهو ما يعني أنّ التشريع التونسي قد تميّز من هذه الناحية على أحكام التشريع الإسلامي التي تخضع جريمة الزّنا إلى وسائل محدّدة في الإثبات كما تميّز أيضا عن تشريعات جلّ البلدان العربية المسلمة الأخرى خاصة المغربي والجزائري اللذان يعتمدان نظام الإثبات المقيّد.

وفي هذا السياق، سياق نظام الإثبات الحرّ، انخرط أيضا فقه القضاء التونسي إذ وردت الأحكام والقرارات الصادرة عن المحاكم بمختلف درجاتها مكرّسة نظام الإثبات الحرّ في مادّة الزّنا⁵⁷.

وقد أكدت محكمة التعقيب بكلّ وضوح 'إنّ النّصوص القانونية التونسية أوكلت للقاضي الجزائيّ حرية تقدير الأدلّة من شهادات وقرائن وغيرها من الحجج التي لم يحجرها القانون وبالتأمّل في الفصل 236 من القانون الجنائيّ يتّضح أنّه لم يفرض نوعا خاصّا من الأدلّة لإدانة الزّانية أو شريكها من أجل تلك الجريمة'⁵⁸.

وأضافت محكمة التعقيب بقولها 'لم يفرض الفصل 236 من المجلة الجزائية وسائل خاصّة لإثبات المشاركة في الزّنا وكذلك جريمة الزّنا عموما ولذلك فإنّها تثبت بكلّ ما يقنع المحكمة بقيامها ولو لم يكن هناك تلبّس'⁵⁹.

وصرّحت محكمة التعقيب كذلك بنبرة المبدأ القانوني بقولها 'مسألة إثبات الزنا خاضعة للقناعة الباطنيّة وهي من الأدلّة التي تنفرد المحكمة بتقديرها ولذلك يجوز للمحكمة استعمال كلّ وسائل الإثبات شريطة أن تعلّل حكمها تعلّلا لا يشوبه الشكّ'⁶⁰.

وتطبيقا لهذا المبدأ اعتبرت محكمة التعقيب أنّ 'قضاء رجل غريب الليل كلّ مع امرأة متزوجة في غرفة نومها قد يعتبر دليلا كافيا لقيام جريمة الزّنا'⁶¹.

واعتبرت محكمة التعقيب في نفس السياق أنّ 'جملة من الرّسائل الغراميّة وكثرة تردّد شريكة الزوج الزاني على محلّ الزّاني على محلّ الزوجيّة يمكن من إثبات حالة الزّنا'⁶².

غير أنّ انصهار جلّ قرارات محكمة التعقيب في تيار الإثبات الحرّ لم يمنع من أن تصدر من حين إلى آخر بعض القرارات المتفرقة التي توحى باعتماد نظام الإثبات المقيّد وذلك على غرار ما صرّحت به محكمة التعقيب في أحد قراراتها بأنّ 'وسيلة إثبات دعوى الزّنا تكون إمّا بالإقرار الصّريح المدعّم أو بضبط الجانيين يمارسان الخطيئة أو وجودهما في وضع مستراب أو في حالة دالّة على قيام العلاقة الفاجرة بينهما'⁶³. أمّا السبب الذي قد يكون جعل محكمة التعقيب تعتمد في هذا القرار وغير من القرارات القليلة نظام الإثبات المقيّد فتكشف عنه ذات المحكمة وترجعه إلى أنّ 'جريمة الزّنا أحاطها المشرّع بأركان وشروط يجب أن تتوفر كلّها لمؤاخذة مرتكب الفعلّة بالعقاب المحدّد بالفصل 236 من القانون الجنائيّ لذلك ينبغي ألا نعتمد إلّا

⁵⁷ قرار تعقيب جزائي عدد 28527 في 08 نوفمبر 2016، تعلق على م.ج، مصطفى صخري، 2017

⁵⁸ قرار تعقيب جزائي عدد 7059 مؤرخ في 22 ديسمبر 1969، نشريّة محكمة التعقيب 1969، القسم الجزائي، صفحة 214.

⁵⁹ قرار تعقيب جزائي عدد 6592 مؤرخ في 20 ماي 1970، نشريّة محكمة التعقيب 1970، القسم الجزائي، الجزء الثاني، صفحة 176.

⁶⁰ قرار تعقيب جزائي عدد 21 مؤرخ في 10 سبتمبر 1975، نشريّة محكمة التعقيب 1975، القسم الجزائي، صفحة 98

⁶¹ قرار عدد 6641 مؤرخ في 3 جانفي 2005، غير منشور

⁶² قرار عدد 7054، مؤرخ في 04 جانفي 2006، مذكور سابقا.

⁶³ قرار عدد 9637 مؤرخ في 13 جوان 1984، نشريّة محكمة التعقيب 1984، القسم الجزائي، صفحة 273

نظاما مقيّدا محددا بذاته⁶⁴. أمّا السبب الذي قد تكون أخفته محكمة التعقيب أو تغافلت عنه قد يكون كامنا في ضرورة التخفيف من وطأة الإثبات الحرّ اجتنابا لتعسف القاضي المحتمل الذي قد يقضي حسب توجهاته الشخصيّة وهو ما عبّرت عنه محكمة التعقيب نفسها بقولها 'إن كان وجدان القاضي الجزائي الأصلي هو المرجع في اقتناعه بالأدلة التي تطرح عليه فإنّ ذلك مقيد بشروط ضمانا لحريّات الأفراد منها أن تكون الأدلة قائمة في الدعوى وليست وهميّة لا تؤدّي إلى النتيجة التي توصّلت إليها المحكمة'⁶⁵.

يجب أيضا، أن تكون العلاقة الجنسية التي يرتبط بها القرين مع الغير، قد أوتيت وجوبا بشكل مقصود.

الفقرة الثانية: علاقة جنسيّة مقصودة:

هنالك عنصران اثنان، العنصر الأوّل هو أن تكون العلاقة قد أوتيت مع الغير وأن تكون قد أوتيت مع هذا الغير بشكل مقصود.

(1) علاقات جنسيّة مع الغير:

من هو الغير؟

انطلاقا ممّا جاء في الفصل 236 م.ج نتيّن بكلّ وضوح أنّ الرّنا المعاقب عنه هو زنا الرّوج كما هو أيضا زنا الرّوجة على حدّ السّواء. لكنّ هذه التسوية بين الزوجين في التجريم لم تكن حاصلة قبل 1956. فقبل هذا التاريخ لم يكن الزنا معاقبا عنه إلّا بالنسبة للزوجة أمّا زنا الرّوج فلم يكن معاقبا عنه إلّا إذا ارتكبه الزوج في محلّ الزوجيّة أمّا خارج محلّ الزوجية فزنا الزوج لم يكن معاقبا عنه. أما زنا الزوجة فكان معاقبا عنه سواء ارتكب في محلّ الزوجية أو خارج محلّ الزوجيّة. والسبب في ذلك يرجعه البعض إلى أمرين اثنين:

- زنا الزوجة أخطر من زنا الرّوج لما قد يضيفي إليه من اختلاط في الأنساب.
- الزوجة كانت متعوّدة في أغلب الحالات على أن ترى زوجها يعاشر امرأة أخرى من منطلق ما كان سائدا من تعدّد الزوجات. لذلك لم يكن زنا الزوج معاقبا عنه إلّا إذا اقترف في محلّ الزوجية. وإذا اقترف في محلّ الزوجية فمعنى ذلك أنّه وقع الاعتداء على حرمة الزوجة لأنّ مقرّ الزوجية هو خاصّ بالزوجة.

لكن منذ بدء العمل بـ م.أ.ش ألغي تعدد الزوجات وكان من البديهيّ أن يصبح أيضا زنا الرّوج معاقبا عنه سواء ارتكب في محلّ الزوجيّة أم خارجه. وهذا يعني أنّه منذ تنقيح 1956 أصبحت

⁶⁴ قرار عدد 13357 مؤرخ في 05 فيفري 1986، نشرية محكمة التعقيب 1986، القسم الجزائي، صفحة 313
⁶⁵ قرار عدد 11099 مؤرخ في 01 فيفري 2005، نشرية محكمة التعقيب 2005، القسم الجزائي، صفحة 141

جريمة الزنا تحصل بمجرد أن يكون الزوج قد أتى علاقات جنسية مع امرأة أخرى غير زوجته أو ارتبطت الزوجة بعلاقات جنسية مع رجل آخر غير زوجها.

وينبغي أن نشير إلى أنّ المشرع اتخذ صيغة العموم في شخص الغير فلم يحدد لهذا الغير هويّة معيّنة أو حالة مدنيّة محدّدة كما لم يحدّد أيضا طبيعة المهنة التي قد يتعاطاها هذا الغير فالمشرع لم يميّز بين ما إذا كان ينبغي لهذا الغير أن يكون أم لا من ذوي قرابة القرين المذنب أو من ذوي قرابة القرين المخدوع أو من ذوي علاقة المصاهرة. كما لم يميّز أيضا بين ما إذا كان يتعيّن على هذا الغير أن يكون أعزب أم متزوج أم مطلق أم أرمل. ولم يميّز من جهة أخرى بين ما إذا كان هذا الغير يتعاطى أم لا مهنة البغاء العلني طبق التراتيب الجاري بها العمل.

وتبعاً لذلك فقد وجب إجراء التجريم في مادة الزنا على إطلاقه وعلى عمومته ليشمل الغير بشكل عامّ مهما كانت هويّته وحالته المدنيّة وأيّاً كانت المهنة التي يتعاطاها ومهما كانت درجة قرابته من المذنب وذلك على الرّغم من أنّ المادّة الجزائية يحكمها مبدأ التّأويل الحصري لأنّ التّأويل الحصري هو التّأويل الضيّق والتّأويل الضيّق لا يمكن أن يتحوّل إلى ذريعة للتقليل في النصّ والتّضييق من مجال تجريمه.

ولكن لا يكفي أن يأتي القرين هذه العلاقات الجنسية مع غير قرينه لكي يأخذ من أجل ارتكابه جريمة الزنا بل ينبغي أن يكون القرين قد مارس هذه العلاقات مع الغير بإرادة منه وعن قصد.

(2) علاقات جنسيّة مع الغير عن قصد:

القسم الثّاني: الزّواج أساس التّجريم: