جـــامعة محمد الصديق بن يحيى-جيجـــل

كلية الحقوق والعلوم السياسية

- قسم حقوق –

عنوان المذكرة:

جريمة الزنا

-دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفقه الإسلامي-

مذكـــرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالبتين:

* يوسف فيروز
* بروك صبرينة

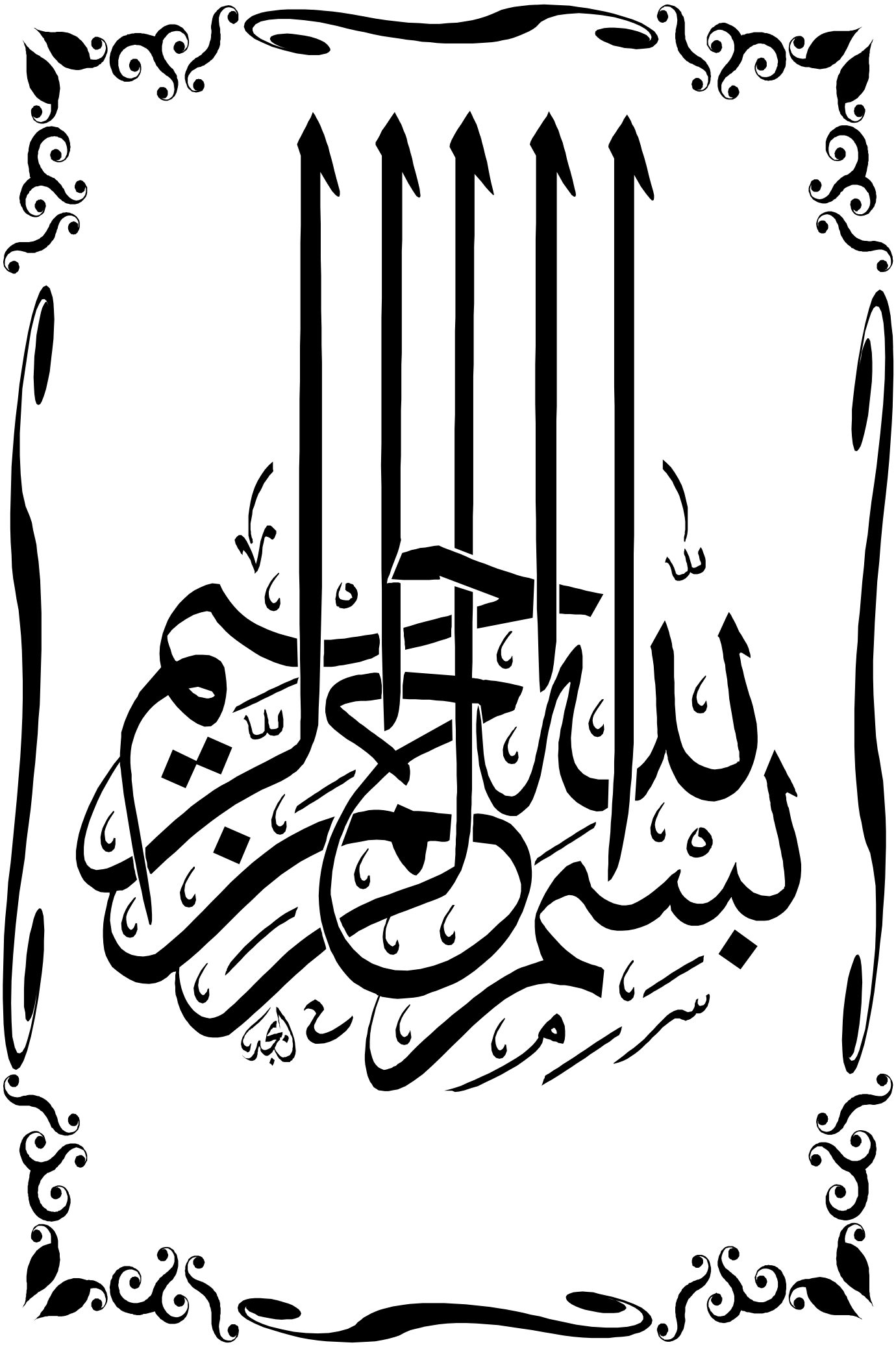
إشراف الأستاذة:

* قريمس نسيمة

لجنة المناقشـــــــــــــــــــــــــــة:

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
بوشكيوة عبد الحليم	أستاذ مساعد أ	جامعة محمد الصديق بن يحي –جيجل–	رئيسا
قريمس نسيمة	أستاذة مساعدة أ	جامعة محمد الصديق بن يحي –جيجل–	مشرفا ومقررا
عميور خديجة	أستاذة مساعدة أ	جامعة محمد الصديق بن يحي –جيجل–	ممتحنا

السنة الجامعية: 2016/2015


بسم الله الرحمن الرحيم

وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥

إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٦

فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ۝٧

صدق الله العظيم

سورة المؤمنين.الآية5،6،7

شكر وعرفان

أولا وقبل كل شيء الشكر الجزيل والحمد الكبير لله العالي القدير على تمام
وتوفيقه لإنجاز هذا البحث
ثم كامل الشكر والتقدير وفائق الاحترام لأستاذة "قريمس نسيمة"
التي لم تبخل علينا بالنصائح والتوجيهات التي كانت عونا لنا في
إتمام هذا البحث
كما نتوجه بالشكر إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة مسبقا لتكرمهم
لمناقشة مذكرتنا المتواضعة
كما لاننسى التقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى جميع الأساتذة الذين
كانوا عونا لنا في إنجاز هذا البحث
وكما نتقدم بتوجيه الشكر والإمتنان إلى كل من ساعدنا ولو بإبتسامة معبرة
أو بكلمة طيبة سواء من قريب أو عن بعيد

إهداء

إلى والدينا.....حبا وتقديرا

إلى عائلتنا.....اخلاصا ووفاء

الى أساتذتنا.....احتراما و اجلالا

الى اصدقائنا.....وفاءا واحتراما

الى كل طلاب العلم.....صبرا و اجتهادا

قائمة المختصرات

ص: الصفحة

د.ص: دون طبعة

د.د.ن: دون بلد النشر

د.س.ن: دون سنة النشر

ق.أ: قانون الأسرة

ق.ع: قانون العقوبات

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية

ق.م: قانون المدني

ق.ت.س.ع.إ.ج: قانون تنظيم السجون وإعادة إدماج الإجتماعي للمحبوسين

مقـــدمة

لقد شرع الله سبحانه و تعالى الزواج بين الرجل و المرأة ووضع له أحكاما وضوابط وجعل بينهما حقوق و واجبات متبادلة هدفها بناء أسرة التي هي بحق نواة المجتمع .

غير أن سوء التربية و الأخلاق و عدم امتثال بعض الناس لأحكام الله تعالى و طابع الإنسان الغريزي و ميوله إلى الاتصال الجنسي مع الجنس الأخر، جعل من الأفراد يندفعون وراء إشباع رغباتهم الجنسية بدخولهم في دائرة الحرام في عدة أشكال وصور لعل أهمها ما يعرف بالزنا، فالزواج والزنا وإن كانا مظهران لفعل واحد وهو الوطء بين الرجل والمرأة، غير أن الزواج يجعله في إطار مشروع أما الزنا فيكون في إطار غير مشروع ومحرم.

فجريمة الزنا من أبشع الجرائم التي عرفتها البشرية منذ القديم، لما لها من اثار سيئة على الفرد والمجتمع، لذا حرمتها الديانات السماوية القديمة منذ عصور من الزمن فقد حرمتها الشريعة اليهودية وقررت لها جزاء، كما حرمتها كذلك الديانة المسيحية رغم قيامها على مبدأ التسامح و الغفران، و التي حرمتها كذلك الشريعة الإسلامية وشددت في عقوبتها خاصة إذا تم اتيان فعل الزنا من طرف محصن اذ يرجم بالحجار حتى الموت.

فجريمة الزنا من الجرائم العمدية إذ تعاقب عليها معظم القوانين الوضعية القديمة والحديثة رغم أن القلة منها لا تعاقب عليها كالقانون الإنجليزي، ومن القوانين التي تجرمها فقط أذا ما وقع فعل الزنا بين طرفين يكون أحدهما متزوج و الاخر غير متزوج منها التشريع الجزائري الذي حصر التجريم و العقاب على المتزوجين فقط دون غيره ولا يجوز تحريك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى الزوج المضرور.

وتكمن أهمية الدراسة في أن موضوع جريمة الزنا أصبح محل اهتمام أسري واجتماعي خاصة بعد انتشارها في المجتمع إضافة إلى ما يترتب عليها من تفش الأمراض الجنسية الخبيثة وتفكك الأسر وقطع صلة الرحم واختلاط الأنساب، وكل ذلك سعيا وراء إشباع الغرائز الجنسية.

والهدف من دراسة موضوع جريمة الزنا دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفقه الأسلامي هو توضيح المقصود بجريمة الزنا في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي، وبيان الأركان التي تقوم عليها، وكذا بيان اجراءات المتابعة في جريمة الزنا في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي، وبيان طرق اثبات هذه الجريمة والجزاء المقرر لها في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

فالدافع لدراسة موضوع "جريمة الزنا في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي" إبراز أحكام هذه الجريمة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي وبيان أوجه التشابه والاختلاف بينهما من خلال معرفة المقصود بجريمة الزنا والأركان الواجب توافرها لقيامها ومعرفة ما تتطلبه من الناحية الإجرائية من خصوصية في المتابعة وأدلة إثبات والجزاء المقرر لها.

وبغرض إجراء المقارنة واستخلاص أهم الفروق بين التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي في إطار تجريم فعل الزنا و العقاب عليه نطرح الإشكالية التي سنحاول معالجتها من خلال هذا العمل و المتمثلة في: ما مدى استنباط المشرع الجزائري لأحكام الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالأحكام الجزائية لجريمة الزنا؟، ويمكن صياغة هذه الإشكالية في صورة التساؤلات التالية:

ما مدلول بجريمة الزنا؟، فيما تتمثل أركان جريمة الزنا،؟ ما هي الإجراءات الخاصة بالمتابعة في جريمة الزنا؟، ما هو الجزاء المقرر لجريمة الزنا، و كيف يتم تنفيذه؟

و للإجابة عن هذه التساؤلات اعتمدنا في هذا البحث على المنهج المقارن وذلك من خلال مقارنة تفصيلية لكل جزء من أجزاء الدراسة بين التشريع الجزائري والفقه الإسلامي لأجل استيعاب الجوانب المختلفة لموضوع الدراسة، إضافة إلى اعتمادنا على المنهج التحليلي خاصة في إطار شرح أحكام التشريع الجزائري حول جريمة الزنا .

و من أهم الصعوبات التي واجهتنا في اطار البحث نقص المراجع المتعلقة بشرح جريمة الزنا في التشريع الجزائري، إضافة إلى ضيق الوقت والتفاوت الكبير بين التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي ما أدى الى صعوبة في اعداد بحث.

لذلك سنحاول دراسة موضوع جريمة الزنا دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي، في مقدمة وفصلين إذ خصصنا الفصل الأول لدراسة الأحكام الموضوعية لجريمة الزنا وفق مبحثين، خصصنا المبحث الأول لبيان المقصود بجريمة الزنا، بينما خصصنا المبحث الثاني لدراسة أركان جريمة الزنا .

أما الفصل الثاني المعنون بأحكام الإجرائية لجريمة الزنا، ففي المبحث الأول تناولنا خصوصية تحريك الدعوى العمومية في جريمة الزنا، وفي المبحث الثاني الجزاء المقرر لجريمة الزنا لننهي موضوع الدراسة بخاتمة تتضمن موجزا لما احتوت عليه المذكرة من أراء وأفكار و ما تم استخلاصه من نتائج و كذا أهم التوصيات .

الفصل الأول:

الأحكام الموضوعية

لجريمة الزنا

إن الغاية من الزواج إحصان الزوجين والقيام بالواجبات الزوجية والمحافظة على الأنساب وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة، إلا أن ضعف الإيمان ونقص التربية الخلقية والميل الغريزي للاتصال الجنسي أدى بالأفراد إلى إشباع رغباتهم الجنسية خارج إطار الزواج، وعليه فقد جرم قانون العقوبات الجزائري فعل الزنا بمقتضى المادتين 339،341 ق.ع[1]، لما فيه من انتهاك لحرمة الرابطة الزوجية وقدسيتها عند الله تعالى وفساد المجتمع كما جرم المشرع فعل الفاحشة بين ذوي المحارم في المادة 337 مكرر ق.ع ووضع لكلاهما عقوبة، وحرص الإسلام على تجريم كل الأفعال التي من شأنها أن تؤدي إلى وقوع مثل هذه الأفعال معاقبة الزانية والزاني بوضع حد لكل منهما سواء كان محصن أو غير محصن بخلاف المشرع الجزائري الذي حصر هذه العقوبة على المتزوجين فقط .

فمن خلال هذا الفصل المعنون الأحكام الموضوعية لجريمة الزنا، سنتطرق إلى مفهوم جريمة الزنا في اللغة وفي التشريع الجزائري والفقه الإسلامي، مع الإشارة إلى أساس تجريمها في القانون والفقه الإسلامي، كما نخصص المطلب الثاني لتوضيح بعض جرائم العرض المشابهة لها وذكر ما يقابلها في الفقه الإسلامي مع إبراز أهم ما يميز جريمة الزنا عن هذه الجرائم وهذا في إطار المبحث الأول، أما في المبحث الثاني فسنتناول أركان جريمة الزنا، بداية بالركن الشرعي المتمثل في نص المادة 339 ق.ع وما يقابله في الفقه الإسلامي من آيات التحريم في القرآن الكريم وأحاديث من السنة النبوية الشريفة و الإجماع.

أما الركن المادي فيتكون من عنصرين هما الوطء المحرم و قيام الرابطة الزوجية و لقيام جريمة الزنا في حق مرتكبها لابد من توافر الركن المعنوي الذي يتمثل في عنصر

1-الأمر رقم 156/66 الصادر في 8 يوليو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل ومتمم بقانون 04/82 المؤرخ في 13 فبراير 1982، الجريدة الرسمية العدد7، المعدل بقانون رقم 15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق ل30 ديسمبر2015، الجريدة الرسمية العدد71.

العلم والإرادة وهذا ما سنحاول توضيحه أكثر خلال هذا الفصل.

ومن خلال ما أوردناه قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم جريمة الزنا أما في المبحث الثاني فسنتناول أركان جريمة الزنا .

المبحث الأول: مفهوم جريمة الزنا :

لجريمة الزنا عدة تعاريف سواء في القانون أو في الفقه الإسلامي، غير أن المشرع الجزائري لم يضع لها تعريفا، بل ترك ذلك للفقه القانوني والقضاء وكذلك لمختلف المذاهب .

وعليه سنتعرض في هذا المبحث إلى تعريف جريمة الزنا في كل من اللغة والقانون والفقه الإسلامي وإبراز أساس تحريم وتجريم الزنا بما فيها من أضرار ومفاسد، كما سنشير إلى بعض الفروق التي تظهر بين جريمة الزنا وجريمة الاغتصاب والشذوذ الجنسي والفعل العلني المخل بالحياء .

المطلب الأول : المقصود بجريمة الزنا.

سنبين تعريف جريمة الزنا من الناحية اللغوية ومن الناحية القانونية، والتعريف الفقهي مع إبراز أراء المذاهب الفقهية و إجراء مقارنة بين هذه التعاريف، كما سنشير إلى أساس تحريم وتجريم فعل الزنا.

الفرع الأول : تعريف جريمة الزنا.

أولا : تعريف جريمة الزنا لغة:

إن عبارة "جريمة الزنا" مشكلة من كلمتين هما : جريمة والزنا وسوف نقدم تعريف لكل منهما:

جريمة: من الفعل جرم، الجرم بمعنى كاسبة ويقال: أجرمني كذا وجرمني وجرمت وأجرمت

بمعنى واحد .

الجرم بضم الجيم بمعنى التعدي والجرم أي الذنب، وجمع أجرام وجروم وهو جريمة وقد

جرم يجرم جرما وأجرام فهو مجرم وجريم[1].

الزنا : زني (يزني) زني و زناء، و(زاناها مزاناة) و(زناء تزنيه) نسبة إلى الزاني وهو ولد الزانية وللزانية بالفتح والكسر وخلافه ولد رشده ولرشدة.

ومن المهموز(زنا المكان)ضاق، زنوءا والزناء بالمعنى الضيق، زنأ عليه، (زنأ) في الجبل (زنئا) صعيد[2]، ويطلق (الزنى) على ما دون مباشرة المرأة الأجنبية من غير عقد شرعي.

فزنا العين: النظر

فزنا اللسان: النطق

فزنا اليد: اللمس.[3]

وكذلك الزنا بمعنى اللغوي الزناء أي وطء المرأة من غير عقد شرعي وقد يقصر، وإذا مدّ يصح أن يكون مصدر المفاعلة، وبالنسبة إليه زنويّ وفلان لزنية وزنية، وزنأ في الجبل بالهمز زنأ وزنوءا والزناء : الحاقن بوله[4].

ثانيا : تعريف جريمة الزنا اصطلاحا:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف جريمة الزنا رغم أنه خصص لها المادتين 339 ،341 ق.ع شأنه شأن المشرع المصري الذي لم يضع تعريفا لجريمة الزنا بل ترك الأمر لشراح القانون وفقهائه، وأخذ عن المشرع الفرنسي الذي أدرج هذه الجريمة في المواد 336 إلى 369 من ق.ع الفرنسي قبل تعديله بموجب القانون الصادر في 1975/7/11 الذي ألغى جريمة الزنا كنظيره المشرع الإنجليزي الذي يعتبر أن

1- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث، الطبعة السادسة دار الصادر، بيروت، 2008، ص 130.

2- أبي فتح ناصر الدين المطرزي ، المغرب في ترتيب المعرب ، الجزء الأول ، الطبعة الأول ، مكتبة أسامة بن زير سوريا ، 1979 ، ص 371.

3- بكر بن عبد الله بوزيد، الحدود و التعزيرات عند ابن القيم ، الطبعة الثانية ، دار العاصمة للنشر والتوزيع الرياض،1415 ، ص 90 .

4- الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن ، الطبعة الثانية ، دار القلم،دمشق ، 2002،ص 384.

جريمة الزنا خطيئة أخلاقية ومدنية، و يجوز طلب التطليق والتعويض على أساس أن من لا تردعه مبادئ الأخلاق لا فائدة من عقابه.[1]

لقد قدم الأستاذ عبد العزيز سعد تعريفا لجريمة الزنا في القانون بقوله : "أنها جماع أو فعل جنسي غير شرعي تام، يقع بين رجل وامرأة كلاهما أو أحدهما متزوج شرعا وقانونا وبناء على رغبتهما المشتركة واستنادا إلى رضائهما المتبادل دون غش أو إكراه[2].

وعليه فإن أغلب فقهاء القانون عرفوا جريمة الزنا بأنها:"ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة برضاها حال قيام الزوجية فعلا أو حكما"[3].

وقد عرفها البعض الأخر بأنه : " اتصال شخص متزوج رجلا أو امرأة اتصال جنسيا بغير زوجه، والزنا جريمة ترتكبها الزوجة إذا اتصلت جنسيا برجل غير زوجها ويرتكبها الزوج إذا اتصل جنسيا بامرأة غير زوجته".

أما البعض الاخر فقد عرف جريمة الزنا بأنها : "وطء في غير الحلال، وتحرمه الديانات إطلاقا سواء وقع من متزوج أو من غير متزوج"[4].

أما المشرع الأردني فوضع تعريفا واضحا لجريمة الزنا حيث عرفها بأنها:"ارتكاب الوطء الطبيعي غير المشروع من رجل على أنثى غير متزوجة برضاها حال قيام زوجية حقيقية أو حكما أو حال انعدامها من الاثنين" .

1-نجيمي جمال، جرائم الآداب والفسوق والدعارة في التشريع الجزائري(دراسة قانونية مقارنة معززة بالاجتهاد القضائي) د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 372 .

2-سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على النظام الأسرة، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2013، ص 94.

3-عبد الحميد الشواربي، الجرائم المنافية للآداب العامة في قوانين الخاصة والعقوبات والفقه والقضاء والتشريع، د.ط منشأة المعارف، مصر، 2003، ص 133.

4-أحمد محمد بدوي، جرائم العرض وفق للقانون الجنائي المصري والمقارن والشريعة الإسلامية، د.ط، سعد سمك مصر د.س، ص 162.

ونلاحظ بالنسبة للمشرع الأردني في تجريمه للزنا أنه اتبع نفس اتجاه الفقه الإسلامي،حيث أنه لم يفرق بين المحصن وغير المحصن وكلاهما يخضع للعقاب وتقوم جريمة الزنا في حقهم[1].

ثالثا : تعريف جريمة الزنا في الفقه الإسلامي

لابد من التطرق إلى تعريف الجريمة في الفقه الإسلامي ثم نقوم بتعريف الزنا حسب أراء المذاهب الفقهية وكذا تعريف الحد:

1-تعريف الجريمة:

إن أصل كلمة جريمة من فعل جرم بمعنى كسب وقطع، ولقد خصصت كلمة الجريمة للكسب المكروه غير مستحسن ولذلك كانت كلمة جرم يراد منها الحمل على فعل حملا آثما لقوله تعالى:" وَيَٰقَوۡمِ لَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شِقَاقِيٓ أَن يُصِيبَكُم مِّثۡلُ مَآ أَصَابَ قَوۡمَ نُوحٍ أَوۡ قَوۡمَ هُودٍ أَوۡ قَوۡمَ صَٰلِحٖۚ وَمَا قَوۡمُ لُوطٖ مِّنكُم بِبَعِيدٖ ﴿٨٩﴾ "[2]، وكما يطلق أيضا كلمة الجريمة على ارتكاب كل ما هو مخالف للحق والعدل والطريق المستقيم واشتق من كلمة جريمة إجرام وأجرموا فقد قال الله تعالى : "كُلُواْ وَتَمَتَّعُواْ قَلِيلًا إِنَّكُم مُّجۡرِمُونَ ﴿٤٦﴾ "[3] .

وقال عزوجل:"إِنَّ ٱلۡمُجۡرِمِينَ فِي ضَلَٰلٖ وَسُعُرٖ ﴿٤٧﴾ "[4]، وقال سبحانه وتعالى:"إِنَّ ٱلَّذِينَ أَجۡرَمُواْ كَانُواْ مِنَ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ يَضۡحَكُونَ ﴿٢٩﴾"[5]، بالتالي فعصيان الله تعالى يعد جريمة وكذلك ارتكاب ما نهي الله عزوجل عنه يعد جريمة[6].

1-خليل سالم أحمد أبو سليم، قانون العقوبات، القسم الخاص(الجرائم الواقعة على الأشخاص)، الطبعة الأول، دار الصفاء للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص 132.

2-سورة هود، الآية 89.

3-سورة المراسلات، الآية49.

4-سورة القمر، الآية 47.

5-سورة المطففين، الآية 29.

6-محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، 1998، ص 19.

2-تعريف الزنا.

لقد اختلف فقهاء المذاهب الفقهية في تقديم تعريف لزنا:

-تعريف المذهب الحنفي: الزنا هو اسم للوطء الحرام من قبل المرأة الحية المشتهات في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته ومن حد الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته.[1]

--**تعريف المذهب المالكي:** الزنا هو وطء مكلف فرج آدمي لا ملك فيه.[2]

-تعريف المذهب الشافعي: الزنا هو وطء رجل من أهل دار الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد ولا ملك وهو مختار عالم بالتحريم.[3]

-تعريف المذهب الحنبلي : الزنا هو فعل الفاحشة في قبل أو دبر.[4]

نلاحظ من خلال تعاريف الفقه الإسلامي للزنا أنهم اختلفون في محل الوطء فالبعض يقصر على القبل فقط بينما يمده البعض الاخر إلى الدبر وعليه فإن التعريف الراجح للزنا "هو الوطء في القبل خال عن ملك وشبهة "، وبالتالي يقتصر محل الوطء على القبل فقط.[5]

3-تعريف الحد:

"هو العقوبة المقدرة في الشرع حقا لله تعالى".

شرح التعريف:

1- علاء الدين أبي بكر مسعود الكساني الحنفي، كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، الطبعة الثانية دار الكتب العلمية، لبنان، 1986، ص 33.

2-عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، حققه عبد السلام محمد أمين، شرح الزرقاني، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص127 .

3-أبي إسحاق الشيرازي حققه محمد الزحيلى، المهذب في الفقه الإسلام الشافعي، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، دار القلم، سوريا، 1996، ص372 .

4-عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، د.ط، دار الكتاب العربي، لبنان د.س، ص349 .

5-بكر بن عبد الله بوزيد، المرجع السابق، ص 93 .

-لفظ عقوبة: جنس في التعريف تشمل المقدرة وغير المقدرة.

-لفظ مقدرة: تخرج غير المقدرة وهو ما عرف باسم التعزيرات.[1]

-لأجل حق الله: يخرج به ما كان حقا للعبد وهو القصاص في نفس أو طرف.[2]

رابعا: المقارنة

يتفق التشريع الجزائري والفقه الإسلامي أنه لا تقوم جريمة الزنا إلا بحصول الوطء الكامل، وكلا من التعريفين القانوني والفقهي جرم فعل الزنا ووضع له عقوبة محددة ونلاحظ من خلال التعاريف التي وردت حول تعريف الزنا كلها من اجتهادات الفقهاء سواء في الفقه أو القانون الجزائري.[3]

وكما يختلف التعريف القانوني عن التعريف الشرعي لجريمة الزنا الذي كان أعم وأوسع من القانون فيعتبر الزنا كل من اجتمع على فاحشة سواء أكان محصن أو غير محصن، ويختلفان أيضا أن القانون يقصتر ارتكاب فعل الزنا على المتزوجين فقط أما غير المتزوجين فلا تقوم في حقهم جريمة الزنا إلا على الشريك مع الفاعل الأصلي المتزوج أما في الفقه الإسلامي فتقوم جريمة الزنا في حق الشخص المتزوج وغير المتزوج سواء كان ذكر أو أنثى طالما أنه تتوافر فيه شروط التكليف[4]، ويعتبر الزواج في القانون الجزائري شرط للتجريم، بينما في الفقه الإسلامي فهو ظرف لتشديد العقوبة من الجلد إلى الرجم.

1- حسن عيسى عبد الظاهر، الحدود في الإسلام من فقه الجريمة والعقوبة، د.ط، د.د.ن، د.ب.ن، د.س، ص 09.

2-بكر بن عبد الله بوزيد، المرجع السابق، ص 23.

3-بلخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري(دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2005، 2006، ص 93.

4-عزت مصطفى الدسوقي، أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة ألإسلامية الطبعة الثانية، المكتبة الفني للإصدارات القانونية، مصر، 2012، ص 37،38.

ومن خلال التعريف القانوني لجريمة الزنا نستخلص أن المشرع الجزائري قرر المسؤولية الجنائية للزاني لتدنيسه لفراش الزوجية على خلاف الفقه الإسلامي الذي جرم الزنا حماية للعرض ونقائه.[1]

الفرع الثاني :العلة من تجريم الزنا

تعتبر جريمة الزنا من الجرائم الخطيرة التي تمس أمن المجتمع واستقراره ونقائه حيث أن الضرر لا يقتصر على مرتكبها فقط، بل تمتد أثاره لتمس أعراض الناس ولذلك سوف نبين أساس تجريم وتحريم فعل الزنا في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

أولا : في التشريع الجزائري

إن العلة من تجريم فعل الزنا هو حماية العلاقة الزوجية من تدنيس فراش الزوجية الذي يؤدي إلى قطع العلاقة الزوجية فتنهار الأسرة التي هي نواة المجتمع، وكذلك لتفادي اختلاط الأنساب ونشر الأمراض وتفاديا لعموم الفساد وكثرة اللقطاء والضعفاء وحرصا على القيام بالواجبات المتبادلة بين الزوجين التي من بينها الحق في الإخلاص.[2]

ثانيا : في الفقه الإسلامي

حرم الشرع الزنا باعتبارها من أكبر الذنوب بعد الكفر والشرك وقتل النفس ومن أكبر الفواحش ويلحق فعل الزنا أضرار كبيرة لشناعته قد تكون أخلاقية، دينية جسمانية اجتماعية وأسرية، ويجني الفاعل على نفسه غضب الله تعالى الذي يعرضه لمقته، والله عزوجل شديد العقاب كما يتعرض أيضا لنزع الإيمان من قلبه إن مات وهو متلبس بالزنا

1-عبد العزيز محمد محسن، تحديات تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر 2012، ص 42.

2-عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص 34.

مات على ملة غير ملة الإسلام[1]، قال رسول الله صلى الله وسلم: "لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن".[2]

ومن الأضرار التي تعود على المرأة إذا زنت هتك عرضها، سلب شرفها وضياع حيائها، تدنيس شرف أسرتها وإلحاق العار بأهلها، كذلك إذا أنجبت ولدا عن طريق الزنا (ولد الزنا) فلا يثبت نسبه يتعرض لنفور المجتمع عنه، أما إذا كانت المرأة متزوجة فسوف يلحق العار بزوجها وضياع شرفه وسمعته وهذه الجريمة لا تنسى هذه مع الزمن ولا تخفى على أحد.

وكذلك من الأضرار التي تنتج عن فاحشة الزنا أضرار صحية وأمراض عدة كأمراض الزهري والسيلان وأمراض التناسلية وما يتبعها من أضرار جسيمة أخرى لذلك شدد الشرع في تحريمه للزنا.[3]

وحد الزنا من حقوق الله تعالى الخالصة له بمعنى من حقوق المجتمع لما يترتب عن الزنا من أضرار وجب وضع حد لفاعله .

و لهذه الأسباب تم تحريم الزنا من أجل الحفاظ على طهارة المجتمع الإسلامي وصيانة أعراض المسلمين والحفاظ على طهارة أنسابهم و صفاء أرواحهم والإبقاء على كرامتهم.[4]

ثالثا: المقارنة

نلاحظ من خلال تحريم وتجريم فعل الزنا من طرف المشرع الجزائري والفقه الإسلامي أنهم يهدفان إلى الحفاظ على العلاقة الزوجية والحفاظ على الروابط الأسرية من

1-أبو بكر جابر الجزائري، منهج المسلم، كتاب العقائد وآداب وأخلاق وعبادات والمعاملات، الطبعة الرابعة، دار السلام الجزائر، 2004، ص 415.

2-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري،الطبعة الأولى، دار إبن كثير للطباعة والنشر والتوزيع سوريا، 2002، كتاب الحدود، باب الزنى وشرب الخمر، حديث رقم 6772، ص1277.

3-عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار العلمية، لبنان،2003 ص50 ،51 .

4-أبو بكر جابر الجزائري، المرجع السابق، ص415.

الانحلال والتفكك وحماية المجتمع من الفساد الأخلاقي، إلا أن القانون الجزائري يجرم الزنا بسبب اعتدائها على مصلحة الغير و هي العلاقة الزوجية بينما الفقه الإسلامي يحرم الزنا باعتباره رذيلة بغض النظر عن تعدي ضرره إلى الغير.[1]

ويقصد المشرع الجزائري من خلال تجريمه للزنا الحفاظ على فراش الزوجية من التدنيس لكن مع حماية الحرية الجنسية طالما أنها تكون برضا الطرفين، بخلاف الفقه الإسلامي الذي جرم الزنا للحفاظ على العرض ونقائه وصيانة للفضيلة من أن تعبث بها شهوات الأفراد وحفاظا على الأنساب من الإختلاط، وحرم الشرع الرذيلة الجنسية بكافة صورها وأشكالها إذ لا يعترف بأي علاقة غير مشروعة وحرم كل إشباع للغريزة الجنسية التي خارج العلاقة الزوجية ولو كان برضا الطرفين.[2]

المطلب الثاني: تمييز جريمة الزنا عن بعض جرائم العرض الأخرى

إن جرائم العرض كثيرة ومتنوعة حيث تتسم بالخطورة كونها تشكل اعتداء على الشرف ومساسا بكيان الأسرة والمجتمع، إذ تؤدي إلى فقدان الثقة بين الناس في المجتمع ونشر البغض والكره بين الأفراد.

وبما أن جريمة الزنا من جرائم العرض لذا لابد من إجراء تمييز بينها وبين جرائم العرض المشابهة لها وإبراز أوجه التشابه والاختلاف بينهما مع التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: تمييز جريمة الزنا عن جريمة الاغتصاب

سنبين من خلال هذا الفرع جريمة الإغتصاب في التشريع الجزائري ثم في الفقه الإسلامي، وإجراء مقارنة بينهم:

1-بلخير سديد، المرجع السابق، ص95.

2-عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص 46.

أولا: في التشريع الجزائري

لم يقدم المشرع الجزائري تعريفا لجريمة الاغتصاب، لكن بالرجوع إلى الفقه القانوني نجده عرفها بأنها: "مواقعة الرجل لامرأة بغير رضاها"، ولقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 336 ق.ع ضمن جرائم انتهاك الأدب،[1] حيث يعاقب من ارتكبها بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات، أما إذا وقع الفعل على قاصر لم يكمل الثامنة عشر سنة فالعقوبة تكون السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.[2]

وتشترك جريمة الزنا مع جريمة الاغتصاب أنهما ذو صفة خاصة ومن جرائم العرض، وأن الفاعل فيهما الرجل والمفعول به امرأة ويشتركان أيضا في حصول الوطء غير المشروع.[3]

غير أن جريمة الزنا تختلف عن جريمة الاغتصاب في عنصر الإكراه بأن المُغْتَصبْ يحمل المُغْتَصَبَ على ارتكاب الوطء بكره ومن ذلك فإن الذنب يلحق المُغْتَصبْ دون المُغْتَصَبَ، أما فعل الزنا فيقوم برضا الزاني والزانية أي هناك رضا بينهما.[4]

كما تختلف جريمة الزنا عن جريمة الاغتصاب من حيث شروط قيام الجريمة وفي مقدار العقوبة وفي ظروف التشديد، حيث يعاقب المُغْتَصبْ بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات وتشدد العقوبة إذا وقع الفعل على القاصر دون سن الثامنة عشر، وإثبات جريمة الزنا بمجرد الخلوة بين الرجل والمرأة المتزوجة أو بين امرأة ورجل متزوج

1-بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، الجزء الأول، د.ط دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 88 .

2-القانون رقم 01/14 المؤرخ في 2014/04/16 المعدل والمتمم لقانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية بتاريخ 2014/04/16 العدد7.

3-شاوش صارة، جريمة الاغتصاب في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة بسكرة، 2013-2014، ص 29.

4-نياف أمال، الجريمة الجنسية المرتكبة ضد القاصر(الإغتصاب و التحرش الجنسي)، مذكرة لنيل شهادة الماجستر تخصص قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2012-2013، ص 25.

يتخذان وضعا يماثل حالة الزنا أما جريمة الاغتصاب فيشترط الإيلاج في المكان المعد له عند المرأة.[1]

ثانيا: في الفقه الإسلامي

فإن الاغتصاب في الإسلام يكون بصدد كل امرأة زنى بها رجل بغير رضاها أو كانت دون سن الرضا، والاغتصاب في الإسلام يعرف بالإكراه في الزنا وبالتالي فتعريفه هو نفس تعريف الزنا إلا أن الاغتصاب يتوفر على عنصر الإكراه .

وانقسم الفقهاء المسلمين إلى قسمين في حكم جريمة الاغتصاب فمنهم من اعتبرها في حكم الزنا أما الاتجاه الثاني فاعتبرها في حكم المحاربة.[2]

يرى الاتجاه الأول أن مرتكب جريمة الاغتصاب يطبق عليه حد الزنا لأنه واقع امرأة محرمة عليه شرعا و إذا كان قد ارتكب أفعالا أخرى كالإكراه وغيره على المرأة فإن ما كان ذلك لأجل وطئها ولو استجابت لرغبته طوعا دون مقاومة لما مارس هذه الأفعال فيطبق عليه حد الزنا، أما الاتجاه الثاني فيرى أنه يطبق عليه حد الحرابة لأنه مجاهر بالمعصية ومعتد على المحرمات وعاث في الأرض الفساد وقد جمع إلى ذلك وطء المرأة التي لا تحل له ومن ثم يكون محاربا وتطبق عليه عقوبة الحرابة.

وغالبية الفقهاء اتجهوا إلى تطبيق الاتجاه الأول واعتبروا الإكراه في الزنا حكمه حكم حد الزنا.[3]

ثالثا: المقارنة

تتشابه جريمة الزنا مع جريمة الإغتصاب في أنهما من الجرائم الإعتداء على العرض، وكما تتميز جريمة الزنا عن جريمة الإغتصاب أن لقيامها لبد من رضا الطرفين

1-شاوش صارة،المرجع السابق، ص 30.

2-نياف أمال، المرجع السابق، ص 25،26.

3-نهي القرطاجي، جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، الطبعة الأولى، مجلد المؤسسة والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص84.

في الإتصال الجنسي على عكس جريمة الإغتصاب التي تكون فيها المرأة مكرهة و يمارس عليها فعل الإغتصاب دون رضاها.

وكما تختلفان أيضا أنه لتوقع العقاب على مرتكب جريمة الزنا يجب أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما متزوج في حين أنه يوقع العقاب في جريمة الاغتصاب على الجاني سواء كان متزوج أو لا.

ولإثبات جريمة الزنا يكفي مجرد الخلوة بين الرجل والمرأة توحي بأنهما ارتكبا فعل الزنا بخلاف جريمة الاغتصاب الذي يشترط فيه أن يقع الإيلاج في المكان الطبيعي المعد له في المرأة (فرج المرأة)، وفي جريمة الزنا يشترط على المرأة أن تكون عالمة بأن الطرف الاخر الذي سلمت له نفسها أجنبي عنها وأن تكون عالمة بأنها مرتبطة بعلاقة زوجية صحيحة في حين أنه في جريمة الاغتصاب تكون المرأة سلمت نفسها لشخص تحت تأثير الإكراه والغصب.

الفرع الثاني : تمييز جريمة الزنا عن جريمة الشذوذ الجنسي

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلي بيان جريمة الشذوذ الجنسي في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي وإجراء مقارنة بينهم:

أولا : في التشريع الجزائري

ويقصد بالشذوذ الجنسي كل اتصال جنسي غير طبيعي بين شخصين من نفس الجنس من الذكور والإناث و يجب أن تتوفر النية والإرادة لممارسة الأفعال الشاذة وعليه تقوم الجريمة في حق مرتكبها[1].

ولقد جرم هذا الفعل و خصص له المشرع عقوبة في نص المادة 338 ق.ع التي تنص على انه:" كل من ارتكب فعلا من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2.000 دينار.

1–بن وارث.م، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري(القسم الخاص)، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2009، ص141.

وإذا كان أحد الجناة قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة فيجوز أن تزاد عقوبة البالغ إلى الحبس لمدة ثلاث سنوات و إلى غرامة 10.000ينار"[1].

ويقتصر الشذوذ الجنسي على الممارسات الجنسية بين رجلين أو بين امرأتين فالممارسات الجنسية بين رجلين تعرف باللواط وهو إتيان الرجل الرجل من الدبر، وكذلك تشمل كل الأفعال الجنسية الأخرى كالإيلاج الجنسي والمداعبة أما الممارسات الجنسية بين امرأتين وتعرف بإتيان المرأة المرأة والتي جاءت تحت تسمية المساحقة فإنها تقتصر على الأشكال الأخرى للتلذذ الجنسي مثل: المداعبة والتدالك وغير ذلك من ضروب للممارسات ذات المسحة الجنسية[2].

ثانيا: في الفقه الإسلامي

فيعرف بالشذوذ الجنسي في الفقه الإسلامي باللواط والمساحقة.

فاللواط هو إتيان الرجل الرجل في دبره وهذا الفعل محرم لقول الله تعالى:"لُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَأْتُونَ ٱلْفَـٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَـٰلَمِينَ ﴿٨٠﴾ إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ ٱلرِّجَالَ شَهْوَةً مِّن دُونِ ٱلنِّسَآءِ ۚ بَلْ أَنتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ ﴿٨١﴾ ".[3]

وكذلك قال عزوجل :"وَلُوطًا ءَاتَيْنَـٰهُ حُكْمًا وَعِلْمًا وَنَجَّيْنَـٰهُ مِنَ ٱلْقَرْيَةِ ٱلَّتِى كَانَت تَّعْمَلُ ٱلْخَبَـٰٓئِثَ ۗ إِنَّهُمْ كَانُوا۟ قَوْمَ سَوْءٍ فَـٰسِقِينَ ﴿٧٤﴾ ".[4]

أما المساحقة فهي إتيان المرأة المرأة والفعل متفق على تحريمه لقوله تعالى:"وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَـٰفِظُونَ ﴿٥﴾ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ " .5

1-التي أصبحت غرامة من 20000 إلى 100000 دج بالنسبة الفقرة الأولى، وبالنسبة للفقرة الثانية غرامة تصل إلى 100000 دج بموجب المادة 467 مكرر ق.ع.

2-بوسقيعة أحسن، الرجع السابق، ص 104،105.

3-سورة الأنبياء، الآية74.

4-سورة الأعراف، الآية 80،1.

5-سورة المؤمنين، الآية 5، 6.

ولقد اختلف أراء الفقهاء حول اللواط، حيث قال المالك والشافعي وأحمد أن للواط يوجب معنى الحد لوجود معنى الزنا فيه.

أما أبو حنفية فرأيه يعزر اللواط فقط إذ ليس من اللواط اختلاط بين الأنساب ويحد الائط في رأي المالكية والحنفية والشافعية.[1]

أما المساحقة وتسمى السحق والتدالك ولقد اتفقوا على تحريمه وروي أبو موسى الأشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"إذا أتت المرأة بالمرأة فهما زنيان" ويجب فيه التعزير دون الحد لأنها مباشرة بغير إيلاج فوجب بها التعزير دون الحد كمباشرة الرجل بالمرأة فيما دون الفرج فلا حد عليه.

ثالثا: المقارنة

تتشابه جريمة الزنا وجريمة الشذوذ الجنسي أنهما من أبشع الجرائم الجنسية وأن الاتصال الجنسي يمارس بطريقة غير مشروعة وكذلك عدم مشروعية العلاقة بين الجاني والمجني عليه في جريمة الزنا إن الرجل يطء امرأة غير زوجته وهو نفس الشيء بالنسبة للمرأة التي تهب نفسها لرجل غير زوجه، أما الشذوذ الجنسي فيكون في العلاقة بين رجلين وامرأتين.

كما تتميز جريمة الزنا عن جريمة الشذوذ الجنسي في أن الاتصال الجنسي يكون في مكانه الطبيعي أي بإيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى بينما يكون الاتصال الجنسي في جريمة الشذوذ الجنسي في غير مكانه الطبيعي كالوطء في الدبر.

الفرع الثالث : تمييز جريمة الزنا عن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء:

سنبين من خلال هذا الفرع جريمة الفعل المخل العلني بالحياء في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي ثم إجراء مقانة بينهما:

1–وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السادس، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا 1985، ص66.

أولا: في التشريع الجزائري

لم يعرف المشرع الجزائري الفعل العلني المخل بالحياء في نص قانوني إلا أنه يمكن تعريفه بأنه كل فعل عمدي مخل بالحياء الذي يمس عورة المجني عليه أو الأفعال التي تمارس على جسم الشخص وعلى عورته.

ولقد عاقب عليه المشرع الجزائري في نص المادة 333 ق.ع على أنه:"يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من 500 إلى 2000دج كل مرتكب فعلا علانيا مخل بالحياء .

و إذا كان الفعل المخل بالحياء من أفعال الشذوذ الجنسي ارتكب ضد شخص من نفس الجنس تكون العقوبة بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100 إلى 10.000دج"[1].

ولكي تقوم هذه الجريمة يجب أن تتوفر على عنصر العلانية كأن يتم الفعل في أي مكان عمومي أو في أي مكان يمكن أن يتوجه إليه الناس كالمتاجر والمسارح والساحات العمومية...الخ.[2]

ويعد منافيا للحياء ملامسة العورة كمن يداعب عضو التذكير أو فرج المرأة أو نهديها سواء بنفسه أو بواسطة الغير وفي مكان عمومي ويندرج ضمن الأفعال المنافية للحياء فعل التعري كأن يخلع الشخص ثيابه وليكشف عن عورته، ولا تدخل الأقوال المخلة بالحياء في نطاق الفعل المخل بالحياء الذي يتحقق بالأفعال.[3]

ثانيا: في الفقه الإسلامي

هوما يعرف بالشياع وهو المفاخرة بالجماع، نهى عليه الرسول صلى الله وسلم وحرمه الله تعالى لأنه ذريعة إلى تحريك النفوس والتشهي وقد لا يكون عند الرجل ما

1-تصحيح الغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج في كلا الفقرتين بموجب المادة 467 مكرر ق.ع.

2-بن وارث.م، المرجع السابق، ص139.

3-بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص101،100.

يغنيه عن الحلال فيتخطى إلى الحرام، ومن هذا كان المجاهرون خارجين عن عافية الله وهم المتحدثون بما فعلوه من المعاصي، فإن السامع تتحرك نفسه إلى التشبه وفي ذلك من الفساد المنتشر.[1]

ثالثا: المقارنة

تتميز جريمة الزنا عن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء في اشترط عنصر العلانية لقيام جريمة الفعل العلني المخل بالحياء بمعنى أنه تمارس الأفعال الجنسية في الأماكن العمومية كالغابات والشواطئ، بينما تتسم جريمة الزنا بالسرية التامة حيث يصعب مشاهدتها.

المبحث الثاني: أركان جريمة الزنا:

جريمة الزنا كغيرها من الجرائم الأخرى لا تقوم إلا إذا اكتملت أركانها الثلاث المتمثلة في الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي وهذا ما سنتناوله من خلال هذا المبحث بالتفصيل مع إجراء مقارنة مع الفقه الإسلامي، إذ يتمثل الركن الشرعي في النص القانوني الذي جرم وعاقب الفاعل أي مرتكب جريمة الزنا أما من ناحية الفقه الإسلامي فسنتطرق إلى أدلة تحريم فعل الزنا من الآيات والأحاديث في السنة والإجماع مع إجراء مقارنة بين الركن الشرعي في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أما الركن المادي فيتمثل في الوطء المحرم مع ذكر صور الوطء وحكم كل صورة وبيان ذلك أيضا في الفقه الإسلامي أما الشرط الثاني فيتمثل في قيام الرابطة الزوجية أثناء وقوع فعل الزنا وذكر رأي الفقه الإسلامي مع إجراء مقارنة، ولكي يتخذ الفعل وصف جريمة الزنا في حق مرتكبيها (أحد الزوجين وشريكه) يجب أن تتحقق اتجاه الإرادة إلى ارتكاب فعل الزنا والعلم بأن أحد الطرفين متزوج، وفي حالة انعدام القصد الجنائي يتغير وصف هذه الجريمة، ولهذا فإن الركن المعنوي يقوم على عنصرين وهما عنصر العلم والإرادة، أما

1-أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح مذاهب الأئمة الجزء الرابع، علق عليه ناصر الألباني وآخرون، د.ط، المكتبة التوفيقية، مصر، 2003، ص27.

في الفقه الإسلامي فنلاحظ نفس العناصر المتطلب توافرها في التشريع الجزائري رغم أنه هناك اختلافا وهذا ما سوف نقوم بتبيانه مع ذكر رأي المشرع الجزائري والفقه الإسلامي في جهل الزوج إذا كان الزواج مقيداً بعقد زواج وحكم الزوجة الزانية في حالة غياب زوجها أو فقدانه.

وباعتبار جريمة الزنا من الجرائم الأخلاقية الماسة بالأسرة شأنها في ذلك شأن جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم فسنشير إلى هذه الأخيرة خاصة وأن هاتين الجريمتين من أكثر الجرائم فتكًا واعتداء على كيان الأسرة.

المطلب الأول : الركن الشرعي لجريمة الزنا

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى بيان نص تجريم الزنا في التشريع الجزائري في الفرع الأول، وكذلك سنتناول في الفرع الثاني أدلة تحريم الزنا في الفقه الإسلامي من القرآن والأحاديث من السنة والإجماع.

الفرع الأول : في التشريع الجزائري :

لقد عاقب المشرع الجزائري على جريمة الزنا في المادة 339 ق.ع إذ جاء النص على ما يلي :"يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا

و تطبق العقوبة ذاتها على من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

و يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته.

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، و إن صفح هذا الأخير يضع حد لكل متابعة".[1]

وكانت صياغة المادة قبل تعديلها بموجب قانون 04/82 كالتالي:

يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا

وتطبق العقوبة ذاتها على من ارتكب الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته.

ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور"

ولقد ألغى المشرع الجزائري المادة 340 بقانون رقم 04/82 والتي تنص على ما يلي:

"إن صفح الزوج المضرور يضع حدا للمتابعة المتخذة ضد الزوجة وإن الصفح الذي يمنح بعد صدور الحكم غير قابل للطعن يوقف أثار ذلك الحكم بالنسبة للزوج الذي صدر الصفح لصالحه".

وما يلاحظ من خلال هذه النصوص القانونية أن المشرع الجزائري قبل تعديل 1982 كان يفرق بين عقوبة الزوج الزاني وعقوبة الزوجة الزانية حيث شدد في عقوبة الزوجة الزانية وشريكها بالحبس من سنة إلى سنتين، بينما كان يخفف عقوبة الزوج الزاني وخليلته بالحبس من ستة أشهر إلى سنة أي نصف عقوبة الزوجة وهذا حال المشرع المصري الذي كان يفرق بين عقوبة الزوجة والزوج وكان يشترط لقيام زنا

1-المادة رقم 339 من الأمر 156/66 المؤرخ في 18صفر1396 الموافق ل 8 يوليو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد49، المعدل والمتمم بالقانون رقم 82-04 الصادر في 16 فبراير1982، الجريدة الرسمية العدد 7.

الزوج أن تتم في منزل الزوجية إلا أن المشرع الجزائري قد سوى بين عقوبة الزوجة الزانية والزوج الزاني بموجب القانون 82-04.[1]

وما تجدر ملاحظته أيضا أن الفقرة الثانية من المادة 340 ق.ع لم تتضمنها المادة 339 ق.ع بعد تعديلها وتم إلغاء المادة 340 ق.ع والفرق بين النصين أن الصفح الذي يكون لاحقا للحكم النهائي غير قابل للطعن يوقف التنفيذ في حين أن المادة المعدلة تنص على الصفح دون تحديد وقت صدوره.[2]

أما فيما يخص جريمة الفاحشة بين ذوي المحارم فإن التشريعات الوضعية بما فيها القانون الجزائري والتشريعات السماوية جرمتها بإعتبارها عدوان على المجتمع بأسره وتحطيم لقيمه وفك روابط القرابة أوالنسب، فجريمة وطء المحارم من جرائم تعتدي على الأعراض والأنساب، ولقد جرمها المشرع من خلال المادة 337 مكرر ق.ع التي تنص على:

تعتبر من الفواحش بين ذوي المحارم العلاقات الجنسية التي ترتكب بين:

1 - الأقارب من الفروع أو الأصول

2-الإخوة والأخوات الأشقاء، من الأب أو الأم

3-بين شخص و ابن أحد إخوته أو أخواته من الأب أو الأم أو مع أحد فروعه

4-الأم أو الأب الزوج أو الزوجة والأرمل أو أرملة ابنه أو مع أحد آخر من فروعه

5- والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب وفروع الزوج الآخر

1-نجيمي جمال، جرائم الآداب والفسوق والدعارة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص362،361.

2-أوهايبية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائية، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2013-2014 ص105.

6-من أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت...".

ومن خلال نص المادة السالفة الذكر يمكن تقديم تعريفا لجريمة الفاحشة بين ذوي المحارم بأنها" كل فعل جنسي طبيعي تام يقع بين شخص وأحد محارمه من أقاربه أو أصهاره بتراضي منهما صريح ومتبادل.[1]

أما فيما يتعلق بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة فلقد وردت في نفس المادة السابقة على أن تكون العقوبة السجن من عشر إلى عشرين سنة إذا ارتكبت بين الأصول والفروع وبين الإخوة والأخوات، الحبس من خمس إلى عشر سنوات عندما تكون الجريمة قد وقعت بين شخص وابن أحد إخوانه وأخواته من الأب والأم مع أحد فروعه، وبين الأم أو الأب والزوج والزوجة والأرامل أو أرملة إبنه أو مع أحد اخر من فروعه، وبين والد الزوج أو الزوجة أو زوج الأم أو زوجة الأب و فروع الزوج الاخر، وتكون العقوبة من سنتين إلى خمس سنوات إذا وقعت الجريمة بين أشخاص يكون أحدهم زوجا لأخ أو لأخت، فهذه الجريمة تتسم بتشديد العقوبة.[2]

الفرع الثاني: في الفقه الإسلامي

الزنا من أكبر الكبائر، وقد ثبت ذلك بأدلة عدة في القرآن، السنة، والإجماع وهي كالتالي:

أولا:من القرآن الكريم

قال الله تعالى: "وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗ وَسَآءَ سَبِيلٗا ٣٢".[3]

1-سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 107.

2-بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص 144.

3-سورة الإسراء، الآية 32.

و قال تعالى: "وَٱلَّذِينَ لَا يَدۡعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ وَلَا يَقۡتُلُونَ ٱلنَّفۡسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلۡحَقِّ وَلَا يَزۡنُونَۚ وَمَن يَفۡعَلۡ ذَٰلِكَ يَلۡقَ أَثَامٗا ﴿٦٨﴾ يُضَٰعَفۡ لَهُ ٱلۡعَذَابُ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ وَيَخۡلُدۡ فِيهِۦ مُهَانًا إِلَّا ﴿٦٩﴾ مَن تَابَ وَءَامَنَ وَعَمِلَ عَمَلٗا صَٰلِحٗا فَأُوْلَٰٓئِكَ يُبَدِّلُ ٱللَّهُ سَيِّـَٔاتِهِمۡ حَسَنَٰتٖۗ وَكَانَ ٱللَّهُ غَفُورٗا رَّحِيمٗا".[1]

و قال الله عزوجل : "ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ وَلَا تَأۡخُذۡكُم بِهِمَا رَأۡفَةٞ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۖ وَلۡيَشۡهَدۡ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٞ مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ "[2]

قال الله تعالى: "وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ إِلَّا ﴿٥﴾ عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ﴿٦﴾ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ﴿٧﴾ "[3]

قال الله تعالى: " وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعٗا مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا ﴿١٥﴾ "[4]

قال تعالي: "۞ قُلۡ تَعَالَوۡاْ أَتۡلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمۡ عَلَيۡكُمۡۖ أَلَّا تُشۡرِكُواْ بِهِۦ شَيۡـٔٗاۖ وَبِٱلۡوَٰلِدَيۡنِ إِحۡسَٰنٗاۖ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُم مِّنۡ إِمۡلَٰقٖۖ نَّحۡنُ نَرۡزُقُكُمۡ وَإِيَّاهُمۡۖ وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلۡفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنۡهَا وَمَا بَطَنَۖ وَلَا تَقۡتُلُواْ ٱلنَّفۡسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلۡحَقِّۚ ذَٰلِكُمۡ وَصَّىٰكُم بِهِۦ لَعَلَّكُمۡ تَعۡقِلُونَ ﴿١٥١﴾ ".[5]

1-سورة الفرقان، الآية 68، 70.

2-سورة النور، الآية 2.

3-سورة المؤمنين، الآية 5، 7.

4-سورة النساء، الآية 15.

5-سورة الأنعام، الآية 151.

قال الله تعالى: "قُلۡ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ ٱلۡفَوَٰحِشَ مَا ظَهَرَ مِنۡهَا وَمَا بَطَنَ وَٱلۡإِثۡمَ وَٱلۡبَغۡيَ بِغَيۡرِ ٱلۡحَقِّ وَأَن تُشۡرِكُواْ بِٱللَّهِ مَا لَمۡ يُنَزِّلۡ بِهِۦ سُلۡطَٰنٗا وَأَن تَقُولُواْ عَلَى ٱللَّهِ مَا لَا تَعۡلَمُونَ ٣٣".1

قال الله عزوجل:"وَمَرۡيَمَ ٱبۡنَتَ عِمۡرَٰنَ ٱلَّتِيٓ أَحۡصَنَتۡ فَرۡجَهَا فَنَفَخۡنَا فِيهِ مِن رُّوحِنَا وَصَدَّقَتۡ بِكَلِمَٰتِ رَبِّهَا وَكُتُبِهِۦ وَكَانَتۡ مِنَ ٱلۡقَٰنِتِينَ ١٢".2

قال الله عزوجل:"ٱلَّذِينَ إِذَا فَعَلُواْ فَٰحِشَةً أَوۡ ظَلَمُوٓاْ أَنفُسَهُمۡ ذَكَرُواْ ٱللَّهَ فَٱسۡتَغۡفَرُواْ لِذُنُوبِهِمۡ وَمَن يَغۡفِرُ ٱلذُّنُوبَ إِلَّا ٱللَّهُ وَلَمۡ يُصِرُّواْ عَلَىٰ مَا فَعَلُواْ وَهُمۡ يَعۡلَمُونَ ١٣٥".3

إن الآيات التي ذكرت فيها فاحشة الزنا والطرق المؤدية إليها كثيرة ولقد ذكرنا بعض الآيات للاستدلال وليس على سبيل الحصر.

ثانيا:من السنة

-عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"لا يزني الزاني حين يزني و هو مؤمن، ولا يسرق حين يسرق وهو مؤمن، ولا ينتهب نهبة يرفع الناس إليه فيها أبصارهم وهو مؤمن".4

-قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة، والثيب بالثيب،جلدة مائة والرجم".5

1-سورة الأعراف، الآية 33.

2-سورة التحريم، الآية 12.

3-سورة آل عمران، الآية 135.

4-صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الحدود، الحديث رقم 6772، ص 1677.

5-أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القيشري النيسابوري، صحيح مسلم ، حققه نظر بن محمد العرباني أبو طيبة الطبعة الأولى، دار طيبة ، الرياض،2006، باب الحدود،رقم الحديث 1690، ص806.

_عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"قال لماعز بن مالك"أحق ما بلغني؟ قال:وما بلغك عني؟ قال:أنك وقعت بجارية آلفلان؟قال:نعم،قال:فشهد أربع شهادات ثم أمر به فرجم".[1]

_قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:"لا يحل دم امرأ مسلم إلا بإحدى ثلاث: رجل كفر بعد إسلام، أو زنى بعد إحصان، أو قتل نفس بغير نفس".[2]

_قال عبد الله سألت رسول الله صلى الله عليه و سلم، قلت: يا رسول الله، أي ذنب أعظم؟قال:"أن تجعل لله ندا و هو خلقك"قلت:ثم أيٌ؟قال:"أن تقتل ولدك أجل أن يطعم معك"قلت:ثم أيٌ؟قال:"أن تزاني حليلة جارك".[3]

إن الأحاديث التي تبين تحريم جريمة الزنا كثيرة، وذكر بعضها على سبيل الإستدلال لا الحصر.

ثالثا:من الإجماع الفقهاء:

لقد أجمعت أمة محمد بعد وفاته على تحريم الزنا:

-أجمعوا على تحريم الزنا.

-أجمعوا على أن به جلد.

-اجمعوا على أن على البكر النفي.

1-صحيح المسلم، المرجع السابق، كتاب الحدود، رقم الحديث 1692، ص809.

2-الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث الأزدي الأسجستان، سنن أبي داود ،حققه شعيب الأرنووط ومحمد كامل قروبللي الجزء السادس، د.ط، دار الرسالة العالمية، سوريا، 2009، كتاب الديات،ص553.

3-أبي عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي، كتاب السنن الكبرى، قدم له عبد الله بن عبد المحسن التركي حققه و أخرج أحديثه حسن عبد المنعم شلبي، الجزء السادس، الطبعة الأولى ،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2001 كتاب الرجم،رقم الحديث7084ص400،399.

-أجمعوا على الحر إذا تزوج حرة تزويجا صحيحا و وطئها في الفرج أنه محصن يجب عليها الرجم إذا زنا.

-أجمعوا على أن المرد رجمه لا يكون بعقد النكاح محصنا حتى يكون معه الوطء.

-و أجمعوا على أن المرجوم يداوم عليه الرجم حتى يموت.

-و أجمعوا على أن المرأة إذا اعترفت بالزنا وهي حامل لا ترجم حتى تضع حملها.

-أجمعوا على أنه من زنى بخالته أو بحماته، أو بذوي الأرحام لل+محرم عليه أنه زان وعليه الحد.

-أجمعوا على أن درء الحد بالشبهات.

-أجمعوا على أن العبد إذا أقر بالزنا أن الحد يجب عليه سوء أقر بذلك المولى أو أنكر.

-و أجمعوا على أن الشهادة بالزنا أربعة لا تقبل أقل منهم.

-أجمعوا على أن إذا افترى أحد على عبد فلا حد عليه.

-أجمعوا على أن الجلد بالسوط يجب، والسوط الذي يجب الجلد به سوط بين سوطين.[1]

الفرع الثالث: المقارنة

نستخلص أن كلا من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي قد قررا عقوبة على مقترف جريمة الزنا مع بتدوينها في نصوص شرعية وقانونية ولا يجوز للقاضي أو الحاكم أن يحكم بغيرها، وإن كانا يختلفان من حيث نوع العقوبة ومقدارها فالتشريع الجزائري اعتبرها جنحة جزاؤها الحبس من سنة إلى سنتين ولا يعاقب على الشروع فيها

1-أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النسابوري، الإجماع، علق عليه وخرج أحديثه أبو عبد الأعلى خالد بن محمد بن عثمان، الطبعة الأولى، دار الآثار للنشر و التوزيع، القاهرة،2004،ص 126.

أما الفقه الإسلامي فلقد اعتبرها حد من حدود الله تعالى وقرر لها عقوبة تنسجم مع خطورة الفعل إذ يعاقب غير المحصن بالجلد أما المحصن فيرجم حتى الموت .

المطلب الثاني: الركن المادي لجريمة الزنا:

يشترط المشرع الجزائري كغالبية القوانين المقارنة لمعاقبة فاعلي الزنا توفر شرطين لقيام الركن المادي وهو الوطء المحرم وقيام الرابطة الزوجية، كما نشير في هذا الصدد إلى عناصر الركن المادي في الفقه الإسلامي مع إجراء مقارنة بين التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

الفرع الأول: الوطء المحرم (الوطء الغير مشروع):

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلي دراسة عنصر الوطء في كلا من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي مع إجراء مقارنة بينهما:

أولا: في التشريع الجزائري

يشترط لقيام الركن المادي في الجريمة الزنا ارتكاب الجاني النشاط الإجرامي وهو فعل الوطء دون اشتراط نتيجة معينة لفعل الوطء وكما لا يشترط أن ينجم عن هذا الفعل فض البكارة ولا حدوث حمل نتيجة فعل الوطء.[1]

ويراد بفعل الوطء بين الذكر والأنثى إيلاج عضو التذكير في عضو التأنيث (القبل) كالمرود في المكحلة والرشاء في البئر.[2]

وقيام جريمة الزنا لا يشترط أن يكون الإيلاج كاملا بل يكفي أن يكون جزئيًا أي يستوي أن تغييب حشفة الذكر في الفرج كلها أو قدرها، كما لا يشترط أن يقترن الإيلاج

1- محمود أحمد طه محمد، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، مركز الدراسات والبحوث، السعودية، 2002، ص22.

2- دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري، الجزء الثاني،د.ط، د.ن، الجزائر، د.س ص114.

بالقذف ولا يشترط أن يكون الذكر منتشرًا أو غير منتشر، ولا يشترط أن يكون الذكر ملامسا لجدران الفرج فيعد الوطء قد حدث ولو أدخل الرجل ذكره في هواء الفرج وحتى ولو تم الوطء وكان بين الذكر والفرج حائل مادام هذا الحائل خفيف لا يمنع الإحساس بالمتعة الجنسية، كما لا يشترط تكرار فعل الإيلاج وإنما يكفي حدوثه مرة واحدة لقيام الجريمة.[1]

أما فيها يخص وطء المحارم يجب وقوع علاقة جنسية طبيعية استنادا إلى رضائهما المتبادل دون استعمال العنف أو التهديد، أما إذا كان الفعل مصحوبا بتهديد أو إكراه فإن الوصف الإجرامي لهذه الجريمة يصبح اغتصابا تطبيقًا لأحكام نص المادة 336 الفقرة الأولى ق.ع[2] بدلاً من تطبيق المادة 337 مكرر ق.ع[3] ونلاحظ أنهُ بالنسبة للأفعال الفاحشة الأخرى مثل القبلات والملامسات الجنسية والمفاخذة والإتيان في الدبر والفم وغيرها من الأفعال لا تقوم جريمة الزنا في حق فاعليها ولا عقاب عليهما لأنها أفعال من دون الوصول إلى الوطء لذا لا تعتبر زنا ولكنها تعتبر من مقدمات الزنا لذا هي محرمة.[4]

ويكفي لقيام الركن المادي لجريمة الزنا حدوث الإيلاج حتى ولو لم يحمل الإنماء (الإنزال) أو لم يشبع كلاهما أو إحدهما رغبته الجنسية أو وقع من صبي لم يبلغ سن الحلم أو من شخص فقد قوة التناسل كالعنين أو كانت المرأة المزني بها بلغت سن اليأس أو كان حملها مستحيلا أو لمرض أو استخدام موانع الحمل ولا يشترط أن يتم الإيلاج بفعل الرجل حتى ولو كان مستلقيًا فأدخلت المرأة ذكرهُ في فرجها بإرادتهما المشتركة فتقوم في حقهم جريمة الزنا ووجب عليهم العقاب.

1- محمود أحمد طه محمد، المرجع السابق، ص23.

2- الفقرة الأول من المادة336 من ق.ع، تنص على: "كل من ارتكب جناية هتك العرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات".

3- سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص108.

4- دردوس مكي، المرجع السابق، ص122.

ولا تقوم جريمة الزنا إذا مكنت المرأة نفسها للحيوان أو أتت بامرأة آخرى كما في فعل السحاق بين أنثى وأنثى.[1]

ولكي يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة فيجب إيلاج ذكر الرجل في فرج المرأة وهذا ما جاء في حكم المحكمة عابدين في مصر في قضية تلخصت وقائعها في: "أن فتاة بكرًا تبلغ من العمر أكثر من الثمانية عشر عامًا زوجت كرهًا برجل لا تهواه ولا تريد الزواج منه حيث كانت ترغب الزواج من شاب تعلقت به ولم يرى أهلها ذلك فعقدوا زواجها من الرجل الأول المكروه وتم العقد فعلاً إلا أنها اتفقت مع عشيقها على أن يزيل بكارتها بإصبعه ففعل ذلك، فلم تر المحكمة من هذا ما يتوافر على الركن المادي لجريمة الزنا حيث ثبت أنه لم يواقعها وبالتالي قضت المحكمة بالبراءة لأن جريمة الزنا لا تتم إلا بالمواقعة الجنسية أي إيلاج عضو التذكير لرجل في عضو تأنيث لإمرأة.[2]

ولا تقوم الجريمة بالتلقيح الاصطناعي سواء برضا الزوجة ودون علم زوجها أو على الرغم من اعتراض الزوج.[3]

وعليه ما هو حكم وطء المرأة في دبرها؟ وهو ما يسمي باللواط؟ هل يعتبر زنا أم لا؟

لقد اختلف أغلب الفقهاء في رأيهم، و إن كان المشرع الجزائري لا يعتبر إتيان المرأة من دبرها جريمة الزنا[4]، وكذلك المشرع المصري لا يعتبر فعل اللواط زنا حتى ولو وقع على امرأة متزوجة وإنما يتخذ وصفا إجراميا اخر كهتك العرض إذا تم بدون

1- محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، د.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص223.
2-أحمد محمود خليل، جرائم الزنا في الشرائع السماوية الإسلامية والمسيحية واليهودية والقوانين الوضعية قانون الفرنسي الوضعي، الروسي، د.ط، مكتبة الجامعة، مصر، 2011، ص86.
3- أحمد محمد أحمد، الجرائم المخلة بالآداب العامة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2009، ص123.
4- بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص135.

رضاها، وأغلب الفقه المصري يستبعد اللواط من جريمة الزنا وهو نفس اتجاه القانون الجزائري.[1]

وهو نفس الاتجاه الذي توجه إليه التشريع الليبي الإسلامي لعام 1973، والتشريع الإنجليزي لعام 1967 وفقًا لقانون الجرائم الجنسية حيث لا يعتبران وطء المرأة في دبرها زنا بل قصروا الوطء في الزنا إذا تم في قبل المرأة.[2]

أما في الفقه الغربي، فيري الفقيه الايطالي Lucchini أن إتيان المرأة في دبرها لا يعتبر زنا ولا يعتبر إتيان المرأة من الخلف حق لزوجها وبذلك لا يمكن للزوج الاحتجاج إذا وقع الفعل من الغير اعتداء لحقه.

أما فقه مانتري Manin يرى بأنه يوطء المرأة في دبرها تقوم عليه جريمة الزنا كفعل الوقاع الطبيعي مادام يلحق ضرر بالرباط الزوجي.[3]

إن المشرع الجزائري لا يعاقب على الشروع في جريمة الزنا ويشترط إتمام العلاقة الجنسية وعدم المعاقبة على الشروع في هذه الجريمة باعتبار أنها جنحة حسب المادة 5 ق.ع وتنص المادة 31 منه: "المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناءا على نص صريح في القانون"، وهو نفس الرأي الذي أخذ به المشرع المصري بأن القانون لا يعاقب على الشروع في جريمة الزنا إعمالا لنص المادة 47 من ق.ع المصري.[4]

ولقد جاء نص المادة 31 ق.ع صريح بأنه لا يعاقب على الشروع إلا بنص، فقاضي الحكم يأخذ بعين الاعتبار الحكم الوارد في نص المادة 1/31 ق.ع حيث لا يعاقب على

1- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص87.

2- محمود أحمد طه محمود، المرجع السابق، ص25-26.

3- عبد الحكم فودة، جرائم العرض في قانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص209.

4- عبد الحكم فودة، نفس المرجع، ص211.

الشروع في جريمة الزنا لغياب نص قانوني، وهو عيب وقصور في التشريع إذ يجب أن يجرم فعل الشروع في هذه الجريمة ردعا للجريمة نظرا لخطورتها[1].

أما في حالة التعدد المادي في جريمة الزنا فهو قسمان :

تعدد مادي قابل للتجزئة: ومثال ذلك كأن يسرق شريك الزوجة الزانية مالاً من بيتِ الزوجية المملوك للزوج المجني عليه.

لا يشترط تقديم شكوى في جريمة السرقة أما بالنسبة لجريمة الزنا، لا يجوز للنيابة العامة أن تقيم الدعوى العمومية لا تقديم الشكوى من طرف الزوج المضرور.[2]

أما في حالة التعدد المعنوي غير القابل للتجزئة لجريمة الزنا الذي يرتكب فيه الجاني فعلاً واحدًا وتترتب عليه نتيجة إجرامية واحدة و يقوم على وصفان إجراميان أو أكثر، ومثال ذلك إذا وقعت جريمة الزنا في مكان عام ليلاً فهنا تقوم جريمتين جريمة الزنا وجريمة الفعل الفاضح العلني ففي هذه الحالة العبرة بالوصف الأشد فإذا كان الوصف القانوني الأشد هو جريمة الزنا فلا يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية إلا إذا قدم الزوج المضرور شكوى لأن جريمة الزنا هي الوصف الأشد، أما إذا كانت جريمة الزنا هي الوصف الأخف فلا قيد على النيابة العامة بحيث يجوز تحريك الدعوى العمومية دون تقديم شكوى من الزوج.[3]

وعليه فالعبرة بالوصف الأشد بمعنى أنه لا يمكن للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية عن الوصف الأشد والوصف الأخف إلا إذا قدم المجني عليه شكواه باعتبار

1- بلطوم وليد، كوة كمال، السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مجال حماية الأسرة مذكرة، تخرج لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق، جامعة الإخوة متنوري، قسنطينة، 2004-2015، ص21.

2- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص230.

1-طارق سرور، قانون العقوبات، القسم الخاص الجرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص269.

جريمة الزنا هي الوصف الأشد، وبالتالي تبقي سلطة النيابة العامة مقيدة ولا يمكنها متابعة الوصف الأخف إلا إذا قدم الزوج المضرور شكواه لمتابعة جريمة الزنا لكي تتم المتابعة على الجريمة ألأخرى، وفي حالة ما إذا سقط الحق في تقديم الشكوى عن الجريمة ذات الوصف الأشد يجوز لنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية عن جريمة الوصف الأخف أما إذا كانت الجريمة ذات الوصف الأشد لا تتطلب لتحريك الدعوى العمومية تقديم شكوى في حق مرتكبها ففي هذه الحالة يمكن للنيابة العامة دون متابعة الجريمة ذات الوصف الأخف التي تستلزم شكوى المجني عليه.[1]

ثانيا: في الفقه الإسلامي:

يتمثل الركن المادي في جريمة الزنا في وقوع الوطء المحرم فعلاً، ويقصد بالوطء المحرم، الوطء الذي يوجب الحد هو إيلاج الحشفة وتغيبها في الفرج، أو قدرها من مقطوع الحشفة.[2]

وللوطء عدة صور منها:

1-الوطء في الدبر:

من وطء أجنبية فيما دون الفرج يعزر، لأنه منكر ليس فيه شيء مقدر، ومن أتى امرأة في المواضيع المكروهة أو عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة ويعزر، وزاد في الجامع الصغير ويودع في السجن، وقال: هو كالزنا فيحد، وهو أحد قولي الشافعي.[3]

2- وطء الزوجة في دبرها:

2- شملال علي، الدعاوي الناشئة عن الجريمة، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2010، ص126.

1-أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الرابعة، دار الشروق، مصر، 1989، ص54.

3- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، شرح فتح القدير، علق عليه وأخرجه عبد الرازق غالب المهدي الجزء الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003، ص249

من المتفق عليه أن إتيان الزوجة في دبرها لا يعاقب عليه بعقوبة الحد لأن الزوجة محل للوطء ولأن الرجل يملك حق وطء زوجته، لكن الفقهاء اختلفوا في تكييف الفعل فيرى أبى حنيفة أن فعل زنا يعاقب عليه أصلاً بعقوبة الحد، ولكن هذه العقوبة تدرأ بشبهة الملك والاختلاف في حلية الفعل، ومن ثم يعاقب كل فعل بعقوبة تعزيرية.[1]

بينما يرى المالكيون والشافعيون أنه إن عاد بعد نهي الحاكم، أي أنه لا تعزير قبل نهي الحاكم وأن تكرار وطؤه لم يجب عليه حد، وإنما يعزر وإن يتكرر.[2]

3- إتيان الميتة:

قال المالكية يحد من أتى ميتة في قبلها أو دبرها، لأنه وطء في فرج أدمية، فأشبه بوطء الحية، ولأنه أعظم ذنبًا وأكثر إثما، لأنه انضم إلى الفاحشة هتك حرمة الميتة.

وقال الحنفية والشافعية والحنابلة في الأرجح عندهم،لا يحد وطء الميتة، لأن هذا ينفر الطبع عنه، فلا يحتاج إلى الزجر عنه بحد كشرب البول، بل يعزر ويؤدب.[3]

4-وطء النائمة:

بالنوم ترفع المسؤولية، قال الرسول صلى الله عليه و سلام:"رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ..."[4]، لذلك فإن النائم لا يسأل عن أفعاله ولا عن تصرفاته.

فإذا زنى رجل بنائمة فالحد عليه لا عليها أما إذا كانت متناومة فالحد عليها أيضا وإذا إستدخلت امرأة ذكر نائم في فرجها فلا حد عليه والحد عليها.[1]

1- عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص353.

2- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على المذهب الإمام الشافعي، الجزء التاسع، طبعة الثالث، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002، ص424.

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص67،68

2-الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الكبير، حققه بشار عول و معروف ،الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، 1996، كتاب الحدود، الحديث رقم 1423، ص 93

5- الوطء في نكاح مختلف فيه:

لا يجب الحد في نكاح مختلف في صحته، مثل زواج المتعة، والشغار، وزواج التحليل، والزواج بلا ولي أو شهود، وزواج الأخت في عدة أختها البائن، والزواج بالخامسة في عدة الرابعة البائن، لأن الاختلاف بين الفقهاء على صحة هذا الزواج يعتبر شبهة في الوطء والحدود تدرأ بالشبهات خلافًا للظاهرية إذا أنهم يرون الحد في كل وطء قام على نكاح باطل أو فاسد.[2]

6- الوطء في نكاح باطل:

كل نكاح مجمع على بطلانه، كنكاح خامسة أو متزوجة أو معتدة ، أو نكاح المطلقة ثلاثًا قبل أن تنكح زوجًا آخر، إذا وطء فيه فهو زنا موجب الحد، ولا عبرة بوجود العقد ولا أثر له، وبذلك قال مالك والشافعي وأحمد والظاهرين والزيديون، وهو ما قال به أبو يوسف محمد صاحبا أبي حنيفة، ولكن أبا حنيفة يرى أن وجود العقد شبهة تدرأ الحد ومن ثم فعقوبة الوطء عنده هي التعزير.[3]

7- الإستنماء:

ويحرم الاستمناء لقوله عزوجل:" وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ". [4]

ولأنها مباشرة تفضي إلى قطع النسل، فحرم كاللواط فإن فعل عزر، ولم يحد، لأنها مباشرة محرمة من غير إيلاج، فأشبه مباشرة الأجنبية فيما دون الفرج.[1]

3-أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي(دراسة فقهية مقارنة)، الطبعة السادسة، دار الشروق، مصر، 1977 ص 109.

4- السيد السابق، فقه السنة، الجزء الثاني، د.ط، فتح للإعلام العربي، مصر، د.س، ص279.

3-عبد القادر عودة، ص262-263.

4- سورة المؤمنون، الآية 5-6.

8- إتيان البهيمة:

اتفق الأئمة الأربعة على أن من وطء بهيمة يعزره الحاكم بما يردعه، لأن المنطق السليم يأبي هذا الوطء، فلا يحتاج إلى زجر بحد، بل يعزر[2]، وفي سنن النسائي عن أبي عباس رضي الله عنهما " ليس على الذي يأتي البهيمة حد"[3] ومثل هذا لا يقوله صحابي إلا عن توقيف ونقل عن رسول صلى الله عليه وسلم.

10- وطء من وجب عليها القصاص:

من وجب عليه القصاص عل امرأة فوطئها وجب عليه الحد، ولا يعتبر استحقاقه القصاص عليها شبهة تدرأ الحد، لأن حق القصاص إذا أباح له قتلها، فإنه لا يبيح له فرجها أو الاستمتاع بها.[4]

11- الزواج اللاحق:

من زنى بامرأة ثم تزوجها لم يسقط الحد بذلك عنه، كذلك إذا زنى بأمة ثم اشتراها وهذا رأي جمهور الفقهاء.[5]

أما أبي حنفية فيرى أن الزواج اللاحق بالزنا بها يعتبر شبهة تدرأ الحد، فمن تزوج بامرأة بعد أن زنا بها فلا يحد، لأن المرأة تصير مملوكة للزوج بالنكاح في حق الاستمتاع فحصل إلا الإستفاء من محل مملوك فيصير شبهة تدرأ الحد.[6]

12- الوطء بشبهة:

1- أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص387.

2- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص67.

3-رواه النسائي، المرجع السابق ،كتاب الرجم،باب من وقع على بهيمة، الحديث رقم7301 ص486.

4- عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص268.

5- الإسلام الشريف محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني، معجم فقه إبن حزم الظاهري، أخرجه الشريف محمد حمزة بن على ،الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2009، ص375.

6- عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص367.

تحدث الشافعية والأحناف عن الشبهات، ولكل رأي منهما:

ورأى الشافعية: يرى الشافعية أن الشبهة تنقسم إلى ثلاثة:

- شبهة في المحل: مثل وطء الزوج زوجتة الحائض أو الصائمة أو إتيان الزوجة في دبرها فالشبهة هنا قائمة في محل الفعل المحرم.[1]

- شبهة في الفاعل: كمن يطء امرأة زفت إليه على أنها زوجته ثم تبين أنها ليست زوجته وأساس الشبهة ظن الفاعل واعتقاده بحيث يأتي الفعل وهو يعتقد أنه لا يأتي محرمًا، فقيام هذا الوطء عند الفاعل يورث شبهة يترتب عليها درء الحد، أما إذا زنى الفاعل الفعلي وهو عالم بأنه محرم فلا شبهة.[2]

- شبهة في الجهة: ليس اختلاف العلماء هو الشبهة، وإنما الشبهة ناجمة عن التعارض بين أدلة التحريم والتحليل، فإن الحلال ما قام الدليل على تحليله والحرام ما قام الدليل على تحريمه وليس أحدهما أولى من الآخر، كما أن أحد الشرعين يقتضي التحليل، والأخر يقتضي التحريم مثل الزواج المختلف فيه.[3]

ورأي الأحناف أن الشبهة تنقسم إلى قسمين:

- شبهة في الفعل: ويسمونها شبهة اشتباه، وشبهة مشابهة، وهي شبهة في حق من اشتبه عليه الفعل دون من لم يشتبه عليه، وليست بشبهة في حق من لم يشتبه عليه،[4] حتى ولو قال: علمت أنها تحرم عليا حد.

1- السيد السابق، المرجع السابق، ص231.
2- عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص362.
3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص36.
4- عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص361.

- شبهة في المحل: وتسمى شبهة حكمية وهي تتحقق بقيام دليل على نفي الحرمة، سواء ظن الحل أو علم الحرمة.[1]

13- إعادة الزوجية:

من وجد مع امرأة فطؤها، وقامت البينة بالوطء، فقال هو: إنها امرأتي، أوقال: أمتي فصدقته في ذلك فإن كانا غريبين أو لا يعرفان فلا شيء عليهما، فإن كانت هي معروفة في البلد ومعروف أنه لا زوج لها فإن أمكن ما يقول فلا شيء عليهما وإن كان كذبهما في ذلك متيقناً فالحد واحد عليها.[2]

14- وطء المحارم:

وطء المحارم زنا يجب فيها الحد، فإذا تزوج شخص ذات محرم منه فالنكاح باطل اتفاقا فإن وطئها فعليه الحد في قول مالك، والشافعي والظاهرية، لكن أبي حنفية يرى بأنه من تزوج امرأة لا يحل له نكاحها كأمه أو ابنته أو عمته أو خالته فوطئها لم يجب عليه الحد ولو اعترف بأنه يعلم بأنها محرمة عليه وإنما يعاقب على فعله بعقوبة تعزيزية.[3]

أما المحرمات بالرضاعة فإن وطئها بنكاح حد، وإن وطئها بملك أدب وأما المحرمات بالمصاهرة فإن كان تحريمها مؤبد حد إن وطئها بنكاح لا يمتلك ويؤدب إن كان تحريمها غير مؤبد.[4]

1- وهبة الزحيلي، المرجع لسابق، ص32.

2-الإسلام الشريف محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني، المرجع السابق، ص372.

3- عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص363.

4-شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، الجزء الرابع، د.ط، دار إحياء الكتب العربية، مصر، د.س، ص315.

ولإقامة الحد الزنا على الفاعلين (الزاني والزانية) يجب أن يكون الزاني مسلمًا عاقلاً، بالغًا مختارًا وغير مكره[1] لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث عن والنائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يشيب والمجنون حتى يعقل".[2]

ثالثا: مقارنة

نستنتج أن التشريع الجزائري يتفق مع الفقه الإسلامي في وجوب حصول الوطء بالطريقة الطبيعية أي بإيلاج عضو التذكير في فرج الأنثى و في حالة وطء المحارمات من الإناث (الفاحشة بين ذوي المحارم) تقوم جريمة الزنا في حقهم وتشديد العقوبة في حق مرتكبها إذا كانت هناك علاقة قرابة بين الجاني والمجني عليها في التشريع، بينما في الفقه الإسلامي يجب الحد على الفاعل وهو الرأي الراجح كما تشدد العقوبة حال كون الفاعل متزوجا.

ويختلف الفقه الإسلامي عن التشريع الجزائري بالنسبة لأفعال الفاحشة التي لا تصل إلى حد الوطء إذ لا تعتبر زنا في التشريع الجزائري، أما بالنسبة للفقه الإسلامي فتعتبر هذه الأفعال زنا لكن يعاقب مرتكبها بعقوبة تعزيرية، وأن الوطء في الدبر في القانون لا تقوم به جريمة الزنا حتى ولو كان من أتى الزوج على زوجته، أما في الفقه الإسلامي فقد اختلفت أراء المذاهب الأربعة إذ يرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه وطء محرم ويعتبر زنا، أما المذهب الحنفي فلا يقيم فيه الحد.

الفرع الثاني: قيام الرابطة الزوجية:

سنفصل في هذا الفرع في العنصر الثاني لقيام الركن المادي و هو قيام الرابطة الزوجية في كل من التشريع الجزائري والفقه الإسامي مع إجراء مقارنة:

1- أبو بكر جابر الجزائري، المرجع السابق، ص416.

4-سبق تخريجه.

أولا: في التشريع الجزائري:

لقيام جريمة الزنا يجب توافر علاقة زوجية رسمية وشرعية بين الزوج الزاني والزوجة الشاكية أو بين الزوجة الزانية والزوج الشاكي بها، وعلى القاضي التحقق من صحة زواج المتهم بالزنا والتثبت من قيام العلاقة الزوجية أثناء ارتكابه جريمة الزنا، ويتم إثبات صحة الزواج بمستخرج من شهادة الزواج حسب ما جاء في نص المادة22 ق.أ: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي".[1]

والمدة الزمنية التي يتصور فيها ارتكاب جريمة الزنا يجب، وأن تكون محصورة بين انعقاد الزواج وانحلاله وعليه فلا تقوم هذه الجريمة إذا كانت الرابطة الزوجية قد انحلت إذ يشترط أن يقع الوطء والرابطة الزوجية قائمة فعلا وبالتالي فالشكوى على الزوج الذي ارتكب فعل الزنا يجب أن يكون أثناء قيام الزوجية فإذا بادر الزوج المضرور بالطلاق قبل تقديم شكواه امتنع عيه ذلك بسبب انتفاء صفة الزوجية.[2]

وعليه قضت المحكمة العليا بقيام جريمة الزنا في حق الزوجة التي تزوجت مع رجل أخر بالفاتحة قبل صدور حكم طلاقها من زوجها وإذا وقع فعل الوطء قبل عقد القران (الزواج) أي أثناء فترة الخطوبة لا تقوم جريمة الزنا في حق الزانية أو الزاني لأن الخطبة عبارة عن وعد بالزواج والخاطب أو المخطوبة لا يكتسبان صفة الزوجية.[3]

وعليه يجب أن تكون العلاقة الزوجية قائمة وقت ارتكاب جريمة الزنا، أن تكون قائمة حقيقة بمعنى أن الزوجة مازالت في عصمة زوجها ولم يحدث الطلاق، وعليه فإن

1- المادة رقم22 من القانون رقم 84 -11 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 15 محرم 1426 الموافق 27 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15.

2- أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص165.

3- قرار رقم 281، الصادر في 13-5-1986 أنظر بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص136.

حكم المطلقة طلاق رجعي إذا زنت قبل انتهاء عدتها بمعنى في فترة العدة من الطلاق الرجعي قامت جريمة الزنا في حقها لأن الزوج له حق مراجعتها وله الحق في طلب محاكمتها، أما إذا زنت بعد انتهاء العدة فلا يملك طليقها الحق في تقدم شكوى ضدها.[1]

و يجب أن يفرق بين الطلاق البائن بينونة كبرى والطلاق البائن بينونة صغرى: حيث أن الطلاق البائن بينونة كبرى يزيل الزوج الملك فيه ولا يزيل الحل فتقوم جريمة الزنا إذ ارتكبتها المطلقة ومكنت نفسها لشخص أجنبي عنها، أما إذا كان الطلاق البائن بينونة كبرى فإن الزوج يزيل الملك والحل معًا وتزول صفة الزوجية حتى ولو وقع في فترة العدة لا يمكن للمطلق التبليغ عن الفعل المرتكب من طرف طليقته.[2]

على عكس ما جاء به المشرع الأردني حيث أنه لا يشترط قيام علاقة الزوجية لقيام جريمة الزنا، التي تقوم الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة اللذان لا تربطهما أي علاقة شرعية، أما المشرع الجزائري والمشرع المصري فيشترطان قيام العلاقة الزوجية أثناء ارتكاب فعل الزنا أما إذا انتفت صفة الزوجية فلا تقوم جريمة الزنا وإنما يتغير وصفها الإجرامي في جريمة الزنا إلى جريمة آخرى كفعل هتك العرض والفعل المخل بالحياء.[3]

أما في حالة إذا دفعت الزوجة المتهمة بالزنا أنّ زواجها باطل أو فاسد كما لو كانت في عصمة رجل لا تحل له بسب الرضاعة أو القرابة، وجب على المحكمة الجنائية أن توقف النظر إلى غاية الفصل في مسألة الزواج أو الطلاق وصدور الحكم النهائي من قسم شؤون الأسرة المختصة.[4]

3-أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص88.

2- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص202-203.

3-فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات الخاص (الجرائم الواقعة على الأشخاص) الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ص194،195.

4-أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص89.

أما بالنسبة للزواج العرفي فتطبيقا للمادة 339 ق.ع يشترط أن تكون الزانية وقت ارتكابها الأفعال المنسوبة إليها مرتبطة بعقد زواج مع الشاكي حتى ولو حصل هذا الزواج أمام جماعة من المسلمين ولم يحصل التسجيل في سجلات الحالة المدنية، فالعلاقة الزوجية قائمة سواء كان الزواج عرفيا أو رسميًا لأن العقد الرسمي ما هو إلا وسيلة لإثبات هذه الرابطة الزوجية، فلو افترضنا أن الزوجة الزانية مرتبطة بالزوج بعقد عرفي أراد هنا الزوج تقديم شكوى ضد زوجته بسبب ارتكابها لفعل الزنا، فكيف يمكن للقاضي الجزائري الفصل في هذه القضية؟.[1]

إذن على القاضي الجزائي أن يوقف الفصل في القضية إلى حين فصل قاضي قسم شؤون الأسرة في مسألة إثبات الزواج وتسجيله في سجلات الحالة المدنية.[2]

وعليه نستخلص أن العقد الرسمي هو وسيلة إثبات للرابطة الزوجية، وبعد صدور الحكم النهائي بإثبات الزواج العرفي يمكن للزوج تقديم شكوى ضد زوجته وإثبات الرابطة الزوجية، ويثار تساءل حولالوقت اللازم من أجل إثبات الرابطة الزوجية هل وقت وقوع فعل الزنا أو وقت تقديم الشكوى؟

فيرى البعض أنه يكفي للزوج إثبات الرابطة الزوجية وقت وقوع فعل الزنا وليس وقت تقديم الشكوى أما الرأي الراجح فإنه على الزوج إثبات الرابطة الزوجية وقت وقوع الزنا وكذا وقت تقديم الشكوى وذلك ما نصت به المادة 339 الفقرة الأخيرة ق.ع على أنه لا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور.[3]

أما بالنسبة لمسألة الطلاق العرفي كأن نفترض أن امرأة متزوجة بشخص ثم طلقها هذا الأخير دون اللجوء إلى المحكمة من أجل استصدار حكم بطلاقها، ثم ارتبطت برجل آخر بالزواج عرفيا، فهل تقوم جريمة الزنا في حقها؟

1-سماعون سيد أحمد، قواعد الإثبات الجنائي ومدى تطبيقها على جريمتي الزنا والسياقة في حالة السكر، منكر التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الثاني عشر، الجزائر، 2003-2004، ص30.

2-بن وارت. م، المرجع السابق، ص151.

3-سماعون سيد أحمد، المرجع السابق، ص31.

حسب نص المادة 49 ق.أ التي تنص على أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم ومن ثم فإن قانون الأسرة الجزائري لا يعتد ولا يأخذ بالطلاق العرفي وعليه فإنه وفقا لأحكام القانون فإن العلاقة الزوجية بينها وبين الزوج الأول مازالت قائمة في نظر القانون[1]، وهو ما اتجهت إليه المحكمة العليا عندما قضت بقيام جريمة الزنا في حق الزوجة التي تزوجت مع رجل أخر بالفاتحة دون انتظار الفصل في القضية المنشورة بينها وبين زوجها الأول.

كما قضت أيضا بقيام جريمة الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد الزواج مع رجل أخر قبل أن يصبح حكم طلاقها بينها وبين الزوج الأول نهائيا.[2]

ما حكم الزوجة الزانية في حالة غياب أو فقدان زوجها؟

1-الزوج الغائب:

الغائب هو الذي ترك منزل الزوجية ولا يعرف مكانه أو محل تواجده من زوجته أو أفراد عائلته، وعليه هل الغيبة تبيح لزوجة الغائب الزنا وتكون مانعًا من العقاب؟

إن الغيبة إما تكون منقطعة أو متصلة وإن طالت مدة غياب الزوج يشك في أمر حياته أو مماته.

أجاز المشرع الجزائري للزوجة طلب التطليق لغيبة زوجها والتحرر من العلاقة الزوجية وهذا ما نصت عليه المادة 53ق.أ أنه:" يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية:

...5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة".

وعليه إذا غاب الزوج وكانت غيبته طويلة تفوق مدة سنة ابتداء من يوم غيابه إلى يوم رفع الدعوى عليه جاز لزوجته طلب الحكم بطلاقها ويجب أن يكون الزوج الغائب عن زوجته مدة سنة لم يترك لها ما تنفق على نفسها أو على أولادها أو على أفراد

1- نفس المرجع، ص32.

2-بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص136.

عائلتها أو غاب الزوج بدون عذر أما في حالة وجود عذر لغياب الزوج لسفر إلى الخارج من أجل العلاج مثلا أو من أجل الدراسة أو كان سبب غيابه أداء للخدمة العسكرية فإن طلبت الزوجة التطليق فهو باطل.

وعليه إذا زنت المرأة بعد طلاقها فلا عقاب عليها حتى وإن تزوجت من شخص آخر وتصبح لزوج جديد حقوق وواجبات عليها، وفي هذه الحالة إذا زنت وهي في عصمة الزوج الثاني تقوم جريمة الزنا في حقها ويجب عقابها.[1]

2-الزوج المفقود:

المفقود عرفته نص المادة 109 ق.أ بأنه الشخص الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته من مماته ولا يعتبر الشخص مفقودًا إلا بعد صدور حكم بالفقدان بشأنه، ويجب أن يكون قد غلب عليه الهلاك كما حالة الحرب، والقاضي لا يحكم بموته إلا بعد مرور مدة أربع سنوات من تاريخ فقده، أما الحالة التي تغلب فيها السلامة فترك الأمر لسلطة قاضي الموضوع في تقدير المدة المناسبة بعد مرور أربع سنوات[2] وهذا ما جاءت به نص المادة 113 ق.أ، حيث تنص على: " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفرض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

ويجوز لزوجة المفقود طلب التطليق استنادا لنص المادة 112 ق.أ[3] بشرط الاعتقاد بموته وبعدها تعتد عدة الوفاة، وهذا ما جاء في نص المادة 53 الفقرة الخامسة ق.أ وذلك بعد أن يصدر القاضي حكم قضائيا بموت الزوج المفقود.

1-عزت مصطفي الدسوقي، المرجع السابق، ص51،52.

2-محمدي فريدة، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، د.ط، الجزائر، 1997، ص60.

3-تنص المادة 112 من قانون الأسرة على: "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون".

وعليه إذا زنت الزوجة بعد صدور الحكم بموت زوجها المفقود لا تعتد جريمة الزنا لأنها لم تعد في عصمة زوجها، أما في حالة عودة المفقود حيًا فإن الرأي الراجح هو التفريق بين الزوجة والزوج الثاني إن تزوجت وهناك من يرى أن الأمر يتوقف على إجازة الزوج الأول فإن شاء التفريق وعادت إليه وإن شاء أبقاها في عصمة الزوج الثاني.[1]

ثانيا: في الفقه الإسلامي:

لا تشترط الشريعة الإسلامية قيام الرابطة الزوجية فمن خلال الأحكام السابقة نستنتج أن فعل الزنا هو كل وطء محرم بين رجل وامرأة لا تربطهما أي علاقة شرعية، بمعنى أن الزواج ليس شرطا لمعاقبة الزاني والزانية وهذا عكس ما جاء به القانون الجزائري، فيعد زانيا كل رجل أو امرأة ارتكبت فعل الزنا سواء كان متزوج أم لا و سوا كانت متزوجة أو لا.

بحيث إذا كان الجاني متزوج (محصن) فحده هو الرجم حتى الموت أما إذا كان الجاني غير متزوج (غير محصن) فحده هو الجلد.

المطلب الثاني: الركن المعنوي لجريمة الزنا:

لا يكفي لقيام جريمة الزنا الركن المادي بل لابد أن يصدر فعل الزنا عن علم وإرادة من الجاني بدون إكراه على ذلك، وباعتبار جريمة الزنا من الجرائم العمدية سواء وقوع من الزوج أو الزوجة فيتطلب الركن المعنوي عنصرين هما العلم والإرادة، إذ يجب توافرهما لقيام القصد الجنائي بمجرد ارتكاب الفعل، كما يتطلب توافر هذا الركن في الفقه الإسلامي.

1-عزت مصطفي الدسوقي، المرجع السابق، ص55.

الفرع الأول: عنصر العلم:

سنتطرق في هذا الفرع إلي عنصر العلم في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي وبيان أوجه التشابه والإختلاف بينهم

أولا: في التشريع الجزائري:

كما لتوافر القصد الجنائي يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب فعل الزنا وتحقيق النتيجة، كما يجب أن يكون الجاني أن يكون عالمًا بتوافر الأركان التي تقوم عليها الجريمة والتي يتطلبها القانون ويشترطها.

بمعنى أن يعلم الجاني أنه يعتدى على المصلحة المحمية والمعاقب عليه قانونا، كما يجب على المرأة أن تكون عالمة بأنها متزوجة وأنها وهبت جسدها وسلمت فرجها لشخص اخر غير زوجها أي لشخص أجنبي وعليه لا تقوم الجريمة لانعدام القصد إذا ثبت أن الوطء قد حصل دون رضاها نتيجة للقوة أو تهديد أو بسبب الجهل كأن تظن أن الرجل الذي سلمت له نفسها زوجها[1]، كما يجب أن يكون الزوج عالما بأنّه يجامع امرأة غير زوجته، أما بالنسبة للشريك في جريمة الزنا (الذي لا تتوافر فيه الرابطة الزوجية أي غير المتزوج) ويشترط فيه عنصر العلم أي أن يكون عالمًا بأن خليله أو خليلته متزوجة فإن كان يجهل الرابطة الزوجية وقت ارتكاب جرم الزنا فإن القصد الجنائي يكون منعدمًا.[2]

وتطبيقا لذلك لا تقوم جريمة الزنا في حق رجل غير المتزوج الذي يواقع امرأة وهو يجهل أنها متزوجة لانتفاء القصد الجنائي.[3]

1-أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص126.

2-بن مشري عبد الحليم، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد العاشر، كلية الأداب والعلوم الإنسانية، بسكرة، 2006 ،ص194.

3-دردوس مكي، المرجع السابق، ص116.

ويثار تساؤل بشأن الزواج الذي يتحجج بجهله إن كان مقيد بعقد الزواج كما لو اعتقد أنه مطلق أو أن الزوج الغائب قد مات، فهل يؤخذ بهذا الجهل كسبب لانتفاء القصد الجنائي؟

الأصل أنه لا يعذر بجهل القانون ذلك أن الرابطة الزوجية تظل قائمة مادام لم تنحل بحكم الطلاق النهائي ولم يقيد على هامش عقد الزواج أو انفصال بحكم موت المفقود طبقا للإجراءات المقررة في قانون الأسرة.[1]

ثانيا: في الفقه الإسلامي:

القصد الجنائي في جريمة الزنا قصد عام، فيعتبر الشخص جانيا متى ارتكب الفعل وهو عالم أنه يجامع شخصًا محرمًا عليه.

1-العلم بتجريم الزنا:

لا حد على من لا يعلم بتجريم الزنا، قال عمر وعثمان وعلي من كلمه وبهذا قال عامة أهل العلم فإذا ادعى الزاني الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام والناشئ ببادية، قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقًا، وأن كان محق لا يخضع عليه ذلك كالمسلم الناشئ بين المسلمين وأهل العلم لم يقبل لأن تحريم الزنا لا يخفي على من هو كذلك فقد علم كذبه.[2]

فإن زني رجل بامرأة، وادعي أنه لم يعلم بتجريمه فإن كان قد نشأ فيما بين المسلمين لم يقبل قوله لأنه يعلم كذبه، وإن كان حديث العهد بالإسلام أو نشأ في بادية

1-بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص137.

2-موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني و يليه شرح الكبير، الجزء العاشر، د.ط، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن، ص156.

بعيدة من المسلمين أو كان مجنون فأفاق و زني قبل أن يعلم الأحكام قبل قوله، لأن يحتمل ما يدعيه فلم يجب الحد.[1]

2-الخطأ في الوطء:

من وطء امرأة وهو يعتقد أنها زوجته أو أمته ثم تبين له أنها أجنبية، والغالط من قصد زوجته فوقع على غيرها غلطا ولا يخفى أنه في هذه الحالة أيضا يعتقد أنها زوجته فهو تكرر مع ما قبله وحمل الغالط على الشك لما يأتي من أن من وطء امرأة شاعا في كونها زوجته فتبين أنها أجنبية لا حد عليه[2].

كمن وجد امرأة في فراشه، فظنها أمته أو زوجته، فوطئها لم يلزمه الحد، لأنه يحتمل ما يدعيه من الشبهة[3].

وهذا بالنسبة للوطء المباح، أما الخطأ في الوطء المحرم فلا يعفي من العقوبة فليس شبهة باتفاق، فمن دعا محرمة إليه، فأجابته غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد، فإذا دعا محرمة عليه فأجابته زوجته فوطئها يضنها الأجنبية التي دعاها فلا حد عليه لانتفاء حرمة الفرج لعينه وإن أثم باعتبار ظنه.[4]

ثالثا: المقارنة

ويتفق التشريع الجزائري والفقه الإسلامي في أنه إذا توافرت نية العمد في ارتكاب فعل الزنا تقوم في حق من ارتكبها ويجب أن يوقع الجزاء عليه وكذلك لا تقوم جريمة الزنا في حالة الخطأ في الوطء، إلا أنهما يختلفان حيث أن في القانون لا يعذر بجهل القانون في حالة ما إذا احتج الزوج الزاني بعدم علمه بتحريم الزنا، أما الفقه الإسلامي

1-أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص380.

2-عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن الزرقاني المصري، المرجع السابق، ص 128.

3-أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص 389.

1-عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص366، 367.

فإن جهل بتحريم الزنا يصبح عذرا ولا تقوم في حقه حد بشرط أن لا يصحب الجهل أي تقصير.

ويختلف عنصر العلم في التشريع الجزائري عنه في الفقه الإسلامي حيث أنه يشترط في التشريع علم الجاني زوجا كان أو الزوجة أنه متزوج وقت إقدامه على فعل الوطء مع الطرف الآخر وأنه يطء غير زوجته وأنها مكنت نفسها لغير زوجها وبالتالي فالقانون يشترط قيام الرابطة الزوجية وقت ارتكاب جريمة الزنا، أما الفقه الإسلامي فيطلب أن يعلم الجاني أنه يواقع امرأة محرمة عليه ليست زوجته وأن تعلم المرأة أن صلتها بالرجل الذي وطئها غير مشروعة وبالتالي فالفقه لا يشترط أن يكون الجاني متزوج إذ تجرم الزنا ولو وقع من غير المتزوج.

الفرع الثاني: عنصر الإرادة

سنفصل في هذا الفرع عنصر الإرادة في كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي مع إجراء مقارنة بينهم

أولا: في التشريع الجزائري:

يجب أن تتجه إرادة الجاني نحو ارتكاب الفعل المعاقب عليه قانونا وتحقيق النتيجة المطلوبة.

وعليه يجب أن تتجه إرادة الزوجة إلى الاتصال الجنسي بغير زوجها برضاها وقبولها وطئه لها وإذا كانت إرادتها غير مختارة أو مكرهة فلا تقوم جريمة الزنا لإنتفاء القصد الجنائي، وإنما تكون ضحية جريمة الاغتصاب حيث أنه لا عقاب على الزوجة إذا زنت وهي في حالة الجنون أو في حالة إكراه كما في حالة التهديد والإسكار والتحذير

والتنويم المغناطيسي أو في حالة الغلط المادي كما لو تسلل رجل إلى فراش امرأة أثناء نومها أو وقعت في غلط بشأن عقد زواجها.[1]

أما في ما يخص الجنون والصغر في السن كعوارض المسؤولية الجنائية فلقد جاءت في إطار الأحكام العامة لجرائم حيث نصت المادة 47 قانون العقوبات بأنه: "لا عقوبة على من كان في حالة الجنون وقت ارتكاب الجريمة"، أما فيما يخص القاصر فنصت المادة49 ق.ع على:" لايكون محل المتابعة الجزائية القاصر الذي لم يبلغ عشر سنوات.

لا توقع على القاصر الذي لم يتراوح سنه من عشر سنوات إلى أقل من ثلاثة عشرة سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ. ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من ثلاث عشر إلى الثامنة عشرة إما التدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة".

بتوافر العناصر السالفة الذكر تقوم جريمة الزنا في حق الفاعل حتى أنه ضبطها المشرع الجزائري وسوى في الأركان والشروط المتطلبة لقيام فعل الزنا سواء كان الزوج هوالزاني أو الزوجة هي الزانية على خلاف المشرع المصري الذي فرق بين أركان جريمة الزنا الزوجة وأركان جريمة الزنا الزوج.

فبالنسبة لزنا الزوجة يشترط المشرع المصري نفس أركان وشروط التي وضعها المشرع الجزائري بخلاف زنا الزوج الذي أضاف إليها المشرع المصري حصول فعل الزنا في منزل الزوجية إذ تنتفي جريمة الزنا في حق الزوج لانتفاء أحد شروط قيام الركن المادي للجريمة.[2]

1-عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 213.

2-عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص 260.

والمقصود بمنزل الزوجية كل مسكن يقيم فيه الزوجان عادة أو في أوقات أخرى كالمسكن الريفي مثلا، بل قد يشمل كل محل يقيم فيه الزوج ولو لم تكن الزوجة مقيمة فيه فعلاً وبالتالي تقوم جريمة الزنا الزوج في حق الزوج الذي يرتكب فعل الزنا في بيت الزوجة ولا يعتد الدفاع المتهم بأن زوجته لا تقيم معه في المنزل الذي زني مع خليلته وأنه كان يسكن مع زوجته في منزل أخر وبالتالي لا يرتكب الزوج جريمة الزنا في حالة استئجاره غرفة في فندق وباسمه وتقع جريمة الزنا في منزل الزوجية من الزوج حتى ولو كانت قد طلق زوجته طالما أنها وقعت أثناء العدة.[1]

ثانيا: في الفقه الإسلامي:

1-الرضا بالوطء:

الرضا بالوطء لا يعتبر شبهة باتفاق ضمن وطء امرأة أجنبية أباحت نفسها له فهو زاني، ولو كان ذلك بإذن وليها أو زوجها لأن الزنا لا يستباح بالبذل والإباحة، وليس لأحد أن يحل ما حرم الله فإذا أحلت امرأة نفسها فذلك باطل وفعلها زنا.

ولو أن امرأة دلست نفسها أو غيرها لأجنبي فوطئها يظن أنها امرأته فلا حد على الرجل والمرأة الموطوءة زانية، أما المدلسة فلا تعتبر زانية وعليها التعزير.[2]

2-الإكراه في الزنا:

لا حد على المرأة إذا أكرهت على التمكين من الزنا لقوله صلى الله عليه وسلم "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما إستكرهوا عليه"

1-عبد الحميد شواربي، المرجع السابق، ص 143، 144.

2-عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 368.

ولأنها مسلوبة الاختيار، فلم يجب عليها الحد كالنائمة، أما الرجل ففيه وجهان: أحدهما وهو أنه لا يجب عليه الحد لما ذكر في المرأة، والثاني أنه يحد لأن الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار.[1]

وفي حالة إذا مكنت المرأة مسلمة نفسها بالغة عاقلة مجنونا أجنبيا عنها من نفسها فزنى بها، أو زنى عاقل بالغ بمجنونة إختلف الفقهاء في حكمها.

يرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه يقام الحد على العاقل دون المجنون لأنه غير مكلف، أما الحنفية قالوا: لو زنى رجل عاقل بالغ بصبية لا تعقل أو مجنونة مسلوبة العقل يقام الحد عليه فهو خاص بالرجل.[2]

ثالثا: مقارنة

يتفق التشريع الجزائري مع الفقه الإسلامي أنه إذا تم الوطء برضا الطرفين تقوم في حقهما جريمة الزنا وإذا استكرهت المرأة على فعل الوطء فلا تقوم جريمة الزنا لإنتفاء القصد الجنائي وفي هذه الحالة يتغير الوصف الإجرامي ويسأل الفاعل عن جريمة الإغتصاب.

1-أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص 379.

2-عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص58.

إستخلصنا من خلال دراستنا للفصل الأول تحت عنوان الأحكام الموضوعية لجريمة الزنا أن قانون العقوبات الجزائري جاء ليضع قواعد متينة تحكم الجريمة و تقرر لها العقاب متى توافرت أركانها الثلاث أي الركن الشرعي المتمثل في نص المادة 339 من ق.ع و الوطء المحرم و قيام الرابطة الزوجية و القصد الجنائي وتقريبا نفس الأركان التي يشترطها في الفقه الإسلامي ما عاد قيام الرابطة الزوجية.

ومن خلال تعريف جريمة الزنا نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا لجريمة بل ترك ذلك إلى فقهاء القانون و القضاء، هذا على عكس الفقه الإسلامي الذي عرف الزنا وإن إختلفت أراء المذاهب الأربعة، ذلك حيث لاحظنا أن التعريف الفقهي للزنا جاء أوسع وأشمل عكس التعريف القانوني.

أما بالنسبة لأساس تجريم فعل الزنا في التشريع الجزائري فهوحماية الروابط الزوجية والأسرية عكس الفقه الإسلامي الذي غايته الحفاظ على النسب.

ولقد حاولنا تمييز هذه الجريمة عن بعض جرائم العرض المشابهة لها خاصة جريمة الاغتصاب التي يقابلها في الفقه الإسلامي الزنا بإكراه وكذلك حاولنا تميزها عن الشذوذ الجنسي المعروف في الفقه الإسلامي باللواط والمساحقة عن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء الذي يشمل تجريم كل الأفعال الجنسية الماسة بالحياء وهو ما أخذ به الفقه الإسلامي، أما إذا أرتكبت هذه الأفعال الجنسية بين شخصين تربطهما علاقة قرابة فإن الجريمة تصبحا الفاحشة بين المحارم.

بينما في المبحث الثاني حاولنا إيضاح الركن الشرعي في كل من التشريع و الفقه الإسلامي مع تحديد الركن المادي المتمثل في وقوع الوطء المحرم في كل من الفقه والتشريع وإن كان هذا الأخير يتطلب قيام الرابطة الزوجية لأكتمال الركن المادي لجريمة الزنا، أما فيما يخص الركن المعنوي فيتطلب عنصر العلم والإرادة في التشريع وكذلك في الفقه الإسلامي لأجل قيام جريمة الزنا.

الفصل الثاني:

الأحكام الإجرائية

لجريمة الزنا

باعتبار جريمة الزنا من الجرائم الخطيرة التي يسبب وقوعها اضطرابا لحق الأسرة والمجتمع، فلقد أورد المشرع قيد على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، إذ يشترط تقديم شكوى من طرف الزوج المضرور، وكذلك نهت الشريعة الإسلامية عن فعل الزنا وبمجرد التداول بين الناس حول ارتكاب الزنا يقوم الإمام أو الحاكم بالمتابعة لأجل إقامة الحد .

ولذا قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، بحيث نخصص المبحث الأول لبيان خصوصية تحريك الدعوى العمومية في جريمة الزنا.

أما في المبحث الثاني فسنتناول الجزاء المقرر لجريمة الزنا وكيفية تنفيذها، في كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

المبحث الأول: خصوصية تحريك الدعوى العمومية في جريمة الزنا:

إن جريمة الزنا من الجرائم الأسرية التي خصها المشرع بتقديم شكوى من الزوج المضرور لإمكان المتابعة الجزائية في حق الزوج الزاني و شريكه، والتي يقابلها في الفقه الإسلامي شرط الإخبار كإجراء لقيام المتابعة، كما قرر المشرع الجزائري وسائل خاصة لإثبات جريمة الزنا وجب على القاضي التقيد بها لإصدار الحكم النهائي، وهو نفس اتجاه الفقه الإسلامي الذي وضع شروطا شديدة لإثبات جريمة الزنا على مقترفها.

وسنتطرق من خلال هذا المبحث إلى إجراءات المتابعة المتمثلة في تقديم الشكوى والتنازل عنها من الناحية القانونية والفقهية مع إجراء مقارنة بينهما(المطلب الأول)، كما سنوضح الأدلة الخاصة بإثبات جريمة الزنا في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي مع إجراء مقارنة بينهما (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إجراءات المتابعة في جريمة الزنا.

من المسلم به أن النيابة العامة لها الحرية المطلقة في تحريك الدعوى العمومية بمجرد علمها بوقوع جريمة ما، إلا أن المشرع الجزائري قد ضيق في نطاق حق النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية في بعض الجرائم خاصة جريمة الزنا التي هي محل دراستنا، والتي تتسم بطابع خاص فرغم وصول خبر وقوعها إلى النيابة العامة لا يجوز لها تحريك الدعوى العمومية إلا بناء على شكوى المجني عليه، لوجود قيد من قيود تحريك الدعوى العمومية، باعتبارها من الجرائم التي تقع على الأسرة وتمس شرف وعرض الزوج المجني عليه، ونفس الشيء بالنسبة للفقه الإسلامي فعلم الإمام بجريمة الزنا دون أن تثبت أمامه بإقرار أو بينة لا يخوله متابعة الجاني لأجل تنفيذ الحد.

وعليه سنتناول من خلال هذا المطلب تقديم الشكوى و التنازل عنها من طرف الزوج المضرور، والتطرق في نفس الوقت إلى إجراء المتابعة في الفقه الإسلامي الذي

يتمثل في عنصر الإخبار كشرط لقيام الدعوى مع الإشارة قبل ذلك إلى مشروعية ستر المسلم في هذه الجريمة.

الفرع الأول: تقديم الشكوى.

أولا: في تشريع الجزائري:

تقوم المتابعة القضائية في جريمة الزنا بناء على شكوى الزوج المضرور، فإذا كان الزوج هو الفاعل الأصلي فلا تتم المتابعة إلا بناء على شكوى زوجته، أما إذا كانت الزوجة هي الفاعلة فلا تتم المتابعة إلا بناء على شكوى زوجها، أما إذا كان المتهمان كلاهما متزوج فتصح المتابعة بناء على شكوى أحد الزوجين ويكون كلاهما فاعلان أصليا.[1]

وعليه فإنه يقصد بالشكوى "البلاغ أو الإخطار الذي يقدمه المجني عليه إلى السلطات المختصة طالبا تحريك الدعوى العمومية بشأن جرائم معينة".[2]

وعليه فإن تقديم الشكوى هو إجراء جوهري يجب أن يتخذه الزوج أو الزوجة أمام الجهات القضائية المختصة يعبر عن إرادته في تحريك الدعوى العمومية،[3] ضد الزوجة الزانية أو الزوج الزاني، لأن جريمة الزنا من الجرائم التي قيد فيها المشرع النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية.[4]

1- بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص139.

2- الشلقاني أحمد شوقي، مبادىء الإجراءات الجزائية في تشريع الجزائري، الجزء الأول، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعة الجزائر، 1999، ص41.

3- الدعوى العمومية هي المطالبة الجماعة بواسطة النيابة العامة القضاء الجنائي توقيع العقاب على مرتكب الجريمة أنظر أوهايبية عبد الله، المرجع السابق،2005، ص44.

4- النيابة العامة هي جهاز قضائي جنائي، أنيط به تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجنائي حسب نص المادة 29 ق إ ج: "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون..." انظر أوهايبية عبد الله، نفس المرجع، ص54.

وبالتالي لا يجوز تحريك الدعوى العمومية إذا صدرت الشكوى عن والد الزوج المضرور أو أخيه أو أخته أو أي من أقارب الزوج المضرور وهذا ما أكدته نص المادة 339 الفقرة الأخيرة من ق.ع، غير أنه يجوز للزوج المضرور أن يوكل غيره لتقديم الشكوى على أن تكون الوكالة خاصة.[1]

وذلك بأن تكون منصبة على وقائع وقعت قبل التوكيل، ولوكيل الجمهورية الحق في متابعة الشريك حتى ولو لم تشمله شكوى زوج المضرور، وبالتالي لا يصح للزوج المضرور أن يقدم شكوى ضد الشريك إذا لم تشمل شكواه زوجة الفاعل الأصلي.[2]

فتقديم الشكوى هو حق شخصي لا يورث ومن ثم إذا توفي الزوج المضرور بعد تقديم الشكوى فإن وفاته لا تؤثر على سير الدعوى العمومية وليس من حق الورثة التنازل عنها.[3]

ولا يشترط القانون شكلا معينا في الشكوى ولا الجهة التي تقدم إليها، فقد تقدم إلى النيابة العامة بصفتها السلطة المختصة بهذا الإجراء، أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي أو ضباط الشرطة القضائية، ولم يحدد المشرع المدة اللازمة لتقديم الشكوى بعد علم الزوج المضرور، ويستوي في الشكوى أن تقدم كتابة أو شفاهة والمهم أن تدل على رغبة المجني عليه في اتخاذ إجراءات المتابعة ضد المتهم.[4]

وبالرجوع إلى القانون المصري نجده أيضا لا يشترط شكلا خاصا فقد تكون كتابية أو شفاهية إلا أنه طبقا للمادة الثالثة الفقرة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية المصري يجب تقديم الشكوى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ علم المجني عليه بالجريمة وبمرتكبها

1- بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص 139.

2- دردوس مكي، المرجع السابق، ص119.

3- بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزء الأول، د.ط، دار الهدى الجزائر،2007 ص119.

4-سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص99.

فيبدأ سريان المدة من يوم علم الشاكي باسم المتهم، والحكمة من اشتراط المدة هي عدم ترك المتهم تحت رحمة المجني عليه مدة طويلة قد تكون الشكوى خلالها وسيلة للتهديد والانتقام.[1]

ويرى الأستاذ عبد العزيز سعد أنه حبذا لو أن المشرع الجزائري حدد أجالاً معينة لتقديم الشكوى حتى لا يبقي موضوع الجريمة محل مساومة ومع ذلك فإن هذه الشكوى تتقادم بتقادم الوقائع وفقا لنص المادة 8 ق.إ.ج،[2]، أي بتقادم الدعوى العمومية أو بانقضائها، وسقوطها بالتقادم يكون بعد مرور ثلاث سنوات.[3]

يجب أن تتضمن الشكوى الجهة التي توجه إليها، والشخص الذي عرضها وهويته وصفته وكذلك ذكر الوقائع والظروف التي تمت فيها ارتكاب الجريمة، وذكر أسماء الشهود وكذا المشتكى ضده، وكذلك ذكر زمان ومكان ارتكاب الجريمة، وكما يمكن للشاكي أن يقدم أدلة الإثبات لاحقا فيتم الإشهاد له بذلك في محضر الإجراءات.[4]

إن الحكمة من اشتراط الشكوى في جريمة الزنا هي أن أثرها وضررها لا يقتصر على الزوج المجني عليه في شرفه وعرضه فحسب، و إنما يلحق الأسرة كلها في صميم شرفها وسمعتها ولهذا الأمر قدم المشرع مصلحة الأسرة والأولاد وفتح المجال لسترها في حق من ارتكبها.[5]

لم يحدد المشرع الجزائري سن الأهلية الإجرائية التي يجب أن يبلغها المجني عليه لتقديم الشكوى ورفع القيد الذي يحد سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية

1- أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص181- 182.

2-تنص المادة 8 من ق إ ج: "تتقادم الدعوى العمومية في مواد الجنح بمرور ثلاث سنوات كاملة ويتبع في شأن التقادم الأحكام الموضحة في المادة 7".

3- سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص100.

4- قراني مفيدة، حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق جامعة الإخوة متنوري، قسنطنية، 2008-2009، ص9.

5- أوهايبية عبد الله، المرجع السابق، ص106.

ولغياب النص القانوني الخاص بهذا الموضوع في كل من قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية فإن أهلية الشاكي تحدد حسب القواعد العامة.

وعليه نصت المادة 2/40 ق.م بأن: «...سن الرشد المدني تسعة عشرة سنة كاملة»[1]، في حين يقضي نص المادة 459 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:«لا يجوز لأحد أن يرفع الدعوى أمام القضاء ما لم يكن حائز لصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك...»[2]، والمقصود بأهلية التقاضي هي سن الرشد المحدد في القانون المدني 19 سنة، وعليه فإن تقديم الشكوى هو تصرف قانوني يرتب أثار إجرائية تتمثل في فك قيد النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية وبالتالي يجب أن يكون مقدم الشكوى قد بلغ سن الرشد المدني وهي تسعة عشرة سنة كاملة.[3]

وبالرجوع إلى القانون المصري نلاحظ أنه حدد سن أهلية تقديم الشكوى بخمسة عشرة سنة كاملة حسب المادة الخامسة من قانون الإجراءات المدنية المصري، وكما أجاز للولي حق التبليغ إذا كان الزوج قاصرًا وكذلك للوصي والقيم بالنسبة للمعتوه والمجنون.[4]

أما بالنسبة للمحجور عليه، فإن كان الحجر لسفه يؤثر ذلك على حقه في التبليغ، وإذا كان الحجر للحكم بعقوبة جنائية فذلك لا يؤثر على تقديره من حيث صحة التبليغ أو عدم التبليغ وليس للقيم سوى الحق في رفع الدعوى المدنية للمطالبة بالتعويض، أي الإدعاء

1- المادة 40 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني، الجريمة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005.

2- المادة 459 من الأمر 154/66 المؤرخ في 18 صفر1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون إجراءات المدنية والإدارية الملغى بالقانون رقم 08/ 09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008، جريدة رسمية عدد 21 .

3- شملال علي، المرجع السابق، ص123.

4- عبد الحكم فودة، المرجع سابق، ص221.

المدني بجنحة الزنا، أما إذا كان سبب الحجر لجنون أو عته فلا يمكن تقديم الشكوى لأنه يأخذ حكم الصبي غير المميز.[1]

وعليه فإنه لا يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية في جريمة الزنا إلا بوجوب تقديم الشكوى من الزوج المضرور، فإذا حركت النيابة العامة الدعوى العمومية من تلقاء نفسها دون انتظار تقديم الشكوى فإن هذا الإجراء يقع باطلا ولا يجوز تصحيح هذا البطلان والتقديم اللاحق للشكوى بعد تحريك الدعوى العمومية لا يجدي نفعا في بطلان الإجراءات التي تم اتخاذها لأن هذا البطلان من النظام العام فيجوز إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى.[2]

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة تعدد الجناة في جريمة الزنا، فإن تقديم الشكوى في هذه الحالة ضد أحدهم يجعلها مقدمة ضد الباقين لأن الشكوى لا تتجزأ، ولا فرق عند تعدد الجناة بين أن تقدم ضد الفاعل أو ضد الشريك إذ تنتج أثرها في حق الجاني، وعليه إذا قدم الزوج المضرور (المجني عليه) شكواه ضد الزوجة الزانية فإن النيابة العامة تسير في الدعوى ضد شريكها حتى ولو لم يذكر اسمه.[3]

وهذا فيما يخص تحريك الدعوى العمومية أما بخصوص الدعوى المدنية التبعة لجريمة الزنا فتتمثل في طلب الزوج المضرور تعويضا عن الضرر الذي لحق به.

فإنه بالإمكان الإدعاء مدنيًا أمام القضاء الجنائي إذا توافرت الرابطة السببية المباشرة بين الجريمة والضرر والمدعي بالتعويض له، وينبغي للجهة الجزائية في هذه الحالة رفع الدعوى الجزائية والدعوى المدنية التبعية أمامها للفصل فيهما بحكم واحد فلا يجوز

1- عبد الحميد شواربي، المرجع السابق، ص190.

2- شملال علي، المرجع السابق، ص125.

3- بوجبير بثينة، حقوق المجني عليه ، مذكرة ماجيستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر2001-2002، ص15.

للقضاء الجزائي أن يفصل في الدعوى العمومية ويؤجل الفصل في الدعوى المدنية إذ تنص المادة 1/316 ق.إ.ج أنه: "بعد أن تفصل المحكمة في الدعوى العمومية تفصل دون اشتراك المحلفين في طلبات التعويض المدني المقدمة سواء من المدعي المدني ضد المتهم أو من المتهم المحكوم ببراءته ضد المدعي المدني وتسمع أقواله النيابة العامة وأطراف الدعوى..."[1]

والحق في الإدعاء المدني ليس حقا قاصرا على الزوج المضرور فقط بل يمتد ويشمل كل شخص أصابه الضرر بسبب ارتكاب هذه الجريمة كالأولاد وأفراد العائلة الآخرين وذلك حسب نص المادة المادة 72 ق.إ.ج التي تنص على أنه: "يجوز لكل شخص متضرر من جناية أو جنحة أن يدعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص".

وتثبت لهم صفة المدعي المدني ولهم الحق في مطالبة بالتعويض أمام القضاء الجنائي ولا يقبل الإدعاء المدني من الزوج المتواطئ مع زوجته في زنا، كما يجوز أن يتم الإدعاء المدني أمام النيابة العامة في نفس الشكوى التي تقدم من أجل تحريك الدعوى العمومية.[2]

كما أنه يجوز رفع دعوى التعويض مستقلة أمام القضاء المدني بإعتبار القضاء المدني هو المختص في النظر في الدعاوى المدنية فإذا كانت الدعوى العمومية قد رفعت أمام القضاء الجنائي والدعوى المدنية قد رفعت أمام القضاء المدني فوجب على هذا الأخير أن يوقف الفصل فيها إلى حين الفصل في الدعوى العمومية وصدور حكم نهائي فيها، إعمالاً لقاعدة " الجنائي يوقف المدني"، هذا ما جاءت به المادة 2/4 ق.إ.ج على أنه:

1- طاهري حسين، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الثالثة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الجزائر 2005، ص19.

2-عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص297.

" غير أنه يتعين أن ترجئ المحكمة المدنية الحكم في تلك الدعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائيا في الدعوى العمومية إذا كانت قد حركت". وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة التعويض.[1]

وعليه نستخلص أنه إذ لم يتقدم الزوج المضرور شكواه فهذا يعني عدم رغبته في تحريك الدعوى العمومية وسقوط حقه في تحريكها وبالتالي لا يجوز له أن يطالب بالتعويض المدني ما دام أنه تنازل عن حقه في تحريك الدعوى العمومية.[2]

وفي حالة ما إذا تنازل الزوج المضرور عن شكواه أو صفح الزوج الزاني قبل صدور الحكم النهائي فإنه يفقد حقه في المطالبة بالتعويض حتى أمام القضاء المدني، أما إذا حصل الصلح بين الزوجين بعد صدور الحكم النهائي وبعد أن استوفى الزوج الزاني العقوبة فإن هذا لا يمنع الزوج المضرور من رفع دعوى مدنية على الشريك بشرط أن يؤسس دعواه على سبب آخر غير الزنا ويطالب بالتعويض عن الضرر الذي لحقه في شرفه واعتباره من جراء الفعل الفاضح العلني.[3]

ثانيا: في الفقه الإسلامي:

1- مشروعة التستر على مقترف جريمة الزنا:

أمر الإسلام بستر مقترف جريمة الزنا، لأن ذلك قد يكون علاجا ناجعا للزاني في التوقف عن إتيان مثل ذلك الفعل، وكذلك بغاية منع إشاعة الفاحشة في المجتمع، والستر قد يكون من المسلم الجاني ذاته، أو من الحاكم أو القاضي، أو من المسلم على أخيه المسلم.

1- عبد الحميد شواربي، المرجع السابق، ص197.

2- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص297-298.

3- أحمد محمد بدوى، المرجع السابق، ص222-223.

أ- ستر المسلم نفسه:

إن الإسلام قد أوجب على المسلم إذا وقع في ذنب من هذه الكبائر أن يقلع عن الذنب أمام الناس، وعن التجاهر بالمعصية.[1]

حدثنا عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه، قال: شهدت النبي صلى الله عليه وسلم وهو واقف على بغلته، فجاءته امرأة حبلى، فقالت أنها قد بغت، فارجُمْها، فقال لها النبي صلى الله عليه و سلم :"استتري بستر الله"، فذهبت،...".[2]

فعلى المسلم أن يستر نفسه ولا يفضحها بالتحدث عما يصدر منه من إثم أو إقرار أمام المحاكم لتنفذ عليه العقوبة،[3] فيكون إظهارها خلاف المستحب، أما التحدث عنها فحرام قطعا.[4]

لأن المجاهرة بهذه الفاحشة تبجح في عصيان الله تعالى واستهتار بمحارمه، ودليل على انهيار المجتمع وانحلاله، وضياع أفراده، لأن المخطئ لابد أن يكون عنده بقية من حياء يمنعه من الإعلان عن خطيئته بين الناس.[5]

ب- ستر المسلم غيره:

قال الرسول صلى الله عليه وسلم: «من ستر عورة أخيه المسلم ستر الله عورته يوم القيامة، ومن كشف عورة أخيه كشف الله عورته حتى يفضحه في بيته».[6]

1- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص118.

2-رواه النسائي، المرجع السابق، كتاب الرجم، الحديث رقم 7158، ص431.

3- السيد السابق، المرجع السابق، ص232.

4- الإسلام زكريا الأنصاري، أسني المطالبة في شرح روض الطالب، الجزء الأول،د.ط، د.د.ن، د.ب، د.س، ص131.

5- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص118.

6- رواه الترمذي، المرجع السابق، باب الحدود،الحديث رقم1426، ص452.

وقال كذلك: «من رأى عورة فسترها كان كمن استحيا مؤودة من قبرها».[1]

إذا كان الستر مندوبا، لاينبغي أن تكون الشهادة به خلاف الأولى التي مرجعها إلى كراهة التنزيه، لأنها في رتبة الندب في جانب الفعل، وكراهة التنزيه في جانب الترك، وهذا يجب أن يكون بالنسبة إلى من لم يعتد بالزنا ولم يتهتك به، أما إذا وصل الحال إلى إشاعة والتهتك به، فيجب كون الشهادة به أولى من تركها، لأن مطلوب الشارع إخلاء الأرض عن المعاصي والفواحش.[2]

وإذا رأى الشاهد الجريمة بعينه فهو مخير في أداء الشهادة حسية لله تعالى وغيرة على حدوده ومحارمه أن تنتهك[3]،فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة».[4]

فالزنا يستحب سترها من الشاهد بها إن رأى في ذلك مصلحة، وإن رأى المصلحة في شهادة بها فيشهد.[5]

ج- ستر الإمام لمقترف جريمة الزنا:

يرى الظاهرية أنه فرض على القاضي أن يقضي بعلمه في الدماء، والقصاص والأموال، والفروج، والحدود، سواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يعين الحق، ثم بالإقرار ثم البينة، لأن الله تعالى يقول: «۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ

1- رواه النسائي، المرجع السابق، كتاب الرجم الحديث رقم 7242، ص464.

2- السيد السابق، المرجع السابق، ص233.

3- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص177

4- رواه الترمذي ، باب الحدود،حديث رقم، 1425، ص452.

5- أسني المطالبة، المرجع السابق، ص131.

كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوۡ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمۡ أَوِ ٱلۡوَٰلِدَيۡنِ وَٱلۡأَقۡرَبِينَۚ إِن يَكُنۡ غَنِيًّا أَوۡ فَقِيرٗا فَٱللَّهُ أَوۡلَىٰ بِهِمَاۖ فَلَا تَتَّبِعُواْ ٱلۡهَوَىٰٓ أَن تَعۡدِلُواْۚ وَإِن تَلۡوُۥٓاْ أَوۡ تُعۡرِضُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٗا ١٣٥ ».[1]

فصح أن القاضي عليه أن يقوم بالقسط، وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره، وصح أنه فرض على القاضي أن يغير كل منكر علمه بيده وأن يعطي كل ذي حق حقه وإلا كان ظالما.[2]

أما جمهور الفقهاء فقد اتفقوا على أن الجريمة التي لم يصل خبرها إلى الحاكم، لا يقام من أجلها الحد، وأن الجريمة التي علم بها الحاكم ولم يثبت لديه بإقرار، أو بالشهادة لا يقام عليها الحد، كما اتفقت كذلك الأئمة على أن من أقر بحد من الحدود أمام الحاكم ولم يفسره، فلا يطالب بتفسيره وبيانه ولا يقام عليه الحد إن لم يثبت ويتعين.[3]

والستر مطلوب في هذا الحد، وكل ذلك لحكمة إلهية في حفظ أعراض الناس وعدم الخوض فيها والستر عليهم في هذه الجريمة التي تخل بالشرف والاعتبار.[4]

د- الإخبار عن جريمة الزنا:

يعتبر الإخبار كإجراء لقيام المتابعة في جريمة الزنا في الفقه الإسلامي، والإخبار يكون في ثلاثة مواضع، إما أن يكون الإخبار عن طريق الزوج، أو يكون عن حمل المرأة لا زوج لها، أو بعلم الحاكم أو القاضي دون إخبار.

1- سورة النساء، الآية 135.

2-السيد السابق، المرجع السابق، ص268.

3- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص116.

4- أحمد فتحي بهنسي،مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، المرجع السابق، ص58.

أ/ الإخبار عن طريق الزوج:

و يكون ذلك في حالة مشاهدة الزوج لزنا زوجته وهنا يثور التساؤل حول هل يجوز أن يكون الزوج من الشهود الأربعة في شهادة الزنا على زوجة؟

المالكية: قالوا يجوز كون الزوج من الشهود على زوجته بالزنا لأن الزوج يلحقه العار من هذا الأمر، خصوصا إذا كان له منها أولاد، فلا يكون منها في أداء الشهادة، فتقبل شهادته وتحد زوجة أما عند الحنفية، الشافعية، والحنابلة، قالوا: لا يجوز شهادة الزوج مع الشهود الزنا على زوجة في أداء هذه الشهادة فلا تقبل شهادته.[1]

ويفرق ابن حزام بين ما إذا جاء الزوج قاذفا، وبين مجيئه شاهدا، فإن جاء الزوج قاذفا فلا بد من أربعة شهود سواه وإلاً حد أو يلاعن، فإن لم يكن قاذفًا، بل جاء شاهدًا فإن كان عدلاً ومعه ثلاثة عدول فهي شهادة تامة وعلى المشهود عليها حد الزنا.[2]

ب/ الإخبار عن الحمل المرأة لا زوج لها:

لو ظهر على المرأة حبل من دون شهادة عليها ولا إقرار فلا حد عليها لتجويز كونه غلطا ونحوه، ولا ينبغي لأولى الأمر حبسها ونحوه لكي تقر بالزنا بها لأن إقرارها يكون قذفا للغير مع عدم الإكراه فنجد حدين الزنا والقذف يعد الحكم بهما ومع الإكراه لا يصح إقرار الزنا، وهو رأي الحنفية والشافعية والحنابلة.[3]

أما مذهب الإمام مالك، فتحد المرأة الحبلى التي لا زوج لها ولا سيد ولم تدعي شبهة في الحمل، لأن دلالة الحمل أمارة ظاهرة على الزنا، أظهر من دلالة البينة، وما يتطرق

1- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص69.

2- الإسلام الشريف محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني، المرجع السابق، ص261.

3- أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب الشرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار الجزء الرابع، د.ط، دار الحكمة اليمانية، اليمن، 1993. ، ص212.

إلى دلالة الحمل يتطرق مثله إلى دلالة البينة أكثر.[1] واستدلوا في ذلك إلى أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب والصحابة معه حكموا برجم المرأة التي ظهر بها حمل لا زوج لها.[2]

وبالتالي يقول الإمام مالك إذا كانت المرأة مقيمة بالحي غيرغريبة فتحد، إلا أن تظهر أمارة على الإكراه بأن تأتي مستغيثة أو صارخة لقول عمر رضي الله عنه: "والرجم واجب على كل من زني من الرجال والنساء إذا كان محصنا إذا قامت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف".[3]

ج/ علم الحاكم بجريمة الزنا دون إخبار:

يرى الظاهرية أنه فرض على القاضي أن يقضي بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود سواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق، ثم بالإقرار ثم بالبينة، لأن الله تعالى يقول:"۞ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ "[4] ، فصح أن القاضي عليه أن يقوم بالقسط، وليس من القسط أن يترك الظالم على ظلمه لا يغيره، وصح فرضا على القاضي ان يغير كل منكر ويعطي لكل ذي حق حقه وإلا فهو ظالم.[5]

في حين يرى فريق فقهي آخر أن الإمام لا يقيم الحد بعلمه، روي ذلك عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، و به قال مالك وأصحاب الرأي وأحمد وقول الشافعي، وقال

1- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق،ص32.
2- أحمد فتحي بهنسي،الجرائم في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص194.
3- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المرجع السابق، ص192.
4- سورة النساء، الآية 135.
5- السيد السابق، المرجع السابق، ص235.

واستدلوا في ذلك بقوله تعالى[1]:" وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُۥ يُدْخِلْهُ نَارًا خَٰلِدًا فِيهَا وَلَهُۥ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴿١٤﴾"[2]، وقوله تعالى: "إِذْ تَلَقَّوْنَهُۥ بِأَلْسِنَتِكُمْ وَتَقُولُونَ بِأَفْوَٰهِكُم مَّا لَيْسَ لَكُم بِهِۦ عِلْمٌ وَتَحْسَبُونَهُۥ هَيِّنًا وَهُوَ عِندَ ٱللَّهِ عَظِيمٌ ﴿١٥﴾ ".[3]

ولأن القاضي كغيره من الأفراد لا يجوز له أن يتكلم بما شهده ما لم تكن لديه البينة الكاملة، ولو رأى القاضي زانيا بما شهده منه وهو لا يملك كل ما يقول البيئة الكاملة لكان قاذفا يلزمه حد القذف، وإذا كان قد حرم على القاضي النطق بما يعلم فالأولى أن يحرم عليه العمل به.[4]

ثالثا: المقارنة:

يتفق كلا من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي في أنه لا تقوم المتابعة أو تحريك الدعوى العمومية إلا بتقديم شكوى على جريمة الزنا، إلا أنهما يختلفان في من له الحق في تقديم الشكوى، حيث أن التشريع الجزائري يشترط تقديم شكوى من الزوج المضرور دون سواه فإذا لم يتقدم الزوج بالشكوى فلا وجه للمتابعة في جريمة الزنا، أما الفقه الإسلامي فتقديم الشكوى أو الإخبار عن جريمة الزنا يمكن أن تكون من أي شخص عاين أو شاهد جريمة الزنا، غير الزوج، أوعن طريق إقرار ذاتي لدى الحاكم أو الإمام بإخبار من الزوج.

وكما نلاحظ أن الشكوى في التشريع الجزائري إما أن تكون بالكتابة أو شفاهة، حيث أنه من المستحسن وفي الواقع أن تكون كتابة ، أما في الفقه الإسلامي فيكون الإخبار عن الزنا شفاهة وصراحة ولا يقبل أي غموض فيه.

1-موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص191.

2-سورة النساء، الآية 14.

3-سورة النور، الآية 15.

4-عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص431.

الفرع الثاني: التنازل عن الشكوى

سنبين في هذا الفرع كيفية التنازل عن الشكوى في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي مع إجراء مقانة بينهما:

أولا: في التشريع الجزائري:

تنص المادة 339 من ق.ع: «...إن صفح زوج المضرور يضع حدًا للمتابعة» وبالتالي فإن صفح الزوج المضرور لزوجه الزاني يضع حدًا للمتابعة الجزائية لكل من الفاعل الأصلي ولشريكه وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة التي تحكم الدعوى العمومية حيث جاءت في نص المادة 3/6 ق.إ.ج:« تنقضي الدعوى العمومية بتنفيذ إتفاق الوساطة وبسحب الشكوى إذا كانت هذه شرطا لازما للمتابعة»،[1] والصفح المنهي للمتابعة مثله مثل الشكوى لا يخضع لشكل محدد فقد يتم صراحة بسحب الشاكي شكواه وقد يتم ضمنيًا باستئناف الطرفين للحياة الزوجية،[2] وما تجدر ملاحظته من خلال نص المادة 339 ق.ع عدم توضيح المشرع لمدى تأثير الصفح في حالة ما إذا أصبح الحكم نهائيا وهذا بخلاف نص المادة 340 الملغاة بموجب القانون رقم 04/82 التي كانت تنص: "صفح الزوج المضرور يضع حدًا للمتابعة المتخذة ضد الزوجة وإن الصفح الذي يمنح بعد صدور حكم غير قابل للطعن يوقف أثار ذلك الحكم بالنسبة للزوج الذي صدر الصفح لصالحه".

فيكون الصفح الصادر قبل الحكم النهائي دال على براءة الزوج المتهم بفعل الزنا فتأمر النيابة العامة بحفظ الأوراق إذا لم تحرك الدعوى العمومية، أما إذا باشرت الدعوى وكان الأمر في يد قاضي أو أمام قضاة الموضوع فتصدر هذه الجهة حكما بانقضاء

1- المادة 6 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون إجراءات الجزائية المعدل المتمم بالأمر15-02 المؤرخ في 7شوال1436 الموافق ل23 يوليو2015،جريدة رسمية العدد40.

2- دردوس مكي، المرجع السابق، ص120.

الدعوى العمومية لسحب الشكوى بالصفح، أما إذا كان الصفح صادرا بعد صدور الحكم النهائي بإدانة فيوقف تنفيذ الحكم لكل من الزوج الزاني وشريكه.[1]

والحكم أو القرار الصادر بعد الصفح يتضمن انقضاء الدعوى العمومية بسبب الصفح وليس البراءة لأن واقعة الزنا تمت معاينتها.[2]

لقد أجاز المشرع المصري للزوج الحق بوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها على الزوجة الزانية وذلك في نص المادة 274 من ق.ع المصري العقوبة المحكوم بها حتى ولو صدر حكم نهائي وبدأ سريان تنفيذ العقوبة وهذا الحق مقصور على الزوج فقط دون ورثته بعده أولاده ولم يمنح المشرع المصري هذا الحق للزوجة التي زني زوجها.[3]

ولكن حسب ما جاءت به هذه المادة فإن هذا الحق قائم على شرط وهو أن يرضى الزوج معاشرته لها كما كان سابقا ويعتبر هذا الحق بمثابة العفو عن العقوبة.[4]

وهذا على عكس المشرع الجزائري الذي لم يعطي هذا الحق للزوج وإنما هو من سلطات رئيس الجمهورية الذي هو الوحيد الذي يستطيع إعفاء المتهم من العقوبة أو وقف تنفيذها وليس فقط في جريمة الزنا.

ويعتبر الصفح ذو طابع نهائي ولا يمكن التراجع عنه وبالتالي فإن الدعوى العمومية تنقضي بصفة نهائية ولا يمكن تحريكها مجددا إلا بموجب شكوى جديدة ولكن يجب أن تكون هناك وقائع جديدة غير الوقائع السابقة.

وفي حالة ما إذا كان الزوج الزاني له عدة زوجات فإن صفح إحداهن لا يجعل الدعوى العمومية تنقضي بل يجب أن يصدر الصفح عنهن جميعًا.[5]

1- أوهايبية عبد الله، المرجع السابق، ص106.

2- آث ملويا لحسن بن شيخ، المرجع السابق، ص143.

3- أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص108.

4-عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص249.

5- أث ملويا لحسن بن شيخ، المرجع السابق، ص143.

أما في حالة وفاة الزوج المذنب(الزوج الزاني) فلا يجوز متابعة الشريك إذا توفي قبل تقديم الشكوى وتتوقف المتابعة إذا توفي الزوج المذنب بعد تقديم الشكوى.

أما إذا توفي الزوج المضرور بعد تقديم الشكوى فلا يضع ذلك حدًا للمتابعة الجزائية وتظل قائمة.[1]

وفيما يخص الشكوى المقدمة قبل الطلاق فتبقى سارية المفعول وتستمر إلى ما بعد الطلاق من أجل المتابعة على وقائع فعل الزنا، أما في حالة الطلاق فلا يمكن تقديم الشكوى لأن الشاكي لم يعد له صفة الزوجية التي تتطلبها المادة 339 ق.ع.[2]

ثانيا: في الفقه الإسلامي:

فانقضاء دعوى الزنا في الفقه الإسلامي يتمثل في رجوع المقر عن إقراره بالزنا سواء برجوعه عن شبهة أو لسبب غيره، وكذلك رجوع الشهود عن شهادتهم بعد الإدلاء بها سواء قبل إقامة الحد أو أثنائه، أو بعد فقر شهادة الزوج لشهادة أخرى غير شهادته، وفي حالة تواجد هذه الحالات الثلاثة تسقط المتابعة في جريمة الزنا في الفقه الإسلامي.

1- فقر شهادة الزوج إلى شهادة أخرى:

إذا شهد أربعة بالزنا على امرأة أحدهم زوجها، فإذا جاء الزوج شاهدا لا قاذفا، وكان عادلا، وجاء ثلاثة شهود فقد تمت الشهادة ووجب الرجم عليها، في أنهم أربعة شهود، وإذا كان الزوج قاذفا فلا بد من أربعة غيره.

1- بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص141.

2- دردوس مكي، المرجع السابق، ص121.

و إن كان الزوج غير عادل، أو كان عادلا وكان في اللذين معه غير عادل فلا حد على الشهود، وليس الشهود بقاذفين، فلا حد عليهم، ولا حد على الزوج، ولا لعان لأنه ليس قاذفا.[1]

أما الحنفية والشافعية والحنابلة، قالوا: لا تجوز شهادة الزوج مع شهود الزنا على زوجته لأنه منهم في أداء هذه الشهادة، فلا تقبل شهادته.[2]

2- الرجوع عن الشهادة:

إذا رجع الشهود عن الشهادة أو واحد منهم، فيرى مالك أن يحد الشهود الراجعون عن شهادتهم حد القذف إذا كان الرجوع بعد، أما إذا كان الرجوع قبل الحكم فيحد جميع الشهود ولو كان الرجوع من أحدهم فقط لأن الشهادة لم تكمل.[3]

أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف، لو رجع الشهود عن شهادتهم على محصن بالزنا بعد أن حكم القاضي عليه بالرجم فرجم، ضمنوا ديته، و لو أنكر الشاهد شهادته بعد الحكم بالرجم، لا يضمن شيئا من الدية لأن إنكار الشهادة ليس برجوع ، بالرجوع أن بقول: كنت مبطلا عن الشهادة".[4]

أما عند الشافعية، فإذا رجع واحد يجب قتله، لأنه كان سبب في قتل المتهم ظلمًا.[5]

1-الإسلام الشريف محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني ،المرجع السابق، ص417.

2- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص69.

3- عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص422.

4- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص50.

5- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص71.

3-الرجوع عن الإقرار:

من أقر بالزنا فأمر الإمام بجلده أو رجمه، فرجع عن الإقرار قبل أن يفعل ذلك به درأ عنه الحد، ويخلى سبيله.[1]

فقال جمهور العلماء يقتل برجوعه، إلا إن رجع إلى شبهة قبل رجوعه، وأما إن رجع إلى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان:

أحدهما يقبل وهي الرواية المشهورة، والثانية: لا يقبل رجوعه وإنما صار الجمهور إلى تأثير الرجوع في الإقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ماعزا وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع وهذا قول مالك.[2]

وقال أبو حنفية والشافعي وأحمد: إذا اعترف شخص عند القاضي بالزنا، ثم رجع عن إقراره بعد الحكم بالحد، أو بعد إقامة بعض الحد، أو هرب، فإنه يسقط عنه الحد، عملاً بحديث «أدرءوا الحدود بالشبهات».[3]

ويستحب للإمام أو الحاكم الذي يثبت عنده الحد بالإقرار التعريض له بالرجوع إذا تم والوقوف عن إتمامه إذا لم يتم.[4]

ثالثا: المقارنة:

من خلال دراسة عنصر التنازل عن الشكوى في جريمة الزنا في كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي، يمكن القول أن وجه الشبه بينهما منعدم لأن تنازل الزوج المضرور عن الشكوى في التشريع الجزائري يضع حدًا للمتابعة الجزائية، بينما

1- أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي،المرجع السابق، ص133.

2- أبو الوليد محمد بن أمحمد بن محمد ابن أحمد رشد القرطبي الأندلسي، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، حققه عبد الله العبادي ،المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع،لبنان،1990 المرجع ، ص2248.

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص57.

4- موقف الدين أبي محمد بن محمود بن قدامة، المرجع السابق، ص192.

في الفقه الإسلامي لا يملك الزوج حق الصفح عن زوجته كون حد الزنا من حدود الله (حق الله) إذ لا تجوز الشفاعة فيها .

كما يختلفان أيضًا أن التشريع الجزائري لإنتهاء المتابعة في جريمة الزنا قائم على تنازل أو صفح الزوج المضرور دون غيره، في حين نجد أن في الفقه الإسلامي تقابله حالة رجوع الشهود عن شهادتهم سواء قبل الحد أو أثناء إقامة الحد وكذلك الرجوع عن الإقرار، كأن يرجع المقرر عن إقراره إلى شبهة ، وكذلك فقر شهادة الزوج إلى شهادة آخرى غير شهادته على الزنا ففي هذه الحالة يسقط حد الزنا.

في التشريع الجزائري تعتبر وفاة الزوج المضرور قبل تقديم الشكوى من أسباب إنتفاء المتابعة في جريمة الزنا، بينما في الفقه الإسلامي وفاة الزوج المضرور لا يسقط حد الزنا باعتبار ان المتابعة في جريمة الزنا غير قائمة على شكوى الزوج المضرور.

المطلب الثاني: وسائل إثبات جريمة الزنا:

الأصل أن كافة الجرائم يجوز إثباتها بكافة الوسائل القانونية مثل الإعتراف والشهادة والمعاينة والقرائن وكذلك يكون للقاضي السلطة التقديرية لتقدير قيمة وقوة الدليل المقدم في الدعوى، غير أنّ المشرع الجزائري بالنسبة لجريمة الزنا وخروجًا عن الأصل قرر وسائل وطرق خاصة لإثبات هذه الجريمة ولقد جاءت المادة 341 ق.ع تبين على سبيل الحصر وسائل إثبات جريمة الزنا وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي نجده شدد في وسائل إثبات الزنا والتي تتمثل في الشهادة والإقرار والقرائن.

ولقد قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع، إذ سيكون الفرع الأول تحت عنوان الشهادة أي حالة التلبس في القانون وشهادة الشهود في الفقه الإسلامي، أما فيما يخص الفرع الثاني حول الإقرار والفرع الثالث عن القرائن إذ نتطرق إلى الإقرار الكتابي في

التشريع الجزائري أما في الفقه الإسلامي فسنتناول حمل المرأة التي لا زوج لها ولا سيد لها.

الفرع الأول: الشهادة.

تعتبر حالة التلبس دليل لإثبات جريمة الزنا والتي تقابلها شهادة أربعة شهود في الفقه الإسلامي.

أولا: في تشريع الجزائري:

حالة التلبس:

تنص المادة 341 ق.ع على أنه: «الدليل الذي يقبل عن إرتكاب الجريمة المعاقب عليه بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما الإقرار الوارد في الرسائل أو المستندات الصادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي".

فمن خلال نص المادة 341 ق.ع الدليل الأول الذي أورده المشرع لإثبات جريمة الزنا هو محضر إثبات التلبس بالجنحة والذي يحرره ضابط من ضباط الشرطة القضائية.

ومن تم يشترط أن يعاين الجنحة ضابط من ضباط الشرطة القضائية، وهي حسب نص المادة15 ق.إ.ج المعدل بالأمر رقم 15-02: «يتمتع بصفة ضباط الشرطة القضائية:

1- رؤساء المجالس الشعبية البلدية.

2- ضباط الدرك الوطني.

3- الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمراقبين ومحافظي وضباط الشرطة للأمن الوطني.

4- ذو الرتب في الدرك، ورجال الدرك الذين أمضوا في سلك الدرك الوطني ثلاث (3) سنوات على الأقل والذين تم تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن وزير العدل ووزير الدفاع الوطني بجد موافقة لجنة خاصة.

5- الموظفون التابعون للأسلاك الخاصة للمفتشين وحفاظ وأعوان الشرطة للأمن الوطني الذين أمضوا تعيينهم بموجب قرار مشترك صادر عن الوزير العدل ووزير الداخلية والجماعات المحلية بعد موافقة لجنة خاصة.

6- ضباط وضباط الصف التابعين للمصالح العسكرية للأمن الذين تم تعيينهم خصيصًا بموجب قرار مشترك صادر عن وزير الدفاع الوطني ووزير العدل.

يحدد تكوين اللجنة المنصوص عليها في هذه المادة وتسييرها بموجب مرسوم».

ويشترط أن تكون الجنحة متلبسا بها والتلبس بالجنحة حسب ما جاءت به المادة 41 ق.إ.ج:"توصف الجناية أو الجنحة بأنها في حالة تلبس إذا كان مرتكب في الحال أوعقب ارتكابها...".

كما تعتبر الجناية أو الجنحة متلبسا بها إذا كان الشخص المشتبه في ارتكابه إياها في وقت قريب جدا من وقت وقوع الجريمة قد تتبعه بالصياح أو وجدت في حيازته أشياء أو وجدت أثار أو دلائل تدعو إلى افتراض مساهمته في الجناية أو الجنحة..."

وعليه فإن التلبس يكون بأن يقوم ضابط الشرطة القضائية بمشاهدة المتهمين في وضع يدل دلالة قاطعة على ممارسة فعل الزنا وأن يحرر محضرًا يدونه بنفسه أو أحد رفاقه أو معاونيه ثم يقدمه إلى وكيل الجمهورية دون أن تكون له سلطة في إلقاء القبض على المتهمين وتقديمهم أو اقتيادهم إلى ممثل النيابة العامة إلا إذا قام الزوج المضرور بتقديم الشكوى قبل الشروع في تحرير محضر التلبس.[1]

1- سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص102.

ويؤخذ على هذا الإجراء أنه لا يمكن العمل به في الليل بين الساعة الثامنة مساءا والساعة الخامسة صباحا لتفادي الوقوع تحت طائلة إنتهاك حرمة منزل وذلك إستنادًا للمادتين 47 ق.إ.ج والمادة 135 ق.ع.[1]

أما من الناحية الواقعية يكاد يكون من مستحيل مشاهدة الزاني متلبسا بجريمة الزنا من طرف ضابط الشرطة القضائية خاصة أنه يجب الكشف عن التلبس بطريقة مشروعة بمعنى أن لا يكون مثلا عن طريق التجسس على المنازل.

ومن المتفق عليه أنه يكفي شهادة بعض الشهود برؤيتهم مرتكبي الزنا في حالة تلبس بجريمة الزنا بشرط أن تكون المشاهدة قد حصلت عن طريق مشروع كأن يوجد شخصان يرتكبان فعل الزنا داخل سيارة في مكان معين فالناس في تلك المنطقة يمكنهم الشهادة برؤية ذلك.[2]

و يجوز لكل شخص عاقل وبالغ وتنتفي فيه الموانع القانونية أن يسمع كشاهد بغض النظر عن جنسه أو سنه أو علاقته بالأطراف أو مركزه الاجتماعي إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك فلا تستبعد من الشهادة إلا من كان مميز لصغر سنه أو كان فاقد لقدراته العقلية عملاً بنص المادة 288 ق.إ.ج.[3]

وقد أكدت المحكمة العليا في قرار لها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 20/ 03/ 1984 فصلا بالطعن رقم34051 الذي جاء فيه أن:"... حالة التلبس بجريمة الزنا لا تحتاج حتما إلى معاينتها من طرف ضابط الشرطة القضائية وأنه من الضروري

1- دردوس مكي، المرجع السابق، ص117.

2- نجيمي جمال، جرائم الآداب والفسوق والدعارة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص386.

3- نجيمي جمال، إثبات الجريمة في ضوء الاجتهاد القضائي، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2011،ص309.

أن نثبت الجريمة بدليل يقام حسب طرق الإثبات العادية كشهادة يؤكد فيها أنه وقف على الفاعلين في الحين الذي كانت ترتكب فيه جريمة الزنا أو بعد حدوثها بقليل...».[1]

إن المشرع المصري لا يشترط لإثبات جريمة الزنا أن بشاهد الزوج الجريمة أثناء وقوعها لأنه نادرا بل مستحيل ضبط الطرفين متلبسان بجريمة الزنا لأن الطرفان قد اتخذا غالبية الاحتياطات اللازمة.

ويكفي لتوافر حالة التلبس بالزنا تواجد الزوجة وشريكها في ظروف تنبئ بذاتها بارتكاب فعل الزنا ولا مجال للشك، كما لو ضبط الزوج زوجته بملابس داخلية مع شريكها في حجرة واحدة بفندق وفي ساعة متأخرة من الليل.[2]

ففي حالة التلبس يكون ضباط الشرطة القضائية هم الشهود على فعل الزنا وعليهم تحرير ذلك في محضر التلبس.

ثانيا: في الفقه الإسلامي:

الشهادة (البينة):

البينة هي شهادة أربعة رجال، ذكور، على الزنا بأن يقولوا رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة، على حد تعبير الفقهاء،[3] لقوله تعالى: وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ فَإِن شَهِدُواْ فَأَمۡسِكُوهُنَّ فِي ٱلۡبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلۡمَوۡتُ أَوۡ يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلٗا ١٥ "[4]

1- المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخلفات، العدد2، الجزائر، سنة 1990، ص269.

2-طارق سرور، المرجع السابق، ص261، 262.

3-وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص47

4-سورة النساء، الآية 15.

قال الله تعالى:"لَّوۡلَا جَآءُو عَلَيۡهِ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَۚ فَإِذۡ لَمۡ يَأۡتُواْ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُوْلَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلۡكَٰذِبُونَ ١٣ ".[1]

كما أجمع الفقهاء على أن الشهادة على الزنا: أربعة لا يقبل أقل منهم[2]، ويشترط في الشهود أن يكونوا عقلاء، أحرارا وعدولاً وبالغين، ومسلمين، والمعاينة.

أن يكونوا عقلاء: فلا تقبل شهادة المجنون ونحوه، لقول النبي صلى الله عليه سلم لماعز لما شهد على نفسه «...أبك جنون؟...».[3]

أن يكونوا أحرارًا، فلا تقبل شهادة العبيد.

أن يكونوا عدولاً، فلا تقبل شهادة الفاسق،[4] قال تعالى:" لَّوۡلَا جَآءُو عَلَيۡهِ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَۚ فَإِذۡ لَمۡ يَأۡتُواْ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُوْلَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلۡكَٰذِبُونَ ".[5]، ولا تقبل شهادة من لا تعلم عدالته لجواز أن يكون فاسقًا.[6]

وكذلك البلوغ لقوله تعالى:"ۚ وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ مِمَّن تَرۡضَوۡنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ٢٨٢".[7]

1-سورة النور، الآية13.

2- أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النسابوري ، المرجع السابق، ص125.

3-صحيح المسلم، المرجع السابق، الحديث رقم16، ص808.

4-أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص34.

5-سورة الطلاق، الآية 02.

6-أحمد فتحي بهنسي، جرائم في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص128.

7- سورة البقرة، الآية 282.

فإن لم يكن بالغا فلا تقبل شهادته، لأنه ليس من الرجال، ولا ممن ترضى شهادته، ولو كانت حاله تمكنه من أداء الشهادة على وجهها والصبي كذلك ليس أهلاً لأن يتولى حفظ ماله فلا يتولى الشهادة على غيره لأن الشهادة من باب الولاية.[1]

كذلك يشترط الذكورة وأن يكونوا رجالاً كلهم، فلا تقبل فيه شهادة النساء، لا نعلم فيه خلافا إلا ما روى عن عطاء وحماد أنه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان والجمهور أن هذا شذوذ لا يعول عليه لأن لفظ الأربعة اسم لعدد المذكرين ويقتضي أن يكتفى فيه بأربعة ولا خلاف في أن أربعة إذ كان بعضهم نساء لا يكتفي بهم.[2]

ويجب أن يكون الشهود مسلمين، فلا تقبل الشريعة شهادة غير المسلم، لأن الكفار لا عدالة لهم، سواء كانت الشهادة على المسلم أم الذمي، وقد إستدلوا الفقهاء على قوله تعالى:" فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ ۖ"،[3] وقوله تعالى:" وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ".[4] وهذا رأي الحنابلة، أما عند أبي حنفية، فإن شهادة غير المسلم لا تقبل على المسلم، ولكن تقبل شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض.[5]

كما يجب أن تكون الشهادة بمعاينة فرجه في فرجها ولو قال الشهود تعمدنا النظر في فرجها قبلت شهادتهم، وقال البعض إلا يقبل لإقرارهم على أنفسهم بالفسق، لأن النظر إلى عورة الغير عمدًا فسق، وإنما تقبل شهادتهم إذا وقع اتفاقا من غير قصد.[6]

1- السيد السابق، المرجع السابق، ص267.

2- أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي،المرجع السابق، ص127-128.

3- سورة النساء، الآية 15.

4- سورة الطلاق، الآية 02.

5- خلود سامي آل معجون، إثبات جريمة الزنا بين الفقه والقانون، د.ط، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب، الرياض، 1992، ص53.

6- أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص57.

ويقول أبي حنفية أنه يباح النظر ضرورة لأن القصد فيه للحاجة "وهي الشهادة" جائز كالطبيب والقابلة، والحاجة هنا ثابتة لإقامة الحد.[1]

واتفق جمهور الفقهاء على أن شرط هذه الشهادة أن لا تختلف لا في زمان ولا في مكان، إلا ما حكي عن أبي حنيفة من مسألة الروايا المشهورة، وهو يشهد كل واحد من الأربعة أنه رآها في ركن من البيت بطؤها غير الركن الذي رآه فيه الأخر.[2]

وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان؟ فإنهم أجمعوا على أنها لا تلفق، والمكان أشبه شيء بالزمان، والظاهر من التبرع قصده إلى التوثق في ثبوت هذا الحد أكثر منه في سائر الحدود.

أما إذا شهد اثنان على رجل بالزنا، وقالا: استكراها، وقال آخران: بل كان الزنا طواعية، فقد اختلف الفقهاء في ذلك، يرى الإمام أبو حنيفة والمالكية والشافعية والحنابلة قالوا: لا حد عليها هذه الحالة وترد شهادة الشهود لوجود شبهة تدرأ الحد، وهي تضارب الشهود في أقواهم.[3]

ويجب أن يكون التصريح بالإيلاج لا بالكناية.[4]

ثالثا: المقارنة:

يمكن الاستخلاص مما سبق أن لجريمة الزنا خصوصية في طرق إثباتها سواء في القانون الجزائري أوفي الفقه الإسلامي، إلا أنهما يختلفان في الشهادة ، حيث نجد أن الفقه الإسلامي أخذ بالشهادة كدليل قاطع في إثبات الزنا بشرط أن يكون عدد الشهود أربعة على أن يكونوا قد شاهدوا فعل الزنا بأنفسهم، في حين أخذ المشرع الجزائري بحالة

1- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص36.

2- أبو الوليد محمد بن محمد بن محمد ابن أحمد بن راشد القرطبي لأندلسي، المرجع السابق، ص2248.

3- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص68.

4- السيد السابق، المرجع السابق، ص267.

التلبس بجريمة الزنا دون الشهادة حتى وإن كان التلبس عبارة عن شهادة دون إشتراط العدد بل يكفي شهادة بعض أفراد الشرطة القضائية حتى و إن لم يشاهدوا فعل الزنا كامل.

كما أن الشهادة في الفقه الإسلامي لا تشترط قيام دعوى سابقة على الشهادة فيجوز أن يتقدم الشهود بالشهادة دون قيام دعوى الزنا ويترتب عليها قيام الدعوى بخلاف التشريع الجزائري الذي يشترط للإدلاء بالشهادة قيام دعوى الزنا.

الفرع الثاني: الإقرار

يعتبر الإقرار دليل على إثبات الزنا وهو أن يعترف الفاعل بارتكابه لفعل الزنا وسنتطرق في هذا الفرع إلى الإقرار القضائي في القانون الجزائري والإقرار في الفقه الإسلامي، ثم إبراز الاختلاف والتشابه بينهما.

أولا: في التشريع الجزائري(الإقرار القضائي).

وهو الإقرار الوارد في محاضر قضاة التحقيق أو النيابة العامة أو أثناء المحاكمة أمام رئيس الجلسة أو الاعتراف اللفظي أثناء الإستجواب.[1]

إن قانون الإجراءات الجزائية لم يعرف الإقرار على عكس ما هو وارد في القانون المدني الذي عرفه في المادة 341 منه بقوله: " الإقرار هو إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

وكما حدد أيضا خصائصه في المادة 342ق.م على أن : " الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى"، ولا يشترط أن يكون الإعتراف كتابة بل يجوز أن

1-بن وارث.م، المرجع السابق، ص152.

يكون شفاهة كما هو الحال أثناء إستجواب المتهم أمام محكمة الجنح ويشترط أن يدون الإعتراف في سجل المرافعات حتى يمكن الرجوع إليه عند الإقتضاء.

وكما قد يصدر الإعتراف كتابة في محضر رسمي كأن يعترف المتهم بإرتكابه لفعل الزنا أمام قاضي التحقيق قد يكون ذلك في حالة الإستماع عند الحضور الأول أو في محضر الإستجواب أو في محضر آخر ويقوم قاضي التحقيق بتدوين ذلك الإعتراف في محضر رسمي بواسطة الكاتب ويوقع المتهم على ذلك المحضر.[1]

وعليه يجب أن يكون الإقرار صريحا وليس استنتاجا كالتصالح مع الضحية وصادر عن إرادة حرة لا يشوبها إكراه أو غلط أو تدليس ويجب أن يكون المعترف متمتعا بكافة قواه العقلية فلا يؤخذ بإقرار المجنون والمعتوه والصبى المميز أو تصريحات شخص تحت تأثير عوامل الترهيب أو الترغيب، ويبقى الأمر متروك لسلطة التقديرية للقاضي فيجوز له الاعتماد على هذا الاعتراف كما يجوز له استبعاده، وعليه فإن الاعتراف يبقى حجة قاصرة على المعترف دون أن يتعدى إلى شريكه في الزنا.[2]

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها صادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 2000/11/22 فصلا في الطعن رقم 210717 وقد جاء فيه: "...إن الإقرار القضائي في جريمة الزنا شخصي يلزم المقر وحده دون غيره وأن القضاء بإدانة المتهم بناء على إقرار الزوجة الزانية وحدها وفي غياب إقرار المتهم يعد قصورا في التعليل وسوء تطبيق القانون يعرضه للنقض...".[3]

1-آث ملويا لحسن بن شيخ، المرجع السابق، ص ص146، 147.

2-نجيمي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الإجتهاد القضائي،المرجع السابق، ص 159.

3-المجلة القضائية،المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، العدد1،الجزائر، سنة 2002، ص263.

وبالتالي فإن الإعتراف يجب أن يكون أمام القضاء ويشمل ذلك الإعتراف أمام قاضي التحقيق في محضر الإستجواب، أما الإعتراف أمام وكيل الجمهورية فلا يعتد به إلا إذا تم في محضر رسمي يوقع عليه المتهم وكاتب النيابة فضلا عن وكيل الجمهورية[1].

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1984/06/12 عن غرفة الجنح والمخالفات فصلا في الطعن رقم 28837 حيث: " يعتبر إقرار قضائيا ويلزم صاحبه إعتراف المتهم أثناء إستجوابه من طرف وكيل الجمهورية بأنه ساهم في إرتكاب جريمة الزنا"[2] ، أما بالنسبة لإعتراف المتهم أمام الضبطية القضائية فإنه ليس إعترافا قضائيا ولا يجوز الإعتماد عليه وحده لتأسيس حكم الإدانة.[3]

ثانيا: في الفقه الإسلامي

وعرفته الحنفية بأن يقر البالغ العاقل أربع مرات بالزنا عند القاضي في أربعة مواطن.[4] يرده القاضي في كل مرة حتى لا يراه، ثم يسأل الشهود إلا عن الزمان، فإذا بين ذلك لزمه الحد[5]، ويشترط في الإقرار بالزنا شروط هامة:

-العقل: فلا يصح إقرار المجنون في الزنا، فإن كان جن مرة وفاق أخرى فأقر في إفاقته أنه زنى وهو مفيق أو قامت عليه بينة أنه زنى في إفاقته فعليه الحد، فإن أقر مراهق وادعى أنه غير بالغ، فالقول قوله وعلى المقرله أن يقيم البينة على بلوغه، ولا يحلف

1-بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص139.

2-القرار صادر يوم 12جوان 1984 عن غرفة الجنح والمخالفات فصلا في الطعن رقم 28837، أنظر بغدادي جيلالي الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول ، د.ط، الجزائر، 1996، ص18

3 -نجيمي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص172.

4-وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص53.

5- الفقيد المحدث عبد الله بن محمد محمود المنوصلي، الاختيار التعليل المختار، حققه شعيب الأرنووط و آخرون الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الرسالة العلامية، سوريا،2009، ص.45

المقر لأن حكمنا بأنه غير بالغ[1]، كما يجب أن لا يكون بإكراه لأن المكره والمجنون لا حكم لكلاهما والظلم مرفوع عنه.[2]

-النطق: وهو أن يكون الإقرار بالخطاب والعبارة، دون الكتابة أو الإشارة[3] ، أما إقرار الأخرس إذا أقر بالزنا بكتابة أو إشارة ولو كانت مفهومة، لا يقام عليه الحد للشبهة بعدم الصراحة في الإقرار وهي تدرأ الحد الأدنى عن الزاني، واتفقوا كذلك: على أن الشهادة على الأخرس بالزنا لا تقبل احتمال أنه يدعي شبهة الشهادة بخلاف الأعمى، فقد اتفق العلماء على أن يصح إقرار الأعمى بالزنا ويقام عليه الحد وتصح الشهادة عليه وتقبل.[4]

-أن يكون أربع مرات: والناظر في حديث النبي صلى الله عليه وسلم يجد أنه اكتفى في بعض المرات بإقرار واحد، وفي بعضها كان الإقرار أربع مرات وهذا سبب الاختلاف.[5]

فعند الحنفية والحنابلة يجب أن يكون الإقرار مكررا أربع مرات في حد الزنا خاصة بأن يقر أربع مرات على نفسه مع كونه بالغا وعاقلا، طلبا للتثبيت في إقامة الحد ولأن ماعز أقر أمام الرسول صلى الله عليه وسلم، وقال المالكية والشافعية: يكفي في وجوب الحد إقرار واحد لأن من المستبعد كذب الإنسان لنفسه. [6]

-أن يكون مفصلا مبينا لحقيقة الفعل: بحيث تزول كل شبهة في الإقرار خصوصا وأن الزنا يعبر به عما لا يوجب الحد كالوطء خارج الفرج والأصل في الإستفصال والتبين هو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقد جاءه ماعز يعترف بالزنا ويكرر اعترافه فسأل

1-موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المرجع السابق، ص180،179.

2-عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص435.

3-وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص53.

4-عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص80.

5-مهران ماهر عثمان نوري، النهج القرآني في الوقاية من فاحشة الزنا،د.ط، د.د.ن،د.س، ص35.

6-وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص54.

صلى الله عليه وسلم هل به جنون أو هو شارب خمر وأمر أن يشم رائحته وجعل يستفسره عن الزنا فقال له:" لعلك قبلت أو غمزت".[1]

-**تعدد مجالس الإقرار بالزنا:** وهو أن يقر أربعة مجالس متفرقة لأن الرسول صلى الله عليه وسلم، اعتبر باختلاف مجالس ماعز، حيث كان يخرج من المسجد في كل مرة ثم يعود إلى مجلسه عليه الصلاة والسلام ولم يختلف وهذا هو مذهب الحنفية،[2] أما الحنابلة وابن أبي ليلى: قالوا يكفي بالإقرار أربع مرات ولو في مجلس واحد فالإقرار صحيح.[3]

-**أن يكون الإقرار بين يدي الإمام أو القاضي:** وإلا لم يعتبر، لأن إقرار ماعز كان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن شهد شهود على إقرار شخص أربع مرات في مجالس مختلفة أمام من ليس له إقامة الحد، فلا يقبل القاضي هذه الشهادة لأن الزاني إن كان منكرا، فقد رجع عن الإقرار وإن كان مقرا، فلا عبرة لشهادة مع الإقرار.[4]

-**الإقرار حجة قاصرة:** الإقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة في حق المقر، ولكن أبا حنفية يرى أن لا يحد الرجل المقر لأن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للمنفى عنه فأورث شبهة الإنتفاء في حق المقر لأن الزنا فعل واحد يتم بها فإن تمكنت فيه شبهة تعدت إلى طرفيه.[5]

ثالثا: المقارنة:

نستنتج مما سبق أن التشريع الجزائري يتفق مع الفقه الإسلامي في جعل الإقرار دليلا خاصا في إثبات جريمة الزنا ، فهو حجة قاصرة على المقر ولا تتعدى إلى الغير بشرط أن يكون أمام الحاكم أو القاضي دون سواهم، إلا أنهما يختلفان في شرط تكرار

1-عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص434.

2-وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص54.

3-عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص77.

4-وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص55.

5-عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص435.

الإقرار إذ يشترط الفقه الإسلامي تكرار الإقرار عدة مرات، في حين لايشترط ذلك في القانون الجزائري بل يكفي أن يقر الزاني مرة واحدة.

الفرع الثالث: القرائن:

تتمثل هذه القرائن في التشريع الجزائري في الإقرار الكتابي، وفي الفقه الإسلامي تتمثل في حمل مرأة لا زوج لها ولا سيد وهذا ما سنبنيه في هذا الفرع.

أولا: في التشريع الجزائري:

الإقرار الكتابي هو كل مخطوط وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم أو شريكه كأن تصف في هذا الرسائل الفعل الجنسي المرتكب من طرف الجاني أو الجانية ويمكن أن ترد كذلك الصور والرسائل الهاتفية أو الإلكترونية ويشترط التأكد أنه صادر من المتهم.[1]

ويجب أن يكون الإقرار كتابي وعلى ذلك فالإقرار الشفهي والإقرار الوارد في غير رسائل ومستندات لا يصح كدليل مقبول لإثبات جريمة الزنا كأن يكون هناك مثلا تسجيل الصوت في أقراص تابعة للمتهم أو موجودة في جهاز الحاسوب التابع له.[2]

كذلك لا يعتد بشريط الفيديو كدليل إثبات للجريمة هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 2009/06/24 فصلاً في الطعن رقم 443709 أنه لا يشكل شريط الفيديو دليلا من الأدلة المحددة على سبيل الحصر لإثبات جريمة الزنا لأن أدلة الإثبات في جريمة الزنا جاءت على سبيل الحصر في نص المادة 341 ق.ع.[3]

1- بن وارث، م، المرجع السابق، ص151.

2- أث ملويا لحسن بن شيخ، المرجع السابق، ص144.

3- المجلة القضائية، غرفة الجنح والمخالفات، العدد2، سنة 2009، ص380 إلى 383.

وعليه فللقاضي السلطة التقديرية في تقدير مدى صحة الإعتراف الواردة في هذه الرسائل وقيمة محضر الإثبات، فإن شاء أخذ بأدلة الإثبات وإن شاء برأ المتهم.[1]

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات بتاريخ 1986/12/30 فصلا في الطعن رقم 41320 وقد جاء فيه مايلي:"...من أدلة الإثبات في جريمة الزنا الإقرار الوارد في رسائل أو المستندات صادرة من المتهم غير أنه لا يكفي للحكم بالبراءة القول بأن العبارات الواردة في الرسائل المضبوطة أثناء التحقيق لا تعتبر إقرارًا بل لا بد على قضاة الاستئناف أن يتطرقوا إلى هذه العبارات في قرارهم وأن يتفحصوها ويبحثان عن معناها الحقيقي وإلا كان قضاؤهم مشوب بالقصور مما يستوجب نقضه...".[2]

ثانيا: في الفقه الإسلامي:

إن القرينة المعتبرة في الزنا هي ظهور الحمل على امرأة غير متزوجة أو لا يعرف لها زوج ولا شبهة الزواج وقد اختلف فيه الفقهاء.

فقال البعض منهم أبو حنفية لا تحد، وقال مالك: عليها الحد إذا كانت مقيمة غير غريبة إلا أن تظهر أمارة الإكراه عليها بأن تأتي مستغيثة أو صارخة.

وقال الحنابلة: لا تحد المرأة بالحمل لأنه يحتمل أنه من وطء إكراه أو شبهة والحد يسقط بالشبهات.[3]

1- سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص102.

2-القرار الصادر يوم 12ديسمبر1986 فصلا في الطعن رقم 41320، أنظر بغدادي جيلالي، المرجع السابق ص17-18.

3- أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في فقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الخامسة، دار الشروق، مصر، 1989 ص196-197.

أما الشافعية فعندهم روايتان أظهرهما أنها لا تجب عليها الحد وإن لم تأت في دعوى الاستكراه بأمارة تدل على صدقها ولم تأت في دعوى الزوجية بينة لأن الحد لا يثبت إلا بشهود أو إقرار ولم يثبت هنا، ولأن الحدود تسقط بالشبهات وهذه شبهة فمجرد الحمل لا يثبت به الحد بل لابد من الإعتراف أو البينة.[1]

والحمل ليس قرينة قاطعة على الزنا بل هو قرينة تقبل الدليل العكسي فيجوز إثبات أن الحمل حدث من غير زنا ويجب درء الحد عن الحامل كلما قامت شبهة في حصول الزنا أو حصوله طوعا، فإذا كان هناك مثلا إحتمال بأن الحمل حدث دون إيلاج لبقاء البكارة إمتنع الحد إذ قد تحمل المرأة من غير إيلاج بأن يدخل ماء الرجل في فرجها إما يفعلها أو بفعل غيرها أو نتيجة وطء خارج الفرج أو يكون نتيجة وطء بإكراه أو بخطأ وجب درء الحد.[2]

ثالثا: المقارنة:

لقد أخذ كل من التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي بقرائن خاصة في إثبات جريمة الزنا، غير أنهما يختلفان من حيث نوع القرينة، حيث أخذ المشرع الجزائري بالإقرار الكتابي الذي تندرج فيه الرسائل والمستندات الصادرة من المتهم، في حين أخذ الفقه الإسلامي بقرينة حمل امرأة لا زوج لها و لا سيد لها.

1- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص87.

2- عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص144.

المبحث الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الزنا.

إذا ثبتت جريمة الزنا في حق مرتكبها فعلى القاضي توقيع العقوبة عليه ، والغاية من ذلك ردع الجريمة، ولقد جعل الإسلام الزنا من جرائم الحدود فهي حق من حقوق الله وليس للأفراد تعديل الحد أو إسقاطه، إذ يوقع حد الرجم على المحصن و حد الجلد على غير المحصن اضافة إلى التغريب للذكر البكر، عكس التشريع الجزائري الذي حصر العقاب في الحبس من سنة إلى سنتين حسب المادة 339 من ق.ع؛ إذ لا تقوم جريمة الزنا إلا في حق الشخص المتزوج بشرط أن تكون الرابطة الزوجية قائمة أثناء ارتكاب فعل الزنا، وعليه سنتناول من خلال هذا المبحث العقوبة المقررة لجريمة الزنا في التشريع الجزائري و المتمثلة في الحبس أي العقوبة سالبة للحرية، أما في الفقه الإسلامي فتتمثل في الرجم حتى الموت بالنسبة للمحصن، والجلد والتغريب بالنسبة لغير المحصن و ذلك في المطلب الأول، كما سنشير إلى العذر القانوني في التشريع الجزائري أي عذر التخفيف، أما في الفقه الإسلامي فهناك اتجاهين اتجاه يبيح القتل دفاعا عن العرض واتجاه يخفف العقاب دون إباحة القتل أما في المطلب الثاني فسنتطرق إلى كيفية تنفيذ العقوبة في كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: عقوبة جريمة الزنا

سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى ذكر نوع العقوبة المقررة لمرتكب فعل الزنا في التشريع الجزائري في الفرع الأول و المتمثلة في الحبس، كما سنتناول فيه حد الزنا في الفقه الإسلامي، بينما في الفرع الثاني نبين الأعذار المخففة والظروف التشديد في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: العقوبة المقررة للزاني:

لقد قرر كل من التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي عقوبة على مرتكب فعل الزنا، وهذا ما سيتم بيانه خلال هذا الفرع.

أولا: في التشريع الجزائري

لقد نص المشرع الجزائري على العقوبة المقررة في حق مرتكب جريمة الزنا في نص المادة 339 من ق.ع ؛ حيث أنه ساوى بين عقوبة الزوج الزاني وعقوبة الزوجة الزانية بحيث قرر لها عقوبة الحبس من سنة إلى سنتين و تطبق العقوبة نفسها على الشريك إذا كان عالما بقيام الرابطة الزوجية[1].

غير أنه قبل تعديل نص المادة 339 بموجب الأمر رقم 04/82 كان المشرع يميز بين عقوبة الزوجة الزانية عن عقوبة الزوج الزاني، بحيث تطبق عقوبة الحبس من سنة إلى سنتين على الزوجة الزانية و هي أشد من عقوبة الزوج الزاني الذي يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة، تدارك المشرع الأمر وقام بتسوية العقوبة بينهما.[2]
أما القانون المصري فقد فرق بين عقوبة زنا الزوجة و زنا الزوج، إذ تعاقب الزوجة الزانية بالحبس لمدة لا تزيد عن سنتين، كما يمكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضاء معاشرتها، وله الحق في إيقاف محاكمتها في أي مرحلة كانت فيها الدعوى وقبل صدور الحكم النهائي و ذلك عملا بنص المادة 274 من ق.ع المصري[3].

ويعاقب الزاني بالزوجة أي الشريك بنفس العقوبة، أي بالحبس لمدة لا تزيد عن سنتين أما عقوبة الزوج الزاني فيعاقب بالحبس لمدة لا تزيد عن ستة أشهر حسب نص المادة 277 من ق.ع المصري، وتطبق العقوبة نفسها على شريكته بشرط أن يكون قد قام بفعل

1- دردوس مكي،المرجع السابق، ص 116.
2- بوسقيعة أحسن، المرجع السابق، ص 141.
3 -أحمد محمد أحمد، المرجع السابق، ص 137.

الزنا في منزل الزوجية، فإذا لم يرتكب الزنا في منزل الزوجية يسقط عليه العقاب و لا تقوم الجريمة في حقه[1].

أما في حالة كون الشريك متزوج و قامت زوجته بتقديم شكوى ضده فتتعدد بفعله جريمتين زنا الزوج واشتراك في زنا الزوجة، فيعاقب بهذه العقوبة باعتبارها العقوبة الأشد، أما في حالة شريكة الزوج الزاني فلم ينص القانون على عقوبة الشريكة في فعل الزنا لذا وجب تطبيق القواعد العامة في الاشتراك فتعاقب بالعقوبة المقررة للزوج الزاني[2].

وتنقضي عقوبة جريمة الزنا في حق مرتكبها إذا توافرت الظروف الثلاثة المتمثلة في الوفاة، العفو، التقادم.

1-وفاة المحكوم عليه:

إن العقوبة شخصية و لا يمكن أن يمتد تنفيذها إلى الغير، وبالتالي فوفاة المحكوم عليه تجعلها مستحيلة التنفيذ و تنقضي العقوبة.

2-العفو:

يصدر بموجب قانون يعفي من تنفيذ العقوبة عن رئيس الجمهورية طبقا للمادة 77 من الدستور[3]، والتي تنص على أن رئيس الجمهورية له الحق في إصدار العفو وحق تخفيف العقوبات واستبدالها، وهذا بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء حسب المادة 156 من الدستور.

---

1 -أحمد محمد بدوي، المرجع السابق، ص 213

2 -طارق سرور، المرجع السابق، ص 266-268

3-المادة رقم77 من المرسوم الرئاسي رقم86-438 المؤرخ في26رجب 1417 الموافق ل7ديسمبر1996 الذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، جريدة الرسمية العدد 76، المعدل والمتمم بقانون 08-10 المؤرخ 17 ذي القعدة 1429 الموافق ل15نوفمبر2008، جريدة الرسمية العدد6

ويكون العفو خاص إذا كان بناء على طلب المحكوم عليه وأي عقوبة كانت سواء عقوبة الإعدام أو السجن أو الحبس أو الغرامة، فيتخذه رئيس الجمهورية أثناء المنسبات الوطنية كالأعياد الدينية و الوطنية، و إذا كان المحكومين عليهم ممن يشملهم قرار العفو يقضون عقوبتهم داخل المؤسسة العقابية فإن العقوبة تنقضي في مواجهتهم بالنسبة للمدة الباقية منها دون شرط أو قيد، أما إذا كانت العقوبة لم تنفذ في مواجهتهم بعد وكان حكم الإدانة نهائيا فإن العقوبة تنقضي بكاملها في مواجهتهم دون قيد أو شرط علما أن العفو لا يشمل إلا العقوبة، بينما تبقى الإدانة مسجلة في صحيفة السوابق القضائية كما تؤخذ بعين الاعتبار عند حساب العود، والعفو يمس فقط العقوبات الأصلية دون العقوبات التكميلية.[1]

3-تقادم العقوبة:

وهو انقضاء حق فرض تنفيذ العقوبة، ولا يختلف بذلك مع تقادم الدعوى العمومية أو المدنية فهو نظام يستفيد منه الجانحون اللذين بإمكانهم التهرب بعد إدانتهم و منهم الفارون من السجن.

ويطبق التقادم بقوة القانون عند مرور مدة زمنية معينة، وتختلف حسب ما إذا كانت العقوبة جناية أو جنحة، وتنقضي عقوبة الجناية بمرور عشرين سنة حسب المادة 613 من ق.إ.ج وخمس سنوات بالنسبة للعقوبة الجنحة طبقا للفقرة الأولى من المادة614 ق.إ.ج وسنتين بالنسبة للمخالفات وذلك حسب المادة 615 من ق.إ.ج، أما إذا كانت العقوبة المحكوم بها تتجاوز خمس سنوات فإن مدة التقادم تعادل مدة العقوبة المنطوق بها حسب نص المادة 2/614 ق.إ.ج، ويبدأ حساب التقادم من يوم صيرورة الحكم القاضي بالعقوبة نهائيا.[2]

1- بن شيخ لحسن، مبادئ القانون الجزائي العام، النظرية العامة للجريمة والتدابير الأمن، د ط ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 215-217 .

2-بن شيخ لحسن، المرجع السابق، ص 217 218.

ثانيا: حد الزنا في الفقه الإسلامي

جرمت الشريعة الإسلامية فعل الزنا و قرر له حدا، غير أن تطبيق هذه الحدود يخضع لشروط يجب توافرها في الفاعل حتى يستوجب تطبيق الحد عليه، وهذه الشروط منها ما هو متفق عليها ومنها ما هو مختلف فيه، وتتمثل في:

_**العقل والبلوغ:** فلا حد على الصغير ولا على مكره[1]، لما روته عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلام قال:"رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل[2].

-**الإسلام:** يرى المذهب المالكي أنه لا حد على الكافر إن زنى بكافرة، لكن يؤدب إن أظهره، وإن إستكره مسلمة على الزنا قتل، وإن زنى بها طائعة نكل به وعزر، و يرى جمهور الفقهاء أنه يحد الكافر حد الزنا، ولكنه لا يرجم المحصن عند الحنفية، وإنما يجلد[3].

-**الاختيار و عدم الإكراه:** فلا حد على من أكره على أمر من الأمور[4]، قال تعالى :"مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ١٠٦"[5]

-**العلم بالتحريم :** فلا حد إلاعلى من علمه، أي كان عالما بتحريم الزنا، وكذا إن جهل غير قاصد لفعل محرم[6].

1-السيد السابق، المرجع السابق، ص 256.

2- الحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى الترمذي، المرجع السابق، الحديث رقم 1423، ص 93.

3-وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 37.

4- أبو كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 14.

5- سورة النحل، الأية 106.

6- إبراهيم محمد بن سالم بن ضويان، المرجع السابق، ص 38.

-**أن يزني بآدمية حية** : فإن أتى بهيمة فلا حد عليه باتفاق المذاهب الأربعة، وكذلك لا يحد عند جمهور الفقهاء من وطئ الميتة، ويحد في المشهور عند المالكية.

1-الجلد:

اتفق الفقهاء على أن البكر الحر إذا زني فإنه يجلد مائة جلدة سواء في ذلك الرجال و النساء[1]، لقوله تعالى{ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ وَلَا تَأۡخُذۡكُم بِهِمَا رَأۡفَةٞ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۖ وَلۡيَشۡهَدۡ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٞ مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ۝٢ [2]، وهذا إذا كان الزاني حرا.

أما إذا كان الزاني مملوكا، فحده خمسين جلدة، أي نصف عقوبة الزاني الحر، لقوله تعالىۚ" فَإِذَآ أُحۡصِنَّ فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَٰحِشَةٖ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ ذَٰلِكَ لِمَنۡ خَشِيَ ٱلۡعَنَتَ مِنكُمۡۚ وَأَن تَصۡبِرُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡۗ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ".[3] فجعل ما على الأمة نصف ما على الحرة لنقصانها بالرق، وقام الدليل على أنها أعتقت كمل حدها والعبيد كالأمة في الرق فوجب عليه نصف ما على الحر.[4]

2-التغريب :

إذ يجب مع الجلد تغريب الزاني عاما في قول جمهور العلماء، و هذا خاص بالبكر الحر الذكر[5]، وقد اختلف العلماء في ذلك، رأي الحنفية، لا يضم التغريب والنفي إلى الجلد لأن لأن الله تعالى جعل الجلد جميع حد الزنا، فلو أوجبنا معه التغريب كان الجلد بعض الحد فيكون زيادة على النص زيادة وعلى نسخ عليه النص ولا يجوز نسخ النص بحبر الواحد

1 -السيد السابق، المرجع السابق، ص 259.

2- سورة النور، الآية 25 .

3- سورة النساء، الآية 25.

4 -أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص 377.

5- شمس الدين الشيخ محمد عرف الدسوقي، المرجع السابق، ص 320.

فالنفي عندهم ليس بحد، وإنما هو موكل إلى رأي الإمام إن رأى مصلحة في النفي، كما أن له حسبة حتى يتوب.[1]

و قال مالك، والأوزاعي يجب تغريب البكر الحر الزاني دون المرأة الزانية، فإنها لا تغرب لأن المرأة عورة[2]، و قال الحنابلة، يجب مع الجلد التغريب لمدة سنة، وهو مأثورعن الخلفاء الراشدين الأربعة، وبه قال عطاء وطاوس والثورى وإبن أبي ليلى و إسحاق[3] واستدلوا بحديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "خذوا عني، خذوا عني، قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة والنفى سنة والثيب بالثيب، جلدة مئة ورجم".

أما العبد ففيه قولان، أحدهما لا يغرب لما روى عن أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه و سلم قال: "يأيها الناس أقيموا على أرقائكم الحد من أحصن منهم و من لم يحصن"[4]، ولم يذكر النفي، لأن القصد بالتغريب تعذيبه بالإخراج عن الأهل والمملوك لا أهل له.

والقول الثاني أنه يغرب واستدلوا في ذلك بقوله عزوجل:" ... فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ ذَٰلِكَ لِمَنۡ خَشِيَ ٱلۡعَنَتَ مِنكُمۡۚ وَأَن تَصۡبِرُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡۗ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴿٢٥﴾"[5]، ولأنه حد يتبعض فوجب على العبد الجلد.

1 -وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 38.

2 -السيد السابق، المرجع السابق، ص 260.

3- أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 38.

4-صحيح المسلم، المرجع السابق، رقم الحديث31، ص 81.

5-سورة النساء، الآية، 25 .

فإذا قولنا أنه يغرب ففي قدره قولان : أحدهما يغرب سنة لأنها مدة مقدرة شرعا فاستوى فيها الحر بالعبد، والثاني أنه يغرب نصف سنة، ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف[1].

3-الرجم :

الرجم هو قتل الزاني المحصن رميا بالحجارة أو ما قام مقامها[2]، فالمحصن الثيب اتفق الفقهاء على وجوب رجمه إذا زني حتى يموت، رجلا كان أو امرأة[3]، ولتنفيذ حد الرجم على المحصن يجب توافر الشروط التالية:

-التكليف : وهو أن يكون عاقلا وبالغا، فلا رجم على المجنون ولا على غير البالغ[4].

-الحرية: فلو زنى العبد أو الأمة لم يكونا محصنين، لقوله تعالى:" ... فَإِنۡ أَتَيۡنَ بِفَٰحِشَةٖ فَعَلَيۡهِنَّ نِصۡفُ مَا عَلَى ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ مِنَ ٱلۡعَذَابِۚ ذَٰلِكَ لِمَنۡ خَشِيَ ٱلۡعَنَتَ مِنكُمۡۚ وَأَن تَصۡبِرُواْ خَيۡرٞ لَّكُمۡۗ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ٢٥ " [5]، والرجم الذي هو حد للمحصنة لا يتنصف[6].

-أن يكون متزوج بامرأة محصنة بعقد صحيح: وأن يكون دخل بها ووطئها في حالة جاز فيها الوطء، وهما على صفة الإحصان فلا يقام الحد على غير متزوج زواجا صحيحا، لو وطئ زوجته في الدبر فليس بمحصن أو وطئ جاريته في القبل فليس بمحصن، أو وطئ في نكاح فاسد[7].

1 -أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص 377، 378.

2 -أحمد فتحي بهنسي ، المرجع السابق ، ص 69.

3 -السيد السابق، المرجع السابق، ص 216.

4 -أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي، المرجع السابق، ص 498.

5 -سورة النساء، الاية 25.

6 -أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 37.

7 -عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 55.

-الإسلام: اختلف العلماء في اشتراط الإسلام في الإحصان، فقال أبو حنيفة ومالك الإسلام من شروط الإحصان فلا يرجم الذمي إذا تحاكم إلينا ولا تحصن الذمية مسلما، لأن الرجم تطهير والذمي ليس من أهل التطهير[1]، وقال الشافعي كما يجب الحد على المسلم إذا ثبت منه الزنا فإنه يجب على الذمي والمرتد، لأ ن الذمي قد التزم الأحكام التي تجري على المسلمين، أن النبي صلى عليه وسلم رجم يهوديين زانيا وكانا محصنين، أما المرتد فإن جريان أحكام الإسلام تشمله، ولا يخرجه الارتداد عن تنفيذها عليه[2].

4-الجمع بين الجلد و الرجم:

بعد الاتفاق على وجوب الرجم على الزاني المحصن، اختلف العلماء في حكم الجمع بين الجلد والرجم على ثلاثة أقوال:

الرأي الأول: وهو رواية عن أحمد وبه قال الظاهرية، قالو: فتوارد على الجمع بين الجلد والرجم، وقد اعتبروا الجلد مائة ثم الرجم فهو من شروط الرجم[3].

الرأي الثاني: وهو رأي جمهور الفقهاء، لا جلد على من وجب عليه الرجم وعند الجمهور أن الرسول صلى الله عليه وسلم رجم ماعز ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين، وكل ذلك خرج في الصحاح ولم يروا أنه جلد أحدا منهم، ومن المعنى أن الحد الأصغر ينطوي في الحد الأكبر، وذلك أن الحد وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم[4].

1 -وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 42.

2 -السيد السابق، المرجع السابق، ص 262.

3 -محمد بن أحمد بن محمد إبن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، تحقيق عبد الله العبادي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار المعرفة، مصر، 1982 ، ص 435.

4 -أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد إبن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، المرجع السابق، ص 2239 -2240.

الرأي الثالث: ووجه الرواية قوله عزوجل: "ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ ..."[1]، هذا عام ثم جاءت السنة بالرجم في حق الثيب والتغريب في حق البكر فوجب الجمع بينهما وإلى هذا أشار علي رضي الله عنه بقوله جلدتها بكتاب الله ورجمته بسنة رسوله صلى الله عليه و سلم[2].

ثالثا: المقارنة

يتفق التشريع الجزائري مع الفقه الإسلامي أنهما يقرران عقوبة لمرتكب فعل الزنا متى ثبت عليه ذلك، إلا أن التشريع الجزائري لا يعاقب على فعل الزنا إلا في حالة كون أحد الأطراف متزوج أو كلاّهما، أما الفقه الإسلامي فيعاقب على كل وطء محرم وقع خارج إطار الزواج سواء كانا الأطراف متزوجين أم غير متزوجين، ويختلفان كذلك من حيث العقوبة

حيث أن التشريع الجزائري يعاقب عليها بالحبس من سنة إلى سنتين لكل من الزوج و شريكه حتى وإن كان هذا الأخير غير متزوج؛ أما الفقه الإسلامي فقد قرر لها حد الجلد مائة جلدة على غير المحصن وحد الرجم حتى الموت على المحصن حتى إن الأخر غير محصن فلكل منهما حده.

الفرع الثاني:تقدير العقوبة

يتجلى تقدير العقوبة في كل عذر التخفيف و ظروف التشديد في جريمة الزنا في كل من التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي.

1- سورة النور، الآية 2.

2 -موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة ،المرجع السابق، ص 125.

أولا:عذر التخفيف:

و يتمثل هذا الظرف في عذر الاستفزاز في حالة مفاجئة الزوج الزوج الأخر في حالة التلبس بالزنا.

1-في التشريع الجزائري:

نص المشرع الجزائري على هذا العذر في المادة 279 من ق.ع بقوله:"يستفيد مرتكب القتل و الجرح و الضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الأخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا".

وتطبيقا لقاعدة أن "لا عذر بدون نص قانوني" يستفيد من هذا النص الزوج الذي يفاجئ زوجته متلبسة بالفعل الزنا أو العكس، بمعنى مفاجأة الزوجة لزوجها متلبسا بجريمة الزنا وهذا الاستفزاز يولد بغضا في نفس الجاني و يطلق في نفسه الغضب والانفعال بسبب خيانة الزوج الأخر له مما يجعله يندفع إلى الاعتداء على الزوجة وشريكها أو على الزوج و شريكته[1].

وبالنسبة للمشرع المصري نص على هذا العذر في نص المادة 237 من ق.ع المصري على أنه:"من فجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن زني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبة المقررة في المادتين 234،263 "، ووفقا لنص هذه المادة جعل المشرع المصري للزوج الذي يفاجئ زوجته متلبسا بالزنا وقام بقتلها وشريكها معا أو أحدهما عذرا إذ لا يعاقب على جريمة القتل العمدي وإنما يساءل عن جريمة إيذاء بدني فقط.[2]

1 بلخير سديد، المرجع السابق، ص 164

2 – محمد أحمد طه ، المرجع السابق، ص 150.

وما يجدر ملاحظته أن المشرع المصري خص عذر الاستفزاز(المفاجأة) على الزوج وحده دون الزوجة كما لا يسري إلا على جرائم القتل العمد والضرب المؤدي للموت[1] وهذا ما يخالف به المشرع الجزائري الذي خول عذر الاستفزاز لكل من الزوج والزوجة وفي جرائم القتل و الضرب و الجرح[2].

و للاستفادة من هذا العذر في التشريع الجزائري يجب توافر الشروط التالية:

1-قيام الرابطة الزوجية:

يستفيد من عذر الاستفزاز زوج المرأة الزانية أو زوجة الزوج الزاني ولا يستفيد منه أي شخص مهما كانت درجة القرابة مع الزاني، فقد سوى المشرع الجزائري بين الزوج والزوجة في منحه للعذر المخفف في حالة ضبط الزوج لزوجته متلبسة بجريمة الزنا أو أن تضبط الزوجة زوجها متلبسا بالزنا إذ حق للزوجين فقط[3].

2-حالة التلبس بجريمة الزنا:

يجب أن يفاجأ الزوج زوجته في حالة تلبس بالزنا أو أن تفاجأ الزوجة زوجها وهو متلبس بفعل الزنا وبالتالي فالمفاجأة هي التي تثير غضب وخروج الزوج عن وعيه وإدراكه الطبيعي وتقديره السليم ويقدم على ارتكاب فعل الضرب والقتل، ولا يستفيد الزوج من هذا التخفيف إذا كان عالما بسوء سلوك الزوج الأخر وسبق قيامه بجريمة الزنا أو قام بقتله لشكه في سلوكه ولا يشترط أن تقع جريمة الزنا في بيت الزوجية وعليه

1-أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص142.

2 -فريحة حسن، شرح قانون العقوبات الجزائري، طبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص91

3المرجع نفسه، ص 93

يستفيد الزوج المضرور من العذر حتى لو ارتكبت جريمة القتل في أي مكان وقع فعل الزنا[1].

و فضلا عن ذلك يجب أن يكون الزوج قد فاجأ الزوج الأخر في حالة تلبس لا تترك مجال للشك أنه قد ارتكب جريمة الزنا.[2]

3-ارتكاب جريمة القتل أو الاعتداء فورا:

ينبغي أن تقع جريمة القتل أو الاعتداء في الحال فور مفاجئة أحد الزوجين متلبسا بالجريمة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 279ق.ع:"...في اللحظة التي يفاجئه فيها..."وإذا وقع الاعتداء بعد مرور وقت يسير عن المفاجئة بالزنا واسترداد الزوج هدوءه ففي هذه الحالة تصبح انتقاما لا عذر فيه لأن العلة من تخفيف العقاب هي الحالة النفسية للزوج من الغضب والشعور بالإهانة التي يحس بها الزوج في تلك الحالة وكذا إذا غادر الزوج مكان ارتكاب جريمة الزنا امتنع عليه الاستفادة من العذر لأن العبرة بحالة الزوج النفسية[3].

وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير مدة ارتكاب الجريمة لحظة وقوع الزنا بين لحظة اكتشاف جريمة الزنا ولحظة ارتكاب جريمة القتل والاعتداء ومدى استمرارية الثورة النفسية الناشئة خلال مفاجأة أحد الزوجين في حالة التلبس بالزنا[4].

1-عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا وجرائم الإغتصاب، هتك العرض، الفعل الفاضح العلني، الدعارة، د.ط، منشأة المعارف، مصر، 1998، ص65-66

2-أحمد محمود خليل، المرجع السابق، ص143.

3-آث ملويا لحسن بن شيخ، المرجع السابق، ص149.

4-عزت مصطفى الدسوقي، المرجع السابق، ص 283 .

4-**أن يكون الجاني فاعلا أصليا لا شريكا:** يستفيد الزوج أو الزوجة من العذر إذا كان فاعلا أصليا عندما يجد الزوج زوجته أو الزوجة تفاجئ زوجها متلبسا بالزنا[1].

لأن العذر حق شخصي للزوج المضرور فلا يستفيد من العذر الأب أو الأخ أو الأم أو ابن أو أخت أو أي قريب مهما كانت درجة القرابة حتى المطلق الطلاق بائن لا يمكن للفاعل أن يحتج بعذر الاستفزاز على عكس الطلاق الرجعي لأنه لا ينهي العلاقة الزوجية[2].

إذا توافرت هذه الشروط أثناء قيام أحد الزوجين بجريمة القتل أو الاعتداء على الزوج الأخر أو على الشريك يستفيد هذا الزوج من حقه في عذر الاستفزاز، وتطبيقا لنص المادة 283ق.ع إذ تكون العقوبة كما يلي:

-الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد.

-الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بجنحة أخرى.

-الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بجنحة.

وفي الحالات الأولى والثانية يجوز الحكم على الجاني بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر كما يجوز وقف التنفيذ الجزئي أو الكلي للعقوبة[3]طبقا للمادة592 ق.إ.ج[4].

1-فريحة حسن، المرجع السابق، ص 96

2- عزت مصطفى الدسوقي، المرجع السابق، ص 832

3-آث ملويا لحسن بن شيخ، المرجع السابق، ص 150.

4-تنص المادة 522ق.إ.ج على :"يجوز للمجالس القضائية و للمحاكم في حالة الحكم بالحبس أو الغرامة إذا لم يكن المحكوم عليه سبق الحكم عليه بالحبس لجناية أو جنحة من جرائم القانون العام، أن تأمر بحكم مسبب بإيقاف الكلى أو الجزئي لتنفيذ العقوبة الأصلية".

وعليه إذا ساهم مع الزوج شخص آخر في جريمة قتل الزوج الزاني أو شريكه ففي هذه الحالة إذا ارتكب القتل غير الزوج فلا يستفيد من العذر لعدم توافر الصفة التي يتطلبها القانون وهي كونه زوجا للزانية أو زوجة للزاني، أما إذا كان الفاعل هو زوج الزانية فيستفيد من التخفيف[1].

فلو نفترض أن الزوج الذي فاجأ زوجته مع شريكها متلبسان بالزنا فقام بالهجوم والاندفاع ودفاعا عن نفسيهما قاما بقتل الزوج ففي هذه الحالة يثار تساءل هل الزوجة وشريكها في حالة دفاع شرعي إذا بادرا بقتل الزوج الذي فاجأهما؟

وتطبيقا للمادة 40 ق.ع التي تنص على:"

يدخل ضمن حالات الضرورة الحالة للدفاع المشروع:

1- -القتل أو الجرح أو الضرب الذي يرتكب لدفع اعتداء على حياة الشخص أو سلامة جسمه أو لمنع تسلق الحواجز أو الحيطان أو مداخل المنازل أو الأماكن المسكونة أو توابعها أو كسر شيء منها أثناء الليل.

2 – الفعل الذي يرتكب للدفاع عن النفس أو عن الغير ضد مرتكبي السرقات أو النهب بالقوة."، فإن الفاعلان الزوج وشريكته أو الزوجة وشريكها في حالة دفاع شرعي إذا قتل الزوج كما يجوز للزوجة وشريكها أو للزوج وشريكته أن يدافعا عن نفسيهما ضد الزوج الذي فاجئهما أن يستفيدا من العذر المخفف المنصوص في المادة277 ق.ع [2]، باعتبار أنهما ارتكبا الجريمة تحت تعرضهم لضرب شديد.

و بناء على ذلك إذا كان الزوج أو الزوجة الذي فاجئهما متلبسان بالزنا هو الذي بادر بالقتل ففي هذه الحالة يكون مجرما ويستفيد من عذر الاستفزاز ويستحق العقاب، أما إذا

1-فريجة حسن، المرجع السابق، ص97،98.

2-تنص المادة277 ق.ع:"يستفيد المرتكب جرائم القتل و الجرح و الضرب من الأعذار إذا دفعه ارتكابها وقوع ضرب شديد من أحد الأشخاص."

كان الزاني وشريكه أسبق بقتل الزوج فهما بريئين حيث أن جريمة القتل لا يعاقب عليها لأنهما كانا في حالة دفاع شرعي، أما فيما يخص جريمة الزنا فلا تحرك الدعوى العمومية في حقهم باعتبار أن تحريكها يتم بتقديم شكوى الزوج المضرور طبقا للمادة339 ق.ع وهو قد مات بسببهما[1].

2-في الفقه الإسلامي:

لم يعرف الفقهاء المسلمين مصطلح الاستفزاز كعذر مخفف للعقوبة وإنما دائما يطرح تساءل حول ما حكم الشخص الذي قتل الزاني والزانية أثناء التلبس ؟ هل عليه القصاص؟

إختلف الفقهاء في هذه المسألة إذ يرى المالكية أنه لا قصاص ولا دية على من قتل الزاني بالزوجة أثناء تلبس بالزنا بشرط أن يثبت فعل الزنا بأربعة شهود يرونه كمرود في المكحلة فإذا ثبت فعل الزنا فلا قصاص عليه ولا دية سواء كان الزاني محصن أو غير محصن وحجتهم على ذلك أن الزوج كان في حالة غيرة التي صيرته وأصبح كالمجنون[2].
أما الشافعية فيرون أن قتل الزوجة متلبستا بالزنا و من يزني بها فلا قصاص ولا دية وروي أن عمر رضي الله عنه: إذ أقبل رجل يعدو ومعه سيف ملطخ بالدم فجاء حتى قعد مع عمر فجعل يأكل وأقبل جماعة من الناس فقالوا: يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا مع إمرأته، قال عمر : ما يقول هؤلاء؟ قال: ضرب الأخر فخدي إمرأته بالسيف فإن كان بينهما أحد فقد قتله، قال لهم عمر ما يقول؟ قال: ضرب بسيفه فقطع فخدي إمرته فأصاب وسط الرجل فقطعه باثنين فقال عمر إن عادوا فعد".

1-عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص49.

2-شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص239.

وذلك شريطة أن يثبت الزوج أن وقع القتل أثناء التلبس بالزنا سواء بالشهاد أو الإقرار أو أولياء الدم، و إن كانت المرأة مطاوعة فلا ضمان عليه فيها وإن كانت مكرهة فعليه القصاص[1].

ويرى أصحاب المذهب الحنفي أن لكل من رأى مسلم يزنى عليه إزالة هذا المنكر وأن عليه دفعه بالأخف فإن كان القتل طريقا للإزالة حل قتله سواء كان المقتول محصن أو بكرا و سواء كانت الزانية زوجته أو من أحد محارمه أو أجنبية عنه واستندوا في رأيهم على الحديث:" من رأى منكم منكرا فإن استطاع أن يغيره فليغيره بيده فإن لم يستطيع فبلسانه، فإن لم يستطيع فبقلبه و ذلك أضعف الإيمان"[2].

وما تجدر الإشارة إليه هنا أنه في حالة قتل المرأة لمن يحاول الاعتداء عليها بالزنا دفاعا عن نفسها ولم يكن من يدافع عنها فقتلته لا دية عليها بشرط أن تكون لم تستطع الدفاع إلا بالقتل، لأنها إذا سكتت مع القدرة على دفعه ومكنت نفسها له فهي مشاركة في إثم الفاحشة وذلك حرام فالسكوت يؤدي إلى الحرام ودفع الحرام واجب[3].

ثالثا: المقارنة:

يتفق التشريع الجزائري والفقه الإسلامي على إباحة الدفاع عن العرض وتخفيف العقاب على الزوج عند قيامه بقتل الزوج الزاني وشريكه أثناء تلبسهم بالزنا وذلك مراعاة للحالة النفسية التي يصاب بها القاتل حيث وصف عند المالكية بأن الغيرة صيرته وجعلته بلا عقل، إلا أنهما يختلفان في اقتصار عذر الاستفزاز فقط على الزوج والزوجة بحيث أن التشريع الجزائري لا يستفيد من ظرف التخفيف إلا الزوج فقط دون شرط تقديمه أدلة على زنا الزوج الأخر بل يشترط فقط عنصر المفاجئة، عكس الفقه الإسلامي يمتد حتى

1-موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المرجع السابق، ص353.

2-حسنين المحمدي، القتل بسبب الزنا بين القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر، 2006، ص155،156.

3-محمد أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الفكر العربي، د.س، ص302.

يشمل كل إنسان مسلم يرى منكر فيغيره بشرط أن يثبت القاتل الزنا بالشهود أو الاعتراف أو إقرار الوالي أو ظهور الحمل سواء كان المقتول ثيبا أو بكرا.

كما يختلفان أيضا أن القانون يخفف العقوبة ولا إباحة لفعل القتل على عكس ما ذهب إليه فقهاء الشريعة إذ يرى بعض الفقهاء أن يلزم على القاتل عقوبة التعزير في حين يرى البعض الأخر يبيح فعل القتل ولا قصاص عليه، أما البعض الأخر يوجب على القاتل دفع دية لأسرة المقتول من ماله الخاص.

ثانيا:ظرف التشديد

ويتمثل هذا الظرف في حالة العود إذ نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على حالة التشديد في العود في جريمة الزنا على خلاف ما ذهب إليه الفقه الإسلامي وذلك في الجلد لأن الرجم قد حسم الأمر (الرجم حتى الموت).

وبالتالي إذا زنى فحد عليه، ثم عاد و زنى مرة أخرى يحد ثانيا واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم حين سئل عن الأمة تزني قبل أن تحصن:"إن زنت فاجلدوها، ثم عن زنت فاجلدوها، ثم إن زنت اجلدوها"[1].

ويكون العود في حد الجلد بتغليظ آلة الضرب لأن هذه الآلة تختلف قوتها وغلظها و إذا سقط الحد بالتوبة وزنى الشخص للمرة الأولى وفي حالة العود يكون الحد واجب لأنه لا تقبل التوبة عند تكرار فعل الزنا لأنه دليل على أن النفس أكرست في الشهوات وبذلك يشدد عليه القاضي بالتغليظ في آلة الضرب[2].

المطلب الثاني: تنفيذ العقوبة في جريمة الزنا

إذا ثبت قيام جريمة الزنا في حق مرتكبها وجب على القاضي تنفيذ عقوبة الحبس بالنسبة للتشريع الجزائري وتنفيذ عقوبة الحد وهي الرجم المحصن وجلد غير المحصن في الفقه الإسلامي .

1-صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب الرجم اليهود أهل الذمة في الزنى، الحديث 1703، ص814.

2-محمد أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص257.

و سنتطرق في الفرع الأول لتنفيذ العقوبة في التشريع الجزائري وفي الفرع الثاني تنفيذ الحد في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: في التشريع الجزائري:

يتم تنفيذ العقوبة السالبة للحرية بحرمان المحكوم عليه من حقه في التنقل والحركة وذلك عن طريق إيداعه في المؤسسة العقابية طوال المدة المحكوم بها عليه جراء ارتكابه لجريمة ما.[1]

وبالرجوع إلى قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين يمكننا أن نستنتج من خلال أحكامه ما يلي:

أن النيابة العامة هي الهيئة المكلفة بتنفيذ العقوبة السالبة للحرية وذلك حسب ما جاءت به المادة 1/10ق.ت.س.ع.ا.ج التي تنص على ما يلي:"تختص النيابة العامة دون سواها في متابعة تنفيذ الأحكام الجزائية".[2]

بداية حساب مدة العقوبة السالبة للحرية تكون من ساعة وصول المحكوم عليه إلى المؤسسة العقابية(المادة13 ق.ت.س.ع.إ.ج)، ويجب أن يكون مرفوقا بمستخرج من حكم أو قرار جزائي يعده وكيل الجمهورية أو للنائب العام بوضع حالة المحكوم عليه في المؤسسة العقابية(المادة12 ق.ت.س.ع.إ.ج)، وعلى كل مؤسسة عقابية ضرورة مسك سجل يدعى ب"سجل السجن" الذي يسجل فيه الشخص المحكوم عليه داخل المؤسسة العقابية(المادة11 من ق.ت.س.ع.إ.ج).

1-حسني أحمد طه، حماية الشعور الشخصي للمحكوم عليه في مرحلة العقوبة في الفقه الإسلامي و القانون الجنائي الوضعي، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص96.

2-الأمر رقم 02/72 المؤرخ في 10 فبراير1972 التضمن قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين المعدل و المتمم بالقانون رقم05-04 المؤرخ في 27 ذو الحجة 1427 الموافق 6 فبراير2005 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

ولم يأخذ المشرع الجزائري بعقوبة الأشغال الشاقة كونها ترهق كاهل المحكوم عليه الذي يستخدم في أشق الأعمال إضافة إلى عدم المساواة بين المحكوم عليهم في قدرتهم على تحمل الأعمال.

أما فيما يخص إجراءات خروج من السجن بعد انتهاء مدة حبس المحكوم عليه فيوقع المحبوس على شهادة الخروج التي يحررها مدير المؤسسة العقابية المختص بذلك.

الفرع الثاني : في الفقه الإسلامي

اتفق الفقهاء على أن الحاكم أو من ينيب عنه هو الذي يقيم الحدود، وأنه ليس للأفراد أن يتولوا هذا العمل من تلقاء أنفسهم[1]، ولأنه لم يقم حد على عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلا بإذنه، ولا في أيام الخلفاء إلا بإذنهم[2]، ولأن الحد يفتقر إلى الاجتهاد ولا يؤمن في استفائها من الحق والزيادة على الواجب فوجب تركها لولي الأمر يقيمها.[3]

لكن إذن الإمام بإقامة الحد واجب، والإذن إما أن يكون إذنا مؤقتا وإما أن يكون إذنا دائما يصدر إلى النواب والحكام بإقامة الحد على المحكوم عليه بالحد[4]، و جملة ذلك أن للسيد إقامة الحد بالجلد على رقيقه في قول أكثر العلماء[5].

كما يجب أن يقام الحد في علانية، لقوله تعالى "ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖۖ وَلَا تَأۡخُذۡكُم بِهِمَا رَأۡفَةٞ فِي دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمۡ تُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِۖ وَلۡيَشۡهَدۡ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٞ مِّنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ ۝٢ "[6].

1 –السيد السابق، المرجع السابق، ص 232.

2 –وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 58.

3– موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المرجع السابق، ص 16.

4 –عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 444.

5 –موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المرجع السابق ، ص 16.

6– سورة النور، الاية 2.

وتتوفر العلانية دائما[1]، وقال الجمهور منهم المالكية والشافعية والحنابلة ان الحدود لا تقام في المساجد[2].

1-التنفيذ في الجلد :

الواجب أن يضرب الحد في الزاني بسوط لا ثمرة له[3]، ويشترط أن لا يكون السوط يابسا لئلا يجرح أو يبرح، وأن لا يكون به عقدا في طرفه الذي يصيب الجسم لأنها تؤدي إلى ما يؤدي إليه يبس السوط[4]، ويقول ابن حزام على أنه يجوز ضربه بحبل من شعر أو من كتان أو من قنب أو صوف أو حلفاء أو غير ذلك أو قضيب من خيزران أو غيره[5].

لا يمد المضروب ولا يشد ولا يبالغ الجلاد في الضرب ولا يجرد من جميع ثيابه فيترك عليه قميص يستر عورته ويرفع عن الفرو ثياب الجلد [6]، ويضرب على جميع أعضاء جسمه ولكن يجب انتقاء الوجه والرأس والفرج والمقتل كالفؤاد والخصيتين، لئلا يؤدي إلى قتله أو ذهاب منفعته[7].

ويضرب الرجل قائما، و تضرب المرأة جالسة مستورة.[8]

وإن كان الحر شديدا أو البرد شديدا أو كان مريضا مرضا يرجى برؤه، أو كان مقطوعا أو أقيم عليه حد آخر ترك إلى أن يعتدل الزمان و يبرأ من المرض، أو القطع

1 -عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 445.
2 -السيد السابق، المرجع السابق، ص 445.
3 -وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 62.
4 -عبد القادر عودة،المرجع السابق، ص 449.
4- الشريف محمد المنصر بالله بن محمد الزمزمي الكتاني الحسني، المرجع السابق، ص 372.
6 -عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 59.
7 -إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، المرجع السابق، ص 241.
8- أحمد فتحي بهنسي، المرجع السابق، ص 71.

ويسكن ألم الحد لأنه إذا أقيم عليه الحد في هذه الأحوال أعان على قتله[1].

أما إذا كان المطلوب جلده نحيفا أو هزيلا شديد الهزل، أو مريضا خبيثا لا يرجى برؤه، كالمسلول والمجذوم والمصاب بالسرطان يجلد بمكتال النخل وبه مائة غصن أو خمسون غصن ففي المائة يضرب مرة واحدة، وفي الخمسين يضرب مرتين مع مس جميع جسمه، أو يضرب بالنعال أو بطرف ثوب مفتول[2].

أما التنفيذ على الحامل فمن المتفق عليه أن الحد لا يقام على الحامل حتى تضع حملها، سواء كان الحمل من زنا أو غيره والأصل في ذلك حديث الغامدية فقد روي أن امرأة من بني غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم مقرة بالزنا وهي حامل وقالت أنها حبلى من الزنا، فقال لها أرجعي حتى تضعي ما في بطنك، فكلفها رجل من الأنصار حتى وضعت حملها فجاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال قد وضعت الغامدية فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "إذن لا ترجمها و تدع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه"[3].

يرضعه"[3].

التنفيذ في الرجم :

لا خلاف بين أهل العلم من الصحابة والسلف والأئمة المشهورين أن المحصن إذا زنى فإنه يرجم بالحجارة حتى يموت[4]، و يضرب الرجل قائما لأنه وسيلة إلى إعطاء كل

1 –أبي إسحاق الشيرازي، المرجع السابق، ص 392.

2 عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 59.

2–عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 451.

4 أبو مالك كمال بن السيد سالم، المرجع السابق، ص 39.

عضو من الجسد حظه من الضرب[1]، ولم يحفر له لم يمسك أو يربط سواء ثبت الزنا عليه ببينة أو بإقرار لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز ولا لليهوديين[2].

و إذا كان المحدود امرأة فقال الحنفية يخير الإمام في الحفر لها إن شاء حفر لها وإن شاء ترك الحفر لأنه أستر لها، أما الملكية والحنابلة لا يحفر للمرأة لعدم ثبوته [3]، أما الشافعية فيرون أن الحفر في حالة ما إذا كان الحد ثابت بالبينة فقط، فإن كان ثابتا بالإقرار فلا حفر لأن ذلك يعطلها عن الهرب[4].

ويكون الرجم بحجارة معتدلة، أن يكون كل منها يملأ الكف ويحرم بكبير مذفف لتقوية المقصود من التنكيل، وبصغير ليس له كبير تأثير لطول تعذيبه[5].

فإذا ثبتت الزنا بإقرار فيبدأ الإمام بالرجم ثم الناس، وهذا رأي الحنفية لأن الشهود فارقوا سائر الناس في أداء الشهادة في شيء، فهم في ذلك كسائر الناس و إذا كان بالبينة يبدأ الشهود ثم الناس.

ولا يشترط عند الشافعية وأحمد بداية الشهود ولكنهما يريان ذلك سنة مستحبة وهو رواية عن أبي يوسف من أصحاب أبي حنيفة حيث يرى أن بداية الشهود مستحبة لا مستحقة، ولكنهما لا يوجبان حضور الشهود والإمام ولا يرتبان عن التخلف عن الحضور نتيجة ما[6].

1 إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، المرجع السابق، ص 240.

2 عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص 445.

3 –وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 60،61.

4 –عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص445.

5 –شمس الدين محمد بن أبي العباس بن أحمد بن حمزة، المرجع السابق، ص434.

3– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 58

ولا إمهال في حق الزاني المحصن كما يمهل البكر لشدة الحر أو البرد أو المرض لأن حده القتل؛ لكن إذا وجب على المرأة حد الرجم فلا ترجم و إنما تمهل إلى غاية وضع الحمل أو بعد الإرضاع، أما في غير ذلك فلا تمهل لأنه حد مهلك[1].

الفرع الثالث: المقارنة:

بين التشريع الجزائري والفقه الإسلامي اختلاف واسع في إطار تنفيذ عقوبة جريمة الزنا، ففي التشريع الجزائري عقوبة الزنا عقوبة سالبة للحرية فقط دون ألم بدني وأعوان المؤسسة العقابية هم من ينفذون العقوبة بطريقة غير علانية، أما في الفقه الإسلامي فيعذب الزاني بدنيا سواء بالجلد إذا كان بكرا أو بالرجم إذا كان محصن والإمام أو الحاكم هو الذي يقيم الحدود أو من ينيبه و بطريقة علانية .

كما يلاحظ اختلاف في حالة الزاني المحصن، ففي التشريع الجزائري يقضي العقوبة المحكوم بها و بعدها يسترجع حريته، في حين في الفقه الإسلامي نجد أن عقوبة الرجم عقوبة مهلكة أي يرجم حتى الموت.

كما أن في التشريع الجزائري لا يمهل الجاني في تنفيذ العقوبة بسبب مرض أو حمل بالنسبة للمرأة أو لسبب من هذه الأسباب لطبيعة العقوبة ذاتها كونها عقوبة سالبة للحرية فقط، بخلاف الفقه الإسلامي الذي يمهل الزاني غير المحصن في تنفيذ الجلد عليه بسبب شدة الحر أو لشدة البرد أو في حالة المرض أو الحمل أما المحصن فلا تمهل إلا بالنسبة المرأة الحامل إلى أن تضع حملها.

1 –أحمد فتحي بهنسي،الجرائم في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 69،70.

أضفى المشرع الجزائري خصوصية في جريمة الزنا على غرار الجرائم الأخرى حيث يشترط تقديم شكوى من الزوج المضرور لفك قيد النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية كما أعطى للضحية الحق في التنازل عن الشكوى وبصفح الجاني تتوقف المتابعة الجزائية في أي مرحلة كانت فيها الدعوى و يوقف تنفيذ العقوبة المحكوم بها ما لم يصدر قرار نهائي حائز لحجية الشيء المقضي فيه، و التنازل عن الشكوى لا يعني فحسب إنقضاء الدعوى العمومية بل أيضا إنقضاء الدعوى المدنية التبعية و كذلك في الفقه الإسلامي فبمجرد وصول العلم إلى الحاكم بإرتكاب جريمة الزنا تقوم إجراءات المتابعة لإقامة الحد عليه، و بما أن دين الإسلام دين السلام الذي يحفظ للأسر كرامتها و لا يسعى إلى إفشاء أسرارها إلا إذا أعلنت حبذا ستر مقترف الزنا سواء أكان من الحاكم أو الإمام أو من أي مسلم غيره، أما في حالة إخبار الحاكم بوقوع هذه الفاحشة فعليه تحريك الدعوى لإقامة الحد والإخبار هنا يعتبر شرطا لقيام المتابعة كما وضع الشارع أسبابا ودواعي لإنقضائها، ويكمن الاختلاف الجوهري بين القانون والفقه الإسلامي في أن التنازل عن الشكوى لا يضع حدا للمتابعة في الفقه الإسلامي على عكس القانون فبمجرد الصفح تنقضي الدعوى العمومية.

وتتميز جريمة الزنا بأدلة إثبات خاصة و التي حصرها المشرع الجزائري في حالة التلبس، الإقرار القضائي، الإقرار الكتابي ولا يجوز للقاضي أن يعتمد على أي دليل آخر

وكانت الشريعة الإسلامية أكثر شدة في تحديد وسائل إثبات فعل الزنا عندما إشترطت في الشهادة وجود أربعة شهود وتوفرهم على شروط الشهادة إضافة إلى الإقرار بشروطه والقرائن.

وبمجرد إثبات جريمة الزنا في حق مرتكبها يوقع العقاب عليه، فمن الناحية القانونية يعاقب الزاني و شريكه بالحبس من سنة إلى سنتين دون تفرقة بين زنا الزوج وزنا الزوجة بل يشترط أن يكون أحد الطرفين أو كلاهما متزوج ، أما من الناحية الفقهية فلقد ميز الشارع بين عقوبة الزنى البكر و الزاني المحصن وفالبكر عقوبته الجلد مئة جلدة و تغريب لمدة عام أما عقوبة المحصن فتتمثل في الرجم حتى الموت، ويأخذ كل من التشريع الجزائري والفقه الإسلامي بالعذر المخفف للعقاب في حالة مفاجئة الزوج للزوج الآخر متلبسا بالزنا و قام بقتله أو ضربه أو جرحه وإن كان المشرع الجزائري قد قصر هذا العذر على الزوج دون سواه خلافا ما جاء في الفقه الإسلامي في إباحة فعل القتل أي لا قصاص عليه ولا يقتصر على الزوجين بل يمتد ليشمل كل مسلم رأى فعل الزنا فأراد إزالة هذا المنكر ويكمن وكان التشديد في العقاب بتغليظ آلة الضرب في حالة العود على عكس المشرع الجزائري الذي لم يشير إلى حالة العود في جريمة الزنا.

إذا ثبت فعل الزنا وصدر حكم بالإدانة وجب على القاضي تنفيذ العقوبة فيقتاد المتهم إلى المؤسسة العقابية لقضاء مدة العقوبة المحكوم بها، أما في الفقه الإسلامي فينفذ الجلد والرجم أمام الناس ليكون الزاني عبرة للآخرين ولا فرق في ذلك بين المرأة و الرجل.

الخاتمة

إن جريمة الزنا من الجرائم العمدية الخطيرة التي تتجه إرادة الجاني فيها إلى ارتكابها وهي من أقبح الجرائم التي يمكن أن يقترفها الإنسان لما فيها من إثم وأثار وخيمة على الفرد و المجتمع، فهي تؤدي إلى الضياع واختلاط الأنساب وتنفي الحياء مع انتشار الرذيلة والكشف عن العورات التي أمر الله سبحانه وتعالى ورسوله الكريم صلى الله عليه وسلم بسترها وعدم كشفها .

ويمكن بعد هذه الدراسة لموضوع جريمة الزنا بين التشريع الجزائري والفقه الإسلامي توصلنا إلى النتائج التالية:

-من خلال بحثنا نجد أن الفقه الإسلامي أعظم وأسمى من القانون الجزائري إذ جاءت أحكامه عامة وشملت كافة الجوانب، إذ لم يترك الشارع أي مجال للنقص أو الاجتهاد.

-إن المشرع الجزائري لم يأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في تجريمه لفعل الزنا رغم أن الإسلام هو دين الدولة كما جاء في المادة الثانية من الدستور، إلا أن أحكام جريمة الزنا جاءت في أغلبها مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

-المشرع الجزائري اشترطا شروط لإمكان المتابعة في جريمة الزنا فاعتبر الزوج وحده المخول لمتابعة الزوج الزاني لتقييده للمتابعة بقيد الشكوى من أحد الزوجين، مع عدم الأخذ بعين الاعتبار مختلف الآثار السلبية الناتجة عن ارتكاب هذه الجريمة التي تمس الأبناء والأسرة إذ أن المشرع من جهة وضع نصوصا حماية للأبناء ولكيان الأسرة من جرائم معينة كجريمة الإهمال المعنوي للأولاد، ومن جهة أخرى أباح للوالدين الإساءة إلى سمعة أبناهم بارتكابهم جريمة الزنا مع عدم إمكانية المتابعة إلا من الزوج المضرور.

-لقد وقع المشرع الجزائري في تناقض شديد حيث جرم فعل الزنا حفاظا على مقومات الأسرة ووجودها في حين كرس مبدأ الحرية الجنسية، مما أدى إلى اندفاع الأفراد وراء

رغباتهم ونزواتهم التي بنبذها الدين والمجتمع الإسلامي، وذلك على عكس الفقه الإسلامي الذي يظهر كنظام شامل ومتكامل إذ جاءت أحكامه متناسبة مع شناعة فعل الزنا .

-عدم تحقيق العقوبة المرصودة من المشرع للردع اللازم في هذه الجريمة مع عدم الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في تقرير العقوبة البدنية عليها.

ومن التوصيات التي يمكن طرحها:

-تعديل مصطلح الزنا بإعادة تسميتها" بالخيانة الزوجية " ما دام أن المشرع حصر الجريمة على حالة كون أحد الطرفين أو كلاهما متزوج .

-تعديل نص المادة 339 من ق.ع بنصه على المعاقبة على الشروع في جريمة الزنا.

-التشديد في العقوبة المقررة لجريمة الزنا بالنظر إلى ما تخلفها من الآثار السلبية على الأسرة و المجتمع .

-قيام الجمعيات الدينية والثقافية بحملات التوعية لإبراز الأضرار الناجمة عن جريمة الزنا من إنتشار الأمراض التناسلية وتفكك الأسر وتفاقم مشكلة اللقطاء وكثرة الجرائم الناجمة عن الزنا كالقتل وسلب الأموال للانتقام.

-الأخذ بتجريم الزنا بين من لا تربطهما علاقة شرعية (الزواج)، مع الأخذ بالعقوبات البدنية المرصودة لهذه الجريمة وفقا للشريعة الإسلامية .

واقتراح بعض التدابير الوقائية و منها:

-التربية الحسنة التي تهدف إلى بناء العقيدة وتقوية الإيمان في قلوب الناس.

- ستر المرأة لعورتها والنهي عن التبرج عند مغادرتها للبيت لما يترتب عن ذلك من تحريك الشهوات والرغبة في ممارسة الجنس معها والتحرش بها، وقد حرم الله تعالى عليهن التبرج لغير المحارم لقوله تعالى:" وَقُل لِّلْمُؤْمِنَتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَـٰرِهِنَّ

وَيَحۡفَظۡنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبۡدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنۡهَاۖ وَلۡيَضۡرِبۡنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّۖ وَلَا يُبۡدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوۡ ءَابَآئِهِنَّ أَوۡ ءَابَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوۡ أَبۡنَآئِهِنَّ أَوۡ أَبۡنَآءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوۡ إِخۡوَٰنِهِنَّ أَوۡ بَنِيٓ إِخۡوَٰنِهِنَّ أَوۡ بَنِيٓ أَخَوَٰتِهِنَّ أَوۡ نِسَآئِهِنَّ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُنَّ أَوِ ٱلتَّٰبِعِينَ غَيۡرِ أُوْلِي ٱلۡإِرۡبَةِ مِنَ ٱلرِّجَالِ أَوِ ٱلطِّفۡلِ ٱلَّذِينَ لَمۡ يَظۡهَرُواْ عَلَىٰ عَوۡرَٰتِ ٱلنِّسَآءِۖ وَلَا يَضۡرِبۡنَ بِأَرۡجُلِهِنَّ لِيُعۡلَمَ مَا يُخۡفِينَ مِن زِينَتِهِنَّۚ وَتُوبُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلۡمُؤۡمِنُونَ لَعَلَّكُمۡ تُفۡلِحُونَ ﴿٣١﴾"[1]

ومن جهة أخرى نهت الشريعة الإسلامية الرجل عن لمس النساء الأجانب بما فيه من إثارة الشهوات مع غض البصر عند ظهور زينة النساء.

-محاولة القيام بمراقبة دورية لمجال الإعلام والاتصال من طرف السلطات العليا في الدولة لما تنشره من تزيين للوقوع في الفواحش، مع إباحة الزواج المبكر لتحصين النفوس من الوقوع في مثل هذه الفواحش.

1-سورة النور، الآية 31

قـائـمـة المـراجـــع

أولا: القرآن الكريم برواية حفص

-ثانيا: المعاجم والقواميس

01-أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب المجلد الثالث، الطبعة السادسة، دار الصادر، لبنان، 2008.

02-أبي فتح ناصر الدين المخرزي، المغرب في ترتيب المعرب، الجزء الأول، الطبعة الأولى مكتبة أسامة بن زير، سوريا، 1979.

03-الراغب الأصفهاني، مفرادات ألفاظ القرآن، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 2002.

ثالثا: كتب الأحاديث

04-أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القيشري النسابوري، صحيح مسلم، د.ط، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، 421ه.

05-أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النسابوري، الإجماع، علق عليه وخرج أحاديثه أبو عبد الأعلى خالد بن محمد بن عثمان، الطبعة الأولى، دار الأثار للنشر والتوزيع، مصر، 2004.

06-أبي عبد الرحمان أحمد بن شعيب النسائي، السنن الكبرى، حققه حسين عبد المنعم الشلبي، الجزء السادس، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطبع، لبنان، 2001.

07-أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار إبن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، 2002.

08-الحافظ أبي داود سليمان بن الأشعات الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، حققه شعيب الأرنووط ومحمد كامل قرويلي، الجزء السادس، د.ط، دار الرسالة العالمية، دمش2009.

09-الحافظ أبي عيسى محمد عيسى الترمذي، الجامع الكبير، حققه بشارعواد معرف، الجلد الثالث، طبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1996.

رابعا: كتب الفقه وأصوله:

10-إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان،تحقيق محمد عبد العباسي، منار السبيل في شرح الدليل، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، قسم المعاملات، مكتب المعارف للنشر والتوزيع الرياض، 1996.

11-أبو الوليد محمد أحمد بن محمد إبن أحمد رشد القرطبي الأندلسي، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد، حققه عبد الله العبادي، المجلد الرابع، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1990.

12-أبو بكر جابر الجزائري، مناهج المسلم، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار السلام لطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الجزائر، 2004.

13-أبو مالك كمال بن السيد سليم مع تعليقات فقهية معاصرة ناصر الدين الألباني وأخرون صحيح فقه السنة وأدلته وتوضيح المذاهب الأئمة، الجزء الرابع، د.ط، المكتبة التوفيقية مصر، 2003.

14-أبي إسحاق الشيرازي، تحقيق محمد الزحيلي، المهذب، الجزء الخامس، الطبعة الأولى د.د.ن، د.ب.ن، 1990.

15-أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان الماكي المغربي(الخطاب)، تصحيح محمد سالم بن محمد علي عبد ودود، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل، المجلد السادس الطبعة الأولى، دار الرظوان للنشر، موريتانيا، 2010.

16-أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب الشرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، الجزء الرابع، د.ط، دار الحكمة اليمانية، اليمن، 1993.

17-أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الشروق، مصر، 1988.

18-أحمد فتحي بهنسي، مدخل الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الرابعة، دار الشروق، مصر 1989.

19-أحمد فتحي بهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، الطبعة الخامسة، دار الشروق، مصر، 1989.

20-الإسلام زكريا الأنصاري، أسني المطالبة شرح روض الطالب، الجزء الرابع، د.ط، د.د.ن د.ب، د.س.ن.

21-السيد السابق، فقه السنة، الجزء الثاني، د.ط، الفتح الإعلام العربي، مصر، د.س.ن.

22-الشريف محمد المنتصر بالله بن محمد الزمزمي، أخرجه الشريف محمد حمزة بن علي الكتاني، معجم فقه إبن حزم الظاهري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية لبنان، 2009.

23-بكر بن عبد الله بوزيد، الحدود والتعزيرات عند إبن القيم(دراسة وموازنة)، الطبعة الثانية دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 1415ه.

24-حسن عيسى عبد الظاهر، الحدود في الإسلام من فقه الجريمة والعقوبة، د.ط، د.د.ن د.ب.ن، د.س.ن.

25-شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، الجزء الرابع دار إحياء الكتب العربية، د.ب.ن، د.س.ن.

26-شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، نهاية المحتاج إلى شرح المنهج، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

27-عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني، حققه عبد السلام محمد أمين، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2002.

28-عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الخامس، الطبعة الثانية دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

29-عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الثاني د.ط دار الكاتب العربي، مصر، د.س.ن.

30- عبد الله بن محمد محمود المنوصلي، تعليل المختار، الجزء الثالث، الطبعة الأولى،دار الرسالة، سوريا، 2009.

31-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، لبنان، 1986.

32-كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري، شرح فتح القدير، علق عليه عبد الرازق غالب المهدي، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.

33-محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الفكر العربي، مصر 1998.

34-محمد أبو زهرة، العقوبة في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الفكر العربي، مصر، د.س.

35-محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد تحقيق عبد الله العبادي، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، دار المعرفة، مصر، 1982.

36-مهران ماهر عثمان نوري، المنهج القرآني في الوقاية من الفاحشة الزنا، د.ط،د.د.ن د.ب.ن، د.س.ن.

37-موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامة، المغني وشرح الكبير،الجزء العاشر، د.ط، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.س.ن.

38-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السادس(الفقه العام)، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، سوريا، 1985.

خامسا: كتب القانون

39-آث ملويا لحسن بن شيخ، المنتقي في القضاء الجزائي(الجرائم ضد الأسرة والأداب العامة الجرائم ضد الأموال)، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

40-أحمد محمد أحمد، الجرائم المخلة بالآداب العامة(الإغتصاب، هتك العرض، الفعل الفاضح والمخل للحياء، الزنا، ألعاب القمار في التشريعات العربية المقابلة، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، مصر، 2009.

41-أحمد محمد بدوي، جرائم العرض وفقا للقانون الجنائي المصري والمقارن والشريعة الإسلامية، د.ط، سعد سمك، مصر، د.س.ن.

42-أحمد محمود خليل، جرائم الزنا في الشرائع السماوية، الإسلامية والمسيحية واليهودية والقوانين الوضعية القانون الفرنسي، الروسي، الإنجليزي والمصري، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2011.

43-الشلقاني أحمد شوقي، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الأول، د.ط ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

44-أوهايبية عبد الله، شرح قانون الإجراءات الجزائري(التحري والتحقيق)، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

45-بارش سليمان، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الجزء الأول، د.ط، دار الهدى الجزائر، 2007.

46-بغدادي جيلالي، الإجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الأول، د.ط، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1996.

47-بن الشيخ لحسن، مبادئ القانون الجزائي العام(النظرية العامة للجريمة والتدابير الأمن) د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

48-بن وارث.م، مذكرات في القانون الجنائي الجزائري(القسم الخاص)، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

49-بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجنائي الخاص(الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأشخاص)، الجزء الأول، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجرائر، 2005.

50-حسني أحمد طه، حماية الشعور الشخصي للمحكوم عليه في مرحلة العقوبة في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، د.ط، دار الجامعي الجديدة، مصر، 2007.

51-حسنين المحمدي، القتل بسبب الزنا بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.

52-خلدون سامي آل معجون، إثبات جريمة الزنا بين الفقه والقانون، د.ط، المركز العربي للدراسات الأمنية وتدريب، الرياض، 1992.

53-خليل سالم أحمد أبو سليم، قانون العقوبات(القسم الخاص)، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الطبعة الأولى، دار الصفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2014.

54-دردوس مكي، القانون الجنائي الخاص ي التشريع الجزائري، الجزء الثاني، د.ط، د.د.ن الجزائر، د.س.ن.

55-سعد عبد العزيز، الجرائم الواقعة على النظام الأسرة، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجرائر، 2013.

56-شملال علي، الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2010.

57-طارق سرور، قانون العقوبات(القسم الخاص)، الجرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2003.

58-طاهري حسين، الوجيز شرح قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة الثالثة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.

59-عبد الحكم فودة، جرائم العرض في القانون العقوبات، د.ط، دار المطبوعات الجامعية مصر، 2001.

60-عبد الحميد شواربي، الجرائم المنافية للأداب العامة في القوانين الخاصة والقانونالعقوبات الفقه، القضاء، التشريع، د.ط، مطبعة عصام جابر، مصر، 2003.

61-عبد الحميد شواربي، جريمة الزنا وجرائم الإغتصاب، هتك العرض، الفعل الفاضح الدعارة، د.ط، منشأة المعارف، مصر، 1998.

62-عبد العزيز محمد محسن، تحديات تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي(دراسة مقارنة) الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2012.

63-عزت مصطفى الدسوقي، أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية الطبعة الثانية، المكتبة الفني للإصدارات القانونية، مصر، 1999.

64-فخري عبد الرزاق الحديثي، خالد حميدي الزعبي، شرح قانون العقوبات(القسم الخاص) الجرائم الواقعة على الأشخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

65-فريجة حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري(جرائم الإعتداء على الأشخاص والجرائم الإعتداء على الأموال)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

66-محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان 2002.

67-محمدي فريدة، المدخل للقانون(نظرية الحق)، د.ط، د.د.ن، الجزائر، 1997.

68-محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للعلاقة الزوجية(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، رياض، 2002.

69-نجيمي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الإجتهاد القضائي(دراسة مقارنة)، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.

70-نجيمي جمال، جرائم الأداب والفسوق، والدعارة في التشريع الجزائري ودراسة قانونية مقارنة معززة بالإجتهاد القضائي، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.

71-نهي القرطاجي، جريمة الإغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2003.

-سادسا: المقالات

72-عبد الحليم بن مشتري، جريمة الزنا في القانون الجزائري، مجلة الإنسانية، العدد العاشر، الجزائر، 2006.

-سابعا:الرسائل والمذكرات الجامعية

73-بلخير سديد، الحماية الجنائية للرابطة الأسرية في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستر، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006.

74-بلطوم وليد، كوة كمال، السياسة الجنائية للمشرع الجزائري في مجال حماية الأسرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة إخوة المنتوري، قسنطينة، 2014-2015.

75-بوجبير بثينة، حقوق المجني عليه في القانون الجنائي الجزائري، مذكرة ماجستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، الجزائر، 2001-2002.

76-سماعون سيد أحمد، قواعد الإثبات الجنائي ومدى تطبيقها على جريمتين الزنا والسياقة في حالة سكر، مذكرة تخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، 2003-2004.

77-شاوش صارة، جريمة الإغتصاب في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013-2014.

78-قراني مفيدة، حقوق المجني عليه في الدعوى العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجستر، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة إخوة المنتوري، قسنطينة، 2008-200.

79-نياف أمال، الجريمة الجنسية المرتكبة ضد القاصر(الإغتصاب والتحرش الجنسي)، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في قانون العقوبات والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2012-2013.

ثامنا: النصوص القانونية

80-المرسوم الرئاسي رقم86-438، المؤرخ في26رجب 1417 الموافق ل7ديسمبر1996 الذي يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، جريدة الرسمية العدد 76، المعدل والمتمم بقانون 08-10 المؤرخ 17 ذي القعدة 1429 الموافق ل15نوفمبر2008، جريدة الرسمية العدد63، تعديل بموجب القانون16-01 المؤرخ في 16مارس2016، يتضمن تعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد14 الصادر في7 مارس2016

81-الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 18صفر1386 الموافق ل8يونيو1966 متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الملغى بقانون رقم08-09 المؤرخ في 18صفر1429 الموافق ل25 فبراير2008، جريدة رسمية عدد21.

82-الأمر رقم156/66 الصادر في 8 يوليو1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بقانون 04/82 المؤرخ في 13 فبراير1982، الجريدة الرسمية العدد7، المعدل بقانون15-19 المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437 الموافق ل 30 ديسمبر 2015، الجريدة الرسمية العدد71.

83- الأمر رقم155/66 المؤرخ في 18صفر1386 الموافق ل8 يونيو1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20ديسمبر2006 الجريدة الرسمية العدد84،المعدل ومتمم بالأمر 15-02 مؤرخ في 7شوال1436 الموافق ل23يوليو2015، الجريدة الرسمية العدد40.

84- الأمر رقم 72-02 المؤرخ في 10 فبراير 1972 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة تربية المساجين، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-04 المؤرخ في 27 ذو الحجة 1427 الموافق ل 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين.

85- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق ل9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل المتمم بالأمر رقم05-02 المؤرخ في 15 محرم 1426 الموافق ل27 فبراير2005، ج ر العدد 15.

-تاسعا: المجلات القضائية

86-المجلة القضائية، المحكمة العليا، غرفة الجنح والمخالفات، العدد2، الجزائر، سنة 1990.

87- المجلة القضائية، غرفة الجنح والمخالفات،المحكمة العليا، العدد1، الجزائر، 2002.

88- المجلة القضائية، غرفة الجنح والمخالفات،المحكمة العليا، العدد2،الجزائر، 2009.

الفهرس

العنوان	الصفحة
المقدمة.....	أ
الفصل الأول: الأحكام الموضوعية لجريمة الزنا.....	5
المبحث الأول: مفهوم جريمة الزنا.....	6
المطلب الأول: المقصود بجريمة الزنا.....	6
الفرع الأول: تعريف جريمة الزنا.....	6
أولا: تعريف جريمة الزنا لغة.....	6
ثانيا: تعريف جريمة الزنا إصطلاحا.....	7
ثالثا: تعريف جريمة الزنا في الفقه الإسلامي.....	9
رابعا: المقارنة.....	11
الفرع الثاني: العلة من تجريم الزنا.....	11
أولا: في التشريع الجزائري.....	12
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	12
ثالثا: المقارنة.....	13
المطلب الثاني: تمييز جريمة الزنا عن بعض الجرائم العرض.....	14
الفرع الأول: تمييز جريمة الزنا عن جريمة الإغتصاب.....	14
أولا: في التشريع الجزائري.....	14
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	15
ثالثا: المقارنة.....	16
الفرع الثاني: تمييز جريمة الزنا عن جريمة الشذوذ الجنسي.....	17
أولا: في التشريع الجزائري.....	17
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	18
ثالثا: المقارنة.....	19
الفرع الثالث: تمييز جريمة الزنا عن جريمة الفعل العلني المخل بالحياء	19
أولا: في التشريع الجزائري.....	19

ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	20
ثالثا: المقارنة.....	20
المبحث الثاني: أركان جريمة الزنا	21
المطلب الأول: الركن الشرعي لجريمة الزنا.....	21
الفرع الأول: في التشريع الجزائري.....	22
الفرع الثاني: في الفقه الإسلامي.....	23
أولا: القرآن الكريم.....	25
ثانيا: من السنة.....	26
ثالثا: الإجماع الفقهاء.....	28
الفرع الثالث: المقارنة.....	29
المطلب الثاني: الركن المادي لجريمة الزنا.....	29
الفرع الأول: الوطء المحرم.....	30
أولا: في التشريع الجزائري.....	30
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	34
ثالثا: المقارنة.....	40
الفرع الثاني: قيام الرابطة الزوجية.....	41
أولا: في التشريع الجزائري.....	41
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	46
المطلب الثالث: الركن المعنوي لجريمة الزنا.....	46
الفرع الأول : عنصر العلم.....	47
أولا: في التشريع الجزائري.....	47
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	48
ثالثا: المقارنة.....	50
الفرع الثاني: عنصر الإرادة.....	50
أولا : في التشريع الجزائري.....	51

ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	52
ثالثا: المقارنة.....	53
الفصل الثاني: الأحكام الإجرائية لجريمة الزنا.....	54
المبحث الأول: خصوصية تحريك الدعوى العمومية في جريمة الزنا...	55
المطلب الأول: إجراءات المتابعة في جريمة الزنا.....	55
الفرع الأول: تقديم الشكوى.....	56
أولا: في التشريع الجزائري.....	56
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	62
ثالثا: المقارنة.....	68
الفرع الثاني: التنازل عن الشكوى.....	69
أولا: في التشريع الجزائري.....	69
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	71
ثالثا: المقارنة.....	73
المطلب الثاني: وسائل إثبات جريمة الزنا.....	74
الفرع الأول: الشهادة.....	75
أولا : في التشريع الجزائري.....	75
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	78
ثالثا: المقارنة.....	81
الفرع الثاني : الإقرار	82
أولا: في التشريع الجزائري.....	82
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	84
ثالثا: المقارنة.....	86
الفرع الثالث: القرائن.....	87
أولا: في التشريع الجزائري.....	87
ثانيا: في الفقه الإسلامي.....	88

ثالثا: المقارنة.....	89
المبحث الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الزنا.....	90
المطلب الأول: عقوبة جريمة الزنا.....	90
الفرع الأول: العقوبة المقررة للزاني.....	90
أولا: في التشريع الجزائري.....	91
ثانيا: حد الزنا في الفقه الإسلامي.....	94
ثالثا: المقارنة.....	99
الفرع الثاني:تقدير العقوبة.....	99
أولا: عذر التخفيف.....	100
1-في التشريع الجزائري.....	100
2-في الفقه الإسلامي.....	105
3-المقارنة.....	106
ثانيا: ظرف التشديد.....	107
المطلب الثاني: تنفيذ عقوبة في جريمة الزنا.....	107
الفرع الأول : في التشريع الجزائري.....	108
الفرع الثاني: في الفقه الإسلامي.....	109
الفرع الثالث: المقارنة.....	113
الخاتمة.....	116
قائمة المراجع.....	119
الفهرس.....	130

ملخص المذكرة

جريمة الزنا ذات طبيعة خاصة كونها لا تمس فقط بمصلحة الضحية، وإنما تمتد آثارها إلى المساس بكيان الأسرة والمجتمع ككل من اختلاط الأنساب وانتشار الأمراض وتفكك الأسر، فقد حرمت الشريعة الإسلامية إتيانها من المحصن وغير المحصن كما أولتها اهتمام بالغ من خلال تقرير عقوبة الجلد على غير المحصن والرجم على المحصن مع ضبط جميع الأحكام الحاصة بالتجريم والعقاب، كما جرم المشرع الجزائري فعل الزنا ولكن إن كان أحد الجانيين أو كلاهما متزوج فقط، دون فعل الزنا الذي يكون بين رجل وامرأة كلاهما غير متزوج، كما يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين الزوج الزاني إذا اشتكى الزوج المضرور وهو جزاء لا يحقق الردع الخاص، ولا الردع العام ولا حتى العدالة، وكان الأجدر بالمشرع الجزائري الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية في تجريم فعل الزنا وفي العقاب عليه.

Résumé : Le crime d'adultère

Le crime d'adultère revêt un caractère particulier car il ne concerne non seulement l'intérêt de la victime, mais ses effets s'étendent à toucher l'entité de la famille et la société dans son ensemble, y compris le mélange des filiations, de la propagation des maladies et la désintégration des familles.
La sharia Islamique l'a prohibée que soit pour par la personne mariée ou non mariée comme elle lui a accordé une grande importance à travers l'instaurant de la peine la flagellation sur la personne non mariée et la lapidation de la personne mariée en adaptant toutes les dispositions relatives à l'incrimination et le châtiment. Le législateur algérien à de sa part prohibé l'acte d'adultère en cas où l'un des deux auteures ou les deux sont mariés, sans toutefois l'appliquer sur l'homme et la femme qui ne sont non mariés. Il est puni d'un an à deux ans l'époux adultère si l'autre conjoint dépose plainte à son encontre, et c'est une peine qui ne constitue la répression personnelle ou générale et la justice non plus. Ainsi, il était plus judicieux pour le législateur algérien d'appliquer les dispositions de la sharia islamique pour incriminer et sanction l'acte d'adultère.