جامعة محمد بوضياف ـ المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

- الرقم التسلسلي : 111 / 22

جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
ـ دراسة مقارنة ـ

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة و قانون

إعداد الطالبين: عـلي مطبوع
صالح صدراتي

إشراف الأستاذ: سديد بلخير

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف ـ المسيلة	رئيسا
د. سديد بلخير	محمد بوضياف ـ المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف ـ المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

جامعة محمد بوضياف ـ المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

- الرقم التسلسلي : 111 / 22

جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي
ـ دراسة مقارنة ـ

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة و قانون

إعداد الطالبين: عـلي مطبوع
صالح صدراتي

إشراف الأستاذ: سديد بلخير

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف ـ المسيلة	رئيسا
د. سديد بلخير	محمد بوضياف ـ المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف ـ المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

الحمد لله الذي لا تؤدى نعمة من نعمه إلا بنعمة حادثة توجب على مؤديها شكره بها والصّلاة والسّلام على أشرف مبعوث للأمم ليحييها وبعد :

الحمد لله الذي وفقنا لتثمين هذه الخطوة في مشوارنا العلمي بمذكّرتنا هذه ثمرة الجهد والنّجاح بفضله تعالى مهداة إلى الوالدين الكريمين. حفظهما الله وأدامهما نورا لدربنا .

وللعائلة الكريمة التي ساندتنا ولا تزال من زوجة وأولاد وإخوة وأخوات وإلى جميع الأسرة والأصدقاء والزملاء الأوفياء .

وأيضا إلى كل أساتذتنا ومن له فضل علينا فعلمنا أو شجعنا أو دعى بالخير لنا

إلى كل هؤلاء نهدي هذا العمل المتواضع سائلين المولى سبحانه أن ينفع به .

علي مطبوع *** صالح صدراتي

شكر وعرفان

إذا كان شكري نعمة الله نعمة * عليّ له في مثلها يجب الشكر**

فكيف وقوع الشكر إلا بفضله * وإن طالت الأيام واتصل العمر**

بعد شكر المولى سبحانه على هذه النّعمة فإنّنا لا ننسى أن نتقدّم بجزيل الشّكر والعرفان إلى أستاذنا الحبيب د. **سديد بلخير**. حفظه الله. الذي تكرّم بإشرافه علينا في إعداد هذه الرّسالة في أجمل حلّة وأبهى صورة وفق المنهج العلمي السّديد، كما نتقدّم بجزيل الشّكر إلى كافّة أساتذة قسم الشّريعة بجامعتنا وكلّ الطّاقم الإداري على ما يبذلونه من جهد في التعليم وخدمة طلبة العلم، سائلين المولى سبحانه أن يوفقهم وأن يعينهم وأن يسدّد خطاهم لما فيه خدمة العلم وأهله.

علي مطبوع *** صالح صدراتي

مختصرات البحث

ق.ع.ج : قانون العقوبات الجزائري

ق.إ.ج.ج : قانون الإجراءات الجزائية الجزائري

ت : تحقيق

ط : طبعة

ج : الجزء

ص : الصفحة

د ط : دون طبعة

د ت ن : دون تاريخ النشر

د م ن : دون مكان النشر

ا.هـ : انتهى

المقدمة:

المقدمة

الحمد لله الذي شرف بالعلم أولي النهى والأحلام، وشرع لعباده الأحكام فبيّن الحلال والحرام، وأمرهم بالصالحات ونهاهم عن الآثام، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، إله عزّ من اعتزّ به فلا يُضام، وذلّ من تكبّر عن أمره ولقي الآثام، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله سيد الأنام، وأغير خلق الله على محارم الإسلام، فنهى عن كل منكر بأجمل بيان وأفصح كلام، فاللهم صل وسلم عليه ماغرد الحمام وسبح الأنام، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان على الدوام أما بعد : فإن مما اتفقت عليه جميع الشرائع وتشاركت فيه نظرة أصحاب العقول السليمة والفطر السوية هو حفظ كرامة الإنسان وعرضه، وإن من أجلّ المقاصد الكبرى في شريعة الإسلام حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والعرض والمال، وهي مقاصد مكملة لبعضها البعض، جاء الإسلام بحفظها وسدّ كل منافذ العدوان عليها بتوقيع أشد العقوبات على منتهكيها، خاصة ما تعلق منها بباب التعدي على الأعراض والحُرمات من أصحاب الشهوات الجامحة، والنزاوت الطامحة، والنفوس المريضة، الذين يلهثون وراء إشباع رغباتهم ومآربهم عن طريق الحرام، وبأقبح أنواع الإجرام، وإن من أخطر تلك الجرائم وأشدها وقعا على النفوس وتأثيرا على المجتمع جريمة شنيعة، وفاحشة غليظة، وقبيحة فظيعة، ورذيلة بشعة مهلكة، اتفقت الشرائع كلها على تحريمها وتجريمها، وعدّها من أخطر الجرائم لانتشارها خاصة في هذا العصر الحديث وأيضا لما يترتب عليها من آثار على الأفراد و المجتمعات على حد سواء، ألا وهي " **جريمة الاغتصاب** " حيث أن الإحصائيات تنذر بالخطر الكبير والانتشار الرهيب لهذه الجريمة على مستوى العالم بشكل عام وعلى مستوى الدول العربية والإسلامية ومنها الجزائربشكل خاص، و ما ذلك إلا لبعد هذه الأنظمة عن تطبيق أحكام الإسلام الذي أحكم فيه سبحانه وجوه الزجر عن هذه الجرائم غاية الإحكام، ليقطع دابرها ويستأصل جذورها، فتأمن البلاد ويسلم العباد، لكن هيهات هيهات، فرغبة هذه الأنظمة وخاصة ما تعلق بالقانون الجنائي منها عن تطبيق هذه الشريعة السمحة والرجوع إليها والاحتكام بها جعل الجريمة تنتشر وتزداد، وهذا مما يستدعي

الباحثين والدارسين مزيد عناية بإظهار محاسن أحكام الإسلام وسموّها على هذه القوانين الوضعية التي أثبتت عجزها وقصورها في دراسة علمية متجردة ومقارنة، وهذا ما سعينا لتحقيقه في هذا البحث الموسوم " **جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ــ دراسة مقارنة ــ** "

فنسأل الله التوفيق والسداد والقبول والرشاد.

2- أهمية الموضوع

تكمن أهمية طرح هذا الموضوع في نقاط كثيرة نذكر منها :

أ- تعتبر جريمة الاغتصاب اعتداء على الأعراض، وهي من أجلّ مقاصد شريعة التي عنيت بحفظها.

ب- تعد من الجرائم التي انتشرت مؤخرا، وفشت لدرجة تؤذن بالخوف والقلق، فوجب دق ناقوس الخطر.

ت- عجز التشريعات الحديثة والقوانين الوضعية عن التصدي لهذه الجريمة، يجعل من ذلك فرصة لإظهار التراث الفقهي الذي خلفه علماء الإسلام في علاج هذه الجريمة، وكيف أحاطوا بها وبتفصيلاتها بدقة متناهية.

ث- أثبتت الدراسات الحديثة أن 98% من جرائم الاغتصاب لا يتم الإبلاغ عنها درءا للفضيحة والعار، وهذا يؤدي إلى ضياع الحقوق، ونجاة المجرم من العقاب، مما يجعله لا يرتدع، وبذلك تنتشر الجريمة أكثر فأكثر، فطرح مثل هذه المواضيع، ومعالجتها بهذه الصورة تساعد على دفع تلك المخاوف.

3- أسباب اختيار الموضوع

أما أسباب اختيار هذا الموضوع فهي أسباب كثيرة منها ما هو شخصي، ومنها ما هو موضوعي :

الأسباب الشخصية :

أ – من أهم الأسباب التي جعلتنا نختار هذا الموضوع سبب خاص، وهو تزامن وقت اختيار المواضيع مع وقوع جريمة اغتصاب جماعي شنيعة راح ضحيتها معلمات وأستاذات شريفات وهن يؤدين رسالة التربية والتعليم أشغلت الرأي العام وسببت صدمة لكثير من الناس وهي ما تعلق باغتصاب تسع معلمات والاعتداء عليهن بطريقة وحشية وهمجية في إقامتهن بإحدى السكنات ببرج باجي مختار بتاريخ : 2021/05/18م، فتناسب المقام باختيار ما يناسبه من المقال.

الأسباب الموضوعية :

أ- من أهم الأسباب العامة التي جعلتنا نختار هذا الموضوع هو أهميته الكبيرة، وما ذكر في أهمية الموضوع هو من الأسباب أيضا.

ب- ندرة وقلة البحث في الموضوع والتهيب من معالجة مثل هذا النوع من الجرائم لدى الطلبة يعطي قيمة علمية قَيِّمة لهذه الدراسة.

ت- رغبة المسلمين في تطبيق الشريعة، وجعلها مصدرا من مصادر التشريع، لتُحفظ بذلك دماؤهم وأموالهم وأعراضهم، خاصة بعد أن عجزت هذه القوانين الوضعية عن ردع وزجر هؤلاء المجرمين.

ث- النظرة السلبية والقاصرة عند المجتمعات العربية والإسلامية إلى جريمة الاغتصاب، وأمثالها من جرائم هتك العرض والشرف، ومحاولة التستر عليها، وإخفائها فتضيع بذلك الحقوق الشرعية والقانونية، وتهدر الحقائق.

ج- غالب الدراسات والبحوث الأكاديمية في هذا الموضوع إنما هي من طلبة كليات الحقوق والعلوم القانونية في مختلف الجامعات الجزائرية، بينما مناقشة هذا الموضوع من طرف طلبة الشريعة والقانون نادر وقليل جدا فيما رأينا، وهم أحق وأولى بمثل هذه المواضيع بحكم طبيعة التخصص.

ح- التعديلات والتتميمات المتجددة لقانون العقوبات الجزائري وقانون الإجراءات الجزائية يستدعي بحوث مواكبة لها، وأغلب البحوث في هذا الموضوع كما رأينا قديمة لا تتماشى مع هذه التعديلات.

4- أهداف الموضوع

تتداخل أهداف الموضوع مع الأهمية مع الأسباب غير أنه يمكن تحديد أهداف هذه الدراسة فيما يلي:

أ – أهم الأهداف المرجوة من هذه الدراسة على الإطلاق الكشف على العجز الذي أظهرته القوانين الوضعية، خاصة القانون الجنائي الجزائري في معالجة مثل هذه الجرائم، والإشارة إلى الثغرات والهفوات التي وقع فيها المشرع، وفي المقابل بيان الحكام الشرعي في مثل هذه الجرائم، وأنه أحكم وأقوم وأجدر بالتطبيق والعمل به.

ب- محاولة إبراز سمو الشريعة والغوص في التراث الفقهي الذي خلفه لنا فقهاء الإسلام المتراكم في بطون الكتب، خاصة ما تعلق منها بباب الحدود والزجر عن الجرائم، ودفع شبهة أن الشريعة لا تصلح لهذا الزمان، وأن أحكامها ليست مقننة، أو أن قواعدها ليست محكمة كما ينبغي، خاصة ما تعلق منها بالحدود.

ت – دراسة مقارنة ومقابلة بين أحكام الشريعة وأقوال الفقهاء في مسألة " جريمة الاغتصاب " مع أحكام المشرع الجزائري من خلال قانون العقوبات وكلام شراح القانون، وموقف كل واحد منهما من هذه الجريمة في تعريفها وبيان أركان قيامها والعقوبة المقررة لها وغير ذلك مما يتعلق بها.

5- إشكالية الموضوع

بما أنّ هذا البحث اعتمد على المقارنة بين القانون الجنائي الجزائري والفقه الإسلامي فإنّه يمكن طرح هذا التساؤل كإشكالية رئيسة وهي : **كيف عالج الفقه الإسلامي والقانون الجنائي جريمة الاغتصاب ؟**

وهذا ما يؤدي بنا إلى طرح عدة إشكالات فرعية منها : ما هو مفهوم جريمة الاغتصاب ؟ وماهي أركانها ؟ وكيف يتم إثبات هذه الجريمة ؟ وماهي العقوبة المقررة لها ؟ وماهي أوجه الاتفاق والاختلاف في ذلك كله بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ؟

6- المنهج المعتمد في البحث

اعتمدنا في إنجاز هذا البحث على أكثر من منهج علمي واحد حسب ما يقتضيه الموضوع، وبما أن موضوعنا مقارن بين نصوص الفقه الإسلامي ونصوص القانون الجنائي في جريمة الاغتصاب وإحصائها، فيمكن القول أن أكثر المناهج التي اتبعناها ثلاثة هي: (المنهج الاستقرائي والتحليلي والمقارن)

أ- **المنهج الاستقرائي:** وذلك باستقراء وجمع النصوص وأقوال الفقهاء التي تتعلق بجريمة الاغتصاب من مصادرها الأصلية.

ب- **المنهج التحليلي:** ويظهر ذلك من خلال تفسير النصوص الشرعية و القانونية وفهم مراد المشرع منها.

ت- المنهج المقارن: ويظهر ذلك جليا عند المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري.

7- الدراسات السابقة

من خلال بحثنا في موضوع جريمة الاغتصاب وإنجاز هذه الدراسة اطلعنا على بعض البحوث الأكاديمية حوله، سواء كانت من طرف الجامعات الجزائرية أو من خارجها، وهي ليست كثيرة وغالبها من طرف طلبة كليات الحقوق ولذلك كان تركيزهم على جهة القانون أكثر منه على الفقه الإسلامي، كما أنها لا تخلوا من الفائدة ، ومن هذه الرسائل :

1- رسالة " **أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية** " للطالب إبراهيم بن صالح بن محمد اللحيدان، وهي دراسة مقدمة لاستكمال درجة الماجستير، تخصص تشريع جنائي، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ــ السعودية، سنة: 2004م، وقد بدأنا بذكر هذه الرسالة لأنها بحق رسالة قيمة، وبحث جيد في موضوعه، استفدنا منه كثيرا في دراستنا هذه، عالج فيها صاحبها طريقة حرص الشريعة في حفظ العرض، معتمدا المنهج الاستقرائي والتتبع لنصوص وأقوال أصحاب المذاهب وأيضا المنهج المقارن بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، غير أنه لم يحدد هذا الأخير، وهذا ما يميّز دراستنا عنها بأن حصرنا وحددنا مجال المقارنة بالقانون الجنائي الجزائري.

2- رسالة " **جريمة الاغتصاب بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ــ دراسة مقارنة ــ** " قامت بها الطالبة: زريعة فايزة، وهي رسالة ماستر، تخصص أحوال شخصية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور ــ الجلفة، سنة 2013-2014م، عالجت فيها مباحث جريمة الاغتصاب بشكل عام ولم تكن لها إشكالية محددة في دراستها، وهذا البحث يشبه عنوانه بشكل كبير عنوان دراستنا غير أنهما يختلفان كثيرا، فمصدر الدراسة هنا كلية الحقوق بخلاف بحثنا فهي كلية الشريعة، أيضا لاحظنا أن الطالبة اعتمدت كثيرا على رسالة إبراهيم بن صالح اللحيدان، كما أننا لا نجد المقارنة الفعلية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في الرسالة كما هو مذكور في العنوان، وهذا ما يميز دراستنا عنها.

3- رسالة " **جريمة الاغتصاب في التشريع الجزائري** " للطالبتين: أومعمر كاميلية و أورابح صافية، وهي مذكرة ماستر، قسم القانون الخاص والعلوم الجنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جماعة عبد الرحمن ميرة ــ بجاية ، 2012 -2013م، عالجت فيه الطالبتين مدى نجاعة النص القانوني في مكافحة جريمة الاغتصاب، معتمدتين على الأسلوب الاستقرائي و التحليلي، وهو بحث قانوني بحت، فهو مختلف جدا عن دراستنا فهي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي.

8- الصعوبات والعوائق

كما هو معلوم فإنه لا يخلوا أيّ بحث علمي من صعوبات و عوائق تعترض الطالب حين إنجازه وقد لقينا بعض الصعوبات حاولنا بحول الله تجاوزها ومن ذلك :

- قلة المراجع التي اعتنت بدارسة خاصة لهذا الموضوع، سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الجنائي
- أكثر المراجع في القانون وشروحاته قديمة وغير مواكبة للتعديلات التي تمت عليه .
- ضيق الوقت، وتسارع الزمن، والبعد في المكان سواء مع بعضنا البعض، أو مع المشرف ــ حفظه الله ــ مما قلل التواصل وجعله صعبا.

لكن تم تجاوز كل هذه المعوقات وتم هذا البحث بفضل الله وكرمه.

9- الخطة العامة لموضوع البحث

يمكن تلخيص خطة البحث المعتمدة في دراستنا هذه على النحو الآتي :

المقدمة

الفصل الأول : مفهوم جريمة الاغتصاب وأركانها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

المبحث الأول: مفهوم جريمة الاغتصاب وبعض الجرائم المشابهة لها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

المبحث الثاني: أركان جريمة الاغتصاب وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الثاني : طرق إثبات جريمة الاغتصاب والعقوبة المقررة لها

المبحث الأول: طرق إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

المبحث الثاني: عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الخاتمة : وتشتمل على أهم النتائج التوصيات المتعلقة بالبحث .

الفصل الأول

مفهوم جريمة الاغتصاب وأركانها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول

مفهوم جريمة الاغتصاب وبعض الجرائم المشابهة لها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

المبحث الثاني

أركان جريمة الاغتصاب وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الأول : مفهوم جريمة الاغتصاب وأركانها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

يتمثل هذا الفصل في مبحثين : المبحث الأول نتناول فيه مفهوم جريمة الاغتصاب وبعض الجرائم المشابهة لها وأيضا حكم هذه الجريمة، أما المبحث الثاني فإننا نتكلم فيه عن أركان جريمة الاغتصاب التي لا تقوم ماهية الجريمة إلا بها مع ذكر شروط هذه الأركان، ونختم كل مبحث بدراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي ثم بعد ذلك ملخص يجمع ماتناولناه في هذا الفصل .

المبحث الأول : مفهوم جريمة الاغتصاب وبعض الجرائم المشابهة لها وحكمها .

قبل الدخول في صلب الموضوع فإنه يجب على الباحث أولا وقبل كل شيء إعطاء التعريف وشرح مصطلحات البحث ولذلك أول ما نتعرض له في هذا الفصل هو أن نشرح فيه مصطلح جريمة الاغتصاب وأيضا إعطاء نظرة عامة على بعض المصطلحات والجرائم الأخرى المشابهة لجريمة الاغتصاب مع بيان حكمها.

المطلب الأول : تعريف جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي والقانون الجنائي

لمعرفة معنى مصطلح جريمة الاغتصاب والإحاطة بمفهومه جعلنا هذا المطلب من أربعة فروع نذكر في الفرع الأول تعريف جريمة الاغتصاب لغة، ثم في الفرع الثاني نتحدث عن تعريفها اصطلاحا في الفقه الإسلامي، والفرع الثالث في القانون الجنائي، أما الفرع الرابع فنذكر مقارنة بين التعريفين.

الفرع الأول : تعريف جريمة الاغتصاب لغة

قبل معرفة المعنى الاصطلاحي لجريمة الاغتصاب لا بد أولا من معرفة المعنى اللغوي وتحديد المقصود من الكلمة في لغة العرب، وجريمة الاغتصاب عبارة عن لفظ مركب من كلمتين : جريمة، والاغتصاب.

أولا- تعريف الجريمة لغة :

قال الأزهري : والجرم مصدر الجارم الذي يجرم نفسه وقومه شرا، وفلان له جريمة إلي: أي جرم، وقد جرم وأجرم جرما وإجراما، إذا أذنب. والجارم: الجاني، والمجرم، والمذنب، وقول الله جل وعز:

{ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَـَٔانُ قَوْمٍ أَن صَدُّوكُمْ عَنِ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ أَن تَعْتَدُوا۟ } (المائدة: 2) وقد قيل: لا يجرمنكم: لا يدخلنكم في الجرم. كما يقال: أثمته، أي أدخلته في الإثم[1].

وقال ابن منظور: والجرم: التعدي، والجرم: الذنب، والجمع أجرام وجروم، وهو الجريمة، وقد جرم يجرم جرما واجترم وأجرم، فهو مجرم وجريم، وفي الحديث: " أعظم المسلمين في المسلمين جرما من سأل عن شيء لم يجرم عليه فحرم من أجل مسألته" الجرم: الذنب. وقوله تعالى: { إِنَّ ٱلَّذِينَ كَذَّبُوا۟ بِـَٔايَـٰتِنَا وَٱسْتَكْبَرُوا۟ عَنْهَا لَا تُفَتَّحُ لَهُمْ أَبْوَٰبُ ٱلسَّمَآءِ وَلَا يَدْخُلُونَ ٱلْجَنَّةَ حَتَّىٰ يَلِجَ ٱلْجَمَلُ فِى سَمِّ ٱلْخِيَاطِ ۚ وَكَذَٰلِكَ نَجْزِى ٱلْمُجْرِمِينَ ۝٤٠ } (الأعراف: 40)... وجرم إليهم وعليهم جريمة وأجرم: جنى جناية[2].

يمكن القول من خلال ما سبق أن الجريمة في اللغة تطلق ويراد بها الذنب والتعدي والجناية وغير ذلك من المعاني.

ثانيا – تعريف الاغتصاب لغة :

قال ابن منظور : الغصب: أخذ الشيء ظلما، غصب الشيء يغصبه غصبا، واغتصبه، فهو غاصب، وغصبه على الشيء: قهره، وغصبه منه، والاغتصاب مثله، والشيء غصب ومغصوب ... وتكرر في الحديث ذكر الغصب، وهو أخذ مال الغير ظلما وعدوانا. وفي الحديث: " أنه غصبها نفسها " أراد أنه واقعها كرها، فاستعاره للجماع[3].

ويقال في اللغة: اغتصب يغتصب، اغتصابا، فهو مغتصب، والمفعول مغتصب، اغتصب السلطة ونحوها: استولى عليها بالقوة، أخذها قهرا وظلما دون وجه حق "اغتصب مالا / الأرض من جاره". اغتصب المرأة: غصبها، زنى بها رغما عنها.[4]

---

1 الأزهري : أبو منصور محمد بن أحمد الهروي، تهذيب اللغة، ت محمد عوض مرعب، نشر : دار إحياء التراث العربي ــ بيروت، ط1، 2001م، (ج1 / ص 46)

2 ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، نشر : دار صادر ــ بيروت، ط3، 1414هـ (ج 12 / ص 91)

3 المرجع السابق، (ج 1 / ص 648)

4 أحمد مختار عبد الحميد، معجم اللغة العربية المعاصر، نشر : عالم الكتب ــ القاهرة ، ط1، 2008م، باب: غ ص ب رقم الكلمة (3572)، (ج 2 / ص 1622)

من خلال ما سبق نجد أن مادة غصب تتضمن معنى الظلم وأخذ الشيء قهرا وعدوانا والإكراه على الزنى وفرض المعاشرة الجنسية بالقوة.

ثالثا – تعريف جريمة الاغتصاب لغة :

من خلال معرفة المعنى اللغوي لكل مفردة يمكن القول أن معنى جريمة الاغتصاب في اللغة كلفظ مركب هو وذنب وجناية أخذ الشيء عدوانا وقهرا أو التعدي وجناية الإكراه على الزنى.

الفرع الثاني : تعريف جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي

أولا – تعريف الجريمة اصطلاحا :

عرفها بعضهم على أنها " محظورات بالشرع زجر الله عنها بحد أو تعزيز" والمحظورات هي: إما إتيان فعل منهي عنه، أو ترك فعل مأمور به، وقد وصفت المحظورات بأنها شريعة، إشارة إلى أنه يجب في الجريمة أن تحظرها الشريعة، فالجريمة إذن هي إتيان فعل محرم معاقب على فعله، أو ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه، أو هي فعل أو ترك نصت الشريعة على تجريمه والعقاب عليه.[1]

ثانيا – تعريف الاغتصاب اصطلاحا :

عند التأمل في كلام الفقهاء نجد أكثر ما يستعملون مصطلح الاغتصاب في باب الاعتداء على الأموال وهذا ما يقرره غير واحد من أهل العلم يقول الإمام السرخسي الحنفي : "اعلم بأن الاغتصاب أخذ مال الغير بما هو عدوان من الأسباب، واللفظ مستعمل لغة في كل باب مالا كان المأخوذ أو غير مال، يقال: غصبت زوجة فلان وولده، ولكن في الشرع تمام حكم الغصب يختص بكون المأخوذ مالا متقوّما، ثم هو فعل محرم لأنه عدوان وظلم، وقد تأكدت حرمته في الشرع بالكتاب والسنة"[2].

---

1 عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، نشر : دار الكاتب العربي ــ بيروت ، (د ط)، (د ت ن) ، (ج 1 / ص 66)

2 السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط ، نشر : دار المعرفة ــ بيرت ،(د ط)، 1993م ، (ج 11 / ص 49)

وفي مثل هذا ما أورده الآبي المالكي أن " أكثر ما يرد الاغتصاب في اصطلاح الفقهاء على أخذ المال ظلما وقهرا، وإن أورده بعض الفقهاء على اغتصاب الشرف والعرض أثناء الحديث عن أسباب زوال عهد الذمة"[1].

ومع ذلك فإننا نجد العلماء قديما يستعملون لفظ الاغتصاب في الإكراه على الزنى ونجد هذا اللفظ في نصوصهم بكثرة ومثل هذا لا يكاد يحصر في كلامهم ومن ذلك ما جاء عن مالك أنه قال: "ومن زنى بمجنونة لا تعقل، أو أتى نائمة، أو اغتصب امرأة، فعليه الحد والصداق لكل واحدة منهن"[2]، بل يجعلونها ضمن العناوين والمسائل كقول ابن رشد: "مسألة: اغتصب امرأة فحملت منه. وقال: في رجل اغتصب امرأة فحملت منه، قال: لا يطأها زوجها حتى تضع، قيل له: فإن قال زوجها لا حاجة لي بامرأة اغتصبت، هي طالق البتة، قال: لا بد من الثلاث حيض بعد الوضع. قال: ولو لم تحمل من المغتصب، ثم طلقها زوجها حين اغتصبت، قال: فثلاث حيض تكفيها لهما جميعا من طلاق الزوج، ومن استبراء الماء الفاسد الذي للغاصب"[3].

من خلال ماسبق فالذي درج عليه الفقهاء قديما أنه يستعملون مصطلح الاغتصاب في الاعتداء على الأموال بغير حق وأيضا يستعملونه لفظا يدل على الإكراه على الزنى وهذا مانص عليه المتأخرون من الفقهاء ولذلك أخذوا يعطون معنى واضح لمصطلح الاغتصاب كمصطلح له دلاله خاصة يشرحونها في كتبهم.

تعددت تعريفات الفقهاء المتأخرين لمصطلح الاغتصاب في الفقه الإسلامي نورد بعضها كالآتي :

---

1 الآبي الأزهري : صالح عبد السميع ، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ، نشر : دار المعرفة ــ لبنان ، (د ط)، (د ت ن)، (ج1 / ص 105)

2 البراذعي المالكي: أبو سعيد خلف بن ابي القاسم القيرواني ، التهذيب في اختصار المدونة، ت محمد الأمين بن الشيخ ، نشر : دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ــ دبي ، ط 1 ، 2002م ، (ج 4 / ص 408)

3 بن رشد القرطبي ، أبو الوليد محمد بن أحمد، البيان والتحصيل، ت محمد حجي وآخرون ، ،شر : دار الغرب والإسلامي ــ بيروت ــ لبنان ، ط2، 1988م ، (ج 5 / ص 473)

الاغتصاب : "هو وطء بالغ حرة أو أمة جبرًا بغير وجه شرعي"[1].

وذكر بعض المعاصرين أنه: "عبارة عن ارتكاب جريمة الزنى بالمفهوم الشرعي مضافا إليه حمل المرأة على المواقعة دون رضاها أو جبرا عنها"[2].

والذي يظهر أن هذه التعريفات خرجت مخرج الغالب وإلا فقد يكون الاغتصاب من الأنثى للرجل أو الرجل للرجل أو الأنثى للأنثى ولذلك ذكر بعض الباحثين تعريفا لعله يكون جامعا معنى الاغتصاب بقوله: " إرغام الرجل أو المرأة غيرهما على الاتصال به جنسيا دون رضا الطرف الآخر أو دون اختيار منه إذا كان حراما محضا "[3] ولعل هذا التعريف شامل لجريمة الاغتصاب التامة سواء كان الجاني رجل أو امرأة.

الفرع الثالث : تعريف جريمة الاغتصاب في القانون الجنائي

أولا – تعريف الجريمة اصطلاحا :

جرت عادة التشريعات أنها لا تحشو النصوص القانونية بالتعريفات بل تترك ذلك للفقه القانوني ليجتهد فيه ولذلك نجد بعض الآراء الفقهية القانونية تعرف الجريمة على أنها " الفعل الذي يجرم بنص القانون " أو هي " عمل أو امتناع عن عمل مخالف للقانون الجنائي ومعاقب عليه بمقتضاه "[4] وبذلك يظهر لنا أن الجريمة هي كل فعل يعاقب عليه القانون بعقوبة جزائية.

ثانيا – تعريف الاغتصاب اصطلاحا :

يقال هنا مثلما قيل في تعريف الجريمة فإن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف مصطلح الاغتصاب في تشريعه وترك المجال للاجتهاد الفقهي والقضائي في تحديد معنى الاغتصاب، بل إننا

---

1 عثمان بن المكي الزبيدي التونسي، توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام، نشر : المطبعة التونسية ، ط1 ، 1339هـ (ج 4 / ص 124)

2 محمد الشحات الجندي، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، نشر : دار النهضة العربية ــ القاهرة ، ط: 1990، (د ت ن)، (ص 45)

3 إبراهيم بن صالح بن محمد اللحيدان، أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الإسلامي، دراسة مقدمة لاستكمال درجة الماجستير، تخصص تشريع جنائي ، قسم العدالة الجنائية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ــ السعودية ، سنة : 2004م ، (ص 19)

4 عبد الله سليمان ، شرح قانون العقوبات الجزائري ــ القسم العام ــ نشر : ديوان المطبوعات الجامعية ــ الساحة المركزية ــ بن عكنون ــ الجزائر ، 1995م ، (ج1 / ص 58)

نجد المشرع الجزائري استعمل مصطلح " هتك العرض " في أول الأمر ثم بعد ذلك عدل إلى ذكر مصطلح الاغتصاب وهو ما جاء في المادة 336 (معدلة) من ق.ع.ج حيث نصت على مايلي :" **كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات .**

وإذا وقع الاغتصاب ضد قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة "[1].

تعددت آراء الفقه والقضاء في تعريف مصطلح الاغتصاب ولذلك نجد الكثير من التعريفات ومن ذلك ما ذكره بعض شراح القانون أن الاغتصاب هو " فعل ممارسة رجل لعمل جنسي مع امرأة محرمة عليه شرعا وقانونا بالإكراه ودون رضاها "[2]، وتوسع آخر في تعريفه فعرفه " بأنه اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا كاملا بدون رضاء صحيح منها بذلك ، وعلة تجريمه أنه اعتداء على العرض ، فالجاني يكره المجني عليها على سلوك جنسي لم تتجه إليه إرادتها فيصادر بذلك حريتها الجنسية ومن ثم كان الاغتصاب أشد جرائم الاعتداء على العرض "[3]، واختصر بعضهم تعريف مصطلح الاغتصاب " على مواقعة رجل لامرأة بغير رضاها " وذُكر أن هذا ما يُستشف من أحكام القضاء الجزائري كما جاء ذلك في قرار المحكمة العليا الصادرة عن الغرفة الجنائية في 19 ديمسمبر2013م (غ ج 2 قرار في 19 – 12 – 2013م ملف رقم : 919831 غ منشور)[4]، غير أننا عند التأمل نرى أن أغلبها يتفق على عنصرين :

1- : وجود عنصر الإكراه وانتفاء الرضا.

2- : وجود عملية الاتصال الجنسي من الرجل على المرأة.

هذا ما نجده أيضا من تعريف لمصطلح الاغتصاب في القانون المقارن وأغلب التشريعات القانونية حتى القانون الدولي ومن ذلك ما قام به القضاة الدوليون بمحكمتي يوغسلافيا السابقة وروندا من

---

1 القانون رقم 14-01 المؤرخ في 16 فبراير 2014 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2014/04/16م، العدد (07)، المادة 336 (المعدلة) من القسم السادس ــ الفصل الثاني ــ الباب الثاني منه (ص 130).

2 عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، نشر : دار هومة للنشر ــ الجزائر ، (د ط)، 2013م، (ص 65).

3 محمد رشاد متولي، جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن، نشر : ديوان المطبوعات الجامعية ــ الجزائر ، ط2، 1989م، (ص 125)

4 احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، نشر : دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ــ الجزائر ، ط 21، 2021م (ص 95)

وضع مفهوم عام لمصطلح جريمة الاغتصاب في ظل التعاريف الموجودة في القوانين الداخلية وهو الذي اعتمدته محكمة يوغسلافيا " بأنه غزو جسدي ذو طبيعة جنسية يرتكب ضد شخص الغير تحت سلطة الإكراه " ويعتبر هذا التطور هاما في تحديد مفهوم الاغتصاب بعدما كان يشترط أن تكون الضحية أنثى، وأن تتم الجريمة عن طريق الإيلاج فقط [1].

الفرع الرابع : مقارنة بين التعريف الفقهي والتعريف الجنائي لجريمة الاغتصاب

من خلال ما سبق وما أوردناه من تعريفات لمصطلح الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فإننا نجد بعض النقاط المشتركة بينهما كما نجد بعض الفروق الجوهرية والدقيقة التي تميز أحدهما عن الآخر ولذلك يمكن القول كمقارنة بينهما ما يلي :

- عند التأمل في التعريفات وما أورده فقهاء كل مجال في تعريف مصطلح الاغتصاب نجد أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لم يضبط حدا واضحا وجامعا لمصطلح الاغتصاب، غير أننا نجد الفقه الإسلامي كان له فضل السبق في تحديد مفهوم الاغتصاب وبيان أحكامه والتكلم في صوره وأشكاله ونجد ذلك مبثوثا في كتب الفقه القديمة بخلاف القانون الوضعي فإنه متأخر في ذلك .
- نجد أن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتفقان على اعتبار عنصر الإكراه أو انعدام الرضا والاختيار في تعريف الاغتصاب، إلا أن الشريعة الإسلامية كانت أدق في ذلك وأوسع إذ أن الاغتصاب في الفقه الإسلامي يعتبر جريمة زنا او لواط مضافا إليها عنصر الإكراه أو عدم الاختيار في الاتصال الجنسي به، وهذا الوطء في أصله محرم ومعاقب عليه في الشريعة سواء أضيف إليه عنصر الإكراه و انعدام الرضا أم لا، بل يمكن القول أن أيّ معاشرة جنسية خارج نطاق الزوجية هي محرمة ومعاقب عليه في الفقه الإسلامي ، بخلاف القوانين الوضعية فإن رضا المرأة رضاء صحيحا بأن يتصل بها الرجل المحرم عليها جنسيا لا يجعل هناك جريمة في نظر القانون، وهذا يظهر بجلاء الفرق بين حقيقة هذه الجريمة في الفقه والقانون وأن هذه الشريعة جاءت بحراسة الفضيلة والدفاع عنها من كل جوانبها بل سدت الطرق إليها بمنع أسبابها ولطالما كان الزنى من أعظم أسباب وقوع جريمة الاغتصاب .

---

1 بوشمال صندرة ، الجرائم ضد الإنسانية ضمن اجتهاد المحاكم الجنائية الدولية والوطنية ــ أطورحة دكتوراه ــ تخصص: القانون ، كلية الحقوق ، جماعة منتوري ــ قسنطينة ــ الجزائر، (د ط)، سنة 2017م ، (ص 224– 225)

- عند قراءة أكثر التعريفات لمصطلح الاغتصاب في القانون الوضعي نجد التعبير بأنه إكراه الرجل للأنثى على الاتصال الجنسي به فقط ، بينما حقيقة الاغتصاب قد تكون بإكراه الرجل للأنثى أو العكس أو بين طرفين من جنس واحد وهذا مايطلق عليه في القانون الوضعي (هتك العرض)، أما الفقه الإسلامي فإن وجد هذا التعريف عند بعض الفقهاء فإنما خرج مخرج الغالب فإن الغالب في مثل هذه الجرائم هو أن يكون الرجل الجاني والمرأة المجني عليها وإن كان المتأخرون تداركوا هذا وحاولوا وضع تعريف شامل وجامع لكل صور الاغتصاب ونجد ذلك واضحا في كتب المتأخرين من الفقهاء وهذه مسألة دقيقة تميز بها الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي.
- تختلف فلسفة التجريم لهذا الفعل بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي فقد نص القانون الجنائي على المادة التي تجرم الاغتصاب تحت باب الآداب والأخلاق فهو يعتبر انتهاك للآداب العامة والأخلاق، وتعدي على الحرية الجنسية للأفراد، بينما يرى الفقه أن الاغتصاب قبل كل شيء اعتداء على حدود الله وانتهاك للمحارم واعتداء على الفروج بغير حق وسلب لكرامة وعرض المعتدى عليه ظلما وعدوانا كما أنه بذلك اعتداء على مقصد من أهم المقاصد الكبرى التي جاء بها هذا الدين ألا وهو حفظ الأعراض.

المطلب الثاني : بعض الجرائم المشابهة لجريمة الاغتصاب

لاشك أن الجرائم التي تتعلق بالعرض والجنس كثيرة وإن كان الاغتصاب أخطرها وشرها، فإننا نحاول في هذا المبحث التعرض بشكل موجز إلى بعض الجرائم المشابهة لجريمة الاغتصاب وقد حاولنا الاقتصار على ثلاثة جرائم فقط طلبا للإيجاز وعدم الإطالة وهي (جريمة الزنا وهتك العرض والتحرش الجنسي) وذلك من خلال ثلاثة فروع نبرز فيها أهم النقاط التي تشترك وتختلف فيها هذه الجرائم مع جريمة الاغتصاب في ضوء الفقه الإسلامي والقانون الجنائي.

الفرع الأول : جريمة الزنا

أولا : في الفقه الإسلامي : عرف الفقهاء المالكية الزنا بأنه " وَطْءُ مُكَلَّفٍ مُسْلِمٍ فَرْجَ آدَمِيٍّ لَا ملك له فيه باتفاق تعمدا وإن لواطا أو إتيان أجنبية بدبر"[1] وهناك تعريفات أخرى لأصحاب المذاهب الفقهية وإن كانت غالبا متقاربة في تعريف الزنا، وقد ورد ذكر هذا اللفظ في القرآن الكريم في عدة مواضع تظهر فضاعة هذه الجريمة والعقوبة المقدرة لها في الدنيا بالحد وفي الآخرة بالوعيد الشديد لأصحابها ومن ذلك قوله تعالى { وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾ } (الإسراء: 32) وقوله تعالى { وَٱلَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِى حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ﴿٦٨﴾ يُضَٰعَفْ لَهُ ٱلْعَذَابُ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِۦ مُهَانًا ﴿٦٩﴾ } (الفرقان : 68 – 69) وقوله تعالى مبينا العقوبة لهذه الجريمة في الدنيا والحد { ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ ٱللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۖ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَآئِفَةٌ مِّنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴿٢﴾ } (النور : 2) وقد نصت الشريعة على عقوبة الزنا بالجلد والتغريب مدة عام لغير المحصن وبالرجم حتى الموت للمحصن، وقد سبق وأشرنا أن الاغتصاب في الفقه الإسلامي يعتبر زنا إضافة إلى عنصر الإكراه أو عدم الرضا والاختيار، كما أن الزنا خاص بمواقعة الأنثى في القبل وعممه

---

1 خليل بن إسحاق: ضياء الدين الجندي المالكي المصري ، مختصر خليل ، ت أحمد جاد ، نشر : دار الحديث ــ القاهرة ، ط 1 ، 2005م ، (ص 240)

كثير من الفقهاء إلى الدبر واللواط وهذا مذهب صاحبي أبي حنيفة* والمالكية والشافعية والحنابلة[1] بخلاف الاغتصاب فإنه يشمل كل أنواع الاتصال الجنسي مع الإكراه وانعدام الرضا وبهذا فإن العقوبة في الزنا تشمل الطرفين أما في الاغتصاب فإنها تشمل المغتَصِب أي الجاني فقط الذي استعمل الإكراه، أما المجني عليه فإن الحد يسقط عنه بالإجماع وتسقط عنه جميع المسؤوليات الجنائية المترتبة عليه، كما يرتفع في حقه الإثم في الآخرة وهذا مما لاخلاف فيه في الفقه الإسلامي.

ثانيا: في القانون الجنائي : ورد ذكر الزنا في قانون العقوبات الجزائري في المادة 339 (معدلة) حيث نصت على مايلي:" **يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا .**

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

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

ولاتتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المتضرر وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة."[2]

من خلال هذه المادة يظر لنا جليا أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالنظام الإسلامي في تحديد جريمة الزنا بل أخذ بالنظام الغربي المخالف للشريعة الإسلامية حيث أن الزنا لا يعتبر جريمة في القانون الوضعي حتى تتوفر ثلاثة أركان :

1: قيام الرابطة الزوجية بأن يكون أحد الطرفين متزوجا أو كلاهما.

*يطلق لفظ الصاحبين ويراد به التلميذين المشهورين لأبي حنيفة وهما (أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني)

1 وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ، نشر : دار الفكر ــ دمشق ــ سورية ، ط4، (د ت ن) (ج 7 / ص 5350)

2 الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق ل 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 16 فبراير 2014 ، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2014/04/16م، العدد (07)، المادة 339 (المعدلة) من القسم السادس ــ الفصل الثاني ــ الباب الثاني منه (ص 132)

2: الركن المادي وذلك بقيام العلاقة الجنسية بين الرجل والأنثى بفعل الإيلاج في الفرج.

3: القصد الجنائي حيث لابد أن يكون هذا الفعل عن إرادة وعلم أن الطرف الآخر متزوج فإن كان يجهل أن الطرف الآخر متزوج فلا توجد مسؤولية قانونية.

ومع هذا كله فإنه لا تثار المسؤولية الجنائية لجريمة الزنا إلا بناء على شكوى من طرف الزوج المتضرر وإذا صفح سقط العقوبة والمتابعة الجزائية، كما يظهر لنا مقدرا العقوبة التي قررها المشرع لهذه الجريمة وهي الحبس المؤقت من سنة على سنتين.

من خلال ماسبق يمكن القول أن الاغتصاب يشترك في الزنا في القانون الجنائي في أنه اتصال جنسي بين رجل وامرأة فلابد من اختلاف الجنسين وحصول المواقعة الجنسية غير أن الزنا يختلف عن الاغتصاب في بعض النقاط :

- الزنا يكون برضا الطرفين بخلاف الاغتصاب يبقى عنصر الإكراه وعدم الرضا هو الحد الفاصل الذي يميزه.
- القانون الوضعي لا يجرم الزنا إلا بقيام الرابطة الزوجية بخلاف الاغتصاب فإنه جريمة مهما كانت حالة الأطراف.
- الزنا لا تثار فيه المسؤولية الجنائية إلا بشكوى من الزوج المتضرر بخلاف الاغتصاب فإنه يعتبر جناية يعاقب عليها القانون.
- العقوبة في الزنا مقدرة بالحبس المؤقت من سنة إلى سنتين بخلاف الاغتصاب فإن العقوبة المقدرة هي الحبس المؤقت من خمس إلى عشر سنوات و في حالة كان المجني عليه قاصرا لم يكمل 18 سنة فإن العقوبة تكون من عشر إلى عشرين سنة في السجن المؤقت.

الفرع الثاني : جريمة هتك العرض

أولا – في الفقه الإسلامي : لم يرد لفظ العرض في القرآن الكريم غير أننا نجده في السنة النبوية ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : (إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام)[1] وأيضا قوله صلى الله عليه وسلم : (كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)[2] والعرض يطلق ويراد به كما قال ابن الأثير: موضع المدح والذم من الإنسان سواء كان في نفسه أو سلفه أو من يلزمه أمره، وقيل: هو جانبه الذي يصونه من نفسه وحسبه ويحامي عنه أن ينتقص ويثلب[3]، وقد يأتي إطلاقه عند الفقهاء ويراد منه ما يتعلق بالفروج، يقول عبد القادر عودة :" وقد اتفق الفقهاء على أن دفع الصائل[4] واجب على المدافع في حالة الاعتداء على العرض، ومن أمثله ذلك فإذا اراد رجل امرأة على نفسها ولم تستطع دفعه إلا بالقتل كان من الواجب عليها أن تقتله إن أمكنها ذلك؛ لأن التمكين منها محرم، وفي ترك الدفاع تمكين منها للمعتدي، وكذلك شأن الرجل يرى غيره يزني بامرأة أو يحاول الزنا بها ولا يستطيع أن يدفعه عنها إلا بالقتل، فإنه يجب عليه أن يقتله إن أمكنه ذلك"[5].

يظهر لنا مما سبق أن هتك العرض أعم من الاغتصاب في الفقه الإسلامي وأوسع بكثير وأن جريمة الاغتصاب أخص منه لأنها تتعلق بالاتصال الجنسي فقط.

---

1 أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب المغازي ، باب حجة الوداع، رقم الحديث (4406) الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، ت محمد زهير بن ناصر الناصر، نشر: دار طوق النجاة ــ بيروت= = ط1 ، 1422هـ، (ج 5 / ص 177). ومسلم في صحيحه ، كتاب الحج : باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم، رقم الحديث (1218). المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم) ت محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، (د ط) ، (د ت ن)، (ج 2 / ص 889).

2 أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: البر والصلة والآداب، باب: تحريم ظلم المسلم، وخذله، واحتقاره ودمه، وعرضه، وماله، رقم الحديث (2564)

3 ابن منظور ، المرجع السابق ، (ج 7 / ص 171)

4 الصائل: اسم فاعل من صال بمعنى وثب، أي من سطا عاديا على غيره يريد نفسه أو عرضه أو ماله.

5 عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، (ج 1 / ص 474)

ثانيا – في القانون الجنائي : سبق وأشرنا إلى أن المشرع قبل تعديل المادة 336 من قانون العقوبات استعمل لفظ هتك العرض في تجريم الاغتصاب ثم بعد التعديل عدل إلى مصطلح الاغتصاب وذلك أن هتك العرض أعم من جريمة الاغتصاب فهو يقصد به " كل فعل مخل بالحياء يضر أو يلحق أذى بجسم المجني عليه وعوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده "[1] ولذلك لم يحصر المشرع الأفعال التي تعتبر هتكا للعرض لصعوبة ذلك بل ترك المجال للفقه والقضاء، ولذلك يمكن القول أن أهم ما تتميز به جريمة الاغتصاب عن جريمة هتك العرض مايلي :

- جريمة الاغتصاب لاتقع إلا من ذكر على أنثى فيكون هو الجاني ذكرا والمجني عليه أنثى بخلاف جريمة هتك العرض فإن هذا غير لازم.
- جريمة الاغتصاب لابد فيها من تحقق الاتصال الجنسي بخلاف هتك العرض فإنه يتحقق بذلك وبما هو دونه من الأفعال والأقوال التي تمس العرض
- جريمة الاغتصاب تعتبر جناية في قانون العقوبات بخلاف هتك العرض فقد يكون جناية وقد يكون جنحة
- جريمة الاغتصاب واضحة ولها عقوبة محددة في قانون العقوبات بخلاف جريمة هتك العرض فهي غير واضحة وغير محددة ولذلك فتح المجال أمام الفقه والقضاء للاجتهاد في تكييفها .

1 حسين فريجة ، شرح قانون العقوبات الجزائري ــ جرائم الأشخاص ، جرائم الأموال ــ نشر : ديوان المطبوعات الجامعيةــ بن عكنون، (د ط)، 2006م ، (ص 180)

الفرع الثالث : جريمة التحرش الجنسي

أولا – في الفقه الإسلامي : يعتبر مصطلح التحرش الجنسي من المصطلحات المستحدثة ولذلك لا نجد هذا المصطلح في كلام الفقهاء المتقدمين وإن كان يوجد في كلامهم مايشير إليه كاستعمال لفظ المباشرة للأجنبية فيما دون الفرج ولذلك يمكن القول أن التحرش الجنسي في الفقه الإسلامي هو " تقديم مفاتحات جنسية مهينة وغير مرغوبة ومنحطة وملاحظات تمييزية"[1]. أو يمكن القول أنه التعرض للغير بأقوال وأفعال ذات طابع جنسي، ويعتبر هذا العمل محرما في الشريعة الإسلامية يوجب التعزير على فاعله بما يراه الحاكم يقول الشيرازي صاحب المهذب :"من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة كمباشرة الأجنبية فما دون الفرج وسرقة ما دون النصاب أو السرقة من غير حرز أو القذف بغير الزنا أو الجناية التي لا قصاص فيها وما أشبه ذلك من المعاصي عزر على حسب ما يراه السلطان"[2]، مع مافيه من الإثم والعقوبة في الآخرة.

ومن خلال ماسبق يمكن القول أنه يوجد فرق بين الاغتصاب والتحرش الجنسي في الفقه الإسلامي فالاغتصاب يتمثل في الوطء بغير رضا وإكراه أما التحرش الجنسي فهو مفاتحات جنسية لا تصل إلى حد الوطء، كما أن الاغتصاب يوجب حدا من الحدود الشرعية فهو في حقيقته زنا مع الإكراه و عدم الاختيار بخلاف التحرش الجنسي فإنه لا توجد له عقوبة محدد شرعا بل ترك المجال في التعزيز للحاكم والسلطان يقدر العقوبة بما يتناسب مع هذه الجريمة.

ثانيا – في القانون الجنائي : من الجرائم المستحدثة جريمة التحرش الجنسي حيث لم يكن هذا الفعل مجرما في القانون الجزائري إلى غاية تعديل قانون العقوبات بموجب القانون رقم 04 – 15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004م وقد جاء تجريمه كرد فعل لنمو التحرش الجنسي في مواقع العمل واستجابة

---

1 أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، نشر : عالم الكتب ــ القاهرة ، ط1 ، 2008 ، رقم الباب (1364) ، (ج 1 / ص 473)

2 الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، نشر : دار الكتب العلمية ــ لبنان ،(د ط)، (د ت ن)، (ج 3 / ص 373)

لطلب الجميعات النسائية[1]، حيث جاء النص واضحا في تجريم التحرش الجنسي في قانون العقوبات الجزائري حيث نصت المادة 341 منه على ما يلي : " **يعد مرتكبا لجريمة التحرش الجنسي ويعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى سنة (1) وبغرامة مالية من 50.000دج إلى 100.000دج كل شخص يستغل سلطة وظيفته أو مهنته عن طريق إصدار الأوامر للغير بالتهديد أو الإكراه أو بممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية.**

وفي حالة العود تضاعف العقوبة. "[2]

وقد نصت هذه المادة على صورة من صور التحرش الجنسي الواقع وهي ماتعلق بنطاق التبعية أي ماكان بواسطة استغلال السلطة والمهنة عن طريق إصدار الأوامر بالتهديد والإكراه وممارسة الضغوط من أجل الاستجابة إلى تلك الرغبات الجنسية له وبهذا ضيق المشرع نطاق التحرش الجنسي وهذا قصور ونقص كبير لدى المشرع وكنتيجة حتمية لهذا النقص الذي اعترى المادة 341 مكرر من القانون 04 – 15 وضعف العقوبة المقررة للمتحرش بالنساء العاملات وغيرهن فضلا عن تفاقم هذه الظاهرة وتزايدها بشكل رهيب في السنوات الأخيرة في المجتمع الجزائري وكرد فعل قانوني واستجابة لنداءات الجمعيات النسائية أصبح تعديل المادة 341 مكرر ضرورة ملحة ، وهو ما تجسد فعليا بصدور القانون رقم 15 – 19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015م المعدل والمتمم للأمر رقم 66 – 156 المؤرخ في 06 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات[3].

تنص المادة 341 مكرر من قانون العقوبات المعدلة والمتممة بالمادة 06 من القانون رقم 15 – 19 على مايلي :" **يعد مركتبا لجريمة التحرش الجنسي ويعاقب بالحبس من سنة (1) إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 100.000دج إلى 300.000دج كل شخص يستغل سلطة وظيفته أو مهنته عن**

---

1 اسحن بوسقيعة ، المرجع السابق ،(ص 145)

2 القانون رقم 14–01 المؤرخ في 16 فبراير 2014 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2014/04/16م، العدد (07)، المادة 341 (جديدة) من القسم السادس ــ الفصل الثاني ــ الباب الثاني منه (ص 132)

3 خليفة سمير ، المواجهة الجنائية لظاهرة التحرش الجنسي ضد المرأة العاملة ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية ، المجلد 06 ، العدد 02 ، تاريخ النشر : 2021/06/20م ، (ص 124)

طريق إصدار الأوامر للغير أو بالتهديد أو الإكراه أو ممارسة ضغوط عليه قصد إجباره على الاستجابة لرغباته الجنسية .

ويعد كذلك مرتكبا للجريمة المنصوص عليها في الفقرة السابقة ويعاقب بنفس العقوبة كل من تحرش بالغير بكل فعل أو لفظ أو تصرف يحمل طابعا أو إيحاء جنسيا.

إذا كان الفاعل من المحارم أو كانت الضحية قاصرا لم تكل السادسة عشرة سنة أو إذا سهل ارتكاب الفعل ضعف الضحية أو مرضها أو كان الفاعل على علم بها تكون العقوبة من سنتين(2) إلى خمس (5) سنوات وبغرامة من 200.000دج إلى 500.000دج.

وفي حالة العود تضاعف العقوبة ".

وبهذا يكون المشرع الجزائري وسع من نطاق صور التحرش الجنسي، ولم يبقها فقط في نطاق التبعية، بل يشمل كل صور التحرش الجنسي، حتى خارج نطاق التبعية، حيث يعتبر كل الأقوال والأفعال والتصرفات التي تحمل إيحاء جنسيا هي داخلة في مفهوم التحرش الجنسي.

عند مقابلة النص القانوني في تجريم التحرش الجنسي مع النص القانوني في تجريم الاغتصاب نجد أن كلاهما في نفس القسم، فهما جريمتان تخلان بالآداب العامة والأخلاق، وفيهما اعتداء على العرض والشرف دون اختيار ورضى من الطرف الثاني، لكن تتميز جريمة الاغتصاب عن جريمة التحرش الجنسي في القانون في بعض النقاط كما يأتي :

- جريمة التحرش الجنسي جريمة شكلية لا يشترط أن يتحقق أثر مادي في إثباتها، بل كل فعل أو قول أو سلوك يحمل إيحاء جنسيا ينتهك الحقوق الجنسية للغير ولا يرضى بها يُجرَّم صاحبه، حتى وإن لم ينتج عنه أثر خارجي، بخلاف الاغتصاب فإنه لا يثبت إلا بفعل المواقعة والاتصال الجنسي، مع الإكراه وعدم الرضى من المجني عليه، وهذا مايطلق عليه الركن المادي.
- جريمة الاغتصاب تقوم على القصد الجنائي العام والخاص في حصول فعل الوطء والاتصال الجنسي مع المجني عليه دون ما سواه، بخلاف التحرش الجنسي فإن القصد الجنائي يتوافر باتجاه

إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل، عالما بأن من شأنه من خلاله أن يحقق رغباته الجنسية، وهذا ما يطلق عليه الركن المعنوي[1].

- نجد أن القانون في جريمة الاغتصاب حدد الجاني وهو الرجل، والمجني عليه وهي المرأة، بخلاف التحرش الجنسي فإنه لم يحدد ذلك، ولذلك قد يقع من الرجل على المرأة، أو من المرأة على الرجل، أو حتى على طرف من نفس الجنس.
- تكييف عقوبة الاغتصاب على أنه جناية، بينما يكيف التحرش الجنسي على أنه جنحة.
- اختلاف العقوبة بين جريمة الاغتصاب وجريمة التحرش الجنسي، فلكل جريمة عقوبة محددة وخاصة بها تختلف عن الأخرى.

بهذا نكون قد أنهينا هذا المبحث الأول بحمد الله

1 نبيل سقر ، الوسيط في جرائم الأشخاص ، نشر : دار الهدى ــ الجزائر ،(د ط)، 2009م ، (ص 305)

المبحث الثاني : أركان جريمة الاغتصاب وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

حتى يعتبر الفعل غير مشروع وجريمة في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي لابد من توفر أركان وشروط يتم من خلالها معرفة الجريمة، وتكييفها، وتوقيع العقوبة المناسبة على مرتكبها، ويأتي هذا المبحث الذي خصص لذكر هذه الأركان بشروطها، مع ذكر تعريف الركن والشرط، والعلاقة بينهما في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري، ثم المقارنة بينهما، وذلك من خلال مطلبين كما سيأتي بيانه بإذن الله .

المطلب الأول : أركان وشروط جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي

قبل التكلم في صلب موضوع المطلب الأول لابد أولا وقبل كل شيء من توضيح معنى الركن والشرط، والعلاقة بينهما في الفقه الإسلامي، فإن ذلك مما يعيننا في أخذ نظرة وافية حول ما سنتطرق إليه في هذا المبحث، مع الفهم الجيد لهذه الأركان والشروط.

أما الركن في اللغة ركن الشيء: جانبه الأقوى، أي أحد الجوانب التي يُستند إليها ويقوم بها، والركن: الناحية القوية، وما تقوى به من ملك وجند وغيره، وبذلك فسّر قوله عز وجل:{ فَتَوَلَّىٰ بِرُكْنِهِ }[1] (الذاريات : 39).

وفي الاصطلاح هو" ما يلزم من عدمه العدم ومن وجوده الوجود مع كونه داخلا في الماهية"[2]، فالركوع والسجود مثلا هي من أركان الصلاة، وذلك أن الصلاة لا تصح إلا بها، وهي جزء من حقيقة وماهية الصلاة، ومثله أيضا الوقوف بعرفة، فهو ركن من أركان الحج لا يصح الحج إلا به، وهو جزء من حقيقة وماهية الحج، ومثله أيضا في باب الجنايات، فحتى تكون هناك جناية، فلابد من وجود الجاني، والمجني عليه، وفعل الاعتداء، وكل هذه أركان، لأنها جزء لا يخرج عن حقيقة وماهية الجناية، ولا تكون الجناية إلا بوجود هذه الأركان.

---

1 ابن منظور، المرجع السابق ، (ج 13 / 185)

2 أبو المظفر : منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني ، قواطع الأدلة في الأصول ، ت محمد حسن إسماعيل الشافعي، نشر: دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان، ط1، 1999م، (ج 1 / 101)

أما الشرط في اللغة بفتحة وسكون جمع شروط وشرائط، وهو إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والشرط بالتحريك: العلامة، والجمع أشراط وفي التنزيل العزيز: { فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا }[1](محمد: 18).

وفي الاصطلاح: هو ما يتوقف وجود الحكم وجودا شرعيّا على وجوده، ويكون خارجا عن حقيقته، ويلزم من عدمه عدم الحكم، أو " هو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته ولا يشتمل على شيء من المناسبة في ذاته بل في غيره"[2].

" فالشرط وصف يتوقف عليه وجود الحكم، وحقيقته أن عدمه يستلزم عدم الحكم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم، ولا يتحقق الحكم بشكل شرعي إلا بوجود الشرط الذي وضعه الشارع له، كالوضوء شرط للصلاة، فلا توجد الصلاة بشكل شرعي إلا إذا وجد الوضوء، والوضوء ليس جزءًا في الصلاة، وإذا عدم الوضوء عدمت الصلاة، ولكن إذا وجد الوضوء فلا يلزم منه وجود الصلاة، ومثله القدرة على التسليم شرط في صحة البيع، والإحصان شرط في سببية الزنا للرجم"[3]، ولذلك فإن العقل مثلا يعتبر شرطا في توقيع العقوبة على الجاني وهكذا .

الفرق بين الركن والشرط

من خلال ما سبق فإنه يتضح الفرق بين الركن والشرط فهما وإن كان يتوقف صحة الشيء بهما إلا أن الشرط يكون خارجا عن ماهية الشيء وحقيقته بخلاف الركن فهو جزء من حقيقة الشيء وماهيته كما أن الركن يلزم من وجوده وجود بخلاف الشرط فلا يلزم وجوده وجود ولا عدم.

الفرع الأول: أركان جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي

إذا تأملنا كلام الفقهاء خاصة الأوائل في كتب الفقه فإننا لا نجد عندهم مصطلح " أركان الجريمة " والكثير من الباحثين يعتبرونه مصطلحا استعمله فقهاء القانون الجنائي ونجد أنهم يجعلون الأركان

---

1 ابن منظور ، المرجع السابق ، (ج 7 / ص 329)

2 القرافي : أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق ، نشر : عالم الكتب ــ القاهرة ، (د. ط)، (د ت ن) ، (ج 1 / ص 60)

3 محمد مصطفى الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، نشر : دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق ــ سوريا، ط2، 2006م، (ج 1 / ص 403)

ثلاثة : ركن مادي، وأدبي، وشرعي، وبين هذه الأركان تلازم تام فالعقاب لايكون إلا بنص من المشرع وهذا هو الركن الشرعي كما أن العقاب لايتحمله إلا مكلف له عقل وإرادة سليمة وهذا هو الركن الأدبي (المعنوي) ثم الفعل المادي الذي هو عمود الجريمة وعند التأمل نجد أن هذه التجزئة في أركان الجريمة تتلاقى في الجملة مع أقوال الفقهاء قديما وحديثا[1] ولذلك احتاج الفقهاء المعاصرون إلى مسايرة هذا، وحاولوا في كتبهم تكييف أقوال الفقهاء على هذه الأركان وتصنيفها تحت الركن المناسب لها ومن أولئك الشيخين محمد أبو زهرة و عبد القادر عودة.

وبما أننا في مبحثنا هذا نتحدث عن أركان وشروط جريمة الاغتصاب ونريد إبراز سمات الفقه الإسلامي عن القاون الجنائي فإننا سنذكر أركان جريمة الاغتصاب بلغة الفقهاء ولذلك فإننا نعتمد هذا التقسيم لأركان جريمة الاغتصاب وهي :

- المغتصِب (الجاني)
- المغتصَب (المجنيّ عليه)
- فعل الوطء (الاتصال الجنسي)
- الإكراه وعدم الرضا والاختيار

وتعتبر هذه العناصر أركانا لجريمة الاغتصاب لا تتحقق الجريمة إلا بوجودها فإنه يلزم من عدم واحدة منها عدم الجريمة كما أنها جزء من ماهية الجريمة[2].

الفرع الثاني : شروط أركان جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي

الكثير قد يخلط بين الأركان والشروط، فلا يميز بينهما، وقد يعتبر البعض ماهو ركن شرطا، أو ماهو شرط ركنا، وقد سبق بيان معنى الشرط، فالعقل مثلا لا يلزم من وجوده وجود الجاني، لكن حتى يعتبر الشخص جاني فلابد من وجود العقل، إذًا العقل شرط في اعتبار ركن الجريمة ركنا يعتد به،

1 انظر : محمد أبو زهرة ، الجريمة في الفقه الإسلامي ، نشر : دار الفكر العربي ــ القاهرة ، (د ط) ، 1998م ، (ص 131 – 133)

2 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان ، المرجع السابق، (ص 45 – 46)

حيث سبق وأن عرفنا أركان جريمة الاغتصاب، وحتى يتم اعتبار هذه الأركان فلابد من شروط يجب توافرها في كل ركن منها، ذكرها وفصلها الفقهاء قديما وحديثا في كتبهم، وهذا ماسنتطرق إليه بتوفيق الله .

أولا : الشروط الواجب توافرها في المغتصِب (الجاني)

1- **التكليف**

حتى تتحقق جريمة الاغتصاب، ويكون المغصِتب مستحقا للجزاء والعقاب، لابد أن تكون له أهلية يتحمل بها تبعات هذه الجريمة، ولذلك لا ينظر الفقه الإسلامي فقط إلى نتائج الجريمة، بل إلى أهلية مرتكبها أيضا، وهل هو من أهل التكليف، ولذلك مما أجمع عليه الفقهاء أن العاقل الكامل العقل المريد المختار الذي يعلم النتائج ويرتضيها عليه تبعة كاملة، فيتحمل العقوبة، سواء أكانت مالية أم بدنية أم بإقامة حد من الحدود عليه، وإذا قرأنا مثلا حديث رسول الله ﷺ الذي قال فيه " رفع القلم عن ثلاث : عن الصغير حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق "[1]، نجد أن مناط التكليف في الشريعة الإسلامية يقوم فيها على البلوغ والعقل الكامل، ففقدان العقل بالجنون، و نقصانه بالصغر والعته يسقط التكليف، ولا يجعلهم الشرع في مصاف المخاطبين بالأمر والنهي، والتحليل والتحريم، فلا يوصف الفعل منهم بأنه معصية أو جريمة[2]، يقول الآمدي رحمه الله كلاما نفيسا في هذا الباب:" اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلا فاهما للتكليف، لأن التكليف وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة، ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب، دون تفاصيله من كونه أمرا ونهيا، ومقتضيا للثواب والعقاب ومن كون الآمر به هو الله تعالى، وأنه واجب الطاعة، وكون المأمور به على صفة كذا وكذا كالمجنون والصبي الذي لا يميز، فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة بالنظر إلى فهم أصل الخطاب، ويتعذر تكليفه أيضا إلا على رأي من يجوز التكليف

1 أخرجه أحمد في مسنده ، باب مسند الصديقة عائشة بنت الصديق، رقم الحديث : 24694، وصححه الشيخ شعيب الأرنؤوط وغيره . مسند الإمام أحمد، ت شعيب الأرنؤوط وآخرون ، نشر: مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان، ط1، 2001م، (ج 41 / ص 223)

2 انظر : محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، (ص 302 – 303)

بما لا يطاق، لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب، فهو متوقف على فهم تفاصيله، وأما الصبي المميز وإن كان يفهم ما لا يفهمه غير المميز، غير أنه أيضا غير فاهم على الكمال ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى، وكونه متكلما مخاطبا مكلفا بالعبادة ومن وجود الرسول الصادق المبلغ عن الله تعالى، وغير ذلك مما يتوقف عليه مقصود التكليف، فنسبته إلى غير المميز كنسبة غير المميز إلى البهيمة فيما يتعلق بفوات شرط التكليف وإن كان مقاربا لحالة البلوغ، بحيث لم يبق بينه وبين البلوغ سوى لحظة واحدة، فإنه وإن كان فهمه كفهمه الموجب لتكليفه بعد لحظة، غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفيا، وظهوره فيه على التدريج، ولم يكن له ضابط يعرف به، جعل له الشارع ضابطا وهو البلوغ، وحط عنه التكليف قبله تخفيفا عليه، ودليله قوله عليه السلام: « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق » ... وكذلك الحكم في وجوب الحد عليه بالقتل والزنى وغيره"[1].

وعلى هذا لا يعتبر الصغير الذي لم يحتلم مغتصبا، ولا المجنون الذي فقد عقله مغتصبا.

2- العلم

يعتبر العلم بالحكم شرط أساس في تحمل الجريمة وتبعاتها، إذ إن من الأصول العامة في الشريعة أنه لاعقوبة إلا بعد العلم، وأن الأحكام لا تثبت إلا بعد العلم كما قال سبحانه:{ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾ } (الإسراء : 15) أي " وما كنا مهلكي قوم إلا بعد الإعذار إليهم بالرسل، وإقامة الحجة عليهم بالآيات حتى تقطع عذرهم"[2]، وأيضا ماثبت عن عمر رضي الله عنه أنه قال :" لا حد في الزنى إلا على من علمه"[3] ولذلك كان طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة، والعلم المراد هنا

---

1 الآمدي: أبو الحسن سيد الدين علي بن ابي علي الثعلبي، الإحكام في أصول الأحكام ، ت عبد الرزاق العفيفي، نشر : المطتب الإسلامي ــ بيروت ــ لبنان ، (د ط) ، (د ت ن)، (ج 1/ ص 150 – 151)

2 الطبري : أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن، ت أحمد محمد شاكر، نشر : مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان ، ط1 ، 2000م، (ج 17 / ص 402) .

3 رواه الشافعي في مسنده ، كتاب الحدود ، باب: ليس الحد إلا على من علمه، رقم الحديث (1582). مسند الإمام الشافعي (ترتيب سنجر)، ت ماهر ياسين فحل، نشر : شركة غراس للنشر والتوزيع ــ الكويت، ط 1 ، 2004م ، (ج 3 / ص 275)

هو معرفة الأحكام الشرعية التي لا يسع مسلما الجهل بها، وهي ما يطلق العلماء عليها " المعلوم من الدين بالضرورة "، يقول الإمام الشافعي في تأصيل هذا :" العلم علمان: علم عامة، لا يسع بالغا غير مغلوب على عقله جهله، مثل الصلوات الخمس، وأن لله على الناس صوم شهر رمضان، وحج البيت إذا استطاعوه، وزكاة في أموالهم، وأنه حرم عليهم الزنا والقتل والسرقة والخمر، وما كان في معنى هذا، مما كلف العباد أن يعقلوه ويعملوه ويعطوه من أنفسهم وأموالهم، وأن يكفوا عنه ما حرم عليهم منه.

وهذا الصنف كله من العلم موجود نصا في كتاب الله، وموجودا عاما عند أهل الإسلام، ينقله عوامهم عن من مضى من عوامهم، يحكونه عن رسول الله، ولا يتنازعون في حكايته ولا وجوبه عليهم.

أما الوجه الثاني : ما ينوب العباد من فروع الفرائض، وما يخص به من الأحكام وغيرها، مما ليس فيه نص كتاب، ولا في أكثره نص سنة، وإن كانت في شيء منه سنة فإنما هي من أخبار الخاصة، لا أخبار العامة، وما كان منه يحتمل التأويل ويستدرك قياسا"[1].

فالعلم بتحريم الاغتصاب الذي هو في الحقيقة زنا أو لواط هو مما لا يسع أحد جهله، ومما يشترك غالب الناس فيه، فهو من المعلوم من الدين بالضرورة، فلا يصح لأحد اليوم أن يدعي أنه يجهل هذا ليرتفع عنه العقاب وتحمل التبعات، بل حتى أهل العهد والذمة يعلمون ذلك، قال الإمام السيوطي :" كل من جهل تحريم شيء مما يشترك فيه غالب الناس، لم يقبل(أي دعوى الجهل بالتحريم)، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام، أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك: كتحريم الزنا، والقتل، والسرقة والخمر..."[2]

ويكاد ذلك منعدما في هذا الزمن، خاصة مع توفر كل هذه الوسائل في التواصل والإعلام، وأن العالم أصبح كأنه قرية صغيرة، فأصبح ذكر هذا الشرط للعلم فقط وأن دعوى الجهل بتحريم الإغتصاب لا

1 الشافعي: محمد بن إدريس المطلبي القرشي، الرسالة ، ت أحمد شاكر ، نشر : مكتبة الحلبي ــ مصر ، ط1، 1940م، (ص 357)

2 السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر ، الأشباه والنظائر ، نشر : دار الكتب العلمية ، (د م ن)، ط 1، 1990م ، (ص 200)

يسقط الجريمة ولا العقوبة، قال الشيخ أبو عبد الله عليش المالكي:" قال الإمام مالك – رضي الله تعالى عنه – لأن الإسلام فشا فلا أحد يجهل شيئا من حدوده"[1]، يقول أبو زهرة كلاما جميلا وهو يقرر ذلك: " الجهل بالأحكام الشرعية لا يعد بشكل عام عذرا مسوغا لمخالفتها، وإن الأحكام المقررة بالكتاب والسنة لا يسع أحدا مختالفتها، ولا يعد الجهل بها عذرا مسوغا لإسقاط عقوبتها، فلا يصح لأحد يقيم في الديار الإسلامية من المسلمين وأن يدعي أنه يجهل تحريم الخمر، أو يدعي أنه يجهل تحريم الزنا، ففرض العلم بالشريعة وأحكامها أمر ثابت لا يسع مسلما يقيم في بلاد المسلمين الجهل به، وعلى ذلك لا يعد الجهل عذرا ولا يسقط جريمة أو عقوبة "[2]، ومن ادعى أنه كان يجهل تحريم الاغتصاب ــ مع استبعاد ذلك كما سبق ــ فإن للقاضي أن ينظر في دعواه، فإن وجدت قرائن تدل على صدق دعواه، وأنه حقيقة يجهل ذلك أخذ بهذه الدعوى، وإلا فلا عبرة بها، وبهذا يقول عامة أهل العلم[3].

3- الاختيار

سبق و أشرنا إلى أن الجاني لا بد تكون له كامل الإرادة والحرية المطلقة حتى يكون مغتصبا، ويتحمل بذلك هذه الجريمة وتبعاتها وهذا مما لا خلاف فيه عند الفقهاء لقوله ﷺ :" رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "[4]، بمفهوم المخالفة أن الذي فعل الجريمة وهو بكامل حريته وإرادته مستحق للعقوبة وما في هذا الحديث متفق عليه في الجملة لا مخالف فيه[5] وبهذا الصدد يقول

---

1 الشيخ عليش : أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، نشر : دار الفكر ــ بيروت ، (د ط) ، 1979م ، (ج 9 / 350)

2 محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، (ص 354)

3 إبراهيم بن صالح اللحيدان ، المرجع السابق ، (ص 60)

4 رواه ابن حبان في صحيحه، باب : ذكر الإخبار عما وضع الله بفضله عن هذه الأمة، رقم الحديث (7219)، صححه الألباني وقال الشيخ شعيب الأرنؤوط إسناده صحيح على شرط البخاري. صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، نشر : مؤسسة الرسالة ــ بيروت ، ط2 ، 1993م ، (ج 16 / ص 202).

5 انظر : الشاطبي : إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، الموافقات، ت مشهور بن حسن آل سلمان، نشر : دار ابن عفان ، (د م ن)، ط1، 1997م، (ج 3 / ص 51)

الشيخ أبو زهرة :" هنا نجد الشريعة تتجه في تحميل التبعة ابتداء إلى الناحية الخلقية التي تتصل بضمير من يرتكب أمرا فيه ما يضر المجتمع، أو يلحق بآحاده الأذى، وأساس هذه التبعة هو الحرية، والاختيار، والإدراك الصحيح للنتائج، والقصد إليها قصدا صحيحا "[1]، وإنما الخلاف بين الفقهاء في المكره على الاغتصاب، هل عليه الحد والعقوبة أم لا ؟ وماهو حد الإكراه في ذلك ؟ قال أبو الوفاء ابن عقيل: " واختلف الناس في صحة الإكراه على الزنى في حق الرجل، فقال قوم: لا يصح، واعتلوا بأنه لا يفعل إلا مع الشهوة والإنعاظ، وقوة الدواعي، وانشراح الصدر، وانتشار النفس، والإكراه ثمره التخوف على النفس، وذلك يحصر النفس، ويجمع الأعضاء عن الانبساط، ويخمد نيران الشهوة عن التوثب.

وقال قوم: يصح، واعتلوا بأن الإنسان يجد من نفسه صحة الترك لفعل ما يشتهيه، وإقدامه على ما يكره، مع فرط الشهوة لما يتركه، وفرط الكراهة لما يقدم على فعله، فإذا ثبت هذا جاز أن يحمل نفسه على ما يكره، وما لولا الإكراه لتركه، كما يتكلف شرب الدواء المر، وقطع يده المتأكلة، وقد كلف الله إبراهيم ذبح ولده –وإن كان التكليف أقل حالا من الإكراه– وقتل الولد لا يساعده طبع، والزنى يساعده الطبع"[2].

وقد استدل أصحاب القول الأول وهو مذهب الإمام أبي حنيفة وأحد قولي المالكية وبعض الشافعية والحنابلة في أن الإكراه لا يعتبر عذرا لصاحبه في إسقاط الحد و العقوبة بأدلة منها:

- عموم قوله تعالى :{ وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾ } (الإسراء : 32) فالزنى محرم تحريما ثابتا قطعيا لا مجال للشك في ذلك ولذلك فإنه لم يرد نص من الشارع الحكيم بالترخيص فيه في حال الإكراه، ولم تثبت إباحته للضرورة.

1 محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، (304)

2 أبو الوفاء : علي بن عقيل بن محمد البغدادي الظفري، الواضح في أصول الفقه ، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي ، ،شر : مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ــ بيروت ــ لبنان ، ط1، 1999م ، (ج 1 / ص 83)

- أن الإنعاض ينافي الإكراه فإنه دليل على الشهوة وانبساط النفس بخلاف المكره الخائف فإنه لايحصل له ذلك، غير أنه قد يكون دليل الفحولية لا دليل الاختيار[1].
- أن الإكراه إنما يؤثر بالإباحة دفعا للضرر الكبير بضرر أقل منه وإن الأضرار التنجم عن الزنى كثيرة لاتقل عن الأضرار التي تنزل بمن أكره عليه إكراها تاما[2].

بينما استدل القائلون بأن الإكراه عذر يسقط العقوبة، وهو مذهب الجمهور من العلماء، فهو مذهب صاحبي أبي حنيفة، وقد استقر رأي أبي حنيفة عليه أيضا، والمالكية في المختار والذي به الفتوى، والشافعية في الأظهر، وهو الذي رجحه الكثير من اللأئمة المعاصرين والمحققين من أهل العلم ولهم في ذلك أدلة كثيرة منها:

- قوله تعالى : { فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٧٣﴾ } (البقرة : 173) وقوله تعالى { إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٠٦﴾ } (النحل : 106) وقوله تعالى { وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا۟ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَاۚ وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ ٱللَّهَ مِنۢ بَعْدِ إِكْرَٰهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣٣﴾ } (النور : 33) فإن هذه الآيات ومافي معناها من إباحة الله تعالى للمضطر والمكره ارتكاب الفعل المحرم، على أن لا تميل نفسه إليه، دليل على أن العقوبة ترتفع عنه أيضا، وعليه يقاس فعل الاغتصاب تحت وطأة الإكراه على هذا الفعل الشنيع.
- قوله تعالى :{ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ .. ﴿٢٨٦﴾ } (البقرة : 286) وقوله تعالى { وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍۚ .. ﴿٧٨﴾ } (الحج : 78) وغيرها من الآيات التي تظهر أن تكليف المكره فيه حرج شديد ومشقة عظيمة.

---

1 وهبة بن مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، (ج 7 / ص 5351)

2 محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، (ص 379)

- قوله ﷺ في الحديث الذي سبق ذكره :" رفع عن أمتي الخطأ والنسيان و ما استكرهوا عليه "[1].
- ومما يستدل به أيضا عقلا أن الجريمة إنما يتحمل تبعتها القاصد المريد المختار وكل هذه الشروط لا توجد في المكره فهو مسلوب الإرادة والإختيار غير قاصد لنتائج الجريمة ولا يريدها بل لا يرضاها[2] فكيف بعد ذلك يوصف بأنه مجرم ويكون مستحقا الحد الذي ماشرع إلا للزجر وهو في نفسه منزجرا.
- ومن الأدلة أيضا في رفع الحد على المكره، هو وجود شبهة الإكراه والقاعدة أن الحدود تُدرء بالشبهات وقد جاء في الحديث عن النبي ﷺأنه قال :" ادرؤوا الحدود عن المسلمين ماستطعتم"[3] غير أن هؤلاء العلماء اشترطوا في الإكراه شروطا حتى يكون عذرا لإسقاط الإثم والعقوبة ومن بينها[4]:
- أن يكون الإكراه من قادر على تحقيق ماهدد به سواء أكان من سلطان أو غيره
- أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن هو خالف ولم يجبه لطلبه
- أن يكون الإكراه بما يستضر به ضررا كبيرا كالقتل أو قطع عضو أو الضرب الشديد أو الحبس الطويل الأمد
- أن يقع الإكراه عليه في نفسه فإن كان على أحد من عائلته أو غيرهم ففي ذلك خلاف بين أهل العلم
- أن يكون الإكراه مع التهديد عاجلا في وقته فلو قال له اغتصب فلانة وإلا قتلتك غدا لم يكن ذلك إكراها.
- أن يعجز المكره في دفع هذا الإكراه بهرب أو مقاومة أو استغاثة أو خدعة أو غير ذلك.

---

1 سبق تخريجه (ص 32)

2 محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، (ص 305)

3 رواه الترمذي في سننه، باب ما جاء في درء الحدود، رقم الحديث (1344)، سنن الترمذي ، ت أحمد محمد شاكر، نشر : شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، ط2 ، 1975م ، (ج 4 / ص 33) .

4 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان ، المرجع السابق ، (ص من 66 إلى 70)فقد ذكر هذه الشروط بشيء من التفصيل

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في المغتصَب (المجني عليه)

حتى يتحقق هذا الركن لابد من توفر شروط ذكرها أهل العلم في المغتصَب الذي هو المجني عليه، وبعض الشروط محل اتفاق بين أهل العلم، والبعض الآخر محل خلاف، ومن هذه الشروط مايلي :

1- الآدمية

مما اشترط العلماء في المغتصَب أن يكون آدميا يحرم وطؤه، وبما أن الاغتصاب حقيقة هو زنا، فقد اختلف العلماء في حكم وطء البهيمة هل هو زنا أم لا ؟ وإن اتفقوا في أن إتيان البهيمة يعد من المنكرات المخالفة للفطرة، وهو من أقبح الذنوب والمعاصي، وإن صاحبها ملعون كما في حديث ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال :" ملعون من وقع على بهيمة "[1]، لذلك يعد ذلك من كبائر الذنوب، وقد أجمع العلماء على تحريم ذلك، قال الشوكاني :" وهو مجمع على تحريم إتيان البهيمة "[2]، أما عقوبة ذلك فقد اختلف أهل العلم فيه، فجمهور الفقهاء على أن ذلك يوجب التعزيز، وبعضهم يرى أنه يوجب حد الزنا، ويرى آخرون أنه يوجب حد اللواط، يقول ابن قدامة:" مسألة: قال: (ومن أتى بهيمة أدب، وأحسن أدبه، وقتلت البهيمة) اختلفت الرواية عن أحمد، في الذي يأتي البهيمة، فروي عنه، أنه يعزر، ولا حد عليه، روي ذلك عن ابن عباس، وعطاء، والشعبي، والنخعي، والحكم، ومالك، والثوري وأصحاب الرأي، وإسحاق، وهو قول للشافعي، والرواية الثانية حكمه حكم اللائط سواء، وقال الحسن: حده حد الزاني، وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن: يقتل هو والبهيمة لقول رسول الله ﷺ: «من أتى بهيمة فاقتلوه، واقتلوها معه» . رواه أبو داود"[3]، والذي عليه جمهور المحققين من العلماء أن إتيان البهيمة يوجب التعزيز ولايوجب الحد، فإنه لم يصح في ذلك حديث، بل صح ما ينفي الحد عنه كما

---

1 رواه أحمد في مسنده، باب مسند عبد الله بن عباس ، رقم الحديث (1875)، حسنه الشيخ شيعب الأرنؤوط في تعليقه على المسند، (ج 3 / 368).

2 الشوكاني : محمد بن علي بن محمد اليمني ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار ، ت عصام الدين الصبابطي، نشر : دار الحديث ــ مصر، ط1، 1993م، (ج 7 / ص 142)

3 ابن قدامة : أبو محمد عبد الله بن احمد المقدسي الحنبلي ، المغني ، نشر : مكتبة القاهرة ــ مصر (د ط)، 1968م، (ج 9 / ص 62)

في حديث ابن عباس –رضي الله عنهما– قال: " ليس على الذي يأتي البهيمة حدّ "[1]، هذا الحديث أصح من الحديث الذي ينص بقتل الفاعل والبهيمة والعمل على هذا عند أهل العلم[2]، كما أن الحدود تُدرء بالشبهات، وللحاكم تقدير العقوبة المناسبة لردع أمثال هؤلاء، وقد يصل ذلك إلى القتل، والقاعدة العامة في الشريعة " أن كل عقوبة تؤدي إلى تأديب المجرم واستصلاحه، وزجر غيره، وحماية الجماعة من شر المجرم والجريمة، هي عقوبة مشروعة"[3].

ويلحق بمثل هذا ما ذكره الفقهاء أيضا من اغتصاب المرأة للحيوان، بأن أدخلت فرجها في ذكر بهيمة كما نص بذلك أصحاب المذاهب[4].

وذكر الآدمية كشرط في المغتصَب لا يخرج بذلك كون المغتصَب أنثى أو ذكرا، صغيرا أو كبيرا، عاقلا أو مجنونا، وإنما يخرج الحيوان، فلا يقال إنها جريمة اغتصاب، وإن كان وطء محرّمًا بالاتفاق.

2 – الحياة

وهذا الشرط مما اتفق عليه الفقهاء، فإن اغتصاب الحيّة إذا توافرت فيه بقية الأركان والشروط يعد جريمة اغتصاب، والمجني عليه يعتبر مغتصَبًا، كما اتفقوا أيضا على حرمة وطء الميتة، وأنه جريمة تخالف الفطرة السليمة، وتعافه النفوس السوية، وهو يدخل في عموم قوله تعالى :{ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥ } (المؤمنون : 5) غير أنه لم يأت نص من الشارع الحكيم في وجوب الحد على فاعله، وهل مثل هذا الوطء يلحق بالزنا أم لا ؟

1 أخرجه الترمذي في سننه ، "باب ما جاء فيمن يقع على البهيمة، رقم الحديث (1455)، قال سفيان الثوري وهذا أصح من الحديث الأول، والعمل على هذا عند أهل العلم وهو قول أحمد وإسحاق، وقال الشيخ الألباني : حسن صحيح ، (ج 4 / ص 57)

2 الشوكاني ، المرجع السابق (ج 7 / ص 141)

3 عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، (ص 686)

4 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان ، المرجع السابق ، (ص 76)

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين مشهورين، قال ابن قدامة: " إن وطئ ميتة، ففيه وجهان: أحدهما: عليه الحد، وهو قول الأوزاعي، لأنه وطىء في فرج آدمية، فأشبه وطء الحية، ولأنه أعظم ذنبا، وأكثر إثما، لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة الميتة.

والثاني: لا حد عليه، وهو قول الحسن، قال أبو بكر: وبهذا أقول، لأن الوطء في الميتة كلا وطء، لأنه عضو مستهلك، ولأنها لا يشتهى مثلها، وتعافها النفس، فلا حاجة إلى شرع الزجر عنها، والحد إنما وجب زجرا"[1].

وبعض العلماء ومنهم المالكية رحمهم الله يفرق بين إذا ما كان الواطء زوجا أم لا، فإن كان الواطء زوجا فلا حد عليه، ولا يعتبر ذلك اغتصابا، وإن كان فعله محرّمًا يُؤدب عليه.[2]

أما وطء غير الزوج للميتة فإن الذي اختاره المالكية وهو القول المقدم عندهم ومشهور المذهب[3]، وهو قول عند الشافعية، والحنابلة، أن فيه الحد ويعتبر اغتصابا، لأنه وطء في فرج آدمية، أشبه وطء المجنونة والنائمة، ولأن فيه جناية على فرج الميتة، وهتك حرمتها، وإذاية الميت كإذايته حيّ، وفي الحديث عن عائشة ﵂ عن رسول الله ﷺ قال :" كسر عظم الميت ككسره حيّ "[4]، وأيضا لما في هذا الفعل من انتكاس للفطرة، ونفس دنيئة، ففعله أعظم إثما وأشد جُرمًا من مجرد الزنا، وحتى يردع أمثال هؤلاء في المجتمع، وتنقطع مثل هذه الجرائم، ناسب وصف هذا الفعل الخبيث جريمة اغتصاب.

---

1 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، (ج 9 / ص 55)

2 عليش المالكي ، المرجع السابق ، (ج 9 / ص 246)

3 الخرشي المالكي : أبو عبد الله محمد بن عبد الله ، شرح مختصر خليل ، نشر : دار الفكر للطباعة ــ بيروت ، (د ط)، (د ت ن) (ج 8 / ص 76)

4 رواه أحمد في مسنده ، باب مسند الصديقة عائشة بنت الصديق، رقم الحديث (24739) ، صححه الشيخ شعيب الأرنؤوط وقال رجاله ثقات رجال الصحيح، (ج 41 / ص 259)، و ابن ماجة في سننة ، باب في النهي عن كسر عظام الميت ، رقم الحديث (1616) وصححه الألباني. سنن ابن ماجة ، ت محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر : دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي ــ مصر ، (د ط) ، (د ت ن) ، (ج 1 / ص 516) .

أما إذا كان المغتصَب ذكرا بأن أدخلت امرأة ذكر ميت غير زوج في فرجها فلا تحد فيما يظهر لعدم اللذة ولكن تعزر[1].

3 – أن تكون ممن يُشتهى طبعا

يعتبر هذا الشرط من الشروط التي اختلف فيها الفقهاء اختلافا كثيرا، غير أننا نجد ذكره في تعريفهم للزنى، وحده بكون المزنِي بها مشتهاة طبعا، فأراده بعضهم قيدا لإخراج الميتة، والبهيمة، كونهما لايشتهيان طبعا، وقد سبق الحديث في ذلك، وأراده آخرون قيدا في إخراج الصغيرة التي لا يمكن وطؤها، أو لا تشتهى عادة، وإن اتفقوا على أن اغتصاب الصغيرة التي يمكن وطؤها يعتبر جريمة وفيه الحد والتعزيز إن توافرت باقي الشروط والأركان في الجريمة[2]، فإننا نجد أن الفقهاء اختلفوا في الصغيرة التي لا تشتهى عادة هل يعتبر اغتصابا أم لا ؟ وكيف نعرف هذه الصغيرة هل هي مشتهاة عادة أم لا ؟

يرى بعض أهل العلم أن تحديد الصغيرة التي لا تشتهى عادة يكون بالسن وهو ما ذهب إليه القاضي أبو يعلى الحنبلي، بينما الجمهور على تحديد ذلك بالوصف، فمن أمكن وطؤها فهي مشتهاة طبعا ومالم يمكن وطؤها فهي غير مشتهاة طبعا، قال ابن قدامة :" وأما الصغيرة، فإن كانت ممن يمكن وطؤها، فوطؤها زنا يوجب الحد، لأنها كالكبيرة في ذلك، وإن كانت ممن لا تصلح للوطء، ففيها وجهان، كالميتة، قال القاضي: لا حد على من وطئ صغيرة لم تبلغ تسعا لأنها لا يشتهى مثلها، فأشبه ما لو أدخل إصبعه في فرجها، وكذلك لو استدخلت امرأة ذكر صبي لم يبلغ عشرا، لا حد عليها، والصحيح أنه متى أمكن وطؤها، وأمكنت المرأة من أمكنه الوطء فوطئها، أن الحد يجب على المكلف منهما، ولا يجوز تحديد ذلك بتسع ولا عشر، لأن التحديد إنما يكون بالتوقيف، ولا توقيف في هذا، وكون التسع وقتا لإمكان الاستمتاع غالبا، لا يمنع وجوده قبله، كما أن البلوغ يوجد في خمسة عشر

1 الدسوقي المالكي : محمد بن أحمد بن عرفة ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، نشر : دار الفكر للطباعة ــ بيروت ، (د ط)، (د ت ن) (ج 4 / ص 314)

2 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان، المرجع السابق ، (ص 79 – 80)

عاما غالبا، ولم يمنع من وجوده قبله"[1]، وقد ذهب الحنفية والمالكية والقاضي أبو يعلى من الحنابلة أنه لا حد على وطء الصغيرة التي لايمكن وطؤها، معللين ذلك بأن وطء مثلها كَلَا وطءٍ، وأيضا أن النفس السوية، والفطرة السليمة تعاف ذلك، مشبهين ذلك بمن أدخل إصبعه في فرجها.

بينما يرى جمعٌ من الفقهاء أن على المكلف الذي وطء الصغيرة الحد، وأن الصغيرة هنا تعتبر مغتصَبة، وإقامة الحد هنا أولى من تركه، لأنه لا يأتي على هذه الجريمة إلا خبيث النفس، فاسد الطبع، عديم الرحمة، انتهك بفعله حرمة الصغيرة، وأرغمها على أمر لا تدري عواقبه، ولربما لحقها بعد ذلك أمراضا نفسية خطيرة جراء ذلك، وفوق كل ذلك فهو فرج آدمية أشبه وطء الكبير، وهو ما ذهب إليه الحنابلة والشافعية والظاهرية، وإن كان المغتصِب اختطف هذه الصغيرة وأكرهها، فإنه يطبق عليه حد الحرابة[2].

أما إذا كان المغتصِب أنثى مكلفة، وكان المغتصَب صغيرًا فإن المالكية والأحناف وبعض الحنابلة لا يرون في ذلك الحد، وإنما يوجب التعزير، بخلاف الجمهور فإنهم يرون وجوب الحد على المغتصِب المكلف، وهو مذهب الصاحبين، والشافعي، والصحيح عند الحنابلة، ومذهب الظاهرية، بدليل أنها مكلفة مسؤولة عن أفعالها، وأن سقوط الحد على الصغير، لا يعني سقوط الحد عليها، فلو زنى بكر بثيب فإنه يجلد البكر وترجم الثيب، إلا في حالة إذا ما كان الصغير ليس له ذكر يجامع فإنها تعزر لشبه ذلك بالمساحقة[3]. والله أعلم

ثالثا : الشروط الواجب توافرها في فعل الوطء (الاتصال الجنسي)

يعتبر فعل الوطء ــ الاتصال الجنسي ــ ركنا من أركان جريمة الاغتصاب لا تتحق الجريمة إلا به لذلك لابد أن يكون الوطء كاملا خال من الشبهة تمت فيه كل الشروط التي ذكرها الفقهاء على ما يأتي بيانه فيما يلي:

---

1 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، (ج 9 / 55)

2 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان ، المرجع السابق ، (ص 80 – 81)

3 المرجع السابق ، (ص 82 – 83)

1 – الاتصال الجنسي الكامل (تغييب الحشفة)

لا تتحقق جريمة الاغتصاب إلا بالوطء ولايتم ذلك إلا بتغييب الحشفة الأصلية للمغتصِب في فرج المغتصبة ــ قبلا كان أم دبرا ــ بحيث يكون الذكر في الفرج كالميل في المكحلة والرشاء في البئر، والمراد بالحشفة رأس الذكر الذي يكشف عنه الختان[1]، وأصل ذلك الحديث المشهور بقصة ماعز الأسلمي ﷺ فقد جاء من طريق أبي هريرة ﷺ أنه قال :" جاء الأسلمي نبي الله ﷺ، فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة حراما أربع مرات، كل ذلك يعرض عنه النبي ﷺ، فأقبل في الخامسة، فقال: «أنكتها؟» قال: نعم، قال: «حتى غاب ذلك منك في ذلك منها؟» قال: نعم، قال: «كما يغيب المرود في المكحلة، والرشاء في البئر؟» قال: نعم، قال: «فهل تدري ما الزنا؟» قال: نعم، أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا، قال: «فما تريد بهذا القول؟» قال: أريد أن تطهرني، فأمر به فرجم"[2].

وعلى ذلك يتبين أن جريمة الاغتصاب أو الزني لا تتحقق إلا بالاتصال الجنسي الكامل ، أما إذا كان الفعل دون هذا الاتصال مثل مقدمات الجماع و الاستمتاع بما دون الفرج كالمفاخذة والمحاضنة والقبلة فإن مثل هذه الأفعال لا تقوم بها جريمة الاغتصاب أو الزنى ولا حد على فاعلها إلا أنها تعتبر معصية محرمة طريقا لجريمة الزنى إن كانت برضا الطرفين ولذلك حرم الله عزوجل كل ما يؤدي إلى ذلك فقال سبحانه ﷻ { ولا تقربوا الزنى } فالنهي يشمل كل ما يكون وسيلة أو سببا وطريقا لجريمة الزنى، وأما كفارة ذلك فيكون بالتوبة والإكثار من الحسنات وخاصة الصلاة فقد جاء في الصحيحين عن ابن مسعود ﷺ أن رجلا أصاب من امرأة قبلة، فأتى النبي ﷺ، فأخبره فأنزل الله ﷻ:

---

1 ابن الأثير : مجد الدين أبو السعادات المبارك الشيباني الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، ت طاهر أحمد الزاوي، نشر : المكتبة العلمية ــ بيروت ، (د ط) ، 1979م، (ج 1 / ص 391)

2 رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود ، باب سؤال الإمام المقر: هل أحصنت، رقم الحديث (6825)، (ج 8 / 1 67). وأبو داود في سننه، باب رجم ماعز بن مالك ، رقم الحديث (4428) واللفظ له. سنن أبي داود، ت شعَيب الأرنؤوط – محَمَّد كامِل قره بللي، نشر : دار الرسالة العالمية ــ بيروت ، ط1 ، 2009م، (ج 6 / ص 478) .

{وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ طَرَفَيِ ٱلنَّهَارِ وَزُلَفًا مِّنَ ٱلَّيۡلِۚ إِنَّ ٱلۡحَسَنَٰتِ يُذۡهِبۡنَ ٱلسَّيِّـَٔاتِۚ ذَٰلِكَ ذِكۡرَىٰ لِلذَّٰكِرِينَ ١١٤ } (هود: 114) فقال الرجل: يا رسول الله ألي هذا؟ قال: «لجميع أمتي كلهم»[1]

وأما إذا كانت هذه الأفعال تحت وطء الإكراه فهي جريمة مستقلة بنفسها أقر الشارع لها عقوبة تعزيرية كما سبق بيانه في جريمة التحرش الجنسي.

ومثل الوطء في القبل الوطؤ في الدبر فهو اغتصاب عند جمهور الفقهاء يترتب عليه الحد وقد سبق الإشارة أن الزنى عند الجمهور يطلق ويراد به الإتيان في القبل أو الدبر وهو مذهب صاحبي أبي حنيفة والمالكية والشافعية والحنابلة بل حتى الزيدية والإمامية والإباضية ومن أدلة ذلك قوله تعالى في قوم لوط :{ وَلُوطًا إِذۡ قَالَ لِقَوۡمِهِۦٓ أَتَأۡتُونَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنۡ أَحَدٖ مِّنَ ٱلۡعَٰلَمِينَ ٨٠ } (الأعراف : 80) وقوله تعالى في الزنى :{ وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗۖ وَسَآءَ سَبِيلٗا ٣٢ } (الإسراء: 32) فسمى الله سبحانه الوطء في الدبر فاحشة كما سمى الوطء في القبل فاحشة وهو الزنى فكان لهما نفس المسمى يقول القرطبي في تفسيره:" {أَتَأۡتُونَ ٱلۡفَٰحِشَةَ} يعني إتيان الذكور. ذكرها الله باسم الفاحشة ليبين أنها زنى، كما قال الله تعالى:{ وَلَا تَقۡرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةٗۖ وَسَآءَ سَبِيلٗا ٣٢ }"[2]، وغير ذلك من الأدلة النقلية والعقلية التي ذكرها أهل العلم، خلافا لأبي حنيفة وابن حزم الذَيْن قالا أن الوطء في الدبر ليس فيه الحد، وهو ليس زنى، ومذهب الجمهور أرجح في أن الحد يجب في الوطء في الدبر، سواء أكان المفعول به أنثى أم ذكرا، لقوة أدلتهم، وسلامتها من الاعتراض[3].

أما السحاق فهو مباشرة الأنثى للأنثى، فلا يعد زنى ولا اغتصابا، لأنها مباشرة دون إيلاج، ولا حد في ذلك، فالحد مرتبط الإيلاج وهذا باتفاق الفقهاء، إلا أنهم اتفقوا أيضا على أن ذلك من كبائر الذنوب

---

1 رواه البخاري في صحيحه، كتاب مواقيت الصلاة، باب: الصلاة كفارة ، رقم الحديث (526) ، ومسلم في صحيحه، كتاب التوبة، باب قوله تعالى: {إن الحسنات يذهبن السيئات} [هود: 114] ، رقم الحديث (2763)، (ج 4 / ص 2115) .

2 القرطبي : أبو عبد الله شمس الدين محمد بن احمد ، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي) ، ت أحمد البردوني ، نشر : دار الكتب المصرية ــ القاهرة ، ط2، 1964م ، (ج 7 / ص 243) .

3 انظر : عبد الفتاح بهيج عبد الدايم على العواري ، جريمة اغتصاب الإناث والآثار المترتبة عليها ــ دراسة مقارنة ــ ، نشر : المركز القومي للإصدارات القانونية ــ القاهرة ، ط1 ، 2010م ، (ص من 76 إلى 88)

وهو شذوذ مخالف للفطرة السوية التي جعلها الله سبحانه في عباده، حيث شرع الزواج بين الذكر والأنثى تحقيقا لمقاصد قيام الأسرة، ودوام النوع البشري، وعمارة الأرض، كما ذكر الأطباء أن السحاق لا يقل خطورة عن اللواط، وبقية الانحرافات والممارسات الشاذة والمحرمة، فهو مصدر خطير من مصادر العدوى بالأمراض الجنسية الخطيرة، كما يجعل المرأة تعزف عن الزواج، ويجعلها ذلك تحس بالعقم، مع الأمراض النفسية الأخرى كالإحباط، والقلق، والخوف، وقد يدفعها ذلك للانتحار والجريمة، ولذلك اتفق الفقهاء على أن فاعلتها تستحق عقوبة تعزيزية مناسبة يراها الإمام تكون رادعة لتكرارها، أو ظهورها في بلاد الإسلام بين المسلمات[1].

2 – أن يكون الوطء حراما محضا

من الشروط التي ذكرها أهل العلم في الوطء حتى تكون هناك جريمة اغتصاب أن يكون هذا الوطء محرما تحريماً محضا، فخرج بذلك الزوجة وملك اليمين وأيضا نكاح الشبهة، فلا بد أن تكون هذه المرأة أجنبية عنه.

أما الزوجة فإنه لو حدث وأن اغتصب الزوج زوجته فأرغمها على الجماع، فإن ذلك لا يعد اغتصابا ولا يترتب على ذلك حد أو تعزير عند الفقهاء لأنه وطء في ملكه أباحه الشرع له، غير أنه من حسن العشرة الزوجية أن تكون العشرة بينهما بالمعروف، وأن لا يمتنع أحدهما عن الآخر، وأن الاستمتاع مشروع لكليهما، ومثل ذلك أيضا ملك اليمين، هذا إذا كان الوطء في القبل، أما وطء الزوجة من الدبر وإكراهها على ذلك فإن ذلك من كبائر الذنوب، يخالف الفطرة السوية، يقول ابن قدامة :" ولا يحل وطء الزوجة في الدبر، في قول أكثر أهل العلم منهم: علي، وعبد الله، وأبو الدرداء، وابن عباس، وعبد الله بن عمرو، وأبو هريرة. وبه قال سعيد بن المسيب، وأبو بكر بن عبد الرحمن، ومجاهد، وعكرمة، والشافعي، وأصحاب الرأي، وابن المنذر. ورويت إباحته عن ابن عمر، وزيد بن أسلم، ونافع، ومالك. وروي عن مالك أنه قال: ما أدركت أحدا أقتدي به في ديني في أنه حلال... فإن وطئ

1 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان ، المرجع السابق ، (ص 103 – 104) ، وأيضا : عبد الفتاح بهيج عبد الدايم ، المرجع السابق ، (ص من 67 – إلى 76)

زوجته في دبرها، فلا حد عليه لأن له في ذلك شبهة، ويعزر لفعله المحرم"[1]، وللحاكم تقدير العقوبة التعزيرية التي يرتدع بها أمثال هؤلاء، وتمنع انتشار هذا الفعل المحرم.

كما يوجد حالات أخرى غير اغتصاب الرجل امرأة غريبة عنه سواء بالإكراه أو بغيره، من ذلك إذا وطء زوجة خامسة، أو في فترة عدة، أو مطلقة طلاقا بائنا بينونة كبرى قبل أن تتزوج بآخر، وفي مثل هذه الحالات لا يعتد بالعقد ولا يكون له أي أثر، وهو رأي بعض الفقهاء، ويشترط بطبيعة الحال ألا يكون لدى المرأة علم، فإن كان لديها علم فإنها تعتبر زانية لا مغتصبة[2].

رابعا : الشروط الواجب توافرها في الإكراه وعدم الرضا والاختيار

لكي تتحق جريمة الاغتصاب لابد أن يكون هناك اتصالا جنسيا محرما رغما عن المغتصَب ومُكْرِها له، وقد سبق الإشارة إلى أن عنصر الإكراه هو الذي يميز جريمة الاغتصاب عن الزنا، وقبل التكلم عن عنصر الإكراه لابد أولا من بيان كل ماينتفي به رضى المغتصب ويعدم الاختيار مثل النوم والجنون والإغماء والسكر والصغر وغير ذلك فإن ذلك مثل الإكراه والزنى على تلك الحالة يعتد اغتصابا، فمواقعة الرجل للمرأة الأجنبية وهي نائمة يعد جريمة اغتصاب لأن المرأة تكون في حالة النوم فاقدة للإدراك ومثله الإغماء ، كذلك الجنون فهو يعدم الرضا ويفسد الاختيار والإدراك، أما السكر فهو نوعان :

- فإن كان السكر حلالا ومباحا كالحاصل من الأدوية العلاجية كالتي تستعمل في العمليات مثلا فهو في حكم الإغماء فإذا وطئها الرجل مثلا على مثل هذه الحالة فإنه يعد مغتصبا وتكون جريمة اغتصاب
- أما السكر الحرام كأن تتعمد المرأة شرب المسكر المحرم ثم بعد ذلك يقع عليها رجل فهي تعتبر بذلك زانية ولا تتحقق جريمة الاغتصاب.[3]

---

1 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، (ج 7 / ص 297)

2 عبد الفتاح بهيج عبد الدايم ، المرجع السابق ، (ص 75)

3 المرجع السابق ، (ص من 106– إلى 112)

أما عنصر الإكراه : يعرف الفقهاء الإكراه على أنه :" إجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالإخافة ويقال له: المكرَه، ويقال لمن أجبر مُجبِر، ولذلك العمل مُكرَه عليه، وللشيء الموجب للخوف مُكرَه به"[1]، ويعرفهم بعضهم بذكر شروطه فيقول:" الإكراه هو ما ينزل بجسم المكره من مُثلة أو ضرب أو تضييق بقيد أو سجن أو يتقي أن ينزل به مثل أن يهدده بقتل أو بقطع أو بضرب أو تقييد واختلف في التهديد بالسجن وأراه إكراها في ذوي الأقدار وليس بإكراه في غيرهم إلا أن يسجن أو يهدد بطول المقام فيه"[2] وقد سبق الكلام على شروط الإكراه وبيانها في الحديث على شروط المغتصِب وأنه لا حد عليه في حالة الإكراه، فكذلك الشأن في المغتصَب فإنه لا ينطبق عليه هذا الوصف إلا إذا كان مكرها منعدم الرضا والاختيار فإن كان برضاه فيصبح حينئذ مع جريمة الزنا وإن عدم الرضى من الطرفين فإن الجريمة تكون عندئذ جريمة إكراه أما في حال إكراه أحد الطرفين فإنها تكون جريمة اغتصاب وحديثنا هنا هو عن المُغْتصَب ــ المجني عليه ــ سواء أكانت أنثى أم ذكرا كما سيأتي بيانه فيما يلي :

1 – إكراه الأنثى

مما اتفق عليه أهل العلم ولا يعرف لذلك مخالفا، أنه لا حد على المكرهة على الزنى، قال ابن قدامة : " ولا حد على مكرهة في قول عامة أهل العلم، روي ذلك عن عمر، والزهري، وقتادة، والثوري، والشافعي، وأصحاب الرأي، ولا نعلم فيه مخالفا، وذلك لقول رسول الله – صلى الله عليه وسلم –: « رفع لأمتي عن الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه»[3] ، وعن عبد الجبار بن وائل عن أبيه « أن امرأة استكرهت على عهد رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فدرأ عنها الحد» رواه الأثرم، قال: وأتي عمر بإماء من إماء الإمارة، استكرههن غلمان من غلمان الإمارة، فضرب الغلمان ولم يضرب الإماء، وروى سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب: قال: أتي عمر بامرأة قد زنت، فقالت: إني كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد جثم علي، فخلى سبيلها ولم يضربها، ولأن هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، ولا فرق بين الإكراه بالإلجاء وهو أن يغلبها على نفسها، وبين الإكراه بالتهديد بالقتل

---

1 محمد عميم الإحسان المجددي البركتي ، التعريفات الفقهية ، نشر : دار الكتب العلمية ــ بيروت، ط1، 2003م، (ج 1 / ص 33)

2 اللخمي : أبو الحسن علي بن محمد الربعي ، التبصرة ، ت أحمد عبد الكريم نجيب ، نشر : وزراة الأوقاف والشؤون الإسلامية ــ قطر ، ط1 ، 2011م ، (ج 6 / ص 2667)

3 سبق تخريجه (ص 32)

ونحوه، نص عليه أحمد في راع جاءته امرأة، قد عطشت، فسألته أن يسقيها، فقال لها: أمكنيني من نفسك، قال: هذه مضطرة "[1]، وهو ما ذهب إليه المالكية أيضا[2]، وكذلك الشافعية، أما الأحناف فإنهم يقسمون الإكراه على قسمين : إكراه تام وهو الإكراه الملجئ الذي يفوت نفسا أو عضوا، والإكراه الناقص وهو غير الملجئ الذي لايفوت نفسا أو عضو كالحبس والقيد والضرب الذي لايخاف معه تلف عضو وهكذا، وكلاهما يعتبر مسقطا للحد في حق الأنثى، أما الذكر فإن الذي يسقط الحد هو الإكراه التام فقط يقول الإمام الكاساني الحنفي :" وأما في حق المرأة فلا فرق بين الإكراه التام والناقص ويدرأ الحد عنها في نوعي الإكراه، لأنه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكين، وقد خرج من أن يكون دليل الرضا بالإكراه فيدرأ عنها الحد، هذا الذي ذكرنا إذا كان المكرَه عليه مُعيّنا"[3].

أما أدلة ذلك فهي كثيرة منها :

- قوله ﷻ :{ وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا لِّتَبْتَغُوا۟ عَرَضَ ٱلْحَيَوٰةِ ٱلدُّنْيَا ۚ وَمَن يُكْرِههُّنَّ فَإِنَّ ٱللَّهَ مِنۢ بَعْدِ إِكْرَٰهِهِنَّ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣٣﴾ } (النور : 33) وقد استدل البخاري رحمه الله على سقوط الحد بهذه الآية وبوب بها في صحيحه بقوله: " باب إذا استكرهت المرأة على الزنا فلا حد عليها " وذكر الآية الكريمة، قال الطيبي : يستفاد منه الوعيد الشديد للمكرهين لهن وفي ذكر المغفرة والرحمة تعريض وتقديره انتهوا أيها المكرهون فإنهن مع كونهن مكرهات قد يؤاخذن لولا رحمة الله ومغفرته فكيف بكم أنتم ومناسبتها للترجمة أن في الآية دلالة على أن لا إثم على المكرهة على الزنا فيلزم أن لا يجب عليها الحد "[4]، وذكر ابن كثير في تفسير سبب نزول هذه الآية بقول: " كان أهل الجاهلية إذا كان لأحدهم أمة أرسلها تزني، وجعل عليها ضريبة يأخذها منها كل وقت، فلما جاء الإسلام نهى الله المؤمنين عن ذلك، وكان سبب نزول هذه الآية الكريمة، فيما ذكر غير واحد من

1 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، (ج 9 / ص 59)

2 الخرشي ، المرجع السابق ، (ج 8 / ص 79)

3 الكاساني : علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، نشر : دار الكتب العلمية ــ بيروت ، ط2 ، 1986م ، (ج 7 / ص 181)

4 ابن حجر العسقلاني : أبو الفضل أحمد بن علي الشافعي ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ، نشر : دار المعرفة ــ بيروت ، (د ط) ، 1379هـ ، (ج 12 / ص 322)

المفسرين من السلف والخلف في شأن عبد الله بن أبي ابن سلول، فإنه كان له إماء، فكان يكرههن على البغاء طلبا لخراجهن، ورغبة في أولادهن ورئاسة منه فيما يزعم"[1].

- وقوله ﷺ: { فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴿١٧٣﴾ } (البقرة : 173) فرفع الإثم عن المضطر دليل على رفع العقوبة عليه.
- ومن الأدلة أيضا ما جاء في صحيح البخاري عن نافع أن صفية بنت أبي عبيد أخبرته: " أن عبدا من رقيق الإمارة وقع على وليدة من الخمس، فاستكرهها حتى اقتضها، فجلده عمر الحد ونفاه، ولم يجلد الوليدة من أجل أنه استكرهها"[2].
- عن أبي موسى الأشعري، قال: " أتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه بامرأة من أهل اليمن، قالوا: بغت، قالت: إني كنت نائمة، فلم أستيقظ إلا برجل رمى في مثل الشهاب، فقال عمر رضي الله عنه: يمانية نؤومة شابة فخلى عنها ومتعها "[3].

والأدلة في ذلك كثيرة وهذا مما وقع عليه الإجماع فلا حد على المستكرهة .

2 – إكراه الذكر

اختلف الفقهاء في المغتصب إذا ما كان ذكرا وأكره على اللواط هل يلحق بالأنثى المستكرهة على الزنا في الحكم أم لا ؟

فذهب بعض الفقهاء كالمالكية وغيرهم إلى أنه لا إكراه في اللواط ولو كان الإكراه بالقتل وأنه لايجوز أن يمكنه من نفسه قال الدسوقي المالكي :"والمرأة بخلاف الولد فلا يجوز له أن يمكن من اللواط فيه ولو أدى الجوع لموته"[4].

وذهب آخرون إلى أنه لا فرق بين الذكر والأنثى في الإكراه فيسقط عنه الإثم كما تسقط العقوبة لعموم قوله تعالى :{ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۚ .. ﴿٢٨٦﴾ } (البقرة : 286) قوله ﷺ: " رفع عن

---

1 ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر الدمشقي، تفسير القرآن العظيم (تفسير ابن كثير)، ت محمد حسين شمس الدين، نشر : دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون – بيروت، ط1، 1419هـ ، (ج 6 / ص 50)

2 رواه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود، باب إذا استكرهت المرأة على الزنا فلا حد عليها، رقم الحديث (6949)

3 سنن الكبرى للبيهقي، كتاب الحدود، باب من زنى بامرأة مستكرهة، رقم الحديث (17047). السنن الكبرى للبيهقي ، ت محمد عبد القادر عطا، نشر : دار الكتب العلمية، بيروت – لبنات ، ط3 ، 2003 ، (ج 8 / ص 410).

4 الدسوقي المالكي ، المرجع السابق ، (ج2 / ص 369)

أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه "[1] وبما أنه مسلوب الإرادة والاختيار فإنه لا تكليف عليه وجمهور الأصوليين على منع التكليف بالمحال[2].

والواجب على المكرَه سواء ذكرا كان أم أنثى المدافعة والدفاع عن شرفهما وعدم الاستسلام والخضوع بسهولة ولو أدى ذلك لموت المُكرِه والمعتدي، كما الواجب على من رأى ذلك نصرة المظلوم ودفع الظالم وتغيير المنكر يقول ابن قدامة:" إذا صال على إنسان صائل، يريد ماله أو نفسه ظلما، أو يريد امرأة ليزني بها، فلغير المصول عليه معونته في الدفع .. لأن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال: «انصر أخاك ظالما، أو مظلوما»"[3]. ا.هـ

بهذا نكون قد انتهينا من ذكر أركان جريمة الاغتصاب بشروطها في الفقه الإسلامي .

1 سبق تخريجه (ص 32)

2 انظر ، إبراهيم بن صالح اللحيدان ، المرجع السابق (ص 85 – 86)

3 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، (ج 9 / ص 183)

المطلب الثاني : أركان جريمة الاغتصاب بشروطها في القانون الجنائي

سبق وأشرنا إلى أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا محددا لجريمة الاغتصاب وإنما ترك ذلك للفقه والقضاء في تحديد ماهية هذه الجريمة ومثل ذلك يقال أيضا في الأركان، فإن المشرع الجزائري لم ينص على أركان جريمة الاغتصاب وإنما ترك المجال للفقه والقضاء في تحديد هذه الأركان غير أن القاعدة العامة في التجريم في القانون الجنائي أنه لا تكون هناك جريمة إلا بتوفر ثلاثة أركان وفي ذلك يقول الأستاذ علي:" لا تتوافر الجريمة إلا إذا تحققت أركان ثلاثة عامة على كل جريمة من اي نوع كانت ، بحيث إنا انعدم ركن منها اعندمت الجريمة قانونا"[1] وهي :

- الركن الشرعي : كل تصرف لا يعتبر جريمة إلا إذا كان هناك نص يجرمه ويعاقب عليه، فلا عقوبة ولا جريمة إلا بنص.
- الركن المادي : وهو الوجه الخارجي الظاهر للجريمة بأن يقع من المجرم أمر مادي مكون للجريمة سواء كان إيجابيا أم سلبيا، أصليا أم اشتراكيا، جريمة تامة أم شروعا .
- الركن المعنوي : أو ما يسمى بالركن الأدبي أيضا وهي أن تتوافر في المجرم عناصر المسؤولية الجنائية من إرادة وقصد للجريمة وإدراك وغير ذلك .

ومن خلال ما سبق يمكن القول أن جريمة الاغتصاب لا تتحقق إلا بثلاثة أركان الركن الشرعي والمادي والمعنوي.

الفرع الأول : الركن الشرعي

الكثير من شراح القانون لا يذكرون هذا الركن لما يتحدثون عن أركان جريمة الاغتصاب ويجعلونها ركنين فقط المادي والمعنوي إما سيرا على الطريقة التقليدية في تحديد أركان الجريمة فإنهم يلغون الركن الشرعي لأنه يتلاشى في ذاتية الجريمة[2]، أو باعتبار معلومية النص الجنائي في تجريم

1 محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، (ص 132)

2 رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام من التشريع العقابي، نشر: دار الفكر العربي ــ القاهرة ــ مصر ، ط4، 1979م، (ص 227) .

الاغتصاب، أو لأنهم يرجئون ذلك إلى الحديث عن عقوبة جريمة الاغتصاب، لكن لا يمنع ذلك من وجود الركن الشرعي في هذه الجريمة كما سنذكره فيما يأتي :

من المعلوم أن المشرع الجزائري يعتبر جريمة الاغتصاب جناية يعاقب عليها القانون فقد جاء في قانون العقوبات الجزائري في المادة 336 (معدلة) منه حيث نصت على مايلي :" **كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات .**

وإذا وقع الاغتصاب ضد قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة "[1].

فهذا النص القانوني يعتبر الركن الشرعي في جريمة الاغتصاب إذ به يُجرم هذا الفعل ويُعاقب عليه وهو المرجع الأول للقاضي في الحكم على جرائم الاغتصاب في المحاكم الجزائرية.

الفرع الثاني : الركن المادي

يتمثل الركن المادي في جريمة الاغتصاب بمواقعة الرجل للأنثى من غير رضاها ودون اختيار منها، ولذلك لا يتحقق هذا الركن إلا بهذين الشرطين :

- فعل المواقعة (الاتصال الجنسي)
- عدم الرضا والاختيار من طرف المجني عليها.

أولا : فعل المواقعة (الاتصال الجنسي)

يشترط لكي يتوافر الركن المادي لجريمة الاغتصاب ارتكاب الجاني (المغتصِب) النشاط الإجرامي لهذه الجريمة، والذي يتمثل في فعل الوطء، أو الوقاع كما يعبر بذلك بعض فقهاء القانون، لم يعرّف المشرع الجزائري فعل الوقاع، وإنما ترك مجال ذلك للفقهاء، وقد عرفه الدكتور بوسقيعة بقوله :" فعل الوقاع : هو الوطء الطبيعي بإيلاج الجاني عضو التذكير في فرج الأنثى "[2].

---

1 القانون رقم 14-01 المؤرخ في 16 فبراير 2014 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2014/04/16م، العدد (07)، المادة 336 (المعدلة) من القسم السادس ــ الفصل الثاني ــ الباب الثاني منه (ص 130).

2 احسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ، مرجع سابق ، (ص 96)

من خلال هذا التعريف يمكن أن نستنتج مايلي :

1- لا يقع الاغتصاب في القانون الجزائري إلا من رجل على أنثى، فخرج إكراه الأنثى للذكر، أو الذكر للذكر، أو الأنثى للأنثى، فإن كل ذلك لا يعد اغتصابا عند المشرع الجزائري.

2-لا يتم الاغتصاب في القانون الجزائري إلا بإيلاج الذكر في فرج الأنثى، وحصول الاتصال الجنسي الحقيقي الكامل، ولو لم يشبع رغبته الجنسية الكاملة وينزل، ويتحقق ذلك بإدخال الذكر كله أو بعضه، وبتمزق غشاء البكارة أم لا، ويستوي في ذلك أن يكون الإيلاج مرة واحدة أو عدة مرات، وبذلك يشترط أن يكون الجاني قادرا على الإيلاج، فإن كان عنينا لا يقدر على المعاشرة، أو صغيرا دون سن التمييز، فإنها لا تعد جريمة اغتصاب[1].

3- لا يعد اغتصابا عند المشرع الجزائري من وقع على أنثى في غير فرجها كالدبر والفم، أو وضع أصبعا أو شيئا آخر في فرجها، كما لا يعد الإكراه على التلقيح الاصطناعي اغتصابا ولو حصل منه الحمل.

4- لا تعد المواقعة اغتصابا إلا إذا كنت غير شرعية، أما إكراه الزوج زوجته على الجماع فإنه لا يعد اغتصابا في القانون الجزائري[2].

5- يشترط لقيام جريمة الاغتصاب في القانون، أن تكون الأنثى حية، فلا تقوم هذه الجريمة إلا على الأحياء، أما فعل الوطء على إذا وقع على امرأة ميتة فإنه يعد جريمة تدنيس حرمة الميت، ولا تعتبر اغتصابا[3].

6- إذا بدأ الجاني في تنفيذ جريمة الاغتصاب، ثم حالت بينه وبين تنفيذها أسباب خارجة عن إرادته، كتمكن الضحية من مقاومته ومنعه من إتمام الجريمة، أو قدوم الغير لنجدتها ، ولم

---

1 أحمد محمد بدوي، جرائم العرض، نشر: سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية ــ القاهرة، (د ط)، (د ت ن)، (ص 18)

2 انظر : احسن بوسقيعة ، المرجع السابق، (ص 96) .

3 إسحاق إبراهيم منصور ، شرح قانون العقوبات الجزائري ــ جنائي خاص ــ نشر : ديوان المطوبعات الجامعية ــ الجزائر ، ط2، 1988م ، (ص 123).

يحصل الإيلاج، فإننا نكون عندئذ مع فعل الشروع في الجريمة الذي يخضع إلى إلى المادة 30 من ق.ع.ج، والتي تقضي بنفس عقوبة الجريمة إذا اجتمعت القرائن عند القاضي على نية الجاني في جريمة الاغتصاب[1].

ثانيا : الإكراه وعدم الرضا والاختيار

الإكراه و عدم رضا الأنثى أثناء عملية الاغتصاب يعتبر شرط أساس لقيام الركن المادي للجريمة، بل هو جوهر الاغتصاب، وعلى ذلك فلا تنشأ جريمة الاغتصاب إلا إذا كان فعل الوقاع قد تم بدون رضا الأنثى، ولم يعبر المشرع الجزائري صراحة عن هذا الشرط، وإنما اكتفى بمدلول مصطلح الاغتصاب كما في المادة 336 من ق.ع.ج " **كل من ارتكب جناية الاغتصاب** .. " غير أن مصطلح " عدم الرضا " أوسع دلالة من لفظ " الإكراه ".

ويتحقق عدم رضا المجني عليها إذا لم تتجه إرادتها إلى قبول الاتصال الجنسي ، باستعمال الإكراه معها سواء الإكراه المادي أو المعنوي أو بسبب عوامل أخرى في حكم الإكراه تسلب إرادتها[2].

1- **الإكراه** : هو كما سبق حمل الغير على غير إرادة بالقيام بفعل ما سواء كان هذا الإكراه ماديا أو معنويا

أ- الإكراه المادي : يتحقق الإكراه باستعمال القوة الجسدية أو أيّة وسيلة مادية لإكراه المجني عليها على الصلة الجنسية، وقد يتخذ العنف صورة الضرب، أو الجرح، أو التقييد بالحبال، أو الإمساك بالأعضاء لشل حركة المجني عليها، فلا تستطيع معها المقاومة، غير أنه لا تقوم الجريمة إلا إذا ثبت أن المجني عليها تصدت للجاني وقاومته، ويرى بعض فقهاء القانون كالدكتور بوسقيعة أن تكون المقاومة مستمرة طوال الفعل الإجرامي، مستدلا بالفقه الفرنسي في ضبط مقاييس المقاومة بثلاثة عناصر : (وجود مقاومة قارة ، وجود اختلال بين القوى البدنية للجاني والمجني عليها ،

1 محمد صبحي نجم ، شرح قانون العقوبات الجزائر ــ القسم الخاص ــ ، مرجع سابق ، (ص 75) .

2 انظر : عبد الفتاح بهيج عبد الدايم ، المرجع السابق ، (ص 124- 125)

وجود آثار للعنف)[1]، فيما اتجه آخرون إلا أنه لا يشترط استمرار المقاومة، ولا يتطلب القانون أن يستمر الإكراه طوال فترة المواقعة، بل يكفي أن يكون المتهم استعمل الإكراه ابتداء للتغلب على مقاومة المجني عليها، فإذا فقدت المجني عليها قواها، واستسلمت حيث أصبحت لا تستطيع المقاومة تحقق الإكراه[2].

ب- الإكراه المعنوي : يتحقق هذا النوع من الإكراه بالتهديد بشر، كالتهديد بالقتل بسلاح كالمسدس أو السكين وغيره، سواء كان الجاني يهدد حياتها، أو حياة قريب لها تخاف عليه، ومن صوره أيضا التهديد بالفضيحة كأن يهددها بنشر صورها، أو إفشاء سرها، أو غير ذلك مما يكون معه انعدام الرضا من طرف المجني عليها، وشل إرادتها، والأمر متروك للسطلة القضائية في تقدير هذا النوع من الإكراه[3].

2- وسائل أخرى تأخذ حكم الإكراه

لا يتوقف الأمر عند الإكراه فقط بل توجد وسائل أخرى بل كل وسيلة يستعملها الجاني في الوصول إلى مواقعة المجني عليها بغير رضاها ويؤدي إلى اغتصابها فإن تلك الوسيلة تأخذ حكم الإكراه وهي كثيرة جدا نذكر بعضها على سبيل الإيجاز والاختصار[4]

أ – **الغش والخديعة** : كل الوسائل التي يسلكها الجاني عن طريق الغش والخداع فإنها تأخذ حكم الإكراه ويضرب الفقهاء لذلك مثلا كأن يدخل سرير المرأة على أنه زوجها وهي لا تعلم بحاله فيواقعها فإن ذلك يعد اغتصابا، فإذا ثبت أن المرأة التي قام الشخص بمواقعتها نتيجة للغش والخداع لم تكن لتستجيب له لو علمت بحقيقة أمره فإن ذلك يعتبر اغتصابا.

---

1 احسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، (ص 99)

2 محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات ــ القسم الخاص ــ ، نشر : دار الثقافة ــ الأردن، ط4 ، 2011م ، (ج1 / ص 208)

3 محمد صبحي نجم ، المرجع السابق ، (ص 76)

4 انظر: عبد الفتاح بهيج عبد الدايم، المرجع السابق، (ص من 129 إلى 133)، وأيضا نهى القاطرجي، جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، نشر: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ــ بيروت، (د ط)، 2003م (ص 182).

ب- **المباغتة** : ينعدم رضا الأنثى بالمباغتة بالوقاع لأنه من الوسائل التي تعدم الرضا وتفسد الاختيار ويضرب لذلك مثلا بالطبيب الذي يواقع انثى على حين غفلة منها أثناء قيامه بالكشف الطبي عليها، فيعد بذلك مغتصبا لها .

ت- **فقدان الوعي والتمييز** : يتحقق الاكراه بكل وسيلة يكون المجني عليها غائبة عن الوعي سواء كان ذلك بالإغماء أو النوم الطبيعي أو التنويم المغناطيسي أو استعمال مواد مخدرة أو منومة، فإن الجاني إذا واقع من هذه حالها فإنه يعد مغتصبا ، ومثل ذلك مواقعة فاقدة التمييز والعقل كالمجنونة أو الصغيرة التي لم تبلغ سن التمييز وقد حدده المشرع الجزائري كما في القانون المدني ب 13 سنة فإن يعتبر مغتصبا لها ولو برضاها.

الفرع الثالث : الركن المعنوي (الأدبي)

يعتبر الاغتصاب من الجرائم العمدية، ولذلك يتخذ ركنه المعنوي صورة القصد الجنائي، والقصد المتطلب لقيامه هو القصد العام الذي يتحقق بالعلم والإرادة.

أولا : العلم

العلم هو إدراك الأمور على نحو صحيح مطابق للواقع ، فيلزم أن يعلم الجاني بتوافر أركان الواقعة الإجرامية، وأن القانون يعاقب عليها، ومن ثمة ينتفي القصد الجنائي إما بالغلط أو الجهل بالوقائع حتى لو استعمل الإكراه، فمثلا إذا كان الجاني يجهل أن من يواقعها ليست زوجته، أو أن عقد الزواج منها باطل، أو فاسد، لكنه يجهل سبب البطلان أو الفساد، فإن القصد الجنائي لا يتوافر لديه، سواء تعلق غلطه بالواقع، كما لو تزوج أخته من الرضاع وهو جاهل أنها كذلك، أو تعلق الأمر بالقانون، كما لو كان عالما بذلك لكنه يجهل القاعدة الشرعية التي تجرم ذلك، ومثل ذلك لو كان الجاني زوجًا لامرأة وطلقها طلاقا رجعيا ثم بانت بانقضاء المدة، لكنه كان يعتقد أن له الحق في مراجعتها والاستمتاع بها، ودفع الجاني التهمة عنه بالغلط في الوقاع مؤكدًا وقوعه في الغلط، فإن القاضي في هذه الحالة عليه

قبل الحكم بإدانة المتهم أن يثبت علم الجاني بعدم مشروعية الفعل، حتى يتوافر القصد الجنائي في حقه ويمكن بعد ذلك إدانته[1].

وهذه الأمثلة وغيرها كلها متعلقة بالعلم بالوقائع، فإذا استطاع الجاني إثبات جهله بالوقائع، أو الغلط فيها، فإن هذا الأخير ينتفي في حقه القصد الجنائي، ولا تقوم جريمة الاغتصاب.

ثانيا : اتجاه الإرادة نحو ارتكاب جريمة الاغتصاب

يتطلب القانون الجنائي إضافة إلى العلم، أن يوجه الجاني إرادته نحو ارتكاب النشاط الإجرامي لجريمة الاغتصاب، فلا تقوم الجريمة إذا كان الجاني مُكرَها على فعل هذه الجريمة، سواء كان هذا الإكراه ماديا أو معنويا كما سبق الإشراة إلى ذلك، فالإكراه من عوارض الإرادة التي تنفي القصد الجنائي، فلا تكون هناك مسؤولية جزائية، كما نصت المادة (48) من ق.ع.ج : " **لا عقوبة لمن اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها** "[2].

ومع ذلك فإن عوارض القصد الجنائي لا تُحصر بالعلم والإرادة، وإنما هما أكثر الحالات في الواقع، فهناك الصغر والجنون المنصوص عليهما في المادتين (47) و(49) من ق.ع.ج.

فقد جاء في المادة (47) من ق.ع.ج أنه " **لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكابه الجريمة** "[3].

بينما جاء تفصيل المسؤولية الجنائية للصغير في نص المادة (49) معدلة من ق.ع.ج وفيها :" **لا يكون محلا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر (10) سنوات.**

لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب .

ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ .

---

1 انظر : إسحاق إبراهيم منصور ، المرجع السابق ، (ص 125)

2 القانون رقم 14-01 المؤرخ في 16 فبراير 2014 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2014/04/16م، العدد (07)، المادة 48 من الباب الثاني ــ الفصل الثاني منه (ص 21)

3 نفس المرجع السابق ، المادة (47) من الباب الثاني ــ الفصل الثاني منه (ص 21)

ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة"[1].

فالمشرع جاء بحكم عام يُطبق على كل الجرائم بدون استثناء، ولذا فإنه بتطبيقه على جريمة الاغتصاب قد نقع في إشكال عدم البلوغ، أو عدم القدرة والصلاحية للوطء بالنسبة للصغير، وذلك بعد تجاوز سن 13 سنة، فسن البلوغ يختلف من منطقة لأخرى، الأمر الذي ينبغي أن يعطي للسن خصوصية في جريمة الاغتصاب وأن يؤخذ ذلك بعين الاعتبار عند المشرع الجزائري الذي أغفله[2].

بهذا نكون قد أنهينا أركان جريمة الاغتصاب في القانون الجنائي الجزائري .

1 المرجع السابق ، المادة (49) من الباب الثاني ــ الفصل الثاني منه (ص 21)

2 عبد الحليم بن مشري ، جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري ، مجلة العلوم الإنسانية ــ جامعة محمد خيضر ــ بسكرة ، العدد العاشر ، نوفمبر 2006م ، (ص من 195 إلى 198) .

المطلب الثالث: مقارنة بين أركان جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

حتى تكون المقارنة دقيقة جعلنا هذا المطلب يشتمل على فرعين، فرع نتحدث فيه عن مقارنة عامة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في أركان جريمة الاغتصاب، والفرع الثاني يكون للمقارنة الخاصة نعرف بها مواضع الاتفاق والاختلاف في هذه الأركان.

الفرع الأول : مقارنة عامة

قبل الخوض في المقارنة بين تفاصيل هذه الأركان في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، فإننا نحب أن نعطي مقارنة عامة تُجمل ما يمكن للباحث استنتاجه من خلال هذه الدراسة، فبعد الاطلاع على موقف كلٍّ من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي من أركان جريمة الاغتصاب في المطلبين السابقين نجد أن هناك تباينا عظيما بينهما، وإن كان يوجد بعض النقاط المتفق عليها اتفاقا عرضيا، إلا أنه لا يمكن اعتبار القانون الجنائي مجاريًا للفقه الإسلامي في هذا، وذلك لاختلاف المصادر التي تُستمد منها هذه الأركان، وأيضا تباين الأساس، والنظرة الفلسفية في التجريم لكل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، فالاغتصاب في الفقه الإسلامي يعد تجنيا على مقصد من مقاصد هذه الشريعة من حفظ الأعراض والأنساب، ولذلك كان حقا لله تعالى أن يحكم فيه بما يحقق الصلاح والفلاح للعباد والبلاد في الدارين، وهي بذلك تعد حقّا تبعيا للأفراد والمجتمعات، تتحقق به المصلحة الفردية والجماعية، ولذلك نجد أن الحق سبحانه حرّم كل أنواع التواصل الجنسي غير الذي ذكره في القرآن الكريم، كما قال ﷻ :{ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٦ فَمَنِ ٱبۡتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡعَادُونَ ۝٧ } (المؤمنون: من الآية 5 إلى 7) فكل اتصال جنسي خرج عن هذين الصنفين من الزوجة أو ملك اليمين فإنه يعتبر تعدٍ لحدود الله، يوجب الحد أو التعزيز، سواء كان بين ذكر و أنثى، أو ذكرين، أو أنثيين، أو حتى مع بهيمة الأنعام، فإن أضيف على هذا الاتصال الجنسي عنصر الإكراه أو عدم الاختيار سُمِّيَّ اغتصابًا، ولذلك أحاط الفقه الإسلامي بهذه الجريمة إحاطة شاملة، وتكلم الفقهاء على أركان وشروط تحقّقها بما تقف عنده هذه القوانين الوضعية

عاجزة لا تستطيع مجارات الفقه الإسلامي في ذلك، وإن كانت توجد خلافات فقهية كثيرة في فروع هذه الأركان لكن الفقهاء غالبا ما يكونوا متفقين على أصولها، وغالبا ما يكون هذا الخلاف يفتح آفاقا للمجتهدين في التوصل إلى الحكم الصحيح وهو في ذلك رحمة ونعمة، أما القانون الجنائي فلم يوفق أبدا في توصيف أركان الجريمة بشكل دقيق وبقيت هناك ثغرات قد لا تسد وإن اتفق مع الفقه الإسلامي في بعضها من باب المنطق العقلي الذي تفرضه صورة الجريمة لا قصدا في موافقة الشريعة والفقه الإسلامي.

الفرع الثاني : مقارنة خاصة

مع التباين الذي سبق ورأيناه بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في تحديد أركان جريمة الاغتصاب بشروطها وكثرة نقاط الاختلاف إلا أنه توجد بعض نقاط التشابه بينهما وإن لم يكن تشابها كليا في بعض الأحيان .

أولا : أوجه الاتفاق

1 – يتفق القانون الجنائي مع الفقه الإسلامي في أنه لا يمكن أن تقوم جريمة الاغتصاب إلا بتحقق أركان وشروط (وهذا في الحقيقة يعم كل جريمة) وقد جعلها القانون الجنائي عبارة عن ثلاثة أركان الشرعي والمادي والمعنوي بينما جعلها الفقه الإسلامي في المغتصب والمغتصب وفعل الوطء والإكراه وعدم الاختيار وهي في الحقيقة تشمل الأركان في القانون الجنائي عند التفصيل.

2 – يتفق القانون الجنائي مع الفقه الإسلامي في الركن الشرعي فلا جريمة ولا عقوبة إلا بنص كما قال تعالى { وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾ } (الإسراء : 15)

3 – يتفق القانون الجنائي مع الفقه الإسلامي في الركن المادي فلا يتحقق الوطء إلا بالإيلاج ودخول الذكر أو بعضه في فرج الأنثى، ولا يشترط تحقق الشهوة أو الإنزال.

4 – يتفق القانون الجنائي مع الفقه الإسلامي في الركن المعنوي في أن المسؤولية الجنائية في جريمة الاغتصاب لا تقوم على المكره و الصغير و المجنون.

5 – يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن عنصر الإكراه واسع النطاق، فهو يتحقق بكل وسيلة تسلب إرادة المجني عليه وتقيدها، وأيضا تقسيمه إلى إكراه مادي ومعنوي يقارب تقسيم الفقهاء الإكراه إلى إكراه تام (ملجئ) وإكراه ناقص (غير ملجئ).

ثانيا : أوجه الاختلاف

1 – يحرم الفقه الإسلامي كل اتصال جنسي خارج إطار الزواج الشرعي، ويعتبر الاغتصاب زنا مع عنصر الإكراه وعدم الاختيار، ولا فرق بينهما من ناحية التحريم، وإقامة الحد، إلا أن الاغتصاب يكون فيه العقاب أشد على الجاني، ويعفى فيه المجني عليه من العقوبة، بخلاف القانون الوضعي فإنه يجرم الاغتصاب اعتبارا لحق الإنسان في حريته الجنسية، وهدفا لحمايتها، ولذلك لا يعتبر الزنا جريمة إلا خارج إطار الزوجية، لأنه يكون عنئذ خيانة لأحد الطرفين، ولا نجد تجريم الشذوذ باعتباره حرية جنسية، وهذا جوهر الفرق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

2 – يعتبر مناط التجريم في القانون الوضعي انعدام الرضا والإكراه في جريمة الاغتصاب، بينما يرى الفقه الإسلامي أن مناط التجريم هو الوطء المحرم والزنا، فإذا أضيف إليه الإكراه وانعدام رضى المجني عليه، أضيف عليه عقوبة أخرى خارجة عن مناط التجريم الأساسي[1]

3 – لا يفرق الفقه الإسلامي بين الوطء في القبل أو الدبر في القول الراجح عند جهور الفقهاء، فإذا وقع الجاني على المجني عليها أو عليه في القبل أو الدبر، فإن ذلك يعد اغتصابا، بخلاف القانون الوضعي فإن إتيان المجني عليه في الدبر يعد هتك عرض، ولا يعد جريمة اغتصاب.

4 – يعتبر الفقه الإسلامي وطء الآدمية الميتة جريمة اغتصاب، وأن المجني عليها مغتصَبة، وبعضهم يعتبره أشد من اغتصاب الأحياء، بخلاف القانون الجانئي فإنه لا يعد ذلك اغتصابا، بل جريمة هتك حرمة الميت.

1 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان ، أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، (ص 131)

5 – يختلف الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في تحديد الصغير، فالصغير عند الفقهاء الذي لم يبلغ حد البلوغ الذي له علامات منها السن، بخلاف القانون الجنائي فإنه يجعل السن هو الحد الفاصل في تحديد الصغير، وهو أكثر من 18 سنة.

يطول الأمر في المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في كل صور حالات جريمة الاغتصاب، والمسائل التي تتعلق بها، إلا أنه يمكن القول أن الفقهاء كان لهم فضل السبق والإحاطة بها، وأن كتب الفقه مليئة بمثل هذه المسائل، ونقل الخلاف والترجيح بين الفقهاء، بخلاف القانون الوضعي فقد أغفل الكثير منها، وحتى شراح القانون لم يتوسعوا في الحديث عنها، وهذه ميزة عظيمة لهذه الشريعة السمحة، تظهر مدى شموليتها، وموسوعيتها، وإحاطتها بكل صغيرة وكبيرة مما يحتاجه الناس في حياتهم، والحمد لله على نعمة هذا الدين العظيم.

ملخص الفصل الأول

يمكن تلخيص ما سبق في النقاط التالية :

- يعتبر الاغتصاب في الفقه الإسلامي جريمة زنا مضافا إليها عنصر الإكراه وعدم الرضا والاختيار من الطرف الآخر، وهو يشمل ما إذا كان الجاني فيه والمعتدي رجل أو امرأة، وسواء كان على جنس مختلف، أو على نفس الجنس، وما إذا كان الاتصال الجنسي من القبل أو الدبر، أو كان المجني عليه صغير أو كبيرا، وأن الشريعة تحرم كل اتصال جنسي خارج إطار الزواج، لأنه يتنافى مع مقصد حفظ النسل والأعراض، وهي من أجل مقاصد الشريعة، فعلّة تحريم الاغتصاب إذا هو الوطء المحرم مضافا إليه عنصر الإكراه الذي يزيد في العقوبة على الجاني، ولذلك لا تقوم جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي إلا إذا توفرت فيها أركان بشروطها وهي : الجاني (المغتصِب)، والمجني عليه، (المغتصَب)، والوطء المحرم (الاتصال الجنسي)، والإكراه وعدم الرضا و الاختيار، وكل ركن من هذه الأركان له شروطه التي يقوم بها.
- أما الاغتصاب في القانون الجنائي فهو مواقعة رجل لامرأة بغير رضاها، فيقتصر القانون على أن الجاني لابد أن يكون ذكرا، والمجني عليها أنثى، وأنه لابد أن يكون في القبل فقط، وأن علة تجريم هذا الفعل هو حماية الحرية الجنسية للأفراد، ولذلك لا يجرم القانون الزنا إلا في حدود وجود علاقة زوجية قائمة، باعتبار ذلك حرية جنسية، كما لا تقوم جريمة الاغتصاب إلا بتوفر ثلاثة أركان: الركن الشرعي وهو وجود النص القانوني في تجريم الاغتصاب وهو المادة 336 من ق.ع.ج، والركن المادي المتمثل في فعل الوطء والاتصال الجنسي، والركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية.
- سمو الفقه الإسلامي على القانون الجنائي في توصيف هذه الجريمة، وإحاطته بصورها، ومسائلها بتفصيل دقيق وشامل، بخلاف القانون الوضعي، يظهر لنا التباين الكبير بينهما، وإن كان هناك بعض النقاط المشتركة التي تفرضها صورة الفعل الإجرامي، والمنطق العقلي، لا قصد موافقة الفقه الإسلامي واتباعه من طرف المشرع الجزائري.

الفصل الثاني

طرق إثبات جريمة الاغتصاب والعقوبة المقررة لها

ويحتوي على مبحثين :

المبحث الأول

طرق إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

المبحث الثاني

عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

الفصل الثاني : طرق إثبات جريمة الاغتصاب والعقوبة المقررة لها

بعد معرفة مفهوم جريمة الاغتصاب وأركانها، يأتي هذا الفصل الثاني تتمة للفصل الأول، وقد جعلناه عبارة عن مبحثين، نتحدث في المبحث الأول عن طرق ووسائل إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، وأما المبحث الثاني فنتناول فيه العقوبة المقررة لهذه الجريمة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري، ونختم كل مبحث بدراسة مقارنة، ثم نختم بملخص عام لهذا الفصل.

المبحث الأول : طرق إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

يعد الاغتصاب جريمة وجناية في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، ونظرا لما يترتب عليه من أحكام وعقوبات محددة، كان لزاما على القضاة اتباع الطرق الصحيحة لاثبات هذه الجريمة، ويأتي هذا المبحث في بيان الطرق والوسائل المتبعة التي نص عليها الفقهاء في إثبات هذه الجريمة، في كل من الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري، وذلك من خلال مطلبين، ثم المقارنة بينهما في المطلب الثالث.

المطلب الأول : طرق إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي

سبق وأن عرفنا أن الاغتصاب في الفقه الإسلامي هو عبارة عن زنا مضاف إليه عنصر الإكراه، ولذلك فإنه لمعرفة طرق ووسائل إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي، لابد أولا من معرفة طرق ووسائل إثبات جريمة الزنا، ثم بعد ذلك تنزيل هذه الطرق على إثبات جريمة الاغتصاب، وقد أجمع العلماء على أن جريمة الزنا تثبت بالإقرار والشهادة، واختلفوا في ثبوته بالقرائن كظهور الحمل في النساء غير المتزوجات إذا ادعين الاستكراه، وكذلك اختلفوا في شروط الإقرار وشروط الشهادة[1]،

[1] ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقصد، نشر : دار الحديث ــ القاهرة ، (د ط)، 2004م ، (ج 4 / ص 221)

* هي الأيمان المكررة في دعوى القتل، يقسم بها أولياء القتيل لإثبات القتل على المتهم، أو يقسم بها المتهم على نفي القتل عن نفسه.

كما أجمع الفقهاء على أنه لا يثبت بعلم القاضي ولا باليمين ولا بالقسامة*[1].

الفرع الأول : الإقرار

نتناول في هذا الفرع تعريف الإقرار لغة واصطلاحا وحجيته وشروطه

أولا : تعريف الإقرار

1- **الإقرار لغة :** جاء في معجم اللغة أن " الإقرار مصدر أقر يقر إقرار فهو مقر وأقر المجرم بالشيء اعترف به وهي بمعنى اعتراف الشخص بحق لأخر عليه"[2]، قال ابن فارس : "الإقرار ضد الجحود"[3].

2- **الإقرار اصطلاحا:** فقد عرفه الحنفية: بأنه إخبار بحق لآخر على نفسه.

وعرفه المالكية:" بأنه خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو بلفظ نائبه وقد ذكر تعريف آخر وهو " الاعتراف بما يوجب حقا على قائله بشرطه "[4]

وعرفه الشافعية: "بأنه إخبار الشخص بحق عليه"[5]

وعرفه الحنابلة: "بأنه إظهار مكلف مختار ما عليه لفظا أو كتابة أو إشارة أخرس أو على موكله أو موليه أو مورثه بما يمكن صدقه"[6]

---

[1] إبراهيم بن صالح اللحيدان ، أحكام جريمة اغتصاب العرض ، مرجع سابق ، (ص 141)

2 أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصر ، مرجع سابق ، (ج 3 / ص 1795) .

3 ابن فارس : أبو الحسين أحمد بن فارس الرازي، معجم مقاييس اللغة ، ت عبد السلام محمد هارون ، نشر : دار الفكر– دمشق ، (د ط) ، 1979م ، (ج 5 / ص 8)

4 الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد المالكي ، بغية السالك في أقرب المسالك (المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير)، نشر : دار المعارف – القاهرة ، (د ط) ، (د ت ن) (ج 3 / ص 525)

5 زين الدين المعبري : أحمد بن عبد العزيز المليباري الشافعي، فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدين، نشر : دار ابن حزم – بيروت – ط1، (د ت ن)، (ص 417)

6 الحجاوي : أبو النجا شرف الدين موسى بن أحمد المقدسي ، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ت عبد اللطيف محمد موسى السبكي ، نشر : دار المعرفة – بيرون – لبنان ، (د ط)، (د ت ن)، (ج 4 / ص 456)

ومما اتفق عليه الفقهاء وأصحاب المذاهب أن الإقرار أقوى الأدلة الشرعية، لانتفاء التهمة فيه غالبا، وإن كان يعتبر حجة قاصرة على المقر وحده، قال أشهب من المالكية :" قول كل أحد على نفسه أوجب من دعواه على غيره، وهذا مانص عليه أئمة الفقه جميعا"[1].

ثانيا : حجة ومشروعية الإقرار

أجمع العلماء قاطبة أن الإقرار حجة، وقد نقل الإجماع على ذلك غير واحد من أهل العلم من ذلك مقال ابن قدامة المقدسي:" الإقرار: هو الاعتراف، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع...، وأما الإجماع فإن الأئمة أجمعت على صحة الإقرار"[2]، قال الزحيلي : " فإن الأمة الإسلامية أجمعت على صحة الإقرار، وكونه حجة من لدن رسول الله صلّى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير"[3]، والمراد هنا تقرير الإجماع على أن الإقرار يثبت به حد الزنا في الجملة، قال الشيخ عليش المالكي: "ثبت الزنا على المكلف بإقرار منه به على نفسه، رجلا كان أو امرأة، مرة واحدة، اتفاقا"[4].

وأدلة هذا الإجماع هي الكتاب والسنة والقياس الصحيح.

فمن الكتاب :

- قوله تعالى: {يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ } (النساء: 135) وفسرت شهادة المرء على نفسه بالإقرار
- قوله تعالى: { قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى ۖ } أي عهدي، { قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا ۚ } (آل عمران: 81)

1 انظر : المرجع السابق ، (ج 7 / ص 510 – 511)

2 ابن قدامة المقدسي ، المغني ، مرجع سابق ، (ج 5 / ص 109)

3 الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، مرجع سابق ، (ج 8 / ص 6090)

4 الشيخ عليش المالكي ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، مرجع سابق ، (ج 9 / ص 255)

- قوله تعالى: { وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ } إلى قوله { فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ } (البقرة: 282) أي فليقرّ بالحق، دلّ أوله على صحة إقرار الرشيد على نفسه، وآخره على صحة إقرار الولي على موليه.

أما من السنة فالأدلة كثيرة نذكر منها :

- ما جاء في الصحيحين عن أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني –رضي الله عنهما– أنهما قالا: " أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله –ﷺ– فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله. فقال الخصم الآخر –وهو أفقه منه–: نعم فاقض بيننا بكتاب الله وائذن لي. فقال رسول الله –ﷺ–: قل. قال: إن ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامرأته، وإني أخبرت أن على ابني الرجم فافتديت منه بمائة شاة ووليدة، فسألت أهل العلم فأخبروني أنما على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأن على امرأة هذا الرجم. فقال رسول الله –ﷺ–: والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله: الوليدة والغنم رد، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، قال: فغدا عليها فاعترفت، فأمر بها رسول الله –ﷺ– فرجمت"[1]

- وأيضا ما روي عن أنس –رضي الله عنه– أن جارية وجد رأسها بين حجرين، فجئ بها إلى النبي –ﷺ– فقيل: من فعل بك هذا أفلان، أفلان، حتى سمي اليهودي، فأومأت برأسها، فبعث إلى اليهودي فجئ به فاعترف، قال: فأمر به النبي –صلى الله عليه وسلم– فرض رأسه بين حجرين "[2]

- وأيضا ماجاء في حديث وائل بن حجر في اعتراف المغتصب على نفسه وهو ما يناسب بحثنا هذا :" أن امرأة خرجت على عهد النبي ﷺ تريد الصلاة، فتلقاها رجل، فتجللها، فقضى حاجته منها، فصاحت، وانطلق، فمر عليها رجل، فقالت: إن ذاك فعل بي كذا وكذا، ومرت عصابة من المهاجرين، فقالت: إن ذلك الرجل فعل بي كذا وكذا، فانطلقوا، فأخذوا الرجل الذي ظنت أنه وقع

---

1 أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب الاعتراف بالزنا رقم الحديث (6827)، (ج 8 / ص 167 – 168)، ورواه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه، رقم الحديث (1697)، (ج 3 / ص 1325) .

2 أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الحدود ، باب إذا أقر بالقتل مرة قتل به، رقم الحديث (6884) (ج 9 / ص 6)

عليها، فأتوها به، فقالت: نعم هو هذا، فأتوا به النبي صلى الله عليه وسلم، فلما أمر به قام صاحبها الذي وقع عليها، فقال: يا رسول الله، أنا صاحبها، فقال لها «اذهبي فقد غفر الله لك ..»[1]

بالقياس ثبتت الحجية أيضا: وهو أننا إذا قبلنا الشهادة على الإقرار، فلأن نقبل الإقرار أولى[2].

ثالثا : شروط صحة الإقرار

لصحة الإقرار بالاغتصاب جملة من الشروط منها ما يتعلق بالمقر (المغتصِب) ومنها ما يتعلق بالمقر به (جريمة الاغتصاب)

1- **التكليف** : يجب في المقر بجريمة الاغتصاب أن يكون من أهل التكليف ومعنى ذلك أن يكون بالغا عاقلا فلا يصح إقرار الصبي ولا المجنون ويلحق به المعتوه ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء ودليل ذلك حديث النبي ﷺ :" رفع القلم عن ثلاث : عن الصغير حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق"[3]، وقد سبق الحديث عن هذا الشرط في الحديث حول شروط ركن المغتصب، ومثل ذلك يقال في النائم والسكران والمخدر أو المغمى عليه، قال ابن قدامة: "ولا يصح الإقرار إلا من عاقل مختار... فأما الطفل، والمجنون، والمبرسم، والنائم، والمغمى عليه، فلا يصح إقرارهم، لا نعلم في هذا خلافا، والمبرسم والمغمى عليه في معنى المجنون والنائم، ولأنه قول من غائب العقل، فلم يثبت له حكم"[4]، ولا يشمل ذلك المجحور عليه بسبب ماله أو سفهه فإن أقر بسرقة أو زنا أو قذف أو كل ما يوجب حد أو قصاص، فإن إقراره صحيح لأنه لا علاقة له بماله ولا بسفهه، وقد نُقل الإجماع على ذلك، قال ابن قدامة: "وإن إقرار المحجور عليه بما يوجب حدا أو قصاصا، أو طلق زوجته، لزمه ذلك، وجملته أن المحجور عليه، لفلس، أو سفه، إذا أقر بما يوجب

---

1 رواه الترمذي في سننه، كتاب الحدود ، باب ماجاء في المرأة إذا استكرهت على الزنا رقم الحديث (1454)، وحسنه الألباني ، (ج 4 / ص 56). ورواه ابو داوود في سننه أيضا، كتاب الحدود، باب في صاحب الحد يجيء فيقر، رقم الحديث (4379)، (ج 4 / ص 134)

2 وهبة بن مصطفى الزحيلي ، المرجع السابق ، (ج 8 / ص 6090)

3 سبق تخريجه (ص 29)

4 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق (ج 5 / ص 109)

حدا أو قصاصا، كالزنا، والسرقة، والشرب، والقذف، والقتل العمد، أو قطع اليد، وما أشبهها، فإن ذلك مقبول، ويلزمه حكم ذلك في الحال، لا نعلم في هذا خلافا"[1]

2- **الاختيار** : يشترط في الاقرار أن صحيحا ولا يكون كذلك إلا إذا صدر عن عاقل مختار، فالمستكرَه على الإقرار لا حكم لكلامه ولا يقبل إقراره ودليله قوله ﷺ :" رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[2]، وقد سبق بحث موضوع الإكراه في شروط ركن المغتصِب، وأيضًا في ركن الإكراه وعدم الاختيار.

3- **أن يكون الإقرار صريحا** : مما اشترط أهل العلم في صحة الإقرار في جريمة الزنا و الاغتصاب أن يكون الإقرار صريحا مبينا ومفصلا، فلا تصح الكناية أو الإقرار المبهم الذي يحتمل التأويل أو يتعذر فهمه، قال ابن قدامة :" يعتبر في صحة الإقرار أن يذكر حقيقة الفعل، لتزول الشبهة، لأن الزنى يعبر عما ليس بموجب للحد، وقد روى ابن عباس أن النبي – ﷺ – قال لماعز: لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت، قال: لا، قال: أفنكتها، لا يكني، قال: نعم، قال: فعند ذلك أمر برجمه» رواه البخاري، وفي رواية عن أبي هريرة، «قال: أفنكتها؟ ، قال: نعم، قال: حتى غاب ذاك منك في ذاك منها؟، قال: نعم، قال: كما يغيب المرود في المكحلة، والرشاء في البئر، قال: نعم، قال: فهل تدري ما الزنى؟، قال: نعم، أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا»[3]، ووجه الدلالة من الحديث السابق أن رسول الله ﷺ استعمل اللفظ الصريح في الجماع على خلاف المعتاد فإنه يكني، ولم يقبل إقرار ماعز الأسلمي حتى أصبح إقراره صريحا مفصلا بيّنا لا شبهة فيه فعندئذ أقام عليه الحد.

1 المرجع السابق ، (ج 4 / ص 354)

2 سبق تخرجيه ، (ص 32)

3 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق، (ج 9 / ص 65)

4- **تكرار الإقرار** : مما أجمع عليه العلماء أن الإقرار في المسائل التي لا توجب الحد يكفي مرة واحدة، قال ابن عبد البر: " لإجماعهم على أنه يلزم في غير الحدود الإقرار مرة واحدة"[1]، بخلاف ما إذا كان الإقرار فيما يقام فيه الحد هل يكفي مرة واحدة أم لا ؟ فإن هذا الشرط مما اختلف فيه الفقهاء على قولين:

القول الأول : يشترط في الإقرار أن يتكرر أربع مرات وهو رأي الأحناف والحنابلة ودليلهم حديث ماعز السابق " فأعرض عنه حتى ثني عنه أربع مرات " .

القول الثاني : وهو مذهب المالكية والشافعية والبخاري والجمهور في أن الإقرار يكفي مرة واحدة ودليلهم حديث العسيف " واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها " وأيضا في حديث اعتراف اليهودي فإن النبي ﷺ لم يطلب منه تكرار الاعتراف والإقرار ومنه ولا دليل على أنه طلب منه ذلك ولذلك بوب البخاري في تخريجه باب إذا اعترف القاتل مرة قتل به، وأيضا حديث الغامدية لما جاءت إلى رسول الله -ﷺ- وقالت: " إن بي حبلا من الزنا، قال: اذهبي حتى تضعي حملك ثم رجمها" وجه الدلالة: أنه -ﷺ- لم يشترط الأقارير الأربعة واعتبر هذا الحق بسائر الحقوق فما يندرئ بالشبهات، وما لا يندرئ بالشبهات يثبت بالإقرار الواحد[2].

وقد جمع بعض أهل العلم بين القولين، وجعل مرد ذلك إلى القاضي، فإن رأى من الأحوال والملابسات في الإقرار أنه يكفي مرة واحدة اكتفي به، كما في حديث الغامدية فإنها جاءت مع إقرارها ببينة أخرى وهي الحمل، وإن رأى القاضي من الأحوال والملابسات ما يجعله يطلب الإقرار أكثر من مرة فله ذلك، كما في حديث ماعز الأسلمي، فإن النبي ﷺ طلب منه الإقرار حتى تيقن منه

1 ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، التهميد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ت مصطفى بن أحمد العلوي، نشر : وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ــ المغرب ــ (د ط) ، 1387هـ، (ج 5 / ص 324) .

2 السرخسي ، المبسوط ، مرجع سابق ، (ج 9 / ص 91)

ارتكابه الفاحشة، والقاعدة عند أهل العلم أن إعمال النصوص أولى من إهمالها، خاصة ما كان يتعلق بباب الحدود وتحقيق العدل، ومثل ذلك يقال أيضا في تعدد مجالس الإقرار[1].

خامسا : شروط أخرى : وهناك شروط أخرى ذكرها الفقهاء في الإقرار منها[2] :

- استمرار المقر في إقراره وثباته عليه حتى يقام عليه الحد.
- أن يكون الإقرار أمام القاضي.
- أن يكون الإقرار ممن يتصور منه (القادر على الوطء) .
- وأن يكون الإقرار بالنطق فخرج الإشارة والكتابة.
- تصديق المجني عليها لإقرار الجاني .
- عدم تأثير التقادم في الإقرار بالزنا.

وبعض هذه الشروط متفق عليها وبعضها الآخر مختلف فيها.

الفرع الثاني : الشهادة

ويتضمن هذا الفرع تعريف الشهادة لغة واصطلاحا وحجيتها وشروطها

أولا تعريف الشهادة

1- **لغة** : الشهادة في اللغة مأخوذة من شهد يشهد شهودا فهو شاهد، ولها عدة معان منها : الحضور والتواجد ، ومنها الرؤية والمعاينة قال تعالى { لِّيَشْهَدُواْ مَنَٰفِعَ لَهُمْ } (الحج : 28) ومنها الاعتراف والإقرار لقوله تعالى :{وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنۢ بَنِيٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْۖ قَالُواْ بَلَىٰ شَهِدْنَآۚ أَن تَقُولُواْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ إِنَّا كُنَّا عَنْ هَٰذَا غَٰفِلِينَ ﴿١٧٢﴾ } (الأعراف : 172) والعلم لقوله تعالى { لِمَ تَكْفُرُونَ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ وَأَنتُمْ تَشْهَدُونَ ﴿٧٠﴾ } (آل عمران : 70).[3]

1 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان ، المرجع السابق ، (ص 157 – 158).

2 انظر : المرجع السابق (159 – 162)

3 أحمد مختار عبد الحميد عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة، (ج 2 / ص 1240)

2- **اصطلاحا**[1] : تعدد تعريفات الشهادة عند الفقهاء وذلك لاختلافهم في شروطها، فعرفها الكمال من الحنفية بأنها: إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء.

وعرفها الدردير من المالكية: بأنها إخبار حاكم من علم ليقضي بمقتضاه.

وعرفها الجمل من الشافعية بأنها: إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد.

وعرفها الشيباني من الحنابلة بأنها: الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت.

بعد النظر فيما تقدم من تعريفات للشهادة، وجدنا أن بعضها قد ورد عليه مآخذ التي لا يسلم معها كمال التعريف، ويمكن القول أن تعريف الشافعية للشهادة وهو: (إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد) أنسب تعريف لها، وذلك للأسباب التالية[2]:

- أنه سلم من ذكر شروط الشهادة، وهو الذي وقع فيه الحنفية والمالكية.
- وأنه فرق بين الدعوى والإقرار، وهو الذي وقع فيه الحنابلة.

وعلى هذا فهو تعريف جامع مانع، أي جامع لجميع عناصر الشهادة مانع من دخول غير الشهادة وهو كذلك يفرق بين الشهادة والإقرار والدعوى والرواية.

ثانيا : حجيتها

أجمع العلماء على أن الشهادة حجة في القضاء ومرد هذا الإجماع هو الكتاب والسنة والقياس الصحيح أما من القرآن فالأدلة كثيرة منها:

- قوله تعالى: { وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ ... وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْۚ ... وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا شَهِيدٞۚ } (البقرة: 282)
- وقال تعالى: { وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِۚ } (الطلاق: 2)

1 مجموعة من العلماء ، الموسوعة الفقهية الكويتية، نشر : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ــ الكويت ، ط1، 1427هـ ، (ج 26 / 216) .

2 أسامة بن سعيد القحطاني وآخرون ، المرجع السابق ، (ج 7 / ص 243)

- وأيضا من أدلة الشهادة في ثبوت جريمة الزنا والاغصاب قوله تعالى :{ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ } (النور: 04)
- وقوله تعالى : { لَّوۡلَا جَآءُو عَلَيۡهِ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَۚ فَإِذۡ لَمۡ يَأۡتُواْ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُوْلَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلۡكَٰذِبُونَ ١٣ } (النور: 13)

وأما السنة فالأدلة كثيرة منها :

- ما روي عن عبد الله بن مسعود أن النبي –ﷺ– قال: "من حلف على يمين يستحق بها مالاً لقي الله وهو عليه غضبان، ثم أنزل الله تصديق ذلك: {إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيۡهِمۡ يَوۡمَ ٱلۡقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمۡ وَلَهُمۡ عَذَابٌ أَلِيمٞ ٧٧ }(آل عمران: 77) ثم إن الأشعث بن قيس خرج إلينا فقال: ما يحدثكم أبو عبد الرحمن؟ فحدثناه بما قال، فقال: صدق، لفي أنزلت، كان بيني وبين رجل خصومة في شيء، فاختصمنا إلى رسول الله –ﷺ–، فقال: شاهداك أو يمينه"[1].

وجه الدلالة: الحديث واضح الدلالة على مشروعية الشهادة، لتخيير النبي –ﷺ– المدعى بقوله "شاهداك أو يمينه"

- قول النبي ﷺ لهلال بن أمية لما قذف امراته :" البينة أو حد في ظهرك "[2].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي ﷺ طلب من هلا بن أمية البينة ومفهومه ما يثبت صحة القدف، والشهادة من وسائل ذلك.

---

1 رواه البخاري في صحيحه ، كتاب الشهادات ، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، رقم الحديث (2669)، (ج 3 / ص 178)

2 رواه البخاري في صحيحه ، كتاب التفسير ، باب ويدرء عنها العذاب أن تشهد بالله أربع شهادات إنه لمن الكاذبين ، رقم الحيث (4747). ومسلم في صحيحه ، كتاب الإيمان ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة ، رقم الحديث (138) ، (ج 1 / ص 122)

ثالثا : شروط الشهادة

لا تقوم حجية الشهادة في جريمة الزنا والاغتصاب إلا إذا توفرت فيها شروط منها ما هو متفق عليه عند الفقهاء ومنها ما هو مختلف فيه وقد فصلها إبراهيم بن صالح اللحيدان في بحثه ونذكرها نحن اختصار :

1- **الشروط المتفق عليها**

- **بلوغ العدد المطلوب:** تختلف الشهادة في جريمة الزنا والاغتصاب عن الشهادة في باقي الحقوق فإنها تثبت بشهادين عدلين بخلاف الشهادة في جريمة الزنا والاغتصاب فلا تصح إلا ببلوغ النصاب وهو العدد المطلوب للشهود وقال ابن قدامة :" أجمع المسلمون على أنه لا يقبل في الزنا أقل من أربعة شهود"[1]، ومستند هذا الإجماع من الكتاب: قوله تعالى: {وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ عَلَيۡهِنَّ أَرۡبَعَةٗ مِّنكُمۡۖ } (النساء: 15)، وقوله تعالى {وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةٖ } (النور: 4) وقوله تعالى: { لَّوۡلَا جَآءُو عَلَيۡهِ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَۚ فَإِذۡ لَمۡ يَأۡتُواْ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُوْلَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلۡكَٰذِبُونَ ١٣ } (النور : 13)، ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة.

ومن السنة: ما روي عن أبي هريرة -ﷺ-، أن سعد بن عبادة -ﷺ- قال: يا رسول الله ﷺ! أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا، أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء؟ قال: "نعم"[2]، فدل الحديث على اشتراط أربعة شهود للزنا ومثله الاغتصاب.

- **الذكورة** : قد أجمع الفقهاء على اشتراط أربعة شهود رجال في جريمة الزنا والاغتصاب قال ابن رشد:" فإن المسلمين اتفقوا على أنه لا يثبت الزنى بأقل من أربعة عدول ذكور"[3].
- **العدالة** : لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط العدالة في الشهود، وتثبت العدالة بتعديل المعدلين أو بالاستفاضة بين الناس أو بتعديل القاضي.

---

1 بن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، (ج 10 / ص 130)

2 رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الطلاق ، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها، رقم الحديث (1498) (ج 2 / ص 1135)

3 ابن رشد الحفيد ، المرجع السابق ، (ج 4 / ص 247)

- **البصر و الحفظ والضبط** : ومما أجمع عليه الفقهاء اشتراط البصر والحفظ والضبط في الشاهد فردوا شهادة الأعمى ومن لا يقدر على التمييز بين الصور ودليلهم قوله تعالى { إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلۡحَقِّ وَهُمۡ يَعۡلَمُونَ ﴿٨٦﴾ } (الزخرف : 86)، كما ردوا أيضا شهادة من عرف بكثرة الغفلة والنسيان لا ندرتهما، فالعبرة عند الفقهاء بالكثرة لا الندرة.
- **العلم واليقين** : مما أجمع عليه عامة أهل العلم ايضا أن تكون الشهادة صدرت عن علم ويقين فلا تقبل شهادة صاحب الظن والتخمين.
- **الوصف الدقيق للوطء** : يشترط في الشهادة على جريمة الزنا و الاغتصاب التفصيل الدقيق لفعل الوطء بأن يرى الشاهد الجاني مغيبا ذكره في فرج أو دبر المجني عليها، فلو قال الشاهد أني رأيت الجاني فوق المجني عليها مثلا فإنها لا تصح شهادته بذلك ولا تقبل.
- **التمسك بالشهادة** : يشترط في العمل بشهادة الشهود في الزنا والاغتصاب تمسكهم بها جميعا، فإن نكلوا جميعا أو بعضهم لم يجز اعتبارها دليلا في قول عامة أهل العلم.

2- **الشروط المختلف فيها**[1]

- **الحرية والإسلام** : ذهب جمهور الفقهاء على اشتراط الحرية والإسلام في الرجال الأربعة فلا تقبل شهادة العبيد ولا تقبل شهادة الكافر ودليلهم قوله تعالى { وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ } (البقرة : 282) وهذا خلافا لأبي حنيفة في قبول شهادة الكافر
- **النطق** : وجمهور الفقهاء على اشتراط النطق في الشاهد ورد شهادة الأخرس ولو فهمت إشارته خلافا للمالكية
- **انتفاء التهمة** : واشترط جمهور الفقهاء في شاهد الزنا والاغتصاب أن لا يكون عدوا للمتهم بخلاف أبي حنيفة فقد ذهب إلى قبول شهادته إن كان عدلا معللا قوله أن العداوة لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة.

1 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان ، المرجع السابق ، (ص 166 – 185)

- **شهادة الزوج :** ذهب الجمهور على رد شهادة الزوج على زوجته بالزنا و الاغتصاب إن كان الزوج هو الجاني خلافا لأحناف ، أما إذا كانت الشهادة من الزوج على زوجته بأن كانت مكرهة أو مغتصبة فهي شهادة صحيحة تسقط عنها الحد وتوجب تشديد العقوبة على المغتصِب خاصة إذا وافقت شهادته شهادة غيره.
- **الشهادة أمام القاضي :** جمهور الفقهاء يشترطون أن تتم الشهادة أمام القاضي مباشرة ولا تصح أمام جمهور الناس خلافا للمالكية.
- **أداء الشهادة في مجلس واحد :** يشترط جمهور الفقهاء في شهادة الزنا والاغتصاب أن تتم في مجلس قاضي واحد بحضور الشهود الأربعة، خلافا للشافعية.
- **عدم التقادم :** ذهب بعض الفقهاء إلى عدم قبول الشهادة إذا كانت الجريمة قديمة وهو مذهب أبي حنيفة وقول عند الحنابلة خلافا للمالكية والشافعية.

الفرع الثالث : القرائن

تعتبر القرائن من الوسائل التي ذكرها الفقهاء في إثبات جريمة الزنا والاغتصاب واختلفوا فيها على ما سيأتي بيانه.

أولا : تعريف القرائن

لغة : قرينة على وزن فعيلة بمعنى المفاعلة، مأخوذ من المقارنة[1]، قال ابن فارس : القاف والراء والنون أصلان صحيحان، أحدهما يدل على جمع شيء إلى شيء[2].

اصطلاحا : عرف الفقهاء القرينة على أنها " الأمر الذي يشير إلى المطلوب"[3] و عرفها الزحيلي[4] بأنها " كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً، فتدل عليه "

1 الجرجاني: علي بن محمد بن علي ، التعريفات ، نشر : دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان ، ط1، 1983م (ص 174)

2 ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، مرجع سابق ، (ج 5 / ص 76)

3 الجرجاني ، المرجع السابق ، (ص 174)

4 وهبة بن مصطفى الزحيلي ، المرجع السابق ، (ج 7 / ص 5802 – 5803)

ومنه يفهم أنه لا بد في القرينة من تحقق أمرين:

1 – أن يوجد أمر ظاهر معروف يصلح أساساً للاعتماد عليه.

2 – أن توجد صلة تربط بين الأمر الظاهر والأمر الخفي.

ثانيا : حجية القرائن

تختلف نظرة الفقهاء إلى حجية القرائن وهل تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات ما إذا كانت في باب الحدود والقصاص أو غيره والذي عليه جمهور الفقهاء أنه لا يحكم بالقرائن في الحدود، لأنها تدرأ بالشبهات، وأخذ بعض الفقهاء كابن فرحون المالكي[1] وابن القيم الحنبلي بالقرائن أحياناً مع التحفظ والحذر، ولو في نطاق الحدود، وصار ذلك مذهب المالكية والحنابلة، مثل إثبات الزنا بالحمل.

أما الأحناف فقد قسموا القرائن في الحدود والقصاص غلى نوعين (قرائن قطعية وأخرى ظنية) فاعتبر الحنفية القرينة القطعية بينة نهائية كافية للقضاء بها، كما لو رئي شخص مدهوشاً ملطخاً بالدم، ومعه سكين ملوثة بالدم، بجوار مضرج بدمائه في المكان، فيعتبر هو القاتل، أما القرينة غير القطعية الدلالة ولكنها ظنية أغلبية، ومنها القرائن العرفية، أو المستنبطة من وقائع الدعوى وتصرفات الخصوم، فهي دليل أولي مرجح لزعم أحد المتخاصمين مع يمينه، متى اقتنع بها القاضي، ولم يثبت خلافها[2].

ومن خلال ما سبق يظهر أن الجمهور لا يعتد بالقرائن في جرائم الحدود والقصاص، ومن أقوى الأدلة على ذلك أن القرينة مبنية على الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات.

ثالثا : القرائن في جريمة الاغتصاب

كقاعدة عامة فإنه كما سبق لا يعتد بالقرائن في إثبات جريمة الاغتصاب، وما وجد من هذه القرائن فإنه لا يكون حجة قاطعة في إثبات جريمة الاغتصاب ومع تقدم هذا العصر فإنه قد ظهرت قرائن

---

1 انظر : ابن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام ، نشر : مكتبة الكليات الأزهرية ــ مصر ــ ط1، 1986م، (ج 2 / ص 97)

2 وهبة بن مصطفى الزحيلي ، المرجع السابق ، (ج 7 / ص 5803)

متعددة تستعمل في إثبات الجرائم ونذكر من هذه القرائن التي تستعمل في إثبات جريمة الاغتصاب ما يلي :

1- **قرينة الحمل** : وهذه القرينة مما ذكرها العلماء قديما وحديثا واختلفوا في أنها وسيلة من وسائل الإثبات فمذهب المجهور من الأحناف والشافعية والمعتمد عند الحنابلة أن الحمل لا يعتبر قرينة على الزنا و الاغتصاب خلافا للمالكية وقول عند الحنابلة، قال ابن قدامة :" والحد يسقط بالشبهات، وقد قيل: إن المرأة تحمل من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل في فرجها، إما بفعلها أو فعل غيرها، ولهذا تصور حمل البكر، فقد وجد ذلك، وقد روي أن امرأة رفعت إلى عمر بن الخطاب، ليس لها زوج، وقد حملت، فسألها عمر، فقالت: إني امرأة ثقيلة الرأس، وقع علي رجل وأنا نائمة، فما استيقظت حتى فرغ، فدرأ عنها الحد، وروى البراء بن صبرة، عن عمر أنه أتي بامرأة حامل، فادعت أنها أكرهت، فقال: خل سبيلها وكتب إلى أمراء الأجناد، أن لا يقتل أحد إلا بإذنه "[1].

2- **الصور والتسجيلات الصوتية والمرئية** : لا تعد هذه القرائن حجة في إثبات جريمة الاغتصاب خاصة وأنه يسهل عملية التلاعب بمثل هذه القرائن وتغييرها وتعديلها مع ظهور الوسائل والبرامج والمؤثرات المتطورة في ذلك .

3- **الفحوصات الطبية والبصمة الوراثية** : لا تعتبر الفحوصات الطبية والبصمة والراثية وغيرها من الوسائل الطبية حجة قطعية في إثبات جريمة الاغتصاب وقد صدر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن مظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران ــ الجزائر ــ خلال فترة مابين 13 – 18 سبتمبر 2012م وقضى بأنه لا يجوز الاعتماد على مثل هذه القرائن في الحدود والقصاص بخلاف الحقوق المالية والجرائم الأخرى المختلفة[2].

وبهذا نكون قد أكملنا ذكر وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي.

---

1 ابن قدامة القمدسي ، المغني ، (ج 9 / ص 79 – 80)

2 قرارا رقم 194 (20/9)، المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، نشر : مجلة محكمة نصف سنوية ــ وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ــ الجزائر ، العدد 09 ، سنة 2012م، (ص 174 –175)

المطلب الثاني : طرق إثبات جريمة الاغتصاب في القانون الجنائي

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على وسائل إثبات جريمة الاغتصاب وإنما جعلها تخضع للقاعدة العامة في وسائل الإثبات في الجرائم الجنائية وهي ما نصت عليه المادة (212) من ق.إ.ج.ج وفيها :" **يجوز إثبات الجرائم بأي طريقة من طرق الإثبات ماعدا الأحوال التي ينص فيها القانون على غير ذلك وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص.**

ولا يصوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه "[1]، وعلى ذلك فإن طرق ووسائل إثبات جريمة الاغتصاب غير محددة لدى المشرع الجزائري، وكل ما يؤدي إلى إثبات وقوع هذه الجريمة فإنه يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات إذا توفرت فيها الخصائص المعتبرة والمنصوص عليها لدى شراح القانون.

الفرع الأول : تعريف وسائل الإثبات وخصائصها في القانون الجنائي

قبل الخوض في معرفة وسائل إثبات جريمة الاغتصاب في القانون الجنائي لابد أولا من معرفة مفهوم وسائل الإثبات وخصائصها لدى فقهاء وشراح القانون.

أولا : تعريف وسائل الإثبات

لم ينص المشرع الجزائري كعادته على تعريف صريح لوسائل الإثبات، تاركا مجال ذلك للفقه والقضاء، وقد اختلف الفقهاء وشراح القانون في إعطاء تعريف موحد لوسائل الإثبات، غير أنها كلها تصب في معنى واحد، ومن ذلك ما عرفها بعضهم على أنها " الوسيلة المبحوث عنها في التحقيقات بغرض إثبات صحة واقعة تُهَم الجريمة أو ظرف من ظروفها المادية أو الشخصية "[2] أو بعبارة

---

1 الأمر 66 / 155 قانون الإجراءات الجزائية ، المؤرخ في 08 جوان 1966م، المعدل والمتمم بالقانون 22/06 ، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006م ، ج ر 84، بتاريخ 24 ديسمبر 2006م، الكتاب الثاني، الباب الأول، الفصل الأول : في طرق الإثبات (ص 72) .

2 عباسي خولة ، الوسائل الحديثة للإثبات الجنائي في القانون الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة المساتر في الحقوق ، تخصص قانون جنائي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ــ بسكرة ــ سنة 2013– 2014م (ص 09)

أخرى هي :" عبارة عن الدليل أو الحجة أو البرهان لإثبات الوقائع لدى السلطات المختصة وذلك بالطرق التي حددها القانون ووفق القواعد التي أخضعها لها "[1].

ثانيا : خصائص وسائل الإثبات

لايتم اعتبار وسائل وأدلة الإثبات إلا إذا توافرت فيها عدة خصائص نذكر منها :

1-يجب أن يكون الدليل متضمنا أكبر قدر ممكن من الحقيقة، لكي يكون الحكم المعتمد عليه أقرب إلى العدالة .

2- يتعين أن لا يتعارض البحث عن الدليل مع الحريات العامة وكرامة المتهم، وتطبيقا لذلك يتعين استبعاد التعذيب والاحتيال للحصول على اعتراف المتهم .

3- لم يخصص ق.إ.ج موضوعا على حدى لنظرية الإثبات في المجال الجنائي وإنما تناثرت قواعدها بين المواضع المخصصة لمراحل الاستدلال والتحقيق والمحاكمة، وهذا راجع لصعوبة تجميعها في موضع واحد كما هو الشأن في وسائل الإثبات في المواد المدنية[2].

الفرع الثاني : طرق ووسائل إثبات جريمة الاغتصاب

كما سبق بيانه فإن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على وسائل خاصة في إثبات جريمة الاغتصاب وإنما يتم إثبات هذه الجريمة بكل طرق الإثبات التي تخضع لسلطة وتقدير القاضي، ومما نص عليه في ق.إ.ج من طرق الإثبات العامة (الاعتراف ، المحاضر والتقارير المثبتة، الشهود، الخبرة الفعلية ، القرائن).

أولا : الاعتراف

نصت المادة (213) من ق.إ.ج على ان الإعتراف وسيلة من وسائل الإثبات وأنه يترك لحرية تقدير القاضي كباقي عناصر الإثبات.

---

1 نسيم بلحو ، محاضرات في مقياس الإثبات الجنائي ، سنة أولى ماستر ، تخصص قانون جنائي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ــ مسيلة، سنة 2017- 2018م (ص 05)

2 نسيم بلحو ، المرجع السابق ، (ص 07) .

ويعرف الفقهاء الاعتراف بأنه " إقرار المتهم على نفسه أمام القضاء وبإرادته بصحة الاتهام المسند إليه" وهو بهذه سيد الأدلة[1].

ويشترط في صحة هذا الاعتراف أن يكون صريحا، واضحا، لا غموض فيه، وأن لا يكون المقر قد أخضع لأي نوع من أنواع الإكراه، فإن كان الاعتراف تحت وطأة الإكراه فلا يعتبر دليلا على ارتكاب الجريمة، كما يشترط في الاعتراف أن يكون أمام الجهة القضائية، فلا يتعد بالاعتراف خارج ساحة القضاء، وقد يكون الاعتراف شفهيا أو مكتوبا ، ويترك للقاضي سلطة اعتماد هذا الاعتراف كحجة ودليل على ارتكاب الجريمة[2].

ثانيا: المحاضر والتقارير المثبتة

نص ق.إ.ج على هذه الوسيلة في إثبات الجريمة وتنظيمها في المواد: (214/ 215 /216 /217 /218)[3]، غير أن المشرع يعتبرها مجرد استدلالات يستعين بها القاضي مالم ينص القانون على خلاف ذلك، ولا يكون لهذه المحاضر والتقارير قوة إثبات إلا إذا كانت صحيحة في الشكل واستوفت كل الشروط القانونية، بأن تكون محررة من طرف من يخوّل له القانون ذلك من ضباط الشرطة القضائية وأعوانهم، أو الموظفين الموكلة إليهم بعض مهام الضبط القضائي داخل نطاق اختصاصهم فيما قد رآه أو سمعه أو عاينه بنفسه، ومن ذلك محضر إثبات تلبس بالجناية الذي يحرره ضابط من ضباط الشرطة القضائية .

وقد يستند القاضي في حكمه على هذه التقارير والمحاضر مالم يدحضها دليل عكسي بالكتابة أو شهادة شهود أو لحقها طعن بالتزوير.

---

1 عدلي أمير خالد ، الإرشادات العلمية في الدعاوى الجنائية ، نشر : منشاة المعارف ــ الاسكندرية ، (د ط)، 2001م (ص 258).

2 نهى قاطرجي ، جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق ، (225).

3 القانون 22/06 ، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006م ، ج ر 84، بتاريخ 24 ديسمبر 2006م، الكتاب الثاني، الباب الأول، الفصل الأول : في طرق الإثبات، (ص 72)

ثالثا : الخبرة الطبية

نصت المادة (219) من ق.إ.ج.ج في عمومها أنه يمكن اعتماد الخبرة الطبية كوسيلة من وسائل إثبات الجريمة، والمقصود بها هنا اعتماد الطب الشرعي دليلا على إثبات جريمة الاغتصاب أو نفيها، وذلك عن طريق الآثار المادية، باعتماد وسائل مخصصة لذلك، سواء كانت بفحص الجاني أو المجني عليه، أو بالتحاليل وفحص البصمة الوراثية (ADN)، أو فحص مكان الجريمة، وغالبا ما يكون الطب الشرعي هو الفيصل والحكم في إثبات الادعاءات، وصحة أقوال الطرفين أو نفيها وتكذيبها، وهذا مما يساعد على ظهور الحقيقة.

تعتبر جريمة الاغتصاب من الجرائم التي ينتج عنها آثار كثيرة يستطيع الطب الشرعي إثباتها سواء ما تعلق منها بالجاني أو المجني عليه أو مكان الجريمة.

1- **ما يتعلق بالجاني** : غالبا ما ينتج عن جريمة الاغتصاب إصابات وكدمات وجروح نتيجة مقاومة المجني عليه وقد يلتصق بجسم الجاني أو ثيابه بقع دم أو مني يتم فحصها لإثبات الجريمة ، ومثله ايضا فحص السائل المنوي الخاص به وأعضائه التناسلية فكل ذلك وغيره مما يساعد على إثبات الجريمة أو نفيها، وبالتالي يساعد القاضي في الوصول إلى الحكم الصحيح، ومن أمثلة ذلك فلو ادعت فتاة أن شخصا اغتصبها وبعد فحص المدعى عليه تبين أنه عنين أو مقطوع الذكر فإن ذلك يسقط الدعوى.

2- **ما يتعلق بالمجني عليها:** مثلما يتم فحص الجاني، يتم فحص المجني عليه أيضا، للوقوف على كل ما يشير إلى حصول جريمة الاغتصاب، من فحص جسد المجني عليها وثيابها، وفحص الأعضاء التناسلية، وغشاء البكارة سواء بافتضاضها أو تمزيقها جزئيا[1]، والدم لإثبات مخدر أو مسكر أو أمراض معدية تنتقل عن طرق المباشرة الجنسية، أو اكتشاف ظهور حمل وغير ذلك، خاصة مع ظهور وسائل طبية حديثة ومتطورة قد تتوصل إلى تحديد والد الجنين وسنّه بدقة.

1 احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، مرجع سابق ، (ص 100)

3- **ما يتعلق بمكان الحادث:** فحص مكان الجريمة من طرف المحقق والطبيب الشرعي يساهم بشكل كبير في إثبات جريمة الاغتصاب أو نفيها، وذلك بالنظر في الآثار التي يمكن أن توجد في مكان الجريمة، كوجود بقع الدم للجاني والمجني عليه أو ملابسهما أو آثار مقاومة وغير ذلك مما يستعمل كدليل في إثبات الجريمة.

ومع ذلك فإن دليل الخبرة الطبية يبقى تقديرُ اعتبارهِ وسيلةً لإثبات جريمة الاغتصاب للقاضي وحده، لما يلحقه أحيانا من بعض النقائص أو التعارض التي تجعل منه محل نظر وتريث من طرف القاضي، خاصة إذا كانت هذه الخبرة متأخرة عن زمان حصول الجريمة، وأحيانا يكون هناك عثرات قانونية تمنع من الحصول على هذا الدليل، إذ لا يمكن مثلاً إرغام الجاني في القانون على أخذ عينة من سائله المنوي من إجراء الفحوصات وتثبيت الاتهام في حقه[1].

رابعا : الشهود (الشهادة أو البيّنة)

نص ق.إ.ج على أن الشهود وسيلة من وسائل إثبات الجرائم، حيث جاء تنيظم هذه الوسيلة من المادة (220) إلى المادة (237) منه بصورة عامة، ولم يذكر المشرع الجزائري خصوصية للشهادة في جريمة الاغتصاب كالفقه الإسلامي، وحتى تكون الشهادة دليلا ووسيلة إثبات لجريمة الاغتصاب لابد من توفر الشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية في المواد السابقة ومنها :

1- حضور الشهود أمام القضاء والجهات المختصة دون التحدث مع بعضهم البعض وحلف اليمين.

2- تؤدى الشهادة شفويا وقد يجوز بصفة استثنائية الاستعانة بالمستندات، كما تؤدى شهادة الشهود وهم متفرقون.

1 اظر: مسعودي بركاهم، جريمة الاغتصاب، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل ــ الجزائر، سنة 2005-2006م ، (ص 36 – 35)

3- القاصر الذي لم يكمل 16 سنة يؤدي الشهادة دون حلف اليمين ، وكذلك الأشخاص المحكوم عليهم بالحرمان من الحقوق الوطنية، ويعفى أيضا من الحلف أصول المتهم وفروعه.

4- الشهادة تكون برواية الشخص لما شاهده أو أدركه بإحدى حواسه، ولايعتد بآرائه ومعتقداته الشخصية أو استنتاجاته بما يتعلق بالجريمة و المتهم.

5- إذا ثبت للقاضي أن هناك شهادة زور فإنه يأمر باقتياد الشاهد بالاستعمال القوة العمومية إلى وكيل الجمهورية لفتح محضر تحقيق ومعه.

ويبقى للقاضي السلطة التقديرية في الأخذ بشهادة الشاهد أو ردها بالنظر إلى كافة الأدلة الأخرى والتوفيق بينها، خاصة في حالة وجود شهادات متعارضة، أو وجهت للشاهد طعون لا تدل بذاته على كذبه.

خامسا : القرائن

من الوسائل التي يمكن اعتبارها في إثبات جريمة الاغتصاب القرينة، وقد عرفها فقهاء القانون على أنها " استنتاج يستخلصه المشرع أو القاضي من واقعة معلومة ليصل به إلى حكم واقعة مجهولة ، فهو استنتاج للواقعة المطلوب إثباتها من واقعة أخرى قام عليها دليل إثبات "[1] فالقرينة في القانون الجزائي تقابل القياس عند الفقهاء ، ومن خلال التعريف يظهر لنا أن القرائن نوعان[2] :

1-**قرائن قانونية:** وهي الاستنتاجات التي يقوم بها المشرع، وهي إما قرائن قطعية لا تقبل الشك أو الطعن، وتصبح كالنصوص القانونية، كانعدام التمييز بالنسبة للصغير، وإما قرائن بسيطة تقبل التغيير، كافتراض براءة المتهم.

2-**قرائن قضائية:** وهي الاستنتاجات التي يقوم بها القاضي بطريق اللزوم العقلي، فالقاضي ليس مطالبا بالأخذ من الأدلة المباشرة فقط، بل له أن يستخلص صورة واقعة بطريق الاستنتاج والاستقراء مادام ذلك سليما متفقا مع حكم العقل والمنطق، على سبيل الجزم والتأكيد لا تحتمل معها التأويل.

---

1 نهى القاطرجي ، المرجع السابق ، (ص 229)

[2] إدوارد غالي الدهبي ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، نشر : مكتبة غريب ــ القاهرة ــ مصر ، ط2، 1990م ، (ص 664)

المطلب الثالث: مقارنة بين طرق إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي.

من خلال ما سبق فإنه يظهر لنا في الوهلة الأولى اتفاق القانون الجنائي مع الفقه الإسلامي في تحديد وسائل إثبات جريمة الاغتصاب، ولكن عند التأمل والنظر نجد أن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون اتفاقا في المسميات فقط، وأن بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي تباينا كبيرا في تحديد هذه الطرق والوسائل كما يلي :

- طرق إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي طرق محددة ومنصوص عليها وواضحة تؤخذ بمنتهى الحذر والحيطة ويتشدد القاضي في قبولها لخطورة العقاب المترتب عليها فإن تسرب إلى الدليل أدنى شك انقلب شبهة تمنع من أخذه وإيقاع العقوبة اعتماد عليه، عملا بقاعدة درء الحدود بالشبهات، بخلاف القانون الجنائي الجزائري فإنه ترك المجال مفتوحا أمام القاضي يحكم في الدعوى حسب ما تكونت لديه من معطيات، ومعلومات، واستنتاجات، وله في ذلك كامل الحرية، وأيا كان الدليل المقدم فإن له الحرية المطلقة في تقدير الأدلة وترجيح بعضها على بعض أيا كان نوعها ومصدرها[1].
- رتب الفقه الإسلامي قوة الأدلة وجعلها الإقرار ثم الشهادة ثم القرائن القطعية وهي شبه نادرة ومع ذلك فقد جعل لكل دليل ووسيلة شروطا وقيودا وضوابط للأخذ بها كل ذلك من أجل حماية الأعراض والحقوق، كما لم يعتبر الفقه الإسلامي بعلم القاضي في إقامة الحدود ولم يجعله وسيلة من وسائل الإثبات في جريمة الاغتصاب، بخلاف القانون الجنائي فإننا لا نجد في نصوصه تنظيما وترتيبا لهذه الوسائل وشروطا واضحة في كيفية العمل بها، كما اعتمد على علم القاضي في إثبات هذه الجريمة أو نفيها، وقبول أدنى شبهة في إثباتها، مخالفا بذلك الفقه الإسلامي.

1 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان ، المرجع السابق ، (202 – 203)

- تختلف وسيلة القرائن كطريق من طرق إثبات الجريمة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي، يعتبر الفقه الإسلامي القرائن كل ما يعين ويساعد على الوصول للمطلوب فهو قرينة، ومن ذلك ظهور الحمل والبصمة والوراثية و غير ذلك، ولم يعتمد جمهور الفقهاء على هذه القرائن في إثبات الحدود لما قد يتطرق إليها من الشبهات، بخلاف القانون الجنائي فإن القرينة عنده تشبه القياس وهي استنباط يقوم به القانون أو القاضي قياسا على حادثة وقعت لإعطاء حكم لحادثة مجهولة، وقد فتح المجال للقاضي أن يجتهد في ذلك، وقد يعتبر ذلك دليلا قويا يقدم على إثبات الجريمة وتحقيق الجزاء.

المبحث الثاني : عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

إذا وقعت جريمة الاغتصاب بالمفهوم الذي سبق وتوفرت كل الأركان بشروطها المعتبرة وثبتت هذه الجريمة بأدلة قطعية وأنها وقعت حقا، فإننا بعد ذلك أمام جريمة فضيعة لابد لها من عقوبة، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المبحث من معرفة عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الجزائري ثم المقارنة والموازنة بينهما.

المطلب الأول : عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي

سبق وأشرنا إلى أن الفقه الإسلامي يعتبر الاغتصاب زنا مضافا إليه عنصر الإكراه وعدم الرضا، وهذا ما يجعل تكييفَ هذه الجريمة ليس محل اتفاق لدى الفقهاء، فمن نظر إلى فعل الوطء وأنه زنا كيّفها على أنها جريمة زنا تطبق فيها العقوبة المنصوص عليها في حد الزنا، ومن نظر إلى عنصر الإكراه والاعتداء على الطرف الثاني دون اختيار منه فإنه يكيّفها على أنها جريمة حرابة تطبق عليها العقوبة الواردة في حد الحرابة، ومن ذلك فإن العلماء اختلفوا في عقوبة المغتصِب هل يعاقب عقوبة الزاني أم عقوبة المحارب، كما اتفق العلماء على أنه لا عقوبة على المغتصَب لأنه مكره مسلوب الإرادة والاختيار.

الفرع الأول : تكييف الاغتصاب على أنه جريمة زنا

ذهب أصحاب هذا القول على أن المغتصِب يطبق عليه حد الزنا، وهو مذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية، أما الأحناف فقد ذكر ذلك عنهم الإمام السرخسي في كتابه فقال: " وإذا شهد الشهود على رجل أنه استكره هذه المرأة فزنى بها حد الرجل دون المرأة، لأن وجوب الحد للزجر وهي منزجرة حين أبت التمكين حتى استكرهها، ولأن الإكراه من جهتها يعتبر في نفي الإثم عنها على ما ذكرنا في كتاب الإكراه أن لها أن تمكن إذا أكرهت بوعيد متلف، والحد أقرب إلى

السقوط من الإثم فإذا سقط الإثم عنها فالحد أولى، ويقام الحد على الرجل، لأن الزنا التام قد ثبت عليه وجنايته إذا استكرهها أغلظ من جنايته إذا طاوعته"[1].

و يقول الإمام الشافعي رحمه الله :" في الرجل يستكره المرأة أو الأمة يصيبها أن لكل واحدة منهما صداق مثلها، ولا حد على واحدة منهما، ولا عقوبة، وعلى المستكره حد الرجم إن كان ثيبا والجلد والنفي إن كان بكرا "[2] .

أما الحنابلة فيقول ابن قدامة :" ومن غصب جارية، فوطئها، وأولدها، لزمه الحد، وأخذها سيدها وأولادها ومهر مثلها، وجملة ذلك أن الغاصب إذا وطئ الجارية المغصوبة، فهو زان، لأنها ليست زوجة له ولا ملك يمين، فإن كان عالما بالتحريم، فعليه حد الزنى، لأنه لا ملك له، ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثلها، سواء كانت مكرهة أو مطاوعة"[3].

أما المالكية فقد اختلفت الروايات عنهم ويرى بعضهم أنه يطبق عليه حد الزنا ومن ذلك ما نقل عن الإمام مالك في المدونة وغيرها أنه سئل فقيل له :" أرأيت لو أن رجلا غصب امرأة أو زنى بصبية مثلها يجامع أو زنى بمجنونة أو أتى نائمة، أيكون عليه الحد والصداق جميعا في قول مالك؟

قال: قال مالك في الغصب: إن الحد والصداق يجتمعان على الرجل، فأرى المجنونة التي لا تعقل، والنائمة بمنزلة المغتصبة، وقد قال مثل قول مالك في الحد والغرم علي بن أبي طالب وابن مسعود وسليمان بن يسار وربيعة وعطاء"[4].

وخلاصة القول أن الناظر في كلام الفقهاء يبدوا له أن هذه النصوص تدل دلالة واضحة لا تحتاج إلى بيان في أن عقوبة المغتصِب هي حد الزنا، وهي الجلد والنفي لغير المحصن، والرجم للمحصن،

---

1 السرخسي ، المبسوط ، مرجع سابق ، (ج 9 / ص 54)

2 الشافعي ، أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي، الأم ، نشر : دار المعرفة ــ بيروت ، (د ط) ، 1990م، (ج 3 / ص 264)

3 ابن قدامة المقدسي ، المغني ، مرجع سابق ، (ج 5 / ص 199)

4 الإمام مالك بن انس الأصبحي ، المدونة ، نشر: دار الكتب العلمية ــ لبنان ، ط1، 1994م، (ج 4 / ص 509)

ويرى بعض الفقهاء كالإمام مالك والشافعي وغيرهما أنه يجب مع الحد غرامة مالية أسموها تجوزا (صداق) تدفع إلى المغتصَب[1].

ومما أجمع عليه الفقهاء أن حد الزنا هو الرجم للثيب المحصن وهو الذي وطء بنكاح صحيح، أما البكر فإنه يجلد يجلد مائة جلدة، واختلفوا في جمع الجلد مع الرجم للثيّب والجمهور أنه أنه يكتفى بالرجم فقط، كما اختلفوا في التغريب للبكر فذهب الشافعية والحنابلة إلى وجوب التغريب ذكرا كان أم أنثى لأنه من جملة الحد فلا يجوز إسقاطه، وذهب الأحناف على أنه عقوبة تعزيرية متروكة لتقدير الإمام، بينما يرى المالكية يجب في الزاني البكر دون الأنثى[2].

أما أدلة ذلك فكثيرة منها :

- قوله 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 } (النور : 02)
- حديث عبادة بن الصامت، قال: كان نبي الله ﷺ إذا أنزل عليه كرب لذلك، وتربد له وجهه قال: فأنزل عليه ذات يوم، فلقي كذلك، فلما سري عنه، قال: «خذوا عني، فقد جعل الله لهن سبيلا، الثيب بالثيب، والبكر بالبكر، الثيب جلد مائة، ثم رجم بالحجارة، والبكر جلد مائة، ثم نفي سنة»[3].

وقد سبق ذكر فعله ﷺ في رجم ماعز الأسلمي والغامدية وغيرهما وكذلك فعل خلفائه رضي الله عنهم.

ومثل ذلك يقال فيما إذا كان المغتصِب أنثى فهي زانية تحد حد الزنا إذا كان المغتصَب ذكرا، فإن كان المغتصِب ذكرا فهو لواط حده القتل عند الجمهور[4]، أما الأنثى مع الأنثى فهو سحاق يوجب عقوبة تعزيرية يقدرها الحاكم بما يراه مناسبا لردع مثل هذه الجرائم وأصحابها[5].

---

1 انظر: عبد الفتاح بهيج عبد الدايم ، جريمة اغتصاب الإناث ، مرجع سابق ، (ص 165)

2 انظر : إبراهيم بن صالح اللحيدان، المرجع السابق، (ص 209 – 214)

3 رواه مسلم في صحيحه ، كتاب الحدود ، باب حد الزنا ، رقم الحديث (1690) ، (ج 3 / ص 1316)

4 الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، مرجع سابق ، (ج 4 / ص 314)

5 ابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، (ج 9 / ص 61)

الفرع الثاني : تكييف جريمة الاغتصاب على أنه حرابة

ينظر أصحاب هذا القول إلى عنصر الإكراه والاعتداء على الفروج، وأنه من جملة السعي في الأرض بالفساد، وهو قول جمهور المالكية، وبعض الشافعية، ومذهب الظاهرية، وهذا بيّن من خلال نصوصهم وكلامهم، ومن ذلك ما ذكره الشيخ عليش المالكي فقال :" والبضع أحرى من المال، فمن خرج لإخافة السبيل قاصدا الغلبة على الفروج فهو محارب، لأن الغلبة عليها أقبح من الغلبة على المال"، ثم ذكر قصة جميلة لابن العربي أثناء توليه القضاء فقال : " قال ابن العربي رفع إليّ في ولايتي القضاء قوم خرجوا محاربين إلى رفقة، فأخذوا منها امرأة فاختلوها، فأُخِذوا، فسألت من كان ابتلانا الله تعالى بهم من المفتين، فقالوا ليسوا محاربين لأن الحرابة في الأموال دون الفروج، فقلت لهم ألم تعلموا أنها في الفروج أقبح منها في الأموال، وأن الحر يرضى بسلب ماله دون الزنا بزوجته أو بنته، ولو كانت عقوبة فوق ما ذكر الله تعالى لكانت لمن يسلب الفروج، وحسبكم من بلاء صحبة الجهلاء خصوصا في الفتيا والقضاء"[1]، يقول الأستاذ عبد الدايم بعد ذكره لهذه القصة " وهذا كلام نفيس بلغ الغاية في النفاسة وإصابة الحق جزى الله صاحبه عن العلم والدين خير الجزاء "[2] وصدق في ذلك، وقد نقل ذلك غير واحد من علماء المالكية، كالدسوقي والزرقاني والقرطبي وغيرهم.

أما الظاهرية، فيقول ابن حزم الظاهري في تأكيد حد الحرابة ما نصه :" كل من حارب المارة، وأخاف السبيل بقتل نفس، أو أخذ مال، أو لجراحة، أو لانتهاك فرج: فهو محارب، عليه وعليهم – كثروا أو قلوا – حكم المحاربين المنصوص في الآية، لأن الله تعالى لم يخص شيئا من هذه الوجوه، إذ عهد إلينا بحكم المحاربين { وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴿٦٤﴾ } (مريم: 64)، ونحن نشهد بشهادة الله تعالى

1 عليش المالكي ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، مرجع سابق ، (ج 9 / ص 335)

2 عبد الفتاح بهيج عبد الدايم ، جريمة اغتصاب الإناث ، مرجع سابق ، (ص 174)

أن الله سبحانه لو أراد أن يخص بعض هذه الوجوه لما أغفل شيئا من ذلك، ولا نسيه ولا أعنتنا بتعمد ترك ذكره حتى يبينه لنا غيره بالتكهن والظن الكاذب"[1].

وخلاصة هذا القول أن جريمة الاغتصاب يطبق فيها حد الحرابة على المغتصِب، لأنه اعتداء على الأعراض والمحارم وحرية وشرف المجني عليه، وهو إفساد في الأرض بنشر رعب والخوف بين أفراد المجتمع، وإذا كانت الحرابة في سلب الأموال فهي في الأعراض أحق وأولى كما سبق.

ومستند أصحاب هذا القول قوله تعالى: { إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ٣٣ } (المائدة : 33)، يقول الطبري :" أن عبد الملك بن مروان كتب إلى أنس يسأله عن هذه الآية، فكتب إليه أنس يخبره أن هذه الآية نزلت في أولئك النفر العُرنيين، وهم من بجيلة، قال أنس: فارتدوا عن الإسلام، وقتلوا الراعي، واستاقوا الإبل، وأخافوا السبيل، وأصابوا الفرج الحرام"[2]، وهذا بيان من أنس ﷺ خادم رسول الله ﷺ أن من الحرابة إصابة الفروج المحرمة واغتصابها، وقد رجح هذا القول الدكتور عبد الفتاح بهيج عبد الدايم في كتابه " جريمة اغتصاب الإناث ".

1 ابن حزم الظاهري: أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي القرطبي، المحلى بالآثار ، نشر: دار الفكر ــ بيروت، (د ط)، (د ت ن) ، (ج 12 / ص 283)

2 الطبري ، جامع البيان في تأويل القرآن (تفسير الطبري) ، مرجع سابق ، (ج 10 / ص 250)

المطلب الثاني : عقوبة جريمة الاغتصاب في القانون الجنائي

إذا ثبتت جريمة الاغتصاب فإنه وحسب القانون الجنائي الجزائري يتعرض المغتصِب (الجاني) لعقوبات أصلية جنائية وأخرى تكميلية.

الفرع الأول : العقوبات الأصلية

نصت المادة (336) من ق.ع.ج على هذه العقوبة كما يلي : :" **كل من ارتكب جناية الاغتصاب يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات .**

وإذا وقع الاغتصاب ضد قاصر لم يكمل الثامنة عشرة (18) سنة فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة "[1].

فأوضحت هذه المادة في الفقرة الأولى منها أن المغتصِب يتعرض إلى عقوبة بالسجن من 5 إلى 10 سنوات، وتشدد العقوبة إذا كانت الضحية قاصرا ولم يكمل الثامنة عشر (18 سنة)، فترفع العقوبة لتصبح السجن من 10 إلى 20 سنة كما في الفقرة الثانية.

كما تشدد العقوبة إذا كان المغتصِب من الأصول أو من الفئة التي لها سلطة على الضحية وأيضا كما لو استعان الجاني بشخص أو أكثر فإن العقوبة ترفع في هاتين الحالتين إلى السجن المؤبد كما نصت بذلك المادة (337) من قانون العقوبات الجزائري.[2]

الفرع الثاني : العقوبات التكميلية

علاوة على العقوبات الأصلية تطبق على المحكوم عليه عقوبات تكميلية إلزامية وعقوبات اختيارية وهي عقوبات منصوص عليها في المادة (09) المعدلة بموجب قانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006م.

---

[1] القانون رقم 14-01 المؤرخ في 16 فبراير 2014 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2014/04/16م، العدد (07)، المادة 336 (المعدلة) من القسم السادس ــ الفصل الثاني ــ الباب الثاني منه (ص 130).

2 احسن بوسقيعة ، شرح قانون العقوبات الجزائري ، مرجع سابق ، (ص 101 – 102)

أولا : العقوبات التكميلية الإلزامية

في حالة الحكم بالعقوبة الجنائية على جريمة الاغتصاب فإنه يلحق ذلك عقوبتين تكميليتين إلزاميتين وهما :

1- الحرمان من ممارسة حق او أكثر من الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية: المنصوص عليها في المادة 09 مكرر (جديدة)، وذلك لمدة 10 سنوات على الأكثر وهي :

- " **العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة .**
- **الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل أي وسام .**
- **عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا .**
- **الحرمان من الحق في حمل الأسلحة وفي التدريس وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه استاذا أو مدرسا أو مراقبا.**
- **عدم الأهلية لأن يكون وصيا أو قيما.**
- **سقوط حق الولاية كلها أو بعضها.**

في حالة الحكم بعوبة جنائية ، يجب على القاضي أن يأمر بالحرمن من حق أو أكثر من هذه الحقوق المنصوص عليها لمدة أقاصها عشر (10) سنوات، وتسري من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإراج عن المحكوم عليه "[1]

2- الحجر القانوني : نصت المادة 9 مكرر (جديدة) من ق.ع.ج أيضا على ما يلي: " **في حالة الحكم بعوقبة جنائية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية".**

ثانيا : العقوبة التكميلية الاختيارية

1 القانون رقم 14-01 المؤرخ في 16 فبراير 2014 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2014/04/16م، العدد (07)، المادة 09 مكرر1(جديدة)، الباب الأول العقوبات المطبقة على الأشخاص الطبيعية ــ الفصل الثالث ــ العقوبات التكميلية، (ص 7).

في حالة إدانة المتهم بجريمة الاغتصاب أو أي عقوبة جنائية أخرى فإن للقاضي أن يحكم بعقوبات أخرى تكميلية على سبيل الاختيار نصت عليها المادة 9 (معدلة) من ق.ع.ج وهي :

- **تحديد الإقامة**
- **المنع من الإقامة**
- **المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط.**
- **إغلاق مؤسسة.**
- **الإقصاء من الصفقات العمومية.**
- **الحظر من إصدار الشيكات و/ أو استعمال بطاقات الدفع.**
- **سحب أو توقيف رخصة السياقة أو إلغاؤها مع منع استصدرا رخصة جديدة.**
- **سحب جواز السفر**
- **نشر أو تحكليق حكم أو قرار الإدانة**[1].

بعد معرفة العقوبة التي يقررها المشرع الجزائري على جريمة الاغتصاب فإن الأستاذ احسن بوسقيعة يقدم ملاحظتين على هذا القانون حيث يقول[2] :

1- إن العقوبات المقررة لجريمة الاغتصاب هي عقوبات ملطفة بما هو مقرر لنفس الجريمة في بعض التشريعات سواء كانت من محيطنا الجغرافي أو الحضاري أو خارجه، وضرب مثلا بتونس وفرنسا حيث العقوبة ترفع إلى الإعدام إذا اقترنت بالسلاح.

2- أن المشرع الجزائري لم يأخذ بعين الاعتبار بعض الآثار التي قد تنتج عن الاغتصاب مثل فض البكارة و الحمل خلافا للممشرع المغربي فإنه يعتبرها ظروفا مشددة تغلظ فيها العقوبة.

بهذا نكون قد انتهينا من هذا المطلب.

1 المرجع السابق، (ص 06)

2 احسن بوسقيعة ، المرجع السابق ، (ص 103)

المطلب الثالث : مقارنة بين عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي

من خلال ما سبق نرى تباينا كبيرا بين عقوبة المغتصِب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي يمكن إبرازها في النقاط التالية :

أولا – تعتبر جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي اعتداء على حدود الله، وانتهاكا للأعراض والفروج المحرمة، ولذلك تشدّد المشرع سبحانه في وضع العقوبة الزاجرة والرادعة لمثل هذا الجرائم، وذلك بتوقيع أقصى العقوبات البدنية، من الرجم للمحصن إلى الجلد والتغريب للبكر، أو تنزيل حد الحرابة على المغتصِب، وليس للقاضي أن يجتهد في مثل هذه الحدود أو أن يسقطها رأفة بالجاني إذا تحقق من ثبوت الجريمة، فهي عقوبة حدية، بخلاف القانون الجنائي فإنه يعتبر جريمة الاغتصاب انتهاكا لحرية الأفراد في حياتهم الجنسية، ولذلك فتح المجال أمام القضاء ليجتهد في وضع العقوبة المناسبة، والتي حصرها لها في فترة معينة من السجن، وأن الأمر مناط أولا وأخيرا باجتهاد القاضي، فهي عقوبة تعزيرية.

ثانيا – من خلال المقارنة بين العقوبتين نجد أن المشرع الجزائري جاء بعقوبة غير مناسبة ويمكن القول أنها مخزية مقابل شناعة وفضاعة جريمة الاغتصاب، وأنه بذلك لا يحقق الغاية المنشودة من فلسفة العقاب، فلا يتحقق الزجر والردع بمثل هذه العقوبات، ولا يتم شفاء غيض المجني عليه، ومن أجل ذلك نرى كثرة هذه الجرائم وشدة انتشارها، خاصة في هذا الزمن المتأخر التي انتشرت فيها الوسائل والطرق المؤدية لمثل هذه الجرائم، بخلاف الفقه الإسلامي فإن تشريعه لمثل تلك العقوبات في غاية الدقة والمناسبة، وأنها كفيلة بإحقاق الحق وردع وزجر أصحابها بداء من الرجم بالحجارة حتى الموت إلى الجلد والتغريب وفرض الغرامة المالية لمصلحة الجاني، أو تطبيق حد الحرابة وهو كفيل بزرع الرعب والخوف في كل من تسول له نفسه اقتراف مثل هذه الجرائم.

ثالثا – الفقه الإسلامي ينظر في تحديد عقوبة الاغتصاب إلى أوصاف المغتصِب، فيفرق بين ما إذا كان ثيبا محصنا أو بكرا، بخلاف القانون الجنائي فلا ينظر لمثل هذه الأوصاف، بل ينظر إلى درجة

اتصال الجاني بالمجني عليه، وهل هو من أصوله أو فروعه، أو ممن يتأمرون عليه، كما لم يفرق الفقه الإسلامي بين أن يكون المجني عليه صغيرا أو كبيرا في توقيع العقوبة، بخلاف القانون الجنائي.

رابعا – العقوبة في الفقه الإسلامي ثابتة لا تتغير بحال من الأحوال منذ بدء تشريعها إلى يومنا باختلاف الأزمنة والأمكنة والأشخاص، فهي تشريع إلهي يصلح لكل زمان ومكان، ويحقق المصلحة الكاملة من خلال تطبيقه، بخلاف العقوبة في القانون الجنائي فهي غير ثابتة ولا مستقرة، وكل مرة يحدث تغييرا فيها بما يتناسب حسب زعمه مع الجريمة، لكن أثبت فشله، وأن هذه التشريعات غير صالحة لمثل هذه الجرائم، ولا تحقق المصلحة المرجوة منها، ولذلك وجب في حق المشرع الجزائري وغيره من أصحاب القوانين الوضعية إعادة النظر في مصادرهم في التشريع، والرجوع إلى الفقه الإسلامي والعمل بما فيه من الأحكام الربانية، التي بها تصلح البلاد وتأمن البلاد، وأن ترك العمل بتطبيق الحدود وتحكيم الشريعة، يأتي بالخراب والفساد على البلاد والعباد.

ملخص الفصل الثاني

يمكن تلخيص ما سبق في النقاط التالية :

- وسائل وطرق إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي محددة، ومنظمة، ودقيقة جدا، وأيضا متشدد فيها، باعتبارها دلائل لتوقيع حد من الحدود الشرعية، وأن أدنى شك يلغي العمل بها، وذلك لأن القاعدة العامة في الحدود " أنها تدرؤ بالشبهات "، وهذه الوسائل إما الإقرار فهو سيدها، ويؤخذ بشروط سبق بيانها، وإما الشهادة ولابد من توافرها بشروطها المعتبرة، وأن يكون عدد الشهداء أربعة، ثم بعد ذلك تأتي القرائن، والقاعدة العامة في القرائن أنها لا تعتبر حجة في إثبات جريمة الاغتصاب وتنزيل الحدود، غير أنها أحيانا تكون قرائن قطعية لا تدع مجالا للشك فيعمل بها حينئذ القاضي، كما نفى الفقه الإسلامي أن يكون علم القاضي حجة، وطريقا لإثبات الجريمة.
- أما القانون الجنائي فإنه لم يخص هذه الجريمة بوسائل خاصة ومحددة، بل يطبق عليها النظرية العامة في وسائل إثبات الجرائم التي نص عليها ق.إ.ج.ج، ووسائل إثبات الجرائم فيه هي: (الإقرار، المحاضر والتقارير المثبتة، الفعلية الخبرة ، الشهادة، والقرائن) غير أنه جعل مرد كل هذه الوسائل إلى علم القاضي، وأن له الحرية المطلقة في الأخذ بهذه الوسائل أو ردها، خلافا للفقه الإسلامي.
- عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي هي حد من حدود الله التي لا يجوز إسقاطها، أو الشفاعة فيها، وهي مترددة بين أن تكون عقوبة جريمة الزنا، بالنظر لفعل الوطء، ويطبق على الجاني حينئذ حد الزنا، وهو الرجم حتى الموت للمحصن، والجلد مائة جلدة مع التغريب والغارمة المالية للبكر، وهذا مذهب الجمهور، وإذا نظرنا إلى أنه اعتداء على الفروج والأعراض، وترويع للآمنين، وأنه من جملة الإفساد في الأرض، فتطبق على الجاني حد الحرابة المذكور في سورة المائدة، وهو مذهب جمهور المالكية، وبعض الشافعية، والظاهرية، ورجحه بعض العلماء المتأخرين.
- أما عقوبة جريمة الاغتصاب في القانون الجنائي فقد نصت عليها المادة (336) من ق.ع.ج وهي السجن من 5 إلى 10 سنوات، وإذا كان المجني عليه قاصرا تكون مشددة بالسجن من 10 إلى 20 سنة، مع عقوبات أخرى تكميلية منها الإلزامية ومنها الاختيارية ترجع للقاضي.

الخاتمة

عالج الفقه الإسلامي جريمة الاغتصاب بثلاث خطوات متتابعة وهي:

أولا : بأن حدد المفهوم المناسب لهذه الجريمة، وأحاط بكل صورها، فهي عنده جريمة زنا مضاف إليها عنصر الإكراه، وعدم الاختيار والرضا من الطرف الآخر، أو بعبارة أخرى هي كل اتصال جنسي محرم، ثبت تحت وطء الإكراه، سواء كان من القبل أو الدبر، وسواء كان المغتصِب ذكرا أم أنثى، وهي لا تقوم إلا بأربعة أركان: (المغتصِب، والمغتصَب، وفعل الوطء، والإكراه)، ولكل ركن شروط.

ثانيا : بتحديد طرق إثباتها بصورة خاصة، فلا تثبت هذه الجريمة إلا بوسائل محددة، ومتشدد فيها، حتى لا يتسرب إليها أدنى شك أو شبهة، ولا عبرة بعلم القاضي في ذلك، وهي الإقرار، ثم الشهادة، وجعل لهما شروطا دقيقة حتى يعمل بهما، أما القرائن فالقاعدة العامة أنها لا ترقى أن تكون وسيلة في إثبات جريمة الاغتصاب لما قد يتخللها من النقص، غير أنه إذا ثبتت حجية هذه الوسيلة، وقطعيتها بما لا يدع مجالا للشك أو الشبهة، فإن للقاضي أن يستند إليها.

ثالثا : إذا ثبت وقوع جريمة الاغتصاب فعلا، فإن الفقهاء اتفقوا على أن المجني عليه لا عقوبة عليه، ولا يؤاخذ على الجريمة لأنّه مكره، بخلاف المغتصِب فإن العقوبة ثابتة فيه، وبما أن الاغتصاب جريمة شنيعة، فيها اعتداء على حدود الله، والفروج المحرّمة، والأعراض المصونة، فإن الشريعة أوقعت أشد العقوبات على فاعلها، فذهب الجمهور على أنها توجب حد الزنا، إما الرجم حتى الموت للحصن، أوالجلد مائة جلدة مع التغريب لغير المحصن، وفرض غرامة مالية عليه، وذهب بعض الفقهاء كالمالكية والظاهرية أنها جريمة توجب حد الحرابة المذكور في القرآن، فتناسب الفعل مع العقاب وتحققت الغاية المرجوة منه من الردع والزجر لمثل هذه الأفعال.

أما القانون الجنائي الجزائري فإنه عالج جريمة الاغتصاب إن صح التعبير بثلاثة طرق أيضا وهي :

أولا : بأن حدد مفهوم وأركان هذه الجريمة، فهي عنده مواقعة رجل لامرأة بغير رضاها، فلابد أن يكون الجاني رجل والمجني عليها امرأة، ولا تقوم هذه الجريمة إلا بثلاثة أركان : 1- الركن المادي: ويتمثل في فعل الوطء، 2- والركن المعنوي: ويتمثل في القصد الجنائي والمسؤولية الجنائية، 3 – الركن الشرعي: ويتمثل في نص التجريم فهي تعتبر جناية في ق.ع.ج بنص المادة 336 منه.

ثانيا : ليس في القانون الجنائي وسائل إثبات معينة لإثبات جريمة الاغتصاب، بل يعتمد في إثباتها على الوسائل العامة المذكور في قانون الإجراءات الجزائية وهي: (الإقرار، الشهود، المحاضر والتقارير المثبتة، الخبرة الفعلية ، القرائن) دون ترتيب محدد، غير أنه فتح المجال لعلم القاضي، وأعطاه الحرية الكاملة في قبول هذه الأدلة أو ردها، حسب ما يتكون لديه من معطيات.

ثالثا : حدد القانون الجنائي عقوبة جريمة الاغتصاب في المادة 336 منه، فجعلها السجن من 5 إلى 10 سنوات، وإذا كان المجني عليه قاصرا تكون مشددة بالسجن من 10 إلى 20 سنة، مع عقوبات أخرى تكميلية منها الإلزامية ومنها الاختيارية ترجع للقاضي.

- بالنظر في كل ما سبق فإنه يظهر لنا التباين الكبير بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي في طريقة معالجة هذه الجريمة، سواء بتحديد مفهومها، وأركانها بشروطها، أو طرق إثباتها، أو العقوبة المناسبة لها، وما كان من اتفاق بينهما في بعض العناصر والجزئيات فإنّه لم يقصد لذاته، وإنما فرضته طبيعة الجريمة فقط، او اشتراك في المسميّات فقط دون الحقائق، وقد رأينا من خلال المقارنة سمو الفقه الإسلامي على القانون الجنائي في إحاطته بهذه الجريمة إحاطة تامة، وشاملة، وثابتة، وأن الكثير من نصوصه جاءت في بيان أحكام هذه الجريمة، فأحاط بمفهومها وصورها وطرق إثباتها مع توقيع العقوبة المناسبة لها، فبلغ الغاية والكمال في علاج هذه الجريمة بما يقطع دابرها ويستأصل شأفتها، بخلاف القانون الجنائي فإنه أثبت تقصيره، وعجزه، وتخطبه في علاج هذه الجريمة، بدءا من تضييق مفهومها، و طرق إثباتها، وانتهاء بتوقيع مثل تلك العقوبة الساذجة عليها، بما لا يتناسب مع فضاعة وشناعة الجريمة، فازداد الأمر سوءا بأن انتشرت هذه الجريمة بشكل كبير ومخيف، يؤذن ذلك بالخطر، والخوف على انتهاك الأعراض، وضياع الحقوق، وذهاب الأمن والأمان.

توصيات واقتراحات

من خلال بحثنا في هذا الموضوع فإننا نختم هذه الدراسة ببعض التوصيات والاقتراحات التي ظهرت لنا مناسبة في علاج هذه الجريمة لعله يُرجع إليها:

- ينبغي على المشرع الجزائري إعادة النظر في المصادر التي يستمد منها نصوصه في القانون الجنائي بشكل خاص، والقوانين الأخرى بشكل عام، وأن يأخذ بعين الاعتبار أن الإسلام هو دين الدولة كما نص بذلك الدستور، فلا ينبغي تعطيل العمل به، والتحاكم إليه، واستمداد النصوص والأحكام منه.
- ينبغي على المشرع الجزائري إعادة النظر في المادة 336 من ق.ع.ج بشكل عام، وتخصيص مواد قانونية تحيط بمفهوم وأركان هذه الجريمة بشكل خاص، مع تحديد الوسائل والطرق في إثباتها، ثم توقيع العقوبة المناسبة بما يتناسب مع فضاعة وشناعة الجريمة، ويضمن الردع والزجر والتأديب لهؤلاء المجرمين.
- ينبغي على المشرع الجزائري مراعاة الآثار الناجمة عن هذه الجريمة في نصوص قانونية محددة، كفض البكارة، وظهور الحمل، وغير ذلك.
- ينبغي مواجهة المنطق الفاسد وبعض العادات التي تؤدي إلى التستر على هذه الجريمة، مثل الخوف من الفضيحة وغيرها، وتشريع قوانين تحمي المجني عليه في كرامته وعرضه بعد الجريمة.
- ينبغي على الباحثين والدارسين وأصحاب الشريعة والقانون إعطاء مثل هذه المواضيع مزيد اهتمام وعناية ودراسة، تأصيلا ومقارنة، وإظهار محاسن أحكام الإسلام، وأنها الحل الأمثل والأنجع في علاج مثل هذه الجرائم وغيرها.

تم بحمد الله وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

فهرس الآيات والأحاديث

1- فهرس سور وآيات القرآن الكريم

السورة	الآية	رقم الآية	رقم الصفحة
البقرة	فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ	173	47 – 34
	لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۚ	286	47 – 34
	وَلۡيُمۡلِلِ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ .... فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِۚ	282	67
	وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ ...	282	75 – 72
آل عمران	لِمَ تَكۡفُرُونَ بِـَٔايَٰتِ ٱللَّهِ وَأَنتُمۡ تَشۡهَدُونَ ٧٠	70	71
	إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشۡتَرُونَ بِعَهۡدِ ٱللَّهِ وَأَيۡمَٰنِهِمۡ ثَمَنٗا قَلِيلًا...	77	73
	قَالَ ءَأَقۡرَرۡتُمۡ وَأَخَذۡتُمۡ عَلَىٰ ذَٰلِكُمۡ إِصۡرِيۖ قَالُوٓاْ أَقۡرَرۡنَاۚ	81	66
النساء	وَٱلَّٰتِي يَأۡتِينَ ٱلۡفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمۡ فَٱسۡتَشۡهِدُواْ ...	15	74
	يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلۡقِسۡطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ ...	135	66
المائدة	وَلَا يَجۡرِمَنَّكُمۡ شَنَـَٔانُ قَوۡمٍ أَن صَدُّوكُمۡ عَنِ ٱلۡمَسۡجِدِ ٱلۡحَرَامِ ...	2	10
	إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ	33	91
الأعراف	إِنَّ ٱلَّذِينَ كَذَّبُواْ بِـَٔايَٰتِنَا وَٱسۡتَكۡبَرُواْ عَنۡهَا لَا تُفَتَّحُ لَهُمۡ ...	40	10

	وَلُوطًا إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِۦٓ أَتَأْتُونَ ٱلْفَٰحِشَةَ مَا سَبَقَكُم بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِّنَ ٱلْعَٰلَمِينَ	80	42
	وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنۢ بَنِىٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ...	172	71
هود	وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ طَرَفَىِ ٱلنَّهَارِ وَزُلَفًا مِّنَ ٱلَّيْلِ ۚ إِنَّ ٱلْحَسَنَٰتِ ...	114	42
النحل	إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ	106	34
الإسراء	وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا	32	**42–33–17**
	وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا	15	58 – 30
مريم	وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا	64	90
الحج	وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ۚ	78	34
	لِّيَشْهَدُوا۟ مَنَٰفِعَ لَهُمْ	28	71
المؤمنون	وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ....	7–6–5	57 – 37
النور	ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِاْئَةَ جَلْدَةٍ ۖ...	2	89 – 17
	وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ	04	74 – 73
	لَّوْلَا جَآءُو عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ ۚ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا۟ بِٱلشُّهَدَآءِ فَأُو۟لَٰٓئِكَ عِندَ ٱللَّهِ هُمُ ٱلْكَٰذِبُونَ ۝١٣	13	74 – 73
	وَلَا تُكْرِهُوا۟ فَتَيَٰتِكُمْ عَلَى ٱلْبِغَآءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا...	33	46 – 34
الفرقان	وَٱلَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ ..	69–68	17
الزخرف	إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ	86	75
محمد	فَقَدْ جَآءَ أَشْرَاطُهَا	18	27
الذاريات	فَتَوَلَّىٰ بِرُكْنِهِۦ	39	26
الطلاق	وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ۚ	02	72

2- فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	رقم الصفحة
أتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه بامرأة من أهل اليمن، قالوا: بغت...	47
ادرؤوا الحدود عن المسلمين ماستطعتم	35
أن امرأة خرجت على عهد النبي صلى الله عليه وسلم تريد الصلاة، فتلقاها...	68
أن جارية وجد رأسها بين حجرين، فجئ بها إلى النبي -ﷺ- ...	67
إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام	20
أن رجلا أصاب من امرأة قبلة، فأتى النبي ﷺ، فأخبره ...	41
إن رجلا من الأعراب أتى رسول الله -صلى الله عليه وسلم- فقال: يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لي بكتاب الله ...	67
أرأيت إن وجدت مع امرأتي رجلا ...	74
أن عبدا من رقيق الإمارة وقع على وليدة من الخمس، فاستكرهها ...	47
البينة أو حد في ظهرك	73
جاء الأسلمي نبي الله ﷺ، فشهد على نفسه أنه أصاب امرأة...	41
خذوا عني، فقد جعل الله لهن سبيلا، الثيب بالثيب، والبكر بالبكر ...	89
رفع القلم عن ثلاث : عن الصغير حتى يحتلم...	29- 68
رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه	32-35-48-69
كسر عظم الميت ككسره حي	38
كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه	20
لا حد في الزنى إلا على من علمه	30
ليس على الذي يأتي البهيمة حدّ	37
ملعون من وقع على بهيمة	36
من حلف على يمين يستحق بها مالا لقي الله وهو عليه غضبان ...	73

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

القرآن الكريم وتفسيره

القرآن الكريم ، رواية حفص عن عاصم ، المصحف الالكتروني .

1- ابن كثير: أبو الفداء إسماعيل بن عمر الدمشقي، **تفسير القرآن العظيم** (تفسير ابن كثير)، ت محمد حسين شمس الدين، نشر : دار الكتب العلمية، منشورات محمد علي بيضون – بيروت، ط1، 1419هـ

2- الطبري: أبو جعفر محمد بن جرير، **جامع البيان في تأويل القرآن**، ت أحمد محمد شاكر، نشر : مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان ، ط1 ، 2000م

3- القرطبي: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن احمد، **الجامع لأحكام القرآن** (تفسير القرطبي)، ت أحمد البردوني ، نشر : دار الكتب المصرية ــ القاهرة ، ط2، 1964م

متون الحديث وشروحها

1- ابن حبان: أبو عبد الله محمد بن حبان بن أحمد التميمي، **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان**، تحقيق شعيب الأرنؤوط ، نشر : مؤسسة الرسالة ــ بيروت ، ط2 ، 1993م

2- ابن حجر العسقلاني: أبو الفضل أحمد بن علي الشافعي، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، نشر : دار المعرفة ــ بيروت ، (د ط) ، 1379هـ

3- ابن ماجة: أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، **سنن ابن ماجة**، ت محمد فؤاد عبد الباقي، نشر: دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي ــ مصر، (د ط)، (د ت ن)

4- أبو داود: سليمان بن الأشعث، **سنن أبي داود**، ت شعَيب الأرنؤوط – محَمَّد كامِل قره بللي، نشر : دار الرسالة العالمية ــ بيروت ، ط1 ، 2009م

5- الإمام أحمد: أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، **مسند الإمام أحمد**، ت شعيب الأرنؤوط وآخرون، نشر: مؤسسة الرسالة ــ بيروت ــ لبنان، ط1، 2001م.

6- البخاري : محمد بن إسماعيل الجعفي، **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه** (صحيح البخاري)، ت محمد زهير بن ناصر الناصر، نشر: دار طوق النجاة ــ بيروت ط1 ، 1422هـ

7- البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، **السنن الكبرى للبيهقي**، ت محمد عبد القادر عطا، نشر : دار الكتب العلمية، بيروت – لبنات ، ط3 ، 2003م

8- الترمذي: أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، **سنن الترمذي**، ت أحمد محمد شاكر، نشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، ط2 ، 1975م

9- الشافعي: محمد بن إدريس المطلبي القرشي، **مسند الإمام الشافعي** (ترتيب سنجر)، ت ماهر ياسين فحل، نشر : شركة غراس للنشر والتوزيع ــ الكويت، ط 1 ، 2004م

10- مسلم : أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري ، **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ** (صحيح مسلم) ت محمد فؤاد عبد الباقي ، نشر: دار إحياء التراث العربي – بيروت، (د ط) ، (د ت ن)

كتب الفقه و أصوله

1- ابن حزم الظاهري: أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي القرطبي، **المحلى بالآثار** ، نشر: دار الفكر ــ بيروت، (د ط)، (د ت ن).

2- ابن رشد الجد: أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، **البيان والتحصيل**، ت محمد حجي وآخرون ، ،شر : دار الغرب والإسلامي ــ بيروت ــ لبنان ، ط2، 1988م.

3- ابن رشد الحفيد: أبو الوليد محمد بن أحمد القرطبي، **بداية المجتهد ونهاية المقصد**، نشر : دار الحديث ــ القاهرة ، (د ط)، 2004م.

4- ابن عبد البر: أبو عمر يوسف بن عبد الله النمري القرطبي، **التهميد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، ت مصطفى بن أحمد العلوي، نشر : وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ــ المغرب ــ (د ط) ، 1387هـ

5- ابن قدامة: أبو محمد عبد الله بن احمد المقدسي الحنبلي، **المغني**، نشر: مكتبة القاهرة ــ مصر (د ط)، 1968م

6- أبو المظفر : منصور بن محمد بن عبد الجبار السمعاني ، **قواطع الأدلة في الصول** ، ت محمد حسن إسماعيل الشافعي، نشر: دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان، ط1، 1999م

7- أبو الوفاء: علي بن عقيل بن محمد البغدادي الظفري، **الواضح في أصول الفقه**، ت عبد الله بن عبد المحسن التركي، نشر: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر ــ بيروت ــ لبنان ، ط1، 1999م

8- الآبي الأزهري : صالح عبد السميع ، **جواهر الإكليل شرح مختصر خليل** ، نشر : دار المعرفة ــ لبنان ، (د ط)، (د ت ن)

9- أسامة بن سعيد القحطاني وآخرون ، **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي** ، نشر دار الفضيلة ــ الرياض ، ط1، 2012م.

10- الإمام مالك بن انس الأصبحي ، **المدونة** ، نشر: دار الكتب العلمية ــ لبنان ، ط1، 1994م

11- الآمدي: أبو الحسن سيد الدين علي بن ابي علي الثعلبي، **الإحكام في أصول الأحكام** ، ت عبد الرزاق العفيفي، نشر : المطتب الإسلامي ــ بيروت ــ لبنان ، (د ط) ، (د ت ن)

12- البراذعي المالكي: أبو سعيد خلف بن ابي القاسم القيرواني ، **التهذيب في اختصار المدونة**، ت محمد الأمين بن الشيخ، نشر: دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث ــ دبي، ط 1، 2002م

13- الخرشي المالكي : أبو عبد الله محمد بن عبد الله ، **شرح مختصر خليل** ، نشر : دار الفكر للطباعة ــ بيروت ، (د ط)، (د ت ن)

14- خليل بن إسحاق: ضياء الدين الجندي المالكي المصري ، **مختصر خليل** ، ت أحمد جاد ، نشر : دار الحديث ــ القاهرة ، ط 1 ، 2005م

15- الدسوقي المالكي : محمد بن أحمد بن عرفة ، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير** ، نشر : دار الفكر للطباعة ــ بيروت ، (د ط)، (د ت ن)

16- السيوطي : جلال الدين عبد الرحمن بن ابي بكر ، **الأشباه والنظائر** ، نشر : دار الكتب العلمية ، (د م ن)، ط 1، 1990م

17- الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، **الموافقات**، ت مشهور بن حسن آل سلمان، نشر : دار ابن عفان ، (د م ن)، ط1، 1997م

18- الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي، **الأم**، نشر: دار المعرفة ــ بيروت، (د ط) ، 1990م

19- الشافعي: أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي، **الرسالة** ، ت أحمد شاكر ، نشر : مكتبة الحلبي ــ مصر ، ط1، 1940م

20- الشوكاني: محمد بن علي بن محمد اليمني ، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار** ، ت عصام الدين الصبابطي، نشر : دار الحديث ــ مصر، ط1، 1993م

21- الشيخ عليش: أبو عبد الله محمد بن أحمد المالكي ، **منح الجليل شرح مختصر خليل** ، نشر : دار الفكر ــ بيروت ، (د ط) ، 1979م

22- الشيرازي: أبو إسحاق إبراهيم بن علي ، **المهذب في فقه الإمام الشافعي** ، نشر : دار الكتب العلمية ــ لبنان ،(د ط)، (د ت ن).

23- الصاوي: أبو العباس أحمد بن محمد المالكي ، **بغية السالك في أقرب المسالك** (المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير)، نشر : دار المعارف ــ القاهرة ، (د ط) ، (د ت ن).

24- عثمان بن المكي الزبيدي التونسي، **توضيح الأحكام شرح تحفة الحكام**، نشر : المطبعة التونسية ، ط1 ، 1339هـ

25- القرافي: أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي، **الفروق = أنوار البروق في أنواء الفروق** ، نشر : عالم الكتب ــ القاهرة ، (د. ط)، (د ت ن)

26- الكاساني: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، نشر : دار الكتب العلمية ــ بيروت ، ط2 ، 1986م

27- اللخمي : أبو الحسن علي بن محمد الربعي، **التبصرة**، ت أحمد عبد الكريم نجيب، نشر: وزراة الأوقاف والشؤون الإسلامية ــ قطر ، ط1 ، 2011م.

28- مجموعة من العلماء ، **الموسوعة الفقهية الكويتية**، نشر : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ــ الكويت ، ط1، 1427هـ

29- محمد مصطفى الزحيلي، **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، نشر: دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق ــ سوريا، ط2، 2006م

30- وهبة بن مصطفى الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، نشر : دار الفكر ــ دمشق ــ سورية ، ط4، (د ت ن).

<u>كتب القانون</u>

31- احسن بوسقيعة، **الوجيز في القانون الجزائي الخاص** ، نشر : دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ــ الجزائر ، ط 21، 2021م

32- أحمد محمد بدوي، **جرائم العرض**، نشر: سعد سمك للمطبوعات القانونية والاقتصادية ــ القاهرة، (د ط)، (د ت ن)

33- إسحاق إبراهيم منصور ، **شرح قانون العقوبات الجزائري** ــ جنائي خاص ــ نشر : ديوان المطوبعات الجامعية ــ الجزائر ، ط2، 1988م

34- حسين فريجة ، **شرح قانون العقوبات الجزائري** ــ جرائم الأشخاص، جرائم الأموال ــ نشر : ديوان المطبوعات الجامعيةــ بن عكنون، (د ط)، 2006م

35- رؤوف عبيد، **مبادئ القسم العام من التشريع العقابي**، نشر: دار الفكر العربي ــ القاهرة ــ مصر ، ط4، 1979م

36- عبد العزيز سعد، **الجرائم الواقعة على نظام الأسرة**، نشر: دار هومة للنشر ــ الجزائر، (د ط)، 2013م

37- عبد الله سليمان ، **شرح قانون العقوبات الجزائري** ــ القسم العام ــ نشر : ديوان المطبوعات الجامعية ــ الساحة المركزية ــ بن عكنون ــ الجزائر ، 1995م

38- محمد سعيد نمور، **شرح قانون العقوبات** ــ القسم الخاص ــ، نشر: دار الثقافة ــ الأردن، ط4، 2011م

39- نبيل سقر ، **الوسيط في جرائم الأشخاص** ، نشر : دار الهدى ــ الجزائر ،(د ط)، 2009م

<u>كتب المقارنة</u>

40- عبد الفتاح بهيج عبد الدايم على العواري ، **جريمة اغتصاب الإناث والآثار المترتبة عليها** ــ دراسة مقارنة ــ ، نشر : المركز القومي للإصدارات القانونية ــ القاهرة ، ط1 ، 2010م

41- عبد القادر عودة ، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي** ، نشر : دار الكاتب العربي ــ بيروت السرخسي: محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط ، نشر : دار المعرفة ــ بيرت ،(د ط)، 1993م ، (د ط)، (د ت ن)

42- محمد أبو زهرة، **الجريمة في الفقه الإسلامي**، نشر: دار الفكر العربي ــ القاهرة ، (د ط) ، 1998م

43- محمد الشحات الجندي، **جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي** ، نشر : دار النهضة العربية ــ القاهرة ، ط: 1990، (د ت ن)

44- محمد رشاد متولي، **جرائم الاعتداء على العرض في القانون الجزائري والمقارن**، نشر : ديوان المطبوعات الجامعية ــ الجزائر ، ط2، 1989م

45- نهى القاطرجي، **جريمة الاغتصاب في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، نشر: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ــ بيروت، (د ط)، 2003م

المعاجم وكتب اللغة

1- ابن الأثير : مجد الدين أبو السعادات المبارك الشيباني الجزري، **النهاية في غريب الحديث والأثر**، ت طاهر أحمد الزاوي، نشر : المكتبة العلمية ــ بيروت ، (د ط) ، 1979م

2- ابن فارس : أبو الحسين أحمد بن فارس الرازي، **معجم مقاييس اللغة** ، ت عبد السلام محمد هارون ، نشر : دار الفكر- دمشق ، (د ط) ، 1979م.

3- ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد الأنصاري الرويفعي الإفريقي، **لسان العرب**، نشر : دار صادر ــ بيروت، ط3، 1414هـ.

4- أحمد مختار عبد الحميد، **معجم اللغة العربية المعاصر**، نشر : عالم الكتب ــ القاهرة ، ط1، 2008م

5- الأزهري : أبو منصور محمد بن أحمد الهروي، **تهذيب اللغة**، ت محمد عوض مرعب، نشر : دار إحياء التراث العربي ــ بيروت، ط1، 2001م.

6- الجرجاني: علي بن محمد بن علي، **التعريفات** ، نشر : دار الكتب العلمية ــ بيروت ــ لبنان ، ط1، 1983م.

7- محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، **التعريفات الفقهية**، نشر: دار الكتب العلمية ــ بيروت، ط1، 2003م.

ثانيا : المقالات

8- خليفة سمير، **المواجهة الجنائية لظاهرة التحرش الجنسي ضد المرأة العاملة**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية (JLSR) ، المجلد 06 ، العدد 02 ، تاريخ النشر : 2021/06/20م

9- عبد الحليم بن مشري ، **جريمة الزنا في قانون العقوبات الجزائري** ، مجلة العلوم الإنسانية ــ جامعة محمد خيضر ــ بسكرة ، العدد العاشر ، نوفمبر 2006م

10- المجمع الفقهي الإسلامي الدولي ، نشر: مجلة محكمة نصف سنوية ــ وزارة الشؤون الدينية والأوقاف ــ الجزائر ، العدد 09 ، سنة 2012م.

ثالثا : البحوث الأكاديمية

11- إبراهيم بن صالح بن محمد اللحيدان، **أحكام جريمة اغتصاب العرض في الفقه الإسلامي**، دراسة مقدمة لاستكمال درجة الماجستير، تخصص تشريع جنائي، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ــ السعودية ، سنة : 2004م

12- بوشمال صندرة ، **الجرائم ضد الإنسانية ضمن اجتهاد المحاكم الجنائية الدولية والوطنية** ــ أطورحة دكتوراه ــ تخصص: القانون ، كلية الحقوق ، جماعة منتوري ــ قسنطينة ــ الجزائر، (د ط)، سنة 2017م.

13- عباسي خولة، **الوسائل الحديثة للإثبات الجنائي في القانون الجزائري**، مذكرة مكلمة لنيل شهادة المساتر في الحقوق، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر ــ بسكرة ــ سنة 2013- 2014م.

14- مسعودي بركاهم، **جريمة الاغتصاب**، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل ــ الجزائر، سنة 2005- 2006م.

15- نسيم بلحو ، **محاضرات في مقياس الإثبات الجنائي** ، سنة أولى ماستر ، تخصص قانون جنائي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف ــ مسيلة، سنة 2017- 2018م.

رابعا : النصوص القانونية

16- الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-01 المؤرخ في 16 فبراير 2014 المتضمن **قانون العقوبات الجزائري** ، الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2014/04/16م، العدد (07).

17- الأمر 66-155، المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 جوان 1966م، المعدل والمتمم بالقانون 06-22، المؤرخ في 29 ذي لقعدة 1427هـ الموافق لـ 20 ديسمبر 2006م ، المتضمن **قانون الإجراءات الجزائية** الصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 2006/12/24م، العدد (84).

فهرس الموضوعات

المقدمة .....أ

الفصل الأول : مفهوم جريمة الاغتصاب وأركانها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي..... 9

المبحث الأول : مفهوم جريمة الاغتصاب وبعض الجرائم المشابهة لها وحكمها 9

المطلب الأول : تعريف جريمة الاغتصاب في الفقه الاسلامي والقانون الجنائي..... 9

الفرع الأول : تعريف جريمة الاغتصاب لغة 9

الفرع الثاني : تعريف جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي 11

الفرع الثالث : تعريف جريمة الاغتصاب في القانون الجنائي 13

الفرع الرابع : مقارنة بين التعريف الفقهي والتعريف الجنائي لجريمة الاغتصاب 15

المطلب الثاني : بعض الجرائم المشابهة لجريمة الاغتصاب..... 17

الفرع الأول : جريمة الزنا 17

الفرع الثاني : جريمة هتك العرض 20

الفرع الثالث : جريمة التحرش الجنسي 22

المبحث الثاني : أركان جريمة الاغتصاب وشروطها في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي..... 26.

المطلب الأول : أركان وشروط جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي 26

الفرع الأول : أركان جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي 27

الفرع الثاني : شروط أركان جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي 28

أولا : الشروط الواجب توافرها في المغتصِب (الجاني) 29

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في المغتصَب (المجني عليه) 36

ثالثا : الشروط الواجب توافرها في فعل الوطء (الاتصال الجنسي) 40

رابعا : الشروط الواجب توافرها في الإكراه وعدم الرضا والاختيار 44

المطلب الثاني : أركان جريمة الاغتصاب بشروطها في القانون الجنائي..... 49.

الفرع الأول : الركن الشرعي 49

الفرع الثاني : الركن المادي 50

الفرع الثالث : الركن المعنوي (الأدبي) 54

المطلب الثالث: مقارنة بين أركان جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي 57

الفرع الأول : مقارنة عامة 57

الفرع الثاني : مقارنة خاصة.....58

ملخص الفصل الأول 61

الفصل الثاني : طرق إثبات جريمة الاغتصاب والعقوبة المقررة لها..... 63

المبحث الأول : طرق إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي..... 63

المطلب الأول : طرق إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي 63

الفرع الأول : الإقرار 65

الفرع الثاني : الشهادة 71

الفرع الثالث : القرائن 76

المطلب الثاني : طرق إثبات جريمة الاغتصاب في القانون الجنائي..... 78

الفرع الأول : تعريف وسائل الإثبات وخصائصها في القانون الجنائي 79

الفرع الثاني : طرق ووسائل إثبات جريمة الاغتصاب 80

أولا : الإعتراف 80

ثانيا : المحاضر والتقارير المثبتة 81

ثالثا : الخبرة الطبية 82

رابعا : الشهود.....83

خامسا : القرائن 84

المطلب الثالث: مقارنة بين طرق إثبات جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي..... 84

المبحث الثاني : عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي..... 86

المطلب الأول : عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي..... 86

الفرع الأول: تكييف الاغتصاب على أنه جريمة زنا.....87

الفرع الثاني : تكييف جريمة الاغتصاب على أنه حرابة 90

المطلب الثاني : عقوبة جريمة الاغتصاب في القانون الجنائي 91

الفرع الأول : العقوبات الأصلية 92

الفرع الثاني : العقوبات التكميلية 92

المطلب الثالث : مقارنة بين عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي.....95

ملخص الفصل الثاني 97

الخاتمة 98

فهرس الآيات والأحاديث 101

قائمة المصادر والمراجع 104

مـــلـخـص

تعد جريمة الاغتصاب من الجرائـم الخطيرة التي استفحلت وانتشرت في الآونة الأخيرة بشكل ينذر بالخطر، وأصحبت تشكل تهديدا على أمن المجتمع، لما فيها من اعتداء على الفروج المحرّمة، والأعراض المصونة، وكرامة الإنسان، فهي جريمة خطيرة، وظاهرة مقيتة، وجب التصدي لها بتوقيع أشد وأقصى العقوبات على مرتكبيها، بما يحقّق الرّدع والزّجر لأصحاب الشهوات الجامحة، والنّفوس المريضة، والقيام بحملات توعية حول خطورة هذه الآفة، باستغلال منابر الإعلام والمساجد، وإقامة الملتقيات والندوات حولها، ونشر ثقافة الإبلاغ وعدم التّستّر عليها خوفا من الفضيحة والعار، فينجوا بذلك المجرم، وتضيع الحقوق، ويكون ذلك من أسباب انتشارها، والجرأة عليها من طرف هؤلاء المجرمين.

Abstract

The crime of rape is considered as one of the most serious crimes that have spread alarmingly in recent times,and which has become a threat to the security of society, because of, it assaults on the forbidden vaginas, the preserved honours,and the human dignity. it is a dangerous crime and hateful phenomenon, it must be dealt with by applying the most severe penalties to those who committed it,which can achieve deterrence to those with unbridled lusts and sick souls ,also by carrying out awareness campaigns about the danger of this pest, the exploitation of media and mosques platforms, organizing meetings and seminars, spreading the idea of reporting and not covering it up for fear from scandal and shame, which can lead to the survive of criminal,and the loss of rights.this latter is considered as one of the reasons for its spread and the audacity to commit it by criminals.

تم بحمد الله