



المقدمة

عالج المشرع العراقي جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء في قانون العقوبات العراقي في الباب التاسع الخاص بالجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في الفصل الثالث الخاص بالفعل الفاضح المخل بالحياء ، والجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة هي جرائم الاعتداء على العرض وهي حالات الاعتداء على التنظيم الاجتماعي للحياة الجنسية التي يجرمها القانون ، فالعرض عرفاً هو الطاهرة الجنسية اي التزام الشخص سلوكاً جنسياً بعيداً عن أن يوجه إليه لوم اجتماعي ومن ثم يعد مساساً بالعرض كل فعل مخل بهذه الطهارة ، ويتحدد العرض وفقاً لمجموعة من القيم الاجتماعية ذات مصدر ديني واخلاقي ولكن العرض في القانون يعني الحرية الجنسية وان جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء هي اعتداء على الحرية الجنسية في الأفعال التي تقوم بها هذه الجريمة، فالفعل هنا يتخذ صورة اذى الشعور بالحياء الجنسي وهو جانب من الحياة الجنسية التي لايجوز المساس بها⁽¹⁾. وقد نص المشرع العراقي على هذه الجريمة بالمواد 400 و 401 من قانون العقوبات العراقي كما يلي (من ارتكب مع شخص ذكراً أو أنثى فعلاً مخلًا بالحياء بغير رضاه أو رضاها يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتزيد على مائة دينار أو باحدى هاتين العقوبتين) ، اما المادة 401 من قانون العقوبات العراقي فتتص (يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة اشهر وبغرامة لاتزيد على خمسين ديناراً أو باحدى هاتين العقوبتين من أتى علانية فعلاً مخلًا بالحياء). وقد بحثت الجريمة بمقدمة ومبحثين تناولت في المبحث الأول جريمة الفعل الفاضح العلني وذلك بثلاثة مطالب الأول حول تعريف الجريمة وتمييزها عن جريمة هتك العرض والثاني حول أركان جريمة الفعل الفاضح العلني وقسمتها الى ثلاثة أفرع ، الفرع الأول الفعل المخل بالحياء والثاني العلانية و الثالث القصد الجرمي اما المطلوب الثالث فخصصته لعقوبة جريمة الفعل الفاضح العلني،إما المبحث الثاني فتناولت فيه جريمة الفعل الفاضح غير العلني بثلاثة مطالب الأول حول تعريف الفعل الفاضح غير العلني وتمييزه عن جريمة الفعل الفاضح العلني والثاني حول أركان الجريمة وقسمتها إلى ثلاثة أفرع الأول الفعل المخل بالحياء والثاني عدم رضاه المجني عليه والثالث القصد الجرمي اما المطلوب الثالث فخصصته لعقوبة جريمة الفعل الفاضح غير العلني وأنهيت

(1) د.محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص وفقاً لحدث التعديلات التشريعية،دار النهضة العربية ،القااهرة ،ص600-601.

البحث بخاتمة بينت فيها نتائج بحثي ورأبي المتواضع في هذه الجريمة والحمد لله رب العالمين .

الباحثة

المبحث الأول جريمة الفعل الفاضح العلني المطلب الأول

تعريف الفعل الفاضح وتمييزه عن جريمة هتك العرض

الفرع الأول/ تعريف الفعل الفاضح

الفعل الفاضح لغة: فاضح (اسم) ،فاعل من فضح ،فاضح مسبب الفضيحة من شأنه ان يثيرها ،الفعل الفاضح فعل مادي مخل بالآداب و خادش للحياء،فاضح:فاعل من فَضَحَ ، فاضح (فعل)فاضح يفاضح ،مُفاضحةً فهو مُفاضِح و المفعول مفاضح فاضح فلان فلاناً:كشف الواحد منهما مساوئ الآخر ،فضحه امام الناس :كشف مساوئه،فَضَحَهُ النهار:كشفه وجلاه فَضَحَ الصبح :طلع ضوءه،فضح القمر النجوم :غلبها بضوئه فلم يتبين

،فضح المؤامرة :أحببها فضحه:كشف مساويته فأفضح،والاسم الفضيحة والفضوح و
الفضوحة والفضاحة والفضاح،افضح الصبح:بدا ، كفضح⁽¹⁾.

عرفت محكمة النقض المصرية الفعل العلني المخل بالحياء بأنه الفعل العمدي
المخل بالحياء الذي يחדش من المجنى عليه حياء العين أو الأذن ليس إلا، أما بقية الأفعال
العمدية المخلة بالحياء التي تستطيل الى جسم المرء وعوراتها وعاطفة الحياء عنده من هذه
الناحية هي من قبيل هتك العرض والغرض من تجريم الأفعال الفاضحة بصفة عامة هي
حماية الناس من أن تقع أبصارهم بغير إرادتهم على أفعال منافية للآداب والسلوك العام
المتعارف عليه، وبمعنى آخر حماية شعور الجمهور من أي تجريح برؤية بعض المناظر
العارية أو المظاهر الجنسية التي تقتضي الأخلاق العامة التستر عند إتيانها، ولاعبرة بعد
ذلك اذا كان هذا الفعل في حد ذاته معاقب عليه من عدمه و على ذلك فمن يحتضن زوجته
أو يباشرها في الطريق العام يكون فعله هذا مخل بالحياء وفاضحا ومعاقب عليه رغم ان ما
أتاه أمر مشروع ومن حقه ان يأتيه ، إلا ان إتيانه له في الطريق العام أو في مكان عام أمر
معاقب عليه قانوناً لما في ذلك من خدش للحياء العام،فضابط التجريم هو المخالفة لقيم
الأخلاق السائدة في المجتمع⁽²⁾ .

علة تجريم الفعل الفاضح العلني يثير تحديدها بعض الصعوبات فيقال انه
يستهدف حماية النقاء الأخلاقي للأماكن العامة ولكن يرد على ذلك بأن هذه الجريمة قد
ترتكب في مكان خاص إذا كان في استطاعة من يوجدون في خارجه أن يلمسوا بالرؤية أو
السمع الفعل الفاضح، وغنى عن البيان ان الشارع لا يحمي بالعقاب على هذه الجريمة
الفضيلة في ذاتها فقد يكون الفعل الذي تقوم به تعبيراً عن علاقة مشروعة كصلة بين
زوجين وإنما علة هذا التجريم هي حماية الشعور العام بالحياء ولهذه الحماية جوانب
متعددة فهي حماية للحرية الجنسية لمن شهدوا الفعل اضطراراً إذ يوحى إليهم هذا الفعل
بصورة معينة لما يمكن أن يكون عليه استعمالهم لحریتهم الجنسية مما يعني تدخلا فيها
وأنهم لم يتركوا وشأنهم في كيفية استعمالها ، وبالإضافة الى ذلك فهذا التجريم يتضمن
حماية القيم الأخلاقية الجنسية في المجتمع وصيانتها ذات اهمية في كل مجتمع متحضر،
فهذا التجريم يحمي استقرار الأمن في المجتمع إذ يخشى ان يستثار من يشهدون الفعل
فيندفعون إلى الانتقام ممن اقترفه⁽³⁾.

أن ضابط تحديد الأفعال المنافية للحياء يستلهم من خلال المصلحة التي يستهدف
القانون حمايتها وهي (الأخلاق العامة) فكل فرد من أفراد المجتمع عليه أن يتخفى عند
ممارسته لأي صنف من صنوف الممارسة الجنسية بحيث لا يصل ما يرتكبه لحظة ارتكابه
إلى اسماع أو أنظار الآخرين، على أن الممارسة الجنسية ينبغي أن تؤخذ بالمعنى الواسع
فلا تقتصر على العملية الجنسية الكاملة وإنما تشمل سائر الأفعال الاخرى الممهدة لها

⁽¹⁾تعريف وشرح ومعنى فاضح في معاجم اللغة : تعريف ومعنى فاضح في معجم المعاني الجامع-
معجم عربي عربي، تعريف وشرح ومعنى فاضح بالعربي،عبر الانترنت ، موقع كوكل

بتاريخ 2/2019/4 / فاضح https://www.almaany.com/ar/dict/ar_ar/

⁽²⁾ سلسلة جرائم العرض،جريمة الفعل العلني المخل بالحياء،بحث منشور على الموقع الالكتروني

Cabinet maitre mouas.over-blog.com موقع كوكل 2019/2/5.

⁽³⁾ د.محمود نجيب حسنى، المصدر السابق، ص658_659.

كالتقبيل والمساس بالعورات كما تشمل أيضاً سائر الأفعال المحركة للرجبة الجنسية كالتعري والكشف عن العورات أو الإشارة إليها⁽¹⁾.

الفرع الثاني/ تمييز جريمة الفعل الفاضح عن جريمة هتك العرض:

ان الشراح المصريين يعنون بصورة جدية في التفرقة ما بين جرائم الاعتداء على العرض وبين جرائم الفعل الفاضح المخل بالحياء فيقررون بأن جرائم الفعل الفاضح المخل بالحياء هي بالحقيقة صورة مخففة لجرائم الاعتداء على العرض أو هتك العرض وبذلك فان مناط التفرقة والتمييز ما بين الفعلين هو الفحش المصاحب للفعل المرتكب فاذا كان الفعل قد وقع مخلا بالحياء الا انه لم يصل إلى درجة الفحش اعتبر فعلاً فاضحاً، ألا ان هذا المعيار في حد ذاته غير محدد المعالم لكي يعتبر ضابطاً قوياً للتمييز، فالفحش كلمة عامة غير محددة وقد حاول الباحثون ان يعطوها مدلولاً محدداً فقول بان الفحش هو التعدي الجسيم على العرض أو انتهاكه حيث يُشترط في هذا التعدي ان يقع على مجنى عليه معين بصورة مباشرة ويكون من حيث منافاته للآداب وإخلاله بالحياء على درجة من الجسامة بحيث يمكن معها وصفه بانه جرح للعرض أو اعتداء بالغ عليه اما اذا كان الفعل مجرد مساس بالحياء او خادش له دون ان يكون جارحاً له فانه يكون بذلك فعلاً فاضحاً⁽²⁾.

ان محكمة الجنايات الكبرى ببغداد طبقت المادة 235 من قانون العقوبات البغدادي على الفعل الواقع بينما التقرير الطبي ينفي وقوع اللواط القديمة والحديثة بالمجنى عليه اما المتهم فانه لم يعترف بإدخال قضيبه في شرح المجنى عليه وأفاد أنه عندما شاهد المجنى عليه كان سكراناً وقد نام عليه ولا يدري عما إذا أدخل قضيبه في شرحه أم لا، ولما كان التقرير الطبي ينفي هذه العملية البتة ، كما تقدم ولم توجد آثار للمني في البسة الطرفين وان الاضرار التي نوه عنها التقرير الطبي هي ليست الآثار التي استندت عليها المحكمة المشار اليها بقولها عن إمكان وقوع فعل اللواط بدون وجودها إذ ان هذا الفعل لا بد وأن يوجد أثراً كالأحمرار والتوسع فأصبح والحالة هذه فعل المتهم يعد من قبيل الأفعال المخالفة للآداب المنطبقة على المادة(234 قانون العقوبات البغدادي) والتي تنص على انه ، " كل من ارتكب فعلاً مخالفاً للآداب مع ذكر أو أنثى بغير رضاه أو رضاها وبدون قوة أو تهديد وكل من ارتكب امام امرأة فعلاً مخالفاً للآداب بغير رضاها بقصد التعدي على حياتها وكل من دخل مسكن امرأة في زي النساء يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة أو بالغرامة⁽³⁾.

ان هتك عرض شخص معين كثيراً ما يندمج فيه فعل فاضح علني أو غير علني بحسب ارتكابه بمشهد من أشخاص عديدين أو بحضرة شخص واحد علماً ان الفارق بين الجريمتين لا يوجد بالضرورة في مجرد مادية الفعل ، فالعلم والإرادة يكفيان في الجريمتين

(1) د. ابراهيم حامد طنطاوي ، نقلًا عن د. فخري عبدالرزاق الحديثي ، و د. خالد حميدي ، الموسوعة الجنائية 3، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الأشخاص ، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 225 ..

(2) يعقوب يوسف الجدوع و مجد جابر الدوري ، الجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مدعمة بقرارات محكمة تمييز العراق و محكمة النقض المصرية ، مطبعة النعمان ، النجف الاشرف، 1972، ص 566.

(3) علي السماك، الموسوعة الجنائية في القضاء الجنائي العراقي ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، مطبعة الارشاد، بغداد، 1964، ص 166 و 171، رقم القضية 832/ج/40 بغداد.

لتكوين الركن المعنوي وهو العمد بدون حاجة إلى البحث فيما إذا كان الفاعل قد ارتكب فعلته عن شهوة أو على سبيل الانتقام أو من باب الفضول وحب الاستطلاع أو بسبب الانحطاط الخلقي⁽¹⁾.

أن جريمة الفعل الفاضح وجريمة هتك العرض كلاهما يقعان بفعل مخل بالحياة لكن الضابط للتمييز بينهما هو مدى جسامة الإخلال بالحياة الذي ينطوي عليه سلوك الفاعل فإذا بلغ الإخلال بالحياة من الجسامة إلى الحد الذي يجعل الفعل اعتداء على الحرية الجنسية للمجنى عليه كانت الجريمة هتك العرض وإذا لم يبلغ هذا الحد فلا تقوم سوى جريمة الفعل الفاضح وتقدير مدى جسامة الإخلال مسألة تقديرية لمحكمة الموضوع تستنتج من مختلف الظروف التي أحاطت بالجاني وماتعارف عليه الناس وجرت عليه عاداتهم في البيئة التي وقعت فيها الجريمة والفعل الفاضح⁽²⁾.

وينفرد الفعل الفاضح دون هتك العرض بالصورة التي يرتكب فيها الجاني الفعل المخالف للأداب على نفسه فيخل بحياة من يحتمل أن يشاهده ويدخل في هذه الصورة فعل من يظهر عاري الجسم أو يكشف عن أعضائه التناسلية علناً ويدخل في هذا القبيل أيضاً الإشارات والحركات المخلة بالحياة كإشارة شخص إلى مكان عضوه التناسلي ، وقد حكم بأنه مما يجرح شعور الحياة عن وجه العموم أن تأتي المرأة بحركات بدنية تثير فكرة التماذج الجنسي⁽³⁾.

يتضح من ذلك ان الفارق بين هتك العرض والفعل الفاضح المخل بالحياة لا يمكن وجوده لافي العنصر المعنوي ولا في جسامة الفعل ولا في كونه بطبيعته واضح الإخلال بالحياة كما لا يمكن وجوده في مجرد مادية الفعل لما يجوز من تمثيل الوصفين فيه في وقت واحد فلا بد من استنباط الفكرة القانونية الأساسية التي يقوم عليها كلاً من هتك العرض والفعل الفاضح وذلك ببحث الحياء العرضي بالذات، فالحياء العرضي لشخص ما يتعلق بذات جسمه الذي تدعو الفطرة لأن يحميه الانسان فالأفعال الموجهة لهذا الجسم الذي لا يدخر المرء وسعاً في صونه من الأفعال التي تمس مافيه مما يعبر عنه بالعورات تلك العورات التي لا يجوز العبث بحرماتها والتي هي جزء داخل في خلقة كل إنسان وكيانه الفطري ، فكل فعل يחדش العاطفة من هذه الناحية يعتبر في نظر القانون هتكاً للعرض ، أما إذا تعلق الحياء العرضي بأفعال واقعة على جسم الغير والتي تربأ بالشخص عن مشهد فيه يظهر الغير عورته أمامه بدون رضائه ومهما تضاءلت جسامة هذا الفعل ، فالأفعال التي تחדش الحياء العرضي على هذا الشكل يصفها القانون بأنها أفعال فاضحة لاهتك عرض⁽⁴⁾.

وبناء على هذا يكون من قبيل هتك العرض كل فعل عمدي مخل بالحياة يستطيل إلى جسم المرء وعوراته ويחדش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية أما الفعل العمد

(1) جندي عبدالملك ، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى، مطبعة الاعتماد ، مصر، 1942، ص396.

(2) القاضي عدنان زيدان حسون العنبيكي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص معزز بالقرارات التمييزية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2018، ص162.

(3) المستشار أحمد محمود خليل ، جرائم هتك العرض وإفساد الاخلاق معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية مصر، 2009، ص72 .

(4) جندي عبدالملك، المصدر السابق، ص397-398.

المخل بالحياة والذي يخدش في المجني عليه حياة العين والاذن ليس الا فهو فعل فاضح ،
(نقض جلسة 22 نوفمبر 1928 عماد المراجع ،ص539، بند 27)⁽¹⁾ .

أن الضابط في اعتبار الفعل الفاضح مخرلاً بالحياة تستخلصه المحكمة من مختلف الظروف والملابسات التي أحاطت بالفاعل عند ارتكابه لفعله ويدخل في الاعتبار الوسط الاجتماعي الذي وقع فيه الفعل والعادات والتقاليد التي يؤمن بها ذلك المجتمع وحكمهم على الافعال التي تعد جرحاً للحياة أو خدشاً للعاطفة لديهم فإحتضان امرأة في الطريق العام أو تقبيلها أو مسك يدها قد يعتبر في دولة ما من الافعال المباحة ولكنه يعتبر في دولة أخرى مخرلاً بالحياة العام⁽²⁾ .

ولما كان الحياء أمراً اعتبارياً يختلف باختلاف الأوساط ودرجة الحضارة فلقاضي الموضوع أن يقدر كل حالة بحسب ظروفها وملابساتها ليحكم فيما إذا كان الفعل المنسوب الى المتهم يصح أن يعد في الظروف والأوساط التي وقع فيها أمراً مغايراً للحياة أو لا يعد كذلك⁽³⁾ .

وحكم بأنه يعتبر من قبيل هتك العرض،" فإذا كان الحكم قد أثبت على المتهم أنه عندما كانت المجنى عليها تتهياً للنوم سمعت طرماً على باب غرفتها فاعتقدت انه زوجها ففتحت الباب فوجدته المتهم فدخل الغرفة، ثم لما حاولت طرده وضع يده على فمها واحتضنها وضم صدرها الى صدره ثم ألقاها على السرير فاستغاثت فركلها المتهم بقدمه في بطنها وخرج، فالحكم الصادر بأدانة المتهم في جنائية هتك العرض بالقوة يكون سليماً"
(طعن 1 / 53 ، 2-3 جلسة ، 8-10-1951)⁽⁴⁾ .

وقضت محكمة التمييز الاردنية بأنه" إذا كانت الوقائع الثابتة في أوراق الدعوى تدل على أن المتهم عرض على المجنى عليه أن يلوط به فرفض المجنى عليه فقام بسحبه إلى حفرة وأمسك به من بلوزته فأخذ المجنى عليه يصرخ مما جعل المتهم يتركه فأنها تشكل الشروع في هتك العرض و ليس فعلاً منافياً للحياة أو المداعبة المنافية للحياة، وذلك لأن المتهم بدأ بتنفيذ الأفعال الظاهرة المؤدية لارتكاب جريمة إلا أنه لم يتمكن من اتمامها بسبب صراخ الطفل المجنى عليه الذي حال دون المتهم وإتمام جريمته"⁽⁵⁾ .

وإقدام خادم على احتضان مخدومه كرهاً عنها ثم طرحها أرضاً واستلقائه فوقها ولو لم يحصل منه كشف ملابسها أو ملابسه يعتبر هتكاً للعرض لأنه يكفي في توافر الركن المادي في جريمة هتك العرض أن يكون الفعل الواقع على شيء من جسم المعتدي على عرضه قد بلغ من الفحش والإخلال بالحياة العرضي درجة تسوغ اعتباره هتك عرض سواء

⁽¹⁾المستشار محمد أحمد عابدين واللواء محمد حامد قمحاوي ، جرائم الآداب العامة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1988، ص276.

⁽²⁾ د. ماهر عبدشويش الدرة، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، توزيع المكتبة القانونية، طبعة منقحة، بغداد، 2008، ص123.

⁽³⁾ د. سعد إبراهيم الأعظمي، موسوعة مصطلحات القانون الجنائي، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى، دار الشؤون الثقافية العامة،وزارة الثقافة ، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 2002، ص31.

⁽⁴⁾المستشار محمد أحمد عابدين واللواء محمد حامد قمحاوي ، المصدر السابق، ص269.

⁽⁵⁾ تمييز جزاء أردني رقم 93/245، تاريخ 1993/9/26، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، 1994، ص1024 ؛ نقلًا عن الاستاذ الدكتور فخري عبدالرزاق الحديثي و الدكتور خالد حميدي الزعبي، المصدر السابق، ص303.

كان بلوغه هذه الدرجة من طريق الكشف عن عورة من عورات المجني عليه أم بدون ذلك ،(نقض 22 أكتوبر سنة 1934 قضية رقم 1612 سنة 4ق)⁽¹⁾ .
وإقدام موزع خبز على وضع يده على ثدي فتاة كانت تأخذ منه الخبز لأنه ثدي المرأة هو من العورات التي تحرص دائماً على عدم المساس بها فأمسأكه بالرغم منها وبغير إرادتها يعتبر هتك عرض (نقض ايونية سنة 1935 قضية رقم 1336 سنة 5 ق)⁽²⁾ .
أما ملاحقة الطاعن للمجنى عليها على سلم المنزل وما صاحب ذلك من أقوال وأفعال تخدش حياءها فتتوافر به جريمة الفعل الفاضح العلني والتعرض لأنثى على وجه يخدش حياءها ، قيام الارتباط بين هاتين الجريمتين يتوجب تطبيق المادة 2/32 عقوبات مصري والحكم بالعقوبة المقررة لأشدهما وهي عقوبة الجريمة الاولى ،(طعن 1782 لسنة 3 ق جلسة 1970/2/8)⁽³⁾ .

المطلب الثاني أركان الجريمة

تنص المادة (401) من قانون العقوبات العراقي على انه (يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر وبغرامة لاتزيد على خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين من أتى علانية فعلاً مخللاً بالحياء).

(1) جندي عبدالملك، المصدر السابق، ص400.

(2) جندي عبدالملك، المصدر السابق، ص400.

(3) المستشار محمد احمد عابدين واللواء محمد حامد قمحاوي، المصدر السابق، ص275.

يتضح من نص هذه المادة ان أركان جريمة الفعل الفاضح العلني المخل بالحياة تنحصر في ثلاثة أركان وهي الفعل المخل بالحياة وصفة العلانية وتوافر القصد الجرمي لدى الفاعل.

الفرع الأول

الفعل المخل بالحياة

إن جريمة الفعل الفاضح تقع بارتكاب فعل مادي مخل بالحياة سواء كان عملاً أو حركة أو إشارة من شأنها خدش شعور الغير أي يجب ان يستخدم الجاني احد اعضاء جسمه والتي لاتتخذ صورة القول والكتابة ، حيث لاتقوم الجريمة بمجرد توجيه اقوال بذينة وان كانت تقوم بها جريمة القذف أو السب العلني⁽¹⁾. فإذا كان الحكم قد اعتبر ما وقع من الطاعن من قوله بصوت مسموع لسيدتين يتعقبهما" تعرفوا أنكم ظراف تيجو نروح أي سينما"، جريمة فعل فاضح مخل بالحياة، فإنه يكون أخطأ والوصف القانوني الصحيح لهذه الواقعة أنها سب (نقض 16 / 6 / 1953) أحكام النقض ،س4/ق355⁽²⁾.

لقد قام المشرع العراقي بتسمية الركن المادي لهذه الجريمة بالفعل (من ارتكب .. فعلاً مخللاً بالحياة..) وهذا يعني انه أراد بهذا الركن فعلاً لامجرد قول فالمكاتبات والصور والرسوم والأوضاع الشنيعة والقبيحة مهما بلغت من الفحش لاتكون جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياة ما لم تقترن بفعل مادي ينهض بالجريمة إلا انه يمكن ان يكون معاقباً عليها وفق نص المادة 403 من قانون العقوبات العراقي التي عاقبت على " من صنع أو استورد أو صدر أو حاز أو أحرز أو نقل بقصد الاستغلال أو التوزيع كتاباً أو مطبوعات أو كتابات أخرى أو رسوماً أو صوراً أو افلاماً أو رموزاً أو غير ذلك من الأشياء إذا كانت مخللة بالحياة أو الآداب العامة"، فهذه الجريمة تختلف عن جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياة ، فالأولى تخدش الحياء والآداب العامة والجاني لا يظهر لأول وهلة وإنما الذي يظهر الرسوم المخللة بالحياة والآداب العامة أما جريمة الفعل الفاضح فإنها ترتكب ضد مجنى عليه معين بذاته فتخل بحيائه العرضي و الجاني يظهر لأول وهلة عند ارتكابه الفعل المخل بالحياة فيخدش عاطفة الحياء عند المجنى عليه⁽³⁾.

فالفعل المخل بالحياة لايتوافر بعرض كتابة أو رسوم أو صور مصورة أو صنع تماثيل ايأ كانت درجة الفحش الذي تصوره أو ترمز إليه. كما ان الفعل المخل بالحياة لايتحقق بعرض أفلام جنسية عن طريق التلفزيون أو السينما أو الفيديو. وعلة خروج الأقوال والكتابات والصور المصورة أو المرسومة وما يعرض من خلال الاجهزة المرئية من دائرة الافعال المخللة بالحياة هو وجود نصوص قانونية أخرى تعاقب على هذه الأفعال المخللة بالآداب العامة مما يقتضي - تنسيقاً بين نصوص القانون - أن تستبعد هذه الأفعال من نطاق جريمة الفعل المنافى للحياة كي يكون لكل جريمة نطاقها الخاص⁽⁴⁾.

(1) د.ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص122.

(2) د.حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2015، ص733.

(3) يعقوب يوسف الجدوع ومجد جابر الدوري، المصدر السابق، ص563.

(4) الاستاذ الدكتور فخري عبدالرزاق الحديثي ود.خالد حميدي الزعبي ، المصدر السابق، ص292.

فجريمة الفعل الفاضح لاتقوم بتوجيه رسالة تتضمن عبارات فاضحة أو تنطوي على حض على سلوك جنسي مناف للأخلاق ولاتقوم هذه الجريمة برسم صور أو رسوم كاريكاتورية أياً كانت درجة فحش ما تصوره أو ترمز اليه، ولاتقوم هذه الجريمة بعرض فيلم سينمائي أو تلفزيوني يتضمن مناظر فاحشة وانما تخضع هذه الأفعال لجريمة الاخلال بالآداب العامة (المادة 178 من قانون العقوبات المصري)، ولكن تقوم جريمة الفعل الفاضح بعرض مناظر فاحشة على المسرح ضمن رواية مسرحية أو برنامج استعراضى ، وتقوم كذلك بعرض رقصات فاضحة أو مجرد ظهور شخص (في الغالب يكون امرأة) في مكان عام كملهى ليلي وهو عار كلياً أو جزئياً⁽¹⁾.

وفي اتجاه آخر عرفت محكمة التمييز الأردنية الفعل المنافي للحياء بأنه (الأفعال المادية التي لاتعدو أن تكون مثيرة لشعور الخجل نظراً لمنافاتها لمقتضيات الاحتشام والاستقامة ولكنها لاترقى إلى العورات والسوءات ولاترقى إلى درجة هتك العرض)⁽²⁾.

فالفعل يكون مخللاً بالحياء إذا اتخذ شكل الاتصال الجنسي الطبيعي الكامل سواء كان الاتصال مشروعاً كمن يواقع زوجته علناً أو غير مشروع من الناحية الأخلاقية كمن يواقع انثى تجاوزت الثامنة عشرة برضاها في الطريق العام فالاتصال الجنسي غير الطبيعي والأفعال الممهدة للاتصال الجنسي كالمساس بالعورات والمعانقة الجنسية أو التقبيل الجنسي والملامسة من تحت الملابس كلها تكون الفعل المخل بالحياء وقد تكون مُشكلة لجريمة في القانون كما لو وقعت على شخص دون الإرادة المعتبرة قانوناً (هتك العرض) ، ففي هذه الحالة تتوفر حالة التعدد المعنوي للجرائم ويصبح توقيع العقوبة المقررة للجريمة الأشد هو الواجب قانوناً⁽³⁾.

إن الفعل الذي يخدش حياء الغير يختلف تأثيره من منطقة الى أخرى ومن وسط اجتماعي معين إلى وسط اجتماعي آخر، بل يختلف داخل المدينة أو المنطقة الواحدة فالظهور بملابس السباحة على شاطيء البحر لايعد فعلاً فاضحاً ولكن الظهور بملابس السباحة داخل سوق من الاسواق البغدادية يثير استهجان الناس ويخدش حياهم، وضم شخص لفتاة بين ذراعيه وتقبيلها هو فعل مباح في مدينة لندن لكنه ليس كذلك في مدينة عراقية أو بحرينية أو إماراتية وبصفة عامة يعتبر ظهور شخص عار عن الملابس في مكان عام أو كشفه لعورة من عوراته أو قيامه بحركات ذات إيحاءات جنسية أو استلقائه على امرأة برضاها هو فعل فاضح علني⁽⁴⁾، التطبيقات في القانون الفرنسي عديدة فقد نقضت محكمة النقض الفرنسية لمصلحة القانون حكماً كان قد برأ فتاة وصاحب مطعم في مدينة (كان) الفرنسية ، وكان الأخير قد انقدها مبلغاً مالياً نظير أن تشارك كنوع من الدعاية

(1) د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص660.

(2) تمييز جزاء أردني رقم 18/52 تاريخ 24/4/1952 ، مجلة نقابة المحامين الاردنيين ، 1976 ، ص1646 : نقلاً عن د. فخري عبدالرزاق الحديثي ود.خالد حميدي الزعبي ، المصدر السابق، ص294.

(3) د.مجد زكي أبو عامر ، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2015، ص660.

(4) د.علي جبار شلال ، أحكام القسم الخاص من قانون العقوبات ، الطبعة الثانية، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2010، ص102.

لمطعمه في لعب (البنج بونج) على شاطيء البحر الملاصق لمطعمه وهي ترتدي(المونوكيني) وهو مايوه يترك الصدر عارياً تماماً⁽¹⁾.

لما كان المرجع في تعريف حقيقة موضوع جريمة الإخلال بالآداب العامة المنصوص عليها في المادة(278) من قانون العقوبات المصري هو بما يطمئن إليه القاضي من أنه سواء كان مطبوعات أم صوراً أم رسوماً أم غير ذلك مما نصت عليه المادة المذكورة، يتناقض مع القيم الأخلاقية والاعتبارات الدينية السائدة في المجتمع وكانت صورة المرأة العارية التي أثبت الحكم ضبطها في حيازة الطاعنين بقصد الاتجار تفيد بذاتها منافاتها للآداب العامة، وكان حسب الحكم المطعون فيه الاستناد إلى تلك الصورة في إدانة الطاعنين⁽²⁾. (الطعن رقم 1856 لسنة 58ق، جلسة 1989/5/29).

أن الأفعال الفاضحة تتمثل في صورتين الأولى هي الأفعال التي يأتيها الفاعل على جسم الغير وتخل بحيائه على نحو غير جسيم كتقبيل امرأة فقد قضت محكمة التمييز بأنه يعتبر التقبيل بالإكراه فعلاً فاضحاً مخللاً بالحياء (قرار رقم(994) تمييزية (79) في (1979/6/4) مجموعة الاحكام العدلية (2/س/س/10ص/200)) أو التريبت على خدها أو الامسك بيدها أو احتضانها من الخلف والثانية هي الأفعال التي يأتيها الفاعل على جسمه نفسه وتخل بحياء من يطلع عليها ، كالظهور عارياً في مكان عام او الكشف عن الأعضاء التناسلية او صدور إشارة مخلة بالحياء كما لو أشار بيده الى عضوه التناسلي في حضور امرأة ووجه إليها عبارات تؤكد المعنى المخل بالحياء المستفاد من هذه الإشارة، وبالنسبة للصورة الاولى فقد استقر العرف في المجتمع العربي على الاعم أن تستر النساء اجسامهن بين اعلى الصدر واسفل الفخذين وان يستر الرجال اجسامهم فيما بين السرة والركبتين ومن يكشف غير ذلك فقد اخل بالستور العام او بالحياء ، الحياء الذي من شأنه خدش عاطفة الحياء وشعور البعض من الناس⁽³⁾.

الفرع الثاني العلانية

العلانية هي العنصر الجوهري في هذه الجريمة وحجر الزاوية في بنيان احكامها والعلانية هي ما يقع تحت بصر الكافة أو يصل الى سمعهم أو يمكنهم ان يقفوا عليه بمشيئتهم دون عائق⁽⁴⁾. والحكمة التي من اجلها اشترط المشرع وقوع الفعل علناً تتضح أمرين : الاول منها إنه لا محل لتقييد حرية الشخص في أن يفعل مايشاء مادام في خفاء لايمس حياء الغير، والثاني هو ان العلانية قد تؤدي إلى وقوع حاسة النظر على ما يجرح

(1) د. محمد زكي أبو عامر، المصدر السابق، ص661.

(2) المستشار ابراهيم عبدالخالق، الموسوعة الشاملة في جرائم الآداب العامة، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دار القانون للصادرات القانونية ، مصر، 2011، ص286.

(3) د.جمال ابراهيم الحيدري، الوافي في قانون العقوبات القسم الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012، ص204-206.

(4) د.عبدالمهمين بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ص231 ، نقلاً عن يعقوب يوسف الجدوع ومحمد صابر الدوري، المصدر السابق، ص592.

حياءها ولاشك ان للفرد الحرية في ان يفعل ما يترآى له إلا ان هذا رهين بأن لا يكون في فعله اضراً بالغير⁽¹⁾.

فالعلانية عنصر لازم في الفعل الفاضح العلني ، حيث ان القانون اعتد بالمكان الذي تقع فيه واعتبره عنصر لقيام هذه الجريمة ولكنه لم يحدد مقصود العلانية فالأمر متروك لمحكمة الموضوع على ان العلانية المقصودة هي بكل صورها وأنواعها سواء تحققت بالرؤيا أو بالسمع ان دلت الأصوات والأقوال دلالة قاطعة على حقيقة الفعل المرتكب بكونه يחדش حياء الناس وعليه فالأعمى والأصم يمكن ان يكون محلاً لجريمة هتك العرض ولكن لا يمكن ان يكون مجنياً عليه في جريمة الفعل الفاضح⁽²⁾.

والعلانية معناها" أن يشاهد الفعل أحد من الناس أو يسمعه إذا كان السمع يدل على مادة الفعل، أو ان يكون من شأن الفعل بالكيفية التي وقع بها، أن يراه أو يسمعه الغير ولو لم يرى أو يسمع بالفعل".

والرؤية في المشاهدة ويقصد بها إحساس الغير بالفعل الذي أتاه الجاني بطريقة تجعله يدرك كنهه ومعناه⁽³⁾.

وقد قالت محكمة النقض المصرية في " إن الشخص الأعمى الأصم تماماً يمكن هتك عرضه ولكن لا يصلح قانوناً أن يكون مجنياً عليه في جريمة الفعل الفاضح "، وهذا القضاء صحيح في جعله السمع في منزلة البصر من حيث تصور الإخلال بالحياء ولكنه غير صحيح من حيث قصره الحواس على هاتين الحاستين، إذ يتصور ان يكون الأعمى الأصم مجنياً عليه في هذه الجريمة إذا وقع الفعل على جسمه واخل بحيائه على نحو جسيم، ويتصور كذلك ان يكون مجنياً عليه في هذه الجريمة أيضاً إذا لم يقع الفعل على جسمه ولكنه لمس بحاسة اخرى غير السمع والبصر⁽⁴⁾.

أن العلانية تتحقق إذا ارتكب الفعل الفاضح المخل بالحياء في مكان عمومي أو ارتكب الفعل في مكان خصوصي إذا أدرك الغير الفعل الذي وقع بداخله او كان باستطاعته إدراكه، فالمكان العمومي هو المكان المفتوح للجمهور أو الذي يمكن ان يدخله الجمهور مجاناً او مقابل أجر أو بشروط معينة وعلى هذا الأساس فالأماكن العمومية تقسم إلى ثلاثة اقسام:

أولاً : الأماكن العمومية بطبيعتها :

(1) د. حسن صادق المرصفاوي، المصدر السابق، ص735.

(2) د. جمال ابراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص206.

(3) مجد سعيد نمور ؛ نقلاً عن د. فخري عبدالرزاق الحديثي ود.خالد حميدي الزعبي، المصدر السابق، ص306.

(4) د.محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص665.

والتي هي مفتوحة للجمهور بصفة دائمة مطلقة كالطرق العمومية والشوارع والميادين والمتنزهات العامة والسكك الزراعية ، فالفعل الفاضح المخل بالحياء إذا ارتكب في مكان من هذا النوع فإنه يكتسب صفة العلانية حتى لو حصل الفعل ليلاً ولم يره أحد أو جاهد الجاني لإخفاء فعله إذ ان العلة في التجريم على ارتكاب الأفعال في هذه الأمكنة هو تمكين الناس من المرور أو الوقوف في أي وقت كان في مكان عمومي دون ان يكون معرضاً لأن يرى مشهداً منافياً للآداب⁽¹⁾. وعلى هذا تتحقق الجريمة من ممارسة اثنين للجنس على مقعد احدي الحدائق العامة ليلاً عندما كانت الحديقة مغلقة دون ان يراهم احد أو يتقدم بالشكوى⁽²⁾.

فملاحقة المتهم للمجنى عليها بالطريق العام وقرص ذراعها على ما إستظهره الحكم المطعون فيه، ينطوي في ذاته على الفعل الفاضح العلني المنصوص عليه في المادة(278) من قانون العقوبات المصري لإتيان المتهم علانية فعلاً فاضحاً يחדش الحياء (الطعن رقم 1151 لسنة 28ق، جلسة 1957/11/10)⁽³⁾.

متى كان الحكم قد أثبت في حق الطاعن ان الأفعال المنافية للآداب العامة التي أتاها على جسم المجني عليه ، قد صدرت منه في التزام وفي الطريق العام وفي إحدى المتنزهات وهي أماكن عامة بطبيعتها ويحتمل مشاهدتها ما يقع فيها ، فان ذلك يتحقق به ركن العلانية (طعن 2169 لسنة 32ق ، جلسة 1963/1/29)⁽⁴⁾.

ثانياً : الأماكن العمومية بالتخصيص:

وهي اماكن يباح لجمهور الناس الدخول فيها خلال أوقات معلومة ويحظر عليهم ذلك فيما عدا هذه الأوقات سواء كان دخولهم بشروط معينة مجاناً أو مقابل أجر كالمساجد والكنائس والمدارس والمسارح ودور السينما ومقرات المرافق العامة التي تتصل اعمالها بالجمهور ويسمح له خلال وقت العمل بارتياحها ، فهذه الأماكن تعد عامة خلال الوقت الذي يرتادها فيه جمهور الناس وتعد خاصة فيما عدا هذا الوقت كذلك تعد خاصة أجزائها التي لا يصرح لجمهور الناس بالدخول فيها كالغرفة المخصصة لتكون مكتباً لمدير قاعة السينما بشرط ان تتخذ الاحتياطات لمنع الغير من الاطلاع على ما يجري فيها وقد قضت محكمة النقض المصرية بان العلانية تتحقق في الفعل الفاضح المخل بالحياء في الوقت المحدد لاجتماع الجمهور بالمكان ولو لم يره احد اما في غير هذا الوقت فإنه يأخذ حكم الأماكن الخاصة بحيث تتوافر العلانية متى شاهد الفعل الفاضح أحد أصحاب المكان او نزلائه أو كان من المستطاع رؤيته بسبب عدم احتياط الفاعل، أما إذا اتخذ الفاعل الاحتياطات اللازمة

(1) جندي عبدالملك، المصدر السابق، ص406.

(2) د. محمد زكي ابو عامر، المصدر السابق، ص663.

(3) المستشار ابراهيم عبدالخالق، المصدر السابق، ص280.

(4) المستشار محمد أحمد عابدين واللواء محمد حامد قمحاوي ، المصدر السابق، ص276.

لمنع الاطلاع على ما يدور بالداخل انتفى تحقق العلانية ولو افتضح الفعل نتيجة حادث قهري أو بسبب غير مشروع⁽¹⁾ .

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الفعل المنافي للحياة الذي اقترفه مدرس ابتدائي على أحد طلاب المدرسة في غرفة من غرف الدراسة يفقد صفة العلانية إذا وقع هذا الفعل بعد وقت المدرسة وفي وقت غياب أي شاهد ومع اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الرؤيا⁽²⁾.
ثالثاً: الأماكن العمومية بالمصادفة:

هي أماكن خصوصية قاصرة على أفراد أو طوائف معينة ولكنها اكتسبت صفة العمومية من وجود عدد من أفراد الجمهور فيها بطريق المصادفة والاتفاق كالسجون والمستشفيات والنوادي والحوانيت والمخازن و عربات السكك الحديدية وسيارات مصلحة نقل الركاب العامة، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المتهم وجد وحيداً مع فتاة صغيرة في عربة يباشر على جسمها مراراً متوالية افعال شائنة وحيث يمكن رؤية هذه الأفعال الشائنة من خارج العربة فإن الفعل المخل بالحياة له الصفة العلنية التي أرادها القانون لغرض التجريم⁽³⁾، اما محاكم الاستئناف المصرية فقد ذهبت الى انه إذا وقع الفعل الفاضح من مسجون على مسجون آخر وهما راقدان في حجرة بها عشرة مسجونين فإن السجن في حد ذاته محل عمومي ومع ذلك فوجود عشرة أشخاص في محل ولو كان حبساً فوجودهم عرضاً كاف لعلانية مايقع من أمور تخل بالحياة أو الآداب ويستوي أيضاً في ذلك نوم الاشخاص وتيقظهم لأن العلانية تتعين بصفة المحل وبإمكان الموجودين رؤية ما يحصل به⁽⁴⁾.

وتعد عربات السكك الحديدية وعربات الترام متى كانت تقل الركاب من الأماكن العمومية بالمصادفة وكذلك المقابر في الوقت الذي يوجد فيها عدد من أفراد الجمهور فتكتسب صفة المكان العام ، أما في غير ذلك الوقت فهي مكان خاص قاصر على طوائف معينة فتتحقق العلانية في الفعل الفاضح في الوقت المحدد لاجتماع الجمهور بالمكان ولو لم يره أحد⁽⁵⁾.

أما المكان الخاص فهو المكان الذي يقتصر حق دخوله على فئة معينة من الناس ، فالعلانية لا تتحقق إلا إذا ثبت ان الفعل شوهد من الغير فعلاً أو كان هناك احتمال ان يرى الغير الفاعل عند قيامه بالفعل المخل بالحياة كأن يأتي الفعل في مكان خاص يطل على

(1) مجموعة احكام محكمة النقض المصرية ،س19، رقم 229،ص121، نقلاً عن الدكتور محمود نجيب حسني ، المصدر السابق، ص667.

(2) موسوعة دالوز العملي، ج2، ن15، نقض أول مايس سنة 1863 ؛ نقلاً عن يعقوب يوسف الجدوع ومجد جابر الدوري ، المصدر السابق، ص596.

(3) نقض 19 آب سنة 1869، مجد عطية رغب ،ص286 ، نقلاً عن يعقوب يوسف الجدوع ومجد جابر الدوري، المصدر السابق، ص597.

(4) المجموعة الرسمية س6، ص107 ، الاستئناف في 14 حزيران سنة 1904 نقلاً عن يعقوب يوسف الجدوع ومجد جابر الدوري، المصدر السابق، ص598.

(5) المستشار ابراهيم عبدالخالق، المصدر السابق، ص271.

طريق عام بحيث يستطيع من كان في الطريق العام ان يشاهد ما يقع ويجري في ذلك المكان كالمسكن الخاص وغرفة في فندق مؤجرة لشخص معين⁽¹⁾.
وقُضي بأن المكان العام بالمصادفة كالمستشفيات - هو بحسب الاصل مكان خاص قاصر على أفراد أو طوائف معينة ولكنه يكتسب صفة المكان العام في الوقت الذي يوجد فيه عدد من أفراد الجمهور بطريق المصادفة أو الاتفاق فتحقق العلانية في الفعل الفاضح المخل بالحياء في الوقت المحدد لاجتماع الجمهور بالمكان ولو لم يره أحد، أما في غير هذا الوقت فإنه يأخذ حكم الأماكن الخاصة بحيث تتوافر العلانية في مشاهدة الفعل الفاضح من أحد أصحاب المكان أو نزلائه، أو كان من المستطاع رؤيته بسبب عدم احتياط الفاعل، فإذا اتخذ الفاعل كافة الاحتياطات اللازمة لمنع الإطلاع على ما يدور بالداخل انتفى تحقق العلانية ولو انفضح الفعل نتيجة حادث قهري أو لسبب غير مشروع⁽²⁾.

فالأماكن الخصوصية تقسم الى قسمين :

القسم الاول : أماكن يمكن لأي إنسان ان يشاهد مايجري فيها: كالحقائق والاماكن المجاورة للطريق العام والعربات الخاصة أثناء سيرها بالطريق والغرف التي تشرف نوافذها على الشوارع ، وفي هذه الأماكن تكون العلانية متوافرة مادام كل عابر او مستطرق يستطيع ان يشاهد مايقع فيها من أفعال ، إلا ان العلانية لاتقوم إذا ما ارتكب الفعل ليلاً في حلقة الظلام الدامس بحيث لايمكن لأحد رؤيته أو كان في المكان ما يمنع المشاهدة كأن توجد مزروعات عالية أو غابات كثيفة، وعلى هذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأفعال الفاضحة التي يقترفها شخص مع سيدة ليلاً وفي حقل يبعد عن الطريق المعد للمرور بمائة وستة وثلاثين خطوة لاتكتسب صفة العلانية مطلقاً⁽³⁾، وايضاً حكم في فرنسا بتطبيق المادة(330) من قانون العقوبات الفرنسي على شخص وجد عاري الجسم أمام ثلاث فتيات في حديقة مجاورة للطريق العام ومعرضة لأنظار المارة⁽⁴⁾.
فالمكان الخصوصي لاتتوافر فيه العلانية الا إذا كان يستطيع رؤيته من كان قريباً منه والمثل عليه ان شخصاً عار من ملابسه وهو في داره أو كان يضاجع امرأة فيه ويستطيع رؤيته وهو على تلك الحالة من كان موجوداً خارج الدار من نافذتها المفتوحة والمطلة على الخارج⁽⁵⁾.

القسم الثاني : أماكن مغلقة لايمكن للخارج منها مشاهدة مايجري فيها فهذه لاتتوافر فيها علانية الفعل أصلاً لأن الاغلاق يقطع احتمال الرؤية ومن أمثلة هذه الأماكن المنزل أو الكوخ أو الغرفة المغلقة الأبواب والنوافذ فالأصل عدم توافر العلانية بشرط ان يكون

(1) د.ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، ص126.

(2) نقض 1968/12/30، أحكام النقض، ص19، ق 229) ؛ نقلاً عن د. حسن صادق المرصفاوي، المصدر السابق، ص736.

(3) نقض فرنسي 18 تموز سنة 1930 - بالية دي جازيت، 1930-2-395، نقلاً عن يعقوب يوسف الجدوع ومحمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص600.

(4) نقض فرنسي 5 فبراير سنة 1863 دالوز 1864-1-324، نقلاً عن جندي عبدالمك ، المصدر السابق، ص41.

(5) د.علي جبار شلال، المصدر السابق، ص104.

الفاعل قد احتاط للأمر الاحتياط الكافي كي لا يستطيع من بالخارج أن يشاهد ما يجري بالداخل، ولو عن طريق المصادفة ومتى فعل ذلك فلا يسأل عن الحوادث القهرية التي قد يترتب عليها كشف أمره أما إذا أهمل الفاعل في اتخاذ الحيطة الكلية كأن أغلق الباب دون أن يحكم إغلاقه فإنه يسأل عن جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء إذا تصادف أن دخل عليه أحد وشاهد فعلته⁽¹⁾.

أما إذا ارتكب الفعل في داخل غرفة مغلقة الأبواب والنوافذ غلقاً محكماً إلا أنه مع هذا يوجد أناس مع الجاني شاهدوا ارتكاب الفعل فهنا يجب ملاحظة ما إذا كان حضورهم ورؤيتهم الفعل برضاهم أم لا فإذا كان برضاهم فلا تتوافر العلانية في الفعل وإن كان بدون رضاهم يعتبر الفعل واقعاً بعلانيه يستوجب العقاب⁽²⁾.

إن محكمة النقض الفرنسية عادت بين الإطلاع السمعي مع الإطلاع البصري في قيام جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء، حيث قضت أن الإطلاع السمعي دون البصري للفعل المخل بالحياء يكفي في ذاته لتحقيق العلانية التي تقوم بها الجريمة وقضت في ذلك بتحقيق العلانية في إطلاع فتاة صغيرة على فعل مخل بالحياء بأذنيها فقط حيث كانت تنام في عمق الليل وهدوئه وتنبهت على أختها التي تنام معها في مخدع واحد تمارس الجنس مع آخر⁽³⁾.

أن المكان المغلق طالما لا يمكن للغير الإطلاع على ما يجري فيه فإن رضاهم الحاضرين يمنع من قيام الجريمة على أساس أن الرضا سبب من أسباب عدم قيام هتك العرض، وبالتالي من باب أولى سبب لعدم قيام الفعل الفاضح، والنتيجة في حد ذاتها صحيحة لكن التسبب يحتاج إلى تأمل ذلك أن العرض حق لصاحبه وله بالتالي أن يتصرف فيه ومن هنا قيل أن العدوان عليه يقع على الحرية الجنسية، أما الفعل الفاضح - فهو حق للمجتمع ورضاهم الفرد به لا يبيحه لأنه لا يملكه. إنما الصحيح أن هؤلاء يعتبرون جمهوراً تتحقق به العلانية ومع ذلك فينبغي أن يلاحظ أن الرضا ممن لا يملكه وخصوصاً بالنسبة للصبي المميز لا يمكن أن يعتد به في نفي الجريمة ويعد مثل هذا الحاضر وكأنه حاضر رغماً عنه، أما إذا كان غير مميز فإن عدم وعيه لدلالة الأفعال يحول دون وقوع الجريمة⁽⁴⁾.

وعلى المحكمة أن تبين في حكمها إن الفعل الفاضح قد ارتكب بصورة علانية وأن توضح الظروف التي نتج منها هذا الركن في قرارها حيث إن الفعل في هذه المسألة يعتبر متصلاً بمسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة التمييز.

الفرع الثالث القصد الجرمي

(1) المستشار. احمد محمود خليل، المصدر السابق، ص75.

(2) يعقوب يوسف الجدوع ومجد جابر الدوري، المصدر السابق، ص601.

(3) Cass 7 mai 1897-s-1-256؛ نقلاً عن د. مجد زكي أبو عامر، المصدر السابق، ص669.

(4) ليفاسبر، اندريه، نقض فرنسي B.77 nov 1903؛ نقلاً عن د. مجد زكي أبو عامر، المصدر السابق، ص666.

يقوم القصد الجنائي في هذه الجريمة تطبيقاً للقواعد العامة على العلم والإرادة فيتعين أن يحيط علم الجاني بأركان الجريمة وأن تتجه إرادته إلى الفعل العلني المخل بالحياة. ففي العلم يتعين أن يعلم الفاعل أن فعله مخل بالحياة فإن جهل ذلك فلا يتوافر القصد وتطبيقاً لذلك لا يتوافر القصد إذا كشفت الملابس البالية التي يرتديها شخص عن عورة في جسمه دون أن يتبين ذلك لأنها تمزقت دون أن يلحظ تمزقها ، كذلك يتعين أن يعلم الفاعل أن فعله علني واستناداً الى المساواة التي قررها القانون بين العلانية الحقيقية والعلانية الحكمية فإن القصد يعد متوافراً إذا دار في ذهن الفاعل احتمال أن يراه شخص ولو كان هذا الاحتمال ضئيلاً جداً⁽¹⁾.

فمن يأتي الفعل في مكان خاص بعد أن أحكم إغلاق بابه لا يتوافر لديه القصد ولو كان في استطاعته أن يتوقع أن ينظر بعض الناس من ثقب الباب أو من نافذة في أعلى الحائط أو أن يتوقع انهيار الحائط.⁽²⁾ ، ولو انه توقع بعيداً جداً فقضت محكمة النقض الفرنسية بأن جريمة الفعل الفاضح لا توجد لأن الطفل الذي شهد الفعل الفاضح لم يتمكن من رؤيته إلا بوضع عينه على ثقب أو شرخ بالحائط في حين أن الفاعلين كانا موجودين في حجرة مغلقة أحكما إقفال بابها ونافذتها⁽³⁾.

أما بالنسبة للإرادة فيجب أن تتجه إرادة الجاني الى الفعل الفاضح العلني فمن تحترق ثيابه فيمزقها لأتقاء الحريق فتتكشف أعضائه التناسلية فالجريمة لا تقوم كذلك خروج الشخص عارياً من ملابسه بسبب اقتحام خصومه منزله وأجباره على الخروج عارياً الى الطريق العام فلا يتوفر لديه القصد الجنائي⁽⁴⁾.

ومتى توافر القصد الجنائي فلا عبرة بالباعث على ارتكاب الجريمة سواء كان اشباع رغبة جنسية أو بدافع الفضول أو نتيجة عدم التزام بالقيم الأخلاقية السائدة في المجتمع فتحدي الحياء العام ماهو إلا باعث على ارتكاب الجريمة وليس من عناصر القصد الجنائي لذلك قضت محكمة النقض المصرية انه يكفي لتوافر القصد الجنائي ان يكون المتهم عالماً بأن فعله من شأنه خدش الحياء العام، فمن يدخل دكان حلاق ويبول في الحوض الموجود به، فيعرض نفسه بغير مقتضى للأنظار بحالته المنافية للحياء يتوافر في حقه القصد الجنائي لهذه الجريمة⁽⁵⁾.

ان الشراح المصريين لم يأخذوا بفكرة الخطأ إلا المرحوم أحمد أمين فقد عد الخطأ الركن الثالث لجريمة الفعل الفاضح وقال عنه أنه اقل ما يمكن اشتراطه في هذه الحالة وأنه إذا انعدم الخطأ فلا محل للعقاب فمن قام بكل الاحتياطات اللازمة لستر فعله عن

(1) د. جمال ابراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص 210.

(2) د. محمود نجيب حسني ، المصدر السابق، ص 674.

(3) قرار محكمة النقض الفرنسية (19 pau) يونيه سنة 1897 دالوز (2-1897-333) نقلاً عن جندي عبدالملك ، المصدر السابق، ص 420.

(4) عدنان زيدان حسون العنبيكي، المصدر السابق، ص 169.

(5) قرار محكمة النقض المصرية في 3-5-1943 مجموعة القواعد القانونية ، ج 6، رقم 174، ص 242؛ نقلاً عن د. فخري عبدالرزاق الحديثي و د. خالد حميدي الزعبي، المصدر السابق، ص 313.

أنظار الناس فلا محل لمؤاخذته على افتضاح فعله إذا لم تبصر فعله عيون الناس إلا عن طريق التجسس وحب الاستطلاع⁽¹⁾.

وهناك بعض من أسباب الإباحة وموانع المسؤولية على جريمة الفعل الفاضح العلني لاعتبارات علمية كالأستاذ الذي يعرض جسم شخص عار على تلاميذه لأغراض دراسية فهذا الفعل يباح باعتباره استعمال حق يستخلص من المبادئ العامة للنظام القانوني ولكن لهذه الإباحة قيودها المستمدة من الأساليب المستقرة من البحث والتقاليد وعلى ذلك يتعين على الباحث ان يستعمل الألفاظ العلمية وان يتجنب العبارات الفاحشة⁽²⁾.

أما بالنسبة لموانع المسؤولية كفقدان التمييز او الاختيار لصغر أو عاهة في العقل أو نتيجة تناول عقاقير مخدرة قهراً على الجاني أو على غير علم منه بها أو كان واقعاً تحت أكرهه على فعل لاحول له بدفعه أو أن ذلك كان لضرورة ألجأته إليه وقاية لنفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس كالمعتدي عليه الذي يمزق ملابس المعتدي فيظهره عارياً أو تدفعه ظروف الدفاع إلى الظهور عارياً فهؤلاء لا يرتكبون جرائم الفعل الفاضح العلني كذلك الطبيب الذي أضطره عمله الطبي للكشف عن عورة مريض على مشهد من ممرضة أو طبيب آخر لايسأل عن الفعل الفاضح العلني بسبب توافر شروط العمل الطبي في هذا الفعل⁽³⁾.

يعتبر فعلاً مخللاً بالحياة قيام الراقصة في محل عمومي بالرقص الخليع وتعرض الراقصة نفسها للانظار بدون مقتضى بما تأتيه من الحركات البذيئة التي تثير فكرة التمازج الجنسي ولو عند بعض الحاضرين كترقيص البطن بشكل خاص مما يجرح شعور الحياة على وجه العموم⁽⁴⁾. (نقض جلسة 4/1929/18 عماد المراجع، ص566، بند 8).

المطلب الثالث عقوبة الجريمة

تنص المادة(401) من قانون العقوبات العراقي على انه : " يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر وبغرامة لاتزيد على خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين من أتى علانية فعلاً مخللاً بالحياة". فهذه الجريمة هي جنحة والمشرع حدد عقوبة جريمة الفعل الفاضح العلني بالحبس مدة لاتزيد على ستة أشهر وبغرامة لاتزيد على خمسين ديناراً أو بإحدى هاتين العقوبتين ، فالمشرع منح المحكمة سلطة تقديرية لتحديد العقوبة ، ومن الاعتبارات التي يسترشد بها القاضي في تحديد العقوبة مدى ما ينطوي عليه الفعل من إخلال بالحياة ومقدار العلانية الذي أتيح له ، وله أن يعتبر رضاه من ارتكب الفعل عليه وكون

⁽¹⁾ صالح مصطفى : الجرائم الخلقية - دراسة تحليلية مقارنة، دار المعارف، الإسكندرية، 1962-1963، ص116-117.

⁽²⁾ د.معوض عبدالنواب، الموسوعة الشاملة في الجرائم المخلة بالآداب العامة وجرائم هتك العرض نقلاً عن: د. جمال ابراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص213.

⁽³⁾ د.محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص675.

⁽⁴⁾ المستشار محمد أحمد عابدين واللواء محمد حامد قمحاوي، المصدر السابق، ص272.

هذا الفعل تعبيراً عن صلة مشروعة في ذاتها أسباباً للهبوط بالعقوبة في حدود سلطته التقديرية ولم ينص الشارع على ظروف مشددة لعقوبة هذه الجريمة ولاعقاب على الشروع فيها⁽¹⁾.

وعلى المحكمة ان تبين في حكمها الأسباب التي استندت إليها في توقيع العقاب واستناداً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن لمس ذراع أنثى أثناء سيرها في الطريق قد يكون مقصوداً للتحكك بها اخلاً بالحياء، وقد يكون حصوله عرضاً وعن غير قصد أثناء السير، فإذا كان حكم القاضي بالادانة من اجل جريمة فعل فاضح علني لم يبين به الواقعة أو القرينة التي استنتج منها وقوع الفعل بقصد الاخلال بالحياء فإن هذا يعد نقصاً جوهرياً في الحكم موجباً لنقضه إذ بدونه لايتسنى لمحكمة النقض أن تراقب تطبيق القانون، (طعن 456 جلسة 1926/12/7 المحاماة س7) لأن لمس ذراع سيدة أثناء سيرها في الطريق العام قد يكون مقصوداً به التحكك بها اخلاً بالحياء وقد يكون حصوله عرضاً ومن غير قصد⁽²⁾.

لما كانت جريمة الفعل الفاضح العلني على ما يبين من نص المادة (278) من قانون العقوبات المصري لاتقوم الا بتوافر أركان ثلاثة : (الاول): فعل مادي يחדش في المرء حياء العين أو الاذن سواء وقع الفعل على جسم الغير أو اوقعه الجاني على نفسه، (الثاني): العلانية ولايشترط لتوافرها ان يشاهد الغير عمل الجاني فعلاً بل يكفي ان تكون المشاهدة محتملة. (الثالث): القصد الجنائي وهو تعمد الجاني اتيان الفعل. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اكتفى في بيان واقعة الدعوى والتدليل عليها بالإحالة إلى الأوراق ومحضر الضبط دون أن يورد مضمونها ووجه استدلاله بهما على ثبوت التهمة بعناصرها القانونية كافة فإنه يكون مشوباً بالقصور في استظهار أركان الجريمة التي دان الطاعن بها الامر الذي يعيبه بما يوجب نقضه والإعادة. (الطعن رقم 5657 لسنة 65 ق ، جلسة 2003/9/24)⁽³⁾.

كان الثابت في الحكم أن المطعون ضده الأول قد استدرج الغلام المجنى عليه إلى منزل المطعون ضده الثاني وأنهما راوداه عن نفسه فلم يستجب لتحقيق رغبتهما، وعندئذ أمسك المطعون ضده الاول بلباسه محاولاً عبثاً إنزاله – بعد أن خلع هو (بنطلونه) وأقبل المطعون ضده الثاني الذي كان متورياً في حجرة أخرى يراقب ما يحدث وأمسك بالمجنى عليه وقبله في وجهه، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعن بالبحث في مقصد المطعون ضدهما من إتيان هذه الأفعال وهل كان من شأنها أن تؤدي بهما حالاً ومباشرة إلى تحقيق قصدهما من العبث بعرض المجنى عليه ، يكون فضلاً من خطئه في تطبيق القانون معيباً بالقصور في التسبب بما يوجب نقضه والإحالة . (الطعن رقم 205 لسنة 40 ق).⁽⁴⁾

(1) د.محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص676،

(2) المستشار محمد أحمد عابدين واللواء محمد حامد قمحاوي، المصدر السابق، ص277.

(3) المستشار ابراهيم عبدالخالق، المصدر السابق، ص211.

(4) المستشار ابراهيم عبدالخالق، المصدر السابق، ص307.

المبحث الثاني جريمة الفعل الفاضح غير العلني

المطلب الأول

تعريف الفعل الفاضح غير العلني، وتمييزه عن جريمة الفعل الفاضح العلني

المقصود بالفعل الفاضح هو سلوك عمدي يخل بحياء الغير سواء كان علنياً أو غير علنياً وعلّة تجريمه حماية الشعور العام بالحياء لتعلقه بالآداب العامة، ولايحمي الشارع في هذه الجريمة الفضيلة والأخلاق بل يحمي شعور الحياء العام فجريمة الفعل الفاضح تقع على جسم الجاني أو المجني عليه بإتيان أفعال تخدش الحياء العام أو الآداب بسلوك مخل بالحياء على ذكر أو أنثى سواء كانت علنية أو غير علنية ، بحيث يخل الفعل بحياء جمهور الناس في الصورة العلنية والخاصة في الصورة غير العلنية.⁽¹⁾

وتتشرك جريمة الفعل الفاضح المخل بحياء شخص مع جريمة الفعل الفاضح العلني من ناحية وتختلف عنها من ناحية أخرى ، فالجريمتان منافيتان للآداب وتخدشان الشعور بالحياء وان الفعل الفاضح المخل بحياء شخص قد يكون في ذات الوقت فعلاً علنياً فاضحاً إذا ما وقع على مرأى من الناس لكنهما تختلفان في ان جريمة الفعل المخل بالحياء غير العلني تقع على شخص معين بينما جريمة الفعل المخل بالحياء العلني لاتقع على شخص معين فقط وإنما تخدش حياء أي شخص حضره أو كان من الممكن ان يحضره.⁽²⁾

إن جريمة الفعل الفاضح العلني تتطلب العلانية كركن لازم لقيامها بينما لاتتطلب جريمة الفعل الفاضح غير العلني ذلك وجريمة الفعل الفاضح العلني تقع سواء كان المجنى عليه راضياً بالفعل المرتكب أم غير راضي به في حين ان عدم رضا المجنى عليه في جريمة الفعل الفاضح غير العلني عنصر لازم لقيام الجريمة فإذا توافر رضؤه بما وقع عليه ، فلاتقوم الجريمة ، والمشرع يهدف تجريم الفعل الفاضح المخل بالحياء العلني حماية للحياء العام لجمهور الناس في جريمة الفعل الفاضح العلني بينما يهدف الى حماية أخلاق المجنى عليه في جريمة الفعل المخل بالحياء غير العلني وتقوم جريمة الفعل المخل بالحياء العلني بأفعال مشروعة وغير مشروعة بينما لاتقوم جريمة الفعل المخل بالحياء غير العلني إلا بأفعال غير مشروعة⁽³⁾.

ويرى الدكتور مجدي محب حافظ ان هناك فروق بين جريمة الفعل الفاضح وجرائم الآداب الأخرى ، فالفرق بين جريمة هتك العرض وجريمة الفعل الفاضح:

1- ان جريمة الفعل الفاضح تقع على جسم المجنى عليه بينما جريمة هتك العرض تقع على شخص المجنى عليه.

(1) المستشار الدكتور هيثم عبدالرحمن البقلي، الجرائم الالكترونية الواقعة على العرض بين الشريعة والقانون المقارن، الطبعة الاولى، دار العلوم للنشر والتوزيع، القاهرة، 2010، ص42، ضمن الموقع الالكتروني ، بتاريخ 2019/2/27 : <http://books.google.iq/books?isbn=9796500153674>.

(2) د.علي جبار شلال، المصدر السابق، ص100.

(3) د.فخري عبدالرزاق الحديثي و د.خالد حميدي الزعبي، المصدر السابق، ص288.

2- تقوم جريمة الفعل الفاضح على الأفعال التي تخل بحياء الغير إخلالاً غير جسيم بينما تقوم جريمة هتك العرض على الاخلال الجسيم بحياء الغير.

3- يقع الفعل الفاضح حتى في ظل علاقة مشروعة بينما لاتقع جريمة هتك العرض إلا في ظل علاقة غير مشروعة.

اما بالنسبة للفرق بين جريمة الفعل الفاضح وجريمة التعرض لأنثى على وجه يחדش الحياء:

1- الفعل الفاضح يتحقق بسلوك مخل بالحياء، بينما التعرض لأنثى يقع في صورة قول أو فعل.

2- يقع الفعل في جريمة الفعل الفاضح على جسم الجاني ، بينما في جريمة التعرض لأنثى فالفعل هو الذي يחדش حياء الأنثى دون المساس بجسم المجنى عليها⁽¹⁾.

المبطلب الثاني أركان الجريمة

تنص المادة (400) من قانون العقوبات العراقي على أنه " من ارتكب مع شخص ، ذكراً أو أنثى فعلاً مخللاً بالحياء بغير رضاه أو رضاها يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين " ، يتضح من نص هذه المادة ان أركان جريمة الفعل الفاضح غير العلني تنحصر في ثلاثة أركان وهي الفعل المخل بالحياء وإنعدام رضا المجنى عليه والقصد الجرمي لدى الفاعل ، وستتناولها في ثلاث افرع.

الفرع الأول

(1) د.مجدي محب حافظ: جرائم العرض، ص1341 ؛ نقلاً عن المستشار ابراهيم عبدالخالق، المصدر السابق، ص257-258.

الفعل المخل بالحياء

ان الركن المادي لهذه الجريمة يتوفر بإرتكاب الجاني لفعل مادي مخل بالحياء مع ذكر أو انثى أو يأتي بأي إشارة أو حركة من شأنها خدش أو جرح عاطفة الحياء لدى المجنى عليها أو عليه، أما مجرد الأقوال البذيئة التي يعبر عنها الجاني بما يجول في خاطره من أفكار وآراء بصورة شفووية دون ان تقترن بفعل مادي مغاير للحياء فلا يمكن عدها من قبيل الأفعال الفاضحة مهما بلغت من المساس بالحياء وإنما يمكن ان تكون جريمة أخرى كجريمة السب أو الشتم أو طلب أمور مخالفة للآداب⁽¹⁾.

لم يورد قانون العقوبات البغدادي الملغي ولا قانون العقوبات العراقي الحالي تعريفاً للفعل المادي المخل بالحياء أو الآداب وإنما ترك تحديد ذلك إلى الفقه ولتقدير القضاء والواقع انه من المستحيل حصر وتعداد الأفعال التي تكون الركن المادي لجريمة الفعل الفاضح نظراً لأختلاف العرف والتقاليد من بلد إلى بلد آخر وقد عرف الفعل المخالف للآداب بأنه كل عمل يخدش عاطفة الحياء العرضي لدى المجنى عليه ويعتبر من قبيل الفعل المخالف للآداب قرص امرأة من فخذها وأمسك ثدي المرأة رغماً عنها واکراه شخص ذكر أو إنثى على كشف عورته رغماً عنهما لأن غرض المشرع من العقاب هو حماية المناعة الأدبية لدى الأشخاص من أية ملامسة مخلة بحياء العرض⁽²⁾.

يمثل الفعل المخل بالحياء الركن المادي المشترك بين جريمتي الفعل المخل بالحياء العلني وغير العلني ويتطلب الفعل المخل بالحياء وجوب توافر عنصرين الأول هو الفعل والثاني صفة تلحق بهذا الفعل على نحو تجعله مخل بالحياء ، لم يرد في قانون العقوبات الاردني تعريف للفعل المخل بالحياء لكن محكمة التمييز الأردنية عرفت الفعل المخل بالحياء: " بأنه الفعل الذي يخدش حياء العين والأذن ولايستطيل إلى العورات ولايخدش عاطفة الحياء العرضي"⁽³⁾.

وعرفه آخرون بأنه كل فعل مادي ينافي حسن الآداب لإضراره بحياء مشاهدته ، فالمشرع الجزائي الأردني يتطلب وجوب توافر عنصرين لقيام الركن المادي لجريمتي الفعل المخل بالحياء العلني وغير العلني الأول : هو الفعل والثاني :صفة تلحق بالفعل وتجعله مخل بالحياء⁽⁴⁾.

جاء في تعليقات وزارة الحقانية على المادة(241) من قانون العقوبات المصري والتي هي تعاقب على الفعل المخل بالحياء سنة(1904) أنه يعاقب بمقتضى هذه المادة من

(1) يعقوب يوسف الجدوع ومجد جابر الدوري، المصدر السابق، ص561.

(2) علي السماك، المصدر السابق، ص130-131.

(3) تمييز جزاء أردني 77/66، ت، 1976/7/20، مجلة نقابة المحامين، 1976، ص1646؛ نقلاً عن د.فخري عبدالرزاق

عبدالرزاق الحديثي ود.خالد حميدي الزعبي، المصدر السابق، ص290.

(4) د.فخري عبدالرزاق الحديثي ود.خالد حميدي الزعبي، المصدر السابق، ص290.

يدخل في الجزء المخصص للحريم في مسكن بقصد أرغام امرأة على وجوده معها واقترب ذلك بإشارة أو حركة منه مخلة بالحياء، أما الألفاظ فمهما بلغ من شدة وقعها وبذائتها فلا تكفي للعقاب بمقتضى هذه المادة بل لابد من اقتران القول بفعل مادي وهو نفس ما قضت به محكمة (أسوان) الجزائرية (10 مارس سنة 1913) من أنه إذا دخل شخص منزل امرأة يعرفها وطلب منها أمراً منافياً للأداب فإن فعله لاحتكمه المادة (241) من قانون العقوبات المصري القديم إلا إذا تعدى الفعل الفاضح حد القول الجارح واقترب بفعل مادي⁽¹⁾.

وتتحقق جريمة الفعل المخل بالحياء في القانون العراقي بأتيان الفاعل فعل مخل بالحياء بحضور المجنى عليه سواء وقع الفعل على أنثى أم ذكر بعكس القانون المصري الذي اشترط أتيانه على أنثى وفي هذا السياق قضت محكمة الجنايات في الرصافة/ بغداد بأن المشتكي الحدث سعد مع أحد الأشخاص في سيارة أجرة وفي الطريق طلب المتهم من المشتكي أن يقوم معه بعمل مخل بالحياء والمتمثل برضاة قضيبه فأمثل المشتكي لأمر المتهم وقام بانجاز ما أراده منه وقد حضرت دورية النجدة وقامت باقتيادهم إلى مركز الشرطة وعليه فإن المتهم ارتكب فعلاً ينطبق واحكام المادة (400) من قانون العقوبات العراقي ، قرار رقم (765/ج/99/ في 26-10-1999) (غير منشور).⁽²⁾ وأرى ان هذه الجريمة تعد من جرائم هتك العرض ولاعبرة برضاء المشتكي لأنه حدث.

ويجب ان يكون المجنى عليه مميزاً مدركاً لطبيعة الفعل وبالنسبة للأنثى فإن الجريمة تتحقق سواء كانت الانثى صغيرة مميزة متزوجة أم غير متزوجة ومهما كان نصيبها من الأخلاق فيجب ان تدرك وتفهم دلالة الفعل حتى يمكن القول بأن الفاعل أخل بحيائها وتتحقق علة التجريم ما لم يكن الفعل في ذاته من قبل الأفعال التي تدخل في عداد جرائم هتك العرض فأرتكاب الفعل مع صغير غير مميز أو مجنون يحول الجنون بين ان يدرك المجنى عليه دلالة الفعل فلا تقوم به هذه الجريمة⁽³⁾.

وقد رتب بعض الفقهاء المصريون على من يقبل امرأة بدون رضاها أو يقرصها بغتة في ذراعها أو تطويق رقبتها في ذراعه من قبيل الأفعال الفاضحة المخلة بالحياء بمقولة ان هذه الأفعال وقعت دون رضا من استطالت اليه لكنها لم تمس عوراته ولم تبلغ درجة الجسامة التي تدخلها في نطاق جرائم الاعتداء على العرض أو هتك العرض وانما فقط خادشة لحياء المجنى عليها أو عليه بما يخجله لكن هذا الرأي لايمكن ان يأتلف مع التقاليد والاعراف في العراق ، حيث ان مثل هذه الأفعال قد تجرح عاطفة الحياء لدى المجنى عليها أو عليه وتستطيل إلى عورة من عوراتهما الى الحد الذي يعتبر فيه اعتداءً جسيماً على العرض لمبلغ ما فيه من الفحش الذي يرتفع بالفعل إلى مصاف جريمة الاعتداء على العرض ..

ومع هذا فأنا نقول بان المسألة تقديرية, لقاضي الموضوع حق الفصل فيها يقدر الامور على هدى من مستوى الاخلاق والعادات الشائعة وتقاليد البيئة الاجتماعية فيما يعد اعتداءً على العرض أو مجرد فعل فاضح مخل بالحياء⁽⁴⁾.

(1) صالح مصطفى ، المصدر السابق، ص 120-121.

(2) د.جمال ابراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص 214.

(3) د.محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص 678.

(4) يعقوب يوسف الجدوع ومحمد جابر الدوري، المصدر السابق، ص 564.

الفرع الثاني عدم رضا المجنى عليه

يشترط المشرع ان يقع الفعل الفاضح المخل بالحياة بحضور المجنى عليه وعدم رضاه بهذا الفعل أي ألا يكون قد وافق على قيام الجاني بذلك الفعل ويتحقق عدم الرضى بكل ما من شأنه أن يكشف عن عدم قبول المجنى عليه بذلك الفعل والعلة من ذلك إن المشرع أراد في هذا النص حماية شعور المجنى عليه الذي يقع الفعل اعتداءً على شعوره واخلاقاً بحيائه وصيانة لكرامته مما يقع على جسمه من أمور مخلة بالحياة رغماً عنه⁽¹⁾. وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية أنه يشترط لتوافر تلك الجريمة أن تتم بغير رضا المجنى عليها حماية لشعورها وصيانة لكرامتها مما قد يقع على جسدها أو بحضورها من أمور مخلة بالحياة على الرغم منها⁽²⁾.

ويرى الأستاذ المرحوم أحمد بك أمين بخصوص عدم رضا المجنى عليها الرجوع الى التقسيم الذي قرره الشارع المصري فيما يتعلق بجريمة هتك العرض المادة(269) من قانون العقوبات المصري ، فإذا كانت المرأة قد بلغت سن الثمانية عشرة أو جاوزتها فلا عقاب على الفعل الفاضح الذي يرتكب معها أو في حضرته إلا إذا كان قد وقع بغير رضاها وإذا كانت لم تبلغ الثمانية عشرة وجب العقاب على الفعل في كل الأحوال إذ لا عبرة بالرضا مع صغر السن⁽³⁾.

أما إذا دفع المتهم انه كان يجهل سن المجنى عليها فإنه لايعتد بمثل هذا الدفع لأن السن الحقيقية هي التي يعول عليها في هذه الجريمة إلا إذا استطاع الجاني إثبات إدعائه فقد جاء في أحد قرارات محكمة النقض المصرية " ان السن الحقيقية للمجنى عليه في جريمة هتك العرض هي التي يعول عليها في هذه الجريمة ولايقبل من المتهم الدفع بجهله لهذه السن إلا إذا أعتذر بظروف قهرية أو استثنائية وتقدير هذه الظروف من شأن محكمة الموضوع"⁽⁴⁾.

فركن انعدام الرضا يتوافر إذا كانت المجنى عليها غير أهل لأن يصدر عنها رضاه يعتد به القانون ، كما لو كانت مجنونة أو سكرانة أو نائمة أو ارتكب الفعل بغتة على مشهد منها ، كما لو باغت المتهم المجنى عليها بوضع يدها على قضيبيه من خارج الملابس " ومسألة رضا المجنى عليها أو عدم رضائها مسألة موضوعية تفصل فيها محكمة الموضوع فصلاً نهائياً وليس لمحكمة النقض بعد ذلك حق مراقبتها في هذا الشأن طالما ان الأدلة

(1) عدنان زيدان حسون العنبيكي، المصدر السابق، ص165.

(2) نقض 1959/11/2 أحكام النقض س 10 ق 178 ص834 نقلاً عند. مجد زكي ابو عامر، المصدر السابق، ص672.

(3) جندي عبدالملك ، المصدر السابق، ص425.

(4) مجموعة أحكام النقض طعن رقم 1822 سنة 10ق، ص119 ؛ نقلاً عن د.مزه جعفر عبيد، شرح قانون الجزاء العماني، القسم الخاص ، الجرائم الواقعة على الافراد ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، ص273.

والاعتبارات التي ذكرتها من شأنها أن تؤدي إلى ما أنتهى إليه الحكم"، ويلتزم في حكم الإدانة بإثبات عدم رضا المجنى عليها والآ كان الحكم قاصراً⁽¹⁾.

ومن الوسائل التي تعدم الرضا المخدرات والمسكرات والتنويم المغناطيسي وعليه فإذا خدرت المجنى عليها أو نومت مغناطيسياً وارتكب المتهم معها أثناء تخديرها أو نومها الفعل المخالف للآداب ، فإن ركن انعدام الرضا يكون متوفراً لأن المجنى عليها تكون فاقدة الشعور مسلوبة الإرادة لاتملك حرية التصرف بنفسها ويشترط في انعدام الرضا أن يكون حقيقياً وسابقاً أو معاصراً لارتكاب الفعل المخالف للآداب وعلى ذلك فإذا عارضت المجنى عليها ابتداءً ثم رضخت للمتهم ان يرتكب معها الفعل المخالف للآداب فلا عقاب عليها لأن المجنى عليها تكون في هذه الحالة راضية ومعارضتها ليست الا صورية غير حقيقية وقد تكون من باب الإشارة أو التدلل فإذا كان المجنى عليه راضياً بارتكاب الفعل المخالف للآداب معه فلا عقاب على المتهم إذا كان المجنى عليه كبيراً أما إذا كان طفلاً فالقانون يفترض عدم الرضا ولو كان راضياً بما فعله الجاني معه لأن صغر السن يعيب الرضا ويجعله كأن لم يكن⁽²⁾.

ان جريمة الفعل الفاضح غير العلني يشترط لتوافرها ان تتم بغير رضاء المجنى عليها"...ان الثابت من وقائع الدعوى ان ركن إنعدام رضاء المجنى عليها غير متوفر، ذلك ان الظاهر للمتهم هو ان المجنى عليها راضية عن الواقعة فضلاً عن أنها سمحت له برضاها الدخول لمسكنها والجلوس بصحبتها... ومن ناحية أخرى فإن المحكمة تستخلص رضاء المجنى عليها من قولها بمحضر جمع الاستدلالات ان زوجها قد لفق الواقعة للإيقاع بالمتهم أي انها كانت راضية عن الفعل الذي قام به المتهم وذلك حتى توقع به لكي يستفيد زوجها حسب الخطة التي كان يرمي إليها...". فإن ما أثبتته الحكم ينطوي على رضاء المجنى عليها بجميع مظاهره وكامل معالمه⁽³⁾. وبذلك تنتفي جريمة الفعل الفاضح غير العلني.

إن واقعة هتك العرض تكون واحدة ولو تعددت الأفعال المكونة لها فلا يصح إذن أن توصف بوصفين مختلفين بل يتعين وصفها بالوصف الذي فيه مصلحة للمتهم، فإذا كان هتك العرض قد وقع بسلسلة أفعال متتالية وكان وقوع أولها مباحة ولكن المجنى عليه سكت ولم يعترض على الأفعال التالية التي وقعت عليه ، فإن ذلك ينسحب على الفعل الأول فيجعله أيضاً حاصلًا بالرضاء وتكون هذه الواقعة لاعقاب عليها ، إلا إذا كانت قد وقعت علناً في محل مفتوح للجمهور " كمعبد أبو الهول " وكان هناك وقت الواقعة أشخاص يمكنهم هم وغيرهم ممن يتصادف دخولهم المعبد أن يشاهدوا الواقعة، فإن وقوعها في هذا الظرف يجعل منها جنحة فعل فاضح علني معاقب عليه بالمادة(278) عقوبات مصري.⁽⁴⁾ (الطعن رقم 1471 لسنة 12ق، جلسة 1942/6/22).

(1) نقض 2 نوفمبر سنة 1959 مجموعة احكام محكمة النقض س 10 رقم 178، ص834 ؛ نقلاً عن د. محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص67.

(2) علي السماك ، المصدر السابق، ص168.

(3) طعن رقم 726 لسنة 29ق. جلسة 1959/11/2، س10 ص834 ؛ نقلاً عن المستشار مجد احمد عابدين واللواء مجد حامد قمحاوي، المصدر السابق، ص285.

(4) المستشار ابراهيم عبدالخالق ، المصدر السابق، ص304-305.

إن الفقرة الأولى من المادة(268) من قانون العقوبات المصري صريحة في أن هتك العرض الذي يعاقب عليه يجب أن يكون قد وقع بالقوة أو التهديد وقد تواضع القضاء في تفسير هذا النص على أن الركن يتوافر بصفة عامة كلما كان الفعل المكون للجريمة قد وقع ضد إرادة المجنى عليه سواء كان ذلك راجعاً إلى استعمال المتهم وسيلة القوة أو التهديد بالفعل أم الى استعمال وسائل أخرى يكون من شأنها التأثير في المجنى عليه بهدم مقاومته أو في إرادته بإعدامها بالمباغثة أو انتهاز فرصة فقد الشعور والاختيار ، كما في أحوال الجنون أو الغيبوبة أو النوم، أما إذا كان هتك العرض قد وقع على المجنى عليه وهو مالك لشعوره واختياره ولم يبد منه أية مقاومة أو استنكار فإنه لا يصح بحال تشبيه هذا الإكراه أو التهديد المعدم للرضاء ، وذلك لما ينطوي فيه من الرضاء بجميع مظاهره وكامل معالمه⁽¹⁾.
(الطعن رقم 356 لسنة 4 ق جلسة 1934/1/22).

الفرع الثالث القصد الجرمي

القصد الجنائي المطلوب في جريمة الفعل المخل بالحياة غير العلني هو القصد الجنائي العام ويتوافر متى ارتكب الجاني الفعل عن إرادة عالماً باخلاله بالحياة أما إذا حصل الفعل عرضاً ودون قصد فلا عقاب عليه وقد ذكرت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن العلم و الارادة يكفيان لتكوين الركن المعنوي للجريمة دون حاجة للبحث فيما إذا كان الفاعل قد ارتكب فعلته عن شهوة أو من باب الفضول وحب الاستطلاع أو بسبب الانحطاط الخلقي⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس فإن القصد ينتفي وبالتالي تنتفي المسؤولية عن الجريمة إذا وقع الفعل عرضاً أو عن غير قصد أو نتيجة حركة لاشعورية أي عفوية كما لو وضع الفاعل يده على أعضاءه التناسلية بحضور امرأة دون أن يقصد خدش حياتها⁽³⁾. أو إذا اعتقد المتهم بأن المجنى عليها هي ممرضة جاءت لتغيير الضمادات الموضوعة على عورته نتيجة وجود جروح بها فكشف عن عورته أمامها ثم تبين أنها صديقة لزوجته جاءت لزيارته. ان محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية تستطيع تحديد قصد الجاني من الأفعال التي أتاها وفقاً لما تبين لها من ظروف الدعوى وملابساتها وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز الاردنية " إذا جاء المميز الى منزل المجنى عليها ودخل إليه وأمسك بالمجنى عليها وضمها بينما كان قضييه منتصباً بحيث لامس القضيب بطنها وأنه أفصح عن نيته من هذا الفعل بأنه يريد مواقعتها ، فإن فعله يعتبر بدءاً في تنفيذ فعل من الأفعال الظاهرة المؤدية إلى ارتكاب جريمة الاغتصاب بالمعنى المقصود في المادة 68 من قانون العقوبات لامجرد مداعبة منافية للحياة"⁽⁴⁾.

(1) المستشار ابراهيم عبدالخالق ، المصدر السابق، ص304-305.
(2) نقض 1928/11/22 قضية رقم 1737 سنة 40ق؛ نقلاً عن صالح مصطفى، المصدر السابق، ص121-122.
(3) د.جمال ابراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص215.
(4) تمييز جزاء أردني رقم 84/139 ، ص 27 ، تأريخ 21-8-1984، مجلة نقابة المحامين الاردنيين، 1983، ص1662؛ نقلاً عن د. فخري عبدالرزاق الحديثي، ود.خالد حميدي الزعبي، المصدر السابق ، ص302.

أن المرجع في وصف الجريمة شروع في هتك العرض أو الفعل الفاضح المخل بالحياء هو قصد الجاني في ارتكابها فإذا كان قصده منصرفاً إلى ما وقع منه فقط فالفعل لا يخرج عن دائرة الفعل الفاضح أما إذا قصد التوغل في أفعال الفحش ، فإن ما وقع منه يعتبر بدءاً في تنفيذ هتك العرض ، والأمر في ذلك متروك لتقدير المحكمة⁽¹⁾. وفي هذا السياق صدقت محكمة التمييز في العراق حكماً صادراً من محكمة الجزاء الكبرى في نينوى جاء فيه " قررت محكمة الجزاء الكبرى في نينوى بتاريخ 1979/11/14 وبعدد الاضبارة 206/ج/979 ، إدانة المتهم(...). وفق الفقرة الثانية من المادة 396 عقوبات وذلك لشروعه بالاعتداء على عرض المشتكية ... وذلك بعد استدعائها إلى غرفته باعتباره.. وبعد دخولها إلى غرفته أو صد عليها الباب وتحرش بها مبتدئاً بالألفاظ والكلمات ... ثم بعد ذلك أخذ يقبلها من خدها ومن فمها ويدها... ورفع ثيابها إلى الأعلى ودفعا على القنفة (الأريكة) ووضع راسه بين فخذيها ، إلا إن مقاومتها له جعلت محاولته تبدأ بالفشل بعد تمكنها من الهروب من الغرفة". (قرار رقم 2381 و 2382 تمييزية 1979 في 10/12/1979) (غير منشورة)⁽²⁾.

ان الفقه في مصر يتفق على أن جريمة الفعل الفاضح من الجرائم العمدية التي يلزم فيها إتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل علناً مع توافر علمه بأن من شأن فعلته خدش الحياء العام ، فيلزم ان يثبت تعمد الجاني إتيان الفعل فإذا لم تتوفر لدى الجاني إرادة إتخاذ الفعل الذي وقع منه بتأثير المرض(كالفتاة التي تخرج نصف عارية من بيتها ليلاً تحت تأثير مرض النوم) أو الضرورة (كالتي تندفع من نومها عارية الى الطريق لتفادي النيران أو هرباً من اعتداء زوجها) أو الخطأ(كمن يحرك يده في مكان مزدحم فيلامس جسم امرأة على نحو مخالف للحياء العام) أو الاكراه(كما لو تمزقت ملابسه في مشاجرة) أو تحت تأثير التنويم المغناطيسي ولأن الارادة تفترض العلم فإن الشخص الذي تتمزق ملابسه على نحو يبرز منه عورة دون أن يدري لايتوفر في حقه القصد الجنائي لتخلف إرادة الفعل في تلك الصور جميعاً⁽³⁾.

ويخضع القصد الجنائي في هذه الجريمة لأحكام قريبة من الأحكام التي يخضع لها في جريمة هتك العرض بالقوة أو التهديد، وتطبيقاً للقواعد العامة ليست البواعث من عناصر القصد فإذا كان الباعث إلى الفعل عادة هو إرضاء الشهوة فقد يكون الباعث في بعض الحالات هو الانتقام من المجنى عليه أو أهله كمن يغمر بفتاة استجلاباً للعار على أسرتها أو الكسب المادي كما إذا تقاضى نظير فعله مالاً من أحد ، ولكن تنتفي الجريمة إذا اعتبر الفعل عملاً طبيياً كفحص الطبيب جسم المريضة وما قد يرتبط بذلك من اطلاعه برضاها على عورات جسمها أو مساسه بها طالما كانت الأصول الطبية هي التي فرضت ذلك.

ونعتقد أن ذات الحكم يطبق على كل عمل تمارس به مهنة اعترف بها النظام القانوني وكان ضرورياً أو ملائماً لمباشرتها وفق أصولها الفنية، كعمل المدلك أو المجر الذي ربما يطلع بحكم عمله إلى عورة من عورات الجسم⁽⁴⁾.

(1) المستشار احمد محمود خليل، المصدر السابق، ص41.

(2) د.جمال ابراهيم الحيدري ، المصدر السابق، ص191.

(3) د.محمد زكي أبو عامر، المصدر السابق، ص671.

(4) د.محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص654.

إن القانون لا يتطلب في جريمة الإخلال بالآداب العامة قصداً خاصاً بل يكفي بتوافر القصد العام الذي يتحقق من حيازة المتهم بقصد الاتجار صوراً وهو عالم بما تنطوي عليه من منافاة للآداب العامة، وهذا العلم مفترض إذا كانت الصور التي ضبطت في حيازته بذاتها منافية للآداب- كما هو واقع الحال في الدعوى المطروحة- فلاموجب للتحدث صراحة واستقلالاً عن ركن العلم لدى الطاعنين، ويكون نعيهما بعدم بيان الحكم ركن العلم في حقهما غير سليم⁽¹⁾. (الطعن رقم 1856 لسنة 58ق، جلسة 1989/5/29).

المطلب الثالث عقوبة الجريمة

تنص المادة(400) من قانون العقوبات العراقي على انه " من ارتكب مع شخص ، ذكراً أو انثى فعلاً مخللاً بالحياء بغير رضاه أو رضاها يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين"، يتضح لنا من هذا النص ان المشرع العراقي قرر لهذه الجريمة عقوبة أشد من عقوبة جريمة الفعل الفاضح العلني فمحكمة الموضوع لها سلطة تقديرية في الجمع بين عقوبة الحبس أو الغرامة وفق الحدود المقررة أولها ان تقضي بأحدى العقوبتين، ومن الاعتبارات التي يسترشد بها القاضي في استعمال سلطته التقديرية هي درجة فحش الفعل وسن المجنى عليه أو عليها وسمعتها الاخلاقية وليس لهذه الجريمة ظروف مشددة ولاعقاب على الشروع فيها ولاتعدد هذه

(1) المستشار ابراهيم عبدالخالق، المصدر السابق،ص285.

الجريمة مع جريمة هتك العرض إذ النص الخاص بهتك العرض يستوعبها ولكن يتصور تعددها مع السب غير العلني إذا انطوى الفعل على ما يخدش شرف المجنى عليها⁽¹⁾. فإذا قضت المحكمة بعقوبة الغرامة على الجاني فيجب ان تراعي المحكمة حالة المحكوم عليه المالية والاجتماعية وما أفاده من الجريمة وظروف الجريمة وحالة المجنى عليها أو عليه المادة(91) من قانون العقوبات العراقي والتي تنص "عقوبة الغرامة هي الزام المحكوم عليه بأن يدفع الى الخزينة العامة المبلغ المعين في الحكم وتراعي المحكمة في تقدير الغرامة حالة المحكوم عليه المالية والاجتماعية وما أفاده من الجريمة أو كان يتوقع افادته منها وظروف الجريمة وحالة المجني عليه . ولا يقل مبلغ الغرامة عن نصف دينار ولا يزيد على خمسمائة دينار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك". اما إذا كانت الغرامة نسبية وهي التي يحكم بها مع عقوبة الحبس المقررة للجريمة فيراعي فيها الضرر الناتج عن الجريمة أو المصلحة التي يحققها أو يريدتها الجاني من الجريمة وإذا كان من ساهم في ارتكاب الجريمة أكثر من واحد فعندئذ يحكم بعقوبة الغرامة النسبية على جميع المتهمين فاعلين أصليين في الجريمة أم شركاء فيها على وجه التضامن (ف 2 م 92) من قانون العقوبات العراقي والتي تنص (1- إذا حكم بالغرامة على عدة متهمين بحكم واحد لجريمة واحدة سواء كانوا فاعلين أم شركاء فالغرامة يحكم بها على كل منهم على انفراد فيما عدا عقوبة الغرامة النسبية.2- الغرامة النسبية يحكم بها بالإضافة إلى العقوبة الأصلية بنسبة تتفق مع الضرر الناتج من الجريمة أو المصلحة التي حققها أو أرادها الجاني من الجريمة ويحكم بها على المتهمين في جريمة واحدة على وجه التضامن سواء كانوا فاعلين أم شركاء ما لم ينص القانون على خلاف ذلك⁽²⁾.

ويلاحظ أنه لا يمكن رفع الدعوى الجزائية في هذه الجريمة إلا إذا قدمت شكوى عنها وذلك تطبيقاً لنص المادة(3) من قانون الإجراءات الجنائية المصرية وهي تنص على عدم جواز رفع الدعوى الجنائية إلا بناء على شكوى شفهية أو كتابية من المجنى عليه أو من وكيله الخاص إلى النيابة العامة أو إلى أحد مأموري الضبط القضائي في الجرائم المنصوص عليها في المواد(185، 274 ، 277 ، 279، 292، 293 ، 303 ، 306 ، 307 ، 308) من قانون العقوبات المصري وكذلك في الاحوال الاخرى التي ينص عليها القانون ولا تقبل الشكوى بعد ثلاثة أشهر من يوم علم المجني عليه بالجريمة وبمتركبها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وتنص المادة العاشرة من قانون الاجراءات الجنائية على جواز التنازل عن الشكوى ممن قدمها في أي وقت وذلك لحين صدور حكم نهائي في الدعوى.وفي حالة تعدد المجني عليهم لا يعتد بالتنازل إلا إذا صدر من جميع من قدموا الشكوى، والتنازل بالنسبة لأحد المتهمين يعد تنازلاً بالنسبة للباقيين وإذا توفي الشاكي فلا ينتقل حقه في التنازل إلى ورثته إلا في دعوى الزنا علماً ان قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي قد نص على نفس المبدأ في المادة الثالثة منه⁽³⁾.

قررت المحكمة الكبرى لمنطقة الكرخ بتاريخ 1963/12/1 وبرقم الاضبارة 963/ج/253 تجريم (ص.ع) وفق المادة 235 من ق.ع. ب. لمواقعة المجنى عليها (ف.ع) التي يقل سنها

(1) د.محمود نجيب حسني، المصدر السابق، ص679.

(2) يعقوب يوسف الجدوع ومجد جابر الدوري، المصدر السابق، ص78-79.

(3) صالح مصطفى، المصدر السابق، ص122.

عن خمس عشرة سنة وازالت بكارتها وحكمت عليه بالإشغال الشاقة لمدة خمس سنوات والزامه بتعويض قدره مائتا دينار ويستحصل منه تنفيذاً ويدفع إلى المجني عليها(ف.ع). وارسل الحكم هذا رأساً مع جميع أوراق الدعوى وتفرعاتها كافة الى محكمة التمييز لأجراء التدقيقات التمييزية عليه وطلب المدعي العام إعادة الاوراق الى محكمتها لاعادة النظر في قراري التجريم والحكم بغية تطبيق المادة 232 من قانون العقوبات البغدادي لأن الواقعة حصلت بالإكراه وبدون رضا المجنى عليها.

القرار: لدى التدقيق والمداولة وجد أن التقرير الطبي قد صدر بعد مدة طويلة عن تأريخ وقوع الحادث وليس هناك من الدلائل مايشير الى وقوع الفعل المبحوث عنه في التقرير المذكور من قبل المتهم وان ظروف القضية تشير إلى أن ما أسند الى المتهم تنطبق عليه الفقرة الأولى من المادة(234) قانون العقوبات البغدادي ، لذا قرر اعادة القضية إلى محكمتها لإعادة النظر فيها بغية تطبيق الفقرة المذكورة من تلك المادة في التجريم والحكم والتعويض وتقرير نوع الجريمة وفق قانون رد الاعتبار و صدر القرار بالاتفاق في (1964/1/28)⁽¹⁾.

وجد ان المحكمة الكبرى بدلت التهمة المحال من أجلها المتهم من المادة(60/232). قانون العقوبات البغدادي) إلى المادة(323) بدلالة المادة(324 قانون العقوبات البغدادي)، ونظراً لشهادة المشتكية كون المتهم أتى رأساً إلى فراشها ومد يده عليها يظهر أن قصده كان ارتكاب فعل مخالف للآداب معها المنطبقة على المادة(234 قانون العقوبات البغدادي) لاكما ذهبت اليه المحكمة الكبرى من أن الفعل ينطبق على المادة(324) بدلالة المادة (323) إذ أن هاتين المادتين انما تنطبقان إذا كان الدخول الى المنزل لارتكاب جريمة لم يتعين نوعها ولما كان نوع الجريمة الذي قصد المتهم ارتكابها تعينت بمد يده على المرأة وهو الفعل المخالف للآداب فلا يمكن أن يصار الى المادتين(323 و 324 قانون العقوبات البغدادي)⁽²⁾.

(1) القرار 1/جنايات/964 تاريخه 1964/1/28 ؛ نقلاً عن علي السماك ، المصدر السابق، ص178- 179.

(2) القضية 536/ج/936 ؛ نقلاً عن علي السماك، المصدر السابق،ص174..

الخاتمة

بعد دراستنا لجريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء في قانون العقوبات العراقي والمقارن والتي هي من الجرائم الواقعة على الأشخاص التي أشار اليها قانون العقوبات العراقي في الفصل الثالث من الباب التاسع الخاص بالجرائم المخلة بالأخلاق والآداب العامة في المادتين (400) و(401) منه, توصلنا إلى الإستنتاجات والمقترحات التالية.

أولاً/ الإستنتاجات:

ان العقوبة التي وضعها الشارع العراقي لجريمة الفعل الفاضح غير العلني المنصوص عليها في المادة (400) من قانون العقوبات العراقي هي أشد من العقوبة المنصوص عليها في المادة (401) من قانون العقوبات العراقي الخاصة بجريمة الفعل الفاضح العلني، فعلة تجريم الفعل الفاضح العلني هو حماية الشعور العام بالحياء وحماية القيم الأخلاقية الجنسية في المجتمع ، حيث ان صيانتها هو ذات أهمية في كل مجتمع متحضر لما فيه من استقرار للأمن في المجتمع. وبصورة عامة فإن العقوبة وحدها ليست مانعة للجريمة ما لم تتظافر معها وسائل المنع الاجتماعي، بحيث تقضي على العوامل المهيئة لها وبالتالي يعيش المجتمع في طمأنينة وأستقرار فالامة الإسلامية في حاجة إلى تجاوز النصوص الوضعية الى آفاق إنسانية أرحب مستندة إلى نصوص القرآن والسنة النبوية المطهرة بحيث يكون الغاية من تنفيذ العقاب ليس الردع وإنما طاعة الله سبحانه وتعالى والحفاظ على مكارم الأخلاق.

ان المشرع العراقي لم يحدد في هذه الجريمة الأفعال المادية المكونة للركن المادي لهذه الجريمة وهذا يعتبر نقص يؤدي إلى الاجتهاد وفي بعض الأحيان الى الخلط في تكييف بعض القضايا وفي الحقيقة انه من الصعب حصر وتحديد الأفعال المكونة للركن المادي لهذه الجريمة لاختلاطها مع الأفعال المادية للجرائم الأخرى وفي اغلب الأحيان يشكل الفعل المادي المكون للجريمة جريمتين أو أكثر معاً من الجرائم الأخلاقية لذا يبقى

الامر متروك لمحكمة الموضوع ولسلطتها التقديرية في تحديد تلك الافعال التي يجب الإشارة اليها صراحة في قراراتها.

ان جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء العلني وغير العلني هي من الجرائم القليلة التطبيق قياساً للجرائم الاخرى أو من الجرائم التي لاتصل الى المحاكم إلا قليلاً والسبب في ذلك احجام أو رفض المجنى عليهم وذويهم تقديم شكاويهم عن تلك الجرائم لما فيها من مساس بكرامتهم وسمعتهم وسمعة عوائلهم من فتح قضايا تحقيقية حول تلك الجرائم .

ثانياً/ المقترحات:

من نص المادة (400) من قانون العقوبات العراقي نلاحظ ان المشرع لم يذكر لفظ (غير العلني) في هذه المادة ، لذا اقترح ذكر لفظ فعل مخل بالحياء غير علني وذلك لتمييز جريمة الفعل الفاضح العلني المنصوص عليها في المادة (401) من قانون العقوبات العراقي عن جريمة الفعل الفاضح غير العلني المنصوص عليها في المادة (400) من قانون العقوبات العراقي: "... من ارتكب مع شخص ذكراً أم أنثى فعلاً مخلّاً بالحياء بغير رضاه أو رضاها.....". لذلك اخترت عنوان المبحث الثاني لهذا البحث (جريمة الفعل الفاضح غير العلني) لتمييزه عن جريمة الفعل الفاضح العلني المذكورة في المبحث الأول لهذا البحث.

بالنسبة لعقوبة جريمة الفعل الفاضح العلني المنصوص عليها في المادة (401) من قانون العقوبات العراقي اقترح أن تكون عقوبة هذه الجريمة اشد من عقوبة جريمة الفعل الفاضح غير العلني المنصوص عليها في المادة (400) من قانون العقوبات العراقي أو مساوية لها على الاقل كما في قانون العقوبات المصري المادة (278 و 279) منه كونها أشد وقعاً من جريمة الفعل الفاضح غير العلني وتمس الحياء العام للمجتمع.

لكون جرائم الفعل الفاضح المخل بالحياء العلني وغير العلني هي من الجرائم التي لا تصل الى المحاكم الا نادراً لذا اقترح أن يكون التحقيق والمحاكمة في هذه الجرائم تحقيقاً سرياً لا يصل الى مسامع الناس لما في تلك الجرائم من أمور تمس حياء وشعور المجنى عليهم وذويهم وتمس حياء المجتمع أيضاً.

والحمد لله الذي أعانني على كتابة هذا البحث

الباحثة

المصادر

أولاً : القرآن الكريم

ثانياً : الكتب :

- 1- المستشار إبراهيم عبدالخالق ، الموسوعة الشاملة في جرائم الآداب العامة، الجزء الاول، الطبعة الاولى، دار القانون للإصدارات القانونية، 2011.
- 2- المستشار احمد محمود خليل ، جرائم هتك العرض وإفساد الأخلاق معلقاً عليها بأحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الجامعي الحديث، 2009.
- 3- الأستاذ الدكتور جمال ابراهيم الحيدري، الوافي في قانون العقوبات ، القسم الخاص، مكتبة السنهوري، بغداد، 2012.
- 4- جندي عبدالملك بك، الموسوعة الجنائية، الجزء الخامس، الطبعة الاولى، مطبعة الاعتماد، مصر، 1942.
- 5- الدكتور حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2015.
- 6- الدكتور سعد إبراهيم الأعظمي، موسوعة مصطلحات القانون الجنائي، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى، دار الشؤون الثقافية العامة، بغداد، 2002.
- 7- صالح مصطفى، الجرائم الخلقية – دراسة تحليلية مقارنة، دار المعارف ، مصر، 1962-1963.
- 8- القاضي عدنان زيدان حسون العنبيكي، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، معزز بالقرارات التمييزية، مكتبة السنهوري، بغداد، 2018.
- 9- علي السماك، الموسوعة الجنائية في القضاء الجنائي العراقي ، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1964.
- 10- د.علي جبار شلال، أحكام القسم الخاص من قانون العقوبات، الطبعة الثانية، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2010.
- 11- الاستاذ الدكتور فخري عبدالرزاق الحديثي، والدكتور خالد حميدي الزعبي ، الموسوعة الجنائية الثانية، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الاشخاص ، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009.
- 12- الدكتور ماهر عبدشويش الدرة، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، توزيع المكتبة القانونية، طبعة منقحة، بغداد، 2008.
- 13- المستشار محمد أحمد عابدين واللواء محمد حامد قمحاوي، جرائم الآداب العامة ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988.
- 14- الدكتور محمد زكي ابو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2015.
- 15- الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص وفقاً لأحدث التعديلات التشريعية ، دار النهضة العربية، القاهرة. بدون سنة الطبع.

- 16- الدكتور مزهر جعفر عبيد، شرح قانون الجزاء العُماني ، القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الافراد، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، 2007.
- 17- يعقوب يوسف الجدوع، ومحمد جابر الدوري، الجرائم المخلة بالاخلاق والآداب العامة في التشريع الجنائي العراقي، مدعمة بقرارات محكمة تمييز العراق ومحكمة النقض المصرية، مطبعة النعمان، النجف الاشرف، 1972.

ثالثاً: المواقع الالكترونية :

- 18- المستشار الدكتور هيثم عبدالرحمن البقلي، الجرائم الالكترونية الواقعة على العرض بين الشريعة والقانون المقارن، الطبعة الاولى، دار العلوم للنشر والتوزيع القاهرة، 2010، عبر موقع الكوكل، بتاريخ 27-2-2019. [http:// books .google .iq/books ?isbn.2019-2-27](http://books.google.iq/books?isbn.2019-2-27)
- 19- تعريف وشرح ومعنى فاضح في معاجم اللغة، تعريف ومعنى فاضح في معجم المعاني الجامع- معجم عربي عربي، تعريف وشرح ومعنى فاضح بالعربي عبر موقع كوكل، بتاريخ 4-2-2019. <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>
- 20- سلسلة جرائم العرض، جريمة الفعل العلني المخل بالحياة، بحث منشور على موقع كوكل، 2019/2/5. [cabinet maitre mouas.over-blog.com](http://cabinet.maitre.mouas.over-blog.com)

رابعاً : القوانين:

1. قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 وتعديلاته.
2. قانون العقوبات المصري.
3. قانون العقوبات الأردني.
4. قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم 23 لسنة 1971.