U.G. LAW

المجمـــوعة المتـــحدة للقانـون نـــجاد البرعـي وشركـــاه

NEGAD EL-BORAI & PARTNERS

المثليـــة الجنسيـــــة

الفجور والتحريض عليه في القانون المصري

" ورقة قانونية "

٢٦ أ شارع شريف عمارة الأيموبيليا - البرج البحري الدور الثاني - شقة ٢٣٩ - القاهرة - مصر
26A Sherif., Emobilia Building – El Borg El Bahri, 2nd Floor, Flat : 239, Cairo - Egypt
Tel. : (0020) 23926907 - Fax. : (0020) 23952304 (٢٠٢) ٢٣٩٥٢٣٠٤ - فاكس : تليفون : ٢٣٩٢٦٩٠٧ (٢٠٢)
Web:www.ug-law.com E-mail :info@ug-law.com

مستخلصات أساسية :

- القانون المصري لا يعرف مصطلح "المثلية الجنسية".
- محكمة النقض فسرت لفظ الفجور الوارد في القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ على أنها فعل المثلية الجنسية بين الرجال بعضهم البعض.
- عدم دستورية جريمة الفجور الواردة بالفقرة (ج) من المادة (٩) للقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ لأن كلمة الفجور غامضة ومتميعة ومنهمة والتعريفات اللغوية والاصطلاحية لا تعبر عن فعل المثلية الجنسية بين الرجال بعضهم البعض.
- لا توجد في القوانين المصرية نص يجرم المثلية الجنسية بين النساء "السُحاق"
- جريمة التحريض على ممارسة الفجور لا يمكن أن تتحقق أركانها بمجرد رفع علم أياً كانت دلالته.
- الفحوص الشرجية القسرية التي توقع على المشتبه بهم "المتهمين" للكشف عن ميولهم الجنسية تعد صورة من صور التعذيب، فضلاً عن أنه لا يمكن التعويل عليها في القضاء بالإدانة لأنها وليدة إجراء غير مشروع وهو المساس بحرمة الجسد الذي يحميه الدستور.

مقدمة.

تناولت وسائل الإعلام ومواقع التواصل الاجتماعي قضية المثلية الجنسية. وأصبحت هذه القضية مثار جدل واسع ويهتم بها المشتغلين بالقانون وغيرهم من غير المشتغلين به، وتعود وقائع هذه القضية إلي يوم ٢٢ من سبتمبر لسنة ٢٠١٧ ، حيث أقام فريق غنائي يطلق عليه اسم "مشروع ليلي" ، حفل بمدينة القاهرة الجديدة وأثناء الحفل قام أحد الحاضرين برفع أحد الأعلام وهو علم يحمل ألوان متعددة يسمي علم "قوس قزح" وكان أول ظهور لهذا العلم في أواخر سبعينيات القرن الماضي بعد خروج الولايات المتحدة الأمريكية من حرب فيتنام وقد صُمم بواسطة الأمريكي Gilbert Baker وبداية نشاط حركة حقوق مثلي الجنس كانت علي يد الأمريكي Harvey Milk ، وقد استخدمه العديد من المثليات والمثليون وثنائيو الميول الجنسي والمتحولون جنسياً في مسيرات احتجاجية للمطالبة بحرية التعبير عن الميول الجنسية بكل أشكالها.

وبعد رفع هذا العلم هاجمت وسائل الإعلام بشدة من قاموا برفع العلم. وخلال الأيام الأخيرة وحسب تقرير صحفي لوكالة رويترز[1] ، ألقي القبض على العديد من الأشخاص وصلوا إلى ٣٣ شخص، ووُجهت لهم اتهامات تتعلق بممارسة الفجور والتحريض عليه، والانضمام لجماعة أسست على خلاف أحكام القانون تروج للفسق والفجور، وأمرت نيابة أمن الدولة بعد التحقيق بحبس بعضهم ١٥ يوماً احتياطياً علي ذمة التحقيقات.

وحسب ما نشره موقع BBC - نقلاً عن منظمة العفو الدولية الحقوقية – أن السلطات المصرية ستخضع ستة رجال من المتهمين في هذه القضية إلى الفحوص الشرجية وعرضهم على الطب الشرعي.[2]

ولاحظت المجموعة المتحدة للقانون، أن هناك العديد من الآراء القانونية المتباينة حول هذه القضية، فالبعض يري أن القوانين المصرية لا تعرف جريمة تتعلق بالمثلية الجنسية بنوعيها، وأن الفحوص الشرجية للمتهمين تشكل عنفاً جنسياً وانتهاك للقانون الدولي. وفي هذه الورقة ستقوم المجموعة المتحدة بالرد على العديد من هذه التساؤلات من منطلق قانوني بحت حول تحديد مفهوم المثلية الجنسية، وهل يوجد جريمة في القانون المصري بشأن المثلية الجنسية من عدمه والعقوبة عليها؟، وهل رفع علم قوس قزح يعد تحريضاً على ممارسة الفجور من عدمه؟، وهل ممارسة المثلية الجنسية للنساء أيضاً تخضع للتجريم من عدمه؟، وسوف نتناول بشكلٍ موجز جريمة ممارسة الفجور والتحريض عليه في ضوء أحكام قانون مكافحة الدعارة رقم ١٠ لسنة ١٩٦١.

[1] https://ara.reuters.com/article/ME_TOPNEWS_MORE/idARAKCN١Cv٢KB

[2] http://www.bbc.com/arabic/live/٤١٤٥٩١٥٦

١. ما هي المثلية الجنسية[٣]؟

يستخدم مصطلح المثلية الجنسية للدلالة على العلاقة الجنسية بين فردين من نفس الجنس (ذكر – ذكر، أنثي – أنثي). وهذا المصطلح حديث العهد في اللغة العربية، وقد وضعه العالم السويسري الدكتور بنكرت Benkert عام ١٨٩٦، وبعد ذلك شاع هذا المصطلح في جميع لغات العالم وأصبح من ضمن المصطلحات التي تستخدم في العلوم الطبيعية، والنفسية، والاجتماعية، والقانونية.[٤]

ويُطلق علي المثلية الجنسية في اللغة الإنجليزية مصطلح Homosexuality، وهذا المصطلح يتكون من كلمتين الأولي Homo وهي كلمة يونانية تعني مثل like أو same والثانية sexuality وتعني العلاقة الجنسية، وهاتان الكلمتان تشكلان مصطلحاً واحداً يعني المثلية الجنسية.

ومصطلح المثلية الجنسية مصطلح وصفي عام، لا يفيد أكثر من قيام علاقة جنسية بين فردين من جنس واحد، ودون تحديد فيما إذا كانت العلاقة الجنسية بين ذكرين أم بين أنثيين، لذا يستخدم مصطلح المثلية الجنسية الذكرية Male Homosexuality للدلالة على أن العلاقة الجنسية بين ذكرين، ومصطلح Female Homosexuality للدلالة علي أن العلاقة الجنسية بين أنثيين.[٥]

وفيما عدا المجالين، الطبي والنفسي فإن لفظ اللواط هو اللفظ التقليدي الشائع الاستعمال للتعبير عن المثلية الجنسية الذكرية، وهو مشتق من أسم نبي الله لوط عليه السلام، وكذلك تم اشتقاق فعل التاط ولاط للدلالة على من فَعلَ فِعل قوم لوط عليه السلام.[٦]

ويطلق لفظ السُحاق علي المثلية الجنسية الأنثوية.[٧] كلفظ تقليدي شائع، وفي اللغة الانجليزية تستخدم أكثر من كلمة للدلالة علي وجود علاقة جنسية مثلية بين الإناث ، والأكثر استخداماً كلمة Lesbianism وهي مشتقة من اسم جزيرة يونانية يطلق عليها أسم "لسبوس" Lesbos.

---

[٣] الدكتور عبد الأله محمد النوايسه، المثلية الجنسية الرضائية بين التحريم والإباحة مجلة الشريعة والقانون الصادرة من كلية القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد السابع والثلاثون يناير ٢٠٠٩ ص ٢٤٠، ٢٤١، ٢٤٢.

[٤] دكتور موريس شيل، مشكلاتنا الجنسية، الأسباب والعلاج، مؤسسة المعارف، بيروت، طبعة الأول سنة ١٩٩٩ ص ٧٠.

[٥] الدكتور علي كمال، الجنسي والنفس في الحياة الإنسانية، دار واسط، لندن طبعة ٢ سنة ١٩٩٠ ص ٢٣٨ مشار إليه في مجلة الشريعة والقانون دكتور عبد الإله محمد النوايسة مرجع سابق ص ٢٤١

[٦] لاط تعني التصق والتاط اختص، فيقال من أحب الدنيا التاط منها بثلاث شغل لا ينقضي، وأمل لا يدرك، وحرص لا ينقطع، كما أن لوط أسم ينصرف مع العجمة. أنظر لسان العرب، ج٧، ص ٣٩٤، مشار إليه في مجلة الشريعة والقانون دكتور عبد الإله محمد النوايسة مرجع سابق ص ٢٤١

[٧] لفظ السحاق مشتق وفي اللغة العربية تعني كلمة سحق دق فيقال سحق الشيء يستحقه أي دقه أشد الدق ومساحقة النساء لفظ مولد في اللغة العربية، أنظر لسان العرب ج ١٠، ص ١٠٢.

٢. المثلية الجنسية في تشريعات بعض الدول[٨].

ممارسة المثلية الجنسية قديمة قِدم البشر، إلا أن أمر تجريمها أو إباحتها متأرجح، تتجاذبه اعتبارات عديدة تؤثر في النظرة الي هذا الفعل، وبدأت تظهر ثورات على تشريعات الدول التي تجرم المثلية الجنسية، ولم يقف الأمر عند حد التجريم أو الإباحة، بل تعداه إلى مرحلة التنظيم التشريعي والاعتراف للمثليين في بعض التشريعات بالحق في الارتباط بشراكة مثلية، أو زواج مثلي بما يترتب علي ذلك من آثار قانونية، وحظر التمييز علي أساس الميول الجنسية وتجريمه.

٢-١ المثلية الجنسية في تشريعات الدول العربية.

هناك دول تجرم المثلية الجنسية بشكل واضح فنجد أن المادة (٥٣٤)من قانون العقوبات اللبناني تعاقب بالحبس حتي سنة واحدة علي كل "مُجامعة علي خلاف الطبيعة" ، وتعاقب المادة (٥٢٠) من قانون العقوبات السوري بالحبس حتي ثلاث سنوات علي كل "مُجامعة علي خلاف الطبيعة"، ومصطلح المجامعة علي خلاف الطبيعة ينصرف إلي اللواط والسُحاق، وكذلك وطء المرأة من الدُبر، وكذلك فقد جرمت المادة (٥٠)من قانون العقوبات العسكري الأردني كل "من مارس الجنس مع مثيل جنِسه برضاه" ، والقانون السوداني يجرم المثلية الجنسية الذكرية (اللواط) فقط ، حيث جاء في المادة (١٤٨) فقرة (١) منه أنه يعد مرتكباً لجريمة اللواط "كل رجل أدخل حشفه أو ما يعادله في دُبر امرأة، أو رجل آخر، أو مكن رجلاً من إدخال حشفه أو ما يعادله في دبره". وكذلك المادة (١٩٣) من قانون العقوبات الكويتي "مُواقعة رجل لرجل آخر برضاه" والمادة (٢٢٣) من قانون الجزاء العماني "كل من ارتكب مع شخص من نفس الجنس أفعالاً "شهوانية" وكذلك المادة (٣٧٧) من قانون العقوبات البحريني "كل من مارس الجنس علي خلاف الطبيعة" والمادة (٢٠١) من قانون العقوبات القطري تجرم "اللواط". ولم يجرم قانون العقوبات الفيدرالي لدولة الامارات العربية المتحدة المثلية الجنسية وإنما جرمت المادة (٨٠) من قانون العقوبات لإمارة أبو ظبي جريمة اللواط.

٢-٢ المثلية الجنسية في تشريعات الدول الأفريقية.

وفي القارة الأفريقية تُجرم ٣٤ دولة من أصل ٥١ المثلية بشقيها اللواط أو السُحاق، مثل أنجولا، بستوانا، نيجيريا، الكاميرون، جيبوتي، اريتريا، اثيوبيا، جامبيا، غانا، جوانا، ليبيريا، ملاوى، موزمبيق، السنغال، سيراليون، تنزانيا، وتوجو. وتعاقب مجموعة أخري علي اللواط فقط مثل زيمبابوي، زامبيا، أوغندا، كينيا، ناميبيا.

[٨] الدكتور عبد الأله محمد النوايسه، مرجع سابق ص ٢٦٤ وما بعدها

٢-٣ المثلية الجنسية في تشريعات دول أوروبا والولايات المتحدة الامريكية.

ومن التجريم للإباحة، كانت البداية عام ١٩٩٤ في قضية نيكولاس ضد استراليا، الذي طعن أمام لجنة الامم المتحدة المعنية بحقوق الانسان في قانون اللواط المُطبق في ولاية تزمانيا الأسترالية، ورأت اللجنة بالإجماع أن هذا القانون يخالف المادتين ١/٢ و٢٦ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ، وفي عام ١٩٩٥ عبرت لجنة الأمم المتحدة عن قلقها تجاه التعدي على الحياة الخاصة في بعض الولايات المتحدة الأمريكية التي تجرم ممارسة الجنس الرضائي المثلي بين البالغين الذي يجري في أماكن خاصة،[٩] وفي عام ١٩٩٨ عبرت اللجنة عن قلقها حول قبرص بشأن وجود مواد قانونية تجرم ممارسة الجنس المثلي الرضائي بين البالغين.[١٠]

وهناك بعض الدول أباحت المثلية الجنسية بعد التجريم ، ففرنسا أباحت اللواط بعد قيام الثورة الفرنسية ولم يجرم قانون العقوبات ١٧٩١ الافعال المثلية، وفي بولندا تم إلغاء التجريم عام ١٩٣٢ ، وفي السويد عام ١٩٤٤ ،وفي اليونان عام ١٩٥١ ، وفي انجلترا ١٩٦٧ ، وفي المانيا ١٩٦٨ ، وفي البرتغال ١٩٨٢ ، وفي اسبانيا ١٩٧٩ ، وفي روسيا ١٩٩٣ ، وفي اليابان عام ١٨٨٠ ، وفي الولايات المتحدة الامريكية ألغت أغلب الولايات تجريم المثلية، ففي الينوي ١٩٦٢ ، وفي كناتيكت ١٩٧١ وفي كولورادو ، وفي اوريغون ١٩٧٢ ، وفي ديلاوير وداكوتا الجنوبية وهاواي ١٩٧٣ ، وفي أوهايو ١٩٧٤ ، وفي السبعينات بصفة عامة ألغته كاليفورنيا، فيرجينيا الغربية ،ايومنغ، داكوتا الجنوبية، وفيرمنت، وفي الثمانينات ألسكا ،وينسكنسن ،وفي التسعينات ماريلاند ،جورجيا، تينسي، مونتانا، ونيفادا، وفي عام ٢٠١١ في ولاية اريزونا وميتيسوتا. وبعد أن قضت المحكمة العليا بعدم دستورية قانون العقوبات في ولاية تكساس أصبحت جميع التشريعات التي تجرم المثلية الجنسية الرضائية غير دستوري.

وفي ٢٦ يونيو ٢٠١٦ أصدرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية حكماً يقضي بمنح الحق للمثليين جنسياً بالزواج في كافة الولايات الأمريكية.

وحديثاً في ٣٠ يونيو ٢٠١٧ أقر البرلمان الألماني مشروع قانون يسمح للمثليين بالزواج وتبني الأطفال.

٣. الجرائم المنافية بالآداب في القوانين المصرية.

الجرائم المنافية للآداب العامة عديدة، فبعضها ورد النص عليه في قانون العقوبات والبعض الآخر ورد النص عليه في القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ وهي جرائم قريبة الصلة بموضوع هذه الورقة.

فمن الجرائم التي وردت بقانون العقوبات:

[9] U.N.doc.ccpR/c/79/Add.50

[10] U.N.doc.ccpR/c/79/Add.88

جريمة الفعل الفاضح العلني حيث نصت المادة (٢٧٨) عقوبات على أن "كل من فعل علانيةً فعلاً فاضحاً مخلاً بالحياء يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو غرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيهاً" ولعل أوضح تعريف لهذه الجريمة ما أوردته أحكام محكمة النقض بأنه "الفعل العمد المخل بالحياء الذي يخدش من المجني عليه حياء العين أو الأذن"[١١]

وهناك أيضاً **جريمة التعرض لأنثى علي وجه يخدش حيائها**، فنصت المادة (٣٠٦)عقوبات مكرراً (أ) علي أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة وبغرامة لا تقل عن مائتي جنيه ولا تزيد علي ألف جنية أو بأحدي هاتين العقوبتين كل من تعرض لأنثى علي وجهٍ يخدش حيائها بالقول، أو بالفعل، في طريق عام، أو مكان مطروق" فالمهم في هذه الجريمة أن يكون الفعل، أو القول كافً للإفصاح عن طبيعة إخلاله بالحياء ، وهو أمر يتوقف علي ظروف كل حالة وملابساتها واعتبارات العرف المبرئة، ومدى ما استقر في الأذهان عن دلالة بعض الافعال أو الأقوال علي أغراض خفية تختلف بما يوحي به ظاهر تلك الأفعال والأقوال ولا يلزم أن يتحقق الإخلال بحياء المرأة فعلاً، إنما يكفي أن يكون من شأن الفعل أو القول الإخلال بهذا الحياء.

وهناك جرائم أخرى تتنافى والآداب العامة، كهتك العرض، والاغتصاب، والتحريض على الفسق، وليس مجالنا هنا بيان هذه الجرائم، وإنما طرحنا أمثلة منها، لنشير إلى أن هناك جرائم أخرى منافية للآداب صدر بها قانون خاص وهو القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ وهذا القانون تضمن عدة ألفاظ تكاد تتقارب من بعضها البعض حتى يشعر البعض بأن اللفظ الواحد منها يغني عن باقي هذه الالفاظ. فسوف نلقي الضوء على معنى بعض هذه الالفاظ:

الدعارة: في اللغة هي الفسق والخبث والفجور، دعر، دعارة فسد وفسق فهو داعر – ودعّار.[١٢] **واصطلاحاً** هي مباشرة الفحشاء مع الناس بغير تمييز، وهي بغاء الإناث.[١٣] أي هي بغاء الأنثى التي تعاشر الغير جنسياً بغير تمييز.[١٤]

البغاء: في اللغة بغى فلان، بغياً أي تجاوز الحد واعتدى وتسلط، وظلم وبغاء المرأة : أي فجرت وتكسبت بفجورها فهي بغي.[١٥] **واصطلاحاً** هو بغاء الذكور أو الإناث. أي ممارسة الإناث أو الذكور لأفعال من شأنها قضاء شهوات الغير مباشرة وبدون تمييز.[١٦]

---

[١١] نقض جلسة ٣٣ نوفمبر ١٩٢٨ عماد المراجع ص ٥٦٧ بند ٩

[١٢] المعجم الوجيز، حرف الدال، إصدار مجمع اللغة العربية، ٢٠٠٧، ص ٢٢٨

[١٣] الدكتور محمد نيازي حتاته، جرائم البغاء دراسة مقارنة (رسالة دكتوراه)، مكتبة القاهرة، الطبعة الثانية ص ٩٣.

[١٤] الدكتور عبد الحكم فوده، الجرائم الماسة بالآداب العامة والعرض في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الكتب القانونية طبعة ١٩٩٤ ص ٢٢.

[١٥] المعجم الوجيز، حرف الباء، إصدار مجمع اللغة العربية، ٢٠٠٧، ص ٨٠٧

[١٦] الدكتور إدوارد غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، الراعي للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، ١٩٩٧ ص ٢١٣

المخادنة: وهي نوعان مستديمة ومؤقتة. الأولي تعنى اتفاق بين رجل وامرأة، أو رجل ورجل يستمتع كل منهما بالآخر استمتاع غير محدد المدة، والثانية تعنى الرغبة في قضاء الشهوة الجنسية مرة أو عدة مرات بدافع الحب أو عاطفة الاشتهاء الجنسي بين رجل وامرأة أو رجل ورجل.

الفسق: هو ارتكاب رجل أو امرأة لفعل أو أفعال غير مشروعة، وهى كلمة تتسع لكل الأفعال الجنسية غير المشروعة.

الفحشاء: هي كل فعل يقع من الشخص على نفسه أو على غيره لإشباع شهوة الغير الجنسية سواء كان هذا الفعل طبيعياً أو مخالفاً للطبيعة.[١٧]

الفجور: في اللغة هو فجر، فجراً، فجوراً: أي مضى في المعاصي غير مكترث. والفاجر هو الفاسق غير المكترث. وفجر العبد أي فسق وزنا.[١٨] **واصطلاحا** نطلق لفظ الفاجر عرفاً على من يرتكب المعصية دون حرج أو يباهي بها فمن يدمن السكر أو يأتي الزنا أو من يكذب أو يحلف كذباً أو يشهد زوراً نطلق عليه لفظ الفاجر[١٩].

٤. المثلية الجنسية في القانون المصري.

القانون المصري لا يعرف مصطلح المثلية الجنسية، وإنما اطردت أحكام القضاء وسايره من بعده الفقه على اعتبار أن المقصود بلفظ الفجور هو العلاقة بين الرجل بالرجل (اللواط)، ولا يعرف القانون أو احكام القضاء المثلية الجنسية بين النساء (السُحاق).

فتجرم المادة التاسعة فقرة ج من القانون ١٠ لسنة ١٩٦١ ممارسة الدعارة أو الفجور على حدٍ سواء، فنصت على أنه "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنهاً ولا تزيد على ثلاثمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من اعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة، وقد استخدم المشرع لفظي الدعارة أو الفجور دائماً في كل أحكام القانون، وبذلك يفهم من المغايرة أن الفجور له معني آخر يخالف الدعارة.

فتقول محكمة النقض "لما كانت الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من القانون سالف الذكر قد نصت على عقاب "كل من اعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة" وكان مفهوم دلالة هذا النص ، أن الجريمة المنصوص عليها فيه لا تتحقق بدورها إلا بمباشرة الفحشاء مع الناس بغير تمييز، وأن يكون ذلك على وجه الاعتياد سواء بالنسبة لبغاء الرجل أو بغاء الأنثى، والأنثى حين ترتكب الفحشاء وتبيح عرضها لكل طالب بلا تمييز، فتلك هي "الدعارة" ، تنسب للبغي فلا تصدر إلا منها ويقابلها "الفجور" فنسب للرجل حين يبيح عرضه لغيره من الرجال بغير تمييز فلا يصدر إلا منه وهو المعنى المستفاد من تقرير لجنتي العدل الأولى والشئون الاجتماعية بمجلس الشيوخ عن مشروع القانون رقم ٦٨ لسنه ١٩٥١ ، والذى تضمن

[١٧] المستشار محمد أحمد عابدين، واللواء محمد حامد قمحاوي، جرائم الآداب العامة، طبعة ٢٠٠٧، ص ٥٣ و٥٤.

[١٨] المعجم الوجيز، حرف الفاء، إصدار مجمع اللغة العربية، ٢٠٠٧، ص ٤٦٢

[١٩] المستشار محمد أحمد عابدين، واللواء محمد حامد قمحاوي، مرجع سابق ص ١٥١.

القانون الحالي رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ ذات أحكامه، ومما أوردته مذكرته الإيضاحية صراحةً إذ ورد به " كما رأت الهيئة عدم الموافقة على ما رآه بعض الاعضاء من حذف كلمة " الدعارة " اكتفاءً بكلمة " الفجور" التي تفيد من الناحية اللغوية ارتكاب المنكر والفساد بصفة عامة بغير تخصيص للذكر أو الأنثى، لأن العرف القضائي قد جرى على أطلاق كلمة "الدعارة" على بغاء الأنثى وكلمة " الفجور" على بغاء الرجل فرأت الهيئة النص على الدعارة والفجور لكى يشمل النص بغاء الأنثى والرجل على السواء.[٢٠]

٥. مدي دستورية الفقرة (ج) من المادة ٩ من القانون ١٠ لسنة ١٩٦١؟

نري أن هذه المادة غير دستورية لأن كلمة الفجور غامضة ومتميعة ومنهمة، فالتعريفات اللغوية والاصطلاحية لا تعبر عن فعل المثلية الجنسية بين الرجال بعضهم البعض، والمادة (٩) فقرة (ج) من القانون ١٠ لسنة ١٩٦١ لم تضع تعريف للجريمة، ولم توضح أركانها بشكل جازماً ويقينياً، وبالتالي صياغتها ليست صارمة وغير منضبطة، وتعتبر بذاتها دليلاً علي انحراف المشرع الجنائي ورغبته في الايقاع بالأبرياء، إذ من المستحيل على الشخص العادي أن يقدر بالضبط خطورة أفعاله، وتكون تلك المادة المنهمة بذاتها مخالفة أيضا للمادة (٩٥) من الدستور.

وتقول المحكمة الدستورية ".. أن الدستور أعلى قدر الحرية الفردية، فاعتبرها من الحقوق الطبيعية الكامنة في النفس البشرية والتي لا يمكن فصلها عنها وينبغي بالتالي - وضمانا لتلك الحرية وإرساء لأبعادها التي تمليها طبيعتها - أن تكون درجة اليقين التي تكشف أحكام هذه القوانين عنها - وكقاعدة مبدئية لا تقبل الجدل - في أعلى مستوياتها، وأظهر فيها منها في غيرها. ولازم ذلك ألا يكون النص العقابي مشوباً بالغموض أو متميعاً. حيث أن غموض النص العقابي يعنى أن يكون مضمونه خافياً على أوساط الناس باختلافهم حول فحواه، ومجال تطبيقه وحقيقة ما يرمى إليه، فلا يكون معرفاً بطريقة قاطعة بالأفعال المنهى عن ارتكابها، بل مجهلاً بها ومؤدياً إلى إنبهامها. ومن ثم يكون إنفاذه مرتبطاً بمعايير شخصية قد تخالطها الأهواء، وهى بعد معايير مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه لحقيقة محتواه، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه التي غالباً ما يجاوزونها التواءً بها، أو تحريفاً لها لينال من الأبرياء. فالأصل في النصوص العقابية هو أن تصاغ في حدود ضيقة Narrowly Tailored ، لضمان أن يكون تطبيقها مُحكماً، فقد صار من الحتم أن يكون تمييعها محظوراً، ذلك أن عموم عباراتها واتساع قوالبها، قد يصرفها إلى غير الأغراض المقصودة منه".[٢١]

٦. أركان جريمة الاعتياد علي ممارسة الفجور.

٦-١ الركن المادي.

[٢٠] محكمة النقض في الطعن رقم ٢٤٤٥٠ لسنة ٥٩ ق جنائي جلسة ٥ ديسمبر ١٩٩٤ مكتب فني ٤٥ رقم الجزء ١ الصفحة رقم ١٠٧٩

[٢١] أحكام المحكمة الدستورية العليا، الطعن رقم ١٠٥ لسنة ١٢ ق جلسة ١٢ فبراير ١٩٩٤ مكتب فني ٦ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ١٥٤.

يتكون الركن المادي في هذه الجريمة من ارتكاب الرجل للفجور بغير تمييز بقصد اشباع شهواته أو شهوات الغير بطريق مباشر وذلك علي سبيل الاعتياد، وقد عرفت محكمة النقض هذا الركن بأن قالت عنه "ينسب الفجور إلي الرجل حين يبيح عرضه لغيره من الرجال بغير تمييز".[٢٢] وبالتالي فالركن المادي لهذه الجريمة يتكون من:

أولاً: ممارسة الفجور: والممارسة هي مباشرة الفعل أي اتيان الذكور الفجور ولو لمرة واحده، فهي لا تعني تكرار الفعل. ولا يشترط أن يزاول الفاجر أو البغي البغاء في بيت مخصص للفجور.[٢٣]

ثانياً: الاعتياد: هو تكرار المناسبة والظروف مع اختلاف مسرح الجريمة، ويعني ذلك أنه لا يسأل الفاجر عن الفعل إلا إذا احترف البغاء، ويتوافر الاعتياد من تكرار الفعل أكثر من مرة. وأمر تقدير توافر هذا الركن من عدمه متروك للمحكمة، وكل ما يشترط فيه أن يتخذ الفعل طابع الممارسة، كما يشترط في هذا التعدد للفعل ألا يكون قد مر بين كل من الفعلين، أو بين آخر فعل منها وتاريخ بدء التحقيق في الدعوى أو رفعها مدة الثلاث سنوات المقررة قانوناً لسقوط الحق في إقامة الدعوي العمومية.[٢٤]

على أن تكرار ارتكاب البغاء لا يفيد الاعتياد إلا إذا تكرر الفعل في ظروف أو مناسبات متكررة مختلفة، ومن ثم فإن تكرار الفعل في ظرف واحد ومسرح واحد لا تتحقق به العادة، ويستوي في ذلك تكرار الفعل في وقت واحد مع أشخاص مختلفين، فتكراره في وقت واحد مع شخص بعينه واعتياد أحد الرجال التردد على منزل معد للفجور وارتكابه الفجور فعلاً عدة مرات، مما يتوافر به عناصر الجريمة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة التاسعة.[٢٥]

أي أن القانون لا يعاقب على الفعل إذا ارتُكب لمرة واحدة، بل إذا تكرر وأصبح اعتياداً. فهو يعاقب علي حالة، أو ظرف قائم بالشخص، وليس علي مجرد واقعة مادية. وقضت محكمة النقض بأن الاعتياد علي الفجور يتميز بتكرار المناسبة أو الظرف، وتقدير توافر الاعتياد علي الفجور موضوعي.[٢٦]

ثالثاً: انعدام التمييز: يعني ارتكاب الرجل الفحش بغير تمييز، وعلى ذلك يخرج عن تلك الجريمة علاقة المخادنة، وكذلك العلاقات التي تقوم على العاطفة. كما لا يعد الرجل الذي يستقبل رجلاً واحداً في بيته ليمارس معه الفجور أنه اعتاد على ممارسة الفجور. فهذه الجريمة تتحقق بممارسة الرجل لأفعال الفجور مع الغير بدون تمييز لإرضاء شهوته أو شهوات

[٢٢] الطعن رقم ٣٦٥٤ لسنة ٥٧ محكمة النقض جلسة ١ مارس ١٩٩٠ مكتب فني ٤١ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٤٤٦
[٢٣] نقض ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة النقض الثالثة ص ٢٢٣.
[٢٤] نقض ٣٠ يونيه سنة ٥٣ طعن ٧٩٢ لسنة ٢٣ ق.
[٢٥] طعن ٣ أبريل سنة ١٩٥٦ وطعن ٨٤ لسنة ٢٥ ق.
[٢٦] الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ١١ يناير سنة ١٩٧٩

الغير. فالرجل الذي يمارس علاقة مع الآخر. علاقة قائمة على التمييز، ويخرج عن ذلك تلك الأفعال التي لا تقوم على التمييز.[٢٧]

٦-٣ جريمة الاعتياد على الفجور والقصد الخاص.

تعد جريمة الاعتياد على ممارسة الفجور جريمة عمدية، والقصد الجنائي ركن أساسي في الجرائم العمدية، فهو إرادة موجهة بعزم نحو هدف محظور نص عليه قانون العقوبات. ويقوم هذا القصد على عنصري العلم والإرادة.

فالعلم، يعني أن الجاني لا بد أن يكون عالماً بكافة عناصر الجريمة بمعنى أن يعلم بأنه يأتي فعل الفاحشة بغير تمييز، والإرادة تعنى أن تتجه إرادة الجاني الى ارتكاب الفعل المحرم، وأن تكون إرادته حرة معتبرة قانوناً وإلا انتفت الجريمة بانعدام إرادة الجاني.

وقد اختلف الفقه القانوني حول ما إذا كانت هذه الجريمة تتطلب قصداً جنائياً عام فقط، أم لابد من وجود قصداً جنائياً خاصاً بجانب القصد العام، فيري البعض[٢٨] أن الجريمة تتطلب قصداً جنائياً عاماً فقط، يتمثل في اتجاه إرادة الجاني (الفاجر) نحو ارتكاب الركن المادي مع علمه بكافة عناصر الجريمة.

بينما يري رأياً آخر[٢٩] أنه لابد من توافر قصداً جنائياً خاصاً بجانب هذا القصد العام، ويتمثل الأول في قصد إرضاء شهوة الغير بدون تمييز، وعلى ذلك لا يتوافر هذا القصد إذا ما قصد الجاني إشباع شهوته الشخصية فقط.

٧. جريمة التحريض علي الفجور.

التحريض في اللغة : يعني الحث علي الشيء، حرض علي الشيء أي حثه عليه. **واصطلاحا** يعني التأثير في نفس من يوجه إليه لارتكاب أمرٍ بذاته، وإقناعه بوجوب فعله، وهو يعني أيضاً إقناع الشخص والتأثير عليه لارتكاب فعل من أفعال الفجور بحيث لا يجد أمامه مفراً من ذلك ويذعن لإرادة من حرضه ويسير في ركابه.[٣٠]

وقد ورد النص على هذه الجريمة في المادة الأولى من القانون ١٠ لسنة ١٩٦١ التي نصت علي أنه "كل من حرض شخصاً، ذكراً كان أو أنثي، علي ارتكاب الفجور أو الدعارة أو ساعده على ذلك، أو سهله له يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد علي ثلاث سنوات وبغرامة من مائة جنية إلي ثلاثمائة جنيه".

فالتحريض هو إقناع المحرض شخصاً معيناً، بارتكاب فعل الفجور عن طريق التأثير في إرادته وتوجيهه وفقاً لما يريد المُحرَض، ويعد نشاط المُحرض هنا ذا طبيعة نفسية غايته إقناع من يقع عليه التحريض بفكرة المُحرض وتقليل العقبات

---

[٢٧] فايزة فوزي محمد، رسالة ماجستير المسئولية الجنائية في جرائم الدعارة طبعة ٢٠١٢ دار الجامعة الجديد بالاسكندريه ص ٨١

[٢٨] دكتور محمد نيازي حتاته، مرجع سابق ص ١٦٨، والمستشار محمد أحمد عابدين ومحمد حامد قمحاوي، مرجع سابق ص ١٤٠، والدكتور عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق ص ٨٠.

[٢٩] الدكتور إدوارد غالي الذهبي، مرجع سابق ١٩٩٧ ص ٢١٣

[٣٠] محكمة استئناف مصر في ٥ نوفمبر سنة ١٩٥٩ القضية رقم ٤٧٧١ ش محكمة مصر سنة ١٩٥٩- غير منشور – ويراجع في ذلك رساله دكتوراة محمد نيازي حتاته، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

التي يمكن أن تعترض طرق تنفيذها.[٣١] وقد يكون التحريض مقتصراً على تشجيع الغير على ارتكاب الجريمة التي كانت فكرتها موجودة لديه قبل التحريض، أو يكون التحريض سبباً في خلق الجريمة لدى هذا الغير.[٣٢]

أما الأقوال التي ليس من شأنها التأثير في إرادة المجني عليه وحمله على التفكير في ممارسة الفجور، فلا تعد من قبيل التحريض، مثال ذلك مجرد المدح أو النصيحة.[٣٣]

والتحريض قد يكون بالقول المجرد أو المصحوب بإغراء بهدية، أو وعداً للتأثير على من يوجه إليه التحريض إذا كان للمحرض سلطة عليه، أو بالفعل أيضاً، ولكن لابد أن يكون قولاً، أو فعلاً كافياً لكي ينتج أثره في نفس المجني عليه (الغير)، أما إذا لم يؤدى إلى اقناع المجني عليه، فيعد ذلك شروعاً.[٣٤] وتطبيقاً لذلك قضي بأن "التحريض يجب أن يتضمن عرضاً جدياً في ظاهره، وفيه بذاته ما يكفى التأثير علي المجني عليه وإغوائه بقصد ارتكاب الفجور ".[٣٥]

ويتطلب الأمر بعد ذلك، القول أو الفعل، توافر العنصر الثاني المكون للركن المادي وهو الإرشاد والتوجيه – الإرشاد عن سبيل سلوك طريق الفجور وتعريفه لمن يوجه إليه التحريض ، ولا عبرةً بوقوع النتيجة أو الهدف الذي رمى إليه المحرض من التحريض.[٣٦]

٨. القصد الخاص في جريمة التحريض على الفجور.

هذه الجريمة تتطلب توافر نوعي القصد، عام وخاص، وهذا ما استقر عليه الفقه، فهناك قصد عام وهو انصراف نية المُحرّض إلى تحقيق هدفه، أي ممارسة المجني عليه البغاء، وقصد خاص، أن يكون الجاني قد قصد من التحريض دفع المجني عليه للبغاء مع العامة لإرضاء شهواتهم ودون تمييز.[٣٧]

وقصد إرضاء شهوة الغير لا يستلزم تفويضاً أو طلباً من الراغب في الفسق إلى القواد، فإن القواد يرتكب جريمة القوادة من تلقاء نفسه، كأن يعرف أن هناك شخص مُغرماً بالرجال فيقوم المُحرّض بإرسال رجل إلى آخر مع علمه بأن الآخر مثلي الجنس. لأن الفقه مستقر على أنه لا يهم نوع المتعة الجنسية التي يقصد القواد توفيرها، أي سواء كانت طبيعية أو شاذة مادية أو بالمشاهدة.[٣٨]

---

[٣١] الدكتور عبد الحميد الشواربي، قانون مكافحة الدعارة والجرائم المنافية للآداب، منشأة المعارف بالاسكندرية ص ٢٧، ٢٨

[٣٢] الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية ١٩٩١ الطبعة الخامسة ص ٥٣٢

[٣٣] الدكتور عبد الحكم فوده، مرجع سابق، ص ١٧٣

[٣٤] محمد نيازي حتاته، مرجع سابق، ص ٣٧٣

[٣٥] نقض جلسة ٢٧ فبراير سنة ١٩٦٧ رقم ٣٠٥٢، س ٣٧ .

[٣٦] رأي الاستاذ حسن البغال – مشار إليه في جرائم الآداب العامة، المستشار محمد أحمد عابدين، واللواء محمد حامد قمحاوي، مرجع سابق ص ٦٣.

[٣٧] المستشار محمد أحمد عابدين، واللواء محمد حامد قمحاوي، مرجع سابق ص ٦٤.

[٣٨] محمد نيازي حتاته، مرجع سابق ص ١٧٦.

ويتكون الركن المعنوي من عنصري العلم والإرادة، فيجب أن يعلم الجاني بأن من شأن فعل التحريض الذي يقع منه بالقول أو بالفعل، أن يؤدي إلى ارتكاب المجني عليه لجريمة الفجور، سواء وقعت هذه الجريمة بناءً على هذا التحريض أم لا، ويجب أن تتجه إرادة المحرض إلى ارتكاب الجريمة على أن تكون الإرادة حرة ومعتبرة قانوناً.[٣٩]

٩. مدي إمكانية تحقق أركان الجريمة برفع علم أو رمز.

لا نرى ان جريمة التحريض على ممارسة الفجور أنها تتحقق بمجرد رفع علم أياً كان ما يرمز إليه هذا العلم، لأن القالب القانوني لهذه الجريمة لا يمكن تحقيقه بمجرد رفع هذا العلم أياً كانت دلالته.

فالجريمة تتطلب أن يقوم المتهم بالتأثير في نفس المجني عليه، بارتكاب جريمة الفجور وإقناعه أن يرتكب فعل الفجور بحيث لا يجد المجني عليه مفراً من ممارسة الفجور، فهي تتطلب أن يذعن المتهم إرادة من حرضه ليسير في ركابه. فيجب أن يقوم المتهم بإرشاد وتوجيه المجني عليه جدياً لإغوائه لارتكاب الفجور، ويجب لتحقق الجريمة أن يكون مُن رفع العلم قاصداً دفع المجني عليه ليمارس الفجور مع العامة لإرضاء شهواتهم بدون تمييز. وهي أركان لا يمكن تحقيقها بمجرد رفع علماً أو رمزاً أياً ما كانت دلالته.

١٠. الدليل المستمد من الفحوص الشرجية غير مشروع ولا يمكن التعويل عليه في الإدانة.

يشترط في دليل الإدانة أن يكون مشروعاً، إذ لا يجوز أن تنبني إدانة صحيحة على دليل باطل في القانون، ذلك بأنه من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانته بحكم بات.[٤٠] وللقاضي الجنائي أن يكون عقيدته من أي عنصر من عناصر الدعوى، إلا إذا كان هذا العنصر مستمداً من إجراءٍ باطلٍ قانوناً.[٤١]

والمواد (٥١)، (٥٣)، (٥٤)، (٥٧)، (٦٠)، تنص على أن الكرامة حق لكل إنسان، ولا يجوز المساس بها، وتلتزم الدولة باحترامها، والمواطنين لدي القانون سواء. والحرية الشخصية حق طبيعي، وهي مصونة لا تمس. وللحياة الخاصة حرمة وهي مصونة لا تمس. ولجسد الانسان حرمة، والاعتداء عليه أو التمثيل به جريمة يعاقب عليها القانون.

كذلك تنص المادة (٩٤) من الدستور على أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة، وتخضع الدولة للقانون، واستقلال القضاء وحصانته وحيدته، ضمانات أساسية لحماية الحقوق والحريات.

فالقضاء هو الحارس الطبيعي للحريات، ونظراً لما تتصف به الإجراءات الجنائية من مساس بالحقوق والحريات، مثل المساس بحرية التنقل والمساس بالحق في الحياة الخاصة وكذلك الحق في حرمة الجسد. فبالالتجاء للقضاء يباشر القاضي رقابته على مشروعية الإجراءات الجنائية، ويحمي الحرية ويحرسها. فلا جرم أن رسالة القضاء في حماية الحريات

[٣٩] فايزة فوزي محمد، مرجع سابق، ص ١٣٩

[٤٠] نقض جنائي جلسة ١٩٨٤/٢/١٥ س٣٥ ق٣١ ص١٥٣

[٤١] نقض ١٩٣٤/٢/٩ مجموعة القواعد القانونية س٢٣ ص٩٠٦

توجب الإشراف المباشر على الإجراءات التي تمس هذه الحريات والرقابة على أي إجراء جنائي، وهذه الرسالة النبيلة هي أصل مهم من أصول الشرعية الإجرائية.[٤٢]

ولما كانت الفحوص الشرجية القسرية، التي توقع على المتهمين تمثل مساساً بحقهم في حرمة أجسادهم الذي يحميه الدستور، وبالتالي يكون الدليل المستمد من هذه الفحوص غير مشروع، ولا يمكن أن يستند إليه للإدانة لأنه وليد إجراء غير مشروع.

١١. الفحوص الشرجية هي نوعٌ من أنواع التعذيب؟

تنص المادة (٤) من الميثاق الأفريقي لحقوق الانسان والشعوب على أنه " لا يجوز انتهاك حرمة الإنسان، ومن حقه احترام حياته وسلامة شخصه البدنية والمعنوية. ولا يجوز حرمانه من هذا الحق تعسفاً".

والفحوص الشرجية القصيرية أحد صور التعذيب فاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهنية، عرفت التعذيب بأنه "أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما. بقصد الحصول من هذا الشخص على معلومات، أو على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكبه، أو يشتبه في أنه ارتكبه"

وفي تقرير صدر عن مقرر لجنة مناهضة التعذيب التابعة للأمم المتحدة، أدان الفحوص الشرجية الإجبارية المهينة للشرج من الداخل بغية تحديد ما إذا كانت قد حدثت عملية إيلاج.[٤٣] ووصفها المقرر الخاص للأمم المتحدة المعني بالتعذيب إن الفحوص الشرجية القسرية ترقى إلى التعذيب، أو المعاملة القاسية، أو اللاإنسانية، أو المهينة، وأكد بيان مختصو الطب الشرعي أن "إجراء هذه الفحوص على الأشخاص قسراً يُعتبر مهيناً، ومذلاً، ولا غرابة في أنه يتسبب في معاناة نفسية كبيرة".[٤٤]

والاتفاقيات والمواثيق الدولية تعد ضمن القانون الداخلي للدولة المصرية بمجرد التصديق عليها فتنص المادة (٩٣) من الدستور على أن "تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الانسان التي تصدق عليها مصر وتصبح لها قوة القانون".

فإجبار المشتبه بهم على الخضوع للفحوص الشرجية، جريمة نص عليها الدستور فتقول المادة (٥٢) أن التعذيب بجميع صوره وأشكاله، جريمة لا تسقط بالتقادم"

---

[٤٢] الدكتور أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، الكتاب الأول، طبعة ٢٠١٤، ص ١٧٥ وما بعدها.

[٤٣] وثيقة U.N.A/56/156 صادرة من الأمم المتحدة بتاريخ ٣ يوليو ٢٠٠١ الدورة السادسة والخمسون البند ١٣٢ (أ) من القائمة الأولية.

[44] https://www.hrw.org/ar/news/٢٠١٦/٠٤/١٣/٢٨٨٨١٦

٢٦ أ شارع شريف عمارة الأيموبيليا - البرج البحري الدور الثاني - شقة ٢٣٩ - القاهرة - مصر
26A Sherif., Emobilia Building – El Borg El Bahri, 2nd Floor, Flat : 239, Cairo - Egypt
تليفون : ٢٣٩٢٦٩٠٧ (٢٠٢) - فاكس : ٢٣٩٥٢٣٠٤ (٢٠٢) Tel. : (0020) 23926907 - Fax. : (0020) 23952304
Web:www.ug-law.com E-mail :info@ug-law.com