محكمة جنح الأزبكية

مذكرة بدفوع، ودفاع المتهمين الآتي أسمائهم بعد؛ وفقاً لترتيبهم الوارد بأمر الإحالة:

... => المتهم السادس.

... => المتهم الثامن.

... => المتهم العاشر.

... => المتهم الحادي عشر.

... => المتهم الثاني عشر.

... => المتهم الثالث عشر.

... => المتهم الخامس عشر.

... => المتهم السادس عشر.

... => المتهم التاسع عشر.

... => المتهم العشرون.

... => المتهم الثاني والعشرون.

... => المتهم الثالث والعشرون.

... => المتهم الرابع والعشرون.

... => المتهم السادس والعشرون.

ضد

النيابة العامة "سلطة الاتهام"

في القضية رقم ... لسنة ... جنح قسم الأزبكية، المحدد لنظرها جلسة ... الموافق .../.../ ٢٠١٥.

واقعات الدعوى:

أقامت النيابة العامة الدعوى الجنائية ضد المتهمين السالف ذكرهم، وآخرين؛ بدعوى أنهم بتاريخ...، بدائرة قسم الأزبكية:

المتهمون من السادس وحتى الحادي عشر:

١- اعتادوا على ممارسة الفجور على النحو المبين بالتحقيقات.

٢- فعلوا علانية فعلاً فاضحاً مخلاً بالحياء بأن مارسوا الفجور في محل عام مطروق للكافة على النحو المبين بالتحقيقات.

والمتهمون من المتهم الثاني عشر حتى المتهم السادس والعشرين:

- فعلوا علانية فعلاً فاضحاً مخلاً بالحياء–موضوع التهمة السابقة–في محل عام مطروق للكافة على النحو المبين بالتحقيقات.

الدفوع والدفاع

<u>بطلان الإقرارات المنسوب صدورها للمتهمين جميعًا؛ وفقاً لما سُطر بمحضر الضبط، وجاء بشهادة المقدم ..... "مأمور الضبط، والقائم به، ومحرر محضره" في تحقيقات النيابة العامة؛ وذلك للأسباب التالية:</u>

أولاً: أن أي من المتهمين في هذه الدعوى لم يقم نهائياً بإصدار أي إقرار منه يتعلق بصحة الوقائع التي نسبها إليهم المقدم ....، الذي انفرد بكافة إجراءات هذه الدعوى بداية بإجراء التحريات وطلب إذن الضبط والتفتيش من النيابة العامة، والقائم وحده بالضبط، وكذلك هو أيضاً محرر محضر الضبط، وهو أيضاً شاهد الإثبات الوحيد في تحقيقات النيابة العامة في هذه القضية وفقاً لجميع أوراق هذه الدعوى.

بل إن حقيقة هذه الإقرارات الواردة على لسان المقدم ... هي محض خيالات منه اختلقها حتى يقيم أركان قضية ابتغاء مرضاة برنامج إعلامي مغرض ومذيعة مهوسة.

ثانياً: أن كل المتهمين في تحقيقات النيابة العامة أنكروا ونفوا من الأصل صدور هذه الإقرارات منهم، وذلك حينما واجهتهم النيابة العامة بتلك الإقرارات المزعوم كذباً صدورها عنهم.

ثالثاً: قيام مأمور الضبط بتجاوز حدود الإذن الصادر له من النيابة العامة، لقيامه باستجواب المتهمين ومواجهتهم.

يقصد بسؤال المتهم مطالبته بالرد على الاتهام الموجه اليه، أما الاستجواب فيراد مناقشته تفصيلياً في الدلائل والأدلة القائمة. (شرح قانون الاجراءات الجنائية، محمود مصطفى، الطبعة الثانية عشر، ص٣٠٠)

فسؤال المتهم–المنوط إجرائه من مأمور الضبط–يعني سؤاله عما إذا كان هو الذي ارتكب الجريمة، وأسباب ارتكابه لها. دون أن يواجهه مأمور الضبط القضائي بالأدلة القائمة ضده إن كان ثمة أدلة بالأوراق، لأن ذلك يكون من قبيل الاستجواب، وهو محظور على مأمور الضبط القضائي القيام به. (القواعد العامة للإجراءات الجنائية، عبد الرءوف مهدي، طبعة ٢٠١٣، ص٣٠٦)

فالاستجواب والمواجهة من إجراءات التحقيق دائماً، بعكس سؤال المتهم الذي يصح أن يجرى بمعرفة سلطة الاستدلال. (مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، رؤوف عبيد، الطبعة الثالثة عشر، ص٣٩٢)

وبالرجوع لوقائع دعوانا نجد أن ما أجراه السيد مأمور الضبط لا يعد سؤالاً عن التهم المنسوبة للمتهمين، بل هو في حقيقة الأمر استجواباً ومواجهةً لهم؛ وذلك وفقاً لما أقر به هو نفسه تفصيلاً غير مرة في أقواله /شهادته أمام النيابة العامة، ونبين ذلك فيما يلي:

فقد جاء بأقوال السيد مأمور الضبط المقدم ... بالسطر الأخير من الصفحة التاسعة عشر في محضر تحقيق النيابة العامة المحرر بتاريخ .../.../٢٠١٤ في تمام الخامسة مساء بسراي النيابة:

"س: وهل قمت **بمواجهة المتهمين؟**

ج: **أيوة أنا واجهتهم جميعا...**"

وجاء بالصفحة العشرين من محضر التحقيق ذاته:

"س: وهل من ثمة مضبوطات عثرت عليها داخل ....؟

ج: أيوة أنا عثرت على مبالغ مالية، وهواتف محمولة بداخل ملابس المتهمين، **وبمواجهة كل متهم بالمضبوطات الخاصة به** قرر ملكيته للمضبوطات."

"س: وما قولك فيما هو ثابت بمحضر الضبط المحرر بمعرفتك من إثبات قيام بعض المتهمين بتبادل الأوضاع بالسلب والإيجاب وقد جاء تقرير الطب الشرعي مخالفاً لذلك؟

ج: هو استخدام المتهمين للمزلجات والكريمات يجعل من الصعب ظهور آثار احتكاك، وبالتالي لا يمكن إثبات الوضع السالب بالنسبة للمتهمين، وده بخلاف الجنس الفموي، **وكل ذلك من خلال مواجهتي للمتهمين قاموا بالإفصاح لي بتبادل الأوضاع بالسلب والإيجاب."**

"س: وما هى الفترة الزمنية التى **استغرقتها مواجهة المتهمين وضبطهم؟**

ج: هى حوالي ساعتين **قمت خلالهم بضبط المتهمين ومواجهتهم**".

ومن ثم فإن ما سُطر بمحضر الضبط، وما جاء بشهادة مأمور الضبط في تحقيق النيابة العامة، من تصوير للواقعة المدعى بها، وكذا الإقرارات المنسوبة للمتهمين؛ كل ذلك لا يصح ولا يستقيم الاستناد إليه كدليل في هذه الدعوى لقيام مأمور الضبط بمواجهة المتهمين، وهو الإجراء المحظور عليه القيام به.

ومن المعلوم إن الإقرار هو نتيجة للمواجهة التي قام بها مأمور الضبط، أي أن المواجهة سبقت الإقرارات المنسوب كذباً صدورها من المتهمين، وبطلان تلك المواجهة التي أجراها القائم بالضبط يترتب عليها بطلان تلك الإقرارات التي أتت أيضاً من خيالات القائم بالضبط وحده، وذلك لأن الإجراء الباطل يصم كل إجراء آخر بُني

عليه بالبطلان؛ وفقاً للمادة ٣٣٦ من قانون الإجراءات الجنائية.

ولما كان من المقرر أن المواجهة تأخذ حكم الاستجواب في أنها مواجهة بدليل أو أكثر من أدلة الإدانة، ويترتب البطلان على مخالفة ضمانات الاستجواب والمواجهة. ولكن يختلف نوع البطلان بحسب الضمانة التي تمت مخالفتها، فإذا أجري الاستجواب . والمواجهة تأخذ حكمه . مأمور الضبط القضائي بطل الاستجواب بطلاناً مطلقاً[١].

ويكون البطلان متعلقاً بالنظام العام في حالة انعدام الولاية بإجراء الاستجواب كما لو كان باشر الاستجواب مأمور الضبط القضائي؛ كما يترتب على بطلان الاستجواب بطلان كل ما يترتب عليه من آثار، وعلى ذلك يكون الأمر بالحبس الاحتياطي بناء عليه باطلاً باعتبار أن الحبس الاحتياطي لا يجوز إلا بعد استجواب صحيح من قبل سلطة التحقيق، كذلك يبطل الاعتراف المترتب على الاستجواب الباطل[٢].

كما قضت محكمة النقض في العديد من أحكامها بأنه من المقرر أن المواجهة كالاستجواب وهي من إجراءات التحقيق المحظورة على مأمور الضبط القضائي مباشرتها[٣]، وإقامة الحكم قضاءه علي الدليل المستمد من الاستجواب . والمواجهة تأخذ حكم الاستجواب . دون أن يعرض للدفع ببطلانه يعيب الحكم بالقصور في التسبيب[٤].

رابعاً: وقوع تهديد (إكراه معنوي) من القائم بالضبط على المتهمين أثناء القبض عليهم، وبعده ببرهة يسيرة يودي بالإقرارات المنسوب صدورها كذباً عن المتهمين في حومة البطلان.

من المقرر أن الاعتراف الذي يعول عليه كدليل اثبات في الدعوى يجب أن يكون اختيارياً صادراً عن إرادة حرة، فلا يصح التعويل على الاعتراف–ولو كان صادقاً–متى كان وليد إكراه كائناً ما كان قدره[٥].

التهديد هو ضغط شخص على إرادة آخر لتوجيهها إلى سلوك معين، والتهديد هو أهم صور الاكراه المعنوي، ولا شك أن الإكراه المعنوي ينتقص من حرية الاختيار لأنه ينذر بشر إن لم يوجه الخاضع له إرادته إلى السلوك المطلوب منه[٦].

وكان ذهاب السيد مأمور الضبط لتنفيذ الإذن الصادر له بصحبة أحد البرامج الإعلامية المغرضة بطاقمها التليفزيوني من أجل تصوير واقعة القبض على مواطنين داخل حمام عمومي، وقيام مذيعة هذا البرنامج وطاقمه بتصوير بعض المتهمين عرايا اللهم إلا من ملابس ستر العورات، وإجبار متهمين آخرين على القيام بخلع ملابسهم من أجل سبك الحلقة للإعلامية المهوسة–التي هي بالتأكيد المصدر السري للسيد القائم بالضبط–

---

[١] شرح القواعد العامة للإجراءات الجنائية ـ د/عبد الرؤوف مهدى ـ طبعة دار النهضة العربية ٢٠١٠ ـ صـ ٦٧٥

[٢] قانون الإجراءات الجنائية معلقاً عليه بأحكام الفقه والقضاء ـ د/ مأمون سلامة ـ الطبعة الثالثة ٢٠٠٩ ـ ج١ ص ٤٩٠ و٤٩١.

[٣] يراجع الطعن رقم ٩٥٨٨ لسنة ٦٠ تاريخ الجلسة ١٤ \ ١١ \ ١٩٩١ مكتب فني ٤٢ رقم الجزء ٢ رقم الصفحة ١٢١٣، والطعن رقم ٥١٧٣٢ ـ تاريخ الجلسة ٠٦ \ ٠٣ \ ٢٠٠٦، والطعن رقم ٥٣١٤ لسنة ٥٢ تاريخ الجلسة ١٨ \ ٠١ \ ١٩٨٣ مكتب فني ٣٤ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ١٠٧.

[٤] يراجع الطعن رقم ٢٦٠١٤ لسنة ٥٩ تاريخ الجلسة ٠٣ \ ٠٥ \ ١٩٩٠ مكتب فني ٤١ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٦٨٩.

[٥] طعن رقم ٥١٢٠ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩ /١٢ /١٩٨٢، طعن رقم ٥٣٢ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٦ /٦ /١٩٨٠، طعن رقم ١٠٥٦ لسنة ٤١ ق جلسة ٢٦ /١٢ /١٩٧١، طعن رقم ١٩٨٧ لسنة ٣٧ق جلسة ١١ /١٢ /١٩٦٧.

[٦] محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، طبعة ١٩٧٧، ص٥٨٤.

ووضع المتهمين جميعاً تحت مقصلة التشهير بهم، وبأسرهم، وفضحهم بالطعن في أعراضهم، وانتقاصاً ونيلاً من سمعتهم عن طريق عرض فيديو وصور فوتوغرافية لهم على شاشات التليفزيون بأوضاعهم سالفة البيان، فإن ذلك يشكل إكراهاً معنوياً يعدم أية إقرارات تنسب صدورها إلى المتهمين.

واجمالاً فان ما نسبه المقدم ....–القائم بالضبط ومحرر محضره–للمتهمين من إقرار جاء باطلاً للأسباب السالف ذكرها.

بطلان محضر الضبط لمخالفته صريح نص المادة ٢٤من قانون الإجراءات الجنائية:

اذ بالرجوع لمحضر الضبط المحرر بمعرفة المقدم ... نجده قد أغفل ما استوجب قانون الاجراءات الجنائية اثباته, ونعرض ذلك على النحو الاتى:

أولا تجهيل القائم بالقبض:

فجاء بالصفحة الثالثة من المحضر أنه "...وقمت بتوزيع الادوار وذلك حفاظا منا على أمن وتأمين المأمورية اثناء عملية الدخول والمداهمة.. وعقب القاء التعليمات قمت والقوة السرية المرافقة بدخول الحمام وقمت بضبط المدعو ... وتلاحظ لى تواجد المأذون بضبطه وتفتيشه/ ... وعلى الفور قامت القوة المرافقة بضبط هؤلاء الرجال الشواذ حال قيامهم بممارسة الفجور وفى تلك الاثناء أيضا قمت بضبط المأذون بضبطه وتفتيشه/ ...,, والمدعو ...,, والمدعو ... "

وبذلك يكون وفقا لما سطره المقدم أحمد حشاد بمحضره أن قد قام بنفسه بضبط كلا من: ١- ... ٢- ... ٣- ...٤-.... ....٥

أما باق المتهمين قد قامت القوة المرافقة بضبطهم على حسب ما جاء بمحضر المقدم.

لم يتكلف محرر المحضر عناء ذكر أي من الأشخاص الذين قاموا بالقبض على أي من المتهمين الاخرين على وجه التحديد حتى يتسنى للنيابة العامة أو أية جهة قضائية مراقبة ذلك القبض بالرجوع لأى ممن قاموا به وسؤالهم عن ظروف حدوثه.

ثانيا تجهيل ساعة القبض:

حيث لم يسطر بالمحضر ساعة القبض على أي من المتهمين.

نصت المادة ٢٤ من قانون الإجراءات الجنائية في فقرتها الثانية أنه "يجب أن تثبت جميع الإجراءات التي يقوم بها مأمور الضبط القضائي في محاضر موقع عليها منهم يبين بها وقت اتخاذ الأجراء ومكان حصوله."

فأوجب القانون أن تكون المحاضر غير مجهلة مأمور الضبط القضائي القائم بالاجراء, مثبت بها وساعة

حصول ذلك الاجراء, حتى تتمكن جميع الهيئات القضائية من مباشرة وظائفها في الاستدلال ومراقبة عمل مأمور الضبط القضائي وكيفية أدائه لها, لإظهار وجه الحقيقية ولكفالة الحقوق والحريات للمواطنين.

وقد نصت المادة٣٣١ من قانون الاجراءات الجنائية علي أنه "يترتب البطلان علي عدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بإجراء جوهري."

وحيث أن محضر الضبط لم يحدد من قام بالقبض على أحد وعشرين متهم ولا ساعة ذلك القبض, وهى جميعها اجراءات جوهرية كان يتعين ويستوجب على السيد مأمور الضبط ذكرها, فكان الجزاء الذى حدده القانون لما أوجبته نص المادة ٢٤ هو البطلان كما ورد بالمادة ٣٣١ في صريح نصها.

بطلان شهادة المقدم ... تطبيقا لصريح نص المادة ٣٣٦ من قانون الاجراءات الجنائية:

جاءت شهادة ...., ليدلى بأقواله أمام النيابة العامة, بالمحضر المحرر بتاريخ .../.../٢٠١٤ فى تمام الساعة الخامسة, ليتم سماع أقواله فيما أجراه من قبض, وما حرر من محضر للضبط, وما قام به من مناقشة ومواجهة للمتهمين.

وحيث عرضنا بالدفوع السابقة بطلان محضر الضبط الذى حرره سيادة المقدم لمخالفته صريح نص المادة ٢٤ من قانون الاجراءات الجنائية, والبطلان المطلق للاستجواب والمواجهة اللذان أقامهما السيد مأمور الضبط لمخالفتهما النظام العام تطبيقا لنص المادة ٣٣٢ من قانون الاجراءات الجنائية.

نعرض بطلان شهادة ... تطبيقا لنص المادة ٣٣٦ من قانون الاجراءات الجنائية. حيث نصت المادة ٣٣٦ من قانون الاجراءات الجنائية على أنه "اذا تقرر بطلان اى اجراء فانه يتناول جميع الآثار التى تترتب عليه مباشرة."

ومقتضى نص المادة أنه متى تقرر بطلان العمل الاجرائى زالت عنه اثاره القانونية فيصبح وكأنه لم يكن.

ويترتب على بطلان الاجراء بطلان ما ترتب عليه ونتج عنه, الا ان المعيار الذى يحدد العلاقة التى يجب أن تربط العمل الاجرائى الباطل بالأعمال التالية له حت يمتد اليها البطلان يمكن تحديده فى أن يكون الاجراء الباطل مقدمة قانونية ضرورية للاجراء اللاحق.

(نظرية البطلان فى قانون الاجراءات الجنائية,رسالة للحصول على درجة الدكتوراه فى الحقوق, تأليف أحمد فتحى سرور, ص٣٨٣)

وقد أيدت هذا الاتجاه محكمة النفض فى أحكامها, فنذكر منها: "لما كان ذلك, وكان التفتيش الذي تم على المتهم – وكما أورد الحكم – قد وقع باطلاً فإن الدليل المستمد منه يضحي باطلاً ويستطيل هذا البطلان إلي كل ما ضبط مع المتهم من مخدر نتيجة لذلك الإجراء الباطل ويتعين استبعاد كل دليل نتج عن هذا التفتيش الباطل بما في ذلك شهادة من أجراه"

(طعن رقم ٢٥٨٣٣ لسنة ٦٩ق– جلسة ٢٠٠٧/١٠/٣)

وبالرجوع لوقائع دعوانا نجد أن شهادة ... ما كان له أن يدلى بها الا بعد ما قام به من عدة اجراءات باطلة, فما كان لسيادة المقدم أن يدلى بشهادته لولا ما قام به قبض باطل, و تحريره لمحضر باطل, وقيامه باستجواب ومواجهة باطلين, ولما كان ما سبق يعد بمثابة مقدمة قانونية ضرورية لشهادة ...., ولما كانت شهادة سيادة المقدم يدور مضمونها فى فلك ما سبق وقد عرضنا أوجه بطلانه, فانه يتعين بطلان هذه الشهادة تطبيقا لنص المادة ٣٣٦ من قانون الاجراءات الجنائية.

استبعاد القيد والوصف الوارد في البند الثانى من أمر الإحالة للمتهمين من السادس وحتى المتهم الحادى عشر تطبيقا لنص المادة ٣٢ من قانون العقوبات:

وهو البند الخاص بالفعل الفاضح العلنى المخل بالحياء, وبالتالي استبعاد المادة ٢٧٨ من قانون العقوبات من قرار الاتهام. وذلك تطبيقا للفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون العقوبات المصري.

إذ بالرجوع لأمر الاحالة نجده قد جاء ببنده الأول بخصوص المتهمين من السادس وحتى الحادى عشر:

"اعتادوا على ممارسة الفجور على النحو المبين بالتحقيقات."

ثم جاء بالبند الثان من أمر الاحالة بخصوص ذات المتهمين:

"فعلوا علانية فعلا فاضحا مخلا بالحياء بأن مارسوا الفجور فى محل عام مطروق للكافة على النحو المبين بالتحقيقات."

وحيث نصت المادة ٢٧٨ من قانون العقوبات الخاصة بالفعل الفاضح العلنى المخل بالحياء علي انه: "كل من فعل علانية فعلا فاضحا مخلا بالحياء يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بغرامة لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه مصري.»" .

كما نصت المادة ٩/ج من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ في شأن مكافحة الدعارة على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيها ولا تزيد على ثلاثمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين.. (ج) كل من اعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة.."

وحيث كان ذات السلوك المجرم المنسوب للمتهمين من السادس وحتى المتهم الحادى عشر هو "ممارسة الفجور" على حد ما سطر بمذكرة مأمور الضبط, قد وصفته النيابة العامة تارة كونه اعتياد ممارسة الفجور – كما جاء بالبند الأول– وتارة أخرى نجدها تصفه فعلا فاضحا علنيا مخلا بالحياء –كما جاء بالبند الثانى– ولكل وصف منهما نص تجريمي, فاننا نجد أنفسنا أمام اجتماع نصوص تجريم ازاء فعل واحد (الفعل الذى حدده مأمور الضبط بممارسة الفجور), فالفعل نفسه قد أفردت له النيابة العامة وصفين لجريمتين مختلفتين وهو ما يعرف بالتعدد المعنوي أو الصوري.

نصت المادة ٣٢ من قانون العقوبات على أنه "اذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي

عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها.

واذا وقعت عدة جرائم لغرض واحد وكانت مرتبطة ببعضها بحيث لا تقبل التجزئة وجب اعتبارها كلها جريمة واحدة والحكم بالعقوبة المقررة لأشد تلك الجرائم."

يتضح من نص المادة أن التعدد نوعان: فإما أن يكون حقيقيا ويطلق عليه أيضا التعدد المادي، واما يكون صوريا ويطلق عليه أيضا التعدد المعنوي.

ونختص بالذكر هنا النوع الثاني (التعدد المعنوي), كما عرضته نص الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون العقوبات:

فالتعدد المعنوى مقتضاه أن يصدر فعل واحد لكنه يخضع لأكثر من وصف قانونى واحد. ذلك أن الأوصاف القانونية للأفعال الجنائية قد تتداخل فيما بينها بسبب وجود عناصر مشتركة بين بعض الجرائم وبعضها الاخر. ونظرا لأن هذا التعدد ليس حقيقيا, بل هو تعدد أوصاف قانونية أو أسماء مختلفة لنشاط واحد, فقد جرى الرأى على وصفه بأنه تعدد معنوى أو ذهنى أو صورى.

(المشكلات العملية العامة فى قانون الاجراءات الجنائية, الجزء الثانى, د/ رؤوف عبيد, ص ١٧٠, طبعة ثالثة.)

<u>فالتعدد المعنوي أو الصوري يقوم على عنصرين: وحدة الفعل, وتعدد الأوصاف.</u>

وبتطبيق ذلك على واقعات الدعوى نجد أن نفس الفعل (وهو على حسب ما ذكره مأمور الضبط بمذكرت: ممارسة الفجور) قد وصف في أمر الاحالة بكونه اعتياد على ممارسة الفجور –كما جاء بالبند الأول– ورأت النيابة العامة اخضاعه لنص المادة ٩/ج من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ في شأن مكافحة الدعارة, ثم كيفته النيابة العامة فعلا فاضحا علنيا –كما جاء بالبند الثانى– فارتأى لها اخضاعه لنص المادة المادة ٢٧٨ من قانون العقوبات.

وقد بينت الفقرة الأولى من المادة ٣٢ أحكام التعدد الصوري, فنصت على أنه " **اذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها.**"

فجاء المشرع بصريح نص يضمن أن الشخص الذى لم يرتكب سوى فعل واحد, لا تقوم في حقه الا جريمة واحدة, وهى الجريمة ذات العقوبة الأشد.

فقد انطوى نص المادة على وجوب اعتبار الجريمة الأشد دون غيرها (فلا قيام لغيرها من الجرائم), والحكم بعقوبة تلك الجريمة.

قد استخدم المشرع عبارة "وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد" ليؤكد على أن الجريمة ذات العقوبة الأشد تكون هي محل النظر والتدقيق, كما أستتبع المشرع لفظ "اعتبار الجريمة" بعبارة "والحكم بعقوبتها", وذلك التعقيب ذو دلالة على أن الجريمة الأشد تكون محل النظر والتدقيق لا بمرحلة الحكم وحدها انما من مرحلة التحقيق ابتداءً.

وبذلك لا تقوم بالتعدد الا جريمة واحدة هي الجريمة الأشد, وهى الجريمة التي يحكم بعقوبتها, فيعتبر المتهم أنه لم يرتكب سواها, وعلة ذلك أن المتهم لم يرتكب سوى فعل واحد, فاذا كان الفعل واحد فلابد أن تكون الجريمة

واحدة.

(د/محمود نجيب حسنى, شرح قانون العقوبات القسم العام, ص٩٨٤)

ومن صور التعدد المعنوى نقدم الأمثلة الاتية:

–ضرب يقع على مجنى عليه واحد ويفضى الى احداث عاهة مستديمة به, ثم الى وفاته من نفس الاصابة. (م٢٤٠/ ٢٣٦ع)

والسؤال هنا ألن تعتبر جريمة واحدة (ذات الوصف الأشد , ٢٣٦ ع) وحدها محل النظر والتدقيق فيصبح المتهم كأن لم يرتكب سواها, وتعد الأخرى (ذات الوصف الأخف, ٢٤٠ ع) لا قيام لها البتة, كأن لم ترتكب من الأساس!؟

قد قضت محكم النقض في حكم من عيون أحكامها بأنه: "لما كانت المادة ٣٢ من قانون العقوبات نصت في فقرتها الأولى على أنه اذا كون الفعل الواحد جرائم متعددة وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد والحكم بعقوبتها دون غيرها. فقد دلت بصريح عبارتها على أنه الحالة التي يكون فيها للفعل الواحد عدة أوصاف يجب اعتبار الجريمة التي تمخض عنها الوصف او التكييف القانوني الأشد للفعل والحكم بعقوبتها دون غيرها من الجرائم التي قد تتمخض عنها الأوصاف الأخف, **اذ يعتبر المتهم كأن لم يرتكب غير هذه الجريمة ذات العقوبة الأشد.**

وذلك على خلاف حالة التعدد الحقيقي للجرائم المرتبطة ارتباطا لا يقبل التجزئة التي اختصت بها الفقرة الثانية من المادة ٣٢ سالفة الذكر.

ويؤكد هذا النظر تباين صياغة الفقرتين حيث اردف الشارع عبارة "الحكم بعقوبة الجريمة الأشد" بعبارة "دون غيرها" في الفقرة الأولى الخاصة بالتعدد المعنوي بينما أسقط تلك العبارة في الفقرة الثانية الخاصة بالتعدد الحقيقي ولو كان مراده التسوية بينهما لجرت صياغتهما بعبارة واحدة وعلى نسق واحد ولما كانت هناك ثمة حاجة الى افراد فقرة لكليهما."

(طعن رقم ٢٠٤٥١, لسنة ٧٢ قضائية)

ولما كان فعل (ممارسة الفجور) قد تداولته النيابة العامة بوصفين قانونين: اعتياد مماسة الفجور, والفعل الفاضح العلنى المخل بالحياء . فانه اعمالا لصريح نص الفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون العقوبات, وما أقرته محكمة النقض من وجوب اعتبار الجريمة التي تمخض عنها الوصف الأشد –وتعد هى تلك الجريمة الواردة بالبند الأول من أمر الاحالة الخاص اعتياد ممارسة الفجور و المنصوص عليها بالمادة ٩/ج من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ والتى عقوبتها الحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات والغرامة أو احدهما – واعتبار المتهم كأن لم يرتكب غير هذه الجريمة واعتبار جريمة الفعل الفاضح العلنى ذات الوصف الأخف لا قيام لها البتة – والتى عقوبتها الحبس مدة لا تزيد على سنة أو الغرامة أو أحدى العقوبتين– وبالتالي استبعاد٢٧٨ من قانون العقوبات من قرار الاتهام. وذلك تطبيقا للفقرة الأولى من المادة ٣٢ من قانون العقوبات المصري.

انتفاء أركان جريمة اعتياد ممارسة الفجور:

تنص ٩/ج من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١ في شأن مكافحة الدعارة على أن "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن خمسة وعشرين جنيها ولا تزيد على ثلاثمائة جنيه أو باحدى هاتين العقوبتين.. (ج) كل من اعتاد ممارسة الفجور أو الدعارة.."

وواضح من هذا النص أن ارتكاب الفجور أو الدعارة لا عقاب عليه الا اذا تم على وجه الاعتياد, فالاعتياد ركن أساسى في الجريمة لا تقوم بدونه.

تقوم جريمة الاعتياد على ممارسة الفجور أو الدعارة على ثلاثة أركان هى:

١- ممارسة الفجور أو الدعارة.

٢- أن يكون ذلك على سبيل الاعتياد.

٣- القصد الجنائى.

اولا- ممارسة الفجور أو الدعارة:

جاء صريح نص المادة ٩ (ج) أنه يلزم لقيام جريمة الاعتياد على "ممارسة" الفجور أو الدعارة بالفعل. واذن فيجب أن يقوم بالدليل المقنع على أن المتهم قد ارتكب الفجور أو الدعارة.
وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه حتى ولو كانت المتهمة من المعروفات لدى الشرطة بالاعتياد على ممارسة الدعارة, فان مجرد دخولها احدى الشقق لا ينبئ بذاته عن ادراك الضابط بطريقة يقينية على ارتكاب هذه الجريمة, ومن ثم فان ما وقع على الطاعنة هو قبض صريح ليس له ما يبرره ولا سند له في القانون.
(نقض ٩ يونية سنة ١٩٨٠ مجموعة احكام النقض س٣١ رقم ١٤٢ ص٧٣٧)

والسؤال هنا فى دعوانا هذه هل ارتكب فعل الممارسة من الاساس الذى يعد اعتياد ارتكابه جريمة أم لا؟

للاجابة على ذلك السؤال نرجع لأقوال المقدم ...بالصفحة عشرين من المحضر المحرر يوم .../.../٢٠١٤ فى تمام الخامسة
"س: وما هو قولك فيما هو مثبت بمحضر الضبط المحرر بمعرفتك من اثبات قيام بعض المتهمين بتبادل الأوضاع بالسلب والايجاب وقد جاء تقرير الطب الشرعى مخالفا لذلك؟

ج: هو استخدام المتهمين للمزلجات والكريمات يجعل من الصعب ظهور اثار احتكاك وبالتالى لا يمكن اثبات

الوضع السالب بالنسبة للمتهمين, وده بخلاف ممارسة الجنس الفموى, وكل ده من خلال مواجهتى للمتهمين قاموا بالافصاح لى بتبادل الأوضاع بالسلب والايجاب."

فعلى الرغم من اقرار المقدم ... فى أقواله بعدم مشاهدته للواقعة من الأساس,نجده قد ارتكز فى شهادته على ان استخدام المزلجات والكريمات من الممكن ألا يظهر اثار الاحتكاك, الا انه لا يوجد بالاحراز التى ضبطها المقدم من الحمام كله أية كريمات أو مزلجات لتعزز فرضيته التى ذكرها بمحضر الضبط من أنه كان هناك حالات ايلاج من الخلف, الأمر الذى ينتفى معه ممارسة الفجور من الأساس.
وبعد أن عرضنا انتفاء الممارسة من أساسه, نود أن نؤكد على أنه حتى طبقا للرواية الواهية التى ساقها محرر المحضر لا يمكننا القول بتوافر لا الاعتياد ولا الممارسة التى يتعين لقيامها شروط نعرضها وفقا لأحكام النقض فيما يلى:

وقد استقرت محكمة النقض الفجور في أحكامها على تعريف الفجور بكونه: "ممارسة الذكور لأفعال من شأنها ارضاء شهوات الغير مباشرة ودون تمييز"
(نقض ١٨ يناير سنة ١٩٧٠)

كما عرفته أيضا بكونه "مباشرة الفحشاء مع الناس بغير تمييز"
(نقض ١٢ مايو سنة ١٩٧٥ مجموعة أحكام النقض س٢٦ رقم ٩٧ ص٤٢٠)

وبذلك يلزم أن يتوافر في ممارسة الفجور شرطان هما:
أ- ارضاء شهوة الغير بطريق مباشر.
ب-ارضاء شهوة الغير بدون تمييز.

ونعرض هذان الشرطان على النحو التالى:-
أ- ارضاء شهوة الغير بطريق مباشر:
يجب أن يكون ارتكاب الافعال الجنسية بقصد ارضاء شهوات الغير بطريق مباشر, فارضاء شهوة الغير تقتضى استبعاد ارضاء الشهوات الشخصية من نطاق الفجور. فالرجل المصاب بشذوذ جنسى اذا سعى الى الرجال لمواقعته ارضاء لشهوته لا يعد ممارسا للفجور.
(الجرائم الجنسية, الدكتور ادوارد غالى, ص ٢٢٠)

وتطبيقا لما تقدم فان حتى الزعم الذى ساقه المقدم ... بمحضره -والذى لم يعزز فى ذات المحضر أو فى أى من أوراق دعوانا بما يدلل عليه- من كون بعض المتهمين قاموا بايلاج عضو تذكيرهم بمتهمين اخرين-وهو الأمر الذى يتعارض مع تقرير الطب الشرعى المرفق بأوراق دعوانا, والقول بأن استخدام المزلجات لا يمكن

اثبات معه أى اثار يتناقض وما تم ضبطه من أحراز تخلو من أية كريمات أو مزلجات– وبالاضافة لأن ذلك الزعم جاء مخالفا للواقع ومتنافيا مع تقرير الطب الشرعى والاحراز الا أنه ذات الزعم نفسه لا يعزز بأى حال من الأحوال شرط ارضاء شهوة الغير اللازم فى الممارسة محل الجريمة, حيث أن ذلك الزعم –المجحف للحقيقة– لا يمكن معه و أن يطمئن ضمير المحكمة الى أن ما تم من ممارسة لم يكن لارضاء لشهوات شخصية, فينتفى معه شرط ارضاء شهوة الغير اللازم فى الممارسة لقيام جريمة اعتياد ممارسة الفجور.

ب– ارضاء شهوة الغير بلا تمييز:

يجب لممارسة أفعال الفجور مع الغير أن يكون بلا تمييز, أى بدون تخصيص أشخاص أشخاص معينين لاشباع شهواتهم.

وفى ذلك قضت محكمة النقض أنه "مادام توافر شرط عدم التمييز فلا يهم بعد ذلك ما اذا كان من يمارس البغاء قد تقاضى اجرا مقابل ارضاء شهوات الغير أم لا, فالاجر ليس لازما في ذاته ولكنه يعد قرينة على عدم التمييز بين الناس في قبول ارتكاب الفحشاء معهم"

(نقض ١٢ مايو سنة ١٩٧٥)

ونود أن نشير الى أن القرينة المشار اليها بالحكم السابق هى قرينة قضائية تقوم على استنباط واقعة مجهولة من وقائع معلومة على سبيل الجزم واليقين. وتختلف هذه القرينة عن القرينة القانونية فى أن القاضى يستخلص الواقعة المجهولة باستعمال المنطق والاستعانة بالخبرة. فالاثبات فى القرينة القضائية يجب أن يكون فعليا لا افتراضيا. ويخضع القاضى لرقابة محكمة النقض فاذا كان استنباطه منافيا للعقل والمنطق واعتمد القاضى على هذه القرينة فى الادانة كان حكمه معيبا بالفساد فى الاستدلال.

(الوسيط فى قانون الاجراءات الجنائية, الكتاب الأول, أحمد فتحى سرور, طبعة ٢٠١٤, ص٤٩٣)

(نقض ١٧ نوفمبر سنة ١٩٥٩, مجموعة الأحكام س١٠, رقم ١٩, ص٨٩٦)

وتطبيقا لما تقدم فاننا بالرجوع لأوراق دعوانا نجد أن النيابة العامة قد نسبت للمتهمين من السادس وحتى الحادى عشر تهمة الاعتياد على ممارسة الفجور استنادا لما ساقه المقدم أحمد حشاد فى روايته من أنهم قد تحصلوا على مبالغ مالية نظير ذلك, الا أن النيابة العامة قد فاتها الى انه حتى ما سيق برواية سيادة المقدم من تحصل على مبالغ مالية لا يعدو كونه قرينة قضائية يفترض أن تقوم على استنباط من وقائع معلومة باستعمال المنطق والاستعانة بالخبرة.

وبانزال المنطق على راوية المقدم ... التى سطرها بمحضره الباطل (كما عرضنا), وشهد بها بشهادته الباطلة– كما بينا–أمام النيابة العامة, والتى تفترض أنه بعد دفعه للباب وقيامه بالدخوال الى غرفة البخار, استطاع فى جزء من الثانية أن يلتقط صور فوتوغرافية نحتت تفاصيلها فى ذاكرته لأربع وعشرين متهم يمارسون الجنس, ولم

يقم أى منهم بالاضطراب أو محاولة الكف عن القيام عما يقوم به من أفعال جنسية حتى بعد دلوف سيادة المقدم والقوة المرافقة غرفة البخار ودفع سيادته لباب الغرفة. وبعرض ما تقدم من رواية المقدم ... نجد المنطق وقد ضرب فى مقتل, فلا يسعنا سوى الاستعانة بالخبرة والتى جاءت نافية لأى ممارسة جنسية من التى صورها المقدم أحمد حشاد بمحضره, وحتى القول بان استعمال المزلجات والكريمات ساعد على عدم اظهار تلك الاثار بتقرير الطب الشرعى مردود عليه بأنه ما ضبط من احراز خال تماما من أى كريمات أو مزلجات, مما ينتفى واقعة الممارسة من اساسها.

وبعد عرض ما تقدم كيف يمكن لنا القول بأن ما جاء على لسان المقدم ... من حصول المتهمين على مبالغ مالية نظير الممارسات الجنسية يعدو حتى قرينة قضائية قامت على أساس واقعة لا تتصور منطقا و ناقضها تقرير الطب الشرعى وما نسب للمتهمين من احراز !؟

ثانيا- الاعتياد:

من المسلم به أن القانون الجنائي قانون يقوم على الواقع ويبتعد عن الافتراضات, ولذلك فان اثبات الركن المادي للجريمة من نشاط ونتيجة وعلاقة سببية ونسبته الى فاعله يجب أن يكون قائما على الدليل اليقيني من أوراق القضية, وهذا مبدأ عام مستقر عليه في اصول المحاكمات الجنائية.
لا يعاقب القانون على مجرد ممارسة الفجور, وانما يعاقب على الاعتياد على ارتكابه, فالعقاب اذن على حالة أو ظرف قائم بالشخص وليس مجرد واقعة مادية.
(نقض ٨ اكتوبر سنة ١٩٨٤ مجموعة احكام النقض س٣٥ رقم ١٣٩ ص٦٣٢, ١٩ مارس سنة ١٩٨٦ رقم ٨٧ سنة ٤٢٨.)

يتوافر الاعتياد بارتكاب فعل من أفعال البغاء مرتين أو أكثر, وتعتبر جميع الأفعال مهما تعددت جريمة واحدة متى كان وقوعها قبل المحاكمة النهائية.
والاعتياد يختلف عن مجرد تكرار الفعل, فالاعتياد وصف يلحق بالجانى لا يتحقق الا اذا لا يتحقق الا اذا ارتكب الفعل مرتين على الأقل في مناسبات أو ظروف متكررة, أما تكرار الفعل في ظرف واحد أو على مسرح واحد au cours d'une scene unique فلا يتحقق به ركن الاعتياد, سواء تم تكرار الفعل فى وقت واحد مع أشخاص مختلفين أم تكرر فى وقت واحد مع شخص بعينه.
(جرائم البغاء- رسالة دكتوراه- جامعة القاهرة- سنة ١٩٦١- بند ٩٠)

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن "تكرار الفعل ممن تأتى الدعارة فى مسرح واحد للاثم لا يكفى لتكوين العادة ولو ضم المجلس أكثر من رجلا, ذلك أن الاعتياد انما يتميز بتكرار المناسبة أو الظرف ولما كان

الحكم المطعون فيه قد اتخذ من تكرار الفعل مرتين مع الطاعنة الثانية فى مجلس واحد دليل على ثبوت الاعتياد فى حقها, وكان ما اورده الحكم من ذلك لا يكفى بهذا القدر لاثبات توافر هذا الركن الذى لا تقوم الجريمة عند تخلفه, فانه يتعين نقض الحكم والقضاء ببرائة الطاعنة مما أسند اليها."
(نقض ٧ مايو ١٩٦٢ مجموعة احكام النقض س١٣ رقم ١١٠ ص٤٣٧)

ولا نجد فى أوراق دعوانا ما يدلل على توافر حتى التكرار أو حتى الممارسة من الأساس, وليس الاعتياد بكونه الركن اللازم لقيام الجريمة والذى يفترض ارتكاب الفعل فى مناسبات أو ظروف مختلفة, و حتى أفتراض تكرار الفعل مع أشخاص مختلفين على مسرح واحد هو الحمام –وهو ما لا يوجد بأوراق الدعوى ما يعززه – ليس الا مجرد تكرار لا يكفى لقيام ركن الاعتياد الذى يتميز بتكرار الظرف أو المناسبة, وليس مجرد تكرار الفعل حتى ولو مع أشخاص مختلفة. كما أن ما ساقه المقدم ... من مزاعم خاصة باقرار باطل نسبه للمتهمين باعتيادهم ممارسة الفجور نرد عليها بتقارير الطب الشرعى الخاصة بالمتهمين والتى نفت وجود الممارسة من أساسها وليس فقط الاعتياد.

يعد مبدأ بناء أحكام الادانة على الجزم واليقين ضمانة لا يتصور العبث بها في أحكامنا وهو ما أكدته المحكمة الدستورية بقولها أن "دحض أصل البراءة يكون ممتنعا بغير الأدلة التي تبلغ قوتها الاقناعية مجال ثبوت التهمة مبلغ الجزم واليقين, بما لا يدع مجالا معقولا لشبهة انتفائها."
(المحكمة الدستورية العليا جلسة ٢ من يناير سنة ١٩٩٣– مجموعة الأحكام الجزء الخامس ص ١٠٣)

فأصل البراءة مفترض في كل متهم, فلا يجوز أن يهدم الا بدليل جازم مستنبط من عيون الأوراق وبموازين الحق, وعن بصر وبصيرة, فهل من الأحرى أن يطمئن ضمير المحكمة لتوافر ركن الاعتياد فى جريمة اعتياد ممارسة الفجور استنادا على غير دليل من الاساس اللهم الا مزاعم لا تمت للواقع بصلة وقد عرضنا أوجه بطلانها انفا, أم أن يطمئن ضميرها لدليل ساقه خبير فنى من الطب الشرعى جاء نافيا لركن الاعتياد والممارسة من أساسها؟

<u>ثالثا– القصد الجنائى:</u>

يعرف القصد الجنائي باتجاه ارادة الجاني نحو ارتكاب الجريمة –سلوكا ونتيجة– مع العلم بتوافر أركانها القانونية. أي أن القصد الجنائي يتطلب أن تتجه ارادة لارتكاب جريمة معينة واحداث النتيجة الاجرامية, فيتوافر القصد الجنائى في جريمة الاعتياد على ممارسة الفجور باتجاه ارادة الجانى الى ارتكاب الفعل مع علمه بكافة العناصر المكونة للجريمة.

وبالاضافة لهذا القصد العام يجب أن يتوافر قصد خاص هو قصد "ارضاء شهوة الغير بدون تمييز", ذلك

القصد الذى افترضته النيابة العامة فى دعوانا, على الرغم أنه من الثابت والمستقر عليه فقها وقضاء أنه لا يجوز افتراض القصد الجنائي, ومن ثم يجب اقامة الدليل على قيامه في حق المتهمين من واقع الدليل المعتبر الجازم بالأوراق, ولا يجوز تكليف المتهمين بإثبات عدم توافره اعمالا لأصل البراءة.

وتواترت أحكام محكمة النقض معضدة ذلك في أحكامها في قولها "ليس من شك في أن الحكم معيب فيما انتهى اليه من أن القصد الجنائي الخاص يفترض من مجرد ارتكاب النشاط المادي وعلى المتهم وحده اثبات عكس هذا القصد, لأن هذا الرأي يتناقض وأصل البراءة هو أصل دستوري لا يملك المشرع نفسه –وليس القاضي فحسب الخروج عليه."

(مجموعة أحكام النقض س ٤٣ ص ١١٤٧ رقم ١٧٩, طعن رقم ٣٣٠٣ لسنة ٦١ ق)

وقبل أن نقوم باجمال انتفاء لأركان جريمة اعتياد ممارسة الفجور نود أن نذكر أنه لا جريمة بغير ركن مادى, فان انتفى وصف الفعل انتفى مبرر تدخل القانون. وتحديد الفعل المادى المجرم لا يلجأ فيه الى الافتراضات, فلا يصح الاستدلال على وقوعه من فعل مادى آخر لا يقطع بوقوعه. وهديا بما تقدم نذكر أن تقرير الطب الشرعى لم يأت نافيا لأعتياد ممارسة المتهمين للفجور فحسب, بل جاء عاصفا بالرواية التى ساقها المقدم ... من أساسها من أن المتهمين قاموا بممارسة الفجور عن طريق الايلاج من الخلف, ويعد ما ذكره سيادة المقدم فى أقواله أمام النيابة العامة من أنه باستخدام المزلجات يمكن تجنب احداث اثار مردود عليه من الأحراز التى قام هو نفسه بضبطها من الحمام والتى جاءت خالية من أى مزلجات أو كريمات.

افتراض براءة المتهم يمثل أصلا ثابتا يتعلق بالتهمة الجنائية من ناحية اثباتها, وليس بنوع أو قد العقوبة المقررة لها, وينسحب الى الدعوى الجنائية في جميع مراحلها, وعلى امتداد اجراءاتها, فقد صار لزاما ألا يزحزح الاتهام أصل البراءة, بل يظل دوما لصيقا بالفرد سواء في مرحلة ما قبل المحاكمة أو اثنائها, وعلى امتداد حلقاتها"

(حكم ١٦ نوفمبر ١٩٩٦ في القضية رقم ١٠ لسنة ١٨ ق دستورية)

كان ذلك حكم كاشف من أحكام محكمتنا الدستورية العليا مثل أحد المبادئ والضمانات التي ضربت بها النيابة العامة عرض الحائط في اسنادها تهمة اعتياد ممارسة الفجور للمتهمين مستندة الى ماعتبرته قرينة لعدم التمييز من الأساس وهو ما نسب للمتهمين من اقرار باطل بانهم تلقوا مبالغ مالية نظير ممارسة الفجور, متناسية أن أساس الركن المادى للجريمة هو اعتياد الممارسة ذلك الاعتياد الذى لا نجد له صدى بالأوراق وتلك الممارسة التى نفاها تقرير الطب الشرعى وما ضبطه المقدم احمد حشاد نفسه من احراز.

انتفاء اركان جريمة الفعل الفاضح العلني :

تنص المادة ٢٧٨ من قانون العقوبات علي انه" كل من فعل علانية فعلا فاضحاً مخلاً بالحياء يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بغرامه لا تتجاوز ثلاثمائة جنيه ".

وبإستقراء نص المادة نجد ان جريمة الفعل الفاضح العلني يشترط لتحققها **ثلاثة اركان**
وذلك علي النحو التالي: [١] [٢]

١- الركن المادي (ويتمثل في الفعل المادي المخل بالحياء العام) .
٢- العلانية .
٣- القصد الجنائي .

١- (الدكتور/ ادوار غالي الذهبي – الجرائم الجنسية ط الثالثة ٢٠٠٦ بند ٢٣٠ ص ٣٧٤)
٢- (يراجع في مفهوم ذلك نقض ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجكوعة الاحكام س ٢٦ رقم ١٩٦ ص ٨٩١)

١- انتفاء الركن المادي :

الركن المادي في جريمة الفعل الفاضح المخل بالحياء العام هو ذلك السلوك العمدي الذي يخل بحياء من تلمسه حواسه[١] , فيجب اذن لقيام الجريمة ان يرتكب الجاني فعلا ماديا يقع في صورة "حركة عضوية "[٢] ، أو هو – وفقا لما قررته محكمة النقض – فعل مادي يخدش في المرء حياء العين أو الأذن[٣] .

١-(الدكتور/ محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات – القسم الخاص ط٢٠١٣ بند ٧٧٦ صـ ٦٥٧)
٢-(ادوار غالي الذهبي – المرجع السابق – بند ٢٣٧ ص ٣٩٢)
٣- (نقض ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجكوعة الاحكام س ٢٦ رقم ١٩٦ ص ٨٩١)

فالفعل المادي المخل بالحياء العام المنسوب للمتهمين – وبحسب ما جاء بقرار الاحالة – هو ممارسة الفجور.

ضابط الاخلال بالحياء العام

يستمد هذا الضابط من الشعور العام السائد في المكان والزمان اللذين ارتكب فيهما الفعل ولقاضي الموضوع في هذا

الامر سلطة واسعة في تحديد هذا الضابط اخدا في الاعتبار ان اختلاف الظروف في المكان والزمن الواحد له دوره في تحديد ماينطوي عليه الفعل من إخلال بالحياء ؛ فما يعد فاضحا في قرية لايعد كذلك في مدينة ، ومايعد فاضحا في داخل المدينة لا يعد كذلك علي شاطئ البحر.

وبالرجوع الي اقوال المتهمين الواردة بمحاضر التحقيقات التي تمت بمعرفة النيابة العامة نجد ان جميعهم اقروا في معرض سؤالهم عن الحالة التي كانوا عليها لحظة القبض عليهم افادوا جميعا بانهم كانوا يرتدون من الملابس ما يكفي لسترعورتهم وذلك بما يتناسب مع طبيعة المكان المتواجدين به بوصفه "حمام بلدي" يرتاده العامة للاستحمام والاستشفاء .

٢- انتفاء ركن العلانية :

تتطلب هذة الجريمة بالاضافة الي الفعل الفاضح المخل بالحياء كما اسلفا ـ ان تتوافر العلانية في هذا الفعل .
ووفقا لأنواع الاماكن العامة التي تنقسم الي ثلاثة انواع هي (اماكن عامة بطبيعتها , اماكن عامة بالتخصيص , اماكن عامة بالمصادفة) فأن المكان الذي تم القبض فيه علي المتهمين ـ حانوت حمام باب البحر ـ يعتبر وفقا للتقسيم السابق بيانه من الاماكن العامة بالمصادفة.

فالمكان العام بالمصادفة يعتبر في الاصل مكانا خاصا ، ولكن يباح للجمهورعلي وجه عارض الدخول فيه كالمطاعم والمقاهي والحوانيت فإذا ارتكب الفعل المخل بالحياء خلال الوقت الذي يوجد فيه جمهور الناس وفي الاجزاء التي صرح لهم بالدخول فيها توافرت العلانية ؛ فيما تنتفي العلانية إذا ارتكب الفعل في غير هذا الوقت أو في غير الأجزاء السابقة ، واتخدت الاحتياطات الكافية ، ولم يكن ثمة شهود اضطراريون [١].

١-(الدكتور/ محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات – القسم الخاص ط٢٠١٣ بند ٧٩٢ صـ ٦٦٧)
(ويراجع في مفهوم ذلك نقض١٤ اكتوبر سنة ١٩٧٣ مجموعة احكام محكمة النقض س ٢٤ رقم ١٧٥ ص ٨٤٧)

ووفقا لما جاء باوراق الدعوي من أقوال القائم بالضبط في المحضر المحرر بمعرفة النيابة العامة والمؤرخ ٢٠١٤/١٢/١١ ـ وبفرض صحة ما جاء به وقائع والفرض هنا فرضا جديلا علي خلاف الحقيقة ـ من انه قام بدفع باب المغطس كي يتمكن من دخول الغرفة ومشاهدة المتهمين في الحالة التي قام بسردها , وكذا قام بدفع باب غرفة البخار الملحقة بغرفة المغطس كي يتمكن من مشاهدة باقي المتهمين في الحالة التي قام بذكرها
كذلك ما جاء باقواله من ان جمهور المترددين علي المكان ليسوا علي علم بانه مكان يقام فيه حفلات لممارسة

الشذوذ علي حد وصفه وانهم غير مسموح لهم بدخول غرفة المغطس .
واستكمالا لهذا الفرض الجدلي فان المتهمين قاموا بإتخاذ الاجراءات الاحتياطية الكافية لمنع الغير من مشاهده الفعل المرتكب ، فلفظ "**دفع**" الوارد علي لسان القائم بالضبط يستفاد منه ان بابي الغرفتين كانا محكما الاغلاق مما استدعي دفعهما , كذلك ان هذين المكانين (المغطس و غرفة البخار) تعتبر علي حد قوله من غير الأماكن المصرح لجمور العامة علي وجه العموم بولوجهم خلافا لباقي اجزاء الحانوت. الامر الذي حاصله انتفاء ركن العلانية المتطلب توافره لقيام جريمة الفعل الفاضح العلني .

٣- انتفاء القصد الجنائي :

وفقا لما ستقر عليه قضاء محكمة النقض ان جريمة الفعل الفاضح العلني جريمة عمدية[١] يشترط لتحققها توافر القصد الجنائي بعنصرية العلم والارادة بحيث إذا انتفي هذا القصد لاتقوم الجريمة [٢].

(١- نقض جلسة ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٨ منشور بعماد المراجع)
(نقض ٣ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونة جـ ٦ رقم ١٧٤ ص٢٤٢)
(نقض ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٧٥ مجكوعة الاحكام س ٢٦ رقم ١٩٦ ص ٨٩١)
(٢- ادوار غالي الذهبي – المرجع السابق – بند ٢٣٧ ص ٣٩٢)

أولاً – العلم :

تعين ان يعلم المتهم ان فعله مخل بالحياء ، فإن جهل ذلك فلا يتوافر القصد لديه .
ويتعين ايضا أن يعلم المتهم ان فعله علني .
كذلك لابد ان تتوافر في اوارق الدعوي ما فيد توافر ذلك العلم لدي الجاني

ثانيا ـ الإرادة :

يتعين ان تتجه إرادة المتهم إلي الفعل الفاضح العلني ؛ فإن كانت الإرادة لم تتجه إلي فعل فاضح علي الإطلاق فلا يتوافر القصد [١] .

(محمود نجيب حسني – المرجع السابق – بند ٨٠٢ – صفحة ٦٧٤)

فوفقا لما جاء بأقوال المتهمين في التحقيقات التي اجرتها النيابة العامة فإن ايا منهم لم يثبت اتجاه ارادته لتحقيق ثمة فعل فاضح .
كذلك يتعين أن تتجه إرادة المتهم إلي علانية الفعل ، وتنتفي هذة الإرادة إذا كان المتهم لم يتوقع امكان إمكان أن يطلع الغير علي فعله بالرغم من اتخاذه كافة الاحتياطات اللازمة لمنع حدوث ذلك , وتطبيقا لذلك فمن اتي فعله في مكان خاص أحكم اغلاق بابه فلا تتوافر لديه هذه الإرادة إذا حطم شخص هذا الباب وصير الفعل معرضا لأنظار عديد من الاشخاص.

(محمود نجيب حسني – المرجع السابق – بند ٨٠٢ – صفحة ٦٧٥)

بناء عليه

ولهذه الأسباب وللأسباب الأخرى الأفضل التي تراها هيئتكم الموقرة، فإن الدفاع يصمم:

أولا–وبصفة أصلية القضاء ببراءة المتهمين من التهم المسندة إليهم.

ثانيا–وبصفة احتياطية قبول الدفع بعدم دستورية الفقرة ج من المادة ٩ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٦١، والتصريح لنا بإقامة الدعوى الدستورية، أو إحالة الدعوى برمتها إلى المحكمة الدستورية للفصل في مدى دستورية ذلك الدفع.

الدفاع الحاضر مع المتهمين

محمد خضر أحمد حسام

إسلام خليفة محمد بكير

المحامون