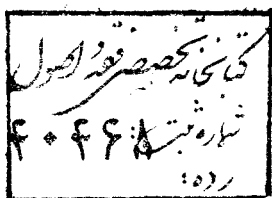


جريمة الإجهاض
بين الشريعة الإسلامية
والتشريع الجنائي الجزائري

جريمة الإجهاض

بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري



ثابت بن عزة ملكية

كلية الحقوق

جامعه سعد دحلب - البليدة

2013



دار الجامعة الجديدة

٣٨-٤٠ ش سوتير - الأزارطة - الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

www.darggalex.com info@darggalex.com

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذي خلقي من نقطة ما قتت تنمو وتتطور
بمشيئته لتخرج إلى الوجود مخلوقا حيا، كبر وتعلم
وشكر ربه وسجد لعظمته وقدرته خلقه ودعاه
التوفيق والنجاح

إهداء

إلى روح أمي و أبي الطاهرة الذين لولاهما لما وصلت إلى هذه

الدرجة من التعلم

إلى شريك حياتي الذي ساعدني و شجعني على إنجاز هذا البحث

و أشكره على تفهمه لوضعيتي التي جعلتني أهمل بعض الشيء

مسؤولياتي العائلية

ولا أنسى أطفالي وقرّة عيني حفيظة، حميدة، رضا حميد و حنان

مقدمة :

إن الإنسان أناني بطبيعته، يحب ما يرضيه و يتناسب مع أذواقه و شهواته و ينفر مالا يتناسب معها، و لا يهمه إن كان ما يصبوا إليه يتعارض أو يخرج عن قواعد المجتمع بما فيها الدينية و القانونية، فبينما يتشوق بعض الناس إلى ذرية تملأ حياتهم، نجد فئات أخرى تسعى بشتى الوسائل للتخلص من أجنثهم، و ذلك خوفا من العار و الفضيحة أو خوفا من البؤس و الفقر.

و مهما يكن، فإن معظم الشرائع السماوية حرمت الإجهاض، فجاءت الشريعة المسيحية فحرمته و اعتبرت قتل الجنين بمثابة القتل العمد، مهما كانت الأسباب الدافعة للقيام به، كما حرمت الشريعة الإسلامية و اعتبرته قتلا لنفس مؤمنة إذا بلغ الحمل مائة و عشرون ليلة، و اجتهد الفقهاء القدامى في هذا الموضوع و ذلك لغياب النص الصريح، فمنهم من حرمه في جميع مراحل الحمل و منهم من قال بكرأهته إذا كان لغير عذر، و منهم من جعل من بداية التخلق في الجنين حدا فاصلا بين التحليل و التحريم.

و حتى وقت قريب كانت بعض القوانين الجنائية تحرم الإجهاض و لا تبيحه لأي سبب كان، حتى و إن كان لإنقاذ حياة الأم من الهلاك، إلا أن هذه القوانين لم تتجح في منع القيام بالإجهاض، و الدليل على ذلك الأرقام الهائلة التي قدرها مجلس السكان بنيويورك بـ (٥٠) خمسين مليون حالة إجهاض سنويا تتم في العالم كله. كما قدر الباحثون أن ٩٠ % من أنواع الإجهاض في العالم لا تقوم على عذر شرعي، و يقدر الاتحاد الدولي العالمي للإسكان أن حوالي (٣٠) ثلاثين مليون حالة إجهاض من هذا النوع تتم سنويا.

أما في البلدان العربية، فلم نستطع أنم نتحصل على إحصائيات في هذا الصدد وهذا لا يعني أن هذه المجتمعات تخلو من هذه الجرائم، ولكن مرجع ذلك إلى أن كثيرها إن لم نقل كلها تقع بعيدا عن أعين القانون، كما أن هذه المجتمعات وما تتطوي عليه من مقومات عقائدية ومدى تمسكها بالشرف والاحتشام والحياء، يجعل من المستحيل التبليغ عن حالات الإجهاض وذلك تهريا من عقاب القانون وحفاظا على السمعة والشرف.

وبالتعرض إلى الظروف الصعبة والقاسية التي تتم فيها عمليات الإجهاض، والتي غالبا ما تتم على أيدي غير أخصائية، أو بمبالغ باهظة جدا، كما أن ما قد ينجم عنها من وفيات وعقم أو عاهات مستديمة للمرأة يدفعنا إلى القول بأن الإنسانية أمام مأساة.

ولهذا كان الإجهاض ولا يزال محل نقاش وبحث واسع فتناوله الفقهاء من الجانب الديني، كما تناوله المفكرون وعلماء الاجتماع من جانب تحديد النسل واعتبروه ظاهرة اجتماعية تستوجب العناية والبحث كما تناوله الأطباء من حيث خطورته على حياة الحامل وعلى إتلاف أعضائها التناسلية.

وسواء كان الأهتمام من الجانب الأخلاقي أو العلمي أو الديني أو الاجتماعي، فإن الإجهاض يبقى مساس واعتداء على خلق الله، لأن من مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على النفس التي قدسها القرآن وأجلها، إذ يقول العزيز الحكيم بعد بسم الله الرحمن الرحيم ﴿وَأَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ صدق الله العظيم، وهذا ما فعله الشارع، حيث تناول موضوع الإجهاض ووضعه تحت طائلة نصوص قانون العقوبات الجزائري، فقتن له مواد رادعة وزاجرة حماية للأمر و

صحتها، و للجنين و حقه في استمرار نموه و تطوره إلى حين ولادته و حماية للمجتمع في حق البقاء و الاستمرارية للبشرية.

و نفهم من ذلك أن القانون الجنائي لم يعد مجرد نصوص تطبق على الجرائم، بل تطور حيث أصبحت الدراسات الجنائية تشمل علوما عديدة كعلم الإجرام و العقاب و الطب الشرعي، حيث لا ينفصل علم الإجرام عن الطب الشرعي.

و الهدف من ذلك هو تمكين الشارع و على ضوء ذلك من وضع نصوص قانونية تحقق الغاية المرجوة و التي تتمثل في الردع العام و الخاص.

و ذلك ما سوف يظهر للقارئ عند التعرض إلى تفاصيل البحث حيث سيتبين له أن الشارع قد توسع في التجريم و شدد العقوبة على الإجهاض حتى يوضع أعداد هائلة من الجناة في أيدي العدالة، و حتى يتراجع من تخول له نفسه الإفلات منها، إلا أن هذا كله لم يمنع من انتشار ظاهرة الإجهاض بشكل فضيع و هائل و في سرية تامة. إذن فالمسألة ليست مجرد وضع نصوص معاقبة أو إلغائها و وضع بدلها نصوص إباحة لأن التجربة أثبتت أن إباحة الإجهاض في بعض الدول جعلت النساء يهملن وسائل منع الحمل و يتهاون في استعمالها، مما أدى إلى تضاعف الأعداد أو الإحصائيات المتعلقة بالإجهاض.

إذن فالمسألة أعقد من ذلك، و تتطلب الاهتمام بجوانب عدة، منها الجانب النفسي و الإنساني و الاجتماعي و الديني و الطبي و القانوني.

و ما سوف نتناوله في بحثنا هذا إن شاء الله هو دراسة الإجهاض من الناحية الدينية أي موقف الشريعة الإسلامية من ذلك و موقف القانون الجنائي الجزائري منه.

و الإشكالية التي نطرحها في بحثنا هي : متى يعتبر الإجهاض جريمة ؟ و متى يكون فعلا مباحا ؟ أو لا يستوجب قيام مسؤولية جنائية. و ما موقف الفقه و القانون من ذلك ؟ و ما هي العقوبة التي يرتبها عليه كل من الشريعة و القانون ؟.

و لهذا ارتأيت أن أقسم بحثي هذا إلى فصل تمهيدي تناولت فيه تعريف الإجهاض من الناحية اللغوية و اصطلاحا و قانونا، و ثلاث أبواب: الباب الأول خصصته للإطار الفقهي و القانوني للإجهاض و قسمته إلى فصول ثلاث تناولت في الفصل الأول : حكم الإجهاض عند الفقهاء و في قانون العقوبات الجزائري، أما الفصل الثاني فتحدث فيه عن الأركان العامة لجريمة للإجهاض و الفصل الثالث تناولت فيه صور أو جرائم الإجهاض.

أما الباب الثاني فتناولت فيه أسباب الإباحة و موانع المسؤولية و قسمته إلى فصلين اثنين، خصصت فصلا للحديث عن الإجهاض الضروري أو العلاجي و الفصل الآخر للحديث عن الإجهاض لدوافع أخلاقية و اقتصادية.

و أخيرا الباب الثالث خصصته للحديث عن العقوبة التي أقرها الفقه و القانون لجريمة الإجهاض و قسمت هذا الباب إلى فصلين اثنين : الأول تناولت فيه العقوبة التي أقرتها الشريعة الإسلامية لجريمة الإجهاض. أما الفصل الآخر فخصصته للعقوبة التي حددها قانون العقوبات الجزائري لجريمة الإجهاض و أخيرا ختمت بحثي بخاتمة طرحت فيها بعض الإشكاليات و عرضت بعض الاقتراحات.

خطة البحث

مقدمة.

فصل تمهيدي.

تعريف الإجهاض لغة.

تعريف الإجهاض اصطلاحاً.

تعريف الإجهاض قانوناً.

الباب الأول : الإجهاض في إطاره الفقهي والقانوني

الفصل الأول : حكم الإجهاض عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفي

قانون العقوبات الجزائري.

المبحث الأول : دوافع الإجهاض و مراحل نمو الجنين.

المطلب الأول : دوافع الإجهاض.

المطلب الثاني : مراحل نمو الجنين.

المبحث الثاني : موقف الفقهاء القدامى و المحدثون من الإجهاض قبل نفخ الروح.

المطلب الأول : موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض قبل نفخ الروح.

أ - مذهب الحنفية.

ب - مذهب المالكية.

ج - مذهب الشافعية.

د - مذهب الحنابلة.

هـ - مذهب الظاهرية.

و - مذهب الزيدية.

ن - مذهب الإباضية.

ي - مذهب الإمامية.

المطلب الثاني : موقف الفقهاء المحدثون من الإجهاض قبل نفخ الروح.
المبحث الثالث : موقف الفقهاء القدامى و المحدثون من الإجهاض بعد نفخ الروح.

المطلب الأول: موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض بعد نفخ الروح.
المطلب الثاني : موقف الفقهاء المحدثون من الإجهاض بعد نفخ الروح.
المطلب الثالث : تحليل آراء الفقهاء و تحديد الرأي المتداول إجماعا.
المبحث الرابع : موقف المشرع الجنائي الجزائري من جريمة الإجهاض.
الفصل الثاني : الأركان العامة لجريمة الإجهاض.

المبحث الأول : محل الجريمة.

المطلب الأول : وجود الحمل.

المطلب الثاني : خصائص حياة الجنين.

المطلب الثالث : بداية حياة الجنين و نهايتها.

المطلب الرابع : الحماية الجنائية للجنين.

المطلب الخامس : التلقيح الاصطناعي و موقف الفقهاء و القانون منه.

المبحث الثاني : الركن المادي لجريمة الإجهاض.

المطلب الأول : السلوك الإجرامي (و المتمثل في فعل الإسقاط).

المطلب الثاني : النتيجة الإجرامية لفعل الإجهاض.

المطلب الثالث : علاقة السببية.

الفرع الأول : الشروع في جريمة الإجهاض.

الفرع الثاني: المساهمة و حكم الشريك في جريمة الإجهاض.

الفرع الثالث : التحريض في جريمة الإجهاض.

المبحث الثالث : الركن المعنوي في جريمة الإجهاض.

المطلب الأول : القصد الجنائي.

الفرع الأول : العلم.

الفرع الثاني : الإرادة.

المطلب الثاني : القصد الاحتمالي في جريمة الإجهاض.

المطلب الثالث : حكم الخطأ و العمد في تحديد مسؤولية الجاني عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

المبحث الرابع : تحديد المسؤولية الجنائية عن قتل الجنين عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول : المسؤولية الجنائية عن انفصال الجنين ميتا عند الفقهاء.

المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية عن انفصال الجنين حيا عند الفقهاء.

الفصل الثالث : صور الإجهاض (أو جرائم الإجهاض).

المبحث الأول : إجهاض الغير للحامل.

المطلب الأول : إجهاض لغير الحامل.

المطلب الثاني : إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل.

المطلب الثالث : الإجهاض بفعل المحرض.

المبحث الثاني : إجهاض الحامل لنفسها.

المطلب الأول : إجهاض الحامل من تلقاء نفسها.

المطلب الثاني : إجهاض الحامل لنفسها بناءً على اقتراح الغير.

الباب الثاني

أسباب الإباحة و موانع المسؤولية

الفصل الأول : الإجهاض الضروري أو العلاجي.

المبحث الأول : تعريف الضرورة و شروط قيامها.

المطلب الأول : تعريف الضرورة.

المطلب الثاني : شروط الضرورة الشرعية.

المبحث الثاني : الإجهاض لضرورة متعلقة بالأم.

المطلب الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الإجهاض لضرورة متعلقة بالأم قبل نفخ الروح.

أ - موقف الفقهاء القدامى.

ب - موقف الفقهاء المحدثون.

المطلب الثاني : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الإجهاض لضرورة متعلقة بالأم بعد نفخ الروح.

أ - موقف الفقهاء القدامى.

ب - موقف الفقهاء المحدثون.

المطلب الثالث : موقف المشرع الجنائي الجزائري من الإجهاض لضرورة متعلقة بالأم.

المبحث الثالث : الإجهاض لضرورة متعلقة بالجنين.

المطلب الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الإجهاض لضرورة متعلقة بالجنين.

المطلب الثاني : موقف المشرع الجنائي الجزائري من الإجهاض لضرورة متعلقة بالجنين.

الفصل الثاني : الإجهاض لدوافع أخلاقية واقتصادية.

المبحث الأول : الإجهاض من حمل زنا أو من سفاح.

المطلب الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى و المحدثون من الإجهاض من حمل الزنا.

المطلب الثاني : موقف المشرع الجنائي من الإجهاض الناتج عن حمل الزنا.

المبحث الثاني : الإجهاض من حمل اغتصاب.

المطلب الأول : حكم إجهاض جنين الاغتصاب عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني : حكم إجهاض جنين الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري.

المبحث الثالث : الإجهاض لدوافع اقتصادية.

المطلب الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى و المحدثون من الإجهاض الذي يكون لدوافع اقتصادية.

المطلب الثاني : موقف القانون من ذلك.

الباب الثالث

العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض فقها وقانونا

الفصل الأول : عقوبة الإجهاض التي أقرتها الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول : الغرة.

المطلب الأول : تعريف الغرة و مشروعيتها.

المطلب الثاني : موقف الفقهاء من الجنين الذي تجب فيه الغرة.

المطلب الثالث : مقدار الغرة.

المطلب الرابع : توريث الغرة و موقف الفقهاء من ذلك.

المطلب الخامس : مفهوم العاقلة و حكمها.

المبحث الثاني : دية الجنين.

المطلب الأول : تعريف الدية و الأصل في مشروعيتها.

المطلب الثاني : وجوب كمال الدية.

المطلب الثالث : دية جنين الأمة و الكتابية.

المبحث الثالث : الكفارة.

المطلب الأول : تعريف الكفارة.

المطلب الثاني : موقف الفقهاء من وجوب الكفارة في الجنين.

المطلب الثالث : حرمان الجاني من الميراث.

الفصل الثاني : العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض

في قانون العقوبات الجزائري.

المبحث الأول : العقوبات المقررة لجريمة الإجهاض.

المطلب الأول : عقوبة الفاعل لجريمة الإجهاض.

المطلب الثاني : العقوبة المقررة لذوي الصفة الخاصة.

المطلب الثالث : عقوبة الحامل التي أجهضت نفسها.

المطلب الرابع : عقوبة المحرض في جريمة الإجهاض.

المطلب الخامس : عقوبة الشروع و الاشتراك في جريمة الإجهاض.

المبحث الثاني : الظروف المشددة لجريمة الإجهاض.

المطلب الأول : التشديد في حالة وفاة الحامل.

المطلب الثاني : حالة الاعتياد.

المطلب الثالث : الحرمان من ممارسة المهنة.

الخاتمة.

الفصل التمهيدي

تعريف الإجهاض لغة :

أجهضت إجهاضاً، و الإجهاض في اللغة مصدر أجهض، بمعنى المرأة أسقطت حملها^(١) ..

و من معاني جهض، زوال الشيء عن مكانه بسرعة، و يقال له أجهضنا فلانا عن الشيء، إذا تحيناه عنه و غلبناه عليه^(٢)

و يقال أسقطت المرأة ولدها، أي أسقطته ناقص الخلق^(٣)

و يطلق الإجهاض في اللغة على صورتين : إلقاء الحمل ناقص المدة، سواء من المرأة أو غيرها، و الإطلاق اللغوي يصدق سواء كان الإلقاء بفعل فاعل أو تلقائياً^(٤)

و جاء في القاموس : الجهيـض و الجهض : الولد السقط، أو ما تم خلقه و نفخ فيه الروح من غير أن يعيش^(٥).

و جاء في معجم مقاييس اللغة : أجهضت الناقلة ولدها فهي مُجْهَضٌ^(٦)

(١) معجم الرائد مسعود جبران، دار العلم للملايين، بيروت، ص ١٤.

(٢) معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، طبعة دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ج ١، ص ٢٥٠.

(٣) المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي المقرئ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، ١٩٩٤، ج ١، ص ١١٣.

(٤) نفس المصدر ، ص ١١٣، و أنظر كذلك القاموس المحيط، لمجد الدين بن يعقوب الفيروز أبادي مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السادسة، السنة ١٩٩٨، ص ٦٣٩.

(٥) القاموس، مرجع سابق، ص ٦٣٩.

(٦) معجم مقاييس اللغةن مرجع سابق، ج ١، ص ٢٥٠.

و لقد أقر مجمع اللغة العربية إطلاق كلمة إجهاض على خروج الجنين، قبل الشهر الرابع، و كلمة إسقاط على إلقائه ما بين الشهر الرابع و السابع^(١).

تعريف الإجهاض اصطلاحاً : لقد عبر فقهاء الإسلام القدامى عن الإجهاض بمرادفات كالإسقاط، و الإلقاء و الإملاص و الطرح و الإنزال^(٢)

فلقد أورد الرملي^(٣)، عبارة الاستجهاض فيما نقله عن الفزالي، إذ بين أن العزل ليس كالإجهاض أو الواد، لأنه جناية على موجود حاصل^(٤)، و عبر في قوله : " لو ضرب ميتة و أجهضت ميتة "^(٥) و ورد في بعض كتب الحنفية : " إن السقط الذي استبان بعض خلقه "^(٦) كأصبع".

كما عبر الرشيدى بالإجهاض عن استعمال الدواء بقصد الإسقاط، فقال : " إن ما ذكر من إجهاض^(٧) أن تستعمل دواء، فإذا حملت أجهضت ... ".

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، تصدر عن وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بالكويت، السنة ١٩٨٦، ج ٢، ص ٥٦.

(٢) نفس المصدر، ص ٥٦.

(٣) نهاية المحتاج على شرح المنهاج، شمس الدين بن أبي العبا أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، شركة مصطفى الحلبي بمصر، سنة ١٩٦٨، ج ٨، ص ٤١٦.

(٤) إحياء علوم الدين، الإمام أبو حامد الفزالي، المكتبة العصرية، بيروت، الطبعة الرابعة، السنة ١٩٩٩، ص ٧٤.

(٥) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤١٦.

(٦) شرح فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شركة و مطبعة الحلبي بمصر، سنة ١٩٧٠، ج ١، ص ١٨٧.

(٧) نهاية المحتاج، ج ٨، مرجع سبق ذكره، ص ٤١٦.

و قال البجيرمي^(١) في حاشيته تفسيراً لكلمة الإجهاض الواردة في عبارة الخطيب : " أنه الرمي و لا يقال أجهضت إلا في الناقة خاصة ، و يقال على المرأة أسقطت. و قال أنه إطلاق عبارة إجهاض على المرأة مجاز. إلا أن ما جاء في "المصباح" قد سوى بين المرأة و الناقة في استعمال لفظ "الإجهاض" و لم يقتصر على الناقة فقط. حيث جاء فيه : " أجهضت الناقة و المرأة ولدها إجهاضاً ، أسقطته ناقص الخلقة"^(٢) و جاء في " مواهب الجليل" استعمال لفظ "إسقاط" في العبارة التالية " أما التسبب في إسقاط"^(٣) الماء قبل الأربعين يوماً من الوطء ..". و ورد استعمال لفظ "طرح" في "مجمع الأنهر" كما يلي : " و إن شربت مرة دواء أو عالجت فرجها لطرح"^(٤) جنينها حتى طرحته ...". و جاء في "كشاف القناع" استعمال لفظ "إلقاء" في العبارة التالية : " و يجوز شرب الدواء و إلقاء نطفة "^(٥)

أما في حاشية بن عابدين، فجاء استعمال لفظ "استنزال" كالاتي : " و يباح لها أن تعالج استنزال"^(٦) الدم ما دام الحمل مضغة أو علقه ، و لم يخلق له عضو".

-
- (١) تحفة الحبيب على شرح الخطيب المعروف بالإقناع في حل ألفاظ، أبي شجاع للشيخ الخطيب محمد الشربيني، مكتبة مصطفى الحلبي، السنة ١٩٥١، ج ٤، ص ١٢١.
- (٢) المصباح المنير، مرجع سبق ذكره، ص ١١٣.
- (٣) مواهب الجليل، لشرح مختصر خليل محمد بن عبد الرحمن الحطاب، دار الفكر، بيروت، بدون سنة، ج ٣، ص ٤٧٧. و الوطء معناه اللمس الذي ينقض الوضوء.
- (٤) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بدارمار أفندي، طبع بالمطبعة العامرية، السنة ١٣٢٨هـ، ج ٢، ص ٦٥٠.
- (٥) كشاف القناع على متن الإقناع، تأليف منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المطبعة العامرية، ج ١، ص ٢٢٠.
- (٦) حاشية بن عابدين، تأليف محمد أمين عابدين بن عمر عابدين، الطبعة الثانية، شركة مصطفى الحلبي، ١٩٦٦، ج ١، ص ٣٠٢.

و مهما يكن من تباين في استعمال الألفاظ المعبرة على الإجهاض عند الفقهاء، فإن مدلولها يبقى واحد و لا يخرج من معنى الإجهاض^(١)

تعريف الإجهاض قانونا :

لقد عرف بعض رجال القانون الإجهاض على أنه : " إخراج الجنين عمدا من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، أو قتله عمدا في الرحم"^(٢).

و عرفه الدكتور حسن صادق المرصفاوي بأنه : " تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان"^(٣)

و ترى الدكتورة فوزية عبد الستار " أن المقصود بالإجهاض : " هو إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي"^(٤).

و جاء تعريفه بأنه عدوان على مصلحة الحياة قبل الميلاد^(٥).

و عرفه الشراح بأنه " طرد متحصل الحمل عمدا قبل الأوان"^(٦).

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٦.

(٢) د. محمود نجيب حسن، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٢١، ص ٥٠١.

(٣) د. حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات شريعا و قضاء في مائة عام، منشأة المعارف، السنة ١٩٩٤، ص ١٠٦٤.

(٤) د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، السنة ١٩٨٢، ص ٤٩١.

(٥) د. جلال ثروت، نظم القسم الخاص، الجزء الثالث، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة ١٩٩٥، ص ٥.

(٦) د. المستشار عبد الحميد الشورابي، مسؤولية الأطباء و الصيدالة و المستشفيات، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٥، ص ٢٨٣.

كما جاء في كتاب "الطب الشرعي و مسرح الجريمة" أن الإجهاض : " هو خروج متحصل الحمل في أي وقت من مدة الحمل و قبل تكامل الأشهر الرحمية"^(١)

أما المشرع الجزائري فلم يعط تعريفا محددا للإجهاض و اكتفى بوضع النصوص التي تبين مختلف جرائم الإجهاض و تحديد أحكامها و العقوبة المقررة لها.

إلا أنه يمكن أن نعرفه من خلال ما سبق من تعريفات، فنقول بأن الإجهاض هو إنهاء لحالة الحمل عمدا قبل حلول موعد الولادة الطبيعي، و يعتبر الإجهاض جريمة سواء وقع في بداية الحمل، في سنته أو في نهايته.

(١)د. مديحة فؤاد الخضري و د. أحمد بسيوني أبو الروس، الطب الشرعي و مسرح الجريمة و البحث الجنائي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، بدون سنة، ص ١٩٥.

الباب الأول الإجهاض في إطاره الفقهي والقانوني

الفصل الأول حكم الإجهاض عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفي قانون العقوبات الجزائري

إن بحثنا يهتم في هذا الفصل بموضوع الاعتداء الذي يتم أو يقع على الجنين في مراحل الحمل، و تبيان الحكم الشرعي و القانوني فيه، بعرض مختلف آراء الفقهاء سواء القدامى أو المحدثون منهم. و سوف نستشهد ببعض أقوالهم، و ذلك لاختلاف الآراء في المذهب الواحد، لأن نسبة رأي واحد إلى مذهب لا تكون دقيقة، إلا إذا تعرضنا إلى مختلف أقوال الفقهاء في المذهب الواحد.

أما بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري، فالأمر واضح بالنسبة للمشرع، و لا يوجد فيه غموض أو اختلاف، لأنه حسم أمر التفرقة بين مراحل الحمل لوجوب العقاب، بحيث اعتبر فعل الإجهاض جريمة بمجرد ثبوت الحمل، إلى غاية الوضع.

و سوف نتطرق إلى مختلف المواد تحليلًا، و التي ضمنها جريمة الإجهاض و العقوبة عليها، و يخرج نطاق بحثنا الإجهاض التلقائي و الوضع السابق للأوان، لأن الغاية من هذا البحث هو تحديد حكم الاعتداء الواقع على الجنين في أي مرحلة من الحمل كانت.

و لقد ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث :

المبحث الأول : نتكلم فيه عن دوافع الإجهاض و مراحل نمو الجنين.

المبحث الثاني : نتطرق فيه إلى موقف الفقهاء القدامى و المحدثون من الإجهاض قبل نفخ الروح.

المبحث الثالث : نتكلم فيه عن الإجهاض بعد نفخ الروح و موقف الفقهاء القدامى و المحدثون منه، و نقوم بتحليل آراء الفقهاء.
أما المبحث الرابع : فسوف نخصصه لموقف المشرع الجنائي الجزائري من جريمة الإجهاض.

المبحث الأول

دوافع الإجهاض و مراحل نمو الجنين

إن الإجهاض هو ذلك السلوك الإرادي، الذي يصدر من الأم أو بالأحرى من الحامل أو من الغير و الذي من شأنه إعدام الجنين سواء داخل الرحم أو إخراجه منه قبل موعد ولادته الطبيعي.
و قد يكون ذلك لدوافع و في أية مرحلة كانت من الحمل، و ذلك ما سوف نبينه في المطلبين اللاحقين.

المطلب الأول

دوافع الإجهاض

لعل ما يدفع الحامل إلى التخلص من حملها هو إما دافع اقتصادي أو دافع أخلاقي أو شخصي.
١- **الدافع الاقتصادي** : قد تعهد بعض النساء إلى التخلص من الحمل، و ذلك لسبب عدم القدرة على الإنفاق عليه، أو الفقر و في هذا الصدد نجد القرآن الكريم ينهى عن قتل الأولاد خشية من البؤس و الفقر، حيث قال عز و جل : ﴿ و لا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم و إياكم إن قتلهم كان خطئاً كبيراً^(١) ﴾ ، ﴿ و ما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها^(٢) ﴾ .

(١) سورة الإسراء، الآية ٣١.

(٢) سورة هود، الآية ٢.

فمن الآيتين الكريمتين يتبين لنا جليا، أن الله قد حرم قتل الذرية خوفا من الإنفاق عليها و من المتاعب الاقتصادية التي تتجم عن تربيتها. و سنبين لاحقا موقف كل من الفقهاء و القانون من الإجهاض الذي يتم بدافع عدم القدرة على الإنفاق.

٢- **الدافع الأخلاقي :** و قد يكون الإجهاض لدافع أخلاقي، كأن يكون الحمل نتيجة علاقة لا شرعية أو زنا^(١)، و تخاف المرأة حينها من العار و الفضيحة، أو القتل، و ما أكثرهته الحالات، فمع انفتاح العالم العربي و بالأخص المجتمعات الإسلامية على الغرب، و التطور المذهل الذي حدث في تلك المجتمعات، جر في دوامته المجتمعات العربية و خصوصا المرأة، فأصبحت العلاقات اللاشرعية رائجة و شائعة، بل يعتبرها البعض عادية و طبيعية، و إذا ما حدث حمل تعهد المرأة أو الفتاة إلى الإجهاض خوفا من سخط المجتمع و الأسرة.

٣- **الدافع الشخصي :** و قد يكون الإجهاض لدافع شخصي، كعدم الرغبة في إنجاب كثير من الأولاد أو أن الزوجين يكونا في مرحلة الطلاق، فلا يرغبان في مولود يربطهما، أو كتنقيد المرأة بتحديد النسل لأن دخولها مجال العمل و الحياة العملية قد يشغلها عن تربية الأولاد و الاهتمام بشؤون الأسرة^(٢).

و هناك من النساء من يخفن على جمالهن و صحتهن، لما في الحمل من متاعب و تغير فيزيولوجي، فترى البعض بأن في الحمل و الولادة تلاشي

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية و علاجا، مكتبة الفارابي، دمشق، بدون سنة، ص ٦٧.

(٢) د. سميرة سيد سليمان بيوني، الإجهاض و آثاره في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الطباعة المحمدية بالأزهر، القاهرة، السنة ١٩٨٩، ص ١٦.

لجمالها و رشاقة قدها^(١) و جسمها و مساس بصحتها، فتعهد إلى الإجهاض حبا في ذاتها، " كما قد ترى البعض أن في الحمل و الولادة تقييدا لحريتها، و إثقال لكاھلها بمسؤوليات ليست حملا لها. و مهما يكن من دوافع، يبقى الإجهاض اعتداء على خلق الله، و إعدام نفس بريئة قبل خروجها إلى نور الحياة. و سوف نتكلم عن كل هذه الدوافع في بحثنا و موقف علماء الدين و القانون، من حيث تحليلها أو تحريمها.

المطلب الثاني

مراحل نمو الجنين

يمر الجنين في نموه بمراحل بدءا من البويضة الملقحة إلى أن يصبح جنينا مكتمل النمو و يخرج إلى الحياة في صفة مولود حي. و السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، هو متى تبدأ أول مراحل وجود الجنين ؟

و للإجابة على هذا السؤال سوف نستدل بما جاء في كتابه عز و جل و سنة رسوله، و ما توصل إليه الطب الحديث.

جاء في كتابه عز و جل بعد بسم الله الرحمن الرحيم ﴿ و لقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا مضغة عظاما، فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين^(٢) 》.

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية و علاجا، مرجع سابق، ص ٦٧.

(٢) سورة المؤمنون، من الآية ١٢ إلى ١٤.

﴿ يا أيها الناس إن كنتم في ريب من البعث ، فإننا خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقة ثم من مضغة مخلقة و غير مخلقة ﴾^(١).

و جاء في سنة رسوله (صلى الله عليه و سلم) ، عن أبي مسعود رضي الله عنه قال : حدثنا رسول الله صلى الله عليه و سلم و هو الصادق المصدوق قال : ﴿ إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما نطفة ، ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ، ثم يرسل الله الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات ، يكتب رزقه و أجله وعمله و شقي أم سعيد ، ﴾^(٢).

و عن مالك بن حويرث أن النبي صلى الله عليه و سلم قال : ﴿ إن الله تعالى إذا أراد خلق عبد فجامع الرجل المرأة طار ماؤه في كل عرق و عضو منها ، فإذا كان يوم السابع جمعه الله تعالى ثم أحضره في كل عرق له دون آدم ﴾^(٣).

إذن فأول مرحلة لوجود الإنسان أو بالأحرى الجنين هي النطفة ، و التي تكون نتاج التقاء ماء الذكر بماء الأنثى بدليل قوله تعالى والرسول عليه السلام ، عن طريق الجماع ، فيلقح الحيوان المنوي البويضة فتتكون نطفة و يبدأ من تلك اللحظة الحمل.

و هو ما قال به الإمام الغزالي : " و أول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم و تختلط بماء المرأة و تستعد لقبول الحياة^(٤) .. " ، إلا أن هذه

(١) سورة الحج ، الآية ٥.

(٢) فتح الباري ، شرح صحيح البخاري ، ابن حجر العسقلاني ، المطبعة البهية المصرية ، سنة

١٣٤٨ هـ ، ص ٤٧٧.

(٣) فتح الباري ، شرح صحيح البخاري ، مرجع السابق ، ص ٤٨٠.

(٤) إحياء علوم الدين ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٧٤.

اللحظة بالذات صعوبة التحديد، لكن يمكن التعرف على بداية الحمل بما يلي^(١):

١. انقطاع الطمث.
٢. تغيرات الثديين حيث يصيران متورمين و معقدين و يحصل ألم ببعضهما.
٣. تلون الجلد.
٤. يلين عنق الرحم تدريجيا بعد أن كان صلبا و يأخذ جدار الرحم اللون البنفسجي.

إذن فبداية الحمل هي مرحلة النطفة و التي تكون استنادا إلى قول الرسول عليه السلام لمدة أربعين يوما ثم علقه لنفس المدة، ثم مضغة أربعين يوما ثم ينفخ الله فيها الروح فتصبح بذلك إنسانا حيا بعد تمام مائة و عشرين يوما، حيث إذا بلغ الجنين أربعة أشهر حرم إسقاطه اتفاقا و بالإجماع بناء على دليل كتابه عز و جل و كلام رسوله عليه السلام.

أ- و إذا أردنا أن نبين مراحل نمو الجنين الرحمي استنادا إلى ما توصل إليه الطب، فنقول بأن الجنين يمر بمراحل التطور التالية :

١- الشهر الأول للحمل : تكون البويضة الملقحة بحجم بيضة الحمام^(٢)، و يرى الحمل المشيمي بانتظام على سطح البيضة. و يكون وزن الجنين لا يتجاوز غراما واحدا و سنتيمترا واحدا طولا، حيث يكون شكله أشبه بثعبان و ذلك لضخامة الرأس و دقة و طول الذئدة الذنبية

(١) د. مديحة فؤاد الخضري، أحمد بسيوني أو الروس، الطب الشرعي و مسح الجريمة و

البحث الجنائي، مرجع سابق، ص ١٨٧

(٢) د. مديحة فؤاد الخضري، أحمد بسيوني أو الروس، الطب الشرعي و مسح الجريمة و

البحث الجنائي، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

التي تنتهي بالحبل السري و يكون الفم بشكل شق و العينين نقطتين سوداويتين و تكون الأطراف على هيئة حلقات.

١. الشهر الثاني : تزيد البويضة في التضخم، حيث يصبح وزن الجنين من ٨ إلى ٢٠ غراما و طوله ٣ سنتيمترات؛ فتتفصل فتحة الفم عن الأنف و تبدأ بعض الأعضاء بالظهور كالرئتين و الطحال^(١).

٢. الشهر الثالث : يصبح وزنه ٢٥ غراما و طوله ثمانى سنتيمترات و تظهر المشيمة و يزول الحمل المشيمي عن باقى سطح البيةة و يظهر الحبل السري ملتو، حيث يظهر الرأس كبيرا و منفصلا عن باقى الجسم بوضوح بواسطة العنق، و تظهر الشفتان والعينين ملتصقتين^(٢).

٣. الشهر الرابع : يصبح طول الجنين من ١٢ إلى ١٨ سنتيمترا و وزنه ١٢٠ إلى ٢٤٠ غراما، و يظهر الجلد وردي اللون والفم واسع و مفتوح، و تظهر أعضاء التناسل بوضوح و يبدأ ظهور الأظافر و الأطراف بوضوح و يبدأ الشعر بالظهور على الجلد^(٣).

و نكتفي في تبيان تطور الجنين بمرحلة الشهر الرابع، و ذلك لأنها المرحلة الحاسمة في تحديد موقف الفقهاء من الإجهاض، لأن فيما بعدها لا جدال في التحريم، أما ما قبلها فهذا ما سوف نبينه، لأن

(١) د. مديحة فؤاد الخضري، أحمد بسيوني، أبو الروس، نفس المصدر، ص ٢٠٧، و أنظر كذلك د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، دار السعودية للنشر و التوزيع، الطبعة الحادية عشر، ١٩٩٩، لمزيد من التفاصيل حول مراحل نمو الجنين.

(٢) د. مديحة فؤاد الخضري، د. أحمد بسيوني أبو الروس، الطب الشرعي و مسرح الجريمة و البحث الجنائي مرجع سابق، ص ٢٠٧.

(٣) د. مديحة فؤاد الخضري، د. أحمد بسيوني، أبو الروس، الطب الشرعي و مسرح الجريمة و البحث الجنائي مرجع سابق، ص ٢٠٨.

آراءهم كلها جاءت استنادا إلى ما جاء في قوله تعالى وعن الرسول صلى الله عليه وسلم بالنسبة لحديث نفخ الروح:

ب- أما إذا أردنا أن نبين مراحل خلق الجنين في القرآن و السنة، و حسب ما مر معنا من آيات كريمة و أحاديث شريفة نتحدث عن أطوار نمو الإنسان، فنقول بأنه يمر بالأطوار التالية :

١. النطفة.

٢. العلقة.

٣. المضغة مخلقة و غير مخلقة.

٤. العظام.

٥. لحم يكسو العظام.

٦. التسوية و التصوير و التعديل.

٧. نفخ الروح.

المرحلة النطفة : يطلق لفظ نطفة على ثلاث، أو بمعنى آخر، إن

النطفة ثلاث أنواع :

أ- النطفة المذكرة : و هي الحيوانات المنوية الموجودة في المنى و التي تفرزها الخصية، أي هي منى الذكر.

ب- النطفة المؤنثة : و هي البويضة التي يفرزها المبيض مرة في الشهر، و ذلك عند المرأة التي لا تعاني من أمراض تناسلية أو عقم، أي عند المرأة العادية.

ج- النطفة الأمشاج : و هي النطفة المختلطة و المتكونة من الحيوان المنوي و البويضة أي البويضة الملقحة.

و لقد ورد ذكر لفظ النطفة في القرآن الكريم في عدة مواضع منها قوله تعالى : ﴿ ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين^(١) 〉 .

و قوله : ﴿ يا أيها الناس إن كنتم في ريب من البعث فإنا خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقه ثم من مضغة مخلقة و غير مخلقة لنبين لكم ... 〉^(٢) ، و قوله تعالى : ﴿ هو الذي خلقكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقه^(٣) 〉 ، و قوله عز و جل : ﴿ قتل الإنسان ما أكفره من أي شيء خلقه من نطفة خلقه فقدره ، ثم السبيل يسره ثم أماته فأقبره^(٤) 〉

و لقد ورد ذكر لفظ نطفة أمشاج في سورة الإنسان الآية ٢ ، فجاء قوله تعالى : ﴿ إن خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعا بصيرا 〉 .

إذن فنطفة الأمشاج هي بداية خلق الإنسان أو أول مرحلة من مراحل خلق الجنين ، حيث تنقسم البويضة الملقحة أو النطفة الأمشاج إلى عدة خلايا ، و تعرف هذه المرحلة بمرحلة الانقسام والانشقاق^(٥) ، فتتحول إلى ما يشبه التوتة ، فتواصل نموها لتصبح مثل الكرة المجوفة ، و هو ما يسمى بالكرة الجرثومية ، و تدوم هذه المرحلة أسبوعا .

٢. مرحلة العلقه : و هي الطور الثاني الذي تنتقل إليه النطفة ، حيث تلتصق الكرة الجرثومية بجدار الرحم ، و يكون ذلك ابتداءا من اليوم

(١) سورة المؤمنون ، من الآية ١٢ إلى ١٣ .

(٢) سورة الحج ، الآية ٥ .

(٣) سورة غافر ، الآية ٦٧ .

(٤) سورة عبس ، من الآية ١٧ إلى ٢١ .

(٥) د. محمد علي البار ، خلق الإنسان بين الطب و القرآن ، مرجع سابق ، ص ٢٦٠ .

السابع من التلقيح^(١)، و تمد الخلايا الخارجية الأكلة معاليق صغيرة متعددة لتلتقي بمثلتها الموجودة على الخلايا الطلائية في غشاء الرحم، و تتشابه هذه المعاليق، و تبدأ الخلايا الأكلة في الانغراز و في قضم خلايا غشاء الرحم حتى تتمكن من الانغراز بجدار الرحم.

و هنا نفتح قوسين (للقول بأن ما أثبتته الطب بالنسبة لعلوق النطفة بجدار الرحم جاء في كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي سبق معنا^(٢)، منذ أكثر من أربعة عشر قرن)، إذن فتلتصق الكرة الجرثومية بجدار الرحم.

و في اليوم التاسع من بعد إنغراسها في جدار الرحم، تنقسم الكرة الجرثومية إلى كتلة خلايا خارجية آكلة وظيفتها العلوق بجدار الرحم و امتصاص الغذاء منه^(٣)، و كتلة خلايا داخلية و هي التي يخلق الله منها الجنين، و يتعلق الجنين بواسطة معلاق يربطه بالغشاء المشيمي، و تعرف هذه المرحلة بمرحلة الدم الغليظ أو المتجمد المتخثر و الشديد الحمرة، و في نهاية مرحلة العلوق، يبدأ ظهور أول كتلة بدنية^(٤) في اليوم العشرين أو الواحد و العشرين من التلقيح، و تكون بذلك قد تحولت العلقة إلى مضغة.

(١) دسيف الدين السباعي، الإجهاض بين الفقه و الطب و القانون، دار الكتب العربية، بيروت، و طبع كذلك بدمشق بدار المعارف للطباعة، الطبعة الأولى ١٩٧٧، ص ٣٣، و انظر كذلك محمد علي البار، مرجع سابق، ص ٣٦١ - ٣٦٢.

(٢) انظر الصفحة ٢٤ من بحثنا .

(٣) د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٣٦٢.

(٤) نفس المصدر، ص ٣٦٢.

٣- **مرحلة المضغة** : تبدأ هذه المرحلة بظهور الكتل البدنية، و يكون أول ظهورها في جهة الرأس، ثم يتولى ظهورها من الرأس إلى مؤخرة الجنين، و يبلغ عددها من ٤٢ إلى ٤٥ زوجا من الكتل البدنية. و يلي ظهور هذه الكتل، ظهور الأقواس البلعمية، حيث تتكون تحت قمة الرأس مباشرة خمسة أزواج من الأقواس البلعمية. و في هذه المرحلة يكون الجنين أشبه بقطعة لحم، و ذلك لظهور الكتل البدنية التي تجعل من الجنين أشبه بقطعة لحم أو مضغة^(١).

٤- **مرحلة العظام واللحم** : و هي المرحلة التي ورد ذكرها في كتابه عز و جل، بقوله : ﴿ فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ﴾، يتشكل في هذه المرحلة معظم الهيكل العظمي، فتتكون أو يظهر العمود الفقري، كما يظهر عظام الأطراف العلوية و السفلية، و تتحول الجمجمة من غشاء إلى عظم و تتكون الأضلاع، و يظهر الجلد و ما تحته من أنسجة، و تظهر معظم عضلات الجسم، و خاصة تلك الموجودة في الجذع و المنطقة العنقية و التي تتسبب لتكون عضلات الأطراف العلوية^(٢) و السفلية.

و تشمل هذه المرحلة الأسبوع الخامس، السادس و السابع، حيث تظهر بوضوح خلال الأسبوع السادس الهياكل الغضروفية لعظام الأطراف العلوية و السفلية، و إن كان الطرف العلوي يسبق الطرف السفلي، حسب قول الدكتور "لانجمان"^(٣) ..

(١) محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٣٦٣.

(٢) نفس المصدر، ص ٣٦٤.

(٣) نفس المصدر، ص ٣٦٦.

هـ ثم إنشأناه خلقاً آخر: وهو مرحلة التصوير و التعديل و التسوية ثم نفخ الروح، و يدخل في هذه المرحلة تكوين الوجه الذي يبدأ من الأسبوع الرابع حتى الثامن^(١)، و تكوين السمع، كما يدخل في التصوير جعل الجنين ذكراً أم أنثى، و التي يبدأ بداية تكونها أي الأعضاء التناسلية في الأسبوع السادس أي بعد ٤٢ يوماً من التلقيح، و يستمر نموها إلا أنه لا يمكن التمييز بين جنس الجنين إلا مع بداية الشهر الرابع. و لا أريد أن أدخل في تكوين الجهاز التناسلي سواء عند الجنين الذكر أو الأنثى، لأن ذلك أمر قد تطرقت إليه الكتب الطبية و خاصة في علم الأجنة، و تحدث عنه الكثير، كما أنه يمكن أن يكون موضوع بحث مدقق، و أكتفي بذكر المراحل بصفة عامة، و حتى نتعرف على أن ما توصل إليه علماء الأجنة، قد جاء به القرآن الكريم منذ ما يزيد عن أربعة عشر قرناً.

و هناك آيات كثيرة تدل على التصوير، نذكر منها :

﴿ هو الذي يصوركم في الأرحام كما يشاء ﴾^(٢).

﴿ ولقد خلقناكم ثم صورناكم ﴾^(٣).

﴿ و صوركم فأحسن صوركم و إليه المصير ﴾^(٤).

﴿ يا أيها الإنسان ما غرك بربك الكريم الذي خلقك فسواك في أي صورة ما شاء ركبك ﴾^(٥).

(١) نفس المصدر ، ص ٣٠٣.

(٢) سورة آل عمران، الآية ٦.

(٣) سورة الأعراف، الآية ١٠.

(٤) سورة التغابن، الآية ٣.

(٥) سورة الانفطار، من الآية ٦ إلى ٨.

فالأيات الكريمة تدل على أن التسوية و التعديل تتم بعد الخلق أي بعد تكوين النطفة الأمشاج، فتتم مع التصوير و قبله و بعده^(١)، فتشمل جميع الأعضاء. فالأطراف مثلا عند أول ظهورها تكون بمثابة براعم صغيرة، و ما تلبث أن تتحول إلى أطراف واضحة مع تطور الجنين أو نموه.

فالتطور و التسوية مستمرة في الجنين بشكل مثير، و نلاحظ ذلك مثلا في القلب، حيث تتحول أنبوبة القلب المستطيلة إلى شكل "S" ثم تتكون الغرف المتتالية في الأذين العام و البطين العام و بصلة القلب و الجيب الوريدي، ثم يعاد التركيب ليدخل الجيب الوريدي، في الأذين الأيمن و تدخل بصلة القلب في البطين الأيمن و الأيسر، و تنشأ من بصلة القلب أيضا جذور الشريان الأورطي و الشريان الرئوي.

فإذن أجهزة الجسم المختلفة عند الجنين في تطور و نمو مستمر^(٢)، و تظهر هذه التسوية و التعديل في أسمى صورها في الجنين، ثم تقل نسبيا بعد الولادة، ثم تقل نسبيا بعد البلوغ، و لكنها لا تتوقف حتى في الشيخوخة.

٦- نفخ الروح : أو ما يعرف بحركات إرادية في الجنين، لقد ذكر الله سبحانه و تعالى نفخ الروح في آيات عديدة نذكر بعضها منها لنبين متى يكون نفخ الروح ؟ يقول العلي القدير : ﴿ الذي أحسن كل شيء خلقه - و بدأ خلق الإنسان من طين - ثم جعل نسله من سلالة من ماء مهين ثم سواه و نفخ من روحه و جعل لكم السمع و الأبصار و الأفئدة قليلا ما تشكرون ﴾^(٣).

(١) د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

(٢) محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

(٣) سورة السجدة، من الآية ٦ إلى ٩.

﴿ فإذا سويته و نفخت فيه من روحي فقعوا له ساجدين ﴾^(١).
﴿ و يسألك عن الروح قل الروح من أمر ربي و ما أوتيتم من العلم إلا قليلا ﴾^(٢).

و من خلال هذه الآيات القرآنية، و ما تقدم ذكره من آيات أخرى تدل على نفخ الروح، فإننا نقول بأن الروح أمر مجهول و لا يملك القدرة على نفخها في جسد الإنسان أو أخذها منه إلا سبحانه و تعالى. و لقد وضع الرسول الكريم صلوات الله و سلامه عليه متى يكون النفخ في الجنين ؟ و ذلك فيما رواه ابن مسعود، و الذي لا يكون إلا بعد الأطوار التالية و هي : النطفة، العلقة و المضغة، و إذا بلغ الجنين الشهر الرابع تكثر حركته، و يتقلب في الرحم، فتستقل المشيمة بوظيفتها، و يكتمل نمو القلب و الكبد و السمع و البصر و الدماغ.

و في نهاية هذا الشهر يمكن التفرقة بين الذكر و الأنثى، كما يتخذ وجه الجنين شكل وجه الإنسان، بعدما كان من قبل شبيهه بجنين السمك أو الأرنب أو القرد.

كما يكتمل في هذا الشهر تغذية العضلات بالأعصاب، فتكتمل وظائفها بالنسبة لاستلام أوامرها من الدماغ.

و يتفق الفقهاء المحدثون و القدامى بأن نفخ الروح لا يكون إلا بعد أربعة أشهر أو مائة و عشرون يوما.

و يرى الدكتور علي البار، "بأن اكتمال بناء القلب و السمع و البصر و الدماغ و استقلال المشيمة بوظائفها، و ظهور الحركات الإرادية عند الجنين ما هي إلا دلائل على نفخ الروح".

(١) سورة الحجر، الآية ٢٩.

(٢) سورة الإسراء، الآية ٨٥.

و يقول بن القيم : " الجنين قبل نفخ الروح هل كان فيه حركة أو إحساس أم لا ؟ قيل : كان فيه حركة النمو و الاعتداء كالنباتات و لم تكن حركة نموه و اعتدائه بالإرادة. فلما نفخت فيه الروح انضمت حركة حسه و إرادته إلى حركة نموه و اغتدائه "(١).

و ما يمكن قوله أن الجنين لا تتفخ فيه الروح إلا بعد بلوغه مائة وعشرين يوما، و لا يمكن لأحد أن يعلم متى يكون ذلك بالضبط، و لا يعلم ذلك إلا الله و ملائكته، و يعتبر علماء الدين سواء القدامى أو المحدثون الحياة التي تكون قبل نفخ الروح حياة نباتية أو حيوانية^(٢). أما الحياة التي تأتي بعدها و هي الحياة الإنسانية فأى اعتداء عليها يوجب العقوبة أو القصاص.

إلا أن هناك الكثير من علماء الطب الذين يقولون بأن الروح تسري في الجنين منذ الأسابيع الأولى من الحمل، بل منذ بداية العلق^(٣)، إلا أن كلامهم هذا يتنافى مع قول رسول الله صلوات الله عليه و سلامه فيما رواه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه : ﴿ إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الله الملك فينفخ فيه الروح، و يؤمر بأربع كلمات، يكتب رزقه و أجله و عمله و شقي أم سعيد^(٤) 》.

(١) جاء في كتاب د. علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٣٥٧ - ٣٥٨.

(٢) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٧٩ - ٨٠.

(٣) د. سعيد رمضان البوطي، جاء بهامش كتاب تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٨١.

(٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج ١١، ص ٤٧٧.

و الحديث الثاني رواه مسلم عن حذيفة بن أسيد الغفاري، قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : ﴿ إذا مر بالنطفة اشتان و أربعين ليلة بعث الله إليها ملكا فصورها و خلق سمعها و بصرها و جلدها و لحمها و عظامها ، ثم يقول أي رب ذكر أم أنثى ﴾ ، و جاء عن أنس رضي الله عنه ﴿ وكل الله بالرحم ملكا يقول : أي رب نطفة ، أي رب علقه ، أي رب مضغة ، فإذا أراد الله أن يقضي خلقا قال : يا رب أذكر أم أنثى ؟ أشقي أم سعيد ؟ فما الأجل ، فما الرزق ، فيكتب ذلك في بطن أمه ﴾^(١).

إذن فمن أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم نستخلص أن نفخ الروح لا يكون إلا بعد مرور الأطوار التي ذكرناها ، و كما بينا أن اكتمال تكون السمع و البصر و الجلد و العظام لا يكون إلا بتمام الأربعة أشهر.

و يرى معظم العلماء و من بينهم الدكتور محمد علي البار و الدكتور سيف الدين السباعي و غيرهم من العلماء أن نهاية الشهر الرابع تشهد تغيرات جذرية في الجنين ، حيث تثقل أجهزة الجنين من الخمود إلى الفعالية ، تكون حركته إرادية نابعة من الدماغ ، و يكتمل تصوير أعضائه و يبدأ الكبد بالقيام بعمله ، و يقولون بأن ذلك راجع ربما لنفخ الروح في الجنين^(٢) ، إلا أنه و بالرغم من أن العلم و خاصة علم الأجنة قد توصل إلى معرفة تطورات دقيقة في الجنين ، كما توصل إلى تصوير الجنين داخل بطن أمه بواسطة عدسات متناهية الدقة و إعطاؤنا

(١) صحيح مسلم بشرح النووي، المطبعة الأزهرية بمصر، الطبعة الأولى، السنة ١٩٣٠، ج١٦، ص ١٩٥، و انظر كذلك فتح الباري، مرجع سابق، ج ١١، ص ١١٦.

(٢) د. سيف الدين السباعي، الإجهاض بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٤٢، و انظر كذلك د. علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٣٥٨.

صورة حقيقية للجنين و هو في الأسابيع الأولى من الحمل، إلا أن هذا العلم لم يستطع أن يحدد الفترة التي تتفخ فيها الروح في الجنين، و يبقى ذلك من علم الخالق وحده.

و في الشهر الخامس ينفصل جفنا العينين و تظهر الطبقة الدهنية على سطح الجلد، و يظهر مركز العظم في أعظم الكعب، و يغطي الزغب الرأس و الجسم بأكمله و ينمو القلب و الكبد، و يبدأ الرحم و المهبل نموهما^(١).

أما الشهر السادس فتظهر أهداب العينين و الحاجبين و يزداد السائل الأمينوسي و يتلون الجلد بالحمرة^(٢).

وفي الشهر السابع يصل السائل الأمينوسي إلى لتر و نصف و تظهر طبقة دهنية تحت الجلد و تشهد هذه الفترة من الحمل نمو كبير للجهاز العصبي و الهضمي.

أما الشهر الثامن فينبسط الجلد و تذهب تجعدياته و يصبح لونه ورديا و تصل الأظافر إلى أطراف الأصابع و تتخذ السرة موضعها المحدد في جسم المولود.

و الشهر التاسع يزداد فيه النمو و امتلاء الجسم و تتفخ الجفنان و تنزل الخصيتان إلى كيس الصف خارج الجسم، و يستعد الجنين للخروج إلى نور الحياة.

وبهذا نكون قد حاولنا أن نعطي توضيحا و لو بسيطا عن مراحل تطور الحمل دون التدقيق، بدون الدخول في معلومات طبية دقيقة.

(١) د. علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

(٢) أنظر د. عبد الفتاح لبنة، جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في موقف الشرائع السماوية و القوانين المعاصرة، الطبعة الأولى، دار أولى النهي للطباعة و النشر، بيروت، ١٩٩٦، ص ٣٦٩.

و من الجدير بالذكر أن فقهاء الإسلام عندما تأملوا تلك المراحل و الأطوار التي جاءت في كتابه عز و جل و سنة رسوله، لاحظوا أن الحمل في الأربعين الأولى من بدايته، لا يتحدد فيه معالم بشرية هذا ما جعل معظمهم يقولون بجواز إسقاطه خلال هذه الفترة، حيث جعل الإمام الشافعي^(١) اسم الجنين يطلق على الحمل بعد مرور أربعين يوماً من بدايته، و رفض أن يطلق هذا اللفظ على الحمل في الأربعين الأولى باعتبار أنه مجرد نطفة أو دم متجمد.

و ما تجدر الإشارة إليه أن الطب قد أثبت عدم وجود الدم المتجمد في أي مرحلة من الحمل، و إن تفسير العلماء القدامى للعلاقة بأنها قطعة دم متجمد، فإنه تفسير لغوي.

و لقد ورد عن بعضهم نقلاً عما بلغهم من أقوال الأطباء أن هذا الدم هو دم الحيض، حيث يقول الإمام الغزالي في الإحياء: "... والولد لا يخلق من مني الرجل وحده، بل من الزوجين معاً، إما من مائه ومائها، أو من مائه و دم الحيض، و قال بعض أهل التشريح: أن المضغة تخلق بتقدير الله من دم الحيض، و أن الدم منها كاللبن من الرائب، و أن النطفة من الرجل شرط في خثور دم الحيض و انعقاده كالأنفحة للبن إذ بها ينعقد الرائب"^(٢).

و قد رد الإمام بن حجر العسقلاني على هذا الفهم بقوله: " و زعم كثير من أهل التشريح أن مني الرجل لا أثر له في الولد إلا في عقده، و أنه إما يتكون من دم الحيض و أحاديث الباب تبطل ذلك"^(٣).

(١) أنظر د. عبد الفتاح لبنة، جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في موقف الشرائع السماوية و القوانين المعاصرة، الطبعة الأولى، دار أولى النهي للطباعة و النشر، بيروت، ١٩٩٦، ص ٢٧٧.

(٢) الإمام الغزالي، إحياء علوم الدين، مرجع سابق، ص ١١١.

(٣) فتح الباري بشرح البخاري، مرجع سابق، ج ١١، ص ٤٨٠.

و أحاديث الباب تثبت أن الولد يخلق من نطفة الرجل و نطفة المرأة.
و نقول بأن استعمال الفقهاء للفظ دم متجمد للتعبير عن النطفة
بعد علوقها بجدار الرحم يعتمد على المشاهدة، حيث أنه صحيحاً
بالمشاهدة بالعين المجردة تكون العلقة عند تعلقها بجدار الرحم محاطة
بالدم المتخثر من كل جهاتها، و أن العلقة عند انفرازها لا يزيد حجمها
عن ربع ميليمتر^(١)، فإذاً هي لا تكاد ترى بالعين المجردة، و منه فإن
قول القدامى لم يبعد عن الحقيقة كثيراً.

المبحث الثاني

موقف الفقهاء القدامى و المحدثون من الإجهاض قبل نفخ الروح

اختلفت نظرة الفقهاء المحدثون للإجهاض قبل نفخ الروح عن
الفقهاء القدامى و الذين اختلفوا فيما بينهم من حيث التحليل و التحريم
أو القول بالكراهة، و ذلك مرجعه بلا شك لعدم تيقنهم من مراحل
الحمل و بداية التخلق في الجنين، لعدم وجود وسائل تثبت ذلك،
بخلاف الفقهاء المحدثون الذين استعانوا بالتطور العلمي و خاصة في
ميدان الطب و علم الأجنة، لتحديد موافقتهم من الإجهاض الذي يتم قبل
نفخ الروح، و سوف نتناول مختلف آراء الفقهاء القدامى و المحدثون
تفصيلاً.

المطلب الأول

موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض قبل نفخ الروح

اختلف الفقهاء القدامى في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح و
ذلك لعدم ورود في حكم الإجهاض في هذه المرحلة نص قرآني مباشر

(١) أنظر لمزيد من التفاصيل، د. علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق،

في دلالاته ولا حديث، والذي ورد في كتابه تعالى تحريم قتل النفس بغير حق، ولقد جاء اختلافهم حتى في المذهب الواحد، فمنهم من قال بالإباحة المطلقة بدون قيد ما لم تنفخ فيه الروح، ومنهم من قال بإباحته في بعض المراحل وتحريمه في البعض الآخر، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بتحريمه في جميع مراحل الحمل، هذا ما سوف نبينه عند فقهاء المذاهب بالتدقيق.

المذهب الحنفي : لقد ذهب فقهاء الحنفية في الراجع إلى إباحة إسقاط الحمل ما لم يتخلق منه شيئاً إذا كان ذلك بإذني الزوج والزوجة^(١) والمقصود بالتخلق في عباراتهم سواء الكلي أو الجزئي لا يقع قبل نفخ الروح، وهذا ما ذهب إليه بن عقيل، من الحنابلة وأبو إسحاق المروزي، من الشافعية.

فلقد جاء في مجمع الأنهر : " ويحل إسقاط الولد قبل مائة وعشرين يوماً"^(٢).

كما جاء في البدائع : " وإن لم يستتب شيء من خلقه فلا شيء فيه لأنه ليس بجنين وإنما هو مضغة"^(٣).

ولقد جاء في موسوعة الفقه الإسلامي في الجزء الثالث منها بعض أقوال فقهاء الحنفية، كالحصكفي، في قوله: " قالوا يباح إسقاط الولد قبل أربعة أشهر ولو بلا إذن الزوج".

(١) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، السنة ١٩٩٩، ص ١٩٧.

(٢) مجمع الأنهر، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٦٦.

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة ١٩٨٢، ج ١، ص ٤٨٢.

و الطحطاوي في كتاب النهر : " يباح الإسقاط ما لم يتخلق منه شيء و لن يكون ذلك إلا بعد مائة و عشرون يوما"^(١).

و قال بن الهمام : " و هل يباح الإسقاط بعد الحبل ؟ يباح ما لم يتخلق منه شيء"^(٢) ، و هذا معناه أنهم أرادوا بالتخلق نفخ الروح ، و إلا فهو غلط ، لأن التخلق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة"^(٣).

و لقد نقل بن عابدين عن عقد الفرائد : أن فقهاء المذاهب قالوا : يباح لها استئزال الدم مادام الحمل مُضغّة أو علقة لم يخلق له عضو"^(٤) و قدروا تلك المدة بمائة و عشرين يوما ، و إنما أباحوا ذلك لأنه ليس بآدمي ، و علق على قول هؤلاء الفقهاء ، بأنه يمكن مشاهدة ظهور الخلقة أو التخلق قبل هذه المدة"^(٥) ، و دليل ذلك ما رواه بن مسعود عن النبي صلى الله عليه و سلم ،

قال : ﴿ إذا مرَّ بالنطفة اثنتان و أربعين ليلة بعث الله إليها ملكا فصورها و خلق سمعها و بصرها و جلدّها و لحمها و عظامها ﴾"^(٦). و من خلال هذه النصوص الفقهية يظهر أن حقيقة مذهب الحنفية هو إباحة الإسقاط قبل نفخ الروح و ليس قبل التصوير والتخلق ، و ذلك خطأ منهم في تقدير زمن ظهور أجزاء جسم الجنين ، و هذا ما

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، تصدر عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية بمصر، بدون سنة، ج ٣، ص ١٥٩، مطبوعة كذلك بهامش حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤١١.

(٢) شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٩٥.

(٣) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ١٩٨.

(٤) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٠٢.

(٥) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ١ ص ٣٠٢.

(٦) فتح الباري، مرجع سابق الذكر، ج ١١، ص ٤٧٧.

أراد تصحيحه بن عابدين، فأباحوا الإجهاض قبل نفخ الروح سواء كان لعذر أو لغير عذر و جاءت عباراتهم مطلقة مع عدم تقويت حق الزوج والزوجة.

إلا أن هناك من فقهاء الحنفية الذين قالوا بإباحة الإسقاط لعذر، وهذا ما نقله بن عابدين عن بعض فقهاء الحنفية^(١)، الذين قالوا بتحريم الإسقاط قبل نفخ الروح، لأن الجنين أصل آدمي و الذي سيؤول بمشيئة الله إلى آدمي، و لقد قاسوا تحريم الإسقاط على كسر بيض الحرم، و الذي لا يحل كسره لأنه أصل الصيد و ماله، و إن حدث ذلك وجب الجزاء^(٢)، و لا أقل أن يلحق الأم إثم إذا أسقطت من غير عذر.

و من بين الأعذار التي ذكرها هؤلاء الفقهاء، و من بينهم بن وهبان، ما يلي : حيث جاء في كلامه : " و من الأعذار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل، و ليس لأبي الصبي أن يستأجر به الضئر و يخاف هلاكه"^(٣)، (و الضئر هي المرضعة) فإذا حملت المرأة و خيف أن ينقطع لبنها، جاز لها ذلك حفاظاً على الرضيع من الهلاك، كما أضاف بن وهبان، في كلامه، أن إباحة الإسقاط محمولة على حالة العذر و إنها لا تأثم إثم القتل^(٤)، و من كلامه : " إنه يكره أن تسعى لإسقاط حملها، و جاز لعذر حيث لا يتصور"، و من كلام بن وهبان نفهم أنه

(١) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج٢، ص ٣٩٠ - ٣٩١.

(٢) د. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، دار الشروق، بدون سنة، ص ٢٠٤، و أنظر موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٢، ص ١٥٩، و كذلك حاشية بن عابدين،

مرجع سابق، ج٢، ص ٣٨٠.

(٣) نفس المصدر، ص ٢٠٤.

(٤) حاشية بن عابدين، ج٢، ص ٣٨٠.

أجاز الإسقاط إذا كان لعذر أما إذا أسقطت لغير عذر اعتبر ذلك مكروه ووجب عليها الضمان لإثمها.

و ذهب فريق آخر من الحنفية إلى القول بالكراهة، و من بينهم الفقيه علي بن موسى الذي قال : "إنه يكره، فإن الماء بعدما وقع في الرحم مآله الحياة، فيكون له حكم الحياة، كما في بيضة صيد الحرم"^(١).

و ما يمكن قوله عن مذهب الحنفية، أن آرائهم اختلفت و تباينت بين التحليل المطلق و الحل لعذر و الكراهة، إلا أن الرأي الراجح عندهم هو الإباحة قبل نفخ الروح دون أي قيد أو شرط مع عدم تفويت حق الزوج و الزوجة.

بد المذهب المالكي : اتفق معظم فقهاء المالكية على تحريم الإجهاض في جميع مراحل الحمل، حيث جاء في شرح الدردير، على متن خليل بحاشية الدسوقي^(٢) : " لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم و لو قبل الأربعين يوما، و إذا نفخت فيه الروح حرم إجماعاً".

و جاء عن بن رشد المالكي فيما نقله عن مالك، قال : " كل ما طرحته المرأة بجانية من مضغة أو علقه، مما يعلم أنه ولد ففيه غرة"^(٣) و قال الشيخ عlish : " إذا أمسك الرحم المني، فلا يجوز للزوجين أو لأحدهما التسبب في إسقاطه قبل التخلق و لا بعده اتفاقاً"^(٤).

(١) نفس المصدر ص ٢٨٠.

(٢) حاشية الدسوقي على شرح الكبير، للدردير تأليف محمد الدسوقي مطبوع مع الشرح الكبير، طبعة عيسى الحلبي، مصر، ج ٢، ص ٢٦٦.

(٣) بداية المجتهد و نهاية المقتصد، الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن رشيد القرطبي، مطبعة الكتاب الأزهرية، بمصر، سنة ١٩٦٩، ج ٢، ص ٤٥٣.

(٤) فتح العلي المالك، الشيخ محمد أحمد عlish، طبعة مصطفى الحلبي، ١٩٥٨، ج ١، ص ٣٩٩.

كما نقل عن بن العربي قوله : " للولد ثلاث أحوال "

١ . حالة قبل الوجود ينقطع فيها بالعزل ، و هو جائز .

٢ . وحالة بعد قبض الرحم على المنى ، فلا يجوز لأحد عندئذ التعرض له بالقطع من التوليد .

٣ . و الحالة الثالثة بعد انخلاقه قبل أن ينفخ فيه الروح ، و هو أشد من الأولين في المنع و التحريم ^(١) .

أما إذا نفخت فيه الروح فهو قتل النفس بلا خلاف ^(٢) ، و يضيف الشيخ عlish أن اتفاق الزوج و الزوجة على الإسقاط حرام ممنوع لا يحل لهما ذلك و لا يباح ^(٣) .

و إذا أسقطت جنينها فعليها غرته و الأدب إلا أن يسقط الزوج حقه في الغرة ^(٤) ، إلا أن ما ذهب إليه بن العربي من وجوب الغرة و الأدب على الزوجة ، و إسقاط العقوبة عنها إذا تنازل الزوج عن حقه ، فيه شيء من التناقض لأن القول بتحريم التعرض إلى الجنين من أول وهلة من الحمل لا ينفي العقوبة عن الزوجة ولو تنازل الزوج عن حقه في الغرة لأن جرمها قد ثبت و لا يمكن إعفاؤها من العقوبة .

و ما يمكن استخلاصه و فهمه من نصوص جمهور المالكية القائلين بتحريم الإجهاض في كل مراحل الحمل ، هو أن الحرمة متفاوتة في الشدة بحسب تطور الجنين ، إلى أن يصبح الإسقاط قتلا للنفس بعد نفخ الروح .

(١) فتح العلي المالک، الشيخ محمد أحمد عlish، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٩٩.

(٢) نفس المصدر، ص ٤٠٠، أنظر حاشية الرهوني على الزرقاني، للشيخ محمد بن أحمد الرهوني، ج ٣، ص ٢٦٤، الطبعة الأولى بولاق، ١٣٠٦ هـ.

(٣) فتح العلي المالک، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٠٠.

(٤) نفس المصدر، ص ٤٠٠.

و ذهب فريق آخر من المالكية إلى القول بكرهه إسقاط الحمل قبل الأربعين و حرموه بعد ذلك^(١).

و ذهب للرخمي من علماء المالكية إلى إباحته قبل الأربعين^(٢).

و ذهب بعض المالكية إلى أنه يرخص بالإجهاض قبل نفخ الروح، إذا كان الجنين من زنا، و خاصة إذا خافت المرأة القتل بظهور الحمل^(٣).
و يمكن أن نلخص ما جاء في مذهب المالكية، بأنهم أجمعوا على تحريم الإجهاض إذا كان بعد الأربعين، أما قبل الأربعين فيرى معظمهم و جلهم تحريمه، بينما يرى البعض الآخر بكرهه، أما للرخمي فقلقد انفرد من بين فقهاء المالكية بالقول بإباحته في الأربعين الأولى، كما يرى بعضهم الرخصة فيه إذا كان الجنين من زنا.
جـ مذهب الشافعية : اختلف فقهاء الشافعية في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح.

فمنهم من قال و هو القول المعتمد بجوازه قبل زمن نفخ الروح.
و قال به الشيخ قليوبي : " نعم يجوز إلقاؤه و لو بدواء قبل نفخ الروح فيه"^(٤).
كما قال به الشيخ الرملي : " و الراجع تحريمه بعد نفخ الروح مطلقا و جوازه قبله"^(٥).

(١) حاشية الدسوقي على شرح الدردير، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٦٧.

(٢) حاشية الرهوني على شرح الزرقاني، مرجع سابق، ج ٣، ص ٢٦٤.

(٣) د. محمدنعيم ياسين، أبحاث فقهية فني قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ٦٠١.

(٤) حاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج، مطبع أصبح المطابع بمعنى الدار السلفية، بدون سنة ج ٣، ص ١٥٩ - ١٦٠.

(٥) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ص ٤١٦.

كما قال بجواز إباحته لو كانت النطفة من زنا و قبل نفخ الروح^(١)، و جاء في كلامه : " لو كانت النطفة من زنا فقد يتخيل الجواز قبل نفخ الروح".

بينما ذهب البعض إلى القول بالكراهة، و هذا ما أشار إليه الرملي، في تحليل آراء الفقهاء، حيث أشار إلى رأي يتحملة المذهب و هو كراهة الإجهاض، و الذي يكون محتمل التنزيه قبل نفخ الروح و يقوى التحريم كلما قرب زمن نفخ الروح لأنه جريمة^(٢)، و لعل ما ذهب إليه الرملي هو رأيه و الرأي للذي يميل إليه، و هو احتمال التنزيه و التحريم، و يقوى التحريم كلما قرب زمن نفخ الروح و بهذا يكون ما قال به الرملي خلافا للراجح.

و لقد قال أبو إسحاق الروزي : " يجوز إلقاء النطفة و العلقة"، حيث نقل ذلك عن أبي حنيفة^(٣).

و جاء في كتاب "أمهات الأولاد في نهاية المحتاج" أن المحب الطبري قال : " اختلف في النطفة قبل تمام الأربعين على قولين : قيل لا يثبت لها حكم السقط أو الوأد، و قيل لها حرمة و لا يباح إفسادها و لا التسبب في إخراجها بعد الاستقرار في الرحم بخلاف الغزل"^(٤).

و لقد ذهب الإمام أبو حامد الغزالي في كتابه إحياء علوم الدين، إلى القول بأن ترك الجماع (النكاح) ليس كالإجهاض و الوأد، لأن ذلك جناية على موجود حاصل، و له مراتب، فأول مراتب الوجود أن

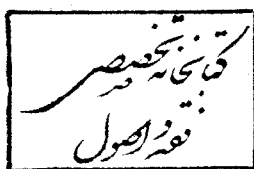
(١) تحفة الجيب، مرجع سابق، ج٣، ص ٢٠٣، نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج٨، ص ٤١٦.

(٢) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج٨، ص ٤١٦.

(٣) تحفة الجيب على شرح الخطيب، مرجع سابق، ج٢، ص ٢٠٣، و أنظر كذلك موسوعة

الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج٢، ص ١٦٠.

(٤) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج٣، ص ٤١٦.



تقع النطفة في الرحم و تختلط بماء المرأة و تستعد لقبول الحياة، و إفساد ذلك جنائية، فإن صارت مضغة و علقه كانت الجنائية أفحش، و إن نفخ فيه الروح و استوت الخلقة ازدادت الجنائية تفاحشا و منتهى التفاحش بعد الانفصال^(١)، إذن فلقد ذهب الإمام الغزالي إلى تحريم الإجهاض في أي مرحلة من مراحل الحمل، مع تصريحه بتفاوت الحرمة بتطور الجنين و نموه، و لهذا يكون قد انفرد الغزالي من بين فقهاء الشافعية بالقول بالتحريم المطلق.

كما نقل الشيخ قليوبي عن بعض علماء المذهب، أن الإجهاض في مرحلتَي العلقه و المضغة جائز^(٢) و حرام بعد ذلك، و جاء ذلك في حاشيته حيث قال : الكرابسي : " سألت أبا بكر بن سعيد الفراتي، عن رجل سقى جاريته شرابا لتسقط ولدها : فقال ما دامت نطفة أو علقه فواسع إنشاء الله "

و قال البعض من الشافعية بجواز إسقاط الحمل إذا كان ثمرة زنا ، و ذلك قبل زمن نفخ الروح^(٣).

و علق الدكتور محمود نعيم ياسين على هذا الرأي، بأنه لا يعد فيه أية إضافة على الراجح في المذهب، و الذي هو الإباحة مطلقا قبل زمن نفخ الروح^(٤)، بينما قالت القلة بالكراهة كلما قرب زمن النفخ في الروح و أجازة البعض في مرحلتَي النطفة و العلقه و حرموه فيما بعدها، و انفرد أبو حامد الغزالي من فقهاء الشافعية بالقول بتحريمه بجميع مراحل الحمل.

(١) إحياء علوم الدين للغزالي، مرجع سابق، ج٢، ص ٧٤.

(٢) حاشية قليوبي، مرجع سابق، ج٥، ص ٤٩٠.

(٣) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج٨، ص ٤١٦.

(٤) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

د مذهب الحنابلة : للحنابلة عدة آراء في إسقاط الحمل قبل نفخ الروح، فقال بعضهم بإباحته في مرحلة النطفة^(١)، أي في المرحلة الأولى من الحمل، أما بعد ذلك فلقد حرم إسقاطه، و ذلك بدليل ما جاء في أقوالهم، و التي نذكر منها ما يلي :

جاء في الروض المربع بشرح زاد المقنع في باب العدد^(٢) : "و يباح للمرأة إلقاء النطفة قبل الأربعين يوما بدواء مباح".

و قال بن رجب الحنبلي^(٣) : " صرح أصحابنا بأنه إذا صار الولد علقه لم يجز للمرأة إسقاطه، لأنه ولد انعقد بخلاف النطفة، فإنها لم تتعقد بعد ولدا".

و ذهب فريق آخر إلى تحريم الإجهاض قبل نفخ الروح في جميع مراحلها، و من بينهم بن الجوزي فيما نقله عن المرداوي^(٤).

إلا أن بن عقيل يقول بإباحته مطلقا من غير التقيد بأية مرحلة من الحمل^(٥).

(١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، الطبعة الثانية، السنة ١٩٨٠، مطبعة المحمدية بالقاهرة، ج ١، ص ٢٨٦.

(٢) الروض المربع بشرح زاد المقنع، للتجدي، المطبعة السلفية، الطبعة السادسة السنة ١٣٨٠ هـ، ج ٢، ص ٣١٦.

(٣) جامع العلوم و الحكم، لابن رجب الحنبلي، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، ص ٤٦.

(٤) الإنصاف في معرفة الراجح، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٨٦ و انظر كذلك كشف القناع على متن الإقناع، تأليف منصور بن يوسف بن إدريس البهوني، مطبعة العامرية، بدون سنة، ج ١، ص ٢٢٠.

(٥) الإنصاف، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٨٦.

أما عن بن قدامة الحنبلي و إذا أردنا توضيح موقفه من الإجهاض قبل نفخ الروح، فإننا نقول بأنه لم يصرح في مصنفه "المغني" بحكم الإجهاض الذي يتم قبل نفخ الروح لا بالإباحة ولا بالتحريم. و لكن نستطيع أن نستنتج موقفه مما أورده من كلام في دية الجنين، بأنه يرى تحريم الإجهاض في مرحلة المضغة^(١)، المرحلة التي تسبق نفخ الروح بأربعين يوما، وهذا ما استنتجه الدكتور محمد نعيم ياسين، في دراسته لموقف الفقهاء في الإسقاط الذي يكون قبل نفخ الروح. فأوجب بن قدامة الدية و الكفارة في إسقاط الجنين، الذي يشترط أن تكون فيه صورة آدمي و لو خفية، و أن يشهد بذلك ثقات من القوابل. و يضسف الدكتور محمد نعيم ياسين أن إيجاب بن قدامة للكفارة دليل على تحريمه لفعل الإسقاط الذي يتم في هذه المرحلة و يعتبره قتلا^(٢)، لأن الكفارة لا تجب إلا في القتل الخطأ، و ذلك استنادا إلى ما ذكره في مصنفه "المغني" و الذي جاء في نصه : " كذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر، فإذا أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه، لأننا لا نعلم أنه جنين، و إن ألفت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية، ففيه غرة، و إن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي و لو بقي لتصور، ففيه وجهان : أحدهما أن لا شيء فيه، لأنه لم يتصور، فلم يجب كالعلة، ولأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك، و الثاني فيه غرة، لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه ما لو تصور، و هذا يبطل بالنطفة و العلة"^(٣).

(١) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٢) نفس المصدر، ص ٢٠٤.

(٣) المغني في فقه أحمد بن حنبل، تأليف أحمد بن محمد بن قدامة، دار الكتاب العربي،

بيروت، السنة ١٩٨٢، ج ٩، ص ٥٢٩.

و صرح في موضع آخر بوجوب الكفارة على كل من يجب فيه غرة^(١).

و ما يمكن أن نقوله نحن بشأن ما جاء عن بن قدامة عن قوله بالتخلق أو بداية التصور و التي لا تكون إلا في المضغة قول خطأ و حسب ما أثبتته الطب و علم الأجنة، بأن بداية تخلق الجنين أو ظهور بعض أجزاء جسمه تبدأ قبل ذلك، حيث يمكن مشاهدة ذلك من أول مرحلة أي من مرحلة النطفة، و لعل ما قصده بالذات و هي أن المضغة تكون المرحلة السابقة لنفخ الروح و الأقرب منها بل و لعله جعل منها المرحلة التي تتفخ فيها الروح، لأنه كيف يمكن تفسير و جوبه للكفارة ؟ التي نحن نعلم أنها لا تجب إلا في القتل الخطأ.

كما أن حكمه هذا استند على المشاهدة بالعين المجردة، لأنه كما سبق و قلنا بأن في مرحلة النطفة و العلقة يكون الجنين عبارة عن قطعة دم متجمد، و منه لم يكن بوسع القدامى إثبات ما إذا كانت جنينا أم مجرد دم متخثر، و جاء في كلامه عن حكم السقط، و هو ما طرحته المرأة ناقص الخلقة " و أما من لم يأت له أربعة أشهر فإنه لا يغسل و لا يصلى عليه، و يلف في خرقة و يدفن ... و حديث الصادق المصدوق يدل على أنه لا تتفخ فيه الروح، إلا بعد أربعة أشهر، و قبل ذلك فلا يكون نسمة فلا يصلى عليه كالجمادات و الدم"^(٢)

فكلام بن قدامة عن السقط الذي لم تتفخ فيه الروح بوصفه كالجماد و الدم و أنه لا يوصف بالنسمة و لا بالآدمي، كلام يعني عدم وجوب الكفارة فيه، الشيء الذي يتناقض مع وجوبه إياها في المضغة.

(١) المغني، لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٩، ص ٥٥٦ - ٥٥٧.

(٢) نفس المصدر، ج ٢، ص ٣٩٨.

و لقد فسر الدكتور محمد نعيم ياسين التناقض الذي وقع فيه بن قدامة بأنه يمكن التوفيق بين الكلامين بأنه جعل مرحلة المضغة مع وجوب التصور دليلاً أو شبه دليل على حصول نفخ الروح، و مضى أربعة أشهر على الجنين، و وقوع خطأ في تقدير المقدرين^(١).

إلا أن هذا يبقى رأي شخصي، و لا يمكن أن نقول بصحته على الإطلاق في تفسير ذلك التناقض الذي وقع فيه بن قدامة الحنبلي.

و نحن نقول بأن التناقض الذي وقع فيه راجح بلا شك إلى عدم إحاطتهم بمراحل نمو الجنين، و التي لم تكن معلومة بصفة دقيقة و واضحة كما هي عليه الآن، و خاصة الكشوفات بأموج الأشعة الصوتية التي تعطي صورته دقيقة للجنين في داخل بطن أمه، الشيء الذي لم يكن معلوماً آنذاك، حيث اقتصر علمهم للجنين على التعرف على ما تلقيه المرأة.

و على ضوء ما سبق من ذكر موقف بن قدامة، فإننا نقول أنه لم يرد له رأي صريح سواء بالتحريم أو التحليل للإجهاض قبل نفخ الروح.

و نخلص إلى القول بأن الرأي الراجح عند الحنابلة هو الإباحة في الأربعين الأولى من الحمل و تحريمه فيما بعدها إلى زمن نفخ الروح، أي ما لم تبدأ النطفة بالتخلق. و رأي البعض هو التحريم في جميع مراحل الحمل.

هو مذهب الظاهرية : لم يرد لابن حزم الظاهري رأي صريح بالنسبة للإسقاط قبل نفخ الروح، لكنه يعتبر الإسقاط في هذه المرحلة من

(١) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا معاصرة، مرجع سابق، ص ٢٠٥ - ٢٠٦.

الحمل لا قتلا خطأ و لا عمدا^(١)، لأن القتل هو إزهاق روح إنسان و الجنين قبل أربعة أشهر لم تنفخ فيه الروح و ليس بآدمي، و لكن أوجب فيه الغرة، حيث جاء في قوله: "من ضرب حاملا فأسقطت جنينا، فإن كان قبل أربعة أشهر فلا كفارة في ذلك، لكن تجب الغرة، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم، حكم بذلك، و لا تجب الكفارة لأنه لم يقتل أحدا بل أسقط جنينا لم تنفخ فيه الروح، لأن الكفارة تجب على قتل روح خطأ، و هذا لم تنفخ فيه الروح بعد"^(٢).

"و إن كان بعد أربعة أشهر و تيقنت حركته بلا شك، و شهد بذلك أربعة قوالب عدول فإنه فيه غرة و الكفارة واجبة بعقوبة رقية"^(٣).

و من كلام بن حزم، نلاحظ أنه استدل في وجوب الغرة بما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم في جنين الهذيلة و الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه^(٤): « أن امرأتين من هذيك رمت إحداهما الأخرى فطرحتا جنينها، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو أمه »، فحديث الرسول صلى الله عليه وسلم يدل على أنه أوجب الغرة على المرأة التي أسقطت جنين الأخرى لإثمها، مما يدل كذلك على أنه لم يبح الإسقاط، و لم يجب الكفارة إلا فيمن نفخت فيه الروح، و كلام بن حزم لم يتعلق بالتحليل و التحريم، و لكن جاء عن آثار الإسقاط من وجوب الغرة و توريثها. حيث يرى بأنه إذا لم يبلغ الجنين

(١) المحلى بالآثار، تأليف الإمام الجليل بن حزم الأندلسي، تحقيق د. عبد الغفار سليمان

البندري، نشر المكتب التجاري للطباعة و النشر و التوزيع بيروت، ج ٨، ص ٣٠.

(٢) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

(٣) نفس المصدر، ص ٢٣٧.

(٤) صحيح البخاري، شركة الشهاب الجزائر، طبع بالمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية

وحدة رغاية، ج ٧، ص ٤٤٦.

أربعة أشهر، فإن الغرة تعطى لأمه لأنه عضو منها، أو بعض منها، ولا تورث إلى ورثة الجنين، أما إذا بلغ الجنين أربعة أشهر فالغرة موروثه لورثته^(١) على فرائض الله. ولقد رد بن حزم على من يجعل الغرة للورثة في إسقاط الحمل الذي لم يبلغ فيه زمن نفخ الروح بقوله: "أما قولهم: إن الغرة دية فهي كحكم الدية، وقد صح أن الدية موروثه على فرائض الموارث فالغرة كذلك، فإن هذا القياس باطل لأن الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح لم يقتل قط، فقياس دية من يقتل على دية من لم يقتل باطل، ولو كان القياس حقا، لأنه قياس الشيء على ضده"^(٢). إذن فهو يرى بتوريث دية الجنين الذي لم يبلغ زمن نفخ الروح إلى أمه، لأنه جزء منها.

إن النصوص التي نقلناها عن بن حزم تبين رأيه بوضوح في مسألة إسقاط الجنين قبل أن تنفخ فيه الروح، حيث يرى أنه ليس قتلا عمدا ولا خطأ، وإنما هو إسقاط لجزء من الأم، وهذا لا يعني أنه يبيحه، لأن ما ذهب إليه في وجوب الغرة ضمانا للإثم يدل على أنه يميل إلى التحريم في الإسقاط أكثر منه إلى التحليل، وسوف نبين رأيه بوضوح عند الكلام عن دية الجنين، في الباب الثالث من بحثنا.

ومذهب الزيدية: لقد أباح فقهاء مذهب الزيدية الإسقاط في المراحل الأولى الثلاث أي مرحلة النطفة والعلقة والمضغة، وحرّموه في المرحلة الرابعة وهي مرحلة نفخ الروح، وذلك حسب ما جاء في موسوعة الفقه الإسلامي في الجزء الثالث^(٣) منها، حيث أوردت ما يدل على ذلك فيما نقله عن مصنف "البحر الزخار" أنه: "يجوز تغيير النطفة والعلقة و

(١) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٤١.

(٢) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٤١.

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٦٢.

المضغة، لأنه لا حرمة لجماد"، و في باب الجنائيات من نفس المصنف " لا شيء فيمن لم يتبين فيه التخلق و التخطيط كالمضغة و الدم".

و من النصين نستخلص أن فقهاء الزيدية، أباحوا الإسقاط استنادا إلى بداية التخلق، و الذين يرون أنها لا يكون في المراحل الأولى الثلاث من الحمل، بل يكون بعد ذلك، و من كلامهم نفهم أنهم يقصدون بالتخلق نفخ الروح و ليس بداية التخلق في الجنين، و إن كان ما قصدوه هو بداية التخلق أي ظهور بعض أعضاء جسم الجنين، فإن ذلك خطأ منهم، لأن الجنين في تطور مستمر منذ فترة الإخصاب و بداية ظهور أجزاء جسمه تبدأ من أول مرحلة.

و قولهم بأن الجنين يكون له حكم الجماد قبل نفخ الروح، فهذا الكلام غير صحيح و غير منطقي، لأن الجماد لا يتغير و يبقى على حاله، بينما الجنين في تطور مستمر و متواصل منذ بداية الإخصاب، إذن فإباحتهم جاءت مطلقة للإجهاض في مرحلة قبل نفخ الروح و دليل ذلك عدم إيجابهم للفترة في هذه المراحل.

مذهب الإباضية: لقد جاء عن فقهاء مذهب الإباضية، أنهم أوجبوا الضمان و الإثم^(١) في حالة تعمد الإسقاط سواء كان من الحامل أو من الغير، و وجوب الضمان فقط، إذا كان الإسقاط بدون عمد، أو بغير علم المسقط، و لقد أوردوا من الأفعال التي من شأنها الإضرار بالجنين " كأكل أو شرب بارد أو حار^(٢) و الحجامة و رفع ثقل و نزع ضرس ... " و أطلوا في التفريعات و ذكر ما من شأنه إسقاط الحمل و الإضرار به.

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٢.

(٢) نفس المصدر، ص ١٦٢.

و سنه يمكن أن نستخلص أنهم حرموا الإسقاط لوجوبهم للضمان و الإثم و الضمان لا يكون إلا في فعل فيه تقويت لمنفعة، و إن كان تقويت المنفعة بدون عذر موجب لتقويتها اعتبر ذلك حراما، و منه يمكن القول أنهم حرموا الإسقاط، و لم يوجبوه إلا إذا وجدت ضرورة أو عذر.

مذهب الإمامية : لم يرد لفقهاء المذهب الإمامي رأي صريح بالتحليل أو التحريم للإسقاط قبل نفخ الروح، و ما جاءنا عنهم^(١) هو عدم وجوبهم للكفارة في الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح، و أوجبوها بالنسبة للذي ولجته الروح، و اعتبروه كالمولود، إلا أنه لا يمكن تفسير عدم إيجابهم للكفارة قبل نفخ الروح، معناه إباحتهم للإجهاض في هذه الفترة من الحمل، و لكن يمكن تفسير ذلك بأنهم اعتبروا إسقاط الجنين قبل نفخ الروح ليس قتلا، لأن القتل لا يكون إلا في الأنفس.

المطلب الثاني

موقف الفقهاء المحدثون من الإجهاض قبل نفخ الروح :

إن التطور العلمي السريع في علم الأجنة، قد حمل العديد من الفقهاء المحدثون إلى إعادة النظر في مسألة الإجهاض إباحة و تحريما، و ذلك لأن مراحل الحمل و تطور الجنين أصبح أمرا معلوما و مدروسا بدقة متناهية. و وسائل الإجهاض تعددت و تنوعت و تطورت بتطور الوسائل الطبية، خلافا لما كان عليه الأمر سابقا، حيث أن مراحل الحمل لم تكن معلومة و معروفة بدقة، كما أن ظاهرة الإجهاض لم تكن معروفة بشكل واسع في المجتمعات القديمة، كما هي الآن، لهذا اختلفت نظرة العلماء المحدثون إلى الإجهاض عما كانت عليه

(١) نفس المصدر، ص ١٦٢.

قديمًا. وهذا ما سوف نحاول تبيانَه بذكر آراء بعض الفقهاء المحدثون في هذا الصدد.

لقد وفقَ الشيخ محمود شلتوت بين آراء الفقهاء القدامى و الطب الحديث، حيث قال^(١): "أنه لعل العلماء الذين نفوا الحياة عن الجنين قبل نفخ الروح يريدون الحياة الحركية لا حياة النمو، وهم في نفس الوقت لا ينكرون أن المادة حية، و أن حياتها تمكّنها بالاتصال ببويضة المرأة^(٢)، و من هنا نستطيع القول أن اختلاف الفقهاء مبني على عدم التّنبه لهذه الدقائق والإحاطة بها".

و لقد جاء عن الدكتور يوسف القرضاوي، أنه قال^(٣): " إذا كان الإسلام قد أباح للمسلم أن يمنع الحمل لضرورات تقتضي ذلك، فلم يبيح له أن يجني على هذا الحمل بعد أن يوجد فعلا، و لو جاء هذا الحمل من طريق حرام، فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يقبل أن يقيم الحد على امرأة حملت من زنا حتى تضع جنينها و تتم رضاعه، إذ لا ذنب له".

و لقد جاء في بعض فتاوي الشيخ مصطفى الزرقا « و هو أحد المشايخ الذي تتلمذ عليهم الدكتور القرضاوي » فيما سئل فيه عن الإجهاض الذي يتم برضا الزوجين و يمارسه طبيب، حيث سئل عن حكم جوازه، و متى يمكن أن يكون ذلك ؟ أو هي أي مرحلة من

(١) د. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٢) نفس المصدر، ص ٢٠٤.

(٣) الدكتور يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام، الطبعة الحادية عشر، مكتبة وهبة، القاهرة، السنة ١٩٧٧، ص ١٦٦.

مراحل الحمل^(١)؟ فأجاب الشيخ الزرقا، بأن الإجهاض يكون جائزا أو محظورا بحسب الأحوال.

فدرجة حضره تبدأ من كونه مكروها و تنتهي بالتحريم، إذا ما بلغ الحمل أربعة أشهر. و يضيف في قوله أنه يمكن القول على ضوء النصوص الفقهية، أن الإجهاض دون مسوغ شرعي هو محظور و ممنوع^(٢)، لأن فيه اعتداء على مخلوق في مرحلة سيصبح بعده بشرا سويا و يتنافى مع حض الرسول صلى الله عليه و سلم على التماسل و التكاثر و يقول أن لكل قاعدة استثناء، و الإجهاض استثناء شريطة أن يكون هناك مسوغ شرعي تنقيد بحدوده.

فقبل الأربعين يوما يكون في درجة الكراهة، ثم بعد الأربعين يبدأ الحضر في التشدد إلى تمام أربعة أشهر، فيصبح وقتها حراما. و لقد ذكر من بين الأعذار الشرعية التي يمكن إجراء الإجهاض فيها ما يلي :

- الخوف على صحة الأم.
- عدم القدرة على الإنفاق على الجنين و تربيته.
- الحاجة إلى سفر ضروري يقف فيه الحمل و الولادة عائقا، و يعطي مثال : كسفر الزوجين للدراسة، و يقول كلما ازداد الحمل تطورا كلما احتاج جواز الإجهاض إلى مسوغ أو عذر أقوى، و إذا ما بلغ الحمل أربعة أشهر فلا يجوز ذلك، إلا إذا كان يخشى على الأم من الهلاك^(٣).

(١) فتاوي، مصطفى الزرقا، الطبعة الأولى، اعتنى بها مجد أحمد زكي مكّي و قدم لها الدكتور القرضاوي، دار العلم، دمشق، السنة ١٩٩٩، ص ٢٨٥.

(٢) نفس المصدر، ص ٢٨٦.

(٣) فتاوي الشيخ مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

ويمكننا التعقيب على كلام الشيخ الزرقا، فيما يخص ما ذكره من أضرار، وخاصة ذكره لعذر عدم القدرة على الإنفاق، بأنه ليس عذرا شرعيا، ولا يمنح للوالدين الحق في إنهاء حالة الحمل، وذلك استنادا إلى قوله تعالى : ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئا كبيرا ﴾^(١).
﴿ وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها ﴾^(٢).

وفي إجابة الشيخ الزرقا عن الشطر الثاني من السؤال، وهو متى يكون عمر الحمل أربعين يوما ؟ فقال في إجابته أنه يبدأ حساب الأربعين يوما من الحمل من أول اتصال جنسي، ولو حصل مرة واحدة بعد الطهر أي بعد انقطاع الطمث، و يضيف : " لأن العلوق قبله مجرد احتمال غير متيقن و إذا كانت هناك طرق طبية يقينة لمعرفة عمر الحمل فلا مانع شرعا من الأخذ بها"^(٣)، فعمر الحمل لا يمكن تحديده إلا بدليل متيقن، وعند الاحتمال يؤخذ بالأقل.

و ما نفهمه من كلام الشيخ الزرقا أنه قد حرم الإجهاض بعد مضي الأربعة أشهر و لم يجزه إلا في حالة إنقاذ حياة الأم من الموت. أما قبل الأربعة أشهر، فلقد اعتبره مكروها في الأربعين الأولى من الحمل، و تقوى درجة التحريم كلما اقتربنا من مرحلة نفخ الروح واعتبره استثناء للقاعدة - و التي هي التحريم - إذا وجد عذر شرعي.

(١) سورة الإسراء، الآية ٣١.

(٢) سورة هود، الآية ٦

(٣) فتاوي الشيخ الزرقا، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

كما تناولت ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام^(١) موضوع الإجهاض ووضعت في التوصية السابعة، حيث استعرضت آراء الفقهاء السابقين و ما دلت عليه من فكر و رأي سديد في تحريم الإجهاض بالإجماع بعد نفخ الروح، و اختلافهم في إباحته و تحريمه فيما قبل ذلك، و لقد استأنست الندوة بالمعطيات الطبية الحديثة و الحقائق العلمية التي تدل على حياة الجنين من بداية الحمل، و بمجرد إخصاب البويضة، و أن حياته محترمة في جميع أطوار الحمل، و لا يجب العدوان عليه بالإسقاط إلا إذا وجدت ضرورة طبية، و يخالف بعض المشاركين هذا الرأي و قالوا بإباحته في حالة وجود عذر و ذلك قبل الأربعين يوماً^(٢) الأولى.

كما جاء عن الشيخ صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزاني وهو عضو في اللجنة الدائمة للإفتاء و البحوث العلمية بالرياض - المملكة العربية السعودية - أنه توجه إلى النساء المؤمنات من خلال مطبوعته "تببيهاات على أحكام تختص بالمؤمنات"^(٣)، حيث طلب من المرأة عدم كتمان حملها لإسقاطه و التخلص منه و ذلك عملاً بالآية الكريمة و التي جاء فيها : ﴿ و لا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن إن كن يؤمن بالله و اليوم الآخر^(٣) ﴾، و يقول للمرأة أن الله قد أحل لها

(١) ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام المنعقدة بالكويت في ١١ شعبان ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ م، سلسلة مطبوعات المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية تحت عنوان الإسلام و المشكلات الطبية المعاصرة ص ٣٥١، وردت في كتابه بحوث الشريعة الإسلامية و القانون و في الطب د. محمد عبد الجواد محمد.

(٢) د. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزاني، تببيهاات على أحكام تختص بالمؤمنات، مطابع الحميضي، ١٤١٩ هـ، ص ٣٦.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

إفطار رمضان إذا كان ذلك يضر بحملها أو بها. فإذا أسقطت حملها بعد نفخ الروح، فهو حرام بلا ريب، لأنه قتل نفس بغير حق، وقتل النفس محرم بالكتاب والسنة والإجماع، فبترتب على ذلك المسؤولية الجنائية من حيث وجوب الدية والكفارة التي أوجبها بعض الأئمة، وهي عتق رقبة أو صيام شهرين متتابعين، حيث سماها بعض العلماء بالمؤودة الصغرى^(١).

و جاء عن الشيخ محمد بن إبراهيم رحمه الله في مجموع فتاويه (١١)، (١٥١)، (٤)^(٢): "أما السعي لإسقاط الحمل فلا يجوز ذلك ما لم يتحقق موته، فإن تحقق ذلك جاز..."، و يفهم من هذا الكلام أن شيخنا الكريم لا يجيز الإجهاض لأي عذر كان اللهم إذا كان الجنين قد مات داخل رحم أمه ففي هذه الحالة جاز إخراجه منه. و لقد قرر مجلس هيئة كبار العلماء رقم ١٤٠ بتاريخ ١٤٠٧/٠٦/٢٠هـ، أنه^(٣):

- ١- لا يجوز إسقاط الحمل في مختلف مراحله إلا لمبرر شرعي في حدود ضيقة جداً.
- ٢- إذا كان الحمل في الطور الأول وهي مدة الأربعين الأولى، و كان في إسقاطه في هذه المدة خشية المشقة في تربية الأولاد، أو خوفاً من العجز على الإنفاق أو تكاليف معيشتهم و تعليمهم، أو من أجل مستقبلهم، أو اكتفاء بما لدى الزوجين من الأولاد فقير جائز.

(١) د. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزاني، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٢) د. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزاني، تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات، مرجع سابق، ١٤١٩ هـ، ص ٣٦.

(٣) نفس المصدر، ص ٣٧.

٣- لا يجوز إسقاط الحمل إذا كان مضغة أو علقة حتى تقرر لجنة طبية موثوقة أن استمراره خطرا على سلامة أمه، بأن يخشى عليها الهلاك من استمراره جاز إسقاطه بعد استنفاد كافة الوسائل لتلافي تلك الأخطار.

٤- بعد الطور الثالث و بعد إكمال أربعة أشهر من الحمل لا يحل إسقاطه، حتى يقرر جمع من الأطباء المختصين الموثوقين، أن بقاء الجنين في بطن أمه يسبب لها موتها، و ذلك بعد نفاذ كافة الوسائل لإنقاذ حياته، و إنما رخص بإسقاطه في هذه المرحلة من الحمل و بهذه الشروط دفعا لأعظم الضررين و جلبا لعظمى المصلحتين^(١).

و يمكن استخلاص مما تقرر من طرف هيئة كبار العلماء أنهم حرموا الإسقاط في جميع مراحل الحمل و لم يبيحوه إلا في حالة وجود عذر شرعي و الذي جعلوه في نطاق ضيق و يقتصر على إنقاذ حياة الأم من الهلاك فقط، و بعد موافقة لجنة طبية مختصة، و هذا فيما يخص مرحلة قبل نفخ الروح، أما ما بعدها فلقد حرموه و استثنوا منه حالة واحدة و هي إنقاذ الأم من الموت المحقق، و هذا الترخيص جاء من أجل جلب المصلحة الكبرى أو العظمى و هي حياة الأم.

كما قال الشيخ بن العثيمين في رسالة الدماء الطبيعية للنساء و ذلك فيما أورده عنه الشيخ بن فوران في مطبوعته تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات^(٢) أنه " إذا قصد من إسقاطه إتلافه فهذا إذا كان بعد

(١) د. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزاني، تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات،

مرجع سابق، ص ٣٧.

(٢) نفس المصدر، ص ٣٨.

نفخ الروح فيه فهو حرام بلا ريب، لأنه قتل نفس بغير حق و قتل النفس محرم بالقرآن و السنة و الإجماع".

و ما نفهمه من كلام الشيخ العثيمين أن الإسقاط بعد نفخ الروح لا جدال في تحريمه، أما قبله فهو محتمل التحريم و التنزيه. و جاء فيما نقله لنا الشيخ بن فوران عن الإمام بن الجوزي في كتابه أحكام النساء ما يلي : " إذا كان موضوع النكاح لطلب، الولد، و ليس من كل ماء يكون الولد، فإذا تكون حصل المقصود، فتعمد إسقاطه مخالف لمراد الحكمة، إلا إذا كان ذلك في أول الحمل قبل نفخ الروح، ففيه إثم كبير^(١) لأنه مترق إلى الكمال و سائر إلى التمام، إلا أنه أقل إثما من الذي تنفخ فيه الروح، فإذا تعمد إسقاط ما فيه روح كان كقتل مؤمن".

و ما يفهم من كلام بن الجوزي أن الإجهاض قبل نفخ الروح يترتب عليه إثم، لكنه أقل أو أهون من الإثم الذي يكون في إسقاط الجنين الذي نفخت فيه الروح، إذ يعتبر قتلًا بالإجماع، و منه يكون الإمام بن الجوزي قد حرم الإجهاض في جميع مراحل الحمل، لأن الجنين منذ وجوده سائر إلى الكمال و في تطور مستمر، و إذا لم يتعدى عليه نفخت فيه الروح و اكتمل نموه إلى أن يخرج إلى الحياة. إلا أن التحريم لا يكون بنفس القوة في المرحلتين، إذ يقوى كلما اقترب زمن نفخ الروح إلى أن يصبح قتلا مع اكتمال المائة و العشرين يوما.

و لقد ذهب الدكتور محمد نعيم ياسين في تحليله لآراء الفقهاء القدامى و تحديد الرأي الراجح في الإجهاض^(٢)، أن الجنين إذا نفخت فيه الروح حرم إجهاضه لأي عذر كان، ما عدا عذر واحد و هو

(١) د. صالح بن فوزان، تبسيطات على أحكام تختص بالمؤمنات، مرجع سابق ص ٣٨ - ٣٩.

(٢) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ٢٢ - ٢٢١.

أن يكون قتله أحد الشريرين الذي لا مفر من وقوع أحدهما، و يكون دفعا لضرر و جلبا لمنفعة، و ذلك إذا علم من أطباء عدول و عن يقين أن بقاء الحمل سوف يتسبب في هلاك الأم.

أما الإجهاض قبل نفخ الروح، فيقول أنه : " ينبغي أن يخضع للأعذار و الحاجات، حيث نسقط عنه الحرمة إذا كان لسبب معقول و حاجة معتبرة". و يقول : "أن الجنين الذي يتكون في بطن الأم و يصبح بالعلق و الانعقاد"^(١) مؤهلا لاستقبال الروح بعد فترة، فلا يمكن أن يصنف إلا ضمن الأشياء النافعة، و يكون إسقاطه لغير حاجة محرما".

و ما يفهم من كلام الدكتور محمد نعيم ياسين، أن الجنين في الفترة السابقة للعلق لا يكون مؤهلا لاستقبال الروح و قوله يصبح بالعلق و الانعقاد، فإذا كان يقصد من كلامه أن الانعقاد يكون في مرحلة العلق، فإن هذا يتنافى مع قوله أن الانعقاد يكون في الأسبوع الأول من استقرار المني في الرحم^(٢)، و تمييزه للفترة التي يصبح فيها الجنين مؤهلا لاستقبال الروح، يعني نفيها عنه في الفترة التي تسبقها، حيث يكون غير مؤهلا لذلك، و نقول أن هذا غير منطقي، لأن النطفة و لو كانت غير مؤهلة لاستقبال الروح هذا يعني أنها لا تتطور و لا تنمو، و إذا توقف نموها هذا يعني أنها ماتت أو ماتت الخلايا الأولى المكونة للنطفة، فتتزل في صفة إجهاض تلقائي، و إذا لم يتم الإخصاب تتزل البويضة على شكل دم الحيض.

و يقول الدكتور سعيد رمضان البوطي^(٣) : " لا نكاد نجد فرقا بين النطفة المتوجهة إلى الرحم لتتحول بمشيئة الله بعد حين إلى جنين،

(١) نفس المصدر، ص ٢٢١.

(٢) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

(٣) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد الفشل، مرجع سابق، ص ٨٢ - ٨٤.

و النطفة المستقرة فيه قبل أن تتحول إلى مضغة يسري فيها معالم الصورة و التخلق، ... و بما أن الأحاديث الواردة في حق العزل دالة في جملتها على الجواز كما أسلفنا فهي دالة بواسطة القياس الجلي على إسقاط النطفة ما لم تدخل طور التخلق بعد".

و نرى بأن الدكتور البوطي متأثر بما ذهب إليه القدامى من الفقهاء، فيما يخص عدم وجود فرق بين النطفة و البيضة الملقحة و المنى، حيث رأوا أن البيضة الملقحة تبقى على حالها أربعين يوما لا تتغير، و ذلك أخذا بظاهر حديث بن مسعود فيما رواه عن النبي صلى الله عليه و سلم ﴿ إذا ما مر بالنطفة اثنتان و أربعون ليلة بعث الله إليها ملكا فصورها و خلق سمعها و بصرها و جلد لها و لحمها و عظامها^(١)﴾.

﴿ إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما نطفة^(٢)﴾.

و عن جابر قال ﴿ أن رجلا جاء النبي صلى الله عليه و سلم فقال إن لي جارية و هي خادمتنا و ساقيتنا في النخل و أنا أطوف عليها و أكره أن تحمل، فقال أعزل عنها إن شئت^(٣)﴾.

و عن جابر كذلك : ﴿ كنا نعزل على عهد الرسول صلى الله عليه و سلم فبلغ ذلك نبي الله صلى الله عليه و سلم فلم ينهنا^(٤)﴾.

و لعل ما ذهب إليه البوطي هو راجع إلى تأثره بالأحاديث التي ذكرناها و التي تأثر بها القدامى من الفقهاء القائلين بأنه لا يوجد فرق بين المنى و البيضة الملقحة و بالتالي قاسوا إسقاط النطفة على العزل. إلا أن العلم و الطب قد أثبت غير ذلك، و أن النطفة جنين حاصل و ليست

(١) فتح الباري، شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج ١١، ص ٤٧٧.

(٢) نفس المصدر، ص ٤٨٠.

(٣) صحيح مسلم، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٠٦٤.

(٤) نفس المصدر، ص ١٠٦٥.

مجرد مني، كما أنها تجمع الخصائص الوراثية للأبوين أي للبيضة و المنى، لتشكيل إنسانا يختلف عمن سواء بخلاف البويضة أو المنى الذي يحمل كل واحد منها إلا نصف الخصائص الوراثية للجنين. كما أن الطب قد أثبت أن من بين ملايين النطاف لا تلقح البويضة إلا نطفة واحدة، و باقي النطاف تموت. و منه فلا يمكن قياس أحدهما على الآخر.

و ما نستخلصه من كلام الدكتور البوطي أنه يجيز إسقاط النطفة بغير قيد و بدون تقويت حق الزوجين، و أن لا يكون ذلك فيه ضرر على الحامل^(١). أما ما يمكن قوله عن رأي الفقهاء المعاصرين في الإجهاض، فإن معظمهم متأثر بما أثبتته التطور العلمي و خاصة في علم الأجنة، بأن الجنين مخلوق حي وفي تطور مستمر منذ بداية وجوده، و بالتالي جاءت معظم آرائهم محرمة للإجهاض في جميع مراحل الحمل، و لا يقولون بجوازه إلا في حالة ما إذا كان في الحمل خطر على حياة الأم و تقول القلة من المحدثين بجوازه في مرحلة النطفة و اتفق الجميع على تحريمه بعد نفخ الروح.

المبحث الثالث

موقف الفقهاء القدامى و المحدثون من الإجهاض بعد نفخ الروح

لا اختلاف بين الفقهاء سواء القدامى أو المحدثون من حيث تحريم الإجهاض على الإطلاق بعد نفخ الروح، فإذا ما مرت بالجنين مائة و عشرون ليلة حرم إسقاطه، و اعتبر ذلك قتلا لنفس و إزهاق لروح و سوف نبين في هذا المبحث موقف كل من الفقهاء القدامى و المحدثون من ذلك مع تحليل لآرائهم.

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل و نهاية و علاجا، مرجع سابق، ص ٨٥.

المطلب الأول

موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض بعد نفخ الروح

لقد أجمع الفقهاء القدامى على أنه إذا ما مر بالجنين مائة و عشرون يوما، نفخت فيه الروح، كما جاء عن النبي صلى الله عليه و سلم في الحديث الصحيح الذي سبق و أن أشرنا إليه، فإذا ما بلغ الجنين هذه المرحلة من النمو حُرِّم إسقاطه إجماعا، لأنه أصبح آدميا، و الشريعة لا تحل قتل لآدمي بغير سبب، و لا يتصور قيام أي سبب يقضي بإباحة إسقاط الجنين في هذه المرحلة^(١).

و هذه بعض النصوص التي توضح حرمة الإسقاط عند الفقهاء بعد نفخ الروح: "و في حالة نفخ الروح فما بعده إلى الوضع فلا شك في التحريم"^(٢).

و جاء في حاشية الدسوقي: "لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم و لو قبل الأربعين يوما، و إذا نفخت فيه الروح حرم إجماعا"^(٣). و في أسهل المدارك: "و إذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض له ... و أشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح فإنه قتل النفس إجماعا"^(٤).

(١) حاشية بن عابدين، ج ١، ص ٢٠٢، ج ٦، ص ٥٩١، نهاية المحتاج، ج ٨، ص ٤١٦، فتح العلي المالك، ج ١، ص ٣٩٩، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج ٢، ص ٢٦٧، إحياء علوم الدين، ج ٢، ص ٧٤، المحلى، لابن حزم، ج ٨، ص ٣٠ - ٣١، مراجع سبق الإشارة إليها.

(٢) نهاية المحتاج، مرجع آنف الذكر، ج ٨، ص ٢٤٠.

(٣) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١١.

(٤) أسهل المدارك، شرح إرشاد السالك لأبي بكر بن الكشناوي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، بدون سنة، ج ٢، ص ١٢٩.

و في تبين الحقائق : " المرأة يسمعها أن تعالج لإسقاط الحمل ما لم يستتب شيء من خلقه و ذلك ما لم يتم له مائة و عشرون يوما"^(١).
و-جاء في كشف القناع " ويجوز شرب دواء لإلقاء نطفة"^(٢).
و جاء في إحياء علوم الدين للغزالي : "و إن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشا"^(٣).
و قال بن نجيم الحنفي : " امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ، و لو لم يقطع أربعا يخشى على أمه من الموت ، فإذا كان الولد ميتا في البطن ، فلا بأس به ، و إن كان حيا لا يجوز لأن إحياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد في الشرع"^(٤).
و قال ابن عابدين تعقبا على بن نجيم : " لا يجوز تقطيعه ، لأن موت الأم به موهوم ، فلا يجوز قتل آدمي حي لأمر موهوم"^(٥).
و من ظاهر عبارات القدامى نفهم بأنهم يرون تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح على الإطلاق ، حتى و إن كان في بقاء الحمل خطرا على حياة أمه. و لا جدال في اعتباره قتلا لنفس محترمة شرعا ، فلا يجوز التضحية بنفس من أجل إنقاذ نفس أخرى ، و قالوا أنه لا يحل لمن أكره على القتل أن يقتل مهما كانت درجة الإكراه"^(٦).

(١) تبين الحقائق، شرح كنز الدقائق، تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، الحنفي، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، بدون سنة، ج ٢، ص ١٦٦.
(٢) كشف القناع، مرجع سابق، ج ١، ص ٢٢٠.
(٣) إحياء علوم الدين للغزالي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧٤.
(٤) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ١، ص ٦٠٢.
(٥) نفس المصدر، ص ٦٠٢.
(٦) د. نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ١٩٤.

و أجمعوا على أنه لا يحل لمضطر أن يقتل غيره لإنقاذ نفسه من الهلاك. و لقد جعل الفقهاء حرمة النفس فوق أي اعتبار، و عدم إخضاعها للقواعد الشرعية عند تعارض الضررين، و لا يمكن ترجيح حياة أحدهما على الآخر، و لعل ما جعلهم يفوتون حياة الجنين على حياة الأم أو بالأحرى عدم إمكان التضحية بالاثنتين، هو عدم تيقنهم من وجود خطر حقيقي يهدد حياة الأم، و ليس لهم من الوسائل ما يثبت ذلك، فالأمر يبقى بالنسبة لهم مجرد شك، و إن كان الأمر غير ذلك، كأن أصبح ذلك يقينا أو متيقنا منه، لربما أجازوا تقوية حياة الأم على حياة الجنين.

المطلب الثاني

موقف الفقهاء المحدثون من الإجهاض بعد نفخ الروح

أما الفقهاء المحدثون، فلقد ذهبوا إلى نفس ما ذهب إليه الفقهاء القدامى من حيث تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح، واعتبار الاعتداء عليه في هذه المرحلة من الحمل قتلا لنفس مؤمنة. إلا أن بعض العلماء المحدثون أوردوا استثناء على هذه القاعدة، و قالوا بجواز إباحته^(١) في حالة ما إذا تأكد من مصدر طبي موثوق به بأن استمرار الحمل يؤدي لا محال إلى موت الأم، و ذلك عملا بالقاعدة الفقهية في التعارض و الترجيح^(٢)، و ارتكاب أخف الضررين لجلب منفعة عظيمة.

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ٥٧، ديوسف القرضاوي، الحلال و الحرام، ص ١٦٦، د. صالح بن فوران، تنبيهات على أحكام تخص بالمؤمنات، ص ٣٧، د. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، ص ٢٠٤، مراجع سبق الإشارة إليها.

(٢) د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر للطباعة و النشر دمشق، بدون سنة، ج ٢، ص ١٢٠١، و أنظر كذلك لمزيد من التفاصيل الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، تحقيق أبي مصعب محمد بن سعيد البدري، طبعة جديدة و مصححة مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، الطبعة السادسة، السنة، ١٩٩٥، ص ٤٥٩ (إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول).

و سوف نتناول هذا الاستثناء أي الإجهاض في حالة الضرورة في الباب الثاني من بحثنا ضمن موانع المسؤولية و أسباب الإباحة. و هذه بعض الأقوال التي توضح موقف الفقهاء المحدثون من الإجهاض الذي يتم بعد نفخ الروح :

جاء في كلام الدكتور القرضاوي : " فلم يباح له أن يجني على هذا الحمل بعد أن يوجد فعلا، ولو جاء هذا الحمل من طريق حرام ... " (١). و جاء في كلام الشيخ مصطفى الرزقا : " و تنتهي بالتحريم إذا بلغ الحمل أربعة أشهر " (٢).

و قال الشيخ صالح بن فوزان : " فإذا أسقطت حملها بعد نفخ الروح فهو حرام بلا ريب لأنه قتل لنفس بغير حق ... " (٣).

و قررت اللجنة العلمية للموسوعة الفقهية، التي تصدرها وزارة الأوقاف بالكويت (٤) جواز إسقاط الحمل و إن كان ذلك بعد نفخ الروح إذا كان ذلك هو السبيل الواحد لإنقاذ حياة الأم من هلاك محقق، و أن الحفاظ على حياة الأم إذا كان في بقاء الحمل أو الجنين في بطنها خطرا عليها أولى بالاعتبار، لأنها الأصل و حياتها ثابتة بيقين.

و قرر مجلس هيئة كبار العلماء بالرياض أنه : بعدالطور الثالث و بعد إكمال أربعة أشهر من الحمل، لا يحل إسقاطه، حتى يقرر جمع من الأطباء المختصين الموثوقين، أن بقاء الجنين في بطن أمه يسبب موتها و ذلك بعد استنفاد كافة الوسائل لإنقاذ حياته، و إنما رخص بإسقاطه

(١) د. يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٢) فتاوي مصطفى الرزقان الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

(٣) د. صالح بن فوزان، تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سبق الإشارة إليه، ج ٢، ص ٥٧.

في هذه المرحلة من الحمل و بهذه الشروط دفعا لأعظم الضررين وجلبا لعظمى المصلحتين^(١) .

و جاء عن الدكتور القرضاوي فيما جاء به من رأي الشيخ شلتوت. و هو رأيه^(٢) كذلك ما يلي : " إذا ثبت من طريق موثوق به أن بقاءه بعد تحقق حياته يؤدي لا محال إلى موت الأم، فإن الشريعة بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين ... كان إسقاطه في تلك الحالة متعينا، و لا يضحى بها في سبيل إنقاذه"^(٣).

إذن فما يمكن قوله، هو اتفاق كل من الفقهاء القدامى و المحدثون تحريم الإجهاض بعد مرحلة نفخ الروح و اعتباره قتل لآدمي بغير حق.

المطلب الثالث

تحليل آراء الفقهاء و تحديد الرأي المتداول إجماعا :

بعدما تطرقنا إلى مختلف آراء الفقهاء، ظهر لنا مدى تأثرهم جميعا - سواء القدامى أو المحدثون منهم - بحديث نفخ الروح و لا بأس من تلخيصها بإيجاز و تبيان مواضع الاتفاق حسب تطور مراحل الحمل :

أ- بالنسبة للفقهاء القدامى :

١- مرحلة الأربعين الأولى (النطفة) : يرى بإباحتها معظم فقهاء الحنفية و معظم فقهاء الشافعية، و معظم الحنابلة و اللخمي من فقهاء المالكية.

بينما يرى تحريمها معظم فقهاء المالكية، وبعض فقهاء الحنفية و الغزالي من الشافعية و ابن الجوزي من الحنابلة.

(١) د. صالح بن فوران، تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات، مرجع سابق، ص ٣٧ - ٣٨.

(٢) د. يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٣) نفس المصدر، ص ١٦٠.

٢- مرحلة الأربعين الثانية (العلة): يرى بإباحتها معظم فقهاء الحنفية و معظم فقهاء الشافعية، و بن عقيل من فقهاء الحنابلة.

و يرى تحريمها جميع فقهاء المالكية، و بعض فقهاء الحنفية و بعض فقهاء الحنابلة و الغزالي من الشافعية.

٣- مرحلة الأربعين الثالثة (المضغة): يرى بإباحتها معظم فقهاء الحنفية و جمهور من فقهاء الشافعية، و بن عقيل من الحنابلة و يرى تحريمها معظم فقهاء الحنابلة، و بعض الحنفية و الغزالي من الشافعية و أبو إسحاق المروزي و المحب الطبري.

يتفق جميع الفقهاء على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح، كما أنهم يتفقون على أنه يختلف في حكمه على الإسقاط قبل نفخ الروح و لا يساويه، و لا يعتبرونه قتلا للنفس، و يظهر ذلك بوضوح عند الذين أباحوه قبل نفخ الروح.

أما عند الذين حرموه في المرحلتين، فإنهم لم يعتبروه قتلا، بل اعتبروه إتلافا لمخلوق مآله الحياة و اعتبر بعضهم ذلك في درجة الكراهة، بينما قال البعض الآخر أنه حرام و درجة الحرمة تزداد و تشتد كلما قرب زمن النفخ إلى أن يصبح حراما مطلقا بولوج الروح به. **بد بالنسبة للفقهاء المحدثون :**

يرى جميع الفقهاء المحدثون، بأن النطفة إذا وقعت في رحم المرأة و التقت بالبويضة فيتم الإخصاب، فمن تلك المرحلة تبتدئ حياة الجنين و أن كل اعتداء عليه يعتبر حراما، لأن النطفة إذا استقرت في الرحم سارت إلى التخلق شيئا فشيئا^(١)

(١) د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٤٣٤.

و لم يقولوا بجوازه إلا في حالة وجود عذر شرعي^(١).

بينما يرى بعض العلماء المحدثون بإباحته في الأربعين الأولى قياساً على حكم الغزل^(٢) و يشترط بعضهم أن يتم ذلك برضا الزوجين، لأن الحمل خلال هذه الفترة لا يزيد عن كونه نطفة أو دماً متجمداً^(٣)، أو قطعة لحم، فلا يتمتع بروح و لا هو مكتسب لشيء من خلقة الأحياء.

إذن فالرأي الراجح، هو عدم التعرض إلى الجنين مهما كانت مرحلة نموه أو تطوره و لو كان في بداية الحمل، و ذلك تأثراً منهم بما توصل إليه الطب الحديث في تبيان حياة النطفة منذ الأيام الأولى من الإخصاب، و لم يوردوا استثناءً على ذلك إلا بوجود ضرورة و عذر يقتضي تفويت سلامة الأم على الجنين، أو وجود ضرورة كحالة الاغتصاب، أو ثبت أن الجنين مشوه، فهناك من الفقهاء من قالوا بجواز إباحته^(٤) (و سوف نتكلم عن هذه الحالات عند التعرض لأسباب الإباحة و موانع المسؤولية و ذلك في الفترة الأولى من الحمل.

(١) د. يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، مرجع سابق، ص ١٦٣، موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ٥٧، مجلس هيئة كبار العلماء رقم ١٤٠ المؤرخ في ٢٠/٠٦/١٤٠٧ هـ، جاء ذكرها في كتاب د. صالح بن فوران، تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات، مرجع سبق الإشارة إليه، فتاوي مصطفى الزرقا، الطبعة الأولى، مرجع سابق، ص ٢٨٥، مجلة البحوث الفقهية، السنة الخامسة، العدد السابع عشر، الكويت، السنة ١٤١٣ هـ، ص ٢٠٤.

(٢) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٣) نفس المصدر، ص ١٠٧.

(٤) د. يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام في الإسلام، مرجع سابق، ص ١٦٦.

و اتفقوا جميعاً على اعتباره حراماً إذا بلغ الحمل أربعة أشهر ولا يمكن التعرض إليه أو التصريح بإسقاطه إلا في حالة واحدة وهي إذا ثبت من مصدر طبي موثوق أن في بقاء الحمل هلاك محقق للأم، والإسقاط أحد الضررين الذي لا مفر منه لتجنب ما هو أعظم وهو موت الأم، فقالوا بجوازه عملاً بالقاعدة الفقهية في التعارض و الترجيح، ويتم ذلك دفعا لعظمى المفسدتين و جلباً لأكبر المنافع. ولقد أوصوا في ذلك بتقوى الله و التثبت في الأمر.

و لذلك نقول بأن حياة الجنين تبدأ من نفخ الروح، و لا يمكن لأحد القول بغير ذلك، و أي اعتداء عليه يعتبر قتلاً لأدمي، و حديث بن مسعود عن الرسول صلى الله عليه و سلم حديث صحيح و جدال فيه ﴿ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربع، برزقه و أجله، و شقي أم سعيد ثم ينفخ فيه الروح^(١)﴾.

و نستخلص منه أن حياة الإنسان تبدأ بنفخ الروح، و لو كانت تبدأ من وقت تلقيح البويضة، لما تأخر الله عن إرسال الملك المكلف بكتابة القدر بالنسبة للإنسان المراد خلقه و نفخ الروح فيه. إلا أن هذا الاستنتاج لا يمنع من أن للبيضة الملقحة و الغير ملقحة و المنى و النطفة و العلقة و المضغة مخلوق جعله الله مقدمة لخلق الأدمي.

و لقد فسر كثير من الفقهاء حديث نفخ الروح، بأنه السبب الذي جعله الله لابتداء حياة الإنسان في الجنين^(٢)، و لقد أثار بعض الباحثين شبهة حول ما ذهب إليه القدامى من تحديد زمن نفخ الروح وقالوا أن ما ذهب إليه القدامى يتعارض مع قوله تعالى ﴿و يسألونك

(١) فتح الباري، مرجع سابق، د ١١، ص ٤٧٧.

(٢) د. نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ٢١٦.

عن الروح قل الروح من أمر ربي و ما أوتيتم من العلم إلا قليلاً^(١)، حيث قالوا أن الروح من الغيب و لا يجب الخوض فيها^(٢)، و مع ذلك نجد كثير من العلماء^(٣)، تكلموا عن الروح و تعريفها و بيان آثارها أنواع نشاطها و حركتها معتمدين في ذلك على النصوص القرآنية و السنة النبوية، و لم يمنعهم ذلك من الخوف من معارضة كلامه تعالى بأن الروح من أمور الغيب، لأنهم لم يروا فيما ذهبوا إليه من كلام عن الروح أي تعارض مع كلام الله و رسوله صلى الله عليه و سلم^(٤).

و ذهب بعض العلماء إلى القول بأن ما يعتبر من أمور الغيب من أمر الروح، هو كنه حقيقتها و امتزاجها بالجسد و هذا من علم الله وحده^(٥) و يقولون أن هذا لا يعني عدم التفكير فيها من جهات أخرى، كزمن تعلقها بالجسد و مفارقتها له. و بهذا يتضح أنه ما جاء من تفسيرات للفقهاء القدماء حول حديث الروح لابن مسعود لا يتعارض مع النص القرآني^(٦).

و لهذا اعتبر الفقهاء الإجهاض بعد نفخ الروح جنابة على مخلوق حي، و أن حماية الجنين في هذه الفترة تكون أقوى و أجدر، لأنه بنفخ الروح فيه تكتسب صفة الأدمي. أما قبل هته المرحلة، فيرى بعض العلماء أن الإسقاط يكون له حكم الإتلاف، و ذلك ما قال به الدكتور نعيم ياسين : "أن الأصل في الإجهاض الذي يتم قبل نفخ الروح

(١) سورة الإسراء، الآية ٨

(٢) د. نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(٣) إحياء علوم الدين للغزالي، مرجع سابق، ص ١٥١.

(٤) إحياء علوم الدين، للغزالي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٥١.

(٥) نفس المصدر، ص ١٥١.

(٦) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

هو إتلاف وإفساد، و الإتلاف يختلف حكمه باختلاف الشيء المتلف - و يضيف بأنه- قد يكون المتلف محرما أو ضارا أو ضرره أكثر من نفعه حيث يكون الإتلاف واجبا - و يعطي مثال عن ذلك - كإتلاف الخمر و الصنم، و قد يكون الإتلاف محرما إذا كان الشيء المتلف نافعا، حيث ليس للمسلم إتلاف عضو من أعضائه بدون سبب و لا أن يتلف ماله من غير حاجة" و يضيف قائلا أنه مما لا شك فيه أن الجنين الذي يتكون في بطن أمه يصبح بالعلوق و الانعقاد مؤهلا لاستقبال الروح، و لا يمكن أن يصنف ضمن الأشياء الضارة و يكون إسقاطه محرما إذا كان لغير عذر و يقول أنه لا ينبغي مخالفة الأصل في إتلاف الأشياء الحية أو الميتة في تحريم الإجهاض قبل نفخ الروح، إلا إذا وجد دليل، الفقهاء القدامى لم يقدموا دليلا يعتد به من غير أن الجنين في هذه المرحلة لا يوصف بالآدمية.

و يقول عن الحنابلة الذين أباحوا الإجهاض قبل الأربعين : "بأنهم كانوا يعتقدون أن الجنين لا ينعقد إلا في هذه الفترة، إلا أن الانعقاد يتم قبل هذه الفترة و أنه يحدث في خلال الأسبوع الأول من استقرار المنى في رحم الأم. و حديث التصوير لا يحدد مبدأ الانعقاد، و إن كان يحدد مبدأ التصوير و عدم التخلق و التصوير لا يقتضي عدم الانعقاد، لا لغة و لا شرعا و لا طبيا و يعتبر بعد ذلك ما ذهب إليه الحنابلة معاريا من الدليل"^(١).

إلا أن مفهوم الانعقاد حسب ما ذهب إليه الدكتور نعيم ياسين، لا يقع في أية مرحلة من مراحل الجنين، لأن فحص النطفة مباشرة بعد تلقيحها يثبت كونها جنينا، حيث يظهر التحام النواتين، وبدأ

(١) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

الانقسامات الخلوية، أما إذا كانت في مرحلة التوتة أو الكرة الجرثومية فإن تشخيصها يكون أسهل وأدق^(١).

و من كلام الدكتور محمد نعيم ياسين، نفهم أنه يحرم الإجهاض قبل نفخ الروح إذا كان لغير عذر، شأنه شأن الكثير من العلماء المحدثين إن لم نقل جلهم. و ما يمكن قوله عن الفقهاء الذين أباحوا الإسقاط في مرحلة معينة قبل نفخ الروح، فذلك مرجعه إلى تأثرهم بحديث النبي صلى الله عليه وسلم، من جهة، وبداية التخلق و التصوير في الجنين من جهة أخرى، وما أوقعهم في خطأ التقدير بالنسبة لبداية التخلق في الجنين، فهو راجع لعدم وجود وسائل تحدد ذلك بدقة آنذاك، لأن تطور الطب هو الذي جعل الفقهاء المحدثون يغيرون نظرتهم بشأن تحريم الإجهاض، في جميع مراحل الحمل.

المبحث الرابع

موقف المشرع الجنائي الجزائري من الإجهاض

لم يعرف المشرع الجزائري الإجهاض، بل نص عليه في الفصل الثاني من القسم الأول من الباب الثاني من قانون العقوبات الجزائري، حيث خصص له المواد من ٣٠٤ ق.ع إلى ٣١٣ ق.ع و لقد استعمل لفظ "الإجهاض" أو "أجهض" للدلالة على ذلك النشاط المادي الذي يصدر عن الجناني، بغرض إنهاء حالة الحمل قبل أن يحين الموعد الطبيعي لولادته، و اعتبر ذلك الفعل جريمة عاقب عليها بالنصوص المذكورة أعلاه، سواء تم الإجهاض برضا الحامل أو بغير رضاها، و سواء كان من الغير أو من الحامل نفسها.

(١) باحد بن محمد أنسي، مراحل الحمل و التصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة و الطب المعاصر، رسالة ماجستير، السنة ١٩٩٩، ص ٢٦٧.

و لقد حدا المشرع الجزائري حدو بعض التشريعات العربية حيث استعمل لفظ " أجهض " أو " إجهاض " و التي نذكر من بينها التشريع الكويتي و الأردني و العراقي، بينما استعملت بعض التشريعات الأخرى لفظ " أسقط " أو " إسقاط " و منها التشريع التونسي و المصري.

و مهما يكن من تباين في الألفاظ التي تعبر عن ذلك الفعل الذي من شأنه إنهاء تطوّر الحمل، فإن مفهومها واحد، و نتيجتها واحدة، تتمثل في التخلص من الجنين. و لقد نص المشرع الجزائري في المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات على الإجهاض الذي يقوم به الغير على الحامل أو المفترض أنها حاملا، سواء رضيت أو كان ذلك بدون رضاها، و سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق، كأن كان ذلك شرعا حيث جاء في المادة إياها ما يلي : " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك ...".

وجاء في المادة ٣٠٦ من ق.ع.ج ذكر الإجهاض الذي يقوم به أو يرشد إليه أو يسهله ذوي الصفة الخاصة كالأطباء و القابلات وغيرهم من الذين لمهنتهم علاقة بإحداث الإجهاض و التي نصها كالتالي : "الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة و محضرو العقاقير و صانعو الأربطة الطبية و تجار الأدوات الجراحية و الممرضون و الممرضات و المدلكون و المدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو بسهولة أو يقومون به"

و نص في المادة ٣٠٩ ق.ع على الإجهاض الذي تقوم به الحامل على نفسها، و الذي جاء في نصه : " ... المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض ...".

كما نص في المادة ٣١٠ ق.ع على الإجهاض الذي يكون نتيجة فعل تحريض، و عاقب المحرض على الإجهاض و إن لم يؤد تحريضه إلى نتيجة.

و نص على الشروع و الاشتراك و أخضعهما للعقاب و ذلك في المادة ٣١١ ق.ع الفقرة الثانية حيث جاء فيه : " و لكل حكم عن الشروع أو الاشتراك في الجرائم ذاتها يستتبع ذات المنع".

و اعتبر المشرع الجزائي فعل الإجهاض الذي يتم في حالة الضرورة، فعلا مباحا و لا يخضع للمسؤولية الجنائية إذا قام به الأشخاص المذكورين بالمادة ٣٠٨ من قانون العقوبات و التي تقول : " لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الإدارية"، و سوف نتكلم عن ذلك بالتفصيل عند التطرق إلى أسباب الإباحة و موانع المسؤولية في جريمة الإجهاض.

و من استقراء النصوص القانونية، يتبين لنا أن المشرع الجنائي الجزائي لم يفرق في تجريمه للإجهاض بين مرحلة معينة للحمل، سواء كانت قبل نفخ الروح أو بعدها، كما فعل فقهاء الإسلام سواء القدامى أو المحدثون، بل حرم فعل الإجهاض، و اعتبره فعلا يستوجب العقاب من بداية الحمل أي فترة البويضة الملقحة إلى أن تنتهي حياة الجنين لتحل محلها الحياة العادية حين تبدأ عملية الوضع أو بالأحرى آلام الوضع^(١).

فالإجهاض من الجرائم العمدية^(٢) التي تتطلب انصراف إرادة الجاني إلى إحداث النتيجة و المتمثلة في الاعتداء على الجنين بإخراجه

(١) M HANNOUZ et AR Hakem, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de médecine et de droit OPU reimpression 1993, P96.

(٢) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ١٤.

من رحم أمه قبل أن يحين موعد ولادته الطبيعي. ويرى الدكتور محمود نجيب حسني أنه يتحقق الإجهاض إذا تم إخراج الجنين من الرحم بوسيلة غير تلقائية قبل الموعد الطبيعي للولادة، وهذه الحالة هي الأكثر حدوثاً. و تتحقق هذه الحالة ولو خرج الجنين حياً وقابلاً للحياة.

أما الصورة الثانية فتفترض قتل الجنين في الرحم ولا يهم بعد ذلك إن خرج منه أو لم يخرج^(١)، و يقول أن للصورتين صلة وثيقة، فخروجه حياً قبل موعد الولادة الطبيعية يفضي في الغالب إلى موته بعد وقت قليل، و قتل الجنين داخل الرحم يستتبع خروجه منه، لأن بقاؤه يشكل خطراً على حياة الأم.

و نستنتج من تجريم قانون العقوبات الجزائري للإجهاض في جميع مراحل الحمل، مدى تأثير المشرع بالتطور الطبي و الذي أثبت أن الجنين يتميز بالحياة منذ الفترة الأولى من الحمل، و هي مرحلة الإخصاب أو البويضة الملقحة. بل ذهب إلى أكثر من ذلك، حيث عاقب الجاني الذي استعمل وسائل التطريح على امرأة كان يعتقد أنها حامل و هي في الحقيقة غير ذلك، و منه يكون قد عاقب على الجريمة المستحيلة استحالة مطلقة.

و عاقب على الشروع في جريمة الإجهاض، مما يستتبعه العقاب على الاشتراك في الشروع، بخلاف ما ذهبت إليه معظم التشريعات العربية، في عدم العقاب على الشروع في الإجهاض و لا على الجريمة المستحيلة استحالة مطلقة في الإجهاض و ذلك لكون النتيجة لم تتحقق^(٢).

(١) نفس المصدر، ص ٥٠١.

(٢) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، مرجع سابق، ص ٤٠٣.

كما عاقب المشرع على الاشتراك في الإجهاض، و جعل من التحريض و الذي يعتبر صورة من صور الاشتراك^(١) جريمة قائمة بذاتها في الإجهاض، عاقب عليها حتى وإن لم تتحقق النتيجة الإجرامية.

كما جعل من الأفعال المتمثلة في الإرشاد و التسهيل المنصوص عليها بالمادة ٣٠٦ من قانون العقوبات، و التي تدخل ضمن نطاق أفعال المساهمة حسب القاعدة العامة - جعل من القائمين بها جناة و فاعلين في جريمة الإجهاض، و اعتبرها من ضمن السلوكات الإجرامية المكونة للركن المادي للجريمة و لعل العلة في تشدد المشرع الجنائي الجزائي في المعاقبة على الإجهاض، و تجريم المساس بالحمل في أي مرحلة كانت، هو مدى خطورة الفعل في حد ذاته من جهة، لأن فيه مساس بحق الجنين في الحياة و النمو و حق المرأة في الإنجاب و حق المجتمع في الاستمرار و البقاء، أما من جهة أخرى، فلقد تظن إلى مدى خطورة الأشخاص الذين يقومون به على المجتمع، و خاصة إن كان هؤلاء من بين الذين يتخذون من عملية الإجهاض مصدرا للثراء و الكسب غير المشروع.

إذن فكفالة الولادة الطبيعية للجنين و حمايته من التعرض إلى الهلاك قبل الولادة، حق مصان، و شرط لبقاء الأفراد الذين يعتبرون هم نواة المجتمع، فالمشرع الجنائي لم يسمح بالأفعال التي من شأنها المساس بالأجنة و هي مستقرة في الأرحام، و لقد أجمعت معظم التشريعات العربية على ذلك، فيما عدا بعضها، و منها التشريع الجنائي التونسي الذي أباحه خلال الأشهر الثلاث الأولى من الحمل و ذلك في المادة ٢١٤ من التشريع الجنائي التونسي و المضافة بمقتضى المرسوم رقم ٢ لسنة ١٩٧٣.

(١) نفس المصدر، ص ٤٠٣.

و لقد ذكر الشارع الوسائل التي تحدث الإجهاض، و التي جاء منها : المأكولات و المشروبات و العقاقير أو الأدوية، و استعمال طرق أو أعمال العنف كما استعمل عبارة " أو بأية وسيلة أخرى" و جاء ذكرها في المادة ٣٠٤ من ق.ع. و ذلك تفتنا و احترازا منه، لعدم إغفال أية وسيلة أو فعل، قد يظهر مستقبلا مع تطور الوسائل و الطرق المؤدية للإجهاض علما بأن كتب الطب الشرعي زاخرة ببيان وسائل الإجهاض، و بالتالي جاء ذكره للوسائل على سبيل المثال لا على سبيل الحرص، حتى لا يلفت الجناة من العقاب، و سوف نتكلم عن ذلك في الأركان العامة للجريمة و بالتحديد في الركن المادي.

و لقد عاقب على جريمة الإجهاض مهما كان دافعها، و لم يستثن أية حالة، ما عدا حالة إنقاذ حياة الأم من الهلاك. و فيما عدا هته الحالة كتنقيد المرأة بتحديد النسل و الفقر و عدم القدرة على الإنفاق، أو ارتباط الأم بعمل أو كأن يكون الحمل ثمرة زنا أو اغتصاب، فإنها تخضع جميعها للعقاب.

كما أنه لم يتركز على الرضا أو بالأحرى رضا الحامل في تحديد مسؤولية الجاني بصريح العبارة الواردة بالمادة ٣٠٤ ق.ع. : " سواء وافقت أو لم توافق" لأن رضاها بالإجهاض يعتبر مجرد من كل أثر قانوني، وبالتالي يعتبر كل من قام بفعل الإجهاض على حامل، مرتكبا لجريمة يعاقب عليها القانون، لأنه لا يجوز لأي إنسان أن يسمح لنفسه أو لغيره بمخالفة القانون مستندا على رضا المجني عليه بحدوث هذا الفعل، لأن للنفس البشرية حرمة لا تستباح بالإباحة^(١).

(١) د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دار النهضة العربية، السنة ١٩٩٥، ص ١١٢، و انظر كذلك و لمزيد من التفاصيل د. صبحي نجم رضا المجني عليه و أثره على المسؤولية الجنائية، ديوان المطبوعات الجامعية السنة ١٩٨٣، ص ١٤١.

و عاقب المشرع المرأة التي تجهض نفسها، و اعتبرها جانية بالرغم من وقوع فعل الاعتداء عليها هي بالدرجة الأولى، و مهما كان دافعها في ذلك، حيث ليس لها الحق في أن تتصرف في الجنين الذي بأحشائها و جاء ذلك في المادة ٣٠٩ من ق.ع، إلا أن هناك من التشريعات العربية ما جعلت من الإجهاض الذي يكون من سفاح أو اتقاء للعار^(١)، ظرفا مخففا إذا قامت به الحامل على نفسها، و من بين هذه التشريعات، قانون العقوبات السوداني في المادة ٢٦٢ منه و القانون الأردني في المادة ٢٢٤ من قانون العقوبات، الذي جعل الظرف المخفف يستفيد منه أحد فروع الحامل أو أقربائها حتى الدرجة الثالثة، و كذلك قانون العقوبات العراقي في مادته ٤١٧ الفقرة الرابعة، حيث شمل الظرف المخفف الأقرباء حتى الدرجة الثانية، أما من التشريعات التي لم تعتد برضا الحامل في العقاب على الإجهاض القانون الفرنسي في المادة ٣١٧ الفقرة ٣ من قانون العقوبات، و القانون المصري في مادته ٢٦١ ق.ع و لقد اعتبر المشرع الجنائي الجزائري الإجهاض الذي يفضي إلى وفاة الحامل جنائية، كما أضفى هذا الوصف على الجريمة إذا اعتاد القيام بها الجاني أو الأشخاص ذوي الصفة الخاصة.

و نخلص إلى القول بأن الشارع تشدد في العقوبة على الإجهاض، و ضيق مسرح الجريمة على الجناة، و الغرض من ذلك حماية الجنين و الحفاظ على حياة الأم، لأن الإجهاض يعتبر مجازفة خطيرة بحياتها و حياة جينها.

و إذا ما أردنا مقارنة موقف المشرع من الإجهاض بما ذهب إليه الفقهاء، فنقول بأن موقفه يتماشى مع فقهاء المالكية، والإمام أبو حامد الغزالي من الشافعية و الشيخ بن فوزان بن عبد الله الفوزاني.

(١) د. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى، السنة ١٩٩٤، ص ١٣٢١، و أنظر كذلك د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، ص ١١٩، مراجع سابقة.

الفصل الثاني

الأركان العامة لجريمة الإجهاض

تمهيد :

سبق و أن ذكرنا بأن جريمة الإجهاض يراد بها إنهاء حالة الحمل، و إخراج الجنين المشتكن من رحم أمه قبل موعد ولادته الطبيعي، و ذلك إما بقتله داخل الرحم، أو إخرجه منه حيا أو ميتا. و من هذا التعريف يتبين لنا أن جريمة الإجهاض تتطلب محلا لقيامها و هو الحمل، كما تتطلب ركنا ماديا، و هو السلوك الإجرامي الذي يصدر من الجاني، و ركنا معنويا يتمثل في القصد الجنائي. و سوف نتناول كل ركن على حدة بالتفصيل.

المبحث الأول

محل الجريمة

محل جريمة الإجهاض، هو الحمل و يطلق على المرأة الحامل، كما يطلق على الجنين المستقر في الرحم إذن أهم العناصر المكونة لجريمة الإجهاض هي وجود حمل.

المطلب الأول

وجود حمل

تقتض جرمية الإجهاض وجود حمل حتى يتمكن إخرجه من الرحم أو الاعتداء عليه. و هذا يعني وجوب وقوع الفعل على امرأة حامل، فإن لم يكن هناك حمل فلا مجال للقول عن قيام هذه الجريمة حتى و لو تم الفعل على امرأة يعتقد أنها حامل بخلاف الحقيقة، و ذلك لعدم توفر الركن الأساسي في الجريمة و هو الحمل، كما لا يمكن اعتبار هذا الفعل في هذه الحالة شروعا في الإجهاض لاستحالة

الجريمة استحالّة مطلقة وهذا هو الرأي الراجح فقها^(١)، أما عند فقهاء المذاهب الأربعة فإن محل الجناية عندهم جميعا هو إجهاض الحامل و الاعتداء على حياة الجنين بانفصاله عن أمه^(٢) ولا يعتبرون الجناية قائمة إذا لم يكن هناك حمل ولم ينفصل الجنين عن أمه^(٣) لوجود شك في تحقق النتيجة الإجرامية .

أما المشرع الجزائري، فلقد أورد في نص المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات و التي جاء فيها : " كل من أجهض امرأة حاملا أو يفترض حملها ... " عبارة حاملا أو مفترض حملها، و يعني ذلك أنه لا يشترط أن يكون الحمل جقيقيا حتى تقوم جريمة الإجهاض بل يكفي أن يعتقد الجاني أن المرأة التي يريد إجهاضها حاملا، حتى نكون بصدد جريمة إجهاض.

و بهذا يكون قد ذهب إلى حد العقاب على الجريمة المستحيلة استحالّة مطلقة لعدم توفر الركن الهام والأساسي في الجريمة وهو الحمل، أي الجنين صاحب الحق المعتدى عليه.

(١) د. محمد نجيب حسني، قانون العقوبات ، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٠٢.

(٢) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ٥، ص ٥١٧، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، للإمام سيدي محمد الزرقاني، دار الفكر، بيروت، السنة ١٩٣٦، ج ٨، ص ٢٣، و أنظر كذلك د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، السنة ١٩٨١، ص ٢٩٢، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع تأليف محمد الشربيني الخطيب، مطبعة مصر، السنة ١٩٩١، ج ٤، ص ٢٠٩.

(٣) مفنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، السنة ١٩٧٨، ج ٩، ص ٥٣٨، حاشية بن عابدين، ج ٥، ص ٥١٧، شرح الزرقاني، ج ٨، ص ٢٣، مراجع سبق الإشارة إليها.

و لقد اشترط بعض رجال القانون و نذكر من بينهم الدكتور حسن محمد ربيع و الدكتور محمود نجيب حسني أن يكون الجنين حيا^(١) وقت ارتكاب، الجريمة، فحياة الجنين شرط لتصور قيام جريمة الإجهاض، لأنه إذا كان ميتا وقتها، فلا قيام للجريمة لانقضاء محلها و بالتالي لا عقاب عليها.

أما المشرع الجزائري فلم يورد ما يدل على اشتراطه أن يكون الجنين حيا وقت الاعتداء و ما يمكن أن نستخلصه مما ذهب إليه من حيث العقاب على إجهاض الحامل أو المرأة المفترض حملها، بأنه لا يهم إن كان الجنين حيا وقت العدوان عليه أو ميتا، لأن الصفة الإجرامية للفعل في حد ذاته و الذي أتاه الجاني لا تزول لو كان الجنين ميتا وقت ارتكاب الجريمة.

و من هذا المنطلق نقول بأن الشارع بالإضافة إلى الحماية الجنائية التي كفل بها الجنين، فإنه تفتن إلى الخطورة الإجرامية للسلوك في حد ذاته - أو بالأحرى لفعل الاعتداء - فشملت الحماية الجنائية للجنين كيفما كان وضعه داخل رحم أمه - سواء حيا أو ميتا - حيث يكفي أن يعتقد الجاني بوجود حمل، و يستتفد نشاطه الإجرامي على الحامل لقيام جريمة الإجهاض و يكون بذلك أي الشارع - قد حدا حدو بعض التشريعات مثل التشريع الفرنسي الذي نص في المادة ١٢٧ من قانون العقوبات الفرنسي على عقاب من أجهض أو شرع في إجهاض امرأة حامل أو يفترض أنها حمالا، و قانون العقوبات

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٠٥، و أنظر كذلك الدكتور محمد حسن ربيع، الفجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٨.

السوري في المادة ٥٣٠ حيث نص على توقيع العقوبات حتى ولو كانت المرأة التي أجريت عليها وسائل الإجهاض غير حامل.

المطلب الثاني

خصائص حياة الجنين

لحياة الجنين خصائص تختلف عن حياة أمه أو الحياة بصفة عامة، فحياته مرتبطة بحياة أمه، فهو يحيا بها فحياته بمعنى الحياة التي يكتسبها عند ولادته، حياة مستقبلية و احتمالية^(١)، بحيث قد يولد ميتة أو يموت بعد ولادته، بينما حياة الأم هي محققة و يقينة، و هذا يعني أنها أهم و أولى بالاعتبار إذا ما تعين ترجيح أحدهما على الآخر، وسوف نتطرق إلى هذه المسألة عند حديثنا عن حالة الضرورة في الإجهاض.

إذن فحياة الجنين مرتبطة و مرهونة بحياة الأم، حيث تنتهي إما بالاعتداء على الجنين بإجهاضه، أو بالاعتداء على الأصل أي بقتل الحامل، مما يؤدي مباشرة إلى موت الجنين.

و لقد اعتبر الحنفية الجنين نفسا من وجه دون وجه آخر^(٢)، فاعتبروه نفسا من وجه لأنه آدمي، و لم يعتبروه كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه، فلا يعتبر أهلا لوجوب الحق عليه لأنه جزء منها، و بما أنه حي فهو نفس و بالتالي يكون أهلا لوجوب الحق له^(٣).

(١) الدكتور محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٠٣

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تأليف محمد بن علي الطوري، و بهامشة الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق لابن عابدين، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية بمصر، السنة ١٣١١ هـ، ج ٨، ص ٣٨٩.

(٣) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

و يعبر الشافعية و المالكية و الحنابلة الاعتداء على الجنين بالجناية على الجنين^(١)، و مهما يكن من اختلاف في التعبير، فإن ما يقصدونه جميعا هو إجهاض الحامل و الاعتداء على حياة الجنين^(٢) أو كل ما يؤدي إلى خروج الجنين من رحم أمه.

المطلب الثالث

بداية حياة الجنين ونهايتها

لقد سبق و أن أشرنا إليها في بداية بحثنا، و لا بأس من التطرق إليها بصورة موجزة، فنقول أن بداية الحمل تكون بتلقيح الحيوان المنوي عن طريق الجماع البويضة، فإذا ما تم التلقيح تكونت النطفة الأمشاج - و لقد سبق تبيان ذلك عند تطرقنا لمراحل خلق الجنين - ومع تطور وسائل الطب فالمرأة أو بوسعها معرفة ما إذا كانت حاملا بعد عشرة أيام من انقطاع الطمث، عن طريق التحاليل البيولوجية.

إذن فحياة الجنين، أو ما يعرف عند العلماء بالحياة النباتية أو الحيوانية تبدأ منذ تلقيح البويضة و تكون النطفة الأمشاج. إلا أن بعض الفقهاء سواء القدامى أو المحدثون و من بينهم الدكتور سعيد رمضان البوطي، لم يعتبروا مرحلة النطفة ذات حياة محترمة، ما لم ينفلق عليها عنق الرحم ثم تبدأ في التطور إلى علقه و لا عبرة عندهم بتلك الحياة النباتية، حيث اعتبروا النطفة الأمشاج في حكم نطفة الرجل أو المني عند وقوعه في الرحم. و لا نرى خلافا لهذا الرأي إلا عند الإمام الغزالي الذي اعتبر النطفة أول مراتب الوجود و ذات حياة محترمة و لا يجوز

(١) حاشية بن عابدين، ج ٥، ص ٥١٧، شرح الزرقاني، ج ٨، ص ٣٣، كشاف القناع، ج ٤،

ص ٢٠٩، مراجع سبق الإشارة إليها.

(٢) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق،

ص ٢٩٢.

التعرض إليها. أما العلماء المحدثون فإن معظمهم يعتبرون النطفة ذات حياة محترمة، لأن فيها استعداد للنمو و التطور إلى مراتب الحياة الإنسانية. و لقد اعتبر المشرع الجزائري أن الجنين ذو حياة محترمة و تستوجب حماية جنائية من الأيام الأولى من الحمل إلى غاية وضعه. و إن حياة الجنين و التي نقصد بها الحياة الإنسانية تثبت له بنفخ الروح أي بعد مائة و عشرين يوما من بداية الحمل إلى غاية وضعه، و أي اعتداء عليه يعتبر قتلًا لنفسٍ مؤمنة تستوجب القصاص أو الدية و الكفارة عند الفقهاء القائلين بها. أما في القانون فإن الحماية الجنائية تثبت للجنين منذ بداية الحمل إلى غاية نهايته و التي تكون بالوضع. و السؤال الذي نطرحه متى تنتهي حياة الجنين لتحل محلها حياة مولود خرج إلى الوجود ؟ و متى تسقط الحماية الجنائية عنه كجنين لتكلفه نصوص أخرى بالحماية ؟

فنقول أن الحماية الجنائية تثبت للجنين من بداية الحمل إلى غاية الولادة. فإذا ما بدأت آلام الوضع، أي بداية الولادة^(١)، تنتهي الحماية للجنين كونه جنينا، و كل فعل اعتداء عليه لا يعتبر إجهاضا، فيكفل القانون حمايته الجنائية بمواد أخرى و من وجه آخر كونه كائن حي خرج إلى الحياة شأنه شأن أي إنسان، له وجود و ذمة مستقلة و كيان مستقل، و أي اعتداء عليه يدخل ضمن الاعتداء على الأطفال الحديثي العهد بالولادة طبقا للمواد ٢٥٩ و ٢٦١، الفقرة ٢ من قانون العقوبات الجزائري.

و تتعاقب هاتان المرحلتان - أي نهاية حمايته كجنين و بداية حمايته كمولود حي - دون ثغرة أو فراغ بينهما.

(١) M.M Hannouz et AR Hakim, Precis, de droit médical, P 96.

و السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان، و هو ما هي مدة الحمل ؟
فحسب ما يحدده أطباء التوليد و أمراض النساء فمدة الحمل هي ٤١
أسبوعا، يحسبونها ابتداء من آخر حيضة حاضتها الحامل. أما بالأشهر
القمرية فهي عشرة أشهر، حيث يكون حساب الشهر ٢٨ يوما فقط و
تكون الجملة ٢٨٠ يوما و يبدأ حسابها من آخر حيضة و يكون بذلك
العمر الحقيقي للجنين $280 - 14 = 266$ يوما و هذا هو العمر التقديري
منذ إلتقيح^(١)، و بما أن الحساب منذ التلقيح أو الاتصال الجنسي عسير
جدا فإن الحساب يكون من آخر حيضة حاضتها الحامل. و قد تكون
الولادة قبل هذه المدة و هي ما يسمى بالولادة المبكرة **Accouchement**
Prématuré حيث قد تكون في الشهر السابع أو الثامن فالعبرة إذن
ببداية آلام الوضع، أما الفقهاء القدامى فلقد أجمعوا على أن أقل مدة
للحمل هي ستة أشهر، حيث استنبطوا هذا الحكم من قوله تعالى
﴿ و حملهُ و فضالهُ ثلاثون شهرا ... ﴾ ، ﴿ و فضالهُ في عامين ﴾ .

فلقد قال بن العربي في تفسيره^(٢): " روى أن امرأة تزوجت
فولدت لستة أشهر من يوم تزوجت، فأمر بها عثمان رضي الله عنه،
فأراد أن يرحمها فقال بن العباس لعثمان : إنها إن تخاصمكم بكتاب
الله تخصمكم، قال الله عز وجل " ﴿ و حملهُ و فضالهُ ثلاثون شهرا ... ﴾ ،
و قال : ﴿ و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم
الرضاعة ﴾ ، فالحمل ستة أشهر و الفصال أربع و عشرون شهرا " فخلى
عثمان رضي الله عنه سبيلها"، و مهما يكن فإن الحياة العادية تبدأ من
اللحظة التي تنتهي فيها مرحلة اعتباره جنينا.

(١) د. علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٣٧٦.

(٢) د. محمد علي الصابوني، روائع البيان، مكتبة رحاب الجزائر، الطبعة الرابعة، ١٩٩٠،

الجزء الثاني، ص ٢٤٥

المطلب الرابع

الحماية الجنائية للجنين

إن حماية القانون للجنين تختلف عن حماية الإنسان فالجنين في بطن أمه لا يعتبر في نظر القانون إنساناً حياً^(١)، لأنه مرتبط بأمه وجودها، و لا تبدأ حياته كإنسان إلا مع ميلاده، و تتجلى أوجه الاختلاف فيما يلي :

- ١- يحمي القانون الجنين بالنصوص التي تعاقب على الإجهاض بينما يحمي الأشخاص بالنصوص التي تعاقب على جرائم الاعتداء على الأشخاص (كالقتل والضرب والجرح...).
 - ٢- بالرغم من أن الجنين يتمتع بالحياة، إلا أن القانون يفرق بين حياته و حياة الإنسان، حيث يرجح الثانية على الأولى إذا تلزم الأمر التضحية بالجنين لإنقاذ حياة أمه. كأن تتعسر الولادة و تطول و لا سبيل في إنقاذها إلا التضحية بالجنين، فحياة الأم أولى بالحماية، فلا يعقل أن يضحي بحياتها لإخراج الجنين حياً^(٢)، إلا أن هته الفروق بين حياة الجنين و حياة الإنسان و القيمة القانونية لها، تتطلب تحديد الفترة أو اللحظة الفاصلة بينهما و التي تنتهي فيها حماية الجنين كجنين و تبدأ حمايته كإنسان. فتكون بداية آلام الوضع^(٣)، الحد الفاصل بين نهاية فترة الحمل و بداية الحياة الطبيعية، و يحظى الجنين بحماية جنائية حتى و لو لم ينفصل انفصال تاماً.
- و من الملاحظ أن هذا الرأي قد أعطى حماية كافية و واسعة للطفل إلا أن هذا يصلح إذا كانت الولادة طبيعية. و بالتالي كيف

(١) د. حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٢) د. حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجع سابق، ص ٤٤ - ٤٥.

(٣) M.M Hannouz et AR Hakim, Paris, de droit médical, P 96.

يمكن معرفة بداية الولادة إذا كانت غير طبيعية ؟ كأن كانت الولادة عن طريق القيصرية. و في هذا الصدد يرى الدكتور محمود نجيب حسني أنه يجب التمييز بين الولادة الطبيعية والتي تبدأ بالإحساس بآلام الوضع و التي تنشأ عن تقلص عضلات الرحم و بين الولادة الغير طبيعية، حيث تكون نهاية الحمل ببداية تطبيق الأساليب الطبية الفنية جراحية أو غير جراحية^(١) على جسم الحامل لإخراج المولود من أمه، فهي تعادل في الأهمية القانونية لحظة الإحساس بآلام الوضع. و الملاحظ أن هذه الأساليب الطبية تطبق على المرأة قبل بداية آلام الوضع. كأن يعلم الطبيب المعالج مسبقا أن الحامل لا يمكن لها أن تضع مولودها بطريقة طبيعية، و ذلك لسبب صحي أو لأنها عسيرة الولادة، فإذا اكتمل نمو الجنين يحدد لها الطبيب موعدا لإجراء عملية التوليد قبل أن تبدأ آلام الوضع. فبداية تطبيق الأساليب الطبية و الفنية هي الحد الفاصل بين نهاية حماية الجنين كجنين و بداية حمايته كمولود. و نخلص إلى القول بأن جريمة الإجهاض تكون من بداية إخصاب البويضة إلى بداية آلام الوضع إذا كانت الولادة طبيعية، أما إذا كانت الولادة غير طبيعية فتكون من بداية تطبيق الأساليب الطبية و الفنية على الحامل.

و لا تعد إجهاضا الأعمال التي تقع قبل فترة الإخصاب و بعد بدأ الولادة، حيث يدخل المولود في نطاق الإنسان الحي، تكلفه نصوص القانون الخاصة بحماية الأطفال حديثي العهد بالولادة. (سبق الإشارة إلى هذه النصوص).

و نخلص إلى القول بأن الشارع قد كفل الجنين بحماية جنائية من بداية الحمل إلى نهايته أي إلى حين بداية آلام الوضع الطبيعي أو

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٣٢٥
أورد ذلك في مبدأ الحياة الرقم ٤٤٠.

عملية الولادة عن طريق الجراحة (القيصرية)، فلقد حماه من الغير حتى وإن كان فعله لم يؤد إلى إحداث النتيجة، كما حماه من اعتداء أمه عليه، بحيث عاقب المرأة التي تجهض أو تحاول أن تجهض نفسها، بالرغم من أنها هي المعنية بالأمر و صلتها وثيقة بجنينها. ولقد اعتبر إخراج الجنين من بطن أمه جريمة و لو كان ذلك قبل الولادة الطبيعية بقليل، و لو حتى أن الجنين خرج حيا و قابلا للحياة^(١)، و اعتبر ذلك اعتداء عليه و يهدد حياته بالخطر، لأن الجنين في الغالب و إذا ما خرج قبل مواعده الطبيعي تكون له حياة قصيرة، أو يعيش لبضع ساعات أو أيام ثم يموت، و بالتالي لقد تقطن الشارع إلى الأخطار التي قد تهدد الجنين خلال فترة الحمل، فشمله بحماية امتدت من بداية الإخصاب إلى حين بداية عملية الولادة، حتى و إن كان فعل الاعتداء لم يحدث نتيجة كان كان شروعا، بل وأكثر من ذلك، حيث عاقب على فعل الإجهاض حتى و إن كان الحمل مفترضا. إلا أن المشرع الجزائري شأنه شأن بعض التشريعات العربية الأخرى لم يعاقب على الإجهاض الغير عمدي أي إجهاض الخطأ، حتى و إن أدى إلى نتيجة و حدث إسقاط الجنين، بل كفّل ذلك بنصوص أخرى و هي الإصابة الخطأ المنصوص عليه بالمواد ٢٨٨ ق.ع و ٢٨٩ ق.ع

المطلب الخامس

التلقيح الاصطناعي و موقف الفقهاء و القانون منه

سبق و أن قلنا أن الحمل يكون بالتقاء الحيوان المنوي بالبويضة داخل الرحم، إلا أن بتطور العلم، توصل الأطباء من إجراء هته العملية خارج رحم المرأة، و خاصة عند التي تعاني من العقم الناتج عن انسداد

(١) د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، مرجع سابق،

في قناة " فالوب"، حيث توصلوا إلى علاج العقم عن طريق ما يسمى بأطفال الأنبوبة.

و لعل ما دفعني إلى الحديث عن طفل الأنبوبة، هو تلك العملية التي تعتبر أول مراحل الحمل، و هي التجانس الذي يتم عن طريقه تلقيح بويضة المرأة بالمني الذي يقع داخل رحمها إثر العلاقة الجنسية، فيخصب البويضة، و تعتبر عملية طبيعية تبدأ بها أول مراحل الحمل. إلا أن الطب قد تمكن من إجراء هذه العملية خارج رحم المرأة و بدون حدوث اتصال جنسي، حيث يتم ذلك بانتزاع بويضة المرأة - و التي تكون صالحة للإخصاب من المبيض - ثم تلقح بمني زوجها، و توضع بأنبوبة بها نفس السائل اللازم للنمو^(١)، و بعد حدوث الانقسامات في البويضة الملقحة، تزرع في رحم المرأة لتنمو و تتطور إلى حين الولادة، و تعتبر هذه الحالة صورة من صور التلقيح الاصطناعي، حيث أن هناك صور أخرى للتلقيح الاصطناعي تتمثل في :

تلقيح البويضة المنزوعة من مبيض المرأة بمني غير مني زوجها.
و تمثل هذه الصورة معالجة العقم الذي تكون مصابة به الزوجة في المبيض ذاته، بحيث لا تكون لها بويضات أو مصابة بعقم على الإطلاق، فيتم الإخصاب لبويضة متبرع بها من امرأة أخرى بمني الزوج، و بعد أن توضع في الأنبوبة للتحقق من حياة النطفة - بعد انقسامها - تزرع في رحم الزوجة.

و هناك صورة أخرى يتم فيها إخصاب بويضة الزوجة بمني الزوج لكن لا توضع أو تزرع في رحم الزوجة، و ذلك لأنها مصابة بمرض يمنعها من تحمل الحمل و الولادة، فتزرع في رحم امرأة أخرى تسمى

(١) مجلة العربي، العدد ٣٢٠، يوليو ١٩٩٥، ص ٣٣، مقال للدكتور أنيس فهمي عنوانه العقم عند النساء

بالأم الحاضنة "La mère Porteuse" لينمو الحمل داخل بطنها، و بعد الولادة يعاد المولود إلى الأبوين البيولوجيين.

هذه هي مختلف استعمالات التلقيح الاصطناعي، بقي أن نتعرض إلى مدى مشروعية هذا الاستخدام^(١). لقد أحدثت عملية التلقيح الاصطناعي ضجة كبيرة في الأوساط الفقهية من رجال الدين. فأبدوا آراءهم حول هذه الاستعمالات الطبية للقائح من أجل معالجة العقم، فجاء في فتوى دار الإفتاء المصرية في ٢٢ مارس ١٩٨٠^(٢): " إن أخذ بويضة الزوجة و تلقيحها بمني زوجها دون خلط بمني إنسان أو حيوان آخر و ذلك لغرض معالجة عقم الزوجة، و بعد استشارة طبيب مجرب و مختص في اتباع هذه الطريقة فهذه الحالة جائزة شرعا"، و التلقيح الذي يتم في الصورة الثانية و الثالثة التي ذكرتها فهي حرام شرعا، لأنه يكون في معنى الزنا، أما التلقيح الذي يتم في الصورة الرابعة، وهي تلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج و زرعها في رحم امرأة أخرى حاضنة، فهو غير جائز شرعا، لأن الابن ينسب لأبيه^(٣) و أمه، و علاقته

(١) Guirand J. Le corps humain, Personnalité juridique et famille en droit suisse, rapport présente aux travaux de l'association henri captant, sur le corps humain et le droit (Journée Belges) To. XXVI 1976 DALLOZ, P166, Rru M.OP.Cit, P17 et suit.

(٢) نشرت هذه الفتوى في المعيد من المراجع منها المؤلف: دحسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة ص ٢٩، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد الثاني، سنة ١٩٩٩ من بين محتوياتها موضوع التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية د. نصر الدين ماروك، ص ٢٢٢.

(٣) ينسب الابن لأبيه لأنه من نتاج ازدواجه أو علاقة التجانس التي تمت مع زوجته، فوقع منه في رحمها و حدث الإخصاب و لا من مائه و ثبت في الأحاديث الصحيحة " النهي عن وطء الحامل من الفيروجاء في كتابه تعالى "خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب و التراب" سورة الطارق، الآية ٦ و ٧.

بها معروفة، حيث تحتضنه في أحشائها إلى حين وضعه، ويقول تعالى :
﴿ حملته أمه وهنا على وهن ﴾، إلا أن المجمع الفقهي لرابطة العالم
الإسلامي المنعقد في ١٩٨٥، بمكة المكرمة في دورته الثامنة و خلال
النصف الثاني من شهر جانفي (جاء ذكر هذه الفتوى في مؤلف
الدكتور محمد حسن ربيع الإجهاض في نظر المشرع الجنائي ص ٤٠)
قرر أن :

النطفة التي تؤخذ من الذكر أي الزوج و تحقن مباشرة في
رحم زوجته بطريقة التلقيح الداخلي فهو أسلوب جائز شرعا، إذا ثبت أن
الحمل لا يكون إلا بهذه الطريقة. أما الأسلوب الذي يؤخذ فيه كل من
المني و البويضة و يتم التلقيح خارج الرحم ثم تزرع بعدها في رحم
الزوجة، فإنه أسلوب معقول مبدئيا في نظر الشرع، لكنه غير سليم لما
ينطوي عليه من شك. فلا ينبغي اللجوء إليه إلا في حالة الضرورة
القصوى.

أما الأسلوب الذي تؤخذ فيه بويضة الزوجة العقيم و تلقح بمنى
زوجها ثم توضع في رحم الزوجة الثانية أو الضرة و بعد موافقتها
و بمحض إرادتها فإن مجمع الفقه الإسلامي يرى جواز ذلك عند الحاجة
(كأن تكون الزوجة منزوعة الرحم و تطوعت ضررتها لحمل الحمل
عنها، فالمولود ينسب بعد ميلاده إلى الزوج و الأم صاحبة البويضة، أما
الزوجة الحاضنة فتكون بمثابة الأم المرضعة^(١) أما عن الأساليب الأخرى
فلا جدال في عدم مشروعيتها.

(١) نشرت فتوى المجمع الفقهي في مجلة المجلس الإسلامي الأعلى العدد الثاني، ١٩٩٩،
بحث للدكتور ناصر الدين ما روله تحت عنوانا التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن و
الشريعة الإسلامية ص ٢٢٨.

وخلص المجمع إلى أنه نظرا لما في التلقيح الصناعي بوجه عام من ملاسبات حتى في الصور الجائزة شرعا و من احتمال اختلاط اللقائح في أوعية الاختبار، و لاسيما إذا كثرت ممارسة التلقيح الصناعي. فإن مجلس المجمع ينصح الحرسين على دينهم ألا يلجؤا إلى هذه الممارسات، إلا في حالة الضرورة القصوى وبمنتهى الاحتياط.

أما الدكتور محمود شلتوت فإنه يقول^(١) أنه إذا كان التلقيح الصناعي من ماء الرجل لزوجته و كان ذلك من أجل الولد، فإن ذلك عمل مشروع ولا إثم فيه.

أما إذا كان بماء رجل أجنبي عن المرأة لا يربط بينهما عقد زواج، فإن هذا يلتقي مع الزنا في إطار واحد^(٢)، جوهرها واحد و نتيجتها واحدة.

و يقول و لولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحالة هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلهية.

أما موقف المشرع الجزائري، فإن الدكتور ماروك، يرى بأن التلقيح الصناعي و باعتباره أحد الأعمال الطبية المستحدثة قد أثر بالأخص في مسألة الزواج و البنوة، ففيما يخص مسألة الزواج، فإنه يشترط أن يكون التلقيح ضمن رابطة زوجية صحيحة^(٣)، لأنه يكون في حكم الجماع ما دام التلقيح قد تم بهمني الزوج و بويضة الزوجة،

(١) فتاوي الشيخ الإمام محمود شلتوت تحت عنوان دراسة لمشكلات المسلم المعاصرة في حياته اليومية العامة، الطبعة السادسة عشر و السابعة عشر، ١٩٩١، ص ٣٢٧ - ٣٢٨.

(٢) نفس المصدر، ص ٣٢٨.

(٣) مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني، مرجع سابق، عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب، بحث للد. ماروك ناصر الدين حول التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية، ص ٢١٨ - ٢١٩.

وفيما عدا هذه الحالة فيعتبر مساسا بواجب الإخلاص المنصوص عليه في قانون الأسرة في المادة ٤ منه.

أما فيما يخص الأبوة أو مسألة البنوة، فمبدئيا لا يمكن إثباتها مباشرة^(١)، إلا أن الوسائل الحديثة بإمكانها تأكيد حقيقة حصول تلقيح بين بويضة الزوجة ومني الزوج، و أن الطفل الناتج شرعيا، بالتلقيح الصناعي فإن الطبيب القائم بالعملية يمكن له أن يشهد أو يقرر بشرعية الطفل بصفة قطعية.

و يرى الدكتور ماروك أنه فيما عدا حالة ثبوت الأبوة للطفل الناتج عن تلقيح صناعي من ماء الزوج و بويضة الزوجة، يبقى في الحالات الأخرى تضارب بين الحقيقة البيولوجية و الحقيقة القانونية، مما يكون له نتائج و آثار خطيرة.

أما عن حكم البويضة الملقحة، إذا أتلقت داخل الأنبوبة، فإذا ما نظرنا إلى ما ذهب إليه الفقهاء من علماء الدين و رجال القانون من تعريفات للإجهاض من حيث أنه إعدام الجنين داخل رحم أمه أو إخراجه منه سواء حيا أو ميتا، فإننا نقول بأن النطفة إذا أتلقت داخل أنبوبة الاختبار، فلا يمكن أن يعد ذلك إجهاضا، لأن الإجهاض لا يكون محلا له سوى الحمل المستكن داخل رحم المرأة.

المبحث الثاني

الركن المادي لجريمة الإجهاض

هو ذلك الفعل الذي يحقق الاعتداء على الجنين في حقه في النمو و التطور داخل رحم أمه إلى أن تحين ولادته. يقوم الركن المادي لجريمة الإجهاض على ثلاث عناصر - صدور سلوك إجرامي من الجاني والذي يتمثل في فعل الإجهاض - ، النتيجة الإجرامية والتي هي موت

(١) نفس المصدر، ص ٢٢٠ - ٢٢١.

الجنين داخل الرحم أو خروجه منه قبل الموعد الطبيعي للولادة ولو خرج حيا وقابلا للحياة و العنصر الثالث هو علاقة السببية التي تربط بين السلوك والنتيجة^(١). هذا استنادا إلى ما يرى به فقهاء الشريعة الإسلامية أمّا المشرع الجنائي الجزائري فيكتفي بصدور السلوك الإجرامي من الجاني لمساءلته عن جريمة الإجهاض ذلك ما سوف نوضحه لاحقا.

المطلب الأول

السلوك الإجرامي المتمثل في فعل الإسقاط

هو ذلك الفعل أو النشاط الذي يصدر عن الجاني، و الذي من شأنه القضاء على حالة الحمل وإخراج الجنين قبل موعد ولادته . فالوسائل التي تؤدي إلى الإجهاض أو من شأنها إحداثه متعددة ومتنوعة .

فلقد ذهب فقهاء الإسلام إلى أنه لا يشترط في الفعل المكون للجريمة أن يكون من نوع خاص^(٢) فيصح أن يكون عملا أو قولاً أو فعلا ماديا أو معنويا.

ومن أمثلة الفعل المادي «الضرب والجرح والضغط على البطن وتناول دواء، و مواد تؤدي إلى الإجهاض، و إدخال مواد غريبة في الرحم أو حمل ثقل^(٣)

(١) د.عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق ص ٢٩٣- ٢٩٤ .

(٢) نفس المصدر ص ٢٩٣ .

(٣) حاشية بن عابدين، مرجع سابق ج ٥ ص ٥١٦ إلى ٥١٩

ومن أمثلة الأقوال و الأفعال المعنوية، التهديد والإفزاع والترويع والتخويف بالضرب أو القتل و الصياح فجأة على الحامل، و طلب ذي جاه لها، أو دخوله عليها^(١).

ومن أمثلة الوقائع المشهورة عن الإفزاع والخوف، أن عمرا رضي الله عنه بعث لامرأة كان يدخل عليها، ففزعت فبينما هي في طريقها إليه ألقته جنيها^(٢).

ومن أمثلة الوسائل المستعملة في الإجهاض قديما، ما جاء ذكره في الحديث الصحيح لأبي هريرة رضي الله عنه: «أقتلت امرأتان من هذيل فرمت إجهادهما الأخرى بحجر قتلتها وما في بطنها»^(٣).

ومن الأمثلة التي وصلتنا على الفقهاء القدامى ذكرهم لوسائل الإجهاض، تتحصر معظمها في الضرب والجرح وشرب الأدوية و التخويف أو التهديد و التجويع أو الصوم، أو شم ريح ضار بها^(٤)، كما يرى البعض أن الشتم المؤلم إذا أدى إلى إسقاط الحامل يسأل عنه جنائيا^(٥).

بينما ذهب بعض التشريعات الحديثة إلى التفرقة بين وسائل الإجهاض، فإذا كان الإجهاض بوسيلة عنف اعتبرت الجريمة جنائية، أما إذا خلت من العنف، كان الإجهاض جنحة، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري، أما المشرع الجنائي الجزائري فلقد ذكر بعض

(١) نهاية المحتاج ج ٧ ص ٥٥٦، ٥٥٧ مرجع سابق، الإقناع ج ٤ ص ٢٠٩، حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٥١٦، شرح الزرقاني ج ٥ ص ٢١ مراجع سبق الإشارة إليها.

(٢) صحيح البخاري ج ٧ ص ٤٦ مرجع سابق.

(٣) صحيح البخاري ج ٧ ص ٤٦ مرجع سابق.

(٤) شرح الزرقاني ج ٨ ص ٢١ مرجع سابق.

(٥) نفس المصدر ص ٣١.

الوسائل التي من شأنها إحداث الإجهاض، ولم يحصرها، بل أوردتها على سبيل المثال في المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات و التي جاء في نصها ما يلي: "كل من أجhez امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى ..." فالوسائل المؤدية أو محدثة للإجهاض لا يمكن حصرها لتعددتها، فمع تطور الحياة بجميع مجالاتها، و تطور العلم و الطب الشرعي ظهرت طرق ووسائل جديدة تختلف عما كانت عليه سابقا، فإن كتب الطب تزخر بالوسائل المجهضة، و بالتالي فإن المشرع الجنائي قد تنبه إلى ذلك، حيث أورد عبارة " أو بأية وسيلة أخرى" حتى لا يحصر وسائل الإجهاض فيما هو معروف أو متداول من أكل و شرب لأدوية أو عقاقير و أعمال عنف بل وسع من نطاقها، حتى يدخل فيها كل ما من شأنه إحداث الإجهاض مما هو معلوم أو سيكون معلوما مستقبلا، و ذلك حتى لا يفلت ألجنة من العقاب، و لكي لا يجد القضاة أنفسهم أمام فراغات قانونية تمنعهم من تطبيق النصوص، فلقد جاء ذكر وسائل الإجهاض في كتب الطب و القانون، و لا بأس من ذكر بعض منها : فالوسائل المادية تتمثل في أعمال العنف كالضرب و الإيذاء^(١)، العنف الواقع على بطن الأم أو موضع خاص في الجسم كالعنف الواقع على الرحم بإدخال آلة أو جسم غريب لإخراج الجنين منه^(٢) أو القفز و الرياضة البدنية العنيفة^(٣)

(١) د. جلال ثروت، نظم، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٧- ٨.

(٢) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥١٠.

(٣) د. عبد الحميد الشورابي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

أو الحمامات الساخنة^(١)، أو التدليك أو ارتداء ملابس ضيقة، كما أن من بين وسائل الإجهاض نذكر العنف المعنوي، كالتهديد و الخوف كسماع أصوات غريبة جدا، واستعمال أقنعة أشباح أو حيوانات مفترسة^(٢)، أو سماع مفرقات أو طلاقات رصاص قريبة جدا. إذن فوسائل الإجهاض كثيرة ومتعددة ولا يمكن إحصائها أو حصرها، و لهذا ذهبت معظم التشريعات إلى عدم حصرها و ذكرتها على سبيل المثال.

إن المشرع لم يفرق بين الوسائل من حيث كونها وسائل عنف أم تخلو منه، و اعتبر السلوك الإجرامي المتمثل في إخراج الجنين من بطن أمه بأية وسيلة كانت جنحة، إلا أنه إذا أفضت تلك الوسائل المستعملة في عملية الإجهاض إلى وفاة الأم أو الحامل اعتبرت الجريمة جنائية، و لعل تشدد المشرع من شأنه ردع الجناة و جعلهم يتراجعون عن جريمتهم، حماية لحياة الأم لما في الإجهاض من خطر عليها.

و لقد سبق و أن ذكرنا بأن الشارع لم يتطلب وسيلة معينة أو محددة بالذات في إحداث الإجهاض و إنما اكتفى بذكر بعض الوسائل على سبيل المثال، لا على سبيل الحصر و بالتالي يمكن أن تقع الجريمة بوسائل أخرى غير المذكورة في نص المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات.

فهل هذا يعني إمكانية قيام جريمة الإجهاض بفعل سلبي كالامتناع ؟ و حينها يكون الركن المادي للجريمة متكونا من

(١) د. مديحة فؤاد الخضري و د. أحمد بسيوني أبو الروس، الطب الشرعي و مسرح

الجريمة و البحث الجنائي، مرجع سابق ص ١٩٦

(٢) د. صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، مرجع سابق ص ١٢٤

الامتناع^(١) كمثال امتناع ممرضة من إعطاء الدواء للحامل، و التي هي مكلفة برعايتها و مراقبة حملها بقصد إجهاضها.

لقد ناقش فقهاء القانون و القضاء مشكلة ارتكاب الجريمة العمدية الإيجابية بطريق الامتناع، منذ زمن بعيد و خاصة عند بحثهم لجريمة القتل^(٢) بالترك أو الامتناع، و نميز هنا بين اتجاهين اثنين :
الاتجاه الأول : هو اتجاه الفقه الفرنسي، حيث يذهب أنصاره إلى القول بأنه لا يمكن لجريمة القتل أن تقوم بطريق الترك، بحجة أن الترك عدم و القتل نتيجة إيجابية، و منه لا يمكن أن يكون العدم سببا في حدوث نتيجة إيجابية^(٣).

الاتجاه الثاني : يميل إليه أغلب الفقهاء المصريين، و يقول أنصاره بأن الجريمة العمدية الإيجابية تقع بالامتناع أو الترك كما تقع بالفعل الإيجابي، و ذلك لما تتطلب عليه من مظاهر الإرادة. و يقولون بأنه يمكن أن يكون الترك عاملا في إحداث النتيجة، بحيث لولاه لما وقعت، مما لا يدع مجالاً للشك في أنه يصلح سببا للجريمة^(٤).

و يشترط في ذلك أن يكون على الممتنع التزام قانوني أو تعاقدى لإنقاذ المجني عليه أو رعايته، و أن يكون الامتناع هو السبب

(١) د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، ص ٥٢، وأنظر كذلك د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ٥١١، د. محمد

زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، ص ١٥٣، مراجع سبق الإشارة إليها

(٢) د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجع سابق ص ٥٣..

(٣) نفس المصدر، ص ٥٣.

(٤) د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، ص ٥٣، و أنظر د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، ص ١٥٣، مرجعين سبق الإشارة إليهما.

الذي أحدث النتيجة و أخيرا أن يكون في استطاعته الممتنع تنس
الالتزام و لكنه امتنع عن تنفيذه، حيث يشترط أن يكون في
استطاعته أو قدرته على تنفيذ الالتزام، حيث لو كان من المستحيل
القيام به، أو عدم القدرة على القيام به، لا يمكن قيام الجريمة، حيث
لا تكليف بمستحيل^(١)، و إعمالا بهذا الرأي الأخير فإنه يصلح الامتناع
لتقوم به جريمة الإجهاض، حيث يمكن للجاني التوصل إلى تحقيق
النتيجة، و هي إنهاء حالة الحمل، سواء بإعدام الجنين داخل الرحم أو
إخواجه منه قبل الموعد الطبيعي لولادته و ذلك بامتناعه المتعمد عن
القيام بعمل مفروض عليه، و قد سبق و أن أعطينا مثالا عن الممرضة
التي تكلف برعاية الحامل و مراقبة تطور حملها، فتمتنع عمدا عن
تقديم لها الدواء أو الرعاية اللازمة مما يؤدي إلى إجهاضها، فحينئذ
تسأل الممرضة عن فعل الإجهاض. و مثال على ذلك الالتزام القانوني
الذي يقع على الحامل و الذي يتمثل في المحافظة على حملها ورعايته و
عدم تمكين الغير من إجهاضها أو الاعتداء على حملها، شريطة أن
يكون باستطاعتها دفع الاعتداء^(٢).

(١) د. حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ١٦٠، و ما بعد د.
محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ٥١١، د. جلال ثروت، نظم،
القسم الخاص، ص ٨، د. محمد حسن نعيم، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة
مقارنة، مراجع سابقة.

(٢) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ٥٢٣، د. حسن محمد
ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، ص ٥٦، مرجعين سابقين.
ملاحظة: لقد جعل المشرع الفرنسي من الامتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر
مع القدرة على ذلك جريمة خاصة قائمة بذاتها، حيث نص في المادة ٢/٦٣ من قانون
العقوبات وفقا لتعديل ١٩٤٥ على أنه: " يعاقب كل من امتنع عمدا عن تقديم المساعدة
لشخص في خطر سواء بفعله الشخصي أو بطلب مساعدته من الغير، و يشترط عدم =

و يقول الدكتور محمد زكي أبو عامر أن صلة السببية بين الامتناع و النتيجة الإجرامية هو توجيه السؤال التالي : هل النتيجة كان من الممكن أن تتخلف عن الوقوع لو كان الفاعل قد أتى الفعل الذي يستوجبه القانون ؟ فإذا كانت الإجابة بنعم فهذا معناه أن امتناع الجاني هو سبب النتيجة، أما إذا كانت الإجابة بلا، فلا يكون امتناع الجاني سببا لها. هذا بالنسبة لرأي الفقهاء المصريين، أما عن المشرع الجنائي الجزائري و عن فقهاء القانون، فلم يرد نص يدل على أن جريمة الإجهاض قد تقع بالترك أو الامتناع، كما أننا لم نتحصل على أي رأي للفقهاء أو حكم من أحكام المحكمة العليا ينص على وقوعها بالترك أو الامتناع. و تلفت نظر المشرع أو فقهاء القانون الجزائريين إلى هذه المسألة، التي تقع بالفعل سواء من شخص كلف بالتزام رعاية الحامل و تخلف عن التزامه سواء كان ذلك عمدا أو تهاونا و إغفالا، و سواء كان من الحامل نفسها، حيث تكون تعلم بأن في امتناعها عن تناول الدواء حدوث للإجهاض و نعطي مثلا عن الحامل التي يكون حملها مهدد بالإجهاض إذا لم تعط حقنا " للبروجيستروال" يوميا أو مرة في كل ثلاث أيام، فتمتنع عمدا فيحدث الإجهاض.

=تعريض نفسه أو غيره للخطر" و ي يعني هذا أن جريمة الامتناع عن تقديم المساعدة يجب لقيامها توافر ركنان : الركن الأول : هو وجود شخص في خطر حال ثابت و حقيقي حيث يقتضي التدخل المباشر، و الركن الثاني هو توافر العلم لدى المتهم، حيث يكون عالما بوجود شخص في خطر و يمتنع عن تقديم المساعدة له، أنظر لمزيد من التفاصيل Merle R, et vitu traité de droit commercial droit pénal spécial Tome 2 Paris 1982

المطلب الثاني

النتيجة الإجرامية لفعل الإجهاض

و هي الأثر الذي يترتب على السلوك الإجرامي الذي يأتيه الجاني والذي قد يتخذ إحدى الصورتين : إعدام الجنين داخل رحم المرأة، ويتحقق بذلك الاعتداء على الجنين في حقه في الحياة^(١) والصورة الثانية تتمثل في إخراج الجنين من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعي و لو خرج حيا و قابلا للحياة و يتحقق بذلك الاغتداء على حقه في النمو و التطور داخل الرحم حتى يحين موعد خروجه للحياة. فالنتيجة هي إنهاء حالة الحمل قبل اكتمال موعدها الطبيعي، و لا يهم بعد ذلك إن بقي الجنين ميتا داخل رحم أمه أو حيا غير قابل للحياة، لأنه نادرا ما يعيش الجنين الذي يتم إخراجه قبل موعد ولادته. فلقد عبر الدكتور نجيب حسني على الصورة الأولى بأنها جريمة " ضرر " و عن الثانية أنها جريمة " خطر ". إن السؤال الذي يتبادر للأذهان، هو كيف يمكن التعرف على حدوث الإجهاض ؟ فنجيب و نقول، أن تطور الطب جعل من السهل التعرف على حدوث الإجهاض، من خلال العلامات التي تترتب على النتيجة الإجرامية. و من هذه العلامات، أنها نفس علامات الوضع في الحمل الذي وصل مرحلة متطورة، أما في الحمل الذي يكون في الأشهر الأولى الثلاث^(٢)، فيكون عبارة من نزيف يشبه للطمث، و يحدث انفتاح في عنق الرحم مع تضخم بسيط فيه، إلا أن هذه العلامات قد تزول بعد أيام قليلة و يعود الرحم إلى حالته الطبيعية.

(١) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ٥١٢، و انظر كذلك د.

فوزية عبد الستار، قانون العقوبات الخاص، ص ٤٩٤، مرجعين سبق ذكرهما.

(٢) د. مديحة فؤاد الخضري و العقيد أحمد بسيوني أبو الروس، الطب الشرعي و مسرح الجريمة و البحث الجنائي، مرجع سابق، ص ٢٠٣ - ٢٠٤.

و بالتالي إذا لم يجر الكشف الطبي بعد الإجهاض مباشرة أو
بزمن قليل^(١)، فلا يمكن التعرف على ما إذا كان إجهاضا أو طمئا.
أما إذا كان الإجهاض في الشهر الرابع أو الخامس فتكون
علامات الإجهاض أكثر وضوحا، حيث يكون النزيف أكثر
حدة، وانفتاح عنق الرحم الباطني يكون بأصبع، بعد حلول الإجهاض
ببضعة أيام، فإن أجري الفحص مباشرة بعد الإجهاض أو ببضعة أيام
فيمكن التعرف عليه أنه إجهاضا.

قلنا أن جريمة الإجهاض تتحقق بإعدام الجنين داخل الرحم أو
خروجه منه ميتا و تعتبر الصورة الغالبة في الإجهاض، و قد يخرج من
الرحم حيا و قابلا للحياة قبل موعد ولادته و ذلك من جراء أفعال
الاعتداء التي وقعت عليه. إلا أن هذا لا يعني أننا لا نكون بصدد جريمة
الإجهاض، لأن الفعل الذي قام به الجاني كان من شأنه القضاء على
الحمل و لقد رأينا فيما سبق أن الإجهاض يكون من بداية الحمل إلى
بداية آلام الوضع الطبيعي أو بداية تطبيق الأساليب الطبية الجراحية أو
الغير جراحية على الحامل.

و من ثم فإن الجاني يسأل عن ارتكابه جريمة الإجهاض بالرغم
من أن الجنين خرج حيا، لأن ذلك كان قبل موعد ولادته الطبيعي^(٢).

إلا أن جريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائي تتحقق
لمجرد صدور السلوك الإجرامي بعيدا عن تحقق النتيجة أو بالأحرى الرغم
من عدم تحقق النتيجة، وهناك بعض التشريعات الحديثة كالتشريع
البلجيكي، و بعض آراء رجال القانون و المفكرين كالدكتور صادق

(١) نفس المصدر، ص ٢٠٤.

(٢) د. حسن محمود نجيب حسني، قانون العقوبات، القسم الخاص، ص ٥١٢، و انظر
كذلك محمد حسن ربيع، إجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجعين سابقين، ص ٥٨.

المرصفاوي و الدكتور رمسيس بهنام^(١)، يرون أنه لتوفر الركن المادي لجريمة الإجهاض يجب أن يتسبب الفعل في موت الجنين سواء داخل الرحم أو بعد انفصاله عنه، لأن العنصر الذي يميز فعل الإجهاض في رأيهم هو: "وقف نمو حياة الجنين، وإنهاء حالة الحمل. أما إذا نزل حيا و قابلا للحياة فلا قيام لجريمة الإجهاض في رأيهم و إنما يكون تعجيلا للولادة، و يعتبر فعل الجاني شروعا في الإجهاض، و بما أن الشروع غير معاقب عليه في بعض التشريعات كالتشريع المصري، فلا يسأل الجاني عن فعله". إلا أن أصحاب هذا الرأي قد اخلطوا بين غاية الجاني، و فعل الإسقاط في حد ذاته فالجاني يهدف بفعله إلى إزالة كل أثر للحمل إلا أن النتيجة تكون غير ذلك، و هذا القول من شأنه - أي ما قال به رجال القانون - إفلات الجناة من العقاب و التضيق من نطاق التجريم، كما فيه إغفال لحماية الجنين و خاصة في التشريعات التي لا تعاقب على الشروع، خلافا لما ذهب إليه المشرع الجنائي الجزائري و الذي عاقب على الشروع في جريمة الإجهاض، و إن لم تتحقق النتيجة أو كانت مستجيبة التحقق مستجيبة التحقق، أو خائبة أو موقوفة. فيكفي أن يتم تنفيذ السلوك الإجرامي على الحامل و لا يهم إن تحققت النتيجة أم لا، لتقوم جريمة الإجهاض بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري. فالشارع لم يشترط تحقق النتيجة و هذا ما نفهمه من نص المادة ٣٠٤ ق.ع: "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها ..." و المادة ٣٠٩ ق.ع: "المرأة التي أجهضت نفسها أو حاولت ذلك ..."، و المادة ٣١٠ ق.ع: "... كل من حرص على الإجهاض و لو لم يؤد إلى نتيجة ...".

(١) د. رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف، السنة ١٩٨٩، ص ٣٧٠، و د. حسن صادق المرصفاوي، قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص

فالعبارات التي استعملها المشرع صريحة واضحة و لا غموض فيها، فهو يعاقب على الشروع في الإجهاض، كما أنه يعاقب على الجريمة المستحيلة استحالة مطلقة، فالعبرة عنده بالسلوك الإجرامي أو فعل الإسقاط في حد ذاته و مدى خطورته على الجنين، و اتجاه إرادة الجاني إلى القضاء على الحمل، فهذان شرطان كافيان لقيام جريمة الإجهاض و مساءلة الجاني بغض النظر عن تحقق النتيجة أو عدم تحققها، فالعقوبة تبقى نفسها، و لا يؤثر فيها أو يسقطها أي ظرف من هذه الظروف.

أما إذا أردنا معرفة موقف رجال الدين من حيث تحقق النتيجة لمساءلة الجاني، فنقول أن فقهاء المذاهب الأربعة ذهبوا إلى القول بأنه لا تعتبر الجريمة قائمة ما لم ينفصل الجنين عن أمه سواء كان ميتا أو حيا فيرون أن بقاء الجنين داخل رحم أمه بعد فعل الاعتداء فيه شك في وجوده حيا أو موته^(١)، فلا يمكن العقاب على مجرد الشك.

و يرى الدكتور عبد القادر عودة أن الرأي الذي يجب العمل به حاليا، هو معاقبة الجاني و لو لم ينفصل الجنين، إذا أمكن طبيا إثبات أن الجنين قد هلك بفعل الجاني، فإنه يرى أن هذا الرأي لا يخالف ما قال به الفقهاء لأنهم منعوا العقاب لوجود الشك، فإذا زال الشك وجب العقاب^(٢)، و لا يكفي تحقق النتيجة بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين فعل الجاني و انفصال الجنين.

(١) حاشية بن عابدين، ج ٥، ص ٥١٧، نهاية المحتاج، ج ٩، ص ٥٢٨، شرح الزرقاني، ج ٨، ص ٣٣، مراجع سبق الإشارة إليها.

(٢) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الجزائري الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

المطلب الثالث

علاقة السببية

من المعلوم أنه لا يكفي لقيام أية جريمة كانت توافر السلوك الإجرامي و تحقق النتيجة، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك وجود علاقة سببية بين الفعل و النتيجة^(١)، ارتباط السبب بالمسبب^(٢).

إن أغلب التشريعات لم تستطع وضع معيار دقيق تحدد به علاقة السببية بين سلوك الجاني و النتيجة الإجرامية و ذلك لصعوبة وضع ضابط يصلح في كل الحالات و في نفس الوقت، و يمنع كل تضارب في الآراء و التقدير، و لقد تركت هذه المهمة للقضاة المتواجدين في الميدان أو بالأحرى قضاة الموضوع^(٣)، و من أكثر النظريات مصداقية و تأييدا هي نظرية السبب الملائم. و هي أن يكون السلوك الإجرامي هو الذي أحدث أو ساهم في النتيجة و لو تدخلت بينه و بين هذه النتيجة عوامل أخرى ساهمت في تحقيقها طالما أن هذه العوامل كانت مألوفة أو متوقعة^(٤).

إلا أن المشرع الجنائي الجزائري، لم يشترط ارتباط فعل الجاني بالنتيجة لقيام مسؤوليته، بل اكتفى باتجاه السلوك الإجرامي للجاني لإحداث النتيجة، و لم يشترط وقوعها و لا ارتباط السلوك بالنتيجة، فإذا ما انتفت رابطة السببية بين فعل الإجهاض و تحققت النتيجة، و التي

(١) د. فوزية عبد الستار، قانون العقوبات الخاص، ص ٤٩، د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات الخاص، ص ٥١٢، د. محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، ص ٦٣، د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ص ٢٩٢، مراجع سابقة

(٢) د. حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٣) د. محمود نجيب حسني، قانون العقوبات الخاص، مرجع سابق، ص ٥١٢.

(٤) د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجع سابق، ص ٦٥.

هي خروج الجنين، كأن يكون الجاني استنفذ سلوكه الإجرامي على الحامل، وحدث الإجهاض لكن بعنصر شاذ لا علاقة له بسلوك الجاني، و مثال ذلك أن يقوم الجاني بضرب الحامل بقصد إجهاضها، فتتقل إلى المستشفى و في الطريق يقع حادث لسيارة الإسعاف مما يؤدي إلى إجهاض الحامل. إذن فالإجهاض كان بسبب الحادث، إلا أن الجاني يسأل عن الشروع في الإجهاض، و يعاقب عليه. و لقد ورد خطأ في كتاب الدكتور محمد صبحي نجم " الجرائم الواقعة على الأشخاص"، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٤ الصفحة ١٢٦، حيث ذكر من بين القوانين التي لا تعاقب على الشروع القانون الجزائري، فإن ذلك خطأ لأن المشرع الجنائي الجزائري يعاقب على الشروع في جريمة الإجهاض و دليله ما سبق و أن ذكرناه و بيناه بالنصوص القانونية.

إذن فالمشرع لم يشترط وجود علاقة سببية بين سلوك الجاني و تحقق النتيجة، فيكفي لمساءلته صدور ذلك السلوك الإجرامي الذي كان ينوي به القضاء على الحمل، و إن لم يكن تحقق النتيجة بفعله، أي حدث الإجهاض بسبب آخر.

الفرع الأول

الشروع في جريمة الإجهاض

يعرف الشروع بأنه البدء في تنفيذ فعل إجرامي بقصد ارتكاب جنائية، و لا تتحقق النتيجة أو الأثر الإجرامي لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها^(١) فالشروع يشترط توفر كل عناصر الجريمة التامة ما عدا النتيجة، التي لا تتحقق لسبب لا دخل للجاني فيه، حيث تكون الجريمة ناقصة.

(١) دجلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

و في الحديث عن الشروع، فلا بأس أن نذكر صور الشروع التي تتمثل في :

الجريمة الموقوفة : وهي التي لا يستنفذ فيها الجاني كل نشاطه الإجرامي، حيث يوقف السلوك الإجرامي قبل حدوث النتيجة لسبب اضطراري.

و الصورة الثانية : وهي الجريمة الخائبة : و فيها يستنفذ الجاني كل سلوكه الإجرامي، ورغم ذلك لا تتحقق النتيجة لأي سبب كان.

و الصورة الثالثة : و هي الجريمة المستحيلة : و هي أن يستنفذ الجاني كل نشاطه لتحقيق النتيجة، لكنها لا تتحقق لأنها كانت مستحيلة الوقوع، مع الملاحظة أن هذه الاستحالة قد تكون من حيث الوسيلة، و قد تكون من حيث محل الجريمة. كما لو باشر فعل الإجهاض بوسائل أو أدوية كان يعتقد أنها سوف تحقق النتيجة، إلا أنها لم تتحقق، لأن الوسائل المستعملة كان من المستحيل أن تحدث الإجهاض أو كأن يقوم بتطبيق جميع وسائل الإجهاض على المرأة، و التي من شأنها إحداثه، إلا أن النتيجة لم تتحقق لأن حملها كان موهوما، أي غير حقيقي.

و لقد عرفت المادة ٣٠ من قانون العقوبات الشروع بأنه : " كل محاولات لارتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا تسبب فيها يؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها، إذا لم توقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى و لو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها".

و تنص المادة ٣١ من قانون العقوبات بأنه لا عقاب على الشروع في الجنحة إلا بنص صريح و جاء في نصها : " المحاولة في الجنحة لا يعاقب عليها إلا بناء على نص صريح في القانون"، إذن فحسب القواعد

العامة، لا يكون الشروع إلا في الجنايات، أما في الجنح فلا شروع إلا بناء على نص صريح.

و لقد نص على ذلك المشرع في المواد ٣٠٤ ق.ع : " ... حاملا أو مفترض حملها .." صورة عن الشروع في الجريمة المستحيلة، والتي عاقب عليها الشارع، بالرغم من انعدام محل الجريمة. و قوله : " أو شرع في ذلك" و المادة ٣٠٦ ق.ع و التي نص فيها على تطبيق نفس أحكام المادة ٣٠٤ ق.ع و المادة ٣٠٩ ق.ع و قوله : " أو حاولت ذلك" و المادة ٣١٠ ق.ع، الفقرة ٢ : " و كل حكم عن الشروع أو الاشتراك يستتبع ذات المنع". فالمشرع بالنصوص هاته يصر على معاقبة الجاني الذي حاول أو شرع في تنفيذ فعله، فاضطرته ظروف لا دخل له فيها في وقف الجريمة. و في هذا المجال، لقد ذهب الاجتهاد القضائي إلى اعتبار بدءا في التنفيذ كل الأعمال التي من شأنها التحضير للجريمة^(١)، أي الأعمال التحضيرية، فمثلا بالنسبة للطبيب بمجرد أن يحدد مبلغ العملية، ويقوم بشراء نوع خاص من المعدات الطبية تصلح لإجراء الإجهاض للحامل. فإن هذا لا يمنع من مساءلته عن الشروع في الإجهاض^(٢).

ف سواء كان الغير الذي بدأ في تنفيذ فعل الإجهاض و اضطرته ظروف خارجية، أو خاب أمله في تحقيق النتيجة، أو المرأة التي حاولت إجهاض نفسها دون جدوى أو الطبيب أو القابلة أو من في حكمهم من ذوي الصفة الخاصة - أو المحرض الذي استفذ فعل التحريض و لم يؤد ذلك إلى أي نتيجة.

(١) M.M HANNOUZ et A.R HAKEM, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, OPU, P 98.

(٢) M.M HANNOUZ et A.R HAKEM, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, OPU, P 98.

فهؤلاء الأشخاص وإن لم تؤد أفعالهم إلى تحقيق النتيجة، بالرغم من أن الجنين لم يمس بسوء، إلا أن نية الإيذاء قائمة و القصد الإجرامي موجود، وعزمهم على تحقيق النتيجة قائم. وبالتالي وجب عقابهم على سلوكياتهم الإجرامية، كما لو أن النتيجة قد تحققت، والعلة في ذلك ترجع إلى سببين اثنين :

الأول : هو خطورة الأفعال التي يأتيها الجاني.

الثاني: هو الإرادة و العزم الذين ظلا قائمين على مسرح الجريمة لآخر لحظة، مما يؤكد الخطورة الإجرامية التي تتطوي عليها نفوس هؤلاء الجناة، و يترتب على ما ذهب إليه الشارع من العقاب على الشروع في الإجهاض، أنه يعاقب على الاشتراك في الشروع في الإجهاض.

و مثال على ذلك من أعار بيته لطبيب لإجراء عملية إجهاض لحامل، و قام الطبيب بإعداد الوسائل المجهزة، و إعطاء حقنة للحامل، إلا أنها تراجعت لسبب ما. ففي هذه الحالة يعاقب الطبيب على الشروع في الإجهاض، و يعاقب الشخص الذي أعار بيته على أنه شريك للطبيب، أي شريك في الشروع و نعطي مثال آخر لتوضيح فعل الاشتراك في الشروع أكثر، فنقول : أن الشخص الذي ساعد الغير بشراء العقاقير و تحضيرها و تقديمها في شكل شراب للحامل، التي شربتها، إلا أن النتيجة لم تتحقق لأن المرأة التي كان يضمن أنها حامل هي غير ذلك. أي لا وجود للحمل على الإطلاق إلا أن الشخص يعاقب على الاشتراك في الشروع مع الغير في جريمة الإجهاض.

و ما تجدر الإشارة إليه، أنه لا تعاقب كل التشريعات - خاصة العربية - على الشروع^(١) في جريمة الإجهاض، ومنها القانون المصري والأردني و العراقي، و ذلك أخذاً بمعيار النتيجة، فما دامت لم تتحقق،

(١) د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجع سابق، ص ٦٨.

وما دام حق الجنين لم يمس بسوء و لم ينله أي اعتداء فلا عقاب على الشرع، وبالتالي لا عقاب على الاشتراك فيه، ويلاحظ أن هذا الموقف فيه خطورة على مصلحة الجنين و مصلحة المجتمع، كما أن فيه إهمال لجانب الخطورة التي يشكلها الجناة على المصلحتين المذكورتين، بإفلاتهم من العقاب أما موقف المشرع الجنائي الجزائري فيوصف بأنه يتميز بقدر كبير من الحماية للجنين، كما يوفر للأم حماية أكبر و أكثر، لما لفعل الإجهاض من خطورة على حياتها وصحتها.

كما يحمي بذلك حق المجتمع، لأنه هو نواة الحياة، فالمحافظة على أفرادها يعني استمراريتها و بقائه، كما أنه بالعقاب على الشرع، فإنه يعالج تلك الحالات التي قد يلفت الجناة منها ويحصر خطورتهم الإجرامية و يقيدها بالعقوبة.

أما ما يمكن قوله عن موقف رجال الدين من الشرع؛ فلقد أجمع الفقهاء للمذاهب الأربعة كما سبق الذكر على أنه يشترط للعقاب على إسقاط الجنين إلقاءه سواء حيا أو ميتاً^(١)، فإذا لم يتحقق الاعتداء فلا جناية ولا عقوبة.

الفرع الثاني

المساهمة وحكم الشريك في جريمة الإجهاض

تطبق على جرائم الإجهاض القواعد العامة في المساهمة الجنائية، ما لم يرد نص يقضي بخلاف ذلك.

ولقد نصت المادة ٤١ من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي :
يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو
حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال

(١) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مرجع سابق،

السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي" ونصت المادة ٤٢ ق.ع على ما يلي : "يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا و لكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المستهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك".

ومن نص المادتين يمكن القول، أنه يعتبر شريكا كل من ساهم مساهمة مباشرة أو غير مباشرة في ارتكاب جريمة ما. و يؤدي تطبيق القواعد العامة إلى القول بأن المساهمة الجنائية، هي أن يتعدد الجناة لارتكاب جريمة واحدة، و قد تكون هذه المساهمة مباشرة، كأن تكون الأفعال أو السلوكيات الإجرامية تدخل في تكوين الفعل المادي للجريمة، و هو ما يطلق عليه بالمساهمة الأصلية.

و قد تتحقق المساهمة الجنائية بإتيان الشخص فعل ثانوي في الجريمة يجعل منه شريك، و هو ما يسمى بالمساهمة التبعية^(١)، حيث يقتصر دوره على المساعدة أو المعاونة كيفما كانت سواء في الأفعال التحضيرية أو المستهلة أو المنفذة للجريمة، مع شرط أن يكون يعلم بأن ما قام به من شأنه ارتكاب جريمة. و مثال ذلك كمن يعير بيته لكي تجرى فيه عملية إجهاض لحامل.

ولا تخرج المساهمة الجنائية عن هاتين الصورتين : الأولى يكون فيها المساهمون كلهم فاعلين و هي المساهمة الأصلية و الصورة الثانية يكتسي فيها صفة الشريك كل من كان اشتراكه ثانوي، و تسمى بالمساهمة التبعية. ولا يتصور أن يكون كل المساهمين في الجريمة من الشركاء بل قد ينفرد شخص واحد أو عدة أشخاص بالقيام بالدور الرئيسي في الجريمة يقتصر دور المساهمين الآخرين على المساعدة

(١) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، ص ٣٨٠، و انظر د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، ص ٣١٨، مرجعين سبق الإشارة إليهما.

حيث يكون لإسهامهم دور ثانوي في الجريمة فيعتبرون شركاء، مع شرط وجود العلم لديهم أو بأن الأفعال التي قاموا بها تدخل ضمن الأفعال المسهلة أو التحريضية أو المنفذة للجريمة طبقا للمادة ٤٢ ق.ع. و مهما يكن، فإن أفعال الشريك أو الشركاء يجب أن تكون مترابطة تهدف إلى تحقيق نتيجة واحدة، فالاشتراك يتطلب وحدة مادية للجريمة و وحدة معنوية بين المساهمين لتحقيق نتيجة واحدة فضلا، عن توافر علاقة سببية بين نشاط المساهمين و بين النتيجة، وذلك حسب القواعد العامة في الاشتراك^(١)، معناه أن يتدخل كل واحد من الشركاء بقصد تحقيق النتيجة، و هو ما يعرف بقصد التداخل في الجريمة^(٢)، و معناه أن يكون كل مساهم راغبا في تحقيق النتيجة الإجرامية وهذا القصد يستلزم أن يكون عالما بنشاط الآخرين. وأن تتجه إرادته، بالفعل الذي يقوم به أصليا كان أم اشتراكا إلى إقحام سلوكه ضمن الأفعال التي تؤدي إلى إحداث النتيجة^(٣).

فمن يرتكب بمفرده الفعل المكون للجريمة دون أي إسهام من أحد، كأن يقوم الفاعل بإجهاض الحامل دون رضاها ودون مساعدة من أحد، فيكون هنا قد انفرد بالدور الرئيسي في الجريمة^(٤)، إلا أن هذا لا يغير من هذا التكييف، لو ارتكب الجريمة مع غيره، إذ يرتكب كل واحد الفعل المادي بأكمله حيث إذا نظرنا إلى نشاطه مجرد عن نشاط من معه، لكان ما قام به كافيا لإحداث النتيجة.

(١) د. حسن محمد ربيع، الإجهاض في نر المشرع الجنائي، مرجع سابق، ص ٦١ - ٦٢.

(٢) نفس المصدر، ص ٦٢.

(٣) د. محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات الخاص، ص ٥١٣، د. محمد زكي أبو

عامر، قانون العقوبات القسم العام، ص ٣٨٠، مرجعين سبق ذكرهما.

(٤) د. محمد زكي أبو عامر، العقوبات القسم العام، مرجع سابق، ص ٣٨٠.

ومثال ذلك أن ينهال جماعة من الأشخاص ضربا على الحامل بقصد إجهاضها، فتجهض، حينها يكون كل واحد منهم مسؤولا عن الجريمة بوصفه فاعلا أصليا^(١)، و في هذه الحالة يكون إسهامهم مباشرا أو أصليا.

و قد يرتكب كل واحد من الأشخاص فعلا من الأفعال المكونة للجريمة أو المسهلة لارتكابها كأن يعير شخص بيته لطبيب أو قابلة لتجري فيه عملية الإجهاض، و أن يقوم الزوج بدفع مبلغ العملية ويقوم الطبيب بإجراء الإجهاض، فالفاعل الأصلي هو الطبيب وكل من الشخص والزوج شركاء.

وطبقا للمادة ٤٢ من قانون العقوبات، فإنه يعتبر شريكا كل من ساعد و لو بطريقة غير مباشرة، أو عاون الفاعل على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو بتسهيله للجريمة، إذا طبقا للقاعدة العامة، فإنه يعتبر شريكا كل ما قام بالأفعال المذكورة. و نأخذ مثال الطبيب أو الصيدلي الذي لم يقم بعملية الإجهاض، و لكن سهل قيامها أو ساعد بإرشادات فإنه طبقا للقواعد العامة، يعتبر شريكا في الجريمة، إلا أن المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات في نصها : " ... الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه ...". أفردت بهم حكما خاصا، و اعتبرت أفعال الإرشاد المادي للجريمة، تجعل منهم فاعلين في الجريمة بالرغم من عدم قيامهم بها، حيث اقتصر دورهم على مجرد الإرشاد أو الدلالة على وسائل الإجهاض.

وإذا ما اشترك شخص مع طبيب أو من ذوي الصفة الخاصة في إجهاض حامل، وتبين أن ذلك الطبيب قد اعتاد القيام بعمليات

(١) د. حسن محمد ربيع، الإجهاض في نور المشرع الجنائي، مرجع سابق، ص ٧٢ - ٧٣.

الإجهاض، فإن الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد العقوبة بالنسبة للطبيب، لا يخضع لها الشريك^(١)، الذي تتنفي عنه الصفة. فتطبق على الطبيب عقوبة الجنائية، بينما تطبق على الشريك عقوبة الجنحة، وذلك استنادا لنص المادة ٤٤ من قانون العقوبات و التي جاء فيها : " يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجنائية أو الجنحة ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف".

وتعتبر المرأة فاعلة أصلية إذا قامت بإجهاض نفسها، و يعتبر شريكا لها كل من ساعدها على ذلك كمن قام بشراء العقاقير المجهضة، أو على تحضير المشروب المجهض، لكن إذا افترضنا أن طبيبا قام بإجهاضها، و كان ذلك رغبة منها، أي رضيت و وافقت على أن يقوم الطبيب بإجهاضها. فهل تعتبر في هذه الحالة فاعلة أصلية في الجريمة ؟ أم تعتبر مجرد شريكة للطبيب ؟

تظهر أهمية تحديد دور المرأة الحامل في جريمة الإجهاض في هذا المثال حيث أنه إذا اعتبرت المرأة فاعلة أصلية مع الطبيب طبقت عليها نص المادة ٣٠٩ من ق.ع و كانت الواقعة بالنسبة لها جنحة، و تطبق على الطبيب نص المادة ٣٠٦ ق.ع و كانت الواقعة بالنسبة له جنحة إذا قام بالجريمة لأول مرة، أما إذا كان قد اعتاد القيام بالإجهاض، فاعتبرت آنذاك الواقعة بالنسبة له جناية و تطبق عليه نص المادة ٣٠٥ ق.ع، و لا تتأثر بتلك الظروف التي خضع لها الطبيب من حيث تشديد العقوبة.

(١) د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون لعقوبات، مرجع سابق، ص ٣٤٠ - ٣٤١، د. زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، ص ٢٩٦، كذلك د. عبد الفتاح الصنفي، قانون العقوبات النظرية العامة، ص ٤٢٠، مرجع

وتبرير القول بأن المرأة فاعلة أصلية، هو أنه برجعنا إلى نص المادة ٣٠٩ ق.ع نلاحظ أن المشرع قد جعل من الحامل التي تجهض نفسها فاعلة في حالة ما إذا قامت بذلك بنفسها أو حاولت ذلك، كما جعل منها فاعلة أيضا إذا وافقت على استعمال ما قدم لها من إرشادات، أو وافقت الغير على ذلك^(١)، حيث أنه من غير المتصور أن تكون الحامل شريكة في عملية إجهاض نفسها هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن نية الفاعل عند الحامل متوافرة، حيث تعتبر هي المسيطرة على المشروع، فضلا عن أنها هي صاحبة المصلحة الرئيسية في الجريمة، و يترتب على ما سبق ذكره أن الحامل إذا مكنت طبيبا من إجهاضها، فإنها لا تعتبر شريكا له بل تعتبر فاعلة في جريمة إجهاض الحامل لنفسها و المنصوص عليها بالمادة ٣٠٩ ق.ع

إلا أن هذا يعني أننا نكون بصدد ازدواجية جريمة الإجهاض. الأولى وقعت من الحامل على نفسها و يحكمها نص المادة ٣٠٩ ق.ع، و الثانية وقعت من الطبيب وتخضع لنص المادة ٣٠٦ ق.ع

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع عندما وسع من نطاق فكرة الفاعل بالنسبة للطبيب ومن في حكمه وأضفى عليه صفة الفاعل في جريمة إجهاض الغير ذي الصفة على الحامل، و لو اقتصر أفعاله على مجرد الإرشاد إلى الطرق أو التسهيل للقيام بالإجهاض، تبريره أن دلالة الحامل على هذه الوسائل هي المرحلة المهمة و الأساسية في الجريمة، حيث لولا إرشاد الطبيب إلى الطرق المجهضة لما تمكنت من ذلك، إلا أن هذا لا يعني أن كل من ساهم في الإجهاض أو ساعد عليه يعتبر فاعلا، بل يعتبر شريكا إذا خرجت مساهمته من نطاق المدلول السابق

(١) د. إسحاق إبراهيم منصور شرح قانون العقوبات القسم الخاص ضد الأشخاص والأموال و أمن الدولة، ديوان المطبوعات الجامعية، السنة ١٩٨٣، ص ١٣٢.

للفاعل. كما أنه إذا لم تتخذ هذه المساعدة صورة الدلالة على وسائل الإجهاض فهي اشتراك.

و يقول الدكتور محمود نجيب حسني بتطبيق نظرية الفاعل المعنوي على الإجهاض، حيث قد تكون الحامل نفسها الفاعل المعنوي للإجهاض، كما لو أوهمت طبيبا أنها أجهضت، و طلبت منه أن يجري عملية لاستخراج الجنين، فيجريها ويترتب على ذلك إجهاضها.

إلا أن ما قال به الدكتور نجيب حسني، قد لا يصدق مع تطور الطب و الوسائل الطبية، حيث من السهل جدا على الطبيب معرفة ما إذا كان الجنين قد مات أم مازال حيا، وبالتالي فإنه من غير المعقول أن تذهب امرأة حاملا إلى الطبيب و توهمه هكذا بأنها قد أجهضت، و يقوم بإخراج جنينها دون أن يجري عليها فحوصا طبيا للتأكد من كلامها، ففي رأينا أنه لا يمكن تصور قيام هذه الحالة في الإجهاض، حيث أنه من الممكن تصورها نظريا، أما من الناحية العملية، فإنه من غير المعقول تصور قيامها.

و نخلص إلى القول بأنه كل من ساهم في إجهاض امرأة حاملا أو مفترض حملها، و هذا يعني حتى و إن لم تتحقق النتيجة الإجرامية سواء بصفة مباشرة أو بالأحرى أصلية أو كان إسهامه تبعا أي بصفة غير مباشرة، فإنه يعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة، و هذا ما تذهب إليه معظم التشريعات سواء العربية أو الغربية إلى معاقبة الشريك في جريمة الإجهاض .

أما إذا رجعنا قليلا إلى الوراء، و أردنا معرفة موقف الفقهاء القدامى من المساهمة أو الاشتراك في إسقاط الحوامل، فإنهم في جميع الأمثلة التي أوردوها، كلها تدور حول الضرب والتخويف والإفزاز بذئ جاه و التجويع (سبق أن أشرنا إليها)، كما أن معظمها تتحدث عن

إثم الجاني الذي اقترف الفعل، و لم نجد أمثلة كثيرة لتعدد الجناة، إلا فيما أورده الدكتور عبد القادر عودة في كتابه التشريع الجنائي الإسلامي فيقول : " و إذا اشترك جماعة في الجناية، فألقت المرأة جنينا فديته عليهم بالحصص و على كل منهم كفارة"^(١).

و جاء في المغنى لأبن قدامة أنه قال في وجوب الغرة أو الدية في الجنين، قال : " و إن اشترك جماعة في ضرب امرأة فألقت جنينا فديته أو الغرة عليهم بالحصص و على كل واحد منهم كفارة، و إن ألقت أجنة فدياتهم عليهم بالحصص، و على كل واحد في كل جنين كفارة"^(٢).

إن الأمثلة التي تحصلتا عليها قليلة، و لم نجد أمثلة كثيرة تتحدث عن الاشتراك عند الفقهاء القدامى.

ونقول أن ذلك ربما راجع لقلّة حالات الاشتراك في جريمة الإجهاض في تلك الحقبة من الزمن، و لأن أساليب الإجهاض لم تكن متطورة، و كما نعلم أن الجريمة و الأفعال الإجرامية تتطور بتطور المجتمعات ومهما يكن فإننا نقول ومن خلال ما لدينا من أمثلة، أن فقهاء المذاهب الأربعة قد أخذوا بالاشتراك المباشر والذي يدخل فيه فعل الشريك في إحداث النتيجة بصفة مباشرة و أصلية، و بالتالي اعتبروا الشركاء على درجة واحدة من الإثم دون التفرقة بينهم في تطبيق العقوبة من وجوب الدية أو الغرة عليهم بحصص متساوية.

أما الكفارة و بما أنها تشكل نوع من التوبة و التقرب من الله والتكفير عن الذنوب فلقد أوجبوا على كل جان من الشركاء كفارة،

(١) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٢) المغنى، الجزء ٧، ص ٨١٦، و أنظر كذلك موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ١٦٨، مرجعين سبق الإشارة إليهما.

و التي تتعدد بتعدد الأجنة التي تلقيهم الحامل، وهذا حسبما إذا كان فقهاء المذهب يقولون بوجوب الكفارة أو بعدم وجوبها، مثلما هو الحال عند الحنفية والمالكية الذين يقولون أنها مندوبة و ليس واجبة^(١).

الفرع الثالث

التحريض في جريمة الإجهاض

لقد اعتبرت المادة ٤١ من قانون العقوبات، فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة أو حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة، حيث أدى تحريضه إلى وقوع الجريمة، بخلاف التشريعات التي جعلت من المحرض شريكا، حيث اعتبرت فعل التحريض من ضمن أفعال المساهمة التبعية - و مثالها التشريع المصري في المادة ٤٠ من قانون العقوبات.

ولم يعرف المشرع المساهمة بالتحريض، بل نص على الكيفية التي تتم بها المساهمة المباشرة بالتحريض، و التي تتمثل في الوعد أو الهبة أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي.

إلا أننا يمكن أن نعرف التحريض بأنه خلق فكرة الجريمة و التصميم عليها في ذهن كان في الأصل خاليا أو مترددا فيها^(٢) تحقيق فكرته و يستلزم هذا التصرف من المحرض إبراز البواعث التي تدفع إلى الجريمة وتحبيذ آثارها، ومثال ذلك أن يقوم الفاعل - أي المحرض - بتخويف الحامل، التي حملت من علاقة غير شرعية، بالفضيحة والعار،

(١) حاشية الدسوقي، ج٤، ص ٢٦٨، تبين الحقائق، ج٦، ص ١٤١، مرجعين سابقين.

(٢) د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، ص ٤٠٣، و أنظر كذلك د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، ص ٣٤٥، د. عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات النظرية العامة، مراجع سبق ذكرها، ص ٤٠٨.

وسخط عائلتها، ويحبذ لها فعل الإجهاض بأنه سوف يخلصها من مشكلها، ومن الكابوس الذي تعيش فيه، حيث بعده سوف تستمر حياتها طبيعيا و بدون أن يعلم أحد.

كما يقوم بالتقليل من أهمية العقاب، و إمكانية من الإفلات من القانون مما يتطلب منه عملا إيجابيا و عمل المحرض في الحقيقة نشاط ذو طبيعة معنوية، لأنه يتجه إلى نفسية الفاعل، إلا أن هذه الصورة لم تنص عليها المادة ٤١ من ق.ع لكن ممكن تحقيقها إذا استعمل المحرض إحدى الوسائل المنصوص عليها بالمادة ٣١٠ من قانون العقوبات، حيث مثلا يقوم بتقديم مطبوعات للحامل، يبين فيها المشاكل التي تنجم عن الحمل الغير شرعي، و سخط المجتمع، و يبرز محاسن أو الآثار الإيجابية التي تترتب على الإجهاض، من حيث عدم التعرض مثلا إلى العار والفضيحة و عدم التعرض إلى العقاب، و خاصة إذا تم الإجهاض على أيدي مختصين، و لقد حددت المادة ٣١٠ من قانون العقوبات الوسائل التي يتم بها التحريض على الإجهاض و التي جاء فيها: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من ٥٠٠ إلى ١٠,٠٠٠ دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الإجهاض و لو لم يؤد تحريضه إلى نتيجة ما و ذلك بأن :

- ألقى خطبا في أماكن أو اجتماعات عمومية.
- أو باع أو طرح للبيع أو قدم و لو في غير علانية أو عرض أو ألصق أو وزع في الطريق العمومية أو وزع في المنازل كتب أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسوما أو صورا رمزية أو سلم شيئا من ذلك مغلقا بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل.
- أو قام بالدعاية في العيادات الطبية أو المزعومة."

و من ثم فإن قام شخص بالأفعال التي جاء ذكرها في النص أو فعل منها سواء في العلنية أو بغير علنية و سواء أدى تحريضه إلى نتيجة أم لا ، فإنه يعاقب على جريمة التحريض على الإجهاض. بهذا النص يكون المشرع قد جعل من التحريض على الإجهاض و الذي يعتبر حسب القواعد العامة صورة من صور المساهمة المباشرة - جريمة قائمة بذاتها ، حيث جرم فيها التحريض العلني و غير العلني على الإجهاض وعاقب عليها مهما لم تتحقق النتيجة ، كما أنه ما يفهم من نص المادة أن المشرع لم يشترط أن يتوجه المحرض إلى شخص معين بالذات أو أشخاص معينين بالذات ، و ذلك حين قال : " ألقى خطابا في أماكن أو اجتماعات عمومية " - كذلك : " أو باع أو طرح للبيع - أو ألقى أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية " - أو سلم شيئا من ذلك إلى البريد أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة .

و بالتالي ليس شرطاً أن يعلم الموجه إليه التحريض بشخص المحرض ، بل يكفي أن يصل إليه نشاط المحرض لخلق التصميم لديه .
إن الطابع الردعي الذي أضفاه المشرع الجنائي على جريمة الإجهاض سواء كان علنياً أو غير علني ، و سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق هدفه تطويق الجنين بحماية أكبر ، حيث لا يمكن لمن خولت له نفسه للأساس به ، الإفلات من العقاب .

فالشخص الذي قام مثلاً ببيع كتب أو مطبوعات تتضمن كيفيات الإجهاض ، و تحتّ عليه فإنه لا يتوجه إلى امرأة واحدة بل إلى كل النساء ، ففعله هذا قد تتحقق به جرائم عديدة ، كما أنه من شأنه التحفيز على الفساد و الانحلال الخلقي و تشجيع العلاقات الغير شرعية ، بحيث أنه أوجد لها الحل الناجع الذي يمكن من التخلص من الأجنة الغير الشرعية ، هذا من جهة و من جهة أخرى ، فإن تحريضه و إن لم يؤد إلى

تحقق النتيجة حالا، فإنه واقع لا محال مستقبلا، إذن و لهذا الغرض جعل الشارع من التحريض جريمة قائمة بذاتها في الإجهاض، و اعتبر أفعال التحريض متساوية في الخطورة سواء كانت علنية أو غير علنية حيث يكفي أن يكون قد قام بأحد الأفعال التي تدخل في مدلول المادة إياها لكي يعتبر الجاني فاعلا في جريمة التحريض على الإجهاض، و هذا مؤداه أن المشرع يعاقب على كل شروع أو اشتراك في الجريمة ذاتها بناء على الفقرة الثانية من قانون العقوبات و التي جاء فيها : "و كل حكم عن الشروع أو الاشتراك في الجرائم ذاتها يستتبع ذات المنع " .

و معنى هذا أن المشرع الجنائي الجزائري يتميز بقدر كبير من الحنكة والحيلة، لأنه وفر حماية جنائية للجنين حاضرة ومستقبلية خلافا لبعض التشريعات العربية التي استبرت التحريض على الإجهاض صورة من صور الاشتراك التبعية و اشترطت أن يكون موجها إلى شخص معين بالذات أو أشخاص معينين بالذات، كما اشترطت تحقق النتيجة، مما لا يوفر حماية للجنين، لأن عدم العقاب على التحريض إذا لم تتحقق النتيجة، فيه إغفال للخطورة التي يشكلها الفعل و القائم به.

المبحث الثالث

الركن المعنوي في جريمة الإجهاض

إن جرائم الإجهاض كلها عمدية، ومن ثم يتخذ الركن المعنوي فيها صورة " القصد الجنائي "، ولا يوجد في القانون إجهاض غير عمدي^(١) فجريمة الإجهاض تتطلب توفر القصد الجنائي لدى الجاني لقيامها، وهو أن تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة الإجرامية مع علمه بوجود حالة الحمل.

(١) د. محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات ص ٥١٤. د. محمد حسن ربيع الإجهاض في نظر المشرع الجنائي ص ٨٥. مرجعين سبق الإشارة إليهما.

و لقد وردت عبارة " عمدا " في المادة ٣٠٩ من ق.ع، كما أنه عندما نص على إجهاض الغير للحامل بتبيان الوسائل المستعملة، فإنه يقصد بذلك الإجهاض العمدي لأنه من غير المعقول أن يستعمل شخصا وسائل التطريح على المرأة، من غير أن تكون له نية تحقيق النتيجة. فمن البديهي أن الجاني استعمل إحدى الوسائل المنصوص عليها بالمادة ٣٠٤ ق.ع بقصد إحداث الإجهاض.

و يفهم من هذا أنه لا يسأل عن جريمة الإجهاض من تسبب فيها خطأ و لو كان الخطأ جسيما و لكن يسأل عن الإصابة الخطأ طبقا للمادة ٢٨٩ ق.ع أما إذا تسبب الجاني بخطئه في موت الحامل، فلا يسأل عن الإجهاض المفترض للموت، بل يسأل عن القتل الخطأ استنادا لنص المادة ٢٨٨ ق.ع الجزائري.

المطلب الأول

القصد الجنائي

و هو أن تنجذ إرادة الجاني إلى إحداث النتيجة مع علمه بوقائع الجريمة، وعناصر القصد الجنائي في جريمة الإجهاض هما: العلم والإرادة.

الفرع الأول

العلم

و هو أن يعلم الجاني بأن المرأة حامل، فإذا كان لا يعلم بأنها حاملا وقت الاعتداء عليها مثلا، و ترتب على ذلك إجهاضها، فلا وجود للقصد في هذه الحالة، و لا يسأل عن الإجهاض، بل يسأل عن فعل الاعتداء. كأن يسأل عن الضرب أو الجرح، و يشترط أن يكون المتهم عالما بالحمل أثناء القيام بفعله، فإن علم بالحمل بعد فعله، فلا وجود للقصد، أي أنه غير متوافر لديه. إذن فيجب أن يكون الجاني يعلم بوجود الحمل قبل القيام بالفعل الإجرامي، و في هذه الحالة تقوم مسؤوليته عن

إجهاض الحامل سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق. فمثلا من قام بضرب امرأة وأدى فعله إلى إجهاضها، فلا يسأل عن الإجهاض، لأن قصد إيذاء الجنين أو إتلاف الحمل غير متوافر، وهذا لا ينفي عنه جريمة الضرب فيسأل عنها طبقا للمادة ٢٦٦ ق.ع الجزائري.

كما يجب أن يعلم الجاني بأن من شأن فعله إحداث الإجهاض^(١)، فمثلا من يعطي حاملا مشروبا يضمن أنه يقوي و يساعد على تطوّر الجنين، فيؤدي ذلك إلى هلاك الحمل، فلا يسأل عن الإجهاض لانتفاء القصد لديه، بل يسأل عن الإصابة الخطأ.

كما يتعين على الجاني أن يتوقع حدوث النتيجة وقت قيامه بفعله، كالزّوج الذي يضرب زوجته و هو يعلم أنها حاملا، فتجهض، فعندما قام بضربها فإنه لم يكن يقصد إسقاط الجنين بل كان يقصد تأديبها فقط، و منه ينتفي القصد لديه و يسأل عن جريمة الضرب، و لا يسأل عن جريمة الإجهاض.

إذن فالقصد الجنائي في جريمة الإجهاض يتطلب أن يكون الجاني عالما بوجود حمل، و أن الفعل الذي يقوم به من شأنه إحداث النتيجة، كما يتعين أن يوقع النتيجة. فالمرأة التي تقوم بريضة عنيفة أو بريضة القفز فإنها تعلم أن من شأن هذه الرياضة إحداث الإجهاض، وبالتالي يتعين عليها توقيف تمريناتها إلى ما بعد الولادة، فإذا ما قامت بريضة القفز و أجهضت، فإنها تسأل عن جريمة الإجهاض، لأنه من غير المعقول أنها لم تكن تتوقع حدوث الإجهاض.

(١) د. محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات ص ٥١٥ و أنظر كذلك الدكتور محمد حسن ربيع الإجهاض في نظر المشرع الجنائي ص ٨٦. مراجع سابقة.

الفرع الثاني

الإرادة

و هو أن تتجه إرادة الجاني إلى إنهاء حالة الحمل و القضاء على الجنين أو إخراجه من رحم أمه قبل موعد ولادته الطبيعي، فإذا انتفى القصد الجنائي، فلا تقوم المسؤولية عن فعل الإجهاض، كأن يدفع شخصا امرأة كانت ستسودها سيارة لإبعادها عن الخطر، فتسقط على الأرض فيتسبب ذلك في إجهاضها، فحينئذ لا يسأل الشخص عن الإجهاض، لأنه لم يكن يقصد إجهاضها، بل قصد إبعادها عن الخطر الذي كان سيلحق بها، فيسأل عن الإصابة خطأ طبقا للمادة ٢٨٩ ق.ع لعدم وجود قصد جنائي لجريمة الإجهاض، أما إذا أدى فعله إلى وفاتها، فإنه يسأل عن القتل الخطأ.

إذن فعناصر القصد الجنائي في جريمة الإجهاض هما: العلم والإرادة، و بالتالي يتطلب في الجاني علمه بوجود حمل، و بأن الوسائل التي يستعملها تؤدي لا محال لإحداث الإجهاض و اتجاه إرادته إلى تحقيق النتيجة.

فالمشرع الجزائري يكتفي بوجود قصد جنائي و لو لم تتحقق النتيجة لمساءلة الجاني، فمن يقوم بوسائل التطريح على الحامل أو يشرع في ذلك بقصد إجهاضها يعاقب عن جريمة الإجهاض.

المطلب الثاني

القصد الاحتمالي في جريمة الإجهاض

ومعناه اتجاه إرادة الجاني إلى الفعل مع توقع النتيجة كأثر لفعله، ولكنه يقبل احتمال تحققها في سبيل تحقق النتيجة التي يستهدفها بفعله^(١).

(١) د. محمد حسن ربيع الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجع سابق ص ٨٩ - ٩٠.

و القصد الاحتمالي هو توقُّع النتيجة كأثر ممكن للفعل ثم قبولها (و هذا حسب ما توصَّلت إليه محكمة النقض المصرية) حيث يمثل صورة من صور القصد الجنائي و يتساوى مع القصد المباشر. و معناه أن الفاعل إذا كان قد توقَّع النتيجة و قبلها فإنه يسأل عن النتيجة كما لو كان قد رغب فيها^(١).

و تجدر الإشارة إلى أن هناك رأي في الفقهاء المصري و الفرنسي، يذهب إلى القول بالقصد الاحتمالي في جريمة الإجهاض^(٢) و يعني هذا الرأي بالقصد الاحتمالي هو تلك الحالة التي يتوقَّع فيها المتهَّم الإجهاض و لم يردّه، إلّا أنّه من واجبه توقُّعه، لأنّه كان يعلم بأنها حاملًا. ومثال ذلك من يضرب امرأة حاملًا و هو يعلم بأنها حامل، لكنه لا يرغب في إجهاضها، فإذا حصل و أن أجهضت، لا يسأل إلا عن الضرب فقط، إذ لا تقوم مسؤوليته عن نتيجة لم يتوقَّعها و لم تتَّجه إرادته لأحداثها.

أما الرأي الصحيح و هو ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية. حيث رأت بأنه لو كان المتهَّم يتوقع النتيجة لكن لا يرغب فيها - كمثالًا من يضرب امرأة حاملًا و هو يعلم بأنها حامل، و أدى الضرب إلى إجهاضها، يسأل عن الضرب لأنه لم يرد النتيجة بل كانت أمرا احتماليا و غير مقبول لديه - فإنه لا يسأل إلا عن الفعل الذي قام به و ليس عن النتيجة التي لم يقبلها، لا على أساس توافر القصد الاحتمالي لديه، كما قالت به محكمة النقض، بل على أساس عدم توافر القصد الجنائي الذي يتطلب أن يكون الجاني راغبا في النتيجة أو على الأقل قابلا لها^(٣).

(١) نفس المصدر، ص ٩٠.

(٢) نفس المصدر ص ٩٠.

(٣) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٥١٦.

ومنه فإذا كان المتهم يتوقع حدوث النتيجة و قبلها فإن القصد الاحتمالي يكون متوفراً لديه^(١)، و مثاله كمن يجري عملية جراحية لامرأة و هو يعلم بأنها حامل، فإذا حدث الإجهاض يسأل عنه لكونه كان يتوقع حدوث النتيجة كأثر للعملية الجراحية، و بالرغم من ذلك قام بها.

وما نقوله عن المشرع الجنائي الجزائري هو أنه، إذا كان يعاقب على الشروع، وعلى الجريمة المستحيلة في الإجهاض، والتي يقع فيها فعل الإجهاض على امرأة، يضمن الجاني أنها حامل، وهي غير ذلك، وعلى التحريض وإن لم يتحقق الإجهاض، فإنه من البديهي أنه يكون يعتد بالقصد الاحتمالي لدى الجاني حيث أنه إذا كان الجاني يتوقع النتيجة ويقبلها، فإن القصد الجنائي متوفر لديه لإيذاء الحمل، وعليه فإن الشخص الذي يضرب حاملاً وهو يعلم أنها كذلك، فالضرب في حد ذاته من أعمال العنف المؤدية للإجهاض، وبالتالي فإنه يكون يتوقع النتيجة كأثر لفعله، فيعاقب على جريمة الإجهاض، وهنا يبرز دور قاضي الموضوع وسلطته التقديرية في تحديد ما إذا كان الجاني يقصد إيذاء الحمل والحامل في نفس الوقت و تحديد مدى مسؤوليته.

المطلب الثالث

حكم الخطأ والعمد في تحديد مسؤولية الجاني عند فقهاء الشريعة الإسلامية
لقد اختلف الفقهاء في حكم الجناية على الجنين من حيث كونها عمدية أو خطأ، فلقد ذهب المالكية إلى أن الجناية على الجنين

(١) نفس المصدر، ص ٥١٧.

قد تكون عمدية و قد تكون خطأ^(١) فهي عمدية إذا تعمد الجاني الفعل، أي إذا أراد تحقيق النتيجة و هي الإسقاط، و هي غير عمدية إذا أخطأ الجاني بالفعل، و يتفق المذهب المالكي مع الرأي الراجح في المذهب الشافعي و الذي سنبين رأيه لاحقا.

والقائلون بأن الجريمة عمدية يختلفون في تحديد العقوبة أخذا بمعيار انفصال الجنين، فإذا ما انفصل الجنين حيا ثم مات بسبب الفعل، فإن بعض المالكية يوجبون القصاص و البعض يوجب الدية، و أصحاب الرأي الراجح في المذهب يوجبون القصاص إذا كان الفعل المؤدي إلى الإسقاط هو كالضرب على اليد و الرجل^(٢)

و يرى الحنابلة و الحنفية و الرأي الراجح عند الشافعية أن الجناية على الجنين لا تكون عمدا محضا و إنما هي شبه عمد أو خطأ. فهي شبه عمد إذا تعمد الجاني الفعل و هي خطأ إذا أخطأ به.

و يرى فريق آخر بأنه لا يمكن اعتبار الجناية عمدية وقت ارتكابها، لأن العمد المحض بعيد التصور، لأنه يشترط لقيام العمد العلم بوجود جنين، و توفر قصد القضاء عليه، و هذا أمر بعيد التصور^(٣)

(١) شرح الزرقاني، مرجع سابق ج ٨ ص ٣٣ - بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مرجع سابق، ج ٢ ص ٤٢٨ - نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣ و أنظر كذلك التشريع الجنائي الإسلامي د. عبد القادر عودة ص ٢٩٧. مرجع سابق.

(٢) شرح الزرقاني مرجع سابق ج ٨ ص ٣٣.

(٣) حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٦١٩ مغلنى المحتاج ج ٩ ص ٥٤٤ البحر الرائق ج ٨ ص ٣٨٩ نهاية المحتاج ج ٧ ص ٣٦٣ و أنظر د. عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي ص ٢٩٨. مراجع سبق ذكرها.

و قد احتجوا لرأيهم بما روي عن جابر بن عبد الله أن الرسول (ص) جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب والعاقلة لا تحمل العمد، ولو اعتبر الرسول (ص) العمد في هذه الجريمة لما جعل الغرة على العاقلة. وتظهر أهمية التفرقة بين العمد و غير العمد في حالة انفصال الجنين حيا، حيث يرى بعض القائلين بأن الجريمة عمدية تستوجب القصاص من الجاني، بينما يكون العقاب على غير العمدية الدية، أما في حالة انفصاله ميتا فلا فرق بين العمد والخطأ في تطبيق نوع العقوبة والتي هي الغرة عند الجميع. إذن يظهر الفرق بين العمد و شبه العمد أو الخطأ في تطبيق العقوبة عند الفقهاء استنادا إلى الحالة التي يتم فيها إنزال الجنين، وإنما يعتد بالقصد الجنائي أو الخطأ بنزول الجنين حيا، حيث يعتبر المعيار لتحديد العقوبة.

ففي العمد تكون العقوبة في مال الجاني وحده، بينما في حالة شبه العمد والخطأ تكون في مال الجاني أو على العاقلة. ومما سبق نقول بأن جريمة الإجهاض عند الفقهاء هي عمدية وغير عمدية وأن العقوبة عليها لا تكون إلا بانفصال الجنين، حيث فرقوا في وجوب العقوبة أو في تحديدها بين ما إذا خرج حيا أو ميتا واختلافهم في الحالة الأولى أما في الحالة الثانية، فلقد اتفقوا فيها على وجوب الغرة فيه.

المبحث الرابع

تحديد المسؤولية الجنائية عن قتل الجنين عند فقهاء الشريعة الإسلامية

لقد عبر الفقهاء القدامى عن الاعتداء الواقع على الجنين، بالجناية على الجنين، أو بالجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه^(١) ولم يعتبروا الجناية قائمة وواجبة للعقوبة إلا بانفصال الجنين عن أمه كما سبق وأن أشرنا، وفرقوا في توقيع العقوبة أو في نوعيتها بين ما إذا نزل حيا

(١) د. عبد القادر عودة، التشريع الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي مرجع سابق ص ٢٩٢.

أو ميتا، واعتبروا الجناية غير قائمة، ولا تجب فيها العقوبة، إذا لم ينفصل الجنين عن أمه بعد فعل الاعتداء، وذلك لعدم التحقق من حياة الجنين أو موته، وقالوا بعدم العقاب لوجود الشك^(١).

إلا أن الزهري يرى فيما حكاه عنه بن قدامة^(٢) بوجوب العقاب - أي الغرة - لأن الظاهر أن الجنين قد قتل، ولقد انفرد من بين الفقهاء القدامى بالقول بالعقاب بالرغم من أن الجنين لم ينفصل عن أمه. إذن فلقد اعتبر الفقهاء الجناية قائمة بانفصال الجنين عن أمه، بغض النظر عما إذا انفصل حيا أو ميتا، كما أنهم لم يشترطوا في الفعل الإجرامي أو السلوك الإجرامي خاصية معينة؛ فيمكن أن يكون ماديا كما يمكن أن يكون معنويا أو عمل عنف (سبق و أن أشرنا إليه) و سوف نبين رأي الفقهاء في تحديد مسؤولية الجاني عن قتل الجنين في الحالتين: حالة نزوله حيا، وحالة نزوله ميتا.

المطلب الأول

المسؤولية الجنائية عند انفصال الجنين ميتا عند الفقهاء

يتفق الفقهاء الأربعة على أنه لا تعتبر الجناية قائمة، ما لم ينفصل الجنين عن أمه. فيقول بن قدامة، أنه من ضرب امرأة، فأزال ما ببطنها من انتفاخ أو حركة فلم يضمن الجنين^(٣)، وقال أن هذا رأي مالك وقتادة و الشافعي، ولأن حكم الولد لا يثبت إلا بخروجه، و لذلك لا تصح له

(١) مغنى المحتاج ج ٩ ص ٥٣٨، شرح الزرقاني ج ٨ ص ٣٣ - حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٥١٧،، مراجع سابقة.

(٢) المغنى ج ٧ ص ٨٠١ مرجع سابق.

(٣) المغنى ج ٧ ص ٨٠١ و أنظر كذلك موسوعة الفقه الإسلامي ج ٣ ص ١٦٦ - د. عبد القادر عودة التشريع الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ص ٢٩٣ مراجع سابقة.

وصية و لا ميراث و أن الحركة يصح أن تكون ربح في البطن و سكنت و بالتالي لا يجب الضمان بالشك.

وما ذهب إليه الفقهاء من عدم مساءلة الجاني إن لم تلق الأم جنينها، أساسه عدم التيقن من وجود الجنين حيا أو ميتا و فسّروا الشك لمصلحة المتهم، وهي قاعدة قانونية معمول بها في عصرنا. حيث لا يمكن معاقبة المتهم على أمر غير متيقن منه.

ويرى الدكتور "عبد القادر عودة"، أن رأي الأئمة الذين منعوا العقاب للشك، لا يخالف الرأي الذي يقول بجوب العقاب بزوال الشك، وهو الرأي الذي يمكن أن نعمل به مع تطوّر الطب و وسائله. حيث يقول أنه إذا أمكن الإثبات طبيّا أن الجنين قد مات بفعل الجاني، فإنه يجب عليه العقوبة. فإن زال الشك ثبت العقاب وما يمكن استنتاجه من قوله، أنه يقصد أن الفقهاء القدامى، لو كان بإمكانهم إثبات الشك أو تفسيره، لأوجبوا العقاب. كما أنه لو لا تطور الطب، لما أصبح الأمر يقينا، و لربما بقي حكمهم معمولاً به.

ويقول الدكتور "عودة" أنه لا يكفي انفصال الجنين لقيام مسؤولية الجاني^(١)، بل يجب إثبات أن الانفصال قد تم بفعل الجاني، أي وجود علاقة سببية بين فعل الجاني و انفصال الجنين، إلا أنهم اختلفوا بشأن الجنين الذي تلقّيه الحامل في قيام مسؤولية الجاني من عدم قيامها، و اعتبروا أن كل ما تطرحه المرأة مما يعلم بأنه ولد، يجب فيه مسؤولية الجاني^(٢) وهذا رأي أبو حنيفة و الشافعي و الحنابلة.

(١) د. عبد القادر عودة التشريع الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي مرجع سابق ص ٢٩٤.

(٢) حاشية بن عابدين ج ٥ ص ٥١٩ - معنى المحتاج ج ٩ ص ٥٣٩ - نهاية المحتاج ج ٧ ص

٣٦٢. مراجع سبق الإشارة إليها.

أما مالكا، فيرى أن الجاني يكون مسؤولا عن كل ما تطرحه المرأة مما يعلم أنه حملا، سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو علقة أو دم.

و يرى "أشهب" من فقهاء المالكية أن الجاني يعتبر مسؤولا عن طرح العلقة و المضغة، و لا تقوم مسئوليته في طرح الدم.

أما "ابن القاسم المالكي" فيرى مسئولية الجاني عن الدم المتجمد، الذي ما صب عليه الماء الحار لا يذوب، و لا شيء في الدم المتجمد الذي يذوب بصب الماء الحار^(١).

أما أبو حنيفة و الشافعي، فيرون أن الجاني يكون مسؤولا عما تطرحه المرأة من جنين الذي استبان شيء من خلقه. كما اعتبروه مسؤولا إذا ألفت مضغة و شهد ثقاب من القوابل أنه مبدأ خلق آدمي و لو بقي لتصور^(٢).

أما الحنابلة فيرون، أنه إذا أسقطت الحامل ما فيه صورة آدمي، و حبت مسئولية الجاني، أما ما أسقطته مما ليس فيه صورة آدمي فلا مسئولية عليه.

وإن ألفت مضغة و شهد ثقاب من القوابل بأنه فيه صورة خفية لآدمي ولو بقي لتصور، فيرون أن فيه وجهان^(٣): أحدهما أن لا شيء فيه لأنه لم يتصور، و الوجه الثاني يعتبر الجاني مسؤولا، لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه بما لو تصور.

وما يمكن قوله في هذا المجال، أن الفقهاء القدامى جعلوا من المرحلة التي ينفصل فيها الجنين أو نموه، معيار لتحديد مسئولية الجاني

(١) شرح الزرقاني ج ٥ ص ٣١ - بداية المجتهد مرجع سابق ج ٢ ص ٣٤٨.

(٢) حاشية بن عابدين مرجع سابق ج ٥ ص ٥١٩ - نهاية المحتاج مرجع سابق ج ٧ ص ٣٦٢.

(٣) مغنى المحتاج مرجع سابق ج ٩ ص ٥٣٩.

ووجوب العقاب عليه. و ربطوا فعل الجاني بتحقيق النتيجة، حيث منعوا العقاب لعدم توفر رابطة السببية بين فعل الجاني والنتيجة، وتجدر الإشارة إلى أن القدامى اعتمدوا على المنطق في تحديد قيام المسؤولية من عدمها، والذي يتمثل في الأشياء الملموسة والمشاهدة بالعين المجردة، ولم يعتقدوا بما هو محتمل الوقوع أو مشكوك في تحقيقه، ومرجع ذلك لغياب الوسائل العلمية المتطورة آنذاك.

المطلب الثاني

المسؤولية الجنائية عن انفصال الجنين حيا عند الفقهاء

اختلف الفقهاء في تحديد ما يثبت حياة الجنين:

فيرى المالكية لقيام مسؤولية الجاني بأن انفصل الجنين وهو حي حياة مستقرة، كأن استهل أو رضع ثم مات^(١).

أما بن قدامة الحنبلي، فلقد جاء عنه في تحديده لدية الجنين الحي، أن حياة الجنين تكون ثابتة لوقت يعيش لمثله^(٢)، ولقد اشترط الحنابلة لاعتبار الجنين منفصلا حيا، أن تكون الحياة مستقرة فيه، بحيث لا يكون في الرمق الأخير، وأن يكون انفصاله لوقت يعيش لمثله، أي لسته أشهر، فإن كان لغير ذلك اعتبر كأنه انفصل ميتا، لأن حياته لا يمكن تصوّر بقاؤها^(٣) ولقد قال هذا الرأي " المزني " من أصحاب الشافعي^(٤).

(١) الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك تأليف العلامة أحمد الدردير

طبع بدار المعارف مصر بدون سنة ص ٣٧٩.

(٢) مغنى المحتاج مرجع سابق ج ٩ ص ٥٥٠ - ٥٥٢.

(٣) نفس المصدر ص ٥٥١.

(٤) نفس المصدر ص ٥٥٢.

أما الحنفية والشافعية والمالكية فيعتبرون الجنين منفصلاً حياً ولو انفصل لأقل من ستة أشهر، ما دام انفصل وفيه الحياة، ولا يعتبرونه ميتاً إلا إذا نزل فاقدا للحيلة، أما إذا خرج رأسه فصاح تكرر ثم انفصل كله ميتاً، اعتبر أنه انفصل ميتاً^(١) لأن العبرة بتمام الانفصال.

كما يشترط مالك وأبو حنيفة لمسألة الجاني، أن ينفصل الجنين في حياة الأم، فإن انفصل ميتاً بعد موتها، فلا مسؤولية للجاني، لأنهم يقولون بأن موت الأم هو سبب موته، لأنه جزء منها ويجري مجرى أعضائها ويموتها يسقط حكم أعضائها، واعتبروا موت الجنين بفعل الجاني أمر مشكوك فيه، فلا عقاب بالشك^(٢)

أما إذا انفصل الجنين حياً بعد موت أمه، فتقوم مسؤولية الجاني، وعليه دية كاملة، فإن لم يمت الجنين فعلى الجاني التعزير^(٣).

أما إذا انفصل بعضه ميتاً في حياتها ثم انفصل كله بعد مماتها، فحكمه كأن انفصل ميتاً بعد موتها^(٤).

أما الشافعي وأحمد بن حنبل فيرون بمسؤولية الجاني سواء انفصل حياً أو ميتاً، وسواء كان في حياة أمه أو بعد موتها، "لأنه جنين

(١) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٧ ص ٣٦١.

(٢) شرح الزرقاني مرجع سابق ج ٨ ص ٣٣ حاشية بن عابدين مرجع سابق ج ٥ ص ٥١٨.

(٣) التعزير: إن الجرائم التي لم يرد بشأنها عقاب في الشريعة الإسلامية، فإنه يفوض للإمام في أن يعاقب على بعض الجرائم بعقوبة يراها رادعة، وتكون في الجرائم التي لم تحدد لها الشريعة الإسلامية عقوبة معينة، وفي الجرائم التي لم تتوافر فيها شروط تنفيذ العقوبة كما لو لم يشهد بالزنا أو القذف أربعة أشخاص أو وجدت شبهة في الزنا أو السرقة أو القصاص، أو حصل شروع في القتل ولم يحصل.

(٤) المغنى ج ٩ ص ٥٣٩ مرجع سابق.

تلف بجناية وعلم ذلك بخروجه، كما لو نزل في حياتها^(١) وليس صحيحاً ما قاله البعض في أن حكمه حكم أعضائها "، و يبررون ذلك بأنه لو كان كذلك إذا سقط ميتاً ثم ماتت أمه لم يضمه كأعضائها، فضلاً عن أنه آدمي موروث ولا يدخل في ضمان أمه، كما يقولون بمسؤولية الجاني إذا انفصل بعض من الجنين، ثم خرج باقيه أو لم يخرج. وما يمكن قوله و بعد التطرّق إلى مختلف آراء المذاهب من حيث ثبوت مسؤولية الجاني عن قتل الجنين، أنّ القدامى قد أوجبوا العقاب لأمر يقين، ويتمثل ذلك في انفصال الجنين عن أمه سواء حيّاً أو ميتاً منعه لوجود شكّ يتمثل في عدم انفصال الجنين عن رحم أمّه، أو انفصاله عنها بعد موتها. ولعل ما اختلف فيه القدامى مع ما ذهب إليه الباحثون و رجال العلم و القانون، راجع إلى أن القدامى كانوا يعتمدون في تحديد أحكامهم على القرآن و السنّة و ما يشاهدونه بالعين المجردة، أو بالملاحظة الشخصية، أما رجال العلم المحدثون فينظرون إلى الأمور من منظور علمي و اعتماداً على الوسائل العلمية المتطورة.

(١) نفس المصدر ج ٩ ص ٥٣٩.

الفصل الثالث

صور الإجهاض أو جرائم الإجهاض

لقد نص المشرع الجنائي على ثلاث صور يتم بها الإجهاض، وذلك في المواد التي خصصها للإجهاض من ٣٠٤ من قانون العقوبات إلى ٣١٣ من نفس القانون.

فلقد نص على الإجهاض الذي يتم من الغير على الحامل، والإجهاض الذي يقوم به الشخص ذي الصفة الخاصة على المرأة والإجهاض الذي تقوم به الحامل على نفسها، أما بالنسبة للإجهاض الذي يتم عن طريق التحريض، فلقد ارتأينا ان ندخله ضمن إجهاض الغير للحامل.

وإذا ما دققنا في هذا التقسيم أو بالأحرى هذه الصور، فإننا يمكن أن نقسم جرائم الإجهاض إلى قسمين: تتمثل الصورة الأولى التي تقع بها جرائم الإجهاض في إجهاض الغير للحامل، ويدخل ضمنها إجهاض الغير للحامل، وإجهاض الغير ذي الصفة الخاصة و الإجهاض الذي يكون بفعل المحرض. أما الصورة الثانية فتتمثل في إجهاض الحامل لنفسها.

المبحث الأول

إجهاض الغير للحامل

يدخل ضمن هذه الصورة الإجهاض الذي يقوم به الغير على الحامل والذي نصت عليه المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات، والإجهاض الذي يقوم به الغير ذي الصفة الخاصة و المنصوص عليه بالمادة ٣٠٦ من قانون العقوبات و الإجهاض الذي يتم عن طريق تحريض و الذي نصت عليه المادة ٣١٠ من القانون نفسه. و سوف نتعرض إلى كل حالة على حدة.

المطلب الأول

إجهاض الغير للحامل

نصت على هذه الصورة المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات الجزائري والتي جاء فيها: " كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بأعضائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك...". ومن خلال ما جاء في نص المادة، أول ما يشد انتباهنا هو حدوث الإجهاض من الغير والذي لم يشترط فيه المشرع أي صفة خاصة، فقد يكون من أقرباء الحامل، أو ليست له أي صلة قرابة تربطه بها، وهنا الغير يمكن أن يكون من بين الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات.

و في هذه الصورة، لم يشترط المشرع وجود حمل، فالجاني يدخل دائرة التجريم ما دام قد استنفذ سلوكه الإجرامي المتمثل في إتيان فعل من الأفعال أو الأعمال المشار إليها في نص المادة، بقصد إنهاء حالة الحمل، و حتى و لو ثبت بعد ذلك أن الحمل لا وجود له، و أن اعتقاده بوجود الحمل خطأ، و هو ما جاء بصريح العبارة - في نص المادة - " أو مفترض حملها " أي أن الحمل غير صحيح، و اعتقاد الجاني بوجوده أمر موهوم إلا أن الجاني لا يمكن له أن يدفع بعدم تحقق النتيجة، لأن العبرة بوجود قصد جنائي لديه يتمثل في اتجاه إرادته إلى القضاء على الجنين. و في هذا اعتناق للمذهب الذي يعاقب على الجريمة المستحيلة استحالة مطلقة^(١) و هو موقف المشرع اللبناني كذلك.

(١) د. مصطفى عبد الفتاح لبنة جرائم إجهاض الحوامل دراسة في موقف الشرائع السماوية و القوانين المعاصرة الطبعة الأولى دار أولي النهي للطباعة و النشر و التوزيع بيروت السنة ١٩٩٦ ص ٢٨٦.

كما أن الشارع عند ذكره للوسائل المؤدية للإجهاض، استعمل لفظ " أو " ومعنى ذلك أنه يسوّي بينهما في إحداث النتيجة، فيستوي أن تكون الوسيلة المستعملة شراباً أو دواءً أو فعل عنف، ما دامت النتيجة واحدة بخلاف ما تذهب إليه بعض التشريعات العربية ومنها التشريع المصري الذي فرق بين وسائل الإجهاض فجعل من الإجهاض الذي يتم بوسائل العنف كالضرب وأنواع الإيذاء جنائية، بينما ذلك الذي يتم بوسائل أخرى - كالأدوية والعقاقير الخ من المواد المؤدية إلى الإجهاض - جنحة.

و للتوسيع أكثر من دائرة التجريم، اعتبر المشرع كل وسيلة أخرى - من غير التي ذكرها - و التي من شأنها إحداث الإجهاض تدخل في نطاق التجريم، وذلك حتى لا يتمكن الجاني من الإفلات من العدالة. كذلك فإن المشرع لم يفرق بين أن يقوم الغير بإجهاض الحامل برضاها أو أن يتم ذلك بدون رضاها. فيستوي وجود الرضا من انعدامه عند المشرع، و العقوبة واحدة، و لا يمكن للجاني أن يعتد بوجود رضا الحامل.

و لقد جعل المشرع من الجنحة، جنائية إذا أفضى الإجهاض إلى وفات الحامل. إلا أن هذا التشديد ليس مرتبطاً بالفعل المادي نفسه أو بالوسيلة المستعملة أو بالقصد الجنائي ولكنه متّصل بالنتيجة المحققة. فالجاني لم يكن يقصد قتل الحامل، إلا أنه إذا تحققت وفاة الحامل سئل الجاني عن جريمة الإجهاض بوصفها جنائية و لقد نصت المادة ٢٥٤ من قانون العقوبات على أن : " القتل هو إزهاق روح إنسان عمداً " إذن ما يمكن قوله هو أن المشرع قد خرج عن القاعدة العامة. كما غيّر وصف الجريمة و اعتبرها جنائية بالنسبة للغير الذي تنطبق عليه المادة ٣٠٥ أي أنه اعتاد القيام بالإجهاض.

المطلب الثاني

إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل :

تستلزم هذه الصورة من صور الإجهاض أن يكون القائم بها ذي صفة خاصة كأن يكون طبيبا أو قابلة أو جراح أسنان أو من طلبة الطب أو الصيدلة أو جراحة السنان وغيرهم من الأشخاص الذين ذكرتهم المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات، ولقد جاء فيها : " الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيدلة وكذلك طلبة الطب أو طب السنان أو طلبة الصيدلة و مستخدمو الصيدليات ومحضر والعقاقير وصانعو الأربطة الطبية و تجار الأدوات الجراحية والممرضون والمرضات و المدلكون و المدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين ٣٠٤ و ٣٠٥ على حسب الأحوال ."

لقد ذكر الأشخاص ذوي الصفة الخاصة على سبيل الحصر ومنه لا يمكن القياس عليهم، كما أن ذكرهم جاء لعلاقة مهنتهم بما من شأنه إحداث الإجهاض أو تسهيله. فالطبيب عندما يقدم على هذا الفعل، فإنه يضرب بأخلاقيات المهنة عرض الحائط، لأن مهنة الطبيب مهنة شريفة و إنسانية و من شأنها إشفاء الناس و إنقاذ حياتهم، فالطبيب الذي يقوم بفعل الإجهاض، فإنه يمسّ بشرف المهنة ومصداقيتها، بل أكثر من ذلك، فإنه يسبب ضررا معنويا لكل زملاء المهنة.

ومن ثم فمن الضروري أن يكون لهؤلاء الأشخاص علم بالقانون وكيفية تطبيقه في هذا الجانب. فالطبيب أو القابلة الذي يرشد الحامل إلى طرق إحداث الإجهاض، ولو ذلك من باب مساعدتها أو الإشفاق عليها لوضعها الاجتماعي أو الاقتصادي، يقع تحت طائلة العقوبة المنصوص عليها بالمادتين ٣٠٤ و ٣٠٥ من ق.ع فبمجرد الدلالة على ما من شأنه

إحداث الإجهاض يجعل من الطبيب أو أحد الأشخاص إياهم فاعلا في جريمة الإجهاض.

ولعل خروج المشرع عن القاعدة العامة، واعتبار الأفعال التي تدخل ضمن أفعال المساهمة التبعية أفعالا تجعل من هؤلاء الأشخاص فاعلين أصليين في جريمة الإجهاض، هو أن لديهم من المعلومات الفنية والخبرة العملية، والوسائل العلمية ما يسمح لهم أو يمكنهم من القيام بالإجهاض بسهولة وبسرية تامة.

كما أنهم يستطيعون تحقيق النتيجة ولو لم يكن تدخلهم مباشرا بل اكتفوا بمجرد الدلالة والإرشاد إلى ما يحدث الإجهاض مما يشجع الالتجاء إليهم.

وصفة الطبيب أو من في حكمه ظرف يغير من وصف الجريمة، ولا يتأثر بتلك الظروف التي يخضع إليها من ساهم معه في الجريمة.

أما إذا كان من ساهم مع الطبيب في جريمة الإجهاض شخص قد اعتاد القيام بجرائم الإجهاض فإنه يخضع إلى نفس ظروف التشديد المنصوص عليها بالمادة ٣٠٥ من قانون العقوبات ولكن ليس بحكم صفته بل استنادا إلى حكم الاعتياد، ويتحقق الظرف المشدد ولو ذي الصفة الخاصة كان موقوفا عن عمله.

ويرى " الدكتور نجيب حسني " أنه إذا حرم الطبيب أو من في حكمه من مزاوله مهنته نهائيا، فإنه لا مجال لتطبيق التشديد وذلك لزوال الصفة عنه^(١).

إلا أن ما ذهب إليه " الدكتور نجيب حسني " قد لا يصدق عمليا، و ذلك أن زوال الصفة ليس معناه افتقاد الطبيب للمعلومات والتقنيات التي لديه، حيث أنه بالرغم من توقيفه نهائيا عن مهنته، فإنه

(١) د. محمود نجيب حسني شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٢١.

يبقى متمكنا مما اكتسبه من مهنته من معلومات طبية و تقنيات حيث لا يمكن الحجر عليها، وبالتالي تبقى خطورته قائمة ويمكن له أن يواصل أفعاله.

فتسهيل هذه الفئة من الأشخاص لعملية الإجهاض أو الإرشاد إليها أو القيام بها، من شأنه تفشي الانحلال والفساد في المجتمع، وضياع القيم الأخلاقية.

فالضمير المهني لا يمكن أن يكون إلا حاجزا يحول دون إتيانهم لتلك الجرائم. و من أجل ذلك كله جاء القانون صارما و صريحا يعاقب كل من تخوّل له نفسه أنه لن يقع بين أيدي العدالة.

المطلب الثالث

الإجهاض بفعل المحرض

قد يتحقق الإجهاض مباشرة بعد تحريض المحرض للحامل أو الحوامل، وقد لا يتحقق في الوقت ذاته بل مستقبلا. ومرة أخرى نرى أن المشرع الجنائي قد خرج عن القواعد العامة، والتي تعتبر التحريض صورة من صور المساهمة الأصلية - أنظر المادة ٤١ من قانون العقوبات - و جعل منه جريمة قائمة بذاتها فعاقب على أفعال التحريض التي أوردتها في نص المادة ٣١٠ من قانون العقوبات - سبق و أن ذكرناها - سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق، و سواء تم التحريض بطريقة علنية أو في غير علنية.

وغرض الشارع واضح، وهو ردع هته الفئة من الجناة، وحملها على عدم القيام بتلك الأفعال التي تشكل خطورة كبيرة على المجتمع بأكمله، حيث أن أفعال المحرض قد تحمل أشخاصا - لم تكن فكرة الإجهاض راسخة في أذهانهم - على القيام به.

بخلاف بعض التشريعات العربية التي جعلت من التحريض على الإجهاض صورة من صور الاشتراك التبعية، ويعتبر من قام به شريكا ولا يعاقب عليه إلا إذا تحققت النتيجة، أي أنها لم تعاقب على فعل التحريض لذاته، بل عاقبوا عليه بالنظر إلى تأثيره في حدوث الجريمة ومنها التشريع المصري في المادة ١٧١ من قانون العقوبات.

إنّ عمل المحرض هو حمل الحامل على القيام بالإجهاض، وذلك عن طريق استعمال إحدى الوسائل التي ذكرت في المادة المذكورة آنفا. فيقوم ببث فكرة الإجهاض في نفس الحامل و تدعيمها حتى-ينعقد التصميم على ارتكابها عند المرأة و يتم ذلك بإبراز البواعث، كالعار والفضيحة والقتل في بعض الحالات و تحبيذ النتيجة إليها، وهي التخلص من الجنين، ويستوي أن يتوجه إليها مباشرة أو عن طريق إحدى الوسائل التي ذكرتها المادة ٣١٠ من ق.ع، وقد يتوجه إلى جمع من النساء، وبالتالي يتم الإجهاض حاضرا أو مستقبلا بناء على ما تمّ من فعل تحريض.

المبحث الثاني

إجهاض الحامل لنفسها

نصت على هذه الصورة من صور الإجهاض المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات والتي جاء فيها: "تعاقب...المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض".

لقد أفرد المشرع حكما خاصا بالحامل مفاده أنها تعتبر فاعلة لجريمة الإجهاض في حالتين: الأولى - إذا ارتكبت هي الجريمة أو شرعت في ذلك، والثانية إذا وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها.

المطلب الأول

إجهاض الحامل من تلقاء نفسها

وهذه الصورة تقتضى أن الحامل تقوم بإجهاض نفسها عمداً، ومعنى ذلك استبعاد الخطأ إن حدث من الحامل، لأنه لقيام هذه الجريمة يجب أن تكون قد تعمدت فعلها ولا يهتم الباعث الذي دفعها لذلك سواء قامت بذلك من أجل تحديد النسل أو حفاظاً على جمالها أو صحتها أو خوفاً من العار والفضيحة، أو خوفاً من أمراض وراثية، لأن هذه البواعث لا يمكن أن تكون ظرفاً مخففاً لها.

واقتراض العمد يعني، أن إرادتها اتجهت إلى تحقيق النتيجة، وهي القضاء على الجنين. ولا يهتم بذلك إن تحققت النتيجة أو كان ذلك مجرد شروع لم يتحقق به الإجهاض، سواء كانت قد استفذت كل السلوك الإجرامي على نفسها ولم تحقق النتيجة، لأن الوسيلة المستعملة ليس من شأنها إحداث الإجهاض، كأن تناولت شرباً أو دواءً إلا أن النتيجة لم تتحقق لعدم فعالية المشروب.

أو كأن بدأت في تنفيذ سلوكها ولم تستكمل له ظرف خارج عن إرادتها. فإن هذا لا يسقط عنها العقاب، وعدم تحقيق النتيجة لا يمنع من عقابها على الجريمة لوجود قصد جنائي لديها يتمثل في اتجاه إرادتها إلى القضاء على جنينها.

وفي هذه الصورة، تقوم الحامل بالإجهاض دون أية مساعدة أو دون استعانة بأي أحد فتقوم بذلك باستعمال أية وسيلة تراها فعالة لإحداث النتيجة، دون الاعتماد على أي عامل خارجي.

ولقد أراد المشرع من وراء عقابه للمرأة التي تجهض نفسها أو تحاول ذلك، أن يؤكد أن الحق المقصود بالحماية هو حق الجنين في الحياة والنمو حتى يحين موعد ولادته الطبيعي. ومنه فإنه يقع عليها

عبء الحفاظ على الجنين و حمايته من كل اعتداء حتى و إن كان منها هي. و لا تقلت من العقاب دفعا منها بأن الاعتداء وقع عليها بالدرجة الأولى. لأن ذلك الاعتداء هدفه الجنين و ليس إيذاء نفسها.

المطلب الثاني

إجهاض الحامل بنفسها بناءا على اقتراح الغير

وهذه الصورة تفترض أن تقوم الحامل بإجهاض نفسها باستعمال الطريقة التي أرشدت إليها أو الوسيلة التي أعطيت لها. ففي هذه الحالة يعتبر من قدم تلك الإرشادات شريكا لها في جريمة إجهاض الحامل لنفسها. أما إذا كان من بين الأشخاص ذوي الصفة الخاصة، فإن فعل الإرشاد يدخل ضمن الأفعال المكونة لجريمة إجهاض الشخص ذي الصفة الخاصة للحامل، ويعتبر فاعلا في الجريمة الثانية أي يطبق عليه نص المادة ٣٠٦ ق.ع وتعتبر الحامل مرتكبة لجريمة إجهاض الحامل بنفسها. كأن يدلها طبيب أو قابلة على دواء مجهض وتوافق على استعماله فتجھض.

وقد جاء في كتاب " الدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنه جريمة إجهاض الحوامل " وعند تعرضه إلى موقف المشرع الجنائي الجزائري، و بالأخص عند تعرضه إلى إجهاض الحامل لنفسها، فلقد ذكر بأن الحامل تقوم بإجهاض نفسها بنفسها، أو أنها ترشد الغير على استعمال طريقة أو وسيلة لإسقاط حملها^(١)، وهنا وقع خطأ في فهم نص المادة، بحيث أن الإرشاد إلى الطريقة أو الوسيلة يكون من الغير والحامل توافق على استعمالها و ليس من الحامل إلى الغير الذي يقوم بإجهاضها. وقد تقوم الحامل بإجهاض نفسها بالاستعانة بشخص آخر، كأن تذهب إلى طبيب أو قابلة و تطلب منها القيام بعملية الإجهاض، فهي تعتمد

(١) د. مصطفى عبد الفتاح لبنه جريمة إجهاض الحوامل مرجع سابق ، ص ٣٨٨.

فعل الإجهاض، بذهابها إلى الطبيب ورضاها بأن ينفذ عليها الفعل، فيأخذ صفة الفاعل في جريمة إجهاض الحامل. أما إذا استعانت بشخص لا تتوفر فيه هذه الصفة، ولكن له دراية بطرق الإجهاض ووسائله، فذهابها إليه، وطلبها منه إجراء الإجهاض عليها و دفعها للمبلغ، ورضاها بالطريقة التي ستتم بها، وبما أنها صاحبة المنفعة الأولى من تحقق النتيجة، مع أن إرادة التخلص من الحمل متوفرة لديها فإنها تعتبر فاعلة أصلية في جريمة إجهاض الحامل لنفسها، والغير الذي قام بالفعل يعتبر فاعلا في جريمة إجهاض الغير للحامل، أما إذا كان فعل الغير أو مساعدته تدخل ضمن مدلول المادة ٤٢ من قانون العقوبات، فإنه يعتبر شريكا في جريمة إجهاض الحامل بنفسها.

ومهما يكن، فإنه يستو أن تقوم الحامل بإجهاض نفسها دون الاستعانة بالغير أو أن تكون قد استعانت أو اعتمدت على ما قدم لها من إرشادات أو وسائل تساعد على إسقاط الجنين. فالعقوبة تبقى قائمة، ولا تغيّر من اعتبار الحامل فاعلة في جريمة إجهاض نفسها، يطبق عليها نص المادة ٣٠٩ من ق.ع.

وبهذا يكون الشارع قد حقق حماية جنائية للجنين حتى من مصدره أو من أقرب المخلوقات إليه، ولقيام جريمة إجهاض الحامل لنفسها يجب أن تكون عالمة بوجود الحمل، فإذا تناولت مثلاً مهدئات أو مسكنات للألام الرأسية و خاصة منها التي تحتوي على " الأسبرين " فتجهض. فلا قيام لمسؤوليتها عن الإجهاض لعدم توفر عناصر القصد الجنائي لديها.

وما يمكن قوله عن صور الإجهاض أو جرائم الإجهاض، أنها لا يمكن أن تخرج عما ذكر. فتكون بفعل الغير أو بفعل الشخص ذي

الصفة الخاصة أو بفعل الحامل نفسها أو بفعل التحريض و ذلك بالطبع في قانون العقوبات الجزائي.

أما إذا أردنا معرفة جرائم الإجهاض عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فإننا نقول بأنهم اهتموا بالجريمة نفسها و بالعقوبة المقررة لها، و لم يهتموا بصفة الجاني في تحديد العقوبة أو لقيام الجريمة. بل ارتكزوا في تحديدهم للعقوبة على فعل الإجهاض، أي تحديد ما إذا كان الفعل خطأ أو عمداً، والمعيار الأهم الذي اعتمدوا عليه في وجوب العقوبة هو الحمل، أي تحديد المرحلة التي كان فيها الحمل وقت إنزاله، وخروجه حياً أو ميتاً أو خروج بعضه أو بقاءه في الرحم بعد وقوع الاعتداء. فقد يقع الإسقاط بفعل أحد الزوجين أو يكون من الغير، كامرأة أخرى، فيصح أن يكون من الأب أو من الأم أو من غيرهما.

ويقول " الدكتور عبد القادر عودة " : و أيّا كان الجاني فهو مسؤول عن جنايته و لا أثر لصفته على العقوبة المقررة للجريمة^(١) و معتاه أن الفقهاء القدامى لم يعتمدوا على الصفة لتحديد العقوبة أو لتشيديها أو لتخفيفها. فالعبرة عندهم بنزول الجنين أو بالأحرى بالمرحلة التي يتم إسقاطه فيها لوجوب العقوبة. و هذا ما التمسناه من أغلب الأمثلة التي أوردوها عند النصّ على العقوبة تدور كلها حول ضرب شخص لامرأة حبلى - تشاجر امرأتان - شرب الحامل لدواء - إفزاز الحامل من شخص ذي جاه إلى غير ذلك من الأمثلة التي سوف نذكرها عند تطرقنا إلى العقوبة المقررة للإجهاض.

(١) د. عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي مرجع سابق ،

الباب الثاني

أسباب الإباحة وموانع المسؤولية

إن الأصل في الأفعال أنها جميعها مباحة وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية، إلا أنه قد يقوم الشخص بأفعال تبدو في ظاهرها أنها جريمة، بحيث تجتمع فيها كل الأوصاف التي تجعل منها فعلا معاقبا عليه، ومع ذلك لا تعتبر جريمة، أو يسقط عنها هذا الوصف لكونها ارتكبت في ظروف لا يمكن تطبيق نص التحريم عليها، لأنها تهدف إلى حماية مصلحة أولى بالإعتبار، مما يجعل منها فعلا مباحا، أو ما يسمى بأسباب الإباحة.

أما موانع المسؤولية فيقصد بها الأسباب التي تؤثر في أهلية الشخص فتجعله غير صالح لتحمل العقوبة، فإذا امتنعت حرية الاختيار أو انتفت حرية التمييز تمتنع المسؤولية بامتناع أحدهما، و موانع المسؤولية لا تمحو الجريمة بل ترفع العقاب^(١).

و تطبق أسباب الإباحة و موانع المسؤولية العامة على الإجهاض شأنها شأن كل جريمة أو كافة الجرائم، ولكن هذه الأسباب والموانع تتسم في الإجهاض بأهمية خاصة.

فلقد تدعوا إلى التخلص من الجنين اعتبارات طبية متعلقة سواء بالحامل أو بالجنين، وقد يكون ذلك لدوافع اجتماعية واقتصادية متعلقة بالأسرة و المجتمع.

(١) د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، ص ٢٢٦، و أنظر كذلك د. محمود زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، ص ٢٣١، و أنظر د. عبد الفتاح صيفي، قانون العقوبات النظرية العامة، ص ٤٢٧، مراجع سبق ذكرها.

و يدخل بعض العلماء حالات أخرى^(١) تتمثل في: حالة انقطاع حليب الأم بسبب الحمل مما يهدد الرضيع بالهلاك، و الحالة التي تتيقن فيها الحامل أو يغلب على ظنها أن استمرار الحمل سيعقبه هزالاً أو نقصاً جسماني، أو يضطرها إلى ولادة غير طبيعية أو ما يسمى بالقيصرية، إلا أن هاتان الحالتان التي ذكرهما "الدكتور البوطي" لا تنطبق عليهما حالة الضرورة الشرعية، وذلك ما خلص إليه الدكتور، بحيث اعتبرها حالة تخوف من المستقبل لا يستند إلى دليل واقعي وقطعي، بل أنها تتناقض مع قوله تعالى ﴿و ما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها﴾^(٢).

وما نبرره نحن من عدم إخضاع هذه الحالة إلى حالة الضرورة هو استئجار المرضعة أمر تجاوزته الأحداث والأزمة، ولم يعد في الزمن الحاضر من يستأجر لرضيعه مرضعة، وذلك لتوفر الحليب الاصطناعي في الأسواق، وبالتالي يمكن إدخال هذه الحالة ضمن الدوافع الاقتصادية والتساؤل عن حكمها.

أما عن حالة حدوث ضعف وهزال لدى الحامل وخوفها من العملية القيصرية، فنقول أن وسائل الطب والتقدم في هذا المجال قد استعبد هذه الحالة واعتبرها حالة متمكن منها طبيياً ولا تدعوا للخوف، حيث توجد من الوسائل والأدوية ما يمكن الحامل تجاوز صعاب الحمل. ولهذا نقول بأن موانع المسؤولية حين تطبق على الإجهاض يرد على قواعدها تعديل، وذلك لأن تطبيقها يتطلب موازنة بين حق الحامل وحق الجنين، إلى أن تنتهي بتجريح حق أحدهما على الآخر.

(١) الدكتور سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية و علاجا، مرجع سابق، ص ٩٨ - ٩٠.

(٢) سورة الإسراء الآية ٣١.

إلا أنه لا يمكن اعتبار رضا الحامل - كما سبق و أن أشرنا إليه - بالإجهاض مانع من موانع المسؤولية، وترجيحه على حق الجنين في الحياة، بحجة أنها لا ترغب فيه أو لا تقوى على متاعب الحمل والولادة، فحق الجنين مضمون ومصان بنصوص القانون ولا يمكن المساس به.

و منه فلا أثر لرضا الحامل على العقوبة، وليس لأي شخص أن يحتج برضا الحامل للتهرب من العقوبة^(١)، فالحق المصان هو حق للجنين وليس للأم، وبالتالي ليس لها أن تتصرف فيه، وهذا ما ذهب إليه الفقهاء القدامى والذين قالوا بتحريم الإجهاض بدون عذر معقول، إلا أنه قد يدعوا إلى التخلص من الجنين إحدى الأسباب التي ذكرناها، هذا ما سوف نفضله في هذا الباب بإبراز رأي رجال الدين سواء القدامى أو المحدثون وإبراز رأي المشرع الجنائي الجزائري من ذلك.

(١) د. صبحي نجم رضا، المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١٤٧.

الفصل الأول

الإجهاض الضروري أو العلاجي

يطلق على هذا النوع أو هذه الصورة من الإجهاض بالضروري أو الطبي أو العلاجي.

و يكون الهدف منه إنقاذ حياة الأم أو الحامل من الهلاك، و الذي يهددها في حياتها، في حالة استمرار الحمل، أو يثبت طبيا أن الجنين سيولد مشوها أو بعاهة خطيرة.

سنخصص في هذا الفصل المبحث الأول للكلام عن تعريف الضرورة وشروط قيامها، ونتناول في المبحثين الآخرين الحالتين المذكورتين أعلاه، أي حالة إنقاذ الحامل من الهلاك وحالة الجنين المشوه.

المبحث الأول

تعريف الضرورة وشروط قيامها

سنعرف الضرورة لغة واصطلاحاً، كما سنتعرض إلى شروط قيامها في نظر رجال الدين و في القانون.

المطلب الأول

تعريف الضرورة

تعريف الضرورة لغة :

تعرف الضرورة لغة بأنها : ما تدعوا إليه الحاجة^(١)، و قيل هو ما ليس منه بد، و من معانيها ما حُمِل عليه الإنسان^(٢).

(١) معجم الرائد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٩٤٩.

(٢) د. سميرة سيد سليمان بيوني، الإجهاض و آثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٦.

تعريف الضرورة اصطلاحاً :

تعرف اصطلاحاً بأنها: الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً^(١).

وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي : "هي أن تطرأ على إنسان حالة من الخطورة والمشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس^(٢) أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال و توابعها، ويتعين أو يباح في هذه الحالة ارتكاب الحرام أو ترك الواجب أو تأخيره عن وقته، دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشرع".

وعرفها البعض الآخر بأنها الوقاية للنفس من خطر جسيم على النفس و اشك الوقوع به أو بغيره. و لم يكن لإرادته دخل في حلوله، ولا في قدرته على منعه بطريقة أخرى^(٣).

و عرفها الدكتور جلال ثروت : " بأنها مجموعة من الظروف التي تهدد شخصا بضرر لا سبيل للخلاص منه إلا بارتكاب الجريمة"^(٤).
و يمكن القول بأنها ارتكاب المحذور لتجنب الخطر الجسيم الواقع على النفس .

المطلب الثاني

شروط الضرورة الشرعية

لقد وضعت الشريعة الإسلامية للضرورة ضابطاً، بغض النظر عن موضع الإجهاض، أي أنها وضعت القواعد العامة التي تضبط الضرورة

(١) حاشية الدسوقي على شرح الدردير، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٨٣.

(٢) د. سميرة سليمان بيوني، الإجهاض و آثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٦.

(٣) محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات العام، مرجع سابق ص ٢٢٩.

(٤) د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٤٠٣.

بشكل عام بعيدا عن أية حالة أو موضوع، ومن تلك الضوابط استخراج علماء الدين أحكام الإجهاض الضروري.

ويقول الدكتور البوطي^(١): "أي حالة من الحالات المتعلقة بحكم ما لا ترقى إلى درجة الضرورة الشرعية إلا إذا تحققت فيها العناصر الثلاث التالية :

١. أن تكون أسباب الضرورة قائمة لامتوقعة أي أن تكون المخاوف

مُسندة إلى دلائل واقعة بالفعل.

٢. أن تكون هذه الدلائل واقعة بالفعل، وبقينة، أو غالبية الظن استنادا إلى أدلة علمية وقطعية.

٣. أن تكون المصلحة من إباحة المحضور بسبب هذه الضرورة أعظم أهمية في ميزان الشرع من المصلحة المستفادة من تجنب المحضور.

و منه لا يمكن القول بوجود ضرورة شرعية، إلا إذا توفرت أو تحققت الشروط المذكورة أعلاه، وتتفق معظم التشريعات بأن الضرورة تكون دفاعا عن النفس من خطر حال جسيم و محقق لا مفر منه إلا بارتكاب المحضور.

أما عن ما جاء به المشرع الجزائري في هذا الصدد فنقول بأنه لم يعرف الضرورة، ولكن نص عليها كمانع من موانع المسؤولية في المادة ٤٨ من قانون العقوبات الجزائري والتي جاء فيها : " لا عقوبة على من اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على شروط الضرورة، ولكن يمكن استخلاصها من المادتين التي نص فيهما على الإجهاض كإجراء ضروري أو علاجي لإنقاذ حياة أم من الهلاك.

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية و علاجا، مرجع سابق، ص ٨٨

فجاء في المادة ٣٠٨ من قانون العقوبات الجزائري : " لا عقوبة على الإجهاض إذا استجوبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الإدارية".

وجاء في المادة ٧٢ من القانون رقم ٨٥- ٠٥ المؤرخ في ١٦ فبراير ١٩٨٥ و المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ما يلي : "يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للمحافظة على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ، يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب أخصائي".

إذن فمن النصوص القانونية السالفة يمكن استنتاج شروط قيام حالة الضرورة، أو شروط إجراء الإجهاض العلاجي أو الضروري، والتي تتمثل فيما يلي :

١. لا عقاب على إجهاض إذا وجدت ضرورة ماسة لإنقاذ حياة الأم من الخطر.
 ٢. يلجأ إلى الإجهاض العلاجي للمحافظة على توازن الأم البدني والعقلي.
 ٣. وجود خطر بالغ يهدد الأم.
 ٤. أن يتم الإجهاض الضروري على أيدي مختصين.
 ٥. أن يتم بعد إبلاغ السلطة الإدارية و موافقتها.
 ٦. يستبعد أن يتم الإجهاض الضروري من غير نكاح صحيح أي من زنا.
- إذن وبعد تبين شروط قيام الضرورة الشرعية في الشريعة الإسلامية، وفي قانون العقوبات الجزائري، نستطيع القول بأننا في هذا المجال بصدد تعارض مصلحتين، تنتهي بترجيح المصلحة العظمى على الصغرى أو الأقل ضررا، ولذلك سندرس كل حالة على حدة، ومعرفة مدى توفر شروط الضرورة فيها.

المبحث الثاني

الإجهاض لضرورة متعلقة بالأم

سوف نبين في هذا المبحث آراء الفقهاء القدامى بالتعرض إلى كل مذهب، و تبيان مختلف آراء المذهب الواحد، ثم نبين آراء الفقهاء المحدثون و ما توصلوا إليه في هذا الموضوع، كما سنبين موقف قانون العقوبات الجزائري من ذلك.

المطلب الأول

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الإجهاض

لضرورة متعلقة بالأم قبل نفخ الروح

أ- موقف الفقهاء القدامى :

لا إشكال بالنسبة للمذاهب التي قالت بإباحة الإجهاض قبل نفخ الروح، إلا أنه - كما سبق و أن ذكرنا - آراء الفقهاء قد اختلفت حتى داخل المذهب الواحد، وأساس ذلك الخلاف بينهم هو غياب النص الصريح الواضح الحاسم للمسألة، وخاصة في إسقاط الحمل قبل نفخ الروح، فمع غياب النص يطرق الفقهاء باب الاجتهاد و ذلك بغية التوصل إلى حل يتفق والأصول الشرعية. ولذلك يجب أن يراعي الفقيه جميع مصالح القضية المطروحة، فلا يغلب مصلحة على أخرى بدون عذر أو ضرورة. و في اجتهاداتهم وازنوا بين مصالح أطراف المسألة و هم الأم، الأب و الجنين. وسنبين ذلك في كل مذهب.

١- مذهب الحنفية : لقد جاء عن الحنفية في كتاب الخانية : " و لا

أقول بالحل إذ المحرم لو كسر بيض الصيد ضمنه لأنه أصل الصيد، فلما كان يؤخذ بالجزاء فلا أقل من أن يلحقها إثم هنا إذا أسقطت

بغير عذر"^(١)، ومن هذا النص يفهم أنه إذا كان هناك عذر جاز الإسقاط، والضرورة من أقوى الأعذار.

و لقد نقل بن عابدين في حاشيته عن فقهاء المذهب ما يفيد عدم جواز إسقاط الحمل بعد مرور أربعين يوما من الحمل إلا بوجود عذر، وذلك ما نقله عن بن وهبان في قوله : " و من الأعذار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل، و ليس لأبي الصبي ما يستأجر به الضر و يخاف هلاكه"^(٢).

و قال كذلك : " إباحة الإسقاط محمولة على حالة العذر أو أنها لا تأثم إثم القتل".

و جاء في كلامه كذلك : " و يكره أن تسقى لإسقاط حملها ... و جاز لعذر حيث لا يتصور"^(٣).

و ما يمكن قوله عن مذهب الحنفية أن الأصل عندهم الإباحة، و جوازه بوجود عذر قبل نفخ الروح عند القائلين بتحريمه بدون عذر.

٢- مذهب المالكية : من المعلوم عند فقهاء المالكية أن جمهورهم ذهب إلى تحريم الإجهاض، فجاء عن بن عرفة، حيث قال : " إن امتنع حملها لصغر أو كبر استقلت بإسقاطه و استحسن استقلالها لتمام طهرها"^(٤).

(١) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٨٠، موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٣، ص ١٥٩، الإسلام عقيدة و شريعة، د. محمود شلتوت، ص ٢٠٤. مراجع سابقة

(٢) حاشية بن عابدين، ج ٢، ص ٢٨٠، موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٣، ص ١٥٩، الإسلام عقيدة و شريعة، د. محمود شلتوت، ص ٢٠٤. مراجع سابقة.

(٣) محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٤) د. سميرة سيد سليمان بيونني، الإجهاض و آثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٩.

و جاء عن الدردير : " و لا ييقر عن جنين رضي لإخراجه ، و لا تدفن إلا بعد تحقق موته و لو تغيرت " (١) ، و من كلام الدردير نفهم أنه لا يجوز شق بطن الحامل لو ماتت لإخراج جنينها ، لأنه لا يرجى منه أن يعيش ، لأن حياته بعد موتها أمر يغلب فيه الظن ، وبالتالي لا يجوز التمثيل بجثتها لإخراجه ، لأن حياته بعد ذلك أمر غير متيقن منه .
و منه نفهم أن فقهاء المالكية قد أجازوا إسقاط الحمل لوجود ضرورة يقينية .

٣. مذهب الشافعية : جاء عن فقهاء الشافعية ، أنه إذا ماتت المرأة و في جوفها جنين حي شق جوفها و أخرج منه .
و قال البعض بأنه يعرض على القوابل ، فإن قلن أن الولد إذا خرج يرجى حياته بأن يكون له ستة (٦) أشهر لم يشق لأن ذلك فيه انتهاك لحرمتها بدون فائدة (٢) .

فلقد قرر فقهاء الشافعية مشروعية قطع العضو المتآكل إذا كان بقاؤه يهدد حياة صاحبه بالهلاك (٣) ، فإذا جاز قطع عضو تسري فيه الحياة ، حفاظا على حياة صاحب العضو ، فلأن يجوز إسقاط مضغة لم تسري فيها الحياة بعد (٤) و إن كانت متخلقة ، حفاظا على حياة الأم و الطفل الرضيع ، إذن فالشافعية لم يروا مانعا من ارتكاب المحرم و جلب مصلحة أو منفعة إذا تيقن من ذلك ، فالجواز عند الشافعية لغير عذر دون تقييد ، و الجواز بعذر من باب أولى عند القائلين بالتحريم أو الكراهة .

(١) حاشية الدسوقي ، مرجع سابق ، ج ١ ، ص ٤٧٤ .

(٢) دسميرة سيد سليمان بيوني ، الإجهاض و آثاره في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

(٣) دسميرة رضمان البوطي ، مسألة تحديد النسل وقاية و علاجا ، مرجع سابق ، ص ٩٣ .

(٤) د. سميرة سيد سليمان بيوني ، الإجهاض و آثاره في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص ٣٠ .

مذهب الحنابلة: يقول الحنابلة لايجوز إسقاط الجنين حتى ولو كان حياً^(١)، بعد وفاة أمه إن كان مشكوكا في حياته، وإنقاذ الأم للمحافظة على نفسها من الهلاك وإن أدى ذلك إلى هلاك الجنين استنادا إلى القاعدة الفقهية الضرر يزال^(٢)، ومن هذا القول يتضح أن الحنابلة الذين قالوا بتحريم الإجهاض في مرحلة ما بعد الأربعين، قد أباحوه لضرورة إنقاذ حياة الأم من الهلاك، ولم يعتبروا إنقاذ حياة الجنين الذي هلك أمه وهو في بطنها، حالة ضرورة شرعية، حرمة لجنتها وعدم التكييل بها، لأن أمر بقاءه حيا بعد وفاتها أمر غير متيقن منه.

أما بالنسبة للذين أباحوه قبل مرحلة نفخ الروح بدون قيد، فأشكالية جوازه لضرورة لا تطرح عندهم.

وما يمكن قوله عن موقف الفقهاء القدامى عن مسألة إجهاض الحامل لضرورة متعلقة بصحتها وحياتها قبل مرحلة نفخ الروح، أن فقهاء المذاهب الأربعة لم يعتبروا الإسقاط في هذه المرحلة قتلا، لأن الجنين لا يتمتع بحياة عادية بل هي أشبه بالحياة النباتية، وبالرغم من أنهم اختلفوا في حكم إباحتها، فإن الكثير منهم قد اتفقوا على حرمة بعد الأربعين، وأن معظمهم قالوا بجواز إباحتها لوجود عذر مشروع.

بد موقف الفقهاء المحدثون :

لقد بنى علماء الدين المحدثون آراءهم على ما ذهب إليه الفقهاء القدامى من اجتهادات بجواز التسبب في الإسقاط قبل مرور الأربعة أشهر الأولى، والموازنة بين مصلحة مضفة بدأت في التخلق ومصلحة إنسان يتصف بالحياة، وما قال به جمهور من الفقهاء القدامى من جواز الإسقاط في الأربعين الأولى من الحمل، معتمد في ذلك على ما توصل

(١) نفس المصدر ، ص ٣٠.

(٢) نفس المصدر ، ص ٣٠.

إليه الطب من إثباتات يقينة من حيث إثبات وجود الخطر حقيقة والذي يهدد حياة الحامل.

ومنه جاء اتفاقهم على جواز إباحة الإجهاض قبل مرحلة نفخ الروح إذا ثبت من مصدر موثوق بأن حياة الأم مهددة بالهلاك أو بعاهة ظاهرة أو مستديمة^(١)، ولقد قال الدكتور يوسف القرضاوي في كتابه الحلال والحرام^(٢) "بأن الإسلام إذا كان يبيح للمسلم أن يمنع الحمل لضرورات تقتضي ذلك، فلم يبيح له أن يجني على هذا الحمل إن وجد فعلا، ولو جاء هذا الحمل من حرام"، ويقول كذلك عند ذكره لرأي الشيخ شلتوت بقوله لكنهم قالوا : " إذا ثبت من طريق موثوق به أن بقاءه، بعد تحقق حياته هكذا يؤدي لامحال إلى موت الأم، فإن الشريعة بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين ...".

ومن خلال ما ذكره الدكتور القرضاوي، يمكن أن نستخلص بأنه لا يبيح الإجهاض لغير عذر مشروع قبل نفخ الروح، أما إذا كان لعذر كأنقاذ حياة الأم من الهلاك جاز ذلك عنده، وهو ما نستخلصه من جواز إباحتها عنده بعد نفخ الروح إذا ثبت أن في بقاءه موت الأم، ويشترط أن يكون إثبات ذلك عن طريق موثوق:

أما ما جاء عن الشيخ شلتوت في فتاويه^(٣)، فإنه يقول بأن الفقهاء القدامى قد اختلفوا في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح، فرأى فريق أنه لا حرمة فيه، ورأى آخرون أنه مكروه وحرام لأن فيه حياة النمو والاستعداد.

(١) د. مصطفى عبد الفتاح لبنه، جريمة إجهاض الحوامل، مرجع سابق، ص ٣٨٢.

(٢) د. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٣) د. محمود شلتوت، الفتاوي، دراسة لمشكلة المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، الطبعة ١٦، ص ٢٨٩ - ٢٩٠.

وعرض رأي الإمام الغزالي و ما ذهب إليه، ويضيف قائلاً فيما ذكره عنه القرضاوي: "فإن كان في بقاءه موت الأم وكان لا منفذ لها سوى إسقاطه، كان إسقاطه في تلك الحالة متعيناً، ولا يضحى بها في سبيل إنقاذه لأنها أصله، وقد استقرت حياتها ولها حظ في الحياة و لها حقوق، وهي بعد هذا أو ذاك عماد الأسرة، وليس من المعقول أن يضحى بها في سبيل إنقاذ حياة الجنين لم تستقر حياته ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات".

فبالرغم من أننا لم نحصل على رأي صريح للدكتور شلتوت، بالنسبة لجواز الإجهاض قبل نفخ الروح إن وجدت ضرورة متعلقة بحياة الأم وصحتها، إلا أننا يمكن أن نستنتج جواز إباحتها عنده بوجود ضرورة حماية صحة الأم من الهلاك.

فإن كان يقول بجواز إباحتها بعد نفخ الروح لوجود ضرورة إنقاذ حياة الأم من الموت، فمن المنطقي و البديهي أن يبيحه قبل ذلك إن وجدت نفس الضرورة.

أما عن رأي الدكتور محمد علي البار فإنه لم يرد له رأي صريح في كتابه "خلق الإنسان بين الطب والقرآن"^(١)، ولكن ما استطعنا استخلاصه مما أورده في هامش كتابه و بالضبط في الفصل التاسع والعشرين المتضمن لموضوع لإجهاض، حيث ذكر بعض الأمراض التي تزداد سوءاً بالحمل، وبذكره لقول Humain Fertility Contrôle أن إنقاذ حياة الحامل بواسطة الإجهاض أمر شديد الندرة، وإن كانت الأم راغبة في إتمام الحمل لانكاد نجد مرض واحد يوجب الإجهاض من أجل إنقاذ حياتها.

(١) محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، من ص ٤٣٣، إلى ٤٣٦.

وكذلك عندما ذكر آراء الفقهاء الذين قالوا بالتحريم إذا ما استقرت النطفة في الرحم، أي بعد أن تصبح علقة و مضغة.

إذن ما يمكننا استنتاجه عن رأيه في الإجهاض قبل نفخ الروح لوجود ضرورة إنقاذ حياة الأم، أنه يميل إلى تحريمه أكثر من إباحته و خاصة بعد استقرار النطفة أو انعقادها في الرحم.

أما الدكتور سعيد رمضان البوطي^(١)، فيقول عن حكم الإجهاض الذي يكون لضرورة متعلقة بالحامل و صحتها، " أنه لا يدخل تحت حكم الضرورة حالة الهزال والضعف الذي ينبثق عن استمرار الحمل أو الذي يضطرها إلى ولادة بالقيصرية".

ويقول أنه ليس أعظم خطرا من مفسدة إسقاط الجنين، ذلك أن الشريعة الإسلامية تعد الجنين بعد التخلق، أي بعد مرور أربعين يوما من بدء الحمل^(٢)، كائننا تحددت صفاته البشرية، ومن ثم يكون القضاء عليه أشد خطورة و أكبر مفسدة من مساوئ الهزال.

وفي هذا المجال يقول الإمام العز بن عبد السلام^(٣)، عن أي المصلحتين أرجح تعارضا، مصلحة الجنين أم مصلحة عدم انتهاك حرمة المرأة، إذا تطلب الأمر شق بطنها لإنقاذ الجنين، فرجح الإمام مصلحة الجنين، وهذا ما جاء في قوله : "وكذلك شق جوف المرأة على الجنين المرجو حياته لأن حفظ حياته أعظم مصلحة من مفسدة انتهاك حرمة أمه".

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، من ص ٨٧ إلى ص ٩٢.

(٢) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٣) نفس المصدر، ص ٩٠، و أنظر كذلك د. مصطفى عبد الفتاح لبنى، مرجع سابق، ص

ويقول الدكتور البوطي عن الحامل التي تعاني من الهزال والضعف، أنه كان بوسعها أن تجهض في الأزيعين الأولى من الحمل استنادا إلى حالتها دون أن يعترضها عارض.

أما عن حالة الضرورة التي تكون فيها حياة الحامل مهددة بالهلاك مع استمرار الحمل أو ظهور عاهة في جسم الأم، بحيث يثبت بتقرير أصحاب الاختصاص أنه لا سبيل لتجنبها إلا بالإجهاض، أو أن تكون في وضع يهدد حياتها بالخطر، فيقول إذا تحققت حالة من هذه الحالات، و لم يتجاوز الحمل أربعة أشهر، فمن الممكن أن تدخل في حكم الضرورة^(١)، إذا ثبت ذلك بموجب تقرير طبيين مختصين موثوق بهما من قبل الحامل.

أما الدكتور سلام مذكور - و الذي خالفه الرأي الدكتور البوطي - و في كتابه أحكام الجنين يرى بأن شعور الحامل بالضعف و الهزال يكفي عذرا مسوغا للإسقاط^(٢).

أما الدكتور محمد نعيم ياسين، فيرى أن الإجهاض قبل نفخ الروح ينبغي أن يخضع للأعذار و الحاجات، بحيث تسقط عنه الحرمة إذا كان لسبب معقول و حاجة معتبرة^(٣).

أما الشيخ الزرقا، فيرى أن الإجهاض استثناء لقاعدة الحضر شريطة أن يوجد مسوغ شرعي و، من الأعذار التي ذكرها - سبق الإشارة إليها - الخوف على صحة الأم^(٤).

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٩١ - ٩٢.

(٢) د. مصطفى عبد الفتاح لبنة، جريمة إجهاض الحوامل، مرجع سابق، ص ٢٨٨، و أنظر كذلك د. سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص ٩١.

(٣) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

(٤) فتاوي الإمام مصطفى الزرقا، مرجع سابق، من ص ٢٨٤ إلى ص ٢٨٦.

كما توصلت ندوة الإنجاب في توصيتها السابعة والمتعلقة بالإجهاض^(١)، بأنه لا يجب العدوان على الحمل، لأن حياة الجنين محترمة في جميع أطوار الحمل، إلا إذا وجدت ضرورة طبية. و قال الشيخ بن فوزان بن عبد الله الفوزاني^(٢)، أنه لا يجوز الإسقاط إلا في حدود ضيقة جداً ولمبرر شرعي، وذكر كمبرر وجود خطر يهدد حياة الحامل بالهلاك.

وترى اللجنة العلمية للموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف بالكويت^(٣) أنه إذا كان الفقهاء منعوا هتك حرمة جسد الأم وهي ميتة وضعوا بالجنين الحي، فإن الحفاظ على حياة الأم أولى بالاعتبار إذا كان في استمرار الحمل خطر عليها. كما أنها ترى بأنه إذا تعذر إجراء عملية قيصرية لإخراج الجنين، وإنقاذ أمه أمكن إجهاضها.

و قرر مجلس هيئة كبار العلماء رقم ١٤٠ المنعقد في ١٤٠٧هـ ١٩٨٦ م، بأنه لا يجوز إسقاط الحمل في مختلف مراحلها إلا لمبرر شرعي وفي حدود ضيقة^(٤) جداً، وهي حالة إنقاذ الأم من الهلاك، و يطلب القائم به بتقوى الله .

(١) د. محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون وفي الطب الشرعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة، ص ٥٨.

(٢) د. صالح بن فوزان الفوزاني، تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٤) د. صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزاني، تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات، مرجع سابق، ص ٢٨.

المطلب الثاني

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الإجهاض

لضرورة متعلقة بالأم بعد نفخ الروح

إذا بلغ الحمل أربعة أشهر نفخت فيه الروح بدليل قوله تعالى وقول رسوله عليه السلام، فإذا بلغ الحمل هذه المرحلة حرم المساس به أو الاعتداء عليه، لأنه أصبح كائناً حياً يتمتع بالحياة و بحصانة شرعية وقانونية.

والسؤال الذي يطرحه هو : ما موقف الفقهاء من الاعتداء الذي

يقع على الجنين الذي نفخت فيه الروح بحجة إنقاذ حياة أمه ؟

وكيف يمكن تطبيق ضوابط الضرورة على هذه الحالة ؟

وللإجابة على هذان السؤالان سوف نبين أراء الفقهاء القدامى والمحدثون وموقفهم من ذلك الإجهاض الذي يكون الحمل قد بلغ به مرحلة التحريم وكيفية تطبيق عليه شروط الضرورة.

أ. موقف الفقهاء القدامى : يتفق الفقهاء جميعهم بأن الحمل إذا بلغ

حد نفخ الروح أو الأربعة أشهر حرم إسقاطه، و اعتبر قتلاً لنفس بلا حق توجب على المعتدي دية كاملة و كفارة عند الذين يقولون بوجوبها.

فلقد أجمع علماء الإسلام أن قيمة حياة الإنسان واحدة، ولا

تتفاوت قيمتها بين فرد وآخر، وبالتالي لا يمكن قيام الضرورة بتفضيل

واحدة عن أخرى، فليس لمن وقع في مخمصة أن يسطوا على إنسان

معصوم مثله فيقتله ليأكل لحمه و ينجوا من الموت^(١)، فليس للأم أن

تتخلص من جنينها في سبيل إنقاذ حياتها من خطر متوقع.

و في هذا الصدد يقول بن عابدين : " لو كان الجنين حياً و

يخشى على حياة الأم من بقائه فإنه لا يجوز تقطيعه لأن موت الأم به

(١) نفس المصدر، ص ٣٨.

موهوم، فلا يجوز قتل آدمي لأمر موهوم^(١)، وجاء في موسوعة الفقه الإسلامي أن تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح^(٢)، يشمل ما لو كان في بقاءه، أي في بقاء الجنين خطر على حياة الأم.

ونقول بأن القدامى لم يكن لهم من الوسائل ما يمكنهم من التأكد أو التيقن من وجود الخطر الذي يهدد الأم في حياتها باستمرار الحمل، على عكس ما أصبح عليه الأمر بعد تطور الطب ووسائله، حيث أصبح من السهل جدا إثبات ذلك و التأكد منه.

ولهذا أجمع القدامى على تحريم الاعتداء على الجنين الذي نفخت فيه الروح و لو كان ذلك لإنقاذ حياة أمه من الهلاك، لأن توقع موتها ببقائه أمر ليس يقين، و منه لا يمكن قتله لأمر غير متيقن منه، كما أن حياته تساوي حياتها في الأهمية، و منه لا يمكن تفضيل حياة على أخرى.

بموقف الفقهاء المحدثون : يجمع الفقهاء المحدثون على أن حياة

الجنين بعد نفخ الروح لها حرمة ولا يمكن المساس بها، لأنه أصبح آدمياً يتمتع بحصانة و أهلية وجوب. ووجوب الغرة في حالة إسقاطه لا يعني الإنقاص من قيمته^(٣)، أو ضعف قدرته، ولكن كان ذلك لوجود شك في أن قتله كان بسبب العدوان الذي وقع عليه، وفي هذا الصدد أفتى بعض العلماء بأنه مع تطور الوسائل الطبية الحديثة إذا أمكن الإثبات بأن قتل الجنين بعد نفخ الروح كان بسبب العدوان الواقع عليه وجبت فيه دية كاملة لأنه نفس إنسانية و أن حياته تساوي حياة أمه، ولا يجوز تفويت حياة أمه أو تفضيلها على حياته ومن هذا المنطلق رفض الكثير

(١) حاشية بن عابدين، ج ١، مرجع سابق، ص ٦٠٢.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٣) د. مصطفى عبد الفتاح لبنه، جريمة إجهاض الحوامل، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

من العلماء قتل الجنين لإنقاذ حياة الأم أو إزهاق روحه من أجل عدم إصابتها بعاهة.

فشروط الإباحة غير متوافرة في حالة حماية الأم من الإصابة بعاهة، فالمصلحة الأولى، وهي حماية الأم من الإصابة بعاهة أقل أهمية من المصلحة الثانية التي هي أعظم وأقوى، والتي تهدف إلى حماية روح و نفس مؤمنة، وبالتالي لا يجوز قتل الجنين لحماية الأم^(١)، لأن شروط الضرورة غير متوافرة، ولقد استند الفقهاء في رأيهم إلى التصورات التالية :

أولا : أن هناك اتفاق بين جميع الفقهاء أن الحياة واحدة و لا يجوز تفضيل الواحدة عن الأخرى فقيمتها واحدة.

ثانيا : أنه إذا كانت مدة الحمل لم تكتمل و أبدى الطبيب تخوفات بشأن حالة الأم بأن صحتها لا تتحمل شدائد الولادة، كأن تكون مصابة بمرض قلبي مثلا ...، فلا يجوز قتل الجنين الذي نفخت فيه الروح لإنقاذ أمه من خطر محتمل لأمرين :

الأول : هو عدم تفضيل حياة على حياة، فحياة الأم و الجنين سيان.

الثاني : هو عدم توفر شروط الضرورة و التي مانها أن يكون الخطر قائما ومظاهرا و ليس متوقعا^(٢).

وما نحن بصددده هو توقعات طبيب و مجرد مخاوف مستتدة إلى التجارب والقواعد العلمية، وقد لا تتحقق تلك المخاوف وتكون النتيجة عكس ما كان متوقعا.

(١) د. مصطفى عبد الفتاح لبنى، جريمة إجهاض الحوامل، مرجع سابق، ص ٢٨١، و أنظر

كذلك د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٩٦.

ثالثا : في هذه الحالة يتصور الفقهاء أن الطبيب يجد نفسه أمام حالة تجبره على أن يختار بين حياة الجنين أو حياة الأم، بحيث الخطر حال و واقع لا محال، والضرر واقع بهلاك أحدهما.

وفي هذا الصدد بحث العلماء فوجدوا حل هذه المشكلة في قواعد الفقه وبالضبط في قاعدة التعارض و الترجيح، ولسنا أمام حالة ضرورة، لأن الضرورة تقتضي وجود مصلحة أعظم من الأخرى، بينما نحن هنا بين مصلحتين متساويتين في الأهمية، و الحل كما قلنا في قواعد الفقه وبالأخص في قاعدة التعارض و الترجيح^(١).

وما نحن بصدد البحث فيه حصر تعارض مصلحتان متساويتان، و هي مصلحة الأم و مصلحة الجنين و كل منهما تقتضي الإنقاذ من الهلاك.

و في هذا المجال يقول الشوكاني : " و من شروط الترجيح التي لا بد من اعتبارها أن لا يمكن الجمع بين المتعارضين بوجه مقبول، فإن أمكن ذلك تعين المصير إليه و لم يجد المصير إلى الترجيح"^(٢).

ويقول الإمام الغزالي : "... وأما إذا تعارض الموجب والمحرم فيتولد التغيير المطلق كالولي الذي لم يجد من اللبن إلا ما يسد رمق أحد رضيعيه ولو قسم عليهما أو منعهما لماتا، ولو أطعم أحدهما مات الآخر، فإذا أشرنا إلى رضيع معين كان إطعامه واجبا لأن فيه إحياءه وحراما لأن فيه هلاك غيره"^(٣).

(١) دوهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٢٠١.

(٢) الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول،

مرجع سابق، ص ٤٥٩.

(٣) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النفس، مرجع سابق، ص ٩٩.

ونقول بأن أب الرضيعين مخير بأن طعم الاثنين أو يهلكا معا،
أو أن يمنع أحدهما و يطعم الآخر، فيهلك ذاك، وبالتالي لا سبيل له إلا
التخير.

ويقول العز بن عبد السلام في تساوي مصلحتين وعدم
الإمكان من الجمع بينهما ما يلي :

" إذا تساوت المصالح مع تعذر الجمع تخيرنا في التقديم والتأخير
للتنازع بين المتساويين و لذلك أمثلة :

المثال الأول : إذا رأينا صائلا يصول على نفسين من المسلمين
متساوين و عجزنا عن دفعه عنهما فإننا نتخير.

المثال الثاني : إذا رأينا من يصول على بضعين متساوين وعجزنا
عنهما فإننا نتخير^(١).

ويرى الدكتور محمد نعيم ياسين : " أنه لا سبيل لإباحة إسقاط
الجنين الذي نفخت فيه الروح على أساس إنقاذ حياة الأم من الهلاك، إلا
أن نتبين مرجحاً لترجيح حرمة نفس الأم على حرمة نفس الجنين"^(٢).

ولقد قال الفقهاء بحكمين يمكن الاستئناس بهما وهما :

عدم وجوب القصاص على الأصل، إذا قتل فرعه مهما كان
متعديا ومتعمدا، ومن جملة ما عللوا به هذا الحكم أن الأصل قد جعله
الله سببا لوجود الفرع، فلا ينبغي أن يكون الفرع سببا في إعدام
أصله^(٣)، وقال بن قدامة فلنا ما رواه عمرو بن العباس، أن الرسول
صلى الله عليه وسلم، قال : ﴿ لا يقتل والد بولده ﴾.

(١) د. مصطفى عبد الفتاح لبنه، جريمة إجهاض الحوامل، مرجع سابق، ص ٢٩٠، وأنظر
كذلك د. البوطي، مرجع سابق، ص ٩٩.

(٢) د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، مرجع سابق، ص ١٩٦.

(٣) المغني، لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٩، ص ٣٥٩.

اتفاق معظم الفقهاء على أن قاتل الجنين لا يقتص منه مهما كان متعديا و متعمدا إذا سقط الجنين ميتا، وإن كان فعله محرما. ومنه إذا تقابلت مصلحة الأم و الجنين، فلا مفر من التضحية بنفس من أجل إبقاء الأخرى، وإذا استأنسنا بالحكمين السابقين، يرجح حق الأم على الجنين.

ويقع كل هذا على عاتق الطبيب، بحيث إذا تعارضت حياة الأم و حياة الجنين، و لا بد له من تخيير إحدهما، لأن هلاك إحدهما واقع لا محال، فليس له إلا أن يخير كما أشار الإمام الغزالي و الدكتور البوطي، و العزبن عبد السلام، فإذا اختار الجنين هلكت الأم، و إذا اختار الأم هلك الجنين، و يرى بعض الفقهاء أنه مادام مخيرا بين إنقاذ أحدهما فعليه أن يختار الأم لأنها هي الأصل، و ذلك ما قال به الشيخ شلتوت.

و يقول الدكتور البوطي : أن ترجيح مصلحة الأم ليس مبنيا على مقياس تقويت أو تفضيل نفس على أخرى، بحيث لو كان الأمر كذلك لما أدرجت المسألة تحت بند التعارض و الترجيح، ولطبقت شروط الضرورة، حيث تكون مصلحة أهم من أخرى.

و لهذا نرى أن جميع العلماء عندما قالوا بجواز إبادة الإجهاض بعد مرحلة نفخ الروح اشتراطوا بأن يكون ذلك في حالة ثبوت و تيقن من جمع من الأطباء - أي اثنان أو أكثر - الموثوق بهم و المختصين بأن الهلاك واقع لا محال باستمرار الحمل، وهلاكهما واقع لا محال إذا لم نتخير و التضحية بإحدهما لا مفر منها، لإبقاء حياة الآخر.

و ذلك ما ذهبت إليه هيئة كبار العلماء^(١)، حين قضت بأنه إذا بلغ الحمل أربعة أشهر لا يحل إسقاطه، حتى يقرر جمع من الأطباء المختصين الموثوقين بأن بقاء الجنين في بطن أمه يسبب موتها وذلك بعد استنفاد كافة الوسائل لإنقاذ حياته.

المطلب الثالث

موقف المشرع الجنائي الجزائري من الإجهاض لضرورة متعلقة بالأم

لقد اعتنى المشرع الجنائي الجزائري بصحة الأم والجنين، حيث خصص نصوصا لذلك في قانون الصحة و ترقيتها رقم ٨٥ - ٠٥ المؤرخ في ١٦ فبراير ١٩٨٥، فجاء في المادة ٦٨ منه ما يلي: " حماية صحة الأم بتوفير أحسن الظروف الطبية و الاجتماعية لها قبل الحمل و خلاله وبعده".

ثم جاء في المادة ٦٩ من نفس القانون أنه: " يجب أن تعمل المساعدة الطبية المقدمة للمحافظة على الحمل و اكتشاف الأمراض التي يصاب بها في الرحم و ضمان صحة الجنين و نموه حتى الولادة". و من المادتين نلاحظ أن المشرع أعطى أهمية بالغة لصحة الأم و جنينها، و منه نستخلص أنه لا يسمح بأي اعتداء، أو لأي أحد أن يمس به بأذى إلا إذا تبين أن في استمرار الحمل خطر على حياة الأم. ولهذا الغرض خصص نص المادة ٣٠٨ من قانون العقوبات - و التي سبق ذكرها- واعتبر الإجهاض غير خاضع للعقوبة إذا تطلبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر.

(١) نشرت الفتوى في مطبوعة د. صالح بن فوزان تبيهاات على أحكام تختص بالمؤمنات، مرجع سابق، ص ٣٨.

وخصص كذلك نص المادة ٧٢ من قانون الصحة و التي اعتبرت الإجهاض العلاجي إجراء ضروري لإنقاذ حياة الأم من الخطر وللحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المهدد بخطر بالغ.

فإذا توفرت الشروط التي ذكرها في نص المادتين، اعتبر الإجهاض فعل غير معاقب عليه، ولقد استعمل الشارع لفظ إجهاض علاجي للدلالة على الفعل أو الإجراء الذي يوجب إتباعه إذا ما تبين أن حياة الأم في خطر، حيث لا مفر منه ولا يوجد وسيلة أخرى لتجنب هذا الخطر، و الحفاظ على حياة الأم إلا بالتضحية بالجنين.

كذلك إذا كان توازن الأم الفيزيولوجي و العقلي مهددا بخطر بالغ، كأن يتبين للطبيب المعالج أو الطبيب المختص في أمراض النساء و التوليد بأن استمرار الحمل يؤدي إلى مرض عضوي كشلل مثلاً أو إلى جنون، فحفاظاً على الأم و باستشارة الطبيب المختص في الحالة التي يشخصها الطبيب المعالج يؤخذ قرار إجهاض الحامل.

و لا يمكن لقيام الحالتين إلا إذا وجد خطر بالغ و حقيقي، حيث لا يمكن إجراء الإجهاض لمجرد افتراض أو احتمال وقوع الخطر إذا ما استمر الحمل، بل يجب أن يكون ذلك الخطر حقيقي حال و واقع و بالغ، فإذا كان من الممكن التحكم في الخطر أو تضاديه بوسائل العلاج، فلا قيام لحالة الضرورة.

فإذا تبين للطبيب بعد إجراء الفحوصات الطبية توفر حالة من الحالتين فله أن يحرر تقرير طبي بحالة الحامل، و يشترط الشارع أن يجري الفحص بمعية طبيب أخصائي و يمضى التقرير الذي حرره معا منهما، إلا أن نص المادة لم توضح بالنسبة للطبيب الأخصائي هل هو أخصائي في أمراض النساء و التوليد ؟ أم هو أخصائي في الحالة التي شخصها الطبيب ؟

وأغلب الظن أنه أخصائي في الحالة التي يشخصها الطبيب المعالج، لأنه ليس بإمكانه أن يقرر وحده بأن الحالة التي تشكل خطرا بالغا تستوجب الإجهاض، وإنها مع استمرار الحمل تؤدي إلى هلاك الحامل أو تشكل خطرا على توازنها البدني و العقلي. فالطبيب الأخصائي هو الذي يثبت ذلك. إذن يقوم الطبيب بتحرير التقرير الطبي المشخص لحالة الحامل، ويمضى من الطبيب المعالج والطبيب الأخصائي *et contre signé par le ou les consultants...*^(١) وتقوم الحامل بإمضاء موافقة خطية مع موافقة زوجها أو المسؤول عنها فيقدم التقرير الطبي و الموافقة الخطية إلى مدير الصحة الذي يقوم بإعطاء موافقته لكي يجرى الإجهاض في المكان و الساعة المحددين علنيا ، أي في مستشفى عمومي.

و لقد اشترط المشرع في المادتين ٣٠٨ من قانون العقوبات و ٧٢ من قانون الصحة ، توفر الصفة الخاصة في القائم بالإجهاض. وهو أن يكون طبيبا أو جراحا ، فإذا قام به شخص لا تتوفر فيه هذه الصفة، فقد الفعل صفة الإباحة ، فالصفة شرط من شروط الإباحة ، إلا أن هذه الصفة لا تشمل الأشخاص الذين جاء ذكرهم في نص المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات، بل تقتصر على الطبيب والجراح وتؤكد ذلك المادة ٧٢ من قانون للصحة بذكرها أن الإجهاض يتم في هيكل مختص.

ومنه فإذا قامت به القابلة أو الصيدلي مثلا، فقد الفعل أي الإجهاض العلاجي شرط من شروط إباحته.

(١) M.HANNOUZ et AR. HAKEM, précis du droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit OPU, P 95.

كما اشترط الشارع العلنية، إذا ما تقرر قيام حالة الضرورة، و تمت الموافقة على إجراء الإجهاض، فيجب أن يتم ذلك في غير خفاء. والمقصود من ذلك هو أن الفعل بما أنه أصبح مباحا لضرورة فلا داعي لأن يجرى في الخفاء، لأن التستر أو التخفي عن القانون قرينة على تحريم الفعل ولا مشروعيته.

ونخلص إلى القول أن المشرع الجنائي الجزائري بالإضافة إلى الشروط التي استوجبها لقيام حالة الضرورة - سبق الإشارة إليها - فإنه قد أحاط الإجهاض الضروري بشروط شكلية تتمثل فيما يلي :

١. الصفة : تتمثل في شخص الطبيب أو الجراح.

٢. الإبلاغ : لا يباشر الطبيب أو الجراح الإجهاض الضروري وبالرغم من ثبوت الخطر وتوفر شروط الضرورة، إلا بإبلاغ السلطة الإدارية المتمثلة في شخص مدير الصحة وحصول موافقته.

٣. العلنية : إذا توفر الشرطان السابقان تم الإجهاض في مؤسسة استشفائية عامة وفقا لليوم و المكان الذي حدده مدير الصحة.

ولعل إحاطة المشرع الإجهاض الضروري بتلك الشروط الشكلية، الهدف منه توفير أكثر من الضمانات لإجرائه في إطار طبي وقانوني مشروع، و كذلك عدم إقحام بعض الحالات التي لا تستوجب ضرورة لقيامها.

إلا أن المشرع لم يحدد أو لم يبين مرحلة الحمل التي يتم فيها إجراء الإجهاض الضروري.

وما نستخلصه أنه إذا توفرت الشروط التي ذكرها الشارع سواء بالنسبة لتوفر شروط الإجهاض الضروري أو تلك الشروط الشكلية التي أحاط بها ذلك الإجراء فإنه يمكن إنهاء حالة الحمل في أي مرحلة من مراحل تطور الجنين.

والشيء الذي قد يعاب على الشارع، أنه لم يذكر الحالات أو تشخيص بعض الأمراض التي تستوجب إجهاض الحامل، وكل ما حصلنا عليه هو ما ذكر في موسوعة الطب^(١)، من الأمراض القلبية في الحالات المتقدمة (الدرجة الثالثة والرابعة) والأمراض الشديدة التي تصيب الرئتين مثل الأمفيزيما l'œdème pulmonaire.

و يقرر بعض الأطباء بأن الأم إذا كانت مريضة بإحدى الأمراض العقلية الشديدة كالسكيزوفرينيا أو الجنون^(٢)، وجب إجهاضها لأنها لا تستطيع أن ترعى وليدها.

إن الشارع قد خول مهمة تحديد ما إذا كانت حالة الحامل تستوجب إجراء الإجهاض أم لا، إلى الطبيب وأعتبرها جزء من عمله المهني، وبالتالي يكون له السلطة المطلقة وكل الخيار في ممارسة ذلك، مما يؤدي بنا إلى القول بافتراضين :

الفرضية الأولى : عدم إقدام الطبيب على الإجهاض بالرغم من توفر حالة الضرورة عند الحامل، تخوفا من وقوع فعله تحت طائلة نصوص التحريم.

الفرضية الثانية : قد يخلط الطبيب بين ما هو إجراء علاجي وما هو وقائي، حيث أنه لا يملك في الإجهاض الضروري، أو العلاجي أي اختيار أمام ضرورة إنقاذ حياة الأم، وذلك ما يقوله الدكتور عبد اللطيف ياسين^(٣)، أن معظم الحالات التي تأخذ اسم الإجهاض العلاجي، داخلة في حقيقتنا تحت الإجهاض الوقائي، كأن تكون الحامل مصابة

(١) Encyclopedie médico-chirurgicale éditée sur fascicules mobiles crée 1929, EMC, 1982, P 5045 A 10

(٢) د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، جاء بهامشه، مرجع سابق، ص ٤٣٣.

(٣) د. محمد سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ١٠٣.

بآفة كلوية أو قلبية أو بأمراض عصبية أو نفسية، الشيء الذي يجعل الطبيب يقتنع أن استمرار الحمل مع هذه الآفات فيه خطر على حياة الأم، وبالتالي يدرج حالتها ضمن حالات الضرورة ويصبح الإجهاض العلاجي لا مفر منه.

ويقول الدكتور البوطي^(١)، بأن لا جرم في هذه الحالات أي حالة الإجهاض الوقائي إن هي إلا تحسبا لمضاعفات مفروضة بناء على أسباب موجودة، شريطة أن يشاورها في الأمر، أو أن يشاور أحد أوليائها.

ولقد لفت انتباهنا أن المشرع الجنائي الجزائري لم يذكر في أية حالة من الأحوال الجنين والحفاظ على حياته وخاصة بعد أن تتفخ فيه الروح، أي بعد مرور أربعة أشهر من الحمل، حيث يصبح نفسا، فلقد ذكر حياة الأم و لم يذكر حياة الجنين، وكأن حياته تافهة لا معنى لها، فكان عليه أن لا يندفع هكذا و يقرر تفويت حياة الأم دون إعطاء أي اعتبار للجنين خاصة الذي تجاوز الأربعة أشهر، كما ذكرت، فإن كنا نستوحي أحكامنا من الشريعة الإسلامية، فمن العدالة أن يبادر الطبيب إلى إنقاذ الاثنين، فإن تعذر عليه الأمر، ووجب عليه الاختيار بين الحياتين رجح حياة الأم، علما بأن تقدم العلم جعل بعض الحالات المرضية التي كانت سابقا تشكل حالات ضرورة تستوجب إيقاف تطور الحمل لإنقاذ حياة الأم، حالات متمكن منها، حيث وجد لها العلاج و يكون بذلك استبعد ضرورة القيام بالإجهاض، و لذا يرى بعض العلماء و من بينهم الدكتور زياد درويش، أنه إذا راعينا شروط توفر حالة

(١) نفس المصدر، ص ١٠٣.

الضرورة في الإجهاض فإننا نجد أن الحالات التي تستوجب إيقاف الحمل قليلة جداً^(١).

و يقول الدكتور البوطي، -بأن كثير من حالات الإجهاض العلاجي ليست في الحقيقة كذلك، بل ربما كان الكثير منها ليس داخلاً حتى تحت الإجهاض الوقائي. وما نخلص إلى قوله، أن الظروف الخاصة التي يخضع إليها منح رخصة الإجهاض الضروري، والطابع الردعي لتشريعنا فيما يخص تجريمه لفعل الإجهاض، والشروط التي أوجب الشارع توفرها لقيام حالة الضرورة، بالإضافة إلى تلك الشروط الشكلية التي أحاط بها فعل الإجهاض الضروري، إلى جانب التأخر الملحوظ و الفادح في ميدان وسائل منع الحمل "La contraception".

كل هذا أدى إلى التطور المهول للإجهاض الغير شرعي الذي يتم في الخفاء بمنئى عن القانون والذي هو أكثر أنواع الإجهاض انتشاراً، حيث بلغ حسب ما ذكرته جريدة "التايمز الأمريكية" في عام ١٩٨٤، خمسين مليوناً سنوياً في العالم و أكثر من نصفها يتم في العالم الثالث^(٢).

المبحث الثالث

الإجهاض لضرورة متعلقة بالجنين

لم يتعرض الفقهاء القدامى لهذا النوع من الإجهاض، لأنه لم يكن لهم في تلك الحقبة من الزمن، من الوسائل ما يمكنهم من معرفة ما إذا كان الجنين مصاباً بتشوهات خلقية أو عقلية، أو سيولد مشوهاً، لأنه مستقر في أحشاء أمه، ولا يمكن معرفة ذلك إلا بعد ولادته.

(١) نفس المصدر، ص ١٠٥.

(٢) د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

إلا أنه مع تطور الطب وخاصة في ميدان علم الأجنة، أصبح من السهل معرفة ذلك، حيث أصبح من الممكن جدا تتبع مراحل الحمل، وتطور الجنين داخل رحم أمه، من أول مرحلة للحمل إلى حين الولادة، وذلك عن طريق أو بواسطة الأشعة بالموجات فوق الصوتية l'échographie.

وفيما يتعلق بحكم إباحة أو تحريم هذا النوع من الإجهاض، وهل يعتبر من ضمن حالات الضرورة ؟

سوف يجيب على ذلك، بإبراز آراء العلماء من رجال الدين وموقف المشرع الجنائي الجزائري من ذلك.

المطلب الأول

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الإجهاض لضرورة متعلقة بالجنين

يذهب معظم العلماء إلى القول بأن هذه الحالة لا تدخل ضمن حالات الضرورة الشرعية. وسندهم في ذلك، أنه لا يمكن لأحد أن يجزم بأن الجنين سيولد مشوها^(١)، وبالتالي فإن مسألة تشوه الجنين تدخل في نطاق الظن والاحتمال، وتخرج من منطقة اليقين والجزم، لأن من شروط الخطر أن يكون يقينا و حالا، أي لا يقبل الشك، ومن ذلك المنطلق، أسس الفقهاء حكمهم.

ذلك أن الأسباب التي قد تؤدي إلى تشويه الجنين، خلال فترة الحمل تكاد أن تكون محصورة في أدوية معينة قد تتناولها الحامل، أو تعرض الحامل لأشعة، حيث يخشى أن يتسبب ذلك في تشوه خلقة الجنين، كتضخم الرأس أو قصر الأطراف.

(١) د. مصطفى عبد الفتاح لبنة، جريمة إجهاض الحوامل، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

و يقول الدكتور البوطي^(١)، بأنه لا يمكن إدراج هذه الحالة تحت حالة الضرورة لعدم توفر شروط الضرورة الشرعية فيها، والتي منها أن يكون الخطر حالا و يقينا، وهذه الحالة لا تكاد أن تكون إلا حالة احتمالية يغلب عليها الظن، ولا يمكن للطبيب التأكد من تحققها، وحتى وإن حدث ذلك وتيقن الطبيب من حدوث تشوه فعلا، فإن الدكتور البوطي لا يرجع ذلك إلى حقيقة علمية بل يرجع ذلك إلى مشيئة الله^(٢).

و لم يرد له رأي صريح فيما يخص إجهاض الجنين المشوه، إلا ما أمكن استخلاصه من كلامه عن ظهور تشوهات في الجنين لأسباب وراثية، فيقول بتحريمه بعد نفخ الروح، و بإمكان جوازه قبلها، - علما بأنه يقول بجواز الإجهاض سواء كان لضرورة أو لغيرها في الأربعين الأولى - سبق تبيان رأيه عند الكلام على حكم الإجهاض قبل نفخ الروح عند الفقهاء المحدثين.

وعلى كل فلقد أجمع معظم الفقهاء على أنه لا يجوز إسقاط الحمل بعد مرور أربعين يوما بحجة أنه مشوه^(٣)، تأسيسا على أن الجنين في هذه المرحلة يكون مجرد قطعة دم أو لحم، ولم يدخل مرحلة التخلق، أما إذا تعدى مرحلة الأربعين و بدأت تظهر فيه صفات آدمي فليس لأحد أن يجني عليه بحجة أنه مشوه و إن تحقق ذلك.

وذلك ما يراه الدكتور يوسف القرضاوي، حيث يقول : "بأنه إذا ثبت بطريقة علمية مؤكدة، أن الجنين سينزل مشوها و يعيش حياته

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٨٩.

(٢) نفس المصدر بهامش، ص ٩٠.

(٣) د. مصطفى عبد الفتاح لبنه، جريمة إجهاض الحوامل، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

في ألم و تعاسة له ولن حوله". فقواعد الشريعة لا تمنع من إسقاطه وحصرها في المدة الأولى من الحمل^(١).

وهو رأي الدكتور لبنه، حيث قال بجوازه - واستنادا إلى معظم آراء الفقهاء - في الأربعين الأولى من الحمل، كما قال بإمكانية جوازه قبل نفخ الروح - أي الأربعة أشهر الأولى، افتراضا بأن الجنين سيولد مشوها حقا و يقينا، و استند في رأيه أو حكمه هذا إلى ما ذهب إليه معظم الحنفية و الحنابلة من إباحته خلال الأربع أشهر الأولى.

ونشرت مجلة عقيدتي العدد ٣٠ بتاريخ ٩٣/٠٦/٢٢ أن اللجنة الفقهية بالأزهر قد أقرت أن إسقاط الجنين المشوه جريمة قتل^(٢).

أما مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي^(٣) في دورته الثانية عشر والمتعقد بمكة المكرمة في الفترة ما بين ١٠ و ١٧ فبراير ١٩٩٠، فلقد نظّر في هذا الموضوع - أي مريض إسقاط الجنين المشوه من طرف أعضاء هيئة المجلس و الأطباء المختصين الفذين حضروا من أجل نقاش هذا الموضوع، فلقد قرر بالأكثرية على ما يلي :

إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرون يوما، لا يجوز إسقاطه ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين بأن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه سواء كان مشوها أو لا، دفعا لأعظم الضررين.

(١) د. يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام، مرجع سابق، ص ١٦٦.

(٢) د. عباس شومان، سلسلة الدراسات الفقهية، إجهاض الحمل وما يترتب عليه في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٣٠.

(٣) جاء ذكر الفتوى في رسالة ماجستير للطالب باحد محمد أنيس بعنوان مراحل الحمل و التصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة و الطب، مرجع سابق، ملحق ٤، ص ٣٥١.

قبل مرور مائة وعشرين يوما على الحمل، إذا ثبت وتأكد بتقرير لجنة طبية من الأطباء المختصين الثقات، وبناء على فحوص طبية بالوسائل و الأجهزة المخبرية أن الجنين مشوه تشويها خطيرا غير قابل للعلاج، و إنه إذا بقي و ولد في موعده ستكون حياته سيئة و آلاما عليه و على أهله، فعندئذ يجوز إسقاطه بناء على طلب الوالدين. ويوصي المجلس القائمين بذلك بتقوى الله.

وما يمكن قوله، أن الفقهاء يرون بإباحة الإجهاض في حالة ما إذا ثبت أن الجنين سيولد مشوها و خاصة في الأربعين الأولى من الحمل، أما بعد الأربعين إلى زمن نفخ الروح، فلقد حرموه بالإجماع و لو كان مشوها حقا، لأنه نفس و لا يجوز الاعتداء عليه و قتله مهما كانت درجة تشوّهه^(١).

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من الإجهاض لضرورة متعلقة بالجنين

لم ينص المشرع الجزائري على هذا النوع من الإجهاض، وعدم تعرضه إلى هذه المسألة يمكن إرجاعه إلى فرضيتين :

الفرضية الأولى : أنه تعمد عدم النص على هذا النوع من الإجهاض، ونستخلص ذلك من النصوص القانونية التي خصصها لموضوع الإجهاض، حيث أحاط الجنين بحماية كبيرة و واسعة، وتشدد في

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٨٩ - ٩٠ وأنظر كذلك د. مصطفى عبد الفتاح لبنى، جريمة إجهاض الحوامل، ص ٢٩٤، وأنظر كذلك د. عباس شومان، سلسلة الدراسات الفقهية، إجهاض الحمل و ما يترتب عليه في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٣٠، د. يوسف القرضاوي، الحلال و الحرام، مرجع سابق، ص ١٦٦.

العقوبات التي خصصها للجناة ومن هنا نفهم أنه لا يبيح إجهاض الجنين حتى وإن ثبت يقينا من مصادر طبية أنه مشوه.

الفرضية الثانية : وهو أن يكون قد أغفل هذا الموضوع أو لم يرد طرق باب الاجتهاد.

وفي هذا الصدد نقول : بأنه إذا كانت أحكامنا مستقاة من الشريعة الإسلامية، فلما هذا التحجر والتقوقع، وبما أن علماء الدين و الأكثر تشددا في موضوع الإجهاض، اجتهدوا و ناقشوا هذا الموضوع من الناحية الشرعية و الطبية، فلما لا يحدث ذلك مع مشرعنا ؟ و خاصة أن تطور الطب توصل إلى إثبات وجود تشوهات خطيرة و أمراض خطيرة عند الجنين كمرض "الإيدز"، حيث أنه من غير المعقول التحقق من إصابة جنين بمرض "الإيدز"، وبقى هكذا مكتوفي الأيدي دون أن نحاول فعل أي شيء و نحن تعلم أنه من الإمكان ثبوت أو التحقق من ذلك في المراحل الأولى من الحمل، أو كأن يثبت طبيا أن الجنين مصاب بتشوهات خطيرة مثلا يكون التشوه في الأعضاء كالكلى والدماغ والقلب، وأن من شأن تلك التشوهات العضوية أن تجعل حياته أو اتصاله منعدما مع العالم الخارجي أو جحيما عليه و على من حوله فإن كان ذلك قصورا من الشارع، فيستحسن لو أدركه بوضع نص يحدد فيه أسباب و شروط هذا النوع من الإجهاض، والمدة التي يمكن أن يتم فيها. ومن أمثلة التشريعات التي لم تبح الإجهاض لضرورة متعلقة بالجنين، التشريع المصري والأردني، ومن التشريعات التي أباحتها، قانون العقوبات التونسي في المادة ٢٤١ من التشريع الجنائي التونسي.

الفصل الثاني

الإجهاض لدوافع أخلاقية واقتصادية

تهدف الشريعة الإسلامية بأحكامها إلى إقامة مجتمع صالح متخلق بأخلاق القرآن الكريم، فإنها كلها مصالح ومقصودها دفع المفسد، وما حرمت الشريعة الإسلامية الإجهاض الذي يكون من نكاح غير صحيح، إلا لفائدة المسلمين، ولكي لا تتفكك المجتمعات، وتعم فيها المفسد والفحشاء وتستحيل بعدها استقامتها أو أن يرجى منها خيراً.

فلا يمكن تصور حالة المجتمع الإسلامي إذا ما أبيع فيه الإجهاض دون التفرقة بين ذلك الذي يكون من حمل زنا والذي يكون من علاقة شرعية تتمثل في زواج صحيح.

فتكثر الفواحش والمفسد وتعم الفوضى واللامبالاة، وتندثر الأخلاق والقيم، وبذلك يصبح شأنه شأن عالم الحيوان، فتكثر العلاقات اللاشرعية، مما يسهل ويفسح المجال أمام الزانية إلى مواصلة جرمها، بما أن سبيل التخلص من العار والفضيحة أصبح متيسراً أمامها، مما يشجع الكثيرات على ذلك.

فنتقلص الأسرة وتتفكك، حيث يحجم الجنسين عن الزواج، بما أنه بإمكانهم التمتع بما ينتج عن الزواج دون تقييد بعقد أو بروابط شرعية. فتفتقد معاني الأمومة وتلاشى، وتكثر الأمراض الجنسية وتكثر الوفيات، بحيث أن الحامل من سفاح تعمد إلى الإجهاض بأي طريقة كانت، وعلى أيدي أي شخص كان، ولا يكون هدفها سوى التخلص من العار أو الفضيحة، ولقد سجلت الولايات المتحدة الأمريكية

عام ١٩٧٢ ما لا يقل عن خمسة آلاف حادثة وفاة للنساء المجهضات و سجلت بريطانيا في نفس السنة عشرة آلاف حادثة وفاة^(١).

ودوافع المحافظة على الشرف والسمعة، لا تقتصر على الإجهاض من زنا فقط، بل تشمل كذلك الإجهاض الناتج عن اغتصاب، إلا أن هذه الحالة تختلف عن الأولى ولا تخضع لأحكامها، لأن الحامل أو المفصوبة ليست في نفس الظروف التي توجد فيها الزانية، ولا إرادة لها، بل حُمِلت على ذلك غصبا وإكراها. ومنه سنحاول التطرق إلى الحالتين، وتبيان رأي علماء الدين فيهما، وموقف القانون من كلتا الحالتين، كما سنبين الإجهاض الذي يتم لدوافع اقتصادية.

المبحث الأول

الإجهاض من حمل زنا أو سفاح :

لم يرد في الكتب الفقهية تفرقة بين الإجهاض من حمل صحيح ومن حمل السفاح ما عدا الذي أورده الإمام الرملي^(٢)، وذلك لأن الإجهاض من حمل سفاح أمر مفروغ منه عندهم، ولا يمكن القول بمخالفة حرمة، لما قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم، والدليل قوله تعالى : ﴿ ولا تزر وازرة وزر أخرى ﴾^(٣)، فليس للجنين أن يتحمل خطيئة أمه و تبعية ذنب لم يقتضيه، فلا يجوز القضاء عليه للتستر على فاحشة، وعملا بمبدأ سد الذرائع، فإن حصول الحمل أكبر رادع للمرأة عن الاقتراب من الزنا والانحراف.

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ١٥٠.

(٢) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤١٦ وأنظر كذلك عبد الفتاح لبنه، جريمة

إجهاض الحوامل، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٣) سورة الإسراء، الآية ١٦.

المطلب الأول

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى والمحدثون

من الإجهاض من حمل الزنا

لقد انفرد الإمام الرملي من بين فقهاء المذاهب الإسلامية، كما ذكرنا بالتفريق بين حمل نتج من نكاح صحيح و حمل من سفاح، وذلك في كتابه "نهاية المحتاج"^(١)، ولقد استند في تفريقه هذا إلى القاعدة الأصولية بأنه إذا أطلق اللفظ حمل على الفرد الكامل، أي إذا كان للفظ عدة مدلولات، فإنه في حالة إطلاقه دون تحديد فإنه يحتمل المدلول الكامل للفظ، أي يحمل المعنيين ويمتتع تفسيره أو حملة على أي مدلول أدنى، و بتطبيق ذلك على الحمل نجد أنه يحتمل معنيين، أولهما الحمل الناشئ عن نكاح صحيح و ثانيهما الحمل الناشئ عن زنا، ويعتبر المعنى الأول أكمل من الثاني.

وبالتالي عن إطلاق لفظ حمل دون تحديد، فإن المعنى ينصرف إلى أكمل المعنيين، أي إلى الحمل الناشئ من نكاح صحيح، وهذا ما ذهب إليه الإمام الرملي، ويؤكد قوله بما جاء في كتابه تعالى: ﴿إن الصلاة تنهى عن الفحشاء والمنكر﴾، فإن لفظ الصلاة هنا يحمل على الصلاة الصحيحة المتكاملة الشروط والأركان ولا تقبل معنى الصلاة غير الصحيحة.

ويرى الإمام الرملي أن الفقهاء عندما تحدثوا عن الإجهاض، فإن حديثهم ينصرف إلى الحمل الناشئ عن نكاح صحيح فقط وليس ذلك الناتج عن زنا وبصرف النظر عن إطلاق اللفظ الوارد في كلام الكثير من الفقهاء، وعن القاعدة الأصولية التي "تصرف المطلق إلى فردة الكامل"، ومهما يكن فإنه لدينا من الأدلة القطعية والتي لا

(١) نهاية المحتاج، للرملي، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤١٦

جدال فيها من حيث حرمة الإجهاض من حمل زنا في أي مرحلة من الحمل كانت، حيث لا يمكن الاجتهاد بوجودها وأول دليل الآية القرآنية و التي ذكرناها، أنفا والتي تبين لنا أنه لا يمكن لنفس أن تتحمل خطأ نفس أخرى.

وإذا تمعنا في الآية الكريمة، فإننا نستنتج أن أهم دافع قد يحمل الزانية على التخلص من حملها، هو إخفاء جرمها بالتخلص من نتيجة قد تكشف أمرها ويذيع صيتها بين الناس، فيكون الجنين ضحية جرم لا ذنب له فيه، ولا يوجد في الشريعة وقواعدها وأحكامها ما يجيز ذلك أو يحله.

وإن ذلك المنع أي منع المساس بالجنين يشمل جميع مراحل الحمل، ودليل ذلك حديث الغامدية ورواه مسلم في صحيحه^(١) «أن امرأة تسمى الغامدية جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله إني زنيت فطهرني، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم، فلما كان الغد قالت: يا رسول الله لم تردني؟ لعلك تردني كما رددت ماعزا؟ فوالله إني لحبلى، قال: إما لا^(٢) فاذهي حتى تلدي، فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته، قال: فاذهي فأرضعيه حتى تقطمي، فلما أفضمته أتته بالصبي في يده كسرة، هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام، فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحضر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها، فنضح الدم على وجه خالد بن الوليد، فسبها، فسمعه رسول

(١) د. محمد علي الصابونجي، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، مرجع سابق، ج ٢، ص

٤٨، وأنظر كذلك صحيح مسلم، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٠١.

(٢) إملا: أي إذا أبيت أن تستري نفسك و كان لابد أن تعترفي

الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : مهلا يا خالد فوا الذي نفسي بيده
لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له^(١).

قال الإمام النووي في شرحه لهذا الحديث^(٢) ، أنه لا ترجم
الحبلى حتى تلد سواء كان حملها من زنا أو غيره، حتى لا يقتل جنينها،
و كذلك لو حدها الجلد و هي حامل، فلا تجلد حتى تضع حملها.

و يقول الإمام الرملي، عن قصة الغامدية^(٣)، أنه لو كان يجوز
للزانية أن تستفيد من الأحكام الخاصة بإسقاط الحمل الناشئ من
نكاح صحيح، لأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك، فلقد جاء
المرأة بعد ارتكابها لفعل الزنا وقبل أن يمر على الحمل الفترة اللازمة
لنفخ الروح و قبل أن يصل الحمل أيضا إلى مرحلة التخلق، الأمر الذي
ينتهي بالإمام الرملي إلى القول بأن الزانية لا يجوز لها أن تسقط حملها
وما نقوله نحن أن حديث الرسول عليه السلام واضح ولا جدال فيه.

فإن الغامدية عندما جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ،
وأقرت على نفسها الزنا ذكرت أنها حامل، ولم يقم الرسول صلى الله
عليه وسلم ، عليها الحد في الحال، إلى حين وضعها، ما ذلك إلا حماية
للجنين وحياته و منه فإن الإجهاض محرم على الزانية لا قبل نفخ الروح و
لا بعدها.

وإذا أردنا معرفة الفرق بينها وبين من كان حملها من زواج
صحيح، فنقول أن الحكم بجواز الإسقاط خلال الأربعين يوما الأولى
من الحمل الناتج عن نكاح صحيح إنما هي رخصة، ولا تنطبق على
الحامل من زنا، لأن القاعدة الفقهية تقول أنه لا تقاط الرخص
بالمعاصي.

(١) صحيح مسلم، بشرح النووي، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٠١.

(٢) د. مصطفى عبد الفتاح لبنه، جريمة إسقاط الحوامل، مرجع سابق، ص ٢٩٧.

الفرق الثاني : وهو في حال الحمل من زنا ، لا وجود للأب ، فهو مفقود ، ولا تربطه بالجنين أي علاقة شرعية ، اللهم تلك العلاقة البيولوجية و التي تبث له أي حق على الجنين ، فعلاقة الأبوة بين الزاني و الجنين لا وجود لها عملا بحديث الرسول صلى الله عليه و سلم : « الولد للفراش و للعاهر الحجر »^(١) ، وبما أن الأب ليس له ولاية على الجنين فالحاكم هو الذي يكون وليا عنه^(٢) ، وعليه أن يحتاط في التماسي المصلحة للجنين ، ولا يملك كل ما يملكه الوالد ، فسلطته أضعف ، ومنه فإذا كان للأب حق تقدير إنهاء الحمل قبل مرور الأربعين يوما الأولى ، فليس للحاكم ذلك ، لأن مهمته هو الحفاظ على مصلحة الجنين ، و المصلحة هنا أن يستمر الحمل و ينمو حتى الولادة .

و يرى الدكتور سعيد رمضان البوطي ، بأنه قد يقبل عذر المرأة التي تخاف على سمعتها أو تخشى القتل من أهلها إذا كانت غير محصنة حيث لا تستحق القتل - و كأن يقع الزنا بالإكراه أو أن يقع الزنا بشبهة النكاح ، جاز لها ذلك بشرط أن لا يتجاوز الحمل أربعين يوما^(٣) ، ولقد ذكر هذه الصورة بتحفظ و ذلك خيفة أن تتحول إلى ذريعة لارتكاب الفاحشة ، ويأخذ حكمه هذا قرينة على تسهيل ارتكاب المحرم وهو الزنا ، وخوفا من ذلك فلقد طلب الدكتور البوطي ، من الحكام المسلمين ألا يأخذوا بفتواه هذه إذا اقتنعوا بأن في فتواه خطر على المجتمع من انتشار الفاحشة و الفساد .

(١) د. مصطفى عبد الفتاح لبنة ، جريمة إسقاط الحوامل ، مرجع سابق ، ص ٢٩٧ .

(٢) نفس المصدر ، ص ٢٩٧ .

(٣) د. سعيد رمضان البوطي ، مسألة تحديد النسل ، مرجع سابق ، ص ١٥٩ - ١٦٠ .

و ما نخلص إلى قوله، بأنه لا يجوز للزانية أن تسقط ما بداخل أحشائها، حتى وإن وجدت ضرورة ملحة، عملاً بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم، فمع وجود النص لا مجال للاجتهاد.

المطلب الثاني

موقف المشرع الجنائي من الإجهاض الناتج عن حمل زنا

لم يستثن الشارع هذا النوع من الإجهاض من دائرة التجريم والعقاب، حيث جرم الإجهاض مهما كانت صورته ودوافعه، ولم يفرق بين الإجهاض الذي يتم من نكاح صحيح وبين ذلك الذي يكون ثمرة زنا، و لم نصادف عند بحثنا أن القوانين التي تحرم الإجهاض، تفرق بين الحالتين من الإجهاض، لأنه لو راعى الشارع الدوافع التي تكون سبباً لحدوث الإجهاض، من خوف وفضيحة وقتل الحامل أو تصدع الأسرة، وقال بإباحته لأذى ذلك إلى تفشي الفواحش وتحطيم ذلك السياج الأخلاقي الذي أحيط به الزواج والجنس خاصة، وفي هذه الحالة من الإجهاض، نقول بأن الشارع يستقدم مصلحة المجتمع، لما يشكله الإجهاض من زنا عليه من حيث انحلاله و تشققه و تفشي الانحلال و اللامبالاة و الآفات الاجتماعية، علماً بأن الزنا جريمة و يعاقب عليها القانون، و بالتالي فمن غير المعقول أن يرخس القانون بفعل أو يخضعه إلى أسباب الإباحة و هو ناتج عن جريمة أي عن فعل محضور.

ومما يفهم أن المشرع يقصد في النصوص القانونية كلتا الحالتين و هو استعماله للفظ "امرأة" ولم يستعمل لفظ الزوجة فذكر في المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات " كل من أجهاض امرأة " .

و في المادة ٣٠٩ من نفس القانون " تعاقب المرأة " .

ومنه فليقد شمل التجريم المرأة بصفة عامة سواء كانت متزوجة أو غير متزوجة و لم يرد أي استثناء لحالة الإجهاض خوفاً من العار أو

القتل، بخلاف بعض التشريعات العربية التي جعلت من الإجهاض حفاظاً على السمعة و الذي تقوم به الحامل على نفسها أو أحد أقاربها حتى الدرجة الثالثة^(١) ظرفاً مخففاً، واعتبرته عذراً يبرر تخفيف العقوبة و ذلك في المادة ٣٢٤ من قانون العقوبات الأردني، وكذلك القانون العراقي في مادته ٤١٧، وبالتحديد في الفقرة الرابعة حيث جعل من الإجهاض الذي تقوم به الحامل أو أحد أقربائها حتى الدرجة الثانية عذراً مخففاً إذا كان سبباً لتفادي العار و الفضيحة.

و كذلك هو الشأن بالنسبة القانون السوري و السوداني.

المبحث الثاني

الإجهاض من حمل اغتصاب

إن الاغتصاب جريمة بشعة و سلوك لا أخلاقي و فيه تعد على القيم و الأخلاق، فيقع فردياً كما لو وقع على امرأة بعينها، وكثيراً ما يحدث ذلك إما للانحلال الخلقي، أو تحت تأثير المخدرات أو إثر حروب. كما قد يحدث جماعياً كما لو تتعرض نساء طائفة أو بلد ما للاعتداء على أعراضهن، كما حدث في حرب العراق على الكويت وفي الصرب في بلاد البوسنة والهرسك وفي هذه الحالة يعتبر الاغتصاب جريمة إنسانية كبرى.

ويعتبر جنين الاغتصاب أثر من آثار فعل المقتصب وثمره من ثمراته.

وفي هذا المبحث سوف نبين آراء رجال الدين من إجهاض جنين الاغتصاب، كما سنبين موقف المشرع الجنائي الجزائري في هذا الصدد.

(١) د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجع سابق، ص ١٢٠.

المطلب الأول

حكم إجهاض جنين الاغتصاب عند فقهاء الشريعة الإسلامية

إن قضية إجهاض جنين الاغتصاب تختلف عن قضية إجهاض جنين الزنا أو الحمل من السفاح، حيث في الأولى يكون الحمل ناتجا عن نكاح غير صحيح تم عن طريق الإكراه أو القهر، بينما يكون في الثانية برضا المرأة و موافقتها، حيث يعتبر فاحشة وكبيرة من الكبائر - أي نكاح سفاح - و الاغتصاب بمعنى هتك العرض و إتيان الفاحشة ظلما وقهرا، جريمة تجمع بين ارتكاب فاحشة الزنا و بين وقوع الظلم و الإكراه والقهر بالمغتصبة البريئة، و التي لا حول لها و لا قوة، و الذي يعتبر نوع من البغي الذي قال فيه تعالى : ﴿ إن الله يأمركم بالعدل و الإحسان و إيتاء ذي القربى و ينهى عن الفحشاء و المنكر و البغي يعظكم لعلكم تذكرون ﴾^(١)، ومنه لقد جعلت الشريعة الإسلامية صد أهل الظلم و البغي و الاغتصاب و دفعهم من الجهاد في سبيل الله^(٢) وذلك لما يشكلونه من خطر على المجتمع، و من انتشار المناكر و الفواحش و الظلم و الطغيان، حيث عالج فقهاء الإسلام قضية دفع هؤلاء المغتصبين المعتدين على حرمان الغير في فقه الصيال^(٣)، فحددوا له

(١) سورة النحل، الآية ٩٠.

(٢) مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة الخامسة عشر، العدد الحادي و الأربعون السنة جويلية ٢٠٠٠، ص ٢٨٢.

(٣) الصيال في اللغة معناه قيام بجرأة و قوة و هو الاستطالة و الوثوب و الاستعلاء على الغير، و الصائل هو الظالم و يقال صال عليه صولا و معناه سطا عليه ليظهره، و لقد أعطى الإمام النووي تعريفا للصيال مبينا فيه أركانه، فقال : الصائل هو كل قاصد من مسلم و أمي و عبد و حر و صبي و مجنون و بهيمة، و المصول عليه هو كل معصوم من النفس و الطرف و البضع و مقدماته و المال..

أحكامه التكليفية - أي الصيال - و مشروعية دفع الصائل و حدود هذه المشروعية وأثرها إلا أنهم لم يتعرضوا إلى مسألة إجهاض جنين الصيال أو الاغتصاب.

أما علماء الدين المحدثون، فلقد تطرقوا إلى هذه المسألة، وأفتوا فيها، وخاصة في الظروف الخاصة كالحروب والتي يكون فيها الاغتصاب جماعيا، كحرب الخليج، وبالضبط غزو العراق على الكويت، حيث بلغت حوادث الاغتصاب ثلاثة آلاف حالة^(١) أدت إلى أكثر من مائة حالة حمل، حيث أفتت فيها اللجنة الشرعية بإباحة التخلص من الجنين قبل أربعة أشهر.

أما بالنسبة لمحنة نساء البوسنة، فلقد أثارت الضمير العالمي و بالأخص الإسلامي، لأن عدد من تعرضن إلى الاغتصاب قد تجاوز عشرين ألف امرأة، وهناك تقديرات متحفظة بأنه بلغ عدد حالات الحمل نحو ألف حالة، ولقد طرحت "الشرق الأوسط" السؤال على الشيخ بن باز عبد العزيز الرئيس العام لإدارة البحوث العلمية و الإفتاء و الدعوة والإرشاد، فأفتى بأن المرأة المغتصبة لا يجوز لها أن تطرح ما في بطنها إذا جاوز الحمل أربعين يوما^(٢).

و لقد أضاف - و في الرد على نفس السؤال و الذي وجه له عبر مكالمة هاتفية حول حكم إجهاض المرأة المغتصبة في البوسنة - بأنه "إذا كانت قد تساهلت في الدفاع عن نفسها فعليها التوبة إلى الله من ذلك" و أضاف الشيخ بن باز "إذا كانت المرأة المغتصبة عندها زوج،

(١) د. عباس شومان، سلسلة الدراسات الفقهية، إجهاض الحمل و ما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤١١.

(٢) د. عباس شومان، سلسلة الدراسات الفقهية، إجهاض الحمل و ما يترتب عليه من أحكام في الشريعة، مرجع سابق، ص ٤١٢.

فالولد للزوج و للعاهر الحجر أي أن الولد ينسب إليه إلا أن يلاعنها على نفيه، كما صح ذلك عن النبي - صلى الله عليه وسلم - .

ولقد قال الدكتور سيد درش^(١) رئيس مجلس الشريعة الإسلامية في بريطانيا لـ " الشرق الأوسط " أن الاغتصاب جريمة والإجهاض جريمة، فلا تعالج جريمة بجريمة أخرى، فلا يجوز للأخوات المسلمات أن يلجأن إلى عملية الإجهاض، و قال أن الشريعة الإسلامية تجعل الحمل الذي يحدث في قيام علاقة زوجية شرعية صحيحة وينسب إلى الزوج و يأخذ اسمه، والذي يزعم أن الحمل ليس منه بمغنى أنه زنا بأمه لاعتن فيه كما بين الرسول صلى الله عليه وسلم، ... و للعاهر الحجر".

و قال الدكتور عبد المجيد القطمة^(٢)، رئيس الجمعية الطبية الإسلامية في بريطانيا: " بأن جريمة اغتصاب مسلمات البوسنة والهرسك تعد بلا شك من أبشع الجرائم التي شهدتها المسلمون في كل تاريخهم، و إن الجنين بريء لا ذنب له، ويحتاج هو و أمه إلى أقصى درجات الرعاية الصحية والاجتماعية، والشرع لا يجيز إسقاط الجنين إلا إذا تأكد قطعيا و بشهادة عدة أطباء بأن مواصلة الحمل تفضي إلى وفاة الأم.

ولقد أبلغ الدكتور رشيد طنطاوي مفتي مصر و شيخ الأزهر حاليا رايه لـ " الشرق الأوسط " : "بأنه إذا ثبت يقينا بأن مسلمات البوسنة حملن من اغتصاب، فعليهن أن يتخلصن من حملهن في أسرع وقت"، ويوافقه الرأي الدكتور عباس شومان^(٣).

(١) نفس المصدر، ص ٤١٢.

(٢) نفس المصدر، ص ٤١٢.

(٣) دعباس شومان، سلسلة الدراسات الفقهية، إجهاض الحمل و ما يترتب عليه في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤١٢.

و يرى الدكتور سعد الدين مسعد هالالي^(١)، وذلك بعدما تعرض لفقه الصيال وما يعتبر جناية على الجنين، حيث جاء حكمه استنباطاً من آراء الفقهاء القدامى، فبين رأيه و هو رأي شخصي - كما يقول - بمشروعية إجهاض جنين الاغتصاب شريطة أن يكون وفقاً للضوابط التالية :

١. أن تتحقق حالة الاغتصاب.
 ٢. أن يتم الإجهاض فور زوال السبب - الاغتصاب - فإذا تأخرت المرأة في الإجهاض مع إمكانها، فكأنها راضية بالحمل، مما يسقط حقها في الإجهاض.
 ٣. أن لا يبلغ الجنين صورة الأدمي و تنفخ فيه الروح.
 ٤. أن يتم الإجهاض على أيدي أطباء لسلامة الأم.
 ٥. أن يكون الإجهاض بطلب المفتصة أمام جهة رسمية معينة للتأكد من حالة الاغتصاب و صحة الإجراءات و لمتابعة الجناة.
- وقال الدكتور سعيد رمضان البوطي، "بجواز إجهاض المرأة المكروهة على الزنا و هنا يقصد المفتصة، لأن من أكرهت على الزنا، فإنها مفتصة، لأن الفاحشة لم ترتكبها برضاها، بل كانت إكراهاً وذلك إذا كانت تخاف العار و قتل الأهل على أن لا يمضي على حملها أربعين يوماً"^(٢).

ولقد جاء في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة في عددها السابع عشر، بأنه في مسألة إجهاض الجنين الناتج عن اغتصاب، يجب التفرقة بين مرحلتي الحمل، فإن كان قبل الأربعة أشهر و تأكدت المرأة من

(١) مجلة الشريعة و الدراسات الإسلامية، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، مرجع سابق، ص ٣١٢ - ٣١٤.

(٢) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ١٥٩ - ١٦٠.

ذلك جاز لها ذلك^(١)، لأن في غالب الأحيان ما يحدث الاغتصاب مشكلات نفسية للمغتصبة مما يؤدي في الغالب إلى انعكاسات مرضية، حيث يكون الإجهاض هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من معاناتها النفسية وربما البدنية كذلك.

أما بعد الأربعة أشهر فلا يجوز لها ذلك، إلا في حالة ما إذا لم يكن بإمكانها التأكد من حملها لعذر من الأعذار الشرعية، فلها ذلك مع الكفارة، حيث تعتبر حالتها من ضمن حالات الضرورة، إلا أننا نعقب على هذا الرأي، ونقول بأنه لا يمكن أن نطبق حالة الضرورة على إجهاض الجنين الذي نفخت فيه الروح، لأنه من غير المتصور وجود ضرورة تتعلق بالمغتصبة والتي تقضي بقتل نفس و استبقاء الأخرى، فإن المغتصبة كان لها وبوسعها التأكد من حملها مباشرة بعد فعل الاغتصاب، ولا يمكن أن تتخذ من عذرها سبباً لقتل آدمي.

وكخلاصة لما سبق نقول بأن آراء الفقهاء وعلماء الدين المحدثون، قد أخذت اتجاهين :

الاتجاه الأول : قال بعدم جواز الإجهاض في حالة الاغتصاب، وليس للمغتصبة الخوف والخجل لأن ذلك كان بغير رضاها ولها و لجنينها عناية و كفالة من الدولة (خاصة في الاغتصاب الذي يكون إثر حروب أو فتن).

الاتجاه الثاني : فلقد اتفق معظم إن لم نقل كل فقهاء على إباحة الإجهاض في المرحلة الأولى من الحمل، وهي مرحلة الأربعين الأولى.

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد السابع عشر، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

المطلب الثاني

حكم الإجهاض جنين الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري

لم يتعرض المشرع الجنائي إلى إجهاض الحمل الناتج عن اغتصاب في المواد التي خصصها للإجهاض ولعل سكوته، هذا يعني عدم إباحته لهذا الفعل، وإخضاعه شأنه شأن جرائم الإجهاض الأخرى للعقاب، وهناك من التشريعات من أباحت هذا النوع من الإجهاض، ومنها من لم تبحه، وذلك استنادا إلى عدم توفر شرط الدفاع الشرعي - في حالة ما إذا كان الإجهاض دفاعا عن العرض و الشرف - فيرى بعض رجال القانون^(١)، أن شروط الدفاع الشرعي غير متوفرة، لأن فعل الإجهاض ليس موجها ضد من صدر منه الاعتداء، وإنما قد يقع عدوانا على حق الجنين، ومنه فإن السياسة الجنائية تأبى أن يعترف المشرع بهذا النوع من الإجهاض، فإن الدفاع الشرعي يكون من المرأة ضد الرجل الذي يحاول عليها الاعتداء، وليس على الجنين الذي لادخل له في فعل الاعتداء، - بل يكون هو المقصود بالاعتداء - هذا من جهة، ومن جهة أخرى، حتى لا تتخذ من رضيت بعلاقة جنسية و نتج عنها حمل، من اعتراف الشارع، وبهذا النوع من الإجهاض، وتضفي على علاقتها فعلا إجراميا - أي حالة اغتصاب - لتستفيد من الإباحة، إلا أنه لهذه الحالة استثناء، يأخذ به إذا كان المعتدي عليها طفلة و يخاف عليها من الحمل والولادة أو الانتحار^(٢)، فيباح ذلك استنادا إلى اعتبارات طبية.

ويرى الدكتور حاكم و البروفيسور حنوز^(٣)، "بأنه قد يتخذ الإجهاض الناتج عن اغتصاب صورة الحفاظ على توازن الحامل

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٠٨.

(٢) نفس المصدر، ص ٥٠٨.

(٣) M.M. HANOUZ et AR. HAKEM, Précis du droit médical, OPU, P 102.

السيكولوجي والعقلي، إلا أن ذلك يفسر خارج أي أعراض مرضية أو بالأحرى بعيدا عما هو طبي، بحيث لا يجعل منه استثناء لحالة مرضية توجب الإجهاض، وإنما تفسر من كونها حالة اجتماعية تشكل خطرا على الحامل وعلى الأسرة، والتي تعتبر الخلية الأولى للمجتمع، وما يمكن أن ينجم عن هذه الحالة من تفكك الأسرة، وتصدها وخاصة إذا كان الاغتصاب واقع من ذوي المحارم كأن يكون الأب أو الأخ، فإذا تم الفعل المخل بالحياة أو هتك العرض من إحدى الأشخاص المذكورين بالمادة ٣٣٧ ق.ع مكرر، فالطبيب عندما تعرض عليه المعتدى عليها وخاصة إذا كانت قاصرا، فإذا ما لاحظ مدى تأثير الفعل الإجرامي على نفسياتها، بحيث أنه لا محال من أن ذلك الاعتداء الذي وقع عليها ستكون له آثار سلبية على توازنها العقلي أو البدني، فليس له أن يتخذ قرار إجهاضها ولا يدخل ذلك من ضمن اختصاصه، وفي مثل هذه الحالة والتي يقع فيها الاعتداء على العرض أو بالأحرى الاغتصاب واقع من أحد الأصول والمنصوص عليها بالمواد ٣٣٤ و ٣٣٧ مكرر من قانون العقوبات، فإن لرئيس المحكمة وحده الحق وإذا توفرت هذه الحالة أي اغتصاب قاصر من أحد الأشخاص المذكورين بالمادة ٣٣٧ مكرر، أن يتصل بمدير الصحة ويطلب منه إنهاء حالة الحمل^(١)، مع مراعاة موافقة المعنية واقتناع الطبيب الشخصي والخلقي، بحيث يمكن أن ينسحب إذا تبين له بأن ما هو مقدم عليه يتنافى مع أخلاقيات مهنية وما يمليه عليه ضميره المهني، ولا يمكن للقاضي أن يرغم الطبيب على ذلك.

إذن فيجب حصول موافقة المعنية إذا كانت بالغة، أما إذا كانت تحت الوصاية، فيشترط موافقة الوصي أو الولي.

(١) M.M. HANOUZ et AR. HAKEM, Précis du droit médical, OPU, P 102.

أما إذا كانت قاصرا فيشترط موافقة أحد الأبوين أو الممثل القانوني لها.

أما إذا رأى الطبيب بأن الإجهاض يشكل خطرا على حياة الحامل وخاصة إذا كانت قاصرا، فعليه أن يبلغ الحامل بذلك، وإن رفضت فعليه أن يمثل لإرادتها^(١).

إن سكوت المشرع بعدم النص على الإجهاض في حالة الاغتصاب، معناه أنه لا يستثني هذه الحالة من العقاب^(٢).

إلا أن ما نراه و ما يحدث من أفعال من شأنها قتل الأطفال حديثي العهد بالولادة، أو تركهم بعد ولادتهم في المستشفيات، وأمام هذا التزايد الهائل لهذه الظاهرة، فإننا نرى من الضروري أن يعاود المشرع النظر في بعض النصوص، فمثلا إننا لا نرى مبررا معقولا لعدم إعفاء من أكرهت أو تم اغتصابها بالإكراه والعنف - وخاصة إن تم على المعتدى عليها جماعيا - من العقاب فظاهرة الاغتصاب سواء

(١) M.M. HANOUS et AR. HAKEM, Précis du droit médical, OPU, P 102.

(٢) إننا في مسألة إجهاض جنين الاغتصاب، وعندما رأينا بأن مشرعنا لم يصدر أي تعديل على النصوص أو إضافة وخاصة في الآونة الأخيرة عندما حدثت قضايا اغتصاب شدد انتباه جميع علماء الدين ورجال القانون، وبالتالي اتصلنا بالمجلس الإسلامي الأعلى و تحدثنا إلى إحدى مشايخنا وهو عضو من أعضاء المجلس الموقر و طرحنا إشكالية عدم وجود فتوى في هذا الصدد بالرغم من أن علماء الدين قد أفتوا في هذا المجال وخاصة إذا كان الاغتصاب قد وقع إثر حروب، فكان رد شيخنا الموقر أن المجلس أو بالأحرى أعضاؤه وقد أفتوا بجواز إبادة الإجهاض لجنين الاغتصاب وذلك حتى الشهر الثالث، من الحمل، ولكن هذه الفتوى لم تر النور، لأن ما طلب منهم الإفتاء فيه وهو إبادة الإجهاض الناتج عن اغتصاب في أي مرحلة من الحمل كانت، ومشايخنا أطال الله في أعمارهم لم يفعلوا لما في ذلك من تعارض مع كلام الله "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق" فإن الإجهاض بعد نفخ الروح قتل ولا يمكن لأحد أن يعارض ذلك.

الفردى، أو أقول خاصة الجماعى، والذى عانت منه الكثرىات من فتىاتنا إن لم أجراً وأقول الآلاف من فتىاتنا وخاصة فى العشرىة الأخرىة، حىث عرفت بلادنا ظروفًا قاسىة، عانى منها الكثرىون بالخصوص المرأة والفتاة.

وبالرغم من ذلك، فإن المشرع لم يحرك ساكنا ففى رأى وعلى ما أظن أن لنا علماء فى الدين نظاهى بهم الدول الشقىقة و الصدىقة. وىمكن لهم أن يفتوا طبقا لأحكام الشرع والشرىعة الإسلامىة، ومنه فإننا نرى من الضرورى النظر فى هذه الحالات، ومحاولة إيجاد حلول لها فى إطار أحكام الشرىعة الإسلامىة و القانون، وإلا فما هو مصىر الفتىات المقتصبات ؟ و ما ذنب الأطفال الذىن یولدون من فعل اغتصاب ؟ وخاصة إذا وقع الاغتصاب جماعىا وتعذر حىنها تحىد الأب الشرعى.

المبحث الثالث

الإجهاض لدوافع اققتصادىة

وىراد به ذلك الإجهاض الذى یستهدف إلى التخلص من ذرىة یخشى أن تتدهور بقدمها إلىالة الاققتصادىة للأسرة، ویفترض فى هذه الحالة أن الأبوىن معا - أى الأم و الأب - یبغیان إسقاط الحمل، كما لو كان عدد أبنتلهم كبرىا، ودخل الأب قلىل أو من المستحىل أن یمكنه من توفىر ظروف معىشىة ملائمة.

فالسؤال الذى نطرحه هو : هل یجوز إسقاط الحمل إذا وجد مثل هذا الدافع ؟ و هل تعتبر هذه الصورة إحدى حالات الضرورة التى تجىز ذلك ؟

المطلب الأول

موقف فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى والمحدثون

من الإجهاض الذي يكون لدوافع اقتصادية

لقد وردت مثل هذه الصورة من الإجهاض عند الفقهاء القدامى والمحدثون، وبالأخص عند الحنفية الذين قالوا بتحريم الإسقاط الذي يكون قبل نفخ الروح و الذي يكون لغير عذر^(١)، ومنهم بن وهبان والذي ذكر من الأعذار انقطاع لبن الأم بسبب ظهور الحمل، و ليس لزوجها ما يستاجر به المرضعة، فاعتبر ذلك مباحا إذا توفرت حالة العذر، فالسؤال الذي نطرحه نحن، و هو : هل يجوز لهذا الأب، أو لأي أب كان أن يتخذ قرار إجهاض نسله استنادا إلى وضعيته الاقتصادية ؟ وللإجابة على هذا السؤال لا بد من تبيان بعض آراء رجال الدين، والتي يتحدد بهم حكم هذه الصورة من الإجهاض.

اتفق الفقهاء على أن أمر القدرة على استئجار المرضعة، أو القدرة على الإنفاق عموما - لأن مشكلة استئجار المرضعة لم تعد مطروحة في زمننا - ، حيث عوضت بالحليب الاصطناعي وعدم القدرة على ذلك، يعتبر من الأمور التي تتدرج تحت طائفة المجهول و لتخوف من المستقبل^(٢)، ولا تستند إلى دليل يقيني بل إن دليلهم أو عذرهم يتنافى مع كلام الله من حيث أن الرزق يولد مع الصبي.

وانطلاقا من ذلك فلقد رفض علماء الدين اعتبار الإجهاض للتخلص من جنين قد يزيد حال العائلة أو الأسرة و مركزها الاقتصادي

(١) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ٢، ص ٢٨٠، و أنظر كذلك د. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة ، ص ٢٠٤.

(٢) د. مصطفى عبد الفتاح لبنه، جريمة إجهاض الحوامل، مرجع سابق، ص ٢٠١، و أنظر د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٩٠.

سواء من ضمن حالات الضرورة وبهذا الرأي يقول الدكتور سعيد رمضان البوطي^(١)، والدكتور عبد الفتاح لبنة، هو ما تطرقت إليه "هيئة كبار العلماء" وقال به الشيخ د. صالح بن نوزان بن عبد الله الفوزاني^(٢) إلا أن الشيخ مصطفى الزرقا، وفي فتاويه التي قدم لها الدكتور يوسف القرضاوي^(٣)، فإنه يرى أن من بين الأعذار أو المسوغات التي تبيح الإجهاض قبل الأربعين الأولى من الحمل، ضيق ذات اليد عن النفقات التي ستبعتها الولادة و تربية الولد.

ونقول نحن أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال للوالدين سواء الأب أو الأم أو هما مجتمعان، أن يقررا التخلص من ثمرة علاقتهم الزوجية بدعوى عدم القدرة على الإنفاق عليها، وإن كان هذا الكلام يصح على الأسرة بكونها الخلية الأولى للمجتمع، فإنه ينطبق على هذا الأخير، حيث لا يمكن لأي مجتمع كان و بالخصوص إذا كان مجتمعا يعتنق الإسلام أن يتخذ من الإجهاض أو الدعوى إلى الإجهاض وسيلة لمواجهة الأعباء الاقتصادية التي يواجهها.

المطلب الثاني

موقف القانون من ذلك

لم يتعرض المشرع الجنائي الجزائري إلى هذا النوع من الإجهاض والذي ينجم عن ازدياد كبير في عدد أفراد الأسرة و الذي يترتب عنه عدم القدرة على الإنفاق، أو تدهور المستوى المعيشي للأسرة،

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٢) جاء ذكر الفتوى في مطبوعة الدكتور صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزاني،

تبيهاات على أحكام تختص بالمؤمنات، مرجع سابق، ص ٦٣ - ٣٧.

(٣) فتاوي مصطفى الزرقا اعتنى بها مجد أحمد مكي و قدم لها الدكتور يوسف

القرضاوي، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

مما قد يدفع بالزوجين إلى التخلص من جنين لا ذنب له، سوى أنه قد وجد أو تكون في ظروف اجتماعية سيئة.

وتذهب معظم التشريعات إلى تحريم هذا النوع من الإجهاض وإخضاعه إلى نصوص العقاب، وذلك ما فعله المشرع المصري و الأردني، والسوري و الجزائري.

و يرى الدكتور محمود نجيب حسني، بأنه : " لا شك في عدم شرعية الإجهاض الذي يكون لدافع عدم القدرة على الإنفاق، لأنه عند المقارنة بين الأهمية الاجتماعية للمركز الاقتصادي للأسرة و حق الجنين في الحياة"^(١)، يتبين رجحان الثاني على الأول.

ومنه يتعين حمايته من الاعتداء الذي يتم استنادا إلى هذا الدافع، كما يرى أن إباحة هذا النوع من الإجهاض، يعني إباحته بالنسبة لكل العائلات الفقيرة، أو لكل العائلات في أوقات الضيق الاقتصادي، كما أن الدكتور نجيب حسني، يرى بأنه من الصعب وضع ضابط يحدد المستوى الاقتصادي، الذي يباح فيه الإجهاض محافظة على ذلك المستوى.

وما نقوله نحن، أنه قد تكون الأسرة حقيقة في ضيق اقتصادي، ولا يمكن للأب تحمل أعباء الأسرة وخاصة مع قدوم مولود أو أكثر جدد، إلا أن هذا لا يمنح الحق للأب أو لغيره في القضاء على مخلوق سائر في الحياة، فربما كان ذلك الجنين مفتاح فرج لضيقه الاقتصادي !

كما أنه هناك وسائل أخرى يمكن تجاوز بها تلك الصعاب دون المساس بالجنين، كأن تخرج المرأة للعمل، أو يقوم الأب بأعمال إضافية.

(١) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص ٥٠٨.

و نضيف بأن الزوجين الذين لا يرغبان في أولاد كثيرين، عليهم الاحتياط لذلك قبل وقوع الحمل، وليس لهما أن يتخاذلا في اتخاذ التدابير اللازمة لذلك، ونشير هنا إلى وسائل منع الحمل، والتي هي موجودة وفي متناول المرأة التي ترغب في تحديد نسلها، وألا ينتظرا حتى تحمل الزوجة ليجنبا على الجنين بدعوى الفقر أو تدهور المستوى الاقتصادي إذا تواصل الحمل وولد المولود.

الباب الثالث العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض فقهاً وقانوناً

تمهيد

لقد وضعت الشريعة الإسلامية عقوبة لجريمة الإجهاض في الدنيا تقع على من اعتدى على الجنين، والذي فيه اعتداء على خلق الله، بالإضافة إلى العقوبة التي تكون في الآخرة، ولقد جاء ذلك في سنة نبية عليه الصلاة والسلام، وما روي عن الصحابة والخلفاء الراشدين، وعن علماء الفقه، وفقهاء الإسلام.

كما أن القوانين الوضعية اهتمت بهذا الموضوع اهتماماً بالغاً، جاء نتيجة تأثرها بالمعتقدات الدينية، فوضعت له نصوصاً عقابية، وذلك لما للجريمة من خطورة بالغة على المجتمع وأفراده، بل على الإنسانية ككل.

و للتطرق إلى العقوبة في كل من الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الجزائري، ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين اثنين: نخصص الأول للحديث عن عقوبة الإجهاض في الشريعة الإسلامية، والتي تتمثل في الغرة، الدية والكفارة، أما الفصل الثاني فنخصصه إلى الكلام عن عقوبة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري، حيث نتناول العقوبة المقررة لجرائم الإجهاض المختلفة، كما سنتحدث عن الظروف المشددة للجريمة.

الفصل الأول

عقوبة الإجهاض التي أقرتها الشريعة الإسلامية

إن إسقاط الجنين، قبل أن يستكمل نموه وتطوره فيه اعتداء وعدوان على الحياة نفسها، أو ما هو سائر للحياة، ولهذا عاقبت الشريعة الإسلامية ذلك الفعل، واعتبره الفقهاء جناية على الجنين إلا أن الفقهاء لم يعتبروا فعل الإسقاط واجب للعقوبة، إلا إذا تحققت الجناية، وذلك بانفصال الجنين عن أمه، حيث اختلفت العقوبة عندهم باختلاف النتائج التي تترتب عن فعل الإسقاط، والتي هي إما أن ينفصل حيا، وإما أن ينفصل حيا ثم يموت بسبب فعل الإسقاط، وإما أن ينفصل ميتا بعد موتها، أو أن ينفصل حيا بعد موتها، حيث تختلف العقوبة بحسب هذه الحالات وسنتحدث عن العقوبة المقررة شرعا وهي الغرة والدية، ونحاول أن نلحق الحالات المذكورة لانفصال الجنين بالعقوبة اللازمة، والحالات التي تجب فيها، وعلى من تجب ؟ ومقدارها، وأدلة مشروعيتها تفصيلا.

المبحث الأول

الغرة

وهي عقوبة أقرها الفقهاء و تجب بالجناية على الجنين، بناء على ما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم في الأحاديث الشريفة، وسوف نتناول في هذا المبحث تعريف الغرة وإثبات مشروعيتها و موقف الفقهاء من الجنين الذي تجب فيه الغرة و مقدارها و وجوبها.

المطلب الأول

تعريف الغرة ومشروعيتها

١- تعرّف الغرة بأنها الخيار من كل شيء^(١)، ومن معاني الغرة بياض في جبهة الفرس، ومنه الحديث الشريف الوارد في وصف المؤمنين يوم القيامة^(٢): ﴿أعرفهم غرا محجلين من آثار الوضوء﴾. و يقال رجل أغر أي رجل شريف، والقول فلان غرة قومه، أي سيد قومه^(٣).

وتعرّف اصطلاحاً : هو دفع عبد وأمه، أو ما يقوم مقامهما أو مقدارهما دية لهلاك الجنين بسبب الجناية عليه^(٤).

٢- إن أدلة ثبوت مشروعية الغرة جاءت بالسنة النبوية، ولقد جاءت أحاديث رويت عن الرسول صلى الله عليه وسلم، في قضائه بالغرة في إملاص المرأة، وسنذكر بعضها.

جاء في صحيح البخاري عن عبد الله بن يوسف عن مالك عن إسماعيل عن مالك عن بن شهاب عن أبي سلمى بن عبد الرحمن عن أبي هريرة رضي الله عنه ﴿أن امرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحتا جنينا، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فيها بغرة عبد أو أمه^(٥)﴾.

(١) د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٢) د. سميرة سيد سليمان بسيوني، الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٣٦.

(٣) نفس المصدر، ص ٣٦.

(٤) المغني ج ٧، ص ٨٠٠، شرح الزرقاني، ج ٤، ص ١٨١، مراجع سابقة.

(٥) صحيح البخاري، ج ٧، ص ٤٦، كتاب الفرائض، مرجع سابق، لقد قال أبو عمر بن العلاء أن الغرة عبد أبيض، أو أمه بيضاء، فقال أبو إسحاق برهان الدين بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبلي، ليس البياض شرط عند الفقهاء وإنما تجب في الجنين الذي سقط بفعل الاعتداء.

وعن المغيرة بن شعبه عن عمر رضي الله عنه أنه استشارهم في إملاص المرأة، فقال المغيرة ﴿ قضى النبي صلى الله عليه وسلم ، بالغرة عبد أو أمه ، فقال عمر إذن من يشهد معك فشهد محمد بن سلمة بأنه شهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، قضى فيه بذلك ^(١) 》.

وعن سعيد بن المسيب أن الرسول صلى الله عليه وسلم ، قضى في الجنين الذي يقتل في بطن أمه بغرة عبد أو أمه أو ليدة ، فقام حمل بن النابغة الهذلي وقال : ﴿ يا رسول الله كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ونطق واستهل ؟ فمثل ذلك يطل ^(٢) 》， وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إنما هو من إخوان الكهان ^(٣) 》.

و عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قضى في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو أمه ، ثم إن المرأة التي قضى عليها بالغرة توفيت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أن ميراثها لبنيتها وزوجها وأن العقل على عصبتها ^(٤) .

فمن ظاهر الأحاديث النبوية ، نستخلص بأن الغرة تجب بالعدوان على الجنين ، سواء أسقطته حيا أو ميتا ، وفي هذا الصدد قال مالك في الموطأ : " ولم أسمع أحدا يخالف في أن الجنين لا تكون فيه الغرة ، حتى يزايل بطن أمه ويسقط من بطنها ميتا " ^(٥) .

(١) صحيح البخاري، ج٧، ص٤٦، مرجع سابق.

(٢) يطل : أي يهدر ولا يضمن ويقال : طل دمه إذا أهدر.

(٣) المبدع في شرح المقنع، أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مفلح المؤرخ الحنبلي، ج٢، المكتب الإسلامي، قطر، ج٢، ص٢٥٧.

(٤) صحيح البخاري، ج٧، ص٤٦، مرجع سابق، كتاب الفرائض.

(٥) ورد هذا الحديث في كتاب د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ١٨٨.

كما أن الأحاديث النبوية تم تفسيرها و توضح أن الرسول صلى الله عليه وسلم، قضى بالفرقة في الجنين الذي يسقط ميتا.

المطلب الثاني

موقف الفقهاء من الجنين الذي تجب فيه الفرقة

يتفق الفقهاء على وجوب الفرقة بموت الجنين بسبب الاعتداء، كما يشترط في وجوبها أن ينفصل الجنين ميتا، أو انفصال البعض الدال على موته، إذ لا يثبت حكم المولود إلا بخروجه^(١)، كما أنها تجب في حالتي العمد والخطأ^(٢)، معا ولا فرق بين الحالتين، إلا أن دية الجنين تغلظ في حالة العمد وتخفف في حالة الخطأ^(٣)، كما أنها تجب في الجنين الذكر والجنين الأنثى، ولا فرق في قيمة ما يجب لكل منهما^(٤). إذن فإن وجوب الفرقة يكون بسقوط الجنين، فإن بقي بعد فعل الاعتداء في بطن أمه و لم يسقط، كأن قتلت الحامل أو ضربت، وسكنت بعد فعل الاعتداء حركة الجنين، فلقد قال الشافعي وأحمد بن حنبل وأبو حنيفة و مالك بأنه لا ضمان في هذه الحالة و لا تجب الفرقة لأننا لا نعلم إن كان موت الجنين بسبب موت الأم، هذا عن مثال قتل الحامل.

أما عن المثال الآخر، فإننا لا يمكن أن نعلم من وجود حمل أصلا إذا لم ينزل بعد فعل الاعتداء^(٥).

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٠.

(٢) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٣) نفس المصدر، ص ٢٩٩.

(٤) نفس المصدر، ص ٢٩٩.

(٥) المغني، لابن قدامة، ج ٨، ص ٣٩٥، الشرح الكبير للدردير، ج ٤، ص ٣٣٩، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٤٠٧، مراجع سبق الإشارة إليها.

غير أن بعض الشافعية قالوا: " بأنه لو علم موت الجنين و إن لم ينفصل منه شيء فحكمه كالمنفصل"^(١)، إلا أن هذا القول قد لا يتخالف مع ما ذهب إليه الأئمة الأربعة، لأنه يقول بوجوب الغرة إذا ثبت عن يقين بأن الجنين قد هلك بجناية المعتدي فإذا كان في الأمر شك، لم يضمنوه".

كما أن الحنفية ذهبوا إلى اعتبار انفصال الأكثر من الجنين كما لو كان انفصالا كاملا، فإذا كان نزوله من قبل الرأس فالأكثر خروجه حتى صدره، وإن كان من قبل الرجلين فالأكثر بانفصاله حتى سرته"^(٢).

إلا أن المالكية قد خالفوا ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الأخرى من انفصال البعض الدال على الكل، وقالوا أنه لا يعتبر الجاني ضامنا حتى تلقى المرأة ما في جوفها و ينفصل عنها"^(٣).

ويقول الحنفية والمالكية بأنه لا بد أن يكون انفصاله قبل موت أمه.

ومنه ما جاء عن بن عابدين "و إن خرج جنين ميت بعد موت الأم فلا شيء فيه لأن موت الأم سبب لموته ظاهرا، فحياته بحياتها فيتحقق موته بموتها، فلا يكون في معنى ما ورد به النص، إن الاحتمال فيه أقل فلا يضمن بالشك، ولأنه يجري مجرى أعضائها، و بموتها سقط حكم أعضائها"^(٤).

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٠.

(٢) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ١، ص ٥٩٥، و أنظر كذلك موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٠.

(٣) بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٤٠٨.

(٤) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٧٨.

وقال الحطاب والمواق " الغرة واجبة في الجنين بموته قبل موت أمه"^(١).
وقال بن رشد: " يشترط أن يخرج الجنين ميتا ، ولا تموت أمه من الضرب"^(٢).

ومن الأدلة المذكورة ، نخلص إلى القول بأن الحنفية و المالكية اشترطوا في وجوب الغرة أن يفصل الجنين قبل موت أمه ، لأنه إذا انفصل بعد أن ماتت فهذا يحتمل الشك في أن موته كان بفعل الاعتداء بل الغالب في الظن عندهم هو أن موته كان بموتها ، لأنه يحيا بحياتها وهو قول للحنابلة^(٣).

أما الشافعية فيوجبون الغرة سواء كان انفصال الجنين ميتا حدث في حياة الأم أو بعد موتها^(٤).

فيقول بن قدامة " جنين تلف بجناية و علم ذلك بخروجه ، فوجب ضمانه كما لو سقط في حياتها ، ولأنه لو سقط حيا ضمنه ، فكذلك إذا سقط ميتا كما لو أسقطته في حياتها"^(٥).

و يقول القاضي زكريا الأنصاري " ضرب الأم فماتت ، ثم ألفت ميتا ، وجبت الغرة كما لو انفصل في حياتها"^(٦).

و يقول "علي" (أي ابن حزم من المذهب الظاهري) إن قتلت حامل بينة الحمل ، سواء طرحت جنينها ميتا أو لم تطرحه ففيه غرة^(٧).

(١) موسوعة الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٦١.

(٢) بداية المجتهد ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٤٠٧.

(٣) المبدع في شرح المقنع مرجع سابق ج ٢ ص ٣٥٧ المغني مرجع سابق ج ٧ ص ٨٠١.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي مرجع سابق ج ٢ ص ٦١.

(٥) المغني مرجع سابق ج ٧ ص ٨٠١ - ٨٠٢.

(٦) موسوعة الفقه الإسلامي ج ٢ مرجع سابق ص ٦١.

(٧) الإيصال في المحلي بالأثار ج ١١ ص ٢٣٥. مرجع سابق

كما أنه قال: "لم يشترط رسول الله (ص) في الجنين إلقاؤه، ولكنه قال في الجنين غرة عبد أو أمة"^(١). كيفما أصيب - ألقى أو لم يلق - ففيه الغرة المذكورة وإن قتلت الحامل فقد تلف جنينها بلا شك. إلا أن الفقهاء لم يكتفوا بانفصال الجنين عن أمه سواء بعضه أو كله أو لم ينفصل تماماً، و سواء كان في حياتها أو بعد موتها بل اشترطوا فيما تلقيه شروط التصور أو بداية التخلق لوجوب الغرة وسنذكر بعض الأقوال التي تبين ذلك.

يتفق الفقهاء في أصل ترتيب العقوبة إذا استبان من الجنين شيء من الخلقة، كظفر أو أصبع"^(٢). وهو قول الشافعي.

إلا أن الإمام مالك رضي الله عنه قد خالفهم القول والرأي، حيث وجب ضمان الجنين مهما كانت مرحلة الحمل التي ألقى فيها، حيث جاء عنه "كل ما طرحته من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة"^(٣). ولقد جاء عن الحنابلة أن قتادة قال: "إذا كان علقه فثلث غرة و إن كان مضغة فثلثي غرة"^(٤).

كما أنه من ظاهر ما أوجبه بن سيرين في مكان الفرس أوجب مائة شاة"، فإن ظاهره لا توجب في المضغة ولا العلقه.^(٥) ويرى الحنابلة أنه إذا ألفت المرأة مضغة، فشهدتها النساء القوابل أن فيها صورة خفية، ففيه غرة، و إن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي و لو

(١) الإيصال في المحلى بالآثار، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي ج ٢ ص ٦١ و أنظر كذلك د. سعيد رمضان البوطي مرجع سابق ص ١٨٦ و أنظر كذلك مغني المحتاج ج ٤ ص ١٠٤، المغني ج ٩ ص ٥٣٩.

(٣) بداية المجتهد مرجع سابق ج ٢ ص ٤٠٨.

(٤) المبدع في شرح المقنع مرجع سابق ج ٢ ص ٣٥٨.

(٥) نفس المصدر، ص ٣٥٨.

بقي لتصوير، فوجهان أصحهما أن لا شيء فيه كالعلقة والثاني ففيه غرة^(١).

وما نخلص إلى القول بأن الفقهاء قد اختلفوا في الجنين الذي تجب فيه غرة إلى ثلاثة أقوال :

القول الأول : ذهب الظاهرية وهو قول عند المالكية بوجوب الغرة بالحمل مطلقا.

القول الثاني : ذهب أكثر الحنفية بأنه تجب الغرة بعد نفخ الروح أما قبل نفخ الروح فإن فيها حكومة^(٢).

وهو ما قال به بن رشد من المالكية حيث رجح أن تنفخ الروح فيه^(٣).

القول الثالث : ذهب الشافعية والحنابلة، وهو قول للحنفية والمالكية بأنه تجب الغرة فيما يتبين فيه صورة إنسان ولو خفيا.

وما يمكن قوله أن الأحاديث التي أوردناها، لا يوجد فيها ما يثبت اشتراط ظهور شيء من خلق الإنسان في الجنين لكي تجب فيه الغرة.

وما يمكن ترجيح القول به هو وجوب الغرة في الحمل مطلقا، ودليل ذلك ما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنين الهذلية من غرة عبد أو وليدة، ولأن الجنين هو كل ما استكن في البطن واستتر في بطن أمه ولقد جاء في قوله تعالى ﴿ وإذا أنتم أجنة في

(١) نفس المصدر، ص ٣٥٨.

(٢) الحكومة : هي الشيء محكوم به يحكم به العارف، ويقول ابن عاشر أن المراد بالحكومة الاجتهاد وأعمال الفكر (أنظر الشرح الصغير للإمام أحمد الدردير، ص ٣٨١).

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٦٥.

بطون أمهاتكم ...»^(١)، ولقد فسر القرطبي الآية الكريمة بأن الجنين هو الولد مادام في البطن و لذا نقول بأن الفرة تجب في الجنين في جميع أطوار نموه.

المطلب الثالث

مقدار الفرة

لقد روي عن عمر بن الخطاب أنه استشار الصحابة في إملاص المرأة، فقال المغيرة بن شعبه " شهدت رسول الله صلى الله عليه و سلم قضى فيه بغرة عبد أو أمه فقال الإمام عمر رضي الله عنه "لتأتين بمن يشهد معك" فشهد له محمد بن سلمة بذلك^(٢).

و عن أبي هريرة « أن اقتتل امرأتان من هذيل، فرمت إحدهما الأخرى بحجر فقتلتها و ما في بطنها، فاختصمتا إلى رسول الله صلى الله عليه و سلم فقضى أن دية جنيها عبد أو أمة»^(٣).

فمن ظاهر الحديثين نستنتج بأن للجنين دية و هي الفرة، و التي هي عبد و أمه أو وليدة (و هي الأمة الصغيرة التي تبلغ سبع سنوات). وعلى القاتل إذا قتل الأم و مات الجنين دية كاملة للأم وغرة عبد أو أمة للجنين.

والفره هي عبد أو أمة أو ما يساوي قيمتها، ولقد قدر الفقهاء قيمة العبد أو الأمة بنصف عشر الدية الكاملة - والتي هي دية الرجل- أي تقدر بعشر دية أمه- علما بأن دية الأم هي نصف دية

(١) سورة النجم، الآية ٣٢.

(٢) د. محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة، ص ٥٠٩، و أنظر كذلك د. سيف الدين السباعي، الإجهاض بين الفقه و الطب و القانون، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٣) صحيح البخاري، ج ٧، ص ٤٦، كتاب الفرائض، مرجع سابق.

الرجل - فممنه تكون دية الجنين نصف عشر الدية والتي تقدر بخمس من الإبل أو بخمس مائة دينار أو بست مائة درهم^(١).

وعند الحنفية تقدر بخمس مائة درهم^(٢)، لأن الدية من الدراهم عندهم تكون عشرة آلاف درهم.

ولقد ذهب جمهور من فقهاء المالكية و الحنفية والحنابلة إلى أن دية الجنين غرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل، حيث جعل بن سرين^(٣)، مكان الفرس مائة شاة و تجب الغرة في الذكر والأنثى ولا تقبل في الخنثى أو المعيب^(٤) (أي أن تكون الإبل غير معيبة أي سليمة لا معيبة ولا هرمة).

و لقد اشترط الحنابلة في الغرة عبدا أو أمة يؤدوا منها ما شاءوا و ليس أن يؤدي ما فيه عيب أو خصيا لأنه ناقص، والغرة بدل فاعتبرت فيها السلامة^(٥)، كإبل الصدقة.

ولقد فضل بن حمدان أن تكون الإبل من بين البالغة لأنها أقدر على التحمل وأنفع في الخدمة من الإبل الصغيرة.

هذا بالنسبة للجنين الحر من أبوين حرين، أما عن الجنين المملوك فلقد قال الفقهاء بأنه تجب فيه عشر قيمة أمة كمثل الجنين الحر^(٦)، حيث قال علي : (أي بن حزم) " لا خلاف في أن جنين الأمة من سيدها

(١) المقنع في الشرح المبدع، ج ٨، ص ٣٥٨، مرجع سابق.

(٢) د. محمد أبو زهرة، العقوبة، مرجع سابق، ص ٥٠٩.

(٣) المقنع في شرح المبدع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٥٧.

(٤) نفس المصدر، ص ٣٥٧.

(٥) نفس المصدر، ص ٣٥٨.

(٦) المقنع في شرح المبدع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٥٩.

الحر مثل جنين الحرة و لا فرق بينهما". بينما اختلفوا في جنين الأمة من غير سيدها الحر^(١).

فقالت طائفة : فيه عشر قيمة. أمه كما جاء عن محمد بن سعيد بن ثابت عن الحسن البصري، قال في جنين الأمة عشر ثمن أمه وبه يقول مالك والشافعي وأبو ثور وأصحابهم وأحمد وأصحابه وإسحاق بن راهوية. الطائفة الثانية : قالت بأن فيه من ثمن أمه كقدر ما في جنين الحرة من دية، و لقد جاء عن الزهري قال : جنين الأمة في ثمن أمه بقدر جنين الحرة في دية أمه.

قالت طائفة أخرى : فيه نصف عشر ثمن أمه، و لقد قال إبراهيم النخعي فيما رواه عن المغيرة^(٢)، قال في جنين الأمة نصف عشر ثمن أمه و هو ما قال به أيضا بن أبي ليلى و الحجاج بن أرطاة و قتادة.

قالت طائفة أخرى : فيه نصف عشر قيمته إن خرج ميتا فإن خرج حيا فثمنه كله و هو ما قال به سفيان النوي و الحسن بن حي. و قال أبو حنيفة و محمد بن الحسن، و زفر بن الهذيل بأنه إن كان جنين الأمة ذكرا ففيه نصف عشر قيمته ولو كان حيا، و إن كان أنثى ففيها عشر قيمتها و لو كانت حية.

و قالت طائفة أخرى : فيه عشرة دنانير، وهذا القول قال به سعيد بن المسيب و الزهري و إسماعيل بن أمية.

قالت طائفة أخرى : فيه حكومة ، و لقد جاء عن حماد بن أبي سليمان قال : "ينظر ما بلغ ثمن جنين الحرة من جميع ثمنها، فإن كان عشرا أعطيت الأمة عشرة، وإن كان خمسا وإن كان تبعا فأعطيت كذلك".

(١) المحلى بالآثار، ج ١١، ص ٢٤٤. مرجع سابق

(٢) نفس المصدر، ج ١١، ص ٢٤٤.

وقالت طائفة في جنين الأمة غرة عبد أو أمه كما في جنين الحرة ولا فرق في ذلك، وهذا قول بن سيرين و عروة و طاووس و مجاهد و شريح و شغبى. و قولهم هو الصحيح^(١)، لأن عملا بما جاء عن الرسول صلى الله عليه و سلم فإنه لم يفرق بين ما إذا كان الجنين جنين أمة أو حرة، بل قضى في إملاص المرأة بغرة عبد أو أمة، و يقول أبو محمد علي بن حزم الأندلسي بأن قول الطوائف الأخرى غير صحيح^(٢).

أما عن جنين الذمية، فتجب فيه غرة عبد أو أمة يقضى على عاقلة الضارب به، فيدفع الضارب غلاما أو أمة كافرين إلى من تجب لهم، و إلا فقيمة أحدهما^(٣).

و من ثم نقول بأن الغرة سواء كانت في جنين حرة أو أمة أو ذمية، فهي غرة عبد أو أمة، أما إذا تعددت الأجنة، فلا خلاف بين الفقهاء في أن الواجب المالي من الغرة يتعدد بتعدد الأجنة^(٤).

و جاء عن مذهب مالك أن في جنين الأمة عشر قيمة أمه ذكرًا كان أم أنثى، و في جنين الذمية عشر دية أمه، و أن الغرة لا تجب إلا إذا نزل ميتا، ولا تموت أمه من الضرب، فإن ماتت وسقط الجنين ميتا، فلا شيء فيه^(٥).

أما عن جنين المعتق بعضهما، ففيه نصف الغرة لورثته وهو النصف الحر، والنصف الباقي عشر قيمة أمه لسيدها^(٦)، فإن ألقته بعد

(١) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٤٣.

(٢) نفس المصدر، ص ٢٤٤.

(٣) المقنع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٠.

(٤) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٤٤.

(٥) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٥.

(٦) المبدع في شرح المقنع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٥٩.

عتقه وجبت فيه غرة عبد أو أمة، لأن العبرة بالسقوط وقد سقط حراً ففيه عشر دية أمه، ويقول أبو شجاع من الشافعية أن دية الجنين الحر المسلم غرة عبد أو أمة، وعلق على قوله البجيرمي بأن صفة المسلم ليست قيداً لوجوب الغرة، لأن الجنين الكافر فيه غرة^(١).

إلا أن ما جاء عنه في تحديد مقدارها، فإنه يقول بأنها كثلث غرة المسلم في الكتابي وثلث خمس غرة المسلم في المجوسي^(٢)، أما المرتد والحري فمهدران.

وجاء عن إسحاق برهان الدين إبراهيم الحنبلي، أن في الجنين المملوك عشر قيمة أمه لأنه جنين آدمية، فوجب فيه عشر دية أمه كجنين الحرة^(٣).

وجاء في موضع آخر عن بعض الحنابلة أنه الواجب فيه نصف عشر قيمة أمه، وإن عتقت ثم أسقطت ففيه غرة.

وإن كان الجنين رقيقاً، فيجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، أو عشر قيمته إن كان أنثى، لأنه متلف واعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه، وهو ما قال به أبو حنيفة ولقد خالفه الرأي بعض فقهاء الحنابلة حيث قالوا بوجوب اعتباره بأمه، ولأنه مات من الجنابة في بطن أمه، وأنه جنين خالف سائر المتلفات في عدم اعتبار قيمة جميعه^(٤).

أما عن جنين الكافرة ففيه عشر قيمتها، وإن كان أحد أبويه كتابياً والآخر مجوسياً اعتبر أكثرهما - أي أكثر الأمرين من عشر دية أمه أو نصف عشر دية أبيه -

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ١٦٥.

(٢) نفس المصدر، ص ١٦٥.

(٣) الإيصال في المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٤٣.

(٤) المقنع في شرح المبدع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٥٩.

وإن كان الجنين لكتائبين، فأسلم أحدهما بعد الضرب قبل الوضع، ففيه غرة^(١).

أما ما جاء عن بن قدامة، في باب الديات^(٢) أن في جنين الحرة المسلمة غرة في قول أكثر أهل العلم.

وإن كانت المرأة كتابية أو آمة والجنين الحر مسلم، فيحكم بإسلامه وحرية، ففيه غرة. وإن كان الجنين محكوما برقه لم تجب فيه الغرة^(٣).

ويقول بن قدامة أن الغرة تجب من سقوط الجنين من الضربة، ولا بد أن يكون سقوطه عقب الضربة، أو ببقاء الإحامل متألمة إلى أن يسقط^(٤) فإن لم يسقط أو ماتت و لم يسقط، فلا شيء فيه، وقال أنه مذهب مالك و قتادة و الشافعي.

وحكى بن قدامة عن الزهري أنه خالفهم الرأي^(٥)، وأوجب الغرة بالرغم من أن الجنين لم يسقط، لأن الظاهر يدل على أنه قتل.

وذكر أن غرة جنين الكتائبين نصف الغرة الواجبة في المسلم^(٦)، وأن جنين المجوسية تجب فيه غرة قيمتها أربعون درهما، وإلا فالدرهم نفسها، وعن الجنين المملوك قال أن فيه عشر قيمة أمه ذكراً كان أم أنثى.

(١) المقنع في شرح المبدع، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

(٢) المغنى، طبع بمطابع الرياض الحديثة، ج ٧، ص ٧٩٩.

(٣) نفس المصدر، ص ٨٠٠.

(٤) نفس المصدر، ص ٨٠١.

(٥) نفس المصدر، ص ٨٠١.

(٦) نفس المصدر، ص ٨٠٢.

وإن كان الجنين لأمة من سيدها، ففيه غرة لأنه حر^(١)، و عن جنين الذمية التي وطأها مسلم فعليه تمام الغرة.

وجاء عن الحنفية أنهم أوجبوا الغرة على جنين الكتابية أو المجوسية والتي قدروها بنصف عشر دية الرجل لو كان الجنين ذكرا و عشر دية المرأة لو كان أنثى.

وقالوا أن في جنين الأمة الرقيق الذكر نصف عشر قيمته لو كان حيا تجب في مال الضارب حالا. أي لا تقبل التأجيل^(٢).

وقالوا عن الزوجة التي أسقطت بدون إذن زوجها أن عليها له غرة، و إن كان ذلك بإذنه فلا غرة لعدم التعدي^(٣)، إلا أن ابن قدامة علق على ذلك بحيث قال : أن هذه رواية ضعيفة، والصحيح أن الغرة لا تسقط على عاقلة المرأة بإذن زوجها^(٤).

واتفق الفقهاء أن الغرة تتعدد بتعدد الأجنة^(٥).

ولقد جاء عن مذهب الإمامية في تقديرهم لمقدار الغرة أنها تكون في النطفة التي تستقر في الرحم عشرون دينارا، وفي العلقة أربعون دينارا وفي المضغة ستون دينارا و في العظم ثمانون دينارا وفي التام الخلقة أو التي ولجته الروح مائة دينار.

(١) نفس المصدر، ص ٨٠٨.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٣.

(٣) نفس المصدر، ص ١٦٣.

(٤) نفس المصدر، ص ١٦٣.

(٥) المحلى بالآثار، ج ١١، ص ٢٣٩، المغنى، ج ٩، ص ٥٤٣، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٥١٧، شرح الزرقاني، ج ٨، ص ٣٣، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٣٤٨، مراجع سابقة.

و إذا كان الجنين ذميا فثمانون درهما عشر دية أبيه، و لو كان مملوكا فعشر قيمة الأم المملوكة سواء كان ذكرا أو أنثى^(١)، وهو قول فقهاء المذهب الزيدية.

أما فقهاء مذهب الإباضية^(٢) فقالوا أن الحامل إذا تعمدت الإسقاط لزمها الضمان، وأطالوا في شرح كيفيات الاعتداء وصفات المعتدي والأفعال التي من شأنها إسقاط الحامل. و قالوا أن سقط الأمة يقدر بنظر العدول، فإن سقط حيا و مات أعطى السيد نقصان الأمة وقيمة السقط. وسقط الحرة إن كان نطفة ففيه عشرة دنانير، أو ممترجا (أي أمشاج) فأربعة عشر أو علقة فأربعة وعشرون، أو مضغة فأربعون أو ممتدا فستون أو مصورا فثمانون أو نابت الشعر فمائة دنانير، فإذا نفخت فيه الروح فدية كاملة.

و عن جنين المشركة عشر قيمة ديتة بحسب دية ملته^(٣).

المطلب الرابع

توريث الغرة و موقف الفقهاء من ذلك

فبعدما تطرقنا إلى مقدار الغرة، وما ذهب إليه الفقهاء في تحديدهم إليها، فسوف نحاول أن نتكلم عن وجوبها، والسؤال الذي نطرحه هو لمن تجب الغرة؟ أو لمن تورث؟

الفريق الأول : ذهب أصحابه من الحنفية و المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى أن الغرة تكون موروثة إلى ورثة الجنين تبعا لما

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٨٠.

(٢) نفس المصدر، ص ١٨١.

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق.

فرض الله تعالى^(١)، ولا يرث منها القاتل والرقيق لوجود المانع من الميراث وهو "القتل والرق".

ولقد جاء عن ابن قدامة أنه إذا شريت الحامل دواء وألقت جنينا فعليها غرة لا ترث منها شيئا^(٢)، ولا يختلف الفقهاء في المذاهب الأربعة على هذا القول. فالأم التي أسقطت جنينها بفعلها وجنابتها، لزمها ضمانه بالغرة وعلينا تحرير رقبة مؤمنة، ولا ترث من تلك الغرة شيئا، لأن القاتل لا يرث المقتول.

ولقد جاء عن الشافعي والزهري أنه لو كان الجاني المسقط للجنين أباه أو الغير من الورثة فعليه الغرة ولا يرث منها شيئا، وعليه عتق رقبة^(٣).

وقال الباهوتي أنه يرث الغرة من ورثة الجنين، فلا يرث رقيقا لقيام المانع والذي هو الرق والقتل^(٤).

وقال الكاساني بأنها تجب لورثة الجنين على فرائض الله^(٥). ولقد جاء عن ابن رشد أن الغرة عند مالك تجب في مال الجاني تشبيها لها بدية العمد وتجب لورثة الجنين، وحكمها حكم الدية في أنها مورثة^(٦).

(١) مجمع الأنهر، ج ٥، ص ٦٥٠، البدائع، ج ١، ص ٤٨٢، شرح الزرقاني، ج ٤، ص ١٨٣،

كشاف القناع، ج ٦، ص ٢٤، نهاية المحتاج، ج ٧، ص ١٠٠، مراجع سبق الإشارة إليها.

(٢) العقوبة، للإمام أبوزهرة، مرجع سابق، ص ٥١٠، مغنى المحتاج، ج ٤، ص ١٠٣،

مرجع سابق.

(٣) نفس المصدر، ص ٥١٠، وانظر كذلك الإيصال في المحل بالآثار، ج ١١، ص ٢٤٠.

(٤) كشاف القناع، مرجع سابق، ج ٦، ص ٢٤.

(٥) د. سميرة سيد بسيوني، الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٤٢.

(٦) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٥.

ومنه ما نخلص إليه، هو أن أصحاب هذا الرأي وهو الرأي الراجح فقها يقولون بأن الغرة شأنها شأن الدية، تورث على فرائض الله، ولا فرق بين أن يكون الجاني أجنبيا أو له صلة بالجنين كأن تكون أمه أو والده، فإن كان من أحد ورثة الجنين (الأب أو الأم) ووقع الاعتداء منه حجب عنه حقه في الغرة لكونه قاتلا، و عليه فالأم التي تجهض جنينها وجبت عليها الغرة، وليس لها منها شيء وتورث إلى ورثة الجنين من غيرها. أما الضريق الثاني : ذهب الليث بن سعد وربيعة وعلي من الظاهرية إلى أن الغرة تكون لأم الجنين^(١)، إذا لم يتجاوز به الحمل مائة وعشرون ليلة، لأنه يعد بمثابة عضو منها.

وقال أبو محمد بن حزم الأندلسي أما نحن فإن القول عندنا، هو أن الجنين إذا تيقنا أنه قد تجاوز الحمل به مائة وعشرون ليلة، فإن الغرة موروثه لورثته الذين كانوا يرثونه لو خرج حيا، و على حكم الموارث، أما إذا لم يوقن أنه تجاوز الحمل به مائة وعشرون ليلة فالغرة لأمه^(٢) فقط، و لقد استدل في ذلك بما جاء في كتابه عز وجل ﴿من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾^(٣).

و قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ﴿من قتل له بعد مقاتلي هذه قتيلا فأهله بين خيرتين﴾. فذكر عليه السلام الغرة أو الدية أو المقادة.

فمن دليل القرآن والسنة نخلص إلى أن دية القتل سواء كانت عمدا أو خطأ تسلم إلى أهل القتل، والجنين بعد مائة وعشرون ليلة

(١) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٣١، و أنظر كذلك د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ١٩١، المفتي، مرجع سابق، ج ٨، ص ٣٩٥.

(٢) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٤١.

(٣) سورة النساء، الآية ٢٩.

يكون حيا ، وإن اعتدي عليه بإسقاطه و نزل ميتا فالغرة والتي هي دية واجبة تسلم إلى أهله عملا بنص القرآن.

ولقد اتفق الفقهاء على أن الورثة الذين تسلم لهم الدية يقتسمونها على سنة المواريث بلا خلاف.

أما إذا لم يوقن أنه تجاوز المائة و العشرون ليلة ، فيقول بن حزم الأندلسي أنه لم يحي قط^(١) ، وليس له روح بعد ، فهو مازال ماء أو علقه من دم أو مضغة من عطل أو عظام و لحم ، فهو في كل ذلك جزء من أمه أو بعض منها ، وبالتالي يقول بأنه إذا لم تنفخ فيه الروح فإنه لم يقتل ، لأنه لا يقتل من هو ليس حيا و منه فليس لديته حكم دية القتل.

ولقد اعتبر بن حزم هذا القياس ، أي ما قاسه الفقهاء من دية القتل على دية الجنين قبل نفخ الروح - باطلا لأن القياس بنظيره لا بضده.

إلا أن ما ذهب إليه بن حزم من اعتبار الجنين عضو من امه كلام غير صحيح ، لأن الجنين لو اعتبر كسائر أعضاء الأم ، لما تردد رسول الله صلى الله عليه وسلم من إقامة الحد على الزانية التي حملت ، (الغامدية) ، والتي أرجأ إقامته عليها حتى أن تضعه وترضعه وتقطعه حماية له . فلو كان بمثابة العضو منها لأقام عليها الحد في تلك الساعة ، كما أنه لو كان عضوا منها لما وجبت الغرة على من أسقطت جنينها بل أوجب فوق ذلك عتق رقبة . ومنه نخلص إلى القول بأن القول الأول هو الراجح ، وهو القائل بأن الغرة تورث لورثة الجنين على فرائض الله لأنها بدل نفس ، وإن بدل النفس يكون ميراثا أو يورث كالدية ، كما أنها دية آدمي حر فإنها تكون موروثه.

(١) الإيصال في المحلى بالآثار ، مرجع سابق ، ج ١١ ، ص ٢٤٢ .

المطلب الخامس

مفهوم العاقلة وحكمها

تعرف العاقلة لغة بأنها من يحمل العقل، والعقل الدية، والعاقلة عصبه الرجل.

وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية من قتل خطأ^(١).
ولقد جاء في كتاب العقوبة للإمام أبو زهرة: "أن العاقلة هي أسرة الشخص الذي ينتمي إليهم عن طريق لا تتوسط قرابتهم فيه أنثى".
ولقد اختلف الفقهاء في تفسير العاقلة.

فذهب الحنفية إلى أن العاقلة، هم أهل الديوان^(٢) إذا كان الجاني عاملاً في الديوان وليس له عصبه تتحمل الدية ولا مولى موالاة^(٣)،
فيأخذ أهل الديوان حكم العاقلة ويدفعون من عطاياهم إلى من تجب لهم الغرة، ويشترط في هذه الحالة أن لا يكون للجاني عصبه تتحمل عنه الدية.

ولقد روي عن إبراهيم النخعي أنه قال لقد كانت الديات على القبائل ولما وضع عمر رضي الله عنه الدواوين، جعلها على أهل الديوان^(٤)
وقال المالكية العاقلة هم العصبه من النسب، وإن لم يكن له فمولى الموالاة^(٥)، والأصل الذي بني عليه المالكية والحنفية في وجوبها على

(١) د. سميرة سيد سليمان بسيوني الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٢) البدائع، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٦٣.

(٣) مولى الموالاة، وهو الأعجمي المسلم الذي يعقد موالاة مع أحد من ينتمون إلى قبيلة عربية، فيعقلون عنه إذا جنى، ويرثونه إذا مات من غير وارث.

(٤) البدائع، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٦٣.

(٥) العقوبة للإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٥١٧.

مولى الموالاة هو قوله تعالى في الميراث ﴿ ولكل جعلنا موالى فيما ترك الوالدان والأقربون الذين عقدت أيمانهم فأتوهم نصيبهم إن الله كان على كل شيء شهيدا ﴾.

وإن لم يكن للجاني مولى موالاة فعلى الديوان أو بيت المال، فإن وجدت جميعها فعلى العصابة أهل الديوان.

وقال الشافعية والحنابلة أن العاقلة هم العصابات الذين يرثون بالنسب أو بالولاء ما عدا الأب والجد والابن وابن الابن، وبالتالي لا يتحمل الدية أبو الجاني وأبناؤه وأجداده^(١)، واستدلوا في ذلك بما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنين امرأة من بني لحيان بغرة عبد أو أمة، ثم توفيت المرأة التي قضى عليها بذلك، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ميراثها لبنيتها وزوجها وأن العقل على عصبتها^(٢).

وجاء في رواية أخرى للنبي عليه الصلاة والسلام قال لرجل معه ابنه ﴿ لا يجني عليك ولا تجني عليه ﴾^(٣).

وقال أحمد بن حنبل أن كل العصابة من العاقلة يدخل فيه الآباء وأبناؤهم وأخوتهم والأعمام وأبناؤهم ودليل ذلك ما رواه عمر بن شعيب عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : ﴿ إن عقل المرأة على عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئاً إلا ما فضل من ورثتها، وإن قتلت فعقلها بين ورثتها ﴾^(٤).

وإذا قمنا بمناقشة هذه الأدلة والأقوال، فإننا نقول بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما جعل العقل على العصابة، فلم يكن في عهده

(١) العقوبة، للإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص ٥١٧.

(٢) صحيح البخاري، ج ٧، ص ١٤٦، كتاب الفرائض، مرجع سابق.

(٣) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣٨١.

(٤) د. سميرة سليمان بسيوني، الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٣.

ديوان، ولا في عهد أبي بكر الصديق وإنما وضعها عمر رضي الله عنه لضبط الأرزاق والأسلحة.

وما روي عن عمر من جعله العقل على العصابة فريما قصيد به العشيرة الذين يجمعهم الديوان لا لكونهم من أهل الديوان، فيكون بذلك قد عمل بما قال به الرسول صلى الله عليه وسلم ونستخلص ذلك من الحادثة التي وقعت لعمر رضي الله عنه حيث بعث لامرأة فأسقطت من الفزع، فقال لعلي بن أبي طالب، وبعدما أثبت الصحابة وجوب الغرة على عمر "عزمت عليك ألا قسمت الدية على بني أبيك"، فقسمها على قریش^(١).

ونقول بأن ما روي عن عمر، فإنه يدل على أنه كان يقصد العشيرة، وإلا فإنه لما قال قسمها على بني أبيك أي على عشيرتك وقومك، ولم يقصد لكونهم من أهل الديوان، ويؤكد ما أقوله، ما قاله الحنفية عن عمر بأنه كان يقصد من ذلك النصرة، فإذا ضارت نصرة الديوان بالقبيلة أصبحت عاقلة الرجل أهل الديوان^(٢).

لقد اعترض على ما قال به عمر، وقيل أن التناصر يكون بين المسلمين عامة، ولا يجوز لعمر أن يخصص قوم دون قوم حيث يكون بذلك قد دفع الواجب عن بعض ما أوجبه الله عليه^(٣).

أما الذمي إذا لم يكن له عاقلة من عصابة وأهل الديوان، فيعقل عنه أهل ديته^(٤) ولا يعقل نصراني عن يهودي.

(١) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١١، ص ٤٧ - ٤٨.

(٢) البدائع، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٦٦.

(٣) نفس المصدر، ص ٤٦٦.

(٤) نفس المصدر، ص ٤٦٦.

أما فيما يخص الجاني الذي ليست له عاقلة، فلقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان بيت المال هو الذي يعقل عن الجاني ويدفع الدية، أم بيت المال يعقل في حالات خاصة، وهذا ما سنوضحه.

لقد ذهب الحنفية إلى أنه إذا كان الجاني حرفيا أو لقيطا أو ذميا، وأسلم فإن بيت المال يعقل عليه^(١)، ولقد قال بهذا القول الشافعية والمالكية وبن حزم وبعض الحنابلة. ويقول الإمام أبو زهرة أنه من المقرر عند الحنفية أن بيت المال يعقل على الفقراء^(٢).

وروي عن أبو حنيفة أنه قال تجب الدية على الجاني من ماله ولا تجب من بيت مال المسلمين^(٣)، حيث أن بيت المال فيه حق النساء والأطفال والمجانين والفقراء، ولقد ورد في كتاب الإسلام عقيدة وشرعية للإمام محمود شلتوت: "أن العشائر قد اندثرت، ورحمة التناصر قد رفعت وبيت المال قد انهدم، فوجب أن تكون الدية في مال الجاني"^(٤).

ونقول نحن بأن ما قال به الشيخ شلتوت من انهدام بيت المال أمر صحيح لأنه قامت مقامه وزارة المالية و خزانة الدولة.

وإن ما ذهب إليه فقهاء المذاهب من حيث أن بيت المال لا يعقل على الجاني، لأنه فيه حق الضعفاء والمساكين، فهذا لا يعني أنه لا يعقل على من لا عاقلة له من أموال بيت المسلمين، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم دفع دية الأنصاري الذي قتل بين اليهود من بيت المال، وأن عمر بن الخطاب أدى دية رجل مات في الزحام من بيت المال.

(١) نفس المصدر، ص ٤٦٦.

(٢) الإمام أبو زهرة، العقوبة، مرجع سابق، ص ٥١٧.

(٣) البدائع، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٦٦.

(٤) د. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شرعية، مرجع سابق، ص ٥١٧.

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : ﴿ أنا وارث من لا وارث له
أعقل عنه و أورثه ﴾^(١).

وإذا أردنا أن نستفسر لماذا تجب الدية على العاقلة؟ فإننا نقول،..
بأن العاقلة لا تحمل على الجاني إلا في حالة الخطأ و شبه العمد^(٢)، والعلة
في ذلك أنها تكون مناصرة لحقن الدماء، وتخفيفا للآلام النفسية عن
الجاني - علما بأن فعله كان خطأ ومحافظة لحقوق المجني عليه،
فتكون تعويضا للضرر عن فقدان من كان عوناً له أو سنداً.

كما أن الدية إصلاح بين أهل الجاني و أهل المجني عليه^(٣) ودفع
العاقلة للدية مكان الجاني فيه تعاون بين المسلمين في الظروف السيئة.
كما أن فيها ترابط بين أفراد الأسرة واهتمامهم ببعضهم
البعض، كما أن المخطئ معذور، ولهذا رفع عنه الخطأ، بحيث أن إيجاب
الدية عليه بأكملها فيه ظلم، فترفع عنه العاقلة للتخفيف عنه^(٤).

المبحث الثاني

دية الجنين

علمنا مما سبق ذكره أن الجنين قبل أربعة أشهر يتمتع بنوع من
الحياة النباتية أو الجرثومية، ولا يكون حكم إسقاطه كحكم الذي
دبت فيه الروح، فوجب فيمن لم تلجه الروح غرة، أما من تعدى الأربعة
أشهر فلقد أصبح كائناً حياً له من الحقوق ما ليس لمن دونه، ومنه يصبح
أي اعتداء عليه، كاعتداء الذي يقع على إنسان حي، مما يستلزم فيه

(١) جاء في كتاب د. سميرة سيد سليمان بيوني، الإجهاض و آثاره في الشريعة
الإسلامية مرجع سابق، ص ٥٨.

(٢) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

(٣) د. سميرة سيد، الإجهاض و آثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٨..

(٤) البحر الرائق، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤٥٥.

دية نفس كاملة، و سوف نتكلم في هذا المبحث عن تعريف الدية ومشروعيتها كما سنتكلم عن وجوب كمال الدية، وأخيرا سوف نتطرق إلى دية جنين الأمة و دية جنين الكتابية.

المطلب الأول

تعريف الدية و الأصل في مشروعيتها

تعرف الدية لغة بأنها حق القتل، وهي مفرد و جمعها ديات^(١). و تعرف شرعا بأنها المال الواجب بالجناية على الحر في نفس أو في دونها^(٢)، والأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة.

حيث جاء في كتابه العزيز الحكيم : ﴿ من قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة و دية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم و هو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة و إن كان من قوم بينكم و بينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله و تحرير رقبة مؤمنة ﴾^(٣).

و جاء كذلك في قوله تعالى ﴿ فمن عفى له عن أخيه شيء فاتباع بالمعروف و أداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم و رحمة فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم ﴾^(٤).

أما ما جاء عن الرسول صلى الله عليه و سلم عن يحيى بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : ﴿ و من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يهلي الدية و إما أن يقاد أهل القتل ﴾^(٥).

(١) المصباح المنير، ج ٢، مرجع سابق، ص ٩٢٣.

(٢) مغنى المحتاج، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٩.

(٣) سورة النساء، الآية ٩٢.

(٤) سورة البقرة، الآية ١٨٧.

(٥) فتح الباري شرح صحيح البخاري، مرجع سابق، ج ١٢، ص ٢١٣.

وبناء على هذه الأدلة أجمع المسلمون على وجوب الدية في الأنفس والأطراف ما عدا القتل العمد، حيث يجب فيه القصاص، إلا إذا عفا ولي الدم واختار الدية.

وقبل أن نتطرق إلى وجوب كمال الدية، لا بأس من الكلام عن الجنين الذي تجب فيه الدية على سبيل التذكير.

إذن فالدية تجب في الجنين، إلا أن تعريفات الجنين قد تباينت و اختلفت عند الفقهاء، فقول أن الجنين هو الولد ما دام في بطن أمه لاستتاره^(١) وقيل أنه كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه ولد سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو كان علقة أو دم^(٢).

و هكذا قال الفقهاء بأنها تجب الدية بإلقاء علقة أو مضغة، وهي التي إذا صب عليها الماء الحار لا تذوب^(٣). وهذا ما قال به المالكية. أما الحنفية فيشترطون استبانة الخلقة في الجنين^(٤). و الشافعية يشترطون لوجوب الغرة أن تلقي المرأة جنينا بدأ في التخلق، وبأن تكون المضغة و العلقة فيها صورة آدمي بشهادة أربعة قوابل عدول، يشهدون بأن فيها صورة مبتدأ خلق آدمي، و إلا فلا شيء فيه^(٥).

أما الحنابلة فيلهم يشترطون في المضغة التي تلقيها المرأة أن تكون فيها مبتدأ خلق آدمي، ويشهد بذلك ثقات من القوابل وفيها وجهان:

الوجه الأول : لا شيء فيها.

(١) د. سميرة سيد سليمان، الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٢) بداية المجتهد، ج ٢، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

(٣) الشرح الصغير على أقرب المسالك، مرجع سابق، ص ٣٧٨.

(٤) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٠٢.

(٥) حاشية قيلولبي، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٦٠.

الوجه الثاني : أن فيها حكومة عدل، لأنها غير متبينة على أن فيها بدأ خلق آدمي. و ما ذكرناه هنا هو دية الجنين الذي لم يبلغ مرحلة نفخ الروح، والذي ديته غرة و قيمتها نصف عشر الدية الكاملة، إذن فمتى تجب الدية كاملة في الجنين ؟

المطلب الثاني وجوب كمال الدية

قلنا أن دية النفس الكاملة تثبت للجنين الذي تجاوز به الحمل أربعة أشهر إلا أن الفقهاء قد اختلفوا في طرق إثبات الحياة للجنين إلى فريقين :

الفريق الأول : ذهب أصحابه إلى القول بأن حياة الجنين تثبت بالاستهلال أو بالصياح أو بالبكاء، وهذا ما قال به الإمام مالك، و لقد ورد في الشرح الصغير أنه تثبت حياته بالاستهلال، كأن صرخ أو رضع^(١).
الفريق الثاني : و يعتبر أصحاب هذا الرأي أن حياة الجنين تثبت بالعطاس أو التنفس أو حركة (كقبض يد أو بسطها) و من أصحاب هذا الرأي، فقهاء الشافعية و الحنفية، و يعتبرونه منفصلا حيا حتى وإن كان ذلك لأقل من ستة أشهر^(٢)، أما الحنابلة فإنهم يرون بأن السقوط يجب أن يكون لسته أشهر فصاعدا، و أن يعيش لمثلها^(٣)، و بأن تكون الحياة فيه مستقرة و لا يكون في نزاع أو الرمق الأخير. و بهذا الرأي يقول "المزبي" من أصحاب الشافعي.

(١) الشرح الصغير، مرجع سابق، ص ٣٧٩.

(٢) نهاية المحتاج، مرجع سابق، ج ٧، ص ٣٦١.

(٣) المغنى لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤٠١.

و يرى بن عابدين من الحنفية أنه تثبت الحياة بالاستهلال و
الرضاعة والتنفس و العطاس، و لا يعتد بمجرد تحرك عضو، لأنه قد
يكون من اختلاج الروح أو لخروجه من الضيق^(١).

١. ولقد جاء عن الفقهاء الأحناف أنه إذا ألفت المرأة جنينا حيا فمات
ففيه دية كاملة و كفارة^(٢) ولقد ذكر (المريفاني) أنه إذا ألقته
حيا بعدما ماتت ومات بعدها فدية للأُم ودية للجنين وكفارة^(٣)
ونقل صاحب الذرني (كتاب الواقعات) أنه إذا شرّبت المرأة دواء
لتسقط الجنين عمدا فإن ألقته حيا ثم مات فعليها دية
وكفارة^(٤).

كما قال بن عابدين من وجوب الدية و الكفارة إن نزل حيا، ثم
مات بعد ذلك و لو كان بإذن الزوج لأن ذلك جناية على نفس حية^(٥).

٢. و جاء عن فقهاء المالكية أن الجنين إذا نزل حيا و استهل أو رضع
أو صرخ ثم مات فالدية واجبة إن أقسم أولياؤه أنه مات من فعل
الجاني، وإن مات بعد تحقق حياته عاجلا ولم يقسموا فلا غرة^(٦)،
لأن الجنين إذا استهل صار من الأحياء، إذن فالدية عند المالكية
تتوقف على القسامة.

(١) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ٥، ص ٥٣٧.

(٢) نفس المصدر، ص ٤١٠.

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٣.

(٤) نفس المصدر، ص ١٦٣.

(٥) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ٥، ص ٤٠.

(٦) الشرح الصغير، مرجع سابق، ص ٥٧٩.

وإن تعمد الجاني إسقاط الجنين بضرب المرأة على بطنها أو رأسها أو ظهرها فنزل مستهلاً ثم مات ففيه القصاص بالقسامة أو الدية بالقسامة و تجب في مال الجاني لتعمده^(١).

و إذا تعددت الأجنة تعددت الديات تبعا لتعدددها، و تورث على فرائض الله^(٢) ولا يرث منه أحد الأبوين إذا كان هو الجاني (القاتل لا يرث المقتول).

٣. أما الشافعية فإنهم قالوا بأن الجنين إذا بقي حيا و بقي بعد انفصاله زمنا بلا ألم ثم مات فلا ضمان و إن مات حين خرج بعد انفصاله أو دام ألمه و مات منه، فدية نفس كاملة على الجاني^(٣) ولقد جاء (عن البجيرمي) أن الجنين إذا انفصل لدون ستة أشهر و مات بعد ما خرج حيا و دام ألمه و مات منه فدية نفس كاملة^(٤).

٤. وقال بن قدامة إن ألفت المرأة أكثر من جنين حي لوقت يعيشون لمثله ثم ماتوا، ففي كل واحد دية كاملة، وإن كان بعضهم ميتا ففيه غرة والبعض الحي فيه دية، إضافة إلى عتق رقبة مؤمنة سواء كان الجنين حيا أو ميتا^(٥). وإن تعددت الأجنة ففي كل واحد كفارة^(٥).

وإن اشتركت جماعة في ضرب المرأة فالعقوبة (الدية أو الغرة) عليهم بالحصص و على كل واحد كفارة.

(١) نفس المصدر، ص ٣٧٩.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٤.

(٣) نفس المصدر، ص ١٦٥.

(٤) نفس المصدر، ص ١٦٦.

(٥) المغني، مرجع سابق، ج ٧، ص ٨١٥.

(٥) نفس المصدر، ج ٧، ص ٨١٥.

وإن كان الجاني أحد الأبوين، فلا يرث شيئاً وعليه تحرير رقبة مؤمنة^(١).

٥. أما فقهاء المذهب الظاهري فقالوا أن في الجنين الذي تلقيه المرأة حياً ثم يموت دية و كفارة^(٢) وهو قول بن حزم الظاهري. و تتعدد الدية والكفارة بتعدد الأجنة، ويقول بن حزم أن المرأة التي تتعمد إسقاط جنينها و قد تجاوز المائة والعشرون ليلة أو يتعمد إسقاطه أجنبي، فوجب القود، ولا غرة فيه إلا أن يعفى عنه فتجب الغرة. ولا كفارة لأنه قتل عمد. و بين بأن القود يجب في القتل العمد فهو نفس بنفس، وأمله بين خيرتين: إما القود أو الدية، كما قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم^(٣)، ويقول إن تعددت الاجنة فتعدد الديات و الكفارات بعدد الأجنة.

٦. يقول أصحاب المذهب الزيدي أن الجنين إن نزل وفيه إمارات الحياة من صوت أو حركة أو تنفس ففيه دية ولو كان ذلك دون الستة أشهر^(٤) وإن خرج وفيه حياة مستقرة ثم قتل فالقود على القاتل. وإن نزل حياً ثم مات فالدية كاملة، وتعدد الديات بتعدد الأجنة.

٧. وأما الأماميون، أي فقهاء المذهب الإمامي، فلقد حددوا قيمة الجنين تبعا للمرحلة من الحمل التي يتم نزوله فيها. فحددوا العقوبة بولوج الروح في الجنين بدية كاملة للذكر ونصفها

(١) نفس المصدر، ص ٨١٦.

(٢) المحلى، مرجع سابق، ج ١١، ص ٣٨.

(٣) نفس المصدر، ص ٣٨.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٧٠.

للأنثى^(١) واعتبروا الدية في مال الجاني إذا كان الإسقاط عمداً أو شبه عمد وإن كان خطأ فعلى العاقلة.

واستناداً إلى مختلف آراء الفقهاء، فيمكن القول بأنهم اتفقوا جميعهم على وجوب الدية كاملة^(٢) إذا ما ثبت للجنين حياة مستقرة. ويرى الدكتور عبد القادر عودة، أن الجنين إذا انفصل حياً ثم مات لسبب آخر كأن قتله شخص آخر أو امتنعت أمه عن إرضاعه، فعلى الجاني التعزير أما القاتل فعليه القصاص^(٣)، أو الدية وتكون في ماله و حالة أي لا تقبل التأجيل، خلافاً لدية الخطأ أو شبه العمد و التي تكون على العاقلة وحدها أو مع الجاني وتقبل التأجيل - أي غير حالة ..

المطلب الثالث

دية جنين الأمة والكتابية

أ- لقد جاء عن مذهب مالك أن في جنين الأمة عشر قيمة أمه ذكراً كان أم أنثى يوم يجني عليه^(٤). وقال أبو يوسف لا شيء في جنين الأمة إلا أن يكون نقص أمه ففيه ما ينقصها^(٥). أما الشافعية فقالوا بأن جنين الأمة عشر قيمة أمه إن كان أنثى وإن كان ذكراً فنصف عشر قيمة الذكر^(٦)، إلا أن الإمام الشافعي لم يجز أن يفرق بين الجناية على الجنين الذكر والأنثى من المماليك، ولا يجوز أن يكون الحكم فيهما إلا بأن يكون في كل واحد منهما عشر قيمة أمه ويقول عمخ قال بأن في

(١) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٧١.

(٢) المغني، مرجع سابق، ج ٨، ص ٣٩٥.

(٣) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

(٤) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٥.

(٥) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٤٦.

(٦) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٦.

جنين الأمة نصف عشر قيمته إن كان ذكرا و نزل حيا، و عشر قيمتها إن كانت أنثى و نزلت حية، فلقد فرقوا^(١) بين ما جمع بينه رسول الله صلى الله عليه و سلم، أي عندما قضى رسول الله صلى الله عليه و سلم في جنين المرأة بغرة، فلم يفرق بين الذكر و الأنثى، وذهب الحنابلة بأن دية الجنين المملوك فيه عشر قيمة أمه ذكرا كان أم أنثى^(٢)، وجاء عن أبي حنيفة أنه قال : إن كان أنثى فإن ديته عشر قيمة أمه، وإن كان ذكرا فعشر قيمته و لو كان حيا^(٣)، ولا خلاف عند الحنفية أن جنين الأمة إذا سقط حيا فإن فيه قيمته، تجب في مال الضارب حالا. ومنه، فلقد اتفق الفقهاء على أن دية الجنين العبد أو المملوك، سواء كانت الجنابة عمدا أو شبه عمدا أو خطأ تكون ديته عشر قيمة أمه، ما عدا بعض الحنفية والشافعية الذين فرقوا في ثبوت قيمة دية الجنين من حيث الجنس.

ب- أما عن دية جنين الذمية أو الكتابية، فلقد قدرها المالكية بعشر دية أمه^(٤) وهو ما قال به الشافعي و أبو حنيفة، علما بأن دية الذمي ثلث دية المسلم، تبعا لما روي عن عمر بن الخطاب^(٥)، أما دية المجوسي فهي عشر دية أمه (دية المجوسي ثلث خمس دية المسلم)^(٦)، وذهب الحنابلة إلى أن قيمة دية جنين الكتابية هو غرة قيمتها والتي هي عشر دية أمه كما في جنين الحرة المسلمة^(٧)، وإن كان من كتابين فقيمتها ثلاث

(١) د. سميرة سيد بسيوني، الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٢) د. سميرة سيد، الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٣.

(٤) نفس المصدر، ص ١٦٥.

(٥) د. أبو زهرة، العقوبة، مرجع سابق، ص ٥٠٧.

(٦) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٥.

(٧) المقنع في شرح المبدع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٠.

مائة درهم، وإن كان من مشركين فقيمتها أربعون درهما، و لقد حكم بن قدامة في جنين الكتابين بنصف الغرة الواجبة في المسلم^(١) وتجب في جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهما، وإلا فالندراهم نفسها، ذهب الشافعي إلى أنه إذا كان الجنين لأبوين مختلفين في الدين فحكمه لأكثرهما دية^(٢)، ويرى الحنابلة أن الجنين لو كان من كتابين وأسلم أحدهما، وسقط الجنين حيا ثم مات ففيه دية حر إن كان حرا^(٣).

المبحث الثالث

الكفارة

ما من حكم تضمن حقا للعباد، إلا وكان قائما على أساس من حق الله عز وجل، ولأن إهدار حقوق الناس، يقتضي ضمانها مم شرع الله من ديّات وضمّانات ونحوها فكذلك إهدار حقوق الله كالحق في الحياة، والذي ليس لأحد أن يتعدى عليها بإنهائها إلا الخالق، هو الذي من حقه إنهاؤها كما خلقها، ويقتضي جبرها أو التكفير عنها بالكفارات. فلما كان الاعتداء على الأرواح الإنسانية البريئة بإزهاقها، اعتداء على حق الله، شرع فيه الله الكفارة إلى جانب الدية المستحقة لأهل القتل، وسوف نتطرق في هذا المبحث - إلى التعريف بالكفارة وموقف الفقهاء من وجوبها :

(١) د. سميرة سيد، الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية مرجع سابق، ص ٦٩.

(٢) بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٣٦.

(٣) المقنع، مرجع سابق، ج ٢، ص ٣٦٠.

المطلب الأول

تعريف الكفارة

١- تعرف الكفارة بأنها السترو التغطية، والكفر ضد الإيمان، والكفر جحد النعمة والكافر هو الليل المظلم، وكل شيء غطى شيئاً فقد كفره بمعنى ستره^(١).

ولقد جاء في كتاب العقوبة (للإمام أبي زهرة) بأن الكفارة تكفير للذنوب التقصير في الاحتياط^(٢).

ولقد ورد تعريفها في الموسوعة الفقهية بأنها العقوبة المقدرة^(٣) حقاً لله تعالى، وهي عتق أو صيام أو إطعام تلزم من تسبب في قتل معصوم^(٤). والأصل في مشروعية الكفارة هو كتاب الله وسنة رسوله والإجماع فيما اتفق عليه أهل العلم.

أما ما جاء عنها في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةٍ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾^(٥)، إن الآية الكريمة واضحة، وتدل على وجوب الكفارة في قتل المؤمن خطأ ولا جدال في ذلك، حيث يشترط فيها الإيمان أما الدية فيشترط تسليمها إلى أهل القتل.

أما دليلها في السنة جاء: عن وائل بن الأَشَقَق قال ﴿أتينا النبي صلى الله عليه وسلم في صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا

(١) د. سميرة بسيوني، الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧٣.

(٢) الإمام أبو زهرة، العقوبة، مرجع سابق، ص ٨١٦.

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٠.

(٤) د. سميرة سيد سليمان بسيوني، الإجهاض وآثاره، ص ٧٣.

(٥) سورة النساء، الآية ٩٢.

عني رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً من النار^(١) ، و يدل حديث رسول الله صلى الله عليه و سلم أن القاتل يستوجب النار وتجب عليه الكفارة للتكفير عن ذنب القتل، ومنه يمكن أن نقول بأنه من تعدى على الجنين الذي نفخت فيه الروح تجب له النار، ولكي يعتقه الله منها فعليه الكفارة.

أما عن ثبوتها بالإجماع، فلقد ذهب جمهور من الفقهاء إلى أن الكفارة واجبة في القتل الخطأ^(٢).

المطلب الثاني

موقف الفقهاء من وجوب الكفارة في الجنين

اختلف الفقهاء في وجوب الكفارة في الجنين أو عدم وجوبها، فانقسموا إلى فريقين أو اتجاهين: فريق أرجبها، وفريق قال بعدم وجوبها. الفريق الأول : إن من القائلين بوجوب الكفارة مطلقاً بالعدوان على الجنين، الشافعية و الحنابلة^(٣) فيرون بوجوبها مع الغرة، لأنها تجب حقاً لله تعالى لا حقاً للأدمي، ويقولون في تعليلهم على عدم ورود ذكرها في حديث الرسول صلى الله عليه و سلم عن حكم إملاص الحامل، بأن ذلك لا يمنع من عدم وجوبها، لأنه ذكر في موضع آخر الدية ولم يذكر الكفارة^(٤).

(١) د. سميرة سيد، الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٧٦

(٢) وأنظر لمزيد من التفاصيل د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٣) المغني، لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٨، ص ٤٠٣، و مغني المحتاج، ج ٤، مرجع سابق، ص ١٠٥.

(٤) المغني، لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٧، ص ٨١٦.

ولقد جاء عن بن قدامة الحنبلي أنه لو شربت الحامل دواء فألقت جنينا ميتا فعليها الغرة و عتق رقبة و قال في موضع آخر أن على الضارب عتق رقبة^(١) مؤمنة سواء كان الجنين حيا أو ميتا^(٢) وقال إنها تتعدد بتعدد الأجنة، وذكر أنه قول أكثر أهل العلم، ومنهم "الحسن وعطاء والزهري ومالك والشافعي وإسحاق". و عن (ابن جريح) قال^(٣): "قلت لعطاء" ما على من قتل من لم يستهل فقال أرى أن يعتق أو يصوم".

و جاء عن الزهري أن رجلا ضرب امرأة فأسقطت، قال عليه غرة و عتق رقبة^(٤) ولا يرث من الغرة.

و جاء عن المغيرة عن إبراهيم النخعي قال : في امرأة تشرب الدواء أو تستدخل الشيء فيسقط ولدها ؟ قال النخعي تكفر^(٥) وعليها غرة.

وقد استدلل هؤلاء الفقهاء في كلامهم بوجوب الكفارة، بما روي بسند عن عمر بن ذر حيث قال :مسحت امرأة بطن امرأة حامل فأسقطت جنينا، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب، فأمرها أن تكفر بعتق رقبة^(٦).

أما الإمام أبو محمد علي الظاهري فإنه يقول بعدم وجوب الكفارة فيمن لم يبلغ الأربعة أشهر، و تجب فيه الغرة، فقط لأن الاعتداء النفي وقع على الجنين لا يعد قتلًا لا خطأ ولا عمدا، إذن فلا كفارة^(٧).

(١) نفس المصدر، ص ٨١٦.

(٢) نفس المصدر، ص ٨١٦.

(٣) المحلى بالآثار، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٣٥.

(٤) نفس المصدر، ص ٢٣٥.

(٥) نفس المصدر، ص ٢٣٥.

(٦) نفس المصدر، ص ٢٣٥.

(٧) المحلى، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٣٦.

و إن كان بعد تمام الأربعة أشهر، وتيقنت حركته بلا شك، و شهد بذلك أربع قوابل عدول، فإن فيه غرة وتجب فيه الكفارة بعق رقبة مؤمنة، لأنه قتل مؤمن خطأ.

أما الفريق الثاني : لقد فصل الحنفية في أمر الكفارة، فقالوا إذا سقط الجنين ميتاً نذبت الكفارة ولم تجب، وإن سقط حياً ثم مات متأثراً بالعدوان وجبت الكفارة^(١) وحجتهم في ذلك بأن الكفارة هي عقوبة يقترب بها الجاني من الله يتعبده و بالتالي لا يجري فيها القياس، وتجب حيث وجد نص، وإنما تجب في القتل الذي يستلزم دية استناداً لقوله تعالى : ﴿ ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة و دية مسلمة إلى أهله ﴾^(٢)، وتجب بسقوط الجنين حياً ثم يموت.

أما المالكية، أو بالأحرى الإمام مالك فلقد استحسناها و لم يقل بوجوبها^(٣)، لأن الكفارة عندهم لا تجب في العمد و إنما تجب في الخطأ ومما يقتضي استحسانها دون وجوبها^(٤).

وما جاء في قوله " الذي جاء في كتاب الله في الكفارة إنما ذلك في الرجل الحر إذا قتل خطأ ففيه كفارة، و قال : و أنا استحسنت أن يكون في الجنين كفارة، و قال : قلت و إن ضرب رجل بطنها فألقت جنيناً حياً ثم ماتت و في بطنها جنين آخر، ثم مات الجنين الذي خرج حياً بعد موتها أو قبل موتها، قال و في الأم نفسها و في ولدها الذي لم يزايلها عند مالك الدية، دية واحدة و الكفارة" و قال : " أما الذي خرج حياً

(١) حاشية بن عابدين، مرجع سابق، ج ٥، ص ٣٩٠ - ٣٩١.

(٢) سورة النساء الآية ٩٢.

(٣) بداية المجتهد، مرجع سابق، ج ٢، ص ٥٣٨.

(٤) نفس المصدر، ص ٥٣٨.

فمات، فإن كان استهل صارخا ففيه القسامة و الدية، و إن كان لم يستهل ففيه ما في الجنين^(١) أي فيه غرة.

ومن خلال ما أوردناه من كلام الإمام مالك، يظهر لنا بأنه لا يجب الكفارة في الجنين سواء نزل حيا أو نزل ميتا، وإنما يستحسنها. ولقد استدل الفقهاء الذي قالوا بوجوبها بما جاء في كتابه تعالى و سنة رسوله وما روي عن الصحابة والتابعين.

كما أن الجنين نفس مّن وجه إتلاف النفس يوجب الكفارة لأن فيها معنى العبادة^(٢)، والاستغفار والتكفير عن الذنب أما الفقهاء الذين قالوا بعدم وجوبها أو باستحسنائها، فإنهم يقولون بأن في الكفارة معنى العقوبة، والتي عرفت في النفوس المطلقة، ومنه فإنها لا تتعدى إلى الجنين^(٣) لأنه لم يعتبر نفسا مطلقة، أي لا تجب فيما هو بدل، إلا أن هذا الرأي قد أجيب عليه^(٤) بأن الجنين في بطن أمه مهياً لأن يكون نفسا مطلقة وخاصة بعد نفخ الروح و إن الله تعالى عندما قال : ﴿ ... فدية مسلمة إلى أهله ... ﴾.

١- لم يبين مقدار الدية لكن السنة فصلت ذلك وبين لنا رسول الله صلى الله عليه و سلم أن دية من خرج إلى الدنيا ثم قتل مائة من الإبل، و ذكر أن دية الجنين غرة عبد و أمه و أن دية الرجل غير دية المرأة أما الكفارة فواحدة بعدم ورود نص يدل على التفرقة.

(١) نفس المصدر، ص ٤٠٨.

(٢) مجمع الأنهر، مرجع سابق، ج ٦، ص ٦٥٠.

(٣) فتح القدير، مرجع سابق، ج ١، ص ٣٠٦.

(٤) المحلى، ج ١١، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

٢- فإن الدية ذكرت في مواضع و لم تذكر الكفارة كما الرسول صلى الله عليه و سلم عندما قضى بدية المرأة المقتولة^(١) على عاقلة القاتلة لم يذكر الكفارة.

٣- أن الكفارة من باب المقادير^(٢) والمقادير لا تعرف بالرأي والاجتهاد بل بالتوثيق. إلا أن هذا الرأي قد أجيب عليه بأن مقدار الكفارة قد حدد بالآية الكريمة: ﴿ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾.

٤- كما أن وجوب الكفارة متعلق بالقتل الخطأ و أوصاف أخرى كالإيمان والكفر لم يتبين وجودها في الجنين حيث جاء في الآية ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق﴾، فإن الجنين لم يعرف قتله و أيضا لم يعرف إيمانه أو كفره حقيقة و حكما^(٣).

وأجيب على هذا التعليل بأن الاعتداء على الجنين فيه قتل له، وأن الكفر والإيمان متحقق فيه و دليله قوله تعالى: ﴿فأقم وجهك للدين حنيفا فطرة الله التي فطر الناس عليها^(٤)﴾، فإن الجنين في بطن أمه مخلوق وهو حنفي العقيدة، حيث من النصوص يتضح لنا أن الجنين إذا خلق فإنه يكون حنيفا.

ومن خلال ما سبق من سرد لأراء الفقهاء المختلفة يمكن أن نستخلص بأن القول أو الرأي الراجح هو القائل بوجوب الكفارة لمن اعتدى على الجنين بعد نفخ الروح لأن أقوى دليل على ذلك هو قوله تعالى ولا اختلاف بين الفقهاء في صفة الكفارة في القتل خطأ، على أنها تحرير رقبة مؤمنة، عملا بقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾، فلقد جعل الله

(١) صحيح البخاري، كتاب الفرائض، ج ٧، مرجع سابق، ص ٤٦

(٢) البدائع، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٨٢.

(٣) البدائع، مرجع سابق، ج ١، ص ٤٨٢.

(٤) سورة الروم، الآية ٣٠.

الإيمان شرط لتحرير الرقبة أو لوجوب الكفارة، و إن لم توجد الرقبة المؤمنة فصيام شهرين متتابعين لقوله تعالى ﴿ فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله ﴾.

أما إذا تعذر على الجاني الصوم، أو أنه لم يقدر على الصوم، فإن الفقهاء قد اختلفوا في هذا الصدد، حيث ذهب كل من الشافعية والحنابلة^(١) إلى أنه إذا تعذر الصوم فإطعام ستين مسكين مثل كفارة الظهار أو الإفطار في رمضان، وذلك قياساً منهم، فحملوا المطلق في القتل على المقيد في الظهار والإفطار في رمضان^(٢).

أما الرأي الثاني أو القول الثاني فذهب الحنفية والمالكية وأكثر الحنابلة إلى أنه لا يجب الإطعام^(٣)، لأن الله عز وجل لم يذكر ذلك واقتصر على صيام شهرين متتابعين في حالة عدم وجود الرقبة المؤمنة، ولو جاز الإطعام لذكره تعالى، والرأي الراجح هو القول بعدم الإطعام لأنه لا يرقى إلى الصيام وذهب أحمد والشافعي إلى أنه تتعدد الكفارة بتعدد المقتولين^(٤).

المطلب الثالث

حرمان الجاني من الميراث

إذا اعتدي على الجنين وجب ضيمانه غرة عبداً أو أمة، استناداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم^(٥)، أما إذا أُلقت المرأة جنيناً حياً^(٦)، ثم مات

(١) روضة الطالبين، تأليف ابن شرف النووي، نشر بالمكتب الإسلامي، بدون سنة، ج ٥، ص ٢٧٩، المغني، مرجع سابق، ج ٨، ص ٩٧.

(٢) د. سميرة سيد سليمان، الإجهاض وآثاره في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٨١.

(٣) نفس المصدر، ص ٨١ - ٨٢.

(٤) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٥) صحيح البخاري، ج ٧، مرجع سابق، باب الفرائض، ص ٤٦.

(٦) المحلى، مرجع سابق، ج ١١، ص ٢٤٠.

فتجب الدية كاملة، ولا يرث الضارب منها شيئاً ويحرم من الميراث وعليه كفارة.

ولقد جاء عن ابن شهاب^(١) أنه سئل في رجل ضرب امرأته فأسقطت، فلمن دية السقط ؟ قال : بلغنا في السنة أن القاتل لا يرث من الدية شيئاً، وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمى وأبي حنيفة ومالك والشافعي.

ولقد نص الفقهاء على أن الأم إذا أجهضت نفسها، وجبت عليها غرة جنينها، ولقد جاء في المغني لابن قدامة ما نصه^(٢) : "إذا شربت الحامل دواءً فالقت جنينا فعليها غرة ولا ترث منها شيئاً" وليس في هذا اختلاف بين أهل العلم، وذلك لأنها قتلت جنينها بفعلها فلزمها ضمانه بالغرة، وحيث أن الغرة تورث، فإنها لا ترث منها، لأن القاتل لا يرث المقتول، والقول ينطبق على الأب وورثة الجنين.

ونخلص إلى القول أن الحامل إذا شربت دواءً وتعمدت إسقاط حملها فإن نزل حياً فعليها غرة وكفارة وحرمت من الميراث من الغرة^(٣) أما إذا نزل الجنين حياً ثم مات بسبب غير الجناية عليه كإن امتنعت أمه عن إرضاعه حتى مات، فعقوبة الجناية على الجنين هي

(١) نفس المصدر، ص ٢٤٠.

(٢) الإمام أبو زهرة، العقوبة، ص ٥١٠، ص ٥١٠، المغني، ج ٩، ص ٥٢٤، حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ٥١٨، حاشية الزرقاني، ج ٨، ص ٣٣، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٣٤٨، مراجع سابقة.

(٣) موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ج ٣، ص ١٦٥، وأنظر المغني لابن قدامة، مرجع سابق، ج ٧، ص ٨١٦.

التعزير^(١) ومن ثم فإن أسقط أحد الأبوين أو أحد ورثة الجنين الحمل وتعتمد ذلك فلا يرث أي منهم، لان القاتل لا يرث المقتول.
إن العقوبة التي شرعها الله تعالى أو التي جاء ذكرها أو تفصيلها في السنة رسوله ص ردع للجاني أو لمن أخطأ بفعله في حق المجني عليه والهدف من ذلك هو عدم رجوعه للإجرام و أن يكون عبرة لمن يريد أن يؤذي غيره، هذا من جهة و من جهة أخرى ففيها مواساة و جبر للنفوس، وتعويض للفقدان من كان سندا و عوناً.

(١) د. عبد القادر عودة، التشريع الجنائي، مرجع سابق، ص ٢٩٨.

الفصل الثاني

العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري

لقد اعتبر- المشرع الجنائي الجزائري الإجهاض جريمة تمس الجنين في حقه في النمو و التطور إلى حين يخرج إلى نور الحياة، وتمس المرأة في حقها في الولادة والحفاظ على نسلها إلى حين تضعه، كما تمس المجتمع في حقه في الحفاظ على النسل والتكاثر والديمومة. واعتبر الجنين أهلا لوجوب له حماية من كل اعتداء قد يقع عليه، و ذلك منذ الفترة الأولى من تكوينه و هي مرحلة اختلاط نطفة الرجل بماء المرأة أو بعبارة أخرى من بداية مرحلة البويضة الملقحة، وخصص نصوصا قانونية رادعة توجب العقاب على كل من تجرأ وسط عليه سواء كان من الغير أو الأبوين في حد ذاتهما. واعتبر فعل الإجهاض واجبا للعقاب سواء تم في الأسابيع الأولى من الحمل أو وقع في مرحلة متأخرة منه. كما أنه لم يشترط لقيام الجريمة خروج الجنين من رحم أمه سواء حيا أو ميتا. بل اعتبر الجريمة قائمة بمجرد وقوع فعل الاعتداء على الحمل، ولا يهم بعد ذلك إن خرج الجنين أو لم يخرج أو لم تتحقق النتيجة، ولقد خصص المواد من ٢٠٤ من قانون العقوبات إلى ٣١٣ من القانون نفسه، وخصص المادة ٧٢ من قانون الصحة وترقيتها الخاصة بحالة الضرورة المتعلقة بصحة الحامل و التي سبق و أن أشرنا إليها في الباب الثاني عند الحديث في أسباب الإباحة و موانع المسؤولية، و لقد أدرج المشرع العشر مواد التي أخص بها الإجهاض في القسم الأول من الفصل الثاني من الجزء الثاني من قانون العقوبات الجزائرية. تنص على عقوبات مختلفة حسب الحالات و صفة الجاني، و هذه العقوبات تتمثل في الحبس والغرامة و المنع من الإقامة و المنع من ممارسة المهنة، هذا في حالة ما لم تقترن جريمة الإجهاض بظروف مشددة، كصفة الجاني و وفاة الحامل،

حيث أضفى فيها المشرع على جنحة الإجهاض صفة الجنائية و طبق عليها العقوبة المقررة للجنايات، كما اعتبر من الاعتياذ ظرفا مشددا للجريمة وهدف الشارع واضح، ويتمثل في مواجهة الخطورة التي ينطوي عليها الفعل في حد ذاته من سلبيات، تنعكس أثارها على الجنين بالدرجة الأولى و على صحة الحامل و حياتها، حيث أكدت الإحصائيات العالمية بأن أعداد هائلة من النساء تمتن بسبب الإجهاض، فسجلت بريطانيا في عام ١٩٧٠ عشرة آلاف حادثة وفاة^(١) ولعل ما يكون أشد خطرا على حياة الحامل، هو ذلك الإجهاض الذي يتم للتخلص من الحمل غير الشرعي، و تنعكس أثاره كما قلنا على المجتمع الذي إذا كثرت فيه مثل هذه الجرائم يكثر بذلك الفساد و الانحلال واللامبالاة و تحطيم الدعائم الأسر والإحجام عن الزواج بما أن البديل موجود، وحلول التخلص من الأجنة غير المشروعة موجودة و متوفرة فلهذا الغرض جاءت النصوص القانونية لضبط الجريمة و التحكم فيها، بعدم إفلات الجناة من العقاب، وبترويع و ردع كل من خولت له نفسه بأنه سوف لن يخضع لتلك النصوص العقابية.

وسوف نتكلم في هذا الفصل عن العقوبة المخصص لجرائم الإجهاض بما فيها عقوبة الجريمة الواقعة من الغير، و عقوبة جريمة الإجهاض الواقعة من الحامل على نفسها، و عقوبة الجريمة الواقعة من ذوي الصفة الخاصة كما سنتكلم عن عقوبة الشريك و عقوبة جريمة التحريض على الإجهاض.

كما سنخصص مبحثا للكلام عن الظروف المشددة للجريمة.

(١) د. سعيد البوطي، مسألة تحديد النسل، مرجع سابق، ص ١٦٠.

المبحث الأول

العقوبات المقررة لجرائم الإجهاض

لقد أورد المشروع الجنائي في قانون العقوبات الجزائري وبالتحديد في المواد ٣٠٤ - ٣٠٥ - ٣٠٦ - ٣٠٧ - ٣٠٩ - ٣١٠ من القانون نفسه، عقوبات لجرائم الإجهاض والتي تتميز فيما بينها بين عقوبة الجنحة وعقوبة الجنائية حيث، سنطرق في هذا المبحث إلى عقوبات جرائم الإجهاض بوصفها جنحة. أما عن عقوبات جرائم الإجهاض بوصفها جنائية وحالة الاعتياد والحرمان من ممارسة المهنة، فلقد أدرجناهم تحت بند الظروف المشددة للعقوبة، وخصصنا لها المبحث الثاني.

إذن فسوف نخص بالحديث جرائم الإجهاض وعقوباتها بوصفها جنحة حيث حدد لها الشارع عقوبات سالب للحرية تتراوح ما بين شهرين كحد أدنى وخمس سنوات كحد أقصى وذلك حسب الظروف المحاطة بالجريمة

المطلب الأول

عقوبة الفاعل في جريمة الإجهاض:

لقد جاء في نص المادة ٣٠٤ من قانون العقوبات أنه "كل شخص أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من ٥٠٠ إلى ١٠٠٠٠ دج". وسوف ندرج الفقرة الثانية في البحث اللاحق إن ما نفهمه من نص المادة أنه كل من تسبب في التوقف العمدي أو الجنائي لحالة الحمل، وحال دون استمراره وتطوره، وذلك بجميع التقنيات والوسائل سواء القديمة أو الحديثة أيا كانت، يقع تحت طائلة المادة ٣٠٤ من القانون العقوبات.

وما يشد الانتباه هو استعمال المشرع للعبارات التالية:

((مفترض)) ((بأية وسيلة)) ((شرع)) ((وافقت أو لم توافق)) وإذا أردنا أن نحلل هذه العبارات، وتحديد مدى تناسبها مع الجريمة والعقوبة، فإننا نستخلص نقطتين اثنتين:

أ- النقطة الأولى: عدم تناسب العقوبة مع الفعل

ب- النقطة الثانية: توسيع نطاق التجريم.

فإنحلل النقطة الأولى لنقول: أن المشرع حدد العقوبة لفعل الإجهاض

من سنة إلى خمس سنوات، والذي يتم على امرأة حامل. أما إذا كانت المرأة غير حامل أي أن الجاني كان يعتقد أنها حامل. إن العقوبة تبقى نفسها بالرغم من أن النتيجة لم تتحقق، أي لا جريمة. وإذا قارنا العقوبة، بفعل الجاني الذي لا يعدو أن يكون شروعاً وبين محل الجريمة الذي ينتفي وجوده في حالة الحمل الوهمي، فإننا نقول بأن هناك مبالغة في العقوبة.

أما إذا نظرنا إلى الفعل، أو السلوك الإجرامي في حد ذاته بعيداً عن النتيجة سواء تحققت أو لم تتحقق، فإننا نلاحظ مدى خطورته على الجنين والأم والمجتمع معاً، و لم يمكن قوله أن المشرع قد أمعن في حماية الجنين، وأحاطه بحماية قانونية، حتى لا يجزأ الجناة من الاعتداء عليه، فإن العقوبة المقررة من السنة إلى خمس سنوات بالإضافة إلى الغرامة و المنع من الإقامة، عقوبة مروعة و رادعة تجعل الجاني يحجم أولاً يجزأ على ارتكاب فعله، خوفاً من الوقوع في شباك القانون.

وبهذا يكون قد وفر أكبر قدر ممكن من الحماية للجنين، كما أنه قد سد الفراغات القانونية التي يمكن أن يفلت منها الجناة،

وخاصة إن حدث الإجهاض في الأيام الأولى للحمل حيث يصعب على الأطباء إثبات وقوعه^(١).

إن الجاني الذي استنفذ جميع سلوكه الإجرامي ولم تتحقق النتيجة سواء بسبب اضطراري جعله يوقف نشاطه الإجرامي، أو لسبب لادخل لإرادته فيه، لا يمكن له الإفلات من العقاب بحجة عدم تحقق النتيجة.

وهنا كذلك نلاحظ أن المشرع يهدف إلى مواجهة خطورة الجاني ، الذي ثبت أن له من العزم والإرادة والتصميم ما يجعله يعاود الكرة إذا أقلت من العقاب، كما أن رضا الحامل لا يغير من وصف الجريمة، ولا يمكن للجاني أن يعتد به.

(ب) النقطة الثانية : إن جريمة الإجهاض آفة لا تخلو منها جميع المجتمعات، سواء العربية أو الأوروبية أو الآسيوية أو الأمريكية بدون استثناء . فالتطور الهائل للعلوم الطبية من شأنه توسيع نطاق الجريمة، ولعل القارئ سوف يتساءل كيف ذلك ؟ فنقول تطور الوسائل التقنية الطبية، والأدوية المجهضة، من شأنها أن تجعل المرأة تتهاون في استعمال وسائل تحديد النسل . كالحبوب و اللولب و غيرها من وسائل تحول دون حدوث الإخصاب.

و حتى لا يجد القاضي نفسه أمام مشكلة قانونية والتي تتمثل في الفراغات القانونية التي قد يواجهها ، فلقد جعل من الفعل الإجهاض (بغض نظر عن تحقق النتيجة)، جريمة مهما كانت الوسيلة المستعملة في ذلك.

(١) د. مديحة فؤاد الخضري و العقيد أحمد بسيوني أبو الروس، الطب الشرعي و مسرح الجريمة والبحث الجنائي، مرجع سابق، ص ٢٠٣.

وهنا نلاحظ إن الشارع قد تأثر ببعض التشريعات في هذا المجال ونذكر من بينها قانون العقوبات الفرنسي في المادة ٣١٧ ق.ع.ف والقانون المصري في المادة ٢٦٠ و ٢٦١ ق.ع.م و القانون الأردني في المادة ٣٢١ ق.ع.ف.

و نخلص إلى القول أن المشرع الجنائي الجزائري، قد عاقب كل من تسبب في إجهاض حامل أو كان يظن أنها حامل و هي في الحقيقة ليست كذلك أو حاول بأن قام بتنفيذ سلوكه الإجرامي، أو أنه اضطر لتوقيف نشاطه الإجرامي، أو لأن النتيجة لم تتحقق لأي سبب آخر حتى وإن رضيت الحامل بذلك، فإنه يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح من ٥٠٠ إلى ١٠٠٠٠ دج .

كما يجوز للقاضي أن يطبق عليه المنع من الإقامة، و الذي نصت عليه المادة ١٢ من قانون الإجراءات الجزائية و التي جاء فيها:

"المنع من الإقامة هو الحضر على المحكوم عليه أن يوجد في بعض الأماكن، و لا يجوز أن تجاوز مدته خمسة سنوات في مواد الجنع ونشرة سنوات في مواد الجنايات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وآثار المنع ومدته لا يبدأن إلا من اليوم الذي يفرج فيه عني المحكوم عليه أن يكون قرار المنع من الإقامة قد بلغ إليه".

"يعاقب الشخص الممنوع من الإقامة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاثة سنوات إذا خالف أحد تدابير منع الإقامة أو تملص منها".

إذن قد يحكم القاضي -إضافة إلى العقوبة السالبة للحرية والغرامة - عقوبة المنع من الإقامة، إذا تبين أن تواجد الجاني- الذي قد استهلك عقوبته- يشكل خطرا على من يحيطون به أو من لعلاقة فعله الإجرامي بهم صلة.

فإذا ما خالف هذا المنع طبقت عليه الفقرة الثالثة من نفس المادة.

المطلب الثاني

العقوبة المقررة لذوي الصفة الخاصة:

لقد نصت المادة ٣٠٦ من قانون العقوبات على انه: الأطباء والقابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب وجراحة الأسنان و طلبة الصيدلية و مستخدمو الصيدليات و محضرو العقاقير و صانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية و الممرضون و الممرضات والمداكون المدلكات الذين يرشدون عن طرق أحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين ٣٠٤ و ٣٠٥ على حسب الأحوال.

إن الأشخاص الذين ذكرتهم المادة على سبيل الحصر، لا يمكن القياس عليهم كما سبق الإشارة إليه، فبحكم صفتهم وعلاقة مهنتهم بفعل الإجهاض، فإنهم يكونون أول المعرضين إلى العقاب و محل شك وشبهوات، لأن الطبيب أو الصيدلي أو القابلة أو جراح الأسنان الذي يسمح لنفسه بإجراء عملية إجهاض لحامل سواء كان لدافع اجتماعي كأن حملت المرأة من زنا أو من علاقة غير شرعية و تخشى في ذلك العار والفضيحة، ويهدف الطبيب من خلال ذلك مساعدتها، فسواء أراد الطبيب بفعله مساعدة الحامل، أو كان فعله ذلك، مصدر رزق و ثراء غير مشروع، اعتاد القيام به، وكم هم كثيرون من جعلوا من قتل الأنفس مصدر لجلب المال الكثير، اذن فسواء كان الهدف منه المساعدة أو المصلحة الخاصة، فانه يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها بالمادة ٣٠٦ من قانون العقوبات .

ولقد ذهب المشرع إلى أبعد من ذلك، حيث اعتبر أنه يستوي أن يقوم أحد الأشخاص المذكورين بنص المادة بعملية الإجهاض، أو أن يكتفي بدلالة المرأة على دواء، كأن يكتب لها وصفة دواء مجهض، أو

أن يدلها على وسيلة تساعد على ذلك، أو أن يقوم بما من شأنه تسهيل فعل الإجهاض، فإذا أقدم أحد هؤلاء الأشخاص على ما من شأنه إحداث الإجهاض، من مساعدة أو تسهيل، و سواء كان فعلهم ذلك ماديا أو مجرد معلومات، فإنهم يقعون تحت طائلة المادة ٣٠٦ ق.ع أي يحكم عليهم بالحبس سنة إلى خمس سنوات و بغرامة مالية تتراوح بين ٥٠٠ دج و ١٠,٠٠٠ دج.

كما يجوز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة، والحرمان من ممارسة المهنة، فبالنسبة للعقوبة الأخيرة، سوف أتكلم عنها عند التطرق إلى الظروف المشددة للعقوبة.

إن العقوبة التي أخص بها الشارع ذوي الصفة الخاصة و التي هي من سنة إلى خمس سنوات و الغرامة المالية التي تقدر أو تتراوح من ٥٠٠ دج إلى ١٠,٠٠٠ دج، هذا في حالة ما إذا أقدم أحد هؤلاء على الجريمة لأول مرة، أما إذا كان قد اعتاد القيام بها، فإن العقوبة تضاعف، إذن قلنا بأن العقوبة التي أخص بها ذوي الصفة الخاصة، تبين مدى احترازه من هذه الطائفة و ذلك لمدى خطورتها، التي تتمثل في تلك المعلومات الفنية والخبرة العملية و التي تسمح لهم بالقيام بالإجهاض بسهولة* و بسرية تامة مما يشجع الالتجاء إليهم، و لعل استعمال المشرع لكلمة "حسب الأحوال" أنه يقصد بذلك أن هؤلاء الأشخاص إذا قاموا أو ساعدوا أو أرشدوا الحامل - لأول مرة- على ما من شأنه إحداث الإجهاض، يعاقبون بالمادة ٣٠٤ من ق.ع، أما إذا تبين أنهم قد اعتادوا القيام بهذه العمليات فتطبق عليهم المادة ٣٠٥ من ق.ع، و مهما يكن فإن الطبيب أو الممرض أو الجراح و غيرهم من أصحاب المهنة الشريفة، يجب أن يعلم بأنه سيقع يوما في أيدي العدالة، وحينها لن يتساهل معه القانون لكونهم استغلوا ضعف بعض فئات المجتمع، لحسابهم الشخصي أو بالأحرى لتحقيق

مصلحة شخصية تتمثل في جمع أكبر قدر ممكن من الأموال، ضاربين القوانين و القيم الأخلاقية عرض الحائط إلا أن هؤلاء الأشخاص - وبالتحديد الطبيب أو الجراح- إذا قام بعملية إجهاض لضرورة صحية ملحة، كإنقاذ حياة الأم من الخطر، ووفقا للشروط التي وضعها القانون، فلا تقوم مسؤوليته الجنائية عن ذلك، لأن الفعل يصبح مباحا و مسموحا به، وذلك ما نصت عليه المادة ٣٠٨ من قانون العقوبات^(١)، أما إذا أخطأ الطبيب أو الجراح أثناء إجراء عملية الإجهاض المباح أو الضروري، خطأ غفيا وألحق ضررا بالأم أو أودى بحياتها، فإنه لا يسأل عن الإجهاض و لكنه سيسأل عن الإيذاء الخطأ طبقا للمادة ٢٨٩ ق.ع " إذا نتج عن الرعاية أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين و بغرامة من ١٥٠٠ دج إلى ١٥٠٠٠ دج أو بإحدى هاتين العقوبتين"

أما إذا نتج عن خطأ الطبيب وفاة الحامل، فإنه يسأل عن القتل الخطأ و يطبق عليه نص المادة ٢٨٨ ق.ع " كل من قتل خطأ و تسبب في ذلك برعونته أو عدم انتباهه أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من ١٠٠٠ دج إلى ٢٠٠٠٠ دج".

و يمكن القول بأن الطبيب أو من في حكمه يقعون تحت طائلة العقاب إذا قاموا بالإجهاض أو أرشدوا إليه أو سهلوه، كما أنه لا يمكن لأحد من ذوي الصفة الخاصة، أو لمن لمهنته علاقة بالفعل -ما عدا الطبيب والجراح- أن يقوم بالإجهاض الضروري، وأن يدفع بأن ذلك تم من أجل إنقاذ حياة الحامل من الهلاك.

(١) انظر الصفحة ١٤٤ من بحثنا هذا (ذكرت فيها المادة ٣٠٨ من ق.ع).

المطلب الثالث

عقوبة الحامل التي أجهضت نفسها

نصت المادة ٣٠٩ من قانون العقوبات على أنه : " تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من ٢٥٠ إلى ١٠٠٠ دج، المرأة التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض " و من استقراء نص المادة أول ما يلفت انتباهنا هو عبارة "عمداً" - وقد سبق و أن أشرنا إليها ولا بأس من التذكير بذلك، فالشارع اشترط أن تكون المرأة قد تعمدت فعل الإجهاض أي يستبعد الخطأ، فمثلاً أن تشرب دواء ضد المفعس أو الأرق فتجهض، فلا يمكن مسألتها لأنها لم تكن تتعمد فعل الإجهاض، أو مثلاً كأن تذهب إلى الحمام فتجهض، فهنا لا وجود للعمد بل أن الإجهاض هنا يكون تلقائياً أي ما يعرف بـ Fausse Couche فتعتمدها هو أن تريد التخلص من الجنين سواء بمفردها أو بالاستعانة بالغير أو بما يرشدها إليه، فإذا قامت بالإجهاض بنفسها سواء بتعاطي أدوية أو عقاقير مجهزة أو بإدخال جسم غريب في رحمها فإنها تعاقب على ذلك سواء حدث الإجهاض أو لم يحدث كأن كان فعلها شروعا، بالعقوبة التي تتراوح من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة مالية من ٢٥٠ إلى ١٠٠٠ دج. أما إذا استعانت بالغير و بما يقدمه لها من إرشادات و تسهيلات لتحقيق النتيجة فتميز بين حالتين :

حالة ما إذا كان الغير شخص عادي سواء قريب منها أو لا علاقة لها بها أو بنسبها فإنه يعتبر شريكا لها و يعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة، أي نفس العقوبة التي تخضع لها الحامل و هي الحبس من ستة أشهر إلى سنتين، و إذا كان هذا الغير من الأشخاص الذين اعتادوا القيام بالإجهاض، كأن تكون امرأة عجوز أو رجل اعتادوا ممارسة

الإجهاض بالطرق التقليدية فإنه يعتبر شريك لها و يعاقب بالعقوبة المقررة في نص المادة ٣٠٥ من ق.ع.ج التي تجعل من الجنحة جنائية، لتحقيق حالة الاعتياد.

أما عن الحالة الثانية فإن كان الشخص الذي سهل لها الإجهاض أو أرشدها إليه بدون القيام به شخص من ذوي الصفة الخاصة، فإنه يعتبر فاعلا معها لكن ليس في نفس الجريمة، إذ يعتبر فاعلا في جريمة إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل، و تعتبر هي فاعلة في جريمة إجهاض الحامل لنفسها فتطبق عليه نص المادة ٣٠٦ من ق.ع.ج، و تطبق عليها نص المادة ٣٠٩ ق.ع.ج، و كذلك الحال إذا رضيت أن يجهضها الطبيب أو القابلة.

و ما يمكن الإشارة إليه أنه في كلتا الجريمتين أو الصورتين فإن القصد الجنائي متوفر سواء عند الطبيب و الذي يتمثل في إرادة تحقيق النتيجة المتمثلة في الالتزام الذي عقده على نفسه مقابل مبلغ دفعته أو ستدفعه له الحامل.أو عند الحامل حيث أن إرادة التخلص من الجنين قائمة عندها و تتمثل في الاستعانة بالطبيب و قبول شروط قيامه بالجريمة.

المطلب الرابع

عقوبة المحرض في جريمة الإجهاض

يعاقب المحرض على الإجهاض طبقا للمادة ٣١٠ من قانون العقوبات الجزائري بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من ٥٠٠ إلى ١٠٠٠٠ دج أو بإحدى العقوبتين، إذا قام بالتحريض على الإجهاض بإحدى الطرق التي ذكرت في المادة أعلاه، بأن ألقى خطبا في أماكن عامة أو اجتماعات عمومية أو باع أو طرح للبيع كتباً أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة (راجع المادة) حتى وإن

لم تتحقق النتيجة، فلقد حددت المادة الطرق التي يتم بها التحريض وأخضعت القائم بها إلى العقوبتين معا أو إحداهما.

إن الأصل في التحريض المعاقب عليه كصورة من صور الاشتراك، أنه يكون فرديا أي موجه إلى شخص معين أو عدة أشخاص معينين بالذات، بل هو وسيلة مستقلة من وسائل الاشتراك تجعله بعيدا عن الجريمة. و النوع الثاني من التحريض هو التحريض العام، وهو الذي يوجه إلى أفراد الجمهور دون تمييز كالتحريض على التجمهر، حيث تشترط فيه العلانية وأن يكون في جناية أو جنحة^(١)، أما التحريض على جريمة الإجهاض فهو تحريض عام يقصد فئة النساء خاصة، ويكون سواء علنيا أو في الخفاء ويكون في جنحة الإجهاض.

وإذا قلنا بأن جريمة التحريض على الإجهاض جريمة قائمة بذاتها، فهذا يعني أن حكم الشريك و الشروع يخضع إلى نفس القواعد المطبقة على الاشتراك والشروع في الإجهاض، فتطبق نفس العقوبة المنصوص عليها بالنسبة للمعرض على شركائه وعلى حالة الشروع فيها. وإذا ما رجعنا للفقرة ٢ من نص المادة ٣١١ ق.ع.ج فإننا نلاحظ بأنه إذا كان المعرض على الإجهاض شخص ذي صفة خاصة فإنه إضافة إلى عقوبة المادة ٣١٠ ق.ع.ج فتطبق عليه عقوبة الحرمان من ممارسة المهنة. و ما يمكن أن نخلص إليه، أنه كل من حرض على الإجهاض سواء علنيا أو في غير علنية باستعمال الطرق و الوسائل المذكورة في نص المادة، و سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق، و سواء قام بها المعرض بمفرده أو كان له شركاء كما ذكرنا، فإنه يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات و بغرامة مالية تتراوح من ٥٠٠ إلى ١٠٠٠٠ دج، و هذا الحكم ينطبق على الشروع في التحريض.

(١) د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، مرجع سابق، ص ٨٠ - ٨١.

المطلب الخامس

عقوبة الشروع والاشتراك في جريمة الإجهاض

الأصل أنه لا عقوبة على الشروع في الجنحة و ذلك طبقا لما جاء بالمادة ٣١ من ق.ع.ج إلا بناء على نص صريح، و لقد عاقب الشارع على الشروع في جريمة الإجهاض و ذلك بناء على ما جاء بالمادة ٣١١ من ق.ع.ج و بالضبط الفقرة الثانية و التي جاء فيها "و كل حكم عن الشروع و الاشتراك في الجرائم ذاتها يستتبع ذات المنع" و نص صراحة على ذلك في المادة ٣٠٤ ق.ع.ج في قوله "أو شرع في ذلك" و كذلك في المادة ٣٠٩ ق.ع.ج في عبارته "أو حاولت ذلك" على خلاف بعض التشريعات العربية التي لم تعاقب على الشروع في جريمة الإجهاض، و عليه فإن الشارع يعاقب على الشروع في جميع جرائم الإجهاض أو بعبارة أخرى على الشروع في جميع صور الإجهاض.

فهو يعاقب الغير الذي حاول أو شرع في إجهاض الحامل و لم تتحقق النتيجة سواء استنفذ جميع نشاطه الإجرامي و لم تتحقق النتيجة لاستحالة الحمل أو لخيبة جريمته، أوقف نشاطه لسبب اضطراري لا دخل لإرادته فيه، فإنه يعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة، كما لو أنها تحققت، أي بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بالغرامة المالية المتراوحة ما بين ٥٠٠ إلى ١٠٠٠٠ دج، إضافة إلى المنع من الإقامة.

كما أنه يعاقب ذوي الصفة الخاصة إذا شرع أحد منهم في ارتكاب الجريمة و مثاله كأن يقوم طبيب بتحضير المعدات الطبية اللازمة لإجراء عملية الإجهاض و تغلية بعضها أو تعقيمها، ويدخل الحامل إلى حجرة العمليات و يطلب منها أن تستلقي، فتفعل، ثم تتراجع في رأيها و تمتنع عن إجراء الإجهاض، فهنا تطبق عقوبة الجريمة كما لو تحققت

النتيجة، لأن إرادته اتجهت إلى ذلك لولا تراجع الحامل، فتطبق عليه العقوبة المنصوص عليها بالمادة ٣٠٦ ق.ع.ج.

وكذلك الحال بالنسبة للحامل التي تحاول إجهاض نفسها فتعاقب بنفس العقوبة المقررة لهذه الصورة من الإجهاض كما لو أن النتيجة تحققت .

و ما قلناه عن الغير و الطبيب و من في حكمه و الحامل نفسها بالنسبة للشروع ينطبق كذلك على المحرض، حيث سبق و أن قلنا بأن المشرع قد جعل من التحريض على الإجهاض جريمة قائمة بذاتها، فإذا ينطبق عليها حكم الشروع في التحريض على الإجهاض، حيث نستنتج ذلك مما جاء في المادة ٣١٠ من عبارة تدل على ذلك " ولو لم يؤد تحريضه إلى نتيجة" بأن المحرض يخضع إلى عقوبة فعله بالرغم من عدم تحقق النتيجة (سبق الإشارة إلى العقوبة).

ومثاله أن يضبط شخص مشبوه فيه أو مشكوك فيه و بحوزته مطبوعات أو صور رمزية تحرض على الإجهاض، فإن فعله يعد شروعا لأنه لولا ضبطه و إلقاء القبض عليه لواصل نشاطه بأن وزع تلك المطبوعات و قدمها لنساء بفرض الإجهاض.

وما يمكن قوله عن الشريك في جريمة الإجهاض أنه يخضع لنفس العقوبة المقررة للفاعل الأصلي، فإذا كان شريكا في جريمة إجهاض الغير للحامل أي ممن تنطبق عليهم المادة ٣٠٤ ق.ع.ج يخضع لنفس الحكم أو العقوبة المقررة للفاعل، أما إذا كان شريكا للفاعل الذي تتوفر فيه الصفة الخاصة و الذي حدته المادة ٣٠٦ ق.ع.ج فإنه يخضع لنفس العقوبة لهؤلاء الأشخاص دون التأثير بالظروف الشخصية التي قد يخضع لها الفاعل، وإذا كان شريكا للحامل، فإنه يخضع للعقوبة المقررة

لها أي المادة ٣٠٩ ق.ع.ج، كذلك الشأن بالنسبة للشريك في جريمة التحريض على جريمة الإجهاض، فإنه يخضع لنفس عقوبة المحرض. ومنه فإن الاشتراك في جرائم الإجهاض يطبق عليه نفس العقوبة المقررة للجرائم ذاتها.

وعليه فإن المشرع قد وسع من نطاق تجريمه لفعل الإجهاض ليطول حتى الذي شرع في تحقيق نتيجة مستحيلة الوقوع أو اشترك في جريمة لم تتحقق نتائجها و العبرة من وراء ذلك هو الخطورة الإجرامية للجاني، ويكون بذلك قد ضيق عليه الخناق حتى لا يجراً على إتيان فعله الإجرامي.

المبحث الثاني

الظروف المشددة لجريمة الإجهاض

نقصد بالظروف المشددة للعقوبة، تلك الظروف الشخصية أو الموضوعية اللصيقة بالجريمة و التي تؤدي إلى تغيير صفتها، حيث ينتج عنها تشديد العقوبة، إما نظرا لصفة الشخص الذي قام بها، أو للظروف الموضوعية التي لصقت بالجريمة فغيرت من وصفها.

المطلب الأول

التشديد في حالة وفاة الحامل :

لقد جاء في الفقرة ٠٢ من المادة ٣٠٤ من ق.ع.ج أنه " و إذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة"

إن العقوبة التي حددها الشارع للإجهاض المفضي إلى الموت هي عقوبة الجناية، وبالتالي يكون قد جعل منها جناية يسأل عنها الجاني سواء قام بها بمفرده أو مستعينا بشركاء فتطبق عليهم نفس العقوبة، إن كل من ساهم سواء بصفة مباشرة يخضع لعقوبة الفقرة الثانية لأن فعل

الإجهاض فقد صفة الجنحة ب وفاة الحامل، فإذا كان الشخص الذي قام بالإجهاض هو من بين الأشخاص المذكورين في نص المادة ٣٠٦ ق.ع.ج، أي طبيباً أو من في حكمه، فتطبق عليه نفس العقوبة إذا أفضى فعله إلى وفاة الحامل، و يجب على القاضي الحكم عليه بالحرمان من ممارسة المهنة طبقاً للمادة ٣١١ من ق.ع.ج، حيث أن الطبيب بحكم مهنته فإنه يعلم ما في الإجهاض من خطورة على المرأة، وما نقوله عن الأشخاص ذوي الصفة الخاصة ينطبق على شركائهم من حيث إخضاعهم إلى نفس عقوبة الفقرة ٢ من المادة ٣٠٤. أما فيما يخص الحرمان من ممارسة المهنة فيقتصر على من تتوفر فيهم الصفة من الشركاء. أما إذا اقتصر دور الطبيب أو القابلة على الإرشاد أو تسهيل عملية الإجهاض التي أودت بحياة الحامل فإنهم يعتبرون فاعلين في جريمة إجهاض الحامل طبقاً للمادة ٣٠٦ فيخضعون لعقوبة الجنائية بالرغم من أنهم لم يقوموا بها بل دلوا عليها و سهلوها، ونعطي مثالا عن الطبيب الذي بدأ عملية الإجهاض بأن أعطى الحامل حقنة مقوية و قام بتخديرها فتوفيت في الحال لأنها كانت مصابة بمرض في القلب و لم تتحمل النسبة التي حقنها إياها من التخدير، فيسأل حينها الطبيب عن جريمة إجهاض الحامل المفضي إلى الموت و يعاقب بالحبس من عشر سنوات إلى عشرين سنة، و كذلك هو الحال إن وافقت الحامل على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها و أدى ذلك إلى وفاتها.

و ما يمكن قوله : أنه إذا أفضى الإجهاض إلى وفاة الحامل فإن كل من الفاعل - سواء كان من ذوي الصفة الخاصة أو شخص عادي أو شريك - فإنهم يسألون عن الإجهاض المفضي إلى الوفاة، و كذلك الحال بالنسبة للشروع.

المطلب الثاني حالة الاعتياد

يمكن أن نعطي مفهومًا للاعتياد : وهو أن يعتاد الشخص سواء كان عاديًا أو ممن جاء ذكرهم بالمادة ٣٠٦ ق.ع.ج القيام بعملية الإجهاض، ولا نقصد العود والذي يكون قد سبق وأن حكم عليه بحكم في جريمة الإجهاض بل نقصد به بمارس عادة هذه الأفعال بمنأى عن القانون، إذن فإذا ثبت أن الجاني قد سبق وأن مارس هذه الأفعال فإن عقوبة الحبس المنصوص عليها بالمادة ٣٠٤ ق.ع.ج تضاعف و ترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى وما نلاحظه هو أن المشرع لم يقتصر على تضييف العقوبة على الجاني الذي قد اعتاد القيام بالإجهاض فقط، بل شمل بها كذلك الأشخاص ذوي الصفة الخاصة، خلافا لبعض التشريعات التي جعلت من صفة الجاني ظرفا مشددا للعقوبة، أما المشرع الجزائري فلقد جعل من جريمة الإجهاض جنائية إذا اعتاد القيام بها الغير أو الغير ذي صفة خاصة فيعاقبون بالعقوبة المقررة للجنايات، أي أن صفة الجاني لا تأثير لها في تغيير وصف الجريمة، بل ما يغير وصفها هو حالة الاعتياد استنادا إلى المادة ٣٠٥ ق.ع.ج.

إن الشخص الذي ليست له علاقة بمهنة الطب، وأعتاد القيام بالإجهاض بالطرق التي جاء ذكرها في المادة ٣٠٤ من ق.ع.ج سواء كانت تقليدية أو حديثة فإنه يشكل خطورة كبيرة على حياة الحامل، و على المجتمع ككل، لأن هدفه تجاري محض بحيث يجعل من فعل غير مشروع مصدر كسب و ربح ولا يبالي بنصوص القانون، و مع الأسف لم نستطع التحصل على أي إحصائيات للإجهاض الجنائي وحالات الوفيات للنساء، لأن ذلك يتم في سرية تامة، إلا أن إحصائيات العالم الثالث والتي

قدرتها جريدة التايمز الأمريكية^(١) تدل على أن أكثر من ٣٣ مليون حالة إجهاض جنائي تتم سنوياً، و يبقى هذا العدد بعيداً كل البعد عن الحقيقة، لأن فعل الإجهاض مجرم و يتم كما قلت في الخفاء، الأمر الذي يجعل من المستحيل الحصول على إحصائيات صحيحة أو قريبة من الصحة.

ولقد تفتن المشرع إلى ذلك، ولم يقتصر تشديده للعقوبة على الأطباء و ذوي الصفة الخاصة فقط، بل شمل كذلك مداسي الدماء المتواجدين في المجتمع.

إن الطبيب و القابلة و بحكم مهنته و انتمائه إليها، فإنه يكون موضع اشتباه بمجرد أن يقوم بعمل مشكوك فيه أو مشتببه، وبالتالي إذا ثبت أنه اعتاد ممارسة الإجهاض فإنه لايسلم من العقاب، والعلة من تشديد العقوبة على هته الفئة من الفنيين و المتخصصين تتمثل في خبرتهم و علمهم بأمور الطب و العلاج والجراحة و التوليد، مما يجعلهم يقومون بذلك في سرية و يخفون آثارها و عوارضها، الشيء الذي يشجع الحوامل إلى الاستعانة بهم و لو كانت أسعارهم خيالية، وهذا النوع مشهور في أوساط المجتمع إلا أن القانون لا يطولهم، حيث لا يمكن تخيل ماذا يجري داخل العيادات و دور الولادة فكلما تكون هناك ثلاث ولادات حية تقابلها على الأقل حالة إجهاض غير شرعي، إلا أن ذلك من الصعب جداً إثباته، ولا يكون إلا إذا تم التبليغ عنهم من طرف المواطنين المخلصين وقبض عليهم متلبسين بجرائمهم. ولهذا الغرض غير المشرع وصف الجريمة وجعلها جنائية يطبق عليها أقصى حد للحبس المؤقت في الجنايات، و يظهر هنا الطابع الردعي الذي أحيطت به جريمة الإجهاض،

(١) د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص ٤٢٧.

إضافة إلى التدابير الاحترازية التي أحيطت بها الجريمة، فوقع على هذه الفئة الحرمان من ممارسة المهنة و التي سنبينها في المطلب اللاحق.

المطلب الثالث

الحرمان من ممارسة المهنة

تتم ممارسة مهنة الطب وفقا لقواعد و ضوابط محددة، بحيث يعتبر أي خروج عنها بمثابة خطأ يحاسب عليه مقترفه بعقوبات لا تعدوا أن تكون تأديبية.

و لكن قد يأخذ هنا الخروج عن القواعد شكل جريمة و هنا تكمن خطورة الوضع، حيث يغشى الشارع أن يستمر من حكم عليه بصدد جريمة إجهاض في أعماله الإجرامية و يعود إليها بعد الإفراج عنه، ولذلك أوجد الشارع تدابير احترازية لمواجهة المعضلة و التي تتمثل في الحرمان من ممارسة المهنة، و يهدف من ورائها إلى حماية المجتمع من خطورة السلوك الإجرامي لهؤلاء الأشخاص، فإذاً هي تدابير وقائية أكثر منها عقابية. و لقد نص على ذلك في المادة ٣٠٦ ق.ع الفقرة ٢ و التي جاء فيها " و يجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليه في المادة ٢٣ فضلا عن جواز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة" ..

والمادة ٢٣ من ق.ع تنص على ما يلي : " يجوز الحكم بالمنع من مزاوله مهنة أو نشاط أو فن على المحكوم عليه بجناية أو جنحة إذا ثبت للقاضي أن للجريمة التي ارتكبت صلة مباشرة بمزاوله المهنة أو النشاط أو الفن وأنه يوجد خطر لتركه يمارس أيا كان منها ويصدر المنع لمدة لا تتجاوز ١٠ سنوات.

ويجوز أن يؤمر بالتنفيذ المعجل بالنسبة لهذا الإجراء" و من نص المادة يمكن استنتاج أنه إذا تبين أن لفعل الجاني صلة مباشرة بمهنته وأنه يوجد خطر من تركه يمارس مهنته، فإنه يجوز الحكم عليه بالحرمان

من ممارسة المهنة التي حددته المادة إياها بعشر سنوات قابلة للنفاذ المعجل.

وما يمكن ملاحظته هنا هو أن المنع أو الحظر لممارسة المهنة جاء جوازياً، أي أن القاضي يرى ما إذا كان الشخص يمثل خطورة إذا ما عاد إلى مزاولة مهنته، كما أنه ينظر ما إذا لم يسبق و أن حكم عليه في نفس الجريمة أو جريمة مماثلة^(١)، كأن يكون مثلاً قد حكم عليه في جريمة تسليم شهادات وفاة أو ميلاد مزورة. ولكي يحكم القاضي بالحرمان من ممارسة المهنة، يجب أن يكون قد حكم على الشخص ذي صفة الخاصة بعقوبة سالبة للحرية في الجريمة ذاتها.

أما بالنسبة لآثار هذا الحكم، أي بداية سريانه فإن المشرع لم يشير إلى ذلك في قانون العقوبات الجزائي، بل اكتفى بالإشارة إلى شمول الحكم بالنفاذ المعجل، وما يمكن أن نقوله نحن هو أن بداية سريان الحكم بالحرمان من ممارسة المهنة يبدأ من يوم انتهاء العقوبة المقيدة للحرية، أي من يوم الإفراج على المحكوم عليه^(٢).

وإذا خالف المحكوم عليه الحكم القاضي بالحظر من ممارسة المهنة، فإنه يقع تحت طائلة المادة ٣٠٣ من ق.ع والتي جاء فيها: "كل من يخالف الحكم القاضي بحرمانه من ممارسة مهنته بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة ٣٠٦ يعاقب بالحبس من ستة أشهر على الأقل إلى سنتين على الأكثر وبغرامة مالية من ١٠٠٠ إلى ١٠٠٠٠ دينار".

إذن لو خالف الجاني أو أراد التملص بأن غير مسكنه أو محل عمله أي عيادته إلى بلدة أخرى أو مكان آخر، فإن الحكم بالحرمان

(١) د. عمر سالم، النظام القانوني للتدابير الاحترازية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،

الناشر دار النهضة العربية، السنة ١٩٩٥، ص ١٨٣.

(٢) نفس المصدر، ص ١٨٣.

يبقى قائما كما يجوز علاوة على ذلك الحكم عليه بالمنع من الإقامة، و الذي يكون لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، حيث يمنع عليه التواجد ببعض الأماكن أو في مكان معين، و لا يبدأ تنفيذ هذا الحكم إلا بعد الإفراج عنه و تبليغه إليه (أنظر المادة ١٢ من ق.أ.ج).

إذن فقد يحكم على الطبيب الذي قد حكم عليه في جريمة الإجهاض بالحرمان من ممارسة المهنة لمدة ١٠ سنوات مع المنع من الإقامة، و الحكمين الأخيرين إذا ما تمعنا فيهما نلاحظ بأنهما وقائيين، حيث أن المشرع يفسى من بقاء الجاني في مهنته، أو في نفس البلدة من أن يعود إلى سلوكاته الإجرامية، و بالتالي يحكم فيهما لإبعاده عن نطاق الجريمة المحكوم عليه فيها.

ولقد نصت المادة ٣١١ من ق.ع على أنه "كل حكم عن إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم يستوجب بقوة القانون الحكم بالمنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في العيادات أو دور الولادة أو في أية مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة نساءا في حالة حمل حقيقي أو ظاهر أو مفترض و ذلك بأجر أو بغير أجر.

وكل حكم عن الشروع و الاشتراك في الجرائم ذاتها يستتبع ذات المنع"

ومن استقراء نص المادة، نلاحظ أن المشرع قد أوجب تطبيق المنع من ممارسة المهنة بقوة القانون دون أن يستوجب حكما خاصا بذلك، و نقصد هنا المنع الوجوبي، بخلاف ما جاء في المادة ٣٠٦، حيث كان المنع جوازيا، أي يحكم به القاضي إذا رأى ضرورة لذلك، و قد لا يحكم به إذا لم يتبين ذلك.

فإذن المنع الذي ورد في المادة ٣١١ من ق.ع هو منع وجوبي، يكون بقوة القانون على جرائم الإجهاض، و يشمل ممارسة أية مهنة أو أداء أي

عمل بأية صفة كانت في العيادات الخاصة للتوليد أو المؤسسات التي تستقبل نساء حوامل حملا حقيقيا أو ظاهري أو مفترض، سواء كان ذلك بأجر أو بدون أجر. وهذا المنع لا يتوجه إلى الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان، فحسب، بل يشمل كل شخص حكم عليه في جريمة إجهاض سواء كان الغير أو الحامل أو المحرض أو شركائهم أو من حكم عليه في جريمة الشروع في الإجهاض أو أي أحد ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد التي خصصها الشارع لجريمة الإجهاض - من ٢٠٤ إلى ٣١٣ ق.ع.ج. - فإنه يمنع من ممارسة أية مهنة أو عمل بأية صفة كانت في العيادات الخاصة بالتوليد أو المؤسسات التي تستقبل الحوامل، كأن يكون الزوج مثلا المحكوم عليه بالاشتراك في جريمة الإجهاض يعمل بعيادة خاصة للتوليد كحارس، فإنه يمنع من ممارسة عمله في تلك العيادة طبقا لنص المادة إياها، ويكون هذا الحكم لمدة لا تتجاوز ١٠ سنوات و قابلة للنفاذ المعجل طبقا للمادة ٢٣ من قانون العقوبات.

فهنا لقد تقطن المشرع إلى مدى خطورة هؤلاء الأشخاص الذين ارتكبوا جريمة الإجهاض، فطبق عليهم المنع بالرغم من أنه ليست لهم أية صفة خاصة أو مهنة خاصة لها علاقة بإحداث الإجهاض، ويكون بذلك قد شمل أي شخص محكوم عليه في جريمة الإجهاض يعمل بعيادة للتوليد عمومية أو خاصة تستقبل نساء حوامل سواء كان الحمل حقيقي أو مفترض، بأية صفة كان سواء كان حارسا أو طباحا أو طبيبا أو عون نظافة وصيانة أو ممرض. وهذا يدل على مدى خطورة هؤلاء الأشخاص وخاصة إن وجدوا بالأماكن إياها، أي مصدر الجريمة وترويج تجارة قتل الأجنة، فإن علاقة محل العمل أو المهنة بالجريمة التي ارتكبها تجعله يخضع للمنع، وبالتالي يكون الشارع قد تشدد في العقوبة على هؤلاء

الأشخاص بحكم خطورتهم إن تواجدوا في الأماكن إياها، ولهذا ذهب إلى إبعادهم عنها حتى لا يعودوا إلى إجرامهم، أو ما يحفزهم على الإجرام. ولقد شمل هذا الحكم كذلك الأشخاص المحكوم عليهم في جهة قضائية أجنبية، وحاز الحكم قوة الشيء المقضي فيه عن أفعال تكون إحدى الجرائم المنصوص عليها بالمواد من ٣٠٤ إلى ٣١٣ ق.ع. إذن فإذا كان الشخص أو الجاني قد حكم عليه في بلاد أخرى في جريمة إجهاض، وحاز ذلك الحكم قوة الشيء المقضي فيه، فتقوم النيابة العامة بطلب المنع من ممارسة المهنة أو الحرفة، فتقرر محكمة محل إقامة الشخص، وبعد دعوته قانونا للحضور أمامها، تقرر بأن ثمة محل لتطبيق المنع الذي جاء في المادة ٣١١ من ق.ع، و مثال ذلك كأن يكون الشخص قد ارتكب جريمة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في إيطاليا، وكان يسكن ببئر مراد راييس، فتقوم النيابة العامة لمحكمة محل إقامة الجاني بطلب المنع الذي تفصل فيه المحكمة في غرفة المشورة بدعوة صاحب الشأن لتطبيق المنع طبقا لما جاء بالمادة ٣١٢ من ق.ع.ج و التي جاء فيها : " في حالة صدور حكم من جهة قضائية أجنبية حاز قوة الشيء المقضي فيه عن أفعال تكون إحدى الجرائم المحددة في هذا القسم، طبقا للقانون الجزائري، تقرر محكمة محل إقامة المحكوم عليه منعقدة في غرفة مشورة وبناءا على طلب النيابة العامة و بعد دعوة صاحب الشأن. قانونا للحضور أنه ثمة محل لتطبيق المنع المنصوص عليه في المادة ٣١١ ق.ع."

نلاحظ أن الشارع قد شمل بهذا الحكم الشخص الذي ارتكب جريمته في الخارج، وحكم عليه أمام جهة قضائية أجنبية، أي بعيدا عن الجزائر، فإذا ما تبين أن ذلك الشخص يشكل خطورة على المجتمع من تركه يمارس مهنته أو عمله في العيادات أو المؤسسات الخاصة بالتوليد أو برعاية الحوامل، فإنه يقضي عليه بالحرمان من ممارسة المهنة. و في هذه الحالة

يكون المشرع هدفه مواجهة الخطورة الإجرامية التي ينطوي عليها بعض الأشخاص أو قد يشكلونها بالرغم من عدم ارتكابهم للجرائم على التراب الجزائري وما يمكن قوله أنه لا يمكن لأحد أن يعبت أو يستهين بالقانون، فالمشرع حريص على حماية حق المجتمع وردع الأشخاص الذين يهددونه بوضعهم خارج نطاق الإضرار بالأفراد.

وختم الشارع القسم الأول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات والذي خصص فيه مواد لجرائم الإجهاض بالمادة ٣١٣ ق.ع والتي جاء فيها "كل من يخالف المنع المحكوم به طبقا للمواد ٣٠٦ فقرة ٢ و ٣١٢ يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من ٥٠٠ إلى ٥٠٠٠ دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين" ومعناه أنه كل من يخالف الحكم القاضي بالمنع الجوازي أو المنع الوجوبي فإنه يخضع لعقوبة المادة إياها. وهذه التدابير الاحترازية التي اتخذها الشارع إزاء هؤلاء الأشخاص هي تدابير وقائية لتجنب تفشي الجريمة وتطويق لمن لمهنتهم أو عملهم علاقة بالجرائم السابقة، والهدف منه حماية المجتمع من الظواهر الإجرامية ومن تشدد المشرع الجزائري نستخلص مدى تأثره بالشريعة الإسلامية، وخاصة بالمذاهب والآراء الفقهية التي تحرم الإجهاض في جميع مراحل الحمل، وتوجب العقاب عليه في أي مرحلة تم الإسقاط فيها حتى وإن كان دما متجمدا، بخلاف بعض التشريعات التي لم تتشدد في العقاب على الإجهاض، بل قد أباحت في الأشهر الثلاث الأولى (قانون العقوبات التونسي سبق الإشارة إلى ذلك) وما نخلص إلى قوله هو أن المشرع الجنائي الجزائري قد وسع من نطاق الجريمة والتجريم حتى يخضع أكبر قدر ممكن من الأفعال والجناة إلى العقاب، فتشدد في العقوبة حفاظا على حق الجنين والمجتمع وحتى لا يجرأ من تخول له نفسه القيام بإجرامه دون أن يطوله القانون.

الخاتمة

و بهذا نكون قد أتينا على نهاية دراستنا لموضوع الإجهاض في الشريعة الإسلامية، وفي القانون الجنائي الجزائري، ذلك الموضوع الحيوي والحساس الذي يتعلق بأول مرحلة لوجود الإنسان، والذي حرّمته الشريعة الإسلامية بناءً على قوله تعالى و سنة رسوله، واعتبرته قتلاً لنفس مؤمنة إذا ما نفخت فيه الروح.

كما يعتبر القانون كل ما من شأنه المساس بسلامة أو نمو الجنين، جريمة يعاقب عليها و لم يبحه إلا في حالة واحدة فريدة وهي إنقاذ حياة الأم من الهلاك.

فذهب معظم الفقهاء القدامى إلى تحريم الإجهاض إذا ما بدأ الجنين في التخلق، ويرى بعضهم جوازه في الأربعين الأولى من الحمل، ذلك لأن النطفة ليست ذات حياة محترمة، وأن النطفة لم تتعقد ولداً بعد، فإذا دخلت طور التخلق حرّم الإسقاط، ثم أن الحرمة تشد كلما ازدادت مرحلة نفخ الروح اقتراباً، إلى أن تصل إلى التحريم المطلق مع نفخ الروح.

ومنهم من رأى بجوازه ما لم يتخلق منه شيئاً، دون تفويت حق الزوجين، كما رأى بعضهم بكراهته إن تم لغير عذر.

وذهب جمهور آخر من الفقهاء إلى جوازه ما لم تنفخ فيه الروح، أما المحدثون، فترى القلة منهم بجوازه في الأربعين الأولى من الحمل، وأجمع معظمهم بتحريمه منذ الوهلة الأولى للحمل، أي بدءاً من البويضة الملقحة، التي تنقسم مكونة خلايا حية تدل على أول مراحل الحياة. ولم يكن حكم المحدثون إلا تأثراً بما وصل إليه علم الأجنة والطب إلى إثبات أن النطفة الأمشاج تتسم بالحياة (حياة تختلف عن تلك التي تدب في الجنين مع نفخ الروح) و لها استعداد النمو و التطور. حيث أثبتت

الكشوفات الطبية بواسطة جهاز الأشعة بالأمواج الصوتية أن الجنين يكون حيا لا جمادا، تسمع دقات قلبه وذلك منذ الأسابيع الأولى من بداية الحمل، ومنه لا يجوز المساس به أو الاعتداء عليه لغير عذر مشروع. و ينفرد بهذا الرأي من بين الفقهاء القدامى الإمام الغزالي الذي يرى تحريم الإجهاض منذ بداية الحمل و التي تكون بتلقيح ماء الرجل لبويضة المرأة، فإذا ما تم الإخصاب اعتبر ذلك أول مراتب الوجود، و حرّم المساس به. و اعتبر الإمام الغزالي التعرض إلى الجنين قبل نفخ الروح أقل في الحرمة من ذلك الاعتداء الذي يتم بعد أن تنفخ فيه الروح، حيث اعتبر التعرض له جناية تزداد تفاحشا كلما قرب زمن نفخ الروح ومنتهى التفاحش في الجناية يكون بعد الانفصال حيا.

ومهما يكن من تباين في آراء الفقهاء القدامى أو المحدثون بشأن تحليل و تحريم الإجهاض قبل زمن نفخ الروح، فالذي أجمعوا عليه و بدون اختلاف هو حرمة الإجهاض بعد نفخ الروح، و اعتباره قتلا بدون حق يستوجب العقوبة أو القصاص.

أما بشأن جوازه إذا وجد عذر يستدعي ذلك أو ضرورة شرعية، فلقد أجازوه القدامى قبل زمن نفخ الروح، أما بعده، فلقد اعتبروا حياة الجنين في نفس المرتبة لحياة الأم، ومنه لا يمكن تقويت حياة الأم على حياته بحجة إنقاذ حياتها، لأن ذلك أمر يدخل في الغيبيات أو أمر احتمالي، و يرى بن عابدين أن إنقاذ حياة الأم بهلاك الجنين أمر موهوم. أما المحدثون فلقد أجازوه لوجود عذر شرعي كإنقاذ حياة الأم من الهلاك، كما يرى بعض العلماء المحدثون بجوازه في الأربعين الأولى إذا كان الحمل من زنا و يخشى على الحامل القتل من ذوبها، أو كان الحمل من اغتصاب، أو للتخلص من جنين مشوه لا يرجى من ولادته إلا التعاسة له و لذويه، أما بعد الأربعة أشهر فيتفق معظم الفقهاء بجوازه

لضرورة واحدة وهي إنقاذ حياة الأم من الموت المحقق، ويوصون القائمين به بتقوى الله.

إلا أن المشكل المطروح في الإجهاض ليس التحريم و التحليل، لأن ذلك أمر مفروغ منه، يبينته الشريعة الإسلامية، ونصت على تحريمه النصوص القانونية، وعاقبت كل من يتعرض للحامل أو لحملها، ولو كانت الحامل ذاتها، بأقصى العقوبات، إنما المشكل المطروح هو تفشي ظاهرة الإجهاض في جميع المجتمعات ولا تقتصر على مجتمع معين بالذات أو على مجتمعنا فقط.

وأقصد بكلامي الإجهاض السري، أو الذي يتم بعيدا عن أعين القانون، والذي غالبا ما يكون بسبب الانحلال الخلقي والتسبب، وتفشي ظاهرة المخدرات، وخروج العلاقات الجنسية عن مفهومها الشرعي - الزواج - ، فهذه الظواهر إن وجد عنصر منها، أو اجتمعت كلها أدى ذلك لا محال إلى ظهور حالات حمل غير شرعي، حيث يتعلق الأمر في معظم الحالات بفتيات عازبات أو قاصرات، و خوفا من العار والفضيحة وسخط العائلة والمجتمع، تبحث القاصر أو الفتاة عن يجهضها، فتتوجه إلى الطبيب أو القابلة، وفي بعض الأحيان تستعين بأشخاص لاعلاقة لهم بالطب والتوليد، مما يشكل خطرا على حياتها. و كم هم كثيرون من اتخذوا من الإجهاض مهنة لكسب كثير و ثراء لا حدود له، مصدره أجنة بريئة و أنفس لا ذنب لها إلا أنها كانت ثمرة زنا أو فاحشة. و القانون لا يمكن أن تكون له عينا على كل مواطن وفي كل مكان و زمان، ولا يمكن له معاقبة إلا من وقعوا في قبضته، بينما يبقى مصاصو الدماء يعملون في الخفاء دون مبالاة.

وإذا أردنا أن نعالج هذا المشكل، أو على الأقل أن نوجد له بعض الحلول التي قد تقلل من انتشاره، فيجب أن نبحث في أصل المشكل

ذاته أو بالأحرى في أصل الحمل، والذي تكون نتاج التقاء المنى بالبويضة - سواء كان من جماع شرعي أو غير شرعي - أي يكون طرفا المشكل كل من الذكر والأنثى، و نساءل أين هو الرجل من كل هذا فحيث يدور الكلام كله في الإجهاض حول المرأة و معاقبتها وإثمها، و نففل الزوج أو بالأحرى الرجل بصفة عامة.

فإذا كان الإجهاض لجنين تم بنكاح صحيح، فلا يجب إغفال دور الزوج، وبلا شك أن له دور، وبالتالي يجب أن ينال نصيبه من العقاب، أما إذا كان الحمل غير شرعي - وهنا بيت القصيد - فالرجل يختفي تماما عن الميدان، وتبقى المرأة والفتاة وحدها تصارع مشكلتها ومصيرها.

ومن المسلم به أنه ما دفع بالحامل إلى بالإجهاض هو عدم اعتراف الرجل بالحمل و تخليه عنها، لأنه لو كان العكس صحيحا، كأن اعترف بخطيئته و رضي بالزواج منها، فلا نظن أنها سوف تعهد إلى الإجهاض بزوال الدافع، و بالتالي فإن الرجل يشكل محورا هاما في الإجهاض، حيث يكون على نفس درجة الإثم كالمرأة، و منه يجب إيجاد وسيلة لإخضاعه للعقاب مثلها بالرغم من عدم ظهوره على مسرح الجريمة.

وتبقى هذه الحالة من الإجهاض هي الغالبة، بالرغم من وجود بعض حالات الإجهاض التي تكون لتحديد النسل أو لظروف اقتصادية صعبة، لكنها لا ترقى إلى نسبة الإجهاض الذي يتم القضاء على حمل غير شرعي.

وهناك اقتراح آخر و هو وقائي و ليس عقابي، حيث يهدف إلى معالجة المشكل ومحاولة تفاديه، فالجنس والعلاقات الغير شرعية مشكل مطروح و مسلم به، ولا يمكن القضاء عليه بين عشية

وضحاها، وبالتالي يجب التفكير في كيفية الحد من جرائم الإجهاض، وذلك عن طريق إباحة بيع حبوب منع الحمل في الصيدليات دون أي قيد أو شرط تقديم وثيقة رسمية كالدفتر العائلي، ونعتقد أن الطريقة الوقائية أحسن وأنجع من ترك المشكل يتفاحش ويكبر، بالرغم من أن هناك من رجال الدين ورجال القانون وعلماء الاجتماع من يرون بأن بيع حبوب منع الحمل للنساء أو الفتيات دون قيد أمر يمس بالأخلاق، وقد يؤدي إلى تفشي الفساد وإباحة الجنس. إن هذا الكلام قد يكون صحيحاً من زاوية أن إباحة حبوب الحمل تمس بمبادئ مجتمعنا الإسلامي التي تقدر الزواج وتحرم كل ما يخرج عن مفهومه الشرعي، إلا أن هذا الحل - أي إباحة تداول حبوب منع الحمل - حل ناجع وله نتائج محققة، وإذا قلنا أنه أخف الضررين، فإنها أخف في مضرتها من ضرر الإجهاض. وهذا ما عملت به الحكومة الفرنسية وعلى رأسها "مارتين أوبري"، حيث نادت بإباحة حبوب الحمل حتى في الإكماريات والثانويات، ولقد خصصت حكومتها ٢٠ مليون فرنك فرنسي لحملة التوعية لسنة ٢٠٠٠، حيث جندت وسائل الإعلام كلها* للقيام بحملات توعية حول وسائل منع الحمل، كما وزعت ١٢ مليون نسخة من مرشد "حبوب الغد" "La pillule du lendemain" "Le guide de poche" وضعت أرقاماً هاتفية خاصة للرد على تساؤلات ومشاكل المواطنين الفرنسيات، وذلك لتدارك التأخر الكبير في هذا المجال.

ولقد وضحت السيدة "أوبري" وزيرة العمل والتضامن بأنه لم يكن هناك اتصال بالطبقات الشعبية في هذا المجال منذ ١٩٨٢، وبالرغم من أن وسائل منع الحمل موجودة وبشكل واسع، إلا أن استعمالها يبقى غير متحكم فيه بصفة جيدة والدليل على ذلك

الإحصائيات الهائلة التي قدمها "البروفيسور إسرائيل نيساند" أستاذ في أمراض النساء أو التوليد فيما يخص الإجهاض العمدى أو ما يسمى (Interruption Volontaire de Grossesse IVG) والتي تقدر بـ ٢٢٠,٠٠٠,٠٠٠ إجهاض سنوي لـ ٣٧٠,٠٠٠,٠٠٠ ولادة.

وما نقوله نحن أنه لما لا نأخذ بالتجربة الفرنسية في هذا المجال، ونحاول أن نطبقها بطريقة تتماشى ومقوماتنا الدينية.

وقد تكون المرأة أو الفتاة ضحية جريمة بشعة وهي الاغتصاب وخاصة إن كانت من أحد الفروع كالأب أو الأخ، أو كان اغتصابا جماعيا، فيحصل الحمل وحينئذ تكون الفاجعة، لأنه من غير المتصور أن تحمل الفتاة من أبيها أو أخيها. فكيف تكون حالتها النفسية ؟ وما مصير ذلك الجنين عند خروجه إلى الحياة ؟ وما مصير الأسرة بعد حدوث الكارثة؟

لن أجيب على هته التساؤلات، وأترك القارئ يتصور مدى بشاعة الجريمة وفضاعتها، لأن كلماتي مهما حاولت أن أعبر بها، لن تستطيع أن تبين أو تبرر نتائج تلك الجريمة لثقلها وبشاعتها.

إن في هذه الحالات لا يمكن تصور ذلك الانهيار النفسي والعقلي الذي تعاني منه الفتاة، الشيء الذي جعل بعض الفقهاء يولون أهمية كبرى لهذا الموضوع، من حيث أن المعتدي عليها غالبا ما يحدث لها انهيار نفسي وعصبي يؤدي في غالب الحالات إلى تدهور صحتها البدنية، مما أدى بهم إلى إباحته في الأربعين الأولى من الحمل، ونحن لا نقول باقتراح إباحته هكذا دون قيد، بل نقترح أن يكون هناك لجنة مشكلة من علماء الدين و من أطباء مختصين في التوليد وعلم النفس والأمراض العقلية والعصبية ويدرسوا هذا الموضوع، حيث لا تكون الإباحة إلا بموفقتهم بالإجماع، وهذه اللجنة تقوم بدراسة كذلك بعض

الحالات الأخرى، كحالة الإجهاض إذا كان الجنين مشوها، وثبت طبيا أنه سيولد بعاهة، أي معوق إعاقة ثقيلة، كأن يكون معوقا ذهنيا إعاقة بالغة تجعله منقطع الاتصال بالعالم الخارجي، أو كأن يكون معوقا حركيا أو حسيا أو مصابا بداء "الإيدز"، حيث سيكون مصدر حزن و شقاء لعائلته، فدور اللجنة هو النظر في مثل هذه الحالات و في إمكانية الترخيص بها أم لا، علما بأن هناك من الفقهاء من أباحوا الإجهاض في مثل هذه الحالة - أي حالة الجنين المشوه في الأربعين الأولى من الحمل - ،ومنهم الشيخ محمود شلتوت و الدكتور يوسف القرضاوي.

و بالتالي لا نرى من مانع أن تشكل لجنة مختصة تبحث و تتنظر في مثل هذه الحالات، و ذلك حتى نوفر على الأفراد أن يتحملوا ما لا طاقة لهم به، أو أن يرمى المولود المشوه بعد ولادته، فتتكفل به الدولة، و بالتالي يكون عبئا على المصالح الإستشفائية و خاصة إن كانت إعاقته بالغة، حيث تجعله منقطعا مع العالم الخارجي كأن يكون معوقا حركيا، ذهنيا، حسيا (و أقصد بحسيا أن يكون كفيفا و أصم و أبكم)، فمثل هذه الحالات يجب أخذها بعين الاعتبار، و خاصة أنه من الممكن معرفة ما إذا كان الجنين سيولد مشوها من بداية الحمل، حيث يمكن تصور إجراء الإجهاض في هذه الفترة.

و هناك اقتراح أو بالأحرى تنبيه نوجهه إلى مديرية الوقاية بوزارة الصحة، حيث عند بحثنا في حالات الإجهاض الضروري و نسبة وفيات النساء خلال هذه العملية، فوجدنا بعدم وجود إحصائيات في هذا المجال، بل وأكثر لم نجد أي معلومات عن الإجهاض الضروري، و تبين أن الموضوع يشكل حساسية و تخوف بالنسبة لمن طرحناه عليهم.

و نقول بأنه ليس هناك مجال للتخوف، لأن الإجهاض الضروري لا يعتبر جريمة و لا يخضع للعقاب، و بالتالي لما لا تقوم مصالح الوقاية بإحصائيات في هذا الميدان ؟ شأنها شأن الإحصائيات الأخرى التي تقوم بها.

و كل ما تحصلنا عليه هي إحصائيات وفيات الحوامل أثناء فترة الحمل من مطبوعة أو عمل مشترك بين وزارة الصحة و بالضبط مديرية الوقاية و المدرسة الوطنية للصحة العمومية تحت عنوان "صحة الأمومة" مشروع سنة ٢٠٠٠ → ٢٠٠٤، لكن ليست مفصلة أو محددة، حيث يدخل فيها نسبة وفيات النساء أثناء الحمل أو في ٤٢ يوما بعد إيقاف تطور الحمل مهما كانت مدته، و هذه الوفيات لسبب مرتبط بالحمل أو يزداد خطرا بالحمل، حيث قدرت نسبة وفيات الأمهات بـ ٢٣٠ امرأة بالنسبة لـ ١٠٠ ألف ولادة حية لسنة ١٩٨٩ و ٢١٠ وفاة بالنسبة لـ ١٠٠ ألف ولادة لسنة ١٩٩٢ حسب إحصاء أو تحري "بابشيلد".

أما الإحصائيات التي قدمتها وزارة الصحة بالنسبة لسنة ١٩٩٤ لمختلف القطاعات الصحية فتبقى ضعيفة، حيث قدرت بـ ٤٨,٨١ حالة بالنسبة لـ ١٠٠ ألف ولادة حية، لأن هته الإحصائيات لم تمثل إلا حالات الوفيات أثناء الولادة أو بعدها في القطاعات الصحية العمومية و لا تشمل العيادات الخاصة.

وبالتالي نقترح أن يؤخذ هذا الموضوع أي إحصاء حالات الإجهاض الضروري والظروف التي يتم فيها وحالات الوفيات بعين الاعتبار.

أما إحصائيات الإجهاض الغير شرعي، فإننا نعلم بأنه من المستحيل التحصل عليها، لما تحاط به من سرية تامة حتى لا يقع القائمين بها في شباك العدالة.

ونقترح أخيرا أن يعيد المشرع النظر في المادة ٣٠٨ من قانون العقوبات والتي تجعل من الإجهاض الضروري لإنقاذ حياة الأم من الخطر فعلا مباحا لا يخضع للعقاب، حيث أن نص المادة لم يحدد الحالات التي تكون فيها حياة الحامل في خطر، أو بالأحرى الأمراض التي تهدد حياة الحامل، علما بأن نص المادة ٧٢ من قانون الصحة و ترقيتها لم تحدد هي كذلك الحالات المرضية التي تكون إثرها حياة المرأة في خطر، ولذلك وجب تحديدها بالتدقيق، حتى لا يكون هناك غموض بالنسبة للأطباء يجعلهم لا يقدمون على الإجهاض الضروري حتى وإن كانت حياة الحامل مهددة بخطر بالغ وحقيقي خوفا من الوقوع تحت طائلة النصوص المعاقبة على الإجهاض وخاصة وأن الطب في تطور مستمر، وتوصل إلى وجود علاجات لبعض الأمراض الخطيرة التي كانت بالأمس القريب تهدد حياة الحامل.

و في نهاية بحثنا، نتمنى أن نكون قد وفقنا في هذه الدراسة بالمساهمة و لو بقدر متواضع من الجهد في بيان موضوع الإجهاض في نظر الشريعة الإسلامية وفي نظر المشرع الجنائي الجزائري أمليين أن يكون ما أبديناه من ملاحظات حول هذا الموضوع في محلها ومن شأنها إفادة الشارع ورجال القانون والباحثين في هذا الموضوع.

وبالله التوفيق،،

أهم المراجع

المراجع القانونية :

١. الدكتور إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري جنائي خاص في الجرائم ضد الأشخاص والأخلاق والأموال وأمن الدولة، ديوان المطبوعات الجامعية، السنة ١٩٨٣.
٢. الدكتور جلال ثروت، نظم القسم الخاص، الجزء الثالث، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، السنة ١٩٩٥.
٣. الدكتور جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، طبعة منفتحة، السنة ١٩٩٩.
٤. الدكتور حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، بني سويف، دار النهضة العربية، السنة ١٩٩٥.
٥. الدكتور حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات تشريعا وقضاء في مائة عام، منشأة المعارف، الإسكندرية، السنة ١٩٩٤.
٦. الدكتور رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة الإسكندرية، السنة ١٩٨٥.
٧. الدكتور عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، السنة ١٩٨١.
٨. الدكتور عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، السنة ١٩٩٨.

٩. الدكتور عمر سالم، النظام القانوني للتدابير الاحترازية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الناشر دار النهضة العربية، مصر، السنة ١٩٩٥.
١٠. الدكتور عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات النظرية العامة، دار الهدى للمطبوعات، مصر، بدون سنة.
١١. الدكتورة فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، السنة ١٩٨٢.
١٢. قانون العقوبات، الديوان الوطني للأشغال التربوية، السنة ١٩٩٩.
١٣. قانون الإجراءات الجزائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، السنة ١٩٩٩.
١٤. قانون الأسرة، منشورات الديوان الوطني للأشغال التربوية، السنة ١٩٩٠.
١٥. الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الناشر، دار النهضة العربية، السنة ١٩٩٢.
١٦. الدكتور محمد صبحي نجم رضا، المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، السنة ١٩٨٣.
١٧. الدكتور محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعية على الأشخاص، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، السنة ١٩٩٤.
١٨. الدكتورة مديحة فؤاد الخضري والعقيد أحمد بسيوني أبو الروس، مفتش المباحث، الطب الشرعي ومسرح الجريمة والبحث الجنائي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، بدون سنة.

١٩. الدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنه، جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في موقف الشرائع السماوية و القوانين المعاصرة، دار أولي النهي للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، السنة ١٩٩٦.
٢٠. الدكتور محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، السنة ١٩٩٦.
٢١. الجريدة الرسمية رقم ٠٨ المؤرخة في ١٧ فيفري ١٩٨٥ والمتضمنة القانون ٠٥ - ٨٥ المؤرخ في ١٦ فيفري ١٩٨٥ والمتضمن قانون الصحة العمومية و ترقيتها.

مراجع من الشريعة الإسلامية :

- ١- العلامة أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى في فقه أحمد بن حنبل، دار الكتاب العربي، بيروت، السنة ١٩٨٣، و الجزء السابع طبع بمطابع الرياض الحديثة.
- ٢- الإمام أبو وليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، مطبعة الكتاب الأزهرية بمصر السنة ١٩٦٩.
- ٣- الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، المكتبة العصرية سيّدا، بيروت، الطبعة الرابعة، السنة ١٩٩٩.
- ٤- ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم و الحكم، دار المعرفة للطباعة و النشر، بيروت، بدون سنة.
- ٥- ابن حزم الأندلسي، الإيصال في المحلى بالآثار، تحقيق الدكتور عبد الغفار سليمان البنداري، الجزء الحادي عشر، نشر بدار الكتب العلمية، بيروت و الجزء الثامن نشر بالمكتب التجاري للطباعة و النشر، بيروت، بدون سنة.

- ٦- الإمام ابن حجر العسقلاني، فتح الباري يشرح صحيح البخاري، المطبعة البهية المصرية، السنة ١٣٤٨هـ.
- ٧- أبو بكر بن الكشاوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، بدون سنة.
- ٨- الخطيب محمد الشربيني، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، السنة ١٩٧٨.
- ٩- أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن مفلح المؤرخ الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، الجزء الثاني، طبع على نفقة الشيخ علي بن عبد الله آل ثاني حاكم قطر سابقا، المكتب الإسلامي، بدون سنة.
- ١٠- العلامة الإمام أحمد الدردير، الشرح الصغير علي أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، طبع بدار المعارف بمصر، بدون سنة.
- ١١- النجدي، حاشية الروض المربع شرح زاد المستتقع، المطبعة السلفية، الطبعة السادسة، السنة ١٣٨٠هـ.
- ١٢- المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، الطبعة الثانية، مطبعة المحمدية بالقاهرة، السنة ١٩٨٠.
- ١٣- الخطيب محمد الشربيني، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مكتبة مصطفى الحلبي بمصر، السنة ١٩٥١.
- ١٤- باحد بن محمد أرفيس، مراحل الحمل و التصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية و الطب المعاصر، رسالة ماجستير، السنة ١٩٩٩.

- ١٥- حاشية قليوبي شرح المحلي، مطبعة أصبح المطابع، بمبنى الدار السلفية، بدون سنة.
- ١٦- الشيخ زين الدين ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الثامن، تكملة محمد بن الحسين بن علي الطوري و بهامشه الحواشي المسماة منحة الخالق على البحر الرائق، لابن عابدين، الطبعة الأولى، المطبعة العلمية بمصر، السنة ١٣١١ هـ.
- ١٧- الدكتور سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الدار المتحدة للطباعة والنشر، دمشق، الناشر مكتبة رحاب بور سعيد، الجزائر، بدون سنة.
- ١٨- الدكتور سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية و علاجاً، مكتبة الفارابي، دمشق، بدون سنة.
- ١٩- الدكتور سيف الدين السباعي، الإجهاض بين الفقه و الطب و القانون، دار الكتب العربية، بيروت، طبع بدمشق بدار المعارف للطباعة، الطبعة الأولى، السنة ١٩٧٧.
- ٢٠- الدكتورة سميرة سيد سليمان بسيوني، الإجهاض و آثاره في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة المحمدية بالأزهر القاهرة، الطبعة الأولى، السنة ١٩٨٩.
- ٢١- الإمام سيدي محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، دار الفكر، بيروت، السنة ١٩٣٦.
- ٢٢- شمس الدين بن أبي العبا أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير، نهاية المحتاج على شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، شركة مصطفى الحلبي بمصر، السنة ١٩٦٨.

- ٢٣- الدكتور صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات، مطابع الحميضي المملكة العربية السعودية، السنة ١٤١٩ هـ.
- ٢٤- صحيح مسلم، بشرح النووي، المطبعة الأزهرية بمصر، الطبعة الأولى، السنة ١٩٣٠.
- ٢٥- صحيح البخاري، الجزء السابع، شركة شهاب بالجزائر، طبع بالمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، السنة ١٩٩١.
- ٢٦- العلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية نشرت بدار الكتاب العربي، بيروت، السنة ١٩٨٢.
- ٢٧- الدكتور عباس شومان، سلسلة الدراسات الفقهية، إجهاض الحمل و ما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر، الطبعة الأولى، السنة ١٩٩٩.
- ٢٨- عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بدارمار أفندي، جمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، طبع بالمطبعة العامرية، السنة ١٣٢٨ هـ.
- ٢٩- فتاوى الشيخ مصطفى الزرقا، اعتنى بها محمد أحمد مكي وقدم لها الدكتور يوسف القرضاوي، الطبعة الأولى دار القلم، دمشق، السنة ١٩٩٩.
- ٣٠- العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة.

- ٣١- كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام
المغني، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدئ،
شركة و مطبعة الحلبي بمصر، السنة ١٩٧٠.
- ٣٢- الدكتور محمد نعيم ياسين، بحاث فقهية في قضايا طبية
معاصرة، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية،
السنة ١٩٩٩.
- ٣٣- موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، وزارة الأوقاف
و الشؤون الإسلامية، الكويت، السنة ١٩٨٦.
- ٣٤- موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، يصدرها المجلس
الأعلى للشؤون الإسلامية لجمهورية مصر العربية، بدون سنة.
- ٣٥- منصور بن يوسف بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع على
متن الإقناع، المطبعة العامرية، بدون سنة.
- ٣٦- محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر
خليل، دار الفكر، بيروت، بدون سنة.
- ٣٧- محمد أمين عابد بن عمر عابدين الشهير بابن عابدين، حاشية
بن عابدين، رد المختار شرح تنوين لأبصار، الطبعة الثانية،
شركة مصطفى الحلبي، السنة ١٩٦٦ وطبعة ١٢٧٢ هـ دار
الطباعة المصرية.
- ٣٨- محمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
للدردير، مطبوع مع الشرح الكبير مطبعة عيسى الحلبي، مصر
بدون سنة.
- ٣٩- الشيخ محمد أحمد عيش، فتح العلي المالك، طبعة عيسى
الحلبي، السنة ١٩٥٨.

- ٤٠- الشيخ محمد بن أحمد الرهوني، حاشية الرهوني على شرح الزرقاني، الطبعة الأولى بولاق، بيروت، السنة ١٣٠٦ هـ.
- ٤١- الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة.
- ٤٢- الشيخ محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير آيات الأحكام، الجزء الثاني، مكتبة رحاب الجزائر، الطبعة الرابعة، السنة ١٩٩٠.
- ٤٣- الشيخ العلامة محمد شلتوت في فتاويه، دراسة المشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة، دار الشروق، الطبعة السادسة عشر، السنة ١٩٩١.
- ٤٤- الشيخ محمود شلتوت، الإسلام عقيدة و شريعة، دار الشروق، بدون سنة.
- ٤٥- الدكتور محمد علي البار، خلق الأسنان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الحادية عشر، السنة ١٩٩٩.
- ٤٦- الإمام العلامة الشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، إرشاد الفحول إلى تحقيق علم الأصول، تحقيق أبي مصعب محمد سعيد البدري، طبعة جديدة و مصححة، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت الطبعة السادسة، السنة ١٩٩٥.
- ٤٧- الدكتور محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية و القانون و في الطب الإسلامي، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة.
- ٤٨- الدكتور وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، دار الفكر للطباعة و النشر، دمشق.

٤٩- يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، نشر المكتب الإسلامي، بدون سنة.

٥٠- الدكتور يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، الطبعة الحادية عشر، مكتبة وهبة، القاهرة، السنة ١٩٧٧.

المعجم :

١- معجم الرائد مسعود جبران، دار العلم للملايين، لبنان، بيروت.

٢- معجم المصباح المنير لأحمد بن محمد الفيومي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، الجزء الأول، السنة ١٩٩٤.

٣- معجم القاموس المحيط، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السادسة، السنة ١٩٩٨.

٤- معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسن أحمد بن فارس ابن زكريا، تحقيق وضبط عبد السلام هارون، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، السنة ١٩٩٩.

المجلات :

١- مجلة المجلس الإسلامي الأعلى دورية في الثقافة الإسلامية، العنوان عطاء الإسلام في أخلاقيات الطب، العدد الثاني، السنة ١٩٩٩، الجزائر.

٢- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الخامسة، العدد السابع عشر، الكويت، السنة ١٤١٣ هـ.

٣- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة الخامسة عشرة، العدد الحادي والأربعون، السنة جويلية ٢٠٠٠ م.

٤- مجلة العربي، العدد ٣٢٠ يوليو ١٩٩٥.

المراجع باللغة الفرنسية :

1. Encyclopédie medico- chirurgicale, éditée sur fascicules mobiles, créée en 1929 par SA Laffont et F.Durieux, édition technique, Paris, France E.M.C 1982.
2. Guirant J, Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit suisse, rapport présenté aux travaux de l'association Henri Capitant sur le corps humain et le droit (journée Belge) Tome XXVI, 1976 DALLOZ.
3. Merle R et Vitu A, Traité de droit commercial , « droit pénal », par André Vitu Tome édition Cujas, Paris, 1982.
4. M.M Haumouz et AR. Hakem, Précis de droit médical à l'usage des praticiens de la médecine et du droit, office des publications universitaires, réimpression, 1993.
5. Paris Match revue de Janvier 2000.
6. Santé Maternelle et Infantile 2000 – 2004, direction de prévention et Institut national de santé publique, édition et production ANDS 2000.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	٩
فصل تمهيدي	١٩
الباب الأول الإجهاض في إطاره الفقهي والقانوني	٢٥
الفصل الأول حكم الإجهاض عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفي قانون العقوبات الجزائري	٢٥
المبحث الأول : دوافع الإجهاض و مراحل الجنين	٢٦
المطلب الأول : دوافع الإجهاض	٢٦
المطلب الثاني : مراحل نمو الجنين	٢٨
أ - مراحل نمو الجنين الرحمي	٣٠
ب - مراحل خلق الجنين في القرآن و السنة	٣٢
المبحث الثاني : موقف الفقهاء القدامى و المحدثون من الإجهاض قبل نفخ الروح	٤٣
المطلب الأول : موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض قبل نفخ الروح..	٤٣
أ- مذهب الحنفية	٤٤
ب- مذهب المالكية	٤٧
ج- مذهب الشافعية	٤٩
د- مذهب الحنابلة	٥٢
هـ- مذهب الظاهرية	٥٥
و- مذهب الزيدية	٥٧
ز- مذهب الإباضية	٥٨
ي- مذهب الإمامية	٥٩

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني : موقف الفقهاء المحدثون من الإجهاض قبل	٥٩
المبحث الثالث : موقف الفقهاء القدامى و المحدثون من الإجهاض بعد نفخ الروح	٦٩
المطلب الأول: موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض بعد نفخ الروح	٧٠
المطلب الثاني : موقف الفقهاء المحدثون من الإجهاض بعد نفخ الروح	٧٢
المطلب الثالث : تحليل آراء الفقهاء و تحديد الرأي المتداول إجماعاً	٧٤
المبحث الرابع : موقف المشرع الجنائي الجزائري من جريمة الإجهاض	٨٠
الفصل الثاني	٨٧
الأركان العامة لجريمة الإجهاض	
المبحث الأول : محل الجريمة	٨٧
المطلب الأول : وجود الحمل	٨٧
المطلب الثاني : خصائص حياة الجنين	٩٠
المطلب الثالث : بداية حياة الجنين ونهايتها	٩١
المطلب الرابع : الحماية الجنائية للجنين	٩٤
المطلب الخامس : التلقيح الاصطناعي وموقف الفقهاء والقانون منه	٩٦
المبحث الثاني : الركن المادي لجريمة الإجهاض	١٠١
المطلب الأول : السلوك الإجرامي و المتمثل في فعل الإسقاط	١٠٢
هل تقع جريمة الإجهاض بالترك أو الامتناع ؟	١٠٦
المطلب الثاني : النتيجة الإجرامية لفعل الإجهاض	١٠٩
المطلب الثالث : علاقة السببية	١١٢

الموضوع	الصفحة
الفرع الأول : الشروع في جريمة الإجهاض	١١٤
الفرع الثاني: المساهمة و حكم الشريك في جريمة الإجهاض	١١٨
الفرع الثالث : التحريض في جريمة الإجهاض	١٢٦
المبحث الثالث : الركن المعنوي في جريمة الإجهاض	١٢٩
المطلب الأول : القصد الجنائي	١٣٠
الفرع الأول : العلم	١٣٠
الفرع الثاني : الإرادة	١٣٢
المطلب الثاني : القصد الاحتمالي في الإجهاض	١٣٢
المطلب الثالث : الحكم الخطأ و العمد في تحديد مسؤولية الجاني عند فقهاء الشريعة الإسلامية	١٣٤
المبحث الرابع : تحديد المسؤولية الجنائية عن قتل الجنين عند فقهاء الشريعة الإسلامية	١٣٦
المطلب الأول : المسؤولية الجنائية عن انفصال الجنين ميتا عند الفقهاء	١٣٧
المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية عن انفصال الجنين حيا عند الفقهاء	١٤٠
الفصل الثالث صور الإجهاض (أو جرائم الإجهاض)	١٤٣
المبحث الأول : إجهاض الغير للحامل	١٤٣
المطلب الأول : إجهاض الغير للحامل	١٤٤

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني: إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل	١٤٦
المطلب الثالث : الإجهاض بفعل المحرض	١٤٨
المبحث الثاني : إجهاض الحامل لنفسها	١٤٩
المطلب الأول : إجهاض الحامل من تلقاء نفسها	١٥٠
المطلب الثاني : إجهاض الحامل لنفسها بناء على اقتراح الغير	١٥١
الباب الثاني أسباب الإباحة و موانع المسؤولية	١٥٥
الفصل الأول الإجهاض الضروري أو العلاجي	١٥٩
المبحث الأول : تعريف الضرورة و شروط قيامها	١٥٩
المطلب الأول : تعريف الضرورة	١٥٩
المطلب الثاني : شروط الضرورة الشرعية	١٦٠
المبحث الثاني : الإجهاض لضرورة متعلقة بالأم	١٦٣
المطلب الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الإجهاض لضرورة متعلقة بالأم قبل نفخ الروح	١٦٣
أ- موقف الفقهاء القدامى	١٦٣
ب- موقف الفقهاء المحدثون	١٦٦
المطلب الثاني : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الإجهاض لضرورة متعلقة بالأم بعد نفخ الروح	١٧٢
أ- موقف الفقهاء القدامى	١٧٢
ب- موقف الفقهاء المحدثون	١٧٣
المطلب الثالث : موقف المشرع الجنائي الجزائري من	١٧٨

الصفحة	الموضوع
	الإجهاض لضرورة متعلقة بالأم
١٨٤	المبحث الثالث : الإجهاض لضرورة متعلقة بالجنين
١٨٥	المطلب الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من الإجهاض لضرورة متعلقة بالجنين
١٨٨	المطلب الثاني : موقف المشرع الجنائي الجزائري من الإجهاض لضرورة متعلقة بالجنين
١٩١	الفصل الثاني الإجهاض لدوافع أخلاقية واقتصادية
١٩٢	المبحث الأول : الإجهاض من حمل زنا أو من سفاح
١٩٣	المطلب الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى و المحدثون من الإجهاض من حمل الزنا
١٩٧	المطلب الثاني : موقف المشرع الجنائي من الإجهاض الناتج عن حمل الزنا
١٩٨	المبحث الثاني : الإجهاض من حمل اغتصاب
١٩٩	المطلب الأول : حكم إجهاض جنين الاغتصاب عند فقهاء الشريعة الإسلامية
٢٠٤	المطلب الثاني : حكم إجهاض جنين الاغتصاب في قانون العقوبات الجزائري
٢٠٧	المبحث الثالث : الإجهاض لدوافع اقتصادية
٢٠٨	المطلب الأول : موقف فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى و المحدثون من الإجهاض الذي يكون لدوافع اقتصادية

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني : موقف القانون من ذلك	٢٠٩
الباب الثالث	٢١٣
العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض فقها وقانونا	
الفصل الأول	٢١٥
عقوبة الإجهاض التي أقرتها الشريعة الإسلامية	
المبحث الأول : الغرة	٢١٥
المطلب الأول : تعريف الغرة و مشروعيتها	٢١٦
المطلب الثاني: موقف الفقهاء من الجنين الذي تجب فيه الغرة	٢١٨
المطلب الثالث : مقدار الغرة	٢٢٣
المطلب الرابع : توريث الغرة و موقف الفقهاء من ذلك	٢٣٠
- رأي الفريق الأول	٢٣٠
- رأي الفريق الثاني	٢٣٢
المطلب الخامس : مفهوم العاقلة و حكمها	٢٣٤
المبحث الثاني : دية الجنين	٢٣٨
المطلب الأول : تعريف الدية و الأصل في مشروعيتها	٢٣٩
المطلب الثاني : وجوب كمال الدية	٢٤١
المطلب الثالث : دية جنين الأمة و الكتابية	٢٤٥
المبحث الثالث : الكفارة	٢٤٧
المطلب الأول : تعريف الكفارة	٢٤٨
المطلب الثاني : موقف الفقهاء من وجوب الكفارة في الجنين	٢٤٩
- رأي الفريق الأول	٢٤٩
- رأي الفريق الثاني	٢٥١

الموضوع	الصفحة
المطلب الثالث : حرمان الجاني من الميراث	٢٥٤
الفصل الثاني العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائي	٢٥٧
المبحث الأول : العقوبات المقررة لجريمة الإجهاض	٢٥٩
المطلب الأول : عقوبة الفاعل لجريمة الإجهاض	٢٥٩
المطلب الثاني : العقوبة المقررة لذوي الصفة الخاصة	٢٦٣
المطلب الثالث : عقوبة الحامل التي أجهضت نفسها	٢٦٦
المطلب الرابع : عقوبة المحرض في جريمة الإجهاض	٢٦٧
المطلب الخامس : عقوبة الشروع و الاشتراك في جريمة الإجهاض	٢٦٩
المبحث الثاني : الظروف المشددة لجريمة الإجهاض	٢٧١
المطلب الأول : التشديد في حالة وفاة الحامل	٢٧١
المطلب الثاني : حالة الاعتیاد	٢٧٣
المطلب الثالث : الحرمان من ممارسة المهنة	٢٧٥ -
الخاتمة.	٢٨١
المراجع	٢٩١
الفهرس	٣٠١

٢٠١١/١٧٥٢٢	رقم الإيداع
I.S.B.N	الترقيم الدولي
978-977-328-896-0	

