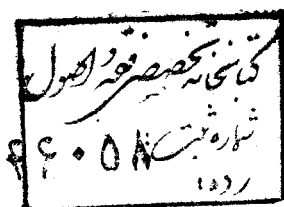


قضية إجهاض جنين الإغتصاب وآثارها

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى



توفيق خيرالدين خليفة خيرالله

ماجستير فى السياسة الشرعية
باحث دكتوراه فى الاقتصاد الإسلامى
كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر

دارشقات للنشر والبرمجيات
مصر

دار الكتب القانونية
مصر

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية الأدبية والفكرية محفوظة
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنفيذ
الكتاب كاملاً أو مجزئاً أو تسجيله على شرائط أو
أحزمة إسطوانات كمبيوترية أو برمجته على
إسطوانات ضوئية إلا بموافقة المؤلف والنشر خطياً.

EXCLUSIVE RIGHTS BY THE AUTHOR

No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the author and the publisher.

DROITS EXCLUSIFS À L'AUTEUR

Aucune partie de cette publication mai être traduit, reproduit, distribué dans tout ou par des moyens de fournis, ou stockées dans une base de données ou de récupération de système sans l'autorisation écrite préalable de l'auteur ou l'éditeur.

اسم الكتاب

قضية إجهاض جنين الإغتصاب
وآثارها

توفيق خير الدين خليفة خير الله
كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر

سنة النشر

٢٠١١

رقم الإيداع

٧٩٠٧

التقييم الدولي I.S.B.N

978 - 977 - 386 - 305 - 5



دار الكتب القانونية

الفرع الرئيسي :

مصر - المحلة الكبرى - السبع بنات ٢٤ شارع عدلي يكن

ت : ٠٠٢٠٤٠٢٢٢٤٦٨٢ - فاكس : ٠٠٢٠٤٠٢٢٢٠٣٩٥

محمول : ٠٠٢٠١٢٣١٦١٩٨٤ - ٠٠٢٠١٠٥٠٢٠٧٣٧

الفروع :

القاهرة - ٢٨ شارع عبد الخالق ثروت - الدور الثالث

ت : ٠٠٢٠٢٢٣٩٥٨٨٦٠ - فاكس : ٠٠٢٠٢٢٣٩١١٠٤٤

محمول : ٠٠٢٠١٠٢٤٧٤٦٩٠ - ٠٠٢٠١٢٢٢١٢٠٦٧

المطابع :

مصر - المحلة الكبرى - السبع بنات ٢٤ شارع عدلي يكن

ت : ٠٠٢٠٤٠٢٢٢٧٣٦٧ - فاكس : ٠٠٢٠٤٠٢٢٢٠٣٩٥

Website : www.darshatat.com

E-Mail : info@darshatat.com

إهداء

إلى من أوصانى الله تعالى بهما فقال " **وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا** " ⁽¹⁾ والدتي الحبيبة أطال الله في عمرها التي طالما ساندتني بدعائها ، وإلي روح والدي عليه رحمة الله ، والذي يوفقني الله ببركة صلاحه الذى كان يأمل دائماً فى أن أكون فى درجة عالية ينشرح بها صدره لكن الله اختاره إلى جواره فطيب الله ثراه وكانت جنة الفردوس مثواه، وإلى إخوتي وأخواتي الأعزاء ، محمد ، السيد ، وخيرى ، وصهرى العزيز، الحاج / **سعد خير الله** ، ذاك الرجل المحب للعلم إلى أساتذتي الأجلاء الذين أسبغوا علي من علمهم وفضلهم ، واستقيت منهم مواقف الرجال ، والثبات على المبدأ .

إلى التي آمنت بإخلاصها ، وصفاء نفسها ، وبراعة سريرتها ، وكان لحسن صبرها ، وقوة عزيمتها ، وتضحيتها أكبر الأثر لإتمام المشوار رفيقة عمري زوجتي " **أم محمد** " إلى أولادي الأعزاء محمد، وإيمان، ومحمود وأحمد فאלله أسأل أن ينبتهم نباتاً حسناً، وأن يرزقهم حب العلم وحسن القول والفعل ولعل ذلك يكون حافزاً لهم علي طلب العلم والتفاني من أجله تحت راية القرآن، إلي كل إخواني وأهلي وكل من شاركني ولو بالكلمة أهدي هذا البحث .

المؤلف

(1) سورة الإسراء الآية رقم 24

شكر وتقدير

أسجد لله شكراً علي أن هداني ، ووفقتني إلى إتمام هذا العمل ، وأسأله سبحانه وتعالى أن يجعل هذا العمل في ميزان حسنات كل من ساعدني وخلص في مساعدتي .

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير والعرفان إلى أستاذي .

الأستاذ الدكتور / أحمد حسني أحمد طه استاذ القانون الجنائي

وعميد كلية الشريعة والقانون بفتحنا الاشراف

والأستاذ الدكتور / إبراهيم عبد الواحد السمان، استاذ الفقه العام

بكلية الشريعة والقانون بدمنهوور .

علي ما بذلوه من جهد من أجل إتمام هذا العمل وإخراجه علي الوجه المقبول ، كما أشكرهما علي حسن استقباليهما لي، وتعاملهما معي، فلقد وسعني حلمهما ونفعني الله بهما قال صلى الله عليه وسلم "خير الناس انفعهم للناس" (1) والله أسأل أن يعين من أعانني ويسهل لمن سهل على ويسر علي ويفرج كربتي وأخص بالذكر الأستاذين العالمين الجليلين اللذين شرفت بإشرافهما علي هذا البحث فأتاحا لي فرصة التلمذ علي أيديهما المباركة فكان لي شرف التلمذ الذي افخر به وعلى قدر اهل العزم تأتي العزائم فجزاهم الله عني خير الجزاء ومتعهما بالصحة والعافية والله الموفق وهو ولي ذلك والقادر عليه .

المؤلف

(1) فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني . ج 8 ص 225 حديث رقم 4281

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

الحمد لله الذي هدانا لهذا بكتابه وفضلنا على سائر الأمم بأكرم أنبيائه، حمداً يستجلب المرغوب من رضائه ، ويستعطف المخزون من عطائه ، ويجعلنا من الشاكرين لنعمائه والعارفين لآلائه، وصلى اللهم على رسولك المصطفى ونبيك المجتبي وعلى آله وأصحابه.

فقد جاء مبشراً وأمراً وعن الشر ناهياً ومنذراً ومما جاءنا به شريعة النكاح ونبه القرآن والسنة الأفهام إلى حكمته ومن أعظم فوائده الولد إذ به يبقى النوع الإنساني و به عمارة الأرض وعبادة الله تكون، والجنين في بطن أمه له حقوق وواجبات⁽¹⁾، والله عز وجل يعلم به وهو عليم خبير ، قال الله تعالى " الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَالْفَوَاحِشَ إِلَّا اللَّمَمَ إِنَّ رَبَّكَ وَاسِعُ الْمَغْفِرَةِ هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَاءٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ فَلَا تُزَكُّوا أَنْفُسَكُمْ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ اتَّقَى " (2).

وأمرنا الله سبحانه وتعالى بالحفاظ على النسل ونهانا عن قتل الولد⁽³⁾ ولقد جاءت النصوص على هذا صريحة وواضحة من الكتاب والسنة، قال الله

(1) د / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، دراسة فقهية مقارنة ، ص 1 بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا. مجلة علمية محكمة. العدد الخامس عشر. الجزء الأول 1422هـ - 2002 م.

(2) سورة النجم ، الآية رقم (32) .

(3) د / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح - دراسة فقهية مقارنة المرجع السابق، ص 1 .

تعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ " ⁽¹⁾، وقال تعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاکُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا " ⁽²⁾.

وجاء في السنة النبوية أنه: " لما سئل النبي - صلى الله عليه وسلم عن أعظم الذنوب... أي الذنب أعظم يا رسول الله ، فقال : أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك " ⁽³⁾.

وإنه مما لا شك فيه أن قضية إجهاض جنين الاغتصاب قد شغلت الرأي العام في هذه الآونة، خاصة بعد أن ابتليت المجتمعات الإسلامية بجرائم الحضارة الحديثة التي تفتك بالأعراض وتقوض بنيان الأفراد والجماعات وأصبحت هذه الجرائم البعيدة عن المناخ الإسلامي ظاهرة منتشرة ⁽⁴⁾.

(1) سورة الأنعام ، الآية رقم (151)

(2) سورة الإسراء ، الآية رقم (31)

(3) أخرجه البخاري في صحيحه ، الإمام / أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري - رحمه الله تعالى - في كتاب الديات ، رقم 6468 ، ج 6 ، ص 2567 ، طبعة دار ابن كثير بدمشق ، الطبعة الخامسة ، 1414 هـ - 1993 م ومسلم في صحيحه ، الإمام / أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، في كتاب الإيمان رقم 86 ج 1 ، ص 901 ، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي ، ط دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي .

(4) د / محمد الشحات الجندي ، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، الناشر دار النهضة العربية للطبع والنشر ، ص 5 ، د/ سعد الدين هلاكي : إجهاض جنين الاغتصاب في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة - مجلة علمية محكمة تصدر من مجلس النشر العلمي ، جامعة الكويت ، السنة الخامسة عشرة ، العدد الحادي والأربعون ، شهر ربيع 1421 هـ - يونيو 200 م . ص 254

وانبرى كل فريق يقدم الحلول ويرسم الطرق للتغلب على هذا المرض الذى نشب فى جسد المجتمع⁽¹⁾، وليس هناك من حلول ولا أسلوب للوقاية إلا بالرجوع إلى الثوابت الإسلامية التى أمرت بالقضاء على الفاحشة قبل انتشارها وعلى الجريمة قبل ظهورها .

ونحن نرى أن صيانة الأعراض من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية ، لذا فقد حرصت الشريعة الإسلامية على تجريم الزنا باعتباره من أخطر الجرائم الماسة بالعرض. والعرض من الكليات الخمس الضرورية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية " الدين والنفس والعقل والعرض والمال " وقضية العرض أمر الإسلام بالمحافظة عليها فى قرآنه ، قال تعالى : " وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ " (2).

ومنه قوله سبحانه : " إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفَاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ " (3).

(1) د / محمد الشحات الجندي ، المرجع السابق ، ص 5 .

(2) سورة النور ، الآية رقم 4 .

(3) سورة النور ، الآية رقم 4 .

وجه الدلالة من الآيات القرآنية الكريمة:

في الآية الأولى رتب الشارع الحكيم ثلاثة أحكام :

الحكم الأول : جلده ثمانين جلدة ، الحكم الثاني : عدم قبول شهادته ، والحكم الثالث : الحكم عليه بالفسق وفي هذا تشديد وتأکید على عدم الخوض فى الأعراض وفى الآية الثانية تأديب لمن سمع شيئاً من الكلام السيئ والقبیح فى الأعراض أن لا يشيعه ولا يذيعه صوتاً للأعراض فإن كانت الكلمة القبيحة محرمة فى هذا الشأن فإن الفعل القبيح أشد حرمة⁽¹⁾.

وأن الحق سبحانه وتعالى رتب عقاباً دنيوياً واخروياً على من يبغى شيوع سبب الفاحشة والمقالة السوء، لتضرر الذى يقال فى حقه ذلك ولاشك ان التحدث عن الفاحشة وأسبابها او اثارها فتح لمجالها وتوسيع لدائرتها مما يعود بالآثار السيئة على المجتمع ككل⁽²⁾.

وهذه الجريمة حرمها الإسلام لأنها تنال المسلم فى شرفه وعرضه وخلقه وكل ما من شأنه أن ينال الإنسان ويلحق به الأذى فهو محرم شرعاً⁽³⁾.

(1) مختصر تفسير ابن كثير ، للإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبى الفداء إسماعيل ابن كثير ، المتوفى سنة 774 هـ ، تحقيق / محمد على الصابوني ، المجلد الثانى ، ط دار الفكر ، ص 583 ، د/ سعد الدين هلالى ، مجلة الوعي الإسلامى ، العدد 413 ، محرم 1421 هـ - مايو 2000 م، بحث تحت عنوان قضية إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه الإسلامى ، ص 21.

(2) الأستاذ الدكتور/ ابراهيم عبد الواحد السمان. استاذ الفقه العام بكلية الشريعة والقانون بدمنهور.

تجميل العيوب الخلقية فى رحاب الاحكام الفقهية ص 209

(3) أستاذنا الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، ينظر : الحماية الجنائية للاتصالات الخاصة فى ضوء الوسائل العلمية الحديثة - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، ص 13 ، بحث فى مجلة كلية الشريعة والقانون بفتحنا الأشراف ، دقهلية، مجلة علمية محكمة ، العدد الرابع ، مايو 1425 هـ - 2004 م ، ج 1.

وسبب اختياري لهذا البحث :

أن قضية إجهاض جنين الاغتصاب أصبحت من أهم القضايا التي شغلت ولا تزال تشغل الرأي العام في هذه الآونة خاصة بعد أن ابتليت الأمة الإسلامية بجراح عميقة ذلك أن الصرب قد سطو بأسلوب وحشي همجي على أناس آمنين فأتوا على الأخضر واليابس وأهلكوا الحرث والنسل واغتصبوا النساء العفيفات الشريفات وأن التاريخ ليشهد بكل أسى وحزن ما ارتكبه أهل الصرب الملاعين من الإغارة على أهل البوسنة والهرسك المسلمين سنة 1992 م واغتصبوا النساء المسلمات العفيفات اغتصاباً جماعياً حتى احترن في مصير حملهن الحرام الذي لم يكن لهن فيه حول ولا قوة وينسى فيه بعض البشر صفتهن الآدمية والإنسانية فيتحولون إلى ذئاب بشرية لهتك أعراض العفيفات بالإكراه وغالباً ما يثمر هذا الإجرام الوحشي بحكم الطبيعة المخلوقة عن جنين بغير الطريق الشرعي⁽¹⁾.

ونظراً لما يمر به المسلمين من ضعف وهوان، فقد أصبحوا نهباً لكل طامع احتلت أراضهم ، واستبيحت أعراضهم ، وتداعت عليهم الامم من كل جانب، وقد أصبح الكثير من الفتيات المسلمات الحرائر هدفاً في كثير من الأحيان للذئاب البشرية المفترسة، التي لاتخاف الله، ولا تخشى قوة رادعة، كما هو

(1) د/ سعد الدين مسعد هلالى: إجهاض جنين الاغتصاب في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة ص254-255، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية العدد 41 السنة الخامسة عشر ربيع أول 1421هـ — يونيو 2000م

الحال فى بلدان كثيرة فى العالم الاسلامى، فى الفلبين، اوفى بلاد الشيشان، او فى اريتريا، او فى سجون بعض الانظمة الهزيلة فى العالم العربى (1).

ومما زادنى تمسكاً بهذا الموضوع أن الاجهاض تروج لة جهات مختلفة بوسائل شتى وخاصة الاجهاض فى حالات الاغتصاب .

وبرغم ذلك فقد تعالت الأصوات وارتفعت الحناجر وأنفقت الأموال وعقدت المؤتمرات فى حملة شرسة من أعداء الإسلام تنادى بالإجهاض، ذلكم الخطر الذى يقضى على الحماية الشرعية الواجبة للجنين مما يتعارض مع إحدى هذه الضروريات الخمس (2).

وفى هذا الشأن : قرأت عدة قراءات تناولت هذه القضية الكبرى تناولاً متنوعاً ثرياً لكنه مفرق بين البحوث والكتابات المختلفة التى تناولته فرأيت أن أجمع فى هذه القضية بحثاً يتناولها بالتأصيل الفقهى الشرعى مقارناً بالقوانين الوضعية لكى يكون هناك بحث شرعى وقانونى يطرح حلاً لهذه القضية يسهل استيعابه، وحتى تتكون المادة العلمية فى كتاب واحد مستقل ولأن الكثير من القضايا بحاجة إلى مجامع فقهية للبت فيها ولا يكفى فيها رأى الفقهى الفردى فاستعنت بالله ولم أذخر وسعاً ولا جهداً فى الوصول الى ما استطعت الوصول اليه مما يلزمنى لإكمال البحث .

ومن بين ما قرأت فى هذا الصدد قرأت عدة مراجع وبحوث منها . تقادم الدعوى الجنائية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة -

(1) تأليف/ عمر بن محمد غانم. احكام الجنين فى الفقه الاسلامى . ص 175 — 176 ط دار الانتلس دار ابن حزم.

(2) د / شحاتة عبد المطلب حسن أحمد: الإجهاض بين الحظر والإباحة فى الفقه الإسلامى ، ، ص، 790، 791.

رسالة دكتوراه للأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، ورجعت إلى جميع مراجعة المتعلقة بالموضوع ، تجميل العيوب الخلقية فى رحاب الاحكام الفقهية. للأستاذ/ الدكتور/ابراهيم عبد الواحد السمان أستاذ الفقه العام بكلية الشريعة والقانون بدمنهوور ، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى . د/ محمد الشحات الجندى ، بحث بعنوان إجهاض جنين الاغتصاب فى ضوء أحكام الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة . د / سعد الدين هلالى الاجهاض من منظور إسلامى . د / عبد الفتاح إبريس ، تحديد النسل وقاية وعلاجاً . د / سعيد رمضان البوطى ، بحث بعنوان حكم إجهاض حمل السفاح ، دراسة فقهية مقارنة. د / مصباح المتولى حماد ، قضية إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه الإسلامى . د / سعد الدين هلالى.

وغير ذلك من المراجع ومن كتب السلف وبعض الدوريات والأبحاث ومن كتب شراح القانون التى سيلي ذكرها فى ثبت المراجع.

وقد قسمت مادة هذا البحث إلى مقدمة وفصل تمهيدى وثلاثة أبواب وخاتمة: أما المقدمة فقد عرضت فيها إلى أهمية موضوع البحث، وأسباب اختياره ، والصعوبات التى واجهت الباحث فى أثناء إعداده، إضافة إلى منهج البحث وخطته

وأما الفصل التمهيدى: فى المدخل إلى التعريف بالجريمة وتعريف الجنين فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: فى المدخل إلى التعريف بالجريمة والفرق بينها وبين الجنابة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

المبحث الثانى: فى التعريف بالجنين بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

المبحث الثالث: موازنة بين كل من تعريف الجنين ومراحل تطوره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الباب الأول

بيان مفهوم جريمة الاغتصاب و أركانها؛

الفصل الأول: بيان مفهوم الاغتصاب وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: تعريف الاغتصاب في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: تعريف الاغتصاب في القانون الوضعي

المبحث الثالث: موازنة بين تعريف الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

الفصل الثاني: أركان جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

أولاً: الركن المادي لجريمة الاغتصاب وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول : الركن المادي لجريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: الركن المادي لجريمة الاغتصاب في القانون الوضعي

المبحث الثالث: موازنة بين الركن المادي لجريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي

ثانياً : الركن المعنوي لجريمة الاغتصاب وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: الركن المعنوي لجريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الركن المعنوي لجريمة الاغتصاب في القانون الوضعي

المبحث الثالث: موازنة بين الركن المعنوي لجريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي

والقانون الوضعي

الفصل الثالث: عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفيه

ثلاثة مباحث

المبحث الأول: عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: عقوبة جريمة الاغتصاب في القانون الوضعي

المبحث الثالث: موازنة بين عقوبة جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون
الوضعي

الباب الثاني

في بيان تعريف جريمة الإجهاض وأركانه في الفقه الإسلامي
والقانون الوضعي

الفصل الأول: تعريف الإجهاض في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي
وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: تعريف الإجهاض في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: تعريف الإجهاض في القانون الوضعي

المبحث الثالث: موازنة بين تعريف الإجهاض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
الفصل الثاني: الأركان العامة لجريمة الإجهاض
وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: أركان جريمة الإجهاض في الفقه الإسلامي

المبحث الثاني: أركان جريمة الإجهاض في القانون الوضعي

المبحث الثالث: موازنة بين أركان جريمة الإجهاض في الفقه الإسلامي والقانون
الوضعي

الفصل الثالث: بيان حالات إباحة الإجهاض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: حالات إباحة الإجهاض في الفقه الإسلامي وموانع المسؤولية

المبحث الثاني: حالات إباحة الإجهاض في القانون الوضعي وموانع المسؤولية

المبحث الثالث: موازنة بين حالات إباحة الإجهاض في الفقه الإسلامي والقانون
الوضعي

الفصل الرابع: حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي
وفيه ثلاثة مباحث

المبحث الأول: حكم الإجهاض فى الفقه الإسلامى

المبحث الثانى: حكم الإجهاض فى القوانين الوضعىة

المبحث الثالث: موازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى حكم الإجهاض

الباب الثالث

حكم إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

والآثار المترتبة عليه

الفصل الأول: موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من إجهاض جنين الاغتصاب

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حكم إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه الإسلامى

المبحث الثانى: حكم إجهاض جنين الاغتصاب فى القانون الوضعى

المبحث الثالث: موازنة بين حكم إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه الإسلامى

والقانون الوضعى

الفصل الثانى: الآثار المترتبة على إجهاض جنين الاغتصاب بين الفقه الإسلامى

والقانون الوضعى

وفيه ثلاث مباحث:

المبحث الأول: عقوبة الإجهاض فى الفقه الإسلامى

المبحث الثانى: عقوبة الإجهاض فى القانون الوضعى والآثار المترتبة على هذه

العقوبة

المبحث الثالث: موازنة بين عقوبة الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

الخاتمة: أسجل فيها أهم النتائج والتوصيات التى توصلت إليها من خلال هذا البحث.

والله أسأل العون والسداد والتوفيق لكل ما يحب ويرضى

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه.

فصل تمهيدي

فى المدخل إلى التعريف بالجريمة

وتعريف الجنين ومراحل تطوره فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

ويتكون من ثلاث مباحث:

المبحث الأول : التعريف بالجريمة والفرق بينها وبين الجنابة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

المبحث الثانى: التعريف بالجنين بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى.

المبحث الثالث : موازنة بين كل من تعريف الجنين ومراحل تطوره فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

تمهيد:

من الغرائز الفطرية التى ركبها الله فى الإنسان غريزة الجنس لحفظ نوعه واستمرار حياته والإسلام ينظر للجنس بواقعية ومثالية فى آن واحد فسمح للإنسان أن يشبعها وفق نظام معين دون كبت مرذول أو انطلاق مجنون⁽¹⁾ فشرع له الزواج ورغبه فيه ليبنى أسرة هي أساس المجتمع الفاضل المتكامل واغلق العقوبة على من يخالف نظمه وأسسها فنهى عن الاختلاط وكل ما من شأنه أن يثير الغريزة .. وكره لهم أن ينطلقوا مع شهواتهم⁽²⁾

وإذا نظرنا إلى النظام السائد فى القوانين الوضعية فنرى أن هناك بوناً شاسعاً فى العقوبة لأنهم يعتبرون الفعل إذا تم عن تراض فلا تمس صالح الجماعة لأنها من الأمور الشخصية، إلا إذا كان أحد الطرفين زوجاً فى هذه الحالة

(1) د/ يوسف القرضاوى. الحلال والحرام فى الإسلام. الناشر مكتبة وهبة، ص133.

(2) د/ احمد محمود الشافعى . الشريعة الإسلامية والقانون المصرى ازاء جريمة الزنى. ص3 مؤسسة الثقافة الجامعية.

يعاقب على الفعل صيانة لحرمة الزوجية، ولعل ما حدث فى المجتمعات الغربية يؤيد نظرية الفقه الإسلامى .

ولا شك أن حماية الأعراس وصيانة الحرمات الجنسية مقصد إنسانى هام يزود عنه المرء بكل ما يملك من الوسائل والأسباب بل ويضحى فى سبيله بالأنفس والأموال ولا غرو فإن الحفاظ على هذا الجانب هو تأصيل لقيم العفة والطهارة والكرامة والشرف وهى المعاني للصيقة بإنسانية الإنسان⁽¹⁾.

ألا ترى أن شيوع الفوضى الجنسية مرتع خصب للأمراض العضوية والنفسية وسبيل للتحلل الدينى والاجتماعى والأخلاقى وضياح للشخصية الإنسانية وانهيار لقيم المجتمع ومقوماته بل وتفتيت لقوة المجتمع وبنائه المتماسك لما يترتب عليه من انحلال الأسر وضياح الأطفال وفتح الطريق أمام الانحراف وارتكاب الجرائم وما ينتج عنه من تقويض أساس المجتمع وفشله⁽²⁾ بعد أن أفلست الأنظمة المعاصرة فى وقاية المجتمعات من وباء هذه الجريمة.

وفى وقتنا الحاضر برزت مشكلة عالمية تفاقم أمرها وانتشر فعلها فى كثير من بلدان العالم ألا وهى إجهاض الأجنة فالإجهاض من المسائل المشكلة عالمياً من حيث الإباحة أو التجريم إلا أن الفقه الإسلامى قد حسم كل مسائل الإجهاض منعاً وتحريماً لما فى ذلك من الاعتداء على حق الحياة للجنين، وتعريض أمه للضرر والخطر فالإسلام قد تميز عن بقية الأديان أنه كفل

(1) د / محمد الشحات الجندى ، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى ، الناشر دار النهضة العربية للطبع والنشر ، ص 7 .

(2) د / محمد الشحات الجندى ، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى ، المرجع السابق ، ص 7 .

للجنين حقوقاً كثيرة عاقب على انتهاكها والإخلال بها كحق الحياة والوصية والنسب وغيرها⁽¹⁾.

ولسنا من أنصار المصادرة على المطلوب بالتعامل على موقف هذه التشريعات بل إننا من أنصار الباحثين عن الحقيقة السالكون دروب الفحص والتحصيل وصولاً إلى ما يحقق السعادة للإنسانية ويجعله متوازناً في جوانبه الصحية والعقلية والبدنية مجسداً لأصول النظام الاجتماعي مرجعاً كل علاقة اجتماعية وفق ما شرع الله تبارك وتعالى وتسير في نطاقها⁽²⁾.

أما إذا سلك الإنسان مسلكاً غير الذي رسمه له ربه، انتشرت الأمراض الخطيرة التي نبه الله ورسوله عليها جزاء خروجه عن الفطرة التي فطر الله الناس عليها، وجاءت بها الشريعة الإسلامية وعاقبه الله عز وجل بهذه الأمراض⁽³⁾.

(1) د / مسفر القحطاني ، إجهاض الجنين المشوه وحكمه في الشريعة الإسلامية ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية السنة الثامنة عشرة العدد الرابع والخمسون ، رجب 1424 هـ - سبتمبر 2003 م ، ص 162 .

(2) د / محمد الشحات الجندي ، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، الناشر دار النهضة العربية للطبع والنشر ، ص 8 .

(3) د / يوسف القرضاوى . خطب الشيخ القرضاوى . الجزء الثانى . ص 108 . الناشر مكتبة وهبة

وهذا ما حذر منه النبي - صلى الله عليه وسلم - حينما قال في حديث ابن عمر : " يا معشر المهاجرين : خمس خصال إذا ابتليتم بهن وأعوذ بالله أن تدركوهن ... ولم تظهر الفاحشة في قوم قط حتى يعلنوا بها إلا فشى فيهم الطاعون والأوجاع التي لم تكن مضت في أسلافهم الذين مضوا"⁽¹⁾.

وجه الدلالة من الحديث :-

إن هذا من دلائل نبوته - صلى الله عليه وسلم - حيث حدث بأمور لم تكن موجودة في زمانه ووقعت وكأن النبي - صلى الله عليه وسلم - ينظر من وراء الغيب إلى هذا العصر الذي نعيش فيه ويخبر بما وقع، فالفاحشة موجودة من قديم الدهر وليس الخطر في وجودها إنما الخطر في انتشارها والخطر في ظهورها علانية، ولا ينكر منكر كما نرى ذلك في البلاد الغربية، وكما نرى بعض شرره يتطاير إلى بعض البلاد الإسلامية والناس سكوت غافلون⁽²⁾.

وإن الإسلام رسالة لكل الناس وهداية للخلق جميعاً في كل مجالات الحياة وفي كل ميادين النشاط البشري فلا يدع جانباً من جوانب الحياة الإنسانية إلا كان له فيها شرع قد يتمثل في الإقرار والتأييد أو في التصحيح والتعديل أو في الإتمام والتكميل أو في التغيير والتبديل، ويتدخل في الإرشاد والتوجيه بالتشريع

(¹) رواه ابن ماجه ، وهذا لفظه ، واليزار والبيهقي بنحوه ، ورواه الحاكم وصححه اسناده ، ووافقه الذهبي ، انظر (المنتقى من كتاب الترهيب والترغيب ، الحديثان رقم 399 ، 1433)

(²) د/ يوسف القرضاوى. خطب الشيخ القرضاوى. الجزء الثانى. ص. 108. الناشر مكتبة وهبة.

والتقنين⁽¹⁾، قال الله تعالى: "الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتِمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي
وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا"⁽²⁾.

(1) د / مسفر بن على بن محمد القحطاني: إجهاض الجنين المشوه وحكمه فى الشريعة الإسلامية ،
ص 161 المرجع السابق.

(2) سورة المائدة ، جزء الآية رقم (3) .

المبحث الأول

فى التعريف بالجريمة والفرق بينها وبين الجناية

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

أولاً : تعريف الجريمة فى اللغة:

لفظ الجريمة عند علماء اللغة يطلق ويراد منه معان متعددة منها:-

- 1 - الذنب⁽¹⁾ يقال أجرم فلان يعنى أذنب ، ولقد وردت كلمة مجرم وأجرم وإجرام فى القرآن الكريم حيث يقول الحق تبارك وتعالى " كُلُوا وَتَمَتَّعُوا قَلِيلًا إِنَّكُمْ مُجْرِمُونَ " ⁽²⁾.

وجه الدلالة من الآية القرآنية الكريمة:

هذا خطاب للمكذبين بيوم الدين وأمره أمر تهديد ووعد، فقد قال تعالى كلوا وتمتعوا قليلا أى مدة قليلة قريبة قصيرة، إنكم مجرمون أى ثم تلقون فى نار جهنم⁽³⁾.

ويقول الحق تبارك و تعالى " إِنَّ الْمُجْرِمِينَ فِي ضَلَالٍ وَسَّعٍ " ⁽⁴⁾.

(¹) لسان العرب ، للإمام العلامة أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقى المصرى ، دار صادر ببيروت لبنان ، جـ 12 ، ص 91 (مادة جرم) ، المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، 1419 هـ - 1998 م ، ص 102 ، تاج العروس من جواهر القاموس ، للإمام/محب الدين أبى فيض السيد محمد مرتضى الحسين الواسطى الزبيدى الحنفى ، مجلد رقم 8 ، ص 224 ، ط دار الفكر .

(²) سورة المرسلات ، الآية رقم 46

(³) مختصر تفسير ابن كثير ، جـ 3 ، ص 1988 .

(⁴) سورة القمر ، الآية رقم 47 .

وجه الدلالة من الآية القرآنية الكريمة :-

يخبرنا الله تعالى عن المجرمين أنهم فى ضلال عن الحق وسعر مما هم فيه من الشكوك والاضطراب فى الأداء وهذا يشمل كل من اتصف بذلك⁽¹⁾.

وفى المصباح المنير جرم جرما من باب ضرب وأذنب وأكسب الإثم وبالمصدر سمي الرجل وجرمت النخل أى قطعتة⁽²⁾.

2 - وتطلق الجريمة أيضا على التعدى فيقال فلان يتجرم علينا أى يتعدى⁽³⁾ والذنب واقتراف السيئة واقتراف الجريمة فى حق النفس وحق الناس وحق الله تعالى وكله يرجع إلى الخروج عن منهج الله تعالى⁽⁴⁾.

وبإمعان النظر إلى هذه الإطلاقات لمعنى الجريمة والى يراد منها الذنب أو التعدى نجد أنها تتفق فى أنها تؤدى فى الواقع ونفس الأمر إلى أن فعل الجريمة يعد أمرا مستهجنا وغير مستحسن، ولما كانت أوامر الشارع الحكيم كلها مستحسنة غير مستهجنة - فضلا عن أنها تتفق مع ما يقتضيه العقل الراجح والمنطق السليم - وارتكاب أى ذنب أو القيام بالتعدى يكسب الشر أو القطع به يُعدُّ فى نظر علماء اللغة جريمة يستحق فاعلها العقاب نظرا لتعارض فعله مع

(1) مختصر تفسير ابن كثير ، المرجع السابق ، ج 3 ، ص 1810 .

(2) المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير (للرافعى) ، تأليف العلامة أحمد بن محمد على المقرئ الفيومي، توفي سنة 77 هـ ، ط دار المعارف بالقاهرة ، 1977 ، ج 1 ، ص 97 .

(3) القاموس المحيط ، تأليف العلامة اللغوى مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزأبادى ، دار الجليل ببيروت لبنان، ج 4، ص 90 مادة (جرم).

(4) أستاذنا الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، ينظر الركن المادى للجريمة الضريبية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، ص 25 ، بحث فى مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف ، دقهلية ، مجلة علمية محكمة ، العدد السادس، مايو 1426 هـ - 2005 م، ج 1.

ما تقتضيه الشريعة الإسلامية الغراء⁽¹⁾ بل ويقتضى الأمر في بعض الحالات بعقوبة مالية وقد نص عليها المشرع المصري كعقوبة تكميلية في الجنايات والجنح وهي في إحدى حالتها جوازية، وفي الثانية وجوبية وحين تكون وجوبية تكون لها خصائص التدابير الاحترازية وللمصادرة حالة ثالثة تكون فيها تعويضاً⁽²⁾.

ثانياً : تعريف الجريمة في الاصطلاح :-

لقد اصطلح الفقهاء على أن للجريمة معنيين : أحدهما عام ، والآخر خاص ، والتعريف العام للجريمة يقصد به " إثبات فعل مجرم معاقب على فعله أو ترك فعل مأمور به معاقب على تركه .." وبناء على ذلك فإن ارتكاب أى فعل مجرم يكون الشارع الحكيم قد رصد لفاعله جزاء دنيوي أو أخروي ، أو ترك أي فعل مأمور به ويعاقب على تركه يعد في نظر الفقهاء جريمة يستحق فاعلها العقاب المقرر لها⁽³⁾.

(1) أ.د / إسماعيل عبد الرحمن عشب: جناية شبه العمد، رسالة دكتوراه ، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة 1412 هـ - 1992 م ، ص 22 .

(2) أستاذنا الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه، أستاذ القانون الجنائي، العقوبات التبعية والتكميلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - دراسة مقارنة ، 1408 هـ - 1988 م ، ص 252 .

(3) الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، للإمام أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، ط . مصطفى البابي ، ط الثالثة ، ص 219، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، للمرحوم الشيخ / عبد القادر عودة ، دار التراث العربي ، بيروت لبنان ، 1977 ، ج 1 ، ص 176.

أما التعريف الخاص للجريمة :-

فيقصد بها الجنائية وهى " إتيان المحظورات الشرعية التى زجر الله عنها بحد، أو قصاص، أو دية، أو تعزير وكثيراً ما يعبر الفقهاء عن الجريمة بلفظ الجنائية ولها عند التهمة حال إستبراء تقتضيه السياسة الدينية ولها عند ثبوتها حال استيفاء توجه الأحكام الشرعية (1).

" وإذا كانت الجرائم محظورات شرعية أى تكون محرمة بنص من نصوصها وأوجب الشارع العقاب عليها تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فلا بد من تحديدها مسبقاً قبل العقاب عليها مقابل الأذى الذى يلحقه بالمجتمع ".
ومفاد هذا أن اقتراف أى فعل محظور شرعاً زجر الله عن اقترافه بتقرير عقوبة منصوص عليها، أو بتعزير يقرره الحاكم حسبما يراه ملائماً لظروف الواقعة وعند عدم وجود نص يعتبر الفعل جريمة وعلى هذا يكون التعريف أعم وأشمل، لأنه يشمل كل ما من شأنه أن يعد من الأفعال المحظورة سواء ما قدرت له عقوبة فى الحدود أولاً ، فضلاً عن تضمينه مقومات الجريمة باعتبارها سلوكاً غير مشروع وفقاً لأحكام الشريعة الغراء، ويعرض مرتكبه لجزاء جنائى وعلى ذلك فإن الجريمة لدى الفقه الإسلامى تتمثل فى فعل مجرم أو ترك فعل مأمور به، أما الجنائية فقد أطلقت على كل فعل محرم شرعاً سواء حل بالمال أو بالنفس، إلا أن بعض الفقهاء خصوا الجنائية على الفعل فى النفس والأطراف.

(1) الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، للإمام الماوردى ، مرجع سابق ، ص 219 ، القصاص والديات والعصيان المسلح ، د/ أحمد الحصرى ، ط مكتبة الكليات الأزهرية 1392 هـ - 1973 م ص 11 وما بعدها ، الفقه الجنائى فى الإسلام ، د / أمير عبد العزيز ، ط دار السلام للطباعة والنشر ، 1417 هـ - 1997 م ، ص 11.

ومن هنا فإن لفظ الجناية مرادف للفظ الجريمة لا يفترق عنها من حيث المدلول وإن كان لفظ الجريمة أعم والجناية أخص فإنه لا مشاحة فى الاصطلاح⁽¹⁾ لأن أكثر الفقهاء تعارفوا على إطلاق لفظ الجناية على الأفعال الواقعة على نفس الإنسان أو أطرافه وهى القتل والجرح والضرب والإجهاض.

ومن هذا البيان يتضح أن الجريمة هى :-

فعل الأمر الذى لا يستحسن، ويستهن، وأن المجرم هو الذى يقع فى أمر غير مستحسن مصرا عليه مستمرا فيه لا يحاول تركه⁽²⁾.

ثالثا : تعريف الجناية فى اللغة :-

الجنایات جمع جناية وهى مصدر جنى الذنب يجنيه جناية أى جره إليه⁽³⁾، والجناية: الذنب والجرم، وما يفعله الإنسان مما يوجب عليه العقاب والقصاص فى الدنيا والآخرة⁽⁴⁾، إلا أن العرف يجعل لفظ الجناية خاصاً بما يجعل فيه

(1) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة / عبد القادر بن عثمان الطورى ، حققه وعلق عليه/ أحمد عز الدمشقى ، ج 8 ، ص 286 ، ط دار إحياء التراث ، تبصرة الحكام ، برهان الدين أبى الوفاء إبراهيم ابن الإمام / شمس الدين أبى عبد الله محمد بن فرحون اليعمرى المالكى ، ج 2 ، ص 177 ، 181 ، ط دار عالم الكتب . د / إسماعيل عبد الرحمن عشب : جناية شبيه العمد ، ص 22 رسالة دكتوراة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة . 1992م .

(2) الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى (الجريمة) للإمام / محمد أبو زهرة ، ط دار الفكر العربى ببيروت ، 1976 ، ص 21 ، التشريع الجنائى الإسلامى للمرحوم / عبد القادر عودة ، ج 1 ، ص 68 ، د / نصر فريد واصل ، الفقه الجنائى المقارن فى التشريع الإسلامى ، مكتبة الصفا، 127 ميدان الأزهر بالقاهرة ، ص 16 .

(3) القاموس المحيط ، ج 4 ، ص 315 ، فصل الجيم باب الواو والياء مادة " جنى "

(4) المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير ، للعلامة أبى العباس أحمد بن محمد بن على المقرئ الفيومى ، المتوفى سنة 77 هـ ، ط دار المؤيد - ص 89 .

التعدى على الأبدان لأن الفقهاء سموا الجنايات على الأموال غصباً وسرقة ونهباً وجناية وإتلافاً⁽¹⁾.

وإن الفقهاء قد خصصوا الجناية عندهم بما يحل بالنفس فقط فى الكل أو فى الجزء من جريمة أو جناية عليها توجب القصاص⁽²⁾.

رابعاً : تعريف الجناية فى الاصطلاح :-

اختلفت تعبيرات الفقهاء فى مفهوم الجناية ، فعرفها الحنفية بأنها : كل فعل محرم حل بالنفس والأطراف⁽³⁾، ويلاحظ على هذا التعريف أنه يقصر الجناية على الاعتداء على النفس والأطراف فقط .

وعرفها المالكية بأنها : إتلاف مكلف غير حربى نفس إنسان معصوم أو عضوه أو اتصالاً بجسمه أو معنى قائم به⁽⁴⁾، وهذا التعريف كسابقه .
وعرفها الشافعية بأنها : الذنب والجرم وما يفعله الإنسان بما يوجب عليه العقاب أو القصاص فى الدنيا والآخرة⁽⁵⁾.

(¹) استاذنا الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، تقدم الدعوى الجنائية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه ، 1413 هـ / 1992 م ، ص 73 .
(²) د / نصر فريد واصل ، الفقه الجنائى المقارن فى التشريع الإسلامى ، مكتبة الصفا ، 127 ميدان الأزهر بالقاهرة ، ص 16

(³) الدر المختار بحاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 527 ، شرح فتح القدير ، الهداية على شرح بداية المبتدى لشيخ الإسلام / برهان الدين على ابن أبى بكر المرغينانى ، ج 9 ، ص 137 .
(⁴) حاشية العدوى بهامش شرح الخرشى ، ج 8 ، ص 3 ، مطبعة بولاق بمصر ، شرح فتح القدير ، ج 9 ، ص 137 ، الهداية على شرح بداية المبتدى ، شيخ الإسلام / برهان الدين على ابن أبى بكر المرغينانى .

(⁵) التكملة الثانية للمجموع ، للشيخ المطيعى ، ج 18 ، ص 344 ، ط دار الفكر .

وعرفها الحنابلة بأنها: التعدى على الأبدان بما يوجب قصاصاً أو غيره، أو فعل عدوان على نفس أو مال⁽¹⁾.

وبالنظر إلى هذه التعريفات نرى أن تعريف الأحناف فيه تضيق لمفهوم الجناية لأنهم قصروها على النفس والمال وأما الشافعية والحنابلة فقد وسعوا في تعريف الجناية وبذلك يتضح رجحان تعريف الشافعية والحنابلة حيث تشتمل الجناية عندهم على ما يوجب العقاب سواء أكان التعدى على النفس أو المال أو الدين أو العقل ، ولم يقصروه على الجناية على الأطراف كما ذهب الحنفية والمالكية ، وهو ما يوافق التعريف اللغوي للجناية⁽²⁾.

وبالنظر فيما تقدم من معنى الجناية ومعنى الدعوى يمكن أن نضع تعريفاً للدعوى الجنائية فى الفقه الإسلامى فنقول أنها مطالبة إنسان لدى القاضى فى مجلس القضاء بالحق الذى يترتب على الفعل المحرم شرعاً⁽³⁾.

(1) شرح منتهى الإرادات للبهوتى ، ج 3 ، ص 267 ، مطبعة دار الفكر ، المغنى لابن قدامة ، ج 7 ، ص 635 .

(2) مع ملاحظة أن الفقه الإسلامى يطلق لفظ الجناية على الجريمة أى كانت جسامتها وعقوبتها فكل جريمة هى جناية سواء عوقب عليها بالحبس أو الغرامة أو أشد منها ، بخلاف القانون الوضعى حيث أطلق الجنائيات على الجرائم الجسيمة فقط ، فقسم الجرائم إلى مخالفات وجنح وجنائيات فالجناية ليست تطلق على كل الجرائم ، بل جرائم محددة اعتبرها القانون جنائيات ، فالجناية فى الشريعة الإسلامية تشمل المخالفة القانونية والجنحة والجناية .

(3) أستاذنا الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، تقدم الدعوى الجنائية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه ، 1413 هـ - 1992 م ، ص 73

التعريف بالجريمة و الفرق بينها وبين الجنائية فى القانون الوضعى

لقد درجت الأغلبية الساحقة فى التشريعات الجنائية المعاصرة على عدم وضع تعريف للجريمة تاركة ذلك المجال إلى الفقهاء الشرعيين .

حيث اختلفت الآراء فى تفسير وتحليل معنى الجريمة فيها لإختلاف اختصاص العلماء والباحثين، والمفكرين الذين يدرسون موضوع الجريمة فهناك وجهات نظر يقول بها الفلاسفة وأخرى يتبناها علماء النفس، وثالثة يدعوا بها علماء الاجتماع، ورابعة يلتزم بها علماء القانون ، وخامسة يقول بها علماء الفقه .

وإذا حللنا الاتجاهات العامة فى تعريف الجريمة نجد أنها تنحصر فى أربعة اتجاهات أساسية قانونية و اجتماعية ونفسية وشرعية⁽¹⁾.

فالمشرع المصرى فى قانون العقوبات لم يضع تعريفا محددا للجريمة حيث حذا حذو غالبية التشريعات التى لم تعن بوضع تعريف للجريمة، وعليه فقد جاءت نصوصه خالية من ذكر تعريف للجريمة اكتفاء بما أورده من نصوص تبين أنواع الجرائم ، وكيفية التمييز بينهما حيث نصت المادة التاسعة من قانون العقوبات على أن الجرائم ثلاثة أنواع :-

الجنایات - الجنح - المخالفات، ونصت المادة العاشرة عقوبات على أن الجنایات هى الجرائم المعاقب عليها بالعقوبات التالية :-

1 - الإعدام .

(1) أحكام الجريمة والعقوبة فى الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، د/ محمد أبو حسان، ص 159 ، مكتبة المنار، الزرقاء بالأردن.

2 - السجن المؤبد⁽¹⁾.

4 - السجن⁽³⁾.

3 - السجن المشدد⁽²⁾.

ومما يجدر ملاحظته أن تاريخ وقوع الجريمة من البيانات الجوهرية فى الحكم بحيث يترتب البطلان على إخفائها⁽⁴⁾.

ومن الجدير بالذكر أن اصطلاح الدعوى الجنائية المتعارف عليه فى القانون الجنائى الوضعى فى العصر الحديث قد وجد فى الفقه الإسلامى منذ نشأته قبل أن يعرفه القانون الجنائى الوضعى⁽⁵⁾.

ونصت المادة الحادية عشرة من القانون الجنائى المصرى "على أن الجنب هى الجرائم المعاقب عليها بالحبس والغرامة التى يزيد أقصى مقدار لها عن مائة جنيه مصرى"⁽⁶⁾.

نصت المادة الثانية عشرة من نفس القانون "على أن المخالفات هى الجرائم المعاقب عليها بالغرامة التى لا يزيد أقصى مقدار لها على مائة جنيه مصرى". ومن ثم فإن المقياس الوحيد لتتوع الجرائم إلى جنابات أو جنب أو مخالفات ، إنما مرده إلى جساماة هذه الأفعال المكونة لهذه الجرائم وكذا العقوبة المقررة

(1) هذه العقوبة مستبدلة بموجب القانون رقم 95 لسنة 2003 والمنشورة بالجريدة الرسمية ، العدد 25 ، 19 يونيه 2003 م .

(2) هذه العقوبة مستبدلة بموجب القانون 95 لسنة 2003 م .

(3) هذه العقوبة مستبدلة بموجب القانون 95 لسنة 2003 م .

(4) أستاذنا الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، تقادم الدعوى الجنائية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه ، 1413 هـ - 1992 م ، ص 457 .

(5) أستاذنا الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، تقادم الدعوى الجنائية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه ، 1413 هـ - 1992 م ، ص 72

(6) المادة مستبدلة بموجب القانون رقم 169 لسنة 1981م

لها، وهذا المسلك من جانب المشرع فى قانون العقوبات المصرى لا يعد بدءاً، وذلك لأن التصدى لوضع تعريف ما قد يعرض واضعيه فى الغالب إلى الاعتداء والتجريح والاتهام بالقصور وعدم الدقة فضلاً على أن مبدأ شرعية الجرائم يتطلب النص على تحريم أى فعل مشين يكون متافياً مع الطبائع السليمة، والعقول الراجعة.

بالإضافة إلى أنه ليس من حسن السياسة الجنائية، أن يقوم المشرع الجنائى بوضع تعريف عام للجريمة يحدد معالمها ثم يتبين بعد ذلك عدم دقته، وبناءً على ما تقدم فقد جاءت نصوص القانون خالية من ذكر تعريف عام للجريمة، وعلى الرغم من ذلك فإن فقهاء القانون قد شغلهم أمر الجريمة، فحاولوا وضع تعريف لها.

ومما هو جدير بالذكر أنهم فى محاولتهم لوضع أنسب صيغة لتعريف الجريمة ظهر اتجاهان فى الفقه - أحدهما اتجاه شكلى ، والآخر اتجاه موضوعى⁽¹⁾.

(أ) فالاتجاه الشكلى هو الذى يحدد العلاقة الشكلية بين الجريمة وبين قانون العقوبات ومن ثم تكون الجريمة هى الواقعة التى ترتكب بالمخالفة لقواعد ذلك القانون والتى يترتب على وقوعها العقوبة المقررة .

(ب) والاتجاه الموضوعى يركز على جوهر الجريمة ذاتها باعتبارها واقعة ضارة بمصالح المجتمع الإنسانية والتى يقوم عليها أمنه وكيانه ، والاتجاه الموضوعى فى الحقيقة - هو الذى يبرز جوهر الجريمة⁽²⁾، ولكن لا يصلح

(1) د / أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، ص 136 ، الطبعة السادسة ، سنة 1996 .

(2) د / أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 173 .

وحده لدراستها ، وذلك لا يكفي للحكم على واقعة ما قد تكون ارتكبت بالمخالفة لقواعد قانون العقوبات المعمول به - على أنها جريمة أن تكون هذه الواقعة قد حدثت من جرائم تعريض أمن المجتمع وكيانه للخطر فحسب ، بل لا بد وأن تكون المصلحة التي تعرضت للخطر قد أخذت بعين الاعتبار من القائمين على تطبيق القانون.

وتأسيساً على ذلك وجب الأخذ بالاتجاهين معاً باعتبارهما مزيجاً مختلطاً، ينتج عنه التعريف بالجريمة، وهذا بالفعل ما انتهجه فقهاء القانون عند تصديهم لوضع تعريف عام للجريمة⁽¹⁾، فقد لوحظ أنهم لم يغلبوا جانباً على آخر، بل مزجوا بين الاتجاهين وبناءً على ذلك اجتهد فقهاء القانون في تعريف الجريمة . فمن الفقهاء من عرف الجريمة بأنها:

1 - كل فعل أو ترك نهى المشرع عنه ورصد له جزاء جنائياً⁽²⁾.

وعرفها بعض الفقهاء بأنها :

2 - عمل أو امتناع يرتب القانون على ارتكابه عقوبة⁽³⁾.

(1) د / محمود أحمد طه ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، لجزء الثانى (الجريمة) ، دار النهضة العربية ، ط الثانية ، ص 9 وما.

(2) المستشار / جندى عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الثالث ، دار المؤلفات القانونية ، بيروت لبنان ، 1977 ، ص 3 .

(3) د / محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ،، دار النهضة العربية بالقاهرة ، ط/العاشرة ، 1983 ، ص 53 ، د/ جلال ثروت ، نظم القسم العام فى قانون العقوبات ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1994 ، ص 113 .

وعرفها بعض شراح القانون أيضاً بقولهم:

3 - إن الجريمة إخلال جسيم ببعض القيم السائدة في المجتمع .

بينما حرص البعض الآخر من فقهاء القانون - ويمثلون الأغلبية على أن يشمل تعريفها مقوماتها الأساسية إلى جانب الأثر القانوني المترتب عليها وفقاً لهذا الاتجاه فإن الجريمة : " فعل غير مشروع صادر عن إرادة جنائية يقرر له القانون عقوبة أو تدبيراً احترازياً⁽¹⁾ .

ويرجع هذا الاختلاف لاختلاف وجهات النظر التي ينظر منها كل منهم إليها⁽²⁾ .

وفي ضوء هذه التعريفات السابقة التي ذكرها الفقهاء فإن التعريف الأخير هو ما يعد متفقاً مع الواقع القانوني ، وذلك لأن الجريمة عبارة عن سلوك غير مشروع صادر من إرادة جنائية يقرر له المشرع جزاءً جنائياً .

ولقد اجتهد فقهاء القانون في وضع تعريف عام للجريمة، وتعددت أساليبهم واختلفت تعبيراتهم والغرض الذي يسعى إليه كل واحد منهم، وهو إطلاق مفهوم عام لها حتى يعد الفعل مجرمًا ويعاقب مرتكبه، حيث تعد الجريمة واقعة يترتب على حدوثها إضراراً بالمصلحة التي حماها المشرع الجنائي، وقرر لمرتكبها عقوبة جزاء له على فعله.

أما عن تعريف الجنائية: فلم يضع لها القانون تعريفاً محدداً، وإنما يوصف الفعل بالجنائية بمدى الخطورة المترتبة على ارتكابه ، ومدى جسامة الفعل ذاته

(1) د / على أحمد راشد ، القانون الجنائي ، ط الثالثة ، 1974 ، ص 215 .

(2) أستاذنا الدكتور/ سامح السيد جاد أستاذ القانون الجنائي، مبادئ قانون العقوبات، ص 416 ،

طبعة سنة 1407 هـ -

وعليه فإذا كان الفعل على درجة كبيرة من الجسامة والخطورة الناتجة عنه كبيرة، كان الفعل يستحق أن يطلق عليه جنائية .

ومن هنا فقد نص المشرع فى قانون العقوبات على أن الجنائيات هى الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو السجن المشدد وفقاً لما قرره فى المادة العاشرة السابق بيانها⁽¹⁾.

وإذا كانت الجرائم محظورات شرعية أى تكون محرمة بنص من نصوصها وأوجب الشارع العقاب عليها تطبيقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فلا بد من تحديدها مسبقاً قبل العقاب عليها مقابل الأذى الذى يلحقه بالمجتمع وذهب أستاذنا الدكتور / أحمد حسنى أنه لا يؤيد ما ذهب إليه البعض من أن تقسيم الجرائم فى الفقه الإسلامى يكون على أساس جسامة الجريمة بالنظر إلى العقوبة المقررة عليها⁽²⁾.

(1) د / مأمون محمد سلامة ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، 1991 م ، ص 79، د / أحمد شوقى أبو خطوة ، شرح الأحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، 1989 ، ص 115 .

(2) أستاذنا الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، ينظر الركن المادى للجريمة الضريبية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، ج 1 ص 29 ، بحث فى مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهما الأشراف، دقهلية ، مجلة علمية محكمة، العدد السادس، مايو 1426 هـ - 2005 م .

موازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى تعريف الجريمة بالنظر فيما تقدم من الحديث عن بيان ماهية الجريمة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية يمكن القول بأن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتى :

أولاً : أوجه الاتفاق :

يلاحظ أن فقهاء القانون الجنائى وإن تعددت ألفاظهم واختلفت عباراتهم فى ماهية الجريمة إلا أنها تتفق جميعها مع ما قرره فقهاء الفقه الإسلامى حيث أن الجميع قد اجتهد بشأن وضع تعريف للجريمة وعليه فإن الفعل المستهدف واحد وهو : تجريم أى فعل يخالف الأنظمة القانونية المعمول بها أو يخالف ما أمر به الشرع الحنيف يقرر لها عقوبة مناسبة لشدتها وجسامتها أو مدى الخطورة المترتبة عليها .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

1 - نلاحظ أن تعريف الجريمة لدى فقهاء الفقه الإسلامى عرفوها بأنها : إتيان المحظورات الشرعية التى زجر الله عنها بحد أو تعزير سواء ارتكبت هذه المحظورات فى السر أو فى العلن وسواء وقعت عن طريق الفعل أو الترك⁽¹⁾، فى حين نرى أن التشريعات الجنائية المعاصرة لم تقف على وضع تعريف محدد للجريمة فتارة يحددون العلاقة الشكلية بين الجريمة وبين العقوبة وتارة يركزون على جوهر الجريمة ذاتها باعتبارها واقعة

(¹) المجموع شرح المذهب ، للنووى ، ج 18 ، ص 344 ، ط دار الفكر

ضارة بمصالح المجتمع⁽¹⁾، ومن ثم فإن تعريف الفقهاء الشرعيين للجريمة أوسع نطاقاً وأوسع شمولاً من تعريف فقهاء القانون للجريمة.

2 - استقر فقهاء الفقه الإسلامي على وضع تعريف عام للجريمة بأنها : إتيان المحظورات الشرعية على حين نرى أن فقهاء القانون بدا واضحاً منهم عدم الاستقرار على تعريف محدد للجريمة فمنهم من عرفها بالأثر القانوني المترتب عليها ومنهم من عرفها بمقوماتها الأساسية إلى جانب الأثر المترتب عليها⁽²⁾.

3 - إن الشريعة الإسلامية جاءت صالحة لكل زمان ومكان ولم تترك شيئاً قط إلا وبينته وأوضحته وعندما عرف الفقهاء الجريمة عرفوها بكل معانيها التي تخاطب الضمير قبل أن تخاطب السلوك وأن عقاب البشر قد ينسى بمرور الزمن أو السنين وقد تمحوه ظلمة الشهرة أو ظلمة الأيام أما عقاب الله تعالى لا ينسى أبداً على مر الأيام والسنين فيما يلاحق الإنسان من لحظات الندم على ما فعله وربما توقظ سريره وربما يكون عبرة لغيره من الذين يمكن أن تسول لهم أنفسهم ارتكاب جريمة شنعاء .

(1) د / أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام ، دار النهضة العربية ، ص 136 ، ط السادسة ، 1996 .

(2) د / حلمي أحمد راشد ، أستاذ القانون الجنائي ، ص 215 . ط الثالثة ، 1974م المرجع السابق .

على حين نرى فى القوانين الوضعية أن المجرم من الممكن أن يفلت من العقاب لقصور فيه ولذلك من الممكن أن يكثر الإجرام بمقدار ابتعاد القوانين الوضعية عن الدين وبعد القلوب عن الإيمان وقد استبحر العمران واتسعت الحضارات وتقدمت فيها أفانين الإجرام وضللت العدالة وعميت القلوب، قال الله تعالى: " فَإِنَّهَا لَا تَعْمَى الْأَبْصَارُ وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ " (1).
وجه الدلالة من الآية الكريمة:

دلت هذه الآية على أن العمى إنما يكون عمى البصيرة لا عمى البصر وإن كانت القوة الباصرة سليمة فإنها لا تنفذ إلى العبر ولا تدرى ما الخبر (2).

(1) سورة الحج ، جزء من الآية رقم (46)

(2) مختصر تفسير القرآن العظيم لابن كثير ، لمحمد على الصابونى ، ج 2 ، ص 1232 ، ط دار السلامة 1995 م .

المبحث الثاني

فى التعريف بالجنين

بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

تمهيد :

التعريف بالجنين فى اللغة :

الجنين: المستور والولد مادام فى الرحم، جَنَّ جَنًّا: استتر والليل جَنًّا: أظلم ويقال : جَنَّ الظلام: اشتد، والشئىء، وعليه: ستره، وفى القرآن الكريم: " فَلَمَّا جَنَّ عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَبًا " ⁽¹⁾، و جَنَّ جنوناً و جَنَّةً و مَجَنَّةً: زال عقله ويقال: جُنَّ جُنُونُهُ، ومنه أعجب به حتى يصير كالمجنون، وأَجَنَّ الشئىء: ستره والميت كفنه وقبره، والشئىء فى صدره أَكْنَه " اجْتَنَّ ": استتر الجَنُّ الساتر - الجُنَّة : السترة وكل ما وقى من سلاح وغيره ويقال الصوم جنَّة: وقاية من الشهوات.

وفى الطب: ثمرة الحمل فى الرحم حتى نهاية الأسبوع الثامن وبعده يسمى الحمل . وفى علم النبات: النبات الأول فى الحبة أَجَنَّة ⁽²⁾.

(1) سورة الأنعام : جزء من الآية 76 .

(2) المعجم الوجيز ، الناشر طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، مجمع اللغة العربية سنة 1411 للهجرة - 1990 م - مجمع اللغة العربية ص 122 ، 121، القاموس المحيط باب النون فصل الجيم جـ 4 ص 212 لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي المتوفى سنة 817هـ طبعة دار الجيل بيروت - لبنان ، أساس البلاغة - جار الله بن عمر الزمخشري المتوفى سنة 538 هجرية ط دار المعرفة بيروت ط سنة 1979 ص 66 ، النهاية فى غريب الحديث والأثر جـ 1 ص 307 لمجد الدين المبارك بن محمد الجزري بن الأثير المتوفى سنة 606هـ المكتبة العلمية بيروت.

والجنين هو الولد مادام فى بطن أمه ويكون أولاً نطفة ثم يصير علقه ثم يصير مضغة ثم جنيناً يقال جنّ الشيء يجنه إذا ستره وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك ويسمى المجنون به لاستتار عقله⁽¹⁾.

والاجتنان: الاستتار ومنه سمى الجن بذلك ومنه الجن سمي جنيناً وبها يستقيم الكلام⁽²⁾.

والجنين هو المخلوق الذى يتكون فى رحم الأم من تلاقى الحيوان المنوى مع ببيضة المرأة فجميع مراحل تكونه فى رحم أمه من امتزاج ماء الرجل والمرأة حتى ولادته يطلق عليه فيها بالجنين⁽³⁾.

وفى فصل الجيم من باب النون مادة "أجنن" أو أجن عنه استتر و الجنين : كأمير، لولد مادام فى البطن و كل مستور جنين حتى أنهم ليقولون حقد الجنين وجن الجنين فى الرحم يجن جنناً: استتر، وأجننته الحامل: سترته⁽⁴⁾.

وفى مختار الصحاح: أجن الشيء فى صدره : أكنه وأجننت المرأة ، والجنين الولد مادام فى البطن، وجمعه أجنة⁽⁵⁾.

(1) المصباح المنير ص 43 المطبعة الأميرية فى مصر الطبعة الثالثة 1329 هـ 1911 م .

(2) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه تأليف : شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين السيوطى الرملى المنوفى المصرى الأنصارى الشهير بالشافعى الصغير المتوفى سنة 1004 هـ ، ج 7 ط دار الكتب العلمية ص 379 .

(3) د / مسفر القحطاني ، الجنين المشوه وحكمه فى الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ص 168 .

(4) تاج العروس من جواهر القاموس لمحب الدين أبى فيض السيد محمد مرتضى الحسينى الواسطى الزبيدى الحنفى .

(5) مختار الصحاح / محمد بن أبى بكر الرازى ، ط عيسى الحلبى ، القاهرة .

وفى لسان العرب لابن منظور : وفي فصل الجيم حرف النون مادة جنن - جن الشيء يجنه جنأ ستره وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك وجنه الليل يجنه جنأ مجنوناً مجن عليه يجن لاستتارهم و اختفائهم عن الأبصار ومنه سمي الجنين لاستتاره فى بطن أمه⁽¹⁾.

وهكذا فإن الجنين كما تفيد عبارات كتب اللغة على اختلاف موادها و عبارات كتب التفسير هو المادة التى تتكون فى الرحم من عنصرى الحيوان المنوى و البويضة ، وهذا هو ما يؤيده معنى مادة جنين فإنها راجعة إلى الاستتار ، فالجنين فى اللغة هو المستور فى رحم أمه بين ظلمات ثلاث⁽²⁾، كما يقول سبحانه و تعالى : "يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ"⁽³⁾.

عرف فقهاء الإسلام الجنين : بأنه يطلق وتعريف الجنين عند فقهاء الإسلام يطلق ما فى الرحم من بدء التكوين بحدوث التلقيح والاستقرار ، وعلى ذلك فإنه يمكن القول بأن الجنين هو "بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوى للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية"⁽⁴⁾.

(1) لسان العرب لابن منظور الأفرى ج 16، 244 محمد بن جلال الدين ط . دار صادر . بيروت .

(2) تأليف / عمر بن محمد بن إبراهيم غانم - أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى - ط ، دار الأندلس الخضراء ، دار بن حزم ، ص 28 .

(3) سورة الزمر ، آية رقم 6 .

(4) أ. د / عبد العزيز محمد محسن (الحماية الجنائية للجنين) الناشر : دار النهضة العربية ص 15 ، 16 .

- 1 - عند الأحناف الجنين على وزن فعيل وأنه لا يحكم على ما فى الرحم بأنه جنين حتى يستبين بعض خلقه فإن ظهر فيه شيء من آثار النفوس فإنهم يحكمون عليه بأنه ولد⁽¹⁾.
- 2 - عند المالكية أن لفظ الجنين يشمل كل ما حملته المرأة فى رحمها من العلقة أو الدم المتجمع من طريق صب الماء الحار على هذا الدم ، فإذا صُب الماء الحار على هذا الدم ولم يذب فيه فهو جنين فإذا ذاب فليس بجنين .. قال الإمام مالك " إذا ألقته فعلم أنه حمل وإن كان مضغة أو علقة أو دما ففيه غرة وتتقضى به العدة من الطلاق "⁽²⁾.
- 3 - عند الشافعية : ذهب الشافعية عدا الإمام الغزالي أن الجنين هو ما تعرفه القوالب بأنه مبدأ خلق آدمى وإن كان مضغة أو علقة سواءً تصور فيه صورة الجنين أو لم يتصور بشرط أن تقول القوالب أنه مبدأ خلق آدمى فيه صورة ولو خفية لو بقي التصور ، أما إذا شككت فى تصويره فليس بشيء وقال الشافعى فى الجنين نقل المزنى من فقهاء الشافعية عن الإمام الشافعى

(1) المبسوط ، لشمس الدين السرخسى ، جـ 15 ، ص 50 ، ط دار المعرفة ، تكملة البحر الرائق للعلامة عبد القادر بن عثمان الطورى ، جـ 9 ، ص 153 ، ط دار إحياء التراث العربى ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع جـ 7 ص 325

(2) شرح الخرشي على متن خليل وحاشية الشيخ على العدوى على الخرشي ، جـ 8 ، ص 32 ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، جـ 4 ، ص 268 ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، لأبى عبد الله محمد بن أحمد المعروف بالشيخ عlish ، م 1299 هـ ، ط دار الفكر ، جـ 9 ، ص 97 المدونة الكبرى للإمام مالك ابن أنس الأصبحى ، ط دار عالم الكتب - لبنان ، مجلد 8 ، ص 199 ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضى أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبي الأندلسى الشهير بابن رشد الحفيد ، المتوفى سنة 595 ، جـ 2 ، ص 348 ، ط دار الفكر

فى الجنين أقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة والعلة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمى⁽¹⁾.

4 - عند الحنابلة: جاء فى المغنى لابن قدامة: أنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه، ولذلك لا تصح له وصية ولا ميراث لأن الأصل براءة الذمة، وكذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمى فلا شيء فيه لأننا لا نعلم أنه جنين .. وجاء فى الإقناع أن الجنين تكون بدايته مع بداية تكون صورة الآدمى فيه أما قبل ذلك فلا يعلم يقينا أنه جنين⁽²⁾.

وقد خالف ابن رجب الحنبلى ما ذهب إليه فقهاء الحنابلة معتبرا بداية الجنين وتصوره منذ كونه علقه أما النطفة فإنها لم تتعقد بعد وقد لا تتعقد⁽³⁾. وعرف ابن حزم الظاهرى الجنين بأنه ما استكن فى رحم الأم منذ بدء تخلقه وهى مرحلة العلقه ويقول صاحب الروضة البهية أن الجنين هو الحمل فى رحم أمه وسمى به لاستتاره فيه من الإجتنان وهو الستر⁽⁴⁾.

(1) نهاية المحتاج، للرملى، ج 7، ص 380، 383، ط دار الكتب العلمية، الأم للشافعى، ج 6، ص 115، مختصر المزنى بهامش الأم، لاسماعيل ابن يحيى المزنى، ص 365، ط دار الفد العربى بالعباسية

(2) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتى، ج 8، ص 24، ط دار الفكر، بيروت - لبنان، المغنى و يليه الشرح الكبير: تأليف الشيخ الإمام شمس الدين أبى الفرج عبد الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد ابن قدامة المقدسى المتوفى سنة 682 هـ، ط دار الكتب العلمية - بيروت، لبنان ج 9، ص 538، 539.

(3) جامع العلوم والحكم فى شرح خمسين حديث من جوامع الكلم، لأبى الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلى، ص 59 وما بعدها، ط دار الريان للتراث.

(4) المحلى، للحافظ أبى محمد على ابن أحمد ابن سعيد ابن حزم الأندلسى الظاهرى، تصحيح/محمد خليلهراس، ط مطبعة الإيمان بالقلعة بمصر 1352 هـ، إدار المطابع المنبرية=

وَعُرِّفَ الجنين بأنه " هو كل ما طرحته المرأة بما يعلم أنه ولد " (1).

ومعنى كلمة جنين : أى مستور من جنه إذا ستره من باب طلب ، والجنين " اسم للولد فى بطن أمه ما دام فيه " والجمع أجنة فإذا ولد يسمى وليداً ثم رضيعاً إلى غير ذلك (2).

الترجيح :

وبعد هذا العرض الموجز لآراء الفقهاء فى تعريف الجنين والذى أميل إلى ترجيحه هو ما ذهب إليه المالكية والظاهرية وذلك لأن عدم ظهور صورة آدمى بما استكن فى الرحم لا تنفى أنه قد تخلق فاستحق أن يطلق عليه جنيناً مثله فى ذلك مثل ما كان له خلق آدمى وهذا ما أكده أهل التخصص فى هذا المجال من أن عملية الإخصاب تتم باندماج الحيوان المنوى للذكر مع بويضة الأنثى فيتكون منها نطفة مزدوجة وذكر بعض أهل التخصص أنه ما إن يكتمل الشهر الثامن حتى يبدأ تخلق الإنسان وينشأ انشاءً جديداً (3).

مبصر ، ج 11 ، ص 640 ، الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية فقه الشيعة الجعفرية ، ج 2 ، ص 444 ، ط دار الفكر العربى .

(1) التشريع الجنائى الإسلامى مقارن بالقانون الوضعى عبد القادر عوده ج 2 ط دار الكاتب العربى بيروت ص 295 .

(2) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، للعلامة عبد القادر بن عثمان الطورى: حققه وعلق عليه احمد الدمشقي : ج 9 ، ط دار إحياء التراث العربى ص 153 .

(3) د/ عفيفي محمود ، محاضرة له بقاعة محمد عبده بالأزهر 1960 م وهى مطبوعة ضمن محاضراتالموسم الثقافى الثانى ، الدورة الأولى 1960 ، ص 200 ، 201 ، إعجاز القرآن فى خلق الإنسان ، د / محمد كمال عبد العزيز ، مكتبة القرآن بالقاهرة ، ط 1990 ، ص 24 وما بعدها

وهو ما أكده القرآن بقوله " ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ"(1).

تعريف الجنين فى القانون الوضعى :

أولاً: تبدأ حياة الجنين بالإخصاب أى تلقيح الحيوان المنوى لبويضة المرأة بمجرد اندماج الخليتين المذكرة و المؤنثة ، ويتكون الجنين ويستحق الحماية ، وفى عبارة أخرى هو " البويضة الملقحة " ، وتنتهى حياة الجنين لتحل محلها الحياة العادية من النمو ، فلا يشترط أن تمضى مدة معينة على الإخصاب أو أن يبلغ الجنين درجة معينة من النمو(2).

وعُرف بأنه هو: الكيان الذي يبدأ منذ تلقيح البويضة ويستمر إلى حين الولادة(3).

وعُرف الجنين بأنه : هو البويضة التى يتم تلقيحها بالحيوان المنوى أى ما كانت طريقة التلقيح طبيعية أو صناعية ، وتبدأ الحياة منذ لحظة التلقيح إلى البدء فى عملية الولادة(4).

وعُرف بأنه : بويضة المرأة و قد لقحها الحيوان المنوى للرجل.(5).

وعُرف بأنه : البويضة الملقحة منذ التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية.(6).

(1) سورة المؤمنون ، الآية رقم (14)

(2) د/ محمود نجيب حسنى (شرح قانون العقوبات) ص 302 ، 303 ط دار النهضة العربية - القسم الخاص جرائم الاعتداء على الأشخاص 1978 . 1974م.

(3) د / رمسيس بهنام - القسم الخاص فى قانون العقوبات ص 368 .

(4) د/ هدى حامد قشقوش - جرائم الاعتداء على الأشخاص ص 181 .

(5) د / حسنين إبراهيم عبيد - جرائم الاعتداء على الأشخاص ص 152 .

(6) د / محمود محمود مصطفى - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ص 294.

وعرّفه الأطباء : بأنه هو بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوى للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة وبمعنى آخر فإن الجنين يطلق على ما فى الرحم من بدء التكوين لحدوث التلقيح والاستقرار والمقصود بالحمل لدى الأطباء فى الفقه والقضاء المصرى هو : البويضة الملقحة منذ انقطاع الطمث حتى انتهاء الأسبوع الثانى والعشرين وهذا هو الرأى الغالب فى الفقه والقضاء⁽¹⁾

وعرف أيضاً بأنه : باندماج الخليتين الذكورية والأنثوية يتكون الجنين ومعنى هذا أن الحمل يستحق الحماية بمجرد تمام عملية التلقيح بصرف النظر عن العمر الزمنى للبويضة الملقحة وأن هذه الصفة تستمر له حتى يبدأ الوجود القانونى لهذا الكائن كإنسان⁽²⁾.

وعرف بأنه : هو بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوى للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة وبمعنى آخر فإن الجنين يطلق على ما فى الرحم من بدء التكوين لحدوث التلقيح والاستقرار⁽³⁾.

(¹) د / محمود محمود مصطفى، القسم الخاص فى قانون العقوبات، الطبعة السابعة 1975، رقم صـ293. وينظر ندوة الإجهاض وتنظيم الأسرة ، المركز القومى للبحوث الاجتماعية والجنايئة 1974م.

(²) المسئولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة فى الطب والجراحة - دراسة مقارنة التلقيح الصناعى - طفل الأنابيب - نقل الأعضاء ، د / محمد عبد الوهاب الخولى ، صـ606 ، الطبعة الأولى 1977 م

(³) د / جمال أبو السرور ، الرئيس المنتخب للاتحاد العالمى لأمراض النساء ، د / محمد أبو الغار د/ رجاء منصور، لاستئصال فى علاج العقم، صـ69 ، كتاب اليوم الطبى ، العدد 157 إبريل م 1995 د / محمد نعيم ياسين ، أبحاث فقهية فى قضايا معاصرة ، صـ52 ، دار النفائس بالأردن الطبعة الأولى 1416 هـ - 1996 م .

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه : أى الجنين لا يشترط فيه أن يكون قد تشكل أو دبّت فيه الحركة⁽¹⁾.

وعُرف بأنه : يتكون من بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوى وهو إذن ثمرة الإخصاب⁽²⁾.

وعُرف الجنين : بلحظة الحمل التى يتم فيها تلقيح البويضة بالحيوان المنوى واستقرارها فى الرحم ويترتب على ذلك أن الحمل هو البويضة الملقحة أى ما كان عمرها الزمنى⁽³⁾.

وعرف بأنه : بمجرد التلقيح يبدأ الحمل فعلاً وتعد المرأة حاملاً⁽⁴⁾، وتبين مما تقدم أن الجنين يطلق على الولد ما دام فى رحم أمه وهذا هو المعنى الاصطلاحي⁽⁵⁾.

(1) نقض 27 ديسمبر 1970 ، مجموعة أحكام النقض ، س 21 ، رقم 302 ، ص 250 .

(2) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة ، 1418 هـ ، 1998 م ، الناشر / دار النهضة العربية ، ص 22 .

(3) د / عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات فى القسم الخاص ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1995 م ، ط دار النهضة العربية ، رقم 302 ، ص 321 ، د / عبد المهيم بكر ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ط السابعة ، 1977 ، ط دار النهضة العربية رقم 319 ، ص 665 .

(4) المرصفاوى فى قانون العقوبات الخاص ، د / حسن صادق المرصفاوى ، 1978 م ، ط منشأة المعارف بالإسكندرية ، جلال حذى وشركاه ، ص 606 ، المستشار / جندى عبد الملك ، خمسة أجزاء ، مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة 1349 هـ - 1931 م ، الجزء الأول ، ص 668 .

(5) التزامات الحامل نحو الجنين بين التجريم الجنائى والإباحة ، د / هلالى عبد اللاه أحمد ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، دكتوراه الدولة فى القانون الجنائى من فرنسا ، دكتوراه فى القانون الجنائى من كلية الحقوق جامعة القاهرة ، دكتوراه فى الشريعة والقانون العام من حقوق بنى سويف ، جامعة القاهرة 1996م ، ص 23 ، ط دار النهضة العربية ، الرقم العام 1642 .

فإصطلاح الجنين يطلق على ما فى الرحم من بدء التكوين بحدوث التلقيح والاستقرار فيه⁽¹⁾.

نخلص مما تقدم أن الحمل يبدأ مع التلقيح أى تلقيح الحيوان المنوى لبويضة المرأة وبمجرد اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين وتعد المرأة حاملاً، ومن ثم يكون كل تدمير أو إخراج لهذا الحمل قبل موعد ولادته الطبيعى مكوناً لفعل الإجهاض حتى ولو كانت النطفة الملقحة ما زالت فى بدايتها وقبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة، وهذا يعنى أنه لا يشترط أن تمضى مدة معينة على عملية الإخصاب أو أن يبلغ الجنين فى الرحم درجة معينة من النمو، فالجنين يستحق الحماية ولو كان بويضة ملقحة فى ساعاتها الأولى⁽²⁾.

(¹) المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة فى الطب والجراحة، دراسة مقارنة، التلقيح الصناعى، طفل الأنابيب، نقل الأعضاء، د / محمد عبد الوهاب الخولى، ط الأولى، 1997 م، رقم 49713.

(²) د / رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص، ص 228، د / حسن المرصفاوى، قانون العقوبات الخاص، ص 636، د / عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، رقم 302، ص 320، د / محمد محى الدين عوض، قانون العقوبات السودانى، معلقاً عليه، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى، 1979 م، ص 538.

مراحل تطور الجنين في الفقه الإسلامي :

بين الله سبحانه و تعالى جلّت قدرته مراحل تطور الجنين في رحم الأم في آيات عدة من هذه الآيات قال جل شأنه " وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ "(1).

وجه الدلالة من الآية : أن الله سبحانه وتعالى بين مراحل تكون الجنين وتطوره بعد تلقيح بويضة المرأة بالحيوان المنوي للرجل وهو ما يسمى بالإخصاب وتبدأ بنظام دقيق للغاية وبطريقة معجزة. وقال سبحانه وتعالى : " إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا "(2). بمعنى أمشاج (3)

وقال سبحانه وتعالى : " هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا "(4) وقال سبحانه وتعالى : " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبُعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقَرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى....." الآية(5).

(1) سورة المؤمنون ، الآية 12 ، 13 ، 14 .

(2) سورة الإنسان ، الآية رقم 2 .

(3) أمشاج : اخلاط أى اخلاط ماء الرجل وماء المرأة والدم والعلقة . ينظر : أحكام القرآن للقرطبي

ج 10 ص 691 ط دار الريان للتراث

(4) سورة غافر ، جزء من الآية رقم 67

(5) سورة الحج جزء من الآية رقم 5

وقال سبحانه وتعالى " مَا لَكُمْ لَا تَرْجُونَ لِلَّهِ وَقَاراً * وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَاراً.....الآية (1) .

وقال سبحانه وتعالى : "وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ (2) .

وجه الدلالة من الآيات القرآنية :- يتضح من نصوص الآيات القرآنية أن تخلق الجنين يمر بأربعة مراحل هي " النطفة ثم العلقة ثم المضغة ثم العظام المكسوة لحماً " وأن الحد الزمني لكل مرحلة منها هو أربعون يوماً ثم يعقبها مرحلة نفخ الروح (3) .

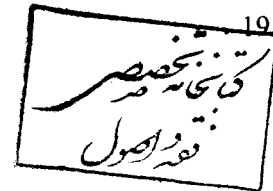
وجاء في السنة النبوية أحاديث عدة ذكرت أطوار حياة الجنين وما يطرا عليه من تحول بعلوق الروح في جسده .. من هذه الأحاديث :

حديث عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه وأرضاه. - حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ، وَوَكَيْعٌ، ح وَحَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نُمَيْرٍ الْهَمْدَانِيُّ - وَاللَّفْظُ لَهُ - حَدَّثَنَا أَبِي وَأَبُو مُعَاوِيَةَ وَوَكَيْعٌ قَالُوا حَدَّثَنَا الْأَعْمَشُ، عَنْ زَيْدِ بْنِ وَهْبٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ حَدَّثَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ الصَّادِقُ الْمَصْدُوقُ " إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ فِي ذَلِكَ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ فِي ذَلِكَ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يُرْسَلُ الْمَلَكُ

(1) سورة نوح ، أية رقم 13 ، 14 .

(2) سورة المؤمنون الآيات 12 ، 13 ، 14

(3) د / عبد الفتاح إدريس ، الإجهاض من منظور إسلامي ، بحث مقارن ، الطبعة الأولى 416 هـ



فَيَنْفُخُ فِيهِ الرُّوحَ وَيُؤَمِّرُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ بَكْتَبِ رِزْقِهِ وَأَجَلِهِ وَعَمَلِهِ وَشَقِيٍّ أَوْ سَعِيدٍ فَوَالَّذِي لَا إِلَهَ غَيْرُهُ إِنَّ أَحَدَكُمْ لَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا إِلَّا ذِرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ فَيَدْخُلُهَا وَإِنْ أَحَدَكُمْ لَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا إِلَّا ذِرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ فَيَدْخُلُهَا " (1).

وجه الدلالة من الحديث : انه قد أفاد أن الروح تتفخ في الجنين بعد المرحلة الثالثة وذلك بعد مائة وعشرين يوما . ثم يستمر الجنين في النمو حتى ولادته فظاهر من الحديث أن الجنين يمر بثلاث مراحل ...نطفه...فعلقة... فمضغة قبل أن تتفخ فيه الروح (2).

ولقد وصف الله سبحانه وتعالى النطفة التي يخلق منها الجنين بأنها نطفة أمشاج ومدة النطفة أربعون يوما كما ورد في حديث ابن مسعود السابق. النطفة هي : الماء الصافي نطف نطفا ونطوفا ونطفانا قطر ، يقال نطفت القرية ونطف السحاب وجهد حتى نطف عرقه وجاء سيفه ينطف دما نطاف والقطرة والمنى (3).

(1) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في عدة مواضع منها : في كتاب القدر ص (6221) ح6 رقم 2433 و أخرجه الإمام مسلم في صحيحه في عدة مواضع ، منها : في كتاب القدر - باب كيفية الخلق الآدمي في بطن أمه وكتابه رزقه وأجله وعمله وشقاوته وسعادته ، حديث رقم (2643) ج 4 ص 203 ط إحياء التراث العربي والترمذي في القدر ، 2063 ، ج 4 ، 388 .

(2) عباس عبد الله عباس شومان إجهاض . الحمل . وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية ط دار البيان مدينة نصر . ص 21 د / عبد الفتاح إدريس ، الإجهاض من منظور إسلامي ، بحث مقارن ، ص 19 ، الطبعة الأولى (1416 هـ - 1995 م) .

(3) المعجم الوجيز ، طبع بالهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ص 621 مجمع اللغة العربية .

والعلقة هي : طور من أطوار الجنين وهي قطعة الدم التي يتكون منها وهو الدم الغليظ أو الجامد (1).

والمضغة : القطعة الصغيرة من اللحم (2).

فالنطفة وتكون في الأسبوع الأول من التلقيح . والعلقة تكون في الأسبوع الثاني والثالث . المضغة مخلقة وغير مخلقة وتكون في الأسبوع الرابع . العظام والعضلات وتكون في الخامس والسادس والسابع . لحم يكسو العظام وتكون هذه المرحلة مع التي سبقتها . التصوير والتسوية والتعديل والخلق الآخر (3).

وعليه فإن بداية الجنين تكون من اللحظة التي تلتقي فيها البيضة بالحيوان المنوى ويكتب لها الاستقرار والتعلق بجدار الرحم أي بعد أسبوع واحد من التلقيح (4).

وهكذا نجد أن علم الأجنة في الطب الحديث قد أفادنا بمراحل تطور ونمو الجنين التي أخبرنا الله سبحانه وتعالى عنها وبصوره أدق منها في محكم كتابه منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان (5).

قال الدكتور مسفر القحطاني : ولا نقصد من الكلام عن تطور الجنين هنا بيان ما يحدث في رحم أمه من تطوره وتخلقه فإن ذلك شأن أهل الطب وعلماء

(1) المعجم الوجيز ص 431 .

(2) المعجم الوجيز ص 584 .

(3) د / محمد على البار ، خلق الإنسان بين الطب و القرآن ص 365 ، الدار السعودية للنشر والتوزيع .

(4) أحكام الجنين في الفقه الإسلامي ، تأليف عمر بن محمد إبراهيم غانم ، دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع ص 5 ط ، دار بن حزم ص 39 .

(5) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، المرجع السابق . دراسة مقارنة ، ص 19 .

الأجنة ولكن مقصدنا من بحث أطوار حياة الجنين معرفة المراحل الأساسية التي يمر بها الجنين يكتسب في كل مرحلة منها من خصائص ومكتسبات قد يكون لها علاقة ما في بعض الأحكام الشرعية التي تحكم تعاملنا مع جسده وروحه وتعرفنا حقوق وأشكال التعامل معه⁽¹⁾.

مراحل تطور الجنين في القانون الوضعي :

لقد ذكر القانون الوضعي أن الحياة للجنين تبدأ بالتلقيح وقد تكفل القرآن الكريم والسنة المطهرة ببيان الأطوار التي يمر بها الجنين، ولكن هل يعتبر التكوين للجنين في بطن أمه وتطوره شيئاً من الأشياء وليس إنساناً قبل أن يولد؟ وهل هو شيء حي أم ميت؟ والإجابة على ذلك لا تتنوع ولا تتبدل فالكائن المسمى بالجنين إنسان وليس مجرد شيء من الأشياء التي لا وصف لها وإن كان في مرحلة التكوين الأولى كذلك فإن هذا الإنسان إنسان حي حتى تدب فيه الحركة وإن كان في مرحلة النمو الأول فالإنسان لا يحيا إلا مرة واحدة وهذه الحياة تبدأ بالتكوين الأول لوجوده في داخل رحم الأم⁽²⁾.

وتكفل الطب بإثبات الأطوار التي يمر بها الجنين .. ففي الشهر الأول للحمل لا يزيد وزن الجنين على جرام واحد بوجه التقريب وليس به ما يميزه وحوالي أوائل الشهر الثاني تبدأ نواة التعظيم في بعض أجزاء الجسم في الظهور واعتباراً من الشهر الثالث تأخذ باقى أجزاء الجسم في التخلق تدريجياً

(1) د / مسفر بن علي بن محمد القحطاني : إجهاض الجنين المشوه وحكمه في الشريعة الإسلامية ، أستاذ الفقه وأصوله المساعد بقسم الدراسات الإسلامية و العربية بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن - المملكة العربية السعودية ، ص 165 .

(2) د / عبد المنعم عبد الرحيم العوضي ، محاضرات في جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ط دار الفكر ، ص 122 .

حتى الشهر التاسع أى موعد الولادة .وإن فأتوار الجنين السابقة على وجود العظم أى النطفة والعلفة والمضغة كلها توجد فى الشهر الأول وقبل نهايته أحيانا الأمر الذى نخلص منه إلى أنه بمجرد التلقيح يبدأ الحمل فعلا وتعد المرأة حاملا ويكون كل إخراج لحملها مكونا لفعل الإسقاط⁽¹⁾.

وإذا تم التلقيح بدأت هذه النطفة فى الانقسام حتى تصير مثل التوتة فى خلال ثلاثة أيام ثم يكون مثل الكرة ثم تدخل فى تجويف الرحم فى اليوم الخامس وفى اليوم السادس تعلق بجدار الرحم⁽²⁾.

المرحلة الأولى:—

مرحلة النطفة : والنطفة هى مبدأ تخلق الجنين وتنقسم البويضة الملقحة انقسامات سريعة متحركة مع قناة فالوب حيث تنغرس فيه كما تنغرس البذرة فى التربة⁽³⁾.

وهى الماء الصافى قل أو كثر وتطلق على ماء الرجل والمرأة⁽⁴⁾.
وقال تعالى : " إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ "⁽¹⁾، ونطفة أمشاج هى أخلاط ، أى مختلطة ماء الرجل بماء المرأة ، قال ابن عباس : إذا اجتمعوا واختلطا ثم ينتقل بعد من طور إلى طور⁽²⁾.

(1) أ.د / حسن صادق المرصفاوى ، المرصفاوى فى قانون العقوبات الخاص ، ص 605 ، 606 .

(2) د / محمد على البار ، الجنين المشوه والأمراض الوراثية ، ص 37 .

(3) د / على المحمدى ، فى مقال له نشر فى جريدة الشرق القطرية ، العدد 1816 ، سنة 1413

هـ ، بعنوان : هل يجوز إجهاض الجنين المشوه ؟ ، د / زغلول النجار ، فى مقال له نشر فى جريدة الأهرام تحت عناون من أسرار القرآن الكريم ، ص 13 ، بتاريخ 29 / 11 / 2004 م .

(4) المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير ، للعلامة / أحمد بن على الفيومى المقرئ ، ص 233 طبعة الجيب، مكتبة لبنان، ومختار القاموس ، للطاهر أحمد الرازى، ص 608، ط دار الكتاب العربى 1981 م.

والحمل هو البويضة الملقحة منذ التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية ولا اعتداد فى حمايته بما إذا كان فى الشهور الأولى أو كان قد قارب زمن ولادته الطبيعية⁽³⁾.

والمقصود بالحمل لدى الأطباء فى الفقه والقضاء المصرى هو البويضة الملقحة منذ انقطاع الطمث وحتى انتهاء الأسبوع الثامن والعشرين وهذا هو الرأى الغالب فى الفقه والقضاء المقارن وقد قررت محكمة النقض المصرية انه لا يشترط أن يكون الجنين قد تشكل أو دبب فيه الحركة⁽⁴⁾. ويجب أن تكون مباشرة وسيلة الإسقاط على امرأة حبلى فى أى وقت من أوقات الحمل ولو كان ذلك قبل أن يتشكل الجنين أو يدبب فيه النبض والحركة وكان يقال قديما إن الجنين لا يستحق الحماية قبل مضى مدة معينة أما الآن فهو يستحقها ولو كان بويضة ملقحة⁽⁵⁾.

(1) سورة الإنسان ، الآية رقم (2) .

(2) تفسير ابن كثير ، مجلد 3 ، ص 580 ، ط دار الفكر ، للحافظ عماد الدين أبى الغداء اسماعيل

ابن كثير الدمشقى المتوفى سنة 774 هـ ، تحقيق / محمد على الصابونى .

(3) أ. د / عبد المهيم بكر ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ص 665 .

(4) نقض 26 ديسمبر 1970 مجموعة أحكام النقض لسنة 21 رقم 302 ، ص

(5) أ. د / ر و ف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ص 228 .

المرحلة الثانية :

مرحلة العلقه : وهى القطعة من الدم الغليظ أو الدم الجامد ⁽¹⁾ قال ابن كثير فى معنى قوله : " ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عَلَقَةً " ⁽²⁾ ، أى صيرنا النطفة وهى الماء الدافق الذى يخرج من صلب الرجل وترائب المرأة علقه حمراء قال عكرمة والعلقه دم ⁽³⁾. ويبدأ طور العلقه فى اليوم الخامس عشر وينتهى فى الأسبوع الثالث والعشرين والرابع والعشرين تقريباً ، والجنين يظهر فى الأسبوع الثالث له كنقطة دم حمراء ويحصل على غذائه من امتصاصه للدم فسبحان الله فى وصفه الدقيق ⁽⁴⁾ .

المرحلة الثالثة : مرحلة المضغة :

وهى القطعة من اللحم بقدر ما يمضغ وهى إما أن تكون مخلقة وإما أن تكون غير مخلقة والمخلقة هى تامة الخلق وغير المخلقة هى التى لم يخلق فيها شىء ، والمضغة فى علم الأجنة هى المرحلة التى تظهر فيها الكتل البدنية وذلك من اليوم العشرين أو الواحد والعشرين حتى يكتمل نموها إلى اثنين وأربعين أو خمسة وأربعين زوجاً من الكتل فى اليوم الخامس والثلاثين ⁽⁵⁾.

(1) مختار الصحاح ، للإمام أبى بكر ابن عبد القادر الرازى ، ص 474 ، المطبعة الأميرية بمصر الطبعة الثالثة ، 1329 هـ - 1911 م ، القاموس المحيط ، ج 3 ، ص 275 ، مادة (علق) .

(2) سورة المؤمنون ، الآية رقم (14) .

(3) مختصر تفسير ابن كثير ، المرجع السابق ، المجلد الثانى ، ص 561 ، ط دار الفكر .

(4) مجلة الإعجاز العلمى الصادرة عن هيئة الإعجاز العلمى فى عددها الثانى ، ص 38 ، د/عبد الجواد الصاوى المصباح المنير ، ص 162 ، المعجم الوجيز ، ص 584 ، الجامع لأحكام القرآن ج 6 ، ص 4398 ، 4399 ، د/ محمد على البار ، الجنين المشوه ، ص 44 ، 45 .

(5) المصباح المنير ، ص 162 ، المعجم الوجيز ، ص 584 ، الجامع لأحكام القرآن ، ج 6 ، ص 4398 ، 4399 ، د/ محمد على البار ، الجنين المشوه ، ص 44 ، 45 .

المرحلة الأخيرة :

وهى مرحلة العظام واللحم : مرحلة نفخ الروح يقول الدكتور / سيف الدين السباعي أن هذه المرحلة هى المرحلة الرابعة من مراحل التخلق وفى هذه المرحلة يزداد فيها وزن الجنين ويطول حجمه وتأخذ أعضاؤه ملامحها النهائية وفى الشهر الثالث يبدأ فى تحريك ساقيه وقبضتى يديه وإبهامه وبدنه وفى نهاية الشهر الرابع ينفخ فيه الروح⁽¹⁾.

وبذلك يتضح أن تخلق الجنين يمر بأربعة مراحل هى : النطفة ثم العلقة ثم المضغة ثم العظام واللحم وأن الحد الزمنى لكل مرحلة منها هو أربعون يوماً ثم يعقبها مرحلة نفخ الروح⁽²⁾.

وبعد هذا العرض الموجز لأقوال الفقهاء والمفسرين وعلماء الطب والقانون نجد أن القرآن بين لنا أطوار ومراحل خلق الإنسان من قبل أن يعرف ذلك علماء الطب الحديث بقرون كثيرة وهذا هو ما اكتفى به رجال القانون فى بيانهم لأطوار الجنين كما بين لنا القرآن بصورة أدق صراحة أن الجنين ينتقل من طور إلى طور، قال تعالى : " وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَاراً "⁽³⁾، وبينت لنا السنة المطهرة مدد هذه الأطوار فسبحان الله الذى خلق خلقه أطواراً وصرفهم فى أطوار التخلق عزة واقتداراً .

(1) د . طبيب / محمد سيف الدين السباعي ، الإجهاض بين الطب والفقہ والقانون ، دار الكتب العربية بدمشق ، الطبعة الأولى ، 1977 م ، ص 44 .

(2) د / عبد الفتاح إدريس ، الإجهاض من منظور إسلامي ، بحث مقارنة ، ص 19 ، الطبعة الأولى (1416 هـ - 1995 م) .

(3) سورة نوح ، الآية رقم (14)

المبحث الثالث

موازنة بين كل من تعريف الجنين

ومراحل تطوره في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بالنظر فيما تقدم من الحديث وبخصوص مسألة تعريف الجنين وتطوره ومتى يعتبر جنيناً من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية يمكن القول بأن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتي :

أولاً : أوجه الاتفاق :

1 - يتفق القانون الوضعي مع بعض آراء فقهاء الفقه الإسلامي من المالكية والظاهرية القائلين بأن الحمل يبدأ مع التلقيح⁽¹⁾، ويستمر إلى أن تتم الولادة الطبيعية وأن الجنين هو ما يستكن في رحم الأم منذ بدء تخلقه وهي مرحلة العلقه وتصوره مما يعلم أنه ولد سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو دماً، معتبرين أن بداية الجنين وتصوره منذ كونه علقه، أما النطفة فإنها لم تتعقد بعد، وقد لا تتعقد⁽²⁾.

وعرف عندهم أنه يصدق على كل ما استكن في رحم الأم بحدوث التلقيح وهو ما عبر عنه القرآن الكريم بقوله سبحانه : " وَتَقَرَّرْ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى

(1) أنواع التلقيح : إن النطفة تتشكل بصور ثلاث فهي أولاً عبارة عن السائل المنوي أو نطفة الرجل أو نطفة المرأة ثم بامتزاجهما يتكون الأمشاج أي البويضة الملقحة وينم ذلك عادة في اليوم الرابع عشر من موعد بدء الحيضة الأخيرة وبه يكون الحمل ويحدث التلقيح ، مشاراً إليه : د / مسفر القحطاني : إجهاض الجنين المشوه وحكمه في الشريعة الإسلامية ، ص 168 .

(2) المحلى ، لابن حزم ، ج 11 ، ص 640 ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 348 ، جامع العلوم والحكم ، لابن رجب ، ص 59 ، ط الريان للتراث

أَجَلٍ مُّسَمًّى... الآية⁽¹⁾، سواء ظهرت فيه صورة آدمى أم لم تظهر وهذا ما اتَّفَق عليه في القانون الجنائي الوضعي بأن الجنين هو البويضة الملقحة أيًا كان عمرها الزمني وتبدأ باندماج الخليتين الذكورية والأنثوية ويكون الجنين بصرف النظر عن العمر الزمني للبويضة الملقحة وأن هذه الصفة تستمر له حتى يبدأ الوجود القانوني لهذا الكائن كإنسان⁽²⁾، وأيضاً عرف بأنه هو : البويضة الملقحة بالحيوان المنوي للرجل وتبدأ منذ لحظة التلقيح إلى البدء في عملية الولادة⁽³⁾.

2- من ناحية تطور الجنين : فقد اتفق القانون الجنائي الوضعي مع ما جاء به الفقه الإسلامي من مراحل تطور الجنين وما أكدته الطب الحديث بمراحله الأربعة من كونه نطفة ثم علقة ثم مضغة ثم بعد نفخ الروح فإن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بينت تطور الجنين منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان ، وهو أيضاً ما اكتفى به القانون الوضعي ، وهكذا نجد أن علم الأجنة في الطب الحديث قد أفادنا بمراحل نمو الجنين التي أخبرنا الله سبحانه وتعالى بها في القرآن الكريم وأخبرتتنا بها السنة النبوية الشريفة منذ قرون وهذا يدل على أن الشريعة الإسلامية من الناحية العلمية والجنائية قد سبقت وفاقته غيرها من الشرائع في سائر المواضيع وفيها من الدقة التشريعية في جميع مراحلها وخطواتها ابتداءً من لحظة استقرار النطفة في رحم الأم حتى تتم الولادة الطبيعية، والدليل على ذلك من القرآن والسنة:

(1) سورة الحج ، جزء من الآية رقم (5)

(2) د / عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، ص 321 .

(3) د / عبد المهيم بكر ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 665 .

أولاً: لقد أخبرنا الله سبحانه وتعالى في القرآن الكريم بهذه المراحل ، قال الله سبحانه وتعالى : "وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ" (1)، وقال سبحانه : " يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنَبِّئَنَّ لَكُمْ... " (الآية(2))، وقال سبحانه : " هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا " (3).

ثانياً : من السنة، ما أخرجه مسلم في صحيحه : "من حديث عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه وأرضاه. - حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ، وَوَكَيْعٌ، ح وَحَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نُمَيْرٍ الْهَمْدَانِيُّ - وَاللَّفْظُ لَهُ - حَدَّثَنَا أَبِي وَأَبُو مُعَاوِيَةَ وَوَكَيْعٌ قَالُوا حَدَّثَنَا الْأَعْمَشُ، عَنْ زَيْدِ بْنِ وَهْبٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ حَدَّثَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ الصَّادِقُ الْمَصْدُوقُ " إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ فِي ذَلِكَ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ فِي ذَلِكَ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يُرْسَلُ الْمَلَكُ فَيَنْفُخُ فِيهِ الرُّوحَ وَيُؤْمَرُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ يَكْتُبُ رِزْقَهُ وَأَجَلَهُ وَعَمَلَهُ وَشَقِيٌّ أَوْ سَعِيدٌ فَوَالَّذِي لَا إِلَهَ غَيْرُهُ إِنَّ أَحَدَكُمْ لَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا إِلَّا نِزَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا إِلَّا نِزَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَعْمَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ

(1) سورة المؤمنون ، الآية (12 ، 13 ، 14) .

(2) سورة الحج ، جزء الآية رقم (5)

(3) سورة غافر ، الآية رقم (67)

فَيَذْخُلُهَا" (1). وأيضاً من السنة ما روى عن حذيفة بن حسين مرفوعاً إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - " إِذَا مَرَّ بِالنُّطْفَةِ ثِنْتَانِ وَأَرْبَعُونَ لَيْلَةً بَعَثَ اللَّهُ إِلَيْهَا مَلَكًا فَصَوَّرَهَا وَخَلَقَ سَمْعَهَا وَبَصَرَهَا وَجَلَدَهَا وَلَحَمَهَا وَعَظَامَهَا ثُمَّ قَالَ يَا رَبِّ أَذْكَرَ أَمْ أُنْثَى فَيَقْضِي رَبُّكَ مَا شَاءَ وَيَكْتُبُ الْمَلَكُ ثُمَّ يَقُولُ يَا رَبِّ أَجَلُهُ . فَيَقُولُ رَبُّكَ مَا شَاءَ وَيَكْتُبُ الْمَلَكُ ثُمَّ يَقُولُ يَا رَبِّ رِزْقُهُ . فَيَقْضِي رَبُّكَ مَا شَاءَ وَيَكْتُبُ الْمَلَكُ ثُمَّ يَخْرُجُ الْمَلَكُ بِالصَّحِيفَةِ فِي يَدِهِ فَلَا يَزِيدُ عَلَى مَا أَمَرَ وَلَا نَقْصٌ " (2).

وجه الدلالة من الحديث: ظاهر الحديث يدل على أن تصور الجنين وخلق سمعه وبصره وجلده ولحمه يكون في أول الأربعين الثانية ويلزم من ذلك أن يكون في الأربعين الثانية لحماً وعظاماً ، ثم نقل ابن رجب الحنبلي عن أهل الطب في زمانه في هذا المجال بأن أقل مدة يتصور فيها الجنين خمسة وثلاثون يوماً وقد يتصور في خمسة وأربعين يوماً (3)، وقال ابن القيم أن بداية تخلق الجنين تبدأ بعد ستة أيام وتبدأ الدورة الدموية في العمل بعد سبعة وعشرين يوماً ويكتمل التصوير في أربعين يوماً وقد يزيد عن الأربعين أياماً قليلة (4).

(1) أخرجه الإمام البخاري في صحيحه في عدة مواضع منها : في كتاب القدر ص (6221) ح 6 رقم 2433 و أخرجه الإمام مسلم في صحيحه في عدة مواضع ، منها : في كتاب القدر - باب كيفية الخلق الآدمي في بطن أمهوكتابه رزقه وأجله وعمله وشقاوته وسعادته ، حديث رقم (2643) ج 4 ص 2036 ط إحياء التراث العربي والترمذي في القدر ، 2063 ، ج 4 ، 388 .

(2) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب القدر رقم 2645 ، ج 4 ، ص 2037 .

(3) جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديث من جوامع الكلم ، لأبي الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي ، ط دار المعرفة ببירות ، ط الأولى ، 1408 هـ ، ص 49 وما بعدها .

(4) التبيين في أقسام القرآن ، لابن القيم ، طبع وتوزيع إدارة البحوث العلمية والاقتضاء والدعوة والإرشاد ، الرياض، ص 211، طريق الهجرتين وباب السعادتين ، لابن القيم ، دار الكتب العلمية ببירות، 1982م ، ص 70 ، 78 .

وقد أثبت الطب الحديث ما أكده القرآن وأثبتته السنة النبوية الشريفة، ما أن يكتمل الشهر الثانى حتى يبدأ تخلق الإنسان وينشأ إنشاءً جديداً ، والمرحلة الأولى من مراحل نمو الجنين تعد من أدق المراحل فى حياة الإنسان⁽¹⁾.

(1) الطب محراب الإيمان ، د / خالص جليى ، دار الكتب العربية ، مؤسسة الرسالة بدمشق ، ط الأولى 1981 م ، ص 76 ، 77 ، إعجاز القرآن فى خلق الإنسان ، د / محمد كمال عبد العزيز ، مكتبة القرآن بالقاهرة ، ط 1990 ، ص 24 ، 60 ، د / رجاء منصور ، لا مستحيل فى علاج العقم ، ص 69 ، كتاب اليوم الطبى ، العدد 157 ، إبريل 1995 م ، د / محمد نعيم ياسين ، أبحاث فقهية فى قضايا معاصرة ، ص 52 ، دار النفائس بالأردن ، ط الأولى 1416 هـ - 1996 م .

الباب الأول

بيان مفهوم جريمة الاغتصاب وأركانها

الفصل الأول

بيان مفهوم الاغتصاب بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

تمهيد : قبل أن نخرج على تعريف جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى ونظرية القانون الوضعى لا بد أن نعلم أن الله تعالى أودع فى الأجناس المختلفة من المخلوقات غريزة الجنس لتحقيق مهمة معينة وهى المحافظة على بقاء النوع فى الحياة وكانت هذه المهمة أسمى بالنسبة للإنسان ، ولقد رسمت الأديان منذ فجر الإنسانية الطرق المثلى لإشباع الغريزة الجنسية بما يحافظ على الجنس البشرى وكرامته وبما يليق مع مكانته فى الكون .

وقد جاءت قوانين البشر أيضاً بالقواعد التى تساهم فى التوجيه السليم لهذه الطاقة الغريزية الفياضة وأن الجنس فى المجتمع يمثل قيمة اجتماعية وجزءاً من أخلاق وقيمة المجتمع فضلاً لما له من حرمة لدى كل فرد فى المجتمع ، فإذا لم يتم إشباع هذه الغريزة على هذا النحو كان فى الأمر خرق لمنطق طبيعة الإنسان ولهذا كان ضرورياً من تدخل قوانين السماء المبلغة عن طريق رسل الله فى الشرائع الدينية وما ينظمه البشر من وضع قوانين لتنظيم علاقات الأفراد فى المجتمع⁽¹⁾.

(1) المستشار / حسن حسن منصور ، رئيس محكمة الإسكندرية ، جرائم الاعتداء على الأخلاق ، ص 15 ، ط دار المطبوعات الجامعية ، 1985 .

المبحث الأول

تعريف الاغتصاب فى الفقه الإسلامى

تمهيد

يمكن القول بوجه عام ، بأن جريمة اغتصاب الإناث فى نظر الفقهاء المسلمين تتأتى بحمل الرجل المرأة على الاتصال بها جنسيا ، دون رضا واختيار منها وهناك وسائل ظاهرة تؤثر على إرادة المغتصبة مثل الصغر والجنون والنوم والإغماء والسكر وإن أظهر وسيلة لهذا الحمل أو القهر يتمثل فى الإكراه الذى يعدم الرضا ويفسد الاختيار ، هذا إلى جانب وسائل أخرى ينتفى معها الرضا أو يزول بها الإدراك كالإسكار والنوم .

تعريف الاغتصاب عند فقهاء الفقه الإسلامى :

أولا : المذهب الحنفى (الأحناف)

يرى الحنفية أن جريمة الاغتصاب كصورة من صور الزنا معناها أنها اسم للوطء الحرام فى قبل المرأة فى حالة الاختيار فى دار العدل ممن التزم أحكام الإسلام العار عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى ملك والنكاح جميعا⁽¹⁾ ففى هذا النص يشترط فيه ألا يكون الوطء أو الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة مشروعا ويكون غير مشروع إذا كان خاليا عن ملك الواطئ أو عاريا عن حقيقة النكاح أو لكونه وطأ امرأة غير مباح له وطأها لأن الملك سبب الإباحة فلا يكون زنا ويكون ذلك فى حالة الارتباط الشرعى بالزواج أو ملك اليمين .

(1) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسانى الحنفى ط 2 ، 1406 هـ دار الكتب العلمية ببلنجان ج 7 ص 33 ، ابن عابدين حاشية رد المحتار ، ج 6 ص 7 ، طبعة دار المعارف .

وعرف بأنه : وطء الرجل المرأة في القبل بغير الملك وشبهته⁽¹⁾.

فيكفي في نظر فقهاء المذهب أن ينتفي رضا المرأة ومطاوعتها للرجل حتى تقوم الجريمة ولا يشترط فيها وسيلة أخرى ينعدم فيها الرضاء ويفسد الاختيار لا فرق فيه بين الإكراه الملجيء والإكراه غير الملجيء.

ويدرأ الحد عنها في نوعي الإكراه، والإكراه ينقسم إلى قسمين : إكراه على كلام ولا يجب به شيء وإن قاله المكروه كالكفر وإكراه على فعل والإكراه على فعل ينقسم إلى قسمين الأول - كل ما تبيحه الضرورة كالأكل والشرب وهذا مباح فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء . الثاني - ما لا تبيحه الضرورة كالقتل والجرح والضرب وإفساد المال فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود لأنه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكن، وقد خرج من أن يكون دليل الرضاء بالإكراه فيدرأ عنها الحد⁽²⁾، وعرف بأنه: يقول صاحب حاشية رد المحتار والزنا الموجب للحد وطء وهو إدخال قدر حشفة من ذكر مكلف خرج -الصبي والمعتوه- وناطق خرج وطء الأخرس فلا حد عليه مطلقا بالشبهة وأما الأعمى فيحد للزنا بالإكراه لا بالبرهان -طائع في قبل مشتةة حالا أو ماضيا خرج المكروه ونحو الصغيرة خال عن ملكه أى ملك الواطيء وشبهته أى في المحل لا في الفعل.

(1) شرح فتح القدير للشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، ط إحياء التراث العربى بلبنان ، بدون تاريخ ج 5 ، ص 247 طبعة دار الفكر الموصلى الاختيار ج 3 ص 253 ، 254 .

(2) المحلى لابن حزم ، ج 8 ، ص 331 ، ط دار الآفاق العربية ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (المرجع السابق) ج 7 ص 181 ، شرح فتح القدير ، الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسى السكندرى المعروف بابن الهمام الحنفى على الهداية ، شرح بداية المبتدى ، تأليف شيخ الإسلام / المرغينانى ، مجلد 5 ، ص 213 ، ط دار الفكر ، حاشية ابن عابدين ، رد المحتار ، ج 6 ، ص 8 ، 9 ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 5 ، ص 7 .

ويبدو من وجهة نظر فقهاء المذهب أن الرجل هو الذي يتحمل عبء هذه الجريمة لخطورة مسلكه ودوره الفاعل في الجريمة وأنه الجانب الأقوى وصاحب الدور الأكبر في ارتكاب هذه الجريمة .

ثانيا : مذهب المالكية

عرف المالكية الاغتصاب كصوره من صور الزنا بأنه : كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا بملك يمين⁽¹⁾، ويتضح من هذا النص أن الجريمة هي كل اتصال غير مشروع من جانب الرجل بالمرأة بدون رضا صحيح منها فهو يوسع من دائرة الأفعال التي تقوم بها الجريمة التي من شأنها أن تجعل الإرادة معيبة .

وذهب إمام المذهب في المدونة : الرجل يغتصب امرأة أو يزني بمجنونة أو نائمة ، قلت : أرايت لو أن رجلا غصب امرأة أو زنى بصبية مثلها يجامع أو زنى بمجنونة أو أتى نائمة يكون عليه الحد والصداق جميعا قال مالك : فى الغصب أن الحد والصداق يجتمعان على الرجل فأرى المجنونة التي لا تعقل والنائمة بمنزلة المغتصبة وقد قال مثل قول مالك فى الحد والغرم على بن أبي طالب - رضى الله عنه ، وابن مسعود ، وسليمان بن يسار ، وربيعه ، وعطاء

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد القرطبي ، ج 2 ، ص 373 ، مكتبة بن تيمية - القاهرة ، م العلم بجده ، كتاب المتنقى شرح ، موطأ الامام مالك إمام دار الهجرة سيدنا مالك بن أنس رضى الله عنه ، تأليف القاضي أبى الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارات الباجى الأندلسى ، من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة المالكية ، المولود سنة 403 هـ المتوفى سنة 494 هـ ، رحمه الله ورضى عنه، الطبعة الأولى 1332هـ، ط مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، ج 5 ، ص 268.

وقال عطاء : إن كان عبدا ففي رقبته .. وقال ربيعة : في النائمة إن على من أصابها الحد⁽¹⁾.

فقد سئل عبد الله بن عيسى عن جارية بكر زوجها سيدها فابتنتى بها زوجها الذى زوجه إياها فأنتت بولد لأربعة أشهر فذكر ذلك لها فقالت: إني كنت نائمة فانتبعت لبلل بين فخذي .. وذكر الزوج: أنه وجدها عذراء، فأجاب فيها: أنه لا حد عليها إذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال ويفسخ النكاح ولها المهر كاملا والزنا محرم بنص القرآن ويجب فيه العقوبة والصداق إن كانت المرأة مكرهة أو غير عالمة وهذا مما لا خلاف فيه ولا يثبت هذا إلا بشهادة أربعة شهداء أنه زنى بها مكرهة والمختار أيضاً أن الرجل المكره بالفتح على الوطء لا يحد ولا يؤدب لعذره بالإكراه والأكثر على خلافهم ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكرهة لا حد عليها وإنما اختلفوا في وجوب الصداق لها⁽²⁾.

فالمدلول الواسع لجريمة الاغتصاب يتضح من عبارة المالكية عنها في عبارة الحنفية لأن هذا النص يوسع من دائرة الأفعال التى تقوم عليها الجريمة والتى

(1) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصحبي رواية سحنون التتوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم العتقى ، المجلد 8 ، ص 42 ، ط دار عالم الكتب ، مواهب الجليل بشرح مختصر خليل أبى عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المقرئ المعروف بالحطاب ، ج 8 ، ص 387 ، ط دار عالم الكتب .

(2) مواهب الجليل بشرح مختصر خليل أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بابن الحطاب وبهامشة التاج والإكليل لمختصر خليل ص 393 ، ج 8 ، ط دار عالم الكتب ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 256 ، كتاب المنقلى للباي ، المرجع السابق ، ص 269 ، حاشية الدسوقي ج 6 ، ص 310 ، ط دار الكتب العلمية ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 4 ، الناشر / مكتبة ابن تيمية ، توزيع مكتبة العلم بجدة ، ص 387 .

من شأنها أن تجعل الإرادة معيبة مثل الصغر والجنون والنوم والإغماء والسكر:

ويتبين لنا بعد الاستقراء للمذهب المالكي أنه أكثر شمولاً في بيان جريمة الاغتصاب من المذهب الحنفي كما مر حيث يكثر المذهب المالكي من الوسائل التي تقع بها الجريمة ويعمق من دلالتها في إضفاء الأهمية على سلوك الرجل وعظم دوره في وجود الجريمة، واللافت للنظر في مذهب الإمام مالك - رحمه الله تعالى - أنه استخدم المصطلح الحديث في وصف هذه الجريمة حيث قال: "... فأرى المجنونة التي لا تعقل والنائمة بمنزلة المغتصبة"⁽¹⁾.

ثالثاً : المذهب الشافعي

عرف الشافعية الاغتصاب كصورة من صور الزنا بأنه : إيلاج الذكر فرج محرم لعينه خال من الشبهات مشتهى يوجب الحد ودبر ذكر وأنثى كقبل على المذهب⁽²⁾.

وقد أخبر الشافعي - رحمه الله تعالى - فيما رواه الربيع عنه قال في الرجل يستكره المرأة أو الأمة يصيبها : أن لكل واحدة منهما صداق مثلها ولا حد على واحدة منهما ولا عقوبة وعلى المستكره حد الرجم إن كان ثيباً والجلد والنفي إن كان بكر⁽³⁾.

(1) المدونة الكبرى للإمام مالك بن أنس الأصبحي بن سحنون بن سعيد التتويحي عن عبد الرحمن بن القاسم ومعها مقدمات ابن رشد ، ص 42 ، مجلد 8 .

(2) مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، شرح الشيخ محمد الخطيب الشريف على سنن منهاج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ج 4 ، ص 143 ، 144 ، ط دار الفكر ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 402 .

(3) الأم ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ج 2 ، ص 242 ، ط دار الشعب .

فَيَتَبَيَّنُ أَنَّ الْاِغْتِصَابَ يَحْصُلُ بِالْاِكْرَاهِ عَلَى مَوَاقِعَةِ الْاُنْثَى وَلَا يَجِبُ عَلَى الْمَرْأَةِ شَيْءٌ إِذَا أَكْرَهَتْ عَلَى التَّمَكُّينِ مِنَ الزَّانَا لَمَّا جَاءَ فِي السَّنَةِ النَّبَوِيَّةِ : " أَخْبَرَنَا عَفَّانُ، حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، حَدَّثَنَا حَمَّادُ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ الْأَسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْغَلَ وَقَدْ قَالَ حَمَّادٌ أَيْضًا وَعَنِ الْمَغْثَوِّ حَتَّى يَعْغَلَ وَفِي رِوَايَةٍ، رَفَعَ عَنْ أُمْتَى الْخَطَا وَالنِّسْيَانِ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ "(1).

وَالْاِكْرَاهُ الْنَافِي لِلْمُؤَاخَذَةِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنَ الْوَسَائِلِ الظَّاهِرَةِ وَهِيَ مِنَ الْوَسَائِلِ السَّالِبَةِ لِلْاِخْتِيَارِ وَالتِّي يَسْلُكُهَا الرَّجُلُ عِنْدَ مَوَاقِعَتِهِ لِلْاُنْثَى كَالْاِضْطِرَارِ وَهُوَ غَيْرُ الْاِكْرَاهِ كَالْعَطَشِ وَالْمَأْكَلِ وَالْجُنُونِ وَالنَّوْمِ وَفِيهَا يَعْجُزُ الْإِنْسَانُ عَنِ التَّعْبِيرِ عَنِ إِرَادَتِهِ لَغِيَابِ عَقْلِهِ وَقَدْ يَقَعُ فِي إِثْمِ الزَّانَا شَخْصٌ فَاقِدُ الْوَعْيِ بِنَوْمٍ ثَقِيلٍ فَلَا جُرِيْمَةَ مِنْهُ وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ لِانْعِدَامِ الْقَصْدِ الْجَنَائِي لَدَيْهِ(2).
وَلِأَنَّهَا مَسْلُوبَةُ الْاِخْتِيَارِ فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْحَدُّ كَالنَّائِمَةِ(3).

(1) أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ ، لِلْإِمَامِ الْحَافِظِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ الْحَاكِمِ النَّيْسَابُورِيِّ قَالَ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ وَلَمْ يَخْرُجَاهُ ، طَرَفٌ حَدِيثٌ 2801 ، ط الْأَوَّلَى 1411 هـ ، ج 2 ، ص 216 ، ط دار الكتب العلمية ببيروت ، وَفِي لَفْظٍ " رَفَعَ الْقَلَمَ عَنْ ثَلَاثٍ عَنِ الْمَجْنُونِ الْمَغْلُوبِ عَلَى عَقْلِهِ وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ ، سَنَنَ الدَّارَقُطْنِيُّ ، حَدِيثٌ رَقْمٌ 3240 ، ص 90 ، الْمَجْلَدُ الثَّانِي ، ج 3 ، ط دار الفكر للطباعة والنشر .

(2) جُرِيْمَةُ الزَّانَا ، د / أَحْمَدُ حَافِظُ نَوْرٍ ، ص 172 .

(3) الْمَهْذَبُ ، لِأَبِي إِسْحَاقَ إِبْرَاهِيمَ بْنِ عَلِيٍّ يَوْسُفَ الْفَيْرُوزِ أَبَادَى الشَّيْرَازِيِّ ، ج 2 ص 242 ، ط مصطفى الحلبي حاشية الباجوري ، ج 2 ، ص 233 .

فالإغتصاب أوسع مدى منه عند صاحب المذهب عن الإمام الشافعي لأنه أدخل النائمة ولم يقتصر على الإكراه وعدها إلى الوسائل الأخرى السالبة للاختيار التي يسلكها الرجل عند مواجهة الأنثى .

رابعا : المذهب الحنبلي

ويعرف الحنابلة الاغتصاب كصورة من صور الزنا بأنه : فعل الفاحشة في قبل أو دبر وهو من الكبائر العظام⁽¹⁾.

روى سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب قال : أتى عمر بامرأة قد زنت فقالت : إني كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد جسم علي ، فخلى سبيلها ولم يضربها ولأن هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولا فرق بين الإكراه بالإلجاء وهو أن يغلبها على نفسها وبين الإكراه بالتهديد بالقتل ونحوه " نص عليه أحمد في راع جاءته امرأة قد عطشت فسألته أن يسقيها فقال لها : أمكنيني من نفسك .. قال : هذه مضطرة ، وقد روى عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - استسقت راعيا فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت فرفع ذلك إلى عمر ، فقال لعلي : ما ترى فيها ؟ قال : إنها مضطرة فأعطاها عمر شيئا وتركها وإن أكره رجل فرنى ، فيه قولان :

الأول: أنه يحد واختاره الأكثرون ، والثاني: لا يحد كامرأة مكرهة⁽²⁾.

(1) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل لشرف الدين موسى الحجاوي المقدسي ج 4 ، ص 250 ط دار المعرفة ، بيروت ، العدة ، شرح العمدة في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، ج 2 ، ص 817 ، 818 ، ط مؤسسة قرطبة .

(2) المغنى ، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود بن قدامه على مختصر الإمام أبي القاسم بن عمر بن الحسن بن عبد الله بن أحمد الخرقى ص 159 ، ط دار الكتاب العربي ، كتاب الفروع للإمام / شمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة 763 هـ ، ط عالم =

وإن أكرهت المرأة على الزنا أو أكره المفعول به لواطاً قهراً أو بالضرب أو بالمنع من طعام أو شراب اضطراراً إليه كالدفء في الشتاء ولياليه الباردة فلا حد لقوله - صلى الله عليه وسلم - أَخْبَرَنَا عَفَّانُ، حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، حَدَّثَنَا حَمَّادُ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنِ الْأَسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَخْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْتُونِ حَتَّى يَعْقِلَ وَقَدْ قَالَ حَمَّادٌ أَيْضاً وَعَنِ الْمَعْتُوهِ حَتَّى يَعْقِلَ⁽¹⁾.

وعن علي بن حُجْرٍ، حَدَّثَنَا مُعَمَّرُ بْنُ سَلَيْمَانَ الرَّقِّيُّ، عَنِ الْحَجَّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ، عَنْ عَبْدِ الْجَبَّارِ بْنِ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ اسْتَكْرَهَتْ امْرَأَةٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَرَأَ عَنْهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْحَدَّ وَأَقَامَهُ عَلَى الَّذِي أَصَابَهَا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ جَعَلَ لَهَا مَهْرًا ... وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَغَيْرِهِمْ أَنَّ لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَكْرَهَةِ حَدٌّ.

رواه سعيد عن عمر ، ولأن هذا شبهة والحد يدرأ بها⁽²⁾.

=الكتب ، ص 75 ، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، لشيخ الإسلام أبي محمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي ، ج 4 ، ص 130 .

(1) أخرجه الحاكم في المستدرک ، للإمام / الحافظ أبي عبد الله محمد عبد الله الحاكم النيسابوري قال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، طرف حديث 2801 ، ط الأولى 1411 هـ ، ج 2 ، ص 216 ، ط دار الكتب العلمية بيروت.

(2) سنن الدار قطنی ، رقم 3107 ، ص 65 ، المجلد الثاني ، الجزء الثالث ، كتاب الحدود ، سنن ابن ماجه ، قال (ص) "الفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا" رقم : 2545 ، ص 850 ، ج 2 ، ط دار الريان كشاف القناع عن متن الإقناع ، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ج 6 ، ص 97 ، عالم الكتب ، بيروت .

وجاء فى الكافى أن الوطء لا يكون إلا بالانتشار الحادث عن الشهوة والاختيار بخلاف المرأة ويحتمل ألا يجب عليه حد لعموم الخبر ولأن الحد يدرأ بالشبهات وهذا من أعظمها فإن استدخلت امرأة ذكره وهو نائم فلا حد عليه لأنه غير مكلف ولم يفعل الزنا⁽¹⁾.

فيتضح لنا من هذه النصوص أن الجريمة فى المقام الأول تقوم على الإكراه ويلاحظ أن الجريمة تتدرج تحت سائر الحالات التى تعدم الإرادة أو تؤثر عليها.

خامسا : المذهب الظاهرى والزيدية: قال الإمام ابن حزم الأندلسى : فلو أمسكت امرأة حتى زنى بها أو أمسك رجل فأدخل إحليله فى فرج امرأة فلا شيء عليه ولا عليها سواء انتشر أو لم ينتشر أمنى أم لم يمن أنزلت هى أو لم تنزل لأنهما لم يفعلا شيئا أصلا، والانتشار والإمناء فعل الطبيعة الذى خلقه الله فى المرء أحب أم كره لا اختيار له فى ذلك⁽²⁾.

وإن حقيقة الزنا فى الفقه الظاهرى يقرها ابن حزم فى قوله ما الزنا ؟ قال على قال الله تعالى "وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ"⁽³⁾.

فصح أن الوطء لا يكون إلا مباحاً ولا يلام فاعله أو غيرها فى غير الفراش وهنا وطآن آخران أحدهما من وطىء فراشاً مباحاً فى غير محرمه كوطىء

(1) الكافى فى فقه الإمام أحمد بن حنبل شيخ الإسلام أحمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى ، ج 4 ، ص 132 ، طبعة خاصة بطلبة العلم .

(2) المحلى ، أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ج 8 ، ص 331 ، ط دار الفكر ،

(3) سورة المؤمنون ، الآية رقم (5 ، 6 ، 7)

الحائض والمحرمه والصائمه فهذا عاص وليس زان بإجماع الأمة كلها والثانى من جهل فلا نذب له وليس زانياً⁽¹⁾ .

وأساس ذلك أن ابن حزم حصر الوطاء المباح أو المشروع بأن يكون فى نطاق عقد الزواج الصحيح واعتبر ما عداه من قبيل الزنا ويتبين أيضا أن الشخص الذى قام باغتصاب امرأة ليست زوجته ولا مملوكة له يعتبر زنا ولم يتطرقوا إلى كون المرأة هى التى قامت بهذا العمل وبالتالي لا تكون الجريمة قائمة إذا كانت المرأة هى التى حملت الرجل على الاتصال بها جنسيا .

الترجيح :

وبعد هذا العرض الموجز لأراء الفقهاء نرى ان الراجح ما قال به فقهاء المالكية وفقهاء الشافعية فالناظر إلى هذه المفاهيم التى وردت عن الفقهاء لجريمة الاغتصاب نرى أن جميع العبارات بعضها أشبه ببعض وإن كان المذهب الحنفى والظاهرى أضيق شمولاً عن غيرهما من المذاهب الفقهيّة الأخرى لكونهما أوفقا للجريمة على الإكراه فقط فمتى وجد الإكراه وجدت الجريمة ومتى انتفى انتفت .

(1) المحلى ، ابن حزم ، ج 11 ، ص 229 ، البحر الذخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، للإمام المجتهد المهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى ، المتوفى سنة 840 ، ج 6 ، ص 212 ، ط دار الكتب العلمية .

المبحث الثاني

تعريف الاغتصاب فى القانون الوضعى

تمهيد: قبل أن نخرج على تعريف جريمة الاغتصاب فى نظرية القانون الوضعى نقول:

إن نظرة التشريعات إلى خطورة هذا الجانب من جوانب الحياة الإنسانية أمر مقرر يتجلى فى عنايتها به وتنظيمها له، فالحياة الجنسية موضوع لتنظيم اجتماعى وتشريعى يتمثل فى قيود مفروضة على الحرية الجنسية للأفراد، وخرق هذه القيود تقوم به - فى حالاته الخطيرة التى يعينها القانون - جرائم الاعتداء على العرض⁽¹⁾.

وهذه التشريعات وإن اختلفت نظرتها وطرق معالجتها لهذا النوع من الجرائم، وهى الجرائم المتعلقة بالعرض والحرية الجنسية فإنها تتفق فى الأصل العام: وهو وجوب حماية العرض وصيانة الطهارة الجنسية من منطلق اجتماعى نفعى، لا من منطلق ذاتى إنسانى لذا يحمى لهذه التشريعات، والذى قطعت فيه شوطاً كبيراً⁽²⁾.

(1) د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ص 328 .

(2) د/ محمد الشحات الجندي جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى، المرجع السابق ص 8 .

تعريف الاغتصاب فى القانون الوضعى الجنائى:

اولاً: الاغتصاب هو: كل اتصال جنسى كامل بين رجل و امرأة بغير رضاها⁽¹⁾.

ثانياً: عرف بأنه: موقعة أنثى بغير رضاها⁽²⁾.

ثالثاً: عرف المشرع المصرى جريمة الاغتصاب فى المادة (267) المعدلة بالقانون رقم (95) لسنة 2003م من قانون العقوبات بأنها: من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو المشدد، فإذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو من المتوليين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المؤبد⁽³⁾.

رابعاً: عرف بأنه هو اتصال رجل بامرأة اتصالاً جنسياً كاملاً دون رضاء صحيح كامل منها بذلك⁽⁴⁾.

ونلاحظ بالنظر فى هذه التعريفات أنها تتفق جميعاً فى المعنى والمضمون وإن اختلفت فى الألفاظ و الأسلوب .

كما يلاحظ أيضاً على هذه التعريفات أنها قد أبرزت العناصر المكونة للجريمة أو بالاصطلاح الفقهى " أركان الجريمة " بمعنى أن هذه الجريمة لا تتحقق إلا بمعاشرة الرجل للمرأة وقد تمت هذه المعاشرة من جانب الرجل بسلوكه الإيجابى المنفرد ولم تكن المرأة فى ظل هذه المعاشرة إلا محلاً لهذا

(1) د / محمد الطاهر محمد عبد العزيز ، جرائم الاعتداء على العرض ، ص 82 ، الناشر المكتبة العالمية المنصورة .

(2) د / حسنين عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 162

(3) د / محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات القسم الخاص بالجرائم المضرة بالمصلحة العامة وجرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 527.

(4) أ.د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، المرجع السابق ص 339 .

الاتصال غير المشروع دون أن يكون لها دور آخر فيه، وفي هذا القدر تتفق هذه التعريفات (1).

(1) أ.د / محمد الشحات الجندى ، جريمة اغتصاب الأنث في الفقه الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعي المرجع السابق ، ص 34 .

المبحث الثالث

موازنة بين تعريف الاغتصاب

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

بالنظر فيما تقدم من الحديث عن تعريف جريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يتضح لنا سواء من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية أن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتي :

أولاً : أوجه الاتفاق :

إن القانون الجنائي الوضعي فيما وصل إليه من تعريف للاغتصاب يمكن أن يتفق أو يتشابه مع الفقه الإسلامي من عدة وجوه هي :

1 - إن كلاً من القانون الوضعي والمفهوم الشرعي الإسلامي يعرف مفهوم الاغتصاب بأنه اتصال او وطء يقع من رجل على امرأة في غير عقد ولا شبهة عقد ولارضاء وهذا مما اتفق عليه فقهاء القانون وفقهاء الفقه الإسلامي.

2 - إن الفقه الإسلامي لا يعتد بالشروع في جريمة الاغتصاب أو الزنا من التقبيل بل لا بد من حصول الوطء فعلاً وكاملاً والتقبيل يعتبر من قبيل الفعل الفاضح وهو جنحة عند فقهاء القانون وعند فقهاء الاسلام فيه عقوبة تعزيرية يقررها الحاكم على حين نرى ان القانون الوضعي لا يعتبر هذا الفعل من قبيل الاغتصاب ولكنه يعد فعل فاضح له عقوبته او هناك عرض له عقوبته والتقبيل هو من قبيل الفعل الفاضح وهو جنحة اما المفاخذة فهو هناك عرض وهو جناية لأنه مساس بعورة لها ولا يشترط ان يترك اثراً بالمجنى

عليها⁽¹⁾ وبهذا يبلغ درجة من الفحش يتوافر فيها هذا الركن؛ ⁽²⁾ ومعيار التمييز والتفرقة بين جريمة هناك العرض والفعل الفاضح هو معيار العورة لاسيما ان محكمة النقض قد ذهبت الى الاخذ بهذا المعيار في بادية الامر وبينه ان الفعل الفاضح هو الفعل العمد المخل بالحياء والذي يخدش من المجنى عليها حياء العين والاذن اما الفعل الذي يستطيل الى جسم المرء وعوراته ويخدش عاطفة الحياء عنده من هذه الناحية فهو من قبيل هناك العرض ⁽³⁾ وتتص المادة 268 ع كل من هناك عرض انسان بالقوة او بالتهديد او شرع في ذلك يعاقب بالسجن المؤبد من ثلاث سنوات الى سبع سنوات وتتص المادة 269 ع كل من هناك عرض صبي او صبية لم يبلغ سن كل منهما ثمانى عشر سنة كاملة بغير قوة ا بمراجعة نصوص القانون الوضعى الذى يعتبر هذا الفعل جنحة ، ومعلوم على أنه لا عقاب على الشروع فى الجنح إلا بنص ، ولا نص فى هذه الحالة ويؤيد هذا فى الفقه الاسلامى الرجوع إلى حادثة ماعز ، - روى عن مُحَمَّدُ بْنُ الْمُثَنَّى، قال: حَدَّثَنِي عَبْدُ الْأَعْلَى، حَدَّثَنَا دَاوُدُ، عَنْ أَبِي نَضْرَةَ، عَنْ أَبِي، سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلًا، مِنْ أَسْلَمَ يُقَالُ لَهُ مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ إِنِّي أَصَبْتُ فَاحِشَةً فَأَقِمْنِي عَلَى . فَرَدَّهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِرَارًا قَالَ ثُمَّ سَأَلَ قَوْمَهُ فَقَالُوا مَا نَعْلَمُ بِهِ بَأْسًا إِلَّا أَنَّهُ أَصَابَ شَيْئًا يَرَى أَنَّهُ لَا يُخْرِجُهُ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يُقَامَ فِيهِ الْحَدُّ - قَالَ - فَرَجَعَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرْنَا أَنْ

(¹) الطعن 554 لسنة 27 ق جلسة 17 2 1958 لسنة 298 السنة 19 ص 01129

(²) الطعن رقم 5857 لسنة 56 ق جلسة 22 / 1987

(³) نقض 22 نوفمبر سنة 1928 مجموعة احكام النقض السنة ص الوسيط د /فتحى سرور المرجع

السابق ص 906

نَرْجُمُهُ - قَالَ - فَانْطَلَقْنَا بِهِ إِلَى بَقِيعِ الْغَرْقَدِ - قَالَ - فَمَا أَوْثَقْنَاهُ وَلَا حَقَرْنَا لَهُ - قَالَ - فَرَمَيْنَاهُ بِالْعَظْمِ وَالْمَدَرِ وَالْخَرْفِ - قَالَ - فَاشْتَدَّ فَاشْتَدَدْنَا خَلْفَهُ حَتَّى أَتَى عَرْضَ الْحَرَّةِ فَانْتَصَبَ لَنَا فَرَمَيْنَاهُ بِجَلَامِيدِ الْحَرَّةِ - يَعْنِي الْحِجَارَةَ - حَتَّى سَكَتَ - قَالَ - ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَطِيبًا مِنْ الْعَشِيِّ فَقَالَ " أَوْكُلَّمَا انْطَلَقْنَا غَزَاةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَخَلَّفَ رَجُلٌ فِي عِيَالِنَا لَهُ نَيْبٌ كَنَيْبِ التَّنِيسِ عَلَى أَنْ لَا أُوتَى بِرَجُلٍ فَعَلَ ذَلِكَ إِلَّا نَكَلْتُ بِهِ " . قَالَ فَمَا اسْتَغْفَرَ لَهُ وَلَا سَبَّهُ وَلَقَدْ وَرَدَ أَنَّ الرَّسُولَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حِينَ سَأَلَهُ قَالَ: لَعَلَّكَ قَبِلْتَ، لَعَلَّكَ لَامَسْتَ، لَعَلَّكَ فَاخَذْتَ (1)

وجه الدلالة من الحديث:

فإنه لو كان قد قال نعم هذا هو ما فعلته لما حده رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وظاهر طبعاً أن التقبيل والملامسة والمفاخضة هي مقدمات الزنا التي تكون الشروع فيه ولم يحد بها أحد قط في أي عصر من عصور الإسلام ونخلص من هذا أن الصلات غير المشروعة وأعمال الجنس فيما دون الفرج والخلو غير المقرنة بوطء لا تكفي لتكوين جريمة الزنا أو الاعتصاب في الفقه الإسلامي (2).

(1) صحيح مسلم، كتاب الحدود باب حد الرنا. رقم 1692، ج 3، ص 1319، طبعة دار إحياء الكتب العربية، تحقيق / محمد فؤاد عبد الباقي، سنن الترمذی، للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة للترمذی، متوفى سنة 279 هـ، تأليف محمد ناصر الدين الألباني، حديث رقم 2754 ص 120، كتاب الحدود، ط مكتبة المعارف بالرياض.

(2) جريمة الزنا بين الشريعة والقانون، الأستاذ الدكتور / علوى أمين السيد خليل، وكيل كلية الشريعة والقانون بالدرعية - جامعة الأزهر، ينظر ص 205، 206، بحث في مجلة كلية الشريعة والقانون بتقنينها الأشرف - نقهلية - مجلة علمية محكمة، العدد الأول، 1422 هـ - 2001 م، الجزء الأول.

وان قول الرسول (صلى الله عليه وسلم) له هو من قبيل التأكيد على أن يكون اعترافه صحيحاً لأنه لم يكن هناك دليل سوى الاعتراف ولأنه لو كان عدل عن الاعتراف فلن يقام عليه حد الزنا ولكن كان سيعده فعله من قبيل جرائم التعازير

ثانياً : أوجه الاختلاف :

1 - إن من أوجه الاختلاف رأينا مما سبق أن جريمة الزنا فى نظر الفقه الإسلامى تختلف عنها فى القوانين الوضعية ، فالفقه الإسلامى يعتبر كل وطء محرم زنا يعاقب عليه فاعله ذكراً كان أو أنثى متزوجاً كان أم غير متزوج ، أما القوانين الوضعية فلا تعتبر كل وطء محرم زنا يستحق العقاب ولا عقاب إلا على الزنا الحاصل من الزوجين فقط كما نرى فى القانون المصرى⁽¹⁾. وإذا كان المشرع المصرى جعل جريمة الزنا قاصرة على الخيانة الزوجية إلا أن الفعل لا يعاقب عليه إلا إذا كان بالتراضى وكلا الطرفين فوق سن الثمانية عشر سنة اللهم إلا إذا كان الفعل يشكل جريمة فعل فاضح علنى أو جريمة دعارة أو مخالفة للآداب العامة.

2 - من أوجه الاختلاف أنه لا عقاب فى القانون المصرى على الوقاع إذا كان بالتراضى الذى يستسيغه القانون وهو أن يكون المفعول به قد بلغ ثمانية عشر عاماً وحينئذ تعتبر جنحة ، أما إذا كان الوقاع غصباً أو كان الرضاء معيباً لعدم بلوغ المفعول به ثمانية عشر عاماً فالفعل يعاقب عليه القانون⁽²⁾.

(1) نقض 9/5/1985 مجموعة أحكام النقض طعن رقم 884 لسنة 55 ق ص 631

(2) الشريعة الإسلامية والقانون المصرى إزاء جريمة الزنا ، د / أحمد محمود الشافعى ، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية ، ص 12 ، 13 .

فجريمة الاغتصاب عبارة عن ارتكاب جريمة الزنا مضافاً إليه حمل المرأة على الواقعة دون رضاها وهي: أنها تتطلب إتيان فعل زائد على جريمة الزنا، في جانب الركن المادى لها، يتمثل في الوسيلة التى استخدمها الرجل عند موافقته للأنثى .

فجريمة الاغتصاب تعرف عند غالبية الفقهاء وهو مانرجحه بأنها: وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك⁽¹⁾.

وعند بعض الفقهاء من الشافعية والحنابلة إيلاج الذكر فرج محرم لعينه خال من الشبهات مشتهى يوجب الحد ودبر ذكر وأنثى كقبل على المذهب⁽²⁾.
وفعل الفاحشة فى قبل أو دبر وهو من الكبائر العظام⁽³⁾.

ويضاف إليه جبر المرأة على الواقعة دون رضى منها ، ولا شك أن الفقهاء يذهبون إلى أن الإكراه أقوى الوسائل وأكثرها وقوعاً فى جريمة الاغتصاب لعظم تأثيرها على الرضاء والقصد وإلى ارتكاب الجريمة وأثرها فى المجنى عليه وهو المناط فى رفع العقوبة عن الأنثى وتشديد العقوبة على الرجل⁽⁴⁾.

(1) الهداية شرح بداية المبتدى ، للإمام أبى الحسن بن محمد بن عبد الجليل الرشدانى برهان الدين المرغينانى ، المتوفى سنة 593 هـ ، ج 2 ، ص 100 ، ط مطبعة محمد على صبيح وأولاده .
(2) مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، شرح الشيخ محمد الخطيب الشريف على سنن منهاج الطالبين للإمام أبى زكريا يحيى بن شرف النووى ، ج 4 ، ص 143 ، 144 ، ط دار الفكر ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 402 .

(3) الإقناع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل لشرف الدين موسى الحجاوى المقدسى ج 4 ، ص 250 ط دار المعرفة ، بيروت ، العدة ، شرح العمدة فى فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيبانى ، ج 2 ، ص 817 ، 818 ، ط مؤسسة قرطبة .

(4) د / محمد الشحات الجندى ، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى المرجع السابق ، ص 45 .

وجمهور الفقهاء لا يقفون عند الإكراه لتحقيق جريمة الاغتصاب ، بل يضعون إلى ذلك وسائل أخرى كالاضطرار والنوم والجنون، وهو ما ذهب إليه فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة - كما سبق بيانه في تعريفاتهم - ويقرب منه كلام الحنفية وإن كان الظاهرية يقفون بجريمة الاغتصاب عند حد الإكراه، فمتى وجد الإكراه وجد الاغتصاب ومتى انتفى انتفى .

وإن تحديد جريمة اغتصاب الإناث على هذا النحو في الفقه الاسلامي يغاير ما ذهب إليه شراح القانون ، وذلك لأن جريمة الاغتصاب لا تتأتى في نظرهم إلا عند موافقة الرجل للأنثى كرهاً عنها أو بغير رضا صحيح منها ؛ أما حيث يوجد الرضاء أو ينتفى الإكراه فلا وجود لجريمة الزنا في القانون ، وذلك أن القانون يعتد بالحرية الجنسية في غير الحدود التي لا ينهى عنها القانون كهتك العرض بالرضاء لمن بلغ ثمانية عشر عاماً فهو لا يعاقب عليه في القانون؛ هذا دون إخلال باعتباره فعلاً مخالفاً للتقاليد الاجتماعية⁽¹⁾.

3 - من أوجه الاختلاف أن الفقه الإسلامي يعتبر الفعل زنا ويعاقب عليه إذا وقع في أي مكان بينما يرى القانون الوضعي ان الخيانة الزوجية بالنسبة للزوج أنه لا يعتبر زنا إلا إذا وقع في بيت الزوجية فقط . اما بالنسبة للزوجة تعتبر مرتكبة للخيانة الزوجية سواء في منزل الزوجية او خارجه . وهذه من الانتقادات الموجهة الى القانون المصري حيث يجب ان يسوى بين الاثنين في الجريمة، فضلاً عن الزوج من حقه شرعاً ان يعدد زوجاته . اما المرأة فلا .

(1) أ.د / أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، ص 631 ، 632 .

4 — من أوجه الاختلاف أنهما يختلفان فى التكيف القانونى لفعل اللواط فبينما يعتبر أغلبية الفقهاء أنه زنا ويجب عليه الحد وعلى خلاف القانون الوضعى الذى لا يعتبر ذلك الفعل زنا ولو وقع على امرأة متزوجة⁽¹⁾، وانما يعد ذلك هتك عرض.

(1) جريمة الزنا بين الشريعة والقانون ، د / علوى أمين السيد خليل ، وكيل كلية الشريعة والقانون بالدفهلية - جامعة الأزهر ، ينظر ص 207 وما بعدها ، بحث فى مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف دفهلية ، مجلة علمية محكمة ، العدد الأول ، 1422 هـ - 2001 م ، الجزء الأول.

الفصل الثانى

أركان جريمة الاغتصاب

فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى

تمهيد :

لما كانت جريمة الاغتصاب، فى المعنى القانونى: هى معاشرة الرجل الأنثى معاشرة جنسية كاملة، من غير رضاها .

فإن هذه الجريمة طبقاً للنظر الشرعى تتمثل فى جريمة الزنا وهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا بملك يمين .

وننبه فى هذا الموضع على أن للشرعية الإسلامية موقفاً حاسماً بشأن الزنا يختلف عن موقف القانون الوضعى .ومن ثم كان العقاب على الزنا حقاً من حقوق الله - تعالى - الخالص وإن غالبية الفقهاء يقولون ان الحقوق اربعة:

1 - حق خالص لله تعالى .

2 - حق خالص للعبد .

3 - حق مشترك بين الله والعبد وحق الله غالب اما الامام الشاطبى فهو

يقول أن الحقوق ثلاثة:

1- حق خالص لله تعالى

2 - حق مشترك بين الله والعبد وحق الله غالب

3 - حق خالص للعبد وحق العبد غالب

وليس الأمر كذلك فى القوانين الوضعية لأن البشر هم واضعوا هذه القوانين

فهى - من ثم - منفصلة عن حق الله شكلاً ومضموناً .

فإذا كان الإكراه عذر مسقط للحد ولكنه غير مسقط للإثم فسقوط الحد بشبهة الإكراه .. ولو كان الإكراه بالإجاعة بأن قال : لتفعلن كذا وإلا أجهتك لا يحل له أن يفعل حتى يأتيه من الجوع ما يخاف منه من تلف النفس أو العضو لأن الضرورة لا تتحقق إلا في هذه الحالة⁽¹⁾. أما الزنا في القانون الوضعي فهو من الأمور الشخصية التي تمس علاقات الأفراد، ولا تمس صالح الجماعة، فلا معنى للعقوبة عليه، ما دام عن تراض، إلا إذا كان أحد الطرفين زوجاً أو كان يشكل جريمة فعل فاضح، ففي هذه الحالة يعاقب على الفعل صيانة لحرمة الزوجية فقط⁽²⁾. وإذا تبين لنا المراد الحقيقي من جريمة الاغتصاب بالنظر إلى كل من التشريعين الإسلامي و الوضعي، فينبغي لنا أن نستعرض أركان هذه الجريمة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي . وهذه الأركان تتمثل في الركن المادي حسبما اتفق عليه فقهاء القانون ثم القصد الجنائي وهو ما يعبر عنه بالركن المعنوي .

(¹) حاشية ابن عابدين ، ج 3 ، ص 150 ، مغنى المحتاج ، ج 7 ، ص 450 ، حاشية

النجيرمي ، ج 4 ، ص 200 ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 350

(²) عبد القادر عودة ، التسريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ص 347 ، ج 2 .

المبحث الأول

الركن المادى لجريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى

إذا أردنا أن نتعرف على الركن المادى كأحد أركان جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى فلا بد أن نتعرف على الأفعال المكونة لجريمة الزنا يضاف إلى ذلك عنصر عدم الرضاء أو الإكراه الذى يميز جريمة الاغتصاب عن جريمة الزنا

آراء فقهاء الفقه الاسلامى فى هذا الجانب :

أولاً : الفقه الحنفى (آراء فقهاء الحنفية) :

يتجلى لنا بوضوح من خلال رؤية فقهاء الفقه الحنفى لهذا الجانب تحديد الركن المادى لجريمة الزنا من استقراء نصوصه فى بيان مفهوم الزنا .

فالكاسانى⁽¹⁾، يذهب إلى القول فى تعريف الزنا بأنه : اسم للوطء الحرام، فى قبل المرأة الحية، فى حالة الاختيار، فى دار العدل، ممن التزم أحكام الإسلام العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته، وعن حق الملك، وعن حقيقة النكاح، وشبهته، وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح جميعاً⁽²⁾، لأن الوطء فى انقبلى فى غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جنسية إلا عند انتفاء الشبهة كلها فالصبرى والمجنون إذا وطء امرأة أجنبية لا حد عليه .. ولا خلاف

(1) العلامة علاء الدين أبى بكر ابن مسعود ابن أحمد الكاسانى ، ملك العلماء ، صاحب كتاب البدائع تفقه على علاء الدين السمرقندى وتزوج ابنته فاطمة الفقيهة من أجل أنه شرح كتاب التحفة وسماه البدائع فجعله مهر ابنته فقال فقهاء العصر : شرح تحفته ووزوجه ابنته وكان له وجاهة وشجاعة وكرم ، مات فى حلب فى العاشر من رجب سنة 587 هـ ، تاج التراجم : لأبى الفداء زين الدين قاسم بن قطلوبغا السودانى المتوفى سنة 879 هـ ط دار القلم دمشق الطبعة الاولى 1992 م ، ص 327 .

(2) مسعود الكاسانى الحنفى ، المرجع السابق ، ج 7 ، ص 33 ، 34 .

فى أن العاقل البالغ إذا زنى بصبية أو مجنونة أنه يجب عليه الحد إلا إذا ادعى الاشتباه وظن الحل وإن وطء جارية أخيه يجب الحد وإن قال ظننت أنها تحل لى لأن هذا دعوى الاشتباه فى غير موضعه لأن الإنسان لا ينتفع بمال أخيه عادة فلم يكن هذا ظناً مستنداً إلى دليل⁽¹⁾.

على حين يرى ابن عابدين⁽²⁾، أحد فقهاء الحنفية أن الزنا الموجب للحد وطء قدر حشفة من ذكر مكلف ناطق طائع فى قبل مشتبهة حالاً أو ماضياً خال عن ملكه وشبهته .

خرج الصبى والمعتوه، ناطق، خرج الأخرس، فلا حد عليه مطلقاً للشبهة و أما الأعمى فيحد للزنا بالإقرار لا بالبرهان، طائع فى قبل مشتبهة حالاً أو ماضياً، خرج المكره، والدبر، ونحو الصغيرة، خال عن ملكه أى ملك الواطئ، وشبهته أى فى المحل لا فى الفعل⁽³⁾.

ويعرف صاحب الاختيار الزنا بأنه : وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهته ؛ أما الأول فلعوم مورد استعمال اسم الزنا ، فإنه متى قيل : فلان زنى، يعلم أنه وطء امرأة فى قبلها وطئاً حراماً، ألا ترى أن " ماعزاً " فسر الزنا : بالوطء فى القبل حراماً كالمرود فى المكحلة، وحده النبى - صلى

(1) بدائع الصنائع ، للكاسانى ، ج 7 ، ص 34 ، 36 ، المرجع السابق ، ط دار الكتب العلمية بيروت ، الطبعة الثانية 1406 هـ - 1986 م .

(2) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقى ، فقيه الديار الشامية وإمام الحنفية فى عصره ولد سنة 1198 هـ فى دمشق وتوفى 1252 هـ فى دمشق له مؤلفات منها رد المختار على الدر المختار ، الأعلام : لخير الدين الزركلى - دار العلم للملايين بيروت - الطبعة السادسة (1984م) ج 6 ، ص 42 .

(3) ابن عابدين ، محمد أمين الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المختار ، ج 4 ، ص 4 ، 5 ، ط مصطفى الحلبى .

الله عليه وسلم - ، و أما كونه في غير الملك فلأن الملك سبب الإباحة ، فلا يكون زنا ، وأما عدم الشبهة ، " عن عائشة ، رضى الله عنها " حَدَّثَنَا عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ الْأَسْوَدِ أَبُو عَمْرٍو الْبَصْرِيُّ ، حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ رَبِيعَةَ ، حَدَّثَنَا يَزِيدُ بْنُ زِيَادٍ الدَّمَشْقِيُّ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، قَالَتْ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " اذْرَعُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ فَإِنَّ الْإِمَامَ أَنْ يَخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ " (1) ، ولا بد فيه من مجاوزة الختان ، لأن المخالطة بذلك تتحقق ، وما دون ذلك ملامسة ، لا يتعلق بها أحكام الوطء من غسل وكفارة وصوم وفساد حج (2) .

فكل هذه النصوص الواردة في فقه الحنفية تدل على أن الركن المادى لجريمة الزنا لا يتحقق إلا باتصال الرجل بالمرأة جنسياً في القبل وهو الفرج المعبر عنه فقهاً : بالوطء ، وأن الرجل إذا اتصل بالمرأة في دبرها من الخلف لا يعتبر بذلك قد زنى بها ، لأنه ليس موضعاً طبيعياً للتناسل و التوالد ولأنه ليس مشتهى في العادة ، ولكنه مسلك الشذاذ وأصحاب الانحرافات الجنسية .

وحتى تقع هذه الجريمة يجب أن تكون الموطوءة أنثى ، والاتصال بها كاملاً ، عبرو عنه : بالمرود في المكحلة ، وإذا فمقدمات الجماع لا يتوفر معها

(1) سنن ابن ماجه ، للحافظ أبى عبد الله محمد بن يزيد القزوينى ، حدثنا عبد الله بن الجراح وكيع عن إبراهيم بن الفضل عن سعد بن عبد الله عن أبي سعيد عن أبي هريرة قال : قال رسول الله (ص) ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً ، رقم 2545 ، ص 850 ، ج 2 ، كتاب الحدود ، ط دار الريان للتراث ، سنن الدارقطنى ، المجلد الثانى ، الجزء الثالث ، حديث رقم 3075 ، ص 60 ، كتاب الحدود والديات .

(2) الموصلى ، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى الحنفى ، الاختيار ، تعليق الشيخ / محمود أبو دقيقة ج 3 ص 253 ، 254

الركن المادى الشرعى لأن الفقه الإسلامى لا يعتد بالشروع فى جريمة الاغتصاب أو الزنا من تقبيل ومفاخضة بل لا بد من حصول الوطء يؤيد هذا فى الفقه الإسلامى الرجوع إلى حادثة ماعز، فلقد ورد أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - حين سأله قال: لعنك قبلت، لعنك لامست، لعنك فاخذت⁽¹⁾، وجه الدلالة من الحديث - ظاهر طبعاً أن التقبيل واللامسة والمفاخضة هى مقدمات الزنا التى تكون الشروع فيه ولم يحد بها أحد قط فى أى عصر من عصور الإسلام وإن كان فيه عقوبة تعزيرية.

كما لا يشترط حتى يتحقق الركن المادى الشرعى للجريمة أن يكون الاتصال " الوطء " قد وقع بين رجل وامرأة فى القبل، كما هو صريح فى قول الموصلى؛ ولا يتحقق الركن المادى إذا كان بين امرأة وامرأة، ولا بين الرجل والرجل، ولا بين الرجل والمرأة من الخلف، لأنه يسمى لوواطاً قال تعالى: " وَلَوْطَأْ إِذْ قَالَ لِقَوْمِهِ أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ * إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِنْ دُونِ النِّسَاءِ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ مُّسْرِفُونَ "(2).

(1) صحيح مسلم ، رقم 1692 ، ج 3 ، ص 1319 ، طبعة دار إحياء الكتب العربية ، تحقيق/محمد فؤاد عبد الباقي ، سنن الترمذى ، للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذى ، متوفى سنة 279 هـ ، صححه محمد ناصر الدين الألبانى ، حديث رقم 2754 ، ص 120 ، كتاب الحدود ، ط مكتبة المعارف بالرياض .

(2) سورة الأعراف ، آية رقم 80 ، 81 ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 34 ، الاختيار ، ج 3 ، ص 253 ، 254 ، شرح القدير ، ج 4 ، ص 150 ، الشريعة الإسلامية والقانون المصرى إزاء جريمة الزنا ، د/ أحمد محمود الشافعى ص 16 ، ط مؤسسة الثقافة الجامعية .

ويشترط طبقاً لما جاءت به النصوص "الفقهية الحنفية" ألا يكون الوطء أو الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة مشروعاً ويكون غير مشروع إذا كان خالياً عن ملك للواطئ، أو عارياً عن حقيقة النكاح، أو لكونه وطء امرأة غير مباح له وطؤها، لأن الملك سبب الإباحة فلا يكون زناً، ويكون ذلك في حالة الارتباط الشرعي بالزواج أو ملك اليمين، ولا محل للكلام عن الأخير لانقراض الرق في عصرنا⁽¹⁾.

ثانياً : المذهب المالكي :

إن الركن المادي في جريمة الاغتصاب عند فقهاء المالكية ، يتضح لنا من خلال النصوص الآتية :

يقول ابن رشد⁽²⁾ صاحب " بداية المجتهد ونهاية المقتصد " :
الزنا: هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح، ولا شبهة نكاح، ولا ملك يمين⁽³⁾.

ويقول صاحب التاج والإكليل: الزنا وطء مسلم مكلف وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا بملك يمين، ويرى ابن الحاجب أن: الزنا هو أن يطأ

(1) د / محمد الشحات الجندي ، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ص 71 .

(2) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد الشهير بالحفيد الغرناطي فقيه أديب عالم جليل ، حكى عنه أنه لم يدع النظر ولا القراءة إلا ليلة وفاة والده وليلة بنائه بزوجته ، كان يفرغ إليه في الطب كما يفرغ إليه في الفتوى في الفقه ، امتحن بالنفى وإحراق كتبه القيمة ، له تأليف منها : بداية لمجتهد ونهاية المقتصد والكلية في الطب ، ولد سنة 520 هـ وتوفي سنة 595 هـ ، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية : لمحمد بن محمد بن مخلوف — طبعة دار الفكر ببيروت ، ص 146 .

(3) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل للفقيه أبي الوليد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 373 .

فرج آدمى لا ملك له فيه باتفاق متعمداً فيخرج به زنا المرأة لأنها موطوءة لا واطئة وأيضاً فى المدونة " من وطء أجنبية فى دبرها حداً جميعاً ومن أحصن منهما يرحم ومن كان بكرأ جلد ومن زنا بميتة أو نائمة أو مجنونة فى حال جنونها حد " وفى المدونة أيضاً " من زنى بصغيرة لم تحصن طائفة ومثلها يوطأ حد " ويرى ابن ، الحاجب أن " واطئ المستأجرة للوطء أو لغيره يحد " وفى المدونة " من وطئ جارية عنده رهناً أو عارية أو ودعة أو بإجارة فعليه الحد "(1).

أما ابن فرحون فيقول: " والزنا محرم بنص القرآن ، ويجب فيه العقوبة والصداق ؛ إن كانت المرأة مكرهة أو غير عالمة(2).

بيان الركن المادى: إن الركن المادى لجريمة الاغتصاب يتضح من النصوص السابقة من خلال التعبير "بالوطء" وكذلك الحال بأن يكون فى القبل، أضف إلى ذلك أن المالكية يزيّدون : أنه إذا كان الوطء فى غير المحل الطبيعى فهو من قبيل الزنا، يدل عليه ما جاء فى المدونة : إتيان أجنبية بدبر، فيعتبر زنا، وهذه النظرة من فقهاء المالكية تخالف وتغاير نظرة فقهاء الحنفية إلى

(1) التاج والإكليل فى شرح مختصر خليل، للمواق المرجع السابق، ج 6، ص 290، 291، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 2 ، ص 373 ، مكتبة ابن تيمية المدونة الكبرى ، للإمام مالك ج 4 ، ص 401 ، ط دار الفكر.

(2) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 256 ، ابن فرحون إبراهيم بن على بن محمد بن فرحون فقيه مالكى ولد بالمدينة المنورة ، كان من صدور المدرسين جامعاً للفضائل من أهل بيت علم كان من أرق أهل زمانه طبعاً وأطفهم عبارة كثير الأوراد والتلاوة أظهر مذهب الإمام مالك بالمدينة بعد خموله له تأليف منها : مختصر ابن الحاجب ، تبصرة الحكام ، والديباج المذهب ، توفى سنة 799 هـ ، الدرر الكامنة ، ج 1 ، ص 48 ، نيل الابتهاج بطريرك الديباج : لأحمد بابا التبتكتي - منشورات كلية الدعوة طرابلس - ليبيا الطبعة الأولى (1989م) ، ج 1 ، ص 33 .

الركن المادى حيث أنهم يقصرون الركن المادى على الوطء فى القبل؛ وأيضاً يخالف ما ذهب إليه شراح القانون الوضعى كما سيأتى فإنهم يعتبرونه من قبيل هتك العرض؛ والركن المادى الشرعى عند المالكية لا يشترط فيه أن يكون الاتصال بين الرجل والمرأة، فإن اختلاف الجنس عندهم ليس شرطاً فى تحقق الركن المادى كما وضحه ابن فرحون، وهذا ما يخالف رأى الحنفية والقانون الوضعى؛ ويشترط لقيام الركن المادى الشرعى عند المالكية : القدرة على الوقاع " الوطء " وهو مؤدى اشتراط التكليف أو البلوغ الذى عبر عنه ابن فرحون .

ولكن العكس صحيح وهو أن لا حد على البالغة إن وطأها صبي وإن قوى على الجماع.

ثالثاً : المذهب الشافعى :

إن الركن المادى الشرعى عند الشافعية لجريمة الاغتصاب الذى هو محل الجريمة يتضح لنا من خلال ما ذهب إليه فقهاء الشافعية؛ فيرى الشيرازى فى بيان الرنى : " إذا وطىء رجل من أهل دار الإسلام امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد، و غير ملك ولا شبهة ملك، وهو عاقل بالغ مختار عالم بالتحريم، وجب عليه الحد، فإن كان محصناً وجب عليه الرجم ... " ثم يقول : " والمحصن الذى يرجم هو أن يكون بالغاً عاقلاً حراً وطىء فى نكاح صحيح ، فإن كان صبيّاً أو مجنوناً لم يرجم ، لأنهما ليسا من أهل الحد^(١).

كما يقولون أيضاً عن الركن المادى الشرعى للاغتصاب بمفهومهم عن الزنا وحقيقته الشرعية إيلاج حشفة أو قدرها من الذكر المتصل الأصى من الآدمى

(١) المذهب فى فقه الإمام الشافعى ، للشيرازى ، مرجع سابق ، ج ٢ ، ص ٣٤٠ ، ٣٤١ .

الواضح ولو أشل وغير منتشر ولو كان ملفوفاً في خرقة بفرج أى قبل أنثى ولو غوراء ... محرم لنفس الأمر فى عينه ، أى الإيلاج ، خال عن الشبهة المسقطه للحد ، مشتهى طبعاً ، بأن كان فرج آدمى حى يوجب الحد...ودبر ذكر ودبر لأنثى أجنبية كقبل للأنثى ، فيجب بالإيلاج لكل من الدبرين المسمى باللواط، الحد على المذهب، فيرجم المحصن، ويجلد غيره ويغرب، لأنه زنا بدليل قوله تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً" (1)، وقال تعالى: "أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ" (2)و عن ابن عباس - قال: " عَمْرُو مِثْلُهُ وَرَوَاهُ عَبْدُ بَنُ مَنصُورٍ عَنْ عِكْرِمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَفَعَهُ وَرَوَاهُ ابْنُ جُرَيْجٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ عَنْ دَاوُدَ بْنِ الْحُصَيْنِ عَنْ عِكْرِمَةَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَفَعَهُ . حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ عَلِيٍّ النَّفِيلِيُّ، حَدَّثَنَا عَبْدُ الْغَرِيزِ بْنُ مُحَمَّدٍ، عَنْ عَمْرُو بْنِ أَبِي عَمْرٍو، عَنْ عِكْرِمَةَ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " مَنْ وَجَدْتُمُوهُ يَفْعَلُ عَمَلَ قَوْمٍ لَوْ طُفِ فَاقْتُلُوا النَّفَاعِلَ وَالْمَفْعُولَ بِهِ " .

ويجب الحد بالإيلاج فى كل من الدبرين فيرجم المحصن ويجلد غيره (3).

(1) سورة الإسراء ، جزء من الآية رقم 32

(2) سورة الأعراف ، جزء من الآية 80

(3) المنتقى من كتاب الترغيب والترهيب ج 2 ص 662 حديث رقم 1435 ، — أخرجه أحمد ، ج 1 ص 300 ، أخرجه أبو داود، حديث رقم 4462 والترمذى، حديث رقم 1456، ابن ماجه، حديث رقم 2561 ، 13 النسائى ، ج 4 ، ص 322 ، حديث رقم 36 ، البيهقى ، ج 8 ، ص 231 ، 232 ، نيل الأوطار ، ج ص 298 ، ط دار ابن الجوزى ، الخطيب ، مغنى المحتاج ، ج 4 ، ص 340 341 .

وجه الدلالة من الحديث:

يتضح من هذه النصوص أن الركن المادى عند فقهاء الشافعية يتحقق بالوطء الذى هو عبارة عن فعل الواقعة بين الرجل والمرأة ، سواء كانت هذه الواقعة فى القبل أو فى الدبر للمرأة والرجل فهو يندرج تحت جريمة الزنا، وإن كان الاتصال فى قبل المرأة هو الأصل فى جريمة الزنا والاتصال فى الدبر متصل ضمناً ، فهو يتبع الأصل فى الحكم، والدليل على ذلك قول الله تعالى : " وَلَا تَقْرَبُوا الزَّوْجَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا "(1)، وقوله تعالى: "اتَّاتَوْا الْفَاحِشَةَ مَا سَبَقَكُمْ بِهَا مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعَالَمِينَ "(2).

وجه الدلالة من الآيات القرآنية :

أن القرآن الكريم وصف كلا الفعلين بأنه فاحشة ولم يفرق بين الوطء فى الدبر أو القبل، ولا كون الواطئ محصناً أو غير محصن ، ولم يفرق فى العقوبة بينهما ، وهذا رأى أو الاتجاه يخالف ما ذهب إليه الحنفية، من كون الوطء فى القبل مختلفاً مع الوطء فى الدبر من حيث ترتيب النتائج عليه؛ ويتفق مع ما ذهب إليه فقهاء المالكية، وأن القانون الوضعى يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والركن المادى الشرعى للجريمة عند الشافعية يكفى فيه إدخال جزء من الذكر فى قبل المرأة أو دبرها وكذلك الحال بالنسبة للرجل، ولا يشترط إدخال عضو الذكورة كامل، ولا يشترط كونه منتشرأ، أو غير منتشر، أو كونه عليه حائل من القماش، أو ليس عليه حائل، فمتى تم الإيلاج كانت الجريمة، ولا يتوافر الركن المادى للجريمة عند فقهاء الشافعية، بإدخال شيء آخر غير عضو الذكورة كإصبع أو عود وإن كان يعاقب بعقوبة

(1) سورة الإسراء ، آية 32.

(2) سورة الأعراف ، آية 80

تعزيرية⁽¹⁾، وعقوبة التعزير ليست محل اتفاق بين الفقهاء وجاءت في السنة عن عبد الله بن بريدة - رضى الله عنه - قال : كان النبي - صلى الله عليه وسلم - يقول : لا يجلد فوق عشر جلدات إلا في حدود الله وفي لفظ لا يجلد فوق عشر أسواط وفي لفظ لا عقوبة فوق عشر ضربات⁽²⁾، والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ فيما شرع فيه التعزير وهو واجب ومشروع في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة⁽³⁾.

وعند الحنفية قد تصل عقوبة التعزير الى القتل من باب السياسة الجنائية من الحاكم.

وكذلك امتهان جسد المرأة أو العبث به لا يتحقق به الركن المادى للجريمة، كما أنه يشترط في الركن المادى حتى يتحقق أن يكون رجلاً بالغاً عاقلاً، لأن الصبى والمجنون ليسا أهلاً للمسؤولية ويؤكد ذلك ما رواه على وعمر بن

(1) التعزير في اللغة : المنع ، يقال عزرتة أى منعته ، وسمى التأديب ولأنه يمنع من تعاطى القبيح ويقال عزرتة ووقرتة وأيضاً أدبته وهو من الأضداد وهو طريق إلى التوقير وهو التأديب وعرف شرعاً بأنه : العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة ، والتعزير يكون بضرب وحبس وتوبيخ ، المبدع في شرح المقنع ، لأبى إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح المؤرخ الحنبلى ، ولد سنة 816 ، توفى سنة 884 ، ج 9 ، ص 108 ، 113 وما بعدها .

(2) صحيح البخارى ، حديث رقم 6456 ، 6458 ، 6457 ، ج 6 ، ص 2512 ، ط دار ابن كثير .

(3) المغنى لابن قدامة ، ج 12 ، ص 526 ، ط هجر للطباعة والنشر والتوزيع ، الكافى في فقه الإمام أحمد بن حنبل شيخ الإسلام أحمد موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسى ، ج 4 ، ص 160 طبعة خاصة بطلبة العلم .

الخطاب رضى الله عنهما عن (النبی صلى الله عليه وسلم) رفع القلم عن ثلاثة النائم حتى يستيقظ والصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق⁽¹⁾.

ويشترط بطبيعة الحال لقيام الركن المادى لجريمة الزنا أن يكون الاتصال الجنسى بين الرجل والمرأة قائم على غير عقد وغير ملك ولا شبهة ملك وهو ما عبر عنه الاحناف بقولهم البعيد عن الملك وعند المالكية بوطء وقع على غير نكاح صحيح وعبر عنه الشافعية بإيلاج الذكر بفرج محرم لعينه وعبر عنه الحنابلة بفعل الفاحشة ويكون كذلك على حد تعبير النص : بأن يطأ الرجل امرأة محرمة عليه من غير عقد ولا شبهة عقد، وغير ملك ولا شبهة ملك، ونطاق المشروعية هو الحد الفاصل بين تجريم الاتصال من عدمه ، وهو العنصر الحاسم فى الحظر أو الإباحة⁽²⁾.

(¹) أخرجه الحاكم فى المستدرک وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، ج 2 ، ص 216 طرف حديث 2801 ، ط الأولى ، 1411 هـ ط دار الكتب العلمية ، سنن الدارقطنى للإمام الكبير على بن عمر الدارقطنى ، حديث رقم 3240 ، ص 90 ، المجلد الثانى ، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، 1414 هـ - 1994 م ، سنن الدارقطنى ، 3204 ، ص 84 ، المجلد الثانى ، الجزء الثالث ، كتاب الحدود والديات .

(²) بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 33 ، 34 ، ط المروة ، مكة المكرمة ، بداية المجتهد ، ج 2 ص 433 ، مغنى المحتاج ، ج 4 ، ص 144 ، الإقناع ج 4 ، ص 250 ، أ.د / محمد الشحات الجندى ، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى ص 80 .

رابعاً : المذهب الحنبلى :

يذهب الحنابلة فى تحقق الركن المادى لجريمة الاغتصاب كصورة من صور الزنا إلى أن : " الزنا هو فعل الفاحشة فى قبل أو دبر .. ولا يجب الحد للزنا إلا بشروط أربعة، أحدها : أن يطأ فى فرج أصلى من آدمى حى قبلاً كان أو دبراً، بذكر أصلى، وأقله أى الوطء تغيب حشفة من فحل أو خصى، أو قدرها عند عدمها، لأن أحكام الوطء تتعلق به، ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا وبهذا قال عامة أهل العلم، فإن ادعى الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام والناشئ ببادية قبل منه⁽¹⁾.

فترتب على ذلك أنه لا يحد من غيب ذكره بحائل فى فرج آدمى حى، ومن ثم تقرر نصوص الحنابلة أن الركن المادى لجريمة الزنا " هو الوطء " وهم بهذا يتجهون نفس الاتجاه الذى ذهب إليه فقهاء المالكية والشافعية وخلافاً للحنفية وإن اختلف فقهاء الحنابلة مع فقهاء الشافعية فى كون المعنى الذى يقوم به الزنا هو الوطء أى الاتصال الجنسى الكامل، بالتلاحم بين الذكر وفرج المرأة وبدون ذلك لا يتأتى الركن المادى فى الزنا فلا حد على من غيبه بحائل، بخلاف المذهب الشافعى الذى يقول بالحد مع الحائل.

(¹) كشف القناع عن متن الإقناع . للبهوتى ج 6، ص 89 ، 95 ، ط دار الكتب العلمية ، لبنان ، المرجع السابق ، المغنى لابن قدامة ، ج 10 ، ص 156 ، البهوتى ، ج 6 ، ص 95 ، ص 96 .

الإكراه (عدم الرضاء بالمعاشرة الجنسية)

" عنصر يميز جريمة الاغتصاب عن جريمة الزنا " :

لا شك أن إكراه الرجل المرأة على الوطء هو العنصر الحاسم والمميز في نقل الجريمة من الزنا إلى الاغتصاب، وبدونه لا نكون بصدد جريمة الاغتصاب، إذ أن الجريمة بغيره تعد زنا ولا تعد اغتصاباً .

ومن هنا تأتي أهمية الإكراه حتى نكون بصدد جريمة اغتصاب أنثى وهو ما يعبر عنه في الفقه الإسلامي بالوطء بالإكراه، وينبغي لنا أن نلقى الضوء على مفهوم الوطء بالإكراه في الفقه الإسلامي .

الوطء بالإكراه :

أولاً يجب أن يكون الجاني في جريمة الزنا غير مكره حتى يستحق العقاب .
الإكراه لغةً ، وشرعاً :

الإكراه في اللغة : حمل الشخص على فعل شيء يكرهه ⁽¹⁾.

وشرعاً : حمل الشخص على فعل أو قول لا يريد مباشرته وعرفه الأحناف بالإلزام والإجبار على ما يكرهه الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم عليه مع عدم الرضاء ليدفع عنه ما هو أضر منه ⁽²⁾.

والإكراه نوعان: أولاً: وهو الإكراه الملجئ كأن يهدد بإتلاف نفس أو عضو أو بضرب مبرح أو بحبس مدة طويلة، ثانياً : الإكراه الناقص : وهو الإكراه غير الملجئ كأن يهدد بضرب يسير أو حبس قصير أو تخويفه بقيده وضربه

(1) المعجم الوسيط 2/785 ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق : عبد السلام هارون 5/172 ، ط دار الفكر للطباعة والنشر ، لسان العرب ، ابن منظور 13/535 ، دار صادر ، بيروت .

(2) ينظر الإسلام ورأيه في جريمة الزنا ، مصطفى كمال رفعت ج 1 ، 1975 ، بتصرف ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 8 ، ص 82 ، حاشية ابن عابدين ، ج 5 ، ص 86 .

أو ما شابه ذلك وعند الظاهرية ينقسم أيضاً إلى قسمين : إكراه على كلام وإكراه على فعل والأول لا يجب به شيء وإن قاله المكره كالكفر والإكراه على الفعل ينقسم إلى قسمين :

1- كل ما تبيحه الضرورة كالأكل والشرب وهذا مباح فمن أكره على شيء من هذا فلا شيء .

2 - ما لا تبيحه الضرورة كالقتل والجرح والضرب وإفساد المال فمن أكره على شيء من ذلك لزمه القود⁽¹⁾.

فالمعنى اللغوي يتفق مع المعنى الشرعي في الفقه الاسلامي حيث وسع المعنى فقرر أن الشيء المكره عليه يكتفى فيه بالألا يريد الشخص مباشرته وهذا يكفي لتحقيق معنى الإكراه .

والإكراه المؤثر في الشخص باعتباره جانبياً أو مؤثراً في مقدار الجنائية، لا بد فيه أن يكون على أمر غير مباح، لذلك فهو مقصور على نوع معين من الإكراه .

ولقد قرر الفقهاء أنه لا بد لتام الإكراه في الجرائم من توافر أركان أربعة :

1 - أن يكون الشخص الممارس للإكراه قادراً على إيقاع ما هدد به، فإن لم يكن قادراً على ذلك، ويعلم من هده أنه غير قادر فإن هذا التهديد لا يعتد به ولا يلتفت إليه .

2 - لا بد أن يقع في نفس المكره "بالفتح" أن المهدد "بالكسر" ينفذ ما هدد به بحيث يرتكب المكره الفعل تحت تأثير الخوف فإن لم يعتقد أو يظن المكره لم يتحقق فيه أنه فعل ما فعل وهو غير راض عنه، ومن ثم فلا ينتج الإكراه أثراً .

¹ — المصلى ، لابن حزم ، ج 8 ، ص 331 ، طدار الآفاق العربية .

3 - أن يكون الأمر المهدد به متلفاً للجسم، ومؤنيّاً له، أو متلفاً للمال أو لبعضه .

4 - أن يكون الفعل الذى أكره عليه محرماً بأن يكون معصية فى ذاته، ويجب كذلك أن يكون المكروه ممتنعاً عن هذا الفعل قبل الإكراه⁽¹⁾.

حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويفه بفعل يقدر الحامل على إيقاعه فيصير الغير خائفاً به⁽²⁾. ولا شك أن الإكراه ليس هو الوسيلة الوحيدة التى ينتقى بها رضا المرأة بالوطء ويؤثر على اختيارها، فهناك وسائل أخرى من شأنها أن تصدر إرادة المرأة وتجعلها تقبل الاتصال الجنىسى رغماً عنها مثل النوم، والجنون، وحالة الضرورة أو الاضطراب، والصغر .. إلخ فالنوم عجز عن استخدام القدرة لفترة عارضة مع قيام عقله أى أنه لا يقدر على استعمال الإدراكات الحسية ليدرك المحسوسات، ولا يقدر على استعمال نور العقل ليدرك المعقولات، ولا يقدر أيضاً على أفعاله الاختيارية التى هى أحواله، والجنون آفة تحل بالدماغ بحيث تجعل المجنون يأتى بأفعال على خلاف

(1) أ.د / أحمد عبد المغنى شاهين ، الجناية على العرض بالفعل وعقوبتها فى الشريعة الإسلامية ص 73 ، مطبعة الأمانة ، مواهب الجليل ، ج 4 ، ص 45 ، المغنى لابن قدامة ، ج 7 ، ص 317 ، ط مطبعة الإيمان بمصر ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 8 ، ص 82 ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 176 ، حاشية ابن عابدين ، ج 5 ، ص 86 ، 87 .

(2) الشيخ / محمد أبو زهرة ، الجريمة، والعقوبة فى الفقه الإسلامى { الجريمة } ص 509 وما بعدها ، ط دار الفكر العربى 1969م ، حاشية ابن عابدين ، ج 5 ، ص 86 ، البدائع ، ج 7 ، ص 175 ، المبسوط للسرخسى ، ج 24 ، ص 38 وما بعدها ، ط مطبعة السعادة بمصر ، المغنى لابن قدامة ، ج 7 ، ص 316 ، المرغينانى ، الهداية ، ج 3 ، ص 275 ، النسفى ، كشف الأسرار ، ج 2 ، ص 569 ، 570 ، المواق ، التاج والإكليل ، ج 6 ، ص 294 .

مقتضى العقل وهو ينافى القدرة على الرضاء والقصد، ولهذا لم يصح التكليف فى حقه بوجه لعدم العقل إلا فى حقوق العباد⁽¹⁾.

والصغر هو حالة طبيعية تقوم بالشخص، فالصبي غير مخاطب بالأحكام لأنه غير مكلف طبعاً، فعن على وعمر ابن الخطاب، قال رسول الله - ص -
رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك فإنه لا تكليف ولا يجب عليه شيء من العبادات حتى الزكاة عندنا، ولا بشيء من المنهيات فلا حد عليه، ولا فعل شيء منها، ولا قصاص عليه، وعمده خطأ⁽³⁾.

وعلى هذا فإن واقعة الرجل لصبية غير مميزة ينطوى على اغتصاب ولا يؤثر على ذلك رضا الصبية لأن رضاها لا يعتد به وكذلك لو واقع الرجل صبية مميزة يجامع مثلها كانت واقعته لها اغتصاباً لأن الصبا فى حقها عذر مسقط لنقصان عقلها فيسقط بالصبا ما يحتمل السقوط عن البالغ والفقهاء يطلقون مصطلح الصبي على من لم يبلغ وثمة مقررات شرعية لا يلحق فيها بالبالغ بلا خلاف وذلك فى التكاليف الشرعية من الواجبات والمحرمات والحدود والتصرفات وغيرها لأن عمر - رضى الله عنه - قضى فى امرأة

(1) النسفى، كشف الأسرار، ج 2، ص 484، 487، 488.

(2) أخرجه الحاكم فى المستدرک وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ج 2، ص 216 طرف حديث 2801، ط الأولى، 1411 هـ ط دار الكتب العلمية، سنن الدارقطنى للإمام الكبير على بن عمر الدارقطنى، حديث رقم 3240، ص 90، المجلد الثانى، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، 1414 هـ - 1994 م، سنن الدارقطنى، 3204، ص 84، المجلد الثانى، الجزء الثالث، كتاب الحدود والديات.

(3) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 306.

مرت على راع فاستسقته فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها فقال على :
هذه مضطرة أرى أن يخلى سبيلها⁽¹⁾.

والسكر هو : سرور يغلب الشخص ، فإن كان من مباح كشرب الدواء ،
وشرب المكره والمضطر فهو كالإغماء فيمتنع صحة الطلاق والعناق وسائر
التصرفات، وإن كان من محظور فلا ينافى الخطاب، ويلزم أحكام الشرع
وتتضح عباراته بالطلاق والعناق والبيع والشراء والأقارير لا الردة والإقرار
بالحدود الخاصة⁽²⁾.

وإن كان الفقهاء قد اختلفوا في السكران المتعدى بسكره بين المؤاخذة على
فعله وعدم المؤاخذة فإن الركن يتحقق إذ اتصل الرجل جنسياً بالمرأة السكرانة
لأنها مسلوقة الإرادة والاختيار إذا فالمكلف هو الذى يملك القدرة على الإدراك
والاختيار وحيث اعتبر الأصوليون السكران غير مكلف لأنه يكون فاقد الرضاء
فاسد الاختيار، ونكون بصدد اغتصاب من جانب الرجل، ولا عقاب على المرأة
لعدم قصدھا ارتكاب الجريمة، أما على رأى البعض الآخر فإن السكر لا ينفى
التكليف ولا يحول دون المؤاخذة، فإذا اتصل الرجل جنسياً بالمرأة السكرانة
حال سكرها فإنهما يعدان مرتكبين لجريمة الزنا ويعاقبان بالحد على الزنا لأن
السكر عمل إرادى يتم برضا واختيار المرأة فتلزمها آثاره، ولا يعتبر مغتصباً
لها⁽³⁾.

(1) النفسى ، كشف الأسرار ، ج 2 ، ص 478 ، السيوطى ، الأشباه والنظائر ، ص 40 ،
الخطيب ، مغنى المحتاج ، ج 4 ، ص 145 ، ط دار الفكر .

(2) النفسى ، كشف الأسرار المصدر السابق ، ص 536 ، 537 .

(3) انظر : د/ محمد الشحات الجندى ، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الاسلامى ، المصدر سابق
ص 106 ، 107 .

هذا عند الحنفية، أما السكران عند الشافعية فهو الذى اختلط كلامه المنظوم وانكشف ستره المكتوم، ولكن هناك خلاف فى المذهب بين اعتبار السكران مكلفاً أو غير مكلف ، فالبعض وهم الأصوليون يرونه غير مكلف وأن تصرفاته باطلة مطلقاً، والبعض الآخر من الفقهاء يرون أنه مكلف وحكمه حكم الصاحي ، فيما له وعليه⁽¹⁾.

فعلى حين نرى فقهاء الحنفية يعتبرون أن الإكراه المعتبر يشترط فيه أن يكون جدياً، وهو معنى القول: بأن يكون ممن يقدر على تنفيذ ما هدد به، وأن يبعث فى نفسية المرأة الخوف، ويكفى فى هذا الصدد أن يغلب على ظن المرأة أن الرجل قادر على تنفيذ ما هدها به لتصير بذلك محمولة على ما دعت إليه من فعل التمكين أو المواقعة⁽²⁾.

لكن الإكراه عند المالكية كما تدل عليه أقوالهم قد يكون إكراها مادياً، وهو الذى يستخدم فيه الجانى العنف والقوة، كالضرب والحبس والتوثيق وغيرها، ويجب لى يحقق الإكراه أثره عندهم أن يتوقع المجنى عليه أن الجانى عازم على تنفيذ إكراهه أى أن يكون الجانى جاداً فى إيقاع ما هدد به فإن لم يكن كذلك فليس ثمة إكراه⁽³⁾.

(1) ينظر السيوطي ، الأشباه والنظائر ، للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، المصدر السابق ص 238 ، 239 ، 240 ، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .

(2) انظر: الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج 2 ، ص 175 ، المرغيناني ، الهداية ، ص 275 ج 3

(3) ابن فرحون ، تبصرة الحكام ج 2 ، ص 172 ، 177 ، وينظر المواق ، التاج الإكليل ج 6 ، ص 294 .

والشافعية فى عرضهم لمسائل الإكراه يتبعون منهاجاً أقرب إلى منهاج المالكية فى بيان أحكام الإكراه، فبمطالعة النصوص فى المذهب الشافعى يتضح منها أن وصف الاغتصاب فى الزنا بين الرجل والمرأة مردّه إلى إكراه المرأة عليه وبدون هذا الإكراه فإن الجريمة لا يطلق عليها أنها اغتصاب، "والاكراه هو كل فعل يؤدى الى سلب المرأة ارادتها" وإنما هى جريمة زنا فقط ، والإكراه الذى يقترب بالزنا ، أو بمواقعة الرجل للمرأة يتحقق ويترتب أثره فى إضفاء وصف الاغتصاب⁽¹⁾.

أما الحنابلة فيتضح من نصوصهم أن توفر عنصر الإكراه أو ما فى معناه من وسائل أخرى عند واقعة الرجل للمرأة إنه هو الذى ينقل الجريمة من الزنا إلى الاغتصاب ، ومن ثم يكون الركن المادى فى جريمة الاغتصاب قائماً . يقول ابن قدامة: " الإكراه إذا كان بالتخويف أو بمنع ما تقوت حياته بمنعه كان الرجل فيه كالمرأة "⁽²⁾، ويشير البهوتى إلى ذلك يقول: ولئن أكرهت المرأة على الزنا أو أكره المفعول به لواطاً قهراً أو بالضرب أو بالمنع من طعام أو شراب اضطراباً إليه ونحوه ، كالدفع فى الشتاء ولياليه الباردة فلا حد عليه . لما جاء فى السنة النبوية الشريفة : أَخْبَرَنَا عَفَّانُ، حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، حَدَّثَنَا حَمَّادُ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ الْأَسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَخْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْتُونِ حَتَّى يَعْقِلَ وَقَدْ قَالَ حَمَّادٌ أَيْضًا وَعَنِ الْمَعْتُوهِ حَتَّى يَعْقِلَ وفى رواية

(1) السبوطى الاشياء والنظائر، المصدر السابق ، ص 222 .

(2) المغنى لابن قدامة ، ج 10 ، ص 160 ، ينظر النفسى ، كشف الأسرار ، للإمام أبى البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النفسى ، متوفى سنة 710 مع شرح نور الأنوار على المنار ج 2 ، ص 569 ، 570 ، ط دار الكتب العلمية

رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"، وعن علي بن حنبل، حدثنا معمر بن سليمان الرقي، عن الحجاج بن أرطاة، عن عبد الجبار بن وائل بن حنبل، عن أبيه، قال استكرهت امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدرأ عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم الحد وأقامه على الذي أصابها ولم يذكر أنه جعل لها مهراً. قال أبو عيسى هذا حديث غريب وليس إسناده بم متصل وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه. قال سمعت محمداً يقول عبد الجبار بن وائل بن حنبل لم يسمع من أبيه ولا أدركه يقال إنه ولد بعد موت أبيه بأشهر. والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم أن ليس على المستكره حد⁽¹⁾.

والإكراه نوعان إكراه مادي وإكراه معنوي، فالإكراه المادي موجه إلي الجسم والإكراه المعنوي أو الأدبي هو الذي يعدم الإرادة.

وبهذا يسلك المذهب الحنبلي مسلك التفريق بين نوعي الإكراه بحسب الوسيلة المستخدمة في الإكراه، واثـر هذه الوسيلة على إرادة المرأة، فالإكراه إما أن يكون ملجأ أي بما يقهر المرأة ويحملها إلى الأذعان والتسليم بمواقعة الرجل،

(1) أخرجه الحاكم في المستدرک وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، ج 2، ص 216 طرف حديث 2801، ط الأولى، 1411 هـ ط دار الكتب العلمية، سنن الدار قطنی، رقم 3107، ص 65، المجلد الثاني، ج 3، كتاب الحدود والديات، ط دار الفكر للطباعة والنشر ببيروت، سنن ابن ماجه، الحافظ ابی عبد الله محمد بن يزيد القزوينی، حدثنا عبد الله بن الجراح عن وكيع عن إبراهيم بن الفضل عن سعيد بن ابی سعيد عن أبی هريرة قال: قال رسول الله (ص) ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعاً، رقم 2545، ص 850، كتاب الحدود، ج الثاني، ط دار الريان للتراث، كشف القناع للبهوتي، ج 6، ص 97، مرجع سابق، الشريعة الإسلامية والقانون المصري، إزاء جريمة الزنا، دكتور أحمد محمود الشافعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، ص 111، 112.

وهو معنى القول : بان يغلبها الرجل على نفسها فتكون طوع أمره وتمثل
للرغبة من الاتصال الجنسي بها وإما أن يكون الإكراه غير ملجأ : بأن يستخدم
الجاني وسيلة سلبية تؤدي إلى الموت مما يوجد المرأة في حالة من الاضطرار
حفاظا على حياتها، ومما يجعل المرأة في حالة ضرورة فتمكنه من نفسها إبقاءً
على نفسها، يأخذ الطعام حكم الشراب عندهم من حيث أنه يجعل المرأة في
حالة ضرورة مما يجبر المرأة على مواجهة الرجل، لأنه لا بقاء للنفس بدونه،
لكن مع ملاحظة أن الحاجة إلى الماء أشد⁽¹⁾.

و إذا حملت امرأة لا زوج لها و لا سيد لم يلزمها الحد بذلك و تسأل فإن
أدعت أنها أكرهت لم تحد لما روي أن امرأة رفعت إلي عمر بن الخطاب ليس
لها زوج و قد حملت فسألها عمر فقالت إني امرأة ثقيلة الرأس و قع عليّ رجل
و أنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد⁽²⁾.

(¹) ينظر د / محمد الشحات الجندي ، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الاسلامي مقارنا بالقانون

الوضعي المرجع السابق ، ص 121 ، 122

(²) المغني و يليه الشرح لكبير ، ج 10 ، ص 192 ، 193 طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .

المبحث الثانى

الركن المادى لجريمة الاغتصاب فى القانون الوضعى

عرف المشرع المصرى جريمة الاغتصاب فى المادة "267" المعدلة بالقانون رقم (95) لسنة 2003 من قانون العقوبات بأنها: من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد ، فإذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو من المتولين تربيتها أو ملاحظتها، أو ممن له سلطة عليها، أو كان خادما بالأجر عندها، أو كان ممن تقدم ذكرهم، يعاقب بالسجن المؤبد⁽¹⁾.

فيتضح من نص المادة أن الركن المادى يكمن فى واقعة الأنثى واقعة غير شرعية، ويتم ذلك بإيلاج الجانى عضو التنكير فى المكان المعد له فى جسم الأنثى إيلاجيا كليا أو جزئيا .

ودلالة الاتصال الجنىسى : هو التقاء الأعضاء التناسلية للجانى والمجنى عليها التقاء طبيعيا وتاماً⁽²⁾، ولا يتحقق ذلك إلا بإيلاج الجانى عضوه التناسلى فى فرج المجنى عليها⁽³⁾.

(1) أ.د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص الجرائم المضرة بالمصلحة العامة وجرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 527 .

(2) أ.د / محمود نجيب حسنى ، الحق فى صيانة العرض فى الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات، ص 30 ، مجلة القانون والاقتصاد

(3) د / أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات الأهلى - القسم الخاص ، ط الثانية ، 1924 م ، ص 441 ، 442 ، د / محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ط السابعة 1975 ، ص 301 ، أستاذنا الدكتور سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط 1988م ، ص 107 ، د / محمود أحمد أمان ، الحق فى صيانة العرض ومدى الحماية التى تكفلها لها الشريعة الإسلامية ، ص 193 .

وبناء على ما تقدم لا تكون جريمة الاغتصاب فعل الفحشاء الذى يقع بين ذكر على ذكر، أو من أنثى على أنثى ، ولا يقع أيضا بإتيان الأنثى من الخلف، أو وضع أى شىء غير عضو التذكير فى فرج المرأة⁽¹⁾.

وتتمام هذه الجريمة يفترض أن يكون الجانى قادرا على الوقاع وأن تكون المرأة صالحة لذلك، فإذا كان الجانى غير قادر أو كانت الأنثى غير صالحة عد فعله جنابة " هنك عرض " (2).

ويشترط لتوافر الركن المادى القانونى أن تكون الواقعة غير شرعية فمواقعة الزوج لزوجته ولو كرهاً لا جريمة فيها ، بشرط أن يتم ذلك فى المكان المعد له شرعاً ، وإلا عد مرتكباً لجنابة " هنك عرض " ولا جدال فى أن واقعة الرجل لمطلقته طلاقاً رجعيّاً وفى فترة عدتها، يعد رجعة لها بالفعل، وإتيانها خلال تلك الفترة ولو كرهاً عنها لا يكون جريمة وإذا أخفى شخص عن زوجته أنه طلقها على نحو أنهى علاقته الزوجية بها ثم يتصل بها وهى راضية باعتقاده أنها لا تزال زوجته وأن يخفى شخص لا يجوز طبقاً لقانون الأحوال الشخصية أن يعدد زوجاته على المجنى عليها أنه متزوج فيحملها بذلك على قبول الزواج منه ثم يمارس الصلة معها والظاهر أن القضاء فى مصر استقر

(1) ينظر ا. د / محمود نجيب حسنى الحق فى صيانة العرض المرجع السابق ص 31 ، الوسيط فى قانون العقوبات - القسم الخاص د / أحمد فتحى سرور ، ط الثالثة ، ط دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ، ص 634 ، الرقم العام 1300

(2) م / مصطفى الشاذلى ، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب ، ص 65 ، 66 ، الوسيط فى قانون العقوبات مرجع سابق ، د / أحمد فتحى سرور ، ص 634 .

على أن هذه الصورة تشكل اغتصاباً وطلب الفحشاء من امرأة وجذبها من يدها وملابسها عملاً تحضيرياً للإبداء فى تنفيذ الجريمة⁽¹⁾.

وتتم هذه الجريمة بالإيلاج الفعلى، ولا يشترط لتمام الجريمة، أن يتم الإيلاج كاملاً، أو أن يشبع الجانى رغبته بالإنزال⁽²⁾.
كما أنه لا يشترط دخوله عدة مرات ليشبع رغبته الجنسية بإنزال مادته المنوية⁽³⁾.

ويستوى أن يترتب على ذلك الدخول تمزيق غشاء البكارة، أو عدم تمزيقه، حيث يحدث أحياناً أن يتم الإيلاج دون أن يتأثر الغشاء، وخاصة إذا كان من النوع الحلقي الذى يقبل التمدد أثناء الجذب⁽⁴⁾.

بل إن الجريمة لا تقع ولو لامس الجانى فرج المرأة بعضوه التناسلى حتى أمنى عليه وكذلك أيضاً ولو لامس عضو آخر فى جسمها، ولو كان من العورات ، كالثدى أو الفخذ ، أو البطن⁽⁵⁾.

وبالتالى لا يشترط حتى يتكون الركن المادى، أن تكون المرأة بكراً أو ثيباً، متزوجة أو غير متزوجة، شابة أو عجوزاً، محلاً للشهوة أم لم تكن كذلك⁽⁶⁾.

(¹) الوسيط فى قانون العقوبات - القسم الخاص ، د / أحمد فتحى سرور ، ط الثالثة ، ط دار

النهضة العربية مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ، ص 634 ، 635 ، الرقم العام 1300

(²) م / مصطفى الشاذلى ، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب المرجع السابق ، ص 66 /

أستاذنا الدكتور سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ،

ط 1988م ، ص 109 .

(³) أ.د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 340 .

(⁴) نقض ، 16 مارس 1970 م ، مجموعة أحكام النقض ، س 21 ، رقم 382

(⁵) أ.د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات المرجع السابق ، ص 341 ، ط 1978 م .

(⁶) أ.د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات المرجع السابق ، ص 341 ، ط 1978 م ،

وكذلك لا تقوم جريمة الاغتصاب بتلقيح المرأة صناعياً كرهاً عنها، ولو أدى ذلك إلى حملها، لأنه لا يتحقق بموجبه الوقاع⁽¹⁾.

واشترط اختلاف الجنس لوقوع جريمة الاغتصاب يفترض أن يكون الفاعل الأصلي فيه لا بد أن يكون رجلاً مع ملاحظة أن المرأة قد تكون شريكة فى هذه الجريمة، كما إذا حرّضت الجانى، واتفقت معه، أو ساعدته على واقعة أنثى بغير رضاها⁽²⁾.

ويجب حتى تتحقق الجريمة أن تتحقق حياة المرأة أى أن تكون على قيد الحياة ولها إرادة تعبر عنها، فإذا ما وقع الاعتداء على الأموات لا يدخل هذا الفعل تحت نطاق مادة الاغتصاب، ولا عقاب عليه، إلا إذا اقترن الاعتداء بانتهاك حرمة القبور⁽³⁾.

وقد حكمت محكمة النقض بتوافر جريمة الإغتصاب عندما اتهمت النيابة العامة الطاعنين بأنهم خطفوا بالإكراه المجنى عليها بأن اعترضوا سيرها

(1) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ط 1986 ، دار النهضة العربية ، ص 529 .

(2) أ.د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات ، ص 634 ط 3/ 1985 ، دار النهضة العربية ، أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط 1988 م ، ص 108 .

(3) نقض 21 مايو 1984 م ، مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر الجنائية ، ص 513 ، 514 ، 515 ، الطعن رقم (6008) لسنة 53 القضائية ، نقض أول نوفمبر 1984 الطعن رقم (3499) لسنة 53 ، ص 718 ، 719 ، 720 ، ينظر : محمد عطية راغب المحامى ، الجرائم الجنسية فى التشريع الجنائى المصرى ، ص 159 160 ، ط دار النهضة المصرية ، و د / محمد الشحات الجندى ، المرجع السابق ، ص 55 ، 56 ، وينظر م / محمد الطاهر عبد العزيز ، جرائم الاعتداء على العرض ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، ص 83 ، ط المكتبة العالمية بالمنصورة ، الوسيط فى قانون العقوبات ، مرجع سابق ، د / أحمد فتحى سرور ، ص 635 .

بالطريق العام وهددها الأول والثاني بسلاحين مطوأتان قرن غزال وحرشوا نحوها كلبا ضخماً وانحرفوا بها إلى مسكن المتهم الثاني وواقعا المجنى عليها سائلة الذكر وأمسكوا بها عنوة وضربها الأول بمطواة وأحدث بها إصاباتها الموصوفة بالتقرير الطبى الشرعى⁽¹⁾.

الإكراه (عدم الرضاء) فى القانون الوضعى :

ماهية هذا العنصر :

لا يقتضى هذا العنصر ارتكاب الفعل بإكراه ماذى أو معنى فقط ، وإنما يكتفى بأن يكون الفعل قد تم دون رضاء صحيح من المجنى عليها، فليس شرط أن يرتكب الفعل ضد إرادتها وعلى ذلك لا يستبعد من نطاق جريمة الاغتصاب غير حالات الاغتصاب الجنسى التى تتم برضاء صحيح من المرأة. وانعدام الرضاء يشمل حالات عديدة فيشمل حالات الإكراه مادياً كان أو معنوياً، كما يتضمن حالات الرضاء غير المعتبر قانوناً كالصادر من غير المميزة، والرضاء الصادر تحت تأثير الغلط والتدليس، ويشمل فى النهاية حالة ما إذا كان المجنى عليها لا تستطيع التعبير عن إرادتها لنوم أو إغماء أو لارتكاب الفعل مباغته⁽²⁾.

(¹) نقض 9 ابريل 1990 ، الطعن رقم (24891) لسنة 59 ص 605 ، 606 ، 607 ، 608 مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر الجنائية ، السنة الحادية والأربعون من يناير 1990 إلى ديسمبر 1991 .

(²) أ.د/ محمود نجيب حسنى الحق فى صيانة العرض المرجع السابق ص 33 ، 35 ، جلسة 28/3/1985 6/1/1985 مجموعة أحكام النقض الطعن رقم 2314 لسنة 54 ق ص 428 و جلسة 28/3/1985 مجموعة أحكام النقض طعن رقم 1022 سنة 54 ق ص 482

وهذا العنصر من عناصر جريمة الاغتصاب مكون أساسي لا تقوم الجريمة بدونه، لأن الاغتصاب لا ينطبق عليه، هذا الوصف، إلا برفض المرأة الاتصال الجنسي بالرجل؛ ولهذا حرص المشرع على النص الصريح على هذا العنصر بقوله : " من واقع أنثى بغير رضاها ... " ⁽¹⁾، وقالت محكمة النقض إن عدم الرضاء المنصوص عليه في المادة 267 ويتحقق بوقوع الإكراه المادى على المجنى عليها كذلك وكل مؤثر يقع على المجنى عليها من شأنه أن يحرمها الاختيار في الرضاء ويعدمه سواء كان هذا المؤثر آتياً من قبل الجانى كالتهديد أو الإسكار أو التتويم المغناطيسى وما أشبه أو كان ناشئاً عن حالة قائمة بالمجنى عليها كالنوم والإغماء وما أشبه أو يهدد شخص سيدة بإلحاق أذى بطفلها ما لم تقبل معاشرته لها معاشرة جنسية ⁽²⁾.

وقد حكمت محكمة النقض بتوافر جريمة الاغتصاب إذا كان الجانى قد توصل إلى موقعة المجنى عليها بالخديعة بأن دخل سريرها على صورة ظننته معها أنه زوجها أو مباغثة أو أثناء النوم ⁽³⁾.

(¹) د / محمد الشحات الجندى ، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعي المرجع السابق ص 60

(²) نقض 9 ابريل 1990 ، الطعن رقم 24891 لسنة 59 القضائية ، ص 604 إلى 611 ، مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر الجنائية ، السنة الحادية والأربعون من يناير 1990 إلى ديسمبر 1991 ، أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد أستاذ القانون الجنائي، مبادئ قانون العقوبات، ص 416، طبعة سنة 1407 هـ - 1987 م د / محمد الشحات الجندى ، جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى ، ص 63 ، د / محمود أحمد أمان ، الحق في صيانة العرض ومدى الحماية التى تكفلها له الشريعة الإسلامية ، ص 21 .

(³) نقض 14 مايو 1951 ، مجموعة الأحكام ، س 2 ، رقم 397 ، نقض 19 أكتوبر 1942 ، مجموعة القواعد ، ج 5 ، رقم 441 ، ص 692 ، نقض 11 يناير 1943 ، ج 6 ، رقم 74 ، ص 99 ، نقض 26 مارس 1963 ، مجموعة الأحكام ، س 14 ، رقم 52 ص 254 .

وإن دلالة عدم رضا الأنثى بالوقاع أو المعاشرة الجنسية هي من قبيل الدلالات العامة التي لا تتضمن وسيلة بعينها، فهي لا تخص الإكراه فحسب وإنما تشمل وسائل أخرى من شأنها نفي رضا المرأة مثل المباغنة أو الإغماء أو الخديعة وما يماثلها، وعليه :

فإن التعبير بالإكراه عن هذا العنصر لا يدعو أن يكون تعبيراً عن أظهر هذه الوسائل وأكثرها شيوعاً وأقواها في الدلالة على قيام الدليل محل البحث، وتوصلاً إلى هذا المعنى الشامل إلى عدم الرضاء فيمكن القول بأن عدم اتجاه إرادة المرأة إلى قبول الاتصال الجنسي بها؛ إذ يصدق عليه حينئذ وصف الاغتصاب ويتحقق ذلك بكل ما من شأنه أن يعدم إرادة المقاومة من جانب المرأة كالإكراه والقبول المعيب والمباغنة والخديعة⁽¹⁾.

وينقسم الإكراه إلى إكراه مادي وإكراه معنوي :

فالإكراه المادي : مقصود به : الأفعال التي يستخدمها الجاني لشل مقاومة المجنى عليها، وهو لا يعنى أفعال العنف التي ترتكب على جسم المرأة وتستهدف إحباط المقاومة التي تعترض بها فعل الجاني فقط، وإنما يشمل كذلك العنف الذي يستهدف إرهاب المجنى عليها ابتداءً كي لا تبدى مقاومة ويقصد به

(1) د/ حسنين عبيد ، جرائم لاعتداء على الأشخاص ، ص 167 ، المستشار / حسن حسن منصور جرائم الاعتداء على الأخلاق ، ص 21 ، دار المطبوعات الجامعية ، 1985 م ، د / محمود نجيب حسنى ، الحق فى صيانة العرض فى الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصرى ، 1983 ، ص 33 ، 34 .

إنعدام الصفة الإرادية لدى الجانى عن محو إرادته محواً تاماً بحيث يكون ما صدر عنه من موقف إيجابى أو سلبى ما كان فى إمكانه مقاومته⁽¹⁾.

وفى جميع الحالات يشترط لعدم المسائلة الجنائية لتوافر الإكراه المادى :

- 1 - عدم توقع الجانى للقوة التى أكرهته على الفعل وعدم استطاعته توقعه .
- 2- عدم استطاعة الجانى منع الإكراه أو تجنبه فإذا كان فى استطاعته منع الإكراه أو تجنبه ولم يفعل فهو مسئول عن فعله بصفة عمدية إذا كان يريد تحقيقها وغير عمدية إذا كان لا يرغب فى تحقيقها⁽²⁾.

والإكراه المعنوى يقصد به تهديد شخص بشخص آخر بإيذائه ما لم يقم بارتكاب فعل إجرامى أراده الأول وهذا يعنى أن مصدر الإكراه هو الإنسان فى جميع الحالات ويختلف الإكراه المعنوى عن حالة الضرورة فى أن الإكراه المعنوى يلزم أن يكون مصدره إنسان دائماً بينما فى حالة الضرورة فى الغالب لا يكون مصدره الإنسان⁽³⁾.

(¹) — الوسيط فى قانون العقوبات ، مرجع سابق ، د / أحمد فتحى سرور ، ص 636 ، أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات ، ط 1407 هـ - 1987 م ، ص 414 أ.د / محمود أحمد أمان ، الحق فى صيانة العرض ومدى الحماية التى تكفلها له الشريعة الإسلامية المرجع السابق، ص 196.

(²) — أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات ، ط 1407 هـ - 1987 م ، ص 415 .

(³) — أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات ، ط 1407 هـ - 1987 م ، ص 416 .

والإكراه المعنوى : أوسع فى مدلوله من الإكراه المادى، لأنه لا يقف عند حد إنزال العقاب بشخص المجنى عليه بل يمتد ليشمل أشياء أخرى هى موضع اهتمام المرأة، مثل سمعتها أو مالها أو ذوى الصلة بها⁽¹⁾.

فهذه الأشياء إما ضرورية لحياة الإنسان كالمال، وإما وثيقة الصلة بشرفه واعتباره لا تتفك عنه، مثل الحفاظ على السمعة من أن تلوكها الألسنة بالتجريح والتشهير، يضاف إلى ذلك أن الإكراه المعنوى قد ينطوى على إلحاق الإيذاء بأشخاص من ذوى قرابة المجنى عليها أو ممن تربطهم بهم صلة وثيقة تجعلها تفرع من التهديد بما يحملها على الرضاء بالمعاشرة لجنسية حفاظاً على نفسها أو مالها أو سمعتها، أو حماية لذويها وأقاربها من الإيذاء والضرر⁽²⁾.

ويتعين أن يكون التهديد المعنوى جسيماً وحالاً وأن يربط الجانى فى ذهن المجنى عليها صراحة أو ضمناً " تهديد بشر " بين نزوله ورفض الصلة الجنسية التى يريدھا، والعبرة بتأثير التهديد على إرادة المجنى عليها على نحو يثبت به أنها لم تكن بغيره تتجه إلى قبول هذه الصلة .ويرتبن تحديد هذا التأثير بالظروف التى صدر فيها التهديد .

(1) الوسيط فى قانون العقوبات - القسم الخاص ، د / أحمد فتحى سرور ، ط الثالثة ، ط دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ، ص 636 ، الرقم العام 1300 ، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى والقانون المصرى والليبي ، د / أحمد زكى عويس ، ص 113 د / محمد الشحات الجندى ، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى ، ط دار النهضة العربية ، ص 64 .

(2) د/ محمد الشحات الجندى ،جريمة اغتصاب الإناث في الفقه الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى المرجع السابق ، ص 64.

ويستوى فى النهاية أن يكون موضوع التهديد فعلاً إجرامياً أو تنتفى عنه هذه الصفة، بل قد يكون أمراً مشروعاً، لتهديد امرأة بالإبلاغ عن جريمة ارتكبتها فعلاً إن لم تقبل الصلة الجنسية، أو تهديدها بالسعى لدى زوجها لتطليقها، أو مساعدته فى الزواج من امرأة ثانية، إن لم ترض بالصلة، فالشارع يريد أن يشمل العقاب جميع الحالات، التى لا تكون المرأة قد اتجهت إرادتها فيها اتجاهها صحيحاً إلى قبول الصلة الجنسية⁽¹⁾.

ومن أمثلة ما حكم به أنه إذا دفع المتهمان المجنى عليها للركوب معهما بالسيارة بقصد موافقتها ثم كشف أحدهما ملابسها ومزق سروالها وألقاه من نافذة السيارة ورقد فوقها وحاول أن يواقعها فإن، ذلك يعد شروعا فى اغتصاب⁽²⁾.

(¹) د/ محمود نجيب حسنى، الحق فى صيانة العرض، المرجع السابق، ص 34، 35.
(²) نقض 30 يناير 1961، مجموعة الأحكام، س 12 رقم 25، ص 156، نقض 29 أكتوبر 1956، مجموعة أحكام، س 7، رقم 298، ص 1079، نقض 6 نوفمبر 1923، المحاماة، س 3، رقم 325 ص 391، نقض، 11 يناير 1943، مجموعة القواعد، ج 6، رقم 74، ص 99، نقض 19 ديسمبر 1949، مجموعة الأحكام، س 1، رقم 64، ص 185 نقض 19 يناير 1959، مجموعة الأحكام، س 10، رقم 13، ص 47.

المبحث الثالث

موازنة بين الركن المادى لجريمة الاغتصاب

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بالنظر فيما تقدم من الحديث عن الركن المادى لجريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى يتضح لنا سواء من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية أن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتى :

أولاً : أوجه الاتفاق :

1 - إن الركن المميز لجريمة الزنا فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى هو حصول الوطء فعلاً فى القبل وما دون ذلك من الأفعال لا يعد زنا فلا تقع الجريمة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى إلا تامة وبما أن عقوبة الزنا متكاملة فتستدعى جنابة متكاملة ولكن لا يعنى هذا أن ما دون تحقق الركن مباح فى كل فعل يؤدى إلى الفحش حرام ولكن حرمة لا تصل إلى حد الزنا أو عقوبته فى القانون الوضعى⁽¹⁾.

2 - من أوجه الاتفاق يشترط المالكية القدرة على المواقعة بين الرجل والمرأة ، وهذا ما لجأ إليه قانون العقوبات فإذا كان غير ذلك بأن كان الجانى غير قادر أو كانت الأنثى غير صالحة عد فعله جنابة هناك عرض⁽²⁾.

(1) د / علوى أمين السيد خليل ، وكيل كلية الشريعة والقانون بالدقهلية ، ينظر : ص 211 ، وما بعدها ، جريمة الزنا بين الشريعة والقانون ، بحث منشور فى مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهنها الأشراف - دقهلية مجلة علمية محكمة ، العدد الأول ، 1422 هـ - 2001 م ، الجزء الأول .

(2) م / مصطفى الشاذلى ، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب المرجع السابق ، ص 66 .

وباستقراء النصوص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن القانون الوضعي يكاد يكون متفقاً مع الفقه الإسلامي في الركن المادي لجريمة الاغتصاب.

فيشترط في الفقه الإسلامي أن تكون المجنى عليها امرأة ، وأن يكون قد تم الاعتداء عليها بالفعل و لا يشترط أن يكون الاتصال بها جنسياً كاملاً ولكن لا يتطلب فيها إدخال عضو الذكورة كاملاً بل يكفي إدخال قدر أو جزء من الحشفة في قبل المرأة كما لا يشترط في الفقه الإسلامي كونه أفرغ شهوته في المجنى عليها أم خارجها .

وهذا ما يتفق مع قانون العقوبات ، فإذا كان السلوك المادي لهذه الجريمة بين المرأة والمرأة أو بين الرجل والرجل أو أن يأتي المرأة من الخلف في دبرها فلا تحقق الجريمة بهذا السلوك وإن اختلفت المالكية عن الأحناف في أن الواقعة عند الأول تتحقق سواء كانت في المحل الطبيعي أو في غيره .

2 - من أوجه الاتفاق أنه يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون السلوك بين الرجل والمرأة قائم على غير عقد ولا شبهة فيه⁽¹⁾، وهذا ما يتفق معه قانون العقوبات فيشترط لتوافر الركن القانوني أن تكون الواقعة غير شرعية .

(1) المذهب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ، ج2، ص 340 / 341 ، حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 9 ، ط دار الكتب العلمية ، بدائع الصنائع ، ج 7 ، ص 33 ، 34 ، المبسوط للرخسى ، ج 24 ، ص 38 وما بعدها ، ط مطبعة السعادة بمصر ، المغنى ، ج 10 ، ص 192 ، ط دار الكتب العلمية ببغداد ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 172 وما بعدها ، ينظر : المواق التاج والإكليل ، ج 6 ، ص 294 السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص 222 .

وكذلك لا يتحقق السلوك الإجرامى بتلقيح المرأة صناعياً، ولو رغماً عنها ولو أفضى إلى حملها، إذ لا يصدق على هذا الفعل انه اتصال جنسى⁽¹⁾، وأن تكون على قيد الحياة ، وهذا ما يتفق مع الفقه الإسلامى .

ونتيجة لذلك ذهب فقهاء الفقه الإسلامى والقانون الوضعى للقول بوجود الركن المادى إلى تبنى معيار شخصى يختلف باختلاف المرأة وأحوالها، ويشترط من ثم أن يكون الإكراه الحاصل فى مواجهتها من شأنه أن ينفى رضاها، وهو ما يعنى أن يكون من الجدية وعلى درجة من الخطورة تكفى للقول بأن المرأة أقدمت على فعل الوقاع مع الرجل تحت تأثير الإكراه الناقص أو المعنوى والإكراه فى الفقه الإسلامى قد يكون بوسيلة إيجابية وقد يكون بوسيلة سلبية، فإكراه المرأة بمنع الطعام والشراب⁽²⁾، أو قد يكون بإخراج المرأة من البلد .

والمقطوع به هو مرونة الفقه الإسلامى وقابليته للتطور وقام بتأصيلها وردها إلى مبدأها ، وهذا موجود فى الفقه الحنفى .

وهذا فى النهاية كله يخدم مصلحة المجتمع ويوسع من حالات التجريم فى الاغتصاب، ويحمى المرأة فى مواجهة تنوع الوسائل التى يستخدمها الرجل لحملها على الاتصال الجنسى .

(1) د / محمود نجيب حسنى. الحق فى صيانة العرض ص 31

(2) كشف القناع للبهوتى ج6 ص 97 المرجع السابق

ثانياً : أوجه الاختلاف :

من أوجه الاختلاف أنه إذا كان السلوك المادى لهذه الجريمة بين المرأة والمرأة أو بين الرجل والرجل أو أن يأتى المرأة من الخلف فى دبرها فلا تتحقق هذه الجريمة بهذا السلوك فى القانون وانما يشكل ذلك جريمة هتك عرض.

على حين يرى الشافعية أن السلوك المادى والركن المادى يتحقق سواء أكان الفعل من جانب الرجل للمرأة فى الموضع الطبيعى أو غيره ، وهذا ما يخالف شراح قانون العقوبات .

المبحث الأول

الركن المعنوي لجريمة الاغتصاب في الفقه الإسلامى

ينبغي لقيام جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى من توافر الركن المعنوى فيها ويتطلب فيه عنصرى العلم والإرادة .

أولاً : عنصر العلم :

وهو أن يعتمد الرجل واقعة المرأة بغير رضاها وأن يترجم بمسلكه عن اتجاه نيته وقصد الاتصال الجنسي بالمرأة رغما عنها ويتطلب قيام الركن المعنوي في الشرع أن يقصد الجاني إلى واقعه المرأة قصدا صحيحا بان يكون على علم بتحريم الوطء وألا يكون قد اخطأ في اعتقاده .

فإذ أكرهت المرأة على التمكين من الزنا او اكره الرجل على ذلك فلا ارادة لهم على هذا الفعل وذلك جاء فى السنة النبوية المشرفة: عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْغَلَ وَقَدْ قَالَ حَمَّادٌ أَيْضًا وَعَنِ الْمَعْنُوهِ حَتَّى يَعْغَلَ وفى رواية، رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ⁽¹⁾

ويشترط فقهاء المذهب الحنفي العلم بتحريم الوطء بالاتصال الجنسي بالمرأة فمن شروط الزنا العلم بالتحريم وأصله ما روى سعيد ابن المسيب أن رجلا زنا

(1) أخرجه الحاكم فى المستدرک ، للإمام الحافظ أبى عبد الله محمد عبد الله الحاكم النيسابورى، قال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، طرف حديث 2801 ، ط الأولى 1411 هـ ، ج 2 ، ص 216 ، ط دار الكتب العلمية ببيروت ، وفى لفظ " رفع القلم عن ثلاث عن المجنون المغلوب على عقله وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم، سنن الدارقطنى ، حديث رقم 3240 ، ص 90، المجلد الثانى، ج 3 ، ط دار الفكر للطباعة والنشر .

باليمن فكتب في ذلك عمر رضى الله تعالى عنه إن كان يعلم أن الله حرم الزنا فاجلدوه وإن كان لا يعلم فعلموه فإن عاد فاجلدوه إن موقف فقهاء المذهب الحنفى من العلم بالتحريم من جانب الرجل عند وطئه للمرأة واضح فى أنه شرط فيشترط أن يكون الرجل على علم بأن المرأة الموطوءة محرمة عليه حيث يعتبر الجهل بالتحريم من قبيل الشبهة وهى تسقط الحد ويستند هذا الرأى إلى صنيع عمر بن الخطاب ولأن الأحكام فى الشرع تثبت بعد العلم بها⁽¹⁾.

ويعنى ذلك أن الوطء في الأنكحة الفاسدة بغير رضا المرأة لا تقوم به جريمة الاغتصاب لإمكان الاعتذار بدعوى الجهالة فيه فلا يكون عالماً بالتحريم ومن ثم ينتفى القصد الجنائى لدى الواطئ وكذلك الوطء فى النكاح المجمع على تحريمه بغير رضا فلا يعذر بالجهل فيه ويعتبر القصد الجنائى متوافراً ومن ثم تقوم جريمة الاغتصاب⁽²⁾.

والشافعية يشترطون العلم بالتحريم لما روى أن جارية سوداء رفعت إلى عمر رضى الله عنه وقيل أنها زنت فخفقاها بالدرة خفقات وقال أى لكاع زنيته فقالت من غواش بدرهمين تخبر بصاحبها الذى زنا بها ومهرها الذى أعطاهها فقال عمر رضى الله عنه ما ترون وعنده على وعثمان وعبد الرحمن بن عوف فقال على رضى الله عنه أرى أن نرجمها وقال عبد الرحمن بن عوف أرى مثل ما رأى أخوك فقال لعثمان ما تقول قال أراها تستهل بالذى صنعت لا ترى

(1) د / محمد الشحات الجندى، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى ص 145 .

(2) د / محمد الشحات الجندى، جريمة اغتصاب الإناث المرجع السابق ، ص 153 ، حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 40 وما بعدها ، ط دار المعرفة ببغروت .

به بأسا وإنما حد الله على من علم أمر الله عز وجل فقال صدقت⁽¹⁾. وبالتالي فتكون الجريمة اغتصابا إذا علم الرجل بحرمة الواقعة فيها لتوفر القصد الجنائي .

ثانياً : عنصر الإرادة :

لابد حتى يكتمل الركن المعنوي لجريمة الاغتصاب أن يكون هناك إرادة فيشترط ابن حزم الظاهري وجود الإرادة في القصد الجنائي فلا وجود لقصد جنائي تخلفت الإرادة فيه .

يقول ابن حزم الظاهري فلو أمسكت امرأة حتى زنى بها أو أمسك رجل فأدخل إحليله في فرج امرأة فلا شيء عليه ولا عليها سواء انتشر أم لم ينتشر أمنى أم لم يمن أنزلت هي أم لم تنزل لأنهما لم يفعلا شيئاً أصلاً والانتشار والإمضاء فعل الطبيعة الذي خلقه الله تعالى أحب أم كره لا اختيار له في ذلك⁽²⁾.

فيحدد المذهب الظاهري الإكراه الذي يحدث أثره على الإرادة والذي تسقط به العقوبة وهو الذي يخشى فيه على النفس أو المال كالتهديد بالقتل أو الضرب أو السجن أو إتلاف المال وهذا الإكراه يكون من الرجل على المرأة في نفسها أو مالها وبذلك يخالف ابن حزم غيره من المذاهب الأخرى في أنه يعتبر الإكراه بإتلاف المال من قبيل الإكراه التام في حين يعتبر جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية الإكراه بإتلاف المال من قبيل الإكراه غير التام، ويعتبر ابن حزم أن الاغتصاب قائم متى تمت الواقعة بالإكراه لأنه شرط في تحقيق الركن المادي لجريمة الاغتصاب .

(¹) المذهب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي ج 2 ، ص 343 ، مغنى المحتاج ، ج 5 ، ص

246 ، ط دار الكتب العلمية ، أسنى المطالب ، ج 4 ، ص 126 .

(²) المحلى لابن حزم ج 8 ، ص 331 .

وذكر ابن حزم أن هناك وطنان، الأول: من وطأ فراشاً مباحاً في حال محرمة كواطىء الحائض والمحرمة فهذا عاص، والوطء الثاني: من جهل فلا ذنب عليه وليس زانياً⁽¹⁾.

وحصول الواقعة بين الرجل والمرأة بناءً على إكراه فلا حد فيه على المرأة لأن الإكراه يسقط العقوبة فالمكره على الزنا لا حد عليه وكذلك المكره على التمكين لا تحد⁽²⁾.

(1) المطى ، لابن حزم ، ج 11 ، ص 229 .

(2) الموق ، التاج والإكليل ، ج 6 ، ص 294 .

المبحث الثانى

الركن المعنوى لجريمة الاغتصاب فى القانون الوضعى

ينبغي لقيام جريمة الاغتصاب فى القانون الوضعى من توافر الركن المعنوى فيها ويتطلب فيه عنصرى العلم والإرادة .

أولاً : عنصر العلم :

ولأن الاغتصاب جريمة عمدية ومن ثم يتخذ ركنها المعنوى كصورة القصد الجنائى ولا يثير التحقق من توافر القصد صعوبة الأفعال التى تصدر عن الجانى - وخاصة الإكراه - تكشف فى وضوح عن القصد المتطلب فى هذه الجريمة قصد عام إذ يقوم بانصراف العلم والإرادة إلى الوقائع التى تقوم عليها الجريمة وهى الفعل الذى تقوم به الصلة الجنسية⁽¹⁾.

وكما أن هذه الجريمة عمدية يتطلب لقيامها توافر القصد الجنائى العام فيجب أن تتجه إرادة الجانى إلى وقاع المجنى عليها بغير رضاها مع علمه بذلك ولا يحول دون توافر هذا القصد حسن الباعث فمثلاً لا يصلح دفاعاً أن يدعى الجانى الذى واقع زوجته بعد أن طلقها طلاقاً بائناً دون علمها أنه قد حرص

(1) أ.د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ص 539 ، أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط 1988 م ، ص 112 ، المستشار / حسن حسن منصور ، جرائم الاعتداء على الأخلاق ، 1985 م دار المطبوعات الجامعية ، ص 21 ، د / محمود نجيب حسنى ، الحق فى صيانة العرض فى الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصرى ، ط 1983 ، ص 39 ، 40 ، أ.د / محمود أحمد أمان ، الحق فى صيانة العرض ومدى الحماية التى تكفلها له الشريعة الإسلامية ، ص 197 ، 198 د / أحمد زكى عويس ، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى والقانون المصرى والليبى ، ص 214 ، 215 ، د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للعرض فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - دراسة مقارنة ، الناشر / دار النهضة العربية ، ص 266 .

على معاشره زوجته من اجل أن يبقى على أسرته كما لا يؤثر فى القصد غير ذلك من البواعث كالانتقام⁽¹⁾.

والقصد الجنائى فى جريمة الاغتصاب يخضع للقواعد العامة .
وينتفى القصد الجنائى إذا كان الجانى جاهلا بأن المرأة التى واقعها أثناء نومها ليست زوجته أو ببطلان عقد زواجه أو أن المرأة التى واقعها مجنونة أو فاقدة الشعور كما ينتفى القصد إذا ثبت أن الجانى كان يعتقد برضا المجنى عليها عند موافقته لها وأن مقاومتها له كانت غير عمدية ويشترط فى هذا الرضا مايلى ان يكون الرضاء معاصرا لوقوع الفعل وعلى ذلك فإن الرضاء السابق على الفعل لاثر له الا الجريمة وكذلك لاثر للرضا اللاحق على ارتكاب الجريمة وان يكون الرضاء غير مشوب بالغش او الغلط⁽²⁾.

ويخضع القصد الجنائى للقاعدة العامة التى تقضى بأنه لا عبرة بالبواعث فى تحديد عناصره فإذا كان الباعث عادة هو الشهوة الجنسية فإنه من المتصور أن يحرك الجانى إلى فعله باعث أبعد من ذلك مدى فقد يهدف إلى الانتقام من

(1) - أ.د/ أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى قانون العقوبات القسم العام ، ج 3 ، ط 1985 دار النهضة ، ص 637 ، 638 .

(2) د / أحمد فتحى سرور ، الوسيط فى شرح قانون العقوبات ، ط 3 ، 1985 ، دار النهضة العربية ص 638 ، أستاذنا الدكتور سامح السيد جاد أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات، ص 416 طبعة سنة 1407 هـ - 1987 م د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للعرض فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - دراسة مقارنة ، الناشر / دار النهضة العربية ، ص 267 .

المرأة أو نوبها بإنزال العار بهم أو إرضاء عقيدة فاسدة سيطرت عليه ولكي تتحقق هذه الغايات يفترض إرضاء الرغبة الجنسية⁽¹⁾.

والقصد الجنائي ينتفى إذا انتفى علم الفاعل بأى عنصر من العناصر التى تتألف منها الجريمة كما لو اعتقد أن الوقاع الذى يأتيه يقع على امرأة تحل له كما لو تصور أنه بهذا الوطء يراجع زوجته التى طلقها رجعا فى حين أن طلاقها كان قد صار بائنا أو أن الوقاع الذى يأتيه على غير حل يقع برضا المرأة⁽²⁾.

كما يتعين أن يعلم الجانى بأنه يمارس صلة جنسية غير مشروعة وبدون رضا صحيح من المرأة ويترتب عليه اشتراط العلم بهذه العناصر وأنه إذا وقع الجانى فى غلط فى شأن أحدها انتفى القصد لديه فإذا اعتقد الجانى أن الصلة التى يمارسها مشروعة فلا يتوافر لديه القصد ولا تفرقه بين ما إذا كان غلطه متعلقا بالوقائع أو القانون فالغرض أن القاعدة القانونية

التي تعلق بها غلطه لا تنتمى إلى قانون العقوبات فإذا أكره الأعمى على الصلة الجنسية بامرأة ظن أنها زوجته فلا يعد القصد متوافرا لديه وإذا كان ما يربط الرجل بالممارس معها الصلة الجنسية عقد زواج باطل أو فاسد ولكنه كان يجهل سبب البطلان أو الفساد ويجب أن يكون المجنى اهلا للرضاء اما اذا

(1) د/ محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص المرجع السابق، ص 593، 540، 1986، دار النهضة العربية، د/ محمود نجيب حسنى، بحث فى الحق فى صيانة العرض، ص 39.

(2) د/ محمود أحمد أمان، رسالة دكتوراه الحق فى صيانة العرض ومدى الحماية التى تكفلها له الشريعة الإسلامية المرجع السابق، 1994، ص 198، 199.

لم يكن اهلا لذلك فلا اثر للرضا الصادر منه .. وفى جريمة الخطف لا يعتد برضاء المخطوف اذا كان سنه اقل من ستة عشر سنة م 289 ع (1).

ويجب أن ينصرف علم الجانى إلى كافة العناصر المكونة للجريمة وقت مباشرته للفعل الإجرامى ويقتضى ذلك أن يكون عالما بأنه يقوم بمواقعة امرأة موافقة غير مشروعة فإذا وقع فى غلط انتفى القصد لديه ويستوى أن يكون غلطه متعلقا بالوقائع أو القانون لأن القاعدة القانونية التى يتعلق بها غلطه يفترض أنها ليست من قواعد قانون العقوبات وتطبيقا لذلك فإن الجانى إذا كان يعتقد أن هناك علاقة مشروعة بينه وبين من يواقعها فإن القصد الجنائى ينتفى لديه كما ينعدم القصد الجنائى أيضا إذا كان الجانى يعتقد خطأ أن المرأة لم تكن جادة فى تمنعها وإنما كانت مدفوعة إلى ذلك بعامل آخر غير عدم الرضاء عن الفعل ذاته خاصة إذا كان سلوكها معه فى ظروف الواقعة يبرر هذا الاعتقاد (2).

ثانيا : عنصر الإرادة :

إن جريمة الاغتصاب جريمة عمدية ومن ثم ينبغى أن يتوافر فيها القصد الجنائى وهو يتحقق بتوجيه الجانى لإرادته باختياره نحو ارتكاب الفعل المادى المكون للجريمة مع علمه بأنه ليس على حق فيه فإذا كان الفاعل غير حر الإرادة فى تصرفه انتفى هذا الركن كما إذا أكره على إتيانه أو نوم تنويما مغناطيسيا ووجه نحو ارتكاب الفعل وهذه المسألة مردها إلى ما يثبت من واقعة

(1) د/ محمود نجيب حسنى الحق فى صيانة العرض فى الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات المصرى ص 59- أستاذنا الدكتور سامح السيد جاد أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات ، ص 158- 159 طبعة سنة 1407 هـ - 1987 م

(2) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للعرض فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى، دراسة مقارنة ، 1989 ، دار النهضة العربية ، ص 266 ، 267

الحال وينتفى القصد الجنائي كذلك متى كان الجاني معتقداً وهو يرتكب فعلته أن المرأة راضية حتى ثبتت المقاومة التي قد تحمل على أنها نوع من التمتع وهذه المسألة مردها وقائع الدعوى وما يطمئن القاضى إليه وقد يتصور انتقاء القصد الجنائي فى حالة الخطأ فى الشخص كما إذا عاد الزوج من السفر ودخل إلى فراشه وواقع امرأة به على ظن منه أنها زوجته فإذا بها امرأة أخرى قريبة أو أجنبية⁽¹⁾.

ولا عبرة بالبواعث الدافعة لارتكاب الجريمة فيسوى أن يكون الباعث إشباع الرغبة الجنسية كما هو الغالب فى هذه الجرائم أو أن يكون مجرد الانتقام من المجنى عليها أو من ذويها وإنزال العار بهم أو غير ذلك من البواعث⁽²⁾.

(1) د/ حسن صادق المرصفاوى ، المرصفاوى فى قانون العقوبات الخاص ، ط منشأة المعارف بالإسكندرية 1978م.

(2) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للعرض فى الشريعة الاسلاميه والقانون الوضعى دراسة مقارنة ص 267 ط دار النهضة العربية.

البحث الثالث

موازنة بين الركن المعنوى لجريمة الاغتصاب

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بالنظر فيما تقدم من الحديث عن الركن المعنوى لجريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى يتضح لنا سواء من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية أن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتى :

أولاً : أوجه الاتفاق :

فى بيان الأحكام المنظمة للركن المعنوى فى جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى يتبين لنا أن الاتجاه فى الركن المعنوى للفقه الإسلامى مشترك بينه وبين القانون الوضعى ويتأتى ذلك بأن يأتى الجانى جريمته عامداً إليها منصرفاً ذهنه إلى واقعة الأنتى بغير رضاها .

ومن عناصر القصد الجنائى : العلم والإرادة، فالعلم والإرادة هما شطرى القصد الجنائى سواء كان فى الفقه الإسلامى أو القانون الوضعى فهما يتفقان فى ضرورة توفر عنصرى العلم والإرادة فى القصد الجنائى .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

تبين لنا أن هناك اختلافاً بينهما فى كيفية تحقق الإرادة، فجمهور الفقهاء يشترط تحقق الإرادة فى القصد، ويجب أن يعبر عنها الرجل بإرادته وبصورة واضحة تفصح عن رضائه الصريح .

وهذا يختلف مع ما ذهب إليه شراح القانون الذين يذهبون إلى أن عنصر الإرادة لدى الرجل يتحقق بمواقعة الأنتى بغير رضاها، وهذه الإرادة يفترض وجودها بحدوث فعل الوقاع من جانب الرجل ولا يشترط أن يعبر الرجل عن

رضائه الصريح . فمثلا لا يصلح دفاعاً أن يدعى الجانى الذى واقع زوجته بعد أن طلقها طلاقاً بائناً دون علمها أنه قد حرص بمعاشرة زوجته أن يبقى على اسرته⁽¹⁾ .

(1) الوسيط فى قانون العقوبات القسم الخاص د/ احمد فتحى سرور المرجع السابق ص 637 الطبعة الثالثة 1985م.

الفصل الثالث

عقوبة جريمة الاغتصاب

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

تمهيد :

بعد استقرار النصوص فى الفقه الإسلامى عرفنا أن جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى هى عبارة عن الزنا بالمرأة بغير رضاها . فأركان جريمة الزنا هى أركان جريمة الاغتصاب مع زيادة الفعل الذى يحصل به الإكراه فى جريمة الاغتصاب، وهذا التلازم وذلك الارتباط بين الاغتصاب والزنا فى المعنى الشرعى يؤدى إلى تشابه فى بعض الأحكام بين الجريمتين .

وإن الركن المميز لجريمة الزنا فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى هو حصول الوطء فعلاً فى القبل عند بعض المذاهب الفقهية وما دون ذلك من الأفعال لا يعد زنا وعند البعض الآخر يعتبر الوطء فى الدبر زنا وبما أن عقوبة الزنا متكاملة فتستدعى جناية متكاملة ولكن لا يعنى هذا أن ما دون تحقق الركن مباح فكل فعل يؤدى إلى الفحش حرام ولكن حرمة لا تصل إلى حد الزنا أو عقوبته فى القانون الوضعى . ومن يرتكب جريمة الاغتصاب فى الفقه الاسلامى فإنه يطبق عليه حد الزنا وهو الجلد مائة جلدة إذا توافر فيه كونه لم يكن محصناً وتوافرت فيه قيامه بأركان جريمة الزنا بإضافة عنصر الإكراه فإذا كان محصناً وتوافرت فيه الشروط طبق عليه حد الرجم لأنه بالزواج قد حصن نفسه فإذا ارتكب الجريمة بعد ذلك فهذا دليل على خطورته الإجرامية .

وفى القوانين الوضعية فإنه مما ينبغى ملاحظته إذا أقدم الجانى على جريمة الاغتصاب ثم قتل المجنى عليها بعد ذلك ليتخلص منها فراراً من المسؤولية الجنائية فإنه يكون قد ارتكب جناية وعليه فإنه يعاقب بعقوبة الإعدام التى نصت عليها المادة 234 عقوبات⁽¹⁾.

وهذه هى احدى حالات تشديد عقوبة القتل العمد وهى اقتران القتل بجنائية.

(¹) د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 368 ، أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط 1988 م ، ص 114.

المبحث الأول

عقوبة جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى

اتفق أهل الملل على تحريم الزنا وهو من أفحش الكبائر ولم يحل فى ملة قط ولهذا كان حده أشد الحدود ولأنه جناية على الأعراض والأنساب ، والأصل فى ذلك قوله تعالى : " الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ⁽¹⁾ ، وجة الدلالة من الآية الكريمة: إذا كان الزانى محصنا فحده الرجم و لا يجلد وإن كان غير محصن فواجبه أى حده الجلد والتغريب كما بينتة السنة الشريفة ⁽²⁾ ، فكان فى الجاهلية المعسر الذى لا يستطيع سداد دينه يكره بناته على ممارسة الدعارة مقابل المال لكى يستطيع الوفاء بدينه، منزوعة منه الشفقة والرحمة وهو غالباً من المرايين الذين يضاعفون الدين أضعافاً مضاعفة، ولا يجد المدين أمامه طريقاً إلا ما ذكرناه فنزل قول الله سبحانه : " وَلَا تُكْرَهُوا قِتْيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّناً لِّتَبْتَغُوا عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا.....الآية" ⁽³⁾ ، وكان هذا النهى تمهيداً لنزول أولى آيات عقوبة الزنا فنزلت الايات التى تحرم الزنا متدرجة على مراحل.

(1) سورة النور ، الآية رقم (2) ، مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، لشمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، ج 5 ، ص 442 ، ط دار الكتب العلمية .

(2) روضة الطالبين لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى ، متوفى سنة 676 ، ج 7 ، ط دار الكتب العلمية .

(3) سورة النور ، جزء من الآية 33

المرحلة الأولى :

قال الله تعالى : " وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فاسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا...الآية"⁽¹⁾. وجه الدلالة من الآية :

قال القرطبي: هذه أول عقوبات الزناة، وكان هذا في ابتداء الإسلام، قال عبادة بن الصامت والحسن ومجاهد، حتى نسخ بالأذى الذي بعده ثم نسخ ذلك بآية النور وبالرجم في الثيب، واختلف العلماء هل كان هذا السجن حداً أو وعداً بالحد على قولين: أحدهما أنه وعدا بالحد، والثاني: أنه حد، قال ابن عباس والحسن زاد ابن زيد، وأنهم منعوا من النكاح حتى يموتوا⁽²⁾.

(1) سورة النساء ، الآية (15) .

(2) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي لأبي عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي ط دار الكاتب العربي للطباعة والنشر جـ 1 ص 197 ، مختصر تفسير ابن كثير ، للإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبي الفداء إسماعيل ابن كثير الدمشقي ، المتوفى سنة 774 هـ ، تحقيق / محمد علي الصابوني ، استاذ التفسير بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بمكة المكرمة ، جامعة الملك عبد العزيز ، المجلد الأول ، ط دار الفكر ، ص 366 ، مفردات القرآن تفسير وبيان مع أسباب النزول للسيوطي ، إعداد الدكتور / محمد حسن الحمصي ، ط دار الرشيد بدمشق - بيروت ، ص 80 ، صفوة التفاسير ، بعد تجريده من البيان ، للشيخ / محمد علي الصابوني ، تجريد الشيخ / عبد الله إبراهيم الأنصاري ، دار الفكر العربي ، ص 157 .

المرحلة الثانية :

قال الله تعالى : " وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانِيَا مِنْكُمْ فَأَذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا.....(الآية)(1) .

وجه الدلالة من الآية :

أن المولى سبحانه قد شرع في هذه الآية عقوبتين، عقوبة مشددة على الزانية المحصنة، وأخرى مخففة واللذان يأتیانها منكم على البكر، فالمتزوجة متمسرة لها الاستمتاع بحليلها بخلاف البكر .لذا جعل لعدم الزواج أثر في تخفيف العقاب، وقوله تعالى : " فأذوهما " قال قتادة والسدى : معناه التوبيخ ، وقالت فرقة هو السب والجفاء وقال ابن عباس : النيل باللسان والضرب بالنعال(2) .

المرحلة الثالثة :

قال الله تعالى في سورة النور : " الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ.....(الآية)(3) .

وجه الدلالة من الآية : قولة تعالى فاجلدوا أى اضرَبوا ضرباً يؤلم الجلد من غير أن يكسر عظماً أو يقطع لحماً، كل واحد حر غير محصن مائة جلدة، مائة

(1) سورة النساء ، جزء من الآية (16)

(2) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ج 1 ، ص 197 ، تفسير آيات الأحكام للشيخ السائس ، ج 2 ص 56 ، مختصر تفسير ابن كثير ، المرجع السابق ، ص 366 ، مفردات القرآن تفسير وبيان مع أسباب النزول للسيوطي ، إعداد الدكتور / محمد حسن الحمصي ، ط دار الرشيد بدمشق - بيروت ، ص 80 .

(3) سورة النور ، الآية رقم (2)

ضربة، لا تأخذكم بهما رأفة، لا تتركوا شيئاً من حدّهما المقرر رحمة وشفقة أو بسبب شفاعتي. دين الله أى حكمه⁽¹⁾.

عقوبة الرجم :

أجمع الفقهاء من لدن عهد الصحابة إلى الآن إلى أن عقوبة المحصن الرجم بالحجارة حداً حتى الموت، والدليل على ذلك من السنة.

أ - الرجم ثابت بالسنة المتواترة المجمع عليها ، عن عبادة ابن الصامت قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حَدَّثَنَا قُتَيْبَةُ، حَدَّثَنَا هُشَيْمٌ، عَنْ مَنْصُورِ بْنِ زَادَانَ، عَنْ الْحَسَنِ، عَنْ حِطَّانِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ، عَنْ عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ، قَالَ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " خُذُوا عَنِّي فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا الثَّيْبُ بِالثَّيْبِ جُلْدُ مِائَةٍ ثُمَّ الرَّجْمُ وَالْبَكْرُ بِالْبَكْرِ جُلْدُ مِائَةٍ وَنَفَى سَنَةً"⁽²⁾.

ب - روى أن جاءت المرأة الغامدية فقالت يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ فَطَهَّرْنِي . وَإِنَّهُ رَدَّهَا فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ لِمَ تَرُدُّنِي لَعَلَّكَ أَنْ تَرُدَّنِي كَمَا رَدَدْتَ مَا عَزَا فَوَاللَّهِ إِنِّي لِحُبْلَى قَالَ " إِمَّا لَا فَأَذْهَبِي حَتَّى تَلِدِي " . فَلَمَّا وَلَدَتْ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي خُرْقَةٍ قَالَتْ هَذَا قَدْ وَلَدْتُهُ . قَالَ " اذْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ حَتَّى تَقْطِيعِهِ " . فَلَمَّا قَطَعَتْهُ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي يَدِهِ كِسْرَةَ خُبْزٍ فَقَالَتْ هَذَا يَا نَبِيَّ اللَّهِ قَدْ قَطَعْتُهُ وَقَدْ أَكَلَ الطَّعَامَ . فَدَفَعَ الصَّبِيَّ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَحُفِرَ لَهَا إِلَى صَدْرِهَا وَأَمَرَ النَّاسَ فَرَجَمُوهَا فَيَقْبَلُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ بِحَجَرٍ فَرَمَى رَأْسَهَا فَتَنَضَّحَ الدَّمُ عَلَى وَجْهِهِ خَالِدٍ فَسَبَّهَا فَسَمِعَ نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَبَّهُ إِثَّاها

(¹) تفسير وبيان مع أسباب النزول للسيوطي ، ط دار الرشيد ، دمشق بيروت، ص 350 ، تفسير القرآن العظيم ، لابن كثير ، ج 3 ، ص 260 ، 261 ، مكتبة التراث ، 2 شارع الجمهورية بالقاهرة .

(²) صحيح مسلم ، رقم 1690 ، ج 3 ، ص 1316 ، كتاب الحدود باب حد الزنا.

فَقَالَ " مَهْلًا يَا خَالِدُ فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ لَعُفِرَ لَهُ " . ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فُقِضَ . عَلَيْهَا وَدَفِنَتْ (١) - وَالرَّجْمُ ثَابِتٌ بِنَصِّ مَنْسُوخِ التَّلَاوَةِ ، فَقَدْ رَوَى عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَوْلَهُ حَدَّثَنِي أَبُو الطَّاهِرِ ، وَحَرْمَلَةُ بْنُ يَحْيَى ، قَالَا حَدَّثَنَا ابْنُ وَهْبٍ ، أَخْبَرَنِي يُونُسُ ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ ، قَالَ أَخْبَرَنِي عُبَيْدُ اللَّهِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ ، أَنَّهُ سَمِعَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَبَّاسٍ ، يَقُولُ قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ وَهُوَ جَالِسٌ عَلَى مَنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِنَّ اللَّهَ قَدْ بَعَثَ مُحَمَّدًا صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالْحَقِّ وَأَنْزَلَ عَلَيْهِ الْكِتَابَ فَكَانَ مِمَّا أُنْزِلَ عَلَيْهِ آيَةُ الرَّجْمِ قَرَأْنَاهَا وَوَعَيْنَاهَا وَعَقَلْنَاهَا فَرَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَرَجَمْنَا بَعْدَهُ فَأَخْشَى إِنْ طَالَ بِالنَّاسِ زَمَانٌ أَنْ يَقُولَ قَائِلٌ مَا نَجِدُ الرَّجْمَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَيَضِلُّوا بِتَرْكِ فَرِيضَةِ أَنْزَلَهَا اللَّهُ وَإِنَّ الرَّجْمَ فِي كِتَابِ اللَّهِ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى إِذَا أَحْصَنَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِذَا قَامَتِ الْبَيِّنَةُ أَوْ كَانَ الْحَبْلُ أَوْ الْإِعْتِرَافُ (٢) .

ج - حَدَّثَنَا قُتَيْبَةُ بْنُ سَعِيدٍ ، حَدَّثَنَا لَيْثٌ ، ح وَحَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ رُمْحٍ ، أَخْبَرَنَا اللَّيْثُ ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ ، الْجُهَنِيِّ أَنَّهُمَا قَالَا إِنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَعْرَابِ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْشُدْكَ اللَّهَ إِلَّا قَضَيْتَ لِي بِكِتَابِ اللَّهِ . فَقَالَ الْخَصْمُ الْآخَرُ وَهُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ نَعَمْ فَاقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنْذِنْ لِي . فَقَالَ

(١) رَوَاهُ مُسْلِمٌ فِي صَحِيحِهِ ، لِلْإِمَامِ أَبِي الْحَسَنِ مُسْلِمِ بْنِ الْحَجَّاجِ الْقَشِيرِيِّ النَّيْسَابُورِيِّ ، تَحْقِيقُ/مُحَمَّدُ فُؤَادُ عَبْدِ الْبَاقِيِّ ، ط دَارُ إِحْيَاءِ الْكُتُبِ الْعَرَبِيَّةِ ، فَيَصِلُ عَيْسَى الْبَابِيُّ الْحَلَبِيُّ ، كِتَابُ الْحُدُودِ ، رَقْمُ 1411 ، ج 4 ، ص 16 ، سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ، كِتَابُ الْحُدُودِ وَالذِّيَّاتِ ، الْمَجْلَدُ الثَّانِي ، الْجُزْءُ الثَّلَاثُ رَقْمُ 3106 ، ص 65 .

(٢) نِيلُ الْأَوْتَاطَارِ شَرْحُ مَنْتَقَى الْأَخْيَارِ لِلْإِمَامِ الْمُجْتَهِدِ الْفَقِيهِ مُحَمَّدِ بْنِ عَلِيٍّ بْنِ مُحَمَّدٍ الشُّوْكَانِيِّ الْمُتَوَفَّى سَنَةَ 1250 ، ج 7 ، ص 254 ، الْجَامِعُ لِأَحْكَامِ الْقُرْآنِ لِلْقُرْطُبِيِّ ، ج 12 ، ص 160 ط دَارُ الْكَاتِبِ الْعَرَبِيِّ لِلطَّبَاعَةِ وَالنَّشْرِ .

رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " قُلْ " . قَالَ إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا فَرَزَنِي بِأَمْرَانِيهِ وَإِنِّي أُخْبِرْتُ أَنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ فَأَفْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمِائَةِ شَاةٍ وَوَلِيدَةٍ فَسَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ فَأَخْبَرُونِي أَنَّ عَلَى ابْنِي جُلْدَ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ وَأَنَّ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا الرَّجْمَ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ الْوَلِيدَةُ وَالْغَنَمُ رَدٌّ وَعَلَى ابْنِكَ جُلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ وَاغْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا " . قَالَ فَعَدَا عَلَيْهَا فَأَعْتَرَفَتْ فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرُجِمَتْ . (1)

د - حادثة ماعز ، - - حَدَّثَنِي مُحَمَّدُ بْنُ الْمُثَنَّى، حَدَّثَنِي عَبْدُ الْأَعْلَى، حَدَّثَنَا دَاوُدُ، عَنْ أَبِي نَضْرَةَ، عَنْ أَبِي، سَعِيدٍ أَنَّ رَجُلًا، مِنْ أَسْلَمَ يُقَالُ لَهُ مَاعِزُ بْنُ مَالِكٍ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ إِنِّي أَصَبْتُ فَاحِشَةً فَأَقِمُّهُ عَلَيَّ . فَرَدَّهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِرَارًا قَالَ ثُمَّ سَأَلَ قَوْمَهُ فَقَالُوا مَا نَعْلَمُ بِهِ بِأَسَا إِلَّا أَنَّهُ أَصَابَ شَيْئًا يَرَى أَنَّهُ لَا يُخْرِجُهُ مِنْهُ إِلَّا أَنْ يُقَامَ فِيهِ الْحَدُّ - قَالَ - فَرَجَعَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَمَرْنَا أَنْ نَرْجُمَهُ - قَالَ - فَاذْهَبْنَا بِهِ إِلَى بَقِيعِ الْغَرْقِيزِ - قَالَ - فَمَا أَوْتَقْنَاهُ وَلَا حَفَرْنَا لَهُ - قَالَ - فَرَمَيْنَاهُ بِالْعَظْمِ وَالْمَدَرِ وَالْخَرْفِ - قَالَ - فَاشْتَدَّ فَاشْتَدَدْنَا خَلْفَهُ حَتَّى أَتَى عَرْضَ الْحَرَّةِ فَانْتَصَبَ لَنَا فَرَمَيْنَاهُ بِجَلَامِيدِ الْحَرَّةِ - يَعْنِي الْحِجَارَةَ - حَتَّى سَكَتَ - قَالَ - ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خَطِيبًا مِنَ الْعَشِيِّ فَقَالَ " أَوْكَلَّمَا انْطَلَقْنَا غُرَاةً فِي سَبِيلِ اللَّهِ تَخَلَّفَ رَجُلٌ فِي عِيَالِنَا لَهُ نَبِيبٌ كَنَبِيبِ التَّيْسِ عَلَى أَنْ لَا أُوتَى بِرَجُلٍ فَعَلَّ

(1) صحيح البخارى ، ج 6 ، ص 2502 ، رقم 6440 ، كتاب المحاربين ، صحيح مسلم ، ج 3 ، ص 1324 رقم 1697 ، كتاب الحدود

ذَلِكَ إِلَّا نَكَتُ بِهِ " . قَالَ فَمَا اسْتَغْفَرَ لَهُ وَلَا سَبَّةَ وَورد أن الرسول - صلى الله عليه وسلم حين سأله قال: لعلك قبلت، لعلك لامست، لعلك فاخذت "(1).

وهل يجوز الجمع بين الجلد والرجم ؟

اختلف الفقهاء فى جلد من وجب عليه الرجم على النحو الآتى :

أ - ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية والليث وابن أبى ليلى وابن شبرمة وابن حنبل فى رواية عنه وأبو ثور وإسحاق وإبراهيم النخعى والأوزاعى والإباضية إلى عدم الجلد والرجم .

ب - ويقول الموصلى : ولا يجمع على المحصن الجلد والرجم ولا يجمع على غير المحصن الجلد والنفى إلا أن يراه الإمام مصلحة فيفعله بما يراه يقول الموصلى ولا يجمع على المحصن الجلد والرجم فإذا كان الزانى محصنا فحده الرجم ولا يجلد معه ولا يجمع على غير المحصن الجلد والنفى إلا أن يراه الإمام مصلحة فيفعله بما يراه .

و ذهب الظاهرية والزيدية وأحمد فى رواية عنه إلى : أن المحصن يجلد مائة جلدة ثم يرجم حتى يموت وقال ابن المنذر : يجلد ثم يرجم فإن كان غير محصن فواجبه الجلد والتغريب ويشترط فى المحصن ثلاث شروط : التكليف والحرية والوطء فى نكاح صحيح (2).

(1) صحيح مسلم ، كتاب الحدود باب حد الزنا رقم 1692 ، ج 3 ، ص 1319 ، طبعة دار إحياء الكتب العربية ، تحقيق / محمد فواد عبد الباقي ، سنن الترمذى ، للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذى ، متوفى سنة 279 هـ ، صححه محمد ناصر الدين الألبانى ، حديث رقم 2754 ، ص 120 ، كتاب الحدود باب حد الزنا ، ط مكتبة المعارف بالرياض .

(2) المحلى لابن حزم ، ج 1 ، ص 239 ، الاختيار للموصلى ، ج 3 ، ص 262 ، 263 ، روضة الطالبين ، لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى ، م سنة 676 ، ج 7 ، ص 305 ، 306 ، دار الكتب العلمية .

والراجع : قول الجمهور لقوة الأدلة التي توضح ذلك ، وعقوبة المجنى عليها إذا كان الزنا برضاها وكانت محصنة فعقوبتها الرجم، وإذا كانت غير محصنة فعقوبتها الجلد مائة جلدة ، وأما إذا كان الزنا بغير رضاها كالاغتصاب ونحوه، فإنه لا خلاف بين الفقهاء في جواز درء الحد بدعوى الإكراه استناداً إلى قضاء عمر رضي الله عنه، فالإكراه عنر مسقط للحد ولكنه غير مسقط للإثم لسقوط الحد لشبهة الإكراه⁽¹⁾.

فالإكراه في الشريعة كما هو في القانون معدم للإرادة كلها أو بعضها ومعف من العقاب أو مخفف له فقط⁽²⁾.

وهل يجب الحد على المرأة المغتصبة ؟ وهل يجب على المغتصب صداق ؟
 إن أكرهت المرأة على الزنا أو أكره المفعول به لواطاً قهراً أو بالضرب أو بالمنع من طعام أو شراب اضطراباً إليه كالدفء في الشتاء ولياليه الباردة فلا حد لقوله - صلى الله عليه وسلم - "في الحديث. أَخْبَرَنَا عَفَّانُ، حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، حَدَّثَنَا حَمَّادٌ، عَنْ ابْنِ أَبِي هَرِيمٍ، عَنْ الْأَسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ وَقَدْ قَالَ حَمَّادٌ أَيْضًا وَعَنِ الْمَعْتُوهِ حَتَّى يَعْقِلَ وَفِي رِوَايَةٍ، رَفَعَ عَنْ أُمْتَى الْخَطَا وَالنِّسْيَانِ وَمَا اسْتَكْرَهَا عَلَيْهِ"⁽³⁾.

(1) حاشية ابن عابدين رد المحتار ج 3 ، ص 150 ، المغنى والشرح الكبير ، ص 192 .

(2) الشريعة الإسلامية والقانون المصري إزاء جريمة الزنا ، تأليف اد / أحمد محمود الشافعى ، ط مؤسسة الثقافة الجامعية ، ص 121 .

(3) أخرجه الحاكم في المستدرک ، للإمام / الحافظ أبى عبد الله محمد عبد الله الحاكم النيسابورى قال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، طرف حديث 2801 ، ط الأولى 1411 هـ ، ج 2 ، ص 216 ، ط دار الكتب العلمية بيروت

وعن علي بن حُجر، حَدَّثَنَا مُعَمَّرُ بْنُ سُلَيْمَانَ الرَّقِّيُّ، عَنِ الْحَجَّاجِ بْنِ أَرْطَاةَ، عَنْ عَبْدِ الْجَبَّارِ بْنِ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ اسْتَكْرَهَتْ امْرَأَةٌ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَدَرَأَ عَنْهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْحَدَّ وَأَقَامَهُ عَلَى الَّذِي أَصَابَهَا وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ جَعَلَ لَهَا مَهْرًا . قَالَ أَبُو عِيسَى هَذَا حَدِيثٌ غَرِيبٌ وَلَيْسَ إِسْنَادُهُ بِمُتَّصِلٍ وَقَدْ رَوِيَ هَذَا الْحَدِيثُ مِنْ غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ . قَالَ سَمِعْتُ مُحَمَّدًا يَقُولُ عَبْدُ الْجَبَّارِ بْنُ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ لَمْ يَسْمَعْ مِنْ أَبِيهِ وَلَا أَدْرَكَهُ يُقَالُ إِنَّهُ وَلَدَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ بِأَشْهُرٍ . وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَغَيْرِهِمْ أَنَّ لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَكْرَهَةِ حَدٌّ . "رواه سعيد عن عمر ، ولأن هذا شبهة والحد يدرأ بها(1).

وقد يقع في إثم الزنا شخص فاقد الوعي بنوم ثقيل فلا جريمة منه ولا حد عليه لانعدام القصد الجنائي لديه(2).

جاء في المغنى : إذا حملت امرأة لزوج لها و لا سيد لم يلزمها الحد بذلك وتسال فإن أدعت أنها أكرهت لم تحد لما روي أن امرأة رفعت إلي عمر بن الخطاب ليس لها زوج وقد حملت فسألها عمر فقالت إني امرأة ثقيلة الرأس وقع علي رجل و أنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد(3).

وقد سئل عبد الله بن عيسى عن جارية بكر زوجها سيدها فابتنى بها زوجها الذي زوجه إياها فأنتت بولد لأربعة أشهر فذكر ذلك لها فقالت : إني كنت نائمة

(1) سنن الدار قطنى ، رقم 3107 ، ص 65 ، المجلد الثانى ، الجزء الثالث ، كتاب الحدود ، سنن ابن ماجه ، قال (صلى الله عليه وسلم) "ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعا" رقم : 2545 ، ص 850 ، ج 2 ، ط دار الريان كشف القناع عن متن الإقناع ، للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتى ج 6 ، ص 97 ، عالم الكتب ، بيروت .

(2) جريمة الزنا ، د / أحمد حافظ نور ، ص 172 .

(3) المغنى و يليه الشرح الكبير ، ج 10 ، ص 192 ، 193 طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت .

فانتبهت لبلال بين فخذى .. وذكر الزوج : أنه وجدها عذراء، فأجاب فيها : أنه لا حد عليها إذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال ويفسخ النكاح ولها المهر كاملاً والزنا محرم بنص القرآن ويجب فيه العقوبة والصدّاق إن كانت المرأة مكرهة أو غير عالمة وهذا مما لا خلاف فيه ولا يثبت هذا إلا بشهادة أربعة شهداء أنه زنى بها مكرهة والمختار أيضاً أن الرجل المكره بالفتح على الوطء لا يحد ولا يؤدّب لعذره بالإكراه والأكثر على خلافهم ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكره لا حد عليها وإنما اختلفوا فى وجوب الصدّاق لها⁽¹⁾.

فعن الزهرى وقتادة قالا : لو أن امرأة قذفت رجلاً بنفسها أنه غلبها على نفسها والرجل ينكر ذلك وليس لها بينة فإنها تضرب حد الفرية وقال قتادة أن رجلاً استكره امرأة فصاحت فجاء مؤذن فشهد لها عند عمر ابن عبد العزيز أنه سمع صياحها فلم يجلدها وعن يزيد ابن أبى حبيبة عن عمر ابن عبد العزيز أنه أتته امرأة فقالت إن فلاناً استكرهنى على نفسى فقال هل سمعك أحد أو رأيك ؟ قالت : لا ، فجلدها بالرجل وقال ابن وهب : سألت مالكا عن المرأة تقول إن فلاناً أكرهنى على نفسى قال إن كان ليس مما يشار إليه بذلك جلدت الحد وإن كان مما يشار إليه بالفسق نظر فى ذلك وما جاء فى صحيح البخارى، قال الليث حدثنى نافع أن صفية بنت أبى عبيد أخبرته أن عبداً من رقيق الإمارة

(1) مواهب الجليل بشرح مختصر خليل أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بابن الحطاب وبهامشة التاج والإكليل لمختصر خليل ص 393 ، ج 8 ، ط دار عالم الكتب ، تبصرة الحكام ، ج 2 ، ص 256 ، كتاب المنتقى للباغى ، المرجع السابق ، ص 269 ، حاشية الدسوقي ، ج 6 ، ص 310 ، ط دار الكتب العلمية ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 4 ، الناشر / مكتبة ابن تيمية ، توزيع مكتبة العلم بجدة ، ص 387 .

وقع على وليدة من الخمس فاستكرهها حتى اقتضها فجلده عمر الحد ونفاه ولم يجلد الوليدة من أجل أنه استكرهها⁽¹⁾.

وبالنظر إلى من يرتكب جريمة الاغتصاب فإنه يطبق عليه حد الزنا وهو الجلد مائة جلدة إذا توافر فيه كونه لم يكن محصناً وتوافرت فيه قيامه بأركان جريمة الزنا بإضافة عنصر الإكراه فإذا كان محصناً وتوافرت فيه الشروط طبق عليه حد الرجم لأنه بالزواج قد حصن نفسه فإذا ارتكب الجريمة بعد ذلك فهذا دليل على خطورته الإجرامية ومدى انتهاكه للأعراض وتجربته عليها فلا يطبق عليه التخفيف المطبق على غير المحصن⁽²⁾.

قَالَ مَالِكُ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَرْأَةِ تُوْجَدُ حَامِلًا وَلَا زَوْجَ لَهَا فَتَقُولُ قَدْ اسْتَكْرَهْتُ . أَوْ تَقُولُ تَرَوَّجْتُ إِنَّ ذَلِكَ لَا يَقْبَلُ مِنْهَا وَإِنَّهَا يُقَامُ عَلَيْهَا الْحَدُّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهَا عَلَى مَا ادَّعَتْ مِنَ النِّكَاحِ بَيِّنَةٌ أَوْ عَلَى أَنَّهَا اسْتَكْرَهْتُ أَوْ جَاءَتْ تَدْمِي إِنْ كَانَتْ بَكْرًا أَوْ اسْتَعَانَتْ حَتَّى أُتِيَتْ وَهِيَ عَلَى ذَلِكَ الْحَالِ أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا مِنْ الْأَمْرِ الَّذِي تَبْلُغُ فِيهِ فَضِيحَةٌ نَفْسِهَا قَالَ فَإِنْ لَمْ تَأْتِ بِشَيْءٍ مِنْ هَذَا أُقِيمَ عَلَيْهَا الْحَدُّ وَلَمْ يَقْبَلُ مِنْهَا مَا ادَّعَتْ مِنْ ذَلِكَ . قَالَ مَالِكٌ وَالْمُغْتَصَبَةُ لَا تَنْكِحُ حَتَّى تَسْتَبْرَأَ نَفْسَهَا بِثَلَاثِ حَيَضٍ . قَالَ فَإِنْ ارْتَابَتْ مِنْ حَيْضَتِهَا فَلَا تَنْكِحُ حَتَّى تَسْتَبْرَأَ نَفْسَهَا مِنْ تِلْكَ الرَّيْبَةِ⁽³⁾.

(1) صحيح البخارى فى باب إذا استكرهت المرأة على الزنا فلا حد عليها ، ص 2548 ، 2549 ، ج 6 ، كتاب الإكراه المحلى ، ج 11 ، ص 291 ، ط دار الآفاق العربية ، حاشية ابن عابدين ، ج 6 ، ص 22 ، ط دار المعرفة .

(2) د / الشحات محمد الجندى ، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى المرجع السابق ، ص 249

(3) المنتقى شرح الموطأ للإمام سليمان بن خلف الباجى ط دار الكتاب الإسلامى ج 7 ص 149 كتاب الحدود ما جاء فى المغتصبة .

وقد أخبر الشافعى - رحمه الله تعالى - فيما رواه الربيع عنه قال فى الرجل يستكره المرأة أو الأمة يصيبها : أن لكل واحدة منهما صدق مثلها ولا حد على واحدة منهما ولا عقوبة وعلى المستكره حد الرجم إن كان ثيباً والجلد والنفي إن كان بكر⁽¹⁾.

فيتبين أن الاغتصاب يحصل بالإكراه على مواجهة الأنثى ولا يجب على المرأة شيء إذا أكرهت على التمكين من الزنا لما روى . أَخْبَرَنَا عَفَّانُ، حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَكَمَةَ، حَدَّثَنَا حَمَّادٌ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ الْأَسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ وَقَدْ قَالَ حَمَّادٌ أَيْضًا وَعَنِ الْمَعْنُوهِ حَتَّى يَعْقِلَ وفى رواية، رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ⁽²⁾.

وخلاصة الأمر. فى عقوبة الاغتصاب أن هناك اتجاهين : الاتجاه الأول يرى أن عقوبة الاغتصاب هى عقوبة الزنا ويطبق عليه حد الزنا والإكراه كان سبباً للوصول إلى الزنا ولو طأوعته المرأة دون مقاومة لما مارس معها هذه الأفعال، والاتجاه الثانى يرى أن يطبق عليه حد الحرابة لأنه جاهر بالمعصية ومعتد على الحرمات وعاث فى الأرض فساداً ، فأصحاب الاتجاه الأول يقول ابن عابدين : ولو غصب امرأة ثيباً فزنا بها فماتت من ذلك قال أبو حنيفة عليه الحد مع دية الحرية ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد فى المكرهة على الزنا

(¹) الأم ، للإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعى ج 2 ، ص 242 ، ط دار الشعب .

(²) أخرجه الحاكم فى المستدرک ، للإمام الحافظ أبى عبد الله محمد عبد الله الحاكم النيسابورى قال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، طرف حديث 2801 ، ط الأولى 1411 هـ ، ج 2 ، ص 216 ، ط دار الكتب العلمية ببירות ، وفى لفظ " رفع القلم عن ثلاث عن المجنون المغلوب على عقله وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبى حتى يحتلم ، سنن الدارقطنى ، حديث رقم 3240 ، ص 90 ، المجلد الثانى ، ج 3 ، ط دار الفكر للطباعة والنشر .

هل على مكرها مع الحد صدق أم لا فقال مالك والشافعي والليث: عليه
الصدق والحد جميعاً، وقال أبو حنيفة والثوري عليه الحد ولا صدق عليه
ولا خلاف بين أهل الإسلام أن المستكرهة لا حد عليها وإنما اختلفوا في وجوب
الصدق لها، ويقول ابن فرحون: والزنا محرم بنص القرآن ويجب فيه العقوبة
والصدق إذا كانت المرأة مكرهة أو غير عالمة ويقول ابن جزى في التعدي
على الفروج: فمن اغتصب امرأة وزنا بها فعليه حد الزنا وإن كانت حرة
فعليه صدق مثلها⁽¹⁾.

وقال الإمام مالك في الغصب إن الحد والصدق مجتمعان على الرجل
ويقول الخطيب وإن زني بها مكرهة لزمه حد الزنا لا القذف ولزمه لها مهر
وجاء في المغنى أن من وطأ إكراهاً أو شبهة لا يحد لأن الحد يسقط بالشبهات،
وجاء في المنتقى للباقي: حدثني مالك عن ابن شهاب أن عبد الملك بن
مروان قضى في امرأة أصيبت مستكرهة بصدقها على من فعل ذلك بها وقال:
الرجل في حين غصبه المرأة بكرراً كانت أو ثيباً لأنها إن كانت حرة فعليه
صدق مثلها وإن كانت أمة فعليه ما نقص والعقوبة في ذلك على المغتصب
ولا عقوبة على المغتصبة في ذلك كله وإن كان المغتصب عبداً فذلك على سيده
أي الصدق إلا أن يشاء أن يسلمه فلو أن رجلاً غصب جارية أجنبية فوطأها
ثم اشتراها فيكون عليه الاستبراء. قال مالك: إذا غاب عليها الذي غصبها وجب
عليه الاستبراء بثلاث

(¹) ابن عابدين، رد المحتار، ج 6، ص 8، ط دار المعرفة، ابن رشد، بداية المجتهد،
ج 2، ص 538، ط دار الكتب الإسلامية، ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 256
الأم للشافعي، ص 230، ج 3، ابن جزى، القوانين الفقهية، ص 285.

حيض فإن وطأها وهو يعلم أنها حرة رأيت أن يقام عليه الحد ويجب عليه
الصدق مع الحد (1).

وجاء فى تكملة البحر الرائق .. وفى الخانية لو وطىء جارية إنسان بشبهة
أو أزال بكاريتها فعلى قول أبى يوسف ومحمد ينظر إلى مهر مثلها فيزاد إلى
نقصان بكاريتها إن كان أكثر يجب ذلك ويدخل الأقل فى الأكثر ولو أن صبيها
زنى فى صبيه وأذهب عذريتها كان عليه المهر بإزالة البكارة لو كانت المرأة
بالغة مستكرهة (2).

الاتجاه الثانى : يرى أنه يطبق على المغتصب حد الحرابة، لقول الله سبحانه
وتعالى : " إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ
فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ
الْأَرْضِ " الآية (3).

وجه الدلالة من الآية : يتضح من نص الآية أن المغتصب إذا كان غير
محصن وفعل ما فعل فيعتبر محارباً لله ورسوله وساعياً فى الأرض بالفساد

(1) مالك ابن أنس ، المدونة الكبرى ، ج 4 ، ص 401 ، ج 3 ، ص 122 ، ط دار صادر ،
مغنى المحتاج ، ج 4 ، ص 150 ، ط دار الفكر ، المغنى ويليهِ الشرح الكبير ، ج 10 ،
ص 193 ، ط دار الكتب العلمية ببירות ، كتاب المنتقى شرح موطأ إمام دار الهجرة سيدنا مالك
ابن أنس - رضى الله عنه - تأليف القاضى / أبى الوليد سليمان ابن خلف بن سعد بن أيوب بن
وارث الباجى الأندلسى م سنة 403 ، م 494 ، رحمه الله ، الطبعة الأولى 1332 هـ ، مطبعة
السعادة بجوار محافظة مصر ، ج 5 ، ص 268 .

(2) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 9 ، ص 160 .

(3) سورة المائدة ، جزء الآية رقم (33) .

وإذا كان محصناً فجزاؤه الرجم، قال الله تعالى: " الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة " (1).

وجه الدلالة من الآية : أن الآية فيها الحكم على الزاني بالحد والزاني لا يخلو إما أن يكون بكرًا لم يتزوج فإن حده مائة جلدة ويزداد على ذلك أن يغرب عاماً عن بلده عند جمهور العلماء خلافاً لأبى حنيفة فإن عنده أن التغريب يرجع إلى رأى الإمام إن شاء غرب وإن شاء لم يغرب (2).

وحديث ابو هريرة حَدَّثَنَا قُتَيْبَةُ بْنُ سَعِيدٍ، حَدَّثَنَا لَيْثٌ، وَحَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ رُمْحٍ، أَخْبَرَنَا اللَّيْثُ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ بْنِ مَسْعُودٍ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَزَيْدِ بْنِ خَالِدٍ، الْجُهَنِيِّ أَنَّهُمَا قَالَا إِنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَعْرَابِ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَتَشُدُّكَ اللَّهُ إِلَّا قَضَيْتَ لِي بَكْتَابِ اللَّهِ . فَقَالَ الْخَصْمُ الْآخَرُ وَهُوَ أَفْقَهُ مِنْهُ نَعَمْ فَأَقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ وَانْزَنْ لِي . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " قُلْ " . قَالَ إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا عَلَى هَذَا فَرَزَنِي بِامْرَأَتِهِ وَإِنِّي أَخْبَرْتُ أَنَّ عَلَى ابْنِي الرَّجْمَ فَأَفْتَدَيْتُ مِنْهُ بِمَائَتِمْوَ أَظْرَةَ شَاةٍ وَوَلِيدَةٍ فَسَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ فَأَخْبَرُونِي أَنَّ عَلَى ابْنِي جَلْدَ مِائَةٍ وَتَغْرِيبَ عَامٍ وَأَنَّ عَلَى امْرَأَةٍ هَذَا الرَّجْمَ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَا أَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ الْوَلِيدَةُ وَالْغَنَمُ رَدٌّ وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدٌ

(1) سورة النور ، الآية رقم (2) .

(2) تفسير القرآن العظيم ، لابن كثير ، ج 3 ، ص 260 ، 261 ، صفوة التفاسير للشيخ

الصابوني ، ص 157 مفردات القرآن تفسير وبيان مع أسباب النزول ، ص 80 .

مِائَةً وَتَغْرِيبُ عَامٍ وَاعْدُ يَا أُنَيْسُ إِلَى امْرَأَةٍ هَذَا فَإِنْ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمُهَا " . قَالَ
فَعَدَا عَلَيْهَا فَاعْتَرَفَتْ فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرُجِمَتْ . (1)

وجه الدلالة من الحديث :

ان مجمل ما ذهب إليه الاتجاه الفقهي أنه يرى معاقبة مرتكب جريمة
الاغتصاب بعقوبة حد الزنا فإذا كان محصناً فالحد هو الرجم وإذا كان غير
محصن فالحد والعقوبة هي الجلد والتغريب، ومما تبين من النصوص أنه
يضاف إلى هذه العقوبات فرض غرامة مالية بمقدار مهر المرأة فالتخفيف
والتشديد في فرض الغرامة المالية يرجع لوجود صفة في الفاعل ويرجع
للاعتبارات المتعلقة بالظروف التي ارتكبت فيها الجريمة.

وجوب تأخير الحكم على الحامل :

وإذا فرض أن اتهمت امرأة بقتل شخص ما وحكم القاضي عليها بالقصاص
ثم تبين عند تنفيذ العقوبة أنها حامل فعلاً فهل تنفذ العقوبة عليها أم لا ؟ وما هي
مدة التأجيل حسب أقوال الفقهاء ؟

من المتفق عليه في الفقه الاسلامي أن الحد لا يقام على حامل حتى تضع
حملها سواء كان الحمل من زنا أم من غيره (2)، والأصل في ذلك حديث
الغامدية ، فقد روى ان جاءت المرأة الغامدية فقالت يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ
زَنَيْتُ فطَهِّرْنِي . وَإِنَّهُ رَدَّهَا فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ لِمَ تَرُدُّنِي لَعَنَكَ أَنْ
تَرُدُّنِي كَمَا رَدَدْتِ مَاعِزًا قَوْلَ اللَّهِ إِنِّي لَحُبْلَى قَالَ " إِمَّا لَا فَادْهَبِي حَتَّى تَلِدِي " .

(1) صحيح البخارى ، ج 6 ، ص 2502 ، رقم 6440 ، كتاب المحاربين ، صحيح مسلم ،
ج 3 ، ص 1324 رقم 1697 ، كتاب الحدود

(2) الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، حماية الشعور الشخصى
للمحكوم عليه فى مرحلة تنفيذ العقوبة بين الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، ص 363 .

فَلَمَّا وَلَدَتْ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي خُرْقَةٍ قَالَتْ هَذَا قَدْ وَلَدْتُهُ . قَالَ " اذْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ حَتَّى تَفْطَمِيهِ " . فَلَمَّا فْطَمَتْهُ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي يَدِهِ كِسْرَةً خُبِرَ فَقَالَتْ هَذَا يَا نَبِيَّ اللَّهِ قَدْ فْطَمْتُهُ وَقَدْ أَكَلَ الطَّعَامَ . فَدَفَعَ الصَّبِيَّ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَحَفَرَ لَهَا إِلَى صَدْرِهَا وَأَمَرَ النَّاسَ فَرَجَمُوهَا فَيُقْبَلُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ بِحَجَرٍ فَرَمَى رَأْسَهَا فَتَنْضَحَ الدَّمُ عَلَى وَجْهِ خَالِدٍ فَسَبَّهَا فَسَمِعَ نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَبَّهُ إِيَّاهَا فَقَالَ " مَهْلًا يَا خَالِدُ فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ لَغُفِرَ لَهُ " . ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَقُضِيَ عَلَيْهَا وَدْفِنَتْ (1).

وجه الدلالة من الحديث:

واضح من هذا الحديث أن عقوبة المرأة كانت القصاص ولكن مع ذلك تتجلى بعض النواحي والمشاعر الإنسانية في طريقة التنفيذ يمكن استخلاصها من الحديث على النحو الآتي:

أولاً : عندما علم النبي - صلى الله عليه وسلم - أن تنفيذ العقوبة عليها سوف يلحق الضرر بجنينها قام بتأجيل العقوبة عليها حتى فطمت وليدها وأنت به في يده كسرة خبز يأكلها وذلك حتى لا يهلك الجنين بلا جريرة (2).

(1) رواه مسلم في صحيحه ، للإمام أبي الحسين مسلم ابن الحجاج القشيري النيسابوري ، تحقيق/محمد فؤاد عبد الباقي، ط دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، كتاب الحدود، رقم 1411، ج 4 ، ص 16، سنن الدارقطني ، كتاب الحدود والديات ، المجلد الثاني ، الجزء الثالث ، رقم 3106 ، ص 65 .

(2) الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائي ، حماية الشعور الشخصى للمحكوم عليه فى مرحلة تنفيذ العقوبة بين الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، ص 364 .

ثانياً : ستر هذه المرأة وعدم كشف عورتها عند تنفيذ العقوبة عليها فى ذلك إحساناً لها وعدم جرح لحياتها وشعورها ، لذا فقد أقيم عليها الحد وقد شددت عليها ثيابها حتى لا تتكشف فتظهر عورتها .

ثالثاً : يلاحظ أيضاً أن النبى - صلى الله عليه وسلم - لم يقر خالد على فعلته عندما سب المرأة بل نبهه ونبه غيره إلى حسن توبتها وصدقها وفى ذلك تكريم للإنسان واحترام لأمميته حتى فى لحظات موته بعد ولادتها حتى تسقيه الأجل حتى تقطمه وذلك للحديث السابق الذى ينهى عن ذلك وحتى لا يؤدى إقامة الحد إلى هلاك الجنين⁽¹⁾.

وأخرت الشريعة الإسلامية تنفيذ الحد على الحامل حتى تضع الحامل حملها ويبلغ أوان فطامه ولو كان من سفاح وقال ابن قدامه لا نعلم خلافاً على أن الحامل لا يقام عليها الحد حتى تضع سواء كان الحمل من زنا أو غيره⁽²⁾.

فأرجأ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إقامة الحد على الغامدية حتى تضع حملها ثم حتى ترضعه ثم حتى تقطمه وهذا دليل على حرص الإسلام على حياة الأجنة⁽³⁾.

والحديث كما نرى ورد مطلقاً عن بيان مدة الحمل التى أخبرت عنه المرأة الغامدية عندما جاءت تخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم، إذ لم تزد على أن قالت فوالله انى لحبلى فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم دون أن يسألها

(1) الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، حماية الشعور الشخصى للمحكوم على فى مرحلة تنفيذ العقوبة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، ص 364 ، 365 ، 366 .

(2) المغنى لأبن قدامه ، ج 8 ، ص 171

(3) الإجهاض من منظور إسلامى ، بحث مقارن ، ا/د عبد الفتاح إدريس ، ط الأولى 1416 هـ - 1995 م ، ص 37 ، 38 .

عن عمر حملها آنئذ إذهبي حتى تلدى وهذا دليل واضح على وجوب إستيفاء الحمل والمحافظة عليه وحرمة إسقاطه فى هذه الحالة سواء مر عليه أربعون يوماً أم لم يمر (1).

(1) د/ محمد سعيد البوطى ، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً ، ط دار الفارابى للمعارف ، ص 130 .

المبحث الثانى

عقوبة الاغتصاب فى القانون الوضعى

أولاً : بالنظر إلى عقوبة الإغتصاب فى القانون الوضعى يتضح ذلك من خلال هذه النصوص " من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد " المعدل بالقانون رقم " 95 " لسنة 2003م .

ثانياً : إذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المؤبد " المادة 276 / 2 / ع " المعدلة بالقانون رقم " 95 " لسنة 2003 .

عقوبة الاغتصاب فى صورته البسيطة :

حدد الشارع عقوبة هذه الجريمة فى صورتها البسيطة فجعلها السجن المؤبد أو السجن المشدد المعدلة بالقانون رقم (95) لسنة 2003م .

وتعد جسامه العنف والسمعة الأخلاقية للمجنى عليها وسنها، وكونها متزوجة، ومقدار ما أبدته من مقاومة من بين الاعتبارات التى توجه القاضي فى استعمال سلطته التقديرية فى الحدود التى عينها القانون، وللقاضي أن يطبق الظروف المخففة وله أن يعتبر الزواج اللاحق من الجاني والمجنى عليها أحد هذه الظروف⁽¹⁾.

(1) د / محمود نجيب حسنى ، الحق فى صيانة العرض المرجع السابق ، كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية - مكتبة الكلية ، 1983 ، رقم 216 ، ص 60 .

عقوبة الاغتصاب فى صورته المشددة :

إذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها، أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المؤبد، ويراد بأصول المجنى عليها من تناسلت منهم بالطريق الطبيعى لا من انتسبت إليهم بطريق التبنى أما المتولين تربية المجنى عليها أو ملاحظتها فهم من يباشرون عليها سلطة إشراف قانونية أو فعلية سواء كانوا من أسرتها أم لا، وحكمة تشديد العقوبة على هؤلاء ، أن صلتهم بالمجنى عليها تسهل لهم ارتكاب جناية اغتصابها⁽¹⁾.

ومن المؤسف له أن قانون العقوبات ينص على عقوبة هزيلة للزنا، فينص على أن المرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين ولكن له أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرته لها كما كانت .بل تصل المهزلة إلى قمتها حين ينص المشرع المصرى على أن كل زوج زنا فى منزل الزوجية، وثبت عليه هذا الأمر من جانب الزوجة يجازى بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور هذا بالإضافة إلى أن التشريع المصرى لا يعاقب على جريمة الزنا إلا إذا وقعت من زوجين يرتبط كل منهما برابطة زوجية .أما غير المتزوج سواء كان ذكراً أو أنثى، فالزنا مباح لكليهما طالما توافرت إرادتهما ورضاهما، ولا يخص ما فى ذلك من الضرر العظيم اللاحق بالمجتمع، هذا

(1) د / رمسيس بهنام ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، جامعة طنطا ، مكتبة الكلية ، رقم 2662 ص 381 ، أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط 1988 م ص 113 ، د / أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ط الثانية 1924 م ، ص 448 .

بالإضافة إلى انتشار الأمراض الخطيرة من الممارسة غير المشروعة المخالفة للدين والخلق القويم⁽¹⁾.

وإذا نظرنا إلى علة التشديد في جريمة الاغتصاب نرى أنها ترجع لوجود الصلة بين المغتصب والمجنى عليها، وهذه الصلة تبعث في نفس المجنى عليه الثقة في الجاني والاطمئنان إليه وتوجب عليه حماية عرضها من اعتداء الغير عليه كما تخول له سلطة عليها. كل ذلك يحل ارتكاب الجريمة بالنسبة له أمراً سهلاً ميسوراً، وأنه أساء استعمال السلطة التي خولت له عليها مما يوجب تشديد العقوبة عليه⁽²⁾.

ويكشف ذلك عن علتين للتشديد فمن ناحية يسهل عليه ارتكاب الجريمة باعتباره قريباً من المجنى عليها، وبينهما نوع من الألفة يجعلها لا تخشاه ولا تحطأ إزاءه بل وتثق فيه ومن ناحية ثانية فهذه الصفة تحمله بواجبات تجاه عرض المجنى عليها، فعليه أن يحميه من اعتداء الغير فإذا صدر عنه الاعتداء فقد أهدر هذه الواجبات وخان الثقة التي وضعت فيه وتطبيقاً لذلك قضى بأن الفراش في المدرسة التي يتلقى فيها المجنى عليه تعليمه يعتبر الفراش خادماً بالأجرة لدى المسؤولين عن تربية المجنى عليه وملاحظته وإعمال الظرف المشدد في حقه⁽³⁾.

(1) د / أحمد زكى عويس ، جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى والقانون المصرى والليبي ، ص 52 .

(2) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للعرض المرجع السابق ، ص 270 .

(3) د / محمود نجيب حسنى ، الحق في صيانة العرض ، المرجع السابق ، ص 61 ، د / أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط الثانية 1924 م ، ص 449 ، نقض 29 مايو 1972 ، مجموعة أحكام النقض ، س 23 رقم 190 ، ص 839 .

هذا ويستوى فى الخادم بالأجرة أن يكون عاملاً لدى المجنى عليها، بأن تكون هذه مخدومته أو أن يكون خادماً لدى شخص هو من أصولها أو شخص يتولى تربيتها أو ملاحظتها، أو شخص له سلطة عليها وبالتالي يتوافر الظرف المشدد من جانب خادم اغتصب خادمة تعمل معه فى خدمة ذات المخدوم، لأنه يعتبر خادماً لدى شخص له سلطة عليها ، وبالتالي سهل له هذا الظرف⁽¹⁾.

وجاء فى حكم النقض، يعتبر الظرف المشدد متوافراً فى حق الخادم الذى يرتكب هذه الجريمة على خادمة تعمل معه فى خدمة سيده حيث تعتبر خادمة لدى من له السلطة عليه⁽²⁾.

وقد قضت محكمة النقض أيضاً بالظرف المشدد على الجانى عند وقوع جناية اختطاف الأنثى وتتحقق هذه الجريمة بإبعاد الأنثى عن المكان الذى خطفت فيه أياً كان هذا المكان بقصد العبث بها وباستعمال أى وسيلة مادية أو أدبية من شأنها سلب إرادتها⁽³⁾.

وبناء عليه فإن الأنثى إذا صاحبت مرتكب الجريمة بكامل إرادتها دون أى تأثير وقع عليها من جانبه أدى إلى سلب إرادتها فإنها لا شك تكون راضية بفعل الخطف وتقدير توافر ركن الخطف يترك أمره لقاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض طالما أن استدلالته سليمة⁽⁴⁾ ويجب أن نعلم أن

(1) د / رمسيس بهنام ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، المرجع السابق ، ص 381 ، أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط 1988م، ص 114.

(2) نقض 18 مارس 1957 ، مجموعة أحكام النقض ، س 8 ، رقم 75 ، ص 263 .

(3) نقض 17 مارس 1982 ، مجموعة أحكام النقض ، س 33 ، رقم 78 ، ص 388 ، نقض 8 فبراير 1982 ، مجموعة أحكام النقض ، س 33 ، رقم 34 ، ص 178 .

(4) نقض 7 مايو 1979 ، مجموعة أحكام النقض ، س 30 ، رقم 115 ، ص 538 .

المادة 290 ع قد نصت على أن كل من خطف التحايل أو بالاكره انثى بنفسه أو بواسطة غيره يعاقب بالسجن امؤبد ومع ذلك يحكم على فاعل هذه الجناية بالاعدام اذا اقترنت بها جناية موقعة الانثى المخطوفة بغير رضائها.

لذا فاعن عقوبة الاعدام وفقا للمادة 290ع تتطلب أن تقع الجريمة كاملة أما لو وقفت عند حد الشروع فلا يحكم بالاعدام وانما يحكم عليه بعقوبة هتاك العرض بالقوة او التهديد وفقا للمادة 268ع وهنا نكون امام جريمتين جريمة خطف وجريمة هتاك عرض وطبقا للمادة 32ع فى حالة التعدد للجرائم يحكم بعقوبة الجريمة الاشد وهى هنا هتاك العرض.

وليس بشرط أن تقع هذه الجريمة مكتملة الأركان فإذا وقفت الجريمة عند حد الشروع المعاقب عليه يتحقق بذلك الظرف المشدد لذا يستوى أن تقع فى صورة تامة أو فى صورة ناقصة وفى حالة تحقق أى الصورتين تكون عقوبة الإعدام هى العقوبة الواجبة التطبيق على الجانى⁽¹⁾.

ويشترط أيضاً اقتران جناية الاغتصاب بجناية الخطف فيشترط المشرع لوجوب تطبيق عقوبة الإعدام على الجانى أن تكون جناية الاغتصاب قد اقترنت بجناية الخطف فإذا توافرت هذه الشروط وكانت جريمة الاغتصاب مقترنة باختطاف أنثى حكم على مرتكب هذه الجناية بالإعدام⁽²⁾.

(¹) الحماية الجنائية للعرض فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعية ، دراسة مقارنة، 1989 .

د / عبد العزيز محمد محسن ، ص 280 ، الناشر / دار النهضة العربية .

(²) نقض 14 يناير 1987 ، طعن رقم 5946 ، سنة 56 ق .

وعليه فإنه مما ينبغي ملاحظته إذا أقدم الجانى على جريمة الاغتصاب ثم قتل المجنى عليها بعد ذلك ليتخلص منها فراراً من المسؤولية الجنائية فإنه يكون قد ارتكب جناية وعليه فإنه يعاقب بعقوبة الإعدام التى نصت عليها المادة 234 عقوبات⁽¹⁾.

ولاشك أن عقوبة الاعدام من أقدم العقوبات التى عرفتها البشرية، بل انها تعد أول عقوبة عرفت، وعقوبة الاعدام كانت وما زالت حتى عصرنا الحالى مثارا للخلاف بين الفقهاء فى شأن الابقاء عليها او الغائها ويرى استذنا الدكتور سامح جاد. انه من المصلحة الابقاء عليها فى التشريع وعدم الغائها وذلك لمواجهة المجرمين الذين يقتربون الجرائم الخطيرة لاسيما جرائم الاعتداء على الحق فى الحياة، كما أن بقائها وان كان لا يحقق احد اهداف العقوبة وهو الردع الخاص للجانى الا انة يحقق الهدفين الاخيرين وهما: العدالة والردع العام لأبناء المجتمع، الذى يرى مغبة الاقدام على الجرائم التى توقع بشأنها عقوبة الاعدام، ومن التشريعات التى ابقت على عقوبة الاعدام التشريع المصرى⁽²⁾.

(1) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 368 ، أستاذنا الدكتور / سامح السيد

جاد أستاذ القانون الجنائى ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط 1988 م ، ص 114 .

(2) أستاذنا الدكتور سامح السيد جاد أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات ، ص

442-445-446 ، طبعة سنة 1407 هـ - 1987 م

المبحث الثالث

موازنة بين عقوبة جريمة الاغتصاب

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بالنظر فيما تقدم من الحديث عن عقوبة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى يتضح لنا سواء من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية أن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتى :

أولاً : أوجه الاتفاق :

1 - إن عقوبة الاغتصاب فى قانون العقوبات ليست واحدة فهى طبقاً للمادة 267 عقوبات المعدلة بالقانون رقم (95) لسنة 2003م من قانون العقوبات بأنه من واقع أنثى بغير رضاها يعاقب بالسجن المؤبد أو السجن المشدد والسبب فى مغايرة العقوبة هى الظروف التى ارتكبت فيها الجريمة وصفة الجانى المرتكب لها . وقد تصل الى الاعدام .

وأن العقوبة فى الفقه الإسلامى ليست واحدة فهى تقضى بمعاقبة المغتصب بحد الزنا فى عقوبتها البسيطة هذه واحدة . أما الأخرى . تقضى بمعاقبة المغتصب بحد الحرابة وهذه هى العقوبة المشددة والرجم للمحصن والجلد والتغريب لغير المحصن فوجه الاتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى أن جعل كل منهما جريمة الاغتصاب درجتين من العقاب فى صورتها البسيطة والمشددة مع الخلاف فى العقوبة ذاتها بينهما .

2 - من أوجه الاتفاق أن العقوبة فى قانون العقوبات لا تعبأ بالأوصاف التى يكون عليها الجانى وما إذا كان بكرأ أو محصناً فالمغتصب فى نظر القانون الوضعى الجنائى يعاقب بذات العقوبة لا فرق بين بكرأ ومحصن مع أن أسباب

الإقدام على الجريمة دافعة عند البكر وتعتبر ظرفاً مخففاً له وعلى العكس الجاني المحصن فإن الأسباب لديه مانعة عن إقدامه على ارتكاب الجريمة وهذا دليل على خطورته الإجرامية وعلى ميله للفسوق والفجور ويجب أن يقابل بما يتناسب معه .

والفقه الاسلامي يأخذ بهذه التفرقة لهذا المعنى فتعاقب البكر بالجلد والتغريب وتعاقب المحصن بالرجم وهذه أوجه الاتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي .

ومن أوجه الاتفاق بينهما ان جعل كل منهما في الظرف المشدد العقوبة هي الموت .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

1 - من أوجه الاختلاف بينهما أن العقوبة التي أوجبها قانون العقوبات على جريمة الاغتصاب في صورتها المخففة ليست كافية لردع الجناة لذلك تعالت الصيحات بتشديد العقوبة على مغتصبى الإناث والحكم عليهم بالإعدام . وهذا هو مقتضى تطبيق الفقه الاسلامي بوصفهم محاربين، عند بعض الفقهاء والناظر إلى مشتملات العقوبة المخففة في الفقه الإسلامي والعقوبة البسيطة في القانون الوضعي يجد أن البون بينهما شاسعاً . فالعقوبة البسيطة في قانون العقوبات هي السجن المشدد وبحسب ما يراه القاضى فى هذا الشأن وذلك على مرتكب الاغتصاب طالما أنه لا يفصح عن نية إجرامية أو ليست له علاقة خاصة بالمجنى عليها. أما العقوبة المخففة فى الفقه الإسلامى فهى معاقبة المغتصب بحد الزنا وهو الجلد والتغريب على البكر والرجم على المغتصب المحصن عقوبة محددة.

2 - من أوجه الاختلاف بينهما أن العقوبة التي قررها القانون الوضعي هي من قبيل العقوبات السالبة للحرية وقد تصل الى الاعدام أما في الفقه الإسلامي فهي عقوبة تتطوى على الإيلام للجاني، وتغريبه عن مكان الجريمة وذلك بالنسبة الى غير المحصن . أما بالنسبة للمحصن فهي الرجم وانهاء حقة في الحياة والعقوبة في القانون الوضعي للقاضي فيها سلطة تقديرية في تطبيقها وله أن يخففها وللمشرع أن يعدلها أو يعفو عن الجاني أو يعطلها .بينما العقوبة في الفقه الإسلامي هي عقوبة حد ليس له أن يعفو عن الجاني أو يعطلها أو يخففها لأنها حق الله تعالى . وقد سبق في هذا البحث أن بينا الحقوق عند الجمهور وعند الامام الشاطبي.

3- من أوجه الاختلاف بينهما ان قانون العقوبات لا يعبأ بما إذا كان الجاني أو المجنى عليها موصوف كل منهما بصفة الزوجية أم لا ، فالعقوبة عليهما واحدة سواء كان محصنا أو غير محصن .في حين نرى أن الفقه الإسلامي يخفف العقوبة على البكر غير المحصن وتشدّد العقوبة على المحصن ولذلك نجد أن الفقه الإسلامي يأخذ الجاني في هذه الجريمة بما يزجره ويردع أمثاله ممن تسول لهم أنفسهم بالإقدام على هذه الجريمة التفكير قبل الإقدام على جريمته والاعتداء على الأعراض في حين نرى أن المسلك الوضعي مسلك هزيل لا يرقى إلى مستوى الزجر والردع ويتناقض مع اتجاه الفقه الإسلامي لذلك فإن جدوى الأخذ بحكم الفقه الاسلامي في الجلد والتغريب والرجم لظاهر وبين، وفيه من الحكمة للقضاء على الجريمة واختفاء ظواهرها وهذا يبرز مآثر الفقه الإسلامي والشرعية الغراء في القضاء على الجريمة وهذه هي حكمة البارئ سبحانه .

الباب الثاني

فى بيان تعريف جريمة الإجهاض وأركانها فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

الفصل الأول

تعريف الإجهاض

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

تمهيد:

ونبين فى هذا الباب كيف أن المشرع أمر بالحفاظ على النسل ونهانا عن قتل الولد لأي عرض من عوارض الحياة فلا نقتله لفقر واقع أو متوقع وغير ذلك من الأسباب والدوافع الواهية⁽¹⁾.

ولقد جاءت النصوص على هذا صريحة وواضحة وكيف كفل التشريع الإسلامى والقانون الوضعى الحماية للنفس البشرية وعدم التعدي عليها بغير حق فى أى مرحلة من مراحل تكوينها قبل الولادة .

وتبين لنا أنه من شمول أحكام الشريعة الإسلامية تناولها حياة الإنسان فى جميع مراحلها حتى قبل أن يولد ويخرج للحياة فلا غرو أن وجدنا فى الإسلام أحكاماً كثيرة تتعلق بالجنين حفاظاً عليه وحماية له ورعاية لحقوقه⁽²⁾.

(1) د / شحاتة عبد المطلب حسن أحمد، المدرس بقسم الفقه العام ، الإجهاض بين الحظر والإباحة ، ص 790 .

(2) د/ مسفر بن على محمد القحطاني ، إجهاض الجنين المشوه وحكمه فى الشريعة الإسلامية ص 162 .

والخلاصة إن إجهاض الجنين قد يكون مقصودا وقد يكون غير مقصود وكلاهما قد يكون من الأم أو من غيرها كما أن الإجهاض قد يكون بجناية وقد يكون بغير جناية⁽¹⁾.

سنتحدث في هذا الباب عن تعريف الإجهاض ثم نتحدث عن أركان الإجهاض في الفقه الإسلامي ثم عن أركانه في القانون الوضعي ثم نتحدث عن حالات إباحة الإجهاض وموانع المسؤولية في الفقه الإسلامي وحالات الإجهاض وموانع المسؤولية في القانون الوضعي وعن حكم الإجهاض وآراء الفقهاء فيه في الفقه الإسلامي وعن موقف القانون الوضعي من الإجهاض . ثم نفرّد لكل فصل مبحث نبرز فيه مآثر الفقه الإسلامي .

(1) د/ حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، 1995، ط دار النهضة العربية .

المبحث الأول

تعريف الإجهاض في الفقه الإسلامي

أولاً : الإجهاض في اللغة :

هو الإسقاط ومنه أجهضت المرأة ولدها أى أسقطته ناقص الخلق وأجهضت الحامل ألقت ولدها بغير تمام وأجهضت الناقة إذا ألقت ولدها وقد نبت وبره⁽¹⁾. إذا أسقطت المرأة الوليد بعلاج أو شربت دواءً تعمدت به إسقاط الولد بمعنى أجهضته⁽²⁾.

وجاء في كتب اللغة - جهض بمعنى أجهضت الناقة ألقت ولدها لغير تمام وفى الحديث فأجهضت جنينا أى أسقطت حملها، وجاء الإجهاض بمعنى الإزلاق والجهض السقيط ، ومن معانيه أيضا الإزالة أجهضته عن مكانه أزالته عنه ، وجهض فلان وأجهض إذا غلبك على الشيء⁽³⁾.

(¹) القاموس المحيط للفيروز أبادى ، ج 2 ، ص 81 ، دار إحياء التراث العربى ، المصباح المنير للفيومى ، ص 44 ، ط الجيب ، مكتبة لبنان ، المعجم الوجيز ، ص 124 ، صادر من مجمع اللغة العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، 1411 هـ - 1991 م ، النهاية فى غريب الحديث والأثر ، لمجد المبارك ابن محمد الجزرى ابن الأثير ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ج 2 ، ص 378 ، تحرير الفاظ التنبيه ، محى الدين يحيى ابن شرف النووى ، ص 97 ، الطبعة الأولى 1989 ، دار القلم بدمشق.

(²) الفتاوى الهندية فى مذهب الامام ابى حنيفة تأليف الشيخ نظام المتوفى سنة 1070 هـ ج ط دار إحياء التراث العربى ج 2 ، ص 410 .

(³) لسان العرب لابن منظور ، ج 1 ، ص 713 ، ط دار المعارف ، المعجم للوسط ، مجموعة من المؤلفين ، ج 1 ، ص 398 ، المجمع العلمى العربى .

ثانيا : الإجهاض فى اصطلاح الفقهاء :

الإجهاض فى اصطلاح الفقهاء ليس له حد معين غير أن استعمالهم لهذا اللفظ لا يخرج عن كونه إلا معبرا عن خروج الجنين من رحم المرأة ناقص الخلق⁽¹⁾.

والإجهاض عبروا عنه بمرادفات: كثيرة كالإسقاط ، والإلقاء والطرح ، والإملاص.

والإجهاض فى عرف الناس يراد به: خروج الجنين من رحم المرأة قبل أوانه، بما يؤدى بحياته غالبا، ومنه العمد، ومنه الخطأ .. الأمر الذى يمكن القول معه: بأن الإجهاض هو الاسم الظريف لقتل الجنين وهو المراد هنا⁽²⁾.

فالإجهاض : هو إسقاط المرأة جنينها بفعل منها أو من غيرها عن طريق دواء أو غيره وهو نفس المعنى الذى أطلقه الفقهاء على هذه الكلمة وكثيرا ما تأتى عند الفقهاء كلمة إجهاض بمعنى إسقاط وقبل أن نعرض لمذاهب الفقهاء فى الإسقاط قبل نفخ الروح وبعد نفخ الروح أود أن أثبت هنا أن الإجهاض أو الإسقاط بمعنى قتل الجنين وإنزاله بأى وسيلة وإن الفقه الإسلامى يحرمه تحريما مطلقا أولا لأنه اعتداء على نفس بريئة حرم الله قتلها إلا بالحق⁽³⁾.

(1) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، مرجع سابق. ج 8 ، ص 289 .

(2) إجهاض جنين الاغتصاب فى ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، دراسة فقيهه مقارنة ، د/ سعد الدين مسعد هلالى ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، العدد الحادى والأربعون ، ص 251 ، حاشية ابن عابدين ، رد المحتار ، ج 3 ، ص 192 ، ط دار الفكر العربى ببيروت - لبنان ، المغنى ، ج 9 ، ص 539 ، ط دار الكتب العلمية ، موسوعة الفقه الإسلامى ، ج 2 ، ص 56 ، طبعة خاصة بوزارة الأوقاف الكويتية ، ط الرابعة ، 1414 هـ - 1993 م .

(3) الزين يعقوب الزبير ، مبعوث الهيئة القضائية بالسودان لنيل درجة الماجستير ، ط دار الجيل بيروت ، ص 286 ، بيان للناس من الأزهر الشريف ، ج 2 ، ص 256 ، مطبعة الأزهر ، =

قال الله تعالى " وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ " (1).

وجه الدلالة من الآية :

المراد اللاتى يبيغين إسقاط ما فى بطونهن من الأجنة فلا يعترفن به ويحملنه لذلك يجعل كتمان ما فى أرحامهن كناية عن إسقاطه وقوله إن كن ... إلخ ، تعظيم لفعلهن وإن من آمن بالله لا يجترئ على مثله من العظام : وألا يباح للمطلقات أن يخفين ما فى أرحامهن من حبل أو حيض استعجالا فى العدة وإيطالا لحق الزوج فى الرجعة إن كن حقا مؤمنات بالله ويخشين من عقابه وهذا تهديد لهن حتى يخبرن بالحق من غير زيادة ولا نقصان لأنه أمر لا يعلم إلا من جهتهن (2).

وقد أخرج الترمذى عن طارق بن محارب أنه قال : رأيت رسول الله (صلى الله عليه وسلم) يرفع يديه حتى رأيت بياض إبطيه وهو يقول " ألا لا تجنى أم على ولد ألا لا تجنى أم على ولد " (3) .

=1989م، كشاف القناع على متن الإقناع ، للبهوتى ، ج 6 ، ص 228 ، ط دار الفكر ببيروت ، 1402 هـ ، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية ، ص 395 ، المجلد التاسع ، ط وزارة الأوقاف ، 1403 هـ - 1983 م ، لا مستحيل فى علاج العقم ، الشيخ / جاد الحق على جاد الحق ، ص 74 ، الناشر / نشر المركز الإسلامى للدراسات والبحوث السكانية ، الجنين والأحكام المتعلقة به فى الفقه الإسلامى ، بحث مقارن ، د/ محمد سلام منكور ، ص 300 ، ط الأولى ، 1319 هـ - 1974 م .

(1) سورة البقرة ، الآية 228 .

(2) الكشف ، ج 1 ، ص 271 صفوة التفسير للشيخ محمد على الصابونى طبعة دار الفكر ص 76 .

(3) خرجه الترمذى ج 4 ، ص 460 - من رواية أبى بكر بن أبى شعيب عن عبد الله بن غير عن يزيد بن زياد عن جامع بن شداد عن طارق بن محارب .

المبحث الثانى

تعريف الإجهاض فى القانون الوضعى

أولا : الإجهاض لغة فى مادة أجھض

أجهضت الناقة إجهاضا وهى مجهض أى ألقت ولدها بغير تمام ويقال للولد مجهض إذا لم يستتب خلقه وقيل الجهيض السقط الذى تم خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش⁽¹⁾، ويقال جهض فلانا جهضا: غلبه. ويقال: جهضه عن الامر: غلبه عليه ونحاه عنه اجهضت القت ولدها لغير تمام⁽²⁾.

ويتبين لنا من هذا التعريف اللغوى أن الإجهاض يقوم على أساس إخراج الحمل من الرحم قبل الأوان وهو غير قابل للحياة ومن ثم لا يدخل فى نطاق هذا التعريف إخراج الحمل من الرحم قبل الموعد الطبيعى لولادته وهو قابل للحياة⁽³⁾.

(1) لسان العرب ، لابن منظور ج 7 ، ص 401 .

(2) المعجم الوجيز طبع بالهيئة العامة المطابع الأميرية سنة 1411هجرية 1990 م مجمع اللغة العربية ص 123، 124 ج .

(3) الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى الإسلامى، دراسة مقارنة، د/ حسن محمد ربيع، ط دار النهضة العربية، ص 11 ، حسن المرصفاوى ، الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى ، بحث منشور فى المجلة الجنائية القومية ، ص 25 ، 1958 ،

ثانياً : تعريف الاجهاض فقهاء القانون والطب الشرعى.

عرف بأنه :إخراج الحمل قبل الموعد الطبيعى لولادته عمدا وبلا ضرورة بأية وسيلة من الوسائل أو قتله فى الرحم⁽¹⁾.

وعرف بأنه :استعمال وسيلة صناعية تؤدى إلى طرد الجنين قبل موعد ولادته إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة⁽²⁾.

وعرف بأنه :إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعى⁽³⁾.

وعرف بأنه: هو إنهاء حالة الحمل قبل الأوان أى قبل الموعد الطبيعى لولادته⁽⁴⁾.

وعرف بأنه : نزول الجنين قبل مواعده الطبيعى المقرر لولادته أيا كانت الوسيلة المستخدمة للحمل⁽⁵⁾.

(1) د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ص 501 رقم 679 ، ط دار النهضة العربية ، 1988 م.

(2) د/ رعوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ص 226 ، د / عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، رقم 300 ، ص 319 ، ط دار النهضة العربية ، 1986 .

(3) فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، دار النهضة العربية ، سنة 1982 ، رقم 52 ، ص 491 .

(4) د/ مصطفى عبد الفتاح لبنه ، جريمة إجهاض الحوامل ، ط دار أولى النهى ، بيروت ، رسالة دكتوراه ، ص 45 .

(5) د/ أحمد محمد لطفي ، الإيذ وأثاره الشرعية والقانونية ، ط دار الجامعة الجديدة للنشر ، ص 394 .

ويعرفه رجال الطب الشرعي: بأنه خروج متحصل الحمل فى أى وقت من مدة الحمل وقبل تكامل الأشهر الرحمية⁽¹⁾.

وتنص المادة " 260 " المعدلة بالقانون رقم (95) لسنة 2003م على كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالسجن المشدد .

وتنص المادة " 261 " كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو استعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدلالاتها عليها سواء كان برضاها أم لا يعاقب بالحبس، وتنص المادة " 262 " على أن المرأة التى رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب وبالعقوبة السابقة ذكرها .

وتنص المادة " 263 " المعدلة بالقانون رقم (95) لسنة 2003 على أنه إذا كان المسقط طبيا أو جراحيا أو صيدليا أو قابلة يحكم عليه بالسجن المؤبد أو السجن المشدد .

وعرفته محكمة النقض: بأنه. انتهاء حالة الحمل مبكراً قبل الأوان⁽²⁾.

والواقع أنه لا يوجد تشريع يقر عدم العقاب على الإجهاض مطلقا لما فى هذا الفعل من اعتداء على حق الجنين فى النمو الطبيعى والتطور داخل رحم الأم حتى يحين الميعاد الطبيعى المقدر لولادته وعلى حق الأم الطبيعى فى استمرار حملها وحماية جنينها أو تجنبها فعل ما ينطوى عليه فعل الإجهاض من خطر

(1) د/حسن المرصفاوى ، المرصفاوى فى قانون العقوبات الخاص ص 603 ، 604 .

(2) نقض 1970 ، مجموعة أحكام النقض ، س 21 ، ص 1250 ، طعن رقم 1127 ، 40 ق ، تاريخ 27 / 12 / 1970 م .

يهدد حياتها أو صحتها بل وعلى حق المجتمع نفسه في حماية الأجنة واستمرار الحمل عملاً على تكاثر جنس البشر ضماناً لاستمراره وازدهاره لما في تأثير ازدياد أفراد المجتمع أو نقصانهم على قوته واقتصاده⁽¹⁾.

(1) د/ حسن محمد ربيع ، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي ، ط دار النهضة العربية ، ص 14

المبحث الثالث

موازنة بين تعريف الإجهاض

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بالنظر فيما تقدم من الحديث عن تعريف الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى يتضح لنا سواء من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية أن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتى:

أولاً : أوجه الاتفاق :

- 1- من أوجه الاتفاق : باستعراض ما عرفه فقهاء القانون للإجهاض من التعاريف السابقة يظهر الاتفاق على أن الإجهاض هو نزول الجنين قبل موعده الطبيعى المقرر لولادته عمداً وبلا ضرورة وبأية وسيلة من الوسائل أيأ كانت الوسيلة المستخدمة فى إسقاط الحمل
- 2- من أوجه الاتفاق : أن كلاً من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى الجنائى عبروا عنه بمرادفات كثيرة كالإلقاء والطرح والإسقاط والإملاص ومن ناحية التعريف فى اللغة نرى أن هناك اتفاقاً لمرادفات الكلمة عند أهل اللغة.

ثانياً : أوجه الاختلاف :

— بالنظر إلى ما سبق أن أبديناه فى القانون الجنائى الوضعى من أن حياة الجنين تبدأ مع التلقيح فبمجرد أندماج الخليتين المذكورة و المؤنثة يتكون الجنين و أن أي تدمير لهذه البويضة الملقحة يعتبر مكوناً لفعل الإجهاض حتى ولو كانت هذه البويضة مازالت فى بدايتها و قبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه

الحركة و تعتبر الجريمة قائمة إذا تم فعل الإجهاض علي بويضة ملقحة في ساعاتها الأولى إذا توفرت لها أركانها القانونية.

— وهذا ما يخالف معظم فقهاء الفقه الإسلامي حيث أنهم يعتبرون أن الإجهاض قبل مضي أربعة أشهر وقبل نفخ الروح فيه قد يكون جائز و يحرم بعد نفخ الروح ف فجاء في المغنى لابن قدامة فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمى فلا شيء فيه لأننا لا نعلم أنه جنين ويرى الشافعية أنه يشترط فيه حتى يكون جنيناً أن تقول القوابل أنه مبدأ خلق آدمى فيه صورة ولو خفية لو بقى التصور أما إذا شككن في تصويره فليس بشيء وأقل ما يكون به جنيناً أن يفارق المضغة والعلة حتى يتبين فيه شيء من خلق آدمى ، وذهب فقهاء الأحناف أنه لا يحكم على ما في الرحم بأنه جنين حتى يستبين بعض خلقه فإن ظهر فيه شيء من آثار النفوس فإنهم يحكمون عليه بأنه و لد ويرى بعض فقهاء المالكية إذا صب الماء الحار على هذا الدم ولم يذب منه فهو جنين فإذا ذاب فليس بجنين⁽¹⁾.

— وهذا ما يخالف القانون الجنائي الوضعي ومحكمة النقض المصرية وتعريفهم للجنين لأنه بمجرد التلقيح يبدأ الحمل فعلاً وتعد المرأة حاملاً والبويضة الملقحة يكون فيها الجنين منذ انقطاع الطمث وحتى انتهاء الأسبوع الثاني والعشرين وهذا هو الرأي الغالب في الفقه والقضاء ولا يشترط فيه أن

(1) المغنى ، لابن قدامة ، ج 9 ، ص 939 ، نهاية المحتاج للرملی ، ج 7 ، ص 380 ، 381 ، كشف القناع للبهوتي ، ج 8 ، ص 24 ، المبسوط للسرخسي ، ج 15 ، ص 50 ، البحر الرائق ، ج 9 ، ص 153 .

يكون قد تشكل أو دبّت فيه الحركة⁽¹⁾، وهذا ما يخالف غالبية آراء فقهاء الفقه الإسلامى .

(1) المرصفاوى فى قانون العقوبات ، د / حسن صادق المرصفاوى ، المرجع السابق ، ص 606 ، د/ محمود محمود مصطفى ، القسم الخاص ، المرجع السابق ، ص 293 ، نقض 27 ديسمبر 1970 ، ص 250 .

الفصل الثاني

الأركان العامة لجريمة الإجهاض

تمهيد :

إن الإسلام يحرم الإجهاض ويعتبره جريمة منكرة لأنه قتل للنفس التي حرم الله قتلها إلا بالحق، وهو كبيرة و فاحشة موجهة للعقوبة في الدنيا والآخرة .
واتفق الفقهاء على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح فيه وإن اختلفوا في الإجهاض قبل نفخ الروح فيه .

وجاءت الآيات القرآنية تتضمن هذا التحريم فقال تعالى " وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا"(1).

وقال سبحانه وتعالى: " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ "(2)
وقال تعالى وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا"(3).

وقال تعالى " وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا "(4) كما جاءت السنة المطهرة ببيان للتعويض الذي يجب في إسقاط الجنين وهو ما سماه الرسول " صلى الله عليه وسلم " بالغرة " حَدَّثَنَا وَهْبُ بْنُ بَيَّانٍ، وَابْنُ السَّرْحِ، قَالَا حَدَّثَنَا ابْنُ وَهْبٍ، أَخْبَرَنِي يُونُسُ، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ،

(1) سورة النساء الآية رقم 93

(2) سورة الإنعام جزء من الآية رقم 151

(3) سورة الاسراء الآية رقم 31

(4) سورة الاسراء الآية رقم 33

وَأَبِي، سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ افْتَتَلْتُ امْرَأَتَيْنِ مِنْ هَذَيْلٍ فَرَمَتِ إِحْدَاهُمَا
 الْآخَرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا فَاخْتَصَمُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
 وَسَلَّمَ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِيَّةَ جَنِينِهَا غُرَّةَ عَبْدٍ أَوْ وَلِيْدَةً
 وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا وَوَرِثَتِهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ فَقَالَ حَمَلُ بْنُ مَالِكٍ
 بْنُ النَّابِغَةِ الْهَذَلِيُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ أَغْرَمَ دِيَّةَ مَنْ لَا شَرْبَ وَلَا أَكْلَ وَلَا نَطْقَ
 وَلَا اسْتَهْلَ فَمِثْلَ ذَلِكَ يُطَلَّ (1) فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " إِنَّمَا هَذَا
 مِنْ إِخْوَانِ الْكُفَّانِ " . مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَعَ (2).

وجه الدلالة من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية:

أنه ليس لمؤمن أن يقتل أخاه بوجه من الوجوه ولا لأب أن يقتل ولده خشية
 الإفتقار فبدأ برزقه للاهتمام به أى لا تخافوا من فقركم بسبب رزقهم نحن
 نرزقكم وإياهم وأنه لا ينبغي لمؤمن ولا يليق به أن يقتل مؤمناً إلا على وجه
 الخطأ لأن الإيمان زاجر عن العدوان (3).

واضح من هذه الآيات القرآنية والأحاديث النبوية أنه لم يرد حكم للإجهاض
 مباشر لكنه جاء متضمناً ضمن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية .

(1) يطل بمعنى يهدر ويلغى ولا يضمن.

(2) رواه مسلم في كتاب الديات ج 6 ص 2532 طبعة إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابى
 الحلبي ورواه أبو داود طرف حديث رقم 4586 ج 4 ص 701 وابن ماجه رقم 2614 ج 2 ص
 882 كتاب الديات .

(3) مختصر تفسير ابن كثير المرجع السابق المجلد الأول ص 421 ، 631 ، 632 طبعة دار الفكر
 صفوة التفاسير ص 181 طبعة دار الفكر .

المبحث الأول

أركان جريمة الاجهاض فى الفقه الإسلامى

الإجهاض فى الفقه الإسلامى يتكون من ثلاثة عناصر :-

العنصر الأول :

السلوك الإجرامى - وهو النشاط الذى يقوم به الجانى ، ولا يشترط فيه أن يكون من نوع خاص .

وقد يكون هذا السلوك إيجابيا وقد يكون هذا السلوك سلبيا .
ومن السلوك الإيجابى الخوف والتهديد والشتم المؤلم الذى أفضى إلى موت الجنين . و يقع هذا السلوك . كلما وجد ما يوجب انفصال الجنين عن أمه وقد ينفصل الجنين حيا وقد ينفصل ميتا وتعتبر الجناية تامة بحدوث الانفصال . بغض النظر عن حياة الجنين أو موته وإن كان لكل حالة عقوبتها الخاصة إذ العقوبة فى هذه الجناية تختلف باختلاف نتائج العمل كما سنبين ذلك عند الكلام على العقوبة⁽¹⁾.

ومن هذه الوقائع :

جاء فى المغنى لابن قدامة : أن عمر رضى الله عنه بعث إلى امرأة كان يُدْخَلُ عليها فقالت يا ويلها مالى وعمر فبينما هى فى الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا فصاح صيحتين ثم مات فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب، وصمت على فأقبل عليه عمر فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا فى هোক فلم ينصحوا لك إن ديتهم

(1) التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى، عبد القادر عودة ، ج 2 ، ص 293

عليك لأنك أفزعتها فألقته .. فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك قال ابن تيمية إسقاط الحمل حرام بإجماع المسلمين وهو من الوأد⁽¹⁾.

ومن السلوك الإجرامي شم رائحة أو تجويع أو غضب أو حزن شديد نتيجة خبر مؤلم أو إساءة بالغة ومنها الضرب أو الجرح والضغط على البطن وتناول دواء أو مواد تؤدي إلى الإجهاض أو إدخال مواد غريبة في الرحم أو حمل حمل ثقيل⁽²⁾.

وقد يكون هذا السلوك ناتج من المرأة نفسها .

كما جاء في شرح النيل :قال: ليس للحامل أن تعمل ما يضر بحملها من أكل أو شرب فإن تعمدت مع علمها بالحمل لزمها الضمان والإثم وكذا غيرها وإذا علم الزوج بالحمل لم يجزله عمل يضر به فإن فعل فأسقطته لزمه الضمان⁽³⁾.

(¹) رواة الترمذى فى كتاب الديات ، رقم 1411 ، ج 4 ، ص 16 ، المغنى ، لابن قدامة ، ج 9 ، ص 579 ، 580 . ينظر المجموع شرح المذهب النووى ج 20 ، ص 424 ، ط مكتبة الإرشاد ، جدة (السعودية) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 4 ص 159 الطبعة الثانية 1989 م طبعة دار الغد العربى ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2 ص 266 ، 267 ، القوانين الفقهية لابن جزى الكلبي الغرناطى ص 141 طبعة مكتبة أسامة ابن زيد بيروت

(²) القوانين الفقهية لابن جزى الكلبي الغرناطى ص 141 ، المرجع السابق . د/ شحاتة عبد المطلب حسن احمد المدرس بقسم الفقه العام ، بحث بعنوان (الإجهاض بين الحظر والإباحة فى الفقه الإسلامى) ص 803 ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج 2 ص 266 ، 267 .

(³) شرح النيل وشفاء العليل للشيخ محمد ابن يوسف أطفيش ، الناشر دار الفتح بيروت ، ص 65 - 67 الإباضية المحلى لابن حزم ج 11 ، ص 28 طبعة دار الآفاق العربية ، شرح الخرشي على مختصر خليل ، ج 3 ، ص 225 مغنى المحتاج للشريني ج 5 ، ص 368 : 370 ، ط دار الكتب العلمية .

ففى هذه الحالات وأمثالها تتقرر المسؤولية على من صدر منه السلوك المفضى إلى سقوط الجنين سواء أكان هو المرأة ذاتها⁽¹⁾، أو شخصاً آخر غيرها سواء كان زوجاً أو غير زوج فشخص من صدر عنه السلوك غير ذي أثر بالنسبة لمبدأ التجريم متى أفضى السلوك إلى سقوط الجنين⁽²⁾.

وجاء في المغنى لابن قدامة ، وإذا شربت الحامل دواء فألقت جنينها ، فعليها غرة لا ترث منها شيئاً ، لا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى ذلك ، لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنابيتها ، فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جني عليه غيرها ولا ترث من الغرة شيئاً ، لأن القاتل لا يرث من دية المقتول ويرثها سائر ورثته⁽³⁾.

قال الشافعى رحمه الله⁽⁴⁾: أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن قال : حَدَّثَنَا وَهْبُ بْنُ بَيَّانٍ، وَابْنُ السَّرْحِ، قَالََا حَدَّثَنَا ابْنُ وَهْبٍ، أَخْبَرَنِي يُونُسُ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَأَبِي، سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ اقْتَتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هَذِلٍ فَرَمَتِ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلَتْهَا فَاخْتَصَمُوا إِلَيَّ

(1) بدر المتقى ، هامش مجمع الأنهر ، ج 2 ، ص 649 ، 650 .

(2) الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون ، د/ محمد عبد الشافى إسماعيل ، ص 113 تحفة المحتاج ج 7 ، ص 186 .

(3) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ، ص 563 : 545 ، ط دار الكتب العلمية ، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج 4 ، ص 159 ، حاشية ابن عابدين ج 3 ، ص 192 ، 193 ، إحياء علوم الدين ج 4 ، ص 736 .

(4) الإمام أبى عبد الله محمد بن إدريس ابن العباس ابن عثمان ابن شافع ابن السائب ابن عبيد الله يزيد بن هشام بن عبد المطلب بن عبد مناف القرشي المطلبى المكي نزيل مصر إمام الأئمة قدوة الأمة ولد بغزة وحمل إلى مكة وهو ابن سنتين ، ولد سنة 150 هـ وتوفى فى آخر رجب سنة 204 هـ ، طبقات الحفاظ فى التراجم : للإمام الحافظ الشيخ / جلال الدين عبد الرحمن بن أبى بكر السيوطى ، دار الكتب العلمية ببيروت ، الطبعة الأولى 1403 هـ - 1983 م ، 336 ، ص 157

رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِيَّةَ جَنِينِهَا غُرَّةَ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةً وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا وَوَرَثَتِهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ فَقَالَ حَمَلُ بْنُ مَالِكِ بْنِ النَّابِغَةِ الْهُذَلِيُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ أَغْرَمَ دِيَّةَ مَنْ لَا شَرْبَ وَلَا أَكْلَ وَلَا نَطْقَ وَلَا اسْتَهْلَ فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطَلُّ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ " . مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَعَ . (1) وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْجَنِينِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى . لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ " صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " كَانَ فِي قَضَائِهِ دَلَالَةً عَلَى أَنَّ لِيَفْرُقَ بَيْنَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنَ الْأَجْنَةِ وَلَمْ يَجْرَ أَنْ يَفْرُقَ بَيْنَ الْجَنَانِيَةِ عَلَى الْجَنِينِ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى مِنَ الْمَمَالِكِ . وَإِذَا جَنَى عَلَى الْأُمَةِ فَأَلْقَتْ جَنِينًا حَيًّا ثُمَّ مَاتَ مِنَ الْإِجْهَاضِ فَفِيهِ قِيَمَتُهُ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى لَا خِلَافَ بَيْنَ الْفُقَهَاءِ .. سِوَاكَ كَانَ الْجَنِينِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى تَمَّ خَلْقُهُ أَوْ لَمْ يَتَمَّ (2) وَهَلْ يَعدُّ التَّعْدِي عَلَى الْبُويْضَةِ الْمَلْقُوحَةِ وَهِيَ دَاخِلُ الْأَنْبُوبَةِ سَلُوكًا إِجْرَامِيًّا ؟

بِالنَّظَرِ إِلَى الْوَضْعِ الْحَالِيِّ لِنُصُوصِ جَرِيْمَةِ الْإِجْهَاضِ نَلَاظُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ مُحَلًّا لَهَا سِوَى الْحَمْلِ الْمُسْتَكْنِ فِي رَحِمِ الْمَرْأَةِ الْحَامِلِ وَيَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ أَنَّ إِتْلَافَ الْبُويْضَةِ الْمَلْقُوحَةِ وَهِيَ دَاخِلُ الْأَنْبُوبَةِ، أَيْ قَبْلَ زَرْعِهَا فِي رَحِمِ الْأُمِّ لَا

(1) الْأُمُّ : الْإِمَامُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مُحَمَّدُ بْنُ إِدْرِيسَ الشَّافِعِيُّ ج 5 ، ص 107 ، 108 ، 109 ، ، حَاشِيَةُ الدُّسُوقِيِّ ، الْمَجْلَدُ 6 ، ص 229 وَمَا بَعْدَهَا ، ط دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ ، الْمَطْبَعَةُ ، ج 12 ، ص 382 ، 383 رَوَاهُ مُسْلِمٌ فِي كِتَابِ الدِّيَّاتِ ج 6 ص 2532 طَبْعَةٌ إِحْيَاءُ الْكُتُبِ الْعَرَبِيَّةِ فَيَصِلُ عِيْسَى الْبَابِيُّ الْحَلَبِيُّ وَرَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ طَرَفٌ حَدِيثٌ رَقْمُ 4586 ج 4 ص 701 وَابْنُ مَاجَةٍ رَقْمُ 2614 ج 2 ص 882 كِتَابُ الدِّيَّاتِ .

(2) الْأُمُّ ، لِلشَّافِعِيِّ ج 5 ، ص 111 الْهَدَايَةُ مَعَ نَتَائِجِ الْأَفْكَارِ ج 9 ص 336 ، دَارُ إِحْيَاءِ التَّرَاثِ الْعَرَبِيِّ ، الدَّرُ الْمَخْتَارُ ج 5 ص 377 ، بَدَايَةُ الْمُجْتَهِدِ ج 2 ص 508 ، ط دَارُ الْكُتُبِ الْإِسْلَامِيَّةِ مَغْنَى الْمُحْتَاجِ ، ج 4 ص 103 ، الْمَغْنَى ج 7 ص 802 ، زَادُ الْمُحْتَاجِ ، ج 4 ، ص 144 ، التَّاجُ وَ الْإِكْلِيلُ ، ج 6 ، ص 257 ، رُوضَةُ الطَّالِبِينَ ، لِلْإِمَامِ أَبِي زَكَرِيَا يَحْيَى بْنِ شَرْفٍ النَّوَوِيِّ الْبِمَشْقِيِّ ، ج 7 ، ص 216 إِلَى 219 ، ط دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ .

يعد إجهاضاً، لأن فعل الإتلاف هذا لم يؤد إلى هلاك الجنين داخل الرحم أو إخراج منه قبل الموعد الطبيعي لولادته ولكن بالنظر إلى ما سبق أن أـبـدناه من أن حياة الجنين فى القانون الوضعى تبدأ مع التلقيح أى تلقيح الحيوان المنوى لبويضة المرأة فبمجرد اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة، يتكون الجنين، وأن أى تدمير لهذه البويضة الملقحة يعتبر مكوناً لفعل الإجهاض، حتى ولو كانت هذه البويضة مازالت فى بدايتها وقبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة أى أنه لا يشترط لقيام جريمة الإجهاض أن تمضى فترة معينة على عملية الإخصاب، بل تعتبر الجريمة قائمة إذا تم فعل الإجهاض على بويضة ملقحة فى ساعتها الأولى وبالنظر إلى ذلك فإننا نرى أن أى إتلاف لهذه البويضة الملقحة تقوم به جريمة الإجهاض إذا توافرت لها أركانها القانونية، يستوى فى ذلك أن يقع الفعل على بويضة ملقحة مستكنة فى رحم المرأة أم فى أنبوبة خارج رحمها، كما هو الحال فى طفل الأنبوبة⁽¹⁾.

و تعريف الجنين عند فقهاء الإسلام يطلق ما فى الرحم من بدء التكوين بحدوث التلقيح والاستقرار ، وعلى ذلك فإنه يمكن القول بأن الجنين هو "بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوى للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية"⁽²⁾.

(1) الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى ، دراسة مقارنة ، د/ حسن محمد ربيع ، ط دار النهضة العربية ، ص 42 .

(2) أ. د. / عبد العزيز محمد محسن (الحماية الجنائية للجنين) الناشر : دار النهضة العربية ص 15 ص 16 .

1 - عند الأحناف الجنين على وزن فعيل وأنه لا يحكم على ما فى الرحم بأنه جنين حتى يستبين بعض خلقه فإن ظهر فيه شيء من آثار النفوس فإنهم يحكمون عليه بأنه ولد⁽¹⁾.

2 - عند المالكية أن لفظ الجنين يشمل كل ما حملته المرأة فى رحمها من العلقـة أو الدم المتجمع من طريق صب الماء الحار على هذا الدم ، فإذا صب الماء الحار على هذا الدم ولم يذب فيه فهو جنين فإذا ذاب فليس بجنين .. قال الإمام مالك " إذا ألقته فعلم أنه حمل وإن كان مضغة أو علقـة أو دما ففيه غرة وتتقضى به العدة من الطلاق "⁽²⁾.

3 - عند الشافعية : ذهب الشافعية عدا الإمام الغزالى أن الجنين هو ما تعرفه القوالب بأنه مبدأ خلق آدمى وإن كان مضغة أو علقـة سواء تصور فيه صورة الجنين أو لم يتصور بشرط أن تقول القوالب أنه مبدأ خلق آدمى فيه صورة ولو خفية لو بقي التصور ، أما إذا شكك فى تصويره فليس بشيء وقال الشافعى فى الجنين نقل المزنى من فقهاء الشافعية عن الإمام الشافعى فى

(¹) المبسوط ، لشمس الدين السرخسى ، جـ 15 ، صـ 50 ، ط دار المعرفة ، تكملة البحر الرائق للعلامة عبد القادر بن عثمان الطورى ، جـ 9 ، صـ 153 ، ط دار إحياء التراث العربى ، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع جـ 7 صـ 325

(²) — شرح الخرشى على متن خليل وحاشية الشيخ على العدوى على الخرشى ، جـ 8 ، صـ 32 ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، جـ 4 ، صـ 268 ، منح الجليل شرح مختصر خليل، لأبى عبد الله محمد بن أحمد المعروف بالشيخ عlish ، م 1299 هـ ، ط دار الفكر ، جـ 9 صـ 97 ، المدونة الكبرى للإمام مالك ابن أنس الأصبحى ، ط دار عالم الكتب - لبنان ، مجلد 8 ، صـ 199 ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القاضى أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد القرطبى الأندلسى الشهير بابن رشد الحفيد ، المتوفى سنة 595 ، جـ 2 ، صـ 348 ، ط دار الفكر

الجنين أقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة والعلة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمي⁽¹⁾.

وتقع هذه الجناية بموت الجنين بسبب الاعتداء، ولا يشترط في هذا الاعتداء صورة خاصة فيتصور أن يكون عملاً مادياً، كاللكم والضرب وشق البطن وتناول عقال خاص كما يتصور أن يكون عملاً معنوياً كشهر سلاح في وجه الحامل لإفزعها، وتجويع الحامل أو شم رائحة ضارة بالحمل كما يتصور أن يكون الاعتداء بالقول كتخويف الحامل بالقتل والصياح عليها فجاءه⁽²⁾.

وإذا ادعت امرأة على إنسان أنه ضربها فأسقطت جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدم الضرب وإن أقر بالضرب أو قامت به بيينة وأنكر أن تكون أسقطت، فالقول قوله أيضاً، مع يمينه لأنه يعلم أنها أسقطت، ولا تلزمه اليمين على البت لأنها يمين على فعل الغير والأصل عدمه وإن ثبت الإسقاط والضرب ببينة أو إقرار فادعى أنها أسقطته من غير ضربة، نظرنا فإذا كانت أسقطت عقب ضربه فالقول قولها لأن الظاهر أنه منه لوجوده عقيب شيء يصلح أن يكون سبباً له، وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أو فعل ذلك غيرها فحصل الإسقاط به فأنكرته، فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم ذلك، وإذا أسقطت بعد الضرب بأيام نظرنا فإن كانت متألمة

(1) نهاية المحتاج، للرملي، ج 7، ص 380، 383، ط دار الكتب العلمية، الأم للشافعي، ج 6، ص 115، مختصر المزني بهامش الأم، لاسماعيل ابن يحيى المزني، ص 365، ط دار الفد العربي بالعباسية

(2) أسنى المطالب شروح روض الطالب، ج 4، ص 89، شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ج 5، ص 31، حاشية ابن عابدين ج 5، ص 516، نهاية المحتاج ج 7، ص 360، المغني ج 9، ص 552، 557، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج 4، ص 209: 214، ط دار المعرفة.

إلى حين الإسقاط فالقول قولها وإن لم تكن متألّمة فالقول قوله مع يمينه، كما لو ضرب إنساناً فلم يبق متألّماً زمناً ومات بعد أيام وإن اختلفا في وجود التألّم، فالقول قوله لأن الأصل عدمه⁽¹⁾.

ويعتبر سلوكاً إجرامياً وجود ما يعدّ جنائية تستلزم انفصال الجنين عن أمه ميتاً، ولا يشترط في الفعل أن يكون من نوع خاص، فيصح أن يكون عملاً أو قولاً، ويصح أن يكون الفعل مادياً أو معنوياً، سواء توافر القصد أم لا، وقد تكون الجناية على الجنين بضرب أو بصياح مخيف أو بتهديد أو بتجويع أو نحوه أو بطلب ذي شوكة لها مع خوف منه قصدت الجناية أم لم تقصد، ولا تتحقق الجناية بنحو لطمه خفيفة إذ لا يلزم منها عرفاً سقوط الجنين⁽²⁾.

العنصر الثاني :

هي النتيجة الإجرامية لهذا السلوك جاء في الأم للشافعي، وإذا جني رجل على امرأة عمداً أو خطأ فألقت جنيناً ميتاً فعلى عاقلته غرة عبد أو أمة⁽³⁾. ومفاد ذلك إذا جني رجل أو امرأة بسلوكه الإيجابي أو السلبي على امرأة فنتج عن هذا السلوك أن ألقت المرأة جنينها ميتاً فتلك جريمة إجهاض، اكتمل لها السلوك وتحققت النتيجة .

والمرأة التي قضى النبي - صلى الله عليه وسلم - بدية الجنين على عاقلتها عمدت إلى ضرب المرأة بعمود بيتها، فإذا جني الرجل والمرأة على حامل

(1) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ، ص 552 .

(2) قضية تحديد النسل في الشريعة الإسلامية ، د/ أم كلثوم يحيى مصطفى الخطيب ، ط الدار السعودية للنشر والتوزيع ، ص 177 ، نهاية المحتاج ج 7 ص 360 ، شرح الزرقاني ج 8 ص 31 .

(3) الأم ، للشافعي ج 5 ، ص 109 .

فأجهضت جنيناً ميتاً أو حياً فمات، وكانت الجناية بشيء يكون بمثله القود فلا قود في الجنين⁽¹⁾.

وإنما تكون فيه غرة عبدٍ أو أمة طالما تحققت النتيجة من هذا السلوك وبهذه النتيجة .

العنصر الثالث :

علاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة في الفقه الإسلامي :

لا يكفي أن يصدر عن الجاني سلوك ما تقدم التمثيل له⁽²⁾

ولو تحققت النتيجة السالف ذكرها وهي إتلاف الجنين أو القضاء عليه بل يشترط أن يكون السلوك هو السبب المباشر في إحداث هذه النتيجة⁽³⁾.

وإنما يجب ضمانه إذا علم أنه مات من الضربة وسقط بها . بأن تلقية عقيب الضرب أو تبقى متألمة إلى أن تلقية فيموت عقيب وضعه أو يبقى متألماً إلى أن يموت فإن بقي مدة سالماً لا ألم به ثم مات، لم يضممه الضارب لأن الغالب أنه لم يمت من الضربة⁽⁴⁾.

وبناءً على ذلك أنه إذا تدخل بين السلوك الذي اقترفه الجاني وبين وفاة الجنين حدث شاذ وغير مألوف فإنه يقطع رابطة السببية وبالتالي تقف مسئولية

(1) الأم للشافعي ، ج 5 ، ص 109 .

(2) نيل الأوطار شرح منقلى الأخيار للإمام المجتهد الفقيه محمد بن على بن محمد الشوكاني المتوفى سنة 1250 ، ط الحلبي وأولاده بمصر ، ج 7 ، ص 72 .

(3) د محمد عبد الشافي إسماعيل الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون، ط دار المنار ص 115 .

(4) الكافي في فقه الإمام المجل أحمد بن حنبل ، ج 4 ، ص 85 ، المكتب الإسلامي ببيروت ، ص.ب : 3771 .

الفاعل عند حد النشاط الذي اقترفه ، وتعزى النتيجة إلى الحدث الشاذ أو غير المؤلف⁽¹⁾.

وإن ادعى أن الإجهاض أو موت من خرج حياً كان بسبب آخر غير الجنائية فإن كان الموت عقب الجنائية أو بعد مدة وكان الغالب بقاء الألم فى الأم أو الجنين إليه أي إلى الإجهاض والموت صدقت هي بيمينها لأن الجنائية سبب ظاهر ، والأصل عدم وجود سبب آخر ، وإلا بأن لم يكن الغالب بقاء الألم لم يزل حتى أجهضت أو مات الجنين ولا يقبل هنا إلا شهادة رجلين وهو الأصل فى الشهادة وقيل يقتضى الاكتفاء برجل وامرأتين⁽²⁾.

وحتى تحقق علاقة السببية ومسئولية الجانى يشترط أن يكون انفصال الجنين قد حدث في حياة الأم، فإن انفصل عنها بعد وفاتها فلا يسأل الجانى عن قتله إذا انفصل ميتاً لأن موت الأم سبب ظاهر لموته إذ حياته بحياتها وتلفه بتلفها، فتحقق موته بموتها فضلاً عن أنه يجرى مجرى أعضائها وموتها يسقط حكم أعضائها ، وعلى هذا فمن المشكوك فيه أن تكون وفاة الجنين نتيجة لفعل الجانى، ولا ضمان ولا عقاب بالشك⁽³⁾.

(1) د / محمد عبد الشافي إسماعيل الحماية لجنائية للحمل المستكن ، ص 116 .

(2) أسنى المطالب شرح روض الطالب للقاضي أبى يحيى زكريا الأنصاري الشافعي ، ج 4 ، ص 94 ، ط دار الكتاب الإسلامى .

(3) التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى ، عبد القادر عودة ، ج 2 ، ص 296 أسنى المطالب ج 4 ص 90 ، الدر المختار لرد المحتار ج 5 ، ص 239 ، 278 ، الاختيار ج 4 ، ص 168 ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ، ج 2 ص 237 ، نهاية المحتاج ، ج 8 ، ص 442 ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 416 .

وفى المغنى لابن قدامة قوله : وإن ضرب بطنها فألقت جنيناً حياً ثم مات من الضربة ففيه دية حر إن كان حراً أو قيمته إن كان مملوكاً، ويضمن الدية إذا وضعته حياً، ومتى علمت حياته ثبت له هذا الحكم ، سواء ثبت باستهلاله أو ارتضاعه أو بنفسه أو عطاسه أو غيره من الأمارات التى تعلم بها حياته هذا ظاهر قول الخرقى وهو مذهب الشافعى وروى عن أحمد أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال، وروى معنى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وابن عباس والحسن بن على وجابر رضى الله عنهم⁽¹⁾.

وجاء فى المغنى لابن قدامة :إنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك بسقوطه فى الحال وصيرورته إلى أن يموت ، وبقاء أمه متألمة إلى أن تسقطه فيعلم بذلك موته بالجناية كما لو ضرب رجلاً فمات عقيب ضربه أو بقى زمناً حتى مات وإن ألقته حياً فجاء آخر فقتله وكانت حياته مستقرة فعلى الثاني القصاص إن كان عمداً أو الدية كاملة⁽²⁾.

ويمكن أن نقول أن علاقة السببية تتحقق إذ تحقق وتبين وبصفة قاطعة أن الانفصال ناشئ عن فعل الجانى.

ونستطيع أن نقول بعد تقدم الوسائل الطبية أن رأى الذى يجب العمل به هو مسئولية الجانى إذا تبين وبصفة قاطعة أن الانفصال ناشئ عن فعل الجانى سواء انفصل كله أو بعضه وهذا رأى يتفق مع كل المذاهب ، لأن الذين

(¹) المغنى والشرح الكبير لابن قدامة ، ج 9 ، ص 550 ، 551 ، روضة الطالبين ، ج 9 ، ص 267 ، المذهب ج 2 ص 197 ، 198 ، مغنى المحتاج ، ج 4 ، ص 104 .

(²) المغنى لابن قدامة ، المرجع السابق ، ج 9 ، ص 551 ، 552 ، أسنى المطالب ج 4 ، ص 90 ، ط دار الكتاب الإسلامى زاد المحتاج ج 4 ، ص 143 ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ج 2 ، ص 507 وما بعدها ، ط دار الكتب الإسلامية ، روضة الطالبين ج 7 ، ص 219 وما بعدها .

يمنعون المسؤولية يمنعونها للشك وعدم اليقين ، فإذا زال الشك بالوسائل الطبية الحديثة وجهت المسؤولية⁽¹⁾.

ويجب ضمانته إذا علم موته بسبب الضربة... وإن وقع الجنين حياً ثم بقى زمناً سالماً لا ألم به لم يضمنه الضارب لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته⁽²⁾. وجاء في أسنى المطالب قوله: ولا أثر لنحو لطمة خفيفة كما لا تؤثر في الدية ولو علم موته بخروج رأس ونحوه، وإن خرج حياً فإن بقى زمناً لا يتألم فيه ثم مات فلاشى على الجاني، سواء أزال ألم الجناية عن أمه قبل إلقائه أم لا، لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر أو بقى زمناً يتألم فيه حتى مات أو مات في الحال أو تحرك تحركاً شديداً ، كقبض يد وبسطها كحركة مذبوح لا اختلاجاً فمات ، فدية كاملة على الجاني ، ولو انفصل الجنين لدون ستة أشهر. لأننا نيقنا حياته والظاهر موته بالجناية عليه بخلاف مجرد اختلاجه لاحتمال كونه انتشاراً بسبب الخروج من المضيق وإن حزه شخص وقد انفصل بلا جناية وإن لم تكن حياته مستقرة أو بجناية وحياته مستقرة فالقصاص عليه كما لو قتل مريضاً مشرفاً على الموت وإلا بأن كانت حياته غير مستقرة فالقاتل له هو الأول أى الجاني على أمه ولا شيء على الحاز، ولو خرج رأسه وصاح فحزه آخر لزمه القصاص لأننا نيقنا بالصياح حياته⁽³⁾.

وجاء في المغنى لابن قدامة قوله: أن الغرة إنما تجب إذا سقط من الضربة ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب أو ببقائها متألماً إلى أن يسقط ولو قتل

(1) التشريع الجنائي الإسلامي ، مرجع سابق ، ج 2 ، ص 297 .

(2) المغنى لابن قدامة ، مرجع سابق ، ج 9 ، ص 551 ، 552 .

(3) أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ، ج 4 ، ص 89 ، 90 .

حاملًا لم يسقط جنينها أو ضرب من في جوفه حركة أو انتفاخ فسكنت الحركة لم يضمن الجنين ، وبهذا قال مالك

وقتادة والأوزاعي والشافعي واسحق وابن المنذر ، وحكي عن الزهري أن عليه الغرة لأن الظاهر أنه قتل الجنين فلزمته الغرة كما لو أسقطت⁽¹⁾.

موقف الفقهاء من تصور الركن المغوى في الإجهاض :

وإزاء تحديد الركن المغوى في الإجهاض انقسم رأى الفقهاء إلى اتجاهين:

أولاً : عدم تصور العمد في الإجهاض :

ويرى أصحاب هذا الرأي أن الجناية على الجنين لا تكون عمداً محضاً وإنما هي شبه عمد أو خطأ و لا تعتبر الجناية عمدية لأن العمد بعيد التصور بتوقفه على العلم بوجود الجنين و بحياته كما يتوقف علي قصد قتله و هو بعيد التصور⁽²⁾.

وان كان جريمة شبه العمد ليست محل اتفاق بين الفقهاء فالملكية لا يقولون بشبه العمد والذى يقول به الحنفية والشافعية والحنابلة .

ومن المعلوم وفقاً للقواعد العامة أن العاقلة لا تحمل العمد فلو اعتبر الرسول

- صلى الله عليه وسلم - العمد في هذه الجناية لما جعل الغرة على العاقلة .

وجاء في الأم للشافعي قوله : والمرأة التي قضى النبي - صلى الله عليه

وسلم: بدية الجنين على عاقلتها عمدت ضرب المرأة بعمود بيتها، فإذا جني

الرجل أو المرأة على حامل فأجهضت جنيناً ميتاً أو حياً فمات وكانت جنابته

(1) المغنى لابن قدامة، ج 9 ، ص 537 ، 538 .

(2) حاشية ابن عابدين ، ج 10 ، ص 261 ط دار المعرفة ، البحر الرائق ، ج 9 ، ص 152 وما بعدها ، ط دار إحياء التراث . ، المغنى ، ج 9 ، ص 544 وما بعدها ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 363 .

بسيف أو بما يكون مثله القود فلا قود في الجنين وإن خلص ألم الجناية إلى الجنين فأجهضته ، فجنايته في حكم غير العمد المقصود به ، وإذا جني رجل على امرأة عمداً أو خطأ فألقت جنيناً ميتاً فعلى عاقلته غرة عبد أو أمة يؤدون أيهما شاعوا من أى جنس شاعوا⁽¹⁾.

وجاء في المحلى لابن حزم قال: قال على: إن قتلت حامل بينة الحمل فسواء طرحت جنينها ميتاً أو لم تطرحه فيه غرة قال على: لم يشترط رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنين إلقاءه ولكنه قال عليه الصلاة والسلام في الجنين غرة عبد أو أمة كيفما أصيب القى أولم يلق ففيه الغرة المذكورة وإذا قتلت الحامل فقد تلف جنينها بلا شك .

وهل في الجنين كفارة أم لا قال ما على من قتل من لم يستهل؟ قال: أرى أن يعتق أو يصوم، وقال عبد الرازق عن سفيان الثوري عن المغيرة عن إبراهيم النخعي قال في المرأة تشرب الدواء أو تستدخل الشيء فيسقط ولدها، قال تكفر وعليها غرة. فطلبنا هل لأهل هذا القول حجه أم لا : فوجدناهم يذكرون ما رويناه بالسند المذكور إلى عبد الرازق عن عمر بن زر قال : سمعت مجاهد يقول : مسحت امرأة بطن امرأة حامل فأسقطت جنيناً فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمرها بعنق رقبة يعنى التى مسحت⁽²⁾، قال على هذه رواية عن عمر - رضى الله عنه - ولا يعرف له فى هذا مخالف من الصحابة رضى الله عنهم.

(1) الأم ، للشافعي ، ج 5 ، ص 109 .

(2) المحلى لفخر الأندلسي أبى محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم المتوفى 456 هـ ، ج الحادي عشر ، ط دار الأفاق الجديدة ، بيروت ، ص 28 29 .

وعهدنا إلى الحنفيين والمالكين والشافعيين يعظمون خلاف صاحب
إذا وافق تقليدهم ، وهذا حكم إمام ، وهو عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -
بحضرة الصحابة لا يعرف أنه أنكره أحد منهم.

وهم إذا وجدوا مثل هذا طاروا به وشنعوا على خصومهم في الفقه وهم كما
ترى قد استهلوا خلافه هاهنا⁽¹⁾.

وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج :، فلو تسببت الأم في إجهاض
نفسها كأن صامت أو شربت دواءً لم ترث منها شيئاً لأنها قاتلة ، والغرة على
عاقلة الجاني للخبر ، وقيل إن تعدد الجناية بأن قصدها بما يجهض غالباً فعليه
الغرة لا على عاقلتها .بناء على تصور العمد فيه ، والأصح عدم تصوره لتوقفه
على علم وجوده وحياته⁽²⁾.

وجاء في المغنى لابن قدامة: وإذا شربت الحامل دواءً فألقت جنيناً فعليها
غرة لا ترث منها شيئاً، لا نعلم من أهل العلم خلافاً في ذلك لأنها أسقطت
الجنين بفعلها وجنابيتها، فلزمها ضمانه للغرة كما لو جني عليه غيرها، ولا
ترث من الغرة شيئاً لأن القاتل لا يرث من دية المقتول ، ويرثها سائر
ورثته⁽³⁾.

وجاء في البحر الرائق قال : وإن شربت دواءً لتطرحه أو عالجت فرجها
حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت بلا إذن لأنها ألقت متعديّة فيجب
عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة لما بينا ولا ترث هي من الغرة شيئاً ، لأنها

(1) المحلى ، لابن حزم ، ج 11 ، ص 29 .

(2) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، ج 7 ، ص 383 .

(3) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ، ص 550 ، 551 .

قائلة بغير حق ، والقائل لا يرث بخلاف ما إذا ما فعلت ذلك بإذن الزوج حيث لا تجب الغرة لعدم التعدي⁽¹⁾.

وما روى في صحيح البخاري وسنن أبي داود حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، وَعَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ، قَالَا حَدَّثَنَا وَكِيعٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ الْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ، قَالَ اسْتَشَارَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ النَّاسَ فِي إِمْلَاصِ الْمَرْأَةِ يَعْنِي سِقْطَهَا فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ شَهِدْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى فِيهِ بِغُرَّةٍ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ . فَقَالَ عُمَرُ انْتَبِ بِمَنْ يَشْهَدُ مَعَكَ . فَشَهِدَ مَعَهُ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ: زَادَ هَارُونُ - فَشَهِدَ لَهُ يَعْنِي ضَرَبَ الرَّجُلُ بَطْنِ امْرَأَتِهِ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ مَسْعُودٍ الْمِصْبِصِيُّ، حَدَّثَنَا أَبُو عَاصِمٍ، عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ، قَالَ أَخْبَرَنِي عَمْرُو بْنُ دِينَارٍ، أَنَّهُ سَمِعَ طَاوُسًا، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ، عَنْ عُمَرَ، أَنَّهُ سَأَلَ عَنْ قَضِيَّةِ النَّبِيِّ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ذَلِكَ فَقَامَ إِلَيْهِ حَمَلُ بْنُ مَالِكِ بْنِ النَّابِغَةِ فَقَالَ كُنْتُ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ فَضَرَبْتُ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِمِسْطَحٍ فَقَتَلْتَهَا وَجَنَيْنَهَا فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي جَنِينِهَا بِغُرَّةٍ وَأَنْ تُقْتَلَ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ قَالَ النَّضْرُ بْنُ شُمَيْلٍ الْمِسْطَحُ هُوَ الصَّوْبُجُ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ الْمِسْطَحُ عُودٌ مِنْ أَعْوَادِ الْخَبَاءِ .⁽²⁾

(1) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 9 ، ص 157 .

(2) صحيح البخارى ، حديث رقم 6509 ، ص 2531 ، ج 6 ، كتاب الديات ، سنن أبو داود ، للإمام الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني الازدى ، ج 4 ، ص 698 ، 699 ، ط دار إحياء التراث العربى .

وجاء في أسني المطالب: والغرة على العاقلة إذا لا عمد فيها أى في مقتضاها من الجناية على الجنين إذ لا يتحقق وجوده ولا حياته حتى يقصد بل فيه خطأ وشبه عمد سواء أكانت الجناية على أمه خطأ أم عمداً أم شبهة بأن قصد غيرها فأصابها أو قصدها بما يجهض غالباً أو بما لا يجهض غالباً، وقيل لا يتصور فيه شبهة العمد أيضاً وهو قوى التعذر قصد الشخص المعتبر فيه كالعمد⁽¹⁾.

فالواضح من أصحاب هذا الرأي وهو الواضح من مذهب الشافعية أنهم يرون مع الحنفية والحنابلة أن الجناية على الجنين لا تكون عمداً محضاً، وإنما هى شبه عمد أو خطأ فهى شبه عمد إذا تعمد الجانى الفعل ، وهى خطأ إذا اخطأ به⁽²⁾.

وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه نص عليه أحمد، إذا كانت الجناية عليها خطأ أو شبه عمد، لما روى المغيرة بن شعبه أن رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى فِي دِيَّةِ جَنِينِهَا غُرَّةَ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَاتِلَةِ وَإِنْ كَانَ قَتَلَ الْأُمَّ عَمْدًا أَوْ مَاتَ الْجَنِينُ وَحْدَهُ لَمْ تَحْمِلْهُ الْعَاقِلَةُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ، عَلَى كُلِّ حَالٍ بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ إِنْ الْعَاقِلَةُ تَحْمِلُ الْقَلِيلَ وَالْكَثِيرَ وَالْجَنَايَةَ عَلَى الْجَنِينِ لَيْسَتْ بِعَمْدٍ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ وَجُودُهُ لِيَكُونَ مَقْصُودًا بِالضَّرْبِ⁽³⁾.

(1) أسني المطالب شرح روض الطالب ، ج 4 ، ص 93 ، 94 .

(2) التشريع الجنائي الإسلامي مقارن بالقانون الوضعي ، المرحوم عبد القادر عودة ج 2 ، ص 298 ، شرح الزرقاني وحاشية الشيباني ، ج 8 ، ص 33 ، بداية المجتهد ، ج 2 ، ص 507 وما بعدها ، ط دار الكتب الإسلامية ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 363 .

(3) المغني لابن قدامة ، ج 9 ، ص 544 .

وواضح أيضاً من أقوال أصحاب هذا الرأي أنه لا تعتبر الجناية عمدية حال
تعمد العمل، لأن العمد بعيد التصور لتوقفه على العلم بوجود الجنين وبحياته
كما يتوقف على قصد قتله فهو بعيد التصور⁽¹⁾.

ثانياً : تصور العمد في الإجهاض :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الجناية على الجنين قد تكون عمداً وقد تكون شبه
عمد وقد تكون خطأ، وهذا هو الرأي المرجوح من مذهب الإمام الشافعي
والجناية عند المالكية لا تكون الا عمد أو خطأ ولا يعترفون بشبه العمد.

فهى - أى الجناية - عمدية إذا قصد الجانى إسقاط الجنين .

وهى - أى الجناية - شبه عمد إذا قصد ضرب الحامل أو أمه بما يؤدي إلى
إجهاضها .

وهى - أى الجناية - تكون خطأ محضاً إذا قصد غير الأم أو الحامل
فأصابها .

وقيل إن تعمد الجناية بأن قصدها بما يجهض غالباً فعليه الغرة لا على عاقلته
بناءً على تصور العمد فيه⁽²⁾.

وتظهر أهمية التفرقة بين العمد وغير العمد في حالة انفصال الجنين حياً
حيث يرى بعض القائلين بعمدية الجناية والقصاص من الجانى⁽³⁾.

(¹) حاشية ابن عابدين ، مرجع سابق ، ج 5 ، ص 619 ، البحر الرائق ، ج 8 ، ص 389 ،
390 ، المغنى ، ج 9 ، ص 544 ، نهاية المحتاج ، ج 7 ، ص 363 .

(²) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج 7 ، ص 383 ، أسنى المطالب ، ج 4 ، ص 94
ط دار الكتاب الإسلامى .

(³) التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى ، للمرحوم عبد القادر عودة ، ج 2 ،
ص 298 .

وإذا أُلقت الجنين حياً ثم مات مكانه، ففيه دية حر كاملة إن كان ذكراً فمائة من الإبل وإن كان أنثى فخمسة من الإبل ولا تعرف حياة الجنين إلا برضاع أو استهلال أو نفس أو حركة لا تكون إلا حركة حي وإذا أُلقت فادعت حياته فالقول قول الجاني في أنها أُلقت ميتاً وعلى وارث الجنين البينة، فإن أقر الجاني على الجنين أنه خرج حياً وأنكرت عاقلته خروجه حياً وأقرت بخروجه ميتاً أو قامت بينة بخروجه، ولم يثبت له موتاً ولا حياة ضمننت العاقلة دية الجنين ميتاً، وضمن الجاني تمام نفس حية^(١).

أما في حالة انفصال الجنين ميتاً فلا فرق بين العمد وغير العمد في نوع العقوبة لأن العقوبة متفق عليها، وهي الغرة.

قال الشافعي رحمه الله: أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن - حَدَّثَنَا وَهْبُ بْنُ بَيَّانٍ، وَابْنُ السَّرْحِ، قَالَ حَدَّثَنَا ابْنُ وَهْبٍ، أَخْبَرَنِي يُونُسُ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَأَبِي، سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ أَقْتَلْتُ امْرَأَتَانِ مِنْ هَذِلٍ فَرَمْتُ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلْتَهَا فَاخْتَصَمُوا إِلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةً عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا وَوَرَثَتِهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ فَقَالَ حَمَلُ بْنُ مَالِكِ بْنِ النَّابِغَةِ الْهَذَلِيُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ أُغْرِمُ دِيَةَ مَنْ لَا

(١) الأم للشافعي، ج ٥، ص ١٠٨، الدر المختار ورد المحتار، ج ٥، ص ٣٧٧، الاختيار ج ٥، ص ٦٢، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، ج ٦، ص ٢٢٧ وما بعدها، التاج والإكليل، ج ٦، ص ٢٥٧، روضة الطالبين، ج ٩، ص ٣٦٧، المهذب، ج ٢، ص ١٩٧، ١٩٨، مغنى المحتاج، ج ٤، ص ١٠٤، المغنى ج ٧، ص ٨١١، الأشباه والنظائر، ص ٣٤٨، دار الكتب العلمية.

شَرِبَ وَلَا أَكَلَ وَلَا نَطَقَ وَلَا اسْتَهَلَ فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطَلُّ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ " . مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَعَ " (1).

أخبرنا الثقة يحيى بن حسان عن الليث بن سعد عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى فى جنين امرأة من بني لحيان سقط ميتاً 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 عصبته (2).

أخبرنا سفيان عن عمرو بن دينار عن طاووس عن عمر بن الخطاب - رضى الله تعالى عنه - قال " اذكر امرأة سمع من النبي فى الجنين شيئاً فقام حمل بن مالك بن النابغة فقال : كنت بين جارين لي فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فألقت جنيناً ميتاً ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه بغرة فقال عمر : " إن كدنا أن نقض فى مثل هذا بآرائنا " (3).

وَحَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، وَعَلِيُّ بْنُ مُحَمَّدٍ، قَالَا حَدَّثَنَا وَكِيعٌ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنِ الْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ، قَالَ اسْتَشَارَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ النَّاسَ فِي إِمْلَاصِ الْمَرْأَةِ يَعْنِي سِقْطَهَا فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ شَهِدْتُ رَسُولَ اللَّهِ

(1) أخرجه مسلم فى كتاب الديات ، رقم 65125 ، ج 6 ، ص 2532 ، أخرجه أبو داود ، رقم 4576 ، ج 4 ص 701 ، أخرجه ابن ماجه ، رقم 2641 ، ج 2 ، ص 882 ، كتاب الديات مرجع سابق.

(2) صحيح البخارى ، رقم 6511 ، ص 2532 ، ج 6 ، كتاب الديات مرجع سابق

(3) الأم للشافعي ، ج 5 ، ص 107 .

صلى الله عليه وسلم قَضَى فِيهِ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ . فَقَالَ عُمَرُ أَتَيْتِي بِمَنْ يَشْهَدُ
مَعَكَ . فَشَهِدَ مَعَهُ مُحَمَّدٌ بْنُ مَسْلَمَةَ (١) .

والغرة فى اللغة الخيار وسمى العبد والأمة غرة لأنهما من أنفس الأموال،
ويشترط الفقهاء فى العبد والأمة شروطاً خاصة لم نر داعياً لذكرها بعد أن
أبطل الرق فى العالم وبعد أن أجمع الفقهاء على تقدير الغرة بخمس من الإبل (٢)
ويرى ابن حزم الظاهري فى المحلى :

فصح أن من ضرب حاملاً فأسقط جنيناً فإن كان قبل الأربعة أشهر قبل
تمامها فلا كفارة فى ذلك لكن الغرة واجبة فقط لأن رسول الله حكم بذلك ولم
يقتل أحداً لكونه أسقطها جنيناً فقط ، وإذ لم يقتل أحداً لا خطأ ولا عمداً فلا
كفارة فى ذلك أو لا كفارة إلا فى قتل الخطأ ولا يقتل إلا نوره وهذا لم
ينفخ فيه الروح بعد وإن كان بعد تمام الأربعة أشهر وتيقنت حركته بلا شك
وشهد بذلك أربعة قوابل عدول فإن فيه غرة عبد أو أمة فقط لأنه جنين قتل
فهذه ديته والكفارة واجبة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، لأنه قتل مؤمناً
خطأ . وقد صح عن النبى أن الروح ينفخ فيه بعد مائة ليلة وعشرين ليلة وقد
ذكرناه قبل وهذا نص القرآن وقد وافقنا عليه عمر بن الخطاب رضى الله
عنه،... "فإن قال قائل" فما تقولون فيمن تعمدت قتل جنينها، وقد تجاوزت مائة
ليلة وعشرين ليلة بيقين فقتلته أو تعمد أجنبي قتلته فى بطنها فقتله فمن قولنا :
أن القود واجب فى ذلك ولا بد ولا غرة فى ذلك حينئذ إلا أن يعفى عنه فتجب

(١) صحيح البخارى رقم 6511 ص 2532 ج 6 كتاب الديات، سنن أبو داود كتاب السديات للإمام
الحافظ أبى داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي ، ج 4 ، ص 698 ، المغنى لابن قدامة ،
ج 9 ص 535 .

(٢) عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى ، ج 2 ، ص 299

الغرة . فقط ولا دية ولا كفارة في ذلك لأنه عمد وإنما وجب القود لأنه قاتل نفس مؤمنة عمداً فهو نفس بنفس وأهله بين خيارين إما القود وإما الدية أو المفاداة كما حكم رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فيمن قتل مؤمناً واتفق الفقهاء على أن قيمة الغرة في الحر المسلم هي نصف عشر دية الحر المسلم وقيمتها بالدراهم والدنانير قال الإمام مالك خمسون ديناراً أو ستمائة درهم وتجب الغرة في الجنين الحر المسلم ولو كانت أمه كافرة⁽¹⁾.

مسألة المرأة تتعمد إسقاط ولدها :

قال علي : عن الحجاج عن عبده الضبي أن امرأة كانت حبلى فذهبت تستدخل فألقت ولدها فقال إبراهيم النخعي : عليها عتق رقبة ولزوجها عليها غرة عید أو أمة . قال أبو محمد هذا أثر في غاية الصحة ، قال علي : إن كان لم ينفخ فيه الروح فالغرة عليها وإن كان قد نفخ فيه الروح فإن كانت لم تتعمد قتلة فالغرة أيضاً على عاقلتها والكفارة عليها ، وإن كانت عمدت قتله فالقود عليها أو المفاداة في مالها فإن كانت هي في كل ذلك قبل إلقاء الجنين ثم ألقته فالغرة واجبة في كل ذلك في الخطأ على عاقلة الجاني، هي كانت أو غيرها وكذلك في العمد قبل أن ينفخ فيه الروح وأما إن كان قد نفخ فيه الروح فالقود

(¹) المحلى لابن حزم الظاهري ، ج 11 ، ص 30 ، 31 ، المبسوط للسرخسي ، ج 26 ، ص 90 ، بدائع الصنائع للكاظمي ، ج 7 ، ص 325 ، بداية المجتهد لابن رشد ، ج 2 ، ص 416 ، المغنى لابن قدامة ، ج 9 ، ص 530 ، مغنى المحتاج للشريني ، ج 5 ، ص 371 ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، لأبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي الشهير بالحطاب ، ط دار الفكر ، لبنان - بيروت ، ط الثانية ، 1398 هـ ، ج 6 ، ص 257 ، كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني ، لأبي الحسن المالكي ، تحقيق / يوسف الشيخ محمد القباعي ، ط دار الفكر ، ببيروت 1412 هـ ، ج 2 ، ص 285 ، المغنى لابن قدامة ، ج 7 ، ص 536 .

على الجانى إن كان غيرها وأما إن كانت هى فلا قود ولا غرة ولا شيء لأنه
لا حكم على ميت وماله قد صار لغيره^(١).

(١) المحلى ، مرجع سابق ، ج ١١ ص 31 .

المبحث الثانى

أركان جريمة الإجهاض فى القانون الوضعى

أركان جريمة الإجهاض " أركان ثلاثة "

- 1 - وجود حمل .
- 2 - حصول الإسقاط (وهو الركن المادى) .
- 3 - القصد الجنائى .

أولاً : ينبغى ابتداء تعريف المراد بالإسقاط على وجه محدد لأنه فى هذا النطاق يثور بحث قيام أو انعدام المسؤولية الجنائية⁽¹⁾، وقد سبق لنا أن عرفنا الإسقاط

ثانياً : تقوم جريمة الإجهاض على ثلاثة أركان (محل الجريمة وجود الحمل - الركن المادى - الركن المعنوى)

أولاً - محل الجريمة - أو الركن المفترض - أو وجود حمل
بداية لا تقع هذه الجريمة إلا على امرأة حامل فقد استهدف المشرع تجريم الإسقاط حماية لحق الجنين فى الحياة فى المقام الأول ويستوى فى وقوع فعل الإسقاط أن تقوم به المرأة الحامل نفسها أو أن يقوم به غيرها و سواء كان ذلك برضاها أو بغير رضاها وسواء قام الجانى بفعل الإسقاط أو اقتصر نشاطه على مجرد أنه قد دل الحامل على الوسائل المؤدية إلى الإجهاض⁽²⁾.

(1) أ.د حسن صادق المرصفاوى، المرصفاوى، فى قانون العقوبات الخاص، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، الناشر : ط منشأة المعارف بالإسكندرية 1978، ص 603 .

(2) د/ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ط دار النهضة العربية الطبعة الثانية، ص 491 .

ويجب أن تكون مباشرة وسيلة الإسقاط على امرأة حبل في أى وقت من أوقات الحمل ، ولو كان ذلك قبل أن يتشكل الجنين أو يدب فيه النبض والحركة وكان يقال قديما أن الجنين لا يستحق الحماية قبل مضي مدة معينة أما الآن فهو يستحقها ولو كان بويضة ملقحة⁽¹⁾.

ولا أهمية للوسيلة التى يلجأ إليها الفاعل فى سبيل تحقيق غرضه وكتب الطب الشرعي زاخرة ببيان وسائل الإسقاط الجنائى ، وهى تتحصر فى أنواع ثلاثة أولها وسائل العنف الذى يقع على الجسم وثانيها استعمال العقاقير وآخرها استعمال العنف الموضعي الذى يقع على أعضاء التناسل⁽²⁾.

ومحل الاعتداء فى الإجهاض هو الحمل ويطلق الحمل على حالة المرأة الحامل ولكنه له دلالة أخرى هى المقصودة وسائرهما ثانوي . ولا نعتقد أن الشارع قد أراد بنصوص الإجهاض حماية سلامة جسم الحامل وذلك على الرغم من أن فعل الإجهاض يغلب أن يمسها فقد كفل لهذا الحق حماية شاملة بالنصوص التى تعاقب على الجرح والضرب وإعطاء المواد الضارة⁽³⁾.

(¹) د/ رعوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ط 8 ، 1985 ، ص 228 حكم محكمة النقض ، 27 ديسمبر 1970 ، مجموعة أحكام النقض ، س 21 ، رقم 302 ، ص 250
(²) د/ حسن صادق المرصفاوى: المرصفاوى فى قانون العقوبات ، ص 604 ، د / محمد على البار ، مشكلة الإجهاض ، ص 60 د/ ماهر مهران ، رئيس قسم أمراض النساء والولادة - كلية الطب - جامعة عين شمس ، (الإجهاض) ص 80 وما بعدها ، مطابع إقرأ ، ص.ب : 5251 / 13 بيروت - لبنان .

د / أحمد عمارة ، أستاذ أمراض النساء والتوليد ، فى صحة المرأة ، ص 79 ، مطبعة مصر بالقاهرة .

(³) أ.د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص بجرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 300 ، 301 .

كما تقتض جريمة الإجهاض وجود حمل حتى يمكن طرده وإخراجه بفعل الإسقاط فإذا لم تكن الأنثى حاملا فإن هذه الجريمة لا تتحقق حتى ولا فى صورة الشروع وذلك لنص المادة 264 عقوبات على أنه لا عقاب على الشروع فى الإسقاط ولأن انعدام الحمل يعد من قبيل الاستحالة القانونية التى تمنع من وجود الشروع فى الجريمة وفقا للرأى الراجح ومن البديهي أنه إذا كان انعدام الحمل يمنع من وجود جريمة الإجهاض إلا أنه متى كانت الوسائل التى بوشرت مما يمس بسلامة الجسم أو الصحة كالضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء أو إعطاء المواد الضارة فإن الفعل حينئذ يعد جريمة⁽¹⁾.

ووجود الحمل شرط مفترض :

ويعتبره البعض ركنا فى الجريمة والحقيقة أن اشتراط وجود حمل هو شئ يفترض إذ لا يتصور وقوع جريمة الإسقاط على امرأة غير حامل .حيث أن صاحب الحق المعتدى عليه غير موجود وموضوع الاعتداء ينتفى وكما اشترط المشرع شرطا مفترضا فى جرائم الاعتداء على المصلحة العامة هى صفة الموظف العام .كذلك يشترط وجود حمل لوقوع الجريمة فإذا كانت المرأة غير حامل لا تقع جريمة الإسقاط حتى فى صورة الشروع⁽²⁾.

لذلك نصت المادة 264 ع على أنه لا عقاب على الشروع فى الإسقاط .. فانعدام الحمل يعد من الاستحالة القانونية التى تمنع من وجود الشروع فى الجريمة غير أنه إذا اعتدى على سيدة غير حامل لمحاولة إسقاط حملها الذى اعتقد خطأ بوجوده - فإن الاعتداء فى هذه الحالة يكيف على أنه ليس إسقاطا

(1) د/ عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ط السابعة 1977 ، ص 665 .

(2) د / هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 179 ، 180 .

بل اعتداء على سلامة الجسم وفقا لنص المواد 20 إلى 243 ع ، والحمل هو البويضة التي تم تلقيحها بالحيوان المنوى أيا كانت طريقة التلقيح طبيعية أو صناعية وتبدأ الحياة منذ لحظة التلقيح إلى البدء في عملية الولادة⁽¹⁾.

والركن المفترض يشترط فيه أن يكون موضوع النشاط الإجرامي امرأة وأن تكون هذه المرأة حاملا على أنه ليس المجنى عليه في الجريمة هو المرأة وإنما هو الحمل الكائن في المرأة حقيقة أن هذا الحمل ليس إنسانا لأنه لم ير بعد نور الحياة ولكنه ليس في الوقت ذاته مجرد شطر من بطن المرأة أو مجرد مقدمة لحياة وإنما هو حياة حقيقية بدليل أن له نموا طبيعيا خاصا به، وبدليل أن له حركة وقلبا نابضا يظهران ولو بعد نشأته ببعض الوقت هذا الكيان الذي يبدأ منذ تلقيح البويضة ويستمر إلى حين الولادة وهو الذي أراد القانون أن يحميه⁽²⁾.

ويؤكد المشرع المصري على وجوب وجود حمل حتى نكون بصدد جريمة إجهاض إذ ينص في المادة 260 من قانون العقوبات على أن كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بإعطائها أدوية وواضح أن المشرع في المادتين يصف المرأة بأنها حبلى ولا يذكر لفظ المرأة مجردا دون أن يصفه بهذه الصفة وهذا يعنى أن الجريمة المشار إليها في المادة 260 عقوبات ، والمشار إليها في المادة 261 عقوبات لا تقع إلا على امرأة حبلى⁽³⁾.

(1) د / هدى حامد قشقوش ، المرجع السابق ، ص 180 ، 181 .

(2) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 368 .

(3) د/ حسن محمد ربيع ، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي (دراسة مقارنة) ، ص 27 .

ثانيا : الركن الثانى

حصول الإسقاط فى القانون الوضعى

بدأ دى بدء لقد تبين من نصوص المواد من 260 إلى 264 منه أنه حتى تقع جريمة الإسقاط يشترط توافر ركن مادى وهو الفعل المؤدى إلى الإسقاط . ويشترط لتمام جريمة الإسقاط انفصال الجنين عن الرحم وخروجه منه ، ولذا إن اقتصر الأمر على مجرد محاولة إنزال الجنين دون أن تتحقق هذه النتيجة عد الأمر شروعا وفى الحالة التى يفصل فيها الجنين ويبقى حيا كما إذا كان الإسقاط بعد سبعة شهور من الحمل يعتبر الفعل مجرد شروع .. فإذا خرج الجنين من الرحم حيا وتخلص الفاعل منه بعد ذلك عد فعله قتلًا⁽¹⁾ . وحتى تتحقق الجريمة لا بد من السلوك الذى يحدث النتيجة . وهو السلوك الذى ينتج عنه الموت فيجب أن يأتى الجانى عملاً فى سبيل الوصول إلى النتيجة التى يجرمها القانون وهى إزهاق الروح والأفعال التى من شأنها إحداث الموت فلا أهمية إذن لنوع أو طبيعة الوسيلة المستعملة فى القتل⁽²⁾ ، ويستوى فى هذا المقام أن تكون الوسيلة المستعملة صالحة بطبيعتها لإحداث النتيجة أو تكون غير صالحة لذلك إلا فى نظر الجانى⁽³⁾ .

(¹) د/ حسن صادق المرصفاوى .. المرصفاوى فى قانون العقوبات ، ص 604 ، 605 .

(²) الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، المسئولية الجنائية الناشئة عن نقل عدوى الإيدز فى الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، دراسة مقارنة ، 1424 هـ - 2003 م ، ص 56 .

(³) الأستاذ الدكتور / سامح جاد ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ص 6 ، 7 .

نصت المادة 264 ع على أنه لا عقاب على الشروع فى الإسقاط .

ويترتب على ذلك وجوب القول بأن تحقق الإسقاط بالفعل ركن فيه فإذا لم يطرد الجنين قبل ميعاده حيا أو ميتا فلا جريمة حتى ولو كان الشروع فى صورة جريمة خائبة ، استنفذ فيها الجانى كل نشاطه الإجرامى فحصل بالفعل تناول العقاقير واستعمال الوسائل المسقطة والحكمة التى توخاها القانون فى ذلك هى تشجيع العدول الاختياري وفتح باب التراجع حتى لحظة إتمام الجريمة⁽¹⁾.

ولكن متى تعتبر المرأة حاملا؟ أى كيف يتحدد وقت الحمل الذى يعد الفعل من بعده إسقاطا؟ تبدأ حياة الجنين بالإخصاب أى تلقح الحيوان المنوى لبويضة المرأة فبمجرد اندماج الخليتين المذكورة والمؤنثة يتكون الجنين ويستحق الحماية وفى عبارة أخرى الجنين هو البويضة الملقحة وتنتهى حياة الجنين لتحل محلها (الحياة العادية) و حين تبدأ عملية الولادة حين تحس الأم بالآلام التى تنشأ عن تقلص عضلات الرحم وهو التقلص الذى يبتغى القذف بالجنين إلى العالم الخارجى وينحصر مجال الإجهاض فى الفترة بين الإخصاب وبداية الولادة فلا إجهاض قبل الإخصاب ولا إجهاض بعد عملية الولادة⁽²⁾.

وفعل الإسقاط هو فعل يؤدى إلى إخراج الجنين من بطن الحامل قبل الأوان أيا كانت الوسيلة المستخدمة فى الإسقاط فلا فارق بين وسيلة وأخرى سواء حدث الإجهاض بوسيلة صناعية متمثلة فى إعطاء عقاقير لإحداثه أو وسيلة صناعية متمثلة فى الإيذاء والضرب مثلا أو حتى الرياضة العنيفة أو القفز العنيف⁽³⁾.

(1) د/ رعوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ص 229 .

(2) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 302 .

(3) د/ هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 183 .

ومادامت الوسيلة فى طرد متحصل الحمل قبل أوانه صناعية فلا يلزم بعد ذلك أن تكون من نوع معين فيصح أن يلجأ الجانى إلى استخدام الأدوية الطبية فى شراب أو طعام أو بالحقن أو باستعمال آلة ميكانيكية^(١).

وبناءً على ذلك ..

يتخذ هذا الركن صوراً ثلاثة : الصورة الأولى .. يكون الفعل فيها جنائياً وهى الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء الواقع على المرأة بغير رضاها م 260 ع ، ويكون الاجهاض جنائياً اذا كان الفاعل طبيب أو جراح أو صيدلى أو قابلة م 23 ع وتعتبر المرأة الحامل التى تذهب الى الاجهاض شريكة فى الجنائية لأن محل الحماية هو الجنين نفسه وحكمة ذلك التشديد أن هؤلاء يلجأون الى الاجهاض نظير البالغ التى يحصلون عليها فضلاً عن الوسائل التى تؤدى الى الاجهاض لذا قرر المشرع معاملتهم نقيض مقصودهم بيد انه يجب أن يراعى أن الحامل لو كانت طبيبة أو صيدلية أو قابلة وبأشرت على نفسها الاجهاض ففعلها جنحة وليست جنائية والصورة الثانية يكون الفعل فيها جنحة وهى إعطاء أدوية للمرأة أو استعمال وسائل أخرى منها غير الضرب أو الدواء برضاها أو بغير رضاها فإذا كانت الوسيلة ضرباً فإن استخدامها لا بد فى

هذه الصورة أن يكون برضا المرأة وإلا كان الفعل جنائياً على ما رأينا فى الصورة السابقة م 261 ع ، والصورة الثالثة يكون فيها الفعل جنحة كذلك ويقع من المرأة ذاتها على نفسها وهى كما يقرر نص المادة م 262 ع ، أن ترضى المرأة بتعاطى الأدوية أو ترضى باستعمال الوسائل الأخرى المجهضة مع

(١) د/ عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ص 666 .

علمها بالأثر المجهض لهذه الأدوية والوسائل أو تمكن غيرها من استعمالها منها⁽¹⁾.

وإذا كان الإجهاض يتطلب وجود حمل على النحو الآنف البيان .
وقد تكفل الطب بإثبات الأطوار التي يمر بها الجنين ، وذكر القرآن الكريم الأطوار التي يمر بها الجنين في قوله تعالى - في سورة المؤمنون - " وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا * ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ " (2).

وجه الدلالة من الآية :

يتضح بأجلي بيان أن أول أطوار الحمل هي النطفة وأن تلك النطفة وبحسب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي وما انتهى إليه الطب الحديث عبارة عن امتزاج ماء الرجل وماء المرأة وهذا يعني أن بداية الحمل تكون باتحاد عنصرى التوليد فى الذكر والأنثى أى الحيوان المنوى والبويضة وذلك الاتحاد يسمى فى بدايته بالنطفة⁽³⁾.

وليس أدل على ذلك من قوله تعالى فى سورة الطارق " فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ " (4).

(1) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ص 369 ، المستشار / حندى عبد الملك ، ج 1 ط 1948 ، ص 668 ، د / محمود نجيب حسنى ، قانون العقوبات الخاص ، ص 520 ، د / محمود محمود مصطفى / قانون العقوبات الخاص ، رقم 263 ، ص 296 .

(2) سورة المؤمنون الآيات 11 ، 12 ، 13 .

(3) حسن محمد ربيع ، الإجهاض فى نظر المشرع الجنائي ، ص 92 .

(4) سورة الطارق ، الآيات 4 ، 5 ، 6 .

وإذا كان الحمل مما تبين يبدأ مع التلقيح أى تلقيح الحيوان المنوى لبويضة المرأة وأنه بمجرد اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين وتعد المرأة حاملا ومن ثم يكون كل تدمير أو إخراج لهذا الحمل قبل موعد ولادته الطبيعية مكونا لفعل الإجهاض فى الحكم إذا تم إتلاف البويضة الملقحة صناعيا " طفل الأنابيب " وهى داخل الأنبوبة وهل يعتبر ذلك إجهاضا ؟

أولا : بالنظر إلى الوضع الحالي لنصوص جريمة الإجهاض نلاحظ أنه لا يكون محلا لها سوى الحمل المستكن فى رحم المرأة ويبنى على ذلك أن إتلاف البويضة الملقحة وهى داخل الأنبوبة أى قبل زرعها فى رحم الأم لا يعد إجهاضا لأن فعل الإتلاف هذا لم يؤد إلى هلاك الجنين داخل الرحم أو إخراجه منه قبل الموعد الطبيعى لولادته⁽¹⁾، ويقول البعض :إننا نرى كما يرى جانب من الفقه أن الاعتداء الذي يقع على جنين الأنابيب بإعدامه أو إتلافه قبل نقله إلى داخل الرحم لا يشكل جريمة إجهاض وفقا لنصوص قانون العقوبات القائمة حاليا...ويعد ذلك قصورا واضحا في الحماية الجنائية لهذا الجنين يجب تداركه ولذلك فإننا نهيب بالمشرع أن يتدخل ويضع نصوصا صريحة وواضحة تجرم كل فعل يشكل اعتداء على هذا الجنين الذي ينشأ خارج الرحم وذلك حفاظا على حقه في الحياة وحتى لايفلت أى مجرم من تحت طائلة العقاب .. وقد أقرت هذا النوع من العلاج كل من دار الإفتاء المصرية بتاريخ 23 مارس 1980م ومجمع الفقه الاسلامى بمكة المكرمة 1984م، الا انه قد اشترط ألا يتم ذلك إلا بلاقاح الزوجين وموافقتهما ولا تنتقل البويضات الملقحة الناتجة من تلقيح بيضة الزوجة بمنى زوجها إلا إلى رحم الزوجة ذاتها صاحبة البويضة

(1) د/ حسن محمد ربيع : الإجهاض في نظر المشرع الجنائي .، (دراسة مقارنة) ص 42 .

وإثناء سريان عقد الزواج وفي حياة الزوج وليس بعد وفاته. وذلك من أجل منع خلط الأنساب⁽¹⁾.

النتيجة الإجرامية لهذا السلوك

حتى نكون بصدد جريمة إجهاض لهذا السلوك .. لابد أن يترتب على هذا السلوك الإجرامى نتيجة معينة وتتمثل النتيجة الإجرامية فى إنهاء حالة الحمل قبل الأوان .

والنتيجة المترتبة على السلوك الإجرامى هى الوفاة وإزهاق روح المجنى عليه فمتى توفرت هذه النتيجة كان الجانى مسئولاً عنها متى توافرت علاقة السببية بين النشاط الإجرامى والنتيجة ولا يهم بعد ذلك أن تكون النتيجة قد تحققت فور مباشرة الجانى لنشاطه الإجرامى أم تراخت فترة من الزمن ما دامت علاقة السببية قائمة بين النشاط الإجرامى والنتيجة وتوافر القصد الجنائى لدى الجانى⁽²⁾.

وعلى ذلك فإن النتيجة الإجرامية فى الإجهاض قد تتخذ إحدى الصور الآتية:
الصورة الأولى : تأخذ صورة انفصال الجنين عن رحم الأم وخروجه منها ميتاً قبل الموعد الطبيعى لولادته نتيجة لأفعال الاعتداء الواقعة عليه من الجانى والذى كان يقصد إجهاض الحمل، الصورة الثانية : وهى التى يتم فيها موت الجنين فى الرحم دون خروجه منه وتتحقق هذه الصورة عندما يتم تدمير الموطن الطبيعى للجنين والقضاء على ظروف البقاء والعيش فيه لمواصلة النمو

(1) د / عبد العزيز محمد محسن: الحماية الجنائية للجنين ، ص 42، 41

(2) الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، المسئولية الجنائية الناشئة عن نقل عدوى الإيدز فى الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، دراسة مقارنة ، 1424 هـ - 2003 م ، ص 57 .

والتطور الطبيعي للجنين، الصورة الثالثة : وهى التى يتم فيها انفصال الجنين عن الرحم. وخروجه منه حيا وقابلا للحياة نتيجة لأفعال الجانى التى قصد منها إنهاء حالة الحمل ووفقا للراجح من الآراء تعتبر جريمة الإجهاض قائمة حتى ولو نزل الجنين حيا وقابلا للحياة ولكن كان نزوله غير طبيعى⁽¹⁾.

وقد عرضت محكمة النقض للصورة الثانية وأن الإسقاط هو تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان وتتوافر أركان الجريمة ولو ظل الحمل فى رحم الحامل بسبب وفاتها وليس فى استعمال القانون لفظ الإسقاط ما يفيد أن خروج الحمل من الرحم ركن من أركان الجريمة ولا ينبغي قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الأوان ، ولو ظل الحمل فى الرحم بسبب وفاة الحامل⁽²⁾.

غير أنه يلزم لتحقيق الركن المادى فى جريمة الإسقاط جنائية كانت أو جنحة أن يترتب على الفعل المادى لهذه الجريمة فى أي صورة من صوره المنصوص عليها موت الحمل سواء داخل رحم المرأة أو بعد انفصاله من الرحم فإذا انفصل الحمل من الرحم بفعل الإجهاض وبقي حيا بعد هذا الانفصال فلا تتحقق جريمة الإسقاط وإنما يعد الفعل تعجيلا للولادة ويجعل من فعله شروعا فى إسقاط لا إسقاطا والشروع كما رأينا غير معاقب عليه فى القانون المصرى⁽³⁾. ولكن يشكل جريمة ضرب أو جرح للام.

فالإجهاض إذن من الجرائم المادية وبالتالي فإنه يقوم على نشاط يتمثل فى أعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى نتيجة معينة لا وجود للجريمة بدونها وهى

(1) د/ حسن محمد ربيع ، الإجهاض فى نظر المشرع الجنائي (دراسة مقارنة) ، ص 57 ، 58

(2) نقض 27 ديسمبر 1970 مجموعة أحكام النقض س 21 ق 302 ص 1250 . نقض 1976 مجموعة أحكام النقض س 17 ق 132 ص 0596 .

(3) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ص 370 .

طرد متحصل الحمل قبل أوان ولادته الطبيعية سواء خرج ميتا أو كان حيا ، ولكنه غير قابل للحياة ، والواقع أن الوسيلة الصناعية فى إحداث النتيجة تعد العنصر المميز للإجهاض الجنائى عن الولادة قبل الأوان⁽¹⁾.

ويشترط الركن المادى وجود سلوك الإسقاط و نتيجة مترتبة عليه وهى وفاة الجنين⁽²⁾ وعلاقة سببية .

والنتيجة الإجرامية فى الإجهاض هى :

موت الجنين أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعى لولادته و تتخذ النتيجة الإجرامية فى الإجهاض إحدى صورتين — موت الجنين فى الرحم .. إذا يتحقق بذلك الاعتداء على حقه فى الحياة — أما الصورة الثانية فهى خروج الجنين من الرحم قبل الموعد الطبيعى لولادته وتتحقق هذه الصورة و لو خرج الجنين حيا وقابلا للحياة أو يتحقق بذلك الاعتداء على حق الجنين فى النمو الطبيعى والولادة الطبيعية ويندر أن يعيش طويلا بعدم اكتمال نموه و يجعله غير معد لمواجهة الحياة فى الخارج ، والإجهاض فى الصورة الأولى جريمة ضرر وفى الثانية جريمة خطر⁽³⁾.

ويشترط لتمام جريمة الإسقاط انفصال الجنين عن الرحم وخروجه منه ولذا إن اقتصر الأمر على مجرد محاولة إنزال الجنين دون أن تتحقق هذه النتيجة عد الأمر شروعا⁽⁴⁾.

(1) د/ عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ص 666 .

(2) د/ هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 183 .

(3) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 312 .

(4) د/ حسن صادق المرصفاوى ، المرصفاوى فى قانون العقوبات ، ص 604 .

فإذا لم يطرد الجنين قبل مياده حيا أو ميتا فلا جريمة ولكن يعد جريمة ضرب. أوجرح للمرأة الحامل حسب النتيجة التى أل إليها حال الحامل حتى ولو كان الشروع فى صورة جريمة خائبة استنفد فيها الجانى كل نشاطه الإجرامى⁽¹⁾.

ويتمثل عنصر النتيجة فى جريمة الإجهاض فى إنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعى للولادة يستوى أن يتحقق ذلك فى صورة خروج الجنين من الرحم ولو ظل بعد ذلك حيا أو فى صورة موت الجنين فى الرحم⁽²⁾. وأخيرا فإنه يتعين ملاحظة أن الأفعال التى يمكن أن تعد شروعا فى الإجهاض والتى تقلت من العقاب بوصفها كذلك قد تكون جرائم أخرى معاقب عليها ويكون العقاب بحسب جسامه النتيجة طبقا للمواد 240 - 242 عقوبات أو قد تكون جنائية ضرب أفضى الى موت الام (م 226 ع)⁽³⁾.

علاقة السببية

من المعلوم أنه لا يكفى لقيام الركن المادى فى الجريمة توافر السلوك الإجرامى والنتيجة المعاقب عليها بل يلزم بالإضافة إلى ذلك أن توجد علاقة سببية بين السلوك والنتيجة أى أن يكون هذا السلوك هو السبب الذى أدى إلى حدوث النتيجة الإجرامية فيرتبط السلوك بالنتيجة ارتباط السبب بالمسبب.

(1) د/ رعوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، ص 229.

(2) د/ فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ص 494، نقض 27 ديسمبر

1970، مجموعة أحكام النقض، س 21، رقم 302، ص 1250.

(3) د/ حسن محمد ربيع، الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى، ص 62.

إن علاقة السببية في المواد الجنائية مادية تبدأ بالفعل الذي اقترفه الجاني وترتبط بالناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتيجة المألوفة لفعله مالم تتدخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع علاقة السببية بين فعله ونتيجته⁽¹⁾. ومن المقرر أن علاقة السببية في المواد الجنائية مسألة موضوعية بحثة ينفرد بها قاضي الموضوع بتقديرها ومتى فعل فيها إثباتاً أو نفيّاً فلا رقابة لمحكمة النقض عليه مادام قد أقام قضاءه في ذلك على أسباب تؤدي إلى ما انتهى إليه⁽²⁾، وخلو الحكم من بيان رابطة السببية بين الفعل والنتيجة على الرغم من أن هذا البيان جوهري ولازم للقول بتوافر أركان الجريمة ، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور متعيناً نقضه ويعد الدفع بانتفاء رابطة السببية دفعاً جوهرياً يجب في حالة رفضه أن ترد عليه المحكمة بما يفنده وإلا كان حكمها قاصراً⁽³⁾.

(¹) نقض 7 فبراير 1980 ، مجموعة أحكام النقض ، س 31 ، ق 41 ، ص 200 . نقض 27 يناير 1959 ، مجموعة أحكام النقض ، س 10 ، ق 23 ، ص 91 ، نقض 26 مارس 1979 ، مجموعة أحكام النقض ، س 30 ق 97 ، ص 0381 ، نقض 29 أبريل 1968 ، مجموعة أحكام النقض ، س 19 ، ق 97 ، ص 507 .

(²) نقض 7/3/1985 م مجموعة أحكام النقض طعن رقم 89 لسنة 55 ق ص 343 - نقض 16 فبراير 1973 ، مجموعة أحكام النقض ، س 24 ، ق 220 ، ص 01073 ، د / محمود مصطفى ، المرجع السابق ، رقم 306 ، ص 323 ، د / محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، رقم 696 ، ص 512 ، د / عمر السعيد رمضان ، المرجع السابق ، رقم 306 ، ص 324 ، د / فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، رقم 558 ، ص 496

(³) نقض 22 مايو 1977 ، مجموعة أحكام النقض ، س 28 ق 134 ص 639 ، نقض 4 ديسمبر 1980 ، مجموعة أحكام النقض ، س 31 ق 205 ص 1065 .

فإذا انتفت علاقة السببية فلا يسأل الفاعل عن جريمة تامة وإنما تقتصر مسؤوليته على الشروع إذا كانت جريمته عمديه ولا تلحقه مسؤولية على الإطلاق في الجرائم غير العمدية حيث أنه لا شروع فيها⁽¹⁾.

اللهم الا بالنسبة للمرأة فتكون جريمة ضرب أو جرح .

فرابطة السببية : يجب لقيام مسؤولية الجاني عن الإجهاض أن تتوافر رابطة السببية بين فعل الإسقاط وانتهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي وتخضع تحديد هذه الرابطة للقواعد التي سبق تحديدها فيما يتعلق بجرائم القتل والضرب والجرح ، والفصل في توافر أو عدم توافر السببية من شأن قاضي الموضوع ، وهو يستفيد في ذلك بآراء أهل الخبرة وتطبيقاً لذلك فإنه إذا انتفت رابطة السببية بين الفعل والنتيجة فإن الفعل لا يكون إلا شروعاً ومن أمثلة انتفاء رابطة السببية أن يرتكب شخص فعل الإسقاط بنية الإجهاض فلا تحدث النتيجة بتأثير هذا الفعل ومع ذلك تجهض الحامل لإصابتها في حريق أو في حادث سيارة⁽²⁾.

وينبغي أن تقوم رابطة السببية بين أفعال الإسقاط وحصوله بالفعل⁽³⁾.

كما ينبغي لتوافر الركن المادي في جريمة الإسقاط أن تتوافر علاقة السببية بين النشاط الذي باشره الفاعل والنتيجة التي تحققت في حالة الجريمة التامة فإذا ثبت من واقع الدعوى أن الوسائل التي استخدمها الفاعل لم تؤد إلى

(1) د/ حسن محمد ربيع ، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، ص 63 ، محمود نجيب حسنى المرجع السابق ، رقم 696 ، ص 512 ، د / فوزية عبد الستار ، المرجع السابق ، رقم 558 ، ص 496 .

(2) د / فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ص 496 .

(3) د / رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ص 299 .

الإسقاط وتم نزول الجنين بعد ذلك بسبب آخر وقف الفعل عند الشروع وهو لا عقاب عليه ، وتتحقق الجريمة الموقوفة إذا لم يبذل الفاعل كل الوسائل التي أَعدها للجريمة بأن تدخلت أسباب خارجية أو إرادة أخرى حالت دون ذلك كمقاومة المرأة لمن يحاول إجهاضها أو منعها هي من إتمام الجريمة إذا حاولت إجهاض نفسها وتكون الجريمة خائبة إذا بذل الجاني من جانبه كل الوسائل ومع ذلك لم تتحقق النتيجة لأى سبب كان⁽¹⁾.

وخلو الحكم من بيان رابطة السببية بين الفعل والنتيجة على الرغم من أن هذا البيان جوهرى ولازم للقول بتوافر أركان الجريمة ، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور متعيناً نقضه ويعد الدفع بانتفاء رابطة السببية دفعاً جوهرياً يجب فى حالة رفضه أن ترد عليه المحكمة بما يفنده وإلا كان حكمها قاصراً⁽²⁾.

وقد تعددت الاتجاهات الفقهية التى تبحث موضوع علاقة السببية واختلفت الرأى فى تحديد معيارها إلى عدة نظريات إلا أن أكثر النظريات تأييداً من جانب الفقه هي نظرية السببية الملائمة ومؤداها : أن نشاط الجاني لا يعتبر سبباً لوقوع نتيجة إجرامية معينة إلا إذا تبين أن هذا النشاط صالح لإحداث تلك النتيجة وفقاً للمجرى العادى للأمور فيعد نشاط الجاني سبباً فى النتيجة ولو ساهمت معه فى إحداثها عوامل أخرى سابقة عليه أو متعاصرة معه أو لاحقة عليه مادامت هذه العوامل متوقعة ومألوفة، أما إذا تضافر مع نشاط الجاني فى إحداث النتيجة الإجرامية عامل شاذ غير متوقع ولا مألوف عادة فإنه يقطع رابطة السببية بين نشاط الجاني وبين النتيجة وتقف مسؤولية الجاني عند حد الشروع إذا توافر لديه القصد بينما يتحمل العامل الشاذ غير المألوف تبعاً

(1) د / حسن المرصفاوى ، المرصفاوى فى قانون العقوبات ، ص 607 .

(2) نقض 4 ديسمبر 1980 ، مجموعة أحكام النقض ، س 31 ، ق 205 ، ص 1065

النتيجة الإجرامية ويبدو أن الواقع من أحكام القضاء المصري قد استقر على الأخذ بهذه النظرية التي رجحها الفقه⁽¹⁾.

ثالثاً : الركن المعنوي في القانون الوضعي :

يقوم الركن المعنوي في جريمة الإجهاض على عنصرين أساسيين هما العلم والإرادة :

أولاً : عنصر العلم :

جرائم الإجهاض عمديه ولا يتصور حدوثها في صورة غير عمدية، فالقانون المصري لا يعرف الإجهاض أو الإسقاط خطأً، لذلك نصت مواد جرائم الإسقاط في م 260 ، 261 ع . أن من أسقط عمداً مما يؤكد وجود القصد الجنائي وهو هنا القصد الجنائي العام ، ولذلك لا يمكن العقاب على الإجهاض نتيجة إصابة خطأ من جانب الجاني وقعت على المجنى عليها الحامل، ولكن يشترط توافر العلم والإرادة وهما جوهر القصد في جانب من يقوم بفعل الإجهاض⁽²⁾.

ومقتضى ذلك أنه يجب أن يكون الجاني عالماً بأنه يباشر أفعاله أو وسائله على امرأة حبلى وأنها تؤدي إلى الإسقاط بالذات، يجب في هذه الجريمة توفر القصد الجنائي أي علم المسقط بأنه يرتكب هذه الجريمة بالذات، يجب وقوع فعل الإسقاط عمداً فإذا دفع المتهم المجنى عليها وهي حبلى فسقطت من منور أسفل الدار فتسبب عن ذلك إجهاضاً من غير أن يتعمد المتهم تلك النتيجة كانت الواقعة ضرباً⁽³⁾.

(1) د/ حسن محمد ربيع ، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي ، ص 65 .

(2) د/ هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 183 .

(3) د/ عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 666 ، 776 .

فلا تقوم الجريمة بضرب امرأة حامل ولو ترتب على الضرب إسقاطها إذا كان الضارب لا يعلم بالحمل اللهم الا اذا كان الحمل ظاهر ككبر حجم البطن للمرأكم لا تقوم إذا كان يعلم به ولكنه لم يقصد الإسقاط بالذات وعبء الاثبات يقع عليه وهي عملية صعبة بل تعد الواقعة حينئذ ضرباً عادياً ويعاقب عليها طبقاً لما قد يتخلف من إصابات ولا محل للاستناد هنا إلى نظرية القصد الاحتمالي⁽¹⁾.

وهذا القصد يستلزم أن يكون عالماً بنشاط الآخرين في حالة المساهمة وأن تتجه إرداته بالعمل الذي يأتيه فعلاً⁽²⁾.

ولا تقوم جريمة الإسقاط في قانون العقوبات المصري إلا إذا توافر لها ركن العمد، فلا وجود للإسقاط كجريمة ناشئة عن إهمال أو خطأ فهو لا يكون إلا جريمة عمدية .

وعلى ذلك لا يسأل من ارتكب أفعال الطيش والإهمال التي يتسبب عنها إسقاط امرأة حامل على أساس نصوص جريمة الإسقاط ، إذ لا يتوافر العمد الذي يتطلبه المشرع ، كذلك لا يمكن مساءلة الجاني عن جريمة إسقاط إذا ماتت المجنى عليها نتيجة لأفعال العنف أو لاستخدام مادة سامة أو ضارة على أثر هذه الأفعال مباشرة، مادام القصد الجنائي لم يكن متجهاً إلى إحداث

(1) د/ رعوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ص 230 ، مصطفى القللى، فى المسئولية الجنائية ، مكتبة عبدالله وهبة بالقاهرة ، 1944 ، ص 312 ، د / حسن أبو السعود ، قانونالعقوبات ، القسم الخاص ، ط 1950 ، رقم 274 ، ص329

(1) نقض 30 مايو 1950 ، مجموعة أحكام النقض ، س 1 ، ق ، ص 230.

(2) د / عبد المنعم عبد الرحيم العوضى ، محاضرات فى جرائم الاعتداء على الأشخاص ، دار الفكر العربى ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، الرقم العام 4577 ، ص 131 ، 132

الإسقاط⁽¹⁾ وإنما يعاقب على ضرب أفضى الى الوفاة أو قتل للمرأة حسب القصد الجنائي .

ويقوم القصد الجنائي على عنصرى العلم والإرادة، يجب أن يحيط علم الجاني وقت ارتكاب الفعل أركان الجريمة ونقيض ذلك أن يكون عالماً بأن فعله يقع على امرأة حامل ، فإن كان يجهل توافر حالة الحمل لا يسأل عن جريمة الإجهاض كذلك، و يجب أن يتوقع الجاني إنهاء حالة الحمل قبل مواعده الطبيعي كأثر لفعله، فإن كان لم يتوقع ذلك لا يسأل عن هذه النتيجة.

وينتفى القصد الجنائي و تبعاً تنتفى المسئولية عن جريمة الإسقاط إذا كان لا يعلم الجاني أن المرأة حامل وينشأ عن تصرفه إسقاطها كمن يضرب امرأة حبلى ويؤدى الضرب إلى إسقاطها وما كان لديه العلم بذلك.

كما يجب أن يتوافر هذا العلم لحظة الفعل، فإذا كان جاهلاً الحمل وقت الفعل ثم علم به بعد ارتكاب الفعل فلا يعد القصد متوافراً لديه ويجب أن يعلم المتهم أن من شأن فعله إحداث الإجهاض فمن أعطى حاملاً مادة يعتقد أنها لا تضر بالجنين أو يعتقد أنها تساعد على نموه أو حرضها على ممارسة رياضة عنيفة كركوب الخيل، دون أن يرد إلى خاطره أنها قد تحدث الإجهاض لا يسأل عنه إذا حدث ويتعين أن يتوقع وقت فعله حدوث النتيجة الإجرامية وهى موت الجنين أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته وتطبيقاً لذلك لا يتوافر القصد لدى من أعطى حاملاً مادة لتستعملها كدهان جلدي ولم يكن متوقعاً أنها سوف تتناولها بالفم ويترتب على ذلك إجهاضها⁽²⁾.

(¹) — د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، ص 97 .

(²) — د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 316 .

فإذ لم يكن يعلم ذلك يعد مسؤولاً عن إصابة خطأ لكون الإجهاض على الأقل يحدث جرحاً داخلياً⁽¹⁾.

وكما تحدثنا : أنه يتعين لمساءلته عن جريمة الإجهاض أن يتوافر هذا العلم لديه لحظة إتيانه لفعله الإجرامى⁽²⁾.

ثانياً : عنصر الإرادة :

لا بد من الإرادة ، فإذا انتفت الإرادة بأن يعلم فيها الجانى بأن المرأة حامل ولكنه لا يبغي بتصرفه إسقاطها ومع ذلك ينتهي الأمر بإسقاط حملها ففى هذه الحالة تقف مسؤولية الجانى عند الضرب فقط⁽³⁾.

فيجب أن تتصرف إرادة الفاعل إلى استخدام الوسيلة المجهضة مع العلم بصلاحياتها لإحداث الإجهاض وأن تتصرف إرادة الفاعل إلى إحداث وفاة الحامل ، فالقصد الجنائى إذن فى جريمة الإجهاض جنائية كانت أو جنحة هو اتجاه إرادة الفاعل إلى إحداث موت الحمل قبل أن يولد ولادة طبيعية⁽⁴⁾.

فيتعين أن تتجه إرادة المتهم إلى فعل الإسقاط وإلى قتل الجنين أو إخراجهم من الرحم قبل الموعد الطبيعى لولادته حتى يعد القصد المتطلب فى جرائم الإجهاض متوافراً لديه وتطبيقاً .

(1) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ص 371 .

(2) د/ حسن محمد ربيع ، الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى ، ص 86 .

(3) د/ حسن صادق المرصفاوى فى قانون العقوبات ، ص 608 .

(4) د/ رمسيس بهنام ، المرجع سابق ، ص 371 ، 372 .

لذلك فإن هذا في بدنها ولا تكون إرادته إلى إجهاضها، أو من يفض شجاراً
تشارك فيه امرأة حامل فتجهض كأثر لفعل عنف صدر عنه في سبيل فض هذا
الشجار⁽¹⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن المشرع يتطلب إلى جانب ذلك لوقوع
الإجهاض قصداً خاصاً ، فالقصد العام تقوم به جريمة الضرب، أما القصد
الخاص فهو اتجاه نية الجاني إلى نتيجة معينة بذاتها وهي طرد الجنين قبل
الميعاد .ولكن لا نؤيد هذا الرأي لأن معنى القصد الخاص لا يتحقق فيه هذه
الجريمة ، فالفارق المميز بين القصد العام والقصد الخاص أن الأول يقوم
بانصراف علم الجاني إلى أركان الجريمة واتجاه إرادته إلى الفعل والنتيجة
باتجاه علم الجاني وإرادته إلى عناصر أو وقائع أخرى خارجة عن نطاق
أركان الجريمة .والفرض في جريمة الإجهاض أن علم الجاني وإرادته قد اتجاها
إلى النتيجة التي هي عنصر من عناصر الركن المادي⁽²⁾.

إذا فالركن المعنوي لجريمة إجهاض المرأة الحامل نفسها المنصوص عليها
في المادة 262ع من قانون العقوبات على عنصرين :

أولاً: علم المرأة بكونها حامل وبأن الأدوية أو الوسيلة المستعملة تؤدي إلى
الإسقاط أو بأن الغير يقصد من استعمال الوسيلة المؤدية إلى الإسقاط .

(1) أ.د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 316 ، 317 .

(2) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، ص 498

ثانيا : اتجاه المرأة الحامل إلى فعل تعاطي الأدوية أو استعمال الوسيلة المؤدية إلى الإسقاط وإلى تمكين الغير من استعمال الوسيلة المؤدية إلى إسقاطها⁽¹⁾.

وأخيرا يلزم : أن يثبت أن الجاني قد ارتكب فعله عن إرادة فلا يرتكب جريمة من يقع بسبب قوة قاهرة على حامل، فيتسبب في إجهاضها ويلزم أن يثبت أن الجاني قد قصد إحداث الإجهاض فيسأل عن ضرب عمد من يقترب هذا الضرب على امرأة يعلم أنها حامل ولو أدى فعله إلى إجهاضها مادامت إرادته لم تتصرف إلى إحداث النتيجة التي حصلت وقد تكون هذه النتيجة محتملة ومع ذلك يحملها الجاني⁽²⁾.

ويذهب الرأي الراجح في الفقه المصري بحق إلى أن القصد المتطلب في تلك الجريمة هو قصد عام وليس خاصا حيث لا يهدف الجاني غاية أبعد من إخراج الجنين قبل موعد ولادته . ولا عبءة بالبواعث على الجريمة اللهم إلا إن كانت ثمة إياحة أو ضرورة تسلب عن الفعل وصف الجريمة أو تدرأ المسؤولية عن فاعله⁽³⁾.

(1) محمد عبد الحميد الأفقي ، ماجستير في القانون وباحث دكتوراه (الجرائم العائلية والحماية الجنائية للروابط الأسرية وفقاً لأحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا والصيغ القانونية) ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا ، الدراسات العليا ، ص 5 ، 6 .

(2) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ط جامعة القاهرة 1984 ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، الرقم العام 2113 ، الرقم الخاص 0622 / 345 ، ص 296 ، ود/ مصطفى القلبي - المسؤولية الجنائية - مكتبة عبدالله وهبة للقاهرة 1944 ص 312 ، د/ حسن أبو السعود - قانون العقوبات للقسم الخاص 1950 مرقم 274 ص 329 .

(3) د/ حسين إبراهيم صالح عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 156 ، 157 .

والقاعدة أن القصد الاحتمالي في المعنى الذي سبق تحديده وهو توقع النتيجة كأثر ممكن للفعل ثم قبولها يمثل صورة من صور القصد الجنائي ويتساوى مع القصد المباشر بإرادة النتيجة أما أن تتخذ صورة الرغبة في أحداثها كما فى القصد المباشر وصوره قبولها كما فى القصد الاحتمالي^(١).

(١) أ.د/ أحمد فتحي سرور ، الوسيط مرجع سابق ، رقم 360 ، ص 438 وما بعدها .

المبحث الثالث

موازنة بين أركان جريمة الإجهاض

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بالنظر فيما تقدم من الحديث عن بيان أركان الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى يتضح لنا سواء من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية أن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الأتى :

عند المقابلة بين أحكام تجريم الإجهاض فى الفقه الإسلامى وأحكامه فى القانون الوضعى يبدو لنا تساؤل مدى الاتفاق بينهما واتساع مدى الاختلاف فهما يتفقان من حيث عنصر الركن المادى ويختلفان فى أساس التجريم وسياسته وكذا سياسة العقاب على النحو التالى :

أولاً : من حيث الاتفاق :

نرى أن كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى يقيم الركن المادى لجريمة الإجهاض على ثلاثة عناصر هي :

- 1 - السلوك .
- 2 - النتيجة .
- 3 - علاقة السببية .

وفى هذا الخصوص يمكن القطع بتطابق الفكرين على وجه الجملة .

ألا ترى أن السلوك المكون للجريمة لا يشترط فيه أن يكون من نوع خاص ولا أن يصدر عن شخص معين سواء فى ذلك حكم الشريعة والقانون فكل الوسائل من حيث مبدأ التجريم سواء . والإجهاض معاقب عليه أياً كان مقترفه الزوج أو المرأة الحامل ذاتها أو الغير . وفيما يتعلق بالنتيجة فقد تنازعنا فى الفكرين نظريتان عولت أُولاهما على ضابط قطع الصلة بين الحمل والحامل ومن ثم حصرت النتيجة المتطلبية لمساءلة الجانى فى عملية انفصال الجنين عن

أمه، فيما عولت الثانية على ضابط حق الحمل فى النمو والولادة الطبيعية ومن ثم حددت النتيجة بإنهاء القضاء على الجنين أو إخراجة من الرحم وطرده وليس للحامل أن تعمل ما يضر بحملها.. فإن تعددت مع علمها بالحمل لزمها الضمان والإثم وإن لم تعلم فعليها الضمان ولا إثم عليها⁽¹⁾.

كما اتضح مما سبق أن إسقاط الحمل يعد جريمة أياً كان الفاعل حتى ولو كانت الأم الحامل نفسها تغليباً لحق الجنين فى الحياة وأياً كانت الوسيلة ومهما كانت البواعث على الإقدام على هذا الفعل وهذه الجريمة تكون متوفرة متى تم الإسقاط حتى ولو كان الجنين فى بداية تكوينه .وبداية تكوينه كما سبق من وقت التحام الحيوان المنوى بالبويضة وهذا متفق عليه فى القانون الوضعى والراجح فى الفقه الإسلامى⁽²⁾.

كما يصح أن يقع الفعل المكون للجناية من الأب أو الأم أو من غيرهما وأياً كان الجانى فهو مسئول عن جنايته ولا أثر لصفته على العقوبة المقررة للجريمة⁽³⁾.

من أوجه الاتفاق بينهما : أن الحماية للجنين لا تكون إلا للجنين الذى نشأ بطريقة طبيعية. وإن هذه الحماية لا تحمى سوى الجنين الذى نشأ بطريقة طبيعية فى داخل رحم أمه نتيجة للاتصال الجنسى المباشر بين الرجل والمرأة ، أما الجنين الذى ينشأ خارج رحم أمه عن طريق الإخصاب المعملـي طفل

(1) د/ محمد عبد الشافى إسماعيل ، الحماية الجنائية للحمل المستكن ط دار المنار للطباعة والنشر ، ص 122 ، شرح النيل وشفاء العليل ، ج 15 ، ص 152 .

(2) د/ عطا عبد العاطى السنباطى بنوك النطف والأجنة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، ط دار النهضة العربية ، ط الأولى 2001 ، ص 207 .

(3) الأستاذ / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى ، ج 2 ، ص 294 .

الأتابيب فإنه لا يتمتع بهذه الحماية إذا ما اعتدى عليه بعد إتمام عملية الإخصاب المعملی وقبل نقله إلى رحم الأم⁽¹⁾.

ثانياً : أوجه الاختلاف :

قصر القانون الوضعی المسألة على حالة الإجهاض العمدی .ومن ثم فإنه لا يعرف إجهاضاً يقع على وجه الخطأ وهذا وجه من أوجه القصور فى الحماية المقرر للحمل .وعكس ذلك تماماً في الفقه الإسلامی الذى يجعل وفقاً للرأي الراجح من أقوال فقهاءه المسؤولية مستوعبة للإجهاض أياً كانت صورة الركن المعنوی قصد جنائی أو خطأ غير عمدی الأمر الذى يوفر للحمل حماية فعالة ضد كل صنوف الاعتداء عليه أياً كانت طبيعتها⁽²⁾.

وبذلك لا نتصور مع كل ذلك أن يهرب الجانى ولا أن يفلت من العقوبة ولا يضيع دم المجنى عليه ولا أن يذهب هدرأ كما هو الحال فى نظر النظم القانونية الجنائية الوضعية .هذا مع ملاحظة أن الجانى لا يتصور الحكم عليه بالبراءة كلية فى ظل القوانين الجنائية فى الشريعة الإسلامية مع ثبوت القاعدة الشرعية "ادرعوا الحدود بالشبهات"⁽³⁾، لأنه يرتكب فى جميع الأحوال معصية تكون جريمة توجب عقوبة يحددها القاضى بما يناسب زجر الجانى، وسلطة القاضى واسعة فى ذلك لأنها سلطة تقديرية متروكة له شرعاً فى ظل القاعدة

(¹) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين فى الفقه الإسلامی 1418 هـ ، 1998 ، ط دار النهضة العربية 1998 ، ص 131 ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، الرقم العام 61986 .

(²) د/ محمد عبد الشافي إسماعيل ، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون، ص123

(³) عن عائشة قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود ما استطعتم عن المسلمين فإن وجنتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطيء فى العفو خيراً له من أن يخطيء فى العقوبة. سنن الدار قطنی .المجلد الثانى ج3 حديث رقم 3075 ص60 كتاب الحدود ط دار الفكر 1414 هـ 1994 م

الجنائية التقديرية فى الشريعة الإسلامية ، أما فى نظر القوانين الوضعية فإنه ما لم يثبت للقاضى أن الجريمة وقعت من الجانى وأن الأدلة التى أمامه تثبتها على الجانى ويقتنع بها 100 ٪ ، فإنه لا يحكم عليه بعقوبتها بمجرد الشك فى جزء منها لأن الشك يفسر لمصلحة المتهم⁽¹⁾.

فكل هذه الأمور تشكل أوجه قصور يجب تداركها فى هذه القوانين بصفة عامة وفى القانون الجنائى المصرى بصفة خاصة وحتى لا يفلت أى مجرم من العقاب .

ولا سبيل إلى ذلك إلا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والسير على منهجها الذى يتسم بالدقة والإحكام فى التشريع ، فالفقه الإسلامى فيه من السعة ما يكفى لحل جميع مشاكل الخلق وتحقيق مصالحهم وضمان حقوقهم .فهو الأفق الفسيح الذى لا يأتیه الباطل من بين يديه ولا من خلفه .ويعلم مما سبق أن هذه الشريعة التى يقول عنها بعض البعيدين عن المجال العلمى أنها لا تسائر روح العصر ، ما هى فى حقيقة الأمر إلا شريعة كاملة بالغة الغاية فى السمو والسعة⁽²⁾.

(1) د/ نصر فريد واصل ، مفتى الديار المصرية سابقاً ، الفقه الجنائى المقارن فى التشريع الإسلامى مكتبة الصفا ، 127 ميدان الأزهر القاهرة ، درب الأتراك خلف الجامع الأزهر ، ص 45 .

(2) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 132 .

الفصل الثالث

بيان حالات إباحة الإجهاض

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

تمهيد

قبل أن نعرض لمذاهب الفقهاء وحالات الإجهاض قبل نفخ الروح فيه وبعد نفخ الروح فيه ، أود أن أثبت هنا أن الإجهاض أو الإسقاط بمعنى قتل الجنين وإنزاله بأى وسيلة حرمة الشريعة الإسلامية تحريماً قاطعاً .

أولاً : لأنه اعتداء على نفس بريئة حرم الله قتلها إلا بالحق .

قال الله تعالى : " وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ " (1).

ثانياً : لأن فى إباحتها ترخيصاً بممارسة الزنا وتشجيعاً لإقامة العلاقات الجنسية بالطرق غير المشروعة والتي يكون من نتائجها وجود أطفال غير شرعيين يفتقرون إلى حنان الأم وصيانة الأب .

ثالثاً : لأن فى إباحتها منعاً للتناسل الذي تحت الشريعة الإسلامية على الإكثار منه فيذهب بسببه عدد غير قليل من أفراد البشرية يمكن لهم أن يؤدوا لأمتهم واجباً ويصنعوا لشعبهم صنيعاً كما يذهب بسببه عدد غير قليل من الأمهات ضحية الموت أثناء عملية الإجهاض كما يحدث بسببه مؤثرات مرضية لا يستهان بها أقلها الالتهابات المزمنة التى ربما تفقدها بمرور الزمن ومضاعفة الداء ثم إن الطب الحديث قد بين بما لا مجال معه للتأويل أن الإجهاض غير الضروري لإنقاذ حياة الأم له مؤثرات مهلكة تأتى على صحة

(1) سورة البقرة ، الآية : 228 .

المرأة وعلى جهازها العصبي . كما أن له أيضاً مؤثرات نفسية تؤدي بالإنسان إلى أن يفقد طمأنينة القلب ويصاب بالاضطراب النفسي والقلق العصبي والأرق الشديد وأن يختل توازنه العضلي كما أنه في الجانب الآخر يذهب بتلك اللذة الجنسية التي أودعتها الفطرة في مواطن التماسل عند الإنسان⁽¹⁾.

(1) موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل ، الزين يعقوب الزبير ، مبعوث الهيئة القضائية بالسودان لنيل درجة التخصص ، ط دار الجيل ببغروت ، ص 287 .

المبحث الأول

حالات إباحة الإجهاض

في الفقه الاسلامى وموانع المسئولية

أولاً : الإجهاض الطبيعى أو الإجهاض العفوى :

إن الإجهاض معفو عنه ولا معاقبة عليه طالما انه قد تم بغير قصد و بغير إرادة من المرأة سواء أكان السبب فيه خطأ ارتكبه أو حالة جسمية تعاني منها. ونرى أن الفقهاء - رضوان الله عليهم - قد أسقطوا هذه الحالة من قائمة أنواع الإجهاض الذي وردت فى كتبهم أخذاً بروح الشريعة الإسلامية التى لا ترتب أثراً على التصرفات التى تتم بدون قصد لها .

وما جاء فى السنة النبوية - " عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنِ الْأَسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَخْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ وَقَدْ قَالَ حَمَّادٌ أَيْضًا وَعَنِ الْمَغْثُوهِ حَتَّى يَعْقِلَ وفى رواية، رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" (1).

(1) أخرجه الحاكم فى المستدرک وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، ج 2 ، طرف الحديث 2801 ، ص 216 ، ط الأولى 1411 هـ ، ط دار الكتب العلمية ، وابن ماجه ، رقم 2045 من حديث ابن عباس ، رواه الطبرى بإسناد صحيح ، ورواه أحمد والنسائي بلفظ (رفع القلم عن ثلاثة النائم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبى حتى يكبر) .

وفى رواية ، " قال - صلى الله عليه وسلم - عن علي وعمر بن الخطاب ، قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم ⁽¹⁾ .

ومن أسباب هذا النوع من الإجهاض ما هو تافه كالإمساك أو أن تعتمد المرأة إلى حمل ثقيل فترفعه أو أن تتزلق على سطح أملس أو أن تضرب بطنها ضربة حقيقية.

ومن أسبابه أيضاً ما يكون لنقص فى الغذاء فالأم التى تنقصها التغذية والتى يكون غذاؤها غير كاف فإنها لا تستطيع فى الغالب حمل طفلها طوال المدة المحددة على الرغم من العوامل الطبيعية الناجحة التى تقدر فى العادة على استخلاص المواد الضرورية لحياة الطفل من جسم الأم ومن أسبابه أيضاً ما يتصل بوظائف الغدد الداخلية وهى ما يسمى بالغدد الصماء كذلك فإن مرض الزهري والذي غالباً ما يظهر فى الشهر الرابع فيؤدى إلى موت الجنين وحصول الإجهاض وكذلك مرض السيلان وأيضاً الأورام الليفية لا تمكن الجنين من النمو السليم وهى تسبب أيضاً الإجهاض والحالات العاطفية الشديدة تتسبب في حدوث الإجهاض كالرعب والغضب في أشكالهما الحادة ⁽²⁾ .

(1) أخرجه الحاكم فى المستدرک وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ، ج 2 ، ص 216 طرف حديث 2801 ، ط الأولى ، 1411 هـ ط دار الكتب العلمية ، سنن الدارقطنى للإمام الكبير على بن عمر الدارقطنى ، حديث رقم 3240 ، ص 90 ، المجلد الثانى ، ط دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، 1414 هـ - 1994 م ، سنن الدارقطنى ، 3204 ، ص 84 ، المجلد الثانى ، الجزء الثالث ، كتاب الحدود والديات .

(2) موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل رسالة أعدها الزين يعقوب الزبير مبعوث الهيئة القضائية بالسودان لنيل درجة الماجستير ط دار الجيل بيروت ، ص 288 ، 289 ، 290 ، ينظر الجنين المشوه والأمراض الوراثية ، د/ محمد على البار ، دار القلم بدمشق ، ط الأولى ، 1991 م .

ثانياً : الإجهاض الطبي :

وهذه الحالة هي التي يقوم بإجرائها طبيب متخصص ويكون الغرض منها المحافظة على حياة الأم من خطر أحقق بها بسبب الحمل.

وفى المتنقى سئل أبو بكر عن حامل أرادت أن تبقى العلقة لغلبة الدم، قال يسأل أهل الطب عن ذلك وإن قالوا يضر بالحمل لا تفعل وإن قالوا لا يضر تفعل وكذا الحجامة والفصد قال الفقيه :وسمعت ممن يعرف ذلك الأمر قال لا ينبغي لها أن تفعل ما لم يتحرك الولد فإذا تحرك فلا بأس بالحجامة ما لم تقرب الولادة فإذا قربت فلا يفعلوا أما الفصد فالامتناع في حال الحبل أفضل لأنه يخاف على الولد إلا إن يدخل الأم ضرر بين في تركه⁽¹⁾.

والإجهاض العلاجي الذي يجريه الطبيب الحاذق لإنقاذ حياة الأم من خطر يهدد حياتها إذا استمر الحمل يكاد أن يكون محل اتفاق من الجميع للضرورة التي تحيط به ولأن الإسلام بقواعده العامة قد رخص فى المعالجة وأباح التداوى والإجهاض العلاجي لا يعدو أن يكون نوعاً من المعالجة التي لا تمنع الشريعة الإسلامية فى إجرائها لإنقاذ حياة الأم والجنين فى الحالات الضرورية. فقد أخرج أبو داود فى رواية أسامة بن شريك قال : حَدَّثَنَا حَفْصُ بْنُ عُمَرَ النَّمَرِيُّ، حَدَّثَنَا شُعْبَةُ، عَنْ زِيَادِ بْنِ عِلَاقَةَ، عَنْ أُسَامَةَ بْنِ شَرِيكٍ، قَالَ أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَصْحَابُهُ كَأَنَّمَا عَلَى رُءُوسِهِمُ الطَّيْرُ فَسَكَمْتُ ثُمَّ

=مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً د محمد سعيد البوطى ينظر 87-88-89 ط دار الفارابى للمعارف .

(¹) تكملة البحر الرائق لشرح كنز الدقائق ، ص 158 ، مسألة تحديد النسل للبطوى ، ص 67 الإجهاض بين الطب والفقه والقانون ، د / محمد سيف الدين السباعى ، ط دار الكتب العربية بدمشق ط الأولى 1977م ، ص 13 ، مشكلة الإجهاض ، د / محمد على البار ، ص 54 ، ط الأولى ، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، 1993 م ، ص 28 ، 29 .

فَعَدَّتْ فَجَاءَ الْأَعْرَابُ مِنْ هَا هُنَا وَهَا هُنَا فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنْتَ دَاوَى فَقَالَ " تَدَاوُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ لَهُ دَوَاءً غَيْرَ دَاءٍ وَاحِدٍ الْهَرَمُ"⁽¹⁾ وفى رواية الموت فلو أن امرأة حامل اعترض الولد فى بطنها ولا يمكن استخراجه إلا بأن يُقطع ويخاف على الأم إن كان ميتا لا بأس به ، وامرأة عالجت فى إسقاط ولدها لا تأثم ما لم يستتب شئ من خلقه وفى حالة تيقن أو غلبة الظن أن استمرار الحمل قد يعقبه هزال أو نقص فى لياقتها الجنسية أو يضطرها إلى ولادة غير طبيعية كالتى يسمونها القيصرية⁽²⁾.

لكن هناك حقيقة ينبغى أن تأخذ فى الاعتبار وهى أن الإجهاض يشكل خطورة على صحة الأم فقد ثبت فى الحقل الطبى من خلال البحوث والتجارب أن للإجهاض مضاعفات وخطورة على صحة الأم وهذه المضاعفات : إما مبكرة مثل النزف والالتهابات وتهتك الرحم والأنسجة المجاورة أو لاحقة ويتسبب عنها العقم والولادة المبكرة واضطرابات فى الدورة الطمثية كما أن هناك مضاعفات أخرى قد تؤدى بالحياة مثل السدة التى تحدث بالأوعية الدموية⁽³⁾.

(1) أخرجه البخارى فى الطب ، رقم 5354 ، ج 5 ، ص 2152 ، أخرجه الحاكم فى المستدرک ، ج 4 ، ص 212 رقم 197 وابن ماجة فى الطب ، رقم 3466 ، ج 2 ، ص 1148 ، أخرجه الترمذى فى الطب ، رقم 458 ، ، ج 4 ، ص 710 ، وقال حسن صحيح ، أخرجه أبو داود فى الطب ، حدث رقم 3855 ، باب فىمن تطيب علم ، رواه النسائى ، ج 8 ، ص 53 ، وأحمد فى مسنده ، رقم 17726

(2) الاختيار لتعليل المختار ، للموصلى ، ج 4 ، ص 167 ، 168 ، د / محمد سعيد البوطى ، مسألى تحديد النسل وقاية وعلاجاً ، ص 87 ، 88 ، جريمة إجهاض الحوامل ، د/ مصطفى لبنة ، دار أولى النهى للطباعة والنشر والتوزيع ، 1996 ، ص 130

(3) رسالة ماجستير مقدمة من الدكتورة / سامية عبد الرزاق 1974 ، مستشفى الحسين الجامعى ، جامعة الأزهر .

وبما أن الإجهاض نوع من القتل وجريمة محرمة في نظر الشارع فيجب على الذين تضطروهم الظروف لممارسته مراعاة الالتزام بحدود الله ، فإن الطبيب الذى يمارس عملية الإجهاض قد فوضت إليه الشريعة الحكم على الناحية الصحية من منطلق خبرته العلمية والعملية ولكي يقوم بهذه المهمة لابد أن يكون مسلماً مؤمناً ثقة ، ملماً بتفاصيل الشريعة فى هذه المسائل حتى لا يقع فى الخطأ، والمرأة التى تجهض نفسها يجب أن تضع فى اعتبارها أن الإجهاض جريمة مهما كان الدافع لها وأن تتقَى الله فى هذا الجنين الضعيف التى أوصت به الشريعة وشرعت له من القوانين والتوجيهات ما يحفظه ويرعاه منذ أن يكون ماءً فى الرحم إلى أن يصير رجلاً مسئولاً⁽¹⁾.

ولابد أن نعلم :

أنه إذا أُلْمِتَ بالإنسان ضرورة دفعته للإجهاض فليس معنى هذا أن ينقلب الإجهاض حلالاً وإنما هى حالة اضطرار لإنقاذ حياة الأم ، فإذا اكتملت أشهر الحمل سقطت الرخصة وصارت نفس الجنين مساوية لنفس أمه فى الحرمة فإذا أصبحت الأم فى خطر فى الأيام المتوقعة لولادتها يمكن إجهاضها بدعوى إنقاذ حياتها، لأن حياة الجنين أصبحت مساوية لحياتها فى الحرمة ما لم يكن مهدر الدم لعارض ومن ثم فإن قصد المحافظة عليها لا ينهض دليلاً يبيح الجناية على حياة أخرى ، فالأطباء فى هذه الحالة أصبحوا محاصرين بين أمرين كل منهما واجب لذاته وهو الإنقاذ وحرام لغيره وهو استئثار هلاك الآخر وكلا الواجب والحرام فى مرتبة واحدة من الأهمية فليس أمامه

(1) د . أم كلثوم يحي مصطفى الخطيب لمحاضرة بكلية الآداب بالدمام للبنات قضية تحديد النسل فى الشريعة الإسلامية مط الدار السعودية للنشر والتوزيع ، ص 167 ، 168 . الاجهاض بين الحظر والاباحة فى الفقه الإسلامى د/شحاته عبد المطلب حسن احمد ينظر ص798

إلا التخيير وعند حالة التعارض هذه ترجح مصلحة الأم في العادة ليس لأن حياة الجنين أقل من حياتها ولكن لأنها هي الأصل ولأن الطفل بعد موت أمه يكون حياته معرضة للخطر وليس هذا حقيقة ثابتة فإذ اختار من بيدهم الأمر حياة الجنين دون حياة الأم فلهم ذلك⁽¹⁾.

ومعلوم بداهة أن الطبيب مطلوب إليه العمل على إنقاذ حياة الجنين بدرجة لا تقل عن المحافظة على حياة الأم. فإذا تعارض شران أو ضرران قصد الشارع دفع أشد الضررين وأعظم الشرين ولم يجد الطبيب أمامه إلا الاختيار⁽²⁾.

والقاعدة الشرعية تقول "إذا تعارضت مفسدتان روعى اعظمهما ضرر أبارتكاب اخفهما"⁽³⁾.

ثالثا : من حالات الإجهاض الاجتماعي أو السري ويسمى أيضا الجنائى ولكل تسمية سبب :

أما كونه اجتماعيا فلأن من بين الأسباب التي تُحمل عليه قد يكون للرغبة في عدم الإنجاب أو المحافظة على الرشاقة وجمال القد وحسن المظهر أو أن يقصد به تغليف فاحشة أو التستر عليها .

وأما كونه سريا فلأن النساء يتعاطين لحدوثه العقاقير والوسائل سرا وأما كونه جنائيا فلأن المرأة تكون قد جنت به على طفلها ونفسها مما يجعلها تحت

(¹) قضية تحديد النسل في الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص 168 ، 169 .

(²) موقف الشريعة الإسلامية من تحديد النسل ، الزين يعقوب الزبير ، مرجع سابق ، ص 295 ، د/ صلاح كريم ، ندوة مركز البحوث ، ندوة علمية عن الإجهاض وتنظيم الأسرة ، عدد يونيو 1974 ، مشار إليه في : جريمة إجهاض الحوامل ، د / مصطفى لبنة ، ص 146 ، 114 .

(³) (الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ص 89 ط دار الكتب العلمية بيروت.

طائلة القانون ويعرضها إلى غضب الله سبحانه وتعالى ، فهذا النوع من الإجهاض هو جماع هذه التسميات كلها والاسقاط الجنائي إما أن يكون بتعدى من المرأة نفسها أو بتعدى من الغير

رابعاً : حالات الضرورة :

وحالة الضرورة هذه يفترض أن يهدد الحمل حياة الحامل بخطر جسيم أو يهدد حياة الطفل نفسه أو سلامة جسمه بخطر جسيم ، كما إذا اكتشف أن الجنين سيصاب بتشوه بالغ نتيجة تعرض الأم الحامل للعلاج بالأشعة بكميات كبيرة مثلاً . أو أن الأم أصيبت بالحصبة الألمانية في الشهر الأول من الحمل بشرط أن يخبرها بذلك طبيبان مسلمان ثقتان عدلان في هذه الحالات وأشباهاها ولا يوجد ما يمنع من إجراء الإجهاض قبل المائة وعشرين يوماً⁽¹⁾. إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية يشترطون أربعة شروط للضروره وهي :

- 1 - أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء .
- 2 - أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة .
- 3 - ألا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلا ارتكاب الجريمة ، فإذا أمكن دفع الضرورة بفعل مباح امتنع دفعها بفعل محرم .
- 4 - أن تدفع الضرورة بالقدر الكافي اللازم لدفعها⁽²⁾.

(1) بنوك النطف والأجنة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي قسم الفقه المقارن بالشريعة والقانون بالقاهرة ط دار النهضة العربية 2001 ، ص 208 .

(2) المرحوم / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي مرجع سابق ، ج 1 ، رقم 400 ، ص 577 .

وعملاً بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات والقاعدة العامة التي تأمر
إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما^(١)،
وهذه الضرورة التي تبيح الإسقاط ضابطها وقاية النفس أو الغير من خطر
جسيم على وشك الوقوع وليس لإرادة الفاعل دخل في حلوله وأن تكون
الضرورة ملجئة .

وحول هذا المعنى يقول الشيخ محمود شلتوت - رحمه الله - إذا ثبت من
طريق موثوق به أن بقاءه بعد تحقق حياته هكذا يؤدي لا محالة إلى موت الأم
فإن الشريعة بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين فإذا كان في بقاءه
موت الأم وكان لا منقذ لها سوى إسقاطه كان إسقاطه في تلك الحالة متعيناً
ولا يضحى بها في سبيل إنقاذه لأنها أصله وقد استقرت حياتها ولها حظ مستقل
في الحياة ولها حقوق وعليها واجبات وهي بعد هذا وذاك عماد الأسرة^(٢).

خامساً : حالة إجهاض الحمل غير الشرعي - وسيأتي الكلام عنه في
الفصول والمباحث التالية:

(١) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، للشيخ / زين العابدين ابن إبراهيم ابن نجيم
ص ٨٥ ، ص ٨٩ ، ط دار الكتب العلمية ببيروت ، لبنان ، ١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م .
(٢) كتاب الفتاوى للشيخ / محمود شلتوت ، ص ٤٦٤ .

المبحث الثانى

حالات إباحة الإجهاض

فى القانون الوضعى وموانع المسئولية

أولاً : الإجهاض العلاجى أو الطبى :

إن كلامنا فيما تقدم كان ينصب أساساً على الإجهاض الجنائى ، ذلك الإجهاض الذى يشكل ارتكابه جريمة يعاقب عليها القانون على نحو ما أسلفنا⁽¹⁾.

وإباحة الإجهاض لأسباب طبية تطبق بسبب الإباحة المقررة للأطباء والجراحين فى شأن الأعمال العلاجية على الإجهاض ، فإذا ثبت بالنظر إلى الحالة الصحية للحامل أن إجهاضها عمل علاجى وتوافرت شروط الإباحة وأخصها أن يكون المجهض طبيباً وأن ترضى الحامل بالإجهاض وأن يستهدف به العلاج ، فإنه لا شك فى إباحته . وأهم الحالات التى يعتبر فيها الإجهاض عملاً علاجياً هى أن يكون الإجهاض ضرورة لإنقاذ الحامل من متاعب صحية لا تقوى على تحملها أى يثبت أن إجهاضها شرط لشفائها من مرض تعانى منه . ولكن العمل العلاجى أوسع من ذلك نطاقاً ، فهو يتسع لحالة ما إذا كان الإجهاض ضرورة لوقاية المرأة من مرض يرجح أو يحتمل أن تصاب به إذا استمر حملها ، فالعمل العلاجى يتسع وفقاً للقواعد العامة للعمل الطبى الوقائى⁽²⁾.

(1) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 106 ، 107 .

(2) د/ محمود نجيب حسنى شرح قانون العقوبات للقسم الخاص ، ص 306 .

وإذا نظرنا إلى قانون العقوبات المصرى تبين أنه لم يفرد نصاً خاصاً فى قانون العقوبات يقرر فيه إباحة الإجهاض الطبي وعلى ذلك فإنه يجب الرجوع إلى حكم القواعد العامة فى هذا الشأن .

والقواعد العامة فى هذا الشأن تقضى بتطبيق سبب الإباحة المقرر للأطباء والجراحين فى شأن الأعمال العلاجية على الإجهاض⁽¹⁾.

و للخبرة الطبية دورها فى تقرير توافر هذا السبب للإباحة فيجب أن يثبت أن القواعد الطبية على الإجهاض كضرورة علاجية ويجب أن يجرى تنفيذ الإجهاض وفقاً للأصول الطبية ويجب أن تقدم للحامل بعد إجهاضها الرعاية الطبية التى تكفل تفادى الآثار الصحية السيئة للإجهاض . فإذا انتفى أحد هذه الشروط انتفت الإباحة وتعين توقيع العقاب على الطبيب المجهض... ويشترط لاجراء الاجهاض الطبى فى سورىة ان يتم بمعرفة طبيبين احدهما مختص وان يحضر من اربعة نسخ او اكثر يتضمن تقريراً يبين فيه الحاجة المبرمة للاجهاض قبل اجراء العملية ويوقع على هذه المحضر و نسخة الطبيبان والمریضة اوزوجها اووليها وتحفظ الاسرة وكل من الطبيبين بواحدة من هذه النسخ⁽²⁾.

(1) د/ عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين ، ص 108 .

(2) د/ محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات ، ص 307 . الاستاذ مظهر العنبرى "الاجهاض والقانون" بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية بكلية القانون /جامعة قار يونس بليبيا.. المجلد الحادى عشر 1982م،...1986 ص230 مشارا اليه فى الحماية الجنائية للجنين د/ عبد العزيز محمد محسن ، ص 109 .

ويجرى الإجهاض الطبي في مصر تحت مسؤولية الطبيب ويترك تقدير حالة الضرورة العلاجية المبررة للإجهاض تحت رقابة القضاء⁽¹⁾.

وإن كان الإجماع يكاد يكون منعقداً على أن يعفى الطبيب والمرأة من العقاب في حالة توافر الإجهاض العلاجي أي بقصد إنقاذ حياتها من خطر على صحتها من الحمل أو الولادة وأساس امتناع مسؤولية الطبيب تستند إلى توافر مانع من موانع المسؤولية الجنائية وهو حالة الضرورة وليس إلى توافر قصد الشفاء لدى الطبيب إذ أن المشرع المصري لم يفرق بين حالات الإجهاض العلاجي والجنائي⁽²⁾.

ولذلك نصت المادة 263 عقوبات إذا كان المسقط طبياً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلاً يحكم عليه بالسجن المشدد⁽³⁾، فهذه الجناية التي نصت عليها المادة 263 ع لا تتميز عن جريمة الإجهاض العادية إلا من وجهين :

أولاً : أنها تقوم على أمر مفترض هو صفة في الفاعل تنحصر في كونه طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلاً .

ثانياً : ومن وجهة أنها جناية في جميع الأحوال إذ أن عقوبتها السجن المشدد حتى في الحالة التي يعد الإجهاض فيها جنحة لو ارتكبتها فاعل عادي ، كما إذا تم برضاء المرأة بتعاطي دواء أو بوقوع ضرب عليها وعلة ذلك أن صفة الطبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة في الفاعل تسهل له ارتكاب الجريمة

(1) د/ عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات القسم لخاص ، الناشر دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة ، ص 331 رقم 315 .

(2) ينظر : المسؤولية الجنائية للأطباء ، دراسة مقارنة ، د/ أسامة عبد الله فايد جامعة بنى سويف ، مكتبة الكلية ، الطبعة الثانية 1990م ، الناشر دار النهضة العربية .

(3) المادة المعدلة بالقانون رقم (95) لسنة 2003م .

وإخفاء أمرها كما أن من يرتكب إجهاضاً من المتصفين بهذه الصفة إنما يسخر خبرته العلمية بهدف نفعي غير مشروع وكان يجب أن توجه هذه الخبرة إلى تحقيقه ، فهذه هي الحكمة من تشديد العقاب . والراجح أن الجنائية لا تتوافر في حق الطبيب أو الصيدلي أو القابلة إذا ارتكبت فعل الإجهاض على نفسها وإنما تعد مرتكبة للجنحة العادية لا لهذه الجنائية⁽¹⁾.

وكذلك فإن علة التشديد بالنسبة للأطباء أو الصيادلة أو القابلة فإن لديهم من المعلومات الفنية ما يسهل لهم ارتكاب الجريمة⁽²⁾.

ويدخل في هذه الإباحة أن تكون الحامل صغيرة السن ويثبت طبياً أنها لا تقوى لصغرهما على احتمال الحمل ويباح الإجهاض إذا ساءت الحالة النفسية للحامل بسبب حملها وصار محققاً إقدامها على الانتحار أو إحداث إصابات جسيمة بنفسها إذا استمر حملها إذ يكون الإجهاض ضرورة لحماية الحياة أو سلامة الجسم ولا عبرة بالمتاعب الصحية العادية التي تقترب بكل حمل . فالرغبة في التخلص منها لا يبيح الإجهاض إذ أن تحملها هو جزء من الرسالة الطبيعية والاجتماعية للمرأة التي اعترف الشارع بها، وبعقابه على الإجهاض الذي تقتربه الحامل نفسها⁽³⁾.

وأخيراً : فإن المشرع الإنجليزي⁽⁴⁾ يبيح الإجهاض إذا ما قررا طبيبان من أطباء الدولة أن القيام بعملية الإجهاض أمر ضروري لحفظ حياة الأم أو لإنقاذ

(1) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 372 ، 373 .

(2) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، ص 298 .

(3) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، ص 306 ، 307 .

(4) مشاراً إليه في الحماية الجنائية للجنين في الفقه الاسلامى والقانون الوضعى (دراسة مقارنة)

د/ عبد العزيز محمد محسن ، ص 110 ، 111 .

صحتها البدنية أو العقلية أو إذا قررا أن هناك خطراً جدياً على الطفل من إصابته جسمانياً أو عقلياً أو إذا قررا أن هذه العملية ضرورية لإزالة ضرر يلحق بالأطفال المولودين حديثاً في الأسرة. وتجرى عملية الإجهاض مجاناً من قبل أحد أطباء الدولة وهذا ما نص عليه القانون الجديد الذي صدر في آخر سنة 1967م وبالنظر إلى القوانين الوضعية السابق بيان أحكامها يتضح أنها تتفق جميعاً في إباحة الإجهاض الطبي إذا كان فيه إنقاذ لحياة الأم من موت محقق ومحمّتل أو كان لتخليصها من خطر يهدد صحتها بضرر خطير ودائم إذا استمر الحمل⁽¹⁾.

ثانياً : حالة إباحة الإجهاض استناداً إلى حالة الضرورة :

ويقترّب الإجهاض في هذه الحالة من الإجهاض الطبي ولكن يختلف عنه في أنه لا يشترط أن يجريه طبيب أو أن ترضى الحامل به وتفترض هذه الحالة كأهم شرط لها أن يهدد الحمل حياة الحامل أو أن يهدد سلامة جسمها بخطر جسيم. ونظير ذلك لم يكن الإجهاض استناداً إلى حالة الضرورة إجهاضاً مباحاً وإنما تمتنع المسؤولية عنه فحسب⁽²⁾.

وقد يكون في الحمل خطراً قد يؤدي إلى وفاتها أو تسممها، فيجب هنا إجراء الإجهاض حرصاً على سلامة الحامل إذا توافرت له شروط حالة الضرورة وفي هذه الحالة لا يعتبر عملاً مباحاً بل يعتبر أحد أسباب امتناع المسؤولية وفقاً لتوافر حالة الضرورة التي نصت عليها المادة 61 ع⁽³⁾.

(1) د/ عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي.

دراسة مقارنة ص 110، 111

(2) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، ص 309.

(3) د/ هدى حامد قشقوش جرائم الاعتداء على الأشخاص... ص 184

ونصت المادة 61 من قانون العقوبات المصري على أنه لا عقاب على من ارتكب جريمة أُلجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية لنفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس وعلى وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حله، ولا في قدرته منعه. بطريقة أخرى وبمطالعة هذا النص يتبين أن المشرع قد أورد فيه عدة شروط لحالة الضرورة التي يقصدها، وردها إلى نوعين :

1 - شروط تتعلق بالخطر.

2 - وشروط تتعلق بالفعل الذي يواجه هذا الخطر .

ففيما يتعلق بالخطر يشترط المشرع المصري أن يكون خطراً مهدداً للنفس جسيماً وحالاً ولا يكون لإرادة المهدد به دخل في حله وفيما يتعلق بالفعل فيشترط أن يكون لازماً لدفع الخطر ومتناسباً مع درجة جسامته . فإذا ما توافرت هذه الشروط جميعها في الإجهاض ، كان جائزاً استناداً إلى حالة الضرورة⁽¹⁾.

وحالة الضرورة تعنى الحالة التي يدفع بشخص لارتكاب سلوك إجرامى نتيجة وجود مجموعة من الظروف التي لا يملك منها فكاكاً سوى ارتكاب السلوك الإجرامى نظراً لما يتهدد غيره من أخطار جسيمة⁽²⁾.

(¹) أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائي ، مبادئ قانون العقوبات ، ط 1407 هـ - 1987 م ، ص 418 ، 419 د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين في

الفقه الاسلامي والقانون الوضعي دراسة مقارنة ، ص 124 ، 125 .

(²) أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائي ، مبادئ قانون العقوبات ، ط 1407 هـ - 1987 م ص 416 .

ثالثاً : الإجهاض لأسباب اجتماعية أو اقتصادية

ويراد بذلك الإجهاض الذى يستهدف التخلص من ذرية يرجح أن يسيء إلى المركز الاقتصادي للأسرة كما لو كان عدد الأبناء كبيراً والدخل قليلاً فيخشى أن يؤدى ميلاد ابن جديد إلى أن يهبط المستوى الاجتماعي للأسرة لا شك في عدم شرعية هذا الإجهاض ، ذلك أنه عند المقارنة بين الأهمية الاجتماعية للمركز الاقتصادي للأسرة وحق الجنين فى الحياة يتضح فى جلاء رجحان الثانى .

ومن ثم تتعين صيانتته بتجريم الاعتداء عليه ولو استند إلى هذه الأسباب وبالإضافة إلى ذلك فإن إباحة الإجهاض تعنى الإباحة العامة للإجهاض لدى العائلات الفقيرة أو بالنسبة لجميع العائلات فى أوقات الضيق الاقتصادي . وفى النهاية فإنه من العسير وضع ضابط يحدد المستوى الاقتصادي الذى يباح الإجهاض محافظة عليه⁽¹⁾.

وقد اختلفت التشريعات الجنائية الوضعية فى حكم هذا الإجهاض ، فمن هذه التشريعات من ذهب إلى عدم إباحتة أو الترخيص به ومنها من ذهب إلى عكس ذلك . ومن التشريعات التي ذهبت إلى عدم إباحتة أو الترخيص به : التشريع الجنائى المصرى والليبي حيث لم يرد فى نصوصهما أى نص يفيد إباحتة أو الترخيص به أو حتى جعله ظرفاً مخففاً⁽²⁾.

ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء فى مصر إلى إجازة الإجهاض مراعاة للظروف الاجتماعية والاقتصادية للأسرة وإن كان قد قيد تحقق ذلك باشرطه عدة شروط تنتفى ضرورة رضا المرأة الحامل وزوجها بهذا الإجهاض وأن

(1) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، ص 308 ، 309 .

(2) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 120 .

يكون عدد الأبناء في الأسرة لا يزيد عن ثلاثة وألا يكون الحمل قد زادت مدته عن الثلاثة أشهر الأولى⁽¹⁾.

(1) د/ حسن صادق المرصفاوى ، الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى ، ص 106 ، بحث منشور فى المجلة الجنائية القومية عدد نوفمبر 1958 .

المبحث الثالث

موازنة بين حالات إبادة الإجهاض

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بالنظر فيما تقدم من الحديث عن بيان حالات إبادة الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية يمكن القول بأن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتى :

أولاً : أوجه الاتفاق :

1 - بعد أن استعرضنا ما ذهب إليه التشريعات الوضعية الحديثة فى شأن إبادة الإجهاض الطبي وما ذهب إليه فقهاء الإسلام فى هذا الشأن أيضاً بناء على قواعد الشريعة العامة ومبادئها السامية .

نجد أن التشريعات الوضعية لم تأت بجديد وكل ما فعلته أنها رددت أغلب ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الغراء منذ مئات السنين وفى هذا الدلالة الواضحة على أن التشريعات الوضعية تسير فى خطاها نحو ما انتهى إليه فقهاء الشريعة الغراء فى صدرها الأول مما يؤكد كمال التشريع الإسلامى الذى هو تشريع الخالق العليم بخلقه⁽¹⁾.

وكما تحدثنا أن الفقه الإسلامى بقواعده العامة ومبادئه السامية لم يغلق الباب فى وجه الإجهاض على الإطلاق بل أجاز له لو كان فى إجراءاته دفعا للخطر عن الأم كما يقرر الأطباء المتخصصون أن استمرار الحمل يضر بالحامل وأوجهه إذا كان يتوقف عليه حياة الأم وذلك تمثيلاً مع القاعدة الفقهية العامة التى تنص

(1) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ص 115

على أن تتقى أشد الضررين بارتكاب أخفهما وقاعدة الضرورات تبيح المحظورات⁽¹⁾.

وفى ذلك يقول بن وهبان أو يدخل فى الضرورة المبيحة للإسقاط أن يعقب استمرار الحمل عاهة ظاهرة فى جسم المرأة بحيث يقرر أصحاب الاختصاص أنه لا سبيل لتجنبها إلا بالإجهاض .

2 - من أوجه الاتفاق وبالموازنة بين الحالات المبيحة للإجهاض فى حالة الضرورة وبعد أن استعرضنا حكم حالة الضرورة بين كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى.

ففى الفقه الإسلامى عملاً بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات⁽²⁾ والقاعدة العامة التى تأمر بارتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما⁽³⁾.

ولابد أن تكون الضرورة ملجئة وأن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة وأن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة لارتكاب الجريمة وأن تدفع الضرورة بالقدر الكافى واللازم لدفعها ، وحول هذا المعنى . يتبين لنا أن الشروط التى أوردها المشرع المصرى فى المادة 61 ع تكاد تكون متفقة مع شروطها التى اشترطها فقهاء الإسلام.

ولذلك فإننا نرى أن الإجهاض يكون جائزاً وفقاً لأحكام الفقه الإسلامى والقانون الوضعى إذا ما توافرت شروط حالة الضرورة لأجل دفع خطر يهدد

(¹) الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان ، للشيخ / زين العابدين ابن إبراهيم ابن نجيم ، ص 89 ، ص 85 ط دار الكتب العلمية ببيروت ، لبنان ، 1405 هـ - 1985 م .

(²) الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان ، للشيخ / زين العابدين ابن إبراهيم ابن نجيم ، ص 85 ، ط دار الكتب العلمية ببيروت ، لبنان ، 1405 هـ - 1985 م .

(³) الأشباه والنظائر المرجع السابق ص 89

حياة المرأة الحامل أو يهدد صحتها بضرر خطير ودائم إذا لم تكن ثمة وسيلة أخرى لدفعه غير ذلك وهذا يؤكد ما سبق أن قررته من قبل الشريعة الإسلامية الغراء وأن لها فضل السبق على التشريعات الوضعية الحديثة ودليل ذلك أنها بدأت منذ الصدر الأول لها بما انتهت إليه أحدث التشريعات الوضعية المعاصرة ولا تزال كثير من التشريعات الوضعية تخطو في تطورها نحو ما انتهت إليه إما اقتباساً منها وإما ابتكاراً لفكر جديد سرعان ما يتبين موافقته لما سبق وجوده بها منذ عهد بعيد بل وعلى نحو أفضل وأكمل⁽¹⁾، يتبين منه أن الفقه الإسلامي والشريعة الغراء صالحة لكل زمان ومكان وليس كما يدعى بعض من لا يعلم عكس ذلك .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

قسم بعض الأطباء الإجهاض إلى نوعين :

1 - الإجهاض الطبي ، أو العلاجي .. وهو الذى يجرى لأسباب طبية لإنقاذ حياة الأم أو صحتها البدنية والنفسية من خطر محقق إذا استمر الحمل وهو خارج نطاق التأثيم .

2 - الإجهاض الجنائى .. وهو الإجهاض الذى يتم لأسباب غير طبية ومن ثم يعد خارجاً على القانون ويدخل فى نطاق التأثيم .

وأن الفقهاء - رضوان الله عليهم - حين عرضوا لموضوع الإجهاض لم يسيروا على المنهج الذى سار عليه الأطباء فى تقسيمهم للإجهاض لأنهم يعتقدون عن دراية أن الحكم الشرعى للإجهاض لا يتأثر بهذا التقسيم الذى ذهب إليه الأطباء لأنه لا فرق بين العلاجي والسري وأن الطبيعى أو العفوي لا

(1) د./ عبد العزيز محمد محسن الحماية الجنائية للجنين ص 127، 128

يقع تحت طائلة الحكم الشرعى لأنه معفو عنه طالما أنه يكون بغير قصد وأن الإسلام بقواعده العامة قد رخص فى المعالجة وأباح التداوى والإجهاض العلاجي لا يعدو أن يكون نوعا من المعالجة التى لا تمنع الشريعة الإسلامية فى إجراءاتها لإنقاذ الأم والجنين فى الحالات الضرورية⁽¹⁾.
وبذلك نجد أن التشريعات الوضعية لم تأت بجديد وهذا مما يؤكد كمال التشريع الإسلامى .

2- من أوجه الاختلاف فى حالات إباحة الإجهاض لأسباب اجتماعية واقتصادية بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى : أنه وفقا للقواعد العامة فى الشريعة الإسلامية لا يجوز إباحة الإجهاض المبنى على الظروف الاجتماعية والاقتصادية ، وذلك على العكس من بعض التشريعات الوضعية التى تتادى بعكس ذلك ، لأن ذلك يصطدم بقضية هامة جدا وهى قضية الإيمان والتوكل على الله سبحانه وتعالى فانه سبحانه وتعالى قد كفل رزق كل كائن حي يعيش على أرضه ويستظل بسمائه.

والدليل على ذلك قوله تعالى " وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا"⁽²⁾.

" وَفِي السَّمَاءِ رِزْقُكُمْ وَمَا تُوعَدُونَ "⁽³⁾.

" وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ "⁽⁴⁾.

" وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ "⁽¹⁾.

(¹) موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل ، الزين يعقوب الزبير ص 293.

(²) سورة هود ، جزء من الآية رقم 6 .

(³) سورة الداريات ، جزء من الآية رقم 22 .

(⁴) سورة الإسراء ، جزء من الآية رقم 31 .

وجه الدلالة من الآيات القرآنية : إن الأرزاق كلها بيد الله سبحانه وتعالى ويرفض الإسلام رفضا قاطعا اعتبار الفقر أو الحالة الاقتصادية المنخفضة حالات تكون سببا مشروعا لإباحة الإجهاض أو الترخيص به .

وبعد أن استعرضنا موقف كل من التشريعات الوضعية التى تبيح الإجهاض لأسباب اجتماعية أو اقتصادية أو التى ترخص به لذات الأسباب والتشريعات الوضعية الأخرى التى لا تبيحه ولا ترخص بالقيام به ، وبعد أن استعرضنا أيضا موقف القانون الجنائى المصرى الذى يحذر من التوسع فى حالات الإجهاض لهذه الأسباب .

وموقف التشريع الجنائى الإسلامى الذى يرفض رفضا قاطعا الإجهاض لهذه الأسباب .. وعليه فإنه يجب المحافظة على حياة الجنين وحمايته من أي اعتداء يقع عليه .

ولذلك :

نرى أن ما ذهب إليه التشريع الجنائى الإسلامى هو الأرجح والأصوب لما ساقه فقهاء الإسلام من أدلة مقنعة تتسم بالقوة والقطع فى شأن تحريم هذا الإجهاض .

ويراد بذلك الإجهاض الذى يستهدف التخلص من نرية يرجح أن تسئ إلى المركز الاقتصادى للأسرة كما لو كان عدد الأبناء كبيرا والدخل قليلا فيخشى أن يؤدى ميلاد ابن جديد أن يهبط المستوى الاجتماعى للأسرة ، ولاشك فى عدم شرعية هذا الإجهاض ذلك أنه عند المقارنة بين الأهمية الاجتماعية للمركز الاقتصادى للأسرة وحق الجنين فى الحياة يتضح فى جلاء رجحان الثانى⁽²⁾.

(1) سورة الأنعام ، جزء من الآية رقم 151 .

(2) أ. د محمود نجيب حسنى . شرح قانون العقوبات ، ص 308

الفصل الرابع

حكم الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

تمهيد :

بداية نقول : أنه لما شرع الشارع الحكيم النكاح وجعله سبيلاً موصلاً إلى تحصيل الولد فإن مقصود النكاح والحكمة منه تكون قد تحققت فلذلك لا يجوز تعمد إسقاط الولد بعد تكونه لأنه ينطوي على مصادرة لحكمة الشارع ومخالفة لها وقد ميز أهل العلم فى ذلك بين مرحلتين⁽¹⁾.

وتبين لنا أنه من شمول أحكام الشريعة الإسلامية تناولها حياة الإنسان فى جميع مراحلها حتى قبل أن يولد ويخرج للحياة فلا غرو أن وجدنا فى الإسلام أحكاماً كثيرة تتعلق بالجنين حفاظاً عليه وحماية له ورعاية لحقوقه⁽²⁾.

والخلاصة إن إجهاض الجنين قد يكون مقصوداً وقد يكون غير مقصود وكلاهما قد يكون من الأم أو من غيرها كما أن الإجهاض قد يكون بجناية وقد يكون بغير جناية⁽³⁾.

(1) د/ محمد محمد فرحات ، أستاذ الشريعة الإسلامية ، حكم الإجهاض وإسقاط الحوامل ، بحث

منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، ص 2

(2) د/ مسفر بن على محمد القحطاني ، إجهاض الجنين المشوه وحكمه فى الشريعة الإسلامية، ص 162 .

(3) د/ حسن محمد ربيع، الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى، دراسة مقارنة، 1995، ط دار النهضة العربية .

المبحث الأول

حكم الإجهاض فى الفقه الإسلامى

المرحلة الأولى : ما قبل نفخ الروح :

لقد اختلف الفقهاء فى حكم إجهاض الجنين الذى يكون فى أى مرحلة من مراحل التخلق السابقة على نفخ الروح وخاصة إذا كان لغير عذر واتفق الفقهاء على أن الإجهاض التلقائى للجنين لا يوصف بحد أو حرمة وهو ما يسمى بالإجهاض العفوى وقد سبق بيانه.

أولاً : المذهب الحنفى وفقهائه اتجاهات ثلاثة :

الاتجاه الأول : يرى صاحب الاختيار أن الحرمة تبدأ بعد الأربعين .

" إن الحرمة تبدأ منذ التخلق حيث يقول امرأة عالجت فى إسقاط ولدها لا تأثم ما لم يستتب شيء من خلقه " (1).

" وإن لم يستتب شيء من خلقه فلا شيء فيه لأنه ليس بجنين " (2).

وقالوا إنه يباح الإسقاط بعد الحمل ما لم يتخلق شيء منه وسئل عن رجل سقى جاريته ماء لتسقط ولدها فقال مادامت نطفة أو علقة فواسع ذلك إن شاء الله ومعنى واسع : جائز (3).

(1) الاختيار لتعليل المختار ، عبداً لله بن محمود بن مودود الموصلى الحنفى المتوفى 683 هجرية ط دار المعرفة بيروت ، ص 168 ، رد المحتار ، ج 5 ، ص 239 ، البحر الرائق ، ج 3 ، ص 314 ، 315

(2) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاسانى مرجع سابق ، ص 325 .

(3) شرح فتح القدير تأليف الإمام كمال الدين محمد عبد الواحد . المعروف بابن الهمام الحنفى المتوفى ج 2 ، ص 495 ، ط دار الفكر للطباعة والنشر .

الاتجاه الثاني: وهؤلاء يرون أنه يجوز الإسقاط ما لم يتخلق أي يجوز قبل مرور أربعة أشهر وإذا مر عليه أربعة أشهر فلا يجوز وجاء في حاشية ابن عابدين نقلاً عن صاحب النهر " هل يباح الإسقاط بعد الحمل ؟ نعم يباح ما لم يتخلق منه شيء ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً " قال صاحب الحاشية : وهذا يقتضى أنهم أرادوا بالتخلق نفخ الروح وإلا فهو غلط لأن التخلق يحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة. فصاحب النهر الذي نقل عنه الإمام ابن عابدين من أصحاب الاتجاه الثاني الذى يرى جواز الإجهاض خلال المدة من بدء الحمل إلى مائة وعشرين يوماً، أى قبل نفخ الروح إلا أن العلامة ابن عابدين يرد عليه فى نفس المكان فيقول وهذا غلط لأن التخلق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة⁽¹⁾.

الاتجاه الثالث يرى البعض منهم أنه لا يجوز الإسقاط من بدء التخلق وقالوا إن المحرم لو كسر بيض الصيد ضمنه فكذاك الجنين منذ بداية تخلقه، لا يجوز التعرض له لأنه أصل للإنسان⁽²⁾.

جاء فى تفسير القرطبي لقوله تعالى فى سورة المائدة :
 " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ وَمَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَدًّا
 فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ " ⁽³⁾.

(¹) حاشية ابن عابدين، المسماه رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ج 2 مرجع سابق ، ص 521

(²) أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى ، تأليف / عمر بن محمد بن إبراهيم غانم ط دار الأندلس الخضراء دار ابن حزم مرجع سابق ، ص 156 .

(³) سورة المائدة ، الآية رقم 95 .

وجه الدلالة من الآية :

قال الإمام القرطبي في تفسير هذه الآية : إن في بيض النعامة عشر ثمن البينة عند الإمام مالك وفي بيض الحمامة المكية عشر ثمن الشاة وسواء كان فيها فرخ أو لم يكن مالم يستهل الفرخ بعد الكسر ، فإن استهل فعليه الجزاء كاملاً كجزاء الكبير من ذلك الطير . وأكثر العلماء يرون في بيض كل طائر القيمة ، روى عكرمة عن ابن عباس عن كعب بن عجرة أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى في بيض نعام أصابه محرم بقدر ثمنه ، أخرجه الدارقطني⁽¹⁾.

وهذا الرأي موافق لرأى القائلين بحرمة الإسقاط منذ التلقيح .

ثانياً : مذهب المالكية :

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير " لا يجوز إخراج المنى المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعاً " .

وقد خالف جمهور المالكية الإمام اللخمي فأباح إسقاط الجنين قبل الأربعين يوماً الأولى⁽²⁾.

وقيل لا يجوز للمرأة أن تفعل ما يسقط ما في بطنها من الجنين وكذا لا يجوز للزوج فعل ذلك ولو قبل الأربعين وقيل يكره قبل الأربعين للمرأة شرب ما يسقطه إن رضى الزوج بذلك⁽³⁾.

(1) الجامع لأحكام القرآن ، محمد بن أحمد القرطبي ، ج 6 ، ص 311 .

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، مرجع سابق ، ص 266 .

(3) فتح الجليل على مختصر سيدي خليل محمد عlish بن أحمد بن محمد عlish المتوفى سنة 1294

هـ ، ط دار الفكر ببيروت ط 1989 ج 3 ، ص 360 .

وهكذا يتضح أن المالكية يحرمون الإجهاض منذ اللحظة الأولى لوصول الماء إلى الرحم إلا أن هذه الحرمة تتفاوت شدتها بحسب الزمن الذى حصل فيه الفعل .

ثالثاً : المذهب الشافعي :

يرى الشافعية حرمة الإجهاض بعد نفخ الروح مطلقاً جاء فى نهاية المحتاج : والراجح تحريمه بعد نفخ الروح مطلقاً وجوازه قبله⁽¹⁾. ويقول بعضهم : " يجوز إلقاء الجنين ولو بدواء قبل نفخ الروح فيه " خلافاً للغزالي⁽²⁾.

وجاء فى تحفة المحتاج لابن حجر : أفتى أبو إسحاق المر وزى بجل سقيه أمته دواء لتسقط ولدها مادام علقه أو مضغة والفرق بينه وبين العزل واضح لأنها بعد الاستقرار آيلة للتخلق المهيأ لنفخ الروح⁽³⁾.

وحجتهم أن المنى حال نزوله جماد محض ولم يتهيأ للحياة بوجه، بخلافه بعد استقراره وأخذ فى مبادئ التخلق هذا إذا كانت النطفة غير مخلقة فإذا كانت النطفة مخلقة يختلف الحكم .

ومعنى ذلك أن الجاني يسأل جنائياً إذا ترتب على فعله أن أسقطت المرأة ما فيه صورة آدمى أما إذا أسقطت ما ليس فيه هذه الصورة فإنه لا يسأل لعدم وجود دليل على كونه جنيناً ولكنها إذا ألقت مضغة فشهد ثقات أن فيه صورة

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج مرجع سابق ، ج8 ص 443 .

(2) حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووي الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ وعميرة ، ط دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة

(3) تحفة المحتاج ، أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ، ط دار صادر بيروت، ج8، ص 421

خفية مثل الجاني عن ذلك. أيضاً وفقاً لهذا الرأي نرى أن الحماية الجنائية تتحقق للجنين ابتداء من مرحلة التخلق حتى تتم الولادة الطبيعية⁽¹⁾.

وقال المحب الطبري في نهاية المحتاج: اختلف أهل العلم في النطفة قبل تمام الأربعين على قولين، قيل لا يثبت لها حكم السقط والوآد وقيل لها حرمة ولا يباح إفسادها ولا التسبب في إخراجها بعد الاستقرار في الرحم بخلاف العزل ... قال الكراييسي: سألت أبا بكر سعيد الفراتي عن رجل سقى جاريته شرباً لتسقط ولدها فقال: ما دامت نطفة أو علقة فواسع له ذلك إن شاء الله تعالى⁽²⁾.

ويقول الغزالي رحمه الله: " وليس العزل كالإجهاض والوآد لأن ذلك جنابة على موجود حاصل وله مراتب وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جنابة فإن صارت مضغة وعلقه كانت الجنابة أفحش و إن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت تفاحشاً ومنتهى التفاحش في الجنابة بعد الانفصال حياً⁽³⁾.

ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة ثم إن تشكل في صورة آدمي وأدركته القوايل وجبت الغرة⁽⁴⁾.

(1) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين مرجع سابق ، ص 25 ، 26 .

(2) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج 8 ، ص 442 .

(3) إحياء علوم الدين ، الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة 505 هـ ، ج 2 ، ص 537 .

(4) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج 8 ، ص 442 .

فالنتيجة أن الشافعية لهم ثلاثة أقوال :

منهم من قال الحرمة منذ اللحظة الأولى وهى بالتبقياء منى الرجل بماء المرأة .

ومنهم من قال بجواز الإسقاط قبل الأربعين يوماً الأولى من بداية الحمل .

ومنهم من قال بجواز الإجهاض قبل نفخ الروح مطلقاً .

رابعاً : مذهب الحنابلة :

واختلفت الحنابلة فى الحكم قبل نفخ الروح .

جاء فى منتهى الإرادات : " ولرجل شرب مباح يمنع الحمل ولأنثى شربة لإلقاء نطفة وحصول حيض " (1).

وجاء فى الإنصاف : " يجوز شرب دواء لإسقاط نطفة " (2).

أما إذا صار الولد علقه فقد صرح ابن رجب : بأنه لا يجوز للمرأة إسقاطه لأنه ولد انعقد بخلاف النطفة فإنها لم تتعقد بعد وقد لا تتعقد ولداً (3).

خامساً : مذهب الظاهرية :

ذهب ابن حزم الظاهري إلى حرمة إسقاط الجنين قبل نفخ الروح، جاء فى المحلى : عن المغيرة عن إبراهيم النخعي أنه قال فى امرأة شربت دواء فأسقطت قال : تعتق رقبة وتعطى أباه غرة، قال أبو محمد هذا أثر فى غاية الصحة، قال على إن كان لم ينفخ فيه الروح فالغرة عليها وإن كان قد نفخ فيه

(1) منتهى الإرادات ، لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلي الشهير بابن النجار ، تحقيق الشيخ عبد الغنى عبد الخالق ط مكتبة دار العروبة ج 2 ، ص 49 .

(2) الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف ، علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى المتوفى سنة 885 هـ ، ط دار إحياء التراث العربى ، الطبعة الثانية 1986 ، ص 386 .

(3) إجماع العلوم والحكم لابن رجب الأحمدي أبو النور ، ص 106 .

الروح فإن كانت لم تعد قتلته فالغرة أيضاً على عاقبتها والكفارة عليها وإن كانت عمدت قتلته فالقود عليها أو المفاداة في مالها فإن ماتت هي في كل ذلك قبل إلقاء الجنين ثم ألقته فالغرة واجبة في كل ذلك في الخطأ على عاقلة الجاني هي كانت أو غيرها، وكذلك في العمد قبل أن ينفخ فيه الروح وأما إن كان قد نفخ فيه الروح فالقود على الجاني إن كان غيرها "أي إذا كان الجاني غير المرأة ولم تجزى هي على نفسها" وأما إن كانت هي فلا قود ولا غرة ولا شيء لأنه لا حكم على ميت وماله صار لغيره⁽¹⁾.

وبذلك نرى أن الظاهرية اتجهوا مع من اتجه إليه أغلب المالكية .

المرحلة الثانية: الإجهاض بعد نفخ الروح :

وهذه المرحلة هي التي تلي الأشهر الأربعة الأولى من الحمل فالإجهاض في هذه المرحلة محظور عند جميع الفقهاء ولم يؤثر عنهم خلاف في الحرمة وعدم الجواز ما لم يكن هناك عذر قاهر كتحقق موت الأم إذا استمر بقاء الجنين في بطنها .

جاء في حاشية الدردير: وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعاً⁽²⁾.

ويحرم إسقاط ما نفخ فيه الروح⁽³⁾، والإجهاض بعد نفخ الروح حرام بالإجماع ولو كان الحمل من ماء الزنا فكون الحمل من زنا ليس بعذر يبرر إباحتها⁽⁴⁾.

(1) المحلى لابن حزم، مرجع سابق، ص 31، ج 11 .

(2) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير الدردير مرجع سابق، ج 2، ص 267 .

(3) حاشية ابن عابدين، ج 3، ص 192، قوانين الأحكام الفقهية، لابن جزى، ص 235،

حاشية الدسوقي . ج 2، ص 267، حاشية قليوبي وعميرة، ج 4، ص 375، إحياء

علوم الدين، ج 4، ص 735، المحلى لابن حزم، ج 11، ص 33

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي: إذا نفخ فيه الروح فإنه قتل للنفس إجماعاً إذا أجهض⁽²⁾.

وذكر د/ مصطفى لبنه أنه لا يباح الإسقاط بعد نفخ الروح إلا لعذر يقتضيه⁽³⁾ فإذا نفخ فيه الروح بعد مضي مائة و عشرون يوم من بدا الحمل فإن الاعتداء عليه في هذه الحالة يكون قتلاً لنفس حرم الله قتلها إلا بالحق و ليس من الحق إزهاقها بمجرد إتيانها حتى ولو كانت من سفاح⁽⁴⁾.

قال الله سبحانه وتعالى

"وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ"⁽⁵⁾.

الترجيح:

وبعد هذا العرض الموجز لآراء الفقهاء قبل نفخ الروح فيه يتبين لنا رجحان مذاهب إليه فقهاء المالكية والظاهرية ، والغزالي من الشافعية. وذلك لقوة أدلتهم.

وبعد العرض السابق لحكم الإسقاط قبل نفخ الروح وبعد نفخ الروح فيه . يمكن أن نستخلص النتائج التالية:

أولاً: إسقاط الحمل محرم اتفاقاً بين كافة الاتجاهات والمذاهب بعد نفخ الروح، وتحريم الإجهاض دلت عليه ظواهر النصوص من الكتاب والسنة ،

(1) د / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، دراسة مقارنة ، ص 3 .

(2) القوانين الفقهية ، محمد بن أحمد (ابن جزي الكلبي) ، المطبعة الأميرية ، ص 235 .

(3) جريمة إجهاض الحوامل دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة ، د / مصطفى عبد الفتاح لبنه ط دار أولى النهى بيروت للطباعة والنشر، رسالة دكتوراه ، ص 258 .

(4) د / عبد الفتاح إدريس ، الإجهاض من منظور إسلامي ، ص 39 .

(5) سورة الإسراء ، جزء من الآية 33 .

أولاً: من الكتاب. قال تعالى " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ " (1)، وقوله سبحانه " وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ " (2)، وقوله سبحانه " وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً " (3).
 وقوله سبحانه " وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ " (4).

ثانياً من السنة:

ما روى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - " أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اجتنبوا السبع الموبقات ، قالوا يا رسول الله: وما هن ؟ قال: الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات " (5).
 وما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه قال: سألت النبي - صلى الله عليه وسلم - أى الذنب أعظم عند الله قال: أن تجعل لله نداً وهو خلقك قلت إن ذلك لعظيم قلت ثم أى قال : وأن تقتل ولدك تخاف أن يطعم معك (6).

(1) سورة الأنعام ، جزء الآية رقم (151)

(2) سورة الإسراء ، جزء الآية رقم (31)

(3) سورة النساء ، جزء الآية رقم (92)

(4) سورة الإسراء ، جزء من الآية 33 .

(5) أخرجه مسلم فى صحيحه ، كتاب الإيمان باب بيان اكبر الكبائر وأكبرها ، رقم 89 ، ج 1 ، ص 92 ، والنسائى رقم 6498 ، ج 4 ، ص 114 اتفق عليه الشيخان " اللؤلؤ والمرجان فيما اتفق عليه الشيخان " ، تحقيق . محمد فؤاد عبد الباقي ، ط دار الصفوة مصر ج 1 ، ص 17 .

(6) أخرجه البخارى فى صحيحه ، كتاب كتاب التفسير تفسير سورة البقرة ، رقم 6468 ، أخرجه مسلم فى صحيحه فى كتاب الإيمان باب كون الشرك أقبح الذنوب رقم 86 ، ج 1 ، ص 90 .

وجه الدلالة من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية:

1- دلت الآيات والأحاديث بعمومها على تحريم قتل النفس والجنين بعد نفخ الروح لا يباح الإسقاط بعد نفخ الروح إلا لعذر يقتضيه⁽¹⁾، ويتضح مما سبق أن الفقهاء مجمعون على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح وهذا الإجماع لم يخرج عليه أحد من المعاصرين إلا لعذر يراه البعض ضرورة من وجهة نظره وواضح من نصوص الفقهاء أن الجنين بعد مائة وعشرين ليلة حتى بنص خبر رسول الله وأنه قتل نفس إجماعاً ويحرم إسقاط ما نفخ فيه الروح⁽²⁾، والإجهاض بعد نفخ الروح حرام بالإجماع ولو كان الحمل من ماء الزنا فكون الحمل من زنا ليس بعذر يبرر إباحة إسقاطه⁽³⁾.

(¹) جريمة إجهاض الحوامل دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة ، د / مصطفى عبد الفتاح لبنه ط دار أولى للنهي بيروت للطباعة والنشر ، رسالة بكتوره ، ص 258 .

(²) حاشية ابن عابدين ، ج 3 ، ص 192 ، قوانين الأحكام الفقهية ، لابن جزى ، ص 235 ، حاشية الدسوقي ، ج 2 ، ص 267 ، حاشية قليوبي وعميرة ، ج 4 ، ص 375 ، إحياء علوم الدين ، ج 4 ، ص 735 ، المحلى لابن حزم ، ج 11 ، ص 33 .

(³) د / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، دراسة مقارنة ، ص 3 .

المبحث الثانى

حكم الإجهاض فى القوانين الوضعية

تمهيد:

نرى أن شراح القانون وفقهاء ورجال القضاء فى مصر يذهبون إلى أن حياة الجنين تبدأ منذ لحظة التلقيح بين الحيوان المنوى للرجل وبويضة المرأة أى منذ لحظة الإخصاب .

ونود أن نشير من الآن إلى أن المشرع إذا كان بتجريمه لفعل الإجهاض لا يحمى حقاً واحداً بل يحمى أكثر من حق ، كحق الأم الطبيعى فى استمرار حملها وحماية جنينها وتجنينها و ما ينطوي عليه هذا الفعل من خطر يهدد حياتها أو صحتها و كحق المجتمع فى حماية الأجنة واستمرار الحمل عملاً على تكاثر جنسه البشرى، ضماناً لاستمراره وازدهاره ، لما فى تأثير ازدياد أفراد المجتمع أو نقصانهم على قوته واقتصادياته إلا أن الحق الأسمى أو الأساسى المقصود بهذه الحماية هو حق الجنين ذاته فى استمرار حياته واستكمال نموه الطبيعى وتطوره داخل رحم الأم حتى يحين الميعاد الطبيعى المقدر لولادته، وليس أدل على ذلك من أن المشرع يعاقب على الإجهاض ولو وقع من الحامل على نفسها كما أن القول بحق المجتمع فى التخلص من الأجنة بالإجهاض لمواجهة الظروف الاقتصادية المترتبة على التضخم السكاني فذلك ما لم يتقبله الفكر الإنسانى حتى الآن⁽¹⁾.

(1) د/ حسن محمد ربيع ، استاذ القانون الجنائى . الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى ، دراسة مقارنة، 1995 ، ط دار النهضة العربية . الطبعة الثالثة.

موقف التشريعات الوضعية من الاجهاض ومتى يقع الاجهاض؟
الإجهاض يمكن أن يقع ولو كان الحمل فى ساعاته أو أيامه الأولى أى قبل
أن يتشكل الجنين أو يدب فيه النبض والحركة⁽¹⁾.
ولا يقع الإسقاط إلا على امرأة حامل والحمل هو البويضة الملقحة منذ التلقيح
إلى أن تتم الولادة الطبيعية⁽²⁾.
ولكن متى تعتبر المرأة حاملا أى كيف يتحدد وقت الحمل الذى يعد الفعل من
بعده إسقاطا ؟

لقد تكفل الطب بإثبات الأطوار التى يمر بها الجنين فى الشهر الأول للحمل
لا يزيد وزن الجنين على جرام واحد بوجه التقريب وليس به ما يميزه وحوالي
أوائل الشهر الثانى تبدأ نواة التعظيم فى بعض أجزاء الجسم فى الظهور
واعتبارا من الشهر الثالث تأخذ باقى أجزاء الجسم فى التخلق تدريجيا حتى
الشهر التاسع أى موعد الولادة ، إذن فأطوار الجنين السابقة على وجود العظم
أى النطفة والعلاقة والمضغة كلها توجد فى الشهر الأول وقبل نهايته أحيانا ،
الأمر الذى نخلص منه إلى أنه بمجرد التلقيح يبدأ الحمل فعلا وتعد المرأة
حاملا ويكون كل إخراج لحملها مكونا لفعل الإسقاط⁽³⁾.

(1) د/ عمر السعيد رمضان ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص رقم 302 ، ص 321 ، دار
النهضة العربية مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي طبعة سنة 1986 ، الناشر دار النهضة
(2) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص مرجع سابق ، ص 294 .
(3) د/ حسن صادق المرصفاوى ، المرصفاوى فى قانون العقوبات مرجع سابق ، ص 605 ، 606 .

ولا اعتداد في حمايته بما إذا كان في الشهور الأولى أو كان قد قارب زمن ولادته الطبيعية، فكل إخراج له بوسيلة صناعية قبل أوانه يعد جريمة إجهاض⁽¹⁾.

فالعبرة بوجود الحمل في أي مرحلة كان وهذا هو الرأي الغالب في الفقه والقضاء وأن الجنين يبدأ منذ انقطاع الطمث وحتى الأسبوع الثامن والعشرين ويجب أن تكون مباشرة وسيلة الإسقاط على امرأة حبلى في أي وقت من أوقات الحمل ولو كان ذلك قبل أن يتشكل الجنين أو يدب فيه النبض والحركة وتتم الجريمة طبقا للراجح من الآراء ولو نزل الجنين حيا ولكن كان نزوله غير طبيعي أي قبل الميعاد المقدر للولادة بسبب الوسيلة التي استعملت إذ يعد إسقاطا كل ما يترتب عليه المساس بالتطور الطبيعي للحمل نتيجة لوسيلة صناعية أو تعريض حياته أو صحته للخطر بسبب الولادة قبل ميعادها ... وغنى عن البيان أن منع الحمل قبل حدوثه بالفعل لا يعد إسقاطا ولو كان بجراحة من جراح وإذا لم تتوافر للجراحة مبرراتها العلاجية فيعاقب فاعلها بوصفها جرحا عمديا وبحسب جسامته النتيجة⁽²⁾.

وهذا الكيان الذي يبدأ منذ تلقيح البويضة ويستمر إلى حين الولادة هو الذي أراد القانون أن يحميه وإن كان هذا الكيان لا يعد شخصا في نظر القانون إذ لا يتمتع بالأهلية القانونية للتصرفات إلا أنه يصح أن يكتسب حقوقا يجيز القانون المدني أن تؤول إلى الحمل المستكن كما يجوز أن يعين له قبل أن يخرج إلى حيز الوجود قيم يدير أمواله⁽³⁾.

(1) د/ عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص في قانون العقوبات رقم 482 ، ص 665 .

(2) د/ رعوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والمواال ، ص 228 .

(3) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 368 .

ويتصور وقوع الجريمة منذ اللحظة الأولى للإخصاب :

ويتصور وقوع الجريمة منذ هذه اللحظة فصاعدا ولو كان الحمل في ساعاته أو أيامه الأولى، أما قبل هذه اللحظة فلا مجال لوقوعها لإنعدام المحل الذي تنصب عليه ، فمن يعطى لامرأة أدوية تحول بينها وبين الإخصاب لا يعد مرتكبا لتلك الجريمة⁽¹⁾.

وطوال الفترة التي تمتد خلالها حياة الجنين يتصور ارتكاب الإجهاض فلا يشترط أن تمضى مدة معينة على الإخصاب أو أن يبلغ الجنين درجة معينة من النمو فالإجهاض قد يُرتكب والحمل في ساعاته الأولى ثم ذكر من الآراء فى الفقه الحديث التي تفرق حسب عمر الجنين بين حمل لم تدب فيه الروح بعد وحمل ثبت فيه وتقتصر مجال الإجهاض على الحالة الثانية⁽²⁾.

وقد رفضت محكمة النقض إباحة إجهاض الجنين الذى لم يتجاوز عمره أربعة أشهر استنادا إلى أن الشريعة الإسلامية تبيح ذلك⁽³⁾.

وأن المادة 60 من قانون العقوبات تبيح ما تبيحه الشريعة وقد احتجت المحكمة فى قضائها بأن تحريم الشارع للإسقاط يحول دون اعتبار هذا الفعل مرتبطا بحق وإنما يحصل منه إذا وقعت جريمة يستحق جانيها العقاب الذى فرضه الشارع بفعلته .

(1) د/ حسنين عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 152 .

(2) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 303 .

(3) نقض 26 ديسمبر 1970 مجموعة أحكام النقض لسنة 21 رقم 302 ص 250 .

وأضافت إلى ذلك أن إباحة الشريعة الإسلامية إجهاض الحمل الذى لم يتجاوز أربعة أشهر ليس أصلاً ثابتاً فى أدلتها المتفق عليها وإنما هو اجتهاد للفقهاء انقسم حوله الرأى فيما بينهم⁽¹⁾.

وقد يظن البعض أن معيار بدأ الحياة الذى يعتمد فيه على واقعة الميلاد حياً وهو معيار القانون الفرنسى والمصري له قيمته المسلمة فى النظم القانونية وإن وجد مثل هذا الظن وهو غير صحيح على الإطلاق، فإذا كانت النظم المذكورة قد اعتمدت المعيار المذكور فهناك نظم أخرى أخذت بمعايير مختلفة فبعض القوانين تجد أن معيار بدأ الحياة يتحدد بطريقة مختلفة حيث يعتبر مجرد بروز جزء مهما كان يسيراً من جسم الجنين من رحم الأم محققاً لبدء الحياة⁽²⁾.

بل إن هناك بعض القوانين فى بعض الولايات الأمريكية التى تعتبر بدء الحياة الإنسانية تتحقق بمجرد الحمل حيث يعتبر كل ما يقع على التكوين الإنسانى فى المرحلة الخاصة بالحمل فى ظروف معينة من قبيل القتل وليس الإجهاض أو الإسقاط كما هو الحال فى القانون الفرنسى والمصري... وفى نظرنا لا يمكن أن نعول على واقعة كالميلاد باعتبارها مجرد تطور فى مراحل الحياة الإنسانية. كمعيار للقول بوجود الإنسان حياً ومرجع اعتراضنا هو أن مثل هذا القول يؤدى إلى التساؤل عن طبيعة ما قبل واقعة الميلاد، فهل يعتبر التكوين شيئاً وليس إنساناً قبل أن يولد؟ وهل هو شىء ميت أم حى؟ والإجابة على ذلك لا تنتوع ولا تتبدل.. فالكائن المسمى بالجنين إنسان وليس مجرد شىء من الأشياء التى لا وصف لها وإن كان فى مرحلة التكوين الأولى، كذلك

(1) د/ محمود نجيب حسنى ، مرجع سابق ، ص 303 .

(2) د/ عبد المنعم عبد الرحيم العوضى ، محاضرات فى جرائم الاعتداء على الأشخاص، ط دار الفكر العربى ، مرجع سابق ، ص 121 .

فإن الإنسان إنسان حى حتى تدب فيه الحياة وإن كان فى مرحلة النمو الأول فالإنسان لا يحيا إلا مرة واحدة وهذه الحياة تبدأ بالتكوين الأول لوجوده فى داخل رحم الأم، والإنسان لا يموت إلا مرة واحدة أيضاً. ولذا فإن واقعة الميلاد والانفصال عن الأم بفصل المشيمة ليست هى المنشئة لحياة الإنسان وإلا كان الإنسان قبلها عدماً أو ميتاً وهو يتنافى مع حقيقة الجنين ككائن حى ينمو ويتطور⁽¹⁾.

ومن ثم فإنه لا يشترط أن تمر فترة معينة على التلقيح.... ولا يشترط لحصول الحمل أن يتم اتصال جنسى كامل بين الرجل والمرأة بل إن الحمل يتحقق أحياناً عن غير طريق هذا الاتصال كالتلقيح الصناعى وخلافه⁽²⁾. ولكن بالنظر إلى ما سبق أن أبديناه من أن حياة الجنين تبدأ مع التلقيح وأن أي تدمير لهذه البويضة الملقحة يعتبر مكوناً لفعل الإجهاض حتى ولو كانت هذه البويضة مازالت فى بدايتها وقبل أن يتشكل الجنين أو تدب فيه الحركة وأن أي إتلاف لهذه البويضة الملقحة تقوم به جريمة الإجهاض إذا توافرت لها باقى أركانها القانونية، يستوى فى ذلك أن يقع الفعل على بويضة ملقحة مستكنة فى رحم الأم أم فى أنبوبة خارج رحمها ، كما هو الحال فى طفل الأنبوبة وإن كنا نرى أنه من الضرورى أن يتدخل المشرع وينص صراحة على تجريم إتلاف البويضة المخصبة حتى ولو كانت لا تزال فى أنبوبة خارج رحم المرأة وذلك حتى نسد الثغرة التى قد ينفذ منها كل من له مصلحة فى عدم ظهور طفل

(1) د/ عبد المنعم عبد الرحيم العوضى ، المرجع السابق ، ص 121 ، 122 ، 123 .

(2) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 30 ، 39 .

الأنبوبة إلى الحياة متذرعاً بأن جريمة الإجهاض لا تقع إلا على الجنين المستكن في رحم المرأة⁽¹⁾.

أما شراح القانون وفقهاء ورجال القضاء في مصر وغيرهم من بعض البلاد العربية يذهبون إلى أن حياة الجنين تبدأ منذ لحظة التلقيح بين الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة ... ومعنى ذلك أن الجنين يتمتع بالحماية الجنائية ولو كان مجرد بويضة ملقحة وهم بذلك يتفقون مع أصحاب الرأي الثاني من فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يرون حرمة الإجهاض مطلقاً ويمنعون حصوله بأيّة طريقة كانت⁽²⁾.

(1) د/ حسن محمد ربيع ، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي ، ص 42 .

(2) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين المرجع السابق ، ص 31 و 30 .

المبحث الثالث

موازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

فى حكم الإجهاض

بالنظر فيما تقدم من الحديث عن حكم الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ومن خلال عرضنا يتبين لنا من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية بأن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتى :

أولاً : أوجه الاتفاق :

بداية نرى أن القانون المصرى، وكذلك فقهاء القانون أيضاً والقضاء يتفقون مع أصحاب رأى القائل بتجريم الإجهاض مطلقاً ويمنعون حصوله بأى طريقة كانت وهذا رأى الإمام الغزالى من الشافعية وأكثر المالكية والظاهرية .
والحماية الجنائية التى يقررها الفقه الإسلامى ويقررها القانون الوضعى تحمى الجنين سواء كان ثمرة علاقة شرعية بين زوجين أو علاقة غير شرعية بين غير زوجين ويستوى أن يكون ذلك برضاء المرأة أم بغير رضاها .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

نرى أن القانون الوضعى لم يكن موفقاً أو منطقياً عندما ساوى فى الحكم بين فترات الحمل المختلفة وجعل من يسقط حملاً فى أسبوعه الأول كمن يسقط حملاً فى شهره الثامن، إذ أن عقوبة كل منهما واحدة وقد رأينا أن أكثر الآراء تشدداً فى الفقه الإسلامى والتى رفضت السماح بإسقاط الحمل بدءاً من اليوم الأول أى من وقت التلقيح وهو رأى الغزالى وأغلب فقهاء المالكية والظاهرية. ورغم ذلك لم يجعلوا الحكم فيمن يسقط الحمل فى أسابيعه الأولى مماثلة للحكم فيمن يسقط الحمل فى أسابيعه الأخيرة .

إذ اخذوا بمبدأ التدرج فى الحكم الذى يزداد شدة كلما كبر الحمل وازداد حجمه حتى أتم الشهر الرابع ففرضوا الدية كاملة على من يعتدي عليه .
فالاعتداء على الجنين فى القانون الوضعى فى أى وقت من أوقات الحمل أو أى مرحلة من مراحل تطوره ونموه يعاقب عليه بعقوبة واحدة ونحن نهيب بالمشرع المصرى والقوانين الوضعية أن يضعوا مزيداً من الحماية الجنائية لحياة الجنين .

لأن حرمة الكائن فى بداية تخلقه لا تستوي مع حرمة بعد نفخ الروح فيه، لذلك ينبغى على المشرع أن يضع عقوبة محددة لذلك الجرم ثم يزيدها شدة كلما انتقل الجنين من مرحلة إلى مرحلة وذلك أخذاً بما أخذ به الإمام الغزالى وأكثر المالكية والظاهرية وهذا رأى هو ما يؤيده أكثر الأساتذة المعاصرين .
ومن هؤلاء الدكتور/ يوسف القرضاوى فى كتابه من هدى الإسلام.

إن الأصل فى الإجهاض الحرمة وإن كانت الحرمة تكبر وتعظم كلما استقرت حياة الجنين فهو فى الأربعين الأولى أخف حرمة فقد يجوز لبعض الأعدار المعتبرة وبعد الأربعين يكون الجرم أقوى ومتضاعف، وبعد مائة وعشرين يوماً حيث يدخل فى مرحلة نفخ الروح^(١).

والشيخ محمود شلتوت - رحمه الله - الذى مال إلى ترجيح رأى القائل بحرمة الإجهاض فى أى وقت من أوقات الحمل وللضرورات تقديرها وحكمها^(٢).

(١) من هدى الإسلام ، د/ يوسف القرضاوى ، ج ٢ ، ص ٥٤٧

(٢) ينظر: الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر للمرحوم الشيخ محمود شلتوت ٢٨٩...٢٩٢

وهكذا نجد أن الغالبية العظمى من العلماء المعاصرين لا يبيحون الإجهاض قبل نفخ الروح فيه إلا إذا كانت الضرورة مؤكدة وذلك بعد التحري الدقيق من أهل الاختصاص المشهود لهم بالكفاءة والأمانة .

ولاشك أن هذا الرأي هو الأقرب إلى الصواب الموافق لروح الشريعة التي تأمر بالمحافظة على النسل وحمايته وتسد الطريق على أهل الأهواء والشهوات من ضعفاء النفوس الذين يريدون أن يتسللوا لتحقيق أهدافهم ومآربهم في إضعاف نسل المسلمين والكيد لهم وهذا الرأي يتناسب مع روح الشريعة الإسلامية الغراء .

الباب الثالث

حكم إجهاض جنين الاغتصاب

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

والآثار المترتبة عليه

الفصل الأول

موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

من إجهاض جنين الاغتصاب

تمهيد:

إن الشريعة الإسلامية الغراء حرمت الاعتداء على الجنين بكافة صوره ولم تجز الإجهاض إلا فى حالة واحدة هى حالة الضرورة كإنقاذ حياة الأم من الهلاك أو من عاهة مستديمة، وإن كانت هناك بعض الآراء الفقهية التى نادت بإباحته فى بعض حالات أخرى⁽¹⁾.

ولا يجيز الفقه الإسلامى الإجهاض حتى ولو كان للتستر على الفاحشة لما يترتب على ذلك من آثار سيئة تعود على المجتمع⁽²⁾ ونحن نعلم أن من أهم العوامل التى تدفع الزانية إلى إسقاط حملها رغبتها فى التخلص من نتيجة ما أقدمت عليه كى لا تؤخذ بجريرتها ويشتهر بين الناس أمرها وإذا كان هناك رخصة للحامل فإن الرخص لا تتأط بالمعاصى .

(1) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 6 .

(2) د / محمد سعيد البوطى مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج ، ص 159

أما فى القوانين الوضعية فقد اختلف موقفها بالنسبة للاعتداء على الجنين فكل تشريع استند فيما ذهب إليه إلى الفكرة السائدة فى مجتمعه دينية كانت أو اقتصادية أو سياسية، وعلى أساس هذه الفكرة جرم أو قيد أو أباح الإجهاض . فمنهم من يرى منع الإجهاض بصفة مطلقة وعلة بأن الاعتداء على الجنين يعتبر خطرا إجتماعيا يترتب عليه نقص فى عدد السكان وتدهور خلقى وجرم فى حق كل كائن حي له الحق فى الحياة ..

ومنهم من يرى أن الحفاظ على حياة الأم أهم من حياة الجنين ويرى أن حالة الأم أو المرأة الصحية والعقلية إذا كان الحمل ثمرة اغتصاب أو سفاح أهم ولذلك يرون أن القانون لابد أن يكون وسطا بين التشديد والإباحة ومنهم من أباح الإجهاض فى عمومته واستندوا من وجهة نظرهم إلى الحالة الاقتصادية وأن لها أحكامها التى يجب أن تراعى، ثم إن الجنين يعتبر جزءا من جسم المرأة يحق لها أن تتصرف فيه كسائر أجزاء جسدها وهو ما لا يقبله عقل ولا يقره دين.

المبحث الأول

حكم إجهاض جنين الاغتصاب في الفقه الإسلامي

أولاً : بعد نفخ الروح فيه

وهي المرحلة التي تلي الأشهر الأربعة الأولى من الحمل ولقد اتفقت كلمة الفقهاء على حرمة إسقاط الحمل ولا يحل لمسلم أن يفعله ومعلوم أن نفخ الروح يكون بعد مائة وعشرين يوماً كما ثبت في حديث عبد الله بن مسعود - رضى الله عنه وأرضاه - " حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، حَدَّثَنَا أَبُو مُعَاوِيَةَ، وَوَكَيْعٌ، حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ نُمَيْرٍ الْهَمْدَانِيُّ - وَاللَّفْظُ لَهُ - حَدَّثَنَا أَبِي وَأَبُو مُعَاوِيَةَ وَوَكَيْعٌ قَالُوا حَدَّثَنَا الْأَعْمَشُ، عَنْ زَيْدِ بْنِ وَهْبٍ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ حَدَّثَنَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ الصَّادِقُ الْمَصْدُوقُ " إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْماً ثُمَّ يَكُونُ فِي ذَلِكَ عِلَاقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ فِي ذَلِكَ مَضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يُرْسَلُ الْمَلَكُ فَيَنْفُخُ فِيهِ الرُّوحَ وَيُؤَمَّرُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ يَكْتُبُ رِزْقَهُ وَأَجَلَهُ وَعَمَلَهُ وَشَقِيٌّ أَوْ سَعِيدٌ فَوَالَّذِي لَا إِلَهَ غَيْرُهُ إِنْ أَحَدَكُمْ لَيَفْعَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا إِلَّا نِيرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَفْعَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ فَيَدْخُلُهَا وَإِنْ أَحَدَكُمْ لَيَفْعَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ النَّارِ حَتَّى مَا يَكُونُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهَا إِلَّا نِيرَاعٌ فَيَسْبِقُ عَلَيْهِ الْكِتَابُ فَيَفْعَلُ بِعَمَلِ أَهْلِ الْجَنَّةِ فَيَدْخُلُهَا (1).

(1) أخرجه الإمام البخارى في صحيحه في عدة مواضع منها : في كتاب القدر رقمه (6221) وأخرجه الإمام مسلم في صحيحه في عدة مواضع ، منها : في كتاب القدر - باب كيفية الخلق الأسمى في بطن أمه وكتابه رزقه وأجله وعمله وشقاوته وسعادته ، حديث رقم (2643) — 4 ص 2036 ط إحياء التراث العربى

فالإجهاض في هذه المرحلة محظور عند جميع الفقهاء ولم يؤثر عنهم خلاف في الحرمة وعدم الجواز ما لم يكن هناك عذر قاهر كتحقق موت الأم إذا استمر بقاء الجنين في بطنها .

جاء في حاشية الدردير: وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعاً⁽¹⁾.

ويحرم إسقاط ما نفخ فيه الروح⁽²⁾، والإجهاض بعد نفخ الروح حرام بالإجماع ولو كان الحمل من ماء الزنا فكون الحمل من زنا ليس بعذر يبرر إباحة إسقاطه⁽³⁾.

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي: إذا نفخ فيه الروح فإنه قتل للنفس إجماعاً إذا جهض⁽⁴⁾.

وذكر البعض : أنه لا يباح الإسقاط بعد نفخ الروح إلا لعذر يقتضيه⁽⁵⁾.
فإذا نفخ فيه الروح بعد مضي مائة و عشرين يوماً من بدا الحمل فإن الاعتداء عليه في هذه الحالة يكون قتلاً لنفس حرم الله قتلها إلا بالحق و ليس من الحق إزهاقها بمجرد إثباتها حتى ولو كانت من سفاح⁽⁶⁾.
قال الله سبحانه وتعالى:

(¹) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير الدر دير مرجع سابق ، ج 2 ، ص 267 .

(²) حاشية ابن عابدين ، ج 3 ، ص 192 ، قوانين الأحكام الفقهية ، لابن جزي ، ص 235 ، حاشية الدسوقي ، ج 2 ، ص 267 ، حاشية قليوبى وعميرة ، ج 4 ، ص 375 ، إحياء علوم الدين ، ج 4 ، ص 735 ، المحلى لابن حزم ، ج 11 ، ص 33

(³) د / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، دراسة مقارنة ، ص 3 .

(⁴) القوانين الفقهية ، محمد بن أحمد (ابن جزي الكلبي) ، المطبعة الأميرية ، ص 235 .

(⁵) جريمة إجهاض الحوامل دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة ، د / مصطفى عبد الفتاح لبنه ط دار أولى النهى بيروت للطباعة والنشر ، رسالة دكتوراه ، ص 258 .

(⁶) د / عبد الفتاح إدريس ، الإجهاض من منظور إسلامي ، ص 39 .

"وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ" (1).

وواضح من نصوص الفقهاء أن الجنين بعد مائة وعشرين ليلة حتى بنص خبر رسول الله وأنه قتل نفس إجماعاً ويحرم إسقاط ما نفخ فيه الروح (2). وجاء في نهاية المحتاج: لو كانت النطفة من زنا فقد يتخيل الجواز فلو تركت حتى نفخ فيها الروح فلا شك في التحريم ولو كان الوطء من زنا (3). وواضح أيضاً من هذا النص حرمة الإجهاض في جنين الاغتصاب والزنا بعد نفخ الروح فيه أما قبل النفخ فقد يتخيل الجواز .

وجاء في تكملة البحر الرائق .. وفي الخانية لو وطئ جارية إنسان بشبهة أو أزال بكارتها فعلى قول أبي يوسف ومحمد ينظر إلى مهر مثلها فيزداد إلى نقصان بكارتها إن كان أكثر يجب ذلك ويدخل الأقل في الأكثر ولو أن صبيها زنى في صبيه وأذهب عذريتها كان عليه المهر بإزالة البكارة لو كانت المرأة بالغة مستكرهة (4).

فإذا زالت البكارة وتهتك غشاؤها بسبب غير مشروع ارتكب بإرادة الفتاة ومن ذلك ارتيادهن لأماكن الفسق والفجور وفي مظهر لا يرضى الشارع

(1) سورة الإسراء ، جزء من الآية 33 .

(2) حاشية ابن عابدين ، ج 3 ، ص 192 ، قوانين الأحكام الفقهية ، لابن جزى ، ص 235 ، حاشية الدسوقي ، ج 2 ، ص 267 ، حاشية قليوبي وعميرة ، ج 4 ، ص 375 ، إحياء علوم

الدين ، ج 4 ، ص 735 ، المحلى لابن حزم ، ج 11 ، ص 33

(3) نهاية المحتاج ، ج 8 ، ص 442 ، ط دار الكتب العلمية .

(4) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 9 ، ص 160 .

الحكيم، وكذا سلوكهم مع الشباب سلوكا يغيرهن بالإختطاف والإغتصاب فلا يحل عندئذ اصلاح غشاء البكارة⁽¹⁾.

ويؤخذ من هذا الكلام أنه إذا كان الواطيء يضمن قيمة المهر بإزالة بكارتها فمن باب أولى لو أجهض جنين الزنا أو الاغتصاب كان عليه ضمان غرة عبدا أو وليدة .

وجاء في الأم للشافعي: أخبرنا سفيان عن عبيد الله ابن أبي يزيد عن أبيه أن رجلا تزوج امرأة ولها ابنه من غيره وله ابن من غيرها ففجر الغلام بالجارية فظهر بها حمل فلما قدم عمر مكة رفع ذلك إليه فسألها فاعترفا فجلدهما عمر الحد وحرص أن يجمع بينهما فأبى الغلام⁽²⁾.

ويؤخذ من هذا الكلام أن سيدنا عمر رضى الله عنه أقام عليهما الحد والحد لا يقام على المرأة وهي حامل وبناء عليه أمرها أن تذهب وتضع حملها ولا تجهضه وأقام عليها الحد بعد الوضع .

قال الشافعي وبهذا كله نأخذ في الجنين والمرأة التي قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في جنينها بغرة حرة مسلمة فإذا كان الجنين حرا مسلما بإسلام أحد أبويه أو هما معا ففيه غرة كاملة فإن كان جنين حرة مسلمة من مشرك حر أو عبد من نكاح أو زنا أو جنين حرة مسلمة لقيط من زوج عبد أو حر أو زنا ففيه غرة كاملة لإسلامه وحرية بإسلام أمه وحرية⁽³⁾.

(1) الأستاذ الدكتور/ ابراهيم عبد الواحد السمان استاذ الفقه العام بكلية الشريعة والقانون بدمنهور

تجميل العيوب الخلقية في رحاب الاحكام الفقهية ص 236

(2) الأم للشافعي ، ج 5 ، ص 12 .

(3) الأم للشافعي ، ج 5 ، ص 107 .

وإن ضرب بطن نصرانية فأسقطت فادعت أو ادعى ورثته أنه من مسلم حملت به من وطىء شبهة أو زنا فاعترف الجاني فعله غرة كاملة⁽¹⁾. ونفهم من كلام فقهاء السلف أنه لا فرق بين كون الجنين نشأ من نكاح صحيح أو من سفاح .. فالحكم على الجاني في الحالتين واحد وصرح الفقهاء بوجوب الغرة في إسقاط حمل الزنا كما في نكاح الحمل الصحيح .
والدليل على ذلك :

قال الله تعالى - في سورة الأنعام: " وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ " ⁽²⁾.
وجه الدلالة من الآية :

ألا تكسب كل نفس إلا عليها أى لا يؤخذ بما أتت من المعصية وكسبت من الخطيئة سواها ولا تزر وازرة وزر أخرى .. أى لا تحمل حاملة ثقل أخرى أى تؤخذ نفس بذنوب غيرها بل كل نفس مأخوذة بجرمها ومعاقبة بإثمها، وأصل الوزر الثقل وقيل أنها نزلت ردا على العرب في الجاهلية من مؤاخذه الرجل بأبيه وبابنه وبجريدة غيره .

وقوله سبحانه وتعالى " وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ " ⁽³⁾.
وجه الدلالة من الآية:

أنه لا يضحى بجنين بريء لا ذنب له من أجل ذنب اقترفه غيره⁽⁴⁾.

(1) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ، ص 539 .

(2) سورة الأنعام ، جزء من الآية 164 .

(3) سورة الإسراء ، الآية 16 .

(4) تأليف / عمر بن محمد إبراهيم غانم ، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ،

ص 172 .

ولا تتحمل نفس وزر غيرها ما لم يكن لها يد في كسبه أو التسبب له⁽¹⁾.

ثانيا : حكم اجهاض جنين الاغتصاب قبل نفخ الروح فيه :

اختلف الفقهاء في حكم اجهاض جنين الاغتصاب قبل نفخ الروح فيه الى

رأيان:

الرأي الأول:

يرى معظم الباحثين في هذه القضية على حرمة الإجهاض مطلقا أى سواء كان قبل نفخ الروح فيه أو بعده ، و سواء كان من نكاح صحيح أو من سفاح و لم يبيع إجهاضه بدعوى التستر على فاحشة اقترفت

يدل لهذا ما رواه بريده قال : جَاءَتِ الْغَامِديَّةُ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ فَطَهِّرْنِي . وَإِنَّهُ رَدَّهَا فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ لِمَ تَرُدُّنِي لَعَنَكَ أَنْ تَرُدُّنِي كَمَا رَدَدْتَ مَا عَزَا فَوَاللَّهِ إِنِّي لَحُبْلَى . قَالَ " إِمَّا لَا " ⁽²⁾ فَلَاذْهَبِي حَتَّى تَلِدِي " . فَلَمَّا وَلَدَتْ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي خِرْقَةٍ قَالَتْ هَذَا قَدْ وَلَدْتُهُ . قَالَ " اذْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ حَتَّى تَفْطَمِيهِ " . فَلَمَّا فَطَمَتْهُ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي يَدِهِ كِسْرَةَ خُبْزٍ فَقَالَتْ هَذَا يَا نَبِيَّ اللَّهِ قَدْ فَطَمْتُهُ وَقَدْ أَكَلَ الطَّعَامَ . دَفَعَ الصَّبِيَّ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَحَقَّرَ لَهَا إِلَى صَدْرِهَا وَأَمَرَ النَّاسَ فَرَجَمُوهَا فَيُقْبَلُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ بِحَجَرٍ فَرَمَى رَأْسَهَا فَتَنَضَّحَ الدَّمُ عَلَى وَجْهِ خَالِدٍ فَسَبَّهَا فَسَمِعَ نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَبَّهُ إِيَّاهَا فَقَالَ " مَهْلًا يَا خَالِدُ فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ " ⁽³⁾ لَغُفِرَ لَهُ " . ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَصَلَّى عَلَيْهَا وَدَفِنَتْ ⁽¹⁾.

(1) د / محمد سعيد البوطي مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج ، ص 128 .

(2) أى إذا أبييت أن تسترى نفسك وكان لابد من أن تعترفى وتتنوى عن قولك فاذهبي حتى تلدى فسترجمين .

(3) المكس : ما يأخذه أعوان السلطان ظلماً عند البيع والشراء ، مختار الصحاح ص 322

وفى رواية قال له عمر بن الخطاب يا رسول الله: رجمتها ثم تصلى عليها فقال لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت شيئاً أفضل من أن جادت بنفسها لله قال أبو عيسى هذا حديث صحيح⁽²⁾.

وجه الدلالة من الحديث:

أن المرأة التى حملت من زنا سواء كان عن طواعية أو اغتصاب لا يجوز لها أن تسقط جنينها ولو كان ذلك جائزاً لاستفسر منها - صلى الله عليه وسلم - عن كون هذا الحمل من زنا أو اغتصاب .

قال البعض من الفقهاء المعاصرين

أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أرجأ إقامة الحد على الغامدية حتى تضع حملها ثم حتى ترضعه ثم حتى تقطمه وهذا دليل على حرص الإسلام على حياة الأجنة ولو أتت من سفاح، ولو كان يجوز إجهاض الجنين بقصد التستر على فاحشة اقترفتها أمة لأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المرأة بإجهاض جنينها ولما أمرها بالاهتمام به حتى تتوفر له أسباب الحياة مستقلاً عنها، أما وقد أمرها صلى الله عليه وسلم بهذا الأمر الأخير فإن هذا يدل على حرمة إجهاض الجنين للتستر على الفاحشة لأن الأمر بالشئ نهى عن ضده

(1) صحيح مسلم بشرح النووي ، ط دار المعرفة ، ج 11 ، ص 202 .

(2) صحيح مسلم، كتاب الحدود / رقم 1411 ، ص 16 ، ج 4 ، ط دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابى الحلبي .

ولا يعد إجهاض الجنين فى هذه الحالة من قبيل إجهاض الجنين لعذر ومن ثم فإن إجهاضه فى هذه الحالة يقتضى الإثم ويوجب الضمان⁽¹⁾.

ويقول البعض فهذا نص واضح على أن الزانية لا تملك أن تسقط جنينها لأن التفريط فيه إن لم يكن جائزاً لتفويض الحد وهو حكم شرعى لا يجوز التهاون فيه فلأن لا يجوز هذا التفريط من أجل شهوة الأم الزانية وتحقيق رغباتها أهم وأولى والحديث كما نرى ورد مطلقاً عن بيان مدة الحمل التى أخبرت عنه المرأة الغامدية عندما جاءت تخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم، إذ لم تزد على أن قالت فوالله أنى لحبلى فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم دون أن يسألها عن عمر حملها أنتذ اذهبى حتى تلدى وهذا دليل واضح على وجوب استيفاء الحمل والمحافظة عليه وحرمة إسقاطه فى هذه الحالة سواء مر عليه أربعون يوماً أم لم يمر إذ لو كان ثمة فرق فى الحكم لسألها عن الحمل قبل أن يأمرها بالذهاب، وتعبيراً عن هذه الحقيقة الأصولية المعروفة " ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم فى المقال ". فقد تكامل الدليل إذا فى الحديث على أن الزانية لا يجوز لها أن تسقط حملها الذى نشأ عن زناها مطلقاً لا قبل الأربعين يوماً من بادئته ولا بعد ذلك⁽²⁾.

(1) - الإجهاض من منظور إسلامى ، بحث مقارن ، ١ د/ عبد الفتاح إدريس ، ط الأولى 1416 هـ - 1995 م ، ص 37 ، 38 .

(2) د/ محمد سعيد البوطى ، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً ، ط دار الفارابى للمعارف ، ص 130 .

ونكر البعض أنه يستفاد من هذا الحديث الشريف أنه يجب على المرأة التي حملت من علاقة زنا المحافظة على حملها حتى تضعه، وهذا المعنى واضح من قوله - صلى الله عليه وسلم - " حتى تضعي ما في بطنك " (1).

ويقول البعض: فهذه الواقعة تبين لنا مدى اهتمام الشريعة بذلك الجنين ولو كان من زنى، حيث أقر الرسول - صلى الله عليه وسلم - إقامة الحد على أمه حفاظاً على حياته فهل يتصور أن يبيح الشارع قتل الأجنة بالإجهاض فى سبيل تحقيق رغبات أهل الأهواء والشهوات؟ (2).

وهكذا فإن قواعد الشريعة الإسلامية لا ترخص للحامل من زنى بما تجعله رخصة للحامل من نكاح صحيح حتى لا تعان على معصيتها ولا تيسر لها سبل الخلاص من فعلتها الشنيعة هذه، بالإضافة إلى أن الجنين فى هذه الحالة يكون فاقداً لولاية الوالدين لأن الأب فى الشرع لا يطلق إلا على من استولد من نكاح صحيح ، وولى الجنين فى هذه الحالة هو السلطان ولى الأمر فهو ولى من لا ولى له وتصرف السلطان منوط بالمصلحة ولا مصلحة فى إزهاق روح الجنين فى سبيل المحافظة على مصلحة الام لما فى ذلك من تشجيع لها ولغيرها على ممارسة هذه الفعلة الشنيعة (3).

وأن الحكم بجواز الإسقاط خلال الأربعين يوماً الأولى من بدء الحمل أى قبل التخلق هو رخصة والقاعدة أنه لا تتأط الرخص بالمعاصى وقياساً على ذلك فإن جواز الإسقاط خلال أربعين يوماً من بدء الحمل يعد رخصة تستفيد منها

(1) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 119 ، 120 .

(2) تأليف عمر بن محمد غانم ، أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى ، ص 173 .

(3) تأليف / عمر بن محمد إبراهيم غانم ، أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى ، مرجع سابق ،

ص 173 .

المرأة التي حملت من نكاح صحيح أما المرأة التي كان حملها من زنا فإنها لا تستفيد من تلك الرخصة⁽¹⁾.

ولقد دعا الإسلام إلى المحافظة على الجنين مطلقاً سواء كان من نكاح أو سفاح فرخصت الشريعة للمرأة الحامل الفطر في رمضان إن خافت من الصوم على جنينها⁽²⁾.

وإن في القول بجواز إسقاط الزانية حملها المتكون من زنا مناقضة صريحة لما تقضى به قاعدة سد الذرائع وذهب الإمام مالك رحمه الله إلى المنع من الذرائع وهي المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور وذلك نحو أن يبيع السلعة بمائة دينار إلى أجل ويشتريها بخمسين نقداً ولأن القتل حرم الميراث حتى لا يجعل ذريعة إلى استعجال الميراث فوجب أن يحرم بكل حال سداً للباب⁽³⁾، وقال تعالى: "وَأَسْأَلُهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرْعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ " الآية⁽⁴⁾.

(1) د / مصطفى عبد الفتاح لبنة جريمة إجهاض الحوامل (دراسة مقارنة) بين الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة ، ص 297 .

(2) أ د / عبد الفتاح إدريس ، الإجهاض من منظور إسلامي ، ص 37 .

(3) جاء في مختار الصحاح : الذريعة هي الوسيلة والجمع ذرائع ، يقول الشيخ على حسب الله: الذريعة ما كان من قول أو فعل وسيلة وطريقاً مؤدياً إلى شيء آخر ، يقول ابن القيم : والذريعة ما كان وسيلة وطريقاً على الشيء ، القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة في كتابه المغني، تأليف د / الجليلي المريني ، مجلد رقم 1 ، ط دار ابن القيم ودار ابن عفان ص 264 - 268 .

(4) سورة الأعراف ، جزء الآية رقم (163)

وجه الدلالة من الآية:

أن الله حرم عليهم الاصطياد في يوم السبت وأبىح لهم في سائر الأيام فحظروها في يوم السبت واصطادوها يوم الأحد فمسخهم الله قردة وخنازير وهذا هو معنى الذرائع التي نمنعها .

ذلك لأن من أهم العقوبات المانعة للمرأة من الزنا نشوء الحمل الذي يترتب عليه افتضاح أمرها وإصاق العار بها طول عمرها فلئن لم تردعها عن الفاحشة مخافة الله كانت الفضيحة هي الرادع⁽¹⁾.

فإذا تبين هذا فلا ريب أن تيسير سبل الإجهاض من سفاح وتلمس الأعذار له من شرف وفضيحة وإنسانية وغير هذا من النوع الأول، أعنى مما اجتمعت الأمة على سده وحسمه .. ومن ثم فهو مما ينبغي أن تتفق الأمة الآن على منعه إذ هو التسبب للضرر مثل إلقاء السم في الطعام وحفر البئر في الطريق⁽²⁾.

فالإجهاض من أجل التستر على الفاحشة ليس برخصة تبيح الإسقاط ولو سلمنا جدلاً بهذا العذر لكان في سبيل تحقيق رغبات أهل الأهواء والشهوات⁽³⁾.

(1) أ. د / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، دراسة مقارنة ، ص 14 .

(2) أ. د / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، ص 16 .

(3) إجهاض الجنين المشوه وحكمة في الشريعة الإسلامية ، د/ مسفر بن علي بن محمد القحطاني، ص 190 .

وذكر البعض

ولا أتفق مع من قال بجواز الإجهاض لدواعي الشرف والسمعة ومن ثم يحرم إجهاض الجنين الناتج عن الزنا أو الاغتصاب لأن الإسلام دعا إلى الحفاظ على الجنين لأنه سيصير نفساً وقتله قتل لنفس بغير حق سواء كان من نكاح أو سفاح⁽¹⁾.

ولم يستفصل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من الغامدية إن كان زنا ماعز بها قد تم برضاها أو بإكراهاها عليه، كما لم يستفصل منها إن كان حملها في شهوره الأولى أو بعد ذلك لأنه وقت الحاجة إلى البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة إليه لا يجوز فدل ذلك على حرمة إجهاض الجنين⁽²⁾.

ويقول الغزالي رحمه الله: " أن ذلك جناية على موجود حاصل وله مراتب وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جناية فإن صارت مضغة وعقلة كانت الجناية أفحش وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت تفاحشاً ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حياً⁽³⁾.

(1) د/ شحاتة عبد المطلب حسن أحمد ، المدرس بقسم الفقه العام بالكلية ، بحث بعنوان " الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي " ، ص 847

(2) أ. د / عبد الفتاح إدريس ، الإجهاض من منظور إسلامي ، ص 38 ، 39 ، حديث الغامدية ، رواه مسلم ، كتاب الحدود ، رقم 1411 ، ج 4 ، ص 16 ، ط دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابي الحلبي .

(3) إحياء علوم الدين ، الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة 505 هـ ، ج 2 ، ص 537 .

ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة ثم إن تشكل في صورة آدمي وأدركته القوابل وجبت الغرة⁽¹⁾.

ومن المتفق عليه في الشريعة أن الحد لا يقام علي حامل حتى تضع حملها سواء كان الحمل من زنا، أم من غيره⁽²⁾.
وقال ابن قدامه:

لا نعلم خلافاً في أن الحامل لا يقام عليها الحد حتى تضع، سواء كان الحمل من زنا أو غيره. وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الحامل لا ترجم حتى تضع حملها⁽³⁾.

الرأى الثانى :

يجوز إجهاض جنين الاغتصاب قبل نفخ الروح وذلك نظراً لحالة الضرورة: إن المرأة إذا أثبت أنها أكرهت علي الفاحشة إكراها فهي عندئذ تتمتع بسائر الأحكام التى تتعلق بالحامل من نكاح صحيح عندما تحيق بها الضرورة الملجئة إلى الإجهاض⁽⁴⁾.

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج 8 ، ص 442 .

(2) أستاذنا الدكتور / أحمد حسني أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائي و عميد كلية الشريعة و القانون بتفهننا الأشراف، حماية الشعور الشخصي للمحكوم عليه في مرحلة تنفيذ العقوبة بين الفقه الإسلامي و القانون الجنائي الوضعي، ص 363، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة و القانون بتفهننا الأشراف ، العدد الثاني 1423 هـ ، 2002 م الجزء الأول

(3) المغنى لابن قدامة، ج 8 ، ص 171 .

(4) رد المختار على الدر المختار لابن عابدين ج 2 ، ص 411 ، الهداية على البداية ، ج 8 ، ص 327 وينظر حاشية ابن عابدين ، ج 3 ، ص 176 ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج 4 ، ص 335 ، المغنى لابن قدامه ، ج 7 ، ص 802 ، الإنصاف ، ج 1 ، ص 386 ، =

ولكن لا بد للقاضي التثبت من كونها صادقة في دعوها أم هي مدعيه
بالاغتصاب حتى لا تخلع على فعلتها وصفاً آخر والدليل على ذلك، أتى عمر
بن الخطاب - رضى الله عنه - بامرأة قد تعلق بشاب من الأنصار وكانت
تهواه فلما لم يساعدها احتالت عليه فأخذت بيضة فألقت صفرتها وصبت
البياض على ثوبها وبين فخذيهما ثم جاءت إلى عمر صارخة فقالت: هذا الرجل
غلبنى على نفسى وفضحنى فى أهلى وهذا أثر فعالة، فسأل عمر النساء فقلن
له: إن ببدها وثوبها أثر المنى فهم بعقوبة الشاب فجعل يستغيث ويقول: يا أمير
المؤمنين تثبت فى أمرى فوالله ما أتيت فاحشة ولا هممت بها فلقد راودتنى عن
نفسى فاستعصمت ، فقال عمر: يا أبا الحسن ما ترى فى أمرهما ؟ فنظر إلى
ما على الثوب ثم دعا بماء حار شديد الغليان فصب على الثوب فجمد ذلك
البياض ثم أخذه واشتمه وذاقه فعرف طعم البياض وزجر المرأة فاعترفت⁽¹⁾
وقد حكى القرآن فى صراحة ووضوح مثل هذا الادعاء الكاذب فى قصة
امرأة عزيز مصر مع النبى يوسف - عليه السلام - وقولها زوراً وبهتاناً: "
قَالَتْ مَا جَزَاءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوءًا إِلَّا أَنْ يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ"⁽²⁾.

=المحلى لابن حزم ، ج 11 ، ينظر ص 30 ، 31 ، 32 . - د / محمد سعيد البوطى ، مسألة
تحديد النسل وقاية وعلاجاً ، ص 142—159 .

(¹) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، لابن القيم الجوزية ، مكتبة المدنى ، تحقيق / محمد جميل
غازى ص 66 ، 67 .

(²) سورة يوسف ، جزء الآية رقم (25)

وجه الدلالة من الآية:

هذا نموذج من الأغراض التي تتغياها المرأة من ادعائها لأن الرجل قد اعتدى عليها وهي تتيقن أنها كاذبة في دعواها ظالمة لمن اعتدت عليه متهمة إياه بارتكاب الجريمة وهي في الحقيقة المتهمه وهو المجنى عليه وبعد ذلك في القرآن قالت ، قال الله - سبحانه وتعالى - : "الآن حَصْحَصَ الْحَقُّ أَنَا رَاوِدْتُهُ عَنْ نَفْسِهِ وَإِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ" (1).

وجه الدلالة من الآية:

أنها سلكت معه كل الطرق من أجل إغوائه وبرغم ذلك امتنع عن الجريمة فهو صادق في نفي اتهامها له وصادق في براءته من الدنس والاعتداء على عرضها وهذا هو ما اعترفت به بعد ذلك.

وايضاً ما حدث في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم :

حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى النَّيْسَابُورِيُّ، حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ يُوسُفَ، عَنْ إِسْرَائِيلَ، حَدَّثَنَا سِمَاكُ بْنُ حَرْبٍ، عَنْ عُلْقَمَةَ بْنِ وَائِلِ الْكِنْدِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ امْرَأَةً، خَرَجَتْ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَرِيدُ الصَّلَاةَ فَتَلْقَاهَا رَجُلٌ فَتَجَلَّلَهَا فَقَضَى حَاجَتَهُ مِنْهَا فَصَاحَتْ فَانْطَلَقَ وَمَرَّ عَلَيْهَا رَجُلٌ فَقَالَتْ إِنَّ ذَاكَ الرَّجُلَ فَعَلَ بِي كَذَا وَكَذَا . وَمَرَّتْ بِعَصَابَةٍ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ فَقَالَتْ إِنَّ ذَاكَ الرَّجُلَ فَعَلَ بِي كَذَا وَكَذَا . فَانْطَلَقُوا فَأَخَذُوا الرَّجُلَ الَّذِي ظَنَنْتُ أَنَّهُ وَقَعَ عَلَيْهَا وَأَتَوْهَا فَقَالَتْ نَعَمْ هُوَ هَذَا . فَأَتَوْا بِهِ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَلَمَّا أَمَرَ بِهِ لِيُرْجَمَ قَامَ صَاحِبُهَا الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهَا فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَنَا صَاحِبُهَا . فَقَالَ لَهَا " اذْهَبِي فَقَدْ غَفَرَ اللَّهُ لَكَ " . وَقَالَ لِلرَّجُلِ قَوْلًا حَسَنًا وَقَالَ لِلرَّجُلِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهَا " ارْجُمُوهُ " . وَقَالَ

(1) سورة يوسف ، الآية رقم (51)

"لَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا أَهْلُ الْمَدِينَةِ لَقَبِلَ مِنْهُمْ". قَالَ أَبُو عِيسَى هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ صَحِيحٌ. وَعَلَقَمَةُ بِنْتُ وَائِلِ بْنِ حُجْرٍ سَمِعَ مِنْ أَبِيهِ وَهُوَ أَكْبَرُ مِنْ عَبْدِ الْجُبَّارِ بْنِ وَائِلٍ وَعَبْدُ الْجُبَّارِ بْنُ وَائِلٍ لَمْ يَسْمَعْ مِنْ أَبِيهِ. (1).

ولو تأملنا دعاوى الاغتصاب فسنجد أنها في الغالب يعترئها الكذب مما يؤدي إلى إلصاق التهمة بالأبرياء والصلحاء لغرض في نفس مدعية الاغتصاب، وأغراضها كثيرة أهمها دفع شبهة الرضاء عن نفسها بما حدث حتى تعذر في الحمل الذي سيظهر ثم تعذر في إسقاطه إلى آخر سلسلة الاعتذارات. يظهر ذلك جليا من دعوى المرأة التي تجللها (2) الرجل فاتهمت آخر مر عليها بعد فرار وهروب الفاعل الحقيقي فأمسكت به وصاحت وأشهدت ثلثة من المهاجرين على أنه هو فقامت القرينة ضده وكاد أن يحده رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لولا اعتراف الفاعل الحقيقي أنه صاحبها (3).

وعند المالكية أن المرأة التي ظهر بها حمل ولم يعرف لها زوج أو كانت أمه ولا سيد لها أو لها سيد وهو منكر لوطنها لا يقبل دعاؤها الغصب بلا قرينة تشهد لها بذلك (4).

قَالَ مَالِكٌ الْأَمْرُ عِنْدَنَا فِي الْمَرْأَةِ تَوْجَدُ حَامِلًا وَلَا زَوْجَ لَهَا فَتَقُولُ قَدْ اسْتَكْرَهْتُ. أَوْ تَقُولُ تَزَوَّجْتُ إِنْ ذَلِكَ لَا يَقْبَلُ مِنْهَا وَإِنَّمَا يَقَامُ عَلَيْهَا الْحَدُّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهَا عَلَى مَا ادَّعَتْ مِنَ النِّكَاحِ بَيِّنَةٌ أَوْ عَلَى أَنَّهَا اسْتَكْرَهَتْ أَوْ جَاءَتْ تَدْمِي

(1) أخرجه الترمذي في الحدود حديث 1453، باب في المرأة إذا استكرهت على الزنا، وقال هذا حديث حسن غريب صحيح، وقال الترمذي: ليس في إسناده عضل، سنن أبو داود، كتاب الحدود ص 542، ج 4.

(2) تجللها أي قضى حاجته منها كما ورد في الحديث

(3) د / مصباح حماد، حكم إجهاض حمل السفاح، ص 43.

(4) حاشية الشيخ على العدوى على الخرشي، المرجع السابق، ص 81، ج 8.

إِنْ كَانَتْ بَكْرًا أَوْ اسْتَغَانَتْ حَتَّى أَتَيْتَ وَهِيَ عَلَى ذَلِكَ الْحَالِ أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا مِنْ الْأَمْرِ الَّذِي تَبْلُغُ فِيهِ فَضِيحَةُ نَفْسِهَا قَالَ فَإِنْ لَمْ تَأْتِ بِشَيْءٍ مِنْ هَذَا أَقِيمَ عَلَيْهَا الْحَدُّ وَلَمْ يَقْبَلْ مِنْهَا مَا ادَّعَتْ مِنْ ذَلِكَ . قَالَ مَالِكٌ وَالْمُغْتَصَبَةُ لَا تَنْكِحُ حَتَّى تَسْتَبْرَأَ نَفْسَهَا بِثَلَاثِ حِيضٍ . قَالَ فَإِنْ ارْتَابَتْ مِنْ حِيضَتِهَا فَلَا تَنْكِحُ حَتَّى تَسْتَبْرَأَ نَفْسَهَا مِنْ تِلْكَ الرَّيْبَةِ (١) وجاء في حاشية ابن عابدين نقلاً عن صاحب النهر " هل يباح الإسقاط بعد الحمل ؟ نعم يباح مالم يتخلق منه شيء ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوماً " (٢).

جاء في نهاية المحتاج: والراجح تحريمه بعد نفخ الروح مطلقاً وجوازه قبله (٣).

ويقول بعضهم: " يجوز إلقاء الجنين ولو بدواء قبل نفخ الروح فيه " خلافاً للغزالي (٤).

وجاء في تحفة المحتاج لابن حجر: أفتى أبو إسحاق المروزي بحل سقيه أمته دواءً لتسقط ولدها مادام علقه أو مضغته (٥).

وقال المحب الطبري في نهاية المحتاج: اختلف أهل العلم في النطفة قبل تمام الأربعين على قولين، قيل لا يثبت لها حكم السقط والوَأَدُّ وقيل لها حرمة ولا

(١) المنتقى شرح الموطأ لإمام سليمان بن خلف الباجي ط دار الكتاب الاسلامي ج 7 ص 149 كتاب الحدود ما جاء في المغتصبة .

(٢) حاشية ابن عابدين، المسماء رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار لمحمد أمين الشهير بابن عابدين ج 2 مرجع سابق ، ص 521

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج مرجع سابق ، ج 8 ص 443 .

(٤) حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للنووي الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ وعميرة ، ط دار إحياء الكتب العربية ، القاهرة

(٥) تحفة المحتاج ، أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ، ط دار صادر بيروت ، ج 8 ، ص 421 .

يباح إفسادها ولا التسبب في إخراجها بعد الاستقرار في الرحم قال الكرابيسي:
سألت أبا بكر سعيد الفراتي عن رجل سقى جاريته شرباً لتسقط ولدها فقال: ما
دامت نطفة أو علقه فواسع له ذلك إن شاء الله تعالى⁽¹⁾.

واختلف الحنابلة في الحكم قبل نفخ الروح
جاء في منتهى الإرادات: "ولرجل شرب مباح يمنع الحمل ولأنثى شربة
لإلقاء نطفة وحصول حيض"⁽²⁾.

وجاء في الإنصاف: "يجوز شرب دواء لإسقاط نطفة"⁽³⁾.
أما إذا صار الولد علقه فقد صرح ابن رجب: بأنه لا يجوز للمرأة إسقاطه
لأنه ولد انعقد بخلاف النطفة فإنها لم تتعقد بعد وقد لا تتعقد ولداً⁽⁴⁾.
وقد خالف جمهور المالكية الإمام اللخمي فأباح إسقاط الجنين قبل الأربعين
يوماً الأولى⁽⁵⁾.

وجاء في أحكام الجنين في الفقه الإسلامي:

إن من قواعد الإسلام في رفع الحرج والمشقة والعنت ومما لا شك فيه أن
الفتاة المسلمة الحريصة على عفتها إذا تعرضت لعدوان وحشى وخافت نتيجة
ذلك على سمعتها أو شرفها أن تبقى منبوذة أو أن تتعرض للأذى كالقتل مثلاً،
أو أن تتعرض لمرض نفسي أو عصبى أو أن يصيبها في عقلها شيء، وأن

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، جـ 8 ، صـ 442 .

(2) منتهى الإرادات ، لتقي الدين محمد بن أحمد الفتوحى الحنبلي الشهير بابن النجار ، تحقيق الشيخ
عبد الغنى عبد الخالق ط مكتبة دار العروبة جـ 2 ، صـ 49 .

(3) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى
المتوفى سنة 885 هـ ، ط دار إحياء التراث العربى ، الطبعة الثانية 1986 ، صـ 386 .

(4) جامع العلوم والحكم لابن رجب الأحمدي أبو النور ، صـ 106 .

(5) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ، مرجع سابق ، صـ 266 .

يبقى العار يلاحق "أسرتها في أمر لا ذنب لها فيه . أو أن هذا المولود لا يجد مكاناً آمناً يلوذ به، إن كان الأمر كذلك فلا حرج عليها أن تسقط هذا الجنين قبل ولوج الروح فيه وخاصة أنه أصبح من السهل أن تكتشف المرأة إذا كانت حاملاً أو لا مع تقدم الوسائل الطبية التي تكتشف الحمل منذ الأسبوع الأول، وكلما كان أمر الإسقاط مبكراً فإن مجال الأخذ بالرخصة أوسع والعمل بها أيسر وذلك لأن" درء المفاسد مقدم على جلب المنافع⁽¹⁾ وهنا لا يوجد منافع بل مفسد كثيرة تترتب على هذه الفعلة الشنيعة⁽²⁾.

ونذكر البعض:

أن إجهاض الجنين الناتج عن اغتصاب، لا يختلف الحكم عند فقهاءنا في إجهاض الجنين بقصد التستر على الفاحشة سواء كان الزنا طوعاً أو بالإكراه ولكن ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز إسقاط الجنين الناتج عن الاغتصاب إذا كان في أيامه الأولى باعتبار أن الاغتصاب عذراً مباحاً للإسقاط وضرورة يترخص بها الإجهاض ومن أولئك الشيخ يوسف القرضاوي ... وشيخ الأزهر السابق .. جاد الحق على جاد الحق رحمه الله⁽³⁾.

وحجتهم أن المنى حال نزوله جماد محض ولم يتهيأ للحياة بوجه ، بخلافه بعد استقراره وأخذة في مبادئ التخلق هذا إذا كانت النطفة غير مخلقة فإذا كانت النطفة مخلقة يختلف الحكم ومعنى ذلك أن الجاني يسأل جنائياً إذا ترتب

(1) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، للشيخ / زين العابدين ابن إبراهيم ابن نجيم، ص 90، ط دار الكتب العلمية ببيروت ، لبنان ، 1405 هـ - 1985 م .

(2) تأليف / عمر إبراهيم غانم ، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي ، ص 178 ، 179 ،

(3) د / مسفر بن علي محمد القحطاني ، أحكام الجنين المشوه وحكمه في الشريعة الإسلامية ، ص 191 .

على فعله أن أسقطت المرأة ما فيه صورة آدمى أما إذا أسقطت ما ليس فيه هذه الصورة فإنه لا يسأل لعدم وجود دليل على كونه جنيناً ولكنها إذا ألقت مضغة فشهد ثقات أن فيه صورة خفية سئل الجاني عن ذلك. أيضاً وفقاً لهذا الرأي نرى أن الحماية الجنائية تتحقق للجنين ابتداء من مرحلة التخلق حتى تتم الولادة الطبيعية⁽¹⁾.

وفى حالة تعرض الأم لخطر الموت ولو وصل الجنين إلى مرحلة نفخ الروح وهى 120 يوماً استناداً إلى قاعدة دفع أعظم المفسدين بأدناهما بمعنى تلافى الضرر الأشد بتحمل الضرر الأخف،⁽²⁾ وفى حالة المرأة التى تعرضت للاغتصاب بشرط أن لا يكون الجنين قد بلغ 120 يوماً لأنه بوصوله هذه المدة دبت فيه الروح وصار إنساناً كاملاً فلا يجوز قتله بالإجهاض⁽³⁾. وأشار البعض الى أن هذه رخصة يفتى بها للضرورة وخاصة فى أيامه الأولى من الحمل⁽⁴⁾.

ثم ذكر البعض إن الأمر جد خطير ولا بد من فتح باب الأمل والرحمة والسعة واليسر للمسلمات الملتزمات المحصنات العفيفات الشريفات اللاتي وقعن فريسة للذئاب البشرية. ثم ذكر : وفى الختام وتأسيساً على ما سبق من فقه الجنايات والصيال : " يرى مشروعية إجهاض جنين الاغتصاب بضوابط خاصة ".

(1) تحفة المحتاج ، أحمد بن محمد بن حجر الهيثى ، ط دار صادر بيروت ، ج 8 ، ص 421 .

(2) الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان للشيخ / زين العابدين ابن إبراهيم ابن نجيم ، ص 89 ، دار الكتب العلمية ببيروت - لبنان ، 1405 هـ - 1985 م .

(3) ندوة جمعت بين علماء الطب والدين ، الأهرام ، الثلاثاء 5 أبريل 2005 ، ص 27 .

(4) تأليف / عمر بن إبراهيم غانم ، أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى ، ص 177 .

ومن أهم تلك الضوابط :

- 1 - أن تتحقق حالة الاغتصاب بشروطها الواردة في باب الصيال .
- 2 - أن يتم الإجهاض فور زوال سبب حالة الاغتصاب - لأن المرأة إذا تأخرت في الإجهاض مع إمكانها فكأنها رضيت بالحمل وأقرت به وهذا ما يسقط حقها في الإجهاض لنهي الإسلام عن نفى النسب بعد الإقرار به. يدل لذلك ما روى عن عمر - رضى الله عنه - قال : من أقر بولده طرفة عين فليس له أن ينفيه⁽¹⁾.

وعن أبى هريرة - رضى الله عنه - أن النبی - صلى الله عليه وسلم - قال : أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولم يدخلها الله جنته وأيما رجل جده ولده وهو ينظر إليه احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين⁽²⁾.

- 3 - أن لا يكون الجنين قد بلغ صورة الأدمى ونفخت فيه الروح فإذا استمرت حالة الإكراه حتى بلغ الجنين صورة الأدمى ونفخت فيه الروح لم يعد من الجائز الاعتداء عليه لأنه أصبح نسمة وخلقاً آخر وله أحكام تخصه

(1) أخرجه البيهقي وهو حسن موقوف سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، للشيخ محمد بن إسماعيل اليمنى الصنعاني ج 3 ، ط دار الحديث ، ص 1121 رقم 1035 .

(2) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه وصححه ابن حبان بلوغ المرام مع سبل السلام ، ج 3 / 1120 رقم (1034) وجاء في السنن الكبرى للإمام حافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقي 458 هـ توزيع مكتبة المعارف ، الرياض ، ط دار المعرفة ، بيروت لبنان وفي ذيله الجواهر النقي للعلامة علاء الدين بن على بن عثمان المارديني الشهير بابن التركمانى المتوفى سنة 745 هـ ، ج 7 ، ص 403 ، عن يحيى بن إبراهيم محمد بن يحيى أبو العباس محمد بن يعقوب الربيع بن سليمان أنه سمع المغيرة يحدث القرظي كالمغيرة حدثني أبو هريرة .

وإن لم تكن له ذمة مستقلة، ولذلك أطلق عليه فقهاء الحنفية ما هو نفس من وجه دون وجه .

4 - أن تتم عملية الإجهاض تحت إشراف طبي مأمون مراعاة لسلامة الأم .

5 - أن تكون عملية الإجهاض بطلب من المغتصبة أمام جهة رسمية معينة للتأكد من حالة الاغتصاب وصحة الإجراءات ولتتبع الجناة⁽¹⁾.

جاء في أحكام الجنين. لعمر غانم:

وفى سؤال وجه إلى الدكتور / يوسف القرضاوى عن حكم إجهاض جنين الاغتصاب ؟ ونظراً للأهمية فى السؤال وفى الإجابة كذلك أحببت أن أنقل أهم ما جاء فى إجابة الدكتور / يوسف القرضاوى على هذا السؤال⁽²⁾:

1 - أن المرأة المغتصبة التى بذلت جهداً فى المقاومة لهؤلاء العلوج وأمثالهم لا ذنب لها لأنها مكرمة والمكره مرفوع ذنبه فى الكفر الذى هو أشد من الزنا، كما قال تعالى " إِنْ مِّنْ أَكْرَهٍ وَقَلْبُهُ مَطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ "⁽³⁾.

حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، حَدَّثَنَا حَمَّادٌ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ الْأَسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: رَفَعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَحْتَلِمَ وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ وَقَدْ قَالَ حَمَّادٌ أَيْضًا

(1) أ. د / مصباح المتولى حماد، حكم إجهاض حمل السفاح بحث منشور فى مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، مرجع سابق ، ص 313 ، 314 ، 315 .

(2) مشارا اليه فى . أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى ، تأليف / عمر غانم ، ص 176 .

(3) سورة النحل ، الآية رقم 106 ، أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى ، تأليف / عمر غانم ، ص 176 .

وَعَنِ الْمَعْتُوهِ حَتَّى يَفْعَلَ وَفِي رِوَايَةٍ، رَفَعَ عَنْ أُمْتَى الْخَطَأِ وَالنَّسْيَانِ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ ⁽¹⁾.

واختار هذا الرأي من المعاصرين الشيخ علي الطنطاوي رحمه الله والدكتور محمد سلام مذكور والشيخ مصطفى الزرقا ⁽²⁾ والدكتور محمد سعيد البوطي ⁽³⁾.

ويقول البعض ومع ذلك فإنه يجوز الإجهاض في هذه الحالة علي سبيل الاستثناء إذا كانت الضرورة الصحية للمرأة الزانية تقتضيه لإنقاذ حياتها ⁽⁴⁾.
وذكر البعض:

أنا في فقه الصيال قد رأينا إجماع الفقهاء على مشروعية دفع الصائل على العرض سواء وقع الاغتصاب على عرض نفسه أو عرض أهله أو أعراض الآخرين وذلك تأديبا وقطعا لدابر هؤلاء المفسدين ، والسؤال الآن كيف تنطبق قواعد وأحكام الصيال في العدوان على الأعراض .. وهل يمكن اعتبار جنين الاغتصاب أثرا من آثار الصائل يجوز دفعه كما يجب دفع الصائل ؟

اعتقد أن قواعد الصيال ترجح احتمال هذا المعنى فإذا وجب على المغتصبة وغيرها أن تدفع عنها الغاصب ولو بقتله ولا ضمان له فمن يمنعها من إزالة

(¹) عن علي و عمر بن الخطاب - قال صلى الله عليه وسلم " رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب علي عقله و عن النائم حتى يستيقظ و عن الصبي حتى يحتلم " ، رقم 3240 ، ص 90 ، المجلد الثاني ، ج 3 سنن الدار قطني ، طبعة دار الفكر طباعة و النشر و التوزيع - بيروت - لبنان 1414 هـ - 1994م - رواه الطبراني الكبير (المعجم الكبير) لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني المتوفى سنة 360 هـ ، مكتبة ابن تيمية بالقاهرة.

(²) فتوى الشيخ علي الطنطاوي ، ص 312 ، نقلا من كتاب احكام الجنين لعمر غانم ، ص 165 -

(³) الدكتور محمد سعيد البوطي مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج ، ص 159

(⁴) د / عبد العزيز محسن - الحماية الجنائية للجنين ، ص 120

آثاره الأثمة فور أن تتمكن من ذلك بعد زوال حال الإكراه والاغتصاب التى عجزت حينها عن دفعه⁽¹⁾.

ويقول الدكتور " محمد سعيد البوطى " :

قد تقبل معذرة المرأة التى تريد المحافظة على سمعتها أو التى تخاف أن ينزل بها أهلها عقاب القتل فى حكم الشريعة الإسلامية إذا لم تكن عناصر الجريمة متكاملة فى حكم الشريعة الإسلامية فيما ارتكبته من الفاحشة أو كانت لا تستحق القتل لكونها غير محصنة وذلك كأن تكون مستكرهة وإن يقع الزنى بشبهة نكاح وبشرط ألا يمضى على حملها أكثر من أربعين يوما⁽²⁾.

ويذكر البعض :

أن عامة الفقهاء يحرمون الإجهاض ما لم يوجد سبب قوى لذلك كأن تكون الحامل فى خطر يهدد صحتها أو حياتها، ثم إن الفقهاء يختلفون بعد ذلك فى عمر الجنين الذى يسمح بإجهاضه⁽³⁾.

ثم يقول البعض:

وإذا كان الفقه الجنائى الإسلامى قد رخص للمرأة أن تتخلص من جنينها إذا كان فى بقاءه خطرا على حياتها فلنا أن نتساءل أليس فى بقاء جنين الاغتصاب ومنع إجهاضه قتلا معنويا ونفسيا للام ربما يكون أشد ألما من القتل المادى عند كثير من الناس ناهيك عن القتل المعنوى للأهل والزوج خاصة بعد أن ينزل

(1) د / سعد الدين هلالى: قضية إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه الإسلامى ، ص 22 .

(2) د/ محمد سعيد البوطى: تحديد النسل وقاية وعلاج ، ص 159-160 .

(3) — د / محمد على البار :، الجنين المشوه والأمراض الوراثية الأسباب والعلامات والأحكام ، جامعة الأزهر ، كلية الشريعة والقانون بدمهور ، مكتبة الكلية ، رقم 6192 ، ط دار القلم ، دمشق دار المنارة ، جدة ، ص 375 .

المولود ويعيش معهم ليذكرهم بتاريخه الأليم . وأيضاً إذا كان الفقه الجنائي الإسلامي على ما ذهب إليه الجمهور . لا يعتبر الجناية على الجنين إلا بعد أن تستبين بعض خلقه وتتفخ فيه الروح بل لقد احتاط الحنابلة — مراعاة لحق الجاني وقالوا إن الجناية على الجنين لا تحتسب جناية إلا إذا تخلق الجنين واكتملت صورته الآدمية في بطن الأم⁽¹⁾.

الرد على الرأي الثانی القائل بالاجهاض لحالة الضرورة

ويرد البعض القائل بعدم الجواز على من قال بجواز اجهاض جنين الاغتصاب قبل نفخ الروح فيه في شهوره الأولى فيقول:

1- أي شهور أولى يباح خلالها الاجهاض إن الجنين قبل نفخ الروح فيه له حرمة وإن لم تكن كحرمة من نفخ فيه الروح وهذه الحرمة تقتضي حرمة الاعتداء عليه فإذا نفخ فيه الروح فإن الاعتداء عليه يكون قتلاً لنفس حرم الله قتلها إلا بالحق وليس من الحق ازهاقها بمجرد اتیانها من سفاح ويرد سيادته علي سؤال آخر علي من قال أن جواز إجهاض جنين الاغتصاب فيه اختلاط للأنساب فيرد سيادته .

2- ألا لا تختلط الأنساب إلا في حالة حمل اغتصاب المزني بها وما مدى اختلاط الأنساب إذا لم يجهض الجنين الناشئ عن الاغتصاب بأن كان في الشهور الأخيرة من الحمل به وفقاً لمفهوم المخالفة من الفتوى. وإن العلة التي ذكرها لا باحة الاجهاض لا قيمة لها ولا تصلح مسوغاً لإباحة إجهاض

(1) إجهاض جنين الاغتصاب في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، دراسة فقهية مقارنة ، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة الأزهر ، كلية الشريعة والقانون بتفهما الأشراف دقهلية ، المكتبة العامة ، رقم 3843 السنة الخامسة عشر ، ربيع الأول 1421 هـ العدد 41 ، يونيو 2000 م ص 312 .

الجنين الذى يكون في الشهور الأولى من الحمل أو في الشهور الأخيرة منه، سواءً جاء نتيجة اغتصاب أو رضا مقترفي الفاحشة ولم يقل بهذه العلة أحد من الفقهاء الذين أباحوا الإجهاض قبل نفخ الروح في الجنين لعنرأولغيره⁽¹⁾ ويقول البعض :

أن أصحاب هذا القول يرون قيام الضرورة إذا كان حمل الزنا من آثار اغتصاب الأنثى لكن يعكر عليه عدم استفعال الرسول - صلى الله عليه وسلم - فى واقعة الغامدية أو الجهينية مع أنه فى مقام البيان الذى لا يجوز تأخيرها وقت الحاجة⁽²⁾.

ويرد علي هذا الاعتراض - أن بعض فقهاء المذاهب الإسلامية صرح بالجواز دون فرق بين مغتصبة وراضية ثم يقول ولو رجع المعترض إلي كتب السلف ما استغرب الفتوى ونحن مع المعترض في اعتراضه على التعليل للفتوى لكن شأن المجتهد أن يخطئ ويصيب ولكل أجره⁽³⁾.

ويرد على من قال بجواز إجهاض جنين الاغتصاب قبل نفخ الروح فيه بضوابط خاصة فيعلق عليها أن الزميل قد أسس رأيه على أن مسألة الاغتصاب تندرج تحت مسائل الصيال ومن ثم فهي أثر من أثار الصيال التي يجب دفعها ثم أنه ألقى بعبء التحقق من توافر شروط الصيال فيها علي الغير ولم يذكرها هو ولنرى الآن كيف أدرجها في الصيال وهو قول لم يسبق بل ليست المسألة في حاجة إليه وسرد ما ساقه كما سردناه - ثم يعترض عليه.

(1) اد / عبد الفتاح إدريس ، الإجهاض من منظور إسلامي ، ص 39 ، 40 .

(2) اد / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، ص 19 .

(3) د/ مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، مجلة كلية الشريعة والقانون ، ص 21 .

1- أي انفراجه وأي تيسير نجده في مبدأ دفع الصائل وأثره أن الزميل لو رجع إلي كتب الفقه في مظان المسألة لوجد بعضهم في كتاب النكاح وكتاب أمهات الأولاد وقد صرح بالجواز قبل نفخ الروح وفقاً لطور معين من أطوار الجنين وقد قدمنا هنا بعضاً من هذه النصوص .

2- كيف يسوغ تأسيس جواز الإجهاض هنا علي مبدأ دفع الصائل باعتبار الجنين من آثار الصيال إن هذا التأسيس غريب ومرفوض شكلاً وموضوعاً وما أظن أحداً يقول به لأن دفع الصائل يكون فوراً لا تراخي فيه فكيف بعد أن تتخلص من الصائل علي بضعها وتزول حالة الإكراه والاعتصاب تجلس وتفكر وقد تمضى أياماً ثم يعن لها أنها لم تقدر علي القوي وإنما تملك القدرة علي الضعيف ومن العجب أنه يقول فإذا وجب علي المغتصبة و غيرها أن تدفع عنها الغاصب ولو بقتله ولا ضمان له فمن يمنعها من إزالة آثار الآثمة نقول له الذي يمنعها هو الذي حرم الصيال وشرع دفعه و يقول الدكتور حماد كنت أنتظر حكماً جديداً غير ما عرفناه وألفناه عن بعض السلف فما الفائدة إذا من تأسيس المسألة علي أنها أثر من آثار الصيال ثم يقول إنني لم أجد في رأيه أية صلة بالصيال لا من قريب ولا من بعيد ولا حتى بالإشارة وإن كل ما استفيد من هذا البحث هو سقوط الإثم عن المغتصبة ثم يرد علي قوله أولاً أليس في إبقائه قتلاً معنوياً و نفسياً للأم، فهناك من الفقهاء من يري حرمة الإجهاض حتى قبل نفخ الروح فيه دون مراعاة لحياة الأم، ثم إن الألم المعنوي ونحو ذلك من العبارات المطاطة التي لا ضابط لها ولا تصلح في تقرير حكم فما من فعل سوء إلا وله أثر نفسي، بل إن هذا الأثر قد يعتري بعض الناس بلا سبب ثم إن

المغتصبة قد عذرها الشرع ولما عذرها رفع الملامة عنها ومن ثم فليست هي ولا أهلها محلاً للملامة المزعوم الخوف منها⁽¹⁾.

الترجيح:

وبعض هذا العرض الموجز لأراء الفقهاء نرى رجحان قول الرأي الأول القائل بعدم جواز اجهاض جنين الاغتصاب و ذلك لقوة أدلته من الكتاب و السنة .

والدليل على ذلك :

أولاً : قال الله تعالى - فى سورة الأنعام: " وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى " ⁽²⁾.

وجه الدلالة من الآية :

كما جاء فى تفسير القرطبي ألا تكسب كل نفس إلا عليها أى لا يؤخذ بما أنت من المعصية وكسبت من الخطيئة سواها ولا تزر وازرة وزر أخرى .. أى لا تحمل حاملة ثقل أخرى أى تؤخذ نفس بذنوب غيرها بل كل نفس مأخوذة بجرمها ومعاقبة بإثمها، وأصل الوزر الثقل وقيل أنها نزلت ردا على العرب فى الجاهلية من مؤاخذه الرجل بأبيه وبابنه وبجريدة غيره. وقوله سبحانه وتعالى " وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى " ⁽³⁾.

وجه الدلالة من الآية: أنه لا يضحى بجنين بريء لا ننب له من أجل ننب اقترفه غيره⁽¹⁾.

(1) اد / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، ص 24 ، 25 ، 26 ، 27 .

(2) سورة الأنعام ، جزء من الآية 164 .

(3) سورة الإسراء ، الآية 16 .

ولا تتحمل نفس وزر غيرها ما لم يكن لها يد في كسبه أو التسبب له⁽²⁾.

ويرى عامة الباحثين في هذه القضية على حرمة الإجهاض مطلقاً أى سواء كان قبل نفخ الروح فيه أو بعده، و سواء كان من نكاح صحيح أو من سفاح .. ولم يبح إجهاضه بدعوى التستر على فاحشة اقترفت .

يدل لهذا ما رواه بريده : قَالَ فَجَاءَتِ الْغَامِذِيَّةُ فَقَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ فَطَهِّرْنِي . وَإِنَّهُ رَدَّهَا فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ قَالَتْ يَا رَسُولَ اللَّهِ لِمَ تَرُدُّنِي لَعَلَّكَ أَنْ تَرُدُّنِي كَمَا رَدَدْتَ مَا عِزًّا فَوَاللَّهِ إِنِّي لَحُبْلَى . قَالَ " إِمَّا لَا " ⁽³⁾ فَأَذْهَبِي حَتَّى تَلِدِي " . لَمَّا وَلَدَتْ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي خِرْقَةٍ قَالَتْ هَذَا قَدْ وَلَدْتُهُ . قَالَ " أَذْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ حَتَّى تَفْطِمِيهِ " . فَلَمَّا فَطَمَتْهُ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي يَدِهِ كِسْرَةَ خُبْزٍ فَقَالَتْ هَذَا يَا نَبِيَّ اللَّهِ قَدْ فَطَمْتُهُ وَقَدْ أَكَلَ الطَّعَامَ . فَدَفَعَ الصَّبِيَّ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَحْفَرَ لَهَا إِلَى صَدْرِهَا وَأَمَرَ النَّاسَ فَرَجَمُوهَا فَيُقْبَلُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ بِحَجَرٍ فَرَمَى رَأْسَهَا فَتَنَضَّحَ الدَّمُ عَلَى وَجْهِ خَالِدٍ فَسَبَّهَا فَسَمِعَ نَبِيُّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَبَّهُ إِيَّاهَا فَقَالَ " مَهْلًا يَا خَالِدُ فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ ⁽⁴⁾ لَغُفِرَ لَهُ " ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَصَلَّى عَلَيْهَا وَدُفِنَتْ ⁽⁵⁾ وفى رواية قال له عمر بن الخطاب يا رسول الله : رجمتها ثم تصلى عليها فقال لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم

(1) تأليف / عمر بن محمد إبراهيم غانم ، أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى ، المرجع السابق ، ص 172 .

(2) د / محمد سعيد البوطى مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً ، ص 128 .

(3) أى إذا أبيت أن تسترى نفسك وكان لابد من أن تعترفى وتتنوى

(4) المكس : ما يأخذه أعوان السلطان ظمناً عند البيع والشراء ، مختار الصحاح ص 322 .

(5) صحيح مسلم بشرح النووى ، ط دار المعرفة ، ج 11 ، ص 202 .

وهل وجدت شيئاً أفضل من أن جادت بنفسها لله " قال أبو عيسى (صاحب كتاب سنن الترمذى هذا حديث صحيح⁽¹⁾ .

وجه الدلالة من الحديث:

أن المرأة التى حملت من زنا سواء كان عن طوعية أو اغتصاب لا يجوز لها أن تسقط جنينها ولو كان ذلك جائزاً لاستفسر منها - صلى الله عليه وسلم - عن كون هذا الحمل من زنا أو اغتصاب .

وذكر البعض أنه يحرم إجهاض الجنين الناتج عن الزنا أو الاغتصاب لأن الإسلام دعا إلى الحفاظ على الجنين لأنه سيصير نفساً وقتله قتل لنفس بغير حق سواء كان من نكاح أو سفاح⁽²⁾ .

ولم يستفصل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - من الغامدية إن كان زناً ماعز بها قد تم برضاها أو بإكراهها عليه، كما لم يستفصل منها إن كان حملها فى شهره الأولى أو بعد ذلك لأنه وقت الحاجة إلى البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة إليه لا يجوز فدل ذلك على حرمة إجهاض الجنين⁽³⁾ .

وذكر البعض : أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أرجأ إقامة الحد على الغامدية حتى تضع حملها ثم حتى ترضعه ثم حتى تقطمه وهذا دليل على حرص الإسلام على حياة الأجنة ولو أتت من سفاح ، ولو كان يجوز إجهاض

(1) صحيح مسلم، المرجع السابق ، ص 203 .

(2) د/ شحاتة عبد المطلب حسن أحمد ، المدرس بقسم الفقه العام بالكلية ، بحث بعنوان " الإجهاض بين الحظر والإباحة فى الفقه الإسلامى " ، ص 847

(3) أ. د / عبد الفتاح إدريس ، الإجهاض من منظور إسلامى ، ص 38 ، 39 ، حديث الغامدية ، رواه مسلم ، كتاب الحدود ، رقم 1411 ، ج 4 ، ص 16 ، ط دار إحياء الكتب العربية ، فيصل عيسى البابى الحلبي .

الجنين بقصد التستر على فاحشة اقترفتها أمة لأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه المرأة بإجهاض جنينها ولما أمرها بالاهتمام به حتى تتوفر له أسباب الحياة مستقلاً عنها، أما وقد أمرها صلى الله عليه وسلم بهذا الأمر الأخير فإن هذا يدل على حرمة إجهاض الجنين لأن الأمر بالشيء نهى عن ضده ولا يعد إجهاض الجنين في هذه الحالة من قبيل إجهاض الجنين لعذر ومن ثم فإن إجهاضه في هذه الحالة يقتضى الإثم ويوجب الضمان⁽¹⁾.

ويقول البعض: أن هذا نص واضح على أن الزانية لا تملك أن تسقط جنينها والحديث كما نرى ورد مطلقاً عن بيان مدة الحمل التي أخبرت عنه المرأة الغامدية عندما جاءت تخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم، إذ لم ترد على أن قالت فوالله أنى لحبلى فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم دون أن يسألها عن عمر حملها آنذ اذهبى حتى تلدى وهذا دليل واضح على وجوب استيفاء الحمل والمحافظة عليه وحرمة إسقاطه في هذه الحالة سواء مر عليه أربعون يوماً أم لم يمر إذ لو كان ثمة فرق في الحكم لسألها عن عمر الحمل قبل أن يأمرها بالذهاب، وتعبيراً عن هذه الحقيقة الأصولية المعروفة "ترك الاستفصال مع قيام الاحتمال ينزل منزلة العموم في المقال" فقد تكامل الدليل إذا في الحديث على أن الزانية لا يجوز لها أن تسقط حملها الذى نشأ عن زناها مطلقاً لا قبل الأربعين يوماً من بادئته ولا بعد ذلك⁽²⁾.

(1) الإجهاض من منظور إسلامي، بحث مقارن، د/ عبد الفتاح إدريس، ط الأولى 1416 هـ - 1995 م، ص 37، 38

(2) د/ محمد سعيد البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، ط دار الفارابي للمعارف، ص 130 (فترك الاستفصال من رسول الله - ص - في حالة كونه صلى الله عليه وسلم يستفصل منها عما إذا كان جنينها في شهره الأولى أو كانت مستكرهة فدل ذلك على أنه لا يجوز إجهاض الجنين حتى لو كان من سفاح أو من اغتصاب ولو كان جائزاً لبينه - صلى الله عليه وسلم)

ويقول الدكتور عبد العزيز محمد محسن في كتابه الحماية الجنائية للجنين :
ويستفاد من هذا الحديث الشريف أنه يجب على المرأة التي حملت من علاقة
زنا المحافظة على حملها حتى تضعه، وهذا المعنى واضح من قوله - صلى
الله عليه وسلم - " حتى تضعي ما فى بطنك " (1).

وروى أن امرأة زنت فى أيام عمر - رضى الله عنه - فهم عمر برجمها
وهى حامل فقال له معاذ إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها
فقال عمر عجزت النساء أن يلدن مثلك ولم يرحمها وروى عن على - رضى
الله عنه - أنه قال مثل هذا (2)، أى ولم يرحمها حتى تضع حملها " وهو مبدأ
فى أصله محل اتفاق عند جميع الأئمة والمذاهب ، ولئلا تنتزع المرأة الحامل
بحالة الضرورة الناتجة عن حمل سفاح وتضفى عليها حالة الإكراه وعليه فإن
الفقه الإسلامى حرم الإجهاض من حمل الاغتصاب بناء على قاعدة سد الذرائع
وأن الاعتراف بهذا الإجهاض قد يؤدى فى بعض الأحيان إلى إساءة استعماله
وخاصة إذا كان الحمل ثمرة علاقة جنسية غير مشروعة رضيت بها المرأة ..
ذلك لأن من أهم العقوبات المانعة للمرأة من الزنا نشوء الحمل الذى يترتب
عليه افتضاح أمرها وإلصاق العار بها طول عمرها فلئن لم تردعها عن
الفاحشة مخافة الله كانت الفضيحة هى الرادع (3).

وذلك لأن من أهم العقوبات المانعة للمرأة من الزنا نشوء الحمل الذى يستتبعه
أو يكشف عنها كل ستر وينبه الناس إلى جنابيتها ويترك لها آثارا مستتبقية طيلة
حياتها، فلئن لم تردعها عن الفاحشة مخافة الله عز وجل صددتها عنها عاقبة هذه

(1) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 119 ، 120 .

(2) المغنى ويليهِ الشرح الكبير لابن قدامة ، ص 139 ، ج 10 .

(3) أ. د / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، دراسة مقارنة ، ص 14 .

الفضيحة بين الناس . فإذا جاء من يضع بين يديها سبلا شرعية للتخلص من حملها الذى سيفضحها بين الناس زالت العقبة التى كانت تصدها عن الفاحشة وفتحت أمامها ذريعة سائغة إليها ، ولا ريب أن هذا يخالف حكمة الشارع جل جلاله وأنت تعلم أن نسبة كبرى من عمليات الإجهاض إنما تتم تكتما على الفاحشة وتيسيرا لسبيلها .. وبمقدار ما تكثر العيادات التى تستقبل هذا النوع من الحوامل تكثر الفواحش وتشتد المغريات بها ويهون السبيل إليها⁽¹⁾.

فإذا تبين هذا فلا ريب أن تيسير سبل الإجهاض من سفاح وتلمس الأعذار له من شرف وفضيحة وإنسانية وغير هذا من النوع الأول ، أعنى مما اجتمعت الأمة على سده وحسمه ..

ومن ثم فهو مما ينبغى أن تتفق الأمة الآن على منعه إذ هو التسبب للضرر مثل إلقاء السم فى الطعام وحفر البئر فى الطريق⁽²⁾.

فالإجهاض من أجل التستر على الفاحشة ليس برخصة تبيح الإسقاط ولو سلمنا جدلا بهذا العذر لكان فى سبيل تحقيق رغبات أهل الأهواء والشهوات⁽³⁾.

ويقول الغزالي رحمه الله: "أن ذلك جناية على موجود حاصل وله مراتب وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة فى الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جناية فإن صارت مضغة وعلاقة كانت الجناية أفحش إن نفخ

(1) د / محمد سعيد البوطى ، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاج ، ص 136 ، 137 .

(2) أ. د / مصباح المتولى حماد ، حكم إجهاض حمل السفاح ، ص 16 .

(3) إجهاض الجنين المشوه وحكمة فى الشريعة الإسلامية ، د/ مسفر بن على بن محمد القحطاني ،

ص 190 .

فيه الروح واستوت الخلقة لزدادت تفاحشاً ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حياً⁽¹⁾.

ويقوى التحريم فيما قرب من زمن النفخ لأنه جريمة ثم إن تشكل في صورة آدمي وأدركته القوايل وجبت الغرة⁽²⁾.

ومن المتفق عليه في الشريعة أن الحد لا يقام علي حامل حتى تضع حملها سواء كان الحمل من زنا، أم من غيره⁽³⁾.

قال ابن قدامة: لا نعلم خلافاً في أن الحامل لا يقام عليها الحد حتى تضع، سواء كان الحمل من زنا أو غيره. وقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الحامل لا ترحم حتى تضع حملها⁽⁴⁾.

وفي النهاية لأجوز اجهاض جنين الاغتصاب لماسبق ان بيناه من ادلة .

(1) إحياء علوم الدين ، الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي المتوفى سنة 505 هـ ، ج 2 ص 537 .

(2) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مرجع سابق، ج 8 ، ص 442 .

(3) أستاذنا الدكتور / أحمد حسني أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائي و عميد كلية الشريعة و القانون بتفهننا الأشراف، حماية الشعور الشخصي للمحكوم عليه في مرحلة تنفيذ العقوبة بين الفقه الإسلامي و القانون الجنائي الوضعي، ص 363، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة و القانون بتفهننا الأشراف ، العدد الثاني 1423 هـ ، 2002 م الجزء الأول

(4) المغنى لابن قدامة، ج 8 ، ص 171 .

المبحث الثانى

حكم إجهاض جنين الاغتصاب في القانون الوضعي

موقف المشرع المصري من إجهاض جنين الاغتصاب

لا يوجد في التشريع الجنائي المصري نص صريح يبيح الإجهاض لإنقاذ حياة الحامل أو صحتها البدنية و النفسية من خطر جسيم كما هو الحال في أغلب الشرائع المعاصرة .

وقد اتجه غالبية الفقهاء إلى امتناع مسئولية الفاعل في الإجهاض إذا توافرت شروط الضرورة كما وردت بنص المادة 61 عقوبات والتي جاء بها: " لا عقاب علي من ارتكب جريمة ألبأته إلى ارتكاب ضرورة وقاية لنفسه أو غيره من خطر جسيم علي النفس علي و شك الوقوع به أو بغيره و لو لم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى " (1).

والدفاع الشرعى يعنى رد اعتداء غير مشروع يقع على الشخص نفسه او ماله او نفس او مال غيره. وان المشرع يمنح الافراد سلطة دفع الاعتداء الذى يقع عليهم بالوسيلة التى تكفى لرد هذا الاعتداء وذلك اذا لم يكن فى مكنة المعتدى عليه الاحتماء بالسلطة العامة، لأنه ليس من المنطق ان نسائل هذا المعتدى عليه اذا ما بادربرد الاعتداء الذى وقع عليه فى وقت لم يتمكن فيه من الالتجاء الى السلطات العامة (2) .

(1) د/ مصطفى عبد الفتاح لبنه : جريمة إجهاض الحوامل ، ص 616 .

(2) أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات ، ط

1407هـ - 1987 م ، ص 163 .

فإذا توافرت في الإجهاض جميع شروط حالة الضرورة كما حددتها المادة 61 من قانون العقوبات، فلا شك بجواز الاحتجاج بها وتفترض هذه الحالة كأهم شرط لها أن يهدد الحمل حياة الحامل أو أن يهدد سلامة جسمها بخطر جسيم .ولا يجوز أن تحتج بحالة الضرورة إذا كان لإرادتها دخل فيها لمن كان حملها ثمرة اغتصاب إذا لا تناسب بين حقها في الشرف والاعتبار الذي تريد أن تحميه بالإجهاض وحق الجنين في الحياة⁽¹⁾.

وحالة الضرورة تعنى الحالة التي يدفع بشخص لارتكاب سلوك إجرامى نتيجة وجود مجموعة من الظروف التي تحيط به ولا يملك منها فكاكاً سوى ارتكاب السلوك الإجرامى نظراً لما يتهدد غيره من أخطار جسيمة⁽²⁾.

وفى توافر القصد الجنائى للإجهاض فلا أهمية بعد هذا الباعث وإن كان قد يكون له أثره على تقدير القاضى للعقاب ورضاء الحمل بالإسقاط لا يؤثر على قيام الجريمة، ذلك أن للنفس البشرية حرمة ولا تستباح بالإباحة⁽³⁾.

وذلك لأن شعور المرأة بإباحة الإجهاض يجعلها أقل حذراً فى علاقاتها الجنسية مما يؤدى إلى زيادة فرص حدوث الحمل، فإذا حدث الحمل فإن تصرفات المرأة التى حملت سفاهاً تختلف عن الأخرى التى كان حملها مشروعاً .ذلك أن الثانية لا تخجل فى طلب يد العون من زوجها أو أقاربها أو معارفها لمساعدتها فى التخلص من الحمل مما يقلل فرصة تعرضها للخطر أما التى حملت سفاهاً فإنها تبذل جهداً للاختفاء عن أعين المحيطين بها وكثيراً

(1) د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ص 309 ، 310 .

(2) أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات ، ط 1407 هـ - 1987 م ، ص 416 .

(3) نقض 27 / 12 / 1970 ، أحكام النقض س 21 ق 302 .

ما تقدم على استعمال وسائل بدائية مما يعرضها لأخطار ومضاعفات قد تصل إلى حد الموت^(١).

ومما جاء فى القانون الاجليزى انه قام ثلاثة من الجنود باغتصاب فتاة فى الرابعة عشرة من عمرها وحملت سفاحاً على أثر ذلك فقام الطبيب بورن بإجهاضها وكان القانون الإنجليزى لا يبيح الإجهاض للتخلص من الحمل السفاح الأمر الذى أدى إلى تقديم هذا الطبيب للمحاكمة ولم يحاول الطبيب الدفاع عن نفسه تأسيساً على أن الحمل كان سفاحاً، فذلك غير مقبول منه من الناحية القانونية إذ أن القانون لا يسمح بإسقاط الحمل فى هذه الحالة، فقرر الطبيب أمام المحكمة أنه فعل ذلك لوجود خطر جسيم وتلقف القاضى الفكرة وحكم ببراءة الطبيب تأسيساً على أنه إذا كان القانون يبيح قتل الطفل أثناء عملية الولادة لإنقاذ حياة الأم وكان هناك نص صريح فى القانون الانجليزى بذلك فى قانون حماية الطفولة، ونلاحظ أن القاضى لم يؤسس حكم البراءة على أن الحمل سفاح ولكنه اعتمد فى أسبابه على إبراز تعرض حياة الحامل وصحتها للخطر ومن التشريعات الجنائية من ذهبت إلى إباحتها أو الترخيص به ومن هذه التشريعات التشريع الجنائى الدانمركى الذى أجاز إجهاض المرأة الحامل إذا كان حملها ثمرة اغتصاب وقع عليها أو سفاح وذهب إلى ذلك أيضاً التشريع السويدى الذى رخص بالإجهاض إذا كان الحمل نتيجة اغتصاب ولكنه اشترط إقرار ذلك من لجنة تتكون من ثلاثة أطباء والتشريع التشيكوسلوفاكى الذى يبيح الإجهاض إذا كانت المرأة عذباء أو أرملاً وحملت سفاحاً والتشريع السوفيتى الذى يبيح الإجهاض إذا كان ثمرة اغتصاب والأرجنتينى إذا كانت نتيجة جريمة وقعت على المرأة الحامل والقانون البولونى الصادر سنة 1933

(١) د / مصطفى عبد الفتاح لبنة ، جريمة إجهاض الحوامل ، ص 633 .

إذا كان الحمل وقع فى غير زواج ولكنه اشترط شروطا معينة لإباحته و القانون الإيطالى يبيح الإجهاض إذا كان الحمل ثمرة اغتصاب و قد حذا حذوه فى ذلك التشريع البرازيلي و لعل حالة الضيق التى توجد فيها المرأة الحامل يدخل فى نطاقها كون الحمل من اغتصاب⁽¹⁾.

والسماح بالإجهاض فى حالة الخطر الذى يهدد الحامل فى صحتها أو فى معنوياتها كما فى المادة 120 من القانون السويسرى أو الذى يكون مرده إلى احتمال إصابة الجنين بمرض وراثى جسيم أو لأن الحمل ثمرة لجريمة الاغتصاب أو الفسق بين المحارم كما فى التشريع الإيطالى والبولونى والبرازيلي⁽²⁾.

ولكن هل يجوز الإجهاض دفاعا عن الشرف والاعتبار تتمثل هذه الحالة فى أن الحمل كان ثمرة لاتصال جنسى لم يكن نتيجة لرضاء صحيح من المرأة أو معتبرا قانونا ، كحالة الاغتصاب أو المباغته أو الاتصال الجنسى الذى يقع نتيجة تدليس أو غش، أو كان الحمل نتيجة تلقى صناعى دون رضاء صحيح من المرأة .

هل يجوز للمرأة إسقاط نفسها أو للطبيب إجهاضها يقول الرأى عندنا أنه يجوز للمرأة إسقاط نفسها بشروطها القانونية التى يتطلبها القانون .. وبالبناء على ما تقدم تمتنع مسئولية المرأة والطبيب الجنائية فى هذه الحالة التى تثبت على سبيل القطع بدليل رسمى أن الحمل كان ثمرة لفعل غير مشروع ولم يتوافر الرضاء الصحيح للمرأة تأسيسا على توافر حالة الضرورة بشروطها القانونية سالفة الذكر وتعد حالة الضرورة من موانع المسئولية الجنائية وذلك لأن

(1) مشاراً إليه : د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 116 .

(2) مشاراً إليه : د/ عبد المهيم بكر ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ص 664 .

توافرها يترتب عليه إنعدام حرية الاختيار أو التأثير عليها بالدرجة التى لا يمكن معها أن يكون صاحبها محلاً للمسئولية الجنائية⁽¹⁾.

وحتى يشترط الامتناع عن المسئولية الجنائية استناداً لتوافر حالة الضرورة يشترط نوعين من الشروط :

أولاً : شروط فى الخطر . ثانياً : شرط فى جريمة الضرورة .
أولاً : شروط فى الخطر :

1 - أن يكون مهدداً للنفس . 2 - أن يكون الخطر جسيماً وحالاً .

3 - ألا يكون لإرادة الفاعل دخل فى وجوده⁽²⁾.

ثانياً : شروط جريمة الضرورة :

1 - أن تكون لازمة لدفع الخطر .

2 - أن تكون هى الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر⁽³⁾.

واستند القائلون بإباحة الإجهاض فى هذه الحالة إلى أن المرأة هنا فى حالة دفاع شرعى ويباح لها إسقاط الحمل لدفع الخطر الذى تواجهه، وبمناقشة ذلك يتبين لنا بوضوح خطأ هذا التأصيل وأن المرأة التى تسقط حملها الناتج عن اغتصاب ليست فى حالة دفاع شرعى ذلك أن من الشروط الأساسية فى الدفاع الشرعى أن يوجه فعل الدفاع إلى المعتدى، وفى حالتنا هذه نجد أن الحامل

(1) د / أسامة عبد الله قايد ، المسئولية الجنائية للأطباء ، دراسة مقارنة ، ط الثانية 1990 ، رقم 794 ، ط دار النهضة العربية ، ص 293 ، 294 ، 295 ، أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات ، ط 1407 هـ - 1987 م ، ص 417 .

(2) أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات ، ط 1407 هـ - 1987 م ، ص 418 ، 419 .

(3) أستاذنا الدكتور / سامح السيد جاد ، أستاذ القانون الجنائى ، مبادئ قانون العقوبات ، ط 1407 هـ - 1987 م ، ص 421 .

تعتدى على من لم يعتد على أحد فهي تقتل الجنين الذى لا ذنب له من قريب أو بعيد⁽¹⁾.

وتبيح بعض الدول الإجهاض وإنهاء الحمل إذا قرر ثلاثة من الأطباء بنية حسنة توافر حالة من الحالات التالية :

1 - إذا كان استمرار الحمل قد يشكل خطورة على حياة المرأة الحامل أو أن استمرار الحمل يعرضها لخطر وقوع الضرر على صحتها البدنية والعقلية وأن السبيل الوحيد لتدارك ذلك هو إسقاط الحمل .

2 - إن هناك خطر حقيقيا يؤدي فى النهاية إلى ولادة طفل مشوه .

3 - أن الحمل جاء نتيجة الاغتصاب أو غشيان المحارم وفى هذه الحالة يتطلب القانون أن يصدر أمر من القاضى بإنهاء الحمل بدلا من آراء الأطباء الثلاثة، والرأى المستقر هناك أنه إذا ما اقتنع القاضى بأن الحمل جاء نتيجة الاغتصاب فعليه أن يصدر أمر بإنهاء الحمل والإجهاض .. إذ يكفى اقتناعه بأن الحمل جاء من اغتصاب وواضح أن مرجع ذلك هو السرعة فى اتخاذ قرار إنهاء الحمل وعدم الانتظار حتى تكتمل التحقيقات والمحاكمة فى موضوع الاغتصاب لأن الحمل يكون قد وصل إلى مرحلة تتعرض فيها حياة المرأة للخطر عند محاولة التخلص منه⁽²⁾.

وأشار البعض أن بعض الدول مثل نيوزيلندا صدر قانون 1977 أوصى بتشكيل لجنة عرفت باسم اللجنة الإشرافية لشئون الإجهاض وتتولى تلك اللجنة مهمة منح أو رفض طلبات الترخيص المقدمة من رؤساء المؤسسات الطبية ، والتي بمقتضاها يتم إجراء عمليات الإجهاض واللجنة ترى ما إذا كان الأمر فيه

(1) د / مصطفى عبد الفتاح لبنه ، جريمة إجهاض الحوامل ، ص 488 ، 489 .

(2) د / مصطفى عبد الفتاح لبنه ، جريمة إجهاض الحوامل ، ص 351 ، 352 .

تعرض حياة المرأة للخطر أو وجود تهديد لصحتها البدنية والنفسية أو أن الحمل جاء نتيجة اغتصاب ولكن الأمر فى النهاية معلق على اللجنة الإشرافية لشئون الإجهاض⁽¹⁾.

وبمطالعة نص المادة 61 أنه لا يجوز للمرأة الحامل أن تحتج بحالة الضرورة أيضا إذا ما أقدمت على الإجهاض إذا كان حملها نتيجة اغتصاب لأنها فى هذه الحالة تكون قد خالفت شرطا من شروط حالة الضرورة.

فلو أننا نظرنا إلى حق المرأة الحامل فى الحفاظ على شرفها وسمعتها واعتبارها من ناحية وحق الجنين فى الحياة من ناحية أخرى لوجد أنه لا يوجد تناسب بين الحق الأول والثانى على الإطلاق ومع ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء إلى جواز احتجاجها بحالة الضرورة فى هذه الحالة⁽²⁾ وهذا رأى لما قال بحالة الضرورة لم يشترط كلمة التناسب لان الضرورة مانع من موانع المسؤولية الجنائية وليس سبب من اسباب الاباحة كالدفاع الشرعى ولكن حالة الضرورة هنا مستندة الى توافر خطورة على الام تهدد نفسها بخطر جسيم وحال وليس هناك من وسيلة لانقاذ حياتها سوى التضحية بالجنين — يستوى أن يكون نتيجة حمل شرعى أو سفاحاً أو اغتصاباً .

ولا يجوز للمرأة الحامل أن تحتج بحالة الضرورة إذا ما أقبلت على الإجهاض إذا كان حملها نتيجة علاقة غير مشروعة لأنها فى هذه الحالة تكون قد خرجت عن نطاق حالة الضرورة بفقدائها شرطا هاما من شروطها وهو ألا يكون لإرادة المهدد بالخطر دخل فى حلول هذا الخطر⁽³⁾.

(1) نقلاً عن : د/ مصطفى عبد الفتاح لبنه ، المرجع السابق ، ص 357 ، 358

(2) أ. د/ مأمون سلامة ، قانون العقوبات ، القسم العام ، ص 372 .

(3) أ. د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 125 .

واشار البعض بقوله: ولا يفوتني أن أذكر أن قانون العقوبات الأردني جعل الإجهاض للمحافظة على الشرف من الأعدار المخففة، وكذلك من يقدم على الإجهاض محافظاً على شرف إحدى فروع أو قريباته حتى الدرجة الثالثة وذلك في المادة 324 وعلّة التخفيف مرتبطة بالعادات والتقاليد والطباع التي تتسم بالطابع القبلي العشائري وما للشرف من أثر ومكانة في المجتمع القبلي ورثته منذ القدم حتى يومنا هذا وذلك من خلال تعاليم الإسلام التي يدين بها المجتمع ورغم محاولات التغريب الحديثة⁽¹⁾.

واضح من استقراء نصوص الإجهاض أن المشرع المصري يرفض السماح بإنهاء الحمل للتخلص من حمل السفاح كما يرفض اعتباره عذراً مخففاً ونحن بدورنا نؤيد المشرع المصري في هذه الناحية، حيث ثبت بالتجربة العملية أن السماح بالإجهاض للتخلص من حمل سفاح يؤدي إلى إشاعة الرذيلة والفوضى الجنسية في المجتمع و تحطيم الطوق الأخلاقي⁽²⁾.

وأن بعض القوانين الجنائية الحديثة ومنها القانون الجنائي المصري استبعدت أسباباً عديدة لإباحة الإجهاض أو الترخيص به حماية لحق الجنين في الحياة كالإجهاض دفعا للعار⁽³⁾.

ويتبين لنا من نصوص الإجهاض في التشريع المصري أن المشرع يحمي حق المرأة في استمرار الحمل وذلك بأن وضع عقوبات قاسية توقع على من يعتدى على هذا الحق، أما حق الحامل في إنهاء الحمل فقد أغفله المشرع وكان

(1) نقلاً من كتاب: أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، تأليف / عمر بن إبراهيم غانم ، ص 179 .

(2) د / مصطفى عبد الفتاح لبنة ، جريمة إجهاض الحوامل ، ص 633 .

(3) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 130 ، 131 .

ينبغي التعرض له في نصوص صريحة ببيان الحالات التي يسمح فيها للحامل بإنهاء الحمل إذا كان في استمراره تهديداً خطراً جسيماً على حياتها .

فإذا ما حصل الحمل كان له الحق في النمو والميلاد الطبيعي الذي لا يجوز للحامل الاعتداء عليه ومن ناحية ثانية يخشى أن يؤدي الاعتراف بهذا الإجهاض إلى إساءة استعماله حين يكون ثمرة علاقة جنسية رضيت بها ثم تخلع عليها مظهراً إجرامياً توصلأ إلى إباحة الإجهاض . ولكن يرد على هذا الأصل تحفظ . فإذا توافرت لهذا الإجهاض مقتضيات العمل العلاجي كما لو كانت المجنى عليها في الاغتصاب طفلة أو مريضة لا تقوى على احتمال الحمل أو الولادة أو كان محققاً إقدامها على الانتحار أُنِيج الإجهاض استناداً إلى الاعتبارات الطبية⁽¹⁾.

وطبقاً للمبادئ العامة: لا تأثير لنوع الباعث في وجود القصد ، فسيان ان يتم الإسقاط بدافع الانتقام أم بدافع مساعدة الحامل على الخلاص من حمل لا ترغب فيه و أن يتم برضاها و بناءا علي طلبها أم أن يتم بغير علم منها ولا رضا لأن رضا المجني عليه لا تأثير له في قيام الجريمة كقاعدة عامة . فالإسقاط في قانوننا يخضع للعقاب حتى و لو كان الحمل نتيجة تغرير أو خداع بل ولو كان بسبب اغتصاب جنائي و في ذلك شيء من الإعانات قد يخفف منه نظام الظروف القضائية المخففة⁽²⁾.

(1) د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ص 308 .

(2) د / رؤوف عبيد : جرائم الاعتداء على الأشخاص والاموال ، ص 230 .

ويقول البعض أن التشريع فى وضعه الحالى لا يتفق مع الواقع إذا كيف يتقبل العقل والمنطق التضحية بحياة امرأة من أجل استمرار حمل فى أسابعه الأولى ويرى أنه من الأفضل أن يعالج المشرع تلك الأمور بنصوص صريحة تبيح إسقاط الحمل إذا كان لازماً لإنقاذ حياة الحامل⁽¹⁾، وذلك فى حالات الإجهاض العادية وليست الناتجة عن حمل غير مشروع كاغتصاب أو سفاح . فإذا كان الحمل مصدر عار للحامل فهل يباح الإجهاض دفعاً لهذا العار أو فى تعبير آخر دفاعاً عن الشرف والاعتبار يدخل فى نطاق هذه الحالة أن يكون الحمل ثمرة لجريمة كاغتصاب أو تلقيح صناعي أجرى دون رضا المرأة إن سبب الإباحة الذى تثير هذه الحالة التساؤل عن مدى توافر شروطه هو الدفاع الشرعى عن الشرف نعتقد أن هذه الشروط غير متوافرة لأن الفعل غير موجه إلى من صدر عنه الاعتداء . فقد صدر هذا الاعتداء عن الرجل الذى ارتكب الاغتصاب ولكن الفعل قد وقع عدواناً على حق الجنين وله فى القانون استقلاله عن ذلك الرجل وتأبى السياسة الجنائية أن يعترف الشارع بهذا الإجهاض، فمن ناحية ليست المرأة فى حاجة إليه فلها حق الدفاع الشرعى ضد الرجل الذى يحاول الاعتداء على عرضها ولها كذلك الحق فى الحيلولة دون الحمل باستعمال الوسائل التى من شأنها ذلك⁽²⁾.

(1) د/ مصطفى عبد الفتاح لبنه ، جريمة إجهاض الحوامل ، ص 618 .

(2) د / محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ص 307 ، 308 .

المبحث الثالث

موازنة بين حكم إجهاض جنين الاغتصاب

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بالنظر فيما تقدم من الحديث عن حكم إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية يمكن القول بأن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتى :

أولاً: أوجه الاتفاق :-

أولاً: إذا تيقن من وجود الحمل فإن فقهاء الفقه الإسلامى يذهبون إلى وجوب حمايته من أى اعتداء يقع عليه وتبدأ هذه الحماية وفقاً للرأى الراجح من لحظة استقرار النطفة فى رحم الأم حتى تتم الولادة الطبيعية حتى ولو كان ثمرة سفاح، لأن الحمل له الحق فى الحياة منذ بدايته ولا يجوز التعرض له بأى حال من الأحوال، وهذا ما ذهب إليه أغلب القوانين الوضعية وأن بعض القوانين الجنائية الحديثة ومنها القانون الجنائى المصرى استبعدت أسباباً عديدة لإباحة الإجهاض أو الترخيص به حماية لحق الجنين فى الحياة كالإجهاض دفعا للعار⁽¹⁾.

وبناء على ذلك فإننا نرى أن هذا الإجهاض إذا وقع استناداً إلى كون الحمل ثمرة علاقة غير شرعية، فأننا نرى أن الإجهاض يكون محرماً شرعاً لأن السماح بالإجهاض للتخلص من حمل سفاح يؤدى إلى إشاعة الرذيلة والفوضى الجنسية فى المجتمع وتحطيم الطوق الأخلاقى .

(1) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 130 ، 131.

وأن الاعتراف بهذا الإجهاض قد يؤدي في بعض الأحيان إلى إساءة استعماله وخاصة إذا كان الحمل ثمرة علاقة جنسية غير مشروعة رضيت بها المرأة .

وإن كان الإجهاض يجوز في هذه الحالة على سبيل الاستثناء إذا كانت الظروف الصحية للمرأة الزانية تقتضيه لإنقاذ حياتها، لأن الشريعة الإسلامية الغراء بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما وأخف الضررين في هذه الحالة هو التضحية بالجنين إنقاذاً لحياة أمه من الهلاك⁽¹⁾.

والحماية الجنائية التي يقرها الفقه الإسلامي ويقرها القانون الوضعي تحمي الجنين سواء أكان ثمرة علاقة شرعية بين زوجين أو علاقة غير شرعية، ويستوى ذلك فيما إذا كان برضاء المرأة أو بغير رضاها .

ثانياً : من أوجه الاتفاق: من أوجه الاتفاق أن الفقه الإسلامي يكفل للجنين حماية فعالة حيث يجرم كل فعل يشكل اعتداءً عليه حتى ولو كان صادراً من غير أمه . وهذا ما حكم به الصحابة من بعد رسول الله " صلى الله عليه وسلم " في حكمه على الغامدية - جاء في المنتقى للباجي فإن ثبت بأربعة شهاد أن زنا بها مكرهة فهو الذي يلزمه الصداق وإن لم يشهد عليه أربعة شهاد أنه شاهدان بإقراره أو أنهما رأياه أدخلها منزله غصباً فغاب عليها فقالت أصابني فقد قال سحنون عن ابن القاسم لها الصداق لأن مبالغته من فضيحتها قوى دعواها واستحققت ببينتها الصداق⁽²⁾.

(1) عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 120

(2) المنتقى للباجي على شرح موطأ إمام دار الهجرة سيدنا مالك ابن أنس ، والباجي هو القاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن واثق الباجي الأندلسي ، من أعيان الطبقة العاشرة من علماء السادة المالكية المولود سنة 403 هـ ، المتوفى سنة 494 رحمه الله ورضى عنه ، الطبعة الأولى ، 1320 هـ ، مطبعة السعادة بجوار محافظة مصر ، ج 5 ، ص 268

وجاء في مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب : عن عبد الله بن صالح قال حدثني الليث قال: أتى عمر بن الخطاب رضوان الله عليه بفتى أمرد قد وجد قتيلا ملقى على وجهه بالطريق فسأل عمر عن أمره واجتهد فيمن يقف على خبر ولم يعرف له قاتل فشق ذلك على عمر وقال: اللهم اظفرني بقاتله حتى إذا كان رأس الحول أو قريبا من ذلك وجد صبي مولود ملقى بموضع القتل فأتى به عمر فقال: ظفرت بدم القتل إن شاء الله فدفعت الصبي إلى امرأة وقال لها قومي بشأنه وخذي منا نفقته وانظري من يأخذه منك فإذا وجدت امرأة تقبله وتضمه إلى صدرها فأعلميني بمكانها فلما شب الصبي جاءت جارية فقالت للمرأة سيدتي بعثتني إليك تبعتني بالصبي لتراه وترده إليك قالت: نعم اذهبي به إليها وأنا معك فذهبت بالصبي والمرأة معها حتى دخلت على سيدتها فلما رآته أخذته وضمته إليها فإذا هي بنت شيخ من الأنصار من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرت عمر خبر المرأة فاشتمل عمر على سيفه ثم أقبل إلى منزلها فوجد أباها متكئا على باب داره فقال: يا أبا فلان ما فعلت ابنتك فلانة؟ قال يا أمير المؤمنين جزاها الله خيرا هي من أعرف الناس بحق الله تعالى وحق أبيها مع حسن صلاتها وصيامها والقيام بدينها قال عمر: قد أحببت إن ادخل إليها فأزيدها رغبة في الخير وأحثها على ذلك فقال: جزأك الله خيرا يا أمير المؤمنين امكث مكانك حتى أرجع إليك فاستأذن لعمر فلما دخل أمر عمر كل من دخل عندها فخرج وبقيت هي وعمر في البيت ليس معهما أحد فكشف عمر عن السيف وقال:

لتصدقني وإلا قتلتك - وكان عمر لا يكذب - فقالت على رسلك يا أمير المؤمنين فوالله لأصدقن إن عجوزاً كانت تدخل على فأخذتها أما وكانت تقوم في امرئ بما تقوم به الوالدة وكنت لها بمنزلة البنت فأمضت بذلك حيناً ثم إنها

قالت لى: يا بنيتى إنه قد عرض لى سفر ولى بنت فى موضع أتخوف عليها أن تضيع قد أحببت أن أضمرها إليك حتى أرجع من سفرى فعمدت إلى ابن لها شاب أمرد فهبأته كهينة الجارية وأتتني به لا أشك أنه جارية فكان يرى منى ما ترى الجارية من الجارية حتى اعتقلني يوماً وأنا نائمة فما شعرت حتى علاني وخالطني فمددت يدي إلى شفرة كانت إلى جنبي فقتلته ثم أمرت به فألقى إلى حيث رأيت فاشتملت منه على هذا الصبي فلما وضعته ألقىته فى موضع أبيه فهذا والله خبره معى على ما أعلمتك ، قال عمر : صدقت بارك الله فيك ثم أوصاها ووعظها ودعا لها وخرج وقال لأبيها : بارك الله فى ابنتك فنعم الابنة ابنتك وقد وعظتها وأمرتها فقال الشيخ: وصلك الله يا أمير المؤمنين وجزاك الله خيراً عن رعبتك⁽¹⁾.

وهذا ما اتجه إليه القانون الوضعى من كونه لم يفرق بين الحمل الناشئ عن اغتصاب أو سفاح، وعن الحمل الناشئ عن نكاح صحيح فإذا ما حدث الحمل كان له الحق فى النمو والميلاد الطبيعى الذى لا يجوز للحامل ولا لغيرها الاعتداء عليه . وحتى لا يؤدى الاعتراف بهذا الإجهاض إلى إساءة استعماله حيث يكون ثمرة علاقة جنسية رضيت بها ثم تخلع عليها مظهراً إجرامياً توصلنا إلى إياحة الإجهاض⁽²⁾.

(1) مناقب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب : تأليف أبى الفرج عبد الرحمن بن على بن محمد ابن الجوزى ، ضبط نصوصه وخرج أحاديثه / حلمي بن إسماعيل الرشيدى ، ط دار العقيدة : ص 75، 76 .

(2) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ص 308 .

مدعية الاغتصاب حتى تغطي على جريمتها الأصلية ، ولكن يتحفظ على ذلك لو كانت المجنى عليها فى الاغتصاب طفلة أو مريضة لا تقوى على احتمال الحمل أو الولادة .. فذلك التحفظ يجوز استنادا إلى الاعتبار الطبيعى والقرائن القوية التى تدل على كونها قد اغتصبت استنادا أيضا إلى حالات الضرورة من منظورها الضيق .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

فى الفقه الإسلامى رأينا أكثر الآراء تشدداً والتى رفضت السماح بإسقاط الحمل بدءاً من اليوم الأول أى من وقت التلقيح وهو رأى الإمام الغزالى وفقهاء المالكية وبعض الحنابلة والظاهرية.

إلا أنهم رغم ذلك لم يجعلوا عقوبة من يسقط الحمل فى أسابيعه الأولى مماثلة لعقوبة من يسقط الحمل فى أسابيعه الأخيرة ..

إذا أخذوا بمبدأ التدرج فى العقوبة التى تزداد شدة كلما كبر الحمل وازداد حجمه ازدادت العقوبة فإذا أتم الشهر الرابع فرضوا الدية كاملة .

أما فى القانون الوضعى نرى أن النصوص افتقدت المنطق وجعلت تقبلها والاعتناع بها أمراً بالغ الصعوبة، وذلك عندما لم تفرق بين من يقوم بإسقاط حمل فى أيامه الأولى ومن يقوم بإسقاطه فى شهره الثامن فالعقوبة واحدة رغم أن نظرة المجتمع ودرجة تقبل الضمير الإنسانى للفعلين ليست واحدة .

ونحن نهيب من جانبنا بالمشرع القانونى وندعو واضعى القوانين الوضعية والنصوص القانونية إلى ضرورة ومتابعة ودراسة ما جاء فى الفقه الإسلامى والاستفادة منها

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على إجهاض جنين الاغتصاب

بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

المبحث الأول

عقوبة الإجهاض فى الفقه الإسلامى

أولاً : تختلف عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض فى الفقه الإسلامى بحسب اختلاف النتائج التى يسفر عنها النشاط الإجرامى للجانى وهذه النتائج تتمثل فى إحدى الحالات الآتية:

- 1 - أن يخرج الجنين من بطن أمه ميتاً .
- 2 - أن يخرج الجنين من بطن أمه حياً ثم يموت بسبب قتل الجانى .
- 3 - أن يخرج الجنين من بطن أمه حياً ثم يموت بسبب آخر غير فعل الجانى .
- 4 - أن يخرج الجنين من بطن أمه بعد وفاتها - حياً أو ميتاً - أو حياً ثم يموت .
- 5 - أن يترتب على فعل الجانى إيذاء الأم وإصابتها بإصابات تشفى منها أو تؤدى إلى موتها .

الحالة الأولى : انفصال الجنين عن أمه ميتاً .

إذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً بسبب الجناية ففیه غرة .
والغرة فى اللغة هى بياض فى وجه الفرس⁽¹⁾، نقول فرس أقر بمعنى أبيض الوجه، والأقر الأبيض الوجه، والأقر الأبيض من كل شيء لذلك صارت هذه

(1) ينظر القاموس المحيط ، ج 2 ، ص 104 .

الكلمة تطلق على الخيار من كل شيء، والغرة فى اللغة أيضا الخيار وسمى العبد والأمة غرة لأنهما من أنفس الأموال⁽¹⁾.

وفى الاصطلاح الفقهى هى عبد أو وليدة أو أمه .

وقول أكثر أهل العلم أن الغرة عبدا أو أمه، وقال عروة وطاوس ومجاهد عبد أو أمه أو فرس لأن الغرة اسم لذلك⁽²⁾.

يقال غرة عبد بالصفة وغرة عبد بالإضافة والصفة أحسن لأن الغرة اسم للعبد نفسه .. قال مهالل - كل قتيل فى كليب غرة - حتى ينال القتل إلى مرة⁽³⁾.

والغرة إجماعا هى الخيار وأصلها بياض فى وجه الفرس والخيار (أى فى الأصل) قوله وأصلها بياض أى فوق الدرهم وأخذ بعضهم منها اشتراط البياض فى الرقيق الآتى وهو شاذ⁽⁴⁾.

وقيل إنما سمي ما يجب فى الجنين لأنه أول مقدار ظهر فى باب الدية وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة وسمى وجه الإنسان غرة لأنه أول شيء يظهر منه⁽⁵⁾.

ويأتى التناسب بين المعنى اللغوى والاصطلاحى فى كون الغرة أقل المقادير فى الديات وأقل الشيء أوله فى الوجود ولهذا سمي أول الشهر غرة لأنه أول ما يبدو عند النظر، ولما كان وجه الإنسان أول شيء منه سمي من أجل ذلك

(¹) المرحوم / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائى الإسلامى مقارنا بالقانون الوضعى، ج 2 ، ص299.

(²) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ص539.

(³) المغنى ، المرجع السابق ، ج 9 ص535

(⁴) نهاية المحتاج لى شرح المنهاج ، ج 7 ، ص 379 .

(⁵) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 9 ، ص 153.

غرة والأغر ذو الغرة يقال يوم أغر وليلة غراء والغرة بياض في وجه الفرس ومن الشهر ليلة استهلال القمر ومن الهلال طلوعه ومن الرجل وجهه⁽¹⁾.

فإذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً فعقوبة الجاني هي دية الجنين، ودية الجنين غرة عبد أو أمه قيمتها خمس من الإبل⁽²⁾.

لفظ الشافعي وقيمة الغرة نصف عشر قيمة دية الرجل المسلم في العمد ، وعمد الخطأ خمس من الإبل خمساها بعيران خلفتان وثلاثة أخماسها وهو قيمة ثلاث جذاع وحقق نصفين من إبل عاقلة الجاني ، فإن لم يكن لهم إبل فمن إبل بلده أو أقرب البلدان . وإن كانت خطأ أدت عاقلته أى غرة شاعت وقيمتها نصف عشر دية رجل من ديات الخطأ وهو نص في التخليط ، ولفظ الحاوي الجناية على الجنين لا تكون إلا خطأ أو شبه عمد والغرة في الحاليين على العاقلة تخفيفاً وتغليظاً كدية النفس⁽³⁾.

والغرة قيمتها نصف عشر الدية وهي خمس من الإبل روى ذلك عن عمر وزيد - رضى الله عنهما .. ولأن ذلك أقل ما قدره الشرع في الجنائيات⁽⁴⁾.

وقد روى عن عمر حَدَّثَنَا عُثْمَانُ بْنُ أَبِي شَيْبَةَ، وَهَارُونُ بْنُ عَبْدِ الْأَزْدِيِّ، - الْمَغْنَى - قَالَ حَدَّثَنَا وَكِيعٌ، عَنْ هِشَامٍ، عَنْ غُرُوةَ، عَنِ الْمِسْوَرِ بْنِ مَخْرَمَةَ،

(1) تكملة البحر للرائق شرح كنز الدقائق، ج 9 ، ص 153

(2) رسالة أعدّها / الزين يعقوب الزبير ، موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل ، ط دار الجيل .. بيروت ، ص 326 . 299 .

(3) المرحوم/ عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، ص 299 .

(4) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ص 541

أَنَّ عُمَرَ، اسْتَشَارَ النَّاسَ فِي إِمْلَاصٍ ⁽¹⁾ الْمَرْأَةَ فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ شَهِدْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى فِيهَا بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ . فَقَالَ انْتَبِهِ بِمَنْ يَشْهَدُ مَعَكَ . فَأَتَاهُ بِمُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ - زَادَ هَارُونُ - فَشَهِدَ لَهُ يَعْنِي ضَرْبَ الرَّجُلِ بَطْنِ امْرَأَتِهِ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ بَلَّغْنِي عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ إِنَّمَا سُمِّيَ إِمْلَاصًا لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَزَلِفُهُ قَبْلَ وَقْتِ الْوِلَادَةِ وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا زَلَقَ مِنَ الْيَدِ وَغَيْرِهِ فَقَدْ مِلَصَ ⁽²⁾ .

حَدَّثَنَا وَهْبُ بْنُ بَيَّانٍ، وَابْنُ السَّرْحِ، قَالَا حَدَّثَنَا ابْنُ وَهْبٍ، أَخْبَرَنِي يُونُسُ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَأَبِي، سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ اقْتَتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هَذِلٍ فَرَمَتِ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلَتْهَا فَاجْتَنَبُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِيَّةَ جَنِينِهَا غُرَّةً عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا وَوَرِثَتِهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ فَقَالَ حَمَلُ بْنُ مَالِكٍ بْنِ النَّابِغَةِ الْهَذَلِيُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ أُغْرِمُ دِيَّةَ مَنْ لَا شَرْبَ وَلَا أَكَلَ وَلَا نَطَقَ وَلَا اسْتَهْلَ فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطْلُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ " . مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَعَ ⁽³⁾ .

(¹) إملاص المرأة إنما سمي إملاصاً لأن المرأة تزلفه قبل وقت الولادة وكذلك كل ما زلق من اليد وغيرها فقد ملص ، سنن أبو داود ، كتاب الديات ، باب دية الجنين ، ج 2 ، ص 543 والسنن الكبرى ، ج 8 ، ص 114 .

(²) صحيح البخاري ، رقم 6509 ، ص 2531 ، ج 6 ، كتاب الديات ، ط دار ابن كثير ، دمشق ، بيروت ، صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 11 ، ص 180 ، ط دار المعرفة .. بيروت .

(³) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ص 535 . تحقق صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ص 179 .

وتجب الغرة فى الجنين الذكر وفى الجنين الأنثى وإنما لم تختلف الغرة بذكورته وأنوثته لإطلاقه خبر أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قضى فى الجنين بغرة⁽¹⁾، ولهذا لم يبين فى المختصر أنه ذكر أو أنثى لأن دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل⁽²⁾.

وتجب الغرة فى حالتى العمد والخطأ معاً ولا فرق بين الحالتين .

وإذا جنى رجل على امرأة عمداً أو خطأ فألقت جنيناً ميتاً فعلى عاقلته غرة عبد أو أمة يؤدون أيهما شاؤا من أى جنس شاؤا⁽³⁾.

والغرة تورث عن الجنين على فرائض الله .

إن الغرة موروثه عن الجنين كأنه سقط حياً لأنها دية له وبذل عنه يرثها ورثته كما لو قتل بعد الولادة وبهذا قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى وقال الليث لا تورث بل تكون بدله لأمه لأنه كعضو من أعضائها فأشبهه يدها ولنا أنها دية آدمى حر فوجب أن تكون موروثه عنه كما لو ولدته حياً ثم مات⁽⁴⁾.

والمستحق لها هو الوارث للجنين لأنها دية نفس فعلى عاقلته من شربت دواء أو غيره وأجهضت جنيناً ميتاً بشربها . غرة للورثة، أى ورثته دونها لأنها قاتلة والغرة على العاقلة إذا لا عمد فيها⁽⁵⁾.

وهى أى الغرة لورثة الجنين⁽⁶⁾.

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج7 ص 380

(2) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج9 ص 153 .

(3) الأم للشافعى ، ج 5 ص 109 .

(4) المغنى لابن قدامة المرجع السابق ج9، ص 542 ، 543 .

(5) أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ج 4 ، ص 93 .

(6) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج 7 ، ص 383 .

والسنة أن القاتل لا يرث من الدية شيئاً فديته على فرائض الله تعالى ليس
للذى قتله من ذلك شيء وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمة وأبي حنيفة ومالك
والشافعي⁽¹⁾.

وتتعدد الغرة بتعدد الأجنة .

وإذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففي كل واحد غرة وبهذا قال الزهري
ومالك والشافعي وإسحاق وابن المنذر⁽²⁾.

ولو ألقت المرأة بالجنابة عليها جنينين ميتين فغرتان أو ثلاث فتلاث وهكذا
لتعلق الغرة باسم الجنين ميتاً وحيّاً فماتت فغرة في الميت ودية في الحي⁽³⁾.

وإن ألقت جنينين ميتين فغرتان فيهما كما لو كانا منفردين أو جنينين أحدهما
حي والآخر ميت فدية للأول وغرة للثاني وإن ألقت بدنين ولو ملتصقين
فغرتان إذا الواحد لا يكون له بدن ، فالبدنان حقيقة يستلزمان رأسين فلو لم
يكن إلا رأس فالمجموع بدن واحد حقيقة فلا تجب إلا غرة واحدة⁽⁴⁾.

الحالة الثانية : انفصال الجنين عن أمه حياً ثم يموت بسبب الجنابة .

وإذا انفصل الجنين عن أمه حياً ومات بسبب فعل الجاني فالبعض من الفقهاء
قال : وإن ألقت حياً فماتت فدية أى تجب دية كاملة لأنه أتلّف آدمياً خطأ أو شبه
عمد فتجب فيه الدية كاملة⁽⁵⁾.

(1) المحلى لابن حزم ، ج 11 ، ص 32 .

(2) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ، ص 543 .

(3) نهاية المحتاج ، المرجع السابق ، ج 7 ، ص 381 .

(4) أسنى المطالب شرح روض الطالب ج 4 ، ص 90 .

(5) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 9 ، ص 154 .

وإن مات حين خرج أى تم خروجه أو دام ألمه وإن لم يكن به ورم ومات فدية نفس لتيقن حياته وموته بالجناية وإن لم يستهل لأن الفرض أنه وجد فيه أماره الحياة كتنفس وامتصاص ندى وقبض يد وبسطها⁽¹⁾.

وإن خرج حياً أو بقى زماناً يتألم فيه حتى مات أو مات فى الحال أو تحرك تحركاً شديداً كقبض يد وبسطها ولو حركة مذبوح لا اختلاجاً فمات فدية كاملة على الجانى⁽²⁾.

وإذا أُلقت الجنين حياً ثم مات مكانه ففيه دية حر كاملة إن كان ذكراً فمائة من الإبل وإن كان أنثى فخمسون من الإبل والخلاف على دية قتل المرأة على قولين الأول أن دية المرأة فى القتل الخطأ على النصف من دية الرجل الثانى أن دية المرأة فى القتل الخطأ كدية الرجل ودار الفتاء المصرية ترجح الثانى ولا تعرف حياة الجنين إلا برضاع أو استهلال أو نفس أو حركة لا تكون إلا حركة حى وإذا أُلقت فادعت حياته، فالقول قول الجانى فى أنها أُلقت ميتاً وعلى وارث الجنين البينة، فإن أقر الجانى على الجنين أنه خرج حياً وأنكرت عاقلته خروجه حياً وأقرت بخروجه ميتاً أو قامت بينة بخروجه ولم تثبت له موتاً ولا حياة ضمننت العاقلة دية الجنين ميتاً وضمن الجانى تمام نفس حية إن كان ذكراً ضمن تسعة أعشار ونصف عشر دية رجل وذلك خمس وتسعون من الإبل فإذا كان أنثى فتسعة أعشار دية أنثى وذلك خمس وأربعون من الإبل . وإن قامت بينة أنه خرج حياً وبينة أنه سقط ميتاً فالقول قول البينة التى شهدت على الحياة⁽³⁾ .

(1) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج 7 ، ص 381 .

(2) أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ج 4 ، ص 89 .

(3) الأم للشافعى ، ج 5 ، ص 108 .

وإن أَلقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات ثم أَلقت آخر حياً ففي الميت غرة وفي الحي الأول دية كاملة وإن أَلقتهم أحياء في وقت يعيشون في مثله ثم ماتوا ففي كل واحد دية كاملة وإن ضرب بطنها فأَلقت جنيناً حياً ثم مات من الضربة ففيه دية حر إن كان حراً أو قيمته إن كان مملوكاً إذا كان سقوطه لوقت يعيش لمثله وهو أن يكون لسته أشهر فصاعداً هذا قول عامة أهل العلم ، قال ابن المنذر : أجمع كل من تحفظ عنه من أهل العلم على أن في الجنين يسقط حياً من الضرب دية كاملة والرأي الآخر : وإن أَلقته حياً فجاء آخر فقتله وكانت فيه حياة مستقرة فعلى الثانى القصاص إذا كان عمداً أو الدية كاملة والرأي الثالث : أن الدية كاملة إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لسته أشهر فصاعداً فإن كان لدون ذلك ففيه غرة (1).

الحالة الثالثة : انفصال الجنين عن أمه حياً ثم يموت بسبب غير الجناية .
 مثال ذلك أن يعتدى شخص على حامل فيسقط جنينها ثم يأتى شخص آخر فيقتله ففي هذه الصورة ونحوها لا يكون الشخص الأول قاتلاً وإن استحق التعزير لاعتدائه وأما الشخص الثانى فهو القاتل من كل الوجوه والمستحق لعقاب القتل (2).

وإن أَلقته حياً فجاء آخر فقتله وكانت فيه حياة مستقرة فعلى الثانى القصاص إذا كان عمداً أو الدية كاملة وإن لم يكن فيه حياة مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الأول وعليه الدية كاملة وعلى الثانى الأدب وإن

(1) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ، ص 543 ، 550 ، 552 .

(2) د / سعد الدين هلالى ، إجهاض جنين الاعتصاب فى ضوء أحكام الشريعة الإسلامية ، دراسة فقهية مقارنة بحث منشور فى مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية السنة الخامسة عشر ربيع الأول 1421 العدد الحادى والأربعون يونيو 2000 ، ص 279 .

وقع الجنين حياً ثم بقى زمناً سالماً لا ألم به لم يضمنه الضارب لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته⁽¹⁾.

فإذا انفصل الجنين حياً ثم عاش أو مات بسبب آخر غير الجناية كأن قتله آخر أو امتنعت الأم عن إرضاعه حتى مات فعقوبة الجناية على الجنين هي التعزير لا غير لأن موت الجنين حدث بسبب غير فعله أما العقوبة على قتل الجنين بعد انفصاله فهي عقوبة القتل العادي لأن الجريمة ليست إلا إزهاق روح إنسان حي والعقوبة التعزيرية التي توقع على الجاني يقدرها القاضي ويعينها من مجموعة العقوبات التعزيرية ما لم يكن ولي الأمر قد عين هذه العقوبة وقدرها⁽²⁾.

الحالة الرابعة : انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عدم انفصاله .

إذا لم يترتب على الجناية انفصال الجنين أو ماتت الأم قبل انفصاله أو انفصل عنها بعد وفاتها فالعقوبة على الجناية في هذه الحالات جميعاً هي التعزير ما دام لم يقم دليل قاطع على أن الجانية أدت لموت الجنين أو انفصاله وأن موت الأم لا دخل له في ذلك⁽³⁾، حتى ولو ماتت الأم بعدوان وفي بطنها جنينها أو انفصل عنها بعد موتها .

جاء في المغنى: ولو قتل حاملاً لم يسقط جنينها أو ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن لم يضمن الجنين وبهذا قال مالك وقتادة والأوزاعي والشافعي وإسحاق وابن المنذر وحكى عن الزهري أن عليه الغرة لأن الظاهر

(1) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ، ص 552 .

(2) (المرحوم / عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي ، ج 2 ، ص 301 .

(3) (المرحوم / عبد القادر عودة ، المرجع السابق ، ج 2 ، ص 301 .

أنه قتل الجنين فلزمته الغرة كما لو أسقطت فإذا ما ألقته ميتاً فقد تحقق والظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانه سواء ألقته في حياتها أو بعد موتها وبهذا قال الشافعي وقال مالك وأبو حنيفة إن ألقته بعد موتها لم يضمنه لأنه يجري مجرى أعضائها وبموتها سقط حكم أعضائها⁽¹⁾.

وإن قتلت حامل بينة الحمل فسواء طرحت جنينها ميتاً أو لم تطرحه فيه غرة ولا بد لما ذكرنا من أنه جنين أهلك . وقيل أنه إذا قتلت المرأة وهي حامل قال: ليس في جنينها شيء حتى تذفه وبهذا يقول مالك ، قال علي : لم يشترط رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الجنين إلقائه ولكنه قال - عليه الصلاة والسلام - في الجنين غرة عبد أو أمة كيفما أصيب ألقى أو لم يلق ففيه الغرة المذكورة وإذا قتلت الحامل فقد تلف جنينها بلا شك⁽²⁾.

وإذا ماتت الأم وجنينها أعق بموت الأم رقبة وبموت جنينها أخرى⁽³⁾. وإن ضربها فماتت ثم ألقته ميتاً وجبت الغرة كما لو انفصل في حياتها لأنه شخص مستقل فلا يدخل ضمانه في ضمانها وإن ضرب بطن ميتة فألقت ميتاً فهدر لأن الظاهر موته بموتها وقيل تجب غرة لأن الأصل بقاء الحياة ونرجح الأول . وبه جزم الماوردي وغيره ورجحه البلقيني بأن الإيجاب لا يكون بالشك، قال والقول بأن الأصل بقاء الحياة ممنوع لأننا لا نعلم حياته حتى نقول الأصل بقائها⁽⁴⁾.

(1) المغنى لابن قدامة ، ج 9 ، ص 537 ، 538 .

(2) المحلى لابن حزم ، ج 11 ، ص 28 ، 29 .

(3) الأم للشافعي ، ج 5 ، ص 110 .

(4) أسنى المطالب شرح روض الطالب ، ج 4 ، ص 90 ، ط دار الكتاب الإسلامي . تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 9 ، ص 154 .

وإن ماتت فألقته ميتاً فدية فقط وقال الشافعي تجب الغرة مع الدية لأن الجنين مات بضربته ظاهراً فصار كما لو ألقته ميتاً وهي بالحياة، ولنا إن موت الأم سبب لموته ظاهراً لأن حياته بحياتها وتنفسه بتنفسها يتحقق بموتها فلا يكون في معنى ما ورد به النص إذ الاحتمال فيه أقل فلا يجب شيء بالشك وإن ألقته حياً بعد ما ماتت تجب ديتان، دية الأم ودية الولد لأنه كما إذا ألقته حياً وماتت⁽¹⁾.

الحالة الخامسة: أن يترتب على فعل الجاني إيذاء الأم أو إصابتها بإصابات تشفى منها أو تؤدي إلى موتها

وإذا ترتب على فعل الإجهاض إيذاء الأم أو جرحها أو بتر أحد أطراف جسدها أو وفاتها فإن الجاني في هذه الحالة يعاقب بعقوبة هذه الأفعال بالإضافة للعقوبة المقررة للاعتداء على الجنين بالإجهاض لأن العقوبة المقررة للاعتداء على الجنين خاصة به وحده دون غيره ولا علاقة لها بما يصيب أمه من اعتداء يستوجب عقاب الجاني بشأنه وعليه فإنه لو ثبت أن رجلاً أعطى امرأة حاملاً دواءً لأجل إجهاضها فماتت نتيجة لذلك بعد أن خرج ولدها من رحمها ميتاً فإنه يعاقب بدفع دية المرأة أولاً على اعتبار أنه قتلها قتلاً شبه عمد ثم يدفع غرة ثانياً أى دية الجنين⁽²⁾.

(1) تكلمة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 9 ، ص 154 .

(2) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

(دراسة مقارنة) ص 70 ، 71 .

ومن الآثار المترتبة على الإجهاض فى الفقه الإسلامى :

من الواضح فيما ذكرته من آراء فى حكم الإجهاض أنه لا يجوز الإقدام عليه إلا فى حالة الضرورة القصوى التى يكون فيها الحمل خطراً محققاً على صحة الأم .

وأن من يقدم على عملية الإجهاض دون مبرر يلحقه الإثم العظيم ويقع فى الحرام المبين ومع هذا الحكم الأخروي الذى ينتظر الفاعل أو الفاعلة فى حالة العمد عند الله يوم القيامة فإن هناك عقاباً دنيوياً يقضى به الحاكم فى الدنيا ويسمى الحكم القضائى ، أما الأول فيسمى الحكم ديانة أو الحكم الباطنى .

ويفهم من مطالعة آراء فقهاء الإسلام أربعة أنواع من الجزاءات المقررة فى الجناية على الجنين :

أولاً : الغرة وكما ذكرنا أن الغرة إجماعاً هى الخيار وأصلها بياض فى وجه الفرس⁽¹⁾ وقيل إنما سمي ما يجب فى الجنين غرة لأنه أول مقدار ظهر فى باب الدية وغرة الشيء أوله كما سمي الشهر غرة وسمى وجه الإنسان غرة لأنه أول شيء يظهر منه⁽²⁾.

واتفق جمهور الفقهاء على أن قيمة الغرة هى فى الجنين الحر المسلم هى نصف عشر دية الحر المسلم وهى خمس من الإبل وهذا القدر أقل ما قدره الشرع فى الجنايات.

فإذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً فعقوبة الجانى هى دية الجنين ودية الجنين غرة عبد أو أمة قيمتها خمس من الإبل⁽³⁾.

(¹) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج 7 ، ص 379 .

(²) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ص 153 .

(³) رسالة أعدّها/ الزين يعقوب الزبير ، موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل، ص 326 .

والدليل على مشروعية الغرة:

1 - في السنة الصحيحة ورد فيها ما يدل على وجوب الغرة منها - حَدَّثَنَا وَهْبُ بْنُ بَيَانَ، وَابْنُ السَّرْحِ، قَالَا حَدَّثَنَا ابْنُ وَهْبٍ، أَخْبَرَنِي يُونُسُ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَأَبِي، سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ اقْتَنَلْتُ امْرَأَتَانِ مِنْ هَذِيلٍ فَرَمْتُ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلْتُهُمَا وَمَافَى بطنِهَا فَاخْتَصَمُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِيَةَ جَبِينِهَا غُرَّةَ عَبْدٍ أَوْ وَلِيدَةٍ وَقَضَى دِيَةَ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا وَوَرَثَتَهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ فَقَالَ حَمَلُ بْنُ مَالِكٍ بْنُ النَّابِغَةِ الْهَذَلِيُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ أَغْرَمَ دِيَةَ مَنْ لَا شَرْبَ وَلَا أَكْلَ وَلَا نَطْقَ وَلَا اسْتِهْلَ فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطْلُ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ " . مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَعَ . (1)

2 - وعن المغيرة بن شعبة عن عمر أنه استشارهم في إِمْلَاصِ الْمَرْأَةِ فَقَالَ الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ شَهَنَبُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى فِيهَا بِغُرَّةِ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ . فَقَالَ انْتَبِهِ بِمَنْ يَشْهَدُ مَعَكَ . فَأَتَاهُ بِمُحَمَّدِ بْنِ مَسْلَمَةَ - زَادَ هَارُونُ - فَشَهِدَ لَهُ يَعْنِي ضَرَبَ الرَّجُلِ بَطْنَ امْرَأَتِهِ . قَالَ أَبُو دَاوُدَ بَلَّغَنِي عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ إِنَّمَا سُمِّيَ إِمْلَاصًا لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَزَلِقُهُ قَبْلَ وَقْتِ الْوِلَادَةِ وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا زَلَقَ مِنْ الْيَدِ وَغَيْرِهِ فَقَدْ مِلَّصَ (2) .

(1) رواه مسلم في كتاب الديات رقم 65125 ج 6 ص 2532 طبعة إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابي الحلبي ورواه أبو داود طرف حديث رقم 4586 ج 4 ص 701 وابن ماجه رقم 2641 ج 2 ص 882 كتاب الديات .
(2) صحيح البخارى ، رقم 6509 ، ص 2531 ، ج 6 ، كتاب الديات ، ط دار ابن كثير ، دمشق، بيروت ، صحيح مسلم بشرح النووي ، ج 11 ، ص 180 ، ط دار المعرفة .. بيروت .

ويشترط في إيجاب الغرة :

1 - أن يفصل الجنين عن أمه ميتاً وتكون أمه مازالت حية .

وقد حدث أن سيدنا عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - بعث إلى امرأة مغيبة⁽¹⁾ كان يدخل عليها فقالت : يا ويلها ما لها ولعمر فبينما هي فى الطريق إذ فرغت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح الصبى صيحتين ثم مات فاستشار عمر - رضى الله عنه - أصحاب النبى - صلى الله عليه وسلم - فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب وصمت على بن أبى طالب رضى الله عنه فأقبل عليه عمر فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم وإن كانوا قالوا فى هোক فلم ينصحوا لك عن ديتة عليك لأنك أفزعتها فألقته ، فقال عمر : أقسمت عليك ألا تبرح حتى تقسمها على قومك⁽²⁾ .

هذا دليل واضح على أن الفعل المعنوى إذا أدى إلى إجهاض الحامل فإن صاحبه يحاسب عليه ولو كان أمير المؤمنين .

2 - أن يكون قد تجاوز المضغة وبدأ فى مرحلة التصور وهذا قول جمهور الفقهاء كما أسلفنا .

ثانياً: الدية:

لا خلاف بين الفقهاء كما ذكرنا انه إذا ألقت المرأة الجنين حياً ثم مات من أثر الضرب تجب فيه دية نفس كاملة .

(1) أغابت المرأة : غاب عنها زوجها فهي مغيب ومغيبة ، المصباح المنير ، ص 174 .

(2) البيهقى كتاب الديات رقم 1411 ج 4 ص 16 . المغنى لابن قدامة ، ج 9 ، ص 580 ، وينظر المجموع شرح النووى ، ص 424 .

جاء في البحر الرائق: "وإن أُلْقِيَ حياً فمات فدية أى تجب دية كاملة لأنه أُلْفَ آدمياً خطأً أو شبه عمد فتجب فيه الدية كاملة" (1).

وإن مات حين خرج أى تم خروجه أو دام ألمه وإن لم يكن به ورم ومات فدية نفس لتيقن حياته وموته بالجناية وإن لم يستهل لأن الفرض أنه وجد فيه أماراة الحياة كتنفس وامتصاص ثدى وقبض يد وبسطها (2).

ويشترط الحنابلة في الجنين الذى تجب له الدية كاملة أن يكون سقوطه لستة أشهر فصاعداً أما إذا كان عمر الجنين أقل من ستة أشهر ففيه غرة (3).

ثالثاً : الكفارة:

والكفارة هى تكليف دينى جامع بين العقوبة والعبادة معاً شرعه الله رحمةً منه بعباده فى بعض المخالفات .

وذهب بعض الفقهاء إلى وجوب الكفارة فى الجنين سواء نزل الجنين ميتاً أو حياً ثم مات وسواء كان القتل عمداً عند من يقول أنه يتصور العمد فى قتل الجنين أو خطأً أو شبه عمد (4).

والراجح فى هذه المسألة أن من اعتدى على جنين فتسبب له بالإجهاض من أب أو أم أو طيبب أو أى شخص آخر فيجب عليه الكفارة مهما كان عمر الجنين وفى أى مرحلة من مراحلها وبغض النظر عن نوع الجناية صيانة

(1) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج 9 ، ص 154 .

(2) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، ج 7 ، ص 381 .

(3) المغنى لابن قدامة ، ج 7 ، ص 544 .

(4) روضة الطالبين ج 7 ، ص 228 ، المغنى ، ج 8 ، ص 67 ، كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ العلامة فقيه الحنابلة منصور بن يونس بن إدريس البهوتى ، ج 6 ، ط عالم الكتب ببيروت ، ص 65 .

للأجنة في هذا الزمان الذي استهان كثير من الناس فيه بعمليات الإجهاض
لأنفه الأسباب .

ولعل الكفارة تكون من العقوبات الرادعة في هذا المجال بالإضافة إلى أن
الغاية من الكفارة هو التقرب إلى الله لتكفير الذنب وطلب العفو والمغفرة .

أما الأطباء الذين يقومون بعمليات الإجهاض في عياداتهم الخاصة فإن
الكفارة وحدها لا تكون رادعة بل لا بد من عقوبة صارمة لهؤلاء كسحب
إجازاتهم المهنية⁽¹⁾.

والدليل على الكفارة :

قوله - سبحانه وتعالى: " وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ
مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ
رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ
وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ وَكَانَ
اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا * وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ
اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا"⁽²⁾.

وجه الدلالة من الآية:

أن وجوه الخطأ كثيرة لا تحصى يربطها عدم القصد ، فحكم الله جل ثناؤه
في المؤمن يقتل خطأ بالدية وثبتت السنة عن رسول الله - صلى الله عليه
وسلم - على ذلك وأجمع أهل العلم على القول به - وعليه تحرير رقبة هذه
الكفارة التي أوجبها الله تعالى في كفارة القتل والظهار أيضاً .

(1) عمر بن محمد إبراهيم غانم ، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي ، ص 211

(2) سورة النساء ، الآية رقم (92) .

واشترط الفقهاء فى الكفارة أن يكون قد تجاوز المضغة وظهرت فيه صورة
الآدمى لأنهم لم يعتبروه فى حال النطفة والعلقه نفساً .

وقال الشافعى - رحمه الله - تجب الكفارة لأنه نفس من وجه فتجب احتياطاً
لما فيها من العبادة ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة لأنها شرعت زاجرة وفيها
معنى العبادة لأنها تتأدى بالصوم وقد عرف وجوبها فى النفس المطلقة فلا
تتعداها لأن العقوبة لا يجرى فيها القياس⁽¹⁾، والكفارة واجبة بعنق رقبة فمن لم
يجد فصيام شهرين متتابعين لأنه قتل مؤمناً خطأ وقد صح عن النبى - صلى
الله عليه وسلم - أن الروح ينفخ فيه بعد مائة وعشرين يوماً وقد ذكرناه قبل
وهذا نص القرآن وقد وافقنا عليه عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - بأن
قال: قال إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لم يوجب هنا كفارة فليست
السنن كلها مأخوذة من آية واحدة ولا من سورة واحدة ولا من حديث واحد⁽²⁾.

رابعاً : القصاص

جاء فى المحلى : " فما تقولون فيمن تعمدت قتل جنينها وقد تجاوزت مائة
وعشرين ليلة بيقين فقتلته أو تعمد أجنبى قتلته فى بطنها فقتله فمن قولنا : إن
القود واجب فى ذلك ولا بد ، ولا غرة فى ذلك حينئذ إلا أن يعفى عنه فتجب
الغرة فقط وإنما وجب القود لأنه قاتل نفس مؤمنة عمداً فهو نفس بنفس وأهله
بين خيرين إما القود وإما الدية أو المفاداة كما حكم رسول الله - صلى الله عليه
وسلم - فيمن قتل مؤمناً "⁽³⁾.

وهو رأى ابن القاسم من المالكية ومن الحنابلة بن الجوزى .

(1) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق (كتاب الديات) ، ص 157 ، ج 9 .

(2) المحلى لابن حزم ، ج 11 ، ص 30 ،

(3) المحلى ، المرجع السابق ، ج 11 ص 31

وذهب فريق آخر - أنه لا قصاص في قتل الجنين .

جاء في الأم للشافعي :

والمرأة التي قضى النبي - صلى الله عليه وسلم - بدية الجنين على عاقلتها عمدت ضرب المرأة بعمود بيتها، فإذا جني الرجل أو المرأة على حامل فأجهضت جنيناً ميتاً أو حياً فمات وكانت جنايته بسيف أي بما يكون بمثله القود فلا قود في الجنين⁽¹⁾.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة .

خامساً : الحرمان من الميراث:

اتفق الفقهاء على أن الجاني على الجنين يحرم من الميراث .

عن أبي شهاب أنه سئل في رجل ضرب امرأته فأسقطت لمن دية السقط قال: بلغنا في السنة أن القاتل لا يرث من الدية شيئاً فديته على فرائض الله تعالى ليس للذي قتله من ذلك شيء وهو قول عبد العزيز بن أبي سلمة وأبي حنيفة ومالك والشافعي وقال آخرون غير ذلك⁽²⁾.

وجاء في المغني: وإذا شربت الحامل دواءً فألقت جنيناً فعليها غرة لا ترث منها شيئاً لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في ذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنابيتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جني عليه غيرها ولا ترث من الغرة شيئاً لأن القاتل لا يرث من دية المقتول ويرثها سائر ورثته فإن كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره فعليه غرة لا يرث منها شيئاً كما ذكرنا⁽³⁾.

(1) الأم للشافعي ، ج 5 ، ص 109

(2) المحلى لابن حزم ، ج 11 ، ص 32 .

(3) المغني لابن قدامة ، ج 9 ، ص 550 ، 551 .

وهذا الحرمان للوالدة من الميراث فى حالة تعمدىها أما إذا كانت مضطرة لشرب دواء لعلاج من مرض ألم بها فأدى ذلك بغير قصد منها إلى الجنابة على الجنين وبشرط أن يكون ذلك على يد الطبيب المختص لا الطبيب الجاهل الذى لا يعفى أيضاً بسبب إهماله وتجاوزة لحدود عمله .

ولا شك فى أن حرمان الجانى المتعمد من الميراث ما يوافق روح الشريعة وما يصون الأجنة من الضياع مما يجعل العابثين المستهترين بالأجنة وخاصة بعض الأطباء الذين لا يخافون الله أو الآباء الذين اعتادوا ضرب زوجاتهم لأنفقه الأسباب دون مراعاة لوضعها أو لما فى بطنها يفكرون مرات ومرات قبل الإقدام على فعلتهم الشنيعة⁽¹⁾.

(1) تأليف / عمر بن إبراهيم غانم ، أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى ، ص 213 ، 214 .

المبحث الثانى

عقوبة الإجهاض فى القانون الوضعى

والآثار المترتبة على هذه العقوبة

لقد نص المشرع على نوعين لجرائم الإسقاط فهى إما أن تكون جنحة أو جناية وهى تختلف بحسب الوسيلة المستخدمة وبحسب صفة الجانى .

أولاً : العقوبة الأولى للإجهاض وهى الجنحة
جنح الإسقاط :

وهى التى نصت عليها م 261 ع ، 262 ع وهى التى تعاقب على الإسقاط نتيجة إما لإعطاء الحامل أدوية وعقاقير تؤدى إليه أو أنها أى الحامل نفسها رضيت بتعاطى تلك العقاقير لإسقاطها وفى كلتا الحالتين فإن تناول العقاقير لا يفترض وجود ضرر أو إيذاء وقع على الحامل ولهذا العلة جعل العقوبة الحبس باعتبارها جنحة⁽¹⁾.

وتتص المادة 261 على أن كل من أسقط عمداً امرأة بإعطائها أدوية أو استعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلائنها عليها سواء كان برضاها أم لا يعاقب بالحبس . وتتص المادة 262 على أن المرأة التى رضيت بتعاطى الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها . وظاهر من النصوص المذكورة أن القانون يعتبر الإسقاط تارة جنحة

(1) د / هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 185 .

وتارة جناية إذا حصل الإسقاط بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء أو كان السقط ذا صفة معينة⁽¹⁾.

والإسقاط البسيط :

1 - إسقاط المرأة الحامل نفسها: وهو يتحقق إذا رضيت المرأة بتعاطي أدوية أو استعمال وسائل أو تمكين الغير من ذلك طالما أفضت إلى حصول الإسقاط م 262 ويؤكد الشارع بالعقاب على هذه الصورة التزاماً يقع على عاتق المرأة الحامل بالمحافظة على الجنين سواء بالامتناع عن اتخاذ أى وسيلة تقضى إلى خروجه من الرحم قبل موعده الطبيعي أو بالحيلولة بين الغير وبين إحداث تلك النتيجة ولم يشترط القانون في هذه الصورة وسيلة معينة للإسقاط وعلى هذا يتصور أن يحدث بتعاطي الحامل أدوية أو عقاقير تؤدي إليه أو بقبول ذلك من الغير أو بمجرد إتيان فعل عنيف يفضى إلى حدوثه كالقفز من مكان عال أو ممارسة رياضة عنيفة⁽²⁾.

فالأنثى الحامل تعاقب في الحالتين بذات نص المادة 262 ع حتى ولو كانت الوسائل التي لجأت إليها تلقائياً أو رضيت بأن يباشرها شخص أجنبي هي الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء لأن القانون جعلها فاعلاً في جنحة عقوبتها الحبس وفقاً لهذا النص في جميع الأحوال⁽³⁾.

وقد أراد الشارع بهذا المعنى أن يؤكد التزام الحامل بالمحافظة على حملها وهذا الالتزام مصدره كما قدمنا الرسالة الطبيعية والاجتماعية للمرأة وقد وسع الشارع من نطاق هذا الالتزام فلم يقصره على التزام الحامل بألا تجهض نفسها

(1) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، ص 293 ، 294 .

(2) د/ حسنين إبراهيم صالح عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 157 .

(3) د/ عبد المهيم بكر ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 668 ، 669 .

وهو التزام سلبي بل ألزمها بمنع الغير من إجهاضها وهو التزام ذو موضوع⁽¹⁾.

أن الإسقاط لا يقتصر في أثره على المرأة وإنما يتعدى إلى المصلحة العامة فكلاهما مقصود بالحماية ويستوى في تطبيق النص أن تقوم المرأة الحامل بفعل إيجابي كتعاطي الدواء المقدم لها عن علم بقصد مقدمه أو يقتصر دورها على أمر سلبي هو عدم المعارضة في الوسيلة المستعملة عن علم بالقصد منها وليس من المحتم أن يكون عقاب المرأة التي تستعمل لنفسها وسائل تؤدي إلى إسقاطها معلقاً على شرط عرض هذه الوسائل عليها من آخر أجنبي وقبولها لأن هذا التأويل يفضي إلى نتائج غير مقبولة عقلاً ولا يمكن أن يكون القانون قد قصدتها⁽²⁾.

ويبدو من صياغة المادة 262 ع أنه ينبغي اعتبارها فاعلة أصلية دائماً فكأن مجرد تعاطي الأدوية أو استعمال الوسائل المؤدية للإسقاط مع العلم بها والرضاء عنها يكون من الأفعال المادية الداخلة في تكوين الجريمة والتي تجعل من صاحبه فاعلاً أصلياً فيها⁽³⁾.

وتقوم هذه الجريمة على الأركان العامة للإجهاض السابق بيانها مع شرط وحيد هو أن يقع الفعل من الحامل على نفسها وإذا كان النص قد اقتصر على ذكر هذه الصورة فإن المنطق القانوني يفرض القول بأن المشرع قد قصد أن

(1) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 324 .

(2) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ص 297.

(3) د / رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ص 235 .

يشمل نطاق التجريم حالة ما إذا استعملت الحامل وسيلة الإجهاض وحدها دون أن يفرضها عليها أحد⁽¹⁾.

ولهذه الجريمة صور ثلاث :

صورة تفترض أن الحامل قد أنت فعل الإسقاط من تلقاء نفسها دون أن يحرضها أو يقترح عليها ذلك احد كأن استعملت وسائل الإجهاض دون أن يعرضها شخص عليها .وصورة تفترض أنها أنت الفعل أو استعملت الوسائل بناء على اقتراح الغير أو عرضه .وصورة تفترض أنها مكنت الغير من إتيان فعل الإسقاط على جسمها .ويبدو للوهلة الأولى أن الشارع حرم الصورتين الأخيرتين دون الصورة الأولى ، فقله : رضيت بتعاطي الأدوية أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها يفترض عرضاً من الغير وقبولاً من الحامل وينصرف هذا التعبير إلى الصورة الثانية .وقوله : مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل ينصرف إلى الصورة الثالثة ولكن الشارع قصد أن تتسع الصورة الأولى للصورتين الأوليين فلفظ رضيت يشمل حالتى التقبل التلقائى للفعل وقبول عرض الغير⁽²⁾.

وإن رضاء الحامل بالإسقاط لا يؤثر على قيام الجريمة وذلك أن للنفس البشرية حرمة ولا تستباح بالإباحة ومن ثم فإن ذهاب المجنى عليها برضاها إلى المحكوم عليه الأول ليجرى لها عملية الإسقاط ووفاتها بسبب ذلك لا ينفي خطأ المحكوم عليه المذكور وليس فى مسلك المجنى عليها ما يقطع علاقة السببية بين فعل المسقط وبين وفاة المجنى عليها⁽³⁾.

(1) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، ص 501 .

(2) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 325 .

(3) نقض 23/11/1959 فى الطعن رقم 1193 لسنة 29 ق .

2- الإسقاط بفعل الغير .

وهو يتحقق وفقا لنص المادة 261 عقوبات بإعطاء المرأة الحامل أدوية مؤذية إليه أو باستعمال وسائل تقضى إلى عين النتيجة أو بمجرد دلالتها عليها وقد نص القانون صراحة على قيام الجريمة فى هذه الصورة، ولو كان ذلك برضاء المرأة الحامل لأنه ينصب حينئذ على حق الجنين فى الحياة وهو ما لا تملك التعرف فيه . ويعتبر الجاني فاعلا أصليا للجريمة ولو وقف سلوكه عند حد دلالة المرأة الحامل على الأدوية أو الوسائل المؤذية إلى الإسقاط مما يجعله وفقا للقواعد العامة مجرد شريك بالتحريض أو المساعدة فيها ، ويبرر هذا الخروج بأن الجاني حين أرشد المرأة الحامل عن تلك الأدوية أو الوسائل إنما قام بالجانب العسير فى المشروع الإجرامى مما يجعل وقوع الجريمة بالغ السهولة من بعد فلا مبرر إذا لتعليق عقابه على تحقق الإسقاط بالفعل⁽¹⁾.

وفى كلتا الحالتين فإن تناول العقاقير لا يفترض وجود ضرر أو إيذاء وقع على الحامل ولهذا الصلة جعل العقوبة الحبس باعتبارها جنحة⁽²⁾.

وتفترض هذه الصورة أن وسائل الإجهاض ليس فيها عنف أو نحوه من أنواع الإيذاء ، ومن المؤكد أن مجرد دلالة المرأة الحامل على الأدوية أو الوسائل المؤذية إلى الإسقاط تعد عملا تنفيذيا بالنص ويعاقب الجاني باعتباره فاعلا لا شريكا متى حصل طرد الجنين بهذه الوسائل مع أن هذا العمل يعد ثانويا فى تنفيذ الجريمة وفقا للقواعد العامة . وغنى عن البيان أنه لا أهمية لما

(1) د/ حسنين إبراهيم عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 158 .

(2) د/ هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 186

إذا كان إعطاء الأدوية أو استعمال الوسائل التي أدت إلى الإسقاط قد حصل برضاء المرأة الحامل أم لا ونص القانون صريح في ذلك⁽¹⁾.

ووسائل الإسقاط في هذه الجريمة سواء فلا فرق بين أن تتخذ صورة العنف أو أن تتجرد منه، وفي تعبير آخر فإن الحامل التي تجهض نفسها بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء لا يشدد عقابها فمن ناحية يقتصر نطاق هذا الظرف على إجهاض الغير للحامل⁽²⁾.

وذلك واضح من صدر المادة 260 ع كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بضرب .

كما أن المشرع لم يجعل استعمال الضرب ونحوه من أنواع الإيذاء كوسيلة للإجهاض جنائية إلا إذا وقع من الغير على الحامل فيخرج من هذا النطاق حالة استعمال الحامل هذه الوسيلة لإجهاض نفسها ليظل فعلها جنحة⁽³⁾.

فهذه المادة تشترط وقوع الضرب من الغير وتفترض عدم رضاء المرأة به⁽⁴⁾.

فالعقوبة هي الحبس سواء بالنسبة للمسقط أو للمرأة التي رضيت بالإسقاط فنص المادة 261 ع على أن كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدالاتها عليها سواء كان برضاها أم لا يعاقب بالحبس⁽⁵⁾.

(1) د/ عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 667 ، 668

(2) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 326 .

(3) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، ص 502 .

(4) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، ص 298

(5) د/ حسن صادق المرصفاوى ، في قانون العقوبات ، ص 610 .

وتتحقق هذه الصورة كذلك بمجرد دلالة الحامل على الأدوية والوسائل الأخرى المجهضة غير أن هذه الدلالة تعد في الأصل فعلا ثانويا من أفعال الاشتراك لا فعلا أصليا⁽¹⁾.

ثانيا : جنايات الإجهاض

يقرر المشرع المصرى اعتبار جريمة الإجهاض جنائية إذا وقعت من الغير في حالتين :

الأولى : استعمال وسيلة معينة للإجهاض هي الضرب ونحوه من أنواع الإيذاء .

الثانية : اتصاف الجانى بصفة معينة هي أن يكون طبيبا أو جراحا أو صيدليا أو قابلة⁽²⁾.

الحالة الأولى : من التشديد

فالمشرع يعتد هنا بالوسيلة التي يلجأ إليها الجانى وأنها تتضمن عنفا يقع على المرأة الحامل فضلا عما في الفعل من تخلص من الجنين فإن فيه اعتداء على الأم ولم يحدد المشرع درجة معينة من أنواع الإيذاء، ولكنه ينبغي أن يتسم بنوع من العنف من نوع الضرب ومن هذا القبيل دفع امرأة للسقوط من مكان مرتفع .. والتقدير النهائى لقاضى الموضوع⁽³⁾.

وبناء على ذلك فإن عقوبة الإجهاض هي السجن المشدد إذا تحققت الجريمة في صورة الضرب أو الإيذاء بغير رضا المرأة⁽⁴⁾.

(1) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 369 .

(2) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، ص 502 .

(3) د / حسن صادق المرصفاوى ، في قانون العقوبات ، ص 609 .

(4) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ص 372 .

فجريمة الإسقاط هنا جنائية يضاف إلى أركانها السابقة استعمال وسيلة معينة هي الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، وهذه المادة لم تسوى كما فعلت المادة 261 ع بين من يرتكب الجريمة برضاء المرأة وبين من يرتكبها بغير رضائها⁽¹⁾.

وهذه المادة كما قدمنا لا تنص على جريمة إجهاض متميزة وإنما تنص على الجريمة السابقة مقترنة بظرف مشدد مستمد من وسيلة الإجهاض، وكونها العنف وعلّة تشديد العقاب أن الاعتداء لا يقتصر على حياة الجنين وإنما ينال كذلك حق الحامل في سلامة جسمها وقد عبر الشارع عن العنف الذي يقوم به الظرف المشدد بقوله ضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء ولفظ ضرب يكشف عن فهم الشارع للعنف⁽²⁾.

إذا أن علّة التشديد هي في الوسيلة ذاتها وهي الضرب أو نحوه من الإيذاء لخطورتها ، ولما يحتمل أن ينجم عنها من ضرر جسيم ورضاء الأنثى الحامل بالضرب أو الإيذاء لإجهاضها لا يسقط هذه العلة .

فالرضاء بالضرب أو الإيذاء لا يبيحه ولا يقتضى مسئولية الجاني وفقا للقواعد العامة، ولذلك فإنني اعتقد وجوب انطباق هذه الجنائية وفقا للمادة 260 ع سواء حصل الضرب أو غيره من الإيذاء وإسقاط الأنثى برضاها أو بغير رضاها خاصة وإن ظاهر المادة 260 لا يفترض لانطباقها عدم رضاء الأنثى⁽³⁾.

(1) د محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ص 269 .

(2) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 321 .

(3) د/ عبد المهيم بكر ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 669 .

والعلة في تشديد العقوبة إلى السجن المشدد في حالة الضرب أو الإيذاء، أن هذه الأفعال تمثل عنفا يمارس على الحامل ويمثل اعتداءً إجرامياً غير إنساني أكثر بشاعة من مجرد ضرب امرأة غير حامل فتم تشديد العقاب نتيجة لبشاعة وإجرامية الوسيلة وعنفها⁽¹⁾.

وكل صور الأذى في نظر القانون سواء، كالضرب أو الجرح أو إعطاء المادة الضارة أو تسليط أشعة ضارة بشرط أن تتطوى على عنف يفصح عن عدم رضا المرأة به. أما إذا كان ذلك برضاها كنا بصدد جنحة الإسقاط البسيط المنصوص عليها في المادة 261 ع كما سلف القول. ومن هنا تبدو حكمة التشديد لأن من يؤذى امرأة حبلى بقصد إسقاطها على غير رضا منها يكون أشد خطورة من ذلك الذي يؤذيها بعين القصد مع توافر ذلك الرضاء⁽²⁾.

إذا لابد من توافر شرطين :

الشرط الأول : أن تكون الوسيلة هي الضرب .

الشرط الثاني : أن يكون الإسقاط بغير رضاها⁽³⁾.

وبالنسبة للشرط الأخير .

يتسع ذلك لفرضين أن تكون الحامل غير راضية بالإجهاض وإن تكون راضية به ولكنها غير راضية بأن يكون العنف طريقه، ولم ينص الشارع على هذا العنصر ولكنه مستفاد من كون التضرر من الألم البدني يفترض عدم

(1) د/ هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 186 .

(2) د/ حسنين إبراهيم صالح عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 158 .

(3) د/ رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال ، ص 233 .

الرضاء به، ولا يتطلب هذا العنصر تعبير الحامل عن عدم رضائها صراحة أو مقاومتها للعنف بل يكفي أنها لم ترض به صراحة أو ضمناً⁽¹⁾.

وينتج عن ذلك أن المرأة إذا اتخذت الضرب أو الإيذاء وسيلة لإسقاط حملها كان فعلها جنحة خلافاً للأجنبي الذي يعد فعله جنائية، وهذا الفرق في المعاملة مقبول لأن فعل الأجنبي تناول الإضرار بالمرأة والجنين .. أما المرأة فإن كان لها أن تؤذى نفسها فليس لها أن تؤذى الجنين وهو ما يعاقب عليه القانون⁽²⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى عدم اشتراط هذا الشرط ويرى أن الجريمة تظل كما هي جنائية سواء رضيت المرأة الحامل باستعمال هذه الوسيلة الضرب وما آل إليه أم لم ترض ، إذا أن علة التشديد هي في الوسيلة ذاتها وهي الضرب أو نحوه من الإيذاء لخطورته ولما يحتمل أن ينتج عنه من ضرر جسيم ، ورضاء المرأة الحامل بإجهاضها لا يسقط هذه العلة⁽³⁾.

فالنص من ناحية جاء مطلقاً لا يتوقف التشديد فيه على عدم رضا الحامل التي أجهضت ومن ناحية أخرى فإن علة التشديد وهي خطورة استعمال العنف تتحقق سواء رضيت به المرأة أو لم ترض ، ومن ناحية ثالثة فإن رضاء المرأة لا يبيح وفقاً للقواعد العامة المساس بسلامة جسمها باستعمال الضرب لذلك نرى أن الفعل يعتبر جنائية سواء رضيت المرأة باستعمال الوسيلة أو لم ترض⁽⁴⁾.

(1) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 322 .

(2) محكمة أسبوط الابتدائية 9 مايو سنة 1912 المجموعة الرسمية س 13 ، ص 345 .

(3) د/ عبد العزيز محمد محسن ، شرح قانون العقوبات ، ص 89 .

(4) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، ص 503 .

كما أن نص المادة 260 من قانون العقوبات المصرى لا يفترض لانطباقه عدم رضا المرأة الحامل ويأخذ بهذه الوجهة كثير من الأساتذة⁽¹⁾.
ولذلك نصت المادة 260 من قانون العقوبات بقولها " كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بضرب ونحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالسجن المشدد .

الحالة الثانية : من التشديد

إذا كان المجهض طبييا أو جراحا أو صيدليا أو قابلة نصت على هذه الجريمة المادة 263 ع م وهى تتطلب توافر الأركان العامة للإجهاض بالإضافة إلى كون المتهم شخصا غير الحامل التى يراد إجهاضها وأن تتوافر فيه صفة معينة حددها المشرع المصرى على سبيل الحصر وهى أن يكون المجهض طبييا أو جراحا أو صيدليا أو قابلة .

وعلى ذلك فإنه لا يجوز أن تمتد هذه الصفة إلى غيرهم سواء بالقياس أو بالتوسع فى تفسير معنى النص⁽²⁾.

أما علة التشديد بالنسبة للأطباء والصيادلة والقوابل فهى أن لدى هؤلاء من المعلومات الفنية ما يسهل لهم ارتكاب الجريمة وإخفاء أمرها مما يشجع على الالتجاء إليهم⁽³⁾.

أما فى حالة أن يمارس الإسقاط من ذى صفة طبية فالتشديد مرجعه إلى أن هذا الشخص إنما يمارس مهنته ممارسة سيئة بالنظر إلى صفته⁽⁴⁾.

(1) د/ عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ص 669 ، د/ فوزية عبد الستار ، المرجع السابق، ص 502 ، د/ هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 186 .

(2) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 90 .

(3) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ص 299 .

(4) د/ هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 186 .

فضلا عن أنهم غالبا ما يحترفون إجراءه سعيا وراء كسب حرام ومن شأن هذا أن يفصح عن قدر كبير من الخطورة يكمن في نفوسهم مما يبرر تغليظ العقاب عليهم .

ويثور التساؤل؟ عن تطبيق هذا الظرف في حالة ما إذا كانت المرأة الحامل نفسها طبيبة أو جراحة أو صيدلية أو قابلة⁽¹⁾.

والراجح أن الجناية لا تتوافر في حق الطبيبة أو الصيدلية أو القابلة إذا ارتكبت فعل الإجهاض على نفسها وإنما تعد مرتكبة للجنحة العادية لا لهذه الجناية⁽²⁾.

وصفة الطبيب أو من في حكمه ظرف يغير من وصف الجريمة فيتأثر به شركاؤه إن علموا بالصفة وقت ارتكاب الفعل الذي يحقق الاشتراك به ، ولكن لا يتأثر به الفاعلون معه ولا تتأثر بهذا الظرف الحامل التي يجهضها الطبيب برضاها ذلك أنها لم تساهم معه في جريمته وإنما تعتبر مرتكبة جريمة مستقلة هي التي تنص عليها المادة 262 ع⁽³⁾.

إذا إن صفة الطبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة في المسقط ظرف شخصي بحث وهو يقتضى تغيير وصف الجنحة إلى جناية وحكم هذا النوع من الظروف أنه لا يؤثر في صاحبه فقط⁽⁴⁾.

وعلة ذلك أن الجاني يسيء استعمال صفته وخبرته فبدلا من أن يعمل فيما هيئت له. أى خدمة المجتمع يستغلها في خدمة الجرائم⁽¹⁾.

(1) د/ حسنين عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 159 .

(2) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 373 .

(3) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، ص 324 .

(4) د/ رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 234 .

فإذا كان طبيباً فإنه بهذا قد استغل الأمانة العلمية التى بين يديه فى أركان الجريمة ، ومن ثم فضلاً عن ارتكاب الجريمة قد أعانته وسائله العلمية عليها فخان مهنته التى تحرم عليه مثل هذا الفعل ولا يقل الأمر خطورة إن كانت مهنة الفاعل مرجعها الخبرة التى تسمح له بمباشرة هذا العمل كالمقابل، ولا يشترط حتى يطبق الظرف المشدد أن يقوم الشخص بمباشرة المهنة فعلاً لأن الخطورة ماثلة فى شخصه وغير مرتبطة بالمزاولة الفعلية⁽²⁾.

كما أن الغالب أن يتخذ الجانى هذه الوسيلة للإثراء المادى مما يؤدى إلى احتراف هذه الجريمة⁽³⁾.

وقد قرر المشرع المصرى لهذه الجناية عقوبة السجن المشدد بين حديها الأدنى والأقصى أى من ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة⁽⁴⁾.

الآثار المترتبة على إجهاض جنين الاغتصاب فى القانون الوضعى .

إن عقوبة الاغتصاب هى السجن المؤبد أو السجن المشدد أو المؤقت فإذا كان الفاعل من أصول المجنى عليها أو المتولين تربيتها أو ملاحظتها أو ممن لهم سلطة عليها أو كان خادماً بالأجرة عندها أو عند من تقدم ذكرهم يعاقب بالسجن المؤبد ويراد بأصول المجنى عليها من تناسلت منهم بالطريق الطبيعى لا من انتسبت إليهم بطريق التبنى .

وحكمة تشديد العقاب على هؤلاء أن صلتهم بالمجنى عليها تسهل لهم ارتكاب جناية اغتصابها ، هذا ويستوى فى الخادم بالأجرة أن يكون عاملاً لدى المجنى

(1) د/ عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ص 669 .

(2) د/ حسن صادق المرصفاوى ، فى قانون العقوبات ، ص 610 .

(3) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات ، ص 504 .

(4) د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 96 .

عليها بأن تكون هي مخدومته أو أن يكون خادماً لدى شخص هو من أصولها أو شخص يتولى تربيتها أو ملاحظتها أو شخص له سلطة عليها⁽¹⁾.

ويقصد بمتولي التربية كل من عهد إليه بأمر المجنى عليها في أى ناحية من نواحي الحياة سواء العلمية أو التهذيبية أو الثقافية أو المعيشية على أية صورة كانت فلا يشترط أن تكون في مدرسة أو معهد تعليم بل يكفي أن تكون عن طريق إعطاء دروس خاصة على المجنى عليها ولو كان ذلك في مكان خاص ومهما كان الوقت الذي كان فيه الجاني بالتربية قصيراً⁽²⁾.

نص المشرع على نوعين لجرائم الإسقاط فهي إما أن تكون جنحة أو جناية وهي تختلف بحسب الوسيلة المستخدمة وبحسب صفة الجاني⁽³⁾.

النوع الأول : يقصد به ذلك الذي لا يقترب بظرف يفصح عن جسارة الجريمة أو خطورة فاعلها سواء وقع من المرأة نفسها أو من الغير عليها وفي الحالتين يعاقب فاعله بالحبس .

وإسقاط المرأة الحامل نفسها وهو يتحقق إذا رضيت المرأة بتعاطي أدوية أو استعمال وسائل أو تمكين الغير من ذلك طالما أفضت إلى حصول الإسقاط ط م 262 ع ويؤكد الشارع بالعقاب على هذه الصورة التزاماً يقع على عاتق المرأة الحامل بالمحافظة على الجنين سواء بالامتناع عن اتخاذ أى وسيلة تقضى على خروجه من الرحم قبل موعده الطبيعي أو بالحيلولة بين الغير وبين إحداث تلك النتيجة⁽⁴⁾.

(1) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص في قانون العقوبات ، ص 381 .

(2) د/ حسن صائق المرصاوى ، في قانون العقوبات ، ص 618 .

(3) د/ هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 185 .

(4) د/ حسنين عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 157 .

والمادة 261 ع تقرر عقوبة الحبس لكل من أعطى الحامل أدوية بقصد إسقاطها والمادة 262 يعاقب بالحبس أيضاً الحامل إذا رضيت أو تعاطت أدوية تؤدى إلى إسقاطها⁽¹⁾.

والنوع الثانى: جنابة الإجهاض ويقصد به الواقع من طبيب أو جراح أو صيدلى أو قابلة وهذه الجنابة نصت عليها المادة 263 ع ولا تتميز عن جريمة الإجهاض العادية التى تكلمنا عنها إلا من وجهتين :

1 - من وجهة أنها تقوم على أمر مفترض هو صفة فى الفاعل تنحصر فى كونه طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة .

2 - من وجهة أنها جنابة فى جميع الأحوال إذ أن عقوبتها هى السجن المشدد⁽²⁾.

وعلة التشديد بالنسبة للأطباء والصيادلة والقوابل فهى أن لدى هؤلاء من المعلومات الفنية ما يسهل لهم ارتكاب الجريمة وإخفاء أمرها مما يشجع على الالتجاء إليهم⁽³⁾.

وصفة الطبيب أو الجراح أو الصيدلى أو القابلة فى المسقط طرف شخصى بحث وهو يقتضى تغيير وصف الجنحة إلى جنابة وحكم هذا النوع من الظروف أنه يؤثر فى صاحبه فقط وبشرط أن يرتكب الجريمة بنفسه لا كمجرد شريك فيها أما إذا ساهم مع الطبيب أو نحوه متهم آخر فإنه لا يتأثر بالظرف المشدد إذا كان فاعلاً أصلياً مع الطبيب م 39 فقرة أخيرة وإذا كان مجرد

(1) د/ هدى حامد قشقوش ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 185 .

(2) د/ رمسيس بهنام ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ص 372 ، 373 .

(3) د/ محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ص 299 .

شريك معه فإنه يتأثر به إذا كان يعلم بصفة الطبيب أو نحوه ولا يتأثر به إذا لم يكن يعلم بها م 41 فقرة أولى⁽¹⁾.

وإذا وجد شريك فى إحدى الجرائم آنفة البيان طبقت القواعد العامة فى الاشتراك فيعد شريكاً الأب أو المحب الذى يدفع للمرأة أجر الإجهاض أو أكثر منه والأخت التى تكتب للمرأة لاستعمال وسائل مجهزة بموجب تذكرة طبية أرفقتها بالخطاب وإعطاء وسائل محددة عن وسائل الإجهاض ولا يعد شريكاً مجرد تقديم النصيحة ولا إخفاء الجنين المجهض⁽²⁾.

ويقيد الإسقاط أيضاً جنابة ويعاقب عليها بالسجن المشدد إذا كان الإسقاط قد حصل بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء وعلة التشديد أن الفعل فى هذه الصورة ينطوى على نوعين من الاعتداء :

الاعتداء على الجنين بضربه وإسقاطه والاعتداء على الأنثى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء وهى أفعال إجرامية فى ذاتها ولذلك شددت الجريمة بالنظر إلى الوسيلة وهو ما نصت عليه المادة 260 ع⁽³⁾.

وفى النهاية يترتب على ذلك أن يقرر المشرع لهذه الجنابة عقوبة السجن المشدد بين حديها العامين⁽⁴⁾.

(1) د/ رؤوف عبيد ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، ص 234

(2) د/ حسن صادق المرصفاوى ، فى قانون العقوبات ، ص 610 .

(3) د/ عبد المهيمن بكر ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، ص 669 .

(4) د/ فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، ص 504 .

المبحث الثالث

موازنة بين عقوبة الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

بالنظر فيما تقدم من الحديث عن عقوبة الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من الناحية الفقهية أو الناحية القانونية يمكن القول بأن هناك أوجهاً للاتفاق وأخرى للاختلاف على الوجه الآتى :

أولاً : أوجه الاتفاق :

إن الفقه الإسلامى من الناحية الجنائية سبق وفاق غيره من الشرائع فى سائر المواضيع، فالفقه الإسلامى تراث عظيم يؤخذ منه كل شىء لكل شىء فهو مستند إلى الدقة التشريعية فى جميع مراحل وخطواته ابتداء من استقرار النطفة فى رحم الأم حتى تتم الولادة الطبيعية أو كما تحدث الفقه حديثاً الحماية الجنائية للجنين فى حالة البويضة المخصبة خارج رحم الأم، فما من مسألة وردت فيها إلا وحددت الشريعة حكمها تحديداً دقيقاً إما بناء على قاعدة عامة أو حكم تفصيلي، والتحقيق انه لاخلاف البتة بين ما أثبتته الطب الحديث وتوهم بعض أصحابه انه يخالف فهم السادة العلماء من سلفنا الصالح بل إن ما توصل إليه الطب الحديث يكشف عن عظمة سلفنا الصالح وفهمهم الصحيح واستطاعتهم بالملاحظة المجردة المسترشدة بهدى النصوص الشرعية التوصل إلى ما توصل إليه علماء الطب بهدى أجهزتهم الدقيقة المتقدمة، فإن ما أثبتته الطب الحديث من بدء الحياة والحركة فى الجنين فى مراحل متقدمة لم يرغب عن نظر سلفنا الصالح من السادة العلماء⁽¹⁾.

(1) د/ عباس عبدا الله عباس شومان إجهاض الحمل وما يترتب عليه من إكهام فى الشريعة الإسلامية الناشر دار البيان مدينة نصر ص33.

و أنه - إذا تيقن من وجود حالة حمل فإن فقهاء الإسلام يذهبون إلى وجوب حمايته من أى اعتداء يقع عليه حتى ولو كان ثمرة سفاح أو زنا، لأن الحمل له الحق فى الحياة منذ بدايته ولا يجوز التعرض له بأى حال من الأحوال .

وهذا ما ذهب إليه القوانين الوضعية الحديثة .

وإن الفقه الإسلامى حرم كل اعتداء على حق الجنين فى الحياة حتى ولو كان هذا الاعتداء صادراً من أمه وهذا ما اتجهت إليه القوانين الوضعية

إن القوانين الوضعية الحديثة اتجهت واقتفت أثر ما اتجهت إليه الشريعة الإسلامية وخاصة القانون الجنائى المصرى .

فاستبعد أسباباً عديدة لإباحة الإجهاض أو الترخيص به حماية لحق الجنين فى الحياة كالأجهاض دفعاً للعار والإجهاض لأسباب اجتماعية واقتصادية حيث رفضت أن يكون الفقر أو العار أو كثرة الأولاد سبباً مشروعاً لإباحة الإجهاض أو الترخيص به لتحديد النسل إيماناً منها بأن الله قد كفل رزق كل كائن حى يعيش على أرضه ويستظل بسمائه .

ولم تبج هذه القوانين الإجهاض إلا فى حالة إنقاذ حياة الأم من موت محقق أو لتخليصها من خطر يهدد صحتها بضرر خطير ودائم إذا استمر الحمل ولا يتحقق ذلك إلا فى حالة الإجهاض الطبى أو الضرورة وهذا ما اتجهت إليه الشريعة الإسلامية .

ثانياً : أوجه الاختلاف :

1 - إن العقوبات التى وردت فى التشريع الجنائى الإسلامى جزاء الاعتداء على الجنين بالإجهاض تختلف وتتووع بحسب اختلاف النتائج التى يسفر عنها النشاط الإجرامى للجانى .

الأمر الذى زادها مرونة عن غيرها من العقوبات السائدة الآن فى القوانين الوضعية الحديثة فهى عقوبات تتناسب النفس البشرية مما يؤدى إلى تحقيق المصلحة المتوخاة من تشريعها لأنها تعطى لكل حالة العقاب المناسب لها، وعليه فإن العمل بهذه الشريعة فى عقوباتها يكون أوفى بالغرض وأجدى للمجتمع .

فالعقوبة فى الفقه الإسلامى تختلف بحسب اختلاف النتائج :

فإن خرج الجنين من بطن أمه ميتاً بعد الاعتداء على أمه فعقوبة الجانى هى دية للجنين غرة عبد أو أمه قيمتها نصف عشر دية الرجل المسلم كما فعل - صلى الله عليه وسلم - حَدَّثَنَا وَهْبُ بْنُ بَيَّانٍ، وَابْنُ السَّرْحِ، قَالََا حَدَّثَنَا ابْنُ وَهْبٍ، أَخْبَرَنِي يُونُسُ، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَأَبِي، سَلَمَةَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، قَالَ اقْتَتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هَذِلٍ فَرَمَتِ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ فَقَتَلَتْهَا فَاخْتَصَمُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةً عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا وَوَرَثَتِهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ فَقَالَ حَمَلُ بْنُ مَالِكٍ بْنِ النَّابِغَةِ الْهَذَلِيُّ يَا رَسُولَ اللَّهِ كَيْفَ أَغْرَمُ دِيَةَ مَنْ لَا شَرْبَ وَلَا أَكْلَ وَلَا نَطْقَ وَلَا اسْتَهْلَ فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطْلَقُ فَقَالَ

رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ " . مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ
الَّذِي سَجَعَ (1).

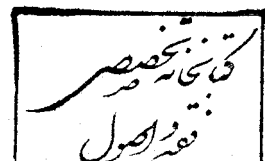
وما روى عن أبي هريرة - رضى الله عنه - عن رسول الله - ص - قضى
فى جنين امرأة من بنى لحيان بغرة عبد أو أمة ثم إن المرأة التى قضى عليها
بالغرة توفيت فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن ميراثها لبنيتها
وزوجها وأن العقل على عصبتها(2).

2 - خلاف فى أساس التجريم : يحرم القانون الإجهاض بنصوص مباشرة فى
دالاتها على ذلك بينما لا يوجد نص مباشر فى دلالاته على حكم الإجهاض
فى الفقه الإسلامى لكن حكم الإجهاض يُستنبط من القواعد العامة المحرمة
لقتل النفس بغير حق ، وكذا النصوص الواردة فى السنة بمناسبة تحديد
التعويض المناسب الواجب فى إسقاط الجنين.

3 - خلاف فى سياسة التجريم : وتجب الغرة فى حالتى العمد والخطأ معاً ولا
فرق بين الحالتين وهذا بخلاف ما عليه القانون الوضعى الذى قصر المسألة
على الإجهاض العمدى ، بأنه لا بد من توافر القصد الجنائى بانصراف إرادة
الجانى وعلمه إلى كافة العناصر المكونة للجريمة وعلى ذلك فإن الجانى لا
يسأل عن جريمة عمدية من إجهاض امرأة حامل إذا تسبب بفعله الخاطئ
فى حدوثها طالما أن هذه النتيجة لم تكن مقصودة من جانبه . ولكن يكون

(1) رواه مسلم فى كتاب الديات ، رقم 6512 ، ج 6 ، ص 2532 ، ط دار إحياء الكتب العربية ،
وأبو داود ، رقم 4576 ، ج 4 ، ص 701 ، ط دار الحديث ، ابن ماجه ، رقم 261 ، ج 2 ،
ص 882 ، كتاب الديات ، ط دار الريان للتراث .

(2) أخرجه البخارى فى صحيحه ، رقم 6511 ، ج 6 ، ص 2532 ، كتاب الديات ، ط دار ابن
كثير للنشر ببيروت ، ط الخامسة ، 1414 هـ - 1993 م ، دار التراث للطباعة والنشر والتوزيع .



مسئولاً خطأ متى كان هناك إهمال أو رعونة من جانبه أو عدم احتياط أو عدم احترام أو مخالفة للقانون أو النظام.

كما نرى أن الفقه الإسلامي يوجب الغرة في حالتي العمد والخطأ ولكن الجاني يتحملها إذا كانت عمداً وتحملها العاقلة وحدها أو مع الجاني في حالة الخطأ كما تتعدد الغرة بتعدد الأجنة .

فإن خرج الجنين من بطن أمه حياً ثم مات بسبب الجناية فإن الفقه الإسلامي يوجب دية كاملة لتيقن حياته وموته بالجناية وهذا بخلاف كونه خرج ميتاً من بطن أمه فالغرة عبد أو وليدة إذ العقوبة تختلف بحسب النتيجة

4 - خلاف في سياسة العقاب : نرى أن القانون الوضعي بنى سياسته العقابية في هذه الجريمة على أساس توحيد النظرة إلى نوع الجريمة كقاعدة ثم لجأ إلى تفريد العقوبة عليها تبعاً لشخص الجاني فجعل الإجهاض جنحة كقاعدة عامة ثم يفرق بين ما إذا كان الجاني هو المرأة ذاتها أو الغير ، فإذا كانت المرأة هي الجاني فتبقى العقوبة كما هي وينقلها إلى مصاف الجنايات إذا استعملت فيها غير المرأة إحدى وسائل العنف أو كان مرتكبها طبيباً أو صيدلياً أو قابلة .

أما الفقه الإسلامي فإنه يقيم سياسته العقابية على أساس تفريد العقوبة وفقاً للنتيجة المتحققة فإن كانت كما تحدث الفقه الإسلامي فيتمثل في انفصال الجنين ميتاً أو موته في بطن الأم وهي ما زالت حية وفق الرأي الراجح من آراء الفقهاء ففيه غرة نصف عشر الدية فإن نزل حياً ثم مات بسبب الجناية ففيه دية نفس كاملة .

كذلك لا عبرة بكونه ذكراً أم أنثى فى جريمة الاجهاض فالعقوبة واقعة وعلى عكس العقوبة فى الفقه الإسلامى بين الذكر والأنثى بعيداً عن الاجهاض أن الدية فى المرأة على النصف من دية الرجل وذلك عند بعض الفقهاء على خلاف رأى آخر لم يفرق بينهما.

وهذا بخلاف القانون الوضعى الذى أطلق نصوصه ولم يفرق بين كونه ذكراً أم أنثى فى العقوبة .

وفى حالة انفصال الجنين بعد وفاة الأم أو عدم انفصاله .

إذا لم يترتب على الجنائية انفصال الجنين فى الفقه الإسلامى أو ماتت الأم قبل انفصاله أو انفصل عنها بعد وفاتها فالفقه الإسلامى قرر العقوبة فى ذلك (التعزير) ما دام أنه لم يقم دليل يوضح أن الجنائية أدت إلى موت الجنين منفصلاً عن أمه .

ومن أوجه الاختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :

ان الفقه السلامى قرر أن الجنين الذى نشأ خارج رحم الام عن طريق الإخصاب المعملى طفل أنابيب انه طالما كانت البويضة المخصبة من الاب ومن الام فلا حرج فى ذلك وله حق الحماية الجنائية.

بخلاف القوانين الوضعية لا تحمى سوى الجنين الذى ينشأ بطريقة طبيعية فى داخل رحم الأم نتيجة للاتصال الجنسى المباشر أما الجنين الذى ينشأ عن طريق الإخصاب المعملى (طفل الأنابيب) فإنه لا يتمتع بهذه الحماية .

فكل هذه الأمور تشكل أوجه قصور يجب تداركها فى هذه القوانين بصفة عامة وفى القانون الجنائى المصرى بصفة خاصة .

ونحب أن نقرر بأن كل فعل يقع إضراراً بهذا الجنين يشكل اعتداء عليه وهذا الاعتداء يعد جريمة سواء وقع على الجنين وهو خارج رحم أمه أو داخله وهذا قول بعض الأساتذة المعاصرين من الفقه الإسلامي^(١).
ولذلك فإننا نهيب بالمشرع الوضعي حتى لا يفلت أى مجرم من العقاب أن يلجأ إلى أحكام الشريعة الإسلامية والسير على منهجها الذى يتسم بالدقة والإحكام .

(١) أ. د. /عبد العزيز محمد محسن .الحماية الجنائية للجنين ، ص 19

الخاتمة

فى نهاية هذا البحث الموجز أود التذكير بأهم المسائل والنتائج التى خرجنا بها ثم أوجزها فى النقاط التالية

أولا : تعريف الجنين فى الفقه الإسلامى يصدق على كل ما استكن فى رحم الأم بحدوث التلقيح وهو ما عبر عنه القرآن الكريم بقوله سبحانه :
" وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى " الآية (1).
والناظر إلى تعريف القانون الوضعى للجنين .

يرى أنه انتهج نهج الفقه الإسلامى بتعريفهم للجنين بأنه هو (البويضة الملقحة بالحيوان المنوى للرجل وتبدأ منذ لحظة التلقيح إلى البدء فى عملية الولادة) (2).

وأما من ناحية مراحل تطور الجنين فإن القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة بينت مراحل تطور الجنين منذ أكثر من أربعة عشر قرنا من الزمان وهو أيضا ما اكتفى به القانون الوضعى وهكذا نجد أن علم الأجنة فى الطب الحديث قد أفادنا بمراحل تطور نمو الجنين التى أخبرنا الله سبحانه وتعالى بها وأخبرتتنا بها السنة النبوية الشريفة منذ قرون وهذا يدل على أن الشريعة الإسلامية من الناحية العلمية والجناائية سبقت وفاقته غيرها من الشرائع فى سائر المواضيع وفيها من الدقة التشريعية فى جميع مراحلها وخطواتها ابتداء من لحظة استقرار النطفة فى رحم الأم حتى تتم الولادة الطبيعية .

(1) سورة الحج ، جزء من الآية 5 .

(2) أ. د/ عبد المهيمن بكر القسم الخاص فى قانون العقوبات ص 665

ثانيا : أن النصوص الفقهية تقطع بحقيقة جريمة اغتصاب الإناث وهى : أنها تتطلب إتيان فعل زائد على جريمة الزنا ، فى جانب الركن المادى لها ، تمثل فى الوسيلة التى استخدمها الرجل عند مواقفته للأنثى .

وبناء على ذلك يتضح لنا بجلاء أن الفرق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى إزاء جريمة الاغتصاب يكمن فى أن رضا المرأة رضا صحيحا بأن يتصل الرجل بها جنسياً لا يكون هناك جريمة فى نظر القانون الوضعى اللهم الا اذا كان أحدهما متزوجا فاعنه يعد الفعل جريمة خيانة زوجية بالنسبة للمرأة فى أى مكان وبالنسبة للرجل فى منزل الزوجية كما يمكن أن تشكل هذه الأفعال جريمة فعل فاضح أو جريمة اعتياد على ممارسة الدعارة للمرأة بينما الأمر على العكس من ذلك فى الشريعة الغراء، فإن الرضاء من جانب المرأة بالاتصال الجنسى لا يبيح الفعل الذى أقدمت عليه بل يبقى الفعل مجرمًا ومحرمًا هذا وقد حرمت الشريعة الإسلامية جميع العلاقات بين الرجل والمرأة الأجنبية عنه طالما أنها خارجة عن علاقات الزواج والملك وبعيدة عن نطاق الملك الصحيح .

كما أننا نلاحظ أن الرجل هو المعول عليه فى ارتكاب هذه الجريمة، لأن المرأة تابعة له، لأنه هو الطالب لا المرأة فى الأعم، وهو الفاعل للاغتصاب، ولأن المرأة هى الموطوءة لا الواطئة ، وهى المزنى بها لا الزانية على حد تعبير الفقه الإسلامى .

ونلاحظ أن القانون الوضعى يتفق مع ما ذهب إليه الشرع من أن الإكراه هو العنصر المميز والركن الأساسى إزاء هذه الجريمة ، ولكن نرى تطور الفقه الإسلامى عند كثير من الفقهاء فقد تخطى عنصر الإكراه وعدم وقوفه عند هذه

المرحلة ، واعتبر الاعتداء على المرأة في النوم والاضطرار والجنون عناصر تتحقق بها جريمة الاغتصاب مع الإكراه أو الغش أو الخديعة .
ثالثاً : باستقراء النصوص في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي نجد أن القانون الوضعي يكاد يكون متفقاً مع الفقه الإسلامي في الركن المادي لجريمة الاغتصاب.

فيشترط في الفقه الإسلامي أن تكون المجنى عليها امرأة، وأن يكون قد تم الاعتداء عليها بالفعل و لا يشترط أن يكون الاتصال بها جنسياً كاملاً و لا يتطلب فيها إدخال عضو الذكورة كاملاً بل يكفي إدخال قدر أو جزء من الحشفة في قبل للمرأة كما لا يشترط في الفقه الإسلامي كونه أفرغ شهوته في المجنى عليها أم خارجها .

وهذا ما يتفق مع قانون العقوبات ، فإذا كان السلوك المادي لهذه الجريمة بين المرأة والمرأة أو بين الرجل والرجل أو أن يأتي المرأة من الخلف في دبرها ، فلا تحقق الجريمة بهذا السلوك وإن اختلف المالكية عن الأحناف في أن الواقعة عند الأول تتحقق سواء كانت في المحل الطبيعي أو في غيره ويشترط للمالكية القدرة على الواقعة بين الرجل والمرأة، وهذا ما لجأ إليه قانون العقوبات فإذا كان غير ذلك بأن كان الجاني غير قادر أو كانت الأنثى غير صالحة عد فعله جنابة هناك عرض⁽¹⁾.

ويشترط في الفقه الإسلامي أن يكون السلوك بين الرجل والمرأة قائم على غير عقد ولا شبهة فيه⁽²⁾.

(1) المستشار / مصطفى الشاذلي، الجرائم الماسة بالشرف والاعتبار والآداب المرجع السابق ، ص 66 .

(2) المهذب في فقه الإمام الشافعي للشيرازي، ج2 ص 340 / 341

وهذا ما يتفق معه قانون العقوبات فيشترط لتوافر الركن المادى أن تكون الواقعة غير شرعية .

وكذلك لا يتحقق السلوك الإجرامى بتلقيح المرأة صناعياً، ولو رغماً عنها ولو أفضى إلى حملها، إذ لا يصدق على هذا الفعل انه اتصال جنسى⁽¹⁾، وأن تكون على قيد الحياة ، وهذا ما يتفق مع الفقه الإسلامى .

ونتيجة لذلك ذهب الفقه الإسلامى والقانون الوضعى للقول بوجود الركن المادى إلى تبنى معيار شخصى يختلف باختلاف المرأة وأحوالها ، ويشترط أن يكون الإكراه الحاصل فى مواجهتها من شأنه أن ينفى رضاها، وهو ما يعنى أن يكون من الجدية وعلى درجة من الخطورة تكفى للقول بأن المرأة أقدمت على فعل الوقاع مع الرجل تحت تأثير الإكراه المادى أما الإكراه المعنوى فهو متروك لمحض السلطة التقديرية للمحكمة فى أثره على المرأة فلا تعد المرأة قد انعدم لديها الرضاء نتيجة الإكراه المعنوى أو الادبى اذا هدها الجانى بأنها اذا لم تسمح له بالاتصال الجنسى بها فاعنه سوف يؤذى انسان لا تربطها به أى علاقة كأن لا يكون ابنها أو أنه كان باعمرانها اللجؤ الى السلطة العامة لحمايتها ولم تلجأ فهنا لا يصح أن تدعى الإكراه الادبى أو المعنوى .

والإكراه فى الفقه الإسلامى قد يكون بوسيلة إيجابية وقد يكون بوسيلة سلبية، فإكراه المرأة بمنع الطعام والشراب⁽²⁾، أو قد يكون بإخراج المرأة من البلد . وبهذا نلمح مرونة فى الفقه الإسلامى واستجابة لحكم الوقائع الحاصلة فى الاغتصاب وقام بتأصيلها ورددها إلى مبدأها ، وهذا موجود فى الفقه الحنفى.

(1) أ.د/ محمود نجيب حسنى. الحق فى صيانة العرض الحق فى صيانة العرض المرجع السابق

(2) كشف القناع للبهوتى ج 6 ص 97 المرجع السابق

وهذا فى النهاية كله يخدم مصلحة المجتمع ويوسع من حالات التجريم فى الاغتصاب ويحمى المرأة فى مواجهة تنوع الوسائل التى يستخدمها الرجل لحملها على الاتصال الجنسى .

رابعاً : إن بيان الأحكام المنظمة للركن المعنوى فى جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى يبين أن الاتجاه فى الركن المعنوى للفقه الإسلامى مشترك بينه وبين القانون الوضعى ويتأتى ذلك بأن يأتى الجانى جريمته عامد إليها منصرفاً ذهنه إلى واقعة الأنثى بغير رضاها .

وإذا كان الفقه الإسلامى وقانون العقوبات يتفقان فى ضرورة توفر عنصر الإرادة فى القصد الجنائى .

إلا أن هناك اختلاف بينهما فى كيفية تحقق الإرادة ، فجمهور الفقهاء يشترط تحقق الإرادة فى القصد ، ويجب أن يعبر عنها الرجل بإرادته وبصورة واضحة تفصح عن رضائه الصريح .

وهذا يختلف مع ما ذهب إليه شراح القانون الذين يذهبون إلى أن عنصر الإرادة لدى الرجل يتحقق بمواقعة الأنثى بغير رضاها ، وهذه الإرادة يفترض وجودها بحدوث فعل الوقاع من جانب الرجل ولا يشترط أن يعبر الرجل عن رضائه الصريح .

وبذلك نرى أن القانون الوضعى يحتمل إلى معيار مادى بحث فى تحقيق القصد الجنائى ، فى حين أن الفقه الإسلامى يحتمل إلى عناصر ومعايير نفسية وأمور باطنية ، وحقائق ذاتية كامنة فى أعماق الإنسان وهذا يبرز مآثر الشريعة الغراء فى حكمها على الأشياء .

خامساً : إن عقوبة الاغتصاب فى قانون العقوبات ليست واحدة فهى إما السجن المؤبد أو السجن المشدد ، أو الاعدام والسبب فى مغايرة العقوبة هى الظروف التى ارتكبت فيها الجريمة وصفة الجانى المرتكب لها . كما يلاحظ أن هذه الجريمة تكون عقوبتها الاعدام وفقاً للمادة 290 ع اذا كان الاغتصاب مقترناً بخطط الانثى بالتحايل أو بالاكره سواً أكان خطفها بمعرفة الفاعل أم كان بواسطة غيره

ونظر الفقه الإسلامى إلى العقوبة المقررة للجريمة تتجه إلى أمرين :

الأول : اتجاه يقضى بمعاقبة الجانى بحد الزنا والثانى : اتجاه يعاقب المعتصب بحد الحرابة وهو النفى كنوع منها .

وهذا هو مقتضى تطبيق الفقه الإسلامى بوصفهم محاربين ، والناظر إلى مشتملان العقوبة المخففة فى الفقه الإسلامى وفى القانون الوضعى يجد أن البون بينهما شاسعاً .

فالعقوبة البسيطة فى قانون العقوبات هى السجن المؤبد أو السجن المؤقت بحسب ما يراه القاضى فى هذا الشأن وذلك على مرتكب الاغتصاب طالما أنه لا يفصح عن نية إجرامية أو ليست له علاقة خاصة بالمجنى عليها .

أما العقوبة فى الفقه الإسلامى فهى معاقبة المعتصب بحد الزنا وهو الجلد والتغريب على البكر والرجم على المعتصب المتروج عقوبة محددة .

ومناط الاختلاف بينهما أن العقوبة التى قررها القانون الوضعى هى من قبيل العقوبات السالبة للحرية أما فى الفقه الإسلامى فهى عقوبة تتطوى على الإيلام للجانى ، وتغريبه عن مكان الجريمة . والعقوبة فى القانون الوضعى للقاضى فيها سلطة تقديرية فى تطبيقها وله أن يخففها وللمشرع أن يعدلها أو يعفو رئيس الدولة عن الجانى .. أو يعطلها .

بينما العقوبة فى الفقه الإسلامى هى عقوبة حد ليس لولى الامر أن يعفو عن الجانى أو يعطلها أو يخففها لأنها حق الله تعالى .

وفى قانون العقوبات لا يعبأ بما إذا كان الجانى أو المجنى عليها موصوف كل منهما بصفة الزوجية أم لا ، فالعقوبة عليهما واحدة سواء كان متزوجا أو غير متزوج فى حين نرى أن الفقه الإسلامى يخفف العقوبة على البكر غير المتزوج وتشدد العقوبة على المتزوج.

والحكمة التشريعية فى الفقه الإسلامى واضحة لأنه إذا زنى وهو متزوج دل ذلك على خطورته الإجرامية وعلى ميله للفسوق والفجور ويجب أن يقابل ما يتناسب معه ، والفقه الإسلامى يأخذ بهذه التفرقة لهذا المعنى

ولذلك نجد أن الفقه الإسلامى يأخذ الجانى فى هذه الجريمة بما يزجره ويردع أمثاله ممن تسول لهم أنفسهم بالإقدام على هذه الجريمة التفكير قبل الإقدام على الجريمة والاعتداء على الأعراض فى حين نرى أن المسالك الوضعى لا يرقى إلى مستوى الزجر والردع ويتناقض مع اتجاه الفقه الإسلامى لذلك فإن جدوى الأخذ بحكم الشريعة الإسلامية فى الجلد والتغريب والرجم لظاهر وبين.. وفيه من الحكمة للقضاء على الجريمة واختفاء ظواهرها وهذا يبرز مآثر الفقه الإسلامى والشريعة الغراء فى القضاء على الجريمة وهذه هى حكمة البارى سبحانه .

سادساً : عند المقابلة بين أحكام تجريم الإجهاض فى الفقه الإسلامى وأحكامه فى القانون الوضعى يبدو لنا تضاؤل مدى الاتفاق بينهما واتساع مدى الاختلاف.

فهما يتفقان من حيث عنصر الركن المادى ويختلفان فى أساس التجريم وسياسته وكذا سياسة العقاب .

كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى يقيم الركن المادى لجريمة الإجهاض على ثلاثة عناصر هى :

1 - السلوك .

2 - النتيجة .

3 - علاقة السببية .

وفى هذا الخصوص يمكن القطع بتطابق الفكرين على وجه الجملة .

خلاف فى سياسة التجريم :

قصر القانون الوضعى المسألة على حالة الإجهاض العمدى .ومن ثم فإنه لا يعرف إجهاضاً يقع على وجه الخطأ وهذا وجه من أوجه القصور فى الحماية المقررة للحمل .وعكس ذلك تماماً الفقه الإسلامى الذى يجعل وفقاً للرأى الراجح من أقوال رجاله المسئولية مستوعبة للإجهاض أياً كانت صورة الركن المعنوى قصد جنائى أو خطأ غير عمدى الأمر الذى يوفر للحمل حماية فعالة ضد صنوف الاعتداء عليه أياً كانت طبيعته⁽¹⁾.

فكل هذه الأمور تشكل أوجه قصور يجب تداركها فى هذه القوانين بصفة عامة وفى القانون الجنائى المصرى بصفة خاصة وحتى لا يفلت أى مجرم من العقاب .

ولا سبيل إلى ذلك إلا بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية الغراء والسير على منهجها الذى يتسم بالدقة والإحكام فى التشريع ، فالفقه الإسلامى فيه من السعة ما يكفى لحل جميع مشاكل الخلق وتحقيق مصالحهم وضمان حقوقهم . فهو الأفق الفسيح الذى لا يأتیه الباطل من بين يديه ولا من خلفه .

(1) د/ محمد عبد الشافى إسماعيل ، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون ، ص123

ويعلم مما سبق أن هذه الشريعة التي يقول عنها بعض البعידين عن المجال العلمي أنها لا تسير روح العصر ، ما هي في حقيقة الأمر إلا شريعة كاملة بالغة الغاية في السمو والسعة⁽¹⁾.

سابعاً : بعد أن استعرضنا ما ذهب إليه التشريعات الوضعية الحديثة في شأن إباحة الإجهاض الطبي وما ذهب إليه فقهاء الإسلام في هذا الشأن أيضاً بناء على قواعد الشريعة العامة ومبادئها السامية ..

نجد أن التشريعات الوضعية لم تأت بجديد وكل ما فعلته أنها رددت أغلب ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الغراء منذ مئات السنين وفي هذا الدلالة الواضحة على أن التشريعات الوضعية تسير في خطاها نحو ما انتهى إليه فقهاء الشريعة الغراء في صدرها الأول اقتداء بما ذهبوا إليه مما يؤكد كمال التشريع الإسلامي الذي هو تشريع الخالق العليم عن خلقه⁽²⁾.

وكما تحدثنا أن الفكر الإسلامي بقواعده العامة ومبادئه السامية لم يغلق الباب في وجه الإجهاض على الإطلاق بل أجاز له لو كان في إجراءاته دفعا للخطر عن الأم كما يقرر الأطباء المتخصصون أن استمرار الحمل يضر بالحامل وأوجبه إذا كان يتوقف عليه حياة الأم وذلك تمشياً مع القاعدة الفقهية العامة "إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما"⁽³⁾، وقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"⁽⁴⁾، بشرط عدم نقصانها عنها .

(1) أ.د/ عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 132 .

(2) أ.د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ص 115 .

(3) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للشيخ / زين العابدين ابن إبراهيم ابن نجيم، ص 89 ، دار الكتب العلمية ببيروت - لبنان ، 1405 هـ - 1985 م .

(4) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للشيخ / زين العابدين ابن إبراهيم ابن نجيم، ص 85 ، دار الكتب العلمية ببيروت - لبنان ، 1405 هـ - 1985 م .

وأن الفقهاء - رضوان الله عليهم - حين عرضوا لموضوع الإجهاض لم يسيروا على المنهج الذى سار عليه الأطباء فى تقسيمهم للإجهاض لأنهم يعتقدون عن دراية أن الحكم الشرعى للإجهاض لا يتأثر بهذا التقسيم الذى ذهب إليه الأطباء لأنه لا فرق بين العلاجى والسرى وأن الطبيعى أو العفوى لا يقع تحت طائلة الحكم الشرعى لأنه معفو عنه طالما أنه يكون بغير قصد وأن الإسلام بقواعده العامة قد رخص فى المعالجة وأباح التداوى والإجهاض العلاجى لا يعدو أن يكون نوعا من المعالجة الذى لا يمانع الفقه الإسلامى فى إجرائه لإنقاذ الأم والجنين فى الحالات الضرورية (1).

وخلاصة الأمر أن الفقه الإسلامى لا يمانع فى الإجهاض العلاجى متى تعين لإنقاذ حياة الأم ، وبذلك نجد أن التشريعات الوضعية لم تأت بجديد وهذا مما يؤكد كمال التشريع الإسلامى .

ثامناً : إنه وفقاً للقواعد العامة فى الفقه الإسلامى لا يجوز إباحة الإجهاض المبنى على الظروف الاجتماعية والاقتصادية لأن ذلك يصطدم بقضية هامة جداً وهى قضية الإيمان والتوكل على الله سبحانه وتعالى فالله سبحانه وتعالى قد كفل رزق كل كائن حى يعيش على أرضه ويستظل بسمائه وموقف التشريع الجنائى الإسلامى الذى يرفض رفضاً قاطعاً الإجهاض لهذه الأسباب .. وعليه فإنه يجب المحافظة على حياة الجنين وحمايته من أى اعتداء يقع عليه.

ولذلك نرى أن ما ذهب إليه التشريع الجنائى الإسلامى هو الأرجح والأصوب لما ساقه فقهاء الإسلام من أدلة مقنعة تتسم بالقوة والقطع فى شأن تحريم هذا الإجهاض .

(1) موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل ، الزين يعقوب الزبير ص 293

ويراد بذلك الإجهاض الذى يستهدف التخلص من ذرية يرجح أن تسئ إلى المركز الاقتصادي للأسرة كما لو كان عدد الأبناء كبيراً والدخل قليلاً فيخشى أن يؤدى ميلاد ابن جديد إلى هبوط المستوى الاجتماعى للأسرة ولاشك فى عدم شرعية هذا الإجهاض ذلك أنه عند المقارنة بين الأهمية الاجتماعية للمركز الاقتصادي للأسرة وحقوق الجنين فى الحياة يتضح فى جلاء رجحان الثانى⁽¹⁾.
تاسعاً : بعد أن استعرضنا حكم حالة الضرورة بين كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

ففى الفقه الإسلامى عملاً بقاعدة الضرورات تبيح المحظورات والقاعدة العامة التى تأمر بارتكاب أخف الضررين لاتقاء أشدهما⁽²⁾.
ولابد أن تكون الضرورة ملجئة وأن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة وأن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى مباحة وأن تدفع الضرورة بالقدر الكافى واللازم لدفعها ، وحول هذا المعنى .
يتبين لنا أن الشروط التى أوردتها المشرع المصرى فى المادة 61 ع تكاد تكون متفقة مع الشروط التى اشترطها فقهاء الإسلام.

ولذلك فإننا نرى أن الإجهاض يكون جائزاً وفقاً لأحكام الفقه الإسلامى والقانون الوضعى إذا ما توافرت شروط حالة الضرورة لأجل دفع خطر يهدد حياة المرأة الحامل أو يهدد صحتها بضرر خطير ودائم إذا لم تكن ثمة وسيلة أخرى لدفعه غير ذلك . وهذا يؤكد ما سبق أن قرر من قبل أن الشريعة الإسلامية الغراء لها فضل السبق على التشريعات الوضعية الحديثة ودليل ذلك

(1) أ. د / محمود نجيب حسنى . شرح قانون العقوبات ص 308

(2) الأشباه والنظائر على مذهب أبى حنيفة النعمان ، للشيخ / زين العابدين ابن إبراهيم ابن نجيم ، ص 85 ، ص 89 ، ط دار الكتب العلمية ببيروت ، لبنان ، 1405 هـ - 1985 م .

أنها بدأت منذ الصدر الأول لها بما انتهت إليه أحدث التشريعات الوضعية المعاصرة ولا تزال كثير من التشريعات الوضعية تخطو في تطورها نحو ما انتهت إليه. إما اقتباساً منها وإما ابتكاراً لفكر جديد سرعان ما يتبين موافقته لما سبق وجوده بها منذ عهد بعيد بل وعلى نحو أفضل وأكمل⁽¹⁾، يتبين منه أن الفقه الإسلامي والشريعة الغراء صالحة لكل زمان ومكان وليس كما يدعى بعض من لا يعلم عكس ذلك .

عاشراً : أن القانون المصري وفقهاء القانون والقضاء يتفقون مع أصحاب الرأي القائل في الفقه الإسلامي بتجريم الإجهاض مطلقاً ويمنعون حصوله بأى طريقة كانت وهذا رأى الإمام الغزالي من الشافعية وأكثر المالكية والظاهرية . والحماية الجنائية التى يقررها الفقه الإسلامى ويقررها القانون الوضعى تحمى الجنين سواء كانت ثمرة علاقة شرعية بين زوجين أو علاقة غير شرعية بين غير زوجين ويستوى أن يكون ذلك برضاء المرأة أم بغير رضاها. فى حين نرى أن القانون الوضعى لم يكن موفقاً أو منطقياً عندما ساوى فى الحكم بين فترات الحمل المختلفة وجعل من يسقط حملاً فى أسبوعه الأول كمن يسقط حملاً فى شهره الثامن ، إذ أن عقوبة كل منهما واحدة وقد رأينا أن أكثر الآراء تشدداً فى الفقه الإسلامى والتى رفضت السماح بإسقاط الحمل بدءاً من اليوم الأول أى من وقت التلقيح وهو رأى الغزالي وأغلب فقهاء المالكية والظاهرية إلا أنهم رغم ذلك لم يجعلوا الحكم فيمن يسقط الحمل فى أسابيعه الأولى مماثلاً للحكم فيمن يسقط الحمل فى أسابيعه الأخيرة .

(1) أ. د / عبد العزيز محمد محسن الحماية الجنائية للجنين ص 127-128

إذ اخذوا بمبدأ التدرج فى الحكم الذى تزداد شدته كلما كبر الحمل وازداد حجمه حتى أتم الشهر الرابع ففرضوا الدية كاملة على من يعتدي عليه .
فالاعتداء على الجنين فى القانون الوضعى فى أى وقت من أوقات الحمل أو أى مرحلة من مراحل تطوره ونموه يعاقب عليه بعقوبة واحدة ونحن نهيب بالمشرع المصرى والقوانين الوضعية أن يسددوا مزيدا من الحماية الجنائية لحياة الجنين .

إن الأصل فى الإجهاض الحرمة وإن كانت الحرمة تكبر وتعظم كلما استقرت حياة الجنين فهو فى الأربعين الأولى أخف حرمة فقد يجوز لبعض الأعذار المعتبرة بعد الأربعين لأن حرمة الكائن فى بداية تخلقه لا تستوي مع حرمة بعد نفخ الروح فيه ، لذلك ينبغى على المشرع أن يضع عقوبة محددة لذلك الجرم ثم يزيدها شدة كلما انتقل الجنين من مرحلة إلى مرحلة وذلك أخذا بما أخذ به الإمام الغزالى وأكثر المالكية والظاهرية وهذا رأى هو ما يؤيده أكثر الأساتذة المعاصرين .

ولاشك أن هذا رأى هو الأقرب إلى الصواب ، الموافق لروح الشريعة التى تأمر بالمحافظة على النسل وحمايته وتسد الطريق على أهل الأهواء والشهوات من ضعفاء النفوس الذين يريدون أن يتسللوا لتحقيق أهدافهم ومآربهم فى إضعاف نسل المسلمين والكيد لهم ، وأن ذلك من باب سد الذرائع وهو ما يتناسب مع روح الشريعة الإسلامية الغراء .

الحادى عشر : أنه إذا ما تيقن من وجود الحمل فإن فقهاء الفقه الإسلامى يذهبون إلى وجوب حمايته من أى اعتداء يقع عليه وتبدأ هذه الحماية وفقا للرأى الراجح من لحظة استقرار النطفة فى رحم الأم حتى تتم الولادة الطبيعية حتى ولو كان ثمرة زنا ، لأن نتاج الحمل له الحق فى الحياة منذ بدايته ولا

يجوز التعرض له بأي حال من الأحوال . وهذا ما ذهبت إليه أغلب القوانين الوضعية . وأن بعض القوانين الجنائية الحديثة ومنها القانون الجنائي المصري استبعدت أسبابا عديدة لإباحة الإجهاض أو الترخيص به حماية لحق الجنين في الحياة كالإجهاض دفعا للعار⁽¹⁾ .

وبناء على ذلك فإننا نرى أن هذا الإجهاض إذا وقع استنادا إلى كون الحمل ثمرة علاقة غير شرعية ، فأننا نرى أن الإجهاض يكون محرما شرعا لأن السماح بالإجهاض للتخلص من حمل سفاح يؤدي إلى إشاعة الرذيلة والفوضى الجنسية في المجتمع وتحطيم الطوق الأخلاقي .

وأن الاعتراف بهذا الإجهاض قد يؤدي في بعض الأحيان إلى إساءة استعماله وخاصة إذا كان الحمل ثمرة علاقة جنسية غير مشروعة رضيت بها المرأة ثم تخلع عليها مظهرا إجراميا توصلنا إلى إباحة إجهاضه .

والحماية الجنائية التي يقرها الفقه الإسلامي ويقرها القانون الوضعي تحمي الجنين سواء أكان ثمرة علاقة شرعية بين زوجين أو علاقة غير شرعية ، ويستوى ذلك رضاء المرأة أو غير رضاها ، كما نرى من أوجه الاتفاق أن الفقه الإسلامي يكفل للجنين حماية فعالة حيث يجرم كل فعل يشكل اعتداء عليه حتى ولو كان صادرا من غير أمه . وهذا ما حكم به الصحابة من بعد رسول الله (صلى الله عليه وسلم) في حكمه على الغامدية ، وروى أن امرأة زنت في أيام عمر - رضى الله عنه - فهم عمر برجمها وهي حامل فقال له معاذ إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها فقال عمر عجزت النساء أن يلدن مثلك ولم يبرجمها ، وروى عن علي - رضى الله عنه - أنه قال مثل

(1) د / عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، ص 130 ، 131 .

هذا⁽¹⁾ ، أى ولم يَرجمها حتى تُضع حملها وبناء على القاعدة الفقهية " قاعدة سد الذرائع " وهو مبدأ فى أصله محل اتفاق عند جميع الأئمة والمذاهب ، ولئلا تتذرع المرأة الحامل بحالة الضرورة الناتجة عن حمل سفاح وتُضفى عليها حالة الإكراه .. فإن الفقه الإسلامى حرم الإجهاض من حمل الاغتصاب بناء على قاعدة سد الذرائع وهذا ما اتجه التى القانون الوضعى من كونه لم يفرق بين الحمل الناشئ عن اغتصاب أو سفاح وعن الحمل الناشئ عن نكاح صحيح فإذا ما حدث الحمل كان له الحق فى النمو والميلاد الطبيعى الذى لا يجوز للحامل ولا لغيرها الاعتداء عليه . وحتى لا يؤدى الاعتراف بهذا الإجهاض إلى إساءة استعماله حيث يكون ثمرة علاقة جنسية رضيت بها ثم تخلع عليها مظهرا إجراميا توصلنا إلى إباحة الإجهاض⁽²⁾.

مدعية الاغتصاب حتى تغطى على جريمتها الأصلية ، ولكن يتحفظ على ذلك لو كانت المجنى عليها فى الاغتصاب طفلة أو مريضة لا تقوى على احتمال الحمل أو الولادة .. فذلك التحفظ يجوز استنادا إلى الاعتبار الطبيعى والقرائن القوية التى تدل على كونها قد اغتصبت استنادا أيضا إلى حالات الضرورة من منظورها الضيق .

الثانى عشر : إن العقوبات التى وردت فى التشريع الجنائى الإسلامى جزاء للاعتداء على الجنين بالإجهاض تختلف وتتنوع بحسب اختلاف النتائج التى يسفر عنها النشاط الإجرامى للجانى، الأمر الذى زادها خصوصية عن غيرها من العقوبات السائدة الآن فى القوانين الوضعية الحديثة فهى عقوبات تتناسب النفس

(1) المغنى ويلييه الشرح الكبير لابن قدامة ، ص 139 ، ج 10 .

(2) د/ محمود نجيب حسنى ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، ص 308 .

البشرية مما يؤدي إلى حسن تطبيقها لأنها تعطى لكل حالة العقاب المناسب لها، وعليه فإن العمل بهذه الشريعة في عقوباتها يكون أوفى بالغرض وأجدى للمجتمع .

فالعقوبة في الفقه الإسلامي تختلف بحسب اختلاف النتائج .
فإن خرج الجنين من بطن أمه ميتاً بعد الاعتداء على أمه فعقوبة الجاني هي دية للجنين غرة عبد أو أمه قيمتها نصف عشر الدية كما فعل - صلى الله عليه وسلم .

خلاف في أساس التجريم :

يحرم القانون الإجهاض بنصوص مباشرة في دلالتها على ذلك بينما لا يوجد نص مباشر في دلالته على حكم الإجهاض في الفقه الإسلامي لكن حكم الإجهاض يُستنبط من القواعد العامة المحرمة لقتل النفس بغير حق ، وكذا النصوص الواردة في السنة بمناسبة تحديد التعويض المناسب الواجب في إسقاط الجنين .

خلاف في سياسة التجريم:

أن الغرة تجب في الفقه الإسلامي في حالتي العمد والخطأ معاً ولا فرق بين الحالتين وهذا بخلاف ما عليه القانون الوضعي الذي قصر المسألة على الإجهاض العمدى ، بأنه لا بد من توافر القصد الجنائي بانصراف إرادة الجاني وعلمه إلى كافة العناصر المكونة للجريمة وعلى ذلك فإن الجاني لا يسأل عن جريمة عمدية من إجهاض امرأة حامل إذا تسبب بفعله الخاطئ في حدوثها طالما أن هذه النتيجة لم تكن مقصودة من جانبه . ولكن يكون مسؤولاً خطأ متى كان هناك إهمال أو رعونة من جانبه أو عدم احتياط أو عدم احتراز أو مخالفة للقانون .

كما نرى أن الفقه الإسلامى يوجب الغرة فى حالتى العمد والخطأ ولكن الجانى يتحملها إذا كانت عمداً وتحملها العاقلة وحدها أو مع الجانى فى حالة الخطأ وشبه العمد عند غير المالكية كما تتعدد الغرة بتعدد الأجنة .

فإن خرج الجنين من بطن أمه حياً ثم مات بسبب الجناية فإن الفقه الإسلامى يوجب دية كاملة لتيقن حياته وموته بالجناية وهذا بخلاف كونه خرج ميتاً من بطن أمه فالغرة عبد أو وليدة إذا العقوبة تختلف بحسب النتيجة

خلاف فى سياسة العقاب :

نرى أن القانون الوضعى بني سياسته العقابية فى هذه الجريمة على أساس توحيد النظرة إلى نوع الجريمة كقاعدة ثم لجأ إلى تنويع العقوبة عليها تبعاً لشخص الجانى فجعل الإجهاض جنحة كقاعدة عامة ثم يفرق بين ما إذا كان الجانى هو المرأة ذاتها أو الغير ، فإذا كانت المرأة هى الجانى فتبقى العقوبة كما هى وينقلها إلى مصاف الجنايات إذا استعملت فيها غير المرأة إحدى وسائل العنف أو كان مرتكبها طبيباً أو صيدلياً أو قابلة .

أما الفقه الإسلامى فإنه يقيم سياسته العقابية على أساس تفريد العقوبة وفقاً للنتيجة المتحققة فإن كان كما تحدث، الفقه الإسلامى يتمثل فى انفصال الجنين ميتاً أو موته فى بطن الأم وهى ما زالت حية وفق رأى الراجح من آراء الفقهاء ففيه غرة نصف عشر الدية فإن نزل حياً ثم مات بسبب الجناية ففيه دية نفس. كذلك لا عبرة بكونه ذكراً أم أنثى فى جريمة الاجهاض فالعقوبة واقعة وعلى عكس ذلك وبعيداً عن الاجهاض أن الدية فى المرأة على النصف من دية الرجل وذلك عند بعض الفقهاء على خلاف رأى آخر لم يفرق بينهما.

وهذا بخلاف القانون الوضعى الذى أطلق نصوصه ولم يفرق بين كونه ذكراً أم أنثى فى العقوبة .سواء كانت الجريمة الجهاض أو غير اجهاض

وأن الجنين الذى نشأ خارج رحم الأم عن طريق الإخصاب المعملی (طفل الأنابيب) أن الفقه الإسلامی قرر أنه طالما كانت البويضة المخصبة من الأب ومن الأم فلا حرج فى ذلك وله حق الحماية الجنائية .

بخلاف القوانين الوضعیة لا تحمى سوى الجنین الذى ينشأ بطریقة طبیعیة فى داخل رحم الأم نتيجة للاتصال الجنسی المباشر أما الجنین الذى ينشأ عن طریق الإخصاب المعملی (طفل الأنابيب) فإنه لا یتمتع بهذه الحماية .

فكل هذه الأمور تشكل أوجه قصور يجب تداركها فى هذه القوانين بصفة عامة وفى القانون الجنائی المصرى بصفة خاصة .

ونحب أن نقرر بأن كل فعل يقع بسببه إضرار بهذا الجنین يشكل اعتداءً علیه وهذا الاعتداء يعد جريمة سواء وقع على الجنین وهو خارج رحم أمه أو داخله یستوى فى ذلك أن يقع الفعل على بويضة ملقحة مستكنة فى رحم الأم أم فى أنبوبة خارج رحمها ، كما هو الحال فى طفل الأنبوبة وإن كنا نرى أنه من الضروري أن یتدخل المشرع وینص صراحة على تجريم إتلاف البويضة المخصبة حتى ولو كانت لا تزال فى أنبوبة خارج رحم المرأة وذلك حتى نسد الثغرة التى قد ینفذ منها كل من له مصلحة فى عدم ظهور طفل الأنبوبة إلى الحیاة متذرعاً بأن جريمة الإجهاض لا تقع إلا على الجنین المستكن فى رحم المرأة وهذا قول بعض الأساتذة المعاصرين فى الفقه الإسلامی

ولذلك فإننا نهیب بالمشرع الوضعی حتى لا یفلت أى مجرم من العقاب أن یلجأ إلى أحكام الشریعة الإسلامیة والسير على منهجها الذى یتسم بالدقة والإحكام .

إن الفقه الإسلامى من الناحية الجنائية سبق وفاق غيره من الشرائع فى سائر المواضع ، فالفقه الإسلامى تراث عظيم يؤخذ منه كل شىء لكل شىء فهو مستند الدقة التشريعية فى جميع مراحل وخطواته ابتداء من استقرار النطفة فى رحم الأم حتى تتم الولادة الطبيعية، فما من مسألة وردت فيها إلا وحددت الشريعة حكمها تحديداً دقيقاً إما بناء على قاعدة عامة أو حكم تفصيلي .

والتحقيق انه لا خلاف البتة بين ما أثبتته الطب الحديث وتوهم بعض أصحابه انه يخالف فهم السادة العلماء من سلفنا الصالح . بل إن ما توصل إليه الطب الحديث يكشف عن عظمة سلفنا الصالح وفهمهم الصحيح واستطاعتهم بالملاحظة المجردة المسترشدة بهدى النصوص الشرعية التوصل إلى ما توصل إليه علماء الطب بهدى أجهزتهم الدقيقة المتقدمة فإن ما أثبتته الطب الحديث من بدء الحياة و الحركة في الجنين في مراحل متقدمة لم يغيب عن نظر سلفنا الصالح من السادة العلماء⁽¹⁾.

و أنه - إذا تيقن من وجود حالة حمل فإن فقهاء الإسلام يذهبون إلى وجوب حمايته من أى اعتداء يقع عليه حتى ولو كان ثمرة سفاح أو زنا ، لأن نتاج الحمل له الحق فى الحياة منذ بدايته ولا يجوز التعرض له بأى حال من الأحوال .

وهذا ما ذهب إليه القوانين الوضعية الحديثة .

إن الفقه الإسلامى حرم كل اعتداء على حق الجنين فى الحياة حتى ولو كان هذا الاعتداء صادراً من أمه وهذا ما اتجهت إليه القوانين الوضعية

(¹) د/ عباس عبدا لله عباس شومان إجهاض الحمل وما يترتب عليه من إكهام في الشريعة الإسلامية الناشر دار البيان مدينة نصر ص33

إن القوانين الوضعية الحديثة اتجهت وافتقت أثر ما اتجهت إليه الشريعة الإسلامية وخاصة القانون الجنائي المصرى .

فاستبعد أسباباً عديدة لإباحة الإجهاض أو الترخيص به حماية لحق الجنين فى الحياة كالأجهاض دفعاً للعار أو الاغتصاب والإجهاض لأسباب اجتماعية واقتصادية حيث رفضت أن يكون الفقر أو العار أو كثرة الأولاد سبباً مشروعاً لإباحة الإجهاض أو الترخيص به لتحديد النسل إيماناً منها بأن الله قد كفل رزق كل كائن حى يعيش على أرضه ويستظل بسمائه .

ولم تبح هذه القوانين الإجهاض إلا فى حالة إنقاذ حياة الأم من موت محقق أو لتخليصها من خطر يهدد صحتها بضرر خطير ودائم إذا استمر الحمل ولا يتحقق ذلك إلا فى حالة الإجهاض الطبى أو الضرورة وهذا ما اتجه اليه الفقه الإسلامى .

أهم توصيات الباحث :

أولاً : لا يجوز إجهاض الجنين بقصد التستر على الفاحشة .
ثانياً : لا يجوز إسقاط الجنين الناتج عن الاغتصاب إلا في حالة الضرورة
وهي انقضاء حياة الام من هلاك محقق .

ومن أهم الطرق التي رسمها الشرع لمنع أسباب جريمة الاغتصاب :

1 - عدم التبرج : لقد بين الإسلام أن كل جنس قد خلق للآخر وأن كلاً منهما
ينجذب إلى الآخر فنبه على ضوابط معينة يجب إتباعها والسير على هديها،
ومن هذه الضوابط : عدم سفور المرأة وبروزها إلى مجتمع الرجال وإن
كان لا بد فألزمها بمقررات الشرع من الملابس المحتشم والمظهر الملتزم
وأن تكون كاسية لجسدها وقورة في مسلكها حيية في تعاملها ، قال -
سبحانه وتعالى - " يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لَأَزْوَاجِكَ وَبَنَاتِكَ وَنِسَاءِ الْمُؤْمِنِينَ
يُذْنِبْنَ عَلَيْهِنَّ مِنْ جَلَابِيبِهِنَّ ذَلِكَ أَدْنَى أَنْ يُعْرَفْنَ فَلَا يُؤْذَيْنَ وَكَانَ اللَّهُ
غَفُوراً رَحِيماً" (1)، وقال سبحانه وتعالى " وَقَرْنَ فِي بُيُوتِكُنَّ وَلَا تَبَرَّجْنَ
تَبَرُّجَ الْجَاهِلِيَّةِ الْأُولَى " (2).

كما أن تغطية جسد المرأة من الأسباب المانعة لارتكاب الجريمة أو التي تقلل
من وقوعها وتقطع عليها أسباب الشك والارتياب .

2 - غض البصر : وهذا الواجب يقع على عاتق الرجل والمرأة ونظراً
لخطورته نبه الله تبارك وتعالى عليه في قوله : { قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ
أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ * }

(1) سورة الأحزاب ، الآية رقم (59) .

(2) سورة الأحزاب ، الآية رقم (33) .

وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ^(١).

لأن النظر هو منع لتعاطي أسباب الجريمة ، فإن من تورع عن النظر إلى ما لا يحل له لم يرض أن يقترب ما فوقها من الخلوة أو المداعبة وغير ذلك وهذا مقصد من مقاصد التشريع الإسلامي ووقاية للمجتمع ودفعاً لأسباب الجريمة .

3 - تيسير أسباب الزواج : ولما كان الزواج يحتاج إلى نفقة ومؤنة فإن الشاب في مستقبل عمره قد يعجز عن توفيرها فقد أمره الله - تبارك وتعالى - بالصبر والعفاف والصوم حتى يغنيهم الله من فضله ، قال تعالى : " وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحاً فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ وَأَنْ يَسْتَغْفِنَ خَيْرٌ لَّهُنَّ وَاللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ " ^(٢).

وإن كانت الدولة في النظام الإسلامي عليها العبء الأكبر في الترغيب في الزواج وتيسير أسبابه والتوجه إلى الشباب في برامجها التعليمية والتربوية حتى تحفظ عليهم عفتهم وتحول بينهم وبين سلوك طريق الرذيلة إلى أن تنهياً لهم القدرة على الزواج بتيسير أسبابه والقدرة على متطلباته .

هذا وإن الحاكم والدولة في النظام الإسلامي مسئولة عن الشباب بمعاونته في أمر الزواج ومد يد المساعدة إليه فقد كان هذا من مسئولية الحاكم في الإسلام، يروى الزهري أن عمر بن الخطاب قال : إن جاعني خمس لا أدع هاشمياً إلا زوجته ولا من لا جارية له إلا أخدمته ^(٣).

(١) سورة النور ، الآية 30 ، جزء من الآية 31 .

(٢) سورة النور ، الآية 60 .

(٣) الأموال للإمام الحجة أبي عبيد القاسم بن سلام ، المتوفى سنة 224 هـ ، تحقيق وتعليق / محمد خليل هراس ، من علماء الأزهر الشريف ، ص 420 ، ط دار الكتب العلمية ببيروت .

إذ أنه مما لا شك فيه أن الشباب ربما قد يندفع إلى حالات الاغتصاب عندما لا تتوفر له أسباب الزواج فإذا تحققت له أسباب الزواج تنحصر الجريمة فى أقل معدل ممكن لها وليس هذا تبرير لمسلك الجانى إنما هو إشارة لجذور المشكلة ليعرف كل طرف فيها دوره ، وإن كان الطرف الأهم هم أولياء الأمور الذين يغالون فى المهور .

و أخيراً ، هذا ما أمكننى فى هذا البحث " قضية إجهاض جنين الاغتصاب " وأثارها فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى قد انتهجت فى هذا البحث طريق المقارنة بين فقهاء الفقه الإسلامى وشراح القانون الوضعى بعد أن رجعت إلى آراء الفقهاء فى كتب المذاهب الإسلامية كما رجعت فى كثير من الأحوال إلى كتب الحديث الشريف والعديد من الكتب الحديثة التى تتصل بالموضوع من قريب أو من بعيد سواء فى ذلك الكتب الإسلامية أو الكتب القانونية أو الطبية . فإن كان ذلك فيه سداد فما قصدت إلا إليه وذلك فضل الله يؤتيه من يشاء وإن كان من خطأ فمنى ومن الشيطان وما عصم منه أحد إلا رسل الله عليهم أفضل الصلوات وأتم التسليم والكمال لله وحده ولذلك فإننى أعتذر عما يكون فى هذا العمل من قصور ونسيان ...

وأنتظر ما فيه من توجيه وتعديل أو تغير وتبديل حسبما يراه أساتذتى الأجلاء العلماء.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ...

المصادر والمراجع

أولاً : آيات القرآن الكريم :

ثانياً : كتب التفسير :

- (1) الجامع لأحكام القرآن : لأبى عبد الله محمد بن أحمد الأنصارى القرطبي ، طبعة دار الكاتب العربى للطباعة والنشر القاهرة 1387هـ - 1967م .
- (2) الكشف : لأبى القاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي ، المولود فى سنة 467 ، والمتوفى سنة 538 ، ويليهِ الكافى للإمام أحمد بن حجر العسقلانى ، المتوفى سنة 852 هـ ، ط دار المعرفة .
- (3) مفردات القرآن تفسير وبيان مع أسباب النزول:، للسيوطى ، إعداد الدكتور / محمد حسن الحمصى ، طبعة دار الرشيد للنشر ، بيروت .
- (4) مختصر تفسير بن كثير : للإمام الجليل الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير الدمشقى ، المتوفى سنة 74 هـ ، تحقيق / محمد على الصابونى طبعة دار الفكر .
- (5) التبيان فى أقسام القرآن : لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبى بكر المعروف بابن القيم الجوزية ، المتوفى سنة 751 هـ ، طبع وتوزيع إدارة البحوث العلمية والافتاء والدعوة والإرشاد ، الرياض .
- (6) تفسير البضاوى المسمى (أنوار التنزيل وأسرار التأويل) : تأليف إمام المحققين وقنوة المدققين القاضى ناصر الدين أبى سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازى البضاوى ، المتوفى سنة 791 هـ ، ط دار الكتب العلمية .

(7) صفوة التفاسير بعد تجريده من البيان : للشيخ / محمد على الصابوني
تجريد الشيخ / عبد الله إبراهيم الأنصارى، دار الفكر العربى .

(8) تفسير آيات الأحكام : للشيخ محمد على السائس، مطبعة محمد على صبيح
بالقاهرة

(9) تفسير القرآن العظيم، عماد الدين أبو الفداء اسماعيل ابن كثير، المتوفى
سنة 774، ط دار الفكر ببيروت .

(10) إعجاز القرآن فى خلق الإنسان : د / محمد كمال عبد العزيز، مكتبة
القرآن بالقاهرة، ط 1990 .

ثالثاً : كتب الحديث :

(1) السنن الكبرى : للإمام حافظ أبى بكر أحمد بن الحسين بن على البيهقى،
المتوفى سنة 458 هـ ، توزيع مكتبة المعارف بالرياض ، طبعة دار
المعرفة ، بيروت ، وفى ذيله الجوهر النقى ، للعلامة علاء بن على بن
عثمان الماردينى الشهير بابن التركمانى ، المتوفى سنة 745 هـ .

(2) الطبرانى الكبير (المعجم الكبير) : لأبى القاسم سليمان بن أحمد الطبرانى،
المتوفى سنة 360 هـ ، مكتبة بن تيمية بالقاهرة، سنة 1983 م .

(3) سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام : للشيخ محمد بن
إسماعيل اليمنى الصنعانى المعروف بالأمير، المتوفى سنة 1182 هـ،
طبعة دار الحديث .

(4) سنن أبى داود : للإمام الحافظ أبو داود سليمان ابن الأشعث السجستانى
الأزدى ، المتوفى سنة 275 هـ ، طبعة المكتبة الثقافية ببيروت . تحقيق
وتعليق / أحمد محمد شاكر

- (5) سنن الترمذى للإمام الحافظ محمد بن عيسى بن سورة الترمذى ، المتوفى سنة 279 هـ ، المكتبة الثقافية ببيروت ، تحقيق وتعليق / أحمد محمد شاكر .
- (6) صحيح البخارى: للإمام، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخارى ، المتوفى سنة 256هـ ، مطبعة دار ابن كثير دمشق بيروت ط الخامسة 1414هج - 1993م إحياء الكتب العربية .
- (7) صحيح مسلم : للإمام / مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، المتوفى سنة 261هـ ، طبعة دار إحياء الكتب العربية فيصل عيسى البابي الحلبي .
- (8) فتح البارى بشرح صحيح البخارى: لأحمد بن حجر العسقلاني ، المتوفى سنة 852 هـ ، المكتبة السلفية بالقاهرة 1378هـ ، 1959م ،
- (9) نيل الأوتار شرح منتقى الأخبار: للإمام المجتهد الفقيه محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، المتوفى سنة 1250هـ ، طبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، الطبعة الأخيرة .
- (10) سنن الدارقطني : لعلي بن عمر الدارقطني، المتوفى سنة 385 هـ، ط دارالمعرفة ببيروت، لبنان الطبعة الاولى ط سنة 1425 هج.
- (11) سنن ابن ماجه : للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني ، المتوفى سنة 275 هـ حقق نصوصه ورقم كتبه وابوابه واحاديثه ،محمد فؤاد عبد الباقي، ط دار الريان للتراث.
- (12) المستدرك : للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد عبد الله الحاكم النيسابوري المتوفى سنة 405 هـ ، ط دار المعرفة ، الطبعة الأولى 1418 هـ - 1998 م .

(1) المسند: للإمام أحمد بن محمد بن حنبل ، المتوفى سنة 241 هـ ، ط دار المعارف بمصر 1377 هـ - 1958 م .

رابعاً : كتب معاجم اللغة :

(1) القاموس المحيط : تأليف العلامة اللغوى / مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادى ، المتوفى سنة 817 هـ ، طبعة دار الجيل ببيروت .

(2) المصباح المنير فى غريب شرح الكبير: للرافعى ، تأليف العلامة / أحمد بن محمد على المقرئ الفيومى ، ط دار المؤيد .

(3) المعجم الوجيز : الناشر طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، مجمع اللغة العربية ، سنة 1415 هـ - 1998م ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم .

(4) تاج العروس من جواهر القاموس: للإمام محب الدين أبى فيض السيد محمد مرتضى الحسين الواسطى الزبيدى الحنفى ، الملقب (بمرتضى الزبيدى) ، ط دار الفكر

(5) لسان العرب : للإمام أبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقى المصرى ، المتوفى سنة 711 هـ ، طبعة دار صادر بيروت ، الطبعة الأولى ، 1410 هـ - 1990 م .

(6) مختار الصحاح : لمحمد بن أبى بكر الرازى ، طبعة عيسى الحلبي بالقاهرة الطبعة الخامسة ، 1939 م .

(7) معجم مقاييس اللغة : لأبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، المتوفى سنة 395 هـ ، تحقيق عبد السلام هارون ، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر .

- (8) منال الطالبين فى شرح طوال الغرائب: لمجد الدين أبى السعادات المبارك بن محمد بن الأثير ، المتوفى سنة 606 هـ ، تحقيق د/ محمود محمد الطناحى .
- (9) معجم لغة الفقهاء : وضعه د / محمد رواس قلجى ، ضبطه لغوياً أ.د/ حامد صادق قنبيى ووضع مصطلحاته الإنجليزية ، ووضع مصطلحاته الفرنسية : قطب مصطفى سانو ، ط دار النفائس ، الطبعة الأولى 1416 هـ - 1996 م .
- (10) النهاية فى غريب الحديث والأثر : لمجد المبارك ابن محمد الجزرى ابن الأثير ، المكتبة العلمية ، بيروت .
- (11) مختار القاموس : للطاهر أحمد الرازى ، ط دار الكتاب العربى 1981م .
- (12) المعجم الوسيط : لمجموعة من المؤلفين ، المجمع العلمى العربى بدمشق .
- (13) تحرير الفاظ التنبيه : لمحى الدين يحى ابن شرف النووى ، الطبعة الأولى 1989 ، دار القلم بدمشق .
- (14) أساس البلاغة : لجار الله محمود بن عمر الزمخشري ، المتوفى سنة 538 هـ ، ط دار المعرفة ، ببيروت 1979 .

رابعاً : كتب المذاهب الفقهية :

أ - كتب المذهب الحنفى :

- (1) الاختيار لتعليل المختار: لعبد الله محمد بن محمود بن مودود الموصلى الحنفى تعليق الشيخ / محمود أبو دقيقة ، طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية 1388هـ - 1968م ، الإدارة العامة للمعاهد الأزهرية .
- (2) الفتاوى الهندية فى مذهب الإمام أبى حنيفة : تأليف / جماعة من علماء الهند برئاسة الشيخ / نظام الدين ، المتوفى سنة 1070 ، وبالهامش فتاوى قاضىخان للإمام / فخر الدين حسن بن منصور، طبعة دار إحياء التراث العربى ، 1406 هـ
- (3) الهداية شرح بداية المبتدى : للإمام أبى الحسن محمد بن عبد الجليل الرشدانى برهان الدين المرغينانى ، المتوفى سنة 593هـ ، مطبعة محمد على صبيح وأولاده .
- (4) المبسوط : لشمس الدين السرخسى ، المتوفى سنة 483 هـ ، ط دار المعرفة.
- (5) البحر الرائق شرح كنز الدقائق: لزين الدين بن نجيم الحنفى المتوفى سنة 970 ط ، دار المعرفة الطبعة الثالثة 1936 م
- (6) تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق : للعلامة / عبد القادر بن عثمان الطورى المتوفى سنة 1030 ، حققه وعلق عليه أحمد عز الدمشقى ، طبعة دار إحياء التراث العربى ببيروت - لبنان .
- (7) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع : للإمام علاء الدين أبى بكر بن مسعود الكاسنى الحنفى ، الطبعة الثانية 1406هـ ، 1986م ، طبعة دار الكتب العلمية بلبنان .

(8) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار: لخاتمة المحققين الإمام / محمد أمين الشهير بابن عابدين ، المتوفى سنة 1252هـ، طبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة ، 1386هـ - 1966م .

(9) شرح فتح القدير: للشيخ الإمام / كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام الحنفى ، المتوفى سنة 681 ، طبعة إحياء التراث العربى ببلبنان .

(10) مجمع الأنهر فى شرح ملتقى الأبحر: للمولى الفقيه المحقق / عبد الله بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بدامادا أفندى ، طبعة دار إحياء التراث العربى للنشر والتوزيع .

(11) نتائج الأفكار فى كشف الرموز والأسرار: لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضى زاده، المتوفى 988 هـج دار إحياء التراث العربى .

ب- كتب المذهب المالكى :

(1) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل: للفقيه أبى الوليد بن رشد القرطبى.

(2) القوانين الفقهية : لابن جزى أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبى الغرناطى ، المطبعة الأميرية .

(3) المدونة الكبرى : للإمام مالك بن أنس الأصبحى ، رواية كنون بن سعيد التتوخى عن عبد الرحمن بن القاسم ومعها مقدمات بن رشد ، ط ، دار عالم الكتب .

(4) المنتقى شرح موطأ مالك : للقاضى أبو الوليد سليمان بن خلف الباجى ، المتوفى سنة 494هـ الطبعة الأولى ، طبعة مطبعة السعادة 1332هـ .

(5) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: تأليف الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد الحفيد القرطبي ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بمصر ، الطبعة الخامسة 1401هـ - 1981م .

(6) تبصرة الحكام فى أصول الأقضية ومناهج الأحكام : للقاضى برهان الدين إبراهيم بن على بن أبى القاسم بن محمد بن فرحون المالكى المدنى ، المتوفى سنة 799هـ ، ط دار عالم الكتب ، الطبعة الأخيرة 1378هـ - 1978م .

(7) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: للدريد ر مع كتاب فتح العلى المالك للشيخ عlish . طبعة دار الكتب العلميه

(8) حاشية العدوى بهامش شرح الخرشي المالكى: لعلى بن أحمد بن مكرم الصعيدى العدوى المتوفى سنة 1189هـ ، - مطبعة بولاق بمصر .

(9) فتح الجليل على مختصر سيدى خليل : لمحمد عlish بن أحمد بن محم عlish المتوفى سنة 1294هـ ، طبعة دار الفكر ببيروت 1989 م .

(10) مواهب الجليل بشرح مختصر خليل: لأبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربى المعروف بابن الخطاب وبهامشه التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق ، الطبعة الثانية .

(11) كفاية الطالب الربانى لرسالة أبى زيد القيروانى: لأبى الحسن المالكى ، تحقيق/ يوسف الشيخ محمد القباعى ، ط دار الفكر ، ببيروت 1412 هـ .

(12) شرح الزرقانى على مختصر خليل : لمحمد بن عبد الباقي الزرقانى ، ط دار الفكر .

ج : كتب المذهب الشافعى :

(1) إحياء علوم الدين : الإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالى ، المتوفى سنة 505 هـ .

(2) أسنى المطالب شرح روض الطالب: للقاضى أبو يحيى زكريا الأنصارى الشافعى 826- 926 هـ ، طبعة دار الكتاب الإسلامى بالقاهرة .

(3) الأم : تأليف الإمام عبد الله بن إدريس الشافعى 150 - 204 هـ ، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر .

(4) المذهب : لأبى إسحاق إبراهيم بن على يوسف الفيروزأبادى الشيرازى طبعة مصطفى البابى الحلبي بمصر ، الطبعة الثالثة 1396 هـ 1976 م .
(5) تحفة المحتاج بشرح المنهاج : لشهاب الدين أحمد بن محمد بن على السعدى الهيثمى ، المولود بهيتم ، المتوفى سنة 974 هـ ، طبعة دار صادر ببيروت .

(6) تكملة المجموع : للشيخ / محمد بن نجيب المطيعى ، طبعة مكتبة الإرشاد، جدة بالسعودية .

(7) حاشية قليوبى وعميرة على شرح جلال الدين المحلى على منهاج الطالبين للنووى : للشيخ / شهاب الدين القليوبى والشيخ / عميرة ، طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة .

(8) مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ، شرح الشيخ محمد الخطيب الشربينى على متن منهاج الطالبين للإمام أبى زكريا بن شرف النووى ، طبعة دار الفكر 1733 هـ - 1958 م .

(9) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج فى الفقه على مذهب الإمام الشافعى رضى الله عنه : تأليف شمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزه

بن شهاب الدين السيوطى الرملى المنوفى المصرى الأنصارى

الشهير بالشافعى الصغير المتوفى سنة 1004هـ ، طبعة دار الكتب العلمية

(10) الأحكام السلطانية والولايات الدينية : للإمام أبو الحسن على بن محمد

بن حبيب البصرى البغدادى الماوردى ، المتوفى سنة 450 هـ ، ط

المكتب الإسلامى ، 1416 هـ - 1996 م .

(11) روضة الطالبين: لأبى زكريا يحيى بن شرف النووى الدمشقى ، متوفى

سنة 676 ط دار الكتب العلمية .

(12) المجموع شرح المذهب النووى: ط مكتبة الإرشاد ، جدة (السعودية) .

(13) مختصر المزنى بهامش الأم : لإسماعيل ابن يحيى المزنى ، ط دار الغد

العربى بالعباسية.

(14) حاشية الباجورى على ابن القاسم الغزى : للشيخ إبراهيم البيجورى ،

المتوفى سنة 1277 هـ ، ط دار الكتب العلمية بيروت ، ط 1994 م .

د- كتب المذهب الحنبلى :

(1) المغنى على مختصر الخرقى: للإمام ابو محمد عبدالله بن احمد بن قدامة

المقدسى المتوفى 620هـ ط دار الكتب العلمية

(2) المغنى ويليه الشرح الكبير : للشيخ الإمام / شمس الدين أبى الفرج عبد

الرحمن بن أبى عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسى ، المتوفى سنة

682 هـ ، طبعة دار الكتب العلمية ببيروت - لبنان 1403 هـ - 1983 م.

(3) العدة شرح العدة: فى فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيبانى ص 817 ،

ط . مؤسسة قرطبة .

(4) الفتاوى الكبرى : لابن تيمية ، الطبعة الثانية 1989 م طبعة دار الغد

العربى .

(5) الكافي فى فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل : طبعة المكتب الإسلامى ببيروت .

(6) الإتصاف فى معرفة الراجح من الخلاف: لعلاء الدين أبى الحسن على بن سليمان المرداوى ، المتوفى سنة 885هـ ، طبعة دار إحياء التراث العربى، الطبعة الثانية 1986 م .

(7) الإقناع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل: لشرف الدين موسى الحجاوى المقدسى ، طبعة دار المعرفة ببيروت .

(8) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية : لابن القيم الجوزية ، محمد بن أبى بكر الزرعى الدمشقى 694 - 751 هـ ، تحقيق / محمد جميل غازى (9) كتاب الفروع: للإمام / شمس الدين المقدسى أبى عبد الله محمد بن مفلح المتوفى سنة 763 هـ ، ط عالم الكتب.

(10) جامع العلوم والحكم : لابن رجب الأحمدي أبو النور الحنبلى دار الريان للتراث .

(11) كشف القناع عن متن الإقناع : للشيخ العلامة فقيه الحنابلة / منصور بن يونس بن إدريس البهوتى ، ط دار الفكر .

(12) - شرح منتهى الإيرادات : لتقى الدين محمد بن أحمد التتوخى الحنبلى الشهير بابن النجار ، تحقيق الشيخ / عبد الغنى عبد الخالق ، طبعة مكتبة الحنابلة ط دار الفكر .

(13) طريق الهجرتين وباب السعادتين : لابن القيم الجوزية ، المتوفى سنة 751هـ، ط دار الكتب العلمية ببيروت . ط الاولى 1982 م دنى ببيروت .

هـ - كتب الظاهرية :

* المحلى : لفخر الأندلس / أبو محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ،
المتوفى سنة 456 هـ ، طبعة دار الآفاق الجديدة ببيروت ، مطبعة الإمام
بالقلعة .

و - مذهب الإباضية :

(1) شرح النيل وشفاء العليل: للشيخ محمد بن يوسف أطفيش ، الناشر
دار الفتح - بيروت .

ز - فقه الشيعة :

* الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقية فقه الشيعة الجعفرية:
ط دار الفكر العربى .

ح - المذهب الزيدى :

* البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار: للإمام المجتهد المهدي أحمد
بن يحيى بن المرتضى ، المتوفى سنة 840 هـ ، ط دار الكتب العلمية
بيروت ، الطبعة الأولى .

سادساً: كتب الأصول والقواعد الفقهية :

- (1) الأشباه والنظائر : لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، طبعة دار الكتب العلمية ، لبنان 1405 هـ - 1985 م .
- (2) النسفى كشف الأسرار شرح المصنف على المنار: للإمام أبى البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفى م 710 هـ مع شرح نور الأنوار على المنار ، طبعة دار الكتب العلمية ، لبنان 1406 هـ - 1986 م .
- (3) المستصفى : لأبو حامد محمد بن محمد الغزالى ، المتوفى سنة 505 هـ ط دار الكتب العلمية .
- (4) القواعد الأصولية وتطبيقاتها الفقهية عند ابن قدامة فى كتابه المغنى : تأليف د / الجيلاى المرينى ، ط دار ابن القيم .

سابعاً: الكتب والأبحاث الفقهية الحديثة والمتنوعة:

- (1) د/ عباس عبد الله عباس شومان: إجهاض الحمل .وما يترتب عليه من أحكام فى الشريعة الإسلامية ط دار البيان ، مدينة نصر.
- (2) أحكام الجنين فى الفقه الإسلامى : تأليف / عمر بن محمد بن إبراهيم غانم ط دار الأندلس الخضراء دار ابن حزم .
- (3) الجنين والأحكام المتعلقة به فى الفقه الإسلامى: بحث مقارن ، د/ محمد سلام مذكور ، ط الأولى ، 1319 هـ - 1974 م .
- (4) الجناية على العرض بالفعل وعقوبتها فى الشريعة الإسلامية : د/ أحمد عبدالمغنى شاهين ، الطبعة الأولى 14098 هـ - 1988 م ، مطبعة الأمانة.

- (5) الفقه الجنائي فى الإسلام : د/ أمير عبد العزيز ، طبعة دار السلام للطباعة والنشر .
- (6) د/ أحمد الحصرى : القصاص والديات والعصيان المسلح ، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية.
- (7) مناقب عمر أمير المؤمنين عمر بن الخطاب: تأليف / أبى الفرج عبد الرحمن بن على بن محمد بن الجوزى، ضبط نصوصه وخرج أحاديثه / حلمى بن إسماعيل الرشيدى ، طبعة دار العقيدة
- (8) موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل : الزين يعقوب الزبير - مبعوث الهيئة القضائية بالسودان لنيل درجة الماجستير ، طبعة دار الجيل ببيروت .
- (9) قضية تحديد النسل فى الشريعة الإسلامية : د/ أم كلثوم يحيى مصطفى الخطيب طبعة الدار السعودية للنشر والتوزيع ، كلية الآداب بالدمام للبنات
- (10) الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى (الجريمة) الشيخ محمد أبوزهرة طبعة دار الفكر العربى ببيروت 1986 .
- (11) أحكام الجريمة والعقوبة فى الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة : د/ محمد أبو حسان، طبعة مكتبة المنار الزرقاء بالأردن .
- (12) (الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون - محاولة فقهية لاستخدام المنهج الاستقرائى التحليلى الاستنباطى ، د/ محمد عبد الشافى إسماعيل ، مكتبة الشريعة والقانون بأسبوط ، طبعة دار المنار للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى 1413هـ - 1992 م .
- (13) د/ محمد سعيد البوطى : مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً ، ط دار الفارابى للمعارف

- (14) الإسلام ورأيه فى جريمة الزنا : د/ مصطفى كمال رفعت .
- (15) جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :
د/ محمد الشحات الجندى الناشر / دار النهضة العربية للطبع والنشر .
- (16) اجهاض الجنين المشوه وحكمه فى الشريعة الاسلاميه: د/ مسفر بن على بن محمد القحطانى أستاذ الفقه وأصوله المساعد بقسم الدراسات الإسلامية والعربية بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن - المملكة العربية السعودية.
- (17) التشريع الجنائى الإسلامى مقارناً بالقانون الوضعى : د/ عبد القادر عودة ، طبعة دار الكاتب العربى ببيروت
- (18) الحماية الجنائية للجنين فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة : د/ عبد العزيز محمد محسن ، طبعة دار النهضة العربية 1418هـ - 1998 م ، مكتبة جامعة طنطا - كلية الحقوق ، الرقم العام 61986 .
- (19) الإجهاض من منظور إسلامى - بحث مقارن ، د / عبد الفتاح إدريس الطبعة الأولى 1416 هـ - 1995 م .
- (20) الحماية الجنائية للعرض فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - دراسة مقارنة ، د/ عبد العزيز محمد محسن 1989 م ، طبعة دار النهضة
- (21) بنوك النطف والأجنة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى : د / عطا عبد العاطى السنباطى ، طبعة دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى 2001م
- (22) الفقه الجنائى المقارن فى التشريع الإسلامى : د/ نصر فريد واصل ، مكتبة الصفا - 127 ميدان الأزهر بالقاهرة ، درب الأتراك - خلف الجامع الأزهر .

- (23) حكم الإجهاض فى الشريعة الإسلامية : د/ ماجد حسين النعواش .
- (24) د/ يوسف القرضاوى . خطب الشيخ القرضاوى . الجزء الثانى . . الناشر مكتبة وهبة .
- (25) د/ يوسف القرضاوى من هدى الإسلام . ط دار الوفاء المنصورة الطبعة الثانية 1414 هـ 1993م
- (26) د/ يوسف القرضاوى . الحلال والحرام فى الاسلام . الناشر مكتبة وهبة .
- (27) محمد نعيم ياسين . أحكام الإجهاض : بحث منشور بمجلة الشريعة الإسلامية صادرة عن مجلس النشر العلمى بجامعة الكويت عدد 131409 هـ 1989م .
- (28) لا مستحيل فى علاج العقم : الشيخ / جاد الحق على جاد الحق — نشر المركز الإسلامى للدراسات والبحوث السكانية
- (29) الأموال: للإمام العظيم الحافظ الحجة أبى عبيد القاسم بن سلام ، المتوفى سنة 224 هـ ، تحقيق وتعليق / محمد خليل هراس ، من علماء الأزهر الشريف ط دار الكتب العلمية ببيروت
- (30) فتاوى معاصرة : د/ يوسف القرضاوى — دار الوفاء — مصر — الطبعة الثانية 1415 هـ .
- (31) احكام المرأة فى التشريع الجنائى الاسلامى دراسة مقارنة الطبعة الثانية 1413 هـ 1993م د/حسنى الجندى .

ثامناً: دوريات وأبحاث ورسائل علمية وطبية وندوات ومقالات حديثة:

أولاً: الدوريات والأبحاث:

- 1 - إجهاض جنين الاغتصاب فى ضوء أحكام الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة د / سعد الدين مسعد هلالى مجلة الشريعة ، الدراسات الإسلامية ، العدد الحادى والأربعون ، شهر ربيع 1421 هـ يونيو 2000 م كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف دقهلية ، المكتبة العامة ، رقم 3843 السنة الخامسة عشر .
- 2 - مجلة الأزهر - مجمع البحوث الإسلامية ، ج 1، عدد محرم 1414 هـ تموز 1993م.
- 4 - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، فصلية علمية ، تصدر عن مجلس النشر العلمى بجامعة الكويت ، تعتنى بالبحوث والدراسات الإسلامية - المجلة الجنائية القومية ، الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى ، بحث منشور ، عدد نوفمبر 1958م.
- 5 - مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ، السنة السادسة ، عدد 13 رمضان 1904 هـ أبريل 1989 م ، أحكام الإجهاض ، د / محمد نعيم ياسين .
- 6- مجلة الإعجاز العلمى: الصادرة عن هيئة الإعجاز العلمى فى عددها الثانى، د / عبد الجواد الصاوى .
- 7- مجلة الوعى الإسلامى : العدد 413 ، محرم 1421 هـ - مايو 2000 م بحث تحت عنوان قضية إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه الإسلامى ، د/ سعد الدين مسعد هلالى ،

- 8 - د/ شحاتة عبد المطلب حسن أحمد بحث بعنوان. الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي، - المد رس بقسم الفقه العام بجامعة الأزهر
- 9 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائي ، الحماية الجنائية للاتصالات الخاصة في ضوء الوسائل العلمية الحديثة دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعى ، بحث في مجلة كلية الشريعة والقانون بفتحها الأشرف ، دقهلية ، مجلة علمية محكمة ، العدد الرابع ، مايو 1425 هـ - 2004 م .
- 10 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائي ، ينظر الركن المادى للجريمة الضريبية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى بحث فى مجلة كلية الشريعة والقانون بفتحها الأشرف ، دقهلية ، مجلة علمية محكمة ، العدد السادس ، مايو 1426 هـ - 2005 م ، ج 1 .
- 11 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائي ، العقوبات التبعية والتكميلية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة ، 1408 هـ - 1988 م .
- 12 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائي ، تقادم الدعوى الجنائية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه ، 1413 هـ / 1992 م .
- 13 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائي ، المسؤولية الجنائية الناشئة عن نقل عدوى الإيدز فى الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، دراسة مقارنة ، 1424 هـ - 2003 م .

- 14- الأستاذ الدكتور / أحمد حسني أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائي ، حماية الشعور الشخصي للمحكوم عليه في مرحلة تنفيذ العقوبة بين الفقه الإسلامي و القانون الجنائي الوضعي بحث منشور في مجلة كلية الشريعة و القانون بتقنها الأشراف ، العدد الثاني 1423 هـ ، 2002 م جزء الأول .
- 15- أ. د / محمود نجيب حسنى : الحق فى صيانة العرض فى الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات ، بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد .
- 16- أ. د / حسن صادق المرصفاوى : الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى ، بحث منشور فى المجلة الجنائية القومية ، عدد نوفمبر 1958 .
- 17 - أ. د / أحمد زكى عويس : جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى والقانون المصرى والليبي ، بحث منشور فى المجلة العلمية التى تصدر عن أعضاء هيئة التدريس ، روح القوانين .
- 18 - د/ مصباح المتولى السيد حماد : حكم إجهاض حمل السفاح دراسة مقارنة ، كلية الشريعة والقانون بطنطا - مجلة علمية محكمة ، العدد الخامس عشر ، الجزء الأول ، 1422هـ - 2002 م
- 19 - د/ محمد محمد فرحات: حكم الإجهاض وإسقاط الحوامل ، ، بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية .
- 20 - د / علوى أمين السيد خليل: جريمة الزنا بين الشريعة والقانون بحث فى مجلة كلية الشريعة والقانون بتقنها الأشراف - دقهلية - مجلة علمية محكمة ، العدد الأول ، 1422 هـ - 2001 م ، الجزء الأول
- 21 - د / محمد نعيم ياسين: أبحاث فقهية فى قضايا معاصرة ، دار النفائس بالأردن ط الأولى 1416 هـ - 1996م.

22 - الأستاذ مظهر العنبري "الاجهاض والقانون" بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية بكلية القانون /جامعة قار يونس بليبيا.. المجلد الحادى عشر 1982م، 1986 .

ثانياً : الرسائل العلمية:

- 1 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، تقدم الدعوى الجنائية. "رسالة دكتوراه" ، 1413 هـ / 1992 م
- 2 - د / مصطفى عبد الفتاح لبنة : جريمة إجهاض الحوامل فى موقف الشرائع السماوية والقوانين الدعوى الجنائية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى دراسة مقارنة - المعاصرة ، طبعة دار أولى النهى ، بيروت للطباعة والنشر ، "رسالة دكتوراه".
- 3- د / إسماعيل عبد الرحمن عشب : جناية شبه العمد ، "رسالة دكتوراه" كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، 1992م
- 4- د / محمود أحمد أمان: الحق فى صيانة العرض ومدى الحماية التى تكفلها له الشريعة الإسلامية ، "رسالة دكتوراه" ، دراسة مقارنة ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق .
- 5- د / سامية عبد الرازق ، "رسالة ماجستير" - مستشفى الحسين الجامعى جامعة الأزهر. 1974م.

ثالثاً : الأبحاث الطبية:

- 1- مشكلة الإجهاض : د / محمد على البار ، ط الأولى ، الدار السعودية للنشر والتوزيع ، 1993 م .
- 2- د/ ماهر مهران : رئيس قسم أمراض النساء والولادة - كلية الطب - جامعة عين شمس (الإجهاض) ، مطابع إقرأ ، ص.ب : 5251 / 13 بيروت - لبنان .
- 3- د / أحمد عمارة : أستاذ أمراض النساء والتوليد ، فى صحة المرأة ، مطبعة مصر بالقاهرة .
- 4- د / جمال أبو السرور ، رئيس الاتحاد العالمى المنتخب لأمراض النساء ، د / محمد أبو الغار ، د / رجاء منصور ، لا مستحيل فى علاج العقم ، كتاب اليوم الطبى ، العدد 15 ابريل 1995
- 5 - د / طبيب / محمد سيف الدين السباعى ، الإجهاض بين الطب والفقہ والقانون دار الكتب العربية بدمشق ، الطبعة الأولى ، 1977 م .
- 6- الطب محراب الإيمان ، د / خالص جلى ، دار الكتب العربية ، مؤسسة الرسالة بدمشق ، ط الأولى 1981 م .
- 7- لا مستحيل فى علاج العقم: د / رجاء منصور ، ، كتاب اليوم الطبى ، العدد 157 ، إبريل 1995 م .
- 8- خلق الإنسان بين الطب والقرآن : د / محمد على البار ، طبعة الدار السعودية للنشر والتوزيع .
- 9- الجنين المشوه والأمراض الوراثية الأسباب والعلامات والأحكام د/ محمد على البار ، جامعة الأزهر - مكتبة كلية الشريعة والقانون بدمنهور ، رقم 6192 ، طبعة دار القلم دمشق ، دار المنارة بجدة الطبعة الاولى 1991.

10 - قضايا طبية من منظور إسلامي : بحث فقهي ، الطبعة الأولى 1414 هـ - 1993 م ، د / عبد الفتاح محمود إدريس ، أستاذ الفقه المقارن المساعد بجامعة الأزهر .

رابعاً: الندوات والمقالات :

1- ندوة الإجهاض وتنظيم الأسرة : المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية ، سنة 1974 م .

2 - ندوة جمعت بين علماء الطب والدين بتاريخ الثلاثاء 5 أبريل 2005

3 - د / زغلول النجار : فى مقال له نشر فى جريدة الأهرام تحت عنوان : من أسرار القرآن الكريم ، بتاريخ 29 / 11 / 2004 م .

4 - د / على المحمدى : فى مقال له نشر فى جريدة الشرق القطرية ، العدد 1816 .

5- د / عفيفى محمود : محاضرة له بقاعة محمد عبده بالأزهر 1960 م وهى مطبوعة ضمن محاضرات الموسم الثقافى الثانى ، الدورة الأولى 1960م.

6- إعجاز القرآن فى خلق الإنسان ، د / محمد كمال عبد العزيز ، مكتبة القرآن بالقاهرة ، ط 1990 .

7- موسوعة الفقه الإسلامى ، طبعة خاصة بوزارة الأوقاف الكويتية ، ط الرابعة ، 1414 هـ - 1993 م .

8- الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية ، ط وزارة الأوقاف ، 1403 هـ - 1983م.

9 - لا مستحيل فى علاج العقم ، الشيخ / جاد الحق على جاد الحق ، الناشر نشر المركز الإسلامى للدراسات والبحوث السكانية.

أحكام النقض:

• مجموعة أحكام النقض مجموعة الاحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجنائية ومن الدوائر الجنائية

المراجع القانونية :

- 1 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، الركن الحماية الجنائية للاتصالات الخاصة فى ضوء الوسائل العلمية الحديثة- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، بحث فى مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشرف، دقهلية، مجلة علمية محكمة، العدد الرابع، مايو 1425 هـ - 2004 م ، ج 1 .
- 2 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، ينظر الركن المادى للجريمة الضريبية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى .
- 3 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، العقوبات التبعية والتكميلية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة ، 1408 هـ - 1988 م .
- 4 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، نقادى الدعوى الجنائية فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه ، 1413 هـ / 1992 م .
- 5 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسنى أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائى ، المسئولية الجنائية الناشئة عن نقل عدوى الإيدز فى الفقه الإسلامى والقانون الجنائى الوضعى ، دراسة مقارنة ، 1424 هـ - 2003 م .

- 6 - الأستاذ الدكتور / أحمد حسني أحمد طه ، أستاذ القانون الجنائي ، حماية الشعور الشخصي للمحكوم عليه في مرحلة تنفيذ العقوبة بين الفقه الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي .
- 7- أستاذنا الدكتور/ سامح السيد جاد: أستاذ القانون الجنائي ، مبادئ قانون العقوبات ، طبعة سنة 1407 هـ - 1987 م .
- 8- أستاذنا الدكتور/ سامح السيد جاد : أستاذ القانون الجنائي ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط 1988 م .
- 9- أ. د / حسن صادق المرصفاوى : المرصفاوى ، فى قانون العقوبات الخاص، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، الناشر : ط منشأة المعارف بالإسكندرية 1978. المرصفاوى فى قانون العقوبات ، ط منشأة المعارف بالإسكندرية .
- 10- د / محمود نجيب حسنى ، أستاذ القانون الجنائي شرح قانون العقوبات، القسم الخاص جرائم الاعتداء على الأشخاص، طبعة دار النهضة العربية 1978م.
- 11- أ. د / محمود نجيب حسنى : الحق فى صيانة العرض فى الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات ، بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد .
- 12- د / حسن صادق المرصفاوى : الإجهاض فى نظر المشرع الجنائي ، بحث منشور فى المجلة الجنائية القومية ، عدد نوفمبر 1958 .
- 13- أ.د / مأمون سلامة ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، طبعة دار النهضة العربية 1991 م.
- 14- د / عمر السعيد رمضان : شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، رقم 302 ، طبعة دار النهضة العربية ، مطبعة جامعة القاهرة .

- 15- د / أحمد أمين ، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، ط الثانية 1924 م .
- 16- أ. د / عبد المهيم بكر : القسم الخاص فى قانون العقوبات ، الطبعة السابعة 1977 .
- 17 - أ. د / رعوف عبيد : جرائم الاعتداء على الاشخاص الطبعة الثامنة 1985 .
- 18 - أ. د / حسنين إبراهيم عبيد : جرائم الاعتداء على الأشخاص ، الطبعة الثانية 1983 ، طبعة دار النهضة العربية، أستاذ القانون الجنائى بكلية الحقوق جامعة القاهرة.
- 19- أ. د / محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص ، الطبعة الثامنة 1984 القسم الخاص ، طبعة جامعة القاهرة 1984 الرقم العام 2113 ، الرقم الخاص 0262
- 20 - أ. د / فوزية عبد الستار : أستاذ القانون الجنائى ، الطبعة الثامنة ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، طبعة دار النهضة العربية 1982
- 21- أ. د / هدى حامد قشقوش : مدرس القانون الجنائى ، جرائم الاعتداء على الأشخاص ، الاعتداء على الحق فى الحياة والحق فى سلامة الجسم 1994 .
- 22 - أ. د / رمسيس بهنام : أستاذ القانون الجنائى ورئيس قسم القانون الجنائى، جامعة الإسكندرية ، دكتوراه فى القانون ، جامعتى روما وباريس الأستاذ الفخرى للقانون الجنائى بالجامعات الايطالية ، القسم الخاص فى قانون العقوبات ، العدوان على الناس فى أشخاصهم وأموالهم .

- 23 - أ. د / أحمد فتحي سرور : الوسيط فى قانون العقوبات ، القسم العام ، طبعة دار النهضة العربية ، الطبعة السادسة 1996
- 24 - أ. د / محمود أحمد طه : شرح قانون العقوبات ، القسم العام ، الجزء الثانى ، الجريمة ، طبعة دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية .
- 25 - أ. د / على أحمد راشد ، القانون الجنائى ، الطبعة الثالثة 1974 .
- 26- أ. د / محمد عبد الوهاب الخولى : المسؤولية الجنائية لأطباء عن استخدام الأساليب المستحدثة فى الطب والجراحة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى 1997 .
- 27- أ. د / أحمد محمد لطفى أحمد : قسم الفقه المقارن ، كلية الشريعة والقانون بالدقهلية ، الإيدز وآثاره الشرعية والقانونية ، طبعة دار الجامعة الجديدة للنشر 2005 .
- 28 - أ. د / عبد المنعم عبد الرحيم العوضى : محاضرات فى جرائم الاعتداء على الأشخاص ، طبعة دار الفكر العربى .
- 29 - أ. د / أحمد زكى عويس : جريمة اغتصاب الإناث فى الفقه الإسلامى والقانون المصرى والليبي ، مدرس بقسم الشريعة الإسلامية ، كلية الحقوق ، جامعة طنطا .
- 30 - أ. د / حسن محمد ربيع : الإجهاض فى نظر المشرع الجنائى دراسة مقارنة 1995 .
- 31 - أ. د / أسامه عبد الله قايد : عضو مجلس إدارة الجمعية المصرية للتشريعات الصحية والبيئية وعضو جمعية الطب والقانون ، المسؤولية الجنائية للأطباء دراسة مقارنة ، رقم 794 ، الطبعة الثانية 1990 ، طبعة دار النهضة العربية .

- 32 - محمد عبد الحميد الألفى : ماجستير فى القانون وباحث دكتوراه ،
الجرائم العائلية والحماية الجنائية للروابط الأسرية وفقا لأحكام محكمة
النقض والمحكمة الدستورية العليا والصيغ القانونية ، طبعة 1999 .
- 33 - أ.د / أحمد شوقى أبو خطوة : شرح الاحكام العامة لقانون العقوبات
لدولة الإمارات العربية المتحدة ، طبعة دار النهضة العربية بالقاهرة
1989.
- 34 - أ.د / محمد الطاهر محمد عبد العزيز : جرائم الاعتداء على العرض
دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، الناشر المكتبة
العالمية بالمنصورة 1990 م .
- 35 - أ.د / محمود أحمد أمان: الحق فى صيانة العرض ومدى الحماية التى
تكفلها له الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه ، دراسة مقارنة ، جامعة
القاهرة ، كلية الحقوق .
- 36 - - المستشار / مصطفى الشاذلى : الجرائم الماسة للشرف والاعتبار
والآداب .
- 37 - أ.د / أحمد محمود الشافعى : الشريعة الإسلامية والقانون المصرى إزاء
جريمة الزنا ، طبعة مؤسسة الثقافة الجامعية .
- 38 - أ.د / هلالى عبد اللاه أحمد : كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، التزامات
الحامل نحو الجنين بين التجريم الجنائى والإباحة ، طبعة دار النهضة
العربية .
- 39 - محمد عطية راغب : المحامى ، الجرائم الجنسية فى التشريع الجنائى
المصرى ، الطبعة الأولى 1957 ، طبعة مكتبة النهضة العربية .

- 40 - المستشار / جندى عبد الملك : الموسوعة الجنائية ، الجزء الثالث ، دار المؤلفات القانونية ، بيروت ، لبنان .
- 41 - د/ جلال ثروت : القسم العام فى قانون العقوبات ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 1994.
- 42 - د / حلمى أحمد راشد ، أستاذ القانون الجنائى ، ط الثالثة ، 1974 .
- 43 - د/ محمد محى الدين عوض : قانون العقوبات السودانى ، معلقاً عليه مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى ، 1979 م .
- 44 - المستشار / حسن حسن منصور: رئيس محكمة الإسكندرية ، جرائم الاعتداء على الأخلاق، ط دار المطبوعات الجامعية ، 1985 .
- 45 - د / أحمد حافظ نور : جريمة الزنا .

فَهْرِسُ الْمَوْضُوعَاتِ

مقدمة	7
فصل تمهيدى: فى المدخل إلى التعريف بالجريمة وتعريف الجنين ومراحل	
تطورة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى	17
المبحث الأول: فى التعريف بالجريمة والفرق بينها وبين الجنائية فى الفقه	
الإسلامى والقانون الوضعى	23
المبحث الثانى : فى التعريف بالجنين بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ...	39
المبحث الثالث : موازنة بين كل من تعريف الجنين ومراحل تطوره فى الفقه	
الإسلامى والقانون الوضعى	59
الباب الأول : بيان مفهوم جريمة الاغتصاب وأركانها	65
الفصل الأول: بيان مفهوم الاغتصاب بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ...	65
المبحث الأول : تعريف الاغتصاب فى الفقه الإسلامى	67
المبحث الثانى : تعريف الاغتصاب فى القانون الوضعى	77
المبحث الثالث: موازنة بين تعريف الاغتصاب فى الفقه الإسلامى والقانون	
الوضعى	81
الفصل الثانى :أركان جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .	89
أولاً: الركن المادى لجريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ...	91
المبحث الأول : الركن المادى لجريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى	91
المبحث الثانى: الركن المادى لجريمة الاغتصاب فى القانون الوضعى	113
المبحث الثالث : موازنة بين الركن المادى لجريمة الاغتصاب فى الفقه	
الإسلامى والقانون الوضعى	123

ثانيا : الركن المعنوى لجريمة الاغتصاب فى الفقه الاسلامى والقانون	
الوضعى	127.....
المبحث الأول: الركن المعنوى لجريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى	127....
المبحث الثانى: الركن المعنوى لجريمة الاغتصاب فى القانون الوضعى	131..
المبحث الثالث : موازنة بين بين الركن المعنوى لجريمة الاغتصاب فى	
الفقه الإسلامى والقانون الوضعى	137.....
الفصل الثالث: عقوبة جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى	
والقانون الوضعى	139.....
المبحث الأول: عقوبة جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى	141.....
المبحث الثانى :عقوبة جريمة الاغتصاب فى القانون الوضعى	161.....
المبحث الثالث : موازنة بين عقوبة جريمة الاغتصاب فى الفقه الإسلامى	
والقانون الوضعى	167.....
الباب الثانى: فى بيان تعريف جريمة الإجهاض وأركانه فى الفقه الإسلامى	
والقانون الوضعى	171.....
الفصل الأول: تعريف الإجهاض فى الفقه الإسلامى و القانون الوضعى	171...
المبحث الأول: تعريف الإجهاض فى الفقه الإسلامى	173.....
المبحث الثانى : تعريف الإجهاض فى القانون الوضعى	177.....
المبحث الثالث: موازنة بين تعريف الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون	
الوضعى	181.....
الفصل الثانى: الأركان العامة لجريمة الإجهاض	185.....
المبحث الأول : أركان جريمة الاجهاض فى الفقه الإسلامى	187.....

- المبحث الثانى: أركان جريمة الإجهاض فى القانون الوضعى 211
- المبحث الثالث: موازنة بين أركان جريمة الإجهاض فى الفقه الإسلامى
والقانون الوضعى 235
- الفصل الثالث: بيان حالات إباحة الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون
الوضعى 239
- المبحث الأول : حالات إباحة الإجهاض فى الفقه الإسلامى
وموانع المسؤولية 241
- المبحث الثانى: حالات إباحة الإجهاض فى القانون الوضعى وموانع
المسؤولية 249
- المبحث الثالث : موازنة بين حالات إباحة الإجهاض فى الفقه الإسلامى
والقانون الوضعى 257
- الفصل الرابع : حكم الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى 263
- المبحث الأول : حكم الإجهاض فى الفقه الإسلامى 265
- المبحث الثانى : حكم الإجهاض فى القوانين الوضعية 275
- المبحث الثالث : موازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى حكم
الإجهاض 283
- الباب الثالث : حكم إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه الإسلامى
والقانون الوضعى والآثار المترتبة عليه 287
- الفصل الأول : موقف الفقه الإسلامى والقانون الوضعى من إجهاض
جنين الاغتصاب 287
- المبحث الأول : حكم إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه الإسلامى 289

الموضوع

الصفحة

- 323.....المبحث الثانى: حكم إجهاض جنين الاغتصاب فى القانون الوضعى
- المبحث الثالث : موازنة بين حكم إجهاض جنين الاغتصاب فى الفقه
- 333.....الإسلامى والقانون الوضعى
- الفصل الثانى : الآثار المترتبة على إجهاض جنين الاغتصاب بين الفقه
- 339.....الإسلامى والقانون الوضعى
- 339.....المبحث الأول : عقوبة الإجهاض فى الفقه الإسلامى
- المبحث الثانى : عقوبة الإجهاض فى القانون الوضعى والآثار المترتبة
- 359.....على هذه العقوبة
- المبحث الثالث: موازنة بين عقوبة الإجهاض فى الفقه الإسلامى والقانون
- 375.....الوضعى
- 383.....الخاتمة
- 407.....المراجع والمصادر
- 435.....فهرس الموضوعات



سنة النشر

٢٠١١

رقم الإيداع

٧٩٠٧

الترقيم الدولى I.S.B.N

978 - 977 - 386 - 305 - 5