عقوبة الإجهاض
دراسة مقارنة بين الفقه والقانون

أ.ربيع لعور
جـــامعة باتنة

الملخص

اتفق القانون الجزائري مع الفقه الإسلامي في منع الإجهاض، وإباحته عند الضرورة، ومع ذلك فقد تباينت العقوبة بينهما، ومن خلال المقارنة بينهما توصلت إلى جملة من النتائج؛ أهمها أن الفقه الإسلامي شدد في حكم الإجهاض وعقوبته ووسائله أكثر من القانون الجزائري كما هو مفصل في المقال.

وخلاصة القول أنه ينبغي إعادة النظر في كثير من العقوبات القانونية في ضوء الشريعة الإسلامية، وخاصة وأن الجزائر بعد خمسين سنة من استقلالها لا تزال تعاني استفحال هذه الظاهرة وزيادتها.

Résumé:

La loi algérienne et la religion islamique les deux interdisent l'avortement et ne le permettent sauf si nécessité malgré ça elles se différent sur le plan de punition.
Et après comparaison entre les deux, on aura un ensemble de conséquences entre autres la religion islamique punit plus sévèrement pour l'avortement que la loi algérienne (comme il est bien détaillé dans cet article).
Et en conséquence il faut dire qu'il faut revoir dans plusieurs sanctions juridiques en se basant sur les principes de notre religion islamique, surtout que l'Algérie souffre de l'exacerbation de ce phénomène après 50 ans de son indépendance.

مقـدِّمة

جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح العباد في العاجلة والآجلة، ويأتي على رأس هذه المصالح مقاصد الشريعة الخمس؛ المتمثلة في حفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

فإذا نظرنا إلى مقصد حفظ النسل ألفينا أن الشريعة جاءت بحفظ هذا الأصل من جهتي الوجود والعدم؛ فمن جهة الوجود حضت على الزواج، ورغبت فيه بأنواع من المرغبات الدنيوية والأخروية، ومن جهة

المنارة للاستشارات

العدم منعت الرهبانية والتبتل، وحرمت قتل الولد خوفا من الفقر أو العار، بل إنها أعطت للولد حصانة قبل ولادته، وذلك بعدِّ العزل وأدا خفيا، ففي حديث جُدَامَةَ بِنْتِ وَهْبٍ رضي الله عنها أن رَسُولَ اللَّهِ ﷺ سُئِل عَنْ الْعَزْلِ؛ فَقَالَ: "ذَلِكَ الْوَأْدُ الْخَفِيُّ ".[1]

فلا غرو بعدها أن يحرم الإجهاض في الشريعة المحمدية، وليست شريعتنا بدعا في هذا الشأن؛ فقد تقرر المنع في الشرائع السابقة، وتسلسل الحكم في أتباعها إلى وقت الناس هذا مع ما مسها من تبديل وتغيير.

فإذا التفتنا إلى القوانين الوضعية نجد أنها منعت الإجهاض كما ورد ذلك في قوانين سومر وآشور وحمورابي والقانون الروماني، واستمر المنع إلى عهد قريب، إلى درجة حكمت فيه بالإعدام على مزاول هذه العملية كما حصل في انكلترا وألمانيا وفرنسا إبان القرن الخامس والسادس عشر الميلادي، لكن صرامتها بدأت تضعف، ودبَّ إليها داء التقهقر الذي تدثر بلباس التقدم، فصارت تبيح الإجهاض بل وتدعو إليه تحت عدة مسميات برَّاقة، كتحديد النسل ومواجهة الانفجار السكاني! وهلم جرًّا.

فنتج عن ذلك موقف متذبذب يتراوح بين الإباحة المطلقة أو الإباحة المقيدة بقيود ترجع على حكم منعه بالإبطال، وقد انتقلت هذه العدوى إلى بعض البلاد الإسلامية تحت عدة اعتبارات كما هو الحال في تونس حيث تقرر إباحته حسب الطلب ومن غير أي قيد وذلك خلال الأشهر الثلاثة الأولى من الحمل في القانون رقم:73 - 75، الفصل:214.[2]

نعم، وجد شيء من التشبث بتعاليم الديانة الإسلامية بخصوص حكم الإجهاض في كثير من البلاد الإسلامية، فنجد أنها حكمت بتجريم الإجهاض وإلحاق العقوبة بفاعله أو المتسبب فيه أو الداعي إليه، ولكن عقوباتها جاءت متوافقة أحيانا ومباينة في أكثر الأحيان للعقوبات الشرعية، ذلك أن مصدر الأولى قوانين المدرستين الإنكليزية والفرنسية، ومصدر الثاني النصوص الشرعية، وهذا ما سنقف عليه بالبحث بإذن الله ضمن المباحث الآتية:

المنارة للاستشارات

المبحث الأول: عقوبة الإجهاض في الفقه الإسلامي

شدَّد التشريع الإسلامي في عقوبة الإجهاض، وقد أجمع الفقهاء على بعضها، واختلفوا في أخرى، ويمكن إجمال هذه العقوبات في النقاط الآتية:

أولا: القصاص: تعامل التشريع الإسلامي مع الجنين على أنه نفس محترمة لها حق الحياة لا يحق لأحد كائنا من كان أن يجهضها ولو كانت الأم نفسها، اللهم إلا في حالات الضرورة التي لها أحكامها الخاصة، فإن حصل الإجهاض من قبل أحد الجناة لغير عذر؛ فقد اختلف الفقهاء في الاقتصاص منه؛ فذهب فريق من الفقهاء إلى إثبات القصاص بينهما، على خلاف بينهم في تفصيل ذلك، حيث ذهب ابن القاسم من المالكية إلى وجوب القصاص بقسامة إذا نزل الجنين حيا ثم مات بسبب ضرب متعمد على أمِّه، ويرى ابن حزم من الظاهرية القصاص إذا حصلت الجناية بعد النفخ في الروح.[1]

وعمدتهم في ذلك النصوص العامة في قتل النفس بالنفس؛ كقول الله ﷻ:﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ [2] فمن ادَّعى التخصيص فعليه بالدليل.

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا قَوَدَ في إجهاض الجنين؛ ومستندهم في ذلك جملة من الأدلة؛ منها: أنَّ سقوط الجنين من الضرب أو غيره ليس هو عمدا محضا، حتى يتحقق فيه القصاص، وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه؛ ولأن الجنين عند الحنفية نفس من وجه دون وجه.[3]

هذا، والذي يظهر هو رجحان المذهب الثاني؛ ذلك أن من شروط القصاص المساواة، وكيف لنا أن نُسوِّيَ بين من تحققت حياته بمن حياته مظنونة ؟!، وبغض النظر عن رجحان هذا المذهب أو ذاك، فإنَّ الذي يعنينا هو أن بعض الفقهاء فهموا تعظيم الشارع لنفس الجنين، ولهذا اختاروا القصاص، حتى يرتدع الجناة، ويحفظ النسل مصداقا لقول الله ﷻ: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾.[4]

المنارة للاستشارات

ثانيا: التعويض المالي: إذا باشر الجاني قتل الجنين أو تسبب فيه، لزمته عقوبة أخرى وهي دفع تعويض مالي لورثة الجنين إن وجدوا، ولبيت مال المسلمين إن فقدوا، ولكن هذا التعويض المادي يتفاوت من حال لأخرى، ويكون وفقا لما يأتي:

1 ـ الغرة: الأصل في مشروعيتها أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ ﷺ قَالَ: "اقْتَتَلَتْ امْرَأَتَانِ مِنْ هُذَيْلٍ فَرَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ؛ فَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؛ فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا، وَوَرَّثَهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ"[5]

وقد اتفق الفقهاء على مشروعيتها؛ وأن قيمتها نصف عشر دية الحر المسلم وهي خمس من الإبل،[1] ولهم في الجنين الذي تثبت به الغرة شروط، محلها كتب الفروع.

وتلزم الغرة من باشر الإجهاض أو تسبب فيه مع وجود القصد الجنائي حتى لو كان الطبيب نفسه، يقول الجزولي: "...وكذلك الطبيب إذا سقاها، وكانت الأدوية مما يعلم أنه يسقطُ به الجنين؛ فعليه الغرَّةُ وإن كان مما يعلم أنه لا يسقط به فلا غُرَّةَ عليه".[2]

2 ـ الدية: الأصل في ثبوت الدية في القتل هو قوله ﷻ: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ﴾.[3]

وحديث أَبي هُرَيْرَةَ مرفوعا: "وَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ؛ إِمَّا أَنْ يُفْدَى وَإِمَّا أَنْ يُقْتَلَ".[4]

وبخصوص الجنين فإن الغرة تثبت بخروجه ميتا؛ أما إذا خرج حيًّا ثم مات فإنه يُحكَمُ له بحكم الحي فيعطى ديةً كاملةً، شرطَ أن تثبتَ حياتُه، وعلامتها عند المالكية خروجه مستهلا، واشترط المالكية أن يُقسمَ أولياؤه أن موته بسبب الضرب، واشترط الحنابلة أن يكون عمر الجنين ستة أشهر فصاعدا؛ لأنه أقل مدة الوضع.[5]

المنارة للاستشارات

يبقى تفصيل الدية راجعا إلى جنس الجنين وعدده وفقا للتفصيل المعروف في كتب الفقه.

ثالثا: الكفارة: إجهاضُ الجنينِ كبيرةٌ عظيمةٌ؛ لأنها إزهاق روح لم يأذن الله بقتلها، وقد ثبت النص القرآني بإثبات الكفارة في قتل الخطأ في قوله ﷻ: ﴿...فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةً فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللّهِ وَكَانَ اللّهُ عَلِيماً حَكِيماً﴾.[6]

والحكمة من تشريع الكفارة هو تعظيم حرمة النفس رغم حصول القتل خطأ؛ يقول ابن العربي: "أَوْجَبَ اللَّهُ تَعَالَى الدِّيَةَ فِي قَتْلِ الْخَطَأِ جَبْرًا، كَمَا أَوْجَبَ الْقِصَاصَ فِي قَتْلِ الْعَمْدِ زَجْرًا، وَجَعَلَ الدِّيَةَ عَلَى الْعَاقِلَةِ رِفْقًا؛ وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ قَاتِلَ الْخَطَأِ لَمْ يَكْتَسِبْ إثْمًا وَلَا مُحَرَّمًا، وَالْكَفَّارَةُ وَجَبَتْ زَجْرًا عَنْ التَّقْصِيرِ وَالْحَذَرِ فِي جَمِيعِ الْأُمُورِ"[7]

لكنَّ ثبوت الكفارة في الآية محله قتل خطأ، وهو محل إجماع بين الفقهاء؛ أما العمد ففيه نزاع شهير بين الفقهاء؛ فمذهب الشافعية والحنابلة وجوبُ الكفارة، خلافا للحنفية واستحسنوا فعلها لمن شاء، وقد استحبها مالك ولم يوجبها، قال سحنون: "قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إنْ ضَرَبَ بَطْنَهَا فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا، أَيَكُونُ عَلَى الضَّارِبِ الْكَفَّارَةُ أَمْ لَا؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: الَّذِي جَاءَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فِي الْكَفَّارَةِ إنَّمَا ذَلِكَ فِي الرَّجُلِ الْحُرِّ إذَا قَتَلَهُ خَطَأً فَفِيهِ الْكَفَّارَةُ.

قَالَ مَالِكٌ: وَأَنَا أَسْتَحْسِنُ أَنْ يَكُونَ فِي الْجَنِينِ الْكَفَّارَةُ".[1]

ويظهر لي رجحان مذهب مالك في المسألة، حيث توسط بين الفريقين؛ فأعمل الدليل في موطنه مع مراعاته لمذهب المخالف.

رابعا: الحرمان من الميراث: قاتلُ الجنينِ عمدا إمَّا مباشرةً أو تسببًا من غير ضرورة شرعية حقيق بأن يُدرَج في سلك القتلة المجرمين، وقد عهدنا من الشارع أن القاتل لا يرث؛ دليل ذلك حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: "الْقَاتِلُ لَا يَرِثُ"[2]

وهذه العقوبة عامة حتى في حق الوالدين؛ فبخصوص الوالد يقول مالك: "ولو أن الوالد ضرب بطن امرأته؛ فألقت جنينا ميتا، فإن الأب لا يرث من دية الجنين شيئا ولا يحجب، وهي موروثة على فرائض الله، وليس للأب من ذلك شيء"[3]

أمَّا بخصوص الأمِّ؛ فيقول الجزُولي: "وكذلك الأم إذا كانت هي التي أسقطت مثل أن تشرب ما يعلم أنه يسقط به الجنين؛ فإن الغرة تجب عليها ولا ترثها، وأما إن شربت دواء مما لا يعلم أنه لا يسقط به الجنين فكان ذلك سبب سقوطه فلا غرة عليها..."[4]

هذا المنع من الميراث في حال وجود القصد الجنائي، أما إن حصل خطأ فلا يرد هذا المنع في مذهب مالك، ويرث القاتلُ من الميراثِ فقط ويُمنَعُ ميراثهُ من الدِّيَةِ أو الغُرَّةِ.

المبحث الثاني: عقوبة الإجهاض في القانون الجزائري

أولى القانون الجزائري جريمة الإجهاض عناية بالغة؛ فخصها بقسم مفرد ضمن قانون العقوبات، وقد تضمن هذا القسم تسع مواد؛ هي على النحو الآتي:

أولا: المادة 304: "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 10.000 دج.

وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة"[5]

من خلال هذه المادة يمكن ملاحظة ما يأتي:

1 ـ الأصل في جريمة الإجهاض أنها جنحة لا جناية، وهذا ما تفيده العقوبة المقدرة في هذه المادة؛ فمن المعلوم أن العقوبات الأصلية في مادة الجنح، تكون بالحبس مدةً تتجاوزُ شهرين إلى خمس سنوات ماعدا الحالات التي يقرر فيها القانون حدودا أخرى، والغرامة التي تتجاوز 20.000 دج[1]

المنارة للاستشارات

2 ـ يستنبط من هذه المادة أن لجريمة الإجهاض ثلاثة عناصر، هي على النحو الآتي:

أ ـ القصد الجنائي: فكل من قصد إلى إجهاض حامل سواء كان حملا حقيقيا أو مفترضا، أو سعى إلى ذلك ولم يتحصَّل له مقصوده؛ فإنه يعاقب بالعقوبة المذكورة، ويستشف من هذا أن غير القاصد لا تتحقق الجريمة فيه، كمن يُعطي دواءً لمرض معين؛ فيترتب عليه الإجهاض، أو كمن يقوم بالتوليد تحت ضغط الضرورة ويحصل موت الجنين، أو يحصل الإجهاض بسبب ضرب لا يقصد منه الإجهاض أو يقترن الضرب بالجهل بحمل المرأة.

كما يستفاد من المادة أيضا أنَّ القصد الجنائي يحصل بمجرد توهُّمِ الجاني حصول الحمل للمرأة، وهو ما يسمى بالجريمة المستحيلة، وهو بهذا متوافق مع قانون العقوبات الفرنسي قبل تعديله سنة 92م ومختلف عن التشريع المصري الذي يشترط وجود الحمل حقيقةً[2]

ب ـ الفعل المادي: كل من سعى إلى الإجهاض بأيِّ فعلٍ ماديٍّ تلحقه العقوبة، وقد عمَّمت المادة في هذه الوسائل، سواء كانت مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى؛ كعملية جراحية ونحوها؛ فكل وسيلة مادية تفضي إلى الإجهاض يكون لها حكم مقصدها.

وقد لاحظ بعض الدكاترة على هذه المادة أنها لم تتطرق إلى مدى نجاعة هذه الوسائل، وهو ما يفيد أن العقوبة تطال المستعمل على أساس الجريمة التامة إن حصل الإجهاض، وعلى أساس المحاولة إن منيت العملية بالفشل، سواء رجع ذلك إلى الوسيلة المستعملة أو إلى سوء استخدامها[3]

ج ـ انتفاء الضرر عن حياة الأم: إذا كان استمرار الحمل يفضي إلى ضرر محقق على الأم، فقد أباح القانون الإجهاض، ضمن قيود معينة، سنأتي على ذكرها ضمن تعليقنا على المادة:308، وهي واردة على سبيل التقييد لهذه المادة.

المنارة للاستشارات

3 ـ لا عبرة بموافقة الأم في الإجهاض، وتسري العقوبة المذكورة على الجاني رغم ذلك، وهذا خلافا لبعض القوانين الأجنبية التي تعتبر رضا الأم في ذلك.

4 ـ في حال إفضاء الإجهاض إلى الموت؛ فإنه يرتقي إلى كونه جناية، يدلنا عليه معاقبة الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.[4]

5 ـ في جميع الحالات المذكورة في هذه المادة؛ يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة، وهي عقوبة تكميلية، ويقصد منها ما جاء في المادة: 12 ونصها كما يأتي: "المنع من الإقامة هو حظر تواجد المحكوم عليه في بعض الأماكن، ولا يجوز أن تفوق مدته خمس سنوات في مواد الجنح، وعشر سنوات في مواد الجنايات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

عندما يكون المنع من الإقامة مقترنا بعقوبة سالبة للحرية، فإنه يطبق من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه.

متى تم حبس الشخص خلال منعه من الإقامة، فإن الفترة التي يقضيها في الحبس لا تطرح من مدة المنع من الإقامة.

يعاقب الشخص الممنوع من الإقامة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 25.000 دج إلى 30.000دج إذا خالف أحد تدابير المنع من الإقامة"[1]

ثانيا: المادة 305: "إذا ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة304، فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى".[2]

يستفاد من هذه المادة أنَّه إذا ثبت اعتياد الجاني لهذه الأفعال المذكورة في المادة 304؛ فإنه يحق للقاضي أن يرفع عقوبة السجن إلى ضعفها، فتكون عقوبة السجن من سنتين إلى عشر سنوات بحسب ما يراه القاضي رادعا للجاني، وهذا في حال عدم ترتب ضرر على المرأة، فإن أفضى الإجهاض إلى موت المرأة سلطت عليه أقصى عقوبة السجن وهي عشرون سنة[3]

المنارة للاستشارات

لكن يبقى الإشكال في ضابط التعود، هل يتحقق بمرتين كما هو في القانون الفرنسي؟.

وقد ذهب الدكتور دردوس إلى أنه يتحقق بممارسته ثلاث مرات، ومأخذه أن كلمة (plusieurs) لا تتحقق في لغتنا إلا بحصوله ثلاث مرات.[4]

والذي يظهر لي أن الأمر مبني على خلاف قديم عند الأصوليين في أقل الجمع، ففريق يرى أنه اثنان ويذهب آخرون إلى أنه ثلاثة، فالأمر محتمل وتحديده باثنين أردع للجاني وأوفق بالجنين إذا نظرنا إلى المسألة من الناحية القانونية الصِّرفة.

ثالثا: المادة 306: "الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304و 305 على حسب الأحوال.

ويجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليه في المادة 23 فضلا عن جواز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة".[1]

جاءت هذه المادة مقررة للمنع من الإجهاض الذي ورد في المادة: 304، بحيث طردت منعه حتى على المنتسبين إلى الجهاز الطبي وشبه الطبي والصيدلي؛ فلا يباح لأي من المذكورين مهما كان تـخصصهم أو صنعتهم ممارسة الإجهاض أو الدلالة عليه أو تسهيله، وإلا طالهم القانون بالعقوبة المذكورة.

وقد قصدَ المشرِّعُ من هذه المادة حسم الفراغ القانونيِّ؛ حتى لا يسنَّى للمنتسبين إلى القطاع الطبي والصيدلاني الاستنادُ إلى هذه الثغرة القانونية بحكم مزاولتهم لهذه المهنة.

كما أفادت هذه المادة أنَّ الإرشاد في حق هؤلاء المذكورين يُدِينُهم قضائيا بصفتهم فاعلين أصليين[2] وفضلا عن تقرير منع الإجهاض في

حقهم فعلا أو دلالة جاءت هذه المادة مضيفة لعقوبتين تكميليتين أخريين؛ أولاهما: منعهم من ممارسة مهنهم المنصوص عليها، وهو ما تفيده المادة:23؛ لكن هذه العقوبة تم إلغاؤها بالقانون، رقم: 06- 23 المؤرخ في: 20 ديسمبر 2006، وهو ما يستدعي إعادة النظر في المادة: 306 وفقا لهذه التغيرات، وفي انتظار ذلك يرى بعض القانونيين أن المخرج ـ مؤقتاـ هو العمل بهذا المنع بصفته عقوبة تكميلية، ويُحمَلُ إلغاءُ المشرِّع للمادة 23 بصفته تدبير أمن لا بصفته عقوبة تكميليَّة.[3]

والثانية: منعهم من الإقامة، وقد تقدم معنا بيانها، لكنه لم يحدد مدة المنع وتركها مطلقة، ويرى الدكتور بوسقيعة أنَّه لا ينبغي أن تتجاوز هذه المدة خمس سنوات كما هي محدَّدة في المادة 16 مكرر المستحدثة.[4]

رابعا: المادة 307: "كل من يخالف الحكم القاضي بحرمانه من ممارسة مهنته بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 306 يعاقب بالحبس من ستة أشهر على الأقل إلى سنتين على الأكثر وبغرامة من 1000 إلى 10.000 دج.

ويجوز علاوة على ذلك الحكم عليه بالمنع من الإقامة".[5]

هذه المادة جاءت مكملة للعقوبة المذكورة قبلها، ففي حال المعاقبة بالمنع من ممارسة المهنة؛ فإنَّه يحق للقاضي معاقبة الممتنع عن هذه العقوبة بحبسه وتغريمه وفقا للمادة المذكورة آنفا، كما يحق للقاضي منعه من الإقامة بصفتها عقوبة جوازية.

خامسا: المادة 308: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية".[6]

جاءت هذه المادة لاستثناء حالة الضرورة من الحكم المانع من الإجهاض، وتُتَصَوَّرُ الضرورة في حال إفضاء استمرار الحمل إلى هلاك الأم؛ لكنَّ المادة قيدت هذه الإباحة بقيدين:

الأول: إجراؤه من قبل متخصص بصفته طبيبا أو جراحا، ويدل بمفهومه على منع غيرهما من ممارسته.

المنارة للاستشارات

الثاني: إبلاغ السلطة الإدراية بهذا العمل؛ باعتبارها الجهة المخولة قانونا بالسماح بهذا الفعل؛ ذلك أن إطلاق الحبل على غاربه للأطباء، قد يفضي ببعض الانتهازيين إلى استغلال هذا الظرف الاستثنائي، لممارسة الإجهاض في غير الإطار المسموح به.

لكن قد وردت مادة قانونية أخرى تُقيِّدُ بعض الإطلاق الوارد في هذه المادة، وهي المادة: 72 من القانون رقم:85 – 05 في: 16-2-1985م المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ونصُّها: "يعدُّ الإجهاض لغرض علاجي جائزا عندما يكون ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر.

يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعيَّة طبيب اختصاصي"[1]

فالمتأمل لهذه المادة يلحظ أنَّها وسَّعت في أسباب الإجهاض، ولم تقف عند الخطر المهدد للحياة، وأباحت الإجهاض إذا كان مهددا لتوازن المرأة الفيزيولوجي والعقلي.

كما أنَّها قيَّدت الطبيب بممارسة الإجهاض في هيكل متخصص بعد تأيُّده بموافقة طبيب اختصاصي آخر.

سادسا: المادة 309: "تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دج المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض"[2]

يستفاد من هذه المادة أنَّ منع الإجهاض لا يتوقف على إذن الأم بذلك، فلا حق للأم في إزهاق هذه النفس بدعوى الأمومة، وبهذا يكون القانون الجزائري قد فارق بعض القوانين الأجنبية التي سمحت بالإجهاض في حال رضا الأم.

لكنها في نفس الوقت تساهلت في عقوبتها بأن جعلتها عقوبة مالية فقط؛ وخوَّلت للقاضي إلحاق العقوبة بها على الجريمة المستحيلة،

المنارة للاستشارات

ولو لم يحصل الإجهاض فعلا، وذلك بالشروع فيه إما فعلا أو موافقة على الإرشادات التي وجهت إليها.

سابعا: المادة 310: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الإجهاض، ولو لم يؤدِّ تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن:

ـ ألقى خطبا في أماكن أو اجتماعات عمومية.

ـ أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو غير علانية أو عرض أو وزع في المنازل كتبا أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسوما أو صورا رمزية أو سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل.

ـ أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة".[1]

شدَّد القانون الجزائري في شأن الإجهاض؛ فعدَّ التحريضَ عليه جنحةً، وألحق العقوبة بصاحبه ولو لم تحصل الاستجابة له من قبل المواطنين والمواطنات، سواءٌ كان التحريض عليه بإلقاء الخطب أو توزيع منشورات أو بدعاية أو نحو ذلك مما هو مقرر في المادة السابقة، ولم يتسامح مع الدعاة إليه ولو اعتصموا بحرية الرأي، وخوَّل للقضاء إلحاق عقوبتي السجن والتغريم وفقا للتفصيل السابق، أو الاجتزاء بإحديهما دون الأخرى بما حسب ما يَعِنُّ للقاضي، ويراه رادعا للمجرم.

كما يظهر هذا التشدُّدُ في عدِّه المحرِّضَ على الإجهاض فاعلا أصليا لا شريكا، ولو لم تحصل الجريمة، وبهذا فقد طَرَدَ المشرِّعُ الجزائري موقفه في المادة 41 ق.ع. التي تنصُّ على أن المُحرِّضَ فاعلٌ أصلي لا شريكٌ، خلافا لما عليه أغلب التشريعات.[2]

ثامنا: المادة 311: "كل حكم عن إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم يستوجب بقوة القانون الحكم بالمنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في العيادات أو دور الولادة أو في أية مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة نساء في حالة حمل حقيقي ظاهر أو مفترض و ذلك بأجر أو بغير أجر.

المنارة للاستشارات

وكل حكم عن الشروع أو الاشتراك في الجرائم ذاتها يستتبع ذات المنع".[3]
جاءت هذه المادة مخالفة للمادة: 306 من عدَّة جوانب، يمكن إجمالها في الآتي:
ـ جاء المنع في هذه المادة عامًّا لكل مهنة ولأيِّ عمل في أيِّ مؤسسة عامَّة، في حين أن المادة 306 جاءت مخصوصة بمهنٍ معيَّنة.
ـ جاء المنع في هذه المادة عامًّا في المجرمين، خلافا للمادة 306 التي جاءت مخصوصة بالأطباء ومن لحق بهم من الممرضين والصيادلة والمدلكين.
ـ تطبق هذه المادة بقوة القانون، بخلاف عقوبة المادة 306 فهي جوازيَّة[4]
تاسعا: المادة 312: "في حالة صدور حكم من جهة قضائية أجنبية حاز قوة الشيء طبقا للقانون الجزائري تقرر محكمة محل إقامة المحكوم عليه منعقدة في غرفة مشورة وبناء على طلب النيابة العامة وبعد دعوة صاحب الشأن قانونا للحضور أنه ثمة محل لتطبيق المنع المنصوص في المادة 311"[5]

نصت هذه المادة أنه في حال صدور الحكم بمنع مزاولة المهنة من جهة قضائية أجنبية، وكان هذا الحكم متوافقا مع القانون الجزائري أنه بالإمكان تنفيذه في حق المعاقب بشرط انعقاده في غرفة مشورة، وبناء على طلب النيابة العامة، وبعد دعوة صاحب الشأن قانونا للحضور.
عاشرا: المادة 313: "كل من يخالف المنع المحكوم به طبقا للمواد 306 فقرة 2و 311 و312 يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 500إلى 5000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين".[1]

يستفاد من هذه المادة أنَّ من خالف الحكم بمنعه من ممارسة النشاط المهني أنه ارتكب جنحة يعاقب بالحبس والتغريم وفقا للتفصيل المذكور، إما جمعا بينهما وإما أن يعاقب بإحداهما بحسب ما يظهر للقاضي.
هذه هي جملة القوانين التي شرعها القانون الجزائري ضمن عقوبة الإجهاض، وهنالك مادة أخرى يمكن تطبيقها وردت في سياق آخر، ونصها كالآتي: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 500

المنارة للاستشارات

إلى 5000دج الأطباء والجراحون والصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك.

ومع ذلك فلا يعاقب الأشخاص المبينون أعلاه، رغم عدم التزامهم بالإبلاغ عن حالات الإجهاض التي تصل إلى علمه بمناسبة ممارسة مهنتهم، بالعقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة إذا هم أبلغوا بها؛ فإذا دعوا للمثول أمام القضاء في قضية إجهاض يجب عليهم الإدلاء بشهادتهم دون التقييد بالسر المهني"[2]

فنلحظ في هذه المادة أنها لم تعتبر السر المهني في قضية الإجهاض، وأن أيَّ التزام بالتكتم يعد لاغيا أمام القضاء.

المبحث الثالث: المقارنة بين عقوبة الإجهاض في الفقه والقانون الجزائري

من خلال النظر الفاحص في العقوبة المقدرة في الفقه الإسلامي والعقوبة المقدرة في القانون الجزائري يمكن ملاحظة أوجهٍ من الاتفاق وأوجهٍ من الاختلاف، ويمكن تعداد أوجه الاتفاق في التالي:

1 ـ التوافق في منع الإجهاض.

2 ـ التوافق في المعاقبة عليه.

3 ـ التوافق في إباحته في حال الضرورة، بأن يكون بقاء الحمل خطرا على صحة الأم.

ويمكن حصر أوجه الخلاف في تصنيف الجريمة ونوع العقوبة وقدرها، ويتأتى تعداد هذه الأوجه في التالي:

أولا: نوع الجريمة: الإجهاض في الفقه الإسلامي جريمةُ قتلٍ لا شِيَةَ فيها، ورتَّبَ الفقهاء على هذا أحكام القتل؛ حتى ألفينا من يرى مشروعية القصاص فيه، أما في القانون فهي جنحة فقط، وهذا التصنيف انتقاص لحرمةِ حياةِ نفسٍ مكرمةٍ.

المنارة للاستشارات

صحيح أنها ليست نفسا كاملة، ولهذا ذهب جمهور الفقهاء إلى منع القصاص فيه، ولكنها نفس محترمة لابد أن نرعى لها حق الحياة، لأنه أحد الأصول التي اتفقت الشرائع على المحافظة عليه.

ثانيا: الضمان المالي: نلاحظ تباينا واضحا بين الفقه والقانون من حيث الضمان المالي؛ وذلك من عدة أوجه؛ فالعقوبة المالية في الفقه مقدرة ومحددة؛ فهي في حال خروج الجنين ميتا تثبت غرةً، وفي حال خروجه حيا تثبت ديةً كاملة، ومعلوم أن الدية تدفع لورثة القتيل.

أما في القانون فهي غرامة مقدرة بحد أدنى وحد أقصى، وتقديرها يرجع إلى نظر القاضي، ومرجعها إلى الخزينة العامة وليس إلى الورثة، اللهم إلا أن يطالب الورثة بتعويض مالي، ومعلوم أن من أسباب تشريع الدِّياتِ الردعَ للجناة، أما مثل هذه الغرامات المالية فلا تفضي إلى الردع، بل قد تزيد الطين بِلَّةً؛ لأنها تفضي إلى استِمْرَاءِ هذا العمل.

ثالثا: الإجهاض بين المعصية والممنوع: يستمد التشريع الإسلامي قوته من كونه دينا يلتزم، وشريعة تتبع؛ فملتزمها مأجور، والمتنكب عنها مأزور، وهذا الملحظ هو الذي يمنح قداسة للحكم، وإذا طبقنا هذا على جريمة الإجهاض، نجد أن الشريعة الإسلامية عظَّمت هذا الفعل، وشنعت على فاعله، وجمعت بين العقوبة الدنيوية والأخروية، وهذا أدعى إلى التزام الأمر والانتهاء عند النهي، وخاصة ونحن نعيش في رحاب بلد مسلم، أمَّا المنع القانوني المجرَّد الذي لا سند له من الوحي فإنَّه يفقد ثقله الروحي، ولا يكون له كبير طائل في واقع الناس.

واعتبر هذا بحال أمريكا في الثلاثينات حين منعت الخمر وحاربته محاربة شرسة لا هوادة فيها، وأنفقت في سبيل ذلك دماءً وأموالا، ومع هذا فقد استسلمت في خاتمة المطاف، وخضعت لنـزوات أهل العربدةِ.

رابعا: المعاقبة بالحبس: من جملة العقوبات التي خالف فيها القانون الجزائري الفقه الإسلامي، سنُّه لعقوبة الحبس بصفته عقوبة أصلية في حالات تأتي الإشارة إليها، وقبل الحديث عن هذه العقوبة في ميزان الفقه، لا بد من التوطئة بأمر مهم له ما بعده، إذ من خلاله نستجلي مدى

التوافق أو الاختلاف الموجود بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي في هذه الجُزئيَّةِ.

ويتحصل لنا هذا بإلقاء الضوء على ما عرف في الفقه الإسلامي بعقوبة التعزير، فالتعزير هو نوع من العقوبة الاجتهادية التي خوَّلها التشريعُ الإسلامي للحاكم العَدْلِ، وتكون على كل عقوبة غيرِ مقدرة في الشرع، يقول ابن فرحون: "وَالتَّعْزِيرُ تَأْدِيبُ اسْتِصْلَاحٍ وَزَجْرٍ عَلَى ذُنُوبٍ لَمْ يُشْرَعْ فِيهَا حُدُودٌ وَلَا كَفَّارَاتٌ"[1]

هذا التعزير يستمد حجيته من النصوص الشرعية؛ ومن ذلك ما صح عَنْ أَبِي بُرْدَةَ الْأَنْصَارِيِّ أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: "لَا يُجْلَدُ أَحَدٌ فَوْقَ عَشَرَةِ أَسْوَاطٍ إِلَّا فِي حَدٍّ مِنْ حُدُودِ اللَّهِ"[2]

وقد حصل اتفاق الفقهاء على شرعيته، يقول ابْنُ قَيِّمِ الْجَوْزِيَّةِ: "واتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ التَّعْزِيرَ مَشْرُوعٌ فِي كُلِّ مَعْصِيَةٍ لَيْسَ فِيهَا حَدٌّ، وهِيَ نوعانِ: تركُ واجبٍ أو فعلُ محرمٍ"[3]

إذن؛ فمحل التعزير في ذنب لم يشرع فيه حدٌّ ولا كفارةٌ، أما إن وجدت هاتان العقوبتان أو أحدهما، فلا يجوز الاستعاضة عنهما بعقوبة أخرى؛ لأنه افتئات على الشرع.

نعم، يجوز للحاكم العدْلِ أن يزيد التعزير زيادة على العقوبة الشرعية بحسب ما يراه زاجرا عن مقارفة الذنب، كما هو حاصلٌ في قَتْلِ الْعَمْدِ ـ مثلا ـ إذَا عُفِيَ فِيهِ عَلَى الدِّيَةِ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْقَاتِلِ الدِّيَةُ، وَيُسْتَحَبُّ لَهُ الْكَفَّارَةُ، وَيُضْرَبُ مِائَةً وَيُحْبَسُ سَنَةً[1]

وليس تفويضُ الشارعِ التعزيرَ للحاكم العدل مبنيا على تشهيه، بل هو خاضع لأصول الشريعة، ومقيد بالانسجام مع مقاصدها؛ لأن تصرف الراعي منوط بالمصلحة كما هو مقرر في القاعدة الفقهية المعروفة.

واتفاق الفقهاء على شرعية التعزير إنما هو باعتبار أصله، أما من حيث فروعه فقد حصل الخلاف في قدره وفقا لحديث أبي بردة السابق؛ فقد ذهب أصبغ من المالكية وبعض الشافعية وأحمد في قول عنه

المنارة للاستشارات

إلى حرمة تجاوز عشرة أسواط وقوفا عند ظاهر هذا الحديث، وخالفوا بذلك جماهير أهل العلم الذين تأولوا الحديث على غير ظاهره، وقضوا بالزيادة على العقوبة المذكورة فيه، وعلى رأسهم عمر بن الخطاب ﷺ الذين عاقب بأكثر من ذلك في غير ما عقوبة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة فثبت إجماعا منهم على المشروعية.[2]

هذا عن مقداره من حيث الجلد؛ فإذا أتينا إلى أنواعه الأخرى نجد أن الشارع لم يَحُدَّ فيه حدا، وإنما أوكل النظر إلى اجْتِهَادِ الْإِمَامِ بحسب حصول المصلحة، فلَا يَخْتَصُّ بِالسَّوْطِ بل يتعداه إلى غيره كالضرب وَالْحَبْسِ ونحوهما.[3]

بل ويختلف من زمن إلى زمن ومن بلد إلى بلد، يقول الْقَرَافِيُّ: "...التَّعْزِيرُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْأَعْصَارِ وَالْأَمْصَارِ؛ فَرُبَّ تَعْزِيرٍ فِي بِلَادٍ يَكُونُ إكْرَامًا فِي بَلَدٍ آخَرَ، كَقَلْعِ الطَّيْلَسَانِ بِمِصْرَ تَعْزِيرٌ؛ وَفِي الشَّامِ إكْرَامٌ، وَكَشْفُ الرَّأْسِ عِنْدَ الْأَنْدَلُسِ لَيْسَ هَوَانًا، وَبِالْعِرَاقِ وَمِصْرَ هَوَانٌ"[4]

فإذا تمهد لنا هذا، فالحبس من العقوبات التعزيرية التي دلت الأدلة الشرعية على اعتباره[5] ولكن بصفته تعزيرا لا عقوبة بديلة عن الحد الشرعي، فإذا رجعنا إلى القانون الجزائري ألفيناه يحكم بالسجن في الحالات الآتية:

1 ـ يعاقب كل من أجهض امرأة حاملا أو مُفترضا حملها أو حاول ذلك بالحبس من سنة إلى خمس سنوات كما سبق في المادة 304، وترفع العقوبة إلى أقصاها في حال ثبوت اعتياده لممارسة هذه الجنحة كما في المادة 305.

والاعتراض على هاتين المادتين من جهة استعاضته عن العقوبة الشرعية بالعقوبة التعزيرية؛ فجعل الحبس من باب التعزير سائغٌ، ويُخَوَّلُ قدره إلى القاضي بحسب ما يراه محققا لمصلحة ردع المجرمين خاصة مع قولنا بمنع القصاص في الإجهاض.

أما أن تكون هي العقوبة الأصلية كما هو واقع؛ فهذا مخالفة صريحة لنصوص الشريعة التي تمثل دين الدولة، والمصدر الثاني من

المنارة للاستشارات

مصادر التشريع في القانون الجزائري، كما أنَّ هذه الاستعاضة مخالفةٌ واضحةٌ لقصد الشارع من ردع المجرمين، بل مخالفة لقصد المشرع في القانون كما سيأتي ذكره بلغة الأرقام.

ويتقرر لنا هذا أكثر إذا نظرنا إلى عقوبة المتسبب في الإجهاض في نفس المادة في حال إفضائه إلى موت الأم، وهي السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة.

فيمكن تكييف هذه الجناية على أنها قتل خطأ وهو ما يستتبع أحكاما شرعية من دية وكفارة وتعزير يرجع إلى نظر القاضي، حتى لو كان الجاني طبيبا؛ لأنه أجهض بغير إذن شرعي، وقد اشترط الحاكم لذلك وجود الضرورة وإذن الإدارة الوصية وحصوله في مركز متخصص كما سبق تقريره، فلمَّا عَرِيَ منه فعله، لزمه الضمان، وهذا جريا على القاعدتين الفقهيتين المعروفتين: المباشر ضامن وإن لم يتعمد، والجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان.

وقد جاءت المادة 306 مؤكدة للعقوبات المذكورة في المادتين 304 و305 في حق المنتسبين إلى السلك الطب وشبه الطي والصيدلة.

2 ـ يعاقب الشخص الممنوع من الإقامة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات إذا خالف أحد تدابير المنع من الإقامة كما في المادة 12.

هذه عقوبة تعزيرية لا تتنافى مع العقوبة الشرعية؛ فلا غبار عليها.

3 ـ معاقبة الأم بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين في حال الإجهاض أو محاولته كما في المادة 309.

وهنا نكرر ما أسلفناه سابقا، وهو أن حياة الجنين حياة محترمة، لا يحق لأيٍّ كان إزهاقها ولو كانت الأم نفسها، ومعاقبتها بالسجن يسوغ بصفته تعزيرا، لا أن تكون عقوبة بديلة.

4 ـ يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات كل من حرض على الإجهاض كما في المادة 310، وسيأتي الحديث عنه مفردا بإذن الله.

المنارة للاستشارات

خامسا: المنع من الإقامة: وردت عقوبة المنع من الإقامة في حق الجاني في المادة 306 بصفتها عقوبة تكميلية، ويمكن تكييفها شرعا بعقوبة النفي، وهي حد شرعي في زنا غير المحصن، وتكون من باب التعزير الذي يرجع إلى اجتهاد الحاكم المسلم بما يراه محققا للمصلحة الشرعية في غيرها، وقد استدل ابن فرحون لهذه العقوبة بإخراج النبي ﷺ المُخنَّثين من المدينة، فعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِمُخَنَّثٍ قَدْ خَضَّبَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ بِالْحِنَّاءِ؛ فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: مَا بَالُ هَذَا؟!؛ فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ يَتَشَبَّهُ بِالنِّسَاءِ!؛ فَأَمَرَ بِهِ فَنُفِيَ إِلَى النَّقِيعِ؛ فَقَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ: أَلَا نَقْتُلُهُ ؟!؛ فَقَالَ: إِنِّي نُهِيتُ عَنْ قَتْلِ الْمُصَلِّينَ"[1]

فهذا أصل في منع أهل الفساد من الإقامة في مكان معين دفعا لمفسدة إضرارهم بالمجتمع، وردعا لأمثالهم عن مقارفة ما يخل بالقيم والأخلاق، وهو ما جرى عليه عمل الصحابة ﷺ؛ فقد نفى عمر بن الخطاب ﷺ صبيغا إلى البصرة لما تكلم في متشابه القرآن، ونفى نصر بن حجاج لَمَّا شَبَّبَ النِّسَاءُ بِهِ فِي الْأَشْعَارِ وَخَشِيَ الْفِتْنَةَ بِهِ[1] وأقره الصحابة على ذلك فكان إجماعا.

وعلى هذا فالمنع من الإقامة بصفته تعزيرا يخول إلى نظر القاضي؛ مقبولٌ إذا التزمنا بالعقوبة الشرعية، على أن يكون ذلك بقدر ما تحصل به المصلحة، وحتى في القانون الوضعي فهي عقوبة تكميلية ومحددة بسقف زمني في الجنحة والجناية كما هي في المادة 12 من قانون العقوبات.

سادسا: عقوبة التحريض على الإجهاض: قد يتبادر إلى الذهن أن سكوت الشريعة عن عقوبة المحرض على الإجهاض يدل على انتفاء العقوبة في حقه، وهذا وَهَمٌ واضح؛ فنصوص الشريعة دلت على أن الدال على الشرِّ كفاعله، وأن الداعيَ إلى ضلالة له مثل وزر صاحبها لا ينقص من أوزارهم شيء.

وهو ما يدل عليه حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: "مَنْ دَعَا إِلَى هُدًى كَانَ لَهُ مِنْ الْأَجْرِ مِثْلُ أُجُورِ مَنْ تَبِعَهُ، لَا يَنْقُصُ ذَلِكَ

مِنْ أُجُورِهِمْ شَيْئًا، وَمَنْ دَعَا إِلَى ضَلَالَةٍ كَانَ عَلَيْهِ مِنْ الْإِثْمِ مِثْلُ آثَامِ مَنْ تَبِعَهُ، لَا يَنْقُصُ ذَلِكَ مِنْ آثَامِهِمْ شَيْئًا"[2]

هذا من جهة الإثم الأخروي، أما عن المؤاخذة الدنيوية فهي مندرجة ضمن عقوبة التعزير، فقد فتحت الشريعة الإسلامية للحكم الرشيد باب التعزير حسما لمادة الفساد في المجتمع بشرط ملاءمته لأصول الشريعة، ومراعاته للمصلحة المعتبرة وفقا للقاعدة الفقهية: تصرف الراعي منوط بالمصلحة.

وعلى هذا فعقوبة التحريض تكون بحسب ما يحصل به الردع، من حبس أو نفي أو جلد أو نحوها، وقد درس الفقهاء حتى أسلوب القتل بصفته أسلوب تعزير.

سابعا: الحرمان من الميراث: رغم أن أحكام الميراث تندرج ضمن قانون الأسرة، وهو خاضع في أحكامه للشريعة الإسلامية، ومع هذا فلم يطرق قانون الأسرة هذه النقطة، وهي الحرمان من الميراث، رغم أنه نص على أن القتل من موانع الميراث كما في المادة 135 من قانون الأسرة، ونصها: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1 ـ قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

2 ـ شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام أو تنفيذه.

3 ـ العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يعلم السلطات المعنية ".[3]

فتأمل كيف أن جميع هذه الحالات لا تنطبق على القاتل المتسبب في الإجهاض منطوقا أو مفهوما، بل جاء قانون العقوبات مقررا لهذا الاستنتاج بعدِّه لجريمة الإجهاض جنحة لا جناية، وهو ما يختلف جذريا مع الشريعة الإسلامية، التي جعلت من هذا المنع عقوبة مالية أخرى للجاني.

ثامنا: القصاص: لقد تقرر أن بعض الفقهاء أجرى القصاص في الإجهاض، ورغم ضعف مأخذهم إلا أنه يدل على مدى العناية بحياة الجنين في المجتمع المسلم.

المنارة للاستشارات

نعم؛ خالف الجمهور في ذلك؛ لكنهم ركَّبُوا عليه عقوبات أخرى سبقت الإشارة إليها، بل نص بعضهم على مشروعية التعزير أيضا بالتغريم، يقول ابن فرحون: "وَمِنْهَا: مَا يَجِبُ فِيهِ الْغُرْمُ وَهُوَ الْجَنِينُ وَغَيْرُ ذَلِكَ مِنْ الْإِتْلَافَاتِ"[1]

أمَّا في القانون فمع أنه يتوافق مع الشريعة الإسلامية في اعتماد القصاص ـ الإعدام ـ على القتل العمدي كما في المادة: 263 ق.ع، رغم التوقيف المؤقت للعمل بها، إلا أنَّه لا يعد الإجهاض جناية بل هو جنحة، بل إنَّه قرَّر في المادة 261 ق.ع، معاقبة الأم بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة فقط سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة[2]

تاسعا: الفعل المعنوي: مر معنا أن القانون نص على جملة من الوسائل المادية التي يقترف من خلالها جريمة الإجهاض، لكنَّه أغفل الأفعال المعنوية التي لا يُنكَرُ أثرُها في وقوعه، أمَّا الفقه الإسلامي فلا يفرق بين الفعل المادِّي والمعنوي فكلاهما سبب للإجهاض، موجب للضمان، ويستتبع كل آثاره الفقهية، ولهذا حكم الفقهاء بجريان الضمان في الإجهاض إن كان بسبب تخويف الحامل أو إفزاعها ونحو ذلك، بل ذهب المالكية إلى أبعد من ذلك؛ فقضوا بالغُرَّة في شم الرائحة.

يقول الدسوقي: "أَيْ كَشَمِّ رَائِحَةِ مِسْكٍ أَوْ سَمَكٍ أَوْ جُبْنٍ مَقْلِيٍّ؛ فَإِذَا شَمَّتْ رَائِحَةَ ذَلِكَ مِنْ الْجِيرَانِ ـ مَثَلًا ـ فَعَلَيْهَا الطَّلَبُ، فَإِنْ لَمْ تَطْلُبْ وَلَمْ يَعْلَمُوا بِحَمْلِهَا حَتَّى أَلْقَتْهُ؛ فَعَلَيْهَا الْغُرَّةُ لِتَقْصِيرِهَا وَتَسَبُّبِهَا، فَإِذَا طَلَبَتْ وَلَمْ يُعْطُوهَا ضَمِنُوا عَلِمُوا بِحَمْلِهَا أَمْ لَا، وَكَذَا لَوْ عَلِمُوا بِهِ وَبِأَنَّ رِيحَ الطَّعَامِ أَوْ الْمِسْكِ يُسْقِطُهَا وَلَمْ يُعْطُوهَا وَأَسْقَطَتْ؛ فَإِنَّهُمْ يَضْمَنُونَ وَإِنْ لَمْ تَطْلُبْ"[3]

والأصل في اعتبار الفعل المعنوي إجماع الصحابة في ذلك، فعن الحسن ﷺ قال: "إن عمر ﷺ بلغه أن امرأة بغيَّة يدخل عليها الرجال، فبعث إليها رسولا، فأتاها الرسول؛ فقال: أجيبي أمير المؤمنين!، ففزعت فزعة وقعت الفزعة في رحمها؛ فتحرك ولدها، فخرجت؛ فأخذها المخاض

فألقت غلاما جنينا، فأتى عمر بذلك، فأرسل إلى المهاجرين فقص عليهم أمرها، فقال: ما ترون؟! فقالوا: ما نرى عليك شيئا يا أمير المؤمنين، إنما أنت معلم ومؤدب، وفي القوم علي، وعلي ساكت، قال: فما تقول أنت يا أبا الحسن؟ قال: أقول: إنْ كَانُوا قَارَبُوكَ في الهوى فقد أثِمُوا، وإنْ كانَ هذَا جهدُ رأيهمْ فقد أخطؤُوا، وأرَى عليكَ الدِّيَةَ يا أميرَ المؤمنين، قال: صدقتَ، اذهبْ فاقسِمْهَا على قومِكَ"[4]

وبهذا فارق الفقهُ القانونَ في صيانة الجنين وحمايته ولو بسبب معنوي.

وزبدة القول إن العقوبات الشرعية للإجهاض بغض النظر عن كونها وحيا منـزلا من الله تعالى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، هي عقوبات متناسبة مع بشاعة هذه الجريمة، لكونها جامعة بين الردع الدنيوي والزجر الأخروي، وهو ما ينسجم مع عقيدة الشعب الجزائري المسلم.

أما العقوبات الوضعية فإنها لا تُحصِّلُ المقصود من الردع، وواقع الأمة أكبر دليل؛ فقد بلغت نسبة الإجهاض في الجزائر ما يقارب ثمانين ألف حالة إجهاض سنويا[] وهذا ما ظهر وما خفي كان أعظم !.

بل حتى العقوبات الوضعية التي تنسجم مع أصول الشريعة، بصفتها نوعا من التعزير، تم إلغاؤها، وحصل الاضطراب في تطبيقها، كحال المنع من المهنة في حق المنتسبين إلى السلك الطبي وشبه الطبي والصيدلة، وهو ما زاد الطين بِلَّة، وهذا ما يستوجب على صُنَّاع القرار إعادة النظر فيه؛ وفي تراثنا الفقهي غُنْيَةٌ لمن أحسن التفكير والتقدير.

خَاتِمَة

في ختام هذا المقال نوجز أهم نتائجه فيما يأتي:

1 ـ اتفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري على منع الإجهاض وإباحته عند الضرورة.

المنارة للاستشارات

2 ـ يمكن حصر عقوبات الإجهاض في الفقه الإسلامي بغض النظر عن الخلاف في حجية بعضها فيما يأتي: القصاص، التعويض المالي (الغرة، الدية)، الكفارة، الحرمان من الميراث.

3 ـ عاقب القانون الجزائري على الإجهاض بغض النظر عن تفاصيل العقوبات ونوعها بما يأتي: الحبس، التغريم، المنع من الإقامة، منع المنتسبين إلى السلك الصحي وما شابهه من الوظيفة، منع مزاولة المجهض لأي عمل في أيِّ مؤسسة عامَّة.

4 ـ يمكن إيجاز أهم الفوارق بين العقوبة في الفقه والقانون الجزائري في التالي:

أ ـ الإجهاض في الفقه الإسلامي جناية قتل، أما في القانون فهي جنحة فقط.

ب ـ العقوبة المالية في الفقه مقدرة ومحددة؛ إما غرة أو دية أما في القانون فهي غرامة مقدرة بحد أدنى وحد أقصى، وتقديرها يرجع إلى نظر القاضي، ومرجعها إلى الخزينة العامة وليس إلى الورثة، اللهم إلا أن يطالب الورثة بتعويض مالي.

ج ـ عقوبة الحبس عقوبة أصلية في القانون الجزائري، أما في الفقه فهي عقوبة تعزيرية.

د ـ المنع من الإقامة عقوبة تكميلية، ويمكن تكييفها فقها بعقوبة تعزيرية.

ذ ـ نص القانون على عقوبة المحرض على الإجهاض ويمكن إدراجها فقها ضمن عقوبة التعزير.

ر ـ الإجهاض من موانع الميراث في الفقه وليس كذلك في القانون.

ز ـ لا يعتبر القانون إلا الوسائل المادية في جريمة الإجهاض، خلافا للفقهاء الذين يوسعون دائرته إلى الوسائل المعنوية.

5 ـ تثبت الإحصاءات أن العقوبة القانونية لم تؤت أكلها بدليل تزايد نسب الإجهاض، وهو ما يتطلب من صناع القرار إعادة النظر فيها بما يتلاءم مع ديننا ويحقق مقصد حفظ حياة الجنين بصفته مواطنا له حق الحياة.

المنارة للاستشارات

الهوامش والمراجع المعتمـــدة

(1) رواه مسلم في النكاح، باب جواز الغيلة، رقم: 1442.
(2) انظر: غانم: أحكام الجنين، ص 117 - 125.
(1) انظر: ابن حزم: المحلى (31/11)، مالك: المدونة (733/4)، عبد الوهاب: المعونة (1359/3)، الدسوقي: حاشية الدسوقي (415/4)، الحطاب: مواهب الجليل (334/8).
(2) سورة المائدة: 45.
(3) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (413/6)، ابن رشد: بداية المجتهد (247/4)، الدسوقي: حاشية الدسوقي (415/4)، عودة: التشريع الجنائي (292/2).
(4) سورة البقرة: 179.
(5) رواه البخاري في الديات، باب جنين المرأة، رقم: 5758، ومسلم في القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب دية الجنين، رقم: 1681.
(1) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (414/6)، ابن رشد: بداية المجتهد (248/4)، ابن قدامة: المغني (542/9)، الشربيني: مغني المحتاج (445/6).
(2) الجزولي: شرح الرسالة نقلا عن مواهب الجليل (334/8).
(3) سورة النساء: 92.
(4) رواه البخاري في العلم، باب كتابة العلم، رقم: 112، ومسلم في الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولقطتها، رقم: 1355، واللفظ له.
(5) انظر: مالك: المدونة (731/4)، عبد الوهاب: المعونة (1359/3)، الدسوقي: الحاشية (415/4)، الكاساني: بدائع (415/6)، ابن قدامة: المغني (551/9-553)، الشربيني: مغني المحتاج (443/6).
(6) سورة النساء: 92.
(7) ابن العربي: أحكام القرآن (493/1).
(1) مالك: المدونة (730/4)، وانظر: الكاساني: بدائع الصنائع (415/6)، ابن قدامة: المغني (557/9)، الشربيني: مغني المحتاج (448/6).
(2) رواه الترمذي في الفرائض، باب ما جاء في إبطال ميراث القاتل، رقم: 2109، وابن ماجه في الديات باب القاتل لا يرث، رقم: 2645، وصححه الألباني.
(3) مالك: المدونة (731/4).
(4) الجزولي: شرح الرسالة نقلا عن مواهب الجليل (334/8)، وانظر: الكاساني: بدائع الصنائع (415/6)، ابن قدامة: المغني: (558/9)، الشربيني: مغني المحتاج (442/6).
(5) قانون العقوبات، المادة: 304، ص 88.
(1) انظر: قانون العقوبات، المادة: 5، ص 3.
(2) انظر: بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص (42/1).
(3) انظر: دردوس: القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري (104/2).

المنارة للاستشارات

(4) انظر: قانون العقوبات، المادة: 5، ص 2.
(1) انظر: قانون العقوبات، المادة: 12، ص 5.
(2) قانون العقوبات، ص 88.
(3) انظر: دردوس: القانون الجنائي الخاص (106/2)، بوسقيعة: الوجيز (44/1).
(4) انظر: دردوس: القانون الجنائي الخاص في التشريع الجزائري (107/2).
(1) قانون العقوبات، المادة: 306، ص 88.
(2) انظر: بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص (1/ 45 و 48).
(3) انظر: بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص (1/ 46).
(4) انظر: بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص (1/ 45).
(5) قانون العقوبات، المادة: 307، ص 89.
(6) قانون العقوبات، المادة: 308، ص 89.
(1) انظر: بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص (50/1).
(2) قانون العقوبات، المادة: 309، ص 89.
(1) قانون العقوبات، المادة: 310، ص 89.
(2) انظر: بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص (51/1).
(3) قانون العقوبات، المادة: 311، ص 90.
(4) انظر: بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص (46/1).
(5) قانون العقوبات، المادة: 312، ص 90.
(1) قانون العقوبات، المادة: 313، ص 90.
(2) قانون العقوبات، المادة: 301، ص 87.
(1) ابن فرحون: تبصرة الحكام (322/2).
(2) رواه البخاري في الحدود، باب كم التعزير والأدب ؟، رقم: 6850، ومسلم في الحدود، باب قدر أسواط التعزير، رقم: 1708.
(3) ابن القيم: الطرق الحكمية (279/1).
(1) ابن فرحون: تبصرة الحكام (323/2).
(2) انظر: عبد الوهاب: المعونة (1406/3)، النووي: شرح مسلم (277/6)، ابن فرحون: تبصرة الحكام (327/2)، ابن القيم: الطرق الحكمية (283/1)، القرافي: الفروق (277/4).
(3) انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام (324/2)، ابن القيم: الطرق الحكمية (684/2).
(4) القرافي: الفروق (282/4).
(5) انظر: ابن القيم: الطرق الحكمية (269/1)، ابن فرحون: تبصرة الحكام (340/2).
(1) رواه أبو دواد في الأدب، باب في الحكم في المخنثين، رقم: 4928، وصححه الألباني.
(1) انظر: ابن فرحون: تبصرة الحكام (324/2)، ابن القيم: الطرق الحكمية (688/2).
(2) رواه مسلم في العلم، باب من سن سنة حسنة أو سيئة، رقم: 2674.

المنارة للاستشارات

(3) قانون الأسرة، المادة: 135.

(1) ابن فرحون: تبصرة الحكام (323/2)، وانظر: تبصرة الحكام (326/2)، ابن القيم: الطرق الحكمية (688/2).

(2) مذهب مالك أنه يقاد الوالد بولده في القتل العمدي خلافا للجمهور. انظر: ابن العربي: أحكام القرآن (76/1)، ابن رشد: بداية المجتهد (230/4).

(3) الدسوقي: حاشية الدسوقي (413/4)، وانظر: ابن قدامة: المغني (580/9)، الشربيني: مغني المحتاج (442/6)، عودة: التشريع الجنائي (292/2 - 293).

(4) رواه البيهقي في كتاب الإجارة، باب الإمام يضمن، رقم: 11881، وعبد الرزاق في العقول، باب من أفزعه السلطان، رقم: 18010.

(1) انظر: المركز العربي للمصادر والمعلومات حول العنف ضد المرأة "أمان". الموقع الإلكتروني: www.amanjordan.org.

المنارة للاستشارات