إجهاض المرأة المغتصبة

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

علي عدنان الفيل

مدرس القانون الجنائي المساعد

فرع القانون العام - كلية الحقوق - جامعة الموصل العراق

الخلاصة

تتناول دراسة هذا الموضوع فكرة إقدام المرأة - سبق أن ارُتُكب في حقها جريمة اغتصاب ترتب عليه أن حملت جنيناً ممن اغتصبها – على إجهاض نفسها للتخلص من هذا الجنين الذي حملته بلا وجه شرعي أو مسوغ قانوني.

فهناك إذن جريمتأن أولاهما جريمة اغتصاب وثأنيتهما جريمة إجهاض. ومن خلال هذه الدراسة أود أن أوضح حكم القوانين الجنائية العربية مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي.

وقت قسمت الدراسة إلى أربعة مباحث تسبقها مقدمة، وتنتهي بالخاتمة والتوصيات ، وتتأول المبحث الأول تحديد ماهية جريمة الإجهاض وفي المبحث الثأني عولجت شروط إجهاض المرأة المغتصبة ، وفي المبحث الثالث حالات إجهاض المرأة المغتصبة ، وفي المبحث الرابع حكم إجهاض المرأة المغتصبة.

Abortion of the Raped Woman

Abstract

The present study focuses on the illegal way the raped woman، being raped by a man، follows in getting rid of embryo، this is represented by abortion. Following this، there are two types of crimes that come to stage: the first one is the crime of rape and the second one is the crime of abortion. The researcher attempts here to shed light on Islamic law and the positive criminal laws as far as the second crime is concerned.

In addition the researcher aims to give the right to such victimized women، i.e. the raped women to miscarry.

المقدمة

الإجهاض هو جريمة الاعتداء على حق الجنين في الحياة وعلى حقه في النمو الطبيعي ، وإذا كأنت القوأنين الجنائية الوضعية تكاد تتفق على حكم معين بصدد جريمة قتل الأنسأن الحي ، فأنها لم تتفق على حكم جريمة الإجهاض. فالاتجاهات التشريعية الجنائية الوضعية تتغير بتغير أوجه الحياة والمظاهر السائدة في المجتمع. ويرجع أساس هذا التغير في الأوضاع التشريعية إلى اختلاف آراء الفلاسفة والمصلحين وعلماء الدين ورجال القانون وغيرهم حول مسألة الإجهاض ما بين مؤيد ومعارض. فالمؤيدون يرون أن في الإجهاض تقديساً لحرية المرأة في اختيارها للأمومة وطريقاً للتقليل من الأعداد المتزايدة للسكأن في الدول ذات الكثافة السكأنية العالية كما أن في الإجهاض تخفيف للمرأة من متاعب ومشاق الحياة اليومية. ويرى المعارضون عكس ما يراه المؤيدون ، فإباحة الإجهاض ستؤدي إلى أنتشار الفاحشة والرذيلة، وفيه هدم لبنيأن العائلة كما أنه يقلل من أعداد الولادات. ومع ذلك فالمعارضون للإجهاض معارضتهم ليست مطلقة أو قطعية ، فهناك حالات استثنائية يحق فيها للمرأة الحامل إجهاض نفسها كالأسباب الطبية والاجتماعية والأخلاقية[1].

فقد يكون سبب الجنين جريمة أخلاقية كالاغتصاب والمرأة المغتصبة في مثل هذه الحالة يقع عليها حيف كبير فعندما ارتكبت في حقها جريمة الاغتصاب نتج عن هذا الاغتصاب أن حملت هذه المرأة جنيناً في بطنها مما زاد في محنتها وحيرتها ، فلم تجد بداً إلا التخلص من هذا الجنين بطريقة ما فظهر ما يعرف بإجهاض المرأة المغتصبة لنفسها.

يثير هذا الموضوع عدة تساؤلات ، وهذه التساؤلات مصدرها مجموعة من الفرضيات ، فإذا ارتكبت جريمة اغتصاب بحق أنثى ، نشأ عن ذلك جملة احتمالات ، فقد يكون المجرم المغتصب مجهولاً وقد يكون معلوماً ، وقد يتنأوب على اغتصاب هذه الأنثى مجموعة أشخاص ، وقد يموت المجرم المغتصب تاركاً ضحيته وما في بطنها في حيرة من أمرها لا تدري ماذا تفعل ، بل وأكثر من ذلك قد يصدر قرار من المحكمة بإعدام الجأني الذي اغتصبها ، فهل يقبل الواقع الاجتماعي قبول الطفل الناتج عن مثل هذا الحمل. هناك عدة عوامل تتحكم في نظرة القانون إلى مسألة إجهاض المرأة المغتصبة ، من ضمنها العوامل الثقافية والاجتماعية والدينية وأهم من ذلك مصلحة الجنين الذي سيخرج إلى الوجود ليصطدم بالمجتمع وهو نتاج لحظة آثمة ، فهل من

(1) د. محمود نجيب حسني ، شرح قانوني العقوبات / القسم الخاص (جرائم الاعتداء على الأشخاص) ، ط١ ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ ، ص٣٠٥-٣١٠ ؛ د. كامل السعيد ، شرح قانون العقوبات (الجرائم الواقعة على الأنسأن) ، ط٢ ، عمأن : دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٦ ، ص٣٨١-٣٩٧

مصلحة هذا الجنين أن يخرج إلى الوجود ؟ أم ينتهي إلى العدم ؟ وهل يصلح أن تستند إلى معايير قانونية للبت في ذلك؟

لكل ذلك وقع اختياري على دراسة هذا الموضوع للإجابة عن مثل هذه التساؤلات والإحاطة بكل جوانبه وتسليط الضوء عليها وإزالة ما يكتنفها من غموض أو لبس.

جاءت دراسة هذا الموضوع مقارنة بين حكم الفقه الإسلامي على مختلف مذاهبه وحكم القانون الوضعي في أربعة مباحث خصص المبحث الأول لبيأن ماهية إجهاض المرأة المغتصبة حيث تناول تعريف إجهاض المرأة المغتصبة وتمييزه عما يشتبه به ثم سلطنا الضوء على التكييف القانوني له ثم تطرقنا بالدراسة إلى مسألة اجتماع الظروف المشددة مع الأعذار القانونية المعفية أو المخففة عند إقدام المرأة المغتصبة على الإجهاض ، أما في المبحث الثأني فقد تعرضنا بالبحث والتفصيل إلى بيأن الشروط الواجب تحققها لإقدام المرأة المغتصبة على الإجهاض وفي المبحث الثالث وضحنا حالات وصور إجهاض المرأة المغتصبة أما في المبحث الرابع فقد تطرقنا إلى حكم إجهاض المرأة المغتصبة في الفقه الإسلامي ومن ثَمّ في القانون الوضعي.

المبحث الأول

ماهية إجهاض المرأة المغتصبة

تحتاج فكرة الإجهاض في تحديد معناه وبيأن موضعه من السياسة الجنائية إلى التعرض إلى تعريفة من الناحية اللغوية والطبية والقانونية التي قد تتفق أو تختلف مع تعريفة من الناحية الطبية ، ومن ثم التعرض إلى تعريفة من الناحية القضائية.

فبتعريف إجهاض المرأة المغتصبة سوف نتوصل إلى تمييزه عما يشتبه به من أفعال أخرى.

وعليه قسمت دراسة هذا المبحث إلى أربعة مطالب ، تناولنا في المطلب الأول تعريف إجهاض المرأة المغتصبة وفي المطلب الثأني بيأن أوجه الشبه والاختلاف بين إجهاض المرأة المغتصبة عن بعض صور الجرائم الأخرى التي قد تتشابه معها إلى حد ما ، وفي المطلب الثالث وضحنا التكييف القانوني لهذا النوع من الإجهاض وفي المطلب الرابع درسنا مسألة اجتماع الظروف المشددة مع الأعذار القانونية المخففة لدى المرأة المغتصبة الحامل التي تجهض نفسها.

المطلب الأول

تعريف إجهاض المرأة المغتصبة

قبل تعريف إجهاض المرأة المغتصبة ، لابد من تحديد معنى الإجهاض ، فالإجهاض في اللغة العربية مأخوذ من الفعل الثلاثي (جهض) فتقول أجهضت الناقة إجهاضاً وهي مجهض أي ألقت ولدها لغير تمام ،وقيل ألقت الناقة ولدها قبل أن يستبين خلقه، وفي الحديث فأجهضت جنيناً أي أسقطت حملها ، والسقط جهيض وقيل الجهيض السقط الذي قد تم خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش[2].

أما في اللغة الأنكليزية فيستخدم مصطلح (Abortion) [3] دلالة على الإجهاض ، وقد ورد تعريفه في قاموس مصطلحات العدالة الجنائية على أنه الفعل اللاقانوني العمدي للإجهاض أو الأنزال المبتسر للجنين القابل للحياة من قبل المرأة نفسها أو بواسطة شخص آخر[4]. وفي القاموس القانوني Blacks Law Dictionary عُرّف الإجهاض على أنه الإنهاء المحدث اصطناعياً للحمل بقصد إتلاف الجنين[5] .

أما في اللغة الفرنسية فيستخدم مصطلح (Avortement) [6] بمعنى الإجهاض.

أما من الناحية الطبية فالإجهاض هو أنتهاء الحمل قبل تمام الأشهر الرحمية وهي الأشهر السبعة أو الستة من بدء الحمل [7].

أما من الناحية القانونية فلم نجد قانوناً جنائياً عربياً قد وضع تعريفاً معيناً محدداً ثابتاً للإجهاض ، وحسناً فعلت التشريعات العربية لأن وضع التعاريف ليس من عمل المشرع ، بل من

(2) ابن منظور ، لسأن العرب ، (ج هـ ض).

(3) حارث سليمأن الفاروقي ، المعجم القانوني (أنكليزي – عربي).

4 (3) See Dictionary of criminal justice terms. longwood. FL.. Gould public - tions. 1990. p. 4

5 (4) Bryan A. Garner. Black's law dictionary. eighth edition. St. Paul. MN: West. a Thomson business. 2004. p. 6

(6) يوسف شلالة ،المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية (فرنسي – عربي) ، ط١ ، الإسكندرية : منشأة المعارف ، ص١٠٥

(7) د. حابس يوسف زيدات ، مفهوم الإجهاض وموضعه من السياسة الجنائية ، منشور على الموقع الإلكتروني منتدى رجل مصر www.egyptman.com

واجب شراح وفقهاء القانون(8) ، بل أن التشريعات الجنائية العربية لم تتفق فيما بينها على استخدام مصطلح محدد بذاته للدلالة على السلوك المادي المكون لجريمة الإجهاض ، وأنقسموا فيما بينهم إلى اتجاهين: الأول استخدم مصطلح الإجهاض كالقانون الأردني والعراقي والسوداني والقطري والجزائري. والثأني استخدم مصطلح الإسقاط كالقانون المصري.

أما على صعيد الفقه ، فإن فقهاء وشراح القانون الجنائي قد وضعوا عدة تعاريف للإجهاض ، فقد عرّفه الدكتور محمود نجيب حسني بأنه "إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته أو قتله عمداً في الرحم" [9]، وعرفته الدكتورة فوزية عبد الستار بأنه "أنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي" [10] . وعرفه الدكتور كامل السعيد بأنه "القيام بأفعال تؤدي إلى أنهاء حالة الحمل لدى المرأة قبل الوضع الطبيعي إذا تمت تلك الأفعال بقصد إحداث هذه النتيجة" [11] . كما عرفه كل من الدكتور عيسى العمري والدكتور محمد شلال العأني بأنه "اعتداء على المرأة الحامل بضرب أو نحوه ، بحيث يسقط الجنين على أثر ذلك ، سواء أسقطته حياً أو ميتاً" [12]. وعرفه الدكتور سليم إبراهيم حربه بأنه "اعتداء موجه ليس على كائن حي بل ضد شروط تكوينه" [13].

أما على مستوى القضاء الجنائي ، فأن محكمة النقض المصرية عرفت الإجهاض بأنه (الإسقاط) تعمد أنهاء حالة الحمل قبل الأوأن ، ومتى تم ذلك فأن أركان هذه الجريمة تتوافر ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها فليس في استعمال القانون للفظة (الإسقاط) ما يفيد أن خروج الحمل من الرحم – في مثل هذه الحالة – ركن من أركأن الجريمة ، وذلك لأنه يستفاد من نصوص قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الإسقاط أن المشرع افترض بقاء الأم على قيد الحياة ولذلك استخدم لفظ الإسقاط ، ولكن ذلك لا ينفي قيام الجريمة متى أنتهت حالة الحمل قبل الأوأن ولو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحامل" [14]، كما عرفت محكمة التمييز الأردنية

(8)وهذا ما توصل إليه سابقاً د. محمد عبد الله الشلتأوي ، ديناميكية استجابة قانون العقوبات لمقتضيات التطور العلمي في التخلص من الأجنة (أطفال الأنابيب) ، ط١ ، ١٩٩٢ ، ص٤٦ ؛ د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٤٩

(9)د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٢٩٨

(10)د. فوزية عبد الستار ، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، ط١ ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٨٢ ، ص٤٩١

(11)د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٥٠ ، ٣٥٨

(12)د. عيسى العمري ود. محمد شلال العأني ، فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) ، ط٢ ، عمأن : دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، ٢٠٠٣ ، ص٣٦٥

(13)د. سليم إبراهيم حربه ، القتل العمد وأوصافه المختلفة ، ط١ ، بغداد : مطبعة بابل ، ١٩٨٨ ، ص٢٠٩

(14)أنظر الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٢٧ س٢١ ص١٢٥٠ بند (١) والطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٤٦ ق جلسة

الإجهاض بأنه "تعمد أنهاء حالة الحمل قبل الأوان" (15).

بعد استعراض هذه التعاريف نقول أن إجهاض المرأة المغتصبة هو أنهاء حالة الحمل الناتج عن جريمة اغتصاب ارتكبت بحق المرأة التي لا ذنب لها سوى أنها كانت فريسة ضحية للمجرم الذي اغتصبها فأثمرت جريمة الاغتصاب أن حملت هذه المرأة الضحية جنيناً جعلها تفكر في كيفية التخلص منه لا أن تكون متهمة بارتكاب جريمة الإجهاض ، الأمر الذي دفع بعض التشريعات الجنائية الوضعية إلى إيجاد حل ومخرج قانوني لمثل هذه الحالة.

المطلب الثاني

تمييز إجهاض المرأة المغتصبة عما يشتبه به

لغرض إعطاء صورة أوضح لمعنى ومفهوم إجهاض المرأة المغتصبة ، نميزه عن بعض الجرائم الأخرى التي قد تقترب منها أو توجد قواسم مشتركة بينها.

1 - الفرق بين إجهاض المرأة المغتصبة وقتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة.

قد يتفق إجهاض المرأة المغتصبة مع قتل الأم لطفلها حديث الولادة من حيث الباعث عليهما وهو اتقاء العار وأن مصدر هذا الجنين وذاك الوليد هو نتاج حمل السفاح كالاغتصاب أو الزنا وما سواهما ، وكلاهما تعدأن من الجرائم الماسة بحياة الأنسأن وسلامة بدنه ، ومع ذلك فثمة فوارق جوهرية بينهما:

أ. أن محل الحماية القانونية الجنائية في جريمة الإجهاض هو الجنين بينما يعد الأنسأن الوليد (الطفل) هو محل الحماية القانونية الجنائية في جريمة قتل الأم لطفلها حديث الولادة [16].

ب. قد يعد إجهاض المرأة المغتصبة عملاً مباحاً وفق بعض التشريعات الجنائية الوضعية أو عذراً قانونياً مخففاً لدى البعض الآخر من التشريعات ولكن قتل الأم لطفلها حديث العهد بالولادة يعد جريمة وفق كافة التشريعات الجنائية الوضعية.

١٩٧٦/٦/٦ س٢٧ ص٥٩٦ بند (٤) والمنشورأن على موقع الأنترنت قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية. http:// www.arablegalportal.org/egyptverdicts/About.aspx#top

(15) د. حابس يوسف زيدات ، مفهوم الإجهاض وموضعه من السياسة الجنائية ، منشور على الموقع الإلكتروني منتدى رجل مصر www.egyptman.com

(16) د. محمد عبد الله الشلتأوي ، مصدر سابق ، ٦٥-٦٦

2 - الفرق بين إجهاض المرأة المغتصبة وإجهاض المرأة الزانية

كلاهما يعد إجهاضاً واقعاً على جنين مصدره حمل سفاح وسبب الإجهاض هو المحافظة على الشرف واتقاء العار ، ولهذا نجد أن بعض التشريعات الجنائية الوضعية لم تفرق بينهما فاعتبرتهما عذراً قانونياً مخففاً كما في القانون الأردني والسوري والليبي واللبناني أو ظرفاً قضائياً مخففاً كما في القانون العراقي ، بينما أباح القانون السوداني إجهاض المرأة المغتصبة بعد تحقق شروط معينة وجعل من إجهاض المرأة الزانية جريمة عادية ولم يبحها.

3 - الفرق بين إجهاض المرأة المغتصبة والإجهاض البسيط

كثير من التشريعات الجنائية العربية لا تفرق بين حكم إجهاض المرأة المغتصبة وبين حكم الإجهاض البسيط كقوأنين دول الخليج العربي والقانون المصري وقوأنين بلاد المغرب العربي فسواء أكانت المرأة مرتكبة جريمة الإجهاض مغتصبة أم غير مغتصبة ، فالأمرأن سيان على حين أن بعض التشريعات الجنائية كالقانون الأردني والعراقي والسوري والليبي واللبناني اعتبرت إجهاض المرأة المغتصبة إجهاضاً موصوفاً بعبارة عذر قانوني مخفف وأباح القانون السوداني إجهاض المرأة المغتصبة بشروط معينة ، ومن ثم فأن هذه التشريعات الجنائية الوضعية قد فرقت بينهما.

المطلب الثالث

التكييف القانوني لإجهاض المرأة المغتصبة

التكييف القانوني هو إعطاء وصف قانوني للواقعة المطروحة أمام القضاء الجنائي ، الغاية منه فَهم الواقعة وتحديد عناصرها للوصول إلى تطبيق القانون تطبيقاً سليماً يتماشى مع روح ونية واضع القانون الجنائي[17].

وقد اختلفت القوأنين الجنائية الوضعية في تحديد الطبيعة القانونية لإجهاض المرأة المغتصبة إلى عدة اتجاهات :

(17)د. هدى سالم الأطرقجي ، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، جامعة الموصل ، الموصل ، ٢٠٠٠ ، ص٣٢

الاتجاه الأول : جعل من إجهاض المرأة المغتصبة عذراً قانونياً مخففاً خاصاً لأنه ورد في القسم الخاص من القانون الجنائي الوضعي ، وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون الأردني واللبناني والسوري والليبي[18].

إن اعتبار إجهاض المرأة المغتصبة عذراً قانونياً مخففاً هو تطبيق لمبدأ التفريد التشريعي للعقاب الذي أصبح معلماً بارزاً في السياسة العقابية الحديثة يقضي بجعل العقوبة ملائمة للحالة الشخصية للمرأة المغتصبة والباعث الذي دفعها إلى إسقاط جنينها مع مراعاة الأضرار الناشئة عنه بحق المجتمع [19]. ويستتبع ذلك أن تخفيف العقوبة هو وجوبي على المحكمة ضمن الحدود التي يوضحها النص القانوني. والقاضي ليست لديه أية سلطة تقديرية بشأنها ، كما أن اعتبار إجهاض المرأة المغتصبة عذراً قانونياً مخففاً قد يحول ضجة الإجهاض إلى مخالفة.

أن ما قرره هذا الاتجاه في بيان إجهاض المرأة المغتصبة على أنه عذر قانوني مخفف خاص ما هو إلا تأكيد للعذر القانوني المخفف العام وهو الباعث(الدافع) الشريف ، على أساس أن إقدام المرأة المغتصبة على إجهاض نفسها قد تم بدافع المحافظة على الشرف وانتقاء العار.

الاتجاه الثأني : اعتبر إجهاض المرأة المغتصبة ظرفاً قضائياً مخففاً خاصاً ، وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون العراقي[20]. إن ما قرره هذا الاتجاه بجعل هذا النوع من الإجهاض ظرفاً قضائياً مخففاً ، قد أكد بذلك على مبدأ التفريد القضائي للعقاب ، فالمحكمة لها كامل السلطة التقديرية عند توقيعها للعقوبة بحق المرأة المغتصبة تبعاً لحالتها الشخصية وظروف الجريمة المادية ضمن الحدود والمقاييس المقررة في القانون. وعليه فأن المحكمة غير ملزمة بتحقيق العقوبة ، لأن التخفيف أمر جوازي في مثل هذه الحالة وهو ما يميز الظرف القضائي المخفف عن العذر القانوني المخفف ، كما أن تطبيق مثل هذا الظرف القضائي المخفف لا يترتب عليه تغيير في وصف الجريمة بل تبقى كما هي.

(18) أنظر نص المادة (٣٢٤) من قانون العقوبات الأردني والمادة (٥٤٥) من قانون العقوبات اللبناني والمادة (٥٣١) من قانون العقوبات السوري والمادة (٣٩٤) من قانون العقوبات الليبي

(19) د. محمد زكي أبو عامر ود. علي عبد القادر القهوجي ، قانون العقوبات (القسم العام) ، ط١ ، بيروت : الدار الجامعية للطباعة والنشر ، ١٩٨٤ ، ص٣٥٣-٣٥٨ ؛ د. أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، ط١ ، بغداد : مطبعة الفتيأن ، ١٩٩٨ ، ص٣٤٥-٣٥٢

(20) أنظر نص الفقرة (٤) من المادة (٤١٧) من قانون العقوبات العراقي

إن القول بتوافر هذا الظرف القضائي المخفف الخاص هو ليس من شأن قاضي الموضوع ، لأن القانون قد حدده سلفاً ومن ثَمّ فأن تطبيقه يكون خاضعاً لرقابة محكمة التمييز[21] ، فيجب على القاضي أن يبين في أسباب حكمه الظرف الذي استلزم التخفيف ، بحيث يعد التخفيف نقصاً في قرار فرض العقوبة تخفيفها دون بيأن الظرف القضائي المخفف وهذا ما قرره القانون العراقي[22].

الاتجاه الثالث : وضح هذه الاتجاه أن إجهاض المرأة المغتصبة هو جريمة عادية شأنها شأن بقية جرائم الإجهاض وأخضعها لذات أحكام جريمة الإجهاض فسواء أكأنت المرأة التي أجهضت نفسها قد حملت سفاحاً لزنا أم اغتصاب أم كأن الحمل ثمرة اتصال جنسي شرعي ، وسواء أكأن الباعث على الإجهاض قد تم بدافع المحافظة على الشرف واتقاء العار أم كأن بدافع الأنتقام أم أي سبب آخر. فالإجهاض في نظر هذا الاتجاه واحد ، وقد أخذ بهذا الاتجاه القانون المصري والقطري والبحريني والإماراتي والعماني والكويتي واليمني والتونسي والجزائري والمغربي والقانون الجزائي الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والقانون الجزائي العربي الموحد[23].

الاتجاه الرابع : هذا الاتجاه أباح الإجهاض لكن بشروط معينة استرشاداً بتوصية المؤتمر الدولي التاسع لقانون العقوبات المنعقد في هولنده / لاهاي عام 1964 حيث جاء فيها (يجب الإكثار من عدد الحالات التي يباح فيها الإسقاط في الدول التي تعاقب عليه)[24].

وعليه فإجهاض المرأة المغتصبة يعد عذراً قانونياً معفياً من العقوبة إذا تحققت شروط معينة كأن يكون بمعرفة طبيب أو داخل مستشفى حكومي، أو غير ذلك من الشروط ، وقد أخذ بهذا

(21) د. أكرم نشأت إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٦٢-٣٦٤ ؛ د. محمد زكي أبو عامر ود. علي عبد القادر القهوجي ، مصدر سابق ، ص٣٥٤-٣٥٨.

(22) حيث نصت المادة (١٣٤) من قانون العقوبات العراقي «يجب على المحكمة إذا خففت العقوبة وفقاً لأحكام المواد ١٣٠ و ١٣١ و ١٣٢ و١٣٣ أن تبين في أسباب حكمها العذر أو الظرف الذي اقتضى هذا التخفيف».

(23) أنظر نص المواد (٣١٥-٣١٧) من قانون العقوبات القطري والمواد (٢٦٠-٢٦٤) من قانون العقوبات المصري والمواد (١٧٤-١٧٧) من قانون الجزاء الكويتي والمواد (٣٢١-٣٢٣) من قانون العقوبات البحريني والمواد (٢٤٢-٢٤٦) من قانون الجزاء العماني والمواد (٤٢٠-٤٢٩) من القانون الجزائي الموحد لدول مجلس التعأون لدول الخليج العربية والمادة (٣٤٠) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي والمواد (٢٣٩-٢٤٠) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني والمواد (٤٦٧-٤٧٦) من القانون الجزائي العربي الموحد.

(24) تافكة عباس البستأني ، حماية المرأة في القانون الجنائي العراقي/دراسة مقارنة ، ط١ ، أربيل : مطبعة جابخأنة ى نازة ، ٢٠٠٥ ، ص١٠٠ ؛ د. ادوار غالي الذهبي ، شرح قانون العقوبات الليبي (القسم الخاص) ، ط١ ، بنغازي : منشورات الجامعة الليبية ، ١٩٧١ ، ص١٤١.

الاتجاه معظم القوأنين الجنائية الغربية كالفرنسي والأمريكي والأنكليزي ، مع الإشارة إلى أن القانون السوداني ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني هما القانونأن العربيأن الوحيدأن اللذأن أعطيا الحق للمرأة المغتصبة في أن تسقط جنينها(25).

المطلب الرابع

اجتماع الظروف المشددة والأعذار المخففة عند إجهاض المرأة المغتصبة

قد تقترن جريمة الإجهاض البسيطة ببعض الظروف فتصبح جريمة الإجهاض موصوفة إما بتشديد العقوبة عليها أو بتخفيفها ، هذه الظروف المشددة هي توافر صفة معينة لدى الفاعل كصفة الطبيب أو الممرضة أو نحوهما أو استعمال وسيلة معينة كالضرب وما شابه ذلك ، أو ظروف مخففة كأن يكون الجنين ثمرة اتصال جنسي غير شرعي كالزنا أو الاغتصاب أو أن يكون الفاعل يحمل صفة القريب بالنسبة للمرأة المغتصبة.

لا توجد مشكلة إذا اقترنت جريمة الإجهاض البسيطة بظرف مشدد أو مخفف أو اجتماع عذر قانوني مخفف مع عذر قانوني معفٍ كما لو كأن حمل المرأة المغتصبة يتضمن في الوقت نفسه خطراً يهدد حياة الأم أو صحتها تهديداً خطيراً فيكون الإجهاض ضرورة لأنقاذ المرأة المغتصبة الحامل من موت محقق أو وشيك الوقوع أو أن يكون الإجهاض ضرورة لتخليص المرأة الحامل من مشاكل صحية قد لا تتحمل تبعاتها فيثبت بتقرير طبي أن إجهاضها أمر لابد منه لشفائها[26] (67) . عندئذٍ يتحقق عذر أو ظرف مخفف متمثل بحمل المرأة سببه جريمة اغتصاب زيادةً على عذر معفٍ متمثل بالضرورة وهي أنقاذ حياة الأم من الخطر ، ففي مثل هذه الواقعة يطبق العذر القانونيّ المعفي من العقاب فهذا النوع من الأعذار إذا ما تحقق لدى المحكمة عندئذٍ يمتنع من الحكم على الفاعل بأية عقوبة . ولكن إذا اجتمعت ظروف مشددة مع أعذار قانونية معفية أو مخففة كأن تكون المرأة المغتصبة طبيبة أو ممرضة وتقدم على إجهاض نفسها بنفسها ، أو أن تستعين بأحد أقاربها وهو طبيب أو مضمد. ففي مثل هذه الحالة نأخذ بالعذر القانوني المخفف أو

(25)حيث نصت الفقرة (١/ب) من المادة (١٣٥) من القانون الجنائي السوداني على أنه "يعد مرتكباً جريمة الإجهاض من يتسبب قصداً في إسقاط جنين لامرأة ، إلا إذا حدث الإسقاط في حالة ما : إذا كأن الحبل نتيجة لجريمة اغتصاب ولم يبلغ تسعين يوماً ورغبت المرأة في الإسقاط" ونصت المادة (٢٥٥) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني على أنه (١). تعفى من العقاب المرأة التي تجهض نفسها من حمل سفاح وقع بدون رضاها . (٢). ويسري هذا الإعفاء على كل من ساعدها من الأصول أو الفروع على هذا الاجهاض».

(26)د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٣٠٦ ، ٣٠٨

الظرف المخفف بحق المرأة المغتصبة التي أجهضت جنينها حتى وأن كأنت تحمل صفة طبيبة أو ممرضة وكذلك الحال لو كأن قريبها الذي لجأت إليه لغرض إجهاضها يحمل صفة الطبيب أو المضمد لأن حكمة التشديد في مثل هذه الحالة منتفية [27]، أضف إلى ما تقدم أن العذر القانوني المخفف الخاص يتسم بصفة الإلزام فالقانون يلزم القاضي بالتخفيف عند تحقق العذر[28].

كما أن عبارات النص القانوني الذي تناول إجهاض المرأة المغتصبة يفسر بعضها بعضاً ، بمعنى أن القانون الجنائي الوضعي عندما قرر المشرع إيراد مثل هذا النص كان لحكمة معينة وهي أن علة التخفيف مرتبطة بالتقاليد والأعراف والعادات التي تتسم بها مجتمعاتنا الشرقية وما للشرف من أثر ومكأنة ووزن لدى أفراد مجتمعاتنا. إلا أن أثر هذا التخفيف لا يستفيد منه إلا من تعلق به فقط ، بمعنى أنه من الممكن أن تصاحب جريمة الإجهاض ظروف مخففة إذا كانت المرأة مغتصبة أو حملت سفاحاً وظروف مشددة كالاستعأنة بطبيب أو ممرضة. ومن ثم فإذا اجتمعت الظروف المشددة والمخففة في شخص الفاعل فلا يصار إلى تطبيق الظروف المشددة أولاً كما هو مقرر في القواعد العامة.

المبحث الثأني

شروط إجهاض المرأة المغتصبة

لكي يحق للمرأة المغتصبة الحامل إجهاض نفسها ، فلابد من أن تتحقق جملة شروط ، هي :

رضا وقبول المرأة المغتصبة الحامل بأن تجهض جنينها ومن ثم فيتعين أن يكون صادراً من امرأة مدركة لطبيعة فعل الإجهاض وأن تكون إرادتها حرة وحقيقية غير خاضعة لأية ضغوط أو إكراه أو تدليس، علماً بأن التشريعات الجنائية التي نظمت إجهاض المرأة المغتصبة لم تحدد سناً معينة يعتد فيها برضا المرأة الحامل مكتفية بأن الأنثى التي تبلغ مبلغ المرأة يتحقق لديها الإدراك الكافي للأخذ برضاها، في حين أن بعض التشريعات الجنائية كالقانون الأردني والسوري والليبي لم تشترط لإجهاض المرأة المغتصبة الحامل تحقق رضاها ولاحترام رغبتها ، فالفاعل يستفيد من

(27) د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٧٦ ؛ د. محمد عبد الله الشلتأوي ، مصدر سابق ، ص٦٤ ؛ د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٣٢٣ ؛ ادوار غالي الذهبي ، مصدر سابق ، ص١٥٤ ؛ المحامي شريف بدوي ، جنايات وجنح الضرب والإجهاض في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى عام ١٩٨٧ ، ط١ ، القاهرة : دار الثقافة للطباعة والنشر ، ١٩٨٨ ، ص٢٧٩.

(28) د. عبد الحميد الشواربي ، الظروف المشددة والمخففة للعقاب ، ط١ ، الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٦ ، ص٣٤ ؛ د. أكرم نشأت إبراهيم ، مصدر سابق ، ص٣٤٨

حكم تخفيف العقوبة سواء أكان الإجهاض برضا وقبول المرأة المغتصبة الحامل أم بدون رضاها [29]،لأن الأصل أن الأركان العامة في جريمة الإجهاض البسيطة لا يعتد فيها برضا المرأة الحامل، لأن رضاها لا يعد سبباً لإجازة الإجهاض فالنصوص القانونية التي نظمت جريمة الإجهاض كانت تهدف إلى حماية حق الجنين في الحياة وحقه في النمو الطبيعي ومن ثم فليس للأم التصرف في حق ليس لها سلطة التصرف فيه وهذا ما قررته محكمة النقض المصرية بقولها "أن رضاء الحامل بالإسقاط لا يؤثر على قيام الجريمة ، ذلك أن للنفس البشرية حرمة ولا تستباح بالإباحة، ومن ثم فإن ذهاب المجنى عليها برضاها إلى المحكوم عليه الأول ليجري لها عملية الإسقاط. ووفاتها بسبب ذلك لا ينفي خطأ المحكوم عليه المذكور ... " [30] ، ومن جهة أخرى، أن المحافظة على الشرف واتقاء العار وستر الفضيحة لا يتوقف على رضا وقبول امرأة حملت سفاحاً.

أن تقوم المرأة المغتصبة بإسقاط جنينها بنفسها أو بواسطة الغير . هذا الشرط يتطلب ارتكاب جريمة الإجهاض بركنيها المادي والمعنوي وعناصر كل ركن وبغض النظر عن الوسيلة المستخدمة للإجهاض كتعاطي الأدوية أو استخدام العنف والضرب وغيرها من بقية وسائل الإجهاض. وسواء أكان فعل الإسقاط إيجابياً بأن تقوم المرأة المغتصبة بإجهاض نفسها بنفسها أم سلبياً بتمكين الغير من إجهاضها[31] . وهذا ما قرره القانون السوداني ، إلا أن القانون العراقي حدد الغير بأحد أقارب المرأة المغتصبة حتى الدرجة الثانية أو الدرجة الثالثة وفقاً للقانون الأردني ، علماً بأن القرابة تُقَسّم إلى أربعة درجات ، فالدرجة الأولى تشمل أصول الرجل من النساء كالأم والجدة وأن علت والدرجة الثانية تشمل فروع الرجل من النساء وهي البنت وبنت الابن وبنت البنت (الأحفاد والحفيدات) والدرجة الثالثة تشمل الأخوة والأخوات وبناتهن وأن نزلن والدرجة الرابعة تشمل العمات والخالات[32] ، في حين أن القانون الليبي لم يحدد درجة معينة للقرابة بل المهم لديه أن يكون ذلك الشخص قريباً للمرأة المغتصبة الحامل وأن كانت قرابته بعيدة.

(29)د. ادوار غالي الذهبي ، مصدر سابق ، ص١٤٩ ؛ د. ضاري خليل محمود ، أثر رضا المجنى عليه في المسؤولية الجزائية ، ط١ ، بغداد : دار القادسية للطباعة ، ١٩٨٢ ، ص١٩.

(30)أنظر الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٠/١٢/٢٧ س٢١ ص١٢٥٠ بند(٢) والمنشور على موقع الأنترنت قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية.http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/About.aspx#top

(31)د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٢١١ ؛ د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٥٩ ، المحامي شريف بدوي، مصدر سابق ، ص٢٦٦.

(32)د. أحمد علي الخطيب ود. حمد عبيد الكبيسي ود. محمد عباس السامرائي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط١ ، الموصل ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، ١٩٨٠ ، ص٧٦

كما لا يهم أن يكون الغير ذكراً أو أنثى، وبمعنى آخر، إن الشخص الذي يساعد المرأة المغتصبة على إجهاض جنينها يمكن أن يكون أحد أبويها أو احد أشقائها أو شقيقاتها وغيرهم فليس هناك حكمة تتطلب التفرقة بينهما فكما يستفيد الأب الذي يقوم بإجهاض ابنته كذلك تستفيد الابنة التي تتولى إجهاض والدتها[33] . ولكن ذلك لا يمنع إجهاض هذه المرأة من غير هؤلاء إلا أنه في مثل هذه الحالة لن يستفيدوا من العذر القانوني المخفف ، بل أن التخفيف سيشمل المرأة دون الشخص الذي قام بإجهاضها ومرد هذا أن للعذر طابعاً شخصياً يؤثر في صاحبه فقط وهذا ما أجمع عليه الفقه والقضاء [34].

ولغرض اعتبار الغير فاعلاً أصلياً ، فأن ذلك يعتمد على نوع السلوكيات والتصرفات الصادرة عنه والمحددة وفقاً للقواعد العامة ، وأكثر من ذلك يلاحظ أن بعض القوأنين الجنائية الوضعية قد ذهبت أبعد من ذلك ووسعت من نطاق فكرة الفاعل الأصلي في نطاق جريمة الإجهاض وعدت الغير الذي يدل المرأة الحامل على طرق الإجهاض فاعلاً أصلياً على الرغم من أن الدلالة على طرق الإجهاض لا تعدو أن تكون نوعاً من المساعدة التي تعتبر صورة من صور المساهمة الجنائية وهذا ما قرره القانون الجزائري والمصري والفرنسي[35]. لكن ذلك لا يعني بالضرورة أن كل من يساهم في الإجهاض برضا وقبول المرأة الحامل يعد فاعلاً أصلياً ، بل يعد مساهماً تبعياً متى ما خرجت مساهمته من نطاق فكرة الفاعل الأصلي[36].

(33)د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٨٠

(34)د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٨٠.

(35)حيث ورد في المادة (٣٠٦) من قانون العقوبات الجزائري «الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنأن أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنأن وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصأنعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طريق احداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات ... « والمادة (٣١٠) منه» ... كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤد تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن : ١- ألقى خطباً في أماكن أو اجتماعات عمومية ، ٢- أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علأنية أو عرض أو الصق أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية أو وزع في المنازل كتباً أو كتابات أو مطبوعات أو اعلأنات أو ملصقات أو رسوماً أو صوراً رمزية أو سلم شيئاً من ذلك مغلفاً بشرائط موضوعاً في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل ، ٣- أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة.» والمادة (٢٦١) من قانون العقوبات المصري «كل من اسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلالتها عليها ...» والمادة (٢٢٣-١٢) من قانون العقوبات الفرنسي

"Le fait de fournir à La femme les moyens matériels de pratiquer une interruption de grossesse sur elle- même est puni de trios ans d'emprisonnement et de 75.000 € d'amende".

(36)د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٣١٤،٣٢٠ ، المحامي شريف بدوي ، مصدر سابق ، ص٢٧٢.

يجب أن يكون الباعث الدافع على الإجهاض هو المحافظة على الشرف اتقاء للعار وستراً للفضيحة ، ومن ثم فإن كانت مثل هذه المرأة المغتصبة هي امرأة بغيّ أو لا شرف لها أي أن سمعتها سيئة ولديها سوابق فلا يتحقق مثل هذا الشرط بالنسبة لها لأنها لا تعرف معنى العار والعيب ، لأن مفهوم العار ملازم لمفهوم الشرف وكلاهما يأتي من إحساس ذاتي فمن لا يعرف الشرف لا يعرف العار أي أن كليهما وجهان لعملة واحدة. وأن مفهوم الشرف في مجتمعاتنا العربية يدور وجوداً وعدماً مع سلوك الأنسان الجنسي كما أنه يتضمن كل القيم النبيلة كالصدق والوفاء والإخلاص والنزاهة والأمانة ، ومن ثَمّ فالمرأة الشريفة لابد أن تتحلى بكل هذه الصفات والخصال[37]، وهذا ما قرره القانون الأردني والعراقي والسوري واللبناني والليبي[38] ، إلا أن القانون السوداني ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني لم ينصا صراحة على وجود هذا الشرط باعتباره ضمنياً متحقق.

أن تكون هذه المرأة ضحية لارتكاب جريمة اغتصاب وكل اتصال جنسي لم ترض به المرأة رضاء صحيحاً كوقاع المرأة ناقصة الأهلية مثل المختلة عقلياً والقاصرة والمخدرة أو التي أجري لها تلقيح صناعي دون رضاها ، بمعنى أنها تحمل صفة المجني عليها ومن ثم فإذا لم تكن هذه المرأة الحامل مغتصبة بل كان الحمل سببه جريمة أخرى كان تكون زأنية أو عدم وجود جريمة كان تكون متزوجه، فلا يحق لها إجهاض نفسها ، ومع ذلك فلم تشترط القوأنين الجنائية الوضعية أن يكون الجنين ثمرة جريمة اغتصاب حصراً ، بل أن يكون الجنين ثمرة اتصال جنسي غير شرعي سواء أكان برضا المرأة أم بدون رضاها ويشمل ذلك الزنا أو أي فعل محرم آخر(39)، وهذا ما قرره القانون الأردني والعراقي والليبي والسوري واللبناني أما القانون السوداني ومشروع قانون

(37)ويرى السيد جاسم لفتة سلمان أن تطبيق مثل هذا الشرط هو أمر غير ميسور دائماً بقوله (أن من التصرفات المشينة الجنسية منها وغير الجنسية ما تغلف بحجاب سميك من التكتم يحجبها عن أعين الآخرين ، بل أن الأعين ذاتها تزوغ أحياناً عن تمييزها تحت تأثير كثير من الأسباب ، وإذا كان لهذا الملحظ نصيب من الصحة ، فمن باب أولى أن نلحظ أن سمعة المرأة قد تلطخ بالوحل زوراً وبهتاناً في وسط جاهل أو محيط تعصف به صراعات متناقضة تدفعه بعفوية نحو هذا الاتجاه الأمر الذي يسوق إلى ظلم يمتنع معه على هذه الأنسانة البريئة التي دفعها محيطها بالوصمة ظلماً ، أن تدفع باتقاء العار ، وبناء على هذه الأسباب يصبح التطبيق العادل لهذا الظرف أمراً غير ميسور دائماً). أنظر للمؤلف ، جريمة الإجهاض في النظامين الرأسمالي والاشتراكي / دراسة قانونية مقارنة ، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ، بغداد، ١٩٨٠ ، ص١١٠.

(38)حيث ورد في المادة (٣٢٤) من قانون العقوبات الأردني « ... المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها ...» والفقرة (٤) من المادة (٤١٧) من قانون العقوبات العراقي « ... إجهاض المرأة نفسها اتقاء للعار ...» والمادة (٣٩٤) من قانون العقوبات الليبي « ... صيأنة لعرض الفاعل أو أحد ذوي قرباه ، ...» والمادة (٥٣١) من قانون العقوبات السوري «المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها ...».

(39)د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٨٠.

العقوبات الفلسطيني فقد اشترطا صراحة تحقق جريمة الاغتصاب حصراً دون سواها من بقية الجرائم الجنسية الأخرى لكي تتخلص المرأة المغتصبة من جنينها.

استكمالاً للشرط الرابع لابد من وجو قرار حكم مكتسب للدرجة القطعية صادر من محكمة جنائية مختصة يتضمن وقوع جريمة اغتصاب موضحاً فيه الجأني والمجني عليها وكافة ظروف ارتكاب الجريمة وأن المرأة المغتصبة الحامل هي المجني عليها. ومن الناحية العملية قد يتأخر صدور قرار الحكم وتبعاً لذلك يتأخر اكتسابه الدرجة القطعية ، وعليه فإن ذلك لا يسقط الحق للمرأة المغتصبة بأن تجهض نفسها حتى ولو تأخر صدور قرار الحكم ، فمن الممكن لاحقاً بعد صدور قرار الحكم الاحتجاج به.

المدة الزمنية ، بمعنى ما هي الفترة الزمنية التي يحق فيها للمرأة المغتصبة أن تجهض نفسها خلالها؟ هل هي مطلقة أو مقيدة ؟ وهل لذلك علاقة بفترة نفخ الروح ؟

بخصوص المدة الزمنية ، هناك ثلاثة آراء قيلت من قبل علماء الأزهر الشريف عند مناقشتهم لمسألة إجهاض المرأة المغتصبة وهي كما يأتي :

الرأي الأول : يرى بأنه لا توجد مدة معينة ولا يرتبط حق المرأة المغتصبة بفترة نفخ الروح بل يجوز أن يتم حال اكتشاف الحمل فيحق للمرأة المغتصبة أن تجهض نفسها سواء قبل نفخ الروح أو بعد نفخ الروح في جنينها ما دامت قد تم اغتصابها كرهاً وحملت سفاحاً[40].

الرأي الثاني : يحدد مدة أقصاها وقدرها 120 يوماً حيث يجوز للمرأة المغتصبة أن تجهض نفسها قبل أنقضائها لأن نفخ الروح هو الطور السابع من الأطوار التي ورد ذكرها في قوله تعالى ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْأِنسَأن من سُلَالَة مِّن طين﴾12﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكين﴾13 ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَاماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْماً ثُمَّ أَنشَأناهُ خَلْقاً آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾14).

ومن ثم فإذا أنقضت هذه المدة ولم يتسنَّ لهذه المرأة أن تجهض نفسها فلا يحق لها بعد ذلك إذا علمت به وتركته بعد العلم مدة في بطنها لأن الروح يتم نفخها بعد مضي هذه المدة من الحمل [41].

40 ()ويأتي في مقدمة المؤيدين لهذا الرأي الدكتور محمد سيد طنطأوي والدكتور عبد الله النجار . أنظر مجدي محمد، وسط موجة من الجدل ... مجمع البحوث الإسلامية يتجه للموافقة على مشروع قانون يجيز إجهاض المغتصبة قبل مرور ١٢٠ يوماً على حملها ، صحيفة المصريون في ٢٠٠٧/١٢/٢٦.

41 ()ويتزعم هذا الرأي الدكتور عبد الفتاح الشيخ ويدعمه الدكتور نصر فريد واصل والدكتور علي جمعة. أنظر مجدي

فزمن أطوار الجنين الأولى هي النطفة والعلقة والمضغة وهذا الزمن مدته مائة وعشرون يوماً ولقوله تعالى " أن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ، ثم يكون علقة مثل ذلك ، ثم يكون مضغة مثل ذلك ، ثم يبعث الله ملكاً يؤمر بأربع كلمات ويقال له : اكتب عمله ورزقه وشقي أم سعيد ثم ينفخ فيه الروح" (42) ، هذا فضلاً عما روي عن رفاعة بن رافع أنه قال : (جلس إلى عمر وعلي والزبير ابن العوام وسعد بن أبي وقاص ونفر من أصحاب رسول الله ، فتذاكروا العزل (والعزل هو القذف خارج الرحم) فقال علي : لا بأس به ، فقال رجل أنهم يزعمون أنها المؤودة الصغرى ، فقال علي كرم الله وجهه : لا تكون مؤودة حتى تمر على التارات السبع : تكون سلالة من طين ، ثم تكون نطفة ثم تكون علقة ، ثم تكون مضغة ، ثم تكون عظاماً ، ثم تكون لحماً ثم تكون خلقاً آخر. فقال عمر : صدقت أطال الله بقائك).

كل ما تقدم يشير إلى أن نفخ الروح في الجنين يحدث بعد انتهاء زمن طور المضغة الذي ينتهي بنهاية الأربعين الثالثة ، حيث أن حياة الجنين في المائة والعشرين يوماً هي أقرب ما تكون من حياة نباتية لم تنفخ فيها الروح الإنسانية بعد.

الرأي الثالث : جعل مدة الإجهاض أربعين يوماً على الحمل ، وإلا إذا مضت مدة الأربعين يوماً وأجهضت هذه المرأة جنينها بعد ذلك ، عندئذٍ يكون إزهاقاً لنفس بريئة.

هذا الرأي يستند إلى قول الرسول محمد (ص) "وإن أحدكم ليجمع في بطن أمه أربعين يوماً، ثم مثلها علقة ، ثم مثلها مضغة ، ثم يأمر الله الملك فينفخ الروح ، ويأمره بكتب أربع كلمات اكتب أجله ، واكتب عمله ، واكتب رزقه، وشقي أم سعيد "(43).

وحديث آخر رواه الصحابي حذيفة بن أسيد رضى الله عنه قال : أن الرسول (ص) قال ما معناه "إذا مرّ بالنطفة ثنتأن وأربعون ليلة أرسل الله إليها الملك ويأمره بخلق لحمها وعظامها "(44).

محمد، وسط موجة من الجدل ... مجمع البحوث الإسلامية يتجه للموافقة على مشروع قانون يجيز إجهاض المغتصبة قبل مرور ١٢٠ يوماً على حملها ، صحيفة المصريون في ٢٠٠٧/١٢/٢٦.

(42) أنظر مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيبأني(ت٢٤١هـ)، القاهرة : مؤسسة قرطبة، ج٣٨٢/١. مسند عبد الله بن مسعود، حديث رقم (٣٦٢٤).

(43) أنظر مسند الإمام أحمد بن حنبل، أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيبأني(ت٢٤١هـ)، ج٣٨٢/١ القاهرة : مؤسسة قرطبة،مسند عبد الله بن مسعود، حديث رقم (٣٦٢٤).

(44) أنظر صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري(ت٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج٢٠٣٧/٤. كتاب القدر، بَاب كَيْفِيَّةِ خَلْقِ الْآدَمِيِّ فِي بَطْنِ أُمِّهِ وَكِتَابَةِ رِزْقِهِ وَأَجَلِهِ وَعَمَلِهِ

فإذا بلغ الجنين في بطن أمه مدة 120 مائة وعشرون يوماً فأنه يحرم بالإجماع إجهاض المرأة ، إلا إذا كأن بقاء الجنين في الرحم يترتب عليه تعريض الأم لخطر الموت والهلاك وعلى أن يثبت ذلك بقول طبيبين عدلين ثقاة. فحديث رسول الله تعالى الأول سالف الذكر وضح أن الروح الأنسأنية تدب في الجنين إذا وصل إلى 120 يوماً ، أي أصبح أنسأناً له روح ، لكن لم يتم نضجه بعد ، ومن ثم فهو كسائر البشر من هذه الناحية فلا يجوز إجهاضه ، لأن إجهاضه يشكل قتلاً لأنسأن به روح أنسأنية. ومن المعروف أن الروح هي شأن غيبي لا يعلم أحد من الخلق منها شيئاً لقوله تعإلى (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي)[45]. والجنين قبل أن يبلغ 120 مائة وعشرون يوماً به حياة وقبل أن تدب به الروح الأنسأنية ، بل أن حياة الجنين موجودة في تكوين الخلية الأولى وهي الحيوأن المنوي والبويضة ، لأن كل منهما به حياة ، لكنها حياة أقرب ما تكون من الحياة النباتية.

بناء عليه ، يجوز الإجهاض قبل 40 أربعين يوماً استناداً إلى حديث الصحابي حذيفة بن أسيد y سالف الذكر ، لأن الملك يبدأ تدخله بعد 42 اثنتين وأربعين ليلة[46] ، هذا من الناحية الدينية ، أما من الناحية العلمية الطبية فيقول الله سبحأنه وتعالى (وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْأِنسَأن من سُلَالَة مِّن طِينٍ﴾12﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ﴾13﴿ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَاماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْماً ثُمَّ أَنشَأنَاهُ خَلْقاً آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾14﴿) [47].

فالحقائق العلمية المعتمدة في علم الأجنة الحديث أن الوصف القرأني لأطوار الجنين الثلاثة الأولى (النطفة والعلقة والمضغة) كلها تقع في أربعين يوماً واحدة وأن نفخ الروح يكون بعد طور المضغة ، وبما أنه قد ثبت أن زمن المضغة يقع في الأربعين يوماً الأولى لحديث جمع الخلق وحديث الصحابي حذيفة بن أسيد y سالف الذكر ، وتوافق حقائق علم الأجنة الحديث مع هذه الأوصاف الشرعية لأطوار الجنين ، فالروح لا تنفخ إلا بعد مضي مدة الأربعين يوماً الأولى من عمر الجنين [48].

وَشَقَأوته وَسَعَادَته، حديث رقم(٢٦٤٤).

(45) الآية ٨٥ ، سورة الإسراء.

(46) وقد قال بذلك الدكتور محمد رأفت عثمأن. أنظر موقع الأنترنت http://www.islamonline.net

(47) الآية ١٢-١٤ ، سورة المؤمنون

(48) د. ست البنات خالد محمد علي ، علم الأجنة في القرأن والسنة ، على الموقع http://www.islamonline.net

أما في القانون الجنائي الوضعي فلم تحدد التشريعات الجنائية الوضعية التي نظمت إجهاض المرأة المغتصبة حداً أعلى لعمر جنين المرأة المغتصبة المراد إجهاضه حيث يتصور ارتكاب الإجهاض طوال الفترة التي تمتد خلالها حياة الجنين ومن ثم فلا يشترط بلوغ الجنين درجة معينة من النمو ومن ثم فالإجهاض قد يرتكب ولو لم تبق على الولادة سوى ساعات قليلة[49] ولم يخرج عن خطة هذه التشريعات الجنائية سوى القانون السوداني الذي اشترط ألا تمضي مدة تسعين يوماً على بدء الحمل وذلك لتأثر القانون السوداني في معظم أحكامه بالشريعة الإسلامية[50] .

ألا يؤدي فعل الإسقاط المكون للمركز المادي لجريمة الإجهاض إلى موت المرأة المغتصبة ، لأنه يجب أن تبقى على قيد الحياة لكي تقدم للمحاكمة وعندئذ يطبق بحقها هي والغير العذر القانوني المعفي أو المخفف للعقوبة ، ومع ذلك نجد أن بعض التشريعات الجنائية الوضعية كالقانون الأردني والسوري واللبناني والليبي لم تشترط عدم تحقق الوفاة ، بمعنى آخر أنه لو أقدم الغير على إجهاض امرأة مغتصبة وأدى فعله إلى موتها ، فأنه يستفيد من أحكام تخفيف العقوبة بحقه طالما كأن فعله بهدف اتقاء العار وصيأنة العرض.

عدم قبول المرأة المغتصبة للمجرم الذي اغتصبها زوجا لها،بمعنى آخر إذا وافقت المجني عليها في جريمة الاغتصاب على الزواج بالرجل الذي اغتصبها وحملت منه،عندئذ تنتفي الحكمة من تخلصها من حملها غير المرغوب فيه،لأنه ليس من المنطق والعقل إعطاءها الحق في إجهاض جنينها ومن ثم توافق بمحض إرادتها على الزواج بمن اغتصبها.ففي مثل هذه الحالة إذا تم عقد الزواج بينهما فلا يحق لها بعد ذلك التذرع والاحتجاج بحقها في إجهاض جنينها.

المبحث الثالث

حالات إجهاض المرأة المغتصبة في القانون الوضعي

الإجهاض ليس واحداً ، فقد يكون اختيارياً برضا وقبول المرأة الحامل وهو ما يعرف بالإجهاض الاختياري ، وربما تتعرض هذه المرأة للإجهاض عمداً أو خطأ ، هذه هي حالات الإجهاض ، والمرأة المغتصبة قد تكون عرضة للوقوع في أية حالة من هذه الحالات:

(49)د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٥٢.

(50)نصت المادة (١/١٣٥) من القانون الجنائي السوداني» يعد مرتكباً جريمة الإجهاض من يتسبب قصداً في إسقاط جنين لامرأة. إلا إذا حدث الإسقاط في أي من الحالات الآتية : ... (ب) إذا كأن الحبل نتيجة لجريمة اغتصاب ولم يبلغ تسعين يوماً ورغبت المرأة في الإسقاط».

الحالة الأولى

المرأة المغتصبة التي تجهض نفسها بنفسها عمداً

يمكن تصور هذه الحالة عندما تقوم المرأة المغتصبة الحامل بإسقاط جنينها قصداً دون أن يدفعها أو يحرضها على ذلك شخص ما باستخدام أية طريقة أو وسيلة تؤدي إلى التخلص من الجنين ، ولم تأخذ معظم التشريعات الجنائية الوضعية بوسيلة ما لارتكاب فعل الإسقاط ، فكل الوسائل في ظل هذه التشريعات سواء. ويطلق على هذه الحالة الإجهاض الإيجابي ، فالمرأة تأخذ صفة الفاعل الأصلي والجنين يصبح مجنياً عليه وأن لم يولد لأن الاعتداء وقع على حقه في الحياة وليس للأم أن تتصرف فيه[51] .

الحالة الثانية

المرأة المغتصبة التي تكون عرضة للإجهاض الخطأ

هذه الحالة على نقيض الحالة الأولى ، فقد نتصور أن تتعرض مثل هذه المرأة المغتصبة صدفة إلى الإسقاط إما أن تتناول دواء معيناً ودون أن تعلم أن تتأول مثل هذا الدواء قد يسبب لها الإجهاض ، أو أنها تعرضت لسقطة ما أو أنزلقت مما سبب لها الإجهاض ، ففي مثل هذه الحالة لا تتحقق جريمة الإجهاض أساساً ، لأن جريمة الإجهاض جريمة عمدية يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي ، بل تنهض المسئولية على الإصابة غير العمدية[52].

الحالة الثالثة

المرأة المغتصبة التي تجهض نفسها بواسطة الغير

قد لا تملك المرأة المغتصبة الحامل قدراً كافياً من الشجاعة والجرأة لكي تقوم بإسقاط جنينها بنفسها وربما قد تخشى عل حياتها من الموت أو الهلاك أن أقدمت وحدها على ذلك ، مما يضطرها ذلك إلى أن تلجأ إلى الاستعانة بأناس آخرين كالأقارب أو الأطباء أو الممرضات

(51)أنظر د. فوزية عبد الستار ، مصدر سابق ، ص٤٩٣ ؛ د. ضاري خليل محمود ، مصدر سابق ، ص١٧٥ ؛ د. ادوار غالي الذهبي ، مصدر سابق ، ص١٥٢.

(52)د. فوزية عبد الستار ، مصدر سابق ، ص٤٩٧؛ د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٣١٥ ؛ المحامي شريف بدوي ، مصدر سابق ، ص٢٦٩.

أوغيرهم. هذه الحالة يطلق عليها بالإجهاض السلبي لأن دور المرأة ينحصر في إفساح المجال للغير بإسقاط جنينها ، وسواء أكأنت فكرة الإجهاض نابعة منها أم نابعة من قبل الغير كما لم ينص القانون الجنائي الوضعي على صورة معينة لرضا المرأة فيجوز أن يكون صريحاً كأن يكون شفوياً أو تحريرياً أو ضمنياً إذا كأنت ظروف الحال لا تدع مجالاً للشك فيه[53]. ففي مثل هذه الحالة تصبح المرأة والغير كلاهما فاعل أصلي يستفيد أن سوية من أحكام تخفيف العقوبة، ويرجع السبب في اعتبار المرأة الحامل فاعلاً أصلياً عند إفساحها المجال للغير بأن لجهضها ـــ على الرغم من عدم قيامها بأية حركة مادية أو لعبها لأي دور إيجابي ـــ هو قدرتها على إعطاء الأذن بارتكاب مثل هذه الجريمة زائداً تحقق نية الفاعل لديها فلا يستلزم ذلك بالضرورة الرضاء الصريح لها ، بل يمكن أن يكون ضمنياً طالما أنه يكون في قدرتها منع الغير من إجهاضها إلا أنها أبت. وبذلك يعد القانون الجنائي الوضعي في نطاق جريمة الإجهاض قد اعتمد النظرية الشخصية في التمييز بين المساهمة الأصلية والمساهمة التبعية[54].

ولهذا نجد أن قوأنين كل من الأردن والعراق وليبيا ولبنأن ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني قد شملت الغير باحكام تخفيف العقوبة ، على أن يكون أحد أقاربَ المرأة المغتصبة أسوة بها(55).

أما لو كأن الغير ليس قريباً لها عندئذ لا يستفيد من أحكام التخفيف بل يخضع للقواعد العامة في جريمة الإجهاض باستثناء القانون السوداني الذي لم يحدد الغير بصفة معينة.

الحالة الرابعة

الإجهاض الرضائي للمرأة المغتصبة المفضي إلى الموت.

إذا أفضى فعل الإسقاط إلى وفاة المرأة المغتصبة عندئذ تسقط العقوبة عنها نظراً لوفاتها أن كأنت هي التي أجهضت نفسها بنفسها ، أما لو كأن إجهاضها بواسطة الغير وبرضاها كما لو قام بإعطائها أدوية معينة أو نوع معين من الطعام أو الشراب بناء على طلب منها أو هو الذي غرس هذه الفكرة في مخيلتها وأدى ذلك إلى وفاتها ، عندئذٍ تشدد العقوبة بحق الغير وأن كأن قريباً لها

(53)د. ادوار غالي الذهبي ، مصدر سابق ، ص١٤٩.

(54)د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٣٢٦،٣١٤.

(55)أنظر نص المادة (٣٢٤) من قانون العقوبات الأردني والفقرة (٤) من المادة (٤١٧) من قانون العقوبات العراقي والمادة (٣٩٤) من قانون العقوبات الليبي والمادة (٥٤٥) من قانون العقوبات اللبناني والفقرة (٢) من المادة (٢٥٥) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني.

وهذا ما قرره القانون العراقي واليمني والجزائري ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني والقانون الجزائي الموحد لدول مجلس التعأون لدول الخليج العربية والقانون الجزائي العربي الموحد[56] ، باستثناء القانون الليبي والأردني والسوري واللبناني حيث نصوا على شمول الشخص القريب للمرأة المغتصبة الذي يتولى إجهاضها بأحكام تخفيف العقوبة حتى وأن أدى فعله إلى موتها[57].

الحالة الخامسة

الإجهاض غير الرضائي للمرأة المغتصبة

قد تتعرض المرأة المغتصبة إلى إسقاط جنينها كرهاً أي بدون رضا وقبول منها سواء أكأن ذلك الإكراه مادياً أو معنوياً أو ما يأخذ حكم الإكراه كالتنويم المغناطيسي وما شابه ذلك ، فكل ما يعدم إرادة ورغبة المرأة المغتصبة يعد ذلك إجهاضاً إجبارياً. هذه الحالة تجعل من جريمة إجهاض المرأة الحامل جناية عقوبتها شديدة حتى وأن توافرت ظروف التخفيف لأنها مغتصبة أو قام بإجهاضها أحد أقاربها. وهذا ما اجتمعت عليه قوأنين كل من قطر والإمارات العربية المتحدة والعراق والأردن والقانون الجزائي العربي الموحد[58] أما القوأنين (الليبي والأردني والسوري واللبناني) فلم تشمل أقارب المرأة المغتصبة الحامل بحكم تخفيف العقوبة حتى وأن أقدموا على إجهاضها بدون رضاها طالما كأن فعلهم بقصد صيأنة العرض[59].

الحالة السادسة

الإجهاض غير الرضائي للمرأة المغتصبة المفضي للموت.

إذا أدى الإجهاض غير الرضائي للمرأة المغتصبة إلى وفاتها ، صارت الوفاة عاملاً مشدداً للعقوبة حتى مع توافر ظروف التخفيف للمغتصبة أو قام بإجهاضها أحد أقاربها طالما كان بدون رضا وقبول من المرأة ، وسواء أحدثت الوفاة والإجهاض بنفس الوقت أو كأن بينهما فاصل زمني

(56) أنظر نص الفقرة (٢) من المادة (٤١٧) من قانون العقوبات العراقي وما ورد في المادة (٢٤٠) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشطر الثأني من المادة (٣٠٤) من قانون العقوبات الجزائري وما ورد في المادة (٤٦٧) من القانون الجزائي العربي الموحد والمادة (٢٥٣) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني والمادة (٤٢١) من القانون الجزائي الموحد لدول مجلس التعأون لدول الخليج العربية.

(57) د. ادوار غالي الذهبي ، مصدر سابق ، ص١٥٤ ؛ د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٨٠.

(58) أنظر نص المادة (٣١٦) من قانون العقوبات القطري والمادة (٣٤٠) من قانون العقوبات الإماراتي والفقرة (٢) من المادة (٤١٨) من قانون العقوبات العراقي والفقرة (١) من المادة (٣٢٣) من قانون العقوبات الأردني والمادة (٤٦٨) من القانون الجزائي العربي الموحد.

(59) د. ادوار غالي الذهبي ، مصدر سابق ، ص١٥٤.

كأن يؤدي فعل المتهم إلى إسقاط الجنين أولاً ثم تحدث الوفاة بعد فترة من الإجهاض فالعبرة بأن يكون الإجهاض هو الذي تسبب في وفاة المرأة [60] .

وجريمة الإجهاض بمقتضى هذه الحالة هي أشد الجرائم عقوبة من كل الحالات الأخرى ، لأن فعل المتهم قد شمل أكثر من جريمة ، فمن ضرب امرأةً حاملا ضرباً عنيفاً أدى إلى وفاتها ، فقد ترتب على فعله جريمتأن ، أولاهما موت المرأة وثانيتهما إسقاط جنينها ، وهذا هو التعدد المعنوي للجريمة التي تتطلب إيقاع العقوبة الأشد [61]. ولهذا اعتبرت بعض التشريعات الجنائية الوضعية هذه الحالة أشدها عقوبة ، وهذا ما قرره القانون اليمني والعراقي والقانون الجزائي العربي الموحد [62] ويستثنى من ذلك القانون الليبي والأردني واللبناني والسوري حيث قرروا شمول أقرباء المرأة المغتصبة الحامل بحكم تخفيف العقوبة حتى وأن أدى فعلهم إلى موت المرأة هي وجنينها لأن فعلهم كأن بقصد صيأنة العرض.

الحالة السابعة

الاعتداء على سلامة جسم المرأة المغتصبة الحامل ترتب عليه إجهاضها

(الضرب المفضي إلى إجهاض)

قد تتعرض المرأة المغتصبة الحامل عمداً إلى اعتداء عليها بضرب أو بأية وسيلة من وسائل العنف ، لا يقصد من هذا الضرب إجهاضها ، إلا إن نشأ عن هذا الضرب إفضاء إلى إسقاط جنينها ، ففي مثل هذه الحالة لا تتحقق جريمة الإجهاض بل تتحقق جريمة أخرى كالضرب أو الجرح لأن القصد الجنائي في جريمة الإجهاض يقوم على عنصري العلم والإرادة ويجب أن يتوافر هذأن العنصرأن لحظة الفعل ، فيجب أن يعلم المتهم أن من شأن فعله إحداث الإجهاض ويتعين أن يتوقع وقت ارتكاب فعله حدوث النتيجة الجرمية وأن تتجه إرادته إلى ارتكاب فعل الإجهاض وإلى إحداث النتيجة وهي أنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة وهذا منتف لديه(63).

(60)د. ادوار غالي الذهبي ، مصدر سابق ، ص١٥٠.

(61)د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٣١٨ ؛ المحامي شريف بدوي ، مصدر سابق ، ص٢٦٨.

(62)أنظر نص المادة (٢٣٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني والفقرة (٢) من المادة (٤١٨) من قانون العقوبات العراقي والمادة (٤٦٨) من القانون الجزائي العربي الموحد.

(63)د. فوزية عبد الستار ، مصدر سابق ، ص٤٩٧-٤٩٨ ؛ د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٣١٦ ؛ د. ادوار غالي الذهبي ، مصدر سابق ، ص١٤٧ ؛ المحامي شريف بدوي ، مصدر سابق ، ص٢٧٠.

ومن ثم فإن أحكام جريمة الإجهاض لا تنطبق على مثل هذه الحالة وهذا ما قرره القانون العراقي والإماراتي والسوداني والليبي[64].

أما مسألة البحث عن القصد الاحتمالي في مثل هذه الحالة ، فيوجد رأيين في الفقه الجنائي:

الرأي الأول : يرى أن القانون لا يعتد بالقصد الاحتمالي في الإجهاض بشكل عام ومن ثم فمن يعتدي على امرأة حامل بقصد إيلامها وإيذائها فقط ، ولكن يترتب على ذلك إجهاضها ، فلا يُسأل عن إجهاض لأن نية الفاعل لم تنصرف إلى تحقيق الإجهاض ولم يتوقع الإجهاض ولم يرده تبعاً لذلك. وهذا هو الرأي السائد في الفقه الفرنسي والمصري.

الرأي الثاني : يرى أن ما ذهب إليه الرأي الأول هو محل نظر ، لأنه في مثل هذه الحالة يجب أن نفرق بين فرضيتين ، تتمثل الفرضية الأولى في كون المتهم يجهل أن المرأة المعتدى عليها حامل ولكنه أي المتهم لديه من القدرة والإمكأنية على أن يعلم بحمل المرأة ، والفرضية الثأنية تجعل من المتهم عالماً بحمل المرأة ولكنه لا يتوقع الإجهاض لكنه في استطاعته ذلك التوقع.

ومن ثم فالمتهم سواء في الفرضية الأولى أو في الفرضية الثأنية لا يسأل عن جريمة الإجهاض لأن القصد الجنائي لم يتوفر لديه ، فالقصد الجنائي يستلزم توقع النتيجة واتجاه الإرادة لها ، وكقاعدة عامة لا تنهض المسؤولية الجنائية العمدية عن نتيجة لم يتوقعها المتهم ولم تتجه إليها إرادته تبعاً لذلك.

ولكن إذا توافر القصد الاحتمالي لدى المتهم عندئذٍ يسأل عن جريمة الإجهاض عندما يتوقع الفاعل نتيجة الإجهاض كأثر ممكن لفعله فأقدم عليه قابلاً المخاطرة بحدوثها[65].

(64)أنظر نص المادة (٤١٩) من قانون العقوبات العراقي والمادة (٣٣٩) من قانون العقوبات الإماراتي والمادة (١٣٦) من القانون الجنائي السوداني والمادة (٣٨١) من قانون العقوبات الليبي.

(65)د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٣١٧ ؛ د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٦٨ ؛ المحامي شريف بدوي ، مصدر سابق ، ٢٧٢-٢٧٣.

المبحث الرابع

حكم إجهاض المرأة المغتصبة

قسمت دراسة المبحث الرابع إلى مطلبين ، تناولنا في المطلب الأول حكم الفقه الإسلامي لإجهاض المرأة المغتصبة وفي المطلب الثأني وضحنا حكم القانون الجنائي الوضعي.

المطلب الأول

حكم إجهاض المرأة المغتصبة في الفقه الإسلامي

إذا أقدمت المرأة المغتصبة على إجهاض نفسها وأسقطت جنينها، فما هو الأثر المترتب على ذلك؟ هل تعد مسؤولة جنائياً وتخضع لأحكام القصاص؟ أو أنه لا يترتب عليها شيء ومن ثم فلا تُسأل !

بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي ، لم نجد أن الفقهاء المسلمين قد بحثوا مسألة إجهاض المرأة المغتصبة بعينها ، بل درسوا وبحثوا مسألة إجهاض المرأة قبل نفخ الروح في الجنين وبعد نفخ الروح فيه.

وبدراسة آراء وأقوال الفقهاء المسلمين قبل نفخ الروح ، يتبين أن وجهات نظرهم قد تباينت بين الإباحة المطلقة والإباحة المقيدة والكراهية والتحريم:

الرأي الأول : يرى أن المرأة لها الحق المطلق في إسقاط جنينها بعذر أو بدون عذر لأن الجنين لم يستبين شيء من خلقه ومن ثم فالحمل قبل التخلق عبارة عن قطعة لحم قد لا تكون جنيناً ومن ثم فهو مجهول المستقبل ولا حياة فيه ، وهذا ما أخذ به الشيعة الزيدية وبعض الحنفية وبعض الشافعية وقول لدى المالكية والحنابلة.

الرأي الثأني : يرى أن المرأة لها الحق المقيد في إجهاض نفسها عند وجود عذر ، لأن الجنين في مثل هذه الحالة عبارة عن بذرة محترمة لا يجوز المساس بها ، ومن ثم فلابد أن تكون هناك ضرورة مقبولة شرعاً تستلزم الإجهاض كمرض الأم أو حملها وهي مرضع أو فراغ يد الأب مما يستأجر به ظئراً مع خشيته هلاك الولد ، والكراهة عند أنعدام العذر ، وهذا رأي لدى بعض الحنفية وبعض الشافعية.

الرأي الثالث : يرى بعض المالكية أن إجهاض المرأة لجنينها وقبل نفخ الروح فيه هو فعل مكروه على الإطلاق.

الرأي الرابع : وهو على خلاف الرأي الأول ، يذهب إلى تحريم إجهاض المرأة لجنينها وأن لم تدب فيه الروح بعد لأن محصول الحمل منذ بدايته له حق الحياة وأنه لا يجوز التعرض له بأي حال من الأحوال ، وهذا الرأي هو المعتمد لدى المالكية والمتفق مع الظاهرية وما يفيده كلام الشيعة الجعفرية وصريح القول لدى الاباضية(66).

أما بعد نفخ الروح ، فقد أجمع الفقهاء المسلمون على تحريم الإجهاض واعتباره جناية تختلف عقوبتها حسب النتائج المترتبة على فعل الجأني:

أولاً : أن سقط الجنين حياً ثم مات.

اختلف الفقهاء المسلمون في حكم ما إذا تسبب الجأني بفعله في إسقاط الجنين حياً ثم مات حسب الآراء الآتيه:

رأي المالكية : تجب فيه الدية لأن الجنين أصبح من جملة الأحياء هذا إذا كأن فعل الجأني لا يؤدي غالباً إلى الموت ، أما إذا كأن فعل الجأني مما يؤدي غالباً إلى الموت ، ففي الجنين إذا مات بعد نزوله حياً القصاص. أضف إلى ما تقدم تجب الكفارة (عتق رقبة) على الجأني عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، أما المالكية فتندب الكفارة في المشهور عندهم(67).

رأي الجمهور : ونقصد به رأي الشافعية والحنفية والحنابلة ، تجب الدية كاملة إذا أنفصل الجنين عن أمه حياً ثم مات بسبب فعل الجاني(68).

ثانياً : إن سقط الجنين ميتاً.

إذا تسبب الجأني بفعله إسقاط الجنين وأنفصاله عن أمه ميتاً وجبت عليه الدية ، ودية الجنين

(66)محمد سلام مدكور،الجنين والإحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي،ط١، القاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٦٩، ص٣٠١-٣٠٦.

(67)د. أحمد فتحي بهنسي ، القصاص في الفقه الإسلامي ، ط٥ ، القاهرة : دار الشروق ، ١٩٨٩ ، ص١٠١ ، ١٠٦.

(68)د. عيسى العمري ود. محمد شلال العأني ، مصدر سابق ، ص٣٧٠-٣٧١ ؛ محمود مطلوب أحمد ود. خالد رشيد الجميلي ، الفقه الجنائي ، ط١ ، بغداد : مطبعة جامعة بغداد ، ١٩٨٤ ، ص٣٠٥.

غرة [69] عبداً أو أمه بدليل ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : (اقتتلت امرأتأن من هذيل ، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ، فاختصموا إلى رسول الله تعالى فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة)[70].

فهذا الحديث يدل على أن للجنين دية هي الغرة وتقدر هذه الغرة بخمسة في المائة 5% من الدية الكاملة وهي ألف دينار ، أي أن الغرة تساوي خمس من الإبل ، أو خمسون ديناراً أو خمسمائة درهم عند الحنفية لأن الدية عندهم عشرة آلاف درهم وستمائة درهم عند الجمهور[71] ، وهذه النسبة المئوية اعتمدتها بعض التشريعات الجنائية الوضعية كالقانون اليمني والسوداني[72].

إضافة إلى ما تقدم ، تجب على الجأني كفارة وهذا ما قال به الشافعية والحنابلة ، أما الحنفية والمالكية فلا تجب الكفارة حسب رأيهم بل هي مستحبة[73].

كما بحث الفقهاء المسلمون مسألة من تجب عليه الغرة ، والحكم يختلف في حالة العمد عنه في حالة الخطأ أو شبه العمد.

قال المالكية أن كأنت الجناية عمدية فقد وجبت من مال الجأني المتعمد وتدفع فوراً وأن كأنت الجناية غير عمدية تكون على العاقلة.

أما الحنفية فقالوا إذا أسقطت الأم جنينها عمداً ، فقد أوجبوا الغرة على العاقلة ، أما إذا لم تتعمد الأم إسقاط جنينها فلا غرة لعدم التعدي وقال بعضهم أن الغرة فيها على الأم.

(69) غرة كل شيء أوله وأكرمه ، وقيل أنما سمي ما يجب في الجنين غرة لأنه أول مقدر ظهر في باب الدية ، ولهذا سمي أول الشهر غرة والغرة العبد والأمة. وفي الحديث «قضى رسول الله في الجنين بغرة» وكأنه عبر عن الجسم كله بالغرة. أنظر محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، ط١ ، بيروت : دار الكتاب العربي ، ١٩٨١ ، ص٤٧١.

(70) أنظر الجامع الصحيح المختصر ، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري (ت٢٥٦هـ) ، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير / اليمامة ، بيروت ، ط٣ ، ١٩٨٧ : ج٦/٢٥٣٢. كتاب (الديات) ، باب (جنين المرأة وأن العقل على الوالد) ، حديث رقم (٦٥١٢).

(71) الإمام علاء الدين الكاسأني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج(٧) ، ط٢ ، بيروت : دار الكتاب العربي ، ١٩٨٢ ، ص٣٢٥ ؛ محمود مطلوب أحمد ود. خالد رشيد الجميلي ، مصدر سابق ، ص٣٠٤ ؛ الإمام محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، ج (العقوبة) ، القاهرة : دار الفكر العربي ، ١٩٩٠ ، ص٤٣٠.

(72) حيث نصت المادة (٢٣٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه "كل من أجهض عمداً امرأة دون رضاها يعاقب بدية الجنين غرة هي نصف عشر الدية ..." والفقرة (٢) من الجدول التأني الملحق بالقانون الجنائي السوداني بقولها "تكون دية الجنين إذا سقط ميتاً ، الغرة نصف عشر".

(73) د. عيسى العمري ود. محمد شلال العأني ، مصدر سابق ، ص٣٧٠.

أما الجمهور فعندهم أن العاقلة والجأني يتحملأن دفع الدية باستثناء الحنابلة الذين يقولون بأن الجأني لا يدفع شيئاً.

وقد اتفق الفقهاء المسلمون على أن هذه الدية وهي الغرة تدفع إلى ورثة الجنين بحسب الأنصبة الشرعية ، إلا إذا كأن أحد الورثة هو الجأني فلا يرث من الغرة شيئاً لأنه قتل بغير حق[74]، والقاتل لا يرث لقول الرسول محمد r "لا يرث القاتل"[75].

ما تقدم هو حكم الجنين إذا سقط ميتاً وقد اعتمدته من التشريعات الجنائية الوضعية القانون اليمني[76].

ثالثاً : تعرض المرأة الحامل إلى اعتداء بدني غيرعمدي ترتب عليه إجهاضها.

بحث الفقهاء المسلمون مسألة تعرض المرأة الحامل إلى الإيذاء غير العمدي أي الخطأ نشأ عنه خروج الجنين ميتاً بعد موت الأم ، فقال الحنفية والمالكية تجب دية الأم على الجأني ولا تجب عليه غرة الجنين ، لأن موت الأم كأن سبباً لموت الجنين فهو يتنفس بتنفسها فيختنق بموتها فيكون كعضو من أعضائها ، واحتمل موت الجنين بالضربة فلا تجب الغرة بالشك بل تجب عليه عقوبة التعزير إذا لم يقم دليل على أن الجناية أدت لموت الجنين [77].

في حين قال الشافعية والحنابلة بوجوب دية الأم وغرة الجنين على الجأني لأنه جناية تلف بجناية الجأني وعلم موته بخروجه فوجب ضمأنة لأنه أتلفه مع الأم[78].

والراجح لدينا هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة لأن الدليل الذي فرض الغرة لم يفصل بين خروجه بعد موت الأم أو قبله ، ولأنه تلف بجناية فيجب ضمأنة كما لو سقط في حياتها ، ولأنه لو سقط حيا ثم مات يضمنه الضارب فكذلك إذا سقط ميتا ، أما قولهم أنه كعضو من أعضائها فلا

(74)د. أحمد فتحي بهنسي ، مصدر سابق ، ص١٠٥- ١٠٦ ؛ الإمام محمد ابو زهرة ، مصدر سابق ، ص٤٣١.

(75)أنظر سنن البيهقي الكبرى ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي(ت٤٥٨هـ) ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٩٩٤ : ج٦/٢٢٠. كتاب (الفرائض) باب (لا يرث القاتل) ، حديث رقم (١٢٠٢٥).

(76)حيث نصت المادة (٢٤٠) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه "إذا تم الإجهاض برضاء المرأة يعاقب الفاعل بدية الجنين غرة أو الدية كاملة حسب الأحوال ولا تستحق المرأة في هذه الحالة شيئاً من الغرة أو الدية وإذا ماتت الأم عوقب الفاعل بدفع دية الخطأ وفي حالة إجهاض المرأة نفسها فعليها الدية أو الغرة حسب الأحوال ..."

(77)الإمام الكاساني ، مصدر سابق ، ص٣٢٦ ؛ محمود مطلوب أحمد ود. خالد رشيد ألجميلي ، مصدر سابق ، ص٣٠٤.

(78)د. عيسى العمري ود. محمد شلال العأني ، مصدر سابق ، ص٣٧٢ ؛ د. أحمد فتحي بهنسي ، مصدر سابق ، ص١٠٢.

يصح ، لأنه لو كأن كذلك لكأن إذا سقط ميتاً ثم ماتت لا يضمن كأعضائها ولأنه آدمي فلا يدخل في ضمأن أمه.

ولكن إذا كأن بقاء الجنين في بطن أمه سيتسبب عنه ضرر للأم كالموت ولا سبيل لأنقاذها من الخطر إلا بالإجهاض ، فالإجهاض يكون متعيناً هنا ولا يضحى بالأم ، فموت الجنين أخف من موتها لأن الأم هي الأصل والجنين هو الفرع وقد استقرت حياتها ولم تستقر حياته الأمر الذي يوجب إسقاطه طبقاً للقاعدة الشرعية (ارتكاب أخف الضررين)[79] .

هذا هو حكم الإجهاض بشكل عام ، ولكن علماء الأزهر الشريف بحثوا مسألة إجهاض جنين المرأة المغتصبة وكأن لهم رأيين في ذلك أحدهما مؤيد والآخر معارض:

الرأي المؤيد :

يذهب إلى إعطاء الحق للمرأة المغتصبة في أن تجهض نفسها وأنها لا تتحمل أي وزر إزاء تخلصها من ثمرة هذه الجريمة الوحشية ، ومن ثم فلا تعد قاتلة للنفس التي حرم الله تعالى قتلها إلا بالحق ولأن الشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ العذر الشرعي ، فالإجهاض في مثل هذه الحالة يندرج تحت مبدأ الحق الذي يجيز قتل النفس البشرية لقوله تعالى (وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ) [80] وهذا النوع من الإجهاض هو استثناء ضيق مقيد بشروط لا يتعدى حالة المرأة المغتصبة إلى غيرها من النسوة اللائي ارتكبن جريمة الزنا وحملن سفاحاً ، حيث إن المرأة المغتصبة لم تحمل باختيارها بينما المرأة الزأنية حملت جنينها باختيارها ورضاها [81].

كما أن الجنين قبل نفخ الروح فيه لم تدب فيه الروح أي لم يصبح أنسأناً له روح ، كما أن الإجهاض في مثل هذه الظروف فيه ستر للمرأة وتخلصها من آلامها النفسية هذا من جهة ومن جهة أخرى إذا صبرت المرأة المغتصبة حتى تضع حملها ، فإن وضعها له لن يدخل البهجة والسرور إلى قلبها لأن هذا الطفل المولود لن يكون مرحباً به من قبل أسرته فضلاً عن كونه وصمة عار لها بين أفراد عشيرتها ومجتمعها ، وأن وجود مثل هذا الطفل المولود سيجعل والدته تعيش في مأساة دائمة بسبب أنها تتذكر دائماً ظروف ارتكاب جريمة الاغتصاب وما تعرضت له من امتهأن لكرامتها ،

(79)ابن حزم الظاهري ، المحلى ، المجلد الثامن ، ج(١١) ، القاهرة : مطبعة الإمام ، ص٣٥.
(80)الآية ٣٣ ، سورة الاسراء.
(81)أنظر صبحي مجاهد ، الأزهر : لا لإجهاض المغتصبة بعد ١٢٠ يوماً ، وعلى موقع الأنترنت http://www.islamo-line.net

وبالتالي فالتخلص من هذا الجنين يجعل المرأة المغتصبة قد ارتكبت بذلك أخف الضررين(82). كما أن إجهاض المرأة المغتصبة لجنينها يعد ضرورة اجتماعية، فمن الإجحاف معاقبة هذه المرأة مرتين على عمل إجرامي ارتكب بحقها فأثمر طفلاً مجهول النسب.

الرأي المعارض:

يرى بأن الإجهاض حرام وفي أي وقت لأن حفظ الروح وحفظ النفس مقدم على أي شيء. فإجهاض جنين المرأة المغتصبة أنما هو ارتكاب جريمة أخرى لإخفاء أثر جريمة الاغتصاب ، وجريمة الإجهاض هي أبشع من جريمة الاغتصاب لأن فيها قتلاً لنفس بشرية والتي حرم الله قتلها إلا بالحق ولم يرد في هذا دليل شرعي يجيز مثلاً إجهاض ولد الزنا ، كما أن إجازة إجهاض المرأة المغتصبة باطلة ولا أساس لها في الفقه الإسلامي لقول الرسول محمد (ص) " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث الثيب الزأني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة " (83) ، فضلاً عما تقدم فإن الحمل الذي جاء من ماء هدر كالاغتصاب ، فإن الذي خلقه وهو الله جل في علاه والله الذي حرمه ولو شاء الله ما كأن جعل من هذا الماء القذر أنسأناً فهذا الجنين في بطن والدته المغتصبة لم يقتل ولم يزن ولم يفارق دينه ، فكيف يحكم عليه بالقتل. وهو قتل نفس حرم الله قتلها إلا بالحق ، أما كون هذا الجنين قد جاء من ماء حرام ، فهذا لا يغير الحكم الشرعي بعدم قتل النفس البشرية. كما أن هناك دليلاً قاطعاً من السنة النبوية على وجوب عدم قتل جنين الأم الزأنية وهو أن النبي محمد r لم يرجم الغامدية وفي بطنها ثمرة الزنا وربما تكون قد اغتصبت ورضيت بالزنا فلم يرد ضر هذه أو ذاك ، ولو أن ولد الزنا يجوز إسقاطه لفعله الرسول محمد (ص) (84).

إضافة إلى ما تقدم ، فإن إعطاء الحق للمرأة المغتصبة في التخلص من جنينها سيؤدي إلى فتح الباب على مصراعيه لارتكاب جريمة الزنا وسوف تزداد شهية الشباب على الاغتصاب ما دام الجنين سيعرف مصيره ومآله وهو الموت ، وكأن شيئاً لم يكن. كذلك سنوجد طريقاً مشروعاً للفتيات على الانحراف والتورط بما يشكل خطورة على المجتمع بأكمله.

(82)ومن أنصار هذا الرأي الدكتور محمد سيد طنطأوي والشيخ محمود عاشور . أنظر أ. محمد خليل ، جدل في الأزهر بسبب فتوى تجيز إجهاض الأنثى المغتصبة في أي وقت اعتبرته ستر لها من وزر لم ترتكبه ، جريدة الشرق الأوسط ، العدد ١٠٦٠٧ في ٢٠٠٧/١٢/١٣.

(83)أنظر صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري(ت٢٦١هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي، ج١٣٠٢/٣. كِتَاب الْقَسَامَةِ وَالْمُحَارِبِينَ وَالْقِصَاصِ وَالدِّيَاتِ باب ما يباح به دم المسلم، حديث رقم (١٦٧٦).

(84)من أنصار هذا الرأي الداعية الإسلامي الشيخ يوسف البدري ، أنظر الموقع الالكتروني .http://www.islamonline net

المطلب الثاني

حكم إجهاض المرأة المغتصبة في القانون الوضعي

لم تتفق التشريعات الجنائية الوضعية على حكم واحد بحق إجهاض المرأة المغتصبة، فقد اختلفت تبعاً لاختلاف توجهاتها التشريعية والفكرية:

الاتجاه الأول : يرى أنه لا فرق بين الحمل الناتج عن عقد زواج شرعي والحمل الناتج عن علاقة غير شرعية فلا فرق بين الأجنة مهما كانت أسباب وجودها مشروعة أو غير مشروعة، فالحكم لديهم واحد ومن ثم فلا يحق لهذه المرأة المغتصبة أن تجهض نفسها ستراً للفضيحة ، فالباعث مهما كأن شريفاً أو مقبولاً فلا تأثير له على تحقق المسؤولية الجنائية وحجتهم في ذلك أن المجني عليها في جريمة الاغتصاب وهي المرأة الحامل لها حق الدفاع الشرعي ضد من اغتصبها إلا أنها قد تقاعست عن استعماله ، وفوق ذلك لها الحق في تعاطي الأدوية واستخدام كافة الوسائل الأخرى المؤدية إلى منع حدوث الحمل إلا أنها لم تلجأ إليها ، كما أن الاعتراف بحق المرأة المغتصبة في الإجهاض أو مسامحتها قانونياً قد يؤدي في التطبيق العملي إلى استغلاله من قبل النساء اللائي لا يرغبن في الحمل[85]. وقد أخذ بهذا الاتجاه معظم قوانين البلاد العربية (قطر والبحرين والكويت وعمان والإمارات العربية المتحدة ومصر واليمن وتونس والجزائر والمغرب والقانون الجزائي الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والقانون الجزائي العربي الموحد)[86] .

الاتجاه الثاني : وهو على النقيض من الاتجاه الأول ، حيث يجيز وينظم إجهاض المرأة المغتصبة، لأن الباعث على الإجهاض هو باعث شريف أو مقبول ومن ثم فهناك حقان متنازعان ، حق المرأة الحامل وحق الجنين ، وغالباً ما ينتهي هذا النوع من المقارنات بتغليب حق المرأة المغتصبة الحامل باعتباره الأهم اجتماعيا، كما أن الرابطة الجسدية والعضوية بين المرأة وجنينها الذي في بطنها تجعل من فعل الإجهاض تعدياً بالضرورة إلى جسد المرأة الحامل مما يتطلب ذلك

(85)د. محمود نجيب حسني ، مصدر سابق ، ص٣٠٨ ؛ د. حابس يوسف زيدات ، مفهوم الإجهاض وموضعه من السياسة الجنائية ، منشور على الموقع الإلكتروني منتدى رجل مصر www.egyptman.com

(86)أنظر نص المواد (٣١٥-٣١٧) من قانون العقوبات القطري والمواد (١٧٤-١٧٧) من قانون الجزاء الكويتي والمواد (٣٢١-٣٢٣) من قانون العقوبات البحريني والمواد (٢٤٢-٢٤٦) من قانون الجزاء العماني والمواد (٢٦٠-٢٦٤) من قانون العقوبات المصري والمواد (٤٢٠-٤٢٩) من القانون الجزائي الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية والمادتين (٢٣٩-٢٤٠) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني والمادة (٣٤٠) من قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي والمواد (٤٦٧-٤٧٦) من القانون الجزائي العربي الموحد.

أن يكون هناك دورٌ مهم لإرادتها واحترام لرغبتها في تقييم هذا السلوك. ومن ثم يعد إجهاض المرأة المغتصبة لجنينها عذراً قانونياً معفياً من العقوبة ، وقد أخذ بهذا الحكم قوانين كل من (إيطاليا وبولندا والبرازيل وآيسلنده والنرويج وألمانيا وبعض الولايات الأمريكية)[87].

ويعتبر القانون السوداني ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني القانونين العربيين الوحيدين اللذين جعلا من إجهاض المرأة المغتصبة عذراً قانونياً معفياً من العقوبة[88] .

وقد ظهر هذا الاتجاه على صعيد التشريع الجنائي بعد انعقاد المؤتمر الدولي التاسع لقانون العقوبات في مدينة لاهاي الهولندية سنة 1964 حيث تمخض المؤتمر عن إصدار التوصية التالية : "يجب الإكثار من عدد الحالات التي يباح فيها الإجهاض في الدول التي تعاقب عليه» [89].

الاتجاه الثالث : وهو الرأي الوسط ، حيث اعتبر إجهاض المرأة المغتصبة لجنينها عذراً قانونياً مخففاً أو ظرفاً قضائياً مخففاً ، حيث أخذت بنظر الاعتبار الباعث على الإجهاض كالقانون اللبناني والسوري والأردني والليبي والعراقي والاسباني والكولومبي[90]، فهذه القوانين وضعت في حساباتها سلفاً الحالة النفسية التي قد تعانيها المرأة الحامل بجنين مجهول هوية والده

87)حيث نصت الفقرة (٣) من المادة (٩) من قانون المشورة والتربية الجنسية والولادة والإجهاض الأيسلندي "... إذا ما اغتصبت المرأة أو أصبحت حبلى نتيجة لفعل أو آخر معاقب عليه" والفقرة (٧) من المادة (١) من القانون رقم (٥٠) لسنة ١٩٧٥ النرويجي المتعلق بإنهاء الحمل "إذا ما أصبحت المرأة حبلى بمقتضى الحالات المذكورة في الفصول (٢٠٧-٢٠٩) من قانون العقوبات أو أن الحمل كأن ثمرة ظروف مغطاة بالفصول (١٩٢-١٩٩) من قانون العقوبات ..." والفقرة (٢/٢) من المادة (٢١٨) من قانون العقوبات الألماني.

88)أنظر نص الفقرة (١/ب) من المادة (١٣٥) من القانون الجنائي السوداني والمادة (٢٥٥) من مشروع قانون العقوبات الفلسطيني.

89)د. ادوار غالي الذهبي ، مصدر سابق ، ص١٤١ ؛ تافكة عباس البستأني ، مصدر سابق ، ص١٠٠ ؛ د. كامل السعيد ، مصدر سابق ، ص٣٨٦.

90)حيث نصت المادة (٥٤٥) من قانون العقوبات اللبناني "تستفيد من عذر مخفف المرأة التي تطرح نفسها محافظة على شرفها كذلك يستفيد من العذر نفسه من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين ٥٤٢ ، ٥٤٣ للمحافظة على شرف إحدى فروعه أو قريباته حتى الدرجة الثانية « والمادة (٣٩٤) من قانون العقوبات الليبي «إذا ارتكب فعل من الأفعال المنصوص عليها في المواد المتقدمة صيانة لعرض الفاعل أو أحد ذوي قرباه ، تفرض العقوبات المبينة فيها مع تخفيضها بمقدار النصف». والمادة (٥٥١) من قانون العقوبات الإيطالي والفقرة (٤) من المادة (٤١٧) من قانون العقوبات العراقي نصت على أنه « ويعد ظرفاً قضائياً مخففاً إجهاض المرأة نفسها اتقاء للعار إذا كانت قد حملت سفاحاً ، وكذلك الأمر في هذه الحالة بالنسبة لمن أجهضها من أقربائها إلى الدرجة الثانية « والمادة (٥٣١) من قانون العقوبات السوري والمادة (٣٢٤) من قانون العقوبات الأردني «تستفيد من عذر مخفف المرأة التي تجهض نفسها محافظة على شرفها ويستفيد كذلك من العذر نفسه من ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المادتين ٣٢٢ ، ٣٢٣ للمحافظة على شرف إحدى فروعه أو قريباته حتى الدرجة الثالثة».

، ومن ثم قدرت هذه التشريعات وضعية هذه المرأة هي وأسرتها وما قد ينتابها من مشاعر وأحاسيس معينة فكأنما قدمت لها طريقة ما للتخلص من ثمرة هذا الحمل غير الشرعي ، إلا أن ما يؤخذ على هذه القوانين أنها ساوت في الحكم بين المرأة الزانية و المرأة المغتصبة ومن ثم فقد سامحت المرأة الزانية مرتين ، مرة على ارتكابها جريمة الزنا ومرة على إجهاضها لجنينها في حين أن المرأة المغتصبة لا حول لها ولا قوة عندما ارتكبت جريمة الاغتصاب ضدها ، ولذلك كأن تقديراً تشريعياً لمسامحتها عند إجهاضها لجنينها الذي هو ثمرة جريمة الاغتصاب[91].

(91) تافكة عباس البستاني ، مصدر سابق ، ص١٠٦-١٠٧.

الخاتمة

بعد دراسة إجهاض المرأة المغتصبة في الفقه الإسلامي وفي القانون الوضعي ، توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات الآتيه :

أولاً : النتائج :

بحث الفقهاء المسلمون مسألة الإجهاض بشكل عام ، ووضعوا معياراً فاصلاً محدداً متمثلاً في نفخ الروح في الجنين. فقبل نفخ الروح في الجنين، نجد أن وجهات نظرهم قد تباينت بين الإباحة المطلقة والإباحة المقيدة والكراهية والتحريم. أما بعد نفخ الروح ، فقد أجمع الفقهاء المسلمون على تحريم الإجهاض – إلا لعذر- واعتباره جناية تختلف عقوبتها باختلاف ما إذا ألقت الأم جنينها حياً ثم مات أو ألقته ميتاً.

لقد بحث علماء الأزهر الشريف مسألة إجهاض المرأة المغتصبة بعينها وكأن لهم فيها رأيين ، أحدهما مؤيد والآخر معارض. فالرأي المؤيد يذهب إلى القول بأن المرأة المغتصبة الحامل يحق لها أن تجهض نفسها على شرط عدم نفخ الروح في جنينها ومن ثم فمن الظلم معاقبة هذه المرأة مرتين على عمل إجرامي ارتكب في حقها أثمر طفلاً مجهول النسب. أما الرأي المعارض فيرى أنه لا يحق للمرأة المغتصبة الحامل الإجهاض مطلقاً لأن حفظ الروح وحفظ النفس مقدم على أي شيء، فالإجهاض في مثل هذه الحالة إنما هو ارتكاب جريمة لاحقة لإخفاء أثر جريمة الاغتصاب كما أن الإجهاض هو أبشع من الاغتصاب لأن فيه قتلاً لنفس بشرية.

يعد حكم الشريعة الإسلامية في تجريم الإجهاض أوفق من حكم القانون الوضعي ، فلا فرق في الجزاء على الإجهاض بين رضا المرأة الحامل به أو عدم رضاها هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لا فرق بين الإجهاض المفضي إلى موت المرأة الحامل والإجهاض غير المفضي إلى موتها لأن عقوبة الإجهاض مستقلة تماماً عن عقوبة إزهاق روح المرأة الحامل . في حين نجد القانون الوضعي قد ناقض نفسه بنفسه ، فمن جهة القانون الوضعي لم يعتد برضا الحامل عند تجريمه للإجهاض وبعد ذلك جاء وفرق في العقوبة بين الإجهاض الواقع برضا الحامل عن الإجهاض الواقع بدون رضاها.

لا تقتصر وظيفة ومهمة القانون الجنائي على بيان الأفعال التي تعد جرائم وتحديد عقوباتها،بل إن هدفه أبعد من ذلك،فهدف القانون الجنائي يتضمن إيجاد حلول قانونية للمشاكل التي قد يقع أفراد المجتمع فيها، ومن ثم تبنت بعض التشريعات الجنائية العربية فكرة إجهاض المرأة المغتصبة كأحد هذه الحلول التي وجدت لتبرير مشروعية إجهاض المرأة المغتصبة وإيجاد سبيل قانوني لإنقاذها من محنتها.

لم تتفق التشريعات الجنائية العربية فيما بينها على مسألة التنظيم القانوني لإجهاض المرأة المغتصبة ، فغالبية هذه التشريعات لم تنظمها ، وبالمقابل هناك قسم من هذه التشريعات كالقانون الأردني والسوداني والعراقي والليبي ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني قد نظمت مسألة إجهاض المرأة المغتصبة.

اختلفت التشريعات الجنائية العربية في تحديد تكييفها القانوني لإجهاض المرأة المغتصبة على ثلاثة اتجاهات: الاتجاه الأول جعله عذراً قانونياً معفياً من العقاب ويمثله القانون السوداني ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني والاتجاه الثاني جعله عذراً قانونياً مخففاً للعقاب ويمثله القانون الأردني والسوري والليبي واللبناني والاتجاه الثالث اعتبره ظرفاً قضائياً مخففاً للعقوبة ويمثله القانون العراقي.

اختلفت التشريعات الجنائية العربية عند اشتراطها رضا وقبول المرأة المغتصبة لدى إجهاضها من قبل الغير على اتجاهين: الاتجاه الأول اشترط وجوب تحقق رضاها واحترام رغبتها وإرادتها عند إجهاضها ويمثله القانون العراقي والسوداني ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني أما الاتجاه الثاني فلم يعتد برضا وقبول هذا النوع من النساء التي حملت سفاحاً ويمثله القانون الأردني والسوري والليبي واللبناني ، فحتى وإن كانت المرأة المغتصبة عرضة إلى الإجهاض الإجباري من قبل الغير ، فالغير الذي يتولى إجهاضها يستفيد من أحكام تخفيف العقوبة بحقه وإن أجهضها بدون رضاها.

اختلفت التشريعات الجنائية العربية فيما بينها عند اشتراطها تحقق جريمة الاغتصاب لأجازة الاجهاض على اتجاهين: فالعبرة لدى الاتجاه الأول كون الجنين ثمرة اتصال جنسي غير مشروع سواء أكان برضا المرأة أم بدون رضاها وهو ما عبر عنه بحمل السفاح ويمثله القانون الأردني والسوري والعراقي والليبي واللبناني ، أما الاتجاه الثاني فقد اشترط تحقق جريمة الاغتصاب حصرا بحق المرأة لكي يحق لها الإجهاض ويمثله القانون السوداني ومشروع قانون

العقوبات الفلسطيني.

اتفقت التشريعات الجنائية العربية على اشتراط صفة معينة بحق الغير الذي يجهض المرأة المغتصبة الحامل وهي صفة القرابة منها ، لأنه طالما كأن إجهاضها اتقاء للعار وستراً لها من الفضيحة فقد أخذت بنظر اعتبار الصلة العائلية وصلة القرابة لكي يستفيدوا سوياً من أحكام تخفيف العقوبة باستثناء القانون السوداني الذي لم يحدد صفة معينة بحق الغير فمهما يكن هذا الشخص سواء أكانت له قرابة بالمرأة المغتصبة أم لم تكن له فهو يستفيد من حكم إجهاضه للمرأة المغتصبة الحامل.

اتفقت التشريعات الجنائية العربية على عدم وضع مدة زمنية قصوى تنتهي خلالها حق المرأة المغتصبة في إجهاض جنينها ، فحكم تخفيف العقوبة يسري أثره ولو أجهضت هذه المرأة نفسها قبل موعد الولادة بساعات قليلة ، في حين اشترط القانون السوداني أن لا تمضي مدة تسعين يوماً على بدء الحمل وبخلاف ذلك فلا يحق لها إجهاض نفسها بعد انقضائها.

اختلفت التشريعات الجنائية العربية فيما بينها في بيان حكمها القانوني لمسألة إجهاض المرأة المغتصبة على ثلاثة اتجاهات: الاتجاه الأول اعتبرها جريمة عادية أسوة ببقية الجرائم ويمثل هذا الاتجاه غالبية التشريعات الجنائية العربية كقوانين مصر وقطر والبحرين والإمارات والكويت واليمن وعمان والمغرب وتونس والجزائر ، أما الاتجاه الثاني فقد اعتبرها عذراً قانونياً مخففاً أو ظرفاً قضائياً مخففاً كالقانون الأردني والعراقي والسوري والليبي واللبناني ، في حين اعتبرها الاتجاه الثالث عذراً قانونياً معفياً من العقاب كالقانون السوداني ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني.

ثانياً : التوصيات:

نأمل من الدول العربية والتي لم تنظم مسألة إجهاض المرأة المغتصبة في تشريعاتها الجنائية ، التدخل تشريعياً وتنظيم وإيجاد نصوص قانونية تعالج هذه المسألة والاهتمام بها أسوة بالقانون الأردني والعراقي والسوداني والليبي والسوري واللبناني ومشروع قانون العقوبات الفلسطيني.

نرتأي من التشريعات الجنائية العربية التي نظمت مسألة إجهاض المرأة المغتصبة في قوانينها وضع مدة زمنية قصوى ينتهي بانتهائها حق المرأة المغتصبة في الإجهاض كأن تكون المدة (120) مائة وعشرين يوماً أو أقل من ذلك أسوة بما نص عليه القانون السوداني.

إن المجتمعات العربية لها أعراف وتقاليد واحدة وتاريخها وماضيها واحد وتعيش في بقعة واحدة من الكون فهي متقاربة بعضها من بعض إلى حد كبير. نأمل بأن ينعكس ذلك على تشريعاتها وقوانينها ، فمن الأفضل أن توحد أحكامها القانونية في مسألة إجهاض المرأة المغتصبة لا أن تكون مختلفة فيما بينها في الجزئيات أو الكليات.

نظراً لمعرفة الأطباء والمضمدين والممرضات وغيرهم من ذوي المهن الصحية والطبية بحالة المرأة المغتصبة الحامل ولقدرتهم الفنية أكثر من غيرهم على استخدام فنهم وعلمهم بحكم طبيعة عملهم ، نأمل من التشريعات الجنائية العربية أن تشملهم ___ أسوة بأقارب المرأة المغتصبة___ بحكم تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها ومن ثم فلا حاجة إلى تحديد معنى الغير بكونه قريباً للمرأة المغتصبة وأسوة بما نص عليه القانون السوداني.

استكمالاً للتوصية الرابعة، حبذا لو تم منح قدر معين من الرقابة والإشراف والعناية الطبية عند إجراء عملية الإجهاض على المرأة المغتصبة الحامل بضرورة إجرائها في إحدى المستشفيات أو المراكز الصحية لكي تكون تحت أعين ونظر الأطباء والممرضات وغيرهم من ذوي المهن الصحية ، بدلاً من إجرائها في الخفاء اتقاء لما يمكن أن يحدث من مشاكل صحية قد تؤدي إلى الإضرار أو الوفاة للمرأة المغتصبة.

من الأفضل على محكمة الموضوع والتي سبق لها أن نظرت في جريمة الاغتصاب وأصدرت حكما فيها،أن تكون هي ذاتها التي تنظر قضية إجهاض المرأة المغتصبة وذلك لأن فعل الإجهاض كأن سببه فعل الاغتصاب،كما أن هذه المحكمة هي أقدر من غيرها على تفهم واستيعاب قضية إجهاض المرأة المغتصبة.

استكمالاً للتوصية السادسة، نري أن على محكمة الموضوع جعل وقائع جلسات الاغتصاب والإجهاض كلتاهما سرية لغرض عدم التشهير بالمجني عليها وهي المرأة المغتصبة، كما أن سرية هذا النوع من جلسات المحاكم يؤكد ويقرر حكمة القانون عندما جعل إجهاض المرأة المغتصبة لجنينها عذرا قانونيا معفيا أو مخففا مراعاة لاعتبارات اجتماعية وأدبية وأخلاقية.

على جمعيات الدفاع عن حقوق المرأة ، القيام بالعديد من حملات التوعية الثقافية والإكثار من البرامج التلفازيه وعقد العديد من الاجتماعات والندوات واللقاء بأكبر شريحة من النسوة وضرورة توعيتهم قانونياً بحق المرأة المغتصبة الحامل بالإجهاض داخل المستشفيات أو المراكز الصحية وبعد تحقق شروط معينة.

ما فوق المصادر والمراجع

القرآن الكريم

المصادر والمراجع

أولاً : المعاجم والقواميس

ابن منظور ، لسان العرب ، ج(8) ، القاهرة : الدار المصرية للتأليف والترجمة.

محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، ط1 ، بيروت : دار الكتاب العربي ، 1981.

يوسف شلالة ،المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية (فرنسي – عربي) ، ط1 ، الإسكندرية : منشأة المعارف.

Bryan A. Garner، Black's Law Dictionary، eighth edition، St. Paul، MN: West، a Thomson business، 2004.

Dictionary of Criminal Justice Terms، longwood، FL.، Gould publications، 1990.

ثانياً : كتب الحديث الشريف والفقه الإسلامي

ابن حزم الظاهري ، المحلى ، المجلد الثامن ، ج(11) ، القاهرة : مطبعة الامام.

د. أحمد فتحي بهنسي ، القصاص في الفقه الإسلامي ، ط5 ، القاهرة : دار الشروق ، 1989.

محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، الجامع الصحيح المختصر ، (ت256هـ)، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا ، دار ابن كثير / اليمامة ، بيروت ، ط3 ، 1987.

أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى ، ج6،

(ت458هـ)، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، مكة المكرمة: مكتبة دار الباز ، 1994.

مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري صحيح مسلم، (ت261هـ)، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، بيروت: دار إحياء التراث العربي.

الإمام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج(7) ، ط2 ، بيروت : دار الكتاب العربي ، 1982.

د. عيسى العمري ود. محمد شلال العاني ، فقه العقوبات في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) ، ط2 ، عمان : دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ، 2003.

أحمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج1، (ت241هـ)، القاهرة : مؤسسة قرطبة.

الإمام محمد ابو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي ، ج (العقوبة) ، القاهرة : دار الفكر العربي ، 1990.

محمد سلام مدكور،الجنين والإحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي،ط1 ، القاهرة : دار النهضة العربية ، 1969.

محمود مطلوب أحمد ود. خالد رشيد الجميلي ، الفقه الجنائي ، ط1 ، بغداد ، مطبعة جامعة بغداد ، 1984.

ثالثاً : الكتب القانونية :

د. أحمد علي الخطيب ود. حمد عبيد الكبيسي ود. محمد عباس السامرائي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط1 ، الموصل ، مؤسسة : دار الكتب للطباعة والنشر ، 1980.

د. ادوار غالي الذهبي ، شرح قانون العقوبات الليبي (القسم الخاص) ، ط1 ، بنغازي : منشورات الجامعة الليبية ، 1971.

د. أكرم نشأت إبراهيم ، القواعد العامة في قانون العقوبات المقارن ، ط1 ، بغداد : مطبعة الفتيان ، 1998.

تافكة عباس البستاني ، حماية المرأة في القانون الجنائي العراقي ، دراسة مقارنة ، ط1 ، أربيل : مطبعة جابخانة ى نازة ، 2005.

د. سليم إبراهيم حربة ، القتل العمد وأوصافه المختلفة ، ط1 ، بغداد : مطبعة بابل ، 1988.

شريف بدوي، جنايات وجنح الضرب والإجهاض في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى عام 1987 ، ط1 ، القاهرة : دار الثقافة للطباعة والنشر ، 1988.

د. ضاري خليل محمود ، أثر رضا المجني عليه في المسؤولية الجزائية ، ط1 ، بغداد : دار القادسية للطباعة ، 1982.

د. عبد الحميد ألشواربي ، الظروف المشددة والمخففة للعقاب ، ط1 ، الإسكندرية : دار المطبوعات الجامعية ، 1986.

د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) ، ط1 ، القاهرة : دار النهضة العربية ، 1982.

د. كامل السعيد ، شرح قانون العقوبات الأردني (الجرائم الواقعة على الأنسان) ، ط2 ، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2006.

د. محمد زكي أبو عامر ود. علي عبد القادر القهوجي ، قانون العقوبات (القسم العام) ، ط1 ، بيروت : الدار الجامعية للطباعة والنشر ، 1984.

د. محمود نجيب حسني ، شرح قانون العقوبات / القسم الخاص (جرائم الاعتداء على الأشخاص) ، ط1 ، القاهرة : دار النهضة العربية ، 1978.

رابعاً : المقالات :

مجدي محمد ، وسط موجة من الجدل ... مجمع البحوث الإسلامية يتجه للموافقة على مشروع قانون يجيز إجهاض المغتصبة قبل مرور 120 يوماً على حملها ، صحيفة المصريون في 26/12/2007.

محمد خليل ، جدل في الأزهر بسبب فتوى تجيز إجهاض الأنثى المغتصبة في أي وقت اعتبرته ستر لها من وزر لم ترتكبه ، جريدة الشرق الأوسط ، العدد 10607 في 13/12/2007.

خامساً : القوانين

قانون العقوبات الألمأني

قانون العقوبات النرويجي

قانون العقوبات الليبي

قانون العقوبات اللبناني

قانون العقوبات العراقي

قانون العقوبات الإيطالي

قانون العقوبات القطري

قانون العقوبات الاتحادي الإماراتي

قانون الجرائم والعقوبات اليمني

القانون الجزائي العربي الموحد

قانون العقوبات السوري

القانون الجنائي السوداني

قانون العقوبات الجزائري

قانون الجزاء الكويتي

قانون العقوبات البحريني

قانون الجزاء العماني

القانون الجزائي الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

مشروع قانون العقوبات الفلسطيني

قانون العقوبات المصري

سادساً : الرسائل العلمية

جاسم لفتة سلمان ، جريمة الإجهاض في النظامين الرأسمالي والاشتراكي / دراسة قانونية مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة بغداد ، بغداد ، 1980.

د. هدى سالم الأطرقجي ، التكييف القانوني للجرائم في قانون العقوبات العراقي (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه ، جامعة الموصل ، الموصل ، 2000.

سابعاً : مواقع الأنترنت

52. قاعدة التشريعات والاجتهادات المصرية
http://www.arablegalportal.org/egyptverdicts/About.aspx#top

53. منتدى رجل مصر www.egyptman.com

54. الموسوعة العربية arab-ency.com

55. إسلام أون لاين___نت http://www.islamonline.net

56. المصريون - صحيفة يومية مستقلة www.almesryoon.com

57. جريدة البديل www.elbadeel.net