

## الحماية الجنائية للجنين دراسة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

فلة زردومي (باحثة دكتوراه)

جامعة باتنة 1

zerdoumif@gmail.com

### ملخص:

حفظ النفس والنسل من المقاصد الكلية ومن مراتب الضرورات الخمس، وقد اتخذت مختلف التشريعات كل السبل والتدابير والضمانات الكفيلة لوجود الجنين واستمرار حياته، من هنا طُرحت مسألة الإجهاض بأبعادها وجوانبها المختلفة، واعتبرت من المسائل غير الشخصية المتعلقة بالحرية الفردية، بل تتعلق بحق الله تعالى وحق المجتمع والإنسانية، وقد جاءت الدراسة لبيان المسألة في جانبها الفقهي والقانوني، بتحديد ماهية الحماية الجنائية للجنين، ونظرة الفقه الإسلامي إلى الإجهاض والعقوبة المترتبة عنه، ونظرة المشرع الجزائري من خلال قانون العقوبات.

الكلمات المفتاحية: الحماية الجنائية، الجنين، الإجهاض.

### Abstract:

The conservation of the soul and the offspring are one of the global objectives thus of the order of the five necessities, with the taking of the various legislations of all the means, the measures and the guarantees of the existence of the embryo and the Continuity of his life, from here raised the issue of abortion in these various dimensions and aspects, and is considered among the non-personal issues relating to individual freedom, but the right of God and the right of society And of humanity, the spread on the study allowed the clarification of this question in its doctrinal and legal parts, with determination what the penal protection of the fetus, and the look of the Islamic jurisprudence to the abortion and the Punishment resulting from this, and the vision of the Algerian legislator, highlighting the penal code.

Key words:The penal protection; Fetus; Abortion.



## مقدمة:

أحاطت شريعة الإسلام حياة الإنسان بسياج من الحماية، فغلظت تحريم الاعتداء عليها ورتبت عقوبة المحاسبة في الآخرة وعقوبة دنيوية على رأسها القصاص، وقد خطت القوانين الوضعية حُطًى تقترب فيها من حُطّ الشريعة الإسلامية يجعلها الحياة الإنسانية من الأولويات والمقاصد الضرورية التي حرصت عليها من جانبي الوجود والعدم.

وإضفاء الحماية الجنائية حفظاً لهذه الحياة يثير عدة تساؤلات، فهل تسري على حياة الجنين؟ خاصة أنه لا يحلّ حتى كتم وجوده، فقد قال الزمخشري في تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ﴾ (البقرة 228): "ويجوز أن يراد اللاتي يبغين إسقاط ما في بطونهن من الأجنّة فلا يعترفن به ويجحدنه لذلك، فجعل كتمان ما في أرحامهن كناية عن إسقاطه، "إن كنّ يؤمن بالله واليوم الآخر" تعظيم لفعلهنّ وأنّ من آمن بالله وبعقابه لا يجترئ على مثله من العظائم"<sup>(1)</sup>.

فهل يرتقي الجنين إلى اعتباره نفساً إنسانية كاملة؟ وبالتالي منع أي اعتداء عليه؟ وهل تسري الحماية الجنائية المقررة لحياة الإنسان عليه أيضاً؟ وكيف نظر كل من الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري إلى ذلك؟

للإجابة جعلت خطة البحث كالآتي:

المبحث الأول: بيان مدلول مصطلحات البحث (الحماية الجنائية، الجنين، الإجهاض)

المبحث الثاني: الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي

المبحث الثالث: الحماية الجنائية للجنين في قانون العقوبات الجزائري

المبحث الأول: بيان مدلول مصطلحات البحث

المطلب الأول: تعريف الحماية الجنائية

1- تعريف الحماية:

- لغة: حميته حماية، إذا دافعت عنه، وهذا شيء حمى أي محظور لا يُقرب<sup>(2)</sup>.  
- اصطلاحاً: تكون الحماية متعلقة بالحقوق المدنية أو الجنائية وغيرها، فهي مطلق الحفظ والدفع بكل وسيلة ممكنة للشيء الذي تضاف إليه.  
وتدل على الاحتياط المرتكز على وقاية الشخص أو المال ضد المخاطر وضمان أمنه وسلامته<sup>(3)</sup>. فهي الإجراءات المتخذة من المشرع لحفظ شيء والدفاع عنه، والوقاية من الاعتداء عليه لتأمين سلامته.

## 2- تعريف مصطلح الجنائية: نسبة للجنائية وهي:

- لغة: الذنب والجُرم، وما يفعله الإنسان مما يوجب العقاب في الدنيا والآخرة<sup>(4)</sup>.  
- في الاصطلاح الفقهي المالكي: "ما يحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضرّ حالاً أو مآلاً"<sup>(5)</sup>. فالجنائية هي كل تعدّ واقع على نفس الإنسان أو أعضائه أو منافعه.

## 3- الحماية الجنائية في الفقه الإسلامي:

تحدث الفقهاء عن الجنائية بصفة عامة وعدّوها كل ما يتعرض له الإنسان من النيل في حياته وسلامة جسمه أو أحد أطرافه والمتمثلة في إزهاق الروح أو الجرح أو الضرب أو الإجهاض، بينما يطلقها البعض على جرائم الحدود والقصاص<sup>(6)</sup>، وعليه فالحماية الجنائية هي مجموع الأحكام الشرعية التوقيفية أو الاجتهادية من أجل حفظ النفس وكل ما يمس سلامة الإنسان.

## 4- الحماية الجنائية كمصطلح قانوني:

هي من قبيل نسبة الحماية إلى الجنائية، ونسبة الشيء إلى سببه المحقق له، لأن الحماية يجب أن تقتنر بالجزاء لتحقيقها، فوظيفة القانون الجنائي حماية قيم ومصالح وحقوق ذات أهمية تستدعي عدم الاكتفاء بالحماية المقررة في فروع القانون الأخرى<sup>(7)</sup>. وهي سعي المشرع نحو توفير الحد الأقصى من الحماية لطائفة المصالح الأساسية والقيم الجوهرية في المجتمع<sup>(8)</sup>.



## المطلب الثاني: تعريف الجنين

1- في اللغة: هو الولد ما دام في البطن، وهو مشتق من جنّ، أي استتر<sup>(9)</sup> لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَنْتُمْ أَجْنَةُ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ...﴾ (النجم 32)، قال القرطبي في تفسيرها: "سمي جنينا لاجتئانه واستتاره"<sup>(10)</sup>.

## 2- في الفقه الإسلامي:

وقع اختلاف قديما وحديثا حول المدة الزمنية التي يتم فيها خلق الجنين ونفخ الروح فيه استنادا لتفسيرهم لحديث ابن مسعود عن الرسول (صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) قال: ﴿لَإِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ مَلَكًا فَيُؤَمِّرُ بِأَرْبَعٍ، بِرِزْقِهِ وَأَجَلِهِ وَعَمَلِهِ، وَشَقِيٍّ أَوْ سَعِيدٍ، ثُمَّ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ...﴾<sup>(11)</sup>، وذهب بعض المعاصرين إلى تأويل الحديث وفق ما يتماشى مع الأبحاث الطبية الحديثة، واعتبار المراحل الثلاثة الأولى من الحمل تتم في الأربعين يوما الأولى<sup>(12)</sup>، لكن أغلب العلماء على أن نفخ الروح يكون بعد مائة وعشرين يوما<sup>(13)</sup>، وذلك لا ينفي الحياة عنه منذ التلقيح، فهو كائن حي في تطور مستمر ومعقد وله خلايا شخص متميز منفرد بذاته<sup>(14)</sup>.

لذلك نجد الشرع قد أثبت حقوقا مالية للجنين كالوصية والوقف والميراث<sup>(15)</sup>، وأباح لأمه الإفطار في رمضان حفاظا عليه.

وعليه: الجنين كمصطلح وصف يطلق عليه ابتداءً من وقت تلقيح البويضة والتصاقها بجدار الرحم، لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾ (المؤمنون 13)، والقرار المكين هو المكان الآمن والصالح لنموه وهو الرحم، وحمايته للنطفة تبدأ عند انغراسها فيه، وهي بداية الجنين، فهو كائن حي لا روح فيه، ينمو ويتحرك لا إراديا إلى أن يأمر الملك أن ينفخ فيه الروح، حتى ينشئه الله خلقا آخر، وهي مرحلة النشأة الجديدة، واتخاذ الجنين شكله الإنساني المميز، قال تعالى: ﴿ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ﴾ (السجدة 90)، فنفخ الروح يكون بعد التسوية، ورغم الاختلاف في تأويل هذه الآية إلا أن الإمام الطبري يقول: "وأولى الأقوال في ذلك بالصواب قول من قال: عنى

بذلك نفخ الروح فيه، وذلك أنه ينفخ الروح فيه فيتحول خلقا آخر إنسانا وكان قبل ذلك بالأحوال التي وصفه الله أنه كان بها من نطفة وعلقة ومضغة وعظم وينفخ فيه الروح، يتحول عن تلك المعاني كلها إلى معنى الإنسانية كما تحول أبوه آدم بنفخ الروح فيه في الطينة التي خلق منها إنسانا وخلقاً آخر...<sup>(16)</sup>.

ونجد الإمام مالك عندما سُئل عن رجل يضرب امرأة فتلقي مضغة أو علقه ولم يستتب شيء منها، يجيب: "إذا ألقته فعلم أنه حمل، وإذا كانت مضغة أو علقه أو دما ففيه الغرة وتتقضي به العدة من الطلاق..."<sup>(17)</sup>، وقال المالكية: "علامة الحمل كونه حملا إذا صبّت عليه الماء الحار لم يذب"<sup>(18)</sup>.

### 3- في الاصطلاح القانوني:

لم يتعرض قانون العقوبات لبيان ماهية المحلّ الذي يقع عليه الفعل الإجرامي وهو بصدد تنظيم الجرائم التي تمس الحياة أو ما يتعلق بإجهاض الحامل، وترك ذلك لاجتهاد شراح القانون الجنائي.

والمادة (25) من التقنين المدني وما يقابلها من مواد في التقنينات الأخرى، تقرّ بأنّ الحمل المستكن يتمتع بالحماية القانونية، وهذا ما يتأتى من مبدأ إمكانية الجنين التمتع بالحقوق.

لذلك نجد المشرع في المادة (304) من قانون العقوبات عند حديثه عن جريمة الإجهاض يذكر أنّ "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها...". وعليه نجد اتجاه الفقه الجنائي إلى اعتبار الجنين المستكن في رحم أمه، استنادا للمدلول الضيق للرحم<sup>(19)</sup>.

### المطلب الثالث: تعريف الإجهاض

نعرفه باعتباره الحلقة الرئيسية التي يدور حولها الموضوع لكونه الصورة التي يتم فيها الاعتداء على الجنين وحقه في الحياة.

1- لغة: من فعل جهض: زوال الشيء عن مكانه بسرعة، وأجهضه عن الأمر أي أعجله، والحامل ألقته ولدها لغير تمام<sup>(20)</sup>.



ويطلق الإجهاض في اللغة على: إلقاء الحمل ناقص الخلق أو ناقص المدة سواء من المرأة أو غيرها، بفعل فاعل أو تلقائياً فمعناه عام.

## 2- في اصطلاح الفقه الإسلامي:

يعبر الفقهاء عن الإجهاض بمرادفات كالإسقاط، الإلقاء، الطرح، الإملاص<sup>(21)</sup>. فاستعمل المالكية والحنابلة "الإسقاط والإلقاء"<sup>(22)</sup>، أما الشافعية فاستعملوا "الإجهاض"، قال الشريبي: "...وأما في قصاص الطرف أو حدّ القذف فلأنّ في استيفائه قد يحصل إجهاض الجنين، وهو مُتلف له غالباً..."<sup>(23)</sup>. واستعمل الحنفية "الإملاص" وهو: إنزال الجنين قبل أن تكتمل مدة الحمل<sup>(24)</sup>، وأقل مدة الحمل ستة أشهر.

ومن خلال تدرّج أقوال الفقهاء في تطور الخلقة والتسوية، تدرّجت أقوالهم في حكم الإجهاض فمنهم من جعل مناط الحكم بانعقاد المنى نطفة، ومنهم من جعله ظهور الخلقة، ومنهم من جعله نفخ الروح.

## 3- في الاصطلاح القانوني:

لم يعرف المشرّع الجزائري الإجهاض كأغلب القوانين الوضعية، واكتفى بإيراد النصوص المبينة لمختلف جرائم الإجهاض مع تحديد أحكامها وعقوباتها، وتناول جريمة الإجهاض في المواد (313-304) من قانون العقوبات، ورغم اختلاف رجال الفقه والقضاء في محاولاتهم لتعريفه إلا أنهم يشتركون في معنى كون الحق المعتدى عليه هو "حق حياة الحمل".

ويذهب بعض القانونيين إلى أنه: "إسقاط الحمل وإنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة أو قتله عمداً في الرحم"<sup>(25)</sup>.

## 4- في الاصطلاح الطبي:

هو: "طرح محصول الحمل قبل أن يكون قابلاً للحياة خارج الرحم"<sup>(26)</sup>، ورغم اختلاف الطب في تحديد وقت مدى قابلية الجنين للحياة، إلا أنهم يتفقون حول أنّ نزول الجنين بعد هذا الوقت لا يعتبر إجهاضاً بل ولادة قبل أوانها.



## 5- أنواع الإجهاض:

يتجه الباحثون والمختصون إلى تصنيف الإجهاض إلى ثلاثة أنواع:

أ/ الإجهاض الطبيعي التلقائي، وهي حالة طبيعية لدى بعض النساء تحتاج للعلاج.

ب/ الإجهاض الاجتماعي الجنائي.

ج/ الإجهاض العلاجي إنقاذاً لحياة الأم.

❖ والمقصود بدراسة جريمة الإجهاض أو الإجهاض الجنائي، ويحدث في مختلف

الطبقات الاجتماعية بدوافع مختلفة.

❖ وعليه فالحماية الجنائية للجنين هي التدخل الفقهي والقانوني لحماية الجنين من

أي اعتداء يؤثر على حقه في الحياة، وعلى سلامته مستقبلاً، بما يتقرر من جزاءات

وعقوبات تلحق كل من يعتدي عليه.

أو مجموع الإجراءات المتخذة من طرف المشرع لدفع جميع الأفعال غير المشروعة

المؤدية إلى الإضرار بالجنين قبل موعد ولادته الطبيعي.

### المبحث الثاني: الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي

إن الاعتداء على النفس يشكّل اعتداءً فاضحاً على كيان المجتمع،

قال تعالى: ﴿مَنْ أَجْلٍ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ

فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا...﴾ (المائدة 32).

### المطلب الأول: جريمة الإجهاض بعد نفخ الروح في الجنين

#### أولاً: أقوال الفقهاء

اتفق الفقهاء على أن الإجهاض محرّم بعد نفخ الروح، وذلك بعد مرور مائة وعشرين

يوماً على الحمل، ودخول الجنين مرحلة الإنسانية أي بعد اكتمال التخلق ونفخ الروح

معتمدين على حديث ابن مسعود السابق، وأنّ ذلك يعد جريمة وجناية على حي

متكامل الخلق، قال ابن تيمية: "إسقاط الحمل حرام بإجماع المسلمين وهو من

الوآد"<sup>(27)</sup>. قال الدردير المالكي: "وإذا نفخت فيه الروح حُرّم إجماعاً"<sup>(28)</sup>.



### ثانيا: من أدلة التحريم

1- الآيات الدالة على تحريم قتل النفس والولد، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ (الأنعام 105)، فهي دالة على النهي والترهيب من قتل النفس، وبما أن الجنين بعد نفخ الروح فيه، نفس محترمة فلا يجوز قتله.

2- قضى الرسول (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) في جنين امرأة من بني "لحيان" سقط ميتا بغرة<sup>(29)</sup>، قال ابن حجر: "وقد شرط الفقهاء في وجوب الغرة انفصال الجنين ميتا بسبب الجنابة فلو انفصل حيا ثم مات وجب فيه القود أو الدية كاملة"<sup>(30)</sup>.

فوجوب الدية في قتل الجنين دليل على تحريم إسقاطه، والموجب لها كل جنابة ترتب عنها انفصال الجنين ميتا، سواء كانت الجنابة نتيجة فعل، قول، ترك، ولو من الحامل نفسها أو زوجها عمدا أو خطأ<sup>(31)</sup>.

3- انعقد الإجماع على وجوب تأجيل العقوبة المترتبة على الأم إلى حين تضع حملها وترضعه استدلالا بقصة "الغامدية".

إذن تحريم الإجهاض في هذه المرحلة يرتقي إلى تحريم قتل الإنسان، ويكتسب الفعل كافة آثاره، ولذلك نجد ابن حزم يقول بوجوب القود لمن تعمّد قتل الجنين بعد نفخ الروح فيه.

### المطلب الثاني: جريمة الإجهاض قبل نفخ الروح

باستقراء المسألة في مصادر المذاهب الفقهية، تبين أن الفقهاء اختلفوا إلى ثلاثة أقوال.

#### أولا: القول الأول

حرمة الاعتداء مطلقا على الجنين، بإجهاضه منذ علوق النطفة في الرحم، وإليه ذهب بعض الحنفية، قال السرخسي: "فهو معدّ للحياة فيجعل كالحي"<sup>(32)</sup>، وقاله أكثر المالكية، فقد ذهب الدردير إلى القول بأنه لا يجوز إخراج المني المتكوّن في



الرحم ولو قبل الأربعين يوما، وهو المعتمد في المذهب<sup>(33)</sup>، وإليه ذهب الغزالي من الشافعية فقال: "وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جناية..."<sup>(34)</sup>، ومن الحنابلة ابن رجب وابن الجوزي<sup>(35)</sup>.

#### ومن أدلتهم:

- 1- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾، ووجه الدلالة: أن الله حرّم قتل الإنسان وذلك يقتضي حرمة قتل أصله وهو الجنين.
- 2- قوله تعالى: ﴿أَلَمْ نَخْلُقْكُمْ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ ❖ فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾ (المرسلات 20-21)، ووجه الدلالة: أن الماء إذا وصل إلى الرحم استقر في قراره المكين، فالاعتداء عليه بالإجهاض انتهاك لهذا القرار المكين<sup>(36)</sup>.
- 3- ما ثبت في السنة من ﴿لَمَّا أَنْ امْرَأَتَيْنِ مِنْ بَنِي هُدَيْلٍ رَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى، فَطَرَحَتْ جَبِينَهَا فَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ) بِغُرْقِهَا﴾<sup>(37)</sup>، والحديث أصل في إثبات دية الجنين<sup>(38)</sup>.
- 4- قاعدة سد الذرائع: فالقول بجواز إجهاض الجنين في فترة علوقه وتكوّنه قبل نفخ الروح فيه يفتح باب إجهاض جنين الزنا وللظروف الاجتماعية والاقتصادية...، وفتح لباب الحيل المحرّمة، فيضيع كون أصل الإجهاض التحريم، كما أن إباحته تفتح باب الانحراف والفواحش لسهولة التخلص من الآثار.
- 5- الاستدلال بقاعدة "رفع الضرر": فللإجهاض مضار على الأم فأغلبه يتم في ظروف سرية تؤدي أحيانا إلى إزهاق روح الأم قبل الجنين نتيجة استعمال الأدوات غير المناسبة أو العقاقير السامة، إضافة إلى الصدمات النفسية التي يخلفها على الأم لكونه اعتداء على مشاعر الأمومة الفطرية.

#### ثانيا: القول الثاني

جواز الإجهاض مطلقا منذ التلقيح إلى قبيل نفخ الروح، فالجنين لا يعدو أن يكون نطفة أو علقة أو مضغة وهي أوصاف لا تُثبت مسمّى الإنسانية، وإلى هذا ذهب بعض



الحنفية، قال الكاساني: "وإن لم يتبين شيء من خلقه فلا شيء فيه لأنه ليس بجنين وإنما هو مضغة"<sup>(39)</sup>، وقال به الشافعية وبعض الحنابلة<sup>(40)</sup>.

#### ومن أدلتهم:

- 1- الجنين ما لم يتخلق فليس آدمياً.
  - 2- قوله تعالى: ﴿وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ﴾، فما لم تحلَّ الروح لا يبعث، فيؤخذ منه لا يُحرم إسقاطه<sup>(41)</sup>.
  - 3- القياس على العزل: قال ابن حجر: "ويتفرع من حكم العزل حكم معالجة المرأة إسقاط النطفة قبل نفخ الروح، فمن قال بالمنع هناك ففي هذه أولى، ومن قال بالجواز فيمكن أن يلحق به"<sup>(42)</sup>.
- فهذا الاتجاه ركز على عدم استبانة خلق السقط، بناء على قرائن الحال والتجربة آنذاك.

#### ثالثاً: القول الثالث

فرّقوا بين مرحلة النطفة وما بعدها، فأباحوا الإجهاض في المرحلة الأولى فقط، وهو قول جمهور الحنفية، وهم في هذا مع المجيزين للإسقاط مطلقاً قبل نفخ الروح، وهو الراجح عند الشافعية<sup>(43)</sup>، وهو المذهب عند الحنابلة<sup>(44)</sup>، وقول مرجوح عند المالكية<sup>(45)</sup>.

#### ومن أدلتهم:

- 1- قوله (صلى الله عليه وسلم): ﴿إِذَا مَرَّ بِالنُّطْفَةِ ثِنْتَانِ وَأَرْبَعُونَ لَيْلَةً بَعَثَ اللَّهُ إِلَيْهِ مَلَكًا فَصَوَّرَهَا وَخَلَقَ سَمْعَهَا وَبَصَرَهَا وَجُلْدَهَا وَلَحْمَهَا وَعَظْمَهَا﴾<sup>(46)</sup>. ووجه الدلالة: أنه ليس كل نطفة تصير ولداً وذلك عقب الأربعين الأولى وحين يكتب رزقه وأجله وعمله وشقاوته وسعادته ثم للملك فيه نظر آخر في وقت آخر وهو تصويره... وذلك إنما يكون في الأربعين الثالثة وهي مدة المضغة..."<sup>(47)</sup>.
- والحقيقة أن التفريق لا يرتكز لمعيار موضوعي وطريقة الاستدلال بالحديث تُعارض بأحاديث أخرى صحيحة، والجمع أولى.
- 2- القياس على العزل، فكما يجوز العزل، يجوز الإسقاط.



#### رابعاً: المناقشة

- 1- ربط الشارع الحكيم الكثير من الأحكام بالجنين ولم يفرّق في ذلك بين وقت نفخ الروح وما قبله.
- 2- وأد الجنين قبل نفخ الروح اعتداء عليه، فلو تُرك لآل إلى مرحلة نفخ الروح وإلى خلق آخر، ولتُحقّق بعثته يوم القيامة.
- 3- القياس على العزل قياس مع الفارق، فالجنين ولدٌ انعقد وربما تصوّر، وفي العزل لم يوجد بالكلية وإنما تسبّب في عدم انعقاده<sup>(48)</sup>.
- 4- عدم استبانة خلق السقط هو الموجّه لهذا الاجتهاد، فهو اجتهاد تجاوزه الزمن، ولا يُنكر تغيير الأحكام بتغير الزمان.

#### خامساً: الترجيح في ضوء مقاصد الشريعة

بالتمعن في مختلف الأقوال والأدلة وما توصل إليه الطب الحديث فالراجح هو: الاتجاه الأول القائل بتحريم الإجهاض وتجريمه في كافة مراحل الجنين. يقول الغزالي: "وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة وإفساد ذلك جناية، فإن صارت مضغة وعلقة كانت الجناية أفحش وإن نُفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشا ومنتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حيا"<sup>(49)</sup>.

#### للاعتبارات الآتية:

- 1- الجنين كائن حي يتكون وينمو ويرتقي ويسير إلى التمام قبل وبعد نفخ الروح فيه على سبيل القطع وغلبة الظن، وأحكام الشرع تبنى على القطع وغلبة الظن.
- 2- من مقاصد الشريعة الضرورية حفظ النفس، والجنين هو أصل الإنسان ومآله، فالمحافظة عليه حفظ للنفس.
- 3- إحاطة الأسرة بالحماية، لئلا يؤول تجويز الإجهاض دون الضرورة الشرعية في مراحل تكوّن الجنين الأولى إلى فساد عظيم، ودرأ المفسد أولى من جلب المصالح.



4- تطور الطب الحديث كشف عن كون النطفة بعد العلق هي كائن يحمل خصائص الحياة في غاية الإعجاز، والفقهاء لم تتوفر لهم هذه المعرفة فجاءت اجتهاداتهم وفق إدراكهم المعرفي بالتجربة المتاحة آنذاك. وعليه: فالإجهاض في جميع مراحلها دون ضرورة يحددها أهل الاختصاص الثقة يعتبر جريمة، لمناقضته مقصد الشريعة في حفظ النفس والنسل الذي يعتبر ضرورة لحفظ النوع وعمارة الأرض، لذلك سعت الشريعة إلى المحافظة عليه من جانب الوجود بشرع الزواج ومن جهة العدم بدفع المفسد التي تخلّ بوجوده، فسدت الطرق المفضية إلى مناقضة النكاح بما يضادّ فطرة البشر من الاقتران المثلي، أو يحدث خلا كالأزنا والقذف والإجهاض.

### المطلب الثالث: عقوبة الجنين بالإجهاض

فيما يتعلق بأنواع العقوبة، فهي:

1- القصاص: واتفقوا على عدم وجوبه على المعتدي عمدا قبل نفخ الروح فيه إذا سقط مع حرمة الفعل<sup>(50)</sup>، واختلفوا في وجوبه بعد نفخ الروح سواء سقط ميتا أو وُلد حيا ثم مات من أثر الجنابة، فخالف ابن حزم وقال بوجوبه<sup>(51)</sup>، أما جمهور الفقهاء على عدم وجوبه لانتفاء قصد العمد فلا يكون إلا خطأ أو شبه عمد، واعتبروا قتل الجنين بضرب الأم شبهة تدرأ الحد<sup>(52)</sup>.

2- العُرّة: وهي نصف عشر دية الحر المسلم، وهي خمسة من الإبل<sup>(53)</sup>، واتفقوا على وجوب الدية الكاملة، إذا استهلّ حيا ومات من أثر الجنابة بعد ولادته وكان سقوطه لستة أشهر فصاعدا<sup>(54)</sup>.

3- الكفّارة: للعدوان على النفس المعصومة مطلقا، بعقوبة مؤمنة، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين.

4- الحرمان من الميراث: لقوله (صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ): «لَمَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَا يَرِثُهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ غَيْرُهُ...»<sup>(55)</sup>.

وهذه العقوبات توافق روح الشريعة وتحفظ مقاصدها الضرورية، وتسد الذريعة أمام منتهكي حرمة الله، والاحتياط بتسوية الاعتداء على الجنين لتحقيق المصالح.



### المبحث الثالث: الحماية الجنائية للجنين في قانون العقوبات الجزائري

حمى المشرع المرأة الحامل وحق الجنين في الحياة بمختلف النصوص فجرم الإجهاض، وعدّه من الجنايات والجنح الماسة بالأسرة والآداب العامة التي وردت في المواد (313-304)<sup>(56)</sup>.

وتميّز عن غيره من التشريعات العربية بحماية جنائية شاملة، بتجريمه للتحريض على الإجهاض بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ففي المادة (310) من قانون العقوبات: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرّض على الإجهاض ولو لم يؤدّ تحريضه إلى نتيجة ما...".

#### المطلب الأول: أركان جريمة الإجهاض

##### أولاً: محل الجريمة

حدده المادة 304: "كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها...".

##### ثانياً: الركن المادي

يتمثل في صدور نشاط من الجاني يؤدي إلى إسقاط الجنين أو إنهاء نموه قبل الموعد الطبيعي<sup>(57)</sup>، ويقوم على عناصر ثلاثة:

1- السلوك الإجرامي (فعل الإجهاض): إيجابياً كان أو سلبياً ففي الماد (304): "كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس..."، أما الفعل السلبي فيشترط أن يكون على عاتق الجاني الممتنع التزام قانوني ملزم بالقيام بفعل إيجابي<sup>(58)</sup>.

2- الوسيلة: كل طريقة محتملة مؤدية إلى النتيجة... أو بأي وسيلة أخرى...، ومن ذلك الوسيلة المعنوية كالتهديد والتخويف المؤدي للإجهاض، ويدل على ذلك قصة عمر بن الخطاب حينما كان خليفة واستدعى امرأة للشهادة فأصابها الهلع فأسقطت، فقضى لها بغرة.



**3- النتيجة:** بحدوث جريمة مادية ملموسة تتمثل في إنهاء الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي، سواء خرج حيا أو ميتا، وقد يؤدي الفعل إلى وفاة الحامل، أو إحداث عاهات مؤقتة أو دائمة لها<sup>(59)</sup>.

**4- علاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة:** وفي حالة الانتفاء لا تقوم جريمة الإجهاض<sup>(60)</sup>.

وإذا لم تتحقق النتيجة لسبب من الأسباب، فقد جرم المشرع الشروع في الإجهاض، إذ نصت المادة (304) "...أو شرع في ذلك يعاقب بحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دينار".

#### ثالثا: الركن المعنوي

وهو القصد الإجرامي، وتوجّه نية الفاعل للوصول إلى النتيجة فعلا أو تركا، مع العلم بتجريمه بنص المادة (304).

والفعل في حقيقته لا يتصور معه الخطأ مع العلم بحمل المرأة والعلم بكونه يؤدي إلى النتيجة المتمثلة في الإجهاض، وهذا يعني أنه لاعتباره تعدد يكفي القصد الجنائي العام.

#### المطلب الثاني: أطراف جريمة الإجهاض

تحصل جريمة الإجهاض بناءً على اسقاط الحامل للجنين بنفسها أو بالاستعانة بغيرها، وقد نصت المادة (306) بأنه إذا ثبت أن "الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير... الذين يرشدون عن طريق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 على حسب الأحوال...".

كما نصت المادة (110) المعدلة على عقوبة من يقوم بالتحريض على الإجهاض وإن لم يؤد إلى نتيجته، كما تمّ بيانه، إضافة إلى عقوبات تكميلية كالمنع 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 أو ظاهر أو مفترض... حسب ما نصت عليه المادة 311، وهذا يشمل الاشتراك أو الشروع في الجرائم ذاتها.



أما بالنسبة للمرأة الحامل إذا أجهضت نفسها، المادة 309: "تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1.000 دينار المرأة التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض"، والعقوبة لإلزام المرأة بالمحافظة على جنينها لئلا تتعرض لحق الجنين في الحياة فهو حق لا يجوز لأحد الاعتداء عليه.

وفيما يتعلق بصور الإجهاض فكلها ممنوعة ما عدا ما تستدعيه حالة الضرورة من إجهاض طبي تتطلبه المحافظة على حياة الأم، فالمادة 308 نصت "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية" وهذه الشروط تجعل صفة الجرمية تنتفي عن الإجهاض.

وعليه نقول إن المشرع الجزائري أحاط الجنين بحماية حصينة في مختلف مراحلها ونص على عقاب كل من أجهض حاملاً أو مفترض حملها سواء من المرأة نفسها أو من غيرها، وعدّ ذلك جريمة يستحق مرتكبها العقاب.

#### خاتمة:

من خلال ما تمّ بسطه يمكن الخلوص إلى النتائج التالية:

1- حفظ النفس والنسل من المقاصد الضرورية، والإجهاض يناقض هذين المقصدين ويعود عليهما بالإبطال، لذلك فهو محرّم سداً للذريعة التي تؤول إلى الاستخفاف بحق الحياة.

2- اتفاق الفقهاء على كون الاعتداء على الجنين يوجب العقوبة الدنيوية والأخروية.

3- أغلب الفقهاء على القول بأن نفخ الروح يكون بعد أربعة أشهر، وهذا لا ينفي صفة الإنسانية عن الجنين قبل ذلك، ولا أثر لهذا التفريق على تجريم فعل الإجهاض، لأن الجنين في مراحلها الأولى آيل لاستقبال الروح التي تصيرها آدمياً، فهو اعتداء على نفس مصانة محمية.

4- موقف المشرع الجزائري يتماشى مع تعاليم الشريعة الإسلامية.



- 5- حرص المشرع الجزائري على حماية حق الجنين بنصوص فعالة تجرّم كل فعل يشكل اعتداءً عليه من أي طرف كان، وبأي فعل أو وسيلة.
- 6- الاختلاف بين المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية هو في عدم تشديد العقوبة على المرأة التي تجهض نفسها دون تحريض أو مساعدة، واعتبار ذلك جنحة فقط، بينما ذلك جناية ولو كان في نفسها.
- 7- ضرورة إيلاء هذه المسألة المزيد من البحث في مجال الاعتداء على الجنين خارج الرحم، كالاغتداء على أطفال الأنابيب واستغلال الأجنة لاستخدامات لا أخلاقية.





الهوامش:

- (1) -الزمخشري: الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، دار الفكر، بيروت، ط1، 1997م، 272/1.
- (2) -الجوهري: الصحاح، تحقيق: عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، ط4، 1407هـ، ص2319.
- (3) - Gerard Cornu, Vocabulaire juridique Association, Henri Capitant, Presses Universitaires de France, 1987, p627 □
- (4) -ابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط3، 1414هـ، 154/14.
- (5) -الخطاب الرعيني: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، لبنان، ط3، 1412هـ، 277/6.
- (6) -ينظر: عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط7 - دت، مج 67/1.
- (7) -ينظر: خيرى أحمد كباش: الحماية الجنائية لحقوق الإنسان، دار الجامعيين، 2002م، ص7.
- (8) -أحمد فتحي سرور: أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، مصر، 1972، ص18-19.
- (9) -الفيروز آبادي: القاموس المحيط، دار الفكر، بيروت، دت - دت، ص1069.
- (10) -القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط5، 1996م. 110/17.
- (11) -البخاري: صحيح البخاري، دار طوق النجاة، ط1، 1422هـ، كتاب الأنبياء، رقم 3332، 418/6.
- (12) -ينظر: محمد علي البار: خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، جدة، 1995، ص10.
- (13) -القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 76/12.
- (14) -باحمد أرفيس: مراحل الحمل والممارسات الطبية على الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، دون ناشر، الجزائر، ط2، 2005، ص143.
- (15) -رغم عدم ثبوت الشخصية القانونية للحمل لأنه جزء من أمه، فقد قُررت له بعض الحقوق استثناءً، لكونه لا يكتسبها إلا عند الولادة، وما يجري قبلها لا يتعدى كونه إجراءات للحفاظ على نصيبه وممتلكاته، فالأمر يتعلق بالحفظ والاحتياط بالنسبة إلى احتمال مستقبله بكونه سيولد حياً، فهو مثلاً لا يرث بل يوقف له أوفر النصيبين، وبالتالي له أهلية استثنائية لا يُتوسّع فيها ولا يُفاس عليها.
- (16) -أبو جعفر الطبري: جامع البيان في تأويل القرآن، مؤسسة الرسالة، دت، 1420هـ، 18/19.
- (17) -مالك بن أنس الأصبحي: المدونة، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ، 360/4.
- (18) -ابن عرفة الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، 474/2، 408/4.



- (19) - هناك نظريات قانونية عالمية حول بداية اعتبار الجنين وثبوت الحماية له، كنظرية العلوق التي تبدأ من لحظة التصاق البويضة الملقحة في جدار الرحم، ونظرية التلقيح التي تعتبر حياة الجنين منذ الإخصاب، ينظر: منال مروان منجد: الإجهاض في القانون الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 2002م، ص57. والحقيقة أن الجنين يستحق الحماية ولو كان بويضة ملقحة وهو الرأي الذي يأخذ به كثير من فقهاء القانون والشريعة، وهذا يطرح مسألة المدلول الواسع للرحم، ويستدعي تدخل المشرع الجزائري لتجريم الاعتداء على اللقائح المخصبة خاصة مع تزايد الحاجة إليها، لكون مفهوم الجناية على الجنين التي حددها المشرع في النموذج الوحيد الذي عالجه هو جريمة الإجهاض.
- (20) - ابن فارس: مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دط، 1399هـ، 489/1، ابن منظور، لسان العرب، 131/7 - 132.
- (21) - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية: الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، دار السلاسل، طبع الوزارة، 1404 - 1427هـ، 56/2.
- (22) - الرعيني، مواهب الجليل، 258/6، 265/6، منصور بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقتناع، دار الكتب العلمية، دط - دت، 29/6 - 30.
- (23) - أحمد الخطيب الشربيني: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ، 280/5.
- (24) - محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، دط، 1414هـ، 87/26.
- (25) - مصطفى بن وارث: مذكرات في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 1995م، ص152.
- (26) - أميرة عدلي أمير: جريمة إجهاض الحامل في التقنيات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، دط، 2007م، ص14.
- (27) - تقي الدين ابن تيمية: مجموع الفتاوى، مجمع الملك فهد، المدينة المنورة، 1416هـ، 160/34.
- (28) - الدسوقي، الحاشية، 267/2.
- (29) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، رقم 6909، 11/9.
- (30) - أبو الفضل ابن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، 251/12.
- (31) - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة، 59/2.
- (32) - السرخسي، المبسوط، 87/26.
- (33) - الدسوقي، الحاشية، 266/2 - 267.



- (34) - أبو حامد الغزالي: إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، دط-دت، 51/2.
- (35) - أحمد ابن رجب: جامع العلوم والحكم، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط: 7، 1422هـ، ص157، عبد الرحمن بن الجوزي: أحكام النساء، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، دط، 1417هـ، ص306.
- (36) - محمد بن صالح العثيمين: شرح الأربعين النووية، دار الثريا للنشر، دط-دت، ص89.
- (37) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب الديات، رقم 6904، 11/9.
- (38) - ابن حجر، فتح الباري، 251/12.
- (39) - الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، 1406هـ، 325/7.
- (40) - محمد بن مفلح المقدسي: الفروع ومعه تصحيح الفروع، مؤسسة الرسالة، 1424هـ، 393/1.
- (41) - المصدر نفسه، 393/1.
- (42) - ابن حجر، فتح الباري، 310/9.
- (43) - شمس الدين الرملي: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، 1404هـ، 442/8.
- (44) - ابن رجب، جامع العلوم والحكم، 157/1.
- (45) - الرعيني، مواهب الجليل، 477/3.
- (46) - البخاري، صحيح البخاري، كتاب التوحيد، رقم 7016، 2713/6.
- (47) - يحيى بن شرف النووي: شرح النووي على صحيح مسلم، دار الخیر، دط، 1416هـ، كتاب القدر، ص146.
- (48) - ابن رجب، جامع العلوم والحكم، 157/1.
- (49) - أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، 51/12.
- (50) - ابن قدامة المقدسي: المغني، مكتبة القاهرة، دط، 1388هـ، 552/9.
- (51) - علي بن أحمد بن حزم: المحلى، دار التراث، القاهرة، دط-دت، 31/11.
- (52) - يذهب بعض المعاصرين إلى كون استخدام وسيلة طبية قاتلة كحقن وحبوب وغيرها بإرادة الأم أو غيرها مما يمكن إثباته مع تقدم العلم في تحديد الوفاة، فإذا قرر أهل الاختصاص ذلك؛ يجري حكم القتل العمد، ينظر: محمد أحمد الرواشدة: عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 23، العدد الأول 2007، ص444-445.
- (53) - محمد ابن جزى: القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا، دط، 1982م، ص352.
- (54) - ابن قدامة، المغني، 413/8 - 415.
- (55) - محمد بن علي الشوكاني: نيل الأوطار، دار الحديث، ط1، 1413هـ، 90/6.
- (56) - قانون العقوبات الجزائري، منشور على موقع رئاسة الجمهورية، الأمانة العامة للحكومة:  
<http://www.jorap.dz/TRV/AFam.pdf>



**الحماية الجنائية للجنين دراسة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري** ===== فلة زردومي

- (57) - علي قصير: الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير (بحث غير مطبوع)، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2008م، ص26.
- (58) - عبد الأحد جمال الدين: المبادئ الرئيسية في القانون الجنائي، دار الثقافة الجامعية، ط3، 1994م، ص296.
- (59) - محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 1994م، ص512.
- (60) - علي قصير، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري، ص30.

