



الباب الثالث

الإجهاض في القانون المصري

وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: أركان جريمة الإجهاض.

الفصل الثاني: عقوبة جريمة الإجهاض.

الفصل الثالث: موقف القانون المصري من دواعي الإجهاض.

الفصل الرابع: المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

في جريمة الإجهاض.

obeikandi.com

الفصل الأول

أركان جريمة الإجهاض

وفيه تمهيد وثلاثة مباحث:

← المبحث الأول: العنصر المفترض.

← المبحث الثاني: الركن المادي.

← المبحث الثالث: الركن المعنوي.



obeikandi.com

مَهَيِّدٌ

سنأخذ القانون المصري مثالاً للقوانين الوضعية في عملية المقارنة، باعتبار أن قانون العقوبات المصري أساسه القانون الفرنسي، وقد نظم قانون العقوبات المصري جريمة إسقاط الحوامل في الباب الثالث من الكتاب الثالث، وخصّص للإجهاض المواد الخمسة الأولى منه، وهي المواد من (٢٦٠) إلى (٢٦٤) منه، وسنورد تلك النصوص قبل الكلام عن الإجهاض؛ لكي تكون تحت نظر القارئ الكريم؛ وذلك على التوالي:

المادة (٢٦٠): كل من أسقط عمدًا امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة.

المادة (٢٦١): كل من أسقط عمدًا امرأة حبلى بإعطائها أدوية، أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدلالاتها عليها، سواء أكان برضاها أم لا يعاقب بالحبس.

المادة (٢٦٢): المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها، أو رضيت باستعمال الوسائل السالفة ذكرها، أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها، وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها.

المادة (٢٦٣): إذا كان المسقط طبيبًا أو جراحًا أو صيدليًا، أو قابلة يحكم عليها بالأشغال الشاقة المؤقتة.

المادة (٢٦٤): لا عقاب على الشروع في الإسقاط.

ويتبيّن من هذه النصوص: أن الإجهاض يقوم على ركنين بعد عنصر مفترض: ركن مادي، ركن معنوي، وتخصّص لكل ركن مبحثًا مستقلًا.

obeikandi.com

المبحث الأول العنصر المفترض

● مدلول العنصر المفترض^(١)

تقوم الجريمة - كما هو معلوم - على ركنين: ركن مادي، وركن معنوي.

أما الركن المادي: فيتمثل في المظهر الذي تبرز فيه الجريمة في العالم الخارجي، وهو يقوم على عناصر ثلاثة: السلوك فعلاً كان أم امتناعاً، والنتيجة وهي تتمثل في الاعتداء الذي يحدثه السلوك على الحق، أو المصلحة التي يضي عليها المشرع الحماية الجنائية، وأخيراً علاقة السببية الطبيعية التي تربط بين السلوك والنتيجة، فتجعل الثانية أثراً للأول.

أمام الركن المعنوي: فيراد به الرابطة النفسية التي تربط بين الجاني، وماديات الجريمة، وهو ما يعرف بالإذئاب أو الخطأ الجنائي.

هذا هو الحد الأدنى الذي تقوم عليه الجريمة، ولكن المشرع قد يخرج عن هذا الحد أو القدر، ويتطلب ضرورة أن يتوفر في بعض الجرائم عنصر مفترض، حتى تكتمل عناصر الجريمة، وهذا هو حال جريمة الإجهاض محل الدراسة.

(١) انظر في تحديد مدلول العنصر المفترض: القصد الجنائي في القانون المصري والمقارن للدكتور/ عبدالمهيمن بكر سالم - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة، ١٩٥٩م، رقم ٧٧ ص (١١٢)، والوسيط في قانون العقوبات: القسم العام للدكتور/ أحمد فتحي سرور ١٩٨١م رقم ٣٢٤ ص (٥٤٣)، وشرح قانون العقوبات - القسم العام للدكتور/ محمود نجيب حسني، ط: السادسة - دار النهضة العربية ١٩٨٩م رقم ٢٨ ص (٤٧)، وأثر العلم في تكوين القصد الجنائي للدكتور إبراهيم عيد نايل، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٩٠م رقم ٨٨ ص (٣١٥) وما بعدها.

● يلزم وجود حمل

جريمة الإجهاض سميت إجهاضاً؛ لأن محل الاعتداء في هذه الجريمة هو: إنزال الجنين، فيشترط في هذه الجريمة أن تكون المرأة التي وقع عليها الاعتداء حاملاً، أو بالأحرى أن يكون هناك جنين^(١). فوجود الحمل يعتبر ركناً أساساً لقيام جريمة الإجهاض في القانون المصري^(٢). والدليل على ذلك هو نصوصه، فالمادة (٢٦٠) من قانون العقوبات تنص على أن «كل من أسقط عمداً امرأة حبلى...»، كما تنص المادة (٢٦١) من ذات القانون على أن «كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية...».

(١) انظر: الإجهاض في جرائم الأعراس بين الشريعة والقانون للمستشار عزت حسنين ص(١٥).

(٢) نص القانون اللبناني في المادة (٥٤٤) من قانون العقوبات: أنه لا يشترط وجود حمل عند قيام الغير بإجهاض امرأة برضاها، وكذلك عند القيام بإجهاض امرأة بدون رضاها، وبمفهوم المخالفة نستنتج من ذلك: أنه عند قيام المرأة بإجهاض نفسها بنفسها أنه لا بد من وجود حمل.

وكذلك القانون الجزائري لا يستطيع وجود حمل، فقد نصت المادة (٢٠٤) من قانون العقوبات الجزائري على ذلك بقولها: «كل من أجهاض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية، أو باستعمال طرق أو أعمال العنف، أو بأي وسيلة أخرى؛ سواء وافقت على ذلك أو لم توافق، أو شرع في ذلك، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من خمسمائة إلى عشرة آلاف دينار.

وكذلك القانون السوري: لا يشترط وجود حمل، ففي المادتين (٥٢٨)، (٥٢٩) من قانون العقوبات السوري نلاحظ أن المشرع الوضعي في المادتين السابقتين بشأن قيام الغير بإجهاض امرأة برضاها (م ٥٢٨)، وبدون رضاها (م ٥٢٩) استخدام لفظ امرأة، ولم يقل امرأة حامل، وقبل أن تثور التكهات بين الفقهاء حول اشتراط وجود حمل من عدمه، فصل المشرع الوضعي في المسألة وقالها صراحة: بأن الجريمة قائمة حتى ولو كانت المرأة غير حامل؛ إذ يكفي أن يقوم الغير باستعمال وسائل على المرأة بقصد إجهاضها، معتقداً بوجود حمل، وهي في حقيقة الأمر غير حامل، فإذا فعل الغير ذلك برضا المرأة طبقنا المادة (٥٢٨ ع)، أمّا إذا كان استعماله لتلك الوسائل بدون رضاها، كانت المادة (٥٢٩ ع) هي محل التطبيق.

ويتأكد ذلك: بما جاء بنص المادة ٥٣٠ ع «تطبيق المادتين ٥٢٨، ٥٢٩ ولو كانت المرأة التي أجريت عليها وسائل الإجهاض غير حامل».

أمّا القانون الأردني: فقد اتفق الفقه والقضاء الأردنيان: على أن جريمة الإجهاض يفترض وقوعها على امرأة حامل، فإذا لم يكن هناك حمل، فلا مجال للحديث عن قيام هذه الجريمة.

أمّا القانون الكويتي: فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٧٤) على اشتراط وجود الحمل، والتي جاء بها: «كل من أجهاض امرأة حامل برضاها أو بغير رضاها...».

والمادة (٢٦٠) تتحدث عن وقوع الإجهاض بالضرب ونحوه من أنواع الإيذاء.

والمادة (٢٦١) تتحدث عن وقوع الإجهاض باستعمال أدوية أو وسائل مؤذية لذلك، وواضح أن المشرع الوضعي المصري في المادتين المشار إليهما يصف المرأة بأنها حبلى، ولا يذكر لفظ المرأة مجرداً، دون أن ينعته بهذه الصفة، الأمر الذي يستلزم توفر هذه الصفة في المرأة حتى تقوم هذه الجريمة المشار إليها في المادة (٢٦٠)، أو الجريمة المشار إليها في المادة (٢٦١)؛ يؤكد ذلك ما جاء في المادة (٢٦٢): «المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها، أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها، أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها، وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها»^(١).

وبهذا نعلم أن القانون المصري يجعل وجود الحمل أحد أركان الإجهاض، وأن عدم وجود الحمل يؤدي إلى عدم قيام الجريمة محل البحث، حتى في صورة الشروع، فالمادة (٢٦٤) عقوبات تنص على أنه «لا عقاب على الشروع في الإسقاط».

ولكن ما هو الحمل؟ تعددت الآراء في تعريف الحمل، فقد عرفه البعض بقوله^(٢): (هو البويضة الملقحة منذ التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية)، وعرفه البعض الآخر بأنه^(٣): (هو الجنين مستكناً في الرحم، والجنين هو بويضة المرأة، وقد لقحها الحيوان المنوي، فالجنين ثمرة الإخصاب). ولتحديد ماهية الحمل أهمية قصوى، حيث إن ذلك يمثل فاصلاً بين جريمة الإجهاض وجريمة القتل، حيث إنه بانتهاء الحمل يعاقب القانون المصري على السلوك الإجرامي وفق النصوص التي تحرم القتل في صورتيه (العمدي، غير العمدي).

= أما القانون التونسي: فقد نصت المادة (٢١٤) من قانون العقوبات التونسي على أن «كل من تولى أو حاول أن يتولى إسقاط حمل ظاهر، أو محتمل بواسطة أطعمة أو مشروبات أو أدوية أو أي وسيلة أخرى؛ سواء كان ذلك برضا الحامل أو بدون رضاها، يعاقب بخمسة أعوام سجنًا، وبخطية قدرها عشر آلاف دينار، أو بإحدى العقوبتين. ويتضح لنا: أن القانون الجنائي التونسي لا يشترط وجود الحمل، شأنه شأن أغلب القوانين الجنائية العربية. لمزيد من التفصيل بشأن القوانين الجنائية العربية - السالفة الذكر - يراجع: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنة ص (٤٩٧-٥٦٧).

(١) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنة ص (٦٦٢).

(٢) انظر: شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود محمود مصطفى ص (٢٩٤).

(٣) انظر: دروس في قانون العقوبات للدكتور محمود نجيب حسني ص (٢٢٠).

أمّا إذا وقع السلوك الإجرامي على امرأة حامل، فإنه تسري الأحكام المحددة في المادتين (٢٦١، ٢٦٢) من قانون العقوبات السالف الإشارة إليهما.

● بداية الحمل ونهايته

اختلف فقهاء القانون بشأن بداية الحمل، على رأيين:

الرأي الأول: يرى أن الحمل يبدأ مع التلقيح، ويستمر إلى أن تتم الولادة الطبيعية، فالحمل هو البويضة الملقحة منذ التلقيح؛ هذا هو الرأي الغالب في الفقه والطب^(١).

الرأي الثاني: يعتبر أن الحمل يبدأ بتمام زراعة البويضة الملقحة في حائط الرحم، والمسافة الزمنية بين التلقيح والزراعة حوالي اثني عشر، أو ثلاثة عشر يوماً؛ ذلك أن البويضة الملقحة تبقى ثلاثة أيام في قناة الرحم بعد التلقيح، وتهبط بعد ذلك إلى الرحم، فتمكث فيه عشرة أيام، وبعد انتهاء هذه المدة تقوم بالالتصاق في حائط الرحم، ويطلق على هذه العملية عملية الزراعة^(٢).

ويثور التساؤل حول: متى تعتبر المرأة حاملاً؟

يختلف بحسب تبني أي من الرأيين السابقين، والقانون المصري لم يحدّد الوقت الذي يبدأ فيه الحمل، والذي يعتبر الفعل من بعده إجهاضاً.

بالرغم من أن تبني أي وجهة نظر مما ذكرنا يؤدي إلى نتائج خطيرة.

فإذا قلنا: إن الحمل يبدأ مع التلقيح، كما معنى ذلك أن اللوالب والكثير من الأدوية التي تروجها هيئات تنظيم الأسرة تعتبر وسائل إجهاض، وليس وسائل لتحديد النسل؛ ذلك لأن هذه الأدوية تؤدي إلى إنهاء حمل موجود فعلاً، فهي تبدأ عملها بعد عملية التلقيح؛ ومن ثم يخضع من يستعمل تلك الأدوية لنصوص جريمة الإجهاض، ويكون موضوع مساءلة جنائية بمقتضى ذلك.

(١) انظر: شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود محمود مصطفى ص (٢٩٤).

(٢) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبدالفتاح لبنة ص (٥٨) وما بعدها.

أمّا لو أخذنا بوجهة النظر الأخرى، والتي تقوم على أن الحمل يبدأ مع زراعة البويضة الملقحة في حائط الرحم، فإن الوسائل السابق ذكرها تعتبر وسائل خاصة بمنع الحمل؛ إذ إنها تعمل قبل وجود الحمل، وغايتها منع بدء الحمل عن طريق الحيلولة دون تمكين زرع البويضة والتصاقها بجائط الرحم؛ وذلك بتدميرها.

وبما أنه لا توجد في نصوص قانون العقوبات المصري نصوص تحرم استعمال وسائل منع الحمل، فإنه لا مسؤولية على من يستعمل هذه الوسائل، عملاً بقاعدة: لا جريمة ولا عقوبة، إلا بناءً على نص.

ويتبين مما تقدم: أن الفرق بين الرأيين الخاصين ببدء الحمل، كالفرق بين الإباحة والتحریم؛ لذا فإن الواجب على المشرّع المصري أن يضع نصاً واضحاً يحدّد فيه وقت بدء الحمل، حتى لا يترك الأمر بين آراء واتجاهات مختلفة^(١).

هذا عن بداية الحمل... أمّا عن نهايته: فالأمر أكثر تعقيداً، فالحمل قد ينتهي تلقائياً؛ نتيجة مرض يصيب الأم، دون أن تتدخل الإرادة في إحداثه، وهذا ما يعرف بالإجهاض التلقائي، وقد ينتهي الحمل نتيجة أفعال اعتداء توجه إليه، وتلك هي جريمة الإجهاض العمدي موضوع الدراسة، وقد ينتهي الحمل لتبدأ مرحلة جديدة هي تحوّل الحمل إلى إنسان - أي مرحلة بدء الحياة الإنسانية -، وهنا تثار مشكلة إذا حدث اعتداء على ذلك الكائن قبل الولادة مباشرة أو أثناءها، أو بعدها، وقبل انفصال أو قطع الحبل السري، والمشكلة هنا تتمثل في تكييف إحداث الاعتداء بأنه جريمة قتل أو جريمة إجهاض.

ولتحديد ذلك أهمية عملية كبيرة، فعقوبة القتل أشد من عقوبة الإجهاض، ثم إن القتل قد يقع نتيجة خطأ غير عمدي، فيعامل الشخص عليه طبقاً لنص المادة (٢٣٨) من قانون العقوبات المصري^(٢).

(١) جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبدالفتاح لبنة ص (٥٩-٦٠).

(٢) تنص المادة (٢٣٨) عقوبات مصري، معدّلة بالقانون رقم (١٢٠) لسنة: ١٩٦٢م على ما يلي: «من تسبّب خطأ في موت شخص آخر بأن كان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته، أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين =

ولكن جريمة الإجهاض لا تكون إعمدية، كما هو واضح من نصوص المواد الخاصة بها، والحد الفاصل الذي يبيّن لنا النصوص واجبة التطبيق، هل هي نصوص القتل أو الإيذاء؟ أو نصوص الإجهاض، يتمثل في تحديد ماهية المجني عليه، هل هو حمل أو إنسان؟ ذلك لأن جريمة القتل تفترض أن يكون المجني عليه إنساناً على قيد الحياة، بعكس جريمة الإجهاض التي يكون المجني عليه فيها حملاً.

وقد تعددت الآراء في ذلك الشأن، على النحو التالي:

الرأي الأول: يذهب إلى أن الحياة الإنسانية تبدأ بخروج ذلك الحمل حياً من بطن أمه، وبحالة كاملة، وسواء تنفس أو لم يتنفس، وسواء أقطع الحبل السري أم لم يقطع، ويعتبر قتل هذا الطفل ارتكاباً لجريمة القتل. ووفقاً لهذا التعريف يعتبر الكائن الذي لا يزال داخل الجسم الأم حملاً تطبق في حالة الاعتداء عليه نصوص جريمة الإجهاض، أما إذا خرج الحمل من جسم أمه؛ أدى ذلك إلى اكتسابه صفة الإنسان، ويعتبر قتله عندئذ ارتكاباً لجريمة القتل، ويتميز هذا الرأي بالسهولة والبساطة، إلا أنه لا يوفر الحماية الكافية للجنين أثناء عملية الولادة^(١).

وهناك رأي ثان: يعتبر أن الحياة الإنسانية تبدأ بمجرد بروز أي جزء من الجنين إلى الخارج، ففي تلك اللحظة ترتفع صفة الجنين لتحل على ذلك الكائن صفة الإنسان، ويصبح محلاً لحماية النصوص الخاصة بالقتل والإيذاء.

ويرى أصحاب هذا الرأي: أنهم يوفرون الحماية الجنائية لذلك الحمل أثناء عملية الولادة؛ إذ يعتبرونه إنساناً بمجرد بروز جزء منه، ومن ثم فإن الاعتداء عليه يخضع لنصوص جريمة القتل، وهي أشد في عقوباتها من عقوبة جريمة الإجهاض^(٢).

= والقرارات واللوائح والأنظمة، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين....».

(١) قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور عبدالمهيمن بكر (١٤/١).

(٢) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبدالفتاح لبنه ص(٦٥٨).

وهناك رأي ثالث: يذهب إلى أن الحياة الإنسانية تبدأ بمجرد الحمل، وقد أخذ بوجهة النظر هذه بعض القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث اعتبرت تلك القوانين أن كل ما يقع على التكوين الإنساني في المرحلة الخاصة بالحمل في ظروف معينة من قبيل القتل وليس الإجهاض؛ إذ يرون أن صفة الإنسان تبدأ بمجرد التلقيح، ويرى أصحاب ذلك الرأي: أن واقعة ميلاد الجنين أو خروجه وانفصاله عن أمه ليست منشئة لصفة الإنسان، فتلك واقعة مادية يترتب عليها انتقال الكائن الحي من مكان إلى آخر، ولا نستطيع أن نقول: إن الجنين عندما ينفصل عن أمه يكون له من الاستقلال ما يعطيه الحق في اكتساب صفة الإنسان؛ فذلك الاستقلال غير حقيقي؛ لأن الجنين يظل - بالرغم من انفصاله عن أمه - في حاجة كاملة إليها، وإلى من حوله، وكل ما في الأمر أن طبيعة رعايته تختلف عما كان الأمر عليه، عندما كان داخل رحم الأم، وأن المعول عليه من اكتساب صفة الإنسان هو الوقت الذي تكوّن فيه الكائن الحي، والذي يبدأ بالتقاء خلية الذكر مع خلية الأنثى، وحدوث التلقيح بينهما، ففي هذه اللحظة تدب الروح والحياة في هذا الكائن، وتصبح في داخله عملية مبرمجة تمكنه من التطور والانتقال من شكل إلى آخر، وتلك الأطوار التي يمر بها الجنين لا يمكن أن تحدث إلا إذا كانت هناك حياة داخل هذا الكائن^(١).

والراجح في الفقه: أن الحياة لا تبدأ بالولادة التامة، أو بانفصال الجنين تماماً عن أمه، وإنما تبدأ منذ ابتداء عملية الوضع، والتي تبدأ بالأم الوضع^(٢).

وبناءً على ذلك: لا يشترط أن يخرج الطفل من رحم الأم حتى يكتسب صفة الإنسان، وإنما يكفي أن تبدأ أم الوضع حتى يصبح هذا الكائن خارج نطاق جريمة الإجهاض، وحاصلاً على الحماية التي توفرها له النصوص التي تعاقب على القتل. والأهمية العملية لهذا الرأي: أنه يوفر حماية كافية للطفل أثناء عملية الولادة، وهي حماية أكثر بكثير من الحماية التي توفرها له نصوص الإجهاض^(٣).

(١) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنه ص(٦٥٨).

(٢) انظر: شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص(٥٠٤)، وشرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور عمر السعيد رمضان ص(٣٢٠).

(٣) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنه ص(٦٦٠).

وأخيرًا نقول: إنه ينبغي أن يحسم القانون المصري بنصوص صريحة المسائل الخاصة ببدء الحمل، وبدء الحياة الإنسانية، حتى لا يترك أمورًا يترتب عليها أخطر النتائج، ويجعلها نهياً للصراع بين الآراء والاجتهادات المختلفة.



المبحث الثاني

الركن المادي

تمهيد:

يقوم الركن المادي - كما هو معروف - على عناصر ثلاثة: سلوك، نتيجة، علاقة سببية طبيعية بينهما.

المطلب لأول: السلوك

السلوك بصفة عامة: هو نشاط إنساني إرادي في العالم الخارجي، يتم التعبير عنه بحركة من الجسم، أو بمجرد السكون^(١). والسلوك بهذا المعنى عنصر في الركن المادي لكل جريمة، فإذا ما وقع تاماً وتحققت نتيجته، كانت الجريمة تامة، وإذا أوقف عند حد معين بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه، كانت الجريمة مشروعاً^(٢)، وبدون هذا السلوك لا تقوم للجريمة قائمة؛ لأن القانون لا يعاقب على النوايا والرغبات والشهوات مجردة من مظهرها الخارجي؛ بل يعاقب فحسب على أي سلوك له مظهر في العالم الخارجي، فالإنسان قبل أن يقدم على مقارفة جريمته يفكر فيها ويصمم عليها، وإلى هذا الوقت لا يياشر نشاطاً مجرمًا، ولكنه قد يفعل ذلك بإخراجه الفكرة إلى حيز الوجود، وعند هذه المرحلة يقال: بأنه قد اقترف سلوكًا، وبه يبدأ تنفيذ الجانب المادي للجريمة^(٣).

● مدلول السلوك في جريمة الإحاض

يراد به كل فعل من شأنه أن يفضي إلى موت الجنين، أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته^(٤). ويختلف شكل السلوك الإجرامي من جريمة لأخرى؛

(١) انظر: شرح الأصول العامة في قانون العقوبات للدكتور يسر أنور علي (١/٢٦٣).

(٢) انظر: شرح قانون العقوبات - القسم العام للدكتور محمود محمود مصطفى برقم (١٨٠) ص (٢٦٤).

(٣) أثر العلم في تكوين القصد الجنائي للدكتور إبراهيم نايل ص (٢٨٩-٢٩٠).

(٤) انظر: شرح قانون العقوبات - القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص (٥١٠).

وذلك لأن سلوك الجاني مرتبط بحد كبير بالنتيجة التي يبغي تحقيقها، فهو دائماً يقوم بالأفعال، ويستعمل الوسائل التي تخدم مشروعه الإجرامي، وبناءً على ذلك فإن سلوك الجاني في جريمة القتل يتمثل في الأفعال التي تؤدي إلى إزهاق الروح، كإطلاق النار على المجني عليه.

أما سلوك الجاني في جرائم الضرب والجرح، فيتمثل في أفعال من شأنها المساس بسلامة جسم المجني عليه، دون أن يؤدي إلى إزهاق روح المجني عليه، مثل: توجيه اللكمات، أو استخدام أداة لضربه.

ويتضح مما تقدم: أن السلوك الإجرامي يقوم على عنصرين، هما: إرادة الجاني للسلوك، وحركة عضوية للقيام بهذا السلوك الإجرامي، وقد يأخذ عنصر السلوك شكلاً سلبياً، مثل: إحجام الجاني عن القيام بعمل معين؛ وذلك بالامتناع، أو الكف عن القيام بأعمال أو حركات عضوية، يهدف عند الامتناع إلى تحقيق نتيجة معينة.

فدائماً هناك أمر صادر من فكر الجاني إلى أعضائه بأن تقوم بعمل معين، أو بحركة عضوية معينة، أو بالإحجام عن القيام بأي عمل أو حركة.

فإذا كان الأمر بأداء حركة عضوية معينة، كمنع ما يسمى بالجريمة الإيجابية.

أما إذا كان الأمر الصادر بالإحجام أو الامتناع عن أداء عمل معين، كمنع ما يسمى بالجريمة السلبية، أو جريمة إيجابية تقع بالامتناع أو الترك.

ومن أمثلة الجريمة الإيجابية: القتل، والضرب، والسرقعة، ومن أمثلة الجريمة السلبية: امتناع الموظف العام بدون مسوغ شرعي عن تأدية واجبات وظيفته، مادة (١٢٤ع).

أما الجريمة الإيجابية التي تقع بطريق الترك: ففيها يحقق الجاني النتيجة الإجرامية دون القيام بعمل إيجابي؛ بل باتخاذ موقف سلبي، كالأم التي تريد قتل وليدها، فتمتنع عن إرضاعه، أو لا تربط حبله السري.

وجريمة الإجهاض من الجرائم الإيجابية التي يريد الجاني فيها التخلص من الحمل، فيتخذ من الوسائل ما هو لازم لتحقيق ذلك^(١).

● وسيلة السلوك بصفة عامة

يمكن القول بأن الوسيلة التي يستلزم المشرع الوضعي استخدام الجاني لها في بعض الجرائم عبارة عن الأداة أو الآلة، أي: الشيء المادي الذي له كيانه الذاتي، والذي يستعين به في تنفيذ سلوكه الإرادي، بغض النظر عن الكيفية التي يخرج أو يعبر بها عن هذا السلوك في العالم الخارجي. هذا ولا يعد بحسب الأصل من عناصر السلوك وسيلته، وهذا يرجع إلى أن المشرع الوضعي الجنائي لا يهتم عادة بالوسيلة التي يستخدمها الجاني في اقرار جريمته. فالقتل العمدي مثلاً: يتحقق - حسب الأصل - ما دامت إرادة الجاني قد اتجهت إلى إزهاق روح المجني عليه، ولكن لا يهم بعد ذلك أن يتم إزهاق الروح باستعمال مسدس أو خنجر، أو باستعمال عصا، أو بالخنق، أو حتى بقبضة اليد، وفي جريمة السرقة لا يهم الوسيلة التي يتوصل بها الجاني إلى اغتصاب حيازة الشيء المملوك للغير، فيستوي أن يستعمل الجاني يديه، أو يستعين بأداة أخرى، كحيوان يدربه على السرقة، فكل فعل من شأنه أن يؤدي إلى اغتصاب هذه الحيازة، يؤدي إلى وجود الاختلاس في السرقة، وبصرف النظر عن الوسيلة التي يقع بها^(٢).

● وسيلة السلوك في الإجهاض

إذا كانت القاعدة العامة أنه لا يلزم أن يقترب السلوك الإجرامي بوسيلة معينة، إلا أن المشرع الوضعي قد يخرج على هذا الأصل، ويتطلب - في بعض الجرائم - أن

(١) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنه ص (٦٦٩) وما بعدها، وشرح قانون العقوبات - القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص (٥١١).

(٢) النظرية العامة للقانون الجنائي للدكتور رمسيس بانها م ص (٥٥٢)، وانظر: أثر العلم في تكوين القصد الجنائي للدكتور إبراهيم نايل ص (٢٢٦-٢٢٧).

يقترف هذا السلوك بوسيلة معينة دون غيرها. فالقاتل العمد مثلاً: توقع العقوبة المقررة في المادة (٢٣٤) من قانون العقوبات المصري، يستوي أن يقع باستعمال وسيلة قاتلة من عدمه، وكذلك الحال بالنسبة لجرائم النصب والتزوير، وخيانة الأمانة، وغيرها من الجرائم، لكن المشرع الوضعي قد يتطلب وسيلة معينة يلزم أن يقترف بها السلوك، وهذا هو حال جريمة الإجهاض محل البحث، وسيأتي حالاً.

فالمادتان (٢٦٠)، (٢٦١) من قانون العقوبات المصري أشارتا إلى بعض وسائل الإجهاض، فنصّت المادة (٢٦٠) على أن: «كل من أسقط عمداً امرأة حبلً بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء...».

كما نصّت المادة (٢٦١) على أن: «كل من أسقط امرأة حبلً بإعطائها أدوية أو استعمال وسائل مؤذية إلى ذلك، أو بدلائلها عليها...».

وبناءً على ما تقدّم: فإنه يصح أن يكون نشاط الجاني فعلاً مادياً، كالضرب والركل أو الرفس العنيف... إلخ، كما يصح أن يلجأ الجاني إلى استعمال الأدوية الطبية بوضعها في شراب أو طعام، أو بالحقن، ويصح أن يحصل النشاط باستخدام القسطرة أو إبرة أو قلم رصاص، حيث تستخدم تلك الأشياء في ثقب الأغشية الجنينية، فتحصل انقباضات رحمية تؤدي إلى الإجهاض.

ويصح أن يكون نشاط الجاني فعلاً معنوياً، ويصح أن يكون قولاً، مثل: ترويع الحامل وتخويفها، أو تهديدها بالقتل أو الصراخ فجأة في وجهها، فكل تلك الوسائل يعتد بها، إذا أدت على الإجهاض، وكان ذلك هو غرض الجاني وغايته.

ونخلص من ذلك: إلى أن وسائل الإجهاض سواء، إلا أن الوسيلة لها أهمية في التشريع المصري الوضعي، من حيث التمييز بين فئات جرائم الإجهاض، فإذا كانت الوسيلة: «الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء» كنا بصدد الجناية المشار إليها في المادة (٢٦٠).

أمّا إذا كانت الوسيلة عبارة عن أدوية، أو وسائل أخرى مؤدية لذلك، كنا بصدد جنحة على النحو المشار إليه في المادة (٢٦٦ م)^(١).

هذا هو الرأي الغالب في الفقه، واتجه رأي آخر: إلى أن العنف هو الضابط المميز بين الوسائل المشار إليها في المادة (٢٦٠ ع)، والوسائل المشار إليها في المادة (٢٦١ ع)، فإذا كانت الوسيلة عنفاً قامت بها جناية، أمّا إن تجرّدت عن العنف، كان الإجهاض -كقاعدة عامة- جنحة، ولكن لا تعد الوسيلة ركنًا عامًا في جرائم الإجهاض كافة^(٢).

ونعلّق على هذا الرأي، فنقول: إن اتخاذ العنف كضابط مميز بين الوسائل التي تجعل الفعل جنائية، والوسائل التي تجعل الفعل جنحة يجعل الأمور غير واضحة. إذ يثور السؤال الآتي: هل العنف مرتبط بالوسيلة؟ أم مرتبط بما تحدّثه الوسيلة من آلام للمرأة أثناء استعمال تلك الوسيلة للإجهاض؟

فإذا قلنا: إن العنف مرتبط بما تحدّثه الوسيلة من آلام للمرأة، فإذا ما لحق المرأة آلام مبرحة من جراء استعمال وسيلة معينة، كنا بصدد جناية، أمّا إذا تم استعمال الوسيلة ذاتها، دون أن تلحق المرأة أي آلام كنا بصدد جنحة. وتفسير ذلك: أنه إذا فرضنا أن قامت ممرضة أو صديقة للمرأة بإدخال قسطرة، أو إبرة في رحم تلك المرأة الحامل للتخلص من الحمل، فإذا تم ذلك دون تخدير المرأة، بحيث لحق المرأة آلام مبرحة من جراء ذلك، فإن الوسيلة المستخدمة -بحسب الرأي السابق- وسيلة عنيفة، ويكون الإجهاض قد تم بطريق العنف، مما يجعل الفعل جنائية، وخاضعاً لنص المادة (٢٦٠ ع) ... أمّا ذات الذي حدث لو كان قد تم والمرأة حامل تحت تأثير مخدر، بحيث لم تشعر بأي ألم، فإن الوسيلة -بحسب الرأي السابق- تكون قد تجرّدت من العنف؛ الأمر الذي يترتب عليه تكييف الفعل بأنه جنحة، وتطبق المادة (٢٦١ ع).

(١) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنة ص (٦٦٩) وما بعدها.

(٢) شرح قانون العقوبات - القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص (٥١٠).

ويتضح لنا من المثال السابق: أن الوسيلة ذاتها كانت عاملاً مشتركاً في الحالتين، بالرغم من ذلك اعتبرنا الفعل في الأول جناية، وفي الثانية جنحة، وتأسيساً على إحساس المرأة بالألم في الحالة الأولى، وعدم إحساسها به في الحالة الثانية؛ لوقوع المرأة تحت تأثير مخدر؛ الأمر الذي جعل الوسيلة عنفاً في الحالة الأولى، ولم يجعلها كذلك في الحالة الثانية، فهل كان المشرع الوضعي يقصد ذلك؟ أضف إلى ذلك أن مسألة الإحساس بالألم أمر نسبي، ويختلف من شخص لآخر؛ وذلك لأن قيام شخص بتدليك امرأة حامل، قاصداً استعمال التدليك كوسيلة لإجهاضها، فإن عملية التدليك قد تسبب ألماً لامرأة، ولا تسبب ألماً لامرأة أخرى، فهل يُعتبر فعل التدليك وسيلة عنيفة إذا ما سبب ألماً للمرأة، ومن ثم نعتبره جناية؟ وفي موقف آخر: نعتبر هذا الفعل جنحة لمجرد أنه لم يسبب ألماً، وقد يرجع عدم الإحساس بالألام؛ لقوة احتمال المرأة الحامل، فالناس تتفاوت في درجة إحساسها بالألم.

ويتبين مما تقدم: أن إلحاق العنف وارتباطه بمدى إحساس المرأة بالألام؛ للتمييز بين الفعل الذي يعد جناية، والفعل الذي يعد جنحة، بمعنى أنه إذا أصاب المرأة ألم كان الفعل جناية، أمّا عدم شعورها بالألم يجعل الفعل جنحة، فإن ذلك يؤدي إلى نتائج غير منطقية؛ إذ يجعل الفعل الواحد جناية أو جنحة بالرغم من أن الوسيلة المستعملة في الحالتين واحدة، فضلاً عن أن الإحساس بالألم مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر؛ ومن ثم لا يجوز اتخاذها معياراً لوصف فعل بأنه عنيف، وآخر بأنه غير عنيف، كما أن ذلك يؤدي إلى نتائج غير عادلة كما رأينا، وأيضاً بعيدة عن قصد المشرع الوضعي، الذي يبين من سياق العبارات في النصوص: أنه لا يريد التفرقة بين وسائل عنيفة وأخرى لا تتسم بذلك، فاستعمال الضرب لإحداث الإجهاض هو استعمال لوسيلة عنيفة، أما استعمال الأدوية المشار إليه في المادة (٢٦١) فلا يتسم بالعنف الموجود في حالة الضرب، أي أن العنف هنا مرتبط بالوسيلة ذاتها.

لكن يثار هنا -أيضاً- سؤال عن ماهية الوسائل العنيفة؟ وما هي الوسائل غير العنيفة؟ والإجابة على هذا السؤال يتوقف عليه اعتبار الفعل جناية أو جنحة؛ ذلك أن

استعمال وسيلة عنيفة بطبيعتها يجعل الفعل خاضعاً لنص المادة (٢٦٠ع)، أي: جنائية عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة، واستعمال وسيلة غير عنيفة، يجعل الفعل جنحة بحسب نص المادة (٢٦١ع).

والمرشع الوضعي لم يحسم ذلك، فهو في كل من المادتين (٢٦٠ع) و (٢٦١ع) يشير إلى بعض الوسائل على سبيل المثال لا الحصر، مما يجعل المجال مفتوحاً لوسائل أخرى، قد يتصارع الرأي بشأنها، عمّا إذا كانت وسيلة عنيفة، أو وسيلة غير عنيفة، ومثال ذلك: عملية التدليك والقسطرة، وإدخال إبرة داخل رحم المرأة، والضغط على بطن الحامل برضاها أو بدون رضاها، وترويع المرأة وإفزازها لا شك أنه سيثير جدلاً حول اعتبار الفعل الخاص، باستعمال أية وسيلة من الوسائل السالفة الذكر يعد من قبيل أنواع الإيذاء المشار إليها في المادة (٢٦٠ع)، ومن ثم يكون الفعل جنائية عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة، أو أن الوسيلة المستعملة هنا تدخل ضمن الوسائل المشار إليها في المادة (٢٦١ع)، ومن ثم يعد الفعل الخاص باستعمالها جنحة عقوبتها الحبس^(١).

ويظهر مما تقدم: أن الرأي القائل باتخاذ العنف معياراً وضابطاً للتمييز بين وقوع الإجهاض باستعمال الوسائل المشار إليها في المادة (٢٦٠ع)، وحدوثه بالوسائل المشار إليها في المادة (٢٦١ع) يؤدي إلى نتائج مضطربة وغير عادلة؛ إذ يصعب في النهاية تقسيم وسائل الإجهاض إلى وسائل عنيفة يطبق عند استعمالها المادة (٢٦٠ع)، ووسائل غير عنيفة يطبق بشأنها المادة (٢٦١ع)، كما أنه مما يخالف المنطق، الاسترشاد على وجود العنف، من خلال إحساس المرأة بالألم من جراء الوسيلة المستعملة، أو عدم إحساسها به؛ ذلك أن الإحساس والشعور بالألم مسألة نسبية تختلف من شخص إلى آخر، أضف إلى ذلك أنه من الممكن أن تكون الوسيلة المستعملة عنيفة بطبيعتها، ولا تشعر المرأة بأي ألم لوقوعها تحت تأثير مخدر مثلاً^(٢).

(١) جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبدالفتاح لبنة ص (٦٧٢) وما بعدها.

(٢) جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال للدكتور رؤوف عبيد ص (٢٧٧).

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ الدكتور رؤوف عبيد: «إن لوسيلة الإسقاط أهمية خاصة في القانون المصري؛ لأنها إذا كانت الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، فإن الواقعة تكون جناية عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة (٢٦٠ع)، أمّا إذا كانت إعطاء أدوية أو استعمال وسائل مؤذية إلى ذلك»، أو بدلاتها عليها، فإن الواقعة تكون جنحة عقوبتها الحبس (٢٦١)، (٢٦٢): وإن تكييف الجريمة تبعاً للوسيلة المستعملة أمر غريب على قانوننا، ومصدره القانون العثماني، حين أن مصدر المادة (٢٦١ع) وما بعدها القانون الفرنسي، وليس لهذه التفرقة من سند واضح من العدالة»^(١).

ويستطرد الأستاذ الدكتور رؤوف عبيد على: «أن المتأمل في نص مواد الإسقاط يلاحظ أن الضرب وحده لا يكفي لتشديد العقاب للمادة (٢٦١)؛ بل يلزم إلى جانبه عدم رضا الأم بالإسقاط، فحين تشير المادتان (٢٦١)، (٢٦٢) صراحة: إلى احتمال رضاها بالإسقاط، بأن قرّرت الأولى: «كل من أسقط عمداً امرأة حبلى؛ سواءً كان برضاها أم لا»، وقرّرت الثانية في استهلالها «المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية»؛ إذ بالمادة (٢٦٠) تغفل مثل هذه الإشارة، كذلك حين تنص المادتان (٢٦١)، (٢٦٢) على الإسقاط بإعطاء أو تعاطي الأدوية، وأيضاً باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك؛ إذ بالمادة (٢٦٠) تنص على الإسقاط بالضرب، أو نحوه من أنواع الإيذاء، وهو ما يدخل بالضرورة في عبارة «الوسائل المؤذية إلى ذلك».

فكأن استعمال الضرب في الإسقاط لا يحدد وحده نطاق هذه المادة الأخيرة؛ بل العبرة هي برضا المرأة الحبلى بالإسقاط من عدمه، فإن رضيت به فالواقعة جنحة دائماً مهما كانت الوسيلة المستعملة، أي: ولو كان الضرب حين تكون الجناية إذا ما توفر لها الشرطان معاً: أن تكون الوسيلة هي الضرب، وأن يكون الإسقاط بغير رضاها؛

(١) جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال للدكتور رؤوف عبيد ص(٢٧٧).

إذا لا يكون الإسقاط حينئذ جريمة ضد الجنين فحسب، بل ضدها هي كذلك، وتوفر أحد الشرطين لا يفني عن الآخر^(١). وهذه وجهة نظر سليمة أويدها، ومن الواجب على القانون المصري أن يكون أكثر وضوحًا. فيجعل ضابط التمييز بين فعل الإجهاض الذي يعد جنحة، وفعل الإجهاض الذي يعد جناية هو رضا المرأة أو عدم رضاها، فإذا تم الإجهاض برضا المرأة، كنا بصدد جنحة أيًا كانت الوسيلة المستعملة، وإذا تم الإجهاض بدون رضا المرأة، كنا بصدد جناية أيًا كانت الوسيلة المستعملة في إحداث الإجهاض.

● مكان وزمان السلوك الإجرامي

لا يعتد المشرع الوضعي -بحسب الأصل- بالمكان الذي يحدث فيه السلوك الإجرامي، فالجريمة تقوم أيًا كان المكان الذي باشر فيه الجاني هذا السلوك، غير أنه في حالات استثنائية يتطلب إثبات السلوك في مكان معين، بحث تنتفي الجريمة إذا لم يباشر الجاني سلوكه في هذا المكان بالذات، وأبرز مثال على ذلك: جريمة زنا الزوج (ع٢٧٧) إذ إن منزل الزوجية يعد ركنًا من أركان الجريمة.

أمّا عن زمان السلوك الإجرامي في جريمة الإجهاض، فإن ذلك يكون أثناء فترة الحمل، والتي تبدأ من بدء التلقيح وتستمر إلى ما قبل موعد الولادة الطبيعي، فالإجهاض هو إنهاء الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي^(٢).

● هل يقع الإجهاض بالترك أو الامتناع؟

يثور التساؤل عما إذا كانت الجريمة بصفة عامة يمكن أن تقع بالترك أو بالامتناع، أو أنه يلزم أن يقترب الجاني نشاطًا إيجابيًا؟.

(١) جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال للدكتور رؤوف عبيد ص(٢٢٣).

(٢) جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنة ص(٦٨٢).

المعلوم أن القانون الجنائي المصري - كما تسير على ذلك غالب التشريعات العقابية - لم يحدّد بنص صريح أن تقع الجرائم بنشاط إيجابي، وهو ما يعني أن الجريمة يمكن أن تقع بنشاط إيجابي، فإنها قد تقع باتخاذ موقف سلبي، أو بالأحرى بالترك أو الامتناع، من ذلك مثلاً: جريمة القتل العمدي، فهي تقع - في الغالب - بنشاط إيجابي، مثل: إطلاق النار أو نحوه، كما تقع باتخاذ موقف سلبي، إذا كان المشرع الوضعي يفرض على الشخص التزاماً قانونياً باتخاذ موقف إيجابي، فاتخذ - على العكس - موقفاً سلبياً ترتب عليه حدوث الجريمة، وهذا هو حال الأم التي تمتنع عن عمد عن إرضاع طفلها؛ بقصد إزهاق روحه، فإنها تسأل عن قتل عمدي إذا حدثت الوفاة.

وفيما يتعلق بجريمة الإجهاض محل البحث، فإن المشرع الوضعي المصري لم يحدّد وسيلة معينة للإجهاض، شأنه في ذلك شأن أغلب القوانين، وإنما اكتفى بذكر بعض الوسائل على سبيل المثال لا الحصر، فهل معنى ذلك أن جريمة الإجهاض تقع إذا كانت الوسيلة إيجابية، كالضرب وتناول الأدوية، ولا تقع الجريمة إذا كانت الوسيلة سلبية، كالترك والامتناع.

هذا الأمر لم يحسمه المشرع الوضعي المصري، ونحن نرى أنه ليس هناك ما يمنع من أن تقع جريمة الإجهاض بالترك أو الامتناع، مثل: امتناع الحامل عن الحيلولة دون إتيان الغير فعل الإجهاض على جسمها، وقد أشار القانون المصري إلى تلك الصورة في المادة (٢٦٢ع)، والتي جاء فيها: «المرأة التي رضيت... أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها، وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة...»^(١).

(١) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبدالفتاح لبنة ص (٦٩٠).

المطلب الثاني: النتيجة الإجرامية

● الخلاف الفقهي حول تحديد مدلول النتيجة

ما هو المقصود بالنتيجة في قانون العقوبات المصري؟ هل يقصد بها المعنى المادي أو الطبيعي، أم يقصد بها المعنى القانوني، إن هذا التساؤل ليس عديم القيمة؛ بل إن أهميته كبيرة، وبيان ذلك أننا لو أخذنا بالمعنى القانوني للنتيجة، فإن هذا معناه أنها قد غدت عنصراً في كل جريمة، أما إذا أخذنا بالمعنى المادي أو الطبيعي لها، فإنه من المتصور حدوث جريمة بدون نتيجة - كما هو الحال في الجرائم السلبية - مثل: امتناع قاض عن الحكم في دعوى مطروحة عليه.

ذهب جانب من الفقه^(١) إلى القول بالمفهوم القانوني للنتيجة، وبيان ذلك: أنها تمثل حقيقة قانونية تتميز عن الضرر المادي، في معنى أنها تمثل ضرراً معنوياً يعتدي به على من يحميه القانون الذي رأى أنه جدير بالحماية الجنائية، ويترتب على ذلك أن يكون لكل جريمة نتيجة، غاية ما هنالك أن من النتائج ما يكون له مظهر ملموس، كما هو الحال في القتل. والجريمة في امتناع الشاهد عن الحضور أمام القضاء للإدلاء بالشهادة هي اعتداء على حق المجتمع في الاستعانة بأي فرد من أفراده لاستجلاء الحقيقة. إنه في قول موجز، إن هذا الاتجاه يرى أن كل قاعدة جنائية تكفل حماية أو مصلحة اجتماعية، وأن الإساءة أو الإضرار بهذا الحق أو تلك المصلحة هو النتيجة ذاتها، والحق أننا لا نؤيد المفهوم القانوني للنتيجة، فهو مفهوم خاطئ، حيث إنه لا يقتصر على بيان عنصر في الركن المادي للجريمة؛ بل هو في الواقع يردّد تعريف الجريمة ذاتها. والواقع أن النتيجة وهي جزء من كل، لا يجب أن تختلط بهذا الأخير، وهو ما لا يوصل إليه منطق الرأي السابق^(٢).

(١) شرح قانون العقوبات - القسم العام للدكتور محمود محمود مصطفى برقم (١٨٩)، ص (٢٧٧).

(٢) شرح الأصول العامة في قانون العقوبات للدكتور يسر أنور علي - الجزء الأول ص (٢٤٢، ٢٧٨).

ولهذا فإننا نؤيد الرأي^(١) الذي يأخذ المفهوم المادي أو الطبيعي للنتيجة في معنى أنها التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي، والذي يلحق بالسلوك الإرادي. إنها الأثر الذي يسفر عن النشاط الإيجابي أو السلبي الذي يقارفه الجاني، ويرتب عليه المشرع الوضعي أحكاماً قانونية، فهي أمر لاحق على هذا النشاط ومتميز عنه، ولكنه مرتبط به بعلاقة سببية، فالأوضاع الخارجية كانت على نحو معين قبل مقارفة هذا النشاط، ثم صارت على نحو آخر بعد مقارفته، وهذا التغيير من وضع إلى آخر هو النتيجة ذاتها في مدلولها المادي أو الطبيعي، إنه في القتل العمدي مثلاً كان المجني عليه حياً قبل أن يرتكب الجاني نشاطه ثم غدا ميتاً بعد إتيان هذا النشاط، ومن ثم فإن الوفاة هي النتيجة في القتل، وفي السرقة كان المال في حيازة المجني عليه قبل أن يرتكب الجاني فعل الاختلاس، ثم غدا في حيازة شخص آخر بعد إتيان هذا الفعل، ومن ثم يقال: إن انتقال الحيازة هو النتيجة في السرقة^(٢). والنتيجة على أية حال قد تكون عضوية - كما هو الحال في جرائم القتل والضرب والجرح -، وقد تكون نفسية - كما هو الحال في جرائم السلب والقتل (م ٣٠٢)، وقد تكون مادية - كما هو الحال في جرائم التخريب والإتلاف (م ٣٠٤) وما بعدها.

واستناداً إلى هذا المفهوم المادي أو الطبيعي للنتيجة، فإنه يصعب التسليم بأن النتيجة عنصر لازم في الركن المادي لكل جريمة، وبيان ذلك: أنه توجد بعض الجرائم التي تبدو فيها النتيجة واضحة ومتميزة في مادياتها عن السلوك، مثل: القتل والضرب والجرح والسرقة والنصب وغيرها، ولكن توجد بعض الجرائم لا تكون فيها النتيجة بهذه الدرجة من الوضوح، ومثل ذلك: جرائم الامتناع، كامتناع القاضي عن الحكم في دعوى مطروحة عليه (م ١٢١) عقوبات، حيث إنها تقع بمجرد هذا الامتناع، دون انتظار لحدوث أثر خارجي، ومن ذلك - أيضاً - جرائم حمل السلاح بدون ترخيص،

(١) شرح قانون العقوبات - القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني برقم (١٠٦)، ص (٢٨٨)، وشرح الأصول العامة في قانون العقوبات للدكتور يسر أنور علي - الجزء الأول ص (٢٤٠).

(٢) شرح قانون العقوبات - القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني برقم (٣٠٦) ص (٢٨٨).

وتعريض طفل للخطر بتركه في محل خال من الآدميين، والحريق العمد، ومن هنا فإن السائد في الفقه هو تقسيم الجرائم إلى جرائم مادية وجرائم شكلية أو سلوكية^(١).

والحق أننا لا نؤيد هذا السائد في الفقه، وهذا يرجع إلى أنه إذا كنا نعني بالنتيجة في مدلولها المادي أو الطبيعي؛ ذلك التغير الذي يحدث في العالم الخارجي، كأثر السلوك الإرادي، فالقول بوجود جرائم دون نتائج يتطلب التحقق أولاً من أنه لم يترتب على السلوك حدوث هذا التغير، أمّا إذا لاحظنا مثل هذا التغير، فإن إنكار النتيجة يكون مفتقراً إلى ما يدعمه، ولكن هذا المفهوم لا يتمشى مع الجرائم السلبية البسيطة، مثل: امتناع القاضي عن الحكم في دعوى مطروحة عليه، وهذا يرجع إلى أن الأوضاع الخارجية قبل الامتناع هي بعده^(٢).

ومن هنا: فإن التقسيم الشائع لدى الفقه للجرائم إلى جرائم مادية، وجرائم شكلية، هو تقسيم غير دقيق، ونرى أنه يجب أن يستبدل به تقسيم آخر، وهو: جرائم الضرر، وجرائم الخطر. وفي الحالتين توجد النتيجة، وإن كان الخلاف بينهما يتمثل في أنها تتخذ في كل منهما صورة مختلفة عن الأخرى. وبيان ذلك: أنه في جرائم الضرر فإن السلوك يمثل عدواناً فعلياً، وحالاً على الحق الذي يضي عليه المشرع الحماية الجنائية، أمّا في جرائم الخطر: فإنه يمثل عدواناً محتملاً على هذا الحق، ومثال الأولى: القتل والضرب والجرح والسرقعة، أمّا الثانية: فمثالها فعل وضع النار في الحريق العمدي، حيث إنه ينطوي على تهديد بالخطر على بعض الحقوق، وسواءً تعلقت بالنفس أو المال، وكذلك تعريض طفل لم يبلغ سبع سنين للخطر؛ وذلك بتركه في محل خال من الآدميين (م ٢١٥)، وجريمة المادة (٤٨) الخاصة بالاتفاق الجنائي، وجريمة المادة (٧٨) الخاصة بمحاولة قلب أو تقييد دستور الدول أو نظامها الجمهوري،

(١) الأحكام العامة للمسؤولية الجنائية للدكتور مأمون سلامة، مجلة القانون والاقتصاد للعلوم القانونية والاقتصادية - عدد خاص بمناسبة العيد السنوي لكلية الحقوق - جامعة القاهرة ص (٥٤٧)، وشرح الأصول العامة في قانون العقوبات للدكتور يسر أنور علي (٢٤٢/١).

(٢) شرح قانون العقوبات - القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني برقم (٣٠٩) ص (٢٩٠) وما بعدها.

أو شكل الحكومة. وكذلك جريمة التزوير (م ٢١٤) حيث يعاقب عليه، ويعرف النظر من استعمالها المحرر المزور. وأيضاً تقليد مفتاح لاستعماله في سرقة (م ٢٢٤) وغيرها من الجرائم؛ وخاصة الجرائم الاقتصادية. إن جرائم الخطر على هذا النحو تفترض نتيجة تتمثل في الأثار المادية التي تنذر باحتمال حدوث الاعتداء، أمّا جرائم الضرر: فإنها تؤدي حالاً إلى ضرر فعلي بحق أو مصلحة رأى المشرع أنها جديرة بالحماية الجنائية^(١).

● تعريف النتيجة

يمكن القول بأن النتيجة هي التغير الذي يترتب على السلوك الإرادي في العالم الخارجي، وعندما يتعلق الأمر بسلوك إجرامي، فإن النتيجة تعدو هي الأخرى إجرامية، ويرتب عليها المشرع الوضعي أحكاماً قانونية، وبالنتيجة تكتمل عناصر الواقعة الإجرامية، كما نص عليها المشرع الوضعي الجنائي، فهي إذن أمر لاحق على السلوك، ويتميز عنه، ولكنه مرتبط به بعلاقة سببية^(٢).

وأهمية النتيجة لا تحتاج إلى إيضاح، فلها أهمية واضحة في سياسة التجريم؛ حيث إن الاعتداء الفعلي أو المحتمل على ما يراه المشرع جديراً بالحماية الجنائية هو علة تجريم السلوك الذي من شأنه أن يحدث هذا الاعتداء، كما أن لها أهميتها في النظرية العامة للجريمة، وهذا يرجع إلى أن عناصر الركن المادي لا تكتمل إلا مع تحقق النتيجة الإجرامية، فإذا كانت الجريمة عمدية، وباشر الجاني سلوكه، ولكن لم تتحقق النتيجة، فإن المسؤولية تقف عند حد الشرع. أمّا إذا كانت الجريمة غير عمدية، فإنه لا قيام لها ما لم تتحقق النتيجة، فالجرائم غير العمدية لا تعرف الشروع، وعلى ذلك فالشخص الذي يشرح لآخر كيفية استعمال سلاح، وهو يعتقد أنه

(١) راجع في الخلاف حول تحديد مدلول النتيجة: أثر العلم في تكوين القصد الجنائي للدكتور إبراهيم نايل ص(٢٠٢) وما بعدها.

(٢) شرح الأصول العامة في قانون العقوبات للدكتور يسر أنور علي (١/٢٧٨).

خال من الطلقات، ولكن يحدث أن تخرج منه رصاصة تمر بجوار شخص كان يقف بالقرب منه، فإنه لا يسأل عن شروع في جريمة قتل خطأً، في حين لو أنه أراد إزهاق روح إنسان، وأطلق عليه عياراً نارياً، ولكن العيار أخطأ لعدم دقته في التصويب، فإنه يسأل عن جناية شروع في قتل^(١).

● النتيجة في جريمة الإجهاض

يترتب في الغالب على السلوك الإجرامي للجاني في أية جريمة آثار مادية أو غير مادية، وبمعنى آخر: آثار محسوسة لها شكل مادي في العالم الخارجي، أو غير محسوسة، أي: ليس لها شكل مادي في العالم الخارجي.

ويترتب -أيضاً- على سلوك الجاني آثار قانونية تكون محل عناية القانون الجنائي، أو محل عناية فرع آخر من القانون، كالقانون المدني.

فأمّا الآثار المادية للسلوك: فهي عبارة عن المظاهر الخارجية الملموسة المترتبة على سلوك الجاني، ففي جريمة القتل العمدي مثلاً، فإن الأثر المادي لسلوك الجاني هو: إزهاق روح المجني عليه، وفي جريمة السرقة خروج المال المسروق من حيازة المجني عليه، ودخوله في حيازة الجاني، وهناك في بعض الجرائم لا يترتب على سلوك الجاني أي أثر مادي، ولكن يترتب عليه أثر سلبي، مثل: امتناع القاضي عن الحكم (م ١٢٢ع)، فالأثر السلبي في هذه الجريمة يتمثل في الاعتداء على حق المجتمع، وحق طرفي الخصومة في الفصل في الدعوى.

والأثر القانوني لسلوك الجاني يتمثل في تدخل القانون الجنائي بتوقيع العقاب على الجاني الذي اعتدى بسلوكه على مصلحة أو حق يتولى هذا القانون حمايته.

وطبقاً لما تقدم: فإن جريمة الإجهاض لها أثر مادي ملموس، وهو إنهاء الحمل

(١) شرح قانون العقوبات - القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني برقم (٣١١) ص (٢٩٢)، وراجع في تعريف النتيجة: أثر العلم في تكوين القصد الجنائي لإبراهيم نايل ص (٢٠٨-٢٠٩).

بصورة غير طبيعية، ولها أثر قانوني يتمثل في فرض عقوبة على الجاني الذي اعتدى على حق الحمل في الحياة^(١).

● جرائم الإجهاض من جرائم الضرر

جريمة الإجهاض من جرائم الضرر في القانون المصري، أي التي يتطلب فيها القانون ضرورة حدوث ضرر معين.

والضرر في الإجهاض يتمثل في إنهاء الحمل قبل الأوان.

فالمشرع المصري الوضعي يعتبر دائماً جريمة الإجهاض من جرائم الضرر، ويتطلب لقيام الجريمة إنهاء الحمل قبل الأوان، وبدون ذلك لا مجال للحديث عن الإجهاض.

وأساس ذلك: نص المادة (٢٦١ع) والتي جاء فيها: «كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية، أو استعمال وسائل مؤذية إلى ذلك، أو بدلائنها عليها...». ويتضح من ذلك: أنه يشترط سقوط الحمل، حتى يمكن مساءلة من قام بإرشاد الحامل إلى وراء يقصد إجهاضها.

فهذا السلوك طبقاً للقانون الجنائي المصري، لا يدخل تحت دائرة التجريم والتأثير، إلا إذا تناولت هذا الدواء، وأدى إلى إسقاط الحمل؛ وهذا حكم واضح في صريح نص المادة (٢٦١ع)، وكذلك المادة (٢٦٤ع) التي تقرّر عدم العقاب على الشروع في الإجهاض.

وخلاصة القول: إن إنهاء الحمل قبل الأوان شرط لازم لقيام جريمة الإجهاض في القانون المصري، وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن جريمة الإجهاض بمقتضى نصوص القانون المصري تعتبر من جرائم الضرر، وليست من جرائم الخطر^(٢).

(١) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنه ص (٦٩٨) وما بعدها.

(٢) جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنه ص (٧٠١-٧٠٣)، وانظر: المنشطات الرياضية والقانون الجنائي للدكتور إبراهيم عيد نايل ص (٤٩) وما بعدها.

المطلب الثالث: علاقة السببية

● التعريف بعلاقة السببية

من المستقر عليه أنه لا يكفي لقيام الركن المادي لأية جريمة أن يقع سلوك، وأن تحصل نتيجة غير مشروعة؛ بل لابد أن تنسب النتيجة إلى هذا السلوك، وهو ما يطلق عليه (رابطة السببية)، فهي العلاقة القائمة بين السلوك بالنتيجة، والتي بمقتضاها تسند الثانية إلى الأولى، باعتباره سبباً لها، وباعتبار أنها ناجمة عنه^(١). وعلى هذا النحو كانت علاقة السببية عنصراً في الركن المادي، وشرطاً لقيام المسؤولية الجنائية^(٢).

● يلزم أن يكون السلوك هو الذي أدى إلى الإحاض

يلزم أن تتوفر علاقة السببية بين فعل الإسقاط وموت الجنين، أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، فإن انتفت كما لو ارتكب المتهم أفعال إيذاء، أو أعطي الحامل مادة بنية إجهاضها، ولم يكن لذلك أثر على الجنين، ثم أصيبت الحامل في حادثة، فترتب على ذلك إجهاضها، فإن الجريمة لا تتوفر أركانها، ولا يعد أن يكون الفعل مشروعاً وهو غير معاقب عليه في الجريمة محل البحث^(٣).

(١) شرح الأصول العامة في قانون العقوبات للدكتور يسر أنور علي (٢٨٢/١).

(٢) شرح قانون العقوبات: القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني برقم (٣١٢) ص(٢٩٣).

والجدير بالذكر أن توفر علاقة السببية يعد ركناً في كل جريمة؛ سواءً كانت عمدية أم غير عمدية. / راجع: شرح قانون العقوبات: القسم العام للدكتور محمود مصطفى برقم (١٩٢) ص(٢٨٣)، شرح قانون العقوبات: القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني برقم (٣١١) ص(٢٩٤).

(٣) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني برقم (٦٩٦) ص(٥١٢).

وانظر: شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور عمر السعيد رمضان برقم (٣٠٦) ص(٢٢٣).

● حكم تداخل فعل من الغير بجانب سلوك الجاني

لو حدث أن توجهت امرأة حامل إلى طبيب بقصد إسقاط حملها، فأجرى لها الطبيب عملية كحت، وتفرغ الرحم؛ بغية التخلص من الحمل، وبعد ثلاثة أسابيع من إجراء تلك العملية، شعرت المرأة أن الحمل ما زال في جوفها، وهنا قامت صديقة لها بإدخال جسم غريب -إبرة تريكو- في رحم الحامل، ونتج عن ذلك حدوث إجهاض، وأصيبت المرأة بنزيف نقلت على إثره المستشفى حيث تم إسعافها، ولم يصل إلى علم السلطان -بسبب ما هو معلوم- من أن المجني عليه الأول في تلك الجريمة - وهو الجنين- ليس في مقدوره إبلاغ جهات التحقيق، وبسبب عزوف أصحاب الشأن من الإبلاغ عن تلك الجرائم؛ ذلك أن البحث فيها عادة ما يكشف أسراراً اجتماعية وأخلاقية وعائلية من المصلحة التستر عليها؛ ولذلك فإنه -وفي الغالب- لا تصل جريمة الإجهاض إلى علم السلطات العامة، إلا في حالة موت الحامل؛ نتيجة فعل الإجهاض؛ أما في غير ذلك من الأحوال: فالجريمة تظل في طي الكتمان مهما أصاب المرأة من ضرر.

ونحن هنا في مثل هذا المثال بصدد تعدد في الجناة انتفت بينهم كل رابطة من روابط المساهمة الجنائية، أو بالأقل لم يثبت توفرها، والقاعدة في ذلك: أن كلا منهم يتحمل تبعه النتيجة التي يمكن إسنادها إلى نشاطه الإجرامي دون غيره. أما إذا تبين أنه من المؤكد إسناد النتيجة المعاقب عليها إلى نشاطهم جميعاً، وثبت أنهم أرادوا جميعاً، فإنه يتحمل كل منهم المسؤولية عن هذه النتيجة؛ لتوفر رابطة السببية المطلوبة لكل مسؤولية جنائية.

وبتطبيق ما تقدم على الواقعة محل المناقشة، فإن ما أتاه الطبيب يعد مشروعاً غير معاقب عليه بحسب نص المادة (٢٦٤ع)؛ إذ انتفت علاقة السببية بين فعله، والنتيجة الإجرامية التي حدثت بسبب فعل صديقة الحامل التي قامت بإدخال جسم

غريب - إبرة تريكو - إلى الرحم؛ وتسبب ذلك في إنهاء الحمل، ومن ثم فإنها تسأل عن جريمة الإسقاط، وإنهاء الحمل في غير موعده الطبيعي، متى ثبت أن السبب المحدث لإنهاء الحمل وسقوطه هو: ما قامت به من الأفعال السابق بيانها^(١).



(١) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لينة ص (٧٠٨) وما بعدها.

المطلب الرابع: بعض صور الركن المادي للجريمة

● الشروع في الإجهاض

تتمثل صورة الشروع في أن السلوك الإجرامي للجاني يوقف أو يخيب أثره لأسباب لا دخل لإرادته فيها، فلا تتحقق النتيجة التي يقصدها، والمادة (٤٥ع) تعرف الشروع بقوله: «الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة، إذ أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها».

وكما هو مستقر فقهاً وقضاً: أن المراد وقف تنفيذ الفعل أو خيبة أثره، يتمثل في عدم إتمام الجريمة لأسباب خارجة عن إرادة الجاني.

وللشروع صورتان، الأولى: وهي ما تعرف بالشروع الناقص، أو الجريمة الموقوفة، وفيها لا يتم الجاني الأفعال اللازمة لوقوع الجريمة بسبب خارج عن إرادته.

والصورة الثانية: وهي ما تعرف باسم الشروع التام، أو الجريمة الجنائية، وفيها يكمل الجاني السلوك الإجرامي اللازم لتحقيق النتيجة، ولكنها لا تتحقق، ويخيب أثر هذا السلوك.

وعلى كل حال، فإنه بالنسبة لجريمة إجهاض الحوامل، فقد أوضح المشرع الوضعي صراحة عن موقفه إزاء ذلك، حيث نص المادة (٢٦٤ع) بأنه: «لا عقاب على الشروع في الإسقاط».

وكما أشرنا سابقاً: أنه في الشروع لا تتحقق النتيجة الإجرامية التي يقصدها الجاني من سلوكه لسبب لا دخل لإرادته فيه، وكما قد علمنا أن النتيجة الإجرامية في جريمة إجهاض الحوامل تتمثل في إنهاء الحمل قبل الأوان؛ وذلك بحسب نصوص المواد الخاصة بجريمة إجهاض الحوامل في التشريع الوضعي المصري (المادة ٢٦٠، ٢٦١، ٢٦٢)، طبقاً لموقف المشرع الوضعي المصري، فإن أي أفعال يقوم بها الجاني

بقصد إسقاط الحمل، ولا تتحقق تلك النتيجة المتمثلة في إنهاء الحمل قبل الأوان، فإنه لا عقاب على تلك الأفعال، مادامت لم تتحقق النتيجة؛ وذلك طبقاً لنص المادة (٢٦٤ع)، ولا يهتم في قانون العقوبات المصري أن يسقط الجنين حياً أو ميتاً، أو يظل ميتاً في الرحم، فالعبرة بإنهاء الحمل قبل الأوان، ومن هنا فإن أي أفعال يقوم بها الجاني بقصد الإجهاض، ولا تؤدي إلى تحقق النتيجة على النحو الذي أشرنا إليه، فإن تلك الأفعال بمنأى عن العقاب.

فإذا قام الجاني بإعطاء الحامل دواءً بقصد إسقاط حملها، ولم تتحقق تلك النتيجة، واستمر الحمل، وخرج الجنين طفلاً في موعد ولادته الطبيعي، إلا أنه أصيب بالنشوه الخلقي نتيجة تعاطي هذا الدواء، بالرغم من ذلك، فلا مجال لمساءلة الجاني طبقاً لنصوص جريمة إسقاط الحوامل في قانون العقوبات المصري؛ ذلك أن القانون المصري يحمي تطور الحمل ونموه وانتقاله من مرحلة إلى مرحلة، حتى تتم ولادته؛ ومن ثم فهو يحرم أي فعل يؤدي إلى وقف أو إنهاء هذا النمو والتطور، ولكنه - أي قانون العقوبات المصري - لا يحمي الجنين من الخطر الذي قد يتعرض له عمداً أثناء وجوده في الحمل، ما دام أن هذا الخطر لم يؤدي إلى إنهاء الحمل قبل الأوان، فجريمة الإجهاض في قانون العقوبات المصري لا تقوم إلا بإنهاء الحمل قبل الأوان، فإذا لم يتم ذلك، فلا مجال للقول بحدوثها مهما أصيب الجنين بالأذى من جراء أفعال الجاني.

ويتضح مما تقدم: أن موقف القانون الجنائي المصري يختلف عن موقف كثير من التشريعات الجنائية في الوطن العربي، التي تعاقب على الشروع في الإسقاط، فالمادة (٢٠٤) من قانون العقوبات الجزائري مثلاً: تنص صراحة على أنه: «كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها، بإعطائها... يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من خمسمائة إلى ألف دينار». وكذلك نصت المادة (٥٤٢) من قانون العقوبات اللبناني صراحة على أنه: «من أقدم بأي وسيلة كانت على تطريح إجهاض امرأة، أو محاولة تطريحها برضاها، يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات...»، ومن ثم فإن

الصورة التي تعرضنا لها - سابقاً -، والخاصة بقيام شخص بأفعال الإجهاض، ولم يحدث إنهاء الحمل بالرغم من ذلك، ولكن على العكس استمرار الحمل وترك مواعده الطبيعي مشوهاً نتيجة أفعال الجاني، فتلك الصورة يفلت فيه الجاني من العقاب طبقاً لنصوص جريمة إجهاض الحوامل في قانون العقوبات المصري، والذي يشترط إنهاء الحمل فعلاً، ولكنه في التشريعين اللذين أشرنا إليهما سيعاقب الجاني تأسيساً على أن ما أتاه يعد من قبيل الجريمة الخائبة، وهي إحدى صور الشروع، حيث أفرغ الجاني نشاطه الإجرامي، إلا أن النتيجة لم تتحقق، ويخيب أثر سلوكه لأسباب لا دخل لإرادته فيها. ومما لا شك فيه أن ذلك الموقف من هذين التشريعين وغيرهما يتميز بتوفير قدر من الحماية للجنين، وللمرأة أكثر من تلك التي يوفرها التشريع الوضعي المصري.

ويرى الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني أن موقف التشريعات الأجنبية أفضل من موقف التشريع المصري الوضعي؛ إذ إن «الأهمية الاجتماعية لحياة الجنين باعتبارها نواة الحياة في صورتها العادية ومصدرها الذي لا تتصور بدونه، تقتضي حماية الجنين من الخطر، لا من الاعتداء الفعلي فحسب»^(١).

ولا شك أن عدم عقاب قانون العقوبات المصري صراحة على الشروع في جريمة الإجهاض يعتبر من أوجه الضعف في نصوص هذا القانون الخاصة بجريمة إسقاط الحوامل، وأن في ذلك إهدار لمصلحة الجنين، وتخل من القانون الجنائي المصري عن حماية الجنين حماية فعالة^(٢).

● المساهمة الجنائية في الإجهاض

تطبق على جرائم الإجهاض القواعد العامة في المساهمة الجنائية، ما لم يرد في القانون نص يقضي بما يخالفها، ويفضي تطبيق هذه القواعد إلى النتائج الآتية:

(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص (٢٧٩).
(٢) انظر: جرائم الاعتداء على الأشخاص للدكتور عبد الرحيم العوضي ص (٢١٥) وما بعدها.

يعتبر فاعلاً من يجهض امرأة دون علمها أو دون رضاها، فقد انفرد بالدور الرئيس في الجريمة، ولا يغير من هذا التكييف أن يكون له في جريمته شركاء، أو أن يساهم معه فيها شخص يقوم مثله بدور رئيس فيها، يتعدّد بذلك فاعل الجريمة.

وتعتبر المرأة فاعلة إذا أجهضت نفسها؛ وذلك تطبيق للقواعد العامة، ولكنها تعتبر كذلك فاعلة إذا رضيت بأن يجهضها الغير (المادة ٢٦٢ع). وهذا الحكم يبرره أن لها السيطرة على المشروع الإجرامي بما يعني توفر نية الفاعل لديها، ويترتب على اعتباره المرأة فاعلة لجريمة إجهاض نفسها أنها إذا مكنت طبيياً من إجهاضها، فلا تعتبر شريكة له، ولا توقع عليها - تبعاً لذلك - العقوبة المشدّدة التي تنص عليها المادة (٢٦٢ع)، وإنما تعتبر فاعلة لجريمة أخرى متميزة، هي التي تنص عليها المادة (٢٦٢ع) وتوقع عليها عقوبتها فقط، وإذا كانت المرأة راضية بالإجهاض، فإن موقف الغير الذي يساهم معها في جريمتها يتحدد على أساس نوع الأفعال التي صدرت عنه، فإن كانت هذه الأفعال من قبيل ما تحدّد المادة (٢٩) من قانون العقوبات فهو فاعل، ولكن المشرّع (الوضعي) قد وسع من نطاق فكرة الفاعل في الإجهاض، فقد اعتبر من يقتصر نشاطه على إرشاد الحامل على وسائل الإسقاط فاعلاً (المادة ٢٦١ع). ويبرر هذا التوسيع أن دلالة الحامل على هذه الوسائل هي المرحلة الصعبة والأساسية في المشروع الإجرامي، مما يقتضي اعتبار القائم بها صاحب دور رئيس فيه، أمّا استعمال الحامل لها فهو في ذاته أمر يسير. ولكن ذلك لا يعني أن كل من يساهم في الإجهاض برضاء المرأة يعتبر فاعلاً؛ بل يعد شريكاً إذا خرجت مساهمته من نطاق المدلول السابق للفاعل، كما لو اقتصر على التحريض أو الاتفاق، ولا تعني هذه القاعدة كذلك أن كل مساعدة على الإجهاض تعد مساهمة أصلية فيه، فإذا لم تتخذ هذه المساعدة صورة الإرشاد على وسائل الإجهاض، فهي مجرد اشتراك، وتطبيقاً لذلك فإنه من يعير منزله ليجري فيه إجهاض، يعتبر شريكاً، وقد تكون الحامل نفسها الفاعل المعنوي للإجهاض، كما لو أهدمت طبيياً أنها أجهضت وطلبت إليه أن يجري عملية ليستخرج الجنين فأجراها، وترتب عليها إجهاضها^(١).

(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص(٥١٢-٥١٤).

obeikandi.com

المبحث الثالث

الركن المعنوي

جرائم الإجهاض كافة عمدية^(١)؛ ومن ثم فهو لا يقوم بغير توفر القصد الجنائي لدى الجاني، وقد تطلب المشرع المصري هذا القصد صراحة في المادتين السالف ذكرهما من قانون العقوبات اللتين تعاقبان على إجهاض الحامل بفعل غيرها؛ وذلك باستعمال عبارة من «أسقط عمداً»، كما تطلبه حتماً في المادة (٢٦٢) الخاصة بجريمة إجهاض الحامل نفسها، إذا استلزم أن يكون رضا المرأة بتعاطي الأدوية المؤدية للإسقاط «مع علمها بها»، فالخطأ غير العمدي مهما بلغت جسامته، لا يكفي لترتيب المسؤولية الجنائية عن الإجهاض.

وتطبيقاً لذلك لا يرتكب هذه الجريمة مثلاً من يتسبب بخطئه في إصابة امرأة حامل، فيؤدي ذلك إلى هلاك الجنين^(٢). وكذلك إذا صدم المتهم الحامل بسيارته دون عمد، فأحدث بها إصابة أفضت إلى إجهاضها، لم يكن مسؤولاً عن إجهاض، وإنما يسأل عن إصابة غير عمدية^(٣).

وقد اعترض جانب من الفقه على عدم العقاب على الإجهاض الذي يقع بإهمال، أو نتيجة للخطأ، أو نتيجة لأفعال العنف الواقعة على جسم المرأة، دون أن يكون هناك قصد لإجهاضها. ففي جميع تلك الصور لا يسأل الجاني عن جريمة الإجهاض التي لا تقع بحسب التشريع الوضعي المصري إلا عمداً، أو مع توفر نية تحقيق نتيجة معينة بذاتها، هي: إنهاء الحمل قبل الأوان، ويرى هؤلاء أن هذا المسلك من جانب المشرع

(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص(٥١٤).

(٢) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور عمر السعيد رمضان ص(٣٢٤).

(٣) انظر: شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص(٥١٤).

المصري فيه إهدار لحق الجنين في الحماية، وإهدار لحق الأم في الحفاظ على جنينها؛ الأمر الذي يعد أحد أوجه الضعف في التجريم والعقاب الخاصة بهذه الجريمة^(١).

ويرى هؤلاء ضرورة العقاب على الإجهاض غير العمدي، حتى تضي على الجنين والمرأة الحامل الحماية الجنائية المناسبة. فمن غير المعقول ألا يسأل الجاني عن جريمة إسقاط، إذا تحققت النتيجة وهي الإسقاط على إثر أفعال الضرب أو العنف، مادام الجاني لم يكن قاصداً إحداث الإجهاض، حتى ولو جاز القول بأنه يجوز مساءلته عن أفعاله بمقتضى نصوص أخرى، كنصوص جرائم الضرب والجرح، فذلك ليس كافياً لردع الجاني، وليس كافياً -أيضاً- لتوفير الحماية الجنائية للجنين والأم^(٢).

● عناصر القصد الجنائي

يتطلب القصد الجنائي في الإجهاض توفر عنصرين:

الأول: علم الجاني بحالة الحمل، وبأن من شأن فعله إنهاء الحمل قبل الأوان.

والثاني: اتجاه إرادته إلى ارتكاب هذا الفعل، وإلى تحقيق نتيجته^(٣).

فيلزم أن يعلم الجاني بالعنصر المفترض في هذه الجريمة، أو بالأحرى كون المرأة حاملاً، وإلا انتفى القصد لديه، فلا يسأل عن هذه الجريمة من يرتكب فعلاً أدى إلى الإجهاض إذا كان يجهل حالة الحمل، كما لو كان الحمل في بدايته مثلاً.

كما يلزم أن يعلم الجاني بخطورة سلوكه في معنى أن من شأنه أن يحدث الإجهاض، وإلا انتفى القصد لديه كذلك.

فلا يسأل عن الجريمة محل البحث الطبيب الذي يحرر تذكرة طبية تحوي دواءً من شأنه أن يؤدي إلى الإجهاض، دون وعي أو علم منه، وإن كان ذلك لا يحول دون مساءلته وفق النصوص التي تعاقب على الإصابة خطأً.

(١) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبدالفتاح لبنه ص (٧٥١).

(٢) جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال للدكتور عبدالرحيم العوضي ص (١٣١).

(٣) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور عمر السعيد رمضان ص (٢٢٤).

كما يلزم أن يتوقع الجاني حدوث الإجهاض أثرًا لسلوكه الإجرامي، وإلا انتفى القصد لديه، فلا يسأل عن هذه الجريمة من يدفع امرأة حاملاً دفعة بسيطة سقطت على إثرها على الأرض، مما يترتب عليه إجهاضها دون أن يتوقع ذلك.

وفوق ما تقدّم: فإنه يلزم -تطبيقاً للقواعد العامة- أن تتجه إرادة الجاني إلى إحداث عناصر الجريمة بما في ذلك النتيجة الإجرامية، وإلا انتفى القصد لديه، فلا يسأل عن هذه الجريمة من يضرب امرأة يعلم أنها حامل مريدًا فقط، بمجرد إيلاها في بدنها، ولا تكون إرادته متجهة إلى إجهاضها، أو من يفض شجارًا تشترك فيه امرأة حامل فتجهض كأثر لفضل عنف صدر عنه في سبيل فض هذا الشجار^(١).

● القصد الاحتمالي في الإجهاض

عرفت محكمة النقض المصرية القصد الاحتمالي بأنه: «نية ثانوية غير مؤكدة، تختلج بها نفس الجاني الذي يتوقع أن يتعدى فعله الغرض المنوي بالذات إلى غرض آخر لم ينوّه من قبل أصلاً، فيمضي مع ذلك في تنفيذ الفعل، فيصيب به الغرض غير المقصود، ومظنة وجود تلك النية هي استواء حصول النتيجة، وعدم حصولها لديه^(٢).

يذهب الرأي السائد في الفقه المصري: إلى أن القانون لا يعتد بالقصد الاجتماعي، مثل من يضرب امرأة حاملاً مريدًا مجرد إيدائها، فيؤدي ذلك إلى إجهاضها، ويثبت أنه كان في استطاعته أن يتوقع ذلك، ويتسع ذلك لغرضين:

الأول: أن يكون المتهم غير عالم بالحمل، ولكن في استطاعته أن يعلم به.

الثاني: أن يكون عالمًا بالحمل، ولكنه لا يتوقع الإجهاض، وإنما في استطاعته ذلك التوقع. والعلة في ذلك: أنه لم يتوفر لديه القصد الجنائي في أي صورة من صورته.

(١) انظر: شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص(٥١٥).

(٢) جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنة ص(٧٥٦).

ولا تقوم المسؤولية العمدية عن نتيجة لم يتوقعها المتهم، ولم تتجه إليها إرادته، إلا إذا وجد نص استثنائي يقرر ذلك، ولا وجود لمثل هذا النص في جرائم الإجهاض^(١).

ولكن إذا توفر القصد الاحتمالي في مدلوله الصحيح، فإن جريمة الإجهاض تقوم به، ويفترض القصد الاحتمالي في هذا المدلول، توقع النتيجة كأثر ممكن للفعل ثم قبولها^(٢).

وتطبيقاً لذلك يتوفر القصد لدى الحامل التي تزاول رياضة عنيفة، أو تتعاطى الخمر، متوقعة إمكان أن يفضي ذلك إلى إجهاضها فترحب به؛ لأن الحمل غير مرغوب فيه، وتمضي في مسلكها فيحدث الإجهاض، ويتوفر القصد كذلك لدى من يجري لحامل عملية جراحية، دون أن تتوفر لها شروط إباحتها، ويتوقع إمكان إجهاضها كأثر للعملية، فيقبل ذلك الإمكان، ويمضي في عمله فيحدث الإجهاض^(٣).



(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص(٥١٦).

(٢) انظر: المصدر السابق.

(٣) انظر ذلك بالتفصيل في: النظرية العامة للقصد الجنائي - دراسة تحليلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية للدكتور محمود نجيب حسني، ط: الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م، الخطأ غير العمد - دراسة تأهيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية للدكتور نبيل مدحت سالم، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م، أثر العلم في تكوين القصد الجنائي للدكتور إبراهيم عيد نايل برقم (٣٢) ص(٧٦) وما بعدها.

الفصل الثاني

العقوبة

سوف أتناول العقوبة في أربعة مباحث، وهي:

﴿ المبحث الأول: وقوع الإسقاط بالضرب أو نحوه. ﴾

﴿ المبحث الثاني: وقوع الإسقاط بإعطاء المرأة الحبلى أدوية أو وسائل مؤذية إلى ذلك. ﴾

﴿ المبحث الثالث: قيام الغير ذي الصفة بإسقاط الحمل. ﴾

﴿ المبحث الرابع: إجهاض المرأة الحبلى لنفسها، وحالة رضاها، وتمكينها للغير بإجهاضها. ﴾



obeikandi.com

المبحث الأول

وقوع الإسقاط بالضرب أو نحوه

تنص المادة (٢٦٠ع) على أن «كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة». والمقصود من عبارة «الضرب ونحوه من أنواع الإيذاء...» الدفع والركل والإلقاء، وكلك الجرح بأي آلة، وفي الجملة جميع الأعمال التي تتسم بالعنف تكفي لقيام جريمة الضرب أو الجرح^(١).

يقول الأستاذ الدكتور رؤوف عبيد: إن المتأمل في نص مواد الإسقاط يلاحظ أن الضرب وحده لا يكفي لتشديد العقاب للمادة (٢٦٠ع)، وجعل الفعل جنائية؛ بل يلزم إلى جانب ذلك عدم رضا الحامل بالإسقاط، تأسيساً على أن المادتين (٢٦١، ٢٦٢ع) تشير صراحة إلى احتمال رضاها بالإسقاط، حيث جاء في الأولى «كل من أسقط عمداً امرأة حبلى... سواءً كان برضا أو لا»، وتقرر الثانية «المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية...» في حين أن المادة (٢٦٠ع) تفضل ذلك، ويضيف الدكتور رؤوف عبيد: إنه حين تشير المادتان (٢٦١، ٢٦٢) على الإسقاط بإعطاء أو تعاطي الأدوية، أو استعمال وسائل مؤذية إلى ذلك؛ إذاً بالمادة (٢٦٠ع) تنص على الإسقاط بالضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، وهو ما يدخل بالضرورة في عبارة الوسائل المؤذية إلى ذلك، فكأن استعمال الضرب في الإسقاط لا يحدد وحده نطاق هذه المادة الأخيرة؛ بل العبرة هي برضا المرأة الحبلى بالإسقاط من عدمه، فإن رضيت به فالواقعة جنحة دائماً، ومهما كانت الوسيلة المستعملة، أي: ولو كانت الضرب، وأن الواقعة تكون جنائية إذا ما توفر لها الشرطان معاً: أن تكون الوسيلة هي الضرب، وأن يكون الإسقاط بغير رضاها؛ إذ لا يكون الإسقاط حينئذ جريمة ضد الجنين؛ بل ضدها هي كذلك، وتوفر أحد الشرطين لا يعني عن الآخر^(٢).

(١) (٢) جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال للدكتور رؤوف عبيد ص(٢٣٣).

ويؤيد الدكتور محمود نجيب حسني وجهة نظر الدكتور رؤوف عبيد؛ إذ يرى أن الصورة المشددة المشار إليها في المادة (٢٦٠ع) والتي تتضمن إجهاض الغير للحامل بطريق العنف، يتطلب الطرف المشدد في تلك الصورة قيام اعتبارين، أولهما: هو استعمال العنف في الإجهاض، والاعتبار الثاني: يتمثل في عدم رضا الحامل، وعلّة تشديد العقاب: أن الاعتداء لا يقتصر على حياة الجنين، وإنما ينال كذلك حق الحامل في سلامة جسمها.

وقد عبّر الشارع عن العنف الذي يقوم به الطرف المشدد بقوله: «ضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء»، ولفظ «ضرب» يكشف عن فهم الشارع للعنف، فقد سبق أن استعمله في الدلالة على إحدى صور الاعتداء على سلامة الجسم، وأكد هذا المعنى حينما أورد في هذا اللفظ بعبارة «ونحوه من أنواع الإيذاء» أي: الإيذاء البدني، ومؤدى ذلك: أن العنف يفترض «المساس بسلامة جسم الحامل»، ولكن لا يشترط أن يكون جسيماً؛ بل يكفي مجرد تعد أو إيذاء؛ وذلك واضح من العبارة التي استعملها الشارع، وعندنا أن ضابط اعتبار الفعل عنفاً: أن يحدث بالحامل ألماً بدنياً على نحو يمس به حضانة جسمها، ويصلح الفعل المحدث جرماً ليقوم العنف به، وكل وسائل العنف سواء، فقد يستعمل المتهم أعضاء جسمه في الإجهاض، وقد يستعين على ذلك بأداة كعصا أو حبل، ويدخل في نطاق الظرف إرغام الحامل -تحت تأثير إكراه مادي أو معنوي- على أن ترتكب العنف على جسمها، كإرغامها على أن تلقي بنفسها من مرتفع.

ويضيف الدكتور محمود نجيب حسني: أن الشرط الثاني لقيام الظرف المشدد يتمثل في عدم رضا الحامل بالإجهاض عن طريق العنف، ويتسع ذلك لغرضين: أن تكون الحامل غير راضية بالإجهاض، وأن تكون راضية به، ولكنها غير راضية بأن يكون العنف وسيلته، ولم ينص الشارع على هذا العنصر، ولكنه مستفاد من كون التضّرر من الألم البدني، يفترض عدم الرضا به، ولا يتطلب هذا العنصر تعبير الحامل عن عدم رضاها صراحة، أو مقاومتها للعنف؛ بل يكفي أنها لم ترض بها

صراحة أو ضمناً، ومن ثم يتسع الظرف لحالة ما إذا ارتكب العنف عليها مباغثة، أو استغل المتهم فرصة نومها، أو تخديرها ليأتي العنف على جسمها، ومؤدى ذلك أن الظرف المشدد لا ينتمي إلا إذا ثبت رضا الحامل بفعل الإجهاض العنيف صراحة أو ضمناً^(١).

وقد ذهب جانب من الفقه على وجهة نظر مختلفة؛ إذ يرى أن علة التشديد في المادة (٢٦٠ع) تكمن في أن الفعل في هذه الصورة ينطوي على نوعين من الاعتداء، الاعتداء على الجنين بطرده وإسقاطه، واعتداء على المرأة بالضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، وهي أفعال إجرامية في ذاتها؛ ولذلك شددت الجريمة بالنظر إلى الوسيلة لخطورتها، ولما يحتمل أن ينجم عنها من ضرر جسيم، ورضا الأنثى الحامل بالضرب أو الإيذاء لإجهاضها، لا يسقط هذه العلة، وينتهي إلى وجوب تطبيق نص المادة (٢٦٠ع)؛ سواء حصل الضرب أو غيره من الإيذاء، لإسقاط الأنثى برضاها أو بدون رضاها؛ خاصة أن المادة (٢٦٠ع) لا تشترط لانطباقها عدم رضا المرأة، ومن ثم فهو يرفض القول: بأن المادة (٢٦٠ع) تقتض عدم رضا المرأة الحامل، وأنه متى وقع الضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء برضا منها كوسيلة لإسقاطها، فإن هذه المادة لا تكون منطبقة، وإنما تنطبق المادة (٢٦١ع)؛ وعندئذ يدخل الضرب أو نحوه في عبارة «استعمال وسائل مؤذية إلى ذلك»^(٢).

ولا شك أن التصور السليم لنص المادة (٢٦٠ع) هو: ما قال به الأستاذان الدكتور رؤوف عبيد، والدكتور محمود نجيب حسني: أن تطبيق تلك المادة يستدعي عدم رضا الحامل بالإجهاض؛ فذلك ما يتقهم مع طبيعة النص. هذا وإن كان الأوفق

(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني - فقرة ٧٠٧ ص (٥١٩-٥٢٠).

(٢) انظر: الاعتداء على الأشخاص والأموال للدكتور عبدالمهيمن بكر ص (١٧٧-١٧٨).

وانظر: جرائم الاعتداء على الأشخاص للدكتور عبد المنعم عبد الرحيم العوضي ص (١٢٢).

والأصوب تعديل النص الخاص بالمادة (٢٦٠ع) بأن يتضمن صراحة ما يفيد عدم رضا الحامل بما يقوم به الجاني من أفعال تؤدي إلى إسقاط الحمل، وحتى توضع الأمور في نصابها الصحيح، ولا يكون هناك مجال للاختلاف في الرأي؛ ذلك الاختلاف الذي قد يؤدي في التطبيق العملي إلى نتائج خطيرة، فهذا يرى أن الفعل جنحة، وذلك يرى أنه جناية.

● التعدد المعنوي وجريمة إجهاض الحوامل

يتحقق التعدد المعنوي إذا قام الجاني بسلوك واحد، ولكن تتعدد نتائجه؛ لأن هذا السلوك ينطبق على أكثر من وصف في القانون، ومثال ذلك: من يضرب امرأة حاملاً بقصد إجهاضها، وهنا يمكن تكييف فعل الجاني بأنه جريمة ضرب، ويمكن تكييفه -أيضاً- بأنه جريمة إجهاض، أي: أن الفعل هنا ينطبق عليه أكثر من وصف في القانون.

كذلك فإن من يعطي امرأة حبلى دواءً بقصد إجهاضها، وأدى ذلك إلى إسقاط الحمل، وإصابة الحامل بعاهة مستديمة، تتمثل في فقد قدرتها على الإنجاب، قامت بهذا الفعل جريمة إجهاض، وإحداث عاهة مستديمة، ولما كانت جريمة الإجهاض هنا جنحة بحسب نص المادة (٢٦١ع)، ومن ثم توقع عقوبة جريمة إحداث عاهة مستديمة طبقاً لنص المادة (٢٤٠ع)، باعتبارها أشد العقوبتين، فهي جناية.

وعموماً فإن القاعدة في التعدد المعنوي بحسب نص المادة (٣٢/١ع). والتي جاء بها «إذاً كون الفعل الواحد جرائم متعدّدة، وجب اعتبار الجريمة التي عقوبتها أشد، والحكم بعقوبتها دون غيرها»^(١).

(١) جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لينة ص(٧٧٢).

المبحث الثاني

وقوع الإسقاط بإعطاء المرأة الحبلية أدوية

أو وسائل مؤذية إلى ذلك

نصت المادة على هذه الجريمة المادة (٢٦١ع) في قولها: «كل من أسقط عمدًا امرأة حبلية، بإعطائها أدوية، أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك، أو بدلائنها عليها؛ سواءً برضاها، أو لا يعاقب بالحبس»، وفعل الإسقاط هنا جنحة عقوبتها الحبس، وليس جناية كما هو الحال في الصورة السابقة.

والضابط المميز بين تلك الصورة والصورة المشار إليها في المادة (٢٦٠ع): أنه في الصورة الأخيرة - كما أوضحنا - ينهج الجاني سبيلًا عنيفًا لإنهاء الحمل قبل الأوان، كالضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء، أمّا في تلك الصورة التي نحن بصدددها، والتي تتضمنها المادة (٢٦١ع) فهي تتميز بأن الوسائل التي يتخذها الجاني لإنهاء الحمل ليس فيها عنف أو نحوه من أنواع الإيذاء.

تتطلب هذه الجريمة توفر الأركان العامة للإجهاض، وتتطلب بالإضافة إلى ذلك ركنين سلبيين تتميز بهما عن جريمة الإجهاض الأخرى، وعن صورتها المشددة، وتفترض أن المتهم شخص غير الحامل، وتفترض تجرد وسيلة الإجهاض عن العنف، وسواءً أكانت الحامل راضية بالفعل أم كانت غير راضية به.

فالركن الأول يفترض أن المتهم شخص غير الحامل التي أجهضت، ويعني ذلك جواز أن تكون حاملاً تقترف فعل الإجهاض على حامل أخرى؛ ومن ثم لم يكن من الصواب وصف هذا الركن بأنه يشترط «انتفاء صفة الحامل عن المتهم».

والركن الثاني يتطلب تجرّد وسيلة الإجهاض عن العنف، فإذا ثبت ذلك فإن الشارع يسوي بين كل وسائل الإجهاض، وقد صرح بذلك، فنص على «إعطاء أدوية، أو استعمال وسائل مؤذية إلى ذلك»؛ وسواءً أن تكون الحامل راضية بالفعل، أو غير راضية به؛ ويعلّل ذلك من أن رضاء الحامل ليس سبباً لإباحة الإجهاض، باعتباره أن محل الحماية هو حق الجنين في الحياة، وليس في الحامل صفة للتصرف فيه^(١).

وذلك من أوجه النقد التي يلام عليها المشرع الوضعي المصري؛ إذ كيف يسوي بين الجاني الذي يجهض امرأة حبلى بدون رضاها، وبين الجاني الذي يفعل ذلك برضاها، بالرغم من أن إرادة الأول أشدّ جرماً وأكثر إذناًباً.

إلا أن الأمر مختلف بالنسبة للحامل، فرضاها وموافقتها على قيام الغير بإجهاضها، واستعمال الوسائل المؤذية إلى ذلك يجعلها فاعلة لجريمة متميزة هي المشار إليها في المادة (٢٦٢ع)، أمّا عدم رضاها بأن يقوم الغير بإجهاضها، يجعل المرأة الحبلى في مركز المجني عليها^(٢).

هذا وقد اعتبر المشرع الوضعي فاعلاً أصلياً في جريمة إجهاض لغير الحامل من يقتصر فعله على إرشاد الحامل على الوسائل المؤذية للإجهاض، متى استخدمت الحامل هذه الوسائل، وأدى ذلك إلى إجهاضها. وهذا الحكم يعد خروجاً على القواعد العامة في المساهمة الجنائية؛ لأن إرشاد الحامل على الوسائل المؤذية للإجهاض لا يزيد على كونه فعلاً من أفعال المساهمة التبعية في جريمة إجهاض الحامل نفسها يتخذ صورة المساعدة، فكأن مؤدى هذه القواعد اعتبار من صدر منه مجرد شريك في الجريمة المذكورة، وعلى كل فإن أعمال هذا الحكم محله إرشاد الحامل على الوسائل المؤذية للإجهاض، فلا يكفي مساعدتها على الإجهاض في صورة أخرى، أو تحريضها عليها، وإنما يعد الجاني - في هذه الحالة - شريكاً في جريمة إجهاض الحامل نفسها طبقاً للقواعد العامة^(٣).

(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني برقم (٧٠٦) ص (٥١٨).

(٢) جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لينة ص (٧٧٨).

(٣) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني - فقرة ٧٠٨ ص (٥٢٠-٥٢١).

المبحث الثالث

قيام الغير ذي الصفة بإسقاط الحمل

نصت على تلك الصورة المشددة المادة (٢٦٢ع)، والتي جاء بها «إذا كان المسقط طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة، يحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤقتة».

يفترض هذا الظرف المشدّد توفر جريمة إجهاض الغير الحامل في صورتها البسيطة، أي توفر الأركان العامة للإجهاض، بالإضافة إلى كون المتهم شخص غير الحامل التي يراد إجهاضها، ويقتصر نطاق هذا الظرف المشدّد على الإجهاض عن غير طريق العنف؛ لأنه إذا ارتكب بالعنف، كانت له عقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة، بدون حاجة إلى هذا الظرف المشدّد.

ويقتصر نطاق هذا الظرف على جريمة إجهاض الغير للحامل، فلا تطبيق له على جريمة إجهاض الحامل نفسها، أي: أنه إذا كانت الحامل طبيبة أو صيدلية... فأجهضت نفسها، وقعت عليها العقوبة التي تنص عليها المادة (٢٦٢ع)، وتفسير ذلك: أن علة التشديد لا تتوفر كلها بالنسبة لها.

وعلة التشديد هي السهولة التي يصادفها ذو الصفة في ارتكاب الإجهاض؛ لإلمامه بالخبرة الفنية، والوسائل والمواد التي تتيح إجراءه وتسهيله، وخطة المشرع العامة هي: أن يواجه سهولة ارتكاب الجريمة بتشديد في عقابها، وبالإضافة إلى ذلك فإن باعث المتهم إلى جريمته هو الإثراء، وهو باعث غير اجتماعي، ويغلب أن يكون محترفاً، وهذا الاحتراف خطير اجتماعياً، فالإثراء ما يعنيه من تعدد الجرائم أو العود، فهو يتضمن تيسيراً للإجهاض، وتشجيعاً عليه، والشرطان الأخيران من

علة التشديد لا يتوافران إذا أجهضت الطبيبة أو من في حكمها من ذوي الصفة الخاصة نفسها، فلم يبعثها إلى الإجهاض دافع إلى الإثراء، ولا يعتبر فعلها مظهرًا لاحتراف^(١).

يرى الدكتور رؤوف عبيد: أن نص المادة (٢٦٣ع) يعد نصًا استثنائيًا، لا محل للتوسع فيه أو الاجتهاد؛ ولذا قضى -فيما مضى- بعدم سريان التشديد على القابلة، ولم يكن النص يشملها وقتئذٍ، وإنما أضيف إليه في قانون عقوبات ١٩٣٧م^(٢).

والمرجع في تحديد صفة الجاني، كطبيب أو جراح أو صيدليًا أو قابلة، هو إلى القوانين واللوائح التي تحدّد اكتساب هذه الصفة وفقدانها، وتوفر هذه الصفة كاف بذاته للتشديد، فلا يتطلب القانون عناصر أخرى، فيتحقق الظرف المشدّد، ولو أجرى المتهم الإجهاض دون أجر، أو كان موقوفًا مؤقتًا عن ممارسة مهنته أو حرفته، ولكن إذا حرم نهائيًا من ممارسته، فقد زالت عنه الصفة، ولم يعد محلًّا للظرف المشدّد^(٣).

ونلاحظ أن المشرع المصري اقتصر على أربع صفات، هي: صفة الطبيب أو الجراح والصيدلي والقابلة، ويقوم الظرف المشدّد، إذا تحقق في الجاني أي صفة منها، وتطبيق عند ذلك المادة (٢٦٣ع)، وهناك تشريعات أخرى تتوسع في ذلك الشأن، فتضيف إلى تلك الصفات السابقة صفات أخرى، مثل: طلبة الطب، ومستخدمي الصيدليات، ومحضري العقاقير، وصانعي الأربطة الطبية، وتجار الأدوات الجراحية، والممرضين والمدلّكين، وكذا العاملين في مجال العطارّة، وأطباء الأسنان^(٤).

(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني، فقرة ٧٠٨ ص (٥٢٠-٥٢١).

(٢) جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال للدكتور رؤوف عبيد ص (٢٣٤).

(٣) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني، فقرة ٧٠٨ ص (٥٢١).

(٤) مادة (٢٠٤ع) جزائري، الصادر في ١٩٦٦م.

وصفة الطبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة في الإسقاط ظرف شخصي بحت، وهو يقتضي تغيير وصف الجنحة إلى جناية، وحكم هذا النوع من الظروف أنه يؤثر في صاحبه فقط، وبشرط أن يرتكب الجريمة بنفسه، لا مجرد أن يكون شريكاً فيها، أما إذا ساهم مع الطبيب أو نحوه متهماً آخر، فإنه لا يتأثر بالظرف المشدد، إذا كان فاعلاً أصلياً مع الطبيب (م ٣٩ فقرة أخيرة)، وإذا كان مجرد شريك معه، فهو يتأثر به إذا كان يعلم بصفة الطبيب أو نحوه، ولا يتأثر به إذا لم يكن يعلم بها (م ٤١/ فقرة أولى).

ولذا يتعين تحديد دور المرأة الحبلى في الإسقاط، وهل تعد فاعلة أصلية، أو مجرد شريكة فيه إذا أجراه طبيب بمعرفتها؛ لأنها إن اعتبرت فاعلة أصلية معه، كانت الواقعة جنحة بالنسبة لها دائماً، أما إن اعتبرت مجرد شريكة له، عالمة بالظرف المشدد؛ وجب أن تؤخذ بعقوبة الجناية.

ويبدو من صياغة المادة (٢٦٢ع) أنه ينبغي اعتبارها فاعلة أصلية دائماً، فهي تعاقب «المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية، مع علمها بها، أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها، أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها»، فكأن مجرد تعاطي الأدوية، أو استعمال الوسائل المؤدية للإسقاط، مع العلم بها، والرضا عنها، يكون من الأفعال المادية الداخلة في تكوين الجريمة، والتي تجعل من تكوين صاحبها فاعلاً أصلياً فيها (م ٣٩)، فلا يتصور -والحال كذلك- أن تكون الحبلى شريكة في جريمة إسقاط نفسها.

أما إذ تم الإسقاط بغير رضاها، كأن تكون العقاقير قد أعطيت لها، أو أن تكون الجراحة قد أجريت لها بغير علمها، فتكون مجنياً عليها، ولا محل حينئذ لبحث ما إذا كانت تعد فاعلة له، أو شريكة فيه، كما ينبغي ملاحظة أن مجرد إرشاد المرأة الحبلى إلى أدوية الإسقاط أو وسائله يعد أمراً كافياً بذاته لتكوين الجريمة طبقاً للمادة (٢٦٢ع)؛ ومن ثم يجب اعتبار مقارفه فاعلاً أصلياً لا شريكاً.

● العقوبة

متى تحقق أحد الظروف المشدّدة، كانت الواقعة جنائية عقوبتها الأشغال الشاقة المؤقتة، وهي أشد من عقوبة جناية الجرح أو الضرب، ولو أفضى إلى الموت (م ٦٣٦)؛ ولذلك أهميته في حالة موت الحامل يسبب جريمة الإسقاط؛ إذ يجب حينئذ اعتبارها الجريمة الأخيرة، والحكم بعقوبتها دون غيرها (م ١/٣٢).

أمّا في غير حالة تحقق أحد الظروف المشددة، فعقوبة الإسقاط الحبس؛ ومن ثم يجب - في حالة موت الحامل، أو حتى إصابتها بعاهة مستديمة (م ٢٤٠) - اعتبار هاتين الجنائتين الأخيرتين، والحكم بعقوبة هذه أو تلك بحسب الأحوال، دون جنحة الإسقاط^(١).



(١) جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال للدكتور رؤوف عبيد، ص (٢٣٤-٢٣٥).

المبحث الرابع

إجهاض المرأة الحبلى لنفسها، وحالة رضاها

وتمكنها للغير بإجهاضها

نصت على هذه الجريمة المادة (٢٦٢ع) في قولها «المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها، أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها، أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها، وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها» أي الحبس، وتفترض هذه الجريمة توفر الأركان العامة للإجهاض، وتفترض بالإضافة إلى ذلك كون الجاني امرأة حاملاً، وانصبت فعلها على حملها.

ولهذه الجريمة صور ثلاث: صورة تفترض أن الحامل قد أتت فعل الإسقاط من تلقاء نفسها، دون أن يحرضها، أو يقترح عليها ذلك أحد، كأن استعملت وسائل الإجهاض، دون أن يعرضها شخص عليها. وصورة تفترض أنها أتت الفعل، أو استعملت الوسائل بناءً على اقتراح الغير أو عرضه. وصورة تفترض أنها مكنت الغير من إتيان فعل الإسقاط على جسمها.

ويبدو للوهلة الأولى أن المشرع (الوضعي) جرم الصورتين الأخيرتين، دون الصورة الأولى، فقوله: «رضيت بتعاطي الأدوية، أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها» يفترض عرضاً من الغير، وقبولاً من الحامل، وينصرف هذا التعبير إلى الصورة الثانية، ولكن المشرع (الوضعي) قصد أن تتبع العبارة الأولى الصورتين الأولىين، فلفظ «رضيت» يشمل حالتي التقبل والتلقائي للفعل، وقبول عرض الغير.

ووسائل الإسقاط في هذه الجريمة سواء، فلا فرق بين أن تتخذ صورة العنف، أو أن تتجرد منه، وفي تعبير آخر فإن الحامل التي تجهض نفسها «بضرب أو نحوه من أنواع

الإيذاء» لا يشدد عقابها، فمن ناحية يقتصر نطاق هذا الظرف على إجهاض الغير للحامل، ومن ناحية ثانية لا تتوفر علة التشديد حين تجهض الحامل نفسها بفعل اتسم بالعنف، ويصلح الامتناع لتقوم به هذه الجريمة، فالحامل التي تمتنع عن الحيلولة بين الغير وبين إجهاضها، يصدق عليها أنها «مكنت غيرها من استعمال وسائل الإسقاط»، ومن قبيل ذلك أن تترك الغير يضربها ليجهضها، أو أن تتركه يخدرها حتى يجري بعد ذلك عملية الإجهاض، ويعني ذلك أن «تمكين غيرها من إجهاضها» لا يقتضي نشاطاً إيجابياً، فلا يتطلب بالضرورة طلب الحامل ذلك، أو رضاها الصريح، وإنما يكفي لتحقيقه مجرد الامتناع؛ ولكن شرط ذلك أن يكون في استطاعتها الحيلولة دون الإجهاض. وقد علمنا أن الحامل قد تكون فاعلاً معنوياً للإجهاض، وقد يكون الطبيب المجهض هو المنفذ المادي، وتساءل عن هذه الجريمة الحامل التي شرعت في الانتحار ثم فشلت، ولكن ترتب على محاولتها موت الجنين، إذا كانت قد توقعنت هذه النتيجة فقبلتها؛ إذ يعد القصد الاحتمال للإجهاض متوفراً لديها.

ويخضع القصد الجنائي في هذه الجريمة للقواعد العامة، ومن عناصره وفقاً لهذه القواعد علم المتهمه بأنها حامل، فإن أتت الفعل الذي ترتب عليها إجهاضها جاهلة حملها، وهو ما يتصور إذا كان الحمل في أيامه الأولى، فإن القصد لا يتوفر لديها.

وقد حدد القانون لهذه الجريمة عقوبة الحبس بين حديه العامين^(١).

(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني برقم (٧١٠) ص(٥٢٢-٥٢٤).

وانظر: شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور عمر السعيد رمضان برقم (٣١٠) ص(٣٢٦).

الفصل الثالث

موقف القانون المصري من دواعي الإجهاض

وفيه مباحث:

- ﴿ المبحث الأول: موقف القانون المصري من الإجهاض لدواعٍ طبية.
- ﴿ المبحث الثاني: موقف القانون المصري من الإجهاض لدواعٍ جنينية.
- ﴿ المبحث الثالث: موقف القانون المصري من الإجهاض للتخلص من حمل سفاحٍ أو اغتصاب.
- ﴿ المبحث الرابع: موقف القانون المصري من الإجهاض لدواعٍ اقتصادية واجتماعية.
- ﴿ المبحث الخامس: موقف القانون المصري من الإجهاض استناداً إلى حالة الضرورة.



obeikandi.com

المبحث الأول

موقف القانون المصري من الإجهاض لدواع طبية

لا يوجد في التشريع الوضعي المصري نص صريح يبيح الإجهاض لإنقاذ حياة الحامل أو صحتها البدنية والنفسية من خطر جسيم، وهذا من المآخذ القوية عليه، إلا أنه يطبق سبب الإباحة المقرر للأطباء والجراحين في شأن الأعمال العلاجية على الإجهاض.

فإذا ثبت بالنظر إلى الحالة الصحية للحامل أن إجهاضها عمل علاجي، وتوفرت شروط الإباحة، وأخصها أن يكون المجهض طبيياً، وأن ترضى الحامل بالإجهاض، وأن يستهدف به العلاج، فإنه لا شك في إباحته.

وأهم الحالات التي يعتبر فيها الإجهاض عملاً علاجياً هي: أن يكون الإجهاض ضرورة لإنقاذ الحامل من موت محقق أو محتمل، أو أن يكون ضرورة لإنقاذ الحامل من متاعب صحية لا تقوى على تحملها، أي: يثبت أن إجهاضها شرط لشفائها من مرض تعاني منه، ولكن العمل العلاجي أوسع من ذلك نطاقاً، فهو يتسع لحالة ما إذا كان الإجهاض ضرورة لوقاية المرأة من مرض يرجح أو يحتمل أن تصاب به إذا استمر حملها، فالعمل العلاجي يتسع وفقاً للقواعد العامة للعمل الطبي الوقائي، ويدخل في هذه الإباحة أن تكون الحامل صغيرة السن، ويثبت طبيياً أنها لا تقوى لصغرها على احتمال الحمل، ويباح الإجهاض إذا ساءت الحالة النفسية للحامل بسبب حملها، وصار محققاً إقدامها على الانتحار، أو إحداث إصابات جسيمة بنفسها إذا استمر حملها؛ إذ يكون الإجهاض ضرورة لحماية الحياة أو لسلامة الجسم.

وللخبرة الطبية دور في تقرير توفر هذا السبب للإباحة، فيجب أن يثبت أن القواعد الطبية تملّي الإجهاض كضرورة علاجية، ويجب أن يجري تنفيذ الإجهاض وفقاً للأحوال الطبية، ويجب أن تقدم للحامل بعد إجهاضها الرعاية الطبية التي تكفل تقادي الآثار الصحية السيئة للإجهاض^(١).



(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني - برقم ٦٨٩ ص (٥٠٦-٥٠٧).

المبحث الثاني

موقف القانون المصري من الإجهاض لدواعٍ جنينية

لا يوجد في التشريع (الوضعي) المصري نص يسمح بإسقاط الحمل، إذا أصاب الجنين أي تشوّه، أو قام احتمال كبير بإصابته بأفة عقلية أو بدنية، وهذا الاحتمال لم يعد في وقتنا الحاضر نادرًا بالنظر إلى التأثير السيء لبعض العقاقير التي قد تتناولها الحامل أثناء الحمل؛ وخاصة العقاقير المهدئة، وبالنظر إلى بعض العوامل البيئية، كالتفجيرات الذرية يرى الدكتور محمود نجيب حسني: أن هذا الإجهاض غير مشروع، فعند المقارنة بين مصلحة الأسرة في أن يكون جميع أفرادها أسوياء البدن والعقل، وبين حق الجنين في الحياة، يتضح رجحان الحق الثاني^(١).



(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني برقم (٦٩١) ص(٥٠٩).

المبحث الثالث

موقف القانون المصري من الإجهاض للتخلص

من حمل سفاح أو اغتصاب

واضح من استقراء نصوص الإجهاض أن المشرع (الوضعي) المصري يرفض السماح بإنهاء الحمل للتخلص من حمل سفاح، كما يرفض اعتباره عذراً مخففاً، كما هو الحال في بعض التشريعات الوضعية^(١).

وأنا أؤيد بدوري المشرع الوضعي المصري في هذه الناحية؛ لأن السماح بالإجهاض في هذه الحالة يؤدي إلى إشاعة الرذيلة والفوضى الجنسية.

إن سبب الإباحة الذي تثيره هذه الحالة يتمثل في التساؤل عن مدى توفر شروط الدفاع الشرعي عن الشرف، إن هذه الشروط غير متوفرة؛ لأن الفعل غير موجه إلى من صدر عنه الاعتداء، فقد صدر هذا الاعتداء عن الرجل الذي ارتكب الزنا أو الاغتصاب، ولكن الفعل قد وقع عدواناً على حق الجنين، وله في القانون استقلاله عن ذلك الرجل، وتأبى السياسة الجنائية أن تعترف بهذا الإجهاض، فمن ناحية ليست المرأة في حاجة إليه، فلها حق الدفاع الشرعي ضد الرجل، الذي يحاول الاعتداء على عرضها، ولها كذلك الحق في الحيلولة دون الحمل، باستعمال الوسائل التي من شأنها ذلك، فإذا ما حصل الحمل كان له الحق في النمو والميلاد الطبيعي، الذي لا يجوز للحامل الاعتداء عليه، ومن ناحية ثانية: يخشى أن يؤدي الاعتراف بهذا الإجهاض إلى إساءة استعماله، حين يكون ثمرة علاقة جنسية، رضيت بها المرأة، ثم تخلع عليها

(١) كالتشريع الأردني والعراقي.

مظهرًا إجراميًا توصلًا إلى إباحة الإجهاض، ولكن الدكتور محمود نجيب حسني يورد تحفظًا على هذا الأصل، فيقول: «ولكن يرد على هذا الأصل تحفظ: فإذا توفرت لهذا الإجهاض مقتضيات العمل العلاجي، كما لو كان المجني عليها في الاغتصاب طفلة أو مريضة، لا تقوى على احتمال الحمل أو الولادة، أو كان محققًا إقدامها على الانتحار، أبيض الإجهاض، استنادًا إلى الاعتبارات الطبية^(١).



(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني برقم (٦٩٠) ص(٥٠٨).

obeikandi.com

المبحث الرابع

موقف القانون المصري من الإجهاض لدواع اقتصادية واجتماعية

يراد بهذا الإجهاض الذي يستهدف التخلص من ذرية يرجح أن تسيء إلى المركز الاقتصادي للأسرة، كما لو كان عدد الأبناء كبيراً، والدخل قليلاً، فيخشى أن يؤدي ميلاد ابن جديد إلى أن يهبط المستوى الاجتماعي للأسرة^(١).

رغم حملات بعض الجهات للدعوة إلى إباحة الإجهاض كوسيلة فاعلة لمواجهة أخطار التضخم السكاني وزيادة النسل، إلا أن المشرع (الوضعي) المصري لم يستجب لذلك، ونحن نؤيده في ذلك أشد التأييد؛ لأن التوسع في السماح بالإجهاض بدون ضرورة شرعية يؤدي إلى فوضى جنسية تهدد المجتمع بالانهيار، كما أن كثيراً من رجال الاجتماع والاقتصاد لا يقبلون فكرة إباحة الإجهاض؛ لمواجهة خطر زيادة السكان، وقلة الخيرات والموارد، وتأسيساً على أن مسألة الخيرات والموارد تختلف من عصر إلى آخر، وأن الأمر مرهون أولاً وأخيراً باستغلال الخيرات، وقدرة الإنسان على فتح آفاق جديدة تتسع للأعداد المتزايدة.



(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني - برقم (٦٩١) ص (٥٠٨).

obeikandi.com

المبحث الخامس

موقف القانون المصري من الإجهاض استنادًا إلى حالة الضرورة

اتجهت غالبية الفقه إلى امتناع مسؤولية الفاعل في الإجهاض، إذا توفرت شروط حالة الضرورة، كما وردت بنص المادة (٦١ ع)، والتي بجاء بها: «لا عقاب على من ارتكب جريمة ألبأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس، على وشك الوقوع به أو بغيره، ولم يكن لإرادته دخل في حلوله، ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى، فإذا كان الحمل تضمّن خطرًا يتهدد الأم في حياتها أو صحتها تهديدًا جسيمًا، وكان الإسقاط هو الطريقة الوحيدة لدفع هذا الخطر، ولم يكن للجاني دخل في حلوله، فهنا تمتنع مسؤولية الفاعل طبقًا للقواعد العامة، وإذا تم الإسقاط في الظروف السابقة بمعرفة طبيب أو جراح، فلا تمتنع المسؤولية فحسب؛ بل يكون الفعل مباحًا، واستعمالًا لحق مقرر بمقتضى القانون (م ٦٠)، وهو ما ينبني عليه زوال الصفة الإجرامية من أساسها^(١).

إذ يشترط لإباحة ممارسة الأعمال الطبية شروط أربعة تتمثل في:

١- أن يكون من أجزاها مرخصًا له بإجرائها.

٢- أن تكون بقصد العلاج.

(١) جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال للدكتور رؤوف عبيد ص (٢٣٠-٢٣١).

٣- أن يرضى المريض بالعلاج.

٤- ألا يقع من الطبيب إهمال.

فإذا توفرت هذه الشروط في إجراء عملية الإجهاض، كنا بصدد عمل مباح، داخل في نطاق المشروعية، ولا جريمة فيه^(١).



(١) جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنة ص (٨٠٢).

الفصل الرابع

المقارنة بين الشريعة والقانون في جريمة الإجهاض

وفيه ثلاثة مباحث:

﴿ المبحث الأول: المقارنة بين الشريعة والقانون في جانب الإجهاض الاجتماعي. ﴾

﴿ المبحث الثاني: المقارنة بين الشريعة والقانون في جانب الإجهاض العلاجي (الضروري). ﴾

﴿ المبحث الثالث: المقارنة بين الشريعة والقانون في جانب العقوبات. ﴾



obeikandi.com

المبحث الأول

المقارنة بين الشريعة والقانون في جريمة الإجهاض

من المعلوم أن أركان الإجهاض في الشريعة الإسلامية هي نفس الأركان في القوانين الوضعية، وعلى ذلك فأركان الإجهاض هي:

١- وجود الحمل، أي محل الاعتداء.

٢- الركن المادي، أي فعل الإجهاض.

٣- الركن المعنوي، أي القصد الجنائي.

الركن الأول: وجود الحمل، أي: محل الاعتداء:

محل الاعتداء في جريمة الإجهاض في الشريعة الإسلامية هو الجنين، فما هو الجنين في الشريعة الإسلامية؟ أو بالأحرى على أي شيء يطلق الفقهاء «الجنين»؟

اختلف العلماء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: وهو مذهب المالكية، وقول للحنفية، وقول لابن العماد، والغزالي من الشافعية، وابن الجوزي، وابن رجب، وابن تيمية من الحنابلة، والظاهرية: يطلق الجنين على النطفة منذ أن تستقر في الرحم، أي: منذ اليوم الأول من العلق، وقد سبق بيان نصوصهم وأدلّتهم في الفصل الأول الخاص بالإجهاض الاجتماعي^(١).

المذهب الثاني: وهو مذهب جمهور الحنفية، وقول الرملي، وأبي إسحاق المروزي من الشافعية، وظاهر كلام ابن عقيل: يطلقون الجنين على ما بعد نفخ الروح - أي بعد التخلّق - أي: على ما بعد الأربعة أشهر.

(١) راجع ص (٣٣) من هذا الكتاب.

إلا أن مراد الحنفية بالتخلق مختلف فيه، فبعضهم يقصد به ما بعد الأربعين يوماً، أي: ما لم يبدأ الجنين بالتخلق، وبعضهم يقصد به: ما لم يمر مائة وعشرون يوماً على الحمل، وهو مذهب جمهورهم - كما سبق بيانه^(١).

المذهب الثالث: وهو مذهب الشافعية والحنابلة: يطلقون الجنين على ما بعد أربعين يوماً، أي: إذا بدأت النطفة بالتخلق - وقد سبق بيانه^(٢).

وبناءً على ذلك: يرى المالكية ومن وافقهم مسؤولية الجاني عن كل ما ألقته المرأة، مما يعلم أنه حمل؛ سواءً أكان تام الخلقه أو كان مضغاً أو علقه أو دمًا اجتمع، ويرى الحنفية ومن وافقهم مسؤولية الجاني عما تطرحه المرأة إذا كان قد نفخ فيه الروح، ويرى الشافعية والحنابلة: مسؤولية الجاني عما تطرحه المرأة إذا تبين فيه خلق الإنسان ولو كان خفيًا.

أمّا عن بداية الحمل في القانون، فقد اختلف الفقهاء بشأنه على رأيين:

الرأي الأول: يرى أن الحمل يبدأ مع التلقيح، ويستمر إلى أن تتم الولادة الطبيعية، فالحمل هو البويضة الملقحة منذ التلقيح، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه والطب، ويكاد يكون مطابقاً لمذهب المالكية ومن وافقهم.

الرأي الثاني: يعتبر أن الحمل يبدأ بتمام زراعة البويضة الملقحة في حائط الرحم، والمسافة الزمنية بين التلقيح والزراعة حوالي اثني عشر أو ثلاثة عشر يوماً، وهذا قريب من مذهب المالكية ومن وافقهم^(٣).

(١) راجع ص (٤١) من هذا الكتاب.

(٢) راجع ص (٤٣) من هذا الكتاب.

(٣) راجع تفاصيل هذا الباب الثاني الخاص بالعقوبات الشرعية للإجهاض ص (١٣١) من هذا الكتاب.

ومن المعلوم أن المشرع المصري الجنائي لم يحدّد الوقت الذي يبدأ فيه الحمل، والذي يعتبر الفعل من بعده إجهاضاً، ولعلّه يتجه إلى الرأي الثاني.

هذا عن بداية الحمل، فماذا عن نهايته؟ إن الأمر أكثر تعقيداً، ففي الشريعة الإسلامية تعرض الفقهاء لهذه المسألة أثناء حديثهم عن الاعتداء على الجنين قبل انفصاله كله، فقد اتفق الفقهاء بأنه إذا جنى إنسان على حامل بالضرب أو غيره، فأسقطت جنيناً واعتدي عليه قبل سقوطه كله بأن ضربه أو غمه قبل انفصاله كله، فإن لم يستهل ولم يسمع له ما يدل على الحياة، فالواجب على الجاني غرة عبد أو أمة.

وإن خرج رأسه وصاح، أو تميّز منه ما يدل على الحياة، فلفقهاء في ذلك رأيان: الرأي الأول: وهو رأي الحنفية والمالكية: على أن من ذبحه، فعليه الغرة؛ لأنه جنين، ولا قود عليه، وإنما عليه الأدب.

الرأي الثاني: وهو رأي الشافعية والحنابلة: أن على من حز رأس الجنين قبل انفصاله القصاص لتيقن حياته؛ وهو الراجح كما سبق بيانه^(١).

وخلاصة القول: إن الفقهاء يعتبرون الجنين بعد انفصاله كله حياً قد وجب القصاص على من تعدى عليه؛ لأنه قد أصبح إنساناً، لا جنيناً.

أمّا عن نهاية الحمل في القانون: فقد تعددت الآراء في ذلك على النحو التالي: الرأي الأول: ذهب إلى أن الحياة الإنسانية تبدأ بخروج ذلك الحمل حياً من بطن أمه، وبحالة كاملة؛ سواء أتنفس أم لم يتنفس، وسواءً أقطع الحبل السري أم لم يقطع، ويعتبر قتل هذا الطفل ارتكاباً لجريمة القتل.

(١) راجع ص(١٥٥) من هذا الكتاب.

الرأي الثاني: مذهب إلى أن الحياة الإنسانية تبدأ بمجرد بروز أي جزء من الجنين للخارج، ففي تلك اللحظة ترتفع صفة الجنين لتحمل على ذلك الكائن صفة الإنسان، ويصبح محلاً لحماية النصوص الخاصة بالقتل والإيذاء.

الرأي الثالث: يذهب إلى أن الحياة الإنسانية تبدأ بمجرد الحمل؛ والذي يظهر لي أن الرأي الأول هو الأقرب إلى رأي فقهاء الإسلام، والله أعلم.
هذا عن الركن الأول، وهو وجود الحمل.

أمّا عن الركن المادي الذي يقوم على عناصر ثلاثة: سلوك، ونتيجة، وعلاقة سببية طبيعية بينهما.

فخلاصة القول فيه: إن الركن المادي لجريمة الإجهاض في الشريعة الإسلامية هو نفسه في القوانين الوضعية فيلزم لتوافره:

١- نشاط أو فعل من قبل الجاني

٢- انفصال الجنين من بطن أمه قبل الموعد الحقيقي للولادة الطبيعية.

٣- توافر علاقة السببية بين الفعل والانفصال.

إلا أنه فيما يتعلق بوسيلة السلوك في الإجهاض، يتطلب المشرع الوضعي المصري وسيلة معينة؛ يلزم أن يقتصر بها السلوك، فالمادتان (٢٦٠)، (٢٦١) من قانون العقوبات أشارتا إلى بعض وسائل الإجهاض، فنصت المادة (٢٦٠) على أن: «كل من أسقط عمدًا امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء...»، كما نصت المادة (٢٦١) على أن «كل من أسقط امرأة حبلى بإعطائها أدوية، أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك، أو بدلاتها عليها...».

بينما في الشريعة الإسلامية: ليست هناك وسيلة معينة يلزم أن يقترب بها السلوك في جريمة الإجهاض؛ لأن الشريعة الإسلامية تعتبر العدوان على الجنين عدوان على حياة مستقلة ذات حصانة لا تختلف عن الآخرين؛ لذا لم تفرق الشريعة الإسلامية في الآلة بين العدوان على الجنين والإنسان الكامل، فالجناية تعتبر عمداً إذا كانت الآلة المستخدمة تقتل - غالباً - وشبهه عمد، إذا كانت لا تقتل غالباً، وخطأً إذا لم يقصد الفعل ولم يقصد النتيجة، كمن رمى صيداً فأصاب امرأة حامل فأسقطت جنينها، بينما القانون ينظر إلى الجنين على أن حياته غير مستقلة، وليست ذات حصانة.

الإجهاض يقع بالترك، أو الامتناع في الشريعة الإسلامية - كما هو الحال في القانون الوضعي - مثل: امتناع الحامل عن الحيلولة دون إتيان الغير فعل الإجهاض على جسمها.

● الشرع في الإجهاض

المشرع الوضعي المصري لا يعاقب على الشرع في الإجهاض، وهذا تقصير منه في توفير الحماية الجنائية للجنين، رغم أن الجنين يكون مهدداً بالخطر، وقد يصاب بالأذى فعلاً، وتفصيل ذلك: أننا لو تصورنا أن الجاني قد قام بإعطاء الدواء بغرض إجهاضها، ولكن الحمل لم ينته لسبب خارج عن إرادته، كأن تكون كمية الدواء غير كافية لطرد الجنين، ولكنها كانت كافية لإصابة الجنين بالتشوّه، وفي هذه الحالة يستمر الحمل ويخرج في ميعاده الطبيعي، ولا نستطيع مساءلة الجاني طبقاً لنصوص جريمة الإجهاض في التشريع المصري الوضعي؛ لأن ما أتاه الجاني يدخل في منطقة الشرع غير المحاسب عليه طبقاً لنص المادة (٢٦٤ع).

وفضلاً عن ذلك: فإن الأم تكون - أيضاً - معرضة ومهددة بالخطر، رغم أن أفعال الجاني لم تخرج عن منطقة الشرع^(١).

(١) جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبدالفتاح لبنة ص (٨١٠).

أمّا في الفقه الإسلام: فقد لاحظ الفقهاء أنه لا يمكن أن تستوي الجريمة التامة مع الشروع فيها، فصي جرائم الحدود لا يعاقب على الشروع فيها بالحد، وإنما بالتعزير، والتعزير - كما هو معروف لنا - أنه قد يكون بالحبس، أو الجلد، أو الغرامة المالية، وغيرها، وقد تصل إلى القتل، كما هو رأي الحنفية، وشيخ الإسلام ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم من الحنابلة، وبعض المالكية^(١).

أمّا فيما يتعلق بالركن المعنوي، أو قصد الجاني: فجرائم الإجهاض كلها عمدية في القانون الجنائي المصري، وتطبيقاً لذلك لا يرتكب هذه الجريمة من يتسبب بخطئه في إصابة امرأة حامل، فيؤدي بذلك إلى هلاك الجنين، وكذلك إذا صدم المتهم الحامل بسيارته دون عمد فأحدث بها إصابات أفضت إلى إجهاضها، لم يكن مسؤولاً عن إجهاض، وإنما يسأل عن إصابة غير عمدية، وقد اعترض جانب من الفقه على عدم العقاب على الإجهاض الذي يقع بإهمال أو نتيجة للخطأ، أو نتيجة لأفعال العنف الواقعة على جسم المرأة، دون أن يكون هناك قصد لإجهاضها.

أمّا في الفقه الإسلام: فذهب مالك إلى أن الجناية قد تكون عمدية، وقد تكون خطأ، وعلى هذا يجب القصاص إذا كانت الجناية عمداً، وذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن الجناية على الجنين لا تكون عمداً محضاً، وإنما تكون عمداً أو شبه خطأ.

وبناءً على ما سبق: يعاقب الجاني على جريمة قتل؛ سواءً توفر عنصر القصد الجنائي عنده أو لا؛ لأن الشريعة الإسلامية لا تعاقب على الإجهاض، إلا من حيث إنها تعده جريمة قتل، وسيأتي مزيد تفصيل لهذه النقطة عند المقارنة بين الشريعة والقانون في مجال العقوبات^(٢).

(١) راجع ذلك بالتفصيل في: كتاب التعزيرات البدنية وموجباتها في الفقه الإسلامية - تأليف: الدكتور عبد الله الحديثي.

(٢) راجع: ص (٢٨٩) وما بعدها من هذا الكتاب.

المبحث الثاني

المقارنة بين الشريعة والقانون في جانب الإجهاض العلاجي (الضروري)

يعرّف علماء الطب والقانون والإجهاض العلاجي: بأنه إيقاف سير الحمل إنقاذاً لحياة الحامل، فيدخل فيه -كما نلاحظ- جميع الحالات المفروضة التي سبق ذكرها في الجانب الشرعي.

ومن أجل ذلك لا يقع تحت طائلة العقوبة -أي الإجهاض العلاجي-، بسبب فقد النية الجرمية فيه، وهو ركن أساس في جريمة الإجهاض^(١).

وبعد هذه المقدمة نقارن بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بدواعي الإجهاض.



(١) انظر: الإجهاض وجرائم الأعراض - تأليف: المستشار عزت حسين ص (١٧).

المطلب الأول

في الإجهاض لدواع طبية

لا يوجد في التشريع المصري الوضعي نص صريح يبيح الإجهاض؛ لإنقاذ حياة الحامل أو صحتها البدنية والنفسية من خطر جسيم - كما سبق بيانه - إلا أنه اتجه غالبية الفقه إلى امتناع مسؤولية الفاعل في الإجهاض، إذا توفرت شروط الإباحة بالنسبة للأطباء والجراحين، وهي:

١- أن يكون المجهض طبيباً.

٢- وأن ترضى الحامل بالإجهاض.

٣- أن يستهدف به العلاج.

كما أنه ضبط الإجهاض العلاجي بضوابط، من أهمها:

١- أن يكون الإجهاض ضرورة لإنقاذ الحامل من موت محقق أو محتمل.

٢- أن يكون ضرورة لإنقاذ الحامل من متاعب صحية لا تقوى على تحملها، ويدخل في هذا الضابط إذا كانت الحامل صغيرة السن، ويثبت طبيياً أنها لا تقوى لصغرها على احتمال الحمل.

٣- ويباح الإجهاض إذا ساءت الحالة النفسية للحامل بسبب حملها، وصار محقق إقدامها على الانتحار، أو إحداث إصابات جسيمة بنفسها إذا استمر حملها؛ إذ يكون الإجهاض ضرورة لحماية الحياة أو سلامة الجسم^(١).

(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص - تأليف: الدكتور محمود نجيب حسني ص (٥٠٦، ٥٠٧).

● ما نلاحظه على هذا الفقه

إن من أهم ما نلاحظه من الثغرات في موقف الفقه المصري من الإجهاض العلاجي، ما يلي:

أولاً: ينظر الفقه إلى ما يقدم عليه الطبيب من الإجهاض العلاجي، على أنه جزء من عمله المهني الذي يملك كل الخيار في ممارسته. والحقيقة أن الإجهاض إذا كان علاجياً حقاً، يدخل تحت اسم الإنقاذ والإسعاف؛ وعندئذ لا يملك الطبيب أي اختيار أمام ضرورة الإنقاذ؛ لا سيما إذا لم يكن في البلدة أو القرية غيره؛ ولذلك كان الطبيب هو محور الخطاب في هذا الحكم في الفقه الإسلامي - كما سبق بيانه -، ومن أهم عوامل هذه النظرة الوضعية: أن معظم الحالات التي تأخذ اسم الإجهاض العلاجي، داخل في حقيقته تحت الإجهاض الوقائي؛ وذلك كأن تكون الحامل مصابة بأفة قلبية، أو ببعض الآفات الكلوية، أو بأمراض عصبية أو نفسية، بحيث يقتنع الطبيب أن استمرار الحمل مع هذه الآفات سيعرّض حياة الأم للخطر.

علمًا أن هذه الحالات لا تزيد في حقيقتها على أن تكون من قبيل الإجهاض الوقائي، فمن أجل ذلك يدخل هذا العمل ضمن عموم ما يقوم به الطبيب من أعماله المهنية، ولا يأخذ شكل إسعاف أو إنقاذ يكلف به طوعاً أو كرهاً^(١).

ثانياً: لا يفرق القانون بين الجنين الذي لم تدب فيه الحياة بعد، والجنين الذي علمنا سريان الحياة فيه بدليل قطعي، فأصبح بذلك واحداً من الأناس الذين يتمتعون بحق الحياة دون أن ينقص حقه عنهم في ذلك. وقد عرفنا أن الشريعة الإسلامية لا تجيز هذه التسوية، إن الشريعة الإسلامية قد تجيز حتى الإجهاض الوقائي عندما يكون الجنين في طريقه للحياة، ولم يتمتع بالحياة بعد، ولكنها لا ترجح حياة كاملة على حياة مثلها ترجيحاً اعتبارياً بعد أن تدب الحياة في الجنين^(٢).

(١) انظر: مسألة تحديد النسل للدكتور محمد سعيد البوطي ص (١٠٢-١٠٣).

(٢) المرجع السابق: ص (١٠٢-١٠٣).

ثالثاً: أن خلو الإجهاض العلاجي من ضابط يمنع التباسه بالإجهاض الوقائي، يجعل أكثر حالات الإجهاض التي تسمى علاجية وقائية في الحقيقة، وهو من ثم يجعل من القانون أو الفقه الذي يجيز الإجهاض العلاجي ذريعة إلى إباحة ألوان شتى من الإجهاض، كلها يتم تحت سمع القانون وبصره باسم الإجهاض العلاجي، غير أن القانون لو نص على أن الخطر ينبغي أن يكون ماثلاً للعيان، بحيث يصبح عمل الطبيب إنقاذاً أو إسعافاً، لما كان ثمة مكان للبس، أو ذريعة للممنوع. فقد رأينا كيف أن الفقهاء اشتروا للضرورة شروطاً قوية، من أهمها: أن تكون الضرورة واقعة فعلاً، لا متوقعة، أي: أن تكون المخاوف مستندة إلى دلائل واقعة بالفعل^(١).

رابعاً: يركز القانون والفقه الوضعي: على أن المقصود بالإجهاض العلاجي إنقاذ حياة الأم، وكأن الجنين ليس شيئاً يذكر بالنسبة إليها.

إن العدالة تقتضي أن يبادر الطبيب بإنقاذ كل من الأم والجنين معاً، فإن لم يتيسر وجب عليه أن ينقذ ما يمكن إنقاذه، دون تركيز على الأم لمجرد كونها أمًا، نعم إذا علم أن الجنين سيفقد حياته بموت الأم، فإن ذلك يصبح موجباً كافياً في حصر الجهد في إنقاذ الأم.

ثم إن هذا الذي يسمى بالإجهاض العلاجي يعتبر نادراً جداً، إذ ما أريد منه أن يكون ترجمة دقيقة بما أسميناه شرعاً بالإجهاض الضروري، وبيننا ضوابطه وحدود^(٢).



(١) انظر: الإجهاض العلاجي في الشريعة الإسلامية ص(٧٧) وما بعدها من هذا الكتاب.

(٢) انظر: الإجهاض العلاجي في الشريعة الإسلامية ص(٧٧) وما بعدها من هذا الكتاب، وانظر: مسألة تحديد النسل ص(١٠٤-١٠٥).

المطلب الثاني

الإجهاض لدواعٍ جنينية

لا يوجد في التشريع الوضعي المصري نص يسمح بإسقاط الحامل، إذا أصاب الجنين أي تشوّه، أو قام احتمال كبير بإصابته بأفة عقلية أو بدنية، إلا أن الفقه يرى أن هذا الإجهاض غير مشروع، فعند المقارنة بين مصلحة الأسرة في أن يكون جميع أفرادها أسوياء البدن والعقل، وبين حق الجنين في الحياة، يتضح كذلك رجحان الحق الثاني^(١).

ونحن نرى أن المشرع الوضعي لم يكن موفقاً عندما ساوى بين فترات الحمل المختلفة، وجعل من يسقط حملاً في أسبوعه الأول كمن يسقط حملاً في الشهر الثامن؛ إذ إن عقوبة كل منهما واحدة، وقد رأينا أن أكثر الآراء تشدداً، والتي رفضت السماح بإسقاط الحمل بدءاً من اليوم الأول - أي من وقت التلقيح - وهو رأي الإمام الغزالي وفقهاء المالكية، وبعض الحنفية، إلا أنهم رغم ذلك لم يجعلها عقوبة من يسقط الحمل في أسابيعه الأول، مماثلة لعقوبة من يسقط الحمل في أسابيعه الأخيرة؛ إذ أخذوا بمبدأ التدرج في العقوبة التي تزداد شدة كلما كبر الحمل وازداد حجمه.

وبناءً على ذلك أرى جواز إسقاط الحمل خلال الأربعين يوماً الأولى، إذا قام اعتقاد لدى طبيب مختص بأن الجنين قد أصابه أي تشوّه، كأن تكون الحامل قد تناولت عقاراً يؤدي في الغالب إلى تشوّه الأجنة، أو كأن تصاب الحامل بالجذري أو الحصبة الألمانية، ويترتب على ذلك في الغالب تشوّه الأجنة؛ وذلك تأسيساً على أن

(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص (٥٠٩).

الجنين في هذه الفترة بحسب رأي الكثير من الأطباء وأهل الفقه يكون مجرد قطعة لحم لم تدخل مرحلة التخلق بعد، وهي المرحلة التي تبدأ بمرور فترة الأربعين يوماً الأولى من بداية الحمل، حيث تبدأ ظهور بعض الأعضاء الأدمية؛ لأن الجنين لا يطلق في اللغة إلا على الحمل بعد مرور فترة الأربعين يوماً الأولى، أي: بعد دخول مرحلة التخلق، وهذا هو رأي الإمام الشافعي، وهو حجة في اللغة كما سبق بيانه.

أمّا بالنسبة لنطاق الحماية الجنائية للجنين، فقد كفل المشرع الوضعي المصري للجنين حق الحياة، والاستمرار في النمو، وعاقب كل من يعتدي على هذا الحق على النحو الوارد في النصوص من (٢٦٠-٢٦٤ع)، ولكن لنا مأخذ على تلك النصوص، منها:

أولاً: قصر المشرع الوضعي في توفير الحماية الجنائية للجنين، حين لم يعاقب على الشروع في الإجهاض؛ رغم أن الجنين يكون مهدداً بالخطر، وقد يصاب بالأذى فعلاً، وقد بيّنت مأخذي على عدم عقاب المشرع على الشروع في الإجهاض فيما سبق^(١).

ثانياً: قصر المشرع الوضعي في حماية الجنين عندما لم يعاقب على الفعل المقترن بخطأ.

ثالثاً: افتقدت النصوص السابقة الذكر المنطق؛ وذلك عندما لم تفرق بين ما يقوم بإسقاط الحمل في أيامه الأولى، ومن يقوم بإسقاط حمل في شهره الثامن مثلاً^(٢).

(١) راجع: ص (٢٣٧) وما بعدها من هذا الكتاب.

(٢) انظر: جريمة إجهاض الحوامل للدكتور مصطفى عبدالفتاح لبنة ص (٨١١).

المطلب الثالث

الإجهاض للتخلص من حمل سفاح أو اغتصاب

لا يوجد في التشريع الوضعي المصري نص يسمح بالإجهاض؛ للتخلص من حمل سفاح، كما يرفض اعتباره عذراً مخففاً، وقد اتجه الفقه إلى ذلك -أيضاً-، إلا أنه تحفظ على هذا الأصل فيما إذا توفرت لهذا الإجهاض مقتضيات العمل العلاجي، كما لو كانت المجني عليها في اغتصاب طفلة أو مريضة لا تقوى على احتمال الحمل أو الولادة، أو كان محقق إقدامها على الانتحار، فإنه يباح الإجهاض استناداً إلى الاعتبار الطبية.

أمّا من الناحية الشرعية: فالشريعة تتفق مع القانون والفقه المصريان في تحريم الإجهاض؛ للتخلص من حمل سفاح من غير ضرورة، إلا أنه فيما يتعلق بالإجهاض الضروري في هذه الحالة، فإن الإسلام يفصل في الأمر، فإمّا أن يكون زناها قد ثبت أمام القضاء وكانت محصنة -أي متزوجة- ولم تكن مستكرهة على الفاحشة؛ فعندئذ لا عبرة بضرورتها الداعية إلى الإجهاض؛ إذ هي مستوجبة للقتل حداً، فليس ثمة أي قيمة لما يتهدها بالحياة إن بقي حملها مهما كانت مرحلة الحمل التي تمر بها.

وإمّا ألا يثبت أمام القضاء استحقاقها للحد؛ وذلك بالأ يثبت أمام القضاء ارتكابها لفاحشة مطلقاً، أو ثبت ذلك ولم تكن محصناً -أي متزوجة-، أو ثبت أنها أكرهت على الفاحشة إكراهاً، فهي عندئذ تمتع بسائر الأحكام التي تتعلق بالحامل من نكاح صحيح عندما تحيق بها الضرورة الملجئة إلى الإجهاض، وقد سبق تفصيل القول فيه، وتعليل ذلك^(١).

(١) راجع: ص(١٢٣) وما بعدها من هذا الكتاب.

المطلب الرابع

الإجهاض لدواعٍ اقتصادية واجتماعية

لا يوجد في التشريع الوضعي المصري نص يسمح بالإجهاض لأسباب اجتماعية واقتصادية، وهذا يتفق مع الشريعة الإسلامية تمام الاتفاق.



المطلب الخامس

الإجهاض استناداً إلى حالة الضرورة

اتجهت غالبية الفقه إلى امتناع مسؤولية الفاعل في الإجهاض، إذا توفرت شروط حالة الضرورة، كما وردت بنص المادة (٤٦١) كما سبق تفصيل القول فيه، ويقترّب الإجهاض - في هذه الحالة - من الإجهاض الطبي، ولكن يختلف عنه في أنه لا يشترط أن يجريه طبيب، أو أن ترضى الحامل به، ونظير ذلك لم يكن الإجهاض - استناداً إلى حالة الضرورة - إجهاضاً مباحاً، وإنما تمتنع عنه المسؤولية فحسب^(١). وهذا من وجهة نظري لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية؛ لأنه قد تكون الحامل في حالة حرجة، ولا يوجد طبيب، ولا نستطيع أن نأخذ رضاها؛ نظراً لشدة تعبها، فإن القابلة أو المرأة الخبيرة في أمور الولادة قد تستطيع إنقاذها.



(١) شرح قانون العقوبات: القسم الخاص للدكتور محمود نجيب حسني ص(٥٠٩).

obeikandi.com

المبحث الثالث

المقارنة بين الشريعة والقانون في جانب العقوبات

المطلب الأول

تمهيد

تمتاز الأحكام الفقهية في الشريعة الإسلامية بأن لها جانبين: قضائي، ودياني. فإن قرنت الأحكام بالجزاء الأخروي فهي ديانية، وإن قرنت بالجزاء الدنيوي فهي قضائية.

فإن لاحظت في السرقة ما يترتب عليها من الغضب الإلهي الذي يحيق بالسارق، أو العقاب الأخروي الذي سيلقاه عليها؛ فذلك حكم السرقة ديانة، وإن لاحظت ما يترتب عليها في الدنيا من تغريم السارق وقطع اليد؛ فذلك هو حكم السرقة قضاءً.

وإن لاحظت ما يترتب على الإجهاض من تعرض الفاعل أو الفاعلة للعقاب الأخروي، وهو الترتب الذي يعبر عنه بكلمة «الحرمة» فهو حكم الإجهاض ديانة، وإن لاحظت بعد ذلك العقوبة الدنيوية له، مما يقضي به الحاكم (القاضي)، فهو حكم الإجهاض قضاءً.

ومن المهم أن نعلم بأنه لا يوجد أي لزوم بين حكم الشيء ديانة وحكمه قضاءً.

بمعنى أنه لا يشترط أن يتفقا لا في المثوبة والأجر، ولا في الغرامة والوزر.

فرب جناية كان حكمها في القضاء الدنيوي العقاب الصارم من قصاص أو غرامة، أو نحو ذلك، ثم لا يكون عليها يوم القيامة أي عقاب، ولكن ربما اتفقت طبيعة الحكمين في كل من المغنم والمغرم، بأن تكون الجناية مستلزمة للقصاص أو الغرامة في الدنيا، وللعقاب الشديد يوم القيامة.

ذلك لأن الحكم ديانة لا يركز على العناصر الظاهرة التي ينهض عليها جوهر الحكم فقط؛ بل يركز قبل ذلك وبعده على النية والقصد أيضاً، بينما ينهض الحكم بالشيء قضاءً على تلك العناصر الظاهرة فقط التي يتولد من مجموعها الحكم.

فالقاضي يحكم على الجناية بكونها جناية بمجرد تكامل الأركان الأساسية فيها؛ وعندئذ لا يسعه إلا ترتيب الآثار القضائية المتعلقة بها، ولكن الله بَرَّكَرَ وهو المطلع على السرائر والمقاصد يحكم -أيضاً- بموجب ما استكن في قلب الجاني من قصد أو توبة، فإن علم أنه قد تاب من تلك الجناية توبة نصوحاً، وأن القضاء قد أنصف المظلوم منه، عفا الله عنه يوم القيامة.

وقد كان من أهم آثار هذه القسمة: أن الأحكام الشرعية تنقسم إلى قسمين رئيسين:

١- أحكام تكليفية. ٢- أحكام وضعية.

فالأحكام التكليفية هي الفرض والحرمة والندب والكراهة والإباحة، ناظرة إلى الآثار الأخروية التي تأتي نتيجة الحكم الدياني.

والأحكام الوضعية التي هي الصحة والبطلان والسببية والاشتراط والممانعة، ناظرة إلى الآثار الدنيوية التي تأتي نتيجة للحكم القضائي.

ويثور هنا سؤال، وهو: لماذا انقسمت أحكام الشريعة الإسلامية إلى أحكام ديانية وقضائية؟

الجواب: إن هذا التقسيم يعود إلى مبدئين اثنين، كل منهما أساس كبير لأحكام الشريعة الإسلامية:

المبدأ الأول: قيام الحكم في الدنيا على الظاهر، والله يتولى السرائر.

المبدأ الثاني: التفريق بين حقوق الله، وحقوق العباد.

فأما المبدأ الأول: فقد اقتضى أن تقوم حقيقة الصحة والبطلان في الأحكام الخاضعة لكل من هذين الوصفين على أسباب ظاهرة داخلية تحت سلطان الرقابة

الإنسانية، غير أن هذه الأسباب لما كانت لا تعبر -دائمًا- عن الحقيقة الخفية التي قد لا يطلع عليها إلا الله ﷻ، لم تكن الأحكام المبنية عليها من صحة وبطلان أحكاماً نهائية دالة على القبول أو عدم القبول الإلهي يوم القيامة.

ولهذا قال رسول الله ﷺ: «إنما أنا بشر، وإنكم لتختصمون إليّ، وعسى أن يكون بعضكم ألحن بحجته من الآخر، فأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه، فإنما أقطع له بقطعة من النار، فليأخذها أو ليتركها»^(١). فكان أن تعرّضت الواجبات الشرعية الخاضعة لصفتي الصحة والبطلان لكل من الحكمين القضائي والدياني بوقت واحد، فربما اتفقا، وربما اختلفا.

وأما المبدأ الثاني: فإن أثره في هذا التقسيم يبرز إذا علمنا أن جميع أحكام الشريعة الإسلامية تهدف في حقيقتها إلى أن يرتدي الإنسان بتطبيقها جلباب العبودية لله تعالى.

فهذا هو حق الله -تعالى- في هذه الأحكام.

ثم إن بعضها يتمحض فيه هذا الحق، دون أن يتراءى فيه غيره، كالذكر والدعاء والكثير من العبادات، والكثير منها يرمي -إلى جانب تغطية معنى العبودية في النفس- تحقيق مصالح مختلفة للعباد تعود إلى شتى الجوانب المتعلقة بحياتهم أفراداً وجماعة.

فالإخلال بشيء من هذه الأحكام مستوجب أمرين مهمين، أحدهما: جزاء أخروي يستحقه الإنسان بسبب تفريطه بواجب العبودية لله تعالى.

وثانيهما: قضائي يتولى القضاء الدنيوي تنفيذه، وهو لا يعدو أن يكون تسوية حقوقية، يكلف بها هذا الإنسان بما قد فوّته من حق شرعي ثابت للآخرين، فالذي يتلف مال غيره عدواناً يستحق جزاءين: أحدهما: دنيوي، والآخر: أخروي، فالدنيوي

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢/٢٣٥)، ومسلم في صحيحه برقم (١٧١٣) في كتاب الأفضية.

هو العقوبة التي ترمي إلى التسوية الحقوقية، وتتمثل الغرامة المالية والتعويض على صاحب الحق، والأخروي هو العقوبة الأخروية التي يستحقها بخروجه على الحدود التي رسمها الله له، ونهاه عن تجاوزها.

ومن هنا يتضح لنا: أن كل حكم قضائي يتعلق بأمر ما، مترتباً في حقيقته على حكم ديانى متعلق بالأمر ذاته^(١). وهذا يلفت الانتباه إلى الميزة الكبرى التي تمتاز بها الشريعة الإسلامية عن القوانين الوضعية.

لقد عرف القانون شيئاً اسمه حق الفرد، حق المجتمع، ويمكن أن يعد حق المجتمع مقابلاً لما يسمى في الشريعة الإسلامية حقاً لله ﷻ، ولكن القانون مع ذلك لا يملك أي سبيل لتقسيم الحكم في كل مسألة إلى ما يشبه هذين القسمين في الشريعة الإسلامية، الحكم قضاءً، والحكم ديانةً.

ذلك لأن السلطة التنفيذية في القانون الوضعي سلطة واحدة، تكمن خلف سلطة قضائية واحدة تنقسم إلى بدائية واستئنافية، ولكنها على كل حال تستظل بسلطة واحدة، ذات طاقة نوعية واحدة في كشف دخائل الأمور، والوصول إلى الحقائق.

أما الشريعة الإسلامية: فتستند إلى نوعين من الرقابة:

١- رقابة المشرع الأعظم - جل جلاله-، وهي رقابة ذات قدرة غير محددة تصل إلى غور الحقائق، وتكشف الأسرار الغامضة.

٢- رقابة القضاء الديني، وهي رقابة تستند إلى قدرة محددة، تقوم على البيّنات والحجج والأيمان.

فلئن أفلت الإنسان من العقاب الديني، فلا يمكن أن يفلت من الرقابة الإلهية، أي الحكم الدياني.

(١) انظر: مسألة تحديد النسل للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ص(١٦٩-١٧٤)، والمواقفات للشاطبي (٢١٥/٢) وما بعدها.

وهنا يبرز دور العقيدة من حيث هي أساس في بنية الشريعة الإسلامية؛ لضمان تنفيذ أحكامها، والتقييد بصراطها.

وهذه الميزة التي امتازت بها الشريعة الإسلامية من أبرز ما قد أضفى عليها صفة الكمال، في حين أن افتقار القانون الوضعي إليها من أبرز مظاهر النقص فيه^(١).



(١) انظر: مسألة تحديد النسل للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ص(١٧٤-١٥٠)، ومدخل الفقه الإسلامي للدكتور عبد الله العجلان ونبيل طاحون ص(٥٢-٥٣).

المطلب الثاني

المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون

لقد علمنا -فيما مضى- أن القانون الجنائي المصري يحرم الإجهاض، ويعاقب عليه في جميع مراحلها، لكن هل يفرض القانون أي ضمانات على المجهض لصالح الجنين من دية أو نحوها؟

إن القانون إذ يعاقب الحامل أو الطبيب على الإجهاض، لا ينطلق في ذلك من اعتبار أنه عدوان على حياة مستقلة ذات حصانة، لا تختلف عن حياة الآخرين، وإنما ينظر إليه على أنه جنحة في الأصل، وإن أمكن أن ينقلب إلى جناية بالنتائج مثل: إذا كان الإسقاط بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء أو الوصف، مثل: إذا كان المسقط طبيباً، أو في حكم الطبيب.

ولهذا كانت عقوبة الإجهاض هي الأشغال الشاقة إذا كان جناية، أو السجن بين حديه العامين إذا كان جنحة كما سبق بيانه.

على أنه يشترط في ذلك توفر عنصر القصد الجنائي، ومعنى كل هذا: أن مسؤولية الطبيب أو نحوه بسبب قتل الجنين لا تدخل تحت اسم جريمة القتل؛ بل هي في أشد الأحوال جريمة إجهاض.

والجنين يختلف في القانون عن المولود الحي، فيختلف حكم العدوان على كل منهما، وهذا ما قضت به محكمة الأقصر ١٤/٩/١٩١٦م^(١).

ولم يفرق القانون في الإجهاض الجنائي بين خروج الجنين ميتاً أو حياً، وما إذا

(١) انظر: أحكام الجنين للدكتور محمد سلام مذكور ص (٢١١)، ومسألة تحديد النسل للدكتور محمد البوطي ص (١٩٨).

كان قابلاً للحياة بعد ولادته، أو يموت لعدم تكامل نموّه إذا انفصل حياً، كما إذا كان بعد سبعة شهور^(١).

أمّا في الشريعة الإسلامية: فقد عرفنا أنها لا تعاقب على الإجاض، إلا من حيث إنها تعدّه جريمة قتل، فالفرق ساقط - في حكم الشريعة الإسلامية بين كون الإنسان جنيناً في بطن أمه وكونه منفصلاً عنها - فيما يتعلق بالعدوان والقتل، وقد تكلمنا على ذلك بالتفصيل في مكانه.

فلذلك قضت فيه بنصف عشر الدية أنا، وبالدية الكاملة أنا آخر؛ نظراً للفرق الذي سبق بيانه بين أن يسقط الجنين ميتاً، أو أن يسقط حياً، ثم يموت متأثراً بالإجاض.

وفارق آخر: هو أن الشريعة الإسلامية لم تشترط بصدد إيجاب الدية أو نصف عشر الدية توفر القصد الجنائي؛ بل يكفي أن يصيح في وجه الحامل صيحة من غير قصد يبعث في قلبها الرعب؛ فتجهض بسبب ذلك، لتترتب عليه الدية الكاملة، إن أسقطت جنيناً حياً، ثم مات بتأثير ذلك، أو نصف عشر الدية إن أسقطته ميتاً، وقد مرّ بيان ذلك تفصيلاً^(٢).

والسبب في ذلك أن الشريعة الإسلامية تنظر إلى ضمان الدية أو الغرة على أنها تسوية حقوقية لا بد منها، بقطع النظر عن القصد الجنائي توفر أم لم يتوفر.

ومعنى ذلك أن الشريعة الإسلامية تعطي القاضي حق إنزال التعزير بالمعتدي، علاوة على ضمان الغرة أو الدية عندما يتوفر من القصد الجنائي ما يرى أنه يستوجب أي عقوبة تعزيرية عليها.

أمّا القانون: فإنما ينظر إلى الأمر على أنه جناية أو جنحة تعالج بالردع والعقاب، ولذلك كان توفر القصد الجنائي ركناً أساساً في ذلك^(٣).

(١) انظر: أحكام الجنين للدكتور محمد سلام مذكور ص (٣١٢).

(٢) راجع: ص (١٣٥-١٤٤) من هذا الكتاب.

(٣) انظر: مسألة تحديد النسل للدكتور محمد سعيد البوطي ص (١٩٨-١٩٩).