

جامعة سعد دحلب بالبلدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

أطروحة دكتوراه

التخصص: حقوق

جرائم المرأة الواقعة

على الأسرة

دراسة مقارنة

من طرف

بن عزة مليكة

أمام اللجنة المشكلة من

رئيسا	جامعة سعد دحلب البلدية	أستاذ التعليم العالي	أ. د. سعيد يوسف محمد يوسف
مشرفا ومقررا	جامعة سعد دحلب البلدية	أستاذ محاضر "أ"	د. بن رقيه بن يوسف
عضوا مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ. د. تشوار الجيلالي
عضوا مناقشا	جامعة مولود معمري تيزي وزو	أستاذ التعليم العالي	أ. د. تاجر محمد
عضوا مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ محاضر "أ"	د. حمليل صالح
عضوا مناقشا	جامعة سعد دحلب البلدية	أستاذ محاضر "أ"	د. سنيي محمد

البلدية، جوان 2013

شكر

الحمد لله الذي أنار دربي بنور العلم ويسر لي أمري وهداني إلى نور الفهم
فسجدت له خشوعاً وتكبيراً وشكرته بكرة وأصيلاً وسألته علماً كثيراً.

ملخص

إن الجريمة وليدة المجتمع، تتمثل في فعل أو امتناع مخالف للقواعد القانونية التي سطرها المشرع في زمن ومكان معين، تمس بضرر أو تهدد بخطر مصلحة فردية أو عامة محمية بقواعد قانونية تحددها وتبين العقوبة المقررة لها، منها ما هو واقع على النفس، وما هو وقاع على المال، وما هو واقع على العرض. يرتكبها الأفراد ذكورا أو إناثا، بالغين أو قسرا.

ودراستنا تنصب تحديدا على الجرائم التي تقع اعتداء على الأسرة من أحد عمادها وهي المرأة. ولأن هذه الجرائم عديدة، انتقينا منها جرائم ذات طبيعة نسائية - ولو أن جريمتي الإهمال العائلي والخيانة الزوجية ترتكب من الإثنين- إلا أن آثارها تكون أكثر حدة إذا قامت بها المرأة ولأنها عادة ما تنسب إليها، بخلاف جريمتي الإجهاض وقتل الطفل حديث الولادة التي تعتبر جرائم ذات طبيعة خاصة لتعلقها بهذه الأخيرة. وبالرغم من أن هناك جرائم أخطر من التي سنتناولها في دراستنا، وأكثر تهديدا لكيان الأسرة تنقطع بسببها الروابط الأسرية. وقد تسقط أرواحا بريئة نتيجة لها، مثل: جرائم العرض الواقعة من المحارم على أحد الأصول أو الفروع، إلا أنها ليست بالحجم الذي هي عليه الجرائم موضوع دراستنا. كما أن العقوبة التي خصها بها المشرع فيها حماية كافية وعادلة للضحية والأسرة. بينما تختلف هذه العقوبة وتفاوت بحسب صفة الجاني ووضعه والحق المقصود بالحماية في موضوعنا. إن هذه الدراسة ليست من باب إبراز حجم الجرائم المرتكبة من المرأة ومقارنتها بجرائم الرجل. وإنما الغرض منها هو الوقوف على بعض الجرائم التي ترتكبها هذه الأخيرة كونها زوجة، أو بصفتها امرأة داخل الأسرة، وتعلق بطبيعتها مما يسهل إخفاؤها ويجعل الكشف عنها أمرا صعبا، تمس الأسرة وتهدد وجودها ومستقبل أبنائها.

لقد بينا في موضوعنا جريمة ترك الأسرة وكيف أن المشرع الجزائري، وإضافة إلى العناصر التي حددها لاكتمال الإطار التشريعي للجريمة - وضع شروطا إجرائية تعوق تحريك الدعوى العمومية، تتمثل في الشكوى الصادرة عن الزوج المهجور. مراعيًا في ذلك مصلحة الأسرة التي تقتضي التضحية بحق الزوج في المطالبة بتوقيع العقاب على زوجته التاركة لمقر أسرتها، وتخليها عن الالتزامات المادية والمعنوية تجاهه وتجاه أبنائهما لمدة تزيد عن الشهرين دون موجب شرعي، مقابل الحفاظ على استمرار الحياة داخل الأسرة وبقائها متماسكة.

ولقد ذهب الشرع إلى أبعد من ذلك حيث أعطى للزوج حق الصفح عن زوجته حتى بعد تحريك الدعوى ضدها وقبل صدور حكم نهائي في القضية. ولم نكتف بموقف قانون العقوبات الجزائري من الجريمة، من حيث تنظيمه لأركانها والعقوبة المقررة لها، بل تعرضنا إليها في بعض القوانين العربية والتي انفرد من بينها القانون الجنائي المغربي، وقانون العقوبات التونسي بالنص عليها. بخلاف قانون العقوبات المصري الذي اكتفى بتجريم عدم بتسديد النفقة. بينما لم ينص عليها كل من القانون الأردني واللبناني. أما قانون العقوبات الفرنسي فلقد تخطى عن تجريمه لترك مقر الزوجية ولم يعد يرى فيه فعل

يستوجب العقاب. ولم يغفل موقف الشريعة الإسلامية من الجريمة، وبيننا كيف أن الزوجة تعتبر ناشزا بمجرد تركها لبيت زوجها أو خروجها دون إذنه، مما يسقط حقها في النفقة دون تحديد مدة للهجر العائلي. وإن كان المشرع الجزائري قد راعى مصلحة الأسرة وترك حق المطالبة بتوقيع الجزاء في يد الزوج المهجور، فإنه لم يغفل الضحية فسان حقها على حساب مصلحة الأسرة، كما فعل في جريمة الإهمال المعنوي للأبناء. حيث لم يقيد الدعوى العمومية فيها، وفوت مصلحة الأبناء وما تقتضيه من حماية صحتهم وأمنهم وأخلاقهم لأنها أولى بالاعتبار. فعاقب الوالدين أو أحدهما الذي يتسبب في تسويء سلوك وأخلاق الأبناء أو يتسبب في إيذائهم علما منه بأن الطفل في المراحل الأولى من عمره يكون غير قادر على حماية نفسه، فأحاطه بحماية جنائية حتى داخل الوسط الذي يعتبر الدرع الذي يحتمي به هؤلاء. وهو ما ذهب إليه كل من قانون العقوبات التونسي والمغربي اللذان لم يختلف موقفهما عن موقف المشرع الجزائري الذي يبقى عاجزا عن توفير حماية جنائية كافية للأبناء، خاصة إذا علمنا أنه اشترط وجود خطر جسيم يهدد صحة وأمن وأخلاق الأبناء لقيام الجريمة. بخلاف المشرع الفرنسي الذي شمل بالحماية الأبناء بصفة عامة الشرعيون وغير الشرعيون والطبيعيون دون شرط وجود خطر جسيم، وبهذا يكون قد وفر حماية جنائية أكبر للأبناء بغض النظر عن وجود رابطة زوجية من عدمه، ووجود مستقر وبيت تعيش فيه الأسرة.

ومرة أخرى يتدخل المشرع لحماية نظام الأسرة، ويتنازل عن حق الدولة في توقيع الجزاء. فجعل ذلك في يد الزوج المخدوع في عرضه وشرفه. فإذا تنازل عن هذا الحق فلا جريمة ولا عقوبة وتسمر الحياة بصورة عادية داخل الأسرة. وفضلا عن تقييد دعوى الزنا بشكوى، جعل من الصفح وسيلة لوضع حد لكل متابعة جزائية في حالة ما إذا حركت الدعوى من طرف الزوج أو أراد أن يصفح عن زوجته على أن يكون ذلك قبل صدور حكم نهائي في الدعوى. ذلك ما عمدت إليه معظم القوانين الجنائية العربية التي اعتمدتها في دراستنا مثل قانون العقوبات المصري والأردني والمغربي والتونسي، والتي تميزت عن قانون العقوبات الجزائري من حيث أنها وسعت من نطاق الصفح ليشمل أثره مرحلة ما بعد صدور الحكم. إلا أن نظرة هذه القوانين للجريمة وتعاملها معها يختلف تماما ويخرج عما شرع الله، حيث أن الشريعة الإسلامية اعتبرت من جرائم الحدود التي لا يملك القاضي أية سلطة للتسامح مع القائم بها أو التخفيف من عقوبته.

وكما أعطى المشرع للزوج حق المطالبة بالجزاء، فلقد أقر له عذرا مخففا للعقاب في حالة ما إذا أقدم على قتل زوجته ومن يزني بها وهما متلبسان بالجريمة، مراعيًا في ذلك وضع الزوج المخدوع في عرضه وشرفه. وتبقى جريمة الزنا من أخطر الجرائم التي تتسبب في تصدع الأسر وتهدد المجتمع إذا ما تفشت فيه الفاحشة وعم فيه الفساد، ولهذا يجب على المشرع أن يكون صارما في مواجهة هذه

الأفعال، وليرجع إلى قواعد الشريعة الإسلامية وما أقرته من عقاب تتحقق به الحماية المثلى للعلاقات الأسرية وتحفظ المجتمع من انتشار الرذيلة فيه.

والظاهر أن المشرع إذا ما تعلق الأمر باعتداء واقع على حق من الحقوق الأساسية والذاتية لأحد أفراد الأسرة، فإنه لا يراعي مصلحة هذه الأخيرة ويتمسك بحماية الضحية علما منه بأنه لا موجب لأية موازنة بين الاثنين، وإذا اقتضى الأمر فلا يضحى بهذه الأخيرة على حساب الأسرة. ذلك ما فعله في جريمة الإهمال المعنوي للأبناء وكذا في جريمة الإجهاض وجريمة قتل الطفل حديث الولادة، حتى وإن وقع الاعتداء من أقرب مخلوق للضحية. فصفة الجاني لا تسقط العقوبة ولا تمحو صفة التجريم عن الفعل. والدليل أن المشرع عاقب على الإجهاض الواقع من الغير ومن الحامل نفسها حتى وإن كان الحمل غير حقيقي وفي جميع أطواره.

ولقد جاء موقف قانون العقوبات الجزائري ومعظم القوانين الجزائية العربية متأثرا بما ذهب إليه فقهاء المذاهب الإسلامية من إسقاط الجنين، ولو أن بعض القوانين العربية كقانون العقوبات الأردني واللبناني أوجدا ظرفا مخففا للعقاب لمن يجهض إحدى قريباته حفاظا على شرف العائلة. والظاهر أن التشريعات العربية لم تتأثر بقانون العقوبات الفرنسي وموقفه من بعض الجرائم، ومرجع ذلك أنها دول إسلامية لها عاداتها ومعتقداتها ويستحيل أن تطبق نصوصا تتنافى والشريعة الإسلامية. فكيف نلغي تجريم فعل يعتبر من الكبائر أقر له الله عز وجل حدا مثل الزنا؟ أو نبيح إجهاض حمل بعد أو وجد ونفخت فيه الروح، ونحن نعلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم رفض إقامة حد الزنا على الغامدية حتى تضع حملها حماية وصونا لما في جوفها رغم أنه ثمة زنا. ويواصل المشرع الجزائري حمايته لهذا المخلوق الضعيف بصفته إنسانا بعد ما شمله بحماية جنائية كجنين إلى غاية بداية آلام الوضع. واعتبر كل فعل يطول حقه في الحياة جنائية ولو كان من أمه التي وضعت. وبين شروط قيام الجريمة وأركانها وقرر لها عقوبة متناسبة والسلوك المقترف، إلا أنه راعى وضع الأم التي تقدم على ذلك إما لمدارات فضيحتها أو لأنها كانت تعاني من اضطرابات الولادة والنفاس، فأقر لها عذرا مخففا للعقاب. ذلك ما عمدت إليه معظم القوانين العربية ما عدا قانون العقوبات المصري الذي جاء موقفه متماشيا وموقف المشرع الفرنسي الذي أخضع الجريمة إلى القواعد العامة للقتل العمد البسيط أو المشدد.

أما الشريعة الإسلامية فلقد أوجدت عذرا معفيا للعقاب للأصل الذي يقدم على قتل فرعه عملا بقاعدة لا يقاد الوالد بولده. وتبقى هذه الأفعال من أخطر الجرائم التي ترتكبها المرأة في حق الأسرة والمجتمع، وفي حق أقرب المخلوقات إليها والتي تعذر فيها إذا ما وقفنا على أسبابها، لأنها قد تكون هي الضحية قبل أن تكون الجانية.

الفهرس

ملخص

شكر

الفهرس

16	مقدمة
24	الفصل. 1. جرائم إخلال الزوجة ببعض الالتزامات الزوجية
26	1. 1. جرائم الإهمال العائلي
28	1.1.1. تحديد مفهوم الأسرة، شروط قيامها ووظائفها
28	1.1.1.1. تحديد مفهوم الأسرة
29	1.1.1.1.1. مفهوم الأسرة في علم الاجتماع
30	2.1.1.1.1. المفهوم القانوني للأسرة
32	2.1.1.1. شروط قيام الأسرة
33	2.1.1.1. 1. أركان عقد الزواج
34	2.1.1.1. 1. 1. الإيجاب والقبول (الرضا)
35	2.1.1.1. 2. 1. اقتران الإيجاب والقبول
35	2.2.1.1.1. شروط إنعقاد الزواج
35	2.2.1.1.1. 1.2. الشروط المتعلقة بطرفي العقد
36	2.2.1.1.1. 2.2. الشروط المتعلقة بصيغة العقد
36	2.2.1.1.1. 3. شروط صحة الزواج
38	3.1.1.1. الوظائف المنوطة بالأسرة
40	2.1.1. جريمة ترك مقر الزوجية أو الإهمال العائلي
41	1.2.1.1. أركان جريمة ترك مقر الزوجية
41	1.2.1.1. 1. الركن المادي للجريمة
42	1.2.1.1. 1. 1. الابتعاد عن مقر الأسرة
43	1.2.1.1. 2. 1. وجود ابن أو عدة أبناء
45	1.2.1.1. 3. 1. الإخلال بالالتزامات المادية أو الأدبية
49	1.2.1.1. 4. 1. الإهمال لمدة تزيد عن شهرين
50	1.2.1.1. 5. 1. إنعدام السبب الجدي
51	1.2.1.1. 2. الركن المعنوي للجريمة
52	2.2.1.1. المتابعة الجزائية والعقوبة المقررة للجريمة في قانون العقوبات الجزائري وفي بعض القوانين الجزائية
52	1.2.2.1.1. المتابعة الجزائية

54	2.2.2.1.1. العقوبة المقررة للجريمة في قانون العقوبات الجزائري وفي بعض القوانين الجزائية
55	3.2.1.1. موقف الشريعة الإسلامية من الجريمة
57	3.1.1. جريمة الإهمال المعنوي للأبناء
59	1.3.1.1. الركن المادي للجريمة
59	1.3.1.1. 1. صفة الجاني
60	1.3.1.1. 2. أعمال الإساءة المبينة بالمادة 330-3 من قانون العقوبات
61	1.3.1.1. 2. 1. أعمال الإساءة المادية
64	1.3.1.1. 2. 2. أعمال الإساءة أو الإهمال المعنوية
66	1.3.1.1. 3. الخطر الجسيم الناتج عن الإهمال
67	2.3.1.1. الركن المعنوي للجريمة
68	3.3.1.1. العقوبة المقررة للجريمة في قانون العقوبات الجزائري وفي بعض القوانين الجزائية
69	3.3.1.1. 1. العقوبة المقررة لجريمة الإساءة للأبناء في قانون العقوبات الجزائري
70	3.3.1.1. 2. العقوبة المقررة في بعض القوانين الجزائية
70	3.3.1.1. 2. 1. في القانون المغربي
70	3.3.1.1. 2. 2. في القانون التونسي
70	3.3.1.1. 2. 3. في القانون اللبناني
71	3.3.1.1. 2. 4. في قانون العقوبات الفرنسي
71	4.1.1. أسباب ارتكاب الجريمة ومقارنتها بجرائم الإهمال العائلي المرتكبة من الزوج
71	1.4.1.1. أسباب ارتكاب جريمة الإهمال العائلي
75	1.1.4.1.1. في الجزائر
77	2.1.4.1.1. في فرنسا
77	2.4.1.1. مقارنة جرائم الإهمال المرتكبة من الزوجة بتلك المرتكبة من الزوج
81	2.1. جريمة الزنا
82	1. 2. 1. تعريف الزنا قانونا وشرعا
83	1. 2. 1. 1. تعريف الزنا قانونا
85	1. 2. 1. 2. تعريف الزنا شرعا

- 86 1. 2. 2. الأحكام الموضوعية لجريمة الزنا
- 87 1. 2. 2. 1. الركن المادي لجريمة الزنا
- 87 1. 2. 2. 1. 1. قيام رابطة زوجية شرعية
- 90 1. 2. 2. 2. 1. العلاقة الجنسية غير المشروعة
- 93 1. 2. 2. 3. 1. الأحكام الموضوعية لجريمة الزنا في الشريعة الإسلامية
- 93 1. 2. 2. 3. 1. 1. الوطء المحرم
- 95 1. 2. 2. 3. 1. 2. القصد الجنائي
- 95 1. 2. 2. 1. الركن المعنوي لجريمة الزنا
- 98 1. 2. 3. المتابعة في جريمة الزنا والعقوبة المقررة لها
- 99 1. 2. 3. 1. الأحكام الإجرائية الخاصة بجريمة الزنا
- 99 1. 2. 3. 1. 1. إقامة دعوى الزنا
- 105 1. 2. 3. 2. التنازل عن الدعوى العمومية
- 108 1. 2. 3. 2. طرق الإثبات في جريمة الزنا
- 109 1. 2. 3. 2. 1. طرق الإثبات في قانون العقوبات الجزائري
- 109 1. 2. 3. 2. 1. 1. التلبس بجريمة الزنا
- 110 1. 2. 3. 2. 1. 2. الاعتراف الكتابي
- 112 1. 2. 3. 2. 1. 3. الإقرار القضائي
- 113 1. 2. 3. 2. 2. موقف بعض القوانين العربية من إثبات جريمة الزنا
- 118 1. 2. 3. 2. 3. موقف الشريعة الإسلامية من إثبات جريمة الزنا
- 118 1. 2. 3. 2. 3. 1. الشهادة أو البيعة
- 121 1. 2. 3. 2. 3. 2. الإثبات بالإقرار أو الاعتراف
- 121 1. 2. 3. 2. 3. 3. علم القاضي
- 122 1. 2. 3. 4. 3. ظهور الحمل
- 122 1. 2. 3. 3. 3. العقوبة المقررة لجريمة الزنا قانونا وشرعا
- 123 1. 2. 3. 3. 1. العقوبة المقررة لجريمة زنا الزوجة في قانون العقوبات الجزائري
- 124 1. 2. 3. 3. 2. العقوبة المقررة للجريمة في بعض القوانين الجزائية العربية
- 124 1. 2. 3. 3. 2. 1. من حيث العقوبة
- 124 1. 2. 3. 3. 2. 2. 1. من حيث التنازل عن الدعوى

157	الفصل. 2. جرائم المرأة الواقعة اتقاء للعار والفضيحة
159	1.2. الإجهاض
161	1.1.2. المفاهيم المختلفة للإجهاض ومراحل تطور الجنين
162	1.1.1.2. المفاهيم اللغوية والاصطلاحية للإجهاض
162	1.1.1.1.2. تعريف الإجهاض لغة
163	2.1.1.1.2. تعريف الإجهاض اصطلاحاً عند فقهاء الشريعة
163	3.1.1.1.2. التعريف الطبي للإجهاض
164	4.1.1.1.2. التعريف القانوني للإجهاض
166	2.1.1.2. مراحل تطور الجنين
166	1. 2.1.1.2. مراحل نمو الجنين في الشريعة الإسلامية
167	1. 2.1.1.2. 1. النطفة
168	2. 2.1.1.2. 2. مرحلة العلقة
168	3. 2.1.1.2. 3. المضغة
168	4. 2.1.1.2. 4. مرحلة العظام واللحم
168	5. 2.1.1.2. 5. مرحلة الإنشاء و التصوير
189	6. 2.1.1.2. 6. نفخ الروح
170	2. 2.1.1.2. 2. تطور الجنين من المنظور الطبي
172	2.1.2. أحكام الاعتداء على الجنين شرعاً وقانوناً
173	1.2.1.2. أحكام الإجهاض عند فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى قبل نفخ الروح وبعده
173	1. 1.2.1.2. 1. أحكام الإجهاض قبل نفخ الروح
173	1.1.1.2.1.2. المذهب الحنفي
174	2.1.1.2.1.2. المذهب المالكي
175	3.1.1.2.1.2. المذهب الشافعي
176	4.1.1.2.1.2. مذهب الحنابلة
177	5.1.1.2.1.2. مذهب الظاهرية
177	6.1.1.2.1.2. مذهب الزيدية
178	7.1.1.2.1.2. مذهب الإباضية
178	8.1.1.2.1.2. مذهب الإمامية

- 178 2.1.2.1.2. أحكام الإجهاض عند الفقهاء القدامى بعد نفخ الروح
- 179 2.2.1.2. أحكام الإجهاض عند الفقهاء المحدثون
- 180 2.2.1.2. 1. موقف الفقهاء المحدثون من الإجهاض قبل نفخ الروح
- 183 2.2.1.2. 2. موقف الفقهاء المحدثون من الإجهاض بعد نفخ الروح
- 184 3.2.1.2. أحكام الاعتداء على الجنين قانونا
- 184 3.2.1.2. 1. موقف قانون العقوبات الجزائري من الإجهاض
- 186 3.2.1.2. 2. موقف التشريعات الجزائية الوضعية من جريمة الإجهاض
- 186 3.2.1.2. 1. التشريع الفرنسي
- 188 3.2.1.2. 2. التشريع المصري
- 189 3.2.1.2. 3. التشريع المغربي
- 190 3.2.1.2. 4. التشريع الأردني
- 190 3.2.1.2. 5. التشريع اللبناني
- 191 3.2.1.2. 6. التشريع التونسي
- 192 3.2.1.2. 7. التشريع الكويتي
- 192 2.3.1. أركان جريمة الإجهاض
- 194 2.3.1. 1. محل الجريمة
- 194 2.3.1. 1. وجود الحمل
- 195 2.3.1. 2. بداية حياة الجنين ونهايتها
- 197 2.3.1. 1. 1. نظرية تمام عملية الولادة
- 197 2.3.1. 2. نظرية بداية آلام الوضع
- 198 2.3.1. 3. الحماية الجنائية للجنين داخل الرحم وخارجه في الأنبوبة
- 198 2.3.1. 3. 1. الحماية الجنائية للجنين داخل الرحم
- 200 2.3.1. 3. 2. الحماية الجنائية خارج الرحم
- 201 1.2.3.1.3.1.2. التلقيح الاصطناعي وموقف القانون والشرعية منه
- 203 2.2.3.1.3.1.2. حكم إتلاف اللقحة داخل الأنبوبة
- 203 2.3.1. 2. الركن المادي للجريمة
- 204 2.3.1. 2. السلوك الإجرامي
- 207 2.3.1.2. 2. النتيجة الإجرامية

209	3.1.2.2. علاقة السببية
210	2. 3.1. 3. حكم الشروع والمساهمة الجنائية في جريمة الإجهاض
210	2. 3.1. 3.1. الشروع في جريمة الإجهاض
213	2. 3.1. 2.3. المساهمة وحكم الشريك في جريمة الإجهاض
216	2. 3.1. 3.3. التحريض على الجريمة
218	2. 3.1. 4. القصد الجنائي في جريمة الإجهاض
219	2. 3.1. 4.1. العلم
220	2. 3.1. 4.2. الإرادة
221	2. 3.1. 4.3. القصد الاحتمالي في جريمة الإجهاض
222	2. 3.1. 4.4. حكم الخطأ والعمد في تحديد مسؤولية الجاني عند فقهاء الشريعة الإسلامية
224	2. 4.1. صور جريمة الإجهاض والعقوبة المقررة لها قانونا وشرعا
225	2. 4.1.1. إجهاض الغير للحامل
225	2. 4.1.1.1. إجهاض الغير للحامل المنصوص عليه بالمادة 304 من قانون العقوبات
229	2. 4.1.1.2. إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل
232	2. 4.1.1.3. الإجهاض بفعل المحرض
233	2. 4.1.2. إجهاض الحامل لنفسها
233	2. 4.1.2.1. إجهاض الحامل من تلقاء نفسها
234	2. 4.1.2.2. إجهاض الحامل بنفسها بناء على اقتراح الغير
236	2. 4.1.3. العقوبة المقررة للإجهاض قانونا
237	2. 4.1.3.1. عقوبة جريمة إجهاض الغير للحامل
237	2. 4.1.3.1.1. العقوبة المقررة لجنحة إجهاض الغير الحامل
239	2. 4.1.3.1.2. العقوبة المقررة لجنابة إجهاض الغير للحامل
242	2. 4.1.3.2. العقوبة المقررة لذوي الصفة الخاصة
245	2. 4.1.3.3. العقوبة المقررة للحامل التي تجهض نفسها
246	2. 4.1.3.4. عقوبة المحرض في جريمة الإجهاض
248	2. 4.1.4. العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض شرعا
248	2. 4.1.4.1. الغرة
250	2. 4.1.4.2. دية الجنين

251	2. 4.1. 4. 3. الكفارة
252	2.2. جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة
253	2.2. 1. تحديد مفهوم الطفل
254	2.2. 1. 1. التعريف العلمي والقانوني للطفل
255	2.2. 1. 1. 1. التعريف العلمي للطفل
255	2.2. 1. 1. 1. عند علماء الاجتماع
255	2.2. 1. 1. 2. عند علماء النفس
256	2.2. 1. 2. التعريف القانوني للطفل
256	2.2. 1. 2. 1. تعريف الطفل في المواثيق والاتفاقيات الدولية
257	2.2. 1. 2. 2. تعريف الطفل في القوانين الوضعية
258	2.2. 1. 3. التعريف الشرعي للطفل
259	2.2. 2. التطور التاريخي للجريمة والحماية الجنائية المقررة قانونا للمولود
260	2.2. 2. 1. التطور التاريخي لجريمة قتل الطفل حديث الولادة
262	2.2. 2. 2. الحماية الجنائية المقررة للطفل حديث العهد بالولادة قانونا وشرعا
263	2.2. 2. 2. 1. الحماية الجنائية للحق في الحياة المقررة قانونا للطفل حديث الولادة
265	2.2. 2. 2. 2. الحماية الجنائية المقررة للطفل حديث الولادة شرعا لحقه في الحياة
268	2.2. 3. أركان الجريمة والعقوبة المقرر لها
268	2.2. 3. 1. أركان جريمة قتل الطفل حديث الولادة
269	2.2. 3. 1. 1. تعريف القتل
269	2.2. 3. 2. الصفة الخاصة لمحل الجريمة
270	2.2. 3. 1. 2. الأدلة الطبية على قابلية الطفل للحياة
271	2.2. 3. 2. 2. الأدلة على حياة الطفل
273	2.2. 3. 2. 3. تحديد مدلول الحادثة
275	2.2. 3. 3. الصفة الخاصة للفاعل وعلامات الولادة
275	2.2. 3. 3. 1. العلامات الخارجية والظاهرة على جسم الأم
276	2.2. 3. 3. 2. العلامات الداخلية الموجودة بجسم الأم والدالة على ولادة مبكرة
276	2.2. 3. 4. السلوك الإجرامي
278	2.2. 3. 5. الركن المعنوي للجريمة

280	2.2.2.3.2. العقوبة المقررة للجريمة قانونا وشرعا
282	2.2.2.3.2.1. العقوبة المقررة للجريمة في بعض القوانين العربية
283	2.2.2.3.2.2. العقوبة المقررة للجريمة في الشريعة الإسلامية
284	2.2.2.3.1.2. عقوبة القتل العمد في الشريعة الإسلامية
285	2.2.2.3.2.2. عقوبة قتل الوالد لولده
287	2.2.4. الأعداء المخففة للعقاب
288	2.2.4.1. الأسباب النفسية والفيزيولوجية وأثرها على العقوبة
288	2.2.4.1.1. الاضطرابات التي تحدث في فترة النفاس
289	2.2.4.1.1.1. تعريف النفاس طبيا
289	2.2.4.1.2. تعريف النفاس عند فقهاء الشريعة الإسلامية
290	2.2.4.2. أسباب الاضطرابات وعلاقتها بالجريمة
293	2.2.4.3. أثر الظروف على العقوبة في قانون العقوبات الجزائري
294	2.2.4.4. أثر الظروف على العقوبة في بعض القوانين الجزائية
295	2.2.4.5. الظروف وأثرها على العقوبة في الشريعة الإسلامية
296	2.2.4.2. الأسباب الخارجية الاجتماعية
296	2.2.4.1. قتل الطفل حديث العهد بالولادة انتقاء للعار
299	2.2.4.2. قتل الطفل حديث الولادة لتحديد النسل
301	خاتمة
311	قائمة المراجع

مقدمة

يشهد العالم موجة من العنف والانحراف أسهمت فيها التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية والثقافية، اختلت بسببها الموازين وأفتقدت القيم والأخلاق، وظهرت أشكال جديدة للإجرام، وأصبح المجتمع يدفع ثمن الخطيئة لاهتمامه بالماديات وإغفاله للجوانب الإنسانية وتحرره من الروابط الأسرية. ولم تسلم المجتمعات المسلمة من هذه الظاهرة، بل أصبحت تعاني منها بعدما غزاها الغرب بأفكاره المشوشة عبر الفضائيات و"النيت"، ولم يعد في حاجة إلى حروب صليبية ليظعن الدين ويحطم الأخلاق ويسم أفكار الشباب. فدخل البيوت لابساً قناع التطور والتقدم، زاعماً أنه سيدفع بالمجتمعات العربية إلى الأمام لتلحق بالركب وتسير جنباً إلى جنب للدول التي بلغ فيه التطور العلمي ذروته. فسارت وراءه مسلوقة الإرادة، غير واعية بخطورة الوضع، وبأن ما جاء به باسم العلم والانفتاح على العالم المتحضر، ما هو إلا سلاح فتاك يطعن أصالتها ويهدد وجودها. فلتنظر كيف أضحى وضع هذه المجتمعات التي أصبح كل شيء فيها مباحاً، فالأسرة لم تعد تعني بالنسبة لها الشيء الكبير.

والزواج لم تعد له قدسيته وحاده عن مفهومه الأصلي وعما شرعت الديانات السماوية، فجمع ما حرم الله ، بين اثنتين من جنس واحد ذكورا أو إناثا. فهل يعقل أن يتزوج الرجل ببني جنسه أو المرأة بمثيلتها؟ وابن الزنا لم يعد يخشى عليه ولا منه العار والفضيحة، ويتساوى مع غيره من الأبناء الشرعيين، لأن التحرر الجنسي أصبح من الحقوق والحريات الفردية التي لا يجوز المساس بها أو الحد منها . ودائماً تحت لواء التحضر، ارتقت الرذيلة والخروج عن القواعد الإلهية إلى إنشاء بنوك للأجنة يتاجر بها فتختار المرأة التي لا ترغب في الارتباط برجل في إطار الزواج أو خارجه ، جنينا بأوصاف بيولوجية معينة ليوضع في رحمها أو في رحم امرأة تستأجرها، ولا يهتمها أصل الجنين وإلى من سينسب بعد ميلاده، طالما أن القواعد الاجتماعية والقانونية تسمح بذلك ولا ترى فيه خروجاً عنها. ولا مانع إن كان الحمل ثمرة علاقة غير شرعية، ذلك مسموح به ويدخل في نطاق الحياة الشخصية للأفراد، ولا يضر في شيء، بل لها أن تتخلص منه إن كانت تلك هي رغبتها. أهذه هي المجتمعات التي نريد أن نتشبه بها ونسايرها ؟ كيف ذلك؟ ولقد أضحت تحسد المجتمعات المسلمة وتريد أن تقتدي بها، بعد أن تأكدت من أن هذه الأخيرة قائمة على أسس سليمة لا يزعزعها تطور ولا تحرر، بينما أضحت هي ميدانا للانحراف والآفات الاجتماعية. وعرفت قيمة الأسرة والروابط الأسرية ودورها في حماية المجتمع من الانحلال والتفسخ، وأنه لا سبيل لها للخلاص من معاناتها إلا بالرجوع إلى المبادئ الأخلاقية السليمة،

والاقتداء بالأسرة المسلمة وما تتميز به من مودة ورحمة وحسن المعاملات بين أفرادها، و بين أفراد المجتمع ككل.

فالأسرة المسلمة تسمو على غيرها وتتمايز بخصالها وأخلاقها المستمدة من تعاليم الدين الحنيف. فالعلاقات بين أفرادها قوامها الاحترام والمودة والرحمة. وطاعة الزوجة لزوجها وسهرها على راحته وراحة أبنائها، لا تعتبر تخلفا واضطهادا لها كما يزعم الغرب، وإنما هي من قبيل الواجبات المتبادلة بين الزوجين ، التي تقع على عاتق الزوج كذلك الذي بدوره يحسن إليها ولا يسيء لها ولا لأولاده . وهؤلاء بدورهم يلتزمون بطاعة الوالدين. وفي هذا يكمن سر صلاح المجتمع وقوته وقدرته على مواجهة ومكافحة الرذيلة. ولأن الأسرة هي القلب النابض للمجتمع، فلا بد من الاعتناء بها، وتركيز كل الاهتمامات من أجل حمايتها والنهوض بها حتى لا يتعطل هذا العضو ويصبح المجتمع سقيما. إلا أن الأمور ليست بالبساطة التي يمكن أن نتصورها لأن الأسرة المثال لا وجود لها. لكن هذا لا يمنع من أن نجعلها تقترب من النموذج المثالي. ولا يتسنى ذلك إلا إذا كان عمادها و- هما الزوجان- مستعدان لجعلها محرك المجتمع الذي لا يتعب ولا يصيبه عطب من خلال الدور الهام والفعال الذي يجب أن تلعبه في تنشئة الأبناء وتربيتهم على حسن الخلق، وتجنب كل ما قد يسيء إليهم خلقا وخُلُقًا حفاظا عليها وحماية لها. وباعتبارها الوسيلة الوحيدة للتكاثر والتناسل لاستمرار الجنس البشري بطريقة شرعية، تحفظ فيها الأنساب وتضان فيها الأعراض، وتحمي المجتمع من الرذيلة وانتشار العلاقات غير الشرعية وما قد ينجم عنها من ظواهر لا أخلاقية. ولهذا اعتنى بها الإسلام ومهد لتكوينها كوحدة أساسية في البناء الاجتماعي، وكدرع حصين واقٍ للمجتمع. وجعل قوامها المودة والرحمة بدليل قول العلي القدير: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً...)[1]، 21. وحتى تبني الأسرة على أسس سليمة ومتينة، إهتم الإسلام بها قبل قيامها، و حرص على اختيار الزوجين قبل انعقاد الزواج، وجعل من الدين العماد الذي تقام عليه الأسرة الصالحة بدليل ما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: (تتكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها وجمالها ولدينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك). فاختيار الزوج الصالح الذي يخشى الله في نفسه وعائلته، سبيل إلى تكوين أسرة صالحة. وتنشئة الأبناء على الأخلاق الحميدة ومبادئ الشريعة السمحاء مانع يحول دون انحرافهم عن الطريق السوي.

إن مصدر الجريمة ليس المجتمع بل الأسرة هي التي تجعل الفرد سويا أو تحوله إلى منحرف أو قابلٍ للانحراف. فإذا خرج إلى المجتمع ووجد الظروف التي تنمي هذا الاستعداد للجرم حاد عن الطريق وأصبح مجرما. وغالبا ما يكون سبب ذلك هو عدم التوازن العاطفي الذي ينشأ بفعل الصراعات الأسرية كيفما كان شكلها. فالمرأة التي عانت في طفولتها وشبابها من مشاكل أسرية، كيف لها أن تجعل من أسرتها مستقرا تنهأ فيه عائلتها وهي لا تعرف معنى ذلك؟ فهي لم تحظ بالحب والحنان من والديها إما بسبب الخلافات والمشاكل، أو لأنهما تنازلا عن الدور المنوط بهما أو تجاهلاه. فتعوض العاطفة بالحدق

والكراهية، وينشأ في نفسها شعور بالظلم يتولد عنه حب الانتقام. أو تتكون لديها عقد نفسية تجعلها تنفر من الجنس الآخر، وترى فيه سبب تعاستها، فتتعامل معه كخصم أو عدو ولا تأمن له أبداً. بل قد ترتكب ما يسيء إليه أو قد يضره دون مبرر، الأمر الذي قد يجعل العلاقات الأسرية تسوء وتعرض للانحلال. وعادة لا يوجه اللوم إلى الزوج، بل إلى الزوجة حتى وإن لم تكن هي المذنبة. صحيح أن المرأة ليست ملاكاً ولا مخلوقاً مثالياً، فهي تخطئ وتحيد عن الطريق مثلها مثل الرجل، بل إنها قد تفوقه في بعض الأحيان لأنها كثيرة العاطفة والإنفعال. كما لا يمكن القول بأنها مسالمة وغير عدوانية، أو أنها أقل أو أكثر عنفاً من الرجل، لأن الأمر لا يتعلق بتحديد من الأقل أو الأكثر عنفاً، مع أنه لا يمكن إنكار وجود فروق واختلاف في الأسلوب وفي الموقف الاجتماعي. فالمحيط الذي تعيش فيه المرأة وما يحيط بها، وعلاقتها بالجنس الآخر هو الذي يحدد سلوكيات العنف عندها [2]، ص4، والأساليب المتبعة فيه بحسب نظرة المجتمع لها ومكانتها فيه. وإنما الأمر يتعلق بمصير أسرة و مجتمع بأكمله. فالمرأة بحكم طبيعتها ووضعها الأسري الذي يجعل منها العضو الفعال والحساس في الأسرة، يمكن أن تكون سبباً في تفهقره و تراجعها إلى الوراء بما قد ترتكبه من أفعال تهدد كيان الأسرة والمجتمع وتعرضها للإنهيار.

وإن كان من الممكن إحصاء بعض جرائم المرأة مثل: جرائم القتل والضرب والسرقة وخيانة الأمانة....إلا أنه لا يمكن ذلك إذا تعلق الأمر ببعض الجرائم مثل التي تقع داخل الأسرة، وتمس الجانب الأخلاقي، كون هذه الأخيرة محمية بسياج العرض والشرف والسمعة، وغالباً ما يضحى بحقوق أفرادها حماية لشرف العائلة وبقائها متماسكة. فكثيراً ما تحدث نزاعات وشقاق أسري ولا يعلم به حتى الأقربون، ذلك أن الأسرة الجزائرية - وكغيرها من الأسر في المجتمعات العربية- أسرة محافظة، شديدة الحرص على سمعتها وأصالتها وعدم تشويه الصورة التي تريدها للأسرة العريقة المتخلقة بمبادئ الإسلام. فلا نكاد نسمع عن زوجة توبعت بصدد جريمة إهمال عائلي وإستمرت الحياة الزوجية بعد ذلك بصورة طبيعية. فنادر ما يحدث ذلك لأن مصير الأسرة غالباً ما يكون الانفصال بعد أن إنفضح أمرها. كما لا نكاد نسمع على الإطلاق عن امرأة قدمت إلى العدالة بسبب خيانة زوجية وعادت إلى العيش مع زوجها وأبنائها بعد إستنفاد عقوبتها، أو عقب عفو الزوج عنها. فمآل هذه الأسرة الزوال وإنحلال الروابط التي كانت تجمع بين أفرادها. فإن كان القانون قد فضل الحفاظ على إستقرارها وإستمرار الحياة بداخلها وتنازل عن حقه في توقيع الجزاء مقابل ذلك، فإن الأسرة فضلت الحفاظ على سمعتها وإلتزامها بعاداتها على حساب بقائها متماسكة. فالطلاق أهون من العار، بل هو الذي يحويه ويعيد للزوج كرامته وإحترام الغير له. هكذا أراستها الذهنيات السائدة في المجتمعات المحافظة.

ولم يسبق وأن سمعنا عن أحد الأبوين الذي رمي به في السجن بسبب إساءته لأبنائه. فمعاملة الأبناء وتربيتهم من الشؤون الداخلية للأسر، لا يعلم بها سوى من ينتمي إليها، وليس له أن يبوح بها لأنها

من أسرار العائلات، وتدخل في نطاق السلطة التي يمارسها الأبوان على الأبناء الذين لا يملكون في مواجهتها أوردها سبيلا، إضافة إلى أنها من الأمور الصعبة الإثبات. ولو أن تطور المجتمعات، وحرص الدول على حماية هذه الفئة المستضعفة بوضع أجهزة خاصة تسهر على سماعها وتلقي إنشغالها، دفع إلى الكشف عن الكثير من الحالات التي تستدعي العناية والإهتمام. ومن النادر جدا ما نسمع عن فتاة حملت خارج إطار الزواج، أو تخلصت من ثمرة الفاحشة. وهذا لا يعني قلة هذه الجرائم، إنما هي ذات طبيعة خاصة، كونها ترتكب في الخفاء، الأمر الذي دفع بعض المختصين في علم الإجرام إلى القول بأن هناك جرائم متميزة تختص بها المرأة وتزداد نسبة إرتكابها من النساء فأطلقوا عليها جرائمهم الرئيسية أو "الشائعة". حيث توصل العالم "بولاك" إلى أن هناك نوع معين وأنماط شبه ثابتة لهذه الجرائم التي غالبا ما تقع مخالفة للأخلاق الجنسية، وأنه غالبا ما تكون لهن علاقة بالضحية مثل الأزواج والأبناء الأمر الذي يستحيل معه الكشف عنها [3]، ص 29، 34، 35.

كما توصل العالم "غالي" Galet البلجيكي إلى نتيجة هامة بعد دراسة دقيقة في الموضوع مفادها أن هناك جرائم ذات طبيعة نسائية مثل قتل المواليد والإجهاض والفساد وهجر العائلة... . وكان "لمبروزو" من أوائل العلماء الذين لاحظوا إختلاف جرائم النساء عن الرجال من حيث النوع والنمط [3]، ص 36، 37. كما لاحظ العالم "جاك ليوتيه" أن نسبة الجرائم الخفية تختلف من جريمة لأخرى، حيث لا تزيد نسبة جريمة قتل المواليد مثلا التي تصل إلى علم الشرطة عن 25%، وقد تصل أحيانا إلى 40% كما هي عليه في فرنسا، وهي نسبة كبيرة مقارنة بجريمة الإجهاض التي تنقص فرص الكشف عنها، الأمر الذي يجعل نسبتها ضئيلة جدا بخلاف سابقتها التي من الصعب التستر عنها، لطول فترة الحمل الذي يصبح معلوما عند الغير. خاصة في المراحل الأخيرة ما قبل الوضع، ولصعوبة التخلص من جثة المولود من جهة أخرى، مما يجعل فرص كشفها أكبر [4]، ص 20. بينما يعتبر الإجهاض أكثر الجرائم المرتكبة من الإناث واقعا وأقلها إحصاء. وصعوبة الكشف عنها لا يعني عدم خضوعها للعقاب، ولو أن المشرع الجزائري إنتهج سياسة جنائية خاصة في مواجهتها قصد من وراءها حماية الأسرة، حيث يمكن إستخلاص ذلك من النصوص القانونية التي عالج فيها الجرائم الواقعة عليها والتي سنخص بعضا منها بالدراسة. فأقام هذه الحماية على أساسين إثنين: يتمثل الأول في صفة الجاني، والثاني يتعلق بنظام الأسرة. فهو حين يرتكز على صفة الجاني، فإن الحماية الجنائية تكون من منظور العقوبة لا من منظور الجريمة التي تبقى على حالها. فيخفف العقوبة المقررة لها مما يتنافى ومبدأ المساواة في العقاب بين الجناة. وهنا يكمن سر خصوصية هذه الحماية. وعندما يكون غرضه حماية نظام الأسرة، فلا ينظر إلى العقاب بل إلى الفعل في حد ذاته الذي يقع إخلالا بالالتزامات الملقاة على أحد الزوجين، فيفوت مصلحة الأسرة على توقيع الجزاء الذي أقره لهذه الأفعال، ويجعل حق المطالبة به في يد أحد أفراد هذه الأخيرة المضار من الجريمة. حيث لا تملك الدولة أمام هذه الأفعال أية سلطة لردعها

إذا ما تنازل صاحب الحق عن حقه، ولو بعدما طالب به ثم تراجع بعد ذلك، وعفا عن الطرف الآخر حفاظا وحماية لكيان الأسرة وإستمرار الحياة بداخلها بصورة طبيعية. أما إذا كان الفعل فيه إعتداء مباشر على حق من الحقوق التي تمس السلامة البدنية والنفسية، أو الحق في الحياة، فيفوت المشرع مصلحة الضحية، مستهدفا بذلك إقرار العدالة الجنائية آخذا بعين الإعتبار صفة الجاني وعلاقته بالضحية والوضع الذي وجد فيه ، كما سنبينه عند دراسة الموضوع.

ولأن الجرائم الواقعة على الأسرة عديدة، منها ما يقع إعتداء على الحق في الحياة والسلامة البدنية، ومنها ما هو واقع على العرض. وأخرى تقع على المال، ومنها ما يشكل إهمالا عائليا. يرتكبها الرجل كما قد ترتكبها المرأة، إنتقينا منها جرائم ذات طبيعة نسائية ولو أن جريمتي الإهمال العائلي والخيانة الزوجية ترتكب من الإثنين ، إلا أن آثارها تكون أكثر حدة إذا قامت بها المرأة، كما أنها عادة ما تنسب إلى هذه الأخيرة، بخلاف جريمتي الإجهاض و قتل الطفل حديث الولادة التي تعتبر جرائم ذات طبيعة خاصة لتعلقها بهذه الأخيرة. وبالرغم من أن هناك جرائم أخطر منها وأكثر تهديدا لكيان الأسرة تنقطع بسببها الروابط الأسرية، وقد تسقط أرواحا بريئة من جرائمها مثل: جريمة إغتصاب ذات المحارم، إلا أنها ليست بالحجم الذي هي عليه الجرائم موضوع دراستنا. كما أن العقوبة التي خصها بها المشرع، فيها حماية كافية وعادلة للضحية والأسرة. بينما تختلف هذه العقوبة وتتفاوت بحسب صفة الجاني ووضعه والحق المقصود بالحماية في موضوعنا، الذي يبقى المجال بالنسبة له مفتوحا للبحث عن نطاق هذه الحماية التي حظيت بها الأسرة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية منذ قرون خلت.

والدراسة التي أنا بصدد إعدادها، والمتعلقة بجرائم المرأة الواقعة على الأسرة ، ليست من باب إبراز حجمها مقارنة بجرائم الرجل، ولا بغرض تحليل إجرامها وتقديم أرقام بذلك لأن هذه الدراسات إعتنى بها الكثير من علماء النفس والإجتماع ورجال القانون مثل " فرنسيس هيدسون" في كتابه "المرأة والجريمة" [5]، " وجيسي برنارد" في كتابها "عالم النساء" [6]، ص95 وما بعدها وغيرهما كثيرون ممن بحثوا وكتبوا في هذا المجال، وإنما بغرض دراسة بعض الجرائم التي ترتكبها المرأة كونها زوجة، أو بصفتها امرأة داخل الأسرة، وتعلق بطبيعتها مما يسهل إخفاؤها، ويجعل الكشف عنها أمرا صعبا. الأمر الذي دعى إلى تسميتها بجرائم النساء أو بالجرائم الخفية، ولأنها قد تعذر في بعض منها إذا ما راعينا الظروف التي حملتها على إرتكابها . ذلك ما سوف نعمل على إبرازه في الموضوع.

إن ما شدني للموضوع هو أنني أرى في هذه الجرائم خطرا على الأسرة والمجتمع، والخوف منها ليس بالقدر الذي يخاف من آثارها وعواقبها على الأبناء خاصة والأسرة عامة. فالطفل الذي ينشأ في أسرة يسودها الشقاق أو الانحلال الخلقي، لا يمكن أن يرقى منه خيرا.

فقد ترتكب المرأة جرائم بصفتها زوجة كجريمة الإهمال العائلي وجريمة الزنا، فتنفرد من دون النساء غير المتزوجات بالقيام بها. كما قد ترتكب جريمة إجهاض أو قتل طفل حديث الولادة، وحينها لا

تقتصر الجريمة عليها فقط، بل تشمل المرأة بصفة عامة فتاة كانت أو أرملة أو مطلقة. و لعل الجريمة التي تقوم بها هذه الأخيرة أشد وقعا على النفوس من تلك التي ترتكبها الزوجة، إلا أن التي تتخلى عن أبنائها دون مبرر شرعي أو تكون مثالا سيئا في الأخلاق وسوء السلوك، تحول بتصرفاتها المشينة البيت إلى جحيم لا يطاق. حيث يفتقد الأبناء كل معاني العطف و الحنان الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يعوضوه خاصة إذا انتهى الهجر بالطلاق.

كما أن الإساءة إليهم سواء بإيذائهم أو بتسويء سلوكهم، بما قد يصدر منها من تصرفات لا أخلاقية تكون له آثار سيئة قد لا تظهر إلا بعد بلوغ الطفل سنا معينة تبدأ معها بوادر الانحراف والعدوانية، أو قد يعاني من خلل نفسي أو من عدم توازن في الشخصية. وهذه الجريمة إذا ما قارناها بجريمة خيانة الأمانة الزوجية فإنها أقل وأخف ضررا من هذه الأخيرة التي تتسبب في تصدع الأسرة وسقوط الأرواح، خاصة إذا كان القائم بها هي الزوجة، فلا أظن أن هناك زوج يرضى أن يعاشر امرأة ضبطها متلبسة بجرمها مع غيره، هذا إن لم يقدم على قتلها حينها دفاعا عن شرفه. فما مصير الأبناء بعد ذلك؟ بل ما مصير الأسرة؟

إن التصدع واقع لا محال. فإن لم تتفكك الأسرة بانفصال الزوجين، فإنها ستتصدع عاطفيا ولا شك في ذلك بعد ما زالت الثقة والمودة والإخلاص وحل محلها الكراهية والحقد، فتتحل الروابط الأسرية ويفتقد الدفء العائلي الذي يحتاج إليه الطفل في النمو النفسي والجسدي ويصبح عرضة للانحراف. ومن الدوافع الشخصية التي شدتني أيضا إلى الموضوع، هو كونه من المواضيع التي لا يمكن الخوض فيها في الوسط الاجتماعي لتعلقها بالعرض والشرف، ولأنه دائما توجه أصابع الاتهام إلى المرأة. حقيقة لا يمكن إنكار مسؤوليتها عن هذه الجرائم، ومدى خطورتها على الأسرة والمجتمع، لكن في نفس الوقت لا يمكن تجاهل وضعها كضحية، لأنه إذا بحثنا فيما وراء أفعالها وحاولنا الوقوف على أسبابها، نجد أنها حقيقة ضحية ظروف اجتماعية وثقافية تسود فيها فكرة الذكورة في مجتمع تعاني فيه المرأة من اضطهاد الرجل وتسلبه، ومن عادات وتقاليد عمياء جائرة لا ترحم، قد تكون سببا يجعلها تحيد عن الصواب وترتكب الخطأ. وهو ما يؤكد العالم "كتيلييه" بقوله أنه لكي ترتكب المرأة الجريمة يجب أن يكون لديها إرادة ارتكابها تنشأ عن ظروف معينة تساعد على وضعها موضوع التنفيذ سواء من حيث القيم السائدة أو من حيث الظروف الاجتماعية التي تعيشها [3]، ص 84.

ذلك ما سوف أحاول أن أبينه عند دراسة كل جريمة على حدى والوقوف على أسبابها. وما تجدر الإشارة إليه هو أن هذه الجرائم ولو أنها تقع على الأسرة وبداخلها من أحد أفرادها وتحديدًا المرأة حسب ما تقتضيه دراستنا، فإنه يشترط فيها صفة خاصة في الفاعل لقيام الجريمة ووجوب العقاب. بينما في جرائم أخرى هذه الصفة غير مطلوبة، فيكفي السلوك الإجرامي والعناصر الأخرى التي يتطلبها القانون دون حاجة إلى اشتراط صفة معينة في القائم بها. كما أن هناك جرائم قيد فيها المشرع تحريك

الدعوى العمومية الرامية إلى توقيع العقاب إذا كانت لا تمس حقا من الحقوق الذاتية، كالحق في السلامة البدنية أو في الحياة، تفويتا لمصلحة الأسرة التي تقتضي الحفاظ على استقرار الحياة بداخلها. بينما رفع القيد في جرائم أخرى لأن الحقوق المستهدفة بالحماية أولى بالاعتبار ولا مجال للموازنة بينها، وإن استدعى الأمر فالأجدر بالعناية والحماية هي الحقوق الذاتية الأصلية.

وتتجلى أهمية الموضوع فيما لهذه الجرائم من خطر أكيد على الأسرة يهدد وجودها ومستقبل أفرادها. ويحول دون قيامها بالدور المنوط بها من تنشئة اجتماعية سليمة لأبنائها، فتقدم بذلك للمجتمع أفرادا غير أسوياء وتساهم في تكوين السلوك المنحرف عند الأبناء. كما من شأن هذه الجرائم تحطيم الروابط العائلية وضياح القيم الأخلاقية. وما يزيد الموضوع أهمية هو صفة القائم بالاعتداء، الذي يفترض أن يكون مثالا في الأخلاق وحسن السيرة يقتدي بها الأبناء، ويغرس في نفوسهم الأمن والطمأنينة، مما يساعدهم على ضبط النفس ومواجهة الصعاب مستقبلا. وخطورة هذه الجرائم لا تنحصر في المحيط الأسري بل تتعداه لتنتشر الفساد في المجتمع وتزيد في نسبة الانحراف فيه، فتهدد بذلك النظام الاجتماعي والاقتصادي والثقافي، وتحول دون تطور هذا الأخير وتقف عائقا في وجه التنمية المتكاملة للمجتمع. الأمر الذي جعل المشرع الجزائري وكذا معظم القوانين في البلاد العربية تحتريز في تعاملها وتنظيمها لهذه الجرائم بشكل تحفظ فيه الحقوق وتسان فيه الأعراس، مراعية في ذلك مصلحة الأسرة التي تقتضي انتهاج سياسة جنائية محكمة في مواجهتها. بالإضافة إلى ما يقدمه المجتمع بمختلف شرائحه وتخصصاته من جهد للتصدي لها. فالنصوص القانونية وإن كانت قادرة على التجريم والعقاب، فإنها قد تقف عاجزة أمام مثل هذه الأفعال التي يصعب كشفها وضبطها مما يزيد في خطورة انتشارها وتفشيها.

والغرض من هذه الدراسة هو إثراء معلومات الطلاب والقراء. وتبسيط الأضواء على النصوص القانونية لمعرفة مناطق ضعفها وقصورها بغرض تطويرها وتعديلها وما يتمشى مع ديننا وتقاليدنا العربية، وتحقيق العدالة القانونية والاجتماعية.

حقيقة إنما يهدد كيان الأسرة واستقرارها، وأمن وسلامة أبنائها هو مثل هذه الجرائم التي لا بد من سياسة جنائية محكمة لمواجهتها والحد منها. تبدأ بالاعتناء بالمرأة والأبناء أولاً لتشمل كل الأسرة وهنا نتساءل: كيف عالج المشرع الجزائري هذه الجرائم؟ وهل أفلح في حماية الأسرة بما أقره من جزاء مقارنة بما ذهبت إليه بعض القوانين الجزائية وما جاءت به الشريعة الإسلامية في الموضوع؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ونظرا لأهمية الموضوع ، إنتهجت المنهج المقارن بين قانون العقوبات الجزائري وبعض القوانين الجنائية العربية والقانون الفرنسي، نظرا لما طرأ على نصوصه من تعديلات تستدعي الوقوف عليها. دون إغفال الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية و ما جاءت به في الموضوع . ولهذا ارتأيت أن أقسم هذه الأطروحة إلى بابين اثنين ، تناولت في الباب الأول: جرائم إخلال الزوجة ببعض الالتزامات الزوجية، قسمته إلى فصلين اثنين: الفصل الأول قسمته إلى أربعة

مباحث ، خصصت المبحث الأول لتحديد المفاهيم المختلفة للأسرة شروط قيامها والوظائف المنوطة بها، والمبحث الثاني لجريمة ترك الزوجة لبیت الزوجية والعقوبة المقررة لها قانونا وشرعا . والمبحث الثالث لجريمة الإساءة إلى الأبناء وعقوبتها في قانون العقوبات الجزائري وبعض القوانين الجزائية. أما المبحث الرابع و الأخير فتناولت فيه أسباب ارتكاب الجريمة و مقارنتها بجرائم الإهمال المرتكبة من الزوج. والفصل الثاني، إنصبت الدراسة فيه على جريمة الزنا التي تعتبر من أخطر الجرائم وأكبر الفواحش الواقعة داخل الأسرة، وقسمته إلى أربعة مباحث. المبحث الأول تناولت فيه تعريف الزنا قانونا وشرعا، والمبحث الثاني خصصته لدراسة الأحكام الموضوعية لجريمة الزنا . أما المبحث الثالث فلدراسة الأحكام الإجرائية لجريمة الزنا والعقوبة المقررة لها قانونا و شرعا. والمبحث الرابع تناولت فيه الأعدار القانونية المتعلقة بالجريمة أو عذر الاستفزاز قانونا وشرعا وآليات الحد من الجريمة.

وجاء الباب الثاني بعنوان جرائم المرأة الواقعة اتقاء للعار والفضيحة، قسمته إلى فصلين حسب ما يوحي به العنوان، خصصت الفصل الأول لدراسة جريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري مقارنا بالشريعة الإسلامية و ببعض القوانين الوضعية الجزائية، وهو بدوره قسمته إلى أربعة مباحث . تناولت في الأول المفاهيم المختلفة للإجهاض ومراحل تطور الجنين. وفي المبحث الثاني أحكام الاعتداء على الجنين شرعا وقانونا، أما المبحث الثالث فدرست فيه أركان جريمة الإجهاض والمبحث الرابع تطرقت فيه إلى صور الجريمة والعقوبات المقررة لها قانونا وشرعا.

أما الفصل الثاني فتمت فيه دراسة جريمة قتل الطفل حديث الولادة، قسمته هو بدوره إلى أربعة مباحث تناولت في المبحث الأول المفاهيم المختلفة للطفل، بما فيها المفهوم العلمي والقانوني والشرعي، ثم في المبحث الثاني قمت بدراسة التطور التاريخي للجريمة والحماية الجنائية المقررة للطفل حديث الولادة شرعا وقانونا. وفي المبحث الثالث تطرقت إلى أركان الجريمة والعقوبة المقررة لها في قانون العقوبات الجزائري وفي الشريعة الإسلامية وبعض القوانين الجنائية . والمبحث الرابع خصصته لدراسة الأعدار المخففة للعقاب و التي تمثل الأسباب الدافعة لارتكاب الجريمة، النفسية و الفسيولوجية التي تحدث خلال الحمل ومع الولادة وفي فترة النفاس، والأسباب الاجتماعية التي غالبا ما تكون هي السبب في ارتكاب الجريمة خاصة في الدول العربية. وأخيرا ختمت هذه الدراسة بخاتمة ضمنيتها حوصلة للموضوع و أهم النتائج التي توصلت إليها . كما اقترحت بعض الحلول والآليات للحد من هذه الجرائم ومواجهتها وحماية الأسرة.

و بالله التوفيق .

الفصل 1

جرائم إخلال الزوجة ببعض الالتزامات الزوجية

عانت المرأة إبان حرب التحرير ويلات الاستعمار، ووقفت مع الرجل جنباً إلى جنب تساعد وتشد أزره، وحملت السلاح لطرد العدو من أجل غد أفضل، إلا أنها لم تهنأ بحرية وطنها لأنها هُمشت ولم يعد يحتاج إليها الرجل إلا في حدود ما تفرضه طبيعتها، ورفض أن تشاركه في المناصب والمسؤوليات، بل رفض تحررها وخروجها للعمل. لكن مع ظهور الحركات المناهضة بتحرير المرأة على الصعيدين الدولي عامة والوطني خاصة، استعادت مكانتها، بل أكثر من ذلك استطاعت أن تفرض وجودها وتتحصل على حريتها بيدها [6]، ص 95. وإلى جانب الدور المنوط بها كأم وربة بيت، تسير شؤون أسرتها وتسهر على راحتها، فإنها تقضي يومها في العمل خارج البيت، أو حتى داخله إذا كانت ذات حرفة، مما جعل الكثير يتهمونها بإهمالها لأسرتها ولو أن الإهمال قد يرتكب حتى من المرأة التي لا تعمل ولا حرفة لها. ولقد ذهب الباحث كارل منهيم (Karl Mannheim) في كتابه "الجريمة كتقييم تحليلي" إلى القول بأنه قد بات واضحاً أن ازدياد مشاركة المرأة في الأنشطة التي كانت حكراً على الرجل وفي الحياة الاجتماعية بصفة عامة، أدى إلى زيادة إجرامها [4]، ص 3. وازدياد إجرام المرأة أو تراجعها لا يهمنا بقدر ما يهمنا الحديث عن إخلالها ببعض الالتزامات التي تفرضها عليها رابطة الزوجية. وقد يتساءل القارئ عن طبيعة هذه الالتزامات فنقول إن دراستنا في هذا الباب ستقتصر على بعضها لما فيها من مساس بكيان الأسرة واستقرارها، الأمر الذي جعل المشرع يدخلها دائرة التجريم ويخصها بالعقاب مراعيًا في ذلك مصلحة الأسرة وما تقتضيه من موازنة بين الحق المعتدى عليه وحققها في البقاء والاستقرار.

إن الزواج يعتبر البداية لحياة أسرية تجمع بين أفرادها رابطة الدم والقرباة، كما يعتبر الطفل نواة الإنسان وبداية وجوده في الحياة، والاعتداء عليهما يحول دون تحقق الغرض الذي من أجله وُجد، بل قد يغير مسارهما نحو اتجاه سلبي، تنعكس آثاره عليهما خاصة وعلى المجتمع عامة. فالأسرة التي كان ينتظر منها خلق مجتمع متماسك ومتربط تسوده الفضيلة والمثل العليا، لن تكون سوى عبئاً عليه بعد تصدعها أو تشبعها بالخيانة والزيلة. بل ستصبح خطراً عليه يهدد بانتشار الانحلال وسوء الأخلاق أو العنف والشعور بالحقد والانتقام عند الأبناء لسوء معاملتهم من الأبوين، أو لأن الأم قد هجرتهم لسبب ما جعل بعدها الحياة داخل الأسرة لا تطاق لافتقارهم الرعاية والحماية التي هم في حاجة إليها، ولا يمكن تجاهل وقع هذه الجرائم على الزوج لأنه وإن كان له يد في حدوث بعض منها، كجريمة ترك الزوجة

لمقر الأسرة وجريمة إساءة الأم للأبناء، سواء تعمد ذلك بتصرفاته المشينة، أو لم يكن له أي دخل في حدوثها، بل قد يكون ضحية خيانة زوجته التي ضيعت أمله في بناء أسرة متحابية ومخلصة يهنا أفرادها بالعيش فيها. وسواء وقعت هذه الجرائم على حق من حقوق الزوج أو الأبناء أو حتى الاثنين معا، فلا يمكن إنكار مدى خطورتها على الأسرة واستمرار الحياة بداخلها. فالشقاق عادة ما ينتهي بالطلاق، والإساءة إلى الأبناء إن لم تتحقق آثارها مباشرة بعد الجريمة، فإنها ستتحقق مستقبلا، حيث ستساهم في انحراف الطفل لا محال وتلعب دروا فعلا إلى جانب العوامل الأخرى إن وجدت، وتتفاعل معها لخلق جانح في المجتمع. فالأسرة كالجسد إذا اشتكى منه عضو تداعى له سائر الأعضاء بالسهر والحمى. وفساد أحد أفرادها سيؤثر لا محال على الباقين ويجعل الحياة صعبة داخلها سواء بالنسبة للوالدين أو للأبناء. كما أن خيانة الأمانة الزوجية التي يقع عبء احترامها والحفاظ عليها بمجرد عقد قران الزوجين والدخول، يترتب عليها غالبا - خاصة إن كان الفاعل هو الزوجة- انحلال رابطة الزوجية وتشتت العائلة. هذا إن لم تكن النهاية أكثر مأساة بقتل الزوجة أو حتى الزوج الضحية وهو يحاول حماية عرضه. ولهذا الغرض جرم المشرع هذه الأفعال مراعى في ذلك مصلحة الأسرة، فخصها ببعض القواعد الخاصة المتعلقة بالإثبات والمتابعة الجزائية. كما راعى حق الأبناء، فلم يخضع المتابعة في جريمة الإساءة لهم إلى نفس القواعد التي شمل بها الجريمتين السابقتين، علما منه بأن الطفل في المراحل الأولى من حياته وقبل بلوغه السن القانوني لمساءلته جزائيا، يكون ضعيفا وغير قادر على حماية نفسه، ولم تكتمل لديه مقومات الإدراك والتمييز، مما يجعله في حاجة إلى رعاية وتربية صحيحة وصالحة تجعل منه فردا سويا ونافعا لأسرته والمجتمع الذي ينتمي إليه، فإذا تعدت أفعال الأبوين حدود ما حُوّل لهم قانونا من أجل تربية الأبناء والإشراف عليهم، أو كانت سلوكياتهم مثالا سيئا لهم، تتحرك عجلة العدالة لمساءلتهم.

وعليه فإن دراستنا للموضوع لن تقتصر على التجريم والعقاب الذي من خلاله سنبين نطاق الحماية الجنائية للضحية بل ستنصرف إلى الأسباب والدوافع التي يمكن اعتمادها للحد من هذه الجرائم. ولهذا ارتأيت تقسيم هذا الباب إلى فصلين اثنين. الأول ضمّنته دراسة جريمة ترك مقر الأسرة وجريمة الإساءة إلى الأبناء تحت عنوان جرائم الإهمال العائلي المنصوص عليها بالمادة 330 من قانون العقوبات. فخصصت المبحث الأول لتحديد مفهوم الأسرة، شروط قيامها ووظائفها، والمبحث الثاني لجريمة ترك مقر الأسرة، فبيّنت أركانها والإجراءات الخاصة لمتابعة الجريمة والعقوبة المقررة لها في قانون العقوبات الجزائري، وفي بعض التشريعات العربية وقانون العقوبات الفرنسي. كما تعرضت للجريمة في الشريعة الإسلامية وما أقرته لها من جزاء، أما المبحث الثالث من هذا الفصل تعرضت فيه لجريمة الإهمال المعنوي للأبناء، وأخيرا المبحث الرابع تعرضت فيه إلى أسباب ارتكاب الجريمة ومقارنتها بجرائم الإهمال العائلي المرتكبة من الزوج.

أما الفصل الثاني تناولت فيه جريمة الزنا، فقسمته بدوره إلى أربعة مباحث. المبحث الأول خصصته لدراسة الإطار المفاهيمي لجريمة الزنا والمبحث الثاني درست فيه الأحكام الموضوعية لجريمة الزنا، أما المبحث الثالث انصبت الدراسة فيه على المتابعة في جريمة الزنا، طرق إثباتها والعقوبة المقررة لها قانونا وشرعا. والمبحث الرابع والأخير من هذا الفصل، تناولت فيه الأعدار القانونية المتعلقة بالجريمة أو ما يسميه رجال القانون بعذر الاستفزاز في جريمة الزنا، والحلول المقترحة للحد منها.

1.1. جرائم الإهمال العائلي

لقد اهتمت الشرائع السماوية بالأسرة منذ آلاف السنين، وكان الإسلام ولا يزال يحث على تكوينها، ويدعو الناس ليعيشوا في ظلها عملا بقوله عز وجل "بَعْدَ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ (وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ) [7]، 32 وقوله: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَن خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) [1]، 21. وكذلك شرع الله الزواج ليكون نقطة بداية الأسرة لأداء رسالتها وفق الأسس والأحكام الإسلامية المنظمة لتكوينها والضوابط التي تحدد لها المنهاج السليم بما فيها الحياة الزوجية، وتنشئة الأبناء وتربيتهم والاعتناء بهم، وسنت النظم الوقائية لتجنب العنف داخلها، وأوصت باحترام الوالدين والإحسان إليهم. كما لقيت اهتمام القوانين الوضعية التي أخضعتها لقواعد خاصة مراعية في ذلك العلاقات التي تربط بين أفرادها من رابطة زوجية وقربة حفاظا على بقائها متماسكة. كما سنت النصوص التي تجرم الأفعال التي تحول دون قيامها بوظائفها الأساسية من ترابط وتعاون وحسن معايشة وتربية سليمة.

كما اهتم بها المشرع الجزائري و خصها بنصوص في قوانين متفرقة، كالدستور و قانون الأسرة والقانون المدني وقانون الحالة المدنية وقانون الصحة وترقيتها وقانون العقوبات. الأمر الذي يوحي بالاهتمام البالغ الذي أولاه لها. فجاء الدستور وهو أسمى النصوص، وخصها بحماية ورعاية لتحقيق استقرارها وديمومتها من خلال نص المادة 58 منه التي جاء فيها: " تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع [8]، ص16". وحرصا وتأكيدا منه على حماية هذه الأخيرة أدرج جزاءات على الإخلال بواجب الآباء في تربية الأبناء ورعايتهم، وكذا عدم قيام الأبناء بواجب الإحسان والمساعدة لهؤلاء، وهو ما جاء في نص المادة 65.

وجاء في المادة الثانية من قانون الأسرة مايلي: « الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة» [9]. وفي المادة الثالثة: « تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعايشة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية» كما بين

مفهوم الزواج وشروطه. وحدد القانون المدني في الفصل الأول من الباب الثاني منه، كيفية الانتماء إلى الأسرة وإثبات المواليد والوفيات حسب الإجراءات المنصوص عليها في قانون الحالة المدنية، وكذا تحديد مفهوم القرابة [10]. و لقد خص قانون العقوبات الأسرة بحماية جنائية من كل اعتداء قد يقع عليها، وطوّقها ببعض الأحكام والمبادئ، حفاظا على بقاء تماسكها وحماية لأفرادها. كما اهتم بها قانون الصحة وترقيتها حيث اعتنت بعض نصوصه مثل المواد 67 و 68 بصحة الأم والطفل [11].

وبعد استقرار هذه النصوص لم يعد هناك أدنى شك في مدى حرص المشرع على حماية الأسرة وترقيتها، والدفع بها إلى الأمام من أجل صلاحها وصالح المجتمع. وإذا قلنا بأن الأسرة تقوم على التماسك والترابط، فإنه يقع على طرفيها عبء الحفاظ عليه. حيث إذا تسبب أحدهما أو كلاهما في زعزعة أمنها واستقرارها بالتخلي عن الالتزامات من حقوق وواجبات تجاه الأبناء وتجاه الزوجين بعضهما بعض، رتب على ذلك القانون عقوبات جزائية ومدنية.

ولا يمكن إنكار أن المرأة تلعب دورا هاما وخطيرا في الأسرة. فتستطيع أن تكون سببا في ازدهارها وتطورها، كما يمكن أن تجعل منها مصدر تعاسة لأفرادها والمجتمع، وتساهم في زيادة نسبة الانحراف فيه بما تخلفه بأفعالها من آثار نفسية، يصعب جبرها على ضحية لا ذنب لها سوى أنها من صلبها، وولدت في وسط أسري لا يقدر قيمة الروابط العائلية وروح المسؤولية. وسوف نتبين هذه الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها جريمة في الموضوع، والتي نص عليها قانون العقوبات الجزائي في القسم الخامس من الفصل الثاني للباب الثاني تحت عنوان: "ترك الأسرة" وخصّها بالمواد 330، 331 و 332 منه وتشمل الصور الآتية:

- جريمة ترك الأسرة
- جريمة التخلي عن الزوجة الحامل
- جريمة الإهمال المعنوي للأولاد
- وجريمة عدم تسديد النفقة

ولما كانت طبيعة الدراسة التي نحن بصدد إنجازها، والمتعلقة بجرائم المرأة الواقعة على الأسرة، تقتضي عدم التعرض لها جميعا. فسوف نقتصر على الجرائم التي يمكن إسنادها إليها، لتخرج من نطاق البحث جريمة التخلي عن الزوجة الحامل، وجريمة عدم تسديد النفقة التي تخص الزوج. والقانون صريح في هذا الجانب، إذ يعفي الزوجة من هذا الالتزام بدليل نص المادة 74 من قانون الأسرة [9]. م. 78، 79، 80، وعملا بما جاء في قوله عز وجل: (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [12]، 233. وما جاء عن رسوله صلى الله عليه وسلم: (اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف) [14] ص 229. وحتى نقف على هذه

الأفعال التي تملئها رابطة الزوجية أو الأمومة على الزوجة، والذي يعتبر الإخلال بها جريمة تتسبب في زعزعة استقرار الأسرة وتصدعها عاطفياً _ هذا إن نجت من التصدع المادي بسبب الطلاق _ ومعرفة ما أقر لها قانون العقوبات الجزائي، وبعض القوانين الجزائية وكذا الشريعة الإسلامية من جزاء، والوقوف على أهم الأسباب والدوافع التي تجعل المرأة تقدم عليها. ارتأيت أن أقسم هذا الفصل إلى ما يلي:

1.1.1. تحديد مفهوم الأسرة شروط قيامها ووظائفها

يميل الإنسان بطبيعته إلى العيش في جماعات منذ زمن بعيد، بدءاً من تكوين الأسرة البسيطة أو النووية المؤلفة من زوج وزوجة وأبناء، والتي تعتبر الوحدة الأساسية الأولى في تكوين المجتمع. ويرجع تاريخها إلى زمن بعيد جداً، حيث كانت أسرة سيدنا آدم أول لبنة أنشئت على الأرض منذ بداية الإنسانية. ولقد توصل علم الاجتماع إلى حقيقة مفادها: أن غريزة التجمع فطرية في الإنسان مصدرها الميول الفطرية إلى حياة الجماعة وما تحمله من مظاهر للتعاون والتكافل الاجتماعي. على نقيض الآراء الفلسفية الاجتماعية التي ترى في المجتمع ظاهرة مصطنعة تقوم على المنفعة والأنانية [15] ص 01. وتختلف الأسرة عن المجتمع، ولو أنه نتاج مجموعة مختلفة منها تتكون بها القرية ثم المدينة ثم الدولة من حيث صفاتها وخصائصها ووظائفها، والتي اعتمد عليها المفكرون والباحثون من رجال القانون وعلم الاجتماع والفلاسفة لوضع تعريفات عديدة ومختلفة، تتجه معظمها - إن لم نقل كلها- إلى إبراز العلاقة أو الرابطة التي تجمع بين الرجل والمرأة، وما يترتب عليها من واجبات والتزامات تجاه أفرادها. وسوف نحاول في هذا المبحث أن نبين المفاهيم المختلفة للأسرة، اللغوية والاجتماعية والقانونية. كما نتعرض إلى شروط قيامها وأهم الوظائف المنوطة بها على النحو التالي:

1.1.1.1. تحديد مفهوم الأسرة

الأسرة كلمة مشتقة من الأسر [16] ص 21، ويعني القيد. والأسر من شدة الخلق: ويقال شد الله أسرته، ومعناه أحكم خلقه. والأسر هو القوة والشدة، ولذلك تُفسر بأنها الدرع الحصين يشد أعضاؤها أزر البعض. وتطلق كذلك على أهل الرجل وعشيرته، وكذا على الجماعة التي يربطهم أمر مشترك، كأسرة الأساتذة وأسرّة الأطباء وأسرّة المحامين... [17] ص 17. وتلتقي هذه المعاني في دلالتها على قوة الارتباط والتماسك. ويطلق لفظ الأسرة للدلالة على الأهل والعشيرة [15]، ص 6 حيث ورد ذكرها في القرآن الكريم بهذا المعنى في كلامه عز وجل: (وَنَادَى نُوحٌ رَبَّهُ فَقَالَ رَبِّ إِنَّ ابْنِي مِنْ أَهْلِي وَإِنَّ وَعْدَكَ الْحَقُّ وَأَنْتَ أَحْكَمُ الْحَاكِمِينَ (45) قَالَ يَا نُوحُ إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ) [18]، 45، 46، (وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ

الأقربين) [19] 214. لكن لم يرد لفظ الأسرة أو العائلة في محكم تنزيله، وإنما نجد لفظ العيلة أو العائل في قوله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ عَيْلَةً فَسَوْفَ يُغْنِيكُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ إِنْ شَاءَ) [20] 18، (وَوَجَدَكَ عَائِلًا فَأَغْنَى) [21] 08، بمعنى الفقر أو العسر. وكلمة أسرة في الفقه الإسلامي تطلق على الزوجين والأولاد والأحفاد والأجداد والجندات. كما تضم فروع الأبوين وهم: الإخوة والأخوات وأبنائهم، وفروع الأجداد وهم: العم والعمة وأولادهم والخال والخالة وأولادهم [22] ص 34. وهي في مفهومها الشرعي، تعني تلك الرابطة المقدسة التي اجتمع بموجبها شخصان من جنسين مختلفين، وما ينتج عنها من نسب وقرابة ومصاهرة مصداقا لقوله تعالى: (وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ) [23] 72، ويخرج عن هذا المفهوم كل صورة من صور اجتماع الرجل بالمرأة خارج القواعد الشرعية. كما لا تدخل في مفهوم الرابطة الشرعية كل علاقة تجمع بين اثنين من جنس واحد، لأنها أمر غير طبيعي وشاذ ويخرج عن المقاصد التي شرع من أجلها الزواج ويدنس المجتمع، وينزل بالإنسان إلى درجة الحيوان. وقصة سيدنا لوط عليه السلام تشهد على ما فعل الله بالقوم الظالمين الذين أفسدوا في الأرض فطهرها منهم ودمرهم جزاء ما كانوا يفعلون ونجى سيدنا لوط عليه السلام وأهله. وفي اللغات الغربية يشتق لفظ الأسرة من "الألفة" فيطلق عليها: Famille في اللغة الفرنسية، وFamily بالإنجليزية.

ويطلق مصطلح الأسرة الممتدة على الجماعة التي تتكون من عدد من الأسر المرتبطة التي تقيم في بيت واحد وتخضع لنظام اجتماعي واقتصادي واحد برئاسة الأب الأكبر أو رئيس العائلة [24]، ص 12، 10. ويطلق عليها لفظ عائلة كذلك، وتسمى الأسرة النواة Famille nucléaire، وهي تلك المكونة من الزوجين والأبناء.

كان هذا عن التعريف اللغوي والاصطلاحي للأسرة. ولأنها حظيت بتعريفات عديدة ومختلفة باختلاف الزاوية المنظور منها، فلا يسعنا إلا أن نأتي ببعض منها.

1.1.1.1.1 مفهوم الأسرة في علم الاجتماع

تعرف الأسرة بأنها ناتج اجتماعي يعكس صورة المجتمع الذي تنتمي إليه وتتطور بداخله [24]، p19. ويعرفها "برجس ولوك" Burgeess et Locke بأنها مجموعة من الأشخاص ارتبطوا بروابط الزواج، الدم، الاصطفاء أو التبني مكونين حياة معيشية مستقلة ومتفاعلة، ويتقاسمون الحياة الاجتماعية كل مع الآخر. ولكل من أفرادها: الزوج والزوجة، الأم والأب، الابن والبنت دورا اجتماعيا خاصا به، ولهم ثقافتهم المشتركة [15] ص 07. ويعرفها مصطفى الخشاب بأنها: اتحاد تلقائي تؤدي إليه القدرات والاستعدادات الكامنة في الطبيعة البشرية النازعة إلى الاجتماع، وحثمية لبقاء الجنس البشري

ودوام الوجود الاجتماعي[26]، ص16، 11. كما تعرف بأنها تجمّع اجتماعي قانوني لأفراد اتحدوا بروابط الزواج والقرباة، أو بروابط التبني. وهم في الغالب يشاركون بعضهم بعضا في منزل واحد، ويتفاعلون مع بعض حسب الأدوار المنوطة بكل واحد منهم والمحددة تحديدا دقيقا، مدعمة بثقافة عامة[15]، ص09. ويرى الدكتور أشرف رمضان بأن مفهوم الأسرة عند علماء الاجتماع مقتصر على الرابطة الاجتماعية، التي تتكون من زوج وزوجة وأبناء، تضم بالإضافة إليهم بعض الأقارب[27]، ص26. وجاء عن آخرين أنها رابطة اجتماعية. تتألف من زوج وزوجة وأفراد آخرين، كالأجداد والأطفال وبعض الأقارب. على أن يكونوا مشتركين في معيشة واحدة مع الزوج والزوجة والأطفال[28]، ص30. وينطبق هذا التعريف على الأسرة الممتدة أو المركبة. وفي تعريف آخر قيل أنها الخلية الأولى المكونة للمجتمع. وأنها النظام الاجتماعي الأساسي والنواة الرئيسية له[29]، ص90، ويذهب البعض إلى إطلاق مصطلح أسرة على كل وحدة اجتماعية، مكونة من شخص واحد أو عدة أشخاص تكفل لنفسها استقلالاً اقتصادياً منزلياً. سواء وجد بها نساء أو أبناء أو لم يوجد، وليس شرطاً أن تجمع بينهم رابطة القرابة[30]، ص95، وعليه فإن كل فرد مستقل اقتصادياً يعتبر أسرة. كما تعتبر مجموعة الرفاق الذين يعيشون في بيت واحد أسرة. وكذا الحال بالنسبة للمؤسسات الاجتماعية التي ترعى الأطفال. وبهذا التعريف تأخذ الأسرة مفهوماً آخر، يتسع ليشمل المعاشرة التي قد تكون بين مجموعة من الأشخاص، ذكورا كانوا أو نساء أو شبابا تربطهم أو لا تربطهم علاقات قرابة، يعيشون تحت سقف واحد، مشتركين اقتصادياً فيما بينهم ومستقلين عن الآخرين. وعلى نفس المنهج سار الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء بمصر، وعرفها بأنها: شخص أو مجموعة أشخاص تربطهم أولاً تربطهم صلة قرابة ويشتركون في معيشة واحدة[27]، ص31. والواقع أن التطور المذهل للمجتمعات نجم عنه تغيير الذهنيات. فلم يعد ينظر إلى الأسرة بنظرة تقليدية على أنها اجتماع بين جنسين مختلفين، تربط بينهم علاقة زوجية ولهم أبناء. بل أصبحت تدرج تحت مفهومها حتى العلاقة التي تربط اثنين من جنس واحد ولهم أبناء متبنون، أو أبناء طبيعيون[27]، ص30.

2.1.1.1.1. المفهوم القانوني للأسرة

يختلف المفهوم القانوني للأسرة من تشريع لآخر. فقد يتسع ليشمل بالإضافة للزوجين الأبناء قصرًا كانوا أم بالغين، والأقارب من أجداد وأحفاد. كما قد يضيق ليشمل الزوجين والأولاد القصر فقط. وهكذا عرفها بعض رجال القانون – ولأن التشريعات لا تعتني عادة بذلك- بأنها: جماعة إنسانية صغيرة الحجم تختلف عن أي جماعة أخرى، في أنها تقوم برابطة قانونية أو شبه قانونية يعيش أفرادها متقاربين لدرجة أنهم يصبحون كائنا واحداً[30]، ص96. فالأسرة بهذا المفهوم المثالي لما يجب أن تكون عليه،

تبقى مجرد فكرة ترتقى فيها العلاقات الأسرية لدرجة ينصهر معها أفرادها ليكونوا فردا واحدا. مما يجعلها أقرب من الخيال إلى الواقع. وكلنا نعلم بأن الأسرة سائرة إلى افتقاد معاني الألفة والترابط، بالإضافة إلى أن حقيقة وجودها ودوامها واستمرارها تكمن في التكاثر والتناسل. وإذا كانت الأسرة من منظور علم الاجتماع تعتبر نظام أو نسق اجتماعي، فإنها في نظر القانون نظام اجتماعي قانوني، تشكل وفق أسس وقواعد قانونية، تثبت بموجبها حقوق وواجبات تجاه أفرادها بعضهم البعض.

ولقد عرفها قانون الأسرة الجزائري وبين المبادئ التي تقوم عليها في مادته الثانية والثالثة بأنها: الخلية الأساسية للمجتمع تتكون من أشخاص يجمع بينهم صلة الزوجية والقرابة، تقوم على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة، والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية[9]. كما اعتبرها المشرع المغربي في ديباجة مدونة الأسرة، النواة الأساسية للمجتمع. وعمل على جعلها لبنة جوهرية في مقدمة المجتمع، لما لها من أهمية بالغة في الإشعاع الحضاري والتقدم[31].

أما المشرع الأردني فلقد اعتبر أنه لا يمكن تكوين أسرة والإنجاب، إلا عن طريق الزواج بين رجل وامرأة تحل له شرعا[32]. وعرفها المشرع المصري في المادة التاسعة من دستور 1971 بأنها: "أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق والوطنية. تحرص الدولة على الحفاظ على الطابع الأصل للأسرة المصرية، وما يتمثل فيه من قيم وتقاليد، وعلى تأكيد هذا الطابع وتنميته في العلاقات داخل المجتمع المصري". فالأسرة في المفهوم القانوني هي مرادف لرابطة الزوجية وما ينجم عنها من حقوق والتزامات وأولاد، وما يترتب عليها من علاقات قرابة ومصاهرة. فلا تقوم أولا يكون لها وجود إلا برابطة شرعية تجمع بين شخصين من جنسين مختلفين رجل وامرأة. هذا بالنسبة للتشريعات التي لا تسمح ولا تعترف بالعلاقات خارج إطار علاقة الزواج. إلا أن هذا لا يمنع من قيام الأسرة وفقا للمفهوم الاجتماعي دون حاجة إلى عقد زواج، ويحدث كثيرا ذلك في الدول الغربية. كما قد تقوم بعقد زواج عرفي، ولا يميزها عن غيرها التي بنيت على عقد شرعي، إلا من حيث وجودها القانوني وما يترتب عليه من حقوق والتزامات.

والأسرة في تكوينها تمر بمراحل حسب رأي الدكتور زيدان عبد الباقي[15]، ص10 وما بعدها. تتمثل في مرحلة الخطبة كتمهيد للزواج، مرحلة التعاقد والزواج ومرحلة الإنجاب، ومرحلة السكون والاستقرار، وهي المرحلة التي يستقل فيها الأبناء اقتصاديا، أو يتزوج هؤلاء أو يساعدوا في أعباء البيت الاقتصادية. إن هذه الفكرة حقيقية ومنطقية، لكن توحى بأن الأسرة تنتهي رحلتها بعد المرحلة الأخيرة، وهي مرحلة الاستقرار. كما يستفاد منها أن هناك مراحل نشاط وحركة، ومرحلة استرخاء وخمول، الأمر الذي لا يمكن التسليم به. لأن الأسرة تعيش في حركة دائمة تحقق لها استمرارها وديمومة المجتمع.

ويختلف المفهوم الاجتماعي للأسرة عن المفهوم القانوني، كون أنها في الأول تعتبر ظاهرة اجتماعية، تبعث من تلقاء نفسها عن العقل الجماعي واتجاهاته، تخلقها طبيعة الاجتماع وظروف الحياة[15]، ص04. بينما في المفهوم الثاني فإنه لا يكون لها وجود، إلا إذا اقترن رجل وامرأة بعقد صحيح شرعي كشرط لقيامها، وهو ما سوف نتناوله في المطلب الثاني.

2.1.1.1. شروط قيام الأسرة

لا قيام للأسرة إلا برابطة شرعية تجمع بين رجل وامرأة يطلق عليها الزواج. يتمكن من خلالها الاثنان العيش في حلال، والتناسل والترابط والتعاون. وتنشأ بموجبه – أي الزواج- روابط عائلية، تحقق للأفراد الاستقرار والتكامل، وللمجتمع النمو والديمومة. ولما كان الإنسان يميل بطبيعته إلى العيش في الجماعة وإلى إشباع غرائزه الفطرية. جعل له الله سبيلا لذلك عن طريق الزواج، الذي يعتبر الحصن الحصين الواقي للفرد من الوقوع في المحرمات، ويحفظ الحقوق ويقي النسل من الاختلاط. ولقد جاء في كتاب الله العزيز الحكيم: (وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ) [33]، 24 وقوله عز وجل: (الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ) [34]، 05 ، فلقد ذكر الله عز وجل صفة الإحصان في القرآن الكريم. للدلالة على أن غيره رذيلة ومعصية كالسفاح والخدانة حرّمها الله لأنها لا تليق بكرامة الإنسان كمخلوق فضله الله على جميع المخلوقات. إضافة إلى ما قد ينتج عن هذه العلاقة غير الشرعية من ثمرة لا قيمة لها شرعا وقانونا، لأن النسب نعمة والسفاح أو الخدانة نقمة، وتعدّ على حدود الله وخروج عن طاعته وعصيان لأمره. فالزواج الشرعي هو الوسيلة الوحيدة والأساس المتين لبناء أسرة متحابية ومتماسكة، وللحفاظ على الأنساب.

كما اعتبرت الشرائع السماوية الزواج الوسيلة الوحيدة لبناء الأسرة حيث حرمت الديانة اليهودية الزواج من الأجانب عن الدين [35]، ص252 كما أن المسيحية اعتبرته رابطة مقدسة وأبدية، والوسيلة الوحيدة لتكوين أسرة. لا ينعقد إلا على يد كاهن لأنه من صنع الله، ولا ينحل إلا بوفاة أحد الزوجين [36]، ص296 وما بعدها. وتندرج هذه النظرة للزواج تحت المعيار الاجتماعي التقليدي، الذي يعتبر الزواج ظاهرة مقدسة وأساسية للحياة الإنسانية، تحتل فيه الرغبات الشخصية وتطلعات الزوجين، المرتبة الأخيرة بعد تحقيق متطلبات الأسرة، وتنفيذ الأوامر الإلهية [37]، ص40.

إن الزواج شعيرة من شعائر الإسلام، ونظام فرضه الله تعالى لمصلحة المجتمع وسعادة أفرادهِ. وُضعت له مقدمات وشروط قبل انعقاده ولصحته، وحتى يكون الإقدام عليه بروية وتبصر. ولم تحد

التشريعات الوضعية -بما فيها التشريع الجزائري- عما أرسته الشريعة الإسلامية من قواعد تحكم ذلك، تناولها وضبطها في قانون الأسرة، الذي عرفه في المادة الرابعة منه بأنه : عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي. وبين مقاصده المتمثلة في تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب. كما عرفه المشرع المغربي في مدونة الأسرة في المادة الرابعة، على أنه عقد تراض وترايط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام. غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقاً لأحكام هذه المدونة.

وعرفه المشرع الأردني في المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصية بأنه: "عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعاً لتكوين أسرة وإيجاد نسل بينهما". ومن هذه التعريفات القانونية للزواج، يبدو جلياً أنه لا يدخل في مفهومها العلاقات غير المفروغة في إطار قانوني، كالزواج بين رجلين أو بين امرأتين أو كالشخص الذي يغير جنسه (بعد عملية جراحية). فالقانون الفرنسي مثلاً لا يسمح بذلك، لأن العبرة بجنس الشخص عند ولادته، فإذا ولد ذكراً ثم غير جنسه إلى أنثى وأراد الزواج بذكر حسب ما تقتضيه الطبيعة والقانون، طالما أن المانع قد زال. فلا يسمح له القانون بذلك [38], p291، بخلاف القانون الإنجليزي الذي يسمح به.

وتعريف الزواج لا يغنينا عن التعرض إلى أركانه وشروطه، التي تعتبر ضرورية لصحته وثبوته شرعاً وقانوناً، والتي سنتطرق إليها في الفرعين الآتيين.

1.2.1.1.1. أركان عقد الزواج

لقد حرم الله اجتماع رجل وامرأة إذا كانا غير مرتبطين بزواج صحيح بدليل قوله تعالى: (وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ) [32]، 24، وقوله عز وجل: (الْيَوْمَ أَحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتِ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ وَلَا مُتَّخِذِي أَخْدَانٍ) [34]، 05.

وجاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: (تتج المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها ولجمالها، ولدينها، فأظفر بذات الدين تربت يداك) [39]، ص44. فالحديث واضح في معناه ودلالته على اختيار الزوجة الصالحة قبل إبرام عقد الزواج، والأمر كذلك بالنسبة للزوجة التي قبل أن ترتبط بعقد صحيح تختار شريك حياتها، وهو ما يؤكد عليه الإسلام فيما رواه بن ماجه والترمذي من حديث جاء فيه: (إذا أتاكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه) [22]، ص35. كما أن الزواج هي المرحلة الحاسمة في حياة الفرد، يصبح بموجبه مسؤولاً عن أسرة يسهر على أمنها واستقرارها، ويسعى إلى إسعادها. ولا يتحقق

ذلك إلا إذا كانت العلاقة التي تربط الزوجين مبنية على أسس شرعية بموجب عقد زواج وكسائر العقود المدنية التي لا يمكن إبرامها إلا بوجود طرفين اثنين، كذلك عقد الزواج يقوم على أركان إن اختل أحدها بطل العقد، وهي كالآتي: العاقدان (الرجل والمرأة)، المعقود عليه ويتمثل في حل الاستمتاع كلا العاقلين ببعضهما البعض. والركن الأخير يتمثل في تطابق الإيجاب والقبول الصادر عنهما لينشأ الرضا أهم أركان العقد. ولما كان عقد الزواج أعظم مشروع في حياة الإنسان، يختار بموجبه شريك حياته الذي سيرافقه على وجه الدوام ما دام على قيد الحياة، ويشترك معه في معيشة واحدة وتحت سقف واحد. يكون أباً أو أما لذرية صالحة ونافعة لأسرتها وللمجتمع. فإن هذا يقتضي ألا يتسرع من كان مقدماً عليه في إبرامه. بل لابد من مقدمات لذلك تتمثل في الخطبة التي بموجبها يعبر الرجل عن إرادته في الارتباط بامرأة معينة. ولقد عرفت المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري بأنها وعد بالزواج يجوز للطرفين العدول عنه. مما يفيد أنها ليست عقد زواج يمكن العدول عنها. ولقد راعى المشرع هذه المسألة وما قد ينجم عنها من ضرر مادي أو معنوي للخطيب أو المخطوبة، فأجاز الحكم له بالتعويض إذا كان العدول بدون سبب وجيه. كما أعطى الحق للخطيب باسترجاع ما قدمه من هدايا أو قيمتها. وأسقط حقه في ذلك إذا كان الإخلال بالتزام بإتمام عقد الزواج (الخطبة) من طرفه، وعليه أن يرد للمخطوبة ما لم يستهلك مما أهدته له أو قيمته (الفقرة 2، 3 و 4 من المادة 5 من قانون الأسرة الجزائري). ولا تعتبر الخطبة زواجا ولو اقترنت بالفاتحة، ذلك أن أركان الزواج وشروطه غير متوفرة، وقراءتها تكون من باب التبرك، وتتويجا للاتفاق بين الأسرتين (المادة 6 من نفس القانون).

أما أركان الزواج والتي بموجبها يتحول الخطيبان إلى زوجين فتتمثل في:

1.1.2.1.1. الإيجاب والقبول (الرضا)

وهو ما بينه قانون الأسرة بصريح العبارة الواردة في المادة 4: "الزواج هو عقد رضائي..."، بمعنى اشتراط موافقة الزوجين لتتمام العقد. الذي اعتبر المشرع الفرنسي انعدامه سببا لانعدام الزواج. ويقع على الشخص الذي يدفع بانعدام الرضا إثبات ذلك [40]، ولقاضي الموضوع الحرية في تحديد ما إذا كانت الأدلة المقدمة تثبت حقا بأن الرضا كان منعدما بكل سيادة [41]. وموقف المشرع المغربي والتونسي وكذلك الأردني لا يختلف عما ذهب إليه قانون الأسرة الجزائري من اشتراط رضا الزوجين لانعقاد الزواج.

وإذا اختل هذا الركن بأن كان منعدما بطل الزواج طبقا للمادة 33 من قانون الأسرة الجزائري. ويتم الرضا بإيجاب وقبول. إذ تنص المادة 10 من قانون الأسرة على أنه: "يكون الرضا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعا."

ويصح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة. ويكون الإيجاب والقبول بألفاظ دالة عليه، حقيقية كانت أو مجازا. كالسكوت بالنسبة للمرأة عملا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه مسلم في صحيحه قال: (لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن" قالوا يارسول الله! وكيف إذن؟ قال: أن تسكت)[40]، ص 173. وقد يكون شفاهة أو بإشارة تفيد القبول. وإذا صدر من عاجز يجب أن تكون الإشارة مفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين[42]، ص 28، [43]، ص 93 وما بعدها، [44]، ص 28

2.1.1.1.1. اقتران الإيجاب والقبول

قد يصدر القبول ثم بعده يصدر الإيجاب ليقترن به. كما قد يصدران في وقت واحد فيتم العقد[45]، ص 31. ويتم ذلك في مجلس واحد وهو رأي المالكية، ولا ضرر في أن تمر فترة بسيطة بين الإيجاب والقبول، ولو أن فقهاء من المذهب يرون أن يتطابق الإيجاب والقبول في الحال، وهو رأي الشافعية والحنابلة[46]، ص 65، 66. ويقول الحنفية بجواز تراخي إعلان القبول إلى حين انقضاء مجلس العقد، شرط أن لا يكون صاحب الإيجاب قد رجع عنه. ويقول الإمام الغزالي يجب أن يكون القبول متصلا بالإيجاب بلفظ الإنكاح أو التزويج أو معناهما الخاص، بكل لسان من شخصين مكلفين ليس فيهما امرأة سواء كان هو الزوج أو الولي أو وكيلهما[47]، ص 52. وما يستفاد من قوله هو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد.

2.1.1.1.2. شروط انعقاد الزواج

إضافة إلى ما سبق ذكره من أركان لعقد الزواج، لا بد من توافر شروط لانعقاده منها ما هو متصل بطرفي العقد، ومنها ما هو متعلق بصيغته.

2.1.1.1.1. الشروط المتعلقة بطرفي العقد

لقد اشترط المشرع الجزائري شأنه شأن معظم التشريعات العربية وحتى الغربية، أن يكون طرفا العقد رجلا وامرأة كاملة الأنوثة، وأن تتحقق فيهما أهلية الزواج والمحددة بـ 19 سنة. يمكن الترخيص به قبل ذلك من القاضي لمصلحة أو ضرورة، وذلك ما قضت به المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري) وأن لا يكون مجنونا أو غير مميز.

- أن لا تكون الزوجة محرمة على الزوج.

- أن يكون طرفا العقد معلوما غير مجهول.

- أن يكون الزوج مسلماً، ويصح عقد زواج مسلم بغير مسلمة والعكس لا يصح [49]، ص 384
- يجب أن يكون الزواج منجزاً غير معلق على شرط أو مقترن بأجل.

2.1.1.1.2.2. الشروط المتعلقة بصيغة العقد

يجب أن يكون العقد دالاً في صيغته على توافق الإرادتين لإنجازه، وترتيب آثاره دون تعليقه على شرط واقف أو فاسخ [46]، ص 70. حيث يقول الشيخ أحمد حماني في فتاويه أن النكاح المتفق على صحته، هو ما كان برضا الزوجين وبولي وصادق وشاهدي عدل وصيغة تفيد التأييد [50] ص 354. ومعناه أن يكون العقد غير محدد المدة دلالة على الرغبة في الاستقرار وتكوين أسرة. ولا يشترط في الصيغة المنجزة للعقد أن تكون باللغة العربية، فقد تكون بأي لفظ يفيد النكاح ويفهم الزوجان من غير العربية، وهو ما بينته المادة 10 من قانون الأسرة الجزائري.

2.1.1.1.3. شروط صحة الزواج

نص قانون الأسرة في المادة 9 مكرر منه على شروط الزواج والتي نصها كآلاتي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج
- الصداق
- الولي
- شاهدان
- انعدام الموانع الشرعية للزواج".

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة، نرى أن المشرع المغربي بالإضافة إلى هذه الشروط أضاف شرطاً آخر يتمثل في كون رابطة الزواج تتم على وجه الدوام. وهو ما عبّر عنه صراحة قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 34 منه بقوله: "يكون الزواج فاسداً في الحالات الآتية: "...6- زواج المتعة، والزواج المؤقت".

تكتمل أهلية الزوجين لإبرام عقد الزواج بتمام سن 19 سنة في قانون الأسرة الجزائري، ويمكن الترخيص به قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة من قاضي الأحوال الشخصية أو رئيس المحكمة. وذهبت تشريعات أخرى إلى تحديدها بثمانية عشرة سنة مع إمكان الترخيص به قبل ذلك.

أما الصداق فيجوز أن يكون آيات من القرآن الكريم أو خاتم حديد أو غير ذلك من قليل أو كثير في الشريعة الإسلامية. عملاً بحديث الرسول صلى الله عليه فيما رواه مسلم: (أن امرأة جاءت إلى

رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله! جئت أهب لك نفسي، فنظر إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فصعد النظر فيها وصوبه، ثم طأطأ رأسه، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئاً، جلست فقام رجل من أصحابه فقال: يا رسول الله! إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها، فقال: "فهل عندك من شيء" قال: لا والله! يا رسول الله! فقال: اذهب إلى أهلك، فانظر هل تجد شيئاً؟ فذهب ثم رجع فقال: لا والله! ما وجدت شيئاً. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنظر ولو خاتم من حديد"، إلى أن قال صلى الله عليه وسلم: "اذهب فقد ملكتها بما معك من قرآن" [39]، ص 183. ولقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم المغالاة في المهر. وتعتبر خفة المهر من الخصال المطيبة للعيش التي تراعى في المرأة لدوام الزواج، حيث جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: (خير النساء أحسنهن وجوهاً وأرخصهن مهوراً) [47]، ص 57 و [45]، ص 74، 75.

إذن فالصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته. فقد يكون مالا أو غير ذلك، شريطة أن يكون مشروعاً وتتصرف فيه كما تشاء. يجب لها كاملاً بالدخول بها أو بوفاة الزوج. تحدد قيمته في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً، وإذا لم يتم تحديده فيجب لها صداق المثل في المدينة. وحسب ما هو متعارف عليه [9]، م 14، 15، 16. وإذا تم الطلاق قبل الدخول فتستحق نصفه.

يشترط قانون الأسرة حضور الولي لتمام عقد الزواج، عملاً بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي) وقول عمر رضي الله عنه: "لا تتكح المرأة إلا بإذن وليها" وحديث أبي هريرة: "لا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها" [52]، ص 16. وهو رأي جمهور الفقهاء الذين يقسمونها إلى ولاية إجبار وولاية اختيار أو استحباب كما يسميها أبو حنيفة. لأنه يرى أنه يستحسن أن يتولى زواج البالغة العاقلة وليها. أما ولاية الإيجار فتثبت للمجنون والمعتوه وضعيف العقل بسبب العجز عن تولي العقد، وكذا الصغير بسبب صغر السن. أما الصغيرة فلقد اختلف الفقهاء في سبب الولاية عليها، فقال الشافعي ومالك وأحمد أن العلة هي البكارة، لأن البكر لا تعرف مصالح النكاح. أما أبو حنيفة وأصحابه فيرون أن سبب الولاية في الصغيرة هو صغر السن، بخلاف البالغة التي يشاركها وليها في اختيار الزوج [47]، ص 154، 157.

ومن الشروط التي حددها قانون الأسرة لصحة عقد الزواج، حضور شاهدين اثنين من الرجال عملاً بقوله تعالى: (وَأَشْهِدُوا ذُوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ) [53]، ص 02. ويشترط في الشهادة أن تكون برجلين أو رجل وامرأتين [52]، ص 93 و [45]، ص 60 إلى 63 إلا أن الشافعية والحنابلة يشترطون الذكورة في الشهادة لما روي عن الزهري أنه قال: "مضت السنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود، ولا في نكاح ولا في طلاق). أما الحنفية فلا يعتبرون عقد الزواج غير صحيح إذا شهد عليه رجل وامرأتين [51]، ص 20. كما يشترط فيهما الحرية والبلوغ والعقل والإسلام. حيث اتفق فقهاء الإسلام على أن الغاية من اشتراط الشاهدين هي إعلان الزواج بين الناس.

والشرط الأخير لصحة الزواج الذي بينته المادة 09 مكرر من قانون الأسرة، هو انعدام الموانع الشرعية للزواج، والتي تتميز فيها بين الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة. وتشمل المحرمات المؤبدة التي يستحيل معها الزواج لوجود قرابة أو مصاهرة أو رضاع حسب ما جاء في قانون الأسرة الجزائري. وتندرج تحتها الأمهات والبنات والأخوات والعمات والخالات وبنات الأخ وبنات الأخت (المادة 25 من قانون الأسرة الجزائري) أما المحرمات بالمصاهرة فهي على التوالي: أصول الزوجة بمجرد العقد عليها، فروعها إن حصل الدخول بها، أرامل أو مطلقات أصول الزوج وإن علوا، أرامل أو مطلقات فروع الزوج وإن نزلوا. ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (المادة 26 و 27 من نفس القانون).

والمحرمات المؤقتة فيكون سبب التحريم مؤقتا، يزول بزوال السبب. ويحل بعد ذلك للزوج أن يتزوج من كان بها سبب تحريم مؤقت [46]، ص 94 و [52]، ص 104. والموانع المؤقتة كما جاءت في قانون الأسرة هي: الزواج من المحصنة أو المعتدة من طلاق أو وفاة أو المطلقة ثلاثا، كما يحرم على الرجل مؤقتا أن يجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة لأب أو لأم أو من رضاع. ويحرم على المسلمة الزواج من غير مسلم حتى يسلم، فإن أسلم زال التحريم وأصبح حلالا لها (المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري). وتتفق التشريعات العربية المسلمة على تحريم الزواج بسبب القرابة عملا بمبادئ الشريعة الإسلامية بدليل قوله سبحانه وتعالى: (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ) [54]، 23 وقوله عز وجل: (وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا) [55]، 22 وقوله: (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ) [32]، 23، وقوله تعالى: (وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ) [54]، 23.

3.1.1.1 الوظائف المنوطة بالأسرة

تلعب الأسرة دورا هاما في المجتمع كون أنها هي المحرك الذي يدفع به نحو التقدم والازدهار، أو تكون سببا في فساد وانحلاله. ولهذا تعمل معظم التشريعات في العالم على حمايتها وترقيتها لتقوم بالوظائف المنوطة بها بشكل سليم وسوي، كون أنها هي الجماعة الأولى التي ينتمي إليها الفرد عند ولادته. يكبر في أحضانها ويتشبع بمبادئ وأخلاق وسلوكات إن صلحت صلح النشئ وصلح به المجتمع، وإن فسدت انعكس ذلك سلبا على المجتمع. ومن أهم الوظائف التي تقوم بها الأسرة هي:

- التنشئة الاجتماعية: إن التنشئة السليمة للأبناء تعتبر درعا واقيا من الانحرافات والسلوكات غير السوية التي قد يتعرض إليها الطفل. والاعتناء بهذا الأخير يتم من الولادة، فيمده الأبوان من حنانهما

وعطفهما ما يكفي لتوازنه العاطفي. كما يقومان بحمايته ورعايته وتربيته، ويعلمانه ويوجهان سلوكاته ويسهران على أن يكون قوة حسنة في السلوك والأخلاق، التي يعملان على غرسها فيه، ولا شك في أن الأسرة المنسجمة والمتوازنة التي تخلو من النزاعات والصراعات، والتي يسودها الهدوء والطمأنينة تنشئ أفراداً أسوياء، يساهمون في البناء الاجتماعي وتطور المجتمع.

ومن الوظائف الاجتماعية كذلك تعليم الطفل، حيث إذا بلغ سناً معينة التحق بالمدرسة ليتلقى فيها العلم والتدريب. فينتقل من الوسط الأسري إلى وسط آخر، يتسع به مجال حياته ويعرف سلطة أفراد آخرين غير الأبوين كالمعلم والمربي، ويحتك بأطفال من سنه يؤثر فيهم ويتأثر بهم. وفي هذه المرحلة تكثف جهود الوالدين خاصة من حيث المراقبة والمتابعة والتوجيه خوفاً من أن يحيد عن المبادئ التي تشبع بها في المراحل الأولى من تنشئته، كما يساعده على التكيف مع أقرانه في البيئة التي انتقل إليها، ولا تنقطع أو تتوقف مهمة الأسرة إلى أن يصبح الطفل قادراً على إعالة نفسه. بل وتستمر حتى بعد ذلك، لأن التنشئة القوية والسليمة هي سبب صلاح الأسرة.

- الوظائف الاقتصادية: تسهر الأسرة على توفير العيش الكريم لأبنائها من مأكل ولباس، وتوفير ما يحتاجه الطفل في نموه وتطوره بشكل متوازن، وتتحمل هذه المسؤولية دون إشراكه فيها أو جعله هو المسؤول عنها فكثير ما يدفع الآباء بأبنائهم إلى البحث عن القوت سواء بالتسول أو البيع في الطرقات أو العمل، وذلك لعدم قدرتهم على الإنفاق عليهم.

- الوظائف الترفيهية: إن الأطفال بحاجة إلى اللعب والترفيه ولا ينحصر ذلك داخل الأسرة فقط بل لا بد أن يعمل الوالدان على تخصيص أوقات يستمتع فيها الطفل باللعب في الحدائق والنوادي ويحتك بأطفال مثله ليتكيف مع المحيط الخارجي ولتوازنه النفسي، على أن لا يتخذ من الشارع وسيلة للعب والترفيه بسبب انعدام الأماكن المخصصة لذلك، لأن الشارع يعتبر الوسط المناسب للانحراف ويلعب الأبناء دوراً هاماً خاصة الأم في الموازنة بين أوقات الترفيه واللعب وأوقات التعليم والدراسة، حتى يميز الطفل بين أوقات الجد والمزاح، ويعرف قيمة الوقت ودوره في حياته، كخطوة لتحسيسه بروح المسؤولية.

وحتى في أوقات الترفيه التي لها تأثير كبير على التوازن النفسي والعقلي للطفل، فتبقى الأم حاضرة موجودة تراقب وتوجه ابنها، فتبعده عن كل ما فيه عنف أو قد يجرح شعوره من ألعاب أو مشاهد يراها على الشاشة أو عند استعمال لعب إلكترونية فالطفل في حاجة إلى ترفيه في حدود ما ينمي قدراته وتوازنه البيولوجي والبيسيكولوجي.

- الوظائف العاطفية: تقول الدكتورة سناء الخولي: أن الوظيفة العاطفية أصبحت من الملامح المميزة للأسرة الحضرية الحديثة [37]، ص 62، 63 التي تعتبر المصدر الرئيسي للإشباع العاطفي لجميع أفرادها بخلاف الأسرة التقليدية التي يتم فيها التفاعل بين مجموعة كبيرة من الأقارب فحقيقة أن الأسرة تلعب دوراً هاماً في الإشباع العاطفي للطفل ولجميع أفرادها من أزواج وأبناء، والطفل الذي يعيش في عائلة

متحابة ومتعاطفة مع بعضها يختلف عن ذلك الذي يعيش في وسط أسري تنعدم فيه المحبة والمودة، يسوده الشقاق والصراعات، فلا جدال في أن هذا النقص العاطفي سيؤثر في تكوين شخصيته وتوجيه سلوكه، ولقد أشارت بعض الدراسات الاجتماعية النفسية إلى أن الزواج غير المستقر له تأثير على الصحة النفسية لأفراد الأسرة وعلى الأبناء خصوصا في تكوين الجانب العاطفي لديهم، ولقد أوضح العالمان "كودينا أوبرادوفيك" بأن أعراض الاكتئاب لدى الأطفال لها علاقة بعدم الاستقرار الأسري وأن الضغوطات والاضطرابات الأسرية لها تأثير مباشر على الوضع النفسي للأبناء خاصة المنحدرين منهم من طلاق.[56]، ص 95 .

2.1.1. جريمة ترك مقر الزوجية أو الإهمال العائلي

لقد نصت المادة 36 من قانون الأسرة صراحة على حقوق وواجبات الزوجين، والتي نذكر منها:

المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة

المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والتعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأبناء وتربيتهم. ومعنى ذلك أنه بمجرد ما يرتبط اثنان برابط الزوجية يقع عليهما عبء المحافظة على هذه الرابطة، والتعاون على كل الأمور التي فيها صلاح الأسرة. فالزوج مثلا عليه أن يعاشر زوجته بالمعروف، فيوفر لها كل ضروريات العيش ويساعدها في تربية الأبناء، ويسهر إلى جانبها على إحلال الجو الهادئ والمنسجم في البيت. وبالمقابل تقوم هي بكل الأعباء المنزلية كونها ربة البيت، إضافة إلى ما قد تقدمه من عون مادي إن كانت تعمل، كالمساهمة في مصاريف العيش. فمصلحة الأسرة تقتضي أن يكون هناك تفاهم بين الزوجين وإلا تحولت الحياة داخل البيت إلى جحيم، تنعكس آثاره سلبا على الأبناء. فالحياة الزوجية تقوم على تبادل الحقوق والواجبات بدليل قوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [57]، 228 . كما يجب عليهما رعاية الأبناء وحسن تربيتهم، ولا يتسنى ذلك إلا إذا تفانى الوالدان في الاعتناء بهم، وتجنب القيام بأي سلوك معيب من شأنه التأثير عليهم سلبا أو الإضرار بهم. ولعل أول سلوك فيه اعتداء على الأسرة وقداستها هو الابتعاد عنها أو هجرها، والإخلال بالالتزامات التي تفرضها هذه العلاقة على طرفيها، الذي جرمه قانون العقوبات وأقر له جزءا بنص المادة 330 منه. التي ستكون المنطلق لدراسة أركان الجريمة في المطلب الأول من هذا المبحث. ولأن نظرة المشرع الجزائري للجريمة قد تختلف عن بعض التشريعات الجنائية العربية وقانون العقوبات الفرنسي، فسوف نبين موقفها من الجريمة عند دراسة أركانها التي خصصنا لها فرعين اثنين الأول سيكون للركن المادي والثاني للركن المعنوي. وفي المطلب الثاني نتناول العقوبة المقررة للجريمة في قانون العقوبات

الجزائري وبعض القوانين الجزائرية العربية وكذا القانون الفرنسي. أما المطلب الثالث فنبين فيه موقف الشريعة الإسلامية من الجريمة.

1.2.1.1. أركان جريمة ترك مقر الزوجية

إن كل جريمة لا تقوم أولا تكتمل إلا إذا توفرت أركانها الثلاث واجتمعت لإمكان توقيع العقاب والمتمثلة في الركن الشرعي وهو النص الذي يجرم الفعل ويقرر له جزاء أو تدابير أمن. والركن المادي وعناصره الثلاث: سلوك، نتيجة وعلاقة سببية، تربط الفعل بالنتيجة حتى يمكن إسناد الفعل إلى فاعله. وركن معنوي يتمثل في القصد الجنائي وعناصره العلم والإرادة لقيام المسؤولية الجنائية للفاعل. ويتمثل الركن الشرعي في جريمة ترك مقر الزوجية في المادة 330 قانون العقوبات الجزائري التي نصها كالآتي: «يعاقب بالحبس من شهرين (02) إلى سنة (01) وبغرامة من 25,000 إلى 100,000 دج:

أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته لمدة تتجاوز شهرين (02) ويتخلى عن كافة التزاماته الأدبية أو المادية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية وذلك بغير سبب جدي، ولا تنقطع مدة شهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية...» الظاهر أن النص القانوني لا يثير أي إشكال وليس فيه أي غموض يستدعي تفسيره، فهو واضح الدلالة على العناصر المكونة للجريمة وانصراف إرادة الجاني، إلى سلوكه المتمثل في هجر مقر الزوجية والتخلي عن الالتزامات المادية أو المعنوية التي تترتب عن علاقة الزوجية ورابطة الأمومة أو الأبوة. ولهذا سوف تنصب دراستنا على الركنين المادي والمعنوي لجريمة ترك الزوجة لمقر الزوجية تحديدا، كون أن الموضوع كله يتعلق بجرائم المرأة الواقعة على الأسرة.

1.1.2.1.1. الركن المادي للجريمة

ويتمثل في السلوك الذي يأتيه الجاني بغرض تحقيق النتيجة. وجريمة ترك مقر الزوجية شأنها شأن أية جريمة، لا يكتمل ركنها المادي إلا إذا اكتملت العناصر التي حددها المشرع، منها ما يدخل في السلوك الإجرامي، ومنها ما يعتبر من العناصر أو الأركان الخاصة للجريمة التي تميزها عن غيرها من الجرائم مثل: صفة الجاني ووجود علاقة زوجية التي تعتبر عنصرا مفترضا في الجريمة. ولقد بين المشرع في نص المادة 330 قانون العقوبات الجزائري الأفعال وحدد الشروط التي تقوم بها الجريمة فيما يلي:

«أولا- الابتعاد عن مقر الزوجية.

ثانيا- وجود ولد أو عدة أولاد

ثالثا- عدم الوفاء بالالتزامات العائلية

رابعا- ترك مقر الأسرة لمدة تزيد عن شهرين (02).

خامسا- انعدام السبب الجدي».

ويضيف بعض رجال القانون عنصرا آخرًا يتمثل في شرط توفر عقد زواج صحيح [58]، ص12. حقيقة أنه في بعض الجرائم لا يكفي قيام الركن المادي والمعنوي لاكتمال الجريمة، بل لا بد من أمور سابقة عنها في الوجود يقترب بها الركنان، وهو ما يعرف بالركن المفترض أو الشرط المفترض [27]، ص65. كما هو الحال بالنسبة لجريمة الزنا وجريمة ترك مقر الزوجية. وبالتالي فوجود عقد زواج صحيح هو شرط مفترض سابق على وجود الجريمة وضروري لقيامها، ولا جدال في أن الجريمة التي نحن بصدد دراستها تقتصر على من توفرت فيها صفة الزوجة دون غيرها، وكانت مرتبطة بعقد صحيح. ولهذا ستنصرف دراستنا إلى الشروط التي بينها نص المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري لنحاول مقارنتها بالقوانين التي اعتمدتها في هذا الموضوع.

1.1.1.2.1.1. الابتعاد عن مقر الأسرة

إن الصياغة التي جاء بها نص المادة السالفة الذكر في العبارة التالية: "أحد الوالدين الذي يترك مقر أسرته..." لا تدع أدنى شك في لزوم شرط هام لقيام الجريمة تتمثل في مقر الأسرة، أي البيت الذي يعيش فيه الزوجان والأولاد ويتخذونه مستقرا لهم. فإذا كان كل من الزوجين يعيش عند أهله واستمرت الأم في الاعتناء بأبنائها عند أهلها، فلا تقوم الجريمة [59]، ص145. كما لا تقوم الجريمة إلا إذا هجر الأب البيت وبقيت الأم مع الأبناء في البيت واختار لنفسه بيتا آخر ولم يدعهم إليه [60]، ص196، 197. وهو ما ذهب إليه قانون العقوبات الفرنسي من اشتراط وجود مستقر للأسرة عملا بما جاءت به المادة 357 - 1 من قانون العقوبات الفرنسي ل 23 جويلية 1942، p438 [61]، الذي تخلص عن هذا الشرط الذي لم يعد لازما لقيام الجريمة بعدما ألغى النص القانوني وجاء بالمادة 227 - 17 التي سنفصل فيها في موضع آخر. ويشترط لقيام الجريمة أن يبقى الزوج المتروك في بيت الزوجية، فإذا غادر البيت بعد ترك الزوج الآخر له فلا قيام للجريمة. وهو ما أكدته القرار الصادر عن مجلس قضاء بومرداس بتاريخ 2002/04/23 فهرس 2002/509 الذي جاء فيه: «...إن الأفعال المنسوبة للمتهم غير قائمة طالما أنه ثبت أن الضحية هي التي غادرت بيت الزوجية، وعليه فإن عناصر جنحة ترك الأسرة غير متوفرة في قضية الحال...».

ولا يختلف موقف المشرع المغربي من حيث اشتراطه لمقر الأسرة، كعنصر أساسي لا تقوم الجريمة بدونه في الفصل 479 من القانون الجنائي.

أما المشرع التونسي فلقد نص على جريمة ترك مقر الأسرة في الفصل 212 مكرر، وذهب إلى نفس ما ذهبت إليه القوانين التي سبقت معنا من اشتراط وجود مقر الأسرة لإمكان قيام الجريمة. وخلافا لما ذهب إليه المشرع الجزائري من حصر الجريمة فيمن توفرت فيه صفة الأبوة والأمومة وسع قانون العقوبات التونسي - شأنه في ذلك شأن القانون الجنائي المغربي- من دائرة التجريم، حيث شمل النص بالإضافة إلى الأبوين، الغير ممن يتولى بصفة قانونية حضانة القاصر، بمعنى أنه قد يكون الجد أو العم أو غيرهما ممن تولوا حضانة الطفل.

أما قانون العقوبات المصري فلم ينص على جريمة الإهمال العائلي واكتفى بتجريم عدم تسديد النفقة الواجبة قانونا للزوجة أو الأقارب أو الأصهار... وذلك في المادة 293 من قانون العقوبات رقم 124 لسنة 2009. وكذلك الأمر بالنسبة لقانون العقوبات الأردني الذي لم يتطرق إلى الجريمة على الإطلاق.

2.1.1.2.1.1. وجود ابن أو عدة أبناء

لا تقوم الجريمة إلا إذا وجدت علاقة أبوة أو أمومة. إذ تستبعد الجريمة المرتكبة من الجد أو من أحد الذين يقومون برعاية الطفل [59]، ص 145، وهو ما ذهب إليه قانون العقوبات الفرنسي حيث استثنى الجد والوصي [61]، ص 438، [63]، ص 92. فلا جريمة بدون أولاد، لكن من هم هؤلاء الأولاد؟ وهل يندرج تحت هذا المفهوم الابن المتبني والمكفول والطبيعي؟

إن ظاهر النص يدل على أن الأمر يقتصر على الولد الشرعي دون غيره، والابن المتبني مستبعد على الإطلاق، كون التبني ممنوع شرعا وقانونا. وتؤكد ذلك المادة 46 من قانون الأسرة الجزائري.

ويبقى الطفل المكفول والطفل الطبيعي. أما عن الأول، فلا يوجد في نص المادة 330 من قانون العقوبات ما يدل أو حتى يشير -ولو من بعيد- إلى حماية الطفل المكفول، علما بأن قانون الأسرة في المادة 116 منه، يعتبره في مقام الابن الحقيقي والشرعي. حيث جعل على عاتق الأبوين اللذين تكفلا به واجب الإنفاق عليه ورعايته، وتربيته بناء على عقد شرعي يحرر أمام المحكمة أو بمعرفتها أو أمام موثق. ولا يتم التخلي عنه إلا أمام الجهة التي أقرت الكفالة وبعلم النيابة العامة. ولما كان الأمر كذلك فلماذا لا يوجد أي نص يجرم الإخلال بالالتزامات المترتبة عن الكفالة ويحمي المكفول؟ أمام هذا الوضع

يستحسن أن يراجع المشرع نص المادة المذكورة أعلاه لتطول الحماية الجنائية حتى الطفل المكفول. لأنه لا يعقل أن يتملص من قام مقام الوالدين من مسؤوليته دون أن يطوله أي جزاء. فهل يعقل أن تترك الزوجة مقر الأسرة وتتملص من كل الواجبات التي تفرضها عليها علاقة الزوجية وواجب الرعاية والتربية للأبناء أو للابن المكفول، ولا يعتبر فعلها جريمة لأن القانون لا يحمي إلا الطفل الشرعي؟.

ولا يختلف الأمر بالنسبة للولد غير الشرعي أو الطبيعي. إذن فمن يحمي هذه الشريحة من الأطفال؟ فمن غير المنطقي أن يكون قانون العقوبات منع الاعتداء على الحمل مهما كان مصدره (زنا - سفاح - اغتصاب)، وحماه من كل اعتداء قد يقع عليه منذ اللحظة الأولى لوجوده إلى حين وضعه. وواصل حمايته للطفل حديث الولادة وعاقب على قتله حتى وإن كان ذلك دفعا للعار، بالعقوبة المقررة للقتل العمد. فكيف يتغاضى وجود هذا الطفل؟ بل أكثر من ذلك فهو يلغي وجوده. علما بأن إعلان حقوق الطفل لسنة 1959، وتحديدًا الوثيقة الثانية من المبدأ الأول منه رسخت مبدأ عدم التمييز بين طفل وآخر، وتؤكد ذلك في اتفاقية حقوق الطفل في المادة الثانية منها.

والظاهر أن للمشرع المغربي موقف لا يختلف عما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث لا يعترف في مدونة الأسرة بالأسرة الطبيعية والمتبنية. كما أن الفقه المغربي لم يهتم بالمسألة، ولم تطرح على القضاء أمام المحاكم المغربية ولا أمام المجلس الأعلى [64]، ص32. تستثني حالة واحدة تتمثل في البتوة المعترف بها للأم سواء كان الطفل شرعيا أو طبيعيا. وهو ما نصت عليه المادة 146 من المدونة، بمعنى أنه إذا تملصت هذه الأم من الواجبات التي تفرضها عليها رابطة الأمومة لابنها غير الشرعي، فيمكن متابعتها في قانون العقوبات المغربي إذا ما توفرت جميع عناصر الجريمة.

أما القانون الفرنسي فبالرغم من أن المادة 357- 1 من قانون العقوبات لم تحدد ما إذا كان الأمر يتعلق بالطفل غير الشرعي والمتبني، بمفهوم أنها لا تقصد بالحماية إلا الطفل الشرعي. إلا أن القضاء ذهب إلى إدانة الأب بجريمة ترك مقر الأسرة بالرغم من أن كل أبنائه طبيعيون [65]. كما ذهب القضاء إلى اعتبار الجريمة قائمة حتى بعد انفصال الزوجين إما بالطلاق أو الانفصال، تجاه الزوج الذي ثبتت له حضانة الابن أو الأبناء، ولم يميز بينهما من حيث ثبوت السلطة الأبوية لتوقيع العقاب [66]. وما يمكن قوله أن قانون العقوبات الفرنسي قد تراجع عن موقفه في قصر الحماية على الطفل الشرعي، حيث ألغى نص المادة 357 بموجب القانون رقم 92- 1336 المؤرخ في 1996/12/16 والذي دخل حيز التطبيق في 01 مارس 1994. وجاء مكانها بالمادة 227- 17 التي جاءت صياغتها واضحة وصريحة لتشمل الطفل الشرعي، الطبيعي أو المتبني [67]، p03. واضعا حدا لكل تضارب أو غموض. وتماشيا مع تطور المجتمعات وحقوق الأفراد. كما أنه تخلص عن جريمة ترك الأسرة بأكملها واستبقى على جريمة الإهمال المادي والمعنوي للأبناء القصر، وجريمة عدم تسديد النفقة التي نص عليها في المادة 227 - 3 من قانون العقوبات. وركز على حماية الطفل دون سواء أينما وجد وكيفما كان. واعتبر

الجريمة قائمة بمجرد أن يقوم أحد الأبوين بالتخلي عن الالتزامات المادية أو المعنوية المترتبة عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية أو جزء منها. ولا يهم إن كان القائم بالجريمة قد سقطت عنه السلطة الأبوية. كما أنه ليس شرطاً أن يترك أحد الأبوين البيت العائلي. فقد يكون موجوداً لكن يتخلى عن التزاماته المادية أو المعنوية تجاه الأولاد أو الابن أو جزء منها [68],p600 ، والتي تعرض صحة وأمن هذا الأخير أو خلقه أو سلوكه للخطر [69],p218.

وللإشارة فإن نص المادة 227-17 من قانون العقوبات الفرنسي اعتبر الجريمة قائمة حتى بعد طلاق أو انفصال الزوجين، وثابتة تجاه الزوج المتخلي عن التزاماته الأدبية أو المادية أو جزء منها في حق الابن المحضون دون التمييز بينهما من حيث ثبوت السلطة الأبوية [68],p600.

وإذا ما رجعنا إلى الفصل 212 مكرر من المجلة الجزائية التونسية، نلاحظ أنه في ظاهره يريد حماية الطفل القاصر الذي تربطه علاقة أبوة أو أمومة بتاركة أو حاضنه المتخلي عنه.

3.1.1.2.1.1. الإخلال بالالتزامات المادية أو الأدبية

قبل التطرق إلى الالتزامات التي تترتب عن السلطة الأبوية أو الوصاية القانونية، فجدير بنا أن نشير إلى أنها تعني أو تخص الأطفال القصر، وأنه من الضروري الرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري حتى نتبين هذه الالتزامات علماً بأن المادة 330 من قانون العقوبات لم تشر إليها أو تحدها.

جاء في المادة 36 من قانون الأسرة: «يجب على الزوجين:

- المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة.

- المعاشرة بالمعروف، وتبادل الاحترام والمودة والرحمة.

- التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم.

- التشاور في تسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات.

- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر وأقاربه واحترامهم وزيارتهم.

- المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين والأقربين بالحسنى والمعروف.

- زيارة كل منهما لأبويه وأقاربه واستضافتهم بالمعروف».

وجاء في المادة 76 من نفس القانون أنه في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك. وتجدر الإشارة إلى أن المادة 39 قد ألغيت بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، والتي كانت تنص على واجبات الزوجة المتمثلة في طاعة الزوج وتربية الأطفال وإرضاعهم عند الاستطاعة واحترام والدي الزوج وأقاربه. وهكذا يكون المشرع قد سوى بين الزوجين في الحقوق والواجبات.

وانطلاقاً من المادة 36 من قانون الاسرة الجزائري، يمكن أن نميز بين ما يعتبر من قبيل الالتزامات المادية، وما هو من قبيل الالتزامات الأدبية أو المعنوية تجاه الزوج وتجاه الأبناء. ونحاول تحديدها على ضوء النصوص القانونية.

- الالتزامات المادية تجاه الزوج: سبق وأن قلنا بأن المشرع لم يميز بين الزوجين من حيث الواجبات لكونها تمثل أساس بناء الأسرة إلا ما تعلق منها بالنفقة، فإنها تجب على الزوج طبقاً للمادة 74 من قانون الأسرة. وتشمل الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وهذا ما نصت عليه المادة 72 من نفس القانون. إلا أن المشرع جعلها واجبة على الأم إذا ما كان الأب عاجزاً عن ذلك وحسب قدرتها. واستعمال مصطلح "عجز" في المادة 76 من نفس القانون يحتمل معنيين الأول: يفيد العجز الفيزيولوجي، كأن يكون الأب مصاباً بمرض عضوي أو عقلي يمنعه من كسب رزقه. والمعنى الثاني: يفيد عدم القدرة على الإنفاق لعسره كأن يكون عاطلاً عن العمل. ومهما يكن فإن المشرع أوجب على الأم الإنفاق على الأولاد كاستثناء، وإن كانت ميسورة إذ نفقتها ونفقة أولادها واجبة على الأب وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 7148. 23 الصادر بتاريخ 2000/02/22 بوجوب النفقة لهما حتى وإن ثبت يسر الزوجة [71]، ص 284.

- الالتزامات المادية تجاه الأبناء: تجب نفقة الأب على الأبناء الذكور حتى بلوغ سن الرشد المدني 19 سنة [10]، والإناث إلى أن تتزوج. وإذا كان الولد مصاباً بإعاقة ذهنية أو بدنية أو يزاوّل دراسته، فيستمر الأب بالإنفاق عليه، وتسقط عنه بالكسب. هذا وفقاً لما جاء في المادة 75 من قانون الأسرة الجزائري ولا نقصد بالالتزامات المادية الإنفاق فقط، بل كل متطلبات الحياة المادية داخل الأسرة وخارجها. وهو ما أسماه المشرع "بواجبات الحياة المشتركة" (المادة 36 من نفس القانون).

ولا يختلف موقف المشرع المغربي عن نظيره الجزائري إلا من حيث أنه حدد السن التي تسقط فيها نفقة الابن الذي يزاوّل دراسته بخمسة وعشرون سنة [31].

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فلا يختلف عن القانون الجزائري والمغربي من حيث وجوب النفقة على الزوج سواء للزوجة أو الأبناء إلا أن موقفه جاء أكثر وضوحاً ودقة، حيث أنه بين في المادة 169 من قانون الأحوال الشخصية بأن نفقة الأب الموسر، تجب للابن الذي يدرس في جميع المراحل العلمية إلى أن ينال شهادة جامعية، بشرط أن يكون ناجحاً. وتحدد النفقة بحسب يسر أو عسر الأب، وفي كل الأحوال لا تنقص عن مقدار الكفاية. كما أنشأ إلزاماً في ذمة الأب يتمثل في تحمل نفقة علاج الابن إلا إذا كان غير قادر عليها، أو على نفقة التعلم، فتجب حينها على الأم إذا كانت موسرة وقادرة. على أن تكون ديناً على الأب يرجعها لها حين اليسر، أو إذا كان غائباً عند عودته. هذا ما جاءت به المادة 74 من قانون الأحوال الشخصية. ونفقة الزوجة واجبة بالقرآن والسنة والإجماع فجاء في كتابه العزيز الحكيم: (فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلَفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا) [72]، 07

وجاء في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال: (اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف). وقوله صلى الله عليه وسلم إلى هند عندما جاءت لتقول له: ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال: (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)[14]، ص229. أما وجوبها بالإجماع، فلقد اتفق أهل العلم – كما جاء في كتاب الإمام ابن قدامة على وجوبها على الأزواج إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن، ذلك لأن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب، فلا بد أن ينفق عليها كالسيد مع العبد[14]، ص230.

وما يمكن قوله هو: حتى وإن كان الوالد قادرا على الإنفاق على الأبناء والزوجة الأمر الذي يسقط الالتزام بذلك عنها، فإنها – وطبقا لأحكام المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري – في حالة إخلالها بالالتزامات المعنوية أو الأدبية، وبالشروط الواردة في النص، فإنها تكون وقتها مرتكبة لجريمة ترك الأسرة. والسؤال الذي قد يتبادر إلى الأذهان هو: ما هي هذه الالتزامات؟ أو فيما تتمثل؟

- الالتزامات المعنوية تجاه الزوج: يشكل الجانب المعنوي في حياة الفرد جزءا هاما وضروريا لتوازنه النفسي وتكوين شخصيته واستقامتها. إذ لا يكفي توفير ماديات الحياة من ملابس ومأكل ومسكن، بل لا بد من الاستقرار النفسي والعاطفي حتى يعيش الفرد في انسجام مما يحقق له التوازن الاجتماعي والخلقي[63]، ص88. لقد ورد في نص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري تحت بند حقوق وواجبات الزوجين – المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة والتعاون على مصالح الأسرة، ما يفيد أنه بمجرد انعقاد الزواج يقع على الزوجة – في مقابل الالتزامات الواقعة على الزوج تجاهها – العمل على خلق جو أسري منسجم قوامه الرحمة والمودة والتفاهم، ويكون ذلك عن طريق الاهتمام بالزوج وشؤونه ومصلحه والسهر على راحته وطاعته، والحفاظ على ماله وعرضه. فمصلحة الأسرة تقتضي أن يعيش أفرادها في حب وتفاهم مما يحقق لها الاستقرار الذي يلعب دورا هاما في تنشئة جيل صالح. فإذا أخلت الزوجة بهذه الواجبات أو حتى بأحدها، إختل التوازن وحدث الشقاق، الذي تنعكس آثاره على الأبناء والأسرة ككل.

- الالتزامات المعنوية تجاه الأبناء: يقع على الوالدين واجب الرعاية المادية والمعنوية للطفل وحسن تربيته، وإمداده بالقدر الكافي من العطف والحنان، خاصة من جانب الأم التي تكون جد قريبة منه في السنوات الأولى من عمره. فتقوم بإرضاعه وتربيته والسهر على راحته، ولو أن واجب الرضاعة الذي كان ينص عليه قانون الأسرة في المادة 39 منه، لم يعد واجبا عليها بعد إلغاء المادة، بالرغم من أنه أوثق رباط يجمع الأم بابنها، تنشأ منه رابطة نفسية قوية بين الاثنين. والمشرع الجزائري جد حريص على التربية الحسنة والسليمة كأساس للتنشئة السوية للطفل. فالأم أقرب لأبنائها من الأب وأكثرهم حنانا، فإذا عرفت كيف توظف هذا الشعور في علاقاتها بأفراد أسرتها فإنها ستحقق لا محال استقرار وسعادة

الجميع. والملاحظ أن المشرع الجزائري وبتعديله لقانون الأسرة بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، لم يظهر أي اهتمام متميز بالأبناء، ولم يأت بجديد بالنسبة لهم في هذا الصدد. فهو يتحدث في نص المادة 36 عن واجب الرعاية والتربية مثلما يتحدث عن باقي الواجبات، بل أنه بإلغائه للمادة 39. حرم الطفل من حق الرضاعة الذي كان واجبا على الأم. وجاء في المادة 62 منه ببعض الالتزامات المعنوية أوردتها وذلك تحت عنوان الحضانة، المتمثلة في رعاية الولد وتعليمه وتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحةً وخلقا. ولعل السبب المباشر في تصدع الأسر وتفككها هو إهمال الأم لأسرتها وبالأخص لأولادها ومثاله أن تهمل تربيتهم أو تغيب عن البيت يوميا دون أي داع أو تحرمهم من عطفها فتفسد عليهم ولا تبالي بهم، أو تسبهم وتهينهم باستعمال ألفاظ جارحة تُقلل من قيمتهم وتخلق لديهم شعورا بالنقص، يكون سببا في عدم التوازن النفسي عندهم. ففي مثل هذه الحالات تكون العلاقات الأسرية جد هشة ومعرضة للانحيار في أي وقت.

ولأن الأسرة هي الوعاء أو الإطار الذي يتم فيه التكوين النفسي السوي للفرد، والذي يلعب دورا هاما في تكوين شخصيته، فلقد جرم المشرع الأفعال التي تحول دون تحقق ذلك، وعبر عن الجريمة بالإهمال المعنوي للأسرة. حيث أوجب على الأم رعاية أبنائها حتى بلوغهم ستة عشرة سنة (16) بالنسبة للذكور، وسن الزواج بالنسبة للإناث (المادة 62 من قانون الأسرة). وهو التزام يقع كذلك على الزوج دون تمييز بينهما وبوفاة هذا الأخير أو إذا ما انحلت رابطة الزوجية، تنتقل مسؤولية الرعاية المادية والمعنوية إلى الأم [59]، ص 146.

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة وتحديد المادة 54 منها، نلاحظ أن المشرع المغربي أولى أهمية كبيرة للطفل، حيث خصه بنص قانوني عنونه باسمه، ذكر فيه الحقوق الواجبة للطفل السوي والمعاق، وجعل الدولة مسؤولة عن حمايته باتخاذ جميع التدابير اللازمة من أجل ذلك. كما خول النيابة العامة حق مراقبة تنفيذ الأحكام الواردة بالمادة، وبتحديد الواجبات الملقة على عاتق الأبوين تجاه الأبناء يكون قد سهل الأمر على القاضي لتحديد نوع الالتزام المخل به لمعرفة مدى تحقق الجريمة من عدمه.

4.1.1.2.1.1. الإهمال لمدة تزيد عن شهرين

وهو شرط لازم لاكتمال الركن المادي للجريمة التي لا تقوم إلا إذا زادت مدة الإهمال عن شهرين دون انقطاع. والمشرع حين تحدث عن انقطاع المدة كان موقفه واضحا ومنطقيا ولو أن التعبير جاء نوعا ما غير موفق. حيث كان عليه أن يقول: "...ولا تتقطع مدة شهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة بوضع يبنى...". يفهم منه أن العودة التي لا تكون بغرض الاستمرار في الحياة العائلية بصفة عادية وعلى وجه الدوام، لا تأثير لها على احتساب المدة. كأن يكون مجرد تحايل على القانون للتهرب من

المتابعة القضائية^{[61],p439}، [59]، ص47، [60]، ص201 إن المدة التي حددها نص المادة 330 من قانون العقوبات عنصرًا لازماً لقيام الجريمة، يُشترط أن تذكره هيئة الحكم. وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 30 جوان 1989 عن الغرفة الجزائية الثانية والذي جاء فيه: «...يجب تحت طائلة النقض أن يستظهر القرار القاضي بالإدانة المدة التي استغرقها ترك العائلة...» [73]، ص197.

وهو ما أكدته كذلك المحكمة الصادر عن محكمة الجناح بمحكمة بومرداس بتاريخ 2003/05/10 فهرس 1105 والذي جاء فيه: «حيث أنه ثبت للمحكمة أن الوقائع المتابع بها المتهم لا تؤلف من عناصرها المتوافرة الشروط المطلوبة لارتكاب جنحة الإهمال العائلي. ففي حين تشترط المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري أن تتجاوز مدة الإهمال شهرين وهو الشيء غير الثابت في قضية الحال مما يتعين التصريح ببرائتها». وهو الأمر الذي تؤكد كذلك بما ذهبت إليه الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى في قرارها رقم 8/400 المؤرخ في 2004/01/28 ملف جنحي عدد 1999/169 الذي جاء فيه: «امتناع الزوجة عن تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية لا يشكل في حد ذاته جريمة إهمال الأسرة طبقاً للفصل 479 من القانون الجنائي، إلا إذا كانت الزوجة الممتنعة قد تنصلت لمدة تزيد عن مدة الشهرين عن واجباتها المادية والمعنوية الناتجة عن واجب الحضانة المترتبة عنها تجاه أبنائها» [74]، ص285.

ويتم إثبات الهجر الذي تجاوز الشهرين بكل الوسائل من رسائل مكتوبة وشهادة الجيران والأقارب وحارس العمارة، وبعض التجار الذي يمكن أن يستدل بمعلوماتهم على صحة ادعاء الزوج المهجور [63]، ص35 و61 و62، ومحاضر معاينة حالة التي يقوم بها المحضر القضائي. وعملياً تلجأ المحاكم للتحقق من قيام الجريمة، إلى اشتراط صدور حكم مدني يشهد على غياب الزوج ويقضي بالرجوع إلى بيت الزوجية. فتقديم حكم صادر من جهة مدنية يقضي بذلك ضروري لإقامة الدعوى [64]، ص62..

5.1.1.2.1.1. انعدام السبب الجدي

لقد ورد في المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري عبارة: "...وذلك بغير سبب جدي..." يفهم منها أن المشرع في حالة توفر السبب الجدي لا يعتبر الفعل جريمة. بمعنى أنه يسمح للأمر ترك مقر أسرتها إذا كان لموجب جدي، كأن يكون ذلك من أجل العلاج، أو أنه وبحكم وظيفتها، كأن كانت تشغل منصبا يفرض عليها الابتعاد عن الأسرة مدة تزيد عن شهرين، أو كان ذلك لظروف عائلية [59]، ص147، [75]، ص240 وبما أن المشرع لم يحدد متى يكون السبب جدياً ويعتد به لانتفاء الجريمة،

ومتى لا يكون كذلك فتقوم الجريمة، فإن ذلك يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي. والمشرع الفرنسي جد متشدد في المسألة حيث اعتبر الإخلال بالواجبات التي تملئها رابطة الزوجية على الزوجين، سببا جديا تناولها في المادة 220 – 1 من القانون المدني الفرنسي رقم 65- 570 المؤرخ في 13/07/1965.

ففي حالة الإخلال الخطير بإحدى الواجبات العائلية التي تهدد الأسرة نذكر منها: العنف الذي يهدد حياة الزوجة والأبناء، تقضي حينها – كتدبير استعجالي مؤقت- بالفصل في المسكن، حيث يبقى الزوج المتضرر من العنف والأبناء في بيت الزوجية. كما ينظر قاضي الأحوال الشخصية إذا استلزم الأمر كفاءات ممارسة السلطة الأبوية. وهذه الإجراءات الاستعجالية تكون لمدة محددة لا تزيد عن أربعة أشهر. وهذا الإجراء أضافه المشرع الفرنسي بموجب قانون 2004- 439 المؤرخ في 26 ماي 2004.

وما يفهم من النص أن العنف الواقع على الزوجة الذي يهددها في حياتها أو حياة أبنائها يعتبر سببا جديا لترك الأسرة، بل يعتبر سببا لإبعاد الزوجة والأبناء كإجراء استعجالي يأمر به قاضي الأحوال الشخصية حماية لهم. ولقد اعتبر القضاء الفرنسي سجن الزوج[76]، أو ذهابه بحثا عن العمل إذا ما واصل الاعتناء ماديا بزوجه وأولاده سببا جديا ينفي الجريمة[59]، ص148

كما اعتبر المعاملة السيئة التي يعاني منها الزوج، أو تصرفات الزوج التي تجعل الحياة مستحيلة معنويا سببا جديا[77]. كما ذهب القضاء الفرنسي إلى جعل عبء الإثبات على من يغادر بيته لسبب جدي لإخلاء مسؤوليته عن الجريمة[78].

ولم تعتبر من الأسباب الجدية عدم التفاهم مع الحماة، وهو ما ذهبت إليه محكمة الجناح لمدينة "نانت" "Nantes" في 31 جويلية 1947[79]. حيث يقع على المتهم بجريمة ترك الأسرة عبء إثبات وجود السبب الجدي لتبرير سلوكه وإسقاط التهمة عنه. ولقد قضت محكمة باتنة قسم الجناح في القضية رقم 16668 / 01 الفهرس رقم 02/6912 تاريخ الحكم 2002/12/09، ببراءة الزوجة المشكو منها من طرف زوجها بتهمة ترك مقر الأسرة، وذلك بسبب الخلافات التي كانت بينهما.

أما المشرع المغربي وتحديدا القضاء لم نجد له موافقا محددة وواضحة في هذا الصدد، حيث ترك ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع لتحديد وتقييم ما يعتبر سببا جديا ومالا يعتبر كذلك[64]، ص40، [80]، ص270، 271. أما قانون العقوبات المصري فلم يعر الجريمة أهمية، واكتفى بالنص على جريمة عدم تسديد النفقة في المادة 293 من قانون العقوبات كما سبق وأن أشرنا إليه. والسؤال الذي ينبغي طرحه في مسألة السبب الجدي هو: هل يعتبر الاعتياذ على ضرب الزوجة أو السكر وتعاطي المخدرات، وكذا عدم الإنفاق عليها وعلى الأبناء أسبابا جدية لقيام جريمة ترك الأسرة؟ وهل يعتبر تعدد الزوجات وانشغال الزوج بإحدهما على حساب الزوجة والأبناء سببا جديا تدفع به الزوجة لإخلاء مسؤوليتها؟ لم أجد لهذه الأسئلة أجوبة في القضاء الجزائري، ولهذا سوف أجييب عليها

من وجهة نظري الشخصية. وأبدأ بالسؤال الثاني لأقول: أن الزواج بامرأة ثانية أو أكثر في حدود ما سمحت به الشريعة الإسلامية إذا كان ذلك بعلم الزوجتين وبموافقتهما، ووجد المبرر الشرعي الذي يقتضي ذلك مع العدل بينهما في المعاملة ليس جرماً، ولا يبرر ترك الزوجة لمقر الأسرة، لكن إذا كان الزوج غير عادل بين الاثنين، مهتما بإحدهما على حساب الأخرى، ومهملاً لها ولأبنائها، يحق لها أن ترفع دعوى إهمال عليه. أما بالنسبة للجواب عن السؤال الأول، فإن سوء معاملة الزوجة لدرجة تجعل حياتها جحيماً، فبلا شك يعتبر سبباً جدياً وشرعياً يعطي لها حق الانفصال عن هذا الزوج والابتعاد عنه. بدليل قوله عز وجل بعد بسم الله الرحمن الرحيم: (فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ) [53]، 02 .

2.1.2.1.1. الركن المعنوي للجريمة

والمتمثل في القصد الجنائي وعناصره العلم والإرادة. ومعناه أن تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع علمه بأركانها أو عناصرها. وجريمة ترك الأسرة جريمة عمدية تتطلب توفر قصد جنائي يتمثل في نية مغادرة بيت الزوجية، وقطع الرباط الأسري وما ينجم عنه من إخلال بواجبات مادية ومعنوية تجاه الزوج والأبناء. فالأم التي تغادر بيتها تاركة زوجها وأولادها لمدة تزيد عن الشهرين، تنقطع فيها تماماً عن أسرتها، مخلة بالالتزامات الواجبة عليها تجاههم، ودون مبرر مقبول. فلا يمكن تأويل ذلك إلا بأنه كان سلوكاً متعمداً أو مقصوداً. لكن قد يحدث وأن تكون من صدر عنها السلوك في حالة نفسية أو عقلية تفقدها الإدراك أو التمييز، فحينها لا مجال للحديث عن الجريمة، لاختلال أحد عناصر الركن المعنوي الأمر الذي يجعل قيام الجريمة أمراً غير ممكن. فالإرادة السليمة الواعية والمدركة شرط لقيام القصد الجنائي. والقانون لا يعاقب إلا على جريمة ترك الأسرة العمدية p600, [68], 439p, [61], [76]. التي تقوم بإرادة الانقطاع عن العائلة والتخلي عن الالتزامات المادية أو المعنوية أو جزء منها. والعلم بأن السلوك سوف يترتب أذى نفسي للزوج المهجور والأبناء، وأنها بفعلها تخل بالالتزامات العائلية الواجبة عليها قانوناً، ولا يمكن لها دفع المسؤولية عنها إلا بإثبات السبب الجدي الذي جعلها تقوم بمثل هذا الفعل والذي ينفي القصد الجنائي لديها. وللإشارة فلقد ورد في بعض المؤلفات "عبارة أفعال مبررة" للدلالة على السبب الجدي [59]، ص 147، والذي أشك في أنه خطأ لغوي لا غير، وأود أن أنبه إلى أن الأفعال المبررة أو المباحة هي تلك التي تعتبر جريمة لكن المشرع أخرجها من دائرة التجريم وأعادها إلى الأصل والذي هو الإباحة في الأفعال ما لم يرد نص يحرمها، وذلك لمصلحة أولى بالاعتبار من مصلحة توقيع العقاب كالدفاع الشرعي. كما أنه لا جدال في أن الفعل بمعنى السلوك يختلف عن السبب، فالسلوك يبرره السبب الذي حرك الفاعل وبالتالي لا يمكن أن يكون فعلاً مبرراً أو

مباحا، بل هو الذي يبرر الفعل. كما أن الأفعال المبررة كما جاءت في قانون العقوبات الجزائري لا يمكن أن نقيس عليها كون أنها جاءت محصورة فيما أمر به القانون وما أذن به والدفاع الشرعي (المواد 39 و 40 من قانون العقوبات).

إن المادة 330 من نفس القانون، لا نجد فيها ما يدل صراحة على القصد الجنائي أو "العمد" لكن يمكن أن نستنتج ذلك من قول المشرع، ولا تنقطع مدة الشهرين إلا بالعودة إلى مقر الأسرة على وضع ينبئ عن الرغبة في استئناف الحياة العائلية بصفة نهائية. وبمفهوم المخالفة نستطيع القول بأن الرغبة في الرجوع إلى الحياة الأسرية بصفة دائمة، معناه أنه كانت هناك رغبة وإرادة مغادرة الأسرة وبالتالي فلا يوجد أدنى شك في أن جريمة ترك الأسرة هي جريمة عمدية.

2.2.1.1. المتابعة الجزائية والعقوبة المقررة للجريمة في قانون العقوبات الجزائري وفي

بعض القوانين الجزائية

قبل أن نتطرق إلى العقوبة التي أقرها القانون للجريمة سواء الجزائري أو غيره من القوانين الجزائية التي سبقت معنا أو في الشريعة الإسلامية، فلا بد أولا من الحديث عن المتابعة الجزائية للجريمة، كون أن المشرع خضعها لقواعد خاصة مراعى في ذلك مصلحة الأسرة وما تقتضيه حفاظا، على استقرارها ودوام الحياة العائلية بها.

1.2.2.1.1. المتابعة الجزائية

نصت المادة 330 قانون العقوبات في فقرتها الأخيرة على مايلي: «...ولا تتخذ إجراءات المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المتروك...». يعود الاختصاص في تحريك الدعوى العمومية للنيابة العامة كقاعدة عامة، إلا أن المشرع قيد هذه الحرية في بعض الحالات واستلزم ضرورة تقديم شكوى، طلب أو إذن [81]، ص 27 و 28، [82]، ص 241. وفي جريمة ترك مقر الأسرة لأنه راعى مصلحة هذه الأخيرة قيّد حرية النيابة العامة، وترك للزوج المضروب حرية الخيار في ذلك عملا بأحكام المواد 1 و 29 من قانون الإجراءات الجزائية. ولقد اشترط المشرع تقديم شكوى في جريمة ترك الأسرة كإجراء جوهري لتحريك الدعوى العمومية. تكون صادرة عن ذي صفة، بمعنى أنه لا يسوغ لغير الزوج المضروب تقديمها. فإذا تقدم والد الزوج المتروك إلى وكيل الجمهورية مثلا بشكوى لمتابعة الصهر أو زوجة الابن، تكون مرفوضة ولا تنتج آثارها لوجوب صدورها عن الزوج المهجور. ويقدم دليل قيام الرابطة الزوجية المتمثل في عقد الزواج. وإذا كان الزواج عرفيا فلا تقبل الشكوى حيث على الزوج

أولا إثبات الزواج باستصدار حكم قضائي من قاضي الأحوال الشخصية، أو بموجب أمر من رئيس المحكمة بناء على طلب أحد الزوجين أو بطلب من النيابة العامة[42]، ص32،33.

وتقدم الشكوى إلى ضابط الشرطة القضائية الذي يبادر باتخاذ الإجراءات اللازمة ثم يخطر وكيل الجمهورية طبقا لأحكام المادة 18 من قانون الإجراءات الجزائية، أو إلى وكيل الجمهورية الذي يقرر ما يتخذه بشأنها طبقا للمادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية. وتقييد حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية للجريمة وغيرها من الجرائم التي تمس الأسرة، جاء حفاظا وحماية لهذه الأخيرة وسمعة أفرادها. حيث فضل المشرع أن يترك للطرف المضرور حرية الاختيار بين المطالبة بتوقيع الجزاء، أو التنازل عن حقه حفاظا على بقاء أسرته واستقرارها. ومتى زال القيد بتقديم الشكوى، تستعيد النيابة سلطة الملاءمة في مباشرة الدعوى العمومية، ولا يسقط الحق في تقديم الشكوى في القانون الجنائي الجزائري إلا بانقضاء الدعوى العمومية[81]، ص44، طبقا لما جاء في المادة 06 من قانون الإجراءات الجزائية.

وبالرجوع إلى الفقرة الأخيرة من المادة 330 من قانون العقوبات التي جاء فيها: «...صفح الضحية يضع حدا لكل متابعة جزائية»، نلاحظ أن المشرع وبالرغم من أن القواعد الإجرائية جعلت التنازل عن الشكوى سببا لانقضاء الدعوى، أنه فضل أن ينص على الصفح الذي يضع حدا للمتابعة. وهنا نسأل: هل الصفح يعني التنازل عن الشكوى مادامت نتائجها واحدة؟

لا جدال في أن الصفح غير سحب الشكوى. وهو يفيد العفو والتسامح، أي يصبح الجاني في نظر الضحية كأنه لم يرتكب أي جرم. أما التنازل فيفيد أنه فضل عدم استعمال حقه في المطالبة بتوقيع العقاب لكن نظرته لم تتغير للجاني. وأتساءل عن قصد المشرع من وراء استعماله لمصطلح "صفح" بما أن النصوص الإجرائية تناولت هذه المسألة، وبالتالي كيف يكون وضع الزوجة مثلا التي صدر عليها حكما بالإدانة، وبعدها صفح عنها زوجها وأبدت رغبتها في العودة إلى العيش في أحضان أسرتها. فهل ينتج هذا الصفح أثره أم لا؟.

لقد حاولت البحث في حالات مماثلة للاجتهاد القضائي لكن لم أصادف أية حالة. فعلى المشرع أن يراجع المواد القانونية التي ضمنها الصفح، وليحدد موقفه منه صراحة خاصة بعد صدور الحكم النهائي، لأنه ميدانيا لا يميز القضاة بين الصفح والتنازل عن الشكوى عملا بأحكام القانون التي رتبت لهما نفس الآثار. حيث دائما قبل النطق بالحكم يسألون الضحية إن كانت راغبة في التخلي عن الدعوى والسماح للزوج الجاني. ولا نجد للمشرع المغربي ما يخالف ما ذهب إليه قانون العقوبات الجزائري من اشتراط تقديم شكوى من الزوج المهجور لإمكان متابعة الزوج الجاني. وهو ما عالجه بالفصل 481 من القانون الجنائي المغربي الذي جاء فيه: «...ولا يجوز رفع هذه الدعاوى إلا بناء على الشكوى من

الشخص المهمل...» ويقصد بالدعاوي، دعوى ترك الأسرة المنصوص عليها بالفصل 479 ودعوى عدم تسديد النفقة التي نص عليها في الفصل 480 من نفس القانون. أما المشرع التونسي فلم يخص جريمة هجر منزل الأسرة بإجراءات خاصة. ذلك ما استنتجناه من الفصل 212 مكرر من المجلة الجزائية التونسية.

2.2.2.1.1. العقوبة المقررة للجريمة في قانون العقوبات الجزائري وفي بعض القوانين الجزائية

عاقب المشرع الجنائي الجزائري على جريمة ترك الأسرة المنصوص عليها بالمادة 330 من قانون العقوبات بالحبس من شهرين إلى سنة وبالغرامة من 25.000 إلى 100.000 ديناراً، مع جواز الحكم على الجاني بعقوبة تكميلية تتمثل في الحرمان من الحقوق الوطنية من سنة إلى خمس سنوات طبقاً لما جاء بالمادة 332 من نفس القانون، تسري من يوم انقضاء العقوبة أو الإفراج عن المحكوم عليه. والملاحظ أن العقوبة التي وضعها المشرع للجريمة شديدة مقارنة بالسلوك المقترف، مما يدعو إلى القول بأن القانون لا يتساهل مع السلوكات التي تمس أمن واستقرار الأسرة، ويؤكد عزمه وحرصه على حمايتها.

أما القانون الجنائي المغربي وتحديداً الفصل 479 منه، فلقد رصد للجريمة عقوبة على سبيل الجواز تتمثل في الحبس من شهر إلى سنة والغرامة من 200 إلى 2000 درهم. حيث يجوز للقاضي أن يحكم بالحبس أو بالغرامة، ويكون بموقفه هذا والذي يعتبر أقل تشدداً من قانون العقوبات الجزائري. قد راعى مصلحة الأسرة، وجعل الأمر في يد القاضي ليقرر العقوبة التي يراها لازمة بحسب كل قضية، وأعطاه حرية الخيار بين العقوبة السالبة للحرية والغرامة التي تعتبر أخف وقعاً على النفوس، ويمكن أن ترجع الأسرة إلى حياتها الطبيعية حتى بعد الحكم بها. بخلاف العقوبة السالبة للحرية التي يستحيل بعد الحكم بها أن يعود الزوجان إلى العيش معاً، خاصة في المجتمعات العربية والمحافظة. ولعل ذلك راجع إلى أنه يعلم بأن العقوبة لن تزيد الوضع الأسري إلا تأزماً. وفي هذا الصدد يقول الدكتور أحمد الخليلي بعد تأسفه عن عدم وجود إحصائيات يتوضح بها مصير الأسرة التي حكم فيها على الزوجة بجريمة ترك الأسرة. بأن توقيع العقاب ليس هو الحل لأنه من النادر جداً ما تعود الحياة بصفة عادية ومنسجمة بعد صدور حكم بالإدانة على الزوجة [60]، ص 206.

ورجوعاً إلى المجلة الجزائية التونسية في الفصل 212 مكرر منها نجد أن قانون العقوبات التونسي أكثر صرامة في مواجهة الجريمة من القانون الجزائري والمغربي. حيث عاقب على الجريمة

بالحبس ثلاث سنوات والغرامة التي قدرها 500 دينار، بمعنى أنه يرى في الردع الوسيلة الناجعة لحماية الأسرة من الإهمال.

3.2.1.1. موقف الشريعة الإسلامية من الجريمة

شرع الله الزواج وشرع الطلاق وجعله أبغض الحلال عنده، والذي من أسبابه الشقاق والنشوز الذي يعرف لغة بأنه: الترفع والنهوض، وما يرجع إلى معنى الاضطراب والتباعد. ومنه نشز الأرض وهو المرتفع منها [85]، ص 09. ويعرف شرعا بأنه خروج الزوجة من منزل زوجها ومنعها نفسها منه [86]، ص 2269. وعند فقهاء الشريعة يعتبر عصيان المرأة لزوجها والترفع عليه وإظهار كراهة له غير معتادة [46]، ص 221، 220، [85]، ص 09. أما قانون الأسرة الجزائري وتحديدا في مادته 55 فلم يعرف النشوز لكن جعله سببا للحكم بالطلاق وتعويض الطرف المتضرر. وإذا حاولنا تعريفه من منطلق قانون الأسرة نقول بأنه: عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج.

ويطلق على الرجل والمرأة بدليل قوله تعالى: (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ) [87]، ص 34، (وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا) [88]، ص 128. ولقد بين فقهاء الشريعة الإسلامية كيفية علاج النشوز عملا بما جاء في كتابه عز وجل في سورة النساء (وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا) وهي كما رتبها القرآن الكريم تتمثل في:

- النصيح أو الموعظة: بمعنى أن يتوجه الزوج إلى زوجته بالكلمة الطيبة بالنصح والموعظة مستعينا في ذلك بما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم في الموضوع.

- الهجر: إن لم تعد الزوجة إلى رشدتها بالموعظة، وكمحلة ثانية يعهد الزوج إلى هجرها في المضجع دون ترك البيت، لعلها تتغير. ولا يجوز أن يتعدى الهجر أربعة أشهر [85]، ص 21.

- الضرب غير المبرح: ويعتبر آخر وسيلة لمحاولة علاج نشوز الزوجة، والغرض منه هو الإيذاء المعنوي وليس البدني، إذ قال الإمام الغزالي: إذا كان النشوز من المرأة فله أن يؤدبها ويحملها على الطاعة قهرا، ويوصي بالتدرج في التأديب. وإن ضربها فلا يجب أن يكون ذلك على وجهها أو يدمي جسمها أو يكسر عظمها. وفي أمر الهجر قال أنه يكون من عشر إلى عشرين إلى شهر [46]، ص 71. وقال القرطبي: لم يأمر الله في شيء من كتابه بالضرب صراحة إلا هنا، وفي الحدود العظام، فساوى معصيتهن لأزواجهن بمعصية الكبائر، وولى الأزواج ذلك دون الأئمة وجعله لهم دون القضاة بغير شهود ولا بينات استئمانا من الله للأزواج على النساء [85]، ص 21. وعقوبة الناشز إسقاط نفقتها عن زوجها إلا إذا كانت حاملا، أو عادت من نشوزها [85]، ص 09.

- التحكيم: إذا فشلت سبل المعالجة بين الزوجين أصبحت ضرورة الاستعانة بالغير من أهلها وأهله أمرا ضروريا لإصلاح ذات البين كمرحلة أخيرة قبل الطلاق. فإذا ثبت نشوز المرأة سقط حقها في النفقة حسب ما ذهب إليه جمهور المالكية، إلا أن الظاهرية وبخلاف ما ذهب إليه جمهور المذهب المالكي، قالوا بوجوبها بالرغم من نشوز المرأة [46]، 220، 221. وسندهم في ذلك قوله تعالى: (وَعَلَى الْمُؤَلَّدِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [57]، 223. ويرى القرطبي أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين، لأنهما أدري بأحوالهما. ويشترط أن يكونا من أهل العدالة وحسن التبصر، وإن لم يوجد فعدلان من غيرهما [15]، ص 84 وعليهما أن يصدقا الإرادة في إصلاح ذات البين، وتحري العدل، والعمل على بقاء العلاقة بين الزوجين ورجوعهما إلى بعضهما بقلوب صافية. ويثبت نشوزها بأي طريق من طرق الإثبات الشرعية، كشهادة الشهود وبشهادة الزوج أو بأي طريق آخر [86]، 229. وإذا ما عدنا إلى قانون الأسرة الجزائري نلاحظ أنه نص على النشوز كسبب للطلاق يحكم به مباشرة القاضي إذا ثبت ذلك. وعادة ما يكون بمحاضر إثبات حالة أو بالحكم بالإدانة بجريمة الإهمال العائلي الصادر عن محكمة الجنج. أو بأية طريقة أخرى من الطرق القانونية للإثبات، ولو أن المشرع لم ينص صراحة على سقوط نفقة الزوجة الناشز، إلا أنه يمكن استنتاج ذلك من نص المادة 74 من قانون الأسرة التي حددت الحالات التي يجب فيها نفقة الزوجة، والمتمثلة في الدخول بها وفي دعوتها إليه بالبينة. وبمفهوم المخالفة إذا ثبت نشوزها سقطت عنها. وقد يكون إثبات النشوز بالحكم الصادر بالطاعة بصفة جازمة وقطعية، ولا ينطبق هذا مع قانون الأسرة الجزائري ولا مع مدونة الأسرة المغربية [46]، ص 221 إلا أنه يمكن إثبات ذلك بالحكم الصادر من المحكمة والقاضي برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية. حيث بعد أن يصبح نهائيا يقوم المحضر القضائي بتبليغه للزوجة. وإذا لم تستجب للحكم، ينتقل هذا الأخير بناء على طلب الزوج لإثبات نشوزها، ويقوم بتحرير محضر بعدم وجود الزوجة ببيت الزوجية، ويدخل ذلك في إطار المهام المخولة للمحضر القضائي وفقا لأحكام القانون رقم 03/91 المؤرخ في 1991/01/08 والمتضمن مهنة المحضر القضائي.

ولقد سارت معظم التشريعات العربية على هذا الدرب حيث أسقطت النفقة الواجبة للزوجة الناشز كعقوبة لها لنشوزها [89]، ص 119، [90]، ص 6، [91]، ص 21، [92]، ص 200، [93]، ص 204. فنص قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم 82 لسنة 2001 مع القانون 61 لسنة 1976 في المادة 69 منه على سقوط نفقة الناشز التي تترك بيت الزوجية بدون مسوغ شرعي، أو تمنع الزوج من الدخول إلى بيتها قبل طلبها النقلة إلى بيت آخر. ولا تعتبر ناشزا من خرجت من بيتها بسبب إيذاء زوجها أو سوء المعاشرة. إلا أن قانون العقوبات لم يخصص أي نص لجريمة ترك مقر الأسرة. مما يدعو إلى القول بأنها لا تعتبر جريمة ولكن تستوجب الطلاق حسب ما جاء في قانون الأحوال الشخصية

إذا غاب أو هجر الزوج زوجته سنة فأكثر واستطاعت أن تثبت تضررها من غيابه ولو كان ينفق عليها في غيابه.

ولقد عالج المشرع الجزائري نشوز أحد الزوجين في قانون الأسرة وأسقط في حالة ثبوته حقها في النفقة، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في الملف رقم 466390 بتاريخ 2008/11/12 غرفة الأحوال الشخصية. حيث قضى أن التزام الزوج بالإففاق على زوجته المقيمة عند أهلها يبقى قائماً، ما دام لم يثبت نشوزها بحكم قضائي[94]، ص317. ورفض الزوجة الامتنال للحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية، أو للالتحاق بزوجها إلى البيت الذي خصصه لها، أو مغادرتها البيت دون سبب شرعي، سببا لإسقاط النفقة عنها واعتبارها ناشزا. فيحكم حينها القاضي بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر.

وتختلف جريمة النشوز التي لا عقاب عليها عن جريمة الإهمال أو ترك الأسرة من حيث:

- لم تشترط الشريعة الإسلامية لقيام نشوز الزوجة وجود أبناء.
- لا توجد مدة معينة أو محددة تعتبر فيها الزوجة ناشزا. مما يدعو للقول أنها قد تكون أقل من المدة المحددة في قانون العقوبات بالمادة 330 منه.
- يعاقب قانون العقوبات على جريمة ترك مقر الأسرة بعقوبات جنائية، بينما لم ينص قانون الأسرة على ذلك واكتفى بجعلها سببا للطلاق والتعويض. أما في الشريعة الإسلامية فعقوبتها عدم الإففاق على الزوجة الناشز حتى تعود عن نشوزها.
- تنظر في جريمة الإهمال جهة جزائية تتمثل في قسم الجنح بالمحكمة. بينما ينظر قسم الأحوال الشخصية في قضايا النشوز أو التطلق بسبب النشوز.

3.1.1. جريمة الإهمال المعنوي للأبناء

والأفضل تسميتها بجريمة الإساءة إلى الأبناء تماشياً مع ما جاء في نص المادة 330 - 3 من قانون العقوبات، حتى لا تقتصر الجريمة على الإهمال الأدبي أو المعنوي الذي يعتبر جزءاً من الأفعال التي تناولتها المادة.

تعتني التشريعات في العالم بالطفل وتسعى إلى حمايته من كل ما من شأنه الإضرار بصحته البدنية والنفسية وسلامة جسمه. ولقد كرست جهودها للنهوض بالطفل وحماية حقوقه وحرياته الأساسية، حيث شهد العالم أول اتفاقية دولية لحماية حقوق الطفل في 20 نوفمبر 1989، والتي جاء فيها من بين الحقوق الخاصة بالطفل. الحق في العيش في أسرة وجو عائلي منسجم ومناسب للنمو الجسدي والنفسي لهذا الأخير. بعدما أكدت الدراسات العلمية والنفسية أن ما يتعلمه الطفل منذ ولادته وحتى بلوغه سن

السابعة من عمره، يؤثر بشكل واضح في تكوين شخصيته من جميع جوانبها، بما فيها النفسي والخلقي والاجتماعي طيلة حياته[95]، ص145، 146. ولقد تناولت الاتفاقية في العديد من نصوصها حق الطفل في تلقي الرعاية من والديه، وعدم فصله عنهما إلا إذا قررت السلطات المختصة ضرورة ذلك، حماية لمصالحه وذلك في حالة إساءة الوالدين معاملته أو إهمالهما له[101]، ص336 وما بعدها ، [102]، ص119 وما بعدها.

كما اهتمت الشريعة الإسلامية بالطفل قبل ذلك بكثير وبما يزيد عن أربعة عشرة قرناً، وحققت له الحماية الأكيدة والمكتملة الجوانب بحفظها لكافة حقوقه. بدأ بحق الانتساب إلى والديه بدليل قوله تعالى: (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا)[96]، 05، وقوله عز وجل: (وَحَلَالٌ لِّلَّذِينَ آمَنُوا أَن يَصْلَوْنَ أُمَّهَاتِهِم مِّنْ أَصْلَابِكُمْ) [54]، 23. والحق في الرضاة والرعاية والتربية، حيث يقول الرسول صلى اله عليه وسلم: (كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول). وقوله صلى الله عليه وسلم: (إن الله سائل كل راع عما استرعاه، حفظ أم ضيع، حتى يسأل الرجل عن أهل بيته)[63]، ص100 ولعل أرقى مراتب الحماية هو الاعتناء بالحمل والحامل، ووجوب النفقة للأم المرضعة حماية لحق الطفل في القوت والنمو بدليل قول المولى عز وجل: (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ) [97]، 06. وكذلك من مظاهر الحماية تحريم التعرض إلى مال الطفل اليتيم حيث جاء في قوله عز وجل: (وَاتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ) [98]، 02، (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا) [99]، 34. كما أوصى الله بتوريت الأبناء فجاء في محكم تنزيله: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) [100]، 11. والأمثلة كثيرة في القرآن الكريم وفي سنة رسوله صلى الله عليه وسلم عن جوانب الحماية والحقوق التي يحظى بها الطفل في الشريعة الإسلامية. ولم يخرج المشرع الجزائري عن هذا المنهاج، حيث اهتم بحماية الطفولة ورعايتها في العديد من نصوص القوانين نذكر منها القانون رقم 85- 05 المؤرخ في 19 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها في مواد 3/68، و73 و74 و، 75. وقانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 في مواد 36، 62، 65، 66، 67، 75. وكذا في قانون العقوبات وتحديد المادة 330 -3 والتي نحن بصدد دراستها والتي جاء فيها: «...أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهم أو يعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم بأن يسيء معاملتهم أو يكون مثلاً سيئاً لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم وذلك سواء كان قد قضى بإسقاط سلطته الأبوية عليهم أو لم يقضى بإسقاطها».

فمن خلال نص المادة يبدو أن المشرع أراد التعبير عن خطورة الجريمة، حيث استعمل العديد من المصطلحات المتشابهة بصورة مكثفة توحى بخوف وقلق وحرص على سلامة الأبناء. ولذا سوف نحاول أن نفكك ونوضح هذه الأفعال التي أوردتها على سبيل المثال، والتي تكوّن جريمة الإساءة للأبناء. وتجدر الإشارة، وقبل التطرق إلى أركان الجريمة والعقوبة المقرر لها، أن نشير إلى أمر هام وهو أن هذه الجريمة تتكون من أعمال ذات طابع مادي وأخرى لها طابع معنوي أو أدبي. ولقد أطلق عليها البعض [59]، ص 151- أي على الجريمة - جريمة الإهمال المعنوي للأبناء تأثرا بموقف المشرع الفرنسي [61]، p438، [68]، p599، الأمر الذي لا يصدق ولا يتماشى وفحوى نص المادة 330-3 من قانون العقوبات، والتي لا تقتصر على الإهمال المعنوي فقط بل تشمل كذلك أعمال الإساءة المادية، فمن الصواب أن نستعمل مصطلحا يشمل الاثنين معا ونطلق عليها جريمة الإساءة للأبناء، والتي ستكون محور دراستنا في هذا المبحث الذي سنتناول فيه أعمال الإساءة. بما فيها المادية والمعنوية وما تشكله من خطر جسيم على الطفل في المطلب الأول والتي تندرج تحت الركن المادي للجريمة ثم في المطلب الثاني ندرس الركن المعنوي للجريمة. وأخيرا في المطلب الثالث العقوبة المقررة لها في قانون العقوبات الجزائري وفي بعض القوانين الجنائية.

1.3.1.1. الركن المادي للجريمة

يقوم الركن المادي لجريمة الإساءة للأبناء على العناصر التالية: 1- صفة الجاني، 2- أعمال الإساءة المبيّنة في المادة (330-3) و3- الخطر الجسيم الذي ترتبه هذه الأعمال. وللتفصيل في هذه العناصر سوف نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري وموقف بعض القوانين الجزائية وكذا الشريعة الإسلامية، ونخصص لكل عنصر فرعا.

1.3.1.1.1. صفة الجاني

لقد اشترط المشرع أن يكون السلوك صادرا عن أحد الوالدين، بمعنى أنه جعل صفة الجاني شرطا لازما لقيام الجريمة. بحيث إذا قام بها غيرهما كالجد أو العم أو الخال مثلا فلا يمكن متابعتهم بموجب نص المادة 330-3، ولو أن أفعالهم يمكن إخضاعها إلى نص تجريم يعاقب على السلوك في إطار نصوص أخرى. كما لا يسري النص إلا إذا وجدت بين الجاني والضحية علاقة أبوة أو بنوة، بمعنى أن الطفل الطبيعي لا يسري عليه نص التجريم. كما لا يسري على الكفيل، ولو أن هذا الأخير يمكن إخضاعه إلى نص المادة، بما أن من كفله يقوم مقام الأب بموجب عقد شرعي. يلتزم فيه بالإنفاق عليه وتربيته ورعايته إلا أن النص صريح وواضح لا يحتاج إلى تأويل ولا يمكن التوسع في تفسيره، إذ

يجعل الجريمة تقتصر على الأبوين الشرعيين للابن محل الجريمة. وخلافا لما ذهب إليه المشرع الجزائري، وسع قانون العقوبات اللبناني من نطاق الحماية لتشمل الابن الشرعي وغير الشرعي وحتى الابن المتبنى، وبهذا يكون قد راعي حقوق الطفل داخل الأسرة بغض النظر عن نسبه.

كما ذهب قانون العقوبات التونسي إلى اعتبار الجريمة قائمة إذا ارتكبت أعمال الإساءة من الأب أو الأم أو الحاضن الذي تولى حضانة الطفل قانونا. بينما سار المشرع المغربي على نفس الدرب الذي نهجه المشرع الجزائري. وهو أمر لا يمكن تقبله في القرن الواحد والعشرين ويتنافى مع ما جاءت به اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في مادتها الثانية التي جاء فيها: «تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونهم أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم...».

وإذا ما رجعنا إلى قانون العقوبات الفرنسي نرى أنه تخطى، عن بعض صور جريمة الإهمال العائلي، بما فيها جريمة ترك الأسرة التي كان معاقبا عليها بموجب المادة 357 -1 من قانون 23 جويلية 1942. كما تخطى عن جريمة إهمال الزوجة الحامل، ولم يستبق إلا على جريمة عدم تسديد النفقة الواجبة قضاء للقاصر أو أحد الفروع أو الأصول أو الزوجة، التي نص عليها بالمادة 227 -3 وأوردها تحت بند إهمال الأسرة. كما استبقي على جريمة الإهمال المادي والمعنوي للأبناء وأوردها تحت بند تعريض القصر للخطر "La mise en péril des mineurs"، وذلك في المادة 227-17 ويكون المشرع الفرنسي قد وقع في خطأ في تقسيم الجرائم وتصنيفها، ذلك أنها تتعلق تحديدا بجريمة الإساءة للأبناء وليس بالقصر [68],p599. ويعتبر قانون العقوبات الجريمة قائمة إذا ارتكبتها الأبوان الشرعيان، أو إذا كان الولد أو الأولاد غير شرعيين أو متبنين كما تقوم الجريمة حتى وإن كانا الزوجان مطلقين أو يعيشان منفصلين عن بعضهما، فتقوم الجريمة بالنسبة لأحد الأبوين الذي يتولى حضانة الطفل دون التمييز بينهما من حيث ثبوت السلطة الأبوية [68],p600.

1.1.3.1.2. أعمال الإساءة المبينة بالمادة 330 - 3 من قانون العقوبات

يتحمل الوالدان مسؤولية تربية الأبناء ورعايتهم جسديا ونفسيا. ويدخل ذلك في نطاق الحقوق التي أقرتها المواثيق الدولية، نذكر منها إعلان جنيف لعام 1924 في الوثيقة رقم 01 المتضمنة إعلان حقوق الطفل [103]، ص 112 التي جاء فيها أنه: «يجب أن يكون الطفل في وضع يمكنه من النمو بشكل عادي من الناحية المادية والروحية... الطفل الجائع يجب أن يطعم، والطفل المريض يجب أن يعالج...». وإعلان حقوق الطفل لسنة 1959 الذي تبنته منظمة الأمم المتحدة في الدورة الرابعة عشرة للجمعية العامة، ونصت على الحق في النمو العقلي والجسدي السليم في مبدئها الثاني [103]، ص 118،

[104]، ص 307. وفي المواد 5 و 9 و 18 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 [101]، ص 337 و 339، [105]، ص 180 ومابعدھا. والجزائر واحدة من الدول التي صادقت على هذه الاتفاقية، الشيء الذي يبرر مدى اهتمام المشرع بهذه الفئة من المجتمع التي يعاني الكثير منها من الإهمال داخل الأسرة. لكن مع الأسف لا يتم التبليغ عنها، و لا توجد إحصائيات صحيحة وحقيقية تكشف هذه الوضعية لصعوبة إثباتها وملاحظتها. بالرغم من أنه يمكن أن نستعين بموظفي دور الرعاية والحضانة ورياض الأطفال، وكذا الجيران والأقارب والمدرسة التي تلعب دورا فعالا في التبليغ عن كل حالة، تظهر عليها سوء المعاملة داخل الأسرة. وتبقى هذه الجريمة قليلة إن لم نقل نادرة مقارنة بما هو الوضع عليه في الحقيقة، حيث سجلت مصالح الدرك خلال الثمانية أشهر الأولى من سنة 2008 حالتين لسوء معاملة الطفل داخل الأسرة [106]، ص 30.

وأعمال الإساءة كثيرة ومتنوعة ولهذا لم يوردها المشرع على سبيل الحصر، واكتفى بتبيان الحالات التي تتحقق بها الجريمة وهي: حالة تعريض صحة الطفل للخطر أو تعريض أمنه أو خلقه لخطر. ولقد أحصى نص المادة 330 -3 من قانون العقوبات أعمالا ذات طابع مادي والأخرى معنوي أو أدبي، وسوف نحاول تبيان هذه الأفعال التي تسيء إلى صحة الطفل المادية والمعنوية.

1.1.3.1.2. 1. أعمال الإساءة المادية

ويندرج تحتها الأعمال التي من شأنها تعريض صحة وأمن الأولاد لخطر جسيم، وهي كثيرة ولا يمكن حصرها أو تحديدها. وقد تختلط الأمور على الوالدين، فيصعب عليهم معرفة ما هو من قبيل التأديب وما يخرج عن حدوده من أفعال تلحق ضررا بالأبناء [58]، ص 25، 26. وربما لهذا الغرض وحتى لا تختلط الأمور على الأولياء، اشترط المشرع أن يشكل السلوك الصادر عنهم خطرا جسيما على الأبناء. وبالتالي فإذا كان الضرب مثلا بغرض التأديب والتوجيه ولا يرقى لدرجة الخطر الجسيم، فلا يدخل في نطاق أعمال الإساءة المادية. ومثاله أن تعاقب الأم مثلا ابنها فتحرمه من الطعام لوجبه واحدة في النهار حتى تؤدبه، فهذا السلوك لا يشكل خطرا على صحة الطفل و لا يمكن الاعتداد به للقول بقيام الجريمة. ذلك أنه وحتى يتحقق الخطر الجسيم، لا بد أن يُمنع الطفل من الطعام لعدة وجبات ولمدة أطول. وعلى العموم – وفي غياب النص الصريح – فإن تقدير ذلك يرجع إلى قاضي الموضوع وكذلك إلى الطب الشرعي الذي يحسم المسألة، بناء على معطيات طبية مادية من خلال الفحوصات التي يخضع لها الطفل. والأمثلة كثيرة لأعمال الإساءة المادية للأبناء، كترك الطفل في مكان مظلم لساعات طويلة من اليوم، أو تقييده حتى لا يزجج أمه خاصة إذا كان كثير الحركة. ولدينا بعض الإحصائيات للعنف ضد الطفل داخل الأسرة الصادرة عن مركز الأرض لحقوق الإنسان لعام 2008 في مصر المقدرة ب 48

حادثة عنف أدت إلى وفاة 47 طفلا من بين 311 حالة اعتداء على الأطفال. ويرجع المرصد العنف الواقع على الطفل لأسباب منها: عدم امتثال هذا الأخير لأوامر أحد أفراد الأسرة أو التبول اللاإرادي أو لسوء سلوكه المستمر، أو لإرضاء رغبة الزوجة الثانية، أو لأنه ثمرة علاقة غير شرعية. والأسباب كثيرة ويبقى بعضها مجهولا. حيث قدر العنف الصادر عن الأمهات ب 23 حالة، بمقابل 24 حالة عنف المتسبب فيها هو الأب [107]. وبلغت حالات الإهمال في الرعاية الاجتماعية إلى 25 حالة في نفس السنة، تسببت في السقوط من الشرفات، أو التسمم الغذائي لإهمال الرعاية الغذائية التي خلفت 8 حالات تسمم غذائي. أما في الجزائر، فلقد أكدت الدراسات التي قامت بها وزارة التضامن الوطني في سنة 2005 أن 81 % من الأطفال في الجزائر يتعرضون لسوء المعاملة الجسدية داخل الأسرة [104]، ص 318، 25 % يعانون من سوء المعاملة النفسية و 9 % يعانون من الإهمال العائلي. ومن أمثلة العنف الذي ارتقى إلى درجة من الوحشية، الأب الذي قتل ابنه البالغ من العمر ثلاثة سنوات بعد أن عضه خمسين مرة، ولقد تم عرض صور الطفل وقد تقطع جلده بأسنان الأب على شاشات التلفزيون والجرائد في بريطانيا [108].

ولا تقتصر الأعمال التي تعرض صحة الطفل إلى الخطر على ما ذكر فحسب، بل تدخل تحتها كل الأفعال التي من شأنها إلحاق الأذى بهذا الأخير. كعدم تلقيحه في الآجال القانونية وفقا لما جاء في قانون الصحة العمومية وخاصة المادة 73 و 74 منه وكذا المادة 68، وعدم عرض الطفل على طبيب أو تقديم له الدواء إذا كان مريضا. وفي هذا الصدد ذهب القضاء الفرنسي حماية وحفاظا على صحة هذا الأخير إلى اعتبار الأب الطبيعي الذي يهمل صحة ابنه لدرجة تعريضه لخطر جسيم بسبب عدم علاجه _حتى وإن ترك البيت الذي كان يعيش فيه مع خليلته وابنه_ مسؤولا عن الجريمة المنصوص عليها بالمادة 357-1-3 إذا ثبت أنه كان بإمكانه السهر على صحة ابنه [109]. كما قد يترتب عن إهمال رعاية الأبناء تعريض أمنهم لخطر، سواء كان الإهمال في الرعاية ناتجا عن ابتعاد الأم لساعات طويلة من اليوم، كأن تخرج للعمل وتتركه بمفرده أو في أيد غير أمينة، أو تكون موجودة معه بالبيت ولا ترعاه. ولقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أن أحد الأبوين الذي اضطر إلى ترك بيت الزوجية بناء على أمر عدم الصلح الذي بموجبه انفصل عن الزوج الآخر، لا يسقط عنه الالتزامات المعنوية تجاه أبنائه، ولا يسمح له بالابتعاد كلياً عن هؤلاء أو اللامبالاة بهم على الإطلاق [110]. والأمثلة كثيرة عن إهمال رعاية الولد، كتركه يلعب بمواد خطيرة كالأدوية، أو تركه في المطبخ أو الحمام فيحترق أو يغرق، أو تركه في الشرفة أو أمام نافذة مفتوحة فيسقط. كما يعتبر من قبيل أعمال الإساءة أو الإهمال حرمان الطفل من حق التمدرس لسبب أو لآخر. كأن تكون مثلاً العائلة فقيرة وغير قادرة على الإنفاق على الطفل، أو تدفعه إلى العمل أو التسول بحجة ضعف مستواها المعيشي، أو أن الأب متوفي أو مريض. ولقد أدان القضاء الفرنسي أمّا لطفلين بجريمة الإخلال بالالتزام الشرعي الذي ترتب عنه الإضرار بتربية أبنائهما، والمتمثل

في انقطاعهما عن المدرسة وعدم الرجوع إليها إلا بإرغامها إياهم على العودة إلى الفصل، وسبب ذلك أنها تتركهم في البيت لشأنهم، لا رعاية ولا رقابة[111].

وتعتبر هذه الأعمال التي تشكل إهمالا في رعاية الأولاد من قبيل الواجبات الملقاة على عاتق الوالدين تجاه الأبناء، وهو ما بينته المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري في نصها: «...3. التعاون على مصلحة الأسرة ورعاية الأولاد وحسن تربيتهم».

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية في الحث على البر بالأبناء وحسن معاملتهم والرفق بهم، حيث أوصى الرسول صلى الله عليه وسلم بالبر بالأبناء، حين سأل رجل عن من الأبر؟ قال له: (والديك، فأجاب أنه ليس له والدين، فقال عليه الصلاة والسلام: " بر ولدك كما أن لوالديك عليك حقا، كذلك لولدك عليك حقا) [47]، ص 293. وقال كذلك: (رحم الله والد أعان ولده على بره) ، أي لم يحمله على عقوقه بسوء عمله. وفي حديث أخرجه البخاري، أن رجلا من المؤلفلة قلوبهم، اسمه الأقرع بن حابس التميمي الدارمي، رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقبل ابنه الحسن، فقال: إن لي عشرة من الولد ما قبلت واحدا منهم! فقال عليه الصلاة والسلام: (إن من لا يرحم لا يُرحم). وفي حديث آخر أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان على منبره فعر ابنه الحسن، فنزل وحمله وقرأ قوله تعالى: (إنما أموالكم وأولادكم فتنة) [47]، ص 294، [113]، 15. وفي حديث آخر أخرجه البيهقي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (من حق الولد على الوالد أن يحسن أدبه ويحسن اسمه). ولقد نهى عن تسمية الأبناء بأسماء قبيحة، واستحب تغييرها بأسماء حسنة، فأسمى عاصية بجميلة وبرة بزينب [112]، ص 101. وفي حديث لأنس رضي الله عنه، أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (الغلام يعق عنه يوم السابع ويسمى ويماط عنه الأذى، فإذا بلغ ست سنين أدب، فإذا بلغ تسع سنين عزل فراشه، فإذا بلغ ثلاث عشرة سنة ضرب على الصلاة، فإذا بلغ ست عشرة سنة زوجه أبوه، ثم أخذ بيده وقال: قد أدبتك وعلمتك وأنكحتك، أعود بالله من فتنتك في الدنيا وعذابك في الآخرة) [46]، ص 294. والشريعة الإسلامية تبيح تأديب الصغار عملا بما أستدل به علماء الأصول من الآية الكريمة، حيث يقول عز وجل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أَنْفُسَكُمْ وَأَهْلِيكُمْ نَارًا وَقُودُهَا النَّاسُ وَالْحِجَارَةُ) [114]، 06. وقوله صلى الله عليه وسلم: (علموا أولادكم الصلاة في السابعة واضربوهم في العاشرة وفرقوا بينهم في المضاجع) . وقال في موضع آخر: (لأن يؤدب الرجل ولده خير من أن يتصدق لصاع) [115]، ص 207. وبعد هذه الأسانيد الشرعية، لم يعد هناك أدنى شك في أن الإسلام اعتنى بالأبناء وأنزلهم منزلة عظيمة في الأسرة، ولم يترك جانبا من جوانب حياتهم إلا ونظمها علما منه بأنهم عماد المستقبل وأساس المجتمع.

1.3.1.1.2. أعمال الإساءة أو الإهمال المعنوية

إن ما يشد الانتباه في نص المادة 330-3 من قانون العقوبات الجزائري هو أن المشرع ميز بين أعمال الإساءة المادية التي تقوم بها الجريمة بمجرد ما يشكل السلوك خطراً جسيماً على صحة وأمن الطفل، وبين الأعمال المعنوية، والتي اشترط للعقاب عليها تكرارها. أي أن يعتاد أحد الوالدين القيام بها، وهو ما عبر عنه المشرع بصريح العبارة "... أو يكون مثلاً سيئاً لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك..." بمعنى أنه إذا قام بها أحدهما للمرة الأولى، فلا تقوم الجريمة. ولا تعتبر أفعالهم غير مشروعة إلا إذا تكررت، حينها يكتمل الركن المادي للجريمة وتقوم مسؤولية أحدهما أو الاثنين معا عنها. والجدير بالذكر أن جريمة الإهمال المعنوي للأبناء وحتى جريمة ترك مقرر الزوجية، هي جريمة مستمرة، أي أن ركنها المادي يستغرق مدة من الزمن دون انقطاع [116] ص 30، [117]، ص 334، [118]، ص 346 بخلاف الجريمة الوقتية التي لا يستغرق تحقيق ركنها المادي إلا فترة قصيرة. وبالتالي فإن أفعال الإهمال المعنوي تستمر مدة من الزمن مما يجعل تأثيرها على سلوك وأخلاق الأبناء أكبر، والخطر يبقى قائماً دون انقطاع، وتتمثل هذه الأفعال حسبما جاء في النص القانوني في:

- المثل السيئ

- وعدم الإشراف.

وتتحقق الجريمة إذا كانت مثلاً الأم مثلاً سيئاً للأخلاق، كأن كانت معتادة على السكر أو تعاطي المخدرات، أو تستقبل في بيتها أشخاصاً منحلين خلقياً، أو يمارسون الدعارة. فالابن الذي ينمو في وسط تنعدم فيه الأخلاق ولا يجد قدوة حسنة يقتدي بها، يتشبع بالسلوكات غير السوية التي تؤثر على النمو المتوازن لشخصيته مما يؤهله لأن يكون فرداً غير صالح في المجتمع مستقبلاً [103]، ص 118، [119]، ص 202، 203. إن الطفل في المراحل الأولى من حياته يكون على درجة كبيرة من الضعف، حيث أن أبسط المخاطر قد تنال منه، ولهذا عمدت معظم التشريعات إن لم نقل كلها إلى حمايته، بوضع نصوص تفرض على الوالدين الاعتناء والقيام به إلى غاية أن يصبح قادراً على ذلك بنفسه. وهو ما فعله المشرع الكويتي في نصوص المواد 166 و 167 من قانون الجزاء الكويتي، وتحديدًا المادة 167 التي ألزم بموجبها رب الأسرة برعاية الصغير الذي لم يبلغ أربعة عشرة سنة بتزويده بضروريات العيش. وإذا ما امتنع أو أفضى ذلك إلى وفاة الطفل أو إصابته بأذى يعاقب بالعقوبة التي جاءت بها المادة 166 حسب قصده الجرمي [115]، ص 193، أي حسبها إذا كان يريد إيذاء الطفل أو مجرد تأديبه، ولو أن المادتين تتعلقان بجرائم وصفها القانوني يختلف عن جريمة الإهمال، إلا أن الغرض واحد وهو حماية ورعاية الطفل.

كما يعتبر من قبيل أعمال الإهمال المعنوي عدم الإشراف على الطفل ومثاله أن يصرف خارج البيت لساعات طوال دون رقابة ولا توجيه[59]، ص152 أو تقصير أحد الوالدين أو الاثنين في مراقبة سلوكيات وتصرفات الأبناء، كأن يشاهد الطفل أفلاما لا أخلاقية أو يتصفح كتباً للأدب المكشوف دون أن يمنعه أو يراقبه والداداه.

ولا يختلف موقف المشرع المغربي عن نظيره الجزائري، حيث جرم بالفصل 482 من القانون الجنائي كل فعل من شأنه إحداث ضرر بالغ بالطفل من أحد أبويه على النحو الذي جاء في النص القانوني كما يلي: «إذا تسبب أحد الأبوين في إلحاق ضرر بالغ بأطفاله أو واحد أو أكثر منهم، وذلك نتيجة سوء المعاملة أو إعطاء القدوة السيئة في السكر أو سوء السلوك أو عدم العناية أو التقصير في الإشراف الضروري من الناحية الصحية أو الأمن أو الأخلاق...». حقيقة أن الحماية القانونية موجودة، لكن الجريمة لا نكاد نجد لها أثرا أمام القضاء. لأنها صعبة الإثبات نظرا لوجود ظروف اجتماعية مختلفة ومتنوعة تجعلها صعبة التطبيق[60]، ص195، [80]، ص271، بسبب العادات والتقاليد في المجتمعات العربية وكذا التربية التي شب عليها آباؤنا ونقلوها إلى الأبناء بما فيها الطاعة. بالإضافة إلى أن الأسرة تبقى كتابا مغلقا، يحافظ أعضاؤها على أسرارها وخصوصا تلك التي فيها مساس بشرف وسمعة العائلة. وللمشرع التونسي موقف أكثر وضوحا وأوسع حماية للطفل داخل أسرته، حيث نص في الفصل 212 مكرر من المجلة الجزائية التونسية على حماية الطفل الشرعي والمكفول ضد إهمال وإساءة الوالدين أو القائم قانونا على حضانتها، لكنه لم يشمل الطفل غير الشرعي بهذه الحماية شأنه شأن المشرع الجزائري والمغربي.

أما قانون العقوبات الفرنسي فموقفه من الجريمة واضح وصريح لا يهّمه إن كانت علاقة الزوجية لا زالت قائمة، ولا إن كان الطفل شرعيا أو غير شرعي، ولا حتى وجود مقر للأسرة. فهو يقصد حماية الطفل من إهمال الوالدين له بالتخلي عن أم لا الالتزامات الشرعية التي تملّيها عليهم رابطة الأبوة p67، [120] ، ولا يهّمه إن كان أحد الوالدين المتهم بالجريمة قد سقطت عنه السلطة الأبوية أم لا. كما لا يهّمه إن كان قد ترك الأسرة أو لم يتركها، لأن جريمة الإهمال المعنوي تتمثل في الإخلال بالواجبات، التي يمكن تحققها حتى وإن كان موجودا، والتي تعرض صحة وأمن وتربية الطفل p600، [68] للخطر.

فإخلال أحد الوالدين بواجب التربية، كأن كان مثلاً سيئاً بإدمانه على الخمر أو المخدرات أو السلوكات اللاخلاقية أو سوء المعاملة يعتبر سببا لإسقاط السلطة الأبوية عنه طبقا لما قضت به المادة 378-1 من القانون المدني. وإذا كان في هذه الأفعال تعريضا لصحة وأمن الطفل لخطر، فحينها تخضع لنص المادة 17-227 من قانون العقوبات. وللإشارة فإن المشرع ألغى شرط الخطر الجسيم بموجب القانون رقم 1183-2002 المؤرخ في 9 سبتمبر 2002، حيث يكفي أن يكون الإخلال

بالالتزامات الشرعية _سواء المادية أو المعنوية_ أو جزء منها يهدد بخطر أمن وصحة وخلق الطفل لقيام الجريمة. وتجدر الإشارة إلى أن قانون العقوبات قد جرم عدم تسجيل الطفل بمؤسسة تعليمية بنص قانوني، واعتبرها جريمة قائمة بذاتها وهو ما يوضحه نص المادة 1-17-227 التي أضافها بالقانون رقم 98-1165 المؤرخ في 18 ديسمبر 1998، رغم الإشعار بالإنذار الموجه من مفتش التربية إلى الوالدين. ولا تسقط مسؤوليتهما إلا إذا وجد سبب جدي منعهما من تسجيل الطفل بمؤسسة تربوية [120], p67.

وتبقى هذه السلوكات التي ذكرناها من قبيل الأسرار الداخلية للأسر، لذا لم يصل القضاء في بلادنا وفي معظم الدول العربية إلى تطبيق هذه الجناة. كما أن الكثير منها يقع تحت طائلة قانون العقوبات تحت أوصاف أخرى [64]، ص49، [59]، ص153.

1.1.3.1.3. الخطر الجسيم الناتج عن الإهمال

من بين الشروط التي وضعتها المادة 3-330 من قانون العقوبات لقيام جريمة الإهمال المعنوي أو الإساءة للأبناء، وإمكان معاقبة أحد الوالدين القائم بها، أن يعرض السلوك صحة وأمن وأخلاق الولد أو الأولاد لخطر جسيم. إن نص المادة وإن كان من ناحية الصياغة واضح ولا يطرح أي إشكال، فإنه قد لا يكون كذلك من الناحية العملية. فإن كان من السهل جدا إثبات تعرض أو عدم تعرض صحة الطفل لخطر جسيم عن طريق الطب الشرعي، فإنه من الصعوبة بمكان إثبات تعرض أمن وأخلاق الابن للخطر الجسيم وخصوصا في غياب النص الصريح الذي يحدد ذلك. إذ لا بد من إيجاد معيار صحيح نعتمد عليه. ولهذا يقع على القاضي عبء إثبات قيام الجريمة معتمدا في ذلك على مادياتها وسلطته التقديرية. في حين نجد المشرع الفرنسي يعتبر الجريمة قائمة بمجرد ما تهدد سلوكات أحد الوالدين أمن وصحة وأخلاق الطفل، ولا يشترط تحقق الضرر ولا الخطر الجسيم، لكن على قاضي الموضوع تحديد موضوع هذا الخطر الذي يهدد صحة وأخلاق الطفل [120], p68. والمشرع الجزائري وإن لم يشترط تحقق الضرر لقيام الجريمة، فإنه اشترط أن تعرض السلوكات الصادرة عن أحد الوالدين صحة وأمن وأخلاق الولد لخطر جسيم. وفي هذا الصدد تشير إلى أن هناك بعض المؤلفات تجمع بين الخطر والضرر. أي لا تفرق بينهما [58]، ص23، [80]، ص272، ولهذا لا بد من الرجوع إلى تعريف الجريمة لإزاحة هذا اللبس.

إن الجريمة فعل إيجابي أو سلبي ترتكب إخلالا بالقانون، لا يبرره استعمال حق ولا أداء واجب [116]، 03 إلى 06 كما تعرف بأنها كل سلوك يمكن إسناده إلى فاعله يضر أو يهدد بالخطر مصلحة اجتماعية محمية بجزاء جنائي، على أن يكون فاعله ممن يمكن الاعتداد بإرادته [118]،

58،59. إذن فالجرائم إما جرائم ضرر أو جرائم خطر. واشتراط الخطر الجسيم أورده المشرع حتى يكتمل به الإطار التشريعي لجريمة الإساءة إلى الأبناء. مما يجعلنا نؤكد على أن مسألة تحديد الخطر الجسيم مسألة موضوعية ترجع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع. بالإضافة إلى أن تحقق الضرر يعني تحقق النتيجة، بينما وجود خطر يهدد أمن وسلامة الفرد معناه أن الضرر لم يتحقق لكن، إن ترك الأمر على ما هو عليه دون تدخل أو حماية سيتحقق الضرر الذي يصيب الشخص في ماله أو نفسه أو صحته (الضرر المادي) أو يصيبه في عرضه أو سمعته وشرفه [122]، ص228 (ضرر معنوي). Le préjudice corporel matériel ou moral.

ولهذا فإن تحديد قيام الجريمة من عدمه أمر صعب. كما أننا لم نجد تطبيقات للجريمة في الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، ذلك أن أعمال الإساءة المبينة في المادة 330 - 3 من قانون العقوبات تقع تحت طائلة نصوص أخرى، ولم نجد إلا الاجتهادات المتعلقة بجريمة عدم تسديد النفقة [123]، ص325، [124]، ص364، [125]، ص230، [126]، ص150، [127]، ص227. وتقوم جريمة الإساءة للأبناء، ولو كان قد قضي بإسقاط السلطة الأبوية التي تكون في الأصل للأب طبقاً للمادة 87 من قانون الأسرة وفي حالة وفاة هذا الأخير محل محله الأم وكذا في حالة غيابه أو حصول مانع في الأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد فقط. وما يفهم من نص المادة 330-3 أن سقوط السلطة الأبوية لا يمنع من قيام الجريمة. وللإشارة فإن المشرع الفرنسي يضيف شرطاً آخر لقيام جريمة الإهمال المادي والمعنوي للأبناء، يتمثل في انعدام السبب الجدي أو الشرعي كما جاء في المادة 227-17 "Sans motif légitime" مثل عنف الزوج [128]، p293. ونتساءل عن السبب الجدي الذي يمكن أن تدفع به إذا ما أساءت معاملة هؤلاء أو كانت قدوة سيئة لهم.

1.1.3.2. الركن المعنوي للجريمة

إن جريمة الإهمال المعنوي للأبناء، لا يشترط لقيامها توفر قصد جنائي، بل يكفي أن يكون الفاعل عالماً بخطورة سلوكه ومدركا لتقصيره في أداء التزاماته تجاه أبنائه [59]، ص153. فالأم التي تعتاد على سوء السلوك، كاستقبال أشخاص منحرفين ومنحليين خلقياً، وإقامة سهرات للإباحة والفجور، فإنها بتصرفاتها هذه لا تريد الإضرار بأبنائها أو أبنائهما، لكنها تعلم بأن في ذلك خطر عليهم. وبالتالي يكفي ذلك لمتابعتها بجنحة الإهمال المعنوي.

أما بالرجوع إلى القانون الفرنسي فنرى أن الجريمة عمدية، حيث لا يعاقب إلا على الإهمال المعنوي أو المادي المتعمد، ذلك أن نص المادة 227-17 من قانون العقوبات الفرنسي جعل من السبب الشرعي أو الجدي الذي يبرر سلوك أحد الوالدين- والذي يقع على هذا الأخير إثباته- سبباً لعدم قيام

الجريمة. ومثاله أن يخل أحد الوالدين بالالتزامات الأبوية مثل حق الزيارة (Droit de visite) بسبب المرض [68],p600، [128],p68. وإذا ما رجعنا إلى نص المادة 330. 3 من قانون العقوبات الجزائري نلاحظ أن المشرع لم يجعل، بل لم يتصور وجود ما يبرر السلوكات التي تسيء إلى الطفل ماديا أو معنويا. ومرة أخرى يظهر مدى حرصه على حماية الأبناء حتى من أقرب وأعز الناس إليهم. ذلك لما قد تشكله تلك الأفعال من خطر بالغ على صحتهم، أمنهم أو خلقهم. ويتأكد ذلك بتخليه عن أهم العناصر المكونة للقصد الجنائي، والمتمثل في الإرادة. واكتفى بعنصر واحد -العلم - لمساءلة الفاعل. لكن هذا لا يعني في نفس الوقت أنه يعاقب على الجريمة ولو ثبت أن القائم بها كان لا يدرك أو يعلم مدى خطورة فعله. ومثاله أن تعرض الأم صحة ابنها للخطر دون أن تعلم أو تدرك مدى خطورة سلوكها، كأن تمتنع عن أخذه للطبيب أو إعطائه الدواء، وتفضل مداواته بالأعشاب ظنا منها بأنها أحسن وأكثر فعالية وقدرة على الشفاء. والأمثلة كثيرة خاصة في الأرياف وعند الفئات غير المتعلمة. ففي مثل هذه الحالة يرجع القاضي إلى ظروف وملابسات القضية ومدى علم وإدراك الأم لخطورة فعلها، والذي بانتفاؤه -أي انتفاء العلم- تنتفي الجريمة.

3.3.1.1. العقوبة المقررة للجريمة في قانون العقوبات الجزائري و في بعض القوانين

الجزائية

إن المشرع الجزائري تناول جريمة الإهمال العائلي في المادة 330 من قانون العقوبات وحدد فيها ثلاث صور للجريمة، منها الصورة التي نحن بصدد دراستها وصورتين اثنتين، الأولى تتعلق بجريمة ترك الأسرة والتي سبق دراستها والثانية جريمة ترك الزوجة الحامل والتي لم تدخل في نطاق دراستنا. والملاحظ أن المشرع اشترط في هاتين الجريمتين شروطا تعتبر من قبيل العناصر الخاصة المكونة للركن المادي للجريمة وشروطا تتعلق بالجانب الإجرائي. بينما لم يخص جريمة الإهمال المعنوي للأبناء بهذه الشروط (المدة الزمنية المتمثلة في شهرين - السبب الجدي - الشكوى والصفح) لأنه رأى بأن مصلحة الطفل تقتضي عدم إدراجها لما فيها من إهدار لحقوقه. ومنه فبمجرد ارتكاب أحد السلوكات التي بينتها المادة 330-3 من قانون العقوبات تقوم الجريمة. وتحرك النيابة العامة الدعوى العمومية بمجرد علمها بها، ولا يوجد ما يقيد حريتها في ذلك، لأن المقصود بالحماية هو الطفل، ومصلحته تقتضي أن لا تقيد الدعوى بشكوى. وإذا تحركت عجلة العدالة لا تتوقف إلا بعد صدور الحكم بالبراءة أو الإدانة ويكون بعد ثبوت الجريمة على المتهم. ولما كانت العقوبة المقررة تختلف من تشريع لآخر، فلا بد أن نبينها في الفرعين الآتيين. نخصص الأول للعقوبة المقررة للجريمة في قانون العقوبات الجزائري، والفرع الثاني نتناول فيه العقوبة في القانون الفرنسي، المغربي، التونسي واللبناني.

3.3.1.1.1. العقوبة المقررة لجريمة الإساءة للأبناء في قانون العقوبات الجزائري

سبق وأن قلنا بأن تطبيقات الجريمة تبقى قليلة، إن لم نقل تنعدم لصعوبة إثباتها، ولو أن أعمال الإساءة التي قد تقع على أحد الأبناء أو عليهم جميعا داخل الأسرة، قد تأخذ أوصافا قانونية أخرى. وتطبق بشأنها نصوص أخرى غير نص المادة 330-3 من قانون العقوبات كما هو الحال بالنسبة للمادة 269 من نفس القانون والتي فيها تشابه كبير مع الجريمة التي نحن بصدد دراستها.

لكن هذا لا يمنع من أن المشرع حدد لها عقوبة بينتها المادة 330-3 كميللي: «يعاقب بالحبس من شهرين (02) إلى سنة (01) وبغرامة من 25,000 إلى 100,000 دينار...» والمادة 332 من نفس القانون، التي قضت بالحكم إضافة إلى العقوبة الأصلية التي ذكرناها - على مرتكب الجريمة- بعقوبة تكميلية نصت عليها المادة 14 من قانون العقوبات لمدة لا تقل عن سنة ولا تزيد عن خمس سنوات. هذه العقوبات تسري من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه. وتتمثل في الحرمان من ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية التي ذكرتها المادة 9 مكرر 1 من قانون العقوبات (مضافة بقانون 06. 23 المؤرخ في 20/12/2006) كميللي: «يتمثل الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية في:

- 1- العزل أو الإقصاء من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة،
 - 2- الحرمان من حق الانتخاب والترشح ومن حمل أي وسام،
 - 3- عدم الأهلية لأن يكون مساعدا محلفا أو خبيرا أو شاهدا على أي عقد، أو شاهدا أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال،
 - 4- الحرمان من الحق في حمل الأسلحة، وفي التدريس، وفي إدارة مدرسة أو الخدمة في مؤسسة للتعليم بوصفه أستاذا، أو مدرسا، أو مراقبا،
 - 5- عدم الأهلية ليكون وصيا أو مقما،
 - 6- سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها...».
- إذن يجوز للقاضي وبعد إدانة الفاعل والحكم عليه بعقوبة جنحة الإساءة للأبناء أو الإهمال المعنوي للأبناء، أن يحكم عليه بعقوبة تكميلية يحرمه بموجبها من ممارسة حق أو أكثر من هذه الحقوق التي ذكرناها والتي بينتها المادة 9 مكرر 1..

1.1.3.3.2. العقوبة المقررة في بعض القوانين الجزائية

1.1.3.3.1.2. في القانون المغربي

عاقب المشرع المغربي جريمة ترك الأسرة المنصوص عليها بالفصل 479 من القانون الجنائي المغربي بعقوبة جوازية، يكون للقاضي حرية الاختيار في تطبيق عقوبة الحبس (من شهر إلى سنة) أو الغرامة (من 200 إلى 2000 درهم) أو الاثنين معا. بينما في جريمة الإهمال المعنوي للأبناء المنصوص عليها في الفصل 482 فأقر لها عقوبة وجوبية وتتمثل في الحبس من شهر واحد إلى سنة والغرامة من 200 إلى 500 درهم، وهذا دليل على حرصه على معاقبة الجاني وحرمانه من الاستفادة من تطبيق إحدى العقوبتين والتي قد تستقر على تطبيق الغرامة فقط.

1.1.3.3.1.2. في القانون التونسي

يبدو أن المشرع التونسي أكثر حرصا على ردع أحد الأبوين أو متولي حضانة الطفل القاصر قانونا، وذلك من خلال العقوبة التي أقرها للجريمة بالفصل 212 مكرر والمتمثلة في (السجن ثلاثة أعوام والخطية المقدرة بخمسمائة دينار). ومقارنة بما ذهب إليه القانون الجنائي المغربي والجزائري، والذي يظهر أنهما لم يراعى مدى تأثير الجريمة على التكوين النفسي والشخصي للطفل، والتي تمتد آثارها إلى ما بعد ارتكاب السلوك بزمان بعيد. وقد تصاحبه طوال حياته وتغير مسارها فيكون شخصا غير صالح، منحلا أو عدوانيا يعاني من عدم التوازن النفسي والشخصي. وبهذا يكون القانون التونسي الجزائي أكثر تشدداً و حرصا على حماية الأبناء.

1.1.3.3.1.2. في القانون اللبناني

إن قانون العقوبات اللبناني تناول جزء من الجريمة دون الجزء الآخر، فعاقب أحد الأبوين الذي لا يقوم بحاجيات ابنهما الشرعي أو غير الشرعي أو الابن الذي تبنيه، سواء رفضا تنفيذ موجب الإعالة الذي يقع على عاتقهما، أو أهمل الحصول على الوسائل التي تمكنهما من قضائه. والحديث عن الاحتياجات بمفهوم الماديات يجعلنا نقول بأن نص المادة 501 من قانون العقوبات 239 المؤرخ في 1993/05/27، يستثني الإهمال المعنوي ويقتصر على الإهمال المادي والإخلال بالالتزامات المادية الملقاة على عاتق الأبوين من مأكّل وملبس وتعليم ورعاية. كما أن العقوبة التي جاء بها قانون العقوبات اللبناني عقوبة بسيطة مقارنة بالجريمة، والمتمثلة في الحبس مع التشغيل ثلاثة أشهر على الأكثر وغرامة لا تتجاوز مائتي ألف ليرة.

1.1.3.2.4. في قانون العقوبات الفرنسي

عاقب المشرع الفرنسي على الإخلال بالالتزامات المادية والمعنوية تجاه الأبناء بنص المادة 227-17، بالحبس لمدة سنتين وغرامة 30,000 أورو، بالإضافة إلى حرمان الأب أو الأم مرتكب الجريمة من ممارسة السلطة الأبوية المنصوص عليها بالمادة 373 من القانون المدني. فضلا عن عقوبة تكميلية تتمثل في الحرمان من الحقوق الوطنية المدنية والعائلية حسب الأحوال المبينة بالمادة 131-26 من قانون العقوبات الفرنسي. وكذا إلغاء رخصة السياقة ومنع إصدارها لمدة 5 سنوات. وبالنسبة للأجانب يمنع عليهم مغادرة تراب الجمهورية لمدة 5 سنوات (المادة 227-29 من نفس القانون) [129],p4، [120],p294.

1.1.4. أسباب ارتكاب الجريمة ومقارنتها بجرائم الإهمال العائلي المرتكبة من الزوج

لقد اهتم علم الإجرام بدراسة الظاهرة الإجرامية والأسباب التي تدفع بالإنسان لإرتكاب أفعال مخالفة لقواعد الحياة الاجتماعية [129]، ص14. ووقف على عوامل الإجرام وميّز بين ما هي داخلية متعلقة بشخص الجاني، كالاستعداد الإجرامي المورث والسلالة والذكاء والمرض والجنس. وبين ما يعتبر عوامل البيئة الخارجية، كالعوامل الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية [130]، ص392، 357، [129]، ص25 وما بعدها. وبالرغم من أن الدراسات العديدة التي قام بها العلماء، بغرض التوصل إلى حلول أو إيجاد ميكانيزمات للحد من الجرم والجريمة، فإنهم لم يتوصلوا إلى ذلك. والدليل أن المجتمعات لا زالت تعاني من الظاهرة الإجرامية التي تطورت وتنوعت، وازداد حجمها وتباينت نسبها بحسب جنس مرتكبها ذكرا كان أم أنثى. ولقد قام العديد من العلماء بدراسات إحصائية في هذا المجال، وتباينت دراساتهم من قائلين بانخفاض نسبة إجرام المرأة عن الرجل، وقائلين بتساوي إجرامها مع إجرام الرجل [4]، ص18، [2]، ص5 إلى 7 ومن 17 إلى 19، نظرا لطبيعة الجرائم التي ترتكبها والمرتبطة بطبيعتها كإمرأة، والتي عادة ما تتم في الخفاء. ولن نخوض في غمار علم الإجرام ومتاهاته، ونبقى في مجال دراستنا والمتعلقة بالوقوف على أسباب ارتكاب جريمة الإهمال، والتي سوف نتطرق إليها في المطلب الأول من هذا المبحث، ونخصص المطلب الثاني للوقوف على جرائم الإهمال المقترفة من الزوجة مقارنة بتلك المرتكبة من الزوج.

1.1.4.1. أسباب ارتكاب جريمة الإهمال العائلي

تلعب الأسباب دورا رئيسيا في ارتكاب الجريمة، خاصة إن وجدت عوامل تدعمها، مثلا كون الأم المهمل عانت في طفولتها من إهمال معنوي أو كانت ضحية طلاق. أو أنها تعيش شجارا دائما مع

الزوج، كونه لا يعمل ولا يقوم بواجبات الإنفاق على عائلته، أو أنه يتعاطى الخمر أو المخدرات، أو لأنه منحرف. فمثل هذه الأمور تجعل الحياة جحيماً لا يطاق مما يدفع بالزوجة لارتكاب الجريمة وإهمال أسرتها. وقد يكون السبب هو العنف الواقع عليها من الزوج، والمتمثل في الضرب والإيذاء المستمر والدائم، والذي عادة لا تبلغ عنه المرأة، لأنه أمر يتعلق بأسرار الأسرة، إلا إذا بلغ درجة من الجسامة. وكم هن كثيرات، اللواتي يعانين من ظاهرة العنف ولا منفذ لهن، فإما أن تتحمل ما أصابها، أو تهجر وتبتعد بعدما أصبحت الحياة الزوجية مستحيلة. ولقد بينت دراسات جديدة قامت بها منظمة اليونيسف "L'UNICEF" نشرت في 01 أوت 2006 بأن على الأقل امرأة من ثلاث نساء ضربت أو كانت ضحية أعمال إساءة. وكذا امرأة من أربع نساء حوامل تعرضن خلال فترة حملها لعمل عنف [131]. كما بينت هذه الدراسة مدى تأثير العنف الواقع داخل الأسرة على النمو الطبيعي والنفسي للطفل وتأثيره على مراحل الطفولة وجميع مراحل حياته [29]، ص 95 حيث يعتبر تكرار التصرفات الخاطئة أمام الطفل كضرب الأب لزوجته بحضور هذا الأخير إهمالاً عاطفياً يولد لديه الكراهية والحقد وحب الانتقام الذي قد يدفع به إلى الانحراف.

وقد يكون الإهمال لأسباب متعلقة بأخلاق الأم، كأن تكون على صلة برجل آخر أو منحلة الأخلاق، لا تطيق العيش مقيدة بزوج وبأولاد، فتهمل واجباتها نحوهم ولا تبالي بهم، لأنها تكون منشغلة بنزواتها وإشباع غريزتها. وفي هذه الحالة تتحقق نفس النتائج وعلى نفس الضحية والتي هي الطفل البريء. ومن الأسباب كذلك المستوى الاقتصادي للأسرة، حيث أن الفقر الذي قد تعاني منه الزوجة قد يدفع بها إلى إهمال أسرتها، وخروجها من البيت إما بحثاً عن مصدر رزق، أو هروبا من واقعها المرير، خاصة إن كانت عائلتها _أي بيت والديها_ يعانون من نفس المشكل. حيث لن تستطيع الاستنجاد بهم، وبالتالي قد تفضل الهروب عن المواجهة والصمود. ولو أنني أرى بأن الفقر لا يمكن اعتباره سببا لهجر الأسرة، فالحيوانات تسعى لجلب القوت لصغارها، فما بالكم بالإنسان الذي كرمه الله وفضله على جميع المخلوقات؟ فلا أظن أن هناك أمهات يتركن أبناءهن يموتون جوعاً، فغريزة الأمومة تجعل الأم تقدّم ابنها على نفسها، وتضحي من أجله حتى يعيش.

ولا أوافق الدكتور أحمد الخليلي حين حصر أسباب ترك المرأة لبيت الزوجية في سببين اثنين، يتمثل أولهما في الفرار من الضرر الذي يلحق بها من الزوج، والذي يصعب عليها إثباته أمام القضاء، والثاني يتمثل في أسباب شخصية أو يرجع إلى الحياة الزوجية والتي لا تصل إلى الضرر المبرر للتطبيق [60]، ص 206.

إن إثبات العنف الواقع على الزوجة ليس بالأمر الصعب، تثبته الشهادات الطبية، أو حتى يبلغ عنه الأطباء بعد الكشف عن المرأة إن كان على درجة من الخطورة. حقيقة إن العنف والمشاكل الزوجية تعتبر من الأسباب التي تدفع بالمرأة إلى ترك بيت الزوجية، لكن لا تعتبر الأسباب الوحيدة.

ف نجد مثلا الزواج المبكر خاصة بالنسبة للإناث، حيث تجد القاصر نفسها مسؤولة عن عائلة بعدما كان مسؤولا عنها والديها، ليست لها دراية أو خبرة بإدارة شؤون البيت بما فيها العلاقات الاجتماعية مع الأبناء والزوج وعائلته، والشؤون الاقتصادية. فيقع عليها تسيير شؤون بيتها بحسب المستوى المعيشي الذي تعيش في حدوده أسرته الجديدة، فكل هذا يجعلها تهرب من مسؤولياتها بحثا عن وسيلة تخلصها منها.

كما أن الزواج غير المرغوب فيه سواء من الزوجة أو من الزوج يكون سببا في الشقاق وعدم الاستقرار الأسري [2]، ص 24.

وتبقى من بين أهم الأسباب الشجار الدائم داخل الأسرة والذي يعتبر كسبب من أسباب جرائم العنف عند المرأة بنسبه 12.6 %: من مجمل الأسباب الأخرى في خلال الفترة ما بين 1989 و 1993 في مصر حسب بعض الدراسات [2]، ص 24. والعنف الواقع على الزوجة هو أهم الأسباب المؤدية إلى الإهمال العائلي، ولعل هذه الإحصائيات - والتي سوف نردها في جدول مفصل - تكشف لنا عن أرقام هائلة ولو أنها في بعض الأحيان تبقى بعيدة عن الحقيقة، باعتبار العنف الأسري من أسرار العائلات. وسوف تعطينا هذه الإحصائيات نظرة عن المأساة التي تعانيها المرأة في العالم. ولهذا نوصي ونؤكد على الاعتناء بالأسرة وشؤونها عملا بمبادئ الدستور وخاصة المادة 58 منه التي جاء فيها: "تحمي الأسرة بحماية الدولة والمجتمع..". والاهتمام بالمرأة وشؤونها لأنها عانت ولا زالت تعاني من التمييز الجنسي وتبقى في نظر الرجل مجرد أنثى ينجذب نحو مظاهر أنوثتها، ويرى فيها كائنا مزعجا إذا كانت من صلبه خوفا مما قد تجلبه له من عار، حيث إذا بشر بميلاد بنت انزعج وغضب. الأمر الذي نأسف له ونحن أمة مسلمة. ولقد عبر القرآن الكريم عن هذه الوضعية في قوله عز وجل: (وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنْثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ ٥٨ يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ٥٩).

إن ظاهرة العنف ضد المرأة تعكس واقع مجتمع لازال ينظر إليها بنظرة غير متكافئة مع الرجل، بالرغم من أن هذا الموضوع أصبح من بين الأولويات التي تعنى بها دول العالم، لأنها لا تخلو من هذه الظاهرة التي أضحت تعرقل مسار التطور والتقدم ومستقبل المجتمعات. ولكونها انتهاك لحقوق الإنسان وخرق لمبدأ المساواة بين الجنسين [133]، ص 116. ولهذا تسعى السياسات في العالم - بما فيها العربية- وبغرض محاربة هذه الظاهرة إلى وضع آليات لإخراجها من دائرة الصمت والتشجيع على الكشف عنها من خلال حملات تحسيسية، حيث وضعت أجهزة خاصة للاعتناء بالنساء ضحايا العنف الأسري بجميع أشكاله، وتوفير كل ما يجعلهم في بعد عن كل ما من شأنه إيذاؤهن ماديا أو معنويا.

والإحصائيات التي سندرجها توضح مدى خطورة الوضع، ولو أنها تبقى بعيدة عن الحقيقة، خاصة في المجتمعات التي لا زالت تعيش مقيدة بتقاليد عمياء من عهد الجاهلية.

- إحصائيات عن العنف ضد المرأة في بعض دول العالم

مصدر العنف	السنة	الحالات	نوع العنف	البلد
الزوج	2006	1 في كل 18 دقيقة	مادي - جسدي	الولايات المتحدة الأمريكية
	2006	70 % من الجرائم المبلغ عنها ضد النساء	مادي - جسدي	اليورو
	2005	400 حالة ما يقارب $\frac{1}{2}$ الحالات حدثت الوفاة	مادي - جسدي	الباكستان (البنجاب)
الزوج الطليق، الصديق السابق	2006	30 % الجرائم المبلغ عنها	مادي (ضرب- إساءة - عنف جنسي)	بريطانيا
	2006	52 %	مادي	الضفة الغربية فلسطين
	2006	21 %	مادي	نيكاراغوا
	2006	22 %	مادي	كندا
الزوج	في كل سنة	على الأقل مليونين امرأة	مادي	فرنسا
الزوج	2009	10 % من 7000 امرأة	مادي	باريس وضواحيها
الزوج	2001	21 %	مادي	المغرب
//	2002	36 %	مادي	//
//	2003	34 %	مادي	//
//	2004	38 %	مادي	//
//	2005	46 %	مادي	//

1.1.4.1.1. في الجزائر

أما العنف في الجزائر، فإن المرأة تعاني مثلها مثل غيرها من النساء في العالم، سواء داخل الأسرة أو خارجها. وفي هذا النطاق بينت السيدة "جربال" مختصة في علم الاجتماع ومسؤولة في مركز الاستماع والاستقبال -"وسيلة" الموضوع في خدمة النساء اللواتي وقع عليهن العنف- بينت أن 60 % من العنف الواقع على المرأة يتم في أماكن خاصة وفي فضاء غير مراقب أو خاضع لرقابة.

كما أكدت السيدة ميموني معتمد خضرة أخصائية نفسانية وباحثة في الأنثروبولوجيا الاجتماعية بمركز البحث الأنثروبولوجي الاجتماعي والثقافي (CRASC) بوهران، بأن العنف بين الأزواج يعتبر أكثر أنواع العنف انتشارا. وخلال بحث أجرته على 2000 عائلة بوهران، لم تسجل إلا 15 % من النساء ضحايا العنف التي تجرأن على تقديم شكوى ضد الزوج، والباقي فضلن الصمت خوفا من الطلاق أو أن يكنّ ضحية أنواع أخرى من العنف إذا ما بلغن عن أزواجهن [135].

ولقد أحصت المديرية العامة للأمن الوطني أكثر من 7000 حالة عنف ضد المرأة بكل أشكاله خلال التسعة أشهر الأولى لسنة 2011 على الصعيد الوطني [136]

وحسب دراسة قامت بها الوزارة المنتدبة للأسرة في سنة 2003، بينت السيدة "جعفري" أن 50% ضحايا العنف من النساء المتزوجات، 36,1% عازبات، 7,4% مطلقات و6,6% أرامل. وتقدر نسبة العنف داخل الأسرة ب 64,9% مقابل 6,4% في الأماكن العمومية، و4,5% في مكان العمل. ولقد اعتبرت السيدة جعفري أن نسبة العنف ضد النساء في الوسط العائلي جد عالية وتوحي بوجود خطر حقيقي، مبينة نسبة العنف بين الأزواج التي تأتي على رأس نسب العنف داخل الأسرة ب 29,4%. سجلت في تسعة أشهر الأولى من سنة 2011. 7042 حالة عنف ضد النساء بكل أشكاله، ذلك ما صرحت به السيدة خيرة مسعودان محافظ رئيسي Commissaire principal بالمديرية العامة للأمن الوطني [137].

وإليك الجداول التالية لحالات العنف حسب سن وصفة الضحية، مستواها التعليمي وصفة الجاني.

جدول يتعلق بنوع العنف

عدد الحالات	نوع العنف	علاقة الجاني بالضحية
1570	سوء معاملة	من الأصول
273	اعتداء جنسي	
24	قتل عمد	
04	زنا محارم	

جدول خاص بعلاقة الجاني بالضحية

العلاقة بين الفاعل وضحية العنف	الجناة
لا تربطهم أي علاقة بالضحية	3431
أزواج الضحايا	1540
من أقارب الضحية	946

جدول خاص بنسب النساء ضحايا العنف ووضعيتهن العائلية

الوضع العائلي	عدد الحالات	السن	عدد الحالات
متزوجات	3723	ما بين 26 سنة و 35 سنة	2078
عازبات	2012	ما بين 36 و 45 سنة	1596
مطلقات	727	ما بين 19 و 25 سنة	1512

جدول خاص بالمستوى التعليمي للنساء ضحايا العنف ووضعهن الوظيفي

المهنة أو الوظيفة	عدد الحالات	المستوى التعليمي	عدد الحالات
بدون عمل	4734	بدون مستوى	1537
موظفات	1208	مستوى ما فوق المتوسط	1502
جامعيات	321	مستوى تعليمي متوسط	1465

ولقد أضافت السيدة "مسعودان" مبينة بأن غالبية حالات العنف، 3649 حالة سجلت أو ارتكبت في المساء، مقابل 2532 في النهار، وأكثر من 800 حالة بالليل. وتقول أن أسباب العنف متعلقة بالمشاكل العائلية، عدم التفاهم أو المشاكل المالية. ولقد نبهت إلى أن الظاهرة سائرة نحو الاتساع والانتشار في المدن الكبرى وخاصة في الجزائر التي سجلت 1238 حالة عنف، تليها وهران ب 672 حالة والمسيلة 242 حالة عنف[138].

كما يعاني الكثير من الأطفال في الجزائر وفي كل دول العالم من الإهمال الأسري ومن سوء المعاملة، لكن مع الأسف لا توجد إحصائيات صحيحة وحقيقية تكشف هذه الوضعية خاصة في الدول العربية لصعوبة إثبات الجريمة وملاحظاتها. بالرغم من أنه من الممكن الاستعانة بموظفي دور الرعاية ورياض الأطفال والأقارب والجيران، وحتى بالمدرسة وذلك بالتبليغ عن كل حالة سوء معاملة، والتي مع الأسف نادرا ما يبلغ عنها[106]، ص30 إلى 17. وإذا ما حاولنا البحث عن سبب المعاملة السيئة للأبناء، نجد أن ذلك راجع إلى النزاعات والصراعات بين الزوجين وعدم التفاهم. أو أن الطفل يعيش مع

أحد الأبوين وزوجه، ولا تربطه علاقة جيدة بزوجة الأب أو زوج الأم، فتتشب الصراعات وتبدأ رحلة سوء المعاملة. أو لأن أحد الأبوين سكير أو لا يعمل فيفرغ غضبه في أبنائه. ولأن هذا النوع من الآباء عادة ما يدفع بأبنائه للعمل أو التسول، فإذا لم يقدموا له ما جمعه بالنهار فينالهم سوء العذاب والمعاملة عند العودة للبيت.

2.1.4.1.1. في فرنسا

حسب ما جاء عن قناة TF1 في مارس 1999 وتحديدًا في برنامج "الحق في المعرفة" "Droit de savoir" فإنه يوجد على الأقل 2,000.000 مليوني امرأة ضحية عنف في فرنسا. 400 منها تموت تحت وطأة الضرب الذي يقع عليها من الزوج في كل عام.

كما جاء في التقرير الذي قدمه البروفيسور "هانريون روجي" "Roger Henrion" عضو الأكاديمية الوطنية للطب والمسؤول عن الدراسة التي قدمها إلى وزارة الصحة في فبراير 2002، أنه من بين 652 امرأة في الفترة ما بين 1990 و1999 وبالعاصمة باريس وضواحيها، نصف العدد من النساء تم قتلهن من طرف الزوج أو الرفيق. حيث تموت كل خمسة أيام امرأة من جراء عنف الأزواج. ومن بين النساء اللواتي تم إحصاؤهن وذكرن بالتقرير، 30% تم طعنهن بسكين، 30% قتلت بأداة نارية "Arme à feu"، 20% خنقا و10% ضحايا ضرب حتى الموت.

إن المرأة هي النصف المكمل لنصف الرجل، والقلب النابض للمجتمع. فلنرجع إلى تعاليم ديننا الحنيف الذي كرمها ولم يفضل عنها الرجل إلا بالتقوى والعمل الصالح. فالمجتمعات الغربية تعاني بشكل رهيب من العنف ضد المرأة، ولو أن مجتمعاتنا لا تخلو منه إلا أننا يمكن أن نقضي عليه أو على الأقل نحد منه بالرجوع إلى مبادئ القرآن الكريم، التي تنهى عن الإساءة إلى المرأة بدليل قوله تعالى: (وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا) [140]، 19 وكذا قوله تعالى: (وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ) [141]، 228 (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ) [142]، 71.

2.4.1.1. مقارنة جرائم الإهمال المرتكبة من الزوجة بتلك المرتكبة من الزوج

إن كل كتب علم الإجرام تطرقت إلى الجنس وعلاقته بالجريمة سواء من حيث الكم أو الكيف، وتناولت مسألة ما إذا كان إجرام الرجل يزيد عن إجرام المرأة، وكذلك ميول هذه الأخيرة لارتكاب نوع معين من الجرائم والتي لها علاقة بطبيعتها، وتختلف عن الجرائم المرتكبة من الرجل [130]، ص 376.

والعلماء المهتمون بالظاهرة الإجرامية أنفسهم منقسمون حول صحة الإحصائيات الجنائية. ففريق يرى أن النساء حقيقة أقل إجراماً من الرجل [4]، ص 33، 34، لأنها أقل عدوانية من هذا الأخير وأكثره تمسكاً بالأخلاق والفضيلة. ولقد ربط بعض العلماء المنتمون إلى هذا الفريق، ومنهم العالم البلجيكي "كيتلية" القوة البدنية بارتكاب الجريمة، ذلك أن المرأة لا تملك نفس القوة وبالتالي إجرامها يجب أن يكون نصف إجرام الرجل، خاصة في الجرائم التي تحتاج إلى قوة عضلية من درجة معينة. ويؤكد علماء من نفس الفريق أن إجرام المرأة حقيقة أقل من إجرام الرجل ويعتمدون لتأكيد صحة قولهم على الإحصائيات التي أجريت في الولايات المتحدة الأمريكية، والتي أثبتت وجود الاختلاف سواء من حيث الكم أو من حيث النوع [4]، ص 35. ولقد بينت الدراسات الإحصائية أن إجرام المرأة يقدر بـ 1 إلى 7، ومن 1 إلى 10 من إجرام الرجل [130]، ص 377. إلا أن هذا الاتجاه أو هذه الآراء لم تسلم من النقد، ذلك لأن جرائم المرأة لا تظهر، لأنها تعمل على إخفائها ولأنها متعلقة بطبيعتها كإمرأة مثل جرائم البغاء، والإجهاض والمعاملة السيئة للطفل [130]، ص 377. وتختلف نسبة إجرام المرأة من مجتمع لآخر، ومن جريمة لأخرى، ولا يجب أن نقع في الخطأ عند الحديث عن إجرام المرأة مثلاً في البلاد العربية، ومقارنته بنسبة إجرام المرأة في الدول الغربية. ذلك أن هذه المجتمعات التي وصلت إلى درجة من التحرر لا تعاقب على جريمة البغاء ولا على الزنا، وإن كانت تعتبره بعضاً منها سبباً للطلاق. كما لا تعاقب على الإجهاض. بينما الدول العربية تجرم هذه السلوكات وتعاقب عليها. ولما كانت من أكثر الجرائم شيوعاً وارتكاباً من النساء، فبالتالي إذا ما قورن إجرام المرأة في الدول العربية بنظيراتها في المجتمعات الغربية، فمن الطبيعي أن تكون النسبة مرتفعة [3]، ص 20 إلى 22. ولهذا لا بد من مراعاة هذه المسائل قبل الحديث عن مدى ارتفاع أو انخفاض إجرام المرأة.

وفي دراسة أجراها العالم "جاليه" "Galet" في بلجيكا، توصل من خلالها إلى نتيجة مفادها أن هناك بعض الجرائم ذات طبيعة نسائية، ومن بين ما ذكر جريمة الإهمال العائلي [3]، ص 37 أنها تختلف مع مر الزمن وبحسب تطور المجتمعات. ولقد أصبح من الضروري مراجعة الإحصائيات والدراسات التي تمت في القرن الماضي. وذهب بعض الباحثين إلى القول بأن الجرائم التي ترتكبها النساء المسلمات تختلف من حيث العدد والنمط عما يرتكبه الرجال، حيث قال العالم "جان بيناتل" الفرنسي بأن انخفاض الجرائم التي ترتكبها النساء في الجزائر وتونس مرجعه التخلف الذي تفرضه عليهن الشريعة الإسلامية [3]، ص 82. وكان الإنحراف والإجرام مظهر من مظاهر التطور والتحضر.

وهناك من يرى أن الجنس له تأثير حقيقي على الإجرام، لكن ليس من حيث الكم وإنما من حيث نوع الجريمة. ففي حين قد يرقى إجرام المرأة أو حتى يفوق إجرام الرجل في الجرائم ذات الطبيعة النسائية مثل الإجهاض وقتل المواليد. نجد أن إجرامها ينخفض في جرائم العنف وجرائم العرض [130]، ص 379.

وما يمكن قوله هو أن إجرام المرأة يقل كمّا ويختلف نوعاً عن إجرام الرجل، ومرجع ذلك حسب ما يفسره العلماء هو الاختلاف بين الجنسين من حيث التكوين الفيزيولوجي والنفسي، واختلاف الدور الاجتماعي الذي يلعبه كل منهما. ومن أهم هذه الظروف التي تؤثر على المرأة ولمرحلة طويلة من عمرها هي "الحيض" أو الطمث. حيث تعاني خلاله من توتر وقلق شديدين يرجعه معظم الأطباء إلى أسباب بيولوجية تتعلق بزيادة الهرمونات الجنسية التي تؤثر على المخ مما يؤدي إلى اضطرابات لدى المرأة [130]، ص379، [3]، ص37

أو إلى عوامل جينية أو نفسية واجتماعية تكون سبباً للتوتر الذي يظهر في صور مختلفة منها: العنف والسلوك العدواني الإجرامي [143]، ص14 وما بعدها.

إن جنحة الإهمال العائلي جريمة من الجرائم التي تقع داخل الأسرة، والتي نادراً ما يبلغ عنها خاصة وإن كان الفاعل هو المرأة حفاظاً على سمعة العائلة وأسرارها. وإن تمت المتابعة فمن الصعب جداً إثباتها. وهو الأمر الذي لاحظناه. إذ من النادر جداً ما نصادف حكماً قضائياً في هذا الصدد، وهذا لا يعني أن نسبة ارتكاب الجريمة من المرأة أقل من الرجل. بل لأنها تبقى خفية عن القضاء، حيث في أغلب الأحيان يقع بعد الإهمال الطلاق، أو أن الزوج يفضل الصفح عن زوجته حفاظاً على تماسك الأسرة، ويفوّت مصلحة أبنائه التي تقتضي الحفاظ على استقرارهم ونموهم النفسي. أما عن جرائم الإساءة للأبناء، فإن كان النص القانوني موجوداً ويحمي الأبناء من كل سوء معاملة مادية أو معنوية يقعون ضحيتها من الأبوين، فإن تطبيقه يبقى من الأمور المستحيلة، لصعوبة إثبات الجريمة من جهة، ولأن هذه الأعمال قد تأخذ طابع التأديب من جهة أخرى. أما من ناحية تحديد نسبة ارتكاب الزوجة للجريمة أو الزوج لها، فلم نجد إحصائيات تبين ذلك كون أنها من المواضيع التي يصعب الخوض فيها أو تحديدها لارتباطها باسم العائلة ومدى حرص أفرادها على الحفاظ عليه.

وما يمكن قوله بعدما تعرضنا لجريمة إهمال الزوجة للعائلة، بما فيها ترك الأسرة والإساءة للأبناء، هو أنه في ظل المتغيرات الاجتماعية والتطور المذهل الذي يعرفه العالم أصبح من الضروري الاعتناء أكثر بالأسرة وحمائتها من كل ما من شأنه زعزعة استقرارها واستمرار الحياة بداخلها. ولا يتسنى ذلك إلا من خلال تقوية الروابط والعلاقات الأسرية، التي تربط أفرادها بعضاً ببعض. بما فيها المودة والرحمة والتعاطف، وتنمية الشعور بالانتماء للأسرة والارتباط بها وبالمجتمع كونه الوسط الذي يحتك به الفرد بأشخاص آخرين غير الذين يشاركونهم الحياة الأسرية. ببادلهم الاحترام ويتصرف معهم بأسلوب سوي، الأمر الذي يحقق له الاستقرار النفسي والشعور بالإطمئنان والأمان. مما يحقق للأسرة استقرارها وتماسكها ويساعدها على القيام بالدور المنوط بها في المجتمع، والذي به يقوى هذا الأخير ويزدهر. لكن إذا ساءت العلاقات الأسرية، وكثر الشجار والصراعات العائلية، وأهمل الأبناء ماديًا ومعنويًا، وغاب العطف والحنان، تضعف العلاقات الأسرية وقد تتلاشى وتصبح حينها تعاني من التفكك

أو التصدع العاطفي[63]، ص25 الذي يعتبر نتيجة حتمية لجريمة الإهمال العائلي. التي تؤاخذ فيها المرأة أكثر من الرجل بسبب إغفالها أو تخليها عن دورها في الأسرة المتمثل في إحلال الدفء العائلي والاستقرار النفسي لأفرادها. وإذا تصدعت عاطفيا فلا يمكن بعدها أن يرجى من أبنائها خيرا، لأن ذلك سيكون سببا لانحرافهم وتنمية الحقد والكراهية في نفوسهم حتى ضد الوالدين. كما أن الأسرة ستصبح عاجزة عن القيام بالتربية والتوجيه والتهديب لهشاشة العلاقات بين أفرادها. ولأن الثقة والشعور بالأمان والانتماء لهذه الأخيرة غاب وحل محله الإحساس بالغربة، الذي قد يمتد حتى إلى المحيط الخارجي[144]، ص160 وما بعدها. وجريمة الإهمال العائلي عندما ترتكبها الزوجة بصورتها، يكون تأثيرها يكون أشد على الأبناء، مما يكون على الزوج، لأن هذا الأخير سيبحث عن البديل بالزواج من امرأة أخرى توفر له ما افتقده من مودة وحنان، ولن تكون سوى تجربة في حياته لا غير. لكن الأبناء سيجملون آثار الجريمة طوال حياتهم بل قد يكون ذلك سببا في عدم توازن شخصيتهم، أو ظاهرة العنف والشراسة عندهم أو حتى انحرافهم.

وإذا ما حاولنا معرفة ما إذا كانت العقوبة التي أقرها المشرع الجزائي لجريمة الإهمال العائلي بصورتها كافية لحماية الأسرة، فنقول: أنه بالنسبة لجريمة ترك الزوجة لبيت الزوجية، فإن العقوبة معقولة وكافية لتحقيق الاستقرار الأسري مقارنة بالسلوك المقترف، ولو أن المشرع التونسي كان أكثر تشدداً في التعامل مع الجريمة، ووفر بذلك حماية أكبر للأسرة.

أما عن جريمة الإساءة للأبناء فنقول: أن العقوبة لم ترق إلى الحد الذي تتحقق به الحماية الجنائية الكافية للأسرة مقارنة بما ذهب إليه القانون التونسي والفرنسي. إلا أن حماية الأسرة لا تنحصر في العقاب فحسب وإنما ترجع بالدرجة الأولى إلى أفرادها وتحديد الزوجين حيث يقع عليهما عبء حمايتها بتجنب كل السلوكات والتصرفات التي قد تزعزع استقرارها، وتركيز كل اهتماماتهم وطاقاتهم على التنشئة السلمية للأبناء، دون أن ننسى الدور الهام والفعال الذي قد تلعبه الدولة من خلال الاعتناء بالأسرة ماديا ومعنويا، وجعلها من بين الأولويات. ولو أنني أرى أنه بالنسبة لجريمة ترك بيت الزوجية أن العقوبة ليست هي الحل للحد من الجريمة، وضمانة لبقاء الأسرة واستمرار الحياة بداخلها، بل قد تكون سببا في تفككها لأنه لا يعقل أن تعود الزوجة التي حكم عليها بعقوبة سالبة للحرية، للعيش مع زوجها الذي تسبب في ذلك، بصورة طبيعية. وبهذا فإن العقوبة مهما ارتقت شدتها فلن تحقق الحماية اللازمة للأسرة لأنها ليست هي السبيل لذلك. ولنقتد بالشرعية الإسلامية التي لم تقرر للنشوز سوى إسقاط حق الناشز في النفقة. ولنا كذلك تجربة القانون الفرنسي الذي تخلى عن تجريم ترك بيت الزوجية. ولعل بهذا نكون قد وفرنا حماية أكبر لبقاء الأسرة متماسكة، وحافظنا عليها من التصدع.

1.2. جريمة الزنا

وبعد ما تعرضنا لجريمة الإهمال العائلي، نتناول بالدراسة جريمة الزنا التي تعتبر اعتداء على كيان الأسرة، وخرقا لقواعد القرآن، وخروجاً عن نظام الزواج الذي شرعه الله عز وجل، وجعله وسيلة شرعية للتناسل وإقامة أسرة سليمة متماسكة ومستقرة. بدليل قوله عز وجل: بعد بسم الله الرحمن الرحيم: (وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ) [1]، 21.

فالزواج هو الرباط الشرعي الذي يمتكّن كل من الرجل والمرأة من إشباع رغباتهم وغرائزهم، والعيش في مودة ورحمة وتآلف، والإنجاب حفاظاً على الأنساب، وحتى لا يكون الإنسان عبداً لشهواته ونزواته كالحيوان، وصونا له من الرذيلة والانحلال. فالزواج يصون الأسرة ويحفظ المجتمع، ويغرس في الإنسان روح المسؤولية والتخلق بالفضيلة. ويسمو بالعلاقات الأسرية فيجعلها بعيدة عن كل ما يمكن أن يزعزع استقرارها ووحدتها.

إن جريمة الزنا من أقدم الجرائم التي عرفت الإنسانية وأخطرها وأكثرها انتشاراً في الوسط الأسري، مقارنة بغيرها من الجرائم التي تقع داخل الأسرة. ولو أنها تبقى من الجرائم الواقعة في الخفاء التي لا يمكن إحصاؤها ولا الوقوف على واقعها الحقيقي، وأكثرها تأثيراً على الاستقرار العائلي. ولهذا جرمتها الأديان السماوية واعتبرتها التشريعات الوضعية فعلاً غير مشروع يستوجب العقاب لفاعله.

فالزنا لم يعرف إلا حين عرف الزواج [145]، ص02، [146]، ص261 و262، وهما مظهران لفعل واحد هو العلاقة الجنسية التي أحلها الله في الزواج وحرّمها واعتبرها فاحشة في الزنا. لما فيها من إخلال بواجب الإخلاص للزوج الآخر ومساس بحقوق الطفل في النسب، وانتهاك للأعراض ومنافاتها لمبادئ الأخلاق والقيم في المجتمع.

ولما كان الزواج هو الرباط الوثيق الذي تُبنى عليه الأسرة، والذي بموجبه يتعهد الزوجان الإخلاص لبعضهما، وتبادل المودة والإحسان والعمل على بناء أسرة متحابّة ومتماسكة، والتعفف والنتزه عن كل ما من شأنه المساس بعرضهما وشرفهما. فإن كل ما يخرج عن هذا الوثاق يعتبر رذيلة وخيانة تحطم الأسرة وتزرع الفساد في المجتمع.

ولقد اختلفت نظرة القوانين الوضعية للجريمة. فمنها من لم يعاقب عليها، والبعض الآخر ميز بين الزوج والزوجة من حيث شروط قيام الجريمة، مما يشكل خرقاً لمبدأ المساواة أمام القانون. وآخرون يحدسون الجريمة فيمن توفرت فيهم صفة الزوجية. بينما الشريعة الإسلامية جاءت بموقف عادل أظهر خطورة الجريمة، وجعل لها عقوبة متناسبة وجسامة الجرم. ذلك ما سوف نحاول تسليط الضوء عليه من خلال هذا الفصل الذي قسمناه إلى أربعة مباحث تناولنا فيها مايلي:

2.1. 1. تعريف الزنا قانونا وشرعا

كانت المجتمعات القديمة تنتظر إلى الزنا بأنها اعتداء على حق الزوج، لأن المرأة وقتها كانت تعتبر متاعا وملكا لهذا الأخير وتخضع لإرادته وطاعته. والجريمة إن وقعت من الزوجة فتعاقب عقابا شديدا قد يرقى إلى القتل أو الحرق والتشويه. بينما إذا ارتكبها الزوج فلا شيء عليه [147]، ص 204، 203 حيث كان يحق له للزوج عند اليونان -وبعد ظهور فكرة الانتقام التي جاء بها قانون أثينا-، أن يقتل من زنى بزوجه أو يفقأ عينيه أو يكويه بحديد ساخن. أما زوجته فكان يحق له بيعها، وتحاكم أمام المحاكم بعقوبات متعددة. كما كانت تحرم من الدخول إلى المعابد، وأن تظهر في التجمعات وتمنع من الحياة من جديد مع زوجها.

أما عند الرومان فكان الزوج يقتل زوجته كعقاب لفعلها. كما كان الأب يحاكم إبنته بحضور مجلس العائلة ويحكم عليها بالإعدام. وجاء "قانون جوليا" فأباح للأب قتل ابنته إذا ما وجدها متلبسة بجريمة الزنا، ولم يسمح للزوج بذلك [147]، ص 204، 205.

أما التشريعات الحديثة فلقد اختلفت في مواقفها من جريمة الزنا فيما ذهبت إليه، حيث أخذت ثلاثة اتجاهات: المتشدد في العقاب، تأثرا بالشريعة الإسلامية، والتي تعاقب على كل علاقة جنسية بين رجل وإمرأة سواء كان أحدهما محصنا أو غير محصن، ولم تفرق بينهما إلا من حيث الجزاء. فالمحصن يرحم حتى الموت وهو ما اتفق عليه جمهور المسلمين [145]، ص 04. وغير المحصن يجلد عملا بما جاء ذكره في القرآن الكريم بعد بسم الله الرحمن الرحيم: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) [148]، 02. والمبالغ في التسامح وهو حال التشريعات الأوروبية وغيرها من الدول التي لا تدين بالإسلام، أو التي تفصل الدين عن القانون. والتشريعات التي توسطت الاتجاهين، فلا تعاقب إلا على الفعل الذي يقع من شخص متزوج، أما إذا كان غير متزوج فلا تعاقب عليه باعتباره زنا ولكن قد يخضع لنصوص أخرى تحت وصف آخر كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري. الظاهر أن التشريعات العربية اقتبست مصطلح زنا من الشريعة الإسلامية التي تنتظر إلى الجريمة بنظرة أوسع وأعم نطاقا من موقف التشريعات الوضعية. ولهذا جاء تعريف الزنا متباينا ومختلفا بينهما، بل وحتى فيما بين التشريعات بعضها بعضا.

ولهذا سوف نتناول في المطلب الأول تعريف الزنا في بعض القوانين، ثم نتطرق في المطلب الثاني فيما بعد ذلك إلى تعريفه في الشريعة الإسلامية.

1.2.1.1. تعريف الزنا قانونا

إن معظم التشريعات لم تعرف الزنا ولكن نصت عليه وقررت له جزاء، كما فعل المشرع الجزائري في المادة 339 من قانون العقوبات التي جاء فيها: "يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا.

وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة.

ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته...". وهو كذلك حال التشريع المصري الذي نص على الجريمة في المواد 273 إلى 277 من قانون العقوبات [149]. والتشريع الأردني الذي خص الجريمة بالمواد من 282 إلى 284 من قانون العقوبات [60]، ص 280 والتشريع الليبي في مواده 399 و 400 من قانون العقوبات [150]، ص 63، 62 و 81. وتناولها المشرع المغربي تحت عنوان الخيانة الزوجية في المادة 491 من القانون الجنائي، وكذا المواد 492 و 493 [151]، ص 217. والتشريع الكويتي الذي جرم كذلك فعل الزنا بنصوص المواد من 195 إلى 197 من قانون الجزاء الكويتي سترجع إلى هذه النصوص عند دراسة الأحكام الموضوعية والإجرائية للجريمة والعقوبة المقررة لها. فالتشريعات غالبيتها لم تعن بتعريف الزنا تاركة ذلك للفقه ورجال القانون الذين عرفوه بصيغ مختلفة. فيعرف بأنه: "ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع امرأة برضاها حال قيام الزوجية فعلا أو حكما" [153]، ص 656. وبأنه "تدنيس فراش الزوجية وانتهاك حرمتها بتمام الوطء" [153]، ص 10. ويعرفه الدكتور مغيزل: "بأنه اتصال جنسي من قبل شخص متزوج بآخر غير زوجه" [154]، ص 193.

وهو كذلك تعريف للدكتور محمود نجيب حسني [155]، ص 456. وعرفها الدكتور محمد صبحي نجم أنه: "الوطء الطبيعي غير المشروع من رجل على أنثى غير متزوجة، أو متزوجة برضاها حال قيام الزوجية حقيقة أو حكما، أو حال انعدامها من الإثنين" [156]، ص 221. وفي تعريف آخر جاء فيه: "الزنا هو مواعدة رجل لأنثى مواعدة طبيعية برضاها الصحيح بصورة غير مشروعة" [157]، ص 363 وعرفه الدكتور أحمد نور: بأنه ارتكاب الوطء غير المشروع من شخص متزوج مع توفر القصد الجنائي مع امرأة أو رجل برضاها حال قيام الزوجية فعلا أو حكما [158]، ص 49. كما عرفه قانون العقوبات الليبي رقم 1973/70 حيث نصت في المادة الأولى منه على أن: "الزنا هو أن يأتي رجل امرأة فعل الجماع بغير أن تكون بينهما علاقة الزوجية المشروعة..." [158]، ص 50. ويعرف كذلك بأنه الوطء في غير ملك وحل [159]، ص 261. وبالرجوع لقانون العقوبات الجزائري فإننا نلاحظ أن المشرع قد أورد جريمة الزنا ضمن الجرائم الواقعة على الأسرة والآداب العامة وتحديدًا في القسم السادس المتعلق بانتهاك الآداب. مما يفيد أنه يعتبر جريمة الزنا من الجرائم الماسة بالآداب الواقعة داخل

الأسرة. إلا أنه كان من المستحسن أن يوردها تحت بند الجرائم الواقعة على الأسرة، لأن الأفعال المنافية للآداب يشترط لقيامها انعدام الرضا بالفعل العلني المخل بالحياء وهتك العرض والفعل المخل بالحياء ضد قاصر كما وردت في قانون العقوبات. بينما جريمة الزنا هي موقعة رجل لغير زوجته، أو ممارسة الزوجة علاقة جنسية مع غير زوجها برضاها الإثنين. وبهذا يكون المشرع قد أخذ بالمفهوم الضيق لجريمة الزنا، الذي يقتصر على خيانة الأمانة الزوجية الملقاة على عاتق الزوجين ولا تتعدى حدود الرابطة الزوجية الشرعية. حيث إذا خرجت عن نطاق الزواج زال عنها وصف الزنا وخضعت حينها لأوصاف أخرى حسب ما قرره القانون.

ويعرف الزنا باللغة الفرنسية بأنه: "ممارسة أحد الزوجين لعلاقة جنسية مع غير زوجه" [160],p19,[161],p16,[162],p295. ولقد أصبح المشرع الفرنسي منذ سنة 1975 يعتبر الزنا الذي كان جريمة معاقبا عليه، مجرد خطأ مدني يستوجب الطلاق والتعويض طبقا لنص المادة 212 من القانون المدني الفرنسي. وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي، وحتى سنة 1975 كان يميز بين الطفل المولود من علاقة زنا، ويعتبره طفلا طبيعيا، والطفل الشرعي. إلا أنه حذف كل مفهوم لطفل الزنا في القانون المدني الصادر بموجب الأمر المؤرخ في 04 جويلية 2005 [163]، [159]، ص261، [164]، ص14 و 15. وإذا أردنا الرجوع إلى الوراء قليلا لمعرفة موقف المشرع الفرنسي من جريمة الزنا فنقول: كان الزنا معاقبا عليه في القانون الفرنسي القديم، الذي كان يميز في تجريمه ووجوب العقاب عليه بين الزوج والزوجة. فكان يعاقب الزوجة الزانية أينما ارتكبت جريمتها. بينما الزوج لم يكن يعاقبه إلا إذا ارتكب الجريمة في بيت الزوجية. كما كان يستفيد من عذر التخفيف من العقوبة إذا قتل زوجته وشريكها حال تلبسها بالجريمة. بينما لم تستفد هذه الأخيرة من هذا العذر. وتفسير ذلك التشديد والتمييز مرده إلى أن زنا هذه الأخيرة ينجم عنه اختلاط الأنساب، وفعلها يتعدى الأسرة، ويمس المجتمع بكامله [195]، ص93 و 94.

لكنه مع التطور الذي شهده العالم، والمجتمع الفرنسي تحديدا، وتطور مفهوم الأخلاق فيه وظهور الحركات المناهضة بالتححر الجنسي، من حركات نسوية ومدافعين عن الحرية الجنسية، مطالبين بإلغاء هذا القانون لعدم ارتكازه على أسس قانونية وموضوعية. وهكذا أصدر المشرع الفرنسي قانونا بتاريخ 1975/07/11 وألغى بموجبه تجريم الزنا.

ومن خلال التعريفات المختلفة التي أوردناها يمكن أن نقول بأن جريمة الزنا هي تدنيس فراش الزوجية باتصال جنسي عن رضا، مع غير الزوج الشرعي يجرمه القانون ويقرر له جزاء.

1.2.2. تعريف الزنا شرعا

لقد حرمت الشرائع السماوية جريمة الزنا واعتبرته فاحشة وكبيرة من الكبائر. فنصت المسيحية على معاقبة الزوج سواء كان فاعلا أو شريكا، وأعطت للزوجة حق الطلاق إذا اتخذ فعله شكل معاشرة خليلته في بيت الزوجية [63]، 262، [165]، ص 21 وما بعدها، لما في ذلك من مساس بالزواج، الذي اعتبرته رابطة مقدسة وأبدية. وخرقا للأمانة والإخلاص الناجم عنه.

وحرمته الديانة اليهودية وأقرت له عقوبة الرجم سواء وقع من الزوج أو الزوجة، وحتى إن وقع من المخطوبين [165]، ص 184. وحرمته الشريعة الإسلامية ونهت عنه بدليل قوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا الزَّانِيَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا) [167]، 32. ولقد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية من مذهب الحنفية بأنه: "وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبه الملك..." [167]، ص 33. وعرفه الشافعية بأنه: "تغيب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين، من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما، ولا شبهة" [168]، ص 223، [169]، ص 287. ويذهب معظم الشافعية إلى عدم اعتبار اللواط زنا، محتجين بعدة وجوه هي:

- إن العرف لا يعتبر اللواط زنا.
- لو حلف إنسان أنه لا يزني فلاط لا يكون حائثا.
- أن الصحابة اختلفوا في حكم اللواط وكانوا على علم تام باللغة. فلو سمي زنا لا كنفوا بنص الكتاب في حد الزنا عن الاختلاف والاجتهاد [157]، ص 66.

وعرف الحنابلة الزنا بأنه: "من وطأ امرأة في قبلها أو دبرها وطأ حراما لا شبهة فيه" [171]، ص 151. ويجمع أهل العلم من الحنابلة أن وطء امرأة في قبلها حرام لا شبهة له في وطئها، والوطء في الدبر مثله في كونه زنا [202]، ص 301. أما المالكية فعرفوه بأنه: "تغيب الحشفة أو قدرها ولو بحائل خفيف فرج أدمي قبل أو دبرا" [171]، ص 229. وعرفه الظاهرية بأنه: "وطء من لا يحل النظر إلى مجردها مع العلم بالتحريم، أو هو وطء محرمة العين" [14]، ص 26. وجاء عن الإباضية أن الواطئ للبهيمة والواطئ للذكر في دبره والواطئ للمرأة في فرجها أو دبرها، يسمى زانيا وعليه ما على الزاني بظاهر الأدلة [14]، ص 66.

وعرفه الزيدية بأنه إيلاج فرج في فرج حي محرم من قبل أو دبر بلا شبهة [172]، ص 178. وعرفه فقهاء الشيعة الإمامية: "بأنه وطء المرأة في الفرج من غير عقد شرعي، ولا شبهة عقد، مع العلم بذلك أو غلبة الظن" [157]، ص 67.

ومن خلال التعريفات المختلفة يظهر اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الزنا. حيث ذهب فريق منهم الإمام مالك والشافعي وأحمد بن حنبل والإباضية، إلى اعتبار الوطء في الدبر زنا سواء كان أنثى أو رجلاً [15]، ص 151، [173]، ص 359.

بينما اعتبر الحنفية والشيعة الإمامية، وأغلب الشافعية أن الزنا هو إتيان امرأة محرمة من قبل، مستدلين على ذلك بأن الإتيان في الدبر يسمى لواط، والإتيان في القبل زنا [157]، ص 67 و 68، [173]، ص 359 و 360 بينما ذهبت التشريعات الوضعية – خاصة تلك التي توسطت الاتجاهين المتشدد والمتسامح- إلى حصر الجريمة في نطاق رابطة الزوجية، واعتبرتها إخلالاً بواجب الوفاء والإخلاص المترتب عن عقد الزواج. ولم توضح إن كان السلوك الجنسي غير الشرعي من قبل أو دبر، بل اكتفت بالوطء خارج العلاقة الزوجية، ماعدا التشريع اليمني والذي لم يشترط الإحصان في القائم بالجريمة [156]، ص 361. وكذا التشريع الأردني الذي يعاقب على جريمة زنا المرأة حتى وإن لم تكن محصنة طبقاً للمادة 282 من قانون العقوبات الأردني، ويعاقب على العلاقة الجنسية التي تقع بين الخطيبين قبل الزواج، باعتبار الزنا علاقة جنسية محرمة بين ذكر وأنثى [146]، ص 272. ما يفيد أن الزواج ليس شرطاً لقيام الجريمة وتوقيع الجزاء.

1.2.2. الأحكام الموضوعية لجريمة الزنا

بما أن دراستنا تنصب على جرائم المرأة الواقعة على الأسرة، فسوف ندرس جريمة الزنا المقترفة من المرأة، ونحاول أن نبين أركانها في القانون الجزائري وفي بعض التشريعات وكذا في الشريعة الإسلامية. مما لا خلاف فيه سواء بالنسبة للشريعة الإسلامية أو بالنسبة للتشريعات الوضعية هو: الوطء والمتمثل في السلوك الإجرامي الذي يأتيه الجناة، وهما الرجل والمرأة والذان يعتبران مساهمان ضروريان لقيام الجريمة. أي أن الجريمة لا يمكن أن يرتكبها واحد منهم فقط. بل لا بد من الاثنين حتى يكتمل النموذج التشريعي للجريمة. إلا أنه بالنسبة لهذه النقطة التي تمثل الركن المفترض في الجريمة والمتمثل في قيام علاقة الزوجية. تعتبر موضوع اختلاف فيما بين التشريعات الوضعية، التي سايرت الشريعة الإسلامية، وبين تلك التي حصرت الجريمة في نطاق العلاقة الزوجية.

وحتى نقف على عناصر الجريمة التي بينتها بعض القوانين العربية وكذا الشريعة الإسلامية، والتي باكتمالها يستوجب الفعل العقاب. فسوف نخصص المطلب الأول من هذا المبحث لدراسة الركن المادي لجريمة الزنا، والمطلب الثاني نتناول فيه الركن المعنوي والمتمثل في القصد الجنائي، الذي يظهر واضحاً في الجريمة، وبانعدامه يخرج الفعل عن الإطار التشريعي ويأخذ وصفاً آخر، تسري عليه نصوص تشريعية أخرى مثل جريمة الاغتصاب.

1.2.2.1. الركن المادي لجريمة الزنا

تنص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا..."، وانطلاقاً من النص القانوني يمكن أن نقول بأنه لا تقوم جريمة الزنا إلا إذا توفر شرطان اثنان هما: رابطة الزوجية والعلاقة الجنسية غير المشروعة أو الوطء.

1.2.2.1. قيام رابطة زوجية شرعية

يشترط لقيام الجريمة أن تكون المرأة محصنة، أي مرتبطة برجل بعقد زواج شرعي، وأن تحدث الجريمة في الفترة التي تكون فيها متزوجة. أي يخرج عن نطاق التجريم العلاقة الجنسية التي قد تجمعها بخطيبها، ولا تلك التي تقوم بها بعد طلاق غير رجعي أو بعد عدة الطلاق، لأن الطلاق الرجعي لا يزول به ملك الاستمتاع الثابت بالزواج، إلا بعد انتهاء عدة المطلقة [174]، ص 235، [155]، ص 98، [175]، ص 423. فإذا زنت المرأة المطلقة قبل انتهاء عدتها فتعتبر آثمة وتساءل عن جريمة الزنا. كما لا تساءل المرأة المتوفى زوجها إذا اتصلت برجل آخر أثناء عدتها، لأن فعلها يعد زنا. وإذا دفعت أمام المحكمة بأن الزواج فاسد أو باطل، أو بانعدام رابطة الزوجية، وجب على الجهة النازرة في الدعوى إيقاف الفصل فيها، حتى ينظر قاضي الأحوال الشخصية في هذه المسألة العارضة للتحقق من قيام الزواج وصحته من عدمه. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في الطعن الجنائي رقم 1007 سنة 21 ق جلسة 1953/02/03... "أن الحكم ببطالان زواج المتهم بالزنا من زوجها قبل رفع الدعوى مانع من قبول دعوى الزنا.." [155]، ص 77 والمطلقة طلاقاً بانناً لا تسأل عن جريمة الزنا إذا ارتكبتها ولو بوقت قصير بعد طلاقها أو وفاة زوجها، ولو كانت لا تعلم بعد بوفاته [155]، ص 465، [27]، ص 68 و 69، [176]، ص 236.

إلا أن هذا الرأي قد أُنقِد لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية، التي تقتضي أن تعدد المطلقة أو المتوفى عليها زوجها، بالرغم من زوال حل الاستمتاع، وحرَم عليها أن ترتبط بعقد زواج في هذه الفترة. وعلى هذا استقر قضاء المجلس حيث جاء في القرار الصادر بتاريخ 2 أكتوبر 1984 تحت عدد 7471 في الملف الجنائي عدد 14109 أنه: "تظل المطلقة أثناء فترة العدة في حكم الزوجة ولهذا تكون المحكمة على صواب لما أدانت الطاعنة من أجل جريمة الخيانة الزوجية التي اعترفت باقترافها أثناء فترة عدتها من الطلاق..." [177]، ص 74 وحرَم عليها كقاعدة عامة كل علاقة جنسية بدون زواج، وذلك تقادياً لاختلاط الأنساب وحماية للأسرة [27]، ص 69.

وإثبات عقد الزواج يتم بمستخرج من سجل الحالة المدنية الخاصة بعقود الزواج ، إذا كان العقد مسجلاً بالحالة المدنية أو أبرم أمام موثق. وفي هذا الباب قضت المحكمة الابتدائية "بسطات" "المغرب" في جنحة الخيانة الزوجية ملف تلبسي عدد 1659 . 85 بعدم قبول النسخة التي قدمتها زوجة المتهم بالزنا للتنازل عن شكواها، واعتبرتها غير كافية لإثبات علاقة الزوجية لأنها غير مصادق عليها. وعقّب الأستاذ غفلي محمد قاضي بالمحكمة الابتدائية لابن جرير "المغرب"، بأن المحكمة ليس لها الحق في أن تثير هذه النقطة من تلقاء نفسها لأنها ليست من النظام العام، ولأنها لم تثر من أحد الأطراف[178]، ص56. كما يمكن إثبات الزواج بحكم قضائي صادر عن قاضي الأحوال الشخصية أو أمر صادر عن رئيس المحكمة عندما يتعلق الأمر بزواج عرفي. وبعد التأكد من توافر أركانه وشروطه، وبناء على طلب الزوجين أو أحدهما أو بطلب من النيابة العامة، تقوم هذه الأخيرة بإرسال نسخة من الحكم أو الأمر إلى ضابط الحالة المدنية تأمره فيها بتسجيله. إلا أن هناك بعض التشريعات التي تعتبر رابطة الزوجية قائمة بزواج عرفي مستوف لكل الشروط وأركان صحته، ويترتب عنه كل حقوق وواجبات الزوجين، بما فيها واجب الأمانة والإخلاص، وعلى الزوج المضروب أن يثبت قيام رابطة الزوجية بكل الوسائل لإثبات الزواج العرفي، من شهود ودليل كتابي أو إقرار إن وجد[27]، ص72، [157]، ص74، [145]، ص18.

كما لا يشترط دخول الزوج بزوجه لقيام جريمة الزنا متى كان عقد زواجهما صحيحاً، فيكفي قيام رابطة الزوجية، ولو لم ينعقد الزواج أو يعلن عنه بمراسيم زفاف لمعاقبة الزوجة التي تخون زوجها، أو تتصل جنسياً بغير زوجها. فعقد الزواج الصحيح هو مصدر الالتزام بالأمانة الزوجية ومنه فلا تقوم جريمة الزنا قبل قيام هذه الرابطة شرعاً وقانوناً أو حتى أثناء فترة الخطوبة[172]، ص186. وفيما يخص هذا الشرط الأول من شروط قيام جريمة الزنا، فمتفق عليه من معظم - إن لم نقل - كل التشريعات العربية، ما عدا تلك التي أخذت بالمفهوم الواسع لجريمة الزنا حسب ما جاء في الشريعة الإسلامية، وأخذت بمعيار الوطء المحرم بغض النظر عن علاقة الزوجية المفترضة في الجاني. كما فعل المشرع الأردني في جريمة زنا المرأة في المادة 282 من قانون العقوبات الأردني التي جاء فيها: "تعاقب المرأة الزانية برضاها وشريكها بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين..."[146]، ص270، [179]. حيث لم يشترط لقيام الجريمة أن تكون المرأة متزوجة، فقد تكون بكراً أو مطلقة أو متوفى زوجها أو مخطوبة. أما إذا زنت المتزوجة، فإن المشرع الأردني شأنه شأن التشريعات الأخرى، يشترط لقيام الجريمة وجود رابطة الزوجية بالإضافة إلى السلوك المجرم والمتمثل في العلاقة الجنسية. وهو موقف المشرع المصري فيما نص عليه في المادة 274 من قانون العقوبات[149] التي جاء فيها: "المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين...". وكذا المشرع الكويتي فيما جاء به في النص التشريعي 195 من قانون الجزاء الكويتي[180]، ص288 مايلي: "كل شخص

متزوج - رجلا أو امرأة، اتصل جنسيا بغير زوجه، وهو راض بذلك، وضبط متلبسا بالجريمة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة لا تتجاوز خمس آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين." كما هو موقف المشرع الليبي الذي اشترط قيام الزوجية لإمكان متابعة الزوجة بجريمة الزنا[150]، ص28 و 29، [157]، ص89. وهو ما ذهب إليه المشرع المغربي في الفصل 491 من القانون الجنائي[62]، [151]، ص217 التي نصها كالتالي: "يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية...".

وللمشرع المغربي موقف واضح وموَّق حين نص على العلاقة الجنسية خارج الزواج في الفصل 490 وعاقب على كل واقعة رجل لإمرأة غير مرتبطين بعقد زواج ووصفها بجريمة الفساد. أما عن كون الشريك في جريمة الزنا -والتي أسماها بجريمة الخيانة الزوجية- غير متزوج، فإنه لا يخضع للفصل 490 المتعلق بجريمة الفساد. وإنما لنص المادة 491 كونه شريكا للزوج المرتكب لجريمة الخيانة الزوجية، وهذا ما يمكن استنتاجه بالرجوع لنص المادة 492 في فقرتها الأخيرة التي جاء فيها: "ولا يستفيد مشارك الزوجة ولا مشاركة الزوج مطلقا من هذا التنازل"[178]، ص63 وما بعدها، ويقصد بالتنازل سحب الزوج الشاكي لشكواه.

ولم يخرج المشرع التونسي عن نطاق ما ذهبت إليه معظم القوانين الجزائرية التي مرت معنا حيث نص في الفصل 236 من المجلة الجزائية على جريمة الزنا ولم يعرفها، وجاء نصه كالاتي: "زنا الزوج والزوجة يعاقب عنه..." مما يفيد أنه حصر الجريمة في من توفرت فيه صفة الزوجية. أما بالنسبة لبعض المذاهب المسيحية والتي تأخذ بنظام الانفصال الجسماني، فيعد مرتكبا لجريمة الزنا أحد الزوجين الذي يأتي الجريمة أثناء فترة الانفصال الجسماني[27]، ص67. ولو أن التشريعات الغربية حاليا ومعظمها لا يعتبر الزنا جريمة، عملا بما أوصى به المؤتمر الدولي التاسع لقانون العقوبات المنعقد بلاهاي سنة 1964[27]، ص66.

وهكذا يمكن أن نقول بأن التشريعات العربية التي تعتبر الزنا جريمة، فإنها تعتد بالعلاقة الزوجية وتعتبرها شرطا مفترضا لقيام الجريمة، وحتى بالنسبة لتلك التي تأخذ بمعيار العلاقة الجنسية غير الشرعية سواء قامت بها المرأة المتزوجة أو غير المتزوجة، فإنها بالنسبة لزنا المرأة المحصنة تشترط قيام رابطة زوجية شرعية. ومن هنا نقول بأن المشرع الجزائري يتفق وباقي التشريعات العربية على هذه المسألة. لكن ما القول عن العلاقة الجنسية غير الشرعية بين شخصين بالغين غير متزوجين وبرضاها؟ الواضح أن المشرع لا يعاقب عليها، ولا يوجد من ضمن نصوص قانون العقوبات ما يشير إلى اعتبار الفعل جريمة، حيث يعتبر من قبيل الحريات الفردية.

بخلاف المشرع المغربي الذي تناول هذه المسألة ونص عليها في نص عليها بالفصل 490 من القانون الجنائي المغربي حفاظا على المجتمع من الفساد.

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية، فهو صريح وواضح، إذ تعتبر الزنا جريمة سواء وقعت بين شخصين متزوجين أو غير متزوجين، ولا تميز بينهما إلا من حيث العقوبة [147]، ص 211 وما بعدها. ولقد استنتجنا ذلك من خلال التعريفات التي أوردناها وسبقت معنا ومن الآيات القرآنية وما جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم.

1.2.2.1. العلاقة الجنسية غير المشروعة

أو الوطء غير المشروع: ويقصد بها تلك العلاقة الجنسية التي تربط الزوجة بغير زوجها، التي تمثل السلوك الإجرامي، ويتحقق بها الركن المادي للجريمة. التي يشترط فيها الرضا، حيث إذا افتقد هذا العنصر زالت عن الفعل صفة التجريم، وأصبح يشكل جريمة أخرى تتمثل في جريمة الاغتصاب. والرضا يجب أن يكون مما يعتد به القانون. فإذا كانت الزوجة التي اتصل بها الفاعل جنسيا مجنونة أو سكرانة أو نائمة مغناطيسيا، أو حتى كان نوما طبيعيا، أو اعتقدت أنه زوجها، فلا تسأل. لا لعدم قيام السلوك، بل لأن الرضا لا وجود له. كما أن القصد الجنائي منعدم [154]، ص 462، [180]، ص 24 و 25، وتعتبر ضحية اغتصاب، ولا يمكن أن تسأل عن جريمة الزنا. أما الفاعل فلا يتابع كشريك في الزنا ولكن كفاعل في جريمة الاغتصاب. وإذا كان مجنونا وقت إتيان السلوك فلا يمكن أن يتابع لا بالنسبة للزنا ولا للاغتصاب. وإذا كانت الزانية لم تبلغ الثامنة عشرة من عمرها، ورضيت بالعلاقة الجنسية، فإنها تسأل عن الجريمة [154]، ص 463، ويسأل شريكها عن هتك العرض دون عنف بوصفه فاعلا لا شريكا في جريمة الزنا. وهو ما جاءت به المادة 269 من قانون العقوبات المصري التي جاء فيها: "كل هتك عرض صبي أو صبية لم يبلغ سن كل منهما ثماني عشرة سنة كاملة بغير قوة أو تهديد يعاقب بالحبس...". أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلقد تناول هذه المسألة في الفقرة الثالثة من المادة 335 من قانون العقوبات، التي حددت سن القاصر بستة عشرة سنة. ومنه إذا رضيت بالعلاقة فإنها تتابع بصدد جريمة الزنا، ويتابع شريكها عن جريمة هتك العرض المقررة لها عقوبة ما بين عشرة إلى عشرين سنة.

وتتفق كل التشريعات التي تجرم الزنا على أن الوطء هو الاتصال الجنسي الطبيعي بين رجل وإمرأة. ومعناه أن يأتي الرجل المرأة من فرجها بعضو ذكوره، ولا يهم بعد ذلك إن كان الإيلاج كلياً أو جزئياً [145]، ص 16، [146]، ص 275، [176]، ص 12 و 13 ولو لم يحصل الإنماء. ولا يدخل في نطاق السلوك الإجرامي الخلو برجل غير الزوج الشرعي، أو الأفعال المخلة بالحياء [173]، ص 234، [59]، ص 125 أو اللواط والمساخنة [181]، ص 24، أي أفعال الشذوذ الجنسي المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري. ولا يعتبر زناً الملامسات والقبلات والضم [115]، ص 148 و 149، [150]،

ص30 و 31، [172]، ص183. إلا أن الأعمال السابقة على الزنا، قد تؤخذ كقرينة على قيام الجريمة، بالرغم من عدم تحقق الشرط الأساسي والهام وهو العلاقة الجنسية. ووجود الزوجة في وضع لا يدع أدنى شك في أن الزنا قد وقع أو واقع لا محال، أو وجود شريكها في وضعية قوية الدلالة على قيام الزنا، كاحتضانه لشريكته وهما عاريان، فهي قرينة على الزنا وإن كانت حقيقة لا تعتبر زنا[176]، ص12 و13.

وتستند هذه المسألة إلى قناعة القاضي المبنية على الوقائع القوية الدلالة على وقوع الاتصال الجنسي. وتقوم الجريمة ولو كان فعل الواقعة صادر عن طفل أو صبي، أو كان رجلاً لا قدرة له على الإنجاب، أو كانت المرأة عقيماً أو بلغت سن اليأس [157]، ص 81، [159]، ص 265. ولا تأثير لوجود الحمل، أو أن تحمل المرأة من العلاقة في قيام أو انعدام الجريمة. فوقع الوطء برضا الزوجة الزانية كاف لمتابعتها هي وشريكها، بغض النظر عن هذه الأمور. وغرض المشرع واضح يتمثل في حماية رابطة الزوجية وحماية الأسرة ولا يهمله اختلاط الأنساب. ولو أن الشريعة الإسلامية جاءت نظرتها أوسع وأشمل لجريمة الزنا، مقاصده بذلك حماية الأنساب من الاختلاط، وحماية المجتمع من الفساد. ذلك أنها لم تحصر الجريمة في الفعل الواقع انتهاكاً للحرمة والثقة الزوجية، بل شملت حتى العلاقات خارج الزواج، واعتبرت الوطء الذي يقع من غير محصن على غير محصنة زناً.

وإن ضبظت الزوجة قبل القيام بالجريمة، لكن كانت بصدد القيام بها، فلا يمكن القول بأنها في حالة شروع في ارتكاب الجريمة ما دام الوطء شرطاً أساسياً لقيامها حيث لا يمكن تصورهما إلا تامةً [157]، ص 80 ولو أنه يمكن أن نتصور الشروع فيها ومثاله أن تكون في وضعية التحام لم يبق بينها وبين تحقق النتيجة وهي الإيلاج إلا فترة قصيرة من الزمن. إذن الشروع ممكن جداً في الجريمة لكن معظم التشريعات لا تعاقب عليه [191]، ص 31، [174]، ص 234، [191]، ص 31، [174]، ص 234، [191]، ص 31، [174]، ص 234، [191]، ص 31، [174]، ص 234، [191]، ص 31، [174]، ص 234، [190]، ص 31، [174]، ص 234، [191]، ص 31، [174]، ص 234، [150]، ص 33. وهذا لا يعني أنه إذا وجدت الزوجة في وضع مريب لا يدع أدنى شك لدى القاضي في أن الجريمة وقعت، سوف تفلت من العقاب، بل يؤخذ الوضع كقرينة قاطعة لقيام الجريمة وتساءل عنها هي وشريكها. وبما أن المشرع الجزائري لا يعاقب على المحاولة في الجنحة إلا بناء على نص صريح فلا مجال للحديث عن الشروع في جريمة الزنا.

وهناك نقطة في غاية الأهمية يمكن إثارتها وتتمثل في السؤال التالي: - هل تعتبر المرأة التي ترضى بتلقيحها اصطناعيا دون علم زوجها مرتكبة لجريمة الزنا؟ وللإجابة على هذا السؤال لا بد من الرجوع إلى النصوص التشريعية وغرض المشرع من وضعها، وموقف الشريعة الإسلامية منها.

بالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات لا نجد ما يفيد أو يبين هذا الأمر، فالجريمة تقتضي قيام رابطة الزوجية بالإضافة إلى وقوع فعل الواقعة الجنسية من رجل غير الزوج ولم تشترط الإمضاء. فيكفي أن يتم الإيلاج ولو لفترة قصيرة جدا. ومن هذا المنطلق لا يمكن اعتبار الفعل زنا، وإن كان من الممكن أن يتخذ وصفا آخر وفق ما تنظمه نصوص أخرى. وإن رجعنا إلى قانون الأسرة وبالتحديد إلى المادة 45 مكرر، نجد أن المشرع قد نظمته نصوص أخرى. حيث لم يسمح به إلا إذا كان برضا الزوجين وبمضي الزوج وبوحيضة الزوجة. مما يفيد أن ما ورد في السؤال لا يصلح ليكون من قبيل التلقيح الاصطناعي المسموح به، ويبقى تصرف غير شرعي بما أنه جاء مخالفا لنصوص القانون. ومن أجل هذا لا بد للمشرع أن يتدخل بنصوص واضحة تمنع مثل هذه الاستعمالات وتجرمها. أما فيما يخص الشريعة الإسلامية فمعظم فقهاء المستحدثين يرون في ذلك فاحشة، ويعتبرونه يلتقي مع الزنا في إطار واحد [184]، ص 327 و 328، [185]، ص 39، [186]، ص 223

وللإشارة فإن معظم التشريعات العربية ميزت بين جريمة زنا الزوج وجريمة زنا الزوجة، من حيث شروط قيامها ومن حيث العقوبة المقررة لها، فنجد التشريع العراقي في المادة 337 من قانون العقوبات العراقي [27]، ص 87، وكذا قانون العقوبات المصري في مادته 277، والقانون السوري في المادة 474 من قانون العقوبات، واللبناني في المادة 488 من قانون العقوبات [153]، ص 193 وما بعدها. إذ يشترط لقيام الجريمة ووجوب الجزاء أن يرتكب الزوج الجريمة في بيت الزوجية مع امرأة غير زوجته الشرعية، بينما يكفي أن تتصل الزوجة جنسيا برجل غير زوجها لقيام جريمة الزنا سواء كان ذلك في بيتها أو في أي مكان غيره.

وتجدر الإشارة إلى أن حصر معظم التشريعات العربية، بما فيها قانون العقوبات الجزائري جريمة الزنا في إتيان المرأة من الطريق الطبيعي للعلاقات الجنسية، قد أثار إشكالات فيما يخص العلاقة التي تؤتى بها من دبر أو اللواط، حيث لا يكون هذا السلوك جريمة الزنا، وإن كان من الممكن أن تقوم جريمة أخرى إذا توافرت أركانها كجريمة الشذوذ الجنسي، أو الفعل المخل بالحياء [172]، ص 182 و 183 كما يرى بعض رجال القانون [158]، ص 265 أن إتيان المرأة من الخلف ليس حقا لزوجها وبالتالي فليس لهذا الأخير أن يعتبر وقوع هذا الفعل اعتداء على حقه. ويضفون بأن هذا الفعل ليس من شأنه إخصاب المرأة. ويترتب على هذا الرأي أن إتيان المرأة من رجل غير زوجها من الخلف لا يعد زنا. وهو أمر خطير، ولا بد أن تنتفضن إليه التشريعات، وتعيد صياغة نصوصها الخاصة بالزنا في هذا الباب حتى تزيل اللبس عنها، ما دامت تستهدف بتجريم السلوك حماية الأسرة وصيانتها وحماية حقوق الزوج بما فيها حق الإخلاص والوفاء لهذا الأخير. وهكذا تتحقق جريمة الزنا بأي فعل يعد إتيانه انتهاكا لحرمة العلاقة الزوجية سواء كان علاقة جنسية، أو مجرد ملامسات للعورة. وهو ما ينادي به بعض رجال القانون [187]، ص 17 و 18، والذي به يزاح اللبس عن الجريمة، ويضع حدا لكل جدل أو نقاش

قد يثار بالنسبة لمسألة الوطء. لأن الخيانة الزوجية تشمل كل الأفعال التي تتم بين الزوجين من علاقات جنسية وما دونها من أفعال لا يسوغ للمرأة القيام بها إلا مع من أحل الله لها.

1.2.2.3. الأحكام الموضوعية لجريمة الزنا في الشريعة الإسلامية

يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الزنا هو الوطء المحرم المتعمد، ولو أنهم اختلفوا في تعريفه [169]، ص 288. ومنه فيمكن استنتاج أركان جريمة الزنا المتمثلة في الوطء المحرم. والقصد الجنائي أي تعمد ارتكاب الفاحشة.

1.2.2.3.1. الوطء المحرم

ما تجدر الإشارة إليه أنه لا بد من أن نفرق بين الوطء المحرم الذي يعتبر زنا يستوجب إقامة الحد فيه. وبين الوطء المحرم الذي يأتيه الزوج لزوجته أثناء النفاس أو المحيض أو هي و صائمة، والذي نهى عنه القرآن الكريم بدليل ما جاء فيه: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى فَأَعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ التَّوَّابِينَ وَيُحِبُّ الْمُتَطَهِّرِينَ) [187]، 222 وقوله تعالى: (أَحَلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُمُوا الصَّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَقْرَبُوهَا كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ) [188]، 187.

والوطء المحرم الذي يندرج تحت جريمة الزنا هو ذلك الذي يأتيه الذكر في غير ملك. ويتحقق عندما تغيب الحشفة في فرج المرأة، ويعتبر زنا ولو كان هناك حائل بين الذكر والفرج ما دام هذا الحائل لا يمنع الحس واللذة. [170]، ص 151، [171]، ص 229 ومن شروطه: أن يكون في القبل. - أن تكون الموطوءة حية. فإن وقع على ميتة فلا يعتبر زنا عند الشافعي وأحمد [147]، ص 216. ويقولون بوجوب التعزير فيه وبهذا الرأي تأخذ الشيعة والزيدية [169]، ص 292.

وهناك رأي ثاني في مذهب الشافعية والحنابلة، ويقول بأنه زنا يستوجب الحد. بل أنه أعظم لأنه انتهاك لحرمة الميت [170]، ص 150. وهو رأي مالك سواء وقع ذلك في القبل أو الدبر. ويرى أنه من أتى زوجته وهي ميتة فلا حد عليه.

- أن يكون الواطئ بالغاً عاقلاً: لا يحد الصغير أو المجنون، على أن الصغير المميز يعزّر [169]، ص 294، [173]، ص 384 أما المزني بها فلا تسقط العقوبة عنها حسب رأي الشافعية والظاهرية والزيدية.

ويرى مالك وأبو حنيفة وهو رأي لأحمد: أنها تُحدّ إذا طأعت مجنونا، ولا تحد إذا زنا بها صبي، ورأي ثاني لأحمد يرى أنها لا تحد [169]، ص 294، وإنما عليها التعزير.

- أن لا تكون الموطوءة صغيرة أو مجنونة: يتفق الفقهاء على أن وطء المجنونة زنا يحد عليه الزاني، لأن رفع التكليف على الموطوءة لا يستدعي رفعه على الجاني [147]، ص 218.

بينما بالنسبة لوطء الصغيرة، فلقد اختلفوا في اعتباره زنا يستوجب الحد. فيرى مذهب الزيدية والشافعية والظاهرية بأنه زنا يحد عليه [169]، ص 295. وهو رأي لمذهب أحمد. أما مالك فيخالفهم الرأي و يرى بأن مثل الصغيرة لا يجمع، فإن أمكن ذلك فإنه يحد. وهو رأي أبو حنيفة الذي يرى أنه إذا أمكن وطؤها يحد لأن فعله زنا [147]، ص 218. وهو رأي لمذهب أحمد الذي يفرق أصحابه بين ما إذا كانت الصغيرة صالحة للوطء، فيحد من زنا بها، وإذا لم تكن صالحة لذلك فلا يحد وعليه التعزير. ويحدّون سنّ الصغيرة التي لا يحد بها بستة سنوات [170]، ص 252.

- خلو الوطء من الشبهة: لا خلاف بين الفقهاء بأن الوطء بشبهة لا حد فيه، ولكن يستوجب تعزيرا [147]، ص 219. بينما اختلفوا في تحديد ما يعتبر شبهة. فاهتم الحنفية والشافعية بتقسيمها وتنوعها، بينما اكتفى غيرهم بإيرادها لعدم إمكانية حصرها [169]، ص 296. ولقد اختلف الفقهاء فيما يخص العقوبة المقررة للوطء بالرغم من اعتباره زنا، ووجوب الحد فيه، أو سقوطه لوجود شبهة فيما يلي:

- وطء المحارم: يرى مالك والشافعي وأحمد والزيدية والظاهرية، بأنه واجب للحد. ويرى أبو حنيفة أنه من تزوج بإحدى محارمه لا يحد ولو كان عالما بأنها محرمة عليه ويعاقب تعزيرا، لوجود شبهة وهي عقد النكاح. لكن رد عليه بأن العقد غير صحيح وباطل، وأن علمه بالتحريم يلزمه الحد.

- الوطء في نكاح باطل: كنكاح متزوجة أو معتدة أو المطلقة ثلاثا قبل أن تتكح زوجا آخر، أو نكاح خامسة، إن وقع فيه الوطء كان زنا عقوبته الحد عند مالك والشافعي وأحمد والظاهرية والزيدية. بينما يرى أبو حنيفة بسقوط الحد لوجود شبهة ويعزر الزاني [169]، ص 299.

- الوطء بالإكراه: يجمع الفقهاء بأنه لا حد على من أكرهه، لأن الإكراه يعتبر شبهة والحدود تدرأ بالشبهات.

- الوطء خطأ: بقول الله تعالى: (وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا) [96]، 05. يفرق الفقهاء بين الخطأ في نكاح مباح الذي لا عقوبة، كمن وطء امرأة وجدها في فراشه ظنا بأنها زوجته. والخطأ في وطء محرم الذي ليس فيه شبهة باتفاق جمهور الفقهاء والذي يجب فيه الحد [147]، ص 222، [169]، ص 302.

- الرضا بالوطء: لا يعتبر شبهة مانعة من الحد لأن الزنا لا يباح بالرضا.

-وطء البكر دون زوال البكارة: يعتبر شبهة دارئة للحد عند أبي حنيفة والشافعية وأحمد بن حنبل والشيعة الزيدية. إلا أن الإمام مالك يرى فيها الحد. ويقول الدكتور عبد القادر عودة أنه سواء سقط الحد بالشبهة أو باليقين من أن الإيلاج يزيل البكارة، فإن الفعل معصية تستوجب التعزير [169]، ص 307..

1. 2. 2. 3. 1. 2. القصد الجنائي

وهو أن يتعمد الواطئ فعله، فجريمة الزنا جريمة عمدية تتطلب وجود قصد جنائي يتمثل في علم الزاني بأن من يزني بها محرمة عليه [147]، ص 223، وانصراف إرادته إلى ارتكاب الفعل. ولا يمكن أن يدفع بجهله لأحكام الشريعة الإسلامية بما فيها تحريم الزنا، إذ لا يعفيه ذلك من دفع الحد عنه. لكن الفقهاء يرون استثناء بإمكان الدفع بجهل الأحكام لمن لم تيسر له ظروفه أن يعلم بها. كمن كان إسلامه حديثاً [147]، ص 224 أو كمجنون أفاق وزنا قبل علمه بالتحريم [169]، ص 308.

1. 2. 2. 1. الركن المعنوي لجريمة الزنا

تتشترك جريمة الاغتصاب مع جريمة الزنا في كون أن كل منهما لا تتحقق إلا بالعلاقة الجنسية غير المشروعة، وتختلفان كون أن الأولى تقع بدون رضا المرأة وتعتبر ضحية أو مجني عليها. بينما الثانية فتتم برضا هذه الأخيرة إذ تعتبر فاعلة في جريمة الزنا. إذن فالرضا يلعب دوراً كبيراً في قيام الجريمة من عدمه كون أنها جريمة عمديه، تستلزم لقيامها قصد جنائي يتمثل في انصراف إرادة المرأة لارتكاب الركن المادي مع علمها بأنها تقوم بهذا الفعل مع رجل غير زوجها. فالعلم والإرادة لا بد منهما حتى يكتمل القصد الجنائي وتقوم الجريمة. فإذا انعدمت الإرادة، كأن كانت مكرهة أي واقعة تحت ضغط أو قوة مادية لا قبل لها بدفعها، فلا يمكن تساءل عن الجريمة. كما أن الإكراه المعنوي يقيد الإرادة، ويجعل القائم بالسلوك يتصرف تحت تأثير ضغوطات نفسية، كالتهديد مثلاً بإفشاء سر خطير، أو قتل إنسان عزيز على الضحية، أو اختطاف أحد أبنائها، فتتحرك هذه الإرادة مجردة من حرية الاختيار. ولهذا تذهب معظم التشريعات إلى عدم مساءلة الفاعل عند انعدام حرية الاختيار أو الإرادة [146]، ص 279، [154]، ص 469، [174]، ص 238، لأنه يصبح في موضع ضحية ويسأل من حمله على ذلك كرها عن جريمة الاغتصاب [172]، ص 190، [145]، ص 23. وهو ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الأردنية في القرار رقم 82/175 الذي جاء فيه: "استقر اجتهاد الفقه والقضاء على أن واقعة أنثى (غير الزوجة) وهي مستغرقة في النوم تعتبر واقعة لها بإكراه معنوي بالمعنى المقصود في المادة 293 من قانون العقوبات، وذلك على اعتبار أن الاستغراق في النوم يعد إرادة

"[190]، ص293 وهو ما يتفق عليه الفقه من أن واقعة إمراة نائمة لا يجعل منها فاعلة في جريمة الزنا لانعدام الإرادة.

وما يمكن الالتفات إليه هو أن الإكراه المادي يكون أكثر وضوحا من الإكراه المعنوي، لأن الشخص الواقع تحت هذا الظرف المادي، تنعدم إرادته على الإطلاق، ولا يجد أي منفذ لمقاومة الإكراه الواقع عليه. بينما من وقع تحت إكراه معنوي، فبالرغم من أن إرادته تصبح غير قادرة على الاختيار إلا أنه يبقى له ولو جزء ضئيلا لكي يتخير بين الجريمة أو تنفيذ التهديد عليه. كما أن له من الوقت ما يكفيه ليراجع السلطات ويبلغ عن الفاعل أو يخبر زوجه حتى يتدبر معه الأمر. كما أن التسليم بفكرة الإكراه المعنوي على إطلاقها، قد يكون منفذا للجناة ليتهربوا من الجزاء والعدالة.

إن الحديث عن الرضا يدفعنا للتساؤل عن أثره على القصد الجنائي للجريمة، والرضا هنا لا نقصد به انصراف إرادة الزوجة للسلوك، ولكن رضا الزوج السابق لارتكاب زوجته الزنا، الذي اختلفت بشأنه أراء رجال القانون كونه يؤثر على سير الدعوى، لا على موضوع الجريمة[201]، ص228. ذلك أن رضا الزوج بزنا زوجته ليس حقا شرعيا له، ولا تأثير له على قيام الجريمة التي الغرض من تجريمها حماية الأسرة والمجتمع من الفساد. كما أن الرضا يأتي مخالفا للأخلاق والقيم والشرف، لكن كيف يؤثر الرضا على سير الدعوى العمومية؟ إن رضا الزوج بزنا زوجته لا يمنعه من رفع شكوى ضدها. وإذا تمسك برضاه، فيمكن للزوجة أن تحتج أمام جهة الحكم. وفي الصدد حكمت جهة قضائية مصرية ابتدائية[201]، ص230، [154]، ص470 صبان جريمة الزنا موجهة ضد شرف الزوج، وإن تبين أن هذا الأخير قد باع شرفه أو تنازل عنه فلا يعتبر زوجا، ولهذا يجب أن يحرم من أي حق يخوله القانون اتخاذه ضد زوجته الزانية.

ولقد أيد هذا الرأي العديد من الفقهاء مثل الدكتور رمسيس بهنام والدكتور مصطفى القللي وغيرهم. إلا أن هذا الموقف غير سليم وخطير في نفس الوقت، كون أن رضا الزوج لا يمحو الصفة الإجرامية للفعل بالإضافة إلى أن سلوكه هذا قد يفتح الأبواب أمام الأزواج لاستغلال زوجاتهم في الدعارة والفساد.

وهو ما يراه الدكتور محمود نجيب حسني، حيث يعتبر التنازل مخالف للنظام العام ولا قيمة له، كما أن رضا الزوج لا يزيل عنه صفته القانونية ولا يفقده حقه في تقديم الشكوى، ولا يمكن أن يكون له أثر إجرائي إلا من حيث إحجام الزوج عن تقديم شكواه. أما من حيث سقوط مسؤوليتها وعدم عقابها، فلا يمكن ذلك لأن الرضا لا تأثير له على أركان الجريمة، ولو أنه قد يؤخذ كظرف مخفف للعقوبة، أو يسقط حق الزوج في المطالبة بالتعويض[154]، ص471.

إن توفر الإرادة لا يكفي وحده، بل يشترط كذلك العلم[59]، ص127، [154]، ص469، [150]، ص34، [174]، ص237 حيث إذا اعتقدت الزوجة بأنها تسلم نفسها لزوجها أثناء نومها، وإذا به شخصا

آخرًا تسلل إلى فراشها وأوهمها أنه زوجها فانخدعت به فلا وجود للقصد الجنائي لديها، ولا يمكن مساءلتها عن جريمة الزنا لتخلف أحد عناصر القصد الجنائي. وفي هذه الحالة يسأل المتهم أو الفاعل عن جريمة الاغتصاب، لأن الرضا بالعلاقة كان سبب الغش والخديعة [157]، ص 83 و 84، [174]، ص 237. كما يتعين أن تعلم الزوجة بأن علاقتها بزوجها لا زالت قائمة أثناء إتيانها الزنا مع الغير، لكي يمكن مساءلتها عن الجريمة. فإن اعتقدت أنها غير مرتبطة بعقد زواج، انتفى القصد الجرمي لديها [150]، ص 34، [191]، ص 34، [154]، ص 469. كما لو بلغت كذباً بأن زواجها باطل لأن زوجها هو أخوها من الرضاعة، أو بلغها أنه قد مات، أو وصلها عن طريق البريد إشهاد طلاق مزور. كما أنه إذا اعتقدت الزوجة المطلقة طلاقاً رجعيًا، أن علاقة الزوجية قد انحلت، وارتكبت الجريمة أثناء العدة، فإن القصد ينتفي لديها [174]، ص 237، [172]، ص 198، [191]، ص 09. وإذا أتت الزوجة الفاحشة بعد صدور حكم غير نهائي بالطلاق ظانة أنها لم تعد تربطها أية علاقة شرعية وجهلاً منها بقاعدة أن الطلاق لا ينتج أثره إلا إذا أصبح الحكم نهائياً. ففي هذا الصدد يرى الدكتور محمود نجيب حسني أن الغلط قد يتعلق بقانون الأحوال الشخصية - متأثراً بما ذهب إليه القضاء الفرنسي حين برأ الزوجة من الزنا الذي اقترفته بعد حصولها على حكم غير نهائي بالطلاق، وهي تجهل القاعدة التي تقرر أن الطلاق لا يصبح ناتجاً لأثره إلا بعد أن يصبح الحكم نهائياً - فاعتقاد الزوجة بانحلال رابطة الزوجية وإتيانها للزنا أثناء العدة، ينفي القصد الجنائي لديها. وهو رأي الدكتور مجدي محب حافظ [172]، ص 190، [154]، ص 469، [145]، ص 22. إلا أن الدكتور أحسن بوسقيعة له رأي آخر، حيث يرى أنه لا يمكن للزوجة المطلقة بحكم غير نهائي أو التي تعتقد أن زوجها الغائب قد مات، وكذلك تلك التي تجهل أنها غير مرتبطة بعقد زواج، أن تدفع بجهلها هذه الوقائع، عملاً بقاعدة لا يعذر بجهل القانون، ويضيف قوله مستعملاً عبارة "الأصل أن يكون الجواب بالنفي" [59]، ص 127 ... ما لم يكن قد قيد بهامش عقد الزواج أن هذه الرابطة انحلت بالطلاق. مما يفيد أنه يعتبر الزوجة في مثل هذه الحالات مذنبية، وتساءل عن فعلها جزائياً كقاعدة عامة. لكن يمكن أن ترد عليها استثناءات حيث إذا ثبت أنها قد وقعت في غلط، انتفى معه القصد الجرمي لإتيان الجريمة، فلا يمكن مساءلتها. وإن وقعت جريمة الزنا تحت تأثير مخدر أو مسكر، وفقدت الزوجة وعيها إثر ذلك، فلا يمكن أن تسأل عن الجريمة [183]، ص 09 و 10، إذا لم يكن ذلك بإرادتها وبغرض ارتكاب السلوك.

فإذا كانت الإرادة صحيحة ومدركة، وعلمت الزوجة بأن فعلها فيه مساس بعلاقة الزوجية واعتداء على الأسرة، وبأنها على عصمة رجل، تحقق القصد الجنائي. ولا يمكن بعدها الاعتداد بالبائع من وراء ارتكاب الجريمة سواء كان غرضها نبيلًا، أو كان ذلك بغرض الانتقام من زوجها الذي خانها مع غيرها، أو تزوج عليها ثانية، أو كانت تريد الإنجاب، لأن زوجها غير قادر على ذلك. ذلك أن

الجريمة لا تتطلب قصدا خاصا، والقانون وإن كان يعتد بالنوايا، فلا يعتد بالبواعث [174]، ص238، [172]، ص190، [154]، ص470.

وإذا رجعنا إلى الفقه الإسلامي وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مسألة القصد الجنائي في جريمة الزنا والتي تعرضنا لها من قبل، لمعرفة مدى توافق موقفها مع موقف القوانين الوضعية. يظهر أن لا خلاف بينهما من كون أن القصد ضروري لإمكان مساءلة الفاعل عن جرمه. فيعتبر آثما ومرتكبا للزنا من جامع شخصا محرما عليه [183]، ص19. لكن قد لا يتوافر القصد الجرمي إذا كان الشخص الذي يزني لا يعلم بأنه فعل ذلك مع محرم أو أخطأ وظن أنه يجمع زوجته، وإذا بها امرأة أخرى لأنه أعمى أو قيل له هذه زوجتك التي زفت إليك وهي في الحقيقة غير ذلك فلا حد عليه. كما لا حد على من كان لا يعلم بتحريم الزنا، وهو ما قال به بعض الفقهاء وأهل العلم [170]، ص156، وكان يحتمل أن يجهله، كحديث العهد بالإسلام، والناشئ ببادية. قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقا. وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشئ بين المسلمين وأهل العلم، لم يقبل لأن تحريم الزنا لا تخفى على من هو كذلك.

أما الإمام أبو حنيفة فيرى أن من اعتقد أنه يجمع امرأته وهي امرأة أخرى، فعليه الحد [183]، ص21، لأنه وحسب رأيه لا يمكن أن تخفى عليه وإن كان أعمى بعد طول المعاشرة، فهو يعرفها برائحتها وحسها وصوتها، ولا يقام الحد عليه إلا إذا دعاها وأنته أخرى، فظنه يستند إلى دليل شرعي هو الإخبار.

1. 2. 3. المتابعة في جريمة الزنا والعقوبة المقررة لها

إن جريمة الزنا جريمة ذات طبيعة خاصة كونها مرتبطة بالأسرة والعرض والشرف. فبالإضافة إلى أنها جريمة معاقب عليها، فهي رذيلة وجريمة أخلاقية تتفكك بها الأسر، خاصة إن كان القائم بها هو الزوجة فغالبا ما يحدث الطلاق وتلطيخ سمعة الأسرة وشرفها. ولهذا الغرض فإن معظم التشريعات العربية قيدت فيها حرية النيابة، بوجوب صدور شكوى عن الزوج المضروب لإمكان المتابعة في الجريمة. ولعل الغرض واضح من وراء ذلك الشرط، لأن المصلحة المراد حمايتها والحفاظ عليها أولى بالاعتبار من معاقبة الفاعل. فالحفاظ على الأسرة واستمرار الحياة بداخلها بشكل عادي وطبيعي أحق بالاعتبار. والنيابة كونها تمثل المجتمع وحقه في المطالبة بتوقيع الجزاء، تقف مكتوفة الأيدي أمام هذا الصنف من الجرائم، لأن الحق في المطالبة بتوقيع العقاب ملك للزوج قبل أن يكون للمجتمع. وله أن يوازن ويراعي في ذلك مصلحة أبنائه وأسرته، فلا يشكو زوجته وتستمر الحياة كما كانت عليه، ويصفح عنها. أو أن يتقدم بشكوى فتتحرك بموجبها الدعوى العمومية لإنصافه. إن معظم التشريعات وخلافا

للقواعد العامة في الإثبات الجنائي، قيدت هذه الجريمة بقواعد إثبات سوف نتعرض إليها تفصيلاً. فالجريمة إن تحققت وتوفرت شروط قيامها من رابطة الزوجية، والعلاقة الجنسية والرضا والقصد الجنائي، فلا يكفي ذلك لمعاقبة الجاني بل لا بد من شروط إجرائية تتمثل في الشكوى وإثبات الجريمة بالطرق المحددة قانوناً، لإمكان مساءلة الفاعل عن فعله وتوقيع الجزاء. ذلك ما سوف نتطرق إليه. في المطلب الأول من هذا المبحث نتناول الأحكام الإجرائية الخاصة بجريمة الزنا وفي المطلب الثاني طرق إثبات الجريمة في بعض القوانين الجزائية وفي الشريعة الإسلامية. وفي المطلب الثالث العقوبة المقررة لها في بعض التشريعات العربية وفي بالشريعة الإسلامية.

1.2.3.1. الأحكام الإجرائية الخاصة بجريمة الزنا

لقد قيد المشرع الجزائري جريمة الزنا ببعض الأحكام الإجرائية نظراً لطبيعتها الخاصة. حيث نصت المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري على مايلي: "...ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدًا لكل متابعة". كما نصت المادة 341 من نفس القانون على أن: "الدليل الذي يقبل عن إرتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة التلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم، وإما بإقرار قضائي". وللوقوف على القواعد الإجرامية الخاصة التي جاء بها القانون سواء الجزائري أو القوانين التي سبقت معنا، سوف نتناول في الفرع الأول إقامة دعوى الزنا، والفرع الثاني نخصه للتنازل عن الدعوى الجنائية.

1.2.3.1. إقامة دعوى الزنا

إن معظم التشريعات كما سبق معنا – تقيد تحريك دعوى الزنا بوجوب تقديم شكوى من الزوج المضرور. فنصت المادة 273 من قانون العقوبات المصري على أنه: "لا يجوز محاكمة الزانية إلا بناء على دعوى زوجها...". وجاء في المادة 399 من قانون العقوبات الليبي أنه لا يجوز للنيابة العامة إقامة دعوى الزنا إلا بناء على شكوى الزوج المجني عليه [150]، ص 47. وجاء في المادة 197 من قانون الجزاء الكويتي أنه: "يجوز للزوج المجني عليه في جريمة الزنا أن يمنع إقامة الدعوى الجزائية على الزوج الزاني، رجلاً كان أو امرأة، وعلى شريكه في الزنا، بشرط أن يقبل المعاشرة الزوجية كما كانت..." [180]، ص 217 ونص الفصل 491 من القانون الجنائي المغربي على أنه: "...ولا يجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوج أو الزوجة المجني عليه. غير أنه في حالة غياب أحد الزوجين خارج تراب المملكة، فإنه يمكن للنيابة العامة أن تقوم تلقائياً بمتابعة الزوج الآخر الذي

يتعاطى الخيانة الزوجية بصفة ظاهرة". ومن استقراء الفقرة الثانية من هذه المادة يبدو أن المشرع المغربي لا يقيد دعوى الزنا بشكوى إذا كان الزوج غائبا خارج حدود المملكة، متى تبين أن زوجته تتعاطى جريمة الزنا بصفة ظاهرة. ومعناه أنه على النيابة في حالة تحريك الدعوى أن تثبت حالة الاعتياد أو التكرار بصفة ظاهرة. كما أنه في حالة الإدانة فعلى جهة الحكم أن تبرز هذين العنصرين في الحكم الذي تقضي به، حالة الاعتياد يمكن إثباتها بمحاضر الشرطة، أما عن صفة الظهور فأثبتها يتم بشهادة الجيران والأقارب والأصحاب [192]، ص 20.

وجاء في المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري في فقرتها الثالثة: "...ولا يتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور...". وجاء في الفصل 236 من المجلة الجزائية التونسية الذي عدل بالقانون عدد 1 لسنة 1968 المؤرخ في 8 مارس 1968: "ولا يسوغ التتبع إلا بطلب من الزوج أو الزوجة الذين لهما وحدهما الحق في إيقاف التتبع أو إيقاف تنفيذ العقاب..." ولعل ما قصده المشرع من وراء استعمال مصطلح "طلب" هو الشكوى التي يتقدم بها أحد الزوجين للمطالبة بمتابعة الزوج الزاني. وبعد استقراء هذه النصوص التشريعية اتضح لنا أن الشكوى لازمة لتحريك الدعوى ضد الزوج الزاني، ولو ضبط متلبسا بجريمته. ذلك ما استقر عليه قضاء المجلس الأعلى بالمملكة المغربية في القرار رقم 3494 الصادر بتاريخ 18/4/1985 ملف جنحي 79679 خيانة زوجية... من اشتراط الشكوى لمتابعة الفاعل [193]، ص 196. وإذا حركت الدعوى فإن الشريك تشمله المتابعة ولو كانت الشكوى تقتصر على الزوجة الزانية، عملا بأحكام المادة 339 قانون العقوبات في فقرتها الثانية التي نصت على: "وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة"، وإذا كان شريك الزوجة متزوجا فيعتبر فاعلا أصليا مع الزوجة في جريمة الزنا، وتطبق عليه نفس العقوبة المقررة لجريمة زنا الزوج. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يضع وزنا للفرقة بين ما إذا كان الشريك في جريمة الزنا متزوجا أو غير متزوج. كما أنه في زنا الزوجة اشترط علم الشريك بأن المرأة التي يجامعها متزوجة، فالعلم لا يرتبط إلا بالشريك غير المتزوج، لأنه لو كان متزوجا فلا تنتفي الجريمة إن كان لا يعلم بأن المرأة متزوجة، وتبقى قائمة في حقه لأنه متزوج ومارس علاقة جنسية مع غير زوجته الأمر الذي يجعل منه فاعل في جريمة زنا الزوج.

ولا يشترط علم شريكه بأن من جامعها متزوج. فشريكة الزوج تطبق عليها نفس العقوبة المقررة لهذا الأخير بغض النظر عن علمها أو عدم علمها بذلك. بينما في التشريع المغربي فإن نص المادة 491 من القانون الجنائي المغربي يعاقب أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية. كما يعاقب الطرفين إذا كانا متزوجين. لكن ماذا لو كان أحد طرفي العلاقة غير متزوج؟ بما أن القانون الجنائي المغربي يعاقب على جريمة الفساد في المادة 490، فهل يتابع كونه شريكا في جريمة الزنا أو فاعل في جريمة الفساد؟ وهو السؤال الذي أجاب عنه الدكتور عبد الواحد العلمي، حيث قال بأنه في هذه

الحالة - وبما أن النص التشريعي لم يتعرض لهذه المسألة - فلا بد من الرجوع إلى القواعد العامة، وبما أن صفة الزوجية تشكل ظرفاً مادياً في الجريمة يغير وصفها من جريمة الفساد إلى جريمة الخيانة الزوجية ويشدد عقابها، كما أن هذا الظرف في نفس الوقت يعتبر ظرفاً شخصياً مشدداً للعقاب يرتبط بالفاعل الذي تتوفر فيه صفة الزوجية، فتشدد العقوبة، والصفة بهذا المفهوم تصبح ظرفاً مختلطاً، والقضاء الفرنسي يعتبر الظروف المختلطة كالظروف العينية من حيث تأثيرها على المساهمين [151]، ص 218 و 218، وبالتالي الشريك يتابع عن جريمة الخيانة الزوجية. ولعل ما يمكن التعقيب عليه فيما يخص هذا الرأي، هو أنه لا دخل للظروف الشخصية والموضوعية في هذا المجال فالأمر يتعلق بجريمتين مختلفتين، تتحقق كل منهما إذا توافرت أركانها وشروط قيامها. والمساهمة هي ضرورة حتى يكتمل الإطار التشريعي في جريمة الزنا، والشريك يعتبر مساهم في الجريمة ما دام الفاعل توفرت فيه صفة الإحصان، فإذا انعدمت هذه الصفة، تندرج الجريمة تحت وصف آخر وهي جريمة الفساد.

وللإشارة فإن القانون الأردني، قد أعطى الحق - بالإضافة إلى الزوج المضرور - في تقديم الشكوى إلى أب الزانية أو وليها - كما سبق معنا ولم يشترط فيها الإحصان، فقد تكون بكراً أو ثيباً أو مطلقة أو معتدة لوفاة زوجها. ذلك أن دعوى الزنا ليست ملكاً للزوج وحده حيث يستطيع أن يحمو العار الذي لطخ شرفه بفك رابطة الزوجية. بل هي ملك حتى لرب الأسرة أو الولي خاصة وإن تعودت المرأة ممارسة الزنا [146]، ص 284. والجدير بالذكر أن المادة 284 من القانون الأردني تخول للنيابة العامة بعد رفع القيد بتقديم الشكوى، متابعة الزوج المشكو منه وشريكه والمحرض على الزنا والمتدخل فيها إن وجدوا. ولا تقبل الشكوى إذا مر على علم الزوج بالجريمة ثلاثة أشهر، كما لا تقبل بعد مرور سنة من وقوع الجريمة.

وتقدم شكوى من الزوج المضرور لمتابعة زوجته، وإذا لم يحرك الدعوى ضد هذه الأخيرة فلا يجوز متابعة الشريك، بينما إذا حركت الدعوى ضد الزوجة فقط فيجوز للنيابة العامة متابعة الشريك [176]، ص 19.

ويجوز للزوج أن يفوض غيره بموجب وكالة خاصة بموضوع الجريمة ليقدم شكوى نيابة عنه ضد زوجته للمطالبة بمعاقبتها عن جرمها [59]، ص 130. ويجب أن تكون الشكوى ممضاة من الزوج المشتكى أو من وكيله الخاص. كما يجوز له إن كان مسافراً أن يقدم شكواه بموجب عريضة، ولم يحدد المشرع الجزائري مدة معينة لقبول شكوى الزوج المضرور، على خلاف ذلك، فإن المشرع المصري حددها بثلاث أشهر من علم الزوج بزنا زوجته [150]، ص 58، [154]، ص 474 وما بعدها. ويسري بدء ميعاد سقوط الحق في الشكوى من تاريخ العلم بالعلاقة الآثمة بصرف النظر عن تتابع الأفعال المجرمة [194]، ص 92. ولا تقبل دعواه عليها إذا سبق وأن زنى في مسكن الزوجية وثبت ذلك بدعوى زوجته عليه كما بينته المواد 273 و 277. وتقدم الشكوى إلى وكيل الجمهورية أو إلى ضابط الشرطة

القضائية إما شفاهة أو مكتوبة. و لقد استقر القضاء الفرنسي على أن وفاة الزوج الشاكي لا يمنع من متابعة الدعوى، كون أن الجريمة تخص المجتمع ككل[59]، ص131. ولا ينتقل هذا الحق إلى الورثة بعد وفاة الشاكي. كما أنه إذا كان قد حرك الدعوى فلا يجوز للورثة أن يتنازلوا عن الشكوى، لأن هذا الحق لا يتعلق إلا بمن له حق تقديمها. ولا للنيابة بما أنها استرجعت سلطة الملاءمة بعد أن رفع القيد من الشاكي أن تتصرف بغلق الملف، لأنها تمثل المجتمع وحقه في توقيع الجزاء، وبما أن الشاكي قد تمسك بحقه قبل وفاته، فليس لها أن تتصرف في القضية. لأن ذلك من اختصاص جهة الحكم.

ونرى أن المشرع المصري قد أجاز لأولاد الشاكي من الزوج المشكو منه أن يتنازلوا عن الشكوى المقدمة من أبيهم قبل وفاته[191]، ص87، [59]، ص244. كما أن الزوج إذا رفع دعوى زنا ضد طليقته خلال فترة العدة فتعتبر دعواه صحيحة وجاز متابعة المطلقة طلاقاً رجعيًا خلال عدتها. لكن إذا فقد الزوج صفته بعد تقديم الشكوى فليس له بعد ذلك أن يوقف الدعوى، بالتنازل عنها أو العفو عن زوجته[154]، ص476، [194]، ص86 و 87.

لكن ماذا لو أن جريمة الزنا ارتبطت بجريمة أخرى غير مقيدة بشكوى؟ للإجابة على هذا السؤال لا بد من الرجوع إلى الآراء التي قيلت في هذا الصدد. يرى البعض أنه إذا كانت جريمة الزنا مرتبطة بجريمة أخرى ارتباطاً بسيطاً فليس في الأمر صعوبة، حيث يمكن السير في الدعوى منفصلة عن الزنا[145]، ص26. كما لو سرق شريك الزوجة مال زوج شريكته فيجوز للنيابة العامة أن تحرك دعوى السرقة دون أن تحرك دعوى الزنا. أما إذا كان الارتباط وثيقاً بين الجريمتين بحيث يجعل منهما جزءاً لا يتجزأ، كأن تكون الزوجة تدير بيتها للدعارة. جاز للنيابة أن تحرك عليها الدعوى بشأن الجريمتين[172]، ص223 حتى ولو لم يقدم زوجها شكوى بشأن جريمة الزنا. ويرى آخرون أنه إذا كانت الجريمة المرتبطة بالزنا أقل جسامة من الزنا فيسري القيد عليهما الاثنين[233]، ص27. أما إذا توافرت في الزنا وصف إجرامي أشد، كما لو أرغمت امرأة قاصراً على الزنا، فهذا الفعل يستحق وصف أشد وهو هتك عرض قاصر، ومصلحة المجتمع تقتضي معاقبة الجاني حماية لمصلحة أولى بالاعتبار. ومنه تحرك النيابة الدعوى دون قيد ولو تطلب الأمر الخوض في جريمة الزنا[232]، ص28، [150]، ص51. ومثاله كذلك أن ترتكب جريمة الزنا علناً، فللنيابة أن تحرك الدعوى العمومية عن الفعل الفاضح العلني، دون أن تنتظر شكوى من الزوج عن جريمة الزنا[174]، ص244. إلا أن الدكتور مجدي محب حافظ له رأي مخالف، ويستدل لرأيه بما استقر عليه قضاء النقض ل 8 ديسمبر 1959 س 10 رقم 204 من امتداد قيد الشكوى إلى الفعل بأوصافه جميعاً. ذلك أن التعرض لجريمة الفعل الفاضح العلني يقتضي حتماً التعرض للزنا، ومنه لا يجوز الخوض في إحدى الجريمتين إلا بعد تقديم شكوى من الزوج المضرور[172]، ص244 لكن ما القول عن جمع الاستدلالات التي قد تقوم بها الشرطة القضائية؟

إن مرحلة جمع الاستدلالات لا تعتبر تحريكا للدعوى، كونها مجرد تحريات وجمع معلومات عن المشتبه فيه. إلا أن مثل هذه الإجراءات قد تسيء إلى سمعة الأشخاص وتشهر بهم. وبما أن المشرع علق الدعوى على شكوى الزوج المضرور حفاظا على تماسك الأسرة وبقائها، فمن باب أولى أن لا تباشر الضبطية القضائية مثل هذه الإجراءات دون إذن المعني والمضار من الجريمة. إلا أن وهناك من رجال القانون من يرى بجواز جمع الاستدلالات قبل تقديم الشكوى، كون أنه لا يوجد نص يستثني جريمة الزنا من هذا الإجراء[150]، ص49 و 50،[158]، ص49، وإذا ما استعادت النيابة العامة سلطة الملاءمة بعد رفع القيد، فلوكيل الجمهورية أن يختار طريق المتابعة : إما تلبس أو تحقيق أو استدعاء مباشر. كما له أن يطعن في الحكم بجميع طرق الطعن[59]، ص130 و 131.

كما أن إقامة الزوج دعوى تعويض أمام جهة مدنية، أو دعوى طلاق أمام قاضي الأحوال الشخصية، لا يعتبر شكوى ضمنية ترفع القيد[150]، ص51،[476] و 477، لأن موضوع الدعوتين مختلف. فالشكوى يجب أن تكون واضحة الدلالة على إرادة الشاكي في متابعة زوجته.

أما في الشريعة الإسلامية فتحريك دعوى الزنا حق لكل أفراد المجتمع، وبالتالي فهي لا تخضع لأي قيد[165]، ص189. والإسلام بذلك يهدف إلى حماية المجتمع من الرذيلة وانتشار الفساد. أما القوانين الوضعية فتهدف إلى حماية الأسرة وحق الأبناء، حيث تعتبر أنهم أولى بالعناية والاهتمام، لأن معاقبة أحد الزوجين الزاني سيترتب عليه تصدع الأسرة، ودعوى الزنا عادة ما تسبقها دعوى طلاق أو تأتي لاحقة لها. ولهذا الغرض تفضل معظم التشريعات العربية تقوية حق الأسرة على حق المجتمع في المطالبة بتوقيع الجزاء ممثلا بالنيابة العامة.

لكن إذا رجعنا إلى قواعد ديننا الحنيف وبما فيها القرآن الكريم، نجد أنه حدّد الجزاء المقرر للجريمة، ممّا يمتنع معه الاجتهاد وتطبيق قواعد التّعارض والترجيح لأن الزنا من جرائم الحدود والقاعدة تقتضي أنه لا اجتهاد مع النص.

قلنا أنه إذا استعادت النيابة العامة سلطة المتابعة بعد رفع القيد بتقديم الشكوى من الزوج المضرور، فإنها تباشر الدعوى العمومية بتوقيع الجزاء على المذنب. لكن ماذا لو أن الزوجة المشكو منها توفيت؟ هل يمكن متابعة شريكها إذا حدثت الوفاة قبل تقديم الشكوى؟

إن جريمة الزنا لا يكتمل ركنها المادي إلا إذا اكتمل محلها المكون من رجل وامرأة أحدهما متزوج أو الاثنين متزوجين، بالإضافة إلى السلوك الإجرامي المتمثل في العلاقة الجنسية غير الشرعية. ومن هذا المنطلق لا يمكن أن نحاسب الشريك لأن سلوكه لم يكن ليحقق الركن المادي دون الطرف الآخر، ولهذا لا يمكن أن نتابعه إذا توفيت الزوجة المذنبه قبل رفع الشكوى، كما أنه إن توفيت بعد رفع الشكوى، فتوقف المتابعة[59]، ص131،[154]، ص484 ذلك أن الزوجة تعتبر بريئة إلى أن تثبت

إدانتها. وبما أن إجرامه مرتبط بثبوت إجرامها، فإنه يعتبر بريء، ولا يمكن رفض هذه القرينة لاستحالة السير في الدعوى بوفاة الزوجة[183]، ص56.

إن الشريك في جريمة الزنا يستفيد من إحجام الزوج المضرور عن تقديم شكوى ضد زوجته حفاظا على سمعة وشرف العائلة، ومتابعته بمفرده يحول دون تحقق الهدف من عدم تحريك الدعوى. كما أنه يستفيد من التنازل الذي تستفيد منه الزوجة قبل صدور الحكم، - هذا بالنسبة للتشريعات التي تعرضنا إليها سابقا- أما بالنسبة للتنازل الذي يأتي بعد صدور الحكم البات فلا يستفيد منه الشريك[154]، ص484.

وإن كنا لا نستطيع متابعة الشريك بمفرده دون متابعة الفاعل الأصلي في جريمة الزنا، فإنه إذا حركت الدعوى ضد هذا الأخير، فإنها تحرك ضد الشريك أيضا ولو أغفل الزوج ذكره في شكواه[154]، ص485 لكن ماذا لو كان الشريك متزوجا؟ فهل تحرك الدعوى ضده؟ أم لا تحرك كونها معلقة بشكوى الزوجة؟

إن تحريك الدعوى ضده كونه شريكا في جريمة الزنا لا يشترط فيها تقديم شكوى من زوجته كونه سيتابع بصفته شريكا للزوجة الزانية المشكو منها، أما إذا أردنا متابعته بصفة فاعلا، فلا بد من شكوى تقدم من الطرف المضرور[183]، ص56، [154]، ص483. وتحديد وضع من يزني بالزوجة آثار تساؤل رجال القانون والقضاء، فهل يمكن اعتباره فاعلا مثلها لأن الاشتراك متطلب في الجريمة أم نعتبره شريكا لها؟ يجيب الدكتور محمود نجيب حسني عن هذا السؤال ويقول: أن الجريمة تقوم بفعل الاتصال الجنسي الذي يقتضي أن يقوم كل من طرفي العلاقة بدور رئيسي، لأنه يقوم بدور ايجابي، لكن يعتبره شريكا لأن الأمر لا يتعلق بالسلوك في حد ذاته، ولكن بما فيه من إخلال لواجب الإخلاص للزوج المخدوع مما يقتضي أن يعد فاعلا من وقع عليه هذا الالتزام وأخل به وهي الزوجة وحدها، ويعد من ساعدها على ذلك مجرد شريك[154]، ص472. لكن ما القول لو أن شريك الزوجة متزوجا هو كذلك؟ سنستعين بما استقر عليه القضاء في المملكة المغربية من خلال القرار رقم 88/15627 المؤرخ في 1990/10/11 والقرار رقم 10024 المؤرخ في 1990/12/06 والذي تؤكد بهما موقفه من المسألة مما جاء عنه: "حيث أن الغاية من جعل حد لمتابعة الزوج أو الزوجة هو حماية الأسرة من التفكك والانحيار، وإن الفصل 492 من مجموعة القانون الجنائي لا يشترط تنازل الزوج والزوجة في آن واحد نجعل حد للمتابعة، وإنما يشترط تنازل أحد الزوجين فقط خصوصا وأنه في حالة ارتكاب جنحة الخيانة الزوجية بين رجل وامرأة محصنين فإن كل واحد منهما يعتبر في آن واحد فاعلا وشريكا ويصعب الفصل والتمييز بين صفة كل واحد منهما، لذلك فإن تنازل أحد الزوجين _يجعل كما أشار إلى ذلك الفصل 492 المشار إليه آنفا_ حدًا (للمتابعة)، ونفس الأمر تؤكد في القرار الثاني المذكور أعلاه. ويستنتج الأستاذ أبو مسلم الحطاب من هذا الموقف أن: "المشاركة لا تتصور إلا في حق غير

المتزوج" [182]، ص 29. مما يدعونا إلى القول بأنه في حالة تحريك دعوى عمومية ضد الزوجة بتهمة الزنا مع شخص متزوج، هل يمكن متابعة هذا الأخير ما دام لا يعتبر شريكا بل فاعلا أصليا حسب ما سبق؟ وهل يعتبر ذلك خرقا للقواعد الجوهرية التي تقتضي تقديم شكوى من الزوج المضرور؟ لا يمكن الجزم هكذا والقول بأن الشريك غير متصور إلا إذا كان غير متزوجا لأن ذلك سينجر عنه عدم متابعته إذا كان متزوجا حتى يتقدم الزوج المضرور من فعله بشكوى ضده لإمكان العقاب. ولهذا يبقى ما ذهب إليه الدكتور محمود نجيب حسني هو الصواب من اعتبار كل من الفاعل والشريك في جريمة الزنا إذا كان كل منهما متزوجا فاعلا وشريكا في آن واحد.

1.2.3.2. التنازل عن الدعوى العمومية

لقد أعطى المشرع للزوج المضرور من جريمة الزنا الحق في عدم التبليغ عن زوجته حفاظا على تماسك الأسرة واستقرارها، كما أعطاه الحق في التنازل عن شكواه وهو ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري كما يلي: "ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن صفح هذا الأخير يضع حدا لكل متابعة". وقبل الخوض في الموضوع أود أن أعقب على نص المادة الذي لم يوفق المشرع في صياغته لأنه استعمل مصطلحين مختلفين لا يفيدان نفس المعنى، ولا يفيان بالغرض المرجو من النص. فالشكوى وحسب القواعد العامة التي تحكم الدعوى العمومية تقيد هذه الأخيرة من حيث تحريكها كما أنها تضع حدا لها بسحبها، وهو ما جاء بالمادة 6 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على مايلي: "...تتقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت هذه شرطا لازما للمتابعة"، فيما أن دعوى الزنا مقيدة بشكوى فكان عليه – أي المشرع – أن يصوغ النص كالآتي: "ولا تتخذ الإجراءات إلا بناء على شكوى الزوج المضرور، وإن تنازل هذا الأخير عن شكواه يضع حدا لكل متابعة. ولا داعي لإحكام الصفح هنا، لأنه يختلف اصطلاحا ومضمونا عن سحب الشكوى. فالزوج الذي يتنازل عن الشكوى أو يسحبها، لا يعني أنه صفح عن زوجته واعتبر أنها لم تقترب جرما، هذا من جهة ومن جهة أخرى، فإن نطاق الصفح أوسع من سحب الشكوى التي لا تنتج آثارها إلا بالنسبة للمرحلة السابقة عن صدور الحكم.

أما الصفح فيمتد إلى مرحلة ما بعد النطق بالحكم، وهو ما كان ينص عليه المشرع في المادة 340 الملغاة بقانون 04/82 المؤرخ في 13 فيفري 1982 ويوقف تنفيذه. ولهذا لا بد على المشرع. ما دام الغرض من عدم العقاب هو حماية حقوق الأسرة والحفاظ عليها – أن يعيد النظر في المادة بتحديد موقفه من الصفح بوضوح حيث تصبح صياغة النص كالتالي: "وإن صفح هذا الأخير يوقف تنفيذ الحكم"، وهو بالفعل ما فعله المشرع المغربي والتونسي والمصري والأردني.

حيث نص الفصل 492 من القانون الجنائي المغربي على أنه: "تنازل أحد الزوجين عن شكايته يضع حد لمتابعة الزوج أو الزوجة المشتكي بها عن جريمة الخيانة الزوجية".
فإذا وقع التنازل بعد صدور حكم غير قابل للطعن، فإنه يضع حدا لآثار الحكم بالمؤاخذة الصادر ضد الزوج أو الزوجة المحكوم عليه".

لا يستفيد مشارك الزوجة ولا مشاركة الزوج مطلقا من هذا التنازل، حيث ميز بين الآثار التي ينتجها سحب الشكوى حسب المرحلة التي تكون عليها الدعوى وهو موقف سليم بما أن الغرض أسمى من توقيع الجزاء، الغاية منه عودة الحياة العادية داخل الأسرة بصورة طبيعية. كما بين كيف أن هذه الآثار لا تنصرف إلى الشريك و لا يستفيد من التنازل الذي استفاد منه أحد الزوجين.

وفي هذا الصدد فإن المشرع المغربي له موقف مغاير لموقف المشرع الجزائري والمصري والأردني [59]، ص 131، [191]، ص 53، [63]، ص 283، [146]، ص 287 من حيث انتقال آثار سحب الشكوى قبل صدور حكم بات إلى الشريك فلا يستفيد من التنازل الذي يشمل الزوجة دونه (مبينا بالمادة أعلاه)، وهو موقف غير منطقي كون أن هذا الأخير يستمد إجرامه من الفاعل الأصلي، كما أن الإطار التشريعي لجريمة الزنا حتى يكتمل يقتضي وجود شخصين: أحدهما يدعى فاعل إن توفرت فيه صفة الإحصان- أي إن كان متزوجا- والثاني شريكا إن لم يكن متزوجا، وإن كان الاثنان متزوجان يكون كل منهما فاعلا و شريكا في آن واحد، وإذا أسقطنا الفعل عن الفاعل وأبقيناه بالنسبة للشريك، فسوف يكون ذلك خروجاً عن مبدأ الشرعية، ومن غير العدالة أن نتابع أحدهما عن جريمة لا يمكن أن يتحقق ركنها المادي إلا بشخصين اثنين أو أكثر.

وجاء في قانون العقوبات التونسي وتحديدًا في الفصل 236 أنه لأحد الزوجين الذي تقدم للمطالبة بمتابعة الزوج الآخر بجريمة الزنا الحق في إيقاف المتابعة وإيقاف تنفيذ الحكم القاضي بالعقاب.
وجاء في المادة 284 من قانون العقوبات الأردني: "... وتسقط الشكوى والعقوبة بالإسقاط...".
بمعنى أنه يحق لأحد الزوجين التنازل عن شكواه حتى بعد صدور حكم نهائي وبات مما يترتب عليه توقيف تنفيذ العقوبة أو إسقاطها عن الزوج الجاني، وشريكه والمعرض والمتدخل حسب ما يوحي به نص القانون الذي لم يبين فيه المشرع الأردني بوضوح إن كان التنازل أو الإسقاط يقتصر على الزوج و الزوجة حسب الأحوال، أم ينصرف أثره إلى كل من ورد ذكرهم بالمادة 284.

إلا أن المشرع المصري ميز بين الزوج والزوجة من حيث ترتيب آثار التنازل، فنصت المادة 274 من قانون العقوبات على أنه للزوج المضار من جريمة الزنا الحق في وقف تنفيذ الحكم شريطة أن يعود إلى معاشرة زوجته. بينما لا يستفيد هذا الأخيرة إلا من التنازل الذي يكون قبل النطق بالحكم [191]، ص 53، [196]، ص 86 و ما بعدها. وحق التنازل حق شخصي كحق الشكوى، ينقضي بالوفاة، ولا ينتقل إلى الورثة، كما أنه ينقضي إذا افتقد الزوج صفة الزوجية بالمشكو منها- الطلاق

البائن- والملاحظ أن المشرع المصري يعطي حق التنازل إلى أولاد الشاكي المتوفى، ذلك لأن مصلحتهم تقتضي أن تبقى الأسرة متماسكة، ولهذا فإنه يشترط في المتنازل من أولاد الشاكي أن لا يقل عمره عن 15 سنة، وأن يقتصر ذلك على الأبناء دون الأحفاد[63]، ص384، وهو ما جاء في الفقرة الأخيرة من المادة العاشرة من قانون الإجراءات الجنائية والتي تنص على أن حق التنازل لا ينتقل للورثة بعد وفاة الشاكي إلا في جريمة الزنا، فيحق لأولاد الزوج الشاكي المتنازل عنها لصالح الزوج المشكو منه[145]، ص39 و 40، [203]، ص373.

والأصل أن التنازل عن الدعوى العمومية لا يشمل الدعوى المدنية بالتبعية، إذا لم يتضمنها التنازل، لكن استثناء في دعوى الزنا، فإن الدعوى المدنية تنتهي بانتهاء الدعوى العمومية، ولو لم يشملها التنازل، كون أن الغرض من الصّح هو محو كل آثار الجريمة من مأخذة ولوم، وإلا فما الفائدة منه؟ أما بعد صدور الحكم النهائي، فيجوز رفع دعوى مدنية على الشريك ولو كان الفاعل في جريمة الزنا قد أوقف تنفيذ عقوبته[63]، ص387 و 383.

وإن كان المشرع الجزائري قد جعل من الصّح وسيلة لانتهاء دعوى الزنا، فإنه لم يبين كيفية صدوره ولا شكله مما يدفع بنا إلى القول بأن شأنه شأن الشكوى، يجب أن يصدر ممن طالب بالمتابعة والعقاب، وقد يكون كتابة أو شفاهة وهو ما نستشفه من القرار رقم 29093 بتاريخ 1984/11/27 والذي بين كيفية الصّح كمايلي: "...حيث أنه بالرجوع إلى الملف يتضح أن الزوج الشاكي ع ع أمضى تصريحاً صودق عليه في بلدية عين الحجر في 1980/12/05 بسحب شكايته الموجهة من أجل زنا زوجته ع خ و ع ف"، وحيث أن المادة 339 ق. ع. ج تنص على أن صّح الزوج يضع حدا لكل متابعة فيتعين إنهاء المتابعة كلها بإرادة الشاكي والتصريح بانقضاء الدعوى العمومية وفقاً للمادة 6 ق. ع. ج"[197]، ص301 و 302. وقد يكون شفاهة يصرح به الشاكي أمام النيابة أو جهة التحقيق أو الحكم. ويستحسن أن يكون أمام جهة الحكم في الجلسة إن كان شفاهة ويشير إليه الكاتب في سجل الجلسات[58]، ص84. كما قد يكون ضمناً حيث يجب إقامة الدليل على حصوله، ومن صور الصّح وقبول الزوج عودة زوجته إلى البيت وقبول معاشرتها[154]، ص477، [232]، ص40 و 41، [233]، ص286 و 287. لكن لا يمكن للقاضي أن يستند إلى دعوى الطاعة التي أقامها الزوج على زوجته ويستنبط منها حصول الصّح، لأنه قد يكون ذلك بغرض وضعها تحت رقابته. ولا يتعلق هذا بالقانون الجزائري الذي لا ينص على مطالبة الزوج زوجته إلى بيت الطاعة، وبالتالي فهي تتعلق بالتشريع المصري والأردني وغيرهما من التشريعات التي تنص عليه.

قلنا أن جريمة الزنا من الجرائم المقيدة بشكوى والتي تنتهي فيها الدعوى العمومية بسحبها أو التنازل عنها، هذا بالنسبة للتشريع الجزائري والمغربي والتونسي والأردني. بينما نلاحظ بأن المشرع المصري جاء بأسباب خاصة تمنع قيام دعوى الزنا أو تؤدي إلى سقوطها وهي:

- سبق ارتكاب الزوج لجريمة الزنا، حيث نصت المادة 273 عقوبات مصري على أنه إذا زنى الزوج في المسكن الذي يقيم فيه مع زوجته فإنه لا تسمع دعواه عليها. وهو ما يفيد أنه للزوجة أن تدفع بإبطال الدعوى المقامة ضدها لأن زوجها قد ارتكب الجريمة في بيت الزوجية وثبتت عليه الجريمة بحكم لقضائي[154]، ص481، [196]، ص82، [191]، ص91، [56]، ص54 وأن يكون معاصرا لزنا الزوجة وسابقا على زناها. ولعل الغرض من إسقاط حق الزوج في المطالبة بمعاقبة زوجته عن فعل سبق وأن اقترفه هو عقابا له لتدنيسه فراش الزوجية ولأنه أباح لنفسه ما لا يبيحه لزوجته بالإضافة إلى أنه قدوة لعائلته وحامي شرفها، وحتى لا يعود إلى فعله.

إلا إن هذا الموقف سلبي، ويمكن اعتباره مشجعا على الفساد والانحلال الخلقي.

- رضا الزوج السابق على ارتكاب زوجته الزنا: لم ينص المشرع المصري على ذلك، بل يذهب غالبية رجال القانون إلى القول بأن الرضا لا تأثير له على وصف الجريمة، ولا يمكن للزوجة الدفع برضا زوجها لإبطال الشكوى الموجهة ضدها، ولو أنه يمكن اعتباره ظرفا مخففا للعقوبة[56]، ص55، [198]، ص40، لأن الرضا لا يحو الصفه الجرمية للفعل، بالإضافة إلى أنه ليس حق للزوج وحده، بل للمجتمع ككل لما للفعل من خطورة كون أنه يفتح الأبواب أمام الدعارة والبغاء. بينما يذهب رأي آخر للقول بأن رضا الزوج المسبق بزنا زوجته يحو الجريمة[201]، ص232. ولقد قضت محكمة مصر الابتدائية في 1941/03/09 بحرمان الزوج الذي يرضى بزنا زوجته من حقه في متابعتها كونه تنازل عن شرفه وسمح لها بمعاشرة غيره مقابل المال[154]، ص471. ونقف قليلا هنا لنقول بأن المسألة ليست مسألة شخصية، بل تتعلق بالأمانة الزوجية وقداستها وواجب الإخلاص للزوج الآخر، والحفاظ على الرباط الأسري وحماية الأبناء من الضياع. و الغرض ليس الانتقام للشرف أو العرض ولكن معاقبة الفاعل عن فعله الذي مس به حقوق الزوج الآخر والأبناء والمجتمع ككل. ولعل الزوج الذي يسلك مثل هذا السلوك لا يمكن إلا اعتباره شريكا ومتواطئا في جريمة زوجته ويستوجب العقاب مثلها.

2.1.2. طرق الإثبات في جريمة الزنا

إن الأصل في الأفعال الإباحة ما لم يرد نص قانوني يجرمها، كما أن الأصل في الإنسان البراءة إلى أن تثبت إدانته، حيث لا يمكن الحكم عليه إلا بموجب أدلة قطعية تفيد تورطه في الجريمة بصورة يقينية لا يمكن معها احتمال الريب. والإثبات يكون بكافة الوسائل والطرق القانونية كالشهادة والمعينة والاعتراف وغيرها من الوسائل المبينة قانونا هذا حسب القواعد العامة، إلا أن المشرع قد استثنى جريمة الزنا وأخصها بقواعد أوردها على سبيل الحصر، نظرا لطبيعة الجريمة، حيث لا يجوز إثباتها

إلا بإحدى الطرق أو الوسائل التي يبينها قانون العقوبات في مادته 341 نتعرض لها تفصيلا ضمن الفرع الأول، ثم في الفرع الثاني نتناول الإثبات في القوانين التي مرّت معنا واعتمدناها في دراستنا، و كمرحلة لاحقة في الفرع الثالث نبين موقف الشريعة الإسلامية من مسألة الإثبات في جريمة الزنا.

2.1.2.3. طرق الإثبات في قانون العقوبات الجزائري

جاء بالمادة 341 من قانون العقوبات والتي نصها كالتالي: "الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم وإما بإقرار قضائي". ذلك ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في الملف رقم 41320 قرار بتاريخ 86/12/30 كون أن أدلة الإثبات في جريمة الزنا بينتها المادة 341 من قانون العقوبات وحصرتها في المحضر القضائي الذي يحرره أحد رجال الضبط القضائي أو حالة التلبس أو إقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم أو بإقرار قضائي، وإغفال مناقشة إحدى هذه الوسائل القانونية يعد خرقا لمقتضيات أحكام المادة 341 من قانون العقوبات [197]، ص 475 و 477. وانطلاقا من النص القانوني يمكن أن نرتب أدلة الإثبات ونفصل فيها كالآتي:

1.1.2.3.2.1. التلبس بجريمة الزنا

ويتمثل في محضر الإثبات الذي يحرره ضابط الشرطة القضائية لإثبات الجريمة المتلبس بها. وتكون الجريمة متلبسا بها إذا كانت مرتكبة في الحال أو عقب ارتكابها، أو كان الشخص المشتبه في ارتكابه إياها في وقت قريب من وقوع الجريمة قد تبعه العامة بالصياح، أو وجدت بحوزته أشياء كمحل الجريمة أو أداة ارتكابها. أو وجدت آثار أو دلائل كالجروح أو الخدش أو ملابسه كانت ممزقة أو ملطخة بالدم يفترض معها مساهمته في الجريمة. كما اعتبر المشرع الجريمة متلبسا بها إذا وقعت في غير هذه الظروف، كأن تكون قد وقعت في منزل وكشف صاحبه عنها عقب وقوعها، وبلغ ضابط الشرطة القضائية لمعاينتها وإثباتها، وهو ما جاءت به المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية. والواضح أنه إثبات حالة التلبس بالزنا حسب ما ورد بالنص أمر صعب ونادرا ما يتحقق، وبالتالي لا يشترط أن يشاهد الجاني حال ارتكابه الزنا أو عقب ارتكابه بزمن قصير، بل يكفي أن يشاهد في وضع لا يدع أدنى شك في أن الجريمة قد وقعت. ومثال ذلك أن يجد الزوج زوجته مع رجل آخر في فراش واحد، أو أن يجد ملابسه ملقاة على الأرض في غرفة النوم، (القرار رقم 0900454 المؤرخ في 2009/03/29 الصادر عن مجلس قضاء البلدة في جريمة الزنا. أحيل المتهمان إلى محكمة القليعة بموجب إجراءات

التلبس، حيث اكتشف الزوج الجريمة عند دخوله المنزل ليلا فوجد شريك زوجته في الجريمة مختبئا في دورة المياه ولا يرتدي سوى الجوارب..." فوجود المتهم في هذا الوضع لا يدع أدنى شك في وقوع الجريمة ومدلول التلبس في جريمة الزنا له معنى خاص كون أنه لا يفترض فيه مشاهدة العلاقة الجنسية بين الزوجة والشريك، بل يكفي أن يفاجأ الاثنان في وضع لا يدع أدنى شك في أن الجريمة قد وقعت [63]، ص 437، [154]، ص 487، ومثاله مشاهدة الزوجة بملابس داخلية بسيطة وشريكها يهم بالفرار وملابسه بيده، أو وجود امرأة في منزل شخص غريب في ساعة متأخرة من الليل، وقد ظهر من ارتباكها وعدم ارتدائها الملابس أنها قد ارتكبت الخطيئة [191]، ص 51، [176]، ص 38 و 39.

ولا يشترط أن يشاهد ضابط الشرطة القضائية حالة التلبس بنفسه، فقد يشاهد المتهمين بالزنا من الغير، كالزوج ويبلغ ضابط الشرطة القضائية لمعاينة الحالة [174]، ص 245. وهو فعلا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 34.051 المؤرخ في 1984/03/20 والذي قررت بموجبه أن جريمة الزنا لا تحتاج إلى ضابط الشرطة لمعاينتها بل يكفي إثباتها حسب الطرق العادية بشهادة الشهود، وإذا اقتنع قضاة الموضوع بأن الشاهد قد وقف على المتهمين حين ارتكابهما الجريمة أو بعد وقوعها بقليل، فإن اقتناعهم هذا لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى". وحالة التلبس المنصوص عليها بالمادة 341 ق.ع لا تخول ضابط الشرطة القضائية السلطات التي تخولها إياه المادة 41 من ق.إ.ج. فلا يملك سوى تحرير محضر بحالة التلبس أي بمشاهدة الجريمة، ولا يسوغ له القبض على المتهمين أو اقتيادهم ولا بتفتيش المنزل الذي وقعت به الجريمة [58]، ص 86، [200]، ص 464، إلا إذا قدم الزوج شكوى مسبقة قبل تحرير المحضر، وإلا فما عليه إلا تقديم المحضر الذي حرره بالواقعة كما شاهدها وعاينها إلى وكيل الجمهورية، والذي بدوره لا يملك سلطة المتابعة إلا إذا زال القيد، حينها يستعمل المحضر كدليل إثبات رسمي للجريمة إذا كانت الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون في تحرير المحضر قد احترمت، بما فيها صفة محرره الذي يشترط أن يكون ضابطا من الشرطة القضائية الوارد ذكرهم بالمادة 15 من ق.إ.ج، بالإضافة إلى احترام ما ورد بالمادة 214 ق.إ.ج من شروط يجب أن يراعيها القاضي.

2.1.3.1. الاعتراف الكتابي

وهو إقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم يبين فيه كيف ارتكب الجريمة يصف تفاصيلها، حيث يكون ذلك بمثابة اعتراف صريح وواضح وكاف لإدانة الفاعل، لأنه قام به بعيدا عن أي ضغوطات نفسية أو مادية قد تؤثر على إرادته [200]، ص 465. كما يشترط أن تصدر هذه المكاتيب عن شخص في كامل قواه العقلية أي مدرك ومميز لسلوكه، ويكفي أن تتضمن هذه الرسائل أو المستندات ما يفيد وقوع الزنا لثبوت التهمة على الجاني. لكن إذا شابها الغموض أو اللبس بحيث يمكن

استنتاج عدم حصول الجريمة، فعلى القاضي تطبيق قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 52013 المؤرخ في 1988/09/20 والصادر عن الغرفة الجنائية الثانية والذي جاء فيه: "...من أدلة الإثبات في جريمة الزنا الإقرار الوارد في رسائل أو مستندات صادرة عن المتهم، غير أنه لا يكفي للحكم بالبراءة القول بأن العبارات الواردة في الرسائل المضبوطة أثناء التحقيق لا تعتبر إقراراً بل لا بد على قضاة الاستئناف أن يتطرقوا إلى هذه العبارات في قرارهم وأن يتمحصوها ويبحثون عن معناها الحقيقي وإلا كان قضاؤهم مشوباً بالقصور مما يستوجب نقضه" [199]، ص312.

والملاحظ أن المشرع الجزائري حين حصر أدلة الإثبات فيما جاء في المادة 341 من قانون العقوبات باعتبارها أداة أو وسيلة لإقامة الحجة على المتهم بالجريمة، فلم يوضح إن كانت تتعلق بالفاعل الذي تتوفر فيه صفة الزوجية أم بالشريك، لكن يمكن فهم النص على أن الأمر يعني كل من الفاعل والشريك، لأنه كما سبق معنا فإن الاشتراك في جريمة الزنا يختلف عن الاشتراك في القواعد العامة والذي تناوله المشرع في المواد 42 و43 من قانون العقوبات. بل الاشتراك في جريمة الزنا ضروري لاكتمال الجريمة، ولهذا لم يميز بينهما. إذ أن هناك أمر يجب الانتباه إليه يتعلق بمدى اعتبار الرسائل والمستندات التي وجدت عند الشريك والموجهة إلى شريكته بالزنا دليلاً قطعياً يثبت تورطها في الزنا. فقد يحدث أن يقوم شخص بمعاكسة والتحرش جنسياً بامرأة متزوجة، ولأنها لم ترسخ لرغبته، أو انتقاماً من زوجها الذي يكنّ له عداوة وبغضاء فيبعث لها رسائل، يتهمها فيها بالزنا مبلغاً زوجها بذلك، والذي بدوره يرفع شكوى ضد هذه الأخيرة مقدماً الدليل الذي بعث به الشريك. ففي هذه الحالة تذهب الزوجة ضحية لعبة قذرة، ولهذا يجب على قضاة الموضوع التنبيه لمثل هذا الوضع واشتراط وجود رسائل أو مكاتب رد على تلك الموجهة سواء إلى الفاعل أو إلى الشريك. ولقد تناول القضاء المصري هذه المسألة، لكن بشكل أساء به إلى وضع الزوجة الزانية، حيث لم يشترط أن تردّ هذه الأخيرة على الرسائل، بل يكفي أن يكون الشريك هو الذي بعث بها، إلى الزوجة الزانية أو إلى شخص آخر غيرها. ولا يشترط أن تكون ممضاة منه، بينما بالنسبة للزوجة الزانية، فإن كانت هي التي بعثت بها فلا تكون حجة عليه [203]، ص163 و164، [207]، ص296، [233]، ص305، [154]، ص488 و489. وسوف نعود إلى أدلة الإثبات في القانون المصري ونفصل فيها بعد تناول كل الأدلة الواردة بالمادة 341 ق.ع.ج في فرع خاص بموقف التشريعات التي سبقت معنا من أدلة الإثبات. وقد تقدّم الصور الفوتوغرافية كدليل لقيام جريمة الزنا، فهل يمكن قياسها على الرسائل والمستندات وقبولها كدليل؟

إن الصور الفوتوغرافية قد تكون دليلاً قطعياً كون أنها تبين المتهمين بجريمة الزنا في وضع لا يمكن معه دفع الجريمة. إلا أننا نعلم جميعاً أن التطور العلمي جعل الحصول على مثل هذه الصور أمراً سهلاً وميسوراً، وكثيراً ما حدثت قضايا من هذا القبيل، قذفت فيها نساء وفتيات لا علاقة لهن بالفاحشة

والفساد. ولهذا الغرض فإنه لا يمكن أن يعول عليها القضاة في إثبات الجريمة، وأكثر من ذلك فإن النص القانوني حصر الإقرار الكتابي في الرسائل والمستندات الصادرة من المتهم، ولم يشر إلى الصور الفوتوغرافية. بالإضافة إلى أن القياس يحظر على القاضي عملاً بمبدأ الشرعية الجنائية. ولقد ذهب الفقه والقضاء المصري إلى أن الصور الفوتوغرافية لا تصلح كدليل يعادل الرسائل والمكاتيب، بينما اعتبر الصور الفوتوغرافية معادلة للرسائل والأوراق الصادرة عن الشريك متى اطمأن القاضي من مطابقتها للأصول التي أخذت منها، دليلاً لإثبات الجريمة [154]، ص 489. ومسألة الاعتراف الكتابي وإثبات مدى صحته، مسألة موضوعية ترجع إلى تقدير القاضي وقناعته التي يكونها انطلاقاً من أدلة الإثبات.

2.1.2.3. الإقرار القضائي

ويتمثل في الاعتراف الذي يدلي به المتهم أمام جهة قضائية بكل أو بعض ما نسب إليه من تهم. فيصرح ويعترف أمام هيئة الحكم بأنه ارتكب الأفعال المتهم بشأنها والمكونة للجريمة. ويعتبر الإقرار حجة قاطعة على المقر حسب قواعد القانون المدني [10]، وتعتبر حجة على المتهم بجريمة الزنا حسب ما ورد بالمادة 341 ق.ع. ج. يعول عليه القاضي لإثبات الجريمة. إن الاعتراف لا يلزم إلا المقر، ولا ينصرف إلى غيره ولا يلزمه [58]، ص 86. والمشرع الجزائري لا يعتد إلا بالإقرار الذي يتم أمام جهة قضائية، جهة الحكم أو جهة التحقيق، أما إذا كان أمام وكيل الجمهورية، فيجب أن يتم على محضر رسمي يوقع عليه المقر وأمين الضبط ووكيل الجمهورية، بالإضافة إلى إمضاء هذا الأخير، وإلا فلا يمكن للقاضي أن يعول عليه [59]، ص 129. واعتراف الزوجة على نفسها وشريكها لا يقبل حجة على هذا الأخير [196]، ص 113، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 2000/11/22 ملف 210717 الذي جاء فيه: "إن الإقرار القضائي في جريمة الزنا شخصي يلزم المقر وحده دون غيره، وأن القضاء بإدانة المتهم بناء على إقرار الزوجة الزانية وحدها وفي غياب إقرار المتهم يعدّ قصوراً في التعليل وسوء تطبيق القانون يعرضه للنقض..." [205]، ص 263. ويشترط في الاعتراف أن يكون:

- من المتهم على نفسه.
- أن يكون صريحاً وبعبارة واضحة الدلالة على ارتكابه الجريمة.
- أن يتعلق بالجريمة المطروحة أمام الجهة القضائية سواء جهة الحكم أو التحقيق.
- أن يصدر عن إرادة حرة غير مكرهة، بالإضافة إلى صدور الاعتراف عن شخص يتمتع بكامل أهليته [203]، ص 260.

وللإشارة فإن المشرع المصري لا يستثني الإقرار غير القضائي، والذي يتم أمام رجال الضبط القضائي أو السلطة العامة، أو أمام أحد الشهود ولو أن حجيته غير قطعية كالاقرار القضائي الذي يعتبر سيد الأدلة [207]، ص 204. فإن حجيته تتوقف على مدى حجية المحاضر أو قيمة الشهادة التي أدلى بها الشاهد، وهي مسألة ترجع للسلطة التقديرية للقاضي. وهو موقف مغاير لموقف المشرع الجزائري والذي حصر الاعتراف في ذلك الذي يتم أمام جهة قضائية، واستقر عليه القضاء الجزائري حيث جاء موقف المحكمة العليا واضحا من خلال القرار رقم 21440 الصادر بتاريخ 1980/12/02 والذي جاء فيه: "...حيث أن الإقرار القضائي يترك لحرية تقدير القاضي أو قضاة الموضوع - حيث في القضية الراهنة لم يؤخذ به في الاعتبار..." [197]، ص 12. وكذلك القرار رقم 28837 الصادر في 1984/06/12 والذي جاء فيه: "من بين الأدلة المحددة قانونا على سبيل الحصر الإقرار الذي يحصل أمام القضاة كاعتراف المتهم أثناء استجوابه من طرف وكيل الجمهورية بأنه زنا بالمتهمة" [206]، ص 297. وبعدما تعرضنا لأدلة الإثبات في جريمة الزنا في القانون الجزائري، فلا بد أن نعرض على بعض التشريعات العربية لمعرفة موقفها من ذلك.

2.1.2.3. موقف بعض القوانين العربية من إثبات جريمة الزنا

لقد جرم المشرع المصري جريمة الزنا واعتبرها اعتداء على حق الزوج وحق المجتمع ككل وقرر لها جزاء جنائيا، والملاحظ أنه كان أكثر تشددا مع الزوجة الزانية، حيث لم يشترط أن تتم الجريمة في مكان معين حتى تتابع هذه الأخيرة كما فعل في جريمة زنا الزوج التي اشترط أن ترتكب في بيت الزوجية لإمكان معاقبته، وهو ما جاء بالمادة 277 من قانون العقوبات المصري، حيث إذا قام بها في بيت شريكته أو في فندق أو منزل استأجره لذلك الغرض فلا يعتبر مرتكبا لجريمة الزنا. وميز بين الفاعل والشريك من حيث إثبات الجريمة [145]، ص 44، [172]، ص 193 و 194، فنصت في المادة 276 ق.ع. م على مايلي: "الأدلة التي تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هي القبض عليه حين تلبسه بالفعل أو اعترافه أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه أو وجوده في منزل مسلم في المحل المخصص للحريم". فالأدلة التي أوردها المشرع المصري أخص بها الشريك وبالتحديد شريك الزوجة [204]، ص 288 وما بعدها، [208]، ص 98 وما بعدها. أما الزوج والزوجة فلقد أخضع الإثبات بالنسبة لهما إلى القواعد العامة المتبعة في كل الجرائم. ويترتب على اختلاف وضع الزوجة الزانية وشريكها من حيث الإثبات، جواز أن تدان الزوجة لإقتناع القاضي بجرمها، ويبرأ شريكها لعدم توفر الدليل القانوني [154]، ص 485. فالقاضي الجنائي له حرية مطلقة في تكوين عقيدته في المسائل الجنائية وبالخصوص في جريمة الزنا [234]، ص 299. كما أن حصر المشرع لأدلة الإثبات بالنسبة لشريك

الزوجة من شأنه تضيق نطاق الإثبات بالنسبة له، والمتفق عليه فقها وقضاء أنه ليس شرطاً أن يشاهد الجاني أثناء ارتكاب الجريمة أو عقب ارتكابها[196]، ص 111 و 112، بل يكفي أن يثبت أن الزوجة الزانية وشريكها قد شوهدا في وضع لا يدع مجالاً للشك في أن الجريمة قد وقعت فعلاً[207]، ص 89 وما بعدها. سواء كان ذلك عن طريق المشاهدة، أو السمع. فحالة التلبس التي نص عليها المشرع المصري كدليل إثبات زنا الشريك يمكن استخلاصها من القرائن وشهادة الشهود[203]، ص 154 والقرائن كثيرة ويجب أن تكون مستنتجة من الوقائع أو الظروف، وتختلف حسب الحالات وحسب كل قضية، ترجع في ذلك للقاضي حرية تقديرها إذا كانت مثبتة للجرم أم لا. ومثال ذلك تردد الشريك على الزانية في غياب زوجها ومبيته ليلاً عندها، أو حمل الزوجة في غياب زوجها، أو وجود صور فوتوغرافية للمتهمين توحى بوجود علاقة غير شرعية بينهما[154]، ص 487، أو وجود الشريك مختبئاً تحت السرير ونصفه الأسفل عار ويحمل بيده ملابسه، أو وجوده في غرفة الأطفال يحاول ارتداء سرواله[232]، ص 65 و 66. ذلك ما أكدته محكمة النقض المصرية بأنه لا يشترط لتوافر التلبس بجريمة الزنا أن يكون المتهم قد شوهد حال ارتكابه الزنا بالفعل بل يكفي أن يكون قد شوهد في ظروف تنبئ بذاتها وبطريقة لا تدع مجالاً للشك في أن جريمة الزنا قد ارتكبت فعلاً[209]، ص 822. إذن فالتلبس الذي أراده المشرع في جريمة الزنا ليس هو ذلك المنصوص عليه بالمادة 30 من قانون الإجراءات الجنائية المصري. كما أنه ليس شرطاً أن يقف مأمور الضبط على حالة التلبس بنفسه، بل يكفي أن يشهد شهود برؤية الزوجة وشريكها متلبسين بالجريمة، أو في وضع يدل على ارتكابها. وقد يحدث أن يكون لازالاً لم يرتكبا الجريمة لكن كانا على وشك ذلك، وقتها يتعين على القاضي أن يمنح لهما حق إثبات العكس إذا استطاعا إثبات ذلك يكونان قد برئا، كون أن جريمة الزنا لا شروع فيها[154]، ص 487. أما بالنسبة للاعتراف والمكاتيب والأوراق، فلم نلاحظ اختلافاً بين التشريع الجزائري والمصري، إلا من حيث أنه حصرها إلى جانب التلبس كأدلة إثبات بالنسبة للشريك دون الزوجة والزوج وشريكة الزوج. وذهب الفقه والقضاء المصري إلى اعتبار صور أصول المكاتب والأوراق إن اطمأن القاضي إلى مطابقتها للأصل دليلاً يمكن التعويل عليه، وإلا فيتخلّى عنها ولا يعتمد عليها[203]، ص 165. أما الصور الفوتوغرافية، فلقد استقر معظم رجال القانون وكذا القضاء المصري على عدم الأخذ بها، كون أنه لم يرد ذكرها بالنص القانوني، بالإضافة إلى أنه لا يمكن قياسها أو مساواتها بالمكاتيب والأوراق[234]، ص 306، [196]، ص 113، [174]، ص 245. ولقد ذهب الدكتور صالح مصطفى إلى أن الصور الفوتوغرافية إذا كان عليها كتابة بخط الشريك تفيد الإهداء فإنها تدخل في مدلول النص القانوني[208]، ص 98. والملاحظ أن المشرع المصري قد أضاف دليل إثبات بالنسبة للشريك وهو وجوده في منزل مسلم في محل مخصص للحريم، والذي لا ينطبق إلا إذا كان الزوج المضار من الجريمة مسلماً. فإذا لم يتحقق الشرط فلن يصلح الدليل لإثبات الجريمة، ولا يهم بعد ذلك إن

كان الجاني مسلماً أو غير مسلم [204]، ص 200. وتوفر هذه القرينة ليس معناه ثبوت قيام الجريمة، ولكن يكفي أن يثبت الجاني أنه وجد في مكان مخصص للحريم كان لسبب آخر كإصلاحه للحنفية أو إسعاف الزوجة حتى يدفع عن نفسه التهمة، إذن فالقرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، ويشترط أن تكون الزوجة مقيمة مع زوجها في منزل واحد. فإذا كانت في بيت خاص بها، أو في بيت أهلها، فلا مجال لتطبيق هذا الشرط [203]، ص 170. ويرى الدكتور محمود نجيب حسني وبالرغم من أن الحياة تطورت ولم يعد هناك جزء مخصص للحريم في البيوت، إنما يوجد مكان إسمه "غرفة النوم" والتي إن وجد بها رجلاً غريباً برفقة الزوجة الزانية فلقاضي الموضوع تفسير وجوده بهذا المكان وتقدير ما إذا كان ذلك جريمة الزنا أم لا [154]، ص 489 و 490.

كان هذا عن أدلة إثبات الجريمة بالنسبة للشريك، أما عن الزوجة – وسوف نقتصر على الأدلة المتعلقة بهذه الأخيرة كون دراستنا تنصب على إجرامها دون الزوج – فيجوز إثبات جريمتها بكل طرق الإثبات القانونية، بما فيها القرائن التي تستنتج من الوقائع والظروف، وكذا مشاهدة المتهمين متلبسين بالجريمة، سواء تمت المشاهدة بواسطة مأمور الضبط القضائي أو شهادة الشهود في محضر التحقيق [172]، ص 238.

وخلافاً لما هو الحال بالنسبة للشريك الذي لا يقبل الشهادة المثبتة لزناه إلا إذا كانت منصبة على حالة التلبس [196]، ص 108. فإنه بالنسبة للزوجة، يكفي أن يشهد الشاهد على أية واقعة، يمكن أن يستنتج منها القاضي وقوع الزنا. كما يمكن إثباتها بالاعتراف، ولو أن هذا الأخير لا يمنع القاضي من الأخذ بالأدلة الأخرى، كون أن الاعتراف في المواد الجنائية شأنه سائر الأدلة، يخضع للسلطة التقديرية للقاضي وقناعته الشخصية. ومهما يكن فإن أخذ به القاضي فلا بد أن يحتاط، فقد يكون الغرض هو الحصول على حكم بالطلاق [203]، ص 158 و 159 أو يكون نتيجة لتواطؤ الزوجين للحصول على التعويض من الشريك. وما يمكن التعقيب عليه، هو أن المشرع سواء الجزائري أو غيره من التشريعات العربية، لا زال مقيداً بنصوص قديمة استشفها من القانون الفرنسي الذي تولى عنها أو عدلها بشكل يتماشى وتطور المجتمع وأساليب ارتكاب الجريمة، فالتطوّر الشرعي والوسائل العلمية الحديثة كفيلة بإثبات قيام الزنا من عدمه، وتنوير طريق القاضي بشكل لا يمكن معه إثبات العكس.

أما إذا رجعنا إلى قانون الجزاء الكويتي وبالتحديد إلى المادة 195 منه [180]، ص 288 فنلاحظ بأنه لا يميز بين زنا الزوج وزنا الزوجة. فيعاقب كل منهما إذا اتصل جنسياً بغير زوجه وبرضاه وضبط متلبساً بعقوبة الحبس التي لا تتجاوز خمس سنوات وبغرامة خمسة آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين، فالجريمة تقوم إذا توفرت العناصر الآتية:

– قيام الزوجية

– الوطء

- الرضا

- القصد الجنائي

فإذا توفرت هذه الأركان لا بد من شرط آخر حتى يمكن معاقبة الجاني، وهو ضبطه متلبسا بجرمه، ومعناه أن القاضي لا يصح له بأن يقول بوقوع الوطء إلا إذا كان اقتناعه مبنيًا على واقع الأدلة المتمثلة في التلبس [210]، ص 338 و 377. أما بالنسبة للشروع في الجريمة، فإن المشرع الكويتي لم يفرق بين الجنايات والجنح من حيث العقاب على الشروع فيها، وبالتالي - وبالرغم من أنه من الصعب تصور الشروع في جريمة الزنا - فإنه إذا أمكن تحقق أحكام المادتين 45 و 46 من قانون الجزاء الكويتي بشكل يمكن معه تكييف السلوك بأنه شروعا، فتطبق نصف العقوبة على الفاعل وشريكه إذا كان فعلها لا يصلح لأن تقوم به جريمة الزنا، ولكنه يؤدي إليها حالا أو مباشرة [180]، ص 290 وصاحبته إرادة ارتكابها، ولظروف خارج عن إرادتها حال دون تحقيقهما لها، لم يستطيعا إتمامها.

أما بالنسبة لإقامة الدعوى حيث تقيد حرية النيابة في تحريك الدعوى، فموقف المشرع الكويتي لا يختلف عن القوانين السابقة من حيث تقييد حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى، ذلك ما استنتجناه من المادة 197 من قانون الجزاء الكويتي والتي جاء فيها: "يجوز للزوج المجني عليه في جريمة الزنا أن يمنع إقامة الدعوى الجزائية على الزوج الزاني، رجلا كان أو امرأة وعلى شريكه في الزنا..." وما يفهم من النص أنه كما يشترط تقديم شكوى من الزوج لتحريك الدعوى العمومية حيث لا يسوغ للنسبة تحريكها إلا إذا كان ذلك بناء على رغبة الزوج المضرور، له أن يتنازل عن الدعوى المقامة ضد زوجته، ويسري التنازل على الشريك كذلك، بل أن له الحق في التنازل حتى بعد صدور الحكم، وتنصرف آثاره إلى الشريك [180]، ص 307. وهو ما قضت به محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 42-1976 جنائي المؤرخ في 28/11/1976. وبهذا يكون موقف المشرع الكويتي يختلف عن المصري، الذي ربط مصير الزوجة الزانية بالشريك إلا في المرحلة السابقة لصدور الحكم.

وإذا رجعنا للقانون الجنائي المغربي وبالتحديد إلى الفصل 493 [62] نلاحظ أنه يحدد وسائل الإثبات، والتي هي نفس التي نص عليها المشرع الجزائري، ولم نجد فرقا فيما ذهب إليه التشريعين، فالقانون المغربي - شأنه في ذلك شأن القانون الجزائري - يشترط في الاعتراف أن يكون قضائيا لكي يكون وسيلة إثبات [182]، ص 30، [211]، ص 33 و 34. ذلك ما استقر عليه قضاء المجلس الأعلى بالمملكة المغربية في الحكم الجنائي عدد 229 (س 13) الصادر في 8 يناير 1970 جاء فيه: "... لا يكفي في إثبات الجريمة المعاقب عليها بالفصل 491 من القانون الجنائي (الخيانة الزوجية) أن تقول المحكمة بأنها اقتنعت بثبوت الجريمة بل لا بد أن تبني حكمها على أحد دلائل الإثبات المنصوص عليها في الفصل 493 من نفس القانون".

وفي القرار عدد 492/4 بتاريخ 5 أفريل 1995 ملف جنحي 91/25.815 خيانة زوجية اعتبر قضاء المجلس الأعلى أن توقيع المتهم على المحضر الصحيح الشكل يعتبر بمثابة الاعتراف الذي تضمنته المكاتب والأوراق الصادرة عن المتهم دون اشتراط التلبس وأنط المجلس الأعلى ذلك باقتناع المحكمة بما ورد بالمحضر [212]، ص 212 إلى 214 أما عن الصور الفوتوغرافية، فلم نجد ما يبين أن القضاء يأخذ بها كدليل إثبات قياسا على المكاتب، ولعل ذلك بسبب عدم ورودها في نص المادة، وبهذا يكون موقف التشريعين واحد بشأن أدلة الإثبات لجريمة الزنا. أما القانون الأردني، فلقد تناول أدلة الإثبات في المادة 2/282 من قانون العقوبات الأردني والتي جاء فيها: "الأدلة التي تقبل وتكون حجة لإثبات هذه الجريمة هي القبض عليهما حين تلبسهما بالفعل، والاعتراف القضائي أو وجود رسائل أو وثائق أخرى مكتوبة" ونص المادة يوحي بأن المشرع الأردني يتوجه إلى كل من الفاعل والشريك – الزوجة وشريكها والزوج وشريكته – وذلك من عبارة "القبض عليهما" و "تلبسهما". فلقد خص جريمة الزنا بقواعد إثبات تختلف عن القواعد التي نصت عليها المادة 1/147 من قانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني [234]، ص 291 والتي تتمثل في جميع طرق الإثبات، وقيام الأدلة ولو مجتمعة لا يعني الإدانة القطعية، بل الأمر يعود إلى الإقتناع الشخصي للقاضي. وفيما يخص التلبس، فإن القضاء الأردني – ونظرا لأن الجرم المشهود من طرف مأمور الضبط العدلي أمر قد يصعب تحقيقه – تعتبر مشاهدة الزوج أو الوالي الجرم، أو مشاهدة الزوجة وشريكها في وضع يوحي بوقوع الجريمة كاف لقيام حالة التلبس [234]، ص 301 ومؤدى ذلك أن شهادة الشهود يمكن أن تكون دليل إثبات لجريمة الزنا.

أما بالنسبة للاعتراف، بالرغم من أن المادة 282 من قانون العقوبات الأردني نصت على الاعتراف القضائي، فإن بعض رجال القانون يرون أنه ليس شرطا أن يصدر اعتراف الشريك في مجلس القضاء، أو في محضر رسمي أمام رجال الضبطية العدلية، بل يمكن إثباته بكافة الطرق [234]، ص 306 ومتى اقتنعت جهة الحكم بصحته ومطابقته للحقيقة فتأخذ به.

ومن الملاحظ أن التشريع الأردني شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات العربية، لم يعول على الصور الفوتوغرافية كدليل إثبات، ولم ينص عليها، وبالتالي فلقد أحجم القضاء عن الأخذ بها.

أما المشرع الليبي، فلقد أجاز إثبات جريمة الزنا بكافة طرق الإثبات وترك ذلك إلى الإقتناع الشخصي للقاضي والقرائن وملابسات كل قضية وهو ما أكدته القرار رقم 8/26 ق مبدأ 29 جلسة 1961/12/16 [157]، ص 301 وما بعدها، ويستوي بعد ذلك إن كان الأمر يتعلق بالزوجة الزانية أو الزوج أو شركائهما [150]، ص 42 و 43. أما برجوعنا إلى المادة 487 من قانون العقوبات اللبناني. فنجد أنها تميز من حيث الإثبات بين الفاعل والشريك، وحصرت أدلة الإثبات بالنسبة لهذا الأخير في الإقرار القضائي والتلبس والرسائل والوثائق الخطية التي كتبها بخطه [101].

وبالنسبة لقانون العقوبات التونسي و بالرجوع للفصل 236 منه نلاحظ أنه لا يوجد ما يدل على أن جريمة الزنا تخضع لقواعد معينة في الإثبات. بمعنى أنها تخضع شأنها شأن أية جريمة للقواعد العامة للإثبات الجنائي.

وبعدما تعرضنا إلى موقف بعض التشريعات العربية من الإثبات، والتي معظمها تعتمد على القرائن وعلى شهادة الشهود، نرى أن المشرع الجزائري قد عمد إلى حصرها وتحديدتها بشكل يمتنع معه القياس أو التوسع في تفسيرها. إلا أن الملاحظ أن القضاء قد أغفل في بعض الأحيان المادة 341 من قانون العقوبات وعمد إلى الطرق العادية للإثبات بما فيها شهادة الشهود. ذلك ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 34051 بتاريخ 1984/03/20 والذي جاء فيه: "غير أنه حكم بأن حالة التلبس في جنحة الزنا لا تحتاج إلى معاينتها من طرف ضابط الشرطة بل يكفي إثباتها حسب الطرق العادية بشهادة الشهود، بحيث إذا اقتنع قضاة الموضوع بأن شاهداً أحد وقف على المتهمين حين ارتكاب الجريمة أو بعد حدوثها بقليل فأن اقتناعهم هذا لا يخضع لرقابة المجلس الأعلى" [202]، ص 269 كما أن هناك من رجال القانون من يؤيد ما ذهبت إليه المحكمة العليا [213]، ص 94، متأثرين بموقف القضاء المصري، الذي يختلف موقفه تبعاً للقواعد القانونية – عن موقف التشريع الجزائري، وبالتالي يجب التقيد بما جاء في نص المادة 341 من ق.ع.ج وهذا ما نادى به البعض [200]، ص 470.

2.1.3.2.3. موقف الشريعة الإسلامية من إثبات جريمة الزنا

وبرجعنا إلى الشريعة الإسلامية وموقفها من أدلة إثبات جريمة الزنا، فنلاحظ أن موقفها يختلف عن موقف القوانين الوضعية التي أعطت للقاضي الحرية في تكوين قناعته، بينما تشددت هي في الإثبات، فوضعت شروطاً وأحكاماً كون أن الجريمة من جرائم الحدود والقصاص، ولذا وجب التشدد في إثباتها، حتى لا يظلم أبرياء أو تزهد أرواحهم، وحتى لا يشهر بعرض الأفراد وسمعتهم وشرفهم كذبا وكيدا لهم. والإثبات في الشريعة نوعان: إثبات متفق عليه من جهور الفقهاء ويتمثل في الشهادة والإقرار [203]، ص 173 وأخرا اختلفوا فيه ويشمل ظهور الحمل وعلم القاضي.

1.3.2.3.2.1. الشهادة أو البيينة

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الزنا يثبت بالشهادة عملاً بأحكام القرآن الكريم في قوله عز وجل: (وَاللَّائِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ) [214]، 15 وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم فيما روى عنه أنه قال لهلال بن أمية عندما كذب امرأته بالزنا: (أنت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك، وإلا فحدك في ظهرك) [215]، ص 114. ويشترط في الشاهد أن يكون

بالغا. فإذا كان صبيا فلا تقبل شهادته، وعاقلا فلا تقبل شهادة المجنون أو المعتوه [63]، ص 478 و 479. كما يشترط أن يكون قادرا على الكلام، أي ليس أخرسا. وفي هذا الباب اختلف الفقهاء فذهب المالكية وبعض الشافعية إلى الأخذ بشهادة الأخرس. بينما تباينت مواقف المذاهب الأخرى من قائلين بعدم قبول شهادته على الإطلاق ومستبعدينها من باب الاحتياط [203]، ص 177، [63]، ص 469. كما يشترط أن يكون مبصرا حتى يتمكن من وصف ما شاهده، وأن يكون عادلا بدليل قوله تعالى: (وَأَشْهِدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ)، وقوله عز وجل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا) [53]، 02، [216]، 06 وأن يكون مسلما، فلا خلاف بين الفقهاء في عدم قبول شهادة غير المسلم. وإلى جانب هذه الشروط المتطلبية في الشاهد حتى تقبل شهادته، فهناك شروط أخرى خاصة تتمثل فيما يلي:

- عدد الشهود: والذي يجب أن يكون بعدد أربعة عملا بالقاعدة التي جاء في قوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) [217]، 04. ويشترط أن يكون الشهود رجالا ولقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اعتبار شهادة الزوج على زوجته الزانية مقبولة أم لا؟ وهل يجوز أن يكون من بين الشهود الأربعة؟ فذهب الحنفية إلى قبول شهادته [215]، ص 114، [218]، ص 126، كون أن الشهادة تجلب له منفعة وتلحق به العار في نفس الوقت، خاصة وإن كان له منها أولادا. ويرى مالك والشافعي وأحمد بن حنبل بعدم قبول شهادته لأنه يعد قاذفا لها بالزنا [169]، ص 411. كما أنه لا تقبل شهادة العبد عند جمهور الفقهاء إلا ما علم خلافا لذلك من رواية حكيت عن أحمد [170]، ص 128، أن شهادتهم تقبل وهو قول أبي ثور لعموم النصوص فيه، ولأنه عدل مسلم فتقبل شهادته كالحر، ويرى بن قدامة خلاف ذلك فيقول: ولنا أنه مختلف في شهادته في سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته في الحد لأنه يندرى بالشبهات [170]، ص 176.

- أن يصفوا الزنا بوصفه كما هو: أو بما يفيد وقوعه، فيقولون رأينا فرجه في فرجها [170]، ص 176، [145]، ص 81، [218]، ص 129. أي وصف حدوث الواقعة، لأن ما دون الوطء لا يعد زنا موجبا للحد.

- مجيء الشهود كلهم في مجلس واحد: يرى مالك وابن حنيفة والشافعي بضرورة حضور الشهود معا وأن يكون ذلك في مجلس قضاء واحد. فإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفه وأقيم عليهم الحد [170]، ص 179. أما الحنابلة فيكتفون بحضور الشهود في مجلس واحد دون اشتراط حضورهم معا.

- تعيين الزمان والمكان الذي وقع فيهما الفعل : يجب أن تنصب الشهادة على فعل الزنا الواقع في مكان واحد وزمان واحد، حيث أن اختلاف أحد الشهود، لا تقبل شهادتهم ولا حد عليه ولا على الشهود [218]، ص132، [169]، ص343 و 344.

- ألا تمضي مدة طويلة بين الجريمة والشهادة، أو التقادم: اختلف الفقهاء حول هذه المسألة فقال الحنفية بأنها لا تقبل إلا إذا كان التأخر مرده إلى مرض أو بعد المسافة [215]، ص162 وما بعدها. أما الحنابلة فلقد انقسموا إلى فريقين، فريق منهم ذهب إلى ما ذهب إليه الحنفية، وفريق آخر يرى أن التقادم لا تأثير له على الجريمة [170]، ص187، [169]، ص342 و 343.

- أما إذا رجع الشهود عن شهادتهم، أو رجع أحد منهم، فالمسألة فيها ثلاثة آراء: الرأي الأول: يقام عليهم الحد جميعهم إذا كان الرجوع قبل القضاء ولو من واحد منهم. وهو رأي أبو حنيفة. أما إذا رجع واحد منهم بعد الإمضاء فعليه ربع الدية ويقام عليه حد القذف [169]، ص182. وهو رأي أحمد بن حنبل كذلك.

الرأي الثاني: يحد الثلاثة دون الراجع [169]، ص182 (أي دون الذي تراجع عن شهادته) - قبل إقامة الحد على الزانية- والذي يعفى من إقامة الحد عليه (حد القذف ثمانون جلدة) لأنه يعتبر كالتائب. وإقامة الحد عليه قد يجعله يمتنع عن الرجوع خوفا من العقوبة.

الرأي الثالث: وقال به الشافعي [170]، ص182، [218]، ص135 يحد الراجع دون الثلاثة، لأنه مقر على نفسه بالكذب في قذفه. فإن كان رجوعهم قبل الحكم، فلا يحكم بشهادتهم لاحتمال صدقهم في الشهادة وكذبهم في الرجوع، ويحتمل أن يكونوا صادقين في الرجوع كاذبين في الشهادة. والشك شبهة، والحدود تدرء بالشبهات إن كان رجوعهم بعد الحكم وقبل الاستيفاء. أما إذا كان الرجوع بعد الحكم والاستيفاء فلا ينقض الحكم [169]، ص347.

وتمتنع الشهادة إذ وجدت قرابة كشهادة الأصول على الفروع أو العكس، أو شهادة الأزواج بعضهما على بعض. يرى الإمام أبو حنيفة أنه يمكن أن يكون الزوج واحدا من الشهود الأربعة. أما مالك والشافعي وأحمد بن حنبل ورأيهم هو الراجح، فيرون أن يكون الشهود أربعة دون الزوج [145]، ص78. كما تعتبر العداوة من قبيل الموانع الشرعية التي تمتنع بها الشاهدة، وكذا التهمة وهو أن يكون بين الشاهد والمشهود عليه ما يبعث على الظن بوجود محاباة بينهما [203]، ص177 و187.

2.3.2.3.2.1. الإثبات بالإقرار أو الإقرار

يقول سبحانه عز وجل في محكم تنزيله: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ) [219]، 135 فالآية الكريمة أصدق دليل على ثبوت الإقرار كدليل في القرآن. كما تؤكد الأحاديث النبوية ثبوته في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وخير دليل قصة الغامدية [203]، ص191، [220]، ص48، [221]، ص127. ويثبت الزنا باعتراف الزاني على نفسه حتى يتوب ويخلص نفسه من عذاب الله في الآخرة. ويشترط في الإقرار مايلي:

- العقل: لا يصح اعتراف المجنون ويقاس عليه السكران والنائم. كما يشترط أن يكون المقر حر الإرادة غير واقع تحت ضغط مادي أو معنوي، وكذا الحال بالنسبة للمكره الذي تنتفي مظنة الصدق فيه ويرجح أنه أقر لدفع الأذى عن نفسه [203]، ص191، [145]، ص87.

- البلوغ.

- الإقرار بالخطاب والعبارة دون الكتابة والإشارة: لا يقام الحد على الأخرس لو كتب الإقرار أو أشار إليه إشارة معلومة، لأن الشرع علق وجوب الحد بالبيان [218]، ص136 و 137. فإن لم يصرح بفعل الزنا حسب ما ذهب إليه الحنفية فلا يحد، أما عند المالكية والشافعية، فإنه يحد إن فهم من إشارته الزنا.

- قدرة المقر على الوطء.

- الإرادة السليمة أي الحرية غير الواقعة تحت ظرف الإكراه سواء المادي أو المعنوي [203]، ص200 و 201، ولقد اختلف الفقهاء حول عدد مرات الإقرار، فمنهم من يرى بأنه مرة واحدة مستشهدين في ذلك بحديث الغامدية، ومنهم من يقول بأنه أربع، قياسا على اشتراط أربع شهود وهو رأي أبو حنيفة وأحمد لما رواه أبي هريرة رضي الله عنه عن الرسول صلى الله عليه وسلم في قصة ماعز الذي أتى الرسول صلى الله عليه وسلم يخبره بأنه زنى فأعرض عنه الرسول صلى الله عليه وسلم، فأعاد اعترافه أربعة مرات، ثم سأله الرسول صلى الله عليه وسلم إن كان به جنونا فأجاب بالنفي، ثم سأله إن كان متزوجا فأجاب بنعم ثم أمر برجمه [218]، ص138 و 139، [169]، ص357.

3.3.2.3.2.1. علم القاضي

إذا شهد القاضي واقعة زنا، فلا يقضي بعلمه الخاص ولا يقيم الحد، وهو رأي جمهور الفقهاء [170]، ص191 وما بعدها.

4.3.2.3.2.1. ظهور الحمل عند المرأة غير المتزوجة، أو المتزوجة بمجنون أو صبي، أو ولدت طفلا دون ستة أشهر من زواجها[63]، ص483:

يرى جمهور الفقهاء من الحنابلة – الشافعية – الحنفية، أن لا حد على الحامل التي لا زوج لها، أو التي لم تتزوج على الإطلاق فيحتمل أنه من وطء إكراه أو شبهة، والحد يسقط بالشبهات[170]، ص139. ويرى المالكية أنها تحد إذا ظهر حملها لثبوت زناها[222]، ص312. وإذا ادعت أنها كانت مكرهة أو تم اغتصابها أو أن المني قد تسرب إلى فرجها من الحمام، فهذا يعد شبهة تستوجب إسقاط الحد عنها إن وجدت قرائن تدل على براءتها، كأن يثبت بأنها عذراء أو كأن تستغيث بعد اغتصابها وهي في وضع ينبئ بوقوع الفعل بالإكراه. ولقد جاء عن الدكتور عبد القادر عودة أنها لا تحد حتى وإن لم تدع الإكراه أو الوطء بشبهة ما لم تعترف بالزنا لأن الحد لا يجب إلا بينة أو إقرار[154]، ص346

خامسا- اللعان: وهو أن يتهم الزوج زوجته بالزنا دون أن يكون لديه شهودا، فيجب عليه حد القذف إن لم يلاعنها، عملا بقوله تعالى: (وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (9)) [223]، 06 إلى 09 فإذا لاعنها أقيم عليها حد الزنا، ما لم تلاعنه، فيسقط عنها.

2.1. 3.3. العقوبة المقررة لجريمة الزنا قانونا وشرعا

حرمت الشرائع السماوية الزنا وعاقبت عليه. كما اعتبرت التشريعات الوضعية القديمة جريمة وخيانة لرابطة الزوجية، إلا أنها لم تكن تعاقب الزوج إذا زنا، وتوقع أشد العقوبات على الزوجة الزانية وشريكها. وحتى سنة 1810 قليلة هي المجتمعات التي كانت تعاقب زنا الزوج[162]. أما المجتمعات المسلمة فلم تكن تميز بين الإثنين من حيث توقيع العقاب. بل أكثر من ذلك كانت تعاقب حتى الذي ارتكب الزنا دون أن يكون متزوجا عملا بقواعد الشريعة الإسلامية، ولمعرفة العقوبة التي قررها المشرع الجزائري وبعض التشريعات الجزائية العربية والشريعة الإسلامية لجريمة الزنا وتحديد زنا الزوجة. كون أن هذه الدراسة تخصصها دون الزوج – وكذا العقوبة الواجبة للشريك، إرتأيت تقسيم هذا المطلب إلى ما يلي: الفرع الأول: العقوبة المقررة لجريمة زنا الزوجة في قانون العقوبات الجزائري.

الفرع الثاني: العقوبة المقررة للجريمة في بعض القوانين الجزائية العربية

الفرع الثالث: العقوبة المقررة شرعا لجريمة الزنا وكيفية تنفيذها.

الفرع الرابع: عقوبة شريك الزوجة.

الفرع الخامس: إقامة الزوج المضار من جريمة الزنا الدعوى المدنية

2.1.3.3. العقوبة المقررة لجريمة زنا الزوجة في قانون العقوبات الجزائري

تنص المادة 339 من ق.ع.ج على أنه: " يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا"، "يعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته". إن النص القانوني يعبر عن إرادة المشرع في عدم التمييز بين الزوج والزوجة الزانية من حيث العقاب، بعد ما كان يعاقب الزوج بعقوبة أخف قبل التعديل الذي جاء به في قانون 04/82 المؤرخ في 13/02/1982، من العقوبة المقررة للزوجة. ولعل عدول المشرع عن التمييز بين الإثنين يعود إلى تغير نظرتهم إلى الزوجة الزانية، الذي فرضته التطورات الاجتماعية التي شهدتها معظم دول العالم، والتي كرست جهودها للنهوض بحقوق المرأة وعدم تمييزها عن الرجل، كونها تلعب دورا هاما داخل الأسرة، وفي تربية النشئ، وتساهم في الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والثقافية[224].

فجريمة الزنا إن قلنا أنها اعتداء على حق الأمانة الزوجية، فهذا يقتضي أنها تتحقق إذا أخل أحد الزوجين بواجب الحفاظ على هذه الأمانة، مما يستوجب المساواة في الجزاء بينهما، ولقد أصاب المشرع حين وحد عقوبة الزنا، واشترط لقيامها حصول الاتصال الجنسي، واستبعد الشروع فيها، فلم ينص عليه كون أن الشروع من الصعب جدا تصوره، ولو أن هناك بعض رجال القانون[154]، ص463 الذين يرون أنه من الممكن جدا تصوره إذا صدر عن الزوجة وشريكها سلوكاً يؤدي مباشرة وحالا إلى اتصال جنسي. ومثاله أن يفاجأ وهما على وشك الدخول إلى غرفة استأجراها في فندق لارتكاب الفاحشة، أو إذا ضبطا داخل غرفة وثبت أنهما كان على وشك ارتكاب الزنا، وعن هذا المثال الذي جاء به الدكتور المرحوم محمود نجيب حسني نقف قليلا، فنقول: أن وجود المتهمين في هذا الوضع دليل على ارتكاب الزنا أو قرينة تستوجب على الزوجة إثبات براءتها، وحتى يتمشى المثال مع قواعد الإثبات التي جاءت في المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري، فنضبطه كالتالي: زوج يفاجئ زوجته داخل غرفة النوم مع رجل غيره وهما نصف عاريين فيبلغ الشرطة القضائية لتقف على الجريمة، هل تعتبر الجريمة متلبسا بها؟ أم هي مجرد شروع؟ للإجابة على السؤال نعود إلى أركان الجريمة حتى نتحقق من الوضع. فجريمة الزنا تقتضي وقوع الاتصال الجنسي، وفي مثالنا لم يتحقق هذا الشرط لكن ظروف الحال توحى بأن الجريمة قد وقعت، فكيف للقاضي أن يكون اقتناعه الشخصي؟ وحتى وإن كان بالفعل وقع اتصال جنسي بينهما لكن كانا مرتديان ملابسهما وجالسان أمام بعضهما في نفس الغرفة والباب مقفول عليهما، فكيف يمكن إثبات وقوع الزنا وظروف الحال لا توحى بوقوعه؟ فهذه الأسئلة كلها أوردتها حتى يثبت أن

الأدلة التي جاءت بها المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري غير كافية لإثبات الجريمة، بل وفي بعض الأحيان قد تكون مجحفة. ولهذا لا بد للمشرع إعادة النظر فيها خاصة وأن قناعة القاضي لا تكفي لإظهار الحقيقة، بل لا بد لها من الدليل القطعي الذي لا يحتمل معه الخطأ والذي يمكن أن نتوصل إليه عن طريق الخبرة الطبية أو الطب الشرعي الذي يجزم إن كانت الجريمة قد تحققت أم لا، ولا نعتد بالقرائن التي قد تكون مجرد شروع أو أدنى لا يعاقب عليه القانون فالدليل العلمي قطعي وأكثر مصداقية من شهادة الزوج أو محضر ضابط الشرطة خاصة في جريمة الزنا التي يصعب مشاهدة التلبس بها. ولهذا لا بد للمشرع الجزائري أن يعول عليه.

2.1.2.3.3. العقوبة المقررة للجريمة في بعض القوانين الجزائية العربية

أما المشرع المصري، فله موقف مخالف، حيث ميز بين الزوج والزوجة من حيث العقوبة ومن حيث قيام الجريمة.

2.1.2.3.3.1. من حيث العقوبة

نصت المادة 274 من قانون العقوبات المصري على معاقبة الزوجة التي ثبت زناها بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين، ونصت المادة 277 من ذات القانون على معاقبة الزوج الزاني بالحبس مدة لا تزيد عن ستة أشهر.

من حيث قيام الجريمة: ميز المشرع المصري بين الزوجة والزوج في جريمة الزنا من حيث قيام الجريمة، ولم يشترط لقيام زنا الزوجة وقوعها في مكان معين، بينما بالنسبة للزوج فلم يعتبر اتصاله جنسيا بغير زوجته بعيدا عن بيت الزوجية جريمة [196]، ص 282، [208]، ص 89، [150]، ص 72 وما بعدها، وحصر الجريمة في الزنا الذي يقع في منزل الزوجية، وهو موقف غريب نوعا ما يفهم منه أن المشرع يريد به عدم تدنيس فراش الزوجية فقط، وليس الغرض منه حماية قدسية الزواج وواجب الإخلاص المتبادل.

2.1.2.3.3.2. من حيث التنازل عن الدعوى

إذا اشتكت الزوجة زوجها الذي خانها مع غيرها فتحرك الدعوى العمومية ضده ويتابع وإذا تنازلت أو سحبت شكاوها تتوقف المتابعة الجزائية. أما إذا حصل التنازل عن الدعوى بعد صدور الحكم على الزوج الزاني فلا ينتج أثره على هذا الحكم [154]، ص 479، [191]، ص 90، [208]، ص 89

بينما تستفيد هي من تنازل الزوج عن شكواه ضدها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، أي حتى بعد صدور حكم نهائي. وفي هذه الحالة الأخيرة، يشترط قبول معاشرته لها.

وإذا رجعنا إلى القانون الأردني رقم 16 لسنة 1960 فنلاحظ أن موقفه لا يقل غرابة عن موقف المشرع المصري، حيث اشترط لقيام جريمة زنا الزوج أن يتخذ خليفة جهارا في أي مكان مما أثار جدلا في الوسط الفقهي حول هذه المسألة، وهي مدى اعتبار العلاقة التي تتم بينه وبين خليلته في الخفاء جريمة أم لا، هل يشترط التكرار والعلانية والوطء؟ أم يكفي ظهوره أمام الناس ليعتبر مذنباً [234]، ص 270 و 271. بينما عاقب الزوجة أينما ارتكبت جريمة الزنا، ولقد أثار موقف المشرع الأردني إشكالات حول تحديد معنى إتخاذ خليفة جهارا، مما أدى إلى تأويل ذلك على نحو التالي:

أن الزوج لا يعاقب إذا ارتكب الزنا في السر.

كما أنه يفلت من العقاب إذا اتصل بمرأة على نحو عابر، دون أن تكون له علاقة غرامية بها [187]، ص 28 و 29. كان هذا بالنسبة للقانون الأردني قبل تعديله [179]. حيث اختلف الأمر بعد التعديلات التي شهدتها وأصبح موقفه أكثر وضوحاً ومنطقية ولا يميز بين الزوج والزوجة من حيث توقيع الجزاء، فأخص كل من الاثنين بعقوبة واحدة نص عليها في المادة 282 من قانون العقوبات الأردني التي نصها كالتالي: «يعاقب الزاني والزانية برضاهاما بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات...» إلا أنه ميز من حيث العقوبة بين ما إذا كان الزاني متزوجاً أو غير متزوج، حيث حدد الحد الأدنى لعقوبة الزاني أو الزانية المتزوج كالتالي: «ولا تنقص العقوبة عن الحبس لمدة سنتين بالنسبة للزاني المتزوج أو الزانية المتزوجة...» ما يفيد أنه متشدد إذا تعلق الأمر بخيانة الأمانة الزوجية. وحفاظاً على الأسرة وبيت الزوجية من أن يندس بالزيلة جعل عقوبة الزنا التي تتم في بيت الزوجية سواء وقعت من الزوج أو من الزوجة، ثلاث سنوات. مما يفيد أن شريك الزوج أو الزوجة يخضع للعقوبة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من المادة 282 أي يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات. لكن إذا وقعت الجريمة في بيت الزوجية فلن تنزل عقوبته عن ثلاثة سنوات مثله مثل الزوج أو الزوجة حسب الفقرة الثالثة من نفس المادة. وما تجدر الإشارة إليه هو أنه لم يتناول مسألة الرجوع عن الشكوى أو حق التنازل، مما يفيد أن جريمة الزنا شأنها شأن باقي الجرائم إذا حركت فلا يعترضها أي عارض إلى حين صدور حكم نهائي.

وإذا رجعنا إلى القانون اللبناني وبالتحديد إلى المادة 487 من قانون العقوبات نرى أنها تعاقب الزوجة الزانية بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين [101]. والمادة 488 تعاقب الزوج بالحبس من شهر إلى سنة. ولقد اشترط المشرع اللبناني شأنه في ذلك شأن التشريعات السابقة معناه، ارتكاب الزوج الجريمة في بيت الزوجية، أو اتخاذه خليفة جهارا في أي مكان لإمكان متابعته بصدد جريمة الزنا، ومرة أخرى نسجل التفاوت والتمييز من حيث التجريم والعقاب، وهو أمر تأباه العدالة ولا يتقبله العقل، كون أن هذه التشريعات لدول إسلامية والمفروض أنها تكون أكثر تأثراً وميلاً لقواعد الشريعة الإسلامية، لكنه في

الواضح لا زالت تحن إلى شرائع العصور القديمة التي كانت تعتبر الزوجة متاع البيت وملك للزوج وليست لها حقوق تذكر [227]، ص 18. فكانت تعاقب في بعض الشرائع بالإعدام والرجم أو الحرق بالنار أو بقطع أجزاء حساسة من جسمها. ولا يخلو القانون الليبي من هذه التفرقة حيث نصت المادة 1/399 من قانون العقوبات على معاقبة الزوجة الزانية بعقوبة لا تزيد عن سنتين [150]، ص 76، [71]، ص 71 و 84. بينما نصت المادة 400 على معاقبة الزوج بعقوبة لا تزيد عن ستة أشهر. والجدير بالذكر أن المشرع الليبي ذهب إلى العقاب على الشروع في الزنا، كون أن الشروع معاقب عليه في الجرح بالعقوبة المقررة للجنحة مع خفض حديها إلى النصف طبقاً لأحكام المادة 61 من قانون العقوبات [150]، ص 71.

أما التشريع الجنائي المغربي فيتماشى وقانون العقوبات الجزائري، فلم يميز بين الزوج والزوجة من حيث العقوبة المقررة للجريمة، فينص الفصل 491 من القانون الجنائي المغربي على معاقبة أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية بالحبس سنة إلى سنتين [62]، متى تحققت أركان الجريمة وتم إثباتها بإحدى الوسائل التي نص عليها الفصل 493 والتي تم التعرض لها فيما قبل. إلا أن القاضي يمكن له أن ينزل بالعقوبة عن الحد الأدنى المقرر لها دون أن ينقص عن شهر متى ثبت له استفادة المتهمين من الظروف المخففة [182]، ص 32 طبقاً لما جاء في الفصل 149. كما يمكن له أن يقضي بعقوبة مع وقف التنفيذ إذا تحققت شروط الفصل 55 من نفس القانون.

ولقد ذهب المشرع الكويتي إلى المساواة بين الزوجين في جريمة الزنا من حيث شروط قيام الجريمة ومن حيث العقوبة المقررة لها [153]، ص 197، كما فعل المشرع الجزائري والمغربي. ويظهر موقف المشرع التونسي أكثر صرامة من التشريعات التي مرت معنا سواء من حيث عدم التمييز بين الزوج والزوجة وشركائهما، أو من حيث التشدد في العقاب. حيث أقر نفس العقوبة بالنسبة للزوجة الزانية وشريكها التي حددها الفصل 236 من المجلة الجزائية التونسية بخمسة أعوام وغرامة قدرها خمسمائة دينار. وهي نفس العقوبة المقررة للزوج وشريكته.

وكمظهر من مظاهر التشدد وعدم التسامح مع الزناة، فلم يشملهم بالظروف المخففة المنصوص عليها بالفصل 53 من نفس القانون إذا وقعت الجريمة في بيت الزوجية. وبهذا يكون قد وفر حماية جنائية للزوج المخدوع في عرضه وللأسرة عامة أكبر من تلك التي وفرتها التشريعات الجنائية العربية التي سبقت معنا.

لقد نادى بعض رجال القانون بالرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية لعدم تناسب خطورة الجريمة والعقوبة المقررة لها في التشريعات الوضعية [156]، ص 376، لما في قواعد الشريعة من تكامل وشمول وردع في مواجهة الجريمة، والتي تعتبر من جرائم الحدود لأنها محددة ومقدرة من الله عز وجل صونا للناس وحماية للمجتمع من الفساد وحفاظاً للأعراض والأنساب من الاختلاط.

2.1.3.3. العقوبة المقررة لجريمة الزنا وكيفية تنفيذها في الشريعة الإسلامية

لقد كانت عقوبة الزنا في صدر الإسلام الحبس في البيوت والإيذاء بالتعبير والتوبيخ [63]، ص 496 عملا بقوله عز وجل: (وَاللَّاتِي يَأْتِيْنَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاَسْتَشْهَدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ فَإِنْ شَهِدُوا فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي الْبُيُوتِ حَتَّى يَتَوَفَّاهُنَّ الْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا (٣) وَاللَّذَانِ يَأْتِيَانِيَا مِنْكُمْ فَأَذُوهُمَا فَإِنْ تَابَا وَأَصْلَحَا فَأَعْرِضُوا عَنْهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ تَوَّابًا رَحِيمًا) [214]، 15، [228]، 16، ولقد اختلف الفقهاء في تفسير الآيات، فمنهم من قال بأن الآية الأولى بين فيها الله عقوبة المرأة، والآية الثانية نزلت بعد أن كثر الزنات [232]، ص 82 و 83 فجاءت تحدد عقوبة الرجال. وذهب رأي آخر إلى أن الآيتين شملت عقوبتين الأولى للثيب وهي أغلظ من الثانية التي أخص بها الله البكر [170]، ص 119. ثم نزلت سورة النور وحددت عقوبة زنا البكر بالجلد مائة جلدة وتغريب عام، وعقوبة المحصن الرجم حتى الموت للزاني المحصن رجلا كان أو امرأة كما بينته سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو ما اتفق عليه أهل العلم إلا الخوارج [170]، ص 120، بما رواه عبادة بن الصامت عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (خُذُوا عَنِّي خُذُوا عَنِّي قَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا، البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم) رواه مسلم وأبو داود [170]، ص 120. ولقد استقر الحكم بعد حديث الرسول صلى الله عليه وسلم على رجم المحصن دون جلده مع خلاف في الجلد بين فقهاء المذاهب الفقهية، وجلد البكر مع التغريب مع خلاف في التغريب. وبهذا تكون الشريعة الإسلامية قد فرقّت بين العقوبة المقررة للزاني المحصن أي المتزوج وشددت عقوبته وبين البكر أو غير المحصن وخففت من عقوبته، وسوف نتناول عقوبة كل منهما وموقف المذاهب الفقهية منها:

2.1.3.3.1. عقوبة المحصن

- الرجم: يتفق جمهور الفقهاء على أن عقوبة زنا المحصن هي الرجم، إلا الخوارج الذين يقولون بأن عقوبة الزاني المحصن وغير المحصن هي الجلد عملا بقوله عز وجل: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ) (سورة النور الآية 2) [169]، ص 310، [170]، ص 120، [173]، ص 380. والرجم يكون بالحجارة، ويصير تنفيذ العقوبة بواسطة القاضي الذي تلقى الاعتراف بإلقاء أول حجر على الزاني [165]، ص 193، [170]، ص 124 والأصل في الرجم ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: (أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فناده فقال يا رسول الله إني زني، فأعرض عنه حتى ردد أربع مرات، فلما أشهد على نفسه أربع شهادات دعاه النبي صلى الله عليه وسلم فقال: أبك جنون؟ قال لا، قال فهل أحصنت؟ قال: نعم فقال النبي صلى الله عليه وسلم إذهبوا به فارجموه) [169]، ص 311، [220]، ص 48، [221]، ص 120. كما

حكم الرسول صلى الله عليه وسلم بالرجم على اليهوديين بحكم التوراة، بما أنزل الله تعالى بدليل قوله عز وجل: (فَاحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا) [228]، 48. ولقد راجع الرسول صلى الله عليه وسلم التوراة لتعريفهم أن حكم التوراة موافق لما يحكم به عليهم [170]، ص 130، وهو دليل على ثبوت حد الرجم في السنة، ولا جدال في ذلك. قلنا أنه إذا ثبت الزنا بالاعتراف تنفذ العقوبة بواسطة الحاكم أو القاضي [176]، ص 77، [165]، ص 194، ثم يرمم الناس بعده. وإذا ثبتت الجريمة بالبينة أي شهادة الشهود فيحصر تنفيذها بواسطة شهود الإثبات. ثم بعدهم الناس. وإن هرب الزاني، وكان الحد قد ثبت بالبينة فيتبع ويرجم حتى يقتل، وإن كان الحد بإقرار فيتترك لأنه يحتمل الرجوع عن إقراره فيسقط الحد عنه [170]، ص 124.

- الجلد: هو العقوبة الثانية للمحصن، ويختلف الفقهاء حول ما إذا كانت عقوبة، المحصن الرجم أو الجمع بين الجلد والرجم، فيرى بعض فقهاء الزيدية والظاهرية وابن المنذر الجمع بين العقوبتين الجلد والرجم [169]، ص 317. وفي رواية في مذهب الحنابلة ما روي عن عمر رضي الله عنه جلد شراحة يوم الخميس ثم رجمها يوم الجمعة ثم قال جلدتها بكتاب الله ورجمها بسنة رسوله صلى الله عليه وسلم [170]، ص 126. وعن الرسول صلى الله عليه وسلم في صريح حديثه: (والشيب بالشيب جلد مائة ورجم بالحجارة) [169]، ص 317، [170]، ص 126، [203]، ص 273. ويرى فريق آخر هو جمهور الفقهاء، بعدم الجمع بين الحد والرجم لما ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر برجم ماعز واليهوديين والغامدية دون جلد [215]، ص 133، [232]، ص 105، [170]، ص 125. وفي حديث عمر أن الرجم حق على من زنى وقد أحسن، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث، "ذكر منها" أو زنا بعد إحصان) [170]، ص 126.

وحتى يجب الرجم يشترط الإحصان، وهي مجموعة من الصفات جاء ذكرها في كتاب الله العزيز الحكيم بمعنى التزويج في سورة النساء (وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُم مِّنْ بَعْضٍ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ وَلَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ فَإِذَا أُحْصِيَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ) [229]، 25، وبمعنى العفة في سورة التحريم (وَمَرْيَمُ ابْنَتْ عِمْرَانَ الَّتِي أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا فَنَفَخْنَا فِيهِ مِنْ رُّوحِنَا وَصَدَّقَتْ بِكَلِمَاتِ رَبِّهَا وَكُتِبَ عَلَيْهَا مِنَ الْقَوَاتِينِ) [230]، 12. وبمعنى الحرية والبلوغ والعفة في سورة النور (وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) [231]، 04. ومن شروط الإحصان: العقل - البلوغ - الإسلام - الحرية - النكاح الصحيح. ولقد اختلف الفقهاء في شرط الإسلام، فيرى الشافعية وأبو يوسف والحنابلة والظاهرية والراجح عند الزيدية أن الإسلام ليس شرطاً للإحصان، وإلا

لما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم برجم اليهوديين، والزواج رباط مقدس في كل الأديان كما أن الزنا محرم من كل الشرائع السماوية [215]، ص 130 وما بعدها، [170]، ص 126، [169]، ص 324 و 325، [203]، ص 275. بينما يرى آخرون ومنهم أبو حنيفة ومالك ورأي للزيدية بأن الإسلام شرط من شروط الإحصان. وشرط الإحصان ليس لازماً في الزانيين، فإذا توفر في أحدهما رجم وجلد الذي لا يتوفر فيه الإحصان [169]، ص 325. ولا خلاف في تغسيل الزاني الذي أقيم عليه الحد- وتكفينه ويصلى عليه ويدفن [170]، ص 132

2.1. 2.3.3.3. عقوبة البكر

لقد أقرت الشريعة الإسلامية عقوبة الجلد والتغريب للبكر بدليل القرآن و السنة إذا زنا سواء كان رجلاً أو امرأة. ولقد اختلف الفقهاء حول كمال الجلد بالتغريب، والقول بحد الجلد فقط [174]، ص 356 و 357، [191]، ص 81

والجلد: هو عقوبة مقدرة ورد ذكرها في تنزيله الحكيم لقوله تعالى: (الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ) [148]، ص 02 ليس للقاضي أو الحاكم أن ينقص أو يزيد فيها، ولا أن يستبدلها بغيرها من العقوبات التنزيرية، ولا حتى وقف تنفيذها أو إلغائها. كما أنه لا يملك سلطة العفو عنها أو بعضها [169]، ص 313. والجلد هو الضرب بالسوط لكن ليس لازماً أن يكون بهذه الوسيلة فقط، بل يمكن أن يكون بالعصا أو النسيج المضفور، لأن السوط لم يعرف إلا في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه [63]، ص 498، [145]، ص 101، [233]، ص 84. ويشترط أن لا يكون يابساً ولا به عقد حتى لا يتمزق الجلد [216]، ص 126 وما بعدها. كما يشترط أن يكون له ذنب واحد، فإذا تعدد أذبابه عد كل ذنب بضربة، وأن يكون الضرب متفرقا على جميع الأعضاء ما عدا الوجه والبطن والفرج، ذلك حتى لا يؤدي تركيز الضرب على عضو واحد إلى إتلافه [169]، ص 370، [145]، ص 102 و 102. ويتفق جمهور الفقهاء على علانية الحد بدليل قوله تعالى: (وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) [148]، ص 02 بينما يختلفون في عدد الأشخاص الواجب حضورهم أثناء إقامة حد الجلد. فيرى بعضهم الاكتفاء بواحد، ويرى آخرون ضرورة وجود شخصين بينما يرى فريق آخر ضرورة وجود أربعة أشخاص، ورأي رابع يرى أنه من الضروري حضور عشرة أشخاص [170]، ص 137، [216]، ص 129، على خلاف حد الرجم الذي يشترط فيه عدد كبير من الأشخاص يشهدون إقامة الحد وحتى يقضي على المقام عليه الحد بسرعة.

أما التغريب: فهو العقوبة الثانية بعد الجلد ويقتصر على البكر، اختلف الفقهاء في وجوبه. فمنهم من يرى بعدم وجوبه، ويجيزونه إن رأى الإمام في تطبيقه مصلحة وهو رأي أبو حنيفة وأصحابه [170]،

ص130. ويرى آخرون بوجوب الجمع بين العقوبتين ومنهم مالك والشافعي وأحمد بن حنبل. والتغريب معناه إبعاد الشخص عن البيئة التي يعيش فيها لمدة محددة (عام كما جاء في سنة رسول اله صلى الله عليه وسلم)[63]، ص506، [169]، ص313. ويرى بعض الفقهاء أنه حبس المغرّب لمدة سنة في البلد الذي غرب فيه وهو قول أبو حنيفة ومالك والشيعة الزيدية[169]، ص314، [170]، ص135. ويرى الشافعية والحنابلة أن التغريب معناه النفي إلى بلد آخر يراقب ولا يحبس[170]، ص136. كما اختلفوا في وجوبه على الرجل دون المرأة لأنه مفسدة لها [203]، ص288، [169]، ص313، [176] ص77.

2.1. 3.3.3.3.3. كيفية تنفيذ حد الزنا

لقد وضعت الشريعة الإسلامية قواعد يجب إتباعها عند تنفيذ عقوبة الزنا، سواء كانت رجما أو جلدا أو تغريبا وهي كمايلي:

- العلانية: تشترط العلانية في إقامة الحد عملا بقوله عز وجل: (وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ) [148]، ص02. وتتحقق العلانية في حد الرجم، كون أن العقوبة تنفذ بواسطة الرماة، إلا أن الفقهاء اختلفوا في تحديد عدد الأشخاص الذين يحضرون الحد من قائلين بأنه شخص واحد ومقيم الحد. وفئة قالت بأنهم إثنان غير مقيم الحد، وآخرون قالوا بأنهم أربعة، والبعض الآخر قال بأنهم عشرة [170]، ص137، [203]، ص290.
- إقامة الحد في أي فصل من الفصول، وفي الصحة والمرض[169]، ص369 لأنه حد مهلك.
- لا يقام الحد في المساجد.
- يرمى المرجوم بحجارة متوسطة الحجم، من غير الحصى الخفيفة حتى لا يعذب طويلا قبل هلاكه ولا بصخر كبير[176]، ص78 و79.

2.1. 4.3.3.3.3. موانع عقوبة الزنا

يمتنع تنفيذ الحد إذا وجد ما يسقطه بعد الحكم به[203]، ص197. ويكون ذلك إذا:

- رجوع المقر عن إقراره، (ولا تنطبق هذه الحالة إلا على الزنا الثابت بالإقرار سواء كان صريحا أو ضمنيا).
- عدول الشهود عن شهادتهم سواء كلهم أو بعضهم.
- تكذيب أحد الزانين للآخر يمنع تنفيذ الحد عند مذهب أبي حنيفة. بينما فقهاء المذاهب الأخرى الثلاث، فيرون أن التكذيب لا يسقط الحد[169]، ص374.

- بطلان أهلية شهادة الشهود قبل التنفيذ وبعد الحكم عند الحنفية، ويخالفه الرأي فقها المذاهب الثلاث الأخرى.
- موت الشهود قبل الرجم عند الحنفية، ولا يأخذ بذلك الأئمة الثلاثة.
- زواج الزاني بمن زنى بها.

2.1. 5.3.3.3.3. امتناع إقامة الحد على الحامل

يتفق جمهور الفقهاء على عدم إقامة الحد على الحامل حتى تضع حملها سواء كان الحمل شرعياً أو من زنا، عملاً بما فعله الرسول صلى الله عليه وسلم عندما جاءت امرأة من بني غامد تطلب منه أن يقيم الحد عليها لأنها زنت، وقالت أنها حملت من زنا، فرفض الرسول صلى الله عليه وسلم إقامة الحد عليها حتى تضع حملها، حماية وصونا للمخلوق الذي في بطنها [169]، ص 342، [220]، ص 48، [221]، ص 127. ولقد اتبع الصحابة من بعد الرسول صلى الله عليه وسلم ما ذهب إليه من عدم إقامة الحد على الحامل سواء كان رجماً أو جلداً. وإذا وضعت حملها وكان الحد رجماً لا يقام عليها الحد حتى تقطعه، وإن كان له من يرضعه فلا يؤخر الحد [170]، ص 138 و 139. أما إذا كانت العقوبة جلداً، فلقد اختلف الفقهاء في وجوب الحد عليها في الحال بسوط يؤمن معه التلف، وإن خيف عليها من السوط- كون أن عقوبة الجلد عقوبة زاجرة وليست مهلكة- فيقام بشمراخ النخل وأطراف الثياب، وحجتهم في ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بإقامة الحد على المريض الذي زنا فقال: (خذوا مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة) [170]، ص 140. وقائلين بتأخير إقامة الحد على من كانت في نفاسها حتى تطهر، وحجتهم في ذلك ماروي عن علي رضي الله عنه أن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمره بجلدها، فإذا هي حديثة عهد بنفاس، فخاف أن تهلك إن هو جلدها، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال "دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد" [170]، ص 140. وإذا لم يكن الحمل ظاهراً فلا تؤخر لاحتمال أن تكون قد حملت من زنا ولأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية والجهينة ولم يسأل عن استبرائها [169]، ص 372.

2.1. 6.3.3.3.3. تنفيذ الحد على المريض

إذا كان الحد هو الرجم فلا يؤخر لأنها عقوبة هالكة [203]، ص 294، [232]، ص 90 أما إذا كانت عقوبة الجلد، فالحكم يختلف بحسب ما إذا كان مريضاً:

- يرجى شفاؤه: يرى بعض الفقهاء [169]، ص 373 أنه لا يجلد حتى يشفى. بينما يرى فريق آخر بأنه يقام عليه الحد ولا يؤخر لأن الحد واجب، فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة. وظاهر قول الخرقي وأبي

حنيفة ومالك والشافعي أنه يؤخر عملاً بحديث عمر رضي الله عنه عن الرسول صلى الله عليه وسلم [170]، ص 140.

ب- لا يرجى شفاؤه: يرى بعض الفقهاء أن المريض الذي لا يرجى شفاؤه يقام عليه الحد ولا يؤخر، بسوط يؤمن معه التلف كالفصيص الصغير أو الشمراخ، وإن خيف عليه، جمع ضغث فيه مائة شمراخ وضرب به ضربة واحدة، ولقد خالف مالك هذا الرأي وقال أن الله تعالى قال: (فَأَجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ) [170]، ص 141 و 142.

وبعد ما تعرضنا للعقوبة المقررة لزنا الزوجة في بعض القوانين الوضعية وفي الشريعة الإسلامية فسوف نتطرق إلى عقوبة الشريك.

2.1. 4.3.3. العقوبة المقررة لشريك الزوجة الزانية

تتطلب جريمة الزنا لاكتمال إطارها التشريعي قيام شخصين اثنين رجلاً وامرأة لا تربط بينهما علاقة شرعية في إطار رابطة الزواج، بارتكاب جرم الزنا سواء كان أحدهما متزوجاً أو غير متزوج أو كان الإثنين متزوجين مع غير الذي يرتكب معه الفاحشة. ولقد بينت القوانين الوضعية مسؤولية كل من طرفي العلاقة في الجريمة وأخصتها بأحكام وعقوبات مختلفة، تناولنا منها ماهي مقررة لمن توفرت فيه صفة الزوجية – أي الفاعل-، وبقي أن نتعرض إلى العقوبة المقررة للشريك في القوانين الجزائية العربية التي مرت معنا وفي الشريعة الإسلامية كما يلي:

2.1. 1.4.3.3. العقوبة المقررة للشريك في القوانين الجزائية العربية التي مرت معنا

لقد نصت المادة 339 من ق. ع. ج في فقرتها الثانية على مايلي: "وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة". ومن استقراء نص المادة نلاحظ أن القانون يعاقب شريك الزوجة الزانية بنفس العقوبة المقررة لها إذا كان يعلم بأنها متزوجة، يدعونا للقول بأن جريمة زنا الشريك تقوم على الأركان التالية:

- الركن المادي: ويتكون من محل الجريمة والمتمثل في المرأة المتزوجة، والسلوك الإجرامي وهو العلاقة الجنسية الفعلية مع شخص لا تربط بينهما علاقة زوجية.

- الركن المعنوي: وهو القصد الجنائي العام، والمتمثل في انصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بعناصرها، بالإضافة إلى علمه بأن المرأة التي يزني بها متزوجة. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يجعل من صفة المرأة المتزوجة عنصراً مفترضاً في الجريمة، ولكن جعلها كشرط لمعاقبة الشريك إذا ثبت أن هذا الأخير كان على علم بأن المرأة التي زنى بها متزوجة [174]، ص 239، [59]،

ص128، وإن ثبت أنه كان يجهل ذلك سقط عنه العقاب لانعدام القصد الجنائي الخاص لديه. بينما تعاقب المرأة، دون حاجة لأن تعلم أو لا تعلم بأن من تزني معه متزوجاً أو غير متزوج، وهو أمر يصعب تقبله كون أن الجريمة – كما سبق معنا- تقوم بسلوك الإثنيين معاً، كل واحد منهما يقوم بالفعل الرئيسي المكون للركن المادي للجريمة، ولا يمكن تصور وقوعها، بل لا تقوم أصلاً بفعل شخص واحد، فالجريمة تقوم بسلوك فاعلين اثنين حتى يكتمل ركنها المادي ويستوجب العقاب، ولهذا كان على المشرع أن لا يميز بين الإثنيين من حيث اشتراط العلم بصفة الزانية لوجوب العقاب.

وللمشرع المصري موقف عبر عنه بنص المادة 275 من قانون العقوبات المصري التي جاء فيها: "ويعاقب أيضاً الزاني بتلك المرأة بنفس العقوبة"، وهو ما يفيد أن المشرع المصري اقتصر على بيان عقوبة الزاني بالمرأة، مما يثير التساؤل حول وضع هذا الأخير، هل هو فاعل أم شريك في الجريمة؟ يرى أن بعض رجال القانون منهم الدكتور محمد مصطفى القللي والدكتور محمود محمود مصطفى والدكتور محمود نجيب حسني[154]، ص472، [172]، ص276 أنه في حقيقة الأمر أن الزاني بالمرأة هو شريك، لأن الجريمة لا تتمثل في الاتصال الجنسي في حد ذاته، ولكن فيما ينطوي عليه هذا السلوك من إخلال بواجب الإخلاص والأمانة الزوجية. فيعتبر فاعلاً من وقع على عاتقه هذا الالتزام- وهي الزوجة – أما من ساعدها على ذلك فيعتبر شريكاً لها. ولمساءلة هذا الأخير لا بد من أن تتوفر لديه نية الاشتراك والمتمثلة في علم المتهم بزواج من يزني بها، إلا أن محكمة النقض المصرية في قرار صادر في 29 ماي 1962 اعتبرت أن علم الشريك أمر مفروض، وعلى الشريك إثبات العكس، أي أن ينفي علمه بأن من جامعها متزوجة، كون أن الظروف كانت لا تمكنه من ذلك[154]، ص473. ويبرر موقف محكمة النقض أن الزواج حالة تحيط بها العلانية، خاصة وإن كانت تربط الشريك بشريكته في الزنا علاقة وطيدة، مما يجعل إدعائه بعدم علمه بزواجها أمراً تكذبه القرائن ولا يعدو أن يكون حيلة أو وسيلة للتهرب من المسؤولية والجزاء.

والواضح أن اعتبار الزاني شريكاً موقف يضع القانون المصري في منأى عن أي مشكل قانوني، إذا ما دعى الأمر إلى المقارنة بين وضع شريك الزوجة وشريكة الزوج، لأن تكييف وضع الزاني بالزوجة على أنه فاعل أصلي حسب بعض رجال القانون[174]، ص238 و239، يثير إشكالات قانونية بشأن وضع شريكة الزوج إذا كانت غير متزوجة. فإعتبارها فاعلة مع الزوج الزاني، يجعلها تقلت من العقاب إذا كانت متزوجة لعدم وجود نص يعاقبها على سلوكها، بينما عند القائلين بأن غير المتزوج يكون على الدوام شريكاً، لأن الجريمة هي جريمة فاعل وحيد وهو الطرف المتزوج، فإنها تعاقب[172]، ص266، [154]، ص472 و473، [145]، ص48 و49.

أما المشرع الأردني فلقد تناول وضع الشريك في المادة 282 من قانون العقوبات الأردني [179] التي جاء فيها: "يعاقب الزاني والزانية برضاهما بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات" وتنص

الفقرة الثانية على أنه:" ولا تنقص العقوبة عن الحبس لمدة سنتين بالنسبة للزاني المتزوج أو الزانية المتزوجة". وجاء في الفقرة الثالثة:"وتكون عقوبة الزاني والزانية الحبس لمدة ثلاث سنوات إذا تم فعل الزنا في بيت الزوجية" فمن استقراء نص المادة يبدو أن المشرع لم يشير صراحة للشريك، معنى أنه يجعله على نفس درجة الإثم الذي هو عليه من توفرت فيه صفة الزوجية. ذلك ما لاحظناه في الفقرة الأولى من نص المادة. بينما تناول العقوبة المقررة للشريك بطريقة غير مباشرة في الفقرة الثانية، حيث شدد الجزاء على من توفرت فيه صفة الزوج". وبمفهوم المخالفة فإن من لم تتوفر فيه فيأخذ حكم الشريك وتطبق عليه الفقرة الأولى. ومرة أخرى. وفي الفقرة الثالثة يظهر عدم اهتمام المشرع الأردني بالتمييز بين الفاعل والشريك حين نص على عقوبة الزاني والزانية لارتكابهما الجريمة في بيت الزوجية دون تحديد، مما يفيد أنه قصد الاثنين سواء توفرت فيه صفة الإحصان أو لم تتوفر فيه. ولا نجد في النص ما يفيد اشتراط العلم بزواج المزنئ بها، مما يفيد أنه يكفي أن يتوفر لديه نية ارتكاب الجريمة وبرضاه أي دون أن يكون مكرها لإمكان توقيع الجزاء عليه. وللمشرع الكويتي موقف مختلف نوعا ما حيث أورد في القاعدة القانونية التي تجرم فعل الزنا قرينة قانونية تفيد علم الشريك بزواج من يزني بها، وهو ما جاء في المادة 196 من قانون الجزاء الكويتي:" يعاقب شريك الزوجة الزانية وشريكة الزوج الزاني إذا كان كل منهما يعلم أو يستطيع أن يعلم أن من زنا معه متزوج...". إلا أن هذه القرينة ليست قطعية حيث يمكن إثبات عكسها[115]، ص 149 و 150. وغرض المشرع الكويتي سد الثغرات التي يمكن أن ينفذ منها الجناة بحجة الجهل بزواج المزنئ بها. وإثبات انعدام العلم لا يعفي الشريك من العقاب لا على جريمة الزنا بل على جريمة أخرى، وهي جريمة الواقعة بالرضا المنصوص عليها بالمادة 194 من قانون الجزاء[180]، ص 296

أما المشرع اللبناني فلقد تناول عقوبة الشريك في المادة 487 من قانون العقوبات اللبناني[101] النبذة 02 حيث جاء فيها:" تعاقب المرأة الزانية بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين". ويقضي بالعقوبة نفسها على شريك الزانية إذا كان متزوجا وإلا فالحبس من شهر إلى سنة...". أما شريكة الزوج فتعاقب بنفس عقوبة هذا الأخير والتي هي من شهر إلى سنة حسب نص المادة 488 من نفس القانون. والسؤال الذي يمكن طرحه هنا هو: لماذا ميز المشرع اللبناني بين شريك الزوجة المتزوج، والزوج الزاني من حيث العقاب؟ فشريك الزوجة الزانية إذا كان متزوجا يعتبر فاعلا معها في جريمة الزنا، كون أن الإخلال بواجب الأمانة الزوجية يتحقق من الطرفين. وإذا كان شريك زوجة الزانية متزوجا هو كذلك، فإنه بلا شك يعتبر فاعلا في جريمة الزنا. فإذا كان الأمر كذلك فلماذا هذا الاختلاف في العقوبة؟ ذلك ما يفهم من النصين، فزوج الزانية إذا قدم شكوى ضدها فيتابع شريكها المتزوج بالعقوبة المقررة لها. أما إذا قدمت زوجة الشريك شكوى ضده فتطبق عليه العقوبة المقررة في

المادة 488 كون أنه فاعل في جريمة زنا الزوج، وهو أمر يرفضه المنطق وتأباه العدالة، لأن تطبيق عقوبة الشريك عليه تسيء مركزه القانوني.

وبالرجوع إلى التشريع الجنائي المغربي نلاحظ بأن النصوص المنظمة لجريمة الخيانة الزوجية، تقتصر على المتزوجين فقط، أو بالأحرى أن العقوبة المقررة للجريمة أخص بها المشرع الطرف المتزوج فقط، دون الطرف غير المتزوج الذي تطبق عليه عقوبة جريمة الفساد المنصوص عليها بالفصل 490 من القانون الجنائي [151]، ص 221، ومن ظاهر الفصول التي تناولت جريمة الخيانة الزوجية يظهر أن المشرع لم يتناول هذه الحالة - أي عندما يكون أحد طرفي العلاقة غير متزوج- كما أنه عندما استعمل مصطلح "مشارك الزوجة أو مشاركة الزوج" في الفقرة الأخيرة من الفصل 491، فإنه لم يكن يقصد الشريك بالمفهوم الوارد في الفصل 129 من القانون الجنائي المغربي لأن الحالات التي حددها في المادة لا يندرج تحتها الشريك بالمفهوم الوارد في جريمة الخيانة الزوجية، وموقف القضاء ثابت في هذه المسألة حيث يعتبر من يزني بالزوجة شريكا لها في جريمة الخيانة الزوجية وهو ما جاء في القرار رقم 61 بتاريخ 1967/11/12: "... أو هذا الفعل يكون جنحة الخيانة الزوجية بالنسبة للمرأة المذكورة، ويكون مشاركة في الجنحة المشار إليها بالنسبة للطاعن" [151]، ص 219. كما أنه بالرجوع إلى نصوص القانون التي تنظم الجريمة لا نجد ما يدل على أن المشرع يشترط علم الشريك بزواج الطرف الذي مارس معه العلاقة غير الشرعية، لإمكان توقيع الجزاء عليه، إلا أن قضاء المجلس الأعلى يشترط ذلك وهو ما جاء في القرار رقم 61 بتاريخ 1967/11/12: "حيث من الثابت من تنسيقات الحكم المطعون فيه أن الطاعن ضبط في حالة التلبس بالاتصال الجنسي مع المرأة (ح) مع علمه بأنها متزوجة...". ومن الملاحظ أن الدكتور عبد الواحد العلمي لا يوافق ما ذهب إليه قضاء المجلس الأعلى من اشتراط العلم لمعاقبة الشريك، ذلك أنه يعتبر بأن صفة الزوجية والتي تعتبر ظرفا شخصيا لا تسري إلا على من اتصلت به حسب القواعد العامة، ولا داعي لاشتراطها لأنها لا تنصرف إلى الشريك وبالتالي يكون المجلس قد خالف القواعد القانونية لأنه كان عليه أن يطبق على الشريك العقوبة المقررة لجريمة الفساد [151]، ص 220. إن التسليم بهذا القول يؤدي بنا إلى اعتبار أن الفعل الذي أتاها طرفي العلاقة غير المشروعة يتخذ وصفين، كل وصف يكون جريمة لها عقوبة مختلفة. فتطبق عقوبة جريمة الخيانة بالنسبة للزوجة وعقوبة جريمة الفساد بالنسبة لمن زنى بها كون أنه غير متزوج، وهو أمر يصعب تقبله خاصة إن كان هذا الأخير يعلم بأنها متزوجة، فالعلم يجعل منه شريكا في جريمة الخيانة الزوجية، كون أنه علم بوضعها ورغم ذلك أصر على إتيان الفعل بإرادة حرة وسليمة، وبالتالي لا يمكن إلا أن تطبق عليه العقوبة المقررة لها. أما إذا كان لا يعلم، فلا يمكن متابعته عن جريمة الخيانة الزوجية، بينما يتابع بناء على الفصل 490 أي عن جريمة الفساد.

2.1. 2.4.3.3. العقوبة المقررة للشريك في الشريعة الإسلامية

وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية، تظهر الأمور أكثر وضوحاً عما هي عليه في القوانين الوضعية، كون أن الشريعة لم تميز بين الفاعل والشريك، فالجريمة لا يتصور فيها الاشتراك بمفهوم المساهمة حسب القواعد العامة، حيث يتعدد الجناة وتتعدد الأفعال التي تكون إما أفعالاً رئيسية أو المنفذة للجريمة وتجعل من صاحبها فاعلاً أو فاعلين أصليين، أو أفعالاً ثانوية أو تبعية تضاف على القائم بها بصفة الشريك. فجريمة الزنا في الشريعة الإسلامية هي اعتداء القائمين بالجريمة على الأسرة وعلى النسل وعلى ما شرع الله فيما نظمه من علاقة بين الرجل والمرأة [234]، ص 161 ويرى فقهاء الشريعة أن الاشتراك غير متصور في جرائم الحدود إلا في حد السرقة والحراقة وقتل الجماعة بالواحدة [235]، ص 301. فجريمة الزنا جريمة شخصية لا يتصور فيها الاشتراك، ومن الثابت أنه في الكثير من الأحاديث النبوية التي تثبت أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يكن يعاقب من ينكر زناه، وفي رواية لأبي هريرة وزيد بن خالد أن رجلين اختصما إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فقال: أحدهما: إن ابني كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته وإنني افتديت منه بمائة شاة ووليدة، فسألت رجلاً من أهل العلم فقالوا: وإنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام، والرجم على امرأة هذا، فقال النبي صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله: على ابنك جلد مائة وتغريب عام... وأمر أشيا الأسلمي يأتي امرأة الآخر، فإن اعترفت رجمها، فاعترفت فرجمها [170]، ص 167 و 168 وفي رواية أخرى لأبي داود بإسناده، عن سعد الساعدي عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلاً أتاه فأقر عنده أنه زنى بامرأة فسامها له، فبحث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك فأنكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها. ولأن انتفاء ثبوته في حقها لا يبطل إقراره كما لو سكتت أو كما لو لم يسأل، ولأن عموم الخبر يقتضي وجوب الحد عليه باعترافه، والقول بتصديقها لإنكارها لا يصح، وإنما عدم إقامة الحد عليها لعدم وجود إقرار أو بينة [170]، ص 16. فالإسلام لم يجعل من صفة الجاني ضابطاً للتمييز بين القائمين بالجريمة فكلاهما زاني، ولم يستعمل مصطلح شريك سواء في كتابه عز وجل أو السنة، وإنما التمييز كان من حيث العقوبة المقررة للجريمة التي تقام على المحصن وغير المحصن. فشدها بالنسبة للأول كون أن الجريمة فيها مساس بقداصة العلاقة الزوجية، واعتداء على المجتمع والخروج عن القواعد التي شرعها الله. وخفف من العقوبة بالنسبة للثاني، ذكرنا كان أم أنثى، ولعل الاختلاف في المعاملة العقابية في الشريعة الإسلامية مرده إلى أن المحصن لا عذر له في ارتكاب الجريمة، لأن الزواج يعصمه من الفاحشة ويصرفه عنها، يفترض أنه قد تحقق له الإشباع الغريزي، بخلاف غير المتزوج الذي أخطأ بفعله [163]، ص 41، فيحاسب عليه لما فيه من خروج عن قواعد الأخلاق والمجتمع وعصيان للخالق. والملاحظ هنا أن الشريعة الإسلامية كانت السبّاقة إلى إقامة مبدأ التفريد التشريعي

للعقاب، الذي يعتبر من أهم مبادئ السياسة الجنائية التي نادى بها أحدث النظريات الجنائية [163]، ص41، ويقصد بالمبدأ أن يؤخذ بعين الاعتبار الفوارق الفردية بين مرتكبي الجريمة كخطورة أسلوب ووسائل ارتكاب الجريمة وطرق وبواعث وغايات وأغراض ارتكابها والتي تنبئ عن الخطورة الإجرامية.

2.1. 5.3.3. إقامة الزوج المضار من جريمة الزنا الدعوى المدنية

تنص المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بأنه يجوز لكل شخص متضرر من جنائية أو جنحة أن يدعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص [83]. فحسب القواعد العامة، إن كل من تضرر من جريمة له أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر مادي أو معنوي. وجريمة الزنا شأنها شأن الجرائم الأخرى، ولو أن الخلاف ثار حول استحقاق التعويض من عدمه بين الفقهاء في مصر وفرنسا متأثرين في ذلك بالعادات السائدة التي تأبى أن يستفيد الزوج ماليا من الطعن في شرفه [196]، ص116. فذهب فريق منهم إلى القول بعدم استفادته على الإطلاق من أي تعويض، بينما سمح له آخرون بذلك إذا ثبت أنه لحقه ضررا ماديا من الجريمة. ومهما يكن فالإشكال لم يعد مطروحا من حيث وجوب تطبيق القواعد العامة [196]، ص116، [235] التي تقضي بالتعويض في حالة الضرر الناجم عن الجريمة، ومن ثم يجوز الحكم بالتعويض المدني لصالح الزوج المضار، فيحكم على الزوجة الزانية وشريكها إما متضامنين، أو الحكم على كل واحد منهما [196]، ص116. كما يجوز للزوجة أن تطالب بالتعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي تسبب فيه زوجها الزاني وشريكه. وحق رفع دعوى تعويض لا يقتصر على أحد الزوجين المجني عليه، بل يثبت لكل شخص لحقه ضرر من الجريمة، كالأبناء المولودين من الزواج [191]، ص51، [63]، ص492 و493. وتقام دعوى التعويض إما بالتبعية للدعوى العمومية أمام المحكمة الجزائية النازرة في الدعوى الأصلية، عن طريق الإدعاء أمام قاضي التحقيق، المادة 72 إ. ج. أو في أي وقت أثناء سير التحقيق م 74 إ. ج. أو أمام جهة الحكم، كما يجوز رفعها منفصلة عن الدعوى العمومية، وفي هذه الحالة على المحكمة المدنية أن ترجئ الحكم في الدعوى المرفوعة أمامها لحين الفصل نهائيا في الدعوى العمومية عملا بأحكام المادة 04 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري [83]. وإذا تنازل الزوج عن شكواه قبل صدور حكم نهائي فيفقد حقه في المطالبة بالتعويض حتى أمام المحكمة المدنية [196]، ص117. إلا أن هذا لا يمنعه من المطالبة بالتعويض الذي يرفع على شريك الزوجة، ويؤسس دعواه على سبب غير الزنا، فيطالبه بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من الفعل المخل بالحياة الفاضح العلني الذي اقترفته الزوجة وشريكها، أو عما تسبب فيه الشريك من التشهير بقصته مع زوجة الضحية [191]، ص57 وإذا حصل الصلح بين

الزوجين بعد أن أصبح الحكم نهائياً أو استنفذت الزوجة عقوبتها، فهذا لا يمنع من إقامة دعوى تعويض ضد شريكها.

ونحن بصدد الحديث عن الدعوى المدنية المقامة بمناسبة جريمة الزنا، نبين موقف المشرع الفرنسي منها ومن جريمة الزنا في حد ذاتها. كما سبق الإشارة إليه سابقاً، فإن هذا الأخير لم يعد يعتبر جريمة الزنا فعلاً يستوجب عقاب جنائي، بل مجرد خطأ مدني، والسبب الأساسي للطلاق، فنصت المادة 212 من القانون المدني الفرنسي [236] على حقوق وواجبات الزوجين بما فيها واجب الإخلاص المتبادل، وتناول نفس القانون في المجموعة الرابعة من الباب السادس منه تحت عنوان الطلاق بسبب الخطأ وبالتحديد في المادة 242 [237]، التي نصت على أنه يمكن لأحد الزوجين أن يطلب الطلاق إذا وقع إخلال جسيم أو متكرر للواجبات والالتزامات المترتبة عن الزواج من أحد الزوجين، بحيث يستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية المشتركة. ولقد اعتبر القضاء الفرنسي في حكم صادر عن محكمة إيكس-أون-بورفنس Aiv- enqrovence في 07 نوفمبر 2007 أنه يعتبر إخلالاً جسيماً ومتكرراً للالتزامات المترتبة عن الزواج يستحيل معها مواصلة واستئناف الحياة الزوجية كون الزوجة تعيش في بيت عشيقها ومعه [238]. كما أعطت المادة 266 من نفس القانون الحق للزوج المضار في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر ناجم عن الإخلال بواجب الإخلاص، أي فعل الزنا الذي قام به أحد الزوجين. بالإضافة إلى ما يترتب عن الطلاق من عقوبات خاصة [239]. وهكذا نستنتج أن للمشرع الفرنسي نظرة مخالفة للتشريعات العربية، فلا يعتبر الزنا فعلاً غير مشروع يستوجب العقاب، وذلك راجع للتطور المذهل الذي عرفته المجتمعات الغربية والتحرر الجنسي الذي تنادي به وتعتبره من قبيل الحريات الفردية. فالزنا مشروع ولا يعتبر حتى خطأ مدنياً إذا رضي به أحد الزوجين، وإلا فلا يترتب عليه إلا حل رابطة الزوجية والتعويض المدني.

وبعدما تعرضنا إلى العقوبة المقررة للجريمة بالنسبة للزوجة وشريكها في التشريع الجزائري وبعض التشريعات العربية والشريعة الإسلامية وبيننا موقف المشرع الفرنسي نتناول في مبحث لاحق الأعدار المخففة للجريمة وآليات الحد منها.

2.1. 4. الأعدار القانونية المتعلقة بجريمة الزنا وآليات الحد منها

الأعدار هي ظروف ينص عليها القانون من شأنها محو العقوبة أو التخفيف منها [196]، ص 642، [118]، ص 390 و 391 أوردها المشرع على سبيل الحصر، فلا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها عملاً بمبدأ الشرعية وهو ما تؤكد المادة 52 من ق. ع الجزائري التي جاء فيها: "الأعدار هي حالات محددة في القانون على سبيل الحصر يترتب عليها مع قيام الجريمة والمسؤولية إما عدم

عقاب المتهم إذا كانت أعذار معفية، وإما تخفيف العقوبة إذا كانت مخففة، ومع ذلك يجوز للقاضي في حالة الإعفاء أن يطبق تدابير الأمن على المعفى عنه" [83].

والأعذار إما أن تكون عامة كعذر صغر السن الذي يعتبر عذرا مخففا للعقوبة طبقا لأحكام المادتين 49 و50 من ق. ع. ج بالنسبة للقاصر الذي يبلغ الثالثة عشرة سنة ولم يتعد الثامنة عشرة من عمره، وصغر السن يعتبر عذرا معفيا للقاصر ما دون ثلاثة عشرة سنة، وعذرا مخففا إلى مادون الثامنة عشرة سنة. ولقد حددت المادة 50 ق. ع. ج كيفية التخفيف. قلنا أن الأعذار إما أن تكون عامة أو خاصة وهي كثيرة، منها ما هي معفية، مثال ما ورد في المادة 92 من ق. ع. ج التي تعفي من العقوبة الشخص الذي يبلغ عن جنائية أو جنحة ضد أمن الدولة قبل البدء في تنفيذها، وكذلك المادة 199 و179 من ق. ع. ج. ومنها ما هو مخفف للعقوبة ومثاله ما ورد في المواد 277 إلى 283 من ق. ع. ج. وما يهمنا في دراستنا هو تحقق العذر القانوني المخفف للعقوبة في جريمة الزنا، ولهذا لا بد من التطرق إلى شروط قيام العذر والآثار القانونية المترتبة عليه في التشريع الجزائري وفي بعض التشريعات الجزائية العربية والشرعية الإسلامية، كما سنتعرض إلى العذر في حالة تعدد الجناة، وبعد ذلك نحاول أن ندرج بعض الحلول للحد من جريمة الزنا، ولهذا قسمت هذا المبحث إلى ما يلي:

1.2.1. 4. 1. شروط قيام العذر القانوني

مما لا شك فيه أن حياة الإنسان وسلامة جسمه هي من أهم الحقوق التي كرسها الشريعة الإسلامية وبعدها القوانين الوضعية، وأولتها أهمية بالغة حيث شملتها بحماية خاصة من كل ما من شأنه المساس بها، فجاء في كتابه سبحانه وتعالى: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) [239]، 11 وقوله عز وجل: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَى بِالْأُنثَى) [241]، ص 178. كما جرمت التشريعات الوضعية كل فعل من شأنه تعريض حياة الأفراد وسلامة جسدكم للخطر أو للضرر، ووضعت عقوبات زاجرة لذلك، ولكنها من ناحية أخرى أباحت القتل إذا كان بحق أكيد، أو كان على يد الحاكم [63]، ص 514 (المادة 281 من قانون. ع. ج). كما أخذت بعين الاعتبار القتل الذي يقع بين الأزواج إذا فاجأ أحدهما الآخر متلبسا بالزنا، وشملته بعذر مخفف للعقاب أو معفى منه حسب الحالات. فهناك من القوانين التي اعتبرته عذرا معفيا من العقاب مثل القانون اللبناني المادة 562/01 من قانون العقوبات، وقانون العقوبات السوري في مادته 548. وشمل به -كل من القانونين- الزوج دون الزوجة حيث أعفاه من العقاب إذا ما قتل أو جرح زوجته ومن يزني بها في حالة ما إذا وجدتهما متلبسين بالجريمة أو بعلاقة جنسية غير شرعية، أو أحد أصوله أو فروعه أو أخته [163]، ص 55 و56 بينما ذهبت معظم التشريعات العربية إلى اعتبار القتل الذي يتم أثناء مفاجأة

الزوجة متلبسة بالزنا، عذرا مخففا للعقاب، ومن هذه التشريعات القانون الجزائري في المادة 279 من ق.ع. ج وقانون العقوبات الليبي في مادته [375]150، ص89، والقانون المصري في المادة 237 من قانون العقوبات[149]، والقانون الأردني في المادة 340 منه، كما نص عليه قانون الجزاء الكويتي في المادة 153 المعدلة بالقانون رقم 36/ 1960 حيث شمل العذر الزوج والأب والإبن والأخ، وبهذا يكون قد سائر التشريع اللبناني والسوري، إلا أنه لم يفهم من العقاب وإنما شملهم بعذر التخفيف، وهو موقف المشرع الليبي كذلك في المادة 375 عقوبات [242]، ص24 و25. إلا أنها لم تترك هذا العذر مطلقا من أي قيود، بل أحاطته بمجموعة من الشروط نتناولها ضمن ثلاثة فروع كالتالي:

1.2.1. 4. 1. 1. صفة الجاني

تنص المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يستفيد مرتكب القتل والجرح والضرب من الأعذار إذا ارتكبها أحد الزوجين على الزوج الآخر أو على شريكه في اللحظة التي يفاجئ فيها في حالة تلبس بالزنا". إن نص المادة لا يدع أدنى شك في أن المعني بالعذر هو أحد الزوجين. الأمر الذي لم تتفق عليه كل التشريعات العربية التي مرت معنا من حيث صرف العذر إلى كل من الزوجين، ذلك ما لاحظناه عند المشرع المصري في المادة 237 من قانون العقوبات التي جاء فيها "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلا من العقوبات المقررة في المادتين 234 و236...". وفي قانون الجزاء الكويتي في المادة 153 التي جاء فيها: "من يفاجئ زوجته حال تلبسها بالزنا أو يفاجئ إبنته أو أمه أو أخته حال تلبسها بمواقعة رجل لها فيقتلها في الحال أو يقتل من يزني بها أو يقتلها معا يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات وغرامة لا تتجاوز ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين بدلا من العقوبة المقررة للقتل العمد". والقانون الليبي في المادة 375 من قانون العقوبات جاء فيها: "من فوجئ بمشاهدة زوجته أو أخته أو أمه في حالة تلبس بالزنا أو في حالة جماع غير مشروع فقتلها في الحال هي وشريكها أو هما معا في الحال ردا للاعتداء الماس بشرفه أو شرف أسرته يعاقب بالحبس...". وهو ما ذهب إليه المشرع الجنائي اللبناني والسوري حيث وسع من نطاق العذر المعفى من العقاب يشمل الزوج والأخ والأب والإبن، وتميز من بين القوانين الجزائرية العربية موضع الدراسة. أما قانون العقوبات الجزائري والقانون الجنائي المغربي فلقد صرفا العذر حتى إلى الزوجة إذا ما فاجأت زوجها وشريكه بالزنا وقتلته أو قتلت شريكه أو قتلتها معا، لكن لم يصرفا العذر إلى غير أحد الزوجين. ولعل تفسير هذا الموقف يعود إلى اعتبار هذه الجريمة تمس بالشرف وسمعة العائلة ولا تقتصر على خيانة الأمانة الزوجية فقط. وهو موقف سليم ويوحى بمدى تأثير هذه التشريعات بالشريعة الإسلامية بالرغم من أنها لم تمتثل إلى ما جاءت به قواعد السحاء المتعلقة

بالعقوبة. إذن من استقراء مختلف النصوص التي مرت معنا نستنتج أن عذر التخفيف يحتاج إلى شروط لثبوته تتمثل في صفة الجاني. ولتحديد هذا لا بد من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية وإلى قواعد قانون الأسرة، وبالتحديد إلى المادة 22 منه [9] والتي جاء فيها: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي" وتنص المادة 48 من نفس القانون على: "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه. ويعتبر زوجا كل من ربطته علاقة زواج شرعي ومعتبر قانونا. حيث لا إشكال إذا كان الزواج مثبتا بوثيقة أو بعقد صحيح، بينما الصعوبة تثور إذا كان الزوجان مرتبطان بعقد عرفي، حيث يذهب الرأي الراجح فقها إلى اعتبار العقد العرفي عقدا صحيحا منتجا لآثاره سواء تم تسجيله بعد ذلك أو لم يسجل، ولأن ذلك ليس شرطا لإبطال العقد في حالة عدم وجوده ولكن ينحصر أثره في نطاق الإثبات فقط [242]، ص 33، [172]، ص 275 و 276.

كما يشترط أن تكون هذه الرابطة قائمة أثناء ارتكاب الجريمة حيث لا يعتبر زوجا من كانت تربطه بمن فاجأها متلبسة الزنا علاقة غرامية، أو كانت خطيبته [243]، ص 350، [244]، ص 90. والعذر ذو طبيعة شخصية حيث لا ينصرف إلا لمن توفرت فيه صفة الزوجية زوجا كان أو زوجة في التشريعات التي لا تميز بينهما في وجوبه كما سبق معنا، كقانون العقوبات الجزائري والقانون الجنائي المغربي والأردني. بينما يعتبر العذر حكرا على الزوج في قانون العقوبات المصري، ولهذا يرى بعض رجال القانون أن هذه التفرقة سخيفة وينبغي مراجعتها. لأن هذا الموقف يوحي بأن المشرع المصري يستبعد إحساس الزوجة بالاستفزاز عند مفاجأة زوجها متلبسا بالزنا في بيت الزوجية [243]، ص 350، [244]، ص 90، [245]، ص 261. ولهذا نادى العديد من رجال القانون بمراجعة المادة 237 من قانون العقوبات المصري بشكل تتحقق به المساواة بين الزوجين في ثبوت العذر، وتمديد نطاقه ليشمل الأب والأخ والإبن لما قد يلاحقهم من مساس بشرفهم وإثارة لشعورهم حين مفاجأة القرينة متلبسة بجرمها [175]، ص 423، [163]، ص 55 ومل بعدها. كما لا ينصرف العذر للأقارب والأصحاب الذين قد يثارون لشرف الزوج الذي يكون غائبا [245]، ص 35. ويحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة الجزائري". والطلاق الرجعي لا ينهي علاقة الزوجية إلا بانتهاء العدة، بينما الطلاق البائن بنوعية ينهي العلاقة بمجرد حدوثه وذلك وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية [246]، ص 255، [60]، ص 88. وهكذا لا يقتصر العذر إلا على أحد الزوجين دون غيرهما من أصول أو فروع، كما أن المشرع الجزائري قد حقق المساواة بين الزوجين من حيث الاستفادة من العذر، شأنه في ذلك شأن المشرع المغربي الذي كان قبل تعديل 2003 يقصر هذا العذر على الزوج فقط في الفصل 418 جنائي اعتبارا منه لجسامة الضرر الواقع على هذا الأخير [247]، ص 77، [248]، ص 118 وما بعدها إلا أنه وبعد تعديل الفصل بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 24/03 الصادر بالأمر بتنفيذ الظهير الشريف رقم

1.03.207 الصادر بتاريخ 11 نوفمبر 2003، أصبحت الزوجة مشمولة بهذا العذر في حالة مفاجأة زوجها متلبسا بالجريمة وشريكته وقامت بقتلهما أو قتلت أحدهما. ولو أن بعض القوانين الجزائية _ كما سبق معنا _ وسعت من نطاق العذر ليشمل بعض الأقارب كما فعل المشرع الليبي في المادة 375 من قانون العقوبات، حيث شمل بالعذر الزوج والأب والأخ والابن، مما يفيد أن الفاعل يجب أن يكون ذكرا [150]، ص 93. فلا يمكن أن يتسع ليشمل الزوجة أو الأم أو الأخت أو البنت ولو أن علة- التخفيف متوافرة بالنسبة لهن. ومن التشريعات كذلك التشريع البحريني في المادة 334 من قانون العقوبات، والذي لم يميز فيها بين الزوجين من حيث الاستفادة من العذر، إلا أنه قيد حق الاستفادة منه بالنسبة للزوجة بشرط مفاجأة الزوج متلبسا بجريمة الزنا في بيت الزوجية، كما وسع من نطاق العذر ليشمل كل من فاجأ أحد أصوله أو فروعه أو أخواته [163]، ص 56. ولا يختلف هذا الموقف عما ذهب إليه المشرع الأردني والإماراتي من حيث عدم التمييز بين الزوجين في الاستفادة من العذر وسريانه في مواجهة الزوجة والأخت والبنت عملا بما جاء بالمادة 334 من قانون العقوبات الإماراتي والمادة 340 من قانون العقوبات الأردني. وهكذا يتبين لنا أن معظم التشريعات العربية أجمعت على اعتبار عذر الاستفزاز، عذرا مخففا للعقاب بغض النظر عن المستفيد منه كون أن في ذلك اختلاف فيما بينها، حيث غالبيتها تجعل من العذر حكرا على الزوج فقط لأن هذه الصفة لازمة في المستفيد منه وليست هي سبب تخفيف العقاب [27]، ص 901. فالزوج الذي وجد في وضع جعله يفقد السيطرة على أعصابه ومشاعره، حين شاهد زوجته وهي تخونه مع غيره، في حين كان يظن أنها وفية، ومخلصة وحافظة لعرضه وشرفه، جعله يندفع تحت وطأة الغضب ودون تفكير إلى الاعتداء عليها وعلى شريكها دفاعا عن شرفه وعرضه وليس انتقاما أو عقابا لما فعلته [172]، ص 287، [187]، ص 91 في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى المساواة بين الزوج والزوجة من حيث الاستفادة من العذر، بل هناك من التشريعات وسعت من نطاقه حيث شمل أقارب المرأة الزانية، كالأصول والفروع والإخوة الذكور [163]، ص 55 وما بعدها، [187]، ص 91. وهو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري، مما يدعونا إلى القول أن موقفه غير مبرر، لأننا مجتمع مسلم، يحارب الفواحش والرذيلة وكل مظاهر الانحراف، ويهدف إلى حماية الأسرة من الفساد. وكان عليه أن يمدد نطاق العذر ليشمل الأصول والفروع كون أن الجريمة أكثر تأثيرا وأكبر وقعا عليهم مما هي عليه بالنسبة للزوج، ولهذا يستحسن أن يراجع نص المادة 279 من قانون العقوبات.

2.1. 4. 1. 2. مفاجأة الزوجة متلبسة بالزنا

كما سبق معنا، فإن المشرع الجزائري شمل كل من الزوجين بعذر التخفيف، لكن وبما أننا بصدد دراسة الجرائم التي ترتكبها المرأة على الأسرة وتحديدا في حق الزوج، فسوف تنصب الدراسة على

الزوجة دون الزوج، ولو أننا في بعض الأحيان نشير إلى الجريمة المرتكبة من طرف هذا الأخير. يشترط القانون لاستفادة أحد الزوجين من العذر أن يفاجئ الزوج الآخر وهو متلبسا بالجريمة[213]، ص93 وهذا الشرط ضروري ومرتبطة بعلّة التجريم و يشمل عنصرين هما:

1.2.1.4.2.1. المفاجأة

تتحقق المفاجأة عندما يشاهد الزوج زوجته وهي تزني برجل غيره بعدما كان واثق من أخلاقها وإخلاصها له [63]، ص 521، 522.. فالمفاجأة لا بد أن تحدث للزوج حتى يستفيد من عذر التحقيق، ولهذا كان على المشرع أن يستعمل لفظ " في اللحظة التي فوجئ فيها بزوجه متلبسا بالزنا..." بدلا من "يفاجئه فيها..." لأنها تفيد بأن المفاجأة حدثت لأحدهما، صحيح أن الزوجة تفاجأ بمشاهدة زوجها لها وهي في وضع لا تحسد عليه، لكن المقصود هنا هو الزوج، لأن المفاجأة هي التي تثير غضب الزوج وتخرجه عن وعيه وإدراكه الطبيعي وتقديره السليم للأمور فيرتكب الجريمة [175]، ص 244، [174]، ص 424. ويستفيد حينها من العذر القانوني. أما إذا كان هذا الأخير على يقين من أن زوجته تخونه وسبق لها أن قامت بجريمة الزنا، وترصد لها وأصر على قتلها وهي متلبسة بالزنا، متسترا بعذر الاستفزاز، فلا يستفيد من العذر لأن ما قام به يُعتبر انتقاما ولا تتوفر فيه أحد عناصر العذر المتمثلة في المفاجأة [249]، ص338، [60]، ص88 و89، [243]، ص350 و351. أما إذا كان يشك في أن زوجته على علاقة بغيره وتخونه وترصد لها حتى يضبطها متلبسة بالزنا، فإذا ما فوجئ بها متلبسة وقتلها فإنه يستفيد من العذر وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 03 نوفمبر 1925 [175]، ص424، [63]، ص522، [243]، ص350 و351.

1.2.1.4.2.2. التلبس بالزنا

لقد سبق معنا عند الحديث عن أدلة إثبات الجريمة، بأنه يصعب إثبات التلبس بالزنا بالمباشرة أثناء إثبات السلوك الذي تقوم به الجريمة، وبالتالي يتحقق التلبس بالزنا كلما شوهدت الزوجة وشريكها في وضع مريب، لا يدع أدنى شك في أن الجريمة قد وقعت، أو على وشك الوقوع. وتخضع مسألة تحديد التلبس للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع [175]، ص244، [244]، ص89 و90، [245]، ص264. ويشترط أن يقف الزوج بنفسه على حالة التلبس، فلا يكفي أن يخبره الغير بخيانة زوجته له، لأن الاستفزاز ينجم عن مفاجأة هذا الأخير لزوجته، ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق مشاهدتها مع شريكها في وضع مريب ينبئ بوقوع الزنا. ومن ثم فلا يستفيد من العذر إذا قتل زوجته بعد أن أخبره الغير بأنه شاهد زوجته وهي تخونه [213]، ص96، [247]، ص82.

3.1.4.2.1. ارتكاب القتل في الحال

ويعني ذلك، أن يكون القتل مزامنا لمشاهدة الزوجة متلبسة بالزنا، وهو ما تؤكد المادة 279 قانون العقوبات الجزائري في العبارات الواردة فيها كمايلي: "...في اللحظة التي يفاجئه فيها في حالة تلبس بالزنا"، فقيام العذر مرهون بتحقق هذا الشرط. ولعل الحكمة منه، هو أن سلوك الزوج لم يكن إلا رد فعل لما شاهده فأصبح غير قادر على السيطرة على أعصابه من شدة الغضب والثوران [213]، ص 96، [151]، ص 270 الذي تولد لديه. ولا يحول دون قيام العذر مرور فترة من الزمن بين المفاجأة والقتل، كأن يذهب الزوج إلى غرفة مجاورة أو إلى المطبخ لإحضار سلاح أو وسيلة يستعملها في القتل [158]، ص 94، [243]، ص 353، [187]، ص 83، طالما الغضب الذي انتابه والثورة النفسية لازالت قائمة لديه. أما إذا هدأت ثورة الزوج وارتكب القتل بعد ذلك فلا يستفيد من العذر [250]، ص 270، [243]، ص 353. وتقدير الزمن الذي مر بين المفاجأة والقتل مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي [243]، ص 353، [175]، ص 425. كما لا يستفيد من العذر الزوج الذي يرتكب القتل بعد فشل المفاوضات بينه وبين شريك زوجته في سبيل الحصول على تعويض [243]، ص 353، [244]، ص 89، [242]، ص 46، أو إذا أُلجئ القتل لفرصة أخرى. فالعذر يقتضي إن يعاصر القتل زمن اكتشاف الجريمة ولا يتراخي لمدة من الزمن يزول معها العذر. وفي هذا الصدد اختلف الفقهاء فذهب فريق إلى منح الزوج متسع من الوقت نسبيا نظرا للوضع الذي يكون فيه، وما قد ينتابه من دهشة وهلع يتردد خلالها في أخذ القرار، مما قد يأخذ منه وقتا. بينما ذهب جانب آخر إلى إتاحة فرصة قصيرة من الزمن تمكن الزوج من البحث مثلا عن سلاح أو أداة مثلا فقط. فإن ترك البيت وخرج بحثا عن ذلك، فيسقط العذر. كما يسقط العذر في حالة ما إذا هربت الزوجة وشريكها وتعقبهما لقتلهما [172]، ص 283 و. 284.

2.4.2.1. الآثار القانونية المترتبة على توافر العذر

إذا اجتمعت الشروط الثلاثة السابقة يقوم عذر التخفيف ويستفيد الزوج من عقوبة مخففة بينها المشرع في نص المادة 283 من قانون العقوبات الجزائري، سواء تعلق الأمر بالقتل أو الجرح أو الضرب. لكن ما القول لو تعدد الجناة في جريمة القتل؟ فهل ينصرف أثر العذر ليشملهم؟ وما هو حكم استعمال الضحية لحقها في رد الخطر الذي يداهما من جراء الفعل المشمول بالعذر؟ وحتى نتمكن من الإجابة على هذه التساؤلات، لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة وتبيان موقف المشرع الجزائري منها وكذا موقف بعض التشريعات العربية، وقبلها سنتناول تفصيلا العقوبة المقررة لجريمة القتل في حالة توفر العذر المخفف.

1.2.4.2.1. العقوبة المقررة للقتل العمد في حالة توفر عذر التخفيف

نصت المادة 283 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "إذا ثبت قيام العذر فتخفف العقوبة على الوجه الآتي:

- الحبس من سنة إلى خمس سنوات إذا تعلق الأمر بجناية عقوبتها الإعدام أو السجن المؤبد.
- الحبس من ستة أشهر إلى سنتين إذا تعلق الأمر بأية جناية أخرى.
- الحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر إذا تعلق الأمر بجنحة.

في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 1 و 2 من هذه المادة يجوز أن يحكم أيضا على الجاني بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر". يلتزم القاضي بتطبيق أحكام المادة السالفة الذكر إذا تحقق عذر الاستفزاز، وتطبق عقوبة أخف من العقوبة المقررة لجريمة القتل العمد، والتي تطبق أصلا على الجنح، ولا يتغير وصف الجريمة [250]، ص 271، [247]، ص 86 إلا أن الرأي الغالب في الفقه يرى بأن العذر المخفف المقترن بالقتل يغير من وصف الجريمة من جناية إلى جنحة [249]، ص 340، [150]، ص 99، تتراوح عقوبتها في القانون الليبي من أربع وعشرين ساعة وثلاث سنوات طبقا للمادة 375، كما يجوز للقاضي أن يوقف تنفيذ العقوبة عملا بالمادة 112 عقوبات ليبي [150]، ص 99. وتطبق أحكام المادة 237 من قانون العقوبات المصري، إذا تحقق العذر، فيحكم على الزوج المستفيد من العذر بعقوبة الحبس من (24 ساعة إلى ثلاث سنوات) [249]، ص 340. ويستفيد من هذا العذر الزوج الذي يتفاجأ زوجته أو أحد محارمه متلبسا بالزنا، إذا قام بالقتل أو الضرب المفضي إلى الموت طبقا لما جاء بالمادة 340 من قانون العقوبات الأردني [233]، ص 315. ويعاقب بالعقوبة التي أقرتها المادة 97 من نفس القانون والتي هي كالآتي:

- إذا كان الفعل جنائية توجب الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد حولت العقوبة إلى الحبس سنة على الأقل.

- إذا كان الفعل يؤلف إحدى الجنايات الأخرى كان الحبس من ستة أشهر إلى سنتين.

- وإذا كان الفعل جنحة فلا تتجاوز العقوبة الحبس ستة أشهر أو الغرامة خمسة وعشرين دينارا.

أما فيما عدا حالة التلبس بالزنا، فيستفيد الزوج الذي يفاجئ زوجته أو إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته مع آخر على فراش غير مشروع من العذر المخفف للعقوبة عملا بنص المادة 562 قانون العقوبات اللبناني.

كما يستفيد من العذر المخفف وتنزل العقوبة في التشريع المغربي طبقا لأحكام الفصل 423 من القانون الجنائي [62] فتخفف عقوبة القتل العمد إذا اقترن بعذر مخفف من سنة إلى خمس سنوات بالنسبة للجنايات المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد والحبس من ستة أشهر إلى سنتين في جميع الجنايات

الأخرى. وإذا تعلق الأمر بالجنح فتنزل العقوبة لتتراوح من شهر إلى ثلاثة أشهر. وبالإضافة إلى ما قد ينطبق به القاضي من عقوبة سالبة للحرية، فإنه وعملاً بأحكام الفصل 424 من ذات القانون، يمكن له أن يحكم على المستفيد من العذر بالمنع من الإقامة من خمس سنوات إلى عشرة، الأمر الذي يدفعنا إلى الحديث عن مدى تأثير العذر على العقوبات التبعية والتكميلية؟ يتفق الفقه على أن الآثار القانونية للعذر تنحصر في الجزاء، فإما أن يكون عذراً مخففاً للعقاب أو معفياً منه [242]، ص 100.

ولما كان الجزاء له صورتين: العقوبة والتدابير، حيث يحق للقاضي إلى جانب العقوبة المقررة للجريمة والمقضي بها، أن يحكم كذلك بتدبير أو أكثر. والجزاء كما نعلم عقوبات أصلية وتبعية وتكميلية. ولهذا لا بد من معرفة الأثر الذي يترتب تطبيق العذر على هذه العقوبات.

يؤكد الفقه على أن العذر ينصرف أثره إلى العقوبة الأصلية بالدرجة الأولى، ويمتد بالضرورة إلى العقوبة التبعية، ويحل محلها عقوبة أصلية أخرى أخف لا ترتبط بهذه العقوبة التبعية [242]، ص 100. أما بالنسبة للعقوبات التكميلية، فلقد ميز المشرع الجزائري بين الجنايات التي عقوباتها الإعدام والسجن المؤبد والسجن المؤقت ولم يجعل للعذر أثر عليها، وهو ما جاء به في المادة 283 من قانون العقوبات الفقرة 1 و 2 من هذه المادة و الفقرة الأخيرة التي جاء فيها: "في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 1 و 2 من هذه المادة يجوز أن يحكم أيضاً على الجاني بالمنع من الإقامة من خمس سنوات على الأقل إلى عشرة سنوات على الأكثر...." وبالنسبة للتدابير الاحترازية والتي يؤمر بها للحد من الخطورة الإجرامية للفاعل أو لمواجهتها، فإذا تبين للقاضي أن شخصية الجاني تنطوي على خطورة إجرامية تعين عليه اتخاذ التدبير الأمني اللازم لمواجهتها أو الحد منها، كما فعل المشرع السوري في المادة 240 من قانون العقوبات، حيث أجاز للقاضي بالرغم من وجود العذر المعفى من العقاب، اتخاذ تدابير إصلاح وتدابير الاحتراز ما عدا العزلة [242]، ص 102.

لكن ما القول لو أن الزوج استنفذ كل نشاطه الإجرامي لكن النتيجة لم تتحقق لظرف لا دخل لإرادته فيه؟ أو أن نشاطه أو قف لظرف خارج عن إرادته؟ طبقاً للقواعد العامة فإن الشروع في الجناية كالجناية نفسها إذا لم توقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها، حتى ولو لم يمكن تحقيق الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها. ولا شروع في الجنح إلا بناء على نص صريح "المادة 31 ق. ع. ج". وبما أن عقوبة الشروع في القتل هي نفس العقوبة المقررة للجريمة، فيستفيد الزوج من العذر فتطبق عقوبة الجنحة، وتسري عليه الأحكام المتعلقة بالجنح بما فيها نص المادة 31 من ق. ع. ج وبهذا لا يعاقب الزوج على فعله لأنه لا يعدوا أن يكون شروعا.

2.2.4.2.1. أثر العذر في حالة تعدد الجناة

لا يستفيد من عذر التخفيف إلا الزوجة أو الزوج الذي يفاجئ زوجته متلبسة بالزنا فيقتلها وشريكها أو يقتل أحدهما، وصفة الزوجية ظرف شخصي لازم لقيام العذر، لكن ما القول لو تعدد الجناة وساهموا في ارتكاب الجريمة؟ فهل ينصرف أثر العذر إلى الجميع؟ وهل يستفيد الزوج من التخفيف إذا كانت مساهمته في الجريمة مساهمة تبعية؟ للإجابة على هذه الأسئلة لا بد من التمييز بين وضعيتين:

1.2. 2.4.2.1. إذا كان الزوج هو الفاعل الأصلي في الجريمة وساهم معه شخص أو

أشخاص آخرون بصفتهم فاعلين أو شركاء

فلا جدال في أن الزوج يستفيد من عذر التخفيف عملاً بأحكام المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري. أما المساهمون معه في الجريمة سواء كانت مساهمتهم أصلية أو تبعية فلا يستفيدون من العذر طبقاً لنص المادة 44 من قانون العقوبات الجزائري فقرة 02 والتي جاء فيها: "ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف". فنص المادة حسم كل جدل أو نزاع في المسألة بغض النظر عن نوع المساهمة في الجريمة حيث قصر أثر العذر على من اتصل به [118]، ص 228، [249]، ص 340 و 341، [250]، ص 269، سواء كان فاعلاً أو شريكاً. بينما نلاحظ بأن المشرع المصري ميز بين ما إذا كان المساهم فاعلاً آخر إلى جانب الزوج، وجعل أثر العذر مقتصرًا على هذا الأخير. أما من ساهم معه فيسأل عن جريمة قتل عمد [175]، ص 426، [250]، ص 269. وإذا ارتكب الزوج القتل وساعده في ذلك شريك، فإن انصراف أثر العذر إلى الشريك متوقف على مدى علمه بهذا العذر فإن كان يعلم يستفيد من التخفيف، وإن كان لا يعلم فيسأل عن كونه شريكاً في جريمة قتل [244]، ص 94. أما في القانون الليبي فإذا كان المستفيد من العذر فاعلاً أصلياً وساهم معه فاعلاً أو شريكاً، فلا يستفيد من العذر إلا إذا كان يعلم به طبقاً لأحكام المادتين 99 و 101 من قانون العقوبات الليبي [150]، ص 101. ويتفق التشريع الجنائي المغربي مع نظيره الجزائري من حيث تأثير عذر التخفيف على المساهمين في الجريمة فاعلين كانوا أم شركاء، كون أن هذا العذر هو عذر شخصي لا تأثير له إلا على من اتصل به طبقاً للقواعد العامة للمساهمة الجنائية، وهو ما نص عليه صراحة الفصل 130 من القانون الجنائي "ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج تشديد أو تخفيف أو إعفاء من العقوبة إلا بالنسبة لمن تتوفر فيه" [60]، ص 91..

2.4.2.2. إذا كان الزوج شريكا في الجريمة

إذا اقتصر دور الزوج على المساهمة التبعية، وارتكب القتل شخصا آخر، فلا يستفيد هذا الأخير من العذر لعدم توفر صفة الزوج فيه، كما لا يستفيد الزوج من العذر لأن نص المادة 279 ق. ع. ج اشترط لقيام العذر أن يقوم الزوج بقتل زوجته أو ضربها أو جرحها، وبالتالي فيعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة المرتكبة من قبل الفاعل طبقا للمادة 01/44 ق. ع. ج: "يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجنحة أو الجنحة..." وإذا أمعنا في الوضع الذي ينشئه دور الزوج في الجريمة نلاحظ أن الزوج يعاقب بعقوبة الجنحة إذا قام بالقتل، أما إذا كان شريكا في الجريمة فيعاقب بالعقوبة المقررة للجناية، وهو أمر تأباه العدالة ويرفضه المنطق [175]، ص 426 ولهذا لا بد من تعديل النص القانوني المتعلق بعذر التخفيف، وجعله يشمل الزوج الشريك استثناء من القواعد العامة.

3.2.4.2.1. الدفاع الشرعي في مواجهة الفعل المشمول بالعذر المخفف

إن المشرع الجزائري لم يتناول هذه المسألة في النصوص المتعلقة بجريمة الزنا، وبالتالي ما علينا إلا الرجوع للقواعد العامة المتعلقة بالدفاع الشرعي. فالزوج الذي يتفاجأ زوجته وهي متلبسة بالزنا، ويحاول قتلها وشريكها، فيرد أحدهما الخطر الذي يداهمه بفعل مماثل فيقتل الزوج دفاعا عن نفسه، لا يسأل عن فعله بل أن فعله مبررا ومباحا لأنه ممارسة لحق يقرره القانون لرد العدوان الواقع على النفس [118]، ص 129 و 130، [203]، ص 258 إلى 260. ولا يسأل الشريك أو الزوجة الذي يقتل الزوج المخدوع في عرضه وشرفه، إذا كان فعله لازما ومتناسبا مع فعل الدفاع، ولا تحرك دعوى الزنا لأنها معلقة بشرط شكوى الزوج، والنتيجة مأساوية، يلطخ شرفه ويستباح عرضه وتزهق روحه لأنه دافع عن شرفه، فهو مجرم نال جزاءه في نظر القانون. وهكذا تفلت الزوجة وشريكها من العقاب.

وأمام هذا الوضع الشاذ، نادى بعض رجال القانون بإيجاد حلول لتفادي مثل هذا الوضع، ومن الحلول المقترحة ما هو مؤقتا لحين تعديل النصوص المتعلقة بذلك، وتنمئذ في أن يخول للنياية العامة تحريك الدعوى العمومية في جريمة زنا الزوجة لكل قضية تم فيها قتل الزوج من طرفها حين ضبطها متلبسة بجرمها مع شريكها. ولقد إستدل الدكتور حسنين المحمدي بالشكوى والغرض منها. ذلك أن المشرع لم يعلق الدعوى على وجوب صدورها عن الزوج المضار من الجريمة حفاظا لاستمرار الحياة العادية داخل الأسرة. ولهذا الأخير حق الموازنة بين المطالبة بالعقاب أو التستر على جرم زوجته خوفا من العار والفضيحة وصونا لشرفه وعرضه.

ولما كان الفعل الذي أقدم عليه الزوج والمتمثل في قتلها وهي متلبسة بالزنا، أكثر إثارة للفضيحة، وقوي الدلالة على أنه لو بقي حيا لتابعها أمام القضاء [242]، ص 104، فمن الصواب أن يرفع

القيد في هذه الحالة وبهذا سوف يطولهم القانون ويتابعون عن جريمة الزنا، بالرغم من أنهم أفلتوا من عقوبة القتل. أما بالنسبة للحل الدائم، فلقد اقترح تعديل نصوص قانون العقوبات بشكل يجعل تلك الخاصة بالدفاع الشرعي لا تشمل الفعل الذي يقوم به الزوج الزاني أو شريكه لدفع عدوان الزوج أثناء مفاجأته بهما متلبسان بالحرام. بتعديل نص المادة المتعلقة بعذر الاستفزاز المخفف للعقوبة ليصبح عذرا معفيا للعقاب، ويتسع لتشمل إضافة للزوج، الأب والابن والأخ.

أما فيما يخص النصوص الإجرائية، فلقد اقترح الدكتور حسنين المحمدي أن يعدل نص المادة الخاص بالشكوى المقدمة من الزوج، في حالة قتله وهو يحاول الثأر لعرضه فينتقل حق تحريك الدعوى إلى أقارب الزوج حتى الدرجة الرابعة [242]، ص 104 و 105 و 106 ويقول أنه بهذه التعديلات سوف يكون الزوج في وضع أقوى، حيث إذا ذهب ضحية زوجته وشريكها، فسوف يتابعان عن جريمة القتل، ويساءلان عن فعل الفاحشة ما دام حق تحريك دعوى الزنا قد آل إلى الأقارب الذين ينوبون الزوج في المطالبة بتوقيع العقاب عليهما.

4.2.4.2.1. عذر التخفيف في الشريعة الإسلامية

لقد استقرت أحكام الشريعة الإسلامية على إقرار حق الدفاع عن النفس والعرض والمال [251] ص 147، وأباحقت القتل في سبيل ذلك. كمن يرى رجلا يزني بامرأته فيقتله. وقد يكون القتل لمنح استمرار الجريمة [235]، ص 386، ومثاله أن يرى أحد الأشخاص رجلا يزني بامرأة، ولا يستطيع منع الجريمة إلا بالضرب أو القتل، فلا يعاقب عن فعله. ولقد قال ابن قدامة: "إذا وجد رجلا يزني بامرأته فقتله فلا قصاص عليه ولا دية" [170]، ص 353 وهو موقف المذهب الشافعي. واختلف آخرون في وجوب القود فيه من عدمه، فقال فريق [252]، ص 329 أنه لا قود فيه ومنهم الحنابلة، وحثتهم في ذلك أن الزاني المحصن عقوبته الرجم، فهو غير معصوم الدم، وأن قتله إلى الإمام ولا بد فيه من حكم حتى لا تكون أمور الناس فوضى. ولقد قدر جمهور الفقهاء أنه من رأى امرأته تزني مع رجل فقتلها أو أحدهما فلا عقوبة عليه [235]، ص 360. مستدلين في ذلك بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بينما هو يتغذى يوما إذ قبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم فجاء حتى قعد مع عمر فجعل يأكل، وأقبل جماعة من الناس فقالوا: ياأمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا مع امرأته، فقال عمر: ما يقول هؤلاء؟ فقال ياأمير المؤمنين، إنني ضربت فخذي امرأتي بالسيف، فإن كان بينهما أحد فقد قتلتها، فقال لهم عمر: ما يقول؟ قالوا ضرب بسيفه فقطع فخذي امرأته فأصاب وسط الرجل فقطعه بإثنين، فقال عمر: إن عادوا فعد [170]، ص 353. وإذا كانت المرأة راضية فلا ضمان عليه فيها، وإن كانت مكرهة فعليه القصاص. وعلى أي حال لا بد من إثبات الزنا بأربعة شهود [235]، ص 386، إذا لم يعترف ولي الدم

بالواقعة، لما روي عن أبي هريرة أن سعدا قال: يارسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت أني وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "نعم" [170]، ص354. وقال بعض الفقهاء أنه يكتفي في البينة بشاهدين، لأن الشهادة ليست على ثبوت الزنا وإنما لمنع القصاص. ولأن القصاص يكفي فيه شهادة اثنين، فيكفي لنفيه ذلك [248]، ص 334. وقال فريق آخر أن فيه القود، لأن إقامة الحدود إلى الإمام [248]، ص329. ويرى الإمام محمد أبو زهرة ضرورة التعزير وأن يكون شديدا ولو لم تجب الدية ولا الكفارة، لأن دمه مباح بالنسبة للإمام، ويورث شبهة بالنسبة لغيره، والقصاص يدرأ بالشبهات كالحدود، واستباحة دمه لغير الإمام تصلح شبهة تمنع القود بالنسبة للغير [248]، ص329.

فالقتل والضرب يكون إما لمنع استمرار جريمة، ويعد من قبيل الأمر بالمعروف والنهي على المنكر، وفي هذه الحالة لا تسقط العقوبة فحسب بل تنمحي الجريمة [235]، ص386. وقد يكون لدرء العار، كمن يعلم ببينة مثبتة أن أحد محارمه تزني، فإنه إذا قتلها يعذر في قتلها [235]، ص387، وحينها تسقط العقوبة فقط. فلا يجب عليه قصاص ولا دية ولا كفارة، ولا يحرم من الميراث، لكن إذا رأى ولي الأمر أن يفرض تعزيرا فيجوز ذلك.

فالقتل إذا كان لمنع استمرار جريمة أو فعل محرم، ففاعله قائم بواجب ديني وفعله مباح ومبرر، بينما الثاني يثار لعرضه وشرفه، وهو بصدد محاسبة أحد محارمه الزانية على فعل ارتكبه يعود حق العقاب عليه إلى الإمام وليس من اختصاصه هو. ويشترط لقيام العذر في الشريعة الإسلامية:

- أن يكون القتل مقيدا برؤية الزنا، فلا يكفي إخبار الزوج من الغير بزنى زوجته، بل يجب أن يشاهد بنفسه ذلك، وإلا كان فعله مستوجبا للقصاص [63]، ص527، [170]، ص353
- أن تكون المرأة الزانية راضية ومطوعة لشريكها، وإن كانت مكرهة فعليه القصاص [170]، ص353.

- أن يكون القائم بالجريمة الزوج أو الأب أو الأخ، كما أنه يثبت لغير الزوج العذر المعفي من العقاب إذا كان ثمة معاينة وأقر أولياء الدم ذلك [250]، ص325 وما بعدها. ويستفيد من العذر كذلك من رأى شخصا يزني بامرأة فكان عليه حقا أن يغير المنكر، فلا يقاد ولا دية عليه.

وللفقه الإسلامي الحديث موقفا لا يختلف كثيرا عما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى حيث يرى جانب منهم بأن عذر التخفيف من العقاب في جريمة الزنا لا وجود له وليس للزوج أن يقتص لنفسه بنفسه، بل ذلك منوط بالإمام. وليس للزوج إلا أن يستجمع الشهود، أو أن يرفع دعوى اللعان [250]، ص249. مستدلين في ذلك بما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث أبي هريرة رضي الله عنه حين جاء رجل يسأل الرسول صلى الله عليه وسلم إذا ما كان عليه أن يستجمع أربعة شهودا على زنا زوجته ومن معها، فأجابه الرسول صلى الله عليه وسلم "بنعم". وما روي عن

علي بن أبي طالب رضي الله عنه حين سأله موسى الأشعري مستفتيا في قضية رجل من أهل الشام قتل زوجته ومن معها حين وجدتهما معا. فأرسل به قائلا إن هذا الشيء ما هو بأرضي [250]، ص 250. بينما يذهب آخر من التيار الإسلامي المتقدم ويناصره الفقه الإسلامي الحديث إلى القول بأنه لا عقاب إطلاقا على من قتل زوجته ومن يزني بها، لأن الزنا من جرائم الحدود التي لا تقبل التمهّل أو التراخي في تنفيذها [250]، ص 250

وهكذا تبين لنا أن عذر الاستفزاز قد عرفته الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشرة قرنا ورتبت عليه إعفاء الزوج الذي يرتكب القتل على زوجته ومن يزني حال مفاجأتها متلبسة بجريمة الزنا.

1.3.4.2.1. آليات الحد من جريمة الزنا

إن الجريمة سلوك شاذ ينبغي محاربته والتصدي له. ولقد وردت كلمة الجريمة في ست وستين آية قرآنية [251]، ص 10، بمعان مختلفة مثل الإثم والخطيئة والمعصية، وهي قديمة قدم وجود الإنسان على المعمورة. إهتم بدراستها الفلاسفة وعلماء الأخلاق وعلماء الدين والاجتماع وعلماء النفس. وحاولوا الوقوف على العوامل والأسباب المؤدية إليها. كما اهتم علماء الاجتماع وعلم الإجرام بدراسة الجريمة والمجرم بهدف إعطاء تفسير متكامل للظاهرة الإجرامية، وعلاج المجرم واتقاء خطورته [252]، ص 24 كما حاول الكثير من العلماء تفسير الظاهرة الإجرامية، بإرجاعها إلى أحد عوامل البيئة الداخلية أو الخارجية المحيطة بالمجرم. إلا أن معظم الاتجاهات الحديثة في هذا المجال تجمع على أن الجريمة نتيجة تضافر عدة عوامل تحيط بالفرد، تؤثر على تكوينه الشخصي والنفسي والاجتماعي، ويتأثر بها إيجابا فيكون شخصا سويا صالحا في المجتمع، أو سلبيا فيكون منحرفا أو خارجا عن قواعد الجماعة والقانون. كما بينت أن أبرز العوامل المؤثرة في سلوك الإنسان هي العوامل الاجتماعية [63]، ص 530، التي تؤثر في سلوكه وتكوينه ومستواه الثقافي والاجتماعي والديني، وهي بهذا تعتبر من أهم العوامل الدافعة إلى الجريمة وخاصة في جريمة الزنا، ولهذا لا بد علينا أن نتعرض إلى أهم هذه العوامل حتى نتوصل بعد ذلك إلى الحلول أو آليات الحد من الجريمة.

1.3.4.2.1. العوامل والأسباب الدافعة لارتكاب جريمة الزنا

إن جريمة الزنا جريمة أخلاقية واجتماعية – يقوم الفاعل فيها بإشباع غريزته الجنسية بطريقة غير شرعية، طالقا العنان لها فيجعلها تتحكم في سلوكياته مما يترتب عليه الإضرار بالغير بما فيهم أفراد الأسرة من أزواج و أبناء وأقارب والمجتمع ككل بنشر الفساد فيه. فالله خلق الإنسان وغرس فيه حب الشهوات والملذات، وسمح له بأن يشبع هذه الغريزة عن طريق الزواج والتكاثر حتى يحافظ على

استمرار الحياة على المعمورة. كما فضله عن باقي المخلوقات بأن وهبه عقلا يكبح به جماح هذه الشهوات ويتصرف فيها بشكل سليم يجنبه الاصطدام بحقوق الآخرين، ولعل أهم العوامل المؤثرة على الفرد لارتكابه الجريمة نجد:

- النشوء في بيئة غير سوية، تفتقد فيها المبادئ والأخلاق ولا يعرف أفرادها معنى الشرف والعرض، فيتشبع الفرد بهذه الرذائل، ويتعلم من والديه سوء الخلق، فيرى الجريمة، ولا يميز بينها وبين الفعل الصحيح. فالأب يزني في بيت الزوجية بامرأة أخرى، والأم تستقبل عشيقها في غياب زوجها وتبيح له نفسها تحت أنظار أبنائها الصغار. فكيف لهؤلاء أن يميزوا بين الصواب والخطأ؟ وكيف يتعلمون التحكم في الغريزة وقد أبيحت أمامهم مشاهدة مثيرة للجنس؟

- إهمال تربية الأبناء وعدم مراقبة تصرفاتهم داخل البيت وخارجه، كأن يترك الطفل وشأنه أمام القنوات التلفزيونية عبر الأقمار الصناعية وما تبثه من أفلام إباحية، أو أمام الإنترنت، أو يتصفح كتب للأدب المكشوف [251]، ص 123، أو يترك الطفل لساعات طويلة في الشارع يختلط برفاق السوء ويتعلم منهم السلوك المنحرف، فيكون فريسة سهلة لممارسة الشذوذ الجنسي عليه من طرف البالغين، أو يكون منحرفا جنسيا.

- ضعف الوازع الديني، وابتعاد المجتمعات العربية عن مبادئ الإسلام.

- انفتاح العالم العربي على الغرب، وتأثره بالأفكار التحررية والمظاهر البراقة للحياة بما فيها اللهو والإباحة الجنسية مما أدى إلى تدهور الأخلاق وكثرة الفساد، فحادت المجتمعات المسلمة عما رسمته الشريعة الإسلامية من مبادئ ومثل عليا.

- التصدع الأسري، ونقص به التصدع العاطفي للأسرة والذي يتحقق بوفاة أحد الوالدين أو كلاهما، أو بالطلاق أو الإهمال العائلي، أو فقدان العائل أو السند، فيختل التوازن العاطفي عند الطفل الذي تظهر نتائجه عند المراهقة [253]، ص 136 و 137. والتصدع المادي ويتحقق عندما يكون المستوى المعيشي للأسرة جد ضعيف، تعاني من الفقر ولا تستطيع أن تسد حاجات أفرادها، كأن يكون الأب بطالا، أو دخله غير كاف. ويدخل تحت البند ظروف المعيشة، بما فيها السكن غير اللائق والذي لا تتوفر فيه أدنى شروط الصحة والراحة.

ولو أنني لا أوافق رأي من يجعل الفقر في المرتبة الأولى من بين الأسباب الأخرى الدافعة لجريمة الزنا [63]، ص 530. فالفقر ليس سببا لإباحة الأعراض، ولعل أن هذه الطبقة من الناس أحرص على عرضها وشرفها من الطبقات الغنية التي قد تنتشر فيها الجريمة بنفس القدر أو أكثر مما هي عند الفقراء، لأنها مسألة تتعلق بالأخلاق والقيم التي لا تقدر بثمن، ولا يمكن التفريط فيها لإشباع البطون، ولا يعتبر الغنى أو الفقر معيارا صحيحا يعول عليه لتحديد وجود الجريمة من عدمه.

- تفاهة العقوبة المقررة للجريمة، حيث لا تحقق الحماية الجنائية للأسرة والأخلاق [173]، ص 442 و443. كما أنها لا تتناسب وعظمة الجريمة، وبهذا لا تتحقق الغاية المتوخاة من العقوبة، والمتمثلة في حماية حقوق الزوج والأسرة، عن طريق ردع الجاني حتى لا يعود إلى فعله ثانية، وحتى يكون عبرة لمن أراد الاقتداء به مما يحقق الردع العام.

- التأثير بالأفكار التحريرية الغربية المنادية بالتحرر الجنسي.

-التستر على الجريمة وعدم التبليغ عنها من طرف المضرور، لما في ذلك من خطر على استقرار الأسرة، ومساسا بسمعتها.

- غياب الزوج للعمل في بلد آخر مدة طويلة، وازدياد مسؤوليات الزوجة، الأمر الذي يجعلها تطلب المساعدة من الآخرين لعدم قدرتها على القيام بدور زوجها، مما قد ينتهي بها إلى الخيانة الزوجية [173]، ص475.

- تقلص الأسرة وانكماشها إلى أسرة نواة، يعيش بها زوجين وأولادهما ليس لهم تجربة ودراية بالتربية والتوجيه الأخلاقي للطفل والذي من خلاله يكتسب القيم السلوكية السوية، بما فيها كيفية التعامل مع الغير واحترامه واحترام العادات وتعلمها، خاصة في ظل التحولات التي تشهدها المجتمعات ككل.

- الزواج المبكر أو غير المرغوب فيه يدفع بالأزواج إلى البحث عن البديل انتقاما من الأسرة التي أرغمت الزوج أو الزوجة على الارتباط بطرف غير مرغوب فيه.

- إحجام الشباب عن الزواج أدى إلى ظهور أنماط جديدة من العلاقات خارج إطار الزواج.

- الواقع الاقتصادي المرير للأسرة.

والأسباب كثيرة، ونكتفي بأهمها.و مهما تعددت أو ارتقت في الأهمية فهي لا تبرر فعل الزنا ولا تعفى صاحبه من العقاب، لما فيها من خروج وخرق لقواعد الأخلاق، واعتداء على قدسية الزواج وخيانة للأمانة الزوجية وسبب لانحلال الروابط الأسرية وتشرد الأبناء، ولهذا لا بد من إيجاد آليات للحد من الجريمة والتي سنتعرض لها في الفرع اللاحق.

2.3.4.1.2.آليات الحد من الجريمة

لا يمكن التغاضي أو إنكار ما ترتبه الجريمة من آثار، أخطرها التصدع العائلي وانحلال رابطة الزوجية والتي يكون ضحيتها الأطفال، فيحرمون من حقهم في العيش داخل أسرة منسجمة، وما قد يترتب عن ذلك من اختلال في التوازن النفسي والشخصي لديهم.

ومن الآثار كذلك، انتشار العلاقات غير الشرعية وانتشار الفساد، واختلاط الأنساب بالإضافة إلى انتشار الأمراض الجنسية، والاستهانة بقدسية الزواج. فكل هذه الآثار وغيرها تنعكس حتما على

الزوج المضرور والأبناء والأسرة والمجتمع ككل. وحجم الضرر يفوق بكثير السلوك الإجرامي في حد ذاته- المتمثل في إشباع نزوة عابرة، تجرف أسرة بأكملها إلى الجحيم. ولهذا لا بد من القضاء على الأسباب المؤدية للجريمة، ووضع مكيانزمات للحد والوقاية منها، ولعل أهم وأنجع علاج هو:

- الردع سواء بالنسبة للتجريم- حيث يجب أن يشمل المشرع بعض الأفعال كالعلاقات غير الشرعية بين شخصين لا تربط بينهما علاقة زوجية وغير متزوجين- أو بالنسبة للعقاب، فيشدد من العقوبة المقررة للجريمة لترتقي إلى مصاف الجنايات، وهو ما نادى به بعض رجال القانون، بينما يفضل آخرون الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية وتطبيق حد الزنا على مشهد من الناس [63]، ص563، [250]، ص508، مما يتحقق به الردع العام والخاص لشدة العقوبة وصرامة تطبيقها.

- إسقاط حق الدفاع الشرعي المقرر للزوج الخائن وشريكه في مواجهة الزوج المضار.

- إضفاء عذر الإغفاء من العقوبة على القتل الذي يرتكبه الزوج الذي يفاجئ زوجته متلبسة بجريمة الزنا، سواء وقع القتل عليها أو على شريكها أو عليهما الإثنين.

- إلغاء القيود التي تحول دون توقيع الجزاء من شكوى وصفح.

- الاعتناء بالأبناء وتنشئتهم على الأخلاق والفضيلة ومبادئ الإسلام، لأنهم أباء الغد.

- دور المساجد في نشر تعاليم الإسلام وترهيب الناس من غضب الله عز وجل وعقابه، وتبيان مسؤوليات الأزواج تجاه بعضهما وتجاه الأبناء.

- تخصيص برامج تلفزيونية تعنى بالأسرة ومشاكلها، يقوم بها مختصون نفسانيون وعلماء الاجتماع وقانونيون، يحاولون الوقوف على أهم الأسباب التي قد تؤدي إلى الجريمة، ويوجهون الزوجين إلى السبل التي تجنبهم الوقوع في الخطيئة وكيفية إنشاء جو منسجم تسوده المحبة والاحترام وحسن الخلق.

- الاستعانة بالوسائل الإعلامية للتحسيس بحجم الظاهرة وخطورتها، وتفادي استخدام العناوين المثيرة للخيال لدى القراء [254]، ص145 و146، وتفادي استعمال الإثارة باللفظ أو الصور، حتى لا يندفع الشباب المراهق نحو الجريمة. والابتعاد عن تبرير سلوك الجاني الذي وجد في ظرف الفقر سببا يعزّي به نفسه عن انحرافها.

- تشجيع الشباب على الزواج، وتوفير كل التسهيلات المادية من أجل ذلك، بالإضافة إلى تحسيس المقبلين عليه بمسؤولياتهم تجاه الزوج الآخر، بما فيها واجب الإخلاص والمودة والاحترام.

- محاربة العلاقات غير الشرعية بتخصيص جهاز يسهر على ذلك (شرطة الآداب).

- القضاء على المحلات والأماكن التي تستعمل نساء للإثارة الجنسية، والتشجيع على الانحراف.

- إنشاء مصالح خاصة تحت إشراف القضاء، يقوم فيها مساعدون اجتماعيون ونفسانيون بمتابعة مستمرة للمحكوم عليهم بموجب الجريمة بعد استنفاد العقوبة أو بعد انتهاء الدعوى بالصفح. حيث يقوم الطبيب

المختص أو المساعدة الاجتماعية بمرافقة المعني ومساعدته على تخطي صعابه وإبعاده عن الوقوع في الجريمة من جديد وذلك في سرية تامة.

لقد شرع الله عقوبة الزنا حماية للمجتمع من الفاحشة وتفشيها، وتهذيباً للغرائز وحفاظاً للنسل، ولهذا جاءت عقوبتها مغلظة، لا يمكن التسامح فيها ولا التخفيف منها، حتى يتراجع من خولت له نفسه ارتكاب الجريمة لشدة العقوبة. فمن مقاصد الشريعة الإسلامية بناء مجتمع تسوده المحبة والتراحم والإخلاص في العلاقات الأسرية، متخلق بالمبادئ الإسلامية التي تنبذ الرذيلة والفحشاء، وترفض أن يكون الأفراد عبيداً لشهواتهم وغرائزهم. ولهذا لا بد على التشريعات العربية أن تراجع موقفها من جريمة الزنا، ولا تنظر لها كجريمة شخصية خاصة بالزوج، لأنها لا تعنيه وحده، بل تمس بناء الأسرة والمجتمع ككل، ولا تتأثر بالتشريعات الغربية التي أباحت الجنس حتى داخل الأسرة وبين الزوجين. فكيف للزوج أو الزوجة التي تبيح لنفسها علاقة غير شرعية أن تكون قدوة حسنة ومثالاً يقتدى به؟ فبلا شك أنها لن تنشئ إلا أبناءً منحرفين متأثرين بسلوكاتها، خاصة وإن كان الأب راض بذلك، حيث لا تملك الدولة سلطة توقيع العقاب عليها، إلا إذا استعمل هذا الأخير حقه في تحريك الدعوى، مما يجعلها في منأى عن الجزاء. وهو أمر لا يمكن السكوت عليه، بل لا بد من الانتباه إلى خطورة الوضع، والأخطر من ذلك أنه في حالة اصطدام حق الدفاع الشرعي بعذر الاستفزاز، فقد يترك الزوج عرضه وروحه ولا ينال الجاني أية عقوبة. فلا بد للمشروع أن يعيد النظر في هذه المسألة الشاذة والخطيرة، ويحسمها بشكل يتوافق ومصلحة الأسرة دون إهدار حقوق الطرف المضرور. كما عليه أن يقتدي بموقف الشريعة الإسلامية من عذر الاستفزاز ويرتب عليه الإعفاء من العقوبة، إذا ما ارتكب أحد الزوجين على الزوج الزاني وشريكه القتل أو الضرب أو الجرح، لأن العقوبات الردعية والزاجرة ترعب الأفراد وتجعلهم يحجمون عن الجريمة. وأخيراً أن تشمل الجريمة كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربطهم علاقة شرعية، ويوسع من نطاق المشمولين بالعذر ليطول الأب والأخ والإبن كما فعلت معظم التشريعات العربية التي مرت معنا في هذه الدراسة.

وتبقى جريمة الزنا بمفهومها الواسع بمعنى حتى تلك التي ترتكب من شخصين غير متزوجين من أخطر الجرائم انتهاكاً للقيم والأخلاق، وخروجاً عن القواعد السماوية. كما تأتي في مقدمة الأسباب المؤدية إلى تصدع الأسر وتفككها وتشرد أفرادها، وظاهرة تعاني منها المجتمعات سواء تلك التي تعتبرها جريمة أو التي لا ترى فيها فعلاً يستوجب العقاب. مما يدعو للتساؤل عن الحل. هل يكمن في عدم العقاب على الجريمة مادام المقصود بالحماية هو الأسرة بالدرجة الأولى؟ أم في التشدد في العقاب دون مراعاة هذه الأخيرة؟

فالمشروع عندما حاول حماية الأسرة عرض المجتمع لخطر الفساد، وتخلي عن الكل من أجل الجزء. فهل هذا بالموقف السليم؟

إن حماية الأسرة لا تنحصر في عدم العقاب أو في عدم تحريك دعوى الزنا إلا بشكوى الزوج، أو صفحه عن زوجته بعد جرمها لأننا مجتمع مسلم وكغيره من المجتمعات المسلمة لا يرضى الزوج أن يعاشر زوجته بعد خيانتها له وتلويث سمعته وشرفه. وإنما حماية الأسرة تتمثل في عدم التسامح مع من يرتكب جريمة الزنا، وتشديد عقوبته حتى لا يعاود فعله ويكون عبرة لغيره. وبهذا يكون المشرع قد حمى المجتمع من الرذيلة وصان الأسرة في نفس الوقت. فالحل هو العقاب وبدون قيد بما أن الأسرة متفككة لا محال بعد الجريمة بالرغم من تنازل الزوج عن حقه، مما قد يشجع الكثير على الفعل أمام تسامح القانون. لكن الردع سيجعل الأفراد يحجمون عن ارتكاب الفاحشة خوفا من العقاب.

الفصل. 2

جرائم المرأة الواقعة اتقاء للعار والفضيحة

يقول الله جل جلاله بعد بسم الله الرحمن الرحيم: "ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق" [256]، 151. ينهى الله عن قتل النفس ويحرمه سواء بعد وجودها فعلا بعد الولادة، أو قبلها أثناء الحمل. وأسمى مراتب الحماية التي يحظى بها الإنسان تتمثل في تجريم الاعتداء على الجنين وحقه في الحياة والنمو، الذي به تثبت له حقوق أخرى منها ما هو مالي كالحق في الميراث، ومنها ما هو معنوي كالحق في الانتساب إلى والديه، ولن يدخل في نطاق دراستنا إلا الاعتداء على الحق في الحياة.

وتعتبر جريمة الإجهاض وقتل الطفل حديث العهد بالولادة من الجرائم الضاربة بجذورها في تاريخ المجتمع القديم عرفت الإنسانية منذ زمن بعيد، وهي من أكثر الجرائم شيوعا وانتشارا وأقلها إحصاء لأنها تقع في الخفاء، ولقد سميت بجرائم النساء أو الجرائم الخفية [3]، ص 17، لأنها متعلقة بطبيعة المرأة ولا يمكن كشفها بسهولة. تقع لتغطية جرم آخر خوفا من العار والفضيحة. فتعتمد المرأة للتخلص من حملها غير الشرعي حتى لا ينكشف أمرها. وإن فشلت لسبب أو لآخر كأن يكون الحمل قد وصل إلى مرحلة يرفض الطبيب أو الشخص الذي تستعين به الحامل لإجراء الإجهاض، لما فيه من خطورة على حياتها، فتتظنر حتى يأتي موعد ولادته لتتخلص منه، محاولة مسح كل أثر لتلك العلاقة غير الشرعية. إلا أن مدارات الفضيحة أو الخوف على نفسها من القتل لا يعطيها حق الاعتداء على مخلوق سائر إلى الحياة أو وجد فعلا فأصبح نفسا لها حرمتها. ولهذا جرم المشرع الجزائري كل اعتداء فعلي أو محتمل على الجنين وعاقب عليه بعقوبات مختلفة بحسب صفة الفاعل والنتيجة المترتبة عن الفعل. كما اعتبر إزهاق روح طفل حديث الولادة جناية وعاقب عليها بالعقوبة المقررة للقتل المشدد، لكنه أوجد عذرا مخففا للأم قاتلة ابنها رافة بها وبالظروف الصعبة التي تمر بها. وهو فعلا ما ذهبت إليه بعض القوانين الجنائية العربية. بينما فضلت تشريعات أخرى إخضاعه إلى نفس القواعد التي تحكم القتل العمد البسيط أو المشدد بحسب الأحوال. ذلك ما سوف نحاول تسليط الضوء عليه في هذا الباب، فنعرف موقف قانون العقوبات الجزائري من هذه الجرائم ونقارنه بقوانين أخرى. كما لن يفوتنا أن نتعرض إلى موقف الشريعة الإسلامية السمحاء التي فصلت في موضوع الإجهاض تفصيلا لم يسبق له مثيلا في القوانين الوضعية، فحددت مراحل الحمل حسبما ورد ذكرها في الكتاب والسنة التي اعتمد عليها فقهاء المذاهب الفقهية للقول بالحل أو الكراهة أو التحريم كما بينت العقوبة الواجبة دية للجنين. ولم يفهم

الحديث عن الإجهاض الذي لا عقاب عليه إذا ما كان الغرض منه إنقاذ حياة الأم من الهلاك. ولم تختلف الآراء الفقهية الحديثة عما ذهب إليه القدامى إلا من حيث أن مراحل تطور الجنين أصبحت معلومة عندهم لاعتمادهم على ما توصلت إليه العلوم الطبية في المجال، الأمر الذي جعلهم يجمعون على تحريم الإجهاض من بداية الحمل وفي جميع مراحلها إلى غاية الوضع.

أما في موضوع قتل المولود ، فالقرآن الكريم جعل للحياة حرمة وقدها لأنها من مشيئة الخالق وحده له الحق في أخذها مثلما وهبها بدليل قوله العزيز الحكيم: (تَبَارَكَ الَّذِي بِيَدِهِ الْمُلْكُ وَهُوَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (1) الَّذِي خَلَقَ الْمَوْتَ وَالْحَيَاةَ لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ عَمَلًا وَهُوَ الْعَزِيزُ الْغَفُورُ) [257]،¹ وقوله: (إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا) [258]،⁰¹ وقوله: (لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ يُحْيِي وَيُمِيتُ رَبُّكُمْ وَرَبُّ آبَائِكُمُ الْأَوَّلِينَ) [259]،⁰⁸ وقوله: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ دَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ) [256]،¹⁵¹ صدق العلي القدير. فلا جدال في تحريم القتل سواء وقع على صغير أو كبير رجل أو امرأة ذكر أو أنثى فعقوبته القصاص أو الدية. وهو ما سوف نفصل فيه عندما نتعرض إلى كل من الجريمتين تفصيلا في القانون الجنائي الوضعي بما فيه الجزائي والتشريعات التي مرتّ معنا في الباب الأول. كما سنبين موقف قانون العقوبات الفرنسي من الجريمتين وما رصد لها من عقوبات.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن جريمة الإجهاض تبقى أخطر الجرائم المرتكبة من المرأة وأكثرها انتشارا في كل المجتمعات مهما اختلفت أسبابها. ومن أهم المواضيع التي نالت قسطا وافرا من الدراسات وفي شتى العلوم، وشدت انتباه التشريعات في معظم دول العالم. فمنها من أباحها، ومنها من حدد مراحل الإباحة بمدى تطور الحمل، والبعض الآخر جرمها وعاقب عليها بالحمل كله. ولأن هذه الجريمة قد تأخذ صورا مختلفة تختلف معها العقوبة المقررة لها، وباختلاف نظرة التشريعات الوضعية، ولأن للشرعية الإسلامية مواقف تباينت بحسب المذاهب الفقهية من حيث التحليل والتحريم وبحسب مراحل تطور الجنين وما يجب فيه من عقوبة، فإن الفصل الذي سنخصصه لدراسة هذه الجريمة سيأخذ القسط الأكبر في هذه الأطروحة، ولا بأس إن كانت الضرورة العلمية تقتضي منا ذلك ما دام المشرع الجنائي الجزائري في حد ذاته أولى اهتماما بالغا للجريمة، فأخصها بعشرة نصوص قانونية. وحتى نتبين هذه الجرائم التي ترتكبها المرأة لدفع العار والفضيحة عنها وعن أهلها ارتأيت تقسيم هذا الباب إلى ما يلي:

- الفصل الأول: جريمة الإجهاض.

- المبحث الأول: المفاهيم المختلفة للإجهاض ومراحل تطور الجنين.

- المبحث الثاني: أحكام الاعتداء على الجنين شرعا وقانونا

- المبحث الثالث: أركان جريمة الإجهاض

- المبحث الرابع: صور جريمة الإجهاض والعقوبة المقررة لها شرعا وقانونا.
- الفصل الثاني: جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة
- المبحث الأول: المفاهيم المختلفة للطفل
- المبحث الثاني: التطور التاريخي للجريمة والحماية الجنائية المقررة قانونا وشرعا للمولود
- المبحث الثالث: أركان الجريمة والعقوبة المقررة لها قانونا وشرعا.
- المبحث الرابع: الأعداء المخففة للعقاب (والتي هي في نفس الوقت أسباب ارتكاب الجريمة)

1.1. الإجهاض

إن الإنسان أناني بطبيعته، يحب ما يرضيه ويتناسب مع أذواقه وشهواته وينفر ما لا يناسب معها، ولا يهمه إذا كان ما يصبو إليه يتعارض أو يخرج عن قواعد المجتمع بما فيها الدينية والقانونية. فبينما يتشوق بعض الناس إلى ذرية تملأ حياتهم، نجد فئات أخرى تسعى بشتى الوسائل للتخلص من أجنتهم خوفا من العار والفضيحة أو خوفا من البؤس والفقر.

ومهما يكن فإن معظم الشرائع السماوية حرمت الإجهاض، واعتبرته جريمة، فجاءت القوانين العبرية واعتبرته جريمة تستوجب التعويض إذا وقع بناء على خطأ أثناء شجار بين رجال وصدمو امرأة حامل ونزل الولد حيا ولم يحصل له أذى. أما إذا أودى الجنين فيقتص من الجاني [260]، ص37. كما اعتبرت الشريعة المسيحية قتل الجنين بمثابة القتل العمد مهما كانت الأسباب الدافعة للقيام به. كما حرمت الشريعة الإسلامية واعتبرته قتلا لنفس مؤمنة إذا بلغ الحمل مائة وعشرين ليلة. واجتهد الفقهاء القدامي في هذا الموضوع لغياب النص الصريح، فمنهم من حرمه في جميع مراحل الحمل ومنهم من قال بكراهته إذا كان لغير عذر، ومنهم من جعل من بداية التخلق في الجنين حدا فاصلا بين التحليل والتحريم.

ولم تغفل القوانين القديمة حماية الجنين، فلقد خصص قانون حمورابي المواد 2، 9، 214 لهذا الغرض، فنصت مادته 2 و9 على دفع تعويض قدرته 10 شلات (ما يعادل 3 غ للشتل الواحد) من الفضة لكل من ضرب بنتا فسبب لها إجهاضا [262]، ص159. وميز في العقوبة بحسب مركز المرأة اجتماعيا الذي كان على مستويات ثلاث: سيدات، عوام، عبيد. كما عاقب القانون الآشوري كل من امتنع عن التبليغ عن امرأة تريد إجهاض نفسها، وكل من ساعدها على ذلك. وكان القانون الروماني يعتبر إسقاط الحامل جريمة ضد والد الجنين، ولم يعتبره كذلك إن قام به هذا الأخير. أما القانون الفرنسي لسنة 1810 فلقد تشدد في العقاب على الجريمة واعتبرها جناية لا جنحة. وحتى وقت قريب كانت بعض التشريعات الجنائية تجرم الإجهاض ولا تبيحه لأي سبب كان، حتى وإن كان لإنقاذ حياة الأم من الهلاك.

إلا أنها لم تتجح في منع القيام به، والدليل على ذلك الأرقام الهائلة التي قدرها مجلس السكان بنيويورك ب 50 مليون جنين مجهض سنويا تتم في العالم كله [262]، ص 11. وهناك إحصائيات أخرى تتراوح ما بين 50 و 60 مليون جنين مجهض سنويا [260]، ص 553 أكثرها تقع في أمريكا والدول الإسكندنافية الأكثر تحررا. ففي أمريكا الوسطى والجنوبية هناك أكثر من مليون وستة آلاف حالة إجهاض سنويا. وفي البرازيل قدرت عمليات الإجهاض لسنة 1992 ب أربع ملايين حالة، اضطرت 400 ألف حالة منهن إلى المعالجة الطبية بسبب المضاعفات الخطيرة. كما قدر الباحثون أن 90 % من أنواع الإجهاض في العالم لا تقوم على عذر شرعي. أما البلدان العربية فلا توجد إحصائيات رسمية مصرح بها من جهات نظامية أو قانونية، وهذا لا يعني أن هذه المجتمعات قد سلمت من الجريمة، ولكن مرجع ذلك إلى أن أكثرها إن لم نقل كلها تقع بعيدا عن أعين القانون. كما أن هذه الدول وما تنطوي عليه من مقومات عقائدية وعرفية، ومدى تمسكها بالشرف والاحتشام والحياء يجعل من المستحيل التبليغ عن حالات الإجهاض خوفا من الفضيحة وتلويث شرف العائلة.

وبالتعرض إلى الظروف الصعبة والقاسية التي تتم فيها عمليات الإجهاض، والتي غالبا ما تكون على أيدي غير مختصة، وبمبالغ باهظة جدا، كما أن ما قد ينجم عنها من وفيات وعقم أو عاهات مستديمة للمرأة، يدفعنا إلى القول بأن الإنسانية أمام مأساة. ولهذا كان الإجهاض ولا يزال محل نقاش وبحث واسع، فتناوله الفقهاء من الجانب الديني، والمفكرون وعلماء الاجتماع من جانب تحديد النسل واعتبروه ظاهرة اجتماعية تستوجب العناية والبحث. كما تناوله الأطباء من حيث خطورته على حياة الحامل وسلامة جسمها، وعاقبت عليه معظم التشريعات إذا وقع في مرحلة متقدمة من الحمل. وتتفق غالبية القوانين العربية على اعتباره جريمة تأثرا منها بأحكام الشريعة الإسلامية.

وسواء كان الاهتمام من الجانب الأخلاقي أو العلمي أو الديني أو الاجتماعي أو القانوني، فإن الإجهاض يبقى مساس واعتداء على خلق الله، لأن من مقاصد الشريعة الإسلامية المحافظة على النفس التي قدسها القرآن وأجلها، إذ يقول العزيز الحكيم بعد بسم الله الرحمن الرحيم: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) [238]، 33. ولعل أبشع الجرائم التي تقع داخل الأسرة هي جريمة الإجهاض وممن؟ من مخلوق كرمه الله ووهبه نعمة إعطاء الحياة، فكيف يحق لها أن تعتدي على مشيئة الله؟ وعلى جزء منها؟ فلا أظن أن هناك مبرر شرعي لفعلها مهما تعددت الأسباب وعظم شأنها، إلا إذا كان ذلك من أجل إنقاذ حياتها من الهلاك الأكيد، والذي يخرج عن نطاق دراستنا كون أنه فعل مبرر لا يستوجب العقاب. هذا ما سوف نحاول أن نعرفه في هذا الفصل من خلال الخطة التالية:

- المبحث الأول: المفاهيم المختلفة للإجهاض ومراحل تطور الجنين

- المطلب الأول: المفاهيم اللغوية والإصطلاحية للإجهاض

- المطلب الثاني: مراحل تطور الجنين

- المبحث الثاني: أحكام الاعتداء على الجنين شرعا وقانونا
- المطلب الأول: أحكام الإجهاض عند فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى قبل نفخ الروح وبعده
- المطلب الثاني: أحكام الإجهاض عن الفقهاء المحدثون
- المطلب الثالث: أحكام الاعتداء على الجنين قانونا
- المبحث الثالث: أركان جريمة الإجهاض
- المطلب الأول: محل الجريمة
- المطلب الثاني: الركن المادي للجريمة
- المطلب الثالث: حكم الشروع والمساهمة في جريمة الإجهاض
- المطلب الرابع: القصد الجنائي في جريمة الإجهاض
- المبحث الرابع: صور جريمة الإجهاض والعقوبة المقررة لها قانونا وشرعا
- المطلب الأول: إجهاض الغير للحامل
- المطلب الثاني: إجهاض الحامل لنفسها
- المطلب الثالث: العقوبة المقررة للإجهاض قانونا
- المطلب الرابع: العقوبة المقررة للإجهاض شرعا

1.1.2. المفاهيم المختلفة للإجهاض ومراحل تطوّر الجنين

قبل أن نخوض في دراسة الإجهاض بأحكامه القانونية والفقهية وأركانه والعقوبات المقررة له، لا بد من التعرض أولا وقبل كل شيء إلى مفهوم الإجهاض لغة واصطلاحا، عند فقهاء الشريعة الإسلامية، ومن المنظور العلمي الطبي. وكذا تبين التعريفات القانونية والفقهية التي قيلت بشأنه. وعلى الجميع أن هذا الموضوع قد أثار ضجة في أوساط المجتمعات، ولا زال يطرح بنفس الحدة أو أكثر لارتباطه الوثيق بحقوق الإنسان وبأهم وأول حق يقره الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وهو الحق في الحياة. وأول مراحل الحياة لا تبدأ في حقيقة الأمر بالميلاد ولكن بنبضات قلب النطفة الملقحة التي تتطور بمشيئة الخالق إلى أن تصبح كائنا بشريا، حماه الله وهو لا زال في مراحل التكوين، وسارت القوانين الوضعيّة العربية على نفس المنهاج، وجرّمت المساس به أو تهديد وجوده ولو أنّها لم تُعرّ مراحل تطوّر الحمل أهميّة في توقيع الجزاء مثلما فعلت الشريعة الإسلامية. ولما كانت دراستنا تقتضي التعرض إلى المفاهيم المختلفة للإجهاض ومراحل تطوّر الجنين. حسب ورودها في كتابه عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وما توصل إليه الطب قبل الخوض في الموضوع، فلقد ارتأيت تقسيم هذا المبحث وفق الخطة التالية:

- المطلب الأول: المفاهيم اللغوية والإصطلاحية للإجهاض

- الفرع الأول: تعريف الإجهاض لغة

- الفرع الثاني: تعريف الإجهاض اصطلاحاً عند فقهاء الشريعة الإسلامية

- الفرع الثالث: التعريف الطبي للإجهاض

- الفرع الرابع: التعريف القانوني للإجهاض.

- المطلب الثاني: مراحل تطور الجنين

- الفرع الأول: مراحل نمو الجنين في الشريعة الإسلامية

- الفرع الثاني: مراحل تطور الجنين من المنظور الطبي.

1.1.1.2. المفاهيم اللغوية والإصطلاحية للإجهاض

1.1.1.2. تعريف الإجهاض لغة

الإجهاض في اللغة مصدر أجهض، بمعنى المرأة أسقطت حملها [263]، ص 14. ويقال أجهضت إجهاضاً. ومن معاني جهض، زوال الشيء عن مكانه بسرعة. ويقال له أجهضنا فلاناً عن الشيء إذا تنحينا عنه وغلبناه عليه [264]، ص 250.

ويقال أسقطت المرأة ولدها، أي أسقطته ناقص الخلق [265]، ص 113.

ويطلق الإجهاض في اللغة على صورتين: إلقاء الحمل ناقص المدة سواء من المرأة أو من غيرها، والإطلاق اللغوي يصدق سواء كان الإنزال بفعل فاعل أو تلقائياً [265]، ص 113.

وجاء في القاموس الجيهض والجهض: الولد السقط، أو ما تم خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش [266]، ص 639. وجاء في معجم مقاييس اللغة: أجهضت الناقة ولدها فهي مجهضة [264]، ص 250

ولقد أقر مجمع اللغة العربية إطلاق كلمة إجهاض على خروج الجنين قبل الشهر الرابع، وكلمة إسقاط على إلقائه ما بين الشهر الرابع والسابع [266]، ص 56.

1.1.1.2. تعريف الإجهاض اصطلاحاً عند فقهاء الشريعة

لقد عبر فقهاء الإسلام القدامي عن الإجهاض بمترادفات عدة، كالإسقاط والإلقاء والإملاص والطرح والإنزال [267]، ص 56.

ولقد أورد الرملي عبارة الاستجهاض فيما نقله عن الغزالي الذي بين أن العزل ليس كالإجهاض أو الوأد، لأنه جناية على موجود حاصل [268]، ص416. وعبر الرملي في قوله: "لو ضرب امرأة ميتة وأجهضت ميتا".

وورد في بعض كتب الحنفية: "إن السقط الذي إستبان بعض خلقه كأصبع... [269]، ص187. كما عبر الرشيدي باستعمال لفظ إجهاض عن إنزال الحمل باستعمال الدواء فقال: إن ما ذكر من إجهاض أن تستعمل دواء، فإذا حملت أجهضت... [270]، ص416.

وقال البجيرمي في حاشية تفسيراً لكلمة الإجهاض الواردة في عبارة الخطيب: أنه الرمي ولا يقال أجهضت إلا في الناقة خاصة، ويقال على المرأة أسقطت. وقال أن إطلاق عبارة إجهاض على المرأة مجاز [271]، ص131، أي أن ما جاء في المصباح المنير قد سوى بين المرأة والناقة في استعمال لفظ "إجهاض" فجاء فيه: أجهضت المرأة والناقة ولدها إجهاضاً، أي أسقطته ناقص الخلقة [265]، ص113 وجاء في مواهب الجليل استعمال لفظ إسقاط "في العبارة التالية: أما التسبب في إسقاط الماء قبل الأربعين يوماً من الوطء... [271]، ص477. وورد استعمال "طرح" في مجمع الأنهر" كما يلي: "وإن شربت مرة دواء أو عالجت فرجها لطرح جنينها حتى طرحته... [273]، ص650.

وجاء في حاشية بن عابدين استعمال لفظ استئزال في العبارة التالية: ويباح لها أن تعالج استئزال الدم ما دام الحمل مضغة أو علقة ولم يخلق له عضو [274]، ص302.

ومهما يكن من تباين في استعمال الألفاظ المعبرة عن الإجهاض عند الفقهاء، فإن مدلولها يبقى واحد ولا يخرج عن معنى الإجهاض، أي إلقاء الحمل ناقص الخلق أو ناقص المدة [275]، ص39، [267]، ص56.

3.1.1.2. التعريف الطبي للإجهاض

يعرفه الأطباء بأنه سقوط محتويات الحمل قبل عشرين أسبوعاً [276]، ص8، وهي الفترة التي يكون الجنين قابلاً للحياة. إلا أن هناك من يرى أن قابلية الجنين للحياة تبدأ بعد الأسبوع الثامن والعشرون، ومنهم من يقول بأربعة وعشرون أسبوعاً [262]، ص32. وهكذا يميز الطب بين مرحلتين للحمل، مرحلة يكون فيها الجنين غير قابل للحياة. يموت الجنين بمجرد إنزاله وتعتبر إجهاضاً، ومرحلة ينزل فيها الجنين وهو قابل للحياة فلا يسمى حينها إجهاضاً وإنما ولادة سابقة لأوانها Accouchement prématurée [262]، ص32. ويعرفه الطبيب سيف الدين السباعي: بأنه إنهاء الحمل بقذف الجنين وملحقاته خارج الرحم قبل أن يكون قابلاً للحياة سواء بلغ من الوزن ألف غرام أو بلغ من العمر ثمانية وعشرين أسبوعاً [276]، ص11. وإذا تعدى الجنين هذه المرحلة وتم إخراجها من

الرحم فيسمى ذلك خداجاً. ويختلف تقدير السن الفاصل بين الإجهاض والخداج باختلاف الشروط الصحية وإمكانات المستشفى. ونقف قليلاً عند هذه الفكرة لنقول أنها أقرب إلى الواقع، إذا كنا نعلم بأن الطب والوسائل الطبية في بلادنا وفي بعض الدول العربية لا زالت بعيدة عن التطور المذهل الذي يشهده قطاع الصحة في الدول المتقدمة، ولا أوافق الرأي الطبي الذي يقول بأن الجنين إذا ما تعدى عشرون أسبوعاً أو حتى ثمانية وعشرون أسبوعاً ينزل قابلاً للحياة شأنه شأن الذي يولد بعد انتهاء الأشهر الرحمية. لأنه حتى وإن نزل قابلاً للحياة ووضع في أجهزة توفر له الوسط المعوض لرحم الأم، فإنه غالباً ما تظهر عنده أمراض عضوية تنفسية أو قلبية أو عصبية، لأن الأجهزة الاصطناعية مهما بلغت درجة تطورها فلا يمكن أن تغني عن رحم الأم، وعادة ما يتوفى الجنين في مثل هذه الحالات. كما أن القول أو التسليم بهذا التقسيم يؤدي إلى وضع خطير، مؤداه أن الفعل الذي يتم به إخراج الجنين الذي تعدى عمره العشرين أسبوعاً لا يعد إجهاضاً وإنما ولادة سابقة لأوانها ولا يستوجب العقاب. ويميز الأطباء بين الإجهاض التلقائي، الذي يحدث تلقائياً دون أي تدخل من الحامل أو الغير وهو ما يعبر عنه بـ: *Fausse couche*، والإجهاض العمدي [278] I. V. G والإجهاض الطبي أو العلاجي. ويقابله التقسيم القانوني للإجهاض الضروري أو المرخص به الذي لا عقاب عليه ولن يدخل في نطاق دراستنا ما دام ليس فيه أي اعتداء على الأسرة ولا على المجتمع، لأن الأمر يتعلق بحياة الحامل ومدى حرص المشرع على عدم التفريط فيها وتفضيلها على الجنين. والإجهاض الجنائي أو العمدي والذي غالباً ما يحدث في الخفاء بعيداً عن أعين القانون. كما يعرفه الدكتور محمد علي البار فيقول: يعرف الإجهاض أو السقط في الطب بأنه خروج محتويات الحمل قبل 28 أسبوعاً تحسب من آخر حيضة حاضتها المرأة ويضيف قائلاً أن التعريف الحديث للإجهاض هو خروج محتويات الرحم قبل 22 أسبوعاً أو 20 أسبوعاً من لحظة تلقيح البويضة بالحيوان المنوي [279]، ص 425..

2.1.1.4.1. التعريف القانوني للإجهاض

إن غالبية التشريعات لم تعرف الإجهاض تاركة ذلك للفقهاء. ويعرف بأنه إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، أو قتله عمداً في الرحم [154]، ص 298 وتعرفه الدكتورة فوزية عبد الستار بأنه: "...إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي [175]، ص 299. وجاء عند الدكتور حسن صادق المرصفاوي أن الإسقاط هو إخراج الحمل من الرحم في غير موعده الطبيعي عمداً وبلا ضرورة بأية وسيلة من الوسائل [280]، ص 603، [2810]، ص 13، [262]، ص 45، [243]، ص 05. ويعرف كذلك بأنه عدوان على مصلحة الحياة قبل الميلاد [242]، ص 05. وعرفه الشراح بأنه طرد

لمتحصل الحمل عمدا قبل الأوان [282]، ص 238. وجاء في مؤلف الطب الشرعي ومسرح الجريمة أنه: خروج متحصل الحمل في أي وقت من مدة الحمل وقبل تكامل الأشهر الرحمية [282]، ص 195. ويعرفه الفقه الفرنسي بأنه إنهاء غير طبيعي للحمل يهدف إلى إخراج محتويات الرحم قبل الموعد L'avortement et une interruption artificielle de la grossesse et tend à provoquer l'expulsion prématurée du produit de la conception [61] P 260..

L'interruption volontaire de grossesse c'est l'expulsion prématurée et volontairement provoquée du produit de conception.

كما يعرف بأنه الإلقاء المبكر أو السابق لأوانه والعمدي للنطفة الملقحة 24 ص [128] ونكتفي بهذا القدر من التعريفات، كون أن معظمها يدور حول نفس المحور، وهي إنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة، ويندرج تحت هذه التعريفات جميع صور الإجهاض، بما فيها المتعمد أيا كانت الوسيلة المستعملة لإحداثه ولأي سبب كان، والضروري أو العلاجي، والتلقائي واللاإرادي. ويتحقق الإجهاض بإخراج ما في الرحم قبل موعد الولادة. لكن ما القول لو قتل الجنين ولم يخرج من الرحم؟ فهذا السؤال قد أجاب عليه د/ محمود نجيب حسني في تعريفه الذي جاء جامعا وشاملا فشمّل حالة إخراج محتويات الرحم، وحالة القضاء عليه وبقائه داخل أحشاء أمه، واعتبر أن الحالة الأولى هي الأكثر حدوثا [154]، ص 298. وهي الصورة الرئيسية التي تتحقق ولو خرج الجنين حيا وقابلا للحياة، مما يتناقض مع موقف الأطباء الذين لا يعتبرون ذلك إجهاضا ولكن ولادة مبكرة أو سابقة لأوانها. والحالة الثانية يتحقق فيها الإجهاض دون الإلقاء خارج الرحم. وهناك حالة ثالثة وهي وفاة الأم وتبعاً لذلك تنتهي حياة الجنين لكن لا تقذفه ويبقى في أحشائها. ويعقب بعض رجال القانون على استعمال مصطلح إسقاط" ويقولون بأنه قاصر ولا يعبر عن الحالات الثلاث التي ذكرناها، حيث يقتصر على الإجهاض الذي يتم به إخراج محتويات الرحم دون الحالتين الأخيرتين، ويفضلون استعمال مصطلح إجهاض أو إنهاء الحمل [261]، ص 45 و 46

2.1.1.2. مراحل تطور الجنين

يمر الجنين في نموه بمراحل، بدءاً من البويضة الملقحة إلى أن يصبح جنينا مكتمل النمو ويخرج إلى الحياة في صفة كائن بشري، وبين هاتين المرحلتين، كيف لنا أن نحدد أول مراحل وجود الجنين؟ لمعرفة ذلك سوف نستدل بما جاء في كتابه عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وما توصل إليه الطب الحديث.

2.1.1.2. 1. مراحل نمو الجنين في الشريعة الإسلامية

جاء في كتابه الحكيم بعد لبسم الله الرحمن الرحيم: (وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ (12) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ (13) ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ (14)) [284]، 12 إلى 14، (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبُعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ) [285]، 05.

وجاء في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم عن أبي مسعود رضي الله عنه قال: حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم هو الصادق المصدوق قال: (...إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الله الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات، يكتب رزقه وأجله وعمله وشقي أم سعيد...) [286]، ص477.

وعن مالك بن حو يرث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إن الله تعالى إذا أراد خلق عبد فجاء الرجل المرأة طار ماؤه في كل عرق وعضو منها، فإذا كان يوم السابع جمعه الله تعالى ثم أحضر في كل عرق له دون آدم) [286]، ص480.

إن فاول مرحلة لوجود الإنسان أو بالأحرى الجنين هي النطفة، التي تكون نتاج التقاء ماء الذكر بماء الأنثى بدليل قوله تعالى والرسول صلى الله عليه وسلم، عن طريق الجماع، حيث يلحق الحيوان المنوي البويضة فتصبح نطفة ويبدأ من تلك اللحظة الحمل. وهو ما قال به الإمام الغزالي، حيث جاء في كلامه: "وأول مراتب الوجود أن تلقح النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة" [47]، ص74. إلا أن هذه اللحظة بالذات صعبة التحديد، لكن يمكن التعرف عليها بمايلي:

- 1- إنقطاع الطمث أو الحيض
 - 2- تغيرات الثديين، حيث يصيران متورمين ومعقدين ويحدث ألم ببعضها.
 - 3- تلون الجلد.
 - 4- يلين عنق الرحم تدريجيا بعد أن كان صلبا، ويأخذ جدار الرحم اللون البنفسجي [285]، ص480
- وإذا ما أردنا أن نبين مراحل خلق الجنين في القرآن والسنة حسب ما مر معنا من آيات كريمة وأحاديث شريفة فنقول بأنه يمر بالأطوار التالية:

1- النطفة	2 - العلقة	3- المضغة مخلقة وغير مخلقة
4- العظام	5- لحم يكسو العظام	6- التسوية والتصوير والتعديل
7- نفخ الروح.		

ولا بأس من التعرض إلى هذه المراحل تدقيقاً، لكي تتوضح الأمور خاصة عندما نتعرض إلى أحكام الإجهاض في الشريعة الإسلامية، وعلماً بأن التحريم متصل بتطور الجنين أو مدى تقدم الحمل، فإنه من الضروري التفصيل فيها :

2.1.1.2.1.1. النطفة

يطلق لفظ نطفة على ثلاث، بمعنى أنها ثلاث أنواع:

- النطفة المذكرة: وهي الحيوان المنوي الذكري.

- النطفة المؤنثة: وهي بويضة المرأة.

- النطفة الأمشاج: وهي النطفة المختلطة أو البويضة المخصبة. ولقد ورد ذكر النطفة في القرآن الكريم في عدة مواضع، منها قوله تعالى: (وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ (12) ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ (13)) [283]، 12 إلى 13، وقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبُعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ) [285]، 05، وقوله تعالى: (هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ) [286]، 67، وقوله عز وجل: (قَتَلَ الْإِنْسَانُ مَا أَكْفَرَهُ (17) مِنْ أَيِّ شَيْءٍ خَلَقَهُ (18) مِنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَرَهُ (19) ثُمَّ السَّبِيلَ يَسْرَهُ (20) ثُمَّ أَمَاتَهُ فَأَقْبَرَهُ (21)) [287]، 17 إلى 21، كما ورد ذكر نطفة أمشاج في سورة الإنسان الآية 02: (إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا (2)) .

إن نطفة الأمشاج هي بداية خلق الإنسان أو أول مراحل خلق الجنين، وتعرف هذه المرحلة بمرحلة البويضة الملقحة أو مرحلة الانقسام أو الانشقاق [279]، ص. 360

2.1.1.2.2. مرحلة العلقة

وهي الطور الثاني الذي تنتقل إليه النطفة، حيث تلتصق الكرة الجرثومية التي تكون قد تكونت في مرحلة الانقسام- بجدار الرحم ويحدث ذلك ابتداءً من اليوم السابع من التلقيح [277]، ص. 33 وهنا نتوقف قليلاً لنقول بأن ما أثبتته الطب بالنسبة لعلوق النطفة بجدار الرحم جاء في كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي سبق معنا [277]، ص. 206، منذ أكثر من أربعة عشرة قرناً. وفي اليوم السابع من بعد إنغراسها في جدار الرحم، تنقسم الكرة الجرثومية إلى كتلة خلايا خارجية آكلة وظيفتها العلوق بجدار الرحم وامتصاص الغذاء منه [279]، ص. 362، وكتلة خلايا داخلية وهي التي يخلق الله منها الجنين. ويتعلق الجنين بواسطة معلاق يربطه بالغشاء المشيمي، وتعرف هذه المرحلة بمرحلة الدم

الغليظ أو المتجمد المتخثر الشديد الحمرة. وفي نهاية العلوق يبدأ ظهور أول كتلة بدنية. وفي اليوم العشرين أو الواحد والعشرين من التلقيح تكون العلقة قد تحولت إلى مضغة [279]، ص. 362

3.1.2.1.1.2. المضغة

يكون الجنين في هذه المرحلة أشبه بقطعة لحم، وذلك لظهور الكتل البدنية.

4.1.2.1.1.2. مرحلة العظام واللحم

يتشكل في هذه المرحلة معظم الهيكل العظمي، وتتحول الجمجمة من غشاء إلى عظم، ويظهر الجلد وما تحته من أنسجة، وتظهر معظم عضلات الجسم. وتشمل هذه المرحلة الأسبوع الخامس، السادس والسابع [279]، ص. 364

5.1.2.1.1.2. مرحلة الإنشاء والتصوير

وهي مرحلة التصوير والتعديل والتسوية. ويدخل في هذه المرحلة تكوين الوجه الذي يبدأ من الأسبوع الرابع حتى الثامن [279]، ص. 303. وتكوين السمع، كما يدخل في التصوير جعل الجنين ذكرا أم أنثى، حيث يبدأ تكوين الأعضاء التناسلية في الأسبوع السادس أي بعد 42 يوما من التلقيح ويستمر نموها. إلا أنه لا يمكن التمييز بين جنس الجنين إلا مع بداية الشهر الرابع. وهناك آيات كثيرة تدل على التصوير نذكر منها: (هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ) [289]، 06، (وَلَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَاكُمْ) [290]، 11، (وَصَوَّرَكُمْ فَأَحْسَنَ صُوَرَكُمْ وَإِلَيْهِ الْمَصِيرُ) [290]، 03، (يَا أَيُّهَا الْإِنْسَانُ مَا عَرَّاكَ رَبِّكَ الْكَرِيمِ (6) الَّذِي خَلَقَكَ فَسَوَّاكَ فَعَدَلَكَ (7) فِي أَيِّ صُورَةٍ مَا شَاءَ رَكَّبَكَ (8)) [291]، 06 إلى 08. وكلها تدل على أن التسوية والتعديل تتم بعد الخلق، أي بعد النطفة الأمشاج، فتتم مع التصوير وقبله وبعده [279]، ص. 368، وتشمل جميع الأعضاء بشكل مثير.

6.1.2.1.1.2. نفخ الروح

أو ما يعرف بحركات إرادية في الجنين. ولقد ذكر الله سبحانه وتعالى نفخ الروح في آيات عديدة من القرآن نذكر بعضها منها لنبين متى يكون نفخ الروح. يقول العلي القدير: (الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ (7) ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ (8) ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ (9)) [293]، من 07 إلى 09 ، (فَإِذَا

سَوِيَّتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ[294]، 29، (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا)[295]، 58.

ومن خلال هذه الآيات القرآنية، وما تقدم ذكره من آيات أخرى تدل على نفخ الروح، فإننا نقول بأن الروح أمر مجهول، لا يملك القدرة على نفخها في جسد الإنسان أو أخذها منه إلا سبحانه وتعالى. ولقد بين الرسول صلى الله عليه وسلم متى يكون نفخ الروح في الجنين؟ وذلك فيما رواه ابن مسعود، والذي لا يتم إلا بعد اكتمال الأطوار التي سبق ذكرها. فإذا بلغ الجنين الشهر الرابع تكثر حركته، ويتقلب في الرحم، فتستقل المشيمة بوظيفتها، ويكتمل نمو القلب والكبد والسمع والبصر والدماغ. وفي نهاية هذا الشهر يمكن التفرقة بين الذكر والأنثى، ويتخذ وجه الجنين شكل وجه الإنسان، بعد ما كان من قبل شبيهه بجنين السمك أو الأرنب، كما يكتمل الدماغ[279]، ص347. ويتفق الفقهاء القدامي والمحدثون بأن نفخ الروح لا يكون إلا بعد أربعة أشهر أو مائة وعشرون يوما.

ويرى الدكتور محمد علي البار بأن اكتمال بناء القلب والسمع والبصر والدماغ واستقلال المشيمة بوظائفها، وظهور الحركات الإرادية عند الجنين، ما هي إلا دلائل على نفخ الروح[279]، ص347. وما يمكن قوله أن نفخ الروح يكون بعد بلوغ الجنين مائة وعشرين يوما، لكن لا يمكن لأحد أن يعلم متى يكون ذلك بالضبط، ولا يعلم ذلك إلا الله وملائكته. ويعتبر علماء الدين سواء المحدثون أو القدامى أن الحياة التي تكون قبل نفخ الروح حياة نباتية أو حيوانية، ولا يكتسب الجنين صفة الحياة الإنسانية إلا بعد مرحلة نفخ الروح[296]، ص 79، 80. إلا أن هناك كثير من علماء الطب الذين يقولون بأن الروح تسري في الجنين منذ الأسابيع الأولى من الحمل، بل منذ بداية العلق[296]، ص71. إلا أن هذا الكلام لا يتقبله غالبية الفقه، لأنه يتنافى مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما روي عنه عن ابن مسعود رضي الله عنه، وما رواه مسلم عن حذيفة بن أسيد الغفاري قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعين ليلة بعث الله إليها ملكا فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها، ثم يقول أي رب ذكر أم أنثى)، وجاء عن أنس رضي الله عنه "وكل الله بالرحم ملكا يقول: أي رب نطفة، أي رب علقة، أي رب مضغة، فإذا أراد الله أن يقضي خلقا قال الملك: أي رب ذكر أو أنثى؟ أشقي أو سعيد؟ فما الرزق فما الأجل؟ فيكتب كذلك في بطن أمه)[297]، ص158 إلى 160، [298]، ص116. ويرى معظم العلماء، ومن بينهم الدكتور محمد علي البار والدكتور سيف الدين السباعي، أن نهاية الشهر الرابع تشهد تغيرات جذرية في الجنين، حيث تنتقل أجهزته من الخمود إلى الفعالية. ويفسرون ذلك بأنه ربما لنفخ الروح في الجنين[278]، ص358، [277]، ص42. وما يمكن قوله هو أن التطورات العلمية الحديثة المذهلة خاصة في علم الأجنة بالرغم من أنها توصلت إلى تلقيح البويضة خارج الرحم تحت المجهر، بحيوان منوي يحمل جينات لأوصاف تحدد جنس الجنين ولون بشرته وعينه، ووضعها بعد ذلك في رحم الأم أو الحاضنة La Mère

Porteuse. وتوصل إلى التقاط صور حقيقة للجنين وهو في الأسابيع الأولى من الحمل داخل الرحم. واستطاع إجراء عمليات جراحية للجنين وهو في بطن أمه، إلا أن هذه العلوم لم تستطع ولن تستطع تحديد الفترة التي تنفخ فيها الروح في الجنين.

2.2.1.1.2. تطور الجنين من المنظور الطبي

وإذا ما أردنا أن نبين مراحل نمو الجنين الرحمي استنادا إلى ما توصل إليه الطب، فنقول بأن الجنين يمر بمراحل التطور التالية:

- الشهر الأول للحمل: تكون البويضة الملقحة بحجم بيضة الحمام [283]، ص 207 ويرى الحمل المشيمي بانتظام على سطح البويضة، ويكون وزن الجنين لا يتجاوز غراما واحدا وسنتمترا واحدا طولا.

- الشهر الثاني: تزيد البويضة في التضخم، حيث يصبح وزن الجنين من 8 إلى 20 غراما وطوله ثلاث سنتيمترات، فتتفصل فتحة الفم عن الأنف وتبدأ بعض الأعضاء في الظهور كالرئتين والطحال [283]، ص 207.

- الشهر الثالث: يصبح وزنه 25 غراما وطوله ثمانية سنتيمترات وتظهر المشيمة ويزول الحمل المشيمي عن باقي سطح البويضة ويظهر الحبل السري ملتو، ويظهر الرأس كبيرا ومنفصلا عن باقي الجسم بوضوح بواسطة العنق، وتظهر الشفتان والعينان ملتصقتان [283]، ص 207 الشهر الرابع: يصبح طوله من 12 إلى 18 سنتمترا ووزنه من 120 إلى 240 غراما، ويظهر الجلد ورديا والفم واسعا. وتظهر أعضاء التناسل بوضوح، ويبدأ ظهور الأطراف والأظافر بوضوح، ويبدأ الشعر بالظهور على الجلد [283]، ص 208.

- الشهر الخامس: ينفصل جفنا العينين، وتظهر الطبقة الدهنية على سطح الجلد، ويغطي الزغب الرأس والجسم بأكمله، وينمو القلب والكبد، ويبدأ الرحم والمهبل نموها [279]، ص 374.

- أما الشهر السادس: فتظهر أهداب العينين والحاجبين ويزيد السائل الأمينوسي [262]، ص 269، [279]، ص 375.

- أما الشهر السابع: تشهد هذه الفترة من الحمل نموا كبيرا للجهاز العصبي والهضمي وتزداد نسبة السائل الأمينوسي لتصل إلى لتر ونصف.

- في الشهر الثامن: تتخذ السرة موضعها المحدد في جسم الجنين وتصل الأظافر إلى أطراف الأصابع، ويكثر شعر الرأس، و يغطي جسم الجنين بطبقة دهنية متجبة.

- أما الشهر التاسع: يزداد النمو وامتلاء الجسم، وتفتح الجفنان، وتنزل الخصيتان إلى كيس الصفن خارج الجسم ويستعد الجنين للخروج إلى نور الحياة.

وهكذا نكون قد بينا مراحل نمو الجنين التي لها أهمية بالغة من حيث تحليل أو تحريم إسقاط الجنين عند فقهاء الشريعة الإسلامية، بخلاف القوانين الوضعية التي لم تهتم بالمرحلة التي يكون عليها تطور الحمل.

والجدير بالذكر أن فقهاء الإسلام عندما تأملوا هذه الأطوار والمراحل التي جاءت في كتابه عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، لا حظوا أن الحمل في الأربعين الأولى من بدايته لا يحمل معالم بشرية، مما جعل معظمهم يقولون بجواز إسقاطه خلال هذه الفترة، ولقد اعتبر الإمام الشافعي أن اسم الجنين يطلق على الحمل بعد مرور أربعين يوماً [262]، ص 277، ورفض أن يطلق هذا اللفظ على الجنين في الأربعين الأولى باعتبار أنه مجرد نطفة أو دم متجمد، إلا أن الطب قد أثبت عدم وجود دم متجمد في أي مرحلة من الحمل.

وانفرد الغزالي من بين علماء الدين بالقول بأن أول مراتب الوجود أن تقع النطفة في رحم المرأة وتختلط بمائها وتستعد لقبول الحياة. كما جاء في قوله أن الولد لا يخلق من مني الرجل وحده بل من الزوجين معاً، إما من مائه ومائها، أو من مائه ودم الحيض [47]، ص 75.

ولقد رد الإمام بن حجر العسقلاني على هذا الفهم بقوله: "وزعم كثير من أهل التشريح أن مني الرجل لا أثر له في الولد إلا في عقده، وأنه إما يتكون من دم الحيض وأحاديث الباب تبطل ذلك [298]، ص 480، وأحاديث الباب تثبت أن الولد يخلق من نطفة الرجل ونطفة المرأة.

ولعل تفسير العلماء القدامى للعلاقة بأنها قطعة دم متجمدة هو تفسير لغوي، أو تفسير مبني على وقائع حقيقية، حيث صحيحاً أنه بالمشاهدة بالعين المجردة فالعلاقة عند تعلقها بجدار الرحم تكون محاطة بالدم المتخثر من كل جوانبها، كما أن حجمها لا يزيد عن أربع مليمترات [278]، ص 206. فإذاً هي لا تكاد ترى بالعين المجردة، ومنه فقول القدامى لم يبعد عن الحقيقة كثيراً.

2.1.2. أحكام الاعتداء على الجنين شرعاً وقانوناً

سنتناول في هذا المبحث الأحكام المتعلقة بالإجهاض في الشريعة الإسلامية، من حيث الإباحة والتحريم، وموقف القوانين الوضعية من ذلك، ولهذا لا بد من الرجوع إلى مختلف الآراء الفقهية التي قيلت في الموضوع، والتي اختلفت وتباينت من مذهب لآخر وحتى داخل المذهب الواحد، وحسب المرحلة التي يكون عليها الحمل أو درجة تطوره. كما جاءت نظرة الفقهاء المحدثين للإجهاض مختلفة عن الفقهاء القدامى من حيث التحليل والتحريم أو القول بالكراهة، وذلك مرجعه بلا شك لعدم تيقنهم من

مراحل الحمل وبداية التخلق في الجنين، ولعدم وجود وسائل تثبت ذلك. بخلاف الفقهاء المحدثون الذين استعانوا بالتطور العلمي، خاصة في ميدان الطب وعلم الأجنة، لتحديد موقفهم من الإجهاض خاصة ذلك الذي يتم قبل نفخ الروح. وسوف نتطرق إلى كل الآراء الفقهية تفصيلاً ونبين من خلالها موقف الشريعة الإسلامية من الإجهاض. كما سنتناول موقف بعض التشريعات والتي عموماً لا تطرح بالنسبة لها مسألة نفخ الروح لأنها تجرم الفعل في حد ذاته دون الاعتداد بالمرحلة التي يكون عليها الحمل لوجوب العقاب. ذلك ما سوف نبينه عند التعرض إلى موقف بعض القوانين الوضعية الجزائية. والإجهاض عادة ما يكون لتغطية جريمة أخرى ترتكبها المرأة في غير حل ولا عقد لمدارات العار والفضيحة، أو لأن المرأة لا ترغب في ذرية حفاظاً على رشاقتها وجمالها. أو أن الأسرة فقيرة جداً فلا تريد مولوداً قد تسوء مع مجيئه حالته الاقتصادية، أو لأنه ثمرة فاحشة من ذوي المحارم. ومهما تعددت الأسباب والدوافع فلن ترقى لدرجة التضحية بالحمل حسب ما استقر عليه رأي فقهاء الشريعة الإسلامية، وذهبت إليه معظم التشريعات الجزائية العربية. وللتفصيل في أحكام الاعتداء على الجنين شرعاً وقانوناً قسمت هذا المبحث إلى ما يلي:

- المطلب الأول: أحكام الإجهاض عند الفقهاء القدامى
- الفرع الأول: أحكام الإجهاض قبل نفخ الروح
- الفرع الثاني: أحكام الإجهاض بعد نفخ الروح
- المطلب الثاني: أحكام الإجهاض عند الفقهاء المحدثين
- الفرع الأول: أحكام الإجهاض قبل نفخ الروح
- الفرع الثاني: أحكام الإجهاض بعد نفخ الروح
- المطلب الثالث: أحكام الاعتداء على الجنين قانوناً
- الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الإجهاض
- الفرع الثاني: موقف التشريعات الوضعية الجزائية من جريمة الإجهاض

1.2.1.2. أحكام الإجهاض عند فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى قبل نفخ الروح وبعده

لقد ميز الفقهاء القدامى لتحديد موقفهم من الإجهاض بين مرحلتين في الحمل. مرحلة ما قبل نفخ الروح أو مرحلة الحياة النباتية للجنين، والتي اختلفوا فيها من حيث القول بالإباحة أو التحريم أو الكراهة. ومرحلة التخلق أو نفخ الروح والتي لا جدال في تحريمها بالإجماع متأثرين في ذلك بما جاء في كتابه العزيز الحكيم وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم. ولهذا سنتناول بداية الآراء الفقهية التي قيلت

في إجهاض الجنين قبل نفخ الروح في الفرع الأول، ثم الفرع الثاني نخصه لأحكام الإجهاض بعد نفخ الروح.

1.1.2.1.2. أحكام الإجهاض قبل نفخ الروح

اختلفت الآراء الفقهية في حكم الإجهاض في هذه المرحلة لعدم ورود نص قرآني مباشر في دلالاته ولا حديث نبوي في الموضوع. ولقد جاء اختلافهم حتى في المذهب الواحد، فمنهم من قال بالإباحة المطلقة بدون قيد ما لم تنفخ فيه الروح. ومنهم من قال بإباحته في بعض المراحل وتحريمه في البعض الآخر، بينما ذهب آخرون إلى القول بتحريمه في جميع مراحل الحمل، وهذا ما سوف نبينه حسب ما جاء به فقهاء المذاهب الفقهية.

1.1.1.2.1.2. المذهب الحنفي

لقد ذهب فقهاء الحنفية في الراجح إلى إباحة إسقاط الحمل ما لم يتبين من خلقه شيء إذا كان ذلك بإذني الزوج والزوجة [299]، ص 197، [275]، ص 52، [259]، ص 189. حيث جاء في مجمع الأنهر: "ويحل إسقاط الولد قبل مائة وعشرين يوما" [300]، ص 365 وجاء في أقوال بعض الحنفية كالحصكفي في قوله: "قالوا يباح إسقاط الولد قبل أربعة أشهر ولو بلا إذن الزوج. والطحاوي فيما قاله: "يباح الإسقاط ما لم يتخلق منه شيء ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرون يوما" [300]، ص 159. وقال الهمام: "وهل يباح الإسقاط بعد الحبل؟ يباح ما لم يتخلق منه شيء" [215]، ص 495. ولقد أباح فقهاء الحنفية الإجهاض شريطة أن لا يكون قد استبان في الجنين شيء من الإنسان. ومعنى ذلك أنهم قصدوا بالتخلق نفخ الروح، وإلا فإن ما ذهبوا إليه خطأ، لأن التخلق يتحقق في الجنين قبل هذه المرحلة [298]، ص 198. ولقد نقل بن عابد بن عن عقد الفرائد، أن فقهاء المذهب قالوا: يباح لها استئصال الدم ما دام الحمل مضغة أو علقة لم يخلق له عضو [274]، ص 302 وقدرت تلك المدة بمائة وعشرين يوما، وإنما أباحوا ذلك لأنه ليس بآدمي. وعلق على قول هؤلاء الفقهاء، وقال بأنه يمكن مشاهدة التخلق في الجنين قبل هذه المدة، مستدلا في ذلك بما رواه بن مسعود عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: (إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعين ليلة بعث الله ملكا إليها فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها) [273]، ص 302، [296]، ص 158. ولقد ذهب بعض الفقهاء الحنفية إلى القول بإباحة الإسقاط لعذر لأن الجنين أصل آدمي، وسيؤول بمشيئة الله إلى آدمي، واسوا تحريم الإسقاط على كسر ببيض الحرم، والذي لا يحل كسره لأنه أصل الصيد ومآله، وإن حدث ذلك وجب الجزاء [302]، ص 204، [301]، ص 159، [274]، ص 450 و 451 ولا أقل أن يلحق الأم إثم إذا

أسقطت من غير عذر. ومن الأعدار التي ذكروها ما جاء عن بن وهبان في كلامه: ومن الأعدار أن ينقطع لبنها بعد ظهور الحمل، وليس لأبي الصبي أن يستأجر به الضئر ويخاف هلاكه" [302]، ص 204. فإذا حملت المرأة وخيف أن ينقطع لبنها، جاز لها ذلك حفاظا على الرضيع من الهلاك. كما أضاف في كلامه، أن إباحة الإسقاط محمولة على حالة العذر وأنها لا تأثم إثم القتل. ويفهم من كلامه أنه جائز لها ذلك لعذر مقبول، وإن تم بدون عذر اعتبر ذلك مكروه وعليها الضمان لإثمها [299]، ص 199، [274]، ص 590 و 591، لأن فعلها لا يرقى إلى درجة الإسقاط الذي يكون بعد نفخ الروح. بينما ذهب فريق آخر من الفقهاء الأحناف إلى القول بالكراهة، لأن الماء بعدما وقع في الرحم ماله الحياة [274]، ص 590 و 591. وما يمكن قوله عن المذهب الحنفي أن آرائهم قد اختلفت بين التحليل المطلق، والحل بعذر والقول بالكراهة، والرأي الراجح عندهم هو الإباحة قبل نفخ الروح دون أي قيد مع عدم تفويت حق الزوجين.

2.1.1.2.1.2. المذهب المالكي

اتفق معظم فقهاء المالكية على تحريم الإجهاض في جميع مراحل الحمل حيث جاء في شرح الدردير على متن حاشية الدسوقي: لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوما، وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعا" [303]، ص 266، وجاء عن بن رشد المالكي فيما نقله عن مالك، قال: "كل ما طرحته المرأة بجنابة من مضغة أو علقة، مما يعلم أنه ولد ففيه غرة" [304]، ص 453. وقال الشيخ عليش: "إذا أمسك الرحم المني، فلا يجوز للزوجين أو لأحدهما التسبب في إسقاطه قبل التخلق ولا بعده اتفاقا" [308]، ص 399 وجاء عن بن العربي أن للولد ثلاث أحوال: 1- حالة قبل الوجود ينقطع فيها بالعزل، وهو جائز. 2- حالة بعد قبض الرحم على المني، فلا يجوز لأحد عندئذ التعرض له بالقطع من التوليد. 3- والحالة الثالثة بعد إنخلاقه قبل أن ينفخ فيه الروح فهو قتل النفس بلا خلاف [308]، ص 399، ولا يحل للزوجين الاتفاق على إسقاط الحمل، فهو ممنوع وحرام. وذهب فريق من المالكية إلى القول بكراهته قبل الأربعين الأولى من الحمل وتحريمه بعد ذلك [303]، ص 267. وذهب اللخمي من فقهاء المالكية إلى القول بالإباحة قبل الأربعين. وذهب آخرون إلى القول بأنه يرخص به قبل الأربعين إذا كان الجنين من زنا، خاصة إن خيف على المرأة القتل بظهور الحمل [299]، ص 201.

ويمكن أن نلخص ما جاء في مذهب المالكية، بأنهم أجمعوا على تحريم الإجهاض إذا ما كان بعد الأربعين. أما قبل ذلك فيرى معظمهم بتحريمه، بينما يرى البعض الآخر بكراهته. أما اللخمي فلقد انفرد

من بين فقهاء المالكية بالقول بإباحته في الأربعين الأولى. كما يرى البعض الرخصة فيه إذا كان الحمل من زنا.

3.1.1.2.1.2. المذهب الشافعي

اختلف فقهاء الشافعية في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح، فمنهم من قال وهو القول المعتمد بجوازه قبل نفخ الروح. فجاء عن الشيخ قليوبي: نعم يجوز إلقاؤه ولو بدواء قبل نفخ الروح فيه [309]، ص 159 و 160. وهو قول الشيخ الرملي الذي جاء في كلامه: "والراجح تحريمه بعد نفخ الروح مطلقا وجوازه قبله [307]، ص 416. وقال بإباحته إذا كانت النطفة من زنا قبل مدة التحريم المطلق. بينما ذهب البعض إلى القول بالكراهة - وهذا ما أشار إليه الرملي في تحليل آراء الفقهاء، حيث أشار إلى رأي يتحمله المذهب وهو كراهة الإسقاط، والذي يكون محتمل التنزيه قبل نفخ الروح، ويقوى التحريم كلما قرب زمن نفخ الروح لأنه جريمة [307]، ص 416. ولعل ما ذهب إليه الشيخ الرملي هو رأيه والرأي الذي يميل إليه وهو احتمال التنزيه والتحريم ويقوى التحريم كلما قرب زمن نفخ الروح. وبهذا يكون ما قال به خلافا للراجح في المذهب [299]، ص 201. ولقد قال أبو إسحاق المروزي: "يجوز إلقاء النطفة والعلقة"، حيث نقل ذلك عن أبي حنيفة [310]، ص 303، [301]، ص 160. وجاء في كتاب أمهات الأولاد في نهاية المحتاج، أن المحب الطبري قال: "اختلف في النطفة قبل تمام الأربعين على قولين: قيل لا يثبت لها حكم السقط أو الوأد، وقيل لها حرمة ولا يباح إفسادها ولا التسبب في إخراجها بعد الاستقرار في الرحم بخلاف العزل [307]، ص 416.

ولقد ذهب أبو حامد الغزالي في كتابه إحياء علوم الدين، إلى القول: "بأن ترك الجماع ليس كالإجهاض والوَأَد، لأن ذلك جنائية على موجود حاصل وله مراتب، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة وتستعد لقبول الحياة، وإفساد ذلك جنائية. فإن صارت مضغة وعلقة كانت الجنائية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة، ازدادت الجنائية تفاحشا، ومنتهى التفاحش بعد الانفصال [47]، ص 74. إذن فموقف الإمام واضح وصريح من حيث تحريم الإجهاض في كل مراحل الحمل مع تفاوت درجة التحريم بتطور الجنين ونموه. وبهذا يكون قد انفرد من بين فقهاء الشافعية بالقول بالتحريم المطلق.

كما نقل الشيخ قليوبي عن بعض علماء الشافعية، أن الإجهاض جائز في مرحلتي العلق والمضغة وحرام بعد ذلك [309]، ص 490، فيما ورد في حاشيته عن الكرابسي الذي قال: "سألت أبا بكر بن سعيد الفراتي عن رجل سقى جاريته شرابا لتسقط ولدها؛ فقال مادامت نطفة أو علقة فواسع إنشاء الله". كما جاء عن بعض الشافعية جواز إسقاط الحمل إن كان ثمرة زنا [307]، ص 416. وفي هذا

الصدد يعقب الدكتور نعيم ياسين على هذا القول بأن ليس فيه أي إضافة ولا جديد إن كان الراجح في المذهب هو الإباحة مطلقاً قبل زمن نفخ الروح [299]، ص 203.

4.1.1.2.1.2. مذهب الحنابلة

للحنابلة عدة أراء في إسقاط الحمل قبل نفخ الروح. فقال بعضهم بإباحته في مرحلة النطفة [311]، ص 386، بدليل ما ورد في أقوالهم، فجاء في الروض المربع بشرح زاد المقنع في باب العدد: "ويباح للمرأة إلقاء النطفة قبل الأربعين يوماً بدواء مباح" [301]، ص 161. وقال بن رجب الحنبلي: "صرح أصحابنا بأنه إذا صار الولد علقاً لم يجز للمرأة إسقاطه، لأنه ولد انعقد بخلاف النطفة، فإنها لم تتعقد بعد ولداً" [312]، ص 46. وذهب فريق آخر إلى تحريم الإجهاض قبل نفخ الروح في جميع مراحلها ومنهم بن الجوزي [312]، ص 46، [313]، ص 220، وقال بن عقيل بإباحته قبل زمن نفخ الروح مطلقاً بدون أي قيد [312]، ص 386. أما الإمام بن قدامة الحنبلي، فلا يوجد في مؤلفه المغنى بأجزائه ما يبين موقفه من إجهاض الجنين إلا ما جاء في كتاب الديات عن دية الجنين، والذي منه استخلص الدكتور محمد نعيم ياسين في دراسته لموقف فقهاء المذهب الحنبلي من الإجهاض، أنه يرى تحريمه في مرحلة المضغة التي تسبق مرحلة نفخ الروح بأربعين يوماً [299]، ص 204. والذي أوجب فيه الدية والكفارة واشترط أن تكون فيه صورة ولو خفية لآدمي، وأن يشهد بذلك ثقات. وإيجابه للكفارة معناه أنه يعتبره قتلاً، لأنها لا تجب إلا في القتل الخطأ. ولقد جاء في مصنف بن قدامة قوله: "كذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر، فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه، لأننا لا نعلم أنه جنين. وإن أسقطت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة. وإن شهدت أنه مبتدأ خلق آدمي ولو بقي لتصور، ففيه وجهان: أحدهما أن لا شيء فيه لأنه لم يتصور، فلم يجب كالعقلة. ولأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك. والثاني فيه غرة، لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه ما لو تصور وهذا يبطل بالنطفة والعلقة [14]، ص 539. وصرح في موضع آخر بوجوب الكفارة على كل من تجب فيه غرة [14]، ص 556 و 557.

وإيجابه للكفارة يحمل على القول بأنه اعتبر مرحلة المضغة قريبة من نفخ الروح، ولعله اعتبرها مرحلة نفخ الروح، لأنه كيف يمكن تفسير وجوبه للكفارة؟ علماً بأنها لا تجب إلا في قتل آدمي خطأ. وحكمه جاء مستنداً على المشاهدة بالعين المجردة، لأنه كما سبق معنا في مرحلة النطفة والعلقة يكون الجنين عبارة عن قطعة دم متجمد، ومنه لم يكن بوسع القدامى إثبات ما إذا كان ما ألقته المرأة جنيناً أم مجرد دم متخثر. وفي موضوع آخر جاء في كلامه عن السقط الذي طرحته المرأة ناقص الخلقة، أنه لا يغسل ولا يصلى عليه، يلف في خرقة ويدفن لأنه قبل نفخ الروح فلا يكون نسمة وبالتالي

لا يصلى عليه كالجماادات والدم[14]، ص556 و557. فكلامه هذا يتناقض مع ما ذهب إليه من وجوبه للكفارة في المضغة. ولقد فسر الدكتور محمد نعيم ياسين هذا التناقض محاولاً التوفيق بين الكلامين بأن جعل مرحلة المضغة مع وجوب التصور دليل على نفخ الروح ومضى أربعة أشهر على الحمل[314]، ص 30. ولكن هذا يبقى رأياً شخصياً لا يمكن التسليم به على الإطلاق، لأن التناقض راجع بلا شك إلى عدم إحاطتهم بمراحل نمو الجنين التي لم تكن معلومة بصفة دقيقة وواضحة كما هي عليه الآن، حيث توصل الطب وعلم الأجنة إلى إعطاء صورة واضحة للجنين في داخل بطن أمه، وبيّن كيف أن التخلق يبدأ في مرحلة النطفة، الشيء الذي لم يكن معلوماً آنذاك حيث اقتصر علمهم للجنين على التعرف على ما تلقيه المرأة. ونخلص إلى القول بأن الراجح عند الحنابلة هو الإباحة في الأربعين الأولى من الحمل، وتحريمه بعد ذلك إلى زمن نفخ الروح، وعند البعض التحريم في جميع مراحل الحمل.

5.1.1.2.1.2. مذهب الظاهرية

لم يرد لابن حزم الظاهري رأي صريح بالنسبة للإسقاط قبل نفخ الروح، لكنه اعتبره في هذه المرحلة من الحمل لا قتلاً خطأ ولا عمداً[299]، ص205 و206. بينما أوجب فيه الغرة، حيث جاء في قوله: "من ضرب حاملاً فأسقطت جنيناً، فإن كان قبل أربعة أشهر فلا كفارة في ذلك، لكن يجب الغرة لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بذلك. ولا تجب الكفارة لأنه لم يقتل أحد بل أسقط جنيناً لم تنفخ الروح فيه". ووجوب بن حزم الغرة ضماناً للإثم دليل على أنه يميل إلى التحريم أكثر منه إلى التحليل.

6.1.1.2.1.2. مذهب الزيدية

لقد أباح فقهاء المذهب الإسقاط في المراحل الأولى الثلاث وحرّموه في المرحلة الرابعة وهي مرحلة نفخ الروح، وذلك حسب ما جاء عنهم في موسوعة الفقه الإسلامي[301]، ص162 فيما نقلته عن منصف البحر الزخار أنه: "يجوز تغيير النطفة والعلق والمضغة، لأنة لا حرمة لجما". وفي باب الجنائيات من نفس المصنف جاء أنه: "لا شيء فيمن لم يتبين فيه التخلق والتخطيط كالمضغة والدم". ومن المصنفين نستخلص أن فقهاء الزيدية، أباحوا الإسقاط استناداً إلى بداية التخلق في الجنين، والذي لا يكون في المراحل الأولى الثلاث من الحمل حسب ما ذهبوا إليه. وما يفهم من كلامهم أنهم يقصدون بالتخلق نفخ الروح، لأنه لو لم يكن كذلك، فإنهم يكونون قد أخطأوا لأن التخلق يبدأ منذ بداية الحمل ويستمر إلى ما بعد نفخ الروح.

7.1.1.2.1.2. مذهب الإباضية

لقد جاء عن فقهاء المذهب الإباضي أنهم أوجبوا الضمان والإثم في حالة تعمد الإسقاط سواء كان من الحامل أو من الغير [301]، ص 162. ووجوب الضمان فقط، إذا كان الإسقاط بدون عمد أو بغير علم المسقط، ولقد أوردوا من الأفعال التي من شأنها الإضرار بالجنين، كأكل أو شرب بارد أو حار والحجامة ورفع ثقل ونزع ضرس... "وأطالوا في التعريفات وذكر ما من شأنه إسقاط الحمل والإضرار به. ومنه يمكن استخلاص أنهم حرّموا الإجهاض، ولم يوجبوه إلا إذا وجدت ضرورة أو عذر.

8.1.1.2.1.2. مذهب الإمامية

لم يرد لفقهاء المذهب الإمامي رأي صريح بالتحليل أو التحريم للإسقاط قبل نفخ الروح، وما جاءنا عنهم هو عدم وجوبهم للكفارة في الجنين في هذه المرحلة. والقول بوجوبها في الذي ولجت فيه الروح، واعتبروه كالمولود [301]، ص 162. إلا أنه لا يمكن تفسير موقفهم هذا بأنهم قد أباحوا الإجهاض في مرحلة ما قبل نفخ الروح، وإنما يفسر موقفهم هذا بأنهم اعتبروا إسقاط الجنين قبل نفخ الروح ليس قتلا، لأن ذلك لا يكون إلا في الأنفس.

2.1.2.1.2. أحكام الإجهاض عند الفقهاء القدامى بعد نفخ الروح

لا اختلاف بين الفقهاء القدامى من حيث تحريم الإجهاض بالإجماع بعد نفخ الروح، عملا بما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الصحيح الذي رواه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه جاء فيه: "...إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يرسل الله ملك فينفخ فيه الروح، ويأمر بأربع كلمات، يكتب رزقه وأجله وعمله وشقي أم سعيد.. [298]، ص 477، [315]، ص 158. فإذا ما بلغ الجنين مرحلة نفخ الروح حرم إسقاطه لأنه أصبح آدميا والشرعية الإسلامية لا تحل قتل الأدمي بغير سبب، ولا يتصور قيام أي سبب يقتضي إباحة إسقاطه في هذه المرحلة [274]، ص 602، [22]، ص 691، [307]، ص 416، [314]، ص 30 و 31، [47]، ص 74، وهذه بعض النصوص التي توضح حرمة ذلك عند الفقهاء القدامى: "وفي حالة نفخ الروح فما بعده إلى الوضع فلا شك في التحريم [307]، ص 416. جاء في حاشية الدسوقي: "لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوما، وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعا" [303]، ص 267. وفي أسهل المدارك: "وإذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض له.. وأشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح فإنه قتل النفس إجماعا" [316]، ص 129. وفي تبیین الحقائق: "المرأة يسعها أن تعالج لإسقاط الحمل ما لم يستين شيء من خلقه وذلك ما لم يتم له مائة وعشرون يوما" [317]، ص 166.

وجاء في إحياء علوم الدين للغزالي: "...وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ازدادت الجنابة تقاحشا[47]، ص74. وقال بن نجيم الحنفي: "امرأة حامل اعترض الولد في بطنها، ولم يقطع أربعا يخشى على أمه من الموت، فإذا كان الولد ميتا في البطن، فلا بأس به، وإن كان حيا لا يجوز لأن إحياء نفس بقتل نفس أخرى لم يرد في الشرع[274]، ص602. وقال بن عابدين تعقيبا على بن نجيم: "لا يجوز تقطيعه لأن موت الأم به موهوم،، فلا يجوز قتل أدمي حي لأمر موهوم[274]، ص602.

ومن ظاهر أقوال القدامي نستخلص أنهم حرموا الإجهاض بعد نفخ الروح، حتى وإن كان بقاء الحمل يشكل خطرا على حياة الأم، ولا جدال في اعتباره قتلا لنفس محرمة شرعا. فلا يجوز التضحية بنفس من أجل إنقاذ نفس أخرى. وقالوا أنه لا يحل لمن أكره على القتل أن يقتل مهما كانت درجة الإكراه[299]، ص194، وأجمعوا أنه لا يحل لمضطر أن يقتل غيره لإنقاذ نفسه من الهلاك، وجعلوا حرمة النفس فوق أي اعتبار، وقالوا بعدم إخضاعها للقواعد الشرعية عند تعارض الضررين، بترجيح حياة أحدهما على الآخر. ولعل موقفهم هذا سببه عدم تيقنهم من وجود خطر حقيقي يهدد الأم في حياتها لانعدام الوسائل الطبية والعلمية التي تثبت ذلك، فالأمر بالنسبة لهم مجرد شك، ولو كان الأمر غير ذلك كأن أصبح يقينا عندهم، لربما أجازوا تفويت حياة الأم على الجنين.

2.2.1.2. أحكام الإجهاض عند الفقهاء المحدثين

إن التطور العلمي السريع في علم الأجنة والطب، حمل العديد من الفقهاء المحدثين إلى إعادة النظر في مسألة الإجهاض إباحة وتحريما، لأن مراحل الحمل وتطور الجنين أصبح أمرا معلوما ومدرسا بدقة متناهية. ووسائل الإجهاض تعددت وتنوعت وتطورت بتطور العلوم والتكنولوجيا خلافا لما كان عليه الأمر قديما. فكل ما ورد في أقوال الفقهاء القدامى هي وسائل بدائية مثل الضرب بالحجارة أو شرب دواء أو أكل بارد أو حار أو نزع ضرس، إضافة إلى أن مراحل الحمل لم تكن معلومة من الوجهة العلمية، وظاهرة الإجهاض لم تكن منتشرة بشكل واسع. ولهذا اختلفت نظرة العلماء المحدثين للإجهاض عن نظرة القدامى خاصة في مرحلة ما قبل نفخ الروح، وهو ما سنبينه من خلال أقوالهم ومواقفهم في فرعين اثنين، الأول سنتناول فيه أهم ما جاء عن المحدثون في مسألة الإجهاض قبل نفخ الروح. والثاني لدراسة موقفهم من ذلك الذي يكون بعد أن تدب الحياة في الجنين بنفخ الروح فيه.

1.2.2.1.2. موقف الفقهاء المحدثين من الإجهاض قبل نفخ الروح.

لقد حاول الشيخ محمود شلتوت تبرير موقف الفقهاء القدامى من الإجهاض بانعدام الوسائل العلمية الحديثة، فقال أنه: "لعل العلماء الذين نفوا الحياة عن الجنين قبل نفخ الروح يريدون الحياة

الحركية لا حياة النمو، وهم في نفس الوقت لا ينكرون أن المادة حية، وأن حياتها تمكنها بالاتصال ببويضة المرأة. ومن هنا نستطيع القول أن اختلاف الفقهاء مبني على عدم التنبيه لهذه الدقائق والإحاطة بها...[302]، ص204. وجاء عن الدكتور يوسف القرضاوي أنه قال: "إذا كان الإسلام قد أباح للمسلم أن يمنع الحمل لضرورات تقتضي ذلك، فلم يبح له أن يجني عليه بعد أن يوجد فعلا، ولو جاء هذا الحمل من طريق حرام. فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يقبل أن يقيم الحد على امرأة حملت من زنا حتى تضع جنينها وتتم رضاعه، إذ لا ذنب له"[317]، ص166.

ولقد جاء في بعض فتاوى الشيخ مصطفى الزرقا وهو أحد المشايخ الذي تتلمذ عليهم الدكتور القرضاوي فيما سئل فيه عن الإجهاض الذي يتم برضا الزوجين ويمارسه الطبيب. عن حكم جوازه ومتى يمكن أن يكون ذلك؟ فأجاب الشيخ الزرقا، بأن الإجهاض يكون جائزا أو محظورا بحسب الأحوال، ودرجة حظره تبدأ من كونه مكروها وتنتهي بالتحريم إذا ما بلغ الحمل أربعة أشهر. ويضيف في كلامه أنه يمكن القول على ضوء النصوص الفقهية أن الإجهاض دون مسوغ شرعي هو محظور وممنوع [318]، ص285، لأن فيه اعتداء على مخلوق في مرحلة سيصبح بعدها بشرا سويا، ويتنافى مع حض الرسول صلى الله عليه وسلم على التنازل والتكاثر. ويقول أن لكل قاعدة استثناء، والإجهاض استثناء شريطة أن يكون هناك مسوغ شرعي، يتقيد بحدوده [318]، ص316. ولقد ذكر من الأعداء الخوف على صحة الأم وسفر الزوجين للدراسة وعدم القدرة على الإنفاق. ويقول أنه كلما ازداد الحمل تطورا كلما احتجاج إلى مسوغ شرعي أقوى لجواز الإجهاض. وإذا ما بلغ أربعة أشهر لا يجوز إطلاقا إلا إذا كان يخشى على الأم الهلاك. ونقف قليلا للتعقيب على عذر عدم القدرة على الإنفاق، ونقول بأن الفقر لا يمنح للوالدين الحق في إنهاء حالة الحمل مهما وصلت درجته، ولا يعتبر مبررا شرعيا، بدليل قوله عز وجل: (وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا) [319]، 31، (وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا) [320]، 06.

وأما عن إجابة الشيخ على الشطر الثاني من السؤال المطروح عليه قال: "...يبدأ حساب الحمل من أول اتصال جنسي، ولو حصل مرة واحدة بعد الطهر، لأن العلوق قبله مجرد احتمال غير متيقن. وإذا كانت هناك طرق طبية يقينة لمعرفة عمر الحمل فلا ما نع شرعا من الأخذ بها. فعمر الحمل لا يمكن تحديده إلا بدليل متيقن، وعند الاحتمال يؤخذ بالأقل [318]، ص286. ونفهم من كلام الشيخ الزرقا، أنه يعتبر الإجهاض في الأربعين الأولى من الحمل مكروها، وتقوى درجة التحريم كلما قربنا من زمن نفخ الروح الذي به يصبح محرما على الإطلاق. إلا إذا كان ذلك لإنقاذ حياة الأم من الموت، واعتبره جائزا إذا وجد سبب شرعي قبل نفخ الروح فيه.

كما تناولت ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام موضوع الإجهاض ووضعت في التوصية السابعة، حيث استعرضت آراء الفقهاء السابقين وما دلت عليه من فكر ورأي سديد في تحريم الإجهاض بعد نفخ

الروح بالإجماع، واختلافهم في إباحته وتحريمه فيما قبل ذلك. ولقد استأنست الندوة بالمعطيات الطبية الحديثة، والحقائق العلمية التي تدل على حياة الجنين من بداية الحمل وبمجرد إخصاب البويضة، وأن حياته محترمة في جميع أطوار الحمل، ولا يجب العدوان عليه بإسقاطه إلا إذا وجدت ضرورة طبية. وخالف بعض المشاركين هذا الرأي وقالوا بإباحته في حالة وجود عذر وذلك قبل الأربعين يوماً [321]، ص 351.

وجاء عن الشيخ صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، وهو عضو في اللجنة الدائمة للإفتاء والبحوث العلمية بالرياض- عندما توجه إلى النساء المؤمنات من خلال مطبوعاته، فطلب من المرأة عدم كتمان حملها لإسقاطه والتخلص منه، عملاً بما جاء في الآية الكريمة: (وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِنْ كُنَّ يُؤْمِنَنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ) [57]، ص 228.

ويقول للمرأة أن الله قد أحل لها إفطار رمضان إن كان ذلك يضر بحملها أو بها، فإذا أسقطته بعد نفخ الروح فهو حرام بلا ريب، لأنه قتل نفس بغير حق ويترتب على ذلك المسؤولية الجنائية من حيث وجوب الدية والكفارة التي أوجبها بعض الأئمة. وقال أنه قد أطلق بعض العلماء على هذا العمل المؤودة الصغرى [322]، ص 36. وجاء عن الشيخ محمد بن إبراهيم في مجموع فتاويه (11 و 15 و 04): أما السعي لإسقاط الحمل فلا يجوز ذلك ما لم يتحقق موته، فإن تحقق ذلك جاز..". ويفهم من كلام شيخنا الكريم أنه لا يجوز الإجهاض لأي عذر كان، اللهم إذا كان الجنين قد مات داخل رحم أمه فجاز إخراجه منه.

ولقد جاء عن مجلس هيئة كبار العلماء رقم 140 بتاريخ 1407/06/20 ما يلي:

- " لا يجوز إسقاط الحمل في مختلف مراحله إلا لمبرر شرعي وفي حدود ضيقة جداً.
- إذا كان الحمل في الطور الأول وهي مدة الأربعين الأولى، وكان إسقاطه خشية المشقة في تربية الأولاد أو خوفاً من العجز على الإنفاق، أو تكاليف معيشتهم وتعليمهم أو من أجل مستقبلهم، أو اكتفاء بما لدى الزوجين من الأولاد فغير جائز.
- لا يجوز إسقاط الحمل إذا كان مضغة أو علقه حتى تقرر لجنة طبية موثوقة أن استمراره خطر على سلامة أمه، بأن يخشى هلاكها من استمراره جاز إسقاطه بعد استنفاد كافة الوسائل لتلافي تلك الأخطار.
- بعد الطور الثالث وبعد إكمال أربعة أشهر من الحمل لا يحل إسقاطه، حتى يقرر جمع من الأطباء المختصين الموثوقين، أن بقاء الجنين في بطن أمه يسبب لها موتها، وذلك بعد نفاذ كافة الوسائل لإنقاذ حياته. وإنما رخص بإسقاطه في هذه المرحلة من الحمل، وبهذه الشروط دفعا لأعظم الضررين وجلبا لعظمي المصلحتين [322]، ص 37.

كما قال الشيخ بن العثيمين في رسالة الدماء الطبيعية للنساء، وذلك فيما أورده عنه الشيخ بن فوزان أنه: " إذا قصد من إسقاطه إتلافه فهذا إذا كان بعد نفخ الروح فيه فهو حرام بلا ريب، لأنه قتل

نفس بغير حق..."[322]، ص38 و39. مما يفهم منه أنه لا جدال في تحريمه بعد نفخ الروح. أما قبله فهو محتمل التحريم والتنزيه. كما جاء فيما نقله الشيخ بن فوزان عن الإمام الجوزي في كتابه أحكام النساء، ما يلي: "إذا كان موضوع النكاح طلباً للولد، وليس من كل ماء يكون الولد. فإذا تكوّن حصل المقصود فتعمد إسقاطه مخالف لمراد الحكمة، إلا إذا كان ذلك في أول الحمل قبل نفخ الروح، ففيه إثم كبير لأنه مترفع إلى الكمال وسائر إلى التمام. إلا أنه أقل إثمًا من الذي تنفخ فيه الروح، فإذا تعمد إسقاط ما فيه روح كان كقتل مؤمن"[322]، ص38 و39.

أما الدكتور عباس شومان، فلقد استخلصنا موقفه من خلال ما جاء عنه في كتابه الإجهاض وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية، والظاهر أنه يميل إلى التحريم قبل زمن نفخ الروح إلا لعذر شرعي، ويقول بتحريمه بعد ذلك إلا إذا كان في بقائه موت أمه...[275]، ص08 و65.

أما الدكتور محمد نعيم ياسين، فيمكن استخلاص ما ذهب إليه بعد تحليل آراء الفقهاء القدامى حول مسألة إسقاط الجنين قبل نفخ الروح. إذ يقول بجوازه في مرحلة العلق، لأنه لا يكون مؤهلاً لإستقبال الروح، وإباحته قبل نفخ الروح إن وجد عذر شرعي على أن يتم ذلك في مستشفيات محددة ولا يجريه إلا طبيب، بعد عرضها على لجنة من الأطباء المسلمين العدول، وذوي الاختصاص الشرعي لتقدير الأعدار وكفايتها من الناحية الشرعية والصحية[299]، ص222. ويقول الدكتور سعيد رمضان البوطي: "لا نكاد نجد فرقا بين النطفة المتوجهة إلى الرحم لتتحول بمشيئة الله بعد حين إلى جنين، والنطفة المستقرة فيه قبل أن تتحول إلى مضغة تسري فيها معالم الصورة والتخلق...وبما أن الأحاديث الواردة في حق العزل دالة في جملتها على الجواز كما سبق وأن أسلفنا فهي دالة بواسطة القياس الجلي على إسقاط النطفة ما لم تدخل طور التخلق بعد"[295]، ص82، 840. ومن ظاهر كلام الدكتور البوطي، يبدو أنه متأثر بما ذهب إليه الفقهاء القدامى فيما يخص عدم وجود فرق بين النطفة والحيوان المنوي والبويضة الملقحة، كون أن هذه الأخيرة تبقى أربعين يوما على حالها لا تتغير أخذًا بظاهر حديث بن مسعود فيما رواه عن الرسول صلى الله عليه وسلم، وأنهم كانوا يقيسون إسقاط النطفة على العزل[39]، ص12 و13. إلا أن الطب قد أثبت غير ذلك، وأن النطفة جنين حاصل وليس مجرد مني. كما أنها تجمع الخصائص الوراثية للأبوين، لينشأ منها إنسان يختلف عن سواه، بخلاف البويضة والمنى، الذي يحمل كل منهما نصف الخصائص. الوراثية للجنين. كما أثبت الطب أن من بين ملايين النطاف، لا يلقح البويضة إلا نطفة واحدة والباقي يموت وينزل عن طريق المهبل. ومنه فلا يمكن قياس أحدهما على الآخر، لأن بالعزل يُمنع الحيوان المنوي من التسلل للبويضة عن طريق الإفراغ الخارجي.

والدكتور البوطي يجيز إسقاط النطفة أي الحمل في الأربعين الأولى من التلقيح بغير قيد وبدون تقويت حق الزوجين، شريطة أن لا يكون في ذلك ضرر على الحامل[295]، ص85. وما يمكن قوله عن موقف الفقهاء المعاصرين من الإجهاض، أن معظمهم متأثرون بما أثبتته التطور العلمي بأن الجنين

مخلوق حي وفي تطور مستمر منذ الإخصاب، ولهذا جاءت معظم آرائهم محرمة للإجهاض في جميع أطوار الحمل، ويسمحون به إذا كان فيه خطر أكيد على حياة الأم، وقالت القلة بجوازه في مرحلة النطفة، ومتفق على تحريمه بالإجماع بعد نفخ الروح.

2.2.2.1.2. موقف الفقهاء المحدثين من الإجهاض بعد نفخ الروح

لقد ذهب الفقهاء المحدثون إلى نفس ما ذهب إليه القدامى من مثلهم، فحرموا الإجهاض بعد نفخ الروح واعتبروه قتلًا لنفس مؤمنة كما فعل أسلافهم الذين سبقوهم. إلا أن بعضهم أورد استثناء على هذه القاعدة وقالوا بجوازه في حالة ما تأكد من مصدر طبي موثوق بأن في استمرار الحمل الموت المؤكد للأم [302]، ص 204، [322]، ص 37، [323]، ص 57، عملاً بالقاعدة الفقهية في التعارض والترجيح، وارتكاب أخف الضررين لجلب منفعة عظيمة [325]، ص 459.

وهذه بعض الأقوال التي توضح موقف الفقهاء المحدثين من الإجهاض الذي يتم بعد نفخ الروح. جاء في كلام الدكتور القرضاوي: "فلم يباح له أن يجني على هذا الحمل بعد أن يوجد فعلاً ولو جاء هذا الحمل من طريق حرام..." [317]، ص 166. وفي كلام الشيخ مصطفى الزرقا: "وتنتهي بالتحريم إذا بلغ الحمل أربعة أشهر" [318]، ص 285. ويرى الدكتور محمد علي البار بأنه ليس هناك من الأمراض ما يجعل هلاك الأم أكيداً باستمرار الحمل، إلا حالة واحدة هي تسمم الحمل، وحتى في هذه الحالة لا يحتاج الطبيب إلى قتل الجنين، بل إلى إجراء الولادة قبل الموعد. ويقول بأن نتيجة للتقدم المذهل للطب فإن قتل الجنين لإنقاذ حياة الأم يصبح لغواً" [279]، ص 433. الأمر الذي يدعونا إلى القول بأن الدكتور محمد علي البار وبحكم أنه طبيب مختص في أمراض النساء والتوليد، فإنه لا يرى بداً لقتل الجنين حماية للأم من الهلاك، ويرفض الإجهاض في أي مرحلة من مراحل الحمل. أما الشيخ صالح بن فوزان فقال: "...إذاً أسقطت حملها بعد نفخ الروح فهو حرام بلا ريب لأنه قتل لنفس بغير حق [322]، ص 37... ولقد قررت اللجنة العلمية لوزارة الأوقاف بالكويت جواز إسقاط الحمل بعد نفخ الروح إذا كان ذلك هو السبيل الوحيد لإنقاذ حياة الأم من هلاك محقق، لأنها الأصل وحياتها ثابتة بيقين [301]، ص 57. وقرر مجلس هيئة كبار العلماء بالرياض أنه بعد الطور الثالث وبعد إكمال أربعة أشهر من الحمل، لا يحل إسقاطه حتى يقرر جمع من الأطباء المختصين الموثوقين أن بقاء الجنين في بطن أمه يسبب موتها، وذلك بعد استنفاد كافة الوسائل لإنقاذ حياته، وإنما رخص بإسقاطه في هذه المرحلة من الحمل، وبهذه الشروط وفقاً لأعظم الضررين وجلباً لعظمي المصلحتين [322]، ص 37 و 38. وجاء عن الدكتور القرضاوي فيما جاء به من رأي للشيخ محمود شلتوت وهو رأيه كذلك ما يلي: "إذا ثبت عن طريق موثوق به أن بقاءه بعد تحقق حياته يؤدي لا محال إلى موت الأم، فإن الشريعة بقواعدها العامة

تأمر بارتكاب أخف الضررين... كان إسقاطه في تلك الحالة متعينا، ولا يضحى بها في سبيل إنقاذه"[317]، ص160. إذن فما يمكن قوله هو إجماع كل من الفقهاء القدامى والمحدثين على تحريم الإجهاض إذا مر بالحمل أربعة أشهر ونفخت فيه الروح، واعتباره قتلًا لآدمي بغير حق.

2. 3.2.1. أحكام الاعتداء على الجنين قانونا

بعدما تعرضنا إلى الأحكام الفقهية المتعلقة بالاعتداء على الجنين وبينا موقف فقهاء الشريعة الإسلامية منه، أصبح لزاما علينا أن نتعرض إليها من الوجه القانونية، ومعرفة موقف بعض التشريعات من الإجهاض، بما فيها التشريع الجنائي الجزائري، الذي انتهج سياسة جنائية محكمة في مواجهة الجريمة، فأخص الجنين بحماية قانونية تجعله في منأى عن كل ما من شأنه المساس به والحيلولة دون استمرار نموه إلى حين وضعه. لتستمر الحماية بعد ذلك بنصوص قانونية أخرى ككائن بشري وإنسان طبيعي حي، وسوف نبين موقف المشرع الجزائري من جريمة الإجهاض وموقف بعض التشريعات الجزائرية الأخرى من ذلك فيما يلي:

2. 1.3.2.1. موقف قانون العقوبات الجزائري من الإجهاض

لم يعرف المشرع الجزائري الإجهاض، شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات، وإنما نص عليه في الفصل الثاني من القسم الأول من الباب الثاني من قانون العقوبات الجزائري، حيث خصص له المواد من 304 منه إلى 313. ولقد استعمل لفظ "إجهاض" أو "أجهض" للدلالة على ذلك الفعل أو النشاط المادي الذي يصدر عن الجاني بغرض إنهاء حالة الحمل قبل أن يحين الموعد الطبيعي للولادة. واعتبر ذلك السلوك جريمة بينها وعاقب عليها بالنصوص المذكورة أعلاه، سواء تم ذلك برضا الحامل أو بغير رضاها، وسواء كان من الغير أو من الحامل نفسها. فنص في المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري على الإجهاض الذي يقوم به الغير على الحامل برضاها أو بدون رضاها، وسواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق، كأن كان ذلك مجرد شروع في قوله: «كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها... سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك...» [83]. وجاء في المادة 306 منه ذكر الإجهاض الذي يقوم به أو يرشد إليه أو يسهله ذوي الصفة الخاصة كالأطباء والقابلات وغيرهم من ذوي المهن التي لها علاقة بإحداثه. ونصت المادة 309 من نفس القانون على الإجهاض الذي تقوم به الحامل على نفسها. وفي المادة 310 من نفس القانون تناول الإجهاض الذي يكون نتيجة فعل تحريض، وعاقب المحرض ولو لم يؤد فعله إلى نتيجة. ونص على الشروع والاشتراك وأخضعه إلى العقاب وذلك في المادة 311. والملاحظ أنه من بين كل النصوص القانونية التي ضمنها جريمة الإجهاض لا يوجد ما

يشير إلى أن المشرع قد ميز بين مرحلة من مراحل الحمل من حيث التجريم والإباحة، معنى ذلك أنه يعتبر التعرض إلى الجنين جريمة من بداية الحمل إلى نهايته أي إلى الوضع، ولم يستثن إلا ذلك الذي يتم لضرورة متعلقة بحياة الأم وإنقاذها من الهلاك، وتناوله في المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري، ولم يجعل من مرحلة نفخ الروح معياراً لوجوب العقاب. وحى الجنين إلى حين بداية عملية الوضع [326], p96. فالإجهاض من الجرائم العمدية التي تتطلب انصراف إرادة الجاني إلى إحداث النتيجة المتمثلة في الاعتداء على الجنين بإخراجه من رحم أمه قبل موعد ولادته الطبيعي. وتحقق الجريمة إذا تم طرح محصول الحمل بوسيلة غير تلقائية قبل إنتهاء الأشهر الرحمية، وهي أكثر الحالات حدوثاً. وتحقق ولو خرج الجنين حياً وقابلًا للحياة [154]، ص 298. وتحقق الجريمة كذلك ولو بقي الجنين في الرحم بعد العدوان عليه وقتله. وتلتقي الحالتان حسب رأي الدكتور محمود نجيب حسني، من حيث أن خروجه قبل الموعد الطبيعي للولادة سيؤدي حتماً في الغالب إلى موته بعد زمن قليل، وبقاؤه في رحم أمه بعد قتله يستتبع خروجه منه، لأن في بقائه خطر على حياتها. والمشرع الجزائري لم يبين إن كان لا بد من إلقاء الجنين – بعد الاعتداء عليه- لإمكان قيام الجريمة، أو يكفي أن تتوقف حياة الجنين دون اشتراط خروجه من الرحم بعد العدوان عليه، ولو أن خروجه بعد ذلك أمر أكيد سواء تلقائياً أو بواسطة عملية جراحية. الأمر الذي يدعونا إلى القول بأن سكوت المشرع يحتمل الوضعين. وتجريم قانون العقوبات الجزائري للإجهاض في جميع مراحل الحمل دليل على مدى تأثره بالتطور الطبي الذي أثبت أن للجنين حياة محترمة منذ الفترة الأولى من الحمل (مرحلة الإخصاب)، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث عاقب الجاني الذي يستعمل وسائل التطريح على امرأة يعتقد أنها حامل، وهي في الحقيقة غير ذلك. ومنه يكون قد عاقب على الجريمة المستحيلة. كما جعل من الأفعال المتمثلة في الإرشاد والتسهيل المنصوص عليها بالمادة 306 من نفس القانون والتي تدخل ضمن نطاق أفعال المساهمة التبعية حسب القواعد العامة- جعل من القائمين بها فاعلين أصليين، واعتبرها من السلوكات التي تدخل في تكوين الركن المادي لجريمة إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل. كما اعتبر الجريمة قائمة بمجرد التحريض عليها، وعاقب عليها مهما كانت الدوافع والأسباب، ولم يستثن أية حالة. ما عدا حالة إنقاذ الأم من الهلاك. كما أنه لم يركز على الرضا لإنتفاء المسؤولية كما فعل المشرع الفرنسي، ودليل ذلك ما ورد في نص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري في عبارتها: «سواء وافقت أو لم توافق...» فرضا الحامل مجرد من كل أثر قانوني. إن المشرع الجزائري عندما جرم الإجهاض استهدف حماية الجنين وحقه في استمرار نموه إلى غاية حلول موعد ولادته، وحماية الأم وسلامة جسدها وحياتها وحقها في الإنجاب والحفاظ على نسلها. وحفاظاً على حق الزوج في التناسل والإنجاب، وحماية حق المجتمع في التكاثر والدوام. ولهذا عاقب حتى الأم التي تعتدي على نسلها، ولو أن الاعتداء واقع عليها هي بالدرجة الأولى، مهما كان دافعها. كما اعتبر المشرع الإجهاض الذي يفضي إلى وفاة الحامل جنائية، كما

أضفى هذه الصفة على الجريمة إذا تحققت فيها حالة الاعتقاد سواء كان القائمون بها من ذوي الصفة الخاصة (أطباء - ممرضون- قابلات...) أو من الغير الذي لا صفة له.

إذن فكفالة الولادة الطبيعية للجنين وحمايته من التعرض إلى الهلاك قبل الولادة، حق مصان وشرط لبقاء الأفراد الذين يعتبرون نواة المجتمع. فالقانون لم يسمح بالأفعال التي من شأنها المساس بالأجنة المستقرة في الأرحام، وضيق الخناق على الجناة، بالتوسع في تجريم الأفعال والتشديد في العقوبة، والغرض من ذلك هو حماية الجنين والحفاظ على حياة الأم، لأن الإجهاض فيه مجازفة خطيرة بحياتها. وما يمكن قوله إذا ما أردنا مقارنة موقف المشرع الجزائري من الإجهاض بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية. نقول أن موقفه يتماشى مع آراء فقهاء المالكية والإمام أبو حامد الغزالي من الشافعية والشيخ بن فوزان من المحدثين والدكتور محمد علي البار.

2.2.3.2.1. موقف التشريعات الجزائية الوضعية من جريمة الإجهاض

سنعرض لبعض التشريعات لمعرفة موقفها أو الأحكام التي أخصت بها جريمة الإجهاض، من بينها التشريع الفرنسي والمغربي والمصري والأردني واللبناني والتونسي.

2.1.2.3.2.1. التشريع الفرنسي

لقد جرم المشرع الفرنسي الإجهاض وعاقب عليه بنفس العقوبة المقررة للقتل في قانون العقوبات لسنة 1810, p274 [68]. وفي سنة 1929 أصبحت الجريمة جنحة نظرا لأن الجرائم المنظور فيها أمام محكمة الجنايات كانت تنتهي بالبراءة، ولم يسمح به إلا في حدود ضيقة تتمثل في إنقاذ حياة الأم من الهلاك أو عند ما تكون حياة الأم في خطر أكيد. سمح به المرسوم القانوني ل 29 جويلية 1939 في المادة ل 161 – 1- من قانون الصحة p266 [61]. ولقد وسع قانون 17 جانفي 1975 و 31 مارس 1979 من نطاق الإجهاض المرخص أو المسوح به، فشمّل الإجهاض المبكر avortement précoce والإجهاض الطبي أو العلاجي avortement thérapeutique والذي يتعلق بصحة الأم وصحة الجنين. وقبل تشريع 1992، كان الإجهاض يشكل اعتداء على الجنين وحقه في الحياة واعتداء على الأسرة، إلا أنه بصدر قانون العقوبات لسنة 1992 تخلى المشرع الفرنسي عن تجريمه له، إذا ما تم برضا الحامل ووقف الشروط التي جاء بها قانون الصحة. والملاحظ أن المادة 317 من قانون العقوبات لسنة 1975 كانت تعاقب على الإجهاض الواقع على امرأة حامل أو مفترض حملها، أي أنه كان يعاقب على الجريمة المستحيلة Délit impossible p274 [68]. لكنه تخلى بموجب قانون 1992 عن فكرة الحمل المفترض، ولم يعد يهتم إلا بالمرأة الحامل فعلا. بالإضافة

إلى أن نص المادة 223 - 10 من قانون العقوبات الصادر بقانون 4 جويلية 2001 تناول الإجهاض الذي يتم بدون رضا الحامل وعاقبت عليه واعتبرته اعتداء عليها، ولم تشر هذه المادة الوحيدة التي بقيت في قانون العقوبات إلى حماية الجنين، أو الاعتداء الواقع عليه.

فالغرض من النص هو حماية المرأة من كل عنف جسدي قد يقع عليها دون رضاها من جراء الإجهاض [120],p114. كما أنه تخلى عن تحديد الوسائل المجهضة. وما يعاب عليه، هو أنه من ناحية أعطى للمرأة الحق في الإجهاض إذا كانت في حالة نفسية لا تسمح لها بمواصلة الحمل (المادة 2212 - 1 من قانون الصحة الأمر رقم 2000- 548 الصادر في 15 جوان 2000) [327],p668 ، في الأشهر الثلاث الأولى من الحمل وعلى أيدي مختصة في مؤسسات استشفائية عمومية المادة 2212- 2 من قانون الصحة. وعاقب على الإجهاض الذي لا يكون برضاها في المادة 223 - 10 من قانون العقوبات الفرنسي. ومن ناحية أخرى عاقب كل من يعطي أو يقدم للمرأة الحامل وسائل مادية تستعملها لإجهاض نفسها بينما لم يشملها بالتجريم، بصريح المادة 2222 - 4 من قانون الصحة جاءت بالعبارة: «...بأي حال من الأحوال لا يمكن اعتبار المرأة مساهمة في هذا السلوك» [128],p26. كما أنه لم يتعرض إلى حالة عدم فعالية الوسائل لإحداث النتيجة. ولعل تخليه عن ذكر الوسائل المجهضة وغير المجهضة، أراد به وبلا شك أن الإجهاض المرخص به لا يحتاج إلى وسائل غير الوسائل الطبية، فهو يجري في مؤسسات استشفائية وعلى أيدي أطباء وبموافقة الحامل وفي الأسابيع الإثنى عشر الأولى. إذن فكل إجهاض يخرج عن هذه القواعد، فهو جريمة تستوجب العقاب كيفما كانت الوسيلة. ولقد استعمل مصطلح وسائل مادية مجهزة أو مساعدة على الإجهاض في المادة 2222- 4 من قانون الصحة. ومن ظاهر نص المادة نستنتج أن المشرع الفرنسي استثنى الإرشاد إلى الإجهاض ولم ينص عليه. كما أنه شدد العقوبة إذا كان من قدم الوسائل المادية للمرأة لإجهاض نفسها قد اعتاد على ذلك، أي قد سبق وأن قام بالفعل عدة مرات وتخلّى عن تجريم التحريض على الإجهاض والترويج والإعلانات الإشهارية المحفزة عليه. وعاقب على الإجهاض بعد تجاوز المدة المحددة المسموح بها قانونا لإجرائه وبعد التشخيص الطبي ما قبل الولادة دون احترام القواعد المبينة بالقانون وذلك عملا بنص المادة 2223- 3 من قانون الصحة. ولعل النص الوحيد الذي يشير في فحواه إلى حماية الجنين هو هذا النص. ولو أن أغلب الظن أن المقصود بالحماية هي الأم وخطورة الإجهاض في هذه المرحلة من الحمل على حياتها، اللهم إذا كان الإجهاض هو الحل لإنقاذ حياتها من خطر بالغ أو أن الجنين كان مصابا بمرض خطير لا علاج له. وهو ما جاءت به المادة 2213 - 1 من قانون الصحة الفرنسي وتتعلق بالإجهاض العلاجي أو الضروري I.G thérapeutique. وسوف نفصل في الموضوع عند دراسة أركان الجريمة وصورها والعقوبة المقررة لكل صورة منها. وما يمكن استنتاجه

عن موقف المشرع الفرنسي هو أنه لم يقصد بأي حال من الأحوال حماية الجنين، وإنما ركز جهوده على حماية السلامة الجسدية للمرأة وحياتها [128],p26.

2.2.3.2.1. التشريع المصري

لقد خصص المشرع المصري خمس مواد من قانون العقوبات لجريمة الإجهاض، واستعمل مصطلح "أسقط" للدلالة على العدوان الذي يقع على الجنين ليحول دون نموه ويضع حد لحياته داخل رحم أمه. ولقد ميز بين الوسائل المجهضة، فنص في المادة 260 من قانون العقوبات المصري على جريمة الإسقاط التي تكون من جراء الضرب أو ما شابهه من أفعال الإيذاء وشدت عقوبتها. وفي المادة 261 نص على ذلك الذي يكون بفعل أدوية أو وسائل مجهزة وعاقب عليه بالحبس. وعاقب على الإجهاض سواء كان برضا أو بغير رضا الحامل، ولم يستثن من العقاب المرأة التي تجهض نفسها أو تمكن الغير من إجهاضها. كما شدد عقوبته إذا قام بها ذوي الصفة الخاصة من أطباء وجراحون وصيادلة وقابلات. ولم يعاقب على الشروع في الجريمة بصريح المادة 264. ولعل ما جاء من عبارة صريحة في المادة 261: «كل من أسقط عمدا امرأة حبلى وأعطاهها أدوية أو باستعمال وسائل مؤدية إلى ذلك...» ما هو إلا تأكيد منه على موقفه من الشروع وعدم العقاب عليه. ولا يوجد من بين النصوص التي أخص بها جريمة الإجهاض، ما يشير إلى التحريض على الجريمة.

2.3.2.3.2.1. التشريع المغربي

من ظاهر نصوص القانون التي خصصها المشرع المغربي للإجهاض يبدو أن له نفس وجهة نظر المشرع الجزائري، ومرجع ذلك هو أن القانونين قد أخذوا من نفس المصدر، وهو القانون الفرنسي. ولقد تناول الإجهاض في الباب الثامن تحت عنوان الجنايات والجنح ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة، وبالتحديد في الفرع الأول منه ضمن الفصول من 449 إلى 458. واعتبر الإجهاض جريمة سواء قامت بها الحامل على نفسها، أو قام بها الغير عليها أو أرشدها إليه. والملاحظ أن الفصل 449 من القانون الجنائي المغربي [62]، والذي يقابل المادة 304 قانون العقوبات الجزائري يتشابهان من حيث العقاب على الإجهاض والشروع فيه. ولم يتأثر التشريعان بالقانون الفرنسي المعدل. كما أن المادتين لم تقما وزنا لرضا الحامل. وبين المشرع المغربي الوسائل التي يتم بها الإجهاض ولم يحصرها، واستعمل مصطلح "أو أية" وسيلة أخرى... ليشمل بالتجريم كل وسيلة أو تقنية جديدة غير معروفة في المجتمع قد تظهر بعد زمن نظرا للتطور التكنولوجي المذهل، وحتى لا يقلت الجناة من الجزاء. وشدت العقوبة إذا نتج عن الجريمة وفاة الحامل، أو إذا ثبت أن القائم بها قد اعتاد القيام بها (الفصل 450 من القانون الجنائي

المغربي). كما عاقب ذوي الصفة الخاصة من أطباء وجراحون وقابلات ومن لعملهم علاقة بالإجهاض في الفصل 451 من نفس القانون. وعاقب على التحريض على الإجهاض في الفصل 455 من نفس القانون واعتبر ذلك الإجهاض الذي يكون غرضه حماية صحة الأم وحياتها غير خاضع للعقاب وبين شروطه وإجراءات القيام به في الفصل 453 منه. ومن ظاهر النصوص القانونية يبدو مدى حرص المشرع المغربي على حماية الجنين من كل اعتداء يحول دون نموه وتطوره إلى أن يحين موعد ولادته الطبيعية. والحماية الجنائية قد شملت كل مراحل الحمل، مما يفيد أن الإجهاض ولو وقع في الأشهر الأخيرة من الحمل ونزل الجنين حيا وقابلا للحياة، فإنه معاقب عليه، مادام المشرع المغربي قد عاقب على الشروع، فبلا شك أنه لن يستثني هذه الحالة التي تشكل جريمة خائبة، لأن من قصد الإجهاض، واعتدى على الحمل ولم تتحقق النتيجة التي كان يصبو إليها فخاب أمله، فهو مذنب. والعبرة ليست بالنتيجة التي لم تتحقق، وإنما بالخطورة الإجرامية الكامنة في داخله. وخلاصة القول عن موقف المشرع المغربي هو أنه يجرم الإجهاض ويعاقب عليه ولا يسمح به، إلا في حدود ضيقة إذا تعلق الأمر بحماية حياة الأم فقط. وبهذا يكون له نفس موقف المشرع الجزائري.

2. 4.2.3.2.1. التشريع الأردني

لقد تناول المشرع الأردني الإجهاض في خمس مواد من قانون العقوبات لسنة 1960 بجميع تعديلاته وصولاً إلى القانون رقم 49 لسنة 2007، فضمن المادة 321 منه الإجهاض الذي تقوم به الحامل على نفسها، أو ترضى بأن يقوم به الغير عليها وعاقب عليه. وعاقب على الإجهاض الذي يتم برضا الحامل والذي يكون بغير رضاها، وشدد العقوبة في الثاني، وذلك في المادتين 322 و323 قانون العقوبات الأردني، وما يفهم من موقفه هذا أن لرضا الحامل أثر من حيث توقيع الجزاء، بدليل أنه عاقب على الإجهاض الذي يتم برضاها بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، وعلى ذلك التي يتم بغير رضاها عاقب عليه بالأشغال الشاقة مدة لا تزيد على عشر سنوات. ونقول: إن كان الحق المقصود بالحماية هو حق الجنين في الحياة، فلماذا هذا التمييز؟ ولقد جعل المشرع الأردني من الإجهاض الذي يكون حفاظاً على الشرف - أي إذا كان الحمل ثمرة زنا أو من سفاح - عذراً مخففاً للعقاب تستفيد منه المرأة ومن قام به حفاظاً على شرف إحدى فروع أو قريباته حتى الدرجة الثالثة، وهو ما جاءت به المادة 324 من قانون العقوبات. كما عاقب على الإجهاض الذي يقوم به ذوي الصفة الخاصة، وشدد عقوبته بمقدار ثلث العقوبة المقررة للجريمة. ولقد حصر هذه الفئة بحيث لا يمكن التوسع في القياس عليها وذلك المادة 325 من نفس القانون. وما يمكن التعقيب عليه دون الخوض في التفاصيل التي سوف نتناولها في مواضع أخرى هو، أن المشرع الأردني لم يول الموضوع الأهمية التي ينبغي أن يحظى بها. فلم ينص على

الشروع ولا على التحريض. كما أنه أغفل النص على بعض الفئات التي قد تتمكن من القيام بالجريمة بحكم وظيفتها ولا تطلبها يد العدالة، أو لا تخضع لنفس عقوبة ذوي الصفة الخاصة. ومثاله طلبية الطب والصيدلة والمداكون والممرضون وغيرهم ممن لعملهم علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالإجهاض. كما أنه لم يتناول الإجهاض الضروري أي العلاجي، مما يدعو إلى القول بعدم كفاية الحماية الجنائية للجنين.

2. 5.2.3.2.1. التشريع اللبناني

خصص المشرع اللبناني المواد من 539 إلى 546 من قانون العقوبات لجريمة الإجهاض. فعاقب على نشر وترويج أو تسهيل استعمال وسائل الإجهاض بنص المادة 539 منه، وأقر لها جزاء يتمثل في الحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من خمس إلى مائتين وخمسين ليرة. وجعل من بيع المواد المعدة لإحداث الإجهاض جريمة قائمة بذاتها بغض النظر عن حدوث الإجهاض أو عدم حدوثه. وعاقب المرأة التي تجهض نفسها باستعمال أية وسيلة، أو تسمح للغير بإجهاضها. إلا أنه لم يعاقبها على الشروع في الإجهاض، بينما عاقب الغير الذي يحاول إجهاضها. والملاحظ أن المشرع اللبناني ميز في العقاب بين جريمة الإجهاض التي تقوم بها الحامل أو تسمح للغير بالقيام بها، وتلك التي يقوم بها الغير بناء على رضاها. وهنا نتساءل عن غرض هذا التمييز مادام الرضا موجود في الحالتين. فلماذا نزل في الأولى بالحد الأدنى في العقوبة ليصل إلى ستة أشهر، ورفع في الثانية إلى سنة؟ لعل ذلك مرجعه، لأن الحامل قد تعذر في فعلها الذي قد يكون قد حملت عليه حماية لعرضها وشرفها وخوفا من العار والفضيحة. بينما من قام به عليها فلا عذر له وما فعله إلا مؤشر دال على إرادة آثمة ومنحرفة. كما عاقب على الجريمة المستحيلة في المادتين 542, 543 من قانون العقوبات إذا قام بها الغير. بينما إذا قامت بها الحامل على نفسها فلا شروع فيها. ولقد نص صراحة في المادة 544 على أنه ليس شرطاً أن يكون الحمل موجوداً بالفعل عند قيام الغير به. وشدد العقوبة إذا أفضى الإجهاض إلى وفاة الحامل وعاقب عليه بالأشغال الشاقة من أربعة إلى سبع سنوات. ورفع العقوبة إذا كانت الوفاة بسبب استعمال وسائل أكثر خطراً من تلك التي رضيت بها المرأة، لتصل إلى الأشغال الشاقة من خمسة إلى عشرة سنوات. كما شمل الحامل وأحد أقاربها حتى الدرجة الثانية بعذر التخفيف من العقوبة إذا كان الإجهاض بغرض الحفاظ على الشرف. وجعل من الاعتداء ظرفاً مشدداً للعقاب، إلا أنه لم يشمل إلا جريمة بيع العقاقير المجهضة.

2. 6.2.3.2.1. التشريع التونسي

لقد خصص المشرع الجنائي التونسي لجريمة الإجهاض الفصل 214 المعدل بالقانون عدد 24 لسنة 1965 وبالمرسوم عدد 2 لسنة 1973 المؤرخ في 26 سبتمبر 1973 المصادق عليه بالقانون عدد 53 لسنة 1973 المؤرخ في 19 نوفمبر 1973.

وللمشرع التونسي موقف يختلف عن القوانين التي مرت معنا، حيث أول ما يشد الانتباه هو الفقرة الثالثة من الفصل 214، التي تجعله ينفرد من بين القوانين العربية التي سبقت معنا بإباحة الإجهاض في الثلاثة أشهر الأولى من الحمل، بناء على ترخيص مسبق من طبيب يباشر مهنته في مؤسسة استشفائية أو صحية أو مصحة مرخص بها. كما يرخص به بعد مرور الفترة المحددة أعلاه إذا كان بغرض الحفاظ على صحة الحامل أو كان للتخلص من جنين مشوه أو يخشى أن يولد كذلك.

ولم يختلف موقفه عن المشرع الجزائري من حيث عقابه على الإجهاض إذا وقع على امرأة حاملا أو محتمل أن تكون كذلك، بمعنى أنه يعاقب على الجريمة المستحيلة. كما أنه لم يحصر الوسائل المؤدية لذلك في نوع معين أو وسيلة محددة، ولم يجعل لرضا الحامل أثر على مساءلة الجاني. كما عاقب على جريمة إجهاض الحامل لنفسها وعن الشروع فيها. إلا أنه أخصها بعقوبة أخف من تلك التي قدرها لجريمة إجهاض الغير لها - وسوف نعود إليها عند الحديث عن العقوبة المقررة للجريمة - وما يمكن قوله من خلال نص المادة الوحيدة التي نظمت الإجهاض، هو أن المشرع التونسي لا يبدي اهتماما كبيرا أو متميزاً للجريمة. بدليل أنه أغفل الحديث عن الإجهاض الذي يتم على أيدي مختصة والذي يعتبر أكثر خطورة، ذلك أنه يسهل القيام به ويصعب اكتشافه. وما يبرر هذا الموقف هو تسامح المشرع مع الجريمة. فبما أنه مرخص بها، فلا خوف من هذه الفئة بل أن ذلك يدخل في صميم اختصاصها بموجب القانون الذي نص على ذلك صراحة. كما أنه لم ينص على التحريض على الإجهاض ما يفيد أنه يخضعه للقواعد العامة في المساهمة الجنائية. ولا على جريمة بيع الوسائل والمعدات المستعملة في الجريمة.

2. 7.2.3.2.1. التشريع الكويتي

لقد خصص المشرع الجنائي الكويتي في قانون الجزاء رقم 16/1960 أربعة مواد لجريمة الإجهاض، ولم يختلف عن باقي التشريعات التي مرت معنا من حيث اعتباره لفعل الإجهاض جريمة سواء قام بها الغير أو الحامل أو ذوي الصفة الخاصة (المواد 174 و 176 سنعود إليها لاحقا للتفصيل فيها). كما اعتبر الإجهاض الذي يقوم به من توفرت فيه الخبرة اللازمة وهو يعتقد بحسن نية أنه ضروري للمحافظة على حياة الحامل غير معاقب عليه، وهو ما تؤكد المادة 175 من نفس القانون.

وتوخيا منه لانتشار الوسائل التي من شأنها إحداث الإجهاض، عاقب كل من أعد مواد مجهزة أو وسائل معدة لذلك، أو طرحها للبيع أو تصرف فيها من أجل إحداثه بالمادة 177. والظاهر أن قانون الجزاء الكويتي بالرغم من أنه عاقب على الجريمة المستحيلة إستحالة مطلقة، فإنه لم يعاقب على الشروع في الجريمة كما لم يدرج التحريض على الإجهاض كجريمة قائمة بذاتها ضمن جرائم الإجهاض التي تناولها، إلا أنه شدد العقوبة المقررة للجريمة بصورها المختلفة مقارنة بتلك التي أخص بها المشرع الجزائري الجريمة.

3.1.2. أركان جريمة الإجهاض

كما سبق معنا، إن الإجهاض يراد به إنهاء حالة حمل، وإخراج الجنين المستكن في رحم أمه قبل موعد ولادته الطبيعي، وذلك إما بقتله داخل بطنها، أو إخراجها منه حيا أو ميتا [328]، ص 295، [239]، ص 69، [241]، ص 228، [154]، ص 298، [174]، ص 116، بوسيلة غير تلقائية، أو غير طبيعية. ويخرج من نطاق موضوعنا الإجهاض التلقائي والوضع السابق للأوان والإجهاض المرخص به أي العلاجي أو الضروري لأنه مسموح به ولا عقاب عليه. الغرض من هذه الدراسة هو تبين حكم الاعتداء الواقع على الجنين في أي مرحلة من مراحل الحمل كانت، وتحديد مسؤولية الجاني تبعا لسلوكاته وما يترتب عنها من نتائج أضرت بالحمل والحامل حسب الأحوال. والتي لا يمكن تحديدها إلا من خلال دراسة أركان الجريمة الثلاث المتمثلة في: الركن الشرعي والركن المادي والمعنوي. أما بالنسبة للركن الشرعي والذي يمثل النصوص التشريعية التي تجرم الفعل وتبين العقوبة المقررة له، فلا إشكال يطرح بالنسبة له. كون أن المواد التي جاء بها المشرع في موضوع الإجهاض واضحة لا غموض فيها، ولا تستدعي دراسة خاصة. ولهذا سنتطرق إلى محل الجريمة، الذي يتطلب دراسة مدققة، لأن الأمر يتعلق بالحمل وبالتالي، لا بد من التعرض إلى بداية الحماية الجنائية ونهايتها، وكذا وضع الجنين الذي تبدأ حياته خارج الرحم، لمعرفة ما إذا كان مشمولاً بالحماية أم لا؟ ثم بعد ذلك ننتقل إلى دراسة الركن المادي بعناصره الثلاث ودراسة حالة الشروع والتحريض والاشتراك في الجريمة. ونبين موقف القانون منها، لننتهي إلى الركن المعنوي، وما قد يطرحه من مسائل قد تؤثر على المسؤولية الجنائية. ولهذا قسمت هذا المبحث إلى ما يلي:

- المطلب الأول: محل جريمة الإجهاض

- الفرع الأول: وجود الحمل

- الفرع الثاني: بداية حياة الجنين ونهايتها

- الفرع الثالث: الحماية الجنائية للجنين داخل الرحم وخارجه في الأنبوبة.

- المطلب الثاني: الركن المادي لجريمة الإجهاض
- الفرع الأول: السلوك الإجرامي
- الفرع الثاني: النتيجة الإجرامية
- الفرع الثالث: علاقة السببية
- المطلب الثالث: حكم الشروع والمساهمة في جريمة الإجهاض
- الفرع الأول: الشروع في جريمة الإجهاض
- الفرع الثاني: المساهمة وحكم الشريك في جريمة الإجهاض
- الفرع الثالث: التحريض على الجريمة
- المطلب الرابع: القصد الجنائي في جريمة الإجهاض
- الفرع الأول: العلم
- الفرع الثاني: الإرادة
- الفرع الثالث: القصد الاحتمالي في جريمة الإجهاض
- الفرع الرابع: حكم الخطأ والعمد في تحديد المسؤولية الجنائية عند فقهاء الشريعة الإسلامية

2.1.3.1. محل الجريمة

محل جريمة الإجهاض، هو الحمل ويطلق على المرأة الحامل وعلى الجنين المستقر في الرحم، لكن هل يمكن إطلاق هذه التسمية على الجنين داخل الأنبوبة؟ إن أهم العناصر المكونة للجريمة والمتطلبة لقيامها وجود حمل.

2.1.3.1.1. وجود الحمل

تفترض جريمة الإجهاض وجود حمل حتى يقع عليه الاعتداء، وهذا يعني وجوب وقوع الفعل على امرأة حامل. فإن لم يكن هناك حمل فلا مجال للقول بقيام الجريمة حتى ولو تم الفعل على امرأة يعتقد أنها حامل بخلاف الحقيقة، وذلك لانعدام المحل. كما لا يمكن اعتبار هذا الفعل في هذه الحالة شروعا في الإجهاض لاستحالة الجريمة استحالة مطلقة [240]، ص56، [241]، ص320، [154]، ص300، [175]، ص500. أما عند فقهاء الشريعة الإسلامية فإن محل الجنائية (عند فقهاء الشريعة يطلق على الإجهاض، بالجنائية على الجنين أو الجنينة على ما هو نفس من وجه دون وجه) عندهم جميعا هو الحمل المستكن في رحم المرأة والاعتداء عليه بانفصاله عن أمه [274]، ص517، [14]، ص538، [242]، ص33، [249]، ص209، [169]، ص240، ولا يعتبرون الجنائية قائمة إذا لم يكن

هناك حمل ولم يفصل عن أمه [274]، ص 517، [14]، ص 538، [242]، ص 33، لوجود شك في تحقق النتيجة الإجرامية. وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري والتي جاء فيها: «كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها...» وهو موقف المشرع المغربي فيما جاء به في الفصل 499 من القانون الجنائي المغربي في عبارته: «...من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك...». بخلاف المشرع المصري الذي نص صراحة في المادة 260 من قانون العقوبات المصري على أن الجريمة تتعلق بالمرأة الحامل، تصريح نص المادة: «...كل من أسقط عمدا امرأة حبلى...». وهو موقف المشرع الأردني من حيث عدم تعرضه لما يفيد تجريم الحمل المفترض، والمشرع الفرنسي بعد تعديل 04 جويلية 2001، p1152001، [120]، p25، [128]، p668، [327] الذي بموجبه استبقى على مادة واحدة في قانون العقوبات المادة 223 - 10 من قانون العقوبات الفرنسي، التي تعاقب على الإجهاض الذي لا يكون برضا الحامل. وكفل مسألة الإجهاض من حيث إجراءات القيام به وشروطه، والعقوبة المقررة له في حالة الإخلال بالقواعد المسطرة في قانون الصحة الصادر بالأمر 2000-548 المؤرخ في 15 جوان 2000، الذي لم يتناول على المرأة الحامل أي الحمل الحقيقي p115، [120]. ويكون بهذا قد تخطى عن تجريم الجريمة المستحيلة. وما يمكن أن يقال عن موقف المشرع الجزائري وغيره من التشريعات التي كرسّت نظرية الجريمة المستحيلة أنها لا تشترط أن يكون الحمل حقيقيا حتى تقوم الجريمة، بل يكفي أن يعتقد الجاني أن المرأة التي يريد إجهاضها حاملا، حتى تقوم الجريمة، وهو ما يثير الجدل حول مسألة وجود الحمل من عدمه، خاصة إن كان الجاني يعتقد أنها حامل، وفي الحقيقة هي غير كذلك، مما يستتبع مساءلته عملا بنص المادة التي تجرم الفعل الواقع على الحمل المفترض. فإعدام المحل أصلا لا يمكن أن تقوم به الجريمة، مما يفيد أن المشرع يستهدف العقاب على الخطورة الإجرامية - عملا بالمذهب الشخصي- الكامنة في ذات الجاني بعيدا عن سلوكه وما يمكن أن يحققه من نتيجة.

ومسألة الظن تحتمل وجود حمل حقيقي، كما تحتمل عدم وجوده على الإطلاق، وحينها لا يمكن تصور قيام جريمة بدونه لأن الإستحالة ستكون مطلقة أو قانونية، ما ينتج عنه اختلال في الأركان المكونة للجريمة ويؤدي لانتفائها. ولهذا لا بد على المشرع أن يراجع المادة ويعاود صياغتها بشكل يجعله في منأى عن كل غموض أو تعارض مع القواعد العامة، ويستدل بالمشرع المصري أو الفرنسي، حتى تكون الأمور أكثر وضوحا. واشترط وجود حمل يعني تحديد بداية الحمل ونهايته أي متى تبدأ الحماية الجنائية للجنين؟ ومتى تنتهي؟ لأن ما يقع على المرأة قبل الحمل، لا يعتبر إلا من قبيل الإيذاء، وما يأتي بعد الولادة من اعتداء على الوليد تكفه نصوص أخرى من قانون العقوبات. ولهذا لا بد من معرفة موقف الفقه من هذه المسألة، في غياب النص التشريعي الصريح الذي يبين ذلك. وما حكم

الاستعمالات الطبية للقائح؟ وهل يكفل القانون حمايتها قبل زرعها في الرحم؟ وهل الاعتداء عليها يعتبر إجهاضا؟ كل هذا سنحاول الإجابة عليه في الفروع اللاحقة:

2.1.3.1.2. بداية حياة الجنين ونهايتها

إن حياة الجنين مرتبطة بحياة أمه، وتختلف عن حياتها، كون أن حياته مستقبلية واحتمالية [154]، [302]، [280]، ص15، [174]، ص116، [175]، ص500، يكتسبها بصورة حقيقية وواقعية عند ولادته، فقد يولد ميتا أو يموت بعد وضعه. بينما حياة أمه محققة ويقينية، وأولى بالاعتبار إذا ما تعين ترجيح حياة أحدهما على الآخر. فحياته مرتبطة ومرهونة بحياتها، وتبدأ من تلقيح البويضة إلى غاية بداية عملية الوضع ويعتبر كل سلوك من شأنه الاعتداء على الجنين بإعدامه داخل الرحم أو بإخراجه منه قبل موعد ولادته الطبيعية في هذه الفترة جريمة. وبداية الحمل تكون بإخصاب بويضة المرأة، وتلك اللحظة صعبة التحديد، لكن يمكن للمرأة أن تعرف بأنها حامل بعد عشرة أيام من انقطاع دم الحيض عن طريق التحاليل البيولوجية. ولا خلاف بين فقهاء القانون ولا فقهاء الشريعة من حيث بداية الحمل. لكن الخلاف يطرح بخصوص بداية حياة الجنين عند فقهاء الشريعة، الذين يرون بأن الحياة التي تكون قبل نفخ الروح هي حياة حيوانية أو نباتية، ولا تدب الحياة الإنسانية في الجنين إلا بعد بداية التخلق أو نفخ الروح [293]، ص69 و85، ولم يعتبروا مرحلة النطفة ذات حياة محترمة، ما لم ينغلق عليها عنق الرحم ثم تبدأ في التطور إلى علقة أو مضغة. واعتبروا النطفة الأمشاج في حكم نطفة الرجل عند وقوعها في الرحم. ولم نجد خلافا لهذا الرأي إلا ما جاء عن الإمام الغزالي، الذي اعتبر النطفة أول مراتب الوجود وذات حياة محترمة لا يجوز التعرض إليها [47]، ص74. أما علماء الدين المحدثون فإن معظمهم يعتبرون النطفة ذات حياة محترمة، لأن فيها استعداد للنمو والتطور إلى مراتب الحياة الإنسانية، متأثرين بما وصل إليه التطور العلمي، وأن الجنين يوجد قانونا وفعلا منذ إخصاب الحيوان المنوي لبويضة المرأة [333]، ص61. وتعتبر أول مراتب الوجود والحياة طبقا للقواعد الإلهية في خلق الإنسان، ويلازم وصف الجنين لهذا المخلوق المستكن بالرحم إلى غاية ولادته، حيث يخرج كائنا بشريا تحميه نصوص قانونية غير التي كانت تحميه وهو جنينا. وبالتالي لا يعد إجهاضا جميع الأفعال التي تقع عقب الولادة [154]، ص303.

ولو كانت هذه الأفعال أثناء الولادة وتمس سلامة المولود أو تستهدف حياته، فإنها تعتبر جريمة قتل أو إيذاء. كما لا يعد إجهاضا جميع الأفعال التي تحول دون الإخصاب، كوسائل منع الحمل. أما عن نهاية حياة الجنين، وأمام الاختلاف الذي ساد بين فقهاء القانون حول المسألة فلقد انقسم الفقه إلى اتجاهين أو نظريتين: 1- نظرية تمام عملية الولادة، 2- نظرية بدء عملية الولادة. وقبل أن

نتعرض إلى ما ذهب إليه كل من النظريتين، هناك سؤال طرح نفسه في هذا المجال، يتمثل في: تحديد مدة الحمل. يعلم الجميع من شرائح الأفراد أن مدة الحمل تسعة أشهر، لكن للفقه والطب كلام آخر، وتفسيرا أدق وأوضح مما هو سائد من اعتقاد في المجتمع.

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين من حيث تحديد مدة الحمل والتي أقلها ستة أشهر مستدلين على ذلك بما جاء في كلامه عز وجل. بعد بسم الله الرحمن الرحيم: (وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا)[334]، 15، (وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ)[335]، 14. فالله عز وجل جعل مدة الرضاعة سنتين، وجعل الحمل مع الرضاع ثلاثون شهرا، وبطرح مدة الرضاع، يكون الناتج ستة أشهر[14]، ص115، [278]، ص446، [336]، ص69 و70. وهو ما يؤكد الطب حيث أن كثير من الأجنة التي بلغت ستة أشهر، تمكنت من العيش، خاصة في ظل التطورات العلمية للقرن الواحد والعشرين.

أما عن أقصى مدة للحمل، فلقد اختلف حولها الفقهاء من قائلين بأنها أربع سنوات وقائلين بأنها سنة، وآخرين ثلاث سنوات[14]، ص115 وما بعدها، [222]، ص458 و459، [220]، ص245. ويرد الدكتور على البار على ذلك، بأنها خرافات لا سند لها من الصحة مستدلا في المسألة بما جاء عن الإمام بن حزم، أن الحمل لا يكون أكثر من تسعة أشهر ولا أقل من ستة أشهر[278]، ص446. ومدة الحمل عند أطباء التوليد وأمراض النساء هي 41 أسبوعا، يحسبونها من آخر حيضة حاضتها الحامل، وبالأشهر القمرية فهي عشرة أشهر، يحسب الشهر 28 يوما فقط. وتكون الجملة 280 يوما، يبدأ حسابها من آخر حيضة. وبما أن فترة الإخصاب تكون عادة في اليوم 14 من بداية الحيض، فإن العمر الحقيقي للحمل هي 280 - 14 = 266 يوما[278]، ص376 و445. وقد تكون الولادة قبل هذه المدة وهي ما يسمى بالولادة المبكرة.

وبعدما عرفنا مدة الحمل أقلها وأقصاها، نعود إلى النظريتين التي جاء بهما الفقه القانوني فيما يخص نهاية حياة الجنين. وبداية حياته كإنسان.

3.1.2. 1.2.1. نظرية تمام عملية الولادة

والتي بموجبها لا تنتهي الحماية الجنائية للجنين إلا إذا تمت عملية الولادة وانفصل المولود عن أمه تماما[337]، ص256 وهو ما جاء به المشرع الكويتي في المادة 155 من قانون الجزاء الكويتي: «يعتبر المولود إنسانا يمكن قتله متى نزل من بطن أمه سواء في ذلك تنفس أو لم يتنفس، وسواء كانت الدورة الدموية مستقلة فيه أو لم تكن، سواء كان حبل سرتة قد قطع أو لم يقطع...» ويعاب على هذه النظرية أنها لا توفر حماية كافية للمولود عند بداية الوضع[337]، ص257، حيث تستمر حمايته بالنصوص القانونية كونه جنينا مما لا يحقق له الحماية الجنائية الكافية كونه إنسانا.

3.1.2. 1. 2. 2. نظرية بداية آلام الوضع

يتجه الفقه إلى أن نهاية حياة الجنين تكون ببداية آلام الوضع، حيث تكفل حمايته نصوص قانونية أخرى تحميه بصفته إنساناً [154]، ص302، [174]، ص116، [175]، ص500 و 501، [339]، ص255 ، [326]، p96. ولعل ما جعل رجال الفقه يعتمدون هذه النظرية، هو أنها توفر حماية أكثر للجنين من الحماية التي توفرها النصوص الخاصة بالإجهاض. فالجنين يحظى بحماية قانونية منذ الوهلة الأولى للإخصاب التي تمتد إلى بداية عملية الوضع. ومعظم التشريعات العربية لم تميز بين مراحل الحمل الأولى التي يكون فيها الجنين مجرد نطفة ملقحة، وبين مراحل تليها يكون أكثر تطوراً من حيث التجريم والعقاب. بخلاف ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى (سبق أن تعرضنا إلى هذا الموضوع في أحكام الإجهاض). كما ميز المشرع الفرنسي الذي ميز بين مراحل الحمل للقول بإباحته في الأشهر الثلاث الأولى منه وتجريمه بعد ذلك. وللإشارة فإن الإجهاض في هذه المرحلة يعتبر وسيلة من وسائل منع الحمل un moyen de contraception إذا تم وفق ما حدده القانون [128]، p25.

3.1.2. 1. 3. الحماية الجنائية للجنين داخل الرحم وخارجه في الأنبوبة

لا جدال في أن للجنين حياة محترمة ولو أنها تختلف عن الحياة التي يحياها الإنسان منذ اللحظة الأولى لولادته، التي تثبت له بها مجموعة من الحقوق لأنها ضرورية بل هي أساس وجوده، الأمر الذي يفسر تحريم الشرائع السماوية التعرض لها وعدم المساس بها. وهو ما عمدت إليه معظم التشريعات في العالم بما فيها الدول العربية. حيث يمكن الرجوع إلى قوانينها وما قررت من حماية جنائية للجنين تكلفه إلى حين اكتمال نموه وخروجه للحياة. إلا أن التطور العلمي جاء ببعض الاستعمالات في مجال التلقيح والأجنة، مما يستدعي وضع نصوص منظمة لها، واستفتاء رجال الفقه الإسلامي فيها وضبطها بشكل لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. ليتمكن بعد ذلك الحديث عن الحماية الجنائية للجنين الذي يخلق خارج الرحم ونطاقها. وللتفصيل في الموضوع سنتناول

3.1.2. 1. 3. 1. الحماية الجنائية للجنين داخل الرحم

لقد اهتمت الشرائع السماوية بالجنين وأولته أهمية بالغة، فعاقبت الشريعة اليهودية على الإجهاض العمدي بعقوبة القصاص، تدفع الدية فيه على يد القضاة، وفي حالة خروج الجنين ميتاً من جراء العدوان، تعطى نفساً بنفس [328]، ص120 واعتبرت الشريعة المسيحية الإجهاض قتلاً لكائن حي متكون من جسد وروح [261]، ص215 يستوجب الاعتداء عليه العقاب الذي يصل إلى الطرد من الكنيسة والقتل [328]، ص120. وجاءت الشريعة الإسلامية بقواعدها المحكمة، وحرمت قتل النفس

بدون حق واعتبرت الاعتداء الواقع على الجنين الذي نفخت فيه الروح جريمة تستوجب العقاب، وفرضت فيه "غرة" وهي عقوبة تقابل الدية [340]، ص 299. وأكدت على ضرورة الاعتناء بالحامل، بتوفير لها الرعاية الكافية صونا وحماية لها ولجنينها وإعطائها الحق في الراحة والسكينة، كما أوجبت الإنفاق عليها بدليل قوله تعالى: (وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ) [97]، ص 06، [14]، ص 291 إلى 293. كما أجلت الشريعة الإسلامية إقامة الحد على الحامل إلى أن تضع حملها ولو كان الحمل غير شرعي [169]، ص 381. وقررت معظم التشريعات الوضعية حماية خاصة للجنين فخصته بنصوص تكفل حمايته منذ بداية تلقيح بويضة الأم إلى غاية لحظة الوضع. واعتبرت الاعتداء عليه في أي مرحلة من مراحل الحمل جريمة تستوجب العقاب. واعتبرت الإجهاض قائما ولو خرج الجنين حيا وقابلا للحياة [154]، ص 304، لما في الفعل من خطر يهدد الجنين لأنه في أغلب الحالات لا يكتب له الحياة إن خرج قبل موعد ولادته الطبيعي. وكفل البعض منها الجنين بحماية واسعة، حيث عاقبت على الشروع في الإجهاض [338]، ص 253 كما عاقب قانون الصحة الفرنسي على الشروع في جريمة إجهاض الغير للحامل والذي لا تتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 2212-2 من قانون الصحة رقم 2001-588 الصادر في 04 جويلية 2001، والتي من بينها: أن يكون القائم به طبيا وأن يتم ذلك في مؤسسة استشفائية عامة أو خاصة، أو في مكان يستقبل نساء حوامل، بموجب اتفاقية بين الطبيب وهذه المؤسسة، في حالة ما إذا تمت خارج المواعيد التي حددها التشريع المعمول به إلا إذا كانت لضرورة طبية. وما لاحظناه أثناء دراستنا لنصوص القوانين المنظمة لجريمة الإجهاض في بعض التشريعات العربية، هو تقارب وجهات نظر التشريع الجنائي الجزائري والمغربي من حيث الحرص على توفير قدر كبير من الحماية للجنين وللأم في نفس الوقت. فلم يعتد برضا الحامل لتوقيع الجراء، وعاقب على التحريض على الإجهاض ولو لم تتحقق النتيجة. وهنا بلغت الحماية الجنائية ذروتها، وظهر عزم المشرع جليا على توقيع الجراء لمجرد وجود خطر يهدد ذلك المخلوق الضعيف. وما يمكن قوله عن الحماية الجنائية للجنين داخل رحم أمه، هو أن معظم التشريعات العربية الحديثة أقرت حق الجنين في النمو والتطور منذ أول لحظة لوجوده إلى غاية بداية عملية الوضع [328]، ص 255، [339]، ص 255 و 256، [154]، ص 304، [334]، ص 56 وما بعدها. بخلاف المشرع الفرنسي الذي غير نظرته للإجهاض، وألغى المواد 223 - 11 و 223-12 بموجب قانون 2001-588 المؤرخ في 4 جويلية 2001، وأصبح تنظيم الإجهاض ضمن نصوص قانون الصحة الفرنسي. كما ألغى التحريض على الإجهاض بموجب نفس القانون، وما يدل حقيقة على تغيير نظرة المشرع الفرنسي للإجهاض هو: تنظيمه للجريمة في الباب الخاص بالاعتداء على الأشخاص، وبالتحديد في الفصل الخاص بالأفعال التي تهدد الأشخاص بخطر، مما يفيد أن المقصود بالحماية هي الأم وليس الجنين [341]، p147. وأما عن نطاق الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية وبالتحديد عند

الآراء الفقهية القدامى، والتي سبقت معنا تفصيلا- فإنها اعتبرت الاعتداء على الجنين بعد نفخ الروح جريمة[342]، ص23، لأنه يحيا حياة كاملة ولو أنها تختلف عن حياة أمه. فهو يحيا بوجودها، وحياته معترف بها كونه جنين تحميه التشريعات بنصوص قانونية خاصة به، بخلاف أمه التي يحميها القانون بالنصوص المتعلقة بالاعتداء على الأشخاص كالقتل والجرح...[185]، ص43. ولقد اعتبر الفقهاء الإجهاض جنائية على ما هو نفس من وجه دون وجه، فهو يعتبر نفس من حيث أنه آدمي، ولا يعتبر كذلك من حيث أنه لم ينفصل عن أمه [169]، ص240.

أما عن الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح، فلقد اختلفوا فيه من حيث إباحتها أو تحريمه أو القول بكرأته (سبق التعرض إلى الموضوع) ومرجع ذلك لعدم تيقنهم من مراحل تطور الجنين وبداية تخلقه، الأمر الذي مكن الفقهاء المحدثين من توحيد آرائهم حول تحريم الإجهاض في جميع مراحل الحمل، بعدما أصبحت مراحل الحمل معلومة بفضل الطب[47]، ص 74، [278]، ص 432 إلى 436، [295]، ص 82 وما بعدها، [317]، ص 166 والتطور العلمي، الذي أثبت أن للجنين حياة محترمة منذ وجوده.

ولقد اهتم قانون الصحة الجزائري رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها وخاصة في مواده 68، 69، 70 و 71 بحماية صحة المرأة والجنين بتوفير الظروف الطبية والاجتماعية لها قبل الحمل خلاله وبعده. وبهذا يكون قد أحاط الجنين بعناية ورعاية قبل وجوده، ويكون بذلك قد عمل على تحضير الجو المناسب الذي يكفل مجيئه ويضمن له نموا طبيعيا ومتابعة طبية كافية إلى حين ولادته. حيث جعل تحت تصرف المرأة الحامل الوسائل الطبية عن طريق المساعدة الطبية، التي تكفل مراقبة تطور الحمل وتكشف الأمراض التي قد يصاب بها وهو في أحشائها، وهو ما أكدته المادة 69 من هذا القانون. كما وضع قانون الصحة برنامجا وطنيا يتضمن موضوع تباعد الولادات كوسيلة لتحقيق التوازن العائلي والحفاظ على حياة الأم والطفل وصحتها. وتعمل الدولة على وضع وسائل ملائمة تحت تصرف السكان لضمان تحقيق هذا البرنامج.

واعتنى قانون تنظيم السجون[343] بالمرأة الحامل وخصها بأحكام تضمن سلامتها وسلامة جنينها إلى ما بعد الولادة. فجاءت المادة 16 منه تنص على تأجيل الحكم القاضي بعقوبة على المرأة الحامل، وحددت المادة 17 المدة التي يستغرقها هذا التأجيل والتي لا تزيد عن (06) ستة أشهر ما عدا في حالات محددة منها: حالة الحمل وإلى ما بعد الوضع بشهرين كاملين إذا ولد ميتا، وأربعة وعشرون شهرا إذا ولد حيا. إن المشرع الجزائري واضح وصريح في سياسته تجاه المرأة الحامل لا يميز أو يفضل أحدهما عن الآخر أي الأم والجنين. ويحاول بقدر الإمكان التوفيق بين حماية الإثنين معا علما منه بأن حياتهما مرتبطة ومرهونة بحياة الآخر. فالحفاظ على حياة الأم فيه حفظ لحياة الجنين وحماية هذا الأخير لا تتسنى إلا بتوفير الحماية اللازمة لأصله ومصدر وجوده.

3.1.2. 1. 2.3. الحماية الجنائية خارج الرحم

أما عن الحماية الجنائية للجنين خارج رحم الأم أي جنين الأنبوبة، فلا بد أولاً أن نتعرض إلى التلقيح الاصطناعي وموقف المشرع الجزائري منه وكذا رأي فقهاء الشريعة الإسلامية من ذلك، ثم نتعرض إلى الحماية الجنائية للجنين داخل الأنبوبة.

3.1.2. 1. 2.3. 1. التلقيح الاصطناعي وموقف القانون والشريعة منه

أولاً لا بد أن نميز بين التلقيح الاصطناعي وInsémination Artificielle et fécondation In vitro، فالfécondation In vitro هو حقن المني وحقنه مباشرة في رحم المرأة سواء كان من زوجها أو من الغير [344]، ص 186 وسوف نبين لاحقاً مدى جواز هذه الاستعمالات. أما جنين الأنبوبة فيتم تلقيح البويضة تحت المجهر بمني الرجل وتوضع في أنبوبة حتى تبدأ الانقسامات الخلوية ثم تزرع في رحم المرأة Fécondation In vitro.

ولعل ما دفعني إلى الحديث عن طفل الأنبوبة، هو تلك العملية التي تسبق الحمل وتعتبر ضرورية له لانعقاد الولد داخل الرحم، المتمثلة في الإخصاب، الذي يتم بصورة طبيعية عندما يقع ماء الرجل في رحم الزوجة فيلقح البويضة، وتبدأ حينها أول مراحل الحمل. إلا أن التطور العلمي توصل إلى إجراء هذه العملية بصورة اصطناعية خارج الرحم، ولقد وصل التطور العلمي إلى درجة انتقاء الجنس ولون البشرة والشعر والعينين حسب رغبة الأبوين. ويتم ذلك باختيار البويضة والمني الذي يحمل تلك الأوصاف، وهو ما يقوم به علماء الأجنة ويطلق عليه الاستعمالات الجينية الحديثة Les manipulations génétiques. إذن قلنا أن عملية الإخصاب تتم بصورة غير طبيعية خارج الرحم، حيث توضع بعد ذلك البويضة الملقحة في أنبوبة بها سائل يشبه السائل الموجود برحم الأم لازم لنمو البويضة [346]، ص 33، وتبدأ في الانقسام. توضع بعد ثمانية وأربعين ساعة على الأكثر من إخصابها في رحم المرأة [347]، ص 338. وتعتبر هذه صورة من صور التلقيح الاصطناعي التي يتم من الزوج إلى الزوجة. وهناك صور أخرى تتمثل في:

- تلقيح البويضة المنزوعة من مبيض المرأة بمني غير مني زوجها.
- في حالة العقم الذي تكون مصابة به الزوجة في المبيض ذاته، ولا تكون لها بويضات، أو تكون مصابة بعقم على الإطلاق، فيتم إخصاب بويضة متبرع بها من امرأة أخرى بمني الزوج.
- تلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج وزرعها في رحم امرأة أخرى لأن الزوجة مريضة ولا تتحمل الحمل، وتسمى المرأة التي يُوضع في رحمها الجنين الأم الحاضنة La mère porteuse، ينمو الجنين في رحمها إلى غاية ولادته حيث يسلم إلى الأبوين البيولوجيين [330]، ص 78 و 79.

- زرع بويضة ملقحة موجودة في بنوك الأجنة غير معلومة الأبوين في رحم امرأة متزوجة أو غير متزوجة تعاني من عقم.

هذه هي مختلف الاستعمالات في التلقيح الاصطناعي. بقي أن نتعرض إلى مدى مشروعية هذه الاستعمالات والتي فضلا عن المشاكل النفسية والاجتماعية والأخلاقية ، فإنها تؤدي إلى خلط في الأنساب، كما أنها تتعارض مع نظام الأسرة [347],p52 ولقد أثارت عملية التلقيح الاصطناعي ضجة كبيرة في الأوساط الفقهية عند رجال الدين، فتناولوها من حيث أنها تعتبر حلا لمعالجة العقم. فجاء في فتوى دار الإفتاء المصرية في 22 مارس 1980: «أن أخذ بويضة الزوجة وتلقيحها بمني زوجها دون خلط بمني إنسان أو حيوان آخر وذلك لغرض معالجة عقم الزوجة، وبعد استشارة طبيب مجرب ومختص في إتباع هذه الطريقة فهذه الحالة جائزة شرعا» [185]، ص39، [186]، ص223. أما التلقيح الذي يتم بمني الزوج لإخصاب بويضة متبرع بها، أو تلقيح بويضة الزوجة بمني غير زوجها، فهو حرام شرعا، لأنه يكون بمعنى الزنا. أما التلقيح الذي يكون بمني الزوج وبويضة الزوجة يزرع في رحم امرأة أخرى حاضنة، فهو غير جائز شرعا، لأن الإبن ينسب لأبيه وأمهب [72]، 07، [97]، 06. وعلاقته بها معروفة حيث تحتضنه في أحشائها إلى حين وضعه، فيما جاء في محكم تنزيله عز وجل: (حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَى وَهْنٍ) [336]. وقرر المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي المنعقدة في 1985 بمكة المكرمة في دورته الثامنة وخلال النصف الثاني من شهر جانفي أن: الأسلوب الذي تؤخذ فيه بويضة الزوجة لتلقيح بمني الزوج ثم توضع في رحم الزوجة الأخرى للزوج نفسه، بعد موافقتها وبمحض إرادتها، تتطوع عن ضررتها المنزوعة الرحم، فإن مجمع الفقه الإسلامي يرى جواز ذلك عند الحاجة، وينسب الولد بعد ميلاده إلى الزوج والأم، صاحبة البويضة. أما الزوجة الحاضنة فتكون بمثابة الأم المرضعة [330]، ص80 و 81، [348]، ص228.

أما الأساليب الأخرى، غير التي تكون من الزوج إلى الزوجة، فكلها محرمة. واختتم مجلس المجمع قراره بتوصية الحريصين على دينهم ألا يلجؤوا إلى هذه الممارسات إلا في حالة الضرورة القصوى وبمنتهى الاحتياط والحذر من اختلاط اللقائح. أما الدكتور محمود شلتوت فإنه يقول أنه: «إذا كان التلقيح الصناعي من ماء الرجل لزوجته وكان ذلك من أجل الولد، فإن ذلك عمل مشروع ولا إثم فيه» [349]، ص327 و 328، [350]، ص86 وما بعدها، [351]، ص197 أما إذا كان ماء رجل أجنبي عن المرأة لا يربط بينهما عقد زواج، فإن هذا يلتقي مع الزنا في إطار واحد، وهو رأي معظم علماء الدين، منهم السيد روح الدين الخميني، والسيد عبد الأعلى السبزواري، والسيد محمد سعيد الحكيم، والشيخ عز الدين الخطيب التميمي مفتي المملكة الأردنية الهاشمية في الفتوى المؤرخة في 1405/04/10 هـ [344]، ص194 وما بعدها. وجاء في رأي عن الدكتور وهبة الزحيلي أن التلقيح الصناعي الذي يكون بمني رجل آخر للمرأة حرام لأنه بمعنى الزنا، وهو عمل مناف للمستوى الإنساني

ومضارعا للتلقيح في دائرة النبات والحيوان [352]، ص 559، [348]، ص 218 و 219. وجاء في رأي لأحد رجال القانون الجزائريين [348]، ص 218 و 219 أن التلقيح الاصطناعي باعتباره أحد الأعمال الطبية المستحدثة قد أثر بالأخص في مسألة الزواج والبنوة. أما فيما يخص المسألة الأولى، فيشترط أن يكون التلقيح ضمن رابطة زوجية صحيحة ويأخذ حكم الجماع ما دام قد تم بمنى الزوج وبويضة الزوجة. وفيما عدا هذه الحالة فيعتبر مساسا بواجب الإخلاص للأمانة الزوجية. أما عن مسألة الأبوة أو النسب فمبدئيا لا يمكن إثباتها مباشرة، إلا عن طريق الوسائل العلمية الحديثة، وعن طريق الطبيب الذي قام بالعملية الذي يمكن له أن يشهد ويقرر شرعية الطفل بصفة قطعية. ويضيف أنه عدا حالة التلقيح بين الزوجين، يبقى التضارب بين الحقيقة البيولوجية والقانونية مما يكون له نتائج وأثار خطيرة.

3.1.2. 1. 2.2.3. حكم إتلاف اللقيحة داخل الأنبوبة

أما عن حكم إتلاف البويضة الملقحة داخل الأنبوبة، فيرى البعض بجوازه إذا كان بموافقة الزوج أو الطبيب، لأنها لم تستقر في الرحم بعد [353]، ص 198 و 190. وجائز بدون قيد عند القائلين بحرمة التلقيح الاصطناعي. أما معظم أعضاء مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة ارتأوا إباحة التخلص من الأجنة الفائضة الموجودة في مراكز أطفال الأنابيب بتركها دون عناية طبية لتموت، سداً للذرائع وعدم التلاعب بتلك الأجنة المجمدة مستقبلاً، ولا يعتبرون ذلك قتلاً لحياة، بل أشبه بالعزل [330]، ص 83. ويرى الدكتور مفتاح محمد مفتاح، بعد عرضه لآراء الفقهاء القدامى وقياساً على ما ذهبوا إليه في تحريم كسر بيض الصيد في الحرم بالنسبة للمحرم، أن الاعتداء على اللقيحة بتدميرها داخل الأنبوبة حرام ويجب فرض عقوبة جنائية على الفاعل إذا كان ذلك عمداً أو بدون سبب مشروع [261]، ص 174 و 175. وعن إتلاف اللقائح الفائضة فيرى أنه جائز وذلك خوفاً من التلاعب بها مستقبلاً. أما من الوجهة القانونية فلم نجد نصاً قانونياً في التشريعات التي تعرضنا إليها يجرم تدمير اللقيحة داخل الأنبوبة. كما أنه وعملاً بمبدأ الشرعية الجنائية لا يمكن قياس جريمة الإجهاض التي يكون محلها الحمل المستكن داخل الرحم على تدمير البويضة داخل الأنبوبة، وبالتالي لا يمكن القول بأن ذلك يعتبر جريمة. وهو ما ذهب إليه بعض رجال القانون الذين تناولوا هذه المسألة [342]، ص 39، [330]، ص 83 و 84، [346]، ص 344، حيث أوصى بعضهم بوضع نصوص رادعة توقع نفس العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض على من يقيم بتدمير جنين الأنبوبة [261]، ص 222..

2.3.1.2. الركن المادي للجريمة

قلنا أن الركن المادي لجريمة الإجهاض يقوم على ثلاث عناصر شأنه شأن أية جريمة، حيث لا يعاقب القانون على ما قد يدور في الأذهان أو النفوس من أمور بشعة أو مخالفة للقوانين. كما أنه لا يعاقب على الأفعال التي تسبق السلوك المنفذ للركن المادي من أعمال تحضيرية، ولو أنه في بعض الحالات يعاقب على بعض الأعمال التي تسبق السلوك الإجرامي، وتعتبر تحضيراً له نظراً لخطورتها ك شراء سلاح غير مرخص به. فالفعل في حد ذاته يعتبر جريمة ولو لم يستعمل في إيذاء الغير نظراً للخطورة التي ينطوي عليها الفعل لأنه يمس الأفراد في سلامتهم وأمنهم. إذن فأول عنصر يتكون منه الركن المادي هو:

2.3.1.2. 1. السلوك الإجرامي

والمتمثل في فعل الإسقاط أو الإجهاض، وهو ذلك النشاط الذي يصدر عن الجاني بغرض إنهاء حالة الحمل وإخراج الجنين قبل موعد ولادته الطبيعي. ووسائل إحداث الإجهاض كثيرة ومتنوعة بل متطورة بحسب التطور العلمي والتقدم في مجال الطب. ولهذا الغرض لم يحصرها المشرع الجزائي، ولا معظم التشريعات العربية، حتى لا يدع مجالاً للجنة ينفذون منه للإفلات من العقاب. واستعمال وسيلة للتعجيل بإخراج الحمل قبل موعد ولادته الطبيعية هو الذي يميز الإجهاض الجنائي عن الإجهاض التلقائي وعن الولادة السابقة للأوان أو الولادة المبتسرة [174]، ص 118، أو القضاء عليه داخل رحم أمه [239]، ص 81، [342]، ص 43 و 44، [354]، ص 278 و 279. وسوف نعرض موقف الشريعة الإسلامية وبعض القوانين العربية وكذا قانون العقوبات الفرنسي من السلوك الإجرامي المكون للجريمة. ذهب فقهاء الإسلام إلى أنه لا يشترط في الفعل المكون للجريمة أن يكون من نوع خاص [169]، ص 241. فيصح أن يكون عملاً أو قولاً أو فعلاً مادياً أو معنوياً. ومن أمثلة الفعل المادي: الضرب والجرح والضغط على البطن وتناول دواء، ومواد تؤدي إلى الإجهاض، وإدخال مواد غريبة في الرحم أو حمل ثقل [274]، ص 516، [307]، ص 556 و 557، [333]، ص 209، [169]، ص 241 ومن دخوله عليها [274]، ص 516، [307]، ص 556 و 557، [333]، ص 209، [169]، ص 241 ومن أمثلة الوقائع المشهورة عن الإفزاع والخوف، أن عمراً رضي الله عنه بعث لإمرأة كان يدخل عليها، ففزعت فبينما هي في طريقها إليه ألقت جنينها [169]، ص 241. ومن أمثلة الوسائل المجهضة قديماً، ما جاء ذكره في الحديث الصحيح لأبي هريرة رضي الله عنه أن: « اقتتل إمرأتان من هذيل فرمت إحدهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها.. » [355]، ص 46. ومن الأمثلة كذلك ما وصلنا عن الفقهاء القدامى

في مؤلفاتهم، جاء ذكر وسائل الإجهاض، التي تتمثل معظمها في الضرب والجرح وشرب عقاقير والتخويف أو التهديد، الصوم، التجويع أو شم ريح ضار [332]، ص 31، [14]، ص 543 و 557، والشتم المؤلم والمجرح إذا أدى إلى الإسقاط فيسأَل فاعله جنائياً عند بعض الفقهاء [332]، ص 81. بينما ذهبت بعض التشريعات العربية إلى التفرقة بين وسائل الإجهاض واعتبرت الإجهاض الذي يكون نتاج عنف كالضرب أو الإيذاء جنائية. أما إذا خلا منه فهو جنحة [154]، ص 310، [175]، ص 501، [242]، ص 232 و 233. ومهما يكن فإن معظم التشريعات العربية لم تحصر وسائل الإجهاض، بل أوردتها على سبيل المثال مما يجعل جريمة الإجهاض من الجرائم ذات القلب الحر من ناحية الوسيلة [247]، ص 377. وكتب الطب الشرعي تزخر ببيان ذلك إذ يمكن حصرها في أنواع ثلاث: وسائل عنف تقع على الجسم، واستعمال مواد كيميائية أو عقاقير، وثالثها استعمال عنف موضعي، يقع على أعضاء التناسل [144]، ص 604، [154]، ص 310 و 311. ولا تهم الوسيلة بقدر ما تهم النتيجة، فيستوي أن يستعمل الجاني عنفا ماديا أو وسيلة كيميائية كدواء أو عقاقير مستحضرة لكي يسأَل عن فعله إذا أدى إلى الإجهاض. وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في نص المادة 304 من قانون العقوبات التي جاء فيها: «كل من أجهض امرأة حاملا بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى...» حيث تنبه إلى مدى أهمية الوسيلة في الجريمة، ونظرا لعدم إمكان حصرها فيما هو متداول ومعروف، كون أنها مرتبطة بالتطور العلمي المستمر، جاء بها على سبيل المثال حتى يندرج تحتها كل سلوك من شأنه إيذاء الحمل مما هو معلوم أو سيكون معلوما مستقبلا، وحتى لا يفلت الجناة من المساءلة الجنائية، ولكي لا يجد القضاة أنفسهم أمام فراغات قانونية تمنعهم من تطبيق النصوص. ولقد جاء ذكر وسائل الإجهاض في كتب الطب والقانون، ولا بأس من ذكر بعضها: كالوسائل المادية المتمثلة في أعمال العنف، كالضرب والإيذاء [356]، ص 8، [357]، ص 174، [241]، ص 322، أو بإدخال آلة أو جسم غريب لإخراج الجنين من الرحم، أو القفز أو الرياضة البدنية العنيفة [175]، ص 501، [154]، ص 310 و 311، [280]، ص 604، [358]، ص 283، [283]، ص 196 أو ارتداء ملابس ضيقة، واستعمال حمامات ساخنة جدا أو التدليك. ومن بين وسائل الإجهاض نذكر العنف المعنوي، كالتهديد والخوف وسماع أصوات غريبة جدا، واستعمال أقنعة أشباح أو حيوانات مفترسة، أو سماع مفرقات أو طلاقات رصاص قريبة [247]، ص 377 و 378، [175]، ص 501، [174]، ص 118. إذن فوسائل الإجهاض كثيرة ومتعددة ولا يمكن حصرها في نوع أو وسيلة معينة، ولهذا عمدت معظم التشريعات العربية إلى ذكرها على سبيل المثال. كما عمد المشرع الجزائري إلى عدم التمييز بين كونها تنطوي على عنف أو تخلو منه، واعتبر إنهاء حالة الحمل بأية وسيلة كانت جنحة، إلا إذا أفضت تلك الوسائل المستعملة في عملية الإجهاض إلى وفاة الحامل فالجريمة تصبح جنائية. ولعل

تشدد المشرع الغرض منه ردع الجناة وجعلهم يتراجعون عن ارتكاب أفعالهم، وحماية لحياة الأم لما في الإجهاض من خطر عليها.

ولقد سبق وأن قلنا بأن الإجهاض يمكن أن يقع بغير الوسائل المذكورة في المادة 304 من قانون العقوبات، فهل هذا يعني إمكانية قيام جريمة الإجهاض بفعل سلبي كالامتناع؟ كامتناع الممرضة من إعطاء الدواء للحامل التي هي مكلفة برعايتها ومراقبة حملها بقصد إجهاضها، أو المرأة التي تعلم بنية الغير في إجهاضها كالزوج أو الخليل، ولا تحول بينه وبينها [154]، ص311، [174]، ص119، [356]، ص8، [359]، ص153. فبامتناع الحامل عن حماية حملها ورعايته وعدم تمكين الغير من الاعتداء عليه -إذا كان باستطاعتها دفع ذلك الاعتداء [185]، ص56، [154]، ص311- تكون مرتكبة لجريمة الإجهاض بالامتناع. وهو ما نظمته المشرع المصري في نص المادة 162 من قانون العقوبات التي جاء فيها: «...أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة...». أما المشرع الجزائري فلم يتناول هذه المسألة في النصوص التي نظم فيها الإجهاض، كذلك لم نجد رأي للفقهاء ولا موقف للفقهاء بخصوص ارتكاب جريمة الإجهاض بالامتناع، مما يستدعي الرجوع إلى القواعد العامة إذا ما طرحت هذه المسألة. كما لا نفوت الفرصة لنلفت نظر المشرع الجزائري لهذه النقطة، التي قد تحدث بفعل شخص كلف برعاية الحامل وأخل بالتزامه، سواء كان ذلك عمدا أو تهاونا وإغفالا، أو كان من الحامل نفسها، حيث تكون تعلم أن في امتناعها عن تناول الدواء خطر على حملها. ونعطي مثالا عن المرأة التي تمتنع عمدا عن حقنها بالبروجيسترون (وهي حقن تمنع الإجهاض تعطى للحامل التي يكون حملها مهددا بالإجهاض التلقائي) ومثال كذلك عن الحامل التي تعلم بأن زوجها يريد إسقاط حملها، فيعرضها لأشعة بصفة مستمرة، أو يستعمل وسائل أخرى لإجهاضها، فتسمح له بذلك. إذن فلا بد أن يعالج المشرع هذا الموضوع بوضع نص صريح يتناول فيه جريمة الإجهاض بالامتناع.

كان هذا عن موقف الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات العربية من السلوك الإجرامي بما فيه الوسائل المجهضة. أما إذا رجعنا إلى التشريع الفرنسي، وخاصة بعد أن أصبح الإجهاض مباحا في الأسابيع الإثنى عشر الأولى من الحمل دون أي شرط، ما عدا ما جاءت به المادة 2212- 02 من قانون الصحة رقم 2000- 548 المؤرخ في 15 جوان 2000 (سبق ذكر تفاصيل المادة) ، فلم يعد يولي أهمية للوسائل الكيميائية المتمثلة في الأدوية المجهضة، بل أنه لم يجرم إطلاقا وصف أدوية مجهضة من الطبيب أو تقديمها من صيدلي. واقتصر تجريمه لتقديم الوسائل المادية للحامل التي تستعملها لإجهاض نفسها، p148,149, [128], p27,28, [360]. ولا يدخل ضمن الوسائل هذه الإرشادات، ذلك وهو ما جاء في المادة 2222- 4 من نفس القانون. كما جرم بيع الأدوات والمعدات المستعملة في طب النساء والتوليد وتلك المستعملة في الإجهاض، لغير الأشخاص المنتمون إلى سلك الأطباء أو الذين لا يمارسون مهنة بيع هذه المعدات، وهو ما تناولته المادة 5435- 1 من قانون

الصحة. وبهذا يمكن القول بأن الوسائل المجهضة من أدوية على اختلاف أنواعها لم تعد محظورة وتشكل جريمة إذا قدمها ذو صفة للحامل بقصد إجهاضها وفق ما حدده القانون. ومرة أخرى يؤكد المشرع الفرنسي ويصر على موقفه من حيث أن الحق المقصود بالحماية هو الأم وحياتها وصحتها وليس الجنين، والدليل على ذلك أنه يعاقب من يقدم للحامل وسائل مادية لإجراء الإجهاض على نفسها بعقوبة 3 سنوات سجنا و 45 ألف أورو، و ترفع العقوبة إلى 5 سنوات و 75 ألف أورو إذا اعتاد هذا الشخص القيام بهذه الأفعال. بينما -لا يعتبر في حد قوله- بأي حال من الأحوال الحامل شريكا له. ويظهر حرصه على حماية الحامل بوضوح أكثر إذا ما قارنا نص المادة هذه أي 4-2222 و نص المادة 2-2222 من قانون الصحة، التي تعاقب الغير الذي يجهض الحامل إذا لم تحترم إحدى الشروط المنصوص عليها بالمادة والمتمثلة في: إجراء الإجهاض بعد تجاوز الحمل المدة المسموح بها قانونا، وقيام الغير الذي لا تتوفر فيه صفة الطبيب بإجراء الإجهاض.

وأخيرا القيام به في مكان غير مخصص لذلك.

إن العقوبة التي أقرها المشرع بالنسبة لإجهاض الغير للحامل والمتمثلة في سنتين حبسا و 30 ألف أورو غرامة مقارنة بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 4-2222 والمقدرة ب 3 سنوات حبسا و 45 ألف أورو، لكل من يقدم وسائل مادية للحامل لإجهاض نفسها، عقوبة أقل شدة مقارنة بالسلوك الذي يقوم به كل منهما، علما بأن من يقوم بإجهاض حامل يقوم بدور رئيسي، حيث يعتبر الفاعل والمنفذ للجريمة. بينما الذي يقدم الوسائل ففعله يعتبر من قبيل الأعمال المساعدة لارتكاب الجريمة مما يضيف عليه صفة الشريك طبقا للقواعد العامة في المساهمة الجنائية. بينما اعتبره المشرع فاعلا في جريمة تقديم الوسائل المادية للحامل لإجهاض نفسها، وخصه بعقوبة أشد من عقوبة الذي يقوم بإجهاض الحامل دون احترام الشروط المنصوص عليها قانونا. مما يتأكد معه حرص المشرع الفرنسي على حماية حياة الحامل وسلامة جسمها.

2.3.1.2. النتيجة الإجرامية

وهو الأثر الذي يترتب عليه السلوك الإجرامي والذي قد يتخذ إحدى صورتين: - إعدام الجنين داخل رحم أمه، والصورة الثانية تتمثل في إخراج الجنين من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعية، ولو خرج وقابلا للحياة [154]، ص312، [175]، ص502. حيث يتحقق في الصورة الأولى الاعتداء على الجنين في حقه في الحياة. فالنتيجة الإجرامية هي إنهاء حالة الحمل، ولا يهم بعد ذلك إن بقي داخل أحشاء أمه أو انفصل عنها ميتا أو حيا غير قابل للحياة، لأنه نادرا ما تكتب له الحياة إذا نزل قبل اكتمال الأشهر الرحمية. لكن ما القول لو أن الجنين كان قابلا للحياة بعد خروجه من جراح فعل الإجهاض؟ فحسب

بعض الفقهاء ومنهم الدكتور محمود نجيب حسني والدكتورة فوزية عبد الستار [175]، ص502، [154]، ص 312، [356]، ص 09، فإن ذلك يعتبر إجهاضا. بينما لا يعتبره آخرون كذلك ويعتبرون الفعل مجرد شروع [280]، ص605، [174]، ص119، [361]، ص370. ولعل ما ذهب إليه الدكتور المرصفاوي هو الصواب، كون أن الجريمة تنصب على الحق في النمو والتطور. وبما أن هذا الحق لم يمسه مكروها فلا يمكن القول بقيام الجريمة لعدم اكتمال عناصر الركن المادي فيها، ويبقى الفعل مجرد شروع، وبما أن المشرع المصري لا يعاقب على الشروع، فإن ما ذهب إليه القائلون بقيام جريمة الإجهاض إذا نزل الجنين حيا خطأ. وما ذهب إليه المشرع المصري من عدم العقاب على الشروع فيه تقصير في الحماية الجنائية للجنين، خاصة في مثل هذه الحالة التي ينزل الجنين قابلا للحياة، فلا يعتبر الفعل إجهاضا وإنما يكون تعجيلا للولادة على حسب رأي الدكتور رمسيس بهنام وحسن صادق المرصفاوي. إذ ينحصر فعل الجاني في حدود الشروع. وهكذا يفلت الجاني من العقاب ولعل ما انتهى إليه الدكتور رؤوف عبيد هو: الراجح فقها، باعتبار الجريمة قائمة ولو نزل الجنين حيا لكن كان نزوله غير طبيعي [242]، ص228. والواضح أن المشرع قد اهتم بماديات الجريمة وأغفل الخطورة الإجرامية الكامنة في ذات الفاعل.

إن المشرع الجزائري لم يشترط لقيام الجريمة خروج الجنين من الرحم، ولا يوجد في نص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري ما يفيد ذلك [362]، ص551 ولا يطرح الإشكال بالنسبة له، كون أنه يعاقب على الشروع في الجريمة، بمعنى أنه يعاقب على السلوك في حد ذاته بعيدا عما يمكن أن يترتب من نتيجة، وإن لم تتحقق أصلا. وهو ما قضى به مجلس قضاء البلدية في قراره رقم 09/20245 الصادر في 2009/03/01 الذي أيد فيه ما قضت به المحكمة في حكمها الصادر في 2008/12/16 بإدانة المتهم ش. ش بجريمة محاولة الإجهاض، لمجرد وجود اتفاق على المبلغ المقدم مقابل تخلصها من الحمل، واتجاهها إلى المستشفى دون أن تدخل أو تبدأ عملية الإجهاض. والملاحظ أن المجلس في قضية الحال ركز على القصد الجنائي بعيدا على تحديد ماديات الشروع من بدء في التنفيذ. والسؤال الذي يثور في هذا الصدد هو: كيف يمكن التعرف على حدوث الإجهاض؟ إن الإجابة على هذا السؤال مسألة تقنية من اختصاص الطب الشرعي، الذي بإمكانه التعرف على ذلك من خلال الكشف الذي يجرى للحامل التي تكون عليها نفس علامات الوضع إذا كان الحمل متطورا أو متقدما. أما إذا كان الحمل في الأشهر الثلاث، فيكون الإجهاض عبارة عن نزيف يشبه الحيض [357]، ص178، [283]، ص204، ويلاحظ انتفاخ في عنق الرحم مع تضخم بسيط فيه. إلا أن هذه العلامات قد تزول بعد أيام قليلة حيث يعود الرحم إلى حالته الطبيعية. وبالتالي إذا لم يجر الكشف الطبي بعد الإجهاض مباشرة بزمان قليل، فلا يمكن التعرف على حدوثه [283]، ص203 و204. أما إذا تم الإجهاض على جنين بلغ نموه مرحلة

متقدمة، فتكون العلامات واضحة، حيث يكون النزيف أكثر حدة، وتكون فتحة عنق الرحم متسعة وبها كدمات.

ويمكن التعرف على حدوث الإجهاض إذا أجري الفحص مباشرة أو بعد بضعة أيام. وقد يحدث أن يقوم الجاني بإجهاض الحامل لكن لا تتحقق النتيجة المتمثلة في قتل الجنين، بل تحدث تشوهات بهذا الأخير التي تظهر عليه بعد ولادته. إن المشرع الجزائري يحمي الجنين بنصوص قانونية ضد كل اعتداء يستهدف حياته، ولا يوجد من ضمن هذه النصوص ما يشير إلى حماية جسد الجنين، وبالتالي فإن الجاني لا يفلت من العقاب على الشروع في الإجهاض عملاً بأحكام المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري. لكن لا يمكن مساءلته عن التشوهات التي تحصل للجنين بسبب سلوكه، مما يستوجب شد انتباه المشرع لوضع نص خاص يتناول مسألة حماية الجنين في حالة عدم تحقق الإجهاض أي في جريمة الشروع إذا نتج عنها تشوهات للجنين.

أما عن موقف رجال الدين من حيث اشتراط تحقق النتيجة لمساءلة الجاني، فنقول أن فقهاء المذاهب الأربعة ذهبوا إلى القول بأنه: لا تعتبر الجريمة قائمة ما لم ينفصل الجنين عن أمه سواء كان ميتاً أو حياً، لأن بقاءه في رحم أمه فيه شك في وجوده حياً أو ميتاً [274]، ص 517، [270]، ص 538، [303]، ص 459، [14]، ص 538، ولا يمكن العقاب على مجرد الشك. ويرى الدكتور عبد القادر عودة أن الرأي الذي يجب العمل به حالياً، هو معاقبة الجاني ولو لم ينفصل الجنين إذا أمكن طبياً إثبات هلاكه بفعل الجاني. ولا يرى في هذا الرأي خلافاً لما ذهب إليه الفقهاء القدامى الذين منعوا العقاب لعدم تيقنهم من موت الجنين، فإذا زال الشك وجب العقاب [169]، ص 442. ولا يكفي انفصال الجنين، بل لا بد من إثبات أن النتيجة كانت بسبب سلوك الجاني، أي أن علاقة السببية قائمة بين الفعل والنتيجة لإمكان معاقبة الفاعل.

2.3.1.2. علاقة السببية

من المعلوم أنه لا يكفي لقيام أية جريمة كانت توافر السلوك الإجرامي وتحقيق النتيجة، بل يشترط قيام رابطة السببية بين الفعل والنتيجة، أي ارتباط السبب بالمسبب [185]، ص 63. وجريمة الإجهاض شأنها شأن الجرائم الأخرى، يشترط فيها قيام رابطة السببية بين فعل الإجهاض والنتيجة المتمثلة في إنهاء حالة الحمل سواء بخروج الجنين من رحم أمه أو بقاءه فيه بعد العدوان عليه. هذا بالنسبة لتشريعات التي لم تعاقب على الشروع مثل التشريع المصري والأردني، والكويتي. أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم يشترط ارتباط فعل الجاني بالنتيجة لاعتبار الجريمة قائمة. فإذا ما انتفت رابطة السببية بين فعل الجاني والنتيجة التي تحققت بفعل عامل شاذ لا علاقة له بسلوك هذا الأخيرة،

مثال أن يقوم الفاعل بضرب الحامل بقصد إجهاضها، فلا تجهض وتنقل للمستشفى لإسعافها من جروحها فيحدث حادث يتسبب في إجهاضها، فيسأل الجاني عن الشروع في الإجهاض، كون أنه استنفذ كل نشاطه الإجرامي. أما عن النتيجة وعلاقة السببية فإنها مسألة موضوعية على قاضي الموضوع تحديد مدى توافرها أو انتفاءها. كما يسأل عن جريمة الضرب والجرح. وفي هذا الصدد نريد أن نصح ما ورد في كتاب الدكتور محمد صبحي نجم "الجرائم الواقعة على الأشخاص الطبعة الأولى 1994، ص 126، حيث ذكر من بين القوانين التي لا تعاقب على الشروع القانون الجزائري، فالمشرع الجزائري يعاقب على الشروع بدليل ما جاء في المواد 304 في نصها: «كل من أجهض امرأة حاملا بإعطائها... أو شرع في ذلك» والمادة 309: «...كل من حرّض على الإجهاض ولو لم يؤد تحريضه إلى نتيجة ما...». ونجد أن للمشرع المغربي نفس الموقف من حيث عدم اشتراط قيام رابطة السببية بين الفعل والنتيجة لمسألة الفاعل. والحديث عن علاقة السببية يجرنا إلى دراسة الشروع والمساهمة الجنائية في جريمة الإجهاض.

3.3.1.2. حكم الشروع والمساهمة الجنائية في جريمة الإجهاض

إن جريمة الإجهاض شأنها شأن غيرها من الجرائم، قد تطرح فيها مسألة الشروع والمساهمة الجنائية. فقد يفرغ الجاني سلوكه كله أو بعضه ولا تتحقق النتيجة التي قصدها لظرف لا دخل لإرادته فيه. كما قد تتضافر أفعال عدة مساهمين في الجريمة لتحقيق نتيجة واحدة وهي إسقاط الحمل، ذلك ما سوف نحاول معرفته من خلال الفروع التالية بتحديد موقف المشرع الجزائري والقوانين الجنائية التي مرّت معنا وكذا موقف الشريعة الإسلامية.

3.3.1.2. الشروع في جريمة الإجهاض

يعرف الشروع بأنه البدء في تنفيذ فعل إجرامي بقصد ارتكاب جناية، ولا تتحقق النتيجة أو الأثر الإجرامي لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها [356]، ص 287. كما يعرف أنه جريمة ناقصة وقعت لكنها لم تكتمل. فهي جريمة ناقصة أوقف تنفيذها قبل إتمامها أو خاب أثرها لسبب خارج عن إرادة فاعلها [118]، ص 164. فالشروع يتطلب توفر كل عناصر الجريمة التامة عدا النتيجة التي لا تتحقق بعيدا عن إرادة الجاني. والشروع متصور في جريمة الإجهاض، كأن يقوم الجاني بتحضير المواد المجهضة ويقدمها للحامل وقبل أن تتناولها ينتهرها شخص ثالث فلا تفعل. فهنا الجاني يكون قد بدأ في تنفيذ جريمته التي لم تكتمل لسبب خارج عن إرادته، ويكون حينها شروعا موقوفا. أو أنه قدم الدواء للحامل لكن لم تتحقق النتيجة لأن الدواء كان مقويا فخاب أمله في تحقيقها وهنا الجريمة كانت مستحيلة الوقوع.

ففي الأوضاع الثلاث للشروع في هذه الأمثلة نلاحظ أن النتيجة لم تتحقق ولم يحدث إجهاض. إذن فلماذا نعاقب عن فعل لم يخلف أي ضرر لأحد؟ خاصة أن الأمر يتعلق بجريمة تمس الأسرة في شرفها وسمعتها وتهددها بالتصدع إن ذاع خبرها بين الناس، كما أن الجاني إن ألحق أضرارا بالحامل دون أن يطول ذلك جنينها، فإنه سيتابع بموجب النصوص التي تعاقب على الإيذاء. هذا ما يبرر به بعض الفقهاء موقف المشرع المصري من الشروع في الإجهاض [342]، ص 313، [154]، ص 313. إلا أن المشرع الجزائري وبعض التشريعات الأخرى لم تنظر للشروع من هذه الزاوية، بل أخذته من زاوية أخرى يغلب فيها حق الجنين في الحياة الأولى بالاعتبار. ولهذا الغرض جاء قانون العقوبات الجزائري صريحا وواضحا حيث نص في المادة 304 منه على معاقبة الشروع في جريمة إجهاض الغير للحامل، كما عاقب الحامل التي تحاول إجهاض نفسها في نص المادة 309، وجرم الشروع في التحريض وعاقب عليه بالمادة 310. ونقف هنا قليلا حتى نشد انتباه المشرع إلى المادة 306 من قانون العقوبات التي جاء فيها: «الأطباء أو القابلات أو جرحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والمرضون والمرضات والمداكون والمداكات الذين يرشدون عن إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به يطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادة 305 على حسب الأحوال»، فالنص لا يوجد فيه ما يدل أو يشير إلى الشروع. هذا لا يعني أنه إذا حاول أحد هؤلاء المذكورين بالنص القيام بالإجهاض فإنه لا يعاقب، بل تطبق عليه أحكام المادة 304 و305 حسب الأحوال، لهذا لا بد على المشرع أن يحذف عبارة "تطبق عليهم العقوبات" ويصيغها كما يلي "تطبق عليهم أحكام" وهو التعبير الصحيح الذي يزيل كل غموض عن النص. أو يضيف ما يدل على الشروع فيصبح النص كالتالي: «...يرشدون عن إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به أو يحاولون ذلك...» هنا يصبح النص أكثر وضوحا من حيث تأكيد موقف المشرع من العقاب على الشروع، بعدما نص عليه في المادة 304، وبهذا يكفل حماية جنائية أوسع للجنين تحميه من كل خطر يهدد نموه وتطوره. كما أنه في نفس الوقت لم يتغاض عن الخطورة الإجرامية للفاعل، ولهذا لم يشترط تحقق النتيجة حتى يسائل القائم بها، بل اكتفى بصدور السلوك الإجرامي لقيام جريمة الشروع في الإجهاض. ولقد ذهب الفقه والقضاء إلى اعتبار بدءاً في تنفيذ الأعمال التي من شأنها التحضير للجريمة p98، [326]. فمثلا بالنسبة للطبيب الذي يحدد مبلغ العملية، ويقوم بشراء بعض المعدات الطبية التي تستعمل خصيصا في الإجهاض، يمكن مساءلته عن الشروع في الجريمة، سواء كان الغير الذي بدأ في تنفيذها واضطرته ظروف خارجية، أو خاب أمله في تحقيق النتيجة، أو الحامل التي حاولت إجهاض نفسها دون جدوى، أو الطبيب أو القابلة، أو من في حكمهم من ذوي الصفة الخاصة، أو المحرض الذي استنفذ فعله ولم تتحقق النتيجة. فهؤلاء الأشخاص وإن لم يتمكنوا من بلوغ غايتهم، وبالرغم من أن الجنين لم يمس بسوء، فإن نية الإيذاء قائمة

وتتمثل في القصد الجرمي، ولهذا وجب عقابهم على ما صدر عنهم من سلوك مخالف للقانون كما لو أن النتيجة تحققت بالفعل، وعلة ذلك أن خطورة الأفعال والعزم والإرادة ظلاً قائمين لآخر لحظة. كما يعاقب على الاشتراك في الشروع، ومثاله من يعير بيته لطبيب لإجراء عملية إجهاض لحامل مع علمه بذلك، ويقوم الطبيب بتحضير معداته ويعطى حقنة للحامل من أجل تقويتها، ويهم بمباشرة عملية الإجهاض، إلا أنها تتراجع لسبب ما. ففي مثل هذه الحالة يعاقب الطبيب على الشروع في الإجهاض ويعاقب الشخص الذي أعار بيته على المساهمة بصفته شريكاً في جريمة الشروع في الإجهاض. ولقد انتهج المشرع المغربي نفس الإتجاه من حيث عاقب على الشروع في الفصل 449 و454 و455 من القانون الجنائي المغربي 24-03. أما المشرع الفرنسي فلقد عاقب على الشروع في إجهاض الحامل إذا خالف القائم بذلك مقتضيات المادة 2212-1 و2 من قانون الصحة الفرنسي، والمتمثلة في أنه لا يجب تجاوز المدة المحددة قانوناً والمصرح بها- أي اثنا عشرة أسبوعاً- وأن يكون القائم بالإجهاض طبيباً وأن يتم في مكان مؤهل لذلك. والواضح أن المشرع لا يعاقب على الشروع في إجهاض الحامل دون رضاها، حيث لا يوجد ما يدل على غير ذلك في نص المادة 223-10 من قانون العقوبات الفرنسي، بينما كان يعاقب عليه سابقاً. حيث ذهب القضاء إلى اعتبار الطبيب الذي يعد الوسائل لإجراء الإجهاض، بعد الموافقة على إجرائه وتحديد ثمنه، والذهاب إلى تلك الحامل، ولا يعدل إلا بتدخل شخص ثالث، يعتبر شروعاً [363]. والغريب في الأمر أنه لم يعاقب على الشروع في إجهاض امرأة بدون رضاها، لكنه عاقب على الشروع في منع إجراء عملية الإجهاض بنص المادة 223-2 من قانون الصحة 2001-588 المؤرخ في 04 جويلية 2001، وجاء في نص المادة أنه: «كل من عرقل أو حاول عرقلة إجراء عملية إجهاض أو الأعمال المنصوص عليها في المواد 2212-3 إلى 2212-8، وذلك بعرقلة الدخول إلى المؤسسات المذكورة في المادة 2212-2، أو بأية وسيلة أخرى، أو حركة الأشخاص بداخل هذه المؤسسات، أو ظروف عمل المستخدمين الطبيين أو غير الطبيين، أو عن طريق ممارسة ضغوطات معنوية وبسيكولوجية أو بالتهديد في مواجهة هؤلاء- أي المستخدمين الطبيين وغير الطبيين- النساء الحوامل اللواتي أتين لإجراء الإجهاض أو من أقارب هؤلاء. ولقد عقب بعض رجال القانون الفرنسي على هذا النص وقال: بأن هذا الموقف يعتبر مهزلة [68]، حيث كان على المشرع إن كان يريد تجريم هذه السلوكات، أن لا يقصرها على نوع معين من الأفعال، فيجرم كل فعل من شأنه عرقلة الدخول إلى المؤسسات الاستشفائية والجراحية، وكذا التهديدات والضغوطات التي تستهدف العاملين بها من أطباء وغيرهم من مستخدمين ومرضى بغض النظر عن تخصص هذه المؤسسات ونوع المرض. إن هذا الموقف يأتي مرة أخرى ليؤكد أن المشرع الفرنسي يهدف بالنصوص التي خص بها الإجهاض، حماية الحامل وصحتها ولا يهتم بالجنين، ويتصرف بشكل يحمل على الاعتقاد بأن الحمل حالة مرضية، يجب معالجتها والقضاء عليها.

أما عن موقف رجال الدين من الشروع في الجريمة، فلقد أجمع فقهاء المذاهب الأربعة على أنه يشترط لوجوب العقاب على إسقاط الجنين إلقاءه سواء حيا أو ميتا [169]، ص 240 إلى 247 فإذا لم تتحقق النتيجة فلا جناية ولا عقوبة.

2.3.1.2. المساهمة وحكم الشريك في جريمة الإجهاض

تطبق على جرائم الإجهاض القواعد العامة في المساهمة الجنائية، ما لم يرد نص يقضي بخلاف ذلك، ولا تخرج المساهمة الجنائية عن كونها أصلية، حيث يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي، هذا طبقا لأحكام المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري. أو مساهمة تبعية، فيعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا لكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك وفقا لما جاءت به المادة 42 من نفس القانون. كان هذا عن القواعد العامة المتعلقة بالمساهمة. أما إذا رجعنا إلى نصوص المواد التي تناولت جريمة الإجهاض لمعرفة مدى خضوع مسألة الاشتراك للقواعد العامة، فنجد أن للمشرع موقف مخالف لها خاصة بالنسبة للمساهمة التبعية وسوف نوضح ذلك.

قد يرتكب الجريمة فاعل واحد كما قد يرتكبها عدة أشخاص، فيكونون فاعلون أصليون لارتكابهم الأفعال المكونة للركن المادي للجريمة، أو ينفرد واحد منهم بإتيان السلوك الإجرامي. بينما يقتصر دور الآخرين على إتيان أفعال ثانوية تتمثل في المساعدة أو المعاونة، سواء في الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة للجريمة شريطة علمهم بذلك [359]، ص 380، [356]، ص 318. ومثاله أن ينهال مجموعة من الأفراد ضربا على الحامل بقصد إجهاضها، فتجهض، فيكون حينها كل واحد منهم مسؤولا عن الجريمة بوصفه فاعلا أصليا. وقد يرتكب مجموعة من الأشخاص أفعالا تختلف بحسب الدور الذي يقوم به كل واحد منهم، فيقوم الزوج مثلا بدفع مبلغ العملية، ويعير الصديق بيته للقبلة التي ستقوم بالإجهاض، فالفاعل الأصلي هو هذه الأخيرة والزوج، أما الصديق فيعتبر شريكا لهما. لكن ما القول عن المرأة التي ستجرى لها عملية الإجهاض فهل تعتبر فاعلة أم شريكة؟ طبقا للقواعد العامة تعتبر المرأة فاعلة إذا أجهضت نفسها، وتعتبر كذلك فاعلة إذا رضيت بأن يجهضها الغير، وما يبرر هذا الحكم، هو أنها صاحبة المشروع وتملك السيطرة عليه، لأن لها نية الفاعل [154]، ص 314. ومهما يكن فإن المرأة التي ترضى وتوافق على الإجهاض [280]، ص 606، فإنها دائما فاعلة. لكن الإشكال الذي يطرح هو: هل تعتبر فاعلة في جريمة إجهاض الغير للحامل؟ أم فاعلة في جريمة إجهاض ذي الصفة الخاصة للحامل؟ أم فاعلة في جريمة إجهاض الحامل لنفسها؟ إن تحديد ذلك له أهمية بالغة

من حيث توقيع الجزاء. فإذا قلنا بأنها تعتبر فاعلة في جريمة إجهاض الغير لها أو الغير ذي الصفة تطبق عليها نفس العقوبة المقررة للقائم بالجريمة. بمعنى أنها ستخضع لجزاء أشد من ذلك الذي يوقع عليها إن اعتبرناها فاعلة في جريمة إجهاض نفسها، فتطبق عليها عقوبة الجنائية إذا ثبت أن القائم بالإجهاض طبيبا اعتاد القيام به. وإن طبقنا عليها العقوبة المقررة في نص المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري، وطبقنا على الفاعل نص المادة 304 أو 306 من نفس القانون فحينها نكون قد خلقنا وضعين قانونيين، مما يتنافى ومبدأ الشرعية الجنائية. ولهذا لا بد على المشرع الجزائري أن يوضح ذلك. فيضيف للمادة 304 و 306 من نفس القانون مايلي: «وتخضع المرأة التي وافقت على الإجهاض للعقوبة المقررة بالمادة 309 من نفس القانون» أو يضيف للمادة 309 عبارة: «... أو مكنت غيرها من ذلك سواء كان طبيبا أو غيره».

وبالرجوع إلى المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري، نجد أن المشرع قد وسع من نطاق فكرة الفاعل في جريمة الإجهاض، فطبقا للقواعد العامة وتحديدًا نصت المادة 42 منه، يعتبر شريكا من ساعد الفاعل على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة للجريمة. فمثلا الطبيب أو من في حكمه الذي يرشد الحامل إلى أفعال أو مواد تساعد على الإجهاض يعتبر شريكا لها طبقا للمادة 42 منه إلا أن المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري والتي جاء في نصها: «...الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه...» قد أفردتهم بحكم خاص، واعتبرت أفعال الإرشاد من قبيل السلوكات التي تضيف على القائم بها صفة الفاعل في جريمة الإجهاض، ولهذا الموقف ما يبرره، فعلة التجريم ليست في الفعل نفسه ولكن في القائم به. والمشرع تفتن إلى الدور الذي قد تلعبه سلوكات هذه الفئة من ذوي الصفة الخاصة في إحداث النتيجة، ولهذا الغرض جعل من الأفعال التي تعتبر من قبيل المساهمة التبعية، أفعالا رئيسية إذا قام بها أحد الأشخاص المذكورين في المادة 306 من نفس القانون، ويفهم من النص أن هذه الأفعال التي حددتها المادة إذا قام بها شخص من غير ذي الصلة الخاصة تسري عليه القواعد العامة في المساهمة الجنائية. كما أنه لا يمكن القول بأن كل من ساهم في الإجهاض يعتبر فاعلا، بل يعد شريكا إذا خرجت مساهمته عن نطاق المدلول السابق للفاعل [154]، ص 341. كما لو اقتصر دوره على النصيحة فقط [364]، p264، [61]. وإذا اشترك شخص مع أحد الأشخاص المذكورين بالمادة 306 أو 304 منه، وكان هذا الأخير قد اعتاد القيام بالإجهاض، فإن الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد العقوبة بالنسبة له لا يخضع لها الشريك [356]، ص 340 و 341، [359]، ص 396، [365]، ص 420. فتطبق على الطبيب أو الغير عقوبة الجنائية، بينما تطبق على الشريك عقوبة الجنحة عملا بأحكام المواد 44 فقرة 01 و 305 و 306 من نفس القانون، وذلك عملا بما جاء في الفقرة 02 من المادة 44 منه التي جاء فيها: «... ولا تؤثر الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد أو تخفيف العقوبة أو الإعفاء منها إلا بالنسبة للفاعل أو الشريك الذي تتصل به هذه الظروف..». ويقول الدكتور

محمود نجيب حسني بتطبيق نظرية الفاعل المعنوي على الإجهاض، فتكون الحامل هي الفاعل المعنوي في جريمة الإجهاض، كأن توهم الطبيب بأنها أجهضت، وتطلب منه إجراء عملية لاستخراج الجنين، فيفعل ذلك ويحدث الإجهاض [154]، ص 315. إلا أن هذا المثال لم يعد يصلح في ظل التطورات الحديثة في ميدان الطب، حيث من السهل جدا معرفة ما تدعيه عن طريق الكشف بالأمواج فوق الصوتية (Echographie) ولا يمكن لأي طبيب في وقتنا الحالي أن يقوم بإخراج جنين تدعي الحامل أنه قد مات في أحشائها دون التأكد من ذلك بالوسائل العلمية الطبية. ولو سلمنا بهذا المثال وفرضنا أنه يمكن ذلك، فإنه لا يتماشى ونص المادة 45 من قانون العقوبات الجزائري التي جاء فيها: «من يحمل شخصا لا يخضع للعقوبة بسبب وضعه أو صفته الشخصية على ارتكاب جريمة يعاقب بالعقوبات المقررة لها...» فمنفذ الجريمة لا يخضع للعقاب لأنه غير مسؤول جنائيا، كأن يكون مجنونا أو صغيرا غير مميز أو مكرها. فمن الممكن تصور هذا المثال نظريا وبعيدا عن نص المادة 45 من قانون العقوبات لكنه غير معقول عمليا. ونخلص إلى القول أنه كل من ساهم في إجهاض امرأة حامل أو مفترض حملها أو شرع في ذلك يعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة، وهو موقف معظم التشريعات العربية منها: التشريع المصري والمغربي والأردني والتونسي. أما التشريع الفرنسي فإنه يعاقب على المساهمة الجنائية متى كان الفعل معاقبا عليه، إلا أن الإجهاض لم يعد يعاقب عليه إذا كان برضا الحامل، أما إذا تم بدون رضاها أو بدون احترام القواعد التي وضعها قانون الصحة، فهو معاقب عليه، علما بأن الحامل لا تعاقب. إذن فلا يمكن القول بمعاقبة شريكها الذي دلها على عنوان للقيام بالإجهاض فلا يعاقب إلا إذا كان شريكا للقائم بالإجهاض [70]، p279. ولقد اعتبر القضاء الفرنسي من قبيل المساهمة إرشاد الحامل إلى عنوان قابلة، وطلب منها المجيء إلى الحامل بغرض إجهاضها [366]. وإعطاء للحامل اسم امرأة تقوم بالإجهاض وملاقاتها بها [367].

وإذا رجعنا للبحث في آراء الفقهاء القدامى، وأردنا معرفة موقفهم من المساهمة في الإجهاض، فإن جميع الأمثلة التي وردت في المؤلفات الفقهية تدور حول الضرب والتخويف والإفزاز بذی جاه والتجوير (سبق الإشارة إليها). كما أن معظمها تتحدث عن إثم الجاني الذي اقترف الفعل، ولم نجد أمثلة كثيرة تتناول تعدد الجناة إلا فيما أورده الدكتور عبد القادر عودة [169]، ص 249 فجاء عنه: «إذا اشترك جماعة في الجناية فألقت المرأة جنينا فديته عليهم بالحصص وعلى كل منهم كفارة». وجاء في المغنى لابن قدامة فيما أورده في دية الجنين: «وإن اشترك جماعة في ضرب امرأة فألقت جنينا، فديته أو الغرة عليهم بالحصص، وعلى كل واحد منهم كفارة، وإن ألقت أجنة، فدياتهم عليهم بالحصص، وعلى كل واحد في كل جنين كفارة» [14]، ص 557. ومن خلال الأمثلة التي لدينا يمكن أن نقول بأن فقهاء الشريعة أخذوا بالاشتراك أو المساهمة المباشرة، حيث اعتبروا الشركاء على درجة واحدة من الإثم دون التفرقة

بينهم من حيث توقيع العقوبة المتمثلة في الغرة المقسمة عليهم بحصص متساوية، ووجوب الكفارة على كل شريك للتكفير عن ذنوبه والتقرب من الله، دليلا على توبة صاحبها وتراجعه عن فعله.

3.1.2.3.3. التحريض على الجريمة

لقد اعتبرت المادة 45 من قانون العقوبات الجزائري المحرض فاعلا أصليا. وبعبارة أخرى اعتبرت مساهمته مساهمة أصلية تجعله في مصاف الفاعلين إذا حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي. ويعرف التحريض بأنه خلق فكرة الجريمة والتصميم عليها في ذهن كان من الأصل خاليا أو مترددا في تحقيق فكرته [356]، ص 345، [359]، ص 403، [365]، ص 408. ويستلزم هذا التصرف من المحرض إبراز البواعث التي تدفع إلى الجريمة وتحبب آثارها. ومثاله أن يقوم بتخويف الحامل- التي حملت من علاقة غير شرعية- بالفضيحة والعار وسخط عائلتها، وغرس فكرة الإجهاض في ذهنها باعتباره الحل الوحيد للتخلص من مشكلها، ومن الكابوس الذي تعيش فيه، حيث تستمر بعد ذلك حياتها بصفة عادية ودون أن يعلم الغير. ويقوم بالتقليل من أهمية الإثم والعقاب، والإفلات من القانون. وعمل المحرض في الحقيقة نشاط ذو طبيعة معنوية يتجه إلى نفس الفاعل، إلا أن هذه الصورة لم ترد في نص المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري، لكن ممكن تحقيقها إذا استعمل المحرض إحدى الوسائل المنصوص عليها في المادة 310 من نفس القانون حيث يقوم مثلا بتقديم مطبوعات للحامل يبين فيها المشاكل التي تنجم عن الحمل غير الشرعي وسخط المجتمع، ويبرز المحاسن والآثار الإيجابية للإجهاض من حيث بقاء سرها محفوظا، خاصة وإن تم على أيدي مختصين، الشيء الذي سيجنبها الفضيحة. ولقد حددت المادة 310 منه الوسائل التي يتم بها التحريض على الإجهاض كمايلي: « يعاقب... كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤد تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن:

ألقى خطبا في أماكن أو اجتماعات عمومية،

أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علانية أو عرض أو ألصق أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية أو وزع في المنازل كتب أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو رسوما أو صوراً رمزية أو سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل.

أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة". ومن ثم فإن قيام شخص بفعل من هذه الأفعال أو أكثر سواء في العلانية أو غير علانية، وسواء أدى تحريضه لنتيجة أم لا، فإنه يعاقب على جريمة التحريض على الإجهاض. وما يفهم من النص أن المشرع لم يشترط أن يتوجه المحرض إلى

شخص أو عدة أشخاص معنيين بالذات. كما أنه ليس شرطاً أن يعلم الموجه إليه التحريض بشخص المحرض، بل يكفي أن يصل إليه نشاط هذا الأخير لخلق الفكرة لديه. إن الطابع الردعي الذي تميز به المشرع من بين التشريعات العربية كالتشريع المصري، الأردني، الكويتي والتونسي التي طبقت بشأن المحرض على جريمة الإجهاض القواعد العامة المتعلقة بالمساهمة الجنائية التي تعتبره شريكا وليس فاعلاً [262]، ص 564، وفي توقيعه الجزاء على التحريض والشروع فيه (وهو ما تفيد به عبارة...سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق) جعله يرتقي بالحماية الجنائية للجنين لدرجة تجعل كل من قد تسول له نفسه القيام بإحدى هذه الأفعال أو مجرد التفكير فيها، يحجم عنها دون تردد. كما أن من شأن العقاب على التحريض والشروع فيه، تطويق الجناة بالقدر الكافي الذي لا يمكن معه إفلاتهم من الجزاء. فالشخص الذي مثلاً باع كتباً أو مطبوعات تتضمن كيفيات الإجهاض وتحت عليه، فإنه لا يتوجه إلى امرأة واحدة بل إلى كل النساء، وفعله قد تتحقق به جرائم عديدة. كما أن من شأنه التحفيز على الفساد والانحلال الخلقي وتشجيع العلاقات غير الشرعية ما دام قد أوجد لها الحل الناجع الذي يمكن من التخلص من الأجنة غير الشرعية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن فعله وإن لم يؤد إلى نتيجة في الحال، فإنه واقع لا محال مستقبلاً. ومن أجل هذا جعل المشرع أفعال التحريض على الإجهاض متساوية في الخطورة سواء كانت علنية أو غير علنية، وبهذا يكون- بالإضافة للحماية الفورية أو الحاضرة للجنين- قد أخصه بحماية مستقبلية.

ولقد انتهج المشرع المغربي نفس الاتجاه عندما عاقب على التحريض على الإجهاض والشروع فيه بالفصل 455 من القانون الجنائي المغربي. حيث جاءت المادة مطابقة لنص المادة 310 منه. وأضاف في الفقرة الخامسة من نفس الفصل، تجريم بيع الأدوية أو المواد أو الأجهزة أو الأشياء كيفما كان نوعها، أو عرضها للبيع أو السعي إلى بيعها أو توزيعها أو العمل على ذلك مع العلم بأنها مجهزة أو معدة لذلك، حتى وإن كانت غير قادرة على تحقيقه. وهذا أمر أغفله المشرع الجزائري، فعليه أن يتداركه بوضع نصوص تجرم مثل هذه الأفعال. ويظهر حرص المشرع المغربي عندما عاقب على الشروع في الأفعال التي تم ذكرها أعلاه، وعدم ترك المجال مفتوحاً للأشخاص الذين قد يقومون بها، وأخضعهم للعقاب، لما في تصرفاتهم من خطورة على الحامل والجنين.

كما ذهب المشرع اللبناني إلى اعتبار كل من قام بنشر أو ترويج أو تسهيل استعمال وسائل الإجهاض فاعلاً في الجريمة المنصوص عليها بالمادة 539 من قانون العقوبات، وعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من خمس إلى مائتين وخمسين ليرة. كما عاقب بنفس العقوبة كل من يقوم ببيع المواد المعدة لإحداث الإجهاض أو عرضها للبيع أو اقتنائها من أجل البيع وتسهيل استعمالها. ولو أن هذه الصورة لا تدخل في مجال التحريض، فإن النشر سواء كان جهرًا أو عن طريق استعمال الوسائل الآلية للنشر، واستعمال الصور بأشكالها (أنظر المادة 209 من قانون العقوبات اللبناني) يعتبر

من قبيل التحريض الذي يتوجه به الفاعل إلى فئة غير محددة ومعينة بالذات، ويحملها على ارتكاب الجريمة. كما عاقب على التحريض الذي يقوم به أحد الأشخاص المذكورين في المادة 546 وشدد عقوبتها.

أما المشرع الفرنسي: فيموجب المادة 647 من قانون الصحة المنبثق عن القانون 17 جانفي 1975، كان يعاقب على التحريض على الإجهاض بأية وسيلة كانت، والدعاية والإشهار لهذا الغرض، وكما عاقب على التحريض على الإجهاض ولو كان مرخصا به، وإن لم تتحقق النتيجة. ولا يهم بعد ذلك أن يكون المحرض قد توجه بفعله إلى امرأة واحدة أو عدة نساء^{[61],p273, 274}. كما عاقب بموجب الفقرة الثانية من نفس المادة، كل من يقوم بالدعاية أو الإشهار المباشر أو غير المباشر عن المؤسسات التي تقوم بعمليات الإجهاض، وعن أدوية مواد وأشياء أو طرق تستعمل أو تساعد في إجراءات الإجهاض، ولا يخضع لهذا المنع الإعلانات المخصصة للأطباء والصيدلة: قرر لهم نفس العقوبة المقررة للتحريض والدعاية التي تتراوح من شهرين إلى سنتين والغرامة من 2000 إلى 30.000 فرنك فرنسي أو بأحدى العقوبتين ولقد احترز قانون 1975، عندما أخذ بعين الاعتبار تطور وسائل التوزيع، ولو كانت الدعاية قادمة من الخارج وعن طريق الصحافة، فيكون مسؤولا عنها طبقا لأحكام المادة 285 كل من قام بكتابتها، تعليقها، بيعها أو توزيعها بصفته شريكا بالتحريض^{[61],p274}. كما يعتبر كذلك إذا كانت عن طريق الدعاية أو الإعلان السمعي البصري، فيعتبر مسؤولا عن الجريمة كل من المسؤول عن الحصة وإن لم يوجد، لرئيس المؤسسة أو المدير المسير للمؤسسات التي قامت بالبث أو التي استفادت من ذلك^{[61],p274, [70]}. وبالرجوع إلى قانون الصحة لسنة 2001 لا نجد أي نص يعاقب على هذه الأفعال^{[128],p27}. وربما ذلك راجع إلى أن الإجهاض لم يعد مجرما إلا إذا جاء مخالفا لقواعد هذا القانون، وبما أنه أصبح مباحا فمن البديهي أن يحذف تجريم الدعاية والتحريض على الإجهاض، بل أن هذه الوسائل أصبحت مستعملة بصفة عادية في الدعاية والإعلانات الخاصة بوسائل منح الحمل^{[128],p25}.

2.3.1.4. القصد الجنائي في جريمة الإجهاض

إن جرائم الإجهاض كلها عمدية، حيث يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي. ولا يوجد في القانون جريمة إجهاض غير عمدي^[154]، ص 315، [174]، ص 505، [262]، ص 578، [242]، ص 229 و 230 مهما كانت درجة الخطأ أو الإهمال. ومثال ذلك أن يدفع شخص بامرأة أثناء الزحام دون قصد فتسقط على الأرض وتصاب بجروح وتجهض. فهنا لا يمكن أن يسأل عن جريمة إجهاض خطأ بل يسأل عن جريمة الإيذاء الخطأ أو غير المتعمد. إذن جريمة الإجهاض تتطلب

توفر قصد جنائي لدى الفاعل لقيامها وإمكان مساءلته، بمعنى أن تتجه إرادة الفاعل إلى تحقيق النتيجة مع علمه بوجود حالة الحمل. ولقد وردت عبارة "عمدا" في المادة 309 من قانون العقوبات الجزائي مما يفيد استبعاد الخطأ إن وقع من جانب الفاعل. كما أن المادة 304 عندما بيّنت الوسائل المستعملة في الجريمة فما ذلك إلا دليل على الفعل أو السلوك المعتمد، لأنه من غير المعقول أن يستعمل شخص وسائل التطريح على امرأة من غير أن تكون له نية تحقيق النتيجة. ومثاله أن يقدم شخص قريب للمرأة دواء مجهضا استحضره من الخارج لهذا الغرض فلا يمكن تأويل ذلك إلا بأنه عن قصد وبغرض تخليصها من الحمل. لكن إذا قدم لها شرابا لأنها كانت مصابة ببرد، فسقط الجنين فلا يمكن أن تقوم مسؤوليته عن ذلك. كما أنه في حالة ما إذا أراد بها سوءا، كأن ضربها دون أن يعلم أنها حامل، وقصد بفعله إيذاءها هي لا حملها، فتجهض يسأل حينها عن جريمة الضرب فقط. أما إذا تسبب بفعله في وفاة الحامل، فلا يسأل عن الإجهاض المفضي إلى الموت، بل يسأل عن الضرب المفضي إلى الوفاة إذا قصد ذلك. أما إذا كان قصده الضرب فقد فيسأل عن القتل الخطأ طبقا لأحكام المادة 264 من نفس القانون. يتطلب القصد الجنائي في جريمة الإجهاض أن يكون الجاني يعلم بأن سلوكه فيه خطر على الحمل والحامل ويريد الفعل والنتيجة معا. لهذا سوف نتعرض لهذين العنصرين المكونان للقصد الجنائي في الفرعين الآتين. أما الفرع الثالث سنتناول فيه القصد الاحتمالي والفرع الرابع موقف الشريعة الإسلامية من مسألة العمد والخطأ.

2.3.1.4. العلم

يشترط أن يكون الجاني يعلم بماديات الجريمة، كأن يكون يعلم بأن المرأة حامل وقت الاعتداء [281]، ص18، [354]، ص280. فإن علم به بعد انتهاء الاعتداء، فلا تقوم مسؤوليته على إيذائه للجنين ويسأل عن فعله الذي قصد به المرأة فقط. كما أنه يجب أن يعلم بأن فعله من شأنه الإضرار بالحمل [339]، ص267 وما بعدها. ومثاله أن يقدم للحامل مشروبا يظن أنه مفيد ومقو لها، فلا يسأل عن الإجهاض إذا حدث بعد ذلك. كما يتعين على الجاني أن يتوقع حدوث النتيجة وقت قيامه بفعله، كالزوج الذي يضرب امرأته وهو يعلم أنها حامل، فهو كان يريد الضرب ولم يرد الإجهاض، وبالتالي تقف مسؤوليته عند حد الضرب [280]، ص608، [354]، ص283. إذن فالقصد الجنائي في جريمة الإجهاض يتطلب أن يكون الجاني عالما بالحمل، وأن الفعل الذي يقوم به من شأنه إحداث النتيجة. كما يتعين أن يتوقع النتيجة. فالمرأة التي تقوم برياضة عنيفة كالقفز مثلا، فإنها تعلم أن من شأن ذلك الإضرار بالحمل وبالتالي يتعين عليها توقيف تمريناتها إلى ما بعد الوضع. فيتعين أن يتوقع الجاني وقت إتيان فعله أن تتحقق النتيجة المتمثلة في موت الجنين داخل الرحم أو خروجه منه حيا قبل موعد ولادته. وخروجه قبل

موعد ولادته يقتضي خروجه حيا أو ميتا، ذلك وما يفهم من كلام الدكتور محمود نجيب حسني بمعنى قيام الجريمة في الحالتين [154]، ص 316. أما الدكتور المرصفاوي فله رأي آخر، فهو يشترط أن تتجه إرادة الفاعل إلى إخراج الجنين ميتا، لأنه إذا خرج حيا فإن الفعل يكون تعجيلا للولادة [280]، ص 608. وما يمكن قوله أنه إذا تحقق بفعل الجاني الذي قصد الإجهاض نزول الجنين حيا، فتقوم جريمة الشروع في الإجهاض، وبما أن الشروع غير معاقب عليه في التشريع المصري فأغلب الظن أن ما قصده الدكتور المرصفاوي هو اعتبار الفعل تعجيلا للولادة، لأنه لا يمكن إلا تأويله على هذا النحو كون أن الشروع غير معاقب عليه. لكن في التشريع الجزائري، يختلف الأمر، فلا تنتفي مسؤولية الفاعل إذا خرج الجنين حيا من جراء فعل الإجهاض. ويساءل عن جريمة الشروع فيه ويعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة.

2.3.1.2. الإرادة

ولو أننا ختمنا الحديث عن العلم بالتطرق إلى الإرادة في الفرع الذي خصصناه لدراسة العلم، فلا بأس أن نتناوله بتوضيح أكثر. يشترط لقيام الركن المعنوي أن يتحقق عنصر القصد الجنائي من علم وإنصراف إرادة الجاني إلى إنهاء حالة الحمل. فإذا انتفتت الإرادة يختل الركن المعنوي ولا تقوم مسؤولية الفاعل عن السلوك الذي أتاه. ومثاله أن يدفع شخصا بإمرأة كانت ستدوسها سيارة - لإبعادها عن الخطر - فتسقط على الأرض وتجهض. كما لا يعد مسؤولا إذا دفع بالمرأة الحامل من مكان عال قصد إيذاها، فتسبب في إجهاضها فلا يساءل إلا عن الضرب. وهو ما قضت به إحدى المحاكم المصرية في 05 جويلية 1908 [175]، ص 120، [174]، ص 121. وإذا توفر العلم والإرادة يقوم القصد الجنائي، ولا عبرة بعد ذلك بالبواعث، كما لو كان ذلك حافظا على السمعة والشرف إذا كان الحمل ثمرة زنا أو جنين سفاح (زنا المحارم) أو علاقة غير شرعية، أو بدافع الانتقام من الحامل أو زوجها أو أحد ذويها، أو لفقر أو عوز، أو لأن الجنين علم بمرضه ويخشى أن يولد بإعاقة أو تشوه [174]، ص 12. فالدوافع والبواعث لا يعتد بها عملا بالقواعد العامة التي تقتضي بأنها لا تدخل في العناصر المكونة للقصد الجنائي [368]، ص 310، [118]، ص 263، [174]، ص 121، ولا أثر لها على مسؤولية الجاني إلا إذا نص عليها القانون صراحة. وهو ما فعله المشرع الأردني، فنص على الإجهاض الذي يكون حفاظا على الشرف، وشمل من قام به سواء الحامل أو أحد أقاربها حتى الدرجة الثالثة وأصولها، بالعدر المخفف للعقاب. وكذلك قانون العقوبات اللبناني في المادة 545 ولا يؤثر الباعث مهما كان، في القصد الجنائي الذي يبقى قائما ويساءل صاحبه عن جريمة عمدية. سواء كان الباعث من ورائها هو الانتقام، أو الرأفة والشفقة

على الحامل لتخليصها من حمل غير مرغوب فيه، أو أنه كان بفعل اغتصاب. ولا تأثير لرضاها على مسؤولية الجاني[342]، ص.230

2.1.3. 4. 3. القصد الاحتمالي في جريمة الإجهاض

عرفت محكمة النقض المصرية القصد الاحتمالي[261]، ص581 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». ويعرفه بعض رجال القانون بأنه توقع حدوث النتيجة بناء على الفعل وقبولها[175]، ص506، أو توقع النتيجة كأثر ممكن للفعل ثم قبولها[154]، ص173. والمعيار المعتمد لمعرفة مدى وجود القصد الاحتمالي من عدمه، طرح السؤال الآتي: هل كان الجاني عند ارتكابه فعله يريد تحقيق النتيجة، ولو تعدى بفعله غرضاً آخر غير الذي وقع فعلاً ولم يكن مقصوداً في الأصل أم لا[261]، ص582؟، فإن كان الجواب بنعم، نكون بصدد قصد احتمالي، أما إذا كان "لا" فلا وجود للقصد الاحتمالي، ولا يساءل إلا عن فعل خطأ بحسب ما إذا أثبت وجوده أم لم يثبت. أما الدكتور رؤوف عبيد فيقول أن نظرية القصد الاحتمالي تحتاج إلى نص صريح لإمكان الأخذ بها، ولا محل للأخذ بها في هذا المجال[242]، ص230. ونرى أن القصد الاحتمالي منطقة وسط بين العمد والخطأ، فهو ليس عمداً لأن الفاعل لا يريد النتيجة وإن توقعها، كما أن مجرد التوقع لا يجعل الأمر يقينا بالنسبة إليه. ومثاله أن يقوم الزوج بضرب زوجته وهي حامل بغرض تأديبها، فهو لا يريد إلا التأديب، وإن كان يتوقع حدوث ضرر للجنين لكن يصر على ضربها، فهو لا يريد النتيجة وإن وقعت.

ولا يعتبر خطأ، لأنه لم يخطئ بفعله ما دام أنه توقعه وقبل به، أو أنه كان على وعي بالأمر وبما أن جريمة الإجهاض هي من الجرائم العمدية التي تتطلب لقيامها وجود قصد جنائي مباشر، فلا يمكن القول بقيام مسؤولية الفاعل عن النتيجة التي لم يردّها في أيّ وقت أثناء إتيان السلوك، ولا يمكن مساءلته على أساس الخطأ لأنه لا وجود لجريمة الإجهاض غير العمدية. ولقد انقسم الفقه في هذه المسألة إلى فريقين: فريق يمثل الرأي السائد في الفقه الفرنسي والمصري، يذهب إلى عدم العقاب على القصد الاحتمالي[154]، ص317 إذا لم يتوقع الفاعل الإجهاض ولم يردّه، لكن باستطاعته ذلك. بل من المفروض أن يتوقع مثل هذا الأمر. وذهب جانب آخر إلى القول بقيام القصد الاحتمالي بمدلوله الصحيح ويترتب عليه مساءلة الفاعل عن الجريمة لأنه توقع الجريمة كأثر ممكن لفعله وقبل بها. حقيقة أن في القصد الاحتمالي يكون الفاعل متوقع للنتيجة وقابل بها ويكون فعله أقرب إلى العمد وليس عمداً، والنصوص التي تناولت الإجهاض لم تتناول في أي وقت هذا الأمر لأن الجريمة عمدية، بالإضافة إلى

أن معظم الأمثلة التي جاء بها رجال القانون في مؤلفاتهم [175]، ص506، [154]، ص317، [261]، ص582 مثل : مزاولة الحامل رياضة عنيفة مع علمها بخطورة ذلك على حملها وتوقعها حدوث الإجهاض، وكذا مثال المرأة التي تتوقع حدوث الإجهاض من جراء الدواء الذي أخذته وتقبل بالنتيجة، ومن يضرب امرأة متوقعا حدوث الإجهاض. هذه كلها أمثلة يصعب إثبات قيام القصد الاحتمالي فيها، كون أنها مسألة نسبية تختلف من فرد لآخر ومن مثال لآخر، ويصعب إيجاد معيار صحيح يساعدنا على تحديد أو التأكد من وجود القصد الاحتمالي. والأمر الذي يحسم المسألة هو عدم وجود نص صريح يعاقب على القصد الاحتمالي، مما يجعلنا نلفت نظر المشرع إلى هذه النقطة طالما أنه عاقب على الإجهاض المفضي إلى موت الحامل واعتبره جنائية، فبإمكانه ذلك، خاصة إذا علمنا بأنه يعاقب على الشروع والتحريض والشروع فيه، فهذا لا يمنع من أن يتخذ موقفا صارما إذا توفر القصد الاحتمالي لدى الفاعل. كأن يقول: " كل من تسبب بفعله الذي قصد به إيذاء الحامل وليس حملها وتوقع أو يمكن له أن يتوقع إجهاضها، ورغم ذلك استمر في نشاطه الذي توقع معه حدوث النتيجة وقبل بها يعاقب..." ويقرر المشرع عقوبة لذلك، علما بأن معظم رجال القانون يقولون بالعقاب على الإجهاض الذي يكون على هذا النحو [154]، ص317، [356]، ص11، [185]، ص89 و 90.

2.1.3. 4. 4. حكم الخطأ والعمد في تحديد مسؤولية الجاني عند فقهاء الشريعة الإسلامية

لقد اختلف الفقهاء في حكم الجنائية على الجنين من حيث كونها عمدية أو خطأ. فذهب المالكية إلى أن الجنائية على الجنين قد تكون عمدية أو خطأ [332]، ص33، [304]، ص438، [270]، ص363، [169]، ص363، فهي عمدية إذ تعدد الجاني الفعل، وهي غير عمدية إذا أخطأ بفعله. اختلف من قالوا بأنها عمدية في تحديد العقوبة أخذا بعين الاعتبار الحالة التي يكون عليها الجنين بعد الانفصال عن أمه. فإذا سقط حيا ثم مات بسبب الفعل فيوجب بعض المالكية القصاص والبعض الآخر الدية. وإذا كان الإسقاط لسبب ضرب الظهر والبطن فالراجح هو القصاص [332]، ص33، [169]، ص363، [259]، ص255. ويرى الحنابلة والحنفية والرأي الراجح عند الشافعية أن الجنائية على الجنين لا تكون عمدا محضا وإنما هي شبه عمد أو خطأ. فهي شبه عمد إذا تعدد الجاني الفعل، وهي خطأ إذا أخطأ به. ويرى فريق آخر بأنه لا يمكن اعتبار الجنائية عمدية وقت ارتكابها لأن العمد المحض بعيد التصور كون أنه يشترط لقيامه العلم بوجود الجنين وتوفر قصد القضاء عليه، وهذا الأمر بعيد التصور [270]، ص363، [274]، ص619، [14]، ص544. محتجين لرأيهم بما روي عن جابر بن عبد الله أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب، والعاقلة لا تحمل العمد، ولو اعتبر الرسول صلى الله عليه وسلم العمد في هذه الجريمة لما جعل الغرة على العاقلة [14]،

ص544. أما الإباضية والزيدية والظاهرية [313]، ص33 فيتفقون مع مالك وبعض الشافعية على أن الجريمة يمكن أن تكون عمدية أو غير عمدية (أي خطأ) [259]، ص326. أما الشيعة الإمامية فيقولون أن الجناية على الجنين قد تكون عمداً، شبه عمد أو خطأ. فهي عمد إن تعتمد الفاعل فعله وقصد النتيجة. وهي شبه عمد إن قصد بفعله الضرب من أجل التأديب فيموت الجنين. وخطأ إن أخطأ بفعله من غير قصد، كأن يصيح فجأة دون أن يعتمد ذلك فتنفزع ويسقط جنينها [259]، ص327. وتكمن أهمية التفرقة بين العمد والخطأ عند الفقهاء إذا ما نزل الجنين حياً، فتكون العقوبة القصاص إذا كانت الجريمة عمدية. وإذا كانت غير عمدية فعقوبتها الدية. أما إذا سقط ميتاً فلا فرق بين العمد والخطأ في توقيع الجزاء والمتمثل في الغرة عند الفقهاء إجماعاً [169]، ص245.

وهكذا تعتبر الحالة التي ينزل عليها الجنين المعيار الذي عمد إليه الفقهاء لتحديد العقوبة. ومما سبق نقول أن جريمة الإجهاض عند هؤلاء هي عمدية وغير عمدية ولا عقوبة إلا إذا انفصل الجنين عن أمه. فبانفصاله عنها حياً أو ميتاً يثبت الجزاء الذي اختلفوا فيه في الحالة الأولى واتفقوا بالإجماع عليه في الحالة الثانية من حيث وجوب الغرة فيه. كما اختلفوا في تحديد ما يثبت حياة الجنين. فيرى المالكية لقيام مسؤولية الجاني أن ينفصل الجنين وهو حي حياة مستقرة، كأن استهل أو رضع ثم مات [369]، ص379 أما ابن قدامة فجاء عنه في تحديده لدية الجنين الحي، أن حياته تكون ثابتة لوقت يعيش لمثله أي لستة أشهر [14]، ص550 و552، واشترط الحنابلة أن تكون الحياة فيه مستقرة وليس في الرمق الأخير. أما الحنفية والشافعية والمالكية فيعتبرون الجنين منفصلاً حياً، ولو نزل لغير ستة أشهر، ما دامت فيه الحياة، ولا يعتبرونه ميتاً، إلا إذا سقط فاقداً لها لأن العبرة بتمام انفصاله لوجوب العقاب [270]، ص361. كما يشترط مالك وأبو حنيفة لوجوب العقاب على الجاني أن ينفصل الجنين في حياة الأم، فإن كان ذلك بعد موتها، فلا مسؤولية لعدم تيقنهم من أن وفاته كانت بسبب فعل الجاني، و ما يميلون إليه هو موت الأم بسبب موته. أما إذا انفصل حياً بعد موتها، فتقوم مسؤوليته وعليه دية كاملة، وإن لم يمت فعليه التعزير [332]، ص33، [274]، ص518. أما الشافعي وأحمد بن حنبل فيرون بمسؤولية الجاني سواء انفصل حياً أو ميتاً، وسواء كان في حياة أمه أو بعد موتها، لأنه جنين تلف بجناية وعلم ذلك بخروجه، كما لو نزل في حياته وليس صحيحاً ما قاله البعض أن حكمه حكم أعضائها [14]، ص539. ويبررون ذلك بأنه لو كان صحيحاً ما يدعونه فلا ضمان إن سقط ميتاً ثم ماتت أمه كأعضائها، فضلاً عن أنه آدمي موروث. كما يقولون بمسؤولية الجاني إذا انفصل بعض الجنين، سواء خرج باقيه أو لم يخرج. وما يمكن قوله هو أن الفقهاء القدامى منعوا العقاب لوجود شك في أن سلوك الجاني هو السبب في إسقاط الجنين، واعتمدوا على المنطق في تحديد مسؤولية الجاني من عدمها، والمتمثل في الملموس والمرئي بالعين المجردة ومرجع ذلك لغياب الوسائل العلمية المتطورة آنذاك، وهو ما يراه الدكتور عبد القادر عودة، فيقول أنه: "إذا أمكن الإثبات طبياً أن الجنين قد مات بفعل الجاني، فإنه

يجب عليه العقوبة". وما يفهم من قوله أنه يبرر موقف الفقهاء القدامى في عدم وجوب العقاب لوجود الشك فلو أمكن تفسيره لكان موقفهم غير ذلك [169]، ص 244. كما أنه لولا تطور الطب لما أصبح الأمر يقينا، ولربما بقي حكمهم معمولاً به ويضيف أنه لا يكفي لمساءلة الفاعل انفصال الجنين عن أمه، بل لا بد من إثبات أن ذلك حصل بفعله. كما اختلفوا بشأن الجنين الذي تلقىه الحامل، فيرى أبو حنيفة والشافعي والحنابلة أن كل ما تطرحه المرأة مما يعلم أنه ولد يجب فيه مسؤولية الجاني [14]، ص 539، [274]، ص 519. ويرى مالك أن كل ما تطرحه الحامل مما يعلم أنه حملا، سواء كان تام الخلقة أو كان مضغة أو دم موجب للعقاب. أما "أشهب" من فقهاء المالكية فيرى بمسؤولية الجاني عن العلق والمضغة. ويرى ابن القاسم المالكي "أن الدم المتجمد الذي ما صب عليه الماء الساخن لا يذوب، تقوم به مسؤولية الفاعل [332]، ص 31، [304]، ص 348، [222]، ص 459 ويقول الحنابلة أنه إذا أُلقت المرأة مضغة وشهد ثقات من القوابل بأن فيه صورة خفية لأدمي ولو بقي لتصور، ففيه وجهان: أحدهما أن لا شيء فيه لأنه لم يتصور. والوجه الثاني هو مساءلة الجاني لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه بما لو تصور [14]، ص 539، [259]، ص 331. وبهذا يكون القدامى قد جعلوا مرحلة التخلق في الجنين معيارا لوجوب العقاب، واختلفوا في مساءلة الفاعل بحسب ما إذا سقط الجنين حيا أو ميتا.

4.1.2. صور جريمة الإجهاض والعقوبة المقررة لها قانونا وشرعا

لقد نص المشرع الجزائري على أربع صور يتم بها الإجهاض في المواد 304، 306، 309 و 310 من قانون العقوبات الجزائري. فنص على الإجهاض الذي يتم من الغير على الحامل، والذي يقوم به الغير ذي الصلة الخاصة على المرأة، وعلى الذي تقوم به الحامل على نفسها، وعلى التحريض على الإجهاض، وأخص كل صورة بعقوبة معينة تتماشى وسلوك الجاني وصفته. وإذا ما دققنا في هذه الصور، فإننا يمكن أن نقسم جرائم الإجهاض إلى قسمين أو صورتين: تتمثل الأولى في جرائم إجهاض الغير للحامل، ويندرج تحتها إجهاض الغير للحامل، إجهاض ذي الصلة الخاصة للحامل والإجهاض الذي يكون بفعل المحرض. أما الثانية: فتتمثل في إجهاض الحامل لنفسها. وسوف نتناول كل هذه الجرائم تفصيلا والعقوبة المقررة لكل منها في القانون الجزائري وفي التشريعات العربية التي مرت معنا وفي الشريعة الإسلامية. وفق الخطة التالية:

المطلب الأول: إجهاض الغير للحامل.

المطلب الثاني: إجهاض الحامل لنفسها.

المطلب الثالث: العقوبة المقررة للجريمة قانونا.

المطلب الرابع: العقوبة المقررة للجريمة في الشريعة الإسلامية

2.1.4.1. إجهاض الغير للحامل

ويندرج تحت هذه الصورة الإجهاض الذي نصت عليه المادة 304 من قانون العقوبات، وذلك الذي تناولته المادة 306 منه وأخيرا ما تضمنته المادة 310 من نفس القانون، وسوف نتناول بالدراسة كل جريمة على حدة في الفروع التالية.

2.1.4.1.2. إجهاض الغير للحامل المنصوص عليه بالمادة 304 من قانون العقوبات

لقد فضلنا وحتى نميز بين عنوان المطلب والفرع أن نحدد صفة الغير بنص المادة حتى لا يحدث لبسا لدى القارئ وحتى نميز بين هذه الصورة والصور الأخرى. لقد جاء في المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري: «كل من أجهاض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك...» إن أول ما يشد الانتباه من خلال ما جاء في النص التشريعي، هو حدوث الإجهاض من الغير، والذي لم يشترط فيه المشرع أية صفة معينة. فقد يكون من أقرباء الحامل، كأن يكون زوجها، أو أحد أصولها، وقد يكون شخصا لا تربطه بها علاقة قرابة، كأن يكون خليلا أو صديقا، أو أي شخص له دراية بتقنيات الإجهاض. كما أن المشرع في هذه الصورة لم يشترط وجود حمل، أن يأتي الجاني سلوكه بغرض إنهاء حالة الحمل، حتى وإن ثبت بعد ذلك أن الحمل لا وجود له، وأن اعتقاده بوجود الحمل خطأ، وهو ما عبرت عنه المادة: «أو مفترض حملها» فقد يكون الحمل موجود، وقد لا تكون المرأة حاملا، وحتى إن افترضنا ذلك، فلا يمكن له أن يدفع بعدم تحقق النتيجة لإنعدام المحل، لأن العبرة بالسلوك وبالقصد الجنائي الذي انصرفا إلى القضاء على الجنين، وإن كان الحمل غير موجود أصلا. ويكون هنا المشرع قد كرس نظرية الجريمة المستحيلة استحالة مطلقة[262]، ص386. وعند ذكر الوسائل المؤدية للإجهاض، نجد أنه استعمل لفظ "أو" مما يفيد أنه يسوي بينهما في إحداث النتيجة ومن حيث توقيع الجزاء. فسيان أن تكون الوسيلة المستعملة شرابا أو دواء أو فعل عنف ولتوسيع دائرة التجريم لم يحدد هذه الوسائل وترك القائمة مفتوحة لتندرج تحتها كل وسيلة أخرى لم يرد ذكرها في النص والتي من شأنها إحداث الإجهاض حتى لا يتمكن الجناة الإفلات من العقاب. ولم يجعل من رضا الحامل سببا لانعدام مسؤولية الفاعل، فليس لهذا الأخير أن يدفع برضا من قام بإجهاضها لأن ذلك لن يعفيه من العقاب. ولقد اعتبر المشرع الجزائري جريمة الإجهاض جنحة، لكن إذا نتج عنه وفاة الحامل تصبح الجريمة جناية، وهذا التشديد ليس مرتبطا بالفعل المادي نفسه أو بالوسيلة، أو بإرادته في تحقيق جريمة الإجهاض وإنما هو مرتبط بالنتيجة. كما غير من وصف الجريمة واعتبرها جنائية بالنسبة للغير الذي اعتاد القيام بها، فإن تحقق ذلك حكم عليه بموجب نص المادة 305 من قانون العقوبات الجزائري.

أما بالنسبة للتشريع الفرنسي: نجد أنه يجعل من انعدام الرضا عند الحامل سببا للعقاب، فإن تم الإجهاض برضاها وفي الأشهر الثلاث الأولى من الحمل على أيدي مختصة وفي مؤسسات استشفائية عامة أو خاصة مؤهلة لذلك، فلا جريمة ولا عقوبة. بينما كان في السابق وبموجب مرسوم قانون العقوبات 1939, p275 [68] في المادة 317 منه، يعتبر الإجهاض الذي يقوم به الغير على امرأة حامل أو مفترض حملها جريمة، وكان يعتمد نظرية الجريمة المستحيلة، التي استند عليها الاجتهاد القضائي كمبدأ أو قاعدة عامة، طبقها حتى على الإجهاض الذي تقوم به الحامل على نفسها، والتي من المفروض إدراجها في التشريع الجديد. بما أنه أصبح ينظر إلى الإجهاض كجريمة تهدد حياة الحامل بخطر، قصد بالعقاب عليها حماية هذه الأخيرة وليس جنينها، فمن باب أولى أن يعاقب حتى على الإجهاض الذي يقع على امرأة غير حامل إذا تم بدون رضاها أو جاء مخالفا لأحد الشروط التي نص عليها قانون الصحة 1975, p275 [68]. لأن الإجهاض وإن كان فيه خطر على الحامل، فالخطر قد يكون أكبر إن وقع الفعل على امرأة غير حامل وهناك نقطة أخرى تستدعي تسليط الضوء عليها، وهي مسألة الوسائل المجهضة والتي لم ينص عليها قانون العقوبات الفرنسي الجديد، حيث يرى أحد رجال القانون الفرنسي أنه بلا شك يمكن اعتماد الوسائل المجهضة بما فيها الوسائل المادية والكيميائية 148, p [360], p 275, [68]. كما يطرح كذلك في هذا المجال مسألة عدم نجاعة هذه الوسائل في إحداث الإجهاض، والتي من المفروض وفي ظل مقتضيات النصوص الجديدة، يعاقب عليها على أنها أعمال عنف مشددة بحالة الحمل، وهكذا سوف يكون العقاب المقرر لها أشد من العقاب الذي أقرته المادة 317 من القانون القديم. كما أنه بالنسبة للعقوبات التكميلية التي جاءت في المادة 223-19 والتي بموجبها تمنع الأشخاص الطبيعية المرتكبة لإحدى الجرائم المنصوص عليها بالمادة 223-10 من قانون العقوبات (إجهاض الغير بدون رضا الحامل) والمادة 222-2 من قانون الصحة، يمنع هؤلاء من ممارسة أي نشاط طبي أو شبه طبي لمدة 5 سنوات أو أكثر. فهذه العقوبة لا تتماشى ومقتضيات السياسة الجنائية الفرنسية في مواجهة الإجهاض كجريمة تمس سلامة الأم وجسدها، فمن المفروض تطبيقها بالنسبة للنشاط الطبي وشبه الطبي الذي يكون على مستوى المؤسسات الاستشفائية التي يتم فيها عمليات الإجهاض أو تستقبل نساء حوامل، دون أن يشمل المنع كل مؤسسة استشفائية عامة أو خاصة.

أما المشرع المغربي، فله نفس موقف المشرع الجزائري من حيث العقاب على الإجهاض الذي يقوم به الغير على الحامل أو المفترض حملها، ويكون بذلك قد انفرد من بين التشريعات العربية إلى جانب التشريع اللبناني والكويتي بالعقاب على الجريمة المستحيلة. ولم يحصر الفصل 449 من القانون 24/03 وسائل "التطريح" في نوع معين بل اعتمد كل وسيلة مهما كانت يغض النظر عن كونها عنفا أو مواد كيميائية. وعمد في الفقرة الثانية من الفصل المذكور أعلاه إلى تغيير وصف الجريمة وتشديد

عقوبتها بحسب النتيجة التي يربتها الفعل، واعتبر الإجهاض جنائية إذا نتج عنه وفاة الحامل[334]، ص82 وما بعدها.

وللمشرع اللبناني نفس الموقف من حيث العقاب على الجريمة المستحيلة في الإجهاض الذي يقوم به الغير على الحامل، فيكفي اعتقاد الجاني بوجود الحمل وانصراف إرادته وسلوكه بالوسائل المؤدية للإجهاض التي استعملها، لإمكان مساءلته جنائيا ولو كان الحمل غير موجود[247]، ص389. ذلك ما جاءت به المادة 544 عقوبات لبناني. أما بالنسبة للمواد المستعملة للإجهاض، فلقد اعتبرها جريمة قائمة بذاتها بغض النظر عن استعمالها في الإجهاض. إذ يكفي أن يقوم شخص ببيع مواد معدة لذلك أو عرضها للبيع لإمكان مساءلته قانونا عنها[262]، ص380 و 382 و 383.

وبالنسبة للمشرع الأردني فلقد تناول جريمة إجهاض الغير للحامل في المواد 322 و 323 من قانون العقوبات، ولقد استعمل في المادة 322 عبارة "من أقدم بأية وسيلة كانت على إجهاض امرأة برضاها"، وفي المادة 323: «من تسبب عن قصد بإجهاض امرأة دون رضاها...» ما يدل على أنه يقصد المرأة الحامل حملا حقيقيا، ويكون بذلك قد استبعد الجريمة المستحيلة. وانتهج بشأن الوسائل المجهضة منهاج التشريع الجزائي من حيث عدم حصرها. إلا أنه ميز بين الإجهاض الرضائي وغير الرضائي في الحالة الثانية واعتبرها جنائية. كما اعتبرها كذلك إذا أفضى الإجهاض أو الوسائل المجهضة إلى وفاة الحامل.

أما المشرع الكويتي فنص في المادة 174 من قانون 113 لسنة 1986 على أنه: «كل من أعطى أو تسبب في إعطاء امرأة حاملا كانت أو غير حامل، برضاها أو بغير رضاها عقاقير أو مواد أخرى مؤذية، أو استعمل القوة أو أية وسيلة أخرى، قاصدا بذلك إجهاضها...» وتضم هذه المادة صورتين لإجهاض الغير للحامل. صورة يقوم فيها الغير بنفسه وبأية وسيلة كانت سواء كيميائية أو مادية أو عنف كضرب مثلا. والصورة الثانية يقوم فيها الشخص الذي تسبب في الإجهاض عن طريق الطلب من شخص آخر كصيدلي أو طبيب أو عجوز لها دراية بهذه المسائل، إعطاء الحامل دواء أو مشروبا مجهضا، بمعنى أنه يعاقب حتى من كان تدخله بطريقة غير مباشرة وتسبب في إجهاض الحامل. كما يعتبر الجريمة قائمة ولو كان الحمل غير موجود، الجريمة، ويكون بذلك قد اعتنق المذهب الشخصي وعمد إلى العقاب على الجريمة ردعا للخطورة الإجرامية الكامنة في نفس المجرم، ولخطورة سلوكه في حد ذاته بعيدا عن كون المحل صالحا أو موجودا أم لا. ويكون بذلك سار على خطى التشريعات التي عاقبت على الجريمة المستحيلة التي تطرقنا إليها آنفا. أما عن وسائل إحداث الإجهاض، فبالإضافة إلى أنه لم يحددها ويحصرها في نوع محدد، فإنه - حرصا منه على عدم إفلات بعض الفئات التي قد لا يطولها الجزاء بالرغم من أنها تلعب دورا هاما في إحداث الإجهاض - جرم بعض الأفعال في نص المادة 177 من قانون الجزاء مثل: إعداد أو بيع أو عرض للبيع أو التصرف بأي وجه كان في مواد من

شأنها إحداث الإجهاض، واشتراط العلم لإمكان متابعة الفاعل. ويكون بهذا وفر حماية كافية للجنين. ونود أن يسير المشرع الجزائري وغيره من التشريعات العربية التي لم تجرّم هذه الأفعال على نفس الدرب ويعاقب على هذه السلوكات باعتبارها جريمة قائمة لها كيائها، بعيدا عن الحامل وعن محاولة إجهاضها، في مرحلة سابقة لذلك وقائية واحترازية تعيق تحقق الجريمة.

أما قانون العقوبات المصري، فلقد ميز في جريمة إجهاض الغير للحامل، بين الإجهاض البسيط وهو ذلك الذي يتجرد من كل صفة عنف، فيكون بأية وسيلة ماعدا تلك التي تنطوي على العنف. ويستوي أن يكون ذلك برضا أو بغير رضا الحامل وهو ما تؤكد المادة 261 من قانون رقم 2003/95.

كما أن الجريمة – وكشرط أساسي لقيامها- لا بد أن يكون المحل صالحا، أي وقوع الجريمة على امرأة حامل حقيقة، وبهذا تستبعد الجريمة المستحيلة من التجريم. كما أنه وخروجا عن القواعد العامة في المساهمة الجنائية عاقب الشخص الذي يدل الحامل على وسيلة إسقاط، الذي فعله لا يعدو أن يكون مساهمة تبعية، عاقبه بصفته فاعلا في جريمة إجهاض الغير للحامل [174]، ص 123، [154]، ص 320، [342]، ص 78، [356]، ص 13. والإجهاض المشدد والذي يشترط لقيام الجريمة فيه. بالإضافة إلى الأركان العامة ركنا خاصا يتمثل في استحداث وسيلة عنف [154]، ص 321، كالضرب أو أي فعل من أفعال الإيذاء الجسدي، أو إرغامها على استخدام العنف على جسدها، كأن يكرهها على إلقاء نفسها من مكان عال [154]، ص 322. ويشترط بعض الفقهاء لتوفر ظرف التشديد عدم رضا الحامل بالإجهاض أو وسيلة العنف المستعملة فيه [116]، ص 391، وحينها تعتبر الجريمة جنائية. أما إذا رضيت فتكون الجريمة جنحة وتندرج تحت نص المادة 262 من قانون العقوبات إلا أن هذا الرأي يبقى محل نظر، ولا يسلم به الفقه [175]، ص 511، [174]، ص 324 و 325، [249]، ص 330، كون أن نص المادة جاء عاما، فلم يقصر التشديد على الرضا أو عدمه. كما أن الغرض من التشديد هو خطورة الأفعال على سلامة جسد الحامل وحياتها، والرضا لا يعفى من قيام مسؤولية الفاعل عن أعمال الإيذاء التي تسبب فيها للمرأة. وبهذا يكون المشرع المصري قد اعتبر جريمة الإجهاض التي يقوم بها الغير جنحة إذا خلت من العنف، وجنائية إذا كانت الوسيلة المستعملة تنطوي على عنف من ضرب أو جرح أو نوع آخر من الإيذاء. وأهم ما في الأمر أن المشرع المصري لا يعاقب على الشروع في الإجهاض طبقا للمادة 264 من قانون العقوبات.

أما قانون العقوبات التونسي فلم يختلف عن التشريعات التي عاقبت على الجريمة المستحيلة بدليل ما جاء بالفصل 214 في نصه: «كل من تولى أو حاول أن يتولى إسقاط حمل ظاهر أو محتمل...» حيث أن فحوى النص يوحي بأنه يعاقب على الجريمة المستحيلة إستحالة نسبية. كما لم يختلف من حيث عدم حصر المواد المجهضة، إلا أنه تميز من بين القوانين الجزائرية العربية، بأنه جعل

الإجهاض في الثلاثة أشهر الأولى من الحمل مرخص به دون أي قيد، ما عدا ذلك المتعلق بصفة القائم به ومكان إجرائه (الفقرة الثالثة من نفس الفصل).

2.1.4.1.2. إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل

تستلزم هذه الصورة من صور الإجهاض أن يكون القائم بها ذي صفة خاصة، كأن يكون طبيبا أو قابلة أو جراح أسنان أو من طلبة الطب أو الصيدلية وغيرهم من الذين ذكرتهم المادة 306 من قانون العقوبات التي نصها كالتالي: «الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة، وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان أو طلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 على حسب الأحوال». إن ذكرهم جاء لعلاقة مهنتهم بما من شأنه إحداث أو تسهيل الإجهاض. فالطبيب عندما يقدم على هذا الفعل، فإنه يضرب بأخلاقيات المهنة عرض الحائط، لأن مهنة الطب مهنة شريفة وإنسانية، وتهدف إلى شفاء الناس وإنقاذ حياتهم، وليس التسبب في إنهائها. ومن الضروري أن يكون هؤلاء على علم كاف بالقانون في حالة الانحراف والخروج عن الغرض النبيل الذي تسعى إليه هذه المهنة. فالطبيب أو القابلة التي ترشد الحامل إلى طرق إحداث الإجهاض، ولو كان من باب الإشفاق عليها أو مساعدتها لوضعها الاجتماعي أو الاقتصادي، تقع تحت طائلة العقوبة المنصوص عليها بالمادتين 304 و305 من قانون العقوبات الجزائري، ومجرد الدلالة على ما من شأنه إحداث الإجهاض ماديا كان أو كيميائيا، يجعل من أحد هؤلاء الأشخاص المذكورين أعلاه فاعلين في الجريمة، ولو لم يكن فعلهم مكونا للركن المادي للجريمة أو يدخل في تكوينه واقتصر على مجرد الإرشاد. ولعل خروج المشرع عن القاعدة العامة واعتبار الأفعال التي تدخل أصلا ضمن المساهمة التبعية أو الثانوية، أفعالا تضيف عليهم صفة الفاعل الأصلي في الجريمة، هو أن لديهم من المعلومات الفنية والخبرة العملية والوسائل العلمية، ما يسمح لهم ويمكنهم من القيام بالإجهاض بسهولة وفي سرية تامة. كما أنهم يستطيعون تحقيق النتيجة ولو لم يكن تدخلهم مباشرا، واقتصر على مجرد الدلالة والإرشاد إلى ما يحدث أو يسهل الإجهاض مما يشجع الالتجاء إليهم. وصفة الطبيب ومن في حكمه لا تأثير لها على تغيير العقوبة في القانون الجزائري، حيث أخضع المشرع كل من جريمة إجهاض الغير وجريمة إجهاض ذي صفة الخاصة للحامل إلى نفس العقوبة المقررة في المادة 304. والتشديد الذي أراده المشرع في المادة 305 من قانون العقوبات علقته توفر حالة الاعتياد. فإذا ساهم مع طبيب اعتاد القيام بالإجهاض شخص لأول مرة، فإن ظرف التشديد الذي توفر في الأول لا ينصرف إلى الثاني. ويتحقق ظرف المشدد ولو

كان ذي الصفة الخاصة موقوفا عن عمله. إلا أن "الدكتور محمود نجيب حسني" يرى غير ذلك [154]، ص324، [249]، ص331 ويقول أنه: إذا حرم الطبيب أو من في حكمه من مزاولة مهنته نهائيا، فإنه لا مجال لتطبيق التشديد وذلك لزوال الصفة عنه، مع العلم أن المادة 263 من قانون العقوبات المصري تجعل من صفة الطبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة ظرفا مشددا للعقاب. إلا أن ما ذهب إليه فقيها الجليل قد لا يصدق عمليا، ذلك أن المنع من ممارسة المهنة نهائيا لا تأثير له على الخبرة والمعرفة الطبية التي يحتكم عليها هؤلاء، ويبقوا متمكنين مما اكتسبوه خلال تكوينهم وممارساتهم من معرفة في ميدان الطب، والتقنيات لا يمكن الحرج عليها أو سلبها منهم. وبالتالي تبقى الخطورة قائمة ويمكن لهم أن يواصلوا ممارساتهم غير الشرعية.

وإذا ما أردنا معرفة موقف المشرع المصري من جريمة إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة فنقول أن المادة 263 من قانون العقوبات نصت على جريمة إجهاض ذي الصفة الخاصة للحامل وتشترط لقيامها بالإضافة إلى أركانها العامة من محل وسلوك صادر عن الغير ونتيجة وقصد جنائي توفر ركن خاص يتمثل في كون القائم بالجريمة من الغير ذي الصفة الخاصة المذكورين بالمادة 263 كالتبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة، فلا تطبق هذه الصورة إذا قامت الحامل بإجهاض نفسها، إن كانت تتوفر فيها صفة من هذه الصفات [174]، ص126، [175]، ص512، وإنما تعتبر الجريمة التي قامت بها جنحة طبقا للمادة 362 من قانون العقوبات المصري. ولقد أصاب المشرع المصري حين اعتبر مجرد الصفة ظرفا مشددا للعقاب، لأن هؤلاء الأشخاص قد يتخذون من ممارسة الإجهاض مصدرا للإثراء والكسب، ويكونون سببا في انتشار الفساد، فتكثر العلاقات اللاشرعية والزنا. ولا يخشى أن ينتج عنها أجنة بريئة مادام الحل موجود وعلى أيدي مختصة تضمن التخلص منها بسهولة وفي سرية تامة. ولهذا اعتبر قانون العقوبات المصري الإجهاض الذي يقوم به ذي الصفة الخاصة جنائية. ويعاب عليه أنه حصر هذه الفئة، الأمر الذي قد يجعل بعض الأشخاص مثل طلبة الطب والممرضون وغيرهم ممن لهم علاقة بالعلوم الطبية، يفلتون من العقوبة المقررة في المادة 263 من قانون العقوبات المصري. ولا يفوتنا في هذا المقام أن نبين موقف المشرع الأردني الذي نص على الجريمة في المادة 325 من قانون العقوبات، واعتبر بموجبها الصفة (طبيب، جراح، صيدلي، قابلة) ظرفا مشددا للعقاب، فرفع الجزاء بقدر ثلث العقوبة المقررة في جرائم الإجهاض الأخرى [262]، ص413.

أما قانون العقوبات اللبناني فنص على جريمة إجهاض ذي الصفة الخاصة للحامل في المادة 546، وحصر هذه الفئة في الطبيب، الجراح، القابلة، الصيدلي، أو أحد المستخدمين سواء قاموا بالجريمة أو حرضوا عليها أو كانوا مساهمين فيها، فإذا توفرت الصفة شددت العقوبة، حتى وإن لم يتقاضى القائم بها أجرا، ويستوي أن يقوم بها لأول مرة أو يكون قد اعتاد القيام بها، وسيان أن يكون

موقوفا عن مزاوله مهنته أو ممارسا لها بصفة مستمرة[247]، ص392 و 393. فإذا توفرت الصفة تشدد العقوبة طبقا لأحكام المادة 257 من قانون العقوبات اللبناني وترفع من الثلث إلى النصف.

ولا يختلف موقف المشرع الكويتي عن التشريعات السابقة، إلا من حيث مقدار العقوبة المشددة فقط، حيث نصت المادة 174 من قانون الجزاء الكويتي على أنه: «...إذا كان الفاعل طبييا أو صيدليا أو قابلة أو من العاملين في المهن المعاونة لمهنة الطب أو الصيدلة كانت العقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز خمس عشرة سنة، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تتجاوز ألفي دينار...» والملاحظ أن معظم التشريعات العربية قد تفتنت إلى مدى خطورة الجريمة التي يقوم بها مختصون، ولم تتساهل معهم حتى لا يصبح الإجهاض حرفة ومصدرا للثراء، وسببا لتعفن المجتمع وضياع قيمه وأخلاقه.

أما عن القانون الجنائي المغربي، فالتشابه جد كبير بينه وبين المشرع الجزائري من حيث أنه توسع في ذكر الأشخاص الذين قد تكون لمهنتهم علاقة بالإجهاض، فنص في الفصل 451 من قانون العقوبات المغربي على مايلي: «الأطباء والجراحون وملاحظو الصحة وأطباء الأسنان والقابلات والمولدرات والصيدلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان أو الصيدلة وعمال الصيدليات والعشابون والمضمدون وبائعو الأدوات الجراحية والمرضون والمدلكون والمعالجون بالتسبب والقابلات العرفية، الذين يرشدون إلى وسائل تحدث الإجهاض أو ينصحون باستعمالها أو يباشرونها فعلا...».

والملاحظ أن النص القانوني قد توسع في ذكر ذوي الصفة الخاصة عن نظيره الجزائري فأضاف المولدرات والمعالجون بالتسبب والقابلات العرفية، مما يوحي بحماية جنائية أوسع. كما أنه اعتبر مجرد النصيحة جريمة إن صدرت من أحد هؤلاء الأشخاص، بخلاف ما ذهب اليه القضاء الفرنسي، من حيث عدم اعتبار النصيحة من قبيل المساهمة المعاقب عليها[370]، P264, [70]. أما عن تشديد العقوبة لتوفر الصفة في الفاعل، فإن المشرع المغربي لم يعتبرها ظرفا مشددا للعقاب كون أنه لم يميز بين الإجهاض الذي يقوم به الغير وذلك الذي يقوم به ذوي الصفة الخاصة من حيث الجزاء، لكن التشديد جاء في حالة وفاة الحامل، وفي حالة الاعتیاد. وهنا تتطابق نظرة التشريع الجزائري والمغربي كون أنهما قصدا حماية حياة الحامل، ومحاربة احتراف الإجهاض والفساد في المجتمع. أما التشديد الذي قصده كل من التشريعين، فيظهر من خلال حرصهما وتشددتهما في العقاب على الأفعال التي تعتبر من قبيل المساهمة الثانوية واعتبارها أفعالا رئيسية تجعل من القائم بها فاعلا أصليا، وكذا على الأفعال التي لا تدخل حتى في نطاق الاشتراك. وأخيرا نخرج على القانون الفرنسي وبالضبط قانون الصحة رقم 588/2001 المؤرخ في 4 جويلية 2001 وفي مادته 2/222 نجد أن المشرع يحدد شروط القيام بالإجهاض والتي من بينها أن يكون على يد طبيب، ولم يحدد إن كان الأمر يتعلق بطبيب في أمراض النساء والتوليد أو أي طبيب عام أو متخصص. فالنصوص الجديدة تخلت عما كانت تنص عليه المادة 317 من قانون العقوبات، فالإجهاض مباح إن قام به طبيب في الإطار الذي حددته المادة، أما إذا كان

القائم به من غير ذي صفة خاصة فيعتبر جريمة معاقب عليها وعلى الشروع فيها. ولقد شدد المشرع العقوبة في حالة الاعتياد على القيام به، اعتبر حالة الاعتياد متوفرة عند القيام بالإجهاض مرتين، شريطة أن تكون على نفس الحامل[371].

3.1.4.1.2. الإجهاض بفعل المحرض

قد يتحقق الإجهاض مباشرة بعد تحريض المحرض للحامل والحوامل، وقد لا يتحقق في الوقت ذاته بل مستقبلا. ولقد انتهج المشرع الجزائري اتجاها جديدا بموجب قانون 04/82 المؤرخ في 13 فيفري 1982 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، وخرج عن المألوف في اعتبار التحريض من قبيل المساهمة التبعية، وهو الاتجاه التقليدي الذي تأخذ به معظم التشريعات، حيث خالف بذلك توصية المؤتمر الدولي السابع لقانون العقوبات المنعقد في أثينا عام 1957، الذي أوصى بإخراج التحريض من المساهمة الأصلية والتبعية وجعله كصورة مستقلة للمساهمة كون أنه يختلف عن المساهمة الأصلية. حيث لا يمكن اعتبار المحرض فاعلا لأن فعله لا يعتبر منفذا للجريمة، كما لا يمكن اعتبار سلوكه تبعية كون أنه هو الذي يخلق فكرة الجريمة والتصميم الإجرامي في ذهن مرتكبها[118]، ص203 وبهذا يكون المشرع الجزائري قد خرج عن المألوف وعن القواعد العامة المعمول بها في معظم التشريعات، حيث اعتبر المحرض فاعلا في الجريمة، فنص في المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري على مايلي: «يعتبر فاعلا كل من... أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي»، وتأكيدا لموقفه هذا جاء بنص المادة 310 قانون العقوبات واعتبر بموجبها التحريض على الإجهاض جريمة قائمة بذاتها سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق، بمعنى أنه يعاقب على التحريض على الإجهاض حتى ولو كانت الجريمة مجرد شروع. ونتكفي بهذا القدر لأنه سبق وأن فصلنا في جريمة التحريض على الإجهاض عند دراسة أركان الجريمة.

3.1.4.1.2. إجهاض الحامل لنفسها

نصت على هذه الصورة من صور الإجهاض المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري التي جاء فيها: «تعاقب... المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطت لها لهذا الغرض...». يبدو من ظاهر النص أن المشرع خص الحامل بحكم مفاده أنها تعتبر فاعلة في جريمة الإجهاض في حالتين. الأولى:- إذا ارتكبت هي الجريمة أو شرعت فيها. والثانية إذا وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها.

2.1.4.1. إجهاض الحامل من تلقاء نفسها

إن هذه الصورة تفترض أن الحامل تقوم بإجهاض نفسها عمداً [339]، ص 273. ومعنى ذلك استبعاد الخطأ ولا يهتم الباعث الذي دفعها لذلك سواء كان بغرض تحديد النسل، أو خوفاً من أمراض وراثية أو من العار والفضيحة، لأن هذه البواعث لا يمكن أن تكون ظرفاً مخففاً للعقوبة، ولو أن بعض التشريعات العربية مثل قانون العقوبات الأردني في المادة 324 منه، خص الحامل التي تجهض نفسها حافظاً على شرفها بعذر التخفيف من العقوبة. كما شمل هذا العذر كل من أقدم على إجهاض حامل برضاها أو بدون رضاها من فروعه أو قريباته حتى الدرجة الثالثة. وبهذا تكون العقوبة المقررة للمرأة التي تجهض نفسها طبقاً للمادة 97 عقوبات المتعلقة بالأعذار المخففة للعقوبة، الحبس حتى ستة أشهر أو الغرامة حتى خمس وعشرين ديناراً، وتطبق نفس العقوبة على من يقوم بجنحة الإجهاض على حامل برضاها [159]، ص 191. أما إذا نتجت الوفاة عن الإجهاض، فتكون عقوبة الجاني من ستة أشهر إلى سنتين إذا ثبت في حقه عذر التخفيف، أي أن يكون قد تحققت فيه الشروط التالية:

- أن يكون من أصول الحامل وإن علا، أو أحد أقربائها حتى الدرجة الثالثة.
- أن يكون الحمل غير شرعي. وأن يهدف الإجهاض إلى الحفاظ على الشرف اتقاء للعار والفضيحة.
- وافترض العمد يعني أن إرادتها اتجهت إلى تحقيق النتيجة المتمثلة في القضاء على الجنين، ولا يهتم بعد ذلك إن تحقق غرضها أو كان فعلها مجرد شروع، كأن تكون قد تناولت شراباً أو دواء ولم يجهض لعدم فعاليته. أو بدأت في سلوكها الإجرامي ولم تستكمله لظرف خارج عن إرادتها، لأن ذلك لا يسقط عنها العقاب كون أن الإرادة الجرمية - المتمثلة في القضاء على الحمل - موجودة ومتوفرة لديها. وتتحقق هذه الصورة بقيام الحامل بفعل الإجهاض دون مساعدة الغير، سواء عن طريق التدخل الفعلي أو باستعمال الإرشادات أو الوسائل التي دلها عليها الغير. فتقوم باستعمال أية وسيلة تراها فعالة دون الاعتماد على أي عامل خارجي. ولقد أراد المشرع من وراء عقابه للمرأة التي تجهض نفسها، أن يؤكد أن الحق المقصود بالحماية هو حق الجنين في الحياة والنمو إلى حين ولادته. ومنه فإنه يقع عليها عبء الحفاظ عليه وحمايته من كل اعتداء حتى وإن كان منها هي. ولا يشفع لها الدفع بأن الاعتداء قد وقع عليها بالدرجة الأولى، لأن المقصود بذلك هو الجنين وليس إيذاء نفسها. والمشرع الجزائري كنظيره المغربي يعاقب على مجر الشروع في جريمة إجهاض الحامل نفسها [334]، ص 92. وسار قانون العقوبات التونسي على نفس المنهج حيث عاقب على جريمة شروع الحامل في إجهاض نفسها، على خلاف بعض التشريعات العربية. مثل قانون العقوبات المصري وقانون العقوبات الأردني وقانون العقوبات السوري وقانون العقوبات اللبناني وقانون الجزاء الكويتي [212].

2.4.1.4.1.2. إجهاض الحامل بنفسها بناء على اقتراح الغير

تفترض هذه الصورة أن تقوم الحامل بإجهاض نفسها باستعمال الطريقة التي أرشدت إليها أو الوسيلة التي أعطيت لها. ويعتبر من قدم الإرشادات أو دلها على طرق أو كيفية إحداث الإجهاض شريكا لها في جريمة إجهاض الحامل لنفسها. أي تطبق عليه نفس العقوبة المقررة للجريمة والمنصوص عليها بالمادة 309 من قانون العقوبات الجزائري. أما إذا كان هذا الشريك من ذوي الصفة الخاصة، فيصبح فاعلا في جريمة إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل، كون أن سلوكه يدخل ضمن الأفعال التي جاءت في المادة 306 من نفس القانون، ويخضع للعقوبة المقررة بالمادة. بينما تطبق على الحامل أحكام المادة 309 منه. ومثاله أن يدلها طبيب أو قابلة على دواء مجهض، أو يرشدها إلى طريقة تستعملها فيحدث الإجهاض، وفي هذا الصدد نود أن نصح خطأ قد ورد في مؤلف الدكتور مصطفى عبد الفتاح لبنة [262]، ص 388، عند تعرضه لموقف المشرع الجزائري وتحديدا عند تعرضه إلى جريمة إجهاض الحامل بنفسها، ذكر أن الحامل تقوم بإجهاض نفسها لنفسها، أو أنها ترشد الغير على استعمال طريقة أو وسيلة لإسقاط حملها.

نقول أن الإرشاد إلى الطريقة أو الوسيلة يكون من الغير إلى الحامل وتوافق على استعمالها وليس من الحامل للغير الذي يقوم بإجهاضها.

وقد تقوم الحامل بإجهاض نفسها بالاستعانة بشخص له دراية بطرق وكيفيات الإجهاض فتذهب إليه وتتفق معه على المبلغ، فيجهضها. فيعتبر هو فاعلا في جريمة إجهاض الغير للحامل وتطبق عليه أحكام المادة 304 من نفس القانون. بينما تطبق عليها أحكام المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري بالرغم من أنها تعتبر مساهمة أصلية معه في الجريمة لأنها هي صاحبة المشروع، وتريد تحقيق النتيجة. إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 309 منه. فلا نجد ما يدل على ذلك، فالمادة بينت صورتين إثنين:

- جريمة إجهاض الحامل لنفسها، وجريمة إجهاض نفسها بناء على إرشادات وطرق عرضت عليها من الغير وقبلت بها. وإذا ما رجعنا لنص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري التي تعاقب كل من يأتي سلوكا بقصد إجهاض حامل، أما عن هذه الأخيرة، فلا نجد ما يدل على تجريم سلوكها الذي من خلاله تمكن غيرها من إسقاط حملها. وهذا قصور من المشرع، يجب تداركه، إما بإضافة فقرة للمادة 304 من نفس القانون على الشكل التالي: بعد الفقرة الأولى، "...كما تعاقب المرأة التي تمكن غيرها من إجهاضها...." أو تضاف للمادة 309 منه على النحو الآتي: "تعاقب... المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض أو مكنت غيرها من استعمالها لإجهاضها". وقصور النص ليس معناه إفلات الحامل من العقاب، كون أن المشرع قصد بالنصوص القانونية التي جرمت الإجهاض حماية الجنين بالدرجة الأولى.

ونشير في هذا المقام إلى أن المشرع المصري عندما تناول جريمة إجهاض الحامل لنفسها في نص المادة 262 من قانون العقوبات المصري- أغفل تجريم الإجهاض الذي تقوم به الحامل من تلقاء نفسها، إلا أن ذلك لم يمنع القضاء من المعاقبة عليه وفي هذا المقام يقول الفقيه الدكتور محمود نجيب حسني، أنه ليس من المحتم أن يكون عقاب المرأة التي تستعمل وسائل تؤدي إلى إسقاطها معلقا على شرط عرضها عليها من الغير وقبولها لها، لأن تأويلها على هذا النحو يؤدي إلى نتائج لا يتقبلها العقل وتأباها العدالة، ولا يمكن أن يقصدها القانون. فتعاقب المرأة إذا ارتكبت الجريمة بناء على إرشاد الغير، ولا تعاقب إذا قامت بذلك بمحض إرادتها. ولقد اعتمد الفقيه على موقف القضاء المصري بما فيه: قرار محكمة الاستئناف بأسيوط في 09 ماي 1912، ومحكمة الاستئناف في 22 ماس 1904، الذي تبيين من خلاله أن النصوص تهدف إلى حماية الجنين، وأن التمسك بالنص ومعناه السطحي فيه إغفال وعدم مراعاة لروح التشريع [154]، ص 325، [174]، ص 123 و 124. ومهما يكن، فإنه يستوي أن تقوم الحامل بإجهاض نفسها دون الاستعانة بالغير، أو أن تكون قد استعانت أو اعتمدت على ما قدم لها من إرشادات أو وسائل تساعد على إجهاض حملها.

فالعقوبة تبقى ثابتة، ولا يشفع لها في ذلك كون الإيذاء يطالها جسديا برضاها ومنها. وبهذا يكون المشرع قد حقق حماية جنائية للجنين حتى من مصدره وسبب وجوده. ولقيام جريمة إجهاض الحامل لنفسها، يجب أن تكون عالمة بوجود الحمل، وتقصد بسلوكها إيذاءه. فإذا تناولت مهندئات أو مسكنات لآلام الرأس وخاصة تلك التي تحتوي على مادة "الأسبيرين" مثلا، دون أن تعلم بأنها حامل، فتجهض، فلا قيام لمسؤوليتها عما وقع لعدم توفر عناصر القصد الجنائي لديها.

وما يمكن قوله عن صور الإجهاض أو جرائم الإجهاض أنها لا يمكن أن تخرج عما ذكر. فتكون بفعل الغير أو بفعل شخص ذي صفة خاصة، وبفعل الحامل نفسها، أو بفعل تحريض وذلك طبعاً في قانون العقوبات الجزائري.

أما إذا أردنا معرفة جرائم الإجهاض عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فنقول أنهم اهتموا بالجريمة نفسها وبالعقوبة المقررة لها، ولم يولوا أهمية لصفة الجاني في تحديد العقوبة أو قيام الجريمة، ولقد اعتمدوا السلوك في حد ذاته، ما إذا كان خطأ أو عمدا للقول بوجوب العقاب، بل الأهم من ذلك هو وجود الحمل، وتحديد المرحلة التي يكون فيها وقت إنزاله، وحسبما إذا خرج حيا أو ميتا أو خروج بعضه، أو بقاءه في الرحم بعد وقوع الاعتداء عليه. والإسقاط قد يقع بفعل الزوج أو الحامل أو الغير، وفي هذا الصدد يقول الدكتور عبد القادر عودة [169]، ص 242: وأيا كان الجاني فهو مسؤول عن جنايته ولا أثر لصفته على العقوبة المقررة". بمعنى أن الفقهاء لم يعتمدوا على صفة الجاني لتوقيع الجزاء، وإنما العبرة عندهم بنزول الجنين والمرحلة التي يكون فيها الحمل. هذا ما سوف نفصل فيه عند دراستنا لعقوبة الإجهاض في الشريعة الإسلامية.

2.1.4.3. العقوبة المقررة للإجهاض قانونا

إن الإجهاض جريمة تمس الجنين في حقه في النمو والتطور إلى أن يحين خروجه إلى نور الحياة، وتمس المرأة في حقها في الإنجاب والحفاظ على نسلها إلى أن يحين الوضع. كما تعتبر اعتداء على المجتمع وحقه في التكاثر والديمومة، من أجل هذا كفله المشرع بحماية جنائية من كل اعتداء قد يقع عليه منذ الوهلة الأولى من وجوده. فخصص نصوصا قانونية رادعة توجب العقاب على كل من تخول له نفسه الاعتداء عليه، سواء كان من الغير أو الأبوين في حد ذاتهما، واعتبر الجريمة قائمة سواء وقع العدوان في الأسابيع الأولى من الحمل أو في مرحلة متأخرة منه. ولم يشترط لوجوب العقاب إلقاء الجنين خارج الرحم حيا أو ميتا، (وهو ما استقر عليه القضاء المصري [249]، ص323، [213]، ص127، [372]). وأكثر من ذلك، فلقد اعتبر الجريمة قائمة بمجرد وقوع فعل الاعتداء على الحمل، ولا يهم بعد ذلك إن خرج الجنين أو لم يخرج، أو حتى لم تتحقق النتيجة، كأن كان مجرد شروع. وقدر عقوبات مختلفة حسب صفة الجاني والنتيجة كما هو الحال في وفاة الحامل، وتتمثل في السجن والحبس والغرامة والمنع من الإقامة ومن ممارسة المهنة. وسوف نتناولها تفصيلا حسب كل صورة من صور الإجهاض.

إن هدف المشرع واضح يتمثل في مواجهة الخطورة التي ينطوي عليها الفعل في حد ذاته وسلبياته التي تنعكس على الجنين وعلى صحة الحامل وحياتها. حيث أكدت الإحصائيات في العالم بأن عددا هائلا من النساء تمتن بسبب الإجهاض. فسجلت مثلا بريطانيا في عام 1970 عشرة آلاف حادثة وفاة [296]، ص160. ولعل ما يكون خطرا على حياة الحامل هو ذلك الذي يكون على أيدي غير مختصة للتخلص من حمل غير شرعي، حيث تخشى الفتاة القتل والعار والفضيحة، فتسعى إلى التخلص من حملها بأي شكل ولو كلفها حياتها. كما تنعكس آثار الجريمة على المجتمع، فيعم الفساد والانحلال الخلقي واللامبالاة، وتتحطم دعائم الأسرة، ويحجم الشباب عن الزواج بما أن البديل موجود. ولهذا الغرض جاءت النصوص القانونية لضبط الجريمة وردع الجناة وهو ما سوف نبينه في كل جريمة على حدة.

2.1.4.3.1. عقوبة جريمة إجهاض الغير للحامل

سنخص بالدراسة في هذا المقام العقوبة المقررة لجنة الإجهاض التي يقوم بها الغير على الحامل، ثم نخرج بعد ذلك على عقوبة الجنائية في قانون العقوبات الجزائري وبعض القوانين العربية.

2.1.4.3.1. العقوبة المقررة لجنحة إجهاض الغير للحامل

نصت المادة 304 ق. ع. ج على أن: «كل شخص أجهاض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق وأعمال عنف وبأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار» إن كل من تسبب في التوقف العمدي أو الجنائي للحمل، وحال دون استمراره وتطوره وذلك بجميع التقنيات أو الوسائل القديمة منها أو الحديثة، يقع تحت طائلة المادة 304 من قانون العقوبات، وما يشد الانتباه هو استعمال المشرع للمصطلحات التالية: "مفترض" - "بأية وسيلة" - "شرع" - "وافقت أو لم توافق" وإذا أردنا أن نحللها وتحديد مدى تناسبها مع الجريمة والعقوبة المقررة لها نستخلص نقطتين اثنتين:

- النقطة الأولى: والمتمثلة في عدم تناسب العقوبة مع الفعل فنقول: أن العقوبة التي حددها المشرع للجريمة من سنة إلى خمس سنوات هي عقوبة معقولة مقارنة بالجريمة والنتيجة المترتبة عنها، لكن ما القول لو أن المرأة كانت غير حامل؟ بطبيعة الحال تبقى العقوبة نفسها طبقا لنص القانون بالرغم من عدم تحقق النتيجة، وإذا قارناها بفعل الجاني الذي لا يعدو أن يكون شروعا ومحل الجريمة الذي ينتفي وجوده في حاله الحمل الوهمي، فنقول أن هناك مبالغة في العقوبة. أما إذا نظرنا إلى السلوك الإجرامي بعيدا عن كل هذه الاعتبارات فسوف نلاحظ أن خطورته لا تنعدم بانعدام الحمل أو النتيجة طالما أن العزم والإرادة ظلت موجودة. وهذا لن يمنع الجاني من معاودة الكرة إن أفلت من العقاب ولهذا أصر المشرع على عقاب الجناة حتى وإن دفعوا برضا الحامل بذلك على خلاف بعض القوانين مثل القانون الفرنسي الذي يجعل من إنعدام الرضا عند الحامل سببا للعقاب. وهناك من القوانين من يشدد العقاب في حالة انعدام الرضا مثل القانون الأردني [158]، ص 188 والقانون اللبناني [247]، ص 387 و 388، ومنها من ميز بين الإجهاض الذي يتم في مرحلة متقدمة من الحمل، وبين الذي يكون في المراحل الأولى مثل قانون العقوبات السوداني، الذي شدد العقوبة إذا وقع الإجهاض على جنين بلغ طور التحرك [354]، ص 270.

- النقطة الثانية: إن جريمة الإجهاض لا تخلو منها جميع المجتمعات العربية، أو الأوروبية و الأمريكية، الغنية والفقيرة بدون استثناء. فالتطور الهائل للعلوم الطبية تسبب في توسيع نطاق الجريمة. ولعل القارئ سوف يتساءل كيف ذلك؟ فنقول تطور الوسائل التقنية الطبية، والأدوية المجهضة من شأنها جعل المرأة تتهاون في استعمال وسائل تحديد النسل كالحبوب واللولب وغيرها من وسائل تحول دون حدوث الإخصاب، طالما أن الوسائل التي تمكنها من التخلص من حملها متوفرة وعديدة. وحتى لا يقف القانون عاجزا أمام التطور العلمي الذي قد يحول دون تطبيقه لقصوره، جاء بمصطلحات مرنة وعامة. والجدير

بالذكر أن بعض القوانين مثل القانون الفرنسي جرم بيع المعدات الطبية المستعملة في الإجهاض واعتبرها جريمة. وعاقب مصنعو وبائعو هذه المعدات، إذا قاموا ببيعها إلى أشخاص لا ينتمون إلى السلك الطبي، أو لأشخاص لا يمارسون مهنة بيع هذه المعدات بعقوبة سنتين حبسا و30.000 أورو غرامة طبقا لأحكام المادة 5435-1 من قانون الصحة الفرنسي رقم 588/2001 المؤرخ في 04 جويلية 2001. كما اعتبر المشرع اللبناني بيع المواد المعدة للإجهاض أو عرضها للبيع أو اقتنائها من أجل البيع وتسهيل استعمالها بأي طريقة كانت جريمة قائمة بذاتها، عاقب عليها بالحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من خمس إلى مائتين وخمسين ليرة طبقا للمادة 539 من قانون العقوبات اللبناني [261]، ص 379 و380. ونخلص إلى القول بأن المشرع الجزائري عاقب كل من تسبب في إجهاض امرأة حامل أو ظن أنها كذلك بأية وسيلة كانت، سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق، وسواء كان ذلك برضا الحامل أو بغير رضاها، بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار طبقا لما جاء في المادة 304 من قانون العقوبات.

كما يجوز للقاضي أن يطبق على الجاني المنع من الإقامة المنصوص عليه في المادة 12 من قانون العقوبات رقم 23/06 المؤرخ في 2006/12/20، إذا تثبت أن تواجد الجاني الذي استنفذ عقوبته يشكل خطرا على من يحيطون به.

2.1.3.4.1.2. العقوبة المقررة لجناية إجهاض الغير للحامل

لقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري أنه: «إذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن من عشر سنوات إلى عشرين سنة»، وتنص المادة 305 من القانون نفسه على أنه: «إذا ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304 فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى». ومن استقراء نص المادتين نستنتج أنه يعاقب على الإجهاض بعقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى أو اعتاد الجاني القيام به. ونقطة التقاطع بين الاثنتين هي الخطورة. فالمشرع عاقب على الإجهاض الذي يفضي إلى وفاة الحامل بعقوبة مشددة لخطورة الجريمة والنتيجة المترتبة عليها. ولم يتساهل مع من اعتاد القيام به لأنه يشكل خطورة كبيرة على حياة الحامل بالسلوك الذي يأتيه عليها وعلى المجتمع ككل، لأن هدفه تجاري ودنيء، يجعل من أرواح أجنة بريئة مصدر كسب وثراء غير مبال بنصوص القانون. ولا نجد في هذا المجال إحصائيات صحيحة تكشف حقيقة الوضع خاصة في العالم العربي الذي تعاقب معظم القوانين فيه إن لم نقل كلها على الجريمة. ويبقى الإجهاض يمارس بعيدا عن أعين العدالة وبأرقام رهيبية، حيث قدرت جريدة التايمز الأمريكية أن هناك أكثر من 33 مليون حالة إجهاض جنائي تتم سنويا

في دول العالم الثالث [278]، ص 427. ويبقى هذا العدد بعيدا كل البعد عن الحقيقة، لأن فعل الإجهاض مجرم ويتم كما قلت في الخفاء، الأمر الذي يستحيل معه الحصول على إحصائيات صحيحة أو قريبة من الصحة. ولقد حاولنا إعطاء بعض الأمثلة عنها في بعض دول العالم، ومع الأسف الشديد لم نستطع الحصول على إحصائيات موثوق منها في بلادنا وفي الدول العربية، لكن لا بأس أن ندرج بعض الأرقام التي تحصلنا عليها من بعض الجرائد التي سجلت في سنة 2007، 80 ألف حالة إجهاض بالجزائر العاصمة [373]. وأكثر من بـ 80 ألف حالة في نفس المدينة في سنة 2008 [374]. وبلغت في 2009 أكثر من 89 ألف حالة إجهاض، توفي من جرائها 99 امرأة، وقدرت النسبة في مدينة الشلف بـ 60 ألف [375] حالة إجهاض.

أما بالنسبة لسنة 2010، فلقد سجلت أكثر من 120 ألف حالة إجهاض، 60 % منها قامت به نساء تبلغ سنهن أقل من سبعة عشرة سنة. وسجل 1000 مولود متوف نتيجة الأعمال الإجهاضية [376].

كما تحصلنا على بعض الإحصائيات للجريمة في بعض دول العالم نوردتها في الجداول الآتية:
بعض الإحصائيات عن الإجهاض في بعض دول العالم [377]

الدولة	السنة	النسبة	السن	ملاحظة
ألمانيا	2008	114,500		مرخص به بمجرد طلب
إنجلترا	2007	198,500		غير مرخص به في إيرلندا
أستراليا	2008	90000		الشمالية إلا في حالة إنقاذ الأم
بلجيكا	2007	18705		مسموح به بمجرد طلب
كندا	2004	100039		
	2005	96815		انخفاض بنسبة 3,2 %
الصين	إحصائيات 2009	13 مليون حالة سنويا بنسبة 55 % النساء أجهضت ولو مرة واحدة		مسموح به وتشجع عليه.
كروواسيا	1989	40,000		مسموح به في الأسابيع 10 الأولى
	2005	4600		تراجع ملحوظ وذلك راجع للدور الذي لعبته الكنسية والجمعيات الكاثوليكية.
الدنمارك	/	/	/	مسموح به في الأسابيع 12 الأولى
إسبانيا	2007	28242 27581 14087	24 - 20 39 - 25 19 - 15	مسموح به في الأسابيع 12، وفي حالة الجنين المشوه إلى غاية 22 أسبوعا
إيطاليا	2007	126 562		عرف إنخفاضا بنسبة 4,1 %
	2008	121,406		
المكسيك	أصبح مسموحا في أبريل 2007	وفي أقل من سنتين بلغت نسبة الإجهاض 20,000 حالة		مسموح به في الأسابيع 12 الأولى
روسيا	2003	105 حالة إجهاض مقابل 100 ولادة		يعتبر وسيلة من وسائل منع الحمل

في فرنسا: إحصائيات 2002 إلى 2006 [378]

2006	2005	2004	2003	2002
209.700	206.311	210.664	203.346	206.595 حالة إجهاض
إحصائيات أجرت بالنسبة ل 1000 امرأة				
14.5	14.3	14.6	14.1	14.4

ولقد قدرت الإحصائيات لكل مناطق فرنسا ومستعمراتها لسنة 2006 ب:

الإجهاض بالنسبة ل 1000 امرأة	إجهاض باستعمال دواء	الإجهاض بالنسبة ل 1000 قاصر	الإجهاض الذي يتم في القطاع العمومي
223.154	45.8	12.9	74.0

أما بالنسبة للإجهاض في الولايات المتحدة الأمريكية، فلقد قدر حسب الجداول الآتية في الفترة ما بين 1999 - 2000 ب [379]:

السن	النسبة	النسبة حسب الدخل	النسبة حسب السبب	النسبة حسب تقدم الحمل
ما دون 15 سنة	20 %	15000	19,5 %	إغتصاب 1 %
من 20 إلى 24 سنة	32 %	30.000	38 %	لسبب صحي خاص بالأم أو الجنين 6 %
25 سنة وأكثر	52 %	60.000	13,8 %	لأسباب اجتماعية لطفل غير مرغوب فيه، عدد أفراد العائلة كبيرة 93 %
				ما بين 13 و 15 ما بين 16 و 20 ما بعد 20 أسبوعا 6 % 4 % 1 %

وتقدر نسبة الأمريكيين الذين يرفضون الإجهاض بـ 71 % مقابل 97 % من القائلين بإباحته.

وتبقى الإحصائيات بعيدة عن الواقع كون أن الكثير من الحالات لا يصرح بها، حيث قدر

الإجهاض في العالم بحسب إحصائيات 2008 بـ 50 مليون عملية إجهاض في العالم [377].

لقد تظن المشرع إلى خطورة الوضع، ولم يقتصر تشديده للعقوبة على الأطباء وذوي الصفة

الخاصة فقط، بل شمل كذلك مصاصي الدماء المتواجدين في المجتمع، الذين يستغلون ضعف نساء يعشن

مأساة ويرغبين في الخروج منها بأي ثمن، ولو أدى ذلك إلى هلاكها. وفي هذا الصدد هناك إحصائيات متعلقة بوفيات الحوامل أثناء الحمل قامت بها مديرية الوقاية بوزارة الصحة، والمدرسة الوطنية للصحة العمومية، جاءت في مطبوعة تحت عنوان "صحة الأمومة والطفولة" مشروع 2000-2004"، إلا أنها ليست مفصلة، تدرج تحتها نسبة وفيات النساء أثناء الحمل وفي 42 يوما بعد توقف نموه مهما كانت مدته، ترتبط بالحمل أو تزداد خطرا به. حيث قدرت نسبة وفيات الأمهات ب 230 امرأة في 100 ألف ولادة حية لسنة 1989. و 210 وفاة ل 100 ألف ولادة لسنة 1992 حسب إحصائيات "بابشيلد"[380]. إلا أن هذه الإحصائيات لا تعكس الوضع الحقيقي، كون أنها لا تتعلق إلا بالحالات التي عرضت على القطاع العمومي دون القطاعات الخاصة، وكذا الحالات التي يتم فيها الإجهاض في الخفاء ولا يصرح به. والملاحظ أن معظم القوانين العربية قد شددت العقوبة، واعتبرت الجريمة جناية إذا نتج عنها وفاة الحامل أو تحققت حالة الاعتياذ. نذكر التشريع الجنائي المغربي الذي نص في الفقرة الثانية من الفصل 449 على معاقبة الفاعل بعقوبة من عشرة إلى عشرين سنة إذا نتج عن الإجهاض وفاة الحامل. كما رفع العقوبة المقدره للجريمة إلى الضعف إذا ثبت أن القائم بها قد اعتاد على فعل ذلك وحدثت الوفاة ترفع العقوبة من عشرين إلى ثلاثين سنة طبقا للفصل 450 من القانون الجنائي المغربي.

ونذكر كذلك قانون العقوبات الأردني في مادته 323 التي رفعت العقوبة إلى عشر سنوات إذا كان الإجهاض بدون رضا الحامل ونتج عنه وفاتها. وذلك ما ذهب إليه المشرع الجنائي اللبناني حين عاقب على الإجهاض الذي يفضي إلى الموت، تسببت الوسائل المستعملة فيه إلى وفاة الحامل بالأشغال الشاقة من أربع إلى سبع سنوات طبقا لما جاءت به المادة 542 من قانون العقوبات. هذا بالنسبة للإجهاض الذي يكون برضا الحامل. أما ذلك الذي يكون بدون رضاها فمعاقب عليه بعشر سنوات بالفقرة الثانية من المادة 543.

2.3.4.1.2. العقوبة المقررة لذوي الصفة الخاصة

لقد نصت المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري على أن: «...الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب وجراحة الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعوا الأربطة الطبية وتجار الأودية الجراحية والمرضون الممرضات والمذكون والمذلكات الذي يسهلونه عن طرق الإجهاض أو سهولة أو يقومون به تطبق عليه العقوبات المقررة في المادتين 304 و305 حسب الأحوال». إن أول نقطة يمكن التعقيب عليها هي أن الأشخاص المبينين بالمادة ورد ذكرهم على سبيل الحصر لا يمكن القياس عليهم. وبحكم صفتهم وعلاقة مهنتهم بالجريمة، فإنهم يكونون أول المعرضين للعقاب ومحل شك وشبهات، فالطبيب الذي يسمح لنفسه، بإجراء

عملية إجهاض دون مبرر قانوني، سواء كان ذلك من باب الإشفاق على الحامل، أو كان قد اعتاد القيام بذلك لأنه مصدر كسب و ثراء، يجب أن يعلم بأنه سيقع يوما في أيدي العدالة، وحينها لن يتساهل معه القانون. كما أنه بفعله هذا يسيء إلى أخلاقيات المهنة التي أقسم أنه سيقوم بها بشرف وأمانة، وأن يبذل كل ما في وسعه لإنقاذ أرواح الأشخاص، لا ليقضي عليهم ولهذا فسواء كان الغرض مساعدة الحامل أو المصلحة الخاصة، فإنه يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري (العقوبة من سنة إلى خمس سنوات). والظاهر أن المشرع الجزائري لم يجعل من صفة الجاني ظرفا مشددا للعقاب، فسوى بين الجريمة التي يرتكبها هذا الأخير والغير.

وإذا اعتاد القيام بالإجهاض، وثبت أنه سبق وأن مارسه، تضاعف العقوبة وترفع إلى الحد الأقصى للسجن المؤقت، هذا ما أكدته المادة 305 من نفس القانون. فما يغير وصف الجريمة هو توفر حالة الاعتداء، أو تكرار الفعل و وفاة الحامل، بخلاف بعض القوانين التي جعلت من الصفة ظرفا مشددا للعقاب يغير وصف الجريمة، مثل قانون العقوبات الليبي في مادته 395[261]، ص 363. وقانون العقوبات اللبناني والذي زاد من عقوبة الإجهاض من الثلث إلى النصف، وتسري أحكام هذا الظرف المشدد على كل من تتوفر فيه صفة من الصفات المنصوص عليها في المادة 546 سواء كان فاعلا أو محرضا أو شريكا[247]، ص 394. ولا يطبق هذا الظرف على الحامل التي يجهضها ذي صفة برضاها، حيث لا تعتبر مساهمة له بل تقوم مسؤوليتها عن جريمة مستقلة. وكذا قانون العقوبات المصري في مادته 263 التي شددت العقوبة في حالة ما إذا كان المسقط ذي صفة خاصة.

تمارس مهنة الطب وفقا لقواعد وضوابط محددة، بحيث يعتبر أي خروج عنها بمثابة خطأ يحاسب عليه مقترفه بعقوبات لا تعدو أن تكون تأديبية، ولكن قد يأخذ هذا الخروج عن القواعد شكل جريمة، وهنا تكمن خطورة الوضع، حيث يخشى المشرع أن يستمر من حكم عليه بصدد جريمة إجهاض في أعماله الإجرامية بعد استنفاذه العقوبة المحكوم بها عليه، ومن أجل هذا أوجد تدابير احترازية تتمثل في الحرمان من ممارسة المهنة، مستهدفا بذلك حماية الأشخاص والمجتمع. وهو ما تؤكدته الفقرة الثانية من المادة 306 من نفس القانون التي نصها كالتالي: «ويجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليه في المادة 23 فضلا عن جواز الحكم عليه بالمنع من الإقامة»، الظاهر أن المشرع نسي بأنه قد ألغى المادة 23 بقانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، التي عوضت بالمادة 16 مكرر، ولهذا عليه تصحيح الخطأ الوارد بالمادة 306 من قانون العقوبات الجزائري ولقد أدرج المشرع هذه التدابير في الفصل الثالث من الباب الأول من قانون العقوبات، ضمن العقوبات التكميلية التي يجوز للقاضي الحكم بها إضافة إلى العقوبات الأصلية إذا رأى أن الشخص ذي الصفة الخاصة يمثل خطورة إذا ما عاد إلى مزاوله مهنته. كما ينظر ما إذا كان مسبوقا في نفس الجريمة أو

جريمة مماثلة [381]، ص 183، كأن يكون مثلاً قد حكم عليه في جريمة تسليم شهادات وفاة أو ميلاد مزورة. ويسرى هذا الحكم من تاريخ انتهاء العقوبة المقيدة للحرية.

وفي حالة ما إذا خالف المحكوم عليه الحكم القاضي بالخطر من ممارسة المهنة أو النشاط فإنه يقع تحت طائلة المادة 307 من نفس القانون. كما يجوز الحكم عليه بالمنع من الإقامة المنصوص عليه بالمادة 12 منه، الذي يبدأ تنفيذه من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه، ومرة أخرى نتبين تأكيد المشرع الجزائري وحرصه الشديدين على محاربة الجريمة والتصدي لها قبل وقوعها وبعده، توخيا من حدوثها مرات أخرى، وذلك من خلال المادة 311 من قانون العقوبات الجزائري الذي جاء فيها: «كل حكم عن إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم يستوجب بقوة القانون الحكم بالمنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في العيادات أو دور الولادة أو في أية مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة نساء في حالة حمل حقيقي أو ظاهراً أو مفترض وذلك بأجر أو بغير أجر.

وكل حكم عن الشروع أو الاشتراك في الجرائم ذاتها يستتبع ذات المنع».

وهنا المنع جاء عاماً يشمل الأشخاص ذوي الصفة – الخاصة وغيرهم سواء كان حارساً أو طباً أو عون نظافة أو موظفاً ساهم في إحدى الجرائم التي سبقت معنا (المواد من 304 إلى 310) بصفته فاعلاً أو شريكاً أو شرع فيها، فإنه يحكم عليه بقوة القانون بالمنع من ممارسة المهنة أو العمل بأية صفة كانت، بمعنى أن المنع المنصوص عليه بالمادة 311 من قانون العقوبات الجزائري يدخل في نطاق العقوبة الأصلية المقضى بها لجرائم الإجهاض. وبهذا تكون نصوص قانون العقوبات في هذا الباب قد طالت كل شخص يشكل خطراً على الحمل والحامل بغض النظر عن صفته، فيكفي أن يحكم عليه في جريمة إجهاض أو الشروع فيه فاعلاً كان أو مجرد شريك، ليستتبع ذلك الحكم المنع من ممارسة عمله إذا كان يعمل في عيادة عمومية أو خاصة للتوليد أو لرعاية الأمومة والطفولة. والغرض منه إبعاد هؤلاء الأشخاص عن مصدر الجريمة وترويج تجارة قتل الأجنة، واستئصال الخطورة التي ينطوي عليها هؤلاء خاصة إن وجدوا في الأماكن إياها، فعمد إلى إبعادهم حتى لا يعودوا لإجرامهم. ولقد شمل هذا الحكم كذلك الأشخاص المحكوم عليهم أمام جهة قضائية أجنبية بموجب حكم حاز قوة الشيء المقضي فيه، عن أفعال تكون إحدى الجرائم المنصوص عليها بالمواد من 304 إلى 313 ق. ع، حيث خول للنيابة العامة طلب تطبيق المنع من ممارسة المهنة المقدم إلى محكمة محل إقامة المحكوم عليه، وبعد استدعاء هذا الأخير قانوناً للحضور، تتعقد في غرفة المشورة لتقرير إن كان ثمة محل لتطبيق المنع المنصوص عليه في المادة 311 ق. ع. ج [75]، ص 205 و 206. وبهذا يكون المنع من ممارسة مهنة أو عمل قد طال حتى الأشخاص الذين لم يرتكبوا جرائم على التراب الجزائري بل ارتكبوها خارجه. الشيء الذي يعكس سياسة المشرع الجنائية المتمثلة في الوقاية من الجريمة قبل

وقوعها، وحرصه على حماية المجتمع وردع الأشخاص الذين يهددونه بوضعهم خارج نطاق الإضرار بالغير، وأنه لا يمكن لأحد أن يعيب أو يستهين بالقانون. وكل من يخالف أحكام الفقرة الثانية من المادة 306 ق. ع والمادة 311 يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار أو بإحدى العقوبتين.

2.4.1.3. العقوبة المقررة للحامل التي تجهض نفسها

قرر المشرع للحامل التي تجهض نفسها عقوبة نص عليها في المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري كما يلي: «تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 25.000 إلى 100.000 دينار المرأة التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض». من استقراء النص القانوني، أول ما يلفت انتباهنا هو مصطلح "عمداً" بمعنى استبعاد الخطأ إن وقع من الحامل، كأن تشرب دواء لمعالجة مغص أو أرق فتجهض. أو كأن تذهب إلى الحمام فتلقي جنينها. فهنا لا وجود للعمد، بل أن الإجهاض في المثال الأخير يكون تلقائياً *Fausse couche*، ومنه فلا تندرج هذه الحالات تحت الإجهاض المعاقب عليه الذي يشترط العلم وإرادة التخلص من الجنين، لإمكان وجوب العقاب وتطبيق أحكام المادة المذكورة أعلاه.

ولقد سارت معظم التشريعات العربية على هذا المنوال حيث نجد القانون الشرعي للجرائم والعقوبات اليمني ينص في المادة 228 منه [339]، ص 271 و 273 و 274 بوجوب الدية في الجنين والتي هي غرة مقدرة بنصف عشر الدية تدفعها الحامل لورثة الجنين، ولا تأخذ منها شيئاً. بخلاف ما إذا كان الإجهاض بفعل الغير حيث توزع الدية على ورثة الجنين، بما فيهم أمه. وإذا كان معها شريك أو شركاء فتتعدد الديات بتعدد الجناة [339]، ص 272. وإذا نزل الجنين حياً ثم مات فتدفع الدية كاملة لأنه قتلا لا إجهاضاً. أما قانون العقوبات المصري فلقد تناول الجريمة في المادة 262 منه وأقر لها عقوبة الحبس التي حددتها المادة 18 منه، والتي لا تنقص عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد عن ثلاث سنين، والغرامة المقررة بموجب المادة 11 من قانون العقوبات المصري بمائة جنيه كأقصى مقدار. وعن قانون العقوبات الأردني فنقول أنه لا يختلف عن القوانين الأخرى إلا من حيث مقدار العقوبة المقررة للجريمة، حيث نصت المادة 321 منه على معاقبة الحامل التي تجهض نفسها أو رضيت بأن يستعمل لها غيرها هذه الوسائل بعقوبة تتراوح من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، ومن حيث إقراره للعذر القانوني المخفف المنصوص عليه بالمادة 324 من قانون العقوبات الأردني، والذي شمل الحامل والأصول والأقارب حتى الدرجة الثالثة إذا كان الإجهاض حفاظاً على الشرف والسمعة، وكان الحمل ثمرة زنا أو علاقة غير شرعية [158]، ص 191. وهو موقف المشرع اللبناني والليبي حيث نص هذا الأخير في

المادة 394 من قانون العقوبات صراحة على استفادة الحامل أو ذوي قرباها من العذر المخفف حيث جعل العقوبة تتراوح من النصف إلى الثلثين من العقوبة المقررة للجريمة والمنصوص عليها في المادة 392 من قانون العقوبات الليبي[261]، ص394. وأقرت المادة 541 من قانون العقوبات اللبناني للحامل التي تجهض نفسها بما استعملته من وسائل أو استعمله غيرها برضاها الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وعاقبت المادة 176 من قانون الجزاء الكويتي الحامل بالحبس مدة لا تتجاوز خمس سنوات وغرامة لا تتجاوز خمسة آلاف دينار أو بإحدى العقوبتين. وظاهر النص أن المشرع الكويتي متساهل في مواجهة جريمة إجهاض الحامل لنفسها. وعاقب الفصل 454 من القانون الجنائي المغربي عن الجريمة بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم. ولم يشمل الحامل بعذر التخفيف إذا كان الغرض من الإجهاض الحفاظ على الشرف، شأنه شأن المشرع الجزائري والكويتي. وللمشرع التونسي موقف يتشابه وموقف المشرع الكويتي حيث جعل العقوبة جوازية إن أراد القاضي حكم بالعقوبة السالبة للحرية المقدرة بعامين سجنًا، وإن أراد حكم بالغرامة التي حددتها الفقرة الثانية من الفصل 214 من المجلة الجزائية بألفين دينار أو العكس أو بالإثنين معًا.

2.1.4.3.4. عقوبة المحرض في جريمة الإجهاض

جاء بالمادة 310 منه على أنه: «يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرّض على الإجهاض ولو لم يؤدّ تحريضه إلى نتيجة ما...» إن التحريض المعاقب عليه يكون فرديًا، أي موجه إلى شخص معين أو عدة أشخاص معينين بالذات. وقد يكون عاما حيث يوجه إلى الأفراد دون تمييز للتحريض على التجمهر الذي يشترط فيه العلانية وأن يكون في جنابة أو جنحة [185]، ص80 و81. أما التحريض على الإجهاض فهو تحريض عام يقصد فئة النساء خاصة، ويكون علنياً أو في السر حسب ما جاء في المادة 310 وباستعمال الوسائل والطرق المبينة في النص القانوني، ولا يهم إن تحققت النتيجة أو لم تتحقق، لأن مسؤولية الفاعل تبقى قائمة عن فعل التحريض ويخضع للعقوبة المقررة للجريمة، ولا يشفع له في ذلك تراجع المرأة عن فعلها أو عدم نجاعة الوسيلة المبينة في الدعايات التي قام بها. والقول بأن جريمة التحريض على الإجهاض جريمة قائمة بذاتها يعني أن حكم الاشتراك والشروع في الجريمة يخضع إلى نفس القواعد المطبقة على الاشتراك والشروع في الإجهاض. فتطبق نفس العقوبة المقررة للمحرض وعلى شركائه في حالة الشروع في الإجهاض وهو ما أكدته المادة 310 ق.ع بصريح العبارات: «...ولو لم يؤدّ تحريضه إلى نتيجة..».

وإذا كان المحرض من ذوي صفة خاصة فإنه إضافة إلى العقوبة المذكورة أنفاً بالمادة المذكورة أعلاه، تطبق عليه أحكام الفقرة 02 من المادة 311 من قانون العقوبات والمتمثلة في الحرمان من ممارسة المهنة. وهذا المنع يشمل أي شخص من دون ذوي الصفة الخاصة يعمل بأية صفة كانت في عيادات أو دور الولادة أو أية مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة نساء حوامل حمل حقيقي ظاهر أو مفترض. وهنا يظهر الطابع الردعي لنصوص قانون العقوبات، التي تؤكد مدى حرص المشرع على عدم إفلات الجناة من العدالة حتى وإن كانت أفعالهم لا تعدو أن تكون شروعا أو مساهمة في جريمة ناقصة أو مستحيلة. ولقد أولى أهمية بالغة لشخصية الجاني وما تنطوي عليه من خطورة إجرامية ولهذا جاءت النصوص المنظمة للإجهاض واسعة حاولت أن تشمل كل السلوكات الضارة والمهددة بخطر الجنين. فضيقت الخناق على الجناة ووفرت حماية كافية للحمل المستكن داخل الرحم إلى أن يحين موعد ولادته الطبيعي. وللمشرع الجنائي المغربي موقف متشابه إلى حد بعيد مع قانون العقوبات الجزائري، حيث تناول في الفصل 455 من القانون الجنائي جريمة التحريض على الإجهاض والعقوبة المقررة لها والممثلة في الحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من مائتين إلى ألفين درهما أو الحكم بإحدى العقوبتين. كما أخضع لهذه العقوبة كل من باع أو وزع أدوية أو أجهزة أو أشياء أو عرضها للبيع أو عمل على توزيعها (سبق التطرق إلى نص المادة عند دراسة صور الإجهاض)، شريطة أن يكون عالما بأنها معدة للإجهاض حتى وإن كانت هذه الأدوية أو المواد أو الأجهزة غير قادرة على إحداثه. وإذا توفيت الحامل من جراء تناول هذه الأدوية أو استعمال هذه الأجهزة، فتشدد العقوبة لتصبح من عشر سنوات إلى عشرين سنة طبقا للفقرة الثانية من الفصل 449 من قانون العقوبات المغربي كما شدد العقوبة إذا ثبت أن هؤلاء الأشخاص يمارسون بصفة معتادة هذه الأفعال (أي بيع الأدوية أو عرضها...) [151]، ص 301. وللمشرع السوري نفس الموقف من حيث العقاب على التحريض كونه جريمة قائمة بذاتها. حيث نصت المادة 525 من قانون العقوبات السوري على معاقبة التحريض العلني على الإجهاض عن طريق نشر وترويج أو تسهيل استعمال وسائل الإجهاض، بعقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين وبالغرامة من خمسين إلى مائتين وخمسين ليرة. وذهبت القوانين في معظم الدول العربية إلى إخضاع جريمة التحريض على الإجهاض إلى القواعد العامة من حيث اعتبارها مساهمة تبعية والعقاب عليها بالعقوبة المقررة للشريك مثل قانون العقوبات المصري في مادته 40 والقانون الأردني والكويتي والليبي واللبناني [154]، ص 314 و 315. إن تشدد المشرع الجزائري دليل على مدى تأثره بالشرعية الإسلامية، وخاصة بالآراء الفقهية التي حرمت الإجهاض في جميع مراحل الحمل فأوجب العقاب عليه مهما كانت مرحلة تطور الجنين. و لم نجد للتشريعات العربية ما يخالف ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية من حيث تحريم الإسقاط إلا من حيث مقدار العقوبة، فيما عدا قانون العقوبات التونسي في مادته 214

حيث سمح بالقيام به وبصفة قانونية في مؤسسة استشفائية عامه أو خاصة. ولقد أضيفت هذه المادة بمقتضى المرسوم 2 لسنة 1973 المؤرخ في 26 سبتمبر 1973 [261]، ص 429. وبعدما تعرضنا إلى العقوبات المقررة لجرائم الإجهاض قانونا أصبح علينا لزاما أن نتعرض إلى ما أقرته الشريعة الإسلامية من عقوبة للجريمة.

4.1.2.4. العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض شرعا

إن إسقاط الجنين قبل أن يكتمل نموه وتطوره فيه اعتداء وعدوان على الحياة نفسها، أو ما هو سائر للحياة، ولهذا عاقبت الشريعة الإسلامية على ذلك الفعل، واعتبره الفقهاء جناية على الجنين إذا ما انفصل عن أمه قبل موعد ولادته الطبيعية. واختلفت العقوبة عندهم باختلاف النتائج المترتبة عن فعل الإسقاط بحسب ما إذا انفصل حيا، أو نزل حيا ثم مات بسبب الاعتداء. وإما أن ينفصل ميتا بعد موتها، أو حيا بعد موتها، حيث تختلف العقوبة بحسب هذه الحالات من غرة أو دية، وسنلحق كل حالة بالعقوبة الواجبة فيها وعلى من تجب؟ ومقدارها وأدلة مشروعيته تفصيلا كما يلي:

الفرع الأول: الغرة

الفرع الثاني: دية الجنين

الفرع الثالث: الكفارة

4.1.2.4.1. الغرة

وهي عقوبة أقرها الفقهاء وتجب بالجناية على الجنين. وتعرف بأنها الخيار من كل شيء [185]، ص 80 و 81. ومن معانيها بياض في جبهة الفرس، ومنه الحديث الشريف الوارد في وصف المؤمنين يوم القيامة: أعرهم غرا محجلين من آثار الوضوء [382]، ص 36. وتعرف اصطلاحا بأنها دفع عبد أو أمه، أو ما يقوم مقامهما أو مقدارهما دية لهلاك الجنين [14]، ص 534، [383]، ص 181. وأدلة ثبوت مشروعيته جاءت في السنة النبوية نذكر منها ما جاء في صحيح البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أن: إمرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحتا جنينا، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه بغرة عبد أو أمه [355]، ص 46. وعن سعيد بن المسيب أن: الرسول صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين الذي يقتل في بطن أمه بغرة عبد أو أمه أو وليدة، فقام حمل بن النابغة الهذيلي وقال: يا رسول الله كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ونطق واستهل؟ فمثل ذلك يطل. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم. وإنما هو من إخوان الكهان [384]، ص 357.

وجاء عن مالك بن أنس في كتابه الموطأ أنه قال: ولم أسمع أحدا يخالف في أن الجنين لا تكون فيه الغرة حتى يزایل بطن أمه ويسقط من بطنها ميتا [296]، ص 188. ويتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على وجوب الغرة بموت الجنين سبب الاعتداء وانفصاله ميتا، أو انفصال البعض الدال على موته إذ لا يثبت حكم المولود إلا بخروجه [323]، ص 60. كما أنها تجب في العمد والخطأ معا ولا فرق بين الحالتين. إلا أن دية الجنين تغلط في حالة العمد وتخفف في حالة الخطأ [169]، ص 245. كما تجب في الجنين الذكر والأنثى، ولا فرق في قيمة ما يجب لكل منهما. ولقد اختلف الفقهاء حول انفصال الجنين كله أو بعضه لوجوب العقاب، وكون الانفصال تم في حياتها أو بعد موتها، فقال أحمد بن حنبل وأبو حنيفة ومالك بأنه إن بقي الجنين في بطن أمه بعد فعل الاعتداء الواقع على هذه الأخيرة، فلا ضمان لأننا لا نعلم إن كان موته سبب موتها. كما أنه لا يمكن أن يعلم إن كان هناك حمل أصلا إذا لم ينزل من جراء العدوان [304]، ص 407. غير أن بعض الشافعية قالوا: بأنه لو علم موت الجنين وإن لم ينفصل منه شيء فحكمه كالمنفصل [323]، ص 61. أما الحنفية فذهبوا إلى اعتبار انفصال الأكثر من الجنين كما لو كان انفصالا كاملا [323]، ص 60. إلا أن المالكية خالفوا فقهاء المذاهب الأخرى، وقالوا بأنه لا يعتبر الجاني ضامنا حتى تلقي المرأة ما في جوفها وينفصل عنها [304]، ص 408، وأن يكون ذلك قبل موتها، فإن حدث ذلك بعد مفارقتها الحياة فلا شيء فيه. وفي ذلك اختلاف بينهم، فيقول الحنفية والمالكية بوجوب انفصاله قبل موتها [274]، ص 378، [323]، ص 60، [304]، ص 407. أما الشافعية فيوجبون الغرة سواء نزل الجنين في حياتها أو بعد موتها [323]، ص 61 أما بن قدامة فيرى وجوب الغرة بسقوط الجنين كيفما كان حيا أو ميتا [14]، ص 538. ويرى بن حزم من المذهب الظاهري بضمانه سواء نزل أو لم ينزل بعد موتها [313]، ص 235 ودليله في ذلك ما جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجوبه للغرة في الجنين. ولم يكتف الفقهاء بهذا، بل اشترطوا بداية التخلق في الجنين لوجوب الغرة ويمكن تلخيص أرائهم فيمايلي:

القول الأول: ذهب الظاهرية وهو قول عند المالكية بوجوب الغرة بالحمل مطلقا [304]، ص 408، [313]، ص 235.

القول الثاني: ذهب أكثر الحنفية إلى القول بأنه تجب الغرة بعد نفخ الروح، أما قبله فإن فيها حكومة [369]، ص 381، وهو قول بن رشد من المالكية [301]، ص 165.

القول الثالث: ذهب الشافعية والحنابلة، وهو قول للحنفية والمالكية بأنه تجب الغرة فيما استبان فيه صورة إنسان ولو خفية [384]، ص 358، [323]، ص 61، [304]، ص 408، [296]، ص 185 و 186. أما عن مقدارها، فلقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه استشار الصحابة في إملاص المرأة، فقال المغيرة بن شعبه: شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمه [249]، ص 506، [358]، ص 62. وعن أبي هريرة رضي الله عنه: أن اقتتل إمرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى

بحجر فقتلها وما في بطنها، فاخصمتا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ف قضى أن دية جنينها عبد أو أمه [355]، ص 46. ومن ظاهر الحديثين نستنتج أن دية الجنين هي غرة عبد أو أمة أو وليدة (وهي الأمة الصغيرة التي لم تبلغ سبع سنوات). ولقد قدر الفقهاء قيمة العبد أو الأمة بنصف عشر الدية الكاملة أي بخمس من الإبل أو خمس مائة دينار أو ست مائة درهم [249]، ص 509. ولقد ذهب جمهور من فقهاء المالكية والحنفية والحنابلة إلى أن دية الجنين غرة عبد أو أمة أو فرس أو بغل [384]، ص 357.

2.4.1.2. دية الجنين

يقول عز وجل في محكم تنزيله: (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ) [386]، 92، وجاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين، إما يعطي الدية وإما أن يقاد أهل القتل) [298]، ص 213 فالدية تجب بالإجماع في الأنفس والأطراف ما عدا القتل العمد الذي يجب فيه القصاص، إلا إذا عفا ولي الدم واختار الدية. وتجب الدية في الحمل الذي تجاوز أربعة أشهر. ولقد اختلف الفقهاء في مسألة إثبات الحياة للجنين فذهب فريق منهم إلى القول بأن الحياة تثبت بالاستهلال أو الصياح أو البكاء، وهذا ما قال به الإمام مالك [369]، ص 379. وفريق آخر قال بأن الحياة تثبت بالعطاس أو التنفس أو الحركة كقبض يد أو بسطها، ومن أصحابه فقهاء الشافعية والحنفية، حيث يعتبرونه منفصلا حيا حتى وإن كان لأقل من ستة أشهر [270]، ص 361. ويرى الحنابلة بأنه يجب أن يكون لسته أشهر فصاعدا وأن يعيش لمثلها، وأن تكون الحياة فيه مستقرة [14]، ص 552. وتتعدد الديات بتعدد الأجنة وتورث على فرائض الله، ولا يرث منها أحد الأبوين إذا كان هو الجاني [301]، ص 164، [169]، ص 247.

أما فقهاء المذهب الظاهري فقالوا بأن في الجنين الذي تلقيه المرأة حيا ثم يموت دية وكفارة [313]، ص 38. ويقول أصحاب المذهب الزيدي أن الجنين إن نزل وفيه إمارات الحياة من صوت أو حركة أو تنفس ففيه دية ولو كان ذلك دون الستة أشهر [301]، ص 170، وإن خرج وفيه حياة مستقرة ثم قتل فالقود على القاتل. وتتعدد الديات بتعدد الأجنة، ويختلف مقدارها باختلاف جنس الجنين فدية الذكر دية الرجل، ودية الأنثى دية امرأة أي نصف دية الرجل. ويقول الدكتور عبد القادر عودة: إذا انفصل الجنين حيا، ثم مات لسبب آخر غير الجناية كأن قتل مثلا أو امتنعت أمه عن إرضاعه حتى هلك، فعقوبة الجناية على الجنين (والتي هي الإجهاض بالمفهوم القانوني) هي التعزير، لأن الوفاة حدثت بفعل غير فعل الإسقاط. أما العقوبة على قتل الجنين بعد انفصاله فهي عقوبة القتل العادي [169]، ص 247 و 249.

وكخلاصة لمختلف الآراء الفقهية نقول: أنهم اتفقوا جميعهم على وجوب الدية كاملة إذا ما ثبت للجنين حياة مستقرة.

2.1.4.3. الكفارة

اختلف الفقهاء في وجوب الكفارة في الجنين فانقسموا إلى فريقين:

الفريق الأول: إن من القائلين بوجوب الكفارة مطلقا بالعدوان على الجنين، الشافعية والحنابلة[14]، ص557، الذين يرون بوجوبها مع الغرة لأنها تجب حق الله تعالى لا للآدمي. ويقولون في تعليلهم على عدم ورود ذكرها في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حكم إملاص الحامل، بأن ذلك لا يمنع من عدم وجوبها، لأنه ذكر في موضوع آخر الدية ولم يذكر الكفارة. وإن ألفت المضروبة أجنة، ففي كل واحد غرة أو دية وكفارة، وإن اشترك جماعة في ضرب الحامل، فديته أو الغرة عليهم بالحصص وعلى كل واحد كفارة [14]، ص557. أما الإمام أبو محمد علي الظاهري فإنه يقول بعدم وجوبها فيمن لم يبلغ الأربعة أشهر، لأن الاعتداء الذي وقع على الجنين لا يعد قتلًا خطأ ولا عمدا إذن فلا كفارة [313]، ص236. وعن فقهاء المذهب الحنفي، فإنهم قالوا: إذا سقط الجنين ميتا نذبت الكفارة ولم تجب. وإن سقط حيا ثم مات متأثرا بالعدوان عليه وجبت الكفارة [274]، ص390 و391. أما الإمام مالك من المذهب المالكي، فلقد استحسناها ولم يقل بوجوبها. وجاء عن الشيخ حماني أنه لا كفارة في الجنين الذي أسقطته أمه خطأ، وفيه عشر دينها فقط [386]، ص350.

ويبقى الإجهاض من أكثر الجرائم انتشارا في المجتمعات، وأصعبها اكتشافا بحكم طبيعتها الخاصة وارتباطها بالمسائل الداخلية للمرأة، وأكثرها تعلقا بالشرف والسمعة. يهدد وجود الأسرة وغالبا ما يكون سببا في تفككها خاصة في المجتمعات العربية المحافظة التي لا زالت متمسكة بأصالتها وحرصا على شرفها وسمعتها. غالبا ما يكون الغرض منه تغطية جرم آخر يتمثل في العلاقة الآثمة التي تربط بين إثنين خارج إطار الزواج نتجت عنها ثمرة لا قيمة لها قانونا وشرعا ولا يعترف بها المجتمع بل يستنكرها. تخشى الحامل بسببها القتل والعار والفضيحة التي ستلحق بها وبأهلها، فتتخلص منها دفعا لما قد يشوه سمعتها ويحط من قيمة أسرتها ويتسبب في تشتت أفرادها بعد ذلك. وسواء تعلّق الأمر بجنين الزنا أو الاغتصاب فإن الأمر لا يختلف، ولو أن في الحالة الثانية تكون الحامل مغسوبة على أمرها ولا ذنب لها. ولهذا يعتبر الإجهاض من أخطر الجرائم التي تقع داخل الأسرة لأنه يهدد هذه الأخيرة في استقرارها ووجودها، ويخشى بانتشاره فساد المجتمع وضياع القيم والأخلاق، ولهذا عمدت معظم القوانين إلى العقاب عليه.

2. 2 . جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة

لقد اهتمت معظم التشريعات بالطفل وأخصته بحماية جنائية قبلية تتمثل في النصوص القانونية التي وضعتها لحمايته بصفته جنينا، ونصوص قانونية تحميه كإنسان منذ ولادته. اللحظة التي يثبت له فيها الحق في الحياة حسب الرأي التقليدي، بل وأن الرأي الراجح فقها يذهب إلى أبعد من ذلك حيث يعتبر أن حياة المولود تبدأ كإنسان منذ بداية عملية الولادة، أي بإحساس الأم بالأم الوضع[154]، ص302، وإن استغرقت عملية الوضع وقتا طويلا بسبب عسر الولادة. وكل اعتداء يقع عليه ولو لم ينفصل عن أمه يعتبر قتلا إذا كان المولود حيا. ولا تميز التشريعات من حيث ثبوت الحق في الحياة بين ما إذا كان الإنسان قد بلغ مرحلة معينة من عمره وبين ما إذا كان في اللحظات الأولى من مجيئه إلى الدنيا. وهو ما تأكد في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة الصادر بمدينة "سان فرانسيسكو" في 26 جوان 1945، حيث أكدت شعوب الأمم المتحدة من جديد إيمانها بالحقوق الأساسية للإنسان وكرامته وقدرته وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية. كما بينت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في مادتها السادسة الحق الأساسي والمهم، وهو الحق في الحياة وألقت على عاتق الدول الأطراف مهمة العمل على بقاء الطفل ونموه.

ولهذا جاءت معظم القوانين في العالم تعاقب على كل اعتداء ممكن أو حاصل على الطفل. بل أنها خصته بحماية متميزة لوضعه ولكونه غير قادر على الدفاع عن نفسه. ولما كان الطفل هو رجل الغد وأمل المستقبل جاءت الشريعة الإسلامية وقبل هذه القوانين الوضعية بكثير، بعدما كانت المجتمعات تعيش زمن الجاهلية والوحشية، تؤاد فيها البنات اتقاء للعار أو الفقر، ويقتل فيها الذكور إذا تبين ضعفهم وعدم قدرتهم على خشونة الحياة السائدة آنذاك. جاء الإسلام ورفع من قيمة حياة الإنسان،- حيث جعل لها حرمة وهي لا زالت داخل أحشاء الأم. كما حرم قتل النفس مهما كان السبب بدليل قوله بعد بسم الله الرحمن الرحيم: (مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) [388]، 32، وقوله تعالى: (قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ) [388]، 140، وقوله تعالى: (وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا) [319]، 31 فالإسلام ثبت الحق في الحياة للطفل باعتباره إنسانا أولا، وباعتباره غير قادر على الدفاع عن حقه هذا ثانيا [340]، ص300، وليس لأحد أن يعتدي عليه حتى وإن كانت أمه التي حملت به ولأي سبب كان. وقد يحدث أن يقوم أقرب إنسان وأحن قلب على الطفل بوضع حد لحياته لتغطية جريمة أخرى يخشى أن تنكشف وتسبب إلى شرف وسمعة الأم إذا كان الولد غير مرغوب فيه، كأن كان ثمرة علاقة غير شرعية أو بفعل زنا أو اغتصاب. كما قد يكون ذلك بسبب آلام الوضع وحالة النفاس، حيث تكون الحامل تعاني من

اضطرابات نفسية ناجمة عن الحمل والولادة. ومهما يكن فإن معظم التشريعات في العالم لم تسلم بهذه الأسباب بصورة مطلقة، وجعلت من قتل الطفل حديث الولادة جريمة تعاقب عليها مهما كانت صفة فاعلها.

ويختلف القتل العادي للطفل عن قتل الطفل اتقاء للعار، كون هذا الأخير يخضع لقواعد خاصة [389]. حيث جعلت بعض التشريعات من قتل الطفل عمدا ظرفا مشددا للعقاب عقوبتها الأشغال الشاقة المؤبدة مثل التشريع الإيطالي. بينما عاقب على القتل العادي بالأشغال الشاقة المؤقتة [390], p223، ولنا كذلك التشريع السوري واللبناني. بينما ذهبت تشريعات أخرى كالتشريع المصري والكندي والفرنسي إلى عدم إخضاعه إلى قواعد خاصة سواء من حيث التجريم أو العقاب، ولم تجعل من صفة الضحية ظرفا مشددا للعقاب، بل أخضعتة للقواعد العامة لجريمة القتل [389]، ص30، [391]، ص65 إلى 76. وذهبت تشريعات أخرى كالتشريع الجزائري إلى اعتبار صفة الجاني ظرفا مخففا للعقاب ولم يحدد السبب إن كان اتقاء للعار أو لسبب آخر. وكذا القانون الجنائي المغربي الذي عاقب على جريمة القتل بالسجن المؤبد أو الإعدام حسب الأحوال طبقا للفصلين 392 و393 وأخضع جريمة قتل الطفل حديث الولادة إلى نفس العقوبة المقررة في الفصلين السابقين، إلا إذا قامت بها الأم فإنها تستفيد من ظرف التخفيف وذلك طبقا لأحكام الفصل 397 من القانون الجنائي، ولم يشترط أن يكون فعلها هذا بدافع اتقاء العار أو لغير ذلك. وعلى كل سوف نفصل في هذا الأمر عندما نتناول بالدراسة العقوبة المقررة للجريمة.

فالقتل جريمة شنعاء خاصة وإن وقع على فلذات الأكباد وفي ظروف تضيق فيها الدنيا بما رحبت على والدته، تكون حينها أمام أمرين اثنين: الفضيحة أم ارتكاب الجرم لمدرات جرم آخر. وعلى العموم لن تقتصر دراستنا في هذا الفصل على هذه النقطة فحسب، بل ستكون وفق الخطة التي انتهجتها للتفصيل في الموضوع كالاتي:

1.2.2. تحديد مفهوم الطفل

قلنا أن كل التشريعات في العالم تهتم بهذا الكائن الضعيف، وتحاول أن توفر له قدرا كبيرا من الحماية الجنائية عن طريق النصوص القانونية التي تسنها لهذا الغرض. تبين فيها حقوقه وتعمل على احترامها وحمايتها من كل اعتداء وخرق لها، والتي من أهمها الحق في الحياة، ولما كان موضوعنا هو الاعتداء على هذا الحق، فلا بد – وقبل أن نتطرق إلى موضوعنا- أن نحدد من هو هذا المخلوق؟ ومتى تصدق عليه تسمية طفل حسب المفاهيم القانونية، العلمية والشرعية ضمن الخطة الآتية:

المطلب الأول: التعريف العلمي والقانوني للطفل

- الفرع الأول: التعريف العلمي للطفل

- أولا: عند علماء الاجتماع

- ثانيا: عند علماء النفس

- الفرع الثاني: التعريف القانوني

- أولا: تعريف الطفل في المواثيق والاتفاقيات الدولية

- ثانيا: تعريف الطفل في القوانين الوضعية

المطلب الثاني: التعريف الشرعي للطفل

1.1.2.2. التعريف العلمي والقانوني للطفل

الطفل لغة هو الصغير من كل شيء. وأصل لفظ الطفل من الطفالة أو النعومة. فالوليد به طفالة ونعومة حتى قيل هو الوليد ما دام رخصا أي ناعما. وكلمة طفل تطلق على الذكر، كما تطلق على الأنثى والفرد والجمع ومصدرها طفولة، والطفل لغة هو المولود [392]، ص 413، [393]، ص 374، [394]، ص 190 و 191. وتسميته طفل تطلق على الولد حتى البلوغ، واصطلاحا تمر الطفولة بمراحل ثلاثة:

- الرضاعة: وتبدأ من الولادة حتى سنتين.

- الطفولة المبكرة: وتبدأ من سنتين إلى العام الخامس.

- الطفولة المتأخرة: وتبدأ في السادسة إلى الثانية عشرة سنة.

كما تطلق على الصبي الذي لم يبلغ، وعلى الحدث بمعنى الشاب. واصطلاحا الصغير القاصر ما بين السابعة والثامنة عشرة من العمر. وعلى القاصر بالمعنى اللغوي يفيد العجز وعدم القدرة، واصطلاحا يعد مرادفا للحدث [389]، ص 14 و 15.

كان هذا عن التعريف اللغوي، أما بالنسبة للتعريف العلمي والقانوني فسوف نخصص لكل منهما فرعاً نبين فيه أهم ما جاء به علماء الاجتماع وعلماء النفس وكذا ما جاء من تعريفات في القوانين والمواثيق الدولية.

1.1.2.2. التعريف العلمي للطفل

1.1.2.2.1. عند علماء الاجتماع

اختلف علماء الاجتماع في تعريف الطفل تبعاً لاختلاف وجهات نظرهم إلى انتهاء فترة الطفولة وانقسموا إلى ثلاث اتجاهات رئيسية:

- اتجاه يحدد مفهوم الطفل بسن معينة تبدأ من ولادته لتمتد إلى الثانية عشرة من عمره.

- واتجاه يرى بأن الطفل هو من لم يبلغ سن البلوغ، ويقول أصحاب هذا الاتجاه أن تكوين شخصية الطفل ونموها يبدأ من الميلاد إلى سن البلوغ وهي مرحلة الطفولة.
- واتجاه ثالث يرى أن الطفل هو الذي لم يبلغ سن الرشد، وهو تعريف يتماشى وما جاءت به اتفاقية حقوق الطفل. ويقول أحد علماء الاجتماع الدكتور عاطف عيش أن: «الطفولة فترة الحياة التي تبدأ منذ الميلاد حتى الرشد، وهي تختلف من ثقافة إلى أخرى، فقد تنتهي الطفولة عند البلوغ أو عند الزواج، أو يصطلح على سن محددة لها» [396]، ص 38 و 39، [395]، ص 24. والملاحظ أن علماء الاجتماع قد اتفقوا على بداية مرحلة الطفولة والمحددة بالميلاد، واختلفوا في تحديد نهايتها، حيث يرى الدكتور هلاي أن الاتجاه الأقرب إلى الصواب هو الاتجاه الذي حدد نهاية فترة الطفولة بسن البلوغ.

1.2.2.1.1.2.2. عند علماء النفس

تمتد فترة الطفولة إلى ما قبل الميلاد لتشمل المرحلة التي يكون فيها الطفل جنينا وتنتهي ببداية البلوغ [396]، ص 38 و 39، 42.

وإذا ما أمعنا جيدا في تحديد فترة الطفولة من طرف علماء الاجتماع وعلماء النفس نقول بأنها غير منطقية وبعيدة عن واقع الأمور الحقيقي، حيث كيف يمكن أن نجعل من سن البلوغ الذي قد لا يتعدى في كثير من الأحيان سن 12 سنة إلى 14 سنة، - وقد يكون أقل من ذلك - معيارا لتحديد نهاية الطفولة؟ ونحن نعلم أن في هذه السن يكون الطفل ناقص الإدراك وغير قادر على تكيف تصرفاته ومحيطه الاجتماعي. وهناك تعريف علمي- و أظن أنه أقرب إلى الصحة ويتماشى وما ذهبت إليه القوانين في تعريفاتها للطفل- ويتمثل فيما يلي: "الصغير منذ ولادته حتى يتم نضجه النفسي والاجتماعي والجسمي، وحتى تتكامل لديه عناصر الرشد المتمثلة في الإدراك التام للأشياء والمواقف والظروف التي تحيط به، أي معرفة الإنسان لطبيعة وصفة عمله، والقدرة على تكيف سلوكه وتصرفاته طبقا لما يحيط به من ظروف ومتطلبات الواقع الاجتماعي الذي يعيشه" [397]، ص 47.

1.2.2.1.1.2.2. التعريف القانوني للطفل

تهتم معظم التشريعات في العالم بالطفل وتحميه بنصوص خاصة نظرا لوضعه، لانه غير قادر على حماية نفسه وغير مدرك لما يحيط به من ظروف وتصرفات إدراكا كاملا وتاما يعتد به قانونا. ولو أن هناك من القوانين التي لم تعرف هذا المخلوق غير المكتمل القدرات، إلا أنها حددت بدقة السن القانوني الذي يعتبر فيه طفلا، ومتى تزول عنه هذه الصفة ويصبح فردا في المجتمع كامل الأهلية وقادرا

على تحمل ما يجب عليه من التزامات. ذلك ما سوف نحاول معرفته من خلال ما جاءت به المواثيق والاتفاقيات الدولية والقوانين الوضعية بما فيها التشريع الجزائري.

1.2.2.1.1.2. تعريف الطفل في المواثيق والاتفاقيات الدولية

أول وثيقة دولية اعترفت للطفل بمجموعة من الحقوق هي إعلان جنيف 1923، الذي أقرته عصبة الأمم المتحدة بالإجماع سنة 1924، وجاء بعدها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في 1948/12/01، حيث أكدت المادة الثالثة منه على الحق في الحياة لكل فرد. كما تناولت مجموعة من الحقوق الأساسية للأفراد، ولم تتناول بصفة خاصة حقوق الطفل. وجاء بعد ذلك الإعلان العالمي لحقوق الطفل في سنة 1959 الذي حدد مجموعة من المبادئ تناول فيها حقوق الطفل دون أن يخوض في تحديد مفهومه. أما الميثاق العربي لحقوق الطفل فلقد حدد في مقدمته مدلول الطفل بقوله: "الطفل هو مولود جديد حتى بلوغه سن 15 سنة" [398]. وجاءت اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 التي دخلت حيز التنفيذ في 1990 شملت كامل نطاق حقوق الإنسان المدنية والسياسية والاجتماعية والثقافية، وأقرت بأن التمتع بحق من الحقوق لا يمكن فصله عن الحقوق الأخرى [399]، ص 75 و 76. وأهم ما يميزها عن النصوص الدولية الأخرى التي سبقتها هو أنها عرفت الطفل وحددت الفترة التي يكون فيها الحق في التمتع بالحقوق التي جاءت بها وحددتها. وجاء ذلك في المادة الأولى منها التي نصها كالآتي: «...الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه». والظاهر أن الدكتور هاللي لا يقتنع بهذا التعريف ويرى أنه أهمل أهم مرحلة في عمر الإنسان وهي الطفولة التي تتحدد فيها جميع معالم الشخصية، كما أن رفع سن الطفل حتى سن الرشد يتعارض مع أبسط القواعد العلمية والتقسيمات العمرية في علم نفس النمو [396]، ص 42 إلى 45، ويقترح أن تكون نهاية مرحلة الطفولة بالبلوغ.

1.2.2.1.2. تعريف الطفل في القوانين الوضعية

اختلفت تعريفات الطفل بحسب اختلاف التشريعات في دول العالم وذلك تبعا لاختلافها في تحديد سن الرشد. فمنها من وضع تعريفا قانونيا يحدد المرحلة التي تنتهي عندها مرحلة الطفولة، ومنها من اكتفى بتحديد مراحل مختلفة يعتبر فيها الطفل جديرا بحماية أكبر دون التقيد بمرحلة محددة [400]، ص 208..

ويعرف الطفل في العراق والكويت ولبنان والسودان بأنه "من أتم السابعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة ذكرا أم أنثى" وترفع بعض الدول سن الحد الأدنى لسن الطفل إلى ثماني سنوات كإنجلترا

وإلى تسع سنوات كالأردن، ومنها ما ترفع الحد الأقصى لسن الطفولة إلى عشرين سنة كالسويد والشيلي[397]، ص 46 و 47.

وتعرفه المادة 02 من قانون الطفل المصري رقم 12 لسنة 1996 والتي نصها كالتالي: «يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة، ويكون إثبات سن الطفل بموجب شهادة ميلاد أو بطاقة شخصية أو أي مستند رسمي آخر» [104]، ص 150، [391]، ص 01. ولم يختلف المشرع الجزائري عن سائر التشريعات في تحديد سن الرشد والتمييز بين مراحل مختلفة سابقة عليه تتحدد بها مرحلة التمييز أو ثبوت الشخصية القانونية للمولود، ولو أنه لم يعرف الطفل. ومصطلح "طفل" يطلق على الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد القانوني، وموضوع دراستنا ينصب على دراسة جريمة وقعت على صغير يتحدد عمره بزمان قصير يصلح لأن يكون محلاً للاعتداء، ولهذا لا بد من إعطاء تعريف للطفل حديث الولادة الذي يختلف بطبيعة الحال عن الطفل بصفة عامة.

لم تتناول القوانين تعريفا صريحا وواضحا للطفل حديث الولادة تاركة ذلك للفقه. ويعرف بأنه ذلك الذي لا يتجاوز عمره ثلاثة أيام. ويكون الطفل حديث الولادة باعتبار المدة المحددة قانونا للإعلان عن الولادة[400]، ص 218. ويعرف بأنه الإنسان بين مرحلة الجنين والطفل أو هو الوليد أو المولود[354]، ص 224. ويقصد به كذلك المولود الذي لم يمض زمن طويل على ودلاته[60]، ص 70. كما أن هناك من التعريفات الفقهية التي بينت بداية مرحلة الحادثة أي بداية حياة المولود فقالت: أنه لا يعتبر الإنسان وليداً إلا منذ بداية ولادته ولادة طبيعية، أي منذ بدأ آلام المخاض، قبل أن ينفصل عن أمه وينقطع حبله السري[401]، ص 170. ويضيف إلى هذا التعريف بعض الفقهاء شرط تمتعه بالحياة بعد خروجه خروجاً كاملاً. كما يعرف بأنه كل طفل قتل قبل انقضاء الأجل المخصص للتصريح بولادته[401]، ص 171. وليس شرطاً أن يولد الطفل قابلاً للحياة، فيكفي أن يكون قابلاً للعيش فترة زمنية قصيرة وترتكب الجريمة أثناء الولادة[61]، p205. ويرى الفقه الفرنسي أن القانون عندما سكت عن تحديد مدلول الطفل، يعتبر أنه قصد بذلك حماية الطفل الذي لم تعلم ولادته ولم يحظ بحماية اجتماعية، ومنه لا يمكن الحديث عن جريمة قتل طفل حديث الولادة بعد التبليغ عن ميلاده. ويترك الفقه مسألة تحديد ما إذا كان المولود حديث الولادة أم لا إلى قضاة الموضوع [403]. وحسب ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، فإن الطفل حديث الولادة الذي قصده المادة 300 من قانون العقوبات الفرنسي لسنة (1810) هو الطفل حديث الولادة المراد إخفاء ميلاده حيث لا يمكن اعتبار جريمة قتل طفل حديث الولادة قائمة إلا إذا قتل هذا الأخير قبل انتهاء المدة المقررة لتسجيله في الحالة المدنية والمحددة بثلاثة أيام[404]، p2، [67]. مسألة تناط بالخبرة الطبية الشرعية لمعرفة ما إذا كانت الضحية وليد حديث الولادة أم لا. والظاهر أن قتل الطفل حديث الولادة المرتكب من الأم عموماً يكون مباشرة

بعد الولادة حيث، تعاني حينها من اضطرابات نفسية ناتجة عن الولادة ومن خوف وهلع، فترتكب الجريمة في الساعات القليلة التي تلي الولادة وقبل أن تستيقظ غريزة الأمومة عندها، ولهذا خصها القانون بظروف التخفيف.

2.1.2.2. التعريف الشرعي للطفل

جاء في كتب الفقه الإسلامي أن مرحلة الطفولة هي تلك المرحلة التي تبدأ بتكوين الجنين في بطن أمه وتنتهي بالبلوغ [396]، ص48. ولقد ورد مصطلح طفل بمعنى الولد وصغير السن والحدث والصبي [397]، ص52، [170]، ص88 و89 و90. في العديد من المؤلفات الفقهية، تناولت فيها الأحكام الخاصة به والحقوق التي تثبت له. ولقد ميز الدكتور عبد القادر عودة في تحديده لمسؤولية الصغير في الشريعة الإسلامية بين ثلاث مراحل يمر بها الإنسان منذ ولادته إلى غاية بلوغه سن الرشد فقال: تبدأ المرحلة الأولى بولادة الصبي وتنتهي ببلوغه السابعة اتفاقاً، ويكون حينها غير مميز. والمرحلة الثانية تبدأ من السابعة إلى البلوغ والذي يحدده عامة الفقهاء بخمسة عشرة سنة [170]، ص540 و541. والمرحلة الثالثة وهي مرحلة الإدراك التام، وتبدأ ببلوغ الصبي 15 سنة على مذهب أبي حنيفة ومشهور مذهب مالك [169]، ص485 و486، وحينها يكون إنساناً مسؤولاً جنائياً. والملاحظ أن الدكتور عبد القادر عودة استعمل مصطلح "صبي" للدلالة على مراحل الطفولة بداية من الولادة إلى غاية سن الرشد وميز بينها بالسن. كما استعمل مصطلح وليد في موضع آخر للدلالة على الطفل حديث الولادة [169]، ص46.

وللإشارة فإن ما ذهب إليه الدكتور هلالى عبد الله في تعريف الطفل من استخلاص ما جاء في الكتب الفقهية وتحديد مرحلة الطفولة بتكوين الجنين داخل رحم أمه حتى البلوغ [396]، ص47، أمر يتناقض وما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية من وجوب الغرة في إسقاط الجنين [14]، ص535. إذا نزل ميتاً وفيه صورة إنسان. وإذا انفصل حياً ومات بعد ذلك بفعل العدوان وجبت فيه الدية لأنه نفس مؤمنة، وإذا قتل بعد خروجه من بطن أمه وجب فيه القصاص [169]، ص248، [395]، ص29. ويمكن تفسير ما ذهب إليه الدكتور هلالى من اعتبار مرحلة بداية حياة الإنسان المرحلة الجنينية، لميوله وتأثره بالتعريف الوارد في علم نفس النمو عند العلماء النفسانيين. وعلى العموم فإن الشريعة الإسلامية تناولت وحرصت على حماية حياة الطفل سواء قبل ميلاده، بتحريم الاعتداء عليه والحيلولة دون وصوله إلى مرحلة النمو الكامل والخروج إلى الحياة واعتبرته جنائية على الجنين، وقتل لنفس مؤمنة إذا ما بلغ الحمل مائة وعشرون يوماً، كما حرمت القتل العمد واعتبرته من أكبر الكبائر بدليل قوله تعالى: (وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) [238]، 33، (وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ

فَقَتْلُهُمْ كَانَ خَطِيئًا كَبِيرًا) [319]، 31، (قُلْ تَعَالَوْا أَنَّلِ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذِكْرُكُمْ وَصَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ) [256]، 151. ولا جدال في أن الحياة لها حرمة سواء تعلق الأمر بإنسان بالغ أو وليد ووجوب القصاص مجازاة الفاعل بمثل فعله، إلا إذا وجد مانع من الموانع الشرعية فتحل محله الدية كعقوبة بديلة مضافا إليها التعزير إن رأت الهيئة التشريعية ذلك [169]، ص 61، ولا اختلاف فيه بين فقهاء الشريعة الإسلامية كحكم واجب بالعدوان على النفس.

2.2.2. التطور التاريخي للجريمة والحماية الجنائية المقررة قانونا وشرعا للمولود

إن جريمة قتل الطفل حديث الولادة سواء بساعات قليلة من ولادته Néonaticide أو بعد ولادته بأيام قليلة Filicide، من أبشع الجرائم التي تقع على الحقوق الأساسية التي أمنه بها الله، وهي جريمة متجذرة في التاريخ، ترجع إلى زمن بعيد ولو أن أسبابها وبواعثها اختلفت عما أصبحت عليه في العصر الحديث. حيث كان الآباء قديما يعتبرون الأطفال ملكا لهم يقدمونهم قربانا للآلهة، أو يقتلونهم لضعفهم الجسدي أو لتنظيم النسل. وجاءت الديانات السماوية محرمة قتل الأبناء، وتحركت التشريعات بعد ذلك بزمان بعيد وقبل القرن الثامن عشر، وجرمت قتل الأطفال واعتبرته من جرائم القتل المشددة العقوبة لما تستوجبه وضعية الطفل الجسدية والنفسية من حماية خاصة، وما يحمله السلوك في حد ذاته من عنف وتجسيد للقطع الكلي للعلاقات الأسرية. وتعاقبت التشريعات وتنوعت عقوباتها وتعددت بحسب نظرتها للجريمة وإلى مرتكبها. وحتى تكشف الأضواء على هذه الجريمة ونتعرف على تطورها عبر الأزمنة ومواجهة القوانين لها، لا بد من التطرق أولا في مطلب أول للتطور التاريخي لها وفي مطلب ثان للحماية الجنائية المقررة للطفل حديث الولادة في بعض القوانين وفي الشريعة الإسلامية.

2.2.2.1. التطور التاريخي لجريمة قتل الطفل حديث الولادة

لم تكن المجتمعات القديمة تعاقب على قتل الأبناء حديثي العهد بالولادة، لأنها لم تكن ترى في ذلك إثما ولا جرما. وكانت تتخلص منهم كما تتخلص من المسنين والعجزة [402]، ص 359. وكان قتل الإناث أكثر شيوعا لما تجلبه من أتعاب وإرهاق للأسرة. فكان الطفل حديث الولادة في اليونان القديمة يقدم بعد ولادته - وبناء على رأي القوابل والنساء اللواتي حضرن عملية الولادة- بعدما تكون قد لاحظت وجود خلل جسدي فيه، (كان الطفل يغمس في الخمر أو في محلول آخر ويلاحظ رد فعله...) p21، [504] كان يقدم إلى قضاة يقومون بفحصه لمعرفة ما إذا كان يقدر على الحياة، أو أنه ضعيف لا يقدر

عليها، فيكون عالة على الطبيعة، وعلى نفسه وعلى عائلته. والتخلص من مثل هؤلاء الأطفال له مدلول ديني يدخل في الإطار العقائدي لبعض المدن اليونانية القديمة. كما كان يقتل الأطفال ثمرة الزنا، أو علاقة غير شرعية تقوم بها الفتاة غير المتزوجة، ولما كان الأب هو رب الأسرة ومالك أفرادها فكان له الحق في أن يقرر وقبل أن يولد الطفل قتله لعدم قدرته على الإنفاق عليه [406],p42. وسادت في أثينا وروما القديمة فكرة "من خلق له الحق في تدمير ما خلق". وجاء القانون الروماني ورسخ هذا المعتقد وأضفى عليه الشرعية ليعترف للأب بحق قتل أبنائه. كما كانت ظاهرة قتل البنات في بعض الثقافات القديمة شائعة، كالصين التي حتى عهد قريب في سنة 1800 كان يضحي بالفتيات لعدم قدرتهن على الحفاظ على لقب العائلة، لأنهن حملا ثقيلًا عليها، حيث كانت هذه الأخيرة ملزمة بدفع صداقها للزوج [406],p43. وكانت الحضارات القديمة -ولإرضاء الآلهة- تقدم الأطفال قربانا لها في المناسبات الدينية [407],ص22، مثل ما كان الوضع في الحضارة الفرعونية حيث كان الأطفال والفتيات البكر يقدمن قربانا للآلهة، فيرمي بهم في النيل حتى لا يجف.

كما عرفت المجتمعات العربية في العهد الجاهلي هذه الجريمة التي كانت تقتصر عموما على البنات لأنهن كن يمثلن وصمة عار على الآباء، فتؤاد البنت حية حتى لا تلحق العار بعائلتها. وبمجيء الإسلام نزلت الآية الكريمة التي تحرم قتل البنات في قوله تعالى: (وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ (8) بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ) [409], ص08 و09. كما كان العرب آنذاك يقتلون أولادهم خوفا من الفقر والعوز، ولم ينتهوا عن أفعالهم هذه إلا عند اعتناقهم الإسلام الذي جاء بقواعد محكمة، رفعت من قيمة الإنسان وجعلت للنفس حرمة وقديسية، وحرمت الاعتداء الذي يستهدفها، حتى وإن تعلق الأمر بجنين لا زال في طور النمو داخل رحم أمه، ودليل تحريم الاعتداء على الحياة قوله عز وجل: (مَنْ أَجَلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا) [389], ص32 وفرض الله أقصى العقوبات على المعتدي دون وجه حق في الدنيا والآخرة في محكم تنزيله بقوله عز وجل: (وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ) [411], ص45، (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا) [410], ص93. ويصدق القول على الطفل بما أنه إنسان وغير قادر على حماية نفسه لضعفه بدنيا، ولانعدام إدراكه للأشياء ولما يحيط به خاصة في المراحل الأولى من حياته وتحديدًا بعد ولادته [389], ص28. ولقد تأثرت التشريعات الوضعية ما قبل القرن الثامن عشر بموقف الديانات السماوية من القتل، وجاءت قوانينها الجزائية ردعية مشددة للعقوبة حماية لأرواح الأطفال البريئة وعاقبت بالإعدام قتل الوليد واعتبرته من جرائم القتل العمد المشددة، ولقد رأى المفكرون والفلاسفة في مطلع القرن الثامن عشر، بأن هذه العقوبة قاسية وظالمة توقع على فتاة وقعت في الخطيئة في لحظة ضعف وأرادت مداراة الفضيحة والعار أو لفقر شديد فقتلت وليدها. وانعكست هذه الأفكار على التشريعات الجزائية في القرن التاسع عشر والعشرون فجعلت من

جريمة قتل المولود جريمة قتل مقصود مخفف. ولقد اختلفت العقوبات المقررة لها وتنوعت بحسب اختلاف الزاوية المنظور منها التي تعددت بحسب ما إذا كانت فلسفية، أخلاقية، اجتماعية أو قانونية[402]، ص359 و360. كما شهدت هذه الفترة من الزمن انتشارا كبيرا للجريمة لشدة الفقر الذي كانت تعاني منه العائلات، أو لإتقاء العار عند الفتيات العازبات أو عند المتزوجات[400]، ص213. ولقد صدر قانون العقوبات الفرنسي الأول (ما قبل قانون نابليون) ولم يتناول جريمة قتل الطفل حديث الولادة بنص خاص، بمعنى أنها كانت تخضع للقواعد العامة في القتل، وكان العقاب عليها إما على أساس القتل العمد البسيط أو على أساس القتل مع سبق الإصرار[412]، ص78، [396]، ص282. وكان قانون نابليون لسنة 1810 هو السباق لوضع نص خاص يعاقب على قتل الطفل حديث الولادة بالمادة 300 من قانون العقوبات الفرنسي والتي عرفت الجريمة واعتبرتها قتلا. ونصت المادة 302 من نفس القانون على عقوبة الإعدام كجزاء مقرر للجريمة آخذة في ذلك بعين الاعتبار وضع الضحية وصفتها. إلا أنه ونظرا لشدة العقوبة من جهة، ولتأثر المحلفين بالظروف التي دفعت الأمهات لارتكاب الجريمة من جهة أخرى فغالبا ما كانت محاكم الجنايات تتراخي في تطبيق العقوبة التي جاء بها قانون 1810 وتقضي ببراءة المتهمات[412]، ص78 ثم صدر قانون 21 نوفمبر 1901 الذي استبقى على عقوبة الإعدام لكن ميز في توقيعها بين الأم التي كانت تعاقب في حالة ارتكابها لجريمة قتل مولودها مع سبق الإصرار بالأشغال الشاقة المؤبدة، بينما إذا كان مرتكبها من الغير فتكون العقوبة الإعدام، بين ما إذا اتخذ القتل صورة بسيطة فتعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة، وإن كان مرتكبها غير الأم فتكون الأشغال الشاقة المؤبدة[61]، p203، ولا يستفيد شريك الأم أو الفاعل معها في الجريمة من هذا التخفيف. وبالرغم من أن العقوبة التي جاء بها قانون 1901 ميزت بين ما إذا كان مرتكب الجريمة هو أم الولد، وبين ما إذا كان من الغير وشملها بعقوبة مخففة، إلا أن المحاكم تبادت في عدم تطبيقها وتبرئة الجانيات أو تطبيق عقوبة الجنحة[412]، ص78 فقط مما دعا المشرع إلى معاودة النظر في العقوبة. وتدخل مرة أخرى بموجب قانون 1941 الصادر في 02 ديسمبر الذي شمل إصلاحا خطيرا يتمثل في تغيير وصف الجريمة من جنابة إلى جنحة، عاقب عليها بعقوبة تتراوح من ثلاثة سنوات إلى عشرة سنوات وبغرامة إجبارية، لا تفوق إثنا مليون فرنك مع إمكانية الحكم بالمنع المنصوص عليه بالمادة 42 من نفس القانون والمنع من الإقامة لمدة عشرة سنوات أو أكثر. وأخضع للعقوبة دون تمييز، كل شخص ارتكب الجريمة بغض النظر عن صفته. أي عن كونه أم الولد أو الغير[61]، p204، [67].

وجاء قانون فيفري 1954 ليعدل ما جاء به قانون 1901 من حيث حذفه للظروف المخففة ووقف التنفيذ، فأعاد قانون 1954 للقضاة السلطة التقديرية لتقرير توفر الظروف المخففة من عدمه أو النطق بعقوبة موقوفه التنفيذ. مما جعل العقوبة المقررة للجريمة تصل إلى 100 فرنك مع وقف التنفيذ[61]، p204. وأمام هذا الوضع الخطير الذي زاد أصحاب الرأي الداعي إلى إلغاء قانون 1941

تمسكا برأيهم والمطالبة بإلغائه، صدر قانون 13 أبريل 1954 الذي عدل المادة 302 من قانون العقوبات وعاد إلى ما كان مقرا بقانون 1901 مع بعض التغيير، فحدد عقوبة الأم التي تقتل وليدها بعقوبة تتراوح من عشرة إلى عشرين سنة سواء كانت فاعلة أو شريكة، وسواء ارتكبت جريمة القتل البسيط أو مع سبق الإصرار، وأخضع الغير الذي ارتكب الجريمة معها بصفته فاعلا أو شريكا إلى القواعد العامة في جريمة القتل أي إلى عقوبة الإعدام إذا كان القتل مع سبق الإصرار، والأشغال الشاقة المؤبدة إذا كان في صورته البسيطة^{[61],p204}. وهكذا كان الفصل لقانون 1954 في استقرار الوضع القانوني لجريمة قتل طفل حديث الولادة إلى غاية صدور قانون 1994، الذي سنتطرق إلى موقفه من الجريمة في الحماية الجنائية المقررة لجريمة قتل الطفل الوليد موضوع دراستنا في المطلب اللاحق.

2.2.2.2. الحماية الجنائية المقررة للطفل حديث العهد بالولادة وشرعا

لا يمكن إنكار مدى اهتمام القوانين سواء على المستوى الدولي أو القومي بموضوع الطفولة كما اهتمت به علوم أخرى كالعلوم الإنسانية بما فيها العلوم الاجتماعية والنفسية. وتتلاقى وجهات نظرهم في نقطة هامة وأساسية تتمثل في حقه في الحياة والنمو. كما لا يمكن القول أن هذا الاهتمام خاص ومميز يقتصر على الطفل فقط، بل هو حق يثبت لكل الأفراد كما يثبت له بصفته إنسانا وفردا من أفراد المجتمع، يحظى بحماية جنائية كغيره عن طريق نصوص تجرم الاعتداء على هذا الحق أو المساس به. إلا أن هذه الحماية الجنائية العامة التي يحظى بها كل فرد من أفراد المجتمع، لا تكفي مقارنة بالوضع الفيزيولوجي للطفل من جهة، وفي مواجهة الجريمة من جهة أخرى. ولهذا عمدت بعض التشريعات إلى وضع نصوص خاصة تحمي بها الحق في الحياة للطفل في المراحل الأولى من عمره، وهو ما سوف نحاول توضيحه ومعرفة إلى أي مدى وصلت هذه الحماية الجنائية؟ وهل هي كافية لمواجهة الاعتداء الواقع على الطفل في هذه المرحلة؟ مستدلين في ذلك بموقف بعض التشريعات الجنائية والشرعية الإسلامية.

2.2.2.2.1. الحماية الجنائية للحق في الحياة المقررة قانونا للطفل حديث الولادة

سيكون انطلاقنا من قانون العقوبات الجزائري لنتساءل عما إذا كانت الحماية الجنائية للمولود في حقه في الحياة حسبا جاء في قانون العقوبات كافية أم لا؟ للإجابة على هذا السؤال لا بد من الرجوع إلى النصوص القانونية لمعرفة ذلك. جاءت المادة 259 و 261 من قانون العقوبات الجزائري تبين من هو الطفل المقصود بالحماية والعقوبة المقررة لقتله. فبينت المادة 259 من قانون العقوبات الجزائري أن الجريمة واقعة على طفل لم يمض زما طويلا على ولادته، بمعنى أن نص المادة يتناول بصفة خاصة

الطفل في المرحلة الأولى من عمره دون سواء. وقررت المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري عقوبة الإعدام لقاتله، تستثني الأم إذا كانت هي الجانية وتستفيد من عذر التخفيف وتعاقب بعقوبة مخففة. وما يمكن قوله بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تضمنت جريمة القتل وجرائم العنف العمدية المفضية إلى الوفاة ضد الطفل الذي لم يبلغ ستة عشرة سنة، والتي جعل المشرع عقوبتها الإعدام، هو أنه خرج عن القواعد العامة عندما أقر للأم عقوبة مخففة. بمعنى أنه أخضع جريمة قتل المولود إلى قواعد خاصة. لكن هل هذه القواعد الخاصة تخدم مصلحة هذا الأخير؟ فمن البديهي أن تكون الإجابة بالنفي، لأن المقصودة بالحماية هي الأم [391]، ص 74 فالمشرع يحميها من عقوبة شديدة آخذاً في ذلك بعين الاعتبار وضعها النفسي والاضطرابات التي قد تتعرض إليها من جراء الوضع والنفاس، وكذلك الظروف الاجتماعية التي قد تكون سبباً لفعلها، كما لو كان الحمل ثمرة علاقة غير شرعية، ولو أنه لم ينص على ذلك صراحة. ولهذا لا داع للحديث عن حماية جنائية خاصة للطفل حديث الولادة، ما دامت النصوص لم تأت بحماية إضافية عما جاءت به القواعد العامة التي تعتبر أكثر حماية وأكبر ضماناً لحق الطفل في الحياة.

وهناك تشريعات ميزت بين ما إذا كان الولد شرعياً وما إذا كان من زنا أو غير شرعي فخصت الأول بحماية جنائية أوسع. بينما جعلت من القتل الذي يقع على الثاني ظرفاً مخففاً للعقاب إذا كان اتقاء للعار. ونذكر منها قانون العقوبات الأردني في مادته 332 التي جاءت بعقوبة أخف من العقوبة المقررة للقتل المقصود والقتل مع سبق الإصرار. وقانون العقوبات اللبناني في المادة 551 منه، كما انتهج نفس المنهاج قانون الجزاء الكويتي عندما نص على قتل الوليد دفعا للعار كظرف مخفف للعقاب وتناول ذلك في المادة 159. ونص قانون العقوبات السوري في المادة 537 على الاعتقال المؤقت للأم التي تقدم على قتل وليدها الذي حملت به من سفاح اتقاء للعار [391]، ص 74. ويبدو أن المشرع السوري يفرق من حيث توقيع الجزاء بين العمد والخطأ بدليل أنه اشترط أن لا تنقص العقوبة عن خمس سنوات في حالة العمد، بمعنى أنه قد تكون العقوبة أقل إذا ثبت أن الجريمة وقعت بفعل خطأ. والظاهر أنه وقع في خطأ أو لبس لأنه من ناحية اشتراط أن يكون الحمل من سفاح وأن يكون القتل بغرض اتقاء العار لتخفيف العقاب، ومن ناحية أخرى يشترط عدم النزول بالعقوبة عن حدها الأقصى المقرر بالمادة 537 في حالة العمد. فجريمة قتل المولود تتطلب إلى جانب القصد العام قصداً خاصاً يتمثل في ارتكاب الجريمة بغرض أو بقصد اتقاء العار، بمعنى أنه لا يمكن تصور الخطأ في هذه الحالة. إلا أنه يمكن تفسير موقف المشرع السوري بأنه جعل من القتل الذي يكون اتقاء للعار ظرفاً لتخفيف العقاب، وإذا تعمدت الأم قتل وليدها دون أن يتوفر الشرطان السالفان فلا تنقص العقوبة عن خمس سنوات اعتقالاً. ونأتي إلى قانون العقوبات التونسي لنقول أنه تناول جريمة قتل الطفل حديث الولادة في الفصل 211 الذي عاقب فيه الأم القاتلة لمولودها بعشرة سنوات دون تحديد الباعث، مما يفيد أنه يستوي أن يكون

القتل حفاظا عن الشرف، أو لأي باعث آخر. وبالمقابل- وفي الفصل 210- عاقب الأب الذي يقتل ولده عمدا بالسجن المؤبدة الأمر الذي معه يمكن القول بأن المشرع التونسي خص الطفل بحماية جنائية أوسع وأهم من تلك التي خص بها الطفل حديث الولادة. ولأن جريمة قتل الطفل المولود من الجرائم المتصلة اتصالا وطيدا بالعادات والتقاليد السائدة في المجتمع، ولأنها غالبا ما تقع لتغطية جريمة أخرى ودفعاً للعار الذي قد يلحق الأسرة ويتسبب في تصدعها وتفككها، خاصة في المجتمعات المسلمة التي غالبا ما ترتكب الجريمة من فتيات عازبات أو نساء ارتكبن الفاحشة، جاءت القوانين بعقوبة مخففة خصت بها أم الولد دون غيرها. وهو ما فعله المشرع المغربي، فخص الأم التي تقتل صغيرها حديث الولادة بعقوبة أخف من تلك التي قررها لجريمة القتل في الفصل 392 و393 من القانون الجنائي المغربي، سواء كانت فاعلة أو شريكة طبقا لما جاء في الفصل 397 من نفس القانون. وعاقب الغير الذي يرتكب الجريمة بالعقوبة المقررة للقتل البسيط أو المشدد بحسب الأحوال وهو ما عبر عنه صراحة في الفقرة الأولى من الفصل 397 من القانون الجنائي المغربي ومن التشريعات التي لم تقر عذرا مخففا للأم القاتلة لإبنتها الوليد، القانون الجنائي المصري، الذي لم يميز في تجريمه للقتل وتقديره العقاب بين مراحل الحياة الواجبة الحماية ولم يول أهمية لصفة الجاني. فاخضع القتل المشدد الذي يكون مع سبق الإصرار أو الترصد إلى الإعدام (المادة 230 من القانون الجنائي المصري)، والقتل البسيط عاقب عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة (المادة 234 من نفس القانون). ومن هنا يكون قد انفرد من بين التشريعات التي مرت معنا في تطبيق القواعد العامة لجريمة القتل على قاتل الطفل حديث الولادة. ولعل الموقف الذي اتخذته إزاء الجريمة هو الصواب، لأن القانون يهدف إلى حماية المعتدى عليه وليس المعتدي، خاصة وإن كان هذا الأخير في مركز ضعف ويحتاج إلى حماية خاصة تستدعي تشديد العقاب على الجاني مهما كانت صفته. بل أن الصفة في حد ذاتها قد تكون سببا لعدم التساهل في العقاب. فالأم تتجرد من أسمى وأنبل مشاعر الحنان والعطف التي تتميز بها الأمومة التي كرمها بها الله، وتسمح لنفسها بقتل مخلوق علق في أعشائها، وأحست بحركاته، واستأنست به في وحدتها، لا تستحق أي شفقة مهما كانت الظروف. بل أن عملها يستوجب التشديد لما يحمله من عنف ووحشية، ولا يمكن أن تأخذ المشرع الرأفة بمثل هؤلاء الأشخاص. هذا ما فعله المشرع المصري، حيث لا وجود لمثل هذا العذر المخفف في النصوص التي ضمنها جريمة القتل، وإن كان من الممكن اعتبار قتل المولود الذي يكون إلقاء للعار من قبيل الظروف القضائية المخففة [413]، ص 265. ومن التشريعات التي أخضعت جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة إلى القواعد العامة في القتل قانون العقوبات الفرنسي الجديد لسنة 1994، الذي يعاقب على جريمة القتل العمد في صورته البسيطة بثلاثين سنة (30) سجنا (المادة 221-1). ورصد للقتل العمد مع سبق الإصرار عقوبة السجن المؤبد (المادة 221-3). كما رصد نفس العقوبة للقتل المقترن بأحد الظروف المشددة التي حددتها المادة 221-4 من قانون العقوبات الفرنسي.

وبعد ما بينا نطاق الحماية الجنائية للطفل حديث الولادة، توصلنا إلى أن هناك ثلاثة اتجاهات تسود السياسة الجنائية الحديثة لجريمة قتل الوليد تتمثل فيما يلي:

-الاتجاه الأول: أخضع جريمة قتل الطفل الوليد إلى القواعد العامة للقتل ولا يعتبر القتل بواسطة الأم عذرا قانونيا.

-الاتجاه الثاني: جعل من القتل الذي ترتكبه الأم على وليدها اتفاق العار عذرا قانونيا.

- الاتجاه الثالث: اعتبر قتل الأم لابنها حديث الولادة عذرا قانونيا بغض النظر عن الدافع أو السبب الذي قد يكون العار، وقد يكون راجع لأسباب نفسية وجسمية ناجمة عن الوضع. بمعنى أنه قد يكون الولد غير شرعي وهو المعهود، وقد يكون ولدا شرعيا، ولو أن الدكتور أحمد الخمليشي يستبعد هذه الحالة ويقول أنها تحدث في حالات نادرة كولادة طفل مشوه، أو عند ما تريد الأم قطع كل علاقة بطليقها[60]، ص 68 و 69. وهكذا تكون التشريعات التي امتنعت عن تطبيق العذر القانوني هي التي وفرت حماية جنائية أكثر من التشريعات التي أقرته. كما أن تلك التي أقرته لعذر تعتبر أكثر ضمانا لحقوق الوليد من تلك التي أقرته لغير عذر.

2.2.2.2.2. الحماية الجنائية المقررة للطفل حديث الولادة شرعا لحقه في الحياة

يحظى الطفل حديث الولادة في الشريعة الإسلامية بنفس الحماية الجنائية المقررة للكبار، ولا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في أن قتل الجنين بعد انفصاله عن أمه حيا هي عقوبة القتل تسري عليه القواعد العامة وإن كان خطأ أو عمدا[396]، ص 290. وقبل أن نواصل تفصيلا في موقف الفقه الإسلامي من الجريمة، لا بد أن نوضح ما جاء به الدكتور هلالى لنقول: أن هناك نقطتان هامتان لا بد من تفنيدها جاءت في كلامه هما:

- استعماله لمصطلح جنين للتعبير عن المرحلة الأولى من مراحل حياة الطفل، حيث يجعل من مرحلة نفخ الروح في الجنين مرحلة بداية الحياة العادية للطفل، ويعتبر الإجهاض المظهر الأول للحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة[396]، ص 278. صحيح أن الجنين يحيا داخل رحم أمه ويتطور ليكتمل نموه ويخرج إلى الحياة في صفة إنسان كامل الأوصاف البشرية، لكن الجنين لا يعتبر إنسانا تجب له حماية جنائية بوصفه كذلك إلا بعد ولادته، لأن قبلها يعتبر جنينا تحميه نصوص خاصة وتعاقب على الاعتداء عليه بنصوص تختلف عن تلك التي تحمي الإنسان، وأكبر دليل على ذلك أن التشريعات كلها تعتبر قتل الجنين والحيلولة دون تطوره ونموه إجهاضا، والاعتداء على حياة الأشخاص أو الإنسان قتلا. وحتى فقهاء الشريعة الإسلامية ميزوا بين ما هو قتل واقع على إنسان حي[169]، ص 05، وبين ما هو جنائية على ما هو نفس من وجه دون وجه أو الجنائية على الجنين، وبمعنى آخر الإجهاض.

- أوجب فقهاء الشريعة الإسلامية دية نفس كاملة في الجنين الذي تلقى المرأة حيا ثم يموت بعد ذلك من أثر الضرب أو الاعتداء الذي وقع عليه وهو داخل بطن أمه. وأوجبوا فيه الدية لثبوت الحياة فيه، فاشتراط الحنابلة أن تكون الحياة مستقرة فيه، وأن لا يكون في الرمق الأخير وأن يكون انفصاله لوقت يعيش لمثله، أي أن يكون لستة أشهر فأكثر. وإن كان لدون ذلك اعتبر كأنه نزل ميتا ولو نزل والحياة فيه لأن الجنين غالبا لا يعيش إذا نزل لغير ستة أشهر[14]، ص550 و 552.

ويعتبره المالكية والحنفية والشافعية منفصلا حيا ولو انفصل لأقل من ستة أشهر، إذا انفصل وفيه الحياة [270]، ص361 وجاء عن فقهاء الشريعة أنه لا يثبت له حكم الحياة إلا بالاستهلال[14]، ص551 وجاء عن الصحابة رضوان الله عليهم عن الرسول صلى الله عليه وسلم: (إذا استهل المولود ورث وورث..)[14]، ص551، ومن الأمثلة التي وردت عن ثبوت الحياة في الشريعة الإسلامية الرضاع، العطس، الصياح[14]، ص551، [274]، ص537. ووجوب الدية كاملة في الجنين الذي ينزل حيا ثم يموت بفعل الاعتداء، أقوى دليل على حماية الشريعة الإسلامية للحق في الحياة في مرحلة معينة، وليس هناك أدنى شك في حمايتها لحق الطفل حديث الولادة في الحياة لوجوبها للقصاص عند القائلين بوجود العمد في الجنين الذي ينزل حيا ثم يموت بفعل فاعل[169]، ص247. وبعد هذا لم يعد هناك شك في أن فقهاء الشريعة الإسلامية ميزوا بين ما هو اعتداء على الجنين لم يبلغ أربعة أشهر، وبين ذلك الذي بلغها وبين المولود الذي يولد حيا ويقع عليه الاعتداء وقرروا لكل واحد عقوبة معينة.

وبهذا تكون الشريعة الإسلامية قد ارتقت بالحماية الجنائية للطفل لدرجة لا يمكن أن ترقى إليها التشريعات الوضعية، فأوجب القصاص في القتل العمد سواء كان مسبقا بسبق الإصرار أو الترصد أو كان بدونه[222]، ص176 وما بعدها، [14]، ص319 وما بعدها. وسواء وقع على صغير أو بالغ، إلا إذا وجد مانع من موانع القصاص الشرعية فتحل محله الدية والتعزير إن رأى أهل العلم بدا لذلك. ولقد طرحت مسألة امتناع القصاص في جريمة قتل الأصل للفرع في الفقه الإسلامي وأخذت آراء الفقهاء اتجاهاين اثنين:

- الاتجاه الأول: يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل أنه إذا كان القتل جزءا من القاتل بمعنى أن الأب قتل ابنه عمدا امتنع القصاص[169]، ص39 و 94، [396]، ص291 و 292، لقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يقاد الوالد بولده) وفي هذا الباب يقول الدكتور عبد القادر عودة فيما جاء به عن المغنى لابن قدامة أن الأم تأخذ حكم الوالد، فلا يقتص منها إذا قتلت ولدها، لأن النص جاء بلفظ الوالد ويفيد أحد الوالدين، فضلا عن أنها أولى بالبر[14]، ص360، [169]، ص94، [389]، ص42. وروى عن أحمد بن حنبل ما يدل على عدم إسقاط القصاص عن الأم القاتلة لابنها لأنه لا ولاية لها عليه فتقتل به كالأخ[14]، ص360. والجد وإن علا يأخذ حكم الأب سواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم، والجد من قبل الأب كالجد من قبل الأم، لأن ابن البنت يسمى ابنا[14]، ص360.

- الاتجاه الثاني: جاء رأي مالك بن أنس مخالفا لرأي الفقهاء الثلاث، حيث يرى قتل الوالد بولده كلما انتفت الشبهة في أنه أراد تأديب ولده، أو كلما ثبت قطعا أنه أراد قتله. لكن إذا ضربه مؤدبا، أو خائفا ففيه قولان: أولهما يقتل به وثانيهما لا يقتل وإنما تغلظ الدية [396]، ص292، [169]، ص95. ويرى الدكتور هلالى ورأيه صواب وفي محله - ترجيح القصاص من الوالد في حالة العمد خاصة في جريمة قتل الطفل حديث الولادة التي تنتفي فيها شبهة التأديب، كما أنه يؤيد الرأي القائل بالاقتصاص من الأم إذا حملت من سفاح [369]، ص292.

والواقع أن ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية وتحديد ما جاء عن رأي الإمام مالك من وجوب القصاص إذا انتفت شبهة التأديب في قتل الولد أو ثبت قطعا بأنه أراد قتله، موقف يعتبر أكثر ضمانا لحماية حق الطفل في الحياة، خاصة إذا علمنا مسبقا بأن الإسلام خص الجنين بحماية خاصة، فأوجب فيه غرة إذا نزل ميتا بعد الاعتداء عليه، ودية كاملة إذا سقط وفيه إيمارات الحياة. كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم رفض إقامة الحد على الغامدية التي زنت وحملت من زنا إلى أن تضع حملها حفاظا لما في جوفها وحماية لحقه في النمو والتطور إلى أن يحين موعد ولادته. فمن باب أولى أن تقرر حماية أشمل وأوسع لمخلوق وجد فعلا وثبت له الحق في الحياة. فمدارة جرم بجرم أعظم هو العار بعينه، ولا يشفع للأم القاتلة لابنها حديث الولادة في عدم توقيع العقاب خوفها من العار والفضيحة اللذين لا يساويان شيئا أمام إزهاق روح بريئة لمخلوق بريء، ومن أحن وأقرب مخلوق إليه. فصفة الجاني لا يمكن إلا أن تكون ظرفا مشددا للعقاب [330]، ص72. فالتشريعات التي مرت معنا بما فيها قانون العقوبات الجزائري قد تفننت في تحديد صور الإجهاض ووسائل ارتكابه والعقوبات المقررة له، بينما لم تكلف نفسها عناء تحديد على الأقل مرحلة الحادثة بالنسبة للمولود، واكتفت بنص واحد أو اثنان فقط تستثني به الأم من العقوبة المقررة للغير في جريمة قتل المولود، وتقرر لها عقوبة مخففة. فهذه التشريعات التي منعت وجرمت الإجهاض اتقاء للعار هي التي جعلت من هذا العذر سببا لإقرار عقوبة أخف مراعية في ذلك مصلحة الجاني وليس مصلحة المجني عليه.

3.2.2. أركان الجريمة والعقوبة المقرر لها

لا تقوم أي جريمة من الجرائم إلا إذا اجتمعت أركانها. ويقصد بالأركان: العناصر الأساسية أو الأجزاء التي يكتمل بها الفعل غير المشروع وتقوم بها الجريمة [116]، ص53، [118]، ص65. وجريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة تقوم كغيرها من الجرائم على أركان عامة بالإضافة إلى أركان خاصة نص عليها المشرع وتميزها عن باقي الجرائم. ولن تخرج دراستنا عن الدراسات التقليدية للجرائم من حيث البحث في مدى توافر الركن المادي وعناصره والركن المعنوي الذي به تحدد مسؤولية

الجاني لتوقيع الجزاء. ف جريمة قتل الطفل حديث الولادة تتطلب وجود محل، الذي يعتبر من الأركان الخاصة للجريمة، كما لا تقوم إلا بسلوك يكون بأساليب مختلفة، ومن جان معين ومحدد بالذات (صفة الجاني من الأركان الخاصة للجريمة)، تتجه إرادته لإزهاق روح طفل وليد. إن الدراسة التي سنتناولها في هذا المبحث ستتنصب على عناصر الركن المادي التي خصصنا لها المطلب الأول مع الركن المعنوي، وفي المطلب الثاني نبين العقوبة المقررة للجريمة، إنطلاقا من قانون العقوبات الجزائري مقارنة بقوانين جنائية أخرى ومع الشريعة الإسلامية.

3.2.2.1. أركان جريمة قتل الطفل حديث الولادة

إن دراسة جريمة قتل الوليد تقتضي أن نحدد أولا النصوص التشريعية المتعلقة بالجريمة، وبموجبها نبين مفهوم القتل عموما في الفرع الأول ثم نحدد مفهوم المولود مستعينين بما توصل إليه الطب الشرعي كعلامات الولادة وأدلة الحياة ويكون ذلك في الفرع الثاني، أما الفرع الثالث نتحدث فيه عن الصفة الخاصة للفاعل ونخصص الفرع الرابع للسلوك الإجرامي، حيث سنتناول أساليب ارتكاب الجريمة وفي الفرع الخامس والأخير نتناول القصد العام والقصد الخاص الذي جعلته بعض التشريعات شرطا لقيام العذر القانوني المخفف.

3.2.2.1.1. تعريف القتل

إن غالبية القوانين الجنائية التي مرت معنا لم تعرف القتل، لكن نصت عليه وقررت له عقوبات شديدة ورادعة بحسب ما إذا كان قتلا عمدا أو مصحوبا بسبق الإصرار أو التردد، أو بظرف من ظروف التشديد القانونية. ولقد انفرد المشرع الجزائري من بين التشريعات التي سبقت معنا بوضع تعريف للقتل وذلك في المادة 254 من قانون العقوبات الجزائري: «القتل هو إزهاق روح إنسان عمدا» وعرفه الفقه بأنه اعتداء على حياة الغير تترتب عليه وفاته [154]، ص 320. وأنه عدوان على حق الحياة يتحقق قصدا كما يتحقق بدون قصد أو بقصد متعدي [356]، ص 39. كما جاء عن الدكتور رؤوف عبيد في تعريفه للقتل: أن الإزهاق لروح إنسان تعمدًا يدعى قتلا عمدا [242]، ص 12. وعرف كذلك بأنه إنهاء حياة إنسان بفعل إنسان آخر [247]، ص 189. ولا يختلف تعريفه في الشريعة الإسلامية عن التعريفات القانونية فيعرف أنه فعل ما يكون سببا لزهوق النفس، بمعنى مفارقة الروح البدن. وبأنه فعل من العباد تزول به الحياة [414]، ص 133، [169]، ص 05. ولو أن هذه التعريفات تختلف من حيث الصياغة إلا أنها تتفق على أن القتل عدوان على حياة إنسان بفعل إنسان. وبالرغم من أن جرائم القتل قد تختلف من

حيث الوسيلة أو السلوك أو من حيث اشتراط النص القانوني صفة خاصة في الفاعل أو في الضحية إلا أنها تشترك في عنصرين: محل الاعتداء وحياة المجني عليه.

وجريمة قتل الطفل حديث الولادة صورة خاصة من صور القتل التي تناولها المشرع الجزائري في القسم الخاص بجرائم القتل العمد والقتل مع سبق الإصرار أو التردد وقتل الأصول والأطفال والتسميم والتعذيب في المادة 259 من قانون العقوبات الجزائري والتي جاء فيها: «قتل الأطفال هو إزهاق روح طفل حديث الولادة». ولعل السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان هو: متى يعتبر الطفل حديث الولادة؟ ذلك ما سوف نجيب عليه من خلال التطرق إلى الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية في الفرع التالي.

3.2.2. 2.1. الصفة الخاصة لمحل الجريمة

هي من الأركان الخاصة التي يتطلبها القانون لقيام الجريمة، حيث يشترط أن يولد الطفل حيا فلا مجال للحديث عن الجريمة إذا ولد ميتا، أو وقع الفعل على مولود ما دون الستة أشهر من الحمل [346]، ص 974، حيث لا يكون للطفل ما دون هذا السن قابلية للحياة. أما إذا تعدى الستة أشهر فيمكن أن يعيش في جهاز طبي بديلا للرحم، يوفر للطفل الغذاء والتنفس والحرارة اللازمة لمواصلة نموه، وهو ما يطلق عليه بالولادة المبكرة *Accouchement prématuré* [346]، ص 974. ولمعرفة ما إذا ولد الطفل حيا وقابلا للحياة، فلا بد من الاستعانة بطب التوليد والطب الشرعي. كما أنه يمكن الاستدلال بأدلة غير طبية وسنوضح كل منها على حدة، كما أنه لا بد من تحديد مدلول الحادثة حتى يكون المحل صالحا لقيام الجريمة.

3.2.2. 1.2.1. الأدلة الطبية على قابلية الطفل للحياة:

يعتبر الطفل كامل النمو إذا ولد لتسعة أشهر وهي المدة الطبيعية للحمل والتي يمكن التعرف عليها بمايلي:

أ- وزن الوليد الذي يتراوح ما بين ثلاثة (3) كيلوغرامات و 3,500 كغ (الأنثى وزنها أقل من الذكر بـ 100 غ) [415]، ص 162.

ب- طوله ما بين 48 و 52 سنتيمتر.

ج- محيط رأسه أكثر من 32 سنتيمتر (المحيط الطبيعي لرأس المولود المكتمل النمو 35 سم)

د- الأظافر التي تظهر على مقدمة الأصابع.

هـ وجود الخصيتين في الصفن عند الذكور، وعند الإناث يغطي الشفران الكبيران الشفرين الصغيرين.

و- موقع السرة يكون في منتصف المسافة بين طرف القص السفلي والطرف العلوي للعانة وطوله 50 سم.

ن- العقي يكون في المستقيم [415]، ص 162 و 163، [357]، ص 192، [278]، ص 375.

وقد يولد الطفل لأقل من سبعة أشهر ويعيش بفعل عناية طبية مركزة، وتبقى هذه حالات نادرة خاصة في الدول التي تشهد تطورا محدودا للعلوم الطبية. كما قد يولد بعد اكتمال الأشهر الرحمية، ويكون غير قابل للحياة إذا وجدت به بعض التشوهات الخلقية التي تحول دون استمرار الحياة، (التشوهات القلبية والاستسقاء في الرأس Hydrocéphale) كذلك النمو الناقص كأن يولد بوزن أقل من كيلوغرام واحد وبطول أقصر من أربعين سنتيمترا [415]، ص 162. كما قد يكون سبب وفاة الطفل- وهو سبب كذلك طبيعى نتيجة مرض الأم خلال الحمل- تسمم الحمل ومرض البول السكري. وقد يموت الأطفال القابلين للحياة والمولودين ما بين الشهر السابع والتاسع بعد ميلادهم بمدة قصيرة، دون أن يكون هناك مرضا أو تشوها ما عدا عدم اكتمال النمو، لأن الطفل المكتمل الأشهر الرحمية له حظ أوفر في الحياة [281]، ص 261، [283]، ص 204.

أما في نظر القانون الجنائي، فالطفل يعتبر قابلا للحياة إذا دل نموه داخل الرحم على أنه قد قضى داخل الرحم سبعة شهور على الأقل وصاعدا حتى اكتمال الأشهر الرحمية [281]، ص 601. إن أغلب حالات قتل الوليد تكون على ضحية أتمت الأسبوع السادس والثلاثين، ويستعين القضاة لمعرفة ذلك بالطب الشرعي [415]، ص 163. وبالنسبة لقابلية الطفل للحياة، فلقد ذهب الفقه الفرنسي إلى اعتبار جريمة قتل الطفل حديث الولادة قائمة إذا ولد الطفل حيا ولو لم يكن قابلا للحياة، ويقع على النيابة العامة الاستعانة بتقارير الخبرة الفنية لإثبات أن الوفاة حدثت بالسلوكات الجرمية P01، [67]. ولقد اعتبر الفقيه Voion جريمة قتل الطفل حديث الولادة قائمة ولو عاش الطفل فترة قصيرة بعد الولادة وارتكب الفعل أثناء الولادة P205، [61].

3.2.2. 2.2.1. الأدلة على حياة الطفل:

وهنا نميز بين الأدلة الطبية والأدلة غير الطبية

- الأدلة الطبية على حياة الطفل: وهنا نميز كذلك بين الأدلة العلمية الخارجية المتعلقة إما بالمولود أو بأمه والتي يلاحظها الطبيب ويتحدد موقفه بها من اعتبار المولود ولد حيا أو ميتا، والأدلة العلمية الموجودة في جسم الطفل التي تكتشف داخليا بعد تشريح الجثة.

الأدلة الخارجية الدالة على حياة الطفل: تتشكل على جلد بطن المولود في موضع السرة حلقة التهابية حمراء بعد مضي يوم أو يومين - وعند البعض 36 ساعة من الولادة- وهذه العلامة لا نجدها إلا عند

الطفل الذي ولد حيا، كما أن سقوط السرة الذي يكون عادة ما بين اليوم الخامس والسادس وفي بعض الحالات يتأخر إلى اليوم التاسع، قد يكون دليلا على حياة الطفل وعيشه لمدة معينة، لأن السرة تكون بعد سقوط الحبل متقرحة [281]، ص 628 و 629 وتلتحم في خلال 10 إلى 12 يوما من الولادة.

كما أن التغيرات الجلدية التي يشهدها جسم الطفل تساعد على معرفة أنه ولد حيا. فلون جلد المولود مباشرة بعد ولادته يكون شديد الاحمرار وأملس ومغطى بطبقة دهنية لزجة، ويشاهد ورم في الوجه يزول في غضون ثلاثة أو أربعة أيام، ويصبح الجلد أمتن ومصفر اللون ويبدأ في التقشر على مدى أسبوع أو أسبوعين. أما انتفاخ الوجه فيزول في خلال 3 أو 4 أيام من الولادة [281]، ص 628 و 629، [357]، ص 197.

- وتعتبر الولادة المتعسرة دليلا على حياة الطفل، كأن كان قطر رأس الطفل أكبر من قطر عظم حوض أمه. والانفصال المبكر للمشيمة، والتفاف الحبل السري حول رقبة الطفل.

- وإصابة الرأس أثناء الولادة، فتتكون حلبة دموية بقمة الرأس، ففي مثل هذه الحالة يقاس الحبل السري وكذلك قامة الأم من فتحة الفرج إلى الأرض، وبالوضع الذي نزل فيه الطفل، ثم يقارن العدان معا (في حالة ما نزل وهي جالسة أو كانت واقفة).

- ومن بين الأدلة الظاهرة والمثبتة لحياة الطفل، العقي ويطرحه المولود بعد عشرة ساعات من الولادة، وقد يطرحه داخل الرحم مما يلون المحلول الأمنيوسي باللون الأخضر ويستدعي إخراج الطفل بعملية قيصرية عاجلة إنقاذاً لحياته. وتخلو أمعاء الطفل من هذه المادة إذا عاش لمدة ما بين 48 و 72 ساعة [415]، ص 162.

الأدلة الباطنية المستنتجة من تشريح جثة الطفل: إن من بين الأدلة التي تكشف عن حياة المولود هي التنفس ويتعرف عليه الطب الشرعي من خلال العلامات التي يقف عليها الطبيب الشرعي حيث يجد في المجاري الهوائية أو الأنبوب الهضمي أجساما غريبة تدل على أن الطفل ولد حيا، كما أن هذه الأجسام الغريبة تدخل لمسافة محدودة بعد موت الطفل ولا تصل إلى رئته ووجودها داخل الشعب الهوائية أو ما تحتها يدل على أنها دخلت أثناء استنشاق الطفل الهواء 415 ينص [283]، ص 205، [281]، ص 205 وما بعدها.

إلا أن عدم وجود هواء في الرئتين ليس قرينة قاطعة على ولادة الطفل ميتا، فقد يولد حيا وقبل أن يتنفس يقتل لأن الحبل السري لم يكن قد قطع بعد. فهنا يمكن أن نكون بصدد قتل طفل حديث الولادة وإثبات ذلك يكون عن طريق الخبرة الطبية وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي [357]، ص 195، [281]، ص 622 وما بعدها.

كما يمكن التعرف على وجود هواء في الرئتين عن طريق اختبار الرئتين (Teste Hydrostatique) [416] ، الذي لا يعتبر دليلا قطعيا على حياة الطفل، لأن هذا الأخير قد يتنفس قبل

انفصاله الكلي عن أمه، كما أن الرئة المأخوذة من جثة متعفنة إذا ما وضعت في الماء تطفو لوجود غازات التعفن، كما أن صغر حجم الرئة وتصلبها ليس دليلاً على عدم تنفس الطفل فعدم تمددها قد يكون سببه الاسترواح الصدري أو انتفاخ الرئة نتيجة التنفس الاصطناعي[415]، ص164. ويكون الفحص المجهرى للرئتين أكثر دقة لإثبات أن الطفل قد خرج حياً.

- وجود هواء في المعدة والأمعاء ناجم عن التنفس، ولمعرفة ذلك يجري اختبار لذلك حيث تؤخذ المعدة وترتبط من الجنين وتوضع في إيناء، فإن طفت دلّ ذلك على أن الطفل عاش لساعتين. كما تؤخذ الأمعاء الدقيقة وبنفس الكيفية توضع في إيناء، فإن طفت دلّ ذلك على أنه عاش 8 ساعات. وتكرر العملية مع الأمعاء الغليظة وإن طفت معنى ذلك أن الطفل عاش 12 ساعة. إلا أن هذا الاختبار مطلوب فيه توخي الحذر، لأن الطفل ربما يكون قد خضع للتنفس الاصطناعي[357]، ص196، [415]، ص165.

كما أن وجود اللعاب في المعدة دليل على أن الطفل ولد حياً وعاش لبضع ساعات، ووجود طعام بالمعدة كآثار اللبن أو مكوناته دليل على أن الطفل عاش مدة من الزمن وأرضعته أمه، لأن معدة الطفل بعد ولادته لا توجد بها إلا مواد مخاطية لزجة وعقي لونه أصفر مائل للإخضرار[281]، ص628. الأدلة غير الطبية الدالة على حياة الطفل: مثل شهادة من حضروا الولادة فلاحظوا حركة أطرافه، أو سمعوا صراخه أو العطس، أو شاهدوه يرضع. وتبقى هذه الأدلة غير أكيدة علمياً، اعتمد عليها فقهاء الشريعة الإسلامية في ثبوت الحياة للجنين لإمكان تحديد الجزاء، حيث اعتبروا أن كل ما يدل على الحياة من استهلال كالصياح والرضاع والتنفس والعطاس وغير ذلك من الأفعال التي تدل على أن الجنين المنفصل عن أمه ولد حياً. أما الحركة فلا يمكن أن تكون دليلاً قطعياً على الحياة لأنها قد تكون من اختلاج الجسم بعد خروجه من الضيق[14]، ص 551 و552، [169]، ص243، [274]، ص537. ويقول الدكتور عبد القادر عودة أن الرأي الذي يجب العمل به هو مسؤولية الفاعل إذا ثبت قطعاً أن خروج الجنين وقع بفعله سواء نزل حياً أو ميتاً وفي حياة أمه أو بعدها[169]، ص244.

3.2.2. 3.2.1. تحديد مدلول الحادثة

يعتبر الطفل حديث الولادة من وجهة نظر الطب الشرعي حتى اليوم الخامس عشر من ولادته المدة التي تلتئم سرتة، وأي اعتداء عليه في هذه الفترة يعتبر قتلاً لطفل حديث الولادة[346]، ص976. ولا يوجد تعريف طبي للطفل حديث العهد بالولادة، وإنما يتعلق الأمر بطفل لم يتم تسجيله في الحالة المدنية حسب رجال القانون الذين يعتبرون الولد حديث العهد بالولادة، إذا لم يمض على ولادته إلا مدة وجيزة لا تتعدى بضعة أيام[146]، ص62 أو فترة زمنية قصيرة[389]، ص36 إلا أن عدم تحديد هذه المدة بنص صريح في بعض القوانين الجنائية أثار صعوبات في الأوساط الفقهية والقضائية لتحديد.

ولقد ذهب القضاء الفرنسي إلى اعتبار أن الطفل حديث العهد بالولادة هو الذي لم يمض على ميلاده ثلاثة أيام المدة التي حددها القانون المدني في مادته 55 لقيد المواليد الجدد في سجلات الحالة المدنية. ولقد عهد إلى قضاة الموضوع بمسألة تحديد ما إذا كان المولود في لحظة وفاته حديث الولادة P 205, [61], [403]. وحسب الاجتهاد القضائي، فإن جريمة قتل الطفل حديث الولادة لا تقوم إلا إذا وقعت قبل انتهاء الآجال القانونية المقررة لقيد الطفل في الحالة المدنية P1,10, [67].

كما ذهبت بعض التشريعات مثل القانون البلجيكي في مادته 296 من قانون العقوبات البلجيكي إلى تحديد المدة الزمنية التي يعتبر الطفل فيها حديث الولادة إذا قتل خلالها بيوم واحد. وحددها قانون العقوبات الدنمركي بيومين في مادته 234 من قانون العقوبات الدنمركي. وحددها قانون العقوبات السوداني في نص مادته رقم 253 بثمانية أيام، وهناك قوانين حددتها بستة أيام كاملة كالقانون الإنجليزي [389]، ص 37. كما حدد القانون المصري مدة قيد المواليد بسجل الحالة المدنية بخمسة عشرة يوما اعتمد عليها القضاء الجنائي لتحديد الفترة الزمنية التي إذا وقع فيها الاعتداء على الطفل اعتبر مولودا حديث الولادة. وحددها المشرع الجزائري بخمسة أيام، اعتمد مدة معقولة استند فيها على أسس ومبادئ أكثر دقة في علم الإجرام، والتي بينت أن الجريمة ترتكب عموما من الأمهات وفي فترة من الاضطرابات النفسية والقلق الناجمة عن الولادة تحدث مباشرة بعد الوضع بساعات قليلة وقبل أن تستيقظ غريزة الأمومة لديها 1,2,11, [61], [146]، ص 12، [75]، ص 41. ولهذا شمل القانون الأم القاتلة لابنها حديث الولادة بعذر التخفيف. فإذا استرجعت الأم قواها العقلية وزالت الحالة النفسية غير السوية التي انتابتها أثناء الولادة، فلا موجب لتطبيق العذر المخفف. كما أن الإعلان عن ميلاد الطفل بعيده في سجلات المواليد، أو بإعلان ولادته بالطرق المتداولة اجتماعيا وحسب ما هو سائد في التقاليد، يجعل النص القانوني غير صالح للتطبيق [417]، ص 45، [289]، ص 37. وعلى العموم فإن جريمة قتل الطفل حديث الولادة غالبا ما تحدث بعد الولادة مباشرة وقبل أن يعلم الناس بالأمر، لأن الغرض منها التستر على جريمة بجريرة وتفادي العار والفضيحة، أو لرفض المولود لعدم الرغبة في الإنجاب والأبناء. وهذه الحالة موجودة في الدول الغربية التي قد يحدث أن تقتل الأم ابنها من زواج شرعي مباشرة بعد ولادته، لا للتستر على جريمة ولكن لأنها لا تريد أبناء. ونذكر منها قضية "فيرونيك كورجو" Véronique courgeaut، التي أثارت ضجة في الأوساط الإعلامية وقضية "فيرجين لا بروس" Vergine Labrosse ببلجيكا في مدينة البيرفيل Albert ville التي قتلت ثلاثة أطفال لها ووضعتهم في المجمد [418]، p22,23. وقضية سيلين "Céline" من مدينة فالون بفرنسا Valogne التي قتلت ستة أطفال لها حديثي العهد بالولادة تم العثور عليهم في 17 أكتوبر 2007، p4,5, [419]، والقضايا كثيرة من هذا القبيل.

وما يمكن قوله بعدما تطرقنا إلى الشروط المتطلبية في محل الجريمة والمتعلقة بثبوت الحياة في المولود وقابليته للحياة بعد ولادته، والفترة الزمنية التي يتحقق فيها وصف الوليد حديث الولادة الذي بموجبه تستفيد الأم من عذر التخفيف إذا قتلتها، أن الجريمة لا تقوم إلا إذا تحققت الشروط الأنفة الذكر، وإلا فستدخل حينها في نطاق آخر من الجرائم المعاقب عليها بنصوص غير النصوص المتعلقة بقتل الطفل حديث الولادة. وعدم تحديد سن المولود قد يعرض الحكم الصادر عن جهة قضائية للنقض، وهو بالفعل ما ذهب إليه المجلس الأعلى في قراره الصادر عن الغرفة الجنائية والذي اعتبر قرار المحكمة ناقص التعليل لعدم تبيان سن الوليد الذي يعتبر عنصرا أساسيا في جناية قتل الأم لابنها مما يعرض القرار للنقض [420]، ص 337 إلى 339.

والجدير بالذكر وكما سبق معنا فإن قانون العقوبات الفرنسي والمصري لا تطرح عليها مسألة تحديد سن المولود لأنهما أخضعا الجريمة إلى القواعد العامة للقتل.

3.2.2. 3.1. الصفة الخاصة للفاعل وعلامات الولادة

إن الصفة الخاصة المتطلبية في مرتكب الجريمة والمتمثلة في شخص أم المولود ضرورية لاكتمال عناصر الجريمة، وهو ما ذهب إليه بالفعل قضاء المحكمة العليا حين نقض القرار الصادر عن محكمة الجنايات لأنها لم تبين صلة الأم بالمولود المقتول في جريمة قتل طفل حديث الولادة ب[94]، ص 325 إلى 328. بمعنى أن وقوع القتل من غير الأم يفقد الجريمة خصوصيتها ويجعلها تندرج تحت صنف آخر من الجرائم. كما أن عذر التخفيف يصبح لا موجب لتطبيقه ولو كان الفاعل هو الأب الحقيقي أو الجد أو الجدة أو الأخ أو الأخت، بل على العكس قد تشدد العقوبة لوقوع القتل من الأصول أو الفروع أو قتل طفل مادون السادسة عشرة سنة. وهناك من القوانين التي تضيف شرطا آخر يتمثل في كون الأم قد حملت من سفاح مثل قانون العقوبات الأردني في مادته 332 التي جاء في نصها: «...الوالدة التي تسببت - اتقاء العار - بفعل أو ترك مقصود في موت وليدها من السفاح عقب ولادته»، وكذلك المادة 551 من قانون العقوبات اللبناني. ويستوي بعد ذلك إن تم بطريق الاغتصاب أو زنا أو برضا الحامل بالعلاقة غير الشرعية [247]، ص 344، [146]، ص 63، [421]، ص 169. ومن التشريعات التي استغنت عن هذا الشرط قانون العقوبات الجزائري والقانون الجنائي التونسي والمغربي. ولأن الجريمة متصلة اتصالا غير معهود بجرائم أخرى، حيث أن الأم هي واضعة المولود وهي الجاني في نفس الوقت، فيمكن بسهولة التعرف عليها بعد ارتكابها الجريمة عن طريق الفحوصات الطبية التي تكشف عن آثار الولادة التي تبقى تلازم جسم الحامل إلى فترة معينة من الزمن. ولمعرفة هذه العلامات ارتأيت أن أتطرق إليها في هذا المقام.

نادرا ما قد تضبط الأم متلبسة بجريمة قتل الطفل حديث الولادة، وفي معظم الحالات لا تكتشف هويتها إلا بعد العثور على المولود وتشريحه، والبحث عنها في المحيط الذي عثر فيه عليه وإجراء لها كشوفات طبية يتحدد بموجبها زمن الولادة، وهل كان الحمل تاما والولادة سهلة أم عسرة؟ كما يمكن معرفة ما إذا كان الوليد ابنها عن طريق التحاليل التي تجرى لها بطريق الحمض النووي (ADN)، وتتمثل هذه العلامات فيما يلي:

3.2.2. 1.3.1. العلامات الخارجية والظاهرة على جسم الأم

تظهر على المرأة التي لم يمض على ولادتها إلا زمنا قصيرا علامات لا تدع أدنى شك في أنها حديثة الولادة، مثل اللون الشاحب، إذ تظهر منهكة القوى سريعة النبض وكثيرة العرق. كما يبدو الثديان متضخمان، وتظهر الأوعية الدموية عليهما، والهالة حول الحملتين داكنة وعند الضغط عليهما يخرج اللبن [283]، ص185، [357]، ص169. وتظهر على البطن علامات ندب حمراء من جراء تمدد الأنسجة الليفية أثناء فترة الحمل، ويبدو الجلد مرتخيا. والرحم ككرة في أول يوم من الوضع، ثم يلين بعد 24 ساعة ويكون مستواه عند السرة، ثم يصل إلى منتصف المسافة بعد أسبوع ليصل إلى الحوض بعد أسبوعين، ثم إلى حجمه الطبيعي بعد ستة أسابيع من الوضع [283]، ص185 بعد الولادة مباشرة تنزل إفرازات دموية على شكل نزيف في اليوم الأول ثم يبدأ يقل، ويستمر الإفراز الدموي لمدة خمسة عشرة يوما ثم ينقطع ويتردد على هيئة سائل مصلي حتى الأربعين يوما وهو ما يدعى بدم النفاس Le retourn de couches. كما تظهر بقع بنية اللون على الوجه والبطن.

3.2.2. 2.3.1. العلامات الداخلية الموجودة بجسم الأم والدالة على ولادة مبكرة

عند الكشف الطبي تظهر الأعضاء التناسلية الخارجية متمزقة وبها رضوض، كما يظهر تمزق عنق الرحم إذا كان حجم الجنين كبيرا أو كانت الولادة عسرة. وللإشارة فإن الفحص المبكر الذي يتم بعد الولادة مباشرة أو بأيام قليلة، يمكن من تحديد تاريخ الولادة بسهولة، وكلما تأخر الكشف كلما صعب تحديد زمن الوضع. فمثلا عنق الرحم الداخلي ينغلق بعد 24 ساعة من الوضع والخارجي بعد أسبوعين [283]، ص186، [278]، ص456. وكلما بعد زمن الكشف كلما اندثرت وتلاشت الأدلة وصعب البحث عن الجاني في جريمة قتل الوليد ويبقى مجهولا، مما يجعل قاضي التحقيق يتصرف في القضية بإصدار أمر بانتفاء وجه الدعوى.

3.2.2. 4.1. السلوك الإجرامي

تقوم جريمة قتل الوليد بفعل ايجابي يتمثل في سلوك معين يقوم به الجاني لإزهاق روح المولود. كما تقوم بفعل سلبي كعدم ربط الحبل السري أو الامتناع عن إرضاع الطفل [75]، ص41، [94]، ص325، [330]، ص70، [402]، ص363، [247]، ص343. وللإشارة فإن قانون العقوبات الفرنسي القديم لم يجعل من الامتناع سلوكا صالحا لقيام الجريمة [61]، p205. ولا يعتد القانون بالوسيلة لتوقيع الجراء، فيستوي أن يكون القتل خنقا أو غرقا أو بأعمال عنف واقعة على أعضاء من الجسم كالرأس مثلا، وكتب القانون لم تتناولها تفصيلا تاركة ذلك لمؤلفات الطب الشرعي التي بينت أساليب قتل المولود والتي سنذكر بعضها منها.

من الطرق المستعملة في قتل الطفل حديث الولادة وأكثرها شيوعا واستعمالا في معظم الدول العربية كتم النفس. حيث تريد الأم بفعلها مداراة جرمها حتى لا يسمع المولود لأنها أسهل وسيلة للتخلص منه [281]، ص641، [402]، ص363. وللإشارة فإن إثبات أن الوفاة بفعل فاعل وتمت بسلوك جنائي يحسمه الطب الشرعي عن طريق التقارير التي يقدمها إلى الجهات القضائية، والتي تبين إن كانت الوفاة طبيعية أو بسبب جنائي. قلنا أن من بين الأساليب المستعملة في قتل المولود الخنق الذي قد يكون بوسادة أو بوضع اليد على فم الصغير وأنفه أو باستعمال لحاف أو منديل [357]، ص197. كما قد تستعمل الأم الحبل السري وتلفه على عنق ابنها [283]، ص222. لتوهم الغير أن التفاف الحبل عرضي. ويمكن بسهولة مشاهدة العنف الواقع على الطفل من جراء فعل الخنق كون أن الأم تكون في حالة هياج وخوف واضطراب وتحاول التخلص منه بسرعة، فتستعمل عنفا زائدا. كما قد يتمثل السلوك في إحداث رضوض برأس المولود وهي قليلة الحصول، حيث يضرب الرأس على الأرض أو بحائط لإيهام الطبيب الشرعي بأن الطفل عند خروجه إثر ولادة مفاجئة اصطدم رأسه بالأرض [283]، ص225، [281]، ص641. ومن بين الأساليب كذلك نذكر الجروح وهذه الطريقة غير شائعة في موت الأطفال حديثي الولادة، وقد تكون بالذبح أو بالطعن في البطن أو الصدر أو بإدخال إبرة طويلة في المخ أو في القلب أو في النخاع الشوكي بإدخالها من القفا. وقد تكون سبب الوفاة الغرق بفعل فاعل، ويمكن معرفة ذلك من خلال فحص الرئتين الذي يظهر أن الجنين قد تنفس بعد مولده قبل قتله [283]، ص225، [281]، ص226، [357]، ص197. وقد يحدث بفعل سلوك سلبي يتمثل في الامتناع عن ربط الحبل السري أو عن إرضاع المولود أو تركه في مكان بارد، كمثلا وضعه في ثلاجة حتى يموت ولو أن هذه الحالة الأخيرة تتحقق بفعل إيجابي.

ونخلص إلى القول بأن جريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة التي نص عليها المشرع في المواد 259 و 261 من قانون العقوبات لا تقوم إلا إذا توفرت العناصر التالية:

أن يكون المجني عليه أو الضحية طفلاً حديث الولادة
أن يولد حياً وقابلاً للحياة
أن يكون الفاعل والدته.

أن يتم الفعل أثناء الولادة أو في الفترة التي تليها مباشرة [75]، ص 41، [58]، ص 213، 112، ص 82 و 84. وهناك من التشريعات العربية من وضع شروطاً أخرى لقيام الجريمة وثبوت عذر تخفيف الجزاء، مثل قانون العقوبات السوري الذي بين هذه الشروط في المادة 537 منه يتمثلان في أن يكون القتل اتقاء للعار، وأن تكون الأم الجانية حملت به من سفاح [407]، ص 24. ولقد اعتمد هذان الشرطان بالإضافة إلى الشروط الأخرى، كل من قانون الجزاء الكويتي في المادة 159 منه، وقانون العقوبات الأردني في مادته 332، وقانون العقوبات اللبناني في المادة 551 منه.

وأما بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري والقانون الجنائي المغربي وكذا التونسي لم يضعوا شروطاً من هذا القبيل واكتفوا بوجود علاقة أمومة بين المولود وأمه وأن تكون الجريمة أثناء الولادة أو مباشرة بعدها لتخفيف العقوبة، ولا عبرة بعد ذلك بالبواعث التي دعت الأم لقتل ابنها [151]، ص 272، التي قد تكون اتقاء للعار أو بسبب الفقر أو لأنها كانت في فترة الانزعاج والاضطراب النفسي التي تنتاب الأم بعد الولادة وأثناءها.

ولهذا يرى بعض رجال القانون أن علة التخفيف تكمن في أن هذه الجرائم عادة ما ترتكب للتستر على الفضيحة التي نجمت عن حمل غير شرعي، وأنه يستحسن أن يحصر المشرع تخفيف العقوبة على هذا العذر فقط [151]، ص 272، [401]، ص 170.

3.2.2. 5.1. الركن المعنوي للجريمة

جريمة قتل المولود جريمة عمدية، يشترط فيها اقتران السلوك بنية إزهاق روح الطفل بمعنى أن تنصرف إرادة الأم إلى الفعل الذي تأتية مع إرادة تحقيق النتيجة، ولا يهم إن كان القتل مرفوقاً بسبق الإصرار وهو ما أكدته قانون العقوبات الفرنسي القديم لسنة 1954 في المادة 300 منه. ولا تقوم الجريمة بفعل إهمال الأم، لكن هذا لا يمنع من قيام القصد الجرمي لديها وإمكان إدراج أفعالها تحت وصف آخر معاقب بنصوص غير تلك المخصصة لقتل الوليد P205، [61] أما قانون العقوبات الجديد والذي لم يعد يعتبر جريمة قتل الوليد جريمة خاصة، فإنه يعاقب عليها بالعقوبة المقررة للقتل العمد المادة 221-1 أو العقوبة المقررة للقتل مع سبق الإصرار وهو ما يطلق عليه المشرع الفرنسي الاغتيل (Assassinat) المادة 221-3 من قانون العقوبات الفرنسي. وجريمة قتل المولود جريمة عمدية، لكن ماذا لو كانت مع سبق الإصرار؟ كيف يمكن إثبات ذلك؟ إن إثبات العمد مع سبق الإصرار، يرجع

إلى النيابة العامة، حيث يمكن إثبات العمد خارج نطاق اعترافات الفاعلة. أما إثبات سبق الإصرار فيكون عن طريق عدة مسائل تتعلق بالحمل والحامل والتي عموماً يمكن الاستعانة بها لإثباته مثل: إخفاء الحمل عن محيط الحامل مثل الأسرة والجيران والأقارب... عدم القيام بالفحوصات الطبية أثناء الحمل، وعدم التصريح به في الضمان الاجتماعي، عدم تحضير لوازم الطفل من ألبسة وأغطية قبل الولادة... إلا أنها تبقى وسائل إثبات غير قطعية، كون أن الأم تستفيد من قاعدة الشك يفسر لصالح المتهم إذا كانت جثة المولود لا تحمل أي آثار عنف. وترجع المسألة في الأخير إلى الجهة القضائية النازرة في الدعوى حيث تعتبر سيدة القرار وفقاً للاقتناع الشخصي للقاضي [67], P2, 12, 13.

كما أن انتفاء القصد الجنائي عند الأم ينفي مسؤوليتها عن الجريمة مهما بلغت درجة خطئها غير العمدي [75]، ص 42، [58]، ص 92، لكن هذا لا يعني انتفاء المسؤولية إطلاقاً، لأنها تساءل عن أفعالها على أساس الخطأ في نطاق آخر من الأفعال المجرمة قانوناً. وإثبات نية إزهاق روح الطفل لدى الأم أمر صعب حسب رأي الدكتور محمد الفاضل، خاصة وإن وقعت نتيجة ترك أو امتناع. ولقد ذهبت بعض التشريعات الجزائية إلى العقاب على بعض الأفعال مثل إخفاء الحمل، والوضع سرا في مكان غير ملائم أو لا يتوفر على وسائل العناية بالطفل، وقد تؤخذ هذه الأفعال كقرائن على وجود قصد جنائي في جريمة قتل الطفل حديث الولادة [402]، ص 363 و 364. إن جريمة قتل الطفل حديث الولادة تقوم بمجرد انصراف إرادة الأم إلى قتل طفلها فتأتي السلوك الإجرامي الذي عن طريقه تطمح إلى تحقيق النتيجة. بمعنى أن قانون العقوبات الجزائري لم يشترط قصداً خاصاً حتى يكتمل الركن المعنوي، فلا يهمله الباعث إن كان لاتقاء العار أو الفقر وعدم القدرة على الإنفاق أو لأي سبب شخصي، فنص المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري ينصرف أثره إلى كل أم أتت سلوكاً بقصد التخلص من ابنها حديث الولادة أثناء ولادته أو مباشرة بعدها [58]، ص 92، [143]، ص 100. بمعنى أن النص القانوني جاء كقاعدة تشمل الطفل الشرعي وغير الشرعي، كما يشمل المرأة المتزوجة زواجاً شرعياً والأم العازبة وكل امرأة حملت من علاقة غير شرعية. وهذا موقف المشرع الجنائي المغربي وكذا التونسي، بينما ذهبت تشريعات جنائية عربية إلى اشتراط قصد خاص لاكتمال الركن المعنوي للجريمة يتمثل في الإقدام على القتل انتقاء للعار والفضيحة [421]، ص 171، والذي يرجع تقديره والوصول إليه إلى قاضي الموضوع من خلال ظروف وملابسات القضية، ووضع الأم الأسري والاجتماعي وتجاه زوجها إن كانت قد حملت من غيره [146]، ص 64 و 65، [247]، ص 345. أما إذا كانت الأم فاجرة ولا تبالي بما يقال عنها، بل تفاخرت به، فلا تستفيد من عذر التخفيف [146]، ص 46. كما لا يعتبر قتلاً لمولود حديث الولادة لا يخضع لعذر التخفيف القتل الذي تأتيه الأم للتخلص من عبء تربية المولود أو لكونه أنثى [354]، ص 227. والملاحظ أن التشريعات الجنائية التي مرت معنا- عدا تلك التي لم تعتبر جريمة قتل

المولود جريمة خاصة- انقسمت إلى طائفتين: - طائفة لم تشترط بوجود قصد خاص، واكتفت بوجود إرادة جرمية عند الأم القاتلة.

- وطائفة أخرى اعتبرت القصد الجنائي العام المتمثل في نية إزهاق روح للمولود غير كاف لقيام الجريمة، واشترطت اقترانه بقصد خاص يتمثل في إثبات السلوك لاتقاء العار والفضيحة.

وما يمكن استنتاجه هو أن التشريعات التي قيدت تطبيق العذر المخفف بشرط وجود قصد جنائي خاص، تكون بذلك قد وفرت حماية جنائية للطفل الشرعي أكثر منه عن الطفل غير الشرعي وقصدت بالحماية الأم وليس الوليد. بخلاف التشريعات التي لم تميز بين ما إذا كان الطفل مولودا من علاقة شرعية أو غير شرعية في إقرار العذر المخفف. وإذا ما حاولنا معرفة موقف الشريعة الإسلامية في مسألة القصد الجنائي لجريمة قتل الطفل الوليد فنقول أنها تحمي الطفل حديث العهد بالولادة بقدر ما تحمي الكبار[396]، ص290، حيث تعتبر حياة المولود محفوظة ومصانة قبل ولادته منذ أن تنفخ فيه الروح في بطن أمه، ويميز فقهاء الشريعة الإسلامية في جرائم القتل بين ما هو عمدا وما هو غير عمد أي شبه عمد أو خطأ.

فالقتل العمد عندهم هو ما اقترن فيه الفعل المزهق للروح بنية قتل المجني عليه، ويعتبر من أكبر الكبائر[169]، ص08. ويولي الإمام الشافعي وأحمد بن حنبل وأبو حنيفة أهمية بالغة للقصد الجنائي لأنه هو الذي يميز القتل العمد عن القتل شبه العمد وعن القتل الخطأ. فإن تعمد الجاني الفعل بقصد قتل المجني عليه فهو قتل عمد، وإن تعمد الفعل بقصد العدوان المجرد عن نية القتل فهو شبه عمد، وإن تعمد الفعل دون قصد عدواني أو دون أن يقصد نتيجة فهو خطأ[169]، ص63 و64. أما الإمام مالك فلا يشترط لاعتبار الفعل قتلا عمدا أن يقصد الجاني قتل الضحية، فيستوي عنده أن يقصد الفاعل القتل أو أن يقصد العدوان دون القتل ما دام أنه لم يتعمد الفعل على وجه اللعب أو التأديب، فهو في كلتا الحالتين قاتل عمدا[169]، ص63 و64. والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لا تعتد بالبواعث، ولا تأثير لها على مسؤولية الجاني فالباعث غير الشريف لا تأثير له على العقوبة حيث لا يزيد فيها، كما أن الباعث الشريف لا يخفف من مسؤولية القائم بالفعل[169]، ص67.

2. 3.2.2. العقوبة المقررة للجريمة قانونا وشرعا

جاء في المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري: «يعاقب بالإعدام كل من ارتكب جريمة قتل أو قتل الأصول أو التسميم.

ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة على أن لا يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة».

يظهر أن النص القانوني جاء بقاعدة وأورد عليها استثناء يخص الأم القاتلة، واستثناء آخر استثنى منه المساهم والشريك من هذا الاستثناء. بمعنى أنه أعاده للقاعدة العامة والمتمثلة في الحكم الذي جاءت به المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري. فجريمة قتل الطفل حديث الولادة يعاقب عليها بالعقوبة المقررة للقتل العمد وهي السجن المؤبد. أما إذا اقترنت بظرف من ظروف التشديد فيكون العقاب عليها بالإعدام، إلا أن الأم القاتلة لابنها حديث العهد بالولادة إذا توفرت أركان الجريمة وشروطها لا تخضع لهذا الحكم، بل تطبق عليها عقوبة مخففة تتمثل في السجن من عشرة إلى عشرين سنة سواء اقترنت فعلها بأحد الظروف المشددة أو لم يقترن. كما يخرج من نطاق تطبيق نص المادة 261 من نفس القانون القتل الخطأ الذي يحدث أثناء عملية الوضع أو بعدها بفترة من الزمن [417]، ص 45. لكن ما القول لو أن فعل الأم لم يعد أن يكون مجرد شروع؟ للإجابة على هذا السؤال لا بد من الرجوع للقواعد العامة أولاً، والتي تقتضي وعملاً بأحكام المادة 30 من قانون العقوبات الجزائري أن: «كل محاولات لارتكاب جناية تبتدئ بالشروع في التنفيذ أو بأفعال لا لبس فيها تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها إذا لم توقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة عن إرادة مرتكبها حتى ولو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها» ونميز بين ما إذا كان الشروع تاماً أو ناقصاً، حيث إذا قامت الأم بالسلوك الإجرامي كاملاً لكن النتيجة لم تتحقق لأن الوسيلة لم تكن كافية لإحداث النتيجة، فهذا لا يمنع من قيام مسؤوليتها لأن النتيجة قد أفلتت منها لظروف خارجة عن إرادتها التي ظلت موجودة وقائمة إلى آخر لحظة. وثانياً إذا كانت الاستحالة راجعة إلى المحل في حد ذاته مثلاً كون الطفل الذي حاولت خنقه كان ميتاً من قبل، فهنا تكون الاستحالة مطلقة ولا تقوم مسؤوليتها لاختلال أحد العناصر المكونة للركن المادي للجريمة لأن القتل لا ترتكب إلا على إنسان حي.

ولقد جاء في أحد المؤلفات القانونية عن مثال الجريمة المستحيلة أنه إذا ولد الطفل ميتاً وضغطت أمه على عنقه لتخنقه وهي تظنه حياً، فتساءل لأن الجريمة تكون عندئذ جريمة مستحيلة وهي كالجريمة التامة معاقب عليها [401]، ص 172. وهنا أقول أن هذه المسألة أي مسألة الجريمة المستحيلة تناولها الفقه الذي انقسم إلى مذهبين: مذهب شخصي قال بمعاقبة الفاعل بالرغم من أن النتيجة لم تتحقق لأن سلوكه يدل على إرادة آثمة وخطورة القائم به. ومذهب موضوعي رفض معاقبة الجاني لاستحالة تحقق النتيجة. وأمام هذا التطرف للنظريتين جاءت النظرية التوفيقية التي ميزت بين الاستحالة النسبية والتي تتعلق إما بالمحل أو الوسيلة، ومثاله أن يكون المسدس صالحاً لكنه استعمل على وجه غير سليم، أو أن الإنسان حياً لكنه لم يكن موجوداً وقت العدوان، هذه الاستحالة لا تعدم الفعل خطورته ولهذا قال أصحاب

هذه النظرية بالمعاقبة على الشروع في الجريمة المستحيلة استحالة نسبية. أما الاستحالة المطلقة فتكون عندما تكون الوسيلة غير صالحة لإحداث النتيجة، كمن يطلق النار من بندقية غير صالحة لكونها قديمة، أو أن محل الجريمة غير صالح أو لا تتحقق فيه الشروط القانونية المطلوبة التي تقوم بها الجريمة مثل القتل الذي يستهدف إنساناً ميتاً [423]، ص 453، [422]، ص 15.

أما إذا كان شروعها ناقصاً، كأن أقدمت على قتل وليدها فانتهرها شخص عن ذلك أو أنها فوجئت بسماع صوت قريب منها، كأن كان أحد أقاربها أو صوت سيارة الشرطة فتوقفت بعد أن كانت قد بدأت في فعلها الإجرامي، فهنا نطبق قواعد الشروع. فإذا تبين أن فعلها شروعا فلا تنعدم مسؤوليتها عن الشروع في الجريمة، وتعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة P2,17, [61]. أما إذا كان عدولها اختياريًا وقبل أن تبدأ في تنفيذ السلوك الإجرامي، لأنها أشفقت على ابنها أو خافت عذاب الآخرة أو لأي سبب آخر جعلها تتراجع عن فعلها، فهنا لا مبرر لمعاقبتها ولا قيام لمسؤوليتها لأن أفعالها انحصرت في الأعمال التحضيرية دون أن تتعداها إلى الأعمال التنفيذية. إذن فالشروع يعاقب عليه كما لو أن الجريمة تحققت بالفعل. لكن هل يصدق القول بالنسبة للمساهم والشريك في الجريمة؟ بمعنى هل يخضع لنفس ظروف التخفيف التي تسري على الأم؟ إن نص المادة 261 من قانون العقوبات الجزائري جعلنا في منأى عن كل لبس أو غموض قد يطرأ في هذا الصدد، حيث نص صراحة على أن العذر المخفف لا ينصرف إلى المساهمين أو الشركاء. بمعنى أنه إذا ساهم مع الأم شخصاً آخر في ارتكاب الأفعال الرئيسية التي تضيف عليه صفة الفاعل معها أو ساهم بصفته شريكاً فتطبق عليه عقوبة القتل العمد البسيط أو المشدد بحسب الأحوال. وإذا إنحصر سلوكه في حدود الشروع فيعاقب على الشروع في الجريمة. إن ظرف التخفيف الذي تستفيد منه الأم القاتلة ظرف شخصي لا ينصرف أثره إلى من ساهم معها في الجريمة، ولا تخضع للعقوبة المقررة لهؤلاء إذا اقتصر فعلها على مجرد الاشتراك معهم في الجريمة، وتخضع للعقوبة المقررة لجريمة قتل الأم لطفلها حديث الولادة [402]، ص 373، [58]، ص 93، P2,17, [67]

وبعد ما تعرفنا على العقوبة التي قررها المشرع الجزائري للجريمة، فلا بد أن نطلع على العقوبات التي نصت عليها بعض القوانين الجنائية العربية والشرعية الإسلامية.

3.2.2. 1. 2. 3. العقوبة المقررة للجريمة في بعض القوانين العربية

نص قانون العقوبات الأردني في مادته 332 على معاقبة الأم التي تتسبب بفعل أو ترك في قتل ابنها اتقاء للعار عقب ولادته، والذي حملت به من سفاح بعقوبة الاعتقال التي لا تنقص عن خمس سنوات. وظاهر النص يدل على أن العذر يقتصر على أم المولود إذا اقترفت فعلها بعد الولادة مباشرة أو

أثناءها، ولا يتعلق الأمر إلا بالإبن غير الشرعي، فكل ما خرج عن هذا النطاق يخضع للنصوص الخاصة بالقتل العمد أو القتل مع سبق الإصرار، ولا يستفيد من العذر أي شخص غير الأم مهما كانت درجة قرابته بالمولود أو بالأم كالأب والجد والأخ أو الأخت[146]، ص63.

وهنا نلاحظ تمايز الحماية الجنائية للمولود عن الحماية الجنائية للجنين من حيث أن القانون أقر عذرا مخففا للعقاب لمن ارتكب جريمة إجهاض حفاظا على الشرف على أحد فروع أو قريباته حتى الدرجة الثالثة، بينما جعل تخفيف العقوبة في جريمة قتل الوليد حكرا على أم المولود غير الشرعي دون غيرها. أما قانون العقوبات اللبناني فلقد ميز من حيث العقاب بين جريمة قتل طفل حديث الولادة عمدا وبين تلك التي تقع عن سبق إصرار. فقرر للأولى عقوبة الاعتقال المؤقت الذي يتراوح بين ثلاث سنوات وخمس عشرة سنة، والثانية رفع فيها الحد الأدنى إلى خمس سنوات ولم يغير الحد الأقصى، أي بقي خمس عشرة سنة[421]، ص171، مع الإشارة إلى أنه وكما فعل المشرع الأردني - اشترط أن يكون الحمل من سفاح والقتل اتقاء للعار بالإضافة إلى الشروط الأخرى المطلوبة في محل الجريمة وصفة الجاني بطبيعة الحال. وهو بالفعل ما فعله المشرع السوري حيث ميز في نص المادة 537 بين: جريمة قتل طفل حديث الولادة عمدا اتقاء للعار وعاقب عليها بالاعتقال المؤقت من ثلاث سنوات إلى خمس عشرة سنة، وجريمة القتل مع سبق الإصرار للمولود التي لا يجب أن تنقص عن خمس سنوات وتزيد عن خمس عشرة سنة[402]، ص375. وعاقب القانون الجنائي المغربي على الجريمة بالعقوبة المقررة للقتل العمد البسيط في الفصل 392، أو بعقوبة القتل مع سبق الإصرار أو الترصد في الفصل 393، بالسجن المؤبد أو الإعدام، واستثنى الأم من هذه العقوبة وخصها بجزاء مخفف تناولته الفقرة الثانية من الفصل 397 التي جاء فيها: «إلا أن الأم، سواء كانت فاعلة أصلية أو مشاركة في قتل وليدها، تعاقب بالسجن من خمس سنوات إلى عشرة، ولا يطبق هذا النص على مشاركيها ولا على المساهمين معها». وعاقب الفصل 211 من قانون العقوبات التونسي بعشرة أعوام الأم القاتلة لابنها حديث العهد بالولادة دون أن يحصر العذر في القتل الذي قد يكون اتقاء للعار أو واقع على ابن شرعي.

تتفق القوانين الجنائية التي مرت معنا من حيث أنها قصرت العذر على أم الطفل الوليد دون غيرها بينما نجد قانون العقوبات الليبي وسع من نطاق تطبيق العذر ليشمل ذوي قربي الأم متى كان بدافع الحفاظ على الشرف المادة 373 من قانون العقوبات الليبي، ولا يستفيد الأب من التخفيف[389]، ص42. وتعاقب الأم القاتلة لابنها حديث الولادة بحسب ما إذا كان فعلها مسبقا بالإصرار أو الترصد بالإعدام حسب المادة 230 من قانون العقوبات المصري أو بالأشغال الشاقة أو المؤقتة إذا كان فعلها قتلا عمدا طبقا لأحكام المادة 234 من قانون العقوبات المصري.

2.2.3.2.2. العقوبة المقررة للجريمة في الشريعة الإسلامية

تحرم الشريعة الإسلامية قتل الأب لابنه عمداً، وأساس التحريم كتاب الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم والإجماع. فمن أدلة الكتاب آيات قرآنية كثيرة ذكرنا بعضها منها في مواضع أخرى من بحثنا ولا بأس أن نذكر بعضها. يقول عز وجل: (وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا) [490]، 93 وقوله تعالى: (وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ) [256]، 151، (مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا) [389]، 32 ودليل التحريم من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: (أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء) [221]، ص138، وقوله صلى الله عليه وسلم: (لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث: الثيب الزاني، والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة) [221]، ص136، وقوله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع: (فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا فليبلغ الشاهد الغائب) [221]، ص140. وبعد هذه الأسانيد الشرعية لا جدال في تحريم القتل على كل قاتل رئيساً أو مروؤساً، غنياً أو فقيراً، عبداً أو سيداً، شريفاً كان أو وضيعاً، وسواء كان الأب وإن علا والإبن وإن نزل [424]، ص139. ولقد أكد الله سبحانه وتعالى على تحريم هذه الصورة الأخيرة من قتل الأب لابنه لما فيها من بشاعة لأنها تقترب من ذوي القربى والبر بالأبناء، ولوضع حد للعادات الفاسدة والتقاليد العمياء التي كانت سائدة في الجاهلية. حيث كان يقتل الأبناء خوفاً من عدم القدرة على الإنفاق عليهم، أو لأنها أنثى تجلب لوالدها العار، وتنقص من رجولته. وقد يخشى الكافر أن المولود الذي رزق به قد يكفر بدين آبائه ويعتق الإسلام إذا ما كبر فيقتله كفراً وضلالاً [139]، ص142 و 143. ولهذا نزلت آيات قرآنية تبين تحريم قتل الآباء للأبناء وتهدي الكافرين إلى الطريق المستقيم، نذكر منها في تحريم قتل الأبناء خوفاً من الفقر قوله تعالى: (وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا) [425]، 06، وفي وأد البنات يقول سبحانه وتعالى: (وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ) [409]، 08 و 09 وفيمن عمتهم التقاليد الجائرة وعادات الجاهلية يقول جلا جلاله: (قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ) [388]، 140. ولقد جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أي الذنب أعظم عند الله؟ قال صلى الله عليه وسلم: (أن تجعل لله نداً وهو خالقك) ثم أضاف السائل: ثم أي، قال صلى الله عليه وسلم: (ثم أن تقتل ولدك مخافة أن تطعم معك) [426]، ص69. إن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء مؤكداً ومدعماً لقول العلي القدير بتحريم قتل الأبناء عمداً، ولا جدال بعد ذلك في الموضوع. بقي أن نتعرف على العقوبة المقررة للقتل العمد، وتحديد عقوبة قتل الطفل حديث الولادة عمداً.

3.2.2. 2. 1.2. عقوبة القتل العمد في الشريعة الإسلامية

يعاقب على جريمة القتل العمد في الشريعة بعقوبات منها ما هو أصلي وما هو تبعي، ويندرج تحت: - العقوبات الأصلية:

القصاص: وهو أن يعاقب الجاني بمثل فعله، ويستوي أن يكون القتل مسبوقا بسبق الإصرار أو التردد أو غير مسبوق [169]، ص 12.

الدية: وهي عقوبة بديلة للقصاص، قد يضاف إليها التعزير إن رأت ضرورة لذلك الهيئة التشريعية، ويمكن أن تستبدل الدية بعقوبة تعزيرية إذا ما وجد سبب من الأسباب الشرعية.

الكفارة: وهي عقوبة أصلية، تتمثل في عتق رقبة مؤمنة أو صيام شهرين متتابعين [169]، ص 12 وما بعدها لمن لم يجد الرقبة المؤمنة أو قيمتها يتصدق بها. ولقد اختلف الفقهاء حول وجوبها في القتل العمد لأنها متفق عليها في القتل الخطأ، والقتل شبه العمد. ويرى بها الإمام الشافعي وهناك رأي لأحمد بن حنبل يرى بوجوبها. أما جمهور المذهب الحنبلي وأبو حنيفة وأصحابه فيرون بعدم وجوبها في القتل العمد. أما الإمام مالك فيقول أنها مندوبا بها في القتل العمد الذي لم يطبق فيه القصاص (سواء كان امتناع القصاص للعفو أو لوجود مانع شرعي) [169]، ص 141.

- أما العقوبات التبعية فهي:

الحرمان من الميراث والحرمان من الوصية.

3.2.2. 2. 2.2. عقوبة قتل الوالد لولده

سبق الحديث عن الحماية الجنائية التي خصت بها الشريعة الإسلامية الطفل، والتي قلنا أنها امتدت قبل ولادته منذ نفخ الروح فيه بعد بلوغ الجنين مائة وعشرين يوما من الحمل إلى ما بعد الوضع، ولم تميز بينه وبين الإنسان البالغ من حيث إخضاع العدوان على حياته للعقوبة المقررة لجريمة القتل، لكن ما القول لو أن القاتل هي أم الولد؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى اعتبار الأبوة مانع من موانع القصاص، وأقروا مبدأ عدم الاقتصاص من القاتل إذا كان والد المقتول، وبهذا يكونون قد أقروا عذرا مخففا للعقاب لوجود رابطة الأبوة، وأطلقوا القول فيه [234]، ص 387. فذهب الإمام أبو حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل إلى القول بامتناع القصاص إذا قتل الوالد ولده عمدا، محتجين بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فيما رواه عن الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا يقاد الوالد بولده)، وقوله صلى الله عليه وسلم: (أنت ومالك لأبيك) [143]، ص 106، [396]، ص 291، [234]، ص 387، ولو أن الحديث الثاني ليس صريحا في منع

القصاص إلا أنه يدرؤه لوجود شبهة، والقاعدة في الشريعة" درء الحدود بالشبهات" [169]، ص 93 و 94.

ويقول الدكتور عبد القادر عودة عن قاعدة درء الحدود بالشبهات، أنها تتعلق بجرائم الحدود، فإذا قامت شبهة في فعل الجاني أو قصده يعاقب بعقوبة تعزيرية لوجود شبهة. أما استعمال القاعدة في جرائم القتل يكون استعمالاً صورياً، واستعمالها نادراً وتكاد تكون القاعدة معطلة، لأن القتل أنواع ثلاث: عمد، شبه عمد وخطأ، فإذا قامت شبهة في الفعل، فلا يمكن درء الحد، لأن الفعل بعد قيام الشبهة يصبح قتلاً خطأ، وإذا قامت شبهة حول القصد فيصبح الفعل قتلاً شبه عمد وهكذا يمنع تنوع القتل من تطبيق القاعدة [169]، ص 96.

أما الإمام مالك فلقد خالفهم الرأي، وقال بقتل الوالد إذا قتل ولده كلما انتفتت الشبهة في أنه أراد بفعله التأديب، أو كلما ثبت قطعاً أنه أراد قتله كأن أضجعه وذبحه أو شق بطنه. أما إذا ضربه مؤدباً أو حذفه بحديدة أو ما شبه به ذلك، فلا يقتص منه لأن حب الأب لابنه وشفقته عليه تدعو إلى الشك في أنه أراد قتله، ووجود الشك كاف لدرء الحد عنه [169]، ص 95، [424]، ص 159. فلا يقتص منه بل يجب عليه دية مغلظة.

ويأخذ حكم الوالد الجد من الأب والجد من الأم وإن علا. كما تأخذ الأم حكم الأب إن قتلت ولدها فلا يقتص منها لأنها أولى بالبر، فكانت أولى بنفي القصاص عنها. كما تأخذ الجدة حكم الأم سواء كانت من الأب أو من الأم [234]، ص 388، [222]، ص 184، [389]، ص 42، [14]، ص 361. وعن الموازنة بين الاتجاهين يفضل الدكتور هلالى ويميل إلى الاتجاه الذي يقول بقتل الأب إذا قتل ولده عمداً لوجود شبهة، ويضيف في قوله أنه خاصة إذا كان القتل واقع على طفل حديث الولادة تنتفي شبهة الشفقة التي قال بها جمهور الفقهاء كما ينتفي غرض التأديب مما يستوجب قتله. ولما كان تأييده لقتل الأب لابنه من زواج شرعي، فإنه يؤيد قتل الأم لابنها من حمل سفاح من باب أولى [396]، ص 292.

وما يمكن قوله بعدما عرضنا لموقف فقهاء الشريعة الإسلامية من قتل الأبناء، هو أن الإسلام كان سباقاً إلى مراعاة الظروف التي قد يجد فيها الآباء أنفسهم، فيقدمون على سلوكات غير طبيعية تتنافى مع الفطرة السليمة، فجعل من علاقة الأبوة أو الأمومة عذراً مخففاً للعقاب في زمن كانت فيه البشرية تعيش في جهل وضلال، وتسامح مع الوالدين لوجود تلك الرابطة القوية التي تربطهم بأبنائهم وتجعلهم أحسن مخلوق عليهم، وقدّر أن سلوكهم لا يمكن إلا أن يفسر بأنه كان غير طبيعي في فترة انفعال أو هيجان. كما أن الشريعة الإسلامية قدرت وضع المرأة التي تكون في حالة نفاس واعتبرته مرضاً تستفيد منه الأم الفاتلة لودها حديث الولادة، إضافة إلى عذر الأمومة [14]، ص 360، [143]، ص 107. قبل أن تتوصل التشريعات الوضعية إلى ذلك بزمن بعيد.

وإذا سقط القصاص وجبت الدية بوصفها عقوبة بديلة، تجب على الأب القاتل (يسري الحكم على الأم القاتلة كذلك) المتعمد تجب من ماله، ولا تتحملها العاقلة [234]، ص 517، (لأن العائلة لا تتحمل إلا دية شبه العمد أو الخطأ) [14]، ص 488، ولا يرث منها شيئاً إجماعاً. وتجب عليه مغلظة وفي الحال لأنه قتل عمداً. وعند الحنفية تجب في ثلاث سنين لأنها دية أدمي فتؤجل كدية شبه العمد [427]، ص 492، [14]، ص 489، ويرى الشيعة الإمامية تأجيلها أزيد من سنة إذا رضي ورثة المجني عليه بذلك [424]، ص 166. وإذا كان الإبن المقتول لا وارث له فتؤخذ الدية وتوضع في بيت المال. كما يجوز تعزير القاتل إذا رأى ولي الأمر ذلك تبعاً للمصلحة العامة، شريطة أن لا يبلغ التعزير القتل أو الجرح أو قطع العضو [14]، ص 359، [427]، ص 235. ويرى الإمام مالك والأوزاعي والليث أن القاتل إذا سقط عنه القصاص، يجلد مائة جلدة بالسوط ويحبس سنة تعزيراً [304]، ص 404. أما الكفارة ففيها قولان: أولهما أنها لا تجب في قتل الوالد لولده عمداً، وهو قول مالك وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل. ورأي ثاني يقول بوجوبها، وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعي وأحمد في رواية أخرى [424]، ص 168 و 171.

4.2.2. الأعدار المخففة للعقاب

والتي يمكن اعتبارها في آن واحد أسباباً لارتكاب الجريمة. عادة ما توجه أصابع الاتهام إلى المرأة على أنها الجانية، واصفة إياها بأوصاف مجرحة، بشعة وقاسية وكأنها وحش ضار، يجب كسر شوكتها حتى لا يعود إلى أفعاله، ولا مناص من الحديث عن علاقة الفعل بشخصية الجاني وبالظروف المحيطة به، فهو في نظر الفكر التقليدي حر الاختيار في إتيان السلوك الإجرامي أو عدم إتيانه، مما يجعل الأفراد متساوون في هذا الجانب، الأمر الذي يدعو إلى المساواة بينهم من حيث العقاب ورفض فكرة تفريد العقوبة [130]، ص 535، 534. ويعود الفضل للمدرسة الوضعية في تغيير الفكر التقليدي السائد واعتبار الجريمة ظاهرة اجتماعية يمكن البحث في أسبابها وظروفها باستخدام مناهج العلوم التجريبية التي تقوم على الملاحظة والتجربة [130]، ص 546 و 547، وضرورة أن تتماشى مع العقوبة والخطورة الإجرامية للجاني، التي لا يمكن تحديدها إلا عن طريق بحث شخصي لهذا الأخير من جميع جوانبه، العقلية، النفسية والجسمانية، وكذا العوامل الاجتماعية المختلفة التي تأثر بها الجاني وأقدم على الجريمة [429]، ص 286، يقوم به فريق من مختصين منهم: الطبيب النفسي وطبيب الأمراض العقلية وكذا المختص في الأمراض العضوية والباحث الاجتماعي، وتكون الخبرة خلاصة أعمال هؤلاء يكتشف بها أسباب الإجرام، وتحديد دور العوامل العضوية والنفسية في تسبب الجريمة [429]، ص 16 و 17. ولعل أهم الفحوصات التي قد

تجرى للجاني هي الفحوصات النفسية لما لها من صلة بالظاهرة الإجرامية. وكلما زاد العلم تقدما وتطورا كلما كشف عن أنواع جديدة من الإجرام تندرج تحت المرض النفسي الذي له علاقة بالسلوك الإجرامي العنيف وخاصة القتل، نتيجة للعديد من العوامل البسيكولوجية والبيولوجية والبيئية الاجتماعية التي تتفاعل فيما بينها لزيادة أو نقص قابلية الإنسان للسلوك العنيف [430]، ص 09. مثل السيكوپاتية والعدوانية والعدائية، التي تعتبر من العوامل البسيكولوجية -المؤثرة على السلوك الإجرامي. كما أن هناك علاقة بين اضطرابات الغدد الصماء والهرمونات والسلوك العنيف، دون إهمال دور العوامل البيولوجية والوراثية في تحديد العنف عند الأشخاص. ولقد أثبتت التجارب العلمية وجود علاقة بين مضاعفات الحمل والولادة والسلوك الجرمي [430]، ص 10، حيث كثيرا ما تتعرض المرأة لاضطرابات نفسية نظرا لتغيرات عضوية تمر بها، كالحيض وسن اليأس والنفاس، تجعلها تقدم على أفعال عنف ليس باستطاعتها القيام بها في الحالات العادية. ولهذا راعت التشريعات الجنائية هذا الوضع الاستثنائي للمرأة فأقرت عذرا مخففا للعقوبة بسبب الانزعاج النفسي الذي تمر به الأم بعد الولادة والاضطرابات المزاجية والنفسية التي تنتابها في تلك الفترة، بالإضافة إلى عوامل البيئة الاجتماعية التي أثبت علم الإجرام وجود صلة بينها وبين السلوك الإجرامي كالعادات والتقاليد والعقائد الدينية.

وسوف نتناول بالدراسة هذه الأسباب مبينين دورها في توجيه سلوك الأم لارتكاب الجريمة.

4.2.2.1. الأسباب النفسية والفيزيولوجية وأثرها على العقوبة

تمر المرأة في حياتها بظروف فيزيولوجية عديدة تبدأ بالمراهقة التي تشهد فيها تغيرات كظهور علامات البلوغ بما فيها الطمث والزواج الذي عادة ما يعقبه الحمل والولادة، لتصل في سن معينة إلى مرحلة سن اليأس. ولا جدال في أن هذه التطورات الفيزيولوجية لها تأثير شديد على الجانب النفسي وهو ما أثبتته الطب علميا. ويرجع معظم الأطباء سبب التوتر والانفعال الذي يحصل للمرأة قبل فترة الحيض -الطمث- ونظرا لعدم وجود سبب حقيقي ومعروف على وجه التحديد، إلى العوامل البيولوجية بما فيها الهرمونات الجنسية التي يحدث فيها عدم توازن بين هرمون البروجسترون والأستروجين الذي يكون مرتفعا نسبيا عن نسبة البروجسترون، مما يخلق متاعب للمرأة في الفترات ما قبل الحيض والحمل وفترة الولادة [431]، ص 102 و 187. كما تحدث اضطرابات في هرمونات أخرى ناجمة عن اضطراب نشاط الغدد الصماء حيث تزداد قابلية المرأة للألم، بالإضافة إلى العوامل الجينية كانتفاخ البطن وتورم الأطراف والثديين، وزيادة وزنها، والكآبة والتوتر وتقلب المزاج [143]، ص 16. وتظهر في الثلاثي الأول من الحمل اضطرابات عضوية ذات مصدر هرموني، كما تظهر اضطرابات هضمية سببها هرموني (Hormone gonatrophine chronique (HCG). كما يظهر إمساك عند 50% من

النساء الحوامل سببه ارتفاع نسبة البروجيستيرون [432],p,20,21، وتظهر أعراض أخرى مثل كثرة النوم أو الإرهاق الناجم عن قلة النوم.

ولأن دارستنا تتعلق بجريمة قتل الطفل حديث الولادة، فبالطبع سوف نتناول الاضطرابات النفسية التي تعترى الأم بعد الولادة وتأثيرها على السلوك الإجرامي.

4.2.2. 1.1. الاضطرابات التي تحدث في فترة النفاس

قبل أن نتعرض إلى الاضطرابات التي تطرأ على الأم في فترة ما بعد الولادة، لا بد أن نبين مفهوم النفاس في الطب وفي الشريعة الإسلامية.

4.2.2. 1.1.1. تعريف النفاس طبياً

هو الفترة التي تلي الولادة والتي يعود فيها الرحم وجهاز المرأة التناسلي إلى حالته الطبيعية التي كان عليها قبل الولادة [278]، ص455، والتي عادة ما تستغرق ما بين ستة وثمانية أسابيع، ويعرف في الطب بأنه الدم والإفرازات التي تخرج من الرحم بعد الولادة، أو بدم النفاس. تستمر من ثلاثة إلى أربعة أسابيع، وقد تطول إلى ستة أسابيع [278]، ص456. ومعدل المدة لدى أغلب النساء هي 24 يوماً، تزيد عند الأم التي لا ترضع ابنها. وتعتبر فترة النفاس فترة راحة ونقاهاة للأم بعد جهد شاق ناتج عن الحمل والولادة كما أن عليها أن تواجه أعباء الرضاعة والعناية بالمولود.

4.2.2. 2.1.1. تعريف النفاس عند فقهاء الشريعة الإسلامية

تختلف نظرة الفقهاء إلى النفاس عن نظرة الطب إليها، حيث يهتم الفقهاء به من باب أنه تمتع به عن المرأة بعض الواجبات الدينية مثل الصلاة والصيام ولمس المصحف الشريف والمباشرة... ويتفق رأي الفقهاء في تحديد مدته التي تتراوح من أربعين إلى ستين يوماً مع رأي الطب الذي حصرها ما بين ستة وثمانية أسابيع [278]، ص457.

تعتبر مرحلة الولادة أهم مرحلة تترقبها كل حامل اكتمل نمو جنينها وتتلطف إلى التعرف عليه وضمه إلى أحضانها فتعرف لحظة الولادة- بالرغم من المتاعب والآلام التي تعاني منها آنذاك- سعادة لا يمكن وصفها، وتجتاز هذه المرحلة في ظروف هادئة وطبيعية دون أن تؤثر في توازنها النفسي. بينما نجد في حالات أخرى، تعيش المرأة أزمة حقيقية في الفترة الممتدة ما بين الولادة والنفاس، حيث تشهد اضطرابات قد تصل درجة حدتها إلى الانتحار أو قتل المولود [278]، ص58. خاصة وإن كان الحمل

من علاقة غير شرعية، خفي أمره عن المحيط الذي تعيش فيه المرأة. فلا شك في أن ما تعيشه هذه الأخيرة من اضطرابات نفسية يفوق بكثير ما تعيشه من وضعت مولودا شرعيا.

يعتري المرأة بعد الولادة حزن وإحساس بالقنوط خاصة الأمهات الجدد، حيث تكون سريعة البكاء، متقلبة المزاج، ضعيفة التركيز، قليلة النوم، متعبة وعادة ما تكون عصبية، سريعة الانفعال وحادة الطباع. ويحدث هذا في فترة ما بعد الولادة التي يطلق عليها البعض فترة حزن ما بعد الولادة [278]، ص 88 و 89، وتنتاب حوالي من 70 إلى 80 % من الأمهات الجدد لفترة تتراوح ما بين ثلاثة (03) وسبعة (07) أيام.

وقد تصاب الأم باكتئاب ما بعد الولادة الذي يعتبر اضطرابا في المزاج والتفكير السلبي والشعور بالحزن، الذي غالبا ما ينتابها في الفترة الممتدة بين أربعة أسابيع إلى ستة شهور ما بعد الولادة [278]، ص 89، نظرا لتغيرات هرمونية وجسدية، بالإضافة إلى تغير نمط الحياة والإحساس بالمسؤولية. وهناك اختلاف في تحديد مدة الاكتئاب بين ما ذهب إليه الأطباء النفسانيون في تحديدها بأربعة أسابيع، وما ذهبت إليه منظمة الصحة العالمية في الإصدار العاشر للتصنيف العالمي للأمراض بتمديدتها إلى ستة أسابيع [278]، ص 90. إن تحديد مدة الاكتئاب بشكل دقيق له أهمية من حيث المتابعة والعلاج حتى لا تسوء الحالة الصحية للمرأة، بالإضافة إلى أنه من المسائل الهامة التي يعتمد عليها لتخفيف العقوبة إذا ما ارتكبت الجريمة في خلالها.

وحالة الاكتئاب التي تمر بها الأم بعد الولادة- حسب رأي الأطباء لا تختلف عن تلك التي تنتاب المرأة في مراحل العمر، إلا من حيث قلة نية الانتحار في الأولى، وكذلك الشعور بالندم والعصبية واحتمال ظهور أعراض ذهانية وتقلب في المزاج [278]، ص 90. وقليل ما يكون الاكتئاب مصحوبا برغبة في إيذاء المولود التي تبلغ حدتها في مرحلة لاحقة لتطور المرض وهي:

- مرحلة الذهان أو ذهان النفاس حسب التسمية التي أطلقتها عليه منظمة الصحة العالمية، وهي مرحلة أكثر خطورة من المرحلتين السابقتين، تحدث في الشهور الثلاثة الأولى بعد الولادة، تعاني خلالها المرأة من اضطرابات نفسية. كالهلاويس مثل سماع أصوات تأمرها بقتل مولودها، أو اعتقادها بأنها ليست أمه، أو أنها غير متزوجة أو أن زوجها سيطلقها ويعقد قرانه بأخرى، أو أن ابنها مريض بمرض خطير وسيموت [143]، ص 92. وحالة الذهان تصيب من امرأة إلى اثنتين في كل ألف ولادة وأكثرها تتعلق بالولادة الأولى بنسبة 50 إلى 60 % من الحالات، 50 % منها قد مرت بمشاكل طبية قبل أو أثناء أو بعد الولادة.

4.2.2. 2.1. أسباب الاضطرابات وعلاقتها بالجريمة

لم يستطيع الطب حصر الاضطرابات النفسية التي تصيب المرأة أثناء الحمل والولادة وبعدها في سبب أو عامل واحد، وإنما يرجعون ذلك إلى عدة عوامل قد تتسبب في الحالة النفسية إما مجتمعة أو ينفرد منها واحد وتتمثل في:

- العوامل البيولوجية: مثل تسمم الحمل أو تعاطي بعض الأدوية أو تعاطي المخدرات.
- التغيرات الهرمونية السريعة: التي تحدث بعد الولادة، حيث بعد ما كان مستوى هرموني الاستروجين والبروجيستيرون مرتفعاً عشرة أضعاف أثناء الحمل، ينزل إلى مستواه الطبيعي الذي كان عليه قبل الحمل في خلال 72 ساعة بعد الولادة [143]، ص 93. كما يزيد من احتمال الإصابة بالاضطرابات انخفاض بعض المواد الطبيعية (الأندومينات) التي تعمل على تحسين المزاج بعدما كانت نسبتها مرتفعة أثناء الحمل.

- العوامل النفسية: قد تكون المرأة تعيش اضطرابات نفسية قبل الحمل ولا تخضع للعلاج، أو قد تظهر هذه الاضطرابات مع الحمل، أو تزداد حدة خلاله خاصة إذا كان الحمل غير مرغوب فيه أو أنه ثمرة علاقة غير شرعية. فتعيش الحامل صراعات نفسية حادة وخوف شديدين تفقدها السيطرة على سلوكها وتخلق لديها عدم توازن نفسي.

وفي دراسة قام بها الدكتور "فليب رينيك" Phillip. J. Resnick مختص في الأمراض العقلية، على سبعة وثلاثون حالة قتل طفل حديث الولادة، أربعة وثلاثون منها ارتكبت من قبل الأمهات تتراوح أعمارهن من 16 إلى 38 سنة، 39 % منهن أقل من 25 سنة، 19 % من الأمهات المتزوجات ارتكبن الجريمة على أبناء شرعيين. و 17 % من مجموع حالات قتل طفل حديث الولادة تعاني من اضطرابات نفسية. كما لاحظ وجود ثلاث حالات تعاني من انهيارات عصبية حادة. وأثناء هذه الدراسة لم يلاحظ أي رغبة في الانتحار لدى هؤلاء النساء [406]، p42,43. كما أن حالة رفض الحمل Le Deni de grossesse أو كما يلقب "القتل الصامت" Les plus Silencieux des infanticides. حسب ما ذهبت إليه الدكتورة "آن هنري" Anne Henry طبيبة أخصائية في الأمراض العقلية بمستشفى "رين" Rennes عند النساء اللواتي رفضن الحمل، لاحظت أنهن غريبات ترفض المرأة منهن فكرة الحمل، بل ترى بأن حدوث حمل لديها مستحيلاً، فلا تعتبر نفسها حاملاً بل ترفض أن تكون كذلك ولا تظهر عليها علامات الحمل، كما يبقى محيطها يجهل ذلك، حتى أقرب الناس إليها مثل الزوج وتتخلص منه بمجرد ولادته. إما برمييه مع القمامات، أو تضعه في الثلاجة (المجمد). فهاته النساء لا تحاولن تبرير فعلهن أو التقليل من أهميته، بل تكتفي بالتأكيد على أنها لم تكن حاملاً، ولو أن الحمل كان حقيقياً، فلا يمكن أن تكون حاملاً [433]، p87,88. وتضيف الدكتورة "آن هنري" أنه

بمجرد اكتشاف الجريمة فإنها تتخلص من عبء ثقيل، وتحس بارتياح، وتبقى المتابعة النفسية ضرورية للأمهات القاتلات لأبنائهن خاصة أثناء تنفيذ العقوبة. وقد يكون إنكار الحمل إنكارا كلياً Déní massif حيث تتجاهل الحامل تماماً حملها ويمتد ذلك إلى غاية الولادة، وعادة ما يتعلق الأمر بحوامل للمرة الأولى عازبات، صغيرات في السن، طالبات، أو بدون عمل، عادة تكون تعيش بعيدا عن العائلة أي بمفردها. ولقد أحصى الباحث Laport "لابورت" في مستشفى بواتي "Poitier" الفرنسي عام 1993، 9815 ولادة من بينها 18 حالة تجاهل تام للحمل، ومتوسط سن هته النساء 22,9 سنة. عادة ما يحدث ذلك عند نساء مدمنات على المخدرات أو عند التي تكون تعاني من السكيزوفرنيا، [432]p44,45. كما أن الإحساس بالذنب بسبب العلاقات الجنسية غير الشرعية قد يخلف اضطرابات نفسية تتخلص منها الحامل بتجاهل وإنكار حملها وتتصرف كأنها غير حامل. خاصة إن كان من زنا محارم أو اغتصاب، وتفشل في إسقاطه لنفاذ الفترة المقررة قانونا للإجهاض المسموح به، فلا تجد حلا إلا في تجاهله. ولا تكشف أمرها لذويها أو حتى للطبيب خوفا من عدم تصديقها، وخوفا وإحساسا بالذنب. وعادة ما يحدث ذلك عند نساء غير ناضجات [434],p 245,262. وقد تدفع حالة إنكار أو تجاهل الحمل إلى قتل المولود دون أن ينكشف الأمر، إما بعدم العثور عليه، أو أن الفاعل يبقى مجهولا. ولهذا فإن الإحصائيات لا تعبر عن حقيقة هذه الجريمة. وهناك أبحاث كثيرة قام بها مختصون لمعرفة مدى علاقة هذه الحالة Deni de grossesse – بالجريمة، منها الدكتورة "بارنس" "Berns" في سنة 1982 التي أحصت عشرة (10) حالات في عيادة إينديا تابوليس "Indianapolis" وقدرت نسبتها ب 2 في كل 1000 حالة ولادة [432],p 37.

أما الباحث "بير" Beier "فقدر حالات إنكار الحمل ب 0,5 في 1000 ولادة أي 400 حالة في ألمانيا سنويا مقابل 800.000 ولادة 83, 79, [435],p. وقام بريزنكا "Brezinka" في عام 1994 بإحصاء 27 حالة بنسبة 3 في 1000 [436],p08. وتوصل الدكتور "فينوقو" "Finnegau" بالولايات المتحدة الأمريكية في سنة 1982 إلى أنه من بين 3 حالات لإنكار الحمل تنتهي اثنتان منها بقتل المولود مباشرة بعد الولادة، أي في الأربعة والعشرون ساعة. وتسمى الجريمة "Néonaticide" مصطلح أطلقه الدكتور "Resnick" عام 1970 على المولود الذي يقتل في 24 ساعة من ولادته [432],p38. كما قدر الدكتور "لابروت" "Laport" عدد حالات قتل الطفل حديث الولادة مباشرة بأربع (04) حالات من بين 18 حالة إنكار، ولاحظت الدكتورة "بريزنكا" "Brezinka" في عام 1994 في النمسا أن أي حالة من السبع (07) حالات لإنكار الحمل الموجودة بالمستشفى لم ترتكب فيها جريمة قتل [436],p08. أما الدكتور ميتشال و"ديفيس" "Mitchelle et Davis" أحصيا في عام 2000، 18 حالة قتل طفل حديث الولادة بعد ولادته مباشرة، عشرة (10) منها ارتكبت من نساء يعانين من حالة إنكار الحمل. كما أحصى "بير" "Beier" من ألمانيا في نفس السنة 137 حالة قتل

مولود بعد ولادته مباشرة "Néonaticide" من بينها 42 حالة إنكار حمل [432],p39 وفي دراسة أخرى قام بها مارقارت وسبينالي "Margaret et spinelli" بالولايات المتحدة الأمريكية في 2001 توصلوا إلى أن الستة عشرة (16) حالة لقتل الطفل مباشرة بعد الولادة كلها تعاني فيها الحوامل من حالة إنكار أو تجاهل الحمل. ولقد لاحظت السيدة "Gorre Ferragu" بأنه لا يمكن الجزم بأن حالات إنكار الحمل تنتهي حتما بقتل المولود كما أن احتمال ارتكاب الجريمة يكون أكبر عندما تتم الولادة في البيت وبعيدا عن الناس في سرية تامة.

- آلام الوضع وصعوبة الولادة: من أسباب هذه الاضطرابات التي تعترى الأم بعد الولادة الآلام وصعوبة الوضع، حيث تعاني الحامل من تغيرات فيزيولوجية خلال فترة الحمل خاصة عند قروب الوضع، تزداد معاناتها حيث تصبح متوترة ومرهقة قليلة النوم، وتصل هذه المعاناة ذروتها مع الولادة وقدم المولود الذي يحتاج إلى رعاية مستمرة ليلا ونهارا، وهي غير قادرة على ذلك خاصة إن كانت الولادة عسرة أو عن طريق عملية قيصرية [143]، ص 94.

سبق وأن تحدثنا عن الاضطرابات التي تمر بها الأم بعد الولادة ، وعلاقتها بالجريمة التي تنحصر في مرحلة ذهان ما بعد الولادة حسب ما ذهب إليه الأطباء العقليون والنفسانيون. والسؤال الواجب طرحه هو: هل لهذه الظروف تأثير على العقوبة المقررة للجريمة في القانون الجنائي الجزائري وبعض التشريعات الجنائية الحديثة والشريعة الإسلامية؟ ذلك ما سوف نحاول تدليله والإجابة عليه من خلال الفرع الموالي.

3.1. 4.2.2. أثر الظروف على العقوبة في قانون العقوبات الجزائري

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على سبب تخفيف العقوبة، إلا أنه يمكن تفسير ما ذهب إليه بأنه راعي طبيعة الأم لأنها أحن مخلوق على المولود، فلا يمكن أن ترتكب مثل هذا الفعل الشنيع، إلا تحت تأثير ظروف قاسية، قد تكون اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية [417]، ص 46. كما أن الأم التي تتخلص من ابنها بقتله لن تستطيع أن تتخلص من تأنيب الضمير والإحساس بالذنب الذي سيطاردها طيلة حياتها. ويذهب الدكتور إسحاق إبراهيم منصور إلى اعتبار عذر التخفيف قرينة قانونية قاطعة على الظروف القاسية التي دفعت الأم إلى ارتكاب فعلها، ولا يمكن القول معها بأن جريمة مماثلة لم يكن السبب فيها الظروف القاسية، وبالتالي لا مجال للحديث عن العذر المخفف [417]، ص 46. إلا أن اعتبار القرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، قد يجعل كثير من حالات قتل الطفل حديث الولادة التي لا يكون الدافع إليها الظروف القاسية تندرج تحت هذه الحالة الأخيرة، وتستفيد أمهات قتلن أبناءهن عن سبق إصرار من العذر. كما قد تندرج تحت هذه الحالة الجرائم التي ترتكب من نساء يعانين من أمراض عقلية

أو نفسية خطيرة علما بأن هذه الحالة الأخيرة لا تدخل في نطاق العذر المخفف، ولكن تخضع لموانع المسؤولية والبحث عن مدى توافر الوعي والإدراك أثناء ارتكاب السلوك. فإذا ثبت أن المرأة عند ارتكابها الجريمة كانت غير مدركة وواعية لمدى خطورة أفعالها يمتنع الجزاء أصلاً. إن معظم كتب القانون التي تناولت عذر تخفيف العقوبة أشارت إلى الظروف القاسية والبيئة التي تكون سبب ارتكاب الجريمة، كما أشارت إلى أن المرأة بعد الولادة تعيش انزعاجاً عاطفياً ناتجاً عن الولادة والرضاعة، وتجعله كشرط لقيام العذر [75]، ص 40 و 41، [396]، ص 288، [354]، ص 222. وعلى العموم فإنه لا يمكن التسليم بأن الأم قد تقدم هكذا دون سبب على قتل ابنها خاصة وإن كان من زواج شرعي، حيث أن هذه الحالة وفي اعتقادي – هي التي تستوجب العناية والمتابعة الطبية والنفسية لأنه لا شك في وجود خلل نفسي أو عقلي، ناهيك عن الاضطرابات التي تظهر مع الحمل والولادة والنفاس عند المرأة القاتلة لابنها الشرعي. ولقد أصاب المشرع الجزائري عندما خص الأم القاتلة لابنها بعذر التخفيف دون أي يقصر العذر على المرأة غير المتزوجة.

4.2.2. 4.1. أثر الظروف على العقوبة في بعض القوانين الجزائية

وخلافاً لما ذهب إليه قانون العقوبات الجزائري والقانون الجنائي المغربي والتونسي، تذهب بعض القوانين الجزائية العربية إلى حصر العذر في نطاق قتل المولود غير الشرعي، وتنص على ذلك صراحة مثل قانون العقوبات اللبناني في مادته 551 (سبق الإشارة إلى المادة) التي يشترط فيها أن تكون الأم قد حملت به عن طريق غير شرعي سواء كانت بكراً أم ثيباً أو زوجة، وسواء تم الحمل إكراهاً أو بالرضا، أو بطريق الاغتصاب [247]، ص 344. بمعنى أن التخفيف لا ينصرف إلى الأم التي قتلت ابنها من زواج شرعي. وقانون العقوبات اليمني في المادة 311، والقانون السوري في المادة 537 من قانون العقوبات.

أما المشرع الفرنسي وبعد أن ألغى النصوص الخاصة بقتل الطفل حديث الولادة وقتل الأصول *Infanticide et parricide*، فلم تعد هذه الجرائم تخضع إلى عذر التخفيف، بل ألحقها بجرائم القتل العمد المشددة العقوبة المنصوص عليها المواد 3/221 و 4/221 من قانون العقوبات الفرنسي، فأصبحت تندرج تحت الجرائم الواقعة على القاصر ما دون خمسة عشرة سنة 148، p245، [68]، المعاقب عليها بالسجن المؤبد مع رفع المدة الأمنية إلى أقصى مدة لها بقرار خاص من محكمة الجنايات 102، p43، [437]. إلا أن تشديد العقوبة لا يمنع القاضي من تطبيق عقوبة أخف إذا تحققت الظروف القضائية التي تسمح بذلك، كالوضع النفسي للمرأة، وحالة الاضطراب والانزعاج الذي زامن ارتكاب الجريمة. وإذا تبين أن الحامل أثناء ارتكابها للجريمة اعترتها اضطرابات نفسية أو عصبية ألغت

التمييز عندها فحينها لا تساءل طبقاً للمادة 1/211 من قانون العقوبات الفرنسي. أما إذا كانت في حالة نفسية أو عصبية أفقدتها التحكم في تصرفاتها فلا تمتنع مسؤوليتها لكن يأخذ القاضي بعين الاعتبار تلك الحالة في تحديد العقاب p43, [437].

وللمشرع الأردني موقفاً متميزاً ولهذا فضلت أن أتطرق إليه في الأخير. فهو يعتبر الظروف النفسية التي تعيشها المرأة التي تحمل من علاقة غير شرعية جديرة بأن تجعلها تستفيد من العذر المخفف ونص على ذلك في المادة 332 ق. ع، ثم تناول حالة خاصة تختلف عن هذه وهي حالة قتل الأم لطفلها بفعل أو ترك مقصود والذي لم يتجاوز السنة من عمره، وجعل الحكم في يد القاضي حيث أعطى له الحرية في استعمال سلطته التقديرية واقتناعه الشخصي إذا تأكد واقتنع أن الأم عند ارتكابها الفعل لم تكن قد استعادت وعيها تماماً من تأثير الولادة والرضاعة. وأن يستبدل العقوبة المقررة للجريمة (الإعدام) بعقوبة الاعتقال مدة لا تنقص عن خمس سنوات (المادة 331). وبهذا يكون قد شمل بعذر التخفيف حتى الأم التي تقتل ابنها الشرعي الذي لم يتجاوز السنة، وإذا ما قارنا المدة التي اعتبر أن المرأة تكون لا زالت تحت تأثير الاضطرابات الناجمة عن الولادة والرضاعة وبين المدة التي يحددها الأطباء النفسانيون والمختصون بثلاثة أشهر [143]، ص 920. نلاحظ أن هناك اختلاف واضح وشاسع، قد يفسح المجال أمام أمهات مهملات للتستر وراء هذا العذر والتسبب في قتل أبنائهن هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن في النص إجحاف في حق الطفل في الحياة والرعاية والحماية التي أكدت عليها اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 في المواد 5، 6 و 7.

وما يمكن قوله عن علاقة العذر بالجريمة وفترة سريانه، فلا شك في أن جريمة قتل الطفل حديث الولادة ترتكب في فترة استغاثة. فترة تكون المرأة تعاني من اضطرابات نفسية ناجمة عن اضطرابات عضوية هرمونية، وعن صراع نفسي تعيشه لأسباب اجتماعية أو اقتصادية. ولعل التشريعات التي حددت قيام العذر بفترة قصيرة بعد الولادة عادة بثلاثة أو ثمانية أيام، فهي بطريقة غير مباشرة تقصد المولود غير الشرعي، والوضع النفسي الذي تعيشه الأم بعد الولادة، وإلا فما تفسير ذلك؟ فإنها لو كانت تقصد الوضع النفسي الناجم عن الاضطرابات النفسية والبيولوجية التي تظهر مع الحمل وتزداد حدة بالولادة والنفاس لجعلت العذر يمتد إلى فترة أطول، ولهذا نقول أنه على المشرع الجزائري أن يحدد مدة سريان العذر في حالة ارتكاب الجريمة.

4.2.2. 5.1. الظروف وأثرها على العقوبة في الشريعة الإسلامية

أقامت الشريعة الإسلامية قاعدة قوامها أن الأب لا يقتل بولده – سبق تفصيلها- وبلغة القانون أنها أقامت عذراً مخففاً للعقاب. وما لاحظناه في العديد من المؤلفات الدينية أنها لم تفصل في مسألة

العذر، أي في ما قد تعتري الأم من اضطرابات سيكولوجية أو بيولوجية أو حتى الظروف النفسية التي تنجم عن ولادة غير شرعية. وعلى العموم فإن فقهاء الشريعة أجمعوا على عدم معاقبة الأب بالقصاص إذا قتل ولده وميزوا بين ما إذا كان فعله عمداً أراد منه القتل (كأن يضجع ابنه ويذبحه) [169]، ص 95 و [234]، ص 388، [222]، ص 184 فحينها يقتص منه. وبين ما إذا لم يكن يقصد القتل (كأن أراد وتأديبه) فتجب الدية. واعتبروا أن القائم بالفعل يكون في وضع غير طبيعي تحت تأثير الغضب والانفعال.

ولا يمكن فصل الاضطرابات النفسية والهرمونية عن الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تلعب دوراً فعالاً في تسوي حالة الأم النفسية، وقد تكون هي السبب المباشر لارتكاب الجريمة. ذلك ما سوف نحاول تسليط الضوء عليه في المطلب اللاحق.

2. 4.2.2. الأسباب الخارجية الاجتماعية

عادة ما ترتكب جريمة قتل الأطفال حديثي العهد بالولادة لأسباب اجتماعية خاصة في المجتمعات العربية التي تتميز عن غيرها من حيث عاداتها وتقاليدها المستمدة من القواعد والمعتقدات الدينية. ومدى تمسكها وحرصها على العرض والشرف، بخلاف المجتمعات الغربية التي لا أظن أن هناك جريمة مماثلة ترتكب لنفس الأسباب لاختلاف الثقافات. ولأن نظرتها لبعض المسائل كالزواج والعلاقات خارج نطاق الزواج والأبناء الطبيعيين *Relation extraconjugale, enfants naturels* تختلف عما هي عليه في المجتمعات العربية التي لا زالت متمسكة بالشرف وتقديس الزواج، واعتباره العلاقة الشرعية الوحيدة التي يمكن من خلالها إنجاب أبناء. وكل ما خرج عن نطاقها اعتبر عاراً وفضيحة يستوجب القتل في بعض الأسر المحافظة، أو تتفكك الأسرة بسببه. كما قد يكون السبب من وراء التخلص من الطفل هو عدم القدرة على الإنفاق عليه ولو أنها حالات نادرة ما قد تحدث ولو أنه لا يمكن إغفالها ووضعها جانباً. فكثير من الأسر التي تعاني الفقر الشديد وتعيش في ظروف سيئة تمنعها من الإنجاب أو حتى مجرد التفكير في ذلك خاصة وإن كان عدد أبنائها كبيراً، فبقدر مولود جديد قد ترى الأم بأن وضعهم سيزداد سوءاً، وتحت تأثير الضغط النفسي الذي تعاني منه من جراء الحالة المادية المزرية للعائلة بالإضافة إلى الاضطرابات النفسية المتعلقة بالحمل والولادة وما ينجم عنها من أتعاب، تعتمد إلى التخلص من ابنها إشفافاً عليه وعلى أسرته. وسوف نفصل في الموضوع ونبين مدى تأثير الظروف الاجتماعية على ارتكاب الجريمة، وهل يعتبر قتل الطفل الوليد هو الحل للحفاظ على الشرف أو على توازن المستوى المعيشي للأسرة؟

4.2.2. 2. 1. قتل الطفل حديث العهد بالولادة اتقاء للعار

لم يجعل المشرع الجزائري من القتل الذي يكون خوفا من العار والفضيحة سببا صريحا لتخفيف العقاب على الأم، لكن هذا لا يعني أنه استبعده، بل بالعكس فإنه يعلم بأن معظم حالات قتل الطفل حديث الولادة ترتكب لتغطية جريمة أخرى تتمثل في العلاقات الجنسية غير الشرعية والحمل خارج إطار الزواج. لكن فضل عدم تحديدها حتى يشمل النص القانوني حتى حالات قتل الطفل الشرعي في فترة الانزعاج العاطفي، أثناء الولادة أو عقبها. ولو أن بعض التشريعات العربية التي سبقت دراستها أشارت إليها صراحة، وقصرت عذر التخفيف على المولود غير الشرعي الناجم عن علاقة غير شرعية. وكل المؤلفات القانونية تناولت عذر التخفيف المتمثل في اتقاء العار بالدرجة الأولى [247]، ص 345، [146]، ص 64، [151]، ص 272، [158]، ص 106، [60]، ص 69. وكم هي كثيرة الحالات التي قد يحدث حمل للمرأة -خاصة الفتيات- وتفشل في إجهاض نفسها، إما لأن ثمن العملية مرتفع جدا، أو أن الحمل متقدم ورفض الطبيب إجراؤها لما فيها من خطورة على حياتها. فتنستر على حملها حتى لا يعلم ذووها ومحيطها من أهل وجيران، مصارعة الخوف والرعب من انكشاف أمرها، متألمة قدوم موعد الولادة حتى تتخلص منه في صمت وتعود إلى حياتها الطبيعية. وإذا ما حاولنا مقارنة وضع المرأة التي تقتل ابنها اتقاء للعار، وبين تلك التي تقوم بالجريمة تحت تأثير الظروف النفسية والبيولوجية الناجمة عن الحمل والولادة، فنقول: أن الأولى تمر بنفس الظروف للثانية من تغيرات هرمونية وانزعاج سيكولوجي، وزيادة عن ذلك تصارع ظروف اجتماعية قاسية ناجمة عن تقاليد عمياء وفكر اجتماعي ضيق حكم عليها أن تنقلب من كائن حساس وضعيف وكله مشاعر، إلى إنسان عديم الشعور وشرير وجعلها تضطر لقتل أعز مخلوق عليها.

ومما قد يزيد وضعها النفسي تأزما هو كون الحمل من زنا محارم أو اغتصاب ذوي المحارم، والذي غالبا ما تعلم به الأم، فيكون حينها لا جدال في التخلص من المولود لأنه يمثل الخطيئة العظمى، فتقدم الإثنتان على قتله أو تقوم بذلك الأم أو الأب لدرء العار.

ولن يكفر العقاب عن فعلها لأنها ستعيش إلى الأبد والإحساس بالذنب يطاردها. وفي هذا الصدد تقول الدكتورة "أن هنري" "Anne – Henry" طبيبة الأمراض العقلية وأثناء المتابعة الطبية التي أجرتها للنساء المحبوسات في المؤسسة العقابية "بران" "Rennes": أنه لا بد من احترام صمت هؤلاء النساء اللواتي فضلن الصمت على الحديث، وكل محاولة لإرغامهن على الرجوع إلى وقت ارتكاب الجريمة ستنتهي بها إلى نفس نهاية مولودها [433]، p90. وتؤكد على أن تحظى المرأة المحكوم عليها بصدد جريمة قتل طفلها المولود، برعاية ومتابعة طبية حتى وإن كانت هذه الأم واعية ومدركة لسلوكها ونادمة ومستكرة له. ويجب أن يراعي المعالجون في معالجتهم لهته النسوة السلوك المناسب حتى تكون

المتابعة حقيقية علاجية وذات نتيجة. وتضيف الدكتورة "آن" أن هته النساء محطمت (des femmes Briseés). وتسميتها في محلها لأنه ليس من السهل على أي امرأة كانت (سليمة العقل) أن تقتل ابنها ولو كان مشوها، اللهم إذا كان اتقاء العار، فتفضل التضحية في سبيل شرف أسرته. لكن هل القتل هو الحل الوحيد للحفاظ على الأسرة من الفضيحة؟ الإجابة تكون من منظورين: الأول من منظور الأم، فلا شك في أن القتل هو الحل الوحيد الذي يتبدى لها في وضعية لا يمكن معها التفكير أو البحث عن الحلول، علما بأن هذه الحالات عادة ما تكون الولادة سرية وبدون أية مساعدة. فتحاول الأم إدارة جرمها وفضيحتها بمنع المولود من البكاء فتكتم نفسه حتى لا يسمعه أحد ويبقى أمره مجهولا. وعادة لا تفكر في وسيلة القتل لأنها تكون في رعب وارتباك بالإضافة إلى أنها تكون مرهقة ومنهكة القوى من جراء عملية الولادة، فتتخلص منه بأية وسيلة متاحة لها آنذاك وحتى عن طريق الترك أو إهمال ربط الحبل السري عمدا حتى يهلك، ظنا منها بأنها الوسيلة الوحيدة والحل الأمثل لمتابعة الحياة العادية دون أن يشعر أحد. لكن الأمور لا تسير كما تشتهي أو تظن لأنه ولو أن كثير من حالات قتل الطفل حديث الولادة يبقى فاعلها مجهولا، إلا أن السلطات العمومية في كثير من الحالات تتعرف على الأم الفاعلة وينكشف سرها وتصبح الجريمة هي سبب العار والفضيحة وليس المولود. فتواجه رد فعل القانون المتمثل في العقوبة إلى جانب رد فعل المجتمع المتمثل في الاستنكار والنفور من فعلها، بالإضافة إلى تلويت سمعة وشرف الأسرة وتأنيب الضمير، فهذه حقيقة امرأة محطمة نفسيا.

أما المنظور الثاني: والمتمثل في نظرة الغير للجريمة، فبلا شك أنه لا يرى في قتل الطفل الوسيلة الوحيدة لاتقاء العار لأنه كما بينا يمكن أن يكون القتل هو العار بنفسه. فكثير من النساء يلدن أبناء غير شرعيين ويتنازلن عنهم بمجرد الولادة في المستشفيات فتتكفل بهم الدولة، ولا ينكشف أمرهن ويتابعن حياتهن الطبيعية ولو أن ذلك يبقى محفوظا في الذاكرة، ولعله الحل الأمثل مقارنة ببشاعة الحل الأول. ولو أن الإحصائيات التي أجريت في فرنسا والتي قام بها الدكتور "تارديو" "Tardieu" طبيب شرعي في القرن 19 قدرت ب 500 جريمة قتل طفل حديث الولادة في كل سنة بنسبة جريمة واحد في 10.000 حالة ولادة حسب إحصائيات وزارة الداخلية الفرنسية. وفي سنة 1970 نزل العدد إلى 40 جريمة قتل طفل حديث الولادة في السنة المصرح بها. أما وزارة العدل فقدرتها ب 10 حالات قدمت إلى العدالة ونالت جزاءها، ما يدعو إلى القول بأن العديد من الحالات لا تطالها العدالة كون أن الجريمة ترتكب في الخفاء[432],p38. وبالتالي هذه الإحصائيات لا تكشف حقيقة الوضع نظرا لأن الجريمة تقع داخل الأسرة، ومرتبطة بوجودها وكيانها وب علاقتها بالمجتمع وما يسوده من عادات وتقاليد. فإنها تعطينا نظرة عما يجري في مجتمعنا وأن هذه الجرائم التي لم نكن نسمع عنها من قبل أصبحت شأنها شأن أية جريمة يكتب عنها في الصحف والمجلات، وينظر فيها أمام القضاء وتتهار بسببها أسر ويتشرد أبناء.

كما أن قتل المولود لا يعتبر حلاً لتوازن المستوى المعيشي للأسرة، ويتنافى وقول الله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: (وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةً إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا) [319]، 31، وقوله عز وجل: (قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ) [256]، 151، ولا شك في أنه قتل لا يخضع لعذر التخفيف، فالمشرع الجزائري خص الجنين بحماية قانونية من كل فعل يستهدفه كيفما كان الباعث إليه بما فيه العسر أو الفقر، فمن باب أولى أن تخص هذه الحماية الطفل الذي ولد لأنه أولى بالاعتبار والحماية.

4.2.2. 2. 2. قتل الطفل حديث الولادة لتحديد النسل

لم تتعرض المؤلفات القانونية التي سبقت معنا إلى القتل الذي يكون وسيلة لتحديد النسل Moyen Contraceptif وغالب الظن أن هذه الجرائم نادرة إن لم نقل تكاد تنعدم. في الدول المسلمة لما للنفس من حرمة لا تستباح لمثل هذه الأسباب، بالإضافة إلى أن سبل تحديد النسل متيسرة ويمكن استعمالها قبل أن يحصل حمل. ولا يمكن اعتبار الإجهاض وسيلة لمنع الحمل وتحديد النسل. فالشريعة الإسلامية تناولت مسألة تحديد النسل عن طريق العزل ويعتبر الوسيلة الوحيدة لمنع الأولاد التي تتنافى مع الحكمة من شرع النكاح وهي النسل وبقاء الجنين. كما يتنافى العزل مع قول الرسول صلى الله عليه وسلم: (تناكحوا تناسلوا تكاثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة) [296]، ص 24. ولقد استمد فقهاء الشريعة الإسلامية موقفهم من مسألة العزل سواء بالقول بالجواز أو الكراهة أو التحريم من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم التي نذكر بعضها منها. جاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبي سعيد الخدري قال: ذكر العزل عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال: (وما ذاكم) فقالوا: الرجل تكون له المرأة ترضع فيصيب منها، ويكره أن تحمل منه. والرجل تكون له الأمة فيصيب منها ويكره أن تحمل منه، قال (فلا عليكم أن تفعلوا ذاكم، فإنما هو القدر) [39]، ص 10. وجاء في رواية أخرى للإمام مسلم عن أبي سعيد الخدري قال غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزوة بني المصطلق، فسبينا كرائم العرب، فطالت علينا الغربية ورغبنا في الفداء، فأردنا أن نستمتع ونعزل، فقلنا نفعل ورسول الله صلى الله عليه وسلم بين أظهرنا لا نسأله! فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (لا عليكم أن تفعلوا ما كتب الله خلق نسمة هي كائنة إلى يوم القيامة، إلا ستكون...) [39]، ص 09 وروى البخاري ومسلم والترمذي وابن ماجه عن جابر رضي الله عنه قال: كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل [39]، ص 12، [296]، ص 26 وفي حديث آخر جاء عن أبي سعيد الخدري قال: ذكر العزل عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: (ولم يفعل ذلك أحدكم؟ ولم يقل: فلا يفعل ذلك أحدكم، فإنه ليست

نفس مخلوقة إلا الله خالقها [39]، ص 11. وعن جابر أن رجلاً أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن لي جارية وهي خادمتنا وسانيتنا، وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال: (أعزل عنها إن شئت، فإنه سيأتها ما قدر لها) [39]، ص 12. ولقد قال صلى الله عليه وسلم العزل: (ذاك الوأد الخفي) [47]، ص 75 وعن يحيى بن كثير عن جابر قال: كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ نبي الله صلى الله عليه وسلم فلم ينهنا [39]، ص 13، [47]، ص 75. وعن جابر قال كنا نعزل فقال اليهود: إن تلك المؤودة الصغرى فسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال: (كذبت اليهود لو أراد الله خلقه لم تستطع رده) [47]، ص 75. أما موقف فقهاء المذاهب الأربعة فهو جواز العزل عن الزوجة إذا كان برضاها. أما إذا انعدم الرضا فمتفق على تحريمه عند مالك وأحمد وأبو حنيفة. أما عند الشافعية فهناك وجهان:

الوجه الأول: يرجح الإمام النووي عدم التحريم، والوجه الثاني: ما يتفق عليه الجمهور من اشتراط الرضا [296]، ص 33 و 34. وهناك شرط آخر متفق عليه بالإجماع يتمثل في أن لا ينتج العزل ضرراً لأحد الزوجين. أما الإمام الغزالي، فمن ظاهر ما جاء في كتاب آداب النكاح أنه يميل إلى القول بجوازه [47]، ص 71 وما بعدها.

وبعدما عرضنا لأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وآراء فقهاء الشريعة لمسألة تحديد النسل كوسيلة وقائية لمنع الحمل، يسمح بها استثناء أو بشروط- ذكرناها- قبل أن تقع النطفة في الرحم وتتعقد جنيناً، فلا جدال بعد هذا في تحريم قتل الطفل حديث الولادة بعد أن وجد وأصبح إنساناً له حقوق أولها الحق في الحياة التي حرم الله الاعتداء عليها. وموقف التشريعات التي مرت معنا لم يحد عما جاءت به الشريعة الإسلامية بدليل أنها لم تدرج مسألة تحديد النسل كعذر مخفف للعقوبة المقررة للأم القاتلة ولوليدها. وقد تحدث مثل هذه الجرائم في الدول الغربية لاستباحة العلاقات الجنسية فيها والتي قد ينجم عنها حمل لا يرغب فيه الطرفان أو المرأة، ويكون الجنين قد بلغ مرحلة من التطور لا يمكن معها إسقاطه، فيعهد إلى حل آخر يتمثل في قتل المولود بمجرد ولادته.

وإذا أردنا معرفة مدى تأثير هذه الجريمة على كيان الأسرة فنقول: بأنها لا تقل خطورة عن الجرائم التي سبقت معنا، وتأثيراً على بقاء الأسرة واستقرارها، كونها من جرائم العرض. والرجل العربي يفضل أن يسلب ماله أو حتى روحه ولا يمس في عرضه وشرفه. ولهذا تعتبر جريمة قتل الوليد كجريمة الزنا والإجهاض من الجرائم التي تمس الأسرة في كيانها، فتتصدع عاطفياً ومادياً في أغلب الأحيان، خاصة إذا كشف أمر الجانية. فيتبرأ منها الوالد أو الزوج أو الأخ، كما ينفصل الزوجان بسبب جرم البنت الآثمة، وقد يصل الأمر إلى حد القتل. فتنقطع الروابط الأسرية وتجف الجوارح وتتحجر، وتبقى وصمة العار تصاحب جميع أفراد الأسرة لأجيال. وتترسخ آثار الجريمة في نفسية الجميع، حيث يتولد لديهم خاصة عند الإخوة أو الأبناء حسب صفة الفاعلة فتاة كانت أو امرأة متزوجة - الحقد

والكراهية وحب الانتقام من الذي كان سببا في تشتت العائلة، وتجاه المجتمع الذي لم يرحم هذه الأسرة. كما أن آثار الجريمة والندم سيصاحب الأم القاتلة لابنها لزمان بعيد، وتتولد لديها عقدة نحو الجنس الآخر. كما أنها لن تكون أبدا عادية وطبيعية في تصرفاتها بعد زواجها، ولن تتخلص من ماضيها ولو لم يكتشف أمرها. الأمر الذي سيكون له تأثير على معاملتها لأسرتها بما فيها الأبناء، فتنقل لهم كل ما تولد لديها من كراهية وحق، وسلوكات غير سوية، كالعنف مثلا والإنفعال الشديد، فيكبر الأبناء باستعداد نفسي للانحراف وشخصية غير سوية خاصة إذا كانت تسيء معاملتهم.

خاتمة

وهكذا تطوي هذه الدراسة بعدما تعرضنا إلى بعض الجرائم التي تقع على الأسرة من أحد عمادها وهي المرأة. وبيننا كيف تقوم جريمة ترك الأسرة من حيث اشتراط المشرع الجزائري بعض العناصر التي لا بد منها لاكتمال الإطار القانوني للجريمة، الذي لا يكفي لتوقيع العقاب. لأنها من الجرائم التي قيد فيها المشرع حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى العامة بتقديم شكوى من الزوج المهجور، مراعيًا في ذلك مصلحة الأسرة التي تقتضي التضحية بحق الزوج في المطالبة بتوقيع الجزاء على زوجته التاركة لمقر أسرتها، وتخليها عن الالتزامات المادية والمعنوية تجاهه وتجاه أبنائهما لمدة تزيد عن شهرين ودون سبب جدي، حفاظًا على استمرار الحياة داخل الأسرة وبقيائها. بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث أعطى للزوج حق الصفح عن زوجته حتى بعد تحريك الدعوى ضدها إذا ما أبدت رغبتها في العودة إلى الحياة الزوجية العادية، قبل صدور حكم نهائي في القضية. كما حاولت الوقوف على الأسباب التي تجعل الزوجة تقوم بمثل هذه الجريمة مثل العنف الواقع عليها من الزوج واضطهادها لها. ودعمت ذلك بإحصائيات عن العنف الأسري في الجزائر وبعض دول العالم. وفي كل مرة كنت أحاول مقارنة موقف المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لأركان الجريمة والعقوبة المقررة لها بالقوانين العربية التي إعتدناها في دراستنا، والتي انفرد من بينها القانون الجنائي المغربي و قانون العقوبات التونسي بالنص عليها، بخلاف قانون العقوبات المصري الذي اكتفى بتجريم عدم تسديد النفقة. والقانون الأردني واللبناني اللذان لم يتناولوا الجريمة. كما بينا موقف المشرع الفرنسي منها بعد التعديلات التي طرأت على نصوص قانون العقوبات. وتعرضنا إلى الجريمة في الشريعة الإسلامية، وبيننا كيف أن الزوجة تعتبر ناشزا بمجرد تركها لبيت زوجها أو خروجها دون إذن، مما يسقط حقها في النفقة دون اشتراط مدة محددة للهجر الأسري. ولقد دعمت دراستي ببعض الأحكام القضائية وقرارات من الاجتهاد القضائي الفرنسي. والظاهر أن المشرع الجزائري عندما تناول جرائم الإهمال العائلي راعى مصلحة الأسرة أحيانًا، فترك للضحية حق الخيار بين المطالبة بتوقيع العقاب أو العفو عن الزوجة الجانية، وأحيانًا أخرى فوت مصلحة الضحية على مصلحة الأسرة، كما فعل في جريمة الإهمال المعنوي للأبناء أو الإساءة للأبناء، فلم يقيد بها بشكوى لما فيها من مساس بالحقوق المادية أو المعنوية لهؤلاء، واعتبر أعمال الإساءة التي تعرض صحة أحد الأبناء أو كلهم، أو تعرض أمنهم أو خلقهم لخطر جسيم من قبيل السلوكات التي تقوم بها الجريمة. ولم يغفل معاقبة الوالدين أو احدهما الذي يتسبب في سوء سلوك وأخلاق أبنائه باعتياده على السكر أو الفجور وسوء الأخلاق، أو إهمال تربية ورعاية الطفل والإشراف عليه لدرجة تعريض صحته وأمنه وأخلاقه لخطر جسيم. ويتصف موقف المشرع بالحكمة لأنه يعلم بأن الطفل في المراحل الأولى من عمره يكون ضعيفا وبحاجة إلى من يرعاه، ولهذا أحاطه بحماية جنائية حتى في الوسط

الأسري الذي يعتبر الحصن والدرع الذي يحمي به الأبناء، خوفا من تسلط الآباء وتجاوزهم لحدود التربية والتأديب. ولو أنني أرى بأن العقوبة التي قررناها للجريمة غير كافية مقارنة بخطورة هذه الأخيرة على الأبناء وعلى المجتمع، لأن الآلام المادية التي قد يتعرض إليها الابن قد تتلاطم خلال فترة من الزمن، لكن الآثار النفسية التي تتركها سوء المعاملة تبقى، وتزكيتها الأيام لتخرج في شكل سلوك غير سوي عند بلوغ الطفل سنا محددة. وإذا ما وجدت عوامل أخرى تتفاعل معها يحدث الانحراف. كما أن اشتراط المشرع وجود خطر جسيم ناجم عن أعمال الإهمال التي بينها بالمادة 330 من قانون العقوبات الجزائري، يستدعي إيجاد معيار صحيح لتحديد درجة الخطورة، علما بأنها مسألة نسبية ترجع للسلطة التقديرية للقاضي يصعب تحديدها ويترتب عنها إما إحفاف في حق الأبناء، أو تفويت مصلحة هؤلاء على حساب الآباء مما يتنافى وروح العدالة. بالإضافة إلى أننا لا نرى جدوى من اشتراط درجة من الجسامة في الخطر. فيكفي أن يكون في السلوك خطرا على الابن أو الأبناء لقيام الجريمة، وبهذا تتحقق الحماية الجنائية المثلثة لهؤلاء. وهو ما فعله المشرع الفرنسي الذي وفر حماية أكبر للأبناء من إساءة الآباء لهم. بينما لم يختلف موقف المشرع المغربي والتونسي عن موقف المشرع الجزائري، ولو أن العقوبة التي أقرها قانون العقوبات التونسي فيها حماية أكبر. واكتفى قانون العقوبات اللبناني بتجريم الإهمال المادي للأبناء والإخلال بواجب الإعالة دون التعرض إلى الإهمال المعنوي للأبناء. ومرة أخرى يتدخل المشرع الجزائري لحماية الجاني فيقر له عذرا مخففا للعقاب، كما فعل في جريمة قتل الزوج الزاني عند ضبطه متلبسا بجريمة الزنا، وقتل الأم لابنها حديث العهد بالولادة. ففي جريمة الزنا نظر إلى السلوك ومدى تأثيره على الأسرة، واعتبر الجريمة وإن اكتملت أركانها وتم إثباتها، كأنها لم تكن إذا تنازل الزوج عن حقه في المطالبة بتوقيع العقوبة على شريكة حياته التي خانت مع غيره. وبهذا يكون قد راعى الأفعال التي قد تؤثر على نظام الأسرة وفضل تجاهلها إذا تغاضاها صاحب الحق. لكن إذا ما رفع القيد واستعادت النيابة العامة سلطة الملاءمة المنوطة بها، يتابع الفاعل في الجريمة وينال جزاءه، ما لم يصفح عنه الزوج قبل صدور حكم نهائي في الدعوى. ذلك ما عمدت إليه معظم القوانين التي مرت معنا. ولو أن بعضا منها ميز بين جريمة زنا الزوج التي اشترط لقيامها ارتكاب الفعل في بيت الزوجية أو أن يتخذ الزوج له خلية جهارا، كما فعل المشرع المصري و اللبناني و السوري. ودائما في نطاق جريمة الزنا، راعى المشرع وضع الزوج المخدوع في عرضه وشرفه، الذي يفاجئ زوجه متلبسا بالجريمة فيقدم على قتله وشريكه، وشمله بعذر التخفيف من العقوبة إذا ما توفرت شروط المادة 279 من قانون العقوبات. وتبقى العقوبة التي وضعها المشرع لجريمة الزنا غير قادرة على الحد منها لبساطتها مقارنة بالسلوك نفسه، وما قد ينجم عنه من آثار كارثية على الأسرة وعلى المجتمع، الذي قد تنتزع أركانه إذا سادت فيه الرذيلة وانتشرت فيه بعض الجرائم كالإجهاض والدعارة وقتل المواليد. ونقول أن ما أقرته الشريعة الإسلامية من عقاب يتناسب وعظمة الجرم ويحقق حماية أكبر للعلاقات

الشرعية داخل الأسرة خاصة، وفي المجتمع عامة. كما أن شدة العقوبة تجعل الأفراد يحجمون عن اقترافها. والظاهر أن المشرع إذا ما تعلق الأمر باعتداء واقع على حق من الحقوق الأساسية و الذاتية لأحد أفراد الأسرة، فلا يتهاون في توقيع العقاب كما سبق وأن لاحظنا ذلك في جريمة الإساءة للأبناء. ولا يختلف الأمر بالنسبة للجرائم الواقعة على الحق في الحياة التي لم يراع فيها الرابطة التي تربط الجاني بالضحية لإعفائه من العقوبة أو إسقاط صفة التجريم عن فعله. بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث صان حياة الإنسان قبل وجودها وخروجها إلى الوجود، فجرم إجهاض الجنين المستقر في رحم أمه وعاقب على الجريمة حتى وإن كانت من هذه الأخيرة. واعتبر أن للحمل حرمة منذ الوهلة الأولى لوجوده، ولم يميز بين مراحل تطور الجنين لقيام الجريمة. ولعل أسمى درجات الحماية التي خص بها الجنين تتمثل في معاقبته على الحمل الحقيقي والمفترض. كما عاقب على مجرد الشروع في الجريمة سواء كان القائم بها من الغير أو ذي صفة خاصة أو حتى الحامل نفسها. واعتبر التحريض على الإجهاض جريمة قائمة بذاتها فعاقب عليها وعلى الشروع فيها. وجعل من الاعتياد على ممارسة الإجهاض ظرفاً مشدداً يغير من وصف الجنحة لترقى إلى جنائية. وعاقب عليها بالعقوبة القصوى للسجن المؤقت، حرصاً منه على منع إنتشار الجريمة، التي تعتبر من الجرائم التي لم تستطع أية دولة الحد منها أو التحكم فيها، أو حتى ضبط الإحصائيات الحقيقية الخاصة بها، نظراً لطبيعتها التي يستعصي الكشف عنها. ولو أن المشكل الذي تثيره لا يتعلق بالتجريم و العقاب، و إنما بتفشيها في جميع المجتمعات الأمر الذي جعل استئصالها مستحيلاً ، ولو أنه من الممكن جداً الحد منها. وأجاز للقاضي الحكم علاوة على العقوبة المقررة لجنحة الإجهاض التي يقوم بها ذي صفة خاصة (طبيب - جراح- قابلة...) بالمنع من ممارسة المهنة، فضلاً عن جواز الحكم عليه بالمنع من الإقامة. وهنا يكون قد انتهج سياسة الوقاية خير من العلاج حتى لا يعود الجاني إلى فعله ولإبعاده عن مكان الجريمة. ولا نعجب إن وجدنا المشرع وفي نفس القسم الذي خصه للإجهاض، نص على منع وجوبي يستتبع كل حكم عن جرائم الإجهاض، الشروع أو الاشتراك، ويشمل أي شخص كان سواء طبيباً أو مجرد عامل بسيط في مؤسسات عامة أو خاصة للتوليد أو عيادات أو دور للولادة أو تستقبل نساء حوامل أو يفترض أنهن كذلك (المادة 311 من قانون العقوبات). وهكذا يكون قد حاول استئصال الجريمة من جذورها. ولم نجد أثناء دراستنا هذه اختلافاً كبيراً بين ما جاء به قانون العقوبات الجزائري والقوانين العربية الجزائية التي اعتمدنا عليها إلا من حيث العقاب أو عدم تجريم بعض السلوكات. بينما لاحظنا أن موقف القانون الفرنسي قد تغير بعد إلغائه للنصوص القديمة. حيث أباح الإجهاض في الأسابيع الاثني عشر الأولى من الحمل إذا كان برضا الحامل المادة (223-10 من قانون العقوبات الفرنسي والمادة 2212-1 من قانون الصحة الفرنسي نصوص سبقت معنا). ولعل عدم تأثر التشريعات العربية بالموقف الحديث لقانون العقوبات الفرنسي ، مرجعه أنها دول إسلامية ، لها عاداتها و معتقداتها و يستحيل أن تطبق فيها هذه النصوص

التي تتنافى والشريعة الإسلامية. فكيف نلغي تجريم فعل يعتبر من الكبائر أقر الله عز وجل حدا مثل جريمة الزنا؟ أو نبيح إجهاض الحمل ونحن نعلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم رفض إقامة حد الزنا على المرأة التي زنت (الغامدية) حتى تضع حملها غير الشرعي. وكل ما وصلنا عن فقهاء الإسلام يدل على تحريمه. وآخر محطة في هذه الدراسة كانت لجريمة قتل الطفل حديث العهد بالولادة، التي بينا فيها أركان الجريمة وشروط قيامها، من حيث كون المولود حيا وارتكاب القتل مباشرة بعد مولده بفترة قصيرة حددها قانون الحالة المدنية الجزائري بخمسة أيام من ميلاده، ولا تهم بعد ذلك الطريقة أو الوسيلة المستعملة في القتل، الذي قد يكون بفعل إيجابي أو سلبي. كما قد يكون بالخنق - وهو الأسلوب الأكثر استعمالا - أو الإغراق أو عدم ربط الحبل السري. وبيننا العقوبة المقررة للجريمة سواء في قانون العقوبات الجزائري أو في بعض القوانين الجزائرية العربية وفي قانون العقوبات الفرنسي. ولا حظنا كيف أن هذا الأخير وكذلك قانون العقوبات المصري لم يقرأ عذر التخفيف للأم القاتلة لابنها حديث العهد بالولادة، وأخضع الجريمة إلى القواعد العامة في القتل العمد البسيط أو المشدد. وعرفنا أن القوانين التي جعلت من صفة الجاني ظرفا مخففا للعقاب لم تشمل بهذا التخفيف الشريك في الجريمة. فقصر العذر على أم المولود دون غيرها، سواء كان فاعلا معها أو شريكا حتى وإن كان والد الولد. كما وضعت بعض القوانين الجزائرية العربية مثل القانون السوري والأردني واللبناني شرطا آخر، بالإضافة إلى وجود علاقة الأمومة بين القاتلة والمولود، يتمثل في الحمل من زنا أو من سفاح، وأن يكون القتل اتفاقا للعار. وأظن أن هذا الموقف منطقي وسليم لأن المشرع راف بالأم لوضعها الاجتماعي والنفسي الصعب التي يخشى عليها القتل، لكن لا وجود لأي مبرر لأم تقتل ابنها من زواج شرعي. وهو ما يعاب على المشرع الجزائري وكذا المغربي، الذي لم يحدد إن كان الأمر يتعلق بطفل شرعي أو بإبن علاقة خارج إطار الزواج، مما يحمل على القول أنه قصد الاثنين. وإرجاع بعض رجال القانون قتل الأم لابنها للانزعاج النفسي والاضطرابات الناجمة عن الحمل والولادة التي تمر بها، لا يكفي مبررا شرعيا لتطبيق العذر المخفف للعقاب. كما أن الأم إذا كانت تعاني من اضطرابات نفسية أو أمراض سيكوباتية، فلا شك أن القاضي سوف يبحث في الركن المعنوي عن مدى توفر العلم والإرادة لديها. فإذا رأى أن الجريمة قد ارتكبت في لحظة لا وعي، أو أنها لم تكن مدركة لسلوكها، فبلا شك أنه سوف يسألها في حدود مسؤوليتها الواعية، بل قد يأمر إجراء خبرة يستنير بها لتوقيع الجزاء. وبعد هذا العرض البسيط للمواضيع التي تناولناها بالدراسة، والتي توصلت من خلالها إلى نتائج تتمثل فيما يلي:

1- إن العناصر التي اشترطها المشرع لقيام جريمة ترك بيت الزوجية تجعل تحقيقها أمرا صعبا خاصة إن علمنا أنها قد تحول دون متابعة الفاعل.

2- قصور نص المادة 330 من قانون العقوبات، التي خصت بالحماية الابن الشرعي، وأهملت الطفل المكفول والطفل الطبيعي والمولود من علاقة غير شرعية.

3- صعوبة إثبات جريمة الإساءة للأبناء لعدم وجود نص صريح يحدد درجة الخطر الذي يعرض له الابن أو الأبناء، ويحدد ما هي الأعمال التي تدخل في نطاق التربية و التأديب حتى لا تختلط الأمور على الأولياء وحماية للأبناء.

4- إن الصفح الذي جاء به المشرع في جريمة ترك الأسرة لم يأت بجديد من حيث الآثار التي يترتبها، التي هي نفس الآثار المترتبة عن سحب الشكوى. كما أنه لا يعتبر الحل لاستمرار الحياة بصورة عادية داخل الأسرة بعدما تراجع الزوج المهجور و تنازل عن حقه في المطالبة بتوقيع العقاب على زوجته، و لو أنه لا توجد إحصائيات تبين مصير الأسر في مثل هذا الوضع، إلا أنه وفي غالب الأحيان ينفصل الزوجان بعدما حرك أحدهما الدعوى على الآخر ، هذا إن لم يكونا قد انفصلا من قبل .

5- إن العقوبة التي جاءت بها المادة 330-3 من قانون العقوبات لا توفر الحماية الكافية للأبناء من تسلط الآباء و تجاوزهم لحدود التربية و إساءتهم لهم، وتبقى عقوبة تافهة مقارنة بالأفعال في حد ذاتها و ما قد ينجم عنها من آثار قد تظهر بعد زمن نتائجها السلبية على سلوكيات الطفل.

6- قصور نص المادة 339 من قانون العقوبات التي لم تشمل بالحماية سوى العلاقات في إطار رابطة زوجية صحيحة. أما العلاقة خارج الزواج إذا وقعت في الخفاء و برضا الطرفين فلا عقوبة عليها.

7- إفلات شريك الزوجة الزانية من العقاب إذا كان لا يعلم بأنها متزوجة، وهو أمر يرفضه العقل ومناف لروح العدالة بما أن العلاقة في حد ذاتها غير شرعية بغض النظر عن وضعهما العائلي.

8- إن العقوبة التي جاءت بها المادة 339 من قانون العقوبات توحى بأن المشرع متردد في تجريمه للزنا نظرا لتفاهتها من جهة ولتقيدها بشكوى، وإقرار حق الصفح للزوج المضروب في العفو عن زوجته من جهة أخرى.

9- إن الصفح الذي جاء به في جريمة الزنا يبقى محصورا في مرحلة ما قبل صدور الحكم النهائي. أراد به المشرع عودة الزوجين إلى الحياة العادية، لكنه أغفل أمرا خطيرا و هو حدوث حمل من الزنا و بهذا يكون قد ساعد على اختلاط الأنساب ، وزاد الوضع تأزما بعدما كان الأمر يتعلق بخيانة زوجية تفرعت عنها مشكلة نسب الابن غير الشرعي.

10- قصور المادة 279 من قانون العقوبات الجزائري التي أقرت عذرا مخففا للعقاب للزوج الذي يقتل زوجته وشريكها أو أحدهما حين ينفاجاً بهما متلبسان بالزنا. حيث لم تنظم الأفعال التي تقوم بها هذه الأخيرة أو شريكها في مواجهة فعل الاعتداء الصادر عن الزوج، مما يجعل هذا الأخير في موضع سلبي قد يفقد حياته و ينتهك عرضه ويفلت قاتله من العقاب ، لأن النصوص غير قادرة على حمايته.

11- إن المشرع عندما نص في المادة 306 من قانون العقوبات على جريمة إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل، فإنه أخضع القائمين بها إلى نفس العقوبة المقررة لجريمة إجهاض الغير للحامل، مما يفيد أنه لم يعر أهمية لصفة الجاني لتحديد العقاب، وإلا فما تفسير ذلك؟ أو انه أغفل مدى خطورة هذه

الفئة التي تنشط في خفاء وسرية تامة وبتقنيات عالية يستحيل معها كشف الجريمة. وبهذا يكون نص المادة غير قادر على مواجهة الخطورة الإجرامية لهذه الشريحة المحترفة.

12- لم يتناول المشرع من بين النصوص التي عالج فيها جريمة الإجهاض، بيع الأدوية والمعدات الطبية و العقاقير المستعملة في الإجهاض، بالرغم من أن موقفه من جريمة الإجهاض جاء صارما و متشددا. ومرة أخرى نسجل قصور النصوص القانونية وعدم قدرتها على توفير الحماية الكافية للضحية وللأسرة.

13- لم يراع المشرع الوضع الاجتماعي للحامل عند إقراره للعقاب، مما يفيد أن المقصود بالحماية هو الحمل بالدرجة الأولى.

14- في حالة ما إذا اقتصر فعل الجاني على مجرد الشروع كأن كانت جريمة خائبة، وولد الجنين بتشوهات سببها الاعتداء الذي وقع عليه، فالنصوص تبقى عاجزة على إنصاف هذا المخلوق البريء. ولا يسأل الجاني إلا عن الشروع، أما بالنسبة لما خلفه بسلوكه من أضرار مست الجنين فلا يسأل عنها لعدم وجود نصوص تجرم ذلك.

15- إن الموقف الردعي الذي اتخذه المشرع في مواجهة الجريمة قد يكون سببا في انتشار الإجهاض غير المرخص به.

16- إن المشرع بعدم إخضاعه جريمة قتل الطفل حديث الولادة للقواعد العامة في القتل يكون قد خص الأم القاتلة بحماية جنائية دون غيرها من مرتكبي الجريمة، على حساب الضحية.

17- يسوي المشرع الجزائري بين القتل الذي يكون اتقاء العار وذلك الذي يكون بسبب الاضطرابات الناجمة عن الولادة والنفاس ، بدليل أنه لم يحدد ذلك في نص المادة 261 من قانون العقوبات ،ما يجعلنا نقول أن القتل قد ينصرف إلى الابن الشرعي وهو أمر خطير يجب تداركه لأن الأم لا مبرر لها، ولا يمكن أن تعذر في فعلها إلا إذا امتنعت مسؤوليتها.

18- إن الطبيعة الخاصة لهذه الجرائم التي يصعب الكشف عنها تجعل النصوص القانونية غير قادرة على أن تظال مرتكبيها. كما أن القواعد الإجرائية التي خص بها المشرع بعض هذه الجرائم قد تكون سببا لارتفاع نسبة ارتكابها، ووسيلة مساومة يستغلها بعض الأزواج لابتزاز الأموال من الزوجة. فيصفح عنها مقابل مبلغ من المال بما أنها لم تعد زوجته بعد أن طلقها.

وبناء على هذه النتائج المتوصل إليها،و التي كشفت لنا بعض النقائص في النصوص التشريعية لقانون العقوبات، ارتأيت تقديم بعض الاقتراحات كحلول لهذه الجرائم التي تبقى من أخطر ما يهدد الأسرة و المجتمع معا نوردها كالاتي :

- 1- توسيع نطاق الحماية الجنائية للأبناء لتشمل حتى الطفل غير الشرعي والمكفول.
- 2- ضرورة الاكتفاء بوجود خطر يهدد صحة وأمن وأخلاق الأبناء لقيام الجريمة دون اشتراط درجة معينة من الجسامة.

3- وضع نصوص صريحة تبين حدود التأديب حتى لا تختلط الأمور على الأولياء وحتى تكون حجة عليهم.

4- تشديد العقوبة المقررة لجريمة الإهمال المعنوي للأبناء وجعلها متناسب وجسامة الأفعال وخطورتها على هؤلاء.

5- حماية المرأة والأبناء من العنف الأسري بوضع نصوص رادعة تكفل أمنهم وسلامتهم.

6- التخلي عن بعض الشروط التي وضعها المشرع لقيام جريمة ترك مقر الأسرة مثل : شرط وجود ابن أو عدة أبناء. فلا يعقل أن يحرم أحد الزوجين من المطالبة بحقه بالرغم من إخلال أحدهما بالتزاماته المادية أو المعنوية تجاه الآخر لعدم وجود أبناء، الشرط الذي يفقد الجريمة أحد عناصرها فلا تقوم في مواجهة الفاعل.

7- بالنسبة لجريمة الزنا أو الخيانة الزوجية: أول ما يمكن التعقيب عليه هو أن المشرع الجزائري قد أخفق في صياغة نص المادة 339 من قانون العقوبات، وأخطأ عندما ألغى نص المادة 340 بالقانون رقم 04-82 المؤرخ في 13 فيفري 1982. كيف ذلك؟

8- بالنسبة لنص المادة 339 من قانون العقوبات نقول، أنه كان على المشرع أن يسلك أحد الاتجاهين: - إما أن يستبقي على التسمية الحقيقية للجريمة بمفهومها الحقيقي كما جاءت به الشريعة الإسلامية ليشمل الزنا كل علاقة غير شرعية بين شخصين لا تربط بينهما رابطة الزوجية، سواء كانا متزوجين أو غير متزوجين. فيخفف العقوبة عندما يكون مرتكبا الجريمة غير متزوجين ويشدها على من توفرت فيه صفة الزوج.

- أو يغير تسميتها لتتماشى ومقتضى نص المادة الذي يفيد بأن الأمر يتعلق بخيانة الأمانة الزوجية وهو ما عبر عنه المشرع المغربي، فكان موقفه واضحا وسليما، لأنه لم يغفل تجريم العلاقات غير الشرعية بين أشخاص غير متزوجين، فعاقب عليها واعتبرها من قبيل جرائم الفساد. ولذا أرى بأنه من الضروري أن يتدخل المشرع بإحد الحلين ليواجه الفساد وانحلال الأخلاق، وليعدل بين أفراد المجتمع.

9- تشديد العقوبة المقررة للجريمة إذا كان غرضه حماية الأسرة والمجتمع فعلا . فبما أنه قد قيد الدعوى بشكوى الزوج المضرور حماية لهذه الأخيرة، فليكن تشديد الجزاء حتى لا يعيبث بالعلاقات المقدسة ولا تختلط الأنساب، وحتى لا يعود الجاني إلى فعله لتفاهة العقوبة إذا ما قورنت بعظمة الجرم.

10- تعديل نص المادة 339 من قانون العقوبات في فقرتها الثانية ليشمل العقاب شريك الزوجة الزانية دون شرط علمه بأنها متزوجة. إن وضع مثل هذا الشرط يسقط مسؤولية الشريك عن سلوكه إذا لم يتحقق. فمن غير المنطقي أن لا يحاسب عن فعله لمجرد أنه لم يكن يعلم بأنها متزوجة. ما يحمل على القول أنه يسمح له بذلك مع امرأة غير متزوجة، بمعنى أن المشرع يشجع بطريقة غير مباشرة على

الفساد. كما أنه سيكون في وضع أفضل من وضع شريكة الزوج التي تعاقب بنفس العقوبة المقررة لهذا الأخير دون أي شرط، أي دون إشراف علمها بأن من زنت معه متزوجا.

11- إن عذر التخفيف للعقاب الذي يشمل الزوج القاتل لزوجته الزانية و شريكها لا يستفيد منه إلا إذا كان فاعلا أصليا في الجريمة. أما إذا كان شريكا فيها فلا يستفيد من العذر مما قد يعرضه لعقوبة أشد من تلك التي قد تطبق عليه إذا كان فاعلا.

12- بالنسبة لنص المادة 340 من قانون العقوبات الملغاة: على المشرع إما إعادة إدراجها في قانون العقوبات، أو حذف الصفح الذي جاء في المادة 339، بما أنه لم يأت بجديد ويرتب نفس الآثار الني يرتبها سحب الشكوى.

13- مراجعة نص المادة 279 من قانون العقوبات ليشمل عذر التخفيف في القتل بسبب الزنا أصول وفروع المرأة الزانية

14- توسيع نطاق عذر التخفيف من العقاب ليشمل فعل الزوج بصفته شريكا في الجريمة.

15- إن الصفح الذي جاء به لا نرى له جدوى ما دامت الدعوى مقيدة بشكوى فيكفي سحبها لوضع حد لكل متابعة جزائية. وقد نتساءل عن غرض المشرع لأنه لا يمكن التسليم بأنه قصد بالصفح سحب الشكوى. ولهذا لا بد من أن يوضح موقفه، إعادة للنيابة سلطتها في تحريك الدعوى دون أي قيد.

16- إعادة النظر في السن القانوني للزواج، ورفعها بالنسبة للجنسين، ولا يرخص لهما به إذا لم يكونا راشدين.

17- إخضاع الزوج للعقاب في جريمة الإجهاض لحمل شرعي إذا كان على علم بوقوعها، لأنه لا يمكن تجاهل دوره في الجريمة لينال نصيبه من العقاب، ولو لم يساهم فيها. أما إذا كان الجنين غير شرعي فنلاحظ أن الرجل يختفي تماما وتبقى الحامل تصارع قدرها. وإذا أمعنا في الموضوع نستنتج أن سبب الإجهاض هو عدم اعترافه بالحمل أو تخليه عنها، ولو كان الأمر غير ذلك لما عمدت المرأة للإجهاض بما أنه سيتزوجها وينسب الولد إليه. ومن غير العدالة أن نحملها لوحدها نتيجة خطيئة اشترك فيها الاثنان وكان هو سببها. ولهذا لا بد من إيجاد وسيلة لإخضاعه للعقاب ولو لم يساهم فعليا في الجريمة.

18- تشديد العقوبة إذا كان القائم بالإجهاض من ذوي صفة خاصة لترقى الجريمة إلى جناية.

19- صياغة نص يجرم بيع المعدات والأدوات والأدوية والعقاقير التي تستعمل في الإجهاض أو تسهله.

20- وضع نص قانوني يتناول العقاب على من يتسبب بفعله -الذي لم يعد أن يكون مجرد شروع- في التشويهات الخلقية أو العضوية للمولود، بأن يقرر تعويضا معتبرا نظرا للنتائج التي خلفها سلوكه.

21- توفير وسائل منع الحمل على مستوى المراكز الصحية والصيدليات دون أي شرط علما بأن المشكل موجود وواقع ولا يمكن أن نتغاضاه أو نتهرب منه لأنه-موضوع لا أخلاقي- بل لا بد أن نواجهه ونحاول الإصلاح في نفس الوقت. فلما لا نأخذ بالتجربة الفرنسية في الميدان التي قادتها السيدة " مارتين

أوبري" وزيرة العمل والتضامن السابقة. حملة جندت لها حكومتها عشرون (20) مليون فرنك فرنسي للتوعية لسنة 2000، فجندت وسائل الإعلام للقيام بحملات توعية حول وسائل منع الحمل. كما وزعت

12 مليون نسخة من مرشد "حبوب الغد" Guide de poche la pillule de lendemain " ونادت بإباحة حبوب منع الحمل حتى داخل الإكماليات والثانويات، ووضعت أرقاماً هاتفية خاصة للرد على تساؤلات ومشاكل المواطنات الفرنسيات لتدارك التأخر الكبير في هذا المجال. ولا نقول بالأخذ بالتجربة الفرنسية على إطلاقها بل نطبقها بطريقة تتماشى ومقوماتنا الدينية وعاداتنا وتقاليدها الإسلامية .

22- الاعتماد على البرامج الثقافية المرئية والمسموعة لتحسيس الشباب وتوعيتهم، و تخصيص دروس في المساجد للموعظة والتخلق بأخلاق الإسلام والنهي عن المنكر.

23- لا بد من مراعاة حالات الحمل التي تحدث لقاصر ما دون الستة عشرة سنة من اغتصاب خاصة إن كان من محارم، فلا بد أن يعالج المشرع هذه الحالة التي تعتبر من أخطر الجرائم التي يمكن أن تقع على أحد أفراد الأسرة من أحد محارمه، ينجم عنها تفكك الأسرة وتقطع روابطها. كما قد يدفع بالضحية إلى الانتحار لهول المصيبة وعظمتها. فلا بد أن يراعي القانون حالتها النفسية والعقلية التي يمكن إدراجها تحت الإجهاض العلاجي بموافقة الأطباء وبعد استشارة علماء الدين.

24- إخضاع جريمة قتل الطفل حديث الولادة إلى القواعد العامة للقتل العمد البسيط أو المشدد بحسب الأحوال، وتكون عقوبتها حينها الإعدام. فالردع يجعل المرأة تخاف وتراجع قبل ارتكاب الجريمة في حق طفلها، وتفكر في حل آخر مثل التنازل عنه أو تسليمه لمركز الطفولة أو الأيتام.

25- إجبار الأطباء والقابلات على التبليغ عن كل حالة حمل غير شرعي لتحظى بمراقبة وعناية خاصة إلى غاية ولادة الطفل

26- وضع أرقام هاتفية خاصة تتلقى انشغالات نساء يُعانين مشاكل من هذا القبيل

27- تخصيص على مستوى البلديات والمراكز الصحية مكاتب خاصة بالنساء تعمل بها مساعدات اجتماعية وأخصائيين نفسانيين، مهمتهم استقبال وسماع وتوجيه كل امرأة تعاني من وضع أسري معين أو من حمل غير شرعي أو حتى شرعي.

وتصلح الحلول والاقتراحات التي ذكرناها في جريمة الإجهاض لمواجهة هذه الجريمة التي تعتمد لها المرأة بعد أن فشلت في إجهاض نفسها ولم يبق لها سوى حل أخير، قتل طفلها بمجرد أن يولد لتدفن معه عارها وفضيحتها. ولو أن الجريمة لم ترق إلى مرتبة الإجهاض من حيث الانتشار، لكن يبقى الحذر واجبا مهما كان عددها ضئيلا، لأنها أخطر من الإجهاض كونها تطول نفسا بريئة بعد أن وجدت.

28- اعتماد سياسة الردع في الجرائم الواقعة على الأسرة لأن سياسة التسامح أثبتت عدم جدواها، خاصة بالنسبة لهذه الجرائم التي يصعب كشفها.

وتبقى التربية الحسنة للأبناء والتوعية والتحسيس التي تقع على الأبوين خير وسيلة للوقاية من هذه الجرائم، وتفانيهما في خلق جو أسري تسوده المودة والرحمة والاحترام سبيلا للحياة المنسجمة السوية والرجوع إلى تعاليم الإسلام الدرع الواق من الجريمة والفساد..

وأخيرا نتمنى أن نكون قد وفقنا في هذه الدراسة، وساهمنا في بيان هذه الجرائم ومدى خطورتها على أمن واستقرار الأسرة، وعلى تقدم وازدهار المجتمع. ونتمنى أن يكون ما قدمناه من عمل وما أبديناه من ملاحظات في محلها، ونكون قد أفدنا القارئ والباحث في هذا الموضوع.

قائمة المراجع

1. سورة الروم الآية 21
2. أ/ سميحة نصر جرائم العنف عند المرأة، المجلة الجنائية القومية، المجلد التاسع والثلاثون، العدد الأول، مارس، 1996.
3. د.فاروق عبد الرحمان، جرائم النساء، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض. مطابع الشرق الأوسط، الرياض.
4. أحمد علي المجذوب، المرأة و الجريمة، دار النهضة العربية، بدون سنة.
5. د/ فرانسيس هيدسون "المرأة والجريمة" ترجمة ريهام حسين إبراهيم، المشروع القومي للترجمة، المجلس الأعلى للثقافة.
6. د. محمد رمضان محمد، المرأة والجريمة رؤية عالمية محلية، مجلة الأمن والقانون، السنة 12 العدد 2 جويلية 2004، أكاديمية شرطة دبي.
7. سورة النور الآية 32.
8. دستور الجزائر طبعة جديدة سلسلة قانونية تحت إشراف ف. شلبي، قصر الكتاب، إصدار 2010، ص 16 (دستور 2008).
9. قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في 09 جويلية 1984، المعدل والمتمم بموجب الأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27.
10. القانون المدني حسب آخر تعديل قانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/07/20، المواد 25، 26، 32 و 33 منه.
11. قانون الحالة المدنية الصادر بالأمر رقم 70 / 20 المؤرخ في 1970/02/19.
12. قانون الصحة وترقيتها رقم 85/05 المؤرخ في 1985/02/16، الجريدة الرسمية العدد 08. بتاريخ 85/02/17
13. سورة البقرة الآية 233.
14. المغنى لابن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، الجزء التاسع، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة، ص 229.
15. د/ زيدان عبد الباقي، الأسرة والطفولة، مكتبة وهبة، بدون سنة.

16. معجم اللغة المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للرافعي، تأليف محمد بن علي المقرئ الفيومي، المطبعة الكبرى الأميرية، 1906، الجزء الأول.
17. د/ سهيلة زين العابدين حماد، بناء الأسرة المسلمة، الدار السعودية، للنشر والتوزيع، 1985، ص 17 وما بعدها.
18. سورة هود الآية 45، 46.
19. سورة الشعراء الآية 214.
20. سورة التوبة الآية 18.
21. سورة الضحى الآية 08.
22. أ. أحمد أفزاز، مجلة الميادين، العدد الثالث السنة 1988، عدد خاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة.
23. سورة النحل الآية 72.
24. د/ محمد عاطف غيث، علم الاجتماع، دار المعارف، بدون سنة.
25. Dr Mostepha Boutefnouchet, La famille Algérienne évolution et caractéristiques récentes, S. N. E D. ALGER- 1982, 2eme édition.
26. د/ مصطفى الخشاب، دراسات في الاجتماع العائلي، الطبعة الأولى، القاهرة، 1957.
27. د/ أشرف رمضان عبد الحميد، نحو بناء نظرية عامة لحماية الأسرة جنائياً، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2006.
28. د/ جابر عوض سيد، الأسرة والطفولة من منظور الخدمة الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2001.
29. د. يعقوب يوسف الكندري، مجلة التعاون لدول الخليج، شؤون اجتماعية، العدد الأول، يناير 1986.
30. د/ ماهر محمود عمر، سيكولوجية العلاقات الاجتماعية، دار المعرفة، الجامعية الإسكندرية، 1988.
31. ظهير شريف رقم 22. 02. 1 صادر في فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 07. 03 بمثابة مدونة الأسرة
32. قانون الأحوال الشخصية رقم 82 لسنة 2001، يقرأ مع القانون رقم 61 لسنة 1976.
33. سورة النساء الآية 24.
34. سورة المائدة الآية 05.
35. د/ صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، 1977.

36. د/ محمد حسن منصور، النظام القانوني للأسرة في الشرائع غير الإسلامية، الإسكندرية، طبعة 1983، ص 296 وما بعدها.
37. د/ سناء الخولي، الزواج والعلاقات الأسرية، دار المعرفة، الجامعية 1979، الإسكندرية.
38. Code Civil, Annotation de jurisprudence, Dalloz 2010, P 291, Droit au mariage.
39. صحيح مسلم، بشرح النووي، ج 10، كتاب الرضاع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
40. Civ. 1er Déc. 1992.
41. Civ. 1er 30 Nov. 1965: Bull. ci I, N° 665.
42. الأستاذ لحسن بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة مفسرا مادة، مادة...دار الخلدونية، المغرب، الطبعة الأولى 2008.
43. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1997.
44. د/ محمد حامد قمحاوي وأ/ عمر عبد الله، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1986.
45. محمد الأزهر، أحكام الزواج بين الفقه والقانون، دار النشر المغربية،
46. د/ محمد الشافعي، الزواج في مدونة الأسرة، سلسلة البحوث القانونية المطبوعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، الطبعة الثانية، 2005.
47. الإمام أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج 2، المكتبة العصرية سيديا، بيروت، الطبعة الرابعة، بدون سنة.
48. القانون المدني الفرنسي رقم 2006 / 399 المؤرخ في 2006/04/04.
49. د. رفيق علوي، الزواج العرفي وآثاره على الأسرة الجزائرية، مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثالث، السنة 2000.
50. فتاوى الشيخ أحمد حماني، الجزء الأول، منشورات قصر الكتاب، بدون سنة.
51. الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2001.
52. الإمام محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، 1971.
53. سورة الطلاق الآية 02.
54. سورة النساء الآية 23.
55. سورة النساء الآية 22.
56. د. يعقوب يوسف الكندري، مجلة التعاون شؤون اجتماعية، كلية العلوم الاجتماعية، جامعة الكويت، العدد 98، 2008 السنة 25.

57. سورة البقرة الآية 228.
58. أ. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002.
59. د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الأول، دار هومه، 2006.
60. د. أحمد الخليلي، القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، مكتبة المعارف، الرباط، بدون سنة.
61. Robert Vouin précis Dalloz droit pénal spécial 6eme édition 1988, .. Abandon moral ou matériel, 297
62. الظهير الشريف رقم 413. 159 الصادر في 1962/11/26 المعدل والمتمم بالقانون 03/24
63. د/ دنيا محمد صبحي حسن، الحماية الجنائية للأسرة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1987.
64. أ. سعيد أزيك، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، الهلال للطباعة والنشر، الرباط 1992
65. Tribunal Correctionnel Alberville 23/10/1950 J. C. P 1951. 11. 6616.
66. Crim, 27 Fevr. 1964 Bull, Crim 72; 8 mars 1967, Gaz, Pal, 25aur
67. Encyclopédie Dalloz IA- CIN 2eme édition mise à jour 1993.
68. Michèle Laure Rassat droit pénal spécial Dalloz 1997, P 600.
69. Crim 6 mars 1956, B. 218.
70. Michèle Laure Rassat D. P. S. 1988.
71. المجلة القضائية، العدد الأول، السنة 2001.
72. سورة الطلاق الآية 07.
73. المجلة القضائية، العدد الأول، 1992.
74. مجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 62 لسنة 25 المملكة المغربية.
75. د. نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص، دار الهدى، عين ميله، 2009.
76. Crim, 26 mars 1957: Bull. Crim N° 282: Gas, Pal 1957- 2, 34.
77. T. Corr, Clamecy 10 juill 1946; D 1946, 412; GAZ Pal 1946. 2. 106.
78. Crim 27 Fév. 1964, Bull crim, N° 72; GAZ, Pal 1964.2. 67.
79. T. corr, Nantes, 31/07/47: RSC. 1948. 111.
80. أ. نور الدين العمراني، شرح القانون الجنائي الخاص، وفق آخر التعديلات، دار الأمان للطبع والنشر والتوزيع، الرباط 2005.
81. د. أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
82. عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار الهدى، عين مليلة 2009.
83. الأمر رقم 66- 155 المؤرخ في 1966/7/8 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم بالقانون رقم 06- 22 المؤرخ في 2006/12/20.
84. سورة المجادلة الآية 11.
85. د. محمد بن صالح الصوفي الشرقاوي، النشوز والخلع في كتاب التوضيح ومدونة الأسرة، الطبعة الأولى، دار القلم الرباط، المغرب، 2005.

86. المستشار أحمد نصر الجندي، مبادئ القضاء في الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، مصر 2004.
87. سورة النساء الآية 34.
88. سورة النساء الآية 128.
89. القرار رقم 33762 بتاريخ 1984/07/09 غرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية رقم 4 السنة 1989.
90. القرار رقم 45311 بتاريخ 1987/03/09 غرفة الأحوال الشخصية المجلة القضائية العدد 3 السنة 1990.
91. قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 28 /06 /2006 الملف رقم 2005 /1/2/227 تحت عدد 414، مجلة المجلس الأعلى المملكة المغربية.
92. القرار رقم 602 /2004/1/2 بتاريخ 28/2/2006 عدد 83.
93. القرار رقم 649/2007/1/2 بتاريخ 2008/10/8 تحت عدد 454. إسقاط نفقة الزوجة بسبب نشوزها. مغادرة الزوجة البلد، ص 204.
94. المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، السنة 2008.
95. د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، مجلة الحقوق، السنة السابعة عشرة، العدد الثالث، سبتمبر 1993، ص 145، 146.
96. سورة الأحزاب الآية 05.
97. سورة الطلاق الآية 06.
98. سورة النساء الآية 02.
99. وسورة الإسراء الآية 34.
100. سورة النساء الآية 11.
101. الأستاذة لعسكري عباسية، حقوق الطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى عين مليلة 2006.
102. وائل أنور بندق، المرأة والطفل وحقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
103. د. أخام ملكية، المعايير الدولية لحماية الطفل من العنف، دراسة مقارنة بالتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 02. 2008.
104. المستشار عبد الله مفتاح، قراءات في حقوق الطفل تشريعات ووثائق ومختارات من الدراسات والأبحاث المتعلقة بالطفولة، منشأة المعارف 2006.
105. د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، مجلة الحقوق السنة السابعة عشرة العدد الثالث.
106. مجلة الدرك مجلة ثقافية وإعلامية، تصدر عن قيادة الدرك الوطني، العدد 17 فيفري 2009.
107. Syrian women observatory: Swo http www, hesasy, org - 2009 Mesasy @ gmail. Com. Damascus- Syria.
108. مجلة الأمن والحياة العدد 316 السنة السابعة والعشرون (27) سبتمبر / أكتوبر 2008.
109. Crim, 16 janv 1974 Bull crim N° 23 Gaz.
110. Calmar, 10 oct. 1957; 1958, 191, note pageaut.
111. Douai, 15 fév 2006; Jcp 2006, IU, 2874.

112. سورة التغابن، الآية 15.
113. صحيح مسلم، شرح النووي، الجزء السابع، كتاب الرضاع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995.
114. سورة التحريم الآية 06.
115. د. فايز الظفيري، بعنوان الطفل والقانون، معاملته وحمايته الجنائية في ظل القانون الكويتي، 2000/1999، مجلة الحقوق، العدد الأول السنة 25 مارس 2001.
116. د. جندي عبد المالك بك، الموسوعة الجنائية، الجزء الثالث، مكتبة العلم للجميع، الطبعة الأولى، منقحة ومزودة، بيروت 2005
117. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977
118. د. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائي، القسم العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية.
119. د. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2008.
120. Philippe conte, Droit pénal spécial 2eme édition 2005, P 67, l'acte d'abandon 117.
121. Crim. 11 juillet 1994, cass. Crim. 17 oct 2001, Bull crim N° 214.
122. د. محفوظ لعشب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2006، ص 228.
123. المجلة القضائية، العدد الثاني، السنة 1989.
124. المجلة القضائية، العدد الأول، 2001.
125. المجلة القضائية، العدد الثالث، السنة 1992
126. المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 2000.
127. المجلة القضائية ، العدد الثاني، لسنة 1998
128. Jean et Anne marie largier Philippe conte, Droit pénal spécial 14eme édition 2008.
129. د. أمين مصطفى محمد، مبادئ علم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، للنشر 1996.
130. د. سليمان عبد المنعم، علم الإجرام والجزاء، كلية الحقوق، جامعة بيروت، منشورات الحلبي، الحقوقية 2003.
131. H TTP:// WWW. Unicef, ORG/ French/ media_ 35151. Ht mp.
132. سارة بيهي، السياسة الجنائية في المحيط الأسري، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المتخصصة في المهن القضائية والقانونية، جامعة محمد الخامس السويسي، 2010/2009.
133. [http:// actualité, el – annabi. Com/ forum. Ph p3? Id- article = 3793](http://actualité, el – annabi. Com/ forum. Ph p3? Id- article = 3793).
134. <http:// blog. Maroc- promotion. Com/ index>

135. [http/ www. A p s. dz/ violences – contre- les femmes. Html algérie](http://www.aps.dz/violences-contre-les-femmes.html) (APS) Vendredi 9 décembre 2011. 11.44.
136. [http// el khadra. Com /Fr/ violences – contre- les femmes. en- algérie](http://elkhadra.com/fr/violences-contre-les-femmes-en-algerie).11/12/2011. 21:35- violence contre la femme. en- Algérie, El khadra.
137. [http// www. algérie- neuls. Com/ bien- être- 2/ aux féminins/ violence contre la femme](http://www.algerie-neuls.com/bien-etre-2/aux-feminins/violence-contre-la-femme)- 09/12/2011.
138. [http:// www. Algérie- plus. Com / actualité/ plus- 7000- femmes- ont- été victimes de violence en 2011](http://www.algerie-plus.com/actualite-plus-7000-femmes-ont-ete-victimes-de-violence-en-2011), par Amine taha, 01/12/2011, 9:35.
139. - [www. Sos femmes. Com/ violences- chiffres. Htm](http://www.sosfemmes.com/violences-chiffres.htm). 20:26.
140. سورة النساء الآية 19.
141. سورة البقرة الآية 228.
142. سورة التوبة الآية 71.
143. د. رباب عنتر السيد، الظروف الفيزيولوجية الخاصة بالمرأة وأثرها على الجريمة والعقاب، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2005.
144. د. حسن صادق المرصفاوي، الإجرام والعقاب في مصر، طبعة 1973، ص 160 وما بعدها.
145. المستشار أحمد خليل، جرائم الزنا، دار المطبوعات الجامعية 1993
146. د. محمد صبحي نجم، الجرائم الواقعة على الأشخاص، مكتبة دار الثقافة، للنشر والتوزيع عمان، 1994.
147. د. محمد فاروق النبهاني، مباحث في التشريع الجنائي الإسلامي، قتل – زنا- السرقة – وكالة المطبوعات، الكويت، دار القلم، بيروت، بدون سنة.
148. سورة النور الآية 02.
149. قانون العقوبات المصري رقم 58 لسنة 1937 المعدل بالقانون رقم 124 لسنة 2009
150. د. إدوار غالي الذهبي، الجرائم الجنسية في التشريع الليبي المقارن، الطبعة الأولى، المكتبة الوطنية ميدان الحدادة بنغازي، ليبيا 1973.
151. د. عبد الواحد العلمي، شرح القانون الجنائي المغربي، الشركة المغربية لتوزيع الكتاب، الدار البيضاء، الطبعة الثانية 2009
152. د. علي راشد، المبادئ العامة في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، السنة 1973.
153. د. لور مغيزل، المرأة في التشريع اللبناني، معهد الدراسات الإنسانية في العالم العربي، كلية بيروت، ص 193.
154. د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية 1978، ص 456.
155. د. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات، القسم العام،
156. مجلة الأمن والقانون، علي عدنان الفيلود، نوفل عبد الله الصفو، جريمة الزنا في القوانين الوضعية، العدد الأول، السنة 14، يناير 2006.

157. د. عبد الغني عمر عبد الغني، جريمة الزنا، دراسة مقارنة، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1993، ص 49.
158. د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الأول، الدار العلمية للنشر والتوزيع
159. د. محمد سعيد نمور الجرائم الواقعة على الأشخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2002.
160. dictionnaire Hachetle édition 2009, 28/1388/9, P 19, Voir aussi le robert pour tous 1994 édition du club France loisirs, Paris, P 16.
161. Dalloz N°= 287, P 295 Paris 1968.
162. Wi kipedia, l'encyclopédie libre, adulte, " [http:// fr. wikipedia. org/ wiki/ adult % C3 % 8 re](http://fr.wikipedia.org/wiki/adult%C3%82)".
163. د. ضاري خليل محمود، تفاوت الحماية الجنائية بين الرجل والمرأة، منشأة المعارف بالإسكندرية 2008، ص 14 و 15
164. د. محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، دراسات قانونية وحالات شاذة، الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش 2001، ص 93، 94.
165. د. عبد الرحيم صدقي، جرائم الأسرة في الشريعة الإسلامية والقانون المصري والفرنسي، مكتبة نهضة الشرق القاهرة 1986، ص 21 وما بعدها.
166. سورة الإسراء الآية 32.
167. علاء الدين بن أبي بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السابع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت 1986.
168. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي، الأحكام السلطانية، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة 1966، ص 223.
169. د. عبد القادر عودة، التشريعي الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2009، ص 287.
170. الشيخ الإمام العلامة أبو أحمد بن قدامة، المغنى، الجزء العاشر، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة، ص 151.
171. أبو محمد بن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، الجزء 11، مطبعة الإمام مصر، ص 229.
172. د. مجدي محب حافظ، جرائم العرض، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 1993، 178.
173. د. هلالى عبد الله أحمد، الحماية الجنائية للأخلاق من ظاهرة الإنحراف الجنسي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1996.
174. د. فتوح عبد الله الشاذلي، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2002.
175. د. فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 02، دار النهضة العربية 2000.

176. عبد الخالق النواوي، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، صيدا بيروت
177. د. حسين بن علي الورياغلي، الخيانة الزوجية وأحكام القانون الجنائي المغربي، مجلة المرافعة، العدد 18 و19 مزدوج السنة 2008.
178. أ. غفلي محمد، عرض حول الخيانة الزوجية وإشكالياتها القانونية من الناحية التطبيقية في المغرب، مجلة المحامي، العدد 15 السنة التاسعة، ص 56.
179. قانون العقوبات الأردني رقم 16 لسنة 1960 المعدل بالقانون رقم 49 لسنة 2007.
180. د. فيصل الكندري، جريمة الزنا في قانون الجزاء الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الرابع. السنة السابعة عشرة.
181. مجلة الدفاع العدد الثاني، تصدر عن هيئة المحامين بسطات المغرب 1999، ص 24 و25.
182. أ. أبو مسلم الحطاب، بعنوان "جريمة الخيانة الزوجية بين قواعد الموضوع وقواعد المسطرة في التشريع الجنائي الغربي، مجلة الدفاع، مجلة تصدر عن هيئة المحامين بسطات، المغرب، العدد الثاني، جانفي 1999
183. د. عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا ، دار المطبوعات الجديدة، الإسكندرية، 1985، ص 30 و31
184. د. الشيخ محمد شلتوت، فتاوي تحت عنوان: " دراسة لمشكلات المسلم المعاصرة في حياته اليومية العامة" الطبعة السادسة عشرة والسابعة عشرة 1991
185. د. محمد حسن ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دراسة مقارنة، جامعة القاهرة بني سويف، دار النهضة العربية 1995
186. مجلة المجلس الإسلامي الأعلى، العدد الثاني السنة 1999، ص 223.
187. د/أبو الوفاء محمد أو الوفاء، العنف داخل الأسرة بين الوقاية والتجريم والعقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، السنة 2000
188. سورة البقرة الآية 222.
189. سورة البقرة الآية 187.
190. المجلة القضائية العربية مجلة علمية متخصصة تعني بشؤون التشريع والقضاء تصدر مرتين في السنة، المدير المسؤول ورئيس التحرير محمد الشداد، الأمين العام لمجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، المملكة الأردنية الهاشمية.
191. د. عبد الحميد الشواربي، جريمة الزنا في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية 1998، ص 09،
192. أ. أبو مسلم الحطاب، جريمة الخيانة الزوجية بين قواعد الموضوع، وقواعد المسطرة في التشريع الجنائي المغربي، مجلة القضاء والقانون، السنة التاسعة والعشرون، العدد 44 نوفمبر 1992 المملكة المغربية، ص 20.
193. العدد 39 السنة الحادية عشرة نوفمبر 1986، المملكة المغربية.
194. د. عبد السلام مقلد، الجرائم المتعلقة على شكوى والقواعد الإجرائية الخاصة بها، دار المطبوعات الجامعية 1989.
195. مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الأول، لسنة 1971

196. د. جندي عبد المالك بك، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، مكتبة العلم للجميع، بيروت، 2005.
197. د. نبيل صقر، قضاء المحكمة العليا في الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، دار الهدى، 2008.
198. د. محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام 1969.
199. المجلة القضائية للمحكمة العليا، القسم الأول، الغرفة الجنائية الثانية، العدد الثاني لسنة 1990.
200. د. ماروك نصر الدين، محاضرات في الإثبات الجنائي، الجزء الأول، دار هومه، 2007.
201. د. محمد صبحي نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية،
202. د. مصطفى عزت الدسوقي، أحكام جريمة الزنا في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، الطبعة الثانية، 1999.
203. المستشار سيد البغال، الجرائم المخلة بالآداب فقها وقضاء، دار الفكر العربي، 1983.
204. المجلة القضائية للمحكمة العليا، الاجتهاد القضائي لغرفة الجناح والمخالفات، عدد خاص، الجزء الأول، السنة 2002.
205. المجلة القضائية للمحكمة العليا، الغرفة الجنائية الثانية، العدد الأول 1990.
206. المستشار سيد البغال، الجرائم الخلقية دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار المعارف، مصر سنة 1962.
207. صالح مصطفى، الجرائم الخلقية،
208. نقض مصري 12 أكتوبر 1983، مجموعة أحكام النقض السنة 34 رقم 162.
209. د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، درا النهضة العربية 1984.
210. مجلة مجموعة قرارات المجلس الأعلى وزارة العدل، المملكة المغربية، المادة الجنائية 1966/1986.
211. مجلة قضاء المجلس الأعلى السنة 29 العدد 49/50، جويلية 1997.
212. قانون العقوبات اللبناني مرسوم اشتراعي رقم 340، صادر في 01/03/1943.
213. د. فريجة حسن، شرح قانون العقوبات الجزائري، جرائم الأشخاص جرائم الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثانية 2009.
214. سورة النساء الآية 15.
215. شرح فتح القدير للعلامة كمال الدين محمد عبد الواحد السيواسي، المعروف بابن الهمام، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، مصر السنة 1315هـ.
216. سورة الحجرات الآية 06.
217. سورة النور الآية 04.
218. د. أحمد فتحي بهنسي، الجرائم في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الشروق السنة 1988.
219. سورة النساء الآية 135.
220. د. محمد علي الصابوني، روائع البيان تفسير آيات الأحكام، الجزء الثاني، مكتبة رحاب، الطبعة الرابعة 1990.
221. صحيح مسلم بشرح النووي، دار الكتب العلمية، الجزء 11، بيروت، 1995.
222. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للعلامة أبي البركات سيد أحمد بن محمد العدوي، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 1996، بيروت.

223. سورة النور من 06 إلى 09
224. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة اعتمدت وعرضت للتوقيع والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 ديسمبر 1979 والتي بدء نفاذها 1981/09/30.
225. أحمد حافظ نور، جريمة الزنا، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1958
226. سورة النساء الآية 16
227. سورة المائدة الآية 48
228. سورة النساء الآية 25
229. سورة التحريم الآية 12
230. سورة النور الآية 04
231. المستشار أحمد خليل، جريمة الزنا، دار المطبوعات الجامعية 1992
232. د. محمد صبحي نجم، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الأردني، مجلة الدراسات، مجلد الرابع عشر، العدد السابع، 1987.
233. أ. أحمد أجويد، جريمة الزنا في الشريعة الإسلامية والقانون المغربي، أطروحة دكتوراه ، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء، السنة 1986/1985.
234. الإمام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، "الجريمة"، دار الفكر العربي 1998
235. DALLOZ, 109eme édition 2010
236. J. C. P 2007 iv 1494
237. CIV, 1ere, 27 jan 1990, Bull civil I, N°= 21
238. سورة الإسراء الآية 33
239. سورة البقرة الآية 178
240. اللواء الدكتور حسنين المحمدي، القتل بسبب الزنا بين القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية، 2006
241. د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم الخاص، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت 1984
242. د. رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، 1985
243. د. جلال ثروت، نظرية القسم الخاص، ج 1، الدار الجامعية، بدون سنة
244. د. أحمد فتحي سعد، قانون العقوبات، القسم الخاص، القاهرة، طبعة 1979
245. أ. محمد بن هلال وعبد المجيد بوكير أستاذ القانون الخاص بكلية المتعددة التخصصات بتازة، مجلة الملف، العدد الثاني عشر، مارس 2008
246. أ. يوسف وهابي، جرائم بيت الزوجية والحماية الجنائية للزوجين على ضوء تعديلات القانون الجنائي الأخيرة، مجلة الملف، العدد 5 يناير ، الدار البيضاء، المغرب، 2005
247. د. عبد القادر القهواجي، قانون العقوبات، القسم الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002
248. د. عبد الفتاح مراد، شرح جرائم القتل العمد، الإسكندرية، بدون سنة

249. الإمام محمد أبو زهرة ، العقوبة، دار الفكر العربي، القاهرة، 199، بدون سنة
250. الإمام محمود شلتوت، فقه القرآن والسنة (القصاص) ج 01، السنة 365
251. د. عبد الوهاب عمر البطراوي، جريمة الزنا بين الشرائع السماوية والقوانين الوضعية، جامعة البصرة، بدون سنة
252. د. منصور رحمانى، علم الإجرام والسياسة الجنائية، دار العلوم للنشر، 2006
253. د. منصور عبد المنعم،
254. د. فوزية عبد الستار، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، القاهرة 1973
255. د. عبد الوهاب كحيل، الجريمة والجنس الآداب القرآنية لنشر قصص الجريمة في الصحافة، كلية الآداب، بسوهاج، جامعة أسيوط، بدون سنة
256. سورة الأنعام الآية 151
257. سورة الملك الآية 1 و2
258. سورة الإنسان الآية 01
259. سورة الدخان الآية 08
260. د. فتحية مصطفى عطوى، الإجهاض بين الشرع والقانون والطب، المنشورات الحقوقية، صادر الطبعة الأولى 2001.
261. د. مفتاح محمد مفتاح أقريط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، بالرباط 1991 – 1992.
262. د. مصطفى عبد الفتاح لبننة، جريمة إجهاض الحوامل، دراسة في موقف الشرائع السماوية والقوانين المعاصرة، دار أولى النهى، بيروت، ط 1، 1996.
263. مسعود جبران، معجم الرائد، دار العلم للملايين، بيروت
264. الحسن أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، طبعة درا الكتب العلمية ط 1، الجزء الأول، 1999.
265. أحمد بن محمد الفيومي للمقري، المصباح المنير، دار الكتب العلمية، ط 1، بيروت 1994، ج 1
266. لمجد الدين يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، الطبعة السادسة بيروت، 1998.
267. موسوعة الفقه الإسلامي، تصدر عن وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية بالكويت، 1986، ج 2، ص 56.
268. شمس الدين بن أبي العبا أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج على شرح المنهاج، شركة مصطفى الحلبي، بمصر 1968، ج 8.
269. كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، شركة ومطبعة الحلبي، بمصر 1970، ج الجزء الأول.
270. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، شركة مصطفى الحلبي، الجزء السابع، بمصر 1968.
271. الشيخ الخطيب محمد الشرييني، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مكتبة مصطفى الحلبي 1951.

272. محمد بن عبد الرحمن الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، بدون سنة، ج 03.
273. عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بدامار أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، طبع بالمطبعة العامرية، 1328 هـ، ج 02.
274. محمد أمين عابد بن عابدين حاشية بن عابدين الشهير بابن عابدين، شركة مصطفى الحلبي، الطبعة الثانية 1966.
275. د. عباس شومان، إجهاض الحمل وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر، القاهرة 1999.
276. د. محمد يعقوبي خبيزة، بعنوان الإجهاض وحكمه في الشريعة الإسلامي، مجلة الإحياء تصدرها رابطة علماء المغرب، الرقم المتسلسل 23 يناير 1998، ص 8.
277. الدكتور سيف الدين السباعي، الإجهاض بين الفقه والطب والقانون، دار الكتب العربية، بيروت، ط 01، 1977.
278. I. V. G: Interruption volontaire de grossesse.
279. د/ محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الطبعة الحادية عشرة 1999.
280. د/ حسن صادق المرصفاوي، المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة.
281. أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والاعتداء على العرض والشرف...المكتب الجامعي الحديث 1997.
282. المستشار عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات، منشأة المعارف، الإسكندرية 1985.
283. د. مديحه فؤاد الخضري، ود. أحمد بسيوني أبو الروس، الطب الشرعي ومسرح الجريمة والبحث الجنائي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008.
284. سورة المؤمنون الآية من 12 إلى 14
285. سورة الحج الآية 05
286. الإمام ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، المطبعة البهية المصرية 1348 هـ
287. سورة غافر الآية 67
288. سورة عبس الآية من 17 إلى 21
289. سورة آل عمران الآية 06
290. سورة الأعراف الآية 11
291. سورة التباين الآية 03
292. سورة الانفطار الآية من 06 إلى 08
293. سورة السجدة الآية من 07 إلى 09

294. سورة الحجر الآية 29
295. سورة الإسراء الآية 58
296. د. سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، مكتبة الفارابي، دمشق ، بدون سنة
297. صحيح مسلم بشرح النووي، دار الكتب العلمية، بيروت، الجزء 16، الطبعة الأولى، 1995.
298. فتح الباري بشرح صحيح البخاري، المطبعة البهية المصرية 1348 هـ
299. د. محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفاس للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية 1999.
300. عبد الله بن محمد بن سليمان المعروف بدامار أفندي، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، طبع بالمطبعة العامرية، 1328 هـ، ج 02.
301. موسوعة الفقه الإسلامي، تصدر عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، الجزء الثالث، مصر، بدون سنة.
302. د. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، دار الشروق، بدون سنة
303. محمد بن الرشيد القرطبي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدريز، مطبعة عيسى الحلبي، مصر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 1996.
304. الإمام القاضي أبي الوليد محمد بن رشيد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الكتاب الأزهرية، بمصر 1969.
305. فتح العلي المالك للشيخ محمد أحمد عlish، الجزء الأول، طبعة مصطفى الحلبي 1958
306. حاشية قليوبي على شرح المحلى على المنهاج، مطبعة أصبح المطابع بمبنى الدار السلفية، الجزء الثالث، بدون سنة.
307. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، شركة مصطفى الحلبي، الجزء الثامن، بمصر 1968.
308. فتح العلي المالك للشيخ محمد أحمد عlish، الجزء الأول، طبعة مصطفى الحلبي 1958
309. الشيخ الخطيب محمد الشربيني، تحفة الحبيب على شرح الخطيب، المعروف بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مكتبة مصطفى الحلبي 1951.
310. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي، الطبعة الثانية، الجزء الأول، مطبعة المحمدية، 1980.
311. جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، بدون سنة.

312. كشف القناع على متن الإقناع تأليف منصور بن يوسف بن إدريس الباهوتي، مطبعة العامرية، ج 01، بدون سنة.

313. الإيصال في المحلى بالآثار تأليف الإمام الجليل بن حزم الأندلسي، تحقيق د/ عبد الغفار سليمان البندري، نشر المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، الجزء الثامن، بدون سنة.

314. صحيح مسلم بشرح النووي، دار الكتب العلمية، بيروت، الجزء 15، الطبعة الأولى، 1995.

315. أسهل المدارك شرح إرشاد السالك لأبي بكر بن الكشاوي، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت، ج 02، بدون سنة.

316. تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، تأليف العلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، الجزء الثاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

317. د. يوسف القرضاوي، الحلال والحرام، الطبعة الحادية عشرة، مكتبة وهبة، القاهرة، 1977.

318. فتاوى مصطفى الزرقا، الطبعة الأولى اعتنى بها مجد أحمد زكي، وقدم لها الدكتور القرضاوي، دار العلم ، دمشق 1999.

319. سورة الإسراء الآية 31

320. سورة هود الآية 06

321. د/ محمد عبد الجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون وفي الطب، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة.

322. د/ صالح بن فوزان بن عبد الله الفوزان، تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات، وكالة شؤون

المطبوعات والنشر بوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية،

1419هـ.

323. موسوعة الفقه الإسلامي، تصدر عن وزارة الأوقاف الشؤون الإسلامية، الجزء الثاني، الكويت، 1986.

324. د/ وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر للطباعة والنشر، دمشق، الجزء الثاني، بدون سنة.

325. للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، أصول الفقه الإسلامي، تحقيق أبي مصعب محمد بن سعيد البدر، طبعة جديدة ومصححة، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت الطبعة السادسة 1995.

326. M. M HANNOUZ et AR. Hakem, Précis du droit médical à l'usage des Praticiens de médecine et de droit ; OPU Réimpression 1993.

327. Yves mayaud, code pénal annotation de jurisprudences et bibliographies 107e édition 2010.

328. د/ أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005

329. عبد العزيز سليمان الحوشان، القرابة وأثرها على الجريمة والعقوبة، دراسة مقارنة بين الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2006.

330. د/محمد عبد الله الشلتاوي، ديناميكية استحالة قانون العقوبات لمقتضيات التطور العلمي في التخلص من الأجنة (أطفال الأنابيب)، طبعة أولى، جامعة الإسكندرية، 1991 / 1996.

331. د/عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، 1986، دار النهضة العربية.

332. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، للإمام سيدي محمد الزرقاني، دار الفكر، الجزء الثامن، بيروت 1936.

333. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تأليف محمد الشربيني الخطيب، الجزء الرابع، مطبعة مصر 1991.

334. د. عماد عبد الحميد النجار، جرائم لإجهاض في القانون المقارن، مجلة القضاء والقانون، السنة الخامسة والعشرون، العدد 137، المملكة المغربية.

335. سورة الاحقاف الآية 15

336. سورة لقمان الآية 14

337. د/ عمر بن محمد غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، 2001

338. د/ علي رمضان المخزوم، الحماية الجنائية للجنين، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة 2005

339. د/ علي حسن الشرفي، جرائم الاعتداء على الأشخاص، وفقا لمشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات، دار المنار للنشر والتوزيع صنعاء، 1993

340. د. مخلد الطراونة، تحت عنوان حقوق الطفل دراسة مقارنة في ضوء أحكام القانون الدولي والشرعية الإسلامية والتشريعات الأردنية، مجلة الحقوق، العدد الثاني السنة السابعة والعشرون ، جويلية 2005

341. C. P. Annotation de jurispu dence.

342. د/ عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار البشير، القاهرة

343. قانون تنظيم السجون 04/05 المؤرخ في 6 فبراير 2005 والمتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية العدد 12، 05/02/13.

344. مجموعة من الفقهاء والباحثين، قرارات فقهية معاصرة في معطيات الطب الحديث، الغدير للطباعة والنشر، الطبعة الأولى 2002

345. د. أنس فهمي، بعنوان العقم عند النساء، مجلة العربي، العدد 320، جويلية 1995

346. د/ شعبان نبيه متولي دعبس، الحماية الجنائية لحق الإنسان في الحياة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1991

347. Grosseur, La Protection de la personnalité en droit privé Revue de droit suisse, 1960

348. د/ ماروك نصر الدين بعنوان عطاء الإسلام في أخلاقيات حول التلقيح الاصطناعي في القانون المقارن، والشرعية الإسلامية

349. فتاوى الشيخ الإمام محمود شلتوت، تحت عنوان دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة ، الطبعة السادسة عشرة والسابعة عشرة 1991

350. د/ شوقي عبده الساهي، الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة، الجامعات العربية للعلوم الإسلامية والإنسانية
351. ندوة علمية نظمها مركز البحوث والدراسات في نوفمبر 1993 مكافحة الجريمة ومعاملة المجرمين بعنوان: "الأساليب الطبية الحديثة والقانون الجنائي، القاهرة 1994، كلية الحقوق القاهرة، أعضاؤها الدكتور مأمون سلامة والدكتور عوض بلال، ولقد ترأس الدكتور عمر السعيد رمضان الجلسة التي كان موضوعها التلقيح الصناعي وعرض الدكتور محمود نجيب حسني، للجلسة الختامية من الندوة
352. د/ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة 1989، دار النشر
353. د/ شهاب الدين الحسيني، التلقيح الصناعي بين العلم والشرعية، دار الهادي للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى 2001
354. د/ حسن علي مجلى، شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، كلية الشريعة والقانون، جامعة صنعاء، الطبعة الأولى، 2004
355. صحيح البخاري، الجزء السابع، شركة شهاب بالجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، 1991
356. د/ جلال ثروت، نظم القسم الخاص، الجزء الثالث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1995
357. د/ أمال عبد الرزاق ميشالي، الوجيز في الطب الشرعي، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، 2009
358. د/ عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف الإسكندرية 1998
359. د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات، القسم العام، دار الجامعة الجديدة، للنشر، مصر 1996
360. Roger Bernardin, Droit pénal spécial galion éditeur 2000
361. د/ رمسيس بهنام، القسم الخاص في قانون العقوبات، منشأة المعارف 1989
362. مجلة المحكمة العليا، العدد 02 السنة 2002
363. Grim, 30 juill. 1942. Bull. Crin N° 98; JCP 1942./2054 note Brouhot
364. Crim, 17 Juin 1984, D. 1954. 128
365. د/ عبد الفتاح الصيفي، قانون العقوبات النظرية العامة، دار الهدى للمطبوعات
366. Crime, 5 juin, Bull, Crime N° 142.
367. Crime, 4 juin, Bull, Crime N° 5.
368. د/ مأمون سلامة قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية 1979
369. الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تأليف الشيخ أحمد الدردير، دار المعارف، مصر، بدون سنة
370. Crim 15 janv. 1954, D. 1954
371. Crim 24 mars 1944, Bull. crim N° 83; DA 1944, 75, GAZ, Pal 1944, 1, 254

- نقض 27 ديسمبر 1970 لمجموع أحكام محكمة النقض المصرية، نقض 6 جويلية 1976. 372.
373. جريدة الشروق مقال للكاتب مالكي بتاريخ 04 فبراير 2007
374. جريدة النهار الجديدة 20 جوان 2008.
375. جريدة الشروق مقال للكاتبة بلزرق فاطمة بتاريخ 23 فبراير 2009
376. جريدة الشروق مقال للكاتبة فضيلة مختاري بتاريخ 25 مارس 2010
377. [http:// www. Avortement ivg. Com/ lavortement _ dans_ le monde_ pays_ par pays_ 690712. Html](http://www.Avortementivg.Com/lavortement_dans_le_monde_pays_par_pays_690712.Html)
378. <http. www. Avortement ivg / pages/ statistique- de l'avortement- IVG – en – France- 733440- html>.
379. <http. www. abortionno.org/resources/fastfacts.html>
380. Santé Maternelle Infantile 2000-2004, Direction de prévention et Institut national de santé publique, Edition production ANDS 2000.
381. د/ عمر سالم، النظام القانوني للتدابير الاحترازية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1995
382. د/ سميرة سيد سليمان بسيوني، الإجهاض وأثاره في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة المحمدية بالأزهر، الطبعة الأولى 1989
383. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، للإمام سيدي محمد الزرقاني، دار الفكر، الجزء الرابع، بيروت 1936
384. المبدع في شرح المقنع لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم، الجزء الثاني، بدون سنة الطبع.
385. سورة النساء الآية 92
386. فتاوى الشيخ أحمد حماني، في الجزء الأول، منشورات قصر الكتاب
387. سورة الأنعام الآية 140
388. سورة المائدة الآية 32
389. د محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 1999
390. Grosso (SF), La protection de l'enfant droit pénal Rapport Italiens, Henri capitant, 1979
391. د/ شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001.
392. أبي الحسين بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، الجزء الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بدون سنة
393. العلامة أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق الدكتور عبد العظيم الشناوي، دار المعارف بمصر
394. عبد المجيد منصور، الجرائم والأطفال، كتاب الثقافة الأمنية، المركز العربي للدراسات الأمنية والتدريب بالرياض، 1418 هـ 1997
395. القاضي خالد محمد، القاضي حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، دار الطلائع للنشر والتوزيع، القاهرة، 2006

396. د/ هلاي عبد الله أحمد، الإجهاض وقتل الأطفال حديثي الولادة كأهم مظاهر إجرام النساء
397. د/ العقيد عادل عبادي علي عبد الجواد، الحماية الجنائية للطفل، دراسة تطبيقية مقارنة على استغلال الأطفال في البغاء، رسالة دكتوراه أكاديمية الشرطة، كلية الدراسات العليا 2002
398. المؤتمر العربي الأول الخاص بالطفل الذي انعقد في تونس في 1980/10/08 تبني مشروع الميثاق العربي لحقوق الطفل، الذي اعتمد في الدورة الرابعة بتونس في 1983/12/04.
399. وسيم حسام الدين الأحمد، حماية حقوق الطفل في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي 2009
400. د/ ممدوح خليل البحر، الجرائم الماسة بحق الطفل في الحياة والسلامة البدنية، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة 27 سبتمبر 2003
401. أحمد بن عجيبة نابي، الوكيل العام للملك لدى محكمة الاستئناف بمكناس، جريمة قتل الأم لوليدها، مجلة الدفاع، العدد 13 السنة 2008، مكتبة دار النجار، الدار البيضاء، المغرب
402. د/ محمد الفاضل، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، للجرائم الواقعة على الأشخاص، مطبعة جامعة دمشق، 1959
403. Crim. 13 mars 1956, D. 1856. 1. 221
404. Crim, 24 Déc. 1835s.36 .1 . 25 Bull Crim N° 114 du 13 mars 1845
405. Pierre Brulé, L'exposition des enfants en Grèce Antique une forme d'infanticide- penser l'infanticide aujourd'hui, Enfances PSY N° 44, 2009
406. Phillip. J. Resnik meurtre de nouveau né: une synthèse psychiatrique sur le néonatricide, Enfances PSY 44
407. غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي، ط 1، 2010
408. سورة النحل الآية 58، 59.
409. سورة التكوين الآية 8 و9
410. سورة النساء الآية 92
411. سورة المائدة الآية 45
412. د/ عبد الحفيظ بلقاضي، جريمة قتل الأم لطفلها الوليد في القانون المغربي، مقال قانوني صدر في المغربية، مجلة المحاكم، العدد 88، ماي - جوان 2001
413. د/ جلال ثروت، نظرية القسم الخاص، الجزء الأول، جرائم الاعتداء على الأشخاص، الدار الجامعية، بدون سنة
414. المجلة العربية للدراسات الأمنية، العدد 30 نوفمبر 2000
415. د/ حسين علي شحرور، الدليل الطبي الشرعي ومشرح الجريمة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2005
416. Douai, 6 mai 1882, s 83, 2. 153
417. د/ إسحاق إبراهيم منصور، شرح قانون العقوبات الجزائري، جنائي خاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1986
418. N. D. 1302 du 29/08/07

419. N. D 1310 du 24/10/07

420. القرار رقم 10/875 الصادر بتاريخ 2002/05/02 ملف جنحي رقم 99/5371 مجلة الملف العدد الثامن أفريل 2006، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب

421. د/ علي محمد جعفر، قانون العقوبات، القسم الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، 2006

422. د/ حميد السعيد، نظرية القتل في القانون الجزائري والفرنسي والسوفيتي، قسم الدراسات العليا، كلية الحقوق، الجزائر 1973/1974

423. د/ رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، الإسكندرية، 1976

424. د/ طاهر صالح العبيدي، جريمة قتل الأب ابنه عمدا وعقوبتها، مقال منشور المجلة المغربية للدراسات الأمنية والتدريب.

425. سورة هود الآية 06

426. صحيح مسلم، بشرح النووي، الجزء الثاني، كتاب الإيمان، باب كون الشرك أقبح الذنوب وبيان أعظمه

427. أبو بكر مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، ج 7، بيروت، 1986

428. د/ رؤوف عبيد، في التفسير والتخيير بين الفلسفة العامة وفلسفة القانون، الطبعة 76، دار الفكر العربي، بدون سنة

429. د/ رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم في الواقع الكوني، الطبعة 96، دار المعارف العربية، بدون سنة

430. د/ أحمد عادل المسري، القتل والأمراض النفسية، جامعة عين شمس، القاهرة، طبعة 2004

431. د/ أيمن الحسيني، الموسوعة الصحية للمرأة المصرية، الهيئة العامة للكتاب، طبعة 2002

432. MMe Gorre Ferragu, Le déni de grossesse x, Université de Rennes I, (Dr, Levasseur Directeur) 2002

433. Anne Henry, Suivis de femmes infanticides à la prison de Rennes, Enfances Psy N° 44

434. Sultan c, Blanc M. gynécologie de l'adolescente Paris: Eska 1988

435. Beier K. M, "Female analogies to perversion" Journal of sex and marital therapy, 2000, 26 (1)

436. Berzinka c. Huter o, BieBl W. Kinze J, "Denial of prengnancy" Journal psychotic of obstetric and gynecology, 1994, 15, 1

437. Claudia- Ghica- Le marchand, Droit Pénal spécial, 2007