دكتور
عبد العزيز محمد محسن
كلية الشريعة والقانون
جامعة الأزهر

الحماية الجنائية للجنين
في
الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي
دراسة مقارنة

الناشر
دار البشير بالقاهرة للنشر والتوزيع
ش مصر حلوان الزراعي - بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

« وقل رب زدني علما »

(صدق الله العظيم)

بسم الله الرحمن الرحيم

« وقل رب زدني علما »

(صدق الله العظيم)

إهـــداء

إلى روح أبي ...

الـــذي أحســـن تربيتـــي

على النهج الإسلامي

فجزاه الله عني خير الجزاء

وأسكنـــه فسيـــــح جنـــاته

بسم الله الرحمن الرحيم

(رَّبَّنَا عَلَيْكَ تَوَكَّلْنَا ، وَإِلَيْكَ أَنَبْنَا ، وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ) (١)

لك الحمد رغماء نفسك ، وكفاء أياديك ، فلقد استخلفتنا في الأرض واستعملتنا في عمارة الكون ، ووهبتنا العقول والأموال والقدر ، ورفعت بعضنا فوق بعض درجات .

بعثت فينا رسولك الهادى ليرشدنا الى نهج السعادة في الآخرة والأولى ، ولينقذنا بمعجزات الاصلاح في الدين والدنيا بقانون الرشد الشامل ، والعدالة المطلقة ، ليهيىء لنا سبل النهضة التى لا تنى ، والقوة التى لا تهى ، والوحدة التى لا تنفصم ، فهبه اللهم من لدنك صلوات طيبات ، وهب العالم الخابط يقظة يقع بها على هديك الراشد ومحجتك الواضحة ، ونورك المبين .

سبحانك أنت الحكم العدل ، وقولك الفصل ، من تمسك به عصم ، ومن ابتغى غيره هوى وضل ، وظلم ، وساءت عاقبته ، وكان من الخاسرين .

حرمت الظلم على نفسك ، وحرمت الاعتداء على الناس حيث قلت في محكم كتابك الكريم ، (وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ) (٢) .

وكل اعتداء يشكل جريمة ، وكل جريمة يجب أن تكافح ، ولايكون ذلك كذلك الا باسباغ الحماية الجنائية على المعتدى عليه .

ولذلك فاننا سوف نتكلم في موضوع بحثنا هذا عن (الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى) ذلك الكائن الحى ، المخلوق الضعيف ، الذى لا حول له ولا قوة ، والذى يعتدى عليه بلا ذنب اقترفه أو جريرة اكتسبها .

---

(١) سورة الممتحنة آيه رقم ٤ .

(٢) سورة البقرة آيه رقم ١٩٠ .

مقدمة تاريخية :

ان الاعتداء على الجنين ليس بالأمر الجديد ، بل انه أمر قديم قدم الزمن ، فقد كانت الشعوب البدائية فى عصر ما قبل التاريخ لا تعلق على الحياة الانسانية أهمية كبيرة ، لذلك لم يكن الاعتداء على الجنين يشكل جريمة فى ظل الشرائع القديمة ، وقد ذكر ذلك فى كتب ملوك الصين منذ خمس آلاف سنة . وعلى الرغم من أن المصريين القدماء كانوا لا يجيزون قتل الأم المحكوم عليها بالاعدام اذا كانت حاملا حتى تضع حملها ، الا أنهم كانوا لا يعاقبون على الاعتداء على الجنين بطريق الاجهاض (١) .

ومع ذلك فقد كانت هناك بعض شرائع الحضارات القديمة تمنع الاعتداء على الجنين وتجرمه وتفرض على مرتكب ذلك الجرم عقوبة شديدة قاسية ، وبذلك كانت تحيط الجنين بالرعاية والحماية ، ومن هذه التشريعات مجموعة قوانين سومر سنة (٢٠٠٠ قبل الميلاد) . وآشور سنة (١٥٠٠ قبل الميلاد) . وحمورابى سنة (١٣٠٠ قبل الميلاد) . فكل هذه التشريعات كانت تعاقب على كل الأفعال التى تشكل اعتداء على الجنين بطريق الاجهاض .

---

(١) الأستاذ / مظهر العنبرى . الاجهاض والقانون . بحث منشور فى مجلة الدراسات القانونية التى تصدرها كلية القانون بجامعة قاريونس الليبية . المجلد الحادى عشر ١٩٨٢ - ١٩٨٦ م . ص ٢١٥ .

وبعد مرور فترة من الزمن ظهر بعض الفلاسفة فى أثينا وروما ينادون بانهاء حياة الجنين قبل الأوان بالاجهاض ، ويشجعون عليه باعتباره احدى الوسائل التى يمكن أن تحقق المحافظة على التوازن السكانى داخل المجتمع والحيطة دون زيادة النسل فيه ، ومن هؤلاء الفلاسفة افلاطون (٤٢٧ - ٣٤٨ ق٠ م٠) الذى نادى بضرورة اجهاض المرأة الحبلى اذا كان سنها قد تجاوز الأربعين [1] ، ثم جاء من بعده ارسطو (٣٨٤ - ٣٢٢ ق٠ م٠) ونادى بأن الزوجة التى تحمل وعندها العدد الكافى من الأبناء فانه يحسن لها أن تتخلص من هذا الحمل ، وبناء على هذه النصائح وغيرها من النصائح التى أبداها بعض الفلاسفة انتشر الأجهاض فى كل من المجتمع اليونانى والرومانى ٠ ومع ذلك فان الأمر لم يخلو من وجود بعض فلاسفة كتبوا ضد الأجهاض وحذروا من خطره ٠

موقف الأديان من الأجهاض :

أولا : فى الشريعة اليهودية :

لم يرد ذكر الأجهاض فى التوراه إلا فى معرض اسقاط الجنين الحاصل بالتعدى على المرأة من الغير عن غير عمد ، فيعاقب الفاعل بالغرامة التى يفرضها الزوج وتدفع أمام القضاء ٠ أما اذا كان الفعل قد ارتكب عمدا فان العقوبة تكون النفس بالنفس والعين بالعين والسن بالسن ٠ حيث جاء فى سفر الخروج :(٠٠٠ واذا تخاصم رجال

---

(1) TARAKJI : " L'avortement Cirminel , Etude Médicolegale , juridique et Psycho-Sociale", Thèse , Toulouse 1937 . : Thèse Citèe , P . 26 .

وصدموا امرأة حبلى فسقط ولدها ولم تحمل أذية ، يُغرَّم كما يفع عليه زوج المرأة ، ويدفع عن يد القضاة ، وان حملت أذية ، تعطى نفسا بنفس ، وعينا بعين ، وسنا بسن ، ويدا بيد ، ورجلا برجل وكيا بكى وجرحا بجرح ورضا برض) (١) .

ولم تعاقب التوراه على الاجهاض الاختيارى حيث اعتبرت أن أن الجنين جزء من جسم المرأة ، وطرحه لا يستوجب أكثر من عقوبة الغرامة البسيطه (٢) .

ثانيا : فى الديانة المسيحية :

حرمت الديانة المسيحية الاجهاض وعاقبت على ارتكابه . وكان ذلك من نتاج الفلسفة المسيحية التى ترى أن الزواج شر لا بد منه وخطيئة لا يبررها الا النسل ، وان الجنين يجب أن يولد حيا ليعمد ، فترتفع عنه هذه اللعنة الأبدية ، وان قتل الجنين يعتبر قتلا عمدا ، واعتبرته أشد اجراما من قتل الطفل بعد ولادته وتعميده ، لأن الجنين يفقد حياته الروحية بينما لا يفقد الطفل المعمد سوى حياته الجسدية .

وترى الديانة المسيحية الآن أن الروح تدخل الكائن البشرى من أول نشوئه . ولذا رأى (القديس باسيل) أن يعاقب مرتكب جرم الاجهاض مهما كان عمر الجنين . بالرغم من أن الفقه الكاثوليكى وفلسفته يذهبان منذ قرون طويله الى أن الروح تدخل الجسد عندما يصبح على هيئة شكل بشرى وتتكون أعضاؤه . أما قبل ذلك فان الجنين لا تكون له سوى حياة نباتية أو حيوانية ،

---

(١) الاصحاح الحادى والعشرون .

(٢) جان دالزاس وآن ماري ودورلن رواييه فى كتاب الاجهاض ، طبعة ١٩٧٠ ، ص ١٧ .

وكان يمتنع على رجال الكنيسة تعميد الجنين الا اذا أصبح ذا شكل انسانى وذلك حتى عام ١٣١٢ م ، وكانت الكنيسه لا تعاقب على الاجهاض طالما أن الروح لم تدب فى الجنين ، ومعنى ذلك أن الجنين لا يستحق الحماية الجنائية الا بعد مرور فترة زمنية معينة على الحمل ، وقد كان الفقهاء ورجال القانون يرون أن الروح تدب فى الجنين الذكر بعد أربعين يوما ، والجنين الأنثى بعد ثمانين يوما ، ورأى (شار لكان) فى عام ١٥٣٢ م أن الروح تدب فى جسد الجنين عندما تشعر المرأة بحركاته .

وفى عام ١٥٨٨ م أصدر البابا (سيكست كانت) بيانا ذكر فيه أن الاجهاض معاقب عليه عندما تدب الروح فى جسد الجنين بشعور المرأة بحركاته ، ومنذ ذلك الحين أصبحت عقوبة الاعدام تطبق على المرأة المجهضة ، وكثيرا ما شنقت النساء أو حرقن وهن أحياء لهذا السبب .

وفى عام ١٨٦٩ م أعلن البابا (بيوس التاسع) أن الحياة تدب فى الجنين من تاريخ دخول النطفة فى الرحم ، وصار رجال الكنيسة يعمدون الجنين من تاريخ بذره .

وأعلن البابا (بيوس الحادى عشر) فى المجمع المقدس عام ١٩٣٠ م أن حياة الأم وحياة الجنين مقدستان وانه لا يصح القضاء على أى منهما ، وان أى منع للولادة يعاقب كفعل مخالف للطبيعة . وأعلن البابا بولس السادس فى عام ١٩٦٨ م (أننا لسنا مصدر الحياة الانسانية ، وليس للانسان سلطان على جسده) [1] .

---

(١) بالزاس رولييه ، ص ٦٤ — ٦٥ . مشار اليه فى بحث الأستاذ/ مظهر العنبرى ، المرجع السابق ، ص ٢١٧ .

ثالثا : فى الشريعة الاسلامية :

حرمت الشريعة الاسلامية الغراء الاعتداء على الجنين بكافة صوره ، ولم تجز الاجهاض الا فى حالة واحدة هى حالة الضرورة كانقاذ حياة الأم من الهلاك أو من عاهة مستديمة . وان كانت هناك بعض آراء فقهية نادت باباحته فى بعض حالات أخرى . وسوف نتناولها بالتفصيل المناسب فى حينه .

رابعا : الدين الشنتوى :

لا توجد فى هذا الدين أية مشكله بشأن الاعتداء على الجنين بالاجهاض ، حيث يرى أن الطفل لا يصبح كائنا بشريا الا عندما يرى النور . وبناء على ذلك فان اليابان لم تقم بها أى مشكلة تذكر فى هذا الشأن (١) .

خامسا : الديانتين البوذية والهندوكية :

لا يوجد فى هاتين الديانتين مانع خطى يمنع الاعتداء على الجنين بالاجهاض ، ولا يعدو الحال عن كونه أمرا اجتماعيا بحتا لا صلة له بالدين (٢) .

موقف التشريعات الوضعية :

ذهب التشريع الفرنسى القديم حتى القرن الثامن عشر الى معاقبة كل من يعتدى على الجنين بالاجهاض بعقوبة الاعدام ، ولم يتبع التفرقة التى أقامها النظام الكنسى بين الجنين الذى دبت فيه الحياة ، والجنين الذى لم تدب فيه الحياة ، حيث كان الاعتداء على الجنين فى الحالة الأولى يشكل جريمة قتل يستحق فاعلها

---

(١) ، (٢) الأستاذ / مظهر العنبرى ، المرجع السابق ، ص ٢١٨ .

عقوبة الاعدام ، أما فى الحالة الثانية فالجنين يعتبر مادة بلا روح ، وعليه فان الاعتداء عليه بالاجهاض يشكل جريمة بسيطة يعاقب مرتكبها بعقوبة مالية فقط .

أما التشريعات الوضعية الحديثة ، فقد اختلف موقفها بالنسبة للاعتداء على الجنين . فكل تشريع استند فيما ذهب اليه الى الفكرة السائدة فى مجتمعه سواء أكانت هذه الفكرة دينية أو أقتصادية أو سياسية أو غير ذلك ، وعلى أساس هذه الفكرة جرم أو قيد أو أباح الاعتداء على الجنين بطريق الاجهاض .

ومما يجب توضيحه أن الخلاف فى هذا الشأن لم يكن قاصرا على رجال القانون فحسب ، بل انه امتد أيضا الى رجال الطب وعلماء الاجتماع ، وبناء على ذلك اختلفت وجهات نظر الباحثين ، وانعكس هذا الخلاف على التشريعات الجنائية الحديثة . ويمكن رد وجهات نظر الباحثين الى ثلاثة آراء نوردها على النحو التالى :

الرأى الأول : يرى أصحاب هذا الرأى منع الاعتداء على الجنين بصفة مطلقة ، وعليه فانه يجب معاقبة كل من يعتدى على الجنين بعقوبة شديدة قاسية ، وعللوا ذلك : بأن الاعتداء على الجنين بالاجهاض يعتبر خطرا اجتماعيا يترتب عليه نقص فى عدد السكان ، وينطوى على تدهور خلقى واجرام فى حق كائن له الحق فى الحياة ، واضرار بصحة الأم .

وقد أخذ بهذا الرأى المشرع الفرنسى والألمانى والايطالى والأسبانى والهولندى والسويدى والبلجيكى واليونانى استنادا الى الواقع الدينى .

الرأى الثانى : يرى أصحاب هذا الرأى أن العقاب الشديد حرم الاجهاض لم يحقق الهدف المراد تحقيقه من ايقاف هذا الخطر الاجتماعى وانما كلما زادت العقوبة لجأت النساء الى ارتكاب جرم الاجهاض السرى وما فيه من أخطار على حياتهن ، فضلا عن الربح غير المشروع الذى يستولى عليه المجهضون الجهلاء بغير وجه حق ، ولو أنه يجب الحفاظ على حياة الجنين الا أن ذلك يعتبر واجبا مطلقا ، حيث يجب ملاحظة أمور أكثر أهمية كالحفاظ على حياة المرأة وحالتها الصحية والعقلية اذا كان الحمل ثمرة اغتصاب أو سفاح . ولذلك يجب أن يكون القانون وسطا بين التشديد والاباحة .

وقد أخذ بهذا الرأى الوسط كثيرمن مشرعى الدول مثل الدول السكندينافية ، وسهلت سويسرا الاجهاض الطبى ، وعمدت الدول الاشتراكية فى أوروبا الوسطى والشرقية الى تعديل قوانينها بحيث أصبحت وسطا بين التشديد والاباحة ، وكذلك قامت بريطانيا بتحقيق اصلاح جذرى ، وأخذت ولايات عديدة من الولايات المتحدة الأمريكية بالمبدأ نفسه .

الرأى الثالث : يرى أصحاب هذا الرأى أن الاعتداء على الجنين بالاجهاض لا يستحق عقوبة ما ، وحجتهم فى ذلك : أن للحالة الاقتصادية أحكامها التى يجب أن تراعى ، كما أنه ليس من الانسانية أن ترغم أم على قبول طفل تعلم أنها سوف تجوع فى سبيل تربيته ، ثم ان الجنين يعتبر جزءا من جسم المرأة يحق لها أن تتصرف فيه بالحرية التى تتصرف بها فى سائر أنحاء جسمها .

وأخيرا: وبعد هذا العرض التاريخى الوجيز ، نبدأ الكلام فى صلب موضوع بحثنا .

وموضوع بحثنا هو (الحماية الجنائية للجنين فى الشريعة الاسلامية والقانون الوضعى) كما أسلفنا . ويجدر بنا قبل الدخول فى تفاصيل هذا الموضوع أن نمهد له بتعريف كل من الحماية الجنائية ، والجنين الذى سوف تنصب عليه هذه الحماية .

التمهيد

ويشمل على الآتى :

أولا : تعريف الحماية الجنائية :

- الحماية الجنائية لغة .
- الحماية الجنائية اصطلاحا .

ثانيا : تعريف الجنين :

- الجنين لغة .
- الجنين اصطلاحا .

ثالثا : مراحل تطور الجنين .

أولا : تعريف الحماية الجنائية :

أ - الحماية الجنائية لغة :

تتكون الجملة من مركب اضافى يلزم بيان طرفيه .

يقال حَمَى الشيء من الناس حَمْياً من باب رمى وحِمْيَةً بالكسر مَنَعَهُ عنهم والحماية أسم منه . وحماه يحميه حَمْيا وحَمْيَةً وحِماية بالكسر وحَمْوةً دفع عنه . وهذا شيء حِمى أى محظور لا يقرب . وحَمَى المريضَ ما يَضُرُّه مَنَعه اياه فاحتمى وتَحَمَّى امتنع - والحَمِيُّ - كغنى - المريضُ الممنوع مما يضره .

والحِمْيَةُ بالكسر ما حُمِيَ من شيء . والحامِيَةُ الرجلُ يحمى أصحابَهُ . والجماعة أيضا حامِية . وهو على حامية القوم : أى آخِرُ مَن يحميهم فى مُضِيِّهِمْ .

وأَحْمَيتُهُ بالألف جَعَلْتُهُ حِمى لا يُقْرَبُ ولا يجترأ عليه . وفى الحديث " لا حمى الا لله ولرسوله " وأحميته بالألف أيضا وجدته حمى (١) . وتثنيةُ الحِمىَ حِميان بكسر الحاء على لفظ الواحد وبالياء وسُمِع بالواو ، فيقال حِمَوَان قاله ابنُ السِّكِّيت . وحَمَيْتُ المريض حِمِيةً وحَمَيتُ القوم حماية نَصَرتُهُمْ ، وحَمِيَت الحديدةُ تَحْمَىَ من باب تَعِب فهى حامِيةٌ اذا اشتد حرُّها بالنار .

---

(١) ورد فى ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة ص ٧١٩ هامش رقم ١ ما يلى : (استعماله رباعيا لغة ضعيفة ، والشهور حماه . وقال أبو زيد : حميت الحمى حميا : منعته ، فاذا امتنع عنه الناس وعرفوا أنه حمى قلت أحميته .