

وزارة التعليم و البحث العلمي

جامعة وهران

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المركز القانوني للجنيين

رسالة دكتوراه الدولة

من اعداد : الطالب
داودي ابراهيم

تحت اشراف
الاستاذ اوسكين عبد الحفيظ

لجنة المناقشة

رئيس	عدة جلول محمد	استاذ	جامعة وهران
مقرر	اوسكين عبد الحفيظ	استاذ	جامعة وهران
مناقش	مروان محمد	استاذ	جامعة وهران
مناقش	معوان مصطفى	استاذ	جامعة سيدي بلعباس
مناقش	قاسم العيد عبد القادر	استاذ محاضر أ-	جامعة سيدي بلعباس

السنة الجامعية 2010- 2011

المركز - ز الف - انوني
للج - ن - ي - ن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

يطرح المركز القانوني للجنين إشكالية مزدوجة فهل هو شخص أم شيء؟
sujet – objet ? هذه الإشكالية مردها اليوم ان وضعية الجنين لم تعد كما كانت عليه منذ سنين مضت، إذ يمكن اليوم، وهذا بفضل التقدم البيولوجي و الطبي، فصل الجنين عن امه مع بقاءه حيا، كما يمكن تخليقه خارج الرحم وملاحظة رؤيته ، اجراء التجارب العلمية عليه كل هذه المحاولات أدت الى اعتباره شيئا أي محلا سلبيًا وهذا ما تستند عليه الحقيقة الطبية و البيولوجية في الوقت الراهن .

ولذلك فإن إشكالية ايجاد مركز قانوني للجنين، قلما طرحت في الاوساط العلمية ، من خلال اعتبارات علمية و تطبيقية خاصة بعد توصل العلم الى اجراء التجارب على الاجنة و تجميدها، ثم غرسها في ارحام الامهات.

ويسود اليوم، المجتمع الحالي، تياران كبيران يحاول كل واحد منهما تحديد المركز القانوني للجنين.

فالتيار الاول يرى ان الجنين، انما هو انسان مستقبلي على الاقل ويعتبر كائنا حيا بمعنى الكلمة ولما لا و قد اعترف له القانون المدني بمركز قانوني معين منذ لحظة الحمل مع اشتراط ولادته حيا و في بعض التشريعات قابليته للحياة ويرتكز هذا التيار الاول على مسلمات من شأنها، انه منذ بداية الحمل، فان الامتناج البشرية تكتسب صفات الانسان ويكتسب الجنين خصائص الشخصية، ولذلك فان اسقاط هذا الحمل او عرقلة نموه داخل الرحم عن طريق وقف الحمل عمدا و بشتى الطرق، يعد من قبيل القتل العمدي فهو (الجنين) كائن حي لا يمكن حرمانه من الحياة، وليس شيئا نتصرف فيه كيفما نشاء .

اما التيار الثاني فهو يخالف بشدة التيار الاول فبالنسبة اليه ، فالانسان لا يمكن اعتباره كذلك الا من لحظة ان يستطيع العيش مستقلا أي خارج رحم امه، اذن منذ لحظة ن يولد الجنين حيا و هذه اللحظة فقط هي التي تخوله اكتساب حق الشخصية: و هذا يعني ان قبل الولادة فالجنين يعتبر شيئا او محلا و لما لا ، و قد اباحت بعض القوانين وقف الحمل عمدا و سمحت بعض التشريعات باجراء التجارب عليه باعتباره شيء.

و يرتكز هذا التيار الثاني على اعتبار انه مادام الجنين لم ينفصل عن امه، لا يمكن منحه الشخصية القانونية الحقيقية فهو شيء و ربما يحضى بنوع من التقدير لانه شيء بشري، هذا التيار هو البرر الرئيسي لإجراء التجارب على الجنين فما هو الا كتلة من الخلايا الى جانب هذين التيارين ، ظهر تيار ثالث يتأرجح بين الاول والثاني ولم يتخذ موقفا واضحا ويعد هذا التيار موقفا وسطا ما بين لحظة الحمل و ولادة الجنين حيا، واتخذ هذا التيار وقتا في الزمان يمنح فيه الجنين مركزه القانوني هذا الوقت في الزمان عبره عنه هذا التيار بالجنين المتحرك والجنين غير المتحرك، وهو ما يعبر عنه بمرحلة ما قبل نفخ الروح ومرحلة نفخ الروح ، وانط-لاقا-م-ن-ه-ذا التمييز-ز، فانه- - - في-ال-م-رحلة-الاولى-ي-ع-ت-ب-ر-ال-جنين-شيئا-اما-في-ال-م-رحلة-

الثانية يعتبر الجنين كائنا حيا أي شخص الحق.

لقد تبين بعض الفقهاء هذا التيار الثالث، إذ يرون في المركز القانوني للجنين مزيج بين الكائن الحي والشيء، أي مبنيا على اعتبارات و معطيات تتمثل في صراع بين حقوقه وحقوق غيره (امه) وبمعنى آخر أفن الجنين له شخصية محدودة فالقول بانه شيء يجعله محل الحق يعني تجاهله واخراجه من النوع البشري وعلى العكس من ذلك اعتباره كشخص بشري ومنحه كامل الشخصية القانونية ولا يعقل في اطار ما اعترف به القانون للمرأة من حقوق

هذا التيار الثالث (الوسط) هو الذي قيل عنه انه المناهض لفكرة اعتبار الجنين شيئا او محلا وهو الذي قيل عنه ولید، فكرة ان الجنين يعتبر شخصا بالتخصيص: هذه الفكرة تعد بمثابة جسري ضروري لتخليص الجنين من المركز القانوني للأموال لأن اعتبار لجنين بمثابة الشيء او محل الحق، انما هي نظرية مؤذية، ومع ذلك فإن التيار الثالث لم يجهر بموقفه والقول بان الجنين يعد شخصا بالتخصيص. انما يذكرنا بنظرية الحق العيني حيث يوجد فيها ما يسمى بالاموال المنقولة والاموال العقارية والاموال بالتخصيص.

فالجنين لا يمكن ان يكون الا كائنا بشريا حيا يتمتع بالشخصية القانونية الكاملة فيكتسب الاهلية القانونية وان كانت اهلية وجوب دون اهلية اداء، كما انه يحظى بحماية قانونية واسعة النطاق فالتشريعات الوضعية منها والسماوية منحتة الحماية المدنية والجزائية معا واذا سمحت بمنعه او اسقاطه احيانا، انما هذا لضرورة ويشروط كما سنحاول تبياناه من خلال دراستنا للمركز القانوني للجنين.

ولما كان هذا التيار الثالث والذي يجعل من الجنين شخصا بالتخصيص، مهجورا فأننا ركزنا بحثنا على التيرين الكسرين المشار اليهما انفا، التيار الاول هو الذي يعترف للجنين بمركز قانوني بمعنى الكلمة، فيعتبره انسانا وكاننا بشريا.

والتيار الثاني والغريب في نفس الوقت الذي يجعل من الجنين شيئا يمكن التصرف فيه كما يتصرف في بقية الاموال ومما لاشك فيه ان هذا التيار تشجع بظهور التقنيات الحديثة للإنجاب وهي ما تعرف بالتلقيح الاصطناعي والام البديلة، أي ما يسمى بتأجير الضنن (الرحم) غير ان هذه التقنيات وان بدت لبعض بإنشاء تطور علمي طبي بيولوجي باسهامها في علاج العقم وادخال السعادة على الافراد المصابين بهذا الداء، الا انها اهدرت نوعا ما المركز القانوني للجنين لما في ذلك من خطورة بالغة في احتمال اختلاط نسبه، وازهاق روحه و حرمانه من حقه في الحياة. لذلك نهضت ضد بيع -ض الاراء تائرا هذه التقنيات الجديدة في الانجاب كما ان الهيئات الاخلاقية في ميدان الطب والبيولوجية تفتنت لخطور تدهور المركز القانوني للجنين، فوضعت هذه الهيئات وهذه الاراء الدينية منها والفقهية حدود وضوابط لا يمكن تعاديها من اجل حماية الجنين والمحافظة على مركزه القانوني.

لذلك تناولنا بحثنا هذا في بابين خصصنا الباب الاول لإشكالية المركز القانوني للجنين المزدوجة فدرسنا فصل اول الجنين باعتباره شخص الحق وفصل ثان الجنين باعتباره محل الحق.

اما الباب الثاني من البحث فخصصناه للحماية القانونية للجنين بشتى اشكالها.

الباب الأول

إشكالية ازدواجية

المركز القانوني للجنين

الفصل الأول : الجنين شخص الحق SUJET DE DROIT

المسألة هنا هي محاولة معرفة ما اذا كان الجنين و تقصد به الجنين داخل الرحم أي الحمل المستكن، كائنا بشريا، وهل هو يتمتع بالشخصية القانونية و يصبح بالتالي صاحب حقوق واذا كانت الاتفاقية الأوروبية تنص في مادتها الثانية " ان الحق في الحياة لكل انسان يحضى بحماية قانونية" فان التشريعات الوطنية لمختلف الدول الأوروبية لم تكن سباقة لإعطاء هذا الحق صبغة قانونية محددة، وان المحاكم ذاتها ترفض ملء هذه الثغرة.

ولا يوجد اليوم الا التشريع الالمانى، الذي حاول اعطاء تعريف للحياة، فحسب المعارف البيولوجية والفيزيولوجية، فانه توجد حياة للجنين منذ اليوم الرابع عشر (14-j) من الحمل (Nidation, individualisation) فالتطور الذي يتم فيما بعد يظل مستمرا الامر الذي يستحيل معه التمييز بين مختلف المراحل لنمو الجنين و حياته البشرية.

المبحث الأول : الجنين داخل الرحم In utéro (الحمل المستكن)

يقصد بالجنين لغة، الشيء المستور(1) ولقد ورد في لسان العرب (2) جن الشيء يجنه جناً، ستره، وكل شيء ستر عنك، فقد جن عنك و جن الليل يجنه جناً مجنوناً مجن عليه يجن لإستتارهم واختفائهم عن الابصار ومنه سمي الجنين لإستتاره في بطن امه.

و ورد في المصباح المنير : الجنين وصف له مادام في بطن امه و الجمع اجنة، قيل تسمى بذلك لإستتاره.

و ورد في تاج العروس من جواهر القاموس : الجنين في الرحم يجن جناً استتـ. ر و اجنته الحامل سترته.

ولقد ورد في دائرة المعارف للبستاني:"الجنين هو الولد مادام في بطن امه ويكون اول نطفة ، ثم يصير علقه ثم يصير مضغة ثم جنينا".

و ورد في دائرة المعارف ايضا نفس الزمان الذي لا يتحرك فيه اولا تتولد فيه الحياة ويطلق عليه باللغة الافرنجية (فرنسية) لفظ: Embryon ومنذ دخول الحياة فيه الى حين خروجه من بطن امه اسم Foetus أي جنينا".

(1) المنجد : DICTIONNAIRE

(2) لسان العرب لابن منصور الجزء السادس عشر ص 244

واما الجنين في اصطلاح العلماء و خاصة علماء الشريعة الاسلامية فهو ما يحمل في البطن (بطن المرأة) من ولد و هم بذلك لا يختلفون مع التعريف اللغوي(1).

وعرفه بعضهم الفقهاء بانه وصف للولد ما دام في بطن امه الا ان بعض الفقهاء رجحو لفظ الحمل وتركوا لفظ جنين وهذا ما لاحظته الشيخ مصطفى الزرقاي اذ يقول " لقد عبر معظم الفقهاء في تعريفهم للجنين بلفظ حمل" ولم يستعملوا لفظ الاجتنان ورجحنا هذا اللفظ المشتق مباشرة من الجنين، وذلك لما يمتاز به من حسن الدلالة على الطور الطبيعي مع كونه لفظ موجز(2) و لقد ذهبت لجنة الاخلاقيات بفرنسا في راي لها ، صدر بتاريخ 15 ديسمبر 1986 الى تعريف الجنين كالتالي:

يقصد بعبارة Embryon كل مراحل تطور البويضة منذ تلقيحها الى وصول مرحلة الجنين وهي الاسبوع الثامن من الحمل، وكلمة جنين تستعمل حيث تتكون كل الاعضاء الضرورية.

Le terme Embryon vise toutes les phases du développement du zygote, depuis la fécondation de l'ovule jusqu'à la 8ème semaine de la grossesse le mot fœtus s'utilise ensuite lorsque tous les principaux organes sont formés .

(1) دار المعارف للبستاني ج 6 ص 569

(2) مصطفى الزرقاء المدخل الفقهي العام دار الفكر بيروت ط 10 ج 2 ص 746

المطلب الأول : اطوار الحمل المسنكن (الجنين داخل الرحم)

اختلف فقها الغرب في تحديد بدء الحياة ونفخ الروح في الجنين، وتضاربت الافكار فيما بينهم واصبحوا في حيرة من هذا الامر.

اما فقهاء الشريعة الاسلامية تمكنوا وبسهولة من تحديد بدء الحياة عند الجنين... وذلك عن طريق القرآن الكريم والسنة النبوية، اذ وردت عدة آيات قرآنية تبين بوضوح اطوار او مراحل نمو الجنين وتكوينه في بطن امه و تبين بدقة بدء الحياة أي لحظة نفخ الروح في الجنين.

و قسم فقهاء الشريعة الاسلامية اطوار نمو الجنين الى قسمين :

- مرحلة ما قبل نفخ الروح في الجنين و مرحلة ما بعد نفخ الروح فيه معتمدين في ذلك كما قلنا على القرآن الكريم و سنة نبينا محمد صلى الله عليه و سلم.

ولقد عبر القرآن الكريم على اطوار نمو الجنين بانها " خلق بعد خلق " وهو نفس التعبير المستعمل من طرف العلم الحديث Stages ، اذ يمر الجنين بمراحل شكلية متباينة المظهر فهو يشبه الاسماك في مرحلة، والبرمائية في مرحلة اخرى ثم البريات في مرحلة ثالثة الى ان يصل الى شكل الانسان الكامل في المرحلة الاخيرة (1) و هو ما عبر عنه القرآن الكريم " ثم انشأناه خلقا اخر " .

(1) يراجع كارم السيد غنيم : مجلة المسلم المعاصر العدد 48 سنة 1987 ص 138.

- (1) مرحلة ما قبل نفخ الروح.

سبق وان علمنا ان القرآن الكريم هو الذي جاء ببيان مراحل تكوين الجنين و لعل اول سورة تبين لك هي سورة المؤمنون اذ جاء فيها قوله تعالى :

" بسم الله الرحمن الرحيم " ولقد خلقنا الانسان من سلاله من طين، ثم جعلناه نطفة في قرار مكين، ثم خلقنا النطفة علقه فخلقنا العلقه مضغه فخلقنا المضغه عظاما فكسونا العظام لحما، ثم انشأنه خلقا اخر فتبارك الله احسن الخالقين" (سورة المؤمنون آيات 12/13/14). وقوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم " إنا خلقنا الانسان من نطفة امشاج نبتليه فجعلناه سميعا بصيرا" (سورة الانسان آية 2) وقوله تعالى: بسم الله الرحمن الرحيم " يا أيها الناس ان كنتم في ريب من البعث فانا خلقناكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقه ثم من مضغه مخلقة وغير مخلقة لنبين لكم ونقر في الارحام ما نشاء الى اجل مسمى" (سورة الحج آية 5) والحقيقة ان الايات القرآنية كثيرة ومتعددة في خلق الانسان بيان المراحل التي يمر بها قبل ولادته (1) والى جانب الآيات القرآنية فلقد بينت السنة النبوية اطوار او مراحل تكوين و نمو الجنين.

نذكر ما روى عن ابن مسعود قال:حدثنا رسول الله(ص)وهو الصادق المصدوق:ان احدكم يجمع خلقه في بطن امه اربعين يوما نطفة،ثم يكون علقه مثل ذلك، ثم يكون مضغه مثل ذلك : اليه ... (الحديث) .

(1)راجع سورة الطارق آيات 5/6و7 سورة القيامة آيات 36/37 و 38 سورة غافر آية 67

وما روى عن حذيفة الغفاري قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "إذا مر بالنطفة ثنتان واربعون ليلة بعث الله ملكا فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها..." (الحديث) ويتضح من القرآن الكريم والسنة ان تخلق الجنين يمر بمرحلة اولى هي ما قبل نفخ الروح وتمر باطوار ثلاثة هي النطفة، ثم العلقه، ثم المضغة وان الحد الزمني بين طور وآخر هو اربعون (40) يوما اما المرحلة الثانية فهي مرحلة ما بعد نفخ الروح .

و سوف نشرح كل طور من المرحلة الاولى حينه.

فالنطفة يراد بها الماء الساقى او الكثير اول قليل الماء الذي يبقى في الوعاء.

كما تطلق النطفة على ماء الرجل وهذا هو المراد في الآية القرآنية، اذ وصف الله سبحانه النطفة التي يتخلق منها الجنين بانها نطفة امشاج ومعناها الاختلاط أي اختلاط ماء الرجل وماء المرأة والدم والعلقه وقيل الامشاج هي الحمرة في البياض في الحمرة .

وقال القرطبي وهذا قول يحتاره كثير من اهل الكفة وذلك لان ماء الرجل ابيض غليظ و ماء المرأة اصفر رقيق فيخلق منها الولد.

وقال ابن عباس في تفسير الآية: يعني ماء الرجل و ماء المرأة اذا اجتمعا واختلطا ثم ينتقل بعد طور الى طور و حال الى حال و لون الى لون.

ولقد وصف الله سبحانه وتعالى النطفة التي يتخلق منها الجنين بانها نطفة من منى يمنى أي من قطرة ماء تمنى تراق في الرحم.

وجاء في لسان العرب في معنى كلمة "مني" القدر ومتنيت الشيء: اختلقته و المنى ماء الرجل. والمنية اضطراب الماء وامخاضه في الرحم قبل ان يتغير فيصبح مشيجا(1) .

والحقيقة ان المقصود بالنطفة التي هي مبدأ تخلق الجنين وفقا لما وصفها الله تعالى به وما قاله العلماء في بيان ذلك هي: ماء الرجل والمرأة اذا امتزجا واستقرا في رحم المرأة. فماء الرجل هو المنى كما سبق لنا شرحه وهو الذي يحمل النطفة المدكـ.ـرة وماء المرأة هو البويضة وهي النطفة المؤنثة والماء بماء المرأة هو ذلك الماء الدافق الذي يخرج حاملا البويضة بعد انفجار الجريب من المبيض عبر القناة الى الرحم وحاصل تلقيح النطفة المذكرة للمؤنثة هي النطفة الامشاج.(2)

وقد اتفق علماء الطب الحديث على ان الحمل لا يتحقق الا نتيجة انتقال الحيوان المنوي من الذكر بالبويضة التي يفرزها مبيض المرأة. ومدة رحلة النطفة التي هي بدء التكوين الجنين حتى تستقر في الرحم هي ثمانية ايام على ما قرر الاطباء.

والذي يفهم من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في الصحيحين ان مدة هذه المرحلة هي اربعون يوما حيث قال عليه السلام "ان احدكم يجمع خلقه في بطن امه اربعين يوما ،ثم علقه مثل ذلك،ثم يكون مضغة مثل ذلك،يبعث الله ملكا فيؤمر باربع : برزقه و اجله و شقي او سعيد،ثم ينفخ فيه الروح (الحديث).

(1) الامومة و مكانتها في الاسلام في ضوء الكتاب و السنة الاستاذ مها عبد الله عمر الابريش الجزء الاول سنة 1996 ص 360 .

(2) عبد الفتاح محمود ادريس قضايا طبية من منظور اسلامي 1993 ص 100 و ما يعدها.

واعتبار مدة تكوين النطفة اربعين يوما كان محل نقد من بعض الكتاب وتحامل بعضهم من المعاصرين عن تطور الجنين و بلغ به الامر الى انكار الاخذ بهذا الحديث بحجة انه حديث آحاد(1).

غير ان الطب الحديث يتفق مع الحديث الشريف في ان الجنين يبدأ طوره الثاني بعد مضي نحو ثمانية ايام قال ابن القيم بصدد تكون النطفة مانصه: (ففي كل من الماعين قوة ثالثة و هي من اسباب تكون الجنين وقد اقتضت حكمة الخلاق العليم سبحانه ان جعل داخل الرحم غشنا فإذا اشتمل على المنى و لم يقذف به الى الخارج استدار وصار كالكرة واخذ في الشدة الى تمام ستة ايام، فإذا استند نقط فيه نقطة في الوسط وهو موضع القلب ونقطة في اعلاه وهي نقطة الدماغ وفي اليمنى وهي نقطة الكبد : ثم تتباعد تلك النقط ويظهر بينهما خطوط حمرا الى تمام ثلاثة ايام اخر ثم تنفذ الدموية بعد ستة ايام اخر فيصير ذلك خمسة عشر يوما. فستتميز الاعضاء الثلاثة ثم تمتد رطوبة النخاع الى تمام اثني عشر يوما ويصير المجموع سبعة وعشرون يوما..ثم ينفصل الرأس عن المنكين والاطراف عن الضلوع والبطن عن الجبين وذلك في سبعة ايام فتصير ستة وثلاثين يوما، ثم يتم هذا التمييز بحيث يظهر للحس ظهورا بينا في تمام اربعة ايام فيصير المجموع اربعين يوما تجمع خلقه .

وهذا ما يطابق لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث المتفق على صحته " ان احدكم يجمع خلقه في بطن امه اربعين يوما واكتفى النبي صلى الله عليه وسلم بهذا الاجمال عن التفصيل وهذا يقتضي ان الله قد جمع فيها خلقه جمعا وذلك في ظهور خفى على التدريج.

(1) و هو ما رواه عن الرسول صلى الله عليه و سلم عدد من الصحابة لا يبلغ حد التواتر و حكمه يفيد الظن و لا يفيد اليقين.

اما عن مراحل تكوين النطفة يتم التقاء البويضات بالحيوان المنوي في الثلث الاعلى المبيض والبويضة محاطة بعدة طبقات من الخلايا ، تسمى خلايا التاج الاشعاعي، والتي تصل بعضها بواسطة مادة عضوية خاصة معقدة التركيب، و تلتصق مئات الآلاف من الحيوانات المنوية على هذه القشرة، و تقوم بإفراز انزيم خاص يحلل هذه المواد اللاصقة . و بعد هذا تحدث عملية الاخصاب التي تتم في الغالب بواسطة حيوان منوي واحد، وفي بعض الاحيان يشترك في عملية الاخصاب عدة حيوانات منوية، ونتيجة اتخاذ البويضة بالحيوان المنوي يتم الاخصاب وتتكون خلية مخصبة تحتوي على عدد من " كروموسومات" نصفها من الاب والنصف الآخر من الام . و بهذه الطريقة يرث الكائن الحي الجديد من صفات كل من الابوين.

وهذا الطور يبدأ من وقت تلقيح البويضة بحيوانات الرجل المنوية، سواء اطلقنا كلمة نطفة على ماء الرجل قبل التلقيح او على ما يخرج من صلب الرجل، وترائب المرأة مجتمعين، وبهذا الاتصال يتحدان. ويكون بدأ تكوين الجنين بل و يتقرر نوعه وشخصه وصفاته المتوارثة من ابويه بإرادة الله. و بذلك يبدأ الحمل ويتغذى قبل الاستقرار بالتعلق في جدار الرحم فيكون بذلك في قرار مكين.

والعلقة : هي الطور الثاني من اطوار المرحلة الاولى تعني لغة الارتباط بالشيء والتشبت به.

اما في الاصطلاح الشرعي فالعلقة من العلق و هو قطعة الدم التي يتكون منها الجنين او الانسان.

قال عز شأنه (خلق الانسان من علق) وقال تعالى 'هو الذي خلقكم من تراب ثم من نطفة ثم من علقه' .

والعلق هو الدم الجامد الغليظ الذي يعلق بما يمسه و القطعة منه علقه.

وقال بعض المفسرين: ان المراد بالعلقة هو الدم الجامد والعلق الدم العبيط أي الطرى و قيل الشديد الحمرة.

ويختلف تركيب العلقه عن تركيب الدم السائل فهي تتكون من خلايا نشأت بطريق الانقسام عن البويضة الملقحة التي تمثل الخلية الانسانية الاولى، وهي تتركب من نواة وسيتوبلازم Cytoplasm بصفة اساسية، بينما الدم السائل يتكون من سائل اصفر باهت يعرف بالبلازما Plasma تسعة اعشاره ماء وعشره مواد غذائية مهضومة بالاضافة الى كميات قليلة من مخلفات عضوية ويحتوي سائل البلازما على عدد كبير من خلايا دقيقة تعرف بالكريات الدموية الحمراء يعزى اليه لون الدم الاحمر (1) و يبدأ طور العلقه بعد انتهاء طور النطفه حيث ان هذا الامر ينشأ عنها - وهو التدرج في الخلق حيث تبين ذلك من قوله تعالى: بسم الله الرحمن الرحيم " ثم خلقنا النطفة علقه " (سورة المؤمنون آية 14).

و تتكون العلقه في هذه المرحلة في بداية تعلقها في الرحم ممايلي :

أ - الخلايا الاكله التي تعلق بواسطتها بالرحم .

ب - خلايا داخلية يخلق الله سبحانه و تعالى منها الجنين تتمايز الى طبقتين او ورقتين : خارجية تسمى الطبقة الخارجية (الاكتودرم) و داخلية تسمى بالطبقة الداخلية (الانتودرم).

(1) لمزيد من التوضيح عن مكونات العلقه راجع لها عبد الله عمر الابريش المرجع السابق ص 363 و ما بعدها.

و في حوالي اليوم الثاني عشر منذ التلقيح تقفل الفتحة التي ما تلبث الفتحة الامامية منها في اليوم الخامس والعشرين بينما تقفل الفتحة الخلفية في اليوم السابع و العشرين.

وبذلك يقفل الانبوب العصبي لتشكل غالبية الدماغ، بينما يشكل الجزء الاخير منه (الذنب) النخاع الشوكي. و في نفس الوقت تظهر الصفيحة السمعية و الصفيحة العدسية، و اذا لم يقفل هذا الانبوب العصبي فلان النتيجة تكون جنينا بدون دماغ، وقد يولد هذا الجنين حيا ثم يموت لبضعة ايام على الاكثر.

اما مصير هذا الشريط الاولي فهو الاندثار في منطقة العصعص من الجنين، حيث انه لا يكاد ينتهي من مهمته في الاسبوع الرابع حتى يبدأ في الاندثار و يبقى كامنا في المنطقة العجزية في هذا الجنين وهو ما اطلق عليه حديث الرسول صلى الله عليه و سلم عجب الذنب.

قال رسول الله صلى الله عليه " كل ابن آدم ياكله التراب إلا عجب الذنب منه خلق وفيه يركب" و في رواية اخرى قال رسول الله صلى الله عليه و سلم ... " إن في الانسان عظما لا تاكله الارض ابدأ فيه يركب يوم القيامة" قالوا : أي عظم هو ؟ يا رسول الله قال " عجب الذنب".

و لابد هنا من القول انه من الصعب فصل مراحل تكون و نمو الجنين عن بعضها لأن كل مرحلة تتداخل مع التي قبلها و التي بعدها و الجنين هنا في مرحلة العلقة و التي كان الحديث عنها و التي انتهى في اليوم الحادي والعشرين من التلقيح.

* أما المضغة فهي الطور الثالث :

المضغة في اللغة فعلته من مضغ.

والمضغة هي القطعة الصغيرة من اللحم على قدرا بمضغة الاكل، ومنه قول صلي الله عليه وسلم: "ان في الجسد مضغة اذا صلحت صلح الجسد كله..." (الحديث). ويقال لقطعة اللحم التي هي قدرا يمضغ : مضغة.

ومن هذا قيل للجنين في بطن الحامل حين يكون قطعة لحم قدرا يمضغ في الفم/ مضغ. وهذه المضغة تتكون من العلقه .

وقد تكون المضغة مخلقة أي مستبينة الخلق ظاهرة التصوير اوغير مخلقة أي لم يستبين خلقها ولم يظهر تصويرها لذلك قال المفسرون ما اكمل خلقه ينفخ الروح فيه فهو المخلقة، وهو الذي ولد لتمام، وما سقط كان غير مخلقة أي غير حي باكمال خلقته بالروح.

وقد روى هذا عن ابن عباس كذلك وقال ابن كثير: ان العلقه تمكنت اربعين يوما ،ثم تستحيل فتصير مضغة، أي قطعة من لحم لا شكل فيها ولا تخطيط، ثم يشرع في التشكيل والتخطيط فيصور منها راس ويدان وصدر وبطن وفخذان ورجلان وسائر الاعضاء فتارة تسقطها المرأة قبل التشكيل والتخطيط وتارة تلقيها وقد صارت ذات شكل وتخطيط وقوله تعالى: "لنبين لكم ونقر في الارحام ما نشاء الى اجل مسمى" أي و تارة تستقر في الرحم لا تلقيها المرأة و لا تسقطها.

وقال مجاهد في قول تعالى: "مخلقة وغير مخلقة" اذ قال هو السقط مخلوق وغير مخلوق فإذا مضى على المضغة اربعون يوما وهي على هذا النحو، ارسل الله تعالى اليها ملكا فنفخ فيها الروح.

وقال اخرون في قوله سبحانه: "مضغة مخلقة" أي تامة الخلق وغير مخلقة - - - - -
أي السقط.

وقال ابن زيد: المضغة المخلقة: هي التي خلق الله فيها الراس واليدين والرجلين، وغير المخلقة : هي التي لم يخلق فيها شيء.

وقال الزمخشري في الكشاف: والمخلقة المسواة للمساء من النقصان والعيب.

ويقال خلق السواك والعود: إذا سواه وملسه: من قولهم صخرة خلقاء إذا كانت ملساء.

كان الله تعالى يخلق المضغ متفاوتة منها ما هو كامل الخلقة و املس من العيوب ومنها ما هو عكس ذلك فيتبع ذلك التفاوت تفاوت الناس في خلقهم وصورهم - - م وطولهم وقصرهم وتمامهم ونقصانهم وهذا القول هو اولى الاقوال بالصواب فيها يظهر لجريانه على اللغة التي نزل بها القران و سلامته من التناقض.

وهكذا بأخذ الحمل طريقة في التطوير و النمو و بروز أجزائه حتى يتكامل خلقه و يخرج طفلا سويا، و قد قرر الطب الحديث ان الحمل في نهاية الشهر الاول و هو مضغة تظهر فيه اربعة براعم تمثل الاطراف.

وفي الشهر الثاني - تتميز اليدان والاصابع وتظهر الاذن الخارجية وتنفصل فتحة الفم عن الانف و يظهر مركز التنظيم في الترقوة والفك الاسفل.

وفي الشهر الثالث - يبدأ ظهور جفنا العين ملتحمين وتظهر اعضاء التناسل الخارجية و ان كان لا يمكن تمييزها .

وفي الشهر الرابع - يبدأ ظهور الشعر والاذن والفم وتتضح الاعضاء التناسلية.

وفي الشهر الخامس - ينفصل جفن العينين و تظهر الطبقة الدهنية على سطح الجلد و يظهر مركز التعظم في عظم الكعب.

وفي الشهر السادس - تظهر اهداب الجفنين و شعر الحاجبين مع تقبض الجلد و تلونه بالحمرة.

وفي الشهر السابع - يبدأ ظهور طبقة دهنية تحت الجلد.

وفي الشهر الثامن - بتبسيط الجلد فيذهب تجعده و يصير لونه ورديا لامعا وتصل الاظافر الى اطراف اصابع البدن و يظهر مركز العظم في نهاية الطرف السفلى لعظم الفخذ.

وفي الشهر التاسع - يتم تخليق بقية الاجزاء بإمر الله تبارك و تعالى - ما أدق صنعه وهو الذي احسن كل شيء خلقه و اتقنه تبارك الله احسن الخالقين.

وهذا الذي فصله الطب الحديث هو ما اجمله الله سبحانه و تعالى بقوله :

[فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظما فكسونا العظم لحما ثم انشأنه خلقا آخر فتبارك الله احسن الخالقين].

- (2) مرحلة نفخ الروح .

لقد ذهب بعض العلماء وبعض الاطباء الى ان نفخ الروح في الجنين يكون بعد 120 يوما من عمره واعتمد هؤلاء في حسابهم لنفخ الروح في الجنين على تاويل الحديث الشريف الذي رواه ابن مسعود رضي الله عنه حيث قال: "حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدوق:" ان خلق احدكم يجمع في بطن امه اربعين يوما واربعين ليلة، ثم يكون علقه مثله، ثم يكون مضغة مثله، ثم يبعث اليه الملك فيؤذن باربعة كلمات فيكتب رزقه و آجله وعمله وشقي ام سعيد ثم ينفخ الروح فان احدك- م

ليعمل بعمل اهل الجنة حتى يكون بينهما و بينه الا ذراع فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل اهل النار فيدخل النار وان احدكم ليعمل بعمل اهل النار حتى يكون بينها وبينه الا ذراع فيسبق عليه الكتاب فيعمل عمل اهل الجنة فيدخلها" و وهب العلماء في شرح هذا الحديث الشريف الى ان هذه المدد المذكورة ثلاثة اربعينات فالانسان يكون اربعين يوما نطفة، ثم اربعين علقه، ثم اربعين مضغة، ثم ينفخ فيها الروح.

وذكر الحافظ بن حجر على ان نفخ الروح في الجنين بعد تمام اربعة اشهر وذلك في مائة و عشرين يوما (120 يوما) لا اختلاف فيه بين العلماء.

ومع ذلك فهناك من الفقهاء والعلماء والاطباء من يتقبل فكرة نفخ الروح في اليوم المائة والعشرون من تكوين الجنين فلقد بين الاستاذ عبد الله الابريش كل هذه الاراء في مؤلفه ثم خلص الى القول التالي:

" ان ما سبق ذكره من مراحل تطور الجنين في هذا المبحث يدل دلالة قاطعة على ان نفخ الروح في الجنين لا يتأخر حتى الشهر الرابع (120 يوما) كما استبح الفقهاء وعلماء الحديث رحمهم الله و كما ذهب اليه الاطباء حفظهم الله و ان ربط قضية نفخ الروح في الجنين باكتمال نمو الدماغ في الجنين لا ينص عليه دليل من الكتاب الكريم و السنة الشريفة وينقصه بالتالي العالم التجريبي و يعارضه و يثبت خطاه...".

واستشهد الاستاذ مها عبد الله الابريش بعدة مؤلفات و اراء للقول ان امر الروح لا يزال سرا يكتنفه الغموض ويصر الاستاذ مها في القول ان نفخ الروح في الجنين قد يكون في الاربعين الاولى من خلق الجنين. وينتهي بالقول: "ويبقى البحث في موضوع الروح كالبحر اللجي المتلاطم الامواج...". (1).

(1) مها عبد الله الابريش المرجع السابق 394 - 410

المطلب الثاني : م - - - دة الـمـل

من المعلوم ان الاطوار والمراحل التي يمر بها الجنين تتم في فترة محددة لها حد ادنى و حد اقصى.

فأقل مدة الحمل عند الفقهاء المسلمين لا خلاف فيها بينهم فهي ستة اشهر، ودليلهم في ذلك النصوص القرآنية والآثار المروية عن كبار الصحابة رضوان الله عليهم.

فاستدل الفقهاء من الكتاب بقوله تعالى :

"و وصينا الانسان بوالديه حسنا حملته امه كرها و وضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهرا " (سورة الاحقاف آية 15). ويقول تعالى"و وصينا الانسان بوالديه حملته امه وهنا على وهن و فصاله في عامين" (سورة لقمان آية 14) وقوله تعالى عز وجل:" والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين" و وجه الاستدلال من هذه الآيات الكريمة ان الله سبحانه وتعالى جعل مدة الحمل الفصال اي الرضاع حولين كاملين في الايتين الثانية والثالثة وجعل مدة الحمل والرضاع معا ثلاثين شهرا في الآية الاولى ويطرح مدة الرضاع من مدة الحمل فيكون الناتج ستة اشهر و هي اقل مدة الحمل.

اما من الآثار استدلو بما رواه البيهقي من ان رجلا تزوج امرأة فولدت لسته اشهر فهم عثمان برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما .

"اما انها لوخاصمتهم بكتاب الله لخصمتهم ... أي غلبتكم" قال تعالى:"و حمله و فصاله ثلاثون شهرا "وقال تعالى: " و فصاله في عامين" فلم يبق للحمل الا ستة اشهر فدرأ عثمان رضي الله عنه الحد عنها. اما عند رجال الطب، فان اقل مدة الحمل الذي يمكنه العيش بعده ستة اشهر.

وبهذا يتفق الطب والشرع وكلام الفقهاء المسلمين وهو سائد عند طوائف الارتودكس والكاتوليك في هذه المسألة هذا عن اقل مدة الحمل.

اما عن اقصى مدة الحمل فيوجد اختلاف عند الفقهاء المسلمين.

فمنهم من يرى ان اقصى مدة للحمل هي سنتان وبهذا قال الامام احمد وهو المشهور عند الاباضية واستدل هؤلاء الفقهاء بقول السيدة عائشة رضي الله عنها: "الولد لا يبق في بطن امه اكثر من سنتين ولو يظل مغزل" اخرج هذا الحديث الدار قطن. - - ي والبيهقي في سنتهما عن طريق ابن المبارك اذ قال: حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريح عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدما يتحول ظل عمود المغزل" وظل المغزل كما ورد في حاشية ابن عابدين مثل ضرب للقلة لانه حال الدوران اشرع زوالا من سائر الظلال وهذه كناية عن المدة اليسيرة بمعنى ان الجنين لا يمكث في بطن امه اكثر من سنتين و لو برهه يسيرة.

و ذهب رأي الى القول ان اقصى مدة الحمل هي اربع سنوات و بهذا قال الشافعية وظاهر الحنابلة والمشهور عند المالكية واستدل هؤلاء الفقهاء بما روى الوليد بن مسلم قال: قلت لمالك ابن انس بحديث جميلة بنت سعد

عن عائشة رضي الله عنها لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل قال مالك سبحانه الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة لحمد بن عجلان تحمل اربع سنين قبل ان تلد(1) .

(1) سنن البيهقي ج 7 ص 443

ويوجد رأي ثالث ذهب اليه اهل الظاهر الى ان اقصى مدة الحمل تسعة اشهر، وهو قول لدى الشيعة الامامية ويستند اصحاب هذا الرأي الى ما رواه عبد الرزاق عن ابن جريح يحي بن سعيد الانصاري انه سمع سعيد بن الميب يقول: قال عمر بن الخطاب ايما رجل طلق امراته فحاضت حيضة او حيضين ثم قعدت فلتجلس تسعة اشهر حتى يستبين حملها فإن لم يستبين في تسعة اشهر فلتعتد بعد التسعة الاشهر ثلاثة اشهر عدة التي قعدت عن المحيض.

و يرى رأي رابع ان اقصى مدة للحمل عشرة اشهر وهذا القول هو راجح عندهم -م- ولهذا ينص صاحب المختصر النافع على ان القول بأن اقصى مدة الحمل عشرة اشهر قول حسن (1).

بعد استعراض هذه الآراء المتعلقة لأقصى مدة الحمل، يتبين لنا ان لا تستند على القرآن الكريم او السنة النبوية ولعل الرأي الوحيد الذي يرجح هو الرأي القائل بان مدة الحمل تندرج من تسعة اشهر الى سنة هجرية فهذا الرأي اقرب للواقع.

و لما كانت اقصى مدة الحمل لم يرد بها كتاب الله ولا سنة ولم يدل عليها دليل من الادلة التي يصح الاستناد عليها في اتيان الاحكام الشرعية، فانه من الممكن معرفة اقصى مدة الحمل من اهل الخبرة في الطب ويجوز الرجوع اليهم في التعرف على تقدير هذه المدة وهذا ما وقع فعلا فلقد استعانت بعض المحاكم الى الطب الشرعي تفاديا لدعاوى التزوير التي انتشرت قبل صدور قانون الاسرة في مصر.

(1) انظر مها الابرش كما سيأتي الامومة و مكانتها في الاسلام في ضوء الكتاب و السنة الجزء الاول 1996

وبعد صدور قانون الاحوال الشخصية المصري سنة 1929 قرر اعتبار اقصى مدة الحمل سنة شمسية عدد ايامها 365 يوما وعدم سماع دعوى نسب الولد اذا آتت به الزوجة لأكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة او الغيبة، لذلك نصت المادة 12 من هذا القانون 'لا تسمح عند الانكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينهما'. وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة آتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها. ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها اذا آتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق او الوفاة".

وبصدور هذا القانون عدلت المحاكم المصرية عن العمل بمذهب ابي حنيفة وأخذت بما رآه اهل الخبرة في الطب الشرعي و يساند كبار العلماء هذا الاتجاه اذ ينكرون ان تكون اقصى مدة الحمل اكثر من سنة شمسية، لتصل الى سنتين او اكثر فلقد علق الشيخ محمد ابو زهرة على ما ورد في حمل الامام مالك رحمه الله فقال: واذا كان لمالك راي فقهي وهو جواز الحمل في بطن امه ثلاثا وان ذلك الراي استمده من اخبار بعـ. ضـ

الامهات او من اقوال نسبت الى بعض نساء السلف الصالح فلسنا نستطيع ان تاخذ به لأن الطب يقرر ان الحمل لا يمكن ان يمكث في بطن امه اكثر من سنة والاستقراء مع المراقبة الدقيقة يجعلنا نؤمن بأن الحمل لا يمكن ان يمكث في بطن امه اكثر من تسعة اشهر. واذا كان مصدر تلك الرواية التي اشتهرت واستغاضت قول مالك هذا فإن من الحق علينا ان نرفضها، وان نقدر ان امه حملت به كسائر الامهات وليس في ذلك غض من مقامه ولا نقص من امامته. (1)

(1) محمد ابو زهرة : مالك حياته و عصره و آراؤه الفقهية ط 2 القاهرة دار الفكر العربي 1952 ص 22 .

و ينكر الدكتور محمد علي البار ايضاً مثل هذه القصص عن الحمل المديد فيقول : "لا تزال هذه الحكايات رائحة اليمن الشمالي والجنوبي" وقد وجدت نساء ممن كن يترددن على عيادتي يزعمن انهن حوامل لعدة سنوات والفحص تبين انهن لم يكن حوامل" وقد يحدث لإحدى هؤلاء الواهمات بالحمل الكاذب الذي تتصور انه بقي في بطنها سنيماً.

وقد توسع القانون في الاحتياط مستنداً الى بعض اراء الفقهاء ورأي العلم الطبي فجعل أقصى مدة الحمل سنة باجتماع الاطباء ونوقشت هذه التوصية في الدورة الحادية عشرة لمجمع الفقه الاسلامي لرابطة العالم الاسلامي بمكة المكرمة سنة 1989 ،حيث انقسم الفقهاء المشاركون الى فريقين مؤيد للطباء يرى انه الحق ولا حرج في هذه التوصية² وفريق معارض لرأي الاطباء نظراً لعدم وجود نص من الكتاب والسنة لأقصى مدة الحمل ما جعل الباب مفتوحاً رحمةً بالمسلمين ولأن الحدود تدرأ بالشبهات وذهب بعضهم الى التشكيك بعلم الاطباء بانه يقوم على استقراء جزئـي وليس استقراء كلياً.

قد ادلى الدكتور عمر سليمان الاسقراء برأيه في ندوة الكويت 1987 معـ - - - زرا ومساندا لرأي الاطباء في اننا اليوم اقدر على معرفة حالات الحمل ذلك ان الفقيه في الماضي كان يرجع الى اخبار النساء وسؤالهن مع عدم نضوج العلم الطبي في ذلك الوقت.

هذا وتتفق التشريعات الوضعية مع احكام الشريعة الاسلامية فيما يتعلق باقل مدة الحمل و حددتها بـ 180 يوماً.

فالمادة 84 من مدونة الاحوال الشخصية المغربية نصت على ان " اقل مدة الحمل ستة اشهر... " .

والمادة 71 من مجلة الاحوال الشخصية التونسية نصت على: "إذا ولدت الزوجة لتتمام ستة اشهر..." .

كما ان القانون الفرنسي نص في المادة 311 في القانون الخاص بالنسب على ان المدة لدينا للحمل هي 180 يوما.

اما عن اقصى مدة الحمل في التشريعات الوضعية تتراوح ما بين 10 اشهر الى سنة شمسية فالتشريع المصري و السوري مثلا حددا اقصى مدة الحمل بـ 365 يوما اما التشريع الفرنسي والجزائري فحددا المدة بـ 300 يوما وان كان المعلوم والمحدد طبيا هو تسعة اشهر (1).

ولقد كرس القضاء احكام اقل مدة الحمل المحددة بـ 6 اشهر، فلقد قضت المحكمة العليا بالجزائر بمايلي: "من المقرر شرعا ان الولد للفراش الصحيح وان اقل مدة للحمل هي ستة اشهر ومن ثم فان الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش" ففي قضية الحال ان قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد ان تبين لهم ان عقد الزواج ابرم بين الطرفين يوم 1981/11/02 و ان البنت ازدادت يوم 1982/01/06 أي اربعة و سون يوما من تاريخ الزواج أي باقل من ستة اشهر وهي اقل مدة الحمل و ان الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا(2).

(1) احمد عمراني احكام النسب بين الاتجاب الطبيعي و التلقيح الصناعي رسالة ماجستر في القانون الخاص وهران 1999 – 2000 ص 25 و ما بعدها.

(2) المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية قرار بتاريخ 1984/12/17 ملف رقم 35087 المجلة القضائية عدد 1 – 1990 ص 86 و انظر كذلك م.ق.ع 2 . 1992 ص 71 ملف 57756 .

وذهبت محكمة النقض المصرية في احدى قراراتها بانه: "من المقرر شرعا انه في حالة قيام الحياة الزوجية الصحيحة اذا اتى الولد لسته اشهر على الاقل" ثبت نسب الولد من الزوج.

وبهذا نرى ان القضاء سواء في مصر او في الجزائر يساير القانون فيما يتعلق باقل واقصى مدة الحمل.

المبحث الثاني : فكرة شخص الحق

Concept de sujet de droit

تمنح صفة شخص الحق لكل شخص دخل الساحة القانونية واكتسب حالة قانونية ولذلك يتمتع او يحضى من طرف المجتمع لحماية لحقوقه وبحماية لحالته القانونية.

ان دراسة قانون العقوبات لكفيلة بذلك، لأن الاحكام الجزائية تحمي الشخص طوال وجوده. فهل هذه الحماية الجنائية مقررة للحمل؟ .

ان الجواب على هذا السؤال بالايجاب يعني ان الجنين شخص الحق.

وعبارة شخص الحق Persona تعني باللغة اللاتينية القناع « Masque » الذي كان يضعه الممثل على وجهه للقيام بدوره في المسرح، ولذلك يقال ان شخص الحق يلعب او يقوم بدوره في الساحة القانونية (1).

(1) مازو (هنري ، ليون وجون) دروس في القانون المدني ج 1 مجلد 2 الاشخاص و الشخصية ص 472 بارس 1972 .

المطلب الأول : الجنين كائن حي بشري

عولجت هذه المسألة من الناحية البيولوجية والفلسفية والدينية ثم اخيرا من الناحية القانونية على النحو التالي: لقد اختلفت الاراء الفلسفية والبيولوجية و الدينية اختلافا جذريا،اذ توجد حوالي سبع نظريات مختلفة حول متى يعتبر الجنين كائنا حيا بشريا.

ذهب البعض الى القول اننا نكون بصدد كائن بشري منذ اللحظة الاولى للحمل ،ذلك ان حياة الجنين وان كانت احتمالية Potentielle_ فهي معادلة لحياة الانسان الحقيقية.

ويرى جانب آخر ان حياة الجنين تبدأ بعد سبعة ايام من الحمل ليصبح كائنا بشريا.

ويصرح علماء اخرون ان الجنين يعتبر كائنا بشريا حيا حينما يبدأ في شبه الانسان حوالي الاسبوع السادس من الحمل نظرية اخرى ترى ان الجنين يصير كائنا حيا حينما يبدأ يتحرك في بطن امه.

وترى نظرية مغايرة ان الجنين يصبح كائنا حيا بعد مرور عشرون اسبوعا من الحمل.

اما علماء البيولوجيا يرون ان الجنين يعتبر كائنا حيا عندما يتطور جهازه العصبي

Developpement du systeme nerveux

و يرى اخرون ان الجنين لا يصبح كائنا حيا الا بعد ولادته، حيث تصبح له حياة شخصية (1) .

و حاول بعض الفلاسفة توضيح المسألة حين طرح عليهم السؤال التالي : هـ - ل البويضة الملقحة مجرد خلية ذات خصائص معينة ام هي كائن بشري ؟

و كان جواب الفيلسوف لسن ساف Lucien Seve :

"لواعتبرنا البويضة الملقحة انسانا او كائنا او كائنا بشريا، فهذا خطأ من الناحية البيولوجية لأن البويضة ما هي الا خلية قابلة للانقسام وفي حالة عدم انقسامها تعتبر خلية من نوع خاص يطلق عليها اسم: Totipotente، فهي اذن ليست كائنا بشريا (2).

و يعلل هذا الفيلسوف رايه بالقول ان هناك من البويضات الملقحة التي تخرج من رحم المرأة دون ان تشعر بها فهل يمكن اعتبار الخالق متسببا في الاجهاض؟ .

و يضيف قائلا: " ان معيار الموت هو الجهاز العصبي، لذلك فالبويضة ليست انسانا او كائنا بشريا ويساند هذا الرأي تيار اخر بغية نفي الشخصية القانونية عن الجنين ، اذ اعتبر هذا الرأي، البويضة الملقحة مجرد شيء وليس كائنا بشريا.

(1) Robert (J) la resolution biologique face au droit revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger P 1282 .

(2) Sève (Lucien) un statut pour l'embryon Nouvel..... Mai 1990 P 9
انظر ماسياتي لاحقا ، تحت عنوان الشخصية القانونية للجنين .

وعلى عكس ما سبق، فإن رجال الدين يرون أن الجنين في بطن أمه كائن بشري -ري ويتفق المسيحيون والمسلمون على أن البويضة الملقحة تحمل في ذاتها حياة، ينبغي حمايتها و هذا ما يغفل تحريم و تجريم الاجهاض .

اما رجال القانون فأرائهم مختلفة.

فلقد ذهب بعضهم الى القول ان الحياة البيولوجية ليست عنصرا ضروريا في البحث عن تعريف للشخصية.

فالقانون لا يمنح صفة الشخص، الا للذين يدخلون الساحة القانونية ويفهم من ذلك ان الجنين ما دام في بطن أمه، ولم يدخل الساحة القانونية بعد ، فلا يعد كائنا بشريا.

كما يعتقد هذا الرأي ان المعايير البيولوجية والعلمية ليس لها أي تأثير على فكرة شخص الحق. و بالتالي لا يمكن القول ان الجنين باعتباره كائنا حيا/ يتمتع بالشخصية القانونية

ان هذا الرأي يرفض قطعا ، اعتبار الجنين كائنا حيا و يكاد يكون رأيا معزولا، لأن اللجنة الوطنية للأخلاقيات بفرنسا و هي لجنة مكونة من رجال القانون، اعتبرت البويضة الملقحة او الجنين بمثابة كائن حي، طالما توجد فيه حياة وان كانت حياة احتمالية « Vie potentielle »

و بقي لنا ان نرد على رأي الفيلسوف Sève بالقول ان الخالق لا يمكنه ان يكون المتسبب في الاجهاض على حد قوله. انما اخراج البويضات من رحم المرأة فيه حكمة قد تكون الرأفة بالحامل خاصة اذا علمنا ان العدد الكبير للبويضات قد يتحول الى أجنة ، و بالتالي قد تؤثر هذه الحالة على الحامل . وهذا ما يتخوف منه علماء البيولوجية حين الحديث عن الحمل المتعدد « Grossesses multiples » و مخاطرها .

اما عن رأي رجال القانون، فإننا نرى اتجاههم يجعل من الجنين شيء « Chose »
يبرر اجراء التجارب عليه ، واسقاطه و التصرف فيه.

فالجنين و ان لم يعتبر كائنا بشريا او شخصا بمعنى الكلمة و بالرغم من كونه بشر
احتمالي « Humain potentielle » ، فانه يعتبر مع ذلك مشروع حياة
بشرية ينبغي احترامه، وهذا عن طريق استبعاد فكرة التجسيم المادي للجنين
Reification واستبعاد ما يسميه تحديد الاجهض بالتشخيص المحدود الجنين
Personnalisation limitée إرضاء لحقوق المرأة على جسدها (1) .

اما نحن ننسب دون ادنى شك للرأي السائد و القائل ان الجنين (الحمل المس...)
يعتبر كائنا بشريا حيا ، لذلك قيل ان الكائن البشري هو قبل كل شيء الحياة البشرية.
و يشاطرنا الرأي فقهاء كثرون نذكر منهم الاستاذ حسن علي الشاذلي اذ يقول : " ينبغي
رعاية الجنين لكونه نفسا حية صالحة للإنفصال بعد اكتمال مدة اجتنائها" .

(1) LABBEE (xavier) la condition juridique du corps humain avant la
naissance et après la mort P.U.F LILLE 1990 P 45 .

كما ان الاستاذ محمد عبد الشافي اسماعيل يقول : " بمجرد تلقيح البويضة يتكون الجنين ويتمتع بنوع من الحياة يختلف في مظهره عن الحياة العادية للإنسان أية، ذلك انه ينمو ويتطور، والسند علامة الحياة ومعنى هذا ان الحمل يستحق الحماية بمجرد عملية التلقيح بصرف النظر عن العمر الزمني للبويضة الملقحة و ان هذه الصفة تستمر له حتى يبدأ الوجود القانوني لهذا الكائن كإنسان.

و يقول الاستاذ MILLIEZ ان الحياة البشرية تبدأ من وقت اختلاط المنى بالبويضة.

اما الاستاذ JEAN ROSTAND ، يقول : "ان البويضة الملقحة كائن بشري يوجد بداخلها انسان، و لا يوجد عالم يكذب هذه الحقيقة".

المطلب الثاني : الفرق بين شخص الحق و الكائن البشري.

رأينا ان فكرة شخص الحق لصيقة بالشخص البشري la Personne سواء أكان الشخص طبيعيا ام معنويا و لما كانت هناك كائنات حية أخرى الا انها لا تكتسي الصفة البشرية، فإنه يتحتم بالضرورة استبعاد فكرة شخص الحق عنها، لأن مثل هذه الكائنات الحية لا تدخل مسرح الحياة القانونية، بل وليست لها حالة قانونية بمجرد الحياة البيولوجية لا تعنى اكتساب الكائن الحي لمركز شخص الحق، وبالتالي للشخصية القانونية.

فالحيوان وبالرغم من انه كائن حي، ليست له الشخصية القانونية ولا يمكن اعتباره شخص الحق ، ذلك ان القانون يرى ان هذا الكائن الحي (الحيوان) غير قادر على ان يدخل في علاقات قانونية مع الانسان. فالعلاقات القانونية تكون بين شخص تجاه شخص آخر فقط.

وإذا كان الحيوان يحضى بنوع من الحماية من طرف القانون الا انه لا يعدو ان يكون مجرد مال (شيء) .

فاحكام القانون واضحة في هذا الصدد(انظر المادة 528 من القانون المدني الفرنسي والمادة 682 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري).

فوفقا للقانون، يعتبر الحيوان شيء او مال منقول كما يمكن اعتباره عقارا بالتخصيص Immeuble par destination اذا كان يستعمل للحرث مثلا وهو موضوع او محل لجميع التصرفات القانونية من بيع وإيجار وهبة...، ثم ان هذا الحيوان باعتباره شيء يستحيل التعاقد معه لإفتقاره الشخصية القانونية.

وقد يتساءل البعض عن حكم التبرعات لفائدة بعض الحيوانات و مدى صحة هذا التصرف القانوني.

ان الجواب على هذا السؤال جسده القضاء في فرنسا اذ ذهبت احدى محاكم الاستئناف الى ان مثل هذا التصرف يعبر عن مظهر من مظاهر الحيوان (1) و هو عيب من عيوب الارادة.

و يفهم من هذا الحكم (القرار) ان التصرف باطل بطلانا مطلقا لانعدام التراضي.

نعم توجد بعض التقنيات القانونية التي تسمح للقيام ببعض التصرفات القانونية لفائدة الحيوان، و لكن ينبغي استبعاد فكرة الشخصية المزعومة للحيوان ونذكر على سبيل المثال من ضمن التقنيات القانونية ، التي يمكن للشخص استعمالها، الهبة لفائدة مؤسسة او ديوان او شركة مكلفين بحماية الحيوانات او كالهبة بتكليف التي يستفيد منها شخص مقابل الاعتناء بحيوان.

ولذلك فان الحيوان وبالرغم من انه كائن حي لا يمكن ان يكون من جنس الانسان وبالتالي يمنع عليه ان يكون شخص الحق.

فالشخص في نظر القانون لابد ان يكون مخلوقا ذا ارادة و معترفا له بواحد من الحقوق على الاقل ولأن هذه الشروط تتوافر في الانسان (الحمل) فقط وحده دون الحيوان.

(1) 1^{ere} ch civile 17 Nov 1964 D1965 JCP 1965 14000

و اذا كانت تمة قوانين تحرم صيد بعض انواع الطير او السمك او تمنع استعمال القسوة مع بعض الحيوانات و لا سيما الدواب فلا يستفاد من ذلك ان تلك القوانين تمنح هذه الدواب حماية تعتبر حقا لها ، و انها تخول الحق في الحياة لتلك الانواع من السمك او الطير و انما هي قد راعت فيما حرمة مصلحة بين الانسان لا مصلحة الحيوان .

المطلب الثالث :

الأحكام الموضوعية المؤكدة لفكرة الجنين شخص الحق.

وظاهر مما تقدم ان للحمل المستكن (الجنين) شخصية ناقصة، فهو لا يستطيع ان يكسب سوى بعض الحقوق المالية التي لا يشترط لكسبها صدور ارادة من جانبه ، فالميراث في الشريعة الاسلامية يكسب الوارث حقا بلا توقف على قبول ، كما لا يشترط قبول الموقوف عليه لاستحقاق الوقف، والقبول اخيرا ليس شرطا لتملك الموصى به .

وتعالج فيما بلى الهبة ثم الوصية للحمل المستكن .

أولا - الهبة للحمل المستكن(1) :

يذهب راي في الفقه الى ان الهبة للحمل المستكن باطلة اذ اشترط في الموهوب له ان يكون موجودا حقيقة وقت الهبة اذ لو وهب لابن فلان ولم يكن له ابن او كان موجودا حكما كالحمل المستكن كانت الهبة باطلة، لأن الهبة تمليك في الحال والجنين لا يملك بنفسه و لا ولاية لاحد عليه لان الولاية تبدأ بعد الولادة، وبعبارة اخرى ان الهبة ايجاب و قبول و الجنين لا يقدر على القول و ليس له ولي يقبل عنه.

(1) و يجيز مالك الهبة للجنين و للمعدوم ، فيجوز ان يهب الشخص ماله لحمل مستكن فان ولد الجنين حيا و عاش كان المال الموهوب له و ان مات بعد ولادته حيا كان لورثته و ان ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب ، كما يجوز ان يهب الشخص ماله لمعدوم فيقول ان ظهر لفلان ولد فهذا المال له ، و في هذه الحالة لا تكون الهبة لازمة فيجوز للواهب التصرف في المال الموهوب حتى ييأس من وجود الموهوب له - انظر د / عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرط القانون المدني - الجزء الخامس - الطبعة الثانية - هامش ص 25.

و يرى جانب اخر من الفقه انه و قد اجاز قانون الولاية على المال اقامة وصى على الحمل المستكن فان امتناع الهبة لمصلحة الجنين لم يعد له مبرر و الاولى ان تجعل القاعدة الآن ان شخصية الحمل المستكن تمتد الى كل ما هو نافع نفعا محضا سواء في ذلك ما توقف على القبول و ما لا يتوقف عليه (1) .

و واقع الامر انه مادام من الجائر تعيين وصى على الحمل المستكن ، سواء اكان وصيا مختارا اقامة الاب او المتبرع او وصيا اقارنته الحكمة ، فانه يمكن تحقق شرط القبول في الهبة بقيام الوصي بذلك.

(1) د محمد كامل مرسى - شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الاول - طبعة 1 ص 30 و ما بعدها ، د / عبد

الرزاق السنهوي - المرجع السابق . بند 60

ثانيا : الوصية للحمل المستكن :

الوصية هي تملك مضاف الى ما بعد الموت، ومن المقرر قانونا جواز الوصية للحمل المستكن ، و يشترط ان يثبت وجود الحمل المستكن في بطن امه عند انشاء الوصية اذا كان معيبا بالتعيين لأن الموصى له المعين يشترط وجوده وقت الوصية ، كما يشترط ان يولد الحمل المستكن حيا وتعلم حياته بحركة او صوت من بكاء او عطس او شهيق او نحو ذلك (1) .

اما بالنسبة لصحة الوصية للحمل المستكن وفقا لقانون الوصية المصري فان الوصية للحمل تصح اذا اقر الموصى بوجود الحمل وقت الوصية وولد حيا لـ 365 يوما على الاكثر من وقت الوصية ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة او بئنة فتسح اذا ولد حيا لـ 270 يوما وقت الوفاة او الفرقة البئنة (2).

(1) و اذا لم توجد هذه الاعراض يرجع الى رأي الطبيب الشرعي في ان الجنين ولد حيا حياة يقينية

(2) و وفق نص المادة 35 من قانون الوصية المصري فانه يشترط لصحة الوصية ان يكون موجودا وقت الوصية، ويتأكد وجود الحمل في بطن امه وقت موت الموصى او وقت الوصية باحد طريقين : التأكد الطبيعى ، بان يولد لـ 280 يوما على الاقل من وقت الوصية او الوفاة (لأن الحمل عادة يكون لهذه المدة) و يكون ذلك اذا كانت الحامل زوجة او معتدة من طلاق رجعى و لم يكن ثمة اقرار من الموصى بوجود الحمل وقت الوصية ، والتأكد الحتمى ، بان تكون ولادة الحمل في مدة 365 يوما (و هي اقصى مدة اعتبرها المشرع للحمل) فأول و ذلك في حالتين هما اقرار الموصى بالحمل واعتداد الحامل من وفاة او من فرقة بئنة .

و وفقا لقانون الوصية فانه اذا جاءت الحامل في وقت واحد في وقتين بينهما اقل من ستة اشهر بولدين حيين او اكثر كانت الوصية بينهم بالتساوى الا اذا نصت الوصية على خلاف ذلك، و انه اذا انفصل احدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية.

و وفق القانون الوصية المصري فانه اذا كان الموصى له جنينا او قاصرا او محجورا عليه يكون قبول الوصية (اوردها) ممن له الولاية على ماله بعد اذن المجلس الحسبي (1).

دعوى اثبات حالة الحمل المستكن :

ومثار البحث هو ما اذا كان القضاء المستعجل ، و هو القضاء المختص باثبات الحالة، مختصا بنظر دعوى اثبات حالة المرأة لبيان ما اذا كانت حاملا من عدمه.

ذهب رأي الى ان مثل هذه الدعاوى تدخل في اختصاص القضاء المستعجل لانها وإن كانظاهرها النسب والاحوال الشخصية الا انها ترتبط بالاموال والحقوق المالية برابطة قوية تعلقها بالثروة العامة و حق الملكية الفردية مما يجعلها في عداد الدعاوى التي يمكن طرحها امام المحاكم العادية اذ ينشأ عن استمرار الادعاء بالحمل وما يترتب على ذلك ان لم تتخذ العدة لفساده في الوقت المناسب ان كان غير صحيح نقص في الثروة العمومية وتقليل لحقوق وانصباء الورثة والمستحقين وتأثير في حقوق الزوج المالية، وان القول بعدم امكان تنفيذ هذه الاحكام واستحالة ذلك في كثير من الاحيان لا يؤثر في مسائل الاختصاص المتعلقة باجراءات التقاضي لأن شيء والاختصاص بالحكم شيء اخر.

(1) و قبول الوصية عن الجنين ممن له الولاية على ماله مأخوذ من مذهب الشافعية في حين ان المذهب الحنفي لا يشترط قبول الوصى على الحمل المستكن للوصية و يرى انها تدخل في ملك الجنين استحسانا .

على ان الفقه و القضاء درجا على انه و ان كانت دعاوى اثبات الحمل المستكن مما يمكن ان يفرع عنها نزاع مالي لتركه المورث فيختص القضاء المستعجل بها الا ان ذلك لا يعني قبول هذه الدعوى لانها تفترض في شخص الادميين محلا لوفاء ما تعهدوا به من التزامات و تؤدي الى اكرامهم على تقديم اجسامهم كدليل لخصومهم و ينطوى على اهدار لكرامتهم و ادميتهم فيحكم بعدم قبول الدعوى اذا عارضت المدعى عليها في الكشف عن جسمها.

لذلك فلا يجوز للقاضي المستعجل اثبات حالة الحمل المستكن الا بناء على طلب الزوجة او اذا ما رفعت الدعوى من الزوج و قبلت الزوجة او ضمنا اثبات الحالة ، اذ في هذه الحالة يكون توقيع الكشف عليها برضاها و ليس من اهدار لكرامتها او اعتداء على حريتها الشخصية.

اذا كان المقصود من الطلب المرفوع الى قاضي الامور المستعجلة باثبات حالة المعاشرة الزوجية هو الزام الزوجة بتقديم دليل ضد نفسها عن طريق الاعتداء على حريتها و شخصها فان الطلب يكون غير مقبول اذ لا جدال في ان اللحاق بالانثى و تعقبها لإجراء الكشف الطبى عليها كرها عنها رغبة في اثبات حالتها الجنسية و بعد ان صرحت بامتناعها عن اجراء هذا الكشف هو فضلا عما فيه من اهدار لادميتها فانه اعتداء شاذ تأباه الكرامة الانسانية و مما يتنافى مع الحرية الشخصية، و لأن مرد هذه الامور لجهة الاحوال الشخصية المختصة التي من شأنها ان تحقق هي اسباب تلك المنازعة بالطرق التي رسمها لها القانون ، و قضاؤها في ذلك مانع من طرح اسانيد هذا النزاع و اسبابه امام جهة قضائية اخرى .

* استحقاق الجنين في الميراث .(1)

- شروط توريث الحمل :

لا خلاف بين الفقهاء في ان الميت اذا كان من ورثته حمل في بطن امه يحسب حسابيه في تقسيم التركة ، بشرطين اساسيين :

1 - ان يثبت وجوده حيا عند موت مورثه .

2 - ان ينفصل عن امه حيا و لو مات بعد دقائق .

الشرط الاول : ثبوت وجود الحمل حيا :

و هذا معناه ان يكون الحمل موجودا في بطن امه وقت وفاة مورثه، وطريق معرفة ذلك ان يولد حيا في مدة يعلم منها انه كان موجودا في بطن امه حين وفاة مورثه . و هذه المدة هي مدة الحمل التي نص عليها القانون في المادتين 42 و 43 ق،أ فاعتبر المشرع الجزائري اقل مدة الحمل ستة (6) اشهر و اقصاها عشرة (10) اشهر (المادة 42 ق ، أ) .

من هنا نصت المادة 43 ق.أ بانه ينسب الولد لأبيه اذا وضع الحمل خلال عشرة اشهر من تاريخ الانفصال او الوفاة.

و قد نص القانون بانه اذا ادعت المرأة الحامل و كذبها الورثة، فانها تعرض على اهل المعرفة مع مراعاة احكام المادة 43 ق.أ م 74 ق عنهم.

(1) انظر بالتفصيل بلحاج العربي احكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، طبعة جديدة 2006، المادة 360 وما بعدها.س

و هو ما سارت عليه المحكمة العليا من ان مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا هي ستة اشهر و اقصاها عشرة اشهر وفقا للمادة 42 ق . أ ، وان النسب الشرعي لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية، كما لا يثبت اذا كانت مدة الحمل المقررة قانونا غير متوفرة.

كما انه لا ينسب الولد لابيه ، الا اذا وضع الحمل خلال عشرة اشهر من تاريخ الانفصال او الوفاة ، و ان عدة الحامل وضع حملها ، و اقصى مدة الحمل عشرة اشهر من تاريخ الطلاق او الوفاة، و ان نفي النسب او اللعان وفقا لمبادئ الشريعة الاسلامية و قانون الاسرة يكون له فترة معينة و قصيرة بعد العلم بالحمل او الوضع (في اجل لا يتجاوز ثمانية ايام من يوم العلم بالحمل) ، و ليس بعد مرور عدة اشهر بعد المطالبة بالنفقة الشرعية.(1)

و قد ذهب جمهور الفقهاء ان اقل مدة الحمل هي ستة اشهر لمجموع الآيتين : " و حملة و فصاله ثلاثون شهرا " (الاحقاف/15) : و فصاله في عامين " (لقمان/14) ، فاذا كان للفصل عامين (24) ، لم يبق للحمل الا ستة اشهر (6) اشهر و هذا ما فهمه علي و ابن عباس رضي الله عنهم.

(1) انظر بلحاج العربي احكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق والتأشيرات الهامشية التي يشير إليها.

- المحكمة العليا غ . م 1980/10/10 ملف رقم 35511 ، م . ق ، 1989 ، عدد 1 ، ص 53 .

- رواه احمد عن جابر بن عبد الله انظر نبل الاوطار للشوكاني ج6 ص 57 وما يليها

- فاذا نزل ميتا من بطن امه فهو سقط ، ولا يرث شرعا ، وان نزل حيا،فهو وليد ويرث المبلغ او المقدار الموقوف له وفقا للارث بالتقدير والاحتياط.

- فاذا توفي الشخص عن زوجته او معتدته فلا يرث حملها الا اذا ولد حيا لمدة لا تتجاوز 10 عشرة اشهر

- فاذا توفي الشخص عن زوجته واخت شقيقة وام حامل من غير ابي المتوفي ولزوجية قائمة فلكي يرث حملها باعتباره من اولاد الام فلا بد ان تلده في ادنى مدة الحمل

و يقرر الاطباء ان اقل مدة الحمل الممكنة للحمل ان يعيش هي ثمانية وعشرون اسبوعا، هي تقارب المدة التي ذكرها الفقهاء، وهي ستة اشهر، واكثر مدة يمكن ان يبقى فيها حمل الادمي في بطن امه اثنان واربعون

اسبوعا ، وما ذكره القهاء من المدد لأكثر الحمل لا يصح في العلم ، وما ادعوا وقوعه انما هو حكايات يعوزها السند الصحيح ، او التحقق من وجود الحمل فعلا.

الشرط الثاني : ولادة الحمل حيا :

ذهب جمهور الفقهاء من المالكية و الشافعية والحنابلة الى انه يشترط لميرات الحمل ان ينفصل من بطن امه حيا، وذلك ليكون اهلا للملك ، وثبتت حياته بان يولد كله حيا ، لأن اهلية التملك لا يتحقق الا بالوجود الكامل. و به اخذ القانون الجزائري ، حيث نصت المادة 134 بأنه " لا يرث الحمل الا اذا ولد حيا و يعتبر حيا اذا اشتعل صارخا او بدت منه علامة ظاهرة بالحياة " .

وقد اشترطت المادة 128 ق . ا ، ثبوت الحمل وقت افتتاح التركة ، وتعرف حياة الحمل بظهور امارة من امارات الحياة ، كالصراخ والعطاس، ونحوهما ، وهذا لقوله عليه السلام : " اذا اشتعل الصبي صلى عليه وورث " . فان لم يظهر شيء من العلامات، او حصل اختلاف في شيء منها، فللقاضي ان يستعن باهل الخبرة من الاطباء او ممن عاينوا الولادة.

و يتفق نص المادة 134 ق . ا مع احكام القانون المدني حيث جاء في المادة 25 ق . ا ، بأنه تبدأ شخصية الانسان بتمام ولادته حيا ، و تنتهي بموته، على ان الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط ان يولد حيا .

وعليه فانه اذا تحققت حباة المولود بصراخ او رضاع او نحوهما ورث والا فلا ، وهذا لقوله عليه الصلاة و السلام : " اذا استهل المولد صارخا ورث " .

ومعنى ان يستهل ، أي يصرخ بالبكاء و عند ولادته ، و المقصود بذلك ولادته حيا، وان لم يصرخ و قد وجدت اماره تدل على حياته ، وما دام الامر كذلك فهو وارث من جملة الورثة الشرعيين لابييه ..

الحمل من الميت و من غير الميت :

الحمل اما ان يكون من المورث ، و اما ان يكون من غيره ، فاذا كان الحمل ولدا للمتوفي نفسه ، بان ترك زوجته حاملا منه او معتدة منه فيثبت نسب الحمل من الميت و يرثه ان وضعه في مدت اقضاها عشرة (10) اشهر من تاريخ الوفاة ، و الا فلا نسب و لا ميراث (م 42 و 43 ق.1) .

اما اذا كان الحمل من غير الميت بان ترك زوجة ابيه او زوجة ابنه حاملا ، او ترك امه حاملا من غير ابيه ، او غير ذلك من الامثلة ، فلا بد لثبوت ارثه من المورث ان يولد في اقل مدة الحمل بعد موت المورث وهي ستة (6) اشهر (م 42 ق.1) .

وسبب التفرقة بين الحالتين، اننا نريد في الحالة الاولى اثبات حملها منه ثم توريثه بعدئذ، فاخذنا باقصى مدة الحمل. اما في الحامل من غير المتوفي، فاننا لا نريد اثبات الحمل من ابيه فذلك له قواعده العامة، ولكننا نريد التأكد من وجوده عند وفاة المورث وذلك متأكد خلال مدة الحمل من وفاة المورث، وما زاد على ذلك فامر مشكوك فيه، والميراث خلافة فلا يثبت بالشك.

آراء الفقهاء في تقسيم تركة عند وجود الحمل

ذهب الفقه المالكي الى ان التركة لا تقسم حال وجود حمل، ويعد الحمل سببا يوقف به المال الى الوضع، فيوقف قسمتها حتى يولد او يحصل الياس من الولادة . وهذا لان القسيمة تسليط للورثة على ما يأخذونه من مال الميت باعتباره ملكا لهم، وفي ذلك احتمال لا تلافه او استهلاكه ، فاذا ولد حيا واستحق بعض ما في ايدهم من مال الميت او كله، كان استرداد حقه منهم محلا للخطر.

بينما ذهب الائمة الثلاثة وجمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والراجح عند الشافعية، الى ان التركة تقسم من غير انتظار الولادة، منعا من اضرار الورثة، ومنع الانسان من الانتفاع من ملكه غير جائز، واما احتمال تصرف الورثة بما اخذه من التركة فيمكن ان يحتاط لحق الحمل من الضياع .(1)

ولقد اخذ القانون الجزائري براي الجمهور، فنص في المادة 173 ق.ا، بانه يوقف من التركة للحمل الاكثر من حظ الابن الواحد او بنت واحدة اذا كان الحمل يشارك الورثة او يحجبهم حجب النقصان، فان كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة الى ان تضع الحامل حملها.

ونلاحظ ان المشرع الجزائري لم يخصص لاحكام توريث الحمل الا مادتين فقط و هما : 173 و 174 ق.ا ، و لم يتعرض الى احتمال تعدد الحمل، ولا لمسألة اخذ الكفالة ممن يختلف نصيبهم بين ان يكون واحدا او اكثر، مما يستوجب الرجوع الى احكام الشريعة الاسلامية وفقا للمادة 222 ق.ا، التي تذهب الى اخذ الكفالة.

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق.

كما ان المشرع الجزائري اقتصر على حالة ما اذا كان الحمل من زوجة المتوفي او معتدته ، و لم يتعرض لما كان الحمل من زوجة غير المتوفي او معتدته ، و قد بحثنا ذلك .

و هذا دون نسيان شروط الحمل بان يثبت انه كان في بطن امه وقت وفاة المورث (م 128 ق.ا) ، و ان يولد حيا بان تستمر حياته حتى تمام الولادة، فان مات قبل تمامها فلا يورث (م 134 ق.ا) ، و هذا هو مذهب الائمة الثلاثة ، مالك و الشافعي و احمد و الجدير بالذكر في هذا الشأن، ان ما ذهب اليه المالكية (و بعض الشافعية)، من ضرورة التربص و الانتظار وعدم توزيع التركة الا بعد ولادة الحمل. (1)

(1) أنظر بلحاج العربي المرجع السابق

الفصل الثاني

الجنين محل الحق

المبحث الأول : التقنيات الجديدة في الانجاب

تتمثل هذه التقنيات الجديدة في الاخصاب خارج الرحم و الحمل بالانابة فعن التلقيح الصناعي خارج الرحم وهو ما يعرف بطفل الانابيب BEBE EPROUVETTE فإن هذا المسمى (الطفل الانابيب) مبعثة ان عملية تلقيح بويضة الزوجة بماء الزوج تتم داخل الانابيب ثم تنقل بعد ذلك الى رحم المرأة داخل الاطار الطبي وبمعرفة الهيئة الطبية المختصة. ويمكن ان تتم على وجوه ثلاث على النحو التالي:

- الحالة الاولى :

والشائعة بين الزوج و الزوجة - التلقيح يتم عن طريق الهيئة الطبية داخل الانبوبة ثم ينقل الى رحم الزوجة و تتم عملية الحمل داخل رحم الزوجة و يكون الطفل ثمرة علاقة زوجية.

- الحالة الثانية :

ويمكن تصورها في حالة عقم الزوج - التلقيح يتم عن طريق الهيئة الطبية داخل الانبوبة بين ماء رجل اجنبي وبويضة الزوجة ثم ينقل الى رحم الزوجة وتتم عملية الحمل داخل رحم الزوجة ويكون الطفل ثمرة لملاقة خارج نطاق الزوجية بتدخل ماء الرجل الاجنبي في هذه العلاقة وسلبية الزوج الشرعي لعقمه في هذه الحالة.

- الحالة الثالثة :

و يمكن تصورها في حالة عقم الزوجة - التلقيح يتم عن طريق الهيئة الطبية داخل الانبوبة بين ماء الزوج و بويضة المرأة اجنبية بمعرفة الهيئة الطبية المختصة ثم ينقل الى رحم الزوجة حيث تتم عملية الحمل داخل رحم الزوجة و يكون الطفل ثمرة العلاقة خارج نطاق الزوجية بتدخل

بويضة امرأة اجنبية في هذه العلاقة و سلبية الزوجة الشرعية لعقمها رغم اتمام عملية الحمل داخل الرحم بعد تحضيرها في الانبوبة بين ماء الزوج و بويضة المرأة الاجنبية عن العلاقة الزوجية(1) .

و قد يتم تلقيح بويضة المرأة و ماء الرجل في انبوب كما رأينا في الحالات الثلاثة السابقة، ثم يتم نقل في رحم امرأة أخرى فنكون بصدد زوج و زوجة و طرف ثالث و هي المرأة الأجنبية عن العلاقة الزوجية وهذا ما يطلق عليه في الاصطلاح الطبي بالمرأة الحاضنة أو الأم البديلة، ويطلق عليه في الاصطلاح القانوني بالرحم الظئر، أي تأجير الرحم، وهذه العملية كتطبيق لصور التلقيح الصناعي يلجأ إليها في حالات عديدة (2) .

كما إذا كانت الزوجة تعاني من حالة عقم تحول دون الانجاب كلية أو إذا كانت مصابة بمرض يخشى تأثيره على صحة الجنين، أو يعرض صحتها للخطر في حالة الحمل و الوضع ، كما في حالات امراض الكلية و خلافه، و قد تكون قد تعرضت لحالات إجهاض عديدة ، و قد تعاني من اضطرابات أو خلل في الجهاز التنفسي، بحيث يصعب بقاء الجنين خلال الفترة اللازمة لنموه الطبيعي، وبعض السيدات خاصة في بعض الولايات المتحدة الامريكية حيث يزداد إنتشار هذه الوسيلة يلجأن إليها لتجنب مشاكل الحمل والوضع وما قد يتعرضن له من تغيرات جسمانية قد تؤثر على مظهرهن وصلاحيتهن لأداء بعض الاعمال في المجتمع مثل الفئات و غيرهن.

وعن مدى شرعية هذه الطريقة للتلقيح الصناعي اختلفت الاراء على النحر التالي :

(1) محمد عبد الجواد محمد بحوث في الشريعة الاسلامية و القانون في الطب الاسلامي منشأة المعارف الاسكندرية 1991 ص . 115

(2) مروك نصر الدين رئيس محكمة بومرداس التلقيح الصناعي في القانون المقارن و الشريعة الاسلامية بحث مقدم للمجلس الاسلامي الاعلى الجزائر

- رأي المجيزين لهذه العملية (1):

يذهب انصار هذا الرأي الى القول بان اهم مبررات وسيلة الام البديلة ،انها تساعد على ممارسة الفرد لحقه في الحرية والاتجاب و تكوين اسرة، فمن حق الزوجين اختبار اسلوب الاتجاب وفقا لمحض ارادتهما، والوسيلة تحمي الزوجين او احدهما من نظرة قد تكون سلبية او متدنية من المجتمع، باعتبارهما بعانيان من نقص وغير قادرين على اداء دورهما الاساسي في الاسرة وهو الاتجاب. و يستطرد اصحاب هذا الرأي قولهم، ان الامومة و الابوة لا تقتصر اهميتها على ما يرتبط بالاتصال العضوي او الجنسي بين الجنين من اتباع لرغبات غريزية ، بل تشمل كذلك على جوانب سكولوجية فموافقة الزوجين على الاتجاب و تنشئة اطفال تمثل الجانب السيكلوجي الذي لا يقل اهمية عن الجوانب الاخرى ، و يتعلق بمشاعر الامومة او الابوة في مواجهة الطفل.

هذا وقد اضاف البعض ان تحريم الاتجاب بهذه الوسيلة معناه حرمان السيدة التي تقبل القيام بدور الام البديلة من حقها التصرف في بدنها كما يترأى لها، ايضا ان الاجزاء ليس اكثر خطرة و ضررا من وسائل اخرى عديدة ، تذهب اغلب آراء الى تأييدها باعتبارها مشروعية مثل التعقيم التلقيح الصناعي، و هذه العملية تمكن الام البديلة من اثبات ذاتها و القيام بدور الام و لو لفترة محدد اثناء الحمل، فقد لا تسمح ظروفها بالاتجاب اما لمرض الزوج او وفاته او لإعتبارات مالية او اقتصادية او اجتماعية.

هذا ويخلص اصحاب هذا الاتجاه الى القول بانه إذا كانت بعض الدول قد أجازت الوسيلة محل البحث، إلا ان الاجماع منعقد على منع الاتجار في

(1) انظر في هذا الصدد مارك نصر الدين رئيس محكمة بومرداس، التلقيح الصناعي في القانون المقارن و الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة ص 37 و ما بعدها.

هذا المجالن ومع ذلك يظل للام البديلة حقها الكامل في كافة النفقات الضرورية التي ترتبط بصحة الجنين مثل الماكل والملبس واحيانا المسكن والعلاج و هلاقه.

- رأي المعارضين لهذه العمليات و حججهم :

ذهبت اغلبية الآراء الى عدم تأييد مسألة الام البديلة ومن اهم الحجج التي استندوا اليها: ان حق الانسان في التصرف في سلامة جسمه ليس مطلقا، بل يخضع لقيود تنظيمية تحقيقا للصالح العام، دون ان تنال هذه الضوابط والقيود من طبيعة الحق وممارسته، فالوسيلة مقتضاها استعمال قدرة الام البديلة على الحمل والوضع، وهي وظائف طبيعية، وذلك تحقيقا لأغراض تجارية او لغيرها من الاغراض التي تتعارض مع طبيعة هذه الوظيفة واهدافها. ويرى البعض الآخر ان هناك احتمالا للاستغلال من قبل القادرين ماليا لغير القادرين داخل المجتمع الواحد، او من الدول المتقدمة والغنية للنساء في الدول النامية حيث ينتشر الجوع والفقر، وقد يتحقق الاستغلال من الام البديلة للزوجين وتطالبهما بمصروفات تتجاوز امكانياتها المالية وذلك اثناء الحمل او بعد الوضع. في حين يتجه البعض الى ان الانجاب بواسطة الام البديلة كثيرا ما يرتب آثارا تنعكس على الطفل فالأصل ان تتوافر بينه وبين الام البديلة التي حملته ووضعتة والقادرة على ارضاعه علاقة قوية غريزية وتشبع احتياجات اساسية لدى الطفل، وقد يتعرض لأضرار بسبب مشاعر الام البديلة اثناء الحمل، إذ يصعب عليها تحمل المتاعب المترتبة على الحمل والمرتبطة بالوضع حينما تتذكر ان الطفل سيتم تسليمه للغير وهو مايتعارض مع طبيعة عملية الانجاب، فالام البديلة تفقد دورها الطبيعي وتتحول الى جهاز مهمته حمل الجنين ووضعه، فالأمومة لها وظيفة اجتماعية والأصل أن الإنجاب يتم بحرية وإرادة في ظل مبادئ وقيم ومسؤوليات واهداف متعلقة بدور الاسرة في المجتمع.

ويتبين من استعراض الحالات الثلاثة انه في الحالة الاولى تدخل الطب بارادة الزوج والزوجة بقصد الانجاب لا يشكل اية جريمة. وفي الحالتين الثانية و الثالثة تدخل عنصر اجنبي في انجاب الطفل في حالة عقم الزوج او الزوجة يؤثر على النسب و النسل و لو ارتضينا ذلك و وافقنا عليه وتم بمعرفة الهيئة الطبية و لو انه لا يعتبر وطء في مفهوم جريمة الزنا ولكنه يؤدي الى المحذور الذي يكون ثمرته طفل غير شرعي و نرى ان جريمة الزنا محققة في هاتين الحالتين ويقام حد الزنا على المرأة الحاصل في هاتين الحالتين لثبوت الواقعة بالادلة القاطعة وهي شهادة الاطباء الذين اجرؤا العملية على الوجه السابق.

اما بالنسبة للرجل او المرأة الذين اشتركوا في هذه العملية فيعتبروا فاعلين اصلين في جريمة الزنا التي اثمرت عن الطفل غير الشرعي لأن الهدف من تجريم جريمة الزنا في معناها المتعارف عليه وهي الوطء الذي يقع على الوجه سالف الذكر وكانت نتيجته هذه الثمرة غير الشرعية بموجب اقامة حد الزنا عليهم دراء للمقابل ولحفظ كيان المجتمع و ردعا لكل من تسول لهم انفسهم الخروج على سنن الله في خلقه و افساد حياة المجتمع وبذلك حقق الحكمة من اقامة حد الزنا وهي حماية النسل والعرض، وتكون هذه الحماية على اساس المحافظة على الاعراض، وقصد الشريعة الاسلامية واضح حينما اباحت الزواج وحرمت الزنا لانه بالزواج تنشأ الاسرة وهي الخلية الاولى في المجتمع التي تتكون في ظلها العواطف الاجتماعية الراقية من مودة ورحمة وحنان وحب واثار. لولا الاسر القائمة على الزواج الذي اباحه الله لما نشأ المجتمع الانساني السليم لنظيف. ولما اخذ طريقه الى الرقى والكمال، فلا عجب اذا ما رأينا الاسلام يحرم الزنا لما فيه من اعتداء على الاعراض واختلاط الانساب وفيه مضيعة للأسر وتفكك للروابط و جناية على النسل إذ ان المولود من الزنا لن يجد من يرعاه او يحافظ عليه فينشأ عالة على المجتمع الذي نشأ فيه يهدده في كل وقت و حين. (1)

و اذا من محاسن الشريعة الاسلامية اذ جعلت امر النساء محاطا بالمخاطر والمحافظة ، وجعلت الدفاع من العرض من الواجبات الدينية (من قتل دون عرضه فهو شهيد) ، وهذا النظر هو ما انتهت اليه فتوى فضيلة الشيخ الدكتور محمد مامون رئيس لجنة الفتوى بالازهر الشريف من ان طفلة الانابيب شرعية ولا شك في نسبها الى والديها ... و قال اذا لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في انبوبة ثم وضعت في رحم الزوجة فهذا حلال .. و ينسب المولود للاب و الام.

اما إذا كانت البويضة من زوجة اخرى و لقحت بماء الزوج و وضعت في رحم زوجته فلا يثبت النسب. (2)

(1)- انظر العربي شحط عبد القادر ، الاحكام القانونية العامة لنظام الانجاب الصناعي رسالة دكتوراه وهران 2000 .

- و مروت نصر الدين المرجع السابق ص 36 و ما بعدها.

(2) انظر في احكام النسب ، عمراني احمد : احكام النسب بين الانجاب الطبيعي و التلقيح الصناعي ، رسالة ماجستير جامعة وهران.

المطلب الأول : الاخصاب خارج الرحم (1)

انتشرت هذه التقنية ابتداء من سنة 1978 و هو تاريخ ميلاد اول طفل انبوب Louise BROWN. في بريطانيا.

ويرى جانب من الفقه العربي ان هذه التقنية الجديدة في الانجاب مشروعة طالما ان الهدف مشروع وهو الانجاب، و طالما ان علاج للعقم فالشرعية قائمة لهذا الغرض.

ويرى جانب اخر من الفلاسفة و رجال الدين ان مثل هذه التقنية سيئة في حد ذاتها اذ تجرد الانجاب من صفة البشرية اذ تتم خارج جسم الانسان وهذه هي في الحقيقة وجهة نظر كل الديانات في وقتنا الحالي.

ويعاب ايضا على هذه التقنية انها يترتب اثار سيئة على الجنين من الناحية الطبية، اذ يصاب المولود بعيوب في النمو والتكوين الجسدي ونقص في الجينات gènes هذا على بغض النظر على التأثير السلبي على مركزه القانوني ، اذ كما قلنا فان هذه العملية تغير الجنين من شخص الحق الى محل او موضوع الحق و اخرى من كائن بشري الى شيء او مال.

و قبل دراسة تأثير التقنية على مركز الجنين ، لابد من ان ندرس شرح او توضيح العملية.

(1) تسمى هذه التقنية بالاخصاب خارج الرحم لأن نطفة الرجل و بويضة المرأة يتم وضعها في انبوب بغية التلقيح ،و لذلك تسمى الطفل المولود بطفل الاتاييب بـ Béb   eprouvete

تشمل هذه التقنية في اخذ بويضة او عدة بويضات Ovocytes من رحم المرأة ذلك عن طريق تقنية جراحية تسمى La laparoscopie لتمرزج بمني الرجل ليتم التلقيح و بعد مدة جد قصيرة (يومين و نصف يوم) وهي المدة التي يبدأ فيها انقسام الخلايا (8 خلايا) تؤخذ البويضة الملقحة ليعاد زرعها في رحم المرأة التي تكون قد استعدت لإستقبال البويضة الملقحة بعد علاج هرموني ومن هنا يبدأ الجنين في مراحل تطوره و تكون بصدد حمل متطور لغاية الوضع، على عكس الانجاب الاصطناعي Insémination artificielle ، ان تقنية الاخصاب خارج الرحم تتطلب تحضير طبي على فترتين من الزمن قبل اخذ بويضات المرأة وهذا للمزيد من نسبة الخط في نجاح العملية لذلك فان الطبيب لا ياخذ بويضة واحدة، بل عدة بويضات ومع ذلك لا تخلو العملية من المخاطر نظرا للعلاج الهرموني.(1)

اما الفترة الثانية فهي تحضير رحم المرأة لإستقبال البويضة الملقحة وهنا ايضا تتلقى المرأة علاج هرموني اخر ضروري قبل زرع البويضة مباشرة هذا تجدر الاشارة الى ان وقت زرع البويضة في رحم المرأة وقد يختلف بالاختلاف الاخصائيين بعضهم يسارع عملية الزرع واما البعض الاخر فينتظر انقسام الخلايا الى درجة متقدمة كما ان بعض العيادات تبشر اعادة زرع كل البويضات الملقحة وبعضها تكتفي بزرع بويضة فقط، وهذا الاختلاف في عدم زرع كل البويضات الملقحة له اثار وخيمة فمن الناحية الاخلاقية والقانونية كما ان عدم زرع كل البويضات تترتب عليه مشكلة الاجنة المتزايدة والاجنة المجمدة، التي قد تحطم او تتلف ولا تصل الى ما تسمى بحياة البشرية الاحتمالية(2).

(1) انظر لبروس ريو المرجع السابق ص 66 و ايضا الاستاذ احمد عمراني احكام النسب بين الانجاب الطبيعي و التلقيح الصناعي رسالة ماجستير ص 122 جامعة وهران 2000 العربي شحط عبد القادر.
(2) انظر ما سيأتي في المطلب الثاني.

ونشير اخيرا الى ان الاخصاب خارج الرحم سمح اليوم الفصل بين الولادة البيولوجية والولادة الشرعية والاجتماعية ذلك ان هذه التقنية تفصل بين الحمل والولادة فالقول بان امرأة ما حملت ثم وضعت لا يعني انها بالضرورة هي الام الحقيقية (genetique).

هذا وبما ان اجنة هذه التقنية اصبحت تجمد فاننا يمكننا تصور رغبة الأزواج في ايداع اجنتهم لإعادة زرعها في وقت لاحق، لذلك امام الامكانيات التي توفرها هذه التقنية نجد الاخلاقيون والفلاسفة ورجال القانون كل حسب في اختصاصه في حيرة امام التسؤلات المطروحة، لذلك قيل - بحق - ان الاخصاب خارج الرحم يطرح للأخلاق و للقانون سلسلة من المشاكل المعقدة (1).

(1) لبروي ريو المرجع السابق ص 68

المطلب الثاني : الحمل بالانابة

الام البديلة Mère de substitution او الام الحاملة Mère porteuse ظاهرة اجتماعية عرفت منذ حوالي عشر سنوات واطلق عليها بعض الفقهاء عملية تأجير البطن - location de ventre وعملية تأجير الرحم location d'uterus والحمل لحساب الغير gestation pour autre.

وقد عرفت لجنة warnock للأخلاقيات في ميدان البيولوجية في انجلترا الام البديلة كالتالي:

" الام البديلة هي التي تقوم بمهمة حمل الجنين و وضعه على ان يتم تسليمه بعد ذلك للزوجة التي يتم الاجراء لصالحها"(1).

وبمعنى آخر ان الام البديلة هي " أن ترضى امرأة يتلقيحها اصطناعيا بمني زوج آخر فتحمل منه ثم تسلم المولود للزوجين عند وضعه"(2).

وتتخذ هذه التقنية في الوقت الراهن صورتين الاولى تطوعية Altruiste وتترتب على اتفاق محضى بين الاطراف و مثالهما الشائع هو تلك الاخت التي قبلت الحمل لحساب اختها التوئم المصابة بالعقم وكان ذلك بفرنسا.

(1) لمزيد من الشرح انظر عمراني احمد المرجع السابق ص 150 العربي شحط عبد القادر المرجع السابق ص 68 و ما بعدها.

(2) لبروس ريو المرجع السابق ص 108 و ما بعدها.

الصورة الثانية تتمثل في إنشاء هيئات منظمة ورسمية تلعب دور الوساطة بين الزوجين و الام البديلة، و يتم ذلك بمقابل ،أي ان الصورة الثانية لظاهرة الام البديلة،تتخذ شكل تجاري يهدف الى تحقيق ارباح من وراء هذه التقنية (1) .

تجدر الاشارة الى ان اللجوء الى هذه التقنية له عدة اسبا نذكر منها اسباب صحية كإعدام الاعضاء التناسلية عند المرأة او انعدام الرحم ، او اصابة المرأة بأمراض تجعل الحمل مستحيلا او الاسباب التي تشكل خطرا على صحة المرأة كما توجد اسباب اخرى للجوء الى هذه التقنية و منها اسباب تحسين الجنين Eugenisme لمنع انتقال الامراض الوراثية من الام الى جنينها.

واخيرا هناك دواعي خاصة بالمرأة التي تلجأ الى هذه التقنية لمجرد المحافظة على منصب عملها او وظيفتها و تريد طفل دون حمل.

اما عن مدى مشروعية هذه التقنية فان كل الديانات السماوية (يهودية ومسيحية واسلامية) تحرم اللجوء اليها و تكييفها على انها زنا وتثبت اختلاط الانساب.

كما ان الاخلاق والقانون يحذران من اللجوء الى هذه التقنية.

(1)اهم مؤسسة تلعب دور الوساطة بين الزوجين في الانجاب و الام البديلة هي منظمة Noël keane في الولايات المتحدة الامريكية و تأسست بعدها عدة مؤسسات في بريطانيا و فرنسا و المانيا و كلما تهدف الى تحقيق ارباح من وراء التقنية.

واخيرا فان القضاء رفض اكثر من مرة منح رخص اثناء الجمعيات التي أنشأت من اجل ان تلعب دور الوساطة بين الزوجين و الامهات البديلات ،ونذكر على سبيل المثال قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 22 جانفي 1988 الذي رفض طلب الجمعية المسماة Les cigogne الرامي الى تسجيلها ضمن جمعيات (1) و اشهر قرار ساخط على تقنبة الام البديلة في القضاء الفرنسي هو قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الجمعية العامة بتاريخ 31 ماي 1991 و كان الطعن مرفوعا من طرف النيابة العامة اذ جاء في احدى حيثيات هذا القرار.

" ان الاتفاق الذي يتعهد بموجبه امرأة على ان تحمل لحساب الغير و لو مجانا، ثم تتخلى عن المولود عند ولادته مخالف لمبدأ النظام العام، ومبدأ عدم التصرف في جسم الانسان وعدم التصرف في حالة الاشخاص"

La convention par laquelle une femme s'engage fut ce à titre gratuit, à recevoir .et à porté un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'etat des personnes (2)

وعبر بعض الفقهاء مثل الاستاذة مـ _ _ _ _ _ ميشال قـ _ _ _ _ _ وبار Michelle gobert على رأيهم لهذا القرار الذي ايد موقف كل من الشرائع السماوية والاخلاق والفقهاء.

(1) نيكولو باتريك (Nicoleau (patrick)

(2) GOBERT note 417 , Bull civ A.P n°4 d 1991

المبحث الثاني : تأثير التقنيات الجديدة على المركز القانوني

للجنين

لما كانت التقنيات الجديدة في الانجاب، ذات تأثير سلبي على مركز الجنين القانوني، ظهرت آراء مناهضة لهذه التقنيات واصبحت تحت مستعملها عن الابتعاد عنها، حماية للجنين ومركزه القانوني.

والمتتبع لهذه التقنيات يلاحظ دون أي جهد يذكر ان استعمال بعض العبارة في هذه التقنيات، كعبارة بنوك ابيوضات النسـ... ـاء « Banques d'ovules » و بنوك المنى « Banques de sperme » وبنوك البويضات الملحقة او الاجنة « Banques d'embryons » يوحي ان الجنين اصبح بحق، شيء او محل حق شأنه شأن الاموال (النقـود) ويداول circulation d'enfants كداول الاموال بواسطة البنوك.

واصبح للجنين مركزا قانونيا غريبا، اذ يمكن ان يكون للطفـل (الجنين بعد ولادته حيا) ام واحدة وابـوان الاب البـيـولـوجـي (père biologique) وهو الذي يستعمل منيه في التلقيح والاب الاجتماعي (père social) والعقم، بل ومن الممكن ان يكون للجنين اب واحد وثلاث امهات حيث يكون الزوج غير عقيم اما الزوجة عقيم، فينبغي من الزوج في تلقيح بويضة امراة تسمى mère donneuse أي الام المتبرعة ببويضتها، ثم توضع هذه البويضة في رحم امراة ثالثة تسمى mère porteuse أي الام الحاملة للجنين، وفي ذلك نوع من الزنا البيولوجي adultère biologique، ومعلوم ان ابن الزنا لا نسب له (1) لذلك نهضت آراء مختلفة ضد التقنيات التي جعلت من الجنين، مالا وشيئا يتداول، وجردته من كل نسب ومن كل اعتبار، بل وجعلت منه محل عقود مخالفة للنظام العام.

(1) انظر الدكتور محمد عبد الجواد محمد: بحوث في الشريعة الاسلامية والقانون. في الطب الاسلامي سلسلة الكتب القانونية ص 116 – 117 دار منشأة المعارف بالاسكندرية 1991 .

ان التقنيات الجديدة للإجّاب طرحت مشكلا اكتر تعقيد و هو المركز القانوني للجنين كما ادت تقنية الإحضاب خارج الرحم F.I.V الى مشكلة الاجنة المتزايدة Embryons dits surnuméraires و من هنا ظهرت عدة تساؤلات حول مصير هذه الاجنة و حول مركزها القانوني و حول من يتحكم فيها.

وتثبت على ذلك ظهور تيارات : بعضها يوكل لأصحاب هذه الاجنة حق النظر والمراضية و بعضها يفوض هذا الحق للأطباء.

كما ان تقنية الامهات البديلة او ما سمي ايضا "بتأجير البطن" Mère de substitution بمختلف انواعها ، اثرتها هي ايضا على الجنين !، اذ اصبح يتنقل من رحم الى رحم كأنه شيء او مال منقول.

هذه التقنيات الجديدة للإجّاب جعلت ببعض الفقهاء يقولون انها أدت الى تجسيم مادي للجنين او تشييء REIFICATION , CHOSIFICATION ، اذ لم نعد نعرف ما اذا كان الجنين شخصا حالا او وهميا ام هو شيئا كما جعل هؤلاء الفقهاء يلاحظون ان القانون الفرنسي والاروبي معا جعل من الشخص شيئا عاديا Reification ويظهر ذلك من خلال العبارات المستعملة كعبارة تجميد الاجنة و استعمال عبارات قانونية " كالتبرع" والتنقل مما يوحي ان الحديث يتعلق بالاشياء او الاموال و مما يؤدي الى نزع صفة البشرية بمحو أصول الانسان. (1)

(1) لابي المرجع السابق الذي يذكر اندورنو Andorno (roberto,cité par xavier labbé

فان سلطة القرار في مصير البويضة المتزايدة يجب ان تحضى بمصلحة بغض النظر عن صاحب هذه السلطة، وهذه المصلحة تجعل نمو البويضة الملقة بطريقة عادية على ان تكتب بخصية كاملة...

اما التيار الثاني، فهو معاكس للاول ، اذ يرى ان مجرد الحياة الاحتمالية لا يبرر لوحده مركز الحماية و بالتالي يمكن لصاحب سلطة القرار في مصير الاجنة المتزايدة ان يتصرف فيها كيفما شاء..

- بالنسبة لفقهاء القانون ايضا تيارين .

الاول، يحاول تطبيب المسألة و يحمل السلطات الطبية مسؤولية اتخاذ القرار في مصير الاجنة المتزايدة غير ان هذا الاتجاه لا يرقى بالضرورة الى ان يمنح للأطباء السلطة المطلقة وغير المراقبة في اتخاذ القرار طالما يمكن اعتماد نظام خيارات في اعادة زرع البويضة اة تحطيمها .

ويبدو لبعض الفقهاء و الشراح ان هذا الاتجاه غير مقبول لان مسألة سلطة القرار في مصير الاجنة ليست قرارا طبيا اكثر مما هو قرار اخلاقي ليس من اختصاص العلوم الطبية وحدها.

و اما التيار الثاني لدى رجال القانون و الذي لقي ترحيبا في بعض الدول الانجلوسكسوفية، فانه يربط البويضة باصولها (اصحابها) ويحول لهم حق النظر un droit de regard على مصير البويضة او الجنين و ما اصحاب البويضة الا الزوج و زوجته اللذان يتخذان القرار في نهاية المطاف في مصير الاجنة المتزايدة.

يتبين لنا من خلال هذه الاراء و هذه التيارات و المصطلحات الالمستعملة: " سلطة القرار " " حق النظر " " التحطيم " " الزرع " ان الحديث عن الجنين في مرحلته الاولى من

التكوين « Embryon » اضحى حديثا عن شيء تمارس عليه السلطة وحق النظر والتتبع كما يمكن اتلافه او تحطيمه.

كما يتبين لنا ان الجنين تحول من شخص الحق الى محل الحق او لم يعرف حق الملكية بانه " سلطة الشخص على شيء؟" ولذلك تستطيع ان نستنتج من هذا الرأي ان انصاره يحاولون تبريره على اساس حق الملكية على البويضة الملقحة، وهو حق عيني يحوزه الابوين (الزوج والزوجة) ويتصرفان فيه كتصرفهما في الاشياء بكل حرية، الامر الذي يجعلنا نقول ان الجنين اصبح محل تجسيم مادي « reification » شأنه شأن الشيء المادي أي تحول من شخص الى حق، ومهما حاول البعض تبرير هذا الرأي (القائل بحق التتبع او حق النظر). على اساس رغبة احترام المتبرعين "Donneur للبويضة فإننا نبقي دائما متمسكين بما استنتجناه من ان هذه التقنية الجديدة في الانجاب جعلت من الجنين شيئا وليس كائنا بشريا (انسا) أي غيرت فعلا من مركزه القانوني فاصبح محل حق بدل من شخص الحق، ونستند في تعليلنا الى ما وصل اليه بعض الفقهاء لتجريد البويضة الملقحة من صفتها البشرية لقد ذهب بعضهم الى القول: " ان قانوننا (يقصد القانون الفرنسي) يرى ان البويضة البشرية لا يمكن ان تكون موضوع (محل) حق ملكية مهما كان"(1) ويعلل هذا الرأي موقف القانون الفرنسي كالتالي :

" لا تعتبر البويضة الملقحة حق ملكية وهذا لا يعني انها انسان بشري احتمالي كما ذهبت اليه لجنة الاخلاقيات في رايها المؤرخ في 22 ماي 1984. ولا حتى بالاستناد على مبدأ « Infans conceptus » لأن هذا المبدأ يفترض ان يولد الجنين حيا وقابلا للحياة، وانما على اساس ان البويضة ملقحة كانت ام غير ملقحة، لا يمكن ان تمتلك من طرف أي شخص شأنها شأن النطفة (2).

(1) روبلان دفيش باكلين
rubellin devich (jacqueline)
Congélation d'embryons – fécondation in vitro, mère de substitution
P 321 .

(2) المرجع السابق ص 322

ان مثل هذا التعليل الذي تحاول الهروب من جعل البويضة شيئاً مادياً يتناقض في حد ذاته.

والتناقض ظاهر من حيث ان هذا الرأي لم يرض برأي لجنة الاخلاقيات كما انه لم يرض بنبدأ *Infans conceptus* و كلاهما يعترف للجنين بالشخصية القانونية ، علماً بان نفي الشخصية القانونية عن الجنين يعني نفي فكرة ان الجنين شخص الحق و تشاظرنا الرأي الاستاذة ترابون " تقول: تحتم على القانون التكيف على التقنية الجديدة للإختصاب خارج الرحم، فالجنين لم يعد اليوم جزء من امه ، فهل يؤدي بانفصال البويضة عن جسم الأم يمكن ان يكون الجنين شخص الحق ، و يتمتع بالشخصية القانونية؟ ان عدم الاعتراف لهذه البويضة بمركز الاشخاص ، يعني عدم الاعتراف بشخص الحق، و عدم الاعتراف بالشخصية القانونية(1).

(1) تراسون دي فوجار (الين)
Terrasson de Fougères
La resurrection de la mort civile R.T D civ1997 N° 4 P 896

ان المتتبع لهذا التحليل يسهل عليه ملاحظة ان عدم الاعتراف للبويضة الملقحة خارج الرحم بمركز الاشخاص يعني عدم الاعتراف لها بالشخصية القانونية ، من ثم اعتبارها شيء حق الملكية) وهذا ما ذهبت اليه الاستاذة روبلان دفيش rubellin devich :

بقي لنا الآن دراسة مصير الاجنة المجمدة وممارسة الحق عليها قد يحدث ان تلقح البويضة ، ثم تجمد لزرعها في وقت لاحق في رحم امرأة ان هذه العملية لم تعد افتراض hypothese بل اصبح اليوم حقيقة بميلاد اول طفل محمد bébé congelé بمدينة مالبورن في استراليا في 11 افريل 1984 ففي حالة البويضة المجمدة من له ملكيتها وهل يمكن الحديث عن هذا الحق؟ لأن هذه العبارات تزعم الفقهاء وحتى رجال الدين ينكرون صفة البشرية للبويضة الملقحة والحقيقة ان كلمة "شيء" او "حق ملكية" كلمة مخيفة. اليست البويضة الملقحة بداية لكائن بشري؟.

لقد حاول بعض الفقهاء معالجة هذا الموضوع بإجراء مقارنة بين نظام مركز الجنين داخل الرحم In utero و بينوا ان الام تمارس السلطة لوحدها على الجنين و مركز الجنين خارج الرحم In vitro و في هذا النظام تجد الفقه يتكلم عن اصحاب الحقوق على الجنين و هذا يعني ان بجانب الام يوجد شخص او اشخاص اخرين ، و هذا الشخص ما هو الا الزوج، لذلك يستعمل الفقه عبارة الابوين Parents بدأ من اصحاب (Auteurs) و يرى الفقه ان استعمال عبارة (Auteur) احسن بكثير من عبارة صانع Fabricant (1) .

(1) لابي كرافيه المرجع السابق ص 276 و ما بعدها.

ويعلق نفس الفقهاء على ما ذهب اليه مجلس الدولة في فرنسا (1) الذي يسمح لأصحاب البويضة المجمدة بالتصرف فيها و حتى حقهم في تحطيمها ومن هنا يتبين لنا خاصية حق الملكية، وهي حق التصرف l'abusus وهذا يجعلنا نفكر في علاقة السيد بعبده علما بان هذا الاخير كان يعتبر شيئا في القوانين القديمة مرة اخرى نلاحظ ان الحديث عن الاجنة المجمدة ، يوحى عن الحديث عن حق الملكية أي عن الشيء الامر الذي جعل بعد الاراء تنكر عليه صفة الشخص مستندة في ذلك الى القول بانه لا يمكن تحطيم اشخاص دون عقاب.

كما ان الحديث عن الاجنة المتجمدة باعتبارها اشياء يظهر من خلال عبارة اخرى استعملها مجلس الدولة في فرنسا بشأن النزاع القائم بين الزوجين في حالة الانفصال الجسماني او الطلاق و الى من تسند حضانة " البويضة المجمدة" ان مجلس الدولة (في فرنسا) يقول ان الهيئة التي تحفظ في الاجنة المجمدة تعتبر مودع لديه « depositaire » و من هنا قد بين موقفه بالنسبة للطبيعة القانونية لهذه الاجنة او لم ينصب عقد الوديعة على الاشياء؟.

(1)Le conseil d'etat nous indique que les auteurs doivent disposer sur l'embryon complet, qui peut aller jusqu'au droit de celui-ci.

و خلاصة القول سواء كنا بصدد الاجنة المتزايدة Embryons
surnumeraires او الاجنة المجمدة Embryons congelés فان
العبارات المستعملة بشأنهما (السلطة ،حق النظر،الانتقال، التخطيم ، الايداع) توحى بان
تقنية الاخصاب خارج الرحم اثرت تأثير بالغاً في مركز الجنين حتى اصبح الفقه ينظر
اليه باعتباره موضوع الحق و ليس شخص الحق.

المطلب الثاني : تأثير تقنية الام البديلة على مركز الجنين القانوني.

ان تقنية الام البديلة في الاجاب تولد اثار وخيمة للام الحقيقية و الام البديلة فقط،ذلك ان هذه التقنية تؤثر سلبيا على البنية التقليدية للأمومة والعائلة، كما ان هذه الظاهرة توحى بنوع من محو تشخيص الامومة *depersonnalisation de la maternité* كما انها تصبح وظيفة مؤقتة تتمثل في صنع جنين دون خلق أي علاقة حنان بين الطفل و امه فهي تقنية فقط.

و قد يبدو للبعض ان هذه الآثار تمس الام البديلة فقط غير ان التحاليل والبحوث اثبت ان للظاهرة تأثير على مركز الجنين القانوني.

فالتقنية تجعل من الحمل اولا مجرد وسيلة لإشباع رغبة (رغبة الحمل والوضع) فيصبح الحمل وسيلة لتحقيق اغراض الام البديلة .

ثم ان هذه التقنية تخلف سلسلة من المخاطر ذات الطابع النفسي والاجتماعي اولها يتمثل في التخلي عن الطفل *L'abandon* علما بان هذه الواقعة تحدث جروح عميقة في نفسية الطفل.

ثم ان التقنية و هذا هو التأثير البالغ تجعل من الجنين شيئا و ليس كائنا بشريا ، فيصبح بمثابة الالبضاعة محل العقد يشتري او يمنح ويصبح في نظر القائمين بالتقنية بمثابة الشيء المتقل باعتبارات اقتصادية او تجارية.

واذا توغلنا في تحليل المنازعات التي قد نشأت بين الاشخاص القائمين بالتقنية ،لوجدنا ان هذه الاخيرة تؤثر على مركز الجنين القانوني، و من امثله هذه المنازعات رفض الام البديلة في تسليم الطفل عند الولادة او

النزاع، القائم بشأن رفض استلام الزوجين للطفل عند الولادة و رفض الام البديلة للإحتفاظ به، لأنه مصاب بعاهة او انه معوق، ان الفقه يشبه هذه المنازعات بالمنازعات التي تقوم بين البائع و المشتري حول الشيء المبيع، الذي يكون معيبا يعيوب خفية او حتى ظاهرة فالمشتري يرفض استلام الشيء المبيع، اما البائع فانه يحاول اجبار المشتري لتسليم الشيء المبيع.

ومن هنا نستطيع القول ان التقنية تجسم ماديا الحمل Elle le réifie و كيف لا، والحالة ان الفقه حاول تكييف الطبيعة القانونية لهذه التقنية، باعتبارها عقد بيع محله الجنين فلقد ذهب جانب من الفقه عند محاولته لتكييف العقد الذي يربط الام البديلة بالزوجين الى القول بانه عقد بيع طفل Vente d'enfant.

طالما ان هدف العملية هو انتقال الطفل من الام الحاملة الى الزوجين (le couple) و في مقال الاستاذة RUBELLIN DIVICH جاء مايلـ ـي ".... يقصد من الحمل لحساب الغير، قبول امرأة بتلقيحها اصطناعيا...." و يمكن الحاق هذه التقنية برغبة زوجين عقيمين في شراء الجنين التي تحمله المرأة ثم تسلمه عند الوضع لهذين الزوجين " (1)

« ...il faut assimiler, de point de vue qui nous occupe, celle ou un couple stérile achete l'enfant conçu par une femme qui accepte de le ceder, moyennant ou non retribution ,à la naissance..»(2)

(1) RUBELLIN DEVICHI JACQLINE° LA GESTATION POUR LE COMPTE D'AUTRUI DALLOZ 20 JUIN 1985 p 147.

(2) BAUDOUIN ET LABRUSSE RIOU 116

غير ان هذا التكييف الذي يجعل من الجنين شيئاً لم يحض بترحيب من طرف الفقهاء الذين يرون في الجنين شخصاً بشرياً لا يباع لأنه ليس شيئاً و لا مالا يمكن تملكه و لا محلاً للإلتزام.

و بشأن تحليل تقنية البديلة في احدى صورها و هي الولادة بالمساهمة او ما يسمى بتقنية الغسل (technique du lavage) والتي تتمثل في مساهمة امرأتين في الانجاب ،بحيث تلحق احدهما و هي الام الحقيقية (Mère genetrice) بمني زوج الثانية ثم تنقل البويضة الملقحة من رحم المرأة الاولى الى رحم المرأة (الام الحامل) (Mère gestatrice) فتحمل الجنين الى ان تضعه ، فقول الاستاذ ALAIN SERIAUX " ان انتقال الجنين من رحم لآخر يجعل منه شيء.

ويرى هذا الاستاذ ان هذه التقنية في الانجاب تتجه نحو تجسيم مادي للجنين reification و يشبه التقنية بعقد الشركة غايته تملك جماعي للأموال.

« la maternite en participation s'oriente deliberelement vers sa (le fœtus) reification le droit des societes n'a – t'il pas essentiellement pour fin l'appropriation Collective d'un bien ? »(1)

(1) seriaux (alain) droit naturel et procreation artificielles quelle jurisprudence ? DALLOZ 7 mars 1985 P60 .

ويرى جانب من الفقه ان تقنية الام البديلة بمثل خطرا على مركز الجنين، اذ تجعل منه شيئا او تجسمه ماديا reification فيصبح عرضه البيع والتبرع و تحوم حوله اعتبارات اقتصادية و تجارية كما ان هذا التجسيم المادي reification له اثره على الام البديلة ذاتها اذ تتعرض لتأجير جسمها لإشباع رغبات اشخاص اخرين و يضيف ها الفقه قائلا ... اذا اردنا اجتناب قياس حالة الزنا او البغاء على تقنية الام البديلة فيجب ان تحتضن هذه الام الطفل عند ولادته (1).

(1) MAGNARD (frank) et TENZER (NICKOLAS) le spermatozoide hors la loi P P 166 et svte.

المبحث الثالث : من ازمة التكيف القانوني و بطلان التصرف

لتقنية الأم البديلة

المطلب الاول : ازمة التكيف القانوني للحمل بالانابة.

- بتطور الطب وعلم البيولوجيا اصبح جسم الانسان محلا لعدة عمليات و عدة تصرفات قانونية فمن عملية التبرع بالدم و زرع الاعضاء و التلقيح الاصطناعي مرورا بعملية الحمل لحساب الغير ظهرت عدة مشاكل قانونية و عدة مخاطر كادت ان تحول الانسان من شخص الحق **Sujet de droit** الى محل الحق **Objet de droit**.

و لنتوقف عند احدى العمليات التي أحدثها التلقيح الاصطناعي و هي ما يسمى بالحمل لحساب الغير لنذكر بوضوح ان جسم الانسان اصبح عرضة للتصرف فيه خرقا لمبدأ النظام العام.

فالمرأة اصبحت تقوم بوظيفة انتاج الاطفال عن طريق ما يسمى بالحمل لحساب الغير، والام البديلة او عارية الرحم. وصورة هذا النوع من التلقيح لاصطناعي تتمثل في تلقيح بويضة المرأة و ماء الرجل في انبوب، ثم يتم النقل في رحم امرأة أخرى فنكون بصدد زوج و زوجة وطرف ثالث وهي المرأة الأجنبية عن العلاقة الزوجية وهذا ما يطلق عليه في الاصطلاح الطبي بالمرأة الحاضنة أو الأم البديلة ويطلق عليه في الاصطلاح القانوني بالرحم الظئر، أي تاجير الرحم ، وهذه العملية كتطبيق لصور التلقيح الصناعي يلجأ إليها في حالات عديدة، كما إذا كانت الزوجة تعاني من حالة عقم تحول دون الاتجاب كلية أو إذا كانت مصابة

كانت هذه العارية عارية استهلاك Prêt à consommation او عارية استعمال غير
اننا نفهم ان المقصود هو عارية الاستعمال... ال Prêt à usage لأن المنطق
القانوني يقتضي ذلك.

وحاول بعض الفقهاء تطبيق العقد المبرم بين الام البديلة Mère
porteuse و الزوجين على انه عقد بيع طفل طالما اذ المولود سينتقل في النهاية من
الام البديلة الى الزوجين.

ويرى جانب آخر من الفقه ان الاتفاق هو
تنازل حستب المال على بعض الحقوق
Renonciation anticipée à certains droits وهذا التصرف في نظر هؤلاء
الفقهاء جائز وشرعي طالما ان الانسان حر في ان يتنازل عن بعض حقوقه في
الميراث والقسمة. وتفسير ذلك ان الام (الحقيقية للطفل) تتنازل عن حقوقها التي
كان من المقرر ان تمارسها تجاه طفلها.

كما ان هناك اتجاه فقهي اخر يرى في الاتفاق على ان تأجير خدمات
l'uterus وهذا الاتفاق يولد أداء خدمات Préstation de services .

وذهب جانب من الفقه الى تكييف التقنية على بانها عقد زكالة (عقد انابة). Alain

ومن هنا نلاحظ ان تكييف تقنية الام البديلة انما ادت بالفقهاء الى مازق و وضعيتهم
في حيرة، ذلك انهم فشلوا في ايجاد تكييف قانوني سليم لهذه التقنية.

فالقول بان هذه التقنية عقد ايجار يتعارض مع احكام عقد الايجار المنصوص عليها في
القانون المدني حيث الاركان وخاصة العين المؤجرة التي يمكن ان تكون
شيئا منقولاً او عقاراً و ما يترتب عليها من اثار في حالة الهلاك فهل يمكن اعتبار رحم
المرأة شيئاً؟.

ان الاجابة على مثل هذا السؤال تكون حثما بالنفي، لذلك ان المرأة أو جزء من اعضائها ليست شيئا موضوع الحق ، بل هي انسان او بالاحرى شخص طبيعي، شخص الحق. الامر الذي يجعلنا نستبعد تكيف العملية بانها عقد ايجار.

كما ان التقنية لا يمكن ان نكيّف على انها عقد عارية فاحكام عقد العارية (عارية الاستعمال) محله اشياء (اموال) و بالتالي هذا التكيف مردود عليه لنفس الاسباب التي ذكرنا بالنسبة لعقد الايجار.

ومما يزيد في غرابة هؤلاء الفقهاء ان بعضهم كيف التقنية على اساس عقد الوديعة Contrat de dépôt بحيث ان الام البديلة هي المودع لديها والزوج او الزوجين هم المودع، وان الام البديلة تلتزم برد الطفل الى صاحبه بعد عملية الولادة.

ان هذا التكيف هو بدوره مرفوض، بل غير منطقي اطلاقا ، ذلك ان عقد وديعة يفترض ايداع شيء بمواصفات معينة ،ثم بعد انتهاء العقد استرداد الشيء بنفس المواصفات في حين لو كيفنا التقنية بانها عقد وديعة سنلاحظ ان الزوج، اودع في رحم الام البديلة نطفة ملقحة، وان الام البديلة تلتزم برد طفل حديث العهد بالولادة.

واخيرا ذهب راي الى تكيف يكاد يكون تافه و غير منطقي، اذ ان هذا الراي حاول تكيف التقنية على انها عقد بيع طفل Vente d'enfant.

لا مناص من استبعاد هذا التكيف لسبب واحد وهو ان الطفل لا يعدّ باي حال من الاحوال شيئا، لان البيع محله اشياء (اموال عقارية كانت او منقولة) دون غيرها.

واضح مما تقدم ان كل المحاولات في تكيف تقنية الام البديلة بات بالفشل، وعجز الفقه في ايجاد التكيف القانوني لهذه التقنية.

اما نحن فنفضل القول ان تقنية الام البديلة لا تعدو ان تكون خدمة اجتماعية تقوم بها
إمـرأة تجـاه المرأة العاقم شرط ان تكون بالمـجـان (دون مقابل مادي او معنوي
ان تكون احدهما ضـرة للأخرة.

المطلب الثاني : ما مدى شرعية او بطلان التقنية

لا يمكن معرفة مدى مشروعية تقنية الام البديلة الا اذا عرفنا ما اذا كان العقد المبرم بين الزوجات من جهة و بين الام البديلة من جهة شرعي وصحيح ام باطل. و من نوع هذا البطلان وحتى يكون العقد صحيحا لابد ان يستوفى كامل اركانه من تراضي و محل و سبب و هذه الاركان لابد ان تستوفى شروط. و من شروط المحل في العقد :

- ان يكون المحل مشروعاً.

- وغير مخالف للنظام العام و الاداب العامة.

- وان يكون المحل قابلاً للتعامل.

ولتوضيح المسألة لابد من التفرقة بين محل الالتزام **Objet de l'obligation** و محل العقد **Objet du contrat** فهذا الاخير هو العلاقة القانونية بين الطرفين أي المصلحة المرجوة من وراء العقد. فلو اعتبرنا تقنية الام البديلة بشأنه عقد ايجار رحم فهذا يعني ان محل العقد **جسم** انسان او على الاقل جزء منه (الرحم) و بالتالي ان محل العقد غير مشروع و يترتب على ذلك بطلان العقد بطلان مطلقاً لإعدام ركن المحل.

اما لو كيفنا التقنية على انها عقد بيع طفل كما سبق ان راينا فان كل من محل العقد و محل الالتزام يعتبر غير مشروع ذلك ان محل الالتزام في عقد البيع هو الالتزام باعطاء شيء أي بنقل الملكية، ولما ان كان الطفل يعد انساناً في نظر القانون و بالتالي لا يكون محلاً للعقد فان الاتفاق يكون باطلاً بطلان مطلقاً لمخالفته للنظام العام و الاداب العامة.

وبالنظر الى مختلف التكييفات السالفة الذكر نلاحظ ان المحل غير مشروع سواء اكان محل العقد ام محل الالتزام. فـجسم الانسان يخرج عن التعامل اي لا يمكن تملكه او التصرف فيه وهذا ما يعبر عنه فقهاء القانون الروماني : *res cuius non est commercium* فهو على حد تعبير هؤلاء الفقهاء شيء مقدس : *res sacrae, res sanctae, res religiosas* بناء على ما تقدم فان المحل باعتباره ركن من اركان العقد مخالف للنظام العام و الاداب العامة (انظر المادة 96 من القانون المدني الجزائري) في هذه التقنية، الامر الذي يترتب عليه بطلان التصرف.

وهذا البطلان هو البطلان المطلق لذلك فلا حاجة لإتخاذ الاجراءات لإبطاله ،بل يكفي عدم تنفيذه.

و يرى البعض ان العقد غير جائز كونه يعد من عقود الغرر، و الغرر هنا ان المعقود عليه(الجنين) ليس معلوما اذكر ام انثى حسنا ام قبيحا الى غير ذلك من المواصفات ،فقد يتم التعاقد بين رجل ابيض لـ - - - - - ا

عينان زرقوان و شعر اسود و نفس المواصفات في المرأة التي تعاقدت معه، غير انه قد يكون لأحدهما في الشفرة الوراثية جين غير قوي في هذا الجين.و ربما يمتد في العمق الى اجداد سود فيولد الولد اسود اللون، او قد يولد مشوها، و هذا امر ممكن الوقوع.

و يرى الفقه من جهة اخرى ان مثل هذا الاتفاق غير مشروعية لانه يهدر البنية التقليدية لفكرة الامومة و الاسرة و هذا هو السبب الذي جعل رجال الدين يقفون بصرامة ضده هذه التقنية في الانجاب.

و توجد عدة حجج مناهضة لهذه التقنية نذكر منها على سعة الاخلاف هذه التقنية تؤدي الى نزع كل صفة للامومة... Depersonnalisation de la maternité ، ذلك انه بالنسبة للمولود (الطفل) الامومة و الشعور بالمسؤولية عنصرين متلازمين. فالامومة في مفهوم المجتمع هي اساس المسؤولية ، بينما في الامومة المستعارة Matenité d'emprunt (الحمل لحساب الغير فالعنصرين) الامومة والمسؤولية) يفترقان فالزوجين لا يتحملان مسؤولية الحمل و الام بالانابة لا تتحمل مسؤولية تربيته.

و من الاسباب التي تنفي شرعية هذه التقنية نذكر ايضا ، شخص المولود اذ يصبح مجرد وسيلة لتلبية رغبة معينة ، فهو بالنسبة للام بالانابة وسيلة لتحقيق اغراضها الخاصة و هي متعددة (رغبته في ان تكون حاملا او رغبته في تحقيق ارباح ...) .

ومن بين الاراء المناهضة لهذه التقنية و التي تصفها بالغير المشروعة هي ان تقنية الحمل لحساب الغير لا تنظر الى المولود باعتباره كائنا بشريا ، بل تجعله شيء و انما * تجعله شيء (chose)* او محل (objet) او حتى بضاعة (marchandise)، فبسبب هذه التقنية يصبح الطفل محل بيع و شراء.

كل هذه الحجج المناهضة لهذه التقنية تجتمع في نهاية الامر لتصبح حجة واحدة : الحمل لحساب الغير يسبب للمولود (الطفل) اخطار غير مقبول على كافة المجالات الاخلاقي، القانوني و الاجتماعي ، لان هذه التقنية تجعل من الحمل (المولود) شيئا ينتقل من ام الى ام فهو مرتبط من الناحية البيولوجية الى صاحبة البويضة ومن الناحية العاطفية الى التي حملته و لكن في كل الحالات و على حد تعبير احد الفقهاء يكون الطفل بمثابة شيء (res) لانه ينتقل من رحم الى رحم voyages d'uterus en uterus .

ومن بين الاسباب المناهضة لهذه التقنية (وهذا السبب محل اجماع بين الفقهاء) هو ان هذه التقنية تجعل من المرأة شيئا مادام انها اجرت رحمها او اعارته لإشباع رغبتها او رغبة اشخاص اخرين، (الزوجين المتعاقدين معها).

فالاجماع اذن قائم على ان تقنية الام البديلة تصرف غير شرعي وباطل. وهذا ما جسده المشرع الجزائري في نص المادة 45 مكرر من قانون الاسرة (امر رقم 05 – 02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005) التي نصت على : " لا يجوز اللجوء الى التلقيح الاصطناعي باستعمال الام البديلة"

ولقد جسد القضاء الفرنسي و هذا قبل صدور قانون 29 جويلية 1994 الاراء المناهضة لهذه التقنية في الانجارب. ومن اشهر القرارات القضائية القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1991/05/318 نتيجة الطعن بالنقض من طرف النائب العام لفائدة القانون ،هذا القرارا وضع حد نهائي لمسالة تقنية الام البديلة.

فلقد جاء في احدى حيثياته مايلي :

" الاتفاق الذي بموجبه تتعهد امرأة، ولو مجانا، بحمل طفل للتخلي عنه بعد الوضع يخالف النظام العام ومبدأ عدم قابلية جسم الانسان للتعامل والتصرف فيه "

« La convention par laquelle une femme s'engage, fût ce à titre gratuit , à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'etat des personnes » .

لقد لقي هذا القرار ارتياح الفقهاء اذ كانت نتيجته هي حل كل جمعية تهدف الى مثل هذه الاتفاقيات بشأن الام البديلة.

اما في الجزائر فلم نعثر على احكام قضائية بخصوص تقنية الام البديلة، بل اكثر من ذلك لا توجد احكام بشأن التلقيح الاصطناعي بصفة عامة ولعل تفسير ذلك يرجع الى حداثة هذه التقنيات في المجتمع الجزائري.

صحيح ان المشرع الجزائري تطرق كما سبق ان راينا الى تقنيات التلقيح الاصطناعي فأجـاز للزوجين اللجوء الى هذه التقنية بشروط لانها لا تتنافى مع احكام الشريعة الاسلامية التي اجازت التلقيح الاصطناعي بين الزوجين.

لكن المشرع الجزائري تدخل بصرامة لمنع اللجوء الى التلقيح الاصطناعي باستعمال الام البديلة لما فيه من مخالفة للنظام العام و الاداب العامة لا سيما ان هذه التقنية قد تكليف على اساس انها زينا هذا من جهة، و ما قد يترتب عليها من اختلاط الانساب من جهة اخرى، لذلك جاء نص المادة 45 مكرر من قانون الاسرة في الاحكام المتعلقة بالنسب. و على حد تعبير بعض الفقهاء فالوضع الطبيعي للولد الشرعي ان ينتسب من رجل وامرأة يرتبطان بعقد نكاح شرعي، اما ما عدا ذلك فهو ظلم وعدوان على النسل.

فالنسل مبني على قوام الحياة الزوجية، فاين الحياة الزوجية اذا اوجدنا مولودا من رجل و امرأة لا زوجية بينهما؟ و اين رابطة الابوة؟.

فعندما تنتقل الاجنة من رحم الى رحم فاننا نكون بذلك قد حططنا تلك الحقيقة الثابتة الواقعية من قديم الزمان يوم ظهر هذا الانسان على وجه هذه الارض...

اننا بقبول فكرة : استئجار الرحم ، نكون قد خرجنا على المألوف الطبيعي و صرنا الى الشــــــــــــاذ و عملنا بايدينا على تحطيم انسانيتنا ،ففطرة الله تقتضي ان نتمشى في حياتنا التناسلية وفـــــــــــــــــــــق الضوابط التي وضعها الشارع الحكيم: فطرة الله التي فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلــــــــــــــــك الدين القيم.

ان عالم استئجار الرحم و طفل الانبوب ليس له ادنى اعتبار في نظر الشارع الاسلامي"

وختاماً فإن الاجماع قائم لدى الفقهاء على ان تقنية الانتجاب عن طريق الام البديلة او ما يسمى بتاجير الرحم تطرح مشاكل معقدة لا يمكن حلها بصفة مرضية في اطار القانون الوضعي الحالي

و اذا كان المشرع الجزائري قد تدخل عن طريق قانون الاسرة الجديد لمنع هذه التقنية فانه توجد بعض القوانين الاجنبية التي لم تفصح عن موقفها في هذا المجال و يجب عليها ان تعي ان مثل هذه التقنية تهدر القيم الاخلاقية و تؤثر سلبا على النواة الاساسية للمجتمع الا و هي الاسرة

الباب الثاني

أحـ.كـ.ام الحمـ.اية الجذـ.ائـ.ية للجدـ.ين

إن حماية الشارع للحمل قد استوعبت صورتين الحماية الجنائية : الموضوعية و الحماية الجنائية الاجرائية كما سنرى في الفصلين التاليين.

و تتجلى الحماية الموضوعية في تجريم الاجهاض و تجريم ترك الاسرة.

اما الحماية الاجرائية تتجلى في شق بطن الحامل لاجراج الجنين و تاجيل تنفيذ العقوبة لاسيما الاعدام على المرأة الحامل .

الفصل الأول :

الحماية الجنائية الموضوعية للجنين

المبحث الأول : تجريم الإجهاض

وحماية للجنين في بطن امه ، حرم المشرع الجزائري اجهاض الحامل في المواد من 304 الى 310 عقوبات، وعاقب بعقوبة الجنحة ، سواء كانت المرأة حاملا فعلا او مفترض حملها ، سواء وافقت على ذلك ام لا توافق . كما انه يعاقب في المادة 309 المرأة التي اجهضت نفسها عمدا، و في المادة 306 الجناة الذين يمارسون المهنة، و في المادة 310 المعدلة في 13 فيفري 1982 الذين يقومون بالتحريض على الاجهاض و لم يؤدي تحريضهم الى نتيجة ما بالحبس من شهرين الى 3 سنوات وبغرامة من 500 الى 1000 دج (1/310 ق.ج) . (1)

كما انه طبقا للمادة 228 ق.ع ، فان القانون يسال الطبيب او القابلة عن جنحة القتل بالاهمال اذا وقع اهمال جسيم اثناء عملية الازدياد ادى الى وفاة الجنين، ذلك ان القانون الجزائري يحمي الجنين اثناء عملية الازدياد، فيعتبره انسانا حيا منذ بداية الام الوضع الطبيعي عند الام ، وبمجرد ولادته حيا يمكنه التمتع بالحقوق المدنية و الشخصية (م 25 ق . م ، و م 134 و 187 ق.ا) .

(1) بلحاج العربي ، ابحاث و مذكرات في القانون و الفقه الاسلامي ، الجزء الاول ، سلسلة المعرفة ص 371.

هذا و يتعين طبقا للمادة 67 من قانون الحالة المدنية (الصادر بالامر 70 20 المؤرخ في 19 فبراير 1970) على كل شخص وجد مولودا حديثا ان يصرح به الى ضابط الحالة المدنية التابع لمكان العثور عليه ، و يعاقب قانون العقوبات على عدم الابلاغ عن طفل حديث الولادة لمن يجده و لا يسلمه لضابط الحالة المدنية بالحبس من عشرة ايام الى شهرين و بغرامة من 100 الى 1000 دج او باحدهما (م 3/442 المعدلة في 17 جوان 1975 و في 13 فيفري 1982) .

المطلب الاول : احكام تجريم الاجهاض في القوانين الوضعية و اشريعة الاسلامية .

تحتاج فكرة الإجهاض في تحديد مفهومه وموضعه من السياسة الجنائية إلى بيان تعريف الإجهاض من الناحية اللغوية والطبيعية ، ثم لا سيما ، من الناحية القانونية التي قد تتفق أو تختلف مع تعريف الإجهاض ولذلك بجدربنا أن نتطرق لموقف التشريعات السماوية من الإجهاض. بشيء مع التعمق الشريعة الإسلامية وموقفها من الإجهاض والعقاب عليه وفق المراجع المتاحة ، ونتبعه بدراسة لموقف بعض القوانين الوضعية من الإجهاض.

و الجدير بالذكر أنه لم يرد في القانون تعريف للإجهاض حيث أن القوانين محل المقارنة لم تعرف الإجهاض وإنما ترك أمر تعريف الإجهاض للفقهاء والقضاء مما أدى إلى الاختلاف في التعريف ، كما أن دراسة الإجهاض كظاهرة اجتماعية توضح لنا الحدود الفاصلة بين الإجهاض وبين الأفعال المشابهة له مثل منع الحمل والقتل .

معظم التشريعات لا تعرف الإجهاض ، وإنما تترك ذلك للفقهاء والقضاء مما أدى إلى الاختلاف حول تعريف الإجهاض .

تعريف الإجهاض من الناحية اللغوية والقانونية.

الجنين في اللغة هو " حمل المرأة ما دام في بطنها " فإن خرج فهو " ولد " وإن خرج ميتا فهو " سقط " وقد يطلق عليه أنه جنين أيضا(1).

(1) يلاحظ اختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية مع فقهاء القانون الوضعي في استعمال لفظ الاجهاض و لفظ السقط .

كما يعني الإجهاض في اللغة إسقاط الجنين قبل أوانه بحيث يؤدي ذلك إلى وفاته ويسند الفعل إلى المرأة نفسها فيقال أجهضت المرأة فهي مجهض إذا أسقطت جنينها والا يقال أجهضها بمعنى جعلها تسقط جنينها وأصلها الناقة فقد جاء في القاموس المحيط , المجهض هو الولد السقط أو ما تم خلقه ونفخ فيه روحه من غير أن يعيش , وأجهض الناقة ألفت ولدها وقد بنت وبره فهي مجهض, وقد جاء تعريف الإجهاض بمعنى آخر وهو إسقاط الجنين ناقص الخلقة وناقص المدة سواء من المرأة أو من غيرها قبل الموعد محدد للولادة.

بوعني الإجهاض من الناحية الطبيعية الوضع المبسر , فالإجهاض وضع لأن فيه إخراج أو طرح ناتج الحمل وهو مبسر لأنه يحدث قبل الأوان أي قبل أن يتم الجنين الأشهر الرحمية المقررة , لهذا يعرف الإجهاض بأنه خروج متحصلات الرحم قبل تمام الأشهر الرحمية, ما يعرف بأنه إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته أو قتله عمداً في الرحم, كما أنه كل طرد للبويضة الملحقة , أو إنهاء الحمل قبل الأسبوع الثامن والعشرين أي في السبعة الأشهر الأولى من بدء الحمل .

ذهب البعض إلى اختلاف موقف التشريعات الوضعية من تعريف الإجهاض مثل قانون العقوبات الأردني وقانون العقوبات المصري شأنها في ذلك شأن الكثير من التشريعات الوضعية بحيث لم تضع تعريفاً للإجهاض, على عكس القانون الألماني الذي عرف الإجهاض بأنه قتل الجنين في الرحم, وقد أدى إلى هذا اختلاف نظرة الفقهاء نحو القيمة أو الحق الذي يحميه القانون من تجريم الإجهاض ذلك أن البعض يرى أن القانون أراد حماية الجنين، بينما يرى البعض الآخر أن القانون أراد ضمان تطور الحمل الطبيعي.

إذا أخذنا بالرأي الأول فإن الإجهاض هو نوع من القتل أو بالأحرى قتل الطفل والنتيجة المنطقية للاخذ بهذا الرأي هي أن الجريمة لا تقوم إذا لم تنعدم حياة الطفل لأن القتل لا يكون قد تحقق .

إما الرأي الثاني فيقول أن هناك إجهاض بالمعنى القانوني لهذا التعبير كلما انقطع تطور الحمل بواسطة وسيلة غير طبيعية أيا كانت والظاهر أن أكثر المؤلفين الحديثين يؤخذون هذا الرأي ويرفضون نتائج الرأي الأول يعتبرون موت الطفل شرطاً أساسياً للجريمة.

أما العلامة جارو فقد عرف الإجهاض بأنه "الطرد المبسر الواقع إرادياً لمتحصل الحمل"، كما عرف الإجهاض على أنه إخراج الحمل من الرحم في غير موعده الطبيعي عمداً وبلا ضرورة وبأية وسيلة من الوسائل .

وقد عرف بعض الفقهاء الإجهاض بأنه استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم بقصد أحداث هذه النتيجة" ولكننا نرى أن هذا الرأي يعيبه أن الإجهاض لا يشترط أن يتم بوسائل صناعية، بل ربما نتيجة نشاط على الرحم كإدخال اليد في الرحم أو الضرب المفضي إلى الموت وكذلك فقد عرفه البعض بأنه "القيام بأفعال تؤدي إلى إنهاء حالة الحمل لدى المرأة قبل الوضع الطبيعي إذا تمت تلك الأفعال بقصد أحداث هذه النتيجة".

أما القضاء في الدول الأجنبية كمصر و الأردن فعرف الإجهاض بأنه تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، ومتى تم ذلك فإن أركان هذه الجريمة تتوافر ولو ظل الحمل في الرحم الحمل بسبب وفاتها، وليس في القانون ما يفيد أن لفظ الإسقاط تعني أن خروج الحمل من الرحم ركن من أركان الجريمة وذلك بأنه يستفاد من نصوص قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الإسقاط افتراض بقاء الأم على قيد الحياة لذلك أستخدم لفظ الإسقاط ولكن ذلك لا

ينفي قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الأوان ولو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحمل.

كما عرفت محكمة التمييز الأردنية الإجهاض بأنه 'تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان' وفي نهاية التعريفات ذهب أهل الطب إلى تعريف الإجهاض أنه 'انتهاء الحمل قبل حيوية الجنين وتقدر حيويته بثمانية وعشرين أسبوعاً ، وهي تساوي سبعة أشهر ويكون الجنين فيها مكتمل الأعضاء ، وله القدرة على الحياة، كما عرف بأنه خروج الجنين من الرحم قبل اكتمال نموه في وقت لا يستطيع العيش فيه خارج الرحم'. (1)

وان هذه الآراء ، سواء تلك الفقهية أو القضائية لم تختلف على محل الجريمة وهو الجنين ، وإنما جاء الاختلاف حول ؛ مبررات التجريم من ناحية أولى عندما اختلفوا حول الحق المراد حمايته بتجريم الإجهاض ،

وجاء الاختلاف من ناحية ثانية نتيجة لمبررات قانونية ؛ ومن ذلك ان البعض ادخل فكرة العمد في الإسقاط، وزاد البعض وجوب أن يكون الإسقاط دون حالة الضرورة، وأضاف أهل الطب أن الإجهاض أو إنهاء الحمل يجب أن يأتي قبل حيوية الجنين لذلك يختلف التعريف باختلاف رؤية المشرع في كل دولة باختلاف الأركان والشروط التي ينص عليها كل قانون على حده ، وعليه فإنه يمكن وضع تعريف الإجهاض لكل قانون على حده وذلك بالاستعانة بفكرة التمييز بين الإجهاض وما يشته به من جرائم أخـ. -رى

(1) انظر في هذا الصدد

- LAMBERT (louis) traité de droit penal special paris 1968

كالقتل، ولا يصادر هذا الرأي على المطلوب؛ لأن الحديث هاهنا ينصب على وضع تعريف للإجهاض لكل قانون على حده، ومن ثم فإن محددات عدة تبرز أمام الفقه لوضع هذا التعريف، ومثال ذلك أن يكون من ضمن العناصر التي تدخل في تعريف الإجهاض، فكرة وقوع الجريمة على جنين وليس على أنسان حي، لنميز بين الإجهاض والقتل داخل القانون الجزائري مثلاً (انظر المادة 254 ق.ع.ج والمادة 304 ق.ع.ج) و يطبق هذا المثال على كافة القوانين الأخرى.

وأما في الشريعة الإسلامية فتعريف الإجهاض يختلف عن تعريفات فقهاء القانون الوضعي بالنظر الى المصطلحات المستعملة .

ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف الإسقاط بأنه كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه طفل "ولد أو بنت"، كما عرف الجنين بأنه الحمل. أو ما يعبر عنه عذد.

الحنفية بالجناية ويطلق على ما هو نفس من وجهه دون وجهه، لأن الحنين من ناحية يعتبر نفساً لأنه أدمى ولا يعتبر نفساً من ناحية ثانية لأنه لم ينفصل عن رحم أمه وهو جزء منها، أما جمهور الفقهاء فإن الإجهاض لديهم يعد جناية على الجنين محلها إسقاط الجنين أو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنين وهو كل ما يترتب عليه انفصال الجنين عن أمه

ولقد قسم الفقهاء الجناية في مفهومها الخاص بحسب خطورتها إلى ثلاث أنواع :

- جناية على النفس وهي القتل .
- جناية على ما دون النفس وهي الضرب والجرح
- جناية على ما هو نفس من وجه دون وجه وهي الجناية على الجنين والإجهاض، ذلك لأن الجنين يعد جزءاً من أمه وليس نفساً مستقلة عنها في الواقع ومن جهة أخرى يعد نفساً مستقلة عن أمه بالنظر للمستقبل ،

لأن له حياة خاصة وهو يتهيأ لأن يفصل عنها بعد حين ويصبح ذا وجود مستقل , أما الجنائية بمفهومها العام فقد قسمها الفقهاء إلى ما يلي .

(1) جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهو المسمى قتلًا وجرحًا.

(2) جنايات على الفروج وهو المسمى زنا.

(3) جنايات على الأموال وسواء أكان مأخوذًا بالحرب أو كان مأخوذًا على

وجه الخفية أو كان مأخوذًا بعلو الرتبة الذي يسمى غصبًا.

(4) جنايات على الأعراض وهو المسمى قذفًا.

(5) جنايات بالتعدي على استباحة ما حرمه الله من المأكول والمشـ. -روب

والجنين عند مالك وأصحابه هو "كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه ولد

سواء كان تام الخلقة أو كان مضغه أو علقه أو دماً",

ويقول البستاني في دائرة المعارف : "الجنين هو الولد مادام في بطن أمه ويكون أولاً نطفة ثم يصير علقه ثم يصير مضغة ثم جنيناً "

أما الجنين عند الشافعية "هو ما فارق العلقه والمضغة وبدأت عليها دلائل التخلق، وكذا إذا كانت المضغة ولم يتبين فيها شيء من خلق فشهد ثقة بأنه مبدأ خلق آدمي لو بقي لتصور قال تعالى: "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقه فخلقنا العلقه مضغة فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً ثم انشأنه خلقاً آخر فتبارك الله أحسن الخالقين"

مما سبق نجد أن التعاريف السابقة شاملة لجميع الأفعال سواء وقع من الأم الحامل نفسها أم من غيرها وسواء كان فعلاً مادياً إيجابياً باستخدام وسائل دون حصر لها، أم فعلاً سلبياً على أن يكون من شأن هذا النشاط أن يؤدي لإحداث النتيجة وهي إنهاء حالة الحمل، سواء بخروج الجنين حياً أو ميتاً، أو بقاءه داخل الرحم ولكن بموت الأم والذي

سيتتبع وفاة الجنين. قبل أن ندرس الإجهاض كجريمة، وكظاهرة اجتماعية، علينا أن نوضح الحدود الفاصلة بينة وبين الأفعال مشابهة له، أو تتداخل معه، لذلك فمن الحكمة أن نبين الحدود الفاصلة بين فعل الإجهاض وبعض الأفعال التي تقترب منه حيث يتدخل الإجهاض ومنع الحمل في نقطة هامة جداً ألا وهي متى يبدأ الحمل . (1)

كما يتدخل الإجهاض مع جريمة القتل في نقطة هامة أيضاً وهي متى ينتهي الحمل بمعنى متى تسقط عن الكائن البشري المنتظر صفة الجنين لتحل محلها صفة الإنسان.

(1) محمد برهان الدين ، قضايا فقهية معاصرة طبعة أولى 1988

- الاجهاض و منع الحمل : avortement et contraception

يقصد بمنع الحمل هو الحيلولة بوسيلة ما دون حصول الحمل عند المرأة ويقول الأمام الغزالي وهو بصدد التفرقة بين منع الحمل والإجهاض : "وليس هذا - أي منع الحمل - كالأجهاض والوآء - لأن ذلك - أي الاستجهاض والوآء - جنائية على موجود حاصل والوجود له مرتب ، أول مرتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة ، وتستعد لقبول الحياة ، وإفساد ذلك جنائية ، فإن صارت علقه أو مضغة ، كانت افحش ، وإن نفخ فيه الروح واستوت الخلقة ، ازدادت الجنائية تفا حشا ومنتهى التفاحش في الجنائية - هي بعد الانفصال حيا"

بداية أن منع الحمل قبل حدوثه لا يكون إجهاضا غير أنه إذا تم بعملية جراحية نجمت عنها أضرار وإصابات بالمجني عليه، كالعقم الدائم الذي يجعل صاحبه غير صالح للإيجاب عندها يعد الفاعل مرتكباً لجنائية العاهة المستديمة ولا عبرة برضا المجني عليه. فالفرض هنا عدم وجود حمل وإن تلك الوسائل ينحصر عملها ووظيفتها في الحيلولة دون حدوث الحمل وعليه فإن بدء الحمل هو النقطة الفاصلة بين اعتبار الوسيلة التي أمانا وسيلة للإجهاض أو وسيلة لمنع الحمل أما الإجهاض فهو إنهاء الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة وفي الإجهاض يفترض وجود حمل ، ثم إنهاء نموه وتطوره، فإذا لم يوجد حمل - فلا مجال للقول بحدوث الإجهاض، وبما أن الإجهاض ومنع الحمل يتدخلان عند نقطة هامة وهي بداية الحمل حيث يوجد اتجاهات في تحديد بدء الحمل. (1)

الاتجاه الأول :

يرى بان الحمل يبدأ من لحظة اللقاح أي التقاء البويضة بالحيوان المنوي ، فمنذ هذه اللحظة يصبح للبويضة الملقحة حرمة بحيث أن أي اعتداء عليها يعتبر إسقاطاً للحمل.

الاتجاه الثاني :

يرى أن الحمل يبدأ بتمام زراعة البويضة الملقحة في جدار الرحم أما الفترة ما بين التلقيح والزراعة فلا يكون هنالك حالة حمل, إذا فالرأي الأول يرى أن الحمل يبدأ بمجرد التلقيح أما الثاني يقرر أن الحمل يبدأ بعد عملية زراعة البويضة الملقحة بجدار الرحم .

فإذا علمنا أن أكثر الوسائل المستعملة لمنع الحمل ، تؤدي عملها بوجه عام أما بمنع التقاء السائل المنوي بالبويضة ، أو حتى بإعاقة خـ ـ ـ روج البويضة من المبيض أو عن طريق وقف السائل المنوي حتى لا يصل إلى البويضة ، فمثل تلك الوسائل لا تثير أي مشاكل, لذلك نجد أنه لا يوجد أي بويضة مخصبة ، وبالتالي فإنه لا يوجد حمل سوءاً بناءً على الرأي الأول أو على الرأي الثاني ومن ثم فلا يوجد علاقة بين الإجهاض ومنع الحمل, ومن هنا يتبين لنا أن استعمال وسائل منع الحمل بحسب التشريع المصري وأغلب التشريعات الحديثة يعد عملاً مباحاً يخرج من دائرة التحريم والتأثم، ذلك بعكس استعمال الوسائل لمؤدية لإسقاط الحمل فهو في الغالب فعل إجرامي .

- الاجهاض و القتل : avortement et meurtre :

تختلف جريمة الإجهاض عن جريمة القتل في أن المجني عليه في الجريمة الأولى هو الجنين بينما في الجريمة الثانية فإن المجني عليه هو إنسان حي ، إذاً الاختلاف هنا في محل الحماية الجنائية حيث أن الإجهاض يستهدف إزهاق روح الجنين قبل الموعد الطبيعي للولادة في حين يستهدف القتل إزهاق روح إنسان حي وتبعاً لذلك تختلف الحماية التي يوفرها المشرع الجزئي لكل من الجنين والإنسان .

لذا يحمي المشرع الجزائي الجنين من خلال النصوص التي تعاقب على ارتكاب جريمة الإجهاض ، بينما يحمي المشرع الجزائي الإنسان الحي من خلال النصوص التي تعاقب على ارتكاب جرائم القتل والجرح، والضرب.

كما نجد من خلال النظر إلى العقوبات المقررة في القانون الجنائي للجرائم الخاصة بالقتل نجد أنها اشد أقصى من العقوبات المقررة في جرائم الإجهاض ، كما أن القتل الخطأ والقتل الغير مقصود معاقب عليه أيضا ، أما الإجهاض لا يكون إلا عمداً بحيث لو وقع عن خطأ يكون غير معاقب عليه، كما هو الحال في التشريع المصري حيث أن المشرع يعاقب على الشروع في القتل العمد ، في حين أنه نص بصراحة في المادة (264) من قانون العقوبات المصري بأنه لا يعاقب على الشروع في الإجهاض،

كما يتضح أيضا أن المشرع المصري وازن بين حياة الجنين وحياة الإنسان فرجح الثانية على الأولى ، حيث أجاز التضحية بالحق ذي القيمة الأقل، إنقاذاً للحق ذي القيمة الأكبر ، فهو يرى أن حياة الجنين احتمالية في حين أن حياة الإنسان يقينية وبالتالي اختلف مدى الحماية الجنائية لكل

منهما، وبالرغم من أن المشرع الأردني يستمد بعض مفاهيمه التشريعية من القانون الإنجليزي فإنه لم يأخذ بوضع حدود واضحة.

كما في التشريع الإنجليزي، ومع ذلك يتفقا المشرع الأردني مع المشرع المصري في جواز إباحة التضحية بحياة الجنين إنقاذاً لحياة الحامل إذا كان في بقاء حملها ضرر يلحق بها، وبذلك فهو فاضل حياة الأم على حياة الجنين الغير مؤكدة .

أما المشرع الإنجليزي فقد حدد بشكل واضح لا لبث فيه نطاق كل من جريمة الإجهاض وجريمة القتل حيث أن الإجهاض يقع على الجنين منذ لحظة التصاق البويضة الملقحة بجدار الرحم، في حين أن القتل يقع على الإنسان الحي ، ولا يكتسب الجنين صفة الإنسان إلا بانفصاله التام عن أمه ، وحتى لا يبقى الجنين بمعزل عن الحماية الجنائية في فترة انتقاله إلى العالم الخارجي أي أثناء عملية الولادة فقد أوجد المشرع الإنجليزي جريمة مستقلة نص عليه قانون حماية الطفولة الصادر سنة 1992 وهي جريمة تدمير الوليد

لذا فإن أغلب الفقه يرى أن الحياة الإنسانية تبدأ بمجرد بدأ عملية الولادة وبالتالي لا كلام عن الإسقاط بعد عملية الولادة ، وإنما يبدأ مجال الاعتداء على حياة الإنسان وسلامة جسمه، وقد وازن المشرع بين حياة الجنين الاجتماعية وحياة الإنسان اليقينية فرجع الثانية على الأولى وأباح التضحية بحياة الجنين إنقاذاً لحياة الأم.

وهذا الاختلاف بين نوعي الحياة يؤدي بالضرورة إلى تفاوت القيمة القانونية لكل منهما بالتالي اختلاف مدى الحماية الجنائية لكل منهما.

* موقف الشرائع السماوية والقوانين الوضعية في الإجهاض

- موقف الشرائع السماوية في الإجهاض

لم يرد ذكر الإجهاض في التوراة إلا من معرض إسقاط الجنين بالتعدي على المرأة ، أما الديانة المسيحية فقد عملت على تحريم الإجهاض وأمـ... ـاعن خاتمة الرسائل السماوية فقد قسم الفقه الإسلامي حكم الإجهاض إلى قسمين ، يتناول القسم الأول حكم إسقاط الجنين قبل نفخ الروح ، ويتناول القسم الثاني حكم إسقاط الجنين بعد نفخ الروح ، وقد رسخ الفقه الإسلامي رؤيته للإجهاض من خلال الاختلافات العديدة في مسائل الإجهاض المختلفة خلافا للشرائع الأخرى.

- الشريعة المسيحية:-

يهتم المسيحيون بكثير النسل ويحاربون تحديده،ومما ينسب إلى البابا بيوس الثاني عشر قوله في الاتحاد الإيطالي لجمعيات العائلات الكثيرة العدد سنة 1958 "إن خصب الزوج شرط لسلامة الشعوب المسيحية ودليل على الإيمان بالله والثقة بعنايته الإلهية ومجلبه للأفراح العائلية".

لذا عملت الديانة المسيحية على تحريم الإجهاض وكانت فلسفة الديانة المسيحية ترى أن الزواج شر لا بد منه وخطيئة لا يبررها إلا النسل، وأن

الجنين يجب أن يولد حياً،وان أي اعتداء على الجنين كالقتل يعتبر قتلاً عمداً،بل اعتبرته اشد أجراماً من قتل الطفل بعد ولادته وتعميده لان الجنين يفقد حياته الروحية بينما لا يفقد الطفل المعمد سوى حياته الجسدية حيث يرى القديس باسيل أن يعاقب مرتكب جرم الإجهاض مهما كان عمـ... ـر

الجنين ، ومعنى ذلك أن الجنين لا يستحق الحماية الجنائية إلا بعد مرور فترة زمنية معينة على الحمل،حيث أن الكنيسة لا تعاقب على الإجهاض طالما أن الروح لم تدب في الجنين،

كما يقول الفيلسوف اثنا غوراس،وهو من آباء القرن الثاني للميلاد،" أن أولئك النسوة الاتي يستعملن العقاقير لإسقاط الجنين،يرتكبن جريمة القتل ولسوف يحاسبن أمام الله عن هذا الأمر،لأنه يجب على الإنسان أن ينظر إلى الجنين على أنه كائن مخلوق،وبالتالي فهو موضوع العناية الله إما في عام 1588م فقد أصدر البابا "سيسكت كانت" بيانا ذكر فيه أن الإجهاض معاقب عليه عندما تدب الروح في جسد الجنين،بشعور المرأة بحركاته ومنذ ذلك الوقت أصبحت عقوبة الإعدام تطبق على المرأة المجهضة وكثير ما شنقت النساء أو حرقن وهن على قيد الحياة لهذا السبب، وبعدها أعلن البابا دعببوس الحادي عشر" في المجمع المقدس عام 1930 أن حياة الأم وحياة الجنين مقدستان وأنه لا يصح القضاء على أي منهما، وأن أي منع للولادة يعاقب كفعل مخالف للطبيعة.

لذا وعلى الرغم من ذلك فقد أباح الدين المسيحي الإجهاض في حالات الضرورة والمتمثلة في الحالات التي يكون فيها استمرار الحمل خطر على حياة الأم الحامل وصحتها، أو أن يكون الجنين مشوها تشوها خطيراً.

أما بالنسبة لحمل السفاح فنجد أن الكنيسة رفضت إباحة الإجهاض للتخلص من الحمل السفاح،حيث وضعت عقوبات دينية ودنيوية على النساء الاتي يجهضن حملن الناتج عن سفاح .

*موقف الشريعة الإسلامية

يتضمن هذا البند الحديث عن ثلاثة نقاط تتعلق الأولى بموقف الشريعة الإسلامية من تحليل حياة الجنين لدى الفقهاء، ثم نتحدث عن عقوبة الإجهاض في الشريعة ونختتم ذلك ببيان موقف الشريعة الإسلامية من منع الحمل.

- موقف الشريعة من تحديد حياة الجنين .

الجنين هو الحمل والاعتداء عليه يشكل تعرضاً لمخلوق غافل عما يجري حوله ولذا يسمى الإجهاض في الفقه الإسلامي "إجهاض الجنين" ويقابلها في الفقه القانوني "جريمة الإسقاط"، ولكي يظهر حكم الشريعة الإسلامية في الإجهاض فلا بد من التعرض لأراء الفقهاء في مسائل الإجهاض حيث قد فرق الفقهاء بين الإجهاض الذي يتم خلال مرحلة ما قبل نفخ الروح ومرحلة ما بعد نفخ الروح .

أ: حكم الإجهاض في مرحلة ما قبل نفخ الروح

توجد نصوص قطعية في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة تخبرنا بدقة عن موعد نفخ الروح في الجنين، وقد ذكر القرآن الكريم هذه المرحلة ، وحددها بستة أطوار إذ يقول سبحانه وتعالى : "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين ، ثم جعلناه نطفة في قرار مكين ثم خلقنا النطفة علقة ، فخلقنا العلقة مضغة ، فخلقنا المضغة عظاماً فكسونا العظام لحماً" وللفقهاء في ذلك تفصيلاً سنورده أقوالهم وفق المذاهب الأربعة كمايلي.

قوال السادة الحنفية ولهم رأيان في هذه المسألة

الرأي الأول :

إباحة الإسقاط قبل نفخ الروح حيث أنه لم يستبين شئ ، من خلقه ويقول: الكمال ابن الهمام" يباح الإسقاط بعد الحمل ما لم يخلق شئ منه" ودليلهم في ذلك أن محصول الحمل قبل التخلق قطعة لحم قد لا تكون جنيناً حيث انه مجهول المستقبل ولا حياة فيه

* الرأي الثاني:

يحرم الإجهاض قبل نفخ الروح بغير عذر على اعتبار أنه بذرة محترمة لا يجوز المساس بها أقوال السادة الشافعية ذهبوا إلى إباحة الإجهاض قبل نفخ الروح وسندهم في ذلك أن متحصل الحمل خلال هذه المرحلة لم يدخل مرحلة التخلق ولم يبدأ التصور بعد ولا يتبين منه شيء.

ويرى بعض الشافعية حرمة إخراج النطفة قبل نفخ الروح فيها قبل الأربعين يوماً على اعتبار أن أول مراتب الوجود وقوع النطفة في الرحم فيختلط بماء المرأة فإفسادها جناية على موجود، فإن صارت علقه أو مضغة فالجناية أفحش، فإن نفخت الروح واستقرت الحلقة زادت الجناية تفا حشا.

أقوال السادة المالكية :

هم أكثر تشدداً في أقوالهم حيث ذهبوا إلى تحريم الإجهاض في هذه المرحلة ومنعوا الإجهاض حتى لو كان قبل الأربعين يوماً، حيث جاء في كتاب الشرح الكبير : "لا يجوز إخراج المنى المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً، وهذا يفيد الحرمة وعدم

جواز الإجهاض ويتضح أن المالكية ترى أن محصول الحمل منذ بدايته له حق الحياة،
وانه لا يجوز التعرض له بحال من الأحوال .

أقوال السادة الحنابلة:

ذهب الحنابلة إلى إجازة الإجهاض في هذه المرحلة أي إباحة الإجهاض حيث جاء في
كتاب الأنصاف "يجوز شرب دواء لإسقاط نطفه" وإجمال الحديث أن الفقهاء ذهبوا في
الإسقاط قبل النفخ إلى مذهبين، أولها المنع وهذا رأي الإمام مالك ، ودليلهم في ذلك أن
العلاقة والمضغة ابتداء خلـ ـق آدمي له حرمة، ولا يحل انتهاكها، ثانيها يقول بالإباحة
وهم جمهـ ـر - ور الحنفية والشافعية والظاهرية من الحنابلة ودليلهم أن محصول الحمل
قبل التخلق قطعة لحم قد لا تكون جنينا وحياتها البشرية في حكم المجهول كما أن
الجنين في هذه المرحلة لا حياة فيه .

ب: حكم الإجهاض بعد نفخ الروح

هذه المرحلة التي أشار إليها الله سبحانه وتعالى بقوله "ثم أنشأناه خلقاً آخر"، وهو حرام
مطلقاً لم يخالف في ذلك أحد بل أنها جنحة شرعت لها عقوبتان ، هما الكفارة والدية
وسوف نعرض آراء المذهب كمايلي.

مذهب الحنفية: يحرم الإجهاض بعد نفخ الروح وحجتهم في ذلك أن ماء الرجل بعد
وقوعه في الرحم ليس حياة آدمية بل أنه أصل الحياة، واعتبروا أن الحمل بعد نفخ
الروح حياة كاملة مصانة لا يجوز المساس بها أو الاعتداء عليه وأي اعتداء فإنه
يوجب الغرة والدية.

مذهب المالكية:

يحرم الإجهاض ولا يجوز التعرض للحمل بعد نفخ الروح، وجاء في الشرح الكبير للدردير انه 'لا يجوز إخراج المنى المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوماً وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعاً'. واعتبروا أن الاعتداء على الجنين بعد نفخ الروح قتلاً صريحاً.

مذهب الشافعية:

الراجح عندهم تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح مطلقاً، ويتضح من أقوال فقهاء الشافعية العقاب على الإجهاض بعد التخلق ويصبح الحكم كراهية التحريم حتى نفخ الروح ثم يصبح

الحكم	الحرمة	المطلقة	بعد	ذلك
-------	--------	---------	-----	-----

مذهب الحنابلة:

عندهم حرمة الإسقاط بعد نفخ الروح ويقول ابن قدامة : 'من ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ، وإذا شربت الحامل دواء فألقت به جنيناً على كل منهما كفارة وغرة والحكم بموجب الكفارة يقتضي وقوع الآثم لذا نستخلص من آراء المذاهب السابقة أن الإجهاض بعد نفخ الروح حرام بالإجماع بدون عذر وتجب فيه عقوبة، أما إذا وجد عذر قاهر جاز الإجهاض ومن تلك الأعذار، أن يكون هنالك عذر قاهر كتحقق موت الأم إذا بقى الجنين في بطنها.

هذا وقد لخص د. محمد سيف الدين السباعي آراء العلماء في الإجهاض حيث ذهبوا في الإسقاط قبل نفخ الروح إلى مذهبين.

أولهما: يقول بمنع الإجهاض قبل نفخ الروح وهم الإمام مالك والغزالي وبعض الحنفية ، ودليلهم وأن العلقة والمضغة ابتداء خلق آدمى له حرمة ولا يحل انتهاكها .

ثانياً: يقول بالإباحة وهم جمهور الشافعية والحنفية والظاهر من كلام الحنابلة ، ودليلهم أن محصول الحمل قبل نفخ الروح قطعة لحم قد لا تكون جنيناً، أما الإجهاض بعد نفخ الروح فهو حرام إطلاقاً ولم يخالف في ذلك أحد.

2/ عقوبة الإجهاض في الشريعة الإسلامية

مما لا شك فيه أن كل حكم في الشريعة الإسلامية يستتبع أثراً دنيوياً وأخروياً وأن هذا العقوبات أو الآثار الدنيوية التي يحكم بها الحاكم أو ولي الأمر تمثل العقوبة الرادعة التي يستحقها من تجاوز الخطوط وارتكب عملية الإجهاض سواء كان الفاعل المنفذ للجريمة أو المشاركون له والعقوبة الشرعية لمرتكب الإجهاض على وجهين، أولها تعويض يدفع لورثة الجنين لقاء خسارتهم لهذا الحمل ، وهذه العقوبة تدعى الغرة، وثانيها هدى يقدم إلى الله سبحانه وتعالى استغفار عما ارتكبه الفاعل من ذنب وتدعى الكفارة.

1/2 الغرة - - - - رة :- (1)

الغرة بضم العين تطلق على الخيار من كل شئ وهي في اللغة بياض في وجه الفرس وتقدر الغرة بخمسة من الإبل)، وجاء في الحديث الشريف الوارد في وصف المؤمنين "أعرفهم غرا محجلين من آثار الوضوء".

(1) أنظر سيد سابق، فقه السنة.

والغرة في اللغة: 'عبد أو أمة' ، وهذا يتفق مع ما فسرهما رسول الله (ص) على عاقلة المغيرة بن شعبه أنه قال : كنت بين جارتين فضربت أحدهما الأخرى بمسطح فألقت جنينا ميتا ، وماتت ، فقضى رسول الله (ص) على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين ، ولما سئل عليه السلام عن الغرة قال: عبد أو أمة" ، وغرة الشيء أوله وغرة الجنين أول مقدار ظهر في باب الدية وسميت غرة لان أول شيء يظهر منه الوجه.

تقدر الغرة بنصف عشر دية الرجل ، وعشر دية المرأة ، وكل منهما خمسمائة درهم ، لأن نصف العشر من عشرة آلاف درهم ، وهو العشر من خمسة آلاف درهم" ، والدليل على ذلك ، ما روى النبي (ص) قال 'في الجنين غرة ، عبد أو أمة ، قيمته خمسمائة' وفي رواية أخرى 'أو خمسمائة'.

2/2 فرضيتها ودليل وجوبها :-

ورد في السنة النبوية أحاديث صحيحة ومنها ما رواه الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : "اقتتل امرأتان من هزيل، فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله (ص) ، فقضى رسول الله (ص) أن دية جنينها عبد أو أمة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم"

كما أن عمر ابن الخطاب بعث إلى امرأة مغيبة (التي غاب زوجها) كان يدخل عليها فقالت يا ويلها . مالها ولعمر فبينما هي في الطريق إذ فرغت فضربها الطلق فألقت ولداً فصاح الصبي صيحيتين ثم مات فاستشار عمر الصحابة فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء إنما أنت وال مؤدب وصمت على ابن أبي طالب رضي الله عنه فأقبل عليه عمر فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم ، وإن كانوا قالوا في

هوى فلم ينصحوا لك . إن ديتة عليك لأنك أفرعتها فألفته، فقال عمر: أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك.

والغرة كانت عبداً أو أمه يوم كان هنالك أرقاء ، أما وقد انقرض الأرقاء انتهى نظام الرق فقد قدر العلماء بدلها نصف عشر دية القتل أي خمساً من الاعتداء.

3/2 شروط الغرة حتى تستحق:

أولاً: وجودا ما يعد جنائية تستلزم انفصال الجنين عن أمه ميتاً. لا يشترط في الفعل المرتكب من قبل الجاني أليها يكون من نوع خاص فيصح أن يكون عملاً أو قولاً ويصح أن يكون الفعل مادياً أو معنوياً سواء توافر قصد الفاعل أم لا، ومن الأمثلة على الفعل المادي الضرب والجرح والضغط على البطن ، وتناول دواء أو مواد تؤدي للإجهاض، وإدخال مواد غريبة في الرحم أو أن تحمل حمل ثقيل، ومن الأمثلة على الأقوال والأفعال المعنوية التهديد والإفزاز والترويع كتخويف الحامل بالضرب أو القتل والصياح عليها فجأة ، وتوبيخ المرأة أو الصياح عليه، أو تشم ريحاً ضارة ، ونحو ذلك كان تسب أو تشتم شتما مؤلماً يؤدي إلى إسقاطها أو إجهاضها، وسواء وقع الإجهاض بفعل مادي أو معنوي فلا فرق بينهما كما ويصح أن يقع الفعل المكونة لجنائية الإجهاض من الأب أو من الأم أو من غيرهما، وأيا كان الجاني فهو مسئول عن جنائية ولا أثر لصفته على العقوبة المقررة للجريمة.

ثانياً: أن ينفصل الجنين عن أمه ميتاً

يتحقق ذلك إذا كان تلفه قد حدث من الجنائية الواقعة عليه ، أما إذا انفصل الجنين حياً وبقي لفترة بلا ألم ثم مات فلا ضمان، وخاصة مع تقدم العلم

والوسائل الطبية والتي تمكن من الوقوف بسهولة على سبب الإجهاض وهل تقررت حياته في بطن أمه ، أم مات بسبب الجناية الواقعة عليه. ثالثاً: أن يكون الحمل المنفصل بتأثير الجناية أو الإجهاض قد تجاوز المضغة وبدأ مرحلة التطور.

قال الإمام مالك: 'كل ما طرحته من مضغة أو علقه مما يعلم أنه ولد ففيه لغرة سواء استبان الخلق أم لا' أي الغرة تجب بعد التخلق وقبل نفخ الروح ، ففيه الغرة كما تقدم معنا سواء كان عمداً أو خطأ..

4/2 أما من يدفع الغرة:-

فهو المتسبب بالإجهاض أي الفاعل له سواء كان أبو الجنين أو أمه أو الطبيب أو غيرهم ، فلو اتفقت الأم مع الأب على إسقاطه وباشرت ذلك بشرب دواء أو غيره لو جبت عليها الغرة لورثة الجنين ، ولو أنها أمرت امرأة أخرى بإسقاطه لها فإن ذلك لا يعفي المرأة التي باشرت الإجهاض من دفع الغرة.

5/2 . لمن تجب الغرة:-

تجب الغرة لورثة الجنين حسب ما هو معروف في أحكام الفرائض والمواريث ويحرم منها من تسبب بالإجهاض حتى وأن كان المتسبب في الإجهاض أحد الورثة فمن ضرب بطن امرأة فالقت جنيماً ميتاً تجب غرة نصف عشر الدية وإن القته حياً فمات فدية فإن ألفت ميتاً فماتت الأم فدية وغرة وإن ماتت فالقته ميتاً فدية فقط ، وما يجب فيه يورث ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امرأته فالقت أبناً ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها وفي جنين الأم لو ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر

قيمته لو أنثى، وقد اتفقت ألامه على إن الورثة الذين يسلم لهم الغرة وهي كحكم الدية
انهم يقتسمونها على سنة المواريث بلا خلاف .

6/2 موقف أصحاب المذاهب من الغرة :-

تتفق جملة المذهب على أن عقوبة الإجهاض هي الغرة كما يلي :-
مذهب الحنفية إلى أنه إذا ألفت المرأة الجنين ميتا نتيجة ضرب من الغير وجب على
العاقلة غرة وأن ماتت وألفت الجنين ميتا فعلى الجاني دية الأم وإذا أسقطت المرأة
الجنين عمداً ودون إذن زوجها فعقابها الغرة وإذا أذن الزوج فلا غرة.

أما الحنابلة فإن الغرة واجبة في جنين الحرة المسلمة والكتابية دون الجنين المحكوم
برقه فلا غرة فيه.

أما الشافعية :

تجب الغرة عندهم في الجنين إذا انفصل ميتا في جناية على أمه الحية أو مات جنينا
خرج بعد انفصاله حيا ، أو دام ألمه ومات فيه فديه نفس كاملة ولو ألفت امرأة بجناية
عليه جنينين ميتين فغرتان تجبان فيها ، أو ثلاثة فتلاثة وهكذا.

أما المالكية :

فالغرة تجب عندهم إذا انفصل الجنين بكامل أجزاء عن أمه ميتا وهي حية فإن ماتت
قبل انفصاله فلا شيء فيه لا ندرجه في دية الأم، فإن عاش حياة قصيرة ومات بعدها فلا
غرة ولا دية لأنه يحتمل موته بغير فعل الجاني، وقد اشترطوا في الغرة لإيائها شروطا
هي :

1- أن ينفصل الجنين عن أمه ميتاً، وذلك لتحقيق أن تلفه قد حدث من الجناية الواقعة عليه.

2- أن يكون قد استبان خلقه أو بعض خلقه.

3- أن يكون الحمل حقيقة لا وهما، فإن اعتدى إنسان على ام-رأة
البطن، فزال الانتفاخ لم يجب على الجاني شيء مما يجب في الجنين.

7/2 الفـ كـ فـ _ _ _ _ ارة

تعرف الكفارة: أنها حق فيه معنى العبادة والعقوبة فهي عبادة تؤدي بما هو عبادات محضة من عتق وصيام وصدقه ويشترط فيها النية ولا تقبل فيها النيابة ، أما معنى العقوبة فلأنها لم تجب إلا جزاءً على أفعال محددة ولذلك سميت كفارة لأنها ستارة للذنوب، والكفارة شرعت في قوله تعالى: 'ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الآتي أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليمًا حكيمًا، وقد قررت الشريعة الإسلامية عقوبة أخرى عند الجناية على الجنين وهي عقوبة الكفارة سواء انفصل الجنين حياً أو ميتاً وهذا هو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وقالوا بالكفارة مع الغرة أن حصل الإجهاض بعد التخل سواء كان ذلك عمداً أو خطأ. أما الحنفية فقالوا بالغرة دون الكفارة أن كان الإجهاض عمداً وبالكفارة مع الغرة إن كان الإجهاض خطأ، وبهذا نرى أن عقوبة الإجهاض في الشريعة الإسلامية باتفاق المذاهب هي الغرة، وإن كان الخلاف بينهم في حالة

إسقاط الجنين حياً أو مقدار القيمة مع تفاوت الأقدار . (1)

3/حكم منع الحمل في الشريعة الإسلامية

عرفت البشرية منذ قديم الزمان بعض وسائل منع الحمل المؤقتة حيث استخدمت بعض الأمم قبل الإسلام عقاقير لمنع الحمل مثل المصريين، حيث لجأ بعضهم الاتي وسيلة العزلي نهاية الاتصال الجنسي ومنهم الرومان والفرس كما اخذ العرب في الجاهلية هذا الطريقة عن جيرانهم الروم والفرس ، وبعد ما جاء الإسلام حث المسلمين على الزواج في سن مبكرة ما أمكن بقصد اعفاف النفوس وصيانة أخلاقهم من كل ما يمكن أن يندسها من جهة وتكثير النسل من جهة أخرى، قال تعالى: "ومن آياته أن خلقنا لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليهم وجعل بينكم مودة ورحمة"، كما قال (ص) "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة".

وهناك العديد من الدواعي التي تقوم في المجتمعات الإسلامية تدعوا إلى استخدام بعض وسائل منع الحمل كفقر الزوجين، أو الخشية على صحة المرأة الحامل من الحمل لذلك ذهب فقهاء المسلمين إلى إباحة موانع الحمل عندما تكون هنالك حاجة ضرورية طبقاً للقاعدة الشرعية "أن الضرورات تبيح المحظورات"، فذهب البعض إلى إباحة موانع الحمل ولكنه غير مستحبة، لأنه منافيا للغاية التي قصدها الإسلام من الزواج وهي التكاثر وعمارة الأرض، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول بإباحته على أن يكون استخدامه بصفة مؤقتة وهذا ما اتجهت إليه أغلبية المذهب الفقهية هذا وقد كان بعض من دخلوا الإسلام يتبعون وسيلة العزل وسأل بعضهم الرسول "ص" عن حكم العزل باعتباره وسيلة لمنع الحمل والتحكم به طالما وجدت الرغبة في عدم حصوله، فأدلى الرسول (ص) بتصريحات تشعر عند المحققين من الأئمة بإباحته وهو ما قال به جمهور الفقهاء.

(1) عبد الله بن محمد معصر حقوق الجنين في الفقه الإسلامي مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة السابعة العدد 26 سنة 1416 هـ..

ومن ذلك ما جاء في الصحيحين عن جابر رضي الله عنه قال: 'كنا نعزل على عهد رسول الله والقرآن ينزل' وجاء في صحيح مسلم أنه قال "فبلغ ذلك رسول الله فلم ينهنا".

أما أقوال العلماء في العزل .

القول الأول:

ذهب جانب الآتي جواز العزل وهو رأي غالبية الحنفية - المالكية والحنابلة وبعض الشافعية لكنهم اشترطوا إذن الزوجة ورضاها .

القول الثاني:

قدامه العزل وهو مذهب أكثر الشافعية .

القول الثالث:

تحريم العزل وهو مذهب ابن حزم وبعض مشايخ الحنفية وبعض الشافعية. هذا وقد أصدرت لجنة الفتوى بالأزهر سنة 1953 إفتاء بعدم تحريم استعمال الدواء لمنع الحمل المؤقت تيسيراً على الناس ، ولا سيما إذا ضيق من كثرة الحمل ، أو ضعف في المرأة من الحمل المتتابع، ومن المبين أن منع الحمل ليس بواجب ولا مندوب فلم يبق إلا أن يكون مباحاً للأفراد أن يقدموا عليه حسب ظروفهم ورغباتهم على أن لا يكون بصفة دائمة فإنه حرام إلا إذا وجدت هناك ضرورة حتى لا تكون هناك مخالفة لمقاصد الشريعة الإسلامية من الزوج لذلك يجب الأخذ بالأسباب وموافقة الزوجين.

المطلب الثاني : بيان أركان جريمة الإجهاض

تحليل الفقه لأركان جريمة الإجهاض (1)

ذهب الفقه إلى تقسيم أركان جريمة الإجهاض إلى أربع أركان وهي الركن الشرعي وعناصره , الركن المفترض والذي يتمثل في وجود الحمل, والركن المادي وما يتضمنه من عناصر وهي السلوك (فعل الإسقاط) النتيجة , وعلاقة السببية , وإذا لم يكتمل الركن المادي يترتب عليه عدم توافر الجريمة أو اعتباره شروعاً إذا توافرت عناصر الشروع بحسب ما ينص عليه القانون, غير أن ارتكاب هذا الركن قد يتم بواسطة فاعل أصلي واحد أو يتعدد المساهمون؛ وبالانتهاء من دراسة المساهمة الجرمية ننتهي من دراسة الركن المادي وننتقل لدراسة الركن المعنوي ويتمثل في القصد الجنائي العام وهو العلم والإرادة والقصد الاحتمالي فإذا توافرت هذه الأركان , توافرت الجريمة , مما يوجب أفراد مبحث مستقل لدراسة كل ركن على حدي , على النحو التالي من التقسيم:

* الركن الشرعي

* الركن المفترض – وجود الحمل

* الركن المادي.

* الركن المعنوي.

(1) محمد عبد الشافي اسماعيل ، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة و القانون

* الركن الشرعي في الإجهاض :

نصت المادة (66) من الدستور المصري على أنه "العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناءً على قانون ولا توقع العقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال لاحقاً لتاريخ نفاذ القانون كما نص المشرع الأردني في المادة الثانية من الدستور الأردني على أنه "لا يجوز أن يوقف أحد أو يحبس إلا وفقاً أحكام القانون" وكذلك نص في المادة الثالثة من قانون العقوبات الأردني "لا يقضي بأية عقوبة لم ينص القانون عليها حين اقتراف الجريم .

يعني ذلك أن على المشرع أن يحدد سلفاً ما يعتبر من الأفعال الصادرة على الإنسان جريمة تستحق العقاب بحيث يحدد لكل جريمة نموذجها القانوني ويضمنها شق التكليف كما يحدد لكل جريمة عقوبتها سلفاً من حيث الكيف ، أم حيث الكم ، بحيث يعرف الفاعل التمييز مقدماً بين ما يعد من الأفعال المباحة وما يعد مجرماً، وذهب الفقه إلى أن للركن الشرعي عنصران هم خضوع الفعل لنص التجريم ويطلق عليه الوجه الإيجابي للركن الشرعي، وعنصر ثاني وهو زوال خضوع الفعل لنص التجريم ويطلق عليه الوجه السلبي، وعليه فقد خصص الباحث مطلباً أولاً درس فيه مفهوم الركن الشرعي وعنصريه .

وإذا كان الأصل العام أن الرضاء لا ينفي الصفة الإجرامية عن الفعل إلا في جرائم معينة كالسرقة والإتلاف الخ ، فأننا نجد أن المشرع المصري في المادة (262) وكذا الأردني في المادتين (321 ، 322) ، قد اتفقا مع هذا الأصل العام ، وقررا صراحة أن رضاء الحامل للإجهاض لا يترتب عليه انتفاء الصفة الإجرامية ، وعليه فلم يعتد به كسبب من أسباب الإباحة وإن كان القانون الأردني قد اعتبر رضاء الحامل عذراً مخففاً للعقوبة، سواء بالنسبة للمرأة الحامل (م321)

أو بالنسبة للغير (م322) لذا فقد صرح كل مشرعين بعدم اعتبار رضا الحامل سبباً من أسباب الإباحة.

وعليه فقد خصص الباحث مطلباً أولاً درس فيه مفهوم الركن الشرعي وعنصريه، وقد خصص المطلب الثاني لدراسة أثر رضا الحامل للإجهاض، وعليه فإن هذا المبحث سينقسم إلي مطلبين على النحو التالي.

* الركن الشرعي وعنصريه

نتناول هنا تعريف الركن الشرعي واختلاف الفقهاء حوله، حيث رتب على وجوب أن ينبني الركن الشرعي، على فكرة مبدأ المشروعية الذي يعني، "أنه لا جريمة ولا عقوبة دون نص جنائي يجرم ذلك الفعل المرتكب" وهذا مؤداه إلي أن القاضي لا يستطيع أن يفرض عقوبة على شخص ارتكب فعل لا يشكل جريمة في قانون العقوبات كما أن القاضي أن يحكم لا يملك عليه بعقوبة تختلف في طبيعتها أو تقل أو تزيد في مقدارها عن العقوبة المنصوص عليها قانوناً وهذا معناه أن القاضي لا يملك الحق في خلق جريمة جديدة غير موجودة أصلاً أو إيجاد عقوبة جديدة لجريمة قائمة، كما أنه لا يملك إكمال تشريع ناقص ولا استبدال الجزاء المقرر في القانون بجزاء آخر مهما كان ذلك عادلاً، حيث أن التشريع وحدة من يملك خلق العقوبات والجرائم باعتباره مصدراً للقانون الجنائي، وأن مهمة القاضي تكمن في تطبيق القانون كما هو بصرف النظر عن قيمته الموضوعية ومدى صلاحيتها مع مصالح المجتمع الأساسية.

ويعني ذلك أن على المشرع أن يحدد سلفاً ما يعتبر من الأفعال الصادرة عن الإنسان جريمة تستحق العقاب بحيث يحدد لكل جريمة نموذجها القانوني ويضمنه شق التكليف، كما يحدد لكل جريمة عقوبتها سلفاً سواء من حيث الكيف، أم من حيث الكم، بحيث يعرف الفاعل التمييز مقدماً بين ما يعد من الأفعال المباحة وما يعد مجرماً، وعليه فلا

يجوز للقاضي أن يقرر عقوبة على فعل لم ينص القانون على اعتباره مجرماً أو يوقع أكثر من العقوبة المقرر في النص القانوني.

لذا نصت المادة (66) من الدستور المصري على أنه "العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة آلا بناء على قانون ولا توقع العقوبة آلا بحكم قضائي، ولا عقاب آلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون كما نص المشرع الأردني في المادة الثانية من الدستور الأردني الذي صدر عام 1952 ومازال مطبقاً حتى الآن على ما يلي "أنه لا يجوز أن يوقف أحد أو يحبس آلا وقف أحكام القانون" ثم جاء في المادة الثالثة من قانون العقوبات بالنص التالي "لا يقضي بأية عقوبة لم ينص القانون عليها حين اقتراف الجريمة"، وهذا معناه أن لا جريمة بلا نص ولا عقوبة آلا بنص، فما العقوبة الأجزاء يوقع على الجاني مرتكب الفعل المجرم "الجريمة وقد رتب البعض على ذلك، ضرورة أن يتوافر في الجريمة، ما أسموه الركن الشرعي وهو نص التجريم الذي يضيف على الفعل أو الامتناع صفته غير المشروعة، فالجريمة لم تكتسب وصفها كجريمة إلا منذ تجريمها بنص قانوني، وما عدم مشروعيتها إلا نتيجة لهذا التجريم وبدون نص التجريم يصبح الفعل أو الامتناع مشروعاً مهما بد ملوماً أو مؤثماً من وجهة نظر الدين أو الأخلاق أو الأعراف والعادات الاجتماعية.

كما ويتضمن الركن الشرعي عنصريه الإيجابي والسلبي ويعني الركن الشرعي في جانبه الإيجابي خضوع الفعل لنص التجريم وفقاً لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، بينما يعني في جانبه السلبي زوال الخضوع لنص التجريم لأسباب الإباحة، وقد اختلف الفقهاء حول وجود الركن الشرعي إلى رأيين.

الرأي الأول:

- الرأي الذي يأخذ بالركن الشرعي

ذهب البعض إلى أنه ليس ثمة ما يحول دون اعتبار الركن الشرعي "أو ركن عدم المشروعية في المعنى الدقيق" ركناً في ثلاثية البناء القانوني للجريمة فلا تكتمل هذه الأخيرة إذن دون وجود ركن شرعي، وركن مادي وركن معنوي، وقد أستند هذا الرأي إلى مبررات عديدة نذكر منها : من ناحية أولى تبدو دراسة عدم مشروعية الفعل أو نص التجريم كركن للجريمة أمراً يستجيب لاعتبارات الوضوح والاتساق النظري، لا سيما وأن دراسة الأركان العامة للجريمة هي في المقام الأول دراسة نظرية منهجية، ومن ناحية ثانية وأن كان صحيحاً أن نص التجريم هو خالق الجريمة وواهبها الوجود، ولا يمكن أن يستساغ في المنطق أن يعتبر أحد عناصرها، لأن الخالق لا يدخل فيما خلق وأن كان هذا القول مقبولا بصدد تحليل فكرة الجريمة في ذاتها ، بيد أن فكرة الجريمة ليست غاية منهجية في ذاتها، بل تبدو سبباً لترتيب المسؤولية الجنائية لشخص فاعلها واستحقاقه العقاب .

ومن هذا المنظور الكلي يمكن اعتبار عدم مشروعية الفعل أو نص التجريم ركناً في الجريمة، فالركن الشرعي يعني التثبت ابتداء من نص التجريم ليس فحسب لأنه يضيف على السلوك الآثم أو الخاطئ صفة عدم المشروعية، بل لأنه يحدد معالمها، ويدقق عناصره وينقله من طور حقائق الأشياء إلى مرتبة الكيان أو النموذج القانوني، ومن ناحية أخيرة، فإن فكرة عدم مشروعية الفعل أو نص التجريم لا تستعصي على التحليل بوصفها ركناً شرعياً للجريمة شأنها شأن الركنين المادي والمعنوي. فلهذا الركن الشرعي عناصره، له شروطه وضوابطه التي يجب توافرها في كل من هذه العناصر.

الرأي الثاني:

- الاتجاه الذي لا يأخذ بمبدأ الركن الشرعي:

حيث يذهب هذا الاتجاه إلى أن اعتبار الركن الشرعي ركناً في الجريمة بوصفه نص التجريم من ثمة أدخل النص ذاته في البنيان القانوني للجريمة يعتبر قصور ، ذلك

مرجعه إلى أن النص هو الذي خلق الجريمة وواهبها الوجود وهو مستقل عنها ، ولا يمكن أن يعتبر أحد عناصرها لأن الخلق لا يمكن أن يدخل فيما خلق ، إنما يظل له استقلالية ، فضلاً عن أنه من غير المنطقي إدراج قاعدة قانونية في فعل مادي يصطبغ بعدم المشروعية، بينما النص القانوني مشروع في ذاته ، كما أن اعتبار النص عنصر في الجريمة يستتبع ضرورة العلم به لقيام القصد الجنائي ، وهو ما لا يسلم به أحد ، إذ لا عذر لأحد في جهله بأحكام القانون .

كما أن هنالك من أبعد كل البعد عن دراسة الركن لشرعي في الجريمة ، مكتفين بدراسة البناء القانوني للجريمة من خلال الركن المادي والركن المعنوي للجريمة ، وهكذا يبدو التصور الصحيح للركن الشرعي ، حيث أن نص التجريم ليس أحد مكونات الجريمة "المادي أو المعنوي للجريمة" من الناحية الفنية ولكن هذا لا ينفي أنه في حقيقته صفة تلازم كل من هذين الركنين غاية ما هنالك أن موضعها في بنية الجريمة يتعين تغيره.

ويلحظ؛ الباحث؛ أن كلا من الرايين ، يمكن القول بصحته ؛ حيث أنه بالنظر للنص الجنائي المجرم للفعل نظرة ضيقة باعتباره خالفاً للجريمة فقط ، فهذا لا يكون هنالك مجال لفكرة الركن الشرعي ، أما إذا نظرنا للنص الجنائي المجرم للفعل نظرة واسعة، بحيث يكون وحدة من الوحدات المكونة للجريمة ككل، فهذا يمكن إقحام الركن الشرعي داخل البنية القانوني للجريمة، ومع ذلك، فإن الدراسة التقليدية للنص القانوني كمصدر للتجريم ، تغني عن دراسته في الركن الشرعي ، ويمكن ترك النصوص التي تبيح الفعل في مكانها التقليدي وهو القسم المخصص لدراسة أسباب الإباحة، منعاً لما يثيره الركن الشرعي من لبس ، ويرى الباحث ؛ أن الاتجاه الذي يذهب إلى الأخذ بالركن الشرعي تعوزه المبررات الجوهرية. فما ساقه لا يكفي بذاته للتدليل على وجود هذا الركن وهذا ما سيسببه الباحث فيما يلي :

1- فبالنسبة لقولهم بأن الركن الشرعي أمر يستجيب لاعتبارات الوضوح والاتساق النظري فيكفي القول ، بأن الدراسة الهيكلية للجريمة لدى أغلب الفقهاء لم تتحمل إضافة هذا الركن ليس لصعوبة إقحامه، ولكن نسبة لأن دراسته تخل بالتوضيح النظري للجريمة ومكوناتها نتيجة لما يؤدي إليه من خلط واضح بين القسم العام الذي يبين مصادر التجريم بصفة عامة وبين القسم الخاص الذي يأخذ بهذه المصادر بصورة مسلم بها .

2- إن قولهم بأن الركن الشرعي يجب توافره لترتيب المسؤولية الجنائية، فإن هذا القول لا يتفق والواقع العملي ، فلم يعهد في القضاء أنه قد نفى المسؤولية نتيجة لعدم توافر الركن الشرعي صحيح أن عدم وجود نص يجرم الفعل، يؤدي إلى نفي الإدانة وتترتب البراءة ، وكذا أسباب الإباحة، لكن القول بأن الجمع بين الشقين "النص ، والإباحة" باعتبارهما وجهها الركن الشرعي يجب دراسته لاكتمال عناصر المسؤولية الجنائية لم يحدث وإن قال القضاء به، لا سيما أن فكرة المسؤولية قد تعددت مفاهيمها" وليس غريباً مع هذا التعدد من المعاني أن يجيء مفهوم المسؤولية مشوباً بغموض يفضي إلى ارتباك بعض الباحثين إزاءه ."

- أما عن إباحة الاجهاض و عدم تجريمه فإن كل من المشرع الجزائري في نص المادة 308 قانون عقوبات جزائري و غيره كالمشرع المصري و الأردني و المغربي حاولوا تبرير اللجوء إلى الاجهاض العلاجي طبقاً لأسباب الإباحة.

أن نصوص التجريم أو نصوص قانون العقوبات ليست مطلقة بل أن هناك بعض القيود التي تحد من نطاقها تتمثل في مجموعة من المصالح المعتبرة قانوناً بحيث تقلب هذه المصالح الأفعال المجرمة إلى أفعال مباحة، وأما سبب الإباحة، فيقصد به : رفع صفة

الجريمة عن الفعل بحيث يصبح فعلاً مباحاً ومشروعاً إذا ارتكب في ظروف تنتفي فيها العلة من تجريمه ، ومن هنا ترتبط أسباب الإباحة بالركن الشرعي للجريمة إذ تعد في جوهرها نفياً لهذا الركن.

وبالنظر إلى القوانين المعاصرة نجد أنه كانت في البداية تجرم الإجهاض وتعاقب على إتيانه بنصوص جنائية واضحة بحيث تكون رادعة لمن يرتكب الإجهاض، ثم بدأت القوانين بعد ذلك تتخفف من الغلو في التجريم، إلى الإباحة التدريجية لأسباب طبية بحتة لإنقاذ حياة الأم أو صحتها من خطر الموت أو الأمراض النسائية المختلفة وقد نهج المشرع الأردني نهج تلك القوانين.

حيث نصت المادة "89" من قانون العقوبات الأردني على أنه "لا يعاقب الفاعل على فعل الجاته الضرورة إلى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره أو عن ملكة أو ملك غيره خطراً جسيماً محدقاً لم يتسبب هو فيه قصداً شرط أن يكون الفعل متناسباً والخطر" كما اعتبر المشرع الأردني العمليات الجراحية والعلاجات الطبية سبب إباحة ، حيث نص قانون العقوبات الأردني في الفقرة الثانية من البند الثاني من المادة 62 على أن "العمليات الجراحية والعلاجية الطبية المنطبقة على أصول الفن شرط أن تجرى برضى العليل أو رضى ممثليه أو في حالة الضرورة الماسة".

كما حرص قانون الصحة العامة رقم 21 لسنة 1971 في المادة 62 منه والدستور الطبي الصادر بموجب المادة 16/ أ من قانون نقابة الأطباء المؤقت رقم 3 لسنة 1970 بموجب المادتين (43 و 44) على تنظيم وضع إباحة الإجهاض العلاجي، والمأخوذة عن قانون الإجهاض الإنجليزي الصادر سنة 1967 والخاص بإباحة الإجهاض ، والمادة 43 من الدستور الطبي وردت على النحو التالي :

"الإجهاض العلاجي هو الذي يتم بوضع حد للحمل عندما تكون حياة الأم معرضة للخطر ولا سبيل لإنقاذها إلا بإجرائه ويراعي في ذلك .

أ. أن يتم برأي طبيبين أحدهما يجري العملية ويسجل بهذا محضر.
ب. إذا كانت الحامل قاصراً، يجب الحصول على موافقة زوجها أو المسئول عنها .

ج. إذا رقت الحامل إجراء العملية، رغم توضيح الطبيب لها خطورة وضعها فعليه الامتنال لأرادتها .

د. عندما لا يناسب الطبيب إجراء الإجهاض بسبب معتقداته الشخصية.
فعليه أن ينسحب مسلماً لزميل آخر، ويستثنى من ذلك الحالات المستعجلات الداعية للتدخل السريع."

ونصت المادة 44 على أنه "إزاء ولادة متعسرة يكون الطبيب هو الحكم الوحيد فيما يختص بالحفاظ على حياة الأم والجنين دون التأثير باعتبارات عائلية .
في حين ورد نص المادة 62 من قانون الصحة العامة رقم 20 لسنة 1971 على ما يلي :

(أ) يحظر على أي طبيب وصف أي شئ بقصد إجهاض امرأة حامل أو إجراء عملية إجهاض لأي حامل ، وإنما يجوز إجهاض الحامل في مستشفى مرخص أو في دار للتوليد مرخصة إذا كانت عملية الإجهاض ضرورية لتلافي تعريض حياة الحامل للموت أو للمحافظة على صحتها شريطة :

1- أن يسبق ذلك موافقة خطيه من الحامل بإجراء العملية. وفي حالة عدم مقدرتها على الكتابة أو عجزها عن النطق فتؤخذ هذه الوثيقة من زوجها أو المسئول عنها .

2- أن يشهد طبيبان مرخصان على أن العملية ضرورية للمحافظة على حياة الحامل أو صحتها .

ب) على المسئول عن المستشفى أو دار التوليد أن يسجل في قيود اسم الحامل وتاريخ إجراء العملية ونوعها وأن يحتفظ لمدة عشرة سنوات بالموافقة الخطية وبشهادة الطبيب .

ج) تزويد الحامل بشهادة مصدقة من المدير أو المسئول عن المستشفى أو دار التوليد تضمن المعلومات المعنية في الفقرة السابقة، وعليه لا تلاحق الحامل ولا يعتبر الشخص أو الأشخاص الذين أجروا أو اشتركوا في إجراء عملية الإجهاض وفقا لما تقدم أنهم اقترفوا جريمة إجهاض.

و إذا كان التشريع الجزائري اوجد نص صريح يبيح الاجهاض و هو المادة 308 عقوبات جزائري فان في التشريع المصري لا يوجد نص صريح يبيح الإجهاض إلا أن الفقه , ذهب إلى امتناع مسئولية الفاعل في الإجهاض إذا توافرت شروط حالة الضرورة كما وردت بنص المادة 61 عقوبات والتي جاء بها, " لا عقاب على من ارتكب جريمة ألبته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى."

ولقد أورد الاستاذ بوسندة عباس اراء مفصلة حول حدود تجريم الاجهاض في القانون الجزائري و هذا في مقاله ، حيث جاء مايلي :

" وفي الميدان القانوني الجزائري فقد اباح المشرع الاجهاض العلاجي ويستفاد هذا من نص المادة 72 من قانون حماية الصحة و ترقيتها -

المعدل و المتمم - التي تنص " بعد الاجهاض لغرض علاجي اجراء ضروريا لانقاذ حياة الام من الخطر، او للحفاظ على توازنها الفسيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ و يتم الاجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجرى بمعية طبيب اختصاصي " .

و هذا ما تؤكدته المادة 308 من قانون العقوبات حيث نصت على انه " لا عقوبة على الاجهاض اذا استوجبت ضرورة انقاذ حياة الام من الخطر متى اجراه طبيب او جراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الإدارية" ومعنى ذلك انه اذا استوجبت ضرورة الحفاظ على صحة الام او انقاذها من الخطر ان يجري لها الطبيب عملية اجهاض فانه لا مسؤولية عليه في ذلك، لان أساس مشروعية الاجهاض العلاجي تجد سندها في النصين السابقين.

والملاحظ ان المشرع قد استعمل عبارة " الحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المهدد " فما المقصود منها ؟ هل عناها كما فسرده بعض الفقهاء بالعوامل التي تخرج عن مفهوم التدخل الطبي بمعنى اباحة الاجهاض لاسباب لا تتعلق بصحة الام و حسب ، بل تتعلق كذلك بالاسرة (لاسباب نفسية او للمعيشة الاقتصادية المتدهورة) . (1)

ثم ان النصين لم يشر الى الاجهاض بناء على اثبات طبي بحدوث تشوه للجنين ، اذن و في مثل هذه الحالة يمكن القول بانه لا يسمح قط للطبيب القيام باجهاض المرأة الحامل تطبيقا لقاعدة عدم تعليق حياة الطفل بحالته الجسمانية ولا بصفاته الجسدية، و يفرض القانون ان تجرى هذه العمليات في هيكل متخصص و ان تجرى باشراف طبيب متخصص و في غير خفاء و بعد ابلاغ السلطة الادارية بذلك ، و اذا تمت مخالفة هذه الشروط تعرض الطبيب للمساءلة الجزائية و هذا ما نصت عليه المادة 262 من قانون حماية الصحة و ترقيتها المعدل والمتمم بقولها " يعاقب كل من يخالف الاحكام المتعلقة بمواد الاجهاض بالحبس من ستة اشهر الى سنتين وبغرامة مالية تتراوح بين 1000 و 3000 دج او باحدى هاتين العقوبتين، وتامر المحاكم في جميع الحالات بمصادرة

المستحضرات العلاجية والمواد والادوات و الاشياء المحجوزة، ويجوز لها زيادة على ذلك ان تصدر في حق المحكوم عليه حكم الايقاف المؤقت او عدم الاهلية لممارسة المهنة التي يكون قد ارتكب الجنحة من خلالها " .

(1) انظر مكي يمينه، الاجهاض بين الشريعة و القانون ، مذكرة شهادة ليسانس جامعة وهران 1995

ونظرا للظروف التي عرفتھا الجزائر مؤخرا، فقد طرحت على السلطات مشكلة النساء المغتصابات في هذه الفترة، كان على الهيئۃ الطبية ان تعالج هذه المسألة تفاديا للاجهاض فير المراقب، ومراعاة لنفسية الحامل الامر الذي ادى بالمجلس الاسلامي الاعلى الى اصدار فتوى تتعلق بهاته الفئة تحديدا، فقرر اباحة عمليات الاجهاض على مستوى جميع المراكز الاستشفائية في الجزائر للنساء اللواتي تعرضن للاغتصاب على ايدي الجماعات الارهابية، فكانت التعليمات موجهة الى القطاع الطبي تنص في مجملها على ضرورة تخليص كل فتاة حامل من حملها لما فيه من اكراه وحشي وضرر معنوي، بشرط الا يؤدي ذلك الى خطر يهدد حياتها ، وكان يكفي لاثبات الاعتداء تقرير الشرطة القضائية، وان تعذر الامر فشهادة الشهود". (1)

ويتبين ان اباحة الفعل تجد اساسها في حالة الضرورة بتوافر شروطها وليس ثمة خلاف حولها حينئذ ، ولكن قد تتور مسائل اخرى تشتبه بحالة الضرورة ويدق امرها على الفقهاء مما يجعلهم يختلفون حولها ، ونسبة لاهمية هذه المسائل فان الباحث اثر ان يوردها في مبحث مستقل ، على ان يقتصر في هذا المقام على دراسة حالة الضرورة المتفق حولها تلك المتعلقة بالاجهاض لإنقاذ حياة الأم ، والاجهاض العلاجي قد لا يخفي انه من المستحيل البحث في رضاه المجني عليه ، في مثل هذه الجريمة ذلك ان المجني عليه فيها هو الجنين ، والجنين ليست له إرادة يمكن أن تصدر رضا يرتب أثرا قانونية وبالتالي تمتنع إمكانية الكلام عن رضاه المجني عليه وأثره في الاجهاض المتعلق باجهاض المرأة الحامل لنفسها ، لذلك اقتصر صاحب البحث ؛ على دراسة رضاه الأم الحبلی .

(1) نقلا عن الاستاذ بوسندة عباس ، الحماية الجنائية للأنجاب البشري ، مجلة الراشدية ، السنة الاولى ، العدد 2 ، جوان 2010 ، ص.ص 62 و 63 .

عرض المشرع المصري لهذه الصورة من الإجهاض في نص المادة (262) من قانون العقوبات المصري التي جاء بها "المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها "يقصد الوسائل المؤدية للإسقاط"، أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها" أي الحبس . "

كما أشار إلى تلك الصورة المشرع الأردني في المادة (321) من قانون العقوبات الأردني كل امرأة أجهضت نفسها ، بما استعملته من الوسائل، أو رضيت بأن يستعمل لها غيرها هذه الوسائل ، تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات "

وقد أراد الشارع من خلال تلك النصوص أن يؤكد التزام الحامل بالمحافظة على حملها وهذا الالتزام يستمد قوته من الرسالة الطبيعية الاجتماعية للمرأة ، بحيث منع الحامل من أن تجهض نفسها ، وألزمها أيضا بمنع الغير من إجهاضها أو تعريض حملها للخطر ، فرضا الحامل لا يعتبر سببا لإباحة الفعل إذ يتعلق الاعتداء بحق الجنين في الحياة ، حيث أن الحق موضوع الحماية ليس للأم حتى يكون لرضائها بالاعتداء عليها ما يبيحه، وإنما هو للجنين فهي غير ذات صفة للتصرف فيه، والجنين وأن لم يولد، ألا أنه يكون مجنياً عليه متى وجه إليه فعل جنائي يتضمن خرقاً للحماية القانونية التي وفرها له القانون ، لذا يتضح أن فكرة رضاء المجني عليه لا يمكن أثارها لأن المرأة الحامل ليست هي الشخص المجني عليه إنما هي ذاتها الجاني، لذا فإن صفة المجني عليه تخلص للجنين وحدة.

ولكي تكون المرأة مسئولة جنائياً وفقاً للمواد السابقة يجب أن يكون رضاؤها صحيحاً غير مشوب بأكراه أو غلط أو تدليس، لأن الرضاء المعيب على هذا النحو يساوي انعدام الرضاء وسواء كانت هي مرتكبة الفعل أو كان غيرها ، وبغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في الإجهاض سواء أكان نشاطها إيجابياً أو سلبياً فإن المرأة الحامل التي

رضيت بالإجهاض تسأل عن هذه الجريمة بشرط أن تترتب النتيجة بالفعل ، والشارع يؤكد التزاماً عليها بالحفاظ على حملها حتى مولده ميلاداً طبيعياً ، وذلك لأن للحمل قيمة اجتماعية لا تملك المرأة الحامل التصرف فيها، لذا لم يعتد المشرع المصري برضاء الحامل كسبب من أسباب إباحة الإجهاض بل عاقب المرأة الحامل إذا أسقطت نفسها أو رضيت بتعاطي أدوية أو رضيت للغير بإسقاطها كما هو واضح من نص المادة (262) من قانون العقوبات المصري ، ذلك أن حق المرأة الحامل في سلامة جسمها.

واختيار الإبقاء أو عدم الإبقاء على الحمل ليس هو الحق الذي يحميه القانون بل أن القانون يحمي حق الجنين وليس لها الرضاء أو عدم الرضاء عن الإسقاط ، وبالتالي فليس من حقها أن تتصرف في حملها، لذلك عاقب القانون على الإجهاض ولو وقع من الحامل على نفسها، وعاقبها إذا رضيت بتعاطي الأدوية أو استعمال وسائل المؤدية إلى الإجهاض أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية "أن رضا الحامل بالإسقاط لا يؤثر على قيام الجريمة وذلك أن للنفس البشرية حرمة ولا تستباح بالإباحة" ، ومن ثم فإن ذهاب المجني عليها برضاها إلى المحكوم عليه الأول ليجري لها عملية الإسقاط ووفاتها بسبب ذلك لا ينفي خطأ المحكوم عليه المذكور وليس في مسلك المجني عليها ما يقطع علاقة السببية بين فعل الإسقاط وبين وفاة المجني عليها.

ونهج المشرع الأردني نهج المشرع المصري بحيث لم يعتبر الرضاء مبرر لإباحة الإجهاض بل نص على ضرورة إبقاء الإجهاض مجزماً، كون الإجهاض تحطيم كائن بشري قد بدأت الحياة تدب فيه فعلاً ، فضلاً عن أن الإجهاض يثير مشكلات دقيقة ليس من الناحية الأخلاقية والصحية فحسب، وإنما من الجهة الاجتماعية والقانونية أيضاً، ولا أهمية لنوع الوسيلة التي استخدمتها الحامل في إجهاض نفسها ، فقد يأتي سلوكها في صورة استعمال وسائل الإجهاض بمحض أرائها ودون تدخل من شخص آخر، أو في

صورة الرضاء الصادر من المرأة الحامل، أي بأن ترضي أن يستعمل غيرها وسائل الإجهاض عليها وكل ذلك يدخل ضمن دائرة الأفعال المحققة لنموذج التجريم المنصوص عليه في المادة 321 من قانون العقوبات الأردني.

لذا فلا أثر لرضاء الحامل في جريمة الإجهاض بأي حال من الأحوال لأن الإجهاض فيه مجازفة خطيرة على حياة الأم والجنين ، وحق الحياة من الحقوق التي لا يجوز التصرف فيها أو التنازل عنها بالرضاء ، ويكون الرضاء الصادر من الأم الحامل مجرداً من كل أثر قانوني كما أن في الإجهاض قتل للجنين وتهديد له بالفناء رغم أن تلك الأجنة هي أساس الأسرة وأساس المجتمع ، وتتفق التشريعات الجنائية العربية على أن رضاء الحامل بالإجهاض ليس سبباً لأباحته سواء قامت بإجهاض نفسها أو لجأت للغير لإجهاضها، فالأصل أن للإنسان الحق في التصرف فيما يملك والجنين ليس ملكاً للأم الحامل حتى تتصرف به كيفما تشاء بل أن له حرمة منذ لحظة استقراره في الرحم ولا يجوز الاعتداء عليه وتعريض حياته للخطر .

أذن لا أثر قانوني أو قيمة قانونية يحدثها الرضاء في إباحة الإجهاض لأن الحق في الحياة يلغي كل أثر مادي لهذا الرضاء ويعتبر كأن لم يكن ، لذا اعتبرت المرأة الحامل التي أقدمت على إجهاض نفسها بنفسها أو رضيت للغير أن يقوم بإجهاضها فهي تعتبر فاعله أصلية في جريمة الإجهاض، وتعاقب بموجب نص المادة (262) من قانون العقوبات المصري والمادة

(321) من قانون العقوبات الأردني.

اما القانون المغربي فلقد نظم احكام الاجهاض و اباحته على النحو التالي ان الفصل 449 ينص : "من أجهض أو حاول إجهاض امرأة حبلى أو يظن أنها كذلك، برضاها أو بدونه سواء كان ذلك بواسطة طعام أو شراب أو عقاقير أو تحايل أو عنف أو أية وسيلة أخرى، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم. وإذا نتج عن ذلك موتها، فعقوبته السجن من عشر إلى عشرين سنة."

-الفصل 453: 'لا عقاب على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة المحافظة على صحة الأم متى قام به علائقة طبيب أو جراح بإذن من الزوج. ولا يطالب بهذا الإذن إذا ارتأى الطبيب أن حياة الأم في خطر غير أنه يجب عليه أن يشعر بذلك الطبيب الرئيسي للعمالة أو الإقليم. وعند عدم وجود الزوج أو إذا امتنع الزوج من إعطاء موافقته أو عاقه عن ذلك عائق فإنه لا يسوغ للطبيب أو الجراح أن يقوم بالعملية الجراحية أو يستعمل علاجا يمكن أن يترتب عنه الإجهاض إلا بعد شهادة مكتوبة من الطبيب الرئيسي للعمالة أو الإقليم يصرح فيها بأن صحة الأم لا تمكن المحافظة عليها إلا باستعمال مثل هذا العلاج.'

-الفصل 454: 'تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى خمسمائة درهم، كل امرأة أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو قبلت أن يجهضها غيرها أو رضيت باستعمال ما رشدت إليه أو ما أعطي لها لهذا الغرض'.

يتضح من احكام القانون المغربي أنّ الإجهاض (أو حتى محاولته) فعل مجرم بقوة القانون. واعتبر القانون أنّ الجريمة قائمة منذ تلقيح البويضة داخل رحم المرأة. أيضا، لا يعتبر القانون أنّ اختيار المرأة للإجهاض حقّ لها. فبمجرد وقوع الحمل، لا يبقى للمرأة الحقّ في اتخاذ قرار توقيفه عندما يكون الحمل عاديا لا يشكل خطرا على صحتها أو على حياتها، وذلك بغضّ النظر عن حالتها الزوجية. بتعبير آخر، يعمل القانون على الحفاظ على الحمل الحاصل وإن كان غير شرعيّ، أي غير ناتج عن علاقة زوجية. في هذه الحالة، يصبح الحمل دليلا ماديا على "الفساد" الجنسي، على فساد المرأة بالأساس لأنّ فساد الشريك أمر يصعب إثباته. وبالتالي تنال المرأة عقابين، الأول خاص بالفساد الجنسي والثاني خاص بالإجهاض أو محاولته. إنّ رضا المرأة وموافقتها على الإجهاض يعتبر مساهمة في الجريمة وبالتالي أمرا يعاقب عليه القانون. من جهة أخرى، لا تهتمّ الوسيلة التي تستعمل لإحداث الإجهاض بمعنى أنّ العقوبة لا تختلف حسب طبيعة الوسيلة المستعملة ودرجة خطورتها. فالطبيب الأخصائي في التوليد (سواء استعمل الجراحة أو الدواء) ينال نفس العقاب الذي تناله "القابلة" أو يناله بائع الأعشاب.

أما الفصل 453، فيبيح الإجهاض في حالة ضرورة المحافظة على صحة المرأة الحامل وذلك بموافقة الزوج (دون أن يحدّد أجلا يكون فيه الإجهاض مسموحا). من هنا، يتضح أنّه لا يمكن للمرأة الحامل غير المتزوجة أن تستفيد من هذا الفصل، ولا يمكن أن تطالب بالإجهاض حفاظا على صحتها ما دامت لا تتوقّر على زوج يأذن لها بذلك. والفصل نفسه يبيح الإجهاض في حالة خطر موت المرأة الحامل رغم عدم موافقة الزوج. فهل يعني هذا أنّ الإجهاض مباح لغير الممتزوجة - في حالة تَرْضُ - - - - - ها

لخطر الموت؟ رغم "إيجابية" الفصل 453، وهي إيجابية نسبية جدًا، فالمعنى المعطى لمفهومى الصحة والموت معنى بيولوجي محض. إن المقصود بالحفاظ على الصحة هو ضرورة تجنب المرأة الحامل مجموعة من الأمراض الفيزيائية.

ومن ثم لا وجود لمكانة صريحة للصحة في بعديها النفسي والاجتماعي. فالقانون لا يأخذ بعين الاعتبار المضاعفات النفسية (القلق، الميلانخوليا، محاولة الانتحار...) ولا التبعات الاجتماعية للحمل غير المرغوب فيه مثل التشرد والعمل الجنسي إن كان حملا غير شرعي. كما أن المقصود بخطر الموت هو خطر الموت البيولوجي الناتج عن تعقيدات الحمل نفسه. بتعبير آخر، لا يأخذ القانون بعين الاعتبار خطر الموت الناتج عن الحمل غير الشرعي، والذي تتعرض له إلى اليوم المرأة غير المتزوجة، وعلى وجه الخصوص الفتاة العزباء باسم "الشرف". فالحمل غير الشرعي يؤدي إلى خطر الاغتيال (من طرف أفراد العصابة)، وعلى الأقل إلى خطر الموت الاجتماعي من خلال التمييز والإقصاء والتهميش والتشريد والضياع. كل هذه المعاني ملازمة في العمق لمفهومى "الحفاظ على الصحة"، لكنها معاني مغيبة من خلال التطبيق الآلي والحرفي لمقتضيات القانون الذي يميز الممارسة القضائية بهذا الصدد.

ألا يمكن أن تكون هذه الأبعاد "الجديدة" لمفهوم الصحة، والتي تبنتها "المنظمة العالمية للصحة" في تعريفها للصحة، أساسا ومنطلقا للاجتهاد القضائي؟ بتعبير آخر، اليس بالإمكان عدم تجريم فتاة عزباء (عند إقدامها على الإجهاض) حفاظا على صحتها النفسية والاجتماعية؟ ألا يجنبها الإجهاض الرغبة في الانتحار أو السقوط في العمل الجنسي (قصد إغالة نفسها وإغالة مولودها في حالة عدم الإجهاض)؟ أم أن المجتمع الأبيسى يجرّم الإجهاض بالضبط ليدفع كل فتاة عزباء حامل إلى الانتحار أو إلى العمل الجنسي، أي إلى الموت البيولوجي أو الاجتماعي؟ ألا يزال المجتمع المغربي اليوم في

حاجة إلى تجريم الإجهاض كآلية أبيسية لمنع الفتاة من الجنس قبل الزواج؟ إن نجاعة هذه الوسيلة في تحقيق هذا الهدف ضعيفة جدا بالنظر إلى ارتفاع تكرارية النشاط الجنسي قبل الزوجي لأسباب وغائيات متعددة (عرضناها في مختلف أعمالنا). أبعد من ذلك، لم يبق رفض الجنس قبل الزواج المعيار الوحيد الذي يوجّه السلوك الجنسي إذ أصبح مزاحما من طرف معيار حدائي إنسي يعتبر الجنس قبل الزوجي فعلا أخلاقيا عند حدوثه بين راشدين راضيين. وبالتالي لا بدّ من وضع "تربية جنسية" حدائية تفسّر أكثر المعايير الجنسية الحدائية وتصاحب السلوكات الجنسية الراهنة لتحميها من خطري الحمل غير المرغوب فيه والأمراض القابلة للانتقال جنسيا.

* الركن المفترض : وجود الحمل :

يطلق الحمل على حالة المرأة الحامل ، و يراد به : " الجنين المستكن في الرحم " (1) او " البويضة الملقحة منذ التلقيح الى ان تتم الولادة الطبيعية " (2) و لا اعتداد في حمايته اذا كان في الشهور الاولى او كان قد قارب زمن الولادة الطبيعية فالاعتداء عليه بشكل الجريمة الاسقاط في كل حال، فاذا لم تكن الانثى حاملا فان الفعل يعد شروعا في اسقاط، لا عقاب عليه. وفقا لنص المادة 264 ق.ع المصري -

ويلاحظ ان وفقا لنص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري فإن الشروع في جريمة الاجهاض يعاقب عليه و هذا خلافا للقانون المصري.

(1) د، نجيب حسنى ، الخاص ، رقم 682 ص 5

(2) د . محمود مصطفى ، الخاص ، رقم 260 ص 294 ، د . عبيد المهيمن ، رقم 219 ص 665 ، د . المرصفاوى ، الاجهاض ص 93

ولأن انعدام الحمل يعد من قبيل الاستحالة القانونية التي تمنع من وجود الشروع في الجريمة وفقا للرأي الراجع في الفقه ، و مع ذلك ، فإن الفعل قد يعد جريمة مما تنص عليه المواد 240 ق.ع - 242 ق.ع مصري، إذا كانت الوسائل التي بوشرت مما يمس بسلامة الجسم او الصحة، كالضرر و اعطاء المواد الضارة و نحو ذلك.

الركن المادي :

عناصر الركن المادي في الاجهاض :

يتحدد الركن المادي في جريمة الاجهاض بانه : استعمال وسائل صناعية تؤدي الى القضاء على الجنين ، و هذا يعني انه يتكون من ثلاثة عناصر ، و هي : السلوك الاجرامي ، و النتيجة المترتبة عليه ، علاقة السببية بينهما ، و نعالجها تباعا في البنود التالية :

السلوك الاجرامي في الاجهاض :

السلوك الاجرامي ، النشاط المادي الذي يقع من الجاني ، ايا ما كانت وسيلته ، فالنصوص المصرية عامة ، يمكن ان تتصرف عبارتها الى جميع وسائل الاسقاط ، آية ذلك المادتين 260 و 261 ق.ع.م قد اشارتا الى وسائل الاسقاط بأسلوب يفهم منه انها ذكرت هذه الوسائل على سبيل المثال لا الحصر ، الا ترى ان المادة الاولى تقول (كل من اسقط ... يضرب او نحوه من انواع الابداء ...) فيما تقول الثانية (كل من اسقط ... حلى باعطائها ادوية او استعمال وسائل مؤذية الى ذلك ...) . و لا تخرج النصوص الفرنسية عن هذه الخطة :فالمادة 217 ق.ع.م . استخدمت في الحديث عن وسائل الاسقاط عبارات واسعة ، الا ترى انها تحدد ذلك بقولها انها تكون باعطاء

مأكولات او مشروبات او عقاقير او بارتكاب اعمال عنف ثم اردفت قائلة (او بأية وسيلة اخرى) .

(aliments, breuvages , médicaments, manœuvres violences) (ou par tout autre moyen) .

وبناء على ذلك، يمكن القول بان نوع الوسيلة المستخدمة في الاجهاض، والشخص الذي يستخدمها، كلاهما عديم الاثر بالنسبة لمبدأ التجريم، سواء في ذلك القانون المصري او الفرنسي، وعليه يستوى - وفقا لهما - ان تكون الوسيلة طبية : كالجراحة و استعمال العقاقير الطبية، او ان تكون غير طبية : كاستعمال العنف والضرب، او التدليك، او الحمامات الساخنة، او ارتداء ملابس ضاغطة او ضيقة، او مباشرة رياضة عنيفة، كالقفز او حمل الاثقال، او ركوب موتوسيكل والانطلاق به بسرعة عبر طريق غير ممهد، فكل تلك الوسائل سواء من حيث مبدأ التجريم، وان كانت الوسيلة المستعملة يتوقف عليها تحديد طبيعة الجريمة، اذ ان المشرع المصري - مثلا - يعتبر الاسقاط بالضرب و نحوه من انواع الايذاء جنائية يعاقب عليها بالاشغال الشاقة المؤقتة (م 260 ع)، ومن ناحية اخرى، لا عبرة بشخص من باشر هذه الوسائل، فسيان ان تباشرها المرأة نفسها، او يباشرها الغير عليها، و يستوى في الحالة الثانية ان ترض المرأة بذلك، او ان تقع عليها كرها عنها، او ان تطلب هي مباشرة هذه الوسائل عليها ، ففي سائر هذه الحالات يقع الفعل تحت طائلة العقاب متى توافرت بقية الاركان (1).

النتيجة الاجرامية ، نظريتان :

يسود الفقه الجنائي - بمناسبة تحديد النتيجة الاجرامية في الاجهاض - نظريتان ، اولاهما تتبنى فكرة انتهاء حالة الحمل، و الاخرى تتطلب اخراج الحمل و انفصاله عن امه، و نحن نوجز لك مضمونا فيمايلي :

نظرية اخراج الحمل و طرده :

مضمون هذه النظرية يخلص في تحديد النتيجة الاجرامية في الاجهاض بانها (طرد الجنين واخراجه من الرحم)، و لهذه النظرية انصار في وفرنسا، لكن الفقهاء الفرنسيين يتطلبون ان يكون اخراج الجنين من الرحم و طرده منه قد تم قبل الوقت الذي يصبح فيه قابلا للحياة، و هي الفترة التي تقع بين الشهرين : السابع و التاسع اما الفقهاء المصريون فانهم يتطلبون ان يكون اخراج الحمل من الرحم قد تم قبل موعد الولادة الطبيعية، و هي التي تحدث في الشهر التاسع غالبا، و كلا الفريقين لا يفرق بين الطفل حيا او ميتا، ولا بين ان يكون قابلا للحياة بعد ولادته، او أي يموت لعدم تكامل نموه، و يترتب عن هذه النظرية، ان النتيجة الاجرامية في الاجهاض تتخذ صورة واحدة هي ، خروج الجنين من الرحم حيا او ميتا قبل الموعد الطبيعي للولادة، وانت خبير بان هذه النظرية - وفق هذا التحديد - لا تحقق حماية كافية للحمل، الا وهي صورة انتهاء حياة الجنين دون انفصاله عن امه. و من ثم ترجحها النظرية التالية :

- نظرية انتهاء حالة الحمل :

مضمون هذه النظرية يخلص في تحديد النتيجة الاجرامية في الاجهاض بانها (انتهاء حالة الحمل) ، اعنى : (القضاء على الجنين) ، و يتبنى هذه النظرية الفقه و القضاء في مصر ، حيث يرون ان الاجهاض يعني : الانتهاء الصناعي للحمل قبل آوان الميلاد الطبيعي فهو يصدق على اخراج الجنين عمدا من الرحم قبل الموعد الطبيعي للولادة ،

وعلى قتله عمدا في الرحم، بسبب الاعتداء على حياة امه، اذ ليس في استعمال القانون لفظ الاسقاط ما يفيد ان خروج الحمل من الرحم - في مئا هذه الحالة - ركن من اركان الجريمة، وذلك ان القانون افترض بقاء الام على قيد الحياة، لذلك استخدم لفظ الاسقاط، لكن ذلك لا ينفى قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الاوان، ولو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحامل، اذ يتحقق بذلك الاعتداء على حقه في الحياة.

ومفاد ذلك، ان النتيجة الاجرامية في الاجهاض تتخذ احدى صورتين، موت الجنين في الرحم، وانفصاله قبل الموعد الطبيعي لولادته، حتى ولو خرج حيا قابلا للحياة، اذ يتحقق بذلك الاعتداء على حق الجنين في النمو الطبيعي والولادة الطبيعية.

- علاقة السببية :

لا وجود لجريمة الاجهاض المعاقب عليه قانونا ما لم يكن موت الجنين، او طرحه خارج الرحم قبل موعد الولادة الطبيعية، مترتبا على سلوك الجاني، ذلك وفقا لمعيار السببية الملائمة السائد في القضاء المصري، فاذا بوشرت الوسائل الصناعية على حبلى بنية اجهاضها لكنها لم تحدث أثرا بالنسبة للجنين، ثم اصببت الحامل في حادث سيارة فترتب على ذلك اجهاضها فان علاقة السببية تعد منتفية هنا، ومن ثم فان عمل من باشر تلك الوسائل لا يعدو ان يكون مجرد شروع غير معاقب عليه وفقا للقانون المصري وعلى كل، فان الفصل في توافر هذه العلاقة او عدم توافرها بعد مسالة موضوعية تدخل في اطلاقات قاض الموضوع، وهو يسترشد فيها راي اهل الخبرة من الاطباء.

(1) انظر د. المرصفاوى، الاجهاض، ص 92- 93، د. رؤوف عبيد، جرائم الاشخاص، ص 226- 227

- الخروج على قواعد المساهمة الجنائية بشأن جرائم الاجهاض :

خرج المشرع المصري على بعض قواعد المساهمة الجنائية بشأن جرائم الاجهاض واتخذ خروجه عليها مظهرين ، احدهما : انه اعتبر دلالة المرأة على وسائل الاجهاض كافية لجعل الشخص فاعلا اصليا ، لا شريكا بالمساعدة ، فنصت المادة 261 ق.ع . م على ان (كل من اسقط عمدا امرأة حبلى ، باعطائها ادوية ... او بدالاتها عليها ... يعاقب بالحبس) ، والثاني : اعتبار المرأة فاعلة للجريمة في كل الحالات فالمادة 262 ق.ع.م تعاقب المرأة التي (رضيت بتعاطي الادوية مع علمها بها ، او رضيت باستعمال الوسائل السالفة ذكرها ، او مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل) بعقوبة الجريمة المقررة في المادة السابقة ، اذن لا يتصور ان تكون الحبلى شريكة في جريمة اسقاط نفسها ، ومن ثم فانها اذا مكنت طبييا من اجهاضها ، فانها لا تخضع للعقوبة المشددة التي تنص عليها المادة 263 ق.ع.م ، و انما تعتبر فاعلة في جريمة المادة 262 ق.ع.م و تعاقب بـ _____ ب عقـ وبـتها.

* الركن المعنوي :

صورة الركن المعنوي في الاجهاض و نوعه :

الاجهاض جريمة عمدية ، ومن ثم يتخذ ركنها المعنوي صورة " القصد الجنائي " والقصد الذي تتطلبه هذه الجريمة - وفقا للراجع في نظرنا - قصد عام ، يتحقق بتوافر عنصرين هما : العلم و الارادة ، اما العلم ، فانه ينبغي ان يشمل كافة العناصر التي يتضمنها النموذج القانوني للجريمة ، فيلزم ان يعلم الجاني ان المرأة حامل ، وان من شأن فعله اجهاضها ، فاذا انتفى العلم بذلك انتفى القصد الجنائي ، و بناء على ذلك ، فان هذا القصد ينتفى في الحالات الاتية :

(أ)- ان يضرب امرأة بجهل انها حامل ، فيترتب على ذلك اجهاشها ، فانه لا يسأل عن ذلك ، و لو علم بعد فعله بالحمل و حصول الاجهاض .

(ب)- ان يعطى حاملا مادة يعتقد انه لا تضر الجنين او يعتقد انها تساعد على النمو ، او لتستعملها المرأة كدهان جلدي ، و لم يكن متوقعا انها سوف تتناولها بالفم ، فيترتب على ذلك اجهاضها ، فانه لا يسأل عن ذلك ، لانتفاء القصد الجنائي لديه .

اما الارادة ، بانها ينبغي ان تشمل ارتكاب الفعل و نتيجته، اعني قتل الجنين او اخراجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته .

وبناء على ذلك ، لا يتوافر القصد في حق من يقض شجارا تشترك فيه امرأة حامل، فتجهض كآثر لفعل عنف صدر عنه في سبيل فض هذا الشجار.

وبناء على ما تقدم ، فان القانون لا يعرف الاجهاض غير العمدى ، مهما بلغت درجة جسامه الخطأ ، و تطبيقا لذلك ، فان من يقذف حيونا بحجر فيرتطم ببطن امرأة فيسقط حملها ، لا يعاقب عن جريمة اجهاض ، و انما يعاقب عن اصابة خطأ ، وهذا المسلك من جانب المشرع الوطني فيه اهدار لحق الجنين في الحماية ، واهدار لحق الام في الحفاظ على جنينها، ومن ثم فانه يعد احد اوجه الضعف في سياسة التجريم والعقاب الخاصة بهذه الجريمة، ولقد كان الاوفق ان يستوعب التجريم والعقاب سائر مظاهر الاضرار بالجنين ، بصرف النظر عن صورة الركن المعنوي، واذا كان هو القصد الجنائي او الخطأ غير العمدى.

المطلب الثالث : تقييم تجريم الاجهاض في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

عند المقابلة بين احكام تجريم الاجهاض في الفقه الاسلامي و احكامه في القانون الوضعي ، يبدو لنا تساؤل مدى الاتفاق بينهما و اتساع مدى الاختلاف ، فهما يتفقان من حيث عنصره الركن المادي ، و يختلفان في اساس التجريم ، وسياسته ، و كذا سياسة العقاب ، على نحو ما سيرد تفصيلا في البنود الاتية.

* اتفاق تام في عنصرة الركن المادي :

كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي يقيم الركن المادي لجريمة الاجهاض على ثلاثة عناصر هي : السلوك والنتيجة وعلاقة السببية. وفي هذا الخصوص يمكن القطع بتطابق الفكرين على وجه الجملة ، الا ترى ان السلوك المكون للجريمة لا يشترط فيه ان يكون من نوع خاص، ولا ان يصدر عن شخص معين، سواء في ذلك حكم الشريعة والقانون، فكل الوسائل من حيث مبدأ التجريم سواء ، والاجهاض معاقب عليه ايا كان مقترفه ، الزوج او المرأة الحبلى ذاتها ، او الغير، وفيما يتعلق بالنتيجة ، فقد تنازعتها في الفكرين نظرتان، عولت اولاهما على ضابط قطع الصلة بين الحمل والحامل، ومن ثم حصرت النتيجة المتطلبة لمسالة الجاني في عمالية انفصال الجنين عن امه، فيما عولت الثانية على ضابط حق الحمل في النمو والولادة الطبيعية ومن ثم حددت النتيجة بانها القضاء على الجنين ان اخراجه من الرحم و طرده.

* خلاف في اساس التجريم :

يجرم القانون الاجهاض بنصوص مباشرة في دلالتها على ذلك، بينما لا يوجد نص مباشر في دلالة على حكم الاجهاض في الكتاب او السنة، لكن حكم الاجهاض يستنبط

من القواعد العامة المحرمة لقتل النفس بغير حق، وكذا النصوص الواردة في السنة ،
بمناسبة تحديد التعويض الواجب في إسقاط الجنين.

* خلاف في سياسة التجريم :

قصر القانون الوضعي المسالة على حالة الاجهاض العمدى.

ومن ثم فانه لا يعرف اجهاضا يقع على وجه الخطأ، و هذا وجه من اوجه القصور في
الحماية المقررة للحمل ، و عكس ذلك تماما الفقه الاسلامي الذي يجعل - وفقا للراجح
من اقوال رجاله - المستولية مستوعبة للاجهاض ايا ما كانت صورة الركن المعنوي :
قصد جنائي ، او خطأ غير عمدى، الامر الذي يوفر للحمل حماية فعالة ضد كل صنوف
الاعتداء عليه ايا ما كانت طبيعتها.

* خلاف في سياسة العقاب :

بنى الفكر الوضعي سياسته العقابية في هذه الجريمة على اساس وحيد النظرة الى نوع
الجريمة كقاعدة ، ثم لجأ الى تفريد العقوبة عليها تبعا لشخص الجاني ، الا تراه يجعل
الاجهاض جنحة كقاعدة عامة ، ثم يفرق بين ما اذا كان الجاني هو المرأة ذاتها او الغير
، فيبقيها على حالها جنحة

في الفرض الاول دائما، و ينقلها الى مصاف الجنايات في الفرض الثاني اذا استعملت
فيها احدى وسائل العنف او كان مرتكبها طبيعيا (ومن في حكمه)، و اما المشرع
الاسلامي ،فانه يقيم سياسته العقابية على اساس تفريد العقوبة، وفقا للنتيجة المتحققة ،
فان كانت تتمثل في انفصال الجنين ميتا (او موته في بطن الام وفق الراجح من اراء
الفقهاء) ، ففيه غ-رة (نصف عشر الدية)، فان نزل حيا ثم مات بسبب الجناية فقية
دية مولود، عند من لا يتصورون العمد في الاجهاض ، ويطبق هذا الحكم ذاته عند من

يتصورون العمد فيه ، اذا وقعت الجناية على وجه الخطأ او شبه العمد ، فان وقع الاجهاض عمدا فقيه القصاص عندهم.

المبحث الثاني : تجريم ترك الأسرة ضمانا لحماية الجنين

حماية كيان الأسرة و ترابطها في التشريع الجنائي تظهر حماية كيان الأسرة و ترابطها في التشريع الجنائي معاقبة الجرائم التي ترتكب ضد الأسرة و هي :

(أ) جريمة هجر الأسرة ،

(ب) - وجريمة الامتناع عن دفع النفقة،

(ج) - جرائم الاستيلاء على المال بين افراد الأسرة الواحدة ،

(د) - وجرائم الاسيلاء على الارث

(هـ) - واخيرا في معاملته للأحداث معاملة خاصة .

- جريمة هجر الأسرة .

يلاحظ أن ما يهمنا هو جريمة هجر الأسرة، غير أننا أشرنا إلى بقية الجرائم لأنها في نفس التبويب، ولذلك ارتأينا الإشارة إليها في عجلة.

يعاقب المشرع الجزائري بالحبس من شهرين الى سنة ؟ بغرامة من 500 الى 5000 دج طبقا للمادة 330 المعدلة في 13 فيفري 1982 ، احد الوالدين الذين يترك مقر اسرته **Abandon de famille** لمدة تتجاوز شهرين ويتخلّى عن كافة التزاماته الادبية او المادية المترتبة على السلطة الابوية ، او الوصايا القانونية و ذلك بغير سبب جدي (م 330 / 1 ق.ع.ج) والزوج الذي يتخلّى عمدا و لمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بانها حامل وذلك بغير سبب جدي (م 2/330 ق.ع.ج)، وكذا احد الوالدين الذي يعرض صحة اولاده او احدا او اكثر منهم او يعرض امنهم او خلقهم

لخطر جسيم بان يسيء معاملتهم او يكون مثلاً سيئاً لهم للاعتياد على السكر او سوء السلوك او بان يهمل رعايتهم او لا يقوم بالاشراف الضروري عليهم و ذلك سواء كان قد قضى باسقاط سلطته الابوية عليهم او لم يقض باسقاطها (م 3/330 ق.ع.م) ، و يتضح لنا من خلال هذه المادة ان التشريع الجنائي يحيط الاسرة الجزائرية بسياج بنية التخلي على الالتزامات الادبية او المادية المترتبة على السلطة الابوية المنصوص عليها في قانون الاسرة (م 36 ، 62 ، 87) ، و هذا الزام كذلك للوالدين بان يكونا قدوة حسنة لاطفالهم ، وقد ركز قانون الاسرة في هذا الشأن على التربية الحسنة وحسن الخلق في تربية الاطفال (م 3 ، 2/36 ، 62 ، 67 ق.أ) .

و قد اشترط المشرع الجنائي في الحالات المنصوص عليها في الفقرتين 1 و 2 من المادة 330 عقوبات بانه لا تتخذ اجراءات المتابعة الا بناء على شكوى من الزوج المتروك .

كما ان المادة 63 من ق.أ ، تنص على انه في حالة اهمال العائلة من طرف الاب او فقدانه يجوز للقاضي قبل ان يصدر حكمه ان يسمح للام بناء على طلبها بتوقيع كل شهادة ادارية ذات طابع مدرسي او اجتماعي تتعلق بحالة الطفل داخل التراب الوطني . و هذا اتجاه عقلائي حتى لا تضيع حقوق الطفل في غمرة النزاعات الزوجية او تخلى احد الوالدين عن واجباته المقدسة المشار اليها في المادة 36 من قانون الاسرة.

(1) بلحاج العربي ، ابحاث و مذكرات في القانون و الفقه الاسلامي ، الجزء الاول ، سلسلة المعرفة

- جريمة الامتناع عن اداء النفقة

يفرض المشرع الجزائري على الزوج النفقة الشرعية حسب وسعه على الزوجة والاولاد (م 1/37 ، 74 ، 75 ق.ا)، وفي حالة عجز الاب تجب نفقة الاولاد على الام اذا كانت قادرة على ذلك (م 76 ق.ا) ، كما يوجب نفقة الاصول على الفروع و الفروع على الاصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الارث (م 77 ق.ا)، ومن هنا يعاقب المشرع الجنائي بالحبس من 6 شهور الى 3 سنوات و بغرامة من 500 الى 5000 دج في المادة 331 عقوبات كل من امتنع عمدا ولمدة جاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لاعانة أسرته، وعن اداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه الى زوجته او اصوله او فروع و ذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة اليهم ، ويفترض ان عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، ولا يعتبر الاعسار الناتج عن الاعتياد على سوء السلوك او الكسل او السكر عذرا مقبولا من المدين في اية حالة من الاحوال (م 2/331)، والمحكمة المختصة المشار اليها في هذه المادة هي محكمة موطن او محل اقامة الشخص المقرر له قبض النفقة او المنتفع بالمعونة (م 3/331).

ويلاحظ الباحث في المادة 331 عقوبات خروج المشرع على القواعد العامة المتعلقة باثبات القصد الجنائي بالاختصاص المحلي، فنص على ان عدم الدفع يعتبر عمديا ما لم يثبت العكس (م 2/331 ق.ع)، كما انه جعل الاختصاص المحلي في الدعاوى الخاصة بالنفقة من اختصاص محكمة موطن او محل اقامة مستحق النفقة وهو الدائن (م 8/8 ق. اجراءات مدنية) هذا وتنص المادة 80 من ق. ا على انه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي ان يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى، كما ان المادة 79 من نفس القانون تنص على ان راعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم.(1)

(1) لقد ذكرنا في الصفحة السابقة بشأن الاختصاص المكاني في المطالبة بالنفقة المادة 8 فقرة 8 من قانون الاجراءات المدنية القديم ، غير انه يجب ملاحظة ان هذا القانون تم تعديله بموجب قانون رقم 08- 09 صادر في 2008/02/25 و المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية و عليه فاصبحت المادة 426 منه هي التي تنظم الاختصاص الاقليمي في مسائل شؤون الاسرة . ففي موضوع النفقة الغذائية اصبحت المادة 426 فقرة 5 هي الواجبة التطبيق و حددت المحكمة المختصة بموطن الدائن بالنفقة .

المطلب الأول : جريمة ترك الزوجة الحامل (1)

تبعا لما ذكرنا سابقا فان ثاني جريمة من جرائم التارك المعنوي للأسرة هي جريمة ترك او اهمال الزوجة الحامل ، و هي الجريمة التي وردت في الفقرة الثانية من المادة 330 عقوبات حيث جاء فيها ان الزوج الذي يتخلى عن زوجته عمدا لمدة تتجاوز الشهرين دون سبب و هو يعلم انها حامل يعاقب بالعقاب بالحبس من شهرين الى سنة ، و بغرامة من خمسمائة الى خمسة الاف دينار جزائري.

وفي تجريم المشرع لإهمال الزوجة الحامل من قبا زوجها هو مراعاة المشرع للعلاقات الزوجية بالعمل على تكريسها خاصة و ان للزوج لابد ان يبقه في جانب زوجته في حالة اليسر و العسر، و ما يفرضه اساسا واجب المعاشرة الحسنو، و بهذا تقوم هذه الجريمة الركن المادي و الركن المعنوي و فيما يلي :

- بيان اركان الجريمة :

أولا : الركن المادي .

حتى تستوفى في جريمة ترك الزوجة الحامل للركن لابد من توافر عناصر هي : صفة الزوجة - ترك الإقامة الزوجية - حالة الحمل لدى الزوجة المتروكة - ترك الحامل لمدة محددة.

(1) أنظر في هذا الصدد Labbé (Xavier) المرجع السابق الذي يشير فيه إلى القانون الفرنسي بشأن تجريم هجر الأسرة كحماية للجنين.

- صفة الزوجة :

يشترط في المتهم الذي ترك زوجته حاملا ان يكون زواجه شرعيا بالمرأة الحامل ، فهذه الجريمة لا تقع الا من الزوج وحده، سواء كانت زوجته حاملا في اطار العلاقة الزوجية القائمة، او تركها بعد فك الرابطة الزوجية بينهما و هي مازالت في فترة العدة ، ذلك انه في هذه الحالة الاخيرة ما تزال زوجة له الى ان تنقضي العدة، سواء كانت صفة الزوجية ناتجة من عقد زواج رسمي او كان الزواج عرفيا .

والملاحظ انه في هذه الجريمة لا وجود للأولاد يقيمون مع الزوجين كما هو الحال بالنسبة لجريمة ترك الإقامة الاسرسة وإن كان هناك اتفاق بين الجريمتين في العقوبة، فالامر يختلف عن الاركان المكونة لقيام الجريمتين.

وفي جميع الاحوال يشترك توافر صفة الزوج وقت ارتكابه الوقائع الاجرامية، فغياب هذه الصفة قبل ذلك الوقت يؤدي الى عدم اعمال النص الجزائي.

- ترك الإقامة الزوجية :

انه يشترط لمتابعة الزوج عن اهماله وتخليه عن زوجته الحامل، ان يكون قد ترك المسكن الزوجية وهو المسكن يقيم فيه الزوجان اقامة مشتركة وفعلية، لهذا يجب على اقضاء الجزائي حين الحكم في هذه الجريمة ان يشير الحكم الجزائي الى وجود المسكن الزوجية في حالة التخلي عن الزوجة الحامل ذلك انه من المعقول ان لا يمكن للزوج الذي ليس له سكن او له سكن ولم يتوافر على الشروط اللازمة ان يقوم باحسن وجه على تنفيذ التزاماته خاصة المعنوية اتجاه زوجته وخاصة نحو الاولاد.

وقد رايانا انه قد طرح السؤال حول امكانية اعتبار الزوج متهما كذلك بجريمة ترك الزوجة الحامل اذا تم اتخاذ اجراء وقتي بتحديد اقامة منفصلة للزوجة سواء بطلب منها او بترخيص من القاضي الناظر في دعوى الطلاق ؟ لقد اجاب القضاء الفرنسي بالنفي.

* حالة الحمل لدى الزوجة المتروكة :

ان توافر حالة الحمل لدى الزوجة يعد شرطا اساسي لقيام جريمة الترك للزوجة الحامل ، ذلك انه لو لم تكن الزوجة حاملا لما اعتبر الزوج متهما لانه لا قيام لجريمة ترك الزوجة الغير حامل أي بمعنى لا تجريم بالترك بين الازواج .

لهذا فانه يشترط في الزوجة ان تكون حاملا، والمشرع لم يقصد بذلك حالة الحمل المقتر *Grossesse supposée* ، ولهذا لا بد اذن لقيام جريمة ترك الزوجة الحامل ان يكون الحمل اكيدا و ثابتا، والاكثر من ذلك يتطلب القانون ان يكون الزوج له علم بحمل الزوجة ورغم ذلك تخلى عنها، كما ان المشرع في تجريمه لترك الزوجة الحامل هو لحماية خاصة واصلية للجنين *Fœtus* ، الى جانب حماية الزوجة الحامل وهي حماية تتبعية.

كما ان المشرع لم يتطلب ترك لاقامة او موطن الزوجية، او عدم تنفيذ الالتزامات الاسرية، وبهذا تختلف هذه الجريمة عن جريمة ترك الاقامة الاسرية في عناصرها المادية، غير انه قد يحدث ان يترك الزوج زوجته الحامل والابناء وفي هذه الحالة يوجد جمع بين جريمتين، فهل يتابع الزوج على جريمة ترك زوجته الحامل ؟ او يتابع على جريمة ترك الاقامة الاسرية لوجود الاولاد ؟ ولهذا فان الفقه الفرنسي ذهب الى القول باعمال القواعد المادية وليس جمع بين جريمتين، أي بمعنى المتابعة الجزائية تكون على اساس جريمة ترك الزوجة الحامل لسهولة بيان حالة الحمل كواقعة مادية تفيد مباشرة في قيام الجريمة .

غير انه يجوز للزوج ان يدفع عن نفسه المسؤولية الجزائية على جريمة ترك الزوجة الحامل عن طريق اللعان او الزنا فانه لا يمكن لأي امرأة ان تزعم بان فلان زوجها وتتهمه بارتكاب تركها واهمالها في محل الزوجية الا اذا استطعت ان تثبت ذلك بوواسطة تقديم عقد الزواج مستخرج من السجلات الحالة المدنية.

• ترك الزوجة الحامل لمدة محددة :

لا يكف لقيام الجريمة ترك الزوجة الجاهل ان يتخلى الزوج عن زوجته بتركه للإقامة او موطن الزوجية، بل لا بد كذلك ان يمتد هذا الترك لمدة تتجاوز الشهرين ذلك ان ترك الزوجة الحامل في مقر الزوجية لمدة اقل من شهرين لا يجعل من الفعل عنصر من العناصر المكونة للجريمة، غير انه من قراءة الفقرة 2 من المادة 330 عقوبات يظهر ان المشرع لن ينص على القواعد المتعلقة بالعودة الى مقر الزوجية في احتساب عنصر المدة المشترطة في تكوين الجريمة، وذلك كما فعل بالنسبة لجريمة ترك الإقامة الاسرية وبسكوت النص في ذلك بتعين اعمال نفس القواعد المتعلقة بالعودة الى مقر الزوجية سواء كانت عودة مؤقتة او نهائية وبهذا فاذا ادعت الزوجة ان زوجها قد تركها في منزل الزوجية وهي حامل لمدة اكثر من شهر وانكر الزوج ذلك فان عليها ان تثبت بالدليل القاطع ان زوجها قد تركها لمدة اكثر من شهرين متتاليين دون انقطاع لان الترك لمدة اقل من شهرين كاملين فاكثر لا يعتد به. والترك لمدة اكثر من شهرين الذي يتخلله الانقطاع بالعودة الى مقر الزوجية يوحى بالرغبة في استئناف الحياة الزوجية المشتركة بحيث يزيل عن الفعل صفة عنصر التخلي عن الزوجة الحامل عمدا لمدة تتجاوز الشهرين ويجعل الجريمة كان لم تكن.

• ثانيا : الركن المعنوي :

اذا كان البعض يذهب الى القول بغياب الركن المعنوي في جريمة الترك الزوجة الحامل بحجة ان المشرع لم ينص على العودة على عود الماهل الزوج لمقر الزوجية وبيان رغبته في استئناف الحياة الزوجية بصفة نهائية كما فعل بالنسبة لجريمة ترك الإقامة الاسرية حتى يفيد في بيان القصد الجنائي من عدمه.

غير ان جريمة ترك الزوجة الحامل باعتبارها من الجرائم العمدية للنص صراحة على ذلك من المشرع بقوله : (الزوج الذي يتخلى عن زوجته عمدا ..) كما ان القصد الجنائي لدى الزوج المهمل يستفاد بانه كان عالما علم يقينية بحالة الزوجة الحامل ، غير انه تعمد التخلي عنها بحيث كان عليه و زوجته حاملا ان يبقى بجانبها ، لان التخلي عنها في هذه المرحلة يؤدي الى الحاق الضرر بها ، لانه تخلي عن القيام بالتزاماته وعن العناية و الرعاية التي يجب تقديمها الى الزوجة الحامل في ظروف الحمل الصعبة المضرة بصحة الام و الجنين و توجب على الاهتمام بحال الزوجة الحامل و توفير لها كافة حاجيتها. و اذا تعمد الزوج ترك الزوجة الحامل وحدها تعاني من آلام الحمل ، و نقاسي منه ، فانه يكون قد اقترف فعلا جرميا يعاقب عليه القانون، خاصة اذا كان يعلم جيدا ان هذه الزوجة حاملا و في حاجة الى مساعدتها. (1)

(1) انظر بالتفصيل زواري عبد القادر رسالة الماجستير ص 98 و ما بعدها

كما يفيد في بيان عنصر القصد لدى الزوج في هذه الجريمة ان خروجه من بين الزوجية دون سبب جدي أي بخروجه و تركه الغير المبرر، والسبب الجدي هي مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الجزائي ، و السبب الجدي قد يكون مرتبط بالحياة الزوجية، و قد يكون بذلك خارج عن الحياة الزوجية، فقد يكون السبب الجدي الذي يثيره المتهم في تركه لزوجته الحامل هو فساد اخلاق زوجته مثلا او سكنى اهل الزوجة معه مما يعكر صفوة الحياة الزوجية، و قد يكون السبب الجدي خارج الحياة الزوجية كان يترك الزوج مقر الزوجية بحثا عن العمل او يؤدي عقوبة سالبة للحرية ، او في ادائه لواجب الخدمة الوطنية، ومهما كانت هذه الحالات في بيان وجود السبب الجدي او عدم وجوده فانه من المبادئ القانونية في تفسير النصوص الجزائية ان تكون في صالح المتهم و في خدمة قرينه البراءة .(1)

(1) زواري عبد القادر المرجع السابق

المطلب الثاني: جريمة الترك حسب فقهاء الشريعة الاسلامية :

وذكر في المذهب ان اذا حبس الشخص في مكان ، و منع عنه الطعم-ام او الشراب حتى مات ، فان الحابس يعد قاتلا ، و يكون مستحقا لعقاب القاتلين و مثل هذه النصوص جاء في كتب الحنابلة.(1)

ومن الفقهاء من يرون ان الترك الذي يؤدي الى الجريمة لا يعد الترك في ذاته جريمة اذا لم يكن الفعل واجبا ، و ان ادى الى قتل - انما يعد الترك موجبا لعقاب الجريمة التي تترتب عليه ، اذا كان الترك في ذاته ترك واجب ، و ادى الترك الواجب الى جريمة اخرى ايجابية هي القتل مثلا ، فيكون على التارك اثم الترك ، و عقوبة الجريمة التي تترتب عليه، وذلك واضح في كثير من الامثلة السابقة ، فان الامر فيها كان ترك واجب يمليه الدين ،

وتمليه الاخلاق، و الواجب الديني في الاسلام من حيث الاثم كالواجب القانوني او القضائي ، فترك من يريد الشراب ، و انت تملك الماء حتى يموت يعد قتلا مادامت قد قصدت الى الترك ، و انت تعلم ان منعه من الماء يعد قتلا جريمة ، لان تمكينه من الماء الذي تحزره واجب عليك ، وايواء من يطارده سبع واجب عليك ، فتركه و انت تعلم انه سيفترسه لا محالة يعد قتلا .

(1) محمد ابو زهرة الجريمة و العقوبة

ولقد ذكر الاستاذ علي بدوي ايضا ان انظار العلماء ختلفة في اصل فكرة العقاب على الجرائم السلبية، فذهب الفقه الالماني الى وجوب معاقبة المجرم الذي ارتكب جريمة بطريق سلبي كالمجرم الذي ارتكب جريته بالايجاب تماما، وذلك كالوالدة التي تمنع عمدا من ارضاع طفلها رغبة من التخلص منه بالموت، ومحول طريق القطارات في السكك الحديدية الذي لا يحول القضيب قبل قدوم القطار بقصد احداث حادث و من كلف حراسة اعمى و راه بتردى في بئر فتركه عامدا حتى تردى فيها، ويشترط اولئك الالمان لكي تكون العقوبة على جريمة الترك جريمة الايجاب ان يكون التارك مطالبا قانونا بالفعل الذي يكون فيه صيانة المجنى عليه من الادى، فان لم يكن مطالب بالفعل بحكم القانون ، فنه لا يعاقب فيه الترك، لانه ما خالف القانون ، بل خالف المبادئ الانسانية من احسان و مروءة، لان هذه لا يفرض القانون عقوبة على تركها.

وتعد النفقة على الجنين تطبيقا لجريمة الترك عند فقهاء الشريعة الاسلامية كما سيأتي بيانه من الحقوق المالية للجنين ان ينفق عليه اذا كانت امه حاملا سواء كانت في طلاق رجعي او طلاق بائن بينونة كبرى او صغرى ، و يلحق بالمطلقة المتوفى عنها زوجها .

والنفقة في الاصطلاح هي ما اوجبه الله على الرجل لزوجته و اولاده وابويه من الطعام و الشراب والكسوة و السكنى الى غير ذلك من الضروريات المعروفة عادة و شرعا ، و لا شك ان الاهتمام بالجنين انما يكون من خلال الاهتمام بامه و العناية بها .

وقد اوجب الله سبحانه و تعالى على الازواج النفقة على زوجاتهم ومستند هذا الحكم قوله تعالى : " و ان كن اولات حمل فاتفقوا عليهن حتى يضعن حملهن " قال ابن كثير في تفسيره : (قال كثير من العلماء منهم ابن عباس وطائفة من السلف ... و جماعات من الخلق، هذه في البائن ان كانت حاملا

انفق عليها حتى تضع حملها قالوا بدليل ان الرجعية تجب نفقتها سواء كانت حاملا او حائلا، وقال اخرون بل السياق كله في الرجعيات، وانما نص على الاتفاق على الحامل وان كانت رجعية لان الحمل تطول مدته غالبا، فاحتياج الى النص على وجوب الاتفاق الى الوضع لئلا يتوهم انما تجب النفقة بمقدار مدة العدة.

وجاء في بداية المجتهد لابن الرشد (علق بظهور الحمل احكاما كثيرة كالنفقة و العدة و منع الوطء).

وقال اربن رجب الحنبلي في كتابه القواعد في الفقه الاسلامي (ان الحمل يتعلق به احكام كثيرة ثابتة بالاتفاق مثل عزل الميراث له و صحة الوصية له ووجوب الغرة بقتله، وتأخير اقامة الحدود واستيفاء القصاص من امه حتى تضعه و اباحة الفطر لها اذا خشيت عليه و وجوب النفقة لها اذا كانت باننا).

فهذه النفقة للجنين، فهي تدور معه وجودا وعدما، بل ان نفقة الجنين لا تسقط و لو كانت الحامل ناشزا ، يقول ابن رجب الحنبلي في كتابه القواعد في الفقه الاسلامي: (و يجب الاتفاق في مدة الحمل ولو كانت الام ناشزا)(1)

تكون الجريمة في ترك الاسرة نفسه بان يكون الامر مطلوبا والامتناع معصية في ذاتها ، كما هو الحال في ترك الزكاة فان ذلك الترك جريمة، وقد يكون ذات الترك جريمة ، ولكن ترتب على الجريمة اخرى، فمن طلب الماء يجب سقيه، فلو استطاع ان يذهب الى مكان آخر، يستسقى منه تكون معصية، ولكن ليست في هذه المعصية جريمة قتل، بل هي جريمة دونها.

(1) محمد ابو زهرة الجريمة و العقوبة المرجع السابق

ولقد قرر الشافعية و المالكية و الحنابلة ان من يترك شخصا يستسقى، فلم يسقوه حتى مات جوعا ، كان ذلك قتلًا إن ثبت ذلك ، فقد وردت النصوص في المذهب المالكي على ان الام اذا منعت ولدها الرضاع حتى مات فقد قتلتته ان قصدت ذلك

الفصل الثاني

الحماية الجنائية الاجرائية للجنين .

سبق ان قلنا ان هذه الحماية تتجلى في مسألة شق بطن الحامل لاجراج الجنين و تاجيل تنفيذ العقوبة على المرأة الحامل .

ولتوضيح المسألة سوف نبدأ بعرض موجز براء بعض الفقهاء قبل التطرق بصفة مدققة لهتين المسالتين كما سيأتي .

يقول الخرقى في مختصره : (و المراد اذا ماتت و في بطنها ولد يتحرك فلا يشق بطنها و يسطو عليه القوايل فيرجنه) و قد علق ابن قدامى في شرحه الموسوم " المغنى " على هذه العبارة بقوله : (والمذهب انه لا يشق بطن الميتة لإخراج ولدها مسلمة كانت او ذمية، و تخرجه القوايل ان علمت حياته بحركة، وان لم يوجد نساء لم يسط الرجال عليه، و نترك امه حتى يتيقن موته ثم دفنه). و يستطرد صاحب المغنى، فيستدل لهذا الرأي بقوله: (ولنا : ان هذا الولد لا يعيش عادة، و لا يتحقق انه يحيا، فلا يجوز هتك حرمة متوقفة لأمر موهوم، وقد قال صلى الله عليه و سلم " كسر عظم الميت ككسر عظم الحي " رواه داود، و فيه مثله، و قد نهى النبي صلى الله عليه و سلم عن المثلة).

وقد جاء في الانصاف من كتب الفقه الحنبلي ما نصه : (و ان ماتت حامل لـ... م يشق بطنها ، و هذا : المذهب ، نص عليه ، و عليه اكثر الاصحاب ، قـ... ال الزركشي : هذا المنصوص و عليه الاصحاب) و في فتح العلى المالك ما نصه : هـ : (ما قولكم في امراة ماتت و في بطنها جنين حي: فهل بقرعليه؟ جوابه :) ا بـ ن عرفة ، فيها لا يبقر عن جنين يضطرب في بطن امه) و في شـ... رح

الخرشى على مختصر خليل ما نصه: (و بقر عن مال كثر... و انما بقر عن المال و جرى في الجنين خلاف ، لان المال محقق بقاؤه، واخرجه على ما هو ..) و قد علق الشيخ على العدوى على عبارة الخرشى بقوله : (قوله : لا عن جنين ، و لكن لا بد من تحقق موته قبل دفنها به، و لو تغيرت قبل موته ارتكابا لأخف الضررين).

ومن جهة اخرى ، يقول ابن قدامى تعليقا على عبارة المختصر ما نصه : (و يحتمل ان يشق بطن الام ان غلب على الظن ان الجنين يحيا ، وهو مذهب الشافعي ، لانه اتلاف جزء من الميت لإبقاء حي فجاز كما لو خرج بعضه حيا و لم يمكن خروج بقيته الا بشق ، و لانه يشق لإخراج المال منه ، فلا بقاء الحي اولى) ، ثم ناقش هذا الاستدلال قائلا: (و فارق الاصل، فان حياته متيقنة و بقاؤه مظنون).

وقد جاء مثل هذا القول في الاتصاف مذيلا بقول المرداوي: وهو اولى فقه الحنفية نجد صاحب تكملة البحر الرائف يقول نقلا عن النواد (امراة حامل ماتت ، فاضطراب الولد في بطنها فان كان اكبر رأيه انه حي يشق بطنها ، ولأن ذلك تسبب في احياء نفس محترمة يترك تعظيم الميت، فالاحياء اولى).

وقد جاءت مثل هذه العبارة في الفتاوى الخانية و الهندية . و اما فقه... ماء الشافعية فيقولون (تشق بطن الام لاستخراج الجنين ، اذا كان يرجو... حياته ، وهو ان يكون له ستة اشهر فصاعدا ، فان كان اقل... ل

من ستة اشهر لم يشق، لانه لا معنى لإنتهاك حرمتها فيما لا فائدة فيه).

وجاء في فتح العلى المالك - في فقه المالكية - ما نصه: (... الشيخ عن سحنون، ان كملت حياته و رجبى خلاصه بقر، و قيده اللخمى بكونه في السابع او التاسع او العاشر ، و عزاه ايضا لأشهب)، و يقول ابن حزم الظاهري : (و لو ماتت امرأة حامل و الولد يتحرك قد تجاوز ستة اشهر ، فانه يشق بطنها ...، لقول الله تعالى : " و من احيها فكأنما احيا الناس جميعا" ، و من تركه عمدا حتى يموت فهو قاتل نفس) و يستطرد ابن حزم فيناقش ما نقلناه انفا عن الحنابلة المانعين من الشق فيقول : (و لا معنى لقول احمد رحمه الله تدخل القابلة يدها فتخرجه، لوجهين : احدهما ، انه محال لا يمكن ، و لو فعل ذلك لمات الجنين بيقين قبل ان يخرج ، و لو لا دفع الطبيعة المخلوقة ، لمقدرة له و جره ليخوُج لهلك بلا شك، والثاني، ان مس فرجها لغير ضرورة حرام).

- تحايل النقول الفقهية السابقة و تاصيلها :

لم يكن هدفها من ايراد النقول الفقهية السابقة مجرد الحشو و تضخيم صفحات هذا البحث ، و لكننا قصدنا ان نتعرف على طريقة فقهاءنا في التعامل مع تلك لمشكلة، و وجهات نظرهم فيما ابدوه من اقوال فقهية، ليتسنى لنا - فيما بعد - ان ندلى بدلونا في هذا المجال ، فنختار من اقوالهم ما نرى رجحانه في هذا الشأن.

وتأسيسا على ذلك، و يعد تحليل هذه النقول، استطعنا رد اقوالهم في هذه المسألة الى اتجاهين، احدهما، لا يجيز شق البطن الحامل المتوفاة لإخراج الجنين ، و الآخر لا يرى بأسا في ذلك ، فهيا نتعرف على اصحاب هذين الاتجاهين ، و وجهة نظرهم في هذا الشأن.

المبحث الأول : شق بطن المرأة الحامل

المطلب الأول : تأصيل المسألة

إذا كان فقهاء الشريعة قد اتفقوا على منع اسقاط الحمل بعد نفخ الروح ، و اكثرهم يرى المنع من ذلك قبل نفخ الروح ايضا ، و رتبوا عقوبة الجاني تتمثل في الغرة و الكفارة او الدية مع الكفارة ، بل ان العقوبة قد ترقى الى حد القود من الجاني ، فان الفقهاء ايضا قد عنوا بالمحافظة على حياة الجنين عند وفاة امه ، و لو لم يمكن ذلك الا بشق بطنها.

- جاء في الفقه الشافعي : (و ان ماتت المرأة و في جوفها جنين حي شق جوفها لانه استبقاء حي باتلاف جزء من الميت ، فاشبه ما اذا اضطر الى اكل جزء من الميت .

قال النووي : هذه المسألة مشهورة في كتب الاصحاب و ذكر صاحب الـحـاوي انه ليس للشافعي فيما نص ، قال الشيخ ابو حامد و القاضي ابـهـو الطيب و المـاوردى و المحامـلى و ابـن الصبـاغ و خلائق مـن الاصحاب ، قال ابن سريج : اذا ماتت امـرأة و في جوفها جنين حي شق جوفها واخرج ، فاطلق ابن سريج المسألة . قال ابـو حامـد و المـاوردى و المحامـلى و ابـن الصبـاغ و قال بعض اصحابنا : ليس هو كما اطلقها ابن سريج بـل تعـرض على القوابـل فـان قلـن هـذا الولد ، اذا اخرج يرجى حياته، و هو ان يكـون له مسـتة اشهر فصاعدا شق جوفها و اخرج . و ان قلـن لا يرـجى بـه ان

يكون له دون ستة أشهر لم يشق ، لأنه لا معنى لانهاك حرما فيما لا فائدة فيه.

قال الماوردي : و قول ابن سريج هو قول ابي حنيفة و اكثر الفقهاء (قلت) و قطع به القاضي ابو الطيب في تعليقه ثم قال النووي : مختصر المسألة ان كان يرجى حياة الجنين وجب شق جوفها و اخراجه.

- و جاء في الفقه الحنبلي :

" ان المرأة اذا ماتت و في بطنها ولد يتحرك فلا يشق بطنها ويسطو عليه القوايل فيخرجه " .

معنى " يسطوا القوايل " ان يدخلن ايديهن في فرجها فيخرجن الولد من مخرجه .

والمذهب ألا يشق بطن الميتة لاحراج ولدها مسلمة كانت او ذمية ، وتخرجه القوايل ان علمت حياته بحركة و قال : يحتمل ان يشق بطن الام ان غلب على الظن ان الجنين يحيا و هو مذهب الشافعي لأنه اتلاف جزء من الميت لابقائه حيا ، فجاز به ، كما لو خرج بعضه حيا و لم يمكن خروج بقيته الا بشق.

- وجاء في فقه الامام حنفية :

ان الحامل اذا ماتت و ولدها حي يتحرك شق بطنها من الجانب الايسر ويخرج ولدها.

وجاء في فقه اهل الظاهر :

ولو ماتت المرأة حاملا والولد حي يتحرك قد تجاوز ستة اشهر، فانه يشق بطنها طولا ويخرج الولد، لقول الله تعالى (ومن احيائها فكانمـا احيـا الناس جميعا) ومن تركه عمدا حتى يموت عد قاتل نفس،(1) والمشاهد الان ان الاطباء يلجأون الى شق بطن الام في حياتها ابقاء على الصغير وانقاذ لأمه اذا كانت الولادة الطبيعية تجعل حياة الجنين او امه في خطر ويسمون هذا الاجراء العملية القيصرية، ومما لا مجال للشك فيه ان هذا امر تبيحه الشريعة بل توجبه، وقد نص الفقهاء انه يباح للطبيب ان يطلع من المرأة على اي موضع يقتضى علاجه ان يطلع عليه متى تعين الرجل لذلك، وهذا يؤيد مدى سمو الشريعة وتحقيقها لمصالح الناس ويؤكد ان شريعتنا الغراء هي دين الخلود و البقاء ، لانه يعالج شؤون الناس في كل حال مما يحقق مصالحهم و لا يوقعهم في شيء من الضيق و الحرج.

(1) اضواء البيان ج 5 ص 20 و ما بعدها .

المطلب الثاني : اختلاف الفقه حول شق بطن الحامل

1 - عدم جواز شق بطن الحامل المتوفاة لإخراج الجنين:

إذا تأملنا النقول الفقهية السابقة أدركنا - على الفور - أن فقهاء الحنابلة هم حاملو لواء هذا القول، ولكن ! ما هي وجهة نظر هؤلاء الفقهاء في المنع من الشق؟. الواقع أنهم يرون الشق - في هذه الحالة متعارضا مع مبدأ حرمة الجثة، المنصوص عليه في قوله صلى الله عليه وسلم (كسر عظم الميت ككسر عظم الحي)، وهم لا يرون في اضطراب الجنين في بطن المتوفاة ما يسمح بالمساس بتلك الحرمة. وعند التأمل في أقوالهم، نجد أن الفكرة التي سيطرت على أذهانهم لدى تقرير هذا الحكم تتمثل في عدم التيقن من بقاء هذا الجنين حيا إذا تم إخراجها، ومن ثم لا يجوز هتك حرمة متيقنة لأمر موهوم، و أنت تلمح تلك الفكرة في تعليل علماء المالكية لإتفاق العلماء على إجازة شق بطن الميت لإستخراج المال واختلافهم بشأن شقها لإستخراج الجنين ، فالخرشي يقول مثلا : (و إنما عن بقر المال، وجرى في الجنين خلاف ، لأن المال محقق بقاؤه وإخراجه على ما هو)، وهذا إلى أن شق بطن المرأة مثله بها، والمثلة ينهى عنها شرعا، فما مدى صحة هذا التوجيه ذلك ما نجيب عنه في الفقرة التالية.

هذا الرأي يجسد حقيقة مبدأ حرمة الجثة كما سيأتي بيانه مبداً
حرمة الجثة - يجد أساسه في ما رواه أبو داود في مسنده عن -

عائشة رضي الله عنها، ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : (كسر عظم الميت ككسر عظم حيا)، و قد اخرج ابن ابي شيبة عن ابن مسعود قال : (اذى المؤمن في موته كأذاه في حياته) قال الطيبي : هذا اشارة الى انه لا يهان ميتا كما لا يهان حيا ومن هذا يعلم ان الميت في احترامه و وجوب عدم اهانتة كالحصى سواء بسواء، فاذا مات لا تجوز اهانتة بعد موته كما لا تجوز اهانتة في حياته، ويؤخذ من كلام الفقهاء جميعا وجوب احترام الانسان مبدأ كوجوب احترامه حيا.

ولكن ! هل يصلح هذا المبدأ بمدلوله السالف الذكر كمستند للقائلين بـ... دم جـواز شق بطـن الحامل المتوفاة لإخراج الجنين الحي منه ؟ ، قبل ان نجيب عن هذا السؤال علينا نتعرف عن سبب الحديث، وقد جاء في حاشية عـ... ون المعبود - نقلا عن السيوطي - ما نصه (عن جابر خرجنا مع رسول الله صلـى الله عليه وسلم في جنازة ، فجلس النبي على شفير القبر ، وجلسنا معه، فأخرج الحفار عظما، ساقا او عضدا : فذهب ليكسره، فقال النبي صلى الله عليه وسلـم... م " لا تكسرها ! فان كسرك اياه ميتا ككسرك اياه حيا ، ولكن دسه في جانب القبرـر" وهذا النقل يدلنا على تحديد المدلول الصحيح للحديث، فان الظاهر ان معنى هــذا الحديث ان للميت حرمة كحرمة الحي، فلا يتعدى عليه بكسر عظم او شق بطـن... ن غير ذلك، الا لمصلحة راجحة او حاجة ماسة ، الا تـ... رى ان الحفار الذي نهـ... اه النبي عـن كسر العظم كان يريد الكسر بـ... دون ان تكـون هـذاك مصلحة في ذلـ... ك ولا حاجة مـاسية اليه ، وهـذا لا يـنـطـبـق

على الفرض موضوع الدراسة، فإن الفرض ان احشاء الميتة قد سترت جنينا حنيا، فيكون شق بطنها لإخراج الجنين الحي مصلحة راجحة معتبرة شرعا، وعليه فان هذا المبدأ لا يقوى على حمل رأي القائلين بعدم جواز شق بطن الحامل المتوفاة لإخراج الجنين، ولا يرد على ذلك القول بان اجازة الشق هنا تكون من باب هتك حرمة متيقنة لأمر موهوم، لأن تلك الفكرة التي سيطرت على اذهان فقهاءنا القداس كانت تتناسب مع معلوماتهم الطبية آنذاك، اما الآن فان الاطباء يستطيعون ان يحددوا - وبكل دقة - ما اذا كان الجنين حيا ام لا و ما اذا كان اخراجه من بطن امه يؤدي الى وفاته ام انه يمكن ان يبقى على قيد الحياة، وبالتالي تتحدد دائرة الجوار بحالة التيقن من حياة الجنين واحتفاظه بحياته تلك خارج بطن امه.

- (2) جواز شق بطن الحامل المتوفاة لإخراج الجنين :

وهذا الاتجاه يعنصره جمهرة الفقهاء، فهو مذهب الحنفية والشافعية وبعض المالكية والحنابلة وهو مذهب ابن حزم الظاهري، وهؤلاء الفقهاء يقيدون الجواز بشرط هام، يتمثل في تطلب ان يكون الجنين الذي يشق بطن الام لإخراجه ممن ترجى حياته، ذلك قدر متفق عليه بينهم، لكن ضابط ذلك مختلف فيه، فهو عند الشافعي بلوغ الجنين ستة اشهر فصاعدا، بينما يراه سحنون والخمى واشهب من المالكية متمثلا في ان يكون الجنين في الشهر السابع او التاسع او العاشر وهو عند ابن حزم متوقف متوقف على امرين : ان يكون الجنين عند الشق حيا يتحرك، وان

يكون قد تجاوز ستة اشهر. ولكن ! ما هي ادلتهم على جواز الشق في هذه الحالة؟
الواقع ان اقوال هؤلاء الفقهاء قد اعتمدت النص والقياس. اما التص فقولته تعالى :
(ومن احيائها فكانما احيا الناس جميعا) واخراج الجنين الحي من بطن امه المتوفاة احيا
له، واما القياس، فقد قاسوا شق بطن المتوفاة بإخراج الجنين على اصلين هما :

(أ) - جواز شق بطن المرأة في حالة خروج بعض الجنين حيا وتعذر خروج بقيته الا
بشق بطن امه (يجامع ان كلا من الحالتين فيه اتلاف لجزء من الميت لإبقاء حي).

(ب) - شق بطن الميت لإخراج المال (فيكون قياسيا اولويا) ومفاد ذلك، ان عمدتهم فيما
قرروه يخلص في ان اجازة الشق تستند الى قاعدة ان الضرر الأشد يزال بالضرر
الاخف، وان عند تعارض المفسدة مع المصلحة يراعى اعظمهما ضررا بارتكاب اخفهما.

* الرأي المختار:

قدمنا ان مبدأ حرمة الجثة يعني عدم جواز التعدي عليها بكسر عظم او شق بطن او
غير ذلك الا لمصلحة راجحة او حاجة ماسة و بناء عليه، فاذا ثبتت حياة الجنين بيقين،
وكان هذا الجنين قد بلغ ستة اشهر فصاعدا جاز شق بطن امه المتوفاة لإخراجه ،

ويكون الجواز - آنذاك - مستندا الى فكرة تحصيل المصلحة الراجحة، و لو بالتزام المفسدة المرجوحة، وهو الراي الذي ذهب اليه ابن حزم الظاهري ، وهو المختار في هذا الشأن.

• موقف القانون الوضعي من هذه المشكلة :

لا يوجد في القانون نص صريح يعالج تلك المشكلة ، وهذا الى ان فقهاء القانون الوضعي لم يتناولوا هذه المشكلة بالدراسة، و مع ذلك فان شق بطن الحامل المتوفاة لإخراج الجنين الحي يكون امرا جائزا قانونا اذا ثبتت حياة الجنين و قرر الاطباء انه يمكن ان يعيش خارج الرحم و لو مع تطبيق التقنية الطبية الحديثة. و تستند مشروعية الشق هنا الى ان المساس بجثة المرأة يكون امرا ضروريا لإنقاذ حياة الجنين و صيانتها ، بمعنى انه يعد من قبيل حالة الضرورة المنصوص عليها في المادة 61 ق.ع.م ، هذا الى ان الطبيب او الجراح يقوم بالنسبة لهما سبب اباحة ، لأن ما يقومون به من افعال يندرج تحت مدلول الحقوق المخولة لهما بموجب المادة 60 ق.ع.م طالما ان العمل الطبي لم يتجاوز الغاية المشروعة.

المبحث الثاني : ارجاء تنفيذ العقوبة على المرأة الحامل

المطلب الاول : تأجيل تنفيذ العقوبة وفق القوانين الوضعية

(القانون الجزائري و القانون المصري)

بشأن تأجيل إجراء تنفيذ العقوبة على الحامل لم يرد النص على هذا الإجراء في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، و ارجاء تنفيذ العقوبة تمثل أساسا في عقوبة الإعدام دون غيرها وهذا ما نصت عليه المادة 2/197 من قانون تنظيم السجون إذا ورد فيها: " و لا يمكن تنفيذ عقوبة الإعدام بامرأة حامل او مرضعة لطفل دون 24 شهر من عمره.... " .

أما المشرع المصري فقد عالج إرجاء تنفيذ العقوبة في قانون الإجراءات الجزائية وقانون تنظيم السجون.

أما عن قانون الإجراءات الجزائية المصري فإنه تطرق نصا إلى إرجاء تنفيذ الإكراه البدني على الحامل،

لكن السؤال المطروح ترى من الذي أصاب في موقفه المشرع المصري الذي أدخل الإكراه البدني ضمن العقوبات أم المشرع الجزائري الذي أهمل ذكر الإكراه البدني؟

الجواب وبدون تحييز وبكل موضوعية، أن المشرع الجزائري أصاب في هذه الجزئية، إذ لم يرد أي نص وفي أي قانون يعرض تأجيل الإكراه البدني على الحامل ذلك أن الإكراه البدني لا يعد عقوبة وإنما هو طريقة أو وسيلة من طرق التنفيذ (تهديد المدين لحمله على الوفاء) ثم أن الإكراه البدني في المسائل المدنية الغي في التشريع الجزائري (الاجراءات المدنية و الادارية) .

هذا لا يعني أن المشرع الجزائري بتعدد حالات عدم تطبيق الإكراه البدني (والتعداد) ورد على سبيل الحصر في (قانون الاجراءات الجزائية) لا يعني أن الحامل ينفذ عليها الإكراه البدني.

فإذا كان المشرع قد استثنى كل من الفاعل الذي لم يتجاوز عمر 18 سنة أو الشيخ (إن صح التعبير) الذي تجاوز 65 سنة والمعوز (الفقير) من أن يكونوا جميعا محلا للإكراه البدني رافة بهم ورحمة وشفقة عليهم فإنه من باب أولى أن تحضى أو تستفيد الحامل من هذا الإستثناء دون التنصيص عليه.

ثم يلاحظ كما سبق وأن ذكرنا أن المشرع المصري أورد أحكام الإرجاء أو تأجيل العقوبة على الحامل في قانون الإجراءات الجزائية بينما المشرع الجزائري نص على إرجاء تنفيذ الإعدام على الحامل في قانون تنظيم السجون. ومرة أخرى يكون المشرع الجزائري قد أصاب ذلك أن إجراءات المحاكمة يختص بها قانون الإجراءات أما تنفيذ العقوبة يختص بها قانون تنظيم السجون.

وسوف نتناول بالتفصيل و بالتدقيق التحليل الوارد في القانون المصري .

يتم ارجاء تنفيذ العقوبة على الحبلى في حالتين ، يكون الارجاء في اولاهما وجوبيا ، بينما يكون في الاخرى جوازيا ، و ذلك على النحو التالي.

• الارجاء الوجوبي :

نصت المادة 486 ق.ا.ح.م(يوقف تنفيذ عقوبة الاعدام على الحبلى ما بعد شهرين من وضعها) ، و قد رددت هذا الحكم المادة 68 من قانون تنظيم السجون المصري رقم 396 لسنة 1956 م . و يتفق الفقه على ان العلة من ارجاء التنفيذ في هذه الحالة هي انقاذ الجنين بحسبانه مخلوقا بريئا لا ذنب له،

وهذا يعني ان الارجاء هنا ياتي استجابة لمقتضيات مبدأ شخصية العقوبة.

وأول ما يلفت النظر في نص المادة 486 ق.ا.ح ، هو تعبيرها بكلمة " يوقف " ، فهل المقصود هنا وقف التنفيذ بمعناه الاصطلاحي ، ام ان المقصود به مجرد ارجاء التنفيذ فقط ؟ ، و الفرق بين الامرين جد كبير : لأن وقف التنفيذ بمعناه الاصطلاحي الوارد في المادة 55 ق.ع.ق يجعل تنفيذ العقوبة التي اوقف تنفيذها غير ممكن ، متى انقضت مدة الايقاف دون ان يصدر في

خلالها حكم بالغائه (م 59 ع) ، بينما لا يتضمن وقف التنفيذ الوارد في المادة 486 ق. ا.ح أي امكانية لعدم تنفيذ العقوبة على الحبلى كلية، كل ما يقرره النص هو تاجيل التنفيذ او ارجائه الى ما بعد الوضع بشهرين، اصف الى هذا ان وقف التنفيذ الوارد في المادة 55 ق.ع حوازي للمحكمة عند الحكم في جناية او جنحة بالغرام او بالحبس مدة لا تزيد على سنة، و لكن القانون لا يعرف ايقاف التنفيذ بمعناه الوارد في المادة 55 ع بالنسبة لعقوبة الاعدام، و بناء على ذلك ، فان المراد بكلمة " يوقف " هنا : يؤجل او يؤخر تنفيذ عقوبة الاعدام على الحبلى و الى ما بعد شهرين من وضعها .و من تم فان المشرع لم يكن دقيقا في استعمال كلمة " يوقف " هنا و كان الاوفق ان يستعمل كلمة " يرجا " او " يؤجل " و من جهة اخرى يلاحظ ان كلمة " الحبلى " قد جاءت في النص مطلقة من كل قيد ، و من ثم ، فان النص ينطبق على كل حبلى ، ايا ما كان عمر الجنين ، فاذا كان الحمل يبدأ منذ الاخصاب ، فان سريان النص و تطبيقه يبدأ في تلك اللحظة ايضا، و بالتالي فان الميزة الاجرائية المقررة في هذه المادة تتمتع بها الانثى منذ حدوث عملية الاخصاب .

• الارجاء الجوازي :

نصت المادة 485 ق. ا.ح على انه (اذا كانت المحكوم عليها بعقوبة مقيدة للحرية حبلى في الشهر السادس من الحمل جاز تاجيل التنفيذ عليها حتى توضع حملها و تمضي مدة شهرين على

الوضع) كما نصت المادة 513 ق. ا.ح على انه (لا تسري احكام المواد 485 و ما بعدها فيما يتعلق بالتنفيذ بطريق الاكراه البدني) و هذان النصان يقرران امكانية ارجاء تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية على الحبلى حتى يمضي شهرين على الوضع ، بشرط ان تكون المرأة قد بلغت الشهر السادس من الحمل و علة الرجاء هي : مراعاة حالة الضعف الجسدي للحامل ، و الحرص على الا يكون التنفيذ عليها سببا في الاضرار بجنينها بحسبانه مخلوقا بريئا و لا ذنب له، و لكن الارجاء هنا جوازى للنيابة العامة و هي الجهاز المنوط به تنفيذ الاحكام ، فهو بعد من تطبيقات فكرة ملازمة التنفيذ العقابى، و لنيابة العامة عندما تقرر الارجاء فانها تننى قرارها على مقتضيات حالة الحامل المحكوم عليها ، و ما اذا كان من شأن التنفيذ الاضرار بجنينها ام لا .

• حدود الارجاء :

لارجاء تنفيذ العقوبة على الحبلى حدان : موضوعى و زمنى .

اما الحد الموضوعى فانه يعني : تحديد العقوبات التي تسرى عليها قواعد ارجاء التنفيذ العقابى، و اما الحد الزمنى فانه يعني : تحديد مبدأ الارجاء ونهايته.

وضابط الحد الموضوعى لارجاء تنفيذ العقوبة على الحبلى ان تكون العقوبة من العقوبات التي يؤدى تنفيذها الى الاضرار بالجنيين او التأثير عليه بصفة عامة ، فاذا انعدام ذلك فلا محل

لأرجاء التنفيذ ، و السر في ذلك ان الغاية من الارجاء هي حماية الجنين من الآثار الناجمة عن التنفيذ على امه و التي يتعدى اثرها بطريق غير مباشر ، فإذا لم يكن للتنفيذ اثر من هذا القبيل فلا محل للآرجاء او التاجيل ، و انت اذا استعرضت العقوبة الجنائية - من حيث الموضوع الذي ترد عليه الفيتها طائفتان ، اولاهما : طائفة العقوبات التي يكون محلها حياة المحكوم عليها (الاعدام) او حريتها (كالعقوبة السالبة للحرية باشكالها المختلفة و الاخرى طائفة :

العقوبات التي يكون محلها الذمة المالية للمحكوم عليها (كالغرامة والمصادرة) او الحقوق والمزايا المنصوص عليها في المادة 25 ق. ع (كالتحلي بالرتب و النياشين والقبول في أي خدمة في الحكومة ونحوها) و عليك الآن ان تنتبذ بالطائفة الثانية مكانا قصيا ، اذ لا علاقة بين تنفيذها على الحبلى و بين التأثير على الجنين و هذا يعني ان سريان قواعد ارجاء التنفيذ على الحبلى.

محدود موضوعيا بعقوبة الاعدام و العقوبات السالبة للحرية ليس الا ويترتب على ذلك ان سريان هذه القواعد لا يمنع - في جميع الاحوال - من تحصيل الغرامة بطريق التنفيذ على ممتلكات المحكوم عليها ، كما ان ارجاء تنفيذ العقوبة السالبة للحرية لا يحول بداهة دون تنفيذ العقوبات الاخرى، كالازالة و المصادرة متى كانت واجبة او جائزة التنفيذ قانونا ، ومثل ذلك عن العقوبات التبعية بانواعها المختلفة.

واما الحد الزمني للارجاء فانه في نهايته لا ينقضى قبل مضي شهرين على وضع الحامل ، و لكنه في بدايته يختلف باختلاف العقوبة التي يؤجل تنفيذها ، فان كانت هي الاعدام ، فان الارجاء يتقرر ايا ما كان عمر الجنين ، بينما لا يبدأ سريان قواعد الارجاء بالنسبة للعقوبات السالبة للحرية ما لم تكن الحامل قد بلغت الشهر السادس من الحمل على الاقل عند البدء في التنفيذ، و هذه التفرقة منتقدة ، لان الحكمة من ارجاء التنفيذ واحدة في الحالتين.

* ضمانات العودة الى التنفيذ :

ارجاء تنفيذ العقوبة على الحبلى لا يعني صرف النظر عن تنفيذها كلية، ولكنه يعني مجرد تاجيل تنفيذها حتى تضع المرأة حملها ، لكن المرأة قد تهرب من التنفيذ عند زوال سبب التاجيل ، لذا اعطى المشرع للنيابة العامة، اذا رأت ارجاء تنفيذ العقوبة السالبة للحرية ان تطلب من المحكوم عليها تقديم كفالة - بفدر مبلغها في الامر الصادر بالارجاء - بالا تفر من التنفيذ ، او ان تشتتر لتاجيله ما تراه من الاحتياطات الكفلية بمنع المحكوم عليها من الهرب (م 489 ق. ا. ح) كمنعها من السفر ، او الزامها بالقدم للنيابة او الشرطة في اوقات معينة و نحو ذلك ، و اخلا المرأة بشيء من ذلك يجيز للنيابة العدول عن ارجاء التنفيذ وهذه الضمانات تسرى عند ارجاء تنفيذ الاكراه البدنى بطريق القياس على العقوبات السالبة للحرية ، اما المحكوم عليها بالاعدام ، فانها طبقا للمادة 471 ق. ا. ح توضع في السجن حتى يتم التنفيذ ، ومن ثم تكون هناك امكانية لهربها .

* معاملة الحبلى معاملة المحبوسين احتياطيا :

* اساسها القانوني و مداها :

نصت الفقرة الثانية من المادة 485 ق. ا.ح على انه (اذا رؤى التنفيذ على المحكوم عليها ، او ظهر في اثناء التنفيذ انها حبلى وجبت معاملتها في السجن معاملة المحبوسين احتياطيا حتى تمضى المدة المقررة بالفقرة السابقة) ، كما قررت المادة 19 من قانون تنظيم السجون رقم 396 لسنة 1956 ان المحوم عليها الحامل تعامل ابتداء من الشهر السادس للحمل معاملة خاصة من ناحية التغذية و النوم و التشغيل حتى تلد وتمضى اربعون يوما على الوضع ، و انه يجب ان يبذل للام و لطفلها العناية الصحية اللازمة مع الغذاء و الملابس المناسب و الراحة ، و لا يجوز حرمان المسجونة الحامل من الغذاء المقرر لها لاي سبب كان .

والنص الاول يسدى للحامل ميزة اجرائية تتمثل في معاملتها داخل جدران السجن معاملة المحبوسين احتياطيا الى ما بعد شهرين من الوضع ، سواء ظهر حملها اثناء التنفيذ ، او دخلت السجن وهي حبلى قبل الشهر السادس او بعده اذا لم تامر النيابة بالارجاء ، و تظل الحبلى متمتعة بتلك المعاملة الى ما بعد شهرين من وضع الحمل ، لكن النص الثاني - و قد اعطى للحامل ميزة اجرائية اخرى تتمثل في معاملتها معاملة خاصة من ناحية التغذية والنومك والتشغيل - يقصر استفادة الحامل من تلك المعاملة، على الحامل التي بلغ حملها ستة اشهر، يقرر انتهاء تلك المعاملة متى مضت

اربعون يوما علة الوضع، وإذا كان تحديد نهاية المعاملة على هذا النحو لا يثير نقدا يذكر، فإن تحديد بداية استفادة الحامل من تلك المعاملة يثير الكثير من اوجه النقد، ذلك لأن الحامل في الشهور الاولى احوج ما تكن الى تلك المعاملة الخاصة المتعلقة بالتشغيل والنوم والغذاء ، خاصة في الاشهر التي يبدأ فيها تكون الجنين، هذا الى ان المرأة قد تكون حبلى لأول مرة ، و هذه غالبا ما يؤدي الحمل - لا سيما في الاشهر الاولى - الى ارهاقها ، فتكون في تلك الازمنة احوج ما يكون الى العناية التي تكفل المحافظة على نمو الجنين ومواصلة مشوار التكون دون اصابته بنقص او سقوط و نحو ذلك. وعليه فقد كان الاوفق ان تستفيد الحامل بتلك المعاملة الخاصة منذ اكتشاف حالة الحمل، و لو كان في ايامه الاولى.

جميل ان يؤجل المشرع تنفيذ عقوبة الاعدام على الحبلى الى ما بعد شهرين من وضع الحمل (م 486 ق. ١ . ح) بيد ان قيمة تلك الميزة تتضاءل عند تطبيق المادة 481 ق. ١. ج الخاصة بايداع المحكوم عليها في السجن الى ان يتم تنفيذ الحكم فيها، لان الامر سيؤول - في النهاية - الى استبدال الاعدام بسلب الحرية خلال فترة الارجاء ، لكن الحامل في حاجة ماسة الى الخلود الى الراحة والابتعاد عن الاجهاد الجسدي والفكري والعاطفي طوال مدة الحمل ، فضلا عن التغذية الجيدة و المتابعة الطبية الدقيقة ، وجميعها امور تتنافى وتتفرع مع وضع الحامل داخل السجن انتظارا لتوقيع عقوبة الاعدام، ايا ما كانت العناية التي تلقاها داخل السجن ، لانها لا تفي ابدا بمقتضيات الرعاية الحقيقية للجنين ، ولقد كان

الافوق ان يعطى المشرع النيابة العامة الحق في ايداع المحكوم عليها بالاعدام احدى المستشفيات المتخصصة مع اتخاذ الاحتياطات الامنية الكفلية بعدم هربها في هذه الحالة ، و من جهة اخرى ، فان حالة الارجاء الجوازى لتنفيذ العقوبات السالبة للحرية لا تستفيد منها سوى الحامل في الشهر السادس على الاقل عند البدء في التنفيذ، وهذا المسلك يغمر من جهتين :

- اولاهما : انه يفرق بين متشابهين بدون مقتضى ، اذ العلة من ارجاء التنفيذ واحدة في كل الحالات ، وهي مراعاة ضعف الحامل بدنيا والعمل على الا يسبب التنفيذ عليها اضرارا بالجنين، وهذا الامر لا يختلف باختلاف عمر الجنين .

و الثانية : انه يجعل الارجاء جوازيا للنياية العامة ، و كان الافوق ان يكون وجوبيا ، و الا يشترط فيه عمر زمنى معين للجنين ، و سواء اكتشف الحمل قبل دخول السجن او ظهر اثناء التنفيذ ، لحاجة الحامل في كل حال عناية صحية خاصة لا يمكن ان تتوفر لها داخل السجن ايا ما كانت المعاملة المقررة لها .

المطلب الثاني : مصدر هذا الاجراء :

- الشريعة الاسلامية.

جاء في اسنى المطالب ما نصه : (و يؤخر الاستيفاء في القصاص - ولو في الطرف - من الحامل ، و لو من زنا ، للحمل ، أي : لوضعه و ان كانت مرتدة ، و يؤخر الاستيفاء منها ايضا في سائر الحدود ، كحد القذف ، لما في ذلك من هلاك الجنين او الخوف عليه مع براءته ، و تحبس من بها حمل و عليها قصاص الى وضعه و ارضاعه اللبا.

فلو بادر المستحق وقتلها بعد انفصال الولد قبل وجود ما يغنيه فمات لزعم القود فيه ... و لا تحبس هي في حق الله تعالى كرجم بل تمهل حتى يتم للولد حولين و نجد بعدهما من يكفله ، لان حق الله تعالى مبنى على التخفيف ... فان بادر وقتلها حاملا و لم ينفصل حملها ، او انفصل سالما ثم مات فلا ضمان عليه ، لانه لا يعلم انه مات بالجناية ، او ميتا فجرة وكفارة فيه ، او متالما فمات فدية و كفارة فيه ، لان الظاهر ان تالمه من موتها ، و قد علل العلامة الرمى تاخير الاستيفاء من الحامل بقوله : (لانه

اجتمع فيها حقان : حق الطفل و حق الولي في التعجيل ، و مع الصبر يحصل استيفاء
الحقين اولى من تفويت احدهما ، و اضاف قائلا : و تحبس من بها حمل ، اذا طلبه
المستحق ، فلو كان غائبا او صيبا او مجنونا فللسلطان الحبس الى الحضور و الكمال (
، وقد علله الشيخ عمير بقول الله تعالى : " فلا يسرف في القتل " مقرران ان (قتلها
اسراف ، لان فيه هلاك نفسيين و خرج بهذا حدود الله تعالى لا تحبس فيه ، بل و لا
تستوفى مع وجود مرضعة لبنائها على المسامحة) ... و لو شئنا لنقلنا لك كثيرا من
نصوص الشافعية ، فلنقتصر على هذا ، و لننقل لك شيئا من نصوص المذاهب الاخرى
، حتى تعرف ان المسألة معروفة مشهورة لدى ارباب المذاهب الاربعة ، لتطلع بنفسك
على الاحكام المفرعة على ارجاء الاستيفاء من الحامل ، فقد قال المرداوى الحبلى ما
نصه : (لو وجب القصاص على الحامل او حملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع الولد و
تسقيه اللبا بلا خلاف اعلمه ... و حكم الحد في ذلك حكم القصاص ... و تحبس في
القصاص و لا تحبس في الحد ... و ان اقتض من حامل وجب ضمان جنينها على
الصحيح من المذهب) ، و يقول اب قدامة : (لا يجوز ان يقتص من حامل قبل
وضعها ، سواء كانت حاملا وقت الجناية او

حملت بعدها قبل الاستيفاء ، سواء كان القصاص في النفس او في الطرف اما في النفس فلقوله تعالى : " فلا يسرف في القتل " و قتل الحامل قتل لغير القاتل فيكون اسرافا ... و اما القصص في الطرف ، فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية الى الجاني او الى زياة في حقه ، فلان نمنع منه خشية السراية الى غير الجاني و تفويت نفس معصومة اولى ، و لان في القصاص منها قتلا لغير الجاني و هو حرام) و يقول في موضع اخر : (و ان اقتص من حامل فقج اخطا ، و اخطا السلطان الذي مكنه من الاستيفاء ، و عليهما الاثم ان كانا عالمين او كان منهما تفريط ، و ان علم احدهما او فرط فالاثم عليه ، ثم ننظر :

(أ) فان لم تلق الولد : فلا ضمان عليه ، لان لم تتحقق وجوده و حياته .

(ب) و ان انفصل حيتا او حيا لوقت لا يعيش في مثله فقيه غرة .

(جـ) و ان انفصل حيا لوقت يعيش مثله ثم مات من الجناية وجبت فيه دية ، و في

الاختيار ما نصه : (و المرأة الحامل لا تحد حتى تضع حملها ، لانه يخاف من الحد

هلاك ولدها البريء

من الجنائية و تحبس الحامل حتى تضع ان ثبت بالبينة مخافة ان تهرب ، و ان ثبت بالاقرار لا تحبس ، لان الرجوع عنه صحيح فلا فائدة فيالحبس ، ز النبي لم يحبس الغامدية) و قد نقل ابن نجيم عن الهداية ما نصه : (ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار) ، و في فقه المالكية يقول الدردير : و تؤخر الحامل الجنائية على طرف او نفس عمدا للوضع و وجود مرضع بعده ، حذر ان يؤخذ نفسان في نفس ، و ان كان القصاص بجرح مخيف عليها او على ولدها ، فان كان غير مخيف فلا تؤخر و اذا اُخترت حبست و لا يقبل منها كفيل ، كالحـد الواجب عليها قذفا او غيره تؤخر و تحبس) ، و يقول الباجي في شرحه (ان الحامل اذا قتلت عمدا لم يقتص منها حتى تضع حملها ، لان حملها له حق و حرمة ، و ان عجل قتلها مات بموتها و لا يلزمه شيء لقوله تعالى : " الا تزر وازرة وزر اخرى " .

و عليه اذا اقترفت الحامل ما يستوجب معاقبتها في الدنيا ، فلا يخلو الحال من فرضين ، احدهما : ان تكون العقوبة المحكوم بها عليها واقعة على مالها او على حريتها ، و الثاني : ان تكون

واقعة على حياتها او بدنّها فهل يجوز استيفاء هذه العقوبات منها وضع حملها ؟

و في معرض الاجابة عن هذا التساؤل ، علينا ان ننتبذ بالفرض الاول مكانا قصيا، اذ ان استيفاء العقوبة المالية او السالبة للحرية يكون عديم الاثر بالنسبة لحق الجنين في الحياة. لكن الامر ليس كذلك بالنسبة للفرض الثاني ، اذ ان العقوبات المندرجة تحته طائفتان ، اولاهما : العقوبة التي يكون محلها حياة الحامل (القتل) .

و الاخرى : العقوبات التي يكون محلها بدن الحامل (الجلد ، و القصاص فيها دون النفس) ، و انت خبير بان استيفاء الطائفة الاولى من الحامل مفض - لا محالة - الى ازهاق حياة الجنين ، بحكم ان حياته تابعة لحياة لّمه، و بالتالي فان قتلها مفض قطعاً الى قتله، و اما استيفاء الطائفة الثانية من الحامل ، فانه غالبا ما يفضى الى الاضرار بحياة جنينها او سلامته ، و هكذا نجد انفسنا امام مصلحتين متعارضتين هما : مصلحة الطفل في الحياة ، و مصلحة الولي في الاستيفاء، بيد ان الجمع بينهما يكون ممكنا اذا اخرنا الاستيفاء من الحامل الى ما بعد وضع الجنين (..) ، لذا

قرر الفقهاء ان الحامل لا يجوز استيفاء العقوبة منها ، سواء كانت تلك العقوبة مفضية الى القضاء على جنينها، او كان استيفاؤها مظنة الاضرار به في حالة هذه المرأة بالذات ، و هو الامر الذي وقفت بنفسك على اجماع فقهاءنا عليه من خلال ما نقلناه لك عنهم آنفا ، و اكثر من هذا ، فانك تجد عبارات فقهاءنا صريحة في حماية الجنين خلال مرحلة التنفيذ العقابي حتى و لو لم يكن شرعيا ، كما لو كان الحمل من زنا مثلا ، و ايا ما كان وقت حدوث الحمل : فسيان ان يكون الحمل قائما قبل صدور الحكم بالعقوبة ، او ان يحدث بعد الحكم بها و قبل استيفائها ، ففي شائر هذه الحالات يتعين ارجاء استيفاء العقوبة من الحامل حتى تضع حملها . (1)

(1) كالدية و المصادرة و الغرامة و الارش و السجن او الحبس.

* الاساس الشرعي عند فقهاء الشريعة الاسلامية :

و الاساس الشرعي الذي يرتكز عليه التاجيل يستند الى نصوص خاصة استناده الى المبادئ العامة ، اذ انه لا يغيب على بالك ان المبدأ العام المقرر شرعا يتمثل في ان العقوبة شخصية ، بمعنى انها لا توقع الا على مرتكب الجريمة و لا يجوز ان تنال سواه ! الا ترى ان المولى عز و جل يقول عن القصاص : (و من قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل) (1)، أي : (لا يقتل غير القاتل) ، و استيفاء العقوبة من الحامل قتل لما في بطنها فيكون اسرافا منهيها عنه شرعا ، و النهي للتحريم ، فيكون الاستيفاء من الحامل قبل وضع الحمل محرما ، و من جهة اخرى يقول الحق تبارك و تعالى (الا تزر وازرة وزر اخرى) (2) ، أي : لا تؤخذ احد بذنب غيره ، واستيفاء العقوبة من الحامل ولو ادى ذلك الى الاضرار بحملها، اخذ له بما لم يقتضه، فيكون ممنوعا شرعا.

على اننا نجد من جهة اخرى ، نصوصا صريحة تأمر بتاجيل استيفاء العقوبة من الحامل حتى تضع حملها.

(1) سورة الاسراء الآية 33 . (2) سورة النجم الآية 38

نورد لك منها نسان، احدهما : ما رواه عمران بن حصين ان امرأة من جهينة اتت نبي الله صلى الله عليه وسلم و هي حبلى من الزنا ، فقالت يا نبي الله : اصبت حدا فاقمه على ، فدعى نبي الله وليها ، فقال : احسن اليها فاذا وضعت فائتني بها، ففعل، فامر بها نبي الله صلى الله عليه وسلم فشكت عليها ثيابها ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها ، وفي رواية قال لها : (حتى تضعي ما في بطنك)، وان رجلا من الانصار كفها حتى وضعت، وان اخر تكفل بارضاع وليدها، فامر بها فرجمت، والثاني : ما رواه ابن ماجه بسنده عن جماعة منهم شداد بن اوس، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم : (المرأة اذا قتلت عمدا لا تقتل حتى تضع ما في بطنها ان كانت حاملا وحتى تكفل ولدها وان زنت لم ترحم حتى تضع ما في بطنها و حتى تكفل ولدها)، ونظرا لصراحة هذه النصوص، وتطبيقا للمبدأ العام السالف الذكر، اتفق فقهاء الاسلام على وجوب تاجيل قتل الحامل ، وتاجيل استيفاء عقوبة الجلد والقصاص فيما دون النفس ان خيف عليها او على ولدها التلف ، و ذلك حتى تضع ما في بطنها بل اتك ترى في حديث عمران بن حصين رضي الله عنه ما يوجب الاحسان الى الحبلى التي تاجل استيفاء العقوبة بها ، و انه ينبغي الرفق بها خلال فترة التاجيل :

لئلا تحس بشبح العقوبة من حولها ، فيؤثر ذلك على نمو الجنين، وهكذا ترى الشارع
يمعن في اسداء الحماية للجنين ضد كل صنوف الاضرار المتصورة خلال مرحلة التنفيذ

العقابى.(1)

(1) انظر بالتفصيل محمد عبد الشافى اسماعيل الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة و القانون ، دار المنار ط اولى

سنة 1992 ، ص ص 99 – 108

لا تأجيل إقامة الحد على المرأة الحامل حتى تضع حملها، و ذلك ابقاء على حياة الجنين و محافظة عليه و ليس ذلك فحسب... بل امر الشارع بالاحسان الى هذه المرأة التي اقترفت ما يوجب اقام الحد عليها .. و انه ينبغي الترفق بها حتى لا تحس بشبح العقوبة من حولها ، فيكون في ذلك التأثير على نمو الجنين او حياته ... فقد ثبت عن عمران بن حصين : ان امرأة من جهينة اتت النبي محمد صلى الله عليه و سلم و هي حبلى من الزنى فقالت : يا نبي الله اصبحت حدا فاقمه على ، فدعا نبي الله صلى الله عليه و سلم و لها فقال: " احسن اليها فاذا وضعت فاتى بها..) و قد اوقف الشارع تنفيذ الحد عن الحامل حتى تلد، قال تعالى : [و لا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق و من قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يشرف في القتل] .

و قت الحامل يتعدى فيه القتل الى الجنين فيكون اسرافا.

و قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : [اذا قتلت المرأة عمدا لم تقتل حتى تضع ما في بطنها ، و حتى تكفل ولدها].

و قد اجمع فقهاء المسلمين على عدم جواز القصاص من الحامل وضعها ، سواء كانت حاملا وقت الجناية او حملت بعدها، و سواء كان القصاص في النفس او في الطرف.

و لما كان القصاص في النفس قد منع، لما فيه من التعدي على حياة الجنين و قد منع ذلك القصاص في الطرف خشية السراية الى الجاني ... فلأن يمنع القصاص منه خشية السراية الى الجنين اولى و احرى تاجيل تنفيذ العقوبة على الحامل.

المطلب الثالث : تقييم ارجاء تنفيذ العقوبة على الحامل في الفقه الاسلامي و
القانون الوضعي .

ان نظرة فاحصة فيما قدمناه عن احكام الحماية الاجرائية للحمل المستكن لكفيله برسم معالم الاتفاق و الاختلاف بين الفقه والقانون ، فهما متفقان في اساس هذه الحماية و حدوده ، ولكنهما يختلفان من حيث فعاليتها ، وذلك على التفصيل التالي .

* اتفاق في اساس الحماية و حدودها :

بان لك من العرض السابق لاحكام الحماية الاجرائية للحمل المستكن ، ان هذه الحماية تجد اساسها في مبدأ شخصية العقوبة ، سواء في ذلك حكم الشريعة و القانون الوضعي ، و مضمون هذا المبدأ ان العقوبة لا ينبغي ان توقع الا على مرتكب الجريمة ، و انه لا يجوز بحال ان تنال سواه ، و الجنين المستكن في الرحم

لا ذنب له فيما اقترفت بد امه ، و من ثم لا يصح ان تسمح بتنفيذ الجزء الجنائي على الحبلى اذا كان نت شأنه التأثير على الجنين ، و بناء على ذلك ، اتفق القه و القانون على ارجاء تنفيذ الجزء الجناشى على الحبلى الى ما بعد نهاية وضع الحمل .

و من ناحية اخرى ، اتضح لك ان ارجاء تنفيذ العقوبة على الحبلى محله العقوبات التي يؤدى تنفيذها الى الاضرار بالجنين ، و هي بداهة تنحصر في العقوبات التي يكون محلها حياة الحبلى او بدنها او حريتها ، سواء في ذلك حكم الشريعة و القانون بها ، و هكذا وجدنا ان حماية الجنين لا تستدعى ارجاء تنفيذ العقوبة التي يكون محلها الذمة المالية للمحكوم عليها او الحقوق و المزايا الاجتماعية المقررة قانونا لها .

* اختلاف في فعالية الحماية الاجرائية :

رايت انفا ، ان عقوبة الاعدام ترجا وجوبا في الشريعة و القانون ، و ان العودة الى التنفيذ تكون مضمونة بسجن الحامل في القانون ، و حبسها في الشريعة ، و نظرا لاختلاف مفهوم الحبس في الشريعة عنه في القانون ، فقد ترتب على ذلك تضائل قيمة

الحماية المسداة للحمل في القانون عن مثيلتها في الشريعة ، و بيان ذلك ان الحبس شرعا لا يعني : الحبس في مكان ضيق على نحو ما تعرفه النظم الحديثة ، و لكنه يعني مجرد تعويق الشخص ايا كانت وسيلة ذلك ، فقد يتم في مسجد او مدرسة او مكان يعد لهذا الغرض ، و قد يتم بالملازمة ، و هي تعني سير المدعى او وكيله مع المدعى عليه حيث سار و جلوسه حيث جلس غسر مانع له من الاكتساب و نحوه من الضروريات ، و لا كذلك السجن في القانون ، فهو يتم عادة في مكان ضيق ذو مواصفات خاصة تجعل جوه مشحونا يتوتر الاعصاب ، و اذن فحبس الحامل في الشريعة ان يعرضها للضغوط النفسية و العصبية التي تتعرض لها لحامل المسجونة في القانون ، اصف الى هذا او الولي مامور بالاحسان الى المرأة طيلة الارجاء بكل ما تحمله كلمة " الاحسان " من معنى ، و لا يرد على ذلك القول بان الحبلى - في القانون عندما تسجن تعامل معاملة المحبوس احتياطيا ، و انها متى اكمل حملها الشهر السادس تعامل معاملة خاصة من حيث التغذية و التشغيل و النوم ، فضلا عن ان هذه الميزة الاخيرة لا تستفيد منها المسجونة قبل بلوغ حملها الستة اشهر ، فان المعاملة المقررة للمحبوسين احتياطيا لا تفي بمتطلبات حماية الجنين مهما

بلغ حسننها ، لان جو السجن لا يتناسب بحال مع ظروف الحمل ، الامر الذي يقلل من فعالية تلك الميزة ، و يظهر لنا من ناحية اخرى تفوق الحلو الشرعية القانونية في خصوص هذه المسألة .

و من جهة اخرى ، راينا ان العقوبات السالبة للحرية يرحا تنفيذها على الحبلى اذا بلغ حملها ستة اشهر على الاقل عند البدء في التنفيذ ، و انه يحتاط لعدم هرب المرأة بنظام الكفالة و الاحتياطات الاخرى التي تكفل عدم هربها من التنفيذ ، بيد ان جعل الارجاء هنا جوازى موقوف على تقدير النيابة لظروف الحامل ، و ربط اجازة الارجاء بمضى ستة اشهر على الحمل ، يعد قصورا في اسداء الحماية للأجنة ، يستوجب تلافيه ، و يجعل الارجاء وجوبا ايا كان وقت اكتشاف الحمل و ايا ما كان عمره ، نظرا لحاجة الحامل في كل وقت الى عناية صحية خاصة لا يمكن ان تتوافر لها داخل جدران السجن مهما عوملت معاملة المحبوسين احتياطيا .

بعد هذا التقييم لا يفوتنا ان نسرد الجدل الذي ثار في اواسط الفقهاء حول مدة تاجيل تنفيذ عقوبة الاعدام .

و لقد اثارَت مسألة تاجيل اعدام الحامل إعدام الحامل جدالاً فقهيًا حول مدة التاجيل في مصر كما سيأتي بيانه و هل تكون المدة بعد شهرين أو بعد سنتين!

ورد في مجلة «آخر ساعة» بعض هذا الجدل الدائر حول تنفيذ حكم الإعدام بالمرأة الحامل. ومنه نقتطف: (1)

(1) انظر موقع قوقل **GOOGLE** بالإنترنت

الأسبوع الماضي، تقدمت الدكتورة زينب رضوان وكييلة مجلس الشعب باقتراح تعديل نصوص قانون الإجراءات الجنائية التي تنص على: «وقف عقوبة تنفيذ الإعدام على الحبلى، الى ما بعد شهرين من وضعها»، لتكون المادة: «يوقف تنفيذ عقوبة الإعدام على المرأة حتى يتم وليدها عامين هجريين». وقد وافقت لجنة الاقتراحات والشكاوى على هذا الاقتراح، رغم اعتراض المستشار محمد على ممثل وزارة العدل على الاقتراح، مؤكداً أن المرأة قد تعتمد الحمل. لتأجيل الإعدام عامين بدلاً من شهرين للتهرب من تنفيذ العقوبة. وعقبت الدكتورة زينب رضوان، قائلة أن الطفل بمجرد ولادته يثبت له الحق في الرضاعة حتى ينمو جسده.. مضيفة أن الله سبحانه وتعالى يفرض للمولود على أمه حولين كاملين من الرضاعة.

الاقتراح الأخير: لوكييلة مجلس الشعب، كان مثال جدل طوال سنوات عديدة، ما بين مؤيد لتأجيل تنفيذ حكم الإعدام على المرأة الى ما بعد الوضع، وإتمام طفلها عامين للرضاعة، وبين معارض لهذا الاقتراح، مطالباً الاكتفاء بما ورد في قانون الإجراءات

الجنائية، بتأجيل تنفيذ العقوبة على الحامل الى بعد شهرين فقط من الوضع.

وكان الدكتور عطية مهنا أستاذ القانون الجنائي قد اقترح في دراسته الصادرة عن المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية تأجيل تنفيذ عقوبة الإعدام بالمرأة الحامل، والتي ترضع وليدها حتى يتم الرضيع عامين بما لا يتعارض هذا التعديل مع السن الشرعي الوارد بالقرآن الكريم والذي كفل حق الطفل في الرضاعة من الام وفقاً لقوله تعالى «والولادات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة»..

وباستعراض الدراسة فإن الحالات التي يتم فيها تأجيل تنفيذ العقوبة التي تضمنها القانون منها: أنه إذا كان محكوماً على الرجل وزوجته بالحبس مدة لا تزيد على سنة ولو عن جرائم مختلفة ولم يكونا مسجونين من قبل جاز تأجيل تنفيذ العقوبات على أحدهما حتى يفرج عن الآخر وذلك إذا كانا يكفلان صغيراً لم يتجاوز 15 سنة وكان لهما محل إقامة..

فإذا كان القانون قد كفل حق الطفل الى سن 15 سنة فقد رأت الدراسة أنه يكون من
الافق ان يكون التاجيل وجوبياً في حالة تنفيذ عقوبة الإعدام في المرأة الحامل بحيث
يسمح بتأجيل تنفيذ حكم الإعدام الى سنتين بعد وضعها بدلاً من شهرين بما يتوافق مع
الناحية الإنسانية، والسياسة الجنائية الحديثة وحتى يكمل الرضيع فترة رضاعة خاصة
أن لبن الأم هو الغذاء الوحيد الكامل الذي لا يوجد له مثيل؟

ولكن قد يتبادر الى الذهن تشابه حالة المولود المحكوم على أمه بالقصاص مع المولود
الذي توفيت عنه والدته أثناء وضعه.

لكن ردود الأفعال التي يتعامل بها المولود من قبل أسر كلتا الحالتين ليس متشابهاً فلن
تكون معاملة المولود الذي فقد أمه أثناء وضعه هي نفس المعاملة التي قد يلقاها
المولود الذي سينفذ في أمه حكم الإعدام.. ففي الحالة الأولى ينال الطفل تعاطف أسرته
والتي تتولى عملية استلامه وتربيته ورعايته بكل الحب والعطف لأنه أغلب الأحيان
يتسلمه والده الذي يتولى مسؤولية تدبير كافة المستلزمات التي تعوضه عن فقدان
والدته.. ولكن الحالة الثانية فإنه غالباً ما تكون المعاملة التي يتلقاها الطفل من قبل
أسرته هو

الإحجام عن استلامه، فيمكن أن يودع في إحدى المؤسسات لرعاية الأيتام. وقد ينشأ وسط مناخ اجتماعي يؤثر على سلوكياته في المستقبل وبذلك سيحاسب الطفل ويدفع ثمن خطأ والدته من دون أن يكون له أدنى ذنب، كما أن نسبة كبيرة من النساء اللاتي يحكم عليهن بالإعدام غالباً ما يكون نتيجة قتلها لزوجها وبالتالي يلفظون المولود.

الدكتور نائل ابراهيم أستاذ القانون الجنائي بجامعة عين شمس يرى أنه اقترح مطلوب أسوة بحالة المرأة التي تعامل معها الرسول والتي أمر بأن تنال عقوبتها بعد اقترافها جريمة الزنى بعد وضعها حيث تم تنفيذ الحكم بها برجمها حتى الموت وفي يد ابنها كسرة من الخبز. ويضيف: المعلوم طبياً أن لبن الأم هو العامل الأساسي في تكوين جهاز المناعة في جسم الطفل الذي يقيه من الأمراض وإذا اعتمدنا على الرضاعة الصناعية كحل فإنه لن يكون متمشياً مع روح القانون، فلا بد من تعديل نص القانون الى ما بعد سنتين من تاريخ الوضع حتى يعتمد الطفل على نفسه في الطعام والشراب بعد فترة الفطام.. كما أن هذه الحالات التي اشتمل عليها القانون بالتأجيل قد جاءت وجوباً أي ليس اختيارياً

حيث نص قانون الإجراءات الجنائية بأن يوقف تنفيذ الحكم على الحامل المحكوم عليها بالإعدام الى ما بعد شهرين من وضعها وذلك بصفة وجوبية، لكننا نطالب بتعديل هذا النص لأنه سيصيب الطفل بطريق غير مباشر.

ويرى المستشار محمد موسى رئيس اللجنة التشريعية بمجلس الشعب سابقاً أن تأجيل تنفيذ العقوبة في هذه الحالة على حسب وجود المولود على قيد الحياة فإذا اختاره الله بعد الوضع مباشرة أو أثناء عملية الوضع فإنه في هذه الحالة لا يوجد حاجة الى تأجيل تنفيذ العقوبة وبالتالي يطبق عليها عقوبة الإعدام بعد شهرين، وكذلك الحالة إذا توفى الطفل خلال السنتين فإنه توقع العقوبة مباشرة حيث ينتفي في هذه الحالة مبرر إمداد فترة التأجيل الى سنتين وذلك حتى لا يتعارض ذلك مع المبدأ من التأجيل الذي يتم فحسب لكي يكمل المولود رضاعته، لكن إذا تم تنفيذ الحكم بعد شهرين.

المشكلة صعبة جداً على حد وصف الدكتور إبراهيم عيد أستاذ
الصحبة النفسية بكلية التربية جامعة عين شمس.. مضيفاً كـ...
أنه موضوع مؤلم وكان انقضاء فترة الرضاعة هي التي تبعث الحياة

في مولودها وفي نفس الوقت تودع الأم وجودها منه في الحياة، فهناك طفل يحتاج لأمه حتى فطامه ولكن هناك قصاص ينبغي أن ينفذ وأنا أرى أن الطفل لا يزال في حاجة الى أمه الى ما بعد مرحلة الفطام أو أن توفر الدولة المؤسسات الخيرية لاحتضان هذا الطفل بأن تجد من يتبناه فلا بد قبل إنزال القصاص أن تطمئن عدالة القانون الى أن هذا الطفل سيلقى العناية التي تعوضه عند رحيل أو تنفيذ القصاص في أمه المذنبة لأنه لم يجد الطفل الرعاية البديلة فإنه في هذه الحالة كأنما أنزل فيه قصاص قاس.

و في الفقه الاسلامي اثار اقتراح للمطالبة بتعديل المادة 647 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، بوقف تنفيذ عقوبة الإعدام في المرأة الحامل إلى ما بعد عامين، بدلاً من شهرين بدلاً فقهياً وقانونياً.

وكانت الدكتورة زينب رضوان وكيل البرلمان المصري، قد تقدمت للجنة الاقتراحات والشكاوى بالبرلمان، باقتراح للمطالبة بتعديل المادة 647 من قانون الإجراءات الجنائية المصري، والتي تنص على وقف تنفيذ عقوبة الإعدام على الحامل، إلى ما بعد شهرين

فقط من وضعها، لتكون المادة بعد التعديل «وقف تنفيذ عقوبة الإعدام على المرأة، حتى يتم وليدها عامين هجريين، وهذا ما يتفق مع الشريعة الإسلامية»، وهذا الاقتراح، وفق التقرير الذي أعدته جريدة الشرق الأوسط اللندنية، لقي معارضة من ممثلي وزارة العدل المصرية، بحجة أن المرأة قد تعتمد الحمل لتأجيل الإعدام عامين بدلاً من شهرين للتهرب من تنفيذ العقوبة.

وفيما أحال البرلمان هذا الاقتراح إلى مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر، لبيان مدى مشروعية مثل هذا القانون، قال الدكتور عبد الفتاح إدريس - رئيس قسم الفقه المقارن في كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، والخبير الفقهي بمجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة «إن هذا الاقتراح يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية، التي تقرر تأجيل تنفيذ العقوبة أيا كانت على مرتكب موجبها، إلا بعد أن يبرأ من مرضه إن كان مريضاً، أو بعد أن تنتهي مدة الحيض والنفاس، إن كانت المرأة حائضاً أو نفساء أو بعد انتهاء الولادة وانتهاء مدة الإرضاع، إلى أن يفطم الصغير مهما بلغت هذه المدة، ولهذا فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم، قد أرجأ إقامة الحد على الغامدية قرابة عامين وأكثر، حتى تفطم

مولودها، وهذا دليل على حرمة تنفيذ العقوبة، قبل زوال الأسباب، التي تمنع من تنفيذها، سواء تعلقت بمن ينفذ فيه العقوبة، أو لمن له حقوق عليه تتعلق بشخصه كالمرضع بالنسبة للطفل الرضيع، أو الحامل بالنسبة للجنين، ولهذا فإن اقتراح تأجيل تنفيذ العقوبة المنهية للحياة، إلى أن يطمئ الصغير، هذا يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تعد المصدر الأساسي للتشريع للقوانين في مصر.»

من جانبه يتحفظ الدكتور عمر مختار القاضي - الأستاذ بكلية الشريعة والقانون على هذا المقترح قائلا «إنه إذا ثبت خلو المرأة من الحمل بعد مرور أربعة أشهر وعشر، فإن الشريعة الإسلامية تجيز تنفيذ عقوبة الإعدام المستحقة عليها، أما إذا ثبت أنها حامل فيؤجل تنفيذ العقوبة، إلى أن تضع حملها ويفطم هذا المولود.»

أما الدكتور أحمد عبد الرحيم السايح - الأستاذ بجامعة الأزهر فعلق على الاقتراح قائلا: «إن موضوع هذا المقترح يتبع وفي الحكم عليه - - قاعدة المصالح المرسلة، وهي تقوم على تأخير

تنفيذ العقوبة على المرأة الحامل، إلى أن تضع حملها، وعلى المرأة المرضعة إلى أن
تنتهي مدة إرضاع صغيرها.»

ويقول الدكتور مصطفى الشكعة عضو مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر» إن هذا
الاقتراح يؤيده مجمع البحوث الإسلامية، بصفته أعلى سلطة شرعية في الأزهر، وتحال
إليه مثل هذه الأمور لبيان مدى شرعيتها، وذلك لأن هذا الاقتراح جاء مطابقاً للشرع
الإسلامي الحنيف كلياً وجزئياً»، وأضاف: «إن هذا الاقتراح هو المعمول به حالياً في
القضاء المصري، وهو عدم تحمل الرضيع جريمة، لم يكن هو السبب فيها، فمن حقه أن
يعيش ولا يقتل مع أمه.»

من جانبه يقول الشيخ يوسف البدرى عضو المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية
بالقاهرة" إن هذا الاقتراح الذي ينص على تعديل المادة 647 من قانون الإجراءات
الجنائية المصري بوقف تنفيذ عقوبة الإعدام في المرأة الحامل، بعد عامين بدلا
من شهرين شرعي مائة في المائة، وذلك لعدم الأدلة الشرعية،
ومنها أن النبي صلى الله عليه وسلم، قال لامرأة زنت وطلب...ت

رجمها فوجدها حاملا قال لها صلى الله عليه وسلم «انتظري حتى تضعي»، ولما جاءته بالرضيع قال لها: «انتظري حتى ترضعيه»، فلما جاءته وقد فطمت الولد وهو يمشى بجوارها، وقد امسك بيده كسرة من الخبز يأكلها أمر بها فرجمت، وأضاف الشيخ البدرى "أن الفقهاء قد قدروا فترة الفطام بأكثر من عامين ونصف العام، لأن فيها الولادة والإرضاع والفطام". وأضاف الشيخ البدرى أن «الأصل في الشرع الإسلامي، ألا يحرم الرضيع من أمه، لأنه لا ذنب له فيما ارتكبه من جرائم، وبالتالي فإنه يجب أن نبقى على حياتها حتى تفطم رضيعها، وبعد ذلك يقام عليها الحد أي عقوبة الإعدام.»

أما عن رأي القانون في هذه القضية، فيؤكد وليد شتا المحامي والباحث القانوني أن الدستور المصري ينص على أن المصدر الأول والأساسي للتشريع في مصر هو الشريعة الإسلامية، فأي تشريع يصدر مطابقا لأحكام الشريعة الإسلامية، يعد مطابقا للدستور، وبالتالي فإن اتفاق هذا الاقتراح مع مقتضيات الشريعة الإسلامية، ومتطلبات الواقع فإنه لا يجوز الطعن عليه.

الخلاصة

اصبح اليوم الامر يدعو للقلق تجاه النهضة العلمية في مجال علم الاجنة و اصبح
بديهى ان يقلق رجال القانون من المشاكل التي انشأتها الثورة البيولوجية حول المركز
القانوني للجنين .

ماذا يمكن استنتاجه من هذه الدراسة ؟ فكرة الجنين او مفهوم الجنين في القانون
واضحة فهو لاشك شخص الحق ، طالما ان هذه الصفة تتميز عن الشخص في حد ذاته
كما هو معروف في المجال الطبي او الفلسفي والاخلاقي.

اجل لا يمكن اعتبار الجنين شخصا بالمعنى القانوني ، و لكن هذا لا يعنى نفي صفة الكائن البشري عنه.

اما عن الفصل الثاني في الباب الاول لهذا البحث يتضح لنا انه بالرغم من الجنين لا يمكن ان يكتسب صفة الشخص الا ان الفقه يرفض بشدة ان يوصف بانه محلا للحق ، فلا بد من اخراج الجنين من مجال التصرفات القانونية و لابد ان يحضى بحماية جنائية كالتي يحضى بها الشخص ذاته.

اما عن الجنين خارج الرحم لاحظنا ان جانب من الفقه يتحدث عنه كمحل للحق .

لذلك اتضح لنا الفرق بين الجنين خارج الرحم و الجنين داخل الرحم ، والتميز بين مركز الجنين داخل الرحم و مركزه خارج الرحم من جهة ، فان الام وحدها لها الحق على جنينها (داخل الرحم) ، و من جهة اخرى نلاحظ ان هذا الحق يشترك فيه عدة

اشخاص (الجنين خارج الرحم) ويتقاسمونه فيما بينهم كما يتقاسمون حق عيني يرمز
او يلمح ها هنا لتقنية الانجاب عن طريق الام البديلة ان مركز الجنين لابد ان يرتكز
على النظرة الى الجنين كشيء و لابد ان ينظر اليه على الاقل كشخص بشري مستقبلي
و اجبار المجتمع لوضع قواعد لاحترامه.

فاستعمال عبارة شخص بشري مستقبلي مريحة نوعا ما من مصطلح شيء فهذا
الاتجاه يدخل نوع من الاطمئنان في نفسية رجل القانون .

هذا و لقد حاول تيار اول ان يجعل من الجنين شيئا ، و بالتالي تجريده من كل الحقوق
و هذا بانكار الشخصية القانونية عن الجنين ، ففي نظرة هذا التيار فالجنين في بطن امه
لا يعدو ان يكون جزءا منها دون حماية خاصة و كان الاعتداء عليه من طرفها.

غير ان فقهاء اخرون حاول الدفاع بشدة على مركز الجنين و اتخاذ موقف صارم ضد التيار المشار اليه ، فهذا التيار، التيار الثاني ينكر التجسيم المادي للجنين و ذلك عن طرق وضع حدود لنظرية التجسيم المادي للجنين و الامر الذي جعل انصار التيار ينظرون الى الجنين كشخص و لو بحسب المال ، هذه النظرة يعد بحق جسر يعبر منه مركز الجنين لينجو من اعتباره محلا للحق و يصبح شخصا للحق ، كيف لا و قد تتقرر للجنين حقوقا قبل ولادته ، يشترط ان يولد حيا ، فلقد راينا طوال بحثنا ان الجنين يتمتع بحقوق مالية و غير مالية ، فتجب له الوصية ، الهبة ، والارث ، و هذا ما اشار اليه قانون الاسرة الجزائري الذي استقى احكامه من الشريعة الاسلامية الغراء ، اما عن حقوقه غير المالية و لا سيما حقه في الحياة فان الجنين حضى بحماية مباشرة ، و هذا عن طريق تحريم الاجهاض و شق بطن المرأة الحامل و اخراج الجنين ، و حماية غير مباشرة عن طريق تجريم هجر الاسرة ، و تاجيل تنفيذ العقوبة ، لاسيما الاعدام على المرأة الحامل ، و مصدر هذه الحماية الشريعة الاسلامية ، ويلاحظ ان الحماية الاجرائية توسعت فيها بعض القوانين الوضعية كالتشريع المصدري فيم يتعلق بارجاء تنفيذ الحكم على الحامل ، بل ، بيدها

المشرع الجزائري جعلها في الاعدام فقط ، اما المشرع المصري فانه اجل تنفيذ الاكراه البدني على المرأة الحامل ، و لعل سبب عدم النص على تاجيل الاكراه البدني على المرأة الحامل في التشريع الجزائري مرده ان هذا الاجراء لم يعد معمولاً به في التشريع الجزائري ، فان قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد لم يشر اليه .

غير اننا نلاحظ بشأن تاجيل تنفيذ الاعدام على الحامل في التشريعات الوضعية كحماية اجرائية ان هذا الاجراء لا يعدو ان يكون تصورا نظريا محضا .

ذلك ان المرأة الحامل اذا حكم عليها بالاعدام يكون ذلك في الجرائم التي تاخذ وصف الجنائية Crime ، و لاشك ان الحامل تستعمل حقها في الطعن بالنقض الذي يعرض على المحكمة العليا التي تفصل فيه في ظرف سنة على الاقل و سنتين على الاكثـ ر ،

وخلال فترة الطعن بالنقض و البث فيه من طرف المحكمة العليا ، تكون الحامل قد وضعت قبل صدور قرار المحكمة العليا.

لذلك فان الحماية الاجرائية المتمثلة في ارجاء تنفيذ العقوبة في الشريعة الاسلامية سواء كانت قصاص ، او جلد لها مصداقية و فعالية لان الشريعة الاسلامية لم تعرف طرق الطعن العادية و من باب اولى طرق الطعن غير العادية كالطعن بالنقض.

واذا اردنا تبيان حوصلة للمركز القانوني للجنين في نظر الشرعيين و فقهاء القانون الوضعي يتحتم علينا سرد مايلي .

يتفق الشرعيون قاطبة التفريق بين مرحلتي ما قبل نفخ الروح و ما بعدها من حيث الطبيعة و الحكم ، و يعتبرون الجنين في اولادهما - في الراجح من اقوالهم - كائنا قد تهيأ للحياة بوجه ما و اخذ في مبادئ التخلق وتمتع بنوع من الحياة هي حياة النمـو.

و الاغتذاء غير الارادية ، لهذا ينبغي احترامه شرعا ، و من ثم يعد اسقاطه اتلافا
لشيء نافع يخضع للقاعدة العامة في اتلاف الاشياء النافعة ، ثم رتبوا على هذه الفكرة
ضرورة حماية الجنين خلال تلك المرحلة ، و جعلوا تلك الحماية متناسبة تناسيا طرديا
مع عمر الجنين ، و بالتالي يشتد عظم الجناية عليه كلما تقدم به العمر ، لكنهم لم
يعطوا لتلك المرحلة ذات القيمة التي يعطونها لمرحلة ما بعد نفخ الروح، فاذا تعارضت
حياته مع حياة امه ، فانه يجوز اسقاطه لضالة قيمة حياته بالنسبة لقيمة حيات امه ،
فاذا نفخت فيه الروح تمتع " بصفة الادامية " او " الانسانية " ، و صار هو الانسان
المولود - من حيث القيمة الشرعية - سواء بسواء، من ثم يتفق الشرعيون قاطبة على
حرمة التعدي عليه بالاسقاط خلال تلك المرحلة ، و حين تتعارض حياته مع حياة امه
فان اجازة اسقاطه لا تركز على ضالة قيمة حياته بالنسبة لحياة امه ، بل هما هما في
القيمة سواء ، و لكنها تاتي تفصيلا لحياة امه و تقديمها لها اعلى بقاء على مرجحات
تتصل بدور الام في الاسرة و مكانتها بالنسبة للجنين ذاته ، فهي اصل له ، و لا ينبغي
ان يكون الفرع سببا في اتلاف اصله .

اما القانونيون ، فانهم ينظرون الى مرحلة الحمل كلها نظرة واحدة ، يخالون الجنين خلالها من صفة " الانسانية " او الادمية " ، فاعترفهم للجنين بتلك الصفة لا يتقرر ما لم ينفصل عن امه ، كما انهم يعدون حياته خلال تلك المرحلة حياة مستقبلية احتمالية ، بينما حياة امه حياة حالة يقينية ، و تبدو سطحية هذه الافكار من خلال تعارضها مع الثوابت الشرعية القاضية بان الروح تنفخ في الجنين بعد اربعة اشهر و عشرة ايام ، كما تبدو مجافاتها للواقع في ان الطب الحديث باستطاع التحقق من حياة الجنين على وجه قطعى بعد مضي هذه المدة ، و مع ذلك يرتب القانونيون على هذه الافكار، تفاوت القيمة القانونية لنوعي الحياة و مدى الجدارة بالحماية ، يوصف ان الحياة الاحتمالية تكون اقل اهمية من الحياة اليقينية ، فان تعارضنا قدمت الثانية على الاولى في كل حال ، كما يرتبون على هذه الافكار تفاوت مدى الحماية الجنائية المقررة لنوعي الحياة ، فالاعتداء على الحياة اليقينية محل للعقاب دائما ، سواء اكان عمدا ام غير عمدي ، تاما ام وقف عند حد الشروع ، افضى الى ازهد-اق ال-روح ام اكتف- - - - -ى بالمساس بسلامة الجسم ، و لا كذلك الاعتداء على الحياة الاحتمالية ، فهو لا يق- - - ع

يتم حرمان الشخص من حرية التنقل اينما شاء ، و الاختلاط بمن يشاء ، و مباشرة وجوه الاكتساب و نحوه من الضروريات و ان كان في كل حال تحت سمع و بصر القائم بالملازمة ، وهذا الوضع لا يؤثر تأثيرا سلبيا على اعصاب الحامل و نفسيته ، كما يفعل الوضع في مكان ضيق ، و بالتالي تبقى فعالية ارجاء التنفيذ على الحبلى قائمة و محققة للتوازن بين حق الجنين في النمو الطبيعي و حق المجتمع في استيفاء الجزاء الجنائي .

تم بحمد الله

الـمـلـاحـقـة



Le dossier.

- [Un succès très paradoxal](#)
- [Les secrets de la reproduction chez le mâle.](#)
- [Le grand succès des procréations médicales](#)
- [Chercheurs responsables ou apprentis sorciers](#)
- [La révolution intime](#)
- Glossaire
- [Pour en savoir plus](#)

Glossaire

Bébé éprouvette: appellation "médiatique" des enfants issus de fécondation in vitro. il n'y pas d'éprouvette: le contact entre ovules et spermatozoïdes se fait dans les puits plaque de plexiglas.

Clone: ensemble d'individus en tout point génétiquement identiques entre eux. La notion de parenté ne s'applique plus: le même être peut être reproduit à l'infini.

Différenciation: processus durant lequel les cellules de l'embryon, qui au départ étaient identiques (issues d'une unique cellule œuf), se différencient les unes des autres; dans l'embryon humain, la première différenciation s'opère au bout de 6 jours, entre les cellules qui vont donner l'embryon proprement dit et celles qui vont donner le placenta.

Fécondation: Union du gamète mâle et du gamète femelle (contenant chacun n chromosomes), pour constituer un œuf (contenant 2n chromosomes), qui pourra donner naissance à un nouvel individu.

Fécondation in vitro (Fiv): technique destinée à pallier les problèmes de stérilité tubaire chez la femme (trompes bouchées). Les ovules, prélevés sur les ovaires, sont mis en contact, dans un milieu de culture, avec les spermatozoïdes. Les embryons sont ensuite transférés dans l'utérus de la mère.

Fécondation in vitro avec micro-injection: (= ICSI: intracytoplasmic sperm injection) technique s'adressant aux couples dont le mari possède un très faible nombre de spermatozoïdes. Un expérimentateur intervient pour injecter un unique spermatozoïde dans l'ovule. Auparavant, ces couples devaient faire appel à un don de sperme.

Gamète: cellule sexuelle. Les gamètes sont produits après une étape spécifique de division cellulaire appelée méiose, dans laquelle chaque cellule fille n'emporte que la moitié des chromosomes de la cellule mère. Un gamète humain contient 23 chromosomes et il faut la réunion de deux gamètes pour reconstituer un jeu complet (2 x 23) de chromosomes.

Insémination artificielle: technique destinée à traiter, chez l'homme, les problèmes d'hypofertilité masculine. Injection du sperme du mari ou d'un donneur dans l'utérus.

Microinjection de spermatide: technique (encore au stade de la recherche) qui consiste à injecter non pas un spermatozoïde mais une spermatide. Selon certains, cette technique

Ovocyte: gamète femelle.

PMA(ou AMP) : procréation médicalement assistée (ou assistance médicale à la procréation).

Reproduction asexuée: Mode de reproduction où les gènes de tout nouvel individu proviennent d'un seul parent. Exemples: bouturage d'une plante, parthénogenèse...

Reproduction sexuée: Mode de reproduction où tout nouvel individu est formé par l'association de gènes de parents différents.

Sélection naturelle: meilleure survie ou reproduction des individus les plus adaptés.

Spermatozoïde: gamète mâle.

Spermatide: cellule germinale. Sa maturation dans le testicule aboutit au spermatozoïde.

CHRONOLOGIE PARALLÈLE
Événements survenus en marge des
actions des organismes gouvernementaux québécois

- 1970 Le Dr Henry Morgentaler ouvre à Montréal une clinique où il pratique des avortements, se plaçant ainsi en contravention avec le Code criminel qui exige que les avortements soient pratiqués dans un hôpital après autorisation du «comité thérapeutique». Commence alors une saga judiciaire.
- 1971 Le régime fédéral d'assurance-chômage autorise le versement de prestations de maternité.
- 1973 Création du Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme.
- 1978 Naissance, en Angleterre, du premier «bébé-éprouvette».
- 1978 Le Code canadien du travail est modifié pour interdire le congédiement pour raison de grossesse et permet un congé de maternité de 17 semaines. Cette mesure touche les travailleuses dans les secteurs de compétence fédérale.
- 1980 05 L'affaire des Yvette relance un débat sur le féminisme et le rôle traditionnel des femmes; alors que certains y voient une réaction des femmes au foyer contre ce qu'elles perçoivent comme un mépris de la part des *féministes*, d'autres estiment que l'affaire démontre une affirmation des femmes au foyer quant à leur participation à la vie politique.
- 1981 04 Annonce, dans le budget fédéral, que le salaire versé à une épouse collaboratrice pourra être déduit comme dépense d'entreprise.
- 1982 La Charte des droits et libertés, enchâssée dans la Loi constitutionnelle de 1982, exige que les lois soient conformes au principe de l'égalité des sexes, mais permet le recours aux programmes d'accès à l'égalité pour combattre la discrimination systémique.
- 1983 Dans le Code criminel, la notion d'agression sexuelle remplace celle du viol et le viol par l'époux est reconnu comme criminel.
- 1984 Le régime d'assurance-chômage est modifié pour attribuer des prestations à l'un ou l'autre parent adoptif lorsque sa présence est requise auprès de l'enfant.
- 1985 Naissance du premier «bébé-éprouvette» au Québec.
- 1985 Une réforme de la Loi sur les Indiens fait disparaître une disposition discriminatoire à l'endroit des femmes. Une femme autochtone qui épouse un non-Indien peut conserver son statut d'Indienne et le transmettre à ses enfants, ce qui ne lui était pas permis auparavant. Le mariage d'un Indien et d'une non-Indienne n'affectait pas le statut d'Indien de l'homme.

- 1985 Le Code canadien du travail est amendé pour interdire le harcèlement sexuel au travail et prévoir des recours pour les victimes.
- 1985 02 Un tribunal exige que les forces armées retirent toutes les restrictions d'accès à l'emploi basées sur le sexe en vertu de la Loi canadienne des droits de la personne (seule exception : l'emploi dans certains sous-marins).
- 1986 06 01 Entrée en vigueur de la nouvelle Loi sur le divorce qui permet, notamment, de présenter une demande de divorce accompagnée d'un projet d'accord après un an de vie séparée.
- 1986 06 27 Sanction de la Loi sur l'équité en matière d'emploi, loi fédérale qui oblige les sociétés d'État fédérales et les employeurs régis par le Code canadien du travail et embauchant 100 salariés et plus à mettre en oeuvre l'équité en matière d'emploi et à faire rapport au gouvernement des résultats.
- 1986 10 01 Entrée en vigueur du programme de contrats fédéraux qui oblige les entreprises de 100 salariés et plus et qui soumissionnent pour un contrat de 200 000 \$ et plus à s'engager à mettre en oeuvre l'équité en matière d'emploi.
- 1987 La Cour suprême du Canada, à la suite d'une plainte formulée par Action Travail des femmes, impose au CN de mettre sur pied un programme d'accès à l'égalité pour les femmes.
- 1987 La Cour suprême du Canada, dans la cause de Bonnie Robichaud, établit la responsabilité de l'employeur pour les actes de harcèlement commis par leurs employés.
- 1988 Introduction, dans le régime d'assurance-chômage, de prestations de paternité.
- 1988 01 28 Jugement de la Cour suprême du Canada en faveur du D^r Morgentaler. Le jugement déclare inconstitutionnel l'article 251 du Code criminel : l'avortement n'est plus un crime au Canada.
- 1988 05 Dépôt à la Chambre des communes d'une motion sur les orientations à privilégier dans une éventuelle loi encadrant l'avortement.
- 1988 07 Vote libre sur une motion à la Chambre des communes portant sur l'encadrement de l'accès à l'avortement. Les députées se prononcent toutes dans le sens de la tolérance. La motion est rejetée.
- 1989 L'affaire Chantal Daigle/Jean-Guy Tremblay.
- 1989 Remplacement, dans le régime d'assurance-chômage, des prestations de paternité et des prestations d'adoption par 10 semaines de prestations parentales pouvant être demandées par un seul des parents ou partagées entre eux durant la première année où les parents ont la responsabilité de l'enfant.

- 1989 03 30 Décision de la Cour suprême du Canada qui affirme que le fait d'occuper un emploi dans l'entreprise du mari n'est pas en soi une cause de non-assurabilité au régime d'assurance-chômage. Depuis le 1^{er} septembre 1989, les femmes collaboratrices cotisent au régime.
- 1989 10 Le gouvernement fédéral met sur pied une commission royale d'enquête sur la procréation médicalement assistée présidée par M^{me} Baird.
- 1989 12 06 Un homme armé sépare les femmes des hommes et assassine 14 étudiantes à l'École polytechnique de Montréal en criant : «Vous êtes toutes des féministes!»
- 1990 Débat au Parlement canadien sur le projet de loi C-43, Loi concernant l'avortement, visant à encadrer le recours à l'avortement. Le projet de loi sera battu au Sénat.
- 1990 Commission Bélanger-Campeau. Des femmes appartenant au mouvement féministe y participent pour exiger que le Québec de l'avenir place au centre de son identité des rapports égaux entre les femmes et les hommes.
- 1992 Des amendements au Code criminel introduisent de nouvelles règles concernant la référence au comportement sexuel antérieur de la plaignante et définissent la notion de consentement à une activité sexuelle afin d'assurer un traitement plus équitable aux victimes.
- 1992 Le gouvernement fédéral abolit l'universalité des allocations familiales.
- 1993 Publication du rapport du Comité canadien sur la violence faite aux femmes : *Un nouvel horizon : éliminer la violence, atteindre l'égalité.*
- 1993 Le Canada devient le seul pays à permettre aux femmes de revendiquer le statut de réfugiées lorsqu'elles craignent d'être persécutées en raison de leur sexe.
- 1993 Le Code canadien du travail est modifié afin de permettre à une travailleuse enceinte ou qui allaite de demander d'être affectée à des tâches qui ne représentent pas de risques pour elle, le fœtus ou l'enfant. Toutefois, aucune indemnité particulière, autre que celles prévues au régime d'assurance-emploi, ne lui est versée.
- 1993 11 15 Publication du rapport Baird sur la procréation médicalement assistée.
- 1995 Le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme (CCCSF) est aboli.
- 1995 04 Marche des femmes contre la pauvreté, *Du pain et des roses.*
- 1996 06 Dépôt du projet de loi C-47, Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine. Le projet de loi vise à interdire certaines pratiques tels le choix du sexe de l'enfant, les contrats de mères porteuses, le clonage, etc.

ventre du cheval se glissèrent hors de l'animal et mirent la ville à feu et à sang, la détruisant complètement.

Quelques considérations générales sur la fécondation in vitro (FIV)

Nous laisserons en suspens la question de savoir si l'objectif principal de la FIV a été initialement le traitement de la stérilité ou bien la recherche génétique sur les embryons. En tout cas, c'est suite aux expériences faites que la méthode est devenue suspecte.

En 1985 déjà, Souls, directeur de la Section des Méthodes de reproduction à l'Université de Seattle dans l'Etat de Washington (USA), écrivait dans la revue "Fertility and Sterility" vol. 43, p. 511-513: "Soyons honnêtes les uns à l'égard des autres". A son avis, la vérité concernant les grossesses qui pouvaient résulter d'une fécondation artificielle était embellie depuis assez longtemps, notamment par ceux-là mêmes qui la pratiquaient.

Sous la pression croissante des critiques, les partisans de la FIV répondirent de façon percutante en affirmant: 1. que la FIV est un succès, et 2. que l'absence d'enfants est un drame insupportable. Nous reviendrons plus loin sur ces deux sujets.

Les banques de sperme

Les banques de sperme ne posent guère de problèmes, aussi longtemps que l'anonymat des donneurs est garanti. Une controverse a surgi à Genève, lorsque, à l'hôpital cantonal, on défendit l'opinion qu'un donneur de sperme devait recevoir une indemnité de 1000 francs ("Journal de Genève" du 24 janvier 1990).

Il est intéressant d'apprendre quelles sont, aux USA, les clientes des banques de sperme. La directrice de la Banque de sperme de la Californie du Nord a déclaré à la rédaction du "Wall Street Journal" qu'un tiers de sa clientèle était constitué de femmes dont le partenaire était stérile; le deuxième tiers provenait de femmes homosexuelles; le dernier tiers, enfin, était formé de "célibataires endurcies".

A la recherche d'ovules

Il est par contre plus difficile de se procurer des ovules. En 1984 déjà, Edwards et Steptoe, les biotechniciens ayant réalisé la première procréation artificielle d'un enfant, avaient lancé en Angleterre des appels proposant un don d'ovules contre une stérilisation gratuite et un certain montant ("Medical Tribune" du 7 septembre 1984).

Actuellement, aux USA, on saisit aussi l'occasion de ligatures des trompes pour obtenir des ovules. On prélève des portions d'ovaires; les ovules parvenus à maturité sont soit vendus, soit transplantés après insémination, soit conservés. Les femmes qui se soumettent à une stimulation hormonale avant l'opération et mettent leurs ovules à disposition pour des expériences sont stérilisées gratuitement et reçoivent une somme variant de 900 à 1200 dollars.

Une statistique indique qu'aux USA, en 1982, 25% des femmes âgées de 15 à 44 ans avaient été stérilisées chirurgicalement. Cependant, 21% d'entre elles l'avaient regretté et 12,7% auraient par la suite désiré avoir quand même des enfants.

La fragilité des embryons

La naissance du premier "bébé-éprouvette" a été précédée d'un travail de recherche si fébrile qu'on a de la peine à s'en faire une idée. Certains spécialistes estiment à 20'000 le nombre des essais tentés pour obtenir les trois premiers enfants procréés in vitro. Ce chiffre ne semble pas exagéré, si l'on sait que les embryons sont des êtres extrêmement fragiles. Lorsqu'ils sont engendrés de façon naturelle, ils sont invisibles et bien à l'abri dans le corps de leur mère, c'est-à-dire dans un milieu protégé, de composition chimique appropriée et à température constante. Ils ne sont pas faits pour supporter les agressions mécaniques, chimiques, hormonales, thermiques et optiques que provoque une fécondation in vitro. Cela explique pour une bonne part les très nombreux échecs de cette méthode.

L'impact du premier bébé-éprouvette

D'un point de vue purement scientifique, la naissance de la petite Louise Brown, en 1978, fut un succès spectaculaire, une véritable sensation. Le Dr Pierre Girardot, de l'Université de Caen, bon connaisseur des problèmes de la fécondation in vitro, décrit sommairement la situation qui régnait à l'époque: cet exploit scientifique a été considéré comme l'incarnation

même du progrès, à la fois comme une nouvelle méthode de procréation et le début d'une fascinante évolution. Ce fut une surprise totale qui déclencha, chez les chercheurs et dans les milieux de la profession, une sorte de transe collective. La fièvre subite qui s'est alors emparée des esprits s'est propagée à la vitesse d'une infection virale, comme une épidémie, et a pratiquement paralysé tout esprit critique. Dans l'enthousiasme, on a rapidement succombé à la tentation d'ignorer toutes règles dans l'application de cette méthode et d'en élargir les indications. Avec une telle précipitation, on sousestima les risques et on ne se soucia guère des exigences éthiques.

L'apparent succès de la méthode

Une méthode est en principe valable à 100% lorsque chacune de ses applications aboutit au but escompté. Idéalement, la fécondation in vitro devrait, après chaque transfert d'embryon, aboutir à la naissance d'un enfant viable.

Les taux de succès avancés ne peuvent être pris pour de l'argent comptant. Les possibilités d'erreurs sont nombreuses et ne sont généralement pas faciles à déceler. Ces chiffres ne peuvent donc être acceptés comme tels et il convient d'avoir à l'esprit les considérations suivantes:

Chaque FIV est un "tout"

1. Chaque fécondation in vitro constitue un tout. Il est vrai qu'elle comporte différentes étapes: stimulation hormonale, prélèvement chirurgical d'ovules, insémination, puis transfert des embryons, contrôle de la grossesse et finalement naissance d'un enfant viable. Le succès de la FIV dépend de la réussite de toutes ces phases. Qu'une seule échoue et c'est l'échec de toute la fécondation in vitro. L'opération doit alors être entièrement recommencée. On ne peut donc pas admettre, par exemple, qu'on compte comme FIV réussie une grossesse certes prouvée par analyse hormonale, mais qui n'aurait été que de courte durée. Pour les femmes, des résultats partiels ne sont que de maigres consolations.

Les taux de réussite

2. Les couples admis pour la FIV ont actuellement 20 à

25 % de chances d'avoir une grossesse après un transfert d'embryons, de 50 à 60 % après 4 transferts et de passé 80 % après 6 essais. Cela ne veut pas dire que tous ces couples auront un enfant, parce que seulement les trois quarts des femmes enceintes par la FIV arrivent à terme. Les chiffres avancés par les centres de FIV comme taux de succes réveillent de faux espoirs et doivent être corrigés vers le bas. Les chances seront donc 15 à 19 %, 37 à 45 % et 60 % respectivement. Il y a des couples dont le désir d'enfant ne sera jamais accompli malgré tous les essais. Ce qui est déterminant, c'est le nombre de naissances d'enfants vivants en proportion du nombre de tentatives.

FIV et nombre d'enfants

3. En cas de procréation naturelle, il ne se forme en règle générale qu'un seul embryon. Lors de fécondations in vitro, en revanche, du fait de la transplantation simultanée de plusieurs embryons, les grossesses multiples sont fréquentes. Malgré cela, du point de vue méthodique, il convient de ne considérer chaque fécondation in vitro que comme un seul cas de réussite, indépendamment du nombre d'enfants qui en résultent; sans cela, on se trompe sur le nombre des réussites.

Nouvelles techniques

4. Pour augmenter le taux de succes de la FIV on a recours à des techniques de plus en plus compliqués : Injection d'un spermatozoïde dans l'ovule même, prélèvement de spermatozoïdes par microchirurgie de l'épididyme ou par aspiration directement dans les testicules avec maturation consécutive au laboratoire. On pratique également le prélèvement du noyau d'un ovule d'une femme de 40 ans pour l'implanter dans un ovule dénoyauté d'une femme de vingt ans...

Lésions des enfants

5. A tout cela il convient d'ajouter encore un autre élément très important. Certes, les statistiques sur la FIV mentionnent le nombre de traitements et de naissances consécutives, mais ne font aucune allusion aux lésions biologiques subies par les enfants nés vivants. En 1988, dans la revue "Contraception, fertilité et sexualité" (vol. 16, p. 613), J. De Mouzon a comparé la fréquence moyenne de telles lésions avec celles qui se produisent lors de conceptions naturelles. Certains des exemples fournis sont rassemblés globalement ci-après.

Césariennes, naissances prématurées et grossesses multiples

a. Les délivrances par césarienne, qui incluent un risque supplémentaire pour la mère et pour l'enfant, sont deux fois plus nombreuses après une fécondation in vitro qu'après une conception naturelle.

b. Les naissances prématurées sont trois fois plus fréquentes. Selon le prof. Relier, de Paris, depuis 1986 le nombre des prématurés ayant requis des soins intensifs parmi les bébés procréés par FIV est passé de 6 à 40% en moyenne. Parmi eux, environ 12% meurent à la naissance ou peu après. Un tiers de ces enfants ont un poids insuffisant, 10% pèsent même moins de 1500 g. Ils sont de ce fait délicats et souffrent particulièrement de lésions cérébrales, de complications pulmonaires, de troubles digestifs graves. Des rechutes peuvent se produire encore plus tard. Si leur poids n'atteint pas 1000 g., les enfants restent le plus souvent handicapés à vie.

c. Les grossesses multiples sont plus fréquentes après les fécondations in vitro, en raison du transfert de plusieurs embryons au départ. Il y a dix fois plus de jumeaux, environ cent fois plus de triplés et de 300 à 500 fois plus de quadruplés. L'utérus n'offre normalement assez de place et de nourriture que pour un ou deux enfants. Les foetus multiples partagent donc le plus souvent le sort des prématurés. Le professeur Helmut Hörnchen, de la Clinique infantile d'Aix-la-Chapelle, parlait à ce sujet d'une "malédiction de la médecine moderne de reproduction".

Conséquences à long terme pour la descendance

Dans son numéro de novembre 1996 le journal « Dressing & Combined Training » se penchait sur la question de l'insémination artificielle pratiquée sur les chevaux pur sang, question sur la quelle Federico Tesio avait publié un livre dans les années 40. Tesio avait observé que les pur sangs issus d'une insémination artificielle ne se différaient, dans leur aspect extérieur, en rien des autres pur sangs. Bien que descendant de parents d'excellentes caractéristiques, aucun d'eux, dans le monde entier, n'aurait réussi à emporter le premier prix d'une course classique ou semiclassique. Tesio attribuait ces observations à une perte d'énergie nerveuse suite à la procréation médicalement assistée.

Si déjà l'insémination artificielle, technique peu invasive, peut causer des dommages chez les chevaux, à quelles

conséquences faut-il s'attendre chez les enfants après la FIV, la kryoconservation (congélation) et des techniques comme celles décrites plus haut ?

Les embryons en trop sont supprimés

On s'est mis récemment à tuer les embryons "surnuméraires", déjà dans le sein maternel, en injectant du chlorure de potassium dans leurs petits coeurs. Une pareille sélection est une première dans l'histoire de l'humanité. C'est une indication effrayante des excès auxquels peuvent conduire de telles techniques.

FIV: un fardeau pour les femmes

Il ne faudrait pas non plus passer sous silence les très lourds fardeaux imposés aux femmes: stress physique et psychique, anxiété, douleur et déception, grossesses extra-utérines, fausses-couches et naissances prématurées, grossesses multiples, césariennes, éventuellement lésions des ovaires par hyperstimulation, enfin maladies ou décès prématurés des enfants.

Madame Barbara Fischer, juriste, de Bâle, a déclaré lors d'une journée d'étude que la FIV était "un procédé démoralisant et décevant, un traitement déraisonnable, misogyne, hostile même aux enfants, qui ne satisfait que les chercheurs, enfin, déprimant quant à ses résultats".

Dans "Vie et Reproduction" (1988 /89 no. 2), Stéphane-Marie Barbeillon, de Paris, écrit: "La stérilité n'est pas une vraie maladie: en guérit-on d'ailleurs avec un enfant? La plupart des femmes entrent en bonne santé dans les programmes (de la FIV) pour résoudre un problème: l'absence d'enfant; or, elles en sortent et malades physiquement et malades psychiquement, et enfin dans la grande majorité des cas, sans enfant."

L'hypothétique "simple case"

Aujourd'hui, pour accroître les chances de succès, on transfère généralement trois embryons lors de chaque fécondation in vitro. Ce qu'on appelle un "simple case", c'est-à-dire l'implantation d'un seul embryon, est non seulement incontrôlable, mais constitue une illusion vu la proportion encore plus élevée d'échecs. Si l'on implante plus de trois embryons, le risque de grossesses multiples augmente et la proportion des fausses-couches s'accroît presque du triple, pour atteindre 60% ("Gynécologie et Obstétrique", 1986, p. 122). Il est non seulement incontrôlable, mais encore absurde de prétendre que

"chez nous tous les embryons sont transférés".

Si, pour obtenir un taux de 50 % de naissances on a besoin de 5 traitements avec trois embryons transférés chaque fois, cela exige, par naissance, l'utilisation d'environ 30 embryons, sans compter les embryons éliminés avant le transfert parce qu'ils ne semblent pas se développer normalement..

Le prof. H. T. Engelhardt, de Houston aux USA, parle de "séduction par la technique" et de "comportement dépensier agressif pour une utilité objectivement minime" ("Arzt/Christ", 1990, p. 2).

Les coûts

Les dépenses sont en proportion inverse des résultats. Mais on ne peut pas savoir avec une certitude absolue dans quelle mesure les chiffres indiqués et connus pour le calcul des coûts résisteraient à un contrôle.

Le "rapport Amstad" (§ 212, 1) contient l'explication suivante: "Des indications disponibles, on peut conclure qu'en Suisse les coûts d'une fécondation in vitro avec transfert d'embryons se situent, pour chaque essai, entre 3000 et 6000 francs. Il n'est pas dit dans quelle mesure ces chiffres incluent les coûts des médicaments, des séjours à l'hôpital, des soins aux nouveaux-nés, etc. On sait cependant que, dans certains cas, des subventions sont versées par un fonds spécial.

Si l'on se fonde sur les chiffres mentionnés plus haut, il en résulterait, avec une moyenne de cinq tentatives pour un taux de réussite d'environ 50 %, un coût pour chaque naissance d'un enfant viable d'environ 30'000 à 60'000 Fr. (sans compter le financement de la recherche!).

Caisses-maladie

Que les caisses-maladie, qui doivent constamment augmenter leurs primes pour la couverture des prestations obligatoires et attendent un accroissement des subventions fédérales, offrent pour des raisons de concurrence des prestations bénévoles dans les cas de FIV, cela doit nous faire réfléchir. Pourtant, en 1987, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que la FIV était "une mesure expérimentale, non reconnue" et a refusé de la mettre au bénéfice de prestations sociales.

Marsden G. Wagner, médecin au service de

Strasbourg, 10 février 1999

[s:\cdbi\cogt3\rap9(99)]

Restricted
CDBI-CO-GT3/RAP9

COMITE DIRECTEUR POUR LA BIOETHIQUE (CDBI)

GROUPE DE TRAVAIL SUR LA PROTECTION DE L'EMBRYON ET DU FOETUS HUMAINS (CDBI-CO-GT3)

Rapport de la neuvième réunion
(Strasbourg, 25-27 janvier 1999)

Résumé : Au cours de sa neuvième réunion qui s'est tenue du 25 au 27 janvier 1999, le Groupe de travail a poursuivi ses discussions concernant la constitution et le sort des embryons *in vitro* ainsi que l'élaboration de dispositions de protection en la matière. Il a également abordé la question de la recherche sur l'embryon *in vitro* et discuté d'un projet d'organisation de Protocole proposé par le Secrétariat.

I - Introduction

1. Le Groupe de travail sur la protection de l'embryon et du fœtus humains (CDBI-CO-GT3) se réunit au Palais de l'Europe, à Strasbourg, du 25 au 27 janvier 1999. Il est présidé par le Professeur D. SERRÃO (Portugal).
2. La liste des participants et l'ordre du jour figurent respectivement aux Annexes I et II.
3. Le Groupe de travail adopte l'ordre du jour.

II - Information sur la signature du Protocole portant interdiction du clonage d'êtres humains et développements législatifs relatifs à la protection de l'embryon.

4. Le Secrétariat informe le Groupe de travail que 24 pays ont signé le Protocole portant interdiction du clonage d'êtres humains, Chypre ayant signé le 30 septembre dernier. Il note que 3 pays ont ratifié ce protocole, il s'agit de la Slovaquie, de la Slovénie et de la Grèce.
5. Mme S. FRIARD informe le Groupe de travail que le gouvernement belge a adopté l'avant projet de loi sur la protection de l'embryon *in vitro* qui traite notamment de la recherche sur l'embryon. Elle précise que ce texte est actuellement devant le Conseil d'Etat pour avis, et qu'il sera ensuite discuté par le Parlement.
6. Elle note que cet avant projet autorise la création d'embryons aux fins de recherche. Mais précise que les conditions de création seront soumises à des règles très strictes et subordonnées, notamment, à l'autorisation par une Commission fédérale chargée d'étudier la légitimité de chaque protocole de recherche. Elle rappelle qu'en égard à ce projet de loi, la signature de la Convention par la Belgique ne pourra se faire qu'après formulation d'une réserve à l'article 18.2 qui interdit expressément la création d'embryons à des fins de recherche.
7. M. J. MICHAUD rappelle qu'en France, le réexamen des lois bioéthiques de 1994 est en cours et que les premiers débats s'orientent vers une plus grande ouverture de la recherche sur l'embryon.
8. M. D. SERRÃO mentionne la récente annonce faite par le Scientifique anglais I. Wilmut, père de Dolly, qui envisage de cloner des embryons humains. Il interroge le Groupe de travail, qui avait eu en charge d'élaborer le Protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains, afin de recueillir ses réactions face à cette annonce.
9. Les membres du Groupe de travail estiment qu'il serait opportun de rappeler l'existence et le contenu du protocole. Par ailleurs, le Secrétariat indique que le Président du Comité des Ministres aura à répondre, au cours de la semaine, à la question posée par un membre de l'Assemblée Parlementaire en matière de clonage. La question et la réponse seront communiquées ultérieurement.

III - Préparation du projet de Protocole sur la protection de l'embryon et du fœtus humains

A. Constitution et sort des embryons *in vitro*

a. Définitions

▪ Zygote

10. Certains experts estiment qu'il conviendrait de modifier quelque peu la définition du zygote afin d'insister sur le fait que le mélange des deux ensembles de chromosomes est achevé à ce stade. Le projet de définition tel qu'amendé par le Groupe de travail est le suivant : « Le zygote est la cellule unique au dernier stade de la fécondation, lorsque se sont unis les deux ensembles de chromosomes, l'un provenant du gamète mâle, l'autre du gamète femelle ».

▪ Embryon

11. Tenant compte des remarques formulées lors de la dernière réunion du CDBI, le Groupe de travail se penche de nouveau sur la définition de l'embryon (voir l'annexe III du présent rapport). Il convient de maintenir une référence au processus continu que constitue le développement embryonnaire, et d'élaborer une définition courte et précise.

12. Après une discussion approfondie, le Groupe de travail adopte par consensus le projet de définition suivant : « Au sens du présent Protocole, le terme embryon s'applique au zygote et aux stades successifs de son développement jusqu'à la fin de l'implantation ».

13. Les experts s'accordent à penser que cette définition est tout à fait valable du point de vue scientifique. Ils notent que la définition du fœtus reste inchangée, étant entendu que le stade fœtal débute dès la fin du processus d'implantation (voir annexe III).

▪ Implantation

14. Le Groupe de travail estime nécessaire de modifier la définition de l'implantation afin de tenir compte de l'implantation d'embryons de façon ectopique, c'est à dire hors de l'utérus (dans les trompes par exemple).

15. Le projet de définition de l'implantation proposé est le suivant « Processus qui dure environ une semaine, débutant par la fixation du blastocyste dans la paroi de l'utérus, ou à titre exceptionnel dans un lieu extra-utérin [ectopique], et se terminant lorsque la nidation est achevée ».

▪ Valeur des définitions

16. Le Groupe de travail se demande si les définitions devraient figurer dans le projet de Protocole ou dans le rapport explicatif, cette question étant indissociable de la valeur juridique à donner à ces définitions.

¹ Le terme « ectopic » sera utilisé pour la version anglaise

17. La plupart des experts du Groupe de travail souhaitent que la définition de l'embryon ainsi que celle du fœtus figurent dans le projet de Protocole parce qu'elles sont, selon eux, indissociables des dispositions de protection elles-mêmes. En ce qui concerne les autres définitions, ils estiment préférable de les placer dans le rapport explicatif.

b. La constitution et le sort des embryons in vitro

▪ Champ d'application du chapitre relatif à la protection de l'embryon in vitro

18. Les experts examinent les projets de dispositions prévues pour le champ d'application du chapitre et s'accordent sur le maintien des deux principes proposés lors de la dernière réunion du Groupe et figurant dans le document CDBI-CO-GT3 (98) 9 (voir annexe IV du présent document).

▪ Indications justifiant la constitution d'embryons in vitro dans le cadre d'un traitement par FIV

19. En matière d'indications qui pourraient justifier la constitution d'embryons *in vitro*, le Groupe de travail estime qu'il faut éviter l'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation pour des raisons de convenance qui ne relèvent pas d'une indication médicale.

20. Il décide toutefois de ne pas préciser quelles sont les indications médicales afin de tenir compte des différentes situations existantes, et de ce qui est considéré, dans les différents Etats membres, comme faisant partie des indications médicales. Le projet de disposition suivant est donc proposé : « La fécondation in vitro ne peut être effectuée que sur indications médicales, dans le cadre de services de traitements médicaux ».

▪ Information et consentement des donneurs de gamètes

21. Une discussion concernant les donneurs de gamètes est menée. Certains experts estiment que malgré l'exclusion du don de gamètes du champ d'application du présent protocole, il serait utile de prévoir une disposition relative à l'information du donneur sur l'utilisation possible de ses gamètes dans le cadre d'une procédure de FIV.

22. Toutefois, le Groupe de travail s'accorde à penser que l'information doit être donnée préalablement au don, et que le consentement éclairé du donneur de gamètes met généralement un terme à son implication dans toute procédure de FIV pouvant être entreprise ultérieurement.

23. La disposition suivante est donc proposée : « Les donneurs de gamètes doivent, préalablement au don, être informés des différentes utilisations possibles de leurs gamètes. Leur consentement explicite est requis ».

▪ Information, consentement et choix [du couple ou de la femme] des personnes ayant recours à une procédure de FIV

24. Certains experts notent que la formulation « du couple ou de la femme », initialement employée dans le titre ci dessus ainsi que dans plusieurs dispositions, pourrait engendrer un certain nombre de confusions. En effet, la mention faite à la femme pourrait laisser croire que lorsqu'un couple fait appel à une procédure de FIV, seul le consentement de la femme est

requis, ce qui n'est pas le cas.

25. Le Groupe de travail convient donc d'utiliser la formulation « **personnes ayant recours à une procédure de FIV** », laissant aux législations nationales le soin de définir quelles sont les personnes qui peuvent avoir recours aux méthodes d'assistance médicale à la procréation.

26. Toutefois, les membres du Groupe insistent sur le fait que même dans les pays qui autorisent l'accès à une procédure de FIV aux femmes seules, il doit y avoir une indication médicale.

27. En matière d'information et de consentement des personnes ayant recours aux techniques de FIV, le Groupe de travail estime nécessaire de revoir les dispositions afin de les rendre plus claires. Sont ainsi proposées les formulations suivantes :

*« **Préalablement à toute procédure de FIV, les personnes concernées sont pleinement informées de l'ensemble de la procédure et de ses implications ainsi que de toutes les possibilités existant dans le cadre de la loi. Elles sont plus précisément informées quant au nombre d'embryons à constituer, à transférer et quant au sort possible des embryons qui, le cas échéant, ne seraient pas transférés dans l'immédiat** »*

*« **le sort des embryons doit être conforme à la décision librement exprimée par les personnes concernées avant la procédure de FIV, conformément à la loi nationale et aux normes professionnelles applicables** »*

28. L'addition de l'expression « **le cas échéant** » concernant le sort des embryons surnuméraires mentionné dans la disposition du paragraphe précédent, a été proposée afin de tenir compte des diversités nationales, certain pays interdisant la constitution d'embryons surnuméraires.

29. Le Groupe de travail aborde la question du devenir des embryons surnuméraires dans les situations particulières, telles que le décès du conjoint, le divorce du couple etc.

30. Les experts s'accordent à penser que lors du recueil du consentement les situations particulières doivent être envisagées et les personnes concernées par la procédure de FIV doivent exprimer leurs souhaits quant au devenir des embryons dans ces cas particuliers.

31. Le Groupe de travail est toutefois conscient que des situations imprévues peuvent surgir malgré tout, et estime que dans de telles situations, l'équipe médicale devrait être autorisée à laisser périr les embryons surnuméraires à l'issue de la période de conservation.

32. Le projet de disposition suivant est proposé : « **Lorsque les personnes qui ont recours à une procédure de FIV ont décidé de conserver leurs embryons en vue d'une utilisation ultérieure, elles doivent formuler par écrit leur décision concernant le sort de leurs embryons à l'issue de la période de conservation. Si ultérieurement le couple est en désaccord, la loi peut prévoir qu'il soit mis fin à la conservation** ».

▪ Conditions de réalisation de la procédure de FIV

33. Concernant le nombre d'embryons à constituer, le Groupe de travail convient de

conserver la disposition proposée lors de la précédente réunion, à savoir : *« Le nombre d'embryons constitués in vitro ne doit pas être supérieur à celui permettant d'assurer, conformément aux normes professionnelles, de bonnes chances de succès du traitement »*.

34. Le Groupe de travail se penche sur la question de savoir s'il est ou non opportun de conserver la disposition proposée lors de la dernière réunion, autorisant que soient transférés en priorité les embryons ayant les meilleures potentialités de développement et énonçant que *« L'équipe médicale peut identifier, en vue de leur transfert, les embryons ayant les plus grandes chances de se développer »*.

35. Tenant compte des remarques formulées par certaines délégations au CDBI, et convenant que cette disposition n'apporte aucune protection supplémentaire, le Groupe décide de ne pas conserver cette disposition.

36. Au sujet du nombre d'embryons à transférer, les experts retiennent le projet de disposition suivant : *« Le nombre d'embryons à transférer doit être fixé de façon à limiter, dans chaque cas individuel, le risque de grossesse multiple »*. Ils n'estiment pas opportun de préciser que l'objectif est de protéger la santé de la mère et du fœtus, mais conviennent de le mentionner dans le rapport explicatif.

37. Le Groupe de travail discute de la conservation des embryons surnuméraires et de l'opportunité ou non, dans le projet de Protocole, de fixer un délai précis à cette conservation.

38. Le Professeur D. SERRÃO rappelle que la législation de certains pays fixe une limite à ce temps de cryoconservation, mais que d'autres pays, en revanche, laissent aux personnes impliquées dans la procédure de FIV, le soin de choisir la durée de conservation qu'ils souhaitent pour leurs embryons surnuméraires.

39. La plupart des experts estiment qu'il n'y a ni raisons scientifiques ni raisons vraiment éthiques, qui justifient la limitation de la conservation. Ils soulignent qu'une des raisons principales est d'ordre pratique puisqu'elle est liée à une question de places disponibles dans les containers d'azote liquide. A cet égard, ils notent que la limite fixée au temps de conservation est souvent arbitraire.

40. Certains membres du Groupe se demandent, par conséquent, s'il ne faudrait pas laisser aux personnes concernées le choix de cette limite. Ils soulignent que cela serait d'autant plus indiqué que, certaines situations nécessitent d'être examinées individuellement comme c'est le cas pour les femmes traitées par chimiothérapie pour lesquelles le délai de conservation serait nécessairement plus long.

41. D'autres experts font état de leur crainte de voir certaines de ces personnes souhaiter une conservation illimitée, ce qui ne serait pas sans poser de problèmes.

42. Le Groupe de travail convient toutefois de ne pas définir une limite dans ce projet de Protocole, et estime que le délai devrait être fixé avec les personnes concernées, au cas par cas, sous réserve de la législation nationale.

43. Concernant le maintien des embryons dans le milieu de culture, les experts rappellent qu'il est possible jusqu'à 14 jours, et seulement si ce maintien entre dans le cadre d'un projet de recherche approuvé par les personnes dont les embryons sont issus.

▪ Sécurité des techniques de constitution

44. En matière de recherche préalable, le Groupe de travail convient du projet de disposition suivant : « *Toute application clinique concernant le développement des techniques de procréation humaine médicalement assistée doit être basée sur les résultats de **recherches préalables et pertinentes*** ».

45. Concernant la qualification de l'équipe médicale et la sécurité sanitaire, les experts maintiennent le principe proposé lors de la dernière réunion du Groupe de travail, s'énonçant comme suit : « *Les parties veillent à ce que tout acte de fécondation in vitro ne puisse être réalisé que dans de strictes conditions de compétence technique et de sécurité sanitaire. [Ces conditions sont définies par l'autorité compétente]* ».

▪ Sécurité des méthodes de conservation

46. Le Groupe de travail discute des normes professionnelles à respecter en matière de conservation des embryons surnuméraires. Il estime opportun de prévoir une disposition rappelant la nécessité du respect de ces normes. Le principe proposé est le suivant : « **L'organisme chargé de la cryoconservation des embryons doit s'assurer que les normes professionnelles en matière de conservation sont respectées, et plus précisément la continuité des soins sur une longue période** ».

▪ Le don d'embryons

47. En matière de don d'embryon, plusieurs experts s'accordent à penser qu'il est préférable de pouvoir faire don des embryons surnuméraires en vue d'un transfert chez une autre femme, plutôt que de les détruire. Tenant compte de cette réflexion, ils estiment qu'aucune interdiction ne devrait être formulée dans le projet de Protocole, puisque, selon eux, le don constitue à certains égards une protection des embryons constitués *in vitro*.

B. La recherche sur l'embryon *in vitro*

48. Les experts discutent des questions relatives à la recherche sur les embryons *in vitro*. Il s'aide pour cela du document de travail CDBI-CO-GT3 (98) 6 préparé par le Secrétariat.

a. Définition de la recherche

49. La plupart des membres du Groupe de travail estiment qu'il ne serait pas opportun de donner une définition générale de la recherche dans le projet de Protocole. Un des experts suggère, en revanche, d'inclure cette définition, ne serait ce que pour séparer la recherche qui consiste à intervenir directement sur l'embryon et qui sort du cadre d'un traitement, de la recherche dite « observationnelle » pour laquelle il n'y a aucune intervention directe. Il est toutefois convenu de ne pas établir de définition pour l'instant.

b. Création d'embryons à des fins de recherche

50. Les experts se demandent s'il faut ou non reprendre dans le projet de Protocole, l'article 18.2 de la Convention, relatif à l'interdiction de créer des embryons à des fins de

recherche.

51. Certains estiment, qu'il s'agit d'un principe primordial de la Convention et qu'à cet égard, il conviendrait de le reprendre dans le projet de Protocole. D'autres considèrent, au contraire, qu'étant donné le caractère sensible de cette disposition il ne serait pas opportun de la répéter.

52. Le Groupe de travail convient de revenir ultérieurement sur cette question. Mais un expert rappelle toutefois que le projet de disposition relatif à l'exigence d'une indication médicale pour entreprendre une procédure de FIV, exclut implicitement la création d'embryons aux seules fins de recherche.

c. Admissibilité des différents types de recherche

53. Il est rappelé que la Convention laisse la porte ouverte à la recherche sur l'embryon, et que le projet de Protocole devrait expliciter ce que l'article 18.1 entend par « protection adéquate » des embryons qui font l'objet d'une recherche.

54. Certains experts soulignent la nécessité de prévoir une disposition générale qui énoncerait que « *la recherche sur l'embryon, lorsqu'elle est admise, ne devrait être autorisée que si des résultats comparables ne peuvent être obtenus sur un modèle animal* ».

55. Le Groupe de travail convient d'établir une distinction entre la recherche effectuée sur des embryons surnuméraires non destinés à être transférés et celle réalisée sur des embryons destinés à un transfert.

56. Il estime cette distinction tout à fait opportune en ce qu'elle permet d'adapter l'admissibilité de la recherche aux types d'embryons utilisés et, notamment, de restreindre les recherches admises sur les embryons destinés à un transfert, cette restriction permettant de limiter les risques d'atteinte à l'intégrité des embryons appelés à se développer.

▪ Recherche sur des embryons non destinés à être transférés

57. Le Groupe de travail souligne que la recherche sur des embryons destinés à être transférés ne devrait être autorisée que si celle-ci ne peut être effectuée sur des embryons surnuméraires non destinés à un transfert.

▪ Recherche sur des embryons destinés à être transférés

58. Plusieurs experts s'accordent à penser que toute recherche sur des embryons destinés à être transférés *doit être effectuée dans l'intérêt individuel de l'embryon*.

59. Certains experts ajoutent que, dans ce cas, la recherche ne devrait pas être de nature à porter atteinte à l'embryon.

60. Un expert recommande toutefois une certaine prudence quant à l'emploi de la formulation « ne devrait pas être de nature à porter atteinte à l'embryon ». Il précise en effet que même au cours de la réalisation d'un diagnostic pré-implantatoire, l'intervention réalisée dans l'intérêt de l'embryon peut être de nature à porter atteinte à celui-ci, puisqu'il s'agit d'une

biopsie. A cet égard, il estime préférable d'utiliser une formulation mentionnant la balance risque/bénéfice.

61. Cet expert ajoute que des études préliminaires doivent avoir été réalisées afin de rendre les risques liés à la recherche résiduels.

62. D'autre part, il est rappelé qu'avant le transfert des embryons ayant fait l'objet d'une recherche, il s'avère nécessaire de vérifier leur intégrité. A cet égard, un expert note que cette vérification est subordonnée aux capacités de la médecine à juger de cette intégrité.

d. Consentement

63. Le Groupe de travail rappelle que toute recherche réalisée sur des embryons *in vitro* doit être subordonnée au consentement libre, éclairé et exprès des personnes dont ils sont issus ou, le cas échéant, des autres personnes concernées.

e. Evaluation de la recherche

64. Les experts insistent sur la nécessité de prévoir un principe relatif à l'obligation d'évaluation de la recherche.

65. Il est par ailleurs noté que cette évaluation doit être effectuée au début, en cours et à l'issue de la recherche. Le Groupe de travail estime que cette mention relative au moment de l'évaluation devrait figurer dans le rapport explicatif.

66. Les experts discutent de l'instance qui devrait être chargée de cette évaluation. Certains estiment que cette responsabilité devrait revenir aux comités d'éthique locaux ordinaires, alors que d'autres suggèrent la création de comités d'éthique spécialisés.

67. Le Secrétariat rappelle qu'une disposition relative à l'évaluation de tout projet de recherche par un comité d'éthique figure déjà dans le projet de Protocole sur la recherche biomédicale (article 10). Il est proposé de reprendre l'article 10² du projet de Protocole sur la recherche biomédicale.

68. Les membres du Groupe de travail soulignent également l'importance du suivi des projets de recherche par la structure chargée de l'évaluation, comprenant la communication des résultats de la recherche. Selon eux, ce suivi permet de vérifier que la recherche est mise en œuvre dans le respect des bonnes pratiques en la matière.

² **Article 10** (Evaluation par un comité d'éthique)

Tout projet de recherche est soumis aux instances autorisées pour examen indépendant de sa pertinence scientifique et de son acceptabilité éthique, **dans chacun des pays où cette recherche doit avoir lieu.**

La fonction primordiale de l'examen **pluridisciplinaire** de l'acceptabilité éthique, à supposer que la condition relative à la qualité scientifique ait été remplie, est de protéger la sécurité, les droits **et le bien-être** des participants à la recherche, conformément aux normes éthiques les plus élevées.

L'évaluation éthique **devrait** faire appel à un large éventail de compétences spécialisées et d'expériences reflétant de façon adéquate les différents points de vue professionnel, profane, de sexe et de culture.

Pour la protection des personnes participant à une recherche, le chercheur doit informer le ou les comité(s) chargé(s) de l'évaluation éthique des progrès accomplis, des événements imprévus soulevant de nouveaux problèmes éthiques, et **lui (leur) soumettre le rapport final de la recherche.** L'accès aux résultats des projets de recherche est assuré aux participants **sur demande.** **L'avis d'un comité d'éthique doit être rendu avant que la recherche ne commence.**

IV. Examen des points entrant également dans le champ d'application d'autres projets de protocoles

A. Point concernant le projet de Protocole sur la recherche biomédicale

69. Le présent Groupe de travail prend note de la demande faite par le CDBI de tenir une réunion conjointe avec le Groupe de travail sur la recherche biomédicale (CO-GT2), afin de décider lequel des deux projets de Protocole devrait traiter de la protection de la femme enceinte et de la recherche sur l'embryon *in vivo*.

70. Il convient de proposer au Groupe de travail CDBI-CO-GT2 la date du **14 septembre 1999** (matin) pour tenir cette réunion conjointe.

71. Certains experts mentionnent la question de la recherche concernant les cellules souches embryonnaires. Une discussion approfondie conduit le Groupe de travail à penser que si le prélèvement de cellules sur l'embryon (pour établir les lignées cellulaires embryonnaires), entre dans le champ d'application de ce présent projet de Protocole, l'utilisation ultérieure des lignées cellulaires, dans le cadre d'un projet de recherche ou d'un essai thérapeutique, entre en revanche dans le champ d'application du projet de Protocole sur la recherche.

72. A cet égard, il est noté que le projet de Protocole sur la recherche biomédicale qui prévoit déjà de traiter des tissus devrait élargir son champ d'application à l'utilisation des tissus et cellules embryonnaires.

B. Point concernant le projet de Protocole sur la transplantation d'organes

73. Le Groupe de travail prend note de la décision du CDBI d'exclure du champ d'application du Protocole sur la transplantation d'organes le prélèvement et la greffe de tissus embryonnaires et fœtaux.

74. Il note toutefois que s'il lui paraît opportun de traiter dans le présent projet de Protocole du prélèvement de tissus embryonnaires et fœtaux qui relève effectivement de son champ d'application, il n'en est pas de même pour la greffe, exception faite dans les cas où le receveur est un fœtus.

75. Il convient par conséquent de préciser que la protection du receveur d'organes ou de tissus embryonnaires ou fœtaux obéit aux règles générales du Protocole sur la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine.

V. Proposition d'organisation du projet de Protocole

76. Le Secrétariat propose au Groupe de travail un projet d'organisation de Protocole dans lequel figurent 4 chapitres principaux subdivisés en sections, et concernant des dispositions générales, la protection de l'embryon *in vitro*, la protection de l'embryon et du fœtus *in vivo* et le prélèvement de cellules et de tissus embryonnaires et fœtaux (Voir annexe V du présent rapport).

77. Le Groupe de travail convient d'examiner ce projet d'organisation d'ici la réunion de

septembre prochain.

VI. Questions diverses

A. Participation des observateurs de la Commission des Communautés européennes au Groupe de travail

78. Le Dr Whittall annonce au Groupe de travail qu'en raison de la fin de sa mission au sein de la DG XII de la Commission européenne, il ne sera plus en mesure de participer aux réunions du Groupe.

79. Le Groupe de travail regrette ce départ, et remercie sincèrement le Dr Whittall pour ses contributions enrichissantes et constructives au cours de l'élaboration de ce projet de Protocole.

80. Le Dr Whittall remercie les experts. Il note par ailleurs que des changements en cours au sein de la Commission européenne, et notamment en ce qui concerne le groupe consultatif sur le fœtus et l'embryon humain, empêcheront peut-être le Dr Englert de continuer à suivre les travaux de ce Groupe.

81. Le Groupe de travail déplore cette dernière annonce et **tient à souligner l'importance de la participation du Dr Englert à l'élaboration de ce projet de Protocole**. Il exprime l'espoir que sa présence au sein du Groupe ne soit pas remise en cause.

B. Clonage

82. Suite à une question adressée par l'Assemblée parlementaire au Comité des Ministres relative au clonage réalisé à des fins thérapeutiques, les membres du Groupe de travail ont un échange de vues.

83. Il est noté que, si le Protocole portant interdiction du clonage d'êtres humains ne prend pas une position explicite sur le clonage qui serait utilisé à des fins de traitement thérapeutique³, l'autorisation ou non d'un tel clonage d'embryons non destinés à se développer pour donner un enfant, est subordonnée à l'interprétation de l'expression « être humain » figurant dans l'article premier du Protocole. La définition de la portée de cette expression dans le cadre du protocole est laissée aux parties au Protocole.

84. Le Groupe de travail souligne toutefois, qu'il sera amené à aborder cette question du clonage à visée thérapeutique au cours de ses travaux.

VI. Dates de la prochaine réunion

85. La prochaine réunion du Groupe de travail se tiendra au Palais de l'Europe du 13 au 15 septembre 1999 à Strasbourg.

³ Le clonage réalisé à des fins thérapeutiques consisterait notamment à créer des embryons clonés, sur lesquels des cellules embryonnaires seraient prélevées afin de constituer des lignées de cellules souches embryonnaires parfaitement compatibles, du point de vue immunologique, avec le patient à traiter.

ANNEXE I

Liste des participants

BELGIQUE : Mme Sylviane FRIART, Conseiller juridique adjoint, Ministère de la Justice, 115 bd de Waterloo, B-1000 BRUXELLES, tél : 32 2 542 67 14/32 2 542 70 23

BULGARIE : Ms Silvia TOMOVA, Conseiller juridique en chef, Université de Médecine, 15 bd Dimitar Nestorov 15, SOFIA, tél : 359 2 59 20 29, fax : 359 2 59 40 94

FRANCE : M. Jean MICHAUD, Conseiller à la Cour de Cassation, Vice-Président du Comité Consultatif National d'Ethique, 2 rue Ernest Renan, 75015 PARIS, tél et fax : 33 (0) 1 47 34 01 41

PAYS-BAS : Mrs Ellen de HILSTER, Counsellor of Legislation, Ministry of Justice, Schedeldoekshaven 100, Postbox 20301, 2500 EH THE HAGUE, tél : 31 70 370 78 45, fax : 31 70 370 79 32, E-mail : ehilster@best-dep.minjus.nl

NORVEGE : Mrs Grete GJERTSEN, Adviser, Ministry of Health and Social Affairs, PO Box 8011 Dep., N-0030 OSLO 1, tél : 47 22 248 776, fax : 47 22 248 379, E-mail : grete.gjertsen@shd.dep.telemax.no

PORTUGAL : M. Daniel SERRÃO, (Chair/Président), M. D., Ph. D, Professeur d'éthique médicale à la Faculté de Médecine de Porto, Représentant du Ministère de la Santé, Rua de São Tomé 746, P-4200 PORTO, tél/fax : 351 2 8325 071, E-mail : dserrao@med.up.pt or rdd23956@mail.telepac.pt

RUSSIE : Mrs Ljubov KURILO, Chief of Laboratory of Genetics of Reproduction Disorders of the National Research Centre for Medical Genetics Russian Academy of Medical Sciences, PO Box Moskvorechie str.1, 115478 MOSCOW, Tel : 7 095 324 13 20, fax : 7 095 324 07 02, E-mail : azazello@online.ru

ESPAGNE : M. Miguel PARDO, Ph. D., Laboratorio Dr Sabater, Instituto Dexeus, Po. Bonanova 67, 08017 BARCELONA, tél : 34 93 227 47 70, fax : 34 93 418 57 49, E-mail : analisis@sabater-tobella.com

ROYAUME-UNI : Dr Anne Mc Laren, Principal Research Associate, Wellcome/CRC Institute, Tennis Court Road, Cambridge CB2 1QR, tél : 44 12 23 33 40 88, fax : 44 12 23 334 089, E-mail : a.mclaren@welc.cam.ac.uk

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES : Prof. Yvon ENGLERT, Président du Groupe HEF, Clinique de Fertilité Erasme, Route de Lennik 808, B-1070 BRUXELLES, tél : 322 555 4570, fax : 322 555 45 20, E-mail : ferticlin@med.ulb.ac.be

M. Hugh WHITTALL, Scientific Officer, DG XII-E5, Office SDME 8/03, Commission des Communautés Européennes, rue de la Loi 200, B-1049 BRUXELLES, tél : 32 2 299 18 67, fax : 32 2 295 53 65, E-mail : hugh.whittall@dg12.cec.be

CDSP: Professor Helge BOMAN, Department of Medical Genetics, Haukeland University Hospital, University of Bergen, PO BOX 1, 5021 BERGEN, Oslo, tél: 47 559 754 75, fax: 47 55 97 54 79, E-mail: helge.boman@haukeland.no

SECRETARIAT

- Carlos de SOLA Administrateur principal, Direction des Affaires,
tél : 33 (0) 3 88 41 24 38, E-mail : carlos.desola@coe.fr
- Peteris ZILGALVIS Administrateur, Direction des Affaires Juridiques,
tél : 33 (0) 3 88 41 31 99, E-mail : peteris.zilgalvis@coe.fr
- Sandrine SABATIER Attaché, Direction des Affaires Juridiques,
tél : 33 (0) 3 88 41 20 05, E-mail : sandrine.sabatier@coe.fr
- Christelle PERRIN Secrétaire, Direction des Affaires Juridiques,
tél : 33 (0) 3 88 41 22 20, E-mail : christelle.perrin@coe.fr

ANNEXE II

Ordre du jour

1. **Adoption de l'ordre du jour**
2. **Information sur la signature et la ratification du Protocole portant interdiction du clonage d'êtres humains**
3. **Préparation du projet de Protocole sur la protection de l'embryon et du fœtus humains**

a. La constitution et le sort des embryons *in vitro*

Documents de travail:

Rapport de la 15ème réunion du CDBI.....CDBI/RAP15

Rapport de la 8ème réunion du CDBI-CO-GT3CDBI-CO-GT3/RAP8

Sujets susceptibles d'être traités dans le Protocole sur la protection de l'embryon et du fœtus humainsCDBI-CO-GT3 (98) 1

Synthèse des discussions et des contributions concernant la constitution et le sort des embryons *in vitro*CDBI-CO-GT3 (98) 4

Définitions proposées par le Groupe de travailCDBI-CO-GT3 (98) 8 Révisé 1

Avant projets de principes retenus par le Groupe de travail relatifs à la constitution et au sort des embryons *in vitro*CDBI-CO-GT3 (98) 9

Proposition d'organisation du projet de Protocole sur la protection de l'embryon et du fœtus humains. (*Préparé par le Secrétariat*).....CDBI-CO-GT3 (98) 10

b. La recherche sur l'embryon *in vitro*

Document de travail:

Document préparé par le Secrétariat relatif à la recherche sur l'embryon *in vitro*
.....CDBI-CO-GT3 (98) 6

Rapports rédigés par les membres du CDBI-CO-GT3 concernant les différents points à Inclure dans le Protocole sur la protection de l'embryon et du fœtus humains
.....CDBI-CO-GT3 (97) 7

- c. Examen des points entrant également dans le champ d'application d'autres projets de protocoles

CDBI-CO-GT2 (Recherche biomédicale) : Protection de la femme enceinte et recherche sur l'embryon *in vivo*.

Documents de travail:

- Protection juridique de la femme enceinte dans la législation internationale, rapport rédigé par Sandrine SABATIER, expert consultant **DIR/JUR (98) 2**

4. Questions diverses

5. Date de la prochaine réunion

Prochaine réunion du CDBI-CO-GT3 : 13-15 octobre 1999

DOCUMENTS D'INFORMATION

Etat des signatures et des ratifications de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine et du Protocole portant interdiction du clonage d'êtres humains **CDBI/INF (98) 10**

Adoption d'un avis sur la recherche sur les embryons humains ***Dossier de Presse***

ANNEXE III

Définitions proposées par le Groupe de Travail

- **Ovocyte**: l'ovocyte mature, appelé également ovule, est le gamète femelle. Il est porteur d'un patrimoine génétique réduit de moitié (génome haploïde), soit normalement 23 chromosomes.

Fécondation: elle débute par la pénétration du gamète mâle dans l'ovocyte et se termine par l'union des chromosomes mâle et femelle pour former le zygote.

Ovocyte en cours de fécondation : issu de la pénétration d'un ovocyte par un gamète mâle, il renferme deux noyaux (ou pronucléi) ; l'un mâle contenant l'ensemble des chromosomes provenant d'un gamète mâle, et l'autre femelle comportant l'ensemble des chromosomes provenant du gamète féminin.

Zygote: Cellule unique au dernier stade de la fécondation, lorsque **se sont unis** les deux ensembles de chromosomes, l'un provenant du gamète mâle l'autre du gamète femelle.

Blastocyste: stade normalement atteint entre le 5ème et le 7ème jour après fécondation; c'est le stade au cours duquel débute le processus d'implantation dans l'utérus maternel.

Embryon: Au sens du présent protocole, le terme embryon s'applique au zygote et aux stades successifs de son développement jusqu'à la fin de l'implantation.

Implantation: Processus qui dure environ une semaine, débutant par la fixation du blastocyste dans la paroi de l'utérus, **ou à titre exceptionnel dans un lieu extra-utérin**, et se terminant lorsque la nidation est achevée.

Fœtus: Il commence son développement dès la fin du processus d'implantation, tandis que parallèlement certaines cellules embryonnaires se développent pour constituer les annexes fœtales (placenta, membrane amniotique...). Le stade fœtal se termine à la naissance.

ANNEXE IV

Avant projets de principes retenus par le Groupe de travail relatifs à la constitution et au sort des embryons in vitro

La Protection de l'embryon *in vitro*

1. Champ d'application

Aux fins du présent [chapitre], la protection de l'embryon in vitro s'étend à l'ensemble des embryons hors du corps de la femme .

Aux fins du présent [chapitre], une «procédure de fécondation in vitro» s'applique à toute intervention concernant la constitution d'embryons in vitro, [la récupération éventuelle d'embryons *in vivo*], ainsi que la culture, la conservation ou le transfert de ces embryons.

2. Indications justifiant la constitution d'embryons *in vitro*

La fécondation *in vitro* ne peut être effectuée que sur indications médicales [telles que spécifiées par la loi nationale], dans le cadre de services de traitements médicaux.

3. Choix des personnes ayant recours à une procédure de FIV concernant leurs embryons surnuméraires

Les donneurs de gamètes doivent, préalablement au don, être informés des différentes utilisations possibles de leurs gamètes. **Leur consentement explicite est requis.**

Préalablement à toute procédure de FIV, les personnes concernées sont pleinement informées de l'ensemble de la procédure et de ses implications ainsi que de toutes les possibilités existant dans le cadre de la loi. **Elles sont plus précisément informées quant au nombre d'embryons à constituer, à transférer** et quant sort possible des embryons qui, **le cas échéant**, ne seraient pas transférés dans l'immédiat.

Le sort des embryons doit être conforme à la décision librement exprimée par les **personnes concernées**, avant la procédure de FIV, *conformément à la loi nationale et aux normes professionnelles applicables*¹.

Lorsque les personnes qui ont recours à une procédure de FIV ont décidé de conserver les embryons en vue d'une utilisation ultérieure, elles doivent formuler par écrit leurs décisions concernant le sort de leur embryon à l'issue de la période de conservation. Si **ultérieurement** le couple est en désaccord, la loi peut prévoir qu'il soit mis fin à la conservation.

4. Conditions de réalisation de la procédure de FIV

¹ La dernière partie de la phrase signifie, notamment, que l'équipe médicale peut se prévaloir des normes professionnelles pour refuser de transférer un nombre d'embryons supérieur à celui indiqué.

a. Nombre d'embryons à constituer dans les procédures de FIV

Le nombre d'embryons constitués *in vitro* ne doit pas être supérieur à celui permettant d'assurer, conformément aux normes professionnelles, de bonnes chances de succès du traitement.

b. Nombre d'embryons à transférer

Le nombre d'embryons à transférer doit être fixé de façon à limiter, dans chaque cas, le risque de grossesse multiple.

5. Sécurité

Sécurité des techniques de constitution

a. Recherche préalable

Toute application clinique concernant le développement des techniques d'assistance médicale à la procréation doit être basée sur les résultats de recherches préalables et pertinentes.

b. Qualifications de l'équipe médicale et sécurité sanitaire

Les parties veillent à ce que tout acte de fécondation *in vitro* ne puisse être réalisé que dans de strictes conditions de compétence technique et de sécurité sanitaire. [Ces conditions sont définies par l'autorité compétente].

c. Sécurité des méthodes de conservation

L'organisme chargé de la cryoconservation des embryons doit s'assurer que les normes professionnelles en matière de conservation sont respectées, **et plus précisément la continuité des soins.**

ANNEXE V

**Proposition d'organisation du projet de Protocole
sur la protection de l'embryon et du fœtus humains
(Préparé par le Secrétariat)**

Chapitre I. Dispositions générales

- Dont articles : - Objet et finalité du Protocole
 - Champ d'application et définitions
 - Accès aux soins ?
 - Obligations professionnelles et règles de conduite
 - Sécurité (disposition générale)
 - Interdiction du profit

Chapitre II. Protection de l'embryon *in vitro*

- Section 1. Fécondation *in vitro*
Section 2. Recherche sur l'embryon
[Section 3 Diagnostic pré-implantatoire (DPI)]
Section 4 Consentement

Chapitre III. Protection de l'embryon et du fœtus *in vivo*

- Section 1 Recherche sur l'embryon, le fœtus, et la femme enceinte
Section 2 Thérapie fœtale
[Section 3 Diagnostic prénatal (DPN)]
Section 4 Consentement
Section 5 Conflits foeto-maternels

Chapitre IV. Obtention de cellules et tissus embryonnaires et foetaux

- Section 1 Cellules embryonnaires
Section 2 Tissus embryonnaires et foetaux
Section 3 Consentement

المراجعــــــــــــــــع

باللغة العربية:

- القرآن الكريم
- فقه السنة السيد السابق ط 7 بيروت 1985
- المراجع العامة:
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السادس
دار احياء التراث العربي بيروت 1952 .
- بلحاج العربي احكام التركات و المواريث على ضوء قانون الاسرة الجديد ،
طبعة جديدة الجزائر 2006
- سليمان مرقس الوافي في شرح القانون المدني المدخل للعلوم القانونية
الجزء الاول طبعة 6 ، 1987
- مصطفى الزرقاء المدخل الفقهي العام الجزء الثاني
- محمد ابو زهرة الجريمة و العقوبة في الفقه الاسلامي

- المراجع المتخصصة:
- محمد عبد الشافي اسماعيل ، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة ، القانون دار المنار القاهرة 1992
- محمد برهان الدين السنبل : قضايا فقهية معاصرة الطبعة الاولى دمشق و بيروت 1988
- محمود السيد عبد المعطى خيال : التشريعات الحديثة في عمليات نقل الاعضاء جامعة حلوان 2001
- محمد بن احمد الصالح : الطفل في التشريعات الاسلامية نشأته - حياته - حقوقه التي كفلها الاسلام ، المملكة العربية السعودية
- كمال حمدى ، الاحكام الموضوعية في الولاية على المال ، المعارف ، الاسكندرية
- احمد شوقي عمر ابو خطوة ، القانون الجنائي و الطب الحديث ، دكتوراه الدولة في القانون من جامعة ليموج فرنسا ، قسم القانون الجنائي ، كلية الحقوق جامعة المنصورة
- خالد عبد الحميد فراج المحامي، وكيل الوزارة السابق، المنهج الحكيم في التجريم و التقويم .

- مرونك نصر الدين ، رئيس محكمة بومرداس الجزائر ، التلقيح الصناعي في القانون المقارن والشرعة الاسلامية ، دراسة مقارنة.
- بكرين عبد الله أبو زيد، فقه النوازل (قضايا فقهية معاصرة) المجلد الثاني، دار القلم، الطبعة الأولى، الجزائر، 1993.
- عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي، الطبعة الأولى، القاهرة، 1993.

- الرسائل:

- مها عبد الله عمر الابرش كما سياطي الامومة و مكانتها في الاسلام في
ضوء الكتاب و السنة الجزء الاول 1996

- العربي شحط عبد القادر ، الاحكام القانونية العامة لنظام الانجاب الصناعي
، رسالة دكتوراه دولة جامعة وهران 2000

- عمراني احمد احكام النسب بين الانجاب الطبيعي و التلقيح الصناعي ،
رسالة ماجستير جامعة وهران 2000

- لشهب بوبكر ، حقوق الطفل بين الشريعة و القانون ، رسالة دكتوراه ،
جامعة الجزائر 1998

- زواري عبد القادر ، جرائم ترك الاسرة في قانون العقوبات الجزائري و
المقارن ، رسالة ماجستير جامعة وهران 2001

- مكي يمينه ، الاجهاض بين الشريعة و القانون ، مذكرة التخرج لنيل شهادة

الليسانس في العلوم الاسلامية، جامعة وهران 1995.

- بزاوية أحمد، حقوق الجنين في الفقه الإسلامي، مذكرة شهادة الليسانس في

العلوم الإسلامية جامعة وهران، 1995.

- المقالات:

- حسن على الشاذلي ، حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية ، مجلة الحقوق و الشريعة ، جامعة الكويت 1989
- بلحاج العربي ، الحادث و مذكرات في القانون والفقہ الاسلامي سلسلة المعرفة الجزء الاول الجزائر 1996
- بوسندة عباس ، الحماية الجنائية لالتجانب البشري مجلة الراشدية العدد 2 جوان 2010 .
- عبد الله بن محمد المعصر، حقوق الجنين في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد 26، سنة 1416 هـ..
- أحمد أجويد، التلقيح الإصطناعي وإثبات النسب، مجلة كلية العلوم القانونية، جامعة وجدة، عدد خاص، 1988.

- المراجع باللغة الفرنسية

OUVRAGES en langue française

- LABBEE (xavier) la condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort . Puf LILLE 1990

- LAMBERT (louis) traité de droit penal special paris 1968

LETTRETON (roseline) le droit de la procreation collection que sais – je ? paris 1997

- SEBAG (louis) la condition juridique des personnes physiques et morales avant leur naissance SIREY paris 1938 .

- BAUDOIN (jean louis) et LABRUSSE RIOU (catherine) produire l'homme de quel droit ? etude juridique et ethique des procreations artificielles PUF paris

- FAURE (M G) le desire d'enfant à l'epreuve du droit thèse Montpellier 1991

- CARBONNIER (jean) droit civil introduction – les personnes PUF . paris 1977.

*** Aricles de revues :**

- LOUVEL (bertrant) les données juridiques actuelles de la vie humaine j'usqu'à la naissance , GAZpal 1984 1^{ere} semaine
- TERRASSON DE FOUGERES (aline) la resurection de la mort civil RTDC octobre 1997 .
- GIFFARD (AE) et ROBERT (Villiers) Droit romain et ancien droit français. Dalloz, 4^{ème} Ed, Paris, 1977.

الفهرس

.....مقدمة..... ص 03

الباب الأول:

اشكالية ازدواجية المركز القانوني للجنين. ص 07

الفصل الأول :

الجنين شخص الحق S.U.JET DE DROIT. ص 08

المبحث الاول :

الجنين داخل الرحم In utéro (الحمل المستكن). ...ص 09

المطلب الاول :

اطوار الحمل المسنكن (الجنين داخل الرحم). .. ص 11

المطلب الثاني :

م - - - - - دة الـمـلـل.....ص 24

المبحث الثاني :

فكرة شخص الحق Concept de sujet de droitص 31

المطلب الاول:

.....الجنين كائن حي بشري ص 32

المطلب الثاني :

الفرق بين شخص الحق و الكائن البشري. ص 37

المطلب الثالث :

الاحكام الموضوعية المؤكدة لفكرة الجنين شخص لحق ص 40

الفصل الثاني :

الجنين محل الحق. ص 51

المبحث الاول :

التقنيات الجديدة في الانجاب . ص 52

المطلب الاول :

.....الاخصاب خارج الرحم ص 58

المطلب الثاني :

.....الحمل بالانابة. ص 61

المبحث الثاني :

تأثير التقنيات الجديدة على المركز القانوني للجنين ص 64

المطلب الاول :

آثار الاخصاب خارج الرحم على مركز الجنين. ص 66

المطلب الثاني :

تأثير التقنية على مركز الجنين القانوني. ص 73

المبحث الثالث :

من ازمة التكييف القانوني وبطلان التصرف لتقنية الام البديلة ص 77

المطلب الاول :

ازمة التكييف القانوني للحمل بالانابة ص 77

المطلب الثاني :

ص 82 * مدى شرعية او بطلان التقنية.

الباب الثاني:

ص 88 احكام الحماية الجنائية للجنين.

الفصل الاول :

ص 90 الحماية الموضوعية للجنين.

المبحث الاول :

ص 91تجريم الاجهاض.

المطلب الاول :

احكام تجريم الاجهاض في القوانين الوضعية والشرعية
الاسلامية.....ص 93

المطلب الثاني :

بيان أركان جريمة الإجهاض. ص 118

المطلب الثالث :

تقييم تجريم الاجهاض في الفقه الاسلامي والقانون

.....الوضعي.

المبحث الثاني :

تجريم ترك الاسرة ضمانا لحماية الجنين ص 147

المطلب الاول :

جريمة ترك الزوجة الحامل ص 151

المطلب الثاني :

جريمة التارك حسب فقهاء الشريعة الاسلامية ص 157

الفصل الثاني :

الحماية الجنائية الاجرائية للجنين ص 161

المبحث الاول :

.....شق بطن المرأة الحامل ص 166

المطلب الاول :

.....تأصيل المسألة. ص 166

المطلب الثاني :

اختلاف الفقه حول شق بطن الحامل. ص 169

المبحث الثاني :

ارجاء تنفيذ العقوبة على المرأة الحامل ص 174

المطلب الاول :

تاجيل تنفيذ العقوبة وفق القوانين الوضعية ص 174

المطلب الثاني :

مصدر هذا الاجراء : الشريعة الاسلامية ص 184

المطلب الثالث :

تقييم ارجاء تنفيذ العقوبة على الحامل في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

ص 195

ص 210		الخاتمة.
ص 220		الملحقات
ص 252		المراجع.
ص 261		الفهرس