

حماية الجنين من الإجهاض بين شرعية التجريم ودواعي الإيقاف العلاجي للحمل

Protecting the fetus from abortion between criminalizing legitimacy and therapeutic suspension of pregnancy

د/ نادية رواحنة

Dr. Nadia ROUAHNA

أستاذة محاضرة أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيجل - الجزائر

Senior Professor, Faculty of Law and Political Science, Jijel University -Algeria

rouahnanadia@yahoo.fr

تاريخ النشر: 2020/12/27

تاريخ القبول: 2020/11/13

تاريخ إرسال المقال: 2020/09/27

ملخص:

يعد حق الجنين في الحياة في طليعة الحقوق المكرسة له، والذي تضمنه وتكفله له كل الشرائع وجل التشريعات العالمية، رغم كون حياته ليست حقيقية وإنما هي تقديرية، وجاءت هذه الدراسة لتبين مدى حماية المشرع الجزائري للجنين من مختلف أشكال الاعتداء عليه، والحالات التي يرخص فيها بإنهاء حالة الحمل، وشروط ذلك وفقا لقانون العقوبات وقانون الصحة.

وتوصلت الدراسة إلى أن المشرع الجزائري أحاط الجنين بحماية جزائية بتجريمه للإجهاض غير العلاجي من جهة، وتجريمه التحريض عليه من جهة أخرى وهذا يعد من باب التوسيع في مجال الحماية، غير أن الخطورة تكمن في توسع المشرع في حالات إباحة الإجهاض لدواعي علاجية أو ما اصطلح عليه بالإيقاف العلاجي للحمل من خلال قانون الصحة الجديد، وعدم إعطاء معيار دقيق وواضح لحالة وجود خطر يهدد التوازن النفسي والعقلي للحامل.

كلمات مفتاحية:

الجنين، الإجهاض، التجريم، الإيقاف العلاجي للحمل، قانون الصحة.

Abstract:

The right of the fetus to life is at the forefront of its embodied rights guaranteed by all international canons and legislations, despite the fact that its life is estimated and not real. This study aims to demonstrate the extent of the Algerian lawmaker's protection provided to the fetus from various forms of abuse and the cases and conditions in which it is authorized to end pregnancy according to the penal code and health law.

The study found out that the Algerian lawmaker provided a criminal protection to the fetus by criminalizing non-therapeutic abortion on one hand, and

criminalizing incitement to it on the other hand which is a matter of expanding protection. however, the danger lies in the lawmaker's expansion in cases where abortion is allowed for therapeutic reasons or what has been termed as therapeutic suspension of pregnancy in the new health law, and the failure to give an accurate and clear criterion for the condition of a threat to the psychological and mental balance of the pregnant woman.

Keywords:

Fetus; Abortion; Criminalization; Therapeutic Suspension of pregnancy; Health law.

مقدمة:

الأولاد هبة ربانية عظيمة وهم ثمرة العلاقة الزوجية وسر من أسرار سعادة الأسرة واستمرار روابطها، ولا تحلو الحياة من دونهم قال تعالى " **المالُ والبَنونُ زينَةُ الحَيَاةِ الدُّنيا**"¹، وإنجابهم مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الإسلامية في الزواج، لذلك كان من الواجب الإحسان إليهم ورعايتهم وحمايتهم من طرف الأسرة والمجتمع والدولة على حد سواء، وتمتد هذه الحماية إلى مرحلة ما قبل الولادة ذلك لأن حياة الإنسان لا تبدأ بها وإنما تبدأ بالمرحلة الجنينية أين يبدأ تكوينه المادي والروحي وتتحدد معالمه الوراثية.

وإذا كان الحق في الحياة هو أول حقوق الإنسان وأسمائها والجدير بالحماية، والذي كفلته الشريعة الإسلامية في كثير من نصوصها باعتباره من الكليات الخمس، ولا يجوز تعريض أي إنسان للموت إلا في حالات محددة ولأسباب شرعية، فكل من قتل نفسا بغير حق فكأنما قتل الناس جميعا، " **مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا**"²، كما تكفلت القوانين الدولية والوطنية بحمايته على حد سواء، من خلال تجريم فعل القتل، وإنزال أقسى العقوبات على مرتكبيه، وبما أن الجنين لا يستفيد من الحماية المقررة بتجريم القتل، باعتباره ليس إنسانا حيا، وهو الركن المفترض في جريمة القتل، لأن حياته ليست حقيقية إنما هي تقديرية.

فالفقهاء يعتبرون أن الجنين الأدمي يعتبر حياً منذ بداية تكوينه، وأنه نفس محترمة، ومعصومة الدم، وأن أي إضرار عليه كلاً أو جزءاً وفي أي طور من أطواره يعتبر جريمة يعاقب عليها الشرع في الدنيا قبل الآخرة، كما تعاقب عليه الكثير من التشريعات الوضعية التي تتخذ من الإسلام ديناً لها خاصة التشريعات العربية، ومنها التشريع الجزائري الذي يقرر حماية جزائية للجنين، بتجريم الإجهاض ومعاقبة فاعله، حتى وإن كانت الأم ذاتها هي الفاعلة، ومن جهة أخرى يجيز ما سماه في قانون الصحة بالإيقاف العلاجي للحمل، من هنا يمكن طرح الإشكال الآتي: ما هي الحدود الفاصلة والمعايير الضابطة بين تجريم الإجهاض من جهة وإباحة الإيقاف العلاجي للحمل من جهة أخرى؟

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مدى حماية المشرع الجزائري للجنين من مختلف أشكال الاعتداء عليه والتمثلة أساساً في فعل الإجهاض والتعريض عليه، والحالات التي يرخص فيها بإنهاء حالة الحمل قبل الأوان، وشروط ذلك وفقاً لقانون العقوبات وقانون الصحة.

حيث يلاحظ أن المشرع أورد مصطلحات عدة للحالات التي يباح فيها إنهاء حالة الحمل في قوانين مختلفة، بحيث لا يعد ذلك اعتداء على حياة الجنين، فسماه في قانون العقوبات بالإجهاض في حالة الضرورة، وسماه في قانون

الصحة القديم بالإجهاض لغرض علاجي، وسماه في قانون الصحة الجديد بالإيقاف العلاجي للحمل، فكان من اللازم البحث في هذه المصطلحات والبحث عن الآثار المترتبة بتغييرها، وبناء عليه تمت معالجة الموضوع من الناحية القانونية، لما يثيره موضوع الإجهاض من إشكالات في الواقع العملي، خصوصا بعد صدور قانون الصحة الجديد، كما تمت الإشارة إلى أحكام الفقه الإسلامي في بعض جزئيات الموضوع متى كان ذلك ضروريا ومفيدا في إثراء البحث.

إن بحث هذا الموضوع اقتضى منا اتباع المنهج الاستقرائي وذلك بتتبع النصوص القانونية المجرمة للإجهاض والتحريض عليه من جهة، والنصوص المبيحة له من جهة أخرى، وتحليلها باتباع المنهج التحليلي، وذلك من أجل تقييمها في نهاية البحث.

من أجل الإجابة على الإشكالية السابقة كان من الضروري التطرق إلى الحماية الجزائية للجنين (المبحث الأول) ثم حالات إباحة الإجهاض في كل من قانون العقوبات وقانون الصحة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الحماية الجزائية للجنين في التشريع الجزائري

كل القوانين والشرائع جرمت القتل لما فيه من اعتداء على الحق في الحياة لأجل ذلك قررت له أقصى العقوبات، ويستفيد من هذه الحماية الإنسان الحي، فحياة الضحية ركن افتراضي في هذه الجريمة، ولما كان الجنين المستكين في بطن أمه حياته تقديرية أو حكمية فإنه لا يستفيد من هذه الحماية، وفي الوقت نفسه لا يمكن الاعتداء عليه تحت أي مسمى فهو يمثل بداية حياة الإنسان، لذلك كان لا بد من أفراد حماية جزائية له، وهذا ما قامت به جل الشرائع ومنها التشريع الجزائري الذي جرم فعل الإجهاض إذا لم تكن له دواعي طبية (المطلب الأول)، والأكثر من ذلك جرم فعل التحريض عليه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تجريم الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري

تجريم الإجهاض له مقصد عظيم يتمثل في حماية النوع الإنساني من الانقراض، وهي من الجرائم المقررة لحماية الجنين بالدرجة الأولى وتتضمن حماية بالتبعية للأم، وقد نص المشرع الجزائري على جريمة الإجهاض في المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات³ حيث أورد فيها صور الإجهاض (الفرع الأول)، وبين فيها أركانه (الفرع الثاني) والجزاء المقرر له (الفرع الثالث).

الفرع الأول: صور جريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري

أورد المشرع الجزائري عدة نصوص قانونية تحكم جريمة الإجهاض، منها الأحكام المبينة لصورها والمتمثلة في صورة المرأة التي تجهض نفسها (ثانيا)، حيث تكون الأم جانية في هذه الحالة، وصورة الغير الذي يجهض المرأة (أولا) فتصبح هنا ضحية متى تضررت من الإجهاض.

أولا: إجهاض الغير للمرأة الحامل

فعل الإجهاض في هذه الصورة يقوم به شخص غير الأم مع نية إجهاض الجنين أو إخراجه من الرحم قبل موعد ولادته، ولا يهم رضا الأم هنا، فقد تكون هي من طلبت من الغير القيام بإجهاضها عندما تعجز عن إتمام العملية

بنفسها بسبب عدم خبرتها، أو بسبب غياب الجرأة الكافية في القيام بذلك، فتلجأ إلى من يقدم لها يد العون لتخليصها من الحمل غير المرغوب فيه.

ولا يعتد المشرع برضا المرأة وذلك لأن الجريمة تهدد المصلحة الاجتماعية بالإضافة إلى أن الضحية الحقيقية هو الجنين وليس الأم حتى يأخذ برضاها.

أورد المشرع هذه الصورة من الجريمة في المادة 304 من قانون العقوبات على أن "كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج.

وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

والغير القائم بإجهاض المرأة يمكن أن يكون صاحب صفة أي من أهل الاختصاص، وحددتم المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري في الأطباء أو القابلات أو جراحي الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب وطب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمي الصيدليات ومحضري العقاقير وصانعو الأريطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به، وفي هذه الحالة تشدد العقوبة على الفاعل المكتسب لهذه الصفة كونه صاحب تخصص وذو دراية جيدة بالوسائل والكيفية والطريقة الفعالة للإجهاض⁴.

كما يمكن أن يكون الفاعل من عامة الناس سواء كان قريبا للمرأة كأماها أو أختها أو عشيقها لإخفاء فضيحة أخلاقية، أو زوجها للتخلص من الحمل غير المرغوب فيه لباعث اقتصادي مثلا، أو كان شخصا آخر لا تربطه بالمرأة أية علاقة بدافع إجرامي بحت.

ثانيا: إجهاض الحامل لنفسها

نصت على هذه الصورة من الإجهاض المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري "تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض"، وفي هذه الصورة المرأة الحامل ذاتها هي الفاعل أو الجاني حيث تقوم باستعمال وسائل أو أساليب بغرض إسقاط حملها، وسواء حصلت النتيجة المرغوب فيها أم لا فإنها تسأل جزائيا.

من أهم أسباب لجوء الحامل إلى إجهاض نفسها التستر عن جريمة زنا ارتكبتها، وإخفاء الفضيحة الناشئة عنها، أو التخلص من الجنين غير الشرعي الناتج عن جريمة اغتصاب ارتكبت بحقتها، ولم يتم التبليغ عنها، بهدف الحفاظ على الشرف المسلوب، أو خوفا من العار أو خوفا من ردة فعل عائلتها تجاهها، وخاصة في حالة عدم تصديقها وفقد ثقتهم بها وهو ما يحصل في أغلب الأحوال، نتيجة لطبيعة العادات والتقاليد، وكذا نظرة المجتمع التمييزية للمرأة، حيث تعاقب المرأة اجتماعيا دون الرجل، وهذه البواعث كلها لا تلغي التجريم ولا تعدم المسؤولية الجزائية.

وأيا كانت الأسباب التي تدفع المرأة إلى إسقاط حملها، فإن الشريعة الإسلامية تمنع هذا الفعل بعد استقرار النطفة في الرحم، ومضي مائة وعشرين يوما، لأنه حينئذ يعتبر نفسا بشرية لا يجوز الاعتداء عليه إلا لضرورة⁵، والدليل على أن بعد نفخ الروح يصبح خلقا آخر أو إنسانا متكاملًا قوله تعالى "وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ ﴿١٢﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿١٣﴾ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٤﴾"⁶. ويستند الفقهاء في تحديد مدة أربعة أشهر لنفخ الروح إلى الحديث الذي رواه عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، والمتفق على صحته عن الرسول صلى الله عليه وسلم "إن أحلكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما، ثم علقه مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع برزقه وأجله، وشقي أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح"⁷، ولا يفرق هنا بين الحمل الشرعي وغير شرعي، فحتى لو كان الحمل من زنى فإنه لا يجوز إسقاطه لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقرم الحد على الغامدية التي حملت من زنى حتى وضعت حملها، وأرضعت ولدها لأنه لا ذنب له⁸.

أما قبل نفخ الروح فقد اختلف الفقهاء في ذلك بين من يبيحه ومن يعتبره جناية تتزايد كلما تقدم الجنين في العمر، ويمكن تلخيص آراء الفقهاء في أربعة أقوال تتمثل في⁹:

القول الأول: الإباحة عند وجود عذر وإلا فالكراهة، وهو رأي بعض الحنفية وبعض الشافعية.

القول الثاني: الإباحة مطلقا، وهو قول الزيدية وبعض الحنفية وبعض الشافعية والحنبلية وبعض المالكية.

القول الثالث: الكراهة مطلقا وهو رأي أكثر المالكية.

القول الرابع: التحريم وهو المعتمد عند المالكية والمتفق مع مذهب الظاهرية.

من خلال هذه القوال يمكن الخروج بنتيجة وهي أنه لا يجوز الإجهاض إلا إذا كانت هناك ضرورة لذلك، عملا بالقاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات"، وهذا الاتجاه هو الذي أخذ به المشرع الجزائري، ومعظم التشريعات ذات المرجعية الإسلامية، ما عدا التشريع التونسي الذي يبيحه متى كان آمنا، بشرط ألا يزيد عمر الحمل عن 24 أسبوعًا، ودون أن تحتاج الأم الحامل لأن تبوح بأسبابها حول الإجهاض¹⁰.

وإذا كانت المسألة على ما ذكرنا في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي، فإن الأمر يختلف تماما في القانون الدولي الذي يبيح الإجهاض ويعتبر الأمومة حق واختيار، ومنع الإجهاض تمييز ضد النساء، وهدر لحقهن في الصحة والحياة، من باب أن تحريم الإجهاض سيدفع بالنساء إلى الإجهاض السري وتعريض صحتهم وحياتهن للخطر، أو قبول الحمل دون رعاية طبية. وقد نصت اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة¹¹ في المادة 16 على أن "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية. وعلى أساس المساواة بين الرجل والمرأة، تضمن الاتفاقية للمرأة: ...

(د) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتها الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفي جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

هـ) نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية وإدراك للتأثير، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفي الحصول على معلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق؛ ...

فالبند (د) يشير إلى أن المرأة تتمتع بالحقوق نفسها على أطفالها وعلى حملها بغض النظر عن حالتها الزوجية، كما يفسر البند (هـ) أن الإجهاض يدخل ضمن الوسائل الكفيلة التي تمكن المرأة من اختيار عدد أطفالها.

فإباحة الإجهاض ليست بصورة صريحة ولكنها تفهم من سياق النصوص ومن بعض الأحكام، مثل التي تدعو إلى معالجة قضايا المراهقين المتصلة بالصحة الجنسية والتناسلية بما في ذلك الحمل غير المرغوب فيه¹²، وذلك تحت مسمى الرعاية الإنجابية، وهي المصطلحات نفسها التي تحملها وثيقة بكنين (1995) أو نص البند (3/7) من وثيقة القاهرة للسكان، التي تتحدث عن جواز الإجهاض بناء على عبارات الصحة الإنجابية، والرعاية الجنسية؛ ومن حق الأفراد التمتع بحياة جنسية خارج نطاق الزواج، وأن يحصلوا على صحة إنجابية كاملة دون مراعاة لأعمارهم؛ وتقرير موعد الإنجاب وتابعه¹³.

الفرع الثاني: أركان جريمة الإجهاض

لكل جريمة أركان تقوم عليها، وبتخلف الركن لا تقوم الجريمة ولا يسأل فاعلها، وبالنسبة للجريمة محل الدراسة فإنها تشترك في صورتها في الأركان المكونة لها والمتمثلة في الركن المادي (أولاً) والركن المعنوي (ثانياً) أما الركن الشرعي فلكل صورة النص الخاص بها وقد سبق ذكره.

أولاً: الركن المادي في جريمة الإجهاض

جريمة الإجهاض من الجرائم المادية التي يتكون ركنها المادي من ثلاثة عناصر، وهي السلوك الإجرامي والمتمثل في استعمال وسيلة أو أسلوب إجرامي بنية الإجهاض (01)، حصول النتيجة الإجرامية والمتمثلة في إنهاء حالة الحمل قبل الأوان (02)، والعلاقة السببية بين السلوك والنتيجة الإجرامية (03).

01- استعمال الوسائل والأساليب المختلفة بنية إجهاض المرأة

السلوك الإجرامي حسب القواعد العامة هو عبارة عن فعل يصدر عن شخص ويعتبره القانون جريمة يجب العقاب عليها، فهو السلوك المادي الذي يظهره الشخص إلى حيز الوجود، والذي يعاقب عليه القانون باعتباره سلوكاً مجرمًا يجب العقاب عليه¹⁴، وهذا السلوك يكون إما إيجابياً أو سلبياً -الامتناع- ولا بد أن يكون إرادياً، وفي جريمة الإجهاض هو ذلك السلوك الذي يأتيه الفاعل من شأنه إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، مستعملاً في ذلك مختلف الوسائل سواء التي أوردها المشرع، كإعطاء الحامل مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى، ويتضح من العبارة الأخيرة أن المشرع كعادته لا يعتد بالوسيلة المستعملة في الجريمة، حيث أورد مختلف الوسائل والأساليب التي قد يلجأ إليها الجاني لإنهاء حالة الحمل على سبيل المثال، ومن ثم فإن استعمال وسيلة أخرى غير واردة في النص هي محل اعتبار في التجريم.

وبالنسبة للمرأة التي تجهض نفسها فإن دورها يتمثل في مباشرتها بنفسها لوسائل إجهاضها وإسقاط حملها أو قبولها لاستعمال الطرق التي أرشدت إليها أو استعمالها الوسائل التي أعطيت إليها، ففي هذه الصورة يجتمع مركز الجاني والضحية في شخص واحد أي المرأة الحامل¹⁵.

ويمكن أن يتم الإجهاض بفعل سلمي كترك الحامل دون عناية من طرف الزوج أو من طرف الطبيب عندما لا يصف لها الدواء المثبت للحمل بقصد إجهاضها.

02-إنهاء حالة الحمل قبل الأوان

يقصد بالنتيجة الإجرامية الأثر الذي يحدثه السلوك الإجرامي، وتتمثل النتيجة الإجرامية هنا في إجهاض المرأة الحامل والذي يعني إنهاء حالة الحمل فعلا قبل الموعد الطبيعي للولادة، والحمل هو البويضة الملقحة منذ التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية، ولا يهم إن خرج الحمل حيا، ولا يهم إن كان الطفل قد مات قبل عملية الإسقاط أو أنه ولد حيا وظل على قيد الحياة، رغم خروجه من الرحم قبل الأوان¹⁶، لأنه نادرا ما يبقى الجنين حيا بعد إخراجها من بطن أمه قبل موعد ولادته¹⁷، ويعتبر هذا اعتداء على حق الجنين في إكمال دورة حياته الرحمية المقدرة ب تسعة أشهر لإكمال نموه وجاهزته للحياة الدنيوية.

يعاقب المشرع الجزائري على الجريمة المستحيلة عندما يتعلق الأمر بإجهاض المرأة من قبل الغير، إذ نصت المادة 304 من قانون العقوبات على قيام الجريمة سواء كانت المرأة حاملا أو مفترضا حملها، وهذا حتى لا يتهرب الجاني من المسؤولية الجزائية¹⁸، حيث قصد المشرع بعبارة "أو مفترضا حملها" أن الجريمة تقوم حتى ولو كان الحمل غير متيقن، ويكون ذلك عادة في الأيام الأولى من تأخر الدورة الشهرية لدى المرأة، فحينئذ يرجح حدوث الحمل، و عندئذ فالجريمة تكوّن قائمة حتى ولو كان الحمل مفترضا أي غير حقيقي¹⁹، وهذا زيادة في الحماية.

03-العلاقة السببية بين الفعل الإجرامي وحصول النتيجة

تعني العلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة، أن تكون الوسيلة المستعملة في الاجهاض هي السبب المباشر في موت الجنين أو إخراجها من الرحم قبل موعد ولادته، وإلا فلا يسأل الشخص عن الإجهاض، فإن لم تتحقق النتيجة بعد صدور فعل من قبل الجاني بقصد إجهاض المرأة فإنه يسأل عن الشروع في الجريمة، حتى وإن حصل الإجهاض بعد ذلك بسبب آخر.

وتخضع العلاقة السببية في جريمة الإجهاض للقواعد العامة، وعلى المحكمة إظهار هذه العلاقة في حكمها إثباتا أو نفيا، والفصل في المسألة يخضع لتقدير قاضي الموضوع²⁰.

ثانيا: القصد الجنائي في جريمة الإجهاض

لكي يسأل الجاني عن جريمة عمدية لا بد وأن يصدر فعله عن علم وإرادة، فلا تقوم المسؤولية إلا إذا اتجهت الإرادة إلى وقائع يجرمها قانون العقوبات²¹.

تعد جريمة الإجهاض من الجرائم العمدية التي يشترط لقيامها القصد الجنائي، أي أن يحصل الإجهاض أو يشرع فيه عمدا، فينبغي أن يكون الجاني عالما بحمل المرأة أو افتراض حملها، كما يجب أن يرتكب الفعل عن إرادة ويقصد

إحداث الإجهاض، أما إذا حصل الإجهاض خطأ فلا مسؤولية ولا عقاب عن الإجهاض، في حين يسأل عن جريمة الجرح الخطأ، وقد يرتكب قتلاً خطأ إذا نتج عن فعله وفاة المرأة²².

فالملاحظ أن المشرع لا يعاقب على الإجهاض الخطأ والذي قد يحصل من الغير ضد المرأة الحامل، وهذا الفراغ القانوني يؤدي إلى إضعاف الحماية الجنائية لحياة الجنين ولصحة أمه، فيمكن لأي صاحب صفة الادعاء بأنه وقع في خطأ وإثبات ذلك بكل الوسائل لما يمتلكه من خبرة في هذا المجال، أو أنهم لا يلتزمون واجب الحيطة والحذر المفروضين في تصرفاتهم مع المرأة الحامل، والحرص على جنينها وعلى صحتها ما يؤدي إلى إسقاط جنينها، وبهذا يفلت الفاعل من المسؤولية الجزائية، لذلك ينبغي على المشرع التدخل من أجل تجريم الإجهاض الخطأ وترتيب المسؤولية الجزائية على مرتكبيه.

وإذا كان القانون لا يعاقب على الإجهاض الخطأ فإن الشريعة الإسلامية تجب فيه الدية وهي الغرة (عبد أو وليدة أي أمة صغيرة) أو قيمتها²³.

الفرع الثالث: الجزاء المقرر في جريمة الإجهاض

حتى يؤدي قانون العقوبات وظيفته الوقائية والردعية قرر المشرع لكل جريمة جزاء، والذي يتمثل في العقوبة أو التدابير الأمنية، وجريمة الإجهاض من الجرائم التي قرر لها المشرع العقوبة دون التدابير، ويميز المشرع هنا بين العقوبة المقررة للغير الذي يجهض الحامل (أولاً)، وبين العقوبة المقررة للحامل التي تجهض نفسها (ثانياً).

أولاً: الجزاء المقرر في صورة إجهاض المرأة من قبل الغير

تتمثل العقوبة الأصلية في الحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 20.000 إلى 100.000 د.ج، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، حيث تصبح جنابة في هذه الحالة.

ولا يهم إن وافقت المرأة على الإجهاض أم لم توافق، وتطبق العقوبة ذاتها في حالة الشروع. وتضاعف العقوبة في حالة الاعتياد على ممارسة الإجهاض أو على المساعدة عليه²⁴، فالاعتياد على ممارسة هذا السلوك الإجرامي دليل على الخطورة الإجرامية الكامنة في شخص الجاني، ومن ثم اعتباره ظرفاً مشدداً يستوجب على القاضي مضاعفة عقوبة فاعله.

كما تطبق على المحكوم عليه عقوبات تكميلية، تتمثل الأولى في المنع من الإقامة، وهي عقوبة جوازية حسب المادة 304 في فقرتها الأخيرة، وتتمثل الثانية في المنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل في مؤسسات التوليد أو أمراض النساء وهي عقوبة إلزامية²⁵.

ثانياً: الجزاء المقرر في جريمة إجهاض الحامل نفسها

نصت المادة 309 من قانون العقوبات على العقوبة المقررة للمرأة التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض، وتتمثل هذه العقوبة في الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار²⁶.

وتطبق على المحكوم عليها بقوة القانون المنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في المؤسسات العمومية أو الخاصة للتوليد أو لأمراض النساء، مثل المستشفيات والعيادات ودور الولادة (المادة 311 من قانون العقوبات).

يتبين من خلال العقوبات الأصلية المقررة في الصورتين أن عقوبة الحامل التي تجهض نفسها أقل من العقوبة المقررة للغير الذي يجهب المرأة، وهذا راجع ربما إلى أن المرأة التي تجهض نفسها خطورتها الإجرامية أقل من الغير الذي يقدم على إجهاض الحامل هذا من جهة، وربما تكون لها من الأسباب والدوافع والظروف ما يجعلها تقدم على أمر خطير، قد يعود عليها بضرر جسدي كبير، ومن جهة أخرى أن المرأة التي تجهض نفسها تمثل مركزين؛ مركز الجاني ومركز الضحية وهذا الأخير يعني أنها متضررة من الإجهاض وهذا كاف للتخفيف من عقوبتها.

وإذا كان القانون لا يفرق في العقوبة بين حالة سقوط الجنين ميتا أو سقوطه حيا، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون في ذلك، ففي الحالة الأولى أي إذا سقط من أمه ميتا وهي على قيد الحياة فعلى من أسقطه دفع الدية لورثته، وهي غرة، (عبد أو أمة صغيرة)، أو دفع قيمتها عشر دية أمه، والخيار في دفع الغرة أو قيمتها إنما هو لمستحقها لا للجاني، وتلزم الغرة في الجنين سواء كان الجنين ذكرا أو أنثى، كاملا أم لا، أما إذا انفصل الجنين حيا ثم مات فالواجب فيه الدية في الخطأ على العاقلة، إن أقسم الأولياء أنه مات من فعل الجاني فإن لم يقسموا فلا دية ولا غرة لاحتمال أنه مات بسبب آخر²⁷.

المطلب الثاني: تجريم التحريض على الإجهاض

لم يكتف المشرع بتجريم الإجهاض لحماية الجنين من كل أشكال التعدي، بل جعل من التحريض على الإجهاض جريمة قائمة بذاتها، وهذا في إطار السياسة الجنائية الوقائية التي تنتهجها مختلف التشريعات، ولدراسة هذه الجريمة ينبغي التطرق إلى عناصرها (الفرع الأول) ثم الجزاء المقرر لها (الفرع الثاني) لبيان أهمية تجريم التحريض على الإجهاض في حماية الأجنة.

الفرع الأول: عناصر جريمة التحريض على الإجهاض

تنص المادة 310 من قانون العقوبات على أنه "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 د. ج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤد تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن:

- ألقى خطبا في أماكن أو اجتماعات عمومية

- أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علانية أو عرض أو ألصق أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن

العمومية أو وزع في المنازل كتب أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسوما أو صورا رمزية أو سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى عامل توزيع أو نقل.

- أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة".

من خلال المادة أعلاه يتضح أن جريمة التحريض على الإجهاض متعددة الوقائع، ومتشعبة الوسائل ومتنوعة الأغراض، حيث يتمثل كل عمل من شأنه التأثير في نفس الضحية أو الشخص الذي يقع عليه فعل التحريض، حتى ولو لم يكن قد أدى إلى النتيجة المرجوة²⁸، فبالرغم من أن التحريض على الإجرام جريمة شكلية حسب القواعد العامة²⁹، فقد أكد المشرع في المادة 310 على أن التحريض على الإجهاض يعاقب عليه حتى ولو لم يؤدي إلى أي نتيجة، لأن التحريض على الإجهاض دليل على خطورة المحرض.

كما يشترط في جريمة التحريض على الإجهاض توفر القصد الجنائي بعنصره العلم بالتجريم واتجاه إرادة المحرض إلى أفعال التحريض، حيث لا يتصور حصول التحريض بطريق الخطأ.

الفرع الثاني: الجزاء المقرر في جريمة التحريض على الإجهاض

جاء في المادة 310 من قانون العقوبات على أن عقوبة التحريض على الإجهاض هي الحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وغرامة من 20.000 إلى 100.000 د. ج أو بإحدى هاتين العقوبتين حتى ولو لم يؤدي تحريض الجاني إلى أي نتيجة لأن التحريض من الجرائم الشكلية.

فالملاحظ في هذه الجريمة أن المشرع أخذ بالمعيار الشخصي في تقدير العقوبة بغض النظر عن حصول أو عدم حصول النتيجة³⁰.

المبحث الثاني: حالات إباحة الإجهاض في التشريع الجزائري

سبق الذكر أن المشرع قرر حماية جزائية للجنين من خلال تجريم الإجهاض سواء قام بالفعل الغير أو المرأة الحامل ذاتها، كما جرم التحريض عليه وهذا توسيعا لمجال الحماية، لكن في المقابل قد تواجه الأم مخاطر من جراء الحمل ويصبح الحفاظ على الجنين ضرب من المخاطرة ب حياة الأم، لذلك أباح المشرع إسقاط الجنين وإنهاء حالة الحمل في حالات منصوص عليها في قانون العقوبات (الطلب الأول) وفي قانون الصحة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حالة إباحة الإجهاض في قانون العقوبات

نص المشرع في المادة 308 على أنه "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية"، فنص المادة صريح في اشتراط وجود المبرر القانوني في الإجهاض القانوني أو العلاجي وهو حالة الضرورة والمتمثلة في إنقاذ حياة الأم من الخطر (الفرع الأول)، وبشروط قانونية (ثانيا).

الفرع الأول: ضرورة إنقاذ حياة الأم المبرر الوحيد للإجهاض

قد تتعرض الحالة الصحية للمرأة الحامل لخطر يستدعي التخلص من جنينها، حفاظا على حياتها أو على أحد الأعضاء الحيوية، أو لتسلم من المضاعفات التي تطرأ عليها من أمراض قد تكون مصابة بها كالسيدا والسرطان، وهذه الحالة يكون الإجهاض فيها ضروريا ما دام هو السبيل الوحيد لإنقاذ حياتها³¹. ومن ثم لا يعد الإجهاض بغرض التخلص من الحمل الناتج عن علاقة غير شرعية من حالات الضرورة التي تبيح الإجهاض، مع أن المشرع لم ينص عليها صراحة ولكن يستخلص من النص بمفهوم المخالفة، لأن المشرع حدد حالة واحدة على سبيل الحصر يكون فيها من الضروري

إسقاط الحمل، وهي حالة وجود خطر يهدد حياة الأم ومن ثم يكون التخلص من الجنين مباح للحفاظ على حياتها، لأن الحفاظ على الأصل مقدم على الفرع.

وقد اعتبر المشرع حالة الضرورة في إباحة الإجهاض من موانع العقاب بنصه "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر....."، في حين نص المشرع على حالة الضرورة كمانع من موانع المسؤولية كقاعدة عامة في جميع الجرائم في المادة 48 من قانون العقوبات "لا عقوبة لمن اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها".

الفرع الثاني: شروط إجراء الإجهاض العلاجي الواردة في قانون العقوبات

أباح المشرع الجزائري الإجهاض العلاجي لإنقاذ حياة الأم عند وقوع خطر على حياتها، وقيده بشروط أوردها في المادة 308 من قانون العقوبات والمتمثلة في إجرائه من قبل طبيب أو جراح (أولا)، وأن يكون علينا (ثانيا) بالإضافة إلى ضرورة إخبار السلطة الإدارية (ثالثا).

أولا: إجراء الإجهاض العلاجي من قبل طبيب أو جراح

يشترط المشرع في الشخص الذي يقوم بعملية الإجهاض العلاجي أن يكون متخصصا في هذا المجال كالطبيب والجراح، حسب نص المادة 308 من قانون العقوبات التي تنص على أنه "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح...". وهذا لما يمتلكه الطبيب من الخبرة والمعرفة والدراية الكافية للقيام بهذه العملية الحساسة، وفي ظروف ملائمة ووسائل وتقنيات تسهل العملية³²، فلو سمح لغير الطبيب بإجراء مثل هذه العمليات لأدى ذلك إلى المخاطرة بحياة الأم وليس إنقاذها.

أما إذا كان الذي أجرى العملية ليس بالطبيب أو الجراح كالقابلة والممرضة وطلبة الطب، فلا يمكن أن يشملهم الإعفاء من العقاب حتى ولو كان هدفهم إنقاذ حياة الأم، لأن الإعفاء من المسؤولية الجزائية في هذه الجريمة ذكرها المشرع على سبيل الحصر فقط، وإلا لكانت العبارة أهل الاختصاص لتشملهم، فالواضح أن إرادة المشرع هي استبعادهم، وهذا التقييد يعد ضمانا هامة لحماية الجنين وحماية الأم في الوقت ذاته، بل توجه المشرع أبعد من ذلك حيث قرر تشديد العقوبة لأهل الاختصاص في حالة إجراء الإجهاض سواء كانت هناك ضرورة أو لا.

ثانيا: علنية عملية الإجهاض العلاجي

يظهر هذا الشرط صراحة في نص المادة 308 من قانون العقوبات التي تبيح الإجهاض "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء...". حيث أقر المشرع الجزائري أن تتم عملية الإجهاض بشكل علني دون تستر ودون خفاء، فالمخالفات القانونية هي التي ترتكب في الخفاء أما المباح فيرتكب في العلن، وهذا يعني أن تتم في مؤسسة استشفائية أو عيادة ولادة خاصة، وأن تتم بالطرق الفنية والعلمية والمعايير المدروسة وبإشراف فريق طبي بمساعدة ممرضين. كما تشمل العلنية حسب الأستاذ عبد العزيز سعد هوية المرأة وأسباب إجهاضها وظروف إسقاط حملها³³.

ثالثا: وجوب إخبار السلطة الإدارية كشرط في الإجهاض العلاجي

يشترط في الإجهاض العلاجي أن يخبر الطبيب أو الجراح الذي يقوم بالعملية السلطة الإدارية التي ينتمي إليها، والملاحظ أن المشرع الجزائري أغفل تحديد السلطة الإدارية التي ينبغي إعلانها بعملية الإجهاض، وهناك من يرى أنه مادام المسؤول الإداري الأول عن الصحة في الولاية هو مدير الصحة فهو صاحب الاختصاص بتقديم الموافقة، وعليه يكفي التسجيل في السجلات المعدة لذلك في المؤسسات الاستشفائية ووجود ملف طبي كامل عن الحالة الصحية للمرأة ومبررات الإجهاض³⁴.

كما أغفل تحديد المدة الزمنية اللازمة من أجل الإبلاغ وهل يجب الإبلاغ بعد العملية أو قبلها، لذلك هناك من يرى أنه يستحسن أن يتم إبلاغ السلطة الإدارية وقت التحضير للعملية³⁵، أما بالنسبة لطريقة الإخبار فيكفي التسجيل في السجلات المعدة لذلك مع وجود ملف طبي كامل عن حالة الأم والجنين³⁶، ومع ذلك قد يجد الطبيب نفسه مضطرا لإجراء عملية الإجهاض لإنقاذ حياة الأم، غير أنه لا يجد الوقت الكافي لإبلاغ السلطة الإدارية، وبالتالي كان على المشرع النص على هذه الحالة وإباحة التبليغ اللاحق على العملية، وذلك لأن مبرر عدم التبليغ هو نفسه مبرر الإجهاض العلاجي.

المطلب الثاني: حالات إباحة الإجهاض في قانون الصحة

أورد المشرع في قانون الصحة القديم نصا يتضمن مبررات الإجهاض وسماه الإجهاض لغرض علاجي (الفرع الأول) لكنه عدل عنه بإلغاء هذا القانون وصدور قانون الصحة الجديد، أين أورد مصطلحا آخر وهو الإيقاف العلاجي للحمل (الفرع الثاني)، فهل لتغيير المصطلح أثر على المبررات القانونية للإجهاض وعلى شروطه كذلك؟ هذا ما سنتطرق إليه بشيء من التفصيل في هذا المطلب.

الفرع الأول: الإجهاض لغرض علاجي من خلال قانون الصحة القديم

نصت المادة 72 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16/02/1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها³⁷ الملغى على أنه "يعد الإجهاض لغرض علاجي عندما يكون ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر"، من خلال هذه المادة يتبين أن المشرع قد بين مبررات الإجهاض العلاجي (أولا)، وكذلك شروطه (ثانيا).

أولا: مبررات الإجهاض لغرض علاجي في قانون الصحة القديم

من خلال المادة أعلاه فإن المشرع الجزائري بين أن الإجهاض العلاجي مباح في حالتين فقط؛ الحالة الأولى تتمثل في إنقاذ حياة الأم من الخطر، والحالة الثانية تتمثل في الحفاظ على توازن الأم الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر، فالمشرع وازن بين حياة الجنين وحياة الأم وقدر أن تهدر حياة الجنين في سبيل الحفاظ على حياة الأم.

تجدر الإشارة إلى أن قانون حماية الصحة أكثر توسعا من قانون العقوبات في ترخيص الإجهاض حيث أضاف إلى ضرورة إنقاذ حياة الأم الحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر، وهي عبارة مطاطة تستوعب حالات عديدة يصعب حصرها³⁸، مما يؤدي إلى عدم تمكن أعمال رقابة القاضي على مثل هذه الحالات.

وعملا بقاعدة الخاص يقيد العام فإن قانون الصحة هو الذي يطبق في فعل الإجهاض.

ثانيا: شروط الإجهاض لغرض علاجي في قانون الصحة القديم

بالنسبة لشروط إجراء الإجهاض فقد أضافت المادة السابقة في فقرتها الثانية ما يأتي "يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجرى بمعية طبيب اختصاصي".

حيث بينت المادة أن الإجهاض المرخص به ينبغي أن يتم في مصلحة الولادة بالمستشفى أو في مصحة أو عيادة توليد، سواء كانت عمومية أو خاصة، ومن ثم لا يكون مبررا للإجهاض الذي يتم في بيت أو في مكتب طبيب غير مجهز بالوسائل اللازمة لإجراء مثل هذه العمليات الجراحية، أو غير مرخص له إجراء عمليات التوليد، والهدف من ذلك كله هو حماية صحة الحامل، وحماية حق الجنين في الحياة.

اشترط قانون الصحة العمومية وترقيتها الملغى أن يجرى الإجهاض في مركز استشفائي مختص في ذلك، وطبيب مختص إذ نصت المادة 72 منه على أنه "يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجرى بمعية طبيب اختصاصي"، كما أباح المشرع الفرنسي الإجهاض العلاجي شرط وجوب أخذ رأي اثنين من الأطباء المستشارين على أن يكون أحدهما من الخبراء المقيدين بجدول الخبرة أمام المحاكم، مع تسجيل تقريرهما ضرورة الإجهاض³⁹.

والمعمول به هو أنه عندما تقتضي ضرورة إنقاذ حياة الأم إجراء عملية جراحية أو استعمال وسائل علاجية يمكن أن تؤدي إلى توقيف حملها يقوم الطبيب المعالج أو الجراح باستشارة طبيبين يكون أحدهما خبيراً معتمدا لدى المحاكم، وبعد الفحص والمناقشة يحرر الطبيبان شهادة تفيد بأنه لا يمكن إنقاذ حياة الأم إلا باللجوء إلى الإجهاض لغرض علاجي⁴⁰.

الفرع الثاني: الإيقاف العلاجي للحمل من خلال قانون الصحة الجديد

تنص المادة 77 من قانون الصحة الجديد رقم 18-11⁴¹ على أنه "يهدف الإيقاف العلاجي للحمل إلى حماية صحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل"، ونصت المادة 78 على أنه "لا يمكن إجراء الإيقاف العلاجي للحمل إلا في المؤسسات العمومية الاستشفائية"، وللتفصيل في هذا العنصر ينبغي التطرق إلى مبررات الإيقاف العلاجي للحمل (أولا)، ثم الشروط التي يتطلبها القانون للقيام به (ثانيا)، وذلك حسب ما هو مقرر في قانون الصحة الجديد.

أولا: مبررات الإيقاف العلاجي للحمل من خلال قانون الصحة الجديد

الملاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد لم يستعمل مصطلح الإجهاض لغرض علاجي، وإنما استبدله بمصطلح الإيقاف العلاجي للحمل، الذي يعني أن الطبيب يوقف علاج الحمل ومتابعة حالته ونموه، بسبب وجود خطر يهدد حياة الأم، فإذا كانت الأم مريضة أو مجنونة يقوم الطبيب بالتوقف عن علاجه ويقرر إنهاء حالة الحمل والتخلص منه وإفراغ الرحم منه، وعليه فإن المشرع الجزائري وحسب التفسير الظاهري للنص يقصد بالإيقاف العلاجي للحمل في المادة 77 من قانون الصحة الجديد، بالإجهاض العلاجي أو القانوني الذي نصت عليه المادة 308 من قانون العقوبات وأبحاثه منذ زمن.

وعليه فإن دواعي الإيقاف العلاجي للحمل حسب قانون الصحة الجديد تتمثل في وجود خطر يهدد حياة الأم، أو وجود خطر يهدد توازنها النفسي والعقلي، وسبب هذا الخطر هو الحمل، وطبيعة الخطر يحددها الطبيب المعالج، وما سوى ذلك من المبررات أو البواعث لا يعتد بها، كأن يكون الجنين مشوهاً أو يكون ناتجاً عن علاقة غير شرعية أو يكون غير مرغوب فيه لدواعي اقتصادية، كما أن المشرع لم يحدد المرحلة الجنينية التي يمكن أن يجري فيها الإيقاف العلاجي للحمل ما يعني أنه لا يعتد بنفخ الروح من عدمه، ولا يعتد كذلك بمرحلة اقتراب موعد الولادة، ويمكن أن تجيب عن هذه الانشغالات النصوص التنظيمية الخاصة بتطبيق المادة.

من المعلوم أن الإجهاض العلاجي عند فقهاء الشريعة الإسلامية محكوم بقاعدة "الضرورة وتوابعها" ومنها الضرورات تبيح المحظورات، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، يختار أهون الشرين، وذلك عند إباحته لإنقاذ حياة الأم من خطر يهدد حياتها⁴²، ومحكوم أيضاً بقاعدة الترجيح بين المقاصد الشرعية الضرورية فيرجح بين كلية حفظ النفس وكلية حفظ النسل، فباعتبار أن الأم هي الأصل والجنين هو الفرع فإن الراجح هو اعتبار حياة الأم لأنها هي الأصل وتهدر حياة الجنين الذي يعتبر فرعاً⁴³.

ويشترط القانون لإباحة الإجهاض أن يكون الخطر حقيقياً وحالاً وبالغاً، وليس مجرد افتراض أو احتمال وقوع الخطر عند استمرار الحمل بحيث يكون عمل الطبيب هنا هو الإسعاف والإنقاذ، وذلك بعد أن يقوم بعمل موازنة بين المصالح المتضاربة ويؤثر مصلحة الحفاظ على حياة الأم على حياة الجنين⁴⁴، لأن الحفاظ على الأم يعني الحفاظ على الأسرة وهذا مقصد عظيم ومهم.

جدير بالتنبيه أن المشرع بالرغم من حصره لمبررات الإيقاف العلاجي للحمل في وجود مبررين اثنين، إلا أن الملاحظ أنه قد توسع في ذلك بالمقارنة مع نص المادة 308 من قانون العقوبات.

والمادة 77 من قانون الصحة تطرح عدة إشكالات أولها؛ لماذا استعمل المشرع عبارة أو مصطلح "الإيقاف العلاجي للحمل" بدل "الإجهاض لأغراض علاجية"، هل لارتباط مصطلح الإجهاض بالجريمة ومن ثم استبداله بمصطلح يحمل معنى العلاج، أم أن هناك سبباً آخر؟...

ثم إضافة المشرع عبارة "توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل" فهذه العبارة فضفاضة ومطاطية تحمل في طياتها الكثير من الاحتمالات والحالات، هذا ما سيفتح المجال واسعاً للتأويل والتعدي على مبدأ الشرعية المنصوص عليه في قانون العقوبات من جهة، وعلى أحكام الشريعة الإسلامية من جهة ثانية، حيث فتح الباب واسعاً أما سلطة الطبيب في تقرير إباحة الإجهاض لما أورد في النص "... توازنها النفسي ...". فهنا يمكن لمن حملت بطريق غير شرعية سواء بإرادتها أو غير ذلك كمن اغتصبت أن تلجأ إلى طبيب مختص في الأمراض النفسية، وتدعي خطورة الحمل على حالتها النفسية، وكذلك الأمر بالنسبة لمن هي في حالة اجتماعية مزرية، أو أن ظروفها الاقتصادية لا تسمح لها بالإنجاب، أو أنها تخاف على جمال جسدها من التغيير، فكان ينبغي على المشرع الإسراع في ضبط المادة وتحديد المقصود بـ "توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل".

فالإيقاف العلاجي للحمل مباح ومسموح به لأغراض علاجية تتمثل في المحافظة على حياة الأم وتوازنها النفسي والعقلي، ويقتى من اختصاص القضاء التأكد من حالة الخطر وإعفاء الطبيب من المسؤولية الجزائية متى ثبت له المبرر القانوني بعد الفحص والمعاينة.

ولأن القانون لم يضع ضابطا محددًا لما يعد إجهاضًا علاجيًا يجعل أكثر حالات الإجهاض التي تسمى علاجية هي في حقيقتها وقائية، فمن السهل جدا أن يصل الطبيب في تشخيصه إلى أن الحمل يهدد التوازن النفسي أو العقلي للحامل، ومن ثم يقرر إيقاف الحمل لدواعي علاجية، لذلك لا بد من التدخل التشريعي لتحديد معايير وضوابط لتطبيق هذه المادة وتحديد المرحلة الجنينية التي يباح فيها إجراؤه⁴⁵.

والإشكال الثاني الذي يطرح هنا هو أن تطبيق المادة 77 مرهون بصدور التنظيم، هذا يعني أن المادة القانونية لن تجد طريقها إلى التطبيق إلا بعد صدور النصوص التطبيقية، والتي لم تصدر إلى حد الآن رغم مرور سنتين من صدور القانون، بالإضافة إلى ذلك فإن ارتباط المادة بالتنظيم يجعل من السلطة التنفيذية هي التي تتحكم في صياغة الأحكام التنظيمية لقضية حساسة جدا وخطيرة، بعيدا عن السلطة التشريعية، مما قد يعرضها لميولات أو ضغوطات قد يقع فيها الموظفون.

ثانيا: شروط الإيقاف العلاجي للحمل حسب قانون الصحة الجديد

نصت المادة 78 على أنه "لا يمكن إجراء الإيقاف العلاجي للحمل إلا في المؤسسات العمومية الاستشفائية"، فهذا النص يعتبر كقيد على قانون العقوبات الذي لم يحدد المؤسسات الاستشفائية المعنية بإجراء الإجهاض العلاجي واكتفى باشتراط إجراءاته من طرف طبيب أو جراح وفي غير خفاء ووجوب إبلاغ السلطة الإدارية، فجاء نص المادة 78 من قانون الصحة ليحدد المكان الذي يجرى فيه الإجهاض وهو المؤسسة الاستشفائية العامة وهذا ما يعد ضمانا لتحقيق الشروط الواردة في المادة 308 من قانون العقوبات، حيث يتواجد الطبيب المختص وتتحقق العلانية، وكذلك التمكن من إخبار السلطة الإدارية في حينها، وهذا ما يعد ضمانا أساسية لحماية الجنين من جهة، وحماية للمرأة الحامل المحضة من مضاعفات الإجهاض من جهة أخرى.

الخاتمة

ختاما لهذه الدراسة يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أحاط الجنين بحماية جزائية من خلال تجريم الإجهاض، حتى لو كان مرتكبه المرأة الحامل ذاتها، فليس لها الحق في إنهاء حياة الجنين بداعي حق التصرف في جسدها، أو بدواع أخرى غير قانونية وغير شرعية، وتوسيعا للحماية أكد المشرع على تجريم التحريض على الإجهاض بنص خاص رغم النص على جريمة التحريض ضمن القواعد العامة، ولم يبح الإجهاض في قانون العقوبات إلا في حالة الضرورة المتمثلة في إنقاذ حياة الأم من الهلاك.

في مقابل الحماية المقررة بنصوص قانون العقوبات نجد أن المشرع توسع في حالات الإجهاض من خلال قانون الصحة الجديد، وعدم إعطاء معيار دقيق وواضح لحالة وجود خطر يهدد التوازن النفسي والعقلي.

يسجل على المشرع أنه عبر عن الإجهاض في حالة الضرورة بمصطلحات مختلفة، وهذا يرمي بوجود تنوع في المصالح المحمية، حيث ينص في قانون العقوبات على الإجهاض في حالة الضرورة، وفي قانون الصحة الملغى بالإجهاض لغرض علاجي، وفي قانون الصحة الجديد الإيقاف العلاجي للحمل.

ويبدو أن المشرع أحاط إجراء الإجهاض لأغراض علاجية بضمانات من شأنها توفير حماية جنائية للجنين، حيث لا يمكن إجراؤه إلا في المؤسسات الاستشفائية العمومية حسب ما هو مقرر في قانون الصحة، وهذا حتى لا يتم التوسع في أسباب الإباحة والمتاجرة بعمليات الإجهاض لغير الدواعي العلاجية.

ومن خلال دراسة هذا الموضوع والنتائج المتوصل إليها يمكن اقتراح مجموعة من النقاط:

- ضرورة الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيق نص المادة 77 من قانون الصحة، حتى لا يخضع تطبيقها لأهواء وميولات الأفراد في قضية حساسة وخطيرة للغاية تتعلق بالنفس البشرية.
- يتوجب على المشرع توضيح المقصود من عبارة "... توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل" الواردة في نص المادة 77، وضبطها وتحديد حالاتها بدقة بإشراك أهل الاختصاص في ذلك من أطباء وعلماء النفس وفقها الشريعة الإسلامية.

- ينبغي على المشرع التطرق كذلك إلى حالة الجنين المشوه والتفصيل فيها وحسم الخلاف القائم بشأنها.

- كما ينبغي على المشرع التدخل من أجل تجريم الإجهاض الخطأ وترتيب المسؤولية الجزائية على مرتكبيه.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: النصوص القانونية

• الاتفاقيات

1) هيئة الأمم المتحدة، الجمعية العامة، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بالقرار رقم 180/34، المؤرخ في 18 كانون الأول / ديسمبر 1979.

• القوانين

1) الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 8 يونيو 1966م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84، الصادر في 24 ديسمبر 2006م.

2) القانون رقم 85-05، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها (ملغى)، المؤرخ في 16 فيفري 1985م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 8، الصادر في 17 فيفري 1985م.

3) لقانون رقم 18-11، يتعلق بالصحة، المؤرخ في 2 جويلية 2018م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 46، الصادر في 29 جويلية 2018م.

ثانياً: الكتب

1) أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، مج7، ط1، دار التأصيل، مركز البحوث وتقنية المعلومات، القاهرة، مصر، 1435هـ - 2014م.

2) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج1، ط15، دار هومه، الجزائر، 2013م.

3) أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007م.

4) باحمد محمد أرفيس، مراحل الحمل والممارسات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، ط2، ألفا، الجزائر، 2005م.

5) ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013م.

6) السعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، مكتبة الفارابي، سوريا، 1976م.

7) السيد سابق، فقه السنة، ج2، ط2، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، مصر، 1419هـ - 1999م.

8) الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 1423هـ - 2002م.

9) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، ط3، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، مصر، 1977م.

- 10) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002م.
- 11) عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، ط2، دار هومة، الجزائر، 2011م.
- 12) عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، صر، 1986م.
- 13) محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة، الجزائر، 1999م.
- 14) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط10، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1983م.
- 15) مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م.
- 16) نبيل صقر، الوسيط في شرح جرائم الأشخاص، شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون 01/09، ط1، دار الهدى، عين امليلة، الجزائر، 2009م.

ثالثا: المقالات

- 1) الرق محمد رضوان، رزق الله العربي بن مهدي، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، مج4، العدد 2، 2020. متاح على الرابط <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/126830> تاريخ الاطلاع: 01 نوفمبر 2020.
- 2) الشيخ صالح بشير، الإجهاض العلاجي في ظل قانون الصحة الجديد 11/18، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، مج12، العدد2، 2019م، الجزائر، متاح على الرابط <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/108901> تاريخ الاطلاع: 01 جوان 2020.

رابعا: المواقع الالكترونية

- 1) خباب بن مروان الحمد، كيف خالفت سيداؤ التشريعات القرآنية، تاريخ النشر: 8 جوان 2020، الموقع الالكتروني، <http://akhbar.ps>، تاريخ الاطلاع: 2020/11/03م.
- 2) حولة الزتايقي، الإجهاض بين القانون والشرع، جريمة أم حرية شخصية؟ التونسية، تاريخ النشر: 1 مارس 2016م، <https://www.turess.com/attounissia/167889>، تاريخ الاطلاع: 2020/11/01م.
- 3) نهي قاطرجي، قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو)، المؤتمرات الدولية حول المرأة، صيد الفوائد، المرقع الالكتروني: <http://www.saaaid.net/daeyat/nohakatergi/64.htm>، تاريخ الاطلاع: 2020/11/03.

الهوامش:

- ¹ - سورة الكهف، الآية 46.
- ² - سورة المائدة، الآية 32.
- ³ - الأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 8 يونيو 1966م، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر سنة 2006م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84، الصادر في 24 ديسمبر 2006م.
- ⁴ - ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013م، ص.147.
- ⁵ - السيد سابق، فقه السنة، ج2، ط2، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، 1419هـ-1999م، ص.460.

- ⁶ - سورة المؤمنون، الآيات 12-13-14.
- ⁷ - رواه مسلم في صحيحه، كتاب القدر، باب خلق الإنسان وكتابة رزقه وأجله وعمله، مج7، ص5. (أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، مج7، ط1، دار التأصيل، مركز البحوث وتقنية المعلومات، القاهرة، 1435هـ-2014م، ص5).
- ⁸ - محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومة، الجزائر، 1999م، ص207.
- ⁹ - عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج2، ط3، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، 1977، ص. ص. 295-296.
- ¹⁰ - خولة الزناقي، الإجهاض بين القانون والشرع، جريمة أم حرية شخصية؟ التونسية، تاريخ النشر: 1 مارس 2016م، <https://www.tuess.com/attounissia/167889>، تاريخ الاطلاع: 2020/11/01م.
- ¹¹ - هيئة الأمم المتحدة، الجمعية العامة، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بالقرار رقم 180/34، المؤرخ في 18 كانون الأول / ديسمبر 1979م.
- ¹² - نهي قاطرجي، قراءة في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (السيداو)، المؤتمرات الدولية حول المرأة، صيد الفوائد، الموقع الالكتروني: <http://www.saaaid.net/daeyat/nohakatergi/64.htm>، تاريخ الاطلاع: 2020/11/03م.
- ¹³ - خباب بن مروان الحمد، كيف خالفت سيداو التشريعات القرآنية، تاريخ النشر: 8 جوان 2020، الموقع الالكتروني، <http://akhbar.ps>، تاريخ الاطلاع: 2020/11/03.
- ¹⁴ - محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم العام، ط10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983م، ص. 266.
- ¹⁵ - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002م، ص. 48.
- ¹⁶ - احسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج1، ط15، دار هومه، الجزائر، 2013م، ص. 44.
- ¹⁷ - ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص. 109.
- ¹⁸ - المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري.
- ¹⁹ - الرق محمد رضوان، رزق الله العربي بن مهدي، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، المحلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، مج4، العدد 2، 2020م، ص. 107.
- ²⁰ - نبيل صقر، الوسيط في شرح جرائم الأشخاص، شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون 01/09، ط1، دار الهدى، عين امليلة، الجزائر، 2009م، ص. 203.
- ²¹ - عبد الله أوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التحري والتحقيق، ط2، دار هومة، الجزائر، 2011م، ص. 314.
- ²² - احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص. 46.
- ²³ - الصادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج4، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، 1423هـ-2002م، ص. 545.
- ²⁴ - المادة 305 من قانون العقوبات الجزائري.
- ²⁵ - المادة 311 من قانون العقوبات الجزائري.
- ²⁶ - المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري.
- ²⁷ - الصادق عبد الرحمن الغرياني، مرجع سابق، ص. ص. 545-546.
- ²⁸ - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص. 51.
- ²⁹ - المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري.
- ³⁰ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 50.
- ³¹ - باحمد محمد أرفيس، مراحل الحمل والممارسات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، ط2، ألفا، الجزائر، 2005م، ص. 45.
- ³² - عمر السعيد رمضان، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 1986م، ص. 323.
- ³³ - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص. 63.
- ³⁴ - الشيخ صالح بشير، الإجهاض العلاجي في ظل قانون الصحة الجديد 11/18، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، مج12، العدد2، 2019م، الجزائر، ص. 879. متاح على الرابط <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/108901>
- ³⁵ - عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص. 64.

- ³⁶ - الشيخ صالح بشير، مرجع سابق، ص. 123-124.
- ³⁷ - القانون رقم 85-05، يتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المؤرخ في 16 فيفري 1985، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 8، الصادر في 17 فيفري 1985م، ص. 182.
- ³⁸ - بوسقيعة احسن، مرجع سابق، ص. 55.
- ³⁹ - أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2007م، ص. 259.
- ⁴⁰ - احسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص. 55.
- ⁴¹ - القانون رقم 18-11، يتعلق بالصحة، المؤرخ في 2 جويلية 2018م، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 46، الصادر في 29 جويلية 2018م، ص. 10.
- ⁴² - مصطفى الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1993م، ص. 179 وما بعدها.
- ⁴³ - السعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجاً، مكتبة الفارابي، سوريا، 1976م، ص. 91.
- ⁴⁴ - الشيخ صالح بشير، مرجع سابق، ص. 879.
- ⁴⁵ - الشيخ صالح بشير، مرجع سابق، ص. 877.