الإجهاض بين الإباحة وعدم التجريم [+]

ABORTION BETWEEN JUSTIFICATION AND NON CRIMINATION

محروس نصار غايب [*]

المستخلص:

الإجهاض إنهاء لحالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة ، أي انه إخراج الجنين عمدا من رحم الحامل قبل الموعد الطبيعي للولادة أو قتله عمدا داخل رحم الأم ، وهو بذلك يكون على صورتين الأولى هي الغالبة في الحياة العملية والتي تفترض إخراج الجنين من رحم الحامل بوسيلة (غير طبيعية) أي غير تلقائية وذلك قبل الموعد الطبيعي للولادة ، على أن هذه الصورة قد تتحقق ولو إن الجنين قد خرج حيا وقابلا للحياة بمعنى انه خرج ولديه مقومات استمرار الحياة ، أما الصورة الثانية فإنها تفترض قتل الجنين داخل رحم الحامل بمعنى أن فعل الإجهاض أدى إلى وفاة الجنين داخل رحم أمه وهذه الصورة تتطلب إخراج الجنين الميت لان بقاءه داخل الرحم يعرض حياة الأم للخطر ، على إن هذا المفهوم يتسع ليشمل كل صور الإجهاض لان الإجهاض قد ترتكبه الحامل نفسها وقد يقوم به شخص آخر كالطبيب أو القابلة أو غيرهم ، وقد تم بيان أركان هذه الجريمة وصورها والظروف المقترنة بها وكذلك فكرة الإجهاض الذي تدعو إليه حالة الضرورة أو الأسباب الطبية.

Abstract:

Abortion is an important Crime and Considered as one among a few that are of Same great interest to legal persons that it has become a common element in international and national conferences .

It was very necessary to define this Crime and to identify its elements and Circum stances and finally its penalties that in chapter one . also it was necessary to point out that abortion is Justifiable , as one some other crimes , when adequate Cause arises , this differs from one country to another, although the threat to the life of the pregnant mother is a common factor with out exception , So the method of comparative study was followed in order to make available the experiences of other countries in this mother . and with the hope of hope of adopting what is good and avoiding what is bad

المقدمة :

جريمة الإجهاض من الجرائم التي تلفت نظر الفقهاء و رجال الفكر القانوني إلى الحد الذي أصبحت معه محلاً لكثير من المؤتمرات القومية بل وحتى العالمية ،و دراسة هذه الجريمة تقتضي الوقوف

[+] تاريخ استلام البحث ٢٠١٠/٣/١١ ، تاريخ قبول النشر ٢٠١١/٤/٤ .

[*] الأستاذ المساعد/المعهد التقني الانبار

أولاً على ماهيتها ببيان تعريفها و أركانها ثم معرفة صورها وعقوباتها و ما يقترن بها من ظروف و أخيرا التطرق لإباحة هذه الجريمة أو عدم تجريمها ، لكن هذا لا يمنع من التوطئة لذلك بتمهيد بسيط ، فالإجهاض بأبسط مفهوم هو إسقاط الجنين قبل الموعد الطبيعي لولادته ميتاً أو غير قابل للحياة [١]. و ابتدأ أول نص قانوني مدون بالتعرض لهذه الجريمة في القوانين العراقية القديمة في قانون لبت عشتار ضمن المواد القانونية التي تعود إلى الملك لبت عشتار و المدونة باللغة البابلية و ذلك في المواد (٤،٥،٦) و قد بينت هذه النصوص الثلاثة [٢] إن مسبب هذه الجريمة يعاقب بالغرامة ما لم يكن فيها عنصر مشدد والذي بدا واضحاً في المادة (٥) حيث إذا سبب الإجهاض موت المرأة فتكون العقوبة القتل ، أما قانون حمورابي فقد عالج جريمة الإجهاض في ثلاث مواد هي (٢٠٩،٢١١،٢١٣) و التي أشارت بدورها لعقوبة الغرامة التي تفرض على مرتكب هذه الجريمة [٢] ، أما المشرعون الآشوريون فقد وضعوا لها ستة نصوص هي المواد (٢١،٥٠،٥١،٥٢،٥٣،٥٤) ضمن اللوح الأول [٢] ، و قد حث الإسلام بدوره على الزواج المبكر ما أمكن بقصد اعفاف النفوس و صيانة الأخلاق من كل ما يمكن أن يدنسها من جهة و تكثير النسل من جهة أخرى ، إلا إن هناك دواعي عديدة في المجتمع الإسلامي تدعوا إلى منع الحمل كفقر الأبوين أو الخشية على النشء من غلبة المحيط الفاسد و الخشية على صحة المرأة أو الرغبة باستبقاء جمالها و سمتها لدوام الاستمتاع بها ، و على العموم فان الفقهاء المسلمون يتفقون على إباحة ذلك و الذي يتم بوسائل متعددة هدفها عدم وصول الحيوان المنوي للرجل إلى بويضة المرأة لتلقيحها و منها سد فم رحم المرأة أو القذف في الخارج أو استعمال الأدوية أو عقد القناة الناقلة للحيوانات المنوية وغيرها ، و يكاد الفقهاء المسلمون يتفقون على ذلك إذا كانت هناك ضرورة سنداً للقاعدة الشرعية إن الضرورات تبيح المحظورات ، و لا فرق في ذلك أن يكون المنع مؤقتاً أو دائماً طالما بقيت الضرورة قائمة ، لكن الخلاف يثور في حال عدم وجود ضرورة كهذه ، لذا ذهب البعض إلى انه مباح في الأصل و لكنه غير مستحسن لأنه مناف للغاية الثانية من الزواج في نظر الشارع الإسلامي و هي التكاثر [٣] ، على حين يذهب البعض الآخر إلى القول بإباحته شريطة إن يكون مؤقتاً اعتماداً على ما اتجهت إليه اغلب المذاهب الفقهية [٤] ، و من ذلك ما روي عن الإمام الغزالي انه قال (ليس العزل كالإجهاض و الوأد لان ذلك جناية على موجود حاصل و الوجود له مراتب و أول مراتب الوجود أن تقع النقطة في الرحم و تختلط بماء المرأة و تستعد لقبول الحياة ، و إفساد ذلك جناية ، فإذا صارت نطفة معلقة كانت الجناية أفحش ، و إن نفخ فيه الروح و استوت الخلقة ازدادت الجناية تفاحشاً و منتهى التفاحش في الجناية هي بعد الانفصال حياً) على إننا أثرنا الاختصار في ذلك لان البحث ذو صفة قانونية . ومشكلة البحث هنا تتلخص في تعدد النصوص المبيحة للإجهاض سواء كان عملا علاجيا أو عملا يراد به إنقاذ حياة الأم الحامل أو تخليصها من المتاعب الصحية التي لا قبل لها بتحملها أو حالة الضرورة ، وإذا كان القاسم المشترك لهذه الحالات يتمثل في مصلحة الأم الحامل وصيانة حقها في الحياة وسلامة البدن إلا أنها تختلف في الشروط التي ينبغي توافرها في كل منها وانطلقنا من هذه المشكلة مفترضين إن هذا التعدد – وان كان يدل على الحرص المتزايد من لدن المشرع تجاه الأم الحامل – سيورث مشاكل في التطبيق ، على إننا سنعتمد أسلوب الدراسة المقارنة لغرض الاستفادة من موقف بعض القوانين في هذا الصدد وقد تتطلب ذلك دراسة أحكام هذه الجريمة من حيث تعريفها وبيان أركانها وهي الركن المادي والركن المعنوي والركن المفترض وهو وجود حالة الحمل وهذا ما سيتضمنه المبحث الأول أما المبحث الثاني فسيكون مخصصا لصور الإجهاض وعقوباته والظروف المقترنة به ، أما المبحث الثالث فسنبين فيه إباحة الإجهاض وعدم تجريمه موضحين فيه الفرق بين الاباحة وعدم التجريم ثم موقف التشريعات المقارنة من هذا الموضوع ذلك أن بعض الدول تبقي على تجريم الإجهاض والبعض الآخر تلغي تجريم الإجهاض وأخيرا سنبين فكرة الإجهاض لضرورة تدعو إليه أو لأسباب طبية .

المبحث الأول :

أركان جريمة الإجهاض

لم تأت قوانين العقوبات بتعريف لجريمة الإجهاض ، و هذا يدعو للوقوف على معناه في اللغة و تعريفه الفقهي ، فالإجهاض لغة مصدر فعل لازم ، وهو يعني إسقاط الجنين قبل أوانه بحيث لا يعيش ، فيقال أجهضت المرأة نفسها إذا أسقطت جنينها ، و لا يقال أجهضها بمعنى جعلها تسقط الجنين و أصله في الناقة ، قال ابن منظور في لسان العرب مادة (جهض) جهضت الناقة إجهاضاً ، و هي مجهض ألقت ولدها لغير تمام ، و الجمع مجاهيض ، يتضح إن التعريف اللغوي يقوم على أساس إخراج الجنين من الرحم وهو غير قابل للحياة و هو يقترب من تعريف رجال الطب ، كم انه يختلف عن ما يسمى بالوضع المتيسر الذي يعني إخراج الجنين القابل للحياة قبل الميعاد ، كما انه يختلف عن الوضع غير الحقيقي الذي يشمل كل طرد للبويضة الملقحة إضافة للوضع المبتسر [٥] . أما على مستوى الفقه فانه يعني (استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة) [٦] . أو هو إنها حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي [٧] . بمعنى إن الإجهاض هو إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته ، أو قتله عمداً في الرحم [٨] . أو (تدمير متعمد للجنين في الرحم اي ولادة سابقة لأوانها بقصد إماتة الجنين) [٩] .

[Abortion means the intentional destruction of the fetus in the womb , or any untimely brought with intent to cause the death of the fetus].

و نرى إن هذا التنوع في التعاريف مرده عدم الإفصاح من قبل المشرع عن غايته من تجريم الإجهاض ، هل انه كان يقصد حماية حياة الجنين أم أراد ضمان تطور الحمل الطبيعي ، فمن سار بالفرض الأول توصل إلى نتيجة مؤداها إن الجريمة لا تقوم إذا لم تنعدم حياة الطفل ، إما من اخذ بالفرض الثاني فتوصل إلى القول بقيام الجريمة كلما انقطع تطور هذا الحمل بوسيلة غير طبيعية ، و إن لم يمت الطفل ، كما إن التشريعات العقابية لم تكن تجرِ على وتيرة واحدة في تحديدها للموقع الطوبوغرافي لهذه الجريمة ، فقسم منها افرد لها حقلاً خاصاً في نطاق جرائم الأخلاق و الآداب العامة بحجة إن المصلحة المحمية هنا هي الأخلاق و الآداب العامة ، ومن ذلك قانون العقوبات الأردني م/٣٢١-٣٢٥ و السوري م/ ٥٣٧-٥٤٢ ، أما القسم الثاني فقد ضمنها في قسم جرائم الأشخاص بحجة إنها تحصل لآحاد الناس ، و بالدقة إحدى النساء ، ومنها قانون العقوبات المصري م/ ٢٦٠-٢٦٤ و العراقي م/ ٤١٧-٤١٩ ، و من عموم ما تقدم فأن جريمة الإجهاض تنهض على أركان ثلاثة هي :

- الركن المفترض (وجود الحمل) .
- الركن المادي .
- الركن المعنوي.

المطلب الأول

الركن المفترض (وجود الحمل)

الإجهاض لغير ضرورة جريمة فيها قسوة ، و هي كأي جريمة أخرى تصيب النظام الاجتماعي بخلل و تطوي اعتداء على حق المجتمع في النماء [١٠] ، و قد عالج المشرع العراقي هذه الجريمة في المواد ٤١٧-٤١٩ من قانون العقوبات ، و محل الاعتداء في جريمة الإجهاض هو الحمل ، فلا بد أن تكون المرأة التي يطالها الفعل الإجرامي حاملاً ، في أي وقت من أوقات الحمل إلى أن تتم الولادة الطبيعية [١١] ، فالحماية هنا مقررة للجنين في حياة مستقبلية ، أما حق الأم في سلامة جسدها فلا يكون محلاً للحماية هنا لان هذا ما تكفله النصوص الخاصة بالقتل والضرب و الجرح ، و على ذلك فإذا انتفى الحمل انتفت الجريمة و لو اعتقد الجاني انه يباشر نشاطه على امرأة حامل ، و من ثم

يكون الشروع غير متصور لاستحالة قانونية مردها انعدام محل الإجهاض و هو الحمل ، إلا انه من الممكن أن يوصف بأنه إيذاء وفق أحكام المواد ٤١٢-٤١٦ من قانون العقوبات إذا كانت الوسائل المستخدمة مما يطول حق الإنسان في سلامة جسده كالضرب و الجرح والعنف و إعطاء المواد الضارة أو بارتكاب أي فعل مخالف للقانون ، فإذا ثبت إن المرأة حامل و لم تفلح محاولة الإجهاض فالشروع هنا متصور و يعاقب عليه وفقاً للأحكام العامة ، ومتى ما كان هنالك حملاً فلا يهم ما إذا كان ذلك حملاً طبيعياً أو صناعياً [١٢] ، كما لا يهم أن يكون الاتصال الجنسي في التلقيح الطبيعي مشروعا أو غير مشروع ، فيكون الجنين ثمرة الخطيئة ، لا ينفي عنه هذه الصفة ، و تبعاً لذلك تمتعه بالحماية الجنائية ، كما انه لا عبرة بسن المرأة الحامل ، إنما العبرة بكون الفعل قد وقع على إنسانة حامل [٥] ، على إن حق الجنين في الحياة ليس من الحقوق التي تملك الأم التنازل عنها ، فإضافة إلى انه حق خالص للجنين في حياة مستقبلية ، فأن المجتمع له الحق في ضمان وسائل التكاثر و المحافظة على النسل بشكل طبيعي لذلك كان رضا الحامل بالإجهاض لا يبيح القتل [١٣] ،

المطلب الثاني

الركن المادي

طبقاً للقواعد العامة يتكون الركن المادي من سلوك يقوم به الجاني يتسبب به إسقاط الجنين ، وعليه فأنه ينهض على ثلاثة عناصر وهي السلوك ، و النتيجة الجرمية و علاقة السببية .

السلوك :- تستعمل بعض التشريعات لفظ الإجهاض و البعض الآخر يستعمل لفظ الإسقاط و هي ألفاظ لمعنى واحد مفاده إنهاء حالة الحمل لدى المرأة قبل الوضع الطبيعي إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة ، و طبقاً لنصوص قانون العقوبات العراقي م/ ٤١٧-٤١٩ نرى إن المشرع لم يخرج عن القاعدة العامة التي تقتضي بعدم الاعتداد بالفعل المتوسل به في تحقيق النتيجة الجرمية ، لكن المهم أن يصدر نشاط من الفاعل على أية صورة كانت تؤدي إلى تحقيقها ، فإذا خرج الجنين من الرحم بصورة تلقائية أو نتيجة التقلصات لعضلات الرحم أو ما يعرف بـ(الولادة المبتسرة) فلا جريمة و كذلك لا أهمية للوسيلة التي يتوسل بها الجاني لان النصوص صريحة على إن أي وسيلة تصلح لتحقيق الجريمة [١٤] ، فيصح أن يكون النشاط فعلاً مادياً كالضرب و الجرح والضغط على البطن و الرياضة البدنية العنيفة التي تمارسها الحامل و الرقص العنيف وارتداء الملابس الضيقة و الأحزمة الضاغطة [١٥] ، كما يصح التعويل على الأدوية الطبية في صورة شراب أو مع طعام أو عن طريق الحقن [١٠] . كما يصح أن يحصل هذا النشاط عن طريق ثقب الأغشية الجنينية فتحصل انقباضات رحمية تؤدي للإجهاض ، و لكن هل يصح في هذا النشاط أن يكون معنوياً وليس مادياً ؟ نقول ابتداءً إن الأفعال المعنوية يمكن أن تنهض بها هذه الجريمة ، فترويع الحامل و إخافتها أو تهديدها بالقتل و غيره أو الصراخ فجأة في وجهها أو تفجير عبوة صوتية على مقربة منها ، كل ذلك يقوم به الإجهاض إذا كان من الصعب تصور قيام الاجهاض بالسلوك السلبي (الامتناع) ،إلا انه لا يمنع قيامها به ، فتجويع الحامل أو صيامها مسالك سلبية ينهض بها الإجهاض ، ومع ذلك فقد انقسمت قوانين العقوبات بشأن عرضها للأفعال و الوسائل المؤدية للإجهاض إلى قسمين الأول لا يكتفي بتعداد بعض الوسائل كالإيذاء و إعطاء الأدوية و إنما يستعمل أيضاً عبارة (أو استعمال وسائل مؤدية أو مفضية إلى ذلك) و في هذا توسيع من دائرة التجريم و منها قانون العقوبات المصري م/٢٦١-٢٦٢ و الانكليزي (قانون الجرائم الواقعة على الأشخاص) الصادر عام ١٨٦٠ م/٥٨ و التي تنص [كل امرأة تحمل طفلاً تقدم بقصد إجهاض نفسها]. [to procure her own] و على نحو غير مشروع تناول أي سموم [poison] أو مواد ضارة [noxious] أو تستعمل على نحو غير مشروع أي أدوات أو وسائل أخرى مهما كانت لخدمة ذلك القصد ، و كل من يقصد إجهاض امرأة حاملاً كانت أم لم تكن ، يقدم لها على نحو غير مشروع أية

سموم أو مواد ضارة أو يكون السبب في إجهاضها ، أو يستعمل أية أدوات أو وسائل أخرى مهما كانت لخدمة ذلك القصد يودع في السجن مدى الحياة] [٩] . أما القسم الثاني فيعمد لإطلاق اللفظ بقوله بأية وسيلة و يمثل هذا الاتجاه قانون العقوبات العراقي و الأردني .

النتيجة الجرمية :- تتمثل النتيجة الجرمية في هذه الجريمة بطرد الحمل من رحم أمه قبل أن يكتمل نموه الطبيعي و يحين موعد ولادته ، هذه هي الصورة الشائعة في العمل اليومي ، لكنها ليست الوحيدة ، إذ قد تقوم في

حالة عدم خروج الجنين من الرحم إذا أنهيت حالة الحمل ، و في تبرير ذلك تقول محكمة النقض المصرية [إن الإسقاط هو تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان ، و تتوافر أركان الجريمة و لو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها ، و ليس في استعمال القانون لفظ الإسقاط (الإجهاض) ما يفيد إن خروج الحمل من الرحم ركن من أركان الجريمة ذلك انه يستفاد من نصوص القانون إن المشرع افترض بقاء الأم على قيد الحياة و لذلك استخدم لفظ الإسقاط و لكن ذلك لا ينفي قيام الجريمة متى أنهيت حالة الحمل قبل الأوان و لو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحامل] [١٦]. و على ذلك فإننا نستطيع أن نتصور فرضين لإنهاء حالة الحمل.

الفرض الأول :- خروج الجنين من الرحم قبل موعده الطبيعي ، ومجرد الخروج يشكل الإجهاض بغض النظر عما كان حياً أم لا و ذلك في التشريعات التي تعتبر إن علة التجريم هو الاعتداء على نمو الجنين و اكتمال

تطوره الطبيعي ، أما التشريعات التي تعتبر علة التجريم هي الاعتداء على حياة الجنين ، فما لم يخرج هذا الجنين ميتاً فلا جريمة ، وقد ترجم هذا الاتجاه (قانون حماية الأطفال الرضع) الصادر في انكلترا عام ١٩٢٩ [The infant life preservation Act] . حيث وضع هذا القانون قرينة حدد بموجبها مدة (٢٨) أسبوعاً للجنين الذي يصبح معها قابلاً للحياة ، إذ بعد هذه المدة يمكن أن يولد حياً وفقاً لما أثبتته التجارب الطبية ، فلو إن احد الأطباء قد قصد إنهاء الحمل و أخرجه إخراجاً (premature) بعد مضي هذه المدة لا يعتبر مرتكباً لجريمة الإجهاض طالما لم يتوافر لديه قصد القضاء على حياة الجنين ، حتى و لو توفي الجنين بعد الولادة ، أما لو قام بالفعل قبل مضي هذه المدة فيعد مرتكباً للجريمة لان الحمل لا يكون قابلاً للولادة حياً و تبعاً صالحاً للحياة [٩] .

الفرض الثاني :- و فيه لا يتم طرد الجنين من الرحم وإنما يبقى داخله و لكن في ظروف يستحيل بها مواصلة نموه أو تطوره الطبيعي ، فيتم إنهاء الحمل هنا بتدمير موطنه الطبيعي و هو رحم الحامل ، حيث يتم القضاء

على ظرف البقاء أو العيش ، و إذا كان هذا الفرض يخضع لوصف قانوني اشد (يفضي إلى موت) فأنه و الفرض الأول يتفقان في إن كليهما يعد إنهاء حالة الحمل و يفترقان إن الأول يكون بطرد الجنين من الرحم مع بقاء موطنه الطبيعي سالماً أما الثاني فيفترض إبقاء الجنين داخل الرحم مع تدمير موطنه بوفاة صاحبته (الحامل).

العلاقة السببية :- لا يكفي لمساءلة الفاعل عن جريمة تامة أن يقع منه الفعل و أن تحصل النتيجة ، بل يتعين فوق ذلك أن ترتبط هذه النتيجة بذلك الفعل ارتباط السبب بالمسبب ، أي أن تقوم بين هذه النتيجة و الفعل رابطة

سببية ، علماً إن السببية تقوم حيث تكون النتيجة التي حدثت محتملة الوقوع وفقاً للسير العادي للأمور ، بصرف النظر عما إذا كان الجاني قد توقعها أم لا الأمر الذي يترتب عليه إن السببية عنصر في الركن المادي للجريمة سواء كانت عمدية أم غير عمدية [١٧] . وعلى ذلك يجب أن تقوم رابطة سببية بين فعل الإسقاط (الإجهاض) و موت الجنين أو خروجه من رحم الحامل قبل الموعد الطبيعي لولادته ، فإذا انتفت هذه الرابطة لا يسأل الفاعل عن جريمة الإجهاض ، ومهما يكن فان علاقة السببية تحكمها القواعد العامة في قانون العقوبات ، و قد نص عليها قانون العقوبات العراقي في المادة ٢٩ بقوله [١- لا يسأل شخص عن جريمة لم تكن نتيجة لسلوكه الإجرامي لكنه يسأل عن الجريمة و لو كان قد ساهم مع سلوكه الإجرامي في إحداثها سبب آخر سابق أو معاصر أو لاحق ولو كان يجهله

٢- أما إذا كان ذلك السبب و حده كافياً لإحداث نتيجة الجريمة فلا يسأل الفاعل في هذه الحالة إلا عن الفعل الذي ارتكبه] يتبين من هذا النص إن المشرع العراقي يأخذ بنظرية تعادل الأسباب.

المطلب الثالث

الركـــن المعـــــنوي

طبقاً للقواعد العامة في قانون العقوبات تكون المسؤولية على أساس القصد هي الأصل و المسؤولية على أساس الخطأ هو الاستثناء ، و ينبغي طبقاً لذلك أن تستند المسؤولية في إقرارها إلى صراحة نص القانون بحيث إذا لم يبين الشارع صورة الركن المعنوي اعتبر هذا ارتداداً للأصل و تطلباً للقصد ألجرمي [١٨] ، و على مقتضى نص قانون العقوبات العراقي م/٤١٧-٤١٩ فأن جريمة الإجهاض جريمة عمدية تقع إذا توافر القصد ألجرمي العام ، وهذا يتمثل بانصراف الإرادة إلى ارتكاب الجريمة بجميع أركانها وعناصرها و ظروفها وشروطها مع علم الجاني بها جميعاً ، فيجب أن ينصرف علم الجاني إلى الفعل مع علمه بأن المرأة حامل و إن الوسيلة التي يعول عليها صالحة لتحقيق الإجهاض ، فإذا انتفى علمه مثلاً بحمل المرأة أو بصلاحية الوسيلة لإحداثها للنتيجة ، فأنه يكون مسؤولاً عن إيذاء خطأ وفقاً لإحكام المادة ٤١٦ من قانون العقوبات ، و بصورة عامة يجب أن تنصرف إرادة الجاني إلى فعل الإجهاض و إلى النتيجة أي يجب أن تنصرف إرادة الجاني إلى فعل الإجهاض و إلى النتيجة أي يجب أن تنصرف إرادته إلى قتل الجنين أو إخراجه من رحم الأم الحامل قبل الموعد الطبيعي للولادة ، و إذا كانت هذه هي ضوابط القصد الجنائي العام فهل يمكن أن تنهض جريمة الإجهاض بالقصد الاحتمالي ؟.

القصد الاحتمالي في جريمة الإجهاض :- بموجب المادة ٣٤ من قانون العقوبات العراقي تكون الجريمة عمدية إذا توفر القصد ألجرمي لدى فاعلها و تعد الجريمة عمدية كذلك [أ- .....

أ- إذا توقع الفاعل نتائج إجرامية لفعله فأقدم عليه قابلاً المخاطرة بحدوثها] يتبين من هذا النص إن القصد الاحتمالي قصد جرمي و من ثم لا يكفي لقيامه أن يكون الجاني حين قيامه بالفعل قد توقع النتيجة الجرمية بل يتعين أن يتوافر لديه قدر آخر من النشاط النفسي يبذله نحو النتيجة [١٩] . و هذا القصد يفترض توافر عنصرين الأول عنصر التوقع أي إن الفاعل يتوقع إن من شأن فعله أن يؤدي إلى الإجهاض ، و يفترض في هذا التوقع أن يكون فعلياً ، فإذا انتفى التوقع الفعلي و كان ذلك في استطاعته و من واجبه ، فلا يتوافر لديه القصد الاحتمالي أما العنصر الثاني فهو أن تتجه الإرادة إلى النتيجة و هو ما عبر عنه الشارع بقوله فأقدم عليه (الفعل) قابلاً المخاطرة بحدوثها (النتيجة) ، و قبول المخاطرة يعني انه سيان لدى الفاعل حصول النتيجة أو عدم حصولها ، و مثال ذلك لو توقعت امرأة حامل توقعاً فعلياً حين مزاولتها الرقص على الحبال إمكان الإجهاض و لم يثنها ذلك التوقع عن المضي قدماً في ممارسة تلك الهواية مرحبة بهذه النتيجة رغم رغبتها في الحمل في هذا السن المبكر من سني عمرها ، فأن القصد الاحتمالي يتوافر بحقها على إن المشرع العراقي قد ساوى بين القصد المباشر و الاحتمالي من حيث الأثر بموجب أحكام المادة ٣٤ من قانون العقوبات إذ بكليهما تنهض الجريمة العمدية.

المبحث الثاني

صور الإجهاض و عقوباته و الظروف المقترنة به

على وفق أحكام المواد (٤١٧_٤١٩) من قانون العقوبات العراقي يكون الإجهاض جناية أو جنحة ، و مناط هذا التقسيم يكمن في كونه رضائياً (برضاء الحامل) و هو ما يسمى بالإجهاض الاختياري ، أو إجبارياً (على كره من

الحامل) و هو ما يسمى بالإجهاض الإجباري ، وقد يقترن الإجهاض أيضاً بظروف من شأنها تشديد العقاب أو بظروف من شأنها تخفيفه ، و على ذلك فأن مقدار العقاب يكون رهن بالصورة التي يكون عليها الإجهاض ، و على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول صور الإجهاض و تبعاً له عقوباته ، أما الثاني فسنعقده لبيان ما يقترن به من ظروف.

المطلب الأول

صـــور الإجهاض

قد يكون الإجهاض جنحة وقد يكون جناية ، ومناط اعتباره جنحة أو جناية يتوقف على كونه رضائيا أي يتم برضاء المرأة وهذا ما يسمى بالإجهاض الاختياري أو إجباريا أي يتم على كره منها ، وهذا ما يسمى بالإجهاض الإجباري وسنبين كلا من هاتين الصورتين بفرع مستقل ، على أن الإجهاض قد يفضي إلى وفاة الأم الحامل وهذا ما سنخصص له فرعا ثالثا.

الفرع الأول

الإجـــهـــاض الاخـــتـــياري

تنهض هذه الصورة من الإجهاض إذا تم برضا الحامل نفسها ، إلا أن الرضا هنا لا يعد سبباً من أسباب الإباحة ذلك إن الحق الذي تحميه النصوص الخاصة بالإجهاض (المواد ٤١٧_٤١٩) ليس حق للام لكي ينتج رضائها اثر فيه ، إنما هو حق مقرر للجنين ، حتى و إن كان هذا الحق يحقق لها متاعب متعددة إلا إنها بحكم رسالتها الزوجية تتحمل ذلك [٥] . على ان رضا الحامل هنا يكون على صورتين :-

الصورة الأولى :- حالة المرأة التي تجهض نفسها بنفسها : - و هذه الصورة تتحقق عندما تجهض المرأة نفسها عمداً وبأية وسيلة كانت ، وهذا ما أشارت له المادة ٤١٧ من قانون العقوبات العراقي

يقولها [١- يعاقب بالحبس .....كل امرأة أجهضت نفسها عمداً بأية وسيلة كانت.....]. وفي هذه الصورة تكون المرأة الحامل فاعلة أصلية للجريمة على حين يكون الجنين مجنياً عليه.

الصورة الثانية :- حالة المرأة التي تجهض نفسها بواسطة الغير :- و تتحقق هذه الصورة عندما توكل المرأة الحامل أمر الإجهاض لشخص آخر و بأية وسيلة كانت وهذا ما أشارت له ذات المادة ٤١٧ بقولها

[١- يعاقب بالحبس ..... أو مكنت غيرها من ذلك برضاها ، ٢- و يعاقب بالعقوبة ذاتها من أجهضها عمداً برضاها.....] ، فكل منهما (الحامل و الغير) فاعل أصلي للجريمة و عقوبة ذلك الحبس مدة لا تزيد على سنة و بغرامة لا تزيد على مائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ، و يعاقب بهذه العقوبة أيضاً الغير إذا كان قد أجهضها عمداً برضاها.

الفرع الثاني

الإجـــــهاض الإجـــــبـــاري

و هو الذي يتم دون رضا الحامل بغض النظر عن الوسيلة التي استعملت في تحقيقه وهو ما طوته المادة ١/٤١٨ من قانون العقوبات بقولها [يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنين من أجهض عمداً امرأة دون رضاها] ،

و انعدام رضا الحامل يتحقق في جميع الفروض التي لا تتجه فيها إرادة الحامل لقبول الإجهاض ، وعليه يمكن حصر حالات انعدام الرضا في صورتين:-

الصورة الأولى :- و التي تتحقق باستعمال الإكراه ضد الحامل وسيان أن يكون الإكراه مادياً أو معنوياً ، و يتحقق الأول بارتكاب أي فعل بالقوة و العنف كالدفع و الركل والإلقاء بالمرأة الحامل على الأرض أو

إلقاء ما يؤدي إلى الإجهاض على جسدها و نحو ذلك ، دون أن يشترط القانون حداً معين من الجسامة لهذه الأفعال ، أما الثاني فيتمثل في تهديد الحامل بأذى سيلحق بها أو بمالها أو بعزيز عليها إذا لم تقبل بالإجهاض ، على إن تقدير مدى كفاية الإكراه لقيام الإجهاض يكون من اختصاص محكمة الموضوع بمالها من سلطة تقديرية .

الصورة الثانية :- و هي التي تعد في حكم الإكراه من حيث اشتراكها معه بالأثر الذي يترتب عليه وهو انعدام إرادة الحامل و منها مباغتة الحامل و خداعها و غيره من طرق الغش كما لو أعطيت دواء يسبب الإجهاض

معتقدة انه دواء لشفائها من علة أو انتهاز فرصة كونها في غيبوبة ناشئة عن إغماء أو تنويم مغناطيسي أو فقدان الإدراك أو الإرادة لجنون أو لتناول مادة مسكرة أو مخدرة عن غير علم منها بطبيعتها وما في حكم ذلك مما يعدم الإدراك أو الإرادة [٢٠].

الفرع الثالث

الإجهاض المفضي إلى الموت

ما يترتب على الإجهاض قد يتجاوز حد الأذى ليصل إلى موت المرأة الحامل فما حكم هذه الحالة ؟ هل تعتبر الوفاة مجرد ظرف مشدد للعقوبة ؟أم إنها عنصر خاص (ركن) يستلزم وجود جريمة خاصة ؟.

على وفق الرأي الراجح في الفقه [٢١] يكون معيار التمييز بين الظروف و الأركان هو المصلحة القانونية محل الحماية الجنائية ، فإذا اقتصر الأثر على تشديد جسامة الاعتداء على ذات المصلحة التي يحميها النص الخاص بالجريمة وهو نص المادة ٤١٧ من قانون العقوبات ، فالوفاة هنا مجرد ظرف مشدد ، أما إذا كانت الوفاة مؤدية إلى تغيير المصلحة القانونية محل الحماية فلا بد هنا من اعتبارها ركناً مكوناً لجريمة خاصة ، و هذا ما سجله المشرع العراقي في المادة (٢/٤١٨) ، و لا يمكن القول إن المصلحة التي رعاها المشرع بنص المادة ٤١٧ هي ذاتها التي حماها بالمادة ٢/٤١٨ ، و على ذلك يمكن القول بأن تحقق الوفاة يجعل من الإجهاض جريمة خاصة و تخضع لوصف جديد هو (الإجهاض المفضي إلى الموت).

و يلاحظ على نصوص قانون العقوبات العراقي هو إن العقاب المقرر للإجهاض بموجب المادة ٢/٤١٨ هو ذات العقاب المقرر لجريمة الضرب المفضي إلى الموت (المادة ٤١٠) وفي هذا نقول إن التساوي في العقاب بين الجريمتين من جانب وتحميل الجاني نتيجة تجاوزت قصده و هي الموت من جانب آخر ، كان دافعاً للخلط بين الجريمتين و اعتبارها جريمة واحدة ، ونقول أيضاً إن هناك فرقاً بين الإجهاض المفضي إلى الموت و الضرب المفضي إلى الموت لا يمكن تجاهله ، ذلك إن الجريمة الأولى تفترض إن الجاني لم يقصد المساس بسلامة جسم المجني عليه أساساً إلا إن هذا المساس يتحقق بفعل اللزوم ، و إنما ينصرف قصده إلى إنهاء حالة الحمل فإذا ماتت لا تعد الجريمة ضرب مفضي إلى موت ، على حين إن الجاني في الضرب المضي إلى الموت يقصد المساس بسلامة جسم المجني عليها فقط ، فما يميز بين الاثنين إن الجاني يريد في الأولى الإجهاض ويتحقق الموت على حين يريد الايذاء في الثانية فيحدث الموت ، فمناط التمييز إذن يكمن في عناصر القصد الجنائي [٥].

المطلب الثاني

الظــروف المقــترنة بالإجــهاض

قد تقترن جريمة الإجهاض بظروف من شأنها تشديد العقوبة ، وقد تقترن بظروف من شأنها تخفيف العقوبة وهذا ما سنتناوله في فرعين .

الفرع الأول

الظـــــروف المـــشـــددة

مرد تشديد العقوبة في جريمة الإجهاض صفة خاصة بشخص الفاعل ، و الصفة التي تلعب دورها هنا الصفة الفنية أو الخبرة العملية كصفة الطبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة ، ذلك انه هؤلاء يكون من السهل عليهم ارتكاب هذه الجريمة لاستخدامهم فنهم و عملهم و خبرتهم في غير الأغراض الواجب استخدامها فيها ، بالإضافة إلى قدرتهم على طمس معالم هذه الجريمة و هذا ما يشجع الالتجاء إليهم ، و قد أشار قانون العقوبات العراقي لأصحاب الصفات السابقة بالمواد ٣/٤١٧ و ٣/٤١٨ بقوله [ويعد ظرفاً مشدداً للجاني إذا كان طبيباً أو صيدلياً أو كيميائياً أو قابلة أو احد معاونيهم] . و بمقتضى هذه الفقرة م/٤١٧ يجري التشديد طبقاً للمادة ٢/١٣٦ بحيث يجوز الحكم بأكثر من الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة شريطة عدم تجاوز ضعف هذا الحد و على أن لا تزيد مدة الحبس على عشر سنين ، وعلى الرغم من ذلك تحافظ جنحة الإجهاض على وضعها باعتبارها جنحة ، و على مقتضى هذه الفقرة أيضاً م/ ٤١٨ يجري التشديد طبقاً للمادة ٢/١٣٦ بحيث يجوز الحكم بأكثر من الحد الأقصى للعقوبة المقررة للجريمة شريطة عدم تجاوز ضعف هذا الحد على ان لا تزيد مدة السجن المؤقت في حال على خمس وعشرين سنة ، هذا فضلاً عما تقرره الفقرة ٣ من المادة ٣/٤١٨ من عقوبة تبعية تتمثل في منع الفاعل من مزاولة مهنته أو عمله مدة لا تزيد على ثلاث سنوات .

ولكن ما الحكم فيما لو كانت المرأة التي تجهض نفسها طبيبة أو صيدلانية أو كيميائية فهل يتوافر حيالها التشديد ؟.

يرى البعض [١٦] إن هذا النوع من الصفات لا ينهض معه التشديد لانتفاء علته (حكمته) ، و عليه نرى إن المنطق يحتم تطبيق نص المادة ١/٤١٧ من قانون العقوبات ، و واقع الحال يفرض القول بأن التشديد يسري على حالة الإجهاض الاختياري و الإجباري معاً ، و يترتب على ذلك لو ان طبيباً أجرى عملية الإجهاض فيعد مرتكباً لجريمة مقترفة بظرف مشدد و سواء كان الإجهاض برضاها ام بغير رضاها و هذه الماعة جميلة يسجلها قانون العقوبات العراقي بتعميم التشديد بصورتيه على الإجهاض لان الحكمة من قصره على الإجهاض الإجباري فقد تكون منتفية

و لنا أن نتسائل هل يصار للتشديد فيما لو استعمل الطبيب وسائل عادية يستعملها الشخص العادي ؟ . النصوص القانونية م/ ٣/٤١٧ و ٣/٤١٨ من قانون العقوبات العراقي تلزمنا بالتشديد بصريح العبارة إذ لا مساغ للاجتهاد في مورد النص ، فالتشديد الذي جاء به المشرع كان لمجرد قيام صفة في الفاعل حتى ولو لم تستخدم سبيلاً للإجهاض ، ويصرف النظر عما إذا كان الإجهاض اختيارياً ام إجبارياً ، على إن الصفة في المجهض ظرف شخصي محض اي انه يؤثر في صاحبه فقط ، اللهم إلا إذا كان من شأنه تسهيل ارتكاب الجريمة ، و هذا ما جاءت به المادة ٥١ من قانون العقوبات بقولها [..... أما إذا توافرت ظروف مشددة شخصية سهلت ارتكاب الجريمة فلا تسري على غير صاحبها إلا إذا كان عالماً بها .....].

و لكن هل يلزم ان يكون صاحب الصفة هذا فاعلاً أصلياً في جريمة الإجهاض أم يكفي أن يكون شريكاً ؟ . إن العبارات التي أوردها قانون العقوبات العراقي تفيد بأن التشديد يقوم إذا كان صاحب الصفة مرتكب الجريمة ، ومرتكب الجريمة هو فاعلها و هو الذي اخرج للوجود عناصر جريمة الإجهاض أي هو الذي أجراها ، او ساهم مباشرة في تنفيذها ، وإذا ارتكب صاحب الصفة جريمة الإجهاض بموافقة الحامل عد كل منهما فاعلاً أصلياً .

الفرع الثاني

الظــروف المخــففــة

على ضوء الفقرة ٤ من المادة ٤١٧ من قانون العقوبات يعد ظرفاً قضائياً مخففاً إجهاض المرأة نفسها اتقاء للعار إذا كانت قد حملت سفاحاً أي من زواج غير شرعي ، ويستفيد من هذا الظرف المخفف من يتولى إجهاضها من أقربائها إلى الدرجة الثانية ، و حكمة ذلك إن القريب إلى هذه الدرجة يعتبر معنياً اجتماعياً بما يلحق بالمرأة التي تحمل سفاحاً و ما يجره ذلك على سمعتها و سمعة قريبها و هذه حكمة جميلة [١٠] . على إن التشريعات العربية التي لم تطبق مثل هذه المادة يمكنها التوصل لذات النتيجة بأعمال مفاعيل الظروف المخففة التي تجيز التخفيف من مقدار العقوبة [٢٢] . و لغرض الاستفادة من هذا التخفيف لا بد إذن أن تتوافر الشروط التالية :-

أولاً :- أن يكون المجهض المرأة الحامل نفسها أو احد أقاربها للدرجة الثانية ، على إن نص القانون قد جاء عاماً و نرى انه يشمل الذكور و الإناث فكما يستفيد الرجل الذي يقوم بإجهاض ابنته أو إحدى قريباته للدرجة الثانية ، فأن المرأة تستفيد كذلك ، إذ ليس من حكمة تستدعي التمييز بينهما .

ثانياً :- أن يتوافر لدى المجهض دافع المحافظة على الشرف ، إذ لا مجال للتخفيف إذا كان الإجهاض بدافع الانتقام ، و يصار للتخفيف بغض النظر عن مدة الحمل حيث لم يشترط القانون ذلك ، على عكس ما ذهب إليه في المادة ٤٠٧ بالنسبة لقتل الأم وليدها حديث العهد اتقاء للعار اذ يفهم من نص هذه المادة إن المشرع اشترط فيه أن يقع القتل عقب الولادة .

ثالثا ً :- أن يكون الحمل ثمرة وصال جنسي غير مشروع ، كالاغتصاب و الزنا و ما شابه ذلك ، فإذا لم يكن الحمل كذلك فلا محل لقيام الظرف المخفف ، على انه ينبغي الإشارة إن هذا الظرف ذو طابع شخصي ، فلو ساهم مع المرأة الحامل أو مع من تربطه معها صلة القرابة المبينة في القانون ، فأنه لا يستفيد من أحكام هذا الظرف. ويبدو لنا إن المشرع العراقي لم يكن موفقا في تخصيصه ظرف التخفيف بموجب المادة ٤١٧ /٤ بإجهاض المرأة نفسها اتقاء للعار إذا كانت قد حملت به سفاحا وكذلك الأمر بالنسبة لمن أجهضها من أقربائها إلى الدرجة الثانية ، ذلك إن الحياة الزوجية أصلها الدوام والاستمرار بين الزوجين والمفروض فيها بناؤها على الوئام وحسن العشرة لان الغاية منها تكوين الأسرة و إنجاب الأطفال ورعايتهم تحت ظل ما بين الأبوين من العطف والوداد ، فإذا أصيبت المرأة بمرض عضال والذي لا تقدر معه على تحمل أعباء الحمل فيكون على المشرع إذن أن يولي هذا الجانب اهتماما خاصا ويقرر موجبا للتخفيف في هذه الحالة على انه لابد من الاستعانة بالطب لتقرير ما هي الأمراض التي توصف بالعضال لان القاضي لابد له من الاستعانة بأهل الخبرة .

المبحث الثالث

إباحة الإجهاض و عدم تجريمه

ينبغي التمييز بين إباحة الإجهاض و عدم تجريمه ، فإباحة الإجهاض تعني إن المشرع قد نص على تجريمه لكنه جعله مباحاً لقيام سبب من أسباب الإباحة حصل وقت وقوع الإجهاض ، بمعنى لو لم يتوافر هذا السبب و توافرت الأهلية الجنائية للفاعل لكان مسؤولاً عنه ، أما عدم التجريم فيعني إن الإجهاض مباح أصلاً من الناحية الجنائية بمعنى إن الشارع لم ينص على تجريمه في قانون العقوبات أو في القوانين العقابية الأخرى ، بحيث إن القاضي لا يكون مكلفاً

الا بالتحقق من عدم النص عليه في هذه القوانين [٢٣] ، و لقد تأثرت التشريعات الجنائية بهذا التمييز فانقسمت إلى قسمين بهذا الخصوص الأول نسميه الالغائي و الثاني نسميه الابقائي .

المطلب الأول

القسم الالغائي

قام العالم الاقتصادي ماليتوس بتقديم الحجج التي بينت حجم المشكلة الاقتصادية مقارناً إياها بالموارد الغذائية ، و قد لاقت هذه الحجج قبولاً واسعاً في الدول الأوربية والاسكندنافية ، و بذلك نشأت الحركة المنادية بتنظيم النسل [Birth control] [٥] توصلاً لحل هذه المشكلة ثم إن الإجهاض من النادر أن تصل إخباره لساحة القضاء لأنه في الخفاء ، ثم إن الإحصائيات الجنائية أثبتت إن عدم تجريم الإجهاض لم يقابله ارتفاع في نسبة عدد جرائم الإجهاض ، ومن التشاريع التي تأثرت بهذا الاتجاه قانون العقوبات الفرنسي الذي قام بإلغاء تجريم الإجهاض و ذلك بتعديل المادة ٣١٧ من قانون العقوبات في (٢١) ديسمبر ١٩٧٩ بإضافة فقرة أخيرة تجيز الإجهاض . بواسطة طبيب معتمد قبل الأسبوع العاشر من الحمل ، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فأن الوضع القانوني فيها يعد أكثر تطرفاً في هذا المقام ، فمسؤولية الطبيب الجنائية تعد انتهاكاً لحقوق المرأة في الإجهاض
[An Encroachment on the abortion right] حسب ما قالت به المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية [٢٤] ، و مع ذلك فأن ذلك الحق حسب رأي هذه المحكمة ليس حقاً مطلقاً ، فمرور الزمن على الحمل تصبح معه حماية الأم و حياة الجنين المحتملة من مصالح الدولة الضاغطة [Competing Interests] التي تقيد من حق الإجهاض ، على إن هذه المحكمة تفرق بين المرحلة التي تسبق قابلية الجنين للحياة [Previable fetus] فتجيز الإجهاض فيها ، و بين المرحلة التي يصبح فيها قابلاً للحياة [Viability] و ما بعدها [Postviability] فتحضره.

المطلب الثاني

القسم الابقائي

ينطلق هذا القسم من مقولة إن الإجهاض يتكون في حقيقته من تحطيم كائن بشري قد بدأت الحياة تدب فيه فعلاً ، إضافة إلى إن الإجهاض يسبب مشاكل اجتماعية و قانونية فضلاً عن مشاكله الأخلاقية والصحية [٢٥] . و على ذلك فأن هذا القسم يجرم الاجهاض لكنه يبيحه في حالات و لاسباب معينة ، وقد كان المؤتمر الدولي لتاسع لقانون العقوبات المنعقد في لاهاي أغسطس ١٩٦٤ مداراً لبحث هذا الموضوع . حيث اصدر التوصية الآتية (يجب إكثار الحالات التي يباح فيها الإسقاط في الدول التي تعاقب عليه) [٢٦] ، و لكن ما هو موقف الشريعة الإسلامية من هذين الاتجاهين ؟ .

يكاد يجمع الفقهاء المسلمون على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح في الجنين من غير عذر ، و يتحقق ذلك بعد تمام الشهر الرابع أي بعد مضي (١٢٠) يوماً من بدأ الحمل [٢٧] . و بعد مضي هذه المدة يكون الحمل بشراً سوياً ، أما قبل نفخ الروح فقد تعددت الآراء بين الإباحة والكراهة والتحريم ، و في هذا يوافينا الدكتور محمد سلام مدكور باستخلاص للموضوع و كما يلي [٤] :-

١. الإباحة مطلقاً دون التوقف على عذر ، و قد نقل هذا الرأي عن الزيدية و بعض الحنفية و بعض الشافعية .
٢. الكراهة مطلقاً عند بعض المالكية .

٣. التحريم وهو المعتمد عند المالكية والمتفق مع مذهب الظاهرية و ما يؤيده كلام الشيعة الجعفرية و صريح قول الاباضية . فما ورد في (٢،١) اقرب للموقف الالغائي و ما ورد في (٤،٣) اقرب للموقف الابقائي .

و لكن ما هي الضرورات التي تقف وراء الإجهاض ؟ .

نقول ابتداءً إن إباحة الإجهاض أما أن تكون لسبب طبي قائم أو لضرورة تدعو إليه .

الإجهاض لأسباب طبية :- إباحة الإجهاض تناولها المشرع بنصوص كثيرة ورد قسم منها في قانون العقوبات ، أما القسم الآخر فقد ورد في القوانين الخاصة ذات الصلة بمهنة الطب ، فعلى صعيد

قوانين العقوبات قرر قانون العقوبات العراقي مثلاً في المادة ٢/٤١ سبباً من أسباب الإباحة إذ بموجبه [لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون و يعتبر استعمالاً للحق١-..... ٢- عمليات الجراحة و العلاج على أصول الفن متى جريت برضاء المريض أو ممثله الشرعي أو أجريت بغير رضاء احدهما في الحالات المستعجلة .....] و هذا النص من شأنه أن يشمل أعمال الأطباء و الجراحين القائمين بعملية الإجهاض ، فإذا ثبت أن إجهاض الحامل _ منظوراً له من حالتها الصحية . _ عملاً علاجياً لا بد منه فينبغي إباحته على أن تتوافر الشروط الأخرى و هي كون القائم به مختصاً (طبيباً) و أن يتوافر رضا الحامل في حال قدرتها عن التعبير عنه أو رضا ممثلها الشرعي ، و أن يستهدف القائم به العلاج وان يراعي أصول الفن ، أما في نطاق القوانين الخاصة ذات الصلة بمهنة الطب ، فنقول إن هذه القوانين قد نظمت هذا الموضوع منذ وقت قريب نسبياً ، ففي فرنسا مثلاً كان المشرع مضطراً لعدم وجود نص تشريعي ينظم الإجهاض _ لإصدار قانون ٢٩ تموز لسنة ١٩٣٩ الخاص بالعائلة والمواليد الفرنسية و الذي نظم في المواد (٨٩،٨٦،٨٤) منه حالة الإجهاض من وجهة تشريعية [٥] . و في انكلترا صدر قانون حماية الأطفال عام ١٩٢٩ [The Infant Life Perseruation Act] حيث أجاز تدمير الجنين القابل للحياة إذا تم ذلك بسلامة نية بقصد صيانة حق المرأة الحامل في الحياة ، و قد اصدر المشرع الانكليزي أيضاً عام ١٩٦٧قانون الإجهاض [Abortion Act] حيث أباحت الفقرتان أ،ب من المادة /١ منه الإجهاض في حالات محددة و هي :-

- حالة الإجهاض إنقاذاً لحياة الأم أو صحتها من مضار جسيمة تتعرض لها .
- حالة ثبوت إن استمرار الحمل يهدد أطفال العائلة بخطر أعظم .
- حالة إذا كان استمرار الحمل يحمل مخاطر ولادة طفل مصاب بشذوذ في التكوين العقلي و البدني مما يجعل منه معوقاً بشكل خطير .

لذلك اشترط هذا القانون أن يتم الإجهاض بعد اخذ رأي طبيبين مرخصين من أصحاب الثقة العالية [٩] . أما في الأردن فقد حرص الدستور الطبي الصادر بموجب المادة ١٦/أ من قانون نقابة الأطباء المؤقت رقم ٣ لسنة ١٩٧٠ على تنظيم حالات الإجهاض العلاجي بموجب المادتين ٤٤،٤٣ منه ، قضت المادة ٤٣ على انه (الإجهاض العلاجي هو الذي يتم بوضع حد للحمل عندما تكون حياة الأم معرضة للخطر و لا سبيل لإنقاذها إلا بأجرائه و يراعى في ذلك :-

أ- أن يجري برأي طبيبين احدهما يجري العملية و يسجل بهذا محضر .

ب- إذا كانت الحامل قاصراً يجب الحصول على موافقة زوجها أو المسؤول عنها .

ج - إذا رفضت الحامل إجراء العملية ، رغم توضيح الطبيب لها خطورة وضعها فعليه الامتثال لإرادتها .

د - عندما لا ينسب الطبيب إجراء الإجهاض بسبب معتقداته الشخصية فعليه أن ينسحب مسلماً لزميل آخر ، و يستثني من ذلك الحالات المستعجلة الداعية للتدخل السريع) .

أما المادة ٤٤ فقد نصت (إزاء ولادة متعسرة يكون الطبيب هو الحكم الوحيد فيما يختص بالحفاظ على حياة الأم و الجنين دون التأثر باعتبارات عائلية).

أما قانون الصحة العامة الأردني رقم ٢٠ لسنة ١٩٧١ فقد نصت المادة (٦٢) منه على ما يلي :-

أ- يحضر على أي طبيب وصف أي شيء 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 تعرض حياة الحامل للموت أو للمحافظة على صحتها شريطة :-

١- أن يسبق ذلك موافقة خطية من الحامل بأجراء العملية ، وفي حالة عدم قدرتها على الكتابة أو عجزها عن النطق فتؤخذ هذه الوثيقة من زوجها أو المسؤول عنها .

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

ب – على المسؤول عن المستشفى أو دار التوليد أن يسجل في قيوده اسم الحامل وتاريخ إجراء العملية و نوعها وان يحتفظ بمدة عشر سنوات بالموافقة الخطية و شهادة طبيبين .

ج – تزويد الحامل بشهادة مصدقة من المدير أو المسؤول عن المستشفى أو دار التوليد تتضمن المعلومات المعينة في الفقرة السابقة .

وعليه لا تعتبر الحامل و لا الشخص أو الأشخاص الذين اجروا أو اشتركوا في إجراء عملية الإجهاض مرتكبون لجريمة الإجهاض ، رغم إن نصوص قانون العقوبات تحاسب عليه باعتباره جريمة ، على إن هذه القوانين كانت محل تضارب و من مظاهره ان الدستور الطبي قد برر الإجهاض لإنقاذ حياة الأم فقط على حين أضاف قانون الصحة العامة حالة إجرائه إنقاذاً لصحتها ، كما إن الدستور الطبي قد اشترط مجرد موافقة الحامل أو المسؤول عنها ، وان قانون الصحة العامة قد اشترط في هذه الموافقة أن تكون خطية [٢٨] . و يبدو إن المشرع الأردني يأخذ بالاعتبار حالتين لتبرير الإجهاض . أولاهما – إذا كان إنقاذاً لحياة الأم الحامل ، والثانية – إذا كان منعاً لأذى جسيم يهدد صحتها البدنية و العقلية . و الحقيقة انه لا عبرة بالمتاعب الصحية الأخرى إذ هي من مستلزمات الحمل ومتطلباته بوصفها جزء من رسالتها الطبيعية ، و لا عبرة أيضاً بعامل الفقر الذي يبسط ضلاله على المرأة ، ولاعبرة أيضاً بتحسين النسل كمبرر للإجهاض [٨].

الإجهاض استناداً لحالة الضرورة :- بمقتضى المادة (٦٣) من قانون العقوبات العراقي (لا يسأل جزائياً من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر

جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمداً و لم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى و يشترط أن يكون الفعل المكون للجريمة متناسباً و الخطر المراد اتقاؤه و لا يعتبر في حالة ضرورة من اوجب القانون عليه مواجهة ذلك الخطر). فالضرورة إذن أن توجد ظروف تهدد النفس أو المال بخط جسيم محدق لا سبيل لدفعه إلا بارتكاب جريمة ، و سبب امتناع مسؤولية المضطر هو إن حرية الاختيار لديه يضيق مجالها إلى الحد الذي لم يعد كافياً لقيام المسؤولية الجزائية [٢٩] . و بموجب هذه المادة يكون للضرورة نوعين من الشروط ، شروط تتعلق بالخطر وأخرى تتعلق بالفعل المرتكب تحت وطأة هذا الخطر و شروط الخطر عموماً هي أن يوجد خطر يهدد النفس أو المال و أن يكون هذا الخطر جسيماً و حالاً و لا دخل لإرادة الفاعل في حلوله ، أما شروط فعل الضرورة فهي أن يكون هذا الفعل لازماً لدفع الخطر و انه الوسيلة الوحيدة لذلك . فإذا ما توافرت في فعل الإجهاض شروط حالة الضرورة وفق ما سلف فأنه يمكن الاحتجاج بها و أول هذه الشروط أن يحدق بحياة الحامل أو صحتها خطر جسيم بسبب الحمل ، وان يكون الإجهاض الوسيلة المناسبة للتخلص من هذا الخطر ، و بموجب هذه الشروط أيضاً لا يحق لمن حملت من وصال جنسي غير مشروع كالزنا أن تحتج بحالة الضرورة لتبرير الإجهاض لان الضرورة تشترط أن لا تكون الحامل قد تسببت عمداً بوجود الخطر

المحدق ، أما و إنها قد فعلت ذلك فيجب عليها أن تتحمل الخطر حتى لو كان حملها ثمرة الاغتصاب ، إذ لا تناسب بين حقها في الشرف والاعتبار الذي تريد أن تحميه بالإجهاض و بين حق الجنين في الحياة ، إلا انه يمكن القول بقيام ظرف قضائي مخفف للمرأة الحامل إن أجهضت نفسها اتقاء للعار إذا كانت قد حملت به سفاحاً و ذلك بمقتضى المادة ٤/٤١٧ من قانون العقوبات بقولها [و يعد ظرفاً قضائياً مخففاً إجهاض المرأة نفسها اتقاءً للعار إذا كانت قد حملت به سفاحاً .....] و على ذلك فأن الخطر الذي يصلح أساساً لقيام حالة الضرورة و إباحة الإجهاض هو أن يكون مصدره سلوكاً إرادياً مشروعاً أما الخطر الذي يكون مصدره سلوكاً إرادياً غير مشروع فلا تقوم به حالة الضرورة .

الخاتمة :

لم تتفق التشريعات المقارنة على تحديد الموقع الطوبوغرافي لجريمة الإجهاض ، و هذا ما تفرضه السياسة الجنائية لكل دولة و معلوم إن الإجهاض فيه اعتداء على حياة الجنين و فيه اعتداء على حق المجتمع في النماء ، وعليه فليس كل خطر يهدد الحامل يبيح جريمة الإجهاض ، و تماشياً مع تطور المجتمع العربي عموماً و العراقي خصوصاً و ما لحق به من شيوع بعض أنواع الجرائم ومنها الإجهاض ، نرى ضرورة إعادة النظر في التشريعات التي تعالج موضوع الإجهاض ، وإذا كانت نصوص قانون العقوبات قد تكفلت ببيان جريمة الإجهاض (المواد ٤١٧_٤١٩) من حيث أركانها ومفترضاتها و عقوبتها والظروف المشددة و المخففة فيها ، فأن ذلك لا يعد كافياً لحل موضوع الإجهاض ، لان الأمر يدور في محاور ثلاثة (الطب ، القانون ، الدين) فمن حق الطبيب أن يعرف النظام القانوني للإجهاض بكل تفاصيله ليكون ملماً بحالاته و مدى مشروعيتها و مدى مسؤوليته الجزائية و المدنية حيال أعماله ، و هذا يتكفل ببيانه القانون الخاص بذلك ، ومن حق الحامل أن تعرف الحالات التي يباح لها فيها الإجهاض لتكون على بينة من مسؤوليتها أيضاً و هذا ما يستدعي تدخل رجل الدين لبيان المراحل العمرية التي يجوز أو لا يجوز فيها إسقاط الجنين وعلى هذا ندعو المشرع العراقي لإصدار قانون خاص بعمليات الإجهاض يشارك في إعداد دراسته نخبة من علماء الدين ورجال القانون و رجال الطب ليكون حصيلة عملية متناسقة و متناغمة مع طبيعة المجتمع العراقي الذي ينبغي أن تسود فيه الروح الإسلامية بإطار طبي و قانوني جميل ، و هذا يتطلب عقد مؤتمرات مشتركة بهذا الخصوص بهدف الوصول لتنظيم شامل متكامل لهذه المسألة ، على انه يمكن الاستفادة من التشاريع المقارنة النافذة في الوطن العربي و ربما غيره على الأقل في الهيكل العام. وعليه نسجل الاتي :

١_عدم وجود قوانين خاصة في العراق تتطرق لموضوع الإجهاض .

٢_إن المشرع العراقي قد عالج أحكام هذه الجريمة بالمواد ٤١٧_٤١٩ من قانون العقوبات لكن الحقيقة تفترض إعمال المادة ٦٣ من قانون العقوبات المتعلقة بحالة الضرورة كمانع من موانع المسؤولية الجزائية في حالة قيام الحامل أو غيرها كالطبيب أو غيره بذريعة حالة الضرورة متى توافرت شروطها .

٣_على المشرع العراقي أن يترجم ما طوته المادة ٦٣ من قانون العقوبات بنصوص صريحة تضاف للمواد ٤١٧_٤١٩ بحيث تكون هذه النصوص من الصراحة ما يفهم منها الحالات التي يباح فيها الإجهاض سواء حصل من قبل الحامل أو الطبيب أو غيرهم وسواء ما كان منها ضروريا لإنقاذ حياة الحامل أو لإنقاذ صحتها.

٤_بموجب المادة ٤/٤١٧ قرر المشرع ظرفا قضائيا مخففا للمرأة التي تجهض نفسها اتقاء للعار وكذلك لمن أجهضها من أقربائها حتى الدرجة الثانية ، وحكمة هذا النص هو أن القريب إلى هذه الدرجة يعتبر معنيا بحكم العرف الاجتماعي

بما يلحق المرأة التي تحمل سفاحا وما يستتبع ذلك سمعتها وسمعة قريبها وهي حكمة جميلة ، إلا إن على المشرع أن يقرر حالة أخرى للتخفيف وهي حالة المرض العضال الذي يرافق المرأة والذي تزداد وطأته مع كونها حامل.

المصادر:

١. د. محمد نوري كاظم ، *شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص* ، وزارة الإعلام العراقية ، بغداد ص١٥٨، 1977 .

٢. د. فوزي رشيد ، *الشرائع العراقية القديمة* ، الشؤون الثقافية العامة ، ط٣ ص٨١ و ما بعدها،١٩٨٧.

٣. الزرقا ، مصطفى احمد *"المجلة الحقوقية"* حلب ، العدد ٢٦ ص٢ وما بعدها، السنة ١٩٣٩.

٤. د. محمد عبد السلام مدكور *"التنظيم والإجهاض من وجهة نظر الإسلام"* مؤتمر الإسلام وتنظيم الوالدية ، المنعقد بالرباط من ٢٦ــ٣٠ ديسمبر ١٩٧١ ص٢ و ما بعدها .

٥. د. رؤوف عبيد ، *جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال* ، القاهرة ، ط٥، ص٢٢٨، ١٩٦٥.

٦. د. فوزية عبد الستار ، *شرح قانون العقوبات القسم الخاص* ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص٤٩١، ١٩٨٢.

٧. د. محمود نجيب حسني ، *شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص* ، دار النهضة العربية ، القاهرة ص٢٩٩، ١٩٨٨.

8. Glanville Williams , *Textbook ofCriminal law* , London , stenvens ,Sons ,p 252, 1978

٩. د. الحديثي ، فخري عبد الرزاق ، *شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص* ، مطبعة اوفسيت الزمان ، بغداد ، ص٢١٢، ١٩٩٦.

١٠. د. رمسيس بهنام ، *القسم الخاص في قانون العقوبات* ص٣٦٨، ١٩٨٢.

١١. د. عبد الوهاب حومد ، *دراسات معمقة في الفقه الجنائي المقارن* ، مطبوعات جامعة الكويت ص٥٢٩، ١٩٨٣.

١٢. د. الدرة ، ماهر عبد شويش ، *شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص* ص٢١٦، ١٩٩٧.

١٣. د. السعيد ، كامل ، *الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الأردني* ، عمان ، ط١،ص١٦٢، ١٩٨١.

١٤. د. عبد المهيمن بكر ، *الوسيط في قانون الجزاء الكويتي ، القسم الخاص* ، الكويت ،ط١ ، ص١٨٥، ١٩٧٢.

١٥. د. المرصفاوي ، حسن صادق ، *المرصفاوي في قانون العقوبات الخاص* ، منشأة المصارف ، الإسكندرية ص ٦٠٤ ، ٦٠٥، ١٩٧٨.

١٦. د. محمود محمود مصطفى ، *شرح قانون العقوبات ، القسم العام* ، ط ٩ ، ص٢٨٣، ١٩٧٤.

١٧. د. رؤوف عبيد ، *مبادئ القسم العام من التشريع العقابي* ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط ٤ ، ص٢٧٣، ١٩٧٩.

١٨. د. احمد فتحي سرور ، *الوسيط في قانون العقوبات ، القسم العام* ، ج ١ ، ص٥٣٣،

١٩. لاحظ نص المادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي .

٢٠. د. عادل عازر ، *النظرية العامة في ظروف الجريمة* ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ص٥٩ وما بعدها ١٩٧٦ ، و كذلك د. حسنين ابراهيم صالح عبيد ، *النظرية العامة للظروف المخففة* ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ص٩٠ و ما بعدها ، ١٩٧٠.

٢١. لاحظ مثلاً المواد ١٣٢،١٣٣ من قانون العقوبات العراقي .

٢٢. د. محمود محمود مصطفى ، *شرح قانون العقوبات ، القسم العام* ، دار النهضة العربية ، ص١٣٠، ١٩٦٧.

23. Reo V . wade . U.S113 (1973)

٢٤. د. محمد صبحي نجم ، *رضاء المجني عليه و أثره في المسؤولية الجنائية* ، جامعة القاهرة ، ص٢١٤، ١٩٧٥.
٢٥. د. محمود محمود مصطفى ، *شرح قانون العقوبات* ، *القسم الخاص* ، دار مطابع الشعب . القاهرة ، ط ٦ ، ص ٢٧٦، ١٩٦٤،
٢٦. ابن حزم ، المحلى ، ج ١١ ، ص٣٥.
٢٧. أشار للقوانين الأردنية ، د. كامل خالد السعيد ، *دراسات جنائية معمقة في الفقه و القانون و القضاء المقارن* ، ط١، ص٢٦٩-٢٧٠، ٢٠٠٢.
٢٨. د. محمود نجيب حسني ، *شرح قانون العقوبات اللبناني ، القسم العام* ، ط٢٠ ، ص٥٤٤، ١٩٧٥.