الأصلية وأثرها على الجناية على النفس وما دونها بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

د. عبد الحق ميحي
جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية -قسنطينة

الملخص:

إن هذا البحث يعالج قضية حساسة وهي اعتداء الأصول على فروعهم، هذا الاعتداء الذي قد يفضي إلى الموت وفي أحسن الأحوال الجرح .

من المعلوم يقينا أن الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي قد نصّبا مؤيدات جزائية لردع الجناة والمعتدين وهو ما اصطلح عليه بالعقوبة، ولكن الإشكالية التي تطرح أمامنا ويحاول هذا البحث الإجابة عنها هي أنّ الأصلية بكل أنواعها ـــ والتي عادة ما تكون مفعمة بالرحمة والشفقة والحب والحنان ـــ ، قد يحملها الغضب وظروف أخرى قاهرة، على الجناية على الفرع بالقتل والضرب والجرح. فهل نستصحب تلك المشاعر الفياضة التي يجب أن تكون عليه الأصلية ونسقط العقوبات جملة وتفصيلا ؟ أم أننا نلغي اعتبار الشفقة والرحمة، ونطبق العقوبة ذاتها التي يجب تطبيقها على الشخص الأجنبي. ومن ثم يعترضنا إشكال كيف نقتل أو نجرح من كان سببا في وجود من قُتل أو جُرح ؟ وهل الأصلية تسقط جميع العقوبات، أم أنها ظرف مخفف لبعض العقوبات دون البعض الآخر. وهل يتفق القانون مع الشريعة في الأحكام ؟ أم أنه ثمة فروق جوهرية بين الشريعة والقانون باعتبار مصدر كل منهما، حيث تنطلق الأحكام الشرعية من الوجهة الربانية، في حين تنطلق القوانين من المجهود والاجتهاد البشري وإن تحرى هذا الأخير العدل والحق.

كما أن هذا البحث عالج أهم الجنايات التي تقع على النفس كالقتل بمختلف أنواعه والعقوبات المترتبة على كل نوع، ثم الجناية على مادون النفس بالجرح وإبانة الأطراف وختمها بالجناية على ما هو نفس من جهة وليس نفسا من جهة أخرى لنقصانها، وهي جريمة الإجهاض حيث بينت في هذا البحث أهم الآثار المترتبة على ذلك

ابتداء من العقوبات النصية والتعزيرية، إلى أحكام مما للجنين من أموال ورثها أو أوصي له بها أو أوقفت عليه .

وجاءت هذه الدراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية بمختلف مذاهبها الفقهية السنية تحديدا والقانون الجزائري سواء قانون العقوبات أو قانون الأسرة أو القانون المدني، كما راعت هذه الدراسة المستجدات والتطورات ومدى تأثيرها على الترجيح بين المذاهب الفقهية وذلك ليكتسي البحث صفة الجدة والجدية وبالله التوفيق

RESUMé:

La présente recherche traite la qu estion de l'assaut des actifs sur leurs branch;

pouvant engendrer un décès et dans les meilleures des situations une blessure. La religion islamique et la loi ont proclamé des supports pénaux en vue de dissuader les incriminables et les assaillants, ce qui a été convenu dans les pénitences.

La problématique que nous posons est celle des actifs, tout type confondu, débordant-habituellement- de sentiments de miséricorde, de compassion, d'amour et de tendresse, et pouvant être portés par la colère et d'autres cas de force majeure à commettre un délit sur leurs branches. Dans ce contexte, Serait-on contraint à faire tomber la peine en bloc ?ou ignorer tout sentiment d'apitoiement et appliquer la condamnation requise ? Ainsi, un autre questionnement nous interpelle, comment appliquer la pénitence sur la personne qui a donné la vie à la victime ?et si la pénitence tombe s'agissant des actifs ?ou bien, serait-elle une circonstance atténuante pour certaines sanctions ? Et si le droit positif et la charia synchronisent ou se discriminent ?

Aussi, cette recherche étudie les crimes les plus connus ; tel l'homicide et les autres délits ; tel les blessures et les amputations. Nous avons clôturé notre travail sur une autre sorte de crime qui est l'avortement.

Ce travail est une étude comparative entre la loi islamique avec ces différentes écoles sunnites et la loi algérienne (pénale-la famille –civile). Elle a, aussi, pris en considération les émergences et les évolutions et leur impact sur la pondération entre les écoles de jurisprudence islamique, dans le but de lui donner l'empreinte de la gravité et de l'originalité.

مقدمة: الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما أما بعد: من المسلم به أن العقوبات الشرعية هي إحدى المؤيدات التي يحفظ بها الدين، وتحقن بها الدماء والمهج، وتصان بها الأعراض، وتعصم بها الأموال، وتَسْلم بها العقول، ويعم الأمن والآمان. العقوبات زواجر لما قبلها، حيث إن كثيرا ممن يفكر في اقتراف المعصية ويلغ في المحارم حينما يعلم مآلا المعصية يحجم عن ذلك، وفي ذات السياق فإن المجرم نفسه والذي تقام عليه العقوبة، ويمسه بأسها ، فإنه لا يفكر في العود للذنب أبدا . والعقوبات جوابر لما فيها من رحمة تكفير الذنب و إصلاح ما أفسده من علاقة بينه وبين الله تعالى. وقد يجني الأصل على أحد فروعه بالقتل أو إسقاطه من الرحم، أو الضرب المفضي إلى فقأ عين أو كسر سن أو تهشيم عظم . فيستشكل الأمر هل يعاقب بعقوبات القتل سواء كان قتل عمد أو شبه عمد أو خطأ ؟ وهل يقتص منه بكسر سنه وفقأ عينه ؟ وهل يدفع دية كل ذلك إحقاقا للحق وإقامة العدل وحفظا للنفس . أم أن الأصلية حصن حصين تمنع من أن تطال يد العقوبات العادلة الجاني ويبقى حرا طليقا مهما ارتكب من جنايات في حق الفروع واعتدى على تلك المنحة الإلهية ألا وهي الحياة أو على أي عضو من أعضاء الفرع . فجاء هذا البحث مجيبا على تلك الأسئلة وفق المذاهب الفقهية السنيةالمعتمدة والقانون ا الجزائري بفروعه الثلاث، قانون العقوبات وقانون الأسرة والقانون المدني .

والله نسأل التوفيق والسداد .

تعريف الأصلية:

تعريف الأصلية لغة: الأصل ما يبنى عليه غيره، وقيل أصل الشيء ما منه الشيء، وقيل ما يتفرع عليه غيره، وأصل الشيء منشأ الشيء[1] .

تعريف الأصلية اصطلاحا: يطلق الأصوليون والفقهاء لفظ الأصل ويريدون به تارة الدليل كقولهم الأصل في هذه المسألة الكتاب والسنة، وتارة الرجحان كقولهم الأصل في الكلام الحقيقة، أي الراجح هو الحقيقة، وتارة القاعدة المستمرة، وتارة الصورة المقيس عليها[2] . وأشهر مواضع استعمال كلمة أصل في كتب الفقه موضعان:

الموضع الأول: النفقة عند الكلام عن نفقة الأصول على الفروع والعكس .

الموضع الثاني: الإرث وذلك عند الكلام عن العصبات، فإنهم يذكرون على رأسها الأصول ويراد بها الأب وإن علا [3].

تعريف الجناية لغة: مصدر جنى يجني، وجنى الذنب يجنيه جره إليه وجمعها جنايات [4].

تعريف الجناية اصطلاحا: اختلفت تعريفات الفقهاء للجناية

تعريف الحنفية: كل فعل محرم حل بالنفس أو الطرف[5] .

تعريف المالكية: هي إتلاف مكلف غير حربي نفس إنسان معصوم أو عضوه أو اتصالا بجسمه أو معنى قائما به [1] .

---

[1] ــ التعريفات، علي بن محمد الجرجاني، ص 55، تحقيق نصر الدين تونسي، طبعة أولى القاهرة، جمهورية مصر العربية، القاموس المحيط، الفيروز آبادي ج1، ص 328.

[2] ــ المستصفى، الغزالي، ج1، ص 5، دار الفكر للطباعة والنشر، أصول الفقه، محمد الزحيلي، ص8، طبعة جامعة دمشق 1987.

[3] ــ موسوعة الفقه الإسلامي، ج12، ص 369 ــ 370/وزارة الشؤون الدينية والأوقاف دولة الكويت .

[4] ــ لسان العرب، ابن منظور، ج 11، ص 18، ط أولى دار الكتب العلمية بيروت لبنان 2003.

[5] ــ شرح فتح القدير، كمال الدين ابن الهمام، ج 9، ص 137، ط دار ‘حياء التراث العربي بيروت لبنان .

تعريف الشافعية: تطلق الجناية عندهم على القتل سواء بالجرح أو السم أو نحو ذلك [2].

تعريف الحنابلة: الجناية كل فعل عدوان على نفس أو مال[3] .

وبالنظر في هذه التعاريف نجد أنها تحصر مصطلح الجناية في الاعتداء على النفس وما دونها دون التعرض لبقية الجنايات على المال بالسرقة وعلى العرض بالزنا والقذف وعلى النظام العام بالبغي والحرابة.

تعريف الجناية في القانون الجنائي الجزائري: الجنايات هي الجرائم المعاقب عليها بإحدى العقوبات الآتية: الإعدام أو السجن المؤبد أو السجن[4].

أنواع الجناية: تنقسم الجناية على الآدمي عدة أقسام باعتبارات مختلفة والذي يهمنا في هذا السياق أقسام الجناية باعتبار محلها وهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام .

القسم الأول: الجناية على النفس (القتل).

أنواع القتل : أـــ: القتل العمد: للعلماء آراء متعددة في تحديد صفة العمد في القتل، حيث ذهب الحنفية إلى أن القتل العمد ما استعمل فيه آلة معدة للقتل غالبا. جاء في البدائع: (أما الذي هو عمد محض فهو أن يقصد القتل بحديد له حدٌّ أو طعن كالسيف والسكين والرمح وغير ذلك أو ما يعمل عمل هذه الأشياء كالنّار)[5]. وأما المالكية فقد عرّفوا العمد بقولهم: (العمد ما قصد به إتلاف نفس بآلة تقتل غالبا ولو

---

[1] ـــ بلغة السالك لأقرب المسالك، أحمد الصاوي، ج 2، ص 369، طبعة دار الفكر بيروت لبنان.

[2] ـــ مغني المحتاج شرح المنهاج، الخطيب الشربيني، ج5، ص 210 ط أولى دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1994.

[3] ـــ المغني، ابن قدامة، ج 9، ص 318، طبعة دار الكتاب العربي، بيروت لبنان 1983.

[4] ـــ سليمان عبد الله، شرح قانون العقوبات ـــ القسم العام ـــ طبعة دار الهدى عين مليلة الجزائر ج1، ص 150.

[5] ـــ بدائع الصنائع، الكاساني، ج 7، ص 233، ط أولى دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

بمثقل أو بإصابة المقتل كعصر الأنثيين وشدة الضغط والخنق)[1]. وقد ذهب كل من الشافعية والحنابلة مذهبا آخر في اعتبار العمدية في القتل فقالوا: (قصد الضارب القتل بآلة تصلح له غالبا)[2] .

وأما قانون العقوبات الجزائري فقد عرّف القتل العمد بأنه: (إزهاق روح إنسان عمدا)[3].

والراجح في المسألة مذهب المالكية لأنّ طرق القتل ووسائله وأساليبه تطورت تطورا هائلا وتنوعت تنوعا كبيرا، فلو اعتبرنا الآلة فقط لنجا كثير من الجناة والقتلة من عقوبة القصاص .

ب ــ القتل شبه العمد . هو قصد القتل بآلة تصلح له غالبا، وهذا مذهب الجمهور[4]، خلافا للمالكية الذين تعددت الرواية عند الإمام مالك في اعتبار القتل شبه العدم، و هو مذهب الظاهرية حيث يرون أن القتل قسمان عمد وخطأ[5]. يقول الإمام الباجي ــ رحمه الله تعالى: (وأما شبه العمد فاختلف قول مالك فيه فمرة أثبته ومرة نفاه، فروى ابن القاسم وغيره عنه أن شبه العمد باطل، إنما هو عمد أو خطأ وقال ابن وهب بإثبات شبه العمد وحكاه أصحابنا العراقيون عن مالك)[6].

---

[1] ــ التاج والإكليل، المواق، ج8، ص 304 بهامش مواهب الجليل، طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1995.

[2] ــ شرح الزركشي، محمد بن عبد الله الزركشي، ج 6، ص 46، الأحكام السلطانية، علي بن محمد الماوردي، ص 287، طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

[3] ــ قانون العقوبات الجزائري، جمع وترتيب محمد طالب يعقوبي، ص 160، المادة 255.

[4] ــ شرح الزركشي، الزركشي، ج 6، ص 46، بدائع الصنائع، الكاساني، ج 7، 345، الحاوي الكبير م الماوردي، ج 12، ص 210ــ 211.

[5] ــ الذخيرة، شهاب الدين القرافي، ج 12، ص 280ــ281 طبعة أولى دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان 1994، المحلى، ابن حزم، ج 11، ص 214.

[6] ــ المنتقى، سليمان بن خلف الباجي، ج8، ص 458، الطبعة الأولى دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان 2005.

حكم القتل شبه العمد: يتفق القتل شبه العمد مع القتل العمد في الحكم، من حيث الحرمة وعدم الجواز، لأنه إزهاق روح بقصد وبغير وجه حق، وكذلك في كون دية كل منها مغلظة .

ج ــ القتل الخطأ: هو عدوان على النفس غير مقصود [1]، وسمي عدوانا لأن الشارع الحكيم أوجب عقابا دنيويا على الفعل، وجعل الفعل إثما. والدليل إيجابه للكفارة، ولا كفارة إلا لإثم حادث، والإثم هنا إنما هو التقصير في التحرز من إزهاق الروح[2].

النوع الثاني: الجناية على مادون النفس: وتكون بإتلاف عضو أو ذهاب منفعته

النوع الثالث: الجناية على الجنين (الإجهاض): وقد اختلف الفقهاء في تكييف الجناية على الجنين بين كونها عمدا وذلك إذا تعمد الجاني الإجهاض بما يجهض غالبا وهذا مذهب المالكية والظاهرية والشافعية في رواية[3]. في حين يرى كل من الحنفية و الحنابلة والشافعية في رواية أن الجناية على الجنين لا تكون سوى شبه عمد أو خطأ[4].

عقوبات الجناية على النفس في الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري

عقوبات الجناية على النفس: الجناية على النفس الكاملة إما أن تكون عمدا عدوانا، وإما أن تكون شبه عمد وذلك بالنظر إلى الوسيلة المستعملة في القتل، أو بالنظر إلى علاقة الجاني بالمجني عليه، وإما أن تكون جناية عن طريق الخطأ. وقد تكون جناية على نفس ناقصة كالإجهاض. ولكل نوع من هذه الأنواع عقوبات أصلية

---

[1] ــ العقوبة، محمد أبو زهرة، ص 374، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة جمهورية مصر العربية.

[2] ــ العقوبة، محمد أبو زهرة، ص 374.

[3] ــ حاشية الدسوقي، الدسوقي، ج5، ص372، المحلى، ابن حزم، ج11، ص 238 طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان، مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، ج 4، 105.

[4] ــ شرح فتح القدير، ابن الهمام، ج 9، ص 336المغني، ابن قدامة، ج 9، ص 544، وما بعدها.

وعقوبات بدليه وأخرى تبعية وهذه العقوبات متفق عليها من حيث الجملة فيما لو كان الجاني أجنبيا وإنما الخلاف إذا كان الجاني أحد أصول المجني عليه كالأب والأم والجد والجدة .

عقوبات الجناية على النفس في حالة العمد العدوان

أ ــ العقوبة الأصلية ــ القصاص ــ

تعريف القصاص: لغة: القصاص و القصاصاء والقُصاصاء: القود وهو القتل بالقتل أو الجرح بالجرح[1].

تعريف القصاص اصطلاحا: (قتل القاتل وجرح الجارح وقطع القاطع)[2].

أثر الأصلية في محو وتخفيف وصف الجناية: الأصل في الشريعة الإسلامية أن الأعمال المنهي عنها شرعا محظورة على كافة الناس ، وكل من ارتكب فعلا محرما اعتبر جانيا وتلبس بوصف الجناية إلا أن الشارع الحكيم اعتبر حالات معينة مخففة ومانعة من هذا الوصف كممارسة حق التأديب والدفاع عن النفس أو التطبيب .

أولا: أثر التأديب في محو وصف الجناية: مما اتفق عليه الفقهاء أن من حق الأصول تربية فروعهم تربية حسنة وتأديبهم بالآداب الحسنة والأخلاق الفاضلة، وقد يستدعي التأديب استعمال الضرب والتعنيف في بعض الأحيان وإنما أعطي الأصول هذا الحق الشرعي على أساس الولاية والتي من دواعيها الشفقة والرحمة ورعاية مصلحة المولى عليه وهي ما تجعل الأصل لا يفرط في الضرب والتعنيف المفضي إلى الهلاك ولقد اختلف الفقهاء في فعل الأصل المفضي للهلاك هل يوصف بالجناية أم لا يوصف ؟

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة والمالكية في رواية والشافعية إلى أنه لا أثر للقرابة على الجناية على النفس وما دونها في تجاوز الأصول أثناء التأديب وفي حالة التعدي وإتلاف النفس فما دونها يعتبر جانيا ويوصف بذلك[1] .

---

[1] ــ لسان العرب، ابن منظور، ج7، ص 84، مادة قصص .

[2] ــ المصباح المنير، في غريب الشرح الكبير، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، ص 301 دارالحديث للطباعة والنشر جمهورية مصر العربية 2002.

الرأي الثاني: ذهب المالكية في رواية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أن القرابة لها أثر في محو وصف الجناية على النفس أو ما دونها الحاصلة بسبب التأديب المشروع ولا يعد الفعل الصادر منه في التأديب جناية موجبة للضمان وإن أدى إلى تلف النفس أو عضو من الأعضاء [2].

التأديب بين الحق المشروع ومنع التعسف في استعمال الحق: لئن أعطى الشارع الحكيم الحق للولي في التأديب ولو بالضرب فليس للولي الحق في التجاوز والتعسف في استعمال هذا الحق حتى يفضي استعماله إلى هلاك النفس وإتلاف العضو[3].

أثر الأصلية في إسقاط القصاص:

سبب الاختلاف في عدم قتل الأصل بالفرع: اختلف الفقهاء في سبب عدم قتل الأصل بالفرع. هل هي بسبب عدم المماثلة أم لشبهة الجزئية ؟. يرى بعض الفقهاء أن الفرع لا يكافئ الأصل حتى يقتل به، في حين يرى آخرون أن الجزئية شبهة يسقط بها القصاص[4].

الأصلية المسقطة للعقوبة:

من المسائل التي اختلف فيها الفقهاء هل الأصلية تعم الآباء والأجداد والأمهات والجدات ؟ أم أنها محصورة فيما ورد به النص في الآباء . حيث يرى جمهور الفقهاء أن الأصلية تعم كل من يطلق عليه أصل فيدخل الآباء والأمهات والأجداد والأجداد من

---

[1] ــ الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله القرطبي، ج2، ص168، طبعة أولى دار الكتب العلمية بيروت لبنان 1988حاشية قليوبي وعميرة على منهج الطالبين، ج4، ص 208، أثر القرابة على الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامية، حسن السيد حامد م ص 83 وما بعدها ط أولى 2001.

[2] ــ الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله القرطبي، ج2، ص 168، المغني، ابن قدامة، ج 8، ص 327.

[3] ــ نظرية التعسف في استعمال الحق، الدكتور فتحي الدريني، ص 238 ط الثانية مؤسسة الرسالة بيروت لبنان 1998، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، محمد أحمد سراج، ص 317 ط أولى المؤسسة الجامعية للطباعة والنشر بيروت لبنان 1993.

[4] ــ العقوبة، أبو زهرة، ص 314.

أي جهة كانوا من جهة الأب أم من جهة الأم[1] . وخالف بعض أهل العلم فحصروا الأصلية في الآباء، وأوجبوا القصاص على الأمهات بقتلهم فروعهن والأجداد والجدات بقتلهم أحد أبناء أبنائهم .

مذاهب العلماء في المسألة

المذهب الأول: ذهب جمهور الفقهاء الشافعية، و الحنفية، والحنابلة والظاهرية وأشهب من المالكية، إلى أن الأصل لا يقتل بفرعه، سواء كان القاتل أبا، أو أما، أو جدا لأب، أو لأم، أو جدة، لأب أو لأم[2].

أدلة الجمهور: استدل الجمهور بالسنة النبوية والإجماع

أولا: السنة النبوية الشريفة:

أولا: ــ روى عمرو بن دينار عن طاووس عن ابن عباس أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ قال: {لا تقام الحدود في المساجد ولا يقاد بالولد الوالد}[3].

ثانيا: ــ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: {أن رجلا من مدلج أولد جارية فأصاب منها ابنا، وكان يستخدمها، فلما شب الغلام قال: إلى متى تستأمي أمي أي: تستخدمها خدمة الإماء، فغضب فحذفه بسيف أصاب رجله فقطعها، ومات فانطلق في رهط إلى عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ فقال: يا عدو نفسه أنت الذي قتلت ابنك لولا أني سمعت رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ يقول: {لا يقاد الأب من ابنه لقتلتك هلم ديته قال: فأتاه بعشرين ومائة بعير قال: فخير منها مائة فدفعها إلى ورثته وترك أباه}[4].

---

[1] ــ الحاوي، الماوردي، ج12، ص 22 وما بعدها، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ص 721.

[2] ــ المغني، ابن قدامة، ج 9، ص 359 وما بعدها، الحاوي الكبير، الماوردي، ج12م ص22، الذخيرة، شهاب الدين القرافي، ج 12، ص 335ــ 336.

[3] ــ سنن والترمذي، الترمذي، ج، 3 /رقم 1401، ط الأولى دار الحديث جمهورية مصر العربية 1999 سنن ابن ماجة ، ابن ماجة، ، 2661.

[4] ــ السنن، البيهقي، ج 8، ص 38، الدراقطني، السنن 3، ص 140.

ثانيا الإجماع: حكى الإمام الماوردي عن الإمام الشافعي الإجماع في المسألة[1]. وفي دعوى الإجماع نظر، لمخالفة الإمام مالك في المسألة.

مذهب المالكية: ذهب المالكية، إلى أن الأبوة لا تدرأ القصاص عن الأب، إلا مع الشبهة، إذا أمكن عدم القصد له وادعى ذلك الأب، كما لو حذفه بالسيف، أو بغيره، فقتله ثم ادعى عدم إرادة القتل بل أدبه، لأن شفقة الأب شبهة شاهدة بعدم قصد القتل . فإن فعل مالا شبهة معه، كشق جوفه، أو ذبحه، أو وضع أصبعه في عينيه فأخرجها، فالقصاص، وكذلك إذا اعترف بقصد القتل. وفي معنى الأبوة الأجداد، والجدات من قبل الأب، والأم[2]. وذهب عثمان البتي إلى أن قاتل ابنه يقتل مطلقا[3]. وسبب مخالفته عدم اعتباره للأحاديث الآحاد إذا خالفت عمومات القرآن الكريم.

أدلة المالكية: أولا: عمومات النصوص: كقول الله تعالى: **{**ولكم في القصاص حياة ياأولي الألباب**}**[4]. وقول الله تعالى: **{**كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر**}**[5]. وغيرها من الآيات الموجبة للقصاص. ووجه الاستدلال بهذه الآيات، أنها لم تفرق بين قتيل وقتيل .

ثانيا السنة: استدل المالكية بحديث المدلجي الذي قتل ابنه، إذ حذفه بالسيف . ووجه الاستدلال بالحديث، أنه لم يقصد قتله، ولهذا قال الإمام القرافي: (وهو مورد السنة في فعل المدلجي بابنه)[6].

نظرة قانون العقوبات الجزائري:

يعتبر قانون العقوبات الجزائري الأمومة دون غيرها من الأصول عذرا مخففـــا

---

[1] ــ الحاوي، الماوردي، ج 12، ص 23.

[2] ــ الذخيرة، القرافي، ج 12، ص 335ــ 336.

[3] ــ الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج 2، ص 168.

[4] ــ سورة البقرة، الآية 179.

[5] ــ سورة البقرة، الآية 178.

[6] ــ الذخيرة، القرافي، ج 12، ص 335ــ 336.

لعقوبة الإعدام عند ارتكاب جريمة القتل العمد العدوان، حيث نصت المادة 261 في شطرها الثاني على إعفاء الأم من عقوبة الإعدام، بقتلها ولدها حديث الولادة، سواء كان ذلك بالاشتراك، أو المباشرة، حيث جاء فيها (ومع ذلك تعاقب الأم سواء كانت فاعلة أصلية، أو شريكة في قتل ابنها حديث العهد بالولادة بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة على أن لا يطبق هذا النص على من ساهموا أو اشتركوا معها في ارتكاب الجريمة)[1].

كما نصت المادة 272 من قانون العقوبات الجزائري على العقوبات التالية في حق الوالدين الشرعيين إذا تلبسوا بالضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي المفضي للوفاة دون قصد إحداثها بالعقوبات التالية:

أ/ بعقوبة السجن المؤقت من ثلاث إلى عشر سنوات والغرامة من 500 إلى 6000 دج .

ب /العقوبة بالسجن المؤقت من خمس سنوات إلى عشر سنوات وذلك إذا نتج عن الضرب أو الجرح أو العنف أو التعدي أو الحرمان من الطعام مرض أو عدم القدرة على الحركة أو عجز كلي .

ج / السجن المؤبد وذلك إذا أدى الاعتداء إلى الوفاة بدون قصد أحداثها

د / الإعدام وذلك في حالة وقوع الضرب أو الجرح أو التعدي أو الحرمان من الطعام والتي تفضي إلى الوفاة المقصود إحداثها.

ب ــ العقوبة البدلية: الدية:

لغة: قال في لسان العرب: وديّ: الدية حق القتيل وقد وديته وديا. و الدية واحدة الديّات والهاء عوض من الواو، وتقول وَدَيْتُ القتيل أَدِيَة إذا أَعْطيته دِيَتَه[2].

واصطلاحا: هي المال الواجب بجناية على الحر في نفس أو فيما دونها مقدرة شرعا[1].

---

[1] ــ الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، دكتور ابراهيم الشبابي، ص 354.

[2] ــ لسان العرب، جمال الدين بن منظور، ج 15، ص 448، مادة ودي.

أَمَّا الشافعية وَالْحَنَابِلَةُ فَعَمَّمُوا التعريف لِيَشْمَلَ مَا يَجِبُ فِي الْجِنَايَةِ عَلَى النَّفْسِ وَ مَا دونها . جاء في مغني المحتاج: (هِيَ الْمَالُ الْوَاجِبُ بِالْجِنَايَةِ عَلَى الْحُرِّ فِي نَفْسٍ أَوْ فِيمَا دُونَهَا)[2]

التكييف الفقهي للدية: الدية حق خالص للعبد، فيملك أهل القتيل أن يتنازلوا عن الدية، أي أنها تقبل الإسقاط والإبراء والعفو والتصالح عليها، ، كما أنها تقبل التجزؤ والتبعيض، بحيث لو أسقط بعض أولياء الدم حقهم في الدية فإنها لا تسقط جميعها كما هو الشأن في القصاص، لأنه لا يقبل التبعيض[3].

أنواع الدية: تنقسم الدية إلى عدّ ة أقسام باعتبار الجاني والمجني عليه .

القسم الأول للدية ــ باعتبار قصد الجاني ــ: فهي تنقسم باعتبار الجاني (بحسب قصده) إلى دية القتل العمد، ودية القتل شبه العمد، ودية القتل الخطأ .

القسم الثاني للدية ــ باعتبار المجني عليه ــ فهي تنقسم باعتبار المجني عليه إلى دية الرجل، ودية المرأة، ودية العبد، ودية الجناية على لأعضاء، ودية الجنين

أ ــ دية القتل العمد: إذا كان القتل عمدا فإن العقوبة الأصلية هي القصاص ولكن في حالة سقوط القصاص بأي سبب من الأسباب، فتحل محله الدية كعقوبة بدلية.

ب ــ دية القتل شبه العمد عند الجمهور: تعتبر الدية العقوبة الأصلية للقتل شبه العمد والأصل في ذلك قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ: {ألا وإن في قتيل خطأ شبه العمد بالسوط والعصا والحجر مائة من الإبل أربعون في بطونها أولادها}[4].

طبيعة دية القتل شبه العمد: دية شبه العمد مغلظة من جهة، ومخففة من جهة. فالتغليظ من جهة أسنان الإبل، أو قيمة الدراهم والدنانير فهي في ذلك كدية

---

[1] ــ مواهب الجليل، الحطاب، ج 8 ، ص 332.

[2] ــ مغني المحتاج، ج5، ص /295.

[3] ــ الذخيرة، شهاب الدين القرافي، ج 12، ص 416.

[4] ــ سنن النسائي، النسائي، ج8، ص 29، كتاب القسامة، باب كم دية شبه العمد، رقم 4793.

القتل العمد، وأما التخفيف فمن جهتين: تجب على العاقلة عند جمهور الفقهاء، وتدفع مقسطة[1].

ج ــ دية القتل الخطأ: تعتبر الدية العقوبة الأصلية في القتل الخطأ إلا أنها تجب مخففة من وجوه عدّة: حيث تجب على العاقلة[2].

أثر الأصلية على الدية: اختلف العلماء في ذلك على مذهبين

المذهب الأول: ذهب الحنفية والإمام مالك في رواية والإمام أحمد في رواية والظاهرية والحسن البصري والنخعي وابن المنذر إلى أن الأصلية لا تؤثر في الدية الواجبة على الجناية مطلقا سواء كانت الجناية عمدا أو شبه عمد أو خطأ، وسواء كانت الجناية على النفس أو ما دون النفس أو الجنين[3].

واستدلوا لمذهبهم بعموم الأدلة التي توجب الدية بدون فرق بين كون المقتول أجنبيا أو قريبا ومن ذلك قول الله تعالى: {فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ}[4]. وقوله سبحانه وتعالى: {وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ}[5].

وأما السنة ما رواه عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم: أنه قال: **{في النفس المؤمنة مائة من الإبل}** [6]. ووجه الاستدلال بالحديث أنه لم يفرق بين مقتول ومقتول، بل سوّى بين الجميع .

كما استندوا لفعل سيدنا عمر حينما أخذ الديّة كاملة من المدلجي قاتل ابنه[7].

---

[1] ــ بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص 255، الحاوي الكبير، الماوردي، ج12، ص 340، المغني والشرح الكبير، ابن قدامة، ج9، ص 491.

[2] ــ نفس المرجع .

[3] ــ العقوبة، محمد أبو زهرة، ص 422، شرح الزرقاني، ج 4، ص 196.

[4] ــ البقرة، الآية 178.

[5] ــ النساء، الآية، 92.

[6] ــ الموطأ، الإمام مالك، كتاب العقول، رقم 1647 ط دار المعرفة بيروت لبنان 1981.

[7] ــ الموطأ، الإمام مالك، كتاب العقول، ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه، رقم 1683.

المذهب الثاني: ذهب المالكية والشافعية والإمام أحمد في رواية إلى أن القرابة تؤثر على الدية وهي سبب من أسباب تغليظها[1].

محل تغليظ الدية: اختلف الفقهاء القائلون بتأثير الأصلية خصوصا والقرابة عموما في محل التغليظ على ثلاثة أقوال.

القول الأول: ذهب المالكية إلى أن محل تغليظ الدية بالقرابة يكون في الدية الواجبة في الجناية التي تكون فيها شبهة وخاصة في حالة قتل الأصول للفروع أو جرحهم .ودليلهم قضاء سيدنا عمر رضي الله عنه في قصة المدلجي قاتل ابنه [2] .

القول الثاني: ذهب الشافعية والإمام أحمد في رواية إلى أن تغليظ الدية يكون في الدية الواجبة في قتل الأقارب مطلقا سواء كانت الجناية على النفس أو ما دونها أو على الجنين، عمدا أو غير عمد [3].

القول الثالث: وذهب بعض الحنابلة إلى أن الدية التي تغلظ بالقرابة هي الدية الواجبة في الجناية الخطأ على النفس في قتل ذوي الرحم المحرم[4] .

كيفية تغليظ الدية: مما اتفق عليه الفقهاء القائلون بأثر القرابة في تغليظ الدية أن الدية المغلظة بهذا السبب تكون مثلثة، أي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة، واختلفوا في جهة تحملها وكيفية أدائها من حيث الحلول والأجل على قولين:

القول الأول: ذهب الإمام مالك وابن القاسم والشافعية إلى أن الدية المغلظة تجب في مال الجاني وتجب حالة وغير مؤجلة ودليلهم فيما ذهبوا إليه قصة المدلجي قاتل ابنه[1].

---

[1] ــ الاستذكار، ابن عبد البر، ج25، ص 200، الحاوي الكبير، الماوردي، ج 12، ص 22، المغني والشرح الكبير، ج9، ص 359.

[2] ــ الاستذكار، ابن عبد البر، ج25، ص 200 وما بعدها، طبعة أولى مؤسسة الرسالة بيروت لبنان 1993.

[3] ــ مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، ج5، ص 295، المغني والشرح الكبير، ج9، 359.

[4] ــ كشاف القناع، البهوتي، ج 7، ص 2936، طبعة خاصة دار عالم الكتب 2003.

القول الثاني: ذهب الحنابلة وبعض المالكية إلى أن الدية هنا تكون مثل دية شبه العمد، أن تكون مخففة في الأداء والتحمل، فتكون مؤجلة في ثلاث سنين، وتتحملها العاقلة، واستدلوا على ذلك بقول سيدنا عمر رضي الله لسراقة بن مالك اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير وليس سراقة بالأب وإنما هو سيد القوم وهذا يدل على أنها كانت على العاقلة[2].

الدية والتعويض في القانون الجزائري: وأما القانون الجزائري فقد نص عن التعويض ولا مجال لعقوبة الدية فيه. كما أنه لا يعتبر التعويض دية بحال من الأحوال ولا عقوبة، بل هو تعويض ناشئ عن فعل ألحق ضررا بالغير .وقد تناولت المواد 124و 124 مكرر و125 وإلى غاية المادة 133 من القانون المدني رقم 05ـــ 10 المؤرخ في 20 أوت 2005 . قواعد التعويض[3]. كما أن القانون ترك سلطة تقدير التعويض لاجتهاد القاضي .[4]

ج العقوبات التكميلية للقتل:

1ـــ الكفارة: قال في اللسان: والكفارة ما كفّر به من صدقة أو صوم أو نحو ذلك، والاسم الكفارة، والتكفير في المعاصي، وسميت الكفّارات بذلك لأنها تكفِّر الذنوب أي تسترها[5]. لا يبتعد المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي.

القتل الموجب للكفارة: اختلف الفقهاء في القتل الموجب للكفارة، حيث ذهب المالكية والحنفية والحنابلة في مشهور المذهب إلى أن القتل الخطأ هو وحده القتل

---

[1] ـــ الاستذكار، ابن عبد البر، ج 25، ص 198، 199، الحاوي، الماوردي، ج12، ص 22.

[2] ـــ الاستذكار، ابن عبد البر، ج25، ص 200.

[3] ـــ القانون المدني، حسب آخر تعديلاته، ص 95 وما بعدها، ط دار بلقيس 2008 الدار البيضاء الجزائر .

[4] ـــ نفس المرجع .

[5] ـــ لسان العرب، ابن منظور، ج5، ص 148، مادة كفر، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

الموجب للكفارة[1].واستدلوا فيما ذهبوا إليه بمفهوم قوله تعالى: {ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة}[2].ثم ذكر القتل العمد، ولم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم فمفهومه أن لا كفارة فيه[3] . وروي أن الحارث بن سويد قتل رجلا، فأوجب النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ عليه القود، ولم يوجب الكفارة)[4].كما عللوا ذلك بقولهم: إن القتل العمد فعل يوجب القتل، فلا يوجب كفارة[5]. في حين ذهب الشافعية وفي رواية عند أحمد إلى وجوب الكفارة مطلقا حتى في القتل العمد[6]، واستدل الشافعية على مذهبهم بالسنة والقياس الأولوي .

السنة: روى واثلة بن الأصقع قال: أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم في صاحب لنا استوجب النار بالقتل، فقال: {اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضوا من النار}[7].

القياس: القتل العمد يعتبر قتل آدمي مضمون فوجب أن تستحق فيه الكفارة كالخطأ ولأن الكفارة إذا وجبت على الخاطئ مع عدم الإثم كان وجوبها على العامد مع الإثم أحق[8].

---

[1] ــ عقد الجواهر الثمينة، ابن شاس، ج3، ص، 1129، طبعة أولى دار الغرب افسلامي بيروت لبنان 2003 بدائع الصنائع، الكاساني، ج 7، ص 251، المغني، ابن قدامة، ج9، ص498.

[2] ــ سورة النساء ، الآية 92.

[3] ــ المغني، ابن قدامة، ج10، ص 40.

[4] ــ هذا الحديث روي في السنن الكبرى للبيهقي ولكن فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب عنق الحارث وقتله لأنه قتل محذر بن زياد ظلما في أحد وقد تأكدت القصة في ترجمة الحارث في أسد الغابة، السنن الكبرى، البيهقي، ج8، ص 57.

[5] ــ المغني، ابن قدامة، ج10، ص 40.

[6] ــ الوسيط، الغزالي، ج6، ص 391، المغني، ابن قدامة، ج 12، ص 226.

[7] ــ سنن أبي داود، أبو داود، كتاب العتق، باب أبواب في العتق، ج4، ص 128، رقم 2964، طبعة الدار المصرية اللبنانية، 1988.

[8] ــ الحاوي الكبير، الماوردي، ج 13، ص 67.

أثر الأصلية على الكفارة: مما أجمع عليه الفقهاء أن الأصلية لا أثر لها في وجوب الكفارة على القاتل قال المزني: (ولا يقتل والد بولده لأنه إجماع ولا جد من قبل أم ولأب بولد ولد وإن بعد ويعزر لإقدامه على معصية وعليه الدية والكفارة في ماله ولا ميراث له منه)[1]. ومن ثم فالأب والجد أو الأم والجدات إن تلبسن بقتل فروعهم فإنه يجب عليهم الكفارة والتي هي صيام شهرين متتابعين أو تحرير رقبة[2].

ولكن ولعدم وجود رقاب اليوم بانتهاء الرق، وقد يتعذر على القاتل الصوم لمرض أو عجز أو غير ذلك فهل ننتقل إلى الإطعام ؟ وهذه من المسائل التي اختلف فيها العلماء على مذهبين:

المذهب الأول: أنه إذا لم يقدر على الرقبة أو انعدمت الرقاب كما في عصرنا هذا، و لم يقدر على الصيام بسبب زمانة ـــ الأمراض الذي لا برأ منها ـــ فإنه تسقط عليه الكفارة أو تبقى دين في ذمته إلى أن يقدر عليها[3]. لقوله تعالى: {ومن قتل مؤمنا خطئا فتحرير رقبة مؤمنة وديّة مسلمّة إلى أهله إلا أن يَصّدقوا}[4].ولو شرع غير ذلك لذُكر[5] . ومنعوا القياس على بقية الكفّارات لأنه لا يجوز القياس في الحدود والكفّارات .

المذهب الثاني: في حالة عدم قدرته على الرقبة أو الصيام فإنه يلزم بالإطعام ككفارة الظهار والفطر في رمضان وإن لم يذكر في القرآن، فقد وجد نظيره فيقاس عليه وهو مذهب الشافعي والحنابلة [6]. وأرى ترجيح هذا الرأي وذلك لمقتضيات

---

[1] ـــ الحاوي، الماوردي، ج12، ص 22.

[2] ـــ الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ج5م ص 92.

[3] ـــ المغني، ابن قدامة، ج 10، ص41.

[4] ـــ سورة النساء ، الآية 92.

[5] ـــ المغني، ابن قدامة، ج 10، ص41.

[6] ـــ المغني، ابن قدامة، ج 10، ص41.

العصر دلك فقد يقتل إنسان إنسانا خطأ أو عمدا عند من يرى أن الكفارة تجب في العمد.

أما القانون فلا مجال للكفارات فيه لأنه لا يراعي الجانب العقائدي الإيماني ولا يبني فلسفة العقوبة على مراعاة جانب اليوم الأخر والعقاب الأخروي وتكفير الذنب بحال من الأحوال وهذا ما تميزت به الشريعة الربانية التي بمقدار ما راعت حماية المجتمع وإصلاح الجاني في الدنيا فقد راعت تكفير الذنب لتجنيب المجرم المسؤولية يوم القيامة.

2 ــ الحرمان من الميراث:

لقد اختلف الفقهاء في القتل الموجب للحرمان من الميراث . ذهب الشافعية إلى عدم استحقاق القاتل للإرث مطلقا، سواء كان القتل خطأ، أو عمدا أو شبه عمد[1]. لقوله صلى الله عليه وسلم: {لا يرث قاتل}[2].ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن كلمة قتل جاءت نكرة في سياق النفي، والنكرات في سياق النفي تعم. ويقترب منهم الحنابلة حيث يرون أن القتل مانع من الميراث مطلقا. إلا ما كان بحق كالقصاص، أو الحد أو دفاعا عن النفس، وأما القتل الموجب للقود، أو الدية و الكفارة فمانع من الميراث[3]. وأما المالكية فقد ميَزوا في القتل المانع من الميراث بين حالتين

الحالة الأولى: أن يكون القتل عمدا عدوانا ففي هذه الحالة يحرم من الميراث بالإجماع .

الحالة الثانية: أن يكون القتل خطأ، وفي هذه الحالة يرث من ماله دون ديته. ووجه التفريق بين الدية والمال في الإرث، أن الدية واجبة على القاتل فلا وجه ولا معنى

---

[1] ــ الحاوي الكبير، الماوردي، ج13، ص 70.

[2] ــ سنن الترمذي، ابن ماجة، باب القاتل لا يرث رقم الحديث 2645 ط أولى المكتب الإسلامي بيروت لبنان 1979.

[3] ــ المبدع، ابن مفلح، ج8، ص 360.

لأن يرث شيئا وجب عليه، وأما المال فإنه يستحقه لعدم لتعجل مورثه بالقتل[1]. وأما الحنفية فالقتل المانع من الميراث، هو القتل الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة، أما القتل بالتسبب أو بوجه حق كالقصاص لا يوجب الحرمان من الميراث عقوبة .

أثر الأصلية في الحرمان من الميراث: من بين عقوبات القتل الحرمان من الميراث ولعل هذه العقوبة لها صلة وطيدة باعتداء الأصل على الفرع وذلك لأن من أسباب الميراث النسب وهو متوفر في الأصل بسبب الأبوة وإن علت مالم يوجد حاجب في الجد أو الأمومة وإن علت مالم يوجد حاجب في الجد هذا من جهة، ومن جهة أخرى وجد مانع من موانع الإرث وهو القتل لقوله صلى الله عليه وسلم: {لا يرث قاتل} وقد بينا سابقا اختلاف الفقهاء في نوع القتل المانع من الميراث وعليه فإن هذه المسألة وقع فيها تفصيل من العلماء حيث ذهب الشافعية إلى أنه لا يرث الأصل القاتل من فرعه المقتول بحال من الأحوال سواء اعتبر قتله له عمدا أو شبه عمد أو خطأ وهو مذهب الحنفية[2]. في حين يرى الإمام مالك أنه إن كان قتله عمدا فلا ميراث له لا من ديته ولا من ماله ولا يحجب أحدا من ورثته الذين يحجبون بالأصل الوارث المذكر ن كما أن الأم إذا قتلت فرعها فإنها لا ترث، وفي الوقت ذاته فإنها لا تحجب الجدات اللائي لولا تلبسها بمانع القتل لحجبن بها، وأما إن كان قتله خطأ فمذهب مالك أن يورثه من ماله دون ديته [3]، و لم يسلم فلإمام مالك بهذا التفريق حيث اعتبر ذلك ضربا من التخصيص بدون مخصص فطالما أنه يرث من ماله وقد يحتاج إلى مال فغنه لا عبرة بمنعه من الإرث من مال الدية، والحق أن نظرة الإمام مالك غاية في الصحة فقاتل الخطأ لا يمكن أن يضاعف عليه العقاب . والدليل على ذلكما أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال بعدما أخذ الإبل من سراقة بن مالك: أين أخو المقتول ؟ قال: ها أناذا .قال: خذها . وروى هذه القصة

---

[1] ــ النوادر والزيادات، عبد الله بن أبي زيد القيرواني، ج14، ص 134، الطبعة الأولى دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان، 1999.

[2] ــ الحاوي، الماوردي، ج، 12، ص 22.

[3] ــ شرح الزرقاني على موطأ مالك، عبد الباقي الزرقاني، ج4، ص 197.

عبد الرزاق الصنعاني من طريق سليمان بن يسار قال فورثها أخاه لأبيه وأمه، و لم يورث أباه من ديته شيئا[1] .

أثر القتل على الميراث في قانون الجزائري:

أخذ القانون في منع القاتل من الميراث بمذهب المالكية ومنع القاتل عمدا عدوانا من الميراث

نصت المادة من قانون الأسرة الجزائري 135 على أنه يحرم من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم

1ـــ قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا ز

2ـــ شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه .

3ـــ العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

المادة 137 من قانون الأسرة الجزائري فقد نصت على ميراث القاتل خطأ حيث جاء فيها ويرث القاتل خطأ المال دون الدية أو التعويض

أثر الأصلية على الجناية على ما دون النفس:

وتنقسم الجناية على ما دون النفس باعتبار الضرر الواقع على جسم المجني عليه إلى خمسة أقسام

أولا: قطع عضو أو إبانة أطراف المجني عليه .**ثانيا:** جرح أحد أعضاء المجني عليه فيما عدا الرأس والوجه .

ثالثا: جرح الوجه أو الرأس وتسمى شجاجا .

رابعا: إزالة منفعة أحد الأعضاء مع بقاء العضو وتسمى جناية إتلاف .

خامسا: الإيذاء والإيلام دون ذهاب العضو أو زوال المنفعة .

عقوبة الجناية على ما دون النفس: لقد رتبت الشريعة الإسلامية عقوبات متعددة على جرائم الاعتداء على الأعضاء، وهي متفاوتة بين القصاص، والديات

[1] ـــ شرح الزرقاني على موطأ مالك، عبد الباقي الزرقاني، ج4، ص 196.

والأروش. والعلماء متفقون على وجوب الدية والأروش على الأصول باعتداء على الفروع، ومحل البحث في وجوب القصاص في الجناية على الأعضاء .

ذهب جماهير العلماء إلى عدم وجوب القصاص فيما دون النفس فلا يقطع الأصل أبا أو أما أو أجداد أو جدات بقطعه عضوا من أعضاء فروعهم فيما يجب في قطعها القصاص وقد عمل الفقهاء بقاعدة: (من لا يقاد بغيره بالنفس لا يقاد به فيما دون النفس، من يقاد بغيره في النفس يقاد به فيما دون النفس)[1].

وقد يستدل بالقياس الأولوي فلئن سقط القصاص في الجناية على النفس فمن باب أولى أن يسقط القصاص فيما دون النفس .

أثر الأصلية على جريمة الإجهاض: جريمة الإجهاض تقع على الجنين ممن لم يولد ومازال في بطن أمه .

تعريف الجنين لغة: يقال جنّ الشئ يجنّه، ستره وكل شئ ستر عنك فقد جنّ عنك وبه سمي الجنّ جنّا لاستتاره عن الأبصار، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه[2].

تعريف الجنين اصطلاحا: اختلف العلماء في تعريف الجنين وكان لاختلافهم في التعريف أثر في ترتب آثار الجناية على الجنين (الإجهاض)

تعريف الحنفية: هو كل ما كان في مرحلة المضغة المخلقة المستبية لبعض ملامح الخلق [3].

تعريف المالكية: هو كل ما حملته المرأة مما يعرف أنه ولد، وإن لم يكن مخلقا[4].

---

[1] ــ القصاص والديات في الشريعة الإسلامية، عبد الكريم زيدان، ص152، ط الأولى، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان.

[2] ــ لسان العرب، ابن منظور، ج13، ص 111.

[3] ــ الهداية شرح بداية المبتدي، برهان الدين المرغيناني، ج3، ص 247، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان .

[4] ــ المنتقى، أبو الوليد الباجي، ج8، ص 409.

تعريف الشافعية والحنابلة : يقترب الشافعية من الحنفية في تعريف الجنين حيث يعتبرون الجنين ما كان مضغة في صورة آدمي خفية أخبر بها القوابل.[1]

ثمرة الخلاف في تحديد مرحلة الاجتنان: تبرز الثمرة في المرحلة التي يجوز فيها الإجهاض من عدمه إذ يرى كل من الحنفية والشافعية وبعض المالكية جواز الإجهاض قبل مرحلة التخلق في حين يتشدد المالكية ويمنعون الإجهاض ولو في أولى مراحل الحمل حال كونه منيا مستقرا في الرحم وهو مذهب بعض الأحناف والغزالي والعز بن عبد السلام من الشافعية وجمهور الحنابلة [2]، وأما بعد نفخ الروح والتخلق فقد أجمع العلماء على حرمة الإجهاض إلا للضرورة القصوى كتيقن هلاك الأم إن بقي الجنين في بطن أمه وللعلماء تفاصيل ليست محل بحثنا[3] .

تعريف الإجهاض لغة: قال ابن فارس: الجيم والهاء والضاد أصل واحد وهو زوال الشيء عن مكانه بسرعة يقال أجهضت الناقة، إذا ألقت ولدها[4].

تعريف الإجهاض اصطلاحا: لا يبتعد التعريف الاصطلاحي للإجهاض عن التعريف اللغوي وقد تستعمل له عبارات أخرى ومرادفات أخرى كالسقط و الإملاص.

تعريف الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري: لم يعرف قانون العقوبات الإجهاض وإنما اكتفى بعرض بعض صوره حيث نصت المادة 304: على ما يلي: (كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية، أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أم لم

---

[1] ـــ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، محمد بن أحمد الرملي /ج 7، ص 318 ط أولى دار إحياء التراث العربي 2005.

[2] ـــ المبسوط، السرخسي، ، ج30، ص 51 دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الذخيرة، شهاب الدين القرافي، ج 4، ص 356، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج8، ص 443، دار الفكر، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، المرداوي، ج 1، ص 368، تحقيق عبد الله التركي، دار الهجرة، القاهرة مصر.

[3] ـــ المراجع السابقة .

[4] ـــ لسان العرب، ابن منظور، ج7، ص 146.

توافق، أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية من 500 دينار إلى 10000 دينار[1].

ونصت المادة 309من القانون نفسه: تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دينار المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك، أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهدا الغرض [2]. وترك التعريفات لفقهاء القانون حيث عرّف بأنه: (إخراج الجنين عمدا من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، أو قتله عمدا في الرحم)[3].

عقوبة الإجهاض في الشريعة الإسلامية وقانون العقوبات الجزائري: مما لاشك فيه أن الشريعة الإسلامية حرمت وجرّمت الإجهاض، كما أن القانون منع وجرّم الإجهاض واعتبره فعلا يعاقب عليه كما سبقت الإشارة إليه في المادة 309من قانون العقوبات .

الجنين الذي تجب في الدية: من المعلوم فقها وطبا أن الجنين يمر بمراحل ذكرت في كتاب الله تعالى

النطفة، العلقة، المضغة، إلى أن تنفخ فيه الروح

الإجهاض في مرحلة النطفة: ومما أجمع العلماء عليه أن الجناية عل الجنين في هذه المرحلة لا توجب شيئا من حيث الضمان أو الدية[4].

الإجهاض في مرحلة العلقة وما فوقها: وأما الجناية على الجنين في مرحلة العلقة وما فوقها، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال .

---

[1] ــ قانون العقوبات الجزائري المعدل لعام 2015، المادة 304.

[2] ــ قانون العقوبات الجزائري، المادة 309.

[3] ــ شرح قانون العقوبات الجزائري ــ القسم الخاص ــ دكتور محمد صبحي نجم، ص60ــ 61 ديوان المطبوعات الجامعية.

[4] ــ تفسير القرطبي، ج12، ص 8، طبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 1988.

القول الأول: تجب الغرة فيما تبين من خلق الإنسان من ظفر أو أصبع ولو كان خفيا، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة ورواية عند الحنفية [1].

القول الثاني: تجب الغرة في سقوط الحمل مطلقا ولو كان دما مجتمعا وهو مذهب مالك وبعض أصحابه وبعض الحنابلة والظاهرية [2].

القول الثالث: لا تجب الغرة إلا بنفخ الروح، وقبل نفخ الروح تجب فيه حكومة وهو ما ذهب إليه جمهور الحنفية[3] واختاره وجوده ابن رشد حيث قال: (والأجود أن يعتبر نفخ الروح فيه، أعني: أن يكون تجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد كانت وجدت فيه)[4].

الترجيح: مما لاشك فيه أن هذه الأقوال قد استند أصحابها إلى أدلة في مجملها عقلية استنباطية وليست نصوصا واضحة المعنى بينة الدلالة، ولكن يبدو أن الراجح ما ذهب إليه أصحاب الرأي الثاني من تبين الصورة لأنه يكون بذلك قد تخلق ووضحت فيه صورة الآدمية ويصدق عليه وصف الجنين .

وسائل الإجهاض وأثرها في العقوبة

سقوط الجنين بسبب الجناية على الأم: سقوط الجنين بسبب الجناية على الأم قد يكون من الأم نفسها بإجهاض نفسها وقد يكون بفعل طرف آخر، و هذا الطرف قد يكون طبيبا يمارس حقا مأذونا فيه إذا تحقق من وفاة الأم وتعين الإجهاض وسيلة لإنقاذ حياة الأم، وقد يكون المعتدي أصلا من أصول الجنين أبا، أو جدا أو جدة ـــ

---

[1] المغني، ابن قدامة، ج9، ص 538وما بعدها، مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، ج5، ص 371، بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص 325.

[2] ـــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ص 733، طبعة أولى دار ابن حزم، 1999، بيروت لبنان، الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، 12، ص 9، الإنصاف، المرداوي، ج10، ص 69، المحلى، ابن حزم، ج11، ص 239.

[3] ـــ البحر الرائق، ابن نجيم، ج 4، ص 148.

[4] ـــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ص 733.

وهو ما يعنينا في دراستنا هذه ـــ والجناية على الجنين قد تكون خطأ وقد تكون شبه عمد أو عمد

إسقاط الجنين عمدا عن طريق الأم نفسها: مما اتفق عليه أهل العلم أن المرأة الحامل مطلوب منها رعاية جنينها بشتى الوسائل الايجابية والسلبية كفعل كل ما من شأنه المحافظة على الجنين والامتناع عن كل ما يؤذي الجنين ويعرضه للسقوط فتقصير الأم في حماية جنينها أو تعريضه للسقوط يجعل الأم مسئولة مسؤولية جزائية وأخرى مدنية فضلا عن الإثم والعقاب الإلهي الأخروي وقد اختلف الفقهاء فيما يجب على الأم في تعمدها إسقاط جنينها، حيث ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار ذلك عمدا يوجب القصاص، وهو مذهب الظاهرية وبعض المالكية [1] .وذهب الجمهور إلى خلاف ذلك وأوجبوا الغرة والكفارة والحرمان من الإرث ونصوا على ذلك صراحة، حيث جاء في تكملة البحر الرائق: (امرأة شربت الدواء فألقت جنينا ميتا، أو حملت حملا ثقيلا فألقت جنينا ميتا على عاقلتها خمسمائة درهم في سنة واحدة لوارث الحمل)[2].ونص صاحب المغني على عقوبة إجهاض الأم نفسها قائلا: (وإذا شربت الحامل دواء فألقت به جنينا، فعليها غرة لا ترث منها شيئا، وتعتق ـــ وهذه إشارة لوجوب الكفارة عندهم ـــ وليس في هذه الجملة اختلاف بين أهل العلم نعلمه)[3].

إسقاط الأم جنينها عن طريق الخطأ: وفي حالة إسقاط الأم لجنينها عن طريق الخطأ كأن تناولت دواء لعلاج مرض أو إجراء فحوصات أو أشعة معينة أو حملت حملا ثقيلا وهي لا تدري أنّ ذلك يسبب الإجهاض فحدث الإجهاض، فإنها غير مطالبة بالضمان مطلقا، إلا أن ثمة رأي بتحميل الأم الضمان وإن لم تكن قاصدة الإجهاض[4].

---

[1] ـــ المحلى، ابن حزم، ج 11 ، ص 238، بلغة السالك لقرب المسالك، أحمد الصاوي، ج2، ص 369.

[2] ـــ تكملة البحر الرائق، الطوري، ج8، ص 391 ط دار الكتب العلمية بيروت لبنان.

[3] ـــ المغني، ابن قدامة، ج 9، ص 507.

[4] ـــ تبصرة الحكام في أصول الأقضية والأحكام، ابن فرحون المالكي، ج2، ص 168.

والحق أن هذا الرأي ضعيف ولا يستقيم مع المقاصد الشرعية لحفظ الأسرة إذ أن هذا القول سيؤدي حتما إلى تعنت الزوج واتهامه زوجته بالتسيب و الإهمال والمطالبة بالضمان ستجرح مشاعر زوجة مكلومة بفقدها جنينها و فقدها لمن ستكون بسببه أمّا مفعمة بمشاعر الحب والحنان وخاصة عند فقدان أي قرينة تدل على التقصير أو القصد الجنائي .

سقوط الجنين بالاعتداء على الأم من أحد الأصول:

في حالة الاعتداء المقصود على الأم وسقوط الجنين بأي صورة من صور الاعتداء العمدي، والتي قد تتعدد وتتنوع تنوع أساليب الجريمة سواء بالتسبب أو المباشرة فإن الفقهاء متفقون على ضمانه بالدية الكاملة إن ولد حيا ثم مات، أو غرة حال خروجه ميتا[1]، شرط تحقق حياته في بطن أمه لأن الأصل بقاء ما كان على مكان عليه ، والأصل حياة الجنين، ولو حكم الأطباء بموت الجنين قبل فترة من الجناية على أمه بالضرب وأن موته ليس بسبب الضرب والاعتداء فالذي أراه والله أعلم أنه لا غرة على الأصل (الأب أو غيره). ولكن يجب التأديب والتعزير حماية لحرمة النفس إذ أن القصد كان متجها نحو إسقاط كائن توقعه حياته، وهذا تخريجا على سقوط القصاص على من اعتدى على شخص ظنه حيا فتبينت وفاته قبل الجناية عليه. والدليل على هذا الحكم.

1ـــ حديث أبي هريرة في قصة الهذليتين ونصه: (اقتتلت امرأتان من هذيل، فرمت أحداهما الأخرى بحجر، فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنّ دية جنينها غرة ـــ عبد أو وليدة ـــ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها، وورثه ولده ومن معهم)[2] . ووجه الدلالة من الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب غرة على إسقاط الجنين .

2ـــ ما رواه المغيرة بن شعبة عن عمر بن الخطاب ـــ رضي الله عنهما ـــ أنه استشارهم في إملاص المرأة، فقال المغيرة بن شعبة: (قضى النبي صلى الله عليه وسلم ـــ

---

[1] ـــ المحلى، ابن حزم، ج13، ص 239.

[2] صحيح مسلم، مسلم، كتاب القسامة، والمحاربين والقصاص والدية .

بالغرة ـــ عبد أو أمة ـــ فقال له عمر: ائت بمن يشهد معك، فشهد معه محمد بن مسلمة الأنصاري، أنه شهد النبي صلى الله عليه وسلم قضى به)[1].

الحالة الثانية: وفاة الأم باعتداء عليها عمدا وانفصال الجنين ميتا:

وصورة هذه المسألة أن يجني زوج أو أوالد المرأة أو والدها أو أحد أصول الزوج على امرأة حامل فتموت المرأة ففي حال كون المعتدي هو الزوج وأدى الاعتداء إلى وفاة زوجته فإنه يجب القصاص كعقوبة أصلية بقتله زوجته والغرة كدية بالاعتداء على الجنين، وفي حالة عفو أولياء الدم عن القصاص فتجب دية كاملة مغلظة وأما دية الجنين فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إذا سقط الجنين ميتا بعد موت أمه بجناية عليها فإن هذا يوجب الغرة في الجنين، وهو أحد قولي الشافعية، ومذهب الحنابلة[2]، وقول أشهب من المالكية وقول الليث وربيعة وابن شهاب الزهري[3].

القول الثاني: تجب دية الأم في حالة سقوط القصاص ولا شيء في الجنين وهو ما ذهب إليه الحنفية وجمهور المالكية وفي قول للشافعية[4].

سقوط الجنين بسبب الجناية على الأم في حال الخطأ:

أما في حالة الخطأ فإذا ولد حيا ثم مات فتجب دية القتل الخطأ، وإذا سقط ميتا ففيه غرة والذي يميز حال العمد عن حالة الخطأ سقوط المؤاخذة والإثم و التعزير في حالة الخطأ وثبوتهما في حالة العمد .

---

[1] ـــ سنن ابن ماجة، ابن ماجة، كتاب الديات، باب دية الجنين، رقم 2640.

[2] ـــ الحاوي، الماوردي، ج12، ص 319م الفروع، ابن مفلح، ج6، ص 17.

[3] ـــ روضة الطالبين، النووي، ج 7، ص 217، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ص 733، الطبعة الأولى 1999 دار ابن حزم، بيروت لبنان.

[4] ـــ تبيين الحقائق، الزيلعي، ج 6، ص 140، المبسوط، شمس الدين السرخسي، ج26، ص 89، الذخيرة، شهاب الدين القرافي، ج12، ص 402/، مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، ج 5، ص 369.

إجهاض الأم بسبب تأديب الزوج لها:

وهذه صورة من صور الإجهاض بالتسبب، حيث قد يمارس الزوج حق التأديب فيؤدي ذلك لسقوط الجنين ميتا والمسألة لها حالتان.

الحالة الأولى: أن يقصد الزوج التأديب لنشوز وضربها ضربا معتادا غير مبرح ولا مسرف في الضرب، وتلف الجنين بذلك فإن الجنين مضمون على كل حال وفي ضمان زوجته بالدية خلاف بين الفقهاء بين من يرى أن لا شيء على الزوج وهو ما ذهب إليه الحنابلة [1]، وبين من يرى أن عليه الدية والكفارة وهو مذهب الحنفية غير الصاحبين والمالكية والشافعية وجمهور الحنابلة[2]. وهو الراجح لموافقته لعمومات النصوص والمتمشي مع مقاصد الشريعة في الحفاظ على الأرواح والدماء التي تشوفت إليه وكذلك مبدأ سد الذرائع يقتضي ذلك وقد يقتضي القول بالقود لفساد الذمم وتغير الزمان .

الحالة الثانية: أن يقصد الزوج التأديب ولكنه يتجاوز في التأديب ويسرف في الضرب ويستعمل ما لا يجوز استعماله فقد اختلف الفقهاء فيما يجب عليه على قولين:

القول الأول: يجب عليه القود ويعتبر ذلك عمدا يوجب القصاص بالقسامة وهو ما ذهب إليه الشافعية والمالكية[3] .

القول الثاني: لا يجب عليه سوى الضمان بالدية إن أسرف في الضرب وهو مذهب الحنفية والحنابلة[4].

والحق ما ذهب إليه أصحاب القول الأول وهو وجوب القصاص في حالة التعدي بالضرب والتعذيب، و اعتماد القول الثاني سيؤدي حتما لارتفاع معدلات الجريمة

---

[1] ــ المبدع، ابن مفلح، ج8، ص 341.

[2] ــ نفس المرجع.

[3] ــ مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، ج 5، ص 369، حاشية الدسوقي، محمد ابن عرفة الدسوقي، ج4، ص 415، دار الفكر للطباعة والنشر 2005.

[4] ــ الحاوي، الماوردي، ج 12م ص 319، الفروع، ابن مفلح، ج6، ص 17.

الزوجية وإقدام كثير من الأزواج على ضرب أزواجهم ضربا مبرحا وخاصة في حالة الحمل مما قد يتلفها ويزهق روحها.

وكلام الفقهاء في مسألة تأديب الزوجة وفوات نفسها بالتأديب في غير الحامل، أما الحامل فالأصل أن ترعى ويعتنى بها ، ولا مجالا لاستعمال أي عنف معها مشروعا كان أو ممنوعا، وفي حالة استعمال العنف سواء أكان بنية التأديب أو غيره ف، ه يكون قتل شبه عمد يجب به ما يجب بالقتل شبه العمد، وإذا أسرف في ذلك التأديب وضابط الإسراف يراعى فيه ظرف الحمل فإنه يجب القود والقصاص ــ والله أعلم ــ .

أحكام الإجهاض خطأ في الشريعة الإسلامية: مما اتفق عليه فقهاء الشريعة بالإجماع أن الإنسان غير مؤاخذ ديانة على الفعل الضار الناجم عن الخطأ إذ أن القصد الجنائي غير متوفر لقوله صلى الله عليه وسلم: رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه . ولكن هل يجب عليه الغرة والكفارة ؟

ذهب ابن حزم الظاهري إلى وجوب الغرة على إجهاض جنين تجاوز أربعة أشهر إن كان ذلك عن طريق الخطأ[1].

وجوب الدية: تجب الغرة في حالة الخطأ وشبه العمد واختلف الفقهاء على من تجب الغرة على قولين:

القول الأول: أن الغرة تجب على عاقلة الجاني، وهو مذهب الحنفية ومشهور مذهب المالكية إذا كانت الجناية خطأ، والشافعية في صحيح أقوالهم، والحنابلة إذا كانت الجناية شبه عمد أو خطأ ومات الجنين مع أمه أو بعدها بجناية واحدة أو سقط حيا ومات [2].

القول الثاني: وذهب أصحاب هذا القول إلى إيجاب الغرة على الجاني وهو مذهب بعض المالكية والشافعية عند من يقول منهم بتصور العمدية في الجنين والحنابلة

---

[1] ــ المحلى، ابن حزم، ج 11 ، ص 238.

[2] ــ بدائع الصنائع، الكاساني، ج 7، ص 325، بلغة السالك، الصاوي، ج2، ص 368، الحاوي، الماوردي، ج12، ص ، الإنصاف، المرداوي، ج10، ص 70.

إذا كان قتل الأم عمدا، وكذلك إذا مات الجنين وحده دون أمه، وهو مذهب الظاهرية إذا كان الجاني قد تعمد جنايته على الجنين بعد نفخ الروح فيه، أو كانت الأم هي الجانية وقد تعمدت الجناية عليه[1] .

تعريف الغرة ومقدارها:

تعريف الغرة لغة: الغرة بضم الغين وتشديد الراء، بياض في الجبهة، عبر به عن الجسد كله جاء في القاموس المحيط: (الغرّة والغرغرة ـــ بضمها ـــ بياض بالجبهة، وفرس أغر، وغراء والأغر: الأبيض من كل شئ . والغرة ـــ بالضم ـــ العبد والأمة، ومن الشهر ليلة استهلاله، ومن الهلال طلعته، ومن الأسنان بياضها وأولها)[2].

تعريف الغرة اصطلاحا: تطلق عَلَى مَا فَوْقَ الْوَاجِبِ مِنَ الْوَجْهِ فِي الْوُضُوءِ، وَتُطْلَقُ أَيْضًا عَلَى مَا يَجِبُ فِي الْجِنَايَةِ عَلَى الْجَنِينِ، وَهُوَ أَمَةٌ أَوْ عَبْدٌ مُمَيِّزٌ سَلِيمٌ مِنْ عَيْبِ مَبِيعٍ.

تعريف الحنفية: قال في البدائع: (صارت الغرة في عرف الشرع اسما لعبد أو أمة، يعدل خمسمائة درهم، سميت بذلك لأنها أول مقادير الديات، وأول مقادير الديات خمسمائة درهم)[3]. وقال الشافعية: (دية الجنين الحر المسلم إن انفصل ميتا بجناية)[4]. وأما الحنابلة فقالوا: الغرة عبد أو أمة سميا بذلك لأنهما من أنفس الأموال[5].

شروط وجوب الغرة:

أولا: أن تقوم البينة على أن نزول الجنين كان بسبب الضرب والجناية لا بسبب آخر.

---

[1] ـــ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ص 733.

[2] ـــ القاموس المحيط، الفيروز آبادي، مادة غرر م ص 942 ط الثانية دار المعرفة بيروت لبنان 2007.

[3] ـــ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص 325.

[4] ـــ مغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، ج5، ص 368.

[5] ـــ المغني، ابن قدامة، ج9، ص 535.

ثانيا: أن يتحقق من نزوله ميتا غير مستهل بحياة كصراخ أو حركة أو ما يدل على حياته لأنه حينئذ تجب دية كاملة إن تيقنا أن وفاته كانت بسبب الجناية عليه[1].

أدلة مشروعية الغرة:

مقدار الغرة: مما اتفقت عليه كلمة علماء المسلمين قاطبة أن مقدار الغرة عبد أو وليدة لورود الشرع بذلك . ولكن وبعد انتهاء عهد الرقيق فهل تسقط الغرة أم تثبت القيمة وبمعنى آخر هل الغرة مقدار أم قيمة ؟ وهذا مما اختلف فيه الفقهاء على مذهبين

المذهب الأول: ذهب جمهور العلماء إلى أن الغرة مقدرة، ومقدارها نصف عشر دية الحر الذكر، وعشر دية المرأة لأن دية المرأة نصف دية الرجل[2]، في حين يرى بعض المعاصرين أن دية الجنين هي عشر دية الرجل والمرأة على حد سواء باعتبار قول الأصم أن دية المرأة كدية الرجل [3] . وهذا المقدار يساوي خمس من الإبل باعتبار أن دية الرجل مائة من الإبل وعشر المائة خمس من الإبل أو خمسين دينار باعتبار أن الدية ألف دينار[4].

والتقدير يعود إلى اختلاف قيمة الإبل من مكان إلى مكان، واختلاف قيمة الذهب من وقت لأخر والأصل أن نعتبر قيمة الذهب محلي الصنع لأنه هو الشائع والمعمول به

المذهب الثاني: لا يشترط في الغرة أن تبلغ نصف عشر دية الرجل أو عشر دية المرأة، بل الواجب الغرة بلغت ما بلغت وهو قول عند المالكية والشافعية[5].

---

[1] ــ أسهل المدارك /شرح إرشاد السلك، أبو بكر حسن الكشناوي، ج3، ص 143، 144/مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، ج5، ص 370 وما بعدها.

[2] ــ أسهل المدارك، الكشناوي، ج 3، ص 143، مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، ج 5، ص 372.

[3] ــ العقوبة، محمد أبو زهرة، ص 430 و 431.

[4] ــ المغني، ابن قدامة م ج 9، ص 535وما بعدها .

[5] ــ مغني المحتاج، الشربيني الخطيب، ج5، ص 372.

القول الثالث: الغرة غير مقدرة بخمسين دينارا أو غيرها، وإنما الواجب أقل ما تساويه الغرة إن وجدت وإلا فالقيمة وهذا مذهب الظاهرية [1].

قيمة الغرة: إذا تعذر دفع مقدار الغرة إبلا أو ذهبا فإننا نلجأ إلى دفع قيمة ذلك نقدا وهو المعمول به الآن في دفع الديات وكل المستحقات المالية لقيام العملات والنقود مقام الذهب والفضة في التثمين .

المسئول عن دفع الدية: في حالة العمد العدوان تكون الدية سواء كانت كاملة أو غرة من مال الجاني وهذا محل إجماع الفقهاء[2]، وهذا للأدلة التالية:

ـــ قوله تعالى: {ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى }[3].

ـــ قول سيدنا عمر ـــ رضي الله عنه ـــ: { لا تحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا و لا اعترافا}[4].

ـــ عن ابن شهاب الزهري أنه قال: {مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئا من دية العمد إلا أن يشاؤا ذلك}[5].

في حالة الخطأ: مذهب جماهير العلماء أن قتل الجنين لا يكون إلا خطأ ولا يتصور فيه العمد سوى ما ذهب إليه المالكية والظاهرية من تصور العمدية في قتل الجنين وقد سبق الكلام عن ذلك .

حيث ذهب الجمهور ـــ الحنفية، الشافعية والحنابلة ـــ إلى أن الدية على العاقلة والدليل على ذلك

---

[1] ـــ المحلى، ابن حزم، ج 11 ، ص 245.

[2] ـــ المغني، ابن قدامة، ج 9، ص 488، بقية المعلومات.

[3] ـــ سورة الأنعام، الآية 164.

[4] ـــ سنن الدراقطني، الدراقطني، كتاب الحدود والديات، ج3، ص 111.

[5] ـــ الموطأ، مالك بن أنس /كتاب العقول، باب ما يوجب العقل على الرجل في خاصة ماله 1682

1ـــ حديث أبي هريرة ـــ رضي الله عنه ـــ في قصة الهذليتين التين اقتتلتا فرمت أحدهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فقضى رسول الله ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ بدية الجنين غرة ـــ عبد أو وليدة ـــ وقضى بدية المرأة على عاقلتها}.

2ـــ ما ورد في حديث في حديث المغيرة بن شعبة قال: {ضربت إمرة ضرتها بعمود فسطاط وهي حبلى فقتلتها، قال: وإحداهما لحيانية، قال: فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عصبة القاتلة، وغرة لما في بطنها، فقال رجل من عصبة القاتلة، أنغرم دية من لا أكل، ولا شرب، ولا استهل، فمثل ذلك يطل، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اسجع كسجع الإعراب ؟ قال: وجعل عليهم الدية}[1].وفي الحديث دلالة صريحة على وجوب الغرة على العاقلة .

3ـــ **الأدلة العقلية :**

ـــ أن الجنين بدل نفس فتكون الغرة على العاقلة كالدية .

ـــ تحمل العاقلة للغرة ثبت بخلاف القياس بل بالنص وهو ما يعرف عند الأصوليين بالاستحسان الاستثنائي فلا يخرج الأمر عما ورد به النص حتى يكون ثمة تحكم، إذ أن التحكم في النصوص بغير دليل لا يجوز شرعا[2] .

ـــ العمد المحض لا يتصور في الجناية على الجنين، لأن الجاني لم يباشر الجناية ن فتكون الجناية إما خطا وإما شبه عمد، وما كان كذلك يكون على العاقلة على الجاني[3].

وذهب بعض المعاصرين ونتيجة لفساد الذمم وكثرة عمليات الإجهاض لأسباب عدة أن يجعلها على الجاني دون عاقلته ردعا وزجرا وتقليلا من الإجهاض وهو رأي وجيه تسنده أدلة الشرع والقواعد العامة والمقاصد الشرعية[4].

---

[1] ـــ أخرجه مسلم، في القسامة باب دية الجنين، ووجوب الدية في القتل الخطأ.

[2] ـــ بدائع الصنائع، الكساني، ج7، ص 326.

[3] ـــ نفس المرجع.

[4] ـــ أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي ، ابراهيم بن قاسم بن محمد، طبعة الأولى 2002، دار الحكمة بيروت لبنان.

بيت المال أو مال يقوم مقامه عند اضطرابه: يتحمل بيت مال المسلمين أو صناديق الضمان الاجتماعي أو النقابات المهنية كنقابة الأطباء أو غيرها الدية في حالتين:

الحالة الأولى: إذا أفزع الحاكم أو من ينوب عنه حاملا، فأجهضت فالضمان على بيت مال المسلمين.

الحالة الثانية: عند عجز العاقلة عن الدية أو انفراط أمرها وخاصة مع التغييرات الاجتماعية وضعف أمر القبيلة وهو ما نراه معمولا به الآن .

تعدد الديات بتعدد الأجنة: إذا ما حدثت جناية على الجنين ممن كان الاعتداء فالأصل أن يكون الجنين واحدا، ولكن قد يحدث أن يكون الجنين أكثر من واحد فقد اتفق الفقهاء أنه تجب أكثر من دية بحسب عدد الأجنة ووصفهم بحيث لو خرجا ميتان ففيهما غرتان، وإن خرجا وهما حيان ففيهما ديتان، وإن خرج أحدهما حي ثم مات والآخر ميت ففي الأول الدية الكاملة، وفي الثاني الغرة، وإن خرجوا أحياء ثم ماتوا فتجب ديات بعددهم[1].

الكفارة: مما أوجبه الله تعالى حقا له سبحانه وتعالى على من قتل نفسا خطأ بعد الدية ـــ وهي العقوبة الأصلية ـــ الكفارة كعقوبة تبعية لقوله تعالى: {وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا إلا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله، إلا أن يصدّقوا}[2]. وقال في آخر الآية الكريمة: {فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما}.

وأما بالنسبة للإجهاض فقد اختلف العلماء في وجوب الكفارة فيه وهناك حالتان

الحالة الأولى: أن يجهض الجنين حيا ثم يموت وتكون حياته ثابتة بالاستهلال ففي هذه الحالة تجب الكفارة بإجماع لأنه نفس بشرية معصومة تجب فيها الكفارة كوجوبها في قتل الكبير دون فرق [3].

---

[1] ـــ بلغة السالك، أحمد الصاوي، ج2، ص 369، الحاوي، الماوردي، ج12، ص 391.

[2] ـــ سورة النساء، الآية 92 .

[3] ـــ بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص 326، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ص 733، الحاوي، الماوردي، ج12، ص 391/المغني، ابن قدامة، ج9، ص 40.

الحالة الثانية: أن يجهض الجنين ميتا ــ سواء نفخت فيه الروح أم لم تنفخ ــ وقد اختلف العلماء في هذه الحالة على مذهبين:

المذهب الأول: الكفارة واجبة في الإجهاض إذا سقط الجنين ميتا بعد استكمال أربعة أشهر وتيقنت حركته بلا شك، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة، والظاهرية[1]. واستدل هؤلاء بما ثبت عن عمر بن الخطاب ــ رضي الله ــ قضى على إمرأة مسحت بطن إمرأة فأجهضت بالكفارة [2] . ولم يعرف له مخالف فكان إجماعا . وأما المعقول فقالوا: أن الجنين ثابتة آدميته وهو محقون الدم، فيضمن بالكفارة كغيره [3].

المذهب الثاني: لا تجب الكفارة في الإجهاض ولكن يندب إخراج الكفارة عند الحنفية، واستحسن ذلك المالكية وهو مذهب الظاهرية فيمن لم يكمل أربعة أشهر[4]. وقد استدلوا بحديث الهذليتين، حيث أوجب النبي الغرة وسكت عن الكفارة، فلو كان الكفارة واجبة لما سكت عنها رسول الله، لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة .كما قالوا إن الكفارة من المقدرات الشرعية والمقدرات الشرعية إنما تثبت بالنصوص ولا مجال للرأي والقياس فيها[5].

سبب الخلاف: يبرز سبب الخلاف في وجوب الكفارة من عدم وجوبها بين الفقهاء ترددهم في وصف القتل . فمن اعتبر القتل خطأ أوجب الكفارة، ومن اعتبره عمدا لم يوجبها. قال ابن رشد:

(فأما الشافعي فإنه أوجبها لأن الكفارة عنده واجبة في العمد والخطأ. وأما أبو حنيفة فإنه غلب عليه حكم العمد، والكفارة لا تجب في العمد عنده . وأما مالك فلما

---

[1] ــ الحاوي، الماوردي، ج12، ص 391، الإنصاف م المرداوي، ج10، ص 135، المحلى، ابن حزم، ج11، ص ــ 235.

[2] ــ المصنف، عبد الرزاق الصنعاني، كتاب العقول، باب ما على من قتل من لم يستهل، ج 10، ص 63.

[3] ــ الحاوي، الماوردي، ج12، ص391.

[4] ــ بدائع الصنائع، الكاساني، ج7، ص 326، بداية المجتهد، ابن رشد ص 723، المحلى، ابن حزم، ج11، ص 30.

[5] ــ بدائع الصنائع، الكاساني، ج 7، ص 326.

كانت الكفارة لا تجب عنده في العمد وتجب في الخطأ، وكان هذا مترددا عنده بين العمد والخطأ استحسن فيه الكفارة و لم وجبها)[1].

الحرمان من الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري:

قد يكون للجنين مال امتلكه عن طريق الوصية أو الإرث فيما يعرف بقضية ميراث الحمل، وقد يكون المال حاصلا بسبب الجناية عليه كالدية الكاملة، أو الغرة شريطة أن يستهل حيا وهذا محل إجماع . فهل يرث الأصل الجاني من هذا المال شيئا ؟.

الحالة الأولى: إذا ولد ميتا فإنه لا يرث شيئا لأنه لم يستهل ويكون المال لورثة الميت الأول، كما أن الوقف والوصية يسقطان ولا يجبان لأنه لم يستهل صارخا فيعود مال الوصية والوقف لكل من الموصي والواقف . ولكن السؤال المطروح هل يرث الجاني بجنايته على الجنين من المال الذي آل إلى ورثة الميت الأول وكون الجاني واحدا من هؤلاء الورثة .وصورة ذلك أن تتسبب الأم أو الجد لأب أو الجدة لأب في الإجهاض الذي أراه في هذه المسألة إذا توفر القصد الجنائي في الاعتداء على الجنين وكان الهدف منه حرمانه من الإرث أو غيره من الأسباب فإنه لا يرث شيئا من ذلك عقوبة له بنقيض قصده، وإذا كان الإجهاض غير مقصود أو تم بطريق مباح مؤذون فيه فإنه يرث وهذا تخرجا للمسألة على قاعدة من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه . ومقتضى القياس أنه إذا مات غير مستهل لم يجب له شيء وكان المال منسوبا لتاركه الأول، ولكن القول بمنعه بموجب عقوبته بنقيض القصد عملا بمبدأ سد ذريعة الاعتداء على الجنين وحمايته من الجناية عليه . وأما الوقف والوصية فيبطلان ويعادان إلى أملاك الموصي والواقف وإن قدر وفاة الواقف والموصي قبل الإجهاض فيعودان إلى أملاك ورثتهما.

الحالة الثانية: إذا ولد حيا ثم مات فقد وجب له الإرث والوصية والوقف ولكن بموته يطرح السؤال التالي هل تنتقل ملكية هذه الأموال إلى ورثته أم لا ولو كان أحد هؤلاء الورثة ممن تسبب في الجناية عليه ؟ .

أما الوقف فيبطل ويعود الوقف إلى الواقف ليتصرف فيه كيفما يشاء لانقطاع الجهة الموقوف عليها أما الوصية فقد ثبتت ملكية هذا الجنين للموصى به لوجود أهلية الوجوب بالاستهلال والذي أراه أنه ورثته يرثون الموصى به ولا يرث قاتله شيئا لأننا إذا

[1] ـــ بداية المجتهد، ابن رشد، ص 734.

كنا قد منعنا أن يرث الجاني على الحمل شيئا من ديته التي سيدفعها لورثته الآخرين فمن باب أولى أن لا يرث مما ترك من أموال وجبت له بالإرث أو الوصية .

الحالة الثالثة: الميراث من ديته: وأما منع الأصل الجاني على الحمل من الميراث من الدية التي تجب بسقوطه حيا كاملة ووجوبها غرة في حالة سقوطه ميتا فهذا محل إجماع أهل العلم وقد مضت النصوص على ذلك من أقوال فقهاء المذاهب الفقهية .

حرمان الجاني على الجنين من الإرث في قانون الجزائري: رغم عدم وجود مواد قانونية تصرح بحرمان أحد الأصول من ميراث الجنين فيما لو اعتدى على الأم الحامل وسقط الجنين حيا ومات وكان له مال من إرث أو هبة أو وصية، فإنه بإمكاننا أن نعود إلى المادة 222 منه والتي تنص على أنه في حالة عدم وجود نصوص فإنه يأخذ بإحكام الشريعة الإسلامية[1] .ومن ثم فقد نأخذ بالمذهب المالكي ونحرمه من الإرث مما ترك المجني عليه .

العقوبة التعزيرية في جناية الأصول على الفروع: وأما عقوبة التعزير فعند سقوط العقوبة الأصلية عن الأصول بالاعتداء على فروعهم بالقتل أو الجرح والضرب، ولو قلنا بوجوب الدية المغلظة وحرمانه من الإرث حينما تكون الجناية عمدا فإن الحاكم مخول بإيقاع العقوبة التعزيرية كالسجن أو غيرها للردع والزجر أو أي عقوبة يراها الحاكم محققة للمصلحة دارئة للمفسدة . وهذا محل إجماع الفقهاء[2] . وكذا يجوز إيقاع العقوبة التعزيرية على من يجني على الجنين وخاصة لّما تكون الجناية مقصودة وتوفر القصد الجنائي . أما في حالة عدم وجود القصد الجنائي ويكون الإجهاض خطأ فلا يستوجب التعزير .

---

[1] ــ المادة 222 قانون الأسرة الجزائري.

[2] ــ المنتقى، أبو الوليد الباجي، ج7، ص 510 تحقيق محمود شاكر ط الأولى دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان 2015.