

جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

المركز القانوني للجنين في التشريع الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون
الأحوال الشخصية

المشرف:
أ. بن عجمية ميلود

من تقديم الطالبة:
رقية مطاطلة

لجنة المناقشة:

رئيسا
مشرفاً ومقرراً
مناقشة

الأستاذة: بوخنان صبرينة
الأستاذ: بن عجمية ميلود
الأستاذة: خليفي أسماء

دورة جوان 2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ. خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ.
يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ}

سورة الطارق

الآيات: 5-6-7

شكر وتقدير

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال، قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم:

((من لا يشكر الناس لا يشكر الله)).

أتوجه بالشكر إلى استاذي الوقور بتواضعه والكريم

بخلقه، السخي ببذل جهده

الأستاذ بن عجمية ميلود

لفضل اشرافه علينا

كما أتوجه بالشكر إلى كل من قدم لي

يد المساعدة من بعيد أو قريب

ولو بكلمة تشجيع

قائمة الرموز والمختصرات:

{ } : آية قرآنية .

(()) : حديث نبوي شريف .

« » : مادة قانونية .

" " : اقتباس مباشر من المصادر و المراجع .

ق.أ : قانون الأسرة الجزائري .

ق.م : القانون المدني الجزائري .

ق.ع : قانون العقوبات الجزائري .

د.ت : دون تاريخ نشر .

د.ط : دون طبعة .

مقدمة

مقدمة:

خلق الله عزوجل الإنسان وكرمه وفضله على كل مخلوقاته بأن كرمه بنعمة العقل وتفضل عليه بنعمة الإسلام، وهذي خير الأنعام محمد صلى الله عليه وسلم- الذي نظم حياة العباد بسنته الشريفة.

فأعظم نعمة أنعم بها الله على عباده إباحة الزواج، وجعل طلب الولد أهم مقصد من مقاصده ذلك لقوله تعالى على لسان نبيه زكريا عليه السلام { فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا }⁽¹⁾، من أجل استمرار النوع البشري واستخلافهم في الأرض حيث قال { وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ، قَالُوا أَتَجْعَلُ فِيهَا مَنْ يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاءَ وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ ، قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لَا تَعْلَمُونَ }⁽²⁾.

وعليه فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بكل الجوانب المتعلقة بالإنسان في كل مراحل حياته، حتى منذ كونه جنيناً في رحم أمه، فاعتنت به عناية فائقة ونعنته بزينة الحياة الدنيا في قوله تعالى: { الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا }⁽³⁾، وخصته بأحكامها إلى غاية صيرورته فردا بالغا، ومن مظاهر ذلك الاهتمام العناية بأول إنسانين يتلقى منهما الطفل دروس الحياة، بوضعها مجموعة من الأسس التي ينبغي مراعاتها عند اختيار كل من الزوجين لبعضهما البعض منها قوله صلى الله عليه وسلم: ((إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض))، وقوله أيضاً ((الدنيا متاع وخير متاع الدنيا المرأة الصالحة))، إضافة إلى حفظ حقه في الحياة وغيرها من الحقوق الأخرى.

وبفضل نعمة العقل الذي ميز بها الله الإنسان استطاع هذا الأخير وضع مجموعة قوانين وقواعد تحكم وتنظم حياته، وتحدد مركزه في كل مرحلة من مراحل حياته حتى ولو كان لا يزال جنيناً في بطن أمه، فقد أقر له مجموعة من الحقوق منها ما يتعلق بالجانب المعنوي كحقه في الحياة وحقه في أن ينسب لأبيه، إضافة إلى حقوق أخرى متعلقة بالجانب المادي كحقه في الميراث والوصية غيرها وعليه فقد كان عنوان بحثي « المركز القانوني

¹ - مريم، الآية 05.

² - سورة البقرة، الآية 30.

³ - سورة الكهف، الآية 46.

للجنين في التشريع الجزائري» وباعتبار الجنين شخص من أشخاص القانون يكفل حقوقه ويتمتع بحمايته، فهو يطرح العديد من الإشكالات خاصة فيما يتعلق بالحقوق التي يتمتع بها خاصة الحق في الهبة، وهذا ما دفعنا إلى طرح الإشكالية التالية:

مدى تنظيم المشرع الجزائري للأحكام والحقوق المتعلقة بالجنين؟

وينتزع عن هذه الإشكالية عدة إشكاليات فرعية هي:

من هو الجنين ومتى يمكن القول بأن ما في رحم المرأة جنيناً؟

ماهي أنواع الحقوق المتعلقة بالجنين والحماية والإجراءات التي اتخذها القانون من

أجل الحفاظ على هذه الحقوق؟

1- أهمية الموضوع

تكمن أهمية البحث في هذا الموضوع في معرفة حقيقة الجنين، وتوضيح بعض الأحكام المتعلقة به.

- كون الموضوع يعالج جانب من الحقوق الإنسانية المتعلقة بالجنين والتي تعتبر مهمة نوعاً ما، بسبب قلة الدراسات فيه والتي لا تتناسب مع أهميته.

- أهمية الجنين في الحياة المستقبلية فهو يعتبر طفل الغد ولذلك وجب علينا حمايته وصيانة حقوقه، وبيانها إذ أنه وإلى يومنا هذا هناك من يجهل بان الحمل يرث.

2- أسباب اختيار الموضوع

- التعرف بشكل أكثر على هذا الكائن البشري من خلال معرفة كل الجوانب المتعلقة به.
- الحاجة للكتابة في مثل هذه المواضيع خاصة في الجانب القانوني الذي يعاني فراغاً في المواد القانونية المتعلقة بالجنين وحقوقه وحمايته وأحكامه.

3- أهداف الدراسة

الهدف من هذه الدراسة بيان مركز الجنين قانونياً وذلك من خلال بيان الحقوق المتعلقة بالجنين سواء تلك المتعلقة الجانب المادي أو المعنوي وتحديد الوسائل التي أقرها القانون الجزائري من أجل تثبيت هذا المركز ومعرفة إن كانت عليه التزامات.

4- الدراسات السابقة

حسب ما اطلعنا عليه من رسائل ومراجع لم نجد ملة بكل ما يتعلق بتفاصيل الموضوع منها.

- المركز القانوني للجنين في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة ماجستير من إعداد الطالب سمير شيهاني.
- الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، رسالة ماجستير من إعداد الطالب صالح الشيخ البشير.
- الحمل ارثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير من إعداد الطالب عيسى أمعيزة.
- غير أن كل هذه الرسائل قد تناولت الموضوع من جوانب متفرقة كالجانب الجنائي والانتهاكات التي تقع على ذات الجنين والجانب المدني فقط، دون الإلمام بكل جوانب الموضوع.

5- صعوبات البحث

- قلة المراجع الجزائرية المتخصصة التي تناولت هذا الموضوع.
- صعوبة التقسيم وإيجاد خطة مناسبة يتم من خلالها التطرق للموضوع بصفة منظمة وممنهجة، وذلك لأن كل جزئية من جزئيات الموضوع تصلح في حد ذاتها لأن تكون عنواناً لمذكرة مستقلة.

6- المنهج المتبع

للاوصول إلى إجابات منطقية ومقبولة عن الإشكالات المطروحة يجب إتباع منهج يخدم هذا الغرض، وعليه فقد اتبعنا المنهج الوصفي والذي يقوم على تتبع كل جزئيات الموضوع سواء في القانون الجزائري أو الفقه الإسلامي، بالإضافة إلى المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل كل ما له علاقة بالموضوع وأيضاً اعتماد المنهج المقارن وذلك من خلال مقارنة ما جاء به القانون الجزائري مع ما ورد في الشريعة الإسلامية وبعض القوانين العربية والغربية الأخرى ومنه فالمنهج المتبع هو الوصفي التحليلي المقارن.

ولوضع هذا البحث في شكل مفيد يضمن على الأقل الإحاطة بمعظم جوانبه ارتأينا أن نحدد دراسته من خلال التقسيم التالي:

الفصل الأول خصصناه لدراسة ماهية الجنين، حيث تناولناه في مبحثين، المبحث الأول بعنوان تعريف الجنين ومراحل تطوره والمبحث الثاني بعنوان مدة الحمل والشخصية القانونية للجنين.

اما الفصل الثاني فخصصناه للحقوق المقدرة للجنين في القانون الجزائري وتناولناه في
مبحثين المبحث الأول خصصناه للحقوق المعنوية، والمبحث الثاني فقد تناولنا فيه الحقوق
المادية.

الفصل الأول

ماهية الجنين

تمهيد:

لما كان الجنين هو الكائن البشري الموجود والمنتشر داخل رحم المرأة، فهو يبقى مجهول الوصف بحيث يتكون بداخله -الرحم- وفيه تتحدد معالمه الوراثية، ويتحدد جنسه أذكر أم أنثى، وخروجه من الرحم بولادته لا يعني بداية حياته الحقيقية بل ذلك يدل على أنه أنهى مرحلة من مراحل حياته وهي التي يتطور ويتكون خلالها، والجنين خلال هذه المرحلة يطلق عليه عدة أوصاف كما أنه يمر بعدة مراحل، تستمر لوقت محدد حتى يصبح الجنين جاهزاً للخروج من الرحم بالإضافة إلى أن له مجموعة من الأحكام المتعلقة به في هذه المرحلة، كثبوت بعض الحقوق له.

وعليه فإن تحديد الإطار المفاهيمي للجنين يكتسي أهمية بالغة من أجل الوصول لحقيقة الجنين، ولهذا سنتناول في هذا الفصل تعريف الجنين والمراحل التي يمر بها تكوينه إضافة إلى دراسة المدة التي يبقاها الجنين في الرحم، وذلك من خلال عرض لأقل وأكثر مدة الحمل، كما سندرس شخصية الجنين القانونية وذلك من أجل معرفة إن كانت له حقوق أو عليه التزامات، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: تعريف الجنين ومراحل تطوره.

المبحث الثاني: مدة الحمل والشخصية القانونية للجنين.

المبحث الأول: تعريف الجنين ومراحل تطوره

نورد من خلال هذا المبحث تعريف الجنين من الناحيتين اللغوية، والاصطلاحية من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني فهو من أجل دراسة مراحل تطور الجنين وتكوينه في الرحم.

المطلب الأول: تعريف الجنين

من خلال هذا المطلب سنتطرق إلى تعريف الجنين من الناحية اللغوية في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسندرس من خلاله تعريف الجنين من الناحية الاصطلاحية.

الفرع الأول: تعريف الجنين لغة

جاء في لسان العرب في مادة "جن" الجنين في اللغة هو: الولد مادام في بطن أمه لاستناره فيه وجمعه أجنة وأجن (1)، وعرف أيضاً بأنه: الولد مادام في البطن وجمعه أجنة وأجن (2). كما جاء في المصباح المنير بأن: الجنين هو وصف يطلق عليه مادام في بطن أمه وجمعه أجنة وأجن مثل ما هو معروف في دليل أدلة، وقد سمي بهذا الاسم لاستناره واختفائه عن الأنظار (3).

وجاء أيضاً في القاموس المحيط بأن الجنين هو الولد في البطن وجمعه أجنة وأجن، وكل مستور وجن في الرحم، ويجن جنًا، استتر وأجنته الحامل سترته (4).

الفرع الثاني: تعريف الجنين في الاصطلاح

اختلف تعريف الجنين في الاصطلاح من فئة إلى أخرى فهو عند فقهاء الشريعة الإسلامية أمر وعند القانونيين والأطباء أمر آخر وهذا ما سنوضحه كالتالي:

¹ - محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر لطباعة والنشر بيروت، ط1، بدون تاريخ، ج13، ص99.

² - أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تاج اللغة وصحاح العربية، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط1، 1999، ص1690.

³ - أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لرفاعي، المكتبة العلمية، بيروت د ط د ت، ج1، ص112.

⁴ - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2007، ص1196.

أولاً: تعريف الجنين عند فقهاء الشريعة الإسلامية

1- عند الحنفية

الجنين عند الحنفية لفظٌ يطلق على ما في رحم المرأة، إذ ظهر عليه ما يدل على مظاهر الخلق الآدمي، ولهذا لا يعتبر ما في بطن الأم جنيناً حتى يظهر عليه ما يدل على بدأ خلقه الآدمي، وذلك بظهور الأصبع أو الشعر أو الظفر أما إذا لم يظهر عليه شيء من هذه المظاهر فلا يعتبر جنيناً ويبقى مجرد مضغة أو علقة⁽¹⁾.

فالسقط إذا استبان بعض خلقه فهو مثل الولد التام تتعلق به أحكام الولادة من انقضاء العدة، وصيرورة المرأة نساء لحصول العلم بكونه ولدًا مخلوقًا ذكر أو أنثى، بخلاف إذا ما لم يكن استبان من خلقه شيء لأنه لا يعلم ذلك هو المخلوق من مائها. أو دمًا جامدًا أو شيء من الأخلاط الردية استحال إلى صورة لحم فلا يتعلق به شيء من أحكام الولادة⁽²⁾.

2- عند المالكية

يطلق مصطلح الجنين عند المالكية على كل ما تحمله المرأة، ويعرف بأنه ولدٌ وذلك حتى لو لم يظهر عليه شيء من مظاهر التخلق، وذلك بالاستناد إلى ما جاء عن الإمام مالك حين سئل عن رجل ضرب امرأة فتلقي مضغة أو علقة، ولم يستبين شيء من خلقة، فأجاب بقوله: إذا ألقته وعلم أنه حمل، وإن كان مضغةً، علقةً، أو دمًا تجب فيه الغرة وتنقضي به عدة الطلاق⁽³⁾.

3- عند الشافعية

يرى الإمام الشافعي بأن الحمل لا يطلق عليه اسم الجنين إلا بعد مرور 40 يومًا، أي تمام جميع المراحل (النطفة، العلقة، المضغة). فبتمام هذه المراحل يكون الجنين قد ظهر عليه ما يدل بدء التخلق⁽⁴⁾.

¹ عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين، دار الجامعة الجديدة، د ط، 2006، ص14.

² عيسى أمعيرة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2005، 2006، ص38.

³ عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص15.

⁴ أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2005، ص18.

غير أن هناك من الشافعية من ذهب إلى القول بأنه يعد جنيناً منذ كونه مضغة، حتى وإن لم يتبين فيها عضو من أعضاء الآدمي، بشرط أن تشهد أربع نسوة من القوابل الثقات، أو عالمان من الطب أن فيها تخطيطاً للآدمي، إلا أنه خفي لأن هؤلاء يدركون ما لا يدركه غيرهم (1).

4- عند الحنابلة

ذهب الحنابلة إلى القول بأنه يمكن إطلاق لفظ الجنين على ما في بطن المرأة إذا ما ظهر عليه ما يدل على بداية التخلق. وكل ما قبل ذلك لا يمكن القول بأنه جنيناً، لأنه لا يعلم يقيناً أنه كذلك (2).

إلا أن ابن رجب الحنبلي ذهب إلى القول بأن لفظ الجنين يطلق على ما في رحم الأم منذ كونه في مرحلة العلقه وذلك سواء ظهر عليه مظهر التخلق أم لا (3).

ثانياً: الجنين عند فقهاء القانون الوضعي

عرّف القانونيون الجنين بالقول بأنه لفظ يطلق على ما في رحم المرأة منذ حدوث عملية التلقيح. فهو البويضة الملقحة التي يتكون منها الجنين، ويستمر في التكون شيئاً فشيئاً إلى غاية الولادة الطبيعية (4).

كما يعرف الجنين عند القانونيين بالحمل المستكين في رحم المرأة، والذي يتشكل منذ اللحظة التي تتدمج فيها الخلية المذكرة -النطفة- بالخلية المؤنثة -البويضة- (5). وعليه فالجنين هو ما تكون في رحم المرأة عند التقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضة الأنثى، واختلاطها معاً وما يعقب ذلك من مراحل.

1- عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص 37.

2- عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 18.

3- نفس المرجع السابق، ص 15.

4- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، 2003، ص 60.

5- محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1986، ص 301.

ثالثاً: الجنين عند الأطباء

يتميز الجنين عند الأطباء بمرحلتين، فالجنين في مراحله الأولى يطلقون عليه لفظ (EMBRYO) وهو الحميل ويراد به انقسامات البويضة خلال الشهور الأولى، والجنين خلال المراحل التالية يطلقون عليه لفظ (FETUS)، والمراد به الطفل الذي لم يولد بعد (1). من خلال ما سبق ذكره، يتضح بأن التعريفات التي جاء بها اللغويون في كتب اللغة تشترك معظمها في أنها عرفت الجنين بالولد في بطن الأم، وقد سمي بهذا الاسم لصفة الاستتار والاختفاء عن الأنظار داخل رحم المرأة.

كما يظهر من هذه التعريفات بأن الجنين هو لفظ المفرد، وجمعه هو أجنة وأجنن، وما يؤكد ذلك قوله تعالى: {... وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ} (2).

ولعل ما يعاب على هذه التعريفات استعمالها للفظ الولد للدلالة على ما في بطن المرأة وذلك لأنه عادة ما يطلق لفظ الولد على الجنين عند خروجه من رحم أمه.

ونخلص في الأخير إلى القول بأن التعريف الوارد في المصباح المنير قد يكون هو الأجدر بالإتباع، لأنه قد استعمل لفظ الجنين للدلالة على الوصف الذي يتميز به من الاستتار والاختفاء، وليس للدلالة على الكائن الموجود في رحم المرأة بحد ذاته (3).

هذا من الناحية اللغوية، أما من الناحية الاصطلاحية فنجد بأن التعريف يختلف باختلاف معرفيه، وأن أساس هذا الاختلاف راجع إلى وقت التخلق؛ أي الوقت الذي يبدأ فيه ظهور الصفات الآدمية على ما في رحم المرأة.

وبالنظر إلى ما جاء في تعريفات القانونيين، والفقهاء والأطباء فإنه يمكن أن نقول بأن التعريف الذي جاء به القانونيين وفقهاء المالكية وهو الأجدر بالإتباع، وذلك على اعتبار أنه يوفر أكثر حماية للجنين، كما أنه يدل على الاهتمام به، وعليه يمكن القول بأن الجنين هو بويضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوي للرجل، من لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية.

¹ - Daniel (R); dictionnaire Larousse, librairie Larousse, Paris, 2005, P1073.

² - سورة النجم، الآية 32.

³ - سمير شيهاني، المركز القانوني للجنين في القانون المدني والفقهاء الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2005، ص7.

المطلب الثاني: مراحل تطور الجنين

ورد في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة العديد من الآيات والأحاديث الذاكرة والواقفة لأطوار نمو الجنين وتطوره داخل رحم أمه. ومن هذه الآيات قوله تعالى: { مَا لَكُمْ لَا تَرْجُونَ لِلَّهِ وَقَارًا. وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَارًا } (1).

وقوله أيضاً: { يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَعَيْرٍ مُّخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ آجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَّن يُتَوَفَّىٰ وَمِنْكُمْ مَّن يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا } (2).

وقوله تعالى: { وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ } (3).

ومن الأحاديث الواردة في السنة، حديث ابن مسعود قال: «حدثنا رسول الله وهو الصادق الصدوق قال: ((إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات: يكتب رزقه وأجله وعمله وشقي أو سعيد، فإن الرجل منكم ليعمل بعمل أهل الجنة حتى ما يكون بينه وبين الجنة إلا ذراع، فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل النار، ويعمل بعمل أهل النار حتى ما يكون بينه وبين النار إلا ذراع فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل الجنة)) (4).

بالإضافة إلى حديث حذيفة بن أسد عن النبي صلى الله عليه وسلم: قال: ((إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها ثم قال: يا رب أذكر أم أنثى، فيقضي ريك ما شاء ويكتب الملك ثم يقول: يا رب

¹ - سورة نوح، الآية 13-14.

² - سورة الحج، الآية 05.

³ - سورة المؤمنون، الآية 12-13-14.

⁴ - أنظر: ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، دار مصر للطباعة، ط1، 2001، الجزء 11،

ص 665.

أجله، فيقضي ربك ما شاء، ويكتب الملك، ثم يقول يا رب ارزقه فيقضي ربك ما شاء، ويكتب الملك ثم يخرج الملك بالصحيفة في يده فلا يزيد على أمره ولا ينقص⁽¹⁾.
فمن خلال هذه الآيات العجيبة في خلق الإنسان وأطواره، يتضح بأن الجنين يمر بمرحلتين هما: مرحلة ما قبل نفخ الروح، وتشتمل على عدة أطوار، وهي طور النطفة، طور العلقة، طور المضغة، وطور العظام واللحم.

أما المرحلة الثانية فهي مرحلة نفخ الروح.

الفرع الأول: مرحلة ما قبل نفخ الروح

وتشتمل هذه المرحلة على أربعة أطوار يمر بها الجنين وهي:

أولاً: طور النطفة

النطفة هي القليل من الماء، أو هي الماء الصافي، كما قيل أيضاً بأنها ما قل منه أو كثر وقيل أيضاً بأن النطفة الماء القليل يبقى في الدلو. والجمع نُطْف ونُطَاف⁽²⁾.
والنطفة هي أول ما يكون عليه الجنين داخل الرحم. فقد دلت على ذلك العديد من الآيات في القرآن الكريم منها قوله تعالى: {مِنْ أَيِّ شَيْءٍ خَلَقَهُ. مِنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَرَهُ⁽³⁾}.
والنطفة ثلاثة أنواع:

- النطفة المؤنثة: هي البويضة التي يفرزها المبيض كل شهر.
 - النطفة المذكرة: وهي الحيوانات المنوية الموجودة في المنى.
 - النطفة الأمشاج: وهي النطفة المختلطة المكونة من الحيوان المنوي الذي يلحق البويضة، أي اختلاط النطفة المذكرة بالنطفة المؤنثة، ويطلق عليها اسم البويضة الملقحة⁽⁴⁾.
- أما بالنسبة للنطفة التي يتكون منها الجنين فهي النطفة الأمشاج، وقد سميت بهذا الاسم لأن الأمشاج في اللغة تعني الاختلاط ومشجت هذا بهذا أي خلطته به وجعلتها شيئاً واحداً، فقد أكد العالم فان بانندن كلاً من النطفة والبويضة يساهمان بالتساوي في تشكل الجنين⁽⁵⁾ حيث

¹ - مسلم ابن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: صحيح مسلم دار إحياء التراث العربي بيروت، د ط، دت، حديث رقم 2645، الجزء 4ص2037.

² - ابن منظور، مرجع سابق، ج9، ص335.

³ - سورة عبس، الآية 12-13.

⁴ - محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، دار السعودية لنشر والتوزيع، ط4، 1983، ص109.

⁵ - عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص13.

تبدأ النطفة الأمشاج في الانقسامات المتكررة، وهي متجهة إلى الرحم، حتى تصبح بعد عدة أيام مثل الكرة⁽¹⁾، فيطلق عليها اسم التوتة. وبعدها يمتلئ جوف هذه الكرة بسائل فتدعى عندئذٍ بالكرة الجرثومية، والتي تنغرز في جدار الرحم ما بين اليوم الخامس والسابع منذ التلقيح، وتستمر بالانغراس في جدار الرحم إلى غاية اليوم الخامس عشر⁽²⁾.

ثانياً: طور العلقَة

العلقَة هي الدم الجامد قبل أن ييبس. والعلقَة أيضاً دود أسود يكون في الماء. وهي دودة في الماء تمص الدم والجمع علق وهي كل ما يتشبث ويعلق⁽³⁾.

والعلقَة هي المرحلة التي تأتي بعد النطفة الأمشاج، وتبدأ هذه المرحلة في اليوم السابع، أي منذ اليوم الذي تعلق به النطفة الأمشاج -التوتة- بجدار الرحم وتتشبث به.

كما أن عملية تحول الجنين من مرحلة النطفة إلى مرحلة العلقَة يتم ببطء شديد حيث أن هذه المرحلة تستغرق حوالي أسبوع. إذ تستمر من اليوم السابع إلى غاية اليوم الخامس عشر منذ بدا عملية التلقيح⁽⁴⁾ ومنه قوله تعالى: {ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً} (5).

والعلقَة تتكون من خلايا نشأت بطريق الانقسام عن النطفة الأمشاج. فهي تتألف من نواة وسيتوبلازم، ولا يزيد طول العلقَة عن جزء واحد من المليمتر. ويوجد بها أربعة براعم صغيرة تمثل الأطراف ويكون محاطاً بالحوصلات المشيمية من جميع الجهات، وتعتمد في نموها على الأكسجين والغذاء الذي تمتصه من رحم المرأة⁽⁶⁾.

¹ - محمد سعيد صبايني وزهير الكرمي، الأطلس العلمي، فيزيولوجيا الإنسان، دار الكتاب اللبناني-بيروت- ط، د ت، ص98.

² - عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص14.

³ - ابن منظور، مرجع سابق، ج10، ص261.

⁴ - عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص16.

⁵ - سورة المؤمنون، الآية 14.

⁶ - محمد علي البار، مرجع سابق، ص203.

ثالثاً: طور المضغة

المضغة هي اللحم بقدر ما يمضغ (1).

ففي هذه المرحلة يصبح شكل الجنين وكأنه لقمة ممضوغة. والمضغة كما جاء في قوله تعالى قد تكون مخلقة كما قد تكون غير مخلقة، وذلك من خلال قوله تعالى: {ثُمَّ مِنْ مَّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ} (2).

وقد اختلف الفقهاء في تفسير معنى المخلقة وغير المخلقة. فنجد الدكتور محمد علي البار في تفسيره لهذا المعنى قد ذهب إلى القول بأن الكرة الجرثومية بعد انغرازها في جدار الرحم تبدأ في التمايز إلى طبقتين؛ طبقة خارجية وظيفتها قضم خلايا الرحم والاتصال المباشر بالبرك الدموية والحصول على الغذاء منها، وطبقة داخلية وظيفتها تكوين الجنين وأغشيته. وهذا يدل على أن الطبقة الخارجية هي المضغة غير المخلقة. أما المضغة المخلقة فيقصد بها الداخلية، وذلك لأن الجنين يخلق ويتكون منها (3).

وهذه المرحلة تتميز بسرعة نمو الجنين فيها، حيث يظهر فيها ما يعرف بالكتل البدنية، وهذه الكتل هي الأساس الذي يقوم عليه الجهاز الهيكلي والعضلي للجنين، كما أنها تمكن من التعرف على عمر الجنين (4).

وتستمر هذه المرحلة من اليوم العشرين أو الواحد والعشرين إلى غاية اليوم الخامس والثلاثين (5).

رابعاً: طور العظام واللحم

قال سبحانه وتعالى: {... فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا} (6).

¹ - ابن منظور، مرجع سابق، ج8، ص452.

² - سورة الحج، الآية 05.

³ - محمد علي البار، مرجع سابق، ص207-209.

⁴ - نفس المرجع السابق، ص248.

⁵ - علي إبراهيم الشيخ المبارك، مرجع سابق، ص22.

⁶ - سورة المؤمنون، الآية 13.

تمتد هذه المرحلة طيلة ثلاثة أسابيع، ابتداء من الأسبوع الخامس حتى الأسبوع السابع⁽¹⁾. وخلال هذه المرحلة تتحول الكتل البدنية التي ظهرت في طور المضغة إلى جزأين:

1- جزء أمامي، ويسمى بالقطعة الهيكلية، وهي تتكون من عظام الفقرات وعظام الأطراف العليا والسفلى والجمجمة وعظام الوجه والفكين.

2- الجزء الخلفي، وينقسم بدوره إلى قسمين:

• قسم آدمي ويشكل أدمة الجلد وما تحته من أنسجة.

• قسم عضلي ويشكل عضلات الجسم⁽²⁾.

الفرع الثاني: مرحلة نفخ الروح

إن تحديد زمن نفخ الروح في الجنين يكتسب أهمية كبيرة، إذ أنه يكسب الجنين الصفة الأدمية وعلى أساسه تترتب للجنين مجموعة من الأحكام المتعلقة به، كحرمة الاعتداء عليه وقد اختلف الفقهاء في زمن نفخ الروح على ثلاثة اتجاهات.

أولاً: الاتجاه الأول

ذهب أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القول بأن نفخ الروح في الجنين يكون عند بلوغه مئة وعشرون يوماً، أربعة أشهر.

فوجد ابن حجر يقول: "الجنين يتقلب في مئة وعشرين يوماً في ثلاثة أطوار، كل طور منها في أربعين، تم بعد تكملتها نفخ فيه الروح"⁽³⁾.

وقال ابن رجب في كتابه جامع العلوم والحكم: "فأما نفخ الروح فقد روي صريحاً عن الصحابة أنه إنما تنفخ فيه الروح بع أربعة أشهر كما دل عليه ظاهر حديث ابن مسعود"⁽⁴⁾.

وقال القرطبي "لم يختلف العلماء على أن نفخ الروح في الجنين يكون بعد مئة وعشرين يوماً، وذلك بتمام أربعة أشهر ودخوله في الشهر الخامس"⁽⁵⁾.

¹ - عبد النبي محمد محمود أبو العين، مرجع سابق، ص20.

² - عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص19.

³ - ابن حجر العسقلاني، مرجع سابق، ص674.

⁴ - عبد النبي محمد محمود أبو العين، مرجع سابق، ص21.

⁵ - عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص25.

وقال ابن القيم الجوزي بأن: "للجنين حياتين الأولى كالنبات وخلقها الله في الجنين قبل نفخ الروح، ومن آثارها حركة النمو والاعتذاء غير الإرادي. والثانية حياة إنسانية تحدث في الجنين بنفخ الروح فيه، ومن آثارها الحس والحركة الإرادية"⁽¹⁾.

وجاء في حاشية ابن عابدين: "ويكون كالنبات إلى نحو المئة ثم يكون كالحيوان النائم إلى عشرين بعدها تنفخ فيه الروح الحقيقية الإنسانية"⁽²⁾ وقد استدلوا في ذلك بحديث ابن مسعود⁽³⁾ الذي يفهم من ظاهره بأن الجنين يكون في الأربعين يوماً الأولى نطفة، والأربعين مثلها علقة، وأربعين مثلها مضغة، وبعدها الأربعين الثالثة تنفخ فيه الروح⁽⁴⁾.

كما أن هناك من الفقهاء من قال بأن الروح تنفخ في الأربعين الأولى، وذلك بناء على حديث حذيفة بن أسد عن النبي صلى الله عليه وسلم إذ قال: ((يدخل الملك على النطفة بعدما تستقر في الرحم بأربعين أو خمسة وأربعين ليلة فيقول، أي رب أذكر أم أنثى فيكتبان، ويكتب عمله، وأثره، وأجله ورزقه، ثم تطوى الصحف، فلا يزداد فيها ولا ينقص))⁽⁵⁾.

وبما أن كلا الحديثين -حديث ابن مسعود، وحديث حذيفة- صحيحان وقد وردا عن النبي صلى الله عليه وسلم ومن ثمة لا ينبغي ترجيح أحدهما على الآخر، ولذلك نجد أن هناك من الفقهاء من قام بالتوفيق بينهما، ولعل من أبرزهم ابن القيم الجوزي حيث قال: في التوفيق بين الحديثين -حديث ابن مسعود وحديث حذيفة- "إن هذا التقدير يقع بعد التقدير، فكلا منهما حق قاله الصادق المصدوق، فالأول تقدير عند انتقال النطفة إلى أطوار التخليق التي هي أول مراتب الإنسان، والتقدير الثاني عند كمال خلقه ونفخ الروح"⁽⁶⁾.

¹ - على الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 36.

² - نفس المرجع والموضع السابقين.

³ - جاء عن عبد الله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً، ثم علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله ملكاً فيؤمر بأربعة: برزقه، وأجله، وشقي أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح، فإن الرجل منكم ليعمل حتى ما يكون بينه وبين الجنة إلا ذراع فيسبق عليه كتابه فيعمل بعمل أهل النار، ويعمل حتى ما يكون بينه وبين النار إلا ذراع، فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل الجنة)). الحديث سبق تخريجه، ص 6

⁴ - عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص 26.

⁵ - مسلم، صحيح مسلم، حديث رقم 2645، ج 4، ص 2037.

⁶ - عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 22.

ومن هذا القول يظهر بأن كتابة أجله، عمره، وقدره تكون في الأربعين الأولى، أما نفخ الروح يكون في الأربعين الثالثة وهذا يعني أن للملك نزولين: النزول الأول يكون من أجل الكتابة، والنزول الثاني يكون من أجل نفخ الروح⁽¹⁾.

غير أنه وفيما يخص مدة التخلق -النفطة والعلقة والمضغة- نجد أن أغلب الفقهاء المعاصرين وخاصة المتخصصين في علم الأجنة يجمعون ويؤكدون بأن كل هذه الأطوار تكون في الأربعين يوماً الأولى منذ حدوث التلقيح. فنجد الدكتور محمد على البار في كتابه خلق الإنسان بين العلم والقرآن يقول: (كنت قد فهمت من الحديث -حديث ابن مسعود- ما فهم أغلب شراح الحديث من الأقدمين والمحدثين أن النفطة أربعين يوماً والعلقة أربعين يوماً والمضغة أربعين ... وقد بينت ما وضح لي من علم الأجنة على هذا التقسيم، وبدأت المناقشات الطويلة مع الأخ عبد المجيد الذي فهم من الحديث مثلما فهم قلة من قبل، وهو أن الخلق كله يجمع في الأربعين، وأن النفطة والعلقة والمضغة كلها تقع في الأربعين ... وأنه ليست هناك أربعين وأربعين وأربعين، بل هي أربعين واحدة يجمع فيها الخلق كله..)⁽²⁾. إلا أنهم يتفقون مع ما ذهب إليه غالبية الفقه، في أن زمن نفخ الروح لا يتم إلا بعد بلوغ الجنين لشهره الرابع، أي مئة وعشرون يوماً مستدلين في ذلك بمجموعة من الظواهر الشكلية والوظيفية التي تظهر على الجنين، فالحركات الإرادية، وظهور قشرة الدماغ، وبداية اتصال الطبقات العصبية الدماغية ببعضها⁽³⁾.

ثانياً: الاتجاه الثاني:

وعلى الخلاف من ذلك، نجد ابن عباس وسعيد بن المسيب والإمام أحمد في رواية عنه قد ذهبوا إلى القول بأن الروح تنفخ في الجنين بداية من اليوم العاشر بعد الشهر الرابع، أي بعد تمام مئة وثلاثين يوماً من عمر الجنين. حيث نقل عن الإمام أحمد قوله: "إذا بلغ أربعة أشهر وعشرة أيام ففي تلك العشر تنفخ الروح ويصلى عليه"⁽⁴⁾.

¹ - عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 22-23.

² - محمد على البار، مرجع سابق، ص 7-8.

³ - عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص 26.

⁴ - نفس المرجع السابق، ص 25.

وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بقوله تعالى: ﴿لَوَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾ (1).

ولما سئل سعيد بن المسيب عن عدة الوفاة حيث جعلت أربعة أشهر وعشراً: ما بال العشر، قال: (ينفخ فيها الروح) (2).

لكنه قد تم الرد عليه بأن الآية الكريمة تتعلق بعدة الحامل فلا علاقة لها بنفخ الروح.

ثالثاً: الاتجاه الثالث

كما أنه قد ذهب اتجاه من الباحثين المعاصرين كشرف القضاة إلي القول بأن الروح تنفخ في الجنين في الأربعين يوماً الأولى. وقد استدلوا في ذلك بحديث ابن مسعود وحملوه على حديث حذيفة، حيث قالوا بأن حديث ابن مسعود ليس فيه تصريح بأن نفخ الروح يتم في الشهر الرابع، وكذلك الأمر بالنسبة إلى النطفة حيث لم يرد ما يدل على أن مرحلة النطفة تستغرق وحدها أربعين يوماً. إذ ذهبوا إلى القول بأن كل الخلق (نطفة، علقة، مضغة) تتم كلها خلال الأربعين يوماً الأولى. وعلى ذلك فإنهم يرون بأن كلمة نطفة غير موجودة في الروايات الواردة في الصحيحين كقول ((إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً)) وقوله ((... ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك)). فقد علق على هذا قائلاً: (فليس صريحاً في أن المقصود المدة وهي أربعون يوماً، بل يحتمل غيره، كأن نقول مثلاً: إن العلقة والمضغة مثل النطفة وكون الجنين لا روح فيه، كونه لم يكتب قدره، يشير إلى ذلك قوله بعد ذلك: ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات، ومما يؤكد أن المقصود في قوله (مثل ذلك) ليس الوقت رواية مسلم لحديث بن مسعود نفسه، فلا شك أن قوله: (في ذلك) أي في ذلك الوقت تفسيراً آخر غير الوقت، فيصبح معناه: ثم يكون في ذلك الوقت مثل ذلك الجمع، فهناك شبه بين العلقة والمضغة، وبين الجمع الأول وهو النطفة والنطفة قد يكون عدم وجود الروح أو عدم كتابة قدره) (3).

1- سورة البقرة، الآية 234.

2- عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 22

3- شرف القضاة، "في بحثه متى تنفخ الروح في الجنين"، دار الفرقان، ص45، ينظر: عبد النبي محمد محمود أبو العينين

مرجع سابق، ص23-24.

بالإضافة إلى اعتمادهم على مجموعة من الحقائق الطبية التي قدمها شرف القضاة وهي:
 - أن مرحلة النطفة الأمشاج تتم في الستة أيام الأولى، والعلقة تنتهي مرحلتها في نهاية الأسبوع الثالث، والذي يعتبر بداية لمرحلة المضغة. ثم تأتي مرحلة العظام والكساء بلحم، والتي تستمر من الأسبوع الرابع حتى بداية الأسبوع الثامن.

- الجنين يقوم ببعض الحركات الإرادية تكون محدودة في الأسبوع الثامن إلا أنها تظهر في الأسبوع الثاني عشر (1).

وقد رد على ما ذهب إليه شرف القضاة مجموعة من العلماء بما يلي:

- إن حمل حديث ابن مسعود على حديث حذيفة أنه تم التوفيق بين الحديثين، وكما قال العلماء فإن للملك تزولين: نزول للتخليق والكتابة ونزول لنفخ الروح.

إن القول بعدم التصريح بأربعة أشهر في الحديث، أو أن النطفة تكون أربعين يوماً وحدها يرجع إلى فصاحة الرسول صلى الله عليه وسلم. فمعلوم من خلال الآيات الكريمة التي نزلت في بيان أطوار الجنين، أن أول أطواره هو كونه نطفة، وإن مجموع الثلاثة أطوار أربعة أشهر.

ثم إن الحديث كان غاية في الصراحة والوضوح، إذ دل على أن العلقة تظل أربعين يوماً ونفس الأمر بالنسبة للمضغة، فكيف يفهم من قوله (إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً)، بأن الخلق كله يجمع في الأربعين يوماً الأولى، وأيضاً ردوا عليه بالقول بأنه لا يمكن الرجوع إلى التأويل والاحتمال مع صراحة اللفظ ووضوحه فيما يخص المقصود من قوله (ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك) المدة (2).

ونخلص في الأخير إلى القول بأن الروح لا يمكن أن تنفخ في الجنين إلا بعد مرور مئة وعشرين يوماً، كما قال بذلك أغلب الفقهاء، والذين جعلوا من الحركات الإرادية التي يقوم بها الجنين علامات دالة على نفخ الروح. فنجد الدكتور محمد على البار في كتابه خلق الإنسان بين الطب والقرآن يستعرض مجموعة من التغيرات التي تطرأ على الجنين في الشهر الرابع من حركة إرادية، وتكوين للوجه، وظهور للأعضاء التناسلية ... وغيرها.

1- عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص30.

2- عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص24.

ثم يتساءل قائلاً: "أليست هذه كلها دلالة على نفخ الروح" فهذا التساؤل يدل على أن نفخ الروح في الجنين يكون بتمام أربعة أشهر⁽¹⁾.

كما أنه ومن خلال البحث الذي قدمه البروفيسور جولس كوربين JULIOSKOREI أستاذ للأمراض العصبية بجامعة نيويورك في مؤتمر زرع لأعضاء: القضايا الأخلاقية والقانونية نظرة عالمية والمنعقدة في أوتاوا الكندية 20-25 أوت 1989 والذي جاء فيه أن بداية عمل دماغ الجنين كما دل على ذلك رسم الدماغ الكهربائي يكون في الأسبوع العشرين، وكما بين أيضاً بأن خلايا قشرة الدماغ، والمراكز العليا منه لا تبدأ بالاتصال بالمناطق التي تحتها إلا في بداية الأسبوع العشرين، حيث أثبت ذلك بتشريح مجموعة من الأجنة التي سقطت بتلك الفترة⁽²⁾.

وهذا الرأي متفق عليه عند الجميع، سواء فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى أو المعاصرين، وعند علماء الطب، أما المعاصرين المعارضين فإنهم قلة قليلة، وقد تم الرد على ما ذهبوا إليه وعلى الأدلة التي قدموها.

المبحث الثاني: مدة الحمل والشخصية القانونية للجنين

تعتبر مدة الحمل وطبيعة الشخصية القانونية التي يتمتع بها الجنين من أهم العناصر التي تتحدد على إثرها حقوق الجنين، سواء تلك المتعلقة بالحقوق التي يتمتع بها، أو الحقوق المتعلقة بذاته. ومن أجل دراسة هذه العناصر تم عرض أقل وأقصى مدة يمكن للجنين أن يبقاها في رحم أمه من خلال المطلب الأول. أما المطلب الثاني فقد خصص من أجل تحديد طبيعة الشخصية القانونية التي يتمتع بها الجنين.

¹ - محمد على البار، مرجع سابق، ص 352-353.

² - عيسى أمعيزة، مرجع سابق ص 32.

المطلب الأول: مدة الحمل

إن لمدة الحمل أهمية بالغة في إقرار أو نفي مجموعة من الحقوق التي يتمتع بها الجنين خاصة إذا ما ولد قبل أو بعد المدة المحددة. فمن خلال هذا المطلب سنعرض أقل مدة يمكن للجنين أن يبقاها في الرحم من خلال الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسنعرض من خلاله أقصى مدة للحمل.

الفرع الأول: أقل مدة للحمل

وقبل الخوض في هذا الموضوع لا بد من التعرّيج على تعريف الحمل ولو بشكل موجز ومختصر.

أولاً: تعريف الحمل

الحمل هو المدة التي يمكن أن يبقاها الجنين في الرحم منذ لحظة التلقيح حتى الولادة⁽¹⁾.

ثانياً: أقل مدة للحمل

أجمع معظم فقهاء الشريعة الإسلامية على أن أقل مدة يمكن أن يبقاها الجنين في رحم أمه هي ستة أشهر⁽²⁾. وقد استدلوا في ذلك بقوله سبحانه وتعالى: {وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا}⁽³⁾.

وقوله أيضاً: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ}⁽⁴⁾.

فمن خلال الجمع بين الآيتين يتضح بأن الآية الأولى حددت مدة الحمل والرضاع بـ 30 شهراً وكلمة فصال يقصد بها الفطام.

وحددت الآية الثانية مدة الرضاعة بعامين -24 شهراً- فلو قمنا بعملية حسابية بسيطة، بإنقاص مدة الرضاع "24 شهراً" من مدة الحمل المذكورة في الآية الأولى "30 شهراً" لوجدنا أنه لم يبق للحمل سوى ستة أشهر⁽⁵⁾.

¹ - أميرة عدلي أمير عيسى خالد، مرجع سابق، ص22.

² - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، د ت، ص386.

³ - سورة الأحقاف، الآية 15.

⁴ - سورة البقرة، الآية 233.

⁵ - بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة والقانون، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، د ط، د ت، ص07.

هذا وقد رُوي أن امرأة ولدت بعد ستة أشهرٍ من زواجها، فهمَّ عمرٌ رضي الله عنه بإقامة الحد عليها. فقال له عليُّ رضي الله عنه ... ليس لك ذلك فالله تعالى قال: {وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ} (1)، وقال أيضاً: {وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا} (2)، فخلّى عمرٌ رضي الله عنه سبيلها (3).

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء قد اختلفوا في تحديد الوقت الذي يبدأ من خلاله حساب مدة الحمل. فذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن حساب مدة الحمل تبدأ من وقت الزواج وإمكانية الوطء، أما عند الحنفية فحساب المدة يبدأ من وقت العقد (4).

وقد أخذ المشروع الجزائري بما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، واعتبر أقل مدة يمكن أن يمكثها الجنين في بطن أمه هي ستة أشهر وهذا من خلال النص على ذلك في نص المادة "42" من قانون الأسرة (5).

هو نفس ما ذهبت إليه جل التشريعات العربية الأخرى كالمشروع المصري والسوري، الليبي، الكويتي ... (6).

الفرع الثاني: أقصى مدة للحمل

أولاً: أقصى مدة للحمل لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

نظراً لغياب نص صريح سواء في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة يحدد أقصى مدة للحمل، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا في تحديدها على أقوال:

القول الأول: أقصى مدة للحمل سنتان

قد قال بهذا القول فقهاء الحنفية والإمام أحمد (7) واستدلوا على ذلك بحديث السيدة عائشة رضي الله عنها حيث قالت:

1- سورة البقرة، الآية 233.

2- سورة الأحقاف، الآية 15.

3- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق ص 386

4- علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 40.

5- نص م 42 «أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر».

6- سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 72.

7- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية مرجع سابق ص 386.

((ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل)) ومثل هذا لا يعرف إلا بالسمع منه صلى الله عليه وسلم (1).

واستدلوا أيضاً بحادثة جرت وقائعها في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، مفادها أن رجلاً غاب عن زوجته سنتين فلما عاد وجد زوجته حاملاً، فشاور عمر رضي الله عنه الناس في رجمها، فقال معاذ بن جبل: (إن كان لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها سبيل، فاتركها حتى تضع، فتركها، فولدت غلاماً قد ثبت تتياته يشبه أباه، فلما رآه الرجل قال: ولدي ورب الكعبة فقال عمر: عجزت النساء أن يلدن مثل معاذ، ولولا معاذ لهلك عمر) (2).

القول الثاني: أقصى مدة الحمل أربع سنوات

وقال بهذه المدة المالكية والشافعية وظاهر مذهب الحنابلة (3) والدليل الذي أسسوا عليه رأيهم، هو ما روي أن الوليد بن مسلم قال لمالك بن أنس أفي حديث عن عائشة أنها قالت: (لا تزيد المرأة في حملها عن سنتين قدر تحول ظل مغزل؟)، فقال: سبحان الله من يقول هذا هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن في أربع سنوات) (4).

القول الثالث: أقصى مدة الحمل تسعة أشهر

وقال بذلك ابن حزم الظاهري، وحجته في ذلك الحديث الذي ورد عن عمر رضي الله عنه إذ قال سعيد بن المسيب أنه سمع عمر يقول: (أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضه أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها. فإن لم يستبين فلتعتد بعد التسعة أشهر بثلاثة أشهر عدة التي قعدت من الحيض) (5).

ثانياً: أقصى مدة للحمل في القوانين الوضعية

ذهب المشرع الجزائري من خلال نص المادة 42 ق.أ.ج أن أقصى مدة للحمل هي عشرة أشهر. إذ نصت المادة على «أقل مدة الحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10)

1- نبيل صقر، قانون الأسرة نصاً وفقها وتطبيقاً، دار هومه، د ط، 2006، ص354.

2 - على الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص43.

3 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص386.

4 - بدران أبو العينين بدران، حقوق الأولاد في الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص08.

5 - على الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص43.

أشهر» وبالإضافة إلى نص المادة 43 والتي جاء فيها «ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة»⁽¹⁾.

غير أن المشرع الجزائري لم يبين إن كان قد أخذ بهذه المدة بناءً على آراء فقهية، أو استناداً إلى الخبرات والتقارير الطبية⁽²⁾.

وهو نفس ما جاء في التقنين المدني الفرنسي في المادة 311 فقرة 1، حيث جاء فيها: «أقل مدة للحمل هي 180 يوماً وأقصاها 300 يوماً» وهو ما أخذ به المشرع اللبناني في نص المادة 137 من قانون الأحوال الشخصية والتي نصت على «أقل مدة الحمل مئة وثمانون يوماً وأكثرها ثلاث مئة يوم»⁽³⁾.

أما القانون المصري فقد كان يعمل بما ذهب إليه الحنفية، أي بالقول بأن أقصى مدة للحمل هي سنتان، ولكن وبسبب المشاكل الناتجة عن هذا القول تدارك ذلك من خلال مشروع قانون الأحوال الشخصية الجديد، الصادر بموجب الأمر رقم 100 سنة 1985 المعدل لقانون سنة 1929، وجعل أقصى مدة للحمل سنة شمسية كاملة، معتمداً في ذلك على تقارير الأطباء الشرعيين. وأيضاً قول محمد بن الحكم وهو من فقهاء المالكية، والذي اعتبر أقصى مدة للحمل هي سنة هجرية كاملة⁽⁴⁾.

حيث جاء في نص المادة 174 من مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري «أدنى مدة الحمل 180 يوماً وأكثرها 365 يوماً وبحسب جزء اليوم الذي وقعت فيه الولادة»⁽⁵⁾.

وبنفس هذه المدة أخذ المشرع السوري في نص المادة 128 ق.أ.ج والتي جاء فيها: «أقل مدة الحمل مئة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية وهذا ما سارت عليه مختلف قوانين الدول العربية الأخرى، فنجد ذلك في الفصل 84 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية، والفصل 69 من المجلة التونسية والمادة 53 من قانون الأحوال الشخصية الليبي.

1 - الغوتي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية-قسنطينة، ط2، د ت، ص147.

2 - بن شيوخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، د ط، د ت، ص232.

3 - سمير شيهاني، مرجع سابق، ص74.

4 - مفتاح محمد أقرط، الحماية القانونية للجنين، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط1، 2004 ص68.

5 - نفس المرجع السابق ص66.

مع ملاحظة أن المشرع الليبي قد اعتمد على التقويم القمري وليس الميلادي، بمعنى أن مدة السنة في التقويم الميلادي 365 يوماً أما في التقويم القمري فهي 354 يوماً⁽¹⁾.

ثالثاً: أقصى مدة للحمل عند الأطباء

أكدت مختلف التقارير الطبية أن أقصى مدة يمكن أن يبقاها الجنين في رحم الأم هي مؤتتين وثمانون يوماً، حيث قال محمد على البار في كتابه "خلق الإنسان بين الطب والقرآن": بما أن التلقيح يحدث في الغالب بعد 14 يوماً منذ بداية آخر حيضه حاضنها المرأة، مع فارق يومين بزيادة أو نقصان فإن حساب مدة الحمل أو عمر الجنين سيكون المدة منذ بداية آخر حيضه ناقص أربعة عشر يوماً وعليه تكون مدة الحمل $280 - 14 = 266$ يوماً وهي المدة الطبيعية للحمل⁽²⁾.

نخلص في الأخير إلى القول بأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، وذلك من خلال الإجماع المتفق عليه حولها من طرف غالبية الفقه ويمكن القول بأن هذا الإجماع مرده إلى وجود نصوص صريحة في القرآن الكريم تبين هذه المدة.

أما أقصى مدة للحمل فإن مدة الحمل الاختلاف الوارد حولها يعود إلى عدم وجود نص صريح، ما يجعلها مبينة على الادعاءات والروايات، والتي حتى وإن كانت صادقة تبقى مجرد حالات نادرة. والأحكام لا تبنى على النادر والاستثناء، وإنما تبنى على الغالب الأعم. فقد قال الإمام محمد أبو زهرة: "والحق في هذه القضية أن هذه التقديرات لم تبن على النصوص بل على ادعاءات الوقوع في هذه المدد، وإن الاستقراء في عصرنا الحاضر لا يجد من الواقع ما يؤيد التقرير بخمس، أو أربع ولا سنتين وإنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر"⁽³⁾.

ومن خلال المقارنة بين أقصى مدة للحمل في القوانين الوضعية، وفي نظر الأطباء، يتضح بأن المشرع الجزائري قد اعتمد على التقارير الطبية التي أكدت بأن الجنين لا يمكن البقاء في بطن أمه لا أكثر من عشرة أشهر.

¹ - محمد مفتاح أقزيط، مرجع السابق، ص 68، 69.

² - محمد على البار، مرجع سابق ص 412.

³ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 387.

وأخيرًا يمكن القول بأن المشرع الجزائري كان صائبًا فيما ذهب إليه لكنه في بعض الحالات يحدث وأن يبقى الجنين في رحم أمه لأكثر من 10 أشهر، ومن أجل استيعاب هذه الحالات النادرة، فمن الأحسن أن تمتد المدة إلى سنة هلالية أي 354 يومًا. أي أن الرأي الذي نرجحه هو ما ذهب المشرع الليبي في نص المادة 53 من ق.أ.ج والتي تنص على: «أقل مدة للحمل 6 ستة أشهر قمرية، وأكثرها سنة».

وكل هذا من أجل استيعاب بعض الحالات النادرة والشاذة، وذلك أيضًا من أجل الاحتياط في نسب الولد وحفظ حقوقه من الضياع.

المطلب الثاني: الشخصية القانونية للجنين

تتمثل الشخصية القانونية في مجموعة الحقوق التي يكتسبها الشخص والالتزامات التي تقع عليه. كما أن القانون يقوم بتحديد هذه الحقوق والواجبات، لكن السؤال المطروح: هل الشخصية القانونية صفة يمنحها القانون لشخص أم أنها تنشأ معه؟ وهل للجنين أهلية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات؟ وإذا ما كانت له هذه الأهلية، فما هي طبيعتها؟ هذا ما ستم الإجابة عنه من خلال هذا المطلب. ففي الفرع الأول سندرس الشخصية بصفة عامة، أما الفرع الثاني فيتناول الشخصية القانونية للجنين.

الفرع الأول: الشخصية القانونية على العموم

عرفت الشخصية القانونية بعدة تعريفات، نذكر من بينها التعريف الذي جاء به أوبري ورو حيث قال: "الشخصية القانونية مجموعة من الحقوق والالتزامات الموجودة حاليًا، والتي قد توجد مستقبلاً لشخص" (1).

وعرفها الدكتور إدريس العلوي بالقول "الشخصية القانونية صفة يقرها القانون ويكون بمقتضاها بمن يتقرر له أهليه اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات" (2).

كما عرفها الدكتور سليمان مرقس بقوله: "الشخص هو كل كائن يكون صالحًا لأن يكون صاحب حق واحد على الأقل، أو مكلفًا بالتزام واحد وعليه فالشخصية القانونية هي الصفة القانونية التي تثبت لكل كائنٍ بمجرد صلاحيته. لأن يكون ذا حقٍ واحدٍ مهما كان ذلك الحق بسيطًا، وهي صفة غير قابلة للانقسام فإما أن توجد كاملة وإما أن لا توجد إطلاقًا".

¹ - مفتاح محمد أقریط، مرجع سابق، ص34.

² - نفس المرجع السابق، ص35.

إلا أن هذه التعاريف قد تم نقضها، لأن الشخصية هي التي تتحقق بها الأهلية اللازمة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وليست الحقوق والالتزامات هي التي تحقق الشخصية. كما أنها ليست وصفاً في الإنسان، لأنها متعلقة به وموجودة بوجوده فليس للقانون دخل في إنشائها، أو منحها (1).

فالشخصية تكون وتوجد مع الإنسان فلا يمكن فصلها عنه. فالشخصية القانونية إذا هي القدرة على تحمل الواجبات، والتمتع بالحقوق وممارستها، فهي مفهوم قانوني لصيق بالصفة الإنسانية، وهذا مفهوم يتطابق مع مفهوم أهلية الوجوب (2) والتي يعرفها علماء أصول الفقه الإسلامي بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه. فأهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخص في حد ذاته منظور إليه من الناحية القانونية، فالشخص سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً إنما ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن يكون له حقوق وعليه واجبات، فكل إنسان شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب، وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده وقيل في بعض الأحيان عندما يكون جنيناً (3).

وكما هو معروف فالأهلية ليست هي الشخصية، وإنما هي خاصة من خصائصها لا تتحقق بوجودها.

فالشخصية القانونية تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات من حيث المبدأ، أما أهلية الوجوب فهي تتعلق بتحديد متى يكون الشخص صالحاً لاكتساب حقوق وتحمل التزامات.

أما من الناحية الشرعية الإسلامية فقد عرفها الفقهاء المسلمون بمصطلح الذمة، حيث جاء بأن الذمة وصف شرعي يفترض الشارع وجوده في الإنسان، ويصير به أهلاً للالتزام. والالتزام هنا أن يكون الشخص صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات (4) والمقصود بالشارع هنا هو الله عزوجل.

1- سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 35-36-37.

2- نفس المرجع السابق، ص 35.

3- عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، د ط 1952، ص 266.

4- سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 39.

كما عرفها ابن نجم بقوله "وصف شرعي تتحقق به الأهلية لوجوب ماله وما عليه." وعليه يمكن تعريف الشخصية القانونية بأنها مكنة خص الله تعالى بها الإنسان، بمقتضاها يصير أهلاً للاستخلاف في الأرض يتمتع بالحقوق والالتزامات الدنيوية والأخروية المترتبة على ذلك الاستخلاف⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الشخصية القانونية للجنين

أولاً: تعريفها

إن الجنين كائن ذو طابع خاص، يتميز عن غيره بكونه إنسان غير كامل وغير ظاهر كما أن ظهوره احتمالي، وعليه فقد عرف الدكتور إدريس العلوي الشخصية القانونية للجنين بالقول: "صفة يقررها القانون بمقتضاها يكون للجنين أهلية اكتساب لحقوق في حدود تتماشى مع استشاره وعدم استكمالته وأنه محتمل أو غير محتمل ظهوره"⁽²⁾.

كما عرفها الدكتور مفتاح محمد أقريط بأنها "مكنة أتاها الله تعالى للجنين في بطن أمه، مصيره أن يكون أهلاً لاستخلافه في الأرض متمتعاً ببعض الحقوق الدنيوية والأخروية المترتبة على صفة الاستخلاف، في قدر يتماشى مع استشاره وعدم استكمال خلقه، ومن أنه محتمل أو غير محتمل ظهوره"⁽³⁾.

ويترتب على هذين التعريفين أن الجنين يتمتع بشخصية قانونية ناقصة، كونه لا يتحمل أي التزام، لأنه وحتى يكون الجنين صالحاً لتحمل التزامات يجب أن يكون إنساناً ظاهراً كامل الوجود.

ثانياً: اكتساب الجنين لشخصيته القانونية

إذا ما انطلقنا من القول بأن الشخصية القانونية مكنة يمنحها الله للإنسان تنشأ بنشوءه فهل هذا يعطينا الحق في القول بأن للجنين شخصية قانونية؟ وإذا ما قلنا بأن للجنين شخصية قانونية فما هي طبيعتها؟ هل هي كاملة أم ناقصة؟

¹ - مفتاح محمد أقريط، مرجع سابق، ص 38.

² - نفس المرجع السابق، ص 40.

³ - نفس المرجع والموضع السابقين.

كقاعدة عامة، فإن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً، وفي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 25/فقرة 1 قانون مدني جزائري على أن «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته» ومن هذا فإن:

اكتساب الإنسان للشخصية القانونية مقيد بشرطين:

الشرط الأول هو أن تتم ولادته وانفصاله عن أمه انفصالاً تاماً.

الشرط الثاني أن يتم خروجه وانفصاله عن أمه حياً وذلك بظهور علامة من علامات الحياة كالبيكاء مثلاً⁽¹⁾.

ومن هذا فإن الإنسان لا يكتسب الشخصية القانونية إلا بتمام ولادته حياً.

واستثناءً من القاعدة العامة، فإنه تثبت للجنين شخصية من نوع خاصة تؤهله لاكتساب بعض الحقوق.

حيث نجد المادة 25/ف2 ق.م.ج تنص على «إن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حياً».

ومن خلال هذه المادة يتضح بأن المشرع الجزائري منح للجنين شخصية قانونية لكنها علقها على شرط، وهو أن تتم ولادته حياً، وبمفهوم المخالفة فإذا ولد الجنين حياً مكناه من الحقوق المقررة له، أما إذا ولد ميتاً فلا يترتب له شيء من تلك الحقوق، ويعتبر في حكم المعدوم.

وتطبيقاً لهذا الاستثناء نجد أن المشرع الجزائري قد نظم ونص صراحة على الحقوق التي يتمتع بها الجنين، وذلك من خلال النص عليها في قانون الأسرة الجزائري من خلال المواد 128-173-187-209 وهذه الحقوق هي حقه في الميراث، الوصية والهبة.

وبالرجوع إلى نصوص هذه المواد يتضح أن كل هذه الحقوق هي حقوق احتمالية، كونها جميعاً معلقة على شرط ولادة الجنين⁽²⁾ إذ نصت المادة 134ق.أ. على: «... يعتبر الجنين حياً إذا استهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة».

هذا من الناحية القانونية، أما من الناحية الشرعية فنجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أقرروا بأن للجنين أهلية وجوب ناقصة، وذلك على اعتبار أنه تثبت له حقوق دون أن تترتب عليه

¹ بن عصمان نسرین ایناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2009/2008، ص22.

² نفس المرجع والموضع السابقين.

واجبات. وقد اعترفوا للجنين بالحقوق التي لا تحتاج إلى قبول. كالميراث والوصية، وذلك على اعتبار أن الجنين كائن غير كامل وغير ظاهر، وبالتالي فإنه لا يمكنه التصرف والتعبير عن إرادته، وعلى اعتبار أن حياته دائرة بين الحياة والوفاة. ففي حالة الوفاة يكون الجنين في حكم العدم ولا تثبت له أية حقوق. وقد يولد حيًا فتكون له حقوق الإنسان كاملة وكذلك إضافة إلى كونه جزءًا من أمه فقد أعطت له بعض أحكامها فيعتق مثلًا بعقتها فهو يتحرك بتحريكها⁽¹⁾.

وعليه وانطلاقًا من تعريف الشخصية القانونية على العموم، نجد بأن الإنسان يتمتع بالشخصية القانونية منذ نشوئه.

وبالرجوع إلى نص المادة 25 ق.م.ج نجد أنها تضمنت قاعدة واستثناء، بحيث يكتسب الإنسان الشخصية القانونية بتمام ولادته حيًا. أما الاستثناء فهو الشخصية القانونية التقديرية المعترف بها للجنين، وهي تقديرية على اعتبارات أن الجنين لا يكتسب الشخصية القانونية إلا إذا ما ولد حيًا، وعند ولادته حيًا يكتسب الشخصية القانونية التي كانت في أثناء مدة الحمل معلقة على شرط ولادته حيًا.

ومنه فإن الجنين يتمتع بشخصية قانونية كاملة وذلك انطلاقًا من مفهوم الشخصية القانونية عمومًا، غير أنه يثبت له أهلية وجوب ناقصة، وذلك على اعتبار أن أهلية الوجوب تتكون من عنصرين: عنصر إيجابي، ويتمثل في الحقوق، وعنصر سلبي يتمثل في الالتزامات. وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة للجنين فهو لا يتحمل أي التزام ولذلك نقول بأنه يتمتع بأهلية وجوب ناقصة⁽²⁾.

وهذا ما يتماشى مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية الذين اعتبروا بأن للجنين أهلية وجوب ناقصة.

مع ملاحظة أن الحقوق التي تثبت للجنين طبقًا للنصوص الواردة في قانون الأسرة وكذلك الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية تكون معلقة على شرط تمام ولادة الجنين حيًا. فلو تمت ولادته حيًا استحق هذه الحقوق حتى ولو مات بعد ذلك بفترة بسيطة على عكس ولادته ميتًا فإن هذه الحقوق تزول.

¹ - على الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق ص 65.

² - نفس المرجع السابق، ص 66.

كما أنه يلاحظ بأن الحقوق المقررة للجنين هي حقوق لا تحتاج إلى قبول، كالحق في الميراث والوصية، والوقف، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أقر صراحة في نص المادة 209 ق.أ.ج على جواز الهبة للجنين، رغم كون الهبة من التصرفات التي لا تصح دون قبول من الطرف الآخر⁽¹⁾ وهذا يطرح عدة تساؤلات حول هوية الشخص الذي يقبل الهبة عنه، وأيضا عن إمكانية وجود التزامات في ذمة الجنين تكون ناتجة عن إدارة أمواله.

¹ - مصطفى مجدي هرجه، الأشخاص والأموال في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع القاهرة، د ط، د ت، ص13.

الفصل الثاني

الحقوق المقررة للجنيين

تمهيد:

اهتم المشرع الجزائري على غرار الشريعة الإسلامية اهتماماً كبيراً بالجنين، وكذلك باعتباره ثمرة من ثمار الزواج، وأهم مقصد من مقاصده، وأعظم نعم الحياة وذلك من خلال الاعتراف بحقوقه كاملة، والالتزام بحمايتها وذلك منذ وقت علوقه في بطن أمه، وقبل انفصاله عنها ومن هذه الحقوق ما يتعلق بالجانب المعنوي كالحق في الحياة والنسب، وهذا ما سنتناوله في المبحث الأول، ومنها ما يتعلق بالجانب المادي كحقه في الميراث، والإيصال له والهبة له والوقف عليه والنفقة عليه وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني.

المبحث الأول: الحقوق المعنوية المقررة للجنين

تعد الحقوق المعنوية التي يتمتع بها الجنين من أهم الحقوق التي اهتم المشرع الجزائري بالنص عليها وتنظيم أحكامها، من خلال مختلف القوانين والتشريعات المعمول بها ومن أهم هذه الحقوق الحق في الحياة، والذي يعد الحق الأول للجنين، به تبدأ سائر الحقوق فعند وجوده تطبق بقية الحقوق وعند انتهائه تنعدم الحقوق الأخرى، وهذا ما سنتناوله في المطلب الأول، إضافة إلى الحق في النسب، والذي يعتبر من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، فحق الجنين في الانتساب إلى أبويه يحميه من الضياع والتشرد، وهذا ما سندرسه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الحق في الحياة

اهتم المشرع الجزائري والشريعة الإسلامية على حدٍ سواء بالحفاظ على هذا الحق وصيانتها، من خلال تجريم فعل الاعتداء عليه بالإجهاض وهذا ما سندرسه في الفرع الأول أما الفرع الثاني فسنتناول من خلاله تجريم المشرع الجزائري لفعل ترك الزوجة الحامل، بالإضافة إلى إرجاء تنفيذ العقوبة على المرأة الحامل في الفرع الثالث.

الفرع الأول: تجريم فعل إجهاض الجنين

أولاً: تعريف الإجهاض

الإجهاض هو قتل الجنين في بطن أمه وتعمد إخراجه في غير موعده الطبيعي عمدًا، وبلا ضرورة وبأية وسيلة كانت (1) وهو أيضًا تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، بهدف إخراج الجنين مبكرًا من الرحم (2).

ثانيًا: أركان جريمة الإجهاض

1- الركن المفترض

من خلال نص المادة 304 قانون العقوبات الجزائري، والتي نصت على «كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها...» يتضح بأن جريمة الإجهاض تقوم حتى ولو كان الحمل غير متأكد من وجوده، ومنه فالمشرع الجزائري لم يفرق بين وجود الحمل من عدمه، كما لم

¹ - الشيخ صالح البشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012-2013، ص 41.

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، الجزائر، ط 15، 2012-2013، الجزء 1، ص 44.

يفرق أيضاً بين خروج الجنين ميتاً أو حياً، كما لم يفرق بين كون الحمل ناتج عن سبب شرعي أو غير شرعي، وسواء كان الاعتداء من الطبيب أو غيره، فهو في كل الحالات يحمي الجنين في بطن أمه، ويعاقب على الاعتداء عليه، كما أنه لا يفرق بين حدوث الاعتداء على الجنين في الشهور الأولى أو حدوثه في وقت قريب الولادة، لأن الإجهاض قد يرتكب في الساعات الأولى، أي قبل تشكل الجنين (1).

2- الركن المادي

يقوم الركن المادي لجريمة الإجهاض على ثلاثة عناصر أساسية، وهي فعل الإسقاط، وهو كل فعل يفضي إلى موت الجنين، أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته بالإضافة إلى النتيجة الإجرامية، والمتمثلة في موت الجنين داخل الرحم أو خارجه قبل الموعد الطبيعي لولادته، ولو خرج حياً أو قابلاً للحياة، إضافة إلى توفر العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة بأن تكون النتيجة المحققة قد حدثت بسبب مباشر للفعل الذي قام به الجاني (2).

3- الركن المعنوي «القصد الجنائي»

يشترط لقيام جريمة الإجهاض أن يحصل الإجهاض، أو الشروع فيه عمداً، فلا يرتكب هذه الجريمة من تسبب بخطئه في إجهاض امرأة حامل ولكنه يرتكب جريمة الجرح الخطأ، ويتوفر القصد الجنائي بانصراف إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة، وعلمه بعناصرها كما حددها القانون، فيجب أن يكون عالماً بوجود الحمل أو بافتراض وجوده، فإن كان يجهل ذلك وأحدث فعله إجهاضاً فإنه لا يعاقب من أجل الإجهاض، بل يعاقب على أعمال أخرى، فيجب أن يكون الجاني قد ارتكب فعله عن إرادة ويلزم أيضاً أن يكون الجاني قد قصد إحداث فعل الإجهاض (3).

1 - محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 61.

2 - الشيخ صالح البشير، مرجع سابق، ص 78.

3 - نفس المرجع السابق، ص 82-85.

ثالثاً: صور جريمة الإجهاض

1- إجهاض المرأة لنفسها

وهي أن تقوم المرأة الحامل بإجهاض نفسها عمدًا، أو تحاول ذلك أو توافق على استعمال الطرق التي أرشدت إليها، أو استعمال الوسائل التي أعطيت لها بغرض الإجهاض⁽¹⁾ ونص المشرع الجزائري على هذا النوع من خلال نص المادة 309 ق.ع.

2- إجهاض المرأة من قبل الغير

يتعلق الأمر هنا بكل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها، سواء وافقت أم لم توافق أو حتى شرع في ذلك، والملاحظ من هذه الصورة هو أن المشرع الجزائري لا يعتد برضا المرأة كون الجريمة تهدد المصلحة الاجتماعية، وإلى كون الضحية الحقيقية لهذا الفعل هو الجنين الذي يحرم من الوجود، وهذه الصورة تمت الإشارة إليها بنص المادة 304 ق.ع، والتي جاء فيها «... كل من أجهض أو شرع في إجهاض امرأة حامل أو مفترض حملها بأن قدم لها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو بأن استعمل حركات أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى برضاها أو بدون رضاها يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات وغرامة من 500 إلى 10000 دج».

3- التحريض على الإجهاض

عاقب المشرع الجزائري على التحريض على الإجهاض بغض النظر عن حصول أو عدم حصول النتيجة⁽²⁾ وذلك من خلال نص المادة 310 ق.ع، حيث جاء فيها «يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرص على الإجهاض ولم يؤدي تحريضه إلى نتيجة...».

رابعاً: العقوبات المقررة لفعل الإجهاض

- يعاقب كل من أجهض امرأة سواء وافقت أو لم توافق، بالحبس من سنة إلى 5 سنوات وغرامة وذلك حسب نص المادة 304 ق.ع «كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها ... يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 دج»⁽³⁾.

1 - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 53.

2 - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هوم، الجزائر، د ط، 2013، ص 70.

3 - محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 62.

- ويعاقب أيضاً بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وغرامة كل من أجهضت نفسها عمداً وذلك حسب نص المادة 309 ق.ع، والتي نصت «يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دينار المرأة التي أجهضت نفسها عمداً...»⁽¹⁾.

وعاقب أيضاً على التحريض بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات، وغرامة مهما كان نوع الفعل المحرض الذي قام به، وذلك حسب نص المادة 310 ق.ع، والتي نصت على «يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الإجهاض...»⁽²⁾.

غير أن العقوبة تشدد في الحالات التالية:

- إذا ما أدى الإجهاض إلى وفاة الأم فإن العقوبة ترفع إلى السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة،⁽³⁾ حسب نص المادة 304، والتي نصت على «إذا أفضي الإجهاض إلى الموت فتكون عقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة...».

وكذلك نصت المادة 305 على رفع العقوبة في حالة الاعتياد على ممارسة الإجهاض أو المساعدة إلى الحبس من سنتين إلى 10 سنوات، حيث جاء في نص المادة أنه «إذا ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304 فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى وترفع عقوبة السجن المؤقت للحد الأقصى».

وعاقبت المادة 306 ق.ع الأفراد المنتمين إلى السلك الطبي والشبه الطبي من الأطباء والقابلات وجراحو الأسنان، أو الصيادلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعو الأريطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية، والمرضون والمرضات والمدلكون والمدلكات بنفس العقوبة السابق⁽⁴⁾.

ومتى تمت جريمة الإجهاض بأركانها السابقة وجبت العقوبة التي ذكرناها ولو وقعت الجريمة عند حد الشروع فهو معاقب عليه قانوناً كما لو أن الجاني استنفذ كل نشاطه الإجرامي فلا

1 - محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 63.

2 - نفس المرجع والموضع السابقين.

3 - نفس المرجع السابق، ص 62.

4 - نفس المرجع السابق، ص 63.

فرق بين الجريمة التامة والشروع، وذلك من خلال نص المادة 304⁽¹⁾ «... أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 10.000 دج».

خامسا: الإجهاض المباح

يتضح من خلال نص المادة 308⁽²⁾ ق.ع، أن المشرع الجزائري لم يمنع الإجهاض مطلقاً حيث نجده قد أجاز الإجهاض في حالة الضرورة كإنقاذ حياة الأم، في حالة كون الحمل يشكل خطراً يهدد حياتها، وذلك في حالة ما إذا قام به طبيب أو جراح وتم جراه بصفة علنية وبعد إبلاغ السلطات الإدارية، وعليه لا يعاقب الطبيب أو الجراح الذي يقوم به ومن خلال نص المادة يتضح بان المشرع الجزائري قد أجاز الإجهاض في حالة الضرورة بشروط هي:

- أن يكون سبب الإجهاض هي حالة الضرورة مثل إنقاذ حياة الأم.
- أن يقوم بإجرائه طبيب أو جراح.
- أن يتم أجرءه بصفة علنية وإبلاغ السلطات الإدارية.

غير أنه يجب الاحتياط بعدم التوسع في حالة الضرورة، وإلا أصبحت ذريعة للإجهاض من قبل الأم أو الأطباء⁽³⁾.

كما نصت المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما يلي: «يعد الإجهاض لغرض علاجي، عندما يكون ضرورياً لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي أو العقلي المهدد بخطر، ويتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي»⁽⁴⁾.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سار على ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، والذين أجمعوا على أن الاعتداء على الجنين بعد نفخ الروح فيه عمداً، وبلا عذر يكون محرماً لأنه يكون اعتداء على حياة كاملة، حتى ولو كانت من نوع خاص فهدرها حرام ويستوجب

1 - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص52.

2 - نص م 308 ق.ع «لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجرءه طبيب أو

جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية.»

3 - الشيخ صالح البشير، مرجع سابق، ص140، 143.

4 - نفس المرجع السابق، ص110.

الدية⁽¹⁾، غير أنهم اختلفوا في حكمه قبل نفخ الروح فيه فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى القول بجوز إسقاطه، مادام في طور النطفة والعلقة لأنه لم تدب فيه الحياة بعد، وعلى الخلاف من ذلك ذهب المالكية إلى القول بعدم جواز إسقاط الجنين قبل نفخ الروح فيه حيث قال الدسوقي في حاشيته، على الشرح الكبير "وكذلك لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم، ولو قبل الأربعين يوماً وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعاً"⁽²⁾ إضافة إلى ذلك فإن فقهاء الشريعة الإسلامية قد أجازوا الإجهاض في حالة الضرورة كصيانة حياة الأم، وذلك لأن حياتها يقينية أما حياة الجنين هي حياة غير متيقن منها، وفي إطار ذلك قال ابن القيم الجوزية: "فإن الشريعة الإسلامية مبناها على تحصيل المصالح بحسب الإمكان وإذ لا يفوت منها الشيء، فإن أمكن تحصيلها كلها حلت وإن تراجعت ولم يمكن تحصيل بعضها قدم أكملها وأهمها وأشدّها طلباً للشارع"⁽³⁾.

الفرع الثاني: تجريم فعل ترك الزوجة الحامل

يهدف المشرع من خلال تجريم فعل ترك الزوجة الحامل إلى حماية حق الجنين في الحياة فهو من خلال هذا التجريم يكون قد أعطى حماية خاصة للجنين من أجل المحافظة على حقه في الحياة، وذلك على اعتباره طفل الغد وأمل المستقبل، ونظراً لخطورة هذا الفعل على حياة الجنين وصحته نصت المادة 330 فقرة 2 من ق.ع، على أن الزوج الذي يتخلى عمداً ولمدة تتجاوز الشهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل، ولغير سبب جدي يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة، وبغرامة من 25.000 إلى 100.000 دج، وعليه فإن الزوج الذي يربطه عقد زواج صحيح وشرعي مع امرأة، ويقوم بتركها عمداً ولمدة تتجاوز الشهرين، وهو يعلم حق العلم بحملها، وبدون مبرر شرعي يبزر غيابه ومع ذلك يتعمد تركها، في هذه الظروف التي تتطلب منه أن يكون بجانبها ويوفر لها حاجاتها وهذا ضمان لراحة الحمل⁽⁴⁾.

1 - عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2013، ص29.

2 - مسعودة حسين بوعدلاوي، موقف الشريعة الإسلامية من الإجهاض وموانع الحمل، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية، 1988، ص192-203.

3 - نفس المرجع السابق، ص219-220.

4 - عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على الأسرة، مرجع سابق، ص30.

وعليه فإذا ما توفرت هذه العناصر وقامت الزوجة المهملّة بتقديم شكوى للمصالح المعنية فإنه يمكن متابعة الزوج وإدانته بارتكاب جريمة ترك الزوجة الحامل، والمشرع الجزائري وحفاظاً منه على حق الجنين في الحياة فإن هذه الجريمة تقوم حتى ولو كان الزواج عرفياً ولكن بشرط أن تقوم الزوجة بالقيام بإجراءات تسجيل الزواج قبل تقديم الشكوى، ومنه فإن الجريمة تقوم في حق الزوج منذ تاريخ الحمل لا من تاريخ تثبيت الزواج⁽¹⁾.

الفرع الثالث: إرجاء تنفيذ العقوبة في حق المرأة الحامل

نص المشرع الجزائري على تأجيل تنفيذ العقوبة في حق الحامل من خلال نص المادة 16 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين حيث جاء فيها «يجوز منح المحكوم عليه نهائياً، الاستفادة من التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية في الحالات الآتية ... إذا كانت امرأة حاملاً، أو كانت أمّاً لولد يقل سنة عن أربعة وعشرين (24) شهراً...»

ونص أيضاً في نص المادة 17 من نفس القانون على «يؤجل تنفيذ العقوبة في الحالات المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه لمدة لا تزيد عن ستة (06) أشهر فيما عدا الحالات الآتية:

- في حالة الحمل، وإلى ما بعد وضع الحامل حملها بشهرين كاملين حال وضعها له ميئاً وإلى أربعة وعشرين (24) شهراً، حال وضعها له حياً...».

فمن خلال نص المادتين يتضح أن المشرع الجزائري أعطى أهمية بالغة لحياة الجنين بالنظر إلى الطبيعة التي تتميز بها المؤسسة العقابية، إضافة إلى احتمال وجود عوامل قد تؤثر على صحة الجنين، كتدني مستوى الخدمات خاصة فيما يخص الغذاء بالإضافة إلى احتمال انتشار لبعض الأمراض التي من شأنها أن تؤثر على صحة الجنين إذا ما أصيبت بها والدته.

فالمشرع الجزائري قد نص على تأجيل تنفيذ العقوبة في نص المادة 16، ونص في المادة 17 على أن العقوبة تأجل إلى حين الوضع، وفصل من خلال نص المادة في مسألتين تتعلق المسألة الأولى بحالة ولادة الجنين ميئاً، ففي هذه الحالة نجد المشرع قد أجل تنفيذ العقوبة لمدة شهرين زيادة على مدة الحمل، وذلك من أجل التأكد من تعافي الحامل

¹ - أحسن بوسقيعة، مرجع سابق ص 171-172.

وشفاؤها من النفاس، أما فيما يخص المسألة الثانية فنجد أنه قد أُجِّلَ تنفيذ العقوبة لمدة 24 شهراً من أجل حق المولود في الرضاع وذلك على اعتبار أن مدة 24 شهراً هي مدة الفطام وذلك لقوله تعالى: { وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا }.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ذهب مذهب جمهور الفقهاء الذين قالوا بعدم تنفيذ العقوبة على الحامل سواء كانت حداً⁽¹⁾ أو قصاصاً،⁽²⁾ لأن للحمل حياة محترمة وإقامة الحد أو القصاص على أمه فيه إضرار بالجنين وتعدي على حقه في الحياة، ولعل ما يؤكد ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي هو الحديث الذي رواه مسلم عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((جاءت الغامدية فقالت يا رسول الله إن قد زנית فطهرني، وأنه ردها فلما كان الغد قالت لم تردني لعلك تردني كما رددت ماعزاً⁽³⁾ فإنا حبل، قال أما لا فإذهبي حتى تلدي، فلما ولدت فأنته بالصبي في خرقة قالت: هذا قد ولدته، قال: فإذهبي فأرضعيه حتى تطفميه، فلما طفمته أنته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت: هذا يا نبي الله قد طفمته وقد أكل الطعام فدفع الصبي على رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس فرجموها، فيقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضخ الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه إياها، فقال: مهلاً يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس⁽⁴⁾ لغفر له بها وصلي عليها ودفنت))⁽⁵⁾.

ومن خلال ما سبق ذكره يتضح بان المشرع الجزائري قد اهتم بحق الجنين في الحياة وذلك من خلال تجريم فعل إجهاض الجنين منذ لحظة التلقيح وعاقب كل من يقوم بهذا

¹ - الحد: هو العقوبة المقدرة والتي تكون واجبة حقاً لله تعالى، ينظر، عواطف تحسين عبد الله البوقري، أحكام الجنين والطفل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة لدراسات الإسلامية، السعودية، 1996، هامش رقم 1، ص 74.

² - القصاص: عقوبة مقدرة تجب للفرد، ينظر، عواطف تحسين عبد الله البوقري، مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 74.

³ - ماعز بن مالك الأسلمي، وهو الذي رجم في عهد النبي صلى الله عليه وسلم عندما اعترف بالزنا، ويقال اسم غريب وماغز لقب، ينظر عواطف تحسين عبد الله البوقري، مرجع سابق، هامش رقم 3، ص 79.

⁴ - مكس: هو الجباية ومن ثم غلب استعمال المكس فيما يأخذه أعوان السلفان عند البيع والشراء، ينظر، عواطف تحسين عبد الله البوقري: أحكام الجنين والطفل الإسلامي، مرجع سابق، هامش رقم 2، ص 86.

⁵ - مسلم، صحيح مسلم، بشرح نووي، كتاب الحدود، حد الزنا، ص 203.

الفعل بمجموعة من العقوبات نظمها ونص عليها في قانون العقوبات، كما أنه أجاز الإجهاض في حالة واحدة وهي حالة الضرورة وقيده ذلك بشروط.

كما يتضح أيضاً أنه أولى أهمية بالغة لحق الجنين في الحياة، من خلال تجريمه لفعل ترك الزوجة الحامل، لما قد يشكله هذا الفعل من خطر على صحة الجنين، إضافة إرجاء تنفيذ العقوبة في حق المحبوسة إذا ما كانت حاملاً وهذا كله من أجل حماية الجنين وضمان سلامته، وحفاظاً على حقه في الحياة.

المطلب الثاني: الحق في النسب

يعتبر حق الجنين في النسب من الضروريات الخمسة الأساسية، وهو أيضاً حق للوالد في إلحاق نسب ولده إليه، وهو حق للأُم أيضاً تأكيداً لشرفها وحفظاً لكرامتها ولهذا اهتم به المشرع الجزائري، وأولاه أهمية بالغة فبين وسائل المحافظة عليه وهذا ما سنتناوله في الفرع الأول كما بين وسائل وطرق إثباته وهذا ما سنتعرض إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف النسب ووسائل المحافظة عليه

أولاً: تعريف النسب

هو صلة القرابة بين الأشخاص والمقصود بها هنا صلة البنوة والأبوة والأمومة، وهي القرابة الشرعية بين الأصول والفروع نتيجة العقد الشرعي الصحيح⁽¹⁾.

كما عرف أيضاً بأنه الرابطة التي تقوم بين المولود ووالديه، نتيجة لزواج صحيح بينهما، يعطي المولود حق الانتساب إليهما، وحق بيان أنه ابن من، وبالتالي اكتساب الحقوق الآيلة إليه تبعاً، لهذا الانتساب وما يترتب عليه اتجاههما من حقوق وواجبات مستقبلية⁽²⁾.

ثانياً: وسائل المحافظة على النسب

أعطى المشرع الجزائري حماية خاصة بالنسب وذلك من خلال نصه على مختلف الطرق التي تكفل المحافظة عليه، وتضمن إلحاق نسب الولد بأبيه من خلال بيان طرق إثباته،

¹ - لطيفة زاطلي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة 20 أوت

1955، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سكيكدة، 2013، ص4.

² - جدع أمال، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكر ماجستير، جامعة 20 أوت

1955، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سكيكدة، 2011-2012، ص38.

وبيان الأحكام المتعلقة بكل حالة، وكذلك من خلال منعه لنظام التبني⁽¹⁾ وذلك من خلال نصوص المواد من 40-46 ق.أ.ج.

بالإضافة إلى تنظيم الأحكام المتعلقة بالعدة، فعلى الزوجة عند الافتراق عن زوجها سواء كان سبب الفرقة طلاق، أو وفاة أو فسخ، أن تعتد لمدة محددة، حيث جاء في نص م 30 ق.أ «يحرم من النساء مؤقتًا ... المعتدة من طلاق أو وفاة» وذلك من أجل معرفة براءة الرحم أي خلوه من أي حمل وثبوت نسب الولد قد وقعت ولادته بين أقل وأقصى مدة للحمل والمقدرة ب ستة وعشرة أشهر حسب م 43 ق.أ.ج⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك فقد حرمت الشريعة الإسلامية نسب الولد إلى غير أبيه، فقد جاء عن النبي صلى الله عليه قوله: ((من ادعى إلي غير أبيه وهو يعلم فالجنة عليه حرام))⁽³⁾، كما حرمت أيضًا على النساء نسب أولادهم إلى غير آبائهم الحقيقيين وذلك حرصًا منها على سلامة الأنساب ومنع الاختلاط كما دعت الآباء إلى نسب أولادهم إليهم وأن لا ينكروهم، ولا سيما إذا كان الزواج غير موثق، أو كان في السر، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الشأن: ((أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، و أيما رجلٌ جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله عنه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين يوم القيامة))⁽⁴⁾

الفرع الثاني: طرق إثبات النسب

يعتبر الحق في النسب من أهم الحقوق المعنوية التي يتمتع بها الجنين لأنه يتحدد انتماءه وعلى أساسه تثبت له مجموعة من الحقوق الأخرى، ولهذا فإن الشريعة الإسلامية وكذا قانون الأسرة الجزائري قد وضعوا مجموعة من الأساليب والطرق، التي من شأنها أن تضمن حق

¹ - التبني: هو إلحاق شخص معروف أو مجهول النسب إلى شخص آخر والتصريح بأنه ولد له وليس هو بوالده في الحقيقة، ولقد حرمه الدين الإسلامي وسار على هذا النهج المشرع الجزائري في المادة 46 ق.أ.ج ينظر، مشرى صفاء، التلقيح الاصطناعي، رسالة ماستر، جامعة 20 أوت 1955، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سكيكدة، 2012-2013، ص78، هامش رقم 4.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2005، الجزء 1، ص191.

³ - أبي العباس زين الدين أحمد بن أحمد بعد اللطيف الشرجي الزبيدي، مختصر صحيح البخاري، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2005، حديث رقم 2766/2078، ص550.

⁴ - أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الطلاق، مطبعة مصطفى بابي وأولاده، مصر، ط1، 1952، ص525.

الحنين في أن ينسب إلى أبيه باعتبار أن حقه في الانتساب إلى أمه هو حق مضمون له عن طريق الولادة،⁽¹⁾ وهذه الطرق سوف نتناولها من خلال هذا الفرع.

أولاً: إثبات النسب بالزواج الصحيح

يعتبر العقد الصحيح سبباً شرعياً في ثبوت نسب الولد إلى أبيه، وعلى هذا الأساس جاء في نص المادة 40 ق.أ.ج «يثبت النسب بالزواج الصحيح»، كما أن نص م 41 ق.أ.ج⁽²⁾ قد حددت مجموعة من الشروط، إن توفرت ينسب الولد إلى أبيه إن كان الزواج صحيحاً وهذه الشروط هي:

1- أن تكون العلاقة الزوجية قائمة بين الرجل والمرأة حين ابتداء الحمل، على أساس عقد الزواج الصحيح، والزواج الصحيح هو الذي استوفى جميع شروط الانعقاد والصحة طبقاً للمواد من 7 إلى 31 ق.أ.ج، فإن كان الزواج صحيحاً كامل الأركان والشروط، كان صالحاً لإثبات النسب فالولد في هذه الحالة يثبت نسبه لأبيه بدون بينة أو طلب⁽³⁾.

2- إمكان التلاقي بين الزوجين وهو ما عبر عنه القانون في المادة 41 ق.أ.ج بإمكان الاتصال، فإذا تزوج رجل امرأة ولم يتلقاها بعد العقد أو لم يكن في الإمكان تلاقيهما عادة، ثم أتت بولد بعد مضي ستة أشهر من تاريخ العقد عليهما لا يثبت من الزوج⁽⁴⁾.

3- أن تتحقق مدة الحمل المفروضة قانوناً وقد حددها المشرع في المادة 42 ق.أ.ج أقل مدة للحمل 6 أشهر وأقصاها 10 أشهر، وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية في 19/05/1998 ملف رقم 193825 "من المقرر شرعاً أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل 6 أشهر، وأقصاها 10 أشهر"⁽⁵⁾ وهذا معناه أنه إذا جاء بالولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج فإن الولد لا ينسب للزوج لأن هذه المدة قرينة على أن أمه كانت حاملاً به قبل أن تصبح زوجة، وأما

1 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، د ط، د ت، ج 1، ص 493.

2 - نص المادة 41 ق.أ.ج «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»

3 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1، ص 191.

4 - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، د ت، ص 85.

5 - الغوتي بن ملمة، مرجع سابق، ص 150

بالنسبة للمطلقة والمتوفى عنها زوجها فيشترط لكي ينسب الولد لأبيه أن تؤتي به خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، وهذا حسب نص المادة 43 ق.أ.ج⁽¹⁾.

4- عدم نفي الولد بالطرق المشروعة، والطريقة المشروعة لنفي الولد حسب نص المادة 41 ق.أ. هي اللعان، وهذا يستنتج من نص المادة 138 ق.أ.ج كون المشرع لم ينص عليه صراحة في نص المادة 41 ق.أ.⁽²⁾.

5- أن يكون الزوج ممن يتصور الحمل منه عادة بان يكون بالغاً⁽³⁾.

أما فيما يخص الشريعة الإسلامية فقد جعلت من الزواج الصحيح طريقة من طرق إثبات النسب، وجعلت له مجموعة من الشروط تتمثل في أن يكون الزوج ممن يتصور الحمل منه، وإمكانية التلاقي بين الزوجين، أن يكون الولد قد جاء لأقل مدة الحمل، وهي ستة أشهر من تاريخ الزواج ولأقل من أقصى مدة الحمل، وهي محل خلاف لعدم وجود نص شرعي بالإضافة إلى عدم نفي الزوج ولده عن طريق اللعان⁽⁴⁾.

ثانياً: إثبات النسب بالزواج الفاسد⁽⁵⁾

في حالة ما إذا عقد على امرأة بزواج ثبت فساده وتفارقا أو فرق القاضي بينهما بعد الدخول أو الخلوة، ثم أتت المرأة بولد قبل مضي أقصى مدة الحمل من وقت الفرقة أو التفريق ثبت نسبه من الرجل، والقانون قد أثبت النسب في كل زواج ثم فسخه بعد الدخول في الحالات الآتية:

1- الزواج الذي اشتمل على مانع، أو اشتمل على شرط ينافي العقد أو ينافي مقتضياته.

2- الزواج الذي اختل ركن الرضا فيه.

3- الزواج بدون شاهين أو صدق أو ولي في حالة وجوب الولي.

1 - جدع أمال، مرجع سابق، ص 43.

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1 ص 194.

3 - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ج 1 ص 85.

4 - أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د ت، ج 3، ص 78-79.

5 - الزواج الفاسد: هو الزواج الذي فقد شرط من شروط الصحة في عقد الزواج ولا يترتب عليه أي أثر من آثار الزواج إلا الدخول الحقيقي ومن بين هذه الآثار ثبوت النسب. أنظر: بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 505.

4- الزواج بإحدى المحرمات.

ففي كل هذه الحالات إذا ما انتهت العلاقة بين الرجل والمرأة بعد الدخول ثبت نسب الولد الذي تأتي به المرأة لأقصى مدة الحمل المبينة في القانون بعشرة أشهر⁽¹⁾.
وأما فيما يخص الشريعة الإسلامية فإن النسب في الزواج الفاسد، يأخذ حكم النسب في الزواج الصحيح في حق ثبوت النسب، إلا أنه لا يثبت بالزواج الفاسد إلا إذا دخل الرجل بالمرأة دخولا حقيقيًا،⁽²⁾ فإن عقد الرجل على امرأة عقدًا فاسدًا، ولم يدخل بها لا يثبت نسب الولد الذي تأتي به المرأة من الزوج، فإن دخل بها ثم جاءت بولد بعد مضي ستة أشهر فأكثر ثبت نسب الولد من الزوج، لأنه صاحب الفراش، وإن أتت به لأقل منها، لا يثبت النسب منه، لأنه على وجه التأكيد حاصل من رجلٍ آخر غير الزوج⁽³⁾.

ثالثًا: إثبات النسب في النكاح بشبهة

نص المشرع الجزائري على حق الابن في إثبات نسبه إلى أبيه إذا كان النكاح بشبهة في المادة 40 ق.أ.ج "أو بنكاح الشبهة"⁽⁴⁾
والشبهة ثلاث أنواع

شبهة المحل (الملك): وتسمى أيضًا بالشبهة الحكمية، وهي أن يشتبه الدليل الشرعي على الرجل فيفهم منه إباحة وطئ امرأة في حين أنها ليست مباحة، كوطء جارية الابن.
شبهة العقد: وهو أن يدخل الرجل بامرأة، وهو يعتقد أنها تحل له ثم يتبين له أنها لم تكن تحل له، كأن يظهر بعد الدخول أنها أخته من الرضاع أو من المحرمات.
شبهة الفعل: وهو أن يطأ الرجل امرأة ليست بينه وبينها شيء كأن يطأ امرأة وجدها نائمة على فراشه ظاننًا أنها زوجته⁽⁵⁾.

¹ - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 88.

² - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003، ج 3 ص 615.

³ - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 506.

⁴ - نكاح الشبهة: هو دخول الشخص على امرأة لا تحل له أصلًا عن غير علم معتقدًا أنها حليلة، ثم تبين أمره، وعلم حاله بعد ذلك، فيكون هذا الشخص وقاعة لتلك المرأة بشبهة وهي مثبتة للنسب ومدرة للحد، أنظر: لطيفة زاطلي، مرجع سابق، ص 22.

⁵ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1 ص 196.

وعليه فإن المشرع الجزائري قد أخذ بنكاح الشبهة في إثبات النسب، موافقاً في ذلك ما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، الذين أثبتوا النسب بنكاح الشبهة فعلاً⁽¹⁾ لأنه في حالة ما إذا زالت الشبهة فإن الوطاء يعتبر زناً، ويجب فيه الحد ويقول الإمام أبو زهرة: "إن الزنا لا يثبت نسباً لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراس وللعاهر الحجر" لأن ثبوت النسب نعمة، والجريمة لا تثبت النعمة، بل يستحق صاحبها النعمة، والزنا الذي لا يثبت نسباً هو الفعل الخالي من أي شبهة مسقط للحد، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد فقط فإن النسب يثبت على الراجح في الحالة الثانية وبالإجماع في الأولى"⁽²⁾.

وعليه فإن الشبهة لا تمحو وصف الجريمة ولا تسقط الحد إلا إذا اثبت الخطأ أو الغلط أو الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسن نيته، ولذلك وجب إثباتها حتى لا يتستر الزاني وراءها⁽³⁾.

رابعاً: إثبات النسب بالإقرار

الإقرار هو إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر ويطلق عليه الفقهاء أيضاً ثبوت النسب بالدعوى⁽⁴⁾.

فقد أجمع جميع الفقهاء على قبول الإقرار في النسب كما ولا خلاف في حجية الإقرار في النسب إذا توافرت شروطه⁽⁵⁾.

وقد أخذ المشرع الجزائري بالإقرار كوسيلة من وسائل إثبات النسب في المادتان 44 و 45 ق.أ.ج فنصت الأولى على: «يثبت النسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة»

1 - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 508-509.

2 - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 388-389.

3 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 1 ص 197.

4 - محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ط 2، 1977، ص 694.

5 - وهذه الشروط هي: ألا يكذبه الشرع، وذلك بأن يكون المقر بالبنوة مجهول النسب وألا يكذبه الحس بأن يكون المقر في سن يمكن أن يكون الولد منه، وألا تكذبه العادة، فإن كذبت لا يصح كأن يستلحق شخص ولد في بلاد بعينه، يعلم أنه لم يدخلها، أن يصدقه المستلحق إذا كان أهلاً للتصديق، وأن يكون المقر بالغاً عاقلاً ومختاراً، وألا يذكر المقر أنه ولده من الزنا إذا كان المقر بالبنوة هو الأب أما الأم لا يشترط في حقها هذا الشرط. أنظر: جده أمال، مرجع سابق، هامش رقم (1)، ص 47، علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق ص 127-128.

ونصت الثانية على أن: «الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر، إلا بتصديقه».

فمن خلال نص المادتين يتضح بأن هناك نوعين من الإقرار وهما، الإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة (1).

فالإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة يعد إقراراً على نفس المقر، (2) وقد كان الفقهاء يطلقون عليه اسم الاستلحاق، لا الإقرار ومثاله أن يقول الشخص هذا ابني ولصحة هذا النوع من الإقرار أشترط المشرع الجزائري شرطين هامين هما أن يقع الإقرار على شخص مجهول النسب، وأن يكون من النوع الذي يصدقه العقل والعادة.

ويضاف إليها شرط آخر لم ينص عليه المشرع صراحة، وهو ألا يصرح المقر أثناء إقراره بأن الولد ابنه من زنا، وهذا يعني أن الإقرار بنسب الولد لا يكون إلا في الزواج الصحيح، الزواج الفاسد أو النكاح بشبهة وعليه فمتى توافرت هذه الشروط فمن حق الابن أن يثبت نسبه إلى المقر (3).

أما فيما يخص النوع الثاني من الإقرار -الإقرار في غير البنوة والأبوة والأمومة- فهو تحميل النسب على غير المقر، كأن يقول هذا أخي، أو يقول هذا ابن أبي ومثل هذا الإقرار لا يجعل المقر له ابناً لأبي المقر لأن الإقرار حجة قاصرة على من صدر منه (4).

وهذا النوع من الإقرار يصح بنفس الشروط السابقة، بالإضافة إلى موافقة المحمول له على هذا الإقرار. كأن يقول فلان هذا أخي فيشترط فيه نفس الشروط السابقة بالإضافة إلى أن يصدقه أبوه في ذلك (5).

خامساً: إثبات النسب بالبينة

هناك إجماع على ثبوت نسب الابن بالبينة، وذلك من أجل إلحاقه بنسبه الأصلي والبينة المثبتة لنسب هي شاهدة رجلين أو رجل وامرأتين، والبينة في إقرار بالنسب أقوى من الإقرار،

1 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ج 1 ص 187.

2 - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 86.

3 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ج 1 ص 198.

4 - محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د ط، 1999، ص 170.

5 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ج 1 ص 198.

لأنها حجة متعدية إلى الغير والإقرار حجة قاصرة تقتصر على المقر، ولذلك لو تعارض إقرار وبينه في دعوى النسب رجح جانب صاحب البينة (1).

والمشرع الجزائري وحرصاً منه على حفظ حق الولد في أن ينسب إلى والديه، نص على البينة كطريقة من طرق إثبات النسب في نص المادة 40 ق.أ.ج «يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار والبينة...» والبينة من الناحية القانونية هي كل الدلائل والحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجوداً حقيقياً بواسطة السمع، أو البصر، أو غيرها من وسائل الإثبات الواردة في قانون الإجراءات (2).

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن إثبات حق لابن في أن ينسب إلى والده بالبينة، إلا إذا كانت هناك علاقة زوجية قائمة سواء كانت ناتجة عن عقد زواج صحيح أو فاسد، أو وطء بشبهة، أما إذا كانت العلاقة بينهما غير شرعية، وغير قانونية ونتج عنها ولد فلا يمكن إثبات نسبه إلا لأمه (3).

سادسا: إثبات النسب بالطرق العلمية

مؤخرا وعلى إثر تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 قام المشرع الجزائري بإدخال طريقة جديدة من أجل إثبات، النسب والتي تتمثل في استخدام الطرق العلمية وذلك من خلال نص المادة 40 ق.أ.ج «يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب» غير أن القانون لم يحدد هذه الطرق بل اكتفى بالإشارة إليها فقط وترك أمر تحديدها للقاضي (4).

غير أن استخدام هذه الطرق العلمية في مجال إثبات النسب يثير عدة تساؤلات حول مشروعيتها في الفقه الإسلامي، وفي هذا الصدد جاء بحث صادر عن المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية صادر في 08 أكتوبر 2001، يقر بأنه لا يوجد أي مانع شرعي من اعتماد الطرق العلمية في إثبات النسب، في حالة تنازع عدة أشخاص حول أبوة ابن مجهول النسب، فقد قال الدكتور أحمد الجندي الأمين العام المساعد للمنظمة في مقال نشرته صفحة الويب

¹ - مصطفى شبلي، مرجع سابق، ص 704-705.

² - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ج 1 ص 199.

³ - عبد العزيز سعد، الطلاق والزواج، دار هومه، الجزائر، ط3، 1996، ص 218.

⁴ - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 88.

لجريدة البيان، أن هناك 26 باحثاً ساهموا في إعداد بحث البصمة الوراثية⁽¹⁾ للمنظمة، وقد توصلوا من خلاله إلى حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب⁽²⁾.

كما أنه من مقاصد الشريعة الإسلامية المعتبرة أن كل ما فيه نفع بشري جائز ومباح، ما لم يكن هذا النفع على حساب خسارة الغير أو ضرر، وكل ما فيه ضرر فهو محرم، ومحذور، ما لم يترتب على هذا الضرر، تحقيق مصلحة عامة، وبما أن الأخذ بنتائج البصمة الوراثية من الوسائل النافعة ومن ثمة فهي تدخل في مقاصد الشارع ضمناً⁽³⁾.

كما جاء في قرار صادر عن المجتمع الفقهي بالرابطة أنه يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في مجال إثبات النسب في حالات محددة هي:

- إذا حصل نزاع حول مجهول النسب سواء كان هذا نتيجة انتقاء الأدلة أو تساويها، أم كان بسبب الاشتراك في وطء شبهة ونحو ذلك.

- في حالة الاشتباه بين المواليد في المستشفيات أو مراكز رعاية الأطفال، وكذلك الاشتباه في أطفال الأنابيب.

- في حالة ضياع الأطفال بسبب الحوادث أو الحروب، وتعذر معرفتهم، أو وجدوا جثثاً لا يمكن التعرف على هويتها، أو بقصد التعرف على هويات أسرى الحرب والمفقودين.

أما عن إثبات ولد الزنا⁽⁴⁾ بالبصمة الوراثية، فهو ممنوع شرعاً، كما صرح بذلك مفتي مصر علي جمعة في 22-05-2006 حيث قال: "إن علماء الفقه الإسلامي اتفقوا على إثبات نسب الأم بالميلاد أما بالنسبة للأب فلا بد أن يتم ذلك عن طريق الوسائل الشرعية" وأضاف قائلاً: "لذا نعتبر إثبات النسب لابن الزنا غير سليم وهذا لا علاقة له باستعمال تحليل البصمة الوراثية"⁽⁵⁾.

¹ - البصمة الوراثية، وسيلة من الطرق العلمية المعتمدة لإثبات النسب، يقصد بها البنية الجينية نسبة إلى الجينات، أي المورثات التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية، أنظر: لطيفة زاطلي: حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب، مرجع سابق ص52.

² - جدد آمال، مرجع سابق، ص52.

³ - زياد حمد عباس الصميدعي، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد (26/2)، ص355.

⁴ - الزنا: كل صلة جنسية تامة بين رجل وامرأة لا يجمعهما عقد ولا شبهة، ينظر: بن عصبان نسرين، مرجع سابق، ص88.

⁵ - بن عصمان نسرين، مرجع سابق، ص62.

من خلال ما تقدم يتضح بان النسب من أعظم الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري للجنين باعتباره نعمة أنعم الله بها على الإنسان، لقوله عزوجل: { وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا }⁽¹⁾.

وعليه فإن لنسب أهمية كبيرة فهو يعتبر حق أساسيا لأنه يتفرع منه حقوق أخرى عديدة خاصة بالجنين، كحقه في الميراث والنفقة وغيرهما من الحقوق، ولهذه الأهمية الكبيرة اهتم القانون الجزائري بهذا الحق، وذلك من خلال تنظيم أحكامه والنص عليها في قانون الأسرة بحيث نجده قد أحاطه بعناية خاصة، وذلك من خلال حمايته والعناية به من خلال تحريم التبني بنص م 46 ق.أ.ج بالإضافة إلى تنظيم الأحكام المتعلقة بوسائل إثباته وذلك من خلال نصوص المواد من (40-45 ق.أ.ج).

المبحث الثاني: الحقوق المادية المقررة للجنين

اعترف القانون الجزائري للجنين بأهلية وجوب ناقصة، أي صلاحيته لأن تكون له بعض الحقوق دون الالتزامات، ولهذه فإن الجنين يتمتع بمجموعة من الحقوق منها المعنوية والتي سبق الحديث عنها ومنها المادية -المالية- والتي سنتناولها في هذا المبحث من خلال مطلبين:

المطلب الأول: الحق في الميراث والوصية

المطلب الثاني: الحق في الهبة والوقف والنفقة.

المطلب الأول: الحق في الميراث والوصية

الحمل وإن كانت حياته مستقبلية، دائرة بين الوجود والعدم فإن المشرع الجزائري قد حفظ حقه في الميراث والوصية وهذا ما سنعالجه من خلال هذا المطلب والذي قسمناه إلى فرعين:

الفرع الأول: حق الجنين في الميراث

الفرع الثاني: حق الجنين في الوصية

¹ - سورة، الفرقان الآية، 54.

الفرع الأول: حق الجنين في الميراث

أولاً: تعريف الميراث

1- الميراث في اللغة

من وراث، يقال وراث مال أبيه، ثم قيل وراث الشخص أباه يرثه وراثته، والفرد منه وراث، والجمع وراث، وورثة مثل كافر كفرة وكفار، والمال الموروث يقال أورثه أبوه مالاً جعله له ميراثاً⁽¹⁾.

2- الميراث في الاصطلاح

عرف الحنفية بأنه انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة، سمي أيضاً بعلم الفرائض جمع فريضة، وهي مأخوذة من الفرض الذي من معانيه اللغوية التقدير، وعرف أيضاً بأنه نصيب مقدر شرعاً للوارث⁽²⁾، ويقال أيضاً بأنه قواعد من الفقه والحساب يعرف بها المستحقون لتركة⁽³⁾ وهو أيضاً استحقاق الوارث نصيبه مما تركه الميت من مال أو حق⁽⁴⁾.

ثانياً: دليل ميراث الحمل

1- من السنة النبوية الشريفة

إن ميراث الحمل مؤكد بالسنة النبوية الشريفة، إذ جاء فيها الكثير من الأحاديث التي تدل على ميراث الجنين منها:

- عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((إذا استهل الصبي صلي عليه وورث))⁽⁵⁾.

- وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((إذا استهل المولود وورث))⁽⁶⁾.

¹ - عواطف تحسين عبد الله البوقري، مرجع سابق، ص 205، المصباح المنير، كتاب الواو، مادة وراث، ج 2، ص 204.

² - مريم الداغستاني، الموارث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، بدون دار النشر، د ط، 2001، ص 04.

³ - مصطفى عاشور، علم الميراث، أسرار، ألغازه، أمثلة محلولة، مكتبة القرآن، القاهرة، د ط، د ت، ص 31.

⁴ - نصر فريد محمد واصل، فقه الموارث والوصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، الإسكندرية، د ط، 1995، ص 9.

⁵ - أحمد بن الحسن بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار البار، مكة المكرمة، د ط، 1994، ج 2، حديث رقم 12256 ص 257.

⁶ - ابن ماجه، سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف، السعودية، ط 1، د ت، باب الفرائض، حديث رقم 2750، ص 467.

- وعن جابر والمسور بن محرمة قالوا: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((لا يرث الصبي حتى يستهل صارخًا))⁽¹⁾.

2- من الإجماع:

لا يوجد خلاف بين الفقهاء حول ميراث الجنين إذا ما توفرت فيه الشروط المحددة للميراث⁽²⁾.

3- عموم أدلة المواريث

تدل عموم أدلة المواريث على حق الجنين في الميراث، وذلك لأنه إن كان حمل زوجة أو حمل زوجة ابن فهو يعتبر بمثابة الولد وعلى هذا الأساس فإنه يدخل في عموم قوله تعالى: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ}⁽³⁾.

وإن كان حمل أم أو حمل زوجة أب فهو أخ، فيدخل في عموم قوله تعالى: {وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ}⁽⁴⁾ (5).

4- في القانون الوضعي

نص المشرع الجزائري صراحة على صحة ميراث الحمل وذلك من خلال نصه عليه من خلال نصوص قانون الأسرة حيث جاء في نص المادة 128 «يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت افتتاح التركة...» بالإضافة إلى مواد أخرى نظم المشرع من خلالها حق الجنين في الميراث.

ثالثاً: شروط ميراث الحمل

إن المشرع الجزائري ومن خلال نصوص قانون الأسرة، قد ذهب مذهب جمهور الفقهاء في شروط الحمل، أي أنه استقى هذه الشروط من أحكام الشريعة الإسلامية وهذه الشروط هي أن يكون الجنين موجوداً في بطن أمه وقت وفاة مورثه، وأن يولد حياً حياة مستقرة.

1- الشرط الأول: أن يكون الجنين موجوداً في بطن أمه وقت وفاة مورثه وذلك على

اعتبار أن شرط وجود أو حياة الوارث عند وفاة المورث من الشروط العامة في ثبوت الإرث.

1- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، مرجع السابق، حديث رقم 2751، ص 467.

2- عبد الكريم بن محمد اللاحم، الفرائض، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1986، ص 141.

3- سورة النساء، الآية 11.

4- سورة النساء، الآية 12.

5- عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص 41.

ومعنى هذا أن يكون الحمل موجوداً في بطن أمه عند وفاة مورثه، وطريقة معرفة ذلك هو أن يولد في مدة يعلم منها أنه كان موجوداً في بطن أمه عند وفاة مورثه، وهذه المدة هي مدة الحمل المنصوص عليها في ق.أ.ج في المواد (42-43)⁽¹⁾ وهي أكثر من ستة أشهر من تاريخ الزواج وأقل من عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة⁽²⁾ وبناء على مدة الحمل فإنه يمكننا أن نفرق بين حالتين⁽³⁾:

أ- الحالة الأولى: حالة كون الحمل من المورث نفسه

وذلك بأن يكون الحمل من المتوفى نفسه، ومثال ذلك أن توفي الزوج وترك زوجته حاملاً منه، وكانت العلاقة الزوجية قائمة وقت الوفاة بينهما ولو حكماً، فولدت لأكثر من مدة الحمل أو أقل منها وقت موته فإن الإرث يثبت لهذا الحمل وذلك إذا ولد حياً، ويتحقق ذلك بدليل ولادته خلال مدة الحمل من وقت موت المورث، أما إذا جاءت بالولد لأكثر من مدة الحمل من وقت موت المورث، فلا يثبت لهذا الحمل ميراث إذا ولدته أمه حياً لأن ولادته بعد أقصى مدة الحمل دليل على أن علوقه كان بعد وفاة المورث، فلا ينسب لأبيه ولا يرث منه⁽⁴⁾.

ب- الحالة الثانية: حالة كون الحمل من غير المورث

في هذه الحالة يكون الحمل من شخص آخر غير شخص المورث وذلك بأن مات شخص وترك امرأة أبيه أو نحوها من ورثته حاملاً، وكان هذا الحمل من الورثة بإعدام من يحجبه، فإن ولدته أمه لأدنى من أقل مدة الحمل بعد موت المورث ورث ذلك الحمل من الميت على أساس أن وجوده تحقق في بطن أمه حال وفاة المورث، أما إن ولد لأكثر من أقل مدة الحمل بمعنى ولد بعد مرور أكثر من 6 أشهر على وفاة المورث فلا يرث⁽⁵⁾.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، 1999، ج2، ص196.

² - بن شيوخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلد ونية، ط1، 2008، ص166.

³ - ياسين حسن حمد الدليمي، ميراث الحمل في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 14، العدد 10، 2007، ص14.

⁴ - نفس المرجع السابق، ص14-15.

⁵ - عبد العزيز عزة، أحكام التركات وقواعد الفرائض والموارث في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط1، 2009، ص179.

ج- سبب التفرقة بين الحالتين

إن الفرق بين الحالتين أن الفقهاء يعتبرون في ثبوت إرث الحمل أن يكون الحمل من الميت والعلاقة الزوجية مازالت قائمة بينه وبين زوجته الحامل تقدير أقصى مدة الحمل، كما يأخذون أيضاً باعتبار تقدير أقل مدة الحمل إذا كان الحمل من غير الميت، وتوفي المورث والعلاقة الزوجية قائمة بين الحامل وزوجها وذلك لأنه ومن أجل إثبات نسب الحمل من المورث المتوفى بعد انقطاع العلاقة الزوجية بينه وبين زوجته الحامل يجب الأخذ بأكثر مدة الحمل، إذا كان الحمل من المورث نفسه، محافظة على النسب من الضياع وذلك عملاً بالاحتياط، بخلاف الحمل من غير الميت فإن نسبه ثابت من ذلك الغير لقيام روابط العلاقة الزوجية بينهما، فلا ضرورة هنا تدعونا إلى الأخذ بأقصى مدة للحمل بل يكفي الاقتصار على أقل مدة الحمل حتى يتأكد من وجود الحمل عند وفاة المورث تحقيقاً لشرط الوراثة⁽¹⁾.

2- الشرط الثاني: ولادة الجنين حياً حياة مستقرة

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بصحة الميراث للجنين شرط ولادته حياً وذلك بانفصاله كله عن أمه حياً حياة مستقرة، حتى يرث وهذا الشرط يتحقق بوجود ما يدل على الحياة كالصراخ، البكاء، العطاس، الرضاع، الحركة الكثيرة، والتنفس، ونحو ذلك من العلامات الدالة على الاستهلال⁽²⁾.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري بنص المادة 134 ق.أ.ج والتي جاء فيها «لا يرث الحمل إلا إذا ولد حياً، ويعتبر حيّاً إذا استهل صارحاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة». أما في حالة نزوله ميتاً أو انفصل بعضه حياً فمات أو انفصل حياً لكن حياته غير مستقرة فإنه لا يرث وكان وجوده كعدمه، غير أن الحنفية قالوا بأنه في حالة انفصاله حياً فإنه يرث، وذلك لأن انفصال أكثره حياً كانفصال كله حياً، وذلك لان الأكثر يُعطى حكم الكل في الشريعة الإسلامية في كثير من المسائل⁽³⁾.

¹ - ياسين حمد الدليمي، مرجع سابق، ص 16.

² - عبد الكريم بن محمد الاحم، مرجع سابق، ص 143.

³ - محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الحديث، مصر، د ط، د ت، ص 200-201.

رابعًا: مقدار ما يوف للجنين من الميراث

سنتعرض في هذه النقطة إلى كيفية تقسيم التركة التي يكون من ضمن المستحقين لها جنين والمقدار الذي يوقف له، وذلك من خلال عرض جملة من آراء الفقهاء ثم عرض موقف المشرع الجزائري.

1- موقف الفقه

ذهب المالكية إلى القول بان التركة التي يكون من ضمن وراثتها حمل يوقف توزيعها ولا تقسم بين الورثة، وذلك إلى غاية الوضع وعلى ذلك فإن القسمة تبقى موقوفة إلى غاية تحقق أحد الأمرين إما الوضع، -الولادة- أو اليأس من الحمل، وذلك بمضي أقصى مدة له و أقصى مدة الحمل عند المالكية هي أربعة سنوات كما ذكرنا سابقًا⁽¹⁾.

وذهب الحنفية والحنابلة وفي قول عن الشافعية، إلى أنه لا توقف القسمة إلى غاية ولادة الجنين⁽²⁾ وذلك لأن في وقفها إضرار لبقية الورثة.

غير أنه ومع اتفاقهم على تقسيم التركة والاحتياط بنصيب الحمل، إلا أنهم قد اختلفوا حول المقدار الذي يوقف له، على اعتبار أن الحمل أمره دائر بين الوجود والعدم، وبين الذكورة والأنوثة، والانفراد والتعدد، إلى عدة مذاهب نوضحها في التالي:

المذهب الأول: ذهب الحنفية إلى القول بأنه يوقف للحمل نصيب أربعة بنين وأربعة بنات أيهما أكثر، يعطى بقية الورثة أقل الأنصبة⁽³⁾.

المذهب الثاني: ذهب الحنابلة إلى أنه يوقف للحمل الأكثر من نصيب ذكرين أو بنتين للحمل، ويعطى للوراث معه من كان نصيبه متيقنا أي ثابت لا يؤثر بوجود الحمل، وذلك لأن ولادة اثنين في بطن واحدة أمر كثير ومعتاد، فلا يجوز وقف أقل من ذلك فإذا ولد الحمل أخذ الموقوف له إن كان يساوي القدر والنصيب المحفوظ له، وإن كان أكثر من ذلك رد على الباقي على مستحقيه من الورثة، أما إن كان أقل من نصيبه بأن كان عدد الحمل أكثر من اثنين رجع على من كان في نصيبه زيادة من الورثة⁽⁴⁾.

1- عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص73.

2- مريم الداغستاني، مرجع سابق، ص101.

3- نفس المرجع والموضع السابقين.

4- عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص55.

المذهب الثالث: ذهب الشافعية إلى أنه لا يضبط عدد الحمل ولا يقدر بعدد، وذلك لأنه قد يوجد خمسة أو حتى سبعة أجنة في البطن الواحة، فلا يدفع شيء لأحد الورثة في تركة من ضمن ورثتها حمل، إلا إذا كان الوارث لا تتأثر حصته بوجود الحمل من عدمه، ويترك باقي الورثة إلى غاية ولادة الحمل (1).

المذهب الرابع: ذهب محمد بن الحسن الشيباني إلى أنه يوقف للحمل نصيب ثلاثة بنين أو ثلاثة بنات أيهما أكثر، لأن ولادة المرأة لأربعة بنين في بطن واحدة أمر مستبعد وناذر، ولذلك لا يبنى عليه الحكم، وإنما يبنى على ما يكون في العادة (2).

المذهب الخامس: ذهب أبي يوسف صاحب أبي حنيفة إلى القول بأنه يوقف له نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أكثر، استناداً إلى الغالب المعتاد وعلى القاضي أن يأخذ كفيلاً (3) من الورثة الذين تتغير أنصبتهم، بتعدد الحمل وذلك احتياطاً لتعدهه وهذا من أجل حفظ نصيبه وحمايته من الضياع (4).

2- موقف المشرع الجزائري

ذهب المشرع الجزائري مذهب جمهور الفقهاء في القول بتقسيم التركة والاحتفاظ بنصيب الحمل، مخالفاً في ذلك ما جاء به المذهب المالكي، القائل بوقف التركة وعدم قسمتها إلى غاية ولادة الجنين، وذلك من خلال نص المادة 173 من قانون الأسرة والتي نصت على «يوقف من التركة للحمل...».

أما فيما يخص عدد الحمل وتقدير العدد الذي يتم على أساسه حفظ نصيب الجنين، فقد ذهب المشرع الجزائري مذهب أبي يوسف صاحب أبي حنيفة، وذلك بان يوقف للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة، وذلك إذا ما كان الحمل يشارك الورثة في الميراث

¹ - محمد سمارة، أحكام التركات والموارث في الأموال والأراضي، الدار العلمية ودار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2002، ص116.

² - عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص55.

³ - الكفيل: هو الشخص يعينه القاضي احتياطاً لتعدد الحمل وذلك لأنه قد يتجاوز عدد الحمل الواحد في البطن الواحة، فيكون بذلك الورثة قد أخذوا أكثر من حقه وذلك لأن القسمة قد تمت بناءً على أن الحمل لن يبلغ هذا العدد والكفيل هنا يرد ما أخذه، أنظر: محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث في الفقه و القانون، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1، د ت، ص337.

⁴ - عبد الودود السيريتي، الوصايا والأوقاف والموارث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت، ط 1، 1997، ص 375.

ويحجبهم حجب نقصان أما إن كان يحجبهم حجب حرمان فإنه توقف كل التركة ولا تقسم إلى أن تضع الحامل حملها، من خلال نص المادة 173 ق.أ.ج والتي جاء فيها «يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد، أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها»⁽¹⁾.

من خلال ما سبق دراسته يتضح بأن المشرع الجزائري استمد كل الأحكام المتعلقة بميراث الحمل من الشريعة الإسلامية، كما أنه لم يتأثر برأي على حساب رأي آخر وإنما نجده قد أخذ بالرأي الذي يتناسب مع مصلحة الجنين، ومصالح الورثين معه، وذلك حرصاً منه على ضمان حق الجنين في الميراث.

كما أنه لم يتطرق إلى مسألة ميراث الجنين المتوفى بسبب جنائية على أمه، كما لم يفصل في مسألة تعدد الحمل، وذلك على اعتبار أنه أمر كثير الحصول، إضافة إلى عدم التعرض لمسألة الكفالة.

خامساً: حالات ميراث الحمل

لا يخرج ميراث الحمل عن الحالات الخمس التالية:

1- الحالة الأولى

ألا يرث الجنين مطلقاً وذلك بان يكون الجنين غير أهلاً للميراث بسبب الحجب، أي وجود من هو أولى منه، وفي هذه الحالة تقسم التركة بين الورثة حسب فروضهم، وأنصبتهم دون حاجة للنظر للجنين⁽²⁾.

مثال: مات عن أب، أم، زوجة أخ حامل.

أب	عصبة
أم	3/1
زوجة الأخ	لا ترث
الحمل (ابن-بنت) أخ	محجوب

هنا المولود المنتظر إما ابن أو بنت أخ شقيق وكلاهما لا يرث كونهما محجوبان بالأب.

¹ - عبد العزيز عزة، مرجع سابق، ص 181.

² - بن شيوخ الرشيد، مرجع سابق، ص 167.

2- الحالة الثانية:

أن يرث قدرًا واحدًا لا يتغير على كلا الفرضين-الذكورة والأنوثة- فإن الجمهور وخلافًا للمالكية قالوا بوقف نصيبه ثم يعطى الباقي أنصبتهم (1).
مثال: ماتت عن أخت شقيقة، أخت لأب، أم حامل من غير أبيه.

أخت شقيقة	2/1
أخت لأب	6/1
أم	6/1
الحمل (أخ-أخت لأم)	6/1

3- الحالة الثالثة:

أن يرث على أحد الفرضين «ذكورة وأنوثة» ولا يرث على الفرض الآخر، وفي هذه الحالة يحفظ للحمل نصيبه فإذا تبين أنه من الورثة أخذ نصيبه، ولو ظهر أنه من غير الورثة رد نصيبه على بقية الورثة (2).
مثال: ماتت عن زوج، أخت شقيقة، أخوين لأم، زوجة أب حامل.

زوج	2/1	زوج	2/1
أخت شقيقة	2/1	أخت شقيقة	2/1
أخوين لأم	3/1	أخوين لأم	3/1
زوجة الأب	/	/	/
الحمل أخ لأب	ع 0	الحمل أخت لأب	6/1

في هذه الحالة يحفظ للحمل نصيبه على أنه أنثى، ويعطى أصحاب الفروض أنصبتهم لأنه على فرض الذكورة لم يبقى له شيء من التركة كونه يرث بالتعصيب، فإن ولد الحمل أنثى أخذ نصيبه المحفوظ، وإن ظهر أنه ذكر رد ما حفظ له إلى بقية الورثة.

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ج 2 ص 194.

² - محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، د ت، ص 214-215.

4- الحالة الرابعة: أن يكون وارثاً على كلا التقديرين -الذكورة والأنوثة- ولكن نصيبه يختلف، هنا يحتفظ له بالنصيب الأوفر، وفي هذه الحالة تحل المسألة حلين حل على فرض الذكورة وآخر على فرض الأنوثة، ويحفظ للحمل أوفر النصيبين، مع إعطاء الورثة النصيب الأقل⁽¹⁾.

مثال: توفي عن أب، أم، زوجة حامل.

على فرض الأنوثة			على فرض الذكورة		
أصل المسألة 24			أصل المسألة 24		
1+4	ع+6/1	أب	4	6/1	أب
4	6/1	أم	4	6/1	أم
12	2/1	بنت (الحمل)	13	ع	ابن (الحمل)
3	8/1	الزوجة	03	8/1	الزوجة

هنا وبعد المقارنة بين الحالتين نجد أن أوفر النصيبين هو على فرض كونه ذكر، وبالتالي يوقف له نصيبه على فرض الذكورة، ويعطى الورثة الآخرون النصيب الأقل، فإن ولد ذكراً أخذ نصيبه الموقوف له، وإن ولد أنثى أعطيت النصيب الأقل، والباقي يرد على باقي الورثة وفي هذه المسألة يرد على الأب كونه يرث بالفرض والتعصيب.

5- الحالة الخامسة:

أن يكون هو الوارث الوحيد أو يكون معه ورثة آخرون غير أنهم محجوبون به، فيوقف تقسيم التركة حتى يولد، فإن ولد حياً أخذ كل التركة وإن ولد ميتاً قسمت على مستحقيها⁽²⁾.

مثال: توفي عن زوجة ابن حامل.

هنا التركة توقف ولا تقسم حتى الولادة فإن كان ذكراً أخذ التركة كلها، تعصياً، وإن كان أنثى أخذت التركة كلها فرضاً ورداً.

¹ - محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف، منشورات الحلبي الحقوقية، د ط، د ت، ص 299.

² - مصطفى عاشور، مرجع سابق، ص 190-194.

الفرع الثاني: حق الجنين في الوصية.

سنتناول في هذا الفرع تعريف الوصية، ثم حكم الوصية للجنين، إضافةً إلى شروط صحة الوصية للحمل.

أولاً: تعريف الوصية.

1-تعريف الوصية في اللغة:

الوصية في اللغة هي العهد، ومنه يقال أوصى الرجل، بمعنى عهد إليه، وسميت بالوصية لاتصالها بأمر الميت⁽¹⁾.

2-الوصية في الاصطلاح:

الوصية هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به، وهي أيضاً تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع⁽²⁾. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في تعريف الوصية حيث عرفها في نص المادة 184 ق.أ.ج والذي جاء فيه «الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريقة التبرع».

ثانياً: حكم الوصية للحنين.

أجمع الفقهاء على صحة الوصية للجنين، وذلك لأن الوصية استخلاف فالموصي يجعل الموصي له خليفة في بعض ماله، والجنين يصلح لأن يكون خليفة في الأرض وكذلك الوصية، لأنها كما يقال أخت الميراث.

وحيث جازت الوصية للحمل فإنها تجوز مطلقاً سواء كانت بالأعيان كالأراضي أم كانت بالمنافع كالسكن والزرع وذلك بتحقيق مجموعة من الشروط⁽³⁾ كما أن الوصية تجري مجرى الميراث من حيث كونها انتقال من الإنسان بعد موته إلى الموصي له بغير عوض، كانتقال الميراث إلى الوارث والله عزوجل قد سمي الميراث وصية، والحمل يرث فتصح له بذلك الوصية⁽⁴⁾.

1 - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج15، ص334.

2 - بن عبد القادر رحمة، أحكام الوصية في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر جامعة 20 أوت 1955، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سكيكدة، 2012-2013، ص04.

3 - عبد الودود محمد السيريتي، مرجع سابق، ص 85.

4 - محمد على محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2010، ص111.

حيث قال تعالى: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ} (1).

بهذا أخذ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 187 من ق.أ.ج وجاء في مضمونها صحة الوصية للجنين بشرط ولادته حياً (2).

ثالثاً: شروط صحة الوصية للجنين.

يشترط لصحة الوصية للحمل مجموعة من الشروط منها ما نص عليه المشرع الجزائري ومنها ما لم ينص عليه وهذا ما سنوضحه كالتالي:

1- أن يولد الجنين حياً.

اشترط المشرع الجزائري أن يولد الجنين حياً حياً مستقرة حتى يستحق الوصية وذلك من خلال نص المادة 187 ق.أ.ج، والتي جاء فيها «تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي، ولو اختلف الجنس». وتعلم حياته بحركة أو صوت، كالبكاء والعتاس أو نحو ذلك، فإن لم يظهر شيء كان للقاضي الرجوع إلى أهل الخبرة من الأطباء لمعرفة حياته، بعد ولادته واشترط ولادته كله حياً لاستحقاق الوصية والميراث وهو ما جاء عن الأئمة الثلاث، مالك، والشافعي، أحمد (3).

وهذا هو الشرط الوحيد الذي نص عليه المشرع الجزائري لصحة الوصية للجنين، وبما أن الوصية تجري مجرى الميراث فإن الفقه الإسلامي نص على شرطين آخرين إضافة إلى شرط ولادة الجنين حياً وهذين الشرطين هما:

2- أن يكون الحمل موجوداً أثناء إنشاء الوصية.

ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن الوصية لا تصح للجنين إلا إذا كان موجوداً في بطن أمه حال الوصية، (4) وذلك يتحقق بأن تلد الحامل لأقل مدة الحمل المنصوص عليها في نص المادة 42 ق.أ.ج والتي تكون بين 06 و 10 أشهر (5).

1 - سورة النساء، الآية 11.

2 - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهيئة، الوصية، الوقف)، دار هومه، الجزائر، د ط، 2004، ص 54.

3 - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الإنقاذ المصرية، القاهرة، ط 2، 1950، ص 89.

4 - محمد على محمود يحيى، مرجع سابق، ص 112.

5 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، مرجع سابق، ج 2 ص 291.

فيما ذهب المالكية إلى القول بصحة الوصية للجنين حتى ولو لم يكن موجوداً وقت إنشاء الوصية وذلك لأن الوصية عندهم تصح للمعدوم (1).

3- أن يولد على الصفة التي أرادها الموصي

فإذا ما كانت الوصية لحملٍ من شخصٍ معينٍ اشترط أن يثبت نسب الحمل شرعاً من ذلك الشخص المعين، وذلك حتى تصح له الوصية، فإن أوصى لحمل فلانة من فلان، ولكن هذا الحمل من زني فإن النسب لا يثبت وبالتالي لا تصح الوصية لهذا الحمل (2).

ثالثاً: تعدد الحمل الموصى له

فاعتباره أن الحمل أمره غير متيقن منه فهو قد يكون بين الانفراد والتعدد، وبين الوجود والعدم فقد تلد الحامل اثنين، وقد يولد أحدهما حياً وآخر ميتاً أو قد يعيشون جميعاً. وعلى ذلك فإن ولدت الحامل توأم وعاش كلاهما فإنهما يقتسمان الوصية بينهما بالتساوي، وبغض النظر عن اختلاف الجنس وذلك حسب نص المادة 187 من ق.أ.ج والتي نصت على «نصح الوصية للحمل ... وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس».

أما في حالة ولادة أحدهما حياً والآخر ميتاً فإن الوصية تكون للحي، أما إن ولد أحدهما حياً ثم مات، فإن كانت الوصية بالأعيان انتقلت إلى ورثته أما إن كانت بالمنافع فلا يرثها ورثة الجنين وذلك لأن الوصية بالمنافع تنتهي بالموت (3).

رابعاً: قبول الوصية للجنين

اختلف الفقهاء حول قبول الوصية للحمل من طرف وليه أو وصيه من عدمه، فذهب الحنفية إلى القول بان الوصية للحمل لا تحتاج إلى قبول وإنما تتم مباشرة بعد وفاة الموصي، والعلّة في ذلك أنه لا يمكن للجنين قبول الوصية كما أنه لا يكون للجنين وصي ولا ولي إلا بعد الولادة. إضافة إلى أن الوصية كالميراث، فالميراث تثبت له الملكية دون قبول فكذلك الأمر بالنسبة للوصية، فيما ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأن الوصية للحمل تتوقف على القبول من الوصي والولي (4).

1 - محمد على محمود يحيى، مرجع سابق ص112.

2 - محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مرجع سابق ص90.

3 - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص54.

4 - عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص81.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على مسألة قبول الوصية عن الجنين وهل يجب فيها قبول من طرف الولي أو الوصي أو أنها تنفذ مباشرة بعد موت الموصي؟

غير أن موقف المشرع الجزائري يمكن أن يفهم ضمناً من خلال مجموعة من النصوص المتعلقة بالوصية، فقد نص في المادة 197 والمتعلقة بشروط قبول الوصية الاختيارية بالقول «يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الوصي»، كما نص أيضاً في نص المادة 82 من ق.أ.ج على «من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو الجنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون». فمن خلال هذين النصين يتضح بأن المشرع الجزائري قد أخذ بما جاء به جمهور الفقهاء بالقول بأن الوصية للحمل تتوقف على قبول الوصي أو الولي.

من خلال ما سبق بيانه يتضح بأن المشرع الجزائري قد نص على شرط واحد لصحة الوصية للجنين من خلال نص م 187 ق.أ.ج وأهمل بقية الشروط الأخرى. كما أنه لم يتطرق لمسألة تعدد الحمل الموصي له، إلا في حالة ولادة توأم حيث نص على استحقاقهما للوصية بتساوي بغض النظر عن الجنس وذلك أيضاً من خلال نص م 187 ق.أ.ج، ولم يفصل في حالة ولادة أحدهما حياً والآخر ميتاً⁽¹⁾.

المطلب الثاني: حق الجنين في الهبة والوقف والنفقة

سنتناول في هذا المطلب مجموعة من الحقوق المادية التي يتمتع بها الجنين وذلك بالتعرض لحق الجنين في الهبة من خلال الفرع الأول، وحقه في الوقف عليه وذلك من خلال الفرع الثاني، إضافة إلى حقه في النفقة كفرع ثالث.

الفرع الأول: الحق في الهبة

سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريف الهبة وحكم الهبة للجنين، إضافة إلى موقف المشرع الجزائري من حق الجنين في الهبة.

¹ - عيسى أمعيزة، مرجع سابق ص 81.

أولاً: تعريف الهبة

1- الهبة في اللغة

هي العطية الخالصة من الأعيان والأعراض⁽¹⁾.

وهي أيضاً التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال، أي بما ينتفع به مطلقاً سواء كان مال أو غير مال⁽²⁾.

2- الهبة في الاصطلاح

هي تملك لذات أو عين إنما بلا عوض، وتقع في حياة كل من الواهب والموهوب له⁽³⁾. وقد عرفها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 202 ق.أ.ج بأنها «تمليك لا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط للموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تماماً على إنجاز الشرط».

ثانياً: حكم الهبة للجنين

من تعريف الهبة يتضح بأنها تملك لمال في الحياة بغير عوض -أي بدون مقابل- ومن أجل ذلك هل هي من التصرفات التي يشترط لصحتها قبول من الموهوب له وهل يشترط فيها القبض أم لا؟

فمن خلال الإجابة على هذه الأسئلة يمكن الوصول إلى حقيقة حكم الهبة للجنين هل هي جائزة أم لا، وعليه للإجابة على هذه الأسئلة تطرقنا لعرض موقفين، الموقف القائل بصحة الهبة للجنين والموقف القائل بعكس ذلك.

1- الاتجاه القائل بعدم صحة الهبة للجنين

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة⁽⁴⁾، إلى القول بعدم صحة الهبة للجنين على اعتبار أن الهبة من العقود التي يتطلب لصحتها صدور إيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له، وهذا لا يمكن تصوره في الجنين، بالإضافة إلى شرط آخر يتمثل في حيازة الهبة المقدمة للموهوب له حيازة فعلية، كما يشترط أيضاً أن يكون الموهوب له موجوداً حقيقة، بحيث لا يكفي الوجود الحكمي كما هو الحال بالنسبة للجنين، وعلى هذا فإن الهبة للجنين باطلة وذلك

¹ - ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ج1، ص803.

² - محمد تقي، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1996-1997، ص09.

³ - نفس المرجع السابق، ص10.

⁴ - سمير شيهاني، مرجع سابق، ص127-130.

لعدم توفر شروطها، فالهبة إيجاب وقبول، والجنين لا يقدر على القبول ولا يكون له ولي يقبل عنه إلا عند الولادة، وبما أن الهبة عقد تملك فهي لا تتم إلا بالقبض، والجنين ليس أهلاً لتملك وذلك باستحالة القبض من طرفه فلهبة من العقود الناقلة للملكية، والجنين لا يمكنه تملك الشيء الموهوب له بالنظر إلى وجوده الحكمي⁽¹⁾.

وقد قال العلامة أحمد إبراهيم "إن الهبة من التصرفات التي يعزم لانعقادها الإيجاب والقبول تلاقياً تحدد مكانه في مجلس العقد، وهذا لا يتصور بالنسبة للجنين لأنه لا ولي إلا بعد ولادته، وليس له من يقبل عنه وقت إيجاب الهبة، وإنما لو أجزنا قبول وليه بعد ولادته، ما صدر من الهبات لمصلحته في فترة الحمل، لجاؤ القبول متأخراً، ولأخل بمبدأ اتحاد مجلس الإيجاب والقبول في الهبة"⁽²⁾.

2-الاتجاه القائل بصحة الهبة للجنين

ذهب المالكية والظاهرية -ابن حزم الظاهري- إلى القول بجواز الهبة للجنين،⁽³⁾ لأن الهبة عندهم تصح بمجرد صدور الإيجاب، فهي لا تحتاج إلى قبول من الموهوب له، بالإضافة إلى أن قبض الشيء الموهوب ليس شرط لصحة الهبة وإنما يعتبرونه شرط تمام، ولذلك يرى الإمام مالك بصحة الهبة للجنين، بحيث لو أن شخص وهب هبة لحمل كانت هبته صحيحة ولزم عليه تأديتها له إن ولد حياً، أما إن ولد ميتاً فلا ينتقل إليه ملك الهبة ولا لورثته بل تبقى ملكاً خالصاً للواهب⁽⁴⁾.

وقد قال ابن حزم الظاهري في هذا الإطار: "من وهب هبة سالمة من شرط ... فقد تمت باللفظ ولا معنى لحيازتها ولا لقبضها ولا يبطلها تملك الواهب لها أو المتصدق بها..."⁽⁵⁾ وهذا يعني بأن الهبة تقع صحيحة حتى لو لم يحزها الموهوب له حيازة فعلية ولم يقبضها، وهذا يدل على جواز الهبة للجنين.

¹ - صلاح الدين دكدك، حكم الهبة للجنين، مجلة الفقه والقانون، جامعة سيدي بالعباس، الجزائر، كلية الحقوق، العدد 4، 2013، ص 2-3.

² - نفس المرجع السابق، ص 03.

³ - سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 127.

⁴ - صلاح الدين دكدك، مرجع سابق، ص 5.

⁵ - محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلى بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنبرية، مصر، ط 1، 1351هـ، ص 120.

وقال أيضاً: "من لفظ بالهبة أو الصدقة فقد عمل عملاً وعقد عقداً ألزمه الوفاء به، ولا يحل لأحدٍ إبطاله إلا بنص ولا نص في إبطاله"⁽¹⁾.

من خلال ما سبق بيانه يتضح بأن جمهور الفقهاء -الحنفية، الشافعية، الحنابلة- ذهبوا إلى القول بعدم صحة الهبة للجنين، وذلك على أساس أن من شروط الهبة، أن يكون الموهوب له حياً وموجوداً حقيقة وقت الهبة، بالإضافة إلى توفر شرط القبول لأن الهبة من التصرفات التي يلزم لانعقادها توافق الإيجاب والقبول في مجلس العقد، وأيضاً عدم قدرة الجنين على التملك أو القبول. فلا يوجد من يقبل أو يقبض عنه، وذلك على اعتبار أن الولاية لا يمكن القيام بها إلا عند ولادة الجنين وخروجه من بطن أمه⁽²⁾.

أما المالكية وابن حزم الظاهري فقد قالوا بصحة الهبة للجنين، وذلك على اعتبار أن الهبة من التصرفات التي لا تحتاج إلى القبول بل يكفي فيها إيجاب الواهب فقط، كما أن القبول والقبض عندهم ليس من شروط صحة عقد الهبة، ومن تمة فإن الهبة للجنين تكون صحيحة إذا ولد حياً، ومنه فإننا نرجح ما ذهب إليه المالكية وابن حزم الظاهري والقول بصحة الهبة للجنين، وذلك لما فيه من اهتمام بهذا الكائن وبحقوقه ورعاية ومصالحه.

موقف المشرع الجزائري

كان المشرع الجزائري فيما يخص جواز هبة الجنين من عدمه واضحاً حيث نص صراحة على جواز الهبة للجنين، وذلك من خلال نص المادة 209 ق.أ والتي جاء فيها «تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً» ومن خلال نص المادة يتضح بأن المشرع الجزائري أجاز الهبة للجنين وقيده بشرط ولادة الجنين حياً، وهو بذلك يكون قد أخذ بما قال به فقهاء المالكية وابن حزم الظاهري، غير أن المشرع لم يفصل في مسألة الولاية على الجنين ومن هو الشخص المخول له قبول الهبة عنه وإن كان البعض يرى أن أمه هي وليه الشرعي وهي من تقبلها عنه⁽³⁾.

¹ - عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء لنشر والتوزيع، السعودية، ط1، 2001، ص88.

² - محمد تقيّة، مرجع سابق، ص106.

³ - صالح دكدك، مرجع سابق، ص4.

الفرع الثاني: الوقف على الجنين

يعتبر الوقف على الجنين من الحقوق المادية المقررة للجنين ولهذا سنتطرق في هذا الفرع لتعريف الوقف وحكم الوقف على الجنين.

أولاً: تعريف الوقف.

1-الوقف في اللغة

من وقفت الدابة تقف وقفاً ووقوفاً، ووقفت الدار، وقفاً حبستها في سبيل الله والشيء موقوف والجمع أوقاف، مثل ثوب أثواب، ووقفت الرجل عن الشيء وقفاً منعه عنه (1).

2-الوقف في الاصطلاح

جاء في نص المادة 3 من قانون الأوقاف رقم 10/91 الذي ينظم الإطار القانوني للأوقاف فجاء تعريف الوقف على أنه «حبس العين عن تملك على وجه التأبير والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه ومن وجوه البر والخير، وعرف أيضاً من خلال نص المادة 213 ق.أ.ج على أن: الوقف هو حبس المال على التملك على وجه التأبير والتصديق» (2).

ثانياً: حكم الوقف على الجنين

الوقف هو تصرف بإرادة منفردة، إذ يتوقف على إرادة الواقف، فيصبح الوقف ويثبت الاستحقاق بمجرد إيجاب الواقف ودون حاجة إلى قبول الموقوف عليه، هذا إذا كان الموقوف عليه غير معين، أو على من لا يتصور منه القبول فإن الحنفية يقولون بأن الوقف وثبوت الاستحقاق يتمان بالإيجاب فقط، على أن ثبوت الوقف يكون برد الموقوف عليه (3). وبالنظر إلى عدم وجود نص صريح في القانون الجزائري يبين حكم الوقف على الجنين فإنه لا بد من الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي لمعرفة حكم الوقف على الجنين، وعليه فإنه لا خلاف بين العلماء في أنه لا يوقف على المعدوم (4).

1 - عواطف تحسين عبد الله البوقري، مرجع سابق، ص234.

2 - حسين شراوط، الوقف في التشريع الجزائري، رسالة، ماستر، جامعة 20 أوت 1955، كلية الحقوق والعلوم السياسية سكيكدة، 2014، ص03.

3 - سمير شيهاني، مرجع سابق، ص132.

4 - عواطف تحسين عبد الله البوقري، مرجع سابق، ص237.

وقد أجمعوا على صحة الوقف على الأولاد والذرية الموجودة منهم ومن سيولد فيما بعد، ويدخل في الموجود منهم الجنين إذا ولد لأقل من 6 أشهر، أما من ولد لأكثر من ستة أشهر فلا يعد من الأولاد الموجودين، وإنما يعد من الذين سيولدون من بعد ومن هذا يتضح بأنه يصح الوقف على الجنين بالتبعية لأنه يدخل ضمن الموجودين من الذرية⁽¹⁾.

وقد اختلف الفقهاء في مسألة هل يجوز الوقف على الجنين استقلالاً عن الآخرين أي أصالة عن نفسه إلى أقوال.

1- القول الأول

ذهب المالكية إلى صحة الوقف على الجنين أصالة والوقف يكون غير لازم قبل الولادة، فتوقف الغلة إلى أن يولد، فإن ولد حياً أخذها، وإن ولد ميتاً رجعت الغلة للواقف، أو لورثته -يبطل الوقف- وعللوا ما ذهبوا إليه، أن التملك لدى الجنين سيكون مستقبلاً، وإن لم يكن من أهل التملك حالا، وقد جاء في حاشية الشيخ على العدوى قوله "ونحو من سيولد" وهذا يدل على صحة الوقف على الجنين استقلالاً فكلمة من سيولد تدل على الحمل الذي قد يأتي مستقبلاً⁽²⁾.

2- القول الثاني

ذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم صحة الوقف على الجنين أصالة-استقلالاً- بل يصح الوقف عليه تبعاً، وكذلك كأن يقول الواقف وقفت على أولادي، ومن يولد لهم، فإذا ولد حياً دخل مع الأولاد الموجودين واستحق الوقف معهم، واستدلوا بما ذهبوا إليه ان الوقف تمليك والجنين ليس أهلاً للملك⁽³⁾، وقد جاء في المغني لابن قدامة قوله: "لا يصح الوقف على من لا يملك، كالعبد القن، وأم الولد، والمُدبّر، والميت، والحمل، والملك، والجن والشياطين"⁽⁴⁾.

¹ - سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 133.

² - عوطف تحسين عبد الله البوقري، مرجع سابق، ص 239.

³ - نفس المرجع السابق، ص 240.

⁴ - محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامه، المغني، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط 1997، ج 3، ص 8، ص 135.

وقال أيضاً: "من وقف على أولاده أو أولاد غيره، وفيهم حمل، لم يستحق شيئاً قبل انفصاله، لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله"⁽¹⁾.

3- القول الثالث

ذهب الحنفية إلى عدم صحة الوقف على الجنين استقلالاً، وذلك لأنه لا يوجد في أقوالهم ما يدل صراحة على ذلك بل كانت كلها تدل على وصفه كنسل من الذرية يستحق نصيبه بحسب عبارة الواقف كأن يقول مثلاً هذا الشيء موقوف على ذرية أحمد أو على نسله أبداً ما تتاسلوا فيدخل الجنين في ذلك، سواء كان ولده أو ولد ولده مهما نزلوا وعليه فإن الجنين عند الحنفية يستحق الوقف بالتبعية وليس استقلالاً⁽²⁾.

ومن خلال ما سبق عرضه لآراء الفقهاء حول صحة الوقف على الجنين استقلالاً يتضح بأن الجمهور-الحنفية الحنابلة، الشافعية- قالوا بعدم صحة الوقف على الجنين أصالة على نفسه وإنما يصح له بالتبعية، وذلك لأن الوقف تمليك لشيء الموقوف والجنين ليس أهلاً للملك.

فيما ذهب المالكية إلى القول بصحة الوقف على الجنين استقلالاً وذلك لأن الجنين يكون أهلاً لتملكه وتتحقق هذه الأهلية بولادته حياً. وفي حالة ولادته ميتاً يكون الوقف كأن لم يكن ولا يترتب عليه أي أثر.

ما تجدر الملاحظة إليه أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة الوقف على الجنين ولم ينص عليه في ق.أ على عكس الميراث والوصية والهبة، وكان من الأجدر به أن يبين هذه المسألة، وذلك من خلال وضع مادة في قانون الأسرة يبين من خلالها صحة الوقف على الجنين استقلالاً أو بالتبعية.

وبناءً على ما سبق فإن الرأي المرجح هو ما ذهب إليه فقهاء المالكية من صحة الوقف على الجنين استقلالاً، لأن الوقف يتم بإرادة منفردة من الواقف فهو بذلك يأخذ حكم الوصية، فالوصية هي تبرع من الموصي وتكون بإرادته المنفردة، وبما أنه تم القول بصحة الوصية على للحمل فإنه يمكن القول بصحة الوقف عليه.

¹ - ابن قدامه، المغني، مرجع السابق، ص201.

² - علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص165.

إضافة إلى ذلك فإن القول بصحة الوقف على الجنين بحفظ مصلحة الجنين وذلك
بتمكينه مما يدركه الواقف.

الفرع الثالث: حق الجنين في النفقة

أولا تعريف النفقة

1- النفقة في اللغة

يقال نفقت السلعة بمعنى غلت، وزاد عليها الطلب، والنفاق هو ضد الكساد، ويقال نفق ماله
بمعنى قل ونقص (1).

2- النفقة في الاصطلاح

هي الطعام والكسوة والسكنى، وهي أيضاً ما ينفقه الشخص على عياله (2).

ثانياً: النفقة على الجنين

من أهم الحقوق المادية التي تجب للجنين أثناء فترة الحمل الحق في النفقة، ويُعد من
موجبات النفقة الزوجية والقرابة والملك، وقد نص المشرع على ذلك من خلال نص المادة
74 ق.أ.ج والتي نص فيها على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ونص المادة 75 ق.أ.ج
والتي أوجب فيها نفقة الولد على أبيه، وبما أن الجنين ابنه فإنه يدخل ضمن مصطلح الولد
ولذلك فإنه تجب على الأب الإنفاق عليه حتى ولو كان حاملاً في بطن أمه.

وذلك سواء كانت العلاقة الزوجية قائمة بين الزوجين أو قد انقطعت بالطلاق لأنه في
حالة كون المطلقة (3) حاملاً فإنه تجب لها النفقة طيلة مدة الحمل حتى تلد وسبب وجوب
النفقة على المطلقة الحامل هو أن الولد ابنه ويجب الإنفاق عليه حتى ولو ظهر الحمل على

1 - ابن منظور: لسان العرب، مرجع سابق، 10، ص 357.

2- عبد القادر بن حرز الله: الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007، ص 380.

3- هناك إجماع من طرف الفقهاء على وجوب النفقة على الحامل، المبتوتة بطلاق بائن أو بخلع أو بانة من زوجها
بفسخ، وأن لها النفقة والسكن لقله تعالى في سورة الطلاق الآية رقم 5: {أَسْكُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْهِكُمْ وَلَا
تُضَارُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلًا فَلْيُنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ} ينظر: على الشيخ إبراهيم المبارك،
مرجع سابق، ص 153.

الزوجة المطلقة بعد مرور عدة أشهر من الطلاق وهذا ما أكدته القرار رقم 254086 المؤرخ في 21-02-2001 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا (1).

غير أن فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه الحالة قد اختلفوا حول سبب وجوب النفقة هل هو للحمل أم للحامل؟.

فقد ذهب المالكية وبعض الشافعية والحنابلة إلى أن النفقة تكون للحمل لا للحامل (2)، حيث جاء في المغني لابن قدامه بأن الرجل إذا طلق زوجته وادعت الحمل تكون لها النفقة لمدة ثلاثة أشهر لأن الحمل يظهر بعد هذه المدة، فإذا ما ظهرت أنها غير حامل تنقطع نفقتها ويرجع عنها لأنها أخذت منه ما لا تستحقه (3) فهذا يدل على أن النفقة تكون للحمل لا للحامل.

فيما ذهب الحنفية والظاهرية إضافة إلى بعض الشافعية والحنابلة إلى القول بأن النفقة تكون للحامل لا للحمل (4).

حيث قال السرخسي في هذا الإطار "إن النفقة إن كانت المطلقة حامل تجب لها لا للولد بدليل أنها لا تجب في مال الولد وإن كان له مال، أو وصي به، وأنها لا تتعدد بتعدد الولد وإن المنكوحة إذا أحبلت لا تتضاعف نفقتها ولو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعفت نفقة المنكوحة إذا أحبلت" (5).

ونخلص في الأخير إلى القول بأنه لا يهم لمن تجب النفقة المهم وجوبها وذلك من أجل حفظ الجنين ورعايته.

¹ - ينظر: جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013، ج3، ص1199.

² - علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق ص155.

³ - ابن قدامه، المغني، مرجع سابق، ج11، ص371.

⁴ - سمير شيهاني، رجح سابق، ص103-104.

⁵ - شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، 1989، ج5، ص203.

خاتمة

اهتم المشرع الجزائري وعلى غرار الشريعة الإسلامية بالجنين واعتبره شخص من أشخاص القانون، وذلك من خلال تنظيم مختلف الأحكام المتعلقة به ونص عليها في مختلف القوانين المعمول بها في التشريع الجزائري من خلال بيان الحقوق والحماية المقررة له.

فمن خلال هذه الدراسة حاولنا الإلمام بكل الجوانب المتعلقة بالجنين سواء تلك المتعلقة بذاته، أو تلك المتعلقة بالجانب المعنوي والمادي له وعلى إثرها، توصلت إلى مجموعة من النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

- تعريف الجنين بالولد في بطن أمه تعريف يتسم بعدم الدقة، وذلك لأن الولد لفظ يطلق عادة على الجنين في حالة خروجه من رحم المرأة وانفصاله عنها حياً وذلك لقوله تعالى: { يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبُعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن نُّرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِّرُ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ... } (1).

- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون الوضعي، إضافة إلى الأطباء حول الوقت الذي يمكن من خلاله القول بأن ما في رحم المرأة جنيناً إلى عدة أقوال غير أن الجنين لفظ يطلق على ما في رحم المرأة منذ عملية التلقيح أي منذ اللحظة التي تندمج فيها الخلية المذكرة -النطفة- بالخلية المؤنثة -البويضة- وبهذا القول قال القانون لأنه يعطي أكثر حماية للجنين.

- الجنين قبل أن يكون جاهزاً للانفصال والخروج للعالم الخارجي يمر بمرحلتين أساسيتين، مرحلة ما قبل نفخ الروح وتشمل أربعة أطوار يمر بها الجنين وهي طور النطفة، العلقة، المضغة، اللحم والعظام، ومرحلة ما بعد نفخ الروح، وهي المرحلة التي تتفخ فيها الروح في الجنين التي تتميز ببداية الحياة في الجنين، وهذه المرحلة تبدأ ببلوغ الجنين شهره الرابع.

- أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية والقانونيين والأطباء على أن أقل مدة يمكن أن يبقاها الجنين في رحم المرأة هي مدة ستة أشهر وذلك لوجود نص صريح في القرآن الكريم يبينها،

¹ - سورة الحج الآية 05.

أما أقصى مدة يمكن للجنين أن يبقاها في الرحم فهي أمرٌ مختلف فيه، والمرجح فيها هو ما جاء به الطب الحديث بأن الجنين لا يمكن أن يتجاوز في بطن أمه عشرة أشهر، وعليه فإنّ المشرع الجزائري كان صائبًا فيما ذهب إليه.

- يتمتع الجنين بشخصية قانونية كاملة وذلك لأن الشخصية تنشأ بنشوء الإنسان فهي مكنة من الله سبحانه وتعالى، فصلاحيته الشخص لتمتع ولو بحق واحد أو تحمل التزام واحد تكون له شخصية قانونية كاملة، غير أن الجنين يتمتع بأهلية وجوب ناقصة وذلك انطلاقًا من أن أهلية الوجوب تتكون من عنصرين، عنصر إيجابي يتمثل في الحقوق وعنصر سلبي يتمثل في الالتزامات. بالنظر إلى أن الجنين لا يتحمل أي التزام فأهليته تكون ناقصة، كما أن الحقوق التي يتمتع بها الجنين هي حقوق احتمالية متوقفة على شرط ولادته حيًا.

- اهتم المشرع الجزائري بحقوق الجنين من الناحيتين المعنوية والمادية، فمن الناحية المعنوية اهتم المشرع بالنسب، وذلك من خلال العناية به ووضع الوسائل التي تحميه وذلك حتى قبل تكوين الجنين ونشأته، وأيضًا حافظ على النسب من الضياع والاختلاط فاعتنى به من خلال النص على العدة وتحريم التبني، إضافة إلى جعله للفراش والإقرار والبينة كطرق لإثبات النسب، وإجازة الطرق العلمية لإثبات النسب.

- كما حافظ المشرع الجزائري على حق الجنين في الحياة وذلك من خلال تجريم فعل الإجهاض بغض النظر عن زمن الحمل أو من قام به أو سبب الحمل، ولم يسمح به إلا في الحالات النادرة فنظمه من خلال المواد من 304-313 ق.ع.ج.

إرجاء تنفيذ العقوبات السالبة للحرية في حق المرأة الحامل ابتداء من ثبوت الحمل إلى غاية الوضع واستمرار الإرجاء إلى غاية مرور سنتين من تاريخ الولادة يدل على اهتمام المشرع بالجنين وحفظ حقه في الحياة.

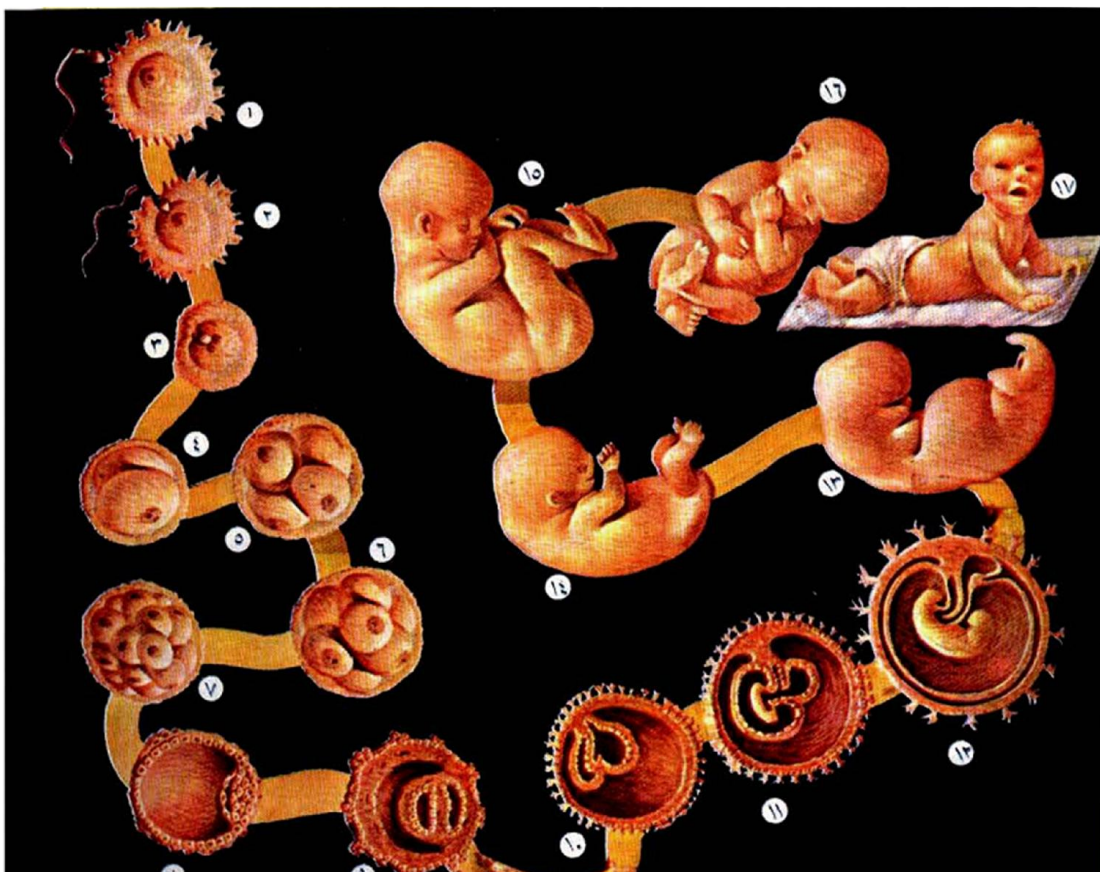
- تجريم فعل ترك الزوجة الحامل وذلك لما قد ينتج عن هذا الفعل من انعكاسات تؤثر على حياة الجنين وصحته.

- أما من الناحية المادية فقد حفظ المشرع الجزائري حقوقه المادية كالميراث والوصية والهبة وذلك نص عليها صراحة في ق.أ.ج بالإضافة إلى صحة الوقف عليه، والإنفاق عليه وهو في بطن أمه حتى ولو كانت مطلقة طلاقًا بائنًا، حتى ولو لم ينص المشرع على ذلك صراحة.

- أما فيما يخص التوصيات والمقترحات فنتمثل فيما يلي:
- توسيع نطاق الحماية للجنين، حتى تصبح أكثر فعالية وذلك من خلال المعاقبة على كل اعتداء على الجنين حتى ولو كان الاعتداء قد وقع خطأ.
 - تدعيم حقوق الجنين بمجموعة من المواد الإضافية وذلك من أجل الإلمام أكثر بها فمثلا فيما يخص الميراث إضافة مواد جديدة تحدد ميراث الجنين في حالة التعدد، ومسألة الكفالة ممن يختلف نصيبهم بتعدد الحمل، أما فيما يخص الوصية فيمكن إعادة صياغة نص المادة 187 بالطريقة التالية:
- «تصح الوصية للحمل إذا ولد حياً، لمدة لا تتجاوز 10 أشهر إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية، وإذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية ولد لأقل من ستة أشهر.
- وإذا كانت الوصية لحمل معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه مع ذلك المعين».
 - بالإضافة إلى إضافة مواد جديدة تحدد حكم الوصية في حالة تعدد الحمل يكون نصها كالتالي: «إذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس، وإذا نصت الوصية على ألا تقسم بالتساوي نفذ الشرط.
 - إذا انفصل أحد الحملين ميتاً كانت كلها للحي، أما إذا مات بعد الولادة فإنها تنتقل إلى ورثة الجنين إن كانت الوصية تتعلق بالأعيان، أما إن كانت تتعلق بالمنافع انتقلت إلى ورثة الموصي».
 - كما أنه كان لا بد على المشرع توضيح مسألة من يقبل الهبة عن الجنين كأن ينص «إذا كان الموهوب له جنيناً أو قاصراً أو مجنوناً أو معتوه أو سفیه يكون قبول الهبة أو ردها ممن له الولاية عنه قانوناً».
 - النص على صحة الوقف للجنين سواء كان استقلالاً أو بالتبعية.

الملاحق

ملحق رقم 01



- ١ و ٢ - انقسام البويضة الملقحة .
 ٣ و ٤ - تكون اسطوانة جوفاء (طور البلاستولا) .
 ٥ - انبعاج احد طرفي البلاستولا .
 ٦ و ٧ - تكون الطبقات الثلاث لجدار الجسم .
 ٨ و ٩ - الاندودرم (الطبقة الداخلية) تكون الجهاز الهضمي والرتئين .
 ١٠ و ١١ و ١٢ - الاكتودرم (الطبقة الخارجية) تكون الجلد والجهاز العصبي .
 ١٣ و ١٤ و ١٥ - الميزودرم ، وهي (الطبقة المتوسطة) تكون الممسود الفقري والمضلات والأوعية الدموية والأجهزة الداخلية .

ملحق رقم 02

أحوال الشخصية - أحكام قرارات و اجتهادات قضائية

1. ملف رقم 57756 قرار بتاريخ 1990/01/22

الموضوع: إثبات النسب - مدة الحمل 5 أشهر وعدة أيام - أقل من الحد الأدنى - خرق القانون

المرجع: المادة 42 من قانون الأسرة

من المقرر قانوناً أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن مدة حمل المطعون ضدها أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً.

فإن قضاة المجلس بقضائهم إلحاق نسب الطفل لأبيه خرقوا القانون.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

م ق 92/2 ص 71.

2. ملف رقم 69798 مؤرخ في 1991/04/23

قضية: (ب ز) ضد: (خ ل)

من المقرر شرعاً وقانوناً أنه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين،

ومن المقرر كذلك أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فإن النعي

على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الولد ازداد قبل ستة أشهر من بعد الزواج وأن

اللعان الذي وقع من الزوج كان مطابقاً للشرعية الإسلامية، فإن قضاة المجلس بقضائهم

بانعدام نسب الولد لأبيه طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

المجلة القضائية، العدد الثالث، 1994، الصفحة 54

3. ملف رقم 74712 قرار بتاريخ: 1991/05/21

قضية: (ج و) ضد: (م ع)

النسب - عدم إثباته - رفض الطلب

(المادة 40 من ق الأسرة)

من المقرر قانونا أن يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار بالبينة وبنكاح الشبهة، ومن ثم فإن القضاء بهذا المبدأ يعد تطبيقا سليما للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعنة لم تثبت أية حالة من الحالات التي

نص عليه قانون الأسرة، فإن قضاة الموضوع برفضهم لطلبها الرامي إلى تسجيل الزواج

وإثبات نسب البنت قد طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

م ق 94/2 ص 56

4. ملف رقم: 99000 قرار بتاريخ 1993/11/23

قضية: (ع ح) ضد: (ش ع)

من المقرر قانونا أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي الحمل لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن المطعون ضده لم يبادر بنفي الحمل من يوم علمه به

وخلال المدة شرعا وتمسك بالشهادة الطبية التي لا تعتبر دليلا قاطعا، ولأن الولد ولد بعد

مرور أكثر من ستة أشهر على البناء.

وأن قضاة الموضوع بقضائهم بصحة الزواج العرفي مع رفض إلحاق نسب الولد بأبيه

عرضوا قرارهم للتناقض مع أحكام المادة 41 من قانون الأسرة وأخطئوا في تطبيق المادتين

41 و42 من قانون الأسرة فيما يخص إلحاق النسب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 64.

5. ملف رقم: 165408 قرار بتاريخ 1997/07/08

قضية: (س أ) ضد: (س د)

من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر.

ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام.

ومتى تبين - في قضية الحال - أن ولادة الطفل قد تمت والزوجية قائمة بين الزوجين، وأن

الطاعن لم ينف نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن مادامت العلاقة الزوجية قائمة.

وأن القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون.
ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 67.

6. ملف رقم 172379 قرار بتاريخ: 97/10/28

قضية: (ق م) ضد: (ق أ)

نفي النسب واللعان

أحوال شخصية

تأييد الحكم القضائي بفسخ عقد الزواج مع التحريم المؤبد وإلحاق نسب الولد بأمه - طعن بالنقض لأن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر والمولود ولد له أكثر من ثمانية أشهر، وأن اللعان لا يتم بالمحكمة وإنما بالمسجد - قبول الطعن

طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة فإن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، أما المادة 41 فتتص على أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه باللعان حيث أن اللعان لا يكون إلا بالمسجد العتيق وفي أجل لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل الذي يراد نفيه.

نشرة القضاة العدد 54 ص 103

7. ملف رقم: 172379 قرار بتاريخ: 1997/10/28 Très important

قضية: (ق م) ضد: (ق أ)

من المقرر قانونا: أقل مدة الحمل هي ستة أشهر.

ومن المقرر أيضا: أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل.

ومن الثابت - في قضية الحال - أن الولد ولد في مدة حمل أكثر من ستة أشهر وأن قضاة الموضوع أخطئوا كثيرا عندما اعتمدوا على الخبرة ووزن الولد واللعان لم تتوفر شروطه والذي

لا يتم أمام المحكمة بل أمام المسجد العتيق فإنهم بقضائهم بفسخ عقد الزواج وإلحاق

النسب بأمه أخطئوا في تطبيق القانون وخالفوا أحكام المادتين 41 و 42 من قانون الأسرة.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 70.

8. ملف 172333 قرار بتاريخ: 1997/10/28 البيئة

قضية: (ر ف) ضد: (ص ع)

إثبات الزواج والنسب - يمكن إثباتها بأدلة أخرى غير العقد الصحيح - طبقاً لأحكام
الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية (اجتهاد)

من المقرر شرعاً أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبيئة وشهادة الشهود
ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقاً لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد
إحياء له ونفيه قتلاً له.

ولما كان ثابتاً أن قضاة المجلس لما قضاوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات
الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطئوا
في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي فيه لا تطبق في قضايا الحالة كإثبات الزواج
والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقاً لأحكام
الشريعة الإسلامية.

مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه.

المجلة القضائية 97/1 ص.42

9. ملف رقم 222674 قرار بتاريخ 1999/06/15

قضية: (ع ب) ضد: (م ل)

من المقرر قانوناً أنه يثبت الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً.

1-.....

2- ومن المقرر قانوناً أيضاً أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو البيئة أو بنكاح
الشبهة أو بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد: 32، 33، 34 من هذا القانون، ومن
ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفاً للقانون.

ومتى تبين - من قضية الحال - أن قضاة المجلس لما قضاوا بتأييد الحكم المستأنف

القاضي بتعيين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد النسب خلافاً لقواعد إثبات

النسب المسطرة شرعاً وقانوناً طبقاً لأحكام المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة، فإن

بقضائهم كما فعلوا تجاوزوا سلطتهم وعرضوا قرارهم للنقض.
ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.
الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 88.

قائمة المصادر

والمراجع

❖ القرآن الكريم

الكتب

1. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، دار مصر للطباعة، ط1، 2001.
2. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف، السعودية، ط1، د ت.
3. أبو داود، سنن أبو داود، كتاب الطلاق، مطبعة بابي وأولاده، مصر، ط1، 1952.
4. أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تاج اللغة وصحاح العربية، دار إحياء التراث العربي بيروت، ط1، 1999.
5. أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، د ط، د ت.
6. أبي العباس زين الدين أحمد بن محمد بن عبد اللطيف الشرجي الزبيدي، مختصر صحيح البخاري، دار الفكر لطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، (ط1) 2005.
7. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، دار هومه، الجزائر، ط15، 2012-2013.
8. أحمد بن الحسن بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار البار، مكة المكرمة، د ط، 1994.
9. أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لرفاعي، المكتبة العلمية، بيروت د ط د ت.
10. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، د ت.
11. أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، در الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2005.
12. بدران أبو العينين بدران: حقوق الأولاد في الشريعة والقانون، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، بدون سنة طبع.

13. بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت، د ط، د ت.
14. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، د ط، 1999.
15. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2005.
16. بن شيوخ الرشيد. شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، د ط، د ت.
17. بن شيوخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، ط1، 2008.
18. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.
19. حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومه، الجزائر، د ط، 2004.
20. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د ت.
21. عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، د ط 1952.
22. عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومه، الجزائر، د ط، 2013.
23. عبد العزيز سعد، الطلاق والزواج، دار هومه، الجزائر، ط3، 1996.
24. عبد العزيز عزة، أحكام التركات وقواعد الفرائض والمواريث في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط1، 2009.
25. عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2013.
26. عبد القادر بن حرز الله. الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007.

27. عبد الكريم بن محمد اللاحم، الفرائض، مكتبة المعارف، الرياض، ط1، 1986.
28. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين، دار الجامعة الجديدة، د ط، 2006.
29. عبد الودود السيريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت، د ط، 1997.
30. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2003.
31. علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، الإسكندرية، (د.ط)، 2009.
32. عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الاندلس الخضراء للنشر والتوزيع، السعودية، (ط.1)، 2001.
33. الغوني بن ملحة: قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية-قسنطينة، ط2، د ت.
34. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 2007.
35. محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، د ت.
36. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط2، د ت.
37. محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، مكتبة الإنجاد المصرية، القاهرة، ط2، 1950.
38. محمد أحمد سراج، محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، د ط، 1999.
39. محمد بن مكرم ابن منصور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر لطباعة والنشر بيروت، ط1، بدون سنة طبع.
40. محمد سعيد صبايني و زهير الكرمي. الأطلس العلمي، فيزيولوجيا الإنسان، دار الكتاب اللبناني-بيروت-د ط، د ت.

41. محمد سمارة، أحكام التركات والمواريث في الأموال والأراضي، الدار العلمية ودار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2002.
42. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 4، 2003.
43. محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامه، المغني، تحقيق، عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط1997.
44. محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، المحلي بالآثار، تحقيق محمد منير الدمشقي، إدارة الطباعة المنبرية، مصر، ط1، 1351هـ.
45. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، دار السعودية لنشر والتوزيع، ط4، 1983.
46. محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الحديث، مصر، د ط، د ت.
47. محمد كمال الذين إمام و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف، منشورات الحلبي الحقوقية، د ط، د ت.
48. محمد مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ط 2، 1977.
49. محمد نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1986.
50. مريم الداعستاني، المواريث في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، بدون دار النشر، د ط، 2001.
51. مسلم ابن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: صحيح مسلم دار إحياء التراث العربي بيروت، د ط، د ت.
52. مصطفى مجدي هرجة: الأشخاص والأموال في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع القاهرة، د ط، د ت.
53. نبيل صقر قانون الأسرة نسا وفقها وتطبيقا دار هومة د ط، د ت.

54. نصر فريد محمد واصل، فقه المواريث والوصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، الإسكندرية، د ط، 1995.

الرسائل العلمية:

1. بن عبد القادر رحمة، أحكام الوصية في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماستر جامعة 20 أوت 1955، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سكيكدة، 2012-2013.
2. بن عصمان نسرين إيناس: مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير جامعة تلمسان، كلية الحقوق، 2008/2009.
3. جدع أمال، الحقوق المعنوية للأبناء في قانون الأسرة الجزائري والشريعة الإسلامية، مذكر ماجستير، جامعة 20 أوت 1955، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سكيكدة، 2011-2012.
4. حسين شراوط، الوقف في التشريع الجزائري، رسالة، ماستر، جامعة 20 أوت 1955، كلية الحقوق والعلوم السياسية سكيكدة،، 2014.
5. سمير شيهاني، المركز القانوني للجنين في القانون المدني والفقہ الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، 2005.
6. الشيخ صالح البشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012-2013.
7. عواطف تحسين عبد الله البوقري، أحكام الجنين والطفل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة لدراسات الإسلامية، السعودية، 1996.
8. عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2005، 2006.
9. لطيفة زاطلي، حجية البصمة الوراثية في إثبات النسب في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماستر، جامعة 20 أوت 1955، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سكيكدة، 2013.
10. محمد تقية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، 1996-1997.
11. محمد على محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، 2010.

12. مسعودة حسين بوعدلاوي، موقف الشريعة الإسلامية من الإجهاض وموانع الحمل، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، السعودية، 1988.
13. مشرى صفاء، التلقيح الاصطناعي، رسالة ماستر، جامعة 20 أوت 1955، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سكيكدة، 2012-2013.

المجلات والدوريات

1. زياد حمد عباس الصميدعي، البصمة الوراثية ودورها في إثبات النسب، مجلة الجامعة الإسلامية، العدد (26/2).
2. صلاح الدين دكداك، حكم الهبة للجنين، مجلة الفقه والقانون، جامعة سيدي بالعباس، الجزائر، كلية الحقوق، العدد 4، 2013.
3. ياسين حسن حمد الدليمي، ميراث الحمل في الشريعة الإسلامية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العراق، المجلد 14، العدد 10، 2007.

القوانين والتشريعات

1. قانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/07/1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27/02/2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادر بتاريخ 27/02/2005.
2. الأمر رقم 11/66 المؤرخ في 08/07/1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم الجريدة الرسمية العدد 78، المؤرخ في 30/09/1975.
4. قانون رقم 04/05 المؤرخ في 06/02/2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية، العدد 12، المؤرخ في 13/02/2005.

المراجع اللغة الأجنبية

- 1- Daniel (R), Dictionnaire Larousse, Librairie, Larousse, Paris, 2005.

الصفحات	فهرس الموضوعات
أ-د	مقدمة
	الفصل الأول: ماهية الجنين
6	تمهيد
7	المبحث الأول: تعريف الجنين ومراحل تطوره
7	المطلب الأول: تعريف الجنين
7	الفرع الأول: تعريف الجنين لغة
7	الفرع الثاني: تعريف الجنين في الاصطلاح
8	أولاً: تعريف الجنين عند فقهاء الشريعة الإسلامية
9	ثانياً: الجنين عند فقهاء القانون الوضعي
10	ثالثاً: الجنين عند الأطباء
11	المطلب الثاني: مراحل تطور الجنين
12	الفرع الأول: مرحلة ما قبل نفخ الروح
15	الفرع الثاني: مرحلة نفخ الروح
20	المبحث الثاني: مدة الحمل و الشخصية القانونية للجنين
21	المطلب الأول: مدة الحمل
21	أولاً: تعريف الحمل
21	ثانياً: أقل مدة للحمل
22	الفرع الثاني: أقصى مدة للحمل
22	أولاً: أقصى مدة للحمل لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.
23	ثانياً: أقصى مدة للحمل في القوانين الوضعية
25	ثالثاً: أقصى مدة للحمل عند الأطباء
26	المطلب الثاني: الشخصية القانونية للجنين
26	الفرع الأول: الشخصية القانونية على العموم
28	الفرع الثاني: الشخصية القانونية للجنين

الفصل الثاني: الحقوق المقررة للجنين	
34	تمهيد:
34	المبحث الأول: الحقوق المعنوية المقررة للجنين
34	المطلب الأول: الحق في الحياة
34	الفرع الأول: تجريم فعل إجهاض الجنين
34	أولاً: تعريف الإجهاض
34	ثانياً: أركان جريمة الإجهاض
36	ثالثاً: صور جريمة الإجهاض
36	رابعاً: العقوبات المقررة لفعل الإجهاض
38	خامساً: الإجهاض المباح
39	الفرع الثاني: تجريم فعل ترك الزوجة الحامل
40	الفرع الثالث: إرجاء تنفيذ العقوبة في حق المرأة الحامل
42	المطلب الثاني: الحق في النسب
42	الفرع الأول: تعريف النسب ووسائل المحافظة عليه
42	أولاً: تعريف النسب
42	ثانياً: وسائل المحافظة على النسب
42	الفرع الثاني: طرق إثبات النسب
51	المبحث الثاني: الحقوق المادية المقررة للجنين
51	المطلب الأول: الحق في الميراث والوصية
52	الفرع الأول: حق الجنين في الميراث
52	أولاً: تعريف الميراث
52	الميراث في اللغة
52	الميراث في الاصطلاح
52	ثانياً: دليل ميراث الحمل
53	ثالثاً: شروط ميراث الحمل

56	رابعاً: مقدار ما يوف للجنين من الميراث
58	خامساً: حالات ميراث الحمل
61	الفرع الثاني: حق الجنين في الوصية.
61	أولاً: تعريف الوصية.
61	تعريف الوصية في اللغة:
61	الوصية في الاصطلاح:
61	ثانياً: حكم الوصية للحنين.
62	ثالثاً: شروط صحة الوصية للجنين.
63	ثالثاً: تعدد الحمل الموصى له
63	رابعاً: قبول الوصية للجنين
64	المطلب الثاني: حق الجنين في الهبة والوقف والنفقة
64	الفرع الأول: الحق في الهبة
65	أولاً: تعريف الهبة
65	الهبة في اللغة
65	الهبة في الاصطلاح
65	ثانياً: حكم الهبة للجنين
68	الفرع الثاني: الوقف على الجنين
68	أولاً: تعريف الوقف.
68	الوقف في اللغة
68	الوقف في الاصطلاح
68	ثانياً: حكم الوقف على الجنين
71	الفرع الثالث: حق الجنين في النفقة
71	أولاً تعريف النفقة
71	النفقة في اللغة
71	النفقة في الاصطلاح

71	ثانيا: النفقة على الجنين
74	خاتمة
79	الملاحق
86	قائمة المراجع
	فهرس الموضوعات