

جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مركز الجنين في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص القانون الخاص الشامل

إشراف الأستاذة:

لحضيبي وردية

من إعداد:

ططشاك ليلي

قناوي ليندة

لجنة المناقشة

الأستاذة: إقروفة زوييدة.....رئيسة

الأستاذة: لحضيبي وردية.....مشرفة و مقررة

الأستاذة: مقتانه مبروكة.....مناقشة

السنة الجامعية: 2014/2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ

تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

سورة هود الآية 88.

شكر و تقدير

الحمد لله الذي أعاننا على إنجاز و إتمام هذه المذكرة، فالشكر الأول و الأخير لجلالة الله سبحانه و تعالى، كما نتقدم بجزيل الشكر للأستاذة المشرفة علينا " لحضيري وردية" و على كل ما قدمته لنا من نصائح و توجيهات و إرشادات مهمة طوال مراحل إعداد هذه المذكرة، كما نتقدم بأسمى معاني الشكر و العرفان للأستاذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة المتفضلين علينا بمناقشة هذه المذكرة و أخيرا و ليس آخرنا نقدم كل الإحترام و التقدير لجميع أساتذة كلية الحقوق و كل من ساهم في دعمنا ولو بكلمة تشجيع.

جزاكم الله خيرا إن شاء الله

إهداء

إلى من تحب قدما تكمن الجنة، و التي ضحت من
أجلي وتبعت خطواتي؛

أمي الحنون

إلى الذي رباني و أرشدني و أنار طريقي و جعل
مشواري العلمي ممكنا؛

أبي العزيز

إلى كل أفراد أسرتي و عائلتي؛

كل يساهم بغيرها و يبرها

إلى كافة الأصدقاء و الصديقات

إلى الذين أضاءوا لي طريق العلم و المعرفة

من معلمين و أساتذة

ليلى

إهداء

إلى من قال في حقهما الله تعالى: ﴿وَلَا تَقُلْ لِمَا أُفِيءُ

وَلَا تَنْهَزْهُمَا وَكُنْ لِمَا كَرِهْتَ مِنَ الْأَيْتِ 23 من سورة الإسراء.

إلى أمي الغالية التي ربنتني و سهرت الليالي لأجلي، و إلى أبي

العزیز الذي زرع في نفسي حبّ العلم و التحصيل و تمرني بعطاءه

فَمَمَّا شَكَرْتَهُمَا قَلِيلٌ فِي حَقِّمَا، فَبِمَا وَطَّئْتَهُمَا لِيَوْمِ هَذَا الْيَوْمِ، أَطْلُبُ

من الله أن يقدرني لأردّ لهما ولو القليل مما قدماه لي.

إلى بلدي الجزائر بلد المليون و نصف مليون شهيد

إلى كل عائلتي و أصدقائي و كل من كان عوناً لي

و بالأخص عمّتي "حبيبة" التي كانت بمثابة الأخت، الأم الثانية،

الصديقة... إلخ، أطلب الله عزّ و جل أن ينير لها دربها في الحياة.

إلى كل من ساعدني سواء من قريب أو بعيد أهدي هذا

العمل المـتـواضـع.

" لينة "

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

* إلخ = إلى آخره.

* ح = الحالة.

* ج.ر.ج.ج = الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

* ج = الجزء.

* ج.ج.أ = الجنسية الجزائرية الأصلية.

* د.ط = دون طبعة.

* د.ب.ن = دون بلد النشر.

* د.س.ن = دون سنة النشر.

* (ص) = صلى الله عليه و سلم.

* ص = صفحة.

* ش.إ = الشريعة الإسلامية.

* ط = الطبعة.

* ع = العدد.

* ق.م = القانون المدني.

* ق.أ.ج = قانون الأسرة الجزائري.

* ق.ج = قانون الجنسية.

* ق = القول.

* ق.ع = قانون العقوبات.

* م.ج = المشرع الجزائري.

ثانياً: باللغة الأجنبية:

*P = page.

*Op-cit = opére-citato.

المقدمة

يعد الجنين أهم مرحلة من المراحل التي يمر بها الإنسان، فهو نواة المستقبل وطفل الغد وأساس بداية الحياة الإنسانية، حيث يخلق الإنسان جنينا ثم طفلا ثم شابا ثم شيخا، فالجنين وصف يطلق على تلك المادة المتكونة في رحم الأم من اتحاد مني الرجل ببويضة المرأة، فهو يكون أولا نطفة ثم يصير علقة ثم يصير مضغة ثم جنينا ويخرج طفلا لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾⁽¹⁾.

فلقد أولت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا بالجنين كونه شخص ضعيف لا حول ولا قوة له، فمنحت له العديد من الحقوق أولها الحق في الحياة كونه حق مقدس فقد حرم الله تعالى قتل النفس البشرية لقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾⁽²⁾، حيث اتخذت الشريعة الإسلامية جميع التدابير اللازمة والضمانات الشرعية لاستمرار حياة الجنين وذلك بمحاربتها لفكرة الإجهاض بواسطة تشريع عقوبات ردية في حق جميع من يتسبب في التعدي على حامل، و نجد أن م.ج اهتم بهذه المسألة من خلال بعض النصوص في ق.ع، إلا أن هذا الجانب الجنائي المتعلق بالجنين ليس محل دراستنا بل ولينا اهتمامنا للجانب المدني الذي سنتناول فيه مختلف الحقوق المدنية المقررة له.

إضافة إلى الحق في الحياة فلقد شرع القانون و الشريعة الإسلامية حقوقا أخرى للجنين منها ما هو متعلق بذاته و منها ما هو متعلق بمصالحه المالية، و أول هذه الحقوق هو الحق في النسب، حيث يحق للجنين الإنتساب لأبيه و هذا الحق مكرس قانونا و شرعا، و يتفرع من هذا الحق حق آخر ألا وهو حق الجنين في إكتساب جنسية والديه بواسطة رابطة الدم كأصل و رابطة الإقليم كإستثناء، فكما منحت للجنين حقوقا ذات طابع معنوي فإنه منحت له كذلك حقوقا مالية، حيث حرص الشرع و القانون على ضرورة الإنفاق على الحامل و ذلك لصيانة نفس الجنين الذي في رحمها من الهلاك، كما شرع له كذلك الحق في الميراث و ذلك من خلال حفظ نصيبه الأوفر من التركة لحين الولادة، إضافة إلى حقوق أخرى كالحق في الوصية، الهبة، الوقف...إلخ.

¹ - سورة المؤمنون، الآية 12-14.

² - سورة الإسراء، الآية 33.

فضّلنا إختيار هذا الموضوع لكون الجنين شخص ضعيف لا قدرة له على حماية نفسه بنفسه والدفاع عن حقوقه، و لأسباب عدة تتمثل في:

- بيان عظمة الشريعة الإسلامية التي إهتمت إهتماما بالغا بكافة المراحل التي تمر بها البشرية بداية من كونه جنينا لغاية هرمه.
- إهمال أو تناسي بعض التشريعات القانونية و المختصين بقضايا حقوق الإنسان لفترة الحمل.
- بيان مركز الجنين قانونا و ذلك بتبيان نوع الشخصية القانونية التي تثبت له.
- حماية الحقوق المقررة للجنين المعنوية منها أو المالية.

وما نهدف للوصول إليه من خلال بحثنا هذا هو توعية المجتمع و تحسيسه بمدى ضعف الجنين في هذه المرحلة، و مناقشة مختلف التشريعات الوضعية بما فيها التشريع الجزائري الإهتمام أكثر بشخص الجنين و عدم تهميشه.

كما نجد أنّ الدراسات التي تناولت موضوع الجنين كثيرة إلا أنّ أغلبها يتعلق بالجانب الفقهي فقط، بينما نحاول في دراستنا هذه إقرار و تبيان الجانب القانوني لهاذا الموضوع و مدى مساهمته للفقهاء الإسلامي، لذلك تناولنا هذه المذكرة تحت عنوان "مركز الجنين في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي".

ونظرا لكون الإسلام هو السبّاق نحو الإهتمام بكافة الأشخاص و أولها الجنين، هذا ما دفع بنا إلى طرح الإشكالية التالية: هل كرس المشرع الجزائري أحكام قانونية وافية و شاملة لمراكز حقوق الجنين المدنية لمسايرة أحكام الشريعة الإسلامية؟ و من هذه الإشكالية تتفرع بعض التساؤلات: فيما تتمثل حقيقة الجنين؟

وإذا كان أساس تمتع الإنسان بالحقوق هو الشخصية القانونية فهل هذا يعني أنّها تثبت للجنين كذلك؟ وهل هي كاملة أو ناقصة؟ و ما هي مختلف الحقوق المترتبة عنها؟

للإجابة على هذه الإشكالية سعت دراسة هذا الموضوع الإعتماد على المنهج التحليلي المقارن و ذلك من أجل الوصول لنتائج دقيقة و مفيدة، لهذا إرتأينا أن نكون دراسة هذا الموضوع بتقسيمه

لفصلين، (الفصل الأول) سنتناول فيه حقيقة الجنين بتقسيمه لمبحثين، حيث سنتعرض في المبحث الأول لتعريف الجنين فقها و قانونا إضافة لنظرة الأطباء له و كافة المراحل التي يمر بها في رحم أمه، ثم نبين في المبحث الثاني الطبيعة القانونية له التي نقصد بها الشخصية القانونية، أمّا (الفصل الثاني) خصناه لتناول مختلف الحقوق المقررة له فقها و قانونا و المترتبة عن تمتعه للشخصية القانونية.

الفصل الأول

الفصل الأول

حقيقة الجنين

حتى نتعرف على حقيقة الجنين، لابد من التعرض لأمر تمكنا من جمع العناصر اللازمة لتجسيد هذه الحقيقة، ففي البداية يجب التعريف بالجنين و ذلك عن طريق التعرض لمختلف التعريفات التي جاء بها الفقهاء المسلمون و القانون الوضعي وصولا لنظرة الأطباء، ثم بعد ذلك التطرق للأطوار التي يمر بها الجنين و هو في رحم أمه هذه أول نقطة، ثم ندرس الطبيعة القانونية للجنين أي شخصيته القانونية التي تميزه و هو لازال وجوده حكما فقط كنقطة ثانية، لكن قبل هذا تقتضي الضرورة التعرف على الشخصية القانونية بوجه عام، كتمهيد للولوج لدراسة شخصية الجنين القانونية التي تعتبر كاستثناء عن الأصل، لذلك إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين لدراسة كل نقطة على حدى و للكشف عن الحقيقة الغامضة للجنين:

المبحث الأول: تعريف الجنين و مراحل تطوره

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للجنين

المبحث الأول

تعريف الجنين و مراحل تطوره

لقد اختلف الفقهاء و الأطباء حول تسمية الجنين و تعريفه، و ذلك عبر مراحل تطوره؛ لهذا سنتناول مختلف هذه التعاريف و التسميات من مختلف الجوانب، ثم نبين مراحل تطوره.

المطلب الأول

تعريف الجنين

قبل الخوض في الحديث عن مراحل تطور الجنين و الحقوق الممنوحة له لابد من التمهيد، و ذلك بالتعرض لمختلف التعاريف له ؛ حيث سنتناول في هذا المطلب التعريف اللغوي للجنين (فرع أول)، ثم لعدد من التعاريف الفقهية التي أتى بها عدد من فقهاء القانون و الفقهاء المسلمون و أهل الطب، كل بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى الموضوع، وكل بحسب رؤيته (فرع ثاني).

الفرع الأول

تعريف الجنين لغة

يعرف الجنين لغة بأنه: " مأخوذ من جنَّ الشيءَ يَجْنُهُ جَنًّا: سَتَرَهُ، و كُلُّ شَيْءٍ سُتِرَ عَنْكَ فَقَدْ جُنَّ عَنْكَ، و أَجْنَهُ: سَتَرَهُ، و منه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه، و الجَنُّ بالفتح: هو القَبْرُ لِسِتْرِهِ المَيِّتِ، و الجَنُّ أيضا: الكَفَنُ، و الجنين المقبور، و الجَنَانُ بالفتح: القَلْبُ لِاسْتِتَارِهِ فِي الصَّدْرِ، وَ قِيلَ: لَوْعِيهِ الْأَشْيَاءَ وَجَمَعَهُ لَهَا، وَ رُبَّمَا سُمِّيَ الرُّوحُ جَنَانًا لِأَنَّ الْجِسْمَ يُجْنُهُ، وَالْجَنِينُ: الْوَلَدُ مَا دَامَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ لِاسْتِتَارِهِ فِيهِ، وَجَمَعَهُ أَجْنَةٌ وَأَجْنُنٌ " (1) ، أما في المصباح المنير: " الجنين: وصف له ما دام في بطن أمه، و الجمع أَجْنَةٌ سمي بذلك لاستتاره"(2).

1- ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1992، ص701، 702.

2- أحمد بن محمد الفيومي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1987، ص.43.

كما جاء في المعجم الوجيز: "الجنين: المستور و هو الولد ما دام في الرحم، و في الطب ثمرة الحمل في الرحم حتى نهاية الأسبوع الثامن و بعده يسمى الحُمَيْل"⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تعريف الجنين اصطلاحاً

لقد حاول كل من الفقهاء و الأطباء و فقهاء القانون إعطاء تعريف إصطلاحي للجنين، غير أنه كل هذه التعاريف تكاد تكون متطابقة في المعنى مع التعريف اللغوي، لذلك سوف نبينها كالاتي:

أولاً: في الفقه الإسلامي

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الجنين اسم للولد في بطن أمه، فالجنين من الأجنان و هو الستر؛ لأنه مستور في رحم أمه في ظلمات ثلاث⁽²⁾، و ذلك لقوله تعالى: ﴿يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ﴾⁽³⁾، فالولد ما دام في الرحم فهو جنين⁽⁴⁾، لقوله تعالى: ﴿وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾⁽⁵⁾.

فلقد إتفق الفقهاء على أنه إذا استبان خلق ما في بطن المرأة أو بان فيه شيء من صورة الأدمي

¹- مجمع اللّغة العربية، المعجم الوجيز، وزارة التربية و التعليم المصرية، القاهرة، مصر، 1994، ص.121،122.

²- بهنوس سعاد، قريد سيف الدين، سوداني إيمان، الحماية الجنائية للجنين بين الشريعة و القانون، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في القانون، كلية الحقوق و الآداب و العلوم الإجتماعية، قسم العلوم القانونية و الإدارية، قالمه، الجزائر، 2010، ص.04.

³- سورة الزمر، الآية 06.

- الظلمات الثلاث: يقصد بها إحاطة الجنين بثلاث أغشية، أولها غشاء السلى (الأمنيون) و هو يحيط بالجنين مباشرة من كل جوانبه، و في مائه يتحرك الجنين يليه غشاء المشيمة، ثم يليه الغشاء الساقط و هو غشاء الرحم الذي يسقط بعد الولادة أو الإجهاض، و سمّي بالساقط لأن الرحم يسقطه مع الأغشية .

⁴- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص.217.

⁵- سورة النجم، الآية 32.

فهو جنين و علم أنه حمل، غير أنهم اختلفوا فيما لم يبين منه شيء إلى الأقوال التالية⁽¹⁾ :

1- عند الحنفية

" ذهب الحنفية إلى أنه إذا استبان شيء من خلقه فهو جنين، أما إذا لم يستبين منه شيء فهو مضغة أو علقة"⁽²⁾.

فقال صاحب البدائع: " إن الجنين إذا لم يستبين من خلقه شيء فليس بجنين، إنما هو مضغة سواءً كان ذكراً أو أنثى"⁽³⁾.

أما ابن عابدين قال: " الجنين هو الحمل مادام مضغة أو علقة"، وعند الإمام الكاساني: "الجنين إذا لم يبين شيء من خلقه فلا شيء فيه؛ لأنه ليس بجنين و إنما هو مضغة"⁽⁴⁾.

فالمقصود باستبانة بعض خلقه أن يظهر منه شيء كأصبع، أو ظفر أو شعر، أو نحو ذلك، أما إذا لم يستبين شيء من خلقه فليس بجنين، لذا أباحوا للمرأة أن تعالج في استئصال الدم مادام الحمل علقة أو مضغة، و لم يخلق له عضو⁽⁵⁾.

2- عند المالكية

يرى المالكية أن الجنين يشمل كل ما تحمله المرأة في رحمها، و جاء في المنتقى: " هو كل ما

¹- عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه و صورته المعاصرة بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006، ص.36.

²- المرجع نفسه، ص.38.

³- علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة و القانون، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.15.

⁴- محمد أحمد الرواشدة، "عقوبة الإعتداء على الجنين بالإجهاض"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، سوريا، ع.01، 2007، ص.428.

⁵- أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، د.ط، دار الجامعة

تحمله المرأة مما يعرف أنه ولد و إن لم يكن مخلقا⁽¹⁾، لذا فالجنين عند المالكية كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه ولد، سواءً كان تام الخلقة أو كان مضغعة أو علقة أو دمًا مجتمعا⁽²⁾، و وسيلتهم في معرفة ما إذا كان الدم المجتمع أو العلقة يتكون منه مخلوق أو لا يكون عن طريق صب الماء الحار عليه، فإذا لم يذب فهو جنين أما إذا ذاب فهو ليس بشيء.

أما الباجي فقال: "الجنين هو ما ألقته المرأة مما يعرف أنه ولد و إن لم يكن مخلقا و سواء أكان ذكرا أو أنثى"⁽³⁾.

كما يرى الإمام مالك، أن كل ما ألقته المرأة من دم أو مضغعة أو علقة أو شيء مما يستيقن النساء أنه ولد يعتبر جنينًا و تجب فيه العُرّة⁽⁴⁾، فالفقيد سئل الإمام مالك عن رجل يضرب امرأة، فنلقي مضغعة أو علقة و لم يستيقن شيء من خلقه، فأجاب بقوله: "إذا ألقته فعلم أنه حمل، و إن كان مضغعة أو علقة أو دمًا، ففيه العُرّة و تنقضي به العدة من الطلاق"، فهذا يعني أن ما في بطن الأم عند الإمام مالك يكون له إعتبار بحيث يعتبر جنينًا، فتترتب عليه عدة المرأة، و تدفع فيه العُرّة ممن تسبب في إسقاطه إذا كان مضغعة أو علقة أو حتى دمًا⁽⁵⁾.

3- عند الشافعية

يرى أكثر الشافعية، أن الجنين هو ما تجاوز الأطوار الثلاث الأولى (النفطة، العلقة و المضغعة)،

1- عمر غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم للطباعة و النشر، د.ب.ن، 2001، ص.30.

2- محمد أحمد الرواشدة، المرجع السابق، ص.428.

3- أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص.16.

4- بهنوس سعاد، قريد سيف الدين، سوداني إيمان، المرجع السابق، ص.04.

- العُرّة لغة هي أول الشيء، و شرعا هي ضمان يجب في الجناية على الجنين أي ما يجب على الجاني دفعه للورثة في حال تسببه في إسقاط الجنين.

5- سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري و الفقه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم التجارية،

وتبيّن منه شيء من خلق آدمي كأصبع أو ظفر أو عين⁽¹⁾؛ بينما إذا لم يبين منه شيء، فلا بد من شهادة

أربع نسوة من القوالب الثقات، أو عالمين في الطب البشري أو علم الأجنة بأنّ المضغة التي سقطت فيها تخطيط آدمي⁽²⁾، بينما يخالف الإمام الغزالي الشافعي رأيهم و يرى أنه منذ أن تقع النطفة في الرحم و تختلط بماء المرأة فلا يجوز التعرض لها و إفسادها، فهو بذلك يعتبر بداية تكوّن الجنين منذ لحظة التلقيح الأولى⁽³⁾.

4- عند الحنابلة

يرى الحنابلة، أن ما في بطن المرأة يعد جنينا إذا كان مضغة تبيّن فيها خلق الإنسان من الرأس أو اليدين أو الرجلين و أقله أحد و ثمانون يوما، فلا يكون مضغة إلاّ في الأربعين الثالثة و لا يتخلق قبل أن يكون مضغة، أما إذا لم يتبين فيها خلق الإنسان ففيها التفصيل الآتي:

* إنْ شهد ثقات من القوالب أنّ فيه صورة خفية بأن بها أنها خلقة آدمي، فإنها تعتبر في حكم الجنين.

* أما إن كانت مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوالب بأنها مبتدأ خلق آدمي، فإنها لا تعتبر جنينا.

* و لا يعتبر ما قبل المضغة- سواء قيل أنه مبتدأ خلق آدمي أو لم يقل- جنينا، و إنّما هو دم⁽⁴⁾.

لقد خالف في ذلك ابن رجب الحنبلي، فجعل بداية الجنين و تصوره من كونه علقة، أما النطفة، فإنها لم تتعقد بعد و قد لا تتعقد⁽⁵⁾.

5- عند الظاهرية

ذهب ابن حازم إلى أن الجنين ما كان علقة فصاعدا، أما النطفة أي ما دون العلقة فليس بشيء،

1- عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص.37.

2- بهنوس سعاد، فريد سيف الدين، سوداني إيمان، المرجع السابق، ص.04.

3- علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.16.

4- عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص.36.

5- عمر غانم، المرجع السابق، ص.31.

و استدل في ذلك بحديث حذيفة بن أسيد الغفاري عن ابن مسعود رضي الله عنهما⁽¹⁾ الذي جاء في صحيح مسلم: "إِذَا مَرَّ بِالنُّطْفَةِ اثْنَتَانِ وَ أَرْبَعُونَ لَيْلَةً، بَعَثَ اللَّهُ إِلَيْهَا مَلَكًا، فَصَوَّرَهَا وَ خَلَقَ سَمْعَهَا

و بصرها و جلدها و لحمها و عظامها، ثم قال: يا رب أذكر أم أنثى؟ فيقضي ربك ما يشاء..."⁽²⁾.

ثانيا: في الفقه الوضعي

الجنين في اصطلاح فقهاء القانون هو الكائن المستكن في رحم المرأة، فهو البويضة التي لقحها حيوان منوي، وما تطور عنها و تشكل حتى بداية شعور الحامل بالأم الولادة، فمنذ اللحظة التي تندمج فيها الخلية المذكرة بالخلية المؤنثة تعد الخلية الجديدة جنينا من الوجهة القانونية⁽³⁾.

الأمر الذي يستفاد منه؛ أنه بمجرد تلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة أيا كان عمرها الزمني تعتبر المرأة حاملا، ومن ثمة فإن كل إعتداء يقع عليها خلال تلك الفترة و يكون من شأنه إسقاط حملها فإن ذلك يشكل جريمة معاقب عليها و تسري بشأنه نصوص التجريم الخاصة بالإجهاض.

لذا نجد أن مختلف التشريعات تجرم هذا الفعل⁽⁴⁾ ، ومن بينها المشرع الجزائري الذي نص على هذه العقوبة في المادة 304 من ق.ع.ج التي تنص على: " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات..."⁽⁵⁾.

سنوات..."⁽⁵⁾.

¹- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، المحلى، دار الأفاق الجديدة، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص.266.

²- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الحديث للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 1991، ص.2037.

³- بهنوس سعاد، فريد سيف الدين، سوداني إيمان، المرجع السابق، ص.03.

⁴- عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص.39.

⁵- المادة 304 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 1966/06/8، المتضمن 304⁵

ق.ع، ج.ر.ج.ج، ع.49 مؤرخة في 1966/07/11 معدل و متمم.

على الرغم أن م.ج لم يعط تعريفا للجنين، لكنه حاول حمايته من خلال هذه النصوص القانونية، فبمجرد تكوّن الجنين يستحق الحماية و تنتهي حياته لتحل محلها الحياة العادية حين تبدأ عملية الولادة

سواءً كانت طبيعية أو مبتسرة لا حينما تنتهي⁽¹⁾، بينما اعتبر المشرع نهاية حياة الجنين و بداية الحياة الإنسانية بتمام ولادته حيا لا ببدايتها بنص المادة 25 من ق.م.ج " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته..."⁽²⁾.

ثالثا: في اصطلاح الأطباء

يطلق بعض الأطباء لفظ الجنين على الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني بتكوّن الأجهزة المعروفة للإنسان، و يكون ذلك في المرحلة الرابعة من التخلّق و هي الفترة الواقعة بين الشهر الثالث من الحمل حتى حين الولادة⁽³⁾، بينما يرى البعض الآخر أنّ الجنين هو الولد في بطن أمه إذا اكتملت بنيته و كان بإمكانه العيش إذا ولد، و يكون هذا في الفترة الواقعة بين بداية الشهر السابع إلى وقت الولادة⁽⁴⁾.

¹ - عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص.39.

² - المادة 25 من الأمر رقم 58/75 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26/09/1975، المتضمن ق.م، ج.ر.ج.ع، ع.78 مؤرخة في 30/09/1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007، ج.ر.ج.ع، ع.31 مؤرخة في 13/05/2007.

³ - حادي شفيق، "حكم الهبة للجنين"، مجلة الفقه و القانون، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، ع.04، 2013، ص.02.

⁴ - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.17.

في حين يرى الدكتور محمد علي البار أن: "لفظ الجنين يطلق على الفترة الواقعة بين إنغراز البويضة الملقحة في جدار الرحم (مرحلة العلق) و يكون ذلك في الأسبوع الثاني حتى نهاية الأسبوع الثامن ثم يطلق عليه اسم الحُمَيْل إلى أن يولد"⁽¹⁾.

إلا أن علماء الأجنّة يصنفون الجنين حسب مراحل نموه، فالجنين في مرحله الأولى و بالضبط بعد أسبوعين من الإخصاب يطلقون عليه لفظ (embryon) أي الحُمَيْل؛ أما في المراحل التالية و بالضبط بعد 8 أسابيع يطلقون عليه لفظ (fœtus) أي الجنين⁽²⁾.

من خلال ما تقدم، يتضح لنا أن التعريف الذي جاء به فقهاء القانون الوضعي يتفق مع ما ذهب إليه الفقه المالكي و الإمام الغزالي من الشافعية، بالرغم من عدم تقدم الوسائل الطّبية في عهدهم، وعليه فالجنين هو ما تكون في رحم المرأة عند التقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضة الأنثى، و اختلاطهما معا؛ و ما تطور و تشكل عنها إلى لحظة الولادة⁽³⁾، و هذا ما يؤيده معنى مادة جنين فإنها راجعة إلى الإستتار المتحقق بهذا المعنى⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

مراحل تطور الجنين

لقد خلق الله سبحانه و تعالى الإنسان الأول و هو آدم عليه السلام من طين؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ﴾⁽⁵⁾ ، ولكن مشيئة الله سبحانه و تعالى شاعت أن تجعل تكاثر ذريته عن طريق التوالد، و لقد أشار القرآن الكريم للأطوار التي يمر بها الجنين في عدة مواضع منها قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ *

¹ - محمد أحمد الرواشدة، المرجع السابق، ص.429.

² - Jacques Fortin, Le Corps Humain Comprendre Notre Organisme, Québec Amérique, Canada, 2008 , p.121.

³ - بهنوس سعاد، فريد سيف الدين، سوداني إيمان، المرجع السابق، ص.05.

⁴ - أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص.21.

⁵ - سورة المؤمنون، الآية 12.

ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١﴾ ، و قوله تعالى: ﴿ أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِّنْ مَّيِّ يُمْنَىٰ ﴾ ﴿٢﴾ .

من خلال هذه الآيات القرآنية يتبين لنا المراحل و الأطوار التي يمر بها الجنين داخل رحم أمه، وسنتناول كل مرحلة على حدى في هذا المطلب و ذلك حسب الفرعين التاليين:

الفرع الأول

طور النطفة

جاء في لسان العرب لابن منظور أن النطفة لغة هي: "القليل من الماء يبقى في الدلو، و الجمع نُطْفٌ و نِطَافٌ" (3) .

كما جاء في المصباح المنير: "النطفة ماء الرجل و المرأة و جمعها نُطْفٌ و نِطَافٌ، و النُّطْفَةُ أيضا هي الماء الصافي قَلًّا أو كَثُرًا" (4) .

فالنطفة هي أول أطوار خلق الجنين، و قد ورد ذكرها في القرآن الكريم في اثني عشر موضعا منها: قوله تعالى: ﴿ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴾ (5)، و قال: ﴿ مِنْ أَيِّ شَيْءٍ خَلَقَهُ مِنْ نُطْفَةٍ خَلَقَهُ فَقَدَرَهُ ﴾ (6) .

أما في السنة النبوية الشريفة، فقد روى أحمد عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: "مرّ يهودي برسول الله صلى الله عليه و سلم وهو يحدث أصحابه فقالت قريش: يا يهودي إن هذا يزعم أنه نبي، فقال: لأسألته عن شيء لا يعلمه إلا النبي، قال: فجاء حتى جلس ثم قال: "يا محمد، مم

¹ - سورة المؤمنون، الآية 12-14.

⁵ - سورة القيامة، الآية 36.

³ - ابن منظور، المرجع السابق، ص. 4461.

⁴ - أحمد محمد بن علي الفيومي المقري، المرجع السابق، ص. 233.

⁵ - سورة المؤمنون، الآية 13.

⁶ - سورة عبس، الآية 19، 18.

خلق الإنسان ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه و سلم: " يا يهودي من كل يخلق من نطفة الرجل و نطفة المرأة "(1).

من خلال هذه الآيات الكريمة و الحديث الشريف يتبين لنا، أنه للنطفة ثلاث معانٍ أو أنواع :

أولاً : النطفة المذكرة

هي الحيوانات المنوية الموجودة في المنى والتي تفرزها الخصية(2)، ولقد ورد ذكرها صريحاً في

قوله تعالى: ﴿ نُطْفَةٌ مِنْ مَنِيِّ يُمْنَى ﴾ (3) ، والمراد بالنطفة من منيِّ يُمْنَى أي نطفة ضعيفة من ماء مهين يراق من الأصلاب في الأرحام و هذا يكون من الرجل، فالمني هو السائل الذي يقذف من الرجل، و النطفة هي عبارة عن جزء صغير من المنى و ليست كله وهذا مما أثبتته العلم (4) .

فمن عجائب قدرة الله سبحانه و تعالى أن يصل تعداد الحيوانات المنوية المفرزة من الخصيتين إلى ما بين 200 إلى 300 حيوان منوي في الدفعة الواحدة، بينما الأنثى تدفع بويضة واحدة عليها تاج مشع، ولا يصل من الكميات الهائلة من الحيوانات المنوية إلى البويضة إلا حيوان منوي واحد(5).

ثانياً: النطفة المؤنثة

1- أحمد بن حنبل، مسند، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971، ص.465.
 2- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، ط.04، دار السعودية للنشر و التوزيع، جدة، السعودية، 1983، ص.109.
 3- سورة القيامة، الآية 37.
 4- عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف و الأجنة، دار النهضة العربية للطبع و النشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 4
 مصر، 2001، ص.09.

5- محمد سلامة الغنيمي، أطوار خلق الإنسان في القرآن بين الإعجاز التربوي و الإعجاز العلمي، منشور على

هي عبارة عن بويضة مفرزة بواسطة مبايض الأنثى⁽¹⁾، و يتم فرزها مرة كل شهر حيث يتناوب المبيضان في الفرز كل شهر⁽²⁾.

ورد ذكر النطفة المؤنثة ذكراً غير صريح في القرآن الكريم عكس النطفة المذكورة ، و ذلك في قوله تعالى: ﴿ إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾⁽³⁾، والمعلوم أن النطفة الأمشاج تتكون من نطفة الرجل و نطفة المرأة، و هذا ما سنتناوله في النوع الثالث من النطف، في حين ورد ذكرها صريحا في الحديث السابق الذكر وهو حديث اليهودي الذي مرَّ بالرسول (ص)⁽⁴⁾.

ثالثا: النطفة الأمشاج

تعرف النطفة الأمشاج لغة: "مَشَجَ: خَلَطَ ، و جمعه الأَمْشَاجُ: وهي الأَخْلَاطُ: ماء الرجل

والمرأة"⁽⁵⁾، و لقد أجمع علماء اللغة على أنّ الأمشاج هي الأخلاط الناتجة من إمتزاج مائين ببعضهما⁽⁶⁾.

فنطفة الأمشاج هي النطفة المختلطة من الحيوان المنوي الذي يلحق البويضة⁽⁷⁾ والتي يكون نصفها من نطفة المرأة و النصف الآخر من نطفة الرجل أي البويضة الملقحة⁽⁸⁾، ولقد ورد ذكرها بصريح بصريح العبارة في القرآن الكريم و السنة النبوية أنّ أصل الإنسان من نطفة أمشاج أي مختلطة من نطفة الذكر

¹ - حسيني هيكل، النظام القانوني للإنتاج الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2007، ص.48.

² - راشد سعد العلمي، الولادة و المولود، ط.2، د.د.ن، د.ب.ن، 2011، ص.16.

³ - سورة الإنسان، الآية 02.

⁴ - عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص.11.

⁵ - ابن منظور، المرجع السابق، ص.4207.

⁶ - محمد نبيل النشواتي، الإسلام يتصدى للغرب الملحد، دار القلم، دمشق، سوريا، 2010، ص.243.

⁷ - محمد علي البار، المرجع السابق، ص.109.

⁸ - أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص.24.

و نطفة الأنثى، والتي تعرف علميا بالنطفة أو البويضة المخصبة⁽¹⁾، ففي القرآن الكريم قوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾⁽²⁾، أما في السنة النبوية : فلقد سأل يهودي الرسول (ص) فقال : يا محمد ، مما خُلق الإنسان ؟ فقال (ص): من نطفة الرجل و نطفة المرأة، فأما نطفة الرجل فنطفة غليظة منها العظم و العصب، و أما نطفة المرأة فنطفة رقيقة منها اللحم و الدم، هكذا كان يقول من قبلك⁽³⁾.

يطلق علميا على النطفة الأمشاج أو البويضة الملقحة لفظ الزيجوت (zygote)⁽⁴⁾، فعند حصول

حصول

إتصال جنسي بين الرجل و المرأة فإن مئات الملايين من النطف تدخل عبر المهبل نحو عنق الرحم، إلا أن تلقيح البويضة يتم إلا من نطفة⁽⁵⁾.

فبعد حصول التلقيح تبدأ البويضة الملقحة بالانقسام إلى خليتين فأربع فثمانٍ و هكذا حتى تتحول

إلى ما يشبه ثمرة التوت⁽⁶⁾، ثم تتجه نحو الرحم عبر قناة فالوب نحو الرحم الذي يكون مستعدا

لإستقبالها لتلتصق بجداره لتتغذى منه و حينئذ تتحول إلى علقة⁽⁷⁾، و هو الطور الثاني لأطوار الجنين وهو ما سيأتي بيانه .

الفرع الثاني

طور التخليق

يأتي بعد طور النطفة طور التخليق، الذي من خلاله يصبح الجنين علقة ثم مضغة ثم عظاما

¹- محمد نبيل النشواتي، المرجع السابق، ص.242.

²- سورة الإنسان، الآية 02.

³- أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ص.465.

⁴- شريف كف الغزال، الجنين و نشأة الإنسان بين العلم و القرآن، مقال منشور على الموقع التالي:

www.islamicmedicine.org/embryotext, consulté le: 22/02/2014 .

⁵- علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.26. أنظر الصورة رقم 02، ملحق رقم: 01.

⁶- محمد سلامة الغنيمي، المرجع السابق.

⁷- علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.27.

بعدها يكسى باللحم، سنحاول تناول كل مرحلة على حدى و ذلك على النحو التالي:

أولاً: العلقة

جاء في لسان العرب: "العلقُ: الدَّمُ ، و قيل: هو الدَّمُ الجَامِدُ العَلِيظُ ، و قيل: الجَامِدُ قبل أَنْ يَبْيَسَ، و قيل: هو ما إِشْتَدَّتْ حُمُرُهُ ، و القِطْعَةُ مِنْهُ عَلَقَةٌ ، و العَلَقَةُ : دُوْدَةٌ فِي المَاءِ تَمُصُّ الدَّمَ، و الجمعُ عَلَقٌ" (1) .

العلقه حسب قول القرطبي: "هو الدم الجامد و العبيط أي الطري"، أما حسب ابن حجر فهي: "الدم الغليظ سمي بذلك للرطوبة التي فيه و تعلقه بما مرَّ" (2) .

يعتبر طور العلقه الطور الثاني من أطوار خلق الجنين و قد ورد ذكرها في القرآن الكريم في خمس آيات من بينها: قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ﴾ (3)، و قوله تعالى: ﴿أَفِرَأُ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ * خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ﴾ (4) .

حيث تعتبر العلقه مرحلة مبكرة من مراحل تخلق الجنين، فبعد اندماج نطفتي الرجل و المرأة تتجه البويضة الملقحة أي الكرة الجرثومية نحو سقف الرحم (5)، عندئذ تتعلق بجداره الذي يكون قد إستعد لإستقبالها بجعل جدار مليء بالأوعية الدموية كي يغذيها و ينميتها حتى تحولها إلى علقه، و تعرف هذه المرحلة بإسم مرحلة الغرس أو الحرث كون أن الكرة الجرثومية تنغرس في جدار الرحم (6) .

يبدأ طور العلقه من اليوم الخامس عشر و ينتهي في اليوم الثالث و العشرين أو الرابع و العشرين حتى يتكامل بالتدريج ليبدو الجنين على شكل دودة العلق التي تعيش في الماء، ثم يتعلق في جدار

1- ابن منظور، المرجع السابق، ص.3075.

2- شحاته عبد المطلب حسن أحمد، الإجهاض بين الحظر و الإباحة في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.24.

3- سورة غافر، الآية 67.

4- سورة العلق، الآية 01، 02.

5- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000، ص.304.

6- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.48.

الرحم بحبل السرة، و تتكون الدماء داخل الأوعية الدموية على شكل جزر مغلقة تجعل الدم غير متحرك في الأوعية الدموية معطية إياه مظهر الدم المتجمد⁽¹⁾، و في هذه المرحلة يكون الجنين صغيراً جداً ولا يرى بالعين المجردة⁽²⁾.

ثانياً: المضغة

جاء في لسان العرب: "مضغ، يَمْضَغُ و يَمْضُغُ مَضْغًا: لَأَكَّ، أَي أَلَاكَه إِيَّاهُ، وَ الْمَضْغَةُ: الْقِطْعَةُ مِنَ اللَّحْمِ لِمَكَانِ الْمَضْغِ أَيْضًا"⁽³⁾.

تعتبر المضغة ثالث مرحلة من مراحل تطور الجنين بعد مرحلة العلق، و لقد ورد ذكرها في ثلاث مواضع في القرآن الكريم منها: قوله تعالى: ﴿ فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً ﴾⁽⁴⁾. فالمضغة هي قطعة لحم وهو أدق وصف يطلق على الجنين في هذه المرحلة، لأن الناظر إليه يرى أنه مثل قطعة اللحم الممضوغة⁽⁵⁾، بحيث أوضح علماء الأجنة أنّ طور المضغة يبدأ بظهور الكتل

البدنية في اليوم الرابع و العشرين أو الخامس و العشرين أعلى اللّوح الجنيني⁽⁶⁾، و تتوالى في الظهور حتى يبلغ عددها عند إكتمالها (42-45) كتلة على كل جانب من القمة إلى المؤخرة، ومن هذه الكتل يتكون الجهاز الهيكلي⁽⁷⁾.

نظرا لتعدد الكتل البدنية فالجنين يظهر كأنه قطع صغيرة من اللحم الممضوغ بقيت عليها شكل

¹- شريف كف الغزال، المرجع السابق.

²- محمد نبيل النشواتي، المرجع السابق، ص.248. أنظر الصورة رقم 03، ملحق رقم:01.

³- ابن منظور، المرجع السابق، ص.4221،4222.

⁴- سورة المؤمنون، الآية 14.

⁵- أحمد محمد كنعان، المرجع السابق، ص.304. أنظر الصورة رقم 04، ملحق رقم:01.

⁶- شريف كف الغزال، المرجع السابق.

⁷- شرف القضاة، "متى تتفخ الروح في الجنين؟"، مجلة دراسات، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن،

طبع أسنان الماضغ مثلما تبدو على قطعة العلك الممضوغ⁽¹⁾.

والمضغة، إما أن تكون مخلّقة أو غير مخلّقة، لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ مِنْ مُّضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ﴾⁽²⁾، وهناك عدة تفسيرات لهذه الآية منها:

* قول القرطبي: "فالمضغة المخلّقة هي تامة التخلق؛ أما المضغة الغير المخلّقة فهي السقط وقيل أن المضغة المخلّقة هي التي خلق الله فيها الرأس، اليدين و الرجلين، و الغير المخلّقة هي التي لم يخلق فيها شيء"⁽³⁾.

* قول الفراء: "المضغة المخلّقة أي تامة الخلقة و الغير المخلّقة أي السقط .

* قول ابن الأعرابي: "المضغة المخلّقة هي التي بدأ خلقها، أي ظهرت فيها صورة الآدمي أما الغير المخلّقة فهي التي لم تصور بعد"⁽⁴⁾.

لترجيح أحد هذه الأقوال نلاحظ أن قول الأعرابي: "بأن المضغة المخلّقة هي التي تم تصويرها؛ أما الغير المخلّقة هي التي لم تصور بعد" هو الذي يتماشى مع ما ذهب إليه علماء الأجنة حيث يرون أن ظهور المضغة يبدأ من اليوم 24 إلى غاية نهاية الأسبوع السادس، ففي البداية لا تظهر أعضاء

الجنين ولا تتشكل؛ أما في نهاية هذا الطور تتشكل أعضاء الجنين و يصبح واضح المعالم⁽⁵⁾، و هذا ما يؤكد قول الرسول (ص): "إِذَا مَرَّ بِالنُّطْفَةِ ثِنْتَانِ وَ أَرْبَعُونَ لَيْلَةً، بَعَثَ اللَّهُ إِلَيْهَا مَلَكًا فَصَوَّرَهَا وَ خَلَقَ سَمْعَهَا وَ بَصَرَهَا وَ جِلْدَهَا وَ لَحْمَهَا وَ عِظَامَهَا"⁽⁶⁾، أي أنّ تصوير الجنين يكون في الأسبوع السادس بعد نهاية طور المضغة⁽⁷⁾.

¹ - حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.48.

² - سورة الحج، الآية 05.

³ - شحاتة عبد المطلب، المرجع السابق، ص.25.

⁴ - محمد أحمد الرواشدة، المرجع السابق، ص.432.

⁵ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.26.

⁶ - أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، المرجع السابق، ص.2037.

⁷ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.26.

رابعاً: العظام و كساءها باللحم

يعرف العظم لغة بأنه:"هو القصب الذي عليه اللحم و جمعه أَعْظُم، عِظَام، و اللحم: هو الجزء العضلي الرخو بين الجلد و العظام"⁽¹⁾.

تتحول في هذا الطور قطعة اللحم إلى هيكل عظمي، ثم يَلْتَف حولها اللحم و العضلات كأنه كساء لها⁽²⁾، وهذا لقوله تعالى: ﴿ فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ﴾⁽³⁾، نفهم من هذه الآية الآية

أن الله سبحانه و تعالى جعل طور العظام و الكساء باللحم مرتبطين ببعضهما البعض⁽⁴⁾.

يستغرق هذا الطور الأسبوع الخامس و السادس و السابع⁽⁵⁾، و تكوّن العظام هو أبرز تكوين في هذا الطور، حيث يتم الإنتقال من طور المضغة التي لا ترى فيها ملامح الصورة الآدمية إلى بداية التشكل العظمي في فترة زمنية وجيزة لا تتجاوز أيام قليلة خلال نهاية الأسبوع السادس؛ ولهذا استعمل الله سبحانه حرف العطف ف: الذي يفيد التتابع السريع في الآية السابقة الذكر (الآية 14 من سورة المؤمنون)، و هذا الهيكل العظمي هو الذي يعطي للجنين صورة الآدمي بعد أن يكسى باللحم

و تظهر العينان و الشفتان و الأنف و الرأس...إلخ و هذا مصدقا لقول الرسول (ص)، فبعد مرور 42 ليلة أي 6 أسابيع يبدأ التصوير فيها لأخذ الشكل الآدمي⁽⁶⁾.

حيث تتحول الكتل البدنية إلى جزئين :

- الجزء الأمامي: وهو الجهاز الهيكلية الذي يتكون من عظام الفقرات و الجمجمة و عظام الأطراف

¹- مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.424.

²- محمد سلامة الغنيمي، المرجع السابق. أنظر الصورة رقم 06،05، الملحق رقم:01.

³- سورة المؤمنون، الآية 14.

⁴- بهنوس سعاد، فريد سيف الدين، سوداني إيمان، المرجع السابق، ص.09.

⁵- محمد علي البار، المرجع السابق، ص.370.

⁶- شريف كف الغزال، المرجع السابق.

العليا و السفلى، و عظام الوجه و الكفين⁽¹⁾، و يوضح علماء الأجنة أن الهياكل العظمية يبدأ ظهورها في الأسبوع السادس⁽²⁾.

- الجزء الخلفي: وهو المقطع العضلي الأدمي و ينقسم إلى قسمين :
- * قسم آدمي: و يشكل أدمة و ما تحت الجلد من أنسجة.
- * قسم عضلي وهو يتشكل من معظم عضلات الجسم⁽³⁾.

يؤكد علماء الأجنة أن مرحلة الكساء باللحم (العضلات) تبدأ في أواخر الأسبوع السابع إلى تمام الأسبوع الثامن و تأتي مباشرة بعد مرحلة العظام أي فترة وجيزة⁽⁴⁾، لهذا قال الله تعالى: ﴿ فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ﴾⁽⁵⁾.

تتعديل الصورة الأدمية للجنين في نهاية هذه المرحلة و تتناسق الأعضاء بشكل دقيق، و إن كان لا يزال طوله 3 سم و يزن فقط بضغ غرامات، و في نهاية المطاف ينمو جسمه بشكل كبير حتى يصل وزنه 1 كلغ بين 8 أسابيع و موعد الولادة⁽⁶⁾.

¹ - محمد علي البار، المرجع السابق، ص.370،371.

² - بهنوس سعاد، قريد سيف الدين، سوداني إيمان، المرجع السابق، ص.10.

³ - محمد علي البار، المرجع السابق، ص.371.

⁴ - Abdal Karim Radouan, human growth and development, Gaza, palastine, 4th edition, 2006, p.45.

⁵ - سورة المؤمنون، الآية 14.

⁶ - Jacques Fortin, op-cit, p.121.

خامسا: نشأة الخلق الآخر

تأتي بعد طور العظام و الكساء باللحم الذي تنتهي به فترة الحُميل مرحلة الجنين المسمّى و هو طور نشأة الخلق الآخر لقوله تعالى: ﴿ ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ﴾⁽¹⁾.

حيث يصبح الجنين في الشهر السادس قادراً على الإستقلال عن أمه إذا ولد، و تتكون الأنساخ الرئوية و يصبح قادراً على التنفس مستقلا عن أمه؛ وبعد ذلك يأتي دور الرحم في الحضانة⁽²⁾.

و كلمة النشأة في اللغة مأخوذة من " نشأ الشيء نشأً و نُشِئاً ، و نشأته: حَدَثٌ و تَجَدَّدٌ، والنَّشْأَةُ الحَيَاةُ "⁽³⁾.

لقد حاول العديد من المفسرون تفسير الآية السابقة الذكر، حيث يرى ابن كثير أن المقصود من نشأة الخلق الآخر: "أي نفخنا فيه الروح فتحرك و صار خلقاً آخر ذا سمعٍ و بصرٍ و إدراكٍ و حركةٍ و اضطرابٍ"⁽⁴⁾.

كما يرى ابن عباس و كثيرون أن المقصود بنشأة الخلق الآخر هو " نفخ الروح في الجنين بعدما كان جمادا كذلك خروجه للعالم أي ولادته"⁽⁵⁾، بينما يرى الألوسي أن الخلق الآخر هو " الروح و يراد بها النفس الناطقة "، و هو قول أكثر المفسرين⁽⁶⁾.

أما عن زمن نفخ الروح فلقد اختلف الفقهاء في تحديده، لكن الأغلبية ذهبوا في القول أنه يكون بعد 120 يوماً من التلقيح، و استدلوا في ذلك إلى السنة النبوية الشريفة⁽⁷⁾، فعن ابن عبد الله بن مسعود-

مسعود-

¹ - سورة المؤمنون، الآية 14.

² - الشيخ عبد المجيد الزنداني، أطوار الجنين و نفخ الروح، مقال منشور على الموقع التالي: http://www.jameataleman.org/main/articles.aspx?selected_article_no=1942&search=1, consulté le 12/04/2014.

³ - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص.215.

⁴ - أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص.34.

⁵ - عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص.20.

⁶ - أميرة عدلي عيسى أمير خالد، المرجع السابق، ص.234.

⁷ - بهنوس سعاد، فريد سيف الدين، سوداني إيمان، المرجع السابق، ص.10.

رضي الله عنه قال: حدثنا رسول الله (ص) فقال: "إِنَّ أَحَدَكُمْ يَجْمَعُ خَلْقَهُ فِي بطنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا نطفةً ثم علقةً مثل ذلك ثم يكون مضغةً مثل ذلك ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح" (1) ، و لهذا أجاز بعض الفقهاء إجهاض الجنين قبل نفخ الروح فيه؛ لأن الجنين قبل ذلك لا يعتبر إنساناً بل مجرد كيان مادي، إلا أنه من المؤكد أن أمر الروح مجهول؛ لأنه من عند الله سبحانه (2) ، لقوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾ (3).

بينما علماء الأجنة لهم رأي آخر في تفسير المعنى الوارد في الآية 14 من سورة المؤمنون و هو الخلق الآخر، حيث يرون أن المعنى المقصود من الآية هو التحول الملحوظ في الجنين الذي يميزه عن باقي المخلوقات (4) ، وذلك على النحو التالي:

- ففي نهاية الأسبوع 8 يتسرع معدل النمو مقارنة بالسابق.

- في الأسبوع 9-12 تبدأ أحجام الرأس و الجسم و الأطراف، في التوازن و الإعتدال.

- في الأسبوع 10 يبدأ ظهور الأعضاء التناسلية الخارجية.

- في الأسبوع 12 يتطور بناء الهيكل العظمي من عظام غضروفية لينة إلى عظام كلسية صلبة، و تتمايز الأطراف و الأصابع و تتحدد ملامح صقل الوجه و الجفون تستعد للفتح، في حين الأذنين الخارجية تصبح واضحة العيان و تتشكل الأظافر (5)، و كذلك يتحدد جنس الجنين بشكل أوضح بظهور الأعضاء التناسلية الخارجية، و يزداد وزن الجنين، و تبدأ الحركات الإرادية (6).

1- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، المرجع السابق، ص.2036.

2- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص.50.

3- سورة الإسراء، الآية 85.

4- أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص.34،35.

5- Jacques Fortin, op-cit, p.121.

6- شريف كف الغزال، المرجع السابق. أنظر الصورة رقم 07، الملحق رقم:01.

تصبح الأعضاء و الأجهزة في هذا الطور أيضا مهياً للقيام بوظائفها⁽¹⁾، و يصبح الجهاز العصبي مؤهلاً لضبط حرارة جسم الجنين⁽²⁾.

للترجيح بين ما ذهب إليه جمهور المفسرين و علماء الأجنة في إعطاء المعنى الذي قصده الله تعالى بنشأة الخلق الآخر الوارد في الآية 14 من سورة المؤمنون؛ فالله وحده أعلم بما قصده بقوله ذلك، فيمكن أن يكون قد قصد بالخلق الآخر نفخ الروح أو أنه قصد به النمو السريع للجنين و تغير شكله و الله أعلم.

بعدما تعرضنا لمختلف التعاريف التي جاء بها الفقهاء المسلمون، فقهاء القانون و أهل الطب، نتوصل إلى أن الجنين هو تلك المادة التي تتكون في رحم المرأة بعد إنتقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضتها، حيث يمر الجنين بمراحل طورا بعد طور وصولاً إلى مرحلة الولادة⁽³⁾.

¹ -Abdal Karim Radouan, op-cit, p.45.

² - شريف كف الغزال، المرجع السابق.

³ - مفتاح محمد أفريط، الحماية المدنية و الجنائية للجنين، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص.30.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للجنين

نقصد بالطبيعة القانونية للجنين الشخصية القانونية التي يتمتع بها، فرغم عدم وجوده حقيقة بل حكماً فقط، إلا أنّ الفقهاء المسلمين و مختلف التشريعات الوضعية تعترف له بأهلية وجوب تمكنه من إكتساب بعض الحقوق و هو لا يزال في رحم أمه، إلا أنه قبل التطرق لدراسة الشخصية القانونية للجنين فمن الضروري أولاً التعرف على الشخصية القانونية للإنسان بوجه عام و التي تعتبر كأصل، ثم بعدها التعرض للشخصية القانونية الإستثنائية لشخص الجنين، حيث سنحاول دراسة كل هذا من ناحيتين: أولهما الناحية القانونية تقابلها الناحية الفقهية.

يعرف فقهاء القانون الشخصية القانونية أنها القدرة على تحمل الإلتزامات و التمتع بالحقوق و ممارستها، فهي مفهوم قانوني لصيق بالصفة الإنسانية متطابق مع مفهوم أهلية الوجوب و لا يرتبط مع أهلية الأداء⁽¹⁾.

أما الفقهاء المسلمين فقد عبّروا عن الشخصية القانونية بالذمة ، و حسب السنهوري فالذمة المالية هي: "وصف شرعي يفترض الشارع وجودها في الإنسان، و يصير بها أهلاً للإلزام و الإلتزام، أي صالحاً لأن تكون له حقوق و عليه واجبات".

فحسب الفقهاء الصلاحية الناتجة على ثبوت الذمة هي أهلية الوجوب، فالإنسان يولد و له ذمة صالحة لوجوب الحق، لكن ليس عليه الأداء إلا عند القدرة كالصغير مثلاً لا يطالب بأداء حتى يرشد⁽²⁾، إذ يعرفون أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لإكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات، أما أهلية

¹ - بن عصمان نسرین ایناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009، ص.17.

² - عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ط.02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1989، ص.20.

الأداء فهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يرتب القانون عليه آثار قانونية⁽¹⁾.

لذلك فإنه لا يمكن الحديث عن شخص دون أن تكون له أهلية وجوب، في حين يمكن أن يكون الشخص فاقد لأهلية أداءه⁽²⁾.

من ثمة نلاحظ أن رأي الفقهاء مطابق مع رأي القانون في أخذهم بأهلية الوجوب كأساس للشخصية القانونية للشخص دون أهلية الأداء، و هي لا تثبت إلا للإنسان و لا تكون للحيوان، لعدم تمتعه بذمة صالحة، و ما نفهمه كذلك أن القانون و الفقهاء قد ربطوا الشخصية القانونية بأهلية الوجوب فقط دون أهلية الأداء .

أما فيما يخص المشرع الجزائري، فإنه لم يعرف الشخصية القانونية لكنه نص في م 25 من ق.م:" تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته .

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"⁽³⁾.

من خلال هذه المادة، يتضح لنا أن الشخصية القانونية تبدأ بتمام ولادة الإنسان حيا، أي من جهة تمام الولادة معناه خروجه و انفصاله كاملا عن أمه، و من جهة أخرى تحقق حياته فعلا و لو لمدة قصيرة حتى يتمتع بالشخصية القانونية و هذا هو الأصل و يظهر في الفقرة الأولى من م 25⁽⁴⁾.

بينما الإستثناء يظهر في الفقرة الثانية من م 25 "على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"⁽⁵⁾، حيث خرج القانون عن الأصل و أورد استثناء متعلق بالجنين أو الحمل

¹- حميد بن شنيبي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج02: نظرية الحق، د.د.ن، الجزائر، 2008، ص.113،114.

²- بن عصمان نسرین إيناس، المرجع السابق، ص.17.

³- المادة 25 من الأمر رقم 58/75، المرجع السابق.

⁴- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2010، ص.219.

⁵- المادة 25/2 من الأمر رقم 58/75، المرجع السابق.

المستكن و ذلك لإعترافه له بحقوق، و من هنا نجد أن المشرع الجزائري قد أقرّ وضعاً خاصاً للجنين، و ذلك من أجل حمايته و تمكينه من الحصول على حقوقه التي يقتضيها مركزه القانوني⁽¹⁾.

حيث أنه إنطلاقاً من اعتبار الشخصية القانونية هي صلاحية إكتساب الحقوق و تحمل الإلتزامات فهي تثبت للإنسان من وقت الحمل، لذلك تثبت للجنين شخصية قانونية إحتماوية لكنها تصبح بتمام ولادته حيا يقينية⁽²⁾، و هذا ما سنتعرف عليه فيما يلي:

حيث أنه من خلال المادة 25 من القانون المدني، يظهر مركز الجنين فهي التي منحت له الحقوق و هو لازال في رحم أمه.

المطلب الأول

الشخصية الإحتماوية للجنين

لقد رأينا سابقاً بأنّ المادة 25 من ق.م.ج قد اعترفت ببداية الشخصية القانونية للإنسان من وقت الحمل حيث تقرّ للجنين بحقوق معلقة على شرط ولادته حيا، غير أنه لا يتمتع إلا بالحقوق المقررة له قانوناً، ومعنى ذلك أنه في حالة عدم وجود نص قانوني يعطي للجنين حق معين فإنه لا تكون له صلاحية إكتساب ذلك الحق، و لقد تكفلت العديد من النصوص القانونية بذكر تلك الحقوق من بينها، قانون الأسرة الجزائري كالحق في النسب، الإرث، الوصية، الهبة... إلخ⁽³⁾، سنقوم بدراستها من خلال الفصل الثاني.

كما نجد العديد من الفقهاء يعتبرون الشخصية القانونية للجنين شخصية ناقصة، لكننا نرى عدم التسليم بهذا الرأي الفقهي لكون الشخصية القانونية للجنين ليست هي الإكتساب الفعلي للحقوق بل هي مجرد الصلاحية لإكتسابها، أما الإكتساب الفعلي للحقوق التي تتراوح بين الكمال و النقصان تسمى

¹ - عمار بوضياف، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القانون الجزائري، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص.33،34.

² - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج.2: دروس في نظرية الحق، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2011، ص.288.

³ - المرجع نفسه، ص.289،290.

بأهلية الوجوب⁽¹⁾، لهذا تثبت للجنين شخصية تجعله يتمتع بأهلية وجوب دون أن يملك شيئاً من أهلية الأداء، و نظراً للوضع الطبيعي للجنين فإن أهلية الوجوب لديه تكون ناقصة من عدة نواحي أهمها: أنها تثبت له من جهة الوجوب له لا عليه، و أنها مقصورة على بعض الحقوق دون البعض الآخر، كما أنها متوقفة على تمام ولادته حياً⁽²⁾.

حيث تثبت للجنين شخصية قانونية كاملة لكنها احتمالية معرضة للزوال إذا لم يولد حياً، بينما أهلية الوجوب لديه هي التي تتصف بالنقصان أو القصور، حيث تعتبر أهلية وجوب الجنين ناقصة لسببين هما:

السبب الأول: هو أن أهلية الوجوب تتكون من عنصرين أولهما عنصر إيجابي يتمثل في صلاحية اكتساب الشخص للحقوق، و ثانيهما عنصر سلبي و هو صلاحية الشخص لتحمل الإلتزامات، و بما أن أهلية الجنين مقصورة على إكتساب الحقوق دون تحمل الإلتزامات فهي إذا مقصورة على عنصر واحد من عناصر الأهلية و هو العنصر الإيجابي و بالتالي تكون له أهلية ناقصة، فالجنين في بطن أمه لا قدرة له على القيام بأعمال إرادية تشكل مصدراً من مصادر الإلتزام كالعقد مثلاً، كما لا يمكن أن ينوبه ولي شرعي كون الولاية لا تبدأ إلا بتمام الولادة⁽³⁾.

السبب الثاني: أن الفقهاء يقتصرون على الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول حتى تثبت للجنين كالميراث، الوصية دون الحقوق التي تحتاج إلى قبول منه كالهبة، لذلك لم يجيزوها كحق من حقوق الجنين كما أن الولاية لا تبدأ إلا بعد تمام الولادة⁽⁴⁾.

1- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.294،295.

2- محمد مومن، "أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، مراكش، المملكة المغربية، ع.3، 2004، ص.01.

3- علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.66.

4- عصام أنور سليم، مقدمة الثقافة القانونية (نظرية الحق)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.163.

فإذا كان الإنسان تثبت له شخصية قانونية منذ أن كان جنينا في بطن أمه، فإنه لا بد من تناول أمرين: أولهما يتعلق ببداية الشخصية القانونية للحمل المستكن (فرع أول)، و ثانيهما يتعلق بكون الشخصية القانونية للجنين معلقة على شرط ولاته حيا (فرع ثاني)⁽¹⁾.

الفرع الأول

بداية الشخصية القانونية للحمل المستكن

يرى الفقهاء بأن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ منذ أن كان جنينا في بطن أمه لا من وقت ولادته، و كل ما في الأمر أن الشخصية القانونية تمرّ بمرحلتين: الأولى أثناء الحمل و تكون غير مؤكدة أي إحتتمالية، و الثانية تبدأ بالميلاد حيث تتأكد الشخصية التي بدأت منذ الحمل، فكل إنسان له شخصية قانونية تبدأ من وقت الحمل و تتأكد بولادته حيا و ليس هناك إنسان بدأت شخصيته أي صلاحيته من وقت الميلاد، فإما أن توجد الشخصية منذ الحمل و إما ألا توجد أصلا⁽²⁾.

فالقول بأن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ من وقت الحمل يثير إشكالا متعلق بتحديد وقت الحمل بشكل دقيق.

فجد أن تقنين الأسرة الجزائري قد إهتم بهذه المسألة و ذلك من خلال المادة 42 التي تقضي بأن "أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشر (10) أشهر"، و نص المادة 43 التي تنص على أن "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة"³، كذلك نص المادة 174 " إذا ادعت المرأة الحمل و كذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام

¹- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.295.

²- شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص.224.

³- المادتين 42 و 43 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 09/06/1984، المتضمن ق.أ، ج.ر.ج.ج، ع.24 مؤرخة في 12/06/1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، ج.ر.ج.ج، ع.15 مؤرخة في 27/02/2005.

المادة 43 من هذا القانون⁽¹⁾.

حيث يرى الفقه الإسلامي أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر و أقصاها تسعة أشهر و هو الراجح بينهم، لذلك فالولد الذي يولد حيا فمن المفترض أن حمله راجع إلى مدة تتراوح بين 6 أشهر أو 9 أشهر سابقة على الميلاد، لذلك يتم اللجوء إلى الخبرة القضائية لتحديد تاريخ الحمل، و في حالة وجود شك أو تخوف؛ فإنه يتم الإعتداد بأقصى مدة للحمل لأن الأخذ بأطول مدة هو الأصلح للمولود ، فكلما طالّت مدة الحمل فإن شخصيته القانونية تبدأ مبكرا و هذا ما يمكنه من التمتع بحقوق يحرم منها لو قصرت هذه المدة⁽²⁾.

في المقابل نجد أن المشرع الفرنسي من خلال المادة 311 من القانون المدني الفرنسي التي تنص فيها الفقرتين الأولى و الثانية أن القانون يفترض أنه تبعا لما تقضيه مصلحة الجنين، فإن الحمل يعتبر قد تم في أية لحظة خلال الفترة الممتدة ما بين اليوم 300 و اليوم 180 السابق لتاريخ ميلاد الجنين⁽³⁾.

للتوضيح أكثر فمثلا إذا توفي رجل في أول يناير 2005 و في أول يناير 2008 أي بعد أكثر من 360 يوم من وفاته وضعت أرملة مولودا، فهذا الولد لا يعتبر ابن الرجل المتوفى و بالتالي لا ينسب له⁽⁴⁾، إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة بل بسيطة فيمكن إثبات عكسها بأي طريقة من طرق الإثبات بأنّ الحمل قد تمّ بغير الفترة التي ذكرها نص المادة 311 من القانون المدني الفرنسي،

¹ - المادة 174 من القانون رقم 11/84، المرجع السابق.

² - شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص.226.

³ - Article n° :311 du code civil français « la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant », in :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichcode.do?cidtexte=legitext00006070721&datetexte=201405>.

⁴ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.296.

و هذا ما تشير له الفقرة 3 من نفس المادة⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الشخصية القانونية للجنين معلقة على شرط ولادته حيا

رغم أن القانون منح للجنين حقوقا أو شخصية قانونية و هو في بطن أمه، إلا أن ثبوت تلك الشخصية و إكتسابه للحقوق معلق على شرط ولادته حيا، و لقد اختلف الفقهاء حول طبيعة الحقوق التي يكتسبها الحمل المستكن و من ثمة طبيعة شخصيته القانونية، هل هي معلقة على شرط واقف أو فاسخ.

أولا: حقوق الجنين معلقة على شرط واقف

يرى أصحاب هذا الرأي أن حقوق الجنين معلقة على شرط واقف، و يتمثل هذا الشرط في تحقق ولادته حيا، فإذا تحقق الميلاد تأكدت هذه الحقوق أو الشخصية منذ الحمل أي من وقت تحقق سببها، فيثبت له حقه في الميراث مثلا من يوم موت مورثه و ليس من وقت الولادة، أما إذا لم تتحقق ولادته حيا أو ولد ميتا فإنه يعتبر كأنه لم يكتسب أي حق في أي وقت من الأوقات و تزول شخصيته القانونية بأثر رجعي، و ما كان محجوزا له يوزع على باقي الورثة⁽²⁾.

فشخصية الجنين القانونية تعتبر إحتتمالية، لكون أنه من المحتمل أن يلد حيا فتتأكد بذلك شخصيته و تصبح يقينية، كما من المحتمل أن يولد ميتا فتزول شخصيته بأثر رجعي كأنها لم تكن⁽³⁾.

إننتقد هذا الرأي من جانبين: أولهما أن الشرط الواقف هو تعليق إرادي من اختراع المتعاقدين، بينما تعليق إكتساب الجنين للحقوق على شرط ولادته حيا مصدره القانون و ليس إرادة الأشخاص، و الجانب الثاني هو كون الشرط الواقف مجرد عنصر عرضي يمكن للحق الوجود بدونه، بينما اشتراط ولادة الجنين

¹ – Article n° 311/3 du code civil français « la preuve contraire est recevable pour combattre ces Présomptions », op-cit.

² – محمد مومن، المرجع السابق، ص.09.

³ – شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص.227.

حيا هو العنصر الأصيل لا وجود للحق من دونه⁽¹⁾.

ثانيا: حقوق الجنين معلقة على شرط فاسخ

يرى أصحاب هذا الرأي أن حقوق الجنين أو شخصيته معلقة على شرط فاسخ و هو عدم ولادته حيا، فإن ولد الجنين ميتا أو مات في رحم أمه⁽²⁾ فإن الشرط الواجب توفره لثبوت الشخصية القانونية له يعتبر معدوم، و بالتالي الحقوق الممنوحة له و هو في بطن أمه تزول و ذلك تبعا لزوال شخصيته القانونية⁽³⁾.

يعطي جانب آخر من الفقه للجنين شخصية قانونية حالة حتى و إن كانت مؤقتة، فإذا كانت الشخصية حالة و يجب أن تكون الحقوق حالة كذلك، و طالما أن هذه الشخصية مؤقتة و يجب أن ينصرف هذا الوصف كذلك للحقوق، ففي حالة ولادة الجنين ميتا زالت شخصيته المؤقتة و زال معها ما كان له من حقوق⁽⁴⁾، و تعتبر كأنها لم تكن فيرد النصيب الموقوف له من الإرث أو الوصية إلى أصل التركة و يقسم بين ورثة المورث و الموصي بإعتبار أنه لم يستحقه يوما، كما يرد المال الموهوب له إلى الواهب أو إلى ورثته⁽⁵⁾.

يمتاز هذا الرأي كونه يعتبر الجنين ذو شخصية قانونية منذ الحمل مستقلة عن شخصية أمه، وهذا ما يسمح بتوفير حماية فعالة له، لكن رغم إيجابياته فلقد انتقد من عدة نواحي أولها كون حقوق الجنين ليست حالة بل معلقة على شرط ولادته حيا، ثانيهما أنه لو اعتبرنا شخصية الجنين حالة لإنجر على ولادته ميتا ما ينجر على وفاة أي شخص عادي⁽⁶⁾.

¹ - شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص. 227.

² - محمد مومن، المرجع السابق، ص. 09.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 297.

⁴ - محمد مومن، المرجع السابق، ص. 09.

⁵ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص. 297.

⁶ - شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص. 228.

أخيراً كلا الشرطين، الواقف و الفاسخ عنصران عرضيان راجعان لإرادة الأفراد لا لإرادة المشرع كما هو في حالة الجنين⁽¹⁾.

لذلك يرى البعض من الفقه أنه ليست لكل حقوق الجنين علاقة بإرادة المشرع، بل هي معلقة على شرط ولادته حياً، لأنه و حسب التعبير الفلسفي، فالشخصية القانونية توجد "بالقوة" للإنسان منذ أن كان جنيناً في بطن أمه، غير أنها لا تتم "بالفعل" إلا من لحظة ولادته حياً، و الحقوق تدور مع طبيعة هذا الوجود و من ثم تبقى معلقة على شرط ولادته فعلاً، و هذا الشرط إما أن يكون شرط واقف و هو ولادته حياً فتثبت له الحقوق كلياً بتحقق هذا الشرط، أو شرط فاسخ و هو ولادته ميتاً، و بالتالي تزول كل الحقوق بتحقق هذا الشرط⁽²⁾.

نستنتج مما قدّمناه أنّ ثبوت الحقوق للجنين و هو في بطن أمه تعتبر أفضل دليل على أن الشخصية القانونية له لا تبدأ بميلاده و إنما تثبت له و هو حمل، لكون أن صلاحية اكتساب الحقوق لا تمنح إلا للأشخاص القانونية لذلك فإنّ خروج الجنين حياً يؤكد شخصيته التي كانت من قبل و هو حمل ولا ينشأها، غير أنّها شخصية إحصائية لأنه من المحتمل خروجه حياً فتصبح شخصيته يقينية مؤكدة، أو خروجه ميتاً فيؤدي ذلك إلى زوال شخصيته مع زوال ما له من حقوق⁽³⁾.

المطلب الثاني

الشخصية اليقينية للجنين

تتأكد الشخصية القانونية الإحصائية للجنين بولادته حياً فتصبح يقينية، حيث نجد المادة 25 من ق.م.ج اعترفت للجنين بحقوق وهذا يعني أن الشخصية القانونية للإنسان لا تبدأ بتمام الولادة بل تتأكد، فشرط تمام الولادة حياً هو شرط لتحويل الشخصية القانونية للجنين من إحصائية معرضة للزوال إلى يقينية

¹ - شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص.228.

² - محمد مومن، المرجع السابق، ص.10.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.297،298.

مؤكدة، لذلك فالشخصية القانونية للإنسان تبدأ منذ أن كان حملا في بطن أمه ثم تثبت و تتأكد بعد ولادته حيا، وهذا ما يفهم من نص المادة 25 من ق.م.ج، فبالولادة تتأكد الشخصية القانونية للجنين و ليست عبارة عن شخصية قانونية جديدة له، لذلك كان على المشرع بدلا من استعمال كلمة " تبدأ " في المادة 25 استعمال كلمة "تثبت" بدلا منها و هي الدالة الأكثر على المعنى⁽¹⁾.

الفرع الأول

شروط ثبوت الشخصية القانونية اليقينية

حتى تثبت الشخصية القانونية للجنين و تصبح مؤكدة و يقينية، يفهم من نص المادة 25 من ق.م.ج أنه لا بد من توفر شرطين و هما تمام الولادة و تحقق الحياة:

أولا: تمام الولادة

يقصد بتمام الولادة خروج المولود و انفصاله إنفصالا تاما عن أمه⁽²⁾، و يتحقق ذلك بقطع الحبل السري الذي يربط الجنين بأمه، فلا يكفي خروج الجسم بعضه دون البعض الآخر فإن خرج البعض فقط من أعضاء المولود أو معظمها لكنه مات قبل خروج البعض الآخر أو الباقي فالشخصية القانونية لا تثبت له و هذا هو المعنى الذي قصده المشرع الجزائري من خلال المادة 25 ق.م.ج بتمام ولادته⁽³⁾.

وهذا ما يتفق مع ما ذهب إليه المذاهب الفقهية الثلاثة: المذهب المالكي، الشافعي، و الحنبلي الذين يشترطون خروج المولود و انفصاله انفصالا تاما عن أمه حتى يرث، لكنه في المقابل خالف

¹- محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.298.

²- محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000، ص.56.

³- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني (النظرية العامة للحق)، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999، ص.58.

المذهب الحنفي كونه يكفي بخروج معظم المولود و انفصاله عن أمه دون أن يشترط الانفصال التام، وخير ما فعل المشرع بأخذه لرأي المذاهب الثلاثة و ذلك تجنباً للنزاعات بين الناس حول تلك المسألة⁽¹⁾.

ثانياً: تحقق الحياة

رغم أن شرط الولادة ضروري إلا أنه غير كاف لاكتساب الشخصية القانونية لكون القانون يشترط شرطاً آخر ألا و هو ولادة المولود حياً حتى و لو مات بعد لحظات، بينما إن ولد ميتاً لا تثبت له الشخصية القانونية⁽²⁾.

يقوم الدليل على الولادة حيا من خلال ثبوت أعراض ظاهرة للحياة كالنبض، الصراخ، الشهيق و الحركة... إلخ،⁽³⁾ و في حالة النزاع و الإختلاف حول هذه المسألة فما على القاضي إلا الإستعانة بأهل الإختصاص و هم الأطباء للتأكد من مدى تحقق حياة المولود عند انفصاله التام عن أمه⁽⁴⁾.

بينما إذا خرج المولود ميتاً لا تثبت له الشخصية القانونية بغض النظر إذا ما كانت وفاته طبيعية أو بفعل الغير أي الإجهاض، و هذا ما ذهب إليه المذاهب الفقهية الثلاث: المذهب المالكي، الشافعي و الحنبلي، حيث أنه إذا ضرب شخص امرأة حامل و أجهضت بسبب ذلك الضرب أي مات الجنين إثر ذلك الضرب فإن الشخصية القانونية لا تثبت له و يعتبر كأنه لم يكن، أما المذهب الحنفي فهو يرى أن المولود إذا ولد حيا حكماً تثبت له الشخصية القانونية⁽⁵⁾.

لقد أحسن المشرع الجزائري بمخالفة رأي المشرع الفرنسي، كونه اشترط تحقق الحياة بدلاً من القابلية للحياة الذي اعتبره المشرع الفرنسي كشرط لثبوت الشخصية القانونية للمولود، و يقصد بقابلية المولود للحياة أن يكون قد خرج بكافة أعضائه الأساسية الضرورية التي تكفل له العيش و البقاء حياً، فإذا

¹ - شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص.220.

² - حميد بن شنينتي، المرجع السابق، ص.93.

³ - غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط.07، دار وائل للطباعة و النشر، عمان،الأردن،2004، ص.247.

⁴ - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.59.

⁵ - شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص.221.

ولد و كان ينقصه عضو أساسي و لا يرجى أن يعيش إلا لوقت قصير، فإن الشخصية القانونية لا تثبت له⁽¹⁾، و هذا لصعوبة التأكد أحيانا من هذه القابلية للحياة مما يؤدي بدوره إلى فتح باب واسع للكثير من النزاعات حول هذه المسألة، لذلك كان من المستحسن له تجنب كل ذلك⁽²⁾.

الفرع الثاني

إثبات واقعة الميلاد

تثبت واقعة الميلاد عامة بشهادة رسمية تستخرج من السجلات الرسمية المعدّة لقيد المواليد، إلا أن واقعة الميلاد واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات⁽³⁾، وتتص المادة 26 من القانون المدني الجزائري "تثبت الولادة و الوفاة بالسجلات المعدة لذلك، و إذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي نص عليها قانون الحالة المدنية"⁽⁴⁾. تعتبر شهادة الميلاد كافية لإثبات واقعة الميلاد إلى أن يدعي بعدم صحة ما أدرج في السجلات الرسمية المستخرجة منها الشهادة فعندئذ يمكن الإثبات بأي طريقة أخرى من طرق الإثبات⁽⁵⁾.

بالرجوع للمادة 26 من القانون المدني التي أحالتنا بعبارة صريحة إلى قواعد قانون الحالة المدنية بشأن مسألة تسجيل المواليد و أحكامها⁽⁶⁾، و المادة 27 من نفس القانون التي تقضي بأن "مسك دفاتر المواليد و الوفيات و التبليغات المتعلقة بها ينظمها القانون الخاص بالحالة المدنية"⁽⁷⁾.

¹ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.302،303.

² - شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص.221.

³ - بن شنيّتي حميد، المرجع السابق، ص.93.

⁴ - المادة 26 من الأمر رقم 58/75، المرجع السابق.

⁵ - عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص.164.

⁶ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.35.

⁷ - المادة 27 من الأمر رقم 58/75، المرجع السابق.

كما أنه بالرجوع للمادة 63 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية نجدها نصت على أن تثبت واقعة الميلاد في السجلات الرسمية مبينا فيها مكان الولادة، يومها، الساعة و جنس المولود، الأسماء... إلخ، أما عن تاريخ التصريح بالولادة فحسب نص المادة 1/61 التي تنص على: "يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة إلى ضابط الحالة المدنية للمكان، و إلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442/3 من قانون العقوبات"⁽¹⁾.

تظهر أهمية إثبات واقعة الميلاد و التاريخ الذي تمت فيه، لكون أنه من تاريخ الولادة تتأكد الشخصية القانونية اليقينية للجنين بعدما كانت إحتمالية، فثبتت له جميع الحقوق التي كان يتمتع بها و هو في رحم أمه⁽²⁾.

¹ - المادتين 61 و 63 من الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل19/02/1970، يتضمن قانون الحالة المدنية، ج.ر.ج.ج، ع. 21 مؤرخة في 27/02/1970، المعدل و المتمم.

² - محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص. 304.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

الحقوق المدنية للجنين

لقد أولت الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية اهتماما كبيرا بالجنين و منحت له حقوقا عدة و حماية خاصة مختلفة عن الحماية المقررة للإنسان الغير الجنين، و من بين هذه الحقوق الحق في الحياة الذي هو أول حق يتمتع به ، فإن انتفى انتفت معه باقي الحقوق.

حيث نجد أن الإسلام حرّم اسقاط الجنين أي الإجهاض، و يظهر ذلك في قوله تعالى: "و لا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ"⁽¹⁾، و كذلك القانون الوضعي حاول من جهته ردع كلّ الأفعال التي من شأنها الإعتداء على الحامل، و ذلك بجعل الإجهاض جريمة يعاقب عليها القانون، و هذا ما نصت عليه المادة (304): "كلّ من أجهض امرأة حاملا او مفترض حملها بإعطاءها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو بإستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة اخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 10.000 دج.

و إذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبات السّجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة. و في جميع الأحوال يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة"⁽²⁾، وهذا ما إستقر عليه القضاء⁽³⁾.
 إلا أنّ الحماية الجنائية للجنين ليست محلّ دراستنا لأنها تتعلق بالجانب الجنائي، بل ولينا إهتمامنا للجانب المدني أي للحقوق المدنية للجنين التي نص عليها سواء القانون المدني أو قانون الأسرة... إلخ، حيث إرتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين لأجل دراسة مختلف حقوق الجنين كالتالي:

المبحث الأول: الحقوق المتصلة بذات الجنين.

المبحث الثاني: الحقوق المالية للجنين.

¹ - سورة الإسراء، الآية 33.

² - المادة 304 من الأمر رقم 156/66، المرجع السابق.

³ - أنظر الملحق رقم: 02 .

المبحث الأول

الحقوق المتصلة بذات الجنين

هي تلك الحقوق اللصيقة بشخص الجنين، و هي حقوق ذات طابع معنوي أولها الحق في النسب و ثانيها الحق في الجنسية، لذلك سنحاول دراسة حق النسب بكافة ضوابطه (كمطلب أول)، ثم نتطرق لدراسة الحق الثاني ألا و هو الجنسية (كمطلب ثاني)، و هو الآتي بيانه.

المطلب الأول

الحق في النسب

يعرّف النسب في اللغة أنّه القرابة و المصاهرة و جمعه أنساب⁽¹⁾، أمّا إصطلاحاً فلقد حاول العديد من مفسري القرآن إعطاء تعريف للنسب و لكن تكاد تعاريفهم تكون متقاربة و متماثلة، و من بينها التعريف الذي جاء به القرطبي حيث قال: «النسب والصهر معينان يعمان كلّ قرى تكون بين آدميين»، أمّا المعاصرون عرّفوه بأنّه هو رباط الدم الذي يربط الإنسان بأصوله و فروعه و حواشيه⁽²⁾، وهو التعريف الأصح حسب رأينا.

حيث نجد أنّ الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي قد اهتموا بمسألة النسب كونها مسألة حساسة جدا، و ذلك لحفظ الأنسال والأعراض من الضياع و الإختلاط، لذلك حمّ الله تعالى الزنا والتبني ومنعها القانون من جهته أيضا، حيث جعل القرآن الكريم الوسيلة الوحيدة للنسب هي العلاقة الزوجية لقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَ كَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾⁽³⁾، حيث يحق للجنين أن يثبت

¹ - الجيلاني بن الحاج يحيى، بلحسن البليش، علي بن هادية، القاموس الجري، د. ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س.ن، ص.1217.

² - إقروفة زبيدة، الإكتشافات الطبيّة و البيولوجية و أثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، د.ط، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص.24.

³ - سورة الفرقان، الآية 54.

نسبه من أبيه ما لم ينفية بالطرق المشروعة كاللّعان⁽¹⁾، لكن هذا الحق لا يثبت له إلا إذا توفرت ضوابط معينة كمدة الحمل، العدة... إلخ، لذلك سنحاول دراسة كل هذه الضوابط من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول

الضابط القانوني الأساسي للنسب

يتمثل هذا الضابط في مدة الحمل، فحتى ينسب الولد لأبيه لابدّ من إحترام مدة حمل معينة بعد الزواج و الدخول، حيث أنّه هناك حد لأقل مدة و حد لأقصاها، و لا يعقل تجاوزه.

أولاً: أدنى مدة للحمل

لم يختلف الفقهاء حول مسألة تحديد أقل مدة للحمل ألا وهي ستة أشهر من الدخول و دليل إجماع الفقهاء على هذه المدة هو العمل بالآيتين القرآنيتين⁽²⁾، الآية الأولى قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾⁽³⁾، و قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽⁴⁾، حيث أنّه إذا كان الحمل و الرضاعة 30 شهرا و كانت الرضاعة وحدها 24 شهرا أي حولين كاملين، فبعملية حسابية بسيطة يتبين أنّ أدنى مدة للحمل 6 أشهر، و هذا ما أكدّه الطب، حيث أثبت أن الولد الذي يولد في الشهر السادس يمكن له العيش، أما الذي ينزل قبل ذلك يعد إجهاضا و ليس بإستطاعته العيش⁽⁵⁾.

حيث أيد هذا الإستنباط ما روي عن رجل تزوج امرأة في زمن عثمان بن عفان، فولدت لسته أشهر و بعد أن علم بذلك عثمان بن عفان قام برجمها، فقال ابن عباس: أما أنّها لو خاصمتكم إلى

¹- شوقي بنّاسي، المرجع السابق، ص.229.

²- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص.483.

³- سورة البقرة، الآية 233.

⁴- سورة الأحقاف، الآية 15.

⁵- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.41.

كتاب الله لخصمتكم وذكر تلك الآيتين، فأخذ عثمان بقوله و درأ عنها الحد⁽¹⁾.

حيث نجد أنّ المشرع الجزائري أخذ بهذه المدة من خلال الشرط الأول من نص المادة 42 من ق.أ.ج التي تنص على: "أقل مدة للحمل ستة (6) أشهر..."⁽²⁾، كما جاء في قرار المحكمة العليا: من المقرر قانوناً أن أقل مدة للحمل هي 6 أشهر و أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الإتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة، ومن المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل لا يتجاوز 8 أيام من يوم العلم بالحمل، ومن الثابت في قضية الحال أن الولد ولد في مدة 6 أشهر و أنّ قضاة الموضوع أخطأوا باعتمادهم على الخبرة و بفسخهم لعقد الزواج و إلحاق النسب بأمه و خالفوا بذلك تطبيق المادتين 41 و 42 ق.أ.ج مما يستوجب نقض هذا القرار⁽³⁾.

حيث أنه إذا أنت المرأة بمولود قبل ستة أشهر من الدخول فإن نسب ذلك الولد لا يثبت لصاحب الفراش، وذلك لتيقن العلق من ماء غيره قبل الدخول بها بل ينتفي عنه من غير حاجة للعان وذلك لقيام الدليل على ذلك⁽⁴⁾.

ثانياً: أقصى مدة للحمل

لقد اختلف الفقهاء في تحديد أقصى مدة للحمل إختلافاً متبايناً وذلك لعدم وجود دليل في القرآن والسنة وذلك حسب الأقوال التالية⁽⁵⁾:

حيث ذهب الفقه الحنفي و الثوري إلى أن أقصى مدة للحمل هي سنتان، و لقد إستندوا في ذلك

¹ - بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج01: الزواج و الطلاق، د.ط، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، د.س.ن، ص.489.

² - المادة 42 من القانون رقم 02/05، المرجع السابق.

³ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 172379 مؤرخ في 1997/10/28، قضية (ق.م) ضد (ق.أ)، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.70.

⁴ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.42.

⁵ - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.03، دار الفكر العربي للطبع و النشر، القاهرة، مصر، 1957، ص.386.

إلى ما روي عن عائشة رضي الله عنها: "لَا يَبْقَى الْوَلَدُ أَكْثَرَ مِنْ سِتِّينَ"⁽¹⁾، أما الحنابلة و الشافعية ذهبوا إلى أنها أربع سنوات⁽²⁾، في حين ذهب الفقه الملكي إلى أنها هي خمس سنوات، وقال ابن الحكم من المالكية أنها سنة قمرية⁽³⁾، بينما إبن حزم من الظاهرية يرى أنها هي تسعة أشهر، والليث بن سعد قال أنها ثلاث سنوات، و أقصى مدة ذهب إليها ربعة بن أبي عبد الرحمان و بعض أصحاب مالك الذين قالوا بأنها سبع سنوات⁽⁴⁾.

غير أنّ كلّ هذه الأقوال مجرد آراء إجتهادية للفقهاء إستنادا لما رأوه في وقتهم، لذلك يبقى المرجع الوحيد لتحديد أقصى مدة للحمل هو الرجوع إلى أهل الإختصاص وهو الطب الذي يرى أنّ الجنين لا يمكن له المكوث في بطن أمه أكثر من تسعة أشهر⁽⁵⁾ وهذا ما ذهب إليه الفقه الظاهري، ونادرا ما تتجاوز مدة الحمل هذه المدة⁽⁶⁾.

أما م.ج نجد أنّه أخذ بالرأي الأوسط و ذلك من خلال الشرط الثاني من نص في المادة 42 من ق.أ.: "...و أقصاها عشر (10) أشهر"، والمادة 43: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة"⁽⁷⁾، وهذا ما أكدته المحكمة العليا، فمن المقرر قانونا أن الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعيا و متى وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، و هذا ما إستقر عليه القضاء، و من الثابت في قضية الحال أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت أثناء قيام العلاقة الزوجية بين الزوجين و أن سبب إنفصالهما خلاف بينهما وليس سببه طلاق أو وفاة حتى يخضعا

¹ - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية على وفق مذهب أبو حنيفة وما عليه العمل في المحاكم، ط.02، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، 1990، ص.177.

² - إبراهيم بن ناصر بن إبراهيم البشر، أكثر مدة الحمل، د.ط، رابطة العالم الإسلامي، السعودية، د.س.ن، ص.05.

³ - رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص.380.

⁴ - سعد بن تركي الختلان، أكثر مدة الحمل، بحث منشور على الموقع التالي:

www.islamfeqh.com/nawazel/nawazelitem.aspx?nawazelitemid=1955.cosulté le : 8/04/14

⁵ - والعالج أمباركة، إثبات النسب بين الطرق التقليدية و الحديثة، في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية، 2013، ص.18.

⁶ - مفتاح محمد أفريط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2004، ص.66.

⁷ - المادتين 42 و 43 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

لنص المادة 43 ق.أ.ج، لذلك فالزواج قائم بينهما و نسب التوأمن يثبت من أبيهما لأنّ الطاعن لم ينفيه باللعان، لذلك فالقضاء طبق صحيح القانون بقرارهم هذا ممّا يستوجب رفض الوجه الأول بعدم التأسيس⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الضابط القانوني الفرعي للنسب

حيث تعرف العدة لغة بأنها: الجماعة- يقال: عدةٌ كُتِبَ أي مجموعة منها، وعدة المطلقة هي أيام أقرائها- وعدة المتوفى عنها زوجها هي أيام حملها بعد الزواج- وجمعها عدَدٌ⁽²⁾، أما شرعا هي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقتها زوجها لإنقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفراق⁽³⁾، والعدة واجبة شرعا على المرأة بالكتاب و السنة و الإجماع⁽⁴⁾، ولهذا سوف ندرسها في الحالات العادية (عدة الطلاق و الوفاة) وفي الحالات الإستثنائية (عدة الزانية، الوطئ بشبهة... إلخ).

أولا: العدة في الحالات العادية

حيث نقصد بها عدة المرأة من طلاق أو وفاة، فبالنسبة لعدة المطلقة هناك حالتين الأولى عندما تكون المطلقة حاملا فإن عدتها تنتهي بوضع الحمل⁽⁵⁾ لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁶⁾، أما إذا كانت حائلا فعدتها بالإجماع إن كانت من نوات الحيض بثلاثة قروء (حيضتان عند الحنفية والحنابلة، وأطهار عند المالكية والشافعية)⁽⁷⁾، لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتِ يَتَرَبَّصْنَ

¹ - المحكمة العليا، غ.أ.ش، قرار رقم 222674 مؤرخ في 15/06/1999، قضية (ع.ب) ضد (م.ل)، م.ق، عدد خاص، 2001، ص.88.

² - الجيلالي بن الحاج يحيى، بلحسن البليش، علي بن هادية، المرجع السابق، ص.655.

³ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج (مقدمة-الزواج-الطلاق-الميراث-الوصية)، ج01: الزواج و الطلاق، ط.04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص.369.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج07: الأحوال الشخصية، ط.02، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، سوريا، 1985، ص.625.

⁵ - المرجع نفسه، ص.639.

⁶ - سورة الطلاق، الآية 04.

⁷ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.639.

بأنفسهن ثلاثة قُرُوءٍ⁽¹⁾ أما إن لم تكن من ذوات المحيض لصغر السن أو لكبره أو لسن اليأس فعدتها ثلاثة أشهر من الطلاق⁽²⁾، لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَنْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ إِرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ﴾⁽³⁾.

حيث نجد أن م.ج نص على كل ذلك في نص المادة 58 من ق.أ.ج: "تعد المطلقة المدخول بها الغير الحامل بثلاثة قروء و اليانس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق"⁽⁴⁾، حيث أنه من المعروف أن هناك طلاق رجعي و طلاق بائن إلا أن م.ج لم يفرق بينهما من خلال المادة 43 من ق.أ.ج، حيث يرى أن نسب ولد المطلقة لا يثبت لأبيه إلا إذا أتت به خلال عشر (10) أشهر من الطلاق⁽⁵⁾.

بينما الفقهاء فلقد فرقوا بين المطلقة رجعيا و المطلقة بائنا و هذا ما إستقر عليه القضاء، فبالنسبة للمعددة من الطلاق الرجعي هناك تفصيل لثبوت نسب ولدها من أبيه: ففي حالة إتيانها بولد بعد إنقضاء عدتها و أقرت بذلك فهناك تفصيلين كذلك، الأول هو إذا أتت به لمدة تفوق ستة أشهر من وقت الإقرار فالنسب لا يثبت من مطلقها⁽⁶⁾، أما إذا أتت به لمدة أقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت نسب الولد من مطلقها لقيام الحمل وقت الإقرار⁽⁷⁾.

أما في حالة عدم إقرارها بإنقضاء عدتها فنسب الولد يثبت من أبيه حتى و إن أتت به لستة أشهر من وقت الطلاق أو أكثر و لو بعد سنتين⁽⁸⁾.

¹ - سورة البقرة، الآية 228.

² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.640.

³ - سورة الطلاق، الآية 04.

⁴ - المادة 58 من الأمر 11/84، المرجع السابق.

⁵ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج (وفقا لآخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا)، ج01: أحكام الزواج، ط.06، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص.375.

⁶ - والعالج أمباركة، المرجع السابق، ص.18.

⁷ - خوجة إبتسام، خوجة سامية، دريس حنان، إثبات النسب وفقا لتعديلات ق.أ.ج، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في الحقوق والعلوم الإدارية، كلية الحقوق والأداب والعلوم الإجتماعية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2010، ص.11.

⁸ - محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.486.

أما بالنسبة للمعتدة من طلاق بائن فإذا أقرت بإنقضاء عدتها بعد مدة تحتل ذلك ثم أتت بولد لأكثر من ستة (6) أشهر من الإقرار فلا يثبت نسبه من مطلقها⁽¹⁾، في حين إذا لم تقر بإنقضاء عدتها فنسب الولد لا يثبت من مطلقها إن أتت به لأكثر من سنتين عند الأحناف، أما إذا أتت به لسنتين أو لأقل من ذلك فإن نسبه يثبت⁽²⁾.

بينما بالنسبة للمرأة المتوفى عنها زوجها فحسب قول جاء في الجواهر فإنه لا خلاف أن المرأة المنكوحة بعقد صحيح و المتوفى عنها زوجها تعتد بأربعة أشهر و عشرة أيام إذا كانت حائلاً⁽³⁾، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَ يَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا﴾⁽⁴⁾، و لقد نص م.ج على ذلك في المادة 59 ق.أ.ج و التي تنص على: "تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام"⁽⁵⁾، و هذا بالنسبة للحائل.

أما المرأة المتوفى عنها زوجها حاملاً فمن المعروف بين الفقهاء أنها تعتد بوضع الحمل لشمول الآية 04 من سورة الطلاق، فإذا كانت المرأة حامل ثم توفي عنها زوجها فإن عدتها تنتهي بوضعها للحمل و لو بعد الوفاة بزمن قليل⁽⁶⁾.

بينما فيما يخص نسب ذلك الولد فيثبت لزوجها المتوفى إذا أتت به لأقصى مدة للحمل بعد الوفاة لأنه من المحتمل أن تكون قد حملت به أثناء حياة زوجها، وإن أتت به لأكثر من عشرة أشهر لا يثبت نسبه منه و لو إدعاه الورثة لا تقبل دعواهم⁽⁷⁾، و نجد م.ج قد نص على ذلك في المادة 43: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر (10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة"⁽⁸⁾.

1- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص.486.

2- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.511.

3- علي الشيخ إبراهيم، المرجع السابق، ص.108.

4- سورة البقرة، الآية 234.

5- المادة 59 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

6- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.634.

7- خوجة إبتسام، خوجة سامية، دريس حنان، المرجع السابق، ص.12.

8- المادة 43 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

ثانياً: العدة في الحالات الإستثنائية

1- عدة الحامل من الزنا

فالزانية إما أن تكون متزوجة أو غير متزوجة، فإذا كانت متزوجة فإنّ عدّتها بوضع حملها سواء زنت بيقين أو بغيره⁽¹⁾ لشمول الآية 04 من سورة الطلاق السابقة الذكر، حيث عبر الله سبحانه بكلمة "أجل" و ليس "عدة"، و من هنا ذهب المالكية بأن تربص الزانية يعد إستبراء لا عدّة لذلك لا يترتب عليها آثار العدة⁽²⁾، بحيث أجمعت الأمة على عدم إلحاق الولد الناتج عن الزنا بنسب الزاني و إنما يلحق بصاحب الفراش إلا إذا نفاه باللّعان⁽³⁾.

بينما إذا كانت الزانية غير متزوجة فهناك إختلاف بين الفقهاء على رأيين، الأول يرى أنه لا تجب العدة عليها لأنه لا حرمة لماء الزاني، لهاذا يجوز العقد عليها و وطؤها حتى و إن كانت حاملا و هذا هو رأي الحنفية، الشافعية وأكثر الإمامية⁽⁴⁾، و ذهب طرفان من الحنفية إلى عدم جواز الوطوء بها أو العقد عليها قبل وضعها لحملها إلا إذا تزوجت من الزاني نفسه⁽⁵⁾.

أما الثاني يرى أنه تجب العدة على الزانية و لا يجوز العقد عليها و الوطوء بها حتى تضع حملها⁽⁶⁾، غير أنه يجوز لمن زنى بها ذلك، و هذا هو رأي الحنابلة و أبو يوسف و المالكية⁽⁷⁾، وفي هذه الحالة يرى كذلك الفقهاء أنّ الولد الناتج عن الزنا لا يلحق نسبه بالزاني⁽⁸⁾ و ذلك لقول الرسول (ص): "الْوَلَدُ لِلْفَرَّاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجْرُ"⁽⁹⁾.

¹ - مفتاح محمد أفريط، الحماية الجنائية و المدنية للجنين، المرجع السابق، ص.76.

² - مفتاح محمد أفريط، الحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص.76.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.13.

⁴ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.471.

⁵ - مفتاح محمد أفريط، الحماية المدنية و الجنائية للجنين، المرجع السابق، ص.77.

⁶ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.471.

⁷ - مفتاح محمد أفريط، الحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص.77.

⁸ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.13.

⁹ - أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ، المرجع السابق، ص.1080.

بالمقابل نجد م.ج لم ينص على عدة الحامل من الزنا إلا أنه يفهم من خلال المادة 41 ق.أ.ج: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة"⁽¹⁾ أن م.ج لا يقر بثبوت نسب الولد من أبيه إلا إذا كان الزواج شرعياً، لذلك فإن نسب ولد الزنا غير مقبول و هذا ما أخذ به الفقهاء حيث لا ينتسب ولد الزنا من أبيه بل لأمه و هذا ما إستقر عليه القضاء⁽²⁾.

2_ عدة الحامل الغير المسلمة:

إختلف الفقهاء حول وجوب العدة على غير المسلمة، حيث يرى الحنفية أنه لا تجب العدة على غير المسلمة سواء كانت ذمية أو حربية إلا إذا كانت كتابية زوجة لمسلم فالعدة واجبة عليها رعاية لحق الزوج و الولد و منعا من إختلاط الأنساب، إلا أن الجمهور يرى بأن العدة واجبة على الذمية سواء كانت زوجة لمسلم أو لذمي و ذلك لعموم الآية القرآنية الآمرة بالعدة⁽³⁾.

لكن في حالة إذا كانت المرأة الغير المسلمة حاملا فحسب رأي الشافعية و الحنابلة و الحنفية فإن عدتها مثل عدة الحامل المسلمة في كل الأحوال سواء فارقتها بطلاق أو غيره، لكن بالنسبة إذا كان زوجها غير مسلم و إفترقا بالطلاق أو غيره فإنها تعتد بوضع الحمل و ليس جائز لها الزواج قبل ذلك لأنه حق للولد⁽⁴⁾.

أما المالكية يخالفونهم الرأي حيث يرون أنه لا عدة لها إلا إذا طلقت من مسلم، أو من ذمي وأراد مسلم الزواج بها من طلاق، والظاهر أن المالكية يحترسون عن غير المسلمة تحت غير المسلم لأن ديننا لا يتضمن أحكام هؤلاء⁽⁵⁾.

¹ - المادة 41 من القانون رقم 02/05، المرجع السابق.

² - بن عصمان نسرین ایناس، المرجع السابق، ص.85. أنظر الملحق رقم:03.

³ - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.627.

⁴ - مفتاح محمد أفريط، الحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص.78.

⁵ - مفتاح محمد أفريط، الحماية المدنية و الجنائية للجنين، المرجع السابق، ص.78.

3_ عدة الوطئ بشبهة

عرفه الشرنباصي بأنه هو "ذلك الإتصال الجنسي غير الزنا و ليس بناء على زواج صحيح أو فاسد"⁽¹⁾، و حسب وهبة الزحيلي فالوطئ بشبهة كأن تزف لرجل امرأة غير زوجته فوطئها، و الشبهة تقوم مقام الحقيقة في الإحتياط و العدة واجبة من باب الإحتياط⁽²⁾، و فيما يخص العدة فاللفقهاء أراء في ذلك: فحسب رأي الحنفية و الشافعية فالعدة واجبة بالوطئ بشبهة، و تكون العدة بثلاث حيضات إذا كانت مازالت تحيض، و إذا كانت حاملا فبوضع الحمل أما إذا لم تكن حاملا فبثلاثة قروء⁽³⁾، أما المالكية فحسب رأيهم فإنها تستبرأ بقدر العدة بثلاثة قروء و إن لم تكن ممن يحضن فبثلاثة أشهر و بوضع الحمل إن كانت حاملا⁽⁴⁾، في حين الحنابلة و الإمامية فحسب رأيهم عدة الوطئ بشبهة كعدة المطلقة، فبوضع الحمل إن كانت حاملا و بثلاثة قروء إن كانت ممن يحضن و إلا بثلاثة أشهر بيضاء⁽⁵⁾.

بينما فيما يخص مسألة ثبوت النسب بالدخول بشبهة فالفقهاء هناك من أثبتوه و هناك من لم يثبتوه⁽⁶⁾، حيث يثبت نسب الولد الناتج من الوطئ بشبهة إذا أتت به أمه خلال ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الوطئ، أما إن جاءت به بأقل من ذلك فإن النسب لا يثبت منه إلا إذا قام بالإدعاء به كأن يكون قد وطئ بها بشبهة أخرى فهنا يثبت نسبه منه⁽⁷⁾.

بالمقابل نجد أن م.ج قد إعتبر نكاح الشبهة طريق من طرق إثبات النسب و يظهر ذلك من خلال المادة 40 ق.أ.ج: "يثبت النسب..... أو بنكاح الشبهة....."⁽⁸⁾، حيث ينسب الولد الناتج من الوطئ بشبهة لأبيه إذا أتت به بين أقل مدة للحمل و أكثرها.

¹ - رمضان علي الشرنباصي، المرجع السابق، ص.381.

² - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.633.

³ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.471.

⁴ - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.109.

⁵ - بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص.471.

⁶ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.383.

⁷ - رمضان علي السيد الشرنباصي، المرجع السابق، ص.382.

⁸ - المادة 40 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

4-العدة في الزواج الفاسد

يقصد به ذلك الزواج الذي توفر فيه ركن الرضا لكن إختل شرط من شروطه كالنكاح بدون شهود، أو كمن تزوج بابنة أخته و هو لا يعرفها... إلخ⁽¹⁾.

حيث إتفق الفقهاء على وجوب العدة بالدخول في الزواج الفاسد كنكاح المعتدة و المحارم إذا كانت هناك شبهة تسقط الحد و كان لا يعلم بالحرمة، و إختلفوا فيما لو كان يعلم بالحرمة على قولين: القول الأول يرى بوجود عدة الإستبراء و ذلك للتعرف على براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح إذ لا حق للنكاح الفاسد أيا كان نوعه و هو قول المالكية و الحنابلة و بعض الحنفية، أما القول الثاني يرى بعدم وجوب العدة عند العلم بالحرمة لعدم وجود الشبهة المسقط للحد و لعدم ثبوت النسب، و هو قول الشافعية و بعض الحنفية، و للترجيح بين هذين القولين فإنه نكتفي بإستبراء الرحم لعدم ورود دليل على العدة على المرأة في النكاح الفاسد⁽²⁾.

أما بالنسبة لمسألة ثبوت نسب الولد الناتج عن النكاح الفاسد، نجد أن م.ج قد إعتبر كل نكاح تم فسخه بعد الدخول طريقة من طرق ثبوت النسب و ذلك من خلال المادة 40 ق.أ.ج، حيث نفهم أنه إشتراط الدخول الحقيقي حتى يثبت نسب الولد لأبيه مع ضرورة ولادته بعد 6 أشهر من تاريخ الدخول لا من تاريخ العقد، و قبل إنقضاء 10 أشهر من تاريخ الإنفصال⁽³⁾، بينما إذا أتت به لأقل من 6 أشهر و أكثر من 10 أشهر فنسب ذلك الولد لا يثبت لصاحب الفراش لأنه من المحتمل أن الولد ليس منه⁽⁴⁾.

في المقابل يرى الفقهاء أنه لا فرق بين الزواج الفاسد و الصحيح لثبوت النسب، ففي كلاهما يثبت نسب الولد لصاحب الفراش إذا ولد خلال 6 أشهر فأكثر و 10 أشهر كأقصى حد، فالإسلام حاول

¹- والعالج أمباركة، المرجع السابق، ص.20.

²- نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية للزوجة، دار الكتاب الحديث للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص.76.

³- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص.381.

⁴- والعالج أمباركة، المرجع السابق، ص.21.

حفظ نسب الجنين الناتج عن هذا النكاح إذا لم يكن إختلال الشرط عن علم وقصد⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الضابط العلمي للنسب

نقصد بالضابط العلمي للنسب كل من التلقيح الإصطناعي والإستنساخ و سنقوم بدراسة كل منهما على حدى كالتالي:

أولاً: التلقيح الإصطناعي

يعرف التلقيح الإصطناعي لغة أنه تقنية علمية لتقديم بذور الذكور للإناث، بحيث يمكن إنتاج الأطفال دون ممارسة الجنس⁽²⁾.

أما إصطلاحاً يعرف بأنه تقنية بسيطة يتم فيها إيداع الحيوانات المنوية المعدة مسبقاً مخبرياً، ثم يتم إدخالها في تجويف المرأة و ذلك أثناء الإباضة من أجل التلقيح⁽³⁾، و يعرف كذلك بأنه عملية تجرى لعلاج حالات العقم عند المرأة و ذلك بالتحقق من إدخال مني الزوج إلى الزوجة أو لشخص أجنبي في عضوها التناسلي بغير إتصال جنسي⁽⁴⁾.

حيث أنه لا يعتبر التلقيح الإصطناعي جديداً على الفقهاء بل كان معروفاً لديهم منذ القديم لكن بتسمية أخرى مختلفة حيث كان يعرف بإسم "إستدخال المنى"⁽⁵⁾.

بالمقابل نجد أن م.ج.م يعرف التلقيح الإصطناعي بل إكتفى بذكر شروط اللجوء إليه و ذلك من خلال المادة 45 مكرر من ق.أ.ج: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي، يخضع التلقيح

¹ - بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.س.ج، ج01: الطلاق والزواج، المرجع السابق، ص.196.

² -oxford wordpawer , dictoinairy(english/english/arabic), oxford university press, second

Editoin, new york, U.S.E, 2006, p39.

³ -Insémination artificielle, article publier on:

www.gineefiv.fr/sites/default/files/pdf/ia_fr-idf-, consulté le : 27/04/2014.

⁴ - أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الإصطناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص.50.

⁵ - المرجع نفسه، ص.59.

الإصطناعي للشروط التالية: - أن يكون الزواج شرعياً، - أن يكون التلقيح برضا الزوجين، - أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما، لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة⁽¹⁾، وما نفهمه من خلال هذه الشروط أن م.ج أجاز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي لكن بتوفر هذه الشروط مسبقاً حتى يثبت نسب الولد الناتج عنه إلى والديه⁽²⁾.

حيث أن للتلقيح الإصطناعي نوعان داخلي أو خارجي و لكل نوع أساليب يتم بها، لذلك سنحاول دراسة هذين النوعين كل واحد على حدى:

1_ التلقيح الداخلي

يتم بواسطة أخذ خلية منوية من الرجل و القيام بحقنها في داخل مهبل المرأة إذا كانت سالمة⁽³⁾ أو مباشرة في رحمها إذا كانت لها إلتهابات و غيرها⁽⁴⁾، و لهذا النوع أسلوبين أو حالتين هما كالتالي:

ح1: التلقيح بمني الزوج

يتم فيه أخذ الخلايا المنوية للزوج و تحقن في مهبل زوجته أو رحمها حتى تلتقي طبيعياً بالبويضة المفترزة من أحد مبيضي الزوجة و يتم التلقيح بينهما ثم العلق في جدار الرحم بإذن الله كما في الجماع، و يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب إذا كان في الزوج قصور لسبب ما حال دون إيصال مائه في المواقعة إلى الموضع المناسب.

حيث تعتبر هذه الطريقة حلال شرعاً في الشريعة الإسلامية ولا إثم فيها وذلك عندما تثبت الحاجة لهذه العملية لأجل الحمل أي في حالة الضرورة فقط⁽⁵⁾، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة

¹- المادة 45 مكرر من القانون رقم 02/05، المرجع السابق.

²- الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر "1"، الجزائر، 2013، ص.128.

³- أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص.166.

⁴- عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص.71.

⁵- طالبي بدرية، موهون حمودي، الحماية الجنائية للجنين، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012، ص.19، 20.

45 من ق.أ.ج، حيث أنه من بين الشروط الواردة في هذه المادة إتمام التلقيح الإصطناعي بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما، و بالتالي نسب الولد الناتج يثبت عاديا لوالديه.

ح2: التلقيح بمني رجل آخر

يتم فيه أخذ مني رجل آخر غير الزوج و تحقن في رحم الزوجة، و تتم العملية عاديا مثل الحالة الأولى، و يلجأ إلى هذه الطريقة في حالة عقم الزوج، و تسمى الشريعة الإسلامية هذا الأسلوب "بإدخال المني"⁽¹⁾، و يعتبر هذا الأسلوب من التلقيح الإصطناعي حرام شرعا و هو مثل الزنا⁽²⁾، و نجد في المقابل أن م.ج من خلال المادة 45/6 من ق.أ.ج قد أصرّ أن يكون التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة دون غيرهما، مما يفهم أنه لم يجز هذا الأسلوب من التلقيح.

2_ التلقيح الإصطناعي الخارجي

نكون بصدد هذا النوع في كل تلقيح لا يتم بالأسلوبين المذكورين سالفًا، حيث لا يتم في هذا النوع التلقيح في رحم المرأة بل يتم خارجا عن رحمها، و لهذا النوع كذلك عدة حالات هي كالتالي⁽³⁾:

ح1: التلقيح في طبق الإختبار بين الزوجين

يتم بأخذ بويضة المرأة و تلقح بنطفة زوجها و توضع داخل أنبوب مخبري متوفر على كامل الشروط الفزيولوجية من أجل النمو ثم بعد ذلك تعاد إلى رحم نفس المرأة التي أخذت منها لتعلق في جداره و تنمو ويتخلق الجنين، و يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب عندما تكون الزوجة عقيمة بسبب إنسداد قناتها فالوب التي تصل بين المبيض و الرحم⁽⁴⁾.

¹ - عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص.71.

² - أميرة عدلي أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص.196.

³ - بورياشي مريم، ورتسي مريم، التلقيح الإصطناعي في ق.أ.ج، مذكرة في مقياس الملتقى، كلية الآداب والعلوم

الإجتماعية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2010، ص.11.

⁴ - والعالج أمباركة، المرجع السابق، ص.45.

يرى الفقهاء المسلمين أن هذه الطريقة جائزة و مقبولة مبدئياً و ذلك إذا إدعت ضرورة طبية ملحة كمرض الزوجة أو الزوج، و في هذه الحالة يثبت نسب الولد الناتج لوالديه⁽¹⁾.

ح2:التلقيح ببويضة امرأة غريبة

يجرى هذا التلقيح في أنبوب الإختبار بين نطفة الزوج و امرأة غير زوجته وهي متبرعة ثم تزرع في رحم زوجته، ويلجأ لهذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة معطل أو مستأصل لكن رحمها صالح لنمو البويضة الملقحة، و تعتبر هذه العملية محرمة شرعا و هي كالزنا و بالتالي إختلاط الأنساب وإستحلال الأعراض⁽²⁾، مما يستوجب إنزال عقوبة ردية على كل لاجئ لهاذا الأسلوب أو يساهم فيه⁽³⁾.

ح3:الإستعانة برحم الزوجة الثانية

تتم هذه العملية بين ثلاث أطراف هم صاحبة البويضة وصاحب النطفة وصاحبة الرحم⁽⁴⁾، حيث تأخذ بويضة الزوجة الأولى ونطفة زوجها ثم يتم التلقيح في أنبوب مخبري ، بعدها تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة الثانية لكي تستمر مراحل نمو الجنين في أحشائها إلى أن تضعه⁽⁵⁾، و يتم اللجوء إلى هذه الطريقة من التلقيح عندما تكون الزوجة صاحبة البويضة منزوعة الرحم أو أن رحمها معطل غير صالح للعمل⁽⁶⁾.

يجيز جانب من الفقه هذا النوع من التلقيح و هناك جانب آخر لا يجيزه بل يمنع، إلا أنه حسب رأينا القول المختار هو القريب من الحق ألا وهو القول المانع له، وذلك لإنعدام الضرورة العلاجية

¹- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص.198.

²- مصطفى أحمد الزرقاء، التلقيح الإصطناعي و أطفال الأنابيب، مقال منشور على الموقع التالي:

<http://ar.islamway.net/article/17083>, consulté le 14/04/2014.

³- إفرودة زبيدة، المرجع السابق، ص.168.

⁴- عطا عبد العاطي السنباطي، المرجع السابق، ص.86.

⁵- مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق.

⁶- بورياشي مريم، ورتسي مريم، المرجع السابق، ص.12.

ولوجود فرص أخرى للنسل، كذلك نظرا لكثرة المشاكل الأخلاقية والاجتماعية التي يثيرها هذا النوع من التلقيح كالنزاع حول تعيين الأم الحقيقية⁽¹⁾.

ح4: الإستعانة برحم امرأة أجنبية

يتم بأخذ بويضة الزوجة و نطفة زوجها ثم يتم التلقيح في أنبوب إختبار خارجي، بعدها تزرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى غير الزوجة، و يتم اللجوء إلى هذه الطريقة من التلقيح عند وجود خلل في رحم الزوجة لكن مبيضاها سليما ومنتجان⁽²⁾.

يطلق على هذه الطريقة بظاهرة إستأجار الأرحام أو الأم البديلة، و يعتبر هذا النوع من التلقيح غير جائز شرعا و قانونا⁽³⁾، حيث نجد م.ج من خلال المادة 45/6 مكرر ق.أ.ج أنه منع فكرة الأم البديلة وهذا يعني أنه لم يجزه.

ح5: إبخار مني الزوج

يتم بواسطة قيام الزوج بإيداع سائله المنوي في مصرف المنى ثم بعد وفاته تقوم زوجته بإسترجاعه حتى يتم تلقيحها به خارجيا، و تعد هذه الطريقة جائزة شرعا أثناء العدة و محرمة بعدها⁽⁴⁾، بينما يظهر رأي م.ج من خلال المادة 45/4 مكرر ق.أ.ج حيث نجد أنه يشترط أن يتم التلقيح أثناء حياة الزوجين وهذا ما يؤكد أنه لم يجزه.

بعد ذكر كل هذه الحالات من التلقيح الإصطناعي نجد أن م.ج رغم أنه أجاز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي وفق شروط نصت عليها المادة 45 من ق.أ.ج، إلا أنه ما يعاب عليه هو إهماله لبعض المعايير المتعلقة بالمحيط الذي تتم فيه هذه العملية خاصة الجانب الأخلاقي، مثلا كان من اللازم عليه أن ينظم كيفية القيام بهذه العملية كأنجازها من طرف طبيب مسلم أو موثوق بعمله وأمانته، كذلك مدى

¹ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.167.

² - مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق.

³ - طالبى بدرية، موهون حمودي، المرجع السابق، ص.30.

⁴ - والعالج أمباركة، المرجع السابق، ص.45.

توفر ضمانات عدم إختلاط العينات... إلخ⁽¹⁾، كلها معايير يشترطها الفقه الإسلامي لإتمام هذه العملية لذلك كان على م.ج الإمام بهذا الموضوع من جميع نواحيه و ذلك من خلال التوسع أكثر فيه وعدم الإكتفاء بمادة واحدة ألا وهي المادة 45 مكرر من ق.أ.ج.

ثانياً: الإستنساخ

1_ تعريف الإستنساخ

يعرّف الإستنساخ لغة أنه مجموعة من الخلايا الناتجة عن إنقسام خلية أم واحدة، و بالتالي يكون له محتويات وراثية مماثلة للخلية الأم⁽²⁾، أما إصطلاحاً فله معنيين أولهما الإستنساخ بمعناه العام حيث يقصد به الحصول على عدد من النسخ طبق الأصل من نبات أو حيوان أو إنسان⁽³⁾، وذلك من حيث الخصائص الفزيولوجية والوراثية والشكلية⁽⁴⁾ وذلك بدون حاجة إلى تلاقح خلايا جنسية ذكرية وأنثوية⁽⁵⁾، أما الإستنساخ بمعناه الخاص أي العلمي هو عبارة عن تقنية مستحدثة جذبت العديد من الإنتباه في الآونة الأخيرة⁽⁶⁾، حيث يقصد به قيام العلماء بصنع خلايا أو أجنة مطابقة لخلايا أو لأشخاص موجودة سابقاً بواسطة صبغيات مورثة للجنس أو الحامض النووي⁽⁷⁾، حيث يتم بأخذ بويضة أنثوية منزوعة النواة ثم تأخذ نواة من خلية جسم عادية و تزرع داخل تلك البويضة المفرغة النواة و بواسطة طاقة كهربائية

¹ - راشد سعد العلمي، المرجع السابق، ص.25.

² - GRP.soufik.melina, dictionnaire ELMorshid(français/français), nouvelle edition révisée et Actualisée, alger, 2007, p.64.

³ - محمد الهواري، الإستنساخ البشري بين الثورة العلمية و الضوابط الأخلاقية و الفقهية، مقال منشور على الموقع: www.e-cfr.org/ar/bo/3.doc, consulté le: 19/04/2014.

⁴ - أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص.231.

⁵ - محمد الهواري، المرجع السابق.

⁶ - Gail h.jawtt, kristen suthers, kathy hudson, cloning : Apolicy Analysis, Genetics and public Policy center, 2005, Maryland, U.S.A, p05.

⁷ - محمد واصل، "الإستنساخ البشري في الشريعة و القانون"، مجلة جامعة دمشق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ع.02، 2002، ص.33.

تبدأ بالإنقسام لتكون كائنا جديدا ثم يتم وضع البويضة داخل رحم المرأة لتبدأ رحلتها كجنين⁽¹⁾.

2- أنواع الإستنساخ

فحسب ما ذهب إليه النظريات الطبية و أقوال علماء البيولوجيا فالإستنساخ ثلاثة أنواع، سنحاول التعرض لها تاليا:

أ- الإستنساخ الجيني

يعرف كذلك بالإستنساخ الجديد أو الإستنساخ أو التناقلي، و الغرض منه هو خلق كائن بقاعدة مطابقة تماما لقاعدة كائن آخر لكنه قد يتطور و ينمو بشكل مختلف⁽²⁾، ويقصد به كذلك تقنية شطر الأجنة والتي يكون كل جنين منها حامل لصفات الأم و الأب معا، و معنى تقنية شطر الأجنة فصل خليتين أو الخلايا المنقسمة من الخلية الأصل الزيجوت ثم وضع كل خلية في بيضة منزوعة النواة لمواصلة النمو⁽³⁾.

ب- الإستنساخ الجسدي

يعرف كذلك بالإستنساخ اللاجيني أو التقليدي، و هو عبارة عن نقل نواة خلية جسمية تحتوي على 46 كروموزوما ثم توضع مكان نواة بويضة تحتوي على 23 كروموزوما، بعدها تبدأ النواة المزروعة بالإنقسام مكونة الخلايا الأولى للجنين الذي سيصبح بعدها إنسانا طبق الأصل مع صاحب النواة الجسدية الذي زرعت نواته في البيضة⁽⁴⁾.

ج- الإستنساخ العضوي أو الخلوي

هو عبارة عن تقنية تستخدم لإستنساخ الخلايا ويسمى كذلك بالإستنساخ العلاجي، حيث يتم بزرع خلايا مأخوذة من نفس النسيج المرغوب تكثيره في فضاء مناسب للتكاثر من أجل إنتاج قطع غيار

1- محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، فقه الإستنساخ البشري و الخلايا الجذعية و فتاوى طبية، ط.06، دار الهلال للنشر والطباعة، مصر، 2013، ص.19.

2- Ayoun Balzan rios, le clonage humain, article publier on :

http://etab-ac-poitiers.fr/clegiofrancia/IMG/pdf/le_clonage_humain.pde, consulté le : 06/04/2014.

3- شعبان الكومي فايد، أحكام الإستنساخ في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص.34.

4- المرجع نفسه، ص.32،33.

للأعضاء التالفة⁽¹⁾، ولهذه الخلايا نفس التراث الوراثي والجنيني للمريض بالضبط، لذلك لا خطر لرفضها وهذه هي الميزة الكبيرة للإستتساخ العلاجي⁽²⁾، لأنه يستعمل من أجل تعويض المرضى عن أعضائهم أو خلاياهم التالفة، حيث نجحت حتى الآن زراعة الجلد البشري وهناك بنوك لهاذا الجلد في معظم دول العالم⁽³⁾.

فبعد إستتساخ النعجة دوللي سنة 1997م بإسكتلندا أثيرت ضجة كبيرة ، فهناك من أيد فكرة الإستتساخ لأنها علاج للعقم و بعض الأمراض الوراثية و هناك من عارضوها لأنها تؤدي إلى خلط الأنساب و تدمير البشرية⁽⁴⁾.

إلا أنه ما يهمننا نحن هو رأي م.ج و الفقه الإسلامي، حيث نجد فقهاء الشريعة الإسلامية حرّموا الإستتساخ بكل أنواعه لأنه يعتبر مساس بكرامة الإنسان و جسده الذي كرمه الله تعالى به، و نهت عن التكاثر دون وجود ذكر و أنثى⁽⁵⁾ و ذلك لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى﴾⁽⁶⁾.

بينما رأي م.ج لا نجد له صريحا لا بالرفض أو الجواز لكن بالرجوع إلى نص المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيل الحكم للشريعة الإسلامية في مسائل لم يرد حكمها في هذا القانون، إلا أنه يمكن إستخلاص الرفض القطعي للم.ج لهذه الفكرة و ذلك من خلال بعض المواد، منها المادة 31 من دستور 1996 التي تنص: " لا يجوز إنتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة و حرمة شرفه و يحميها القانون"⁽⁷⁾، كذلك المواد 40 و 41 من ق.أ.ج السالفة الذكر التي تنص على وجوب الزواج الشرعي و الدخول حتى يثبت نسب الولد لأبيه، كما نجد المادة 03 من قانون حماية الصحة و ترقيتها التي تقضي: " بأن الهدف

¹ - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص.128.

² - Garcia Victoret et autres, le clonage thérapeutique, master science de l'environnement

Du territoire et de l'économie, université de François régis Mahiu, France, 2010.p.03.

³ - شعبان كومي أحمد الفايد، المرجع السابق، ص.36.

⁴ - محمد واصل، المرجع السابق، ص.25،26،33.

⁵ - طالبي بدرية، موهون حمودي، المرجع السابق، ص.28.

⁶ - سورة الحجرات، الآية 13.

⁷ - المادة 31 من دستور 1996/11/28 منشور بموجب المرسوم الرئاسي 96/438 مؤرخ في 1996/12/12، ج.ر.ج.ع، ج.ع، 76.

لسنة 1996 المعدل بالقانون رقم 02/03 مؤرخ في 2002/04/10، يتضمن الدستور، ج.ر.ج.ع، ع.25 لسنة 2002.

الذي يوجه القطاع الصحي هو حماية حياة الإنسان من الأمراض و الأخطار و كذلك السعي إلى تحسين ظروف المعيشة و العمل على توفير القدر الممكن من العلاج⁽¹⁾، إضافة إلى المادة 60 من المرسوم 276/92 المتضمن أخلاقية الطب و التي تنص على: "يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس إحترام حياة و شخصية الإنسان"⁽²⁾.

غير أنه هناك جانب من الباحثين يرون عدم التسرع للحكم بعدم مشروعية الإستنساخ بكل أنواعه فقها و قانونا، فبالنسبة للإستنساخ الجيني من البديهي منعه شرعا و قانونا لأنه يعد بحد ذاته مساس بالوجود الإنساني، أما الإستنساخ العلاجي فيجب عدم التسرع لمنعه وإعطاء الفرصة لإستثناءات ضرورية حاضرة أو مستقبلية ، أي حالات خاصة ليس لها علاج إلا بهذه الطريقة، والله أعلم.

المطلب الثاني

الحق في الجنسية

تعرف الجنسية لغة أنها: "الصفة التي تلحق بالشخص من جهة إنتسابه لشعب ما أو أمة ما، وهي كلمة مشتقة من كلمة "جنس" و تعني نوع من كل شيء و جمعها أجناس⁽³⁾، أما إصطلاحا تعرف أنها فكرة قانونية و سياسية ينتمي بمقتضاها الفرد إلى دولة معينة⁽⁴⁾، و تعرف كذلك بأنها تلك الرابطة التي تربط الشخص بدولة معينة و تجعله ينتمي لها، و يكون ذلك بواسطة حمله لجنسية تلك الدولة⁽⁵⁾.

¹ -المادة 03 من القانون رقم 05/85 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ج.ع.ج.ع. 08 المؤرخة في 17/02/1985، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/08 مؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق ل 20/07/2008، ج.ر.ج.ع.ج.ع. 44 مؤرخة في 03/08/2008.

² - المادة 60 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 05 محرم عام 1413 الموافق ل 06/07/1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ع.ج.ع. 52 مؤرخة في 08/07/1992.

³ -الجيلاني بن الحاج يحيى، بلحسن البليش، علي بن الهادية، المرجع السابق، ص.260.

⁴ - محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية والمركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة للتوزيع والنشر، الجزائر، 2006، ص.19.

⁵ - محمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص.69.

تعتبر الجنسية من الحقوق الذاتية المتعلقة بالإنسان و بها ينتمي إلى دولة معينة، والجنسية التي هي محل دراستنا هي الجنسية الأصلية التي تثبت للإنسان من وقت ولادته إما بواسطة حق الدم أو النسب وإما بواسطة حق الإقليم، وهاتان هما الطريقتان الوحيدتان لإكتساب الجنسية الأصلية في التشريع الجزائري، حيث تأخذ الجزائر بحق الدم كأصل وبحق الإقليم كإستثناء، و سندرس كل واحد على حدى.

الفرع الأول

رابطة الدم(النسب)

تعرف كذلك بحق الدم أو النسب العائلي أو البنوة أو الأصل العائلي، و كلها مترادفات لها معنى واحد، حيث تعتبر رابطة الدم تلك الرابطة التي تربط المولود بأحد أبويه كسبب من أسباب منح جنسية دولة الأب أو الأم الوطنية و ذلك بغض النظر عن مكان ولادة المولود⁽¹⁾.

حيث نجد أن م.ج نص في المادة 06 من ق.ج: "يعتبر الولد المولود من أب جزائري أو أم جزائرية"⁽²⁾، فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن ج.ج.أ. تمنح على أساس رابطة الدم للمولود الذي يكون جزائري الأب أو الأم، حيث يكفي أن يكون أحد الوالدين جزائريا حتى يكون الولد جزائري بغض النظر عن المكان الذي ولد فيه⁽³⁾، ويتضح لنا من خلال هذه المادة أن هناك حالتين: حالة الولد المولود من أب جزائري و حالة الولد المولود من أم جزائرية.

أولا: حالة المولود من أب جزائري.

بالنسبة لحالة الولد المولود من أب جزائري فإنه يكفي أن يتمتع الأب بالجنسية وقت ميلاد المولود بغض النظر عن المكان الذي زاد فيه، كذلك بغض النظر عما إذا توفي أبوه قبل ميلاده لأن العبارة

¹ - فؤاد ديب، "المرأة والجنسية و المساواة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، جامعة دمشق وجامعة

جدارا للدراسات العليا، الأردن، ع.24، 2008، ص.389.

² - المادة 06 الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق ل15/12/1970، المتضمن قانون الجنسية، ج.ر. ج.ج.ع.105 مؤرخة في 18/12/1970، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/05 مسمى في 27/02/2005، ج.ر. ج.ج.ع.15 مؤرخة في 27/02/2005.

³ - محمد طيبة، المرجع السابق، ص.28.

بوقت وفاة الأب وهذا ما يفهم منه ضمناً أن حق الجنسية يثبت للمولود منذ أن كان جنيناً، كما أن أساس إكتساب ج.ج.أ هو البنية لأب جزائري لذلك يجب أن يثبت نسب المولود من أبيه وليس شرط أن يكون نسب شرعي أي ليس شرط أن يكون الولد نتيجة زواج صحيح⁽¹⁾.

ثانياً: حالة المولود من أم جزائرية

بالنسبة للمولود من أم جزائرية نجد أن م.ج بعد تعديل 2001 أصبح يعترف للمولود من أم جزائرية الحق في التمتع بالجنسية الجزائرية بغض النظر عن مكان الولادة وعن جنسية و هوية والده حتى ولو كان معدوم أو مجهول الجنسية مع ضرورة إثبات واقعة الميلاد ببولوجيا ، وهذا يعني أن م.ج يعترف بحق الولد الغير الشرعي بالتمتع بالجنسية بغض النظر عن نوع العلاقة التي إنجر عنها الولد سواء كانت شرعية أو لا، المهم أن تكون أمه جزائرية، وهذا يعني أن م.ج قد سوى بين الأم والأب في منح جنسيتها لأولادهما، إلا أن هذا يتعارض مع نص المادة 04 من ق.أ.ج التي لا تعترف إلا بالزواج الصحيح⁽²⁾.

من خلال ما تقدم نلاحظ أن م.ج أعطى حظوظاً أكثر للمولود حتى يتمتع بالجنسية الجزائرية، وذلك لأنه سوى بين الأم و الأب الجزائريين في منح جنسيتها لأولادهما بواسطة حق الدّم لأنّ أساس حق الدّم هو النسب العائد للأب أو الأم في الحالات التي يكون فيها الأب مجهول أو عديم الجنسية⁽³⁾.

الفرع الثاني

رابطة الإقليم

يعرف كذلك بحق الإقليم و هو تلك العلاقة التي تربط الشخص بإقليم دولة معينة فيكتسب من خلالها جنسية ذلك الإقليم⁽⁴⁾، فهو حق يثبت للشخص المولود على إقليم دولة معينة بغض النظر عن

¹- نور وعلي، الجنسية الأصلية الجزائرية، مقال منشور على الموقع التالي:

<http://www.startimes.com/f.aspx?t=32140860>, consulté le: 04/05/2014.

²- ناتوري كريم، "دراسة لأهم التعديلات الواردة على ق الجنسية الجزائري بموجب الأمر رقم 05-01"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ع.01، 2012، ص.97،96.

³- نور وعلي، المرجع السابق.

⁴- محمدي فريدة زاوي، المرجع السابق، ص.69.

أصله أو الدم الذي ينحدر منه أي بغض النظر من جنسية أبيه أو أمه⁽¹⁾، أي أنه من خلال هذا الأساس فالمولود فوق إقليم دولة معينة يتأثر بذلك الإقليم أكثر من تأثره بالدم الذي يحمله، ولقد أخذ م.ج بحق الإقليم لإكتساب ج.ج كإستثناء للأصل ألا وهو حق الدم⁽²⁾.

إلا أنّ الأخذ بهذا الإستثناء لا يكون إلّا في حالات معينة حددتها المادة 07: "يعتبر من ج.ج بالولادة في الجزائر: 1_ الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين.

غير أن الولد المولود في الجزائر من أبوين مجهولين يعد كأنه لم يكن جزائري قط إذا ثبت خلال قصوره إنتسابه إلى أجنبي أو أجنبية و كان ينتمي إلى جنسية هذا الأجنبي أو الأجنبية وفقا لقانون جنسية أحدهما، كما أن الولد الحديث الولادة الذي عثر عليه في الجزائر يعد مولودا فيها ما لم يثبت خلاف ذلك.

2_ الولد المولود في الجزائر من أب مجهول و أم مسماة في شهادة ميلاده دون بيان آخر يمكن من إثبات جنسيتها"⁽³⁾.

فإذا ثبتت حالة من هذه الحالات يتم الأخذ بحق الإقليم كأساس لإكتساب ج.ج وهو الإستثناء عن الأصل⁽⁴⁾.

لكن ما يلاحظ أن معظم قوانين الجنسية و بما فيها ق.ج لم تتناول جنسية الجنين بصفة صريحة بل إهتمت بجنسية الطفل المولود و يظهر ذلك من خلال العبارات التي إستعملها م.ج في المادة 06 ق.ج، إلا أن الفقه إهتم بجنسية الجنين حيث يرى جمهور الفقهاء أن الجنين يأخذ جنسية أبيه، فمثلا إذا توفي أب الجنين قبل ولادته فإنه يتم الإعتداد بجنسية الأب وقت الوفاة، و نفس الأمر يطبق على الجنين الذي يكون أبوه حيا، إذ يحمل جنسية أبيه إلى حين ولادته، لذلك يرون بمنح الجنين جنسية أبيه من لحظة

1- محمد طيبة، المرجع السابق، ص.31.

2- لعمارة، الجنسية الجزائرية الأصلية، محاضرة ملقاة على طلبة السنة 04 بكلية الحقوق، جامعة المسيلة، 2012، ص.02.

3- المادة 07 من الأمر رقم 86/70، المرجع السابق.

4- لعمارة، المرجع السابق، ص.02.

وفاة هذا الأخير⁽¹⁾.

نلاحظ أن هذا الرأي الفقهي يأخذ بحق الدم من جهة الأب كأساس وحيد لإكتساب الجنسية و لم يتحدثوا عن جهة الأم، إلا أنه هناك جانب آخر من الفقه معارض له من بينهم ابن القيم، ابن همام و الشافعي الذين يرون أنه من بين القواعد الشرعية الثابتة قاعدة تقضي بأن ميلاد الإبن لأبٍ أو لأمٍ من جنسية الدولة الإسلامية فذلك يستتبع ثبوت تلك الجنسية بالميلاد لذلك الإبن، و هو الراجح في الفقه الإسلامي لأن مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة في نقل جنسيتها لأبناهما لا يتعارض مع أحكام ش.إ. المستجدة في مجال الجنسية و يعلنون قولهم هذا بتبعية الإبن القاصر لأبويه في الإسلام⁽²⁾ لقوله (ص): "فَأَبَوَاهُ يَهُودَانِهِ أَوْ يَنْصَرَانِهِ"⁽³⁾.

المبحث الثاني

الحقوق المالية للجنين

مثلما تثبت للجنين حقوق ذات طابع معنوي و التي سبق و درسناها، كذلك تثبت له حقوق ذات طابع مالي أو مادي و التي تنقسم إلى طائفتين، طائفة تثبت له على وجه الإلزام (النفقة والميراث) وطائفة تثبت له على وجه التبرع (الوصية، الهبة...إلخ)، سنبين ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

الحقوق المالية للجنين على وجه الإلزام

هي تلك الحقوق التي تثبت للجنين في حالات غير التبرع، فهي تثبت له بقوة القانون أي لا يتوقف ثبوتها على إرادة مصدرها، و تتمثل في النفقة و الميراث، سنحاول دراسة كل حق على حدى، حق النفقة كفرع أول، و حق الميراث كفرع ثاني، و ذلك على النحو التالي:

¹ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.98.

² - فؤاد ديب، المرجع السابق، ص.401.

³ - أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، المرجع السابق، ص.2047.

الفرع الأول

الحق في النفقة

تعرف النفقة لغة بأنها "كل ما ينفق من الدراهم و نحوها، و هي كلمة مشتقة من كلمة نَفَقَ يُنْفِقُ إنْفَاقًا"⁽¹⁾، أما إصطلاحاً فلقد اختلف الفقهاء في تعريفها، حيث يرى الحنفية بأنها: "الطعام والكسوة والسكنى"⁽²⁾، أما المالكية يرى أنها: "هي ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف"، وعند الشافعية هي: "طعام مقدّر للزوجة وخدامها على الزوج ولغيرها من أصل وفرع ورقيق وحيوان ما يكفيه، بينما الحنفية يرى أنها: "كفاية من يقوته خبزاً و طعاماً و كسوة و مسكناً و توابعها"⁽³⁾، و بالمقابل نجد أن م.ج.م لم يعرف النفقة لكنه ذكر مشتقاتها من خلال المادة 78 ق.أ.ج ألا وهي الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات⁽⁴⁾ وهذا ما ما يتقارب مع ما جاء به الفقهاء في تعاريفهم.

حيث تعتبر النفقة واجبة شرعاً بالكتاب و السنة و الإجماع⁽⁵⁾، و من دلائل ذلك من الكتاب قوله تعالى: "الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ"⁽⁶⁾، و فيما يخص م.ج.م نجد أنه إعتبر كذلك النفقة واجبة و ذلك من خلال تناوله لأحكامها بواسطة المواد من 74 إلى 80 من ق.أ.ج.

والنفقة قسمان نفقة النفس حيث على الإنسان الإنفاق على نفسه إذا إستطاع ، و نفقة الغير وهي واجبة على الإنسان لغيره شرعاً و ذلك لثلاث أسباب: الزوجية حيث أنه بالإجماع تجب النفقة للزوجة على زوجها بنكاح صحيح⁽⁷⁾، و لقد نص م.ج.م على ذلك في نص المادة 74 ق.أ.ج: " تجب النفقة

¹ - الجيلاني بن الحاج يحيى، بلحسن البليش، علي بن هادية، المرجع السابق، 1241.

² - نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص.05.

³ - نورة بنت مسلم المحمادي، "حق النفقة للطفل"، مجلة العدل، كلية التربية للبنات، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية، ع.04، 2011، ص.27.

⁴ - أنظر المادة 78، من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

⁵ - محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج:31، ط.07، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1981، ص.301.

⁶ - سورة النساء، الآية 34.

⁷ - نورة بنت مسلم المحمادي، المرجع السابق، ص.28.

الزوجة على زوجها بالدخول أو بدعوتها إليه...⁽¹⁾، أما السبب الثاني للنفقة هو القرابة حيث تجب نفقة الأصول على الفروع والعكس صحيح، بينما السبب الثالث هو الملك فعلى السيد الإنفاق على عبيده⁽²⁾، وما يهمنا نحن في دراستنا هما السبب الأول والثاني.

حيث تعتبر النفقة من الحقوق المالية التي تثبت للجنين و هو في بطن أمه، فلقد أجمع الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها وذلك بحكم الزواج الصحيح، كما أجمعوا على وجوب النفقة والسكنى على المطلقة رجعيًا حائلاً كانت أو حاملاً حتى إنقضاء عدتها، وذلك بحكم الزوجة مادامت في العدة ولزوجها الحق في مراجعتها أثناءها⁽³⁾.

أما بالنسبة للمطلقة رجعيًا فبالإجماع لا نفقة لها و لا سكنى إذا كانت حائلاً، أما إذا كانت حاملاً فالنفقة و السكنى واجبان لها حتى تضع حملها⁽⁴⁾، و إستدلوا لقوله تعالى: ﴿أَسْكُنْهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكُنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُوهُنَّ لِنِضْيِقُو عَلَيْهِنَّ وَ إِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁵⁾، فلا خلاف حول أصل وجوب النفقة لكن الخلاف حول علة الإنفاق على الحامل هل هي لأجلها (الحامل) أو لأجله (الحمل)، حيث إنقسم الفقه إلى قولين كالتالي:

ق1: و هم الحنفية و بعض الشافعية و بعض الحنابلة و الأصح عند الزيدية، حيث يرون أن النفقة تجب للحامل لا للحمل، لكنهم اختلفوا كذلك حول السبب، حيث يرى الحنفية أن النفقة تجب للحامل لأجلها لا لأجل الحمل فمثلاً المطلقة الحامل تجب لها النفقة لأجلها و الدليل أنها غير واجبة في مال الولد إن كان له مال، كما أنها لا تتعدد بتعدد الولد، كما أن المنكوحة لو حملت فنفتها لا تتضاعف ولا سبب لذلك سوى العدة سواء كانت حاملاً أو حائلاً، أما الشافعية و الحنابلة فحسب رأيهم النفقة تجب للحامل لكن بسبب الحمل أي لأجله لا بسبب العدة، و ذلك لوجوبها مع اليسار و الإعسار و تتقدر بقدر حالة المنفق،

¹ - المادة 74 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

² - نورة بنت مسلم المحمادي، المرجع السابق، ص.28.

³ - محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستنقع، المجلد 13: كتاب النفقات، ط.02، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2007، ص.04.

⁴ - زيد بن مسفر البحري، كتاب النفقات، كتاب منشور على الموقع التالي:

www.albahre.com/publish/article-5346.php. Consulté le 10/04/2014.

⁵ - سورة الطلاق، الآية 06.

و يوافق على هذا الرأي الظاهرية والإباضية والشيعية الجعفرية⁽¹⁾، وإستندوا في رأيهم هذا لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾⁽²⁾، فالله تعالى لم يقل أنفقوا على الحمل لذلك فالنفقة تجب للحامل لأجل الحمل⁽³⁾.

ق2: وهم المالكية و بعض الشافعية و بعض الحنابلة وهو الأشهر عند الجعفرية، حيث يرون أن النفقة تجب للحامل بوجود الحمل و تسقط عند إنفصاله و هذا يدل على أنها له⁽⁴⁾، حيث يرون أن علة الإنفاق على الحامل ليس لكونها مطلقة أو مفسوخة بل العلة هي وجود الحمل فيها⁽⁵⁾، وذلك لقوله تعالى: ﴿حَتَّى يَضَعَنَّ حَمْلَهُنَّ﴾⁽⁶⁾.

الراجع في هذه الأقوال حول علة الإنفاق على الحامل هو وجود الحمل فلا طريق للإنفاق على الحمل مباشرة إلا بواسطة الإنفاق على أمه، لذلك على كل شخص ينسب له حمل امرأة ما الإنفاق عليها لأجله⁽⁷⁾.

أما عن عدة الحامل الناشز فلقد إختلف الفقهاء كذلك في وجوبها، حيث يرى المالكية وبعض الحنابلة والشافعية أن نفقة الحامل الناشز واجبة ولا تسقط، وإستدلوا في ذلك إلى أن النفقة تسقط عنها لو لم تكن حاملا، لكن بحملها هذا فهي واجبة فالنفقة للحمل و الحامل طريق لإيصال النفقة له لأنه يتغذى منها، بينما يرى الشافعية و بعض الحنابلة أنه لا نفقة للحامل الناشز كزنها تسقط بنشوزها، إلا أن الأرجح بين الرأيين هو الرأي الأول و ذلك لشمول النصوص القرآنية الصريحة التي توجب الإنفاق على الحوامل لحاجتهن لها كونهن حوامل⁽⁸⁾.

1- مفتاح محمد أقریط، الحماية المدنية و الجنائية للجنين، المرجع السابق، ص.89،90.

2- سورة الطلاق، الآية 06.

3- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ص.08.

4- نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص.75.

5- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ص.08.

6- سورة الطلاق، الآية 06.

7- محمد بن صالح العثيمين، المرجع السابق، ص.09.

8- نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص.86-88.

بينما فيما يخص عدة الحامل المتوفى عنها زوجها إختلف الفقهاء كذلك في وجوبها، حيث يرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا نفقة لها كونها سقطت عنها بموت زوجها وأصبح الحمل وارثاً، بينما يرى الحنفية و بعض الشافعية أنها واجبة لها و لا تسقط و ذلك لشمول الآية 04 من سورة الطلاق حيث جاء الأمر فيها بالإتفاق على جميع الحوامل وهو الأرجح⁽¹⁾.

كذلك بالنسبة للحامل المعتدة من وطئ بشبهة أو نكاح فاسد فالبعض يرى أنه لا تجب لها النفقة و البعض الآخر يرى أنها واجبة بسبب الحمل رغم أنها ليست بزوجة، إلا أنه يجب عليه الإتفاق عليها لكون الولد ولده⁽²⁾، كذلك بالنسبة للزانية فلقد ذهب جمهور الفقهاء أنه لا نفقة لها لإنعدام النكاح بينها و بين الزاني فهي علاقة غير شرعية و بالتالي لا يلحق نسب الولد للزاني و لا نفقة لها⁽³⁾.

خلاصة كل هذه الأقوال عن النفقة كحق من الحقوق المالية للجنين سواء قالوا أنها تجب للحامل أو للحمل المهم أنها واجبة ومقررة لمصلحة الجنين ولو كانت لأمه فهو يتغذى بها ويعيش في رحمها⁽⁴⁾، كما نلاحظ أن م.ج.ل.م.ج. لم ينص على كل هذه الحالات لكن بالعودة لنص المادة 222 ق.أ.ج التي تحيلنا إلى تطبيق أحكام ش.إ. في المسائل التي لم يرد النص عليها في هذا القانون.

الفرع الثاني

الحق في الميراث

لقد أجمع الفقهاء المسلمين على أن للحمل الحق في الميراث⁽⁵⁾، و ذلك لقول الرسول(ص): "إِذَا **إِسْتَهَلَ الْمَوْلُودُ وَرِثًا**"⁽⁶⁾، إلا أن هذا الحمل لسنا متيقنين من وجوده أو عدمه و من إنفراده أو تعدده، لذلك

¹- نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 78-80.

²- زيد بن مسفر البحري، المرجع السابق.

³- موفق الدين أبو عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 1994، ص.07.

⁴- سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.106.

⁵- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية في الميراث و الوصية، دار الشروق للنشر ، الأردن، 2007، ص.164.

⁶- الحافظ أبي عبد الله بن زيد بن ماجة القزويني، السنن، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2009، ص.49.

أوجب التقيد بشروط لتوريثه و ذلك لقطع الشك باليقين⁽¹⁾، و لقد إعترف م.ج كذلك بهذا الحق للجنين و يظهر ذلك في المواد: 128،134،173 من ق.أ.ج لكن بشروط سوف نتعرض لها فيما يلي:

أولاً: شروط توريث الحمل و مقدار ما يوقف له

1- شروط توريث الحمل

حصر الفقهاء هذه الشروط في شرطين و لقد أخذ م.ج بهذين الشرطين⁽²⁾، هما كالتالي:
 أ- أن يكون الحمل موجوداً في بطن أمه وقت وفاة مورثه: حيث لا يعتبر هذا الشرط لتوريث الحمل فقط بل لكل الورثة⁽³⁾، و هذا ما نص عليه م.ج في المادة 128 من ق.أ.ج: "يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حاملاً وقت إفتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث و عدم وجود مانع من الإرث"⁽⁴⁾.

ويتم الإستدلال على وجود الجنين في بطن أمه وقت وفاة المورث بخروجه حياً، و ذلك خلال مدة معينة يغلب عليها الظن أنه كان موجود وقت وفاة المورث، و هذه المدة هي مدة الحمل و تختلف فيما إذا كان الحمل من المورث أو غيره⁽⁵⁾:

*إذا كان الحمل من المورث نفسه: كأن يموت المورث و يترك زوجة حاملاً، فالحمل يرث إذا أتت به لأكثر مدة للحمل فأقل و هي 10 أشهر تبدأ من تاريخ الوفاة إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة حين الوفاة، و من تاريخ الطلاق إذا كانت الحامل معتدة من طلاق بائن و هذا هو الراجح في الفقه الإسلامي⁽⁶⁾، و لقد نص عليه م.ج في ق.أ.ج المادة 42: "أقل مدة للحمل 6 أشهر و أقصاها 10 أشهر"⁽⁷⁾.

*أما إذا كان الحمل من غير المورث: كأن يترك المتوفي ابناً له زوجة حاملاً فهنا نميز بين حالتين⁽⁸⁾:

1- محمد محمده، التركات و الموارث، دار الفجر للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 2004، ص.260،261.
 2- شهرزاد بوسلطة، "الحقوق المالية و المعنوية للجنين"، مجلة الإجتهد القضائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع.07، د.س.ن، ص.145.
 3- محمد محمده، المرجع السابق، ص.161.
 4- المادة 128 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.
 5- هاني الطعيمات، المرجع السابق، ص.164.
 6- فشار عطاء الله، أحكام الميراث في ق.أ.ج، د.ط، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006، ص.197.
 7- المادة 42 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.
 8- محمد مصطفى شلبي، أحكام الموارث في الفقه و القانون، د.ط، دار النهضة العربية للنشر، لبنان، 1978، ص.324.

-إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة عند الوفاة فإن الحمل يرث من الميت إذا ولد لأقل مدة الحمل أي ستة أشهر من وفاة المورث، أما إذا أنتت به لأكثر من ذلك فإنه لا يرث و هو الراجح في ف.إ و ق.ج⁽¹⁾.
- أما إذا كانت العلاقة الزوجية غير قائمة أي أن تكون الحامل معتدة من طلاق بائن أو وفاة فإن الحمل يرث إذا أنتت به قبل مضي 10 أشهر من وفاة زوجها أو من طلاقه لها و كان موت المورث أثناء العدة⁽²⁾.

ب- أن يولد الجنين حيا كله و لو للحظة واحدة: و هذا حتى تثبت له أهلية تملك حصته من الإرث و إلا فإنه لا يرث و هذا ما إتفق عليه الجمهور⁽³⁾، إلا أن الحنفية يكتفون بخروج أكثره حيا ليرث و إن مات بعد ذلك لأن الأكثر يعطي حكم الكل في ش.إ أما إذا خرج منه الأقل فلا يرث⁽⁴⁾، بينما إن انفصل الحمل عن أمه ميتا و كان موته دون جنائية أو إعتداء لفاته لا يرث، أما إذا كان موته سببه إعتداء أدى إلى الإجهاض فإنه تجب الغرة أي التعويض للأُم لأنه إعتدي عليها⁽⁵⁾.

حيث يستدل على خروجه حيا ظهور علامة من علامات الحياة كالصراخ، البكاء، العطس... إلخ، ولقد إتفق الفقهاء على أنه إذا إستهل بالصراخ فإنه يرث⁽⁶⁾، و ذلك لما روي عن جابر بن عبد الله والمسور بن المخزومة قال النبي(ص): "لَا يَرِثُ الصَّبِيُّ حَتَّى يَسْتَهْلَ صَارِحًا"⁽⁷⁾، فلقد إختلف الفقهاء حول إمكانية إرثه إذا إستهل بغير صراخ، حيث تأخذ الحنفية بالصراخ، العطس... إلخ، أما الشافعية بأي علامة تدل على حياته وهذا هو رأي الحنابلة كذلك، أمّا مالك بن أنس والقاسم بن محمد يأخذون بالبكاء و العطس و الصراخ بهم يرث لا غير⁽⁸⁾.

1- عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص.49.

2- فشار عطاء الله، المرجع السابق، ص.198.

3- مسعود الهلاني، أحكام التركات و المواريث، دار جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008، ص.201.

4- عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص.52.

5- نبيل كمال الدين طاحون، أحكام المواريث في ش.إ، د.ط، دار الأصفهاني للنشر، جدة، السعودية، 1984، ص.201.

6- محمد محمده، المرجع السابق، ص.261.

7- الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجة القزويني، المرجع السابق، ص.49.

8- عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص.53.

نلاحظ أنّ لكل مذهب رأي حول الإستهلال، إلا أنه من المعقول أن يرث الحمل إذا ظهرت وقت ولادته علامة من علامات الحياة، كالصراخ أو العطس أو حركة أحد أعضائه... إلخ، فكلها علامات دالة على أنه نزل حيا، بالمقابل نجد أن م.ج قد نص على هذا الشرط في م134: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، و يعتبر حيا إذا أستهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"⁽¹⁾ و المادة 25 من ق.م.ج.

2- المقدار الذي يوقف للجنين

هناك إختلاف بين الفقهاء حول المقدار الذي يوقف للجنين، فالحنفية يرون أنه يحجز له نصيب 4 ذكور أو إناث أيهما أحسن له ترك⁽²⁾، أما الحنابلة يرون أنه يحجز له نصيب إثنين من الذكور أو الإناث، بينما الشافعية و المالكية يأخذون برأي تأجيل قسمة التركة إلى حين ولادة الحمل عكس الأراء السابقة⁽³⁾، أمّا رأي م.ج يظهر صراحة في المادة 173: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ إبن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل و لا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها"⁽⁴⁾.

ثانيا: حالات توريث الحمل: هناك خمس (5) حالات هي كالاتي:

* الحالة 1: ألا يكون الحمل وارثا لا على فرض الذكورة و لا على فرض الأنوثة: مثلا:

توفي و ترك: زوجة، إبن و أما حاملا، فالحمل هنا لو ولد سيكون أخ أو أخت، لكنّه محجوب بالإبن، و تقسم التركة كالتالي: * الزوجة: 1/8، * الأم: 1/6 الباقي، * الإبن: ب.ع، * الحمل: محجوب بالإبن، و عليه توزع التركة دون أن يكون للحمل نصيب⁽⁵⁾.

* الحالة 2: أن يكون الحمل وارثا على أحد الفرضين الذكورة أو الأنوثة دون الآخر: مثلا:

توفي و ترك: زوجة، عم، زوجة أخ شقيق حامل، فالتركة تقسم كالتالي: * الزوجة: 1/4، * الحمل يوقف

¹ - المادة 134 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

² - محمد محمده، المرجع السابق، ص.266.

³ - نبيل كمال الدين طاحون، المرجع السابق، ص.204.

⁴ - المادة 173 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

⁵ - مسعود الهلاني، المرجع السابق، ص.208.

له $3/4$ إلى ما بعد الولادة، فإن ولد ذكراً أخذ هذا النصيب لأنه ابن أخ شقيق و هو مقدم على العم، أما إن ولد بنتاً أخذ العم الشقيق ذلك النصيب كون بنت الأخ الشقيق من ذوي الأرحام⁽¹⁾.

ح3: أن يكون الحمل وارثاً على كلا الفرضين الذكورة و الأنوثة مع إختلاف نصيبه: مثلاً: توفيت عن زوج و أم حامل من أبيها، فالتركة تقسم كالآتي: *الزوج: $1/2$ ، *الأم: $1/3$ ، الحمل: على فرض الذكورة (أخ شقيق) له ب.ع، أما إن كان أنثى (أخت شقيقة) فله $1/2$ ، نلاحظ أن نصيب الحمل على فرض الأنوثة أفضل من الذكورة و بالتالي يحجز له هذا النصيب إلى حين الولادة⁽²⁾.

ح4: أن يكون الحمل وارث دون إختلاف نصيبه على أحد الفرضين الذكورة أو الأنوثة: مثلاً: توفيت و ترك: زوجة، أخ لأب و أما حاملاً من غير أبيه، فالتركة تقسم كالآتي: *الزوجة: $1/4$ ، *الأم: $1/6$ ، *الحمل: ذكراً كان أو أنثى (أخ لأم أو أخت لأم) له $1/6$ ، و نلاحظ أن الحمل له نفس النصيب سواء كان ذكراً أو أنثى، و لهذا يحفظ له ذلك النصيب⁽³⁾.

ح5: ألا يكون مع الحمل وارث آخر أو يكون معه وارث لكنه محجوب: مثلاً: توفيت و ترك: زوجة ابن حامل و أخ لأم، حيث أنه سواء كان الحمل ابن ابن أو بنت ابن فالأخ لأم محجوب بالحمل على كلا الفرضين⁽⁴⁾، هذا بالنسبة لميراث الجنين في الحالات العادية، أما الآن سنحاول التعرف على ميراثه في الحالات الغير العادية كالتالي:

ح1: ميراث الجنين مع أمه

حيث أنه إذا ولد الجنين ثم مات و ماتت معه أمه و كان بينهما و لو لحظة ورث الأخير منهما الأول، أما إذا ماتا معا في نفس اللحظة أو لم يعرف من مات الأول أو إشتهبه في ذلك، فلا يرث الواحد منهما الآخر، و هذا هو الرأي الراجح لدى جمهور الفقهاء، أما بالنسبة لميراث التوأم و الأم، ففي ميراث التوأم بينهما فإن مات الأول ورثه الثاني في الغزاة أو الدية و ترث الأم منها كذلك، و إن مات الثاني

¹- منصور كافي، علم الفرائض في الشريعة و القانون، د.ط، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2000، ص.124، 125.

²- محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي و ق.أ.ج، د.ط، المؤسسة الوطنية للنشر، الجزائر، د.س.ن، ص.179، 180.

³- مسعود الهلاني، المرجع السابق، ص.206.

⁴- منصور كافي، المرجع السابق، ص.126.

كذلك أو الأم أو كلاهما ورثهم باقي الورثة⁽¹⁾.

ح2: ميراث ولد الزنا و ولد اللعان

كلاهما لا ينتسبان لأبيهما إذن لا يرثانه و لا يرثهما، لكنهم ينسبون لأهم فيرثون منها و ترث منهم و هذا هو الراجح لدى جمهور الفقهاء⁽²⁾.

ح3: ميراث الجنين في حالة التلقيح الإصطناعي

فإن كان التلقيح ببويضة الزوجة و مني الزوج فنسب الولد يثبت منهما و بالتالي يرث منهم و يرثون منه، بينما إذا كان التلقيح بغير ذلك أي بأي طريقة محرمة لم يجزها الفقهاء فلا نسب للولد من أبيه و لا يرث منه، و يعتبر كولد الزنا فيثبت نسبه من أمه فيرثها و ترثه وهو الراجح بين جمهور الفقهاء⁽³⁾، أما بالنسبة لم.ج لم ينص على هذه الحالات إلا أن المادة 222 من ق.أ.ج تحيلنا لتطبيق أحكام ش.إ.

المطلب الثاني

الحقوق المالية على وجه التبرع

هي تلك الحقوق التي يتوقف ثبوتها على إرادة مُصدرها، فهي تعتبر تصرفات غير إلزامية بل مجرد تبرع صادر عن محض إرادة الشخص ألا و هو المتبرع، فهو تصرف إختياري، و بإعتبار التصرف القانوني كمصدر للحقوق فإننا سنحاول تقسيم هذه الحقوق حسب أصلها سواء كان مصدرها تصرف صادر عن إرادة منفردة(كالوصية و الوقف)، أو كان مصدرها تصرف صادر عن إرادة مشتركة(كالهبة و الإشتراط لمصلحة الغير)، وذلك كالتالي:

¹ - مفتاح محمد أفريط، الحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص.124،125.

² - أوان عبد الله الفيضي، "حقوق الجنين بين الشريعة والقانون"، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد 05، ع.10، 2010، ص.89،90.

³ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.118،119.

الفرع الأول

التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة

من أهم التصرفات القانونية الناشئة عن إرادة واحدة نجد الوصية و الوقف، فكلاهما عمل قانوني صادر من جانب واحد و منتج لأثار قانونية سندرس كل واحد على حدى كالآتي⁽¹⁾ :

أولاً: الحق في الوصية

1- تعريف الوصية

تعرف الوصية لغة بأنها كلمة مشتقة من الفعل أوصى، يوصي، وصية، سميت بوصية لإتصالها بأمر الميت⁽²⁾، و لقد أجمع الفقهاء على مشروعية الوصية في حدود الثلث⁽³⁾ و إستدلوا في ذلك لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ أَنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾⁽⁴⁾.

رغم اتفاق الفقهاء على مشروعية الوصية إلا أنهم اختلفوا في تعريفها، حيث يرى المالكية بأنها "عقد يوجب حقا في مال عاقده يلزم بموته"، أما الشافعية يرى بأنها "تبرع بحق مضاف إلى ما بعد الموت"⁽⁵⁾، بينما الحنابلة يرى أنها " الأمر بالتصرف بعد الموت، أو التبرع بالمال بعده"، أخيرا الحنفية يرى أنها " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"⁽⁶⁾، و لقد أخذ م.ج بهذا التعريف الأخير في

¹ - محمد مومن، المرجع السابق، ص.24،25.

² - ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، المرجع السابق، ص.4854.

³ - ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2008، ص.10.

⁴ - سورة البقرة، الآية 180.

⁵ - ريم عادل الأزعر، المرجع السابق، ص.05.

⁶ - حماية الورثة و تصرفاتهم، مذكرة منشورة على الموقع التالي:

www.droit-dz.com/forum/showthread.php?t=10493. Consulté le 27/04/2014

نص المادة 184 من ق.أ.ج: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"⁽¹⁾.

بعد أن تعرضنا لتعريف الوصية و دليل مشروعيتها، نتساءل عن مدى مقررة للحمل المستكن سواء لدى الفقهاء أو القانون.

اتفق الفقهاء على إجازة الوصية للحمل أي الجنين، فكما يحق له أن يكون وارثا فكذلك يحق له أن يكون موسى له، و بالمقابل نجد أنّ م.ج أجازها كذلك من جهته⁽²⁾، و يظهر ذلك في المادة 187 ق.أ.ج: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، و إذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي"⁽³⁾، إلا أنّ صحة الوصية للجنين شرعا و قانونا واقفة على توفر بعض الشروط الآتي بيانها.

2- شروط صحة الوصية للجنين

أ- وجود الجنين في بطن أمه حال الوصية

يتحقق ذلك بوضعه لأقل مدة الحمل و في بعض الأحيان لأقصى مدة الحمل⁽⁴⁾، و لقد تعرضنا سابقا لمدة الحمل و رأينا أن كل مذهب كيف إعتبرها، أما م.ج فلقد قدرها ب6 أشهر إلى 10 أشهر، و لقد أخذ بهذا الشرط كل من الحنفية، الشافعية و الحنابلة، أما المالكية فيرى أنه تصح الوصية للحمل حتى و إن لم يكن موجودا أي في المستقبل و هذا يعني أنهم أعطوها مجالا واسعا⁽⁵⁾.

ب- أن يولد الجنين حيا حياة مستقرة

فإن ولد ميتا كانت الوصية باطلة، و يجب أن تضعه أمه كله عند الجمهور، و دليل ولادته حيا ولادته هو إستهلاله إي ظهور علامة من علامات الحياة عليه كالصراخ⁽⁶⁾ و لقد تعرضنا إليها سابقا بوضوح في الميراث، و لقد نص م.ج على هذا الشرط في الشطر الأول من م 187 ق.أ.ج السابقة الذكر.

¹- المادة 184 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

²- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج، ج02:الميراث والوصية، ط.05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص.292.

³- المادة 187 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

⁴- صالحة الحليس، حقوق الجنين في الإسلام، مذكرة لنيل الماجستير، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، السعودية، ص.41.

⁵- علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.160، 161.

⁶- صالحة الحليس، المرجع السابق، ص.42.

-ج: أن يكون الحمل الموصى له على الصفة التي أَرادها الموصي

كأن يوصي شخص لحمل فلانة من فلان، فإن ثبت نسب الحمل المشروط في الوصية صحت، أما إذا كان الحمل متصفا بلعان أو إستبراء بطلت لعدم توفر الشرط و هو ثبوت نسبه⁽¹⁾.

كما ينبغي التيقن بأن الحامل بالموصى له يمكن أن تضع ولدا واحدا أو أكثر، فإذا أتت بتوأم كانت الوصية لهما بالتساوي⁽²⁾، وهذا ما نص عليه م.ج في الشرط الثاني من المادة 187 ق.أ.ج: "...و إذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"⁽³⁾، و في حالة موت أحدهما كانت الوصية لآخر، وفي حال ولدا حيين ثم توفي أحدهما إسحق نصيب الميت ورثته لأنه مات مع ولادته حيا⁽⁴⁾.

أما فيما يخص مقدار الوصية فحسب المادة 185 ق.أ.ج: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة"، كما أنه إذا كان الموصي له وارثا فحسب المادة 189 ق.أ.ج: "لا وصية لوارث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة المورث"⁽⁵⁾.

فالجنين لا يستفيد من الوصية الاختيارية فقط بل حتى من الوصية الواجبة و التي تم وضعها لحماية حقوق الحفيد من الضياع بعد موت أصله⁽⁶⁾، و لقد نص م.ج عليها في المواد التالية: المادة 169 ق.أ.ج: "من توفي و له أحفاد و قد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية"، و تتمثل هذه الشروط في:

- أن يكون الموصى له فرعا للميت و ألا يكون وارثا لجدته أو جدته أو كان قد أوصى له و إلا بطلت.
- ألا يكون الموصى له قد ورث من أبيه أو أمه ما لا يقل عن نصيب مورثهم من أبيه أو أمه.
- كما أن أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو كان حيا على ألا تتجاوز 1/3 من التركة، و يكون

¹- بلحاج العربي، الوجيز في شرح ق.أ.ج، ج 02: الميراث و الوصية، المرجع السابق، ص.292.

²- علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.162.

³- المادة 187 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

⁴- علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.162.

⁵- المادتين 185 و 189 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

⁶- محمد مومن، المرجع السابق، ص.27.

التزليل للذكر مثل حظ الأنثيين⁽¹⁾.

ثانياً: الوقف على الجنين

1- تعريف الوقف

يعرف الوقف لغة بأنه حبس العين على ملك الواقف، أو على ملك الله في الفقه⁽²⁾، أما اصطلاحاً فلقد حاول الفقهاء تعريفه، حيث يرى الحنفية بأنه "حبس العين على ملك الواقف و التصدق بالمنفعة"، أما المالكية فيرى أنه "إعطاء منفعة شيء مدة و جودة، لازماً بقاء وجوده في ملك معطيه و لو تقديراً"، بينما يرى الشافعية بأنه "حبس ملك الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود"، أخيراً يرى الحنابلة بأن الوقف هو "تحييس مملوك و لو بأجره أو علته لمستحقه بصيغة مدة ما يراه المحبس"⁽³⁾، و لقد عرف م.ج الوقف في المادة 213 ق.أ.ج: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصرف"⁽⁴⁾، كما جاء في المادة 03 من الأمر المتعلق بالأوقاف بأن: "الوقف حبس المال عن التملك على وجه التأييد و التصدق بالمنفعة على الفقراء... إلخ"⁽⁵⁾.

فالوقف تصرف صادر عن إرادة منفردة مثل الوصية، أي وحيد الطرف تتوقف صحته على إيجاب الواقف دون قبول الموقوف له⁽⁶⁾، و هذا ما نصت عليه المادة 1/4 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف: "الوقف عقد التزام، تبرع صادر عن إرادة منفردة"⁽⁷⁾.

¹- أنظر المواد 196-172 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

²- الجيلاني بن الحاج يحيى، بلحسن البليش، علي بن هادية، المرجع السابق، ص.1341.

³- علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.163.

⁴- المادة 213 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

⁵- المادة 03 من القانون رقم 10/91 مؤرخ في 1996/04/27، المتضمن قانون الأوقاف، ج.ر.ج.ج، ع.21،

مؤرخة في 1991/05/08، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/02، مؤرخ في 2002/12/14، ج.ر.ج.ج، ع.83،

مؤرخة في 2002/12/15.

⁶- مفتاح محمد أزيط، الحماية المدنية و الجنائية للجنين، المرجع السابق، ص.132.

⁷- المادة 04 من القانون رقم 10/91، المرجع السابق.

2- حكم الوقف للجنين

لقد أجاز الفقهاء الوقف على الذرية و الأولاد الموجود منهم و من سيوجد مستقبلا، و يدخل في الموجود منهم الجنين إذا ولد لأقل ستة أشهر، أما إذا ولد لأكثر من ذلك فإنه يأخذ حكم من سيولد فيما بعد⁽¹⁾، و يترتب على وجوده لأقل من 6 أشهر بعد مجيء الغلّة للتأكد من وجوده داخل بطن أمه أثناء مجيء الغلّة، فيصبح من المستحقين لهذه الغلّة، بينما إن وجد لأكثر من 6 أشهر فهذا لا يجعلنا متأكدين من وجوده في بطن أمه ، إذ لا يستحق الوقف لكنه يستحق الشيء الموقوف له إن ولد حيا بعد ذلك لأنه يدخل في صيغة الوقف على الأولاد و الذرية⁽²⁾.

رغم إتفاق الفقهاء على جواز الوقف على الجنين ضمن الذرية، إلا أنهم إختلفوا في مسألة جوازه له مستقلا و ذلك على الأقوال التالية:

حيث يرى المالكية أن الوقف على الحمل جائز و صحيح عليه أصالة أو تبعا، أما الشافعية ، الحنابلة و الحنفية يرون بعدم صحة الوقف على الجنين أصالة بل يجوز عليه تبعا فقط كأن يقول: "وقفت على من سيولد لي أو لفلان ، فهنا لا يصح الوقف"، أما إذا قال: " وقفت على أولادي و من سيولد، فهنا الوقف صحيح مالم يسميهم أو يعددهم فإن ولد حيا دخل معهم في الوقف و إلا فلا⁽³⁾.

بما أن الوقف مسألة من المسائل التي تدخل في إختصاص ش.إ لذلك فمعظم القوانين وافقوها الرأي و أقرت بصحة الوقف على الجنين لكن بشرط ولادته حيا⁽⁴⁾، أما عن م.ج فنجد أنه لم يخص بالذكر بأي نص صحة أو عدم صحة الوقف على الجنين تبعا أو إستقلالا، و هذا يعني أنه خالف رأي الفقهاء، لذلك كان عليه أن يخص بعض المواد لمعالجة هذه المسألة.

¹- شهرزاد بوسطلة، المرجع السابق، ص.146.

²- مفتاح محمد أقریط، الحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص.132،133.

³- عواطف تحسين عبد الله البوقي، أحكام الجنين والطفل في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل الماجستير في الفقه، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، السعودية، 1990، ص.240.

⁴- علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص.165.

الفرع الثاني

التصرفات الصادرة عن إرادة مشتركة (عقدية)

من العقود التي تعود بالنفع المحض على الجنين هناك عقد الهبة و التأمين، على الرغم من أنهما يتمان بتوافق إرادتين، وأن الجنين لا إرادة له، الأمر الذي جعل بعض القوانين تجيز تعيين ولي أو وصي لينوب عنه، لذلك سنحاول إعطاء تعريف لها ثم التعرض لحكمها للجنين كالتالي:

أولاً: الحق في الهبة

1- تعريف الهبة

تعرف الهبة لغة بأنها العطية الخالية عن الأعيان والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً⁽¹⁾، أما اصطلاحاً فقد حاول الفقهاء تعريفها، حيث يرى الحنابلة بأنها "تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهول تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعد هبة عرفاً من لفظ هبة و تمليك و نحوها"، أما المالكية فيرى أنها "التبرع بالمال في حال الحياة و هي مستحبة منعقدة بكل قول أو فعل يدل عليها"⁽²⁾، بينما الحنفية يرى أنها "تمليك العين بلا شرط العوض في الحال"، و أخيراً يرى الشافعية أنها "تمليك بلا عوض"⁽³⁾، بينما م.ج. فلقد خص المواد من 202 إلى 212 لمعالجة أحكام الهبة، حيث عرفها في المادة 202 من ق.أ.ج: "الهبة تمليك بلا عوض"⁽⁴⁾، و نلاحظ أنه نفس التعريف الذي أتى به الشافعية، بعد تعرضنا لتعريفها فما حكمها للجنين.

2- حكم الهبة للجنين

أ- موقف الفقهاء: هناك إتجاهين إتجاه معارض و إتجاه مؤيد.

*الإتجاه المعارض لجواز الهبة للجنين

¹ - ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، المرجع السابق، ص.4929.

² - الهبة دراسة مقارنة، مذكرة منشورة على الموقع التالي:

Http://www.mjhar.comlar-sy/artview/1350/68292. Consulté le 21/04/2014 .

³ - محمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة و القانون المقارن، مذكرة لنيل دكتوراه الدولة، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1997، ص.98.

⁴ - المادة 202 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

لقد ذهب أغلب الفقه إلى عدم جواز الهبة للجنين منهم الحنفية، الشافعية و الحنابلة، لأنه بالإضافة إلى الشروط العامة لسائر العقود كالإرادة و الأهلية فلا بد من توفر بعض الشروط في الموهوب له، أهمها الوجود حقيقة و توفر شرط القبول، و هذا لا يتوفر في الجنين.

1- عدم تحقق شرط الوجود في الجنين:

فلقد إشتراط الجمهور لكي تصح الهبة للموهوب له أن يكون حيا و موجودا حقيقة و ليس حكما وقت إبرام عقد الهبة، لأن الهبة تملك من التملكيات التي تتم بين الأحياء و غير الحي لا يملك⁽¹⁾، وكذلك كون الهبة إيجاب و قبول و الجنين لا قدرة له على القبول لوجوده الحكمي فقط⁽²⁾، كما يرون أن الهبة عقد تملك لا تتعد إلا بالقبض حالا و الجنين لا قدرة له على التملك و من المستحيل أن يقدر على القبض، فالهبة عقد ناقل لملكية الشيء الموهوب إلى الجنين الذي لا قدرة له على القبض و هذا لوجوده الحكمي لا الحقيقي.

2- عدم تحقق شرط القبول لدى الجنين

كون الهبة تتعد بالإيجاب و القبول في مجلس عقد واحد و الجنين لا يقدر على القبول لعدم وجوده الحقيقي و لا ولي له للقبول مكانه إلا بعد ولادته، و ليس له من يقبل الهبة عند صدور الإيجاب من الواهب⁽³⁾، حيث يرى العلامة المرحوم أحمد أنه لو أجزنا قبول ولي الجنين بعد ولادته ما صدر من هبات له في وقت الحمل لكان القبول متأخرا و هذا إخلال بمبدأ اتحاد مجلس العقد(قبول و إيجاب) في الهبة، فالولاية حسب رأيهم تبدأ بولادة الشخص لا قبلها⁽⁴⁾.

* الإتجاه المؤيد لجواز الهبة للجنين

حيث يرى المالكية و الظاهرية أن الهبة جائزة و صحيحة للجنين و المعدوم، فيرى الإمام مالك أنه من وهب لحمل مالا و إلتزم له بشيء معروف فذلك صحيح و لازم، و يوقف ذلك الشيء الموهوب

¹- محمد تقي، المرجع السابق، ص.105.

²- حادى شفيق، المرجع السابق، ص.03.

³- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح ق.م الجديد، ج05: العقود التي تقع على الملكية(الهبة والشركة والقرض

والدخل الدائم و الصلح)، ط.03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.102.

⁴- حادى شفيق، المرجع السابق، ص.03.

إلى حين الولادة، فإن ولد حيا كان له ذلك الشيء، أما إن ولد ميتا بقي ذلك الشيء لصاحبه، بينما إن ولد الجنين ثم مات بعد ذلك كان ذلك الشيء لورثته⁽¹⁾، كما يرى ابن حزم الظاهري أن الهبة للجنين جائزة و لا يشترط القبض لصحتها له، فالهبة له صحيحة حتى و إن لم يكن أهلا للقبض أثناء عقد الهبة أو صدور الإيجاب من الواهب و ذلك كبقية الحقوق المقررة له⁽²⁾.

ب: موقف المشرع الجزائري

لقد أخذ م.ج برأي المالكية و أجاز الهبة للجنين و ذلك بصريح العبارة في المادة 209 ق.أ.ج: "تصح الهبة للحمل بشرط ولادته حيا"⁽³⁾، حيث نلاحظ أن م.ج خالف رأي أغلبية الفقهاء و التشريعات العربية بإجازته للهبة للجنين، و أخذ برأي المالكية تبعا للعرف السائد بالعمل بالفقه المالكي في الجزائر⁽⁴⁾، فالمادة 209 ق.أ.ج استثناء للمادة 206 من نفس القانون التي تشترط لإنعقاد الهبة الإيجاب و القبول و هذا لا يتحقق لدى الجنين، لذلك كان على م.ج أن يحدد من ينوب عنه في قبول الهبة و يزيل بذلك الإبهام والنقص في هذه المسألة.

ثانيا: الإشتراط لمصلحة الغير

يقصد بالإشتراط لمصلحة الغير تلك الحالة التي فيها الإتفاق بين شخصين هما المشتراط و المتعهد، و ذلك بهدف إنشاء حق لمصلحة شخص ثالث هو المستفيد⁽⁵⁾، فهو عقد يضم المشتراط و المتعهد لصالح طرف أجنبي عن التعاقد هو المستفيد، و للإشتراط لمصلحة الغير عدة تطبيقات مثل: عقد الهبة بعوض، عقود نقل البضائع...إلخ، إلا أنه في الغالب تصب في عقود التأمين⁽⁶⁾، وهذا ما يهمنا وبالتحديد التأمين على الحياة لأنه يقوم على فكرة الإشتراط لمصلحة الغير و للجنين علاقة بها.

¹ - محمد تقيّة، المرجع السابق، ص.106.

² - حادى شفيق، المرجع السابق، ص.04.

³ - المادة 509 من الأمر رقم 11/84، المرجع السابق.

⁴ - محمد تقيّة، المرجع السابق، ص.107.

⁵ - عبد الحق العمراني، "الإشتراط لمصلحة الغير"، مجلة القانون و الأعمال، ع.01، جامعة الحسن الأول، المغرب، ص.03.

⁶ - عبد الغفور أقشيوشو، مقال منشور على الموقع التالي:

حيث يحق لكل شخص التأمين على حياة زوجته وأولاده أو على حياة غيره ممن لا علاقة له به،

فيكون هذا الشخص هو المشتري و شركة التأمين هي المتعده بدفع المبالغ المستحقة للمستفيد من هذا الإشتراط، إلا أن الإشتراط لمصلحة الغير لا ينعقد إلا بتوفر بعض الشروط هي كالتالي:

ش1: أن يتعاقد المشتري بإسمه الخاص

فعلى المشتري التعاقد بإسمه الخاص لا بإسم المستفيد، و هذا ما يميز الإشتراط لمصلحة الغير عن مختلف صور النيابة كالوكالة، فالنائب يتعاقد بإسم الأصيل لا بإسمه الخاص⁽¹⁾، حيث لا يمكن للمشتري التعاقد مع المتعهد باسم الغير لأن الإشتراط لمصلحة الغير كغيره من العقود يرتب أثارا لا يتحملها إلا أطراف التعاقد أو العالمين بموضوع العقد كالورثة⁽²⁾، و لقد تناول م.ج هذا الشرط في المادة 1/116 ق.م: "يجوز للشخص المشتري أن يتعاقد بإسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية"⁽³⁾، و يجوز للمشتري الرجوع عن إشتراطه و تحويله لمصلحة شخص آخر و هذا ما نصت عليه المادة 117 ق.م.ج⁽⁴⁾.

ش2: أن تتجه إرادة المتعاقدين على إنشاء حق مباشر للمنتفع

فهذا هو أصل عقد الإشتراط لمصلحة الغير، فإذا إتجهت إرادة المتعاقدين إلى إحداث حق مباشر لهما لا يكون ذلك عقد إشتراط لمصلحة الغير حتى و إن مس بطريقة غير مباشرة مصلحة الغير، فالمستفيد يجب أن يكون هو المستهدف المباشر من إبرام عقد الإشتراط⁽⁵⁾، و لقد نص م.ج على هذا الشرط في المادة 113 ق.م.ج: "لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقا"⁽⁶⁾.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج01: مصادر الإلتزام، ط.03، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص.468.

² - عبد الغفور أقشيشو، المرجع السابق.

³ - المادة 116 من القانون رقم 58/75، المرجع السابق.

⁴ - أنظر المادة 117 من القانون رقم 58/75، المرجع السابق.

⁵ - عبد الغفور أقشيشو، المرجع السابق.

⁶ - المادة 113 من القانون رقم 58/75، المرجع السابق.

كما أنه لا يشترط أن يكون المستفيد من الإشتراط موجودا أو معينا في وقت التعاقد بل يجوز أن يكون شخصا مستقبلا أو غير معين وقت التعاقد⁽¹⁾، و الجنين شخص غير موجود حالا بل مستقبلي، لذلك يجوز الإشتراط لمصلحته وهذا ما نصت عليه المادة 118 ق.م.ج: "يجوز في الإشتراط لمصلحة الغير أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة"⁽²⁾، حيث نفهم أنه يجوز الإشتراط لمصلحة الجنين و القبول يصدر من ممثله القانوني مثل الهبة كما رأينا سابقا، لكن هذا لا يجعل ذلك القبول ملزم للمشتري، فكما يجوز الرجوع في الهبة فإنه يجوز للمشتري كذلك الرجوع عن إشتراطه⁽³⁾.

ش3: أن يكون للمشتري في هذا الإشتراط مصلحة شخصية

فالمشتري كونه يتعاقد بإسمه و لحسابه لذلك كان من الضروري أن تكون له مصلحة مادية أو معنوية في ذلك و إلا كان عمله فضوليا، كما في عقد التأمين على الحياة يعقده الزوج لمصلحة زوجته و أولاده⁽⁴⁾.

بالعودة إلى عقد التأمين كصورة من صور الإشتراط لمصلحة الغير، نجد م.ج قد عرفه في المادة 619: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه بأن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد و ذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى"⁽⁵⁾، و ينقسم التأمين إلى عدة أنواع أهمها التأمين على الأشخاص وأهم صورته التأمين على الحياة والذي ينقسم بدوره إلى أنواع منها التأمين على الحياة لمصلحة الغير، وفي هذه الحالة يمكن التأمين على حياة الجنين، كأن يؤمن الأب أو الأم على حياة من سيولد من أولادهم، و هو نوع من توفير الأمان للمستقبل و هذا يعد نوعا من الإشتراط لمصلحة الغير الذي يجوز

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1: مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص.470،469.

² المادة 118 من القانون رقم 58/75، المرجع السابق.

³ سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.137.

⁴ عبد الحق العمراني، المرجع السابق، ص.03.

⁵ المادة 619 من الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، ع.13 مؤرخة في 08-03/1995، معدل بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20، ج.ر.ج.ج، ع.15 مؤرخة في 2006/03/12.

أن يكون لشخص مستقبلي، و التأمين على حياة الجنين إما أن يكون لحال البقاء أو لحال الوفاة⁽¹⁾، و لقد عرف م.ج التأمين لحال البقاء في المادة 64 ق.التأمينات: "عقد يلتزم بموجبه المؤمن بدفع مبلغ محدد للمؤمن له، عند تاريخ معين مقابل قسط، إذا بقي المؤمن له على قيد الحياة عند هذا التاريخ"⁽²⁾، حيث أنه لا تقوم مصلحة الجنين إلا بولادته حيا، و هناك التأمين لحال الوفاة نص عليه م.ج في المادة 65 من ق التأمينات: "عقد يتعهد بموجبه المؤمن بدفع مبلغ معين للمستفيد أو المستفيدين عند وفاة المؤمن له مقابل قسط وحيد أو دوري"⁽³⁾.

يجيز السنهوري كلا من التأمين على الجنين لحال البقاء و لحال الوفاة كذلك، ففي الحالة الأولى يشترط ولادة الجنين حيا حتى يستحق مبلغ التأمين، أما في الحالة الثانية فيشترط ولادته ميتا لإستحقاقه المبلغ الذي سيغطي نفقات الجنازة، إلا أن الدكتور مفتاح محمد أفريط لا يوافق الرأي فيما يخص التأمين على الجنين لحال الوفاة، لأنه لا مصلحة له فيه إذا ولد ميتا، بينما إذا ولد حيا فإنه يستأثر بكل المبلغ، فالجنين لا يستحق مبلغ التأمين إلا إذا ولد حيا، فأقسط التأمين يدفعها المؤمن له في فترة وجود الجنين في بطن أمه لكنه لا يستحق ذلك المبلغ إلا بولادته حيا⁽⁴⁾.

هذا بالنسبة القانون أما الفقه الإسلامي هناك من قال أن الإشتراط لمصلحة الغير غير جائز في الإسلام و هناك من يرى العكس بأنه موجود لكن بمصطلحات مختلفة فقط، فمثلا كانوا يسمون المشتراط بالشارط والمتعهد بالمشروط عليه والمستفيد بالمشروط له...إلخ، فالفقه الإسلامي إهتم بكل المسائل المتعلقة بالجنين من تكوينه في رحم أمه وصولا إلى الإشتراط لمصلحته⁽⁵⁾.

¹ - محمد مومن، المرجع السابق.

² - المادة 64 من الأمر رقم 95-07، المرجع السابق.

³ - المادة 65، المرجع نفسه.

⁴ - مفتاح محمد أفريط، الحماية القانونية للجنين، المرجع السابق، ص.137.

⁵ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص.140.

بعد أن أنهينا بحمد الله سبحانه و تعالى بحثنا المتواضع تحت عنوان "مركز الجنين في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي"، الذي تمحور حول مسألة ذات أهمية بالغة في شريعتنا الغراء ألا و هي الجنين و مقصدنا من مركز الجنين هو الإلمام بمختلف جوانبه إلا أننا ولينا إهتمامنا بالجانب المدني أي ما يثبت له من حقوق بواسطة الأهلية الممنوحة له.

من أهم النتائج التي توصلنا إليها أنّ حقيقة الجنين تكمن في كونه ذلك الحمل المتكون في رحم أمه بعد تلاقي مني الرجل ببويضة المرأة، لكن بالرغم من عدم وجوده حقيقة بل حكما فقط إلا أنّ كل من الشريعة الإسلامية و التشريعات الوضعية التي من بينها التشريع الجزائري تعترف له بأهلية وجوب ناقصة تجعله يكتسب بعض الحقوق دون التزامه بأية واجبات، غير أنّه يبقى تمتعه بكافة تلك الحقوق معلق على شرط كرسه م.ج و كذلك الفقه الإسلامي يتمثل في ولادته حيا، لأنّ حياته من مماته لا تُعرف إلاّ بقدوم موعد الولادة، لذلك تثبت له أولا شخصية قانونية احتمالية و لا تصبح يقينية إلا بعد ولادته حيا و لو للحظات.

كما توصلنا إلى أنّ أول حق يثبت للجنين هو الحق في الحياة الذي حاولت الشريعة الإسلامية حمايته ، بالمقابل نجد أنّ م.ج حاول حمايته أيضا من خلال عشر مواد في ق.ع.ج، كما أنّه إلى جانب هذا الحق رأينا أنّه تثبت للجنين حقوقا أخرى منها:

- يؤكد البحث على حق الجنين في حفظ نسبه و ثبوته لأبيه و أنّه مقصد ضروري من مقاصد الشريعة الإسلامية، ومن مكمالاته تشريع العدة بأنواعها و تحريم و منع الوسائل المؤدية إلى إختلاط نسبه بغيره، لذلك نسب المولود لا يثبت لأبيه إلا إذا وضعت أمه لأكثر مدة الحمل و في بعض الأحيان لأقلها (6 أشهر-10 أشهر) كما يجب أن تكون العلاقة شرعية، لهاذا فإنّ نسب ولد الزنا لا يثبت لأبيه بل لأمه، هذا بالنسبة للضابط القانوني للنسب أمّا فيما يخص الضابط العلمي له ألا و هو التلقيح الإصطناعي فالنسب لا يثبت به إلا إذا تم وفق الشروط المذكورة في م 45 مكرر ق.أ.ج.

- توصل البحث كذلك إلى وجوب الإنفاق على الحامل لكون الجنين يعيش في رحمها ويتغذى منها، و إلى حقه في الميراث الذي لا يقرر له إلا إذا ثبت نسبه من أبيه، غير أنه يرث من أمه و ترث منه كونه ينسب لها إذا لم يثبت نسبه من أبيه مثل ولد الزنا.

- يؤكد البحث كذلك على ثبوت حقوق أخرى للجنين إضافة للحقوق السابقة، حيث له الحق في الوصية، الهبة، الوقف، الإشتراط لمصلحته... إلخ، كلها حقوق ثبوتها معلق على شرط ولادته حيا.

حيث نلاحظ و نستنتج أن م.ج قد أخذ بمنوال الشريعة الإسلامية بإقراره لجميع تلك الحقوق للجنين، إلا أنه خالفها في حق واحد ألا و هو الوقف على الجنين رغم أن الشريعة الإسلامية أقرت به لصالحه.

عليه نصل إلى أن حقوق الجنين الأدبية منها أو المالية محمية حماية بالغة شرعا و رغم محاولة مختلف التشريعات الوضعية بما فيها التشريع الجزائري من حمايتها أيضا، إلا أنها تبقى هذه الحماية ناقصة و غير كاملة، و هذا ما دفع بنا إلى إقتراح بعض التوصيات:

حيث نناشد المشرع الجزائري بالإهتمام أكثر بالجنين و عدم تهيمشه كونه شخص ضعيف و ذلك من خلال تخصيص فصل كامل يتناول فيه بالتفصيل كافة الحقوق المثبتة له شرعا بمختلف أحكامها تماشيا مع الأحكام العادلة التي كرسها الشريعة الإسلامية لذلك كان عليه:

- الإهتمام أكثر بمسألة التعدي على حياة الجنين أو بما يسمى بالإجهاض، و عدم إكتفائه بعشرة مواد في ق.ع لأنها غير كافية للردع من تلك التصرفات.

- كذلك فيما يخص مسألة النسب، كان عليه الإهتمام أكثر بالضوابط العلمية له لمواكبة التطورات التي توصلت لها البشرية خاصة التلقيح الإصطناعي، فرغم نصه عليه في م 45 مكرر من ق.أ.ج إلا أنها غير كافية للإمام بجميع جوانبها لذلك كان عليه التوسع أكثر فيها، فمثلا كان عليه تناول مختلف الأحكام المتعلقة بالظروف و الكيفيات التي تتم بها هذه العملية تفاديا لمشاكل إجتماعية و أخلاقية تسيء للبشرية جمعاء، كما كان عليه النص على شرط مهم ألا و هو عدم اللجوء لهذه الوسيلة إلا عند الضرورة.

- أمّا فيما يتعلق باقي الحقوق المقررة للجنين من وصية و هبة... إلخ، فرغم أن م.ج.ع. اعترف بها للجنين بواسطة بعض النصوص إلا أنها غير كافية فهي تكاد تعد على أصابع الأيدي، و هذا ما جعل من جدار الحماية المقررة للجنين يهتز، لذلك ما على م.ج.ع. إلا مسايرة درب الشريعة الإسلامية في حماية حقوق الجنين... إلخ هذا كله من أجل ملئ الفراغات و الثغرات الموجودة و القضاء على جميع النقائص المتعلقة بهذه المسألة البالغة الأهمية.

و الله ولي التوفيق

الغلام الحق

الملحق رقم 01: مراحل تطور الجنين

وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نَظْفَةً فِي قرارٍ مَكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النَّطْفَةَ عِلْقَةً

فَخَلَقْنَا الْعِلْقَةَ مَضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمَضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ

فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ

الملحق رقم: 2

قرار رقم 252408 بتاريخ 12-02-2002

قضية (ج _ ر) ضد (ب - ف)

الموضوع: إجهاض - ضرب الضحية - عدم اثبات القصد الجنائي - إدانة - عدم توفر عناصر التهمة - إنعدام الأساس القانوني.

المبدأ: إن إدانة المتهم بجنحة الإجهاض دون إبراز عناصر التهمة واثبات القصد الحقيقي للضرب الرأسي لمحاولة الإجهاض يعد انعداماً في الأساس القانوني.

أصدرت المحكمة العليا

غرفة الجرح و المخالفات القسم الثاني في جلستها العلانية المنعقدة في الثاني عشر من شهر فيفري عام ألفين و إثنتين و بعد المداولة القانونية القرار الآتي نصه.

بعد الاستماع إلى السيد بن يوسف عبد القادر الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيد فلو عبد الرحمن المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

وفصلاً في الطعن بالنقض المرفوع بتاريخ 20 أكتوبر 1999 من طرف المتهم (ج ر) ضد- القرار الصادر من الغرفة الجزائية بمجلس قضاء قسنطينة بتاريخ 17 أكتوبر 1999 و الذي صادق على الحكم القاضي بعام حبس نافدا و 2000 دينار غرامة من أجل إرتكابه جنحة الإجهاض، الفعل المنصوص والمعاقب عليه بالمادة 304 من قانون العقوبات وحيث أن الطعن استوفى أوضاعه الشكلية فهو مقبول شكلاً.

وتدعيماً لطعنه أودع العارض بواسطة محاميه الأستاذ: نورالدين بن مخلوف مذكرة طعن آثار فيها وجهتين اثنتين للنقض.

وحيث أن السيد النائب العام لدى المحكمة العليا التمس نقض القرار المطعون فيه .

- **الوجه الأول** المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الإجراءات وانعدام الأساس القانوني بدعوى وأن من المؤكد أن الإجهاض هو قتل الجنين في بطن أمه ووضعه ميتاً قبل الأجل القانوني لميلاده، لكن في

قضية الحال فإن المجلس لم يتأكد من حصول هذا الإجهاض سواء عن طرق الخبرة أو بواسطة شهادة طبية تثبت ذلك.

-الوجه الثاني المأخوذ من القصور التسبب بدعوى فإن قرار المجلس ثبتت التهمة إلى المتهم ومصادقته على حكم المحكمة يكون متناقضا ومنعدما في التسبب عن الوجهين الإثنيين معا لتكاملهما: حيث ينبغي على الطاعن عن القرار المطعون فيه جاء منعدما للأساس القانوني، و مقتصر في تسببه لما أدانه بجنحة الإجهاض طبقا للمادة 455 من قانون العقوبات.

فعلا فإنه بالرجوع إلى الحكم المستأنف وإلى القرار المؤيد له بأن قضاة الموضوع لم يضحوا كل العناصر المادية والقانونية التي قادتهم للتصريح بالإدانة على أساس تهمة الإجهاض طبقا للمادة 455 من قانون العقوبات.

حيث أن هذا النص القانوني يعاقب أيضا على محاولة الإجهاض كما هو الحال في هذه القضية، كان لقضاة الموضوع أن يعللوا قضائهم في هذا الشأن بإثبات القصد الحقيقي للضرب والجروح العمدية والرامية إلى محاولة الإجهاض.

ومتى كان ذلك فإن الوجهين للنقض في محلها:

لهذه الأسباب

تقضي المحكمة العليا بقبول الطعن شكلا موضوعا وبنقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية والأطراف أمام نفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر للفصل فيها من جديد طبقا للقانون وتبقى المصاريف القضائية على عاتق الطاعن ضده.

الملاحق رقمه: 03.

قضية (ل.أ) ضد: (د.إ)	454 رقم القرار 210478
إجتهااد قضائي، 2001، عدد خاص، ص.85	تاريخ القرار: 1998/11/17

الموضوع: نسب-إثباته-علاقة غير شرعية-عدم جواز ذلك.

المرجع: المادة 42 من ق.أ

المبدأ: من المقرر قانونا أن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر.

ومتى تبين من قضية الحال- أن مدة الحمل المحددة قانونا وشرعا غير متوفرة لأن الزواج تم بتاريخ 1994/05/02 والولد قد ولد بتاريخ 1994/05/07، كما أن إقرار المطعون ضده بأبوته للولد أمام مدير الصحة والحماية الاجتماعية لا يؤخذ به لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى إثبات النسب، لأن الإدارة غير مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضاوا برفض دعوى إثبات النسب، لأن النسب لا يثبت بالعلاقة غير الشرعية طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

إن المحكمة العليا

في جلساتها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر العاصمة.

وبعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد: 231، 233، 239، 244، 257 وما يليها من ق.إ.م.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة لدى كاتبة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 1998/07/04 وعلى مذكرة الجواب التي قدمها محامي المطعون ضدها الأستاذ محمد محده.

بعد الإستماع إلى السيد الهاشمي هويدي الرئيس المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى

السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوب الرامية إلى رفض الطعن.

حيث أن السيد(ل.م) في حق ابنته القاصرة (ف) وقد طلب نقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاة بسكرة بتاريخ 1997/01/04 القاضي بتأييد الحكم الصادر عن محكمة أولاد جلال بتاريخ 1997/01/30 القاضي برفض دعوى إثبات النسب.

حيث استند الطاعن في طلبه على وجهين للنقض.

حيث أن المطعون ضده رد على الطعن.

حيث التمسست النيابة العامة رفض الطعن.

عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة المواد 44/40 من ق.أ والمادة 342 من ق.م.

بدعوى أن المطعون ضده قد أقر بالولد موضوع النزاع أمام مديرية الحماية الاجتماعية زيادة عن عقد الزواج.

لكن وحيث أن عقد الزواج قد تم يوم الثاني ماي 1994 والولد قد ازداد بتاريخ 1994/05/07 وأن المادة 42 من ق.أ تقضي بأن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأن الإشهاد المحرر من طرف مدير الصحة والحماية الاجتماعية لولاية تيبازة يوم 1995/06/14 المتضمن اعتراف المطعون ضده بأبويه للولد فإن الإدارة مؤهلة قانونا لتلقي الإقرار وعليه فالوجه غير مؤسس.

عن الوجه الثاني: المأخوذ من قصور الأسباب.

بدعوى أن القرار المنتقد قد اعتبر أنه لا يوجد لأية علاقة بين المولود والمطعون ضده مع أن الحكم الجنائي لمجلس بسكرة الصادر عن محكمة الجنايات بتاريخ 1995/06/21 الذي أداه المطعون ضده بثلاث سنوات حسبا بسبب الفعل المخل بالحياد الذي نتج عنه الولد.

لكن وحيث أن القرار المنتقد قد أجاب الطاعنة بأن النسب لا يثبت بالعلاقة الغير الشرعية وعليه فالوجه غير مؤسس الذي رفض الطعن.

قلهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا:

غرفة الأحوال الشخصية والمواريث بقبول الطعن شكلا، ورفضه موضوعا، مع تحميل الطاعن بالمصاريف القضائية.

بهذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السابع عشر من شهر نوفمبر سنة ثمانية وتسعين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث المتكونة من السادة.

هويدي الهاشمي الرئيس المقرر

صوافي إدريس المستشار

إسماعيل عبد الكريم المستشار

بحضور السيد المحامي العام خروبي عبد الرحيم، وبمساعدة السيد زاوي ناصر أمين الضبط.

بهذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ سنة ثمان وتسعين وألف ميلادية من قبل المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث المترتبة من السادة:

هويدي الهاشمي الرئيس المقرر

أمقران المهدي المستشار

صوافي إدريس المستشار

بحضور السيد خروبي عبد الرحيم المحامي العام بمساعدة السيد زاوي ناصر كاتب.

فائقة المرجع

- القرآن الكريم

1- باللغة العربية:

أولاً: المعاجم

- 1- ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1992.
- 2- أحمد بن محمد الفيومي المقري، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1987.
- 3- الجيلاني بن الحاج يحيى، بلحسن البليش، علي بن هادية، القاموس الجرير، د.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س.ن.
- 4- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، وزارة التربية و التعليم المصرية، القاهرة، مصر، 1994.

ثانياً: الكتب

- 1- إبراهيم بن ناصر بن إبراهيم البشر، أكثر مدة الحمل، د.ط، رابطة العالم الإسلامي، السعودية، د.س.ن.
- 2- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، دار الحديث للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 1991.
- 3- أحمد بن حنبل، مسند، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971.
- 4- أحمد محمد كنعان، الموسوعة الطبية الفقهية، دار النفائس، بيروت، لبنان، 2000.
- 5- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الإصطناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.
- 6- إقروفة زبيدة، الإكتشافات الطّبية و البيولوجية و أثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، د.ط، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
- 7- الحافظ أبي عبد الله بن زيد بن ماجة القرويني، سنن، دار الرسالة العالمية، دمشق، سوريا، 2008.
- 8- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 9- أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي،

- د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 10- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنيّة و المذهب الجعفري و القانون، ج01: الزواج و الطلاق، د.ط، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، د.س.ن.
- 11- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (مقدمة-الزواج-الطلاق-الميراث-الوصية)، ج01: الزواج و الطلاق، ط.04، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 12- _____، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج02: الميراث و الوصية، ط.05، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 13- _____، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفقا لآخر التعديلات و مدعم بأحدث إجتهدات المحكمة العليا)، ج01: أحكام الزواج، ط.06، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 14- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنتاج الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر، 2007.
- 15- حميد بن شنيطي، مدخل لدراسة العلوم القانونية، ج02: نظرية الحق، د.د.ن، الجزائر، 2008.
- 16- راشد سعد العليمي، الولادة و المولود، ط.02، د.د.ن، د.ب.ن، 2011.
- 17- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني(النظرية العامة الحق)، د.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1999.
- 18- رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- 19- شحاتة عبد المطلب حسن أحمد، الإجهاض بين الحظر و الإباحة في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 20- شوقي بنّاسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.
- 21- شعبان الكومي فايد، أحكام الإستتساخ في الفقه الإسلامي، د.ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.

- 22- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ط.02، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1989.
- 23- _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج05: العقود التي تقع على الملكية (الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح)، ط.03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 24- _____، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج01: مصادر الإلتزام، ط.03، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 25- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية على وفق مذهب أبو حنيفة و ما عليه العمل في المحاكم، ط.02، دار القلم للنشر و التوزيع، الكويت، 1990.
- 26- عصام أنور سليم، مقدمة الثقافة القانونية، (نظرية الحق)، مكتبة الوفاء، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 27- علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة و القانون، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 28- عمار بوضياف، النظرية العامة للحق و تطبيقاتها في القانون الجزائري، جسور للنشر و التوزيع.
- 29- عمر غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم للطباعة و النشر، د.ب.ن، 2001 .
- 30- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، المحلى، دار الأفاق الجديدة، بيروت، لبنان، الجزائر، د.س.ن.
- 31- عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف و الأجنة، دار النهضة للطبع و النشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 2001.
- 32- غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط.07، دار وائل للطباعة و النشر، عمان، الأردن، 2004.
- 33- فشار عطاء الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2006.
- 34- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.03، دار الفكر العربي للطبع والنشر، القاهرة، مصر، 1957.

- 35- محمد العمراني، الميراث في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، د.ط، المؤسسة الوطنية للنشر، الجزائر، د.س.ن.
- 36- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، المجلد13: كتاب النفقات، ط.02، دار ابن الجوزي للنشر و التوزيع، المملكة العربية السعودية، 2007.
- 37- محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج31، ط.07، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1981.
- 38- محمد سعيد الطباطبائي الحكيم، فقه الإستنساخ البشري و الخلايا الجذعية و فتاوى طبيّة، ط.06، دار الهلال للنشر و الطباعة، مصر، 2013.
- 39- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج02: دروس في نظرية الحق، د.ط، دار هومة، الجزائر، 2011.
- 40- محمد طيبة، الجديد في قانون الجنسية الجزائرية و المركز القانوني لمتعدد الجنسيات، دار هومة للتوزيع و النشر، الجزائر، 2006.
- 41- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، ط.04، دار السعودية للنشر و التوزيع، جدة، السعودية، 1983.
- 42- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه و القانون و القضاء، د.ط، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
- 43- محمد مصطفى شلبي، أحكام المواريث في الفقه و القانون، دار جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008.
- 44- محمد نبيل النشواتي، الإسلام يتصدى للغرب الملحد، دار القلم، دمشق، سوريا، 2010.
- 45- محمد محمد، التركات و المواريث، دار الفجر للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، 2004.
- 46- محمدي فريدة زاوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2006.
- 47- مسعود الهلاني، أحكام التركات و المواريث، دار جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008.

- 48- مفتاح محمد أفريط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه و القانون الوضعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 49- مفتاح محمد أفريط، الحماية المدنية و الجنائية للجنين، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.
- 50- منصور كافي، علم الفرائض في الشريعة و القانون، د.ط، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2000.
- 51- موفق الدين أبو عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 1994.
- 52- نبيل كمال الدين طاحون، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية، د.ط، دار الأصفهاني للنشر، جدة، السعودية، 1984.
- 53- نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية للزوجة، دار الكتاب الحديث للنشر و التوزيع، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 54- هاني الطعيمات، فقه الأحوال الشخصية للميراث و الوصية، دار الشروق للنشر، الأردن، 2007.
- 55- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج07: الأحوال الشخصية، ط.02، دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر، دمشق، سوريا، 1985.

ثالثا: الأطروحات و المذكرات الجامعية

1- الأطروحات الجامعية

- محمد تقية، الهبة في قانون الأسرة المقارن، مذكرة لنيل دكتوراه الدولة، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1997.

2- مذكرات الماجستير

- 1- الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر "1"، الجزائر، 2013.
- 2- بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2009.

- 3- ريم عادل الأزعر، الوصية الواجبة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2008.
- 4- سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري و الفقه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2005.
- 5- صالحه الحليس، حقوق الجنين في الإسلام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة، جامعة أم القرى، السعودية.
- 6- عواطف تحسين، عبد الله البوقي، أحكام الجنين و الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة لنيل الماجستير في الفقه، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، 1990.
- 7- عيسى أمعيزة، الحمل إرثه، أحكامه و صورته المعاصرة بين الشريعة و القانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006.

3- المذكرات

- 1- بهنوس سعاد، قريد سيف الدين، سوداني إيمان، الحماية الجنائية للجنين بين الشريعة و القانون، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في القانون، كلية الحقوق و الآداب و العلوم الإجتماعية، قسم العلوم القانونية و الإدارية، قالمه، الجزائر، 2010.
- 2- بورياشي مريم، ورتسي مريم، التلقيح الإصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة في مقياس الملتقى، كلية الآداب و العلوم الإجتماعية، جامعة 08 ماي 1945، قالمه، الجزائر، 2010.
- 3- خوجة إبتسام، خوجة سامية، دريس حنان، إثبات النسب وفقا لتعديلات قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس في الحقوق و العلوم الإدارية، كلية الحقوق و الآداب و العلوم الإجتماعية، جامعة 08 ماي 1945، قالمه، الجزائر، 2010.
- 4- طالبي بدرية، موهون حمودي، الحماية الجنائية للجنين، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.
- 5 - والعالج أمباركة، إثبات النسب بين الطرق التقليدية و الحديثة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

رابعاً: المقالات العلمية

- 1- أوان عبد الله الفيضي، "حقوق الجنين بين الشريعة و القانون"، مجلة كلية العلوم الإسلامية، المجلد 05، ع.10، 2010.
- 2- حادى شفيق، "حكم الهبة للجنين"، مجلة الفقه و القانون، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، ع.04، 2013.
- 3- شرف القضاة، "متى تنفخ الروح في جنين؟"، مجلة دراسات، كلية الشريعة، الجامعة الأردنية، عمان، ع.12، 1986.
- 4- شهرزاد بوسطلة، "الحقوق المالية و المعنوية للجنين"، مجلة الإجتهد القضائي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع.07.
- 5- عبد الحق العمراني، "الإشترط لمصلحة الغير"، مجلة القانون و الأعمال، ع.01، جامعة الحسن الأول، المغرب.
- 6- فؤاد ديب، "المرأة و الجنسية و المساواة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، جامعة دمشق و جامعة جدارا للدراسات العليا، الأردن، ع.24، 2008.
- 7- محمد أحمد الرواشدة، "عقوبة الإعتداء على الجنين بالإجهاض"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، كلية الشريعة، جامعة مؤتة، سوريا، ع.01، 2007.
- 8- محمد مومن، "أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، مراكش، المملكة المغربية، ع.03، 2004.
- 9- محمد واصل، "الإستتساخ البشري في الشريعة و القانون"، مجلة جامعة دمشق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، سوريا، ع.02، 2002.
- 10- ناتوري كريم، "دراسة لأهم التعديلات الواردة على قانون الجنسية الجزائري بموجب الأمر رقم 05-01"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق و العلوم الإسلامية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ع.01، 2012.

11- نورة بنت مسلم المحمادي، "حق النفقة للطفل"، مجلة العدل، كلية التربية للبنات، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، ع.04، 2011.

خامسا: النصوص القانونية

1- الدستور

- دستور 1966/12/28 المنشور بموجب المرسوم الرئاسي 96/438 المؤرخ في ديسمبر 1996، ج.ر.ج.ج، ع.76 لسنة 1996 المعدل بالقانون 02-03 مؤرخ في 2002/04/10، يتضمن الدستور ج.ر.ج.ج، ع.25 لسنة 2002.

2- النصوص التشريعية

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق ل 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر.ج.ج، ع.27 مؤرخة في 1984/06/12، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 2005/02/27، ج.ر.ج.ج، ع.15 مؤرخة في 2005/02/27.

2- قانون رقم 85-08 مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق ل 1985/02/16 المتعلق بحماية الصحة و ترفيتها، ج.ر.ج.ج، ع.08 المؤرخة في 1985/02/17، المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-13 مؤرخ في 17 رجب 1429 الموافق ل 2008/06/20.

3- قانون رقم 91/10 مؤرخ في 27 أبريل 1996، المتضمن قانون الأوقاف، ج.ر.ج.ج، ع.21 مؤرخة في 1991/05/08، معدل و متمم بالقانون رقم 10/02 مؤرخ في 2002/12/14، ج.ر.ج.ج، ع.83 مؤرخة في 2002/12/15.

4- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج، ع.49 مؤرخة في 11/06/1966 معدل و متمم.

5- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج، ع.78 مؤرخة في 1975/09/30، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/05/13، ج.ر.ج.ج، ع.31، مؤرخة في 2007/05/13.

6- الأمر رقم 70-20 مؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق ل 1970/02/19، يتعلق بالحالة المدنية، ج.ر.ج.ج، ع.21 مؤرخة في 1970/02/27، المعدل و المتمم.

- 7- الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 17 شوال 1390 الموافق ل 15/12/1970 المتضمن قانون الجنسية، ج.ر.ج.ج، ع.105 مؤرخة في 18/12/1970، المعدل و المتمم بالأمر رقم 01/05 ممضى في 27/02/2005 ج.ر.ج.ج، ع.15 مؤرخة في 27/02/2005.
- 8- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالتأمينات، ج.ر.ج.ج، ع.13 مؤرخة في 08/03/1995، معدل بالقانون رقم 04/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ج.ر.ج.ج، ع.15 مؤرخة في 12/03/2006.

3- النصوص التنظيمية

- المرسوم التنفيذي رقم 276/92 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق ل 06/06/1992، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، ج.ر.ج.ج، ع.52 مؤرخة في 08/06/1992.

سادسا: الأحكام و القرارات القضائية

- 1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار 222674 مؤرخ في 15/06/1999، قضية (ع.ب) ضد (م.ل)، المجلة القضائية، عدد خاص، 2002.
- 2- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار رقم 172379 مؤرخ في 28/10/1997، قضية (ق.م) ضد (ق.أ)، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001.

سابعا: المحاضرات

- لعامرة، الجنسية الجزائرية الأصلية، محاضرة ملقاة على طلبة السنة الرابعة بكلية الحقوق، جامعة المسيلة، الجزائر، 2012.

ثامنا: المواقع الإلكترونية

- 1- الشيخ عبد المجيد الزنداني، أطوار الجنين و نفخ الروح، مقال منشور على الموقع التالي:
<http://www.jameataleman.org/main/articles.aspx?selected-articleno=19421search=1>.
- 2- زيد بن مسفر البحري، كتاب النفقات، منشور على الموقع التالي:
www.albahre.com/publish/article-5346.php.

- 3- سعاد بن تركي الخثلان، أكثر مدة الحمل، بحث منشور على الموقع التالي:
www.islamfeqh.com/nawazel/nawazelitem.aspx?nawazelitemid=1955
- 4- شريف كف الغزل، الجنين و نشأة الإنسان بين العلم و القرآن، مقال منشور على الموقع التالي:
www.islamicmedicine.org/embryotext
- 5- عبد الغفور أقشيوشو، مقال منشور على الموقع التالي:
<http://www.mjhar.com/an.sy/artview/1350/68292>
- 6- محمد الهواري، الإستتساخ البشري بين الثورة العلمية و الضوابط الأخلاقية و الفقهية، مقال منشور على الموقع التالي:
www.e-cfr.org/ar/bo/3.doc
- 7- محمد سلامة الغنيمي، أطوار خلق الإنسان في القرآن بين الإعجاز التربوي و الإعجاز العلمي منشور على الموقع التالي:
<http://www.alukah.net/sharia/1045/62578>
- 8- مصطفى أحمد الزرقاء، التلقيح الإصطناعي و أطفال الأنابيب، مقال منشور على الموقع التالي:
<http://ar.islamway.net/article/17083>
- 9 - نور وعلي، الجنسية الأصلية الجزائرية، مقال منشور على الموقع التالي:
<http://www.startimes.com/f.aspx?t=32140860>
- 10- حماية الورثة و تصرفاتهم، مذكرة منشورة على الموقع التالي:
www.droit-dz.com/forum/showread.php?t=10493
- 11- الهبة دراسة مقارنة، مذكرة منشورة على الموقع التالي:
<http://www.mjhar.comlar-sy/artview/1350/68292>
- 2- باللغة الأجنبية
- 1- باللغة الفرنسية

A- Ouvrages:

- 1- GRP.Soufik Melina ,Dictionnaire El Morshid(français/français), Nouvelle Edition Révisée, Alger, 2007.

2- Jacques Fortin, Le Corps Humain Comprendre Notre Organisme, Québec Amérique, Canada, 2008.

B- Mémoires :

-Garcia Victor Et Autres, Le Clonage Thérapeutique, Master Science De L'environnement Du Territoire Et De L'économie, Université De François Régis Mahieu, France, 2010.

C- texte juridique :

- Code civil français in :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichcode.do?cidtexte=legitext00006070721&-datetexte=201405> .

D- Sites internet :

1-Ayoun Balzan Rios, Le Clonage Humain, article publier on :

http://etab-ac-potiers.fr/clegiofrancia/img/pdf/le_clonage_humain.pde.

2- Insémination artificielle, article publier on :

www.gineefiv.fr/sites/default/files/pdf/ia_fr_idf

2- باللغة الإنجليزية

1-Oxford wordpawer, dictionairy(english/ english/ arabic), Oxford University Press, Second Edition, Newyork , U.S.E, 2006.

2 - Abdal Karim Radouan, Humain Grouth And Development, Gaza, Palastine, 4th Edition, 2006.

3-Gail H.Jawtt, Kristen Suthers, Kathy Hudson, Cloning : Apolicy Analysis, Genetics And Public Policy Center 2005, Maryland, U.S.A .

الفصل الدراسي

الفهرس

الصفحة

العنوان

شكر و تقدير

إهداء

قائمة المختصرات

01.....	مقدمة.....
04.....	الفصل الأول: حقيقة الجنين.....
05.....	المبحث الأول: تعريف الجنين و مراحل تطوره.....
05.....	المطلب الأول: تعريف الجنين.....
05.....	الفرع الأول: تعريف الجنين لغة.....
06.....	الفرع الثاني: تعريف الجنين إصطلاحا.....
06.....	أولاً: في الفقه الإسلامي.....
07.....	1- عند الحنفية.....
07.....	2- عند المالكية.....
08.....	3- عند الشافعية.....
09.....	4- عند الحنابلة.....
09.....	5- عند الظاهرية.....
10.....	ثانياً: في الفقه الوضعي.....
11.....	ثالثاً: في إصطلاح الأطباء.....
12.....	المطلب الثاني: مراحل تطور الجنين.....
13.....	الفرع الأول: طور النطفة.....
14.....	أولاً: النطفة المذكورة.....
14.....	ثانياً: النطفة المؤنثة.....
15.....	ثالثاً: النطفة الأمشاج.....

- 16.....الفرع الثاني: طور التخليق
- 16.....أولاً: العلقة
- 17.....ثانياً: المضغة
- 19.....ثالثاً: العظام و كساءها باللحم
- 21.....رابعاً: نشأة الخلق الآخر
- 24.....المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للجنين
- 26.....المطلب الأول: الشخصية الإحتمالية للجنين
- 28.....الفرع الأول: بداية الشخصية القانونية للحمل المستكن
- 30.....الفرع الثاني: الشخصية القانونية للجنين معلقة على شرط ولادته حياً
- 30.....أولاً: حقوق الجنين معلقة على شرط واقف
- 31.....ثانياً: حقوق الجنين معلقة على شرط فاسخ
- 32.....المطلب الثاني: الشخصية اليقينية للجنين
- 33.....الفرع الأول: شروط ثبوت الشخصية اليقينية للجنين
- 33.....أولاً: تمام الولادة
- 34.....ثانياً: تحقق الحياة
- 35.....الفرع الثاني: إثبات واقعة الميلاد
- 37.....الفصل الثاني: الحقوق المدنية للجنين
- 38.....المبحث الأول: الحقوق المتصلة بذات الجنين
- 38.....المطلب الأول: الحق في النسب
- 39.....الفرع الأول: الضابط القانوني الأساسي للنسب
- 39.....أولاً: أدنى مدة للحمل
- 40.....ثانياً: أقصى مدة للحمل
- 42.....الفرع الثاني: الضابط القانوني الفرعي للنسب
- 42.....أولاً: العدة في الحالات العادية
- 45.....ثانياً: العدة في الحالات الإستثنائية
- 45.....1- عدة الحامل من الزناً

- 2- عدة الحامل الغير المسلمة.....46.....
- 3- عدة الوطئ بشبهة.....47.....
- 4- العدة في الزواج الفاسد.....48.....
- الفرع الثالث: الضابط العلمي للنسب.....49.....
- أولاً: التلقيح الإصطناعي.....49.....
- 1- التلقيح الداخلي.....50.....
- 2- التلقيح الخارجي.....51.....
- ثانياً: الإستنساخ.....54.....
- 1- تعريفه.....54.....
- 2- أنواعه.....55.....
- أ- الإستنساخ الجيني.....55.....
- ب- الإستنساخ الجسدي.....55.....
- ج- الإستنساخ العضوي أو الخلوي.....55.....
- المطلب الثاني: الحق في الجنسية.....57.....
- الفرع الأول: رابطة الدم.....58.....
- أولاً: حالة المولود من أب جزائري.....58.....
- ثانياً: حالة المولود من أم جزائرية.....59.....
- الفرع الثاني: رابطة الإقليم.....59.....
- المبحث الثاني: الحقوق المالية للجنين.....61.....
- المطلب الأول: الحقوق المالية للجنين على وجه الإلزام.....61.....
- الفرع الأول: الحق في النفقة.....62.....
- الفرع الثاني: الحق في الميراث.....65.....
- أولاً: شروط توريث الحمل و مقدار ما يوقف له.....66.....
- 1- شروط توريث الحمل.....66.....
- أ- أن يكون موجودا في بطن أمه وقت وفاة مورثه.....66.....
- ب- أن يولد حيا كله أو للحظة واحدة.....67.....

68.....	2- المقدار الذي يوقف للجنين.....
68.....	ثانيا: حالات توريث الحمل.....
70.....	المطلب الثاني: الحقوق المالية على وجه التبوع.....
71.....	الفرع الأول: التصرفات الصادرة عن الإرادة المنفردة.....
71.....	أولاً: الحق في الوصية.....
71.....	1- تعريف الوصية.....
72.....	2- شروط صحة الوصية للجنين.....
72.....	أ- وجود الجنين في بطن أمه حال الوصية.....
72.....	ب- أن يولد الجنين حيا حياة مستقرة.....
73.....	ج- أن يكون الحمل الموصى له على الصفة التي أرادها الموصي.....
74.....	ثانيا: الوقف على الجنين.....
74.....	1- تعريف الوقف.....
75.....	2- حكم الوقف على الجنين.....
76.....	الفرع الثاني: التصرفات الصادرة عن الإرادة المشتركة.....
76.....	أولاً: الحق في الهبة.....
76.....	1- تعريف الهبة.....
76.....	2- حكم الهبة للجنين.....
76.....	أ- موقف الفقهاء.....
78.....	ب- موقف المشرع الجزائري.....
78.....	ثانيا: الإشتراط لمصلحة الجنين.....
82.....	خاتمة.....
85.....	الملاحق.....
91...	قائمة المراجع.....
102.....	الفهرس.....