الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامـــــعة علي لونيســـي– البليدة 2

كليــة الحقوق والعلوم السياسيـة

قـــــسم القانون الخاص

الحماية المدنية والجنائية للجنين

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق

التخصص: الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة:

لعباني نهال مريم

إشراف الأستاذة:

أ.د شريف هنية

السنة الجامعية: 2022/2021

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامـــــعة علي لونيســي– البليدة 2

كليــة الحقوق والعلوم السياسيـة

قـــــسم القانون الخاص

الحماية المدنية والجنائية للجنين

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه الطور الثالث في الحقوق

التخصص: الأحوال الشخصية

إعداد الطالبة:

لعباني نهال مريم

إشراف الأستاذة:

أ.د شريف هنية

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د تكاري هيفاء رشيدة	أستاذ التعليم العالي	جامعة البليدة 02	رئيسا
أ.د شريف هنية	أستاذ التعليم العالي	جامعة البليدة 02	مشرفا ومقرراً
د. روابح إلهام شهرزاد	أستاذ محاضر "أ"	جامعة البليدة 02	عضوا مناقشا
د.عثماني عبد الرحمان	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعيدة	عضوا مناقشا
د. هني عبد اللطيف	أستاذ محاضر "أ"	جامعة سعيدة	عضوا مناقشا
د. خالدي فتيحة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة البويرة	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021


بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــداء

الحمد لله واهب النعم، وبنعمة الإسلام جميعها تتمّ، والصلاة والسلام على من أوتي جوامع الكلام. بعد توفيق من الله تعالى على إتمام هذا العمل المتواضع لا يسعني في هذا المقام إلاّ أن أهيب تواضعاً واحتراماً لرياض الحنان وبستان الأمان وقدوتي في هذه الحياة، جدتي العزيزة "ماني" رحمها الله،

إلى التي أرضعتني حناناً ، وربّتني ورعتني أحسن تربية ورعاية عسى أن تكون ثمرة عملنا صدقة جارية على روحها الطاهرة، واللّهم اجعل مأواها جنة الفردوس.

إلى القلب الكبير الّذي وسعني بعطفه، إلى التي تفرح لفرحتي وتسعد لسعادتي وتتألم لألمي إلى التي تعجز قواميس فكر عن وصفها، أمي الغالية حفظها الله ورعاها.

إلى من كافحوا في الدنيا من أجل سعادتي، ووفروا لي سبيل العلم والنجاح، إلى رمز التضحية، إلى الذين أحسنوا تربيتي كعائلة واحدة إلى جانب والدتي، إلى من علموني معنى الحياة وطعم النجاح، إلى خالاتي وخالي (رحمة الله عليه).

إلى كل فرد من عائلتي الكريمة، ورفيقاتي، وإلى كل من عرفني من قريب أو بعيد.

شكر وتقدير

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك، ولا يطيب النهار إلا بطاعتك، ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك، ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك، ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك.

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة، إلى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

أتقدم بأسمى معاني الشكر والتقدير إلى رئيس التكوين أستاذنا وقدوتنا الدكتور سرير ميلود، وإلى أستاذتي الفاضلة شريف هنية التي لم تبخل علي بوقتها النفيس رغم انشغالاتها، والعون والتوجيه والنصيحة.

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة الّذين تحملوا مشقة قراءة هذه الرسالة وتكرموا بمناقشتها وتصحيحها.

كما لا ننسى أن اشكر كل من كان له سابق الفضل من قريب أو بعيد في إتمام هذه الرسالة، وإلى الذين كانوا عوناً لي في بحثي هنا نورا يضيء الظلمة التي كانت تقف أحياناً في طريقي.

إلى كلّ من عميد، أساتذة وعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعتي البليدة 02 وجامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة ، وأخص بالذكر الدكتورة سويلم فضيلة على مساعدتها وتوجيهاتها القيمة.

مقـــدمـــة

مقدمة

لقد جعل الله تعالى الإنسان خليفته في الأرض ومكنه وكرمه، وسخر له ما في السموات والأرض، ليعبد الله عز وجل وليعمر الأرض، ولتحقيق هذه الغاية شرع له الزواج بارتباط الذكر بالأنثى كوسيلة لاستبقاء النوع الإنساني، حيث يشكل الطفل تلك الثمرة المرجوة من هذه العلاقة الزوجية لقوله تعالى: ﴿**الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا**...﴾.[1]

أوجبت الشريعة الإسلامية حفظ النسل وجعلته من الكليات الخمس إذ خصت الولد بأحكامها منذ أن يكون جنينا إلى صيرورته فردا، مؤكدة بذلك على حقه الأول بالمحافظة على حياته، حتى خروجه إلى الحياة صحيح البدن سليما معافى.

ولما كان الجنين أولى مراحل تكوين الإنسان، حظي بحماية شرعية وقانونية مهمة أوجبت الفقهاء وعلماء القانون والطب على تعريفه، فلا يخرج معنى الجنين في اصطلاح الفقهاء عن المعنى اللّغوي وهو الولد ما دام في البطن، غير أنّ الفقهاء اختلفوا فيما يصدق عليه لفظ الجنين حال سقوطه وقبل تمام خلقه ونفخ الروح فيه.

فمن البديهي أن يتبادر إلى أذهاننا أن الجنين هو الكائن الذي ينمو في بطن أمه، بمجرد تلفظنا بلفظ الجنين. والحقيقة أن هذا التعريف التقليدي يقتصر في معناه على الجنين داخل رحم المرأة فقط؛ فالأصل أن التطورات العلمية الحديثة أثبتت وجود عدة تقنيات للإنجاب خارج الرحم بموجب أنابيب اختبار وهو ما يسمى بجنين الأنابيب. و بذلك يتغير مفهوم الجنين في هذا السياق على فرض أن العلم قد أنجز هذا الهدف العلمي، فالجنين هو تلك البويضة المخصبة بالحيوان المنوي، بدء من تكوينها وحتى الولادة، سواء تم هذا الإخصاب في داخل الرحم أو خارجها.

لقد كشف لنا القرآن الكريم عن مراحل تطور الجنين منذ بداية تكوينه كنطفة أمشاج إلى أن ينفخ فيه الروح في أسلوب بياني معجز حيث يقول الله عز وجلّ: ﴿**وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ**

1- الآية 46 من سورة الكهف.

مِّن طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾.[1]

ليبرز لخلقه طلاقة قدرته في الخلق والتصوير فيما يلي:

*طور النطفة: وهي عبارة عن مرحلة البويضة الملقحة التي تنجم عن اندماج خلية مذكرة (حيوان منوي) بخلية مؤنثة (بويضة) وتحتوي على جميع الصفات والخواص الوراثية لكلّ من الذكر والأنثى.[2]

*طور العلقة: وأهمّ ما يميّز هذه المرحلة هو التعلق بجدار الرحم بواسطة خلايا تمتص من دم الأم كلّ ما يلزم لتخلق الجنين من ماء وغذاء.[3]

*طور المضغة: بعد عملية العلوق يظلّ الجنين أيضا في هذه المرحلة متعلقا بالرحم ويقضي مدة فيها، عبارة عن قطعة لحم ملساء لا يمكن تمييز أيّ عضو منها وهذه هي المضغة غير المخلقة.

*طور تكوين العظام واللّحم: سبق أن ذكرنا أنّ جميع المراحل تتداخل فيما بينها، إلاّ أنّ هذه المرحلة تستغرق الأسابيع الخامس والسادس والسابع لتتحول شيئاً فشيئًا إلى عظام.

*طور نفخ الروح في الجنين: أجمع الفقهاء على أنّ نفخ الروح يكون بعد مائة وعشرون يوماً من بداية التلقيح.

فالجنين ثمرة المستقبل وأساس الوجود الإنساني ولهذا اعتنت به الشريعة الإسلامية بداية من تعريفه إلى تكييف أحكامه وكذا مختلف التشريعات لتعطيه حقوقاً وتبسط عليه حماية قانونية مدنية وجنائية.

1- الآية 12، 13، 14 من سورة المؤمنون.

2- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الطبعة الرابعة، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1983، ص367.

3- نفس المرجع، ص368

ولقد اهتمت الشرائع المختلفة بشؤون الجنين ورعايته فأوجبت له حقوقا مدنية مادية وأدبية وحرصت على حمايته جنائياً حفاظاً على حقه في الحياة بحفظ بدنه ونفسه وصحته من خلال تجريم فعل الإجهاض الموقف لنموه. فضلاً عن الحق في إثبات النسب وحقه في تمتّعه بالأهلية والذمة كشخص من أشخاص القانون. بالإضافة إلى حقه في الإرث ومختلف التبرعات ووجوب النفقة على الحامل والحمل في آن واحد.

ومن هذا المنطلق جعلنا هذا الموضوع متمركزاً على الحماية المدنية والجنائية للجنين، باعتبار تخصصنا للأحوال الشخصية وميولنا للبحث والتنقيب عن كل ماهو مستجد في موضوع الجنين، سنتطرق لتوضيح حكم الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في هذه المسألة ومحاولة ربطها بالعصر الحالي لمسايرة أحدث التطورات العلمية والطبية.

وتعود دوافع هذه الدراسة إلى أنّها تتناول جانباً من الحقوق الإنسانية لم يسلط عليها الضوء بشكل كافي وشامل، فالبحوث فيه قليلة جداً لا تتناسب وأهمية الموضوع ، باعتبار أنّ الجنين هو فعلاً كائن بشري له حقوق عديدة حتى قبل ولادته باختيار الزوجين و خلوهما من الأمراض والعاهات بواسطة مشروعية الفحص الطبي قبل الزواج. كما تقع على عاتقنا اتّجاهه التزامات شرّعها الدين والقانون.

لذا وجب التطرق كسبب رئيسي لمختلف هذه الحقوق لتحديدها ومعرفة أبعادها وإزالة الغموض على موضوع يتعلق بالجانب المدني، الطبي والتطور العلمي، وتعلقه بالتكاثر البشري الذي ازدادت أهميته في الآونة الأخيرة، لما له من جوانب فردية واجتماعية في نفس الوقت. وذلك لإنصاف هذا الكائن لإيجاد حلول لجميع المشاكل التي تعترضه ومراجعة تقنين التشريعات اللاّزمة لذلك لاسيما التشريع الجزائري والخروج بتوصيات مناسبة تسد الثغرات القانونية في مسألة الجنين حتى لا تستغل سوء استغلال.

ولهذا البحث أهمية كذلك في نطاق القانون الجنائي وأيضا في نطاق القوانين المنظمة لمهنتي الطب والتوليد خاصة في ظلّ التقدم العلمي الهائل في مجال العلوم الطبية وذلك في الأجنة الناتجة عن التلقيح الصناعي داخل وخارج الرحم (جنين الأنابيب) والاستنساخ البشري وكذلك بنوك النطف والأجنة وتأجير الأرحام. وهذا ممّا يثير البحث في إتلاف البويضة الملقحة قبل وبعد

زرعها في رحم الأم عمداً أو خطأ ومدى اعتبار ذلك إجهاضاَ، خاصة وأنّ هذه الأمور أصبحت موضوعاً ومحلاً للممارسات الطبية ولأغراض عملية وتجارية ممّا ينبغي معه استعراض أهم الجوانب والمشكلات القانونية والأخلاقية والدينية وسائر القيم الاجتماعية التي سادت ضمائر الأمم.

إذ أنّ هذه الممارسات تصطدم وتمس أكثر الأمور حرمة وأشدها حساسية لدى الفرد والمجتمع على حدّ سواء، وتثير الشكوك حول مدى مشروعيتها من جهة وحقيقة أثرها وانعكاساتها على نطاق الحماية الجنائية المقررة لحق الجنين في الحياة من جهة أخرى.

ولما كان موضوع الحماية المدنية والجنائية للجنين على جانب كبير من الأهمية، كانت فكرة الكتابة فيه لإيضاح مباحثه في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، ولا نزعم أنّ لنا سبق البحث في هذا المجال، فقد كتب فيه بعض المؤلفين ، وقد اطلعنا على بعض ما كتبوا وعلى العديد من المؤلفات المثبتة بالفهارس واستفدنا من كتاباتهم ، ولا ندعي أنّ في بحثنا هذا مصدر لكلّ باحث أو أنّه وصل إلى درجة الكمال بل إنّه خطوة أخرى في طريق البحث والباحثين.

ولعل من أكبر العقبات التي واجهت هذه الدراسة عديدة و منها: قلة النصوص القانونية المتعلقة بحماية الجنين في مختلف المسائل المتطرق إليها سواء مدنيا أو جزائيا لاسيما في التشريع الجزائري و هو ما يدل على حداثة الموضوع في الدراسات القانونية الجزائرية. بالإضافة إلى تشعب الموضوع بين جملة القوانين كقانون العقوبات و قانون الأسرة، القانون الطبي، القانون المدني وفي الفقه الإسلامي...

وبين كل هذا وذاك، ولتبيان جميع جوانب الموضوع وما ينطوي عليه من طبيعة خاصة، كان لزاما دراسة هذا الموضوع منذ تقرير نطاق الحماية المدنية إلى غاية التطورات الحاصلة في الفقه والقضاء والقانون في المجال الجنائي والطبي.

والإشكالية محل الطرح في هذه الدراسة هي: **ما هو نطاق الحماية المدنية والجنائية للجنين ضمن الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي؟ وأي من هاتين الحماية جسدت فعاليتها في احترام حقوق هذا الكائن البشري والحد من الممارسات التي تستهدفه ؟**

و للإجابة عن هذه الإشكالية، سوف نتبع طريقة المقارنة، الوصف فالتحليل فالاستنباط متبعين طريقة التأصيل التي تقوم على التأليف بين وجهات النظر المتشابهة في الفقه الإسلامي. وتحديد ما يترتب على التقنية الطبية المستحدثة في مجال الأجنة من مشاكل، مع تحديد الضوابط و النظم القانونية التي وضعها المشرعون في القانون المقارن، ونستخلص من ذلك أهم المبادئ القانونية العالمية والأنظمة الدولية راغبين أن يتناولها المشرع الجزائري لمواكبة التطور القانوني في هذا المجال و ذلك حماية لحق الجنين البشري في الحياة و في ضوء التشريع الإسلامي.

ولقد اتبعنا في هذا الصدد الخطة الآتي تفصيلها:

* **الباب الأول:** و جاء تحت عنوان الحماية المدنية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع، وتناولنا فيه فصلين اثنين، حيث تطرقنا إلى حماية الحقوق الشخصية للجنين في الفقه الإسلامي و التشريع (في الفصل الأول) يليه حماية الحقوق المالية للجنين في الفقه الإسلامي و التشريع (في الفصل الثاني).

* **الباب الثاني:** جاء تحت عنوان الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي و التشريع وتناولنا فيه فصلين كذلك هما حماية حق الجنين في النمو الطبيعي قي الفقه الإسلامي و التشريع (فصل أول)، ثم التدخل الطبي الحديث على الجنين و أثره على نطاق الحماية الجنائية بين الفقه الإسلامي والتشريع (فصل ثاني).

الباب الأول

الحماية المدنية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع

الباب الأول: الحماية المدنية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع.

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. فهو يكون أولا نطفة ثم يصير علقة ثم يصير مضغة ثم جنينا ليخرج طفلا.

فلقد أولت الشريعة الإسلامية اهتماما كبيرا بالجنين كونه شخص ضعيف لاحول ولا قوة له. فمنحت له العديد من الحقوق أولها الحق في الحياة كونه حق مقدس فقد حرم الله تعالى قتل النفس البشرية لقوله عزوجل: ﴿**وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ**﴾.[1]

حيث اتخذت الشريعة الإسلامية جميع التدابير اللازمة والضمانات الشرعية لإستمرار حياة الجنين وذلك بمحاربتها لفكرة الإجهاض. و نجد أن المشرع الجزائري اهتم بهذه المسالة من خلال بعض النصوص في قانون العقوبات. إلا أن الجانب الجنائي المتعلق بالجنين ليس محل دراستنا في هذا الباب. بل أولينا إهتمامنا بالجانب المدني الذي سنتناول فيه مختلف الحقوق المدنية المقررة له.

إضافة إلى الحق في الحياة فلقد شرع القانون والشريعة الإسلامية حقوق أخرى للجنين منها ما هي متعلقة بذاته ومنها ما هي متعلقة بمصالحه المالية. وأولى هذه الحقوق هي الحق في النسب حيث يحق للجنين الانتساب لأبيه وهذا الحق مكرس قانونا وشرعا، ويتفرع من هذا الحق حق آخر ألا وهو حق الجنين في اكتساب جنسية والديه بواسطة رابطة الدم كأصل ورابطة الإقليم كاستثناء. فكما منحت للجنين حقوقا ذات طابع معنوي فانه منحت له كذلك حقوقا مالية حيث حرص الشرع والقانون على ضرورة الإنفاق على الحامل وذلك لصيانة نفس الجنين الذي في رحمها من الهلاك. كما شرع له كذلك الحق في الميراث وذلك من خلال حفظ نصيبه الأوفر من التركة لحين الولادة، إضافة إلى حقوق أخرى كالحق في الوصية، الهبة، الوقف...

1- الآية 33 من سورة الإسراء.

الفصل الأول

حماية الحقوق الشخصية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع

الفصل الأول: حماية الحقوق الشخصية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع.

يعد الطفل ثمرة من ثمار الزواج، وأهم مقاصده وأعظم نعم الحياة وزينتها، فرعايته والعناية بحقوقه واجب تحميه الشرائع والتزام يقع على عاتق الإنسان. وأولت الشريعة الإسلامية على غرار الكثير من القوانين الوضعية اهتماما بالجنين فحفظت له حقوقه، وأول هذه الحقوق ما يتعلق بذاته الشخصية، وهي متعددة كحقه في الحياة واكتسابه الأهلية القانونية والذي سنتناوله في المبحث الأول. بالإضافة إلى حق لا يقل شأنا عن الحق في الحياة وهو ثبوت نسب الجنين من أبيه الذي له أهمية بالغة حياته، وما أقرته الشريعة الإسلامية وأتبعته التشريعات الوضعية من وسائل لحفظ هذا النسب، وهي العدة، وكذا النفقة التي تثبت له بثبوت وجوده في بطن الأم، وتبعا لذلك حقه في الميراث، وهذا ما سوف نفضله في الفصل الموالي.

المبحث الأول: مظاهر الرعاية القانونية للجنين قبل وبعد نشوءه.

لقد أثبت العلم الحديث أن ضعف النسل وانحطاط قدراته العقلية والفكرية والإدراكية يرجع في الكثير من الأحيان إلى عوامل وراثية. فالخصائص الوراثية تنتقل من الأبوين عن طريق الصفات التي تحملها الجينات، ويبدأ الجنين بالتقاء الحيوان المنوي الأب ببويضة الأم في عملية التلقيح. فتثبت له على إثر ذلك منذ تلك اللّحظة وخلال مراحل النمو المتعاقبة داخل الرحم حقوق كثيرة إلى حين انفصاله كاملاً عن بطن أمه حياً، فتبدأ بولادته حياً حماية قانونية جديدة لحقوقه باعتباره إنسانا وليس بوصفه جنيناً.

وبتطور البحث العلمي توصل العلماء إلى انه يمكن تجنب انتقال الأمراض الوراثية عن طريق إجراء عدد من الفحوصات الطبية من قبل الخطيبين قبل إقدامهما على عقد النكاح، لتشخيص العلل والأمراض الوراثية المحتملة.

المطلب الأول: مظاهر رعاية الجنين قبل نشوءه (الفحص الطبي).

يقوم المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الطبي الّذي يعتبر كأحد أدوات انتقاء الشريك الصالح والسليم صحيًّا في الوقت المعاصر، بالنظر لانتشار العديد من الأمراض الخطيرة والمعدية

وحتى العادات الاجتماعية السيئة كالمخدرات والتدخين... لهذا فهو من أهم الاستراتيجيات التي تعمل على تجنيب الزوجين الكثير من المشاكل الأسرية الاقتصادية ، الاجتماعية والصحية ، وكذا اخذ الاحتياطات الوقائية والعلاجية من مختلف الأمراض.[1]

كل هذه الأمور جعلت الكثير من الدول تسنّ تشريعات بخصوص إلزامية قيام المقبلين على الزواج بإجراء الفحص الطبي قبل الزواج خاصة في المجتمعات الإسلامية ، باعتبار هذه المسألة من المسائل المستجدة التي لم يرد أي رأي فقهي حولها قديماَ، لهذا كان إلزاميا دراسة هذا الموضوع من الناحية الشرعية قبل التطرق إلى دراسته من الناحية القانونية في القانون الجزائري.

الفرع الأول: الموقف الشرعي للفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي.

باعتبار أنّ مسألة الفحص الطبي قبل الزواج هي مسألة ظهرت نتيجة التطور الكبير في مجال العلوم الطبية، لهذا فهي مسألة حديثة لا نجد لها رأياً عند الفقهاء القدامى ، فاجتهد علماء الشريعة المعاصرين وحاولوا إيجاد الحكم الشرعي للمسألة، خاصة بعد أن تجلت الحقيقة الواضحة أهمية وفوائد الفحص الطبي قبل الزواج، فتوصّلوا إلى اتفاق حول أهمية هذا الفحص وأنّه لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، بل بالعكس فهو يحقق مقصداً هاماً من مقاصدها وهو حفظ النفس والنسل ، كما أنّه يعتبر وسيلة لرفع الضرر قبل وقوعه فأجازوا إجراء هذا الفحص لكنّهم اختلفوا حول مسألة إلزام الناس بإجرائه فظهر رأيان في المسألة هما:

أولاً: الاتّجاه المؤّيد لإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج:

يرى أصحاب هذا القول أنّه يجوز لولي الأمر(الحاكم) إصدار قانون يلزم فيه المقبلين على الزواج بإجراء هذا الفحص، بحيث لم يتم الزواج إلّا بعد إجراءه وتقديم الشهادة التي تثبت ذلك للموثق أو ضابط الحالة المدنية. وجاء أصحاب هذا الرأي بمجموعة من الأدلة من القرآن والسنة، ومن المعقول.[2]

1- سميرة سعد الدين المغربي، اتجاهات الشباب الجامعي نحو الفحص الطبي قبل الزواج في المجتمع السعودي، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإنسانية، جامعة الملك عبد العزيز، الرياض، السعودية، 2009، ص02.

2-أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، بدون طبعة، دار النفائس، الأردن،2005، ص91.

1- الأدلة من القرآن الكريم: هناك العديد من الآيات القرآنية التي حثّت على ضرورة حماية النفس والنسل من الأمراض، وكذا ضرورة الحفاظ على العلاقة الزوجية أهمها:

أ- قال الله تعالى: ﴿**وَلاتُلْقُوا بِأَيْدِيكُم إِلَى التَّهْلُكَةِ**﴾.[1]

تدل الآية على أنّ ترك الفعل الّذي فيه مصلحة محقّقة يؤدي إلى الهلاك، والفحص الطبي فيه مصلحة وهو الوقاية من بعض الأمراض، فتعيّن إجراءه اجتناباً للهلاك الّذي قد يلحق الأسرة.

ب- قال عز وجل: ﴿**وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ**﴾.[2]

فمن أهم مقاصد الزواج تحصيل السكينة والطمأنينة، ونشر المودّة والرحمة بين الزوجين، ممّا يحقّق السعادة **المنشودة**، والفحص الطبي يساهم في بناء أسر سعيدة بعيداً عن الأمراض والعيوب، ويجعل الزواج مبنياً على الصدق والأمان.[3]

جـ- وقوله أيضاً سبحانه وتعالى: ﴿**قَال رَبِّ هَب لِي مِن لَدُنْك ذُرِّيَّة طَيِّبَةً**﴾.[4]

المحافظة على النسل إيجادًا وبقاءً يستوجب إنجاب أطفال يتحّقق بهم بقاء الجنس الإنساني لتحقيق العبودية لله وحده، وهذا الهدف هو من كليات الشريعة الإسلامية، فلا مانع من حرص الإنسان على أن يكون نسله المستقبلي صالحًا غير معيب، وذلك بإجراء الفحص الطبي لتجنّب الذرية المصابة بالأمراض.

2- الأدلة من السنة النبوية الشريفة: احتوت السنة النبوية الشريفة على العديد من أحاديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم الّتي تحث على ضرورة التداوي للحفاظ على النفس من الهلاك، وكذا حماية الأولاد من الأمراض أهمّها:

1- الآية 195 من سورة البقرة.

2- الآية 21 من سورة الروم.

3- أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص122.

4- الآية 38 من سورة آل عمران.

أ- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يُورِدَنَّ مُمْرِضٌ علَى مُصِحٍّ".[1]

الحديث جاء صريحاً بشأن عزل المرضى عن الأصحاء، وهو تدبير احترازي لمنع اختلاط المرضى بالأصحاء والفحص الطبي قبل الزواج يمكّن معرفة حاملي الأمراض وبالتالي عزلهم.

ب- عن أبي هريرة رضي الله عنه كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم فأتاه رجل فأخبره أنّه خطب إمرأة من الأنصار، فقال له صلى الله عليه وسلم : أنظرت إليها؟ قال: لا، قال :"اذهب فأنظر إليها فإنّه في أعين الأنصار شيئًا.[2]

حث النبي صلى الله عليه وسلم هذا الرجل على النظر إلى المخطوبة للتأكد من خلوّها من الأمراض الظاهرة السطحية، لكن في العصر الحديث ونظراً لظهور أمراض وأوبئة لا تعرف إلاّ بعد إجراء فحوصات طبية، لهذا فإنّ إجراء الفحص الطبي قبل الزواج ضروري لتحقيق الهدف الّذي حثّ الرسول الكريم في الحديث، وهو التحقق من سلالة الطرف الأخر من الأمراض والعيوب.

جـ- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : حدّثنا معقل بن يسار قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إنّي أصبت امرأة ذات حسن وجمال وإنّها لا تلد أفأتزوجها؟ ،فقال له:لا، ثم أتاه الثالثة فنهاه فقال: "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم يوم القيامة".[3]

فحث الرسول الكريم على من يريد الزواج أن يتحّرى فيمن يريد الزواج بها، وذلك بشروط عديدة أهمها أن تكون المرأة ولودا، وهذا من أجل تحقيق المقصد الأساسي من الزواج وهو مجيء الولد والتناسل، ويعرف كون المرأة ولوداً من صفات أهلها من النساء اللّواتي يعرفن بكثرة الولد، أمّا

1- الشيخ بن الحجاج أبو الحسن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، كتاب السلام، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة، رقم الحديث 2221 ، ص913

2- نفس المرجع؛ كتاب النكاح، باب ندب النظر إلى وجه المرأة وكفيها لمن يريد تزوجها، رقم الحديث 1424، ص1423.

3- النسائي، السنن الكبرى، الجزء الخامس، كتاب النكاح، باب النهي عن تزويج المرأة التي لا تلد، رقم الحديث5323، ص160.

العصر الحديث، ونظراً للتطور التكنولوجي الكبير خاصة في المجال الطبي فإنّ ذلك ساعد في معرفة كون المرأة والرجل قادرين معاً على الإنجاب، وهذا عن طريق إجرائهما للفحص الطبي قبل الزواج.[1]

3- الأدلة من المعقول: تتجلى الأدلة من المعقول من أهمية الفحص الطبي قبل الزواج على الفرد والمجتمع معًا منها:

أ- إنّ دفع الضرر قبل وقوعه بالفحص أولى وأسهل من دفعه بعد وقوعه لصعوبة ذلك، والفحص يدفع الضرر قبل الزواج وإنجاب الأطفال، وهذا يعتبر تطبيقاً للقاعدة الفقهية" الدفع أولى من الرفع".[2]

ب- الوسائل حكم الغايات، بمعنى أنّ الوسيلة الّتي تؤدي إلى أفضل المقاصد والغايات هي أفضل الوسائل، فإن كانت الغاية من الفحص الطبي هي سلامة الإنسان العقلية والجسدية، فإن الوسيلة المحقّقة لذلك تكون مشروعة ، وطالما أنّه يدرأ مفاسد اجتماعية ومالية، فهو من الأمور المأمور بها شرعاً.[3]

ج- وكما سبق الذكر فإنّ هناك من الأمراض الّتي يخشى على الزوجين منها، والإقدام على الزواج مع وجودها يهدّد كيان الأسرة وإستقرارها، ممّا يقتضي إعلام المعنيين بخطورتها تطبيقا للقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضِرار" لأنّ الضرر يدفع بقدر الإمكان ، وهو أولى من جلب المنافع، والفوائد المترتبة عن إجراء الفحص الطبي قبل الزواج أهم من المخاطر التي تترتب على عدم إجراءه.[4]

1- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن،2007، ص73.

2- أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص96.

3- أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، ص123.

4- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 134.

ثانيا: الإتجاه الرافض لإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج:

يرى أصحاب هذا الرأي أنّه لا يجوز إجبار أيّ شخص على إجراء الفحص، ويستحب تشجيع الناس ونشر الوعي بالوسائل المختلفة حول أمر جائز وليس إجباري، إستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من السنة النبوية ومن المعقول، ولم ترد لهم أدلة من القرآن الكريم.

1- الأدلة من السنة النبوية الشريفة: جاء في السنة النبوية أحاديث تبين أنّ الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان فلا داعي إستحداث أحكام تواكب العصر، ومنها الفحص الطبي الّذي لا داعي الالتزام به حيث:

أ-عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم يقول الله تعالى: "أنا عند ظن عبدي بي".[1]

يدل الحديث على واجب المقدم على الزواج إحسان الظن بالله تعالى، ويتوكّل على الله ويتزوج لأنّ الكشف يعطي نتائج غير صحيحة أحياناً.[2]

ويمكن الرد عليهم بالقول أن الفحص يحقّق مصالح راجحة ويدرأ مفسدة متوقفة، وليس في هذا مضادة لقضاء الله وقدره، بل هو القضاء والقدر، فالثقة بالله تعالى لا تتعارض مع الأخذ بالأسباب.

ب-عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه".[3]

لم يرد في حديث ولا حتى في أقوال الفقهاء القدامى دليل أو قول يشترط الصحة لإتمام عقد الزواج، كما لا نجد أنّه يشترط أن ينتج عن الزواج ذرية، فالمرأة اليائسة أو الكبيرة في السن

1- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، طبعة جديدة مضبوطة ومصححة ومفهرسة، دار إبن كثير، بيروت، لبنان، 1423 هـ/2002 م الجزء 9، باب قوله تعالى " ويذركم الله نفيه"، رقم الحديث 7405، ص121.

2- أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق، 123.

3- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي ، سنن الترميذي، كتاب النكاح ، باب إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، رقم الحديث 1084، مكتبة مصطفى الباني وأولاده، ص396.

وحتى التي لا تستطيع الإنجاب يجوز لها الزواج، لهذا اشترط النبي في الزواج الدين والخلق ولم يشترط الصحة.[1]

ويمكن الرد عليهم كذلك بالقول أنّ النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الدين والخلق على سبيل المثال لا الحصر ، فلا يقتصر الصلاح على الدين والخلق بل يشمل حتى الصحة من اجل عدم نقل الأمراض، وهذا لا يكون في وقتنا الحالي إلاّ بإجراء الفحص.

2-الأدلة من المعقول :

أ- طاعة ولي الأمر تكون في الأمور المباحة، والتي تجلب المصلحة تطبيقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "إنّما الطاعة في المعروف".[2]

وإلزام الناس بالفحص الطبي فيه مفسدة ،لأنّ الفحص غالباً ما يكشف مرضين أو ثلاثة والأمراض الوراثية في وقتنا تتعدّى مرض واحد فقط، وإذا ألزمنا الناس بالفحص عن كل هذه الأمراض قد يتعذّر الزواج.[3]

ويمكن الردّ عليهما بالقول أنّ الطاعة مقيدة بعدم المعصية، فإذا دعا الولي للمصلحة وجبت طاعته حيث الإلزام بالفحص فيه مصلحة محقّقة، وأمّا كثرة الأمراض فهي لا تمنع من إجراء الفحص بل تكون أكثر تأثيراً على صحة الإنسان.

ب-الفحص فيه تقييد للحرية الشخصية، ويسبب عدة مشاكل مالية ونفسية، ويؤدي في بعض الأحيان إلى كشف سرّ الشخص، كما أنّ التداوي ليس واجباً، إلاّ في حالة الجزم بأنّ التداوي سيبقي على الحياة.[4]

ويمكن الرد عليهم بالقول أنّ الفحص ليس تقييد للحرية الشخصية بل فيه مصلحة لأنّه من حق الزوج الآخر معرفة عيوب شريكه، ومن حق المجتمع معرفة الأمراض المعدية من أجل علاجها وتفاديها.

1- بلخير سديد، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر،2009، ص35.

2- صحيح البخاري، كتاب الأحكام، باب السمع والطاعة للإمام، رقم الحديث 7145، ص 1362.

3- عبد الفتاح أحمد أبو كيلة، الفحص الطبي قبل الزواج والأحكام الفقهية المتعلقة به، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر ،2006، ص161.

4- محمد بن يحي النجمي، الفحص الطبي قبل الزواج بين الفقه والطب، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد17، الرياض – السعودية ، 16 ديسمبر 2006، ص 61.

ج- الفحص فيه مفسدة متوهّمة وهي توقع حصول ولد مريض، أو إنتقال عدوى لأنّ هذا الأمر غير مجزوم حيث يهدر مصلحة متيقنة ومطلوبة وهي الزواج، وبذلك يكون دفع هذه المفسدة بمفسدة أكبر.

ويمكن الردّ عليهم بالقول أنّ هذا الفحص لا يدفع بذلك مضرّة بمضرّة أكبر، بل هي دفع مضرّة قبل وقوعها، ومعرفة مرض الطرف الآخر لا يتعارض مع مقاصد الزواج بل يحقّقها ومنها دوامه، وزواج الأصحاء يدوم أكثر من زواج المرضى.

د- شروط وأركان عقد الزواج جاءت بها أدلة شرعية محددّة، والمجيء بشرط جديد على شرع الله فهو شرط باطل،[1] لقوله صلى الله عليه وسلم: "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل".[2]

ويمكن الرد عليهم بالقول أنّ هذا الشرط فيه مصلحة للزوجين وذريتهما، وبالتالي فهو يحقق مقاصد شرعية فلا يكون الشرط باطلاً هنا.

ثالثا : الإتّجاه الراجح حول إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج:

بعد عرض الأقوال في المسألة يتبيّن بأنّ الرأي الراجح والأقرب للصواب، هو الرأي القائل بإلزامية هذا الفحص وجعله شرطاً من شروط إتمام الزواج، وهذا راجع للأسباب التالية:

1- اشتراط إجراء الفحص يحقّق منفعة للمتعاقدين، وهو شرط لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، بل هو سيحقّق استقرار واستمرار العلاقة الزوجية.

2- حفظ النسل أحد المقاصد الشرعية، وما كان على هذه الدرجة من إهتمام الشريعة به كان إجراءه وجعله شرطاً لإتمام عقد الزواج أمراً لازماً.

3- الفحص الطبي يحقق مصالح شرعية راجحة للزوجين والذرية ويدرأ مفسدة متوقعة والأولى أن ندفع المفسدة بإجراء الفحص قبل إتمام العقد، وتحقق مصلحة الحفاظ على الذرية.[3]

1- أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، المرجع السابق ، ص123.

2- صحيح البخاري، في السنن، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحلّ، رقم الحديث 2168، ص406.

3- أسامة عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص87.

4- الفحص إجراء أساسي في تشخيص الأمراض المختلفة في الزوجين من أجل علاجها واتخاذ التدابير الوقائية فيه مصلحة، فيكون بذلك الإلزام بالفحص قبل الزواج أمراً احتياطيا يجلب مصلحة ويدرأ مفسدة.[1]

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للفحص الطبي قبل الزواج.

حاول المشرع الجزائري في تعديل قانون الأسرة الجزائري لسنة 2005 أن يوفق بين المتغيرات الدولية المعاصرة لمعالجة قضايا الأسرة والتفسير الصحيح والموضوعي لأحكام الشريعة الإسلامية، حيث ألزم المقبلين على الزواج بضرورة تقديم شهادة طبية تثبت خلوّها من الأمراض.

هذه المادة تتماشى مع تركيبة المجتمع الجزائري المسلم الّذي يعرف انفتاحا على شعوب العالم واندماجه معها، لهذا أصبح الفحص الطبي قبل الزواج مطلباً صحياً تدعو له الضرورة ، ولم يكتف المشرع بذلك بل أوجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من هذه المسألة قبل إبرام عقد الزواج والتأثير بذلك في عقد الزواج.[2]

أولاً: إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري:

بعد أن تجلّت أهمية الفحص الطبي قبل الزواج تبنّى المشرع الجزائري هذه المسألة، رغم أنّ مشروع قانون الفحص الطبي قبل الزواج قد تمّ إعداده من قبل المختصين في بداية الثمانينات ولم يرى النور الى غاية تعديل سنة 2005، وهذا راجع لأسباب وهمية وغير موضوعية، ونجد بأنّ المشرع قد حاول أن يبيّن كيفية التعامل مع هذه المسألة عن طريق التنظيم حتى يتجنب التطبيق السيئ لها، فأصدر المرسوم رقم 06-154.[3]

1- نفس المرجع، ص87 و 88.

2-محمد لمين لوعيل، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والإجتهاد القضائي، الطبعة الثانية ، دار هومة، الجزائر، 2012، ص42.

3- مرسوم تنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو 2006، الموافق لـ 13 ربيع الثاني 1427 يتضمن تحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 الموافق لـ 9 رمضان 1404 هـ المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 312، المؤرخة في 14 مايو 2006.

ونظراً لأنّ المشرع الجزائري قد استمد جلّ مواد قانون الأسرة من أحكام الشريعة الإسلامية وأحال إليها في حالة عدم وجود نص قانوني من خلال المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، نجد أنّه بإدراجه للمادة 7 مكرر منه ورغم عبارة الوجوب والإلزام المدرجة فيها ، إلا أنّه لم يخرج عن أحكام الشريعة الإسلامية ولم يجعل الشهادة الطبية شرطاً لصحة عقد الزواج، لأنّ شروط صحة العقد جاءت مبّينة في نصوص القرآن والسنة النبوية، والّتي نص عليها المشرع في نص المواد 9 و 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري بل إدراجها كإجراء وقائي وشرط شكلي لعقد الزواج الغاية منه منع التدليس أو الغش من طرفي العقد، ويحول دون إخفاء العيوب والأمراض التي قد يكون أحد الطرفين مصاباً بها.[1]

وبالتالي يمكن القول بأنّ طبيعة الإلزام بالفحص الطبي قبل الزواج لا تعدو كونه مجرد شرط إجرائي لعقد الزواج، وأنّ الإلزام به لا يعني بطلان العقد عند عدمه فلا يمكن منع غير الملتزمين به من الزواج.[2] وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث نص على أنّه لا يجوز للموثّق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب صحية خلافاً لإدارة المعنيين. فلا يعتبر مرض أحدهما عيباً عن الإبرام بل يبقى العقد صحيحاً من الناحية القانونية والعبرة بإرادة المتعاقدين، والدليل على ذلك أنّه إعتبر زواج المريض مرض الموت زواجاً من الناحية القانونية.[3]

نص المشرع الجزائري على مجموعة من الشروط التي يجب مراعاتها عند إجراء الفحص الطبي قبل الزواج في مواد المرسوم 06-154، وهذا لتجنّب الآثار غير المرغوب فيها، والّتي تؤدي الى ظهور مشاكل مستقبلاً، وهذه الشروط هي:

1- زمن إجراء الفحص الطبي قبل الزواج :

لم تتّفق كل التشريعات الّتي نصّت على الفحص الطبي قبل الزواج على زمن معّين لإجرائه، فمنها من سمح بإجرائه بعد الزواج عند ظهور بعض المشاكل في الإنجاب، أو قبل الحمل

1-حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص63.

2-ميادة أبو خالد، الفحص قبل الزواج أسهم في بناء أسر خالية من الأمراض، مجلة العرب القطرية، عدد 930، قطر،02 ديسمبر 2013.

3- محمد لمين لوعيل، المرجع السابق ، ص12.

أو بعده، أو في حالة الإجهاض المتكرر وهناك من نصت على ضرورة أن يجري الفحص زمن الخطبة، وإعتبرت الشهادة الطبية شرط لإبرام عقد الزواج، وهذا لمعرفة الحالة الصحّية للخطيبين وحتى لا يكون المرض الطارئ بعد العقد مبّرراً للطلاق، وكذا حتى يحافظ على حرمة وشرف المخطوبة وأسرتها من أيّ انتقاص في عفافها وطهارتها وحتى صحتها.[1]

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حيث نص على ضرورة أن لا يزيد تاريخ الشهادة الطبية عن ثلاثة (03) أشهر قبل العقد.[2] وإشتراطه لهذه المدّة لأنها كافية لمعرفة الأمراض الموجودة في الطرفين ومدى إمكانية علاجها من عدمه، وهذا بعد خضوعها للفحوصات المبنية في نص المادة 03 من المرسوم 06-154، والّتي سنتطرق إليها فيما يلي.

2- أنواع الفحوصات الضرورية الطبية قبل الزواج:

الملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة الثالثة من المرسوم 06-154 قد ألزم المقبلين على الزواج بضرورة الخضوع لفحصين مهمّين هما: فحص عيادي شامل، تحليل فصيلة الدم (ABO+rhésus) حيث لا يجوز أن يسلّم الطبيب هذه الشهادة إلاّ بناءً على نتائج هذين الفحصين.

أ-**الفحص العيادي الشامل:** نص المشرع الجزائري على هذا الفحص لأنّه يشمل الكشف عن كافة الأمراض الّتي قد تعيق صفو الحياة الأسرية، وعلى رأسها الكشف عن الأمراض الوراثية والتي يكرسها بشكل كبير زواج الأقارب، خاصة وأنّ تزكية المجتمع الجزائري لا زالت في أغلبها عشائرية ولزواج الأقارب مكانة مرموقة.[3]

كما يشمل الفحص الكشف عن الأمراض المعدية التي قد تنتقل عن طريق الإتصال الجنسي بين الزوجين أهمها السيدا والزهري...، لأنّ أمان الصحة الجنسية هو تأمين للصحة الإنجابية خاصة في ظل تفاقم مشكل العقم وتأخر الإنجاب، وكذا ظهور الإعاقات والتشوهات في

1- نبيل صقر وأحمد لعور، الدليل القانوني للأسرة، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر 2007، ص15.

2- ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي قبل الزواج من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق ، المجلد الأول، عمان – الأردن،2001، ص286.

3- مليكة لبديري، الزواج والشباب الجزائري إلى أين ؟، بدون طبعة، دار المعرفة ، الجزائر، 2005، ص50.

الأطفال بسبب إصابتهم بالعدوى من أمهاتهم أثناء الحمل أو في فترة الرضاعة ، كما لا بد أن يشمل هذا الفحص كذلك الكشف عن العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج.[1]

لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنّه ترك الأمر مطلقاً وجاء بعبارة "فحص عيادي شامل"، ولم يوضح الأمراض التي يشملها هذا الفحص ممّا أدى إلى بروز مشاكل بسبب الجهل وسوء التفسير ، في غياب إلتزام السلطات بتوضيح وشرح المادة 07 مكرر.

ب- **تحليل فصيلة الدم (ABO+RHESUS)** : الكشف عن نوع فصيلة الدم أو ما يعرف بحامل الريزوس(RH) هو من أهم الفحوصات التي تجري للزوجين ، لأنّه يبحث مدى التوافق بين فصيلة دم كل منهما الأمر الّذي يؤثر بصفة مباشرة على صحة الجنين، حيث أنّ عدم التوافق بين عاملين الريزوس للزوجين يؤدي الى إصابة الجنين بمرض تحلّل الدم والّذي يؤدي إلى مرض فقر الدم، الطرش، التخلف العقلي...[2]

وينتج هذا المرض من الإختلافات في الزمر الدموية ، فإذا كان الأب يحمل فصيلة دم موجبة (RH) وتحمل الأم فصيلة دم سالبة (RH) فإن الجهاز المناعي للأم سينتج أجسام مضادة الموجودة في دم الجنين المحمولة من الأب ، لهذا يجب أن تحقن الأم بصفة دورية بدواء يحمل أجسام مضادة حتى لا يحدث تكدس لكريات الدم الحمراء للجنين الّذي يؤدي إلى تلف المخ في كثير من الأحيان.[3]

بالإضافة إلى هذين الفحصين فقد نص المشرع الجزائري على أنه يمكن للطبيب أن يقترح على المعني إجراء فحوصات إضافية للكشف عن الأمراض المعدية أو الخطرة التي يمكن أن تنتقل

1- العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص138.

2- فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، بدون طبعة ، دار النفائس، عمان- الأردن،2001، ص 31.

3- علي محي الدين القره داغي، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي ، مجلة قطر، كلية الشريعة، قطر ،2009، ص08

إلى الزوج أو الذرية.[1]

لكن ما يعاب عليه أنّه قد أهمل ذكر بعض الفحوصات الضرورية ولم يلزم بها، لاسيما تلك الشاملة للأمراض المتعلقة بالنكاح، لهذا نجد أنّ الجمعية الجزائرية لحماية الأسرة قد دعت بتاريخ 02-11-2007 إلى ضرورة جعل هذا الفحص أكثر شمولاً ممّا هو عليه، وذلك من خلال المناداة بضرورة إجراء الخطبين تحاليل مفصلة حتى لا يبقى هذا الفحص مجّرد استشارة طبية بسيطة وسطحية يتعامل بها بصفة شكلية عند إبرام عقد الزواج.[2]

3- سّرية نتائج الفحص الطبي قبل الزواج:

تعتبر الأمراض الّتي يكشف عنها الفحص الطبي قبل الزواج أسرار شخصية للمريض، لا يجوز الإفشاء عنها إلاّ للخطيبين قصد النصيحة وتكون مقتصرة على الأمراض المتعلقة بالنكاح فقط.

أمّا المشرع الجزائري فلم ينص صراحة على هذا الشرط لكنّه ألزم الطبيب بضرورة إبلاغ الخطيبين بنتائج الفحوصات الّتي خضعا لها ، وهذا لا ينفي صفة السرية لهذا الفحص، لأنّ المشرع الجزائري قد رتّب على الطبيب مسؤولية جزائرية ووضع عقوبة إذا قام بإفشاء السر الطبي لمريضه. وإعتبر هذا الفعل جنحة حسب نص المادة 1/301 من قانون العقوبات الجزائري الّتي تنّص على أنّه: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر، وبغرامة من 500.000 إلى 5000.000 دج الأطباء والجراحون الصيادلة والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك".[3]

1- المادة 2/04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو 2006، الموافق لـ 13 ربيع الثاني 1427 يتضمن تحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 الموافق لـ 9 رمضان 1404 هـ المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 312، المؤرخة في 14 مايو 2006.

2- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص138.

3- الأمر رقم 21-08 المؤرخ في 27 شوال 2021 الموافق ل 08 يونيو 2021، جريدة رسمية 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021 المعدل والمتمم للأمر رقم66 -156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 1966/06/11 المعدّل والمتمم.

وعليه فإنّه لا يحقّ للطبيب إعلام الغير بنتائج الفحوصات إلا في الأحوال المنصوص عليها قانوناً مثل : التصريح بالأمراض والأوبئة القابلة للإنتقال والتي تشكل خطراً على الصحة العامة ، التصريح بأمر من جهة قضائية أو رسمية مختصة ...[1]

وأضاف المشرع في نص المادة2/02 من المرسوم 06-154 أنّ نتائج الفحوصات يجب أن تدوّن من طرف الطبيب في شهادة طبية، وما يعاب على المشرع الجزائري في هذه النقطة كذلك أنّه لم يحدّد طبيباً مختصاً بإجراء هذا الفحص. لهذا يكون للخطيبين الأحقية في اللجوء إلى أيّ طبيب يمارس مهنته قانوناً من أجل الفحص والحصول على المشورة والنصح في حال ظهور المرض.

ثانيا: إلزامية الشهادة الطبية في قانون الحالة المدنية الجزائري:

أخضع المشرع الجزائري عقد الزواج لمجموعة من الأحكام الإدارية التي تضمن توثيقه وحفظه والعناية به، باعتباره وسيلة لإثبات الرابطة الزوجية ، فألزم في التعديل الأخير لقانون الأسرة ضرورة تحرير عقد الزواج في وثيقة رسمية،[2] كخطوة منه للحّد من المشاكل التي طرحها الزواج العرفي في الجزائر وما انجر عنه من إهدار لحقوق المرأة و الأطفال...، مع ضرورة أن يتّم تحرير عقد الزواج ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا.[3] ومن بين الشروط شرط الوثيقة الطبية التي تبيّن خضوع طرفي العقد للفحوصات الطّبية التي تثبت خلوها من الأمراض ، كما نجد المشرع قد رتّب مسؤولية عن إهماله.

1- الشهادة الطبية شرط لتحرير عقد الزواج:

حدّد المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري الجهات المختصة بإبرام عقد الزواج وذلك في نص المادة 18 منه التي تنص على أنّه: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل

1- العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص139.

2- بلخير سديد، المرجع السابق، ص 19.

3- المادة 1/73 من الأمر 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجّة 1379 الموافق لـ 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية، عدد 21 المؤرخة في 27 فبراير 1970 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 الموافق لـ 13 شوال 1435هـ ،الجريدة الرسمية ، العدد 49 المؤرخة في 2014.

قانوناً..."، وهذا الأخير حسب نص المادة 71 من قانون الحالة المدنية الجزائري هو إمّا ضابط الحالة المدنية ، أو الموّثق الّذي يقع في دائرة اختصاصه محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما.

وعليه فإنّ تحرير عقد الزواج يتمّ عادة أمام ضابط الحالة المدنية، غير أنه في بعض الحالات فإنّ الأطراف يقومون بتحرير عقد زواجهما أمم الموثق باعتباره موظف عمومي يتولى إبرام العقود الرسمية بشكل عام، لكن هذا العقد يبقى غير مفعل قبل تسجيله وكتابته في سجل عقود الزواج بالبلدية المختصة، مع ضرورة أن يتحقق هؤلاء الأشخاص قبل تحرير العقد من توافر جميع الشروط والأركان المنصوص عليها في القانون.[1]

ومن بين شروط تحرير عقد الزواج المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري، وهو شرط الشهادة الطبية بحيث لا يجوز للموثّق أو ضابط الحالة المدنية تحرير عقد الزواج قبل أن يتأكد من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن عملهما بنتائج هذه الفحوصات.

من خلال هذا يتّضح بأنّ الإدلاء بالشهادة الطبية مرتبط بتحرير عقد الزواج وليس بإبرامه،[2] حيث أنّ المشرع لم يدرج هذه الوثيقة ضمن الوثائق والبيانات الضرورية لإبرام عقد الزواج المنصوص عليها في المادة 2/73 من قانون الحالة المدنية.[3] بالإضافة إلى ما سبق بيانه بأنّ هذه الوثيقة لا تمثل مانعًا لإبرام عقد الزواج ولا على صحته من الناحية القانونية والشرعية، فلا يجوز للموثّق أو ضابط الحالة المدنية الإمتناع عن إبرام عقد الزواج لأسباب طبية، فلا يؤخذ عند إبرام العقد إلاّ بإدارة الأطراف كركن وحيد في العقد حسب نص المادة 04 من قانون الأسرة الجزائري،

1- عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص119.

2- رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل-دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية- ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية ، الجزائر ،2008 ،ص 118.

3- نصت المادة 2/73 من قانون الحالة المدنية الجزائري على: " كما يجب فضلا عن ذلك أن يبين فيه ما يلي:

1- الألقاب و الأسماء و التواريخ و محل ولادة الزوجين.

2- ألقاب و أسماء أبوي الزوجين.

3- ألقاب و أسماء و أعمار الشهود.

4- الترخيص بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون عند الإقتضاء.

5- الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر."

بالإضافة إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 9 و 9 مكرر منه و الدليل على أن الوثيقة الطبية ليست شرطا لإبرام عقد الزواج هو إبقاء المشرع الجزائري للزواج العرفي و إمكانية إثباته بدون شهادة طبية.[1]

2- المسؤولية المترتبة عن إهمال شرط الشهادة الطبية عن تحرير عقد الزواج:

كما سبق بيانه فإنه يجب على الموثق أو ضابط الحالة المدنية المختص بتحرير عقد الزواج أن يبين أن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا وعليه أن يؤشر بذلك في العقد ، لكن قد يغفل هذا الموظف عن بعض الشروط أو يهملها فيكون قد إرتكب خطأ أثناء ممارسته، فكيفها المشرع هنا على أنها أخطاء شخصية مستقلة عن الأخطاء الإدارية لأنها ناتجة عن عدم اتخاذ الحيطة اللازمة،[2] وهذا ما نصت عليه المادة 26 من قانون الحالة المدنية الجزائري بقولها: "يمارس ضابط الحالة المدنية مهامهم تحت مسؤوليتهم ومراقبة النائب العام"، حيث أوجب المشرع كذلك في نص المادة 25 من نفس القانون على أنّه: "يتعين على النائب العام شخصيا أو وكلائه التحقق من وضع السجلات ... ويثبت المخالفات فيما إذا ارتكبت من طرف ضباط الحالة المدنية ويطلب معاقبتهم طبقا للنصوص النافذة".[3]

وباعتبار أنّ الشرط محل الدراسة هو شرط الشهادة الطبية فإنّه في حالة إبرام عقد الزواج بدونها سواءً بقصد أو بدون قصد، أو أنّ المعلومات والنتائج كانت مزورة ولم يتحقّق ضابط الحالة المدنية أو الموثق من ذلك فإنهم يتابعون قضائياً من طرف النيابة العامة الّتي تعتبر طرفاً أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة الجزائري حسب نص المادة الثالثة مكرر منه وتحرك الدعوى العمومية تلقائياً عند الاقتضاء من وكيل الجمهورية يمكن أن ترتب هذه الأخطاء مسؤولية مدنية أو جزائية.[4]

1- محمد لمين لوعيل، المرجع السابق، ص43.

2- عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص120.

3- الأمر 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجّة 1379 الموافق لـ 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 27 فبراير 1970 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 الموافق لـ 13 شوال 1435هـ، الجريدة الرسمية العدد 49 المؤرخة في 2014.

4- عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص121.

أ- المسؤولية المدنية عن إهمال شرط الشهادة الطبية: نص المشرع في المادة 28 من قانون الحالة المدنية الجزائري على أن: "يترتب على كل فساد أو تزوير في وثائق الحالة المدنية أو قيد هذه الوثائق في ورقة مستقلة أو غيرها دون تسجيلها في المواضع المعدة لها تعويض الأضرار الملحقة بالأطراف"، و أضافت المادة 29 من نفس القانون أن هذا التعويض هو عبارة عن غرامة مالية لا تزيد عن 2000 دج تقررها المحكمة التي ثبت في المسائل المدنية بناء على طلب النيابة العامة.

عليه فإذا نتج عن إبرام عقد الزواج بدون شهادة طبية وقوع أضرار بالأفراد نتيجة ظهور أمراض بعد الزواج، أو وقوع عدوى وإعاقات أو انتشار الأوبئة، يكون الموظف مسؤولا عن خطئه الذي ألحق أضرارا للغير ويتحمل التعويض.

ب- المسؤولية الجزائية عن إهمال شرط الشهادة الطبية: كما يمكن أن تكيف الأخطاء التي يرتكبها الموظفون المسؤولون عن تحرير عقود الحالة المدنية ومنها عقد الزواج على أنها أخطاء ترتب مسؤولية جزائية، وتحرك على أساسها الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية، ويحال المتهم (ضابط الحالة المدنية أو الموثق) الذي أبرم عقد الزواج على القسم الجزائي حسب نوع التهمة المتابع بها.[1]

ولقد نص المشرع الجزائري على العقوبة المترتبة على مخالفة شروط تحرير العقود بصفة عامة في نص المادة 215 من قانون العقوبات الجزائري التي نصت على عقوبة جناية تزوير المحررات الرسمية من طرف الموظفين وهي السجن المؤبد، وكذا نص المادة 216 التي نصت على عقوبة إسقاط الشروط أو الإقرارات أو الوقائع التي أعدت هذه المحررات لإثباتها بالسجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة و بغرامة من 1000.000 إلى 2000.000 دج.[2]

1- عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق ، ص121.

2- الأمر رقم 21-08 المؤرخ في 27 شوال 2021 الموافق ل 08 يونيو 2021، الجريدة الرسمية 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021 المعدل والمتمم للأمر رقم66 -156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية 49، المؤرخة في 1966/06/11 المعدّل والمتمم.

المطلب الثاني: مظاهر رعاية الجنين بعد نشوءه (الشخصية القانونية).

ممّا لا شك فيه أن لكل إنسان شخصية قانونية تتمثل في مجموعة الحقوق التي يكتسبها وجملة الالتزامات التي يتحملها، وعادة ما يكرس القانون ويحدّد هذه الحقوق إزاء الشخص أي ما لديه وما عليه، والتي من خلالها تحدّد شخصية الفرد والتي أيضاً تحدد مناط أهليته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

أمّا منشأ هذه الشخصية فهل هي وليدة الذات تنشأ معها أم من تقرير القانون وهل الجنين له شخصية قانونية وله أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أم أن شخصيته وأهليته ناقصة بحيث تقتصر على بعض الحقوق ومتى تبدأ شخصية الإنسان وتكون له أهلية اكتساب حقوقه، هل هي من حين انعقاد نطفته أم من حين ولادته، وهذا ما سيتم تناوله في هذه الجزئية.

الفرع الأول: أهمية التمييز بين الشخصية القانونية والأهلية القانونية للجنين.

إستثناء من قاعدة ابتداء الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حيا، فإنه قد تبدأ الشخصية القانونية له قبل الولادة، والشخصية القانونية هي حالة الشخص ومركزه القانوني لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

فالجنين إنسان غير كامل فهو في هذه الحالة غير قادر على تحمل الالتزامات إلا أنه رعاية لمصلحته أجاز القانون له أن يكتسب بعض الحقوق وهي الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول ومنها الحقوق الناشئة عن الإرث وعن الوصية... ولم يجز له أن يتحمل الالتزامات أيا كان نوعها.[1]

وللتعرف بداية على معنى الشخصية القانونية نحاول هنا التطرق لمختلف التعريفات التي ألم بها الفقه القانوني وكذا الفقه الإسلامي، فمن التعريفات القانونية ما جاء به الفقيهين أوبري ورو Aubry et Rau ومنها أنها : "مجموعة من الحقوق والالتزامات الموجودة حاليا والتي قد توجد مستقبلا لشخص معين".[2]

1- قحطان هادي عبد القرغولي، الإرث بالتقدير والاحتياط دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار حامد، الأردن، 2014، ص 70.

2- مفتاح محمد أقزيط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه منشورة، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية-مصر، 2004، ص 34.

ويعتبر هذا التعريف غير سديد من ناحيتين:

* الناحية الأولى: أنه جعل الشخصية القانونية هي ذاتها الحقوق والالتزامات ثم ربطها بالشخص، وهذا غير صحيح، لأن الشخصية تكون وتوجد مع الإنسان ولا يمكن فصلها عنه، وهي ما تجعله صالحا لأن يكتسب تلك الحقوق ويتحمل الالتزامات، بينما الحقوق تقتضي وجود خمسة عناصر تتمثل في وجود شخص معين وهو صاحب الحق، ووجود الشخص الذي يقع عليه الواجب أو الإلزام القانوني، وأن تكون هناك مصلحة هي محل ذلك الحق، والعنصر الرابع هو وجود القاعدة القانونية، ذلك أن القانون يعد المصدر المثالي للحق، والعنصر الأخير هو وجود سلطة يمنحها القانون للشخص يستطيع بواسطتها تحقيق مصلحته. فالحق إذن هو وسيلة لإشباع مصلحة ما.[1]

أما ما يعبر عنه بالنسبة إلى الميراث والوصية والهبة مثلا بأنها حقوق، فهو غير صحيح، فهي ليست حقوقا ولكنها مصادر للحق وليس لها دور في الاعتراف بالشخصية القانونية، ومتى تكون للإنسان هذه الشخصية يكون له الحق في أن يرث وأن يمتلك وأن ينشئ التزامات.[2]

* الناحية الثانية: هي أننا إذا قلنا بأن الشخصية القانونية هي مجموع الحقوق والالتزامات التي للشخص، كان معنى ذلك أن الشخص يختلف عن الشخصية، بل هو سابق عليها، لأنه عندما تصبح للشخص حقوق وعليه التزامات تكون له الشخصية القانونية، وهذا غير صحيح، لأنه بوجود الشخصية القانونية يكون الكائن معتبرا قانونا وشرعا، ويكون له التمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات.[3]

وعرفها الإخوة مازو بأنها : صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وأن المشرع قد منحها من جهة الأشخاص الطبيعيين، كما منحها من جهة أخرى للأشخاص المعنوية، وقد خلط هذا التعريف بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب، ذلك أن هذه الأخيرة هي التي تعد

1- عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، بدون طبعة، دار الكتاب العربي، القاهرة- مصر، 1951، ص 15.

2- سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، الجزائر،2005، ص 34.

3- نفس المرجع، ص 34 و35.

صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات،[1] والحقيقة أن الشخصية القانونية ليست هي نفسها أهلية الوجوب رغم أنهما مرتبطتان ببعضهما ارتباطا شديدا.

ويفرق الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات، وهذا النوع يتمتع به الإنسان منذ أن يكون جنينا وهذا ما يهمنا في موضوعنا، وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يرتب القانون عليه آثارا قانونية.[2]

ويذهب بعض فقهاء القانون إلى أن الشخصية القانونية وأهلية الوجوب أمر واحد وأنهما وجهين لعملة واحدة، وأن أهلية الوجوب لا تعدو كونها تعبيرا عن ذات الشخص من الناحية القانونية. أما الرأي الآخر فيذهب إلى أنهما أمران مختلفان، فالشخصية القانونية تعني صلاحية الشخص من حيث المبدأ لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات أي كونه أهلا وصالحا لأن يكون طرف في مركز قانوني وتقر له بمقتضاه حقوق أو تفرض عليه واجبات قانونية، مع مراعاة هذه الصلاحية من حيث المبدأ، إما يتعمق بتطبيق هذا المبدأ أو تحديد نطاق هذه الصلاحية فيخرج عن دائرة الشخصية القانونية ويدخل في نطاق أهلية الوجوب. حيث قال الدكتور حسام الدين الأهواني نقلا عن الشيخ إبراهيم المبارك: "أما أهلية الوجوب فهي تتعلق في تحديد مدى ما يصلح الكائن لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات".[3]

ورغم وجود صلة بينهما إلا أنهما يختلفان، فالشخصية القانونية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أما أهلية الوجوب فهي مجال هذه الحقوق أو محتواها.

وتبدأ أهلية الجنين منذ أن يكون نطفة في بطن أمه، ثم بعد ذلك حين يولد وتلازمه طيلة حياته.[4] حيث تثبت للجنين الأهلية من جهة الوجوب له لا عليه، وهي متوقفة على تمام ولادته

1- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، والنظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، 1993، ص 594.

2- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 48.

3- بغداد مباركة، الحماية القانونية للجنين، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة- الجزائر،2016/2015، ص 16.

4- العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 35.

حيا.[1] فلا تمكنه اكتساب الحقوق كاملة، ولكن البعض الضرورية منها تثبت له منذ أن ينعقد نطفة، لكن لا يثبت شيء عليه، فإذا ولد ميتا ألغيت هذه الأهلية. أما الحقوق التي تثبت له فهي ثبوت النسب من أمه وأبيه إذا أستكمل الشروط الخاصة بثبوت النسب. كما يثبت له الميراث ممن يموت من أقربائه الذين يستحق الإرث منهم. وفي الوقت نفسه يستحق ما يوصى له به إذا ولد حيا، وأخيرا ما وقف عليه. وفي هذا دلالة على أن الله قد كرم الإنسان، وهو ما يزال جنينا، فأعترف له بإنسانيته ومنحه من الحقوق ما يناسب وضعه.[2]

حيث تثبت للجنين شخصية قانونية كاملة لكنها احتمالية معرضة للزوال إذا لم يولد حيا، 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، وثانيهما عنصر سلبي وهو صلاحية الشخص لتحمل الالتزامات، وبما أن أهلية الجنين مقصورة على اكتساب الحقوق دون تحمل الالتزامات، فهي إذا مقصورة على عنصر واحد من عناصر الأهلية وهو العنصر الإيجابي وبالتالي تكون له أهلية ناقصة، فالجنين في بطن أمه لا قدرة له على القيام بأعمال إدارية تشكل مصدرا من مصادر الالتزام كالعقد مثلا، كما لا يمكن أن ينوبه ولي شرعي كون الولاية لا تبدأ إلا بتمام الولادة.[3]

* السبب الثاني: أن الفقهاء يقتصرون الأهلية 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 مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، مراكش- المملكة المغربية، العدد الثالث، 2004، ص05.

2- أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية والنيابة الشرعية والوصية والوقف والتركات، بدون طبعة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق-سوريا، 2009، ص 14 و15.

3- علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية- مصر، 2009، ص 66.

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

وقد رأت المحكمة العليا في الجزائر أن تمتع الجنين بحقوقه المدنية و اكتسابه أهلية الوجوب خاضعا لشرط الولادة حيا، حيث أصدر قرار عنها المحكمة بتاريخ 10 أكتوبر 1984 تتلخص وقائع القضية أن والد المدعو (م.ب) توفى في حادث مرور و(م) لا يزال جنينا في بطن أمه، وبعد ميلاده طلبت أمه (م.ذ) التعويض من شركة التأمين الجزائرية عن الضرر الذي لحق ابنها نتيجة وفاة والده، ولكن طلبها قبل بالرفض سواء أمام المحكمة الابتدائية أو المجلس القضائي، مما دفعها إلى الطعن أمام المحكمة العليا طالبة نقض القرار على أساس خرق قضاة المجلس للمادة 25 من القانون المدني في فقرتها الثانية التي تقضي: "يتمتع الجنين بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا"، وبالتالي فمن حق ولدها المطالبة بالتعويض بعد ميلاده.

واستجابت المحكمة العليا لطلبها، حيث نقض قرار المجلس باعتبار أن الجنين يتمتع بأهلية وجوب تخوله حق المطالبة بالتعويض إذا ولد حيا.[1]

إذا فالمحكمة العليا بموجب القرار المذكور أقرت قيام الحق في التعويض لفائدة الجنين مادام أنه ثبت وجوده لحظة وقوع الضرر، ولكن هذا الحق لا يكون قابلا للاكتساب إلا بعد ولادته حيا، أما إذا مات قبل الولادة فإن هذا الحق يزول و لا يرتب أي أثر كحصول الورثة عليه مثلا، وهذا ما يبرز تميز شخصية الجنين، فهو يكتسب الحق و لكنه يبقى موقوفا ينتظر ولادته حيا لينتقل إليه بصورة تامة.

الفرع الثاني: مراحل الشخصية القانونية للجنين.

لم يعرف المشرع الجزائري الشخصية القانونية، لكنه نص في المادة 25 من القانون المدني الجزائري:

"تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا".[2]

1- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 10 أكتوبر 1984 رقم الملف 35511، المجلة القضائية، 1990، العدد الثاني، ص53.

2- الأمر قم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية، العدد 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.

من خلال هذه المادة، يتضح لنا أن الشخصية القانونية تبدأ بتمام ولادة الإنسان حيا، أي من جهة تمام الولادة معناه خروجه وانفصاله كاملا عن أمه، ومن جهة أخرى تحقق حياته فعلا ولو لمدة قصيرة حتى يتمتع بالشخصية القانونية، وهذا هو الأصل ويظهر في الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون المدني الجزائري.[1]

بينما الاستثناء يظهر في الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون سالف الذكر حيث خرج القانون عن الأصل وأورد استثناء متعلق بالجنين أو الحمل المستكن وذلك لاعترافه له بحقوق. ومن هنا نجد أن المشرع الجزائري قد أقر وضعا خاصا بالجنين، وذلك من أجل حمايته وتمكينه من الحصول على حقوقه التي يقتضيها مركزه القانوني.[2]

حيث أنه انطلاقا من اعتبار الشخصية القانونية هي صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، فهي تثبت للإنسان من وقت الحمل، لذلك تثبت للجنين شخصية قانونية احتمالية، لكنها تصبح بتمام ولادته حيا يقينية، وهذا ما سنتعرف عليه فيما يلي:

أولا: الشخصية الاحتمالية للجنين:

لقد رأينا سابقا بأن المادة 25 من القانون المدني الجزائري قد اعترفت ببداية الشخصية القانونية للإنسان من وقت الحمل حيث تقر للجنين بحقوق معلقة على شرط ولادته حيا، غير أنه لا يتمتع إلا بالحقوق المقررة له قانونا، ومعنى ذلك أنه في حالة عدم وجود نص قانوني يعطي للجنين حق معين فإنه لا تكون له صلاحية اكتساب ذلك الحق.

ولقد تكلفت العديد من النصوص القانونية بذكر تلك الحقوق من بينها، قانون الأسرة الجزائري كالحق في النسب، الإرث، الوصية، الهبة...[3] وهذا ما سنقوم بدراسته لاحقا.

فإذا كان الإنسان تثبت له شخصية قانونية منذ أن كان جنينا في بطن أمه، فإنه لابد من تناول أمرين: أولهما يتعلق ببداية الشخصية القانونية للحمل المستكن، وثانيهما يتعلق بكون الشخصية القانونية للجنين معلقة على شرط ولادته حيا.

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

2- عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 33 و34.

3- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2011، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق، ص 288 – 290.

1 – بداية الشخصية القانونية للحمل المستكن:

يرى الفقهاء بأن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ منذ أن كان جنينا في بطن أمه لا من وقت ولادته، وكل ما في الأمر أن الشخصية القانونية تمر بمرحلتين: الأولى أثناء الحمل وتكون غير مؤكدة أي احتمالية، والثانية تبدأ بالميلاد حيث تتأكد الشخصية التي بدأت منذ الحمل فكل إنسان له شخصية قانونية تبدأ من وقت الحمل وتتأكد بولادته حيا، ليس هناك إنسان بدأت شخصيته أي صلاحيته من وقت الميلاد، فإما أن توجد الشخصية منذ الحمل وإما ألا توجد أصلا.[1] فالقول بأن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ من وقت الحمل يثير إشكالا متعلق بتحديد وقت الحمل بشكل دقيق.

ويرى الفقه الإسلامي كذلك أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها تسعة أشهر وهو الراجح بينهم، فالولد الذي يولد حيا من المفترض أن حمله راجع إلى مدة تتراوح بين ستة أشهر أو تسعة أشهر سابقة على الميلاد، لذلك يتم اللجوء إلى الخبرة القضائية لتحديد تاريخ الحمل. وفي حالة وجود شك أو تخوف، فإنه يتم الاعتداد بأقصى مدة للحمل لأن الأخذ بأطول مدة هو الأصلح للمولود، فكلما طالت مدة الحمل فإن شخصيته القانونية تبدأ مبكرا وهذا ما يمكنه من التمتع بحقوق يحرم منها أو قصرت هذه المدة.[2]

كما نجد أن تقنيين الأسرة الجزائري قد اهتم بهذه المسألة وذلك من خلال المادة 42 التي تقضي بأن: "أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر"، و كذا نص المادة 43 منه والتي تنص على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"، كذلك نص المادة 174 من نفس القانون التي تنص على أنه "إذا أدعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من هذا القانون".[3]

في المقابل نجد أن المشرع الفرنسي من خلال المادة 311 من القانون المدني الفرنسي التي تنص فيها الفقرتين الأولى والثانية أن القانون يفترض أنه تبعا لما تقتضيه مصلحة الجنين،

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 295.

2- نفس المرجع، ص 226.

3- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية ، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية ، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

فإن الحمل يعتبر قد تم في أية لحظة خلال الفترة الممتدة ما بين اليوم 300 واليوم 180 السابق لتاريخ ميلاد الجنين.

للتوضيح أكثر فمثلا إذا توفي رجل في أول مارس 2005 وفي أول مارس 2008 أي بعد أكثر من 360 يوم من وفاته وضعت أرملته مولودا، فهذا الولد لا يعتبر ابن الرجل المتوفى وبالتالي لا ينسب له. إلا أن هذه الفردية ليست قاطعة بل بسيطة فيمكن إثبات عكسها بأي طريقة من طرق الإثبات بأن الحمل قد تم بغير الفترة التي ذكرها نص المادة 311 من القانون المدني الفرنسي، وهذا ما تشير له الفقرة 03 من نفس المادة.[1]

2 – الشخصية القانونية للجنين المعلقة على شرط ولادته حيا:

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

أ – حقوق الجنين المعلقة على شرط واقف:

يرى أصحاب هذا الرأي أن حقوق الجنين معلقة على شرط واقف، ويتمثل 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 وليس من وقت الولادة. أما إذا لم تتحقق ولادته حيا أو ولد ميتا فإنه يعتبر كأنه لم يكتسب أي حق في أي وقت من الأوقات وتزول

---

1 - 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 aux cent quatre-vintième jours, 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 >.

– القانون المدني الفرنسي، In - http-// www.legFrance.gouv.Ft/affichcode.do Cidex 00006070721 E date texte ، تاريخ الولوج في 2020/04/13 على الساعة 12: 18

شخصيته القانونية بأثر رجعي، وما كان محجوزا له يوزع على باقي الورثة.[1]

فشخصية الجنين القانونية تعتبر احتمالية، لكون أنه من المحتمل أن يلد حيا فتتأكد بذلك شخصيته وتصبح يقينية، كما من المحتمل أن يولد ميتا فتزول شخصيته بأثر رجعي كأنها لم تكن.

انتقد هذا الرأي من جانبين: أولهما أن الشرط الواقف هو تعليق إرادي من المتعاقدين، بينما تعليق اكتساب الجنين للحقوق على شرط ولادته حيا مصدره القانون وليس إرادة الأشخاص. والجانب الثاني هو كون الشرط الواقف مجرد عنصر عرضي يمكن للحق الوجود بدونه، بينما اشتراط ولادة الجنين حيا هو العنصر الأصيل لا وجود للحق من دونه.[2]

ب – حقوق الجنين المعلقة على شرط فاسخ:

يرى أصحاب هذا الرأي أن حقوق الجنين أو شخصيته معلقة على شرط فاسخ وهو عدم ولادته حيا، فإن ولد الجنين ميتا أو مات في رحم أمه فإن الشرط الواجب توفره لثبوت الشخصية القانونية يعتبر معدوم، وبالتالي الحقوق الممنوحة له وهو في بطن أمه تزول وذلك تبعا لزوال شخصيته القانونية.[3]

يعطي جانب آخر من الفقه للجنين شخصية قانونية حالة حتى وإن كانت مؤقتة، فإذا كانت الشخصية حالة وجب أن تكون الحقوق حالة كذلك، وطالما أن هذه الشخصية مؤقتة وجب أن ينصرف هذا الوصف كذلك للحقوق. ففي حالة ولادة الجنين ميتا زالت شخصيته المؤقتة وزال معها ما كان له من حقوق، وتعتبر كأنها لم تكن فيرد النصيب الموقوف له من الإرث أو الوصية إلى أصل التركة ويقسم بين ورثة المورث والموصي باعتبار أنه لم يستحقه يوما، كما يرد المال الموهوب له إلى الواهب أو إلى ورثته.[4]

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 أنتقد من عدة نواحي أولها كون

---

1 - Article n° 311 du code civil français : < La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions > .

2– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 227.

3– محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 227.

4– محمد مومن، المرجع السابق، ص 09.

حقوق الجنين ليست حالة بل معلقة على شرط ولادته حيا، ثانيهما أنه لو اعتبرنا شخصية الجنين حالة لا ينجر على ولادته ميتا ما ينجر على وفاة أي شخص عادي.[1]

أخيرا كلا الشرطين الواقف والفاسخ عنصران عرضيان راجعان لإرادة الأفراد لا لإرادة المشرع كما هو في حالة الجنين.[2]

لذلك يرى البعض من الفقه أنه ليست لكل حقوق الجنين علاقة بإرادة المشرع، بل هي معلقة على شرط، فهو إما أن يكون شرطا واقفا بولادته حيا فتثبت له الحقوق كليا بتحققه، أو شرطا فاسخا بولادته ميتا، وبالتالي تزول كل الحقوق بتحقق هذا الشرط.[3]

نستنتج مما قدمناه أن ثبوت الحقوق للجنين وهو في بطن أمه تعتبر أفضل دليل على أن الشخصية القانونية لا تبدأ بميلاده وإنما تثبت له وهو حمل، لكون أن صلاحية اكتساب الحقوق لا تمنح إلا للأشخاص القانونية. لذلك فإن خروج الجنين حيا يؤكد شخصيته التي كانت من قبل وهو حمل ولا ينشئها، غير أنها شخصية احتمالية لأنه من المحتمل خروجه حيا فتصبح شخصيته يقينية مؤكدة، أو خروجه ميتا فيؤدي ذلك إلى زوال شخصيته مع زوال ماله من حقوق.[4]

ثانيا: الشخصية اليقينية للجنين:

تتأكد الشخصية القانونية الاحتمالية للجنين بولادته حيا فتصبح يقينية، حيث نجد أن المادة 25 من القانون المدني الجزائري اعترفت للجنين بحقوق وهذا يعني أن الشخصية القانونية للإنسان لا تبدأ بتمام الولادة بل تتأكد، فشرط تمام الولادة حيا هو شرط لتحويل الشخصية القانونية للجنين من احتمالية معرضة للزوال إلى يقينية مؤكدة.

لذلك فالشخصية القانونية للإنسان تبدأ منذ أن كان حملا في بطن أمه ثم تثبت وتتأكد بعد ولادته حيا، وهذا ما يفهم من نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري،[5] فبالولادة تتأكد الشخصية القانونية للجنين وليست عبارة عن شخصية قانونية جديدة له. لذلك كان على المشرع

1- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 228.

2- نفس المرجع، نفس الصفحة.

3- محمد مومن، المرجع السابق، ص 10.

4- محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 297 و298.

5- محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، الطبعة الأولى، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000، ص 55.

الجزائري بدلا من كلمة "تبدأ" في المادة 25 استعمال كلمة "تثبت" بدلا منها وهي الدالة الأكثر على المعنى.

1 – شروط ثبوت الشخصية القانونية اليقينية:

حتى تثبت الشخصية القانونية للجنين وتصبح مؤكدة ويقينية حسب نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري أنه لابد من توفر شرطين وهما تمام الولادة وتحقق الحياة.

أ – الشرط الأول: الميلاد الفعلي للحمل:

ويقصد به تمام الولادة بخروج كل جسم المولود وانفصاله بشكل كامل عن جسم أمه،[1] أما إذا خرج بعضه ثم مات، لا تثبت له الشخصية القانونية.

وهذا ما هو عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، من أن الجنين لا تثبت له الشخصية القانونية، ولا يكتسب الحقوق، من ميراث ووصية وغيرهما... إلا بانفصاله الكامل عن بطن أمه. ويخرج عن هذه القاعدة فقهاء الحنفية، الذين يعتبرون أن خروج القسم الأكبر من الجنين يوجب له الحقوق، فإن خرج من جهة رأسه فالمعتبر خروج سرته، أما إذا لم يخرج الصدر كله أو لم تخرج السرة، ثم مات لا يعتبر قد ولد حيا.[2]

ب – الشرط الثاني: تحقق الحياة عند الميلاد:

يجب أن يكون المولود حيا لحظة انفصاله عن جسم أمه، فلا تثبت الشخصية القانونية لمن انفصل ميتا أو مات قبل انفصاله الكامل عن جسم الأم، ولو كان حيا عند بدء الانفصال أو أثناءه.

وتثبت حياة الجنين عند انفصاله بأعراض ظاهرة كالبكاء والتنفس والعطس، فهي أعراض بينة، والدليل على الحياة سهل التحقق، فالتنفس يستدل عليه بوجود الهواء في الرئتين. أما إذا لم تظهر أية أعراض تدل على حياة المولود، كان للقاضي أن يستعين بأهل الخبرة لتحديد مسألة

1– عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 88.

2– منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصباحي مصطفى هلال، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت–لبنان، 1402 هـ/1982م، الجزء الرابع، ص 463.

وجود الحياة من عدمها، وأهل الاختصاص في ذلك هم الأطباء الشرعيون.[1] وعليه فمسألة الحياة ليست مسألة قانونية بل هي مسألة طبية.

وتأسيسا على الشرطين السابقين، فإن الجنين إذا ولد وانفصل عن أمه حيا كانت له الشخصية القانونية، أما قبل ذلك فلا يمكننا القول أن له هذه الشخصية، لأنها لا تمنح إلا لوحدة ما أو كائن يتوفر على وجود مستقل، وهذا ما لا نجده بالنسبة للجنين، فهو يعتبر جزء لا يتجزأ من بطن أمه إلى حين ولادته، فهو مرتبط بأمه فيما يخص تنفسه وغذاءه، ينتقل بانتقالها ويقر بقرارها، وعليه فإنه ليست لديه حياة مستقلة.[2]

والنصوص القانونية التي تعدد حقوق الجنين لا تقرر هذه الحقوق للحمل المستكن حال كونه جينيا، وإنما الأمر يتعلق فقط بالتحفظ والاحتياط بالنسبة إلى الاحتمال المستقبل، وهو الميلاد حيا، فالجنين لا يرث وإنما يوقف له أوفر النصيبين.[3]

إذن الجنين لا يكتسب حقوقا إلا عند الولادة، وما يجري قبلها لا يتعدى كونها إجراءات للمحافظة على حصته وممتلكاته، فليس للجنين حقوق حقيقية قبل الولادة، فالحق هو امتياز يمنح للخاضع للقانون، ولا يمكن تصور استفادة الحمل المستكن من الامتيازات قبل الولادة بحكم طبيعته. إضافة إلى ذلك، لا يتحمل الجنين بالالتزامات، والشخصية القانونية ليست فقط اكتساب الحقوق، بل القدرة أيضا على التحمل بالالتزامات. وليس اكتسابه للحقوق بأثر رجعي عند ولادته حيا إلا مجازا قانونيا، ولا يغير عن واقع المبدأ أن الحق لا يكتسب إلا عند الميلاد.[4]

ومما سبق ذكره، يتضح أن الحمل لا يمكنه اكتساب الحقوق المقررة له بموجب القانون إلا بتمام ولادته حيا، كما أنه لا يكتسب الشخصية القانونية بالضرورة.

2 – إثبات واقعة الميلاد:

تثبت واقعة الميلاد عامة بشهادة رسمية تستخرج من السجلات الرسمية المعدة لقيد المواليد، إلا أن واقعة الميلاد واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات، وتنص المادة 26 من

1– محمد سلام مذكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، 1389 هـ/1969 م، ص 41.

2– حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، بدون طبعة، مطبعة أبناء وهبة حسن، القاهرة–مصر، 1988، ص 436 و440.

3– محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص 42.

4– سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 50.

القانون المدني الجزائري: "تثبت الولادة والوفاة بالسجلات المعدة لذلك، وإذا لم يوجد هذا الدليل أو تثبت عدم صحة ما أدرج بالسجلات يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الإجراءات التي نص عليها قانون الحالة المدنية".

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، وهذا ما يتضح جليا في المادة 26 سابقة الذكر والمادة 27 من القانون المدني الجزائري. كما أنه بالرجوع للمادة 61 والمادة 63 من نفس القانون نجد المشرع يبين في السجلات الرسمية مكان الولادة، يومها، الساعة وجنس المولود، الأسماء... وتاريخ التصريح بالولادة.

تظهر أهمية إثبات واقعة الميلاد والتاريخ الذي تمت فيه، لكون أنه من تاريخ الولادة تتأكد الشخصية القانونية اليقينية للجنين بعدما كانت احتمالية، فتثبت له جميع الحقوق التي كان يتمتع بها وهو في رحم أمه.

المبحث الثاني: حفظ النسب للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع.

يعرف النسب في اللغة على أنه القرابة والمصاهرة وجمعه أنساب.[1] أما اصطلاحا فلقد حاول العديد من الفقهاء إعطاء تعريف للنسب ولكن تكاد تعاريفهم تكون متقاربة ومتماثلة، ومن بينها التعريف الذي جاء به القرطبي حيث قال: "النسب والصهر معينان يعمان كل قربى تكون بين آدمين". أما المعاصرون عرفوه بأنه هو رباط الدم الذي يربط الإنسان بأصوله وفروعه وحواشيه،[2] وهو التعريف الأصح حسب رأينا لأنه جاء شاملا لمصطلح النسب.

نجد أن الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي قد اهتموا بمسألة النسب كونها مسألة حساسة جدا، وذلك لحفظ الأنساب والأعراض من الضياع والاختلاط، لذلك حرم الله تعالى الزنا والتبني ومنعهما 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 وَكَانَ رَبُّكَ**

1- الجيلاني بن الحاج يحي، بلحسن البليش، علي بن هادية، القاموس الجديد، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون سنة النشر،ص 1217.

2- إقروفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، بدون طبعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو- الجزائر، 2012، ص 24.

قَدِيرًا﴾،[1] فيحق للجنين أن يثبت نسبه من أبيه ما لم ينفه بالطرق المشروعة باللعان، ومن ذلك التمتع بالجنسية الأصلية من وقت ولادته سواء بواسطة حق الدم (النسب) أو حق الإقليم الذي يقيم فيه.

المطلب الأول: أحوال إثبات النسب.

لحق الجنين في النسب لأبيه من الأهمية ما يجعله يحتل المرتبة الأولى بين الحقوق الثابتة له، فبه يدفع عن نفسه الذل والضياع. وهو ليس حقا للجنين فقط بل هو كذلك حق الوالدين، فهو حق الأب كي يحفظ به ابنه من أن ينسب إلى غيره، وهو حق الأم تدفع به عن نفسها العار والتهم.[2]

الفرع الأول: الضوابط العادية لنسب الجنين.

يعد النسب موضوع ذو أهمية بالغة، لهذا شدد الإسلام فيه لدرجة كبيرة، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم محذرا النساء اللواتي ينسبن إلى أزواجهن من يعلمن أنه ليس منهم، والأزواج الذين ينكرون ويجحدون أبنائهم: "أيما إمرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء ولم يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه، احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق في الأولين والآخرين".[3] كما شدد الإسلام على من أنتسب إلى غير أبيه، فقد جاء من حديث سعد وأبي بكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من ادعى إلى غير أبيه، وهو يعلم أنه غير أبيه، فالجنة عليه حرام".[4]

فهذان الحديثان يدلان على أن الإسلام أولى العناية الشديدة لمسألة النسب بقدر يفوق ما هي عليه أغلب التشريعات في العلم خصوصا الغربية منها، وذلك سيتضح شيئا فشيئا من خلال هذه الدراسة.

1- الآية 54 من سورة الفرقان.

2- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1403 هـ/ 1983م، ص 695.

3- الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، بدون طبعة، مكتبة دار الباز، 1414هـ، بيروت-لبنان، رقم الحديث 15110، الجزء السابع، ص 403.

4- نفس المرجع، رقم الحديث 15112-15114، نفس الجزء، نفس الصفحة.

وكما هو معلوم فإن محل النسب هو الجنين بعد الوضع، الذي لا يأتي إلا بعد المخالطة بين الرجل والمرأة في الغالب. وثبوت النسب يكون من خلال قيام العلاقة الزوجية لحديث عائشة رضي الله عنها: "الولد للفراش، وللعاهر الحجر".[1]

ومراتب الفراش عند الحنفية أربعة:

– فراش ضعيف: وهو فراش الأمة، فلا يثبت نسب ولدها إلا إذا ادعاه سيدها.

– فراش متوسط: وهو فراش أم الولد، وهي الأمة التي ولدت لسيدها من قبل فجعلها أم ولد. ويثبت فيه نسب الولد دون دعوة، ولا يثبت إذا نفاه.

– فراش قوي: وهو فراش الزوجة في حالة قيام الزوجية أو في حالة اعتدادها من طلاق رجعي، وفيه يثبت نسب الولد دون دعوة ولا ينتفي إلا باللعان.

–فراش أقوى : وهو فراش المعتدة من طلاق بائن، فيثبت الولد، ولا يمكن نفي الولد فيه، لأن نفيه متوقف على اللعان، وهذا الأخير لا يكون إلا في حال قيام الزوجية، ولا زوجية هنا.[2]

أما جمهور الفقهاء فيرون أن الفراش ينقسم إلى قسمين:

– فراش قوي: وهو فراش الزوجة والمعتدة من طلاق رجعي أو بائن، ولا ينتفي فيه النسب إلا باللعان، إذا يجوز عندهم نفي الولد بملاعنة المعتدة من طلاق بائن.

– فراش ضعيف: وهو فراش الأمى، فلا يثبت فيه نسب الولد إلا بتحقق الوطء.[3]

ولا ينسب الولد لأبيه إلا إذا أتت به الأم خلال مدة معينة، لهذا كان لابد من تبيان أقل مدة الحمل وأقصاها. ولكن هذا الأمر لا يكفي، لأن المخالطة بين الرجل والمرأة قد تكون عن نكاح صحيح وقد تكون عن نكاح فاسد أو وطء بشبهة، كما تكون المرأة غير مسلمة. لذا لابد أيضا من دراسة مسألة العدة في كل هذه الحالات، لما لها من أهمية في تحديد نسب المولود. يضاف إلى ذلك أنه في العصر الحديث استجدت أمور لم تكن موجودة من قبل، مثل التلقيح الاصطناعي، الاستنساخ، لذا سنحاول أن نبين نسب الجنين في هذه الحالات لاحقا في المطلب الثاني.

1– أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، رقم الحديث 1948، الجزء الثاني، ص 724.

2– محمد أمين المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار المسمى بحاشية ابن عابدين، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت– لبنان، 1386 هـ، الجزء الثالث، ص 550.

3– محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، بدون طبعة، مؤسسة الخانجي، القاهرة– مصر، مكتبة المثنى، بغداد،–العراق، 1378 هـ/1958 م، ص 365.

أولا: مدة الحمل:

إن فترة حمل المرأة ليست ثابتة، بمعنى أن النساء لا يلدن في نفس الفترة، ومع هذا هناك مدة لا يجب أن تزيد عليها، ولهذا سنبين أقل مدة للحمل وأقصاها، حسب ما جاء في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ومدة الحمل هي المدة التي يمكثها الجنين في الرحم منذ لحظة التلقيح وحتى شعور الحامل بآلام الوضع.[1]

1 – أدنى مدة الحمل:

لا خلاف بين فقهاء الشريعة والمختصين في الطب الحديث في أن أقل مدة للحمل تقدر بستة أشهر، فمن ولد في أقل من هذه المدة لا يثبت نسبه بالنسبة لأبيه على أساس الزواج.[2] ولقد استنبطوا ذلك من قوله تعالى: ﴿**وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**﴾،[3] وقوله سبحانه وتعالى: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ**﴾.[4] ووجه استدلالهم من الآتين أنه مجموع مدة الحمل والرضاع ثلاثين شهرا في الآية الأولى، وذكرت الآية الثانية أن الرضاع حولين كاملين فإذا أسقطت الحولين الكاملين، وهي أربع وعشرين شهرا من الثلاثين، بقي أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر.

وقد فقه الصحابة رضي الله عنهم في هذه المسألة فقد رفع إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، إمرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر يرجمها، فقال له علي رضي الله عنه: "ليس لك ذلك، قال سبحانه وتعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا" فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرا"، فخلى عمر سبيلها. وقد روي أن هذه الحادثة قد وقعت في زمن عثمان بن عفان، وأن الذي اعترض عليه هو بن عباس رضي الله عنهما.[5]

1– عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين (في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، الطبعة الأولى، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية–مصر، 2006، ص13.

2– مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون، بدون طبعة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص 82.

3– الآية 15 من سورة الأحقاف.

4– الآية 233 من سورة البقرة.

5– عمر محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الشريعة الإسلامية والقانون– دراسة مقارنة، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009، ص 79.

وهذا أيضا له الشواهد والواقع أننا لم نسمع بأن طفلا ولد لأقل من ستة أشهر وعاش أو كان بشرا سويا متكامل الخلقة لا قديما ولا حديثا.

أ – حساب مدة أقل الحمل: وتحسب المدة من وقت الزواج وإن كان الوطء عند الجمهور وعند الحنفية من حين العقد وعند الشافعية من حين الخلوة بعد العقد.[1]

ب – **رأي الطب الحديث في أقل مدة الحمل:** جاء الطب الحديث موافقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية في تحديد أقل مدة الحمل، فمن خلال التجارب العلمية يمكن أن يعيش المولود إذا ولد في مدة ستة أشهر مع أنه قل ما يعيش المولود في مثل هذه الحالة. وهو ما استقر عليه المشرع الجزائري أن أدنى مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها هي عشرة أشهر، وهذا ما جاءت به المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

2 – أقصى مدة الحمل :

اختلف الفقهاء في أقصى مدة الحمل، فذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة للحمل سنتان، وهو قول الإمام أحمد رحمه الله. وقد استدل الحنفية على ذلك بقول أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين، ولا قدر ما يتحول ظل عود هذا المغزل". وقد عقب على هذا صاحب البدائع بقوله : "الظاهر أنها قالته سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن هذا مما لا يدرك بالرأي والإجتهاد.[3]

وما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: جاءه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إني غبت عن إمرأتي سنتين، فجئت وهي حبلى " فشاور عمر الناس في رجمها، قال : فقال معاذ بن جبل: "يا أمير المؤمنين: إن كان لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها سبيل; فأتركها حتى تضع"، فتركها عمر فولدت غلاما قد خرجت ثنيتاه، فعرف الرجل الشبه فيه، فقال: إبني ورب الكعبة"، فقال عمر: "عجزت النساء أن يلدن مثل معاذ، لولا معاذ لهلك عمر".[4]

وذهب الكثير من الشافعية والراجح عند الحنابلة، وقول عند المالكية بأن أطول مدة للحمل هي أربع سنوات وقد استدلوا على ذلك بما روي عن الإمام مالك رحمه الله بقوله: "حاورتنا إمرأة

1– علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 40.

2– تنص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري على أن: " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر".

3– محمد بن أحمد بن أبي بكر فرح القرطبي، تفسير القرطبي، بدون طبعة، دار الفكر، لبنان، 1372 هـ، الحديث التاسع، الجزء التاسع، ص 250.

4– نفس المرجع، نفس الصفحة.

محمد بن عجلان إمرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في إثنتي عشرة سنة، فحمل كل بطن أربع سنين".[1] وذهب محمد بن الحكم من المالكية بأن أقصى مدة للحمل سنة هلالية، ومن الفقهاء أيضا من ذهب إلى أن أقصى مدة للحمل خمس سنوات وهو المحمول عليه في القضاء والحكم عند المالكية.

وذهب ابن حزم الظاهري إلى أن أطول مدة للحمل هي تسعة أشهر واستدل على ذلك بما رواه سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "أيما رجل طلق إمرأته وحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها فإن لم يستبن حملها في تسعة أشهر فلتعتد بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر عدة التي قعدت عن المحيض". قال ابن حزم "فهذا ابن عمر لا يرى الحمل أكثر من تسعة أشهر".[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص طبقا للقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري والمعدل والمتمم بالأمر 05-02 في المادة 42 منه "... وأقصاها (10) عشرة أشهر". ونرى بأن المشرع الجزائري قد وافق رأي محمد بن الحكم من المالكية الذي قال بأن أقصى عدة للحمل هي سنة هلالية أي ما يعادل مائتان وثمانون يوما تحسب من آخر حيضة حاضتها المرأة وقد يتقدم الحمل أسبوعين وهذا أمر طبيعي أي 10 أشهر وهذا الرأي قريب مما انتهى إليه الطب الحديث.[3]

ومن خلال المادتين 41 و43 من قانون الأسرة الجزائري،[4] نجد أن المشرع الجزائري قد وفق في تحديد أقصى مدة للحمل بعشرة أشهر، وذلك أنه يترتب على إطالة هذه المدة أكثر من هذا الحد آثار سيئة منها كثرة دعاوى النسب اتجاه الأفراد إلى استغلال طول مدة الحمل في تحقيق أهداف غير مشروعة كإطالة أمد النفقة.

1- إبن قدامة المقدسي، المغني لإبن قدامة، بدون طبعة، بيت الأفكار الدولية، بيروت- لبنان، 2004، ، كتاب العدد، مسألة أقصى مدة الحمل، الجزء الثامن، ص .99

2- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، دار إحياء الثرات العربي، بيروت- لبنان، 1406 هـ/1985 م، رقم الحديث 1115، الجزء الثاني، ص .535

3- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص .32

4- تنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة ". وتنص المادة 41 من نفس القانون على أنه: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الإتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

أما بالنسبة لأدنى مدة الحمل التي هي ستة (06) أشهر فيبدأ حساب ستة أشهر من يوم إبرام العقد مع شرط إمكانية الدخول. إلا أن الإشكالية هنا في ما إذا اختلف الزوجان حول تاريخ إبرام العقد ؟

نرى أن المشرع الجزائري بالرغم من أنه لم يحدد مدة بداية احتساب الستة أشهر إلا أنه أطلق ووسع من طرق إثبات النسب، ويتضح ذلك من خلال المادتين 44 و 45 من قانون الأسرة الجزائري.[1]

ثانيا: ثبوت النسب في فترة العدة:

تعرف العدة لغة بأنها الجماعة ، يقال : عدة كتب أي مجموعة منها، وعدة المطلقة هي أيام أقرائها ، وعدة المتوفى عنها زوجها هي أيام حملها بعد الزواج وجمعها عدد.[2] أما شرعا فهي الأجل الذي أوجبه الشارع على الزوجة التي فارقها زوجها لانقضاء ما بقي من آثار الزواج بعد الفراق.[3] والعدة واجبة شرعا على المرأة بالكتاب والسنة والإجماع،[4] ولهذا سوف ندرسها في الحالات العادية (عدة الطلاق والوفاة)، وفي الحالات الاستثنائية (عدة الزانية، الوطء بشبهة...).

1 – العدة في الحالات العادية:

هذه العدة إما أن تكون من الطلاق أو من وفاة الزوج.

أ – عدة الفرقة بالطلاق : وهذه العدة إما أن تكون من الطلاق الرجعي أو الطلاق البائن.

* **العدة في الطلاق الرجعي:** وهو الذي يملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته بدون عقد جديد ولا يثبت إلا على المدخول بها.[5] فإذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي، وأتت بولد لستة أشهر من وقت الطلاق أو أكثر ولو تجاوزت أقصى مدة الحمل، ولم تكن قد أقرت بأن عدتها انقضت ثبت

1– تنص المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة". وتنص المادة 45 من نفس القانون على أنه: "الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه".

2– الجيلالي بن الحاج يحي، بلحسن البليش، علي بن هادية، المرجع السابق، ص 655.

3– بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 369.

4– نفس المرجع، ص369 و 370.

5– نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2003، ص 41.

نسبه من مطلقها، لقوله تعالى: ﴿**وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾.[1] بينت الآية أن عدة الحمل تنتهي بوضع الحمل لأن القصد من العدة الاستدلال على براءة الرحم، ووضع الحمل أقوى في الدلالة من الزمان والحيض أي أن براءة الرحم لا تحصل من الحاصل إلا بوضع الحمل.[2]

* **العدة في الطلاق البائن:** وهو الذي لا يملك فيه الزوج الحق في إرجاع مطلقته إليه ، فإذا كانت معتدة من طلاق بائن ولم تقر بانقضاء العدة يثبت الولد إذا جاءت به في حدود أقصى مدة للحمل أو أقل من وقت الطلاق، وذلك احتمال أن الحمل كان موجودا قبل الطلاق، ولا يكون الفراش قد زال يقينا قبل الحمل. إذن يثبت النسب للاحتياط ولكن الولد لا ينسب منه إذا أنكرت، إن جاءت به أكثر من أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق لأن من اليقين حينئذ أن الحمل حدث بعده فيثبت نسبه إن جاءت به أثناء أقصى مدة للحمل من وقت الطلاق والأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ولا يثبت النسب إن جاءت به لستة أشهر أو أكثر.[3]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يفرق الطلاقين الرجعي والبائن، ولم يفرق بين الطلاق بصفة عامة والوفاة فنص بأن عدة الحامل ومدتها وضع حملها، أما مدة وضع الحمل فأقصاها 10 أشهر كاملة تسري من تاريخ النطق بالطلاق أو من تاريخ وفاة زوجها.[4]

هذا وقد اشترط القانون على الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن لا تخرج من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية كما ورد في الآية الكريمة من سورة البقرة قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاء فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِن بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَن يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ**﴾.[5]

ب – عدة الفرقة بالوفاة: إذا كانت المرأة معتدة من وفاة وكانت حاملا فإن عدتها تنتهي بوضع الحمل، وإن وضعت بعد الوفاة بساعة عند الجمهور. ولها أن تتزوج مباشرة ولكن ليس للزوج أن يطأها إلا بعد أن تطهر من نفسها وتغتسل، فإن جاءت بولد في أقصى مدة الحمل بعد

1- الآية 04 من سورة الطلاق.

2- وفاء مفتوق حمزة فلاش، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار القاهرة، مصر، 2000، ص 170 و171.

3- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 71.

4- نفس المرجع، ص 75.

5- الآية الأولى (01) من سورة الطلاق.

الوفاة ثبت نسبه لاحتمال أن تكون حملت به في حالة العدة في الطلاق البائن والنسب يحتاط في إثباته كما عرفنا.[1] فإن كانت قد أقرت بانقضاء عدتها بالشهر، فلا يثبت نسب الولد إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر لأنه يتبين أن تكون حاملا حين موت الزوج، فتكون عدتها بوضع الحمل لا بالأشهر، كما يكون كذبها قد تبين بيقين فيظل إقرارها بمعنى العدة، ويثبت النسب ولكن النسب لا يثبت إن جاءت به لستة أشهر فصاعدا، وذلك لاحتمال أن تكون حملت بولد بعد الوفاة، وحينئذ لا نعلم بيقين بطلاق إقرارها بانتهاء العدة فنأخذ بكلامها ولا يلزم المتوفي نسب هذا الولد. هذا والأئمة الأربعة لا يختلف الحكم عندهم إذا أقرت المعتدة بانقضاء عدتها أو لم تقر فما دام قد ولد في حدود أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق أو الموت فإنه يثبت نسبه ولا ينتفي إلا باللعان.[2]

وقال في الفقه على المذاهب الأربعة: وهو رأي بن مسعود ومن تبعه من الأئمة الأربعة وخالف علي وبن عباس ومن تبعهما فقالوا إن المتوفى عنها زوجها وهي حامل إذا وضعت حملها قبل انقضاء أربعة أشهر وعشرة أيام فإن عدتها لا تنقضي بوضع الحمل بل لابد من انتظار مضي المدة بتمامها. أما إذا انقضت مدة أربعة أشهر وعشرة أيام قبل الوضع فإن عدتها لا تنقضي إلا بوضع الحمل لأنه حمل الزوج المتوفى فيجب صيانته، ودليلهم على ذلك قوله تعالى: " والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ". فإنها عامة وتشمل الحامل والحائل، وقد يقال في وجهة نظر علي وبن عباس براءة الرحم وحرمة الزوج المتوفى ورعاية خاطر أهله الأحياء.

أي أن الوضع تنقضي به عدة المتوفى عنها زوجها ولو بعد وفاته بحيث يحل لها بعد نزول ما في بطنها جميعه وانفصاله منها أن تتزوج ولو قبل دفن زوجها ودليلهم فيه قوله تعالى: ﴿**وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾،[3] ولحديث أم سلمة: "سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة

1- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 66.

2- ليلى حسن محمد الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الرواق، الأردن، 2006، ص 184.

3- الآية 04 من سورة الطلاق.

زوجها بنصف شهر فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : قد حللت فانكحي من شئت".[1]

أما المشرع الجزائري فنجده قد وافق ما جاء به الشريعة الإسلامية من خلال المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

2 – العدة في الحالات الاستثنائية:

ونعني بالحالات الاستثنائية عدة الحامل من زنا، وعدة الحامل غير المسلمة، وعدة الحامل من زواج فاسد، وعدة الحامل في بالشبهة.

أ – عدة الحامل من زنا: فالحمل إما أن يكون والمرأة متزوجة أو يكون وهي غير متزوجة، فإذا كانت الزانية متزوجة فإن أجلها أن تضع حملها سواء أكان الزاني بيقين أو لا. لأن ذلك هو مقتضى التعميم في قوله تعالى: "وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن..."، وإنما العبرة بكلمة "أجل" دون عدة إتباعا للنص القرآني الدقيق واتجاها إلى تصوير المالكية في هذا المقام بأن تربص الزانية يعد استبراء لا عدة فلا تترتب عليه آثار العدة، ولعل هذا هو السر في التعبير في النظم القرآني الكريم بقوله "أجلهن" وفي هذا المقام فإنه بشموله الحامل من الزنا التي لا تحقق لها وصف الاعتداد.[3]

أما بالنسبة لغير المتزوجة فقد اختلف الفقهاء على رأيين:

* **الرأي الأول:** لا تجب عليها العدة، وقال بعض الحنفية والشافعية والإمامية أن العدة لحفظ النسب، ولا يلحقه نسب، وقال بعض الحنفية: إنه يحرم وطوءها قبل الوضع إلا إذا من تزوجها هو نفسه من زنا بها.

* **الرأي الثاني:** ذهب الحنابلة وأبو يوسف والمالكية إلى أنه تجب العدة على الزانية كما تجب على المطلقة وإنه لا يجوز العقد عليها حتى تضع حملها للتيقن من براءة الرحم، وهو الرأي الراجح.[4]

1– مالك بن أنس بن عامر الأصبحي المدني، المرجع السابق، باب عدة المتوفى عنها زوجها، رقم الحديث 1250، ص 330.

2– تنص المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ".

3– ليلى حسن محمد الزوبعي، المرجع السابق، ص 172 و173.

4– علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 112.

ب – عدة الحامل غير المسلمة: تعتد الحامل غير المسلمة بما تعتد به المسلمة في جميع أحوالها سواء كانت المسلمة ذمية أو مستأمنة وفارقها زوجها المسلم بطلاق أو غيره. وأما إن كان زوجها غير مسلم، وفارقها بطلاق أو غيره فإن نصوص كتب المذاهب الثلاث الشافعية والحنفية والحنابلة أنها تعتد بوضع الحمل ولا يجوز لها الزواج قبل ذلك محافظة على الأنساب إذ هو حق للولد.[1]

وأما المالكية فيرون أن الكتابية لا عدة لها إلا إذا طلقها مسلم أو طلقها ذمي وأراد مسلم نكاحها من طلاق وهو بعمومه شامل للحامل وغيره، وكأن المالكية يحترسون من غير المسلمة تحت غير المسلم لأن أحكام هؤلاء في نظرهم ليست من شؤون ديننا، فقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون بالنسبة إلى ما يخضعهم من أحكام، هذا اتجاه من كتبهم إلى ما عرف عن المالكية من أن الحاكم مخير إذا رجع إليه الذميون في حكم لا يتعلق بمسلم فليس عليه الحكم في أمره، ولو أنهم حكموا في مثل هذه المسألة لحكموا بمثل ما حكم به المسلم.

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور من وجوب اعتدادها بوضع الحمل تأييدا بأن العدة هي حق للولد فإن أمكن لنا الحكم في هذا الشأن وجب بالعدة ولاسيما أنهم يدينون بوجوب العدة.

ج – العدة في الزواج الفاسد: القاعدة أن النسب يحتاج في إثباته إحياء الولد بحيث أنه تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من قانون الأسرة الجزائري. والزواج الفاسد هو الذي فقد شرطا من شروط الصحة المنصوص عليها في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري والمتمثلة في أهلية الزواج والصداق والولي والشاهدين مع انعدام الموانع الشرعية للزواج وهي الحالات التي رتب المشرع عليها فساد النكاح بموجب الفقرة الثاني من المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

ونجد أنه بالنسبة للزواج الفاسد فإنه تثبت له بعض الآثار القانونية من بينها ثبوت نسب الولد. وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري حماية لنسب الولد ومن شروطه:

– الدخول الحقيقي بالمرأة.

1– مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 78.

2– تنص المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري على أن: "القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع".

– مضي أقل مدة الحمل والتي قدرناها سابقا بستة أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي، وأما بالنسبة لأقصى مدة حمل في الزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفرقة بين الزوجين، فإذا جاءت الزوجة بولد قبل مضي عشر أشهر اعتبارا من يوم التفرقة يثبت النسب بالنسبة للولد.[1]

وهنا لا نجد فرق بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح لأنه في كلا الحالتين فإنه يثبت النسب لأبيهم لكن بشروط أوردها المشرع الجزائري بالنسبة للزواج الفاسد من خلال المادتين 42 و43 من قانون الأسرة الجزائري.

د– عدة الوطئ بشبهة: إن المرأة إذا وطئت بشبهة، وجبت عليها العدة لأن وطء الشبهة كالوطء في النكاح الصحيح للنسب، وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بشبهة ويوضحون هذه الحالة بأن يدخل الرجل بإمرأة على فراش صحيح له، كأن تكون معتدة ثم يظهر له أن الأمر قد اشتبه عليه وبذلك يكون قد وقع في شبهة، وهذا له أثره وحكمه في ثبوت النسب. وهذه الشبهة قد تكون في المحل وقد تكون في الفعل. وفي هذه الحالة لايثبت نسب الولد من الواطئ إلا إذا أتت به المرأة لستة أشهر فأكثر من وقت الوطئ.

وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يمحو وصف الزنا والدليل على ذلك إثباتهم النسب في حال نكاح الشبهة.[2]

ونرى أن ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في مجال إثبات النسب، وبالتالي فإن المشرع الجزائري قد أقر مطلقا ثبوت النسب في نكاح الشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

ومن جهة صرح الأستاذ الفرنسي بوسكي أن نظام الشبهة وجد في الفقه الإسلامي كباب مفتوح للهروب من العقاب عن طريق محو وصف الجريمة وإسقاط الحد الشرعي، فهو يرى أن الجريمة يستحق صاحبها العقاب الشرعي بدون تردد أو تهرب.

وردا على ذلك يرى الأستاذ العربي بلحاج أن هذا الرأي بعيد عن الفكر العلمي الصارم وعن الحقيقة، فالتشريع الإسلامي الذي ينص بأن الشبهة لا تمحو وصف الجريمة ولا تسقط الحد

1– مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 79.

2– ليلى حسن محمد الزوبيعي، المرجع السابق، ص 147.

إلا إذا أثبت الخطأ أو الغلط أو الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسن نية والأمر موكول لتقدير القاضي.[1]

وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " الحدود تدرأ بالشبهات " مما يعني أن الأحاديث والآية القرآنية تحتم على كل إنسان أن لا يشهد ولا يحكم على أحد أنه ولد من حرام إلا بعد الجزم واليقين أنه ليس في الواقع الأمر أي نوع من أنواع الشبهة.[2] لقوله تعالى: ﴿**وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا**﴾.[3]

الفرع الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية.

إذا كانت جّل التشريعات تجيز اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب، فإن المشرع الجزائري سكت عن ذلك فيما سبق، وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 40 من القانون رقم 84-11 المتعلق بقانون الأسرة قبل التعديل.[4]

إلاّ أنّه وكمحاولة منه لمواكبة التطورات الحديثة، أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب من خلال تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 في المادة 2/40 والتي تنص على ما يلي: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".[5] غير أنّ هذه المادة اكتفت بالإشارة إلى هذه الطرق بدون تحديد المقصود منها، فجاءت العبارة عامة و مطلقة دون قيد أو حصر، كما أن ورودها بصيغة التخيير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إحالة أطراف الخصومة إلى إجراء التحاليل اللازمة، مع إجراء الفصل النهائي في القضية لغاية ظهور نتائج الفحص.

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 197.

2- نفس المرجع، ص 198.

3- الآية 83 من سورة البقرة.

4- نصت المادة 40 من قانون 84-11 المتعلق بقانون الأسرة قبل التعديل على أنه:" يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالنية والشبهة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون".

5- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية ، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

وما تجدر الإشارة إليه أن اللجوء إلى الطرق العلمية لا يكون مقترنا دائما بحالة ملاعنة الزوج لزوجته، و نفي نسب الولد منه، و إنما يجوز الاعتماد عليها في مجال إثبات النسب ضمن حالات عديدة منها:

– حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء، سواء أكان التنازع على مجهول النسب بسبب الأدلة أو تساويها.

– حالات اشتباه المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال وأطفال الأنابيب والأمثلة على ذلك عديدة منها حالات تبديل المواليد في المستشفيات ، كأن يتم تسليم إلى غير أبويه خطأ أو عمدا، وأيضا في بعض حالات الطوارئ ، أين يتم خلط المواليد حديثي الولادة مع بعضهم البعض.[1] ضف إلى ذلك حالات ضياع الأطفال بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب وتعذر معرفة أهلهم.[2]

وعليه فإن الطرق العلمية تساعد في الكشف عن حقائق عديدة منها إثبات النسب ، وهي على أنواع مختلفة.

أولا: تحديد الطرق العلمية لإثبات النسب:

تقدم لنا اليوم العلوم البيولوجية مجموعة من الاكتشافات العلمية المختلفة التي تعدّ دلائل قوية، يقارب البعض منها حدّ القطعية في الكشف عن حقائق عديدة منها إثبات النسب، إلاّ أنّه لا يمكن حصر جميع الطرق العلمية لذلك سنتناول الأكثر انتشارا وتداولا منها.

1– نظام البصمة الوراثية:

سنعالج هذا النظام من خلال ثلاث نقاط.

1– حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والسن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2010، ص 32.

2– أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر، 2010، ص 324.

أ-تعريف البصمة الوراثية: سنعرف البصمة الوراثية عن طريق تباين مدلولها اللّغوي والاصطلاحي.

* **التعريف اللّغوي:** تتركب جملة البصمة الوراثية من كلمتين هما:

- البصمة: جمعها بصمات، بَصَمَ، يُبْصِم، بصمًا ، فهو باصم، ويقال بصم الشخص أي ختم بطريق أصبعه، ورسم، وطبع علامة على قماش ورق ونحوها. وأصلها في اللّغة هي الغلظة والكثافة ، يقال رجل ذو بصم أي غليظ، وثوب له بصم إذا كان كثيفاً كثيرا الغزل.[1] والبصْمُ: بالضم فوت ما بين طرف الخنصر إلى طرف البنصر والفوت هو ما بين الإصبعين.[2]

- الوراثة: من مصدر ورثة، يقال ورث أباه يرثه ورثاً ووراثة ورثاً ورثه بكسر الكل، وتعني الانتقال والبقاء، وأرثه الشيء أعقبه إياه وتركه له.[3]

* **التعريف الاصطلاحي:** في الحقيقة المدلول الإصطلاحي للبصمة هو بعينه المدلول العلمي ولقد تعدّدت تعارفها، فقيل هي: تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من حمض DNA المتركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه.[4]

كما عّرفه مجلس مجمع الفقه الإسلامي بـ"البصمة الوراثية في خلايا جميع الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه". فهي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية والّتي تجعلنا مختلفين، وهو ما يعرف بالحمض النووي. لكن ما هو الحمض النووي،[5] وما أهميته في مجال إثبات النسب؟

الحمض النووي أو ما يعرف بـ DNA هو الحروف الأولى لمصطلحDEEXY Hibencuhic، وهو عبارة عن مركب كيميائي معقد ذو وزن جزئي لا يمكن للكائن الحي

1- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، بدون طبعة، دار الجيل، بيروت- لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الرابع، ص 81.

2- جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار صادر، لبنان، 1997، ص 210.

3- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق ، ص 182.

4- إقروفة زبيدة، المرجع السابق ، ص 241.

5- حسام الأحمد، المرجع السابق ، ص 20.

الاستغناء عنه يعرف ب (DNA)، وهو اختصار لكلمة الحمض النووي الديوكسي منزوع الأكسجين، وهو الذي يحمل المعلومات الوراثية . ويوجد هذا الحمض في أنوية الخلايا للكائنات الحية، لذا يطلق عليه " النووي"، ويشكل هذا الأخير نظاماً يحدّد خصائص كلّ فرد باعتبار أنّه يختلف من شخص إلى أخر.[1]

وهكذا يمكن اعتبار الفحص دليل إثبات بطريقة أكيدة في كثير من المجالات، فإذا توافقت الصفات المميّزة الموجودة في الحمض النووي للأم وتلك الموجودة في الحمض النووي للطفل فإنها تؤدي إلى تخريج تركيبة، وهذه الأخيرة لا توجد إلاّ عند شخص واحد فقط وهو الأب الحقيقي، فإذا وجدت هذه التركيبة عند المدعى عليه فهذا يعني أنّه الأب الحقيقي الّذي منه كان الطفل.

ب- ضوابط استخدام البصمة الوراثية: إنّ البصمة الوراثية أسلوب فني عصري يحتج بها في العديد من ميادين الإثبات وفق النزاعات، إلاّ أنّ العمل بها لا بد أن يحاط بجملة من الضوابط حتى لا يستعملها البعض وسيلة للتعّدي على حقوق الآخرين، وهذه الضوابط نوعين:

*** الضوابط المهنية:**

- أن يتولى مهمة الكشف عن الطبيعة الشخصية خبراء وفنيون مسلمون، لاعتبار أنّ نتائجها ستكون حقائق تبنى عليها أحكام شرعية، وإنشاء المخابر المعتمدة من أجل ذلك.[2]

- وجوب الكفاءة والدراية التامة بعموم وأدّق التفاصيل لهذا الأسلوب إضافة إلى الأمانة والموضوعية العلمية، هذا ويجب ألاّ تكون أيّة قرابة، صداقة، عداوة أو مصلحة بين أطراف الخصومة والقائمين على ذلك.[3]

- من أجل مصداقية أكثر يجب التحليل في مخبرين منفصلين، وإلاّ في مختبر واحد من طرف خبيرين غير أنّ مسألة التكرار كانت محل خلاف للصعوبات التي قد تواجه الأفراد من أجل ذلك.

1- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 254.

2- إقروفة زبيدة، المرجع السابق ، ص 247.

3- نفس المرجع ، ص 248.

وفي هذا الصدد تقول الدكتورة إقروفة زبيدة أنّ المسألة متروكة لسلطة القاضي باعتبار الفحوص الجينية تدخل في أعمال الخبرة التي تخضع لشروط صارمة.

*** الضوابط الموضوعية:**

– يمنع استخدام الشفرة الوراثية للتأكد من نسب ظاهر مستقرّ بأحد الطرق الشرعية لما في ذلك من إثارة الشكوك والظنون وتشتت العلاقات الأسرية، مع التماس القبول المسبق الحر والواعي من المعني في حالة استخدامها. وللقاضي كامل السلطة التقديرية في إحالة الأطراف المعنية على اختبارات الكشف الوراثي.[1]

– يستخدم فحص DNA في المجالات التي حصرها الفقهاء كالتنازع حول النسب أو كنتيجة لانعدام الأدلة أو تعارضها أو حتى اتفاقها وغيرها...[2]

2– نظام فصائل الدم:

نتيجة للتجارب الّتي قام بها الطبيب النمساوي " لاستينز" عام 1900، تمّ وضع الأساس الكيمائي الّذي على أساسه صنف الدم البشري إلى الفصائل الأربعة وهي: O.AB.B.A.[3]

إنّ وراثة الفصائل الدموية تبين أنّ وجود المستضدات B وA (ANTIGENS)، أو عدم وجودها ، يعتمد على توافرها في الآباء وتنتقل من جيل إلى آخر بناء على قوانين وراثية تتحكم في وجودها.[4]

وبالرجوع إلى ما أظهرته الأبحاث العلمية منذ فترة طويلة، تبين أنّ دم بني الإنسان يتنوع إلى عدّة فصائل، وأنّ لكلّ منها مميّزاتها، ومعنى ذلك أنّ كلّ شخص يحمل داخل خلاياه نواة تحتفظ بكّل مادته الوراثية الّتي ينفرد بها. ويحمل الابن نصف مادته الوراثية من الأب والنصف

1– بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص403.

2– إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص 247 ، 248.

3– عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة ، كلية العلوم ، قسم الشريعة الإسلامية ، القاهرة – مصر، 2000، ص 278.

4– بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2010، ص 53.

الآخر من الأم، وبالإمكان معرفة بنوة أي أب أو لشخص ما من تطابق مادة الابن مع مادة الأب والأم.

وعليه فانّ العمل بنظام البصمة الوراثية، وفصائل الدم والاعتماد على نتائجها في الكثير من المسائل بما فيها إثبات النسب، ينبغي أن يجرى في ظروف جيدة تسمح بإعطاء نتائج دقيقة.

ثانيا: حجية الطرق العلمية لإثبات النسب:

لقد اتضح تأثر المشرع الجزائري إثر تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 بالثورة الهائلة التي كان سببها التطور البيولوجي ، والّذي نجم عنه استحداث تقنيات في المعرفة العلمية، تستخدم في الكشف عن حقائق غامضة منها إثبات النسب والّتي نصت عليها المادة 2/40 من قانون الأسرة الجزائري. غير أنّ المشرع لم يتطرق إلى تحديد حجية الطرق العلمية ممّا يدفع بنا إلى التساؤل حول قيمتها القانونية ومدى دقة نتائجها في هذا المجال.

1- قوة الطرق العلمية في إثبات النسب:

نظراً لسكوت المشرع الجزائري عن قيمة هذه الوسائل العلمية، فإنّ العمل بها يؤسس انطلاقا من عموم النصوص، ومن القواعد والمبادئ العامة في الإثبات وتعيين الخبرة الطبية ونتائجها.

أ-طرق علمية ذات حجية قطعية: تعتبر البصمة الوراثية من الطرق العلمية القطعية في مجال النسب.[1] وإثبات البنوة عن طريقها هو أسلوب جديد اخترعه الطبيب الانجليزي إليك جيفري سنة 1984، ينطلق من أنّ كلّ شخص يحمل داخل خلاياه نواة تحتفظ بكلّ مادته الوراثية الّتي ينفرد بها ، ويحمل الابن نصف مادته الوراثية من الأب والنصف الآخر من الأم.[2] وللشفرة الوراثية نصيب من جانب الفقه الإسلامي إذ لا معنى لهذه الوسيلة إن كانت تخالف الأحكام الشرعية.[3]

1- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، المرجع السابق ، ص305.

2- - إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص231.

3- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 2006، ص 718.

ذهب جانب من الفقه إلى جواز الإعمال بالبصمة الوراثية في ثبوت النسب، تخريجاً من مذهب جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية القائلين بجواز اللّجوء إلى القيافة.[1] وقد اعتمد أصحاب هذا المذهب في تدعيمه بعدّة أدلّة بعضها من السنة وأخرى من القياس نذكر منها:

* **السنة النبوية الشريفة:** عن أبي هريرة رضي الله عنه: أنّه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "كانت إمرأتان معهما إبناهما جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت لصاحبتها: إنما ذهب بابنك، وقالت الأخرى: إنما ذهب بابنك، فتحاكما إلى داود فقضى به للكبرى ، فخرجتا على سليمان بن داود رضي الله عنه فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينكما ، فقالت الصغرى: لا تفعل! رحمك الله، هو ابنها، فقضي به للصغرى".[2]

فوجه الدلالة هنا، أنّ نبّي الله سليمان رضي الله عنه قضى بالولد للصغرى بموجب قرينة الشفقة، ولا شك أنّ البصمة الوراثية أولى بالاعتبار منها.

* **القياس:** وقد استدلّ القائلون بثبوت النسب بالبصمة الوراثية بعدّة أوجه منها جواز الاعتماد عليها قياساً على القيافة بالاستناد إلى الصفات المتشابهة بين الأبناء والآباء والأمهات. إضافة إلى جواز إثبات النسب بها قياساً على الخبرة الّتي أجاز الفقهاء العمل بها في العبادات، المعاملات بجامع الاعتماد على رأي أهل الخبرة والمعرفة.[3]

ومن جهة أخرى فقد أفاد تعليق الأطباء على دقة ثبوت النسب بهذه الطريقة بأنّ نتائجها حسبهم تصل نسبة النجاح فيها إلى 99.07%، وتكمن أهميتها البالغة من خلال تركيبة الحمض النووي الموجود في جسم الإنسان، فبتحليله نجده يحتوي على جزء معّين ينفرد بصفات تبقى تلازم صاحبها مدى الحياة ، ويطلق على هذه الصفات تسمية البصمة الوراثية.

ولمعرفة البصمة الوراثية لشخص ما، يتم فحص ADN لأحد المواد السائلة في جسمه، كالدم أو المني أو اللّعاب، أو لأخذ الأنسجة كالجلد، فإذا توافقت الصفات المميّزة الموجودة في

1- القيافة نسبة إلى القائف، وهو الّذي يعرف الأشباه فيعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه وهو كذلك الّذي يتبع الآثار ويعرفها ويطلب الضالة والهارب، فعلى هذا تشتمل دلالته من يلحق النسب، ويقبض الأثر.

2- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، كتاب الفرائض، باب قوله تعالى :" وَوَهَبْنَا لِدَاوُود سُلَيْمَان نِعْمَ الْعَبْدُ إِنَّهُ أَوَّابٌ"، رقم الحديث 3244، الجزء الثالث، ص 1260.

3- حسني محمود عبد الدابم، المرجع السابق، ص720.

الحمض النووي للطفل فإنّها تؤدي إلى تخريج تركيبة لا توجد إلاّ عند شخص واحد هو الأب الحقيقي.[1] ونتيجة لذلك أصبح الاتّجاه الغالب في التشريعات الوضعية تميل إلى الأخذ بالأدلّة العلمية، الّتي على رأسها البصمة الوراثية في إثبات النسب، بل وقامت مجموعة من هذه التشريعات بتنظيمها حيث أقرّتها بنصوص خاصة نذكر منها التشريع الفرنسي، التونسي والانجليزي.[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص عليها بطريقة ضمنية من خلال المادة 2/40 من قانون الأسرة، بحيث جاءت العبارة عامة ومطلقة ممّا يجعل وسيلة الفحص الجيني داخلة من محتواها، كونها من أشهر الطرق العلمية وأوثقها وأحدثها في الكشف عن السبب الحقيقي، والتي تساعد مستخدميها في الوصول تقريبا إلى درجة القناعة التامة التي لا يخالفها شك.[3]

وبناءً عليه نتائجها تقنية شبه قطعية، كونها مبنية على الصفات الوراثية العلمية والبيولوجية بين الآباء والأبناء، ممّا يؤدي إلى معرفة الأب الحقيقي إلى حدّ بعيد، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار صدر عنها في 2006/03/05، من أن قضاة المجلس لم يستجيبوا لطلب الطاعنة الرامي إلى إلحاق نسب المولود (ص.م) للمطعون ضده و من صلبه، بناء على العلاقة التي كانت تربطه بالطاعنة، فكان عليهم إلحاق هذا الولد بأبيه وهو الطاعن.[4]

فقد أحسنت المحكمة العليا صنعا في هذا القرار باعترافها بدور الخبرة العلمية الطبية، و قوتها الثبوتية للنسب بدون منازع، و التي أصبحت مع تطور التجارب المخبرية لا تقتصر على مجرد عينات الدم، بل انصبت على مختلف الأنسجة و المواد السائلة.[5]

ب- طرق علمية ذات حجية ظنية: إن الله تعالى نهى عن إتباع ما ليس لنا به علم، فقال: ﴿**وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ**﴾.[6] كما نهى عن العمل بالظن في كل موضع يشترط فيه العمل أو الاعتقاد الجازم مصداقا لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِنَ الظَّنِّ إِنَّ**

1- نفس المرجع، ص721.

2- نفس المرجع، ص 737-741.

3- اقروفة زبيدة، المرجع السابق ، ص308.

4- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2006/03/05 ملف رقم 18 355، المجلة القضائية، 2006، العدد الأول، ص 469 .

5- العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص 402.

6- الآية 36 من سورة الإسراء .

بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾.[1] فالآية لم تنه عن كل ظن وإنما نهت عن بعضه، وهو أن تبنى على مالا يجوز بناؤه عليه.[2] وفي مثله إثبات النسب.

فإذا كان معظم علماء الطب و القانون قد اتفقوا على اعتبار بعض من الطرق العلمية ذات حجية قطعية الدلالة – نظرا للخصائص الفريدة التي تتميز بها و في مثالنا البصمة الوراثية – فإنه نظرا لما هو جار العمل به في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية ، نعتبر البعض منها ذات حجية ظنية على الرغم من أنها مبنية على أسس علمية و تقنية محضة.[3]

إن هذه الطرق العلمية الظنية التي من بينها نظام تحليل فصائل الدم و نظام HLA المرتبط بالمناعة أو نظام المفرزات اللعابية، تعد وسائل إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين، كون نتائجها تبقى محتملة التحقق، فهي لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي.[4]

وينبغي الإشارة إلى أن هذه التحاليل الجينية المستحدثة لا تشكل هي الأخرى سلاحا مطلقا لأول وهلة، لأنه رغم حساسية هذه التقنية فإنه ينبغي على القضاء إحاطتها بشروط و ضوابط الأخذ بها، وهو ما يقودنا للحديث عن سلطة القاضي في تعيين الخبير مع إبراز مدى صلاحيته في رفضها أو قبولها.

2- سلطة القاضي في اللجوء إلى الطرق العلمية البيولوجية:

تنص المادة 40 في فقرتها الأخيرة :" يجوز للقاضي اللّجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب". فهي تلك الوسائل قطعية الدلالة الّتي يستعان بها للوصول إلى الحقيقة، بحيث تثبت العلاقة اليقينية الحتمية بين الولد وأبيه. غير أن المشرع الجزائري جعل الأمر جوازيا من خلال لجوء القاضي لإصدار الأمر بتعيين خبير طبي، ومطلق من حيث تقدير القاضي الأخذ بها خاصة من خلال ربطها بالزواج الصحيح أو نكاح الشبهة أو النكاح الفاسد.

1- الآية 12 من سورة الحجرات .

2- أسماء مندوه عبد العزيز أبوخزيمة، المرجع السابق، ص310.

3 – نفس المرجع، ص 311.

4- عائشة سلطان ابراهيم المرزوقي، المرجع السابق، ص 277.

أ-**الأمر بتعيين خبير طبي:** بمجرد وصول القضية محل النزاع حول نسب الطفل أو أكثر، سواء تعلّق الأمر بإثبات الأبوة أو الأمومة أو نحوها، أمام الجهة القضائية المختصة متبعًا في ذلك الإجراءات والشروط القانونية اللّازمة لذلك، فإنّ القضاة لدى تصدّيهم للفصل فيها، إذ اعتبروا أنّهم يحتاجون إلى من ينورهم في خصوص المسائل المرفوعة إليهم والتي ليس لهم دراية فيها يعمدون تلقائياً أو نزولاً عند رغبة الخصوم، إلى أهل المعرفة فيكلّفون بتقديم المعلومات الضرورية للفصل في النزاع.[1]

وأهل المعرفة الّذين يتم اختيارهم هم أعوان العدالة وهم الخبراء القضائيين، أمّا العمليات التي يقومون بها فهي الخبرة القضائية.[2]

إنّ تلك المعلومات والتفاصيل الّتي لا يحيط بها القانون بحكم تخصصه العلمي والمهني، قد تدعّم القضية بحقائق أخرى أكثر وضوحاً إعمالاً بالمادة 2/40 من قانون الأسرة الجزائري وتطبيقها للمادة 126 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".[3]

يوجه الأمر القضائي بأخذ العّينات من الأطراف المعنية وفي بعض الحالات تؤخذ من بعض الأقارب أصولاً وفروعاً وحواشي كأبناء الإخوة أو العمومة وذلك حسب دواعي القضية، إضافة إلى الطفل محل النزاع، وفحصها ثمّ إعطاء النتيجة النهائية سلباً أو إيجاباً إلى الجهة القضائية المعنية.[4] ويجب أن يتضمن الأمر القضائي مجموعة من المعلومات استناداً إلى نص المادة 128 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري. والحاصل أن القاضي هو صاحب قرار تعيين خبير منتدب في اختصاصه الإقليمي، لإجراء الفحوصات الجينية، وليس لأطراف الخصومة حق رفضه أو استبداله إلاّ بناءً على سبب جدّي كالقرابة أو وجود مصلحة شخصية كما

1- اقروفة زبيدة، المرجع السابق ، ص 263.

2- محمد توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 07.

3- القانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1443هـ الموافق ل 12 يوليو 2022 المعدل والمتمم للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

4- إقروفة زبيدة، المرجع السابق ، ص 264.

أنّ القاضي هو المخوّل قانوناً بتقدير الأتعاب ومصروفات الخبرة استنادا إلى كشف الأتعاب والطرف الّذي يتحملها حسب نص المادة 129 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.[1]

ب- تأثير تقرير الخبرة الطبية على الحكم: انطلاقا من المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري،[2] والمادة 2/40 من قانون الأسرة الجزائري يتّضح لنا جلياً أنّ سلطة القاضي التقديرية في هذا الشأن واسعة، إن لم نقل مطلقة في الأخذ بنتيجة الفحص الطبي، واعتمادها كلياً أو جزئياً في تكوين قناعته وبالتالي تأسيس حكمه، أو ردّها جملة واحدة والسير في الدعوى دون الاسترشاد مطلقاً بالخبرة، غير أنّه ينبغي له حين ذلك تسبيب استبعاده للخبرة، كما يستطيع إلغاء الخبرات كلياً أو جزئياً لعيب شكلي أو لانحيازها وعدم مصداقيتها.

وتلحق التقارير الطبية بالقضية ويمكن نقدها ومناقشتها، أو تبريرها بمقالات، وتبقى حقوق الدفاع كاملة فللقاضي مناقشة محتوى الخبرة الطبية، والرد على الدفوع المثارة من قبل الأطراف، وتقدير مدى ملائمة خبرة مضادة، ما دام تقدير الأدلة موكلاً لقضاة الموضوع، فإنّه إذا تعارضت أقوال خبراء البصمة الوراثية بأنّ تعدّد الخبراء أو تعدّد الخبرات، فإن الأمر في هذه الحالة موكل لقضاة الموضوع أيضا، لأن الأمر يتعلق بجانب مهم وهو النسب.[3] حيث أن تقرير الخبير بعد إجراء التحاليل اللاّزمة هو تقرير صامت، يتمتع فيه القاضي بحق تقدير نتائجه، فيأخذ ما هو مجدي، ويترك ما يعارض الصواب، فالقاضي غير ملزم برأي الخبير.[4]

غير أنّ هذا الطرح لا يكون بنفس الوضوح في التطبيق دائماً، ذلك أنّ هذه الطرق قد لا تتيح للقاضي فهمها، وبالتالي يمتنع حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحتة، ومن تم

1- محمود توفيق اسكندر ، المرجع السابق ، ص61.

2- تنص المادة 114 من القانون رقم 22-13 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنّه:
" يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة.
القاضي غير ملزم برأي الخبير. غير أنّه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة ".

3- محمود توفيق إسكندر، المرجع السابق، ص 83.

4- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 399 و 400.

فإنّ جهل القاضي بهذه الطرق العلمية ومحتواها قد يشكل عقبة في الأخذ بها أو تركها. لذا فلا يمكن للقاضي المصادقة على التقرير الطبي إجمالاً ودون تحليل ومناقشة لعناصره.[1]

وما يجب توضيحه أخيراً أنّه رغم إمكانية جهل القاضي بمحتوى تقارير الخبرة الطبية، فإنّه إذا تلقت هذه التقارير النقد والمناقشة، فإنّه يمكن أن تؤثر بشكل كبير على مجرى الحكم عن طريق إظهار الحقيقة المتعلقة بالنسب، غير أنّ صلاحية تقدير مدى ملائمة الخبرة من عدمها يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

المطلب الثاني: أثر الطرق الحديثة للإنجاب على إثبات النسب.

من المسائل التي نجمت عن تقنيات الإنجاب الحديثة مسألة مهمة تطرح في هذا الخصوص وهي مسألة النسب بين المولود وأطراف العملية خاصة وأنه يعد أمراً مهماً جداً بكل ما يترتب عليه من آثار مالية أو غير مالية، سواء كان ذلك في إطار العلاقة الزوجية أو خارجها، حيث نلتمس موقف الشريعة الإسلامية حيالها وكذا موقف التشريعات التي عالجت هذه المسألة لاسيما التشريع الجزائري سواء بخصوص نسب المولود من التلقيح الداخلي أو الخارجي فهذا الطفل مثله مثل الطفل المولود عن الطريق الطبيعي فله حقوق اتجاه والديه وهو أن ينسب إليهم وذلك حماية للولد، وهذا ما سنتناوله في الفروع الموالية في انتظار التفصيل الكامل لموضوع التلقيح الاصطناعي في الباب الثاني.

الفرع الأول: دور التلقيح الاصطناعي في مسألة إثبات النسب.

لعل من البديهي ونحن نتكلم عن تقنيات التلقيح الاصطناعي أن نشير موضوعاً هو نتيجة منطقية لهذه العمليات وهو موضوع النسب، أي نسب الطفل الذي سيولد سواء عن طريق التلقيح أو الاستنساخ.

حيث أنّه ونظرا إلى أن النسب هو مجموع العلاقات الاجتماعية إذا نظرنا إليه في كونه جوهر البناء الأسري، فمن حق كل فرد في المجتمع الانتماء إلى أسرة وإلى عائلة تحفظه وتصونه

1- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2008 ، ص 35.

وتحميه وتسهر على تنمية قدراته الجسدية والفكرية وتضمن حقوقه، وذلك أن انهيار المجتمعات في الغالب يكون نتيجة تدهور العلاقات الاجتماعية فيها وأخطرها وجود أطفال مجهولي النسب والهوية.

ولهذا نجد بأن التشريعات حرصت على أن ينسب الأطفال إلى آبائهم وحتى وإن كان الزواج عرفيا أو كان باطلاً، وذلك أن ثبوت النسب هو أساس ثبوت جميع الحقوق الأخرى والتي في الأصل متعلقة به تعلق الوجود والعدم.

والمعلوم لدينا أن ثبوت النسب متعلق بثبوت النسب المنشئ له، فنسب الولد من الأم يثبت بالولادة بغض النظر عن صحة الزواج ودليل ذلك واضح وصريح بنصوص الآيات الكريمة في القرآن. أمّا نسب المولود من الأب فيثبت أصلا بالفراش مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، والفراش هو تعيين المرأة للولادة لشخص واحد وكل ذلك يقوم على وجود العقد مع الدخول بالزوجة.

بالنسبة لموضوع الحال فإن النسب يتميز بوضع خاص جداً، ذلك أننا نتصور النسب من خلال الرابطة الحقيقية والتي منشأها الاتصال الجنسي الطبيعي أو العلاقة الشرعية التي تحكمها قواعد عقد الزواج وفي ظل هذا التصور فإنه يفترض أن المولود ينسب إلى أمه، كما أن المولود الذي ينتج بعد انقضاء عقد الزواج لأي سبب كان يثبت نسبه بعد مرور فترة محددة من هذا الانقضاء، إلا أنه رغم ذلك فإن إثبات النسب أيضا له أبعاد مختلفة في عمليات التلقيح الاصطناعي، وذلك ما سنحاول كشفه كالآتي:

أولا: إثبات النسب في حالة الزوجة الواحدة:

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بخصوص ثبوت نسب الطفل في حالة زوجين على قيد الحياة، وذلك بناءً على الاختلاف في حكم إستدخال المرأة من رجل تربطها به علاقة شرعية فظهر قولين:

* **القول الأول:** ذهب إلى ثبوت النسب بالاستدخال لوجود علاقة شرعية بين الرجل صاحب المني والمرأة صاحبة البويضة والرحم، وهذا على رأي الحنفية، المالكية والحنابلة.

* **القول الثاني:** وهو رأي الشافعية الذي اشترط البعض أن يكون المني محترماً لكن اختلفوا فيما بينهم حول المراد بالمني المحترم، كما اشترط البعض أن يكون المني محترماً حال الخروج، بحيث يخرج من رجل في إطار علاقة شرعية دون النظر إلى وقت الاستدخال، أما البعض الأخر فاشترطوا أن يكون المني محترماً في حالة الخروج وحالة الاستدخال.[1]

والراجح هو قول الجمهور بثبوت نسب الطفل إلى الزوجين في هذه الحالة، طالما أن النطفة للزوج والبويضة والرحم للزوجة وتم تلقيح الزوجة أثناء الحياة الزوجية وذلك بإصابة احدهما بالعقم وعدم قدرتهم على الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي، فالولد الناتج عن هذه العملية سواءً كان التلقيح داخليا أو خارجياً فينسب الولد لكلا الزوجين شرعاً وقانوناً.[2]

كما جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" فيثبت نسب الطفل المولود في هذه الحالة للزوجين معًا، وذلك في حالة أتت به الزوجة أثناء الحياة الزوجية أو في عدتها من طلاق أو وفاة مع كل ما يترتب على ذلك من أحكام شرعية من ميراث ومحرمات ونفقة...[3]

يشترط لثبوت النسب هنا احتياطياً النظر إلى مدة الحمل والتي يقدرها العلماء بستة (6) أشهر بعد العقد فإذا وضعت حملها في ستة أشهر في العقد أو قبلها فهنا القول يكون للزوج فإذا أنكر فلا يثبت لتأكد حقيقة أنها علقت به من غيره قبل العقد.

أما بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري نجد نص المادة 45 مكرر التي قامت بتحديد الشروط التي يجب توفرها للقيام بعملية التلقيح الاصطناعي، فبالتالي إذا تمت العملية وفق الشروط القانونية المذكورة في هذه المادة ففي هذه الحالة يستفيد المولود من قرينة الأبوة، فالقانون لم يشترط أن يكون

1- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص 208 و209.

2- طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي ، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2013، ص 83 و84.

3- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة- الجنين وحرمة الجسد الإنساني، تلقيح صناعي داخلي – التلقيح الصناعي الخارجي، الحمل لحساب الغير- بنوك الأجنة، بدون طبعة، دار المكتبة القانونية، مصر، 2007، ص 449.

الإنجاب عن طريق الاتصال الجنسي بين الزوجين، بل يكفي أن يكون المولود نتج عن التقاء من الزوج وبويضة الزوجة أثناء حياتها الزوجية وولد على فراشها ومتى تحقق ذلك فإن النسب يكون ثابتاً.[1]

إلا أن بالعودة إلى نص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري فهي تقضي بأنّه: "ينسب الولد لأبيه، متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق الشرعية".[2] فلا تتماشى مع التطور الطبي والبيولوجي في مجال الإنجاب، باعتبار أن عملية التلقيح الاصطناعي لا يكون فيها الاتصال الجنسي بين الزوجين وإنما التقاء البويضة بالحيوان المنوي يكون اصطناعياً، لذا يمكن للمشرع الجزائري أن يستدرك الأمر ويعيد صياغة المادة 41 حتى تتماشى مع نص المادة 45 مكرر.

يمكن أن تقام عملية الزرع بعد انقضاء الرابطة الزوجية سواءً بطلاق أو وفاة وتأتي الزوجة بالولد بعد انقضاء مدة طويلة على هذا الانفصال هذا قد يثير بعض المشاكل بخصوص أبوة هذا الولد من الناحية الشرعية والتشريعية.

الأصل أن التلقيح بعد الوفاة محرم شرعا، فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة تحديد نسب الطفل المولود بالتلقيح الاصطناعي بماء الزوجين بعد انتهاء الرابطة الزوجية، إلا أن المجيزين لهذه الصورة يفرقون بين حالتين ولكل حالة حكمها الشرعي وهما:

1- مشروعية عملية التلقيح الاصطناعي مع الوفاة وأثناء العدة:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية اتخذوا رأيين متضاربين، حيث ذهب أنصار الرأي الأول بجواز إجراء التلقيح بمني الزوج المتوفي أثناء العدة، أي بمعنى أن عملية التلقيح تجرى خلال العدة الشرعية لوفاة الزوج والمحددة بأربعة أشهر وعشرة أيام. هذا لأن الحياة الزوجية حسب رأيهم لا تنتهي بانتهاء العدة، فقد تعمدت الزوجة إلى استرجاع مني زوجها وإعادة تلقيح نفسها، رغبة منها

1- مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجزائر، العدد 24، سبتمبر 2016، السنة الثامنة ، ص 67.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

في أن يكون لها ولد من زوجها المتوفي ليذكرها به أو لسبب الميراث.[1] ويرى أن طفل التلقيح الولود بعد الوفاة ينسب لأبيه إذا تمت عملية التلقيح في فترة العدة . وأدلتهم على ذلك حديث الرسول عليه الصلاة الله عنها:" لو مُت قبلي فقمت عليك فغسلتك و كفنتك " ، فدليل هذا الحديث أنّ الفراش قائم بقيام العدة ومن حق الزوجين القيام بتغسيل الأخر بعد وفاته، لأن النطفة تثبت أنها من الزوج وتقاس هذه الحالة على نكاح الشبهة.[2]

أما الرأي الثاني، يتجه أنصاره نحو حرمة إجراء عملية التلقيح بين الزوجين أثناء العدة، وهو ما ذهب إليه غالبية الفقهاء ودليلهم على ذلك أن:

– الحياة الزوجية تنتهي بوفاة أو انفصال أحد الزوجين، فبذلك تصبح الزوجة أجنبية على زوجها المتوفى، ومنه لا يجوز لها تلقيح نفسها بمنيه بعد وفاته.[3]

– الجماع بين الرجل والمرأة لا يعتد به ولا ينتج أثره إلا في إطار علاقة زوجية صحيحة، فمن باب أولى يجب أن يقاس عليه التلقيح الاصطناعي.

– خلصت لجنة البحوث الفقهية بالمجمع الفقهي الإسلامي إلى أن التلقيح في عدة الوفاة أشبه بالعدة من طلاق بائن، لأنه لا يمكن للزوج مراجعة زوجته.[4]

ويتجه هذا الرأي إلى القول بأن المولود الناتج عن التلقيح في فترة العدة يعامل معاملة ابن الزنا وبالتالي فيثبت نسبه لأمه نتيجة وضعها له، وأنّه لا ينسب إلى الزوج المتوفي أو المطلق صاحب النطفة لأنه لم يعد زوجها. ودليلهم على ذلك هو حديث الرسول صلى الله عليه وسلم بأنّ: "الولد للفراش، وللعاهر الحجر"، فهذا الحديث اثبت أن ثبوت النسب يكون من خلال وجود علاقة شرعية بين الرجل والمرأة وبالتالي في حالة وفاة الزوج أو الطلاق تنتهي تلك الرابطة.[5] وعليه فلا

1– بن قويدر زبيري، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني– دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011–2012، ص51.

2– أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص211.

3– حسيني هيكل، المرجع السابق، ص133.

4– جاد الحق علي جاد الحق، مختارات من الفتاوى والبحوث، بدون طبعة، مطبعة الأزهر، مصر، بدون سنة نشر، ص154.

5– أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 210.

يثبت نسب الطفل المولود بعد الوفاة وبعد مدة الحمل الشرعية، لأنه في هذه الحالة يعتبر أن التلقيح الاصطناعي قد تم خارج إطار العلاقة الزوجية، فبالتالي يأخذ المولود الناتج عن هذه العملية حكم ابن الزنا أو إذا جاءت به بعد أقصى مدة الحمل، فيفقد حقه في نسبه لأبيه البيولوجي لأن الرابطة انتهت بين الزوجة و زوجها المتوفى بمجرد الوفاة أو الطلاق.

كما أفتى مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة في دورته السابعة سنة 1404 هجري، بأن الموت يعتبر نهاية الحياة الزوجية، ولا يمكن أن يؤخذ مني الزوج لتلقح به زوجته بعد وفاته. والعلماء الذين حضروا ندوة الإنجاب في الكويت تحت إشراف وزير الصحة الدكتور عبد الرحمن العوضي في 11 شعبان 1403 هـ، واللجنة الطبية الفقهية بالأردن، الدكتور نصر فريد واصل مفتي مصر، الشيخ مصطفى الزرقاء، الدكتور بكر عبد الله أبو زيد، مفتي تونس وغيرهم، قد أفتوا بتحريم هذه الطريقة كذلك.[1]

ونرجح القول من جهتنا بإلحاق المولود بعد انتهاء العلاقة الزوجية بأمه دون أبيه وذلك لأدلّتهم القوية وكذا انتهاء العلاقة الزوجية بين الزوجين بحيث لإثبات نسب الطفل يجب وجود رابطة زوجية وأن يلد المولود على فراش الزوجية و لا ينكره والده.

2- مشروعية عملية التلقيح الاصطناعي مع الوفاة وبعد انتهاء العدة:

إن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على حرمة هذه الطريقة، هذا لانقطاع العلاقة الزوجية بين الزوجين بانتهاء مدة العدة، لأن المرأة يمكنها الزواج بغيره. أما إذا تمت عملية التلقيح بعد انتهاء العدة، فهي بين رجل وامرأة أجنبيين لا تربطهما أية علاقة، وحدوث الحمل بعد وفاة الزوج يلغي النسب، كما أن هذه العملية محرمة وتلتقي مع الزنا في إطار واحد، لانعدام الرابطة الشرعية بين المرأة والرجل المتوفي الذي استدخلت منيه.[2]

فيما يرى البعض أن فيها شيء من الغرابة فيما إذا توفي الزوج فاستعمل منيه بعد وفاته في تلقيح زوجته التي توفي عنها. فهذه الصورة من حيث الحكم تعتبر محرمة لأكثر من سبب، من

1- محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية – مصر، 2013، ص 56.

2- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص 134.

ذلك أن التلقيح الاصطناعي بنوعيه إنما يجوز عند الحاجة إلى ذلك، ولا حاجة هنا لأن المرأة المتوفى عنها زوجها إن كانت بحاجة إلى ذرية، فإنه باستطاعتها أن تتزوج بعد انقضاء عدتها، فتنجب من زوجها الجديد.

فقد قرر بعض الفقهاء أن الزوجية تنتهي بالوفاة، لذا فإن المرأة بعد وفاة زوجها لا يجوز لها استعمال مني الزوج المودع، لأنها الآن غير زوجة له، فلو استعملت ذلك وحملت فهو يعتبر حمل من رجل غريب بحيث لا تثبت له نسبا من صاحب المني لأن مصدر النطفة لم يبقى زوجا.[1] وحرمت هذه الطريقة ومرجع ذلك أن العلاقة الزوجية تنتهي بالوفاة حتى لو وافق الزوجان على ذلك كتابة قبل وفاة الزوج.[2]

كما أن اللجنة الطبية الدائمة في الأردن أقرت بذلك بقولها: "لا يجوز ولا بأي حال من الأحوال استخدام مني الزوج المتوفي لتلقيح بويضة زوجته السابقة، سواء كان تلقيحا داخليا أم خارجيا، لأنه بموت الزوج ينتهي رباط الزوجية".[3]

وعموما إذا انقطعت العلاقة الزوجية سواء بالطلاق أو الوفاة وانقضت معها عدة المرأة فإن غالبية الفقهاء يحرمون القيام بعملية التلقيح لانتهاء الزوجية بانقضاء العدة، لأنه يجوز لها الزواج بغيره، ويأثم كل من يشارك في هذه العملية.[4]

وبناء عليه إذا تمت عملية الزرع بعد الوفاة أو الطلاق وأتت الزوجة بالولد خلال مدة الحمل من تاريخ الوفاة أو الطلاق البائن، فالولد هنا يستفيد من قرينة الأبوة وينسب هذا الولد للمطلق أو المتوفي لأنه ثبت يقينا أن هذا الولد نتج من ماءه لأنه قد جاء بين أقل مدة للحمل (ستة (06) أشهر) وأقصاها (عشرة (10) أشهر). أما إذا تمت عملية الزرع ووضعت الزوجة المولود

1- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 83 و84.

2- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية -مصر، 2008، ص 144.

3- زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد الرابع، ص 91.

4- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الطبعة الأولى، الدار العربية للعلوم، بيروت- لبنان، 1996، ص 83.

بعد أقصى مدة الحمل فهنا الولد لا يستفيد من قرينة الأبوة لتخلف أحد شروط تطبيق ثبوت النسب، وهو أن تأتي بالمولود خلال أقصى مدة الحمل.[1]

وبالرجوع إلى نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري نستخلص بأنّ المشرع منع إجراء عملية التلقيح الصناعي بعد وفاة الزوج وذلك عند وضع الشروط للقيام بهذه العملية بحيث يجب أن يكون ذلك أثناء حياة الزوجين وعلاقتهما الزوجية لازالت قائمة. وبالتالي إذا أنجبت المرأة الطفل لأكثر من عشرة أشهر بعد الوفاة أو الطلاق فيلحق بها دون زوجها المتوفي لأن الوفاة تحل الرابطة الزوجية ويعتبر الزوج في حكم الأجنبي.[2]

ضف إلى ذلك بأن التلقيح بعد الوفاة لا يتماشى مع نص المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري، حيث يعطي للورثة الحق في الاعتراض على نسب المولود بعد أقصى مدة الحمل المقررة [3] بعشرة أشهر من وفاة أو طلاق طبقا لنص المادة 42 من نفس القانون، التي تنص على أنه: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر".[4] وفي حالة وضع المرأة للمولود بعد مرور السنة من الطلاق، فإثبات النسب هنا يتوقف على إقرار المطلق به، أمّا إذا أنكره فلا يثبت وللمدعي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

كما أنّه في حالة إقراره أو سكوته فإنّ الولد يثبت نسبه بشرط ألاّ تكون المرأة في فراش زوج آخر، وفي هذا الإطار نجد الفقهاء قد شبهوا هذا الإقرار بإقرار الزوج بالمولود مجهول النسب، وقد يثبت النسب الأب بالإقرار.[5]

أمّا إذا وضعت المرأة مولودها قبل استيفاء ستة أشهر وهي في فراش زوج أخر فبالنسبة للزوج الثاني لا يثبت له النسب لحصول الولادة قبل موعدها مع أنه يمكنه إثبات النسب له بالإقرار

1- محمد سعيد محمد الرملاوي، المرجع السابق، ص 55.

2- مسعودي يوسف، المرجع السابق ، ص 68.

3- تنص المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه :" يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت إفتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع عن الإرث".

4- مسعودي يوسف، المرجع السابق ، ص 68.

5- عدلي أمير خالد، الجامع لأحكام التقاضي في الأحوال الشخصية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، 2002، ص345.

أما إذا رفضه فالقول للزوج الأول، وإذا رفضه وأنكر النسب يرجع في ذلك للطرق العلمية لإثبات النسب.[1]

أما في حالة المولود بعد مرور السنة من تاريخ الوفاة أو الغياب ففيه قولان:

* **القول الأول:** وهو في حالة موافقة الزوج حال حياته بإجراء عملية التلقيح الصناعي لزوجته بعد وفاته ومات مصراً على ذلك ، فمن حق الزوجة مباشرة إجراء عملية التلقيح ولا حاجة لاستظهار رضا جديد من الورثة ذلك أن إيداع الزوج المتوفي لمائه في بنوك حفظ الأجنة يعدّ دليلاً قاطعاً على اتجاه إرادته للإنجاب من زوجته بعد وفاته ويعدّ أيضاً إقراراً منه ينسب المولود له.[2]

غير أنّه وإن سلّمنا بما قلنا فإنّ إجراءات مباشرة عملية التلقيح قد تطول إلى ما بعد السنة من تاريخ الوفاة، وأيضاً هذا لا يثور المشكل لأنه على من يدعي خلاف ذلك اللّجوء للطرق العلمية لإثبات النسب، وفي ذلك أنّه يمكن أن يكون لبنوك حفظ المني قول في هذا الإطار على أساس أنّ البنك هو الّذي يسهر على القيام بعملية التلقيح ويتابعها أيضاً.

* **القول الثاني:** إذا أتت بالولد بعد مرور السنة من تاريخ الوفاة ولم تكن هناك موافقة من الزوج صريحة على إجراء عملية التلقيح فالقول للورثة، فإذا صدر منهم إقرار بالنسب فينسب الولد للأب المتوفي ويعدّ ذلك تحميل بالنسب على الغير وهو أمر جائز. وفي حالة إنكارهم للنسب لمورّثهم فلا يثبت النسب لأمّه ولها اللّجوء للطرق العلمية لإثبات النسب عن طريق القضاء الّذي له الكلمة الفصل في هذا الأمر.[3]

ثانيا: إثبات النسب في حالة تعدّد الزوجات:

لا بد علينا أن نشير هنا بأنّ اجتهاد المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي قد تراجع عن فتوى إباحة التلقيح في حالة تعدّد الزوجات، واستقرّ الاجتهاد هذا في كل

1- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 2005، ص180 و مايليها.

2- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية – دراسة مقارنة، بدون طبعة ، جامعة الكويت، الكويت، 1993، ص 265.

3- شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2001، ص307 وما يليها.

دورات المجمع الفقهي واستندوا إلى مظنة اختلاط الأنساب لجهة الأم خاصة إذا كانت الزوجة المرجوة لاحتضان البويضة، ذات مبيض سليم إذ يحتمل أن يكون حملها نتيجة تلقيح إحدى البويضات هي ليست البويضة المزروعة. بالإضافة إلى أنّ هناك من يرى بأن زواج الرجل بكليهما قد تم بعقد منفصل عن الأخرى، وإلاّ لما صحّ هذا الزواج، ولهذا اشترطوا في صلات التكوين والوراثة أن تكون العلاقة فيها ثنائية لا ثلاثية.[1]

والحقيقة أنّ الأخذ بالتحرّر مخافة اختلاط الأنساب لا يمنعنا دائماً في التمعّن أكثر في مسألة الإنجاب عمومًا، فالإنجاب إذا اعتبرناه هو الهدف الأسمى للزواج أصلاً، فعلينا أن نتعامل معه على كونه كذلك في كل مسألة تتعلق به.

ولهذا فإنّه لا يمكننا بحال إهمال هذه التطورات العملية المتسارعة فقط لكوننا لم نستطيع مسايرتها، وكنقد لذلك نقول بأن مظنة اختلاط الأنساب غير واردة إطلاقاً، فعملية التلقيح تتم في أنبوب قبل زرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة الثانية، ولهذا فإنّ المشكل يثور بخصوص من هي الأم الحقيقية لهذا المولود. هل هي الأم صاحبة البويضة أم هي الأم التي حملت به؟

هناك من حاول إيجاد بعض الحلول المعقولة الأخرى حيث هناك من يرى الأمر دائماً يتعلق بزوجات غير قادرات على الإنجاب بمساعدة بعضهن البعض ورفض هذا الطرح نظراً لإمكانية الزوج من الزواج بأخرى ثالثة صالحة الإنجاب.[2]

غير أنّ هذا الافتراض يعوزه المنطق نظراً لأنّ الشخص يمكنه الزواج من أربع نسوة دون أن يكنّ كلهنّ صالحات الإنجاب لعين خلقي أو عضوي ، كما أنّه في حالة الطلاق، قد يتزوج أخرى خامسة لا تنجب أيضاً، هذا بالإضافة إلى أنّ إمكانية إعادة الزواج في أيّامنا هذه قد تعدّ مستحيلة نظراً لغلاء متطلبات الزواج و المهور خاصة، وهذا ما نلاحظه من خلال إرتفاع نسب العزوبة والعنوسة للجنسين معاً.

1- جاء هذا الرفض في القرار الثاني للدورة الثامنة 1405هـ، ص 150. وهو أيضا ما قررته الدورة 12 للمجلس بالقرار الثالث لها.

2- محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2002، ص 592 وما يليها.

الفرع الثاني: النسب الناجم عن الأم البديلة:

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين على حرمة اللجوء لوسيلة التلقيح الاصطناعي بنطفة الغير، لأنها تؤدي إلى اختلاط الأنساب الذي تحرمه الشريعة الإسلامية، غير أنهم اختلفوا في نسب الطفل الذي ولد نتيجة هذه الوسيلة على قولين:

* **القول الأول : نفي نسبه عن الزوج :** لا ينسب هذا المولود للزوج، لأنه يعلم يقيناً أنّه ليس منه، بل يجب عليه نفيه، كما أنّه لا يلحق نسبه بصاحب المني، لأنّ الولد المتخلّف من نطفة الغير يأخذ حكم ولد الزنا، وولد الزنا لا يثبت نسبه من الزاني، وإنّما يلحق بأمّه، ولا يثبت له نسب من ناحية الأب.[1]

* **القول الثاني: ثبوت نسبه إلى الزوج:** ينسب الطفل للزوج لأنّه ولد على فراشه ما لم ينفه بالطرق الشرعية لنفي النسب، لأنّ فراش الزوجية أقوى، ولا ينفي النسب إلا باللّعان.[2] كما أنّ حق الزوج في رفع دعوى نفي نسب الطفل لا تسقط وإنّما تبقى قائمة، ما دام أنّه قادر على إثبات عجزه على الإنجاب، ولا يعتّد برضاه السابق على إجراء عملية التلقيح لمخالفة رضاه للنظام العام والآداب العامة.

أمّا بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنّه اشترط أن يكون الماء من الزوجين دون سواهما في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة، لكن هذا لا يمنع الزوجة من تلقيح نفسها بغير ماء زوجها سواء بعلمه أو بدون علمه وتنجب مولوداً نتيجة هذا التلقيح. فالسؤال المطروح لمن ينسب هذا الطفل؟

الواقع أنّ المشرع الجزائري لم يحدّد موقفه بصراحة من نسب الطفل نتيجة الاستعانة بنطفة الغير إلاّ أنّ المادة 45 مكرر من قانون الأسرة اشترطت أن يتّم التلقيح بمني الزوج وبويضة الزوجة دون سواهما ممّا يعني أنّ الطفل المولود لا ينسب إلا لصاحب الفراش. وبالرجوع لنص

1- عارف علي عارف القره داغي وعلي يوسف المحمدي، القضايا الطبية المعاصرة، بدون طبعة، مكتبة الجامعة الإسلامية، الأردن ،2012، ص 195.

2- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص 90.

المادة الرابعة من قانون الأسرة نجدها تعتبر من بين أهداف الزواج المحافظة على الأنساب مما يعني أنّ المشرع الجزائري يمنع كلّ فعل من شأنه الإخلال بمسألة النسب.

ونأمل أن يُقرّ المشرع عقوبة رادعة في حق الزوجين، والطاقم الطبي، والطرف الأجنبي، الّذين تُسول لهم أنفسهم الاستعانة بمني رجل أو بويضة أجنبية عن العلاقة الزوجية في سبيل تحقيق الإنجاب، لأن هذا الطفل يمسّ بالنظام العام ، وبنص المادة 41 من قانون الأسرة.

ويحق للورثة رفع دعوى إنكار أبوّة هذا الطفل، لأن الطفل لا تربطه علاقة قانونية بوالده فقط، وإنّما يجب أن تربطه علاقة بيولوجية أيضاً، وفي حالة تعارض العلاقة القانونية مع البيولوجية تكون الأفضلية للعلاقة البيولوجية.[1]

ومع ذلك فقد أخذ الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بمعيار القيافة والشبه الّذي جمع بين الولد وعتبة فقرّر أن تحتجب منه سودة رضوان الله عليها، وإذا أردنا المقاربة بين مبدأ " الولد للفراش"، وبين معيار الشبه والقيافة نقول بأنّ المعيارين مختلفين تماماً، ولهذا يغلب المعيار الشرعي على غيره.

أمّا لو أسقطنا هذا القول على الأم البديلة، فالأم الأولى هي صاحبة البويضة والأم الثانية هي صاحبة الرحم، فالمعيار هنا واحد، ولهذا لا يمكننا بحال تغليب أحدهما على الأخر، ليس فقط لاتحادهما في الجنس فقط وإنّما لاتّحادهما في العلّة أيضاً.

وإلى ذلك يذهب غالبية الفقه على ما رأينا لاعتبار الأم صاحبة البويضة هي الأم بالنسب لوحدها نظراً لأنّ الحقائق الشرعية المستمدّة من القرآن الكريم، كقوله تعالى: ﴿**أَلَمْ نَخْلُقكُّم مِّن مَّاءٍ مَّهِينٍ فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ إِلَىٰ قَدَرٍ مَّعْلُومٍ**﴾.[2]

فهي كلّها تقطع بهذه الدلالة، وتؤيدها الحقيقة العلمية الثابتة والّتي مفادها أنّ الجنين يكسب صفاته الوراثية من البويضة الملقحة والّتي هي نتاج الالتقاء الحويمن الذكري ببويضة الأنثى

1- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 347.

2 - الآيات 20، 21، 22 من سورة المرسلات.

قبل إيداعها لتعلق برحم الأم الأخرى حيث يقتصر دور الرحم على الحفظ والتغذية فهو عبارة عن وعاء حضانة لا أكثر ولا أقل.[1]

بعد استعراضنا وتقديرنا لمن يقولون بأنّ صاحبة البويضة هي الأم بالنسب بالأدلة السابقة إلاّ أنّنا نختلف معهم تماماً في كون الرحم لا يمثّل إلاّ وعاء للحفظ والعناية والتغذية فيما ينفي عن الأم الّتي حملت ووضعت وصف الأم النسبية.

وإذا أردنا أن نجيب عن هذا الطرح لا بد أن نشير مرة أخرى بأن قضية تأجير الأرحام في حالة تعدد الزوجات لنفس الزوج لا تتحقق معها صورة أية جريمة و بالتالي فإن هذه المسألة يمكن القيام بها التي أوردناها سابقا.

ولما كان الأمر كذلك فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال إنكار أمومة من حملت ووضعت وإذا شئنا نقول بأن أدلة أمومتها بالنسب نفس الأدلة الشرعية التّي ادّعى البعض أنّها لا تتوافر، فجملة الآيات الكريمة تدلّ قطعاً على أمومة من حملت ووضعت.

أما الدليل العلمي الّذي أوردناه سابقاً من أنّ الجنس يكتسب صفاته الوراثية من إتّحاد البويضة بالحويمن الذكري للزوج يبدو هذا دليلا قاصراً، ببساطة لأنّه ثبت علمياً مدى التأثّر البالغ للجنين بالمرحلة الّتي يبقاها طيلة مدّة الحمل في بطن أمّه، ولهذا فإنّ الجنين لن يكون نتيجة محتويات الكروموزومات الذكرية والأنثوية التي لقحت به وخاصة الظروف الاجتماعية وذلك طيلة فترة الحمل وتستمر كذلك حتى خروج المولود حياً.[2] ودليل ذلك القاطع أنّ صاحبة البويضة قد تكون سليمة من الناحية الصحية فإذا افترضنا أنّ من ستنقل لها البويضة الملقحة كانت مدمنة على التدخين أو المخدرات أو الأدوية، فهل ذلك سيؤثر على الجنين؟

الإجابة الّتي يقدّمها لنا العلم تقطع بالإيجاب كيف لا وهذا الوعاء هو مصدر الغذاء الوحيد للجنين، وعليه نقول بأن الجنين قد يحمل كروموزومات من أيّ وسط كانت، فإذا وضعت ونقلت إلى وسط آخر فالأكيد أنّ وجودها فيه وتكونها عبر مراحل التخلّق المختلفة، وأيضاً تفاعلها

1- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، بدون طبعة، دار الفكر، مصر، 2005، الجزء الرابع، ص 1980.

2- محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص 578.

مع الوسط الجديد جسمياً ونفسياً لا محالة على الجنين ممّا ينتج جنيناً آخر عن ما كان سوف ينتج في الظروف الّتي يوفّرها الوسط الأصلي له.[1]

أمّا بالنسبة للقانون الجزائري فيمنع الاستعانة بوسيلة الأم البديلة، ويأخذ بواقعة الولادة في نسب المولود لأمه، فالنسب يقوم أساساً على الإنجاب والاتصال الجنسي، لكن هذه الحقيقة سرعان ما تنهار في التلقيح الاصطناعي الّذي يفرق بين الاتّصال الجنسي والحمل الّذي أصبح اصطناعياً، وبالتالي أصبحت المرأة الّتي تحمل وتلد ليست الأم البيولوجية للطفل، وهنا يصبح الطفل ناتجاً عن اشتراك امرأتين الأولى قدّمت البويضة والثانية حملت ووضعت.[2]

في القانون الوضعي يجب تقييد إحدى المرأتين في شهادة ميلاد الطفل، فإذا نظرنا إلى واقعة الولادة يقيّد باسم المرأة الّتي ولدت ،لأنّ معظم القوانين تأخذ بواقعة الولادة ولا تلتفت للحقيقة البيولوجية ممّا يحتم تجريم هذه الوسيلة ، لأنّها تتعارض مع النظام العام، كما أنّها تؤدي إلى قطع العلاقة بين الطفل وأمه البيولوجية ويعرض مصلحته للخطر،[3] ويسبب له عدة مشاكل نفسية واجتماعية وقانونية وفي الحقيقة فإنّ الولد الناتج من تأجير الأرحام، سيكون إمّا ابن زنا أو إبناً بالتبني. وهذه الطرق محرمة في الشريعة الإسلامية الغرّاء، ولا يثبت النسب الشرعي وفقا للمواد 46،45،40 من قانون الأسرة، وإنّما ينسب لمن حملته باعتباره حالة ولادة طبيعية كولد الزنا الفعلي تماماً.[4]

الفرع الثالث: إثبات نسب الطفل المستنسخ.

لقد أدى التقدم العلمي الحديث إلى ظهور ما يسمى بالاستنساخ الذي هو إيجاد صورة طبق الأصل من المستنسخ منه، وكان يطبق على النباتات وحقق فوائد عظيمة للإنسان، ثم ما لبث أن ظهر استنساخ الحيوانات وتم استنساخ نعجة سميت " دولي". ليصل الأمر إلى الإنسان البشري.

1- محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص 578 وما يليها.

2- الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 1432هـ-2011، ص 158.

3- حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص 153.

4- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 41.

يعرف الدكتور شعبان الكومي أحمد فايد في كتابه أحكام الاستنساخ بأنه: "الاستنساخ عملية يقصد منها استحداث كائن حي بنقل النواة من خلية جسدية حية إلى بيضة منزوعة النواة، أو بتشطير بيضة مخصبة في مرحلة تسبق تمايز الأنسجة كما يقصد منها استحداث نبات أو عضو جيني معين أو خلية معينة بطرق علمية لأهداف تنموية وعلاجية".[1]

هناك خمس طرق للاستنساخ البشري يمكن إجمالها على النحو التالي:

* **الطريقة الأولى:** تتم بأخذ خلية من جسم إنسان، ثم أخذ نواة هذه الخلية وزرعها في بويضة امرأة، وبموجب عملية شبيهة للتلقيح الاصطناعي تدمج نواة الخلية التي أخذت من جسد ذلك الشخص– داخل البويضة المأخوذة من جسد المرأة، لتنقل بعدها البويضة إلى رحم المرأة للتكاثر وتنمو وتنقسم للحصول على جنين كامل.[2]

* **الطريقة الثانية:** طريقة الاستنساخ الجيني: وهو إيجاد نسخة طبق الأصل من الجنين المتكون في رحم المرأة، وبه يستطيع الإنسان أن يستنسخ من أطفاله أثناء المرحلة الجنينية.

* **الطريقة الثالثة:** طريقة الاستنساخ الزراعي : يكون ذلك بزرع مخ شخص متوفى في شخص حي ليكون الحي نسخة مطابقة للمتوفى في التفكير،[3] إلا أن هذا النقل البديهي ينتفي معه الغرض من عملية الاستنساخ.

* **الطريقة الرابعة:** طريقة الاستنساخ الكهرومغناطيسي: يكون ذلك بصنع جهاز له أسلاك دقيقة موصلة بمواضع خاصة لأعصاب تتصل بمناطق في المخ المستنسخ منه، لاستنساخ جميع المعارف والعلوم المختزنة ، غير أن هذه الطريقة كسابقاتها باءت بالفشل.

* **الطريقة الخامسة:** طريقة استخدام الجراحة السلالية بصناعة استنساخية لبعض الأجهزة العضوية الحية في أنابيب المختبرات من خلايا حية سليمة مأخوذة من عضو مصاب من جسم

1– شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية– مصر، 2006 ، ص 12.

2– عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص 381.

3– نفس المرجع، ص 323.

المريض، ثم إعادة زرعها فيه بعد إخضاعها لتعديلات سلالية، مثل زرع عضو العيون أو الكلى...[1]

يتشابه الاستنساخ مع أطفال الأنابيب في أن كلا منهما يمكن أن يكون أسلوباً حديثاً للتغلب على مشكلة عدم القدرة على الإنجاب، إلا أنه يختلف عنه في:

– يتكون جنين التلقيح الاصطناعي من بويضة الأم والحيوان المنوي للأب أثناء حياتهما الزوجية، وهي الصورة المقررة من طرف الفقه وقانون الأسرة الجزائري. أما الاستنساخ فيتكون من خلية جسدية للشخص، ويتحدد نوع المستنسخ مسبقا ذكراً كان أو أنثى.

– الخلية الجسدية في الاستنساخ تكون حاملة لعدد 46 كروموسوم بينما الخلية الجنسية في التلقيح الصناعي يكون فيها الحيوان المنوي حاملاً لعدد 23 كروموسوم والبويضة حاملة لعدد 23 كروموسوم حال تلقيحها.[2]

يرى الفقهاء بعدم جواز الاستنساخ البشري بشكل مطلق لأنه سيؤدي بالعصف بالعلاقات الأسرية، والأرحام المتعارف عليها في كافة الديانات ، كما أن فيه مخالفة للتوازن البيئي القائم أساسا على الاختلاف في الجنس والخليفة.

أما المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة وسكت عنها ولم يتناولها في الدستور ولا في قانون الأسرة، وذلك لحداثة الاستنساخ البشري. إلا أنه يمكن إدراج هذا الموضوع ضمن المادة 41 من الدستور لمسّه بسلامة جسم الإنسان حيث يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية، فحياة المواطن وحرمة جسمه وحياته الخاصة محمية دستوريا.[3]

ومن جهته قانون الأسرة المنظم لأحكام الزواج والنسب والأبوة ، فبالرجوع إلى نص المادة 222 منه يتبين أنّ المشرع لا يجيز الاستنساخ البشري لأنه مخالف لأحكام قانون الأسرة والشريعة

1– نفس المرجع، ص 382 و383.

2– شوقي زكريا الصالحي، ص 349 و 350.

3– بوخاري مصطفى أمين ، النظام القانوني للاستنساخ البشري، مجلة نظرة على القانون الاجتماعي، الجزائر، المجلد رقم 10، العدد الأول، 2020، ص 49.

الإسلامية، ويستخلص المنع كذلك من مدونة أخلاقيات الطب حيث ألزم المادة السادسة منه الطبيب بممارسة مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان وباعتبار أن الاستنساخ البشري يصنف في خانة البحث العلمي فإنّه يعتبر من العمليات الطبية غير المتعارف عليها ولا يمكن مباشرتها على الجسم البشري.[1]

تدارك المشرع الجزائري الوضع في الآونة الأخيرة بموجب قانون الصحة الجديد رقم 18-11 حيث نصت المادة 375 منه على أنّه يمنع كلّ استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس. ممّا يبيّن أنّ المشرع الجزائري أغلق الأبواب نهائيا في عملية الاستنساخ البشري أو استنساخ الأعضاء وهذا بطريقة تتماشى مع التطورات العلمية والطبية الحديثة.[2]

بعد معرفة مسألة الاستنساخ وتكييفها الشرعي والقانوني لدى الفقهاء والمشرع الجزائري ، وجب التطرق إلى نسب الطفل الناتج عن تقنية الاستنساخ باعتباره من أكثر الموضوعات التي أثارت جدلاً كبيراً بين العلماء، فإلى من ينسب هذا الطفل؟

فهل ينسب إلى الشخص الذي أخذت منه الخلية، فيكون إبناً لصاحب الخلية، أم ينسب إلى والدي صاحب الخلية، فيكون أخاً لصاحب الخلية، وما علاقة الطفل المستنسخ بصاحبة البويضة، وهذا ما سيتّم تبيانه فيما يلي:

أولاً: نسب الطفل المستنسخ من جهة الأب:

بعد أن بيّنا طرق إثبات النسب التقليدية والحديثة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، نبيّن فيما يلي أقوال العلماء في النسب الطفل المستنسخ من جهة الأب:

1- ذهب البعض إلى أنّ المستنسخ لا يعتبر إبناً لمن أخذت منه الخلية، وذلك لأن الاستنساخ يعني معالجة خلية جسدية من كائن حي كي تنقسم وتتطور إلى نسخ مماثلة لنفس الكائن الحي

1- سعيدي محمد نجيب، أحكام التصرف في الجسم البشري – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان – الجزائر ، 2016-2017، ص 172.

2- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة المعدّل والمتّمم، الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 16 ذو القعدة 1439هـ الموافق ل 29 يوليو 2018.

الّذي أخذت منه، وهذه الخلية كانت سببًا في إنجابه، وبالتالي كان هذا الطفل المستنسخ أخًا لهذا الزوج، وابنا لوالده باعتباره الأصل في وجود الخلية. وعلى ذلك فيكون نسب الطفل المستنسخ في صور الاستنساخ على النحو التالي:

أ- إذا كانت الخلية الجسدية من امرأة والبويضة منها أيضاً فإن الطفل الناتج من هذه التقنية يكون أخًا لهذه المرأة وينسب إلى والدها.

ب- إذا كانت الخلية الجسدية من إمرأة والبويضة من امرأة أخرى فالطفل الناتج من هذه العملية ينسب إلى والد المرأة صاحبة الخلية ويكون أخًا لها.[1]

ج- إذا كانت الخلية الجسدية من شخص أجنبي "متبرع" والبويضة من الزوجة كان الطفل الناتج أخًا للشخص صاحب الخلية "المتبرع" وينسب إلى والد المتبرع.

د-إذا أخذت الخلية الجسدية من الزوج والبويضة من الزوجة نسب الطفل المستنسخ إلى والد صاحب الخلية "الزوج" وكان الطفل المستنسخ أخًا لصاحب الخلية.[2]

2- ويرى البعض الثاني أنّه في حالة أخذ الخلية من المرأة وزرعها في بويضة إمرأة أخرى ينعدم نسب الطفل من جهة الأب.

وفي حالة كون صاحب الخلية رجل آخر غير الزوج (المتبرع) فإن الطفل لا ينسب لهذا الرجل صاحب الخلية لمخالفة ذلك قواعد وأحكام النسب.

وفي حالة أخذ الخلية من الزوج وزرعها في بويضة الزوجة فلا ينسب الطفل لهذا الزوج العقيم.[3]

3- ويرى رأي ثالث أنّ صاحب الخلية الجسدية المساهمة في عملية الاستنساخ هو أب المستنسخ، فإذا كان المساهم في عملية الاستنساخ بخلية هو امرأة فإن ناتج هذه التقنية يكون بلا أب ينسب

1- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص 96-98.

2- أميرة عدلي أمير عيسى، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستخدمة، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون سنة النشر، ص 96-98.

3- نسرين سليمان حسن منصور، مشكلات المسؤولية المدنية الناجمة عن إجراء عمليات الاستنساخ البشري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص 485 و 486.

إليه، وإذا كان صاحب الخلية المستخدمة في هذه التقنية رجل كان هو أب للمولود من الناحية البيولوجية، وإذا كان هذا الرجل هو زوج الأم صاحبة البويضة والرحم كان أبا شرعيا لهذا الولد.[1]

ويمكن الرد على الاتجاه القائل بأن الطفل المستنسخ أخًا لصاحب الخلية بعدم التسليم بذلك، لأنّ الإخوة المعروفة خمسة أنواع هي:

* **أخ شقيق:** وهو أن يشترك الإخوان في الأب والأم.

* **إخوة من الأب:** وهي في حالة اشتراك الإخوة والأخوات في أب واحد مع اختلاف الأم.

* **إخوة من الأم:** وهي اشتراك الإخوة أو الأخوات في الأم مع اختلافهم في الأب.

* **إخوة من الرضاع:** وهي في حالة اجتماع الطفلين على الرضاع من ثدي واحد.

* **إخوة في الدين:** وهي التي أكّدها الله عز وجل في قوله: ﴿**إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ**﴾.[2] وهي إخوة لا تأثير لها في الميراث، أو جانب الإباحة والتحريم في مجال الزواج، وإنما هي إخوة مودّة وأُلفة ونصرة.[3]

كما أنّ القول بأن الطفل المستنسخ هو توأم للزوج " صاحب الخلية " قول يناقضه الحقيقة. لأنّ التوأمة تقتضي الإتحاد في الأم، وهما مختلفان في الأم، فأم الأب هي جدة الطفل وأم الطفل هي الزوجة، ولا يمكن أن يوجد توأمان مع اختلاف الأم كما أنهما مختلفان في الزمان.[4]

كما أن الرأي القائل بأن نسب الطفل الناتج عن الاستنساخ ينسب إلى والدي صاحب الخلية الجسدية قول محل نظر، لأنّه إذا لم تكن هناك منازعة في نسب الطفل من جانب الزوجين فلا مجال لإثارة موضوع النسب.

1- نسرين سليمان حسن منصور، المرجع السابق، ص 484.

2- الآية 10 من سورة الحجرات.

3- محمد رأفت عثمان، المادة الوراثية الجينوم قضايا فقهية، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، مصر، 2009، ص 229.

4- علاء علي حسين نصر، النظام القانوني للاستنساخ البشري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 255.

إن والد الطفل أيضا هو منتج الخلية التي نمت في رحم الأم حتى الولادة سواء كانت هذه الخلية جسدية أم جنسية لأن الخلية الجسدية تمّ معالجتها حتى تعود إلى صيغتها الأولى لكي تلقح البويضة، كما أن الطفل الناتج عن هذه اللّقيحة ليس نتاج خالص للخلية الجسدية بل هو نتاج مشترك بين الخلية الجسدية والبويضة.[1]

ثانيا: نسب الطفل المستنسخ من جهة الأم:

1- يرى جانب من الفقه أن الطفل المستنسخ بلا أم يرتبط بصاحبة البويضة والّذي حملته بأي رابطة وراثية، حيث أن جميع الجينات مأخوذة من صاحب الخلية الجسدية، وعلى ذلك لا ينسب الطفل إلى الزوجة أو المرأة صاحبة البويضة.

2- وقال جانب آخر أن الطفل المستنسخ ينسب من جهة أمه إلى المرأة التي ولدته، ويترتب على ذلك أن نسب الولد لأمه يثبت بالولادة ، ولا يتوقف على شيء آخر، ولا فرق في ذلك بين أن تكون الولادة من زواج صحيح، أو من زواج فاسد أو وطء بشبهة... وإذا ما ثبت النسب بالولادة فلا يمكن نفيه بعد ذلك.[2]

وعلى خلاف هذا القول المنادي بعدم إمكان نسب الطفل المستنسخ إلى صاحبة البويضة لأن الطفل لا يحمل أي من كروموسوماتها (مادتها الوراثية)، يمكن الردّ على ذلك بالأسباب الآتية:

أ- إن النصوص الشرعية قاطعة في ثبوت نسب الطفل إلى أمه التي ولدته، ولا مجال للاجتهاد مع صراحة النص ووضوحه فقال الله عز وجل: ﴿**إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ**﴾،[3] وقال أيضا: ﴿**وَٱللَّهُ أَخْرَجَكُم مِّن بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْـًٔا**﴾،[4] فيثبت من هذه الآية القرآنية أن الأم تثبت بالولادة ولا تحتاج دليل آخر.

1- علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص 254.

2- محمد المرسي زهرة ، المرجع السابق ، ص 409.

3- الآية 02 من سورة المجادلة.

4- الآية 78 من سورة النحل.

ب- تثبت أمومة الزوجة صاحبة البويضة للطفل الذي حملته طيلة تسعة أشهر وعانت أثناء حمله، واختلط دمها بدمه وحصل هذا الطفل على غذائه منها، وتحّملت آلام الولادة.[1]

ج- كما أنّ الزوجة لم يحصل حملها إلاّ بسبب راجع إلى الزوج من خلال النواة التي نزعت من خليته ووضعت في بويضة زوجته، والحالة في الاستنساخ مشابهة للحالة في الإنجاب العادي، في أن كلا من الصورتين تم بإسهام من الزوج بجزء من جسمه ؛ وغاية الأمر أن الزوج يسهم بالحيوان المنوي في الإنجاب العادي أو الإخصاب الطبي المساعد، ويسهم بنواة من خلاياه في الاستنساخ وهي أيضا جزء من جسده.[2]

1- علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص 255.

2- محمد رأفت عثمان، المرجع السابق، ص 232.

الفصل الثاني

حماية الحقوق المالية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع

الفصل الثاني: حماية الحقوق المالية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع.

للجنين عدة حقوق جاءت بها الرسالات السماوية وأقرت بها القوانين الوضعية ، وقررتها الاتفاقيات الدولية، ولديننا الإسلامي الحنيف قدم السبق والفضل في مجال حقوق الجنين فقد أعطى الجنين رعاية بالغة واهتماما خاصاً من ناحية حفظه ورعايته الصحية والاهتمام بمصالحه المالية وما إلى ذلك من حقوق.

مفهوم حقوق الجنين عبارة عن خصوصيته واستئثار معين للجنين يقدره له الشارع ، ويراعي فيه كينونته وشخصيته الضعيفة وحقوقه سواء المالية ، فللجنين ظروف معينة وحدود معينة يجب التعامل معه على أساسها، إذ أن وجود الجنين في بطن أمه باعتباره خلقا غير متحقق الوجود من ناحيته، وباعتبار ما سيكون عليه من ناحية أخرى ، له نوع من الحقوق يجب ألا تهضم.

وهذه الحقوق التي وجبت للجنين قد تكون حقوقاً مالية و أخرى غير مالية وهي التي سبق ذكرها آنفا. أما الحقوق المالية محل دراستنا هنا، فهي التي يراد بها المحافظة على أموال الجنين وتنميتها وهي حق الميراث وحق الشفقة، وكذلك حق الجنين في التبرعات كحقه في الوصية، الهبة والوقف.

المبحث الأول: حماية الحقوق المالية غير الإرادية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع.

تفيد القاعدة العامة أن الشخصية القانونية لا تثبت للجنين أو للحمل المستكن في بطن أمه، وهذه القاعدة سليمة من حيث أنّ لا تثبت له الشخصية الكاملة، ولكن لوحظ أنّ له مصلحة في أن تثبت له شخصية ما أكدته الفقرة الثانية من نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري: "على أنّ الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون شرط أن يولد حياً".

وإذا ثبت هذا الشرط تثبت الشخصية العامة للوليد من وقت أن ينزل مستهلاً، من خلال كل هذا فهل هذه الحقوق تثبت له من يوم ولادته حياً ؟ وفي حال وفاة أبوه هل يعتبر وارثاً لنصيبه من تاريخ موت أبيه ؟ أو من يوم ولادته حياً، لأنه كان حملاً مستكناً حينما مات أبوه، كما قد تثار عدة إشكاليات حول جواز نفقة الجنين وأمه الحامل به في بطنها.

المطلب الأول: حق الجنين في الميراث.

قد يرتّب القانون جملة من الآثار القانونية على وقائع معينة، وهذه الآثار ممكن أن تكون متمثلة في نشوء حق أو نقله أو تعديله أو تغييره أو انفصاله، ومن هذه الوقائع واقعة الموت، وماهو في حكمها، فهي بطبيعتها حادث مادي طبيعي لا دخل للإنسان فيه.

وهذه الواقعة ترتّب آثار قانونية تتمثل في حق الإرث بحيث تؤول تركة الهالك إلى ورثته كل بقدر نصيبه في التركة، وبما أن الجنين قد يكون وارثاً، فهو يثار بشأنه مجموعة من الإشكاليات تتمثل في جواز ميراثه ورأي الفقه والقانون في ذلك.

الفرع الأول: شروط استحقاق الحمل للميراث.

لا خلاف بين الفقهاء في أن الميت إذا كان من ورثته حمل في بطن أمه يحسب حسابه في تقسيم التركة بوجود شرطين لابد من توفرهما هما:

أولا: الوجود الفعلي للحمل في بطن أمه وقت وفاة المورث:

إنه ولابد من أن يتحقق وجود الحمل في بطنه أمه وقت وفاة مورثه، فإن لم يكن كذلك فإنه يعتبر معدوما والمعدوم لا يتصور أن يكون خلفا عن أحد.[1]

ويستدل على وجود الحمل في بطن أمه وقت وفاة المورث بولادته في مدة يغلب فيها الظن أنه كان موجودا في تلك اللحظة، أي أن يولد بين أقل مدة للحمل وأقصاها من وفاة المورث كأصل عام، ذلك أن الفقهاء قالوا بأنه إذا كانت الزوجية قائمة لا يرث الجنين إلا إذا ولد لأقل من ستة أشهر من وقت وفاة مورثه، أما إذا كانت الزوجية غير قائمة بحيث كانت المرأة معتدة من وفاة أو طلاق، فيرث الجنين إذا ولد لأقصى مدة الحمل.

ومن خلال ما سبق لابد علينا التأكد من وجود الحمل في بطن أمه عند وفاة المورث وهذا طبقا لنص المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

1- شمس الدين السرخسي، المبسوط، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت- لبنان، 1414هـ- 1993م، باب ميراث الحمل، الجزء الثلاثون، ص 50 و 51.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المتضمن قانون الأسرة الجزائري. المادة 128 تنص على أنه: " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

1 – مدة الحمل:

تتمثل هذه الأخيرة في تلك المدة التي يمكثها الجنين في الرحم منذ لحظة التلقيح حتى شعور الحامل بآلام الوضع، ومدة الحمل الطبيعية مائتان وستة وستون يوما تحسب منذ لحظة التلقيح.[1] إلا أن مدة الحمل قد تقل عن هذه المدة، وقد تزيد عنها.

تختلف المدة المعتبرة للاستدلال على وجود الحمل باختلاف ما إذا كان الحمل من الميت أو من غيره، وأن تكون زوجية الحامل قائمة أو مات المورث بعد انقطاع الزوجية، فنأخذ تارة بأقل مدة الحمل وتارة بأكثرها بحسب الحالات. و لقد تطرقنا سابقا لهذه المسألة بإسهاب كبير إلا أنه لابأس أن نحاول التذكير بمدة الحمل كشرط لتحقق الميلاد الفعلي للجنين لاستحقاقه الميراث بحفظ نصيب له.

أ – **أقل مدة الحمل:** لقد أجمعت الشريعة الإسلامية على أن أقل مدة للحمل ستة أشهر،[2] قال الله عز وجل: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ**﴾.[3] وقال أيضا: ﴿**وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**﴾،[4] فحمله ستة أشهر والفصال أربعة وعشرون شهرا.

فوجه الدلالة أن الآية الأولى جاءت لتنقص من الثلاثين أربع وعشرون شهرا، أما الآية الثانية حددت الحمل والرضاع ثلاثين شهرا، فيتبقى ستة أشهر، كأقل مدة الحمل.[5]

هذا وقد اتفق الأطباء على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر والمقدرة بثمانية وعشرون أسبوعا (07 أشهر)، ولكن مع التقدم الطبي الذي حسن فرص الجنين لأصغر من هذا العمر في القدرة على الحياة نزل هذا الحد إلى أربعة وعشرون أسبوعا، وهو ما يطابق الحكم الشرعي الذي يجعل

1– محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الطبعة الرابعة، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الرياض – السعودية، 1983، ص 451.

2– محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي المشهور بابن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود تحقيق عثمان بن جمعة ضميرية، بدون طبعة، دار علم الفوائد، جدة– المملكة العربية السعودية، 1431 هـ، ص 378.

3– الآية 233 من سورة البقرة.

4– الآية 15 من سورة الأحناف.

5– أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار إحياء الكتب العربية – مؤسسة التاريخ العربي، بيروت– لبنان، 1412 هـ/1992 م، الجزء الأول، ص 273

أدنى مدة الحمل حتى الولادة ستة أشهر،[1] بحيث لا يمكنه العيش خارج الرحم قبل هذه المدة، لأنه لا يكون مستقلا بالجهاز التنفسي.[2]

ولقد سارت على ذلك أغلب القوانين العربية، فقد حدد المشرع الجزائري أقل مدة للحمل بستة أشهر، وهو ما نصت عليه المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري. كما حكمت به المحكمة العليا على أن يكون هذا الحمل نتاج وثمرة لزواج صحيح ثابت قبل تاريخ وفاة الزوج، أما إن كان حملا من غير زوجية فهو حمل من زنا، فلا يدخل ضمن هذا الموضوع .[3] قد أخذ في هذه المدة أيضا المشروع العربي الموحد[4] وقانون الطائفة السنية في لبنان.

وتجدر بنا الإشارة إلى القول أنه و بالرغم من مخالفة المشرع الجزائري لأغلب القوانين العربية إلا أنه أخذ بما أثبته النص، ودعمه الواقع، وأكده الطب.[5]

ب – أقصى مدة الحمل: اختلف الفقهاء في ذلك إلى عدة أقوال :

ذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة للحمل سنتان، وهو قول الإمام احمد. واستدلوا بحديث عائشة رضي الله عنها: "الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بقدر فلكة مغزل".[6]

وذهب الليث بن سعد إلى أن أقصى مدة الحمل ثلاث سنين، والزهري وربيعة إلى سبع سنين، والإمام مالك إلى خمس سنين، والشافعية والحنابلة في الأصح وقول عند المالكية إن أكثرها

1– جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية العصرية، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت– لبنان، 2017، ص 373.

2– محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 451.

3– صالح جيجيك، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 125.

4– محمد جبر الألفي ومحمد عبد المنعم حبشي، فقه المواريث في الشريعة الإسلامية ومشروع قانون الأحوال الشخصية الإتحادي ومشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية بدول مجلس التعاون، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الإمارات، الإمارات، 1421 هـ/2000 م، ص 224.

5– عيسى أمعيزة، الحمل إرثه، أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006/2005، ص 45 و46.

6– محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين إبن الهمام، شرح فتح القدير – شرح كتاب الهداية في شرح البداية – تتمة كتاب الحج والنكاح والرضاع والطلاق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2003، كتاب الرضاع، الجزء الثالث، ص 423 و424.

أربع سنين.[1] كما استدلوا بأن: " كل ما أحتاج إلى حد وتقدير إذا لم يتقدر بشرع ولا لغة، كان مقداره بالعرف والوجود كالحيض و النفساء".[2]

ويرى ابن حزم بأن أكثر مدة الحمل تسعة أشهر، و لا يجوز أن يبقى حمل أكثر من تسعة أشهر ولا أقل من ستة أشهر، وأستدل بما يلي : قوله تعالى: "وحمله وفصله ثلاثون شهرا"، و قوله تعالى: "والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين". ثم قال: "فمن أدعى أن حملا وفصالا لا يكون في أكثر من ثلاثين شهرا فقد قال الباطل والمحال، ورد كلام الله عزوجل جهارا".

وذهب محمد بن عبد الحكم من المالكية إلى أن أقصى مدة للحمل سنة هلالية".[3]

وقال ابن رشد: "إن قول ابن عبد الحكم المالكي والظاهرية هو أقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالناذر".[4]

من جهته اختار المشرع الجزائري رأيا قريبا من رأي ابن حزم الظاهري، فاعتبر أقصى مدة للحمل عشرة أشهر طبقا للمادة 42 من قانون الأسرة الجزائري، مستندا لما أكده الطب أن الجنين لا يتجاوز في بطن أمه عشرة أشهر. أما عن الآراء التي وردت في القوانين الوضعية، فنجد المشرع المصري نص في المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية على أن: "أقل مدة الحمل مائة وثمانين يوما وأكثرها سنة شمسية". وهو ما ورد في القانون السوري والقانون العراقي في المادة 51، والقانون الأردني في المادة 148 منه.[5]

يخلص الأطباء هم كذلك إلى أن أكثر مدة الحمل يمكن أن يمكثها الجنين في بطن أمه طبيا لا يمكن أن تزيد عن شهر بعد الموعد الطبيعي وهو مائتان و ثمانون يوما تحسب من آخر

1- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، الحاوي الكبير، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، بدون سنة النشر، الجزء الحادي عشر، ص 468.

2- محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين إبن الهمام، المرجع السابق، ص 424 و425.

3- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري، نفس المرجع، ص 132 و 133.

4- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد إبن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لبنان، زمان الحمل الذي يلحق به الولد، الطبعة الأولى، دار إبن حزم، بيروت، لبنان، 1995، كتاب الطهارة والصلاة، الجزء الأول، ص 1589.

5- عزيز والجي، أقل وأقصى مدة الحمل في القانون الجزائري، منشور بتاريخ 2013/11/17 مدونة القانون الشامل، http-//droit7.blogspot.com/2013/11/blog-post-17.html قسم قانون الأسرة، تاريخ الولوج 2017/06/08.

حيضة حاضتها المرأة، إلا إذا مات الجنين في بطن أمه، وكل ما زاد عن هذه المدة يعتبر نتيجة خطأ في الحساب.[1]

2 – الحمل من المورث والحمل من غير المورث:

لمعرفة الفرق بين كل منهما لابد من التعرف على كل واحد على حدا من خلال الآتي:

أ – الحمل من المورث: إن كان الحمل ولدا للمتوفى نفسه بحيث ترك زوجته حاملا منه، فيميز هنا أيضا بين حالتين:[2]

* إن كانت الحامل زوجة للميت، والزوجية قائمة بينهما عند وفاته، فإن الجنين يثبت له النسب والإرث من أبيه المتوفى إذا وضعته أمه لأكثر مدة للحمل بينما أقلها تحسب من وقت وفاته؛ أي أن تضع الحامل جنينها قبل السنة الهجرية حسب الراجح في الفقه الإسلامي، أو قبل عشرة أشهر حسب ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري.

* إن كان الحمل للمتوفى نفسه، غير أن زوجته منقطعة بطلاق بائن قبل وفاته ومات وهي في العدة ثم ولدت، فيثبت للجنين النسب والإرث من الميت إذا وضعته أمه لأكثر مدة للحمل، أما أقلها فتحسب ابتداء من وقت تطليقه إياها، أما إن ولدته في مدة تتجاوز أقصى مدة الحمل فلا يثبت للجنين شيء نسبا كان أو ميراثا.[3]

ب – الحمل من غير المورث: وإن كان الحمل من غير المتوفى بأن ترك امرأة أبيه أو أخيه أو غيرهما من الورثة حاملا، فإننا نميز هنا أيضا بين حالتين:[4]

* إن كانت المرأة حاملا من غير الميت، وكانت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها عند الوفاة، فإن الجنين يرث من الميت بشرط أن يولد لأقل مدة للحمل تحسب من لحظة وفاة المورث؛ أي لأقل من ستة أشهر من الوفاة وفقا للراجح في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، فإن وضعته لأكثر من

1– محمد علي البار، خاق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 452.

2– محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية على مذهب الأئمة الأربعة، بدون طبعة، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، 1943، ص 174.

3– عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 49

4– بدران أبو العينين بدران، الميراث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، بدون طبعة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية– مصر، 1975، ص 90 و 91.

هذه المدة فلا يرث لعدم التيقن من وجود الحمل في بطن أمه وقت وفاة المورث، ولاحتمال حدوث الحمل بعد وفاته.[1]

* إذا كانت المرأة حاملا من غير الميت، وكانت الزوجية غير قائمة بينهما وبين زوجها عند وفاة المورث بأن كانت معتدة من طلاق أو من وفاة، فإن الجنين يرث من الميت بشرط أن يولد لأقل من مدة الحمل تحسب ابتداء من لحظة مفارقة زوجها لها. أما إن ولدته لأكثر من هذه المدة فلا يرث شيئا لعدم التأكد من وجوده في بطن أمه عند الوفاة، والوجود شرط الإرث.

فلو توفي رجل وترك أمه حاملا من أبيه، وادعت أمه الحمل ثم ولدت بعد مضي مدة لا تتجاوز أكثر مدة للحمل (10 أشهر في القانون الجزائري) من وفاته، فهذا الولد يعتبر أخوه و يرثه إن لم يكن محجوبا، أما إن تجاوز هذه المدة فلا يرث.[2]

ويمكن التفريق بين الحمل من المورث ومن غير المورث أنه في حالة الحمل من الميت (المورث) المراد هو إثبات نسب الحمل أولا من الميت، ويترتب على ذالك أنه يرث منه لأنه أبوه، لذا فإننا نستند لأقصى مدة للحمل. أما في الحالة الثانية إذا كان الحمل من غير الميت (غير المورث) فإننا لا نريد إثبات نسب الحمل من أمه، ولكننا نريد التأكد من وجوده عند وفاة المورث، وهو متأكد خلال تسعة أشهر من وفاة المورث، وما زاد عليه فأمر مشكوك فيه، والإرث لا يثبت بالشك.[3]

ثانيا: ولادة الحمل حيا:

إن الأمر المتفق عليه في ميراث الحمل وهو خروجه إلى الحياة حيا، فوضع الفقهاء ما وصفوه لمجرد التيقن من ذلك ووجدناهم يتفقون على إثبات الحياة بالصراخ أو ما كان في معناه من عطس أو غيره... فهي علامات حقيقية على الحياة.[4]

وهذا لا يتعارض مع حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يرث الصبي حتى يستهل

1- محمد محي الدين عبد الحميد، المرجع السابق، ص 174 و175.

2- عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 49 و50.

3- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق- سوريا، 1975، الجزء الثامن، ص 412.

4- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة- مصر، بدون سنة نشر، ص 217.

صارخا، واستهلاله أن يصيح أو يعطس أو يبكي"، ولا يقوم غير مقامه.[1] ثم إختلفوا في ماهية الاستهلال، فقالت طائفة: "لا يرث حتى يستهل صارخا"، فالاستهلال هو الصراخ ورفع الصوت. ليتفق الفقهاء على أن الجنين إذا أستهل بالصراخ فإنه يرث كدليل على حياته واستدلوا بذلك بالحديث سابق الذكر.[2]

واتجه رأي آخر أن معنى الاستهلال أن يبكي ويصيح أو يعطس الجنين، ومنهم الزهري الذي قال أن العطاس إستهلال ويرث به، و وهو ما جاء به كذلك مالك ابن أنس، وقال القاسم ابن محمد البكاء والعطاس استهلال ويرث بالثلاثة لا غير.[3]

وعليه نجد أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة قد ذهبوا إلى أنه يشترط لميراث الحمل أن ينفصل من بطن أمه حيا، وذلك ليكون أهلا للتملك؛ وتثبت حياته بأن يولد كله حيا، لأن أهلية التملك لا تحقق إلا بالوجود الكامل. وبذلك أخذ المشرع الجزائري، حيث نصت المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".[4]

وقد اشترطت المادة 128 من ذات القانون، ثبوت الحمل وقت إفتتاح التركة؛ وتعرف حياة الحمل بظهور أمارة من أمارات الحياة، كالصراخ، والعطاس، ونحوهما. فإن يظهر شيء من العلامات، أو حصل اختلاف في شيء منها، فللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء أو ممن عاينوا الولادة.

ويتفق نص المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري، مع أحكام القانون المدني حيث جاء في نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري بأنه تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا.[5]

1- إبن قدامة المقدسي، المرجع السابق، كتاب الفرائض، فصل شروط الميراث، الجزء الأول، ص 1525.

2- شمس الدين السرخسي، المرجع السابق، ص 51.

3- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، المرجع السابق، ص 172.

4- العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا)، الطبعة الرابعة مزيدة ومنقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 368.

5- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 1984/10/10، ملف رقم 35511، قضية م.ق، المجلة القضائية 1989، العدد الأول، ص 53.

الفرع الثاني: نصيب الجنين من تقسيم التركة.

إن الورثة قد يستعجلون قسمة التركة قبل وضع الحمل وهذا يتطلب منا معرفة مقدار ما يوقف من التركة للحمل تبعا لجنس الحمل وعدده، والحمل قد يعرف جنسه وعدده قبل الوضع، وقد لا يعرف. ولكل هذا أثر على مقدار ما يوقف للحمل من الميراث وما يعطى لبقية الورثة من التركة. و بهذا نجد إختلاف الفقهاء فيما يخص أثر الحمل في قسمة التركة على الورثة قبل أن تضع الأم ذلك الحمل، فهل تمنع القسمة حتى يولد؟ أم تقسم التركة على الورثة ويترك شيء منها له ؟ وما مقدار ما يوقف له؟

وسنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات فيما يلي:

أولا: موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من تقسيم التركة عند وجود الحمل:

اختلف الفقهاء في مقدار ما يوقف للجنين من نصيب في الميراث؛ حيث ذهب الفقه المالكي إلى أن التركة لا تقسم حال وجود حمل، ويعد الحمل سببا يوقف به المال إلى الوضع، فيوقف قسمتها حتى يولد أو يحصل اليأس من الولادة. وهذا لأن القسمة تسليط للورثة على ما يأخذونه من مال الميت باعتبار ملكا لهم، وفي ذلك احتمال لإتلافه أو استهلاكه، فإذا ولد حيا وأستحق بعض ما في أيديهم من مال الميت أو كله، كان استرداد حقه منهم محلا للخطر.[1]

بينما ذهب الأئمة الثلاثة وجمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة والراجح عند الشافعية، إلى أن التركة تقسم من غير انتظار الولادة، منعا من إضرار الورثة؛ ومنع الإنسان من الانتفاع بملكه غير جائز، وأما احتمال تصرف الورثة بما أخذوه من التركة فيمكن أن يحتاط لحق الحمل من الضياع.[2]

وأما المشرع الجزائري فقد أخذ برأي الجمهور، حيث نص في المادة 173 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " يوقف التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد، أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها ". ونلاحظ أن المشرع الجزائري لم يخصص لأحكام توريث الحمل إلا مادتين فقط وهما المادة 173 و174 من قانون الأسرة الجزائري، ولم يتعرض إلى

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 415.

2- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 370.

إحتمال تعدد الحمل، ولا لمسألة أخذ الكفالة ممن يختلف نصيبهم بين أن يكون واحدا أو أكثر، مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 م قانون الأسرة الجزائري، التي تذهب إلى الأخذ بالكفالة. كما أن المشرع الجزائري اقتصر على حالة ما إذا كان الحمل من زوجة المتوفي أو معتدته، ولم يتعرض إلى حالة الحمل من زوجة غير المتوفي أو معتدته.[1]

وبعد عرضنا لآراء الفقهاء تبين لنا أنه لم يستند أحد من أصحاب هذه المذاهب إلى دليل صحيح يؤيد ما ذهبوا إليه فالذي نميل إليه هو عرض المرأة الحامل على الأجهزة الخاصة التي يمكن بواسطتها تعيين أطوار الحمل من عدد وجنس، من خلال تشخيص الطبيب لذلك في الأشهر المتأخرة من الحمل. وبهذا يتسنى لنا معرفة مقدار ما يوقف للحمل، فيمكن أن نؤخر تقسيم التركة إلى أواخر الحمل حتى نتمكن من الكشف عليه بواسطة الأجهزة الكاشفة، وهذا يعني أن المشرع الجزائري ذكر فقط الحالات العادية لميراث الجنين.[2]

ثانيا: حالات ميراث الحمل وكيفية تقسيم التركة:

ذكرنا في الفرع السابق أن المقدار الذي يجب أن يوقف للحمل من التركة يمكن تحديده من خلال معرفة جنس وعدد الحمل. أما إذا تعذر معرفة ذلك وأبى الورثة أن يقسموا التركة قبل أن تضع الحامل حملها فهذا يتطلب منا معرفة طريقة تقسيم التركة، وهذه الطريقة تكون مستندة إلى أسس وضوابط معينة حسب حالات الورثة وما يكونون عليه. وهذا ما سنبينه في الآتي:

1 – تقسيم التركة حال وجود حمل ضمن الورثة (الحالات العادية لميراث الجنين):

إذا مات شخص وترك حملا من جملة ورثته، ووافق الورثة جميعهم على وقف التركة حتى الوضع، فتوقف التركة حينئذ وتقسم بعد الوضع قسمة عادية؛ وكذلك إن كان الحمل هو الوارث وحده على كل الأحوال فإن التركة توقف لحين الوضع.[3]

أما في حالة أصر الورثة على قسمة التركة قبل الوضع فقد اختلف العلماء في تقسيمها على النحو الآتي:

1- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 371.

2- عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 55.

3- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 373.

أ – الحالة الأولى: ألا أن يكون وارثا على جميع الأحوال، سواء كان ذكرا أو أنثى، وفي هذه الحالة تقسم التركة بين المستحقين دون انتظار الحمل، لأنه غير وارث على جميع الصور والأحوال.

مثال: توفي عن: زوجة، أب، أم حامل من أب غير أبيه، فإن الحمل لو ولد سيكون أخا لأم، وهو محجوب بالأب على كل حال، فتوزع التركة بين الزوجة، والأبوين، فللزوجة الربع، والأم ثلث الباقي، والباقي للأب، وتصح من أربعة.[1]

ب – الحالة الثانية: أن يرث على أحد التقديرين (الذكورة أو الأنوثة) ولا يرث على التقدير الآخر؛ وفي هذه الحالة تقسم التركة بين المستحقين، فنعطيهم نصيبهم على تقدير أن الحمل وارث، ونوقف نصيب الجنين إلى ما بعد الولادة، فإن ظهر أنه وارث أخذه وإن ظهر أنه غير وارث، رد الموقوف على الورثة الشرعيين.[2]

مثال : توفيت عن زوج، وأخت شقيقة، وأخوين لأم، وحمل أخ لأم، وتركت 72 هكتارا.[3]

على فرض أن الحمل ذكرا : أصل المسألة : من 6 يعول إلى 8.

قيمة السهم الواحد : 72 ÷ 8 = 9 هكتارا.

الورثة	زوجة	أخت شقيقة	أخوين لأم	أخ لأب (الحمل)
الفروض	$1/2$	$1/2$	$1/3$	لا شيء
السهام	(3)	(3)	(2)	
الأنصبة	27 هكتارا	27 هكتارا	18 هكتارا	
المجموع	72 هكتارا			

ومن خلال هذا الشكل نلاحظ أن أخ لأم (الحمل) في هذه المسألة من المفروض أن يتحصل على الباقي تعصيبا لم يتبقى له شيء في ذات المسألة.

مثال : توفيت عن زوج، وأخت شقيقة، وأخوين لأم، وحمل أخت لأم، وتركت 72 هكتارا.

على فرض أن الحمل أنثى : أصل المسألة من 6 يعول إلى 9.

1- محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، بدون طبعة، دار الحديث، القاهرة- مصر، 1388 هـ، ص 201.

2- نفس المرجع، ص201 و 202.

3- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 374.

قيمة السهم الواحد : 72 ÷ 9 = 8 هكتارا.

الورثة	زوجة	أخت شقيقة	أخوين لأم	أخ لأب (الحمل)
الفروض	$1/2$	$1/2$	$1/3$	$1/6$
السهام	(3)	(3)	(2)	(1)
الأنصبة	24 هكتارا	24 هكتارا	16 هكتارا	8 هكتارا
المجموع	72 هكتارا			

ومن خلال هذا الشكل، نلاحظ أنه يحفظ للحمل 08 هكتارات عند أمين أو كفيل، ويعطي له لكل وارث نصيبه على الحل الثاني. فإذا جاء الحمل أنثى (أختا لأب) أعطى له نصيبه، وظل عند الورثة أنصبتهم كما هي؛ وإذا جاء ذكرا، وزع القدر المحفوظ للحمل على بقية الورثة، حيث يأخذ كل وارث ما يكمل نصيبه على أساس الحل الأول. وعلى القاضي أن يأخذ كفيلا من الورثة الذين يرثون من الحمل، وتتغير أنصبتهم بتعدد الحمل، واحتياطا له، كي لا يضيع عليه بعض نصيبه حين يكون الرجوع على الوارث متعذرا.[1]

ج – الحالة الثالثة: أن يكون وارثا على جميع الأحوال، سواء كان ذكرا أو أنثى؛ أي أنه إذا كان الحمل وارثا على جميع الأحوال، غير أن نصيبه يختلف في أحد الوصفين عن الآخر. ففي هذه الصورة يقدر له التقديران، ويوقف له من النصيب أوفرهما، فقد يكون تقديره ذكرا أنفع له من تقديره أنثى، وقد يكون العكس، فنعطيه أوفر النصيبين، ونحل المسألة بطريقتين وتعطي الورثة الأقل من الأنصبة.[2]

مثال : مات عن زوجته (حامل)، أبيه.

– على تقدير كونه أنثى : فللزوجة الثمن، وللحمل النصف، وللأب السدس زائد الباقي تعصيبا.

– على تقدير الحمل ذكرا : فإن للزوجة الثمن، وللأب السدس، وللحمل الذكر الباقي تعصيبا.

د – الحالة الرابعة: ألا يختلف إرثه على أحد التقديرين، سواء كان ذكرا، أو أنثى؛ فإذا كان فرضه لا يتغير ذكرا كان أو أنثى فإننا حينئذ نحفظ للحمل نصيبه من التركة، ونعطي الورثة

1– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص375

2– محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص 202 و203.

الباقين نصيبهم الكامل.[1]

مثال : توفي عن زوجة، أخت شقيقة، وأخت لأب، وأم حامل من غير أبيه، والتركة 3315 دينار جزائري.

على فرض الذكورة : الأصل:12.[2]

قيمة السهم $\frac{3315}{15}$ = 221 دينار جزائري. بالعول : 15.

الورثة	زوجة	أخت شقيقة	أخوين لأم	أم	أخ لأب (الحمل)
الفروض	$1/2$	$1/2$	$1/6$	$1/6$	$1/6$
السهام	(3)	(6)	(2)	(2)	(2)
الأنصبة	663	1326	442	442	442

على فرض الأنوثة : الأصل:12.[3]

قيمة السهم $\frac{3315}{15}$ = 221 دينار جزائري. بالعول : 15.

الورثة	زوجة	أخت شقيقة	أخوين لأم	أم	أخ لأب (الحمل)
الفروض	$1/4$	$1/2$	$1/6$	$1/6$	$1/6$
السهام	(3)	(6)	(2)	(2)	(2)
الأنصبة	663	1326	442	442	442

نلاحظ من خلال المثالين السابقين أن فرض الحامل ذكرا أو أنثى له قدرا واحدا، لا فرق بين الفرضين، وبالتالي يوقف له السدس $1/6$ من التركة.

هـ – الحالة الخامسة: ألا يكون معه وارث أصلا، أو يكون معه وارث لكنه محجوب به؛ فإننا في هذه الحالة نوقف التركة كلها إلى حين الولادة، فإن ولد حيا أخذها، وإن ولد ميتا أعطيت لمن يستحق من الورثة.[4]

1- محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص 204.

2- العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 373.

3- نفس المرجع، نفس الصفحة.

4- محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص 204 و205.

مثال : توفي عن زوجة إبنه حاملا، وله أخ من أم، فإن الحمل سواء فرض ذكرا أو أنثى هو فرع للميت فيحجب الأخ لأم، فإن ولدته ذكرا كان ابن ابن فيأخذ كل المال، وإن ولدته أنثى كانت بنت إبن فتأخذ النصف بالفرض، والباقي بالرد إذا لم يكن هناك عصبة.

وذلك لو مات عن زوجة حامل، وأخ شقيق، فتعطي الزوجة الثمن ولا يعطى للأخ شيئا مادامت حاملا بالإجماع، لأن الحمل بتقديره ذكرا لا يرث الأخ معه شيئا، وإن كان أنثى فهي بنت لها النصف وما بقي فللأخ الشقيق.[1]

2 – الحالات الخاصة لميراث الجنين:

إن الحالات الخاصة لميراث الجنين تكون حسب موضعه الطبيعي في المجتمع، وهذه الحالات على اختلافها متعددة. ومن خلال دراستنا اقتصرنا فقط على كل من ميراث الجنين مع أمه، وميراث ابن الزنا وولد اللعان، ميراث الخنثى...؛ وهذا ما سوف نتعرض إليه مع بعض من التفصيل في الآتي:

أ – ميراث الجنين مع أمه: إذا ولد الجنين ثم مات وماتت معه أمه، فإذا كانت الوفاة على التعاقب ولو بلحظة واحدة، ورث المتأخر منهم المتقدم في الوفاة، فإن كان موتهما في نفس الوقت أو لم يعلم أيهما مات قبل الآخر، أو أشتبه في ذلك، أو اختلف الورثة في أقوالهم أيهما مات أولا، فإنه لا يرث أي منهما الآخر، لأن شرط استحقاق الميراث والمتمثل في تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث غير متوفرة، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء.[2]

أما بالنسبة لميراث التوائم فقد جاء في المغني أنه : إن ولدت الحامل توأمين فاستهل أحدهما ولم يعلم بعينة فإن كانا ذكرين أو أنثيين لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما، وإن كانا ذكرا وأنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي : من أصحابنا من قال : يقرع بينهما فمن أخرجته القرعة جعل المستهل... وقال الخبري : ليس في هذا عن السلف نص. وقال الفرضيون : تعمل المسألة على

1– منصور كافي، المواريث في الشريعة والقانون، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة– الجزائر، 2008، ص 115

2– محي الدين يحي بن شرف النووي أبو زكريا، المجموع شرح المهذب، بدون طبعة، المكتبة السلفية، المدينة المنورة– المملكة العربية السعودية، بدون سنة نشر، كتاب العتق والصداق، باب ميراث أهل الفرائض، الجزء السادس عشر، ص 109 و110 و111.

الحالين ويعطي كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه، ويحتمل أن يقسم بينهم على حسب الاحتمال.[1]

ومعنى كلامه أنه في حالة تساوي فروض التوأم على اختلاف جنسيهما، كأن يكونا أخ وأخت لأم، فلا مشكلة في الأمر في اعتبار أحدهما هو الذي استهل. ولكن إذا كان فروضهما يختلفان، فأحد الأقوال أنه تجرى بينهما القرعة، قياسا على من طلق امرأة من نسائه فلم تعلم بذاتها، ثم مات. وفي القول الآخر، وهو قول الفرضيين: أنه تحل المسألة على الحالين، أي باعتبار الذكر هو الذي استهل، ثم باعتبار الأنثى هي التي استهلت، ويعطى الورثة أقل النصيبين، ويوقف الباقي إلى أن يتم الاتفاق بينهم عليه. كما يحتمل أن تقسم عليهم التركة حسب احتمال المستهل ذكرا أو أنثى.[2]

أما فيما يخص توارث التوأم فيما بينها، فإذا مات الجنين الأول ورثه الثاني في الغرة أو الدية، وترث منه أمه منها، فإن مات الثاني كذلك أو الأم أو كلاهما ورثهما باقي الورثة.[3]

مثال : مات رجل عن أم وأخ، وأم ولد حامل فولدت توأمين ذكرا وأنثى، فإن المسألة تكون كما يلي:

* إن كان الابن هو الذي استهل، فإن الأم تأخذ ثلث التركة ولا شيء للأخ ويأخذ الابن الباقي، ثم تأخذ أم الولد ما ورث ابنها والباقي منه يكون لعمه، وهو الأخ، فتكون المسألة من ستة وتصح من ثمانية عشر، فيكون للأم ثلاثة سهام ولأم الولد خمسة، وتبقى عشرة للأخ.[4]

* أما إذا اعتبرنا أن البنت هي التي استهلت، فالأم لها السدس دائما، وللبنت النصف، وللأخ الباقي وهو الثلث، فتكون المسألة من ستة، وبموت البنت تأخذ أمها سهما واحدا أي الثلث، ويأخذ عمها(الأخ) منه سهمان أي الباقي.

ب ـ ميراث ابن الزنا وولد اللعان: من المعلوم أن من أسباب الإرث النسب، والتوارث بين الولد و الأب متفرع عن وجود هذا السبب وهو النسب، بحيث أن ولد الزنا مقطوع النسب إلى أبيه، وغير منسوب إليه شرعا، فلا توارث بينهما لانعدام سبب الإرث، فلا يرث الولد و من تفرع منه من

1- ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، فصل إن ولدت توأمين فاستهل أحدهما لا يختلف ميراثها، ص 1526.

2- سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 116.

3- نفس المرجع، ص 118

4- ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 1526.

هذا الأب ولا ممن أدلى به كالجد والعم والأخ لأب كما لا يرث الأب من هذا الولد ولا ممن تفرع عنه، وهذا رأي الجمهور من الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة.[1]

أما عن التوارث بين ولد الزنا وأمه فقد اتفق أهل العلم أن ولد الزنا يرث من جهة أمه، كغيره من الأولاد، لأنه ولدها، ولأنه منسوب إليها، والنسب سبب الإرث، وهو كولد الملاعنة.[2] حيث قال الحنفية أن أم ولد الزنا ترث كل المال فرضا وردا، بينما يرى المالكية و الشافعية أنها تكتفي بفرضها، ويرد الباقي إلى بيت المسلمين، أما الحنابلة قالوا بأن أمه هي عصبته، فإن لم توجد الأم كأن ماتت مثلا، تكون عصبتها هي عصبته، كذلك الأمر بالنسبة لابن الملاعنة في قول سهل بن سعيد في أن ابن الملاعنة ترثه أمه ويرث منها ما فرض الله تعالى. ولأبي داود من مرسل مكحول ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: "جعل النبي صلى الله عليه و سلم ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها"، وأخرجه أصحاب السنن الأربعة وحسنه الترمذي وصححه الحاكم عن واثلة بن الأسقع مرفوعا: "تحوز المرأة ثلاثة مواريث عتيقها ولقيطها وولدها الذي لاعنت عليه".[3]

ومن هنا فالراجح عند الجمهور أن يرث كل من ابن الزنا وولد اللعان من أمه وقرابتها، وهم الإخوة لأم بالفرض لا غير، وترث منه أمه فرضا لا غير؛ لأن صلته بأمه مؤكدة لا شك فيها، ولا يتصور أن يرث هو أو يورث بالعصبة، إلا بالولاء أو الولادة ، فيرثه من أعتقه أو عتق أمه، أو ولده بالعصبة، وكذلك يرث معتقه أو معتق معتقه، أو ولده بالعصبة أيضا.

أما المشرع الجزائري فقد نص من خلال المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يمنع من الإرث اللعان والردة". وعليه يمنع ولد اللعان من ميراث أبيه لعدم تحقق سبب الميراث وهو القرابة،[4] أما ولد الزنا فقد اشترط المشرع الجزائري ثبوت النسب الشرعي كسبب للتوارث

1- أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، قسم الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008، ص 86.

2- محي الدين يحي بن شرف النووي أبو زكريا، المرجع السابق، كتاب المكاتب – النكاح، الجزء السابع عشر، ص 169.

3- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المالكي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، المطبعة الخيرية، القاهرة- مصر، 1410هـ/1989م، كتاب نكاح – المدير، فصل ميراث ابن الملاعنة، الجزء الثالث، ص 53.

4- عطاء الله فشار، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 217.

الصحيح، وعليه فإن ولد الزنا لا يرث من أبيه ولا أقاربه ولا يرثونه، ويرث من أمه وقرابتها فقط.[1]
وفي هذا الخصوص جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 17 ديسمبر 1984: "من المقرر شرعا أن الولد للفراش الصحيح، وأن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، ومن ثم فإن الولد الذي ولد بعد مضي 64 يوما لا يثبت نسبه لصاحب الفراش، ولما كان كذلك، فإن النعي على القرار القاضي بنفي النسب غير مؤسس و يستوجب الرفض.

إذا كان الثابت – في قضية الحال – أن قضاة الاستئناف طبقوا في قرارهم في نفي النسب بعد أن تبين لديهم أن عقد الزواج أبرم بين الطرفين يوم 02 نوفمبر 1981 وأن البنت ازدادت يوم 06 جانفي 1982 أربع و ستين يوما من تاريخ الزواج، أي بأقل من مدة ستة أشهر أقل مدة للحمل، وأن الاتصال الجنسي المزعوم قبل العقد يعد زنا لا ينسب إلى أبيه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".[2]

وعليه، يتضح من خلال هذا القرار، أن أي مولود ناتج عن علاقة خارج نطاق الزواج يعتبر غير شرعي ولا ينسب لأبيه حتى ولوتم الزواج بعد ذلك.

أما بالنسبة لابن اللعان فهو من جاءت به أمه على فراش زوجية صحيح، ونفاه الزوج و تمت، وهذا ما جاء في قرار الملاعنة أمام القاضي ، وحكم بنفي نسب الولد من أبيه و إلحاقه بأمه: "ومن المقرر شرعا وقانونا إذا وقع اللعان على أنه يسقط نسب الولد ويقع التحريم بين الزوجين، ومن المقرر كذلك أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس. ولما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الولد ازداد قبل ستة أشهر من بعد الزواج وأن اللعان الذي وقع من الزوج مطبقا للشريعة الإسلامية، فإن قضاة المجلس بقضائهم بانعدام نسب الولد لأبيه طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك أستوجب رفض الطعن".[3]

1– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، كتاب المواريث – الوصية، الجزء الثاني، ص 213.

2– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1984/12/17، ملف رقم 35887، م ق، 1990، المجلة القضائية، 1990، العدد الأول، ص 86.

3– المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 69798، المجلة القضائية، 1995، العدد الأول، ص 56.

وعليه، يتضح من خلال القرارين السابق أن كل من ولد الزنا وولد الملاعنة لهما نفس حكم عدم ثبوت نسبهما للأب، وبالتالي يمنع عنهما الميراث من جهة الأب، وذلك إعمالا بالمادة 138 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم للقانون 84-11 الذي لم تعدل مواده فيما يخص مسألة الميراث بما أنها متعلقة بأحكام الشريعة الإسلامية.

ج – ميراث الخنثى: ويسمى بالخنثى المشكل، لأن مسألته معقدة، للأشكال في طبيعة خلقه، والخنثى المشكل هو المولود الشرعي من زواج صحيح، وثابت نسبه لأبيه وأمه، فهو المولود حيا، أو مستهلا، بأعضاء تناسلية مزدوجة بين الذكورة والأنوثة، أو بانعدام هذه الأعضاء أصلا.[1]

وموقع الخنثى كوارث، أنه يرث كذكر أو كأنثى بحسب مباله، والدليل على ذلك ماروي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه و سلم حيت سئل عن ذلك قال: "من حيث يبول".

أما إذا كان يبول بالكيفيتين، فإنه يرث حسب الكيفية التي بال بها أولا وإن تعذر تبيان ذلك ترك أمره إلى حين البلوغ، ليبين أمره بعلامات الذكورة، أو الأنوثة. ومع تقدم الطب والجراحة أصبح من السهل تحديد جنس هذا المولود المشكل، لكن إذا استهل صارخا، ثم مات وهو خنثى، أو عاش دون أن يبين أمره، فإن للفقهاء رأيان في كيفية توريثه: [2]

* يرى الأحناف، أن الخنثى المشكل في هذه الحالة يرث أقل نصاب من كونه ذكرا، أو كونه أنثى، فتحل كل مسألة بها خنثى على وجهين، كذكر بين باقي الورثة مرة، وكأنثى بينهم مرة أخرى، ثم يعطي أقل النصابين، ودليلهم في ذلك أن الميراث لا يكون إلا بيقين، واليقين هنا هو إعطاء الخنثى النصاب الأقل.

* الرأي الثاني وهو رأي الإمام المالك، ووفقه يرث الخنثى منابا مساويا لنصف مجموع المنابين، على أساس حسب مسألته على الوجهين كذكر مرة، و كأنثى مرة أخرى.[3]

وعلى الرغم من أن رأي الإمام مالك أقرب إلى منطقة العدل، إلا أن رأي أبي حنيفة أسهل عند التطبيق، لأن توريث الخنثى عند مالك يعقد من مسألة توريث الخنثى، وبالتالي يجعلنا ننحرف عن قواعد الميراث أصلا، مؤداه إحداث مناب جديد غير معروف في الشريعة.

1- صالح جيجيك، المرجع السابق، ص .134

2- منصور كافي، المرجع السابق، ص .121

3- صالح جيجيك، المرجع السابق، ص 134 و 135.

والراجح هو الأخذ برأي الحنيفة ذلك لعدم تنصيص المشرع الجزائري عن مسألة ميراث الخنثى مما جعلنا نستند للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث: أثر التقنية الطبية الحديثة في ضبط مراث الحمل.

ساعد التقدم العلمي على اكتشاف الكثير من الأجهزة والآلات والتقنيات العلمية المادية التي تنفع الناس في شؤونهم في شتى المجالات، ومن بينها المجال الطبي والبيولوجي، حيث أفرز تقدمها استحداث أجهزة تساعد في تسهيل مهمة الاختصاصيين من الأطباء والمحللين. ومن بينها الأجهزة الكاشفة للأحشاء الداخلية لجسم الإنسان بكافة أنواعها، كأجهزة الأشعة الضوئية أو التلفزيونية، والتي يمكن من خلالها معرفة ماهية المولود في أوقات مبكرة من الحمل، حيث يمكن حاليا التعرف على عدد الحمل وجنسه عن طريق الكشف بالموجات فوق الضوئية أو الأشعة التلفزيونية.

أولا: أثر التقنية الطبية الحديثة في التحقق من شروط ميراث الحمل:

تطرقنا سابقا إلى شروط ميراث الحمل المشتملة على الوجود الفعلي للحمل في بطن أمه وقت وفاة المورث مع ولادته حيا باستهلاله صارخا بأي علامة من علامات الحياة، لنرى هنا تأثير التطور الطبي الحالي على هذه المسألة فيما يلي:

1 – أثر التقنية الطبية الحديثة في التحقق من وجود الحمل لحظة وفاة المورث:

لقد قيد الفقهاء وجود الحمل بمدة الوضع، إذا كان الحمل من غير الميت والزوجية قائمة بين الزوجة الحامل وزوجها فالحمل لا يرث إلا إذا وضعته لأقل مدة للحمل، تحسب من وقت وفاة المورث، إلا أن هذا التقدير لا يحقق العدالة بمعناها الدقيق، ذلك أنه قد يحرم حمل يستحق الميراث، فلو فرضنا أن امرأة حامل (مثلا أم حامل من غير أبيه) والزوجية قائمة بينها وبين زوجها، فمات مورث حملها (ألا وهو ابنها من زوجها السابق)، وكان عمر الحمل لحظة وفاة المورث شهرا واحدا، ثم وضعت وضعا طبيعيا، فحينها يكون وضعها للحمل بعد ثمانية أشهر من وفاة المورث لحملها، وعليه لا يستحق الحمل الميراث، كما أن الورثة قد يجحدونه، إلا أنه وفي ظل

التطور الطبي المعاصر، والذي بات فيه الوقوف على وجود الحمل في رحم الأم من القضايا اليسيرة لم يعد التمسك بالتقدير الزماني أمرا مقبولا.[1]

فمع ظهور التقنيات الطبية الحديثة، أصبح بالإمكان تحديد عمر الجنين بدقة متناهية، فيمكن الاستعانة بجهاز الموجات فوق الضوئية (الإيكو) بتحديد حجم الجنين، وموقع الوشيمة، وهل هناك عيوب خلقية أم لا، ولقياس عمر الجنين في البطن عن طريق ذلك الجهاز عدة طرق منها:

* قياس قمة الرأس إلى المقعدة وهو طول الرأس المقعدي.

* قياس قطر كيس الحمل، ويفيد هذا في التحقق من وجود الحمل داخل الرحم، ولحساب عمر الحمل وغير ذلك من الفوائد المترتبة على ذلك والتي تعود على صحة الحامل بالفائدة.

* قياس محيط الرأس.

* قياس طول عظم الفخذ.[2]

ومع تطور التقنية الطبية الحديثة، ومتابعة الحوامل بصورة دورية أصبح بالإمكان التأكد من عمر الحمل بدقة، وذلك باستعمال جهاز الموجات فوق الضوئية، والذي يصور الرحم والأجزاء المحيطة به، و يتبين من خلاله حصول الحمل أو عدمه. و نظرا لكون أحكام ميراث الحمل يجب أن تبنى على الحقائق لا على الظن وجب على المرأة التي تدعي الحمل في قضية ميراث أن تعرض على جهة طبية مسؤولة لنتثبت من دعواها، ويحدد لها مدة زمنية تتقدم خلالها لإثبات حملها، نقترح أن ثلاثة أسابيع من تاريخ وفاة المورث، ذلك أن المرأة تظن بحملها بعد مرور أسبوعين، نضيف لها أسبوعا ثالثا للتمكن من التثبت من حملها، وفي حالة عدم تقدم الحامل لإثبات حمله، تلزم بأقل مدة حمل من تاريخ وفاة المورث إذا كان الحمل من غير الميت و الزوجية قائمة، وتعطى أقصى مدة حمل من وقت انقطاع الزوجية، إذا كانت الزوجية بينهما منقطعة.

وكذلك إذا كان الحمل من الميت والزوجية منقطعة، أما إذا كانت قائمة فتبدأ حساب المدة من وقت وفاة المورث.[3]

1- مازن إسماعيل هنية، دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية)، غزة، فلسطين، 2005، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، ص 73.

2- هشام بن عبد المالك بن عبد الله بن محمد آل الشيخ، أثر التقنية الطبية الحديثة في الخلاف الفقهي، الطبعة الأولى، مكتبة الرياض، جدة، المملكة العربية السعودية، 1427هـ/2006م، ص 634 و635.

3- نفس المرجع، ص636.

2 – أثر التقنية الطبية الحديثة في التحقق من ولادة الحمل حيا:

ذكرنا سابقا، بأن جمهور الفقهاء نادى بوجوب الانفصال الكامل للحمل عن بطن أمه حيا،[1] حتى يرث، ومما يستدل به على الحياة عندهم الاستهلال، لكنهم اختلفوا في المقصود به هل هو الصراخ والبكاء أم ظهور ما يدل على حياته كالعطاس والتثاؤب.

ومع التقدم العلمي في مجال الطب، أصبح الطبيب يقوم بالوقوف على حياة الجنين في رحم أمه، وسماع دقات قلبه... ومن هنا فالتحقق من هذا الشرط مردود إلى الجهة الطبية الموثوق بها لإثبات حياة الحمل بناء على شهادة الأطباء، وهذا لا يتعارض مع ما رواه يحي بن سعيد بن المسيب، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يرث الصبي إذا لم يستهل، والإستهلال الصياح أو العطاس أو البكاء، ولا تكمل ديته، وقال سعيد: "لا يصلى عليه".[2]

فالحديث يشير إلى إثبات الحياة بوسائل تدل عليها دلالة واضحة، وهذا لا يتعارض مع شهادة الأطباء على إثبات ولادة الحمل حيا.

ثانيا: أثر التقنية الطبية الحديثة على قسمة التركة حال وجود الحمل:

إن الأجهزة الكاشفة تبين لنا حالة الحمل من حيث وحدته أو تعدده ومن حيث ذكورته أو أنوثته، وهذا لا يتعارض مع علم الله لما في الأرحام الذي يعتبر أحد مفاتيح الغيب، وذلك لإجماع المفسرين على أن علم ما في الأرحام ليس هو العلم بجنس الحمل حصرا بل يتعداه إلى أمور كثيرة. فجاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، عن أبي عبد الرحمن عبد الله بن مسعود: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح، ويؤمر بأربع كلمات: بكتب رزقه و أجله و عمله، وشقي أو سعيد، فو الذي لا إله غيره إن أحدكم ليعمل بعمل أهل الجنة حتى مايكون بينه وبينها إلا ذراع، فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل النار فيدخلها،و إن أحدكم ليعمل بعمل أهل النار حتى ما يكون بينه وبينها إلا ذراع، فيسبق عليه الكتاب، فيعمل بعمل أهل الجنة فيدخلها".[3]

1– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص411.

2– الشيخ بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، المرجع السابق، طرف حديث 1695، ص1321.

3– أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب القدر، باب في القدر، رقم الحديث 2594، ص 1635.

وكذلك ما روي عن أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "وكل الله بالرحم ملكا فيقول؛ أي رب نطفة؛ أي رب علقة؛ أي رب مضغة؛ فإذا أراد الله أن يقضي خلقها، قال: أي رب، أذكر أم أنثى، أشقي أم سعيد، فما الرزق، فما الأجل، فيكتب كذلك في بطن أمه".[1]

وكما رأينا سابقا، فقد اجتهد الفقهاء في ضبط ميراث الحمل، ولم يكن اجتهادهم هذا صادرا من فراغ ولا من هوى، بل عن علم واحتياط للحمل وللورثة، فلا يضيع حق الحمل، ولا يزيد نصاب الورثة، فيأكلوا ما ليس يحل لهم.[2]

ولما كان الهدف من التقدير هو التوصل إلى الأحوال والأضمن في قسمة التركة قسمة احتياطية إلى حين الولادة، ومحاولة جعل هذه القسمة الاحتياطية قسمة نهائية قدر الإمكان بتبني الاحتمال الأكثر رجحانا، وذلك بقسمة التركة وفقا لما تدل عليه التقنية الطبية الحديثة. ولكن الأخذ بعين الاعتبار إمكانية الخطأ الوارد في العملية التقنية أو الخطأ في مصدر النتائج، توجب إحاطة هذه النتائج بالعناية والاهتمام الفائقين، وأن لا تصدر إلا من مسلمين يقبل رأيهما مع مسؤولية الجهة المصدرة لهذه النتيجة مع ضرورة أخذ كفيل عن الورثة، يتعهد برد ما أخذوه أكثر مما يستحقونه، في حالة الخطأ في النتيجة.[3]

مثال : فلو هلك رجل عن زوجة حامل، أب، أم، وأثبتت الأجهزة الكاشفة أن جنس الحمل ذكرا، وأن عدده واحدا، فيمكن أن نوقف نصيب ذكر واحد فقط لوجود احتمال موت هذا الجنين في بطن أمه قبل الولادة أو حين الولادة، وقبل أن يستهل صارخا.

المطلب الثاني: وجوب النفقة للجنين والمرأة الحامل.

تعرف النفقة لغة بأنها: "كل ما ينفق من الدراهم ونحوها، وهي كلمة مشتقة من كلمة نفق ينفق إنفاقا.[4] أما اصطلاحا فلقد اختلف الفقهاء في تعريفها، حيث يرى الحنفية بأنها: "الطعام والكسوة والسكنى"،[5] أما المالكية يرى أنها: "هي ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"، وعند

1- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب القدر، باب في القدر، رقم الحديث 6595، نفس الصفحة.

2- هشام بن عبد الملك بن عبد الله بن محمد آل الشيخ، المرجع السابق، ص 378.

3- نفس المرجع ، ص 378 و379.

4- الجيلاني بن الحاج يحي، بلحين البليش، على بن هادية، المرجع السابق، ص 1240.

5- نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية للزوجة، بدون طبعة، دار الكتاب الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة-مصر، بدون سنة النشر، ص 05.

الشافعية هي: "طعام مقدر للزوجة وخدامها على الزوج ولغيرها من أصل وفرع ورقيق وحيوان ما يكفيه"، بينما الحنفية يرى أنها: "كفاية من يقوته خبزا وطعاما وكسوة ومسكنا وتوابعها".[1] وبالمقابل نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف النفقة لكنه ذكر مشتملاتها من خلال المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري ألا وهي الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات.[2] وهذا ما يتقارب مع ما جاء به الفقهاء في تعاريفهم.

وتعتبر النفقة واجبة شرعا بالكتاب والسنة والإجماع، ومن دلائل ذلك من الكتاب قوله تعالى:﴿**الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ**﴾،[3] وقوله أيضا: ﴿**وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾.[4]

أما فيما يخص المشرع الجزائري نجد أنه أعتبر كذلك النفقة واجبة وذلك من خلال تناوله لأحكامها بواسطة المواد 74 إلى 80 من قانون الأسرة الجزائري.

والنفقة قسمان نفقة النفس حيث على الإنسان الإنفاق على نفسه إذا أستطاع، ونفقة الغير وهي واجبة على الإنسان لغيره شرعا، وذلك لثلاث أسباب وهي: الزوجية، حيث أنه بالإجماع تجب النفقة للزوجة على زوجها بنكاح صحيح، ولقد نص المشرع الجزائري على ذلك في نص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري.[5] أما السبب الثاني للنفقة فهو القرابة حيث تجب نفقة الأصول على الفروع والعكس صحيح، بينما السبب الثالث هو الملك فعلى السيد الإنفاق على عبيده. وما يهمنا نحن في دراستنا هما السبب الأول والثاني لاستحقاق النفقة.[6]

ولقد أجمع العلماء على أن المرأة من نكاح صحيح، سواء مازالت في عصمة زوجها، أو طلقت طلاقا رجعيا أو بائنا، تجب النفقة والسكنى لها، وهم يقولون بأن على وجوب النفقة قد تكون الحمل، وقد تكون حبس المرأة في بيت زوجها.

1- نورة بنت مسلم المحمادي، حق النفقة للطفل، مجلة العدل، كلية التربية للبنات، جامعة أم القرى، مكة المكرمة- المملكة العربية السعودية، العدد الرابع، 2011، ص 27.

2- المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري تنص على أنه: " تشمل النفقة، الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ".

3- الآية 34 من سورة النساء.

4- الآية 233 من سورة البقرة.

5- المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " تجب نفقة الزوجة على زوجا بالدخول بها أو عودتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون ".

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

هذه في الحالات العادية، إلا أنه في بعض الأحيان، قد تحمل المرأة من نكاح فاسد أو وطئ بشبهة أو من زنا، فهنا يختلف الأمر. لذلك سنتناول هذه المسائل في نقطتين : النقطة الأولى باعتبار النفقة للحمل وليست للحامل، والنقطة الثانية باعتبار النفقة للحامل وليست للحمل.

الفرع الأول: نفقة الحامل في الحالات العادية.

تباينت وجهة نظر المذاهب حول موضوع النفقة الواجبة للحمل الموجود في بطن أمه و للحامل في حد ذاتها. فلا خلاف حول أصل وجوب النفقة لكن الخلاف حول علة الإنفاق على الحامل هل هي لأجلها (للحامل) أو لأجله (للحمل)، حيث انقسم الفقه إلى قولين هما كالآتي:

* **القول الأول:** يشيد المالكية وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة، وهو الأشهر عند الجعفرية بأن النفقة تجب للحامل بوجود الحمل، كما يصور ذلك الدردير في الشرح الكبير عند حديثه عن المرأة التي تخرج من بيت زوجها: "... فإن قدر بأن خرجت وهو حاضر قادر على منعها لم تسقط، لأنه كخروجها بلا إذنه إن لم تحمل أي لم تكن حاملا، فإن كانت حاملا لم تسقط لأن النفقة حينئذ للحمل". وقال أيضا: "... للبائن نفقة الحمل، ولها الكسوة في أوله أي إذا طلقت في أول الحمل، فلها الكسوة إلى آخر الحمل".[1]

فقوله الأول بعدم سقوط النفقة عن المرأة الحائل التي خرجت من بيت زوجها وهو قادر على منعها من الخروج، إنما بني على أساس أنها غير ناشز مادام كان بمقدوره أن يمنعها، فكان خروجها مع القدرة على المنع بمثابة الإذن لها به. أما قوله : " ... فإن كانت حاملا " فيعني استبعاد احتمال خروجها مع قدرته على منعها، فيكون سبب وجوب النفقة لها سبب آخر غير الإذن، وهو وجود الحمل، فجعل كون النفقة للحمل هو موجب استحقاقها رغم نشوزها. أما قوله : " ... للبائن نفقة الحمل " فمعناه أن المطلقة طلاقا غير رجعيا (بائنا) ليس لإنتهاء عدتها، لأن وجود الحمل يعني بقاء العدة، بل لأنها طلقت ثلاثا، تجب لها نفقة الجنين الذي في بطنها، فكان الجنين ليس سبب وجوب النفقة فقط بل صاحب النفقة أيضا.[2]

* **القول الثاني:** ومنهم الحنفية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة وبعض الجعفرية والأصح عند الزيدية ومذهب الإباضية، حيث يرون أن النفقة تجب للحامل لا للحمل إلا أنهم

1- أحمد أبو البركات، الشرح الكبير على مختصر خليل، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت- لبنان، بدون سنة النشر، ص 514.

2- أحمد الدردير أبو البركات، نفس المرجع، ص 515.

اختلفوا في السبب. فيقول الحنفية أنها تجب للحامل لأجلها لا لأجل الحمل.[1] فمثلا المطلقة الحامل تجب لها النفقة لأجلها و الدليل أنها غير واجبة في مال الولد إن كان له مال، كما أنها لا تتعتد بتعدد الولد، كما أن المنكوحة لو حملت فنفقتها لا تتضاعف و لا سبب لذلك سوى العدة سواء كانت حاملا أو حائلا.[2]

أما الشافعية فيصور الإمام الرملي مذهب القائلين منهم بأن النفقة للحامل بسبب الحمل فيقول: "وتجب النفقة والكسوة لحامل بائن ... والوجوب إنما هو لها لكن بسبب الحمل لأنها تلزم المعسر وتتقدر وتسقط بالنشوز كإمتناعها عن السكن في مسكن لائق بها عينة لها، خروجه منه من غير عذر ولا تسقط بمضي الزمان ولا يموت في أثنائه على الراجع، إذا يفتقر في الدوام ما لا يفتقر في الإبتداء".[3]

وأما الحنابلة، فقد جاء في المغني لابن قدامة فيما يتعلق بالملاعنة أنه ليس لها نفقة ولا سكنى إن كانت حائلا. أما إن كانت حاملا، فهناك فرضان: الأول إذا قلنا بإمكان نفي حملها ونفاه لم تكن لها نفقة ولا سكنى. أما الثاني فهو إذا قلنا بعدم إمكان نفي الولد أو إذا لم ينفه ولحقه نسبه، وجبت لها النفقة والسكنى، لأن وجوبها هنا للحمل أو للمرأة بسبب الحمل، هذا بالنسبة إلى ولد الملاعنة. أما بالنسبة إلى المعتدة من وفاة فقال بشأنها: "أما المعتدة من الوفاة، فإن كانت حائلا فلا سكنى لها ولا نفقة لأن النكاح قد زال بالموت، وإن كانت حاملا ففيها روايتان: إحداهما لها السكنى والنفقة، لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة. وفي الثانية لا سكنى لها ولا نفقة، لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها إنما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم له ذلك الورثة لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل إمرأته كما بعد الولادة".[4]

وهذا يعني أن المعتدة من وفاة إن كانت حاملا، وأعطيت النفقة والسكنى حسب الرواية الأولى، كان ذلك بسبب حملها. وإن لم تعط ذلك حسب الرواية الثانية، بقيت النفقة كذلك معتبرة

1- محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار البازوري، عمان- الأردن، 2010، ص 183.

2- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 89 و 90.

3- شمس الدين محمد بن أحمد الرملي الأنصاري، غاية البيان، شرح زيد بن رسلان، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1414هـ- 1994م، ص 76.

4- إبن قدامة، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص186.

بسبب الحمل أو للحمل، وإنما لم تجب لها لأن ورثة الميت يستحقون تركة مورثهم. ومن جملة الورثة هذا الحمل، فتكون نفقته على نفسه من نصيبه في الميراث، فإن لم يكن من جملة الورثة، لم يكن واجبا على بقية الورثة الإنفاق عليه، فتعامل المرأة كأنها وضعت حملها، لأنه بعد الوضع تسقط النفقة بحقهم.[1]

وأورد ابن قدامة أيضا أن النفقة واجبة للحمل، وأن هذا كله كان اختيار أبي بكر، ودليل ذلك أنها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله، ولو لم تكن له لقلنا بوجوب استمرار النفقة على المرأة التي وضعت حملها قبل إنتهاء عدتها من طرق.[2]

ويوافق القائلين من الشافعية والحنابلة بأن النفقة للحامل بسبب الحمل الظاهري، كما تدل عليه عبارة ابن حزم الظاهري إذ يقول: "ينفق على الحبلى من أجل ولده".[3] وكذا عند فقهاء الإباضية و الجعفرية.

والراجح 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 إمرأة ما الإنفاق عليها لأجله.

إن مسألة النفقة بعد الفرقة تختلف كذلك من حيث حكم وجوبها أو عدم وجوبها حسب الحالات؛ حتى إن كان للزوجة الحق في النفقة فإنه لابد من سلوك طرق معينة من أجل إستيفاء حقها بإلزام الزوج بدفعها إلى مطلقته الحامل يوما فيوما، وإذا لم يكن للجنين أجبر ورثته على نفقة على قدر ميراثهم منه. وفيها نقطتين نفقة الحامل المعتدة من طلاق ونفقة الحامل المعتدة من وفاة.

أولا: نفقة الحامل المعتدة من طلاق:

نفقة الزوجة الحامل واجبة على زوجها بحكم الزوجية لا باعتبار كونها حاملا، أما المعتدة فإن كانت من طلاق رجعي أو بائن بعد نكاح صحيح فترجع إلى الأصل في وجوب النفقة للمعتدات.[4]

1- إبن قدامة، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص 187.

2- نفس المرجع، نفس الجزء، ص 187 و188.

3- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، المحلى، بدون طبعة، دار الأوقاف الجديدة، بيروت- لبنان، بدون سنة النشر، ص 143.

4- ليلى حسن محمد الزويعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الرواق، الأردن، 2006، ص 106 و107.

1- حكم نفقة الحامل المعتدة من طلاق رجعي:

اتفق الفقهاء من الحنفية، المالكية، الشافعية والحنابلة على عدم سقوط نفقة المعتدة بالطلاق الرجعي سواء حاملا أو حائلا، و استدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والإجماع والمعقول.

أ – وجه الدلالة من القرآن الكريم:

إعتبر الله عزوجل المطلقة الرجعية زوجة بنص الآية: ﴿**وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ**﴾،[1] فجعل للزوج الحق في ردها إلى عصمة نكاحه دون إذنها، ما لم تنته العدة.

ب – وجه الدلالة من الإجماع:

أجمع الفقهاء على أن المطلقة التي يملك زوجها الرجعة لها السكنى والنفقة وذلك لأن:

- تعتبر زوجة ببقاء سلطة الزوج عليها، حيث يلحقها طلاقة وظهارة.
- إن الإحتباس قائم لصيانة ما الزوج في مدة العدة.[2]

وجاء في كتاب المغني: "وإن طلق الرجل إمرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر، ثم ترى القوابل بعد ذلك ؛ لأن الحمل يبين بعد ثلاثة أشهر، إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتنقطع نفقتها، كما تنقطع إذا قال القوابل : ليست حاملا. ويرجع عليها بما أنفق؛ لأنها أخذت منه ما لا تستحقه، فرجع عليها، كما لو ادعت عليه دينا و أخذته منه، ثم تبين كذبها".[3]

2- حكم نفقة الحامل المعتدة من طلاق بائن:

نفقة الحمل واجبة للحمل، والنفقة على أمه يعود نفعها إليه. أما بالنسبة للبائن الحامل إتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على عدم سقوط نفقة البائن الحامل ما دامت في العدة سواء بانت بطلاق ثلاث، أو خلع أو فسخ نكاح بغير معصيتها.[4] واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والإجماع والمعقول.

1- الآية 228 من سورة البقرة.

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

3- إبن قدامة، المرجع السابق، كتاب النفقات، الجزء الثامن، ص 188

4- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 89 و 90.

أ – وجه الدلالة من القرآن الكريم :

قال الله تعالى: ﴿**وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾.[1] أوجب الله عزوجل النفقة للمعتدة الحامل البائن بطلاق أو خلع أو فسخ نكاح، ما دامت في العدة.

ب – وجه الدلالة من الإجماع:

أجمع أهل العلم على وجوب النفقة للمعتدة الحامل البائن بطلاق ثلاث أو بفسخ نكاح أو خلع ما دامت في العدة.[2]

ج – وجه الدلالة من المعقول :

– إن رحم المعتدة الحامل مشغول بماء زوجها، فهو كالمستمتع بها.

– إن الحمل ولد الزوج، فتجب نفقته على الزوج، ولا يمكنه الإنفاق على الحمل إلا بالإنفاق على الحامل، فوجب عليه الإنفاق عليها.[3]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري نرى أنه أثبت النفقة للزوجة مدة العدة بكل فرقة جاءت من جهة الزوج سواء أكانت عن طلاق أو فسخ نكاح، سواء أكانت الزوجة حاملا أو حائلا أو خلع. ويكون بذلك قد وافق ما ذهب إليه فقهاء الحنفية من وجوب النفقة للحامل أو الحائل بغض النظر عن نوع الفرقة حيث أن النص جاء عام من خلال نص المادة 74 والمادة 80 من قانون الأسرة الجزائري. مع مراعاة القاضي المختص حالة وظروف كل من الزوج والزوجة عند تقدير قيمة النفقة، لاسيما عسر أو يسر الزوج، ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم، وهذا ما نصت عليه أيضا المادة 79 من قانون الأسرة الجزائري.[4]

وبالرجوع إلى موقف القضاء من موضوع النفقة، نجد أن المحكمة العليا في جل قراراتها و اجتهاداتها القضائية تطبيقا لأحكام القانون و الشريعة الإسلامية قضت بوجوب دفع الزوج المطلق

1– الآية 06 من سورة الطلاق.

2– نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 75.

3– جاسر جودة علي العاصي، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحول الشخصية الفلسطيني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007، ص 14 و15.

4– تنص المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو عودتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون."

تنص المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى".

النفقة لمطلقته متى كان ذلك بعد الدخول. ومن بين هذه القرارات نذكر القرار الصادر بتاريخ 2006/07/12 الذي مفاده أن: "من المقرر شرعا أن نفقة العدة تظل واجبة للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية".[1]

وجدير بالذكر أن مسألة النفقة سواء بالنسبة للزوجة المطلقة بأولاد أو حامل بجنين يصبح بعدها ولدا بمجرد تحقق ميلاده حيا، عندما يحكم بها القاضي على الزوج المطلق يثير عدة إشكالات غالبا ما تكون ضحيته المرأة المطلقة والأولاد وذلك في حالتين:

* إما في حالة عدم دفع الزوج لتبعات العصمة الواجبة للزوجة – من نفقة عدة، نفقة إهمال ونفقة متعة – والتي لم ينص المشرع الجزائري صراحة على التنفيذ الجبري لهذه المستحقات.

* إما في حالة عدم إمكانية الزوج الدفع بدفع مبلغ النفقة المحكوم بها، والذي رتب عليه القانون إمكانية المتابعة الجزائية تحت عنوان جريمة عدم دفع النفقة المنصوص عليها في المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري، إلا أن هذا الجزاء لا يحل المشكل المتمثل في عدم سد احتياجات المرأة المطلقة و أولادها للنفقة.

ومن أجل ذلك ومراعاة لمصلحة المرأة المطلقة و أولادها المحكوم لهم بالنفقة بموجب حكم قضائي تم اصدار قانون يكفل للمرأة المطلقة و أولادها ضمان الحصول على مبلغ النفقة المحكوم به و هو القانون رقم 01-15 المؤرخ في 13 ربيع الأول 1436هـ الموافق ل 04 يناير 2015 المتضمن إنشاء صندوق النفقة.

ثانيا: نفقة الحامل المعتدة من وفاة:

نقلت كتب التفسير عند تفسير آية ﴿... **وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ**...﴾ أن أكثر العلماء يحثون على أن لا نفقة للمعتدة من وفاة وذلك لشمول الآية 04 من سورة الطلاق حيث جاء الأمر فيها بالإنفاق على جميع الحوامل. وعن علي وابن مسعود تجب نفقتها في التركة، ومذهب بن أبي ليلى أن نفقتها في مال الزوج بمنزلة الدين على الميت.[2] و لتفصيل هذه المسألة من ناحية آراء الفقهاء نتطرق لأقوال المذهبين حججهم في ذلك:

1- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 358248، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد الثاني، ص 449.

2- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 94.

1- المذهب الأول: عدم وجوب النفقة (السكنى) لمعتدة الوفاة الحامل، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في أحد القولين، والحنابلة في المذهب. واستدل القائلون بذلك بما يلي:

- إن احتباسها في مدة العدة إنما هو لمعرفة براءة رحمها لحق الشرع لا لحق الزوج، فيكون التربص منها عبادة.

- انتقل المال للورثة بوفاة الزوج، والنفقة التي تجب إنما تكون بسبب الحمل أو من أجله، ولا يلزم ذلك الورثة.

- إن حق المعتدة في السكنى والنفقة مترتب على الملك، وقد زال بالموت فلم يجب.

- إن النفقة يتجدد وجوبها شيئا فشيئا والميت لا مال بعد الموت، فلم تجب.[1]

2- المذهب الثاني: وجوب النفقة لمعتدة الوفاة الحامل، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية في الأظهر، والحنابلة في القول الآخر. ولقد استدلوا ذلك بالقرآن الكريم والسنة والمعقول:

أ- وجه الدلالة من القرآن الكريم: قال الله تعالى: ﴿**أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ**﴾.[2] وهنا دلت الآية الكريمة على وجوب السكنى للمطلقة ويقاس عليها معتدة الوفاة من باب أولى، خاصة أن الشرع أمرها بالمكوث في بيت الزوجية.

ب- وجه الدلالة من السنة النبوية: عن الفريعة بنت مالك بن سنان رضي الله عنها، وهي أخت أبي سعيد الخدري، أخبرتها: أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة، فإن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا، حتى إذا كانوا بطرف القدوم لحقهم فقتلوه. قالت: فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي في بني خدرة، فإن زوجي لم يتركني في مسكن يملكه، ولا نفقة. قالت: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " نعم " قالت فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة، أو في المسجد دعاني – أو أمرني فدعيت له – فقال:" كيف قلت ؟ "فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي، قالت: فقال:" أمكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله". قالت : فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا، قالت: فلما كان عثمان

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

3- الآية 06 من سورة الطلاق.

بن عفان، أرسل إلي فسألني عن ذلك ؟ فأخبرته. فاتبعه وقضى به. وهنا الحديث نص على ثبوت السكنى لمعتدة الوفاة في بيت الزوجية.[1]

نرى أن المشرع الجزائري قد وافق ما أتفق عليه جمهور الفقهاء على وجوب النفقة لمعتدة الوفاة والطلاق دون أن يحدد أكانت حاملا أو حائلا، فقد جاء نص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري[2] عاما، إلا أنه أظهر المقصود بالنفقة ألا وهي السكنى فقط للمعتدة من وفاة والنفقة والسكنى للمعتدة من طلاق.

الفرع الثاني: نفقة الحامل في الحالات الاستثنائية.

يقول العليم القدير: ﴿**وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا...**﴾ [3] أي أن الله سبحانه وتعالى تكفل برزق كل ما يدب على الأرض من إنسان وحيوان، وذلك لاستمرار الحياة. ففرض جليا نفقة المرء على أهله، كذا على المحتاج لأنه ما من مؤمن بات شبعان وجاره جائع وهو يعلم به؛ ولذلك شرع الزكاة والصدقة للأخذ من مال الغني وإعطاء الضعيف والعاجز عن الكسب مثل الحامل في الأشهر الأخيرة، والإشكاليات التي تثور حولها في الإنفاق عليها في الحالات الاستثنائية مثل حالة كونها غير مسلمة أو حالتي الغضب والزنا. وسنتناولها كما يلي:

أولا: نفقة الحامل غير المسلمة:

يجوز للمسلم أن يتزوج من الكتابية، والمراد بالكتابية كل من تؤمن بنبي، ولها دين سماوي من غير المسلمين كاليهودية والمسحية، ويستوي في الحل المستأمنة والذمية، إلا أنه يكره الزواج من الحربية لما قد يترتب من شدة التعلق بها فينتقل إلى دار الحرب. وبالتالي حقوق الزوجية وواجباتها وآثارها بالنسبة إلى المسلمة والكتابية أغلبها سواء وبالأخص في النفقة "فالكتابية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لإنفاقهما في سبب الوجوب وشرطه".[4]

وعلى العموم فإن المطلقة الحامل سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة متزوجة بمسلم لها الحق في النفقة لجميع مشتملاتها، كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا من الناحية العلمية، إلا أنه

1- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، المجلد 13 – كتاب النفقات، الطبعة الثانية، دار إبن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2007، ص 04.

2- تنص المادة 61 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة ".

3- الآية 06 من سورة هود.

4- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 95.

يقال بأن النفقة للحمل بالنسبة للبائن وليس لها. وفي حالة ارتدادها عن الإسلام يوجب ذلك بطلان النكاح ولا يعود النكاح بعد إسلامها إلا بعقد جديد فتسقط النفقة لانتفاء حبس النكاح للزوج.[1]

ثانيا: نفقة الحامل من زنا:

ليس معنى إلزام القريب أو الزوج الإنفاق على المرأة جعله حقا ثابتا لا يتغير؛ ذلك أن وجوب تلك النفقة محكم بضوابط معينة عند انتفاءها تلتزم المرأة بالإنفاق على نفسها. ومن بين الحالات التي تسقط فيها نفقة الزوجة عن زوجها ولا يلزمه الإنفاق عليها حينئذ، وتلزم بالإنفاق على نفسها إذا سقطت عن قريبها إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب فعلها معصية راضية بها كالزنا، لأن حبس النكاح أوجب عليه صلة، فإذا وقعت الفرقة بفعل المعصية لم تستحق الصلة بل تستحق الزجر. خلافا للشافعية فإنها تستحق النفقة لأنه لا أثر لزناها إن حبلت لأنه يمنع الإستمتاع بها. وإذا نكحت المرأة بنكاح فاسد فلا نفقة لها عند الحنفية والحنابلة والشافعية وفي قول لهم تسقط على الزوج أثناء عدة النكاح الفاسد.[2]

وقال العلماء الفقهاء: "البنت المتولدة من الزنا أجنبية عن الزاني فلا ترث إذ مات قبلها ولا تنسب إليه ولا يجب الإنفاق عليها، ولا يملك عليها ولاية التزوج، أي يكون وليا عليها، ولا يصح له أن يرثها إن ماتت قبله فهي من المحرمات وفي حكم الزواج والمصاهرة قريبة منه". وذلك هو الراجح سواء تأكد أنها من مائه، أو شك في ذلك ما دام قد زنى بأمها، وجاء الحمل بها في أثناء الاتصال بالزنا.[3]

ومن ثم نرى أن نفقة الزانية على نفسها إن كانت قادرة على الكسب، لأن الأصل وجوب إنفاق الإنسان عن نفسه لما روي عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إبدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلأهلك، فلذي قرابتك فإن فضل من ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا، وهكذا، يقول بين يديك، وعن يمينك، وعن شمالك".[4] لكن في حالة عدم قدرة الزانية على الإنفاق على نفسها فتكون نفقتها على أقربائها والمسؤولين على تربيتها أساسا لأن الجنين الناتج عن الزنا لا ذنب له في ذلك.

1- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 96.

2- نفس المرجع، ص 97.

3- مفتاح محمد أقزيط، نفس المرجع، نفس الصفحة.

4- محي الدين يحي بن شرف أبو زكريا النووي، شرح النووي على مسلم، الطبعة الأولى، دار الخير، سوريا، 1414هـ/1994 م، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس، رقم الحديث 997، ص 69.

ثالثا: نفقة الحامل من اغتصاب:

تتصور هذه المسألة فيما إذا أكره الرجل امرأة على الزنا سواء كانت عزباء أو متزوجة وحملت منه. فلمن ينسب هذا الحمل وما الأحكام المترتبة عن هذا الاغتصاب؟

قال الشافعية: إذا إستكره رجل إمرأة على الزنا، أقيم عليه الحد ولا يقام عليها لأنها مستكرهة، مغلوبة على أمرها، ولها مهر مثلها، ويثبت النسب منه إذا حملت المرأة وعليها العدة.[1]

وروى سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب: قال: "أتى عمر لامرأة قد زنت فقالت : إني كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد حثم علي، فخلى سبيلها ولم يضربها، ولأن هذه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، ولا فرق بين الإكراه بالإلجاء وهو أن يغلبها على نفسها وبين الإكراه بالتهديد بالقتل ونحوه، نص عليه أحمد في راع جاءته امرأة قد عطشت فسألته أن يسقيها فقال لها : أمكنيني من نفسك، قال : هذه مضطرة".[2]

حسب الرملي الشافعي و ابن قدامة فالنفقة تجب للحمل، وتقول إحدى الروايتين في المذهب الشافعي أن النفقة واجبة للحمل وهي إختيار أبي بكر رضي الله عنه بدليل أنها تحجب بوجوده وتسقط عند إنفصاله فدل أنها له.[3]

وأما الحنفية فيقولون بأن لا نفقة للمغصوبة لأنهم يشترطون في وجوب النفقة بأن يكون العقد صحيحا فلو أنفق عليها وتبين أن العقد فاسد أو باطل، فإن له الحق في الرجوع عليها بما أنفقه.[4]

رابعا: نفقة الحامل من نكاح فاسد أو وطء بشبهة:

بالنسبة للحامل المعتدة من وطء 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 الإنفاق عليها لكون الولد ولده، كذلك بالنسبة للزانية فلقد ذهب جمهور الفقهاء أنه لا نفقة لها

1- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 98.

2- أرواء الغليل، في تخريج أحاديث، منار السبيل، كتاب الحدود، رقم الحديث 2312، الجزء السابع، ص 340.

3- محمد بن أحمد الرملي الأنصاري، المرجع السابق، ص 153.

4- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 99.

لانعدام النكاح بينها وبين الزاني فهي علاقة غير شرعية و بالتالي لا يلحق نسب الولد للزاني ولا نفقة لها.[1]

وهنا وجب الإشارة إلى حالة نشوز الزوجة في ظل العلاقة الزوجية، فقد اختلف الفقهاء كذلك في وجوبها، حيث يرى المالكية وبعض الحنابلة و الشافعية أن نفقة الحامل الناشز واجبة ولا تسقط، واستدلوا في ذلك إلى أن النفقة تسقط عنها لو لم تكن حاملا، لكن بحملها هذا فهي واجبة، فالنفقة للحمل والحامل طريق لإيصال النفقة له لأنه يتغذى منها، بينما يرى الشافعية وبعض الحنابلة أنه لا نفقة للحامل الناشز كونها تسقط بنشوزها، إلا أن الأرجح بين الرأيين هو الرأي الأول وذلك لشمول النصوص القرآنية الصريحة التي توجب الإنفاق على الحوامل لحاجتهن لها كونهن حوامل.[2]

وخلاصة القول، أن النفقة إنما تجب للحمل، وليس للحامل، بدليل أنها تجب بوجوده وحياته وتسقط بموته أو انفصاله. ومهما يكن من كل ما أوردناه من أقوال وأدلة، فلا يخرج عن كون النفقة إنما تجب للمرأة الحامل بسبب الحمل أو لأجله، أو تجب للحمل نفسه، وكل ذلك له علاقة بالحمل بصفة مباشرة، فالمهم أن النفقة مقررة لمصلحة الجنين ولو كانت لأمه، لأنه يتغذى بغذائها ويعيش من خلالها وبواسطتها. كما نلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على كل هذه الحالات بل أورد نصوصا عامة متعلقة بالنفقة ومشتملاتها فقط، ولكن بالعودة لنص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري نجدها تحيلنا إلى تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل التي لم يرد النص عليها في هذا القانون.

1- موفق الدين أبو عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1994، ص 07.

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

المبحث الثاني: حماية الحقوق المالية الإرادية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع.

التصرف القانوني هو إرادة محضة متجهة إلى إحداث أثر قانوني، وهو مصدر من مصادر الالتزام، ويشمل التصرف الصادر من جانب واحد أي أن الإرادة المنفردة، أو من جانبين اثنين وهو العقد.

ويرتب التصرف القانوني أثره على حياة المتصرف، وهذا هو الأصل في جميع التصرفات باستثناء الوصية. فالهبة والبيع والكراء والقرض وما شابه ذلك من التصرفات جميعا تنشأ في الأصل وتنفذ في حياة المتصرف أو على الأقل فإنه لا يتعلق أمر هذا النفاذ على موت المتصرف.

فيما يلاحظ أن الوصية إذا كانت تنشأ في حياة المتصرف إلا أن نفاذها وترتيب آثارها يبقى معلقا على وفاة الموصي. ومن هنا كانت الوصية بطبيعتها تصرفا مضافا إلى ما بعد الموت، حيث أن آثار الوصية لا تسري إلا بعد وفاة الموصي. ومن هنا يبرز تمييز التصرف القانوني عن الواقعة القانونية من حيث أن عنصر الإرادة يعد عنصرا جوهريا فيه خلافا لبعض الأحكام القضائية المنشئة للحقوق كالحكم بالتطليق، وهنا خلاف الأصل، بل أن التصرف القانوني لا يعدو أن يكون بإرادة متجهة إلى إحداث أثر قانوني معين.

ومعنى هذا إن الاعتراف بالتصرف القانوني بوصفه مصدرا أصليا من المصادر المباشرة للحقوق يقضي بالضرورة الاعتراف بقدرة الإرادة على ترتيب الآثار القانونية بشكل عام وعلى إنشاء الحقوق ونقلها وتعديلها وانقضائها بشكل خاص.

وتنقسم التصرفات القانونية إلى تصرفات بالإرادة المنفردة وتصرفات عقدية. وسنحاول التطرق إليها على النحو التالي:

المطلب الأول: التصرفات بالإرادة المنفردة للجنين.

من أهم التصرفات القانونية التي تنشأ بالإرادة المنفردة نجد الوصية والوقف، حيث يعد كل منهما عملا قانونيا صادرا من جانب واحد وينتج آثارا قانونية مختلفة، وسنعرض كل واحد منهما على حدا.

الفرع الأول: وجوب الوصية للحمل.

قبل الولوج في هذا الموضوع نتناول فيما يلي مفهوم الوصية، مشروعيتها و أركانها ثم صحة الوصية المتعلقة بالجنين. فباعتبار الوصية عمل قانوني صادر من جانب واحد ومنتج لآثار قانونية اتفق الفقهاء على إجازة الوصية للجنين، فكما يحق له أن يكون وارثا فكذلك يحق له أن يكون موصى له، وبالمقابل نجد أن المشرع الجزائري أجازها كذلك من جهته. إلا أن صحة الوصية للحمل شرعا وقانونا واقفة على توفر بعض الشروط الآتي بيانها بعد الخوض في الأحكام العامة للوصية.

أولا: تعريف الوصية:

سنتناول هنا تعريف الوصية لغة واصطلاحا:

1- التعريف اللغوي للوصية: الوصية لغة هي من وصيت الشيء أوصيه، ويقال: أرض واصية أي متصلة النبات. وأوصاه ووصاه توصية عهد إليه والسلام: الوصاية بالكسر والفتح، وهو الوصي فجعل بمعنى مفعول و الجمع أوصياه، وأوصيت له بمال جعلته له، وسميت وصية إلا أن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته، وتطلق على فعل الموصى وعلى ما يوصي به مال أو غيره من عهد ونحوه.

ومما ذكر تبين أن الوصية تطلق في اللغة على فعل الموصي وهو الإيصاء كما تطلق على ما يوصى به الإنسان من مال أو غيره، وهو الوصية، بمعنى أن اللغويين لم يفرقوا في معنى

الوصية والإيصاء، فجعلوا لفظ الوصية يدل على التمليك المضاف إلى ما بعد الموت ولفظ الإيصاء، يدل على جعل الغير وصيا على من يلي أمره بعد وفاته.[1]

2- التعريف الاصطلاحي للوصية: عرف الفقه والقانون الوصية فيما يأتي:

أ- الوصية في الشريعة الإسلامية: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الوصية حيث عرفوا الوصية كما يلي:

* **رأي الحنفية:** حيث عرفوا الوصية بأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع.

* **رأي المالكية:** عرفوا بأنها هبة الشخص ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به.

* **رأي الشافعية:** لقد عرفت الشافعية الوصية على أنها تبرع بحق مضاف لما بعد الموت ولو تقديرا.

* **رأي الحنابلة:** لقد عرفوا الوصية على أنها الأمر بالتصرف والتبرع بالمال بعد الموت.[2]

ومن جهتنا نرى أن تعريف الحنفية أكثر دقة وأوضح في المعنى وأشمل من باقي التعريفات إذ أنه وصف الوصية بأنها تمليك. وهو الأصح في نظري إذ هو ليس بأمر ولا تبرع كما جاء في التعريفات الأخرى، كما أن الحنفية أدخلوا المنافع من ضمن الوصية.

ب- الوصية في التشريع الجزائري: عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري بأنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ونص في المادة 190 منه على أن: "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عبثا أو منفعة".

1- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، بدون طبعة، دار اليازوري، الأردن، 2010، ص 323.

2- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية- مصر، 1997، ص 11 و12.

والمقصود بكلمة "تمليك" الواردة في النص أن الوصية قد تكون بالأعيان سواء أكانت منقولا أو عقارا أو بالدفع كسكن الدار أو زراعة الأرض.[1]

والمراد بعبارة "مضاف إلى ما بعد الموت" أن أثر التصرف الذي تم في حياة الوصي لا يترتب إلا بعد موته.

أما المقصود بكلمة "التبرع" فهو أن الوصية تتم بدون عوض باعتبارها مال أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته، ومن ثم لا تأخذ الموصي مقابلا لوصيته.

والملاحظ من التعريف فقد اعتمد المشرع الجزائري في حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط ذلك أن الوصية تشمل بالمال أو المنفعة وتشمل الإسقاطات لتكاليف معينة، كالكفالة، كما تشمل جهة من جهات، كالوصية للمساجد والمستشفيات والملاجئ ونحوها وليس الوصية للأشخاص المعينين بالاسم أو الوصف فقط.[2]

ثانيا: مشروعية الوصية:

الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع:

1- أدلة مشروعية الوصية من القرآن الكريم: لقد تعددت الآيات الكريمة التي تفيد جواز الوصية ومنها:

* قال الله تعالى في آيات المواريث من سورة النساء بعد أن عدد أصناف من الورثة وأنصبتهم: ﴿**مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَآ أَوْ دَيْنٍ**﴾،[3] ﴿**مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ**﴾،[4] ﴿**مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ**﴾.[5]

1- شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الوقف، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص120.

2- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص181.

3- الآية 11 من سورة النساء.

4- الآية 12 من سورة النساء.

5- نفس الآية من سورة النساء.

شرع الله هذه الآيات متعددة الميراث مرتبا على الوصية مؤخرا عنها في الأداء عند وجودها، فدل ذلك على أن الوصية مشروعة وجائزة، وإلا لو لم تكن كذلك لما جعل استحقاق الميراث وثبوته للورثة بعد إخراجها من التركة.[1]

* وقوله سبحانه عز وجل: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ**﴾.[2]

* وقوله أيضا: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ**﴾.[3]

2- أدلة مشروعية الوصية من السنة النبوية: في السنة الشريفة أحاديث وأحكام وروايات كثيرة تفيد جواز الوصية وتدل على مشروعيتها، ومنها:

* ما رواه سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه، قال: جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي، فقلت: يا رسول الله، قد بلغ بي مني الوجع ما ترى، وأنا ذو مال، ولا يرثني إلا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فالشطر يا رسول الله؟ قال: لا، قلت: فالثلث؟ قال: الثلث، والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس.

ففي هذا الحديث جواز الوصية بثلث، فلو لم تكن مشروعة ما أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم.

* ما رواه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده".[4]

1- محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، 1999، ص 35 و36.

2- الآية 180 من سورة البقرة.

3- الآية 106 من سورة المائدة.

4- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص27.

وهذه دعوة من رسول الله إلى إمضاء الوصية المكتوبة، وهذا دليل صريح على المشروعية.

* وجاء في الموطأ عن مالك قوله: "السنة الثابتة عندنا التي لا اختلاف فيها أنه لا تجوز وصية لوارث، إلا أن يجيز له ذلك ورثة الميت. وإن أجاز له بعضهم وأبى بعض جاز له حق من أجاز منهم، ومن أبى أخذ حقه كاملا من ذلك".[1]

وهذا استفادة من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يجوز الوصية لوارث إلا أن يشاء الورثة".

3- أدلة مشروعية الوصية من الإجماع: لقد أجمع الفقهاء على جواز الوصية، ولم ينقل عن أحد أنه قال بعدم مشروعيتها أو منعها.[2]

ثالثا : أركان الوصية:

أركان الوصية أربعة وهي الموصي والموصى به كذلك الموصى له بالإضافة إلى الصيغة، فسوف نذكرهم بالتفصيل كالتالي:

1- الموصي: هو من أنشأ الوصية، فهي نتاج إرادته يصدرها اختيارا في الوصية المعتادة، ولهذا تتوافر شروط معينة في الموصي نصت عليها المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على أنه: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشر سنة على الأقل". ويمكن إجمالها فيما يلي:

أ- **الرضا:** يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيصاء، فإذا كان مكرها أو مخلصا فلا تصح الوصية، وكذلك لا تصح وصية السكران لأنه لا قصد له لأنها تضر ورثته، إذ القاعدة المقررة في هذا الشأن أنه: "لا ضرر ولا ضرار".

1- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص27 و28.

2- محمد خضر قادر، المرجع السابق، ص326.

ب- سلامة العقل: جاء في نص المادة 196 من قانون الأسرة الجزائري: "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل". كما أن الفقهاء جميعا متفقون على أنه يشترط في الموصي لتصح وصيته أن يكون عاقلا مميزا، فإذا انعدم العقل والتمييز انعدمت الوصية معه.[1]

ج- **البلوغ والرشد:** يقصد بالرشد كمال العقل وتمام الإدراك، ومنه متى كان الشخص رشيدا غير محجور عليه لسفهه أو عقله صحت كل تصرفاته سواء كانت تبرعا كالوصية أو معاوضة، فأهلية التبرع لا تكتمل إلا بالرشد. و قد حدد القانون الجزائري سن الرشد القانوني بتسعة عشر سنة في الفقرة الثانية من المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

والبلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية، ومن ثم لا تصح الوصية من صبي غير مميز، لأن الوصية تبرع مالي لا يتم إلا بوجود الإرادة والتمييز. وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة الجزائري باشتراطه أن يكون الموصي بالغا من العمر تسعة عشر سنة على الأقل.[2]

2- الموصى له: هو المستحق للوصية سواء استفادة ملكية رقبة أو ملكية منفعة أو هما معا. وكذلك الموصى له هو من صدرت الوصية لصالحه، سواء كانت الوصية إختيارية أو إجبارية، سواء كان الموصي له شخصا طبيعيا أو معنويا، و الجنين هنا هو الموصى له. أما شروط الموصى له هي كما يلي:

أ- **أن يكون الموصى له موجودا:** حتى تنعقد الوصية صحيحة ونافذة يجب أن يكون الموصى له موجودا وقت صدور الوصية سواء كانت وجوده حقيقة أو حكما كالحمل في بطن أمه.

ويعتبر الموصى له في حكم الموجود إذا كان حملا معينا في بطن أمه وقت إنشاء الموصي الوصية حتى لو لم يكن موجودا حقيقة أثناء صدور الوصية، وتعتبر حينئذ الوصية للحمل جائزة صحيحة. وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 187 من قانون الأسرة والتي جاء فيها: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا ". الأمر الذي يستفاد منه صحة الوصية

1-حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة – الوصية – الوقف، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 48.

2- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص 200.

للحمل ونفاذها بشرط ولادة الجنين الموصى له حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة.

والملاحظ أن موقف المشرع الجزائري جاء موافقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء، والذي أجاز بالإجماع الإيصاء للحمل شريطة أن يكون موجودا في بطن أمه وقت إبرام الوصية، وأن يولد حيا، وأنه جاء مخفقا الانسجام والتوافق التام بين نصوص القانون المدني ونصوص قانون الأسرة المنظمة للميراث والوصية، بنصه على ضرورة ولادة الجنين حيا حتى يكون أهلا للتمتع بكامل حقوقه المدنية والشخصية. ولقد سوى كذلك المشرع الجزائري فيما يخص استحقاق الوصية للحمل بين الذكر والأنثى في المادة 187 من قانون الأسرة بنصه على ما يلي: "... وإذا ولد توائم يسحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس".[1] وهذا ما سنفصل فيه لاحقا في شروط استحقاق الوصية للجنين.

ب- أن لا يكون قاتلا للموصى: نصت المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا". فالعبرة هنا بالحرمان من الإيصاء للقاتل عمدا، وبالنتيجة يستبعد القتل الخطأ والشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي.[2]

ومعنى المادة سابقة الذكر أن الموصى له لا يستحق الوصية إذا قتل الموصي عمدا، سواء كان فاعلا أصليا أو شريكا أو شهادة زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه أو كان عالما بالقتل وتدبيره ولم يخبر السلطات المعنية بذلك.

أما إذا قتل الموصى له الموصي خطأ أو كان في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عرضه، فإن فعل القتل هنا لا يبطل الوصية، فتبقى صحيحة ونافذة في حق الموصى له. وحتى تبطل وصية الموصى له القاتل يجب أن يكون هذا الأخير عاقلا وبالغ أهلا للمسؤولية الجنائية وفقا للمواد 47، 48 و49 من قانون العقوبات الجزائري.[3]

1- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص 204 و206.

2- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 53.

3- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 72.

هذا بالنسبة للأحكام العامة للوصية، فهذا الشرط لا يتوافر في موضوعنا باعتبار الموصى له هنا هو حمل في بطن أمه – أو حتى جنينا بعد تحقق حياته – فلا حول له ولا قوة في إيذاء الموصي إيذاء خفيفا كان أو شديدا كالقتل.

ج- أن يكون الموصى له معلوما: المراد بالعلم أن يكون الموصى له معينا تعينا يستطاع معه تنفيذ الوصية وتسليمه الموصى به. وذلك بذكر اسمه فلان ابن فلان، أو بالإشارة إليه كأوصيت لهذا الشخص المسجد ...، أو بصفته الدالة عليه المميزة له عن غيره كمستشفى كذا...[1]

لم يحدد المشرع الجزائري فيما يخص أن يكون الموصى له معلوما بشيء من التفصيل وتركها للقاضي وله سلطة تقديرية مطلقة في تقدير ما إذا كان الموصى له معلوما أولا، وفيما إذا كانت الجهة الموصى لها مستحقة الإيصاء من عدمه.

د- أن لا يكون الموصى له جهة معصية: قد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها لكن الباعث على الوصية محرم منافي لمقاصد الشريعة الإسلامية. ومثال ذلك أن يوصي شخص لعشيقته بمال حتى تبقى على علاقتها المحرمة به، ففي هذه الحالة تكون الوصية تمليكها لمن هو أهل للتملك ولكن الباعث عليه غير مشروع، ومن ثم لا تصح هذه الوصية وهذا وفقا للمادتين 97 و98 من القانون المدني الجزائري. وهذا الشرط أيضا لا يتحقق في وجود الجنين الموصى له.

هـ- ألا يكون وارثا للموصى: لقد خالف المشرع الجزائري موقف معظم القوانين الوضعية العربية التي عصمت الحكم وأجازت الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث دون إجازة باقي الورثة، فنص في المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى". وهو بذلك يكون قد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي باعتبار الوصية لوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصى به.[2]

1- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 72 و 73.

2- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص210 و211.

و- أن يكون الموصى له أهلا للتملك: إذ لا تصح الوصية لمن ليس أهلا للتملك، فمن أوصى لحيوان مثلا، بطلت وصيته على أساس أن الموصى له غير قابل للتملك والاستحقاق.[1]

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط في قانون الأسرة، إلا أنه وباتفاق الفقهاء يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي له أهلا للتملك والاستحقاق، ومن ثم لا تصح الوصية لغير ذلك.[2]

وبالنسبة للجنين فهو أهلا للتملك و الإرث، فإذا كان وارثا لا تجوز الوصية المشروعة له أكثر من الثلث إلا بعد إجازة الورثة.

3- الموصى به: هو محل الوصية، وشروط الموصى به شروط صحة وشروط نفاذ، وهي:

أ- **شروط صحة الموصى به:** يشترط لصحة الوصية في الموصى به الشروط الآتية:

*** أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث والتمليك:** لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة التي نصت على مايلي: "أن يوصى بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكيته قبل موته عينا أو منفعة".

وبقراءة هذه المادة يتضح لنا أن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة يكون محلا للوصية. فتصح بكل ما يدخل في ملك الموصي من أموال وحقوق قابلة للتداول والانتقال بالطرق المقررة قانونا مع استفتاء الإجراءات اللازمة لنقل ملكيتها سواء كانت هذه الأموال منقولات مثلية أو قيمة أو عقارات أو كانت حقوقا أدبية كالملكية الفكرية القابلة للمنفعة أو كانت منافع لمدة معينة أو مؤبدة.[3]

*** أن يكون المال متقوما وقابل للتمليك:** لا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر مثلا. ومعنى قابلا للتمليك هو أن يكون الموصى به مما يجوز تملكه بعقد من عقود الملكية (البيع، الهبة)، لذا

1- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص53.

2- وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الفكر، سوريا، 1993، ص35.

3- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص213 و214.

فلا تصح الوصية بالوظائف العامة أو بالأموال العامة وغيرها من الحقوق الشخصية والمهنية المحضة لأنها لا تورث ولا تصح لأن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته.[1]

ب- شروط نفاذ الموصى به: أن لا يزيد الموصى به عن ثلث التركة:

اتفق الفقهاء جميعا على أن الوصية بأكثر من ثلث التركة ممنوعة لحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قوله صلى الله عليه وسلم "فالثلث والثلث كثير". فذهب الجمهور إلى أنها ليست باطلة ولكنها صحيحة نافذة فيما هو ضمن الثلث وصحيحة موقوفة على إجازة الورثة فيما هو زائد منها عن الثلث فإن أجازوها نفذت وإلا بطلت. و نصت في هذا الصدد أيضا المادة 185 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة".[2]

* **أن لا يكون مستغرق بالدين:** ليس هذا شرط من شروط صفة الوصية ولكنه شرط نفاذ لها، فإن كان الوصي مدينا بدين مستغرقا لكل تركته، منع من الوصية حفظا لحق الدائنين لأن الدين مقدم عن الوصية فإذا أسقط الدائنون دينهم عنه أو أجازوا الوصية نفذت الوصية. فإن المعتبر في الدين هنا وقت الوفاة لا وقت الإبعاد، فلو أوصى رجل غير مدين بمبلغ من تركته ثم أصبح مدينا عند موته توقفت وصيته على إذن الدائنين.[3]

* **أن لا يكون الموصى به موجودا ومملوكا للموصى له عند الوصية:** نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة فأوجب أن يكون الموصى به موجودا في ملك الموصي وقت إبرام الوصية.

وعليه إذا كان محل الوصية شيئا معينا بالذات كمن يوصى شخص بسيارته فيجب أن تكون في ملكه عند إنشاء الوصية، إذا فلا تصح بملك الغير حتى لو تملك الموصي السيارة.

1- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص55.

2- أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، الأهلية، النيابة الشرعية، الوصية، الوقف، والتركات، بدون طبعة، منشورات حلب، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، بدون سنة نشر، ص173.

3- أحمد الحجي الكردي، المرجع السابق، ص174.

أما إذا كان الشيء الموصى له غير معين بذاته كمن أوصى بجزء شائع من المال بعضه أو كله فيشترط وجوده عن الوفاة لا وقت إنشاء الوصية.

هذا ولا تصح الوصية التي يكون فيها الموصى به مستحيل التحقق أو غير موجود لانعدام المحل كمن يوصى بداره الموجودة في مدينة كذا ليتضح فيما بعد عدم وجود هذه الدار.[1]

4- الصيغة: هي ليست إلا التعبير عن إرادة الموصي، فهي ركن الوصية الوحيد عند الأحناف. أما جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة فيرون أن أركان الوصية أربعة هي: الموصي – الموصى له – الموصى به والصيغة. ولقد تعددت أركان الصيغة إلى ما يلي:

* **اللفظ:** الأصل في الصيغة – في كافة التصرفات – أن تأتي عبارة ولفظا وتصح الوصية بها في جميع المذاهب لأنها أقوى صورة للتعبير عن الإرادة وبيان الرضا؛ وقد تنعقد الوصية باللفظ المخصوص وبأي لفظ آخر يدل على قصد الموصي، فلا تتعين بألفاظ كالزواج مثلا. فكل لفظ يدل صراحة أو كناية عن إرادة الموصي تنعقد الوصية به، والوجه في ذلك كما قيل أنه لم يرد دليل على اعتبار مظهر خاص ومبرر معين في إنشاء العقود.[2]

* **الكتابة:** الأصل فيها أنها مقروءة بالعين. وتنقسم إلى ثلاثة أقسام:

- **الكتابة المستبينة المرسومة:** وهي ما جاء في شكل وثيقة لها ديباجة وموضوع وخاتمة.
- **الكتابة المستبينة غير المرسومة:** كالكتابة على الجدران وجذوع الأشجار.
- **الكتابة غير المستبينة:** كالكتابة على الماء أو على الهواء، وهذا القسم لا تصح صيغته الوصية ولا غيرها عن التصرفات. أما المشرع الجزائري فقد جاء واضحا في هذا الشأن باشتراط الكتابة الرسمية أمام الموثق حيث نصت المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تثبت الوصية: 1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك".[3]

1- شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص215.

2- شيخ نسيمة، نفس المرجع، ص215 و216.

3- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص60.

* **الإشارة:** وهي بديل عن النطق والكتابة كمن كان عاجزا عنها، فلا خلاف بين الفقهاء على الاعتداد بالإشارة المفهومة في الوصية بالنسبة للآخرين. فقد نص الفقهاء على أنه تكفي الإشارة الدالة على المواد قطعا في إيجاب الوصية مع تعذر اللفظ الخرس.

* **الإشهاد على الوصية:** الأصل في الإشهاد أنه جائز لا واجب وهذا باتفاق المذاهب، ولكن البعض أوجب الإشهاد في الصيغة المكتوبة، وهذا ما يراه المالكية وبعض الشافعية. فإذا كتب الموصي وصيته ومات دون أن يشهد عليها لا تصح عندهم باعتبار أنه قد يكتب ولا يعزم أي لا يصير.[1]

رابعا : شروط صحة الوصية للجنين:

يعرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بقولها: "الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع". وبما أن الجنين تثبت له الحقوق النافعة له نفعا محضا تبعا لثبوت أهلية الوجوب الناقصة لديه، فإنه يصح الإيصاء للحمل، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس".

وقد أجاز الفقهاء الوصية للجنين من غير قبول بوصفها استخلافا من وجه، والجنين يصلح خليفة في الإرث، فكذا في الوصية لأنها أخت الميراث، بل لعل الوصية في هذا أوسع مدى، إذ لا يمنع اختلاف الدين من صحة الوصية. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها: " تصح الوصية مع اختلاف الدين ". مع أنه مانع من موانع الإرث.[2]

إلا أنهم اختلفوا في شروط الوصية على النحو الآتي:

* اشترط الجمهور وجود الجنين في بطن أمه متيقنا حال الوصية، فإذا لم يكن موجودا وقت إنشاء الوصية فلا تصح الوصية له. وخالف المالكية في ذلك حيث لم يشترطوا هذا الشرط بل تصح

1- محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص64 و65.

2- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1982، ص80.

الوصية لحمل يكون في المستقبل ولو لم يكن للموصى له ولد حين الوصية أو حمل، ويحكم بكون الجنين موجودا في بطن أمه وقت إنشاء الوصية باتفاق الفقهاء الثلاثة إذا ولد لستة أشهر من تاريخ الوصية.[1]

* أن يكون الموصى به معينا وموصوفا بالأوصاف التي حددها الموصي.

* أن ينفصل الجنين بحياة كاملة مستقلة بعد الولادة ويعرف كذلك بالبكاء أو الصراخ أو الحركة بعد الولادة، ويصح عند الحنفية لو خرج أغلبه حيا لأن الأكثر كحكم الكل عندهم.[2]

وتستقر ملكية الجنين الموصى به بانفصاله حيا، فلو انفصل ميتا، سواء انفصل بعد انتهاء مدة الحمل أم لطارئ أوجب ذلك أن تبطل الوصية إليه بلا خلاف في ذلك، وهذا ما سبق ذكره فتعود الوصية ميراثا ويتقاسمها ورثة الموصي على قدر أنصبتهم.

والوصية تصح لمن ينتظر وجوده مستقبلا منفردا بها، كما يحتمل ولادة أكثر من ولد من حمل واحد، فإن ولد أحدهما حيا، والآخر ميتا كان الموصى به كله للحي. وإن ولدوا أحياء كان الموصى به بينهم بالتساوي، للذكر مثل حظ الأنثى، وهذا ما نصت عليه المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري: "وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"، إلا إذا كان الموصي قد نص في مثل هذه الحالة على نصيب واحد منهما فإنه يتبع نصه، أي أن الوصية توزع عليهم بالتساوي إذا كانت مطلقة، وبالتفضيل إذا كانت مقيدة.

وأما إذا ولد أحدهما حيا ثم مات، فإنه ينتقل ما استحق إلى ورثته، لأنه مات بعد استحقاق الموصى به ودخوله في ملكيته.[3]

ويشترط لكي يستحق الجنين الوصية أن ينفصل حيا ككل، فنزول الولد مستهلا شرط لاستحقاقه للموصى به لا لصحة الوصية. خلافا للأحناف الذين ذهبوا بمفردهم إلى القول بكفاية انفصال أكثره حيا، واستحقاقه للوصية بذلك، وإن مات قبل أن ينفصل، إعطاء الأكثر حكم الكل

1- محمد سلام مذكور، المرجع السابق، ص294.

2- ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء السادس، ص40.

3- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة السادسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الثالث، ص320.

عنده. ويستدل على انفصاله حيا باستهلاله صارخا أو ما يقوم مقام الاستهلال، فلو مات بعد استهلاله مباشرة، فإن ما أوصى به له يعد من جملة أمواله المتروكة، وبعد وفاته أصبحت من جملة التركة وأمواله المخلفة.[1]

ولا يستفيد الجنين من الوصية الاختيارية فحسب، بل إنه يستفيد أيضا من الوصية الواجبة بمقدار الثلث من التركة، وهو ما أطلق عليه المشرع الجزائري التنزيل، عندما ذكره في قانون الأسرة في كتاب الميراث، عندما يموت أبوه قبل جده، ويترك أمه حاملا به.

وهذه الوصية اقتضتها المصلحة الاجتماعية، والعناية بإيجاد مخرج شرعي للحفيد، حتى لا تضيع حقوقه ولا يمكن ذلك عن طريق توريثه. وقد أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 169 من قانون الأسرة عندما نص على أنه: "من توفي وله أحفاد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشرائط التالية".[2]

أما مقدار وصية هؤلاء الأحفاد قد بينتها المادة 170 من نفس القانون حيث يكون: "أسهم الأحفاد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة".

وأما الشروط، فهي أن هؤلاء الأحفاد لا يستحقون الوصية إذا كانوا وارثين لأصل أبيهم، جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم بأقل من ذلك وجبت تكملته، وإن أوصى بأكثر كان الزائد على إجازة الورثة، وإن أوصى لبعضهم فقط، وحيث الوصية للآخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر.[3]

الفرع الثاني: استحقاق الجنين للوقف.

الوقف نظام شرعي قائم بذاته، وباب من أبواب الفقه الإسلامي عمل به الصحابة و تبعهم المسلمون في ذلك إلى يومنا هذا، وهو يهدف إلى حبس العين على ملك الله تعالى و التصدق

1- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 321 و 322.

2- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية ، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية ، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

3- المادة 171 و172 من قانون الأسرة الجزائري.

بثمارها على جهة من جهات البر، فهو نوع من الصدقات الجارية التي تنفع صاحبها بعد موته، وعليه سنتناول في هذا الفرع تعريف الوقف و أركانه ثم حكم الوقف للجنين.

أولا : تعريف الوقف:

سنتطرق في هذه الجزئية إلى تعريف الوقف لغة واصطلاحا.

1- التعريف اللغوي للوقف: الوقف مصدر وقف من باب وعد ويطلق على المصدر هو الإعطاء، وهكذا يتضح أن الوقف الحبس وهما لفظان مترادفان يعبر بهما فقهاء اللغة عن مدلول واحد.

الوقف هو الحبس والمنع، وقفت الدار حبسا أي حبستها في سبيل الله والجمع أوقاف، الحبس في الدابة منعها من السير وحبسها وفي الدار منعها وحبسها أن يتصرف فيها من غير الوجه الذي وقفت له، قد أشتهر إطلاق كلمة الوقف على إسم المفعول وهو الموقوف.[1]

2- التعريف الاصطلاحي للوقف:

أ- **الوقف في الشريعة الإسلامية:** هو حبس العين من أن تكون مملوكة لأحد من الناس، وجعلها على حكم ملك الله تعالى، والتصرف بريعها على جهة من جهات الخير في الحال والمآل.

* عرفه الإمام أبو حنيفة هو حبس العين على ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال والمآل. ويفهم من هذا التعريف بأن الشيء الموقوف يبقى في ملك الواقف، وله حق التصرف فيه بكل أنواع التصرفات من بيع و هبة...، وفي حالة ما إذا تراجع الواقف عن وقفه يحق للورثة إرث هذا الوقف بعد موته.[2]

* أما الشافعية فقد عرفوا الوقف على أنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف عن رقبته على مصرف مباح موجود.[3]

1- أنيس إبراهيم ومن معه، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، بدون بلد نشر، 2004، ص06.

2 - أحمد علي الخطيب، الوقف والوصايا، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة بغداد، العراق، 1978، ص303 و304.

3- محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص320.

* أما الحنابلة فذهبوا لتعريف الوقف على أنه تحبيس الأصل وتحصيل المنفعة، وأخذ الحنابلة هذا التعريف من قول الرسول صلى الله عليه وسلم "حبس الأصل وسبل المنفعة".[1]

* أما عند الإمام مالك وأصحابه فإن الوقف يبقى على ملك الواقف، إلا أن الواقف لا يحق له التصرف فيه بالتصرفات الناقلة للملكية، كما لا يحق له الرجوع عن وقفه متى أراد ذلك.

على هذا الأساس، فإن التعريف الذي جاء به الإمام مالك كان كما يلي: "الوقف هو حبس العين على ملك الواقف أو عن التمليك والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو صرفها في وجه من وجوه الخير".[2]

ب- الوقف في التشريع الجزائري: عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أن: "الوقف هو حبس المال عن التمليك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق".

فالمشرع الجزائري استعمل كلمة "مال" في المادة المذكورة، إلا أنه استعمل لفظ العين في القانون المتعلق بالأوقاف. مع العلم أن لفظ المال يشمل الأموال السائلة التي بدأ بعض الواقفين في الآونة الأخيرة من تخصيصها للصرف من ريعها على جهات متعددة، بينما تعبير "عين" ضيق لا يشمل إلا العقارات والمنقولات.

أما القانون رقم 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري فقد جاء بتعريف للوقف في المادة 31 منه والتي تنص على أن: "الأملاك الوقفية هي الأملاك الوقفية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوريا، أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".[3] ونصت كذلك المادة 03 من القانون

1- أحمد علي الخطيب، المرجع السابق، ص73.

2- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص306.

3- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري الجزائري المعدل والمتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 1995/02/25، الجريدة الرسمية، العدد49.

10-91 المتعلق بالأوقاف على أن: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير".[1]

ويمكن الوصول إلى تعريف الوقف على أنه: "تخصيص مال معين ليصرف ريعه على جهة معينة مع حبس العين عن التملك، على أن يكون الوقف مؤبدا أو مؤقتا احتراما لإرادة الواقف، مع إبعاد كل شرط من الشروط المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية".[2]

ثانيا: أركان الوقف:

حدد المشرع الجزائري أركان الوقف بموجب المادة 09 من قانون الأسرة حيث أخذ برأي جمهور الفقهاء وهي الواقف – صيغة الوقف – محل الوقف والموقوف عليه.

1- الواقف: وهو الشخص الذي ينشأ الوقف بإرادته، ولم ينص القانون الجزائري على ضرورة كونه شخصا طبيعيا، غير أنه في تعريفه ذكر نية التصدق، فإذا أمكن انصراف هذه النية على الشخص المعنوي، كأن يتصرف الشركاء في شركة أو أعضاء في جمعية، فيمكن هنا تصور الوقف ولكن يتوفر بشروط خاصة، وهي أن يكون التبرع أو الوقف من أهداف الإنشاء، وأن يتم الوقف بإجماع كل الأعضاء المالكين. أما إذا كان الشخص المعنوي لا يمكن أن تتصور منه نية التصدق مثل البلدية أو الولاية فإنه لا يتصور الوقف منها لانعدام نية التصدق، وإن وجدت أركان الوقف جميعها. وقد اشترط القانون الجزائري في الواقف شروط هي:

أ- **أهلية التبرع:** وتكون بالبلوغ والعقل، أما البلوغ فيشترط سن 19 سنة كاملة طبقا للقانون المدني الجزائري، وقد نصت المادة 30 من قانون الأوقاف 10-91 على عدم جواز وقف الصبي سواء كان مميزا أو غير مميز، ولو أذن بذلك الوصي. و أما العقل فلا يجب أن يكون الواقف ناقص العقل كالمعتوه أو فاقده كالمجنون لأن صحة التبرعات تتوقف على كمال العقل، وقد نصت المادة 31 من قانون الأوقاف نفسه على أنه:"لا يصح وقف المجنون والمعتوه لأن الوقف

1- القانون رقم 10-91 المؤرخ في 12 شوال 1411هـ الموافق ل27-04-1991 المتعلق بالأوقاف الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 02-10 المؤرخ في 10 شوال 1423هـ الموافق ل 14-11-2002.

2- عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص31.

تصرفا يتوقف على أهلية التيسير أما صاحب الجنون المنقطع فيصح أثناء إفاقته وتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

ب- أن لا يكون محجور عليه لسفه أو دين : والحجر لسفه مبني على عدم رشد الواقف والخوف من إتلاف ماله بينما الحجر للدين مبني على عدم التصرف بالمال صيانة لحقوق الدائنين مع تمام أهلية المحجور في ذاته.[1]

ج- أن لا يكون الوقف في مرض الموت والدين يستغرق كل التركة : وهو ما نص عليه القانون الجزائري في المادة 32 من قانون الأوقاف سالف الذكر حيث أجاز للدائنين إبطال الوقف، وعليهم إثبات أن الوقف تم فعلا في مرض الموت، كما هو معروف في التقنين الوضعي والشريعة الإسلامية.

د- أن يكون الواقف مالكا ملكا مطلقا للعين الموقوفة حين الوقف: إذ يجب أن تكون ملكيته أثناء الوقف ثابتة قانونا، وبذلك يبطل في القانون الجزائري وقف غير المالك وإن أجازه بعض الفقهاء على شرط إجازته من طرف الأصل. كما يبطل وقف الأملاك التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية أو الأملاك الوطنية لأن واقفها لا يملكها وهي ملك عام.[2] وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها ببطلان الوقف لعدم ملكية الشخص للعين الموقوفة و من ذلك ما جاء في القرار: "من المقرر قانونا أنه يشترط لصحة الحبس أن يكون المحبس مالكا..."[3]

2- محل الوقف: المال الوقفي يمكن أن يكون حسب نص المادة 11 من قانون الأوقاف عقارا أو منقولا أو منفعة. أما بالنسبة لشروط محل الوقف فهي:

أ- أن يكون محل الوقف معلوما: فلا يصح وقف المجهول كما يجب أن يكون محددا، والتحديد يقتضي تعيين الوقف حسب قواعد التعيين المتعارف عليها. فلو كان أرضا فيجب أن تحدد المساحة والحدود وغير ذلك، ولا يصح الوقف إذا قال إني أقف جزء من أرضي دون أن يحدد

---

1 – محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص69.

2- نفس المرجع، ص69 و70.

3- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 2001/04/25، ملف رقم 198940، المجلة القضائية، 2001، عدد خاص، الجزء الأول، ص 151.

مقدار هذا الجزء. أما بالنسبة للوقف المشاع فقد أجازه القانون الجزائري بموجب المادة 3/11 من قانون الأوقاف: " ويصح وقف المال المشاع وفي هذه الحالة تتعين القسمة " أي أن القسمة في الوقت المشاع أمر وجوبي وليس اختياري.

ب- المال المشاع غير القابل للقسمة: المال المشاع القابل للقسمة جائز ويصح وقفه في أغلب المذاهب الفقهية وهو الراجح الذي أخذ به المشرع الجزائري، ولكن جعله موقوفا على شرط القسمة أي ضرورة أن يكون الموقوف مفرزا عملا بالمذهب المالكي، وهو غير جائز وقفه ولا يصح. وهنا يجب التوضيح أن القسمة تكون غير ممكنة بسبب طبيعة محل الوقف كوقف سفينة لا يمكن قسمتها أو بسبب طبيعة خدمة كوقف مسجد أو مقبرة، وهذا مما أجمع الفقهاء على عدم جواز وقفهما على الشيوع.[1]

ج- أن يكون محل الوقف مشروع: أي أن يكون محل الوقف مما يجوز الانتفاع به وليس مما لا يمكن الانتفاع به إما لاستحالة ذلك كأن يكون محل الوقف متمثلا في الشمس أو الهواء وإما لمخالفته للتشريع أو الآداب العامة كأن يكون محل الوقف خمرا أو مخدرات، ففي هاتين الحالتين لا يصح الوقف. وعموما بالنسبة لشروط الموقوف يمكن الرجوع إلى نصوص المواد 92 إلى 98 من القانون المدني المتعلقة بمحل العقد.[2]

3- صيغة الوقف: نصت المادة 12 من القانون المتعلق بالأوقاف رقم 91-10 سالف الذكر على ما يلي: " تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه ". والصيغة هنا مقصورة على الإيجاب، لأن القبول ليس مشروطا في التقنين الجزائري، ومن ثم يشترط في الصيغة ما يلي:

أ- أن تكون صيغة الوقف منجزة: أي نافذة في الحال، وهو ما نصت عليه المادة 17 من قانون الأوقاف الجزائري: "إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه".

1- بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2011، ص47.

2- محمد كنازة، المرجع السابق، ص71.

ب- أن لا تقترن صيغة الوقف بشرط باطل: وقد نص المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون الأوقاف على عدم صحة الوقف المقترن بشرط باطل فإذا وقع صح الوقف وبطل الشرط طبقا للمذهب المالكي. وبذلك نصت المادة 16 من قانون الأوقاف على أنه: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضار بمحل الوقف بمصلحة الموقوف عليه".

ج- أن لا تقترن صيغة الوقف بما يفيد التأقيت: أخذ بذلك المشرع الجزائري عند تعريفه للوقف في قانون الأسرة أو في قانون الأوقاف 91-10، والذي نص صراحة بموجب المادة 28 منه على أنه: "يبطل الوقف إذا كان محددا بزمن".[1]

4- الموقوف عليه: إن الموقوف عليه يختلف بسبب نوع الوقف، فإذا كان الوقف خاصا فإن الموقوف عليه خاص، وإذا كان الموقوف عليه جهة خير عامة فهنا يكون الوقف وقفا عاما.

الموقوف عليه لم يرد ذكره في القانون الجزائري في القانون 91-10 والذي عدلت أحكامه لتختصر على الوقف العام دون الخاص، وهو التعديل 02-10 الذي مس المادة 13 فيما يلي: "الموقوف عليه بمفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية".

وعبارة الشخص المعنوي لا تبدو واضحة ولا يفهم مغزاها الحقيقي المقصود من القانون، فإذا كان المقصود بها أن الموقوف عليه شخص معنوي بالمفهوم القانوني للشخصية المعنوية فذلك لا يستقيم مع حقيقة الوقف والذي قد يكون إلى جهات غير معنية، كالأوقاف على الفقراء والمساكين أو الوقف على العلماء أو على اليتيم والمسلمين. وهذه الجهات لا يمكن أن نتصور تمتعها بالشخصيات المعنوية بالمفهوم القانوني أي أن يكون لها ذمة مالية مستقلة وممثل يمثلها، وكما هو معلوم أن الوقف غير المعين جائز لا خلاف فيه بين الفقهاء.[2]

يشترط في الموقوف عليه أن يكون جهة بر وخير. وكلمة البر هنا كلمة جمعت كل أنواع الخير، وأساس ذلك أن سبب الوقف هو القربة إلى الله، والقربة لا تكون إلا وفق مقاصد الشريعة

1- محمد كنازة، المرجع السابق، ص71 و72.

2- نفس المرجع، ص74 و75.

الإسلامية. ولعل ذلك ما عناه المشرع الجزائري في نص المادة 13 من قانون الأوقاف باشتراطه في الموقوف عليه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية، ونميز في ذلك الحالات التالية:

أ- الجهة الموقوف عليها قربة في نظر الإسلام وغيره من الديانات لا خلاف في جواز الوقف عليها.

ب- الجهة الموقوف عليها ليست قربة في جميع الديانات كالوقف على نادي للقمار فالوقف هنا باطل.[1]

ج- الجهة الموثوق عليها قربة في نظر الإسلام وليست قربة في نظر الشرائع الأخرى، فهنا اتفق العلماء على جواز الوقف عليها من المسلم، واختلف في الوقف عليها من غير مسلم فذهب الشافعية والحنابلة إلى جوازه، وذهب المالكية والحنفية إلى صحته.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم ينص صراحة على رأيه لكنه يستشف من خلال عدم اشتراطه شرط الإسلام في الوقف، واشترط في الموقوف عليه أن لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية أنه يذهب إلى رأي الشافعية والحنابلة بصحة وقف غير المسلم على جهة القربة في الإسلام، والجهة الموقوف عليها ليست قربة في الإسلام ولكنها قربة في شريعة الواقف، فهنا الوقف لا يصح.[2]

ثالثا: صحة الوقف على الجنين:

ذهب جمهور الفقهاء إلى صحة الوقف على الأولاد والذرية، الموجود منهم ومن سيولد فيما بعد، ويدخل في الموجود منهم الجنين إذا ولد لأكثر من ستة أشهر فيتناوله لفظ من سيولد فيما بعد.[3]

أما فيما يخص الجنين وهو في بطن أمه، فقد اختلف الفقهاء على صحة الوقف عليه على النحو الآتي:

1- زهدي يكن، أحكام الوقف، بدون طبعة، المكتبة العصرية، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، ص179.

2- نفس المرجع، ص179 و180.

3-ابن قدامة، الجزء الخامس، ص356.

* **جواز الوقف على الجنين وهو في بطن أمه:** وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية حيث أن الحنفية من مجموع خصوصهم يتبين أنه يصح الوقف على الجنين باعتباره نسلا، ويستحق الوقف عليه بعد خروجه سالما معافى.[1] أما المالكية فيجيزون الوقف على من هو أهل للتملك كمن سيولد.[2]

* **عدم جواز الوقف على الجنين وهو في بطن أمه:** وهو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة حيث نص الشافعية على عدم صحة الوقف على الجنين لعدم صحة تملكه، حتى لو كان له أولاد وله جنين عند الوقف لم يدخل، إلا إذا انفصل حيا فإنه يدخل معهم.[3] وعند الحنابلة لا يصح تخصيص الوقف بالجنين، جاء في المغني: "ومن وقف على أولاده وأولاد غيره وفيهم حمل، لم يستحق شيئا قبل انفصاله، لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله".[4]

ونرى هنا ترجيح الرأي الأول وهو جواز الوقف على الجنين وهو في بطن أمه لأنه أهل للتملك.

ولقد اختلف الفقهاء أيضا على تحديد وقت الاستحقاق على قولين:

* **القول الأول:** ذهب الحنفية[5] والمالكية إلى أن الجنين يشارك في ثمرة الوقف ومنافعه أثناء الحمل وقبل الانفصال، إذا تحقق وجوده في الرحم أثناء خروج الثمرة، وعليه يحبس استحقاق الجنين من الغلة إلى ما بعد خروجه فإن ظل حيا أخذه، وإلا استحقه الوارث. واستدلوا على ذلك بأن الجنين إذا ولد لأقل من نصف حول منذ خروج منافع الوقف وثمرته، دل على أنه كان موجودا في الرحم أثناء خروج الغلة، وعليه يصبح بمثابة الولد القائم، كما اعتبر في الميراث.[6]

1- ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص426.

2- خليل بن اسحاق بن موسى، مختصر خليل، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الثامن، ص113.

3- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، مصر، 1415هـ- 1994، الجزء الثالث، ص527.

4- ابن قدامة، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص366.

5- ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص474.

6- الدويش عبد الله بن عبد الرحمن بن محمد، حقوق الجنين في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، بدون سنة نشر، ص89 و90.

* **القول الثاني:** ذهب الشافعية والحنابلة في الصحيح[1] عندهم إلى أن الجنين لا يستحق ثمرة الوقف ومنافعه إلا بعد خروجه حيا، واستدلوا على ذلك بدليلين هما:

– احتمالية عدم وجود الحمل، وإنما هو انتفاخ في الرحم وعليه فلا يثبت له حكم الولد قبل خروجه وانفصاله.

– أن المقصود من الوقف منافعه وثمراته وهي مستحقة على التأبيد لقوم بعد قوم، والجنين ليس له أهل الانتفاع فلا يستحق منها شيئا حتى يولد.[2]

ونرى هنا ترجيح القول الأول وذلك قياسا بالميراث حيث أنه بعد انفصال الجنين يمكن أن يتأكد من وجود الجنين من عدمه في الرحم أثناء استحقاق ثمرة الوقف.

أما عن المشرع الجزائري، فإن كان قانون الأوقاف 91-10[3] قد أطلق تسمية الوقف العام أو الخاص، ويجيز الوقف على من وجد أو سيوجد من ذرية المحبس أو ذرية غيره، فإنه لم يتطرق إلى حكم الوقف على الجنين صراحة، ومدى جوازه عليه، فهذا السكوت هو إحالة ضمنية إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب ما أكدته المادة الثانية من نفس القانون التي تنص على أنه: "على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه".

المطلب الثاني: التصرفات العقدية للجنين.

من العقود التي تعود بالنفع المحض على الجنين، الهبة والشفعة، على الرغم من أنهما عقدان يتمان بتوافق إرادتين، وأن الجنين أو الحمل المستكن لا إرادة له، الأمر الذي جعل بعض القوانين تجيز تعيين وصي أو ولي ينوب عن الجنين. وهذا ما سنعرضه في الفروع الآتية.

1- شمس الدين الخطيب الشربيني، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص379.

2- الدويش عبد الله، المرجع السابق، ص89.

3- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411هـ الموافق ل27-04-1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون 02-10 المؤرخ في 10 شوال 1423هـ الموافق ل 14-11-2002.

الفرع الأول: حق الجنين في تلقي الهبة.

الهبة عقد يفيد التمليك بلا عوض حال الحياة تطوعا، ويشترط تطابق الإيجاب والقبول، وهو ما لا يتوفر في الجنين ناقص الأهلية. وفي هذه الحالة، وجب علينا التطرق لمفهوم الهبة و أركانها ثم حكم الهبة للجنين.

أولا: تعريف الهبة:

سنحاول تعريف الهبة في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني من خلال ما يلي:

1- التعريف اللغوي للهبة: تعرف الهبة لغة بأنها العطية الخالية من الأعواض والأغراض،[1] فهي التفضل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له سواء كان ذلك الشيء مالا أو غير مال،[2] ومنه قول الله عز وجل: ﴿**لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ**﴾.[3]

والهبة إذا كثرت سمي صاحبها وهابا، وهو من أبنية المبالغة، يقال: رجل واهب ووهاب ووهوب ووهابة، أي كثير الهبة لأمواله.

وتواهب الناس: وهب بعضهم لبعض، والاستهاب: سؤال الهبة، واتهب: قبل الهبة.[4]

2- التعريف الاصطلاحي للهبة: هي تمليك العين بلا عوض حال الحياة، وفي اصطلاح الفقهاء هي تمليك المال في الحال مجانا، وقيل أيضا تمليك المال بلا عوض حال حياة المملك.[5]

وقد ثبتت شرعيتها في الكتاب والسنة الشريفة والإجماع كالتالي:

1- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، دار الجامعة الحديدة للنشر، مصر، 2004، ص19.

2- فؤاد إفرام البستاني، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، طبعة 45، دار المشرق للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، 2000، ص239.

3- الآية 49 من سورة الشورى.

4- ابن منظور، المرجع السابق، ص4929.

5- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، 1998، ص154.

*** من الكتاب:** قول الله تعالى: ﴿**هُنَالِكَ دَعَا زَكَرِيَّا رَبَّهُ قَالَ رَبِّ هَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ ذُرِّيَّةً طَيِّبَةً إِنَّكَ سَمِيعُ الدُّعَاءِ**﴾.[1]

*** من السنة:** قوله صلى الله عليه وسلم: "تهادوا تحابوا".[2]

*** من الإجماع:** لقد سار الصحابة على استحباب الهبة بجميع أنواعها استدلالا بقوله تعالى: ﴿**وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ**﴾.[3]

أ- **الهبة في الشريعة الإسلامية:** الهبة عند المالكية نوع من المعروف وتتحقق بالايجاب وحده دون حاجة إلى قبول وتكون ملزمة للواهب بمجرد إيجابه، كالنذر الذي ينذر الشخص فلابد من أن يؤديه، وعليه فلا يمكنه الرجوع عن إيجابه، فالقبض عند المالك هو من شروط تمام الهبة وليس من شروط صحتها فهي تتحقق بالقبول.[4]

عرف الفقيه الشافعي الهبة على أنها تمليك عين بلا عوض حال الحياة تطوعا. وعرفت أيضا بالتمليك بلا عوض، وهو يعني أن تمليك العين أو الدين أو المنفعة بلا عوض يعتبر هبة، وبالمعنى الأصح فهي تشمل الهدية و الصدقة، وخرج بالتمليك الضيافة والعارية فإنهما إباحة. أما الوقف فهو تمليك منفعة لا عين على ما قيل و لا تمليك فيه، وإنما هو بمنزلة الإباحة، لأن المنافع لم يملكها الموقوف عليه بتمليك الواقف بل بتسليمها من جهة الله تعالى.[5]

إن التعريفين المالكي والشافعي متطابقان على وصف الهبة في قانون الأسرة الجزائري.

1- الآية 38 من سورة آل عمران.

2- البيهقي، المرجع السابق، الجزء 12، 296.

3- الآية 02 من سورة المائدة.

4- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1415هـ / 1995م، ص38.

5- شمس الدين الأنصاري، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1404 هـ / 1984م، الجزء 5، ص404 و405.

عرف الحنابلة الهبة بأنها تمليك جائز التصرف مالا معلوما أو مجهولا اعذر علمه، موجودا مقدورا على تسليمه، غير واجب في الحياة، بلا عوض، بما يعد هبة عرفا من لفظ هيبة و تمليك و نحوهما.[1]

عرف الحنفية الهبة على أنها تمليك بلا عوض.[2]

ب- الهبة في التشريع الجزائري: إن المشرع الجزائري عرف الهبة ووضع أحكامها في الكتاب الرابع من قانون الأسرة، وتم تعريفها في المادة 202 منه كما يلي: "الهبة تمليك بلا عوض إلا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماما على إنجاز الشرط فهي هبة موقوفة على شرط".

إذا قمنا بتحليل الشطر الأول من المادة 202 يمكننا أن نلاحظ أن الهبة تمليك، ما يفهم منه نقل ملكية مال تخرج من الواهب لتدخل في نصيب الموهوب له أي تفقره وتغني المستفاد من تصرفه، وكل المطالب متفقة على اعتبار الهبة تمليك بلا عوض أي بدون مقابل مجاني . أما في الشطر الثاني بقوله يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط كونها هبة موقوفة على شرط حول اعتبار الهبة كونها عقد، فإن المشرع الجزائري لم يعرفها مباشرة عقد لكن بالرجوع إلى نص المادة 206 من قانون الأسرة يفهم منها ذلك بقوله: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات".[3]

ثانيا: أركان الهبة:

لم يذكر المشرع الجزائري صراحة كون الهبة عقد في تعريفها، لاسيما في المادة 206 من قانون الأسرة التي ذكرت الهبة على أنها تنعقد بالإيجاب والقبول. فالهبة تخضع لقواعد خاصة

1- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص359 و360.

2- زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بدون طبعة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء السابع، ص248.

3- محمد بن أحمد بن تقية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 1997، ص10 و11.

تنظم أحكامها، ألا وهي الأركان الخاصة التي سنذكرها فيما بعد، وقواعد عامة تضبط الشروط لقيامها كعقد من خلال أركانها العامة.

1- الأركان العامة للهبة:

يشتمل عقد الهبة على أركان يصح بها هذا التبرع، منها أركان عامة وأخرى خاصة، وهذا ما سنحاول بداية التطرق إليه في هذه الجزئية الخاصة بالأركان العامة للهبة.

أ- **التراضي:** معنى التراضي هو تبادل إرادتين أي توافقهما أو انصرافهما إلى إبرام العقد أي تطابق إيجاب وقبول ولكن لكي يكون هذا التراضي صحيحا يجب أن يكون الذي صدر منه متمتعا بأهلية، وأن يكون الرضا خاليا من العيوب.

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 206 من قانون الأسرة بقولها: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

وإشترط التشريع الجزائري وجوب وجود إيجاب من الواهب يقابله قبول من الموهوب له كشرط لانعقاد الهبة، و منه أخذ برأي المالكية. أما الفقه فقد انشق في هذه المسألة حول اعتبار القبول كركن في الهبة من عدم إعطائه أهمية في إنشاء العقد، إذ ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحبه إلى أن القبول ليس ركنا في الهبة ذلك استحسانا، ولكنه لازم ثبوت حكمها وهو نقل الملكية إلى الموهوب له غير أن الإمام زفر يرى أنها من عقود التمليك كالبيع، فلا يتم إلا بالقبول.

واتفق الفقهاء لكي ينعقد عقد الهبة صحيحا أن يوجد الإيجاب من الواهب، ولكنهم اختلفوا في القبول من الموهوب له.[1]

تكتسي الأهلية في عقد الهبة عناية خاصة فيفرق فيها بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له، ويتشدد القانون أكثر في أهلية الواهب، فيشترط أهلية كاملة للتبرع باعتبارها أقوى من أهلية التصرف لأن الواهب يقوم بعمل ضار، وفي مقابل ذلك يخفف القانون من أهلية الموهوب له فلا

1- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2008، ص226.

يشترط فيها حتى أهلية التصرف بل يكفي فيه التمييز لأنه يقوم بعمل نافع له نفعا محضا. وهذا ما لا يتوافق مع الجنين في بطن أمه أو عند خروجه حيا ناقصا للأهلية.

والمطلوب من الموثق أيضا قبل تحرير عقد الهبة أن يتحقق من أهلية الواهب فيلتمس من الأطراف تقديم شهادات الميلاد وبطاقات الهوية، وحتى تقديم شهادات طبية إن اقتضى الأمر ذلك.[1]

ب- المحل في عقد الهبة: يجوز وفقا للمادة 202 من قانون الأسرة الجزائري أن يشترط الواهب في الهبة عوضا أو التزامات أخرى فتكون الهبة كالبيع ملزمة للجنين، ويكون محل التزام الموهوب له هو العوض المشترط.

يمكن القول أن للهبة محلين إذا كانت بعوض وهما الشيء الموهوب والعوض.[2]

ج- السبب في عقد الهبة: السبب هو الركن الثالث من أركان العقد بحسب فقهاء القانون، ويقصد به الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه وراء رضائه التحمل بالتزام.[3]

وقد أثار السبب جدلا حادا بين فقهاء القانون، فظهرت نظريتان بارزتان في الفقه والقانون هما:

* فالسبب بمقتضى النظرية التقليدية هو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه، بهذا المعنى المحرك أو الدافع إلى الالتزام لا إلى العقد، كجزء متمم للعقد.

* أما السبب بمقتضى النظرية الحديثة فمعناه الباعث الدافع أو الغاية البعيدة التي يقصد المتعاقد الوصول إليها فهو ليس ركنا في العقد ولا جزءا متمما له، بل هو شيء خارج منه.[4]

ونذكر على سبيل المثال الهبات والهدايا التي تقسم في الخطبة من أحد الخطيبين للآخر أو من أجنبي عنهما لأحدهما أولهما معا، يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة

1- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص26.

2- محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص140.

3- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 1993، الجزء الأول، ص114.

4- محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص174.

وطلب الواهب الرد مادام الشيء الموهوب قائما ويمكن رده بالذات، إذ الباعث الدافع لهذه الهبات هو إتمام الزواج فإذا لم يتم وفسخت الخطبة فقد انعدم السبب فبطلت الهبة.

وإذا اشترط الواهب على الموهوب له ألا يتصرف في الشيء الموهوب فشرط عدم التصرف لا يكون صحيحا إلا إذا كان مبنيا على باعث مشروع ومقصور على مدة معقولة.[1]

2- الأركان الخاصة للهبة:

لقد جاء نص المادة 1/206 من قانون الأسرة الجزائري بقوله ما يلي: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة". يفهم من خلال هذه المادة أنه علاوة على الأركان العامة لعقد الهبة، فقد اشترط المشرع الجزائري ركنين خاصين هما: الشكلية والحيازة (القبض).

أ- **الشكلية:** الهبة عقد شكلي كقاعدة عامة، معنى هذا أن الرسمية شرط لصحته، ويجب على الطرفان إفراغ رضاهما في عقد رسمي، والسبب في ذلك أن الهبة تصرف استثنائي غير مألوف لا تظهر الرضائية وفائدته إلا بتمام الشكلية وهي الرسمية في العقد.

فالهبة في الأصل عقد شكلي، ويبرر الشكلية في عقد الهبة كونها عقد خطير يقع نادرا ولدوافع قوية، إذ يتجرد الواهب عن ماله دون مقابل، ولذلك فالواهب في أشد الحاجة إلى التأمل والتدبر وتعينه الشكلية على ذلك.

يستفاد من نص المادة 206 سالفة الذكر، أن الهبة في العقار تنعقد بالإيجاب والقبول، ومراعاة أحكام قانون التوثيق. فالشكلية في هبة العقار تعني تسجيل الهبة في عقد رسمي وفق ما نصت عليه أحكام المادة المذكورة حيث يتم إفراغ رضاء المتعاقدين الواهب والموهوب له في شكل رسمي على يد الموثق المختص.[2]

على ضوء المادة سالفة الذكر التي تؤكد على: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ... ومراعاة الإجراءات الخاصة في المنقولات". فما قصده المشرع الجزائري بالإجراءات الخاصة في المنقول هو

1- محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص175 و176.

2- نفس المرجع، ص205 و 207.

استيفاء الإجراءات القانونية الخاصة بنقل الملكية في بعض المنقولات التي يستلزم القانون فيها هذه الإجراءات.

ب- الحيازة: اختلف الفقه الإسلامي حول القبض في الهبة باعتبارها شرط لزوم أو تمام للهبة أم شرط الصحة.

فعند المالكية يستطيع الموهوب له أن يجبر الواهب على التسليم وله أن يقبض بغير إذن الواهب، فهي تنعقد عندهم بالقبول والقبض شرط صحة الهبة، وليس شرط الإنعقاد. وعند الحنفية أن ملك المال الموهوب لا يثبت بمجرد العقد، بل لابد من القبض، والهبة عندهم عقد غير لازم.

أما عند الشافعية والحنابلة لا تلزم الهبة للواهب ولا ينتقل الملك إلا بالقبض بإذن الواهب، فقبل القبض يجوز الرجوع و لا ينتقل الملك، أما بعد القبض بإذن الواهب فينتقل الملك وتلزم الهبة.[1]

إن المشرع الجزائري وبالرجوع إلى نص المادة 206 من قانون الأسرة أوجب على الواهب زيادة على الرسمية تسليم الشيء الموهوب أيضا وتمكينه من حيازته، ويكون هنا نقل الملكية تاما مع كل ما ينتجه من حقوق، فللواهب الحق في التصرف فيه مع بيع أو استغلال أو إيجار.

ثالثا: حكم الهبة للجنين:

لقد اختلف الفقهاء في إمكانية الهبة للجنين، فذهب جمهور العلماء إلى عدم صحة الهبة، في حين ذهب الحنفية إلى القول بشرط وجود الموهوب له وقت الهبة، فلا تصح هبة ما ليس بموجود وقت العقد. أما الشافعية فيشترطون في الموهوب له أن يكون أهلا للتملك، موجودا وقت العقد، أما الحنابلة فهم كذلك حذو حذو الشافعية، فقد اشترطوا في الموهوب له أن يكون أهلا للتصرف، فلا يصح قبول الهبة من صغير ولو كان مميزا.[2] هذا كما أن الهبة عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول، كما تحتاج إلى قبض، وأن الحقوق التي تثبت للجنين هي الحقوق التي لا تحتاج

1- بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص222.

2- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص295 و299 و300.

إلى قبول، فمن وهب شيئا إليه فلا تصح هبته، لحاجتها إلى قبول وقبض، والجنين لا يقدر على القبول وليس له ولي يقبض عنه كما أن الهبة تمليك لمال في الحال والجنين لا يملك لنفسه.[1]

أما فقهاء المالكية فإنهم يجيزون الهبة للجنين في بطن أمه، وأيضا لمن لم يوجد في البطن، ولكنه سيولد في المستقبل، فإن ولد الجنين حيا وعاش كان المال له، وإن مات بعد الولادة كان لورثته، وإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب.[2]

ونرى من جانبنا صحة الهبة للجنين قياسا على صحة الهبة للصبي غير المميز، حيث لا يصح من الصبي غير المميز لانعدام إرادته بقبض الهبة أو قبولها، فينوب عنه في ذلك وليه أو وصيه. فكذلك الجنين ينوب عنه في قبض الهبة وقبولها وليه أو وصيه، ولا يقال عن الجنين أنه معدوم فهو موجود حقيقة في الرحم أو خارجه (كما في جنين الأنابيب) منذ أن صار نطفة مخصبة.

أما المشرع الجزائري فقد اتخذ موقفا صريحا اتجاه الهبة للجنين، فنص في قانون الأسرة: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا".[3] كما تنص المادة 210 على أنه: "يجوز للموهوب له للشيء بنفسه أو بوكيله. وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

ومنه فيمكن القول أن صلاحية الجنين لاكتساب الحقوق المالية في القانون تنحصر في نطاق الحقوق التي تنفعه نفعا محضا دون تمييز بين ما يتطلبه منها القبول وما لا يتطلبه، ذلك أنه في الحقوق التي تتطلب القبول كالهبة، فإن هذا القبول يملكه الوصي أو القيم نيابة عن الجنين ومن باب أولى الولي.

وقد تبنت بعض التشريعات هذا الاتجاه، فيقول الدكتور مفتاح محمد أقزيط أن القانون المغربي يجيز الوصية للجنين وذلك لأنه نص على أن يعين القاضي للحمل وصيا وبالتالي يستطيع هذا الأخير القبول بالهبة عن الحمل. وكذلك نصت المادة 518 من قانون الموجبات

1- السيد سابق، فقه السنة، الطبعة الرابعة، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، 1985، المجلد الثالث- المعاملات، ص541.

2- عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص297.

3- المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري.

اللبناني على أن: "الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم".[1]

الفرع الثاني: حق الجنين في الشفعة.

لقد ذكرت الشفعة في مواضيع كثيرة من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة على لسان سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، وحق الشفعة هو عبارة عن تلك الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية، وهو الحق الثابت لكل من يشترك مع آخرين في عقار أو أرض أو شركة أو منزل، كما يمنح حق الشفعة الشريك عندما يرغب الشريك الآخر ببيع حصته و الجزء الذي يملكه من العقار بالحق في شراء حصة شريكه بدلا من أن يقوم ببيعها لشخص آخر، وقد تم شروع حق الشفعة بين أفراد المجتمع الإسلامي لإبعاد الضرر و الشر و تحقيق الخير لجميع الأطراف المشاركة.

أولا: تعريف الشفعة:

سنتطرق في هذا الإطار المفاهيمي لتعريف الشفعة في اللغة، وفي الاصطلاح الشرعي والقانوني:

1- التعريف اللغوي للشفعة:

للشفعة عدة اشتقاقات ومصادر في اللغة العربية نذكرها كما يلي:

الشفعة مصدر شفع، أي الشَفْعُ- بفتح الشين وسكون الفاء – وهي ضد الوَتْرُ. فيقال: كان وَتْرا فشَفَعَهُ، وتقول العرب: شفع الشيء، صيره شفعا، أي: زوجا، بأن يضيف إليه مثله.[2]

ويقال كذلك: شفع الشيء شفعا أي: ضم مثله إليه وجعله زوجا، [3] ولهذا يقال: شفع البصر الأشباح، أي رآها شيئين، وكما هو الحال أيضا عند ضعاف البصر والرؤية حينما يقال: شفعت لي الأشخاص بمعنى: بدا الشيء أو الشخص لي شخصين، ومن هنا يقال: العين شافعة،

1- محمد مفتاح أقزيط، المرجع السابق، ص134 و135.

2- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحيح، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، الكويت، 1993، ص329.

3- فؤاد إفرام البستاني، المنجد، الطبعة 45، دار المشرق، بيروت – لبنان، 2000، ص508.

وإصابته شفعة، أي: عين، وكذلك تقول العرب: تَشَفَع – بتشديد الفاء – بفلان إلى فلان توسل به إليه.[1]

استشفع: طلب النصر والمعونة، والشفائع هي: المزدوجات، ومن هنا يقال: شفائع النبت وهو ما ينبت مزدوجا، والشفوع: من في طاقته أن يعمل ضعف ما يعمل نظيره، يقال: ناقة شفوع وهي التي تجمع بين محلبين في حلبة واحدة والشفيع في العدد هو الزوج وجمعها شفعاء،[2] وشاة شافع أي: معها ولدها، وعلى هذا يقال في الصلاة: شفعت الركعة بمعنى جعلتها إثنين.[3]

وفي القرآن الكريم قال الله تعالى: ﴿**مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِنْهَا وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِنْهَا**﴾.[4] أي من يزد عمله وينمو هو من يضم عملا إلى عمل.

ومما سبق ذكره بشأن الاشتقاقات والمصادر اللغوية لمصطلح الشفعة يتضح لنا بأن جل المفردات تتمحور حول معنى واحد لها وهو الضم والزيادة والإضافة وهو ما يتوافق مع المعنى الشرعي أو الفقهي لها، وهو ضم ملكية العقار المشفوع فيه إلى ملك الشفيع جبرا على مشتريه ومالكه معا، بمعنى: إضافته إليه ليصبح وحدة واحدة وملكا واحدا في يد الشفيع.

2- التعريف الاصطلاحي للشفعة:

سنرى الشفعة في الاصطلاح الشرعي و القانوني كالتالي:

أ- الشفعة في الشريعة الإسلامية: لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الشفعة، فتعددت آراؤهم حول ذلك، نذكر منها ما يلي:

1- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، إسطنبول – تركيا، بدون سنة نشر، ص487.

2- نفس المرجع، ص487 و485.

3- علي الحفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، الجزء الثاني، بدون طبعة، دار الفكر العربي، بدون بلد نشر، 1996، ص265.

4- الآية 85 من سورة النساء.

عرفها بعض المالكية بأنها: "الشفعة استحقاق الشريك أخذ حصة شريكه من عقار بثمنه أو قيمته".[1]

وعرفها فقهاء الحنفية بأنها: "تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه".[2] والمقصود بالبقعة هنا الواردة في هذا التعريف هو العقار المشفوع فيه.

ومنهم من عرفها بأنها: "ضم بقعة مشتراة إلى عقار الشفيع بسبب شركة أو جوار".[3] وعرفت أيضا: "الشفعة حق الجار في تملك العقار جبرا على مشتريه بشروطه التي رسمها الفقهاء".[4]

استنادا إلى ما ذكر بشأن التعريف الشرعي للشفعة نجد بأن أعمدة الفقه الإسلامي قد اختلفوا أيضا في صياغة تعريف موحد للشفعة، مثلما اختلف في ذلك الفقه القانوني الحديث، والسبب في ذلك تعدد مصادر رواة الحديث النبوي الشريف حول الطبيعة القانونية الشرعية للشفعة، وكذا بالنسبة لمن يحق لهم الأخذ بها ومنه انقسمت آراء الفقهاء تبعا لذلك بين إلحاق الجوار بالشركة، وهو مذهب الحنفية، وبين حصر أسبابها في الشركة فقط، وهو مذهب الشافعية والمالكية والحنابلة.

ب- الشفعة في التشريع الجزائري: لقد نظم المشرع المدني الجزائري الشفعة في القسم الخامس من الفصل الثاني تحت عنوان: طرق اكتساب الملكية، وهذا في الباب الأول بعنوان: حق الملكية، من الكتاب الثالث والمعنون هذا الأخير بالحقوق العينية الأصلية.

وجاءت أحكام الشفعة في المواد من 794 إلى 807 من القانون المدني الجزائري، فتناولت المادة 794 منه تعريف الشفعة بقولها: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في

1- أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الثالث، بدون طبعة، المطبوعات الجميلة، الجزائر، 1992، ص254.

2- محمد أمين ابن عابدين، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص142.

3- عبد العزيز محمد أبي غدير، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، بدون طبعة، دار نور الفجر للطباعة الإسكندرية، القاهرة – مصر، بدون سنة نشر، ص09.

4- إبراهيم مصطفى وآخرون، المرجع السابق، ص487.

بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية".[1]

يفهم من هذا التعريف بأن الشفعة تتحقق في حالة ما إذا بيع العقار وقام سبب قانوني يخول لشخص آخر الحلول محل المشتري في شراء هذا العقار بحيث تكون له أولوية عليه وعلى غيره ممن يريد تملك هذا العقار، ومن هنا يقال إنه أخ العقار المبيع بالشفعة، ويسمى الآخذ بالشفعة، والمشتري المشفوع منه.

أما العقار المراد تملكه من طرف هذا الشفيع فيطلق عليه العقار المشفوع فيه، والعقار المجاور أو الداخل ضمن أجزاء الشيوع والمتصل بملكية الشفيع يطلق عليه العقار المشفوع به. وبسبب العقار الأخير أصبح الشفيع في مركز قانوني يعطيه الحق في الأخذ بالشفعة وهذا بعد اكتمال الأسباب الأخرى المعتد بها قانونا".[2]

نلاحظ من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري كغيره في بعض التشريعات العربية لاسيما المشرع المصري، قد اعتبر الشفعة رخصة، فهي مجرد خيار أو إرادة ومشيئة وبالتالي فهي ليست بواجب كما لا تعتبر حقا بالمدلول القانوني.

ثانيا: مشروعية الشفعة:

وردت بشأن الشفعة مجموعة من الأحاديث النبوية الشريفة نذكر منها ما يأتي:

* روى الإمام البخاري عن جابر بن عبد الله رضي لله عنهما قال: "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة".[3]

1- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 1975/09/30، العدد 78.

2- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني – الحقوق العينية الأصلية – أحكامها ومصادرها، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، 1995، ص515.

3- صحيح البخاري، المرجع السابق، كتاب الشفعة، باب الشفعة في ما لم يقسم، حديث رقم 2099.

* روى الإمام البخاري عن أبو رافع رضي لله عنهما أنه قال: "سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "الجار أحق بسقبه".[1] وكلمة "سبقه" الواردة في هذا الحديث يقصد بها ما قرب من داره فهو أحق به من غيره.

* روى عن عائشة رضي لله عنها أنها قالت: قلت: يا رسول الله إن لي جارين، فإلى أيهما أهدي؟ قال: "إلى أقربهما منك بابا".[2]

يرى جمهور الفقهاء وجوب الحكم بالشفعة، وذلك لما روي من الأحاديث السابق ذكرها فهم يرون بضرورة العمل بالشفعة لأنها ثابتة بالسنة النبوية والإجماع والقياس. إلا أن بعضهم يرى بعدم جوازها، ولأن القياس يأبى ذلك. ويظهر هذا الاختلاف فيما يلي:

1-آراء الفقهاء القائلين بالشفعة:

يقسم الإمام مالك رضي الله عنه – من خلال مذهبه – العمل بالشفعة على ثلاثة أنواع:

أ- العمل الأول وهو الأصل في الأخذ بالشفعة والمقصود منها، وهو العقار سواء كان مبنيا أو غير ذلك من الأراضي الزراعية.

ب- يشمل الثاني كل ما يلحق به مما هو ثابت غبر قابل للانتقال مثل: البئر الموجود على الأراضي الزراعية، بشرط أن يكون الأصل مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم.

ج- يتمثل الثالث في ما تعلق بهذه الأرض المزروعة، كالثمار... وفيها عنه خلاف، فالبعض من المالكية يرى بجواز الشفعة فيها، ومنهم من يرى بعدم جواز ذلك، ويلحقها في الحكم كذلك كراء الأرض للزرع، أما ما عدا ذلك من العروض فلا شفعة فيها.[3]

ومما سبق ذكره يتضح أن المالكية لا يرون بالشفعة إلا في العقارات باستثناء ما يلحقها مما هو في خدمتها، إلا أنه هو الآخر في نظر القانون يأخذ حكم العقار (العقار بالتخصيص). والدليل على ذلك أيضا ما ورد في الموطأ بقول الإمام مالك: " الشفعة في الدور والأراضي ولا

1- صحيح البخاري، المرجع السابق، حديث رقم 2139، ص787.
2- نفس المرجع، حديث رقم 2140، ص788.
3- محمد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص254.

تكون إلا بين الشركاء "،[1] فهو إذا لا يرى بها في المنقولات. حيث جاء في الموطأ أيضا قوله:" ولا شفعة عندنا في عبد ولا وليدة ولا بعير، ولا بقرة، ولا شاة، ولا في شيء من الحيوان، ولا في ثوب ... إنما الشفعة فيما يصلح أنه ينقسم، وتقع فيه الحدود من الأرض".[2]

ووافق الشافعي مالكا فيما ذهب إليه من قصرها على العقارات، ماعدا الثمار فقد خالفه فيها، وهو أيضا رأي جمهور الفقهاء أما الظاهرية فقد أجازوها في العقار والمنقول على الإطلاق.[3]

رغم اتفاق الفقهاء على أن المشفوع عليه هو من انتقل إليه المِلك بشراء من شريك غير مقاسم، أومن جار عند من يرى الشفعة للجار، كما هو الحال عند أهل العراق والحنفية لاعتبار أن الضرر واقع هنا، والذي على أساسه شرعت الشفعة أصلا، فإنهم اختلفوا في حال انتقال الملكية بغير عقد البيع، فالمشهور عند المالكية أن الشفعة تجب عند انتقال المِلك بعوض سواء كان بيعا أو غير ذلك من عقود المعاوضة، وبه قال الشافعية أيضا، أما الحنفية فالشفعة عندهم في المبيع فقط، ودليلهم ظاهر الأحاديث السابقة.[4]

2- آراء الفقهاء النافين للشفعة:

رغم اتفاق جمهور الفقهاء على العمل بالشفعة إلا أن هناك من يرى عكس ذلك، وهو ما أكده الفقيه ابن المنذر بقوله: " لقد أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض، أو دار، أو حائط، غير أنه بعد الإجماع بما يقارب من قرن من الزمان، زعم أبو بكر الأسود أن الشفعة غير جائزة ..."

والشفعة تتم بغير رضا البائع والمشتري فلا تجوز، غير أنه يرد على ذلك بأن الأخذ بها يتم بمثل الثمن فلا يتوهم فيها الباطل، بخلاف التجارة حيث تتفاوت الأسعار.[5]

1- مالك ابن أنس بن مالك ، المرجع السابق، ص403 -407.

2- محمد ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص255.

3- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية – أسباب كسب الملكية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص119.

4- ابن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص255.

5- عبد الناصر توفيق العطار، أحكام حق الملكية، بدون طبعة، دار الفكر العربي، بيروت – لبنان، دون سنة نشر، ص293.

وزعم بعض الفقهاء أيضا بعدم جواز الأخذ بالشفعة لأنها لا تتوافق مع القياس بإعتباره أحد مصادر التشريع الهامة، والسبب هو التملك الجبري ضد إرادة المشتري وبغير رضاه وذلك لا يجوز لأنه كل الأموال بالباطل كما أوردناه سابقا. واستدلوا أيضا بقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ...".

ويرى هذا الإتجاه من الفقه أن الآخذ بالشفعة يدفع بذلك الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري عند إبطال ملكه عليه، وليس لأحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالإضرار بغيره.[1]

لقد رفض كثير من الفقهاء أن تكون الشفعة قررت على خلاف القياس ومنهم ابن القيم الجوزية الذي يرى بأن مشروعية الشفعة أصل من الأصول المقررة في الشريعة، وهو ما أكده أيضا الإمام السرخسي.[2]

ولهذا يرى بعض الباحثين أيضا في هذا المجال أن في إجبار المشتري بنزع الملكية منه فيه ضرر أقل، وأما ضرر الشفيع في حرمانه من ملكية جاره أو شريكه المراد بيعها، ودخول هذا الشخص الأجنبي عليه، فهو ضرر أعظم بالتضييق عليه، وكشف عوراته وخاصة إذا كان هذا الجار أو الشريك حسب قول الفقهاء يضاده في الأخلاق والعادات ومشهود له بسوء المعاشرة والمعاملة، منها: إعلاء الجدار، وإيقاد النار ومنع ضوء النهار، وإثارة الغبار وإيقاف الصغار.[3] وبناء على ما سبق فرفع أعظم الضررين هو واجب في الشركة أو الجوار، لهذا حثت الشريعة الإسلامية عموما على احترام الجار والإحسان إليه، فجاءت أحاديث نبوية كثيرة تقرر هذا الحق إلى درجة أن الرسول صلى الله عليه وسلم ظن من ذلك أنه سيورث كما جاء في الحديث: "ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننته أنه سيورثه".

1- محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص119.

2- محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص137.

3- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص11 و12.

وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يؤذي جاره".[1] وقوله صلى الله عليه وسلم: "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره".[2]

إضافة إلى ما سبق بيانه يمكن الاعتماد في هذا على القواعد الفقهية الواردة في هذا الشأن، والتي تقضي بأن يرفع الضرر الأعلى بالضرر الأقل، لاعتبار أن الضرر الذي يلحق المشتري في نزع الملك من يده قليل بالمقارنة مع ما يلحق هذا الجار أو الشريك في الشيوع من دخول الأجنبي عليه ومضايقته وإيذائه لوقت قد يستغرق حياته كلها، وتحويل سكينته واستقراره إلى ضجيج وفوضى، وما ينجر عن ذلك من نزاعات وخصومات ومشاكل لا نهاية لها. أليس هذا ضرر أعظم؟ بل هو كذلك، ولذا وجب رفعه عن طريق تخويل هذا الجار أو الشريك حتى الأخذ بالشفعة تفاديا لذلك.

إن الحكم العام للشفعة في الفقه الإسلامي أنه مباح الأخذ بها، لاعتبار أن الشفعة عندما يؤخذ بها ويقصد من ورائها سد حاجة ماسة ودفع ضرر هذا الأجنبي المحتمل، فهنا تكون مباحة، ولكن لو ترتب على تركها معصية لكانت مستحبة.

وقد تكون الشفعة واجبة إذا كان الأخذ بها سيسد الطريق أمام هذا المشتري الذي يريد أن يعبث في الأرض فسادا، ومثاله لو اشترى هذا المسكن من أجل استعماله للدعارة وغيرها من الاستعمالات الأخرى غير المشروعة.[3]

نستخلص مما سبق بيانه أنه العمل بالشفعة هو مصلحة اجتماعية واقتصادية تقتضيها مصلحة الفرد والجماعة معا، بأنها طريق شرعي لرفع الأضرار في هذا الوسط الاجتماعي، والقول بها نابع من الشرع والمنطق أيضا، وحتى المبادئ الإنسانية العامة التي تقوم على العدل والمساواة ورفع الظلم على الأفراد في حياتهم المعيشية.

1- صحيح البخاري، المرجع السابق، الجزء السابع، ص34.

2 - نفس المرجع، الجزء الأول، ص50.

3 - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص293.

ونظرا لأصله الشرعي السابق بيانه فإنه حسب كثير من الباحثين المعاصرين فقد يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي عند الفصل في قضايا الشفعة وخاصة عند غموض النص ومن أجل تفسيره لتتحقق المصلحة المرجوة منه.[1]

وبالتالي التطبيق السليم للنص، مع ملاحظة أنه يمكن تدعيم هذا الاتجاه الفقهي الحديث، ولاسيما لدى القضاء الجزائري لاعتبار أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني في التشريع بالنسبة للقضايا والمسائل ذات الصلة بالمعاملات المدنية، وهو ما تضمنه نص المادة الأولى في الفقرة الثانية 2/01 من القانون المدني الجزائري بقولها: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف".[2]

ثالثا: ثبوت الشفعة للجنين:

لا جرم في أن الجنين إذا تحقق فيه موجب الشفعة لكونه شريكا أو جارا للعقار المشفوع فيه، ثبت له الحق في الأخذ بالشفعة درء للضرر الذي سيلحق به في المستقبل من جراء حرمانه من ممارسة هذه الرخصة، وينوب عنه في طلبها نائبه القانوني وليا كان أو وصيا.

وقد عني بعض فقهاء المسلمين بتناول حق الشفعة للجنين، وذلك حينما يكون الشريك في العقار جنينا، كما لو مات أمرؤ وكان شريكا في عقار وترك زوجته حاملا، ثم باع شريكه نصيبه في هذا العقار قبل ولادة الجنين، فذهب الحنفية إلى ثبوت حق هذا الجنين – من خلال وليه أو وصيه – في طلب الشفعة في هذا العقار، وذلك قياسا على حقه في الإرث، فضلا عن مراعاة مصلحة الشفيع في دفع الضرر عنه وتحقيق مصلحته في الأخذ بالشفعة سواء أكان جنينا أم وليدا.[3]

في حين أن الإمام مالك لم يجز الشفعة للجنين، فقد قيل لابن القاسم (وهو الإمام عبد الرحمن بن قاسم الذي كان يروي عن الإمام مالك): "أرأيت الوصي أيأخذ للحبل بالشفعة في قول

1- علي الخفيف، المرجع السابق، ص266.

2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 1975/09/30، العدد 78.

3- ابن رجب الجنبلي، قواعد ابن رجب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1413 هـ، ص176.

مالك أم لا ؟ قال: لا يأخذ له بالشفعة حتى يولد لأنه لا ميراث له إلا بعد الولادة في رأيي فكذلك لا شفعة له إلا بعد الولادة وبعد الاستهلال صارخا".[1]

ومما تجدر الإشارة إليه أن الإمام مالك يجيز الشفعة للصبي فينوب عنه وليه أو وصيه، وكان من المفروض قياس الجنين عليه لاتحادهما في العلة دفعا للضرر، فقد قيل لابن قاسم: "أرأيت لو أن صبيا وجبت له الشفعة من يأخذ له بالشفعة في قول مالك: الوالد، قيل له فإن لم يكن له والد، قال فالوصي، قيل فإن لم يكن له وصي، قال فالسلطان، قيل فإن كان في موضع لا سلطان فيه ولا أب ولا وصي، قال: فهو على شفعته إذا بلغ".[2]

أما الشافعية فيقولون بأنه نظرا لعدم علم بوجود الحمل، فلا شفعة. ولعل ذلك نجده واضحا في قول النووي: " إذا مات أحدهما عن دار، وباع حصة للآخر فلا شفعة للحمل، لأنه غير متيقن الوجود". وكذلك الحنابلة يقولون بعدم استحقاق الحمل للشفعة إلا بعد الولادة.[3]

و الجدير بالذكر في مسألة الشفعة أن المشرع الجزائري عدد المستحقين للشفعة على سبيل الحصر في المادة 795 من القانون المدني، ولم يتطرق إلى ذكر الجنين في ذلك.

1- الإمام مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، الجزء الرابع، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، ص236.

2- نفس المرجع، ص208.

3- خليل إبراهيم محمد، حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية و القانون والاتفاقيات الدولية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2012، ص 39.

الباب الثاني
الحماية الجنائية للجنين
في الفقه الإسلامي
والتشريع

الباب الثاني: الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع.

لم تكتف الشريعة الإسلامية الغراء بتغليظ تحريم الاعتداء غلى الحياة الإنسانية وإعطائها الأولوية في المقاضاة في الآخرة فحسب ، بل خصتها دون غيرها من المصالح والضروريات بوسائل حماية ناجعة تمنع أو تحدّ حدّ كبير من الاعتداء عليها يأتي على رأسها عقوبة القصاص في الدنيا يقول سبحانه وتعالى: "... عليكم القصاص في القتلى ..." وهذه العقوبة دون أدنى شك كفيلة بتأمين الحماية الكافية لحياة الإنسان.

يضاف إلى ذلك أن الشريعة الإسلامية الغرّاء انطلاقا من حرصها الكبير على الحياة الإنسانية، أضافت إليها سياجاً واقياً وهي عقوبة الآخرة وما أدراك ما عقوبة الآخرة أنّها الخلود المؤبد في نار جهنم، يقول سبحانه وتعالى: "زمن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها".

وقد خطت القوانين الوضعية قاطبة خطاً من خطى ونهج الشريعة الإسلامية في جعل الحياة الإنسانية من أولويات المصالح والضروريات التي حرصت على تحريم الإعتداء عليها وإصغاء الحماية الجنائية المشددة عليها.

وهنا يثار التساؤل فيما إذا كانت الحماية الجنائية للحياة الإنسانية التي كفلت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية النص عليها، تسري على حياة الجنين في رحم أمه أم لا ؟ ذلك أن الجنين كائن مستور في رحم أمه والاعتداء عليه يشكل اعتداء لمخلوق لا يدرك ما يجري حوله، غير أنه من وجهة نظر أخرى لا يرتقي إلى مكانة النفس الإنسانية الكاملة إذ لا تتحقق إنسانيته إلاّ بنفخ الروح فيه، وقد يموت قبل ذلك.

الفصل الأول

حماية حق الجنين في النمو الطبيعي في الفقه الإسلامي والتشريع

الفصل الأول: حماية حق الجنين في النمو الطبيعي في الفقه الإسلامي والتشريع.

لا يجوز أنه مما يتكامل مع حق الجنين في الحياة أن يعترف لهذا الجنين بحقه في النمو داخل الرحم ليتابع أطواره ومراحله بصورة طبيعية وبشكل آمن ، ولبلوغ تلك الغاية فإنّه من اللّازم فرض إلتزامات إيجابية وسلبية لإيجاد الأجواء الملائمة لسلامة الجنين خلال مراحل نموه المختلفة إلى أن يخرج من الرحم بشراً سوياً.

ذلك أنّ الجنين خلق مصون من خلق الله عزّ وجلّ ، لا يحل المساس به أو الاعتداء على حقه في الحياة أو حقه في النموّ داخل الرحم (الإجهاض نموذجا) إلاّ لضرورة ملحة لإنقاذ حياة الأم أو صحتها (على أن تقدر الضرورة بقدرها)، كما أنّه أمانة الله عزّ وجلّ أودعها في رحم أمه وعهد إليهما بحسن رعايته والعناية به من خلال توفير كافة صور الأجواء الصحية والنفسية اللاّزمة لنموه نموًا صحياً خالياً من مظاهر الإفساد أو الإعاقة التي تنال من سلامة هذا النمو، وأوجب عليهما وعلى غيرهما عدم إثبات أي تصرف إيجابي أو سلبي يضّر بالجنين في نموّه أو يعوقه في تكوينه داخل الرحم أو خارجه كالطبيب وغيره ممّن قد تتاح لهم فرص الاحتكاك بالجنين بشكل مباشر أو غير مباشر.

المبحث الأول: إجهاض الجنين بين التجريم والإباحة.

حفظ النفس مقصد هام من مقاصد الشريعة الإسلامية، ولذا وضعت لها من النصوص والأحكام ما يكفل حمايتها والحفاظ عليها. وهذا واضح من خلال اهتمام الإسلام بالإنسان من لحظة إلتقاء السائل المنوي بالبويضة، ووضع للجنين ولأمه في فترة الحمل أحكاما خاصة تضمن في النهاية للجنين إتمام مرحلته ليستقبل بعد ذلك الدنيا عضوا صالحا مفيدا؛ وتضمن أيضا لأمه أن تجتاز هذه المرحلة بصحة لتواصل رحلتها معه في مرحلة أخرى تأتي بعد تلك المرحلة، وهي مرحلة الطفولة.

ومن ثم فإن أي اعتداء على الأم – سواء أكان هذا الاعتداء من غير الأم أم من الأم نفسها – في مرحلة العمل لابد أن يكون له تأثير على العمل، قد يؤدي في النهاية إلى إسقاطه أو

إجهاضه. هذا ما يظهر وجود أعظم حق من حقوق الجنين في بطن أمه وهو حق الحياة، مما يقتضي وضع العقوبة المناسبة لها.

وهذه الجريمة تسمى في الفقه الإسلامي ب " إجهاض الجنين "، يقابلها في الفقه القانوني "جريمة الإجهاض ". وهذا ما يقتضي التعرض للأحكام العامة للإجهاض كمبدأ أول من تعريف الإجهاض، أنواعه، صوره ووسائله ثم حكم الإجهاض وصولا بالعقوبة المقررة لهذا الفعل.

المطلب الأول: الحكم الشرعي للإجهاض في الفقه الإسلامي.

تباينت أقوال العلماء و الفقهاء في حكم الإجهاض نظرا لأنه لم يرد فيه نص شرعي مباشر في دلالته من قرآن ولا سنة، وإنما جاء في القرآن ذكر القتل عموما والتشنيع على من قتل نفسا محرمة بغير حق والنهي الشديد عن قتل الأولاد على الخصوص.

لذلك اجتهد العلماء في استنباط الحكم الشرعي للإجهاض وقد ميز الفقهاء وهم بصدد ذلك بين مرحلتين مرحلة قبل نفخ الروح ومرحلة ما بعد نفخ الروح. وهذا ما سنعالجه بعد معرفة مدلول الإجهاض و أنواعه.

الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للإجهاض.

الإجهاض بمفهوم الأطباء مختلف عن ذلك المرتبط بأهل القانون حيث أن الجنين إذا صار بعد عمر الحيوية (22 أسبوع) وقبل اكتمال نموه (37 أسبوع) اعتبر عند أهل الطب ولادة مبكرة وليس إجهاضا، بينما يعتبر الإجهاض قانونا إذا توفر القصد الجنائي. لذلك سوف نتطرق لتعريف الإجهاض عند أهل اللغة، وأهل الطب، ثم عند الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون وذلك في عنصر أول. ثم نتناول أنواع الإجهاض، وسائله في عنصر ثانٍ.

أولا: تعريف الإجهاض:

سنحاول تعريف فعل الإجهاض لغة و اصطلاحا فيما يأتي تفصيله:

1- الإجهاض في اللغة:

جاء في المصباح المنير: "أجهضت الناقة ولدها إجهاضا أسقطته ناقص الخلق فهي جهيض ومجهضة بالهاء وقد تحذف".[1]

وجاء في لسان العرب مادة "أجهض" أجهضت الناقة إجهاضا، وهي مجهض، أي ألقت ولدها لغير تمام والجميع مجاهيض ويقال للولد مجهض إذا لم يستبن خلقه، وقيل الجهيض: السقط الذي تم خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش.[2]

وجاء في التعاريف: "أسقطت المرأة اعتبر فيه الأمران السقوط من عال والرداءة جميعا فإنه لا يقال أسقطت إلا في الولد الذي تلقيه قبل التمام ومنه قيل للولد سقط أي بكسر فسكون".[3]

وجاء في القاموس المحيط: "الجاهض من فيه جهوض هو جهاضة أي حدة النفس والشاخص المرتفع من السنام وغيره وبهاء الجحشة الحولية جمع جواهض والجهاضة مشددة الهرمة وكأمير وكتف الولد سقط أو ما تم خلقه ونفخ فيه روحه من غير أن يعيش وكسحاب تمر الآراك مادام أخضر وجهضه عن الأمر كمنه وأجهضه عليه غلبه ونحاه عنه وأجهض أعجل والناقة ألقت ولدها وقد نبت وبره في مجهض والجمع مجاهيض وجاهضه مانعه وعاجله".[4]

وجاء في تاج العروس: "والإجهاض الإزلاق والإزالة والمجهاض التي من عادتها إلقاء الولد لغير تمام".[5]

1- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، طبعة المكتبة العلمية، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر، ص63.

2- ابن منظور، المرجع السابق ، ص713.

3- محمد بن عبد الرؤوف المناوي، التعاريف، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 1410هـ، الجزء الأول، ص408.

4- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، المرجع السابق، ص481.

5- محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي، تاج العروس من جواهر القاموس، بدون طبعة، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، المجلد الخامس، فصل الجيم من باب الضاد، ص17.

2- الإجهاض في الاصطلاح:

للإجهاض عدة تعريفات تختلف بتعدد المجالات، منها المجال الطبي، المجال الشرعي والمجال التشريعي. وهذا ما سنتطرق إليه في مايلي:

أ- التعريف الطبي للإجهاض:

يعرف الطب الشرعي الإجهاض بأنه: "طرد محتويات الرحم الحامل قبل اكتمال نمو الجنين. ويعتبر الجنين كامل النمو بعد نهاية الأسبوع السابع والثلاثين معتبرين بداية العد من أول يوم في آخر حيضة طبيعية.

ويعرف الإجهاض بالمفهوم الانجليزي على أنه:

« Expulsion of the contents of gravid items before full Term. The pregnancy is considered full term after completion of 37 weeks of gestation considering counting from first day of last normal menstrual period. ».[1]

أما علم التوليد، فيعرف الإجهاض في قاموس المصطلحات الطبية بأنه: "خروج محصول الحمل قبل تمام تكوينه، أي قبل الشهر السادس من بدء الحمل؛ ففي هذا الوقت المبكر من الحمل لا يستطيع الجنين أن يعيش خارج الرحم. وتحدث معظم حالات الإجهاض في الأسابيع الإثني عشر الأولى خاصة في أوقات الحيض الفائتة".[2]

و يقابل ذلك من التعريف الانجليزي مايلي:

« Expulsion or attempted expulsion of the products of conception before viability of the fetus. The international Federation of obstetrics and gynecology (FIGO) has suggested 22 weeks of pregnancy or 500 gm of wight as lower limit of viability. Viability means that when the Fetus is expelled from the items it can survive under favorable conditions ».[3]

---

1 - Yossef El Mesellawy, Essantial obstetrics, El Anglo el Masria, Egypt , 2000, P35.

2- عمر محمد بن إبراهيم غانم، المرجع السابق، ص113.

3 - Yossef El Mesellawy ;OP.cit, P35.

وخلاصة ما تقدم أن الإجهاض في نظر أطباء علم التوليد يتحقق قبل وصول الجنين لمرحلة القابلية للحياة، أي المرحلة التي يكون فيها الجنين غير قادر على أن يعيش مستقلا عن أمه، وهم يقدرون هذه المدة باثنين وعشرين أسبوعا من آخر حيضة حاضتها المرأة، أو عشرين أسبوعا عن لحظة تلقيح الحيوان المنوي للبويضة. أما إذا تم إنهاء الحمل بعد ذلك فهو ليس إجهاضا وإنما ولادة قبل الأوان حتى وإن احتاج الجنين إلى رعاية خاصة، وفي ذلك يختلف أطباء التوليد عن الأطباء الشرعيين الذين يرون أن الإجهاض يتحقق متى تم طرد محتويات الرحم، طالما أن هذا الطرد قد تم قبل نهاية الأسبوع السابع والثلاثين كما هو واضح من التعريف السابق.[1]

كما يتضح كذلك من تعريف القاموس الطبي أن أغلب حالات الإجهاض تقع خلال الإثني عشر أسبوعا الأولى، خاصة في ميعاد الحيض.

ب- التعريف الفقهي للإجهاض: استخدم معظم الفقهاء كلمة إسقاط في المعنى اللغوي لكلمة إجهاض، وبهذا يكون الإسقاط عند الفقهاء الذين درجوا على استعمال هذا اللفظ معناه: إلقاء المرأة جنينها قبل أن يستكمل مدة الحمل ميتا أو حيا دون أن يعيش، وقد استبان بعض خلقه بفعل منها كاستعمال دواء أو غيره أو بفعل من غيرها.[2]

وجاء في الموسوعة الفقهية:

- يطلق الإجهاض في اللغة على صورتين: إلقاء الحمل ناقص الخلق أو ناقص المدة سواء من المرأة أو من غيرها والإطلاق اللغوي يصدق سواء من المرأة أو من غيرها والإطلاق اللغوي يصدق سواء كان الإلقاء بفعل فاعل أم تلقائيا.

- ولا يخرج استعمال الفقهاء لكلمة إجهاض عن هذا المعنى وكثيرا ما يعبرون عن الإجهاض بمرادفاته كالإسقاط والإلقاء والطرح والإملاص.

- وفي بيان للناس ورد تعريفه بأنه إنزال الجنين قبل أن يستكمل مدة الحمل.[3]

1- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص431.

2- جاد الحق علي جاد الحق، المرجع السابق، ص90.

3- بيان للناس من الأزهر الشريف، الطبعة الأولى، مطبعة الأزهر، مصر، 1989، الجزء الثاني، ص256.

ويعبر الحنفية عن الإجهاض بالجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه. لأن الجنين يعتبر نفسا من وجه ولا يعتبر كذلك من وجه آخر، فيعتبر نفسا من وجه لأنه آدمي، ولا يعتبر كذلك لأنه لم ينفصل عن أمه، ويعللون ذلك بأن الجنين مادام في بطن أمه فليس له ذمة صالحة أو كاملة ولا يعتبر أهلا لوجوب الحق عليه لكونه في حكم جزء من الأم، لكنه لما كان منفردا بالحياة فهو نفس وله ذمة وباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له عن إرث ووصية... [1]

ويعبر المالكية والشافعية والحنابلة عن الإجهاض بالجناية على الجنين، ولكن اختلاف الفقهاء في التعبير عن الجناية ليس له أهمية لأن ما يقصده هؤلاء من تعبيرهم هو ما يقصده الآخرون بالذات، ومحل الجناية عندهم جميعا هو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنين أو هو كل ما يؤدي إلى انفصال الجنين عن أمه.[2]

ج- التعريف القانوني للإجهاض: اختلفت التعاريف حول الإجهاض حسب التشريعات العربية منها والغربية، ونذكر منها:

*** تعريف الإجهاض في القانون الجزائري:**

لم يدرج المشرع الجزائري تعريفا للإجهاض لا في قانون الأسرة ولا في قانون العقوبات، ولكن عاقب عليه في المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات. كما أنه لم يحدد متى تعتبر المرأة حاملا، كما أنه لا يأخذ بعين الاعتبار كون هذا الحمل جاء نتيجة علاقة شرعية أو غير شرعية، سواء كان طبيعيا أو اصطناعيا.

*** تعريف الإجهاض في القانون المصري:**

نظرا لأن القانون الجزائري كنظيره المصري لم يضع تعريفا للإجهاض، لذلك فقد تباينت التعاريف التي قال بها الفقه والقضاء المصريين في هذا الشأن.

1- زين الدين بن براهيم بن محمد نجيم الحنفي، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص389.

2- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الثالثة، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، الجزء الثاني، ص292.

فقد عرفه الأستاذ الدكتور رؤوف عبيد بأنه: "استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة".[1]

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لا يشمل حالة ما إذا أدت الوسائل المستخدمة إلى قتل الجنين داخل الرحم ولم تؤدي إلى طرده خارج الرحم. وإنما يتم إخراجه بعد ذلك عن طريق الأطباء محافظة على صحة وحياة المرأة التي كانت تحمله حتى لا يصيبها الجنين الميت داخل رحمها بالأضرار.

وعرفته الأستاذة الدكتورة فوزية عبد الستار بأنه: "إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي".[2]

ويؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع، ذلك أنه يشترط في التعريف أن يكون جامعا مانعا، أي جامع لكل أفراد المعرف مانع من دخول غير أفراد المعرف عليه، حيث شمل الإجهاض العمدي وغير العمدي، بينما جريمة الإجهاض في القانون المصري لا تكون إلا عمدية. وكذلك فإن التعريف السابق لم يتناول سوى الركن المادي للجريمة فقط ولم يتناول الركن المعنوي لها.

وعرفه الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني بأنه: "إخراج الجنين عمدا من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، أو قتله عمدا في الرحم".[3]

وعرفه أستاذنا الدكتور حسن محمد ربيع بأنه: "إنهاء حالة الحمل عمدا وبلا ضرورة قبل الأوان سواء بإعدام الجنين داخل الرحم أو بإخراجه منه – ولو حيا – قبل الموعد الطبيعي المقدر لولادته".[4]

1- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، مصر، 1974، ص228.

2- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1982، ص491.

3- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص501.

4- حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص11.

وهذه التعريفات السابقة وعلى الأخص التعريفين الأخيرين يتضح منهما أنه حتى تعد جريمة الإجهاض متحققة فإنه لابد من توافر عدة شروط وهي:

– إنفصال الجنين عن الرحم وخروجه منه أو قتله داخل الرحم. أما إذا اقتصر الأمر على مجرد محاولة إنزال الجنين دون أن تتحقق هذه النتيجة، ودون أن يموت داخل الرحم، عد الأمر شروعا في الجريمة.

– أن يتم انفصال الجنين في غير موعده الطبيعي، لأن إخراج الجنين في الموعد الطبيعي يعد في حقيقة الحال ولادة.

وذهب رأي في الفقه الجنائي إلى القول بأن الجنين إذا سقط حيا قبل الموعد الطبيعي لولادته لا يعد ذلك إجهاضا، وإنما شروع في إجهاض غير معاقب عليه وفقا للقانون المصري. وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي حيث اعتبر الفعل شروعا طالما بقي الطفل على قيد الحياة، وفي المقابل إذا مات الطفل فإن جريمة القتل الخطأ يتهم بها من قام بالمحاولة.[1]

– أن يكون فصل الجنين قد تم عن عمد أي أن يكون الفاعل قد أراد الفعل وأراد تحقق النتيجة.

– ألا تكون الضرورة هي التي دعت إلى فعل الإسقاط. وحتى تقوم تلك الضرورة ينبغي ألا تكون هناك وسيلة أخرى لدفع الخطر الناشئ عنها إلا بالإجهاض. وهذا الشرط يختلف من تشريع إلى آخر، فبعض التشريعات ترى أن الضرورة الوحيدة التي تبيح الإجهاض هي إنقاذ حياة الأم بينما هناك تشريعات أخرى تتوسع في الأسباب التي تبيح الإجهاض استنادا إلى الضرورة.[2]

ويمكن تعريف الإجهاض هنا بأنه: "الفعل الذي يقصد منه الاعتداء عمدا على حياة الجنين إذا أدى إلى موت الجنين أو إخراجه قبل الموعد الطبيعي لولادته ولو خرج حيا أو قابلا للحياة". ويتضح لنا من هذا التعريف أن للإجهاض صورتين أيضا هما:

1– رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1999، ص935.

2– نفس المرجع، ص936.

– **الصورة الأولى:** وهي الرئيسية والأكثر حدوثا في الواقع العملي وتفترض إخراج الجنين من الرحم بوسيلة غير تلقائية قبل الموعد الطبيعي لولادته، وتتحقق هذه الصورة ولو خرج الجنين حيا أو قابلا للحياة.

– **الصورة الثانية:** فهي تفترض قتل الجنين في الرحم وإنهاء تطوره دون اشتراط انفصاله عن الرحم وخروجه منه، وهذه الصورة لا يفترض تحققها إلا حين تنتهي حياة الجنين وتنتهي معه حياة الأم. أما إذا بقيت الأم على قيد الحياة فإن قتل الجنين في الرحم يستتبع بالضرورة خروجه منه لأن بقاءه فيه يهدد حياة الأم أو صحتها بالخطر.[1]

وفي هذا المعنى تقول محكمة النقض المصرية أنه: "من المقرر أن الإسقاط هو تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان ومتى تم ذلك فإن أركان هذه الجريمة تتوافر ولو ظل الحمل في رحم الحامل بسبب وفاتها وليس في استعمال القانون لفظ " الإسقاط " ما يفيد أن خروج الحمل من الرحم في مثل هذه الحالة ركن من أركان الجريمة ذلك بأنه يستفاد من نصوص قانون العقوبات المتعلقة بجريمة الإسقاط أن المشرع افترض بقاء الأم على قيد الحياة ولذلك استخدم لفظ الإسقاط ولكن ذلك لا ينفي قيام الجريمة متى انتهت حالة الحمل قبل الأوان ولو ظل الحمل في الرحم بسبب وفاة الحامل". ولقد عرفت محكمة النقض المصرية الإجهاض بأنه: "تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان".[2]

*** تعريف الإجهاض في القانون الفرنسي:**

كما هو الحال في القانون الجزائري والقانون المصري، لم يذكر المشرع الفرنسي تعريفا للإجهاض، لذلك فقد عرفه Michel Véron بأنه: "تلك العملية التي تتم باستخدام إجراء معين بهدف إخراج الجنين في غير أوان ولادته".

1– محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص501.

2– نفس المرجع، ص502.

- L'article 317 incrimine l'avortement sans le définir: mais on s'accorde à le caractériser par l'utilisation d'un procédé destiné à provoquer artificiellement l'expulsion prématurée du produit de la conception ».[1]

وعرفه Jean Larguier بأنه إخراج مبكر وبشكل إرادي للحمل وهذا يفترض استخدام وسيلة اصطناعية والتي يمكن أن تكون آلية أو كيميائية.

« C'est l'expulsion prématurée et volontairement provoquée au produit de la conception (on a longtemps dit, et l'on dit toujours parfois, « avortement »). Elle suppose l'emploi d'un moyen artificiel (et est donc différente des Fausses couches), mais qui peut être quelconque: mécanique ou chimique ».[2]

وعليه، فإن مسمى جريمة الإجهاض " L avortement " في القانون الفرنسي قد تغير بصدور قانون العقوبات الفرنسي الجديد الصادر في 1992/07/22 والذي بدأ العمل به في أول مارس 1994 والذي عدل بالقانون رقم588/2001 الصادر في 04 جويلية 2001، وأصبحت الجريمة تعرف باسم الإنهاء غير القانوني للحمل " l'interuption illégale de Grossesse "، وذلك بعد أن أصبح الإجهاض أمرا مباحا بشروط معينة.[3]

*** تعريف الإجهاض في القانون الانجليزي:**

لم يعرف المشرع الانجليزي الإجهاض شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات، وقد عرفه بعض الفقه على أنه: " إنهاء الحمل باستخدام وسيلة صناعية في أي وقت قبل أن يبلغ الجنين مرحلة القابلية للحياة. أما إذا تم إنهاء الحمل بعد مرحلة القابلية للحياة فإن هذا الفعل تقوم به جريمة خاصة يطلق عليها تدمير الطفل " Child destination ".[4]

---

1 - Michel Véron, Droit pénal spécial, sans édition, Masson, Paris-France, 1988, P248.

2 - Jean Larguier et Anne-Marie Larguier, Droit pénal spécial, neuvième (09) édition, Dalloz, France, 1996, P19.

3- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص503.

4 - Smith and Hogan, criminal law Great Britain Butter Withes, Tenth (10) edition, Lexis Nexis- England, 2002, P398.

وقد جعل القانون الدليل المادي على أن الجنين بلغ مرحلة القابلية للحياة، وبالتالي فإن الاعتداء عليه لا يكون إجهاضا، وإنما جريمة تدمير الطفل هو بلوغه الأسبوع الثامن والعشرين، فعند بلوغه هذه المدة فإنه يكون قادرا على أن يعيش مستقلا عن أمه.[1]

أي أن القانون الانجليزي قسم حياة الجنين إلى مرحلتين:

– **المرحلة الأولى:** منذ بداية التلقيح، وحتى بلوغ الجنين مرحلة القابلية للحياة، وجعل عقوبة الاعتداء عليه خلال هذه المرحلة يشكل جريمة الإجهاض.

– **المرحلة الثانية:** منذ بلوغه مرحلة القابلية للحياة، وتتحقق ببلوغه الأسبوع الثامن والعشرين، وحتى تمام ولادته، ويشكل الاعتداء عليه خلال هذه المرحلة جريمة خاصة تسمى جريمة "تدمير الطفل".

إذا، خلاصة ما تقدم، يتفق التعريف الفقهي للإجهاض مع التعريف القانوني له في معظم أركانه وإن كان يختلف عنه في أنه إذا سقط الجنين حيا ولم يمت فلا تقوم بذلك جريمة الإجهاض في الفقه الإسلامي، لأنه لم يقع بعد اعتداء على حياة الجنين، في حين أنه وفقا للرأي الراجح في التعريف القانوني فإن جريمة الإجهاض تعتبر متحققة حتى ولو سقط الجنين حيا وعاش بعد ذلك على أساس أن غاية المسقط هي إزالة كل أثر للحمل، وحياة الجنين بعد انفصاله عن الرحم وإن كانت تنافي هذه الغاية إلا أنها لا تنافي فعل الإسقاط؛ وكذلك فإن الجنين إذا سقط قبل الموعد الطبيعي لولادته، فلا شك أنه سيبقى متأثرا بذلك من ناحية ضعف البنية وما إلى ذلك. وعليه فإن الإجهاض يتحقق بحرمان الجنين من أن يستمر في رحم أمه لحين الموعد المقدر لولادته، وعلى ذلك تتحقق جريمة الإجهاض ولو سقط الجنين حيا قبل الموعد المقدر لولادته نتيجة لاعتداء الجاني. وما أخذ به القضاء الفرنسي في هذه الحالة يتفق فيما يأخذ به الفقه الإسلامي.

1 - Michael J. Allen, Elliott and wood's cases and Materials on criminal law, without edition, London sweet and Maxwell, London-England, 1997, P563.

ثانيا: أنواع الإجهاض ووسائله:

بعد أن تعرضنا إلى مفهوم الإجهاض، وذلك من خلال التطرق إلى تعريفه لغويا واصطلاحا، إضافة إلى تمييزه عما قد يختلط به من مصطلحات وأفعال. لابد من التعرض لأهم أنواع الإجهاض التي اختلف في تقسيمها الفقهاء وأهل الطب، تم التطرق إلى صوره وأهم الوسائل المستعملة فيه.

1- أنواع الإجهاض:

لقد اختلفت وجهات نظر المهتمين بالدراسات الجنينية من الأطباء وغيرهم في تصنيف الإجهاض، وعلى ذلك هناك عدة أنواع من الإجهاض هي:

أ- **الإجهاض الذاتي أو التلقائي أو العفوي (الطبيعي):** وهو الذي يتم بدون إرادة المرأة سواء كان السبب خطأ ارتكبته، أم حالة جسمية تعاني منها، أو عدم اكتمال عناصر للجنين وهو ما يحدث في الأجنة المشوهة. فقد قرر الأطباء أن نسبة كبيرة من الأجنة المجهضة تلقائيا مشوهة، وأن في حوالي 10% من حالات الحمل يحدث إجهاض بدون أي تدخل خارجي، ويكون سبب ذلك إنما لخلل في الحمل ذاته، أو لأسباب مرضية للمرأة الحامل، وهذه الأسباب المرضية قد تكون عامة أو أمراض موضعية. وينقسم الإجهاض التلقائي إلى أنواع مختلفة مثل:

* **الإجهاض المهدد أو المنذر:** تكون كمية الدم قليلة، وعنق الرحم مغلق (خاص ب 20% من حالات الحمل). بعض الحوامل يعانون من نزيف مهبلي أثناء الثلث الأول من الحمل، وأحيانا يكون مصحوبا بتقلصات البطن. لكن عادة يكون النزيف المهبلي، والتقلصات الرحمية معتدلة وليست شديدة، وهذا ما يعرف بالإجهاض المنذر. ويزداد حدوث الإجهاض المنذر في الحالات الآتية:

- عمر الحامل أكثر من 35 سنة.
- تعرض الحامل من قبل الإجهاض التلقائي 3 مرات أو أكثر.[1]

1- شحاتة عبد المطلب حسن أحمد، الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص14.

* **الإجهاض غير المكتمل أو غير الكامل:** يكون فيه النزيف ثقيلا، وبقايا من المشيمة موجودة في الرحم، وهنا يقوم الرحم بطرد جزء من الحمل قبل الأسبوع العشرين للحمل. ويكون مصحوبا بنزيف مهبلي شديد (من الرحم)، وتقلصات بالبطن.[1]

* **الإجهاض الكامل:** ويكون عنق الرحم مغلقا، والدم قليل وقد يتوقف، ويسعى الإجهاض كاملا إذا استطاع الرحم أن يطرح جميع محتوياته (الجنين، المشيمة، كيس الجنين). ويتوقف بعده عادة النزيف المهبلي الرحمي، الألم وتقلصات البطن، وعادة لا تحتاج المريضة إلى علاج. لكن قد يتم إعطاء أقراص قابضة للرحم، ومضادات حيوية لعدة أيام بعد الإجهاض.[2]

* **الإجهاض الفائت أو المخفي:** وهو الذي يكون فيه الجنين ميتا لمدة شهرين أو أكثر. ويحصل في هذه الحالة نزيف داخلي في الرحم، وتنقطع تغذية الجنين فيموت، وربما تكلس وهو في الرحم. ويبقى فترة قصيرة أو طويلة، ثم يقذفه الرحم ذاتيا أو يقوم الطبيب بإخراجه بواسطة عقاقير، ويصاحب ذلك ظهور دم بسيط بني اللون مائل للسواد، مع بعض الإفرازات المخاطية مع زوال آثار الحمل.[3]

* **الإجهاض المتكرر:** يعرف الإجهاض المتكرر بأنه حدوث الإسقاط قبل الأسبوع العشرين من الحمل ثلاث مرات متتالية أو أكثر. وهي مشكلة تعاني منها ما نسبته 03% من السيدات، وتزداد مع زيادة العمر فوق 35 عاما. وأن فرص استمرار الحمل تبلغ 80% لمن تعرضت لإجهاض واحد، وتقل النسبة إلى 70% لمن تعرضت للإجهاض ثلاث مرات متتالية، وتعتبر النسبة أفضل بكثير لمن سبق لها الحمل واستمر عندها. وهناك أسباب عديدة لهذا الإجهاض المتكرر ونسبته

1- أسامة رمضان الغمري، أساسيات علم الطب الشرعي والسموم للهيئات القضائية والمحامين، بدون طبعة، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، 2005، ص150.

2- خالد محمد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، بدون دار نشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص154.

3- الجبور محمد، الجرائم الواقعة على الأشخاص في قانون العقوبات الأردني، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2000، ص249.

حوالي 60%، وتكون النسبة الباقية غير معروفة، ولا يمكن تشخيصها عن طريق الفحوص المعملية.[1]

ب-الإجهاض العلاجي: وهو ما قد يتم تحت إشراف الطب للمحافظة على حياة الأم وصحتها ضد خطر أحدق بها بسبب الحمل. ففي بعض الأحوال يكون إجهاض الأم هو السبيل الوحيد لإنقاذ حياتها عندما يشكل استمرار الحمل أو الولادة خطرا على حياة الأم، وهذا النوع من الإجهاض غير مخالف للشرع أو القانون. وتنحصر حالات الإجهاض العلاجي في الحالات التالية:

- أن تكون الحامل في وضع يعرض حياتها للخطر إن لم تلجأ للإجهاض كأمراض القلب...
- أن يعقب الحمل إذا استمر عاهة ظاهرة في جسم الأم.
- أن يتكون وضع يهدد حياة رضيع موجود بالهلاك كالنزيف الرحمي...
- أن يغلب على ظن الطبيب المختص أن الجنين سيولد مشوها أو ناقص الخلقة...[2]

وهنا يجب التنبيه إلى نقطة مهمة، وهي أن الحالات المرضية العصبية أصبحت قليلة جدا. ففي السنوات الماضية تطور الطب العلاجي، وأصبح بالإمكان علاج كثير من الأمراض المستعصية، والتي كانت تؤدي إلى الوفاة، ومثال ذلك إصابة المرأة بداء القلب، وكانت أمراض القلب من أسباب وفيات الأمهات. وبتقدم العلم والطب أصبح بالإمكان إجراء بعض التدخلات الجراحية أثناء فترة الحمل، مثل جراحات القلب المفتوح، وتوسيع الصمامات. إلا أن هناك حالات معينة يصعب علاجها، ومعروف أنها تحمل معدل وفيات عالي بين الأمهات، وعلى سبيل المثال ارتفاع الضغط الرئوي الأولي.[3]

1- أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والعمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، بدون طبعة، بدون دار نشر، مصر، 2005، ص82.

2- شحاثة عبد المطلب حسن احمد، المرجع السابق، ص15.

3- ذياب زياد صبحي، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مطابع المؤسسة الصحفية الأردنية، عمان، الأردن، 1995، ص82.

ومع ذلك توجب بعض القوانين على الطبيب قبل إجراء عملية الإجهاض العلاجي، اتخاذ بعض الإجراءات حتى لا يتهم بأن عملية الإجهاض التي أجراها إجهاضا جنائيا، منها:

– استشارة متخصص في المرض الذي تعاني منه الحامل الذي يوافق على عملية الإجهاض.

– الحصول على موافقة كتابية بإجراء عملية الإجهاض من كل من الحامل وزوجها.

– الاحتفاظ بملف كامل عن الحالة الصحية للحامل.

– يجب أن تتم عمليات الإجهاض العلاجي في المستشفيات، والبعد عن إجرائها في العيادات الخاصة بقدر الإمكان إلا في حالة الطوارئ فيجوز ذلك.[1]

والإجهاض العلاجي يكاد يكون محل اتفاق الجميع للضرورة التي تحيط به، لأن قواعد الشريعة الإسلامية ومقاصدها فضلت العلاج والتداوي، وهو لا يعدو أن يكون نوعا من المعالجة التي لا تمانع الشريعة، وسنترك التفصيل في هذه المسألة في المبحث الموالي.

ج– الإجهاض الجنائي: عرفه الطب الشرعي بأنه: "هو إخراج متحصلات الرحم من المرأة الحامل بأي طريقة كانت، ولأي سبب غير حفظ حياة الأم، وفي وقت قبل تمام أشهر الحمل". وعرفه البعض بأنه: "استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد ولادته، إذا تم بقصد هذه النتيجة".

ويلاحظ أن الفقه الجنائي يعرف الإجهاض الجنائي أو الإسقاط على حد تعبيرهم بأنه: "إفراغ الحمل من الرحم في غير موعده الطبيعي عمدا، وبلا ضرورة، وبأي وسيلة كانت من الوسائل".[2]

كما عرف الفقه الانجليزي الإجهاض الجنائي بأنه: "تدمير متعمد للجنين في الرحم أو أي ولادة سابقة لأوانها بقصد إماتة الجنين". والإجهاض الجنائي من الناحية الطبية هو: "القيام بأفعال

1– الزبير الزين يعقوب، موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1991، ص288.

2– أحمد حسني طه شرح قانون العقوبات " القسم الخاص"، جرائك الاعتداء على الأشخاص "، بدون طبعة، مطبعة النور، مصر، 2006، ص209.

تؤدي إلى إنهاء حالة الحمل لدى المرأة قبل موعد الوضع الطبيعي". أما من الناحية القانونية الإجهاض فهو تعبير حقوقي لجرم إجتماعي يمثل فعلا غير شرعيا.[1]

وقد عاقبت القوانين العامة والخاصة مرتكب فعل الإجهاض الجنائي، وشددت بعض القوانين الجزائية العقوبة إذا كان الفاعل طبيبا. ونجد كذلك أن القوانين الخاصة بمزاولة مهنة الطب، وكذلك التشريعات الطبية في غالبية دول العالم، قد حظرت على الأطباء إجراء الإجهاض إلا في حالات استثنائية كإنقاذ حياة الأم. وسمي هذا النوع من الإجهاض بالإجهاض الجنائي، لأن الأم جنت على جنينها به، وعلى نفسها، وعرضت نفسها للمساءلة القانونية، لأن رضا الحامل لا يعد سببا لإباحة الإجهاض. وتعليل ذلك أن الحق الذي تحميه نصوص الإجهاض، ليس للأم حتى يكون لرضائها الأثر المبيح، وإنما هو للجنين، ومن ثم ليس لها التصرف بحق غير ذات صفة للتصرف فيه.[2]

2 – وسائل الإجهاض:

إن وسائل الإجهاض متعددة ومختلفة، فمنها التقليدية ومنها الحديثة، أو الطبيعية والطبية، وقد شجع الناس على الإقدام على الإجهاض ما يوفره الطب اليوم من وسائل تمكن المرأة من التخلص من حملها، ودون التعرض لخطر كبير فقد ابتكرت عدة طرق لإسقاط الحمل، ولا يزال البحث جاريا للمزيد من الاكتشاف. ومن هذه بين الوسائل نذكر منها:

أ– **طريقة الشفط أو الامتصاص:** من أشهر الطرق اليوم وأكثرها انتشارا طريقة الشفط ففيها يمدد عنق الرحم قليلا تحت تخدير موضعي، ثم يسحب محصول الحمل بأنبوبة دقيقة قبل الأسبوع السابع الطمثي تطبق طريقة كرمان[3] باستعمال أنبوبة بلاستيكية نصف مرنة، قطر فتحتها من 4 إلى 8 ملم يتم امتصاص الجنين عبرها، وتدوم العملية من 5 إلى 15 دقيقة، وتتميز هذه الطريقة بقلة مضاعفاتها، وكذلك قلة الوفيات الناجمة عن الإجهاض. أما إذا بلغ عمر الحمل بين

1– منصور عمر العايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2004، ص93.

2– السعيد كامل، الجرائم الواقعة على الإنسان " شرح قانون العقوبات الأردني "، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1999، ص261.

3– نسبة للعالم كارمان " kARMAN " الذي طور طريقة الشفط سنة 1972.

7 و12 أسبوعا الهوائي، وذلك بأنبوب أكثر صلابة، يتصل بجهاز الامتصاص، وتتفاوت نسبة إخفاق الشفط ببقاء أجزاء من المشيمة داخل الرحم، مما يضطر الطبيب إلى إجراء الكحت لاستخراج البقايا. وعموما فإن 4% من الحالات تبقى فيها المشيمة داخل الرحم، 8% تعرض لمضاعفات مختلفة أهمها النزيف. وفي حالات نادرة يتعرض عنق الرحم للضعف والتمدد المستمر، مما يسبب سقوط الجنين في الحمل اللاحق. كما يؤدي التصاق جدران الرحم في حالات نادرة نتيجة التعفن إلى عقم دائم غالبا.[1]

ب- طريقة التمديد والكحت: هي طريقة طبقت على مدى عقود. وتتلخص في تمديد عنق الرحم بوسائل مختلفة، ثم إجراء كحت. فالكحت هو إفراغ تجويف الرحم بواسطة آلة معدنية cuvette يقوم به الطبيب عبر مجرى عنق الرحم بعد توسيعه، وذلك بتمرير آلة ذات ذراع طويلة بشكل ملعقة، تصل إلى جوف الرحم، ويقوم بقحط بطانته الداخلية للتأكد من نجاح العملية،[2] وعدم بقاء أي جزء من المشيمة، أو أية أجزاء أخرى من محتويات الحمل، وذلك لأن بقاءها في الرحم سيسبب لاحقا نزيفا رحميا عند المريضة. ويستغرق التوسيع والكحت وقت أطول (نحو 15 إلى 20 دقيقة)، وهو أشد إيلاما، ويكلف أكثر من الشفط، ويجري عادة بعد تخدير المرأة في معظم الحالات. ويكون الكحت عموما في جميع الحالات، التي تتعرض فيها السيدة لنزيف مهبلي غير طبيعي ومستمر، ولا يستجيب لعلاج معين، فيجب عمل كحت لها. ومن ذلك حالة الإجهاض غير الكامل، والذي يحتاج لإزالة بقايا الحمل بدون الحاجة لتوسيع عنق الرحم، للتأكد من إزالة البقايا الصغيرة للحمل.[3]

1- أحمد أرفيس، مراحل الحمل والتصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، الطبعة الثانية، AD édition، الجزائر، 2005، 249.

2- إضافة إلى إنزال متبقيات المشيمة بعد الإجهاض أو بعد الولادة، فإن هناك أسباب أخرى لقحط بطانة الرحم، ومن أهمها الحصول على عينة من بطانة الرحم الداخلية المسماة endométriome، من أجل إرسالها إلى المختبر الأنسجة لتشريحها، ودراستها بواسطة المجهر الإلكتروني لإعطائنا المعلومات القيمة حول أسباب وطبيعة ما تتعرض له المرأة من أمراض، والتي على ضوءها يتقرر العلاج المناسب، ومن بين الأمراض التي يمكن إكتشافها بفضل الاستخدام التشخيصي لعملية Curettage سرطان الرحم وعنق الرحم...

3- محمد أحمد الرواشدة، عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض دراسة فقهية موازنة "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق – سوريا، المجلد الثالث والعشرون، العدد الأول، 2007، ص435.

ج- الإجهاض عن طريق الأدوية: و ذلك بتناول المرأة أدوية من شأنها التأثير على الجنين و إسقاطه. و سنتطرق لهذه المسألة بالتفصيل في المبحث الموالي.

الفرع الثاني: حكم الإجهاض قبل وأثناء عملية نفخ الروح.

أوجب المولى جل جلاله حماية النفس البشرية وحرم الاعتداء عليها وقتلها بغير حق. قال الله تعالى: ﴿**وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ**﴾.[1] وقوله أيضا: ﴿**وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا**﴾.[2] وعلى ذلك فالشريعة الإسلامية الخالدة تصون حق الحياة لكل كائن بشري كان في الأرحام أو متنفسا أنفاس الحياة. وبالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من الإجهاض فإنه يحبذ تقسيم مراحل الجنين إلى مرحلتين:

أولا: مرحلة ما قبل نفخ الروح في الجنين:

قرر فقهاء الشريعة الإسلامية أن الروح تنفخ في الجنين بعد مائة وعشرين يوما استنادا إلى حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه الذي يقول فيه حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق: "إن خلق أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الملك، فينفخ فيه الروح، و يؤمر بأربع كلمات: بكتب رزقه، وأجله، وعمله، وشقي أو سعيد..." [3]

وفيما يتعلق بمدى جواز الترخيص بإجهاض الجنين خلال هذه الفترة، فقد ثار الخلاف في الفقه الإسلامي وانقسم الرأي إلى عدة اتجاهات وآراء هي:

1- الرأي الأول:

ذهب أصحابه إلى تحريم الإجهاض في جميع مراحله وأطواره، وهذا هو رأي كثير من المالكية وبعض الأحناف والإمام الغزالي من الشافعية ورأي عند الحنابلة. وقبل أن نذكر أدلة هذا الرأي ننقل بعضا من النصوص التي وردت في كتبهم:

1- الآية 33 من سورة الإسراء.

2- الآية 31 من سورة الإسراء.

3- صحيح البخاري، كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، الجزء الثالث، ص 1175.

– فقد جاء في حاشية الدسوقي: "ولا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوما وفي تعليق الإمام الدسوقي على هذا بأنه هو المعتمد المذهب".[1]

– ويقول ابن جزي الكلبي: "وإذا قبض الرحم المني لم يجز التعريض له وأشد من ذلك تخلق، وأشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح فإنه قتل نفسا إجماعا".[2]

– ويقول ابن رشد: "إن مالكا استحسن في إسقاط الجنين الكفارة ولم يوجبها لتردده بين العمد والخطأ، واستحسان الكفارة يرتبط بتحقيق الإثم".[3]

– وجاء في حاشية رد المحتار نقلا عن الذخيرة: "لو أرادت الإلقاء قبل مضي زمن ينفخ فيه الروح هل يباح لها ذلك أم لا؟ اختلفوا فيه وكان الفقيه علي بن موسى يقول أنه يكره".[4]

وقد استدلوا بما يأتي:

* قياس تحريم إسقاط النطفة على تحريم كسر بيض صيد الحرم بالنسبة للمحرم. ووجه هذا الدليل أن الله تعالى قد حرم على المحرم قتل الصيد قال تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرُمٌ**﴾،[5] وقال جل شأنه: ﴿**وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرُمًا**﴾.[6] وكذلك حرم على المحرم كسر بيض صيد الحرم، وبهذا يتبين أن حكم البيض – وهو أصل الصيد – حكم الصيد نفسه في التحريم ووجه الشبه بينه وبين الإنسان أن الشخص يحرم قتله إلا بحق، قال الله تعالى: ﴿**وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ**﴾.[7] وإذا كان يحرم الاعتداء على الإنسان فإنه يحرم الاعتداء على أصله – وهو الجنين – قياس على حرمة كسر بيض الحرم، بل هو أولى بالحرمة منه، ولأن

1– شمس الدين محمد بن أحمد عرفة الدسوقي– حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبعة دار الفكر، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي وشركاه، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الثاني، ص226 و 227.

2– محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، بدون طبعة، مكتبة أسامة بن زيد، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، ص141.

3– أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المرجع السابق، ص658.

4– محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، المرجع السابق، ص185.

5– الآية 95 من سورة المائدة.

6– الآية 96 من سورة المائدة.

7– الآية 151 من سورة الأنعام.

الأصل في النفس الإنسانية الحرمة ولا تستباح إلا بحق، بينما الأصل في الصيد الحل ولا يحرم إلا بالنسبة للمحرم.[1]

* إن الماء بعد وقوعه في الرحم مآله الحياة فيكون له حكم الحياة.[2]

* إن الإسقاط شبيه بالوأد، ذلك أن الإسقاط قتل نطفة تهيأت لتكون إنسانا مما يجعله يشترك مع الوأد في القتل. ويقول في هذا الصدد شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاويه: "إسقاط الحمل حرام بإجماع المسلمين، وهو من الوأد الخفي"، والذي قال الله تعالى فيه: "وإذا الموؤودة سئلت، بأي ذنب قتلت".

* إن تعمد إسقاط النطفة مخالف لمراد الحكمة لقول ابن القيم: "لما كان موضوع النكاح لطلب الولد وليس من كل الماء يكون الولد، فإذا تكون فقد حصل المقصود فتعمد إسقاطه مخالفة لمراد الحكمة، إلا أنه إذا كان ذلك أول الحمل قبل نفخ الروح في إثم كبير، لأنه مترق إلى الكمال وسار إلى إتمام إلا أنه أقل إثما من الذي نفخ فيه الروح فإذا تعمدت إسقاط ما فيه كان كقتل مؤمن".[3]

2- الرأي الثاني:

وذهب أصحابه إلى جواز الإجهاض في جميع الأطوار (النطفة، العلقة، المضغة) التي تسبق نفخ الروح. وهذا هو الراجح عند الحنفية والإباضية. ومن أقوالهم:

- جاء في حاشية ابن عابدين: "وقالوا يباح إسقاط الولد قبل أربعة أشهر ولو بلا إذن من الزوج".[4]

- وجاء في بدائع الصنائع: "وإن لم يستبن شيء من خلقه فلا شيء فيه لأنه ليس بجنين إنما هو مضغة وسواء كان ذكرا أم أنثى لما قلنا، ولأن عند عدم استواء الخليفة يتعذر الفصل بين الذكر

1- حسن الشاذلي، حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثالثة، الكويت، العدد الأول، 1877، ص27.

2- محمد بن أحمد بن سهل السرخسي، المرجع السابق، الجزء 25، ص87.

3- عبد الرحمن بن علي الجوزي، أحكام النساء، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، ص108 و109.

4- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص185.

والأنثى فسقط اعتبار الذكورة والأنوثة فيه".[1]

– وجاء في شرح النيل: "أعلم أن الجنين لم يستبن علقة خلقه فليس له دية أجاب بذلك موسى بن علي وإن استبان خلقه فإن كان فيه روح فدية كاملة وإن خرج ميتا ففيه غرة عبد إن كان الجنين ذكرا وإن كان الجنين أنثى ففيه غرة أمه".[2]

واستدل أصحاب هذا الرأي لما ذهبوا إليه من إباحة إجهاض الجنين مطلقا قبل نفخ الروح فيه بالآتي:

* إنه لا حيلة فيه فلا جناية من إسقاطه حينئذ ولا حرمة.[3]

* القياس على العزل فقد جاء في جامع العلوم والحكم لابن رجب: "وقد رخص طائفة من الفقهاء للمرأة في إسقاط ما في بطنها ما لم ينفخ فيه الروح وجعلوه كالعزل".[4]

يمكن مناقشة الدليل الأول من وجهين:

– **الوجه الأول:** إن الطب الحديث قد أثبت أن الجنين كائن حي منذ بدء عملية التلقيح فالحياة فيه قبل أن يتشكل أن تدب فيه الحركة التلقائية أو تنفخ فيه الروح. ذلك أنه لو لم يكن حيا ما نمى وتطور.

– **الوجه الثاني:** إن الإعتداء على الجنين في أي مرحلة من مراحل نموه– حتى ولو لم يتشكل أو تنفخ فيه الروح – ينطوي على اعتداء على المجتمع كشخص معنوي عام، ذلك لأن ضمان

1– أبي بكر سعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر، مصر، بدون سنة نشر، الجزء السابع، ص479.

2– محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، بدون طبعة، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، بدون سنة نشر، الجزء 15، ص80.

3– محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، المرجع السابق، ص314.

4– ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت – لبنان، 1408هـ، الجزء الأول، ص49.

استمرار المجتمع والحفاظ على سلامة أراضيه وأمنه في الداخل والخارج، والظهور بمظهر القوة، وتقدمه وازدهاره، كل هذه الأمور، رهن بحقه في التكاثر. ومن ثم كان إسقاطه محرما.[1]

كما يمكن مناقشة الدليل الثاني بأن هذا القياس قياس مع الفارق لأن الجنين بعدما يكون في الرحم يكون ولدا انعقد وربما تصور، أما في العزل لم يوجد ولد أصلا وإنما تسبب إلى منع انعقاده وقد لا يمتنع انعقاده بالعزل إذا أراد الله خلقه كما أن الإمام الغزالي أظهر هذا الفارق بينهما.[2]

3- الرأي الثالث:

وذهب هذا الرأي إلى جواز الإجهاض في طور النطفة بينما يحظر الإجهاض في طوري العلقة والمضغة، وهو مذهب الحنابلة وبعض الحنفية وقول الشيخ الحطاب بأنه يجوز ذلك قبل الأربعين ما دام نطفة.[3] ومن أقوال هذا الرأي أيضا:

- يقول ابن قدامة في المغني: "فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه لأن لا نعلم أنه جنين وإن ألقت مضغة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة".[4]

- ويقول المرداوي في الإنصاف: "يجوز شرب دواء لإسقاط نطفة".[5]

- وجاء في مطالب أولي النهي: "ولأنثى شربه لإلقاء نطفة لأنها لم تنعقد بعد، وقد لا تنعقد ولدا،

1- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص503.

2- أبي الحامد الغزالي، إحياء علوم الدين، بدون طبعة، دار الشعب، القاهرة – مصر، بدون سنة نشر، الجزء الرابع، ص736.

3- محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طبعة 1412هـ، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1412هـ – 1992م، المجلد الثالث، ص477.

4- عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الدمشقي، المرجع السابق، ص539.

5- علاء الدين أبي الحسن علي سليمان المرداوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1997، الجزء الأول، ص360.

ولا يجوز شرب دواء لإلقاء علقة لانعقادها".[1]

– وجاء في المبدع: "وقال قتادة إن كان علقة فثلث غرة، وإن كان مضغة فثلثي غرة، فإن ألقت مضغة فشهد ثقات من الناس القوابل إن فيه صورة خفية ففيه غرة".[2]

– وجاء في البناية: "لا يجوز التعرض للجنين إذا استبان بعض خلقه، فإذا تميز عن العلقة والدم أصبح نفسا، أما إذا لم يستبن شيء من خلقه فلا شيء عليها".[3]

وقد استدل أصحاب هذا الرأي بحديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه الذي يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن النطفة تكون في الرجم أربعين يوما على حالها لا تتغير، فإذا مضت الأربعون صارت علقة ثم مضغة كذلك، ثم عظاما كذلك فإذا أراد الله أن يسوى خلقه بعث الله إليها ملكا فيقول الملك الذي يليه: يا رب أذكر أم أنثى؟ أشقى أم سعيد؟ أقصير أم طويل؟ أناقص أم زائد، قوته وأجله، أصحيح أم سقيم؟ قال: فيكتب ذلك كله، فقال رجل من القوم ففيم العمل، إذا وقد فرغ من هذا كله؟ قال: اعملوا فكل سيوجه لما خلقه له".[4]

ووجه الدلالة لدى أصحاب هذا الرأي أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال في الحديث: "إن النطفة تكون في الرحم أربعين يوما على حالها لا تتغير"، ومادام الأمر كذلك فلا حرمة في إسقاطها. وقد رد على الحديث السابق بأنه ضعيف فقد أشار إلى ذلك صاحب الفتح الرباني فقال أن فيه على بن زيد شيء الحفظ.[5]

1– مرعي بن يوسف الحنبلي، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهي، الطبعة الأولى، بدون دار نشر وبلد نشر، 1961، الجزء الأول، ص267.

2– إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، بدون طبعة، المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، 1400 هـ، الجزء الثامن، ص357.

3– أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى العيني، البناية شرح الهداية، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1989، الجزء العاشر، ص201.

4– أحمد عبد الرحمن البنا، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، بدون طبعة، نشر دار الشهاب، القاهرة – مصر، بدون سنة نشر، الجزء 20، كتاب خلق العالم، باب ما جاء في الجنين وتكوينه في الرحم، ص 31.

5– نفس المرجع السابق، نفس الصفحة.

4- الرأي الرابع:

يرى بجواز الإجهاض في طوري النطفة والعلقة، بينما يحرم الإجهاض ابتداء من طور المضغة المخلقة، وقد استدلوا على ذلك بأن العلقة قطعة لحم لا حياة فيها وعلى ذلك فهو ليس بآدمي، وهو رأي الإمام الشافعي وبعض الحنابلة.[1]

- فقد جاء في بداية المجتهد: "واختلفوا في هذا الباب في الخلقة التي توجب الغرة، فقال مالك كل ما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة وقال الشافعي لا شيء فيه حتى تستبين الخلقة".[2]

- وجاء في كشاف القناع: "وكذا لو ألقت نطفة أو دما أو علقة فلا يتعلق به شيء من الأحكام لأنه لم يثبت أنه ولد بالمشاهدة".[3]

5- الرأي الراجح:

والرأي الذي أرجحه من الآراء السابقة هو الرأي الأول الذي يذهب إلى تحريم الإجهاض في جميع مراحله وأطواره وذلك لما يلي:

* قوة أدلتهم وسلامتها من الاعتراض.

* إن الآراء الأخرى التي أجازت إسقاط الجنين قبل نفخ الروح إنما أجازته اعتقادا منها بأنه لا حياة فيه، ومادام الطب الحديث قد أوضح أن الجنين كائن حي منذ بدء عملية التلقيح قبل أن يتشكل أو تدب فيه الحركة التلقائية، فهذه الحياة هي السبيل إلى نموه وتطوره، ومن ثم تعين حمايتها منذ نشوئها.

1- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص413.

2- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد ابن رشد، المرجع السابق، ص312.

3- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص413.

* ضعف أدلة الآراء الأخرى. ولأننا لو أخذنا بأي منها لكان معنى ذلك أننا نفتح الباب أمام المنحرفين ليمارسوا ما يغضب الله ورسوله عليه الصلاة والسلام مادام أن هناك من يتستر عليهم، وذلك بإباحة إسقاط الأجنة قبل أن تنفخ فيها الروح، وهذا أمر تتنزه عنه الشريعة الغراء والتي لا تدعو إلا إلى كل فضيلة وتنهي عن كل رذيلة من رذائل المجتمع وعلى رأسها الزنا وما يتسبب في وقوعه وانتشاره.

* تثبت الشريعة الإسلامية للجنين العديد من الحقوق ومن أمثلة هذه الحقوق حقه في الإرث أو النسب أو الوصية فكيف نثبت له هذه الحقوق ونتجاهل أهم الحقوق وهي حقه في الحياة. ومن ثم فيجب الحفاظ على هذا الحق لأنه مقدم على كافة الحقوق ولو كان الإجهاض مباحا قبل نفخ الروح لما أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم تنفيذ عقوبة الحد على الأم الحامل حتى تضع حملها وتبعه في ذلك الخلفاء الراشدون. ففي صحيح مسلم: "ثم جاءته امرأة من غامد من الأزد فقالت: يا رسول الله طهرني. فقال: "ويحك إرجعي فاستغفري الله وتوبي إليه" فقالت أراك تريد أن ترددني كما رددت ماعز بن مالك. قال: "وما ذاك" فقالت إنها حبلى من الزنى فقال: "أنت" قالت نعم. فقال لها: "اذهبي حتى تضعي ما في بطنك" قال: فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت قال فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال لقد وضعت الغامدية فقال: "إذا لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه " فقام رجل من الأنصار فقال: إلي رضاعه يا نبي الله قال: فرجمها".[1]

* إن القول بجواز الإجهاض قبل نفخ الروح يتعارض مع القاعدة الشرعية التي أجمع عليها المسلمون وهي قاعدة المحافظة على النسل، فقد أجمع العلماء على أن الضرورات التي يجب المحافظة عليها خمس وهي حفظ النفس والدين والعقل والنسل والمال. فمعنى ذلك أننا لو أخذنا بأي من الآراء الأخرى التي ترى جواز الإجهاض قبل نفخ الروح فإننا نعارض هذه القاعدة الشرعية الضرورية وهي قاعدة "ضرورة المحافظة على النسل".[2]

1- الشيخ بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا، طرف حديث 1695، ص 1322.

2- محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، بيروت – لبنان، 1396 هـ / 1976 م، ص99.

ثانيا: مرحلة ما بعد نفخ الروح في الجنين:

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية من حنفية وشافعية ومالكية وحنابلة وظاهرية على أن الاعتداء على حياة الجنين بالإجهاض بعد نفخ الروح فيه عمدا وبلا عذر يكون محرما شرعا لأنه جناية على إنسان حي متكامل الخلق ظاهر الحياة، ونفخ الروح في الجنين يكون بعد مائة وعشرون يوما.[1] وتتمثل مختلف آراء الفقهاء فيما يلي:

* فقد جاء في الإجماع: "أجمع أهل العلم أن في الجنين غرة".[2]

* وعند الحنفية قال ابن عابدين: "قال في النهر هل يباح الإسقاط بعد الحمل؟ نعم يباح ما لم يتخلق منه شيء ولن يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرون يوما".[3]

* وعند المالكية قال الدسوقي: "كذلك لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين وإذا نفخت فيه الروح حرام إجماعا".[4] وجاء في القوانين الفقهية: "وإذا قبض الرحم المني لم يجز التعرض له، وأشد من ذلك إذا تخلق، وأشد من ذلك إذا نفخ فيه الروح، فإنه قتل نفس إجماعا".[5]

وجاء في المنتقى: " وقوله فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو ولية الجنين المذكور ما ألقته المرأة مما يعرف أنه ولد، قال ابن المواز: "وإن لم يكن مخلقا قال داود ابن جعفر عن مالك: إذا سقط منها ولد مضغة كان أو عظما كان فيه الروح إذا علم أنه ولد، قال عيسى قال ابن القاسم مثله عن مالك في المجموعة ولم يتبين من خلقه عين ولا إصبع ولا غير ذلك فإذا علم النساء أنه ولد ففيه الغرة".[6]

1- محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، بدون طبعة، دار الجيل، بيروت – لبنان، 1973، الجزء الثاني، ص87.

2- محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري أبو بكر، الإجماع لابن المنذر، الطبعة الثالثة، دار الدعوة، الإسكندرية – مصر، 1402 هـ، الجزء الأول، ص120.

3- محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص185.

4- شمس الدين محمد بن أحمد عرفة الدسوقي، المرجع السابق، ص266 و267.

5- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص141.

6- أبو الوليد سليمان بن خاف بن سعد القرطبي الباجي، المنتقى شرح الموطأ، بدون طبعة، دار الكتاب الإسلامي، مصر، بدون سنة نشر، الجزء السابع، ص80.

* جاء في الأم وفقا للشافعية: "قال الشافعي في الجنين المسلم بأبويه أو بأحدهما غرة وأقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة والعلقة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمي إصبع أو ظفر أو عين أو ما أشبه ذلك".[1]

* وجاء في إعانة الطالبين: "فرع اختلفوا في التسبب لإسقاط ما لم يصل لحد نفخ الروح فيه وهو مائة وعشرون يوما...أنه بعد نفخ الروح يحرم مطلقا".[2]

* وفي نهاية المحتاج فقد يقال أيضا: "أما حالة نفخ الروح فما بعده إلى الوضع فلا شك في التحريم".[3]

* جاء في أخصر المختصرات للمذهب الحنبلي: "ويباح إلقاء نطفة قبل أربعين يوما بدواء مباح،[4] والذي نفهمه بمفهوم المخالفة من هذه العبارة أن الجنين بعد مرور أربعين يوما عليه في بطن أمه لا يجوز إسقاطه ومن باب أولى إذا تم نفخ الروح فيه".

* يذهب الإباضية في شرح النيل في قولهم: "وإن استبان خلقه فإن كان فيه روح فدية كاملة".[5]

* أما التاج المذهب التابع للزيدية فأجاز إسقاط الحمل قبل نفخ الروح إذا أذن الزوج حيث قال في الانتصار: يجوز تغير النطفة في الرحم والعلقة والمضغة بالأدوية لأنه لا حرمة لها قبل نفخ الروح

1- محمد بن ادريس الشافعي، إمام مذهب الشافعي، مختصر المزني بهامش الأم، الطبعة الثانية، دار القذ العربي، لبنان، 1393 هـ، المجلد الثامن، ص365.

2- السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي أبو بكر، إعانة الطالبين، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الرابع، ص130.

3- محمد بن أحمد الرملي الأنصاري، نهاية المحتاج، بدون طبعة، دار الفكر، لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الثاني، ص442.

4- محمد بن بدر الدين بن بليان الدمشقي، أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت – لبنان، 1416 هـ، الجزء الأول، ص236.

5- محمد بن يوسف أطفيش، المرجع السابق، ص 102.

فيها "، قلت: ولا يجوز ذلك إلا بإذن الزوج وإلا أثمت ولا ضمان مطلقا أذن أم لا وبعد نفخ الروح لا يجوز مطلقا أذن أم لا وتأثم مع القصد وتضمن دية ما خرج حيا.[1]

أما بالنسبة للعلماء المعاصرين فهناك إجماع كذلك على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح.

المطلب الثاني: الإطار القانوني لجريمة الإجهاض.

وهنا سنتعرض لمعالجة الإطار القانوني لجريمة الإجهاض. وذلك من خلال التطرق إلى الأركان المكونة لهذه الجريمة و صورها المختلفة. لنعرج على العقوبات المتصورة للفاعل و شريكه في عملية إسقاط الجنين.

الفرع الأول: أركان جريمة الإجهاض وصورها.

نتطرق في هذه الجزئية لأركان جريمة الإجهاض و مختلف صوره فيما يأتي:

أولا: أركان جريمة الإجهاض:

إن ركن جريمة الإجهاض، هو ما لا تقوم الجريمة إلا به، سواء كان ركنا عاما، كالركن المادي والركن المعنوي، أم كان ركنا خاصا كالجانب المفترض في جريمة الإجهاض، فإذا اكتمل جميعها وجدت الجريمة. وإذا تخلف أحدها تخلف وجود الجريمة. وهو ما يجب بحثه كالآتي:

1- الركن الشرعي للجريمة:

تتفق القوانين الوضعية مع الفقه الإسلامي في أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. إن الإجهاض المعاقب عليه قانونا هو الإجهاض الجنائي، والذي نص المشرع الجزائري على ركنه الشرعي في تقنينه العقابي في الجزء الثاني تحت عنوان "الجنايات والجنح وعقوباتها"، من الباب الثاني تحت عنوان "الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة"، من القسم الأول تحت عنوان الإجهاض في المواد 304 إلى 310 منه.

1- القاضي أحمد بن قاسم العنسي الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، بدون طبعة، مكتبة اليمن، صنعاء، اليمن، بدون سنة نشر، الجزء الثاني، ص424.

وانطلاقا من دراسة المادة 304 من هذا التقنين،[1] نستخلص أركان جريمة الإجهاض كما يلي:

- حالة حمل أو حالة افتراض حمل المرأة.
- فعل الإجهاض ووسائله.
- النية الإجرامية.

ويلاحظ أن قانون العقوبات الجزائري على غرار قانون العقوبات الفرنسي، فإنه يفرق بين إجهاض المرأة لنفسها، وبين إجهاض الغير لها. كما أنه يعاقب على الشروع في هذه الجريمة والتحريض عليها في مادته 310.[2]

غير أنه قبل التطرق إلى الركن المادي والمعنوي لجريمة الإجهاض، لابد من التعرض للركن الخاص لجريمة الإجهاض وهو الركن المفترض حيث أن فكرة البناء القانوني لجريمة الإجهاض لا تستلزم الأركان الأساسية فحسب، بل تشمل ما تضمنه نص التجريم من شروط أولية أو عناصر مفترضة أو خاصة يؤثر توافرها أو تخلفها على الجريمة وجودا وعدما. والجانب الخاص في جريمة الإجهاض، هو المحل الذي يرد عليه السلوك، وهذا ما يسمى بالجانب المفترض، وهو عبارة عن مركز قانوني أو واقعي يسبق وجود قيام الجريمة، ولابد من هذا الوجود (وجود الحمل) قبل الخوض في مدى توافر أركان الجريمة الأخرى، وهذا ما نص عليه التقنين العقابي الجزائري في المادة 304 بقوله: "كل من أجهض إمرأة حاملا أو مفترض حملها..." بمعنى إذا تخلق العنصر المفترض انتفت الجريمة من الناحية القانونية، وذلك أن حياة الجنين هو الموضوع الذي يرد عليه الاعتداء، فلا يقع الإجهاض إلا على إمرأة حبلى في أوقات حملها.[3]

1- تنص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري على أنه :" كل من أجهض إمرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100.000دج..."

2- ابن وارث محمد، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري " القسم الخاص "، الطبعة الثالثة ، دار هومة، الجزائر، 2006، ص153.

3- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، المرجع السابق، ص308 و309.

والحمل هو البويضة الملقحة منذ التلقيح الذي تم بين الذكر والأنثى، والتي يتكون منها الجنين شيئا فشيئا إلى أن تتم الولادة الطبيعية. فلكي يقع الإجهاض لابد من وجود حالة حمل، أي وجود جنين في رحم المرأة، فيجبر أن يكون هناك حمل حتى يمكن إخراجه بوسائل الإجهاض المختلفة، لأن المقصود بالحماية من جريمة الإجهاض ليس المرأة وحدها، وإنما حماية حق الجنين في الحياة، وكذلك حماية حق المجتمع في البقاء والاستمرار.[1]

لذا فلابد لقيام جريمة الإجهاض أن تقع على إمرأة حامل أي أن هناك جنين حقيقي يسكن في بطن تلك الأم وليس حمل وهمي كما تتخيل بعض النساء. وبانعدام الحمل فلا مجال لجريمة الإجهاض وبالتالي استحالة قيام هذه الجريمة، وهو صورة من صور الجرائم المستحيلة.[2]

فجريمة الإجهاض لا تتوافر بانتفاء الحمل، لذا يكون محل السلوك الإجهاض، الذي يقوم به الجاني على امرأة حامل. فالمجني عليه في هذه الجريمة ليس المرأة الحامل فقط، بل الجنين الكائن في أحشائها. أما إذا انعدم الحمل فإن جريمة الإجهاض لا تقوم حتى ولو في صورة الشروع.

وتبدأ الحماية القانونية للجنين منذ لحظة الإخصاب وحتى تمام عملية الولادة حتى وإن كان الحمل في ساعاته أو أيامه الأولى، أما قبل لحظة الإخصاب فلا مجال للحديث عن جريمة الإجهاض، لانعدام المحل الذي تنصب عليه الجريمة وهو الجنين. فالعبرة هنا بوجود الحمل في أي مرحلة كانت.[3]

1- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري " القسم الخاص "، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص61.

2- فريجة حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري " جرائم الأشخاص والأموال "، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص124.

3- يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة " دراسة مقارنة "، بدون طبعة منشورات الحلبي، لبنان، 2003، ص155.

ونتيجة لما تقدم فإن جريمة الإجهاض تقع دون اعتداد بحياة الجنين أو حيويته، كان حيا أم قابلا للحياة أم مشكوكا في ذلك، أو سواء تشكل أم لم يتشكل، وسواء دبت فيه الحركة أم لم تدب، بل وسواء كان حيا أم ميتا موتا طبيعيا قبل الإخراج المتعمد له.[1]

2-الركن المادي للجريمة:

الأصل أن الركن المادي في جريمة الإجهاض يضم بين دفتيه جميع المقومات المادية للجريمة. ويتكون الركن المادي من ثلاث عناصر أساسية، وهي النشاط (السلوك) الإجرامي، النتيجة، ورابطة السببية التي تربط بينهما.

لقد تعرض فقهاء الإسلام لبحث الركن المادي للجريمة والذي يتمثل في إتيان الفعل المحظور سواء كانت الجريمة إيجابية أو سلبية، أما في القانون فإن الركن المادي لجريمة الإجهاض يتمثل في صدور نشاط من الجاني، يؤدي إلى هلاك الجنين بإسقاطه، وخروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، وإما بإنهاء نموه وتطوره داخل الرحم، ويكون ذلك باستعمال وسائل صناعية تؤدي للقضاء على الجنين.[2]

ويتضح من ذلك أن عناصر الركن المادي لجريمة الإجهاض سواء في الشريعة أو القانون يتكون من ثلاثة عناصر وهي:

- سلوك يأتيه الجاني.
- تحقيق نتيجة ضارة.
- علاقة السببية بين سلوك الفاعل والنتيجة.

1- القهوجي علي عبد القادر، قانون العقوبات " القسم الخاص- جرائم الإعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان وعلى المال "، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2002، ص 376.

2- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 510.

أ- **السلوك الإجرامي:** هو عبارة عن النشاط الذي يقوم به الجاني، يختلف هذا السلوك من جريمة لأخرى. ويقوم دائما على عنصري الإرادة، وحركة عضوية للقيام بهذا السلوك تحقيقا لإرادة الجاني.

كما أن السلوك الإجرامي شرط لازم، من أجل أن ينسب لشخص ما اقتراف جريمة، أي لقيام الإسناد المادي. فلا يمكن تصور جريمة دون أن تكون نتيجة لسلوك إجرامي، فهو سبب النتيجة حيث يثبت توفر العلاقة السببية بينهما.[1]

وجريمة الإجهاض من الجرائم التي يريد فيها الجاني التخلص من الحمل قبل موعد ولادته الطبيعي. فهي من الجرائم الإيجابية التي يقوم الجاني فيها بفعل، من شأنه أن يفضي إلى موت الجنين أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته.[2]

فالركن المادي للجريمة يتحدد بوضوح في الوسائل المستعملة لعملية الإجهاض، وهذه الوسائل المستعملة هي التي تفرق بين الإجهاض الإجرامي، والإجهاض العلاجي أو الطبيعي، مهما كان مصدره والذي لا يعاقب عليه إطلاقا فهو مباح قانونا بشروط معينة.[3]

والمشرع الجزائري أعطى أمثلة على هذه الوسائل فذكر المأكولات أو المشروبات والأدوية أو أعمال العنف أو بأية طريقة أخرى دون تحديد. فيمكن القول بأن المشرع لم يعتد بالوسيلة التي يستخدمها الجاني في ممارسة نشاطه الإجرامي، فنصوص قانون العقوبات الجزائري جاءت عامة، وعلى ذلك يمكن أن تنصرف عباراتها إلى كافة الوسائل، طالما كانت الوسيلة صالحة لإحداث النتيجة ومتى كانت النية متجهة إلى الإجهاض.[4]

1- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات " القسم الخاص "، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص589.

2- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات " القسم الخاص "، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، 2000، ص325.

3- ابن وارث محمد، المرجع السابق، ص153.

4- عبد النبي محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص164.

وعلى ذلك فالمشرع الجزائري لا يتطلب وسيلة معينة لوقوع الإجهاض، فممكن أن يكون سلوك الجاني سلوكا ماديا كالضرب، ونحوه من أنواع الإيذاء كالضغط على البطن أو إعطاء أدوية وعقاقير تؤدي إلى الإجهاض. كما يجوز أن يكون نشاط الجاني معنويا كترويج الحامل وتخويفها، أو تهديدها أو الصراخ في وجهها بقصد إجهاضها. فكل تلك الوسائل يعتد بها إذا أدت إلى الإجهاض، وكان ذلك هو غرض الجاني عند استعماله لتلك الوسائل.[1]

ب- النتيجة الإجرامية: هي الأثر المترتب على السلوك الإجرامي للجاني، وبالنسبة لجريمة الإجهاض تتمثل هذه النتيجة الإجرامية في خروج الجنين من الرحم وقطع الصلة التي تربطه بجسم أمه. فجريمة الإجهاض قد يترتب عليها إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، كما قد يترتب عليها إصابة الأم ببعض الأضرار المادية والنفسية، فضلا عن إصابة المجتمع ببعض الأضرار من هذه الجريمة. ولكن النتيجة التي يعتد بها قانون العقوبات الجزائري هي إنهاء حالة الحمل قبل الأوان، ولا أهمية بعد ذلك سواء خرج الجنين ميتا من الرحم، أو بقي فيه مدة من الزمن حتى يتم إخراجه بعد ذلك حتى ولو لم يخرج أصلا، أو نزل حيا نتيجة الاعتداء على الأم قبل أوان ولادته.[2]

ج- علاقة السببية: هي رباط يربط بين قطبين، أحدهما السلوك الإجرامي الذي يمثل دور السبب، والآخر النتيجة الإجرامية التي تمثل دور الأثر المترتب على هذا السبب، فيجب أن تتوافر علاقة السببية بين فعل الإجهاض، وموت الجنين أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته.[3]

فيستلزم وجود علاقة السببية بين النشاط الإجرامي والنتيجة الإجرامية، بحيث يؤدي النشاط الإجرامي إلى النتيجة، ويكون الفعل الصادر عن الجاني هو السبب المباشر في إسقاط

1- رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص226 و227.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص83.

3- أمير فرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، بدون طبعة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية – مصر، 2006، ص151.

المجني عليها. فلو انتفت هذه العلاقة، فلا جريمة لعدم اكتمال ركنها المادي لتخلف عنصر أساسي من عناصره.[1]

فينبغي أن تقوم علاقة السببية بين فعل الطبيب، وسقوط الجنين من رحم أمه، كقيام الطبيب بصرف الدواء للأم الحامل دون إتباع قواعد وأصول الفن في هذه الحالة، مما يؤدي إلى سقوط الجنين، أو أن يقوم الطبيب بإجراء جراحة للأم الحامل معتقدا بوجود ورم في الرحم، وإذا به جنين فيقوم بإخراجه من الرحم...[2]

3-الركن المعنوي للجريمة:

القصد الجنائي هو إتيان الفعل المجرم أو تركه، مع العلم بأن الشارع يجرم الفعل أو يوجبه، وهو أن يكون الجاني مكلفا أي مسؤولا عن الجريمة؛ وسبب المسؤولية هو ارتكاب المعاصي أي إتيان المحرمات التي حرمتها الشريعة، وترك الواجبات التي أوجبتها، فالمعاصي سبب للمسؤولية بشرط الإدراك والاختيار. فإسقاط الجنين (الإجهاض) معصية حرمها الشارع وجعل لها عقوبة لفاعلها. إضافة إلى ذلك فإنه لا يكفي قانونا لقيام جريمة الإجهاض مجرد ماديات الجريمة المتمثلة في عناصر الركن المادي، بل ينبغي أن يتوافر لدى الجاني القصد الجنائي، وهو ما اصطلح على تسميته بالركن المعنوي.[3]

فجريمة الإجهاض من الجرائم العمدية التي يشترط المشرع لقيامها القصد الجنائي. ووفقا للقواعد العامة يجب أن يتوافر في مرتكب جريمة الإجهاض عناصر القصد الجنائي وهي:

أ- **العلم:** فيجب على الجاني العلم أنه يوجه فعله إلى امرأة حامل، ويجب أن يعلم بخطورة أفعاله على الجنين. فإذا كان يجهل بتوافر حالة الحمل، أو كان يعلم أن الحمل لا يمكن أن يستمر، وترتب الإجهاض على فعله، أو على الوسائل التي استخدمها، فلا يسأل عن جريمة الإجهاض لتخلف القصد الجنائي لديه. وإن كان من الممكن أن يسأل عن جريمة أخرى، كالضرب والجرح أو إعطاء مواد ضارة، شريطة أن يكون الحمل غير ظاهر. أما إذا كانت الشواهد المرئية

1- أمير فرج، المرجع السابق، ص252.

2- علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص210.

3- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، المرجع السابق، ص306.

تدل على ظهور الحمل، فلا يقبل منه الاحتجاج بجهله، كما لو كانت المرأة في الشهور الأخيرة للحمل، وكانت ضعيفة البنية، فالحمل في هذه الحالة يظهر بوضوح، فإنه يسأل هنا عن جريمة الإجهاض.[1]

ب- الإرادة: يجب أن تتجه إرادة الفاعل إلى تنفيذ فعل الإجهاض، وإلى تحقيق النتيجة المترتبة على ذلك، وهي إنهاء الحمل قبل الأوان. وعلى ذلك فإن لم يكن الفعل إراديا من الفاعل، فلا يتوافر القصد الجنائي لديه. وإن كان من الممكن أن يسأل عن جريمة إصابة خطأ، فيجب أن يكون الجاني قد ارتكب فعله عن إرادة، فلا يرتكب الإجهاض على من يقع على امرأة حامل بسبب قوة قاهرة، أو حالة الضرورة فيتسبب في إجهاضها.[2]

فيجب أن يثبت أن الجاني قد قصد إحداث الإجهاض، فإذا كانت إرادته لم تنصرف إلى إحداث الإجهاض، فلا يسأل إلا عن الجريمة التي اتجهت إرادته إليها. فمن ركل امرأة حاملا بقصد إيذائها، دون أن تتجه إرادته إلى إسقاطها، فلا يسأل إلا عن جريمة ضرب عمد، ويسأل عن الإجهاض كنتيجة محتملة.[3]

ثانيا: صور جريمة الإجهاض:

إن جريمة الإجهاض قد ترتكب من قبل المرأة الحامل على نفسها، كما قد يقوم بها الغير ضد الحامل، وفي هذه الحالة يجب التمييز بين الشخص العادي والشخص ذي الصفة أي الطبيب والصيدلي ومن هم في حكمه.

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص84.

2- محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، دون سنة نشر، ص55.

3- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء " دراسة مقارنة "، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص310.

1- إجهاض المرأة لنفسها:

نصت على هذه الجريمة المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري،[1] وقد أراد المشرع بمعناها أن يؤكد إلتزام الحامل بالمحافظة على حملها، ولهذه الجريمة ثلاثة صور تتمثل في:

- صورة تفترض أن الحامل قد أتت فعل الإسقاط من تلقاء نفسها، دون أن يعرضها أو يقترح عليها ذلك أحد.

- صورة تفترض أنها أتت الفعل أو استعملت الوسائل بناء على اقتراح الغير.
- صورة تفترض أنها مكنت الغير من إتيان فعل الإسقاط على جسمها.

ووسائل الإجهاض في هذه الجريمة سواء، فلا فرق بين أن تتخذ صورة العنف أو تتجرد منه. كما أن تمكين الغير من إجهاض لا يقتضي نشاطا إيجابيا فلا يتطلب طلب الحامل ذلك أو رضائها الصريح، وإنما يكتفي لتحقيقه مجرد الإمتناع، ولكن شرط ذلك أن يكون في استطاعتها الحيلولة دون الإجهاض، فالحامل قد تكون فاعلا معنويا للإجهاض، وقد يكون الطبيب المجهض هو المنفذ المادي.[2]

وتسأل عن هذه الجريمة الحامل التي شرعت في الانتحار ثم فشلت، ولكن ترتب على محاولتها موت الجنين إذا كانت قد توقعت هذه النتيجة فقبلتها، إذ يعد القصد الاحتمالي في الإجهاض متوافرا لديها، ويخضع القصد الجنائي في هذه الجريمة للقواعد العامة.

2- إجهاض الغير للحامل:

فهنا عكس الصورة الأولى فالفاعل هو شخص غير الحامل، والغير هنا قد يكون شخصا عاديا أو ذو صفة أي صاحب اختصاص كالطبيب، والصيدلي، ومن هم في حكمه.

1- تنص المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20000 إلى 100000دج المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض ".

2- رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص232.

أ- إجهاض الغير العادي للحامل: تتطلب هذه الجريمة حسب المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري[1] توافر الأركان العامة للإجهاض، ولكن المتهم شخص آخر غير الحامل، ويعني ذلك جواز أن تقترف إمرأة حامل فعل الإجهاض على حامل أخرى، ولا يهم الوسيلة المستعملة في ذلك.

ويعتبر المتهم فاعلا ولو لم يقترف فعل الإسقاط كله أو جزء منه، وإنما اقتصر على مجرد دلالة الحامل على وسيلة الإجهاض. وهذا الحكم خروج على القواعد المقررة في شأن التفرقة بين الفاعل والشريك، فإذا استعملت الحامل الوسيلة التي دلها عليها المتهم، فهي لا تعتبر شريكة له، وإنما تعد فاعلة للجريمة.[2]

ب- إجهاض الغير ذي الصفة للحامل: طبقا للمادة 306 من قانون العقوبات الجزائري[3] المتهم شخص غير الحامل، ولكنه إضافة إلى ذلك شخص ذو صفة، أي صاحب اختصاص كالطبيب أو القابلة أو الصيدلي، أي أحد الأشخاص الذين نصت عليهم نفس المادة، وهذا ما يعد ظرفا مشددا في الجريمة.

ويقتصر نطاق هذا الظرف على جريمة إجهاض الغير للحامل، فلا تطبيق له على جريمة إجهاض الحامل لنفسها، أي أنه إذا كانت الحامل طبيبة أو صيدلية... فأجهضت نفسها، وقعت عليها العقوبة التي تنص عليها المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري، لأن الطبيبة أو من في حكمها من ذوي الصفة الخاصة إذا أجهضت نفسها، لم يبعثها إلى الإجهاض الدافع إلى الثراء ولا يعتبر فعلها مظهرا للاحتراف.

1- تنص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك ... ".

2- أمير فرج، المرجع السابق، ص260.

3- تنص المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري على أن:" الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة، وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان، وطلبة الصيدلة ومستخدمة الصيدليات، ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية، وتجار الأدوات الجراحية، والممرضون والممرضات، والمدلكون والمدلكات، الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 على حسب الأحوال ".

والمرجع في تحديد صفة الجاني كطبيب أو جراح...، هو القوانين واللوائح التي تحدد اكتساب هذه الصفة وفقدها. وتوافر هذه الصفة كاف بذاته للتشديد، ولو أجرى المتهم الإجهاض دون أجر، أو كان موقوفا عن ممارسة مهنته مؤقتا غير نهائيا، فصفة الطبيب ومن في حكمه ظرف يغير من وصف الجريمة.[1]

الفرع الثاني: إثبات جريمة الإجهاض والعقوبة المقررة لها.

إنّ الإثبات في الشريعة الإسلامية هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق الّتي حدّدتها الشريعة الإسلامية على حق، أو على واقعة تترتب عليها الآثار. أمّا في القانون الجنائي فهو إقامة الدليل لدى السلطة المختصة بالإجراءات الجنائية، على وقوع الجرم وعلى نسبته لشخص معيّن فاعلاً كان أو شريكاً، وبالطرق المشروعة قانوناً.

أولاً: إثبات جريمة الإجهاض:

نظراً لصعوبة إثبات الإجهاض، وكونه من المسائل الّتي تحتاج لخبرة طبية، سنتطرق أولاً لدراسة الخبرة الطبية، ثم نبين دور هذه الخبرة في إثبات جريمة الإجهاض.

1- مفهوم الخبرة الطبية :

عرّف الفقه الإسلامي الخبرة الطبية على أنّها العلم بمواطن الأمور، حيث كانت موجودة في الجاهلية أي قبل ظهور الإسلام، فجاء بدوره وأقرها من ذلك القيافة والّتي كانت مشهورة في بني مدلج، والتي كانت السبيل الوحيد في إثبات النسب في حالة التنازع .[2]

الخبرة لغة من الخبر أي النبأ. يقال إخبار ورحل خابر وخبير، أي عالم به. وأخبره أي أنبأه بما عنده. والخبر والخبرة (بكسرهما) وبضمان العلم بالشيء كالإخبار والخبير.[3]

1- أمير فرج، المرجع السابق، ص264.

2- خالد محمد شعبان، المرجع السابق، ص30.

3- علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 1998، ص06.

لم يعرف التشريع الجزائري الخبرة ، فتعتبر حسب ما ورد تعريفها في الفهرس التطبيقي " دالوز" هي العملية المسندة من طرف القاضي إمّا تلقائياً ، وإمّا بناءً على اختيار الأطراف إلى أناس ذوي خبرة في حرفة أو فن أو علم ، أو لديهم مفاهيم عن بعض الوقائع ، وحول بعض المسائل ليوصّل بواسطتهم إلى استخلاص معلومات يراها ضرورية لحسم النزاع ، والتي لا يمكنه الإثبات بها بنفسه.[1]

الخبرة عرّفها البعض بأنّها الاستشارة الفنيّة ، التي يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو دراية علمية لا تتوفر لدى القاضي بحكم تكوينه، وكأن يتعلق الأمر بإجراء أبحاث خاصة ، أو تجارب علمية تستلزم وقتاً لا يتّسع له علمه.[2]

وقد أجازت التشريعات للقاضي الرجوع إلى الأخصائيين ، إذا تبين له وجود نقص معين في معرفته، وعلى أن لا يكون هذا النقص مرتبطاً بالمسائل القانونية، التي هي من محض وظيفته أو تخصصه، وتتمّ الخبرة وفق القواعد المحدّدة في قانون الإجراءات الجزائية، سواء تعلق الأمر بأداء اليمين، أو بمراقبة الخبرة أو بدور الخبير أو مدة الخبرة.[3]

ويتّجه أغلب الفقه إلى أنّ الخبرة هي وسيلة إثبات خاصة تهدف إلى التعرف على وقائع مجهولة من خلال الواقع المعلوم، وبذلك تنقل دليلاً يتعلق بإثبات الجريمة أو إسنادها المادي أو المعنوي إلى المتّهم، وتجدر الإشارة إلى أنّ عمل الخبير يقترب من عمل القاضي في أنّ كلا منهما يطلب منه تقدير المسائل محل البحث والإدلاء برأيه فيها.

1- هنوني نصر الدين ونزاعي نعيمة، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2007، ص26.

2- العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2000، ص161.

3- أحسن بوسقيعة ، التحقيق القضائي، الطبعة السادسة، دار هومة، الجزائر،2006، ص 112-116.

2- دور الخبرة الطبية في إثبات الإجهاض :

بعد أن تطرقنا بداية إلى تحديد مفهوم الخبرة الطبية، اتضح أنّ للخبرة الطبية دور هام منذ القدم في الكشف على مختلف الاعتداءات، والجرائم الواقعة على جسم الإنسان ومن بين الجرائم التي تلعب فيها الخبرة الطبية دوراً بارزاً في إثباتها جريمة الإجهاض.

أ-إثبات الإجهاض في الفقه الإسلامي : لا شك أنّ أهل الخبرة في مسائل الإجهاض في الفقه الإسلامي هم القوابل لأنّ الإجهاض مسألة خاصة بالنساء، ولا يطلع عليها غيرهنّ ، فالقابلة هي المرأة التي تتلقى الولد عند الولادة وجمعها قوابل ، والقبل هو"لطف القابلة لإخراج الولد من بطن أمّ الرجال".[1]

ولكن الإشكال يثور حول جواز قبول شهادة القابلة في إثبات الإجهاض؟

اتفق الفقهاء على قبول شهادة القوابل فيما لا يطلع عليه إلاّ النساء، وفي ذلك يقول الإمام الزهري: "مضت السنة في أن تجوز شهادة النساء ليس معهن رجل، فما يلين من ولادة المرأة، واستهلال الجنين، وفي غير ذلك من أمر النساء الّذي لا يطلع عليه ولا يليه إلاّ هن، فإذا شهدت المرأة المسلمة التي تقبل النساء فما فوق المرأة الواحدة في استهلال الجنين جازت". فإذا أنكر الزوج أو الورثة وقوع الولادة، ووجد حمل أو استهلال وشهدت القوابل على ذلك قبلت شهادتها، فيثبت نسب المولود ويشترك في الإرث مع بقية الورثة، وكذا إذا ادعت المطلقة أنّها حامل وعرض عليها القوابل، فذكرن أنّها حامل قبلت شهادتهن، ولزم على مطلقها النفقة إليها، سواء أكان الطلاق بائناً أو رجعياً لأنّ هذه من الأمور الّتي لا يطلع عليها الرجال.[2]

واختلفوا في شهادة القابلة الواحدة في حق من الحقوق على قولين:

* **القول الأول:** يذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية، وقال به أبو حنيفة في حالة عدم قيام الزوجية، إلاّ أنّه لا تقبل شهادة القابلة الواحدة، ولا يثبت لشهادتها حق من الحقوق، سواء أكان مالياً أو غير مالياً لعدم ورود ذلك، لأن هذا لا يقبل فيه شهادة الرجل الواحد وهو أقوى، فاذا لم يثبت الحق بالأقوى، فلا يثبت بالأضعف من باب أولى.

1- إبن منظور، المرجع السابق ، ص72.

2- خالد محمد شعبان، المرجع السابق، ص 148.

* **القول الثاني:** قال به الحنابلة وأبو يوسف أنّه يكتفي فيه شهادة المرأة الواحدة بشرط أن تكون من أهل الخبرة والعدالة، لأنّ هذا الأمر يقبل فيه شهادة النساء منفردات فلا يشترط تعددهن كشهادة المرأة في الرضاع، ولأنّ الرسول صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة.[1]

أما إذا كان النكاح مازال قائماً، اتفق الحنفية على قبول شهادة القابلة الواحدة إذا جحد الزوج الولادة فشهدت بوقوعها لتأكيدها بقيام الفراش، ويثبت بذلك نسب الولد بشرط أن يولد لستة أشهر، وأنّ النسب يحتاط له مالا يحتاط لغيره.[2]

ب-إثبات الإجهاض في القانون الجزائري : إنّ الخبرة الطبية هي إحدى طرق الإثبات المشروعة قانوناً في الجرائم الطبية، وقضايا المسؤولية الطبية حيث أنّه إذا كانت الخبرة الفنية ضرورية في أيّ من الأمور العلمية والفنية على وجه العموم، فإنّها في مجال القضايا والجرائم الطبية أشد ضرورة على وجه الخصوص، نظراً لما لها من أهمية بين مختلف قضايا المسؤولية الطبية، باعتبار أنّ محلها هو الجسد البشري، واستناداً إلى أنّ الإنسان وحياته وسلامة جسده تقع في أعلى مراتب الاهتمام.

وفي مجال الجرائم الطبية وقضايا المسؤولية الطبية فإنّ الخبرة تتحدد في الأمور الطبية الّتي لا تقدم إلاّ من الخبراء في هذا المجال وهم الأطباء، فهم أرباب علم وفن الطب خاصة، و هنا ليس للقاضي أن يقضي في أمور طبية فنية، لا يستوي في معرفتها ذو الاختصاص مع غيرهم، وإنّما عليه أن يستعين بالخبراء في هذا العلم وهم الأطباء.[3]

إنّ إثبات الإجهاض يتطلب تدخّل الخبرة الطبية من خلال معاينة الطبيب الشرعي الذي يُظهر إجابة عن بعض الأسئلة نذكر منها: هل فعلاً وقع الإجهاض؟ هل هو إجهاض كامل أو جزئي؟

كما قد يلجأ الطبيب الشرعي لإثبات طبيعة الإجهاض الجنائي، وذلك بفحص مكان الجرم، كما أنّه يجب على الطبيب الامتناع عن القيام بتجريف الرحم بمكتبه، فقد يعرضه ذلك

1- ابن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص32.

2- خالد محمد شعبان، المرجع السابق، ص148.

3- منصور عمر المعايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية ، الطبعة الأولى ، جامعة نايف للعلوم الأمنية ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، 2004، ص 123.

للاتهام بالإجهاض. فعندما ينتدب طبيب لتوقيع الكشف الطبي على امرأة، لبيان ما إذا كانت حاملاً وأجهضت، وتاريخ الإجهاض وسببه ومدّة الحمل، فيجب عليه أن يسأل المطلوب الكشف عليها، عمّا إذا كانت متزوجة وتاريخ الزواج، وعمّا إذا كان سبق لها حمل وولادة، وعدد مرات الحمل والولادة، وعمّا إذا كان قد حدث إجهاض وفي أي مدة من الحمل وعدد مرات الإجهاض.

ويجب أن يثبت في تقريره كذلك جميع الإصابات ، وآثار العنف الّتي قد يجدها بجسم المجني عليها المدعية بحدوث الإجهاض، ويأخذ عيّنة دم وبول، وترسل للمخبر للبحث عن المجهضات .[1]

ثانيا: عقوبة الإجهاض في القانون الجزائري:

طبقا لنص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري، فإنها تعاقب الجاني عن جريمة الإجهاض عمدا، سواء كانت الجريمة تامة أو كانت مجرد شروع، وسواء كان بموافقة الحامل، أو كانت غير راضية بذلك، بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من عشرين ألف إلى مئة ألف دينار جزائري. أما إذا أفضى الإجهاض إلى وفاة الحامل تكون الواقعة جناية لا جنحة، ويعاقب عليها بالسجن المؤقت من عشرة إلى عشرين سنة، وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 304 على جواز الحكم بالمنع من الإقامة.[2]

يتضح من خلال كل ما سبق أن عقوبة الإجهاض قد تكون جنحة وقد تكون جناية إذا أدت عملية الإجهاض إلى الوفاة.

1- عقوبة الإجهاض بوصفة جنحة:

لقد نص المشرع الجزائري على جنح الإجهاض في المواد 304، 305، 306، 307 و308 و309 و310 من قانون العقوبات الجزائري، ويقرر كل نص فيها جنحة مستقلة عن الأخرى. ويتطلب لقيام جنحة الإجهاض المنصوص عليها في نص المادة 304 من قانون

1- عبد الحميد الشواربي، الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي، بدون طبعة ، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، 2003، ص123.

2- المنع من الإقامة طبقا للمادة 12 من قانون العقوبات الجزائري يكون لمدة لا تزيد عن 05 سنوات في مواد الجنح، و10 سنوات في مواد المخالفات.

العقوبات توافر أركان الإجهاض، بالإضافة إلى ذلك يفترض النص أن المتهم هو شخص غير الحامل التي أسقط حملها، فقد يكون رجلا أو إمرأة حاملا، لكن لا يشترط أن يكون طبيبا أو جراحا، فقد تتوفر فيهم هذه الصفة أولا.[1]

فالمشرع الجزائري اشترط أن تقدم مأكولات أو مشروبات أو أدوية، أو باستعمال وسيلة عنف من شأنها أن تؤدي إلى الإجهاض، وقد اعتبر المشرع أن مجرد دلالة المرأة الحامل على وسائل الإجهاض، يعد عملا تنفيذيا لجريمة الإجهاض بصريح النص، ويكون من قام بدلالة الحامل على وسيلة الإجهاض فاعلا للجريمة لا مجرد شريك فيها، ويترتب على ذلك معاقبته على ذلك بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية مقدرة من عشرين ألف إلى مئة ألف دينار جزائري، حتى ولو لم تستعمل الحامل تلك الوسيلة.[2]

2- عقوبة الإجهاض بوصفة جناية:

طبقا لقانون العقوبات الجزائري اعتبرت المادة 2/304 فعل الإجهاض جناية إذا أدى إلى وفاة الحامل، ويعاقب بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة، فتصبح عقوبة الإجهاض معاقبا عليها بالسجن وتعد جناية إذا أدى إلى الوفاة. ولم يعتد المشرع الجزائري بالوسيلة المستعملة، سواء بإعطاء مشروبات أو أدوية، أو استعملت ضد الحامل وسائل العنف، سواء تمثلت بالضرب باليد أو الركل، أو إلقاء الحامل من مكان مرتفع.[3]

3- الظروف المشددة لعقوبة الإجهاض:

تقترن الظروف المشددة بجريمة استكملت أركانها، ويترتب عليها تشديد العقوبة وجوبا أو جوازا، وليس في القانون ظروف مشتركة عامة تؤدي إلى الحكم بعقوبة الجناية من أجل فعل يقرر له القانون في الأحوال العامة عقوبة الجنحة، ولكن في القانون ظروف خاصة ببعض الجرائم يترتب عليها تشديد العقوبة ومنها جرائم القتل والسرقة وغيرها. والرأي المتفق عليه أنه إذا كان

1- أسامة عبد الله قايد، المرجع السابق، ص312.

2- فريجة حسين، المرجع السابق، ص131.

3- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص299.

التشديد وجوبي فإن الجريمة تعد جناية، لأن الظرف المشدد يغير من طبيعتها فتزيد خطرا وجسامة، ولا يملك القاضي في هذه الحالة، إلا أن يوقع على الجاني عقوبة الجناية.[1]

أما بشأن ظروف التشديد في جريمة الإجهاض، فقد نصت المادة 305 من قانون العقوبات الجزائري على أنه إذا ثبت أن المتهم يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304 وجب مضاعفة عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى، ووجب رفع عقوبة السجن إلى الحد الأقصى، وهذا يعني أنه إذا كان المتهم يقوم عادة بعمل معين، أو مهنة رسمية معروفة تتعلق بالمواد المستعملة في الإجهاض، أو تتعلق بالوسائل والطرق المؤدية إليه، فإن العقوبة المقررة للإجهاض البسيط أو الشروع فيه، البالغة حد الحبس من سنة إلى خمس سنوات، والغرامة من عشرين ألف إلى مئة ألف دينار جزائري، ستتضاعف بحيث تصبح من سنتين إلى عشر سنوات، ومن أربعين ألف إلى مئتي ألف دينار جزائري. وإذا أدت عملية الإجهاض إلى وفاة المرأة الحامل المفترض حملها، فإن العقوبة المقررة للإجهاض المفضي إلى الوفاة، والبالغة حد السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة، ستصبح السجن المؤبد مدى الحياة.[2]

المبحث الثاني: تأثير العوامل الخارجية على النمو الطبيعي للجنين.

العوامل التي تؤثر في النمو الطبيعي للجنين كثيرة ومتنوعة، فمنها ما تتناوله الحامل ويؤثر عليها، ومنها ما تتعرض له، ومنها ما تقوم به أو يصدر منها. وهذه الأمور كلها تؤثر في النمو الطبيعي للجنين إذ أن رحم الأم هو البيئة الرئيسية للجنين و يتأثر كذلك بالبيئة الخارجية التي تحيط بالأم الحامل.

وهذه العوامل منها ما نص على تجريم تعاطيه قانون العقوبات، ومنها ما حظر القانون تعاطيه في أماكن معينة. وهذه العوامل السابقة حرمها الفقهاء المسلمون.

كما أن من هذه العوامل التي تؤثر في النمو الطبيعي للجنين ما هو مباح ولا يوجد ما ينص على تجريمه أو حرمته، بل إن من هذه العوامل ما هو ضرورة طبية في بعض الأحيان، إلا أنها في أحوال أخرى تؤثر في النمو الطبيعي للجنين.

1- رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص235.

2- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، المرجع السابق، ص365.

المطلب الأول: العوامل المحظورة المؤثرة على النمو الطبيعي للجنين.

هناك العديد من العوامل التي تؤثر في النمو الطبيعي للجنين، ومن هذه العوامل ما يجرمه القانون كالمخدرات، ومنها ما يسمح للقانون ببيعه في أماكن معينة ويحظره فيما سواها كالخمور، ومنها ما يحظر القانون تعاطيه في أماكن معينة كالتدخين.

الفرع الأول: أثر المواد المخدرة والمسكرة على النمو الطبيعي للجنين.

شغلت مشكلتي المخدرات والمسكرات المجتمعات في العالم أجمع، لما لها من آثار مدمرة على الفرد و المجتمع في مجالات عدة (نفسية و اجتماعية و اقتصادية)، وقد أصبحت تؤرق جميع المهتمين في المجتمع كالقيادات الأمنية التي لها تماس مباشر مع مثل هذه الجريمة الخطيرة، وكذلك علماء الاجتماع وعلماء النفس و رجال الدين من أجل احتوائها ومحاصرتها والحد من مخاطرها.

ومع العصر الحديث نجد الفرد المدمن متمثلا في كونه رجلا كان أو إمرأة، و لافتراض هذه الأخيرة حاملا بعلمها أو بدون ذلك، فهل ستؤثر هذه المواد على النمو الطبيعي للجنين؟ وهذا ما سنراه بالتفصيل.

أولا: أثر المخدرات على النمو الطبيعي للجنين:

تعتبر ظاهرة تعاطي المخدرات انحرافا يسبب خرقا في القواعد القانونية الأخلاقية و الاجتماعية، فيحدث ضرر لا يمس الفرد وحده بل يتعدى ذلك الأسرة بما فيها الأطفال والمجتمع بما يحويه. و بما أن موضوعنا يشمل حماية الجنين فسنسلط الضوء على المرأة المدمنة الحامل بعد الخوض في الأحكام العامة للمخدرات.

1- مفهوم المخدرات:

نستعرض من خلال الإطار المفاهيمي للمخدرات تعريفها و مختلف أضرارها على الفرد والمجتمع.

أ-تعريف المخدرات: لكل مفهوم معنى لغوي و اصطلاحي، وهو الحال بالنسبة لمسألة المخدرات فيما يلي:

* **التعريف اللغوي للمخدرات:** اسم فاعل خدر ومادة خدر وما اشتق منها تطلق على عدة معان منها الخِدْر أو الستر يقال خدَرَت المرأة بالمكان: أقامت. وخدر الشيء ستره وتخدر: استتر وخَدَر المرأة ألزمها خِدرها وصانها عن الخدمة ومنها "خِدر" خِدْرًا: عراه فتور واسترخاء.

يقال خدر من الشداء والدواء وخدر اليوم: اشتد حره وسكن ولم يتحرك فيه نسيم فهو خدر، ومنها التخدير في الطب عملية افتقاد الإحساس بالألم، والجمع: مخدرات.[1]

* **التعريف الاصطلاحي للمخدرات:** عرف المخدر بأنه مادة تسبب فقدان الوعي بدرجات متفاوتة لدى الإنسان و الحيوان، قد تؤدي إلى غيبوبة تعقبها وفاة. أما تعريف المخدر من الناحية القانونية فهو عبارة عن كل مادة طبيعية أو مصنعة أو مخلقة – منبهة أو مسكنة – من شأنها – إذا ما استخدمت في غير أغراض العلاج- أن تؤدي إلى حالة من الإدمان عليها بما يضر بالفرد بدنيا أو ذهنيا أو نفسيا، ولذا يحظر زراعتها أو صناعتها أو تخليقها أو تداولها إلا لأغراض يحددها القانون، ولا تستعمل إلا بواسطة من رخص له القانون بذلك.[2] وكذلك لا تعتبر المنشطات والعقاقير المهلوسة مخدرات بينما يعتبر الخمر والكحول من المخدرات.

ب- الأضرار العامة للمخدرات: للمخدرات أضرار عدة تنعكس على حياة الفرد والمجتمع ومنها:

* **الأضرار الصحية والنفسية:** تؤدي المخدرات إلى العديد من الأضرار الصحية والنفسية حيث تؤثر في وعي المتعاطي بتغيبه عن إدراك الواقع والهلوسة. ومن ناحية السلوك يصبح سلوك

1- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مصر، 1999، باب الخاء، فصل الدال، ص187.

2- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت – لبنان، الجزء الأول، ص212.

المدمن مشغولا بتعاطي المخدر، وينسى جميع مشاغل الحياة الأخرى فيشعر بالألم إذا لم يجد المادة المخدرة التي يتعاطاها، ويزداد الأمر سوءا كلما اعتاد جسمه على هذه المادة.[1]

* **الأضرار الاجتماعية والاقتصادية:** هناك العديد من الأضرار الاجتماعية التي تترتب على تعاطي المخدرات أو إدمانها، ومن هذه الأضرار أنها تؤدي إلى كثرة المشكلات العائلية نتيجة لفشل المتعاطي في القيام بمسؤولياته اتجاه أفراد أسرته، كما يؤدي الإدمان إلى تشويه صورة الأب المدمن لدى الأبناء.

ومن الأضرار الاجتماعية أيضا كثرة حوادث السيارات مما يؤدي إلى فقد المجتمع لكثير من أبنائه، وبالتالي حرمان المجتمع من قوة إنتاجية، ألا وهي الشخص المدمن ذلك أن الإدمان يؤدي إلى عدم انتظامه في العمل إذا كان يعمل وتتناقص إنتاجيته. ولا تقتصر خسارة المجتمع على هذا الشخص المدمن فقط بل تمتد لتشمل كل من يعمل في حقل المخدرات.[2]

ج- أثر المخدرات على الجنين: لقد أثبتت العديد من الدراسات والبحوث الآثار الضارة للمخدرات، فتعاطي المرأة الحامل للمخدرات أو إدمانها لها يؤدي إلى إصابة الجنين بالعديد من التشوهات التي قد تصل إلى الوفاة. ومنها ما نذكره كالآتي:

* **صغر حجم المولود:** أجريت دراسة في مستشفى بوسطن للولادة والمنشورة عام 1982، تبين فيها تدخين الحوامل للحشيش طوال فترة الحمل له آثار سيئة على الأجنة منها صغر حجم المولود. وأوضحت الدراسة كذلك أن الأمهات اللاتي قمن بتدخين الحشيش خلال فترة الحمل بصورة دورية ما يزيد على ثلاث مرات أسبوعيا، أعطين مواليد ينقص وزنهن عن المعتاد بمقدار 139 غرام.[3]

* **التأثير على الجهاز العصبي للوليد:** ففي دراسة أجريت في جامعة كارلتون بكندا عن تأثير إدمان الحامل للحشيش على الجنين، كانت نتائج هذه الدراسة بالنسبة للمواليد بعد أن وضعت الأمهات الحوامل كما يلي:

1- أمين مصطفى محمد، مبادئ علم الإجرام، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1996، ص305.

2- سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الإجرام القانوني، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1995، ص382.

3- جمال الدين محمد موسى، عالم الحشيش وآثاره الضارة على المجتمع " سلسلة العلم والحياة "، بدون طبعة، الهيئة العامة للكتاب، مصر، بدون سنة نشر، الجزء الثاني، ص36.

" كانت هناك آثار سلوكية متميزة لها علاقة واضحة بكمية الجرعة، فبازدياد عدد سجائر الحشيش التي كانت تدخنها الأم كلما إزداد تميز الآثار السلوكية غير العادية ومنها ما يرجع إلى التغيرات في الجهاز العصبي للأطفال نذكر منها: الاستجابة البطيئة للمنبهات البصرية، الرعشات، الفزع البالغ..."[1]

* **التأثير على ضربات القلب والضغط:** لما أجريت دراسات على مواليد لأمهات يتعاطين الحشيش، وجد أن نسبة كبيرة منهم ضربات القلب لديهم غير طبيعية، واحتاج 41% منهم إلى الإنعاش. وجد كذلك الباحثون بالتحليل لمادة (تي-أتش-سي T.H.C) - وهي المادة الفعالة في الحشيش في الحبل السري- لعديد من المواليد الذين احتجن الإنعاش أن نسبة عالية من المواليد (ضعف الأحوال العادية) تغوطت (برزت) في الحال قبل أو أثناء الطلق.[2]

* **تأخر نمو الجنين:** أظهرت جميع الدراسات التي أجريت على حيوانات التجارب أن المادة الفعالة في الحشيش (T.H.C) تمر بسهولة خلال المشيمة إلى الوليد النامي. ويرجع تأخر نمو الجنين إلى أن المشيمة تحاول أن تزيل الأثر السمي لهذه المادة، ويتم هذا على حساب الوظائف العادية الأساسية للمشيمة والخاصة بالتغذية وإنتاج الهرمونات مما يكون له آثار معوقة على الجنين.[3]

* **وفاة الجنين:** يؤدي تعاطي الأم الحامل للمخدرات إلى زيادة نسبة احتمال وفاة الجنين، بالإضافة إلى ذلك فإن الأم التي تتعاطى المخدرات لا تأكل بطريقة سلمية لأن المخدرات تؤثر على شهيتها، وبالتالي إنعدام التغذية للجنين.[4]

2- موقف الفقه الإسلامي من المخدرات:

نظرا للأضرار والمخاطر السابقة للمخدرات وعلى الرغم من عدم وجود نص في القرآن الكريم أو السنة النبوية المطهرة يحرم المخدرات، ولم ينقل عن الأئمة الأربعة (أبي حنيفة ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل رحمهم الله) قول في الحكم الشرعي للمخدرات ذلك لأنها لم تكن معروفة

1- جمال الدين محمد موسى، المرجع السابق، ص32 و33.

2- أسامة عبد الله قايد، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 1990، ص179.

3- أحمد عوض بلال، علم الإجرام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، ص341.

4- سليمان عبد المنعم سليمان، المرجع السابق، ص384.

في عهدهم، إلا أن الفقهاء اجتهدوا بعد ذلك عند ظهور المخدرات في أواخر القرن السادس الهجري في استنباط الحكم الشرعي لها، وبالقياس على الخمر وذلك لاشتراكهما في علة التحريم وهي الإسكار، ولما لهما من أضرار عدة.[1]

وسوف نشير إلى بعض أقوال الفقهاء في هذا الشأن:

* فقد جاء في مغني المحتاج: "وذكر المصنف في الدقائق أن الحشيشة مسكرة وعلى هذا فيتجه كما قال الإسنوي إلحاقها بالخمر".[2]

* وجاء في حاشية ابن عابدين: "قال في الفتح اتفق مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية بوقوع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش وهو المسمى بورق القنب لفتواهم بحرمته بعد أن اختلفوا فيها".[3]

* وقال ابن تيمية: "إن الحشيشة المصنوعة من ورق القنب حرام أيضا، يجلد صاحبها كما يجلد شارب الخمر، وهي أخبث من الخمر من جهة أنها تفسد العقل والمزاج حتى يصير في الرجل تخنث ودياثة، وغير ذلك من الفساد، والخمر أخبث من جهة أنها تفضي إلى المخاصمة والمقاتلة، وكلاهما يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة".[4]

وبذلك يتضح لنا حرمة المخدرات سواء كان هذا التحريم لدخولها في عموم المسكرات لقوله صلى الله عليه وسلم: "كل مسكر مخمر وكل مسكر خمر".[5] أو بالقياس على الخمور لاتحادهما في علة الحكم وهي الإسكار أو الأضرار الكثيرة الناتجة عن تناول المخدرات والتي سبق أن أشرنا إليها.

1- حامد جامع، عقيد محمد فتحي، المخدرات في رأي الإسلام، بدون طبعة، سلسلة البحوث الإسلامية السنة 19، الكتاب الأول، مصر، 1408 هـ - 1988م، ص63..

2- مغني المحتاج، المرجع السابق، ص285.

3- ابن عابدين، المرجع السابق، ص239.

4- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، السياسة الشرعية، الطبعة الرابعة، دار المعرفة، بيروت - لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الأول، ص92.

5- صحيح مسلم، المرجع السابق، طرف حديث 2003، ص1587.

ولما كان تناول المرأة الحامل للمخدرات يؤدي إلى الإضرار بالجنين وربما أدى ذلك إلى موته وفي ذلك إضرار بالغير، والرسول الكريم صلى الله عليه وسلم يقول: " لا ضرر ولا ضرار"، فإن تحريمه بالنسبة لها يكون من باب أولى، وإذا تناولت المخدرات عن عمد وأضرت بالجنين لابد من مؤاخذتها عن الإضرار بالغير وهو الجنين.

3- موقف القانون الوضعي من المخدرات:

إن أي محاولة لاستنطاق واقع المشكلات التي تواجهها المجتمعات الحديثة تجد نفسها مجبرة عن الحديث على ظاهرة إدمان المخدرات، أين يأخذ هذا الموضوع أهميته من تلك الآثار المدمرة التي يتركها على الفرد والمجتمع. هذا ما أجبر الدول على وضع قوانين و تشريعات في محاولة للحد من الظاهرة التي مست 5 % من سكان العالم، وذلك حسب الإحصائيات الرسمية التي لا تعبر عن الحجم الحقيقي لانتشار الظاهرة.[1] ولعل المشرع الجزائري كمختلف التشريعات العربية على غرار نظيره المصري جرم فعل تعاطي المخدرات في قوانينه الخاصة التي سنوردها كما يلي:

أ- **موقف القانون الجزائري من المخدرات:** جريمة استهلاك المخدرات مثلها مثل كل الجرائم الأخرى حدد لها المشرع الجزائري جزاء جنائي عملا بمبدأ الشرعية التي تنص على المادة الأولى من قانون العقوبات حيث لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون. في حين، و بالنظر لموضوعنا لم يخص المرأة الحامل المستهلك ولو حتى المروجة للمخدرات بأي نص يذكر، و في غياب الخاص يقيد العام، يمكننا الرجوع إلى الأحكام الخاصة التي تجرم المخدرات.

لقد خص المشرع الجزائري إستهلاك المخدرات بقانون خاص رقم 04-18 الذي يهدف إلى الوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها. ويقصد في مفهوم هذا القانون بالمخدرات، المؤثرات العقلية، السلائف، المستحضر، القنب، نبات القنب، خشخاش الأفيون، شجيرة الكوكة. كل استعمال غير مشروع بدون وصفة طبية، كل عملية

1- عيسى قاسمي، عرض عام حول ظاهرة المخدرات في الجزائر، الديوان الوطني لمكافحة المخدرات و إدمانها، مجلة النادي الوطني للجيش، الجزائر، 2012، ص 15.

إدمان، زراعة، إنتاج و صنع، تصدير واستيراد ونقل أو حتى دولة العبور التي يجري عبر إقليمها نقل المواد الغير المشروعة (المخدرات).[1]

أما الجزاء الجنائي فينقسم إلى عقوبات أصلية و أخرى تكميلية، وهو الحال بالنسبة لجريمة استهلاك المخدرات فيما يأتي:

* **العقوبات الأصلية:** هي تلك التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أي عقوبة، و العقوبات الأصلية لجريمة استهلاك المخدرات حسب القانون 04-18 هي كما يلي:

فالمادة 12 من هذا القانون نصت على جنحتين ، تتمثل الأولى في استهلاك المخدرات، والثانية تتمثل في الحيازة من أجل الاستهلاك الشخصي للمخدرات أو المؤثرات العقلية والتي قرر لها المشرع عقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين وغرامة من 5000 دج إلى 50000دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وقد ترك المشرع للقاضي السلطة التنفيذية للمفاضلة بين الحبس والغرامة أو إحداهما.

والمادة 13 منه نصت على جنحة التسليم او عرض بطريقة غير مشروعة مخدرات أو مؤثرات عقلية على الغير بهدف الاستعمال الشخصي حيث قرر لها المشرع عقوبة الحبس من سنتين إلى عشرة سنوات وبغرامة من 100000 دج إلى 500000 دج. وقد شدد العقوبة بمضاعفة الحد الأقصى لها في حال عرض المادة المخدرة أو المؤثر العقلي على قاصر أو معوق أو شخص يعالج من إدمانه في مراكز تعليمية أو تربوية أو تكوينية أو صحية أو اجتماعية أو داخل هيئات عمومية.[2]

* **العقوبات التكميلية:** هي تلك التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وهي إما إجبارية أو اختيارية، وجريمة استهلاك المخدرات مثلها مثل الجرائم الأخرى تطبق عليها العقوبات التكميلية إلى جانب العقوبات الأصلية.

1- المادة الأولى والثانية من القانون رقم 04-18 المؤرخ في 13 دو القعدة 1425هـ الموافق ل 25 ديسمبر 2004 و المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها.

2- المادة 12 و13 من القانون 04-18 المؤرخ في 13 ذو القعدة 1425 هـ الموافق لـ 25 ديسمبر 2004، المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين بها.

وهذا ما تنص عليه المادة 29 من القانون 04-18 حيث أن: "للجهة القضائية أن تقضي بعقوبة الحرمان من الحقوق السياسية والمدنية والعائلية من خمس سنوات إلى عشر سنوات ويجوز لها زيادة على ذلك الحكم بـ:

- المنع من الإقامة وفقا للأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات.

- سحب جواز السفر وكذا رخصة السياقة لمدة لا تقل على خمس سنوات..."[1]

وبالرجوع إلى موضوع الجنين كان من الأجدر بالمشرع أن يدرج حالة المرأة الحامل ضمن الاستثناء المشدد للعقوبة في المادة 13 السابق ذكرها إلى جانب القاصر ومن معه. و بإسقاط مسألة الحامل على المدمن للمخدرات من خلال تعاطيها لهذه المواد بعلمها بالحمل، فتطبق نفس العقوبة الواردة في المادة 12 من نفس القانون.

من خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري قرر لجريمة استهلاك المخدرات عقوبات تكميلية جوازية وهي مكملة للعقوبات الأصلية المتمثلة في الحبس والغرامة، ففي حالة الحكم بالإدانة تكون للقاضي السلطة التقديرية في الحكم بعقوبة تكميلية إلى جانب العقوبة الأصلية وذلك حسب ظروف كل جريمة.

ب- موقف القانون المصري من المخدرات: لم يكن لكلمة " المخدرات " وجود في مصر، قبل إعلان المشرع المصري حربه على المخدرات بإصداره الأمر العالي المؤرخ في 29 مارس 1879 والذي قضى فيه بتحريم استيراد وزراعة الحشيش وفرض على المخالف عقوبة الغرامة التي لا تزيد على مائتي قرش. ثم تعددت بعد ذلك القوانين المكافحة للمخدرات إلى أن صدر القرار بقانون 182 لسنة 1960م في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها وهو القانون المعمول به حتى الآن مع ما دخل عليه من تعديلات كان آخرها القانون رقم 122 لسنة 1989م الخاص بتعديل بعض القرار بقانون 182 لسنة 1960م، وذلك نظرا لتفاقم مشكلة المخدرات في السنوات الأخيرة، وقد عمل المشرع على معالجة تفاقم مشكلة المخدرات من عدة اتجاهات من خلال تشديد العقوبة على هذه الجريمة وامتداد المصادرة لتشمل الأراضي التي زرعت بالنباتات

1- القانون 04-18 المؤرخ في 13 ذو القعدة 1425 هـ الموافق ل 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و التجارة غير المشروعين بها.

المخدرة، كما نص على عدم انقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم بالنسبة للجرائم التي تتناولها. مع وضع تنظيم متكامل لعلاج المدمنين وتهيئة المناخ للمتعاطين للمواد المخدرة للإقلاع من التعاطي.[1]

ثانيا: أثر المسكرات على النمو الطبيعي للجنين:

رأينا أن المخدرات ظاهرة قديمة عرفها الإنسان منذ القدم، قد تبدأ بالمواد الغذائية والنباتية كالقهوة والشاي وغيرها، لتصل إلى مستويات خطيرة كالمواد المخدرة. كما قد تسبب الخمور والمسكرات والخمور مخاطر ومشكلات عديدة في كافة أنحاء العالم، وتكلف البشرية خسائر تفوق ما تفقده أثناء الحروب المدمرة حيث تسبب أضرار جسمية، نفسية، اجتماعية و اقتصادية والتي تحتاج إلى تضافر الجهود المحلية والدولية لمعالجتها.

1- مفهوم المسكرات:

تستهدف هذه الدراسة التعرف على المواد المسكرة وما الأضرار الناجمة عنها.

أ- **تعريف المسكرات:** نتطرق في هذه الجزئية للتعريف اللغوي ثم الاصطلاحي فيما يلي:

* **التعريف اللغوي المسكرات:** المسكر في اللغة هو ما فيه قوة تجعل متناوله يزيل الصحوة ويستثر عقله، والسكر هو غيبوبة العقل واختلاطه من الشراب المسكر.[2]

* **التعريف الاصطلاحي للمسكرات:** المسكرات في الاصطلاح هي ما كان مسكرا سواء كان متخذا من الفواكه كالعنب والتين والزبيب أو من الحبوب كالقمح أو الشعير أو الذرة أو من الحلويات كالعسل، وسواء كان مطبوخا أي عولج بالنار أو نيئا أي بدون معالجة بالنار، وسواء كان معروفا بإسم قديم كالخمر أو باسم متحدث كالويسكي وغيرها.[3] فقد روي عن أبي مالك الأشعري رضي الله

1- حسن محمد ربيع، الركن المعنوي في جرائم المخدرات، الطبعة الأولى، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، بدون سنة النشر، ص10.

2- أعزت حسنين، المسكرات والمخدرات، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1986، ص20 و21.

3- نفس المرجع، ص21.

عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "ليشربن أناس من أمتي الخمر ويسمونها بغير اسمها وتضرب على رؤوسهم المعازف يخسف الله بهم الأرض ويجعل منهم قردة وخنازير".[1]

ب- الأضرار العامة للمسكرات: يؤدي إدمان المسكرات إلى الإصابة بالعديد من الأضرار الصحية والاجتماعية والاقتصادية، ونذكر على رأسها:

* **الأضرار الصحية:** للمسكرات أضرار عديدة على صحة الإنسان حيث تؤدي إلى تقرحات الفم والمعدة. ومن أهم الأمراض التي تنشأ عنها مرض التهاب الجهاز العصبي والتهاب عصب الرؤية المؤدي إلى العمى واعتلال عضلة القلب والجلطة. وقد بينت الإحصائية التي نشرت عام 1966 أن ما بين 26% إلى 83% من السكيرين يعانون من أمراض القلب، كما تسبب المسكرات هبوطا في ضغط الدم.

ويعاني شارب الخمور من نقص شديد في التغذية لأنه يعاني من فقدان الشهية والقيء المتكرر، كما يؤدي ذلك إلى مرض السل و نقص متوسط عمر الإنسان عامة من 10 إلى 12 سنة، وإلى مرض الشيخوخة في الشباب.[2]

* **الأضرار الاقتصادية:** تسبب المسكرات اضطرابا في النواحي الاقتصادية بدءً من الأسرة ونهاية بالمجتمع كله لأن المدمن لا يحكم التصرف في ميزان منزلة، وهدفه الوحيد هو شرب الخمور بأي ثمن مهما كانت حاجة الأسرة للنقود. وصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال: "إنها ليست دواء ولكنها داء".[3]

* **الأضرار الاجتماعية:** يؤدي تردد المدمن على الحانات وأماكن بيع الخمور إلى فقده احترام الناس وفقده لمركزه الأدبي، كما يؤدي ذلك إلى تفكك أسرته وانحلال تربية أولاده وخلق جيل فاسد مما

1- أحمد بن موسى أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص295، طرف حديث 17160.

2- رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص441.

3- أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص94.

يؤدي إلى الفوضى والاضطراب في المجتمع. بالإضافة إلى كثرة حوادث السيارات وارتكاب العديد من الحوادث خاصة حوادث السرقة بغرض الحصول على النقود لشراء المواد المخدرة.[1]

ج- أثر المسكرات على الجنين: إن تناول المرأة الحامل للمسكرات له آثار ضارة على الجنين، ومن هذه الآثار:

* **ارتفاع نسبة الكحول في الدم:** إن إدمان المرأة الحامل للخمور يؤدي إلى ارتفاع نسب الكحول في الدم ومنه تنتقل إلى الذرية عن طريق الوراثة فيميلون بدورهم إلى شرب الخمر والإدمان عليه، كما أن إدمان أحد الأبوين أو كلاهما يصيب الذرية بضعف بدني أو عقلي أو بهما معا لما يحدثه السكر لحظة إخصاب البويضة من شذوذ كروموسومي في خلايا الدم.[2]

* **الإصابة ببعض الأمراض:** تشير الدراسات إلى ارتفاع نسبة الأطفال المصابين بالتخلف العقلي والاضطرابات العصبية والنفسية والحركية حيث أكد بحث الدكتور جيمس فرياس من جامعة فلوريدا في 1977/03/09 أن إفراط السيدات في تناول الخمور أثناء الحمل يؤدي في 50% من الحالات إلى ولادة طفل متخلف عقليا.[3]

* **ارتفاع نسبة الإجهاض ووفاة الجنين:** تشير الدراسات إلى ارتفاع نسبة الإجهاض في النساء اللاتي يتناولن المشروبات الكحولية باعتدال، كما تشير الدراسات أيضا إلى ارتفاع نسبة وفيات الأجنة والمواليد لأمهات يدمنن المواد المسكرة.[4]

* **تشوهات الجنين:** تشير الدراسات إلى أن المواليد لأمهات يتعاطين المواد المسكرة يعانون من بعض التشوهات الظاهرية والباطنية، كما يعانون من انخفاض في معدل الأطوال والأوزان. وأكد بحث الدكتور جيمس فرياس أن إفراط الحوامل في تناول المسكرات يؤدي إلى ولادة طفل مشوه في

1- عوض محمد، مبادئ علم الإجرام، بدون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1980، ص231.

2- أحمد عوض بلال، المرجع السابق، ص383.

3- حسن محمد ربيع، المرجع السابق، ص104.

4- عز الدين المنشاوي، كتاب اليوم الطبي " الغذاء والدواء أثناء الحمل"، ماي 1997، العدد 182، ص46.

30% من الحالات، وأكد الطبيب الأمريكي أن التجارب أثبتت أن هذه التشوهات تنجم عن عامل موجود في المشروبات الكحولية نفسها.[1]

2- موقف الفقه الإسلامي من المسكرات:

نظرا للأضرار السابق الإشارة إليها المترتبة على تناول الخمور، فإن الشريعة الإسلامية الغراء قد حرمتها تحريما قاطعا إلا في حالة الضرورة،[2] ويدخل في هذا الحكم ما صنع حديثا من تقطير المتخمر من عصير العنب كالكونياك فإنه يعد خمرا باتفاق الفقهاء، لأن هذا التقطير لا يكون إلا بعد غليان السائل واشتداده وصفائه بعد قذفه بالزبد، فهو خمر عند أبي حنيفة الذي يعتبر القذف بالزبد قيدا فيما يطلق عليه اسم الخمر، وهو كذلك عند الصاحبين وجمهور الفقهاء الذين لا يشترطون ذلك في مسمى الخمر، كما يدخل في هذا الحكم أيضا على رأي جمهور الفقهاء أنواع الخمور الأخرى التي لا تتخذ من عصير العنب كالبيرة والشمبانيا والويسكي والفودكا وغيرها من المسكرات الحديثة، فإنه يحرم تناول القليل والكثير منها. وذلك استنادا للأدلة التالية:

أ- الأدلة من القرآن الكريم: قال الله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَنْ يُوقِعَ**

1- أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص305.

2- يلاحظ أن الشريعة الإسلامية لم تحرم الخمور دفعة واحدة ولكنها حرمتها على صيغ مختلفة، وذلك نظرا لأن العرب كانوا مولعين بها وهذه المراحل هي:

* المرحلة الأولى: الواردة في سورة النحل وهي قوله تعالى: ﴿**وَمِنْ ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَةً لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ**﴾. (الآية 67 من سورة النحل)

* المرحلة الثانية: الواردة في سورة البقرة وهي قوله تعالى: ﴿**يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا**﴾. (الآية 219 من سورة البقرة)

* المرحلة الثالثة: الواردة في سورة النساء وهي قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ**﴾. (الآية 43 من سورة النساء). فتركها بعض الناس وقالوا لا حاجة لنا فيما يشغلنا عن الصلاة وشربها البعض الآخر في غير أوقات الصلاة.

* المرحلة الرابعة: الواردة في سورة المائدة وهي قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ**﴾. (الآية 90 من سورة المائدة). وهذه الآية الأخيرة هي التي حرمت الخمر تحريما قاطعا.

بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنْتُمْ مُنْتَهُونَ﴾.[1]

فهذه الآية دالة دلالة قاطعة على تحريم الخمر لما فيها من الشرور والأضرار، وذلك بوصفها بأنها رجس وبأنها من عمل الشيطان، والشيطان لا يأتي منه دائما إلا الشر، ولأن قوله تعالى: " فاجتنبوه " أمر من الله عز وجل بعباده بالابتعاد عن الخمر وهذا الأمر يقتضي الوجوب.

ب- الأدلة من السنة النبوية الشريفة:

- ما روي عن ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "كل مسكر خمر وكل مسكر حرام".[2]

- ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه أن رجلا أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم رواية خمر، فقال: له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "هل علمت أن الله قد حرمها" قال: "لا"، فسار إنسان، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "بم سررته؟" فقال: أمرته ببيعها فقال: إن الذي حرم شربها حرم بيعها، ففتح المزاد حتى ذهب ما فيها".[3]

3- موقف القانون الوضعي من المسكرات:

أوجبت الشريعة الإسلامية عقوبة مقدرة على جريمة شرب الخمر هي عقوبة الجلد لكل من ثبتت عليه هذه الجريمة واستوفى الشروط التي أوجبتها الشريعة لإقامة حد الشرب. في حين خالفت التشريعات العربية لا سيما قانون العقوبات الجزائري و المصري هذا الحد، و ذهبت إلى إقرار الحبس والغرامة المالية.

أ- موقف القانون الجزائري من المسكرات:

لقد حذا قانون العقوبات الجزائري حذو قانون العقوبات المصرية فلم يجرم شرب الخمر سواء كان قليلا أو كثيرا، سواء أدى إلى حالة سكر أو لا، و إنما جرم و عاقب على السكر العلني،

1- الآية 90 و91 من سورة المائدة.

2- صحيح مسلم، المرجع السابق، الجزء الثالث، طرف حديث 2003، ص1587.

3- نفس المرجع، الجزء الثالث، طرف حديث 1579، ص1206.

و القيادة في حالة سكر و كون الوالدين أو أحدهما مثلا سيئا للأبناء للاعتياد على السكر. أما مسألة المرأة الحامل المستهلكة للخمر أو في حالة سكر فلم يتطرق القانون الجزائري لذلك، و ما علينا إلا إحالة القواعد العامة المنظمة لحالة السكر بما أنها تشير لتجريم الفعل العلني للشخص الطبيعي العادي و من ذلك المرأة الحامل.

فتنص المادة الأولى من الأمر الرئاسي رقم 75-26 المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1395 هـ الموافق لـ 29 أفريل 1975 المتعلق بقمع السكر العمومي و حماية القصر من الكحول على عقوبة السكر العلني بقولها: " كل من يوجد في حالة سكر في الشارع أو في المقهى أو في محلات عمومية أخرى يعاقب بغرامة قدرها 40 دج أو 80 دج "، إضافة إلى غرامة مالية مفروضة في المادة الثانية من نفس الأمر.[1]

ومواكبة للقوانين و التشريعات الجزائرية، تنص المادة 330 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة و بغرامة من 25000 دج إلى 100000 دج

- أحد الوالدين الذي يعرض صحة أولاده أو واحد أو أكثر منهما أو يعرض أمنهما أو أخلاقهما لخطر جسيم بأنه يسئ معاملتهم أو يكون مثال سيئ لهم للاعتياد على السكر أو سوء السلوك أو بأن يهمل رعايتهم أو لا يقوم بالإشراف الضروري عليهم و ذلك سواء كان قد قضى بإسقاط السلطة الأبوية عليهم أو لم يقضي بإسقاطها".[2]

ومن خلال استقراء هذه المادة يمكن إسقاطها على موضوعنا، فالولد قبل أن يصبح ولدا كان جنينا، و تناول المرأة الحامل مثلا لبعض المواد المسكرة أو المخدرات دليلا على تعريض صحة ولدها للخطر كالتشوه أو الإصابة بالأمراض أو حتى الإجهاد، و بالتالي تعاقب على أساس

1- نص المادة الثانية من المرسوم الرئاسي 75-26 على أنه: " إذا تكرر الأمر يعاقب المعني ب 5 أيام إلى 10 أيام سجنا وبغرامة قدرها 160 دج إلى 500 دج". الأمر الرئاسي رقم 75-26 المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1395 هـ الموافق لـ 29 أفريل 1975 المتعلق بقمع السكر العمومي و حماية القصر من الكحول على عقوبة السكر العلني.

2- الأمر رقم21-08 المؤرخ في27 شوال 2021 الموافق ل08 يونيو 2021، الجريدة الرسمية، العدد45، المؤرخة في09 يونيو 2021 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 المؤرخ في18 صفر 1386 الموافق ل08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد49، المؤرخة في 1966/06/11 المعدّل والمتمم.

جريمتين واحدة متعلقة بترك الأسرة منصوص عليها في المادة 330 /3 من قانون العقوبات الجزائري، والثانية تشمل جريمة إجهاض المرأة بنفسها كما تطرقنا إليها سابقا.

والجدير بالذكر أنه في حالة توقيف المرأة الحامل المستهلكة أو المروجة للمخدرات أو الخمر أو حتى الشروع في جريمة الإجهاض و فصل في حكمها بعقوبة، فهنا لنا حديث بخصوص تأجيل عقوبة الحامل إلى حين الوضع في قانون تنظيمي آخر بعيد عن قانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية. و بذلك نميز بين أمرين:

* **إذا كانت العقوبة متمثلة في الإعدام:** نص المشرع الجزائري في قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين في المادة 1/155 المعدل والمتمم، بقوله: "لا تنفذ عقوبة الإعدام إلا بعد رفض طلب العفو.

– كما لا تنفذ عقوبة الإعدام على الحامل أو المرضعة لطفل دون 24 شهرا".[1]

* **إذا كانت العقوبة سالبة للحرية:** أجاز المشرع الجزائري للمحكوم عليها الاستفادة من التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية إذا كانت المرأة حاملا أو كانت أما لولد يقل سنه عن 24 شهرا، وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في المادة 7/16".[2]

كما قرر المشرع استفادة الحامل من ظروف احتباس ملائمة من حيث التغذية الكافية والمتوازنة، و أكد على رعاية طبية مستمرة. بالإضافة إلى حث المحبوسة على إيجاد جهة تتكفل بالمولود، و إذا تعذر ذلك فيبقى معها إلى حين بلوغه 3 سنوات، و ذلك وفقا للمواد 50 و 51 من القانون سابق الذكر.

1– القانون رقم 05–04 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425هـ الموافق ل 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 12، المؤرخة في 2005/02/13.

2– داودي إبراهيم، المركز القانوني للجنين، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2009– 2010، ص 174.

ب- موقف القانون المصري من المسكرات:

على الرغم من أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع في مصر فإن قانون العقوبات المصري جاء خاليا من نصوص تحرم تناول الخمور والاتجار فيها، ولكن حظر شرب الخمور في الأماكن العامة بقوانين خاصة مثل القانون رقم 63 لسنة 1976م بحظر شرب الخمر. فبين في مادته الأولى المشروبات التي تعتبر روحية وكحولية والخمور، ونص عليها في جدول ملحق بالقانون كما أعطى لوزير الداخلية الحق في إضافة أنواع أخرى. ثم جاء في مادته الثانية وحظر تقديم هذه المشروبات أو تناولها في الأماكن العامة ولكنه استثنى من هذا الحكم:

- الفنادق والمنشآت السياحية المحددة طبقا للقانون رقم 1 لسنة 1971م في شأن المنشآت الفندقية.

- الأندية ذات الطابع التي يصدر بتحديدها قرار من وزير السياحة.[1]

كما عاقب كل من يخالف أحكام هذه المادة بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (المادة الخامسة). كما حظر القانون النشر والإعلان عن المشروبات السابقة (المادة الثالثة) وجعل عقوبة من يخالف هذا الحظر يعاقب بالحبس بمدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على مائتي جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (المادة السادسة).[2]

كما عاقب القانون كل من يضبط في حالة سكر بين في مكان عام أو محل عام بالحبس أو بالغرامة كما جعل الحبس وجوبيا في حالة العود وقد حدد الجدول الملحق بالقانون أنواع المشروبات الكحولية والروحية المحظورة مع إعطائه لوزير الداخلية الحق في إضافة أنواع أخرى، والأنواع المحددة بالجدول الملحق هي:

* الكحولية الطبيعية المقطرة (براندي بأنواعه، روم بأنواعه، زبيب شرابه بأنواعه).

* المشروبات الكحولية المخمرة (الأنبذة بأنواعها، البيرة بأنواعها، العرقي بأنواعه).

1- أمين مصطفى، المرجع السابق، ص308.

2- نفس المرجع، ص310.

* الويسكي بأنواعه، الفودكا بأنواعها، الكونياك بأنواعه، الشمبانيا بأنواعها.[1]

نلاحظ أن القانون السابق الإشارة إليه لم يجرم الخمور والمسكرات مطلقا لكنه حظر تناولها في المجال والأماكن العامة، كما أنه منع بيعها في المحال والأماكن العامة إلا الأماكن المستثناة فقط. وقد قدم أحد النواب المستقلين في مجلس الشعب مشروعا بتعديل بعض أحكام القانون 63 لسنة 1976 والخاص بحظر تداول وتعاطي الخمور، وأكد هذا المشروع تحريم شرب الخمر وتعاطيها وحيازتها وإحرازها وضعها وتحضيرها وجلبها وتصديرها والاتجار فيها وتقديمها وإعطاؤها وإهداؤها وترويجها ونقلها والدعوة إليها والإعلان عنها.[2]

الفرع الثاني: أثر التدخين على النمو الطبيعي للجنين.

يعتبر التدخين أحد العوامل المساعدة على تدهور الحالة النفسية والجسدية للإنسان، ولعل هذا الأخير يمس الرجل والمرأة على حد السواء. و باعتبار موضوعنا يخص الجنين فاحتمال المرأة الحامل المدمنة على التدخين وارد جدا، فهل يطال تأثير هذه المادة إلى النمو الطبيعي للجنين؟ وهذا ما سنتطرق إليه من خلال التعرف أكثر على أضرار التدخين، ومنه عرض آراء الفقهاء و القوانين في ذلك.

أولا: مفهوم التدخين:

سنحاول في هذا المجال المفاهيمي الإحاطة بمختلف التعاريف المطروحة في موضوع التدخين ثم الوقوف على أهم الأضرار المتعلقة بالإنسان لاسيما العنصر الضعيف والمتمثل في الجنين.

1- تعريف التدخين:

للتدخين مدلول لغوي و آخر اصطلاحي يمكن تناولهما كالتالي:

1- أعزت حسنين، المرجع السابق، ص91.

2- نفس المرجع ، ص92.

أ- **التعريف اللغوي للتدخين:** الدخان في اللغة مصدر للفعل دخن، يقال: دخنت النار أي ارتفع دخانها ومنه قوله تعالى: ﴿**فَارْتَقِبْ يَوْمَ تَأْتِي السَّمَاءُ بِدُخَانٍ مُبِينٍ**﴾.[1] قال ابن منظور وربما وضعت العرب الدخان موضع الشر إذا علا فيقولون: كان بيننا أمر له دخان.[2]

ب-التعريف الاصطلاحي للتدخين: الدخان عبارة عن غازات ومواد كيمياوية متبخرة كالنيكوتين وأول أكسيد الكربون، وثاني أكسيد الفحم، والكحول، ومواد أخرى منها ملايين من جزيئات الرماد الدقيقة؛ وله في اللغة العربية أسماء كثيرة منها التنباك، والعلك، والنشوق، وأشهر أسمائه التبغ، ونتطرق فيما يلي لأهم العناصر المكونة للتدخين، نذكر منها:

* **النيكوتين:** النيكوتين الطازج زيت لا لون له، مستهجن الرائحة يذوب في الماء ويصبح بني اللون إذا تعرض للهواء،[3] وهو أسوأ المواد السامة في الدخان وأهمها في الأضرار بالمدخن، وتظهر خطورته إذا أخذت الكمية الموجودة منه في سيجارة واحدة عن طريق الوريد فإنها تؤدي إلى قتل الإنسان. وللنيكوتين أثر فعال في الإصابة بأمراض القلب وتصلب الشرايين والأوعية الدموية بحدوث الجلطة، ذلك أنه ينبه خلايا الجهاز العصبي اللاإرادي مما يزيد من نشاط القلب والعضلات والأوعية الدموية فيرهقها.[4]

* **أول أكسيد الكربون:** هو غاز سام عديم اللون والرائحة، وهذا الغاز يقلل من قدرة الدم على حمل الأوكسجين ونقله إلى أعضاء الجسم مما يؤدي إلى إصابة الإنسان بالعديد من الأمراض. كما يعد عاملا مساعدا في الإصابة بمرض السكتة القلبية، وارتفاع ضغط الدم، وزيادة معدل التنفس، ويسبب إرهاق لجميع أجهزة الجسم مما يزيد احتمال الإصابة بالأمراض المزمنة.[5]

1- الآية 10 من سورة الدخان.

2- ابن منظور، المرجع السابق، ص1344.

3- عبد المنعم شحاتة، سيكولوجية التدخين، بدون طبعة، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1998، ص26.

4- محمد علي البار، التدخين وأثره على الصحة، الطبعة الثالثة، الدار السعودية للنش والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1980، ص52.

5- محمد سيد أرناؤوط، التدخين بين الطب والقرآن والسنة، بدون طبعة، دار التوزيع والنشر الإسلامية، بدون بلد النشر، 1995، ص20.

* **السيانيد:** يقوم بطرد الأوكسجين من الخلية، كما يحدث عطبا بالخلايا العصبية في القشرة المخية وخصوصا في مراكز اللمس والألم والبصر، ويؤدي تعرض الفرد لكمية كبيرة منه بالحقن أو التنفس إلى موته خلال ربع ساعة فقط.

* **أمونيا:** هو غاز مهيج للرئتين فيزيد من إفرازاتها، مما يؤدي إلى إصابة الإنسان بسعال جاف مصحوب ببلغم دموي.[1]

* **فينـول:** تنبه الكميات الصغيرة منه الجهاز العصبي فيحدث زيادة في الحموضة، ويحدث التعرض الحاد له أمراضا عديدة أهمها زيادة ضغط الدم والغيبوبة. وبالإضافة إلى العناصر السابقة التي تحتوي عليها السيجارة فإنها تحتوي على عناصر أخرى ضارة بصحة الإنسان مثل الأستون وكبريتات الرصاص وحامض الكبريتيك وغيرها.[2]

2- أضرار التدخين:

للتدخين أضرار متعددة سواء على المدخن ذاته أو على المحيطين به وتزداد الخطورة إذا كان المدخن إمرأة حامل. فأما أضرار التدخين على الشخص فهناك أضرار صحية وأضراراجتماعية وأخرى اقتصادية.

أ-الأضرار الصحية: بالإضافة إلى الأضرار التي سبق الحديث عنها من خلال عناصر الدخان، فإن التدخين يعتبر أحد أهم أسباب سرطان الرئة والتهاب الشعب المزمن وأمراض القلب، وقد أعلنت منظمة الصحة العالمية أن حوالي 2.5 مليون شخص يموتون سنويا بسبب هذه الأمراض التي يسببها التدخين.[3]

ب-الأضرار الاجتماعية والاقتصادية: يسبب التدخين القلق والتوتر نتيجة تأثيره على أخلاق الشخص المدخن خاصة أعصابه، كما يضيف المدخن من جهة أخرى إلى الهواء المحيط به وبغيره من الناس غازات سامة مثل أول أكسيد الكربون ...، فيسلبهم حقهم في هواء نقي، وتزداد الخطورة إذا كان التدخين في مكان مغلق. كما أن الأب – وهو بمثابة القدوة للأبناء- إذا كان

1- محمد سيد أرناؤوط، المرجع السابق، ص21.

2- عبد المنعم شحاتة، المرجع السابق، ص31.

3- محمد علي البار، التدخين وأثره على الصحة، المرجع السابق، ص54

مدخنا فإن أبناءه سيحذون حذوه، ويألفون التدخين منذ الصغر ذلك أنه يهيئه لهم من خلال جعله بين أيديهم واقتدائهم به.

أما بالنسبة للضرر الاقتصادي فيتمثل في استقطاع المدخن جزء من دخل أسرته ليخصصه في إنفاقه على السجائر، هذا من ناحية تأثير التدخين على اقتصاد الأسرة؛ أما من ناحية تأثير التدخين على اقتصاد الوطن فإن الدول تستقطع جزء كبيرا من ميزانيتها سواء الإنفاق على إنتاج السجائر أو كتكلفة لعلاج الأمراض المرتبطة بالتدخين أو على الحملات المضادة للتدخين.[1]

3- أثر التدخين على الجنين:

تؤكد العديد من الأبحاث الطبية التأثير الضار للتدخين على الجنين، ففي مؤتمر دولي عقد بالقاهرة نوقش فيه أكثر من ثلاثين بحثا كان من بينها عدد من الأبحاث التي تتحدث عن تأثير دخان السجائر على الإنسان، منها بحث مقدم من الدكتور يوسف وهيب الأستاذ المساعد بكلية الطب لجامعة قناة السويس يتحدث فيه عن تأثير تلوث الهواء بدخان السجائر على مقاسات وأحجام المواليد، فقد ثبت أن وزن الطفل وطوله ومقاسات الدماغ والرأس تقل كثيرا في أطفال السيدات والأزواج المدخنين عن مقاسات أطفال الأزواج غير المدخنين. كما قدم البروفيسور جورد من لينجز كولدج نتيجة التحاليل التي أجراها على دخان السجائر إذ اكتشف أن صدأ الدخان يحتوي على 3500 مادة مختلفة تختلط ببعضها مكونة من السموم التي تضر صحة الإنسان.[2]

ولقد أوضحت الدراسات أن التدخين يؤثر على الشعيرات الدموية بالمشيمة المسؤولة عن تغذية الجنين طول فترة الحمل مما يؤدي إلى نقص الأوكسجين وتقلص الأوعية الدموية، وبالتالي إرتفاع معدل الإجهاض والمواليد الموتى وناقصي الوزن.[3]

1- عبد المنعم شحاتة، المرجع السابق، ص42 و43.

2- شعيب الغباش، السيجارة مقبرة المدخنين، بدون طبعة، دار النصر للطباعة الإسلامية، شبرا، مصر، بدون سنة نشر، ص71.

3- نفس المرجع، ص72.

وفيما يلي توضيح لتأثير التدخين على الجنين:

أ- الإجهاض المبكر: حسب تقرير الكلية الملكية بلندن " التدخين والصحة " اتضح أن الإجهاض التلقائي يكثر في حالات المدخنات بالمقارنة إلى غيرهن من المدخنات، ويزداد احتمال الإجهاض المبكر كلما كان التدخين خلال الشهور الثلاثة الأولى للحمل، ذلك أن مادة النيكوتين التي توجد في السجائر يمتصها الرحم والمشيمة، الأمر الذي يؤدي إلى عدم تكوين المشيمة مما يؤدي إلى انفصال الجنين عن مصدر غذائه من الأم وتكون النتيجة المؤكدة لذلك هي الإجهاض التلقائي.[1]

ب- الإقلال من وزن الجنين: أكدت البحوث العلمية حول تأثير تدخين الحوامل على نمو الجنين أن تدخين المرأة الحامل يؤدي إلى الإقلال من حجم وزن الجنين، فوزن جنين الأم التي تدخن بكثرة يقل حوالي 170 غراما عن وزن جنين الأم التي لا تدخن وذلك نظرا لتأثير مادة النيكوتين.[2]

ج- تشوهات الجنين: تبين العديد من الدراسات أن عدد ضربات قلب الجنين يزيد من 05 إلى 40 ضربة في الدقيقة ولمدة عشرين دقيقة بعد أن تدخن الحامل سيجارة أو سيجارتين، ويستمر عدد الإيقاعات التنفسية ناقصا مدة ساعتين وهذا ما يبرر تساؤلات العلماء عن احتمال زيادة التشوهات الخلقية الناتجة عن المواد المهيئة للسرطان. كما يؤدي التدخين إلى العديد من التشوهات الأخرى التي تختلف في نوعها وحدتها، ولكن الجهاز العصبي للجنين هو أكثر أعضاء الجنين تأثرا بالتدخين يليه بعد ذلك الدورة الدموية والقلب والعينين وباقي أجزاء جسم الجنين.[3]

د- الولادة قبل موعدها الطبيعي: يزداد خطر الولادة السابقة لأوانها على المرأة المدخنة وكذلك خطر النزيف بعد الولادة، ويقول تقرير وزارة الصحة الأمريكية أن 14% من المواليد قبل الموعد المحدد تحدث نتيجة التدخين.

1- آمال صادق، فؤاد أبو حطب، نمو الإنسان من مرحلة الجنين إلى مرحلة التسنين، الطبعة الأولى، مركز التنمية البشرية والمعلومات، الجيزة، مصر، 1988، ص164 وما بعدها.

2- محمد علي البار، التدخين وأثره على الصحة، المرجع السابق، ص116.

3- نفس المرجع، ص120.

وقد يمتد تأثير التدخين في الجنين بعد ولادته إذ ترتفع معدلات الوفاة بين المواليد لأمهات مدخنات عنها في المواليد لأمهات غير مدخنات، كما يؤدي تأثير التدخين في الأم المرضع إلى حدوث اضطرابات وتوتر لدى الرضيع بسبب تسرب النيكوتين مع اللبن إلى جسمه. على أن هناك أضرارا أخرى للتدخين على الجنين لم يتم التأكد منها بعد وما زالت قيد البحث والدراسة وهي هل تؤدي الشراهة في التدخين إلى التقليل من احتمال الحمل عند السيدات؟ [1]

والأمر الثاني وهو هل يؤدي التدخين إلى زيادة احتمال إصابة الطفل في حياته بعد ذلك بمرض السرطان؟ وهل يمكن بهذا التحليل أن نفسر الزيادة المطردة في نسبة الإصابة بالسرطان وخصوصا في العالم الغربي حيث الإقبال على التدخين من جانب النساء يكون أكثر؟

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من التدخين:

نظرا للأضرار والمخاطر السابق الإشارة إليها للتدخين لم يكن غريبا أن يتجه الكثير من الفقهاء إلى القول بتحريم التدخين وإن كان البعض قد ذهب إلى القول بأنه مكروه بل وأباحه البعض. وسنحاول التطرق إلى مختلف الآراء كما يلي:

1- الرأي الأول: ذهب الرأي الأول إلى القول بتحريم التدخين. وقد جاء في فتاوى الشيخ عليش "ما نصه: سئل عن الدخان شيخنا سالم السنهوري فأفتى بتحريمه واستمر على فتواه به إلى موته، ولم يخالفه فيه أحد من علماء عصره، وتابعه عليه أهل الدين والصلاح والرشد من الحنفية وغيرهم".[2] ومن أنصار هذا الرأي أيضا الدكتور يوسف القرضاوي إذ يرى أن التدخين حرام في حق عموم الناس حيث قال بعد أن ذكر آراء العلماء فيه وأدلتهم: "وقد اتضح لنا مما سبق أن القول بالتحريم أوجه وأقوى حجة، وتتأكد الحرمة في أحوال منها:

1- هلالي عبد الله أحمد، التزامات الحامل نحو الجنين، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص82.

2- محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، طبعة مصطفى الحلبي، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر، الجزء الأول، ص118 وما بعدها.

– أن يضر الدخان شخصا بعينه حسب وصف الطبيب له.

– أن يكون الشخص محتاجا إلى ثمن الدخان لنفقته، أو نفقة من يعول.

– أن يكون الدخان مستوردا من بلاد تعادي المسلمين ويذهب ثمنها لتقويتها على المسلمين.

– أن يصدر ولي الأمر أمرا بمنع التدخين ومعلوم أن طاعته واجبة فيما لا معصية فيه.

– أن يكون الشخص قدوة للمجتمع في علمه ودينه مثل علماء الدين والطب".[1]

وممن قال بحرمة التدخين أيضا من علماء هذا العصر فضيلة الأستاذ الدكتور عبد الصبور شاهين، وفضيلة الشيخ عبد العزيز بن باز مفتي عام بالمملكة العربية السعودية رحمه الله.[2]

2– الرأي الثاني: إن التدخين مكروه على حساب قول بعض فقهاء المذاهب الأربعة منهم العمادي وأبو السعود من فقهاء الحنفية بيد أن الأول كما يقول ابن عابدين قال: إنه مكروه تحريما، ويفسق متعاطيه، والثاني قال: بالكراهة التنزيهية.[3]

وممن قال بالكراهة من علماء هذا العصر فضيلة الشيخ عطية صقر، لكن الكراهة عنده مشروطة بعدم تحقق الضرر في الصحة أو المال، أما إذا تحقق الضرر كان التدخين حراما تحقيقا للنصوص التي تأمر بالخير وتنهي عن الشر ولروح الشريعة الإسلامية التي جاءت لمصلحة الناس.[4]

1– يوسف القرضاوي، هدى الإسلام (فتاوى معاصرة)، بدون طبعة، دار القلم، الكويت، بدون سنة نشر، ص660.

2– عبد الصابور شاهين، السجاير حلال أم حرام، بدون طبعة، دار النصر لطباعة الإسلامية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، ص24 و38.

3– محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن عابدين الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار، المرجع السابق، ص409 وما بعدها.

4– عطية صقر، أحسن الكلام في الفتاوى والأحكام، بدون طبعة، دار الغد العربي، مصر، بدون سنة نشر، الجزء الأول، ص94.

3- الرأي الثالث: إن التدخين مباح حسب رأي بعض فقهاء المذاهب الأربعة، وقد علل ابن عابدين من الحنفية إباحته له بدفع الحرج عن المسلمين لأن أكثرهم مبتلين به.[1]

4- الرأي الرابع: إن التدخين يختلف باختلاف حال المدخن والمدخنين فيكون حراما لمن يحصل له ضرر باستعماله، أو كان الدخان محجوبا بشيء من النجاسات أو كان مخدرا ولو قل زمن إفساده وتخديره، ويكون مباحا إن قطع بعدم إفساده وضرره بمن يستعمله، وهو قول بعض فقهاء المذاهب، وممن قال بهذا الرأي من علماء هذا العصر فضيلة الشيخ حسنين مخلوف.[2]

والرأي الذي أرجحه هو الرأي الأول القائل بتحريم الدخان لأنه قد ثبت علميا الأضرار الكثيرة المترتبة على التدخين وما يحويه من سموم، والله تعالى يقول في كتابه العزيز: ﴿**الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الْأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِي التَّوْرَاةِ وَالْإِنجِيلِ يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّبَاتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ وَيَضَعُ عَنْهُمْ إِصْرَهُمْ وَالْأَغْلَالَ الَّتِي كَانَتْ عَلَيْهِمْ**﴾.[3]

وهذه الآية كما يقول العلماء تعتبر أصلا لقاعدة التحليل والتحريم، ومعنى هذا أنه ثبت لنا أنه خبيث فيكون حراما بنص القرآن، وطالما ثبت لنا علميا أن الدخان خبيث لكونه يضر بصحة صاحبه والمحيطين به فهو حرام، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".[4]

ثالثا: موضوع التدخين في التشريع الوضعي:

نظرا لأضرار التدخين على المدخن وعلى غيره المتواجد بمحيطه، تدخلت تشريعات عديدة لحظره في أماكن معينة من دون تجريمه ومنها التشريع الجزائري والمصري على حد سواء.

1- محمد أمين بن عمر ابن عابدين، تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين، بدون طبعة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الجزء الثاني، ص331 و332.

2- مرعي بن يوسف الحنبلي، المرجع السابق، ص218.

3- الآية 157 من سورة الأعراف.

4- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص745، طرف حديث 1429.

1- موقف القانون الجزائري من التدخين:

لم يجرم المشرع الجزائري التدخين لا في قانون العقوبات ولا في نصوص خاصة أخرى، وبما أن الشخص باستهلاكه أو بترويجه للمواد التبغية لا يعتبر مرتكبا لجريمة أساساً. إلاّ أنّه وبالرجوع إلى القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 هـ الموافق لـ 02 يوليو المتعلق بالصحة، نجده أشار في القسم الفرعي الأول من القسم الرابع منه على مكافحة الإدمان على التبغ حماية لصحة المواطنين والحفاظ عليها.

وتعتبر مواداً تبغية المواد المخصصة للتدخين أو النشق أو الوضع على اللثة أو المضغ أو المص، بما في ذلك السيجارة الالكترونية، ما دامت تحتوي على التبغ ولو جزئيا.[1]

تقوم مصالح الصحة بالتعاون مع القطاعات المعنية بإعداد ووضع برامج الوقاية من الإدمان على التبغ ومكافحته حيث يمنع البيع للقصر وفي الأماكن العمومية وكل شكل من أشكال الترويج والرعاية والإشهار لفائدة مواد التبغ.[2] في حين لم يشر للمرأة الحامل كحالة إدمان للتبغ، و بالتالي الذي يسري على المبدأ العام يشمله الاستثناء باعتبار أن المدمن على التدخين لا يعد مرتكبا للجريمة سواء كان رجلا أو إمرأة (حاملا أو لا).

2- موقف القانون المصري من التدخين:

تدخل المشرع المصري بموجب قوانين لحماية هذا الغير حيث حظر التدخين في الأماكن العامة والمغلقة التي يصدر بتحديدها قرار من وزير الصحة حيث نص في المادة السادسة من القانون 52 لسنة 1981 على أن: "يحظر التدخين في وسائل النقل العام والأماكن العامة والمغلقة التي يصدر بتحديدها قرار من وزير الصحة"، ونص في المادة الثامنة على أنه: "من يخالف المادة السادسة يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن أسبوع، وبغرامة لا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد على عشرين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين".[3]

1- المادة 54 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة .

2- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة المعدّل والمتّمم، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 16 ذو القعدة 1439هـ الموافق ل 29 يوليو 2018.

3- محمد علي البار، التدخين وأثره على الصحة، المرجع السابق، ص123.

ونظرا لصعوبة العقاب بالحبس لكثرة عدد المدخنين فإن العقوبة المتبعة هي عقوبة الغرامة إلا أنها لم تكن رادعة نظرا لنقص مبلغ الغرامة، لذا فقد تدخل المشرع بتعديل القانون رقم 04 لسنة 1994، والذي نص على أن عقوبة من يدخن في مكان عام هي خمسون جنيها مصريا، وأضاف للمسؤولين عن هذه الأماكن العامة الذي لا ينفذون فيها هذا القانون غرامة تتراوح ما بين ألف وعشرين ألف جنيه.

كذلك قد اتجهت بعض التشريعات نفس الاتجاه وهو توعية المواطنين بأضرار التدخين، ففي الولايات المتحدة الأمريكية قرر الكونغرس الأمريكي أن تلتزم شركات إنتاج السجائر ابتداءً من 1985/10/12 بكتابة التحذيرات التالية على كل علبة سجائر:

- يسبب التدخين سرطان الرئة وانتفاخها وأمراض القلب واضطرابات الحمل.
- يلحق تدخين المرأة الحامل الأذى بجنينها ويسبب الولادة المبكرة.
- يدخل المدخن بتدخينه السيجارة أول أكسيد الكربون (وغيره من المواد السامة) إلى رئتيه.
- بامتناعك عن التدخين تقل احتمال إصابتك بالعديد من الأمراض.[1]

وإذا كان المشرع المصري قد حمى غير المدخن من أضرار التدخين، وذلك بتقرير عقوبة على من يدخن في المواصلات العامة والأماكن العامة والأماكن المغلقة التي يصدر بتحديدها قرار من وزير الصحة وإن كانت هذه العقوبة بسيطة إلا أنه لم يقرر عقوبة للمرأة الحامل التي تدخن مع أن تدخينها يضر بالغير وهو الجنين.

المطلب الثاني: العوامل المباحة المؤثرة على النمو الطبيعي للجنين.

لاشك أن القانون استمد مجمل مظاهر الرعاية للجنين من الشريعة الإسلامية التي أقرت و حافظت على الكيان البشري منذ التخصيب الأول للبويضة إلى حين ما بعد الوضع. ومن صور الحماية المقررة للجنين حقه في الغذاء والعلاج و الذي بدورهما لا يكونان إلا من خلال تغذية المرأة الحبلى تغذية سليمة و مستوفية لكافة الطاقات الحرارية، وكذا علاجها إذا اقتضت الضرورة ذلك من خلال تناولها لأدوية معززة للحمل أو مخففة لأعراضه بشرط أخذ استشارة الطبيب.

1- عبد المنعم شحاتة، المرجع السابق، ص140.

وأصدر في هذا الصدد المشرع الجزائري القانون 11/18 المتضمن قانون الصحة، والذي يهدف إلى حماية صحة الأشخاص و الحفاظ عليها وترقيتها من خلال احترام الكرامة الإنسانية و السلامة الجسدية و الحياة الخاصة، و التأكيد على حماية صحة الأم و الطفل في الفصل الثالث حول البرامج الصحية النوعية في المواد 69 إلى 83 منه.[1] كما وضع استثناءات للإجهاض العلاجي حماية لصحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل.

الفرع الأول: أثر الأدوية على النمو الطبيعي للجنين.

إن الوقت الذي يعيش فيه العلم أزهى عصوره أصبحت كثير من الأدوية هي التي تسبب الكثير من الأمراض بعد أن كانت سببا للشفاء منها، ذلك أن أباطرة صناعة الدواء في الدول الكبرى تحسن استغلال تلهف المرضى للشفاء. لذلك أصبحت الأبعاد الإنسانية في إنتاج أنواع الأدوية متوارية وراء الأستار، والهدف الأول والأخير هو التفنن في طرق كشف المال وضمان استمرار تدفقه.[2] فما هي حقيقة الأدوية، وما الأضرار التي تترتب عليها، وهل إذا تناولت المرأة الحامل بعد استشارة الطبيب بعض الأدوية وترتب على ذلك تشويه الجنين. توجد مسؤولية عليها أو على الطبيب المعالج لها؟

أولا: مفهوم الأدوية:

هي عبارة عن مفردات أو مركبات كيميائية تستخدم إما لتغيير وظيفة من وظائف الجسم أو للقضاء على جرثومة ناقلة للعدوى أو للعلاج من الأمراض أو لتخفيف آلامها أو الوقاية منها وهي تحدث تأثيرها بالتعامل مع أجزاء من الخلايا.[3]

1- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة المعدّل والمتّمم، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 16 ذو القعدة 1439هـ الموافق ل 29 يوليو 2018.

2- سعد شعبان، التلوث لعنة العصر، بدون طبعة، مكتبة الأسرة، مصر، 1999، ص43.

3- عبد الفتاح إدريس، حكم التداوي بالمحرمات، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1993، ص06.

وهذه الأدوية إما مفردة وإما مركبة (أي تحضر كيميائيا من عدة مفردات). والمفردات نوعان:

- أحدهما مواد خام من أصل نباتي أو حيواني، ويطلق عليها اسم "العقاقير".
- والثاني مواد كيميائية نقية تسمى "المفردات الكيميائية الدوائية".

وتستعمل المفردات الدوائية في العلاج على أشكال مختلفة لتسهيل تعاطيها وتأكيد مفعولها، وهذه الأشكال هي: الأقراص والمحاليل والحقن والشراب إلى غير ذلك من الأشكال الدوائية. وتستعمل هذه الأشياء عن طريق تناولها بالفم أو الأنف أو فتحة الشرج أو عن طريق حقنها تحت الجلد أو في العضل أو في العرق أو في المفصل، أو ما يتخذ من هذه المفردات شكل اللصق أو المسحوق أو الطلاء أو القطرة للاستعمال في ظاهر البدن.[1]

وعن الأدوية، يقول ابن القيم: "إن الأدوية من جنس الأغذية والأمة والطائفة التي غالب أغذيتها المفردات: أمراضها قليلة جدا وطبها بالمفردات. وأهل المدن الذين غلبت عليهم الأغذية المركبة، يحتاجون إلى الأدوية المركبة وسبب ذلك أن أمراضهم في الغالب مركبة فالأدوية المركبة أنفع لها، وأمراض أهل البوادي والصحاري مفردة فيكفي في مداولتها الأدوية المفردة".[2]

ثانيا: أثر الأدوية:

وقبل أن نتحدث عن أثر الأدوية التي تتناولها المرأة الحامل على جنينها فإنه وجب علينا التحدث عن بعض أضرار الأدوية على الإنسان بصفة عامة.

1- أضرار الأدوية على الإنسان:

يقول ابن القيم: "وقد اتفق الأطباء على أنه متى أمكن التداوي بالغذاء لا يعدل إلى الدواء، ومتى أمكن بالبسيط لا يعدل إلى المركب. قالوا وكل داء قدر على دفعه بالأغذية والحمية لم يحاول دفعه بالأدوية قالوا ولا ينبغي للطبيب أن يولع بسقي الأدوية فإن الداء إذا لم يجد في

1- عبد الفتاح إدريس، المرجع السابق، ص07.

2- محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله المعروف بابن القيم، الطب النبوي، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الأول، ص06.

البدن داء يحلله أو وجد داء لا يوافقه أو وجد ما يوافقه فزادت كميته عليه أو كيفية تشبث بالصحة وعبث بها".[1]

ومن خلال هذا السياق، يكون الإمام ابن قيم الجوزي قد حذرنا من كثرة تناول الأدوية، ويحذر هنا الأطباء كذلك من كثرة وصف الأدوية للناس، إذ تحقق قوله جليا في عصرنا عصر التقدم العلمي والطبي. فالأطباء كثيرا ما يصفون أدوية لا أهمية لها أو قلة أهمية مفعولها مع كثرة استعمالها كالمضادات الحيوية، كما أن الكثير من الناس أفرط في استعمال الأدوية متناسين أن لها آثارا جانبية شديدة تلحق بالكبد والقلب والكليتين.

وإذا تناولنا أكثر الأدوية انتشارا كالأسبرين والبيراميدون، فهذه الأدوية ذات حدين فهي وإن كانت مفيدة في علاج الكثير من الأمراض إلا أنه تسبب كذلك الكثير من الأمراض.[2]

* فالأسبرين قد يسبب آلاما معدية يصحبها عسر هضمي، وقد يؤدي إلى طفح جلدي وتورم في الوجه والعينين ونزيف في الأنف، ورغبة شديدة في حك الجلد. كما أنه يلعب دورا مهما في إصابة الأطفال بما يعرف بمرض "اعتلال الدماغ الفيروسي الحاد" الذي تتجلى أعراضه في حدوث تضخم في الكبد واصفرار في لون المريض... لذلك نادى البعض بضرورة حظر استخدام الأسبرين للرضع والأطفال أقل من 15 سنة.

* أما البيراميدون فلديه القدرة على الهبوط بكريات الدم البيضاء في بعض الأشخاص إلى أقل ما يمكن، إذ تهبط من مستواها العالي البالغ عشرة آلاف كرية في الميليمتر المكعب إلى ألف كرية أو أقل. وذلك يؤدي إلى تقليل مقاومة الجسم للجراثيم ومن ثم يكون عرضة للإصابة بالتهابات شديدة في الفم، وقد يؤدي تناول الشخص لهذا الدواء إلى وضع حد لحياته.[3]

1- محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله المعروف بابن القيم، المرجع السابق، ص06.

2- محمد عبد القادر الفقي، البيئة مشاكلها وقضاياها وحمايتها من التلوث، بدون طبعة، إصدارات مكتبة الأسرة، مصر، 1999، ص146.

3- نفس المرجع، ص147.

ومن الأدوية كذلك التي تؤدي إلى كثير من الأضرار المهدئات والمسكنات والمضادات الحيوية والمنبهات والمنومات، إلا أن تأثير هذه الأدوية يختلف من شخص إلى آخر. وذلك يرجع إلى عدة أسباب أهمها:

- مدى حساسية الفرد لبعض المركبات الكيميائية الداخلة في تركيب الدواء.
- درجة تركيز الدواء.
- معدل عدد الجرعات التي يتناولها الفرد في اليوم.
- كفاءة امتصاص أجهزة الجسم للمركبات الكيميائية المكونة للدواء.

وفي حقيقة الأمر فإن جميع الأدوية الفعالة لها تأثيرات جانبية على بعض الناس لذا يحظر تناول أي دواء إلا بناء على استشارة الطبيب حتى نتجنب الآثار الجانبية لها بقدر الإمكان.[1]

2- أثر الأدوية (العقاقير والكيماويات) على الجنين:

يعيش الجنين في عالم معزول تماما عن العالم الخارجي، وإذا كانت وسيلته الوحيدة للاتصال بالعالم الخارجي هي أمه، فهي التي يحصل منها على كل ما يحتاجه من طاقة وغذاء لينمو من تيار الدم الذي يصله عن طريق الحبل السري. لكن الدم الذي يصل إلى الجنين لا يحمل الغذاء والأوكسجين فقط بل يحمل كذلك كل ما يحتويه دم الحامل من مواد، ويختلف تأثير هذه المواد على نمو الجنين وتطوره تبعا لكمية هذه المواد ونوعيتها.

وإذا كانت المشيمة تعمل كمصفاة لإبعاد تأثير المواد الضارة على الجنين، إلا أن بعض هذه المواد يتمكن من عبور هذا الحاجز ليصل إلى الجنين فيؤثر عليه، وقد يضر بصحته ونموه الطبيعي. وقد كان أول من لفت الأنظار إلى الحظر الكامن في الأدوية التي يضعها الإنسان مأساة عقار "التاليدوميد" التي حدثت في أوائل الستينات.

1- منى عبد الرحمن، تجارب على الجنين، بدون طبعة، المكتبة الأكاديمية، مصر، 1992، ص117.

وقد كان عقار "التاليدوميد" يستخدم لمنع دوار الصباح الذي يحدث للسيدات الحوامل في الأشهر الأولى من الحمل، وبعد حوالي عامين من استخدام هذا العقار لوحظ أن نسبة حدوث تشوهات الأطراف عند المواليد قد ازدادت فجأة، ومنذ ذلك الحين قدر نحو سبعة آلاف طفل قد أصيبوا بهذا التشوه، ولأن التشوه الذي حدث كان من النوع النادر الحدوث أمكن اكتشاف الأثر الضار "للتاليدوميد" – على الرغم من أنه كان قد أجريت عليه الاختبارات القياسية وكانت حيوانات التجارب المستخدمة في الاختبارات مقاومة له – لأنه لو كان التشوه أقل حدة فمن الممكن ألا يثير الانتباه. ويظهر تأثير "التاليدوميد" بوضوح إذا أخذ خلال الثلاثة أشهر الأولى من الحمل فيسبب قصر وتوقف أو اختفاء كامل الأطراف وأحيانا يتسبب في إصابات القلب والأمعاء والأذنين.[1]

هذه الحادثة التي حدثت أوائل الستينات وإن كان قد ترتب عليها الإضرار بالعديد من الأجنة، إلا أنها قد نبهت الجميع إلى عدة أمور هامة منها:

– أن الطبيب المعالج للمرأة الحامل يجب أن يعلم أنه لا يعالج شخصا واحدا فقط هو المرأة الحامل، وإنما يعالج شخصين هما المرأة الحامل والجنين، وأن ما هو مفيد في شفاء المرأة الحامل أو التخفيف من آلامها قد يكون ضارا بجنينها.

– أن الأدوية تختلف في تأثيرها على الإنسان عنه في الحيوان حيث أن الثاليدوميد وإن كان لم يؤثر في حيوانات التجربة إلا أنه أثر على الإنسان حين تعاطاه. كذلك فإن البنيسيلين والأسيرين تسببان تشوهات في أجنة الحيوانات أما بالنسبة للإنسان فإنهما لا يسببان أي ضرر إلا إذا أخذا بكميات كبيرة.[2]

نخص مما سبق أن تناول الحامل لأي أدوية خلال أشهر الحمل الثلاثة الأولى أمر غير مرغوب فيه لأن الجنين في هذه الأشهر تتكون أعضاؤه، وبالتالي يجب على الحامل الامتناع عنها إلا بعد استشارة الطبيب المعالج لها الذي لا يسمح لها بتناول الدواء إذا كان فيه ضرر بالجنين اللهم إلا إذا كان سيصيبهما ضرر كبير إن لم تتناوله أي أن المصلحة من التداوي أكبر من الضرر اللاحق بذلك.

1– عبد العزيز عرفات، مبادئ صحة الأم والطفل، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2006 ص93.

2– نفس المرجع، ص94.

أما التشريعات العربية على غرار المشرع الجزائري لم يجرم تناول الأدوية للحامل الذي ينجر عنها أضرار عديدة تؤثر على صحة الجنين، ولم يتطرق كذلك لالتزامات الحامل خلال فترة حملها اتجاه الجنين من سلوكات إيجابية أو سلبية. وعليه تطرح عدة تساؤلات تثير الجدل ولم يتم الإجابة عنها صراحة أو ضمنا ضمن نصوص مقننة ومنها:

– ماذا لو كانت حالة الحامل لا تستلزم أخذ هذا الدواء وأخذته وترتب عليه تشوه الجنين، أو كان الطبيب يعلم أو في استطاعته أن يعلم بأنها حامل وأعطاها الدواء الضار بالجنين وكانت حالتها لا تستلزم العلاج الفوري وترتب على فعله تشوه الجنين؟ وهذا ما نستشفه في الآونة الأخيرة من خلال تعدد الأخطاء الطبية على المريض عامة و الحامل خاصة من طرف الأطباء أو حتى القابلات في المستشفيات و تبقى المسؤولية الطبية حبر على الورق لا تضاهي حجم الأضرار المادية و المعنوية للمريض.

الفرع الثاني: إصابة المرأة الحامل ببعض الأمراض.

هناك العديد من الأمراض الوراثية وغير الوراثية، المعدية وغير المعدية، التي إذا أصيبت بها الحامل، فإنّها تعيق الحمل أو تؤثر بشدة على نموه وسيره الطبيعي، ولكن مع الرعاية الطبية المنتظمة والدقيقة خاصة خلال الثلاثة أشهر الأولى للحمل قد تقلّ خطورة هذه الأمراض، كما أنّه بالتحاليل الطبية الحديثة يمكن التأكد من خلو الجنين من العديد من النقائص الخلقية أو التشوهات، وعموماً هناك قائمة طويلة من الأمراض التي تحتّم على الحامل متابعة حالتها بدقة عند الطبيب المختص حتى يستمر الحمل، وأهم هذه الأمراض نذكر منها–على سبيل المثال– ما يلي:

أولا: وجود عيب في تكوين الرحم:

هناك العديد من العيوب الخلقية أو التشوهات التي قد تصيب رحم الأم الحامل وتكون أحد أسباب الإجهاض إذا لم تعالج طبياً. ومن هذه العيوب نذكر:

– **صغر حجم الرحم:** الرحم صغير الحجم هو رحم غير مكتمل النمو، وليس لديه قدرة على استيعاب الجنين حتى إنهاء شهوره الرحمية، الأمر الّذي يؤدي في النهاية إلى حدوث الإجهاض.

– **الرحم الّذي ينقسم تجويفه الداخلي إلى قسمين:** من العيوب الخلقية أو تشوهات الرحم الّذي ينقسم تجويفه الداخلي إلى قسمين، فهكذا يمكن أن تحدث سلسلة من المتاعب حيث تجد البويضة صعوبة حتى تلتصق في جدار الرحم، كما أنّ شكل تجويف الرحم يصبح غير مريح بالنسبة للجنين، ومن ثمّ يأخذ الجنين أوضاعاً غير طبيعية أثناء فترة الحمل. وعلاوة على ذلك نجد أنّ الرحم ذاته لا يكون قادرا على استيعاب الحمل حتى شهوره الأخيرة ولذا يحدث الإجهاض المتكرر.

– **الرحم الّذي يكون في داخله الحاجز الّذي يقسمه إلى قسمين متساويين:** هناك الرحم الّذي يكون في داخله الحاجز الّذي يقسمه إلى قسمين متساويين، وقد تلتصق البويضة الملقحة بهذا الحاجز لتنمو وهي عليه لفترة بسيطة يتوقف بعدها نموها. وحتى إذا استمر الحمل داخل مثل هذا الرحم فإنّ إقامة الجنين بداخله تكون غير مريحة وتكون النهاية هي الإجهاض. [1]

ثانيا: تأثير مرض السكري على الجنين:

ارتفاع نسبة السكر في دم المرأة الحامل يؤدي إلى إصابة الجنين بالعديد من الأمراض، ذلك أنه يصاحبه ارتفاع مماثل في دم الجنين، وهذا بدوره يؤدي إلى تضخم الجنين وزيادة وزنه وبالتالي صعوبة الولادة. وأحيانا قد يوقف نمو الرئتين مما يسبب صعوبة التنفس بعد الولادة.

ومريضة السكري التي تهمل علاجها ولا تهتم بتنظيم الغذاء خاصة في أسابيع الحمل الأولى قد يتسبب ذلك في تشوهات بجنينها لأنه في هذه الفترة تنمو وتتشكل أعضاء الجنين. وفي بعض حالات السكري غير المنتظم مع حدوث حموضة الدم قد يؤدي ذلك إلى إصابة الجنين بالتخلف العقلي.[2]

1– هلالي عبد الله أحمد، المرجع السابق، ص288.

2– ديفيد روزفيك، دليل المرأة الطبي مع مائة سؤال وجواب، نقله إلى العربية لجنة من الأطباء مراجعة أمين خليل بيدس، الطبعة العاشرة، دار الجيل، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، ص108 و109.

ثالثا: أمراض القلب:

أمراض القلب متعددة وكثيرة ولكن ليس المهم نوعية المرض وإنما المهم هو مدى تأدية القلب لوظيفته، وتقرّر هذه المسألة ما إذا كانت المريضة تنصح أو لا تنصح بالحمل، كما تحدّد الخطوات الّتي تتبع أثناء الحمل والولادة بعد ذلك أيضاً، فإذا كان هناك فشل ملحوظ في تأدية القلب لوظيفته فإنّ المريضة تمنع من الحمل، أمّا في حالة المرض الخفيف فيمكن حدوث الحمل بشرط أن توضع الأم أثناء فترة الحمل تحت إشراف طبي دقيق لتجنب حدوث أي مضاعفات.[1]

رابعا: مرض الزهري:

يعدّ مرض الزهري مرضاً ولادياً congenital غير وراثياً heredity حيث يصاب به الطفل وهو جنين في بطن أمّه ثمّ يولد به. فهو لا يدخل في الجينات الوراثية وإنّما يحدث عن الجماع أو خلال فترة الحمل حيث يعد مرض معدٍ ينتقل من المصاب إلى السليم عن طرق الاتصال الجنسي.

ومن النقاط المهمة التي يجب التنبه لها أنّ الزهري إذا لم يعالج كما ينبغي فإنّه يؤثّر تأثيراً خطيراً على الأطفال وذلك لما يسببه من خلل جسماني، ولتأثيره الضار على خلايا المخ والّذي يصل إلى حدّ فقدان العقل أو الإصابة بالجنون ويعرف هذا المرض باسم G.P.I.[2] ومن هنا تبدو أهمية ذلك في أن تتأكد كل حامل من خلو جسمها من الزهري، وذلك بالرجوع إلى تاريخ أفراد عائلتها المرضى و بفحص الدم بطريقة فاسرمان wasarman.[3] كما يجب على الأب المصاب أن يبدأ في العلاج قبل الزواج حتى لا يصاب أبناؤه لأن هذا المرض ينتقل من جيل إلى جيل و تكون نتائجه خطيرة.

1- يتحتم عليها التردد بانتظام على كل من طبيب القلب وطبيب النساء والولادة، و تفادي السمنة لأنّها تضيف عيباً إضافيا، وكذلك الإسراع في معالجة أيّ ارتفاع في ضغط الدم. هذا بالإضافة إلى الاحتياطات اللّازم اتخاذها أثناء الولادة ذاتها وبعدها.

2- محمد المرسي، المرجع السابق ، ص 68 .

3- نسبة إلى العالم الذي اكتشف هذه الطريقة.

و لكن بما أننا نركز هنا على الأمراض التي قد تصيب الحامل أثناء فترة الحمل، فإننا نقول إذا فرض و أصيبت الحامل بالزهري، ففي هذه الحالة يحسن علاج الجنين و هو في بطن أمه، كما من الممكن بداية العلاج فور ولادته. ولعل الفكرة مبكرا أثناء وجود الجنين في بطن الأم أن العقاقير التي تستخدم في العلاج لكلا من الأم و الجنين معا، حيث أن هناك اتصالا بين دم الأم و الجنين عن طريق الحبل السري.[1]

خامسا: تسمم الحمل:

تسمم الحمل أو الإكلمبسيا eclampsia مرض شديد الخطورة يحدث في الغالب في الفترة الأخيرة من الحمل وأسبابه الحقيقية غير معروفة على وجه الدقة حتى الآن بالرغم من البحوث الجديدة في هذا المجال. ومع ذلك فهناك بعض النظريات التي تفسر أسباب حدوثه منها نظرية التسمم المائي التي تفيد بأن السبب يرجع إلى احتجاز الماء في الجسم ممّا يؤدي إلى الكلى، ونظرية التسمم المشيمي حيث يحدث نقص الأكسجين في المشيمة أو حدوث جلطة بها، أو نظرية القصور أين يكون قصور للكالسيوم وفيتامين د وفيتامين ب المركب.

يقوم علاج تسمم الحمل على عدة أسس منها الامتناع عن تناول علاج الأملاح (ملح الطعام) يوماً بعد يوم في الصباح مع الراحة التامة في السرير، وأكل وإكثار اللّبن الخالي من الدسم. وذلك بعد أن تلاحظ زيادة في الوزن (من 3 إلى 4 أرطال تقريباً) في الأسبوع وخاصة في الثلث الأخير من الحمل تكون نتيجة اضطراب في التمثيل الغذائي للجسم métabolisme و يكون هناك اختزان الماء في الخلايا و يمنع إخراجه كالمعتاد.[2]

و إذا كان المرض بدون ارتفاع في ضغط الدم فإن الطبيب يستطيع السيطرة على هذه الحالة عند هذا الحد ثم ترسل المريضة إلى المستشفى، و إذا ما ازدادت الحالة سوءًا وظهر الصداع مع الزلال في البول واستمر الحال على هذا المنوال من 24 إلى 48 ساعة دون تقدم ورغم المتابعة والعلاج، فالجراحة هي الاختيار الوحيد وتكون بإجهاض المريضة أو ولادتها بعملية

1- محمد المرسي، المرجع السابق، ص 68 و 69.

2- محمد المرسى، نفس المرجع، ص80.

قيصرية، وهذا في حالة المرض البسيطة. أمّا إذا وصلت إلى الحالة الشديدة eclampsia فيجب إجهاض المرأة وتفريغ الرحم من محتوياته قبل تعقيد الموقف.[1]

سادسا: فيروس كورونا (كوفيد 19):

كورونا كوفيد 19 هو عبارة عن فيروس جديد قاتل وسريع الانتشار يصيب الإنسان، باعتباره أحد الأمراض والفيروسات الخطيرة التي تهدد الصحة البشرية في كل العالم. واعتبرت مدينة ووهان الصينية من المناطق الجغرافية التي شهدت لأول مرة فيروس كورونا ديسمبر 2019، والذي سبب إصابات شديدة لحقت بموت الآلاف من الحالات في أنحاء العالم. ولعل المرأة الحامل هي الأخرى لم تسلم من هذا الوباء فمنها من توفيت، ومنها من أجهضت للمحافظة على حياتها...

وعلى إثر هذا اتخذت الحكومة الجزائرية إجراءات مشددة منها الحجر الصحي، وإعفاء المستخدمين من العمل بصفة عمة و المرأة الحامل بصفة خاصة حيث استفادت من عطلة استثنائية باعتبارها موظفة أو عاملة بموجب نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي 69/20 الذي تضمن تدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته. في انتظار الموافقة على أخذ اللقاح الذي يحمي الحامل وجنينها من الحالات المستعصية لاحقا.[2]

وخلاصة لما سبق، يمكن القول أن تناول الأدوية في فترة الحمل بهدف التداوي وإصابة المرأة الحامل بأمراض تعيق خروج هذا الكائن الضعيف بأمن وسلامة يدخل ضمن حالات الإجهاض العلاجي. ويقصد به حين يكون الجنين في حالة حرجة تستدعي التدخل الطبي كالتشوهات الجنينية الخطرة بسبب النمط الوراثي للجنين، أو بسبب عوامل خارجية كتعرض الحامل لعلاج كيميائي أو بسبب الأمراض الجسدية للأم والتي تشكل خطورة حقيقية على حياتها.[3]

وحدد المشرع الجزائري في هذا الإطار ضوابط إباحة الإجهاض في المادة 308 من قانون العقوبات حيث أنه: "لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من

1- محمد المرسي، المرجع السابق، ص80 و 81.

2- مرسوم تنفيذي 69/20 المؤرخ في 2020/03/21 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا(كوفيد 19) ومكافحته، الجريدة الرسمية 2020، العدد 15، المؤرخ في 2020/03/21.

3- باحمد أرفيس، المرجع السابق، ص434.

الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغ السلطات الإدارية"، وتقابلها المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها:" يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراءً ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ، يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبيب يجرى بمعية طبيب أخصائي".

الفصل الثاني

التدخل الطبي الحديث على الجنين وأثره على نطاق الحماية الجنائية بين الفقه الإسلامي والتشريع

الفصل الثاني: التدخل الطبي الحديث على الجنين وأثره على نطاق الحماية الجنائية بين الفقه الإسلامي والتشريع.

يعد العمل الطبي كل نشاط يقع على جسم الإنسان، ويتفق في طبيعته وكيفيته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعمليا في علم الطب، حيث يقوم به طبيب مصرح له قانونا بقصد الكشف عن المرض وتشخيصه وعلاجه، ويحقق الشفاء أو تخفيف آلام المرض أو تحقيق مصلحة اجتماعية، شرط توفر رضا من يجرى عليه هذا العمل. وقد تطلب رجال الفقه والقضاء لإباحة العمل الطبي على كل من المرأة الحامل والجنين توافر شروط معينة هي: ضرورة الحصول على الترخيص القانوني، وتوفر رضا المريض، وأن يكون القصد هو العلاج، مع إتباع الأصول العلمية والقواعد الطبيعة اللازمة.[1]

ورغم أهمية هذه الأعمال الطبية إلا أن لها مخاطر تختلف درجة جسامتها من حالة لأخرى، فاختلفت التشريعات في مدى قبول هذه الوسائل الطبية الحديثة، من هندسة وراثية وتلقيح اصطناعي داخل الرحم وخارجه، وتأجير الأرحام، وإنشاء لبنوك الأمشاج الآدمية، واستخدام طرق معينة لتخزين نتاج الجسم البشري.[2]

واتفق الأطباء – كما تطرقنا سابقا – أن للإجهاض أضرارا خطيرة على المجتمع وعلى صحة المرأة، ومع ذلك فقد انتشر الإجهاض انتشارا واسعا في معظم ربوع العالم تحت عدة مبررات اقتصادية، اجتماعية وصحية وأخلاقية بالدرجة الأولى. وبالمقابل أدى التمادي في تطبيق بعض الحالات الناجمة عن استئجار الأرحام وتجميد الأجنة إلى ظهور آثار وخيمة لم تكن متوقعة أبدا.

وأمام هذه الظواهر الاجتماعية والممارسات الطبية المستحدثة لزم أن يتدخل المشرع الجنائي الجزائري، ويساير التطور العلمي ويلاحقه بوضع ضوابط قانونية لتنظيم التعامل مع التطورات المستحدثة في علم الأجنة، في ضوء المعطيات الاجتماعية والأخلاقية والدينية للمجتمع

1- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستخدمة في الطب والجراحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص183.

2- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص263.

الجزائري، فيسعى البحث إلى عرض الآراء المختلفة مع التركيز على التشريع الجزائري والفقه الإسلامي وبعض التشريعات المقارنة، فيما يخص مسألة التلقيح الاصطناعي والوقوف على أهم آثارها ضمن مبحثين منفصلين.

المبحث الأول: الإخصاب الطبي المساعد بين تقييد الفقه الإسلامي وإطلاق التشريع.

فالتلقيح الاصطناعي أو الإخصاب الطبي المساعد [1] l'insémination artificielle هو اصطلاح ينطلق على كل الطرق المستخدمة لغرض حصول الحمل عند المرأة خارج إطار المعاشرة الزوجية في شكلها الطبيعي،[2] وبالتالي فإن كل التشريعات الوضعية الآن تعتبر بأن التلقيح الاصطناعي هو وسيلة علمية جديدة علاجية من أجل مساعدة الأسر الذين لم يستطيعوا الإنجاب لأي سبب كان من أجل حدوث هذا الإنجاب.[3]

وبهذا وصلت التشريعات الوضعية الحديثة إلى تعريف التلقيح الاصطناعي بأنه: "نقل الحيوانات المنوية من الزوج أو من غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو غيرها وذلك بغير الاتصال الجنسي المعروف".[4]

غير أن هذا التعريف ليس تعريفا واحدا من الفقه المقارن وإنما هو تعريف عام بحسب واقع الحال لدى كل تشريع وخصوصياته، ذلك أن هناك دول تأخذ بكل التقنيات الخاصة بالتلقيح الاصطناعي بما فيها بنوك المني والأجنة وتأجير الأرحام وهذا ما سنتطرق له في حينه. ودول تتحفظ حتى على التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وخاصة الدول الإسلامية والعربية. وبهذا الشكل نجد بأن موضوع التلقيح الاصطناعي قد أثار حفيظة العلماء في مجالي الدين والطب وفقهاء القانون أيضا؛ غير أن العلوم الاجتماعية لم تتوانى في إيجاد الحلول والعلاجات لكل الأعراض

1 - Coman, Vankan, « L'insémination artificielle, recommandation du conseil de l'Europe et perspectives de réglementation », belge, j.t, 1981, p369.

2- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشرع والقانون، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص190.

3- محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص77.

4- فرج صالح الهريش، موقف القانون عن التطبيقات الطبية الحديثة (دراسة مقارنة زرع الأعضاء البشرية تقنيات التلقيح الاصطناعي)، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية، بدون بلد نشر، 2005، ص191.

المرضية التي تتعرض لها البشرية بإيجاد الأعضاء البشرية البديلة ...وذلك عن طريق ابتكار وسائل الإنجاب الصناعي التي وبفضل اجتهادات العلماء وصلت إلى تحقيق نجاحات باهرة.[1]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد عبر عنه في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بلفظ التلقيح الاصطناعي ولم يأت على تعريفه بل اكتفى ببيان شروطه التي سنأتي على بيانها لاحقا. ولاستجلاء التعريف أكثر يجدر بنا التعرف على أنواع التلقيح الاصطناعي وما يوفره من حماية جنائية.

المطلب الأول: الضوابط الشرعية لإباحة وسائل التلقيح الاصطناعي أو تحريمها.

بما أن الرجل لن يكون طرفا في عملية الإخصاب بآلة الذكورة وإنما بالحيوان المنوي فقط، وإنما المرأة هي التي تكون طرفا بجسمها أثناء عملية التلقيح أو الإخصاب نفسها، أو الزرع، وقد لا تكون طرفا أيضا بجسمها أثناء عملية التلقيح، وذلك كما في حالة طفل الأنبوب أو الرحم البديل – بصرف النظر عن الحكم الشرعي أو القانوني – فإن ذلك سيكون أساس التقسيم لهذا المطلب. وعليه فإن الإخصاب الطبي المساعد يتنوع بحسب تدخل المرأة بجسمها أثناء التلقيح أو عدم تدخلها إلى نوعين سنتناولهما كالتالي.

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي داخل الرحم (التلقيح الاصطناعي الداخلي).

يمكن أن نعرف التلقيح الاصطناعي الداخلي بأنه عبارة عن عملية طبية بمقتضاها يتم الحصول على الحيوان المنوي للزوج وحقنه في الموضع المخصص للإخصاب عند الزوجة في الوقت المناسب بهدف الحمل مع توافر الضرورة العلاجية والضوابط الشرعية.

وبالرغم من هذا فإن الفقهاء لم يستطيعوا التوصل إلى قواعد واضحة في مسألة التلقيح الاصطناعي الداخلي، ولهذا نجد البعض منهم يرفض تماما هذا الموضوع نظرا لغموضه، وآخرين يجيزونه وفق شروط وضوابط معينة. وهذا ما سنشرحه من خلال ما يلي:

1- أميرة عدلي، أمير عيسى خالد، جريمة إجهاض الحامل قي التقنيات المستحدثة، المرجع السابق، ص66.

أولا: الاتجاه الرافض للتلقيح الاصطناعي الداخلي:

يرى بعض الفقهاء المحدثين حرمة التلقيح الاصطناعي حيث أن اللجوء إليه هو اعتراض على مشيئة الله سبحانه وتعالى الذي ابتغى أن يكون هذا الزواج عقيما بالإضافة لما تؤدي إليه هذه الوسائل وخاصة الاطلاع على عورات النساء. وحججهم تم إيرادها بالشكل التالي:

1- تعارض الإخصاب مع مشيئة الله سبحانه وتعالى وفطرته التي فطر الناس عليها: فدليل هؤلاء قوله تعالى: ﴿**لِلَّهِ مُلْكُ السَّماواتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ ما يَشاء يَهَبُ لِمَنْ يَشاء إِناثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشاء الذُّكُورَ أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرانًا وَإِناثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشاء عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ**﴾.[1]

2- بالنسبة لمسألة اطلاع الطبيب على العورات: ذلك أنه مادام الإخصاب لا يتم عن طريق الاتصال الطبيعي فهو حتما سيتم باستعمال طرق علمية وطبية ويؤدي إلى الكشف عن عورات النساء. والأصل العام في الشريعة الإسلامية هو حرمة اطلاع الجنسين أحدهما على عورة صاحبه، إلا في حالات الضرورة، وهناك من بعض فقهائنا من يرون بأن التلقيح الاصطناعي لا تتحقق به المقتضيات الشرعية، بالإضافة إلى الاطلاع والكشف على عورات النساء.[2]

أما عن حالة الضرورة فإن البعض يعتبر بأنه لا يمكن الاعتماد عليها كأساس للعلاج لأنها غير متوفرة أصلا. غير أن بعض الفقهاء أجازوا النظر وقرروا إباحته ليس فقط عند الضرورة وإنما عند الحاجة أيضا؛ وهم بذلك أنزلوا الحاجة منزلة الضرورة وهو أمر جائز شرعا ودليلهم هو اصطحاب الرسول صلى الله عليه وسلم النساء معه في الغزو لمداواة الجرحى مع أن هذا العمل كان يمكن أن يكلف به بعض الرجال.[3]

1- الآيتان 49 و50 من سورة الشورى.

2- محمد متولي الشعراوي، كتاب الفتاوى، إعداد وتقديم السيد الجميلي، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر، ص25.

3- مصطفى الزرقا، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي فيها، المجمع الفقهي بمكة المكرمة، الدورة الثالثة، 1980، بدون صفحة.

3- عدم اعتماد الاتصال الجنسي الفطري: وحجتهم في ذلك أنه يشترط الاعتراف بالنسب وبالإنجاب بالطرق الشرعية أن يكون الاتصال الجنسي الطبيعي هو الذي أدى إلى التلقيح، أما ماعدا ذلك من طرق فهي غير جائزة شرعا في نظرهم.[1]

غير أنهم إذا أردنا أن نناقش هذه الآراء فإننا نقول بأن موضوع التلقيح الصناعي أصبح من متطلبات العصر بحيث أن الإنجاب غاية ينشدها كل الأزواج وهي حاجة إنسانية ملحة في الكثير من جوانبها، وإذا رجعنا إلى الآيات الكريمة التي اتخذ منها البعض دليلا على حرمة اللجوء لأساليب التلقيح نجد أن الاهتمام بهذه الآيات من حيث مقاصدها كان قاصرا على بعض الجوانب فقط. ففي قوله سبحانه وتعالى: "وَيَجْعَلُ مَن يَشَاءُ عَقِيمًا"، فهو دليل على قدرته سبحانه، لأن المعلوم اليوم أن العقم ما هو إلا داء كغيره من الأمراض ومن العلل التي يمكن علاجها، وما التلقيح الاصطناعي في هذا الإطار إلا دواء لهذه العلة.[2]

أما في قوله تعالى: ﴿**وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ**﴾.[3] فإن التلقيح الصناعي لا يمكن أن يعد خلقا وهو في الأصل مساعدة طبية على الإنجاب فالخالق هو الله سبحانه وتعالى ودليل ذلك أن الكثير من عمليات التلقيح تبوء بالفشل؛ بل أكثر من ذلك، نجد بأن عمليات التلقيح الاصطناعي هي قدر جديد قدره الله سبحانه وتعالى لعباده المبتلين بالعقم. وإذا رجعنا إلى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة نجدهما حثا على الزواج والتناسل والتكاثر، ولا يمكن بحال أن نجد تعارضا بين ما هو موجود في القرآن والسنة وما يقررانه، وهو دليل على أن العقم مرض واجب التداوي منه، والله وحده هو الشافي.[4]

هذا كله بالإضافة إلى أن التلقيح الاصطناعي إذا كان يؤدي النتائج المرجوة منه وحقق الإنجاب فهو يتعارض مع العقم، لأن العقم يعني استحالة الإنجاب ولو بالاستعانة بالطرق العلمية. أما إذا كانت عمليات التلقيح تؤدي إلى إنهاء حالة العقم فهذا يعني أنه مجرد عقم مؤقت يمكن

1- طارق عبد الله محمد أبو حوه، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2005، ص10.

2- صحيح البخاري، المرجع السابق، الجزء السابع، ص158.

3- الآية 12 من سورة المؤمنون.

4- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص26.

علاجه، ولا يعتبر ذلك بحال تعاديا على المشيئة الربانية، خاصة وأن اللجوء إلى هذه العمليات للمساعدة على تحقيق الإنجاب يدخل في إطار الأخذ بالأسباب.

أما بخصوص كيفية إيصال ماء الرجل إلى رحم زوجته فإنه يكاد ينعقد الإجماع على أن السبيل إلى إيصال ماء الرجل إلى زوجته عن طريق عمليات التلقيح الاصطناعي مشروعا وموافقا لمقتضيات التطور العلمي.[1]

وانتهى الشيخ شلتوت إلى أن التلقيح الاصطناعي الإنساني يعتبر تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرع التي تخضع لحكمها المجتمعات الإنسانية الفاضلة، إذا كان ماء الرجل لزوجته، ويكون عملا مشروعا لا إثم فيه ولا حرج، فضلا عن أنه قد يكون في هذه الحالة وسيلة للحصول على ولد شرعي، يذكر به والده، وبه تمتد حياتهما وتكتمل سعادتهما النفسية والاجتماعية.[2]

وفي هذا نستشف أن الفقه الإسلامي يعترف بوجود سبل أخرى غير الاتصال الجنسي لتحقيق الإنجاب خاصة أن هناك أمراض كثيرة تصيب الرجال والنساء على السواء لا يتحقق بها الاتصال الجنسي المباشر. فقد ورد عن الإمام أبو حنيفة النعمان رضي الله عنه: "إذا عالج جاريته فيما دون الفرج فأنزل فأخذت الجارية في شيء ما فاستدخلته فرجها في حد ثان ذلك، فعلقت الجارية فولدت ، فالولد ولده والجارية أو ولد له".[3]

وهو ما أكده ما جاء في المغني: "ولا معنى لقول من قال يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحمل، لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعا ولذلك يأخذ الشبه منهما، وإذا استدخلت المني بغير جماع لم تحدث لها لذة تمني بها فلا يختلط منيهما ولو صح ذلك لكان الأجنبيان إذا تصادفا أنها استدخلت منيه أن الولد من ذلك المني يلحقه نسبه، وما قال ذلك أحد".[4]

1- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 27 و28.

2- محمود شلتوت، الفتاوى دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية والعامة، الطبعة 14، دار الشروق، مصر، 1987، ص 297 و 298.

3- ابن نجيم، المرجع السابق، ص140.

4- ابن قدامة، المرجع السابق، ص55.

وفي هذا كله ينتج لدينا أن الاتصال الجنسي الطبيعي ما هو إلا وسيلة اعتيادية تلقائية معروفة لا يتوقف عليها تكون الولد الذي هو نتيجة التقاء النطفة ببويضة الزوجة انطلاقا من مرحلة الإخصاب.[1]

ثانيا: الاتجاه المؤيد للتلقيح الاصطناعي الداخلي:

على عكس الاتجاه السابق، فقد أجاز الجمهور من الفقهاء من المالكية والحنفية والشافعية وغالبية آراء العلماء المحدثين تقنية التلقيح الاصطناعي في إطار العلاقة الزوجية الشرعية بإيجاد بعض الضوابط التي تحكمها.[2] غير أن التلقيح الصناعي الداخلي له أبعاد مختلفة، ولهذا حاولوا التطرق لكل حالة على حدا، ويعتبر هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب لدى الفقه والراجح على حسب ما سنراه. ولقد تناولوا هذه الضوابط بالشكل التالي:

1- ضرورة أن يكون التلقيح بين الزوجين:

يعتبر أنصار هذا الاتجاه أنه لا يمكن إجازة عملية التلقيح الاصطناعي إلا بوجود رابطة زوجية مشروعة وأن تكون قائمة أثناء طلب التلقيح حقيقة لا حكما، ولهذا فإن المقصود من ذلك هو ترسيخ القيمة الحقيقية لعقد الزواج، واعتبار الزواج هو الميثاق الأسمى الذي يمكنه ترتيب نتائج النسب والميراث وغيره.

ولا يمكن بأي حال إجازة التلقيح بانعدام رابطة الزواج الشرعي، لأن الزواج بهذا المعنى هو أساس الكلام عن مشروعية عمليات التلقيح أصلا. وبمفهوم المخالفة فإن التشدد في هذا الضابط مدعاه هو انتشار الدعوة إلى طلب إجراء عمليات التلقيح من أشخاص لا يربطهم أي رباط

1- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، الطبعة الرابعة عشر، مكتبة وهبة، بدون بلد نشر، 1980، ص190.

2- من بين هؤلاء الفقهاء الشيخ محمد أبو زهرة، الشيخ أحمد الشرباصي، الشيخ محمد متولي الشعراوي، الشيخ مصطفى الزرقا، الشيخ عبد الله البسام، الدكتور الشيخ يوسف القرضاوي، الشيخ بدر متولي عبد الباسط والشيخ علي الطنطاوي... وكذا دار الإفتاء المصرية بالفتوى رقم 63 لسنة 1980 لفضيلة الشيخ جاد الحق علي جاد الحق، وأيضا دار الإفتاء الأردنية بالفتوى المؤرخة في 1304/10/25.

شرعي كالعازبة التي ترغب في الولد بدون زواج وأيضا انتشار العلاقات الحرة في الدول الغربية، حيث يطالب الأزواج في هذه العلاقات بإجراء عمليات التلقيح.[1]

ولهذا لابد أن يفهم أن التلقيح الاصطناعي هو مجرد علاج لحالات العقم التي يمكن معالجتها، ولا يمكن أن يحيد الأفراد عن هذا المقصد، فإذا خرج فإن العواقب سوف تكون وخيمة لا محالة على المجتمع، وأهم هذه العواقب هي اختلاط الأنساب، وعدم إمكانية التحكم في العلاقات الناشئة بين أطراف العملية في حالة نشوب نزاع فيما بعد.

كما أن اشتراط أن يكون التلقيح بين الزوجين هو رفض لأي تدخل من طرف شخص ثالث في عملية الإنجاب سواء في حالة الاستعانة برجل عن طريق استخلاص منيه أو الاستعانة بامرأة أجنبية لأجل الحمل، نظرا لأن هذه الأنواع تتعارض وقواعد شريعتنا الإسلامية بالإضافة إلى تعمد خلط الأنساب خاصة وأن العلاقة الزوجية قائمة ومعلنة.[2]

وفي هذا يقول الشيخ محمد شلتوت رحمه الله: "وإذا كان التلقيح بغير ماء الزوج على هذا الوضع وبتلك المنزلة كان دون شك أفضح جرما وأشد نكرا من التبني في أشهر معناه الذي بينا حكمه وإبطال القرآن له، وهو أن ينسب الإنسان ولد يعرف أنه إبن غيره إلى نفسه، وإنما كان التلقيح أفضع جرما من التبني، لأن الولد المتبنى المعروف للغير ليس ناشئا عن ماء أجنبي عن عقد الزوجية، إنما هو ولد ناشئ عن ماء أبيه ألحقه رجل آخر بأسرته، وهو يعرف أنه ليس حلقة من سلسلته، غير أنه أخفى ذلك عن الولد ولم يشأ أن يشعره بأنه أجنبي، فعده في أعداد أسرته، وجعله أحد أبنائه زورا في القول، وأثبت له ما للأبناء من أحكام، أما ولد التلقيح فهو يجمع بين نتيجة التبني المذكور وهي (إدخال عنصر غريب في النسب) وبين خسة أخرى وهي التقاؤه مع الزنا في إطار واحد تنئو عنه الشرائع والقوانين، وينئو عنه المستوى الإنساني الفاضل، وينزلق به إلى المستوى الحيواني الذي لا شعور فيه للأفراد برباط المجتمعات الكريمة، وحسب من يدعون إلى

1- محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2002، ص494.

2- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة –، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2006، ص176 و177.

هذا التلقيح ويشيرون به على أرباب العقم تلك النتيجة المزدوجة التي تجمع بين الجنسين دخل في النسب وعار مستمر إلى الأبد ...".[1]

ولهذا يرى أيضا هذا الاتجاه أنه لا يمكن اللجوء لإجراء عمليات التلقيح إلا في حالة علم الزوجة، وعليه يرتبون البطلان على كل اتفاق مفاده الاستعانة بماء رجل غريب عن العلاقة الزوجية أو الاستعانة بالمني المحفوظ في بنوك حفظ المني لأشخاص مجهولي الهوية.

كما يرى جمهور الفقهاء بأن التلقيح الاصطناعي إذا كان بماء الرجل لزوجته فلا إثم فيه ولا حرج دون شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره من إنسان جاز شرعا هذا التلقيح. وفي هذا الخصوص يقول فضيلة الشيخ محمود شلتوت رحمه الله: " من المعلوم أن تخلق الولد إنما هو من السائل الذي يخرج من الرجل فيصل إلى الرحم المستعد للتفاعل".[2] وهذا ما دلت عليه الآية القرآنية الكريمة: ﴿**إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن نُّطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَّبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا**﴾.[3]

والخلاصة أن التلقيح إذا كان بماء الرجل لزوجته كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع جميعا التي تخضعه لحكمها، وهو عمل مشروع لا إثم فيه ولا حرج وقد يكون سببا في الحصول على الولد الشرعي يذكر به والده وبه تمتد حياتهما ببقاء المودة بينهما.[4]

2- أن يتم التلقيح الاصطناعي حال قيام رابطة الزوجية:

لا تختلف عملية التلقيح في شيء عن عملية الإخصاب الطبيعي، ومع ذلك فإن فقهائنا يرون أنه لا يكفي أن تتم عملية التلقيح في إطار العلاقة الزوجية بل لابد أن تكون هذه العلاقة قائمة أثناء القيام بعملية التلقيح.[5]

غير أن قيام رابطة الزوجية كثيرا ما يثير العديد من الإشكالات خاصة لما نعلم بأن إجراءات القيام بعملية التلقيح قد تطول وفي الفترة بين قبول الزوجين بها والقيام بها فعلا قد يحدث

1- محمد شلتوت، المرجع السابق، ص328 و 329.

2- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص179.

3- الآية 27 من سورة الدهر.

4- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص180.

5- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص46.

أن يطلق الزوج زوجته أو يتوفى عنها، أو قد تكون اللقيحة مودعة أصلا لدى بنك لضرورة طبية، ولهذا حاول علماؤنا الأفاضل التطرق لكل نقطة على حدا.[1]

فهناك من يرى بأنه لا يمكن السماح لمن توفى عنها زوجها أو طلقها أن تقوم بإجراء عملية التلقيح الاصطناعي نظرا لانقضاء رابطة الزوجية الحقيقية، بالإضافة إلى أن الطفل المولود في هذه الحالة لا يرث والده المتوفى قبل حدوث الحمل حيث يشترط جمهور الفقهاء لإرث الحمل شرطين هما:

- ثبوت الحمل حيا عند موت المورث.
- أن يولد الحمل حيا ولو مات بعد دقائق لثبوت أهلية التملك.[2]

وكما سبق يتجلى لنا واضحا أن الاتفاق على إجراء عملية التلقيح الاصطناعي ولو تم كتابة بمبادرة من الزوجين وحدث انفصال بينهما لأي سبب كان أدى إلى انقضاء رابطة الزوجية فإنه يقع باطلا ولا يرتب نتائجه نظرا لأن إجراء الزوجة للتلقيح بعد وفاة زوجها يؤدي إلى تحول التلقيح من كونه وسيلة لعلاج العقم إلى مجرد وسيلة لإشباع رغبة الزوجة لإحياء ذكرى زوجها المتوفى، فإذا كان المعلوم بأن الإخصاب لا يعد حاصلا بعد زرع البويضة المخصبة في رحم الزوجة، فإن وفاة الزوج قبل ذلك تعني انتهاء الرابطة الزوجية، ولهذا لابد من توقف إجراءات القيام بعملية التلقيح عند هذا الحد.[3]

3- ضرورة استهداف التلقيح الاصطناعي لمعالجة العقم فقط:

رأينا أن التلقيح الاصطناعي هو علاج، ولهذا يجب أن يكون اللجوء لضرورة معالجة العقم فقط، وقبل ذلك لابد وأن تكون كل الوسائل الأخرى لمعالجة العقم قد استنفدت كالاستعانة ببعض العقاقير لمعالجة ضعف الخصوبة سواء لدى الرجال أو النساء...

1- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص181.

2- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص87.

3- طارق عبد الله محمد أبو حوة، المرجع السابق، ص18.

فالتلقيح الاصطناعي هو وسيلة احتياطية لا يلجأ له إلا عند تحقق العقم وعدم القدرة على معالجته بالطرق والوسائل الأخرى. ولهذا قرر فقهاؤنا عدم جواز اللجوء للتلقيح الاصطناعي لتحقيق أغراض وأهداف أخرى نذكرها على سبيل المثال:

* **التلقيح الاصطناعي لهدف تحديد جنس المولود:** المعلوم لدى الفقهاء أنهم يجيزون هذه التقنية في نطاق محدود، وعلى المستوى الفردي فقط. أما على المستوى الجماعي فإن هذه التقنية تصبح محرمة نظرا للنتائج السلبية التي ينتجها توجه المجتمع بصفة جماعية نحو هذه التقنية أهمها تهديد التركيبة الاجتماعية المتوازنة للمجتمع بالإضافة إلى خشية اختلاط الأنساب وهو ما يبرره د. حسان حتحوت بأنه: "سيكون هناك آلاف من مني الرجال وآلاف من بويضات النساء".[1]

4- رضا الزوجين بإجراء عملية التلقيح:

يعد الرضا من بين أسباب الإباحة لإجراء أو القيام بأي عمل طبي، وبعد أن أكدنا بأن عملية التلقيح الاصطناعي تدخل في زمرة الأعمال الطبية فإن الرضا يصبح شرطا لابد من توافره في حق كلا الزوجين صراحة أو ضمنا على اعتبار أن موضوع البنوة مسألة اختيارية. فبالنسبة للشريعة الإسلامية فإن سبب الإباحة يعود إلى إذن الشرع بالتداوي من العلل والأمراض عموما، أما الرضا فهو شرط واجب لصحة العملية نظرا لما ترتبه عمليات التلقيح الاصطناعي. فمن جهة الزوج يبدو رضاه ضروريا لأن الولد سينسب له، وعليه لا يعقل أن يكون رافضا للعملية من الأساس، لأنه إذا كان رافضا لها فإنه لو تمت رغما عنه أو دون علمه ينتج أنه لا يؤمن بعد أن ينكر نسب المولود له. أما من جهة الزوجة وعلى اعتبار كونها محلا لإجراء العملية فرضاها يبدو منطقيا أكثر.[2]

الفرع الثاني: التلقيح الاصطناعي خارج الرحم (التلقيح الاصطناعي الخارجي).

المقصود بالتلقيح الاصطناعي الخارجي هو الذي يتم فيه تلقيح بويضة المرأة بماء الذكر خارج جهازها التناسلي فإذا ما تم التلقيح أعيدت البويضات الملقحة إلى رحم المرأة. وظهرت أول

1- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية – دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي –، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص76.

2- محمد عبد الوهاب عبد المجيد الخولي، المرجع السابق، ص32.

النتائج والآثار عن استخدام هذه الطريقة بنجاح هذه العملية وظهور الطفلة البريطانية لويزا براون يوم 1978/07/25 في مستشفى أولدهام بواسطة الطبيب باتريك ستيتو والفيزيولوجي روبرت ادواردز.[1] ويتخذ هذا التلقيح عدة صور تتمثل في:

أولا: التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين:

وهو أن يسحب الحيوان المنوي من الزوج وبويضة من الزوجة، ويتم التلقيح خارجيا ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم الزوجة وذلك في حالة وجود عاهة بأن تكون قناة فالوب مسدودة كما يحدث لبعض النساء، وبدوره يتخذ حالتين هما:

1- الحالة الأولى: التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين حال الحياة الزوجية:

وهنا يكون الحيوان المنوي للزوج والبويضات الأنثوية لزوجته ويتم تركهما معا في وسط ملائم حتى يتم الإخصاب، ثم تزرع البويضة المخصبة داخل رحم الزوجة لتعلق في جداره وتنمو.[2] وهذه الحالة مباحة و مرجحة من طرف جمهور الفقهاء.

2- الحالة الثانية: التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين بعد انحلال الرابطة الزوجية:

تشمل مرحلة انحلال العلاقة الزوجية الطلاق والوفاة، و هنا ما سنحاول ربط مسألة التلقيح الاصطناعي الخارجي بهذه المرحلة في ما يلي:

أ- **التلقيح الإصطناعي بعد الطلاق:** لقد كان هناك أثر إيجابي لبنوك المني والبويضات كما كان لها الأثر السلبي على البشري، حيث أن هناك مشاكل عديدة نجمت عنها، فقد تتم عملية التلقيح الاصطناعي بعد انحلال الرابطة الزوجية إما بطلاق أو وفاة، هذا عن طريق تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها المجمد قبل انحلال الرابطة الزوجية أو عن طريق زرع اللقيحة المجمدة في بنوك الأجنة. وقد يولد إما أثناء فترة الحمل المقررة قانونا وقد يولد بعدها، مما يؤدي إلى مشاكل تخص النسب وما يلحقه.

1- مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص201.

2- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص263.

إلا أن الفقهاء يفرقون بين التلقيح الحاصل بين الزوجين بوجود علاقة زوجية صحيحة، وتلقيح بين زوجين انحلت رابطة الزوجية بينهما كطلاق أو وفاة، لأن انحلال الرابطة الزوجية سواء بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الفسخ يزيل معالم الرابطة، فلم يعد الزوج زوجا لزوجته، ولا هي زوجة له حتى وإن ظل الزوجين مفترقين وعلى قيد الحياة.

وهذا قد يرجع إلى سبب رغبة أحدهما في أن يكون له من زوجه أو لسبب آخر يتعلق بالميراث أو غيره، وينسب الولد لأبيه إذا كان في عدة طلاق، ويختلف الطلاق هنا من طلاق رجعي إلى طلاق بائن. ففي حالة الطلاق الرجعي ينسب إلى أبيه، أما في حالة طلاق بائن، انتهت العدة و الرابطة الزوجية نهائيا.

و يرى الشيخ شلتوت من جهته أنه: "إذا كان بماء الرجل لزوجته كان تصرفا واقعا في دائرة القانون والشرائع التي تخضع لحكمها المجتمعات الانسانية الفاضلة وكان عملا مشروعا لا إثم فيه ولا حرج وهو بعد هذا قد يكون في تلك الحالة سببا للحصول على ولد شرعي... أما إذا كان التلقيح بماء رجل أجنبي عن المرأة، لا يربط بينهما عقد زواج (ولعل هذه الحالة هي أكثر ما يراد من التلقيح الصناعي عندما يتحدث الناس عنه) فيرى الشيخ شلتوت:أنه ينزل إلى ما دون المستوى الإنساني، هذا الإنسان الذي ينسج حياته بالتعاقد الزوجي وإعلانه، فهو بذلك جريمة منكرة، وضع ماء رجل أجنبي قصدا في حرث ليس بينه وبين ذلك الرجل عقد ارتباط بزوجية شرعية".[1]

ولدراسة جزئية الطلاق بصفة تفصيلية تطلب منا الأمر التطرق إلى أحوال الطلاق رجعيا كان أو بائنا، وهنا يجب التمييز بين الفرضيات الآتية:

* لو تم التلقيح أثناء العدة من طلاق رجعي وكان بعلم ورضا الزوجين فلا إشكال في الأمر، ومن ثم نرى ثبوت نسب المولود لأبويه واعتبار التلقيح الاصطناعي رجوعا (ضمنيا) عن الطلاق.

1- محمد شلتوت، المرجع السابق، ص281.

* لو طلق الزوج زوجته طلاقا رجعيا وليس له نية إعادتها إلى عصمته وقامت أثناء العدة بتلقيح نفسها من منيه الذي تحتفظ به أثناء العلاقة الزوجية دون علم أو رضا طليقها، فهنا نرى عدم ثبوت النسب من الزوج المطلق (طليقها).[1]

* التلقيح الحاصل بعد الطلاق البائن لا يعتد به ولا يثبت به المولود من صاحب النطفة سواء تم برضاء المطلقين أو علمهما لانقطاع العلاقة الزوجية بينهما وقت الإخصاب.[2]

* لو كانت الزوجة تجهل طلاقها من زوجها أو وفاته وقامت بتلقيح نفسها من نطفته التي تحتفظ بها من زوجها بناء على علمه ورضائه المسبقين على الطلاق أو الوفاة، ثم جرى التلقيح بعد ذلك فنرى أن نسب المولود يثبت من أبيه المطلق أو المتوفي لأنه يعتبر بحكم نكاح الشبهة. إلا أن الفقهاء اختلفوا فمنهم من يرى أنه يعامل كابن زنا، فيثبت نسبه لأمه فقط للتيقن من ذلك. بينما يرى البعض الآخر أنه ينسب لأبيه، إلا أنهم اختلفوا في ميراثه فمنهم من اعتبره من الورثة ومنهم من منع عنه الميراث لأن العلاقة الزوجية تنقطع بالطلاق البائن.[3]

ب- التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة: تعرف عملية التلقيح الاصطناعي الخارجي بحقن هرمونات لاستخراج أكبر عدد من البويضات، وتخصيبها في الأنابيب ليزرع بعضها داخل الرحم ويحتفظ بالباقي عن طريق تجميده، واستعمال تقنية تجميد البويضات المخصبة، نجم عنه فكرة زراعة هذه البويضات بعد وفاة الزوج.

فالبويضات المخصبة قد تجمد لإمكانية استخدامها مرة أخرى بعد فشل عملية الزرع الأولى دون إعادة استخراجها مرة ثانية من رحم الزوجة، أو بعد وفاة الزوج، فقد يحدث أن تلجأ الأرملة إلى المطالبة بالبويضات المخصبة المجمدة لأجل إعادة زرعها من جديد. كما أن الأطباء نجحوا في الحصول على نطفة الزوج المتوفي في مدة لا تتجاوز أربع (04) ساعات من لحظة

1- طيب منذر البرزنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 2001، ص85.

2- حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء العراق،2010، السنة الثانية، العدد الثاني، ص135.

3- علي هاشم يوسفات، أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، 2015، ص131.

وفاته كما نجحوا في الاحتفاظ بالنطفة لمدة طويلة.[1] إلا أن فقهاء الشريعة الإسلامية اتفقوا على حرمة هذه الطريقة، هذا لانقطاع العلاقة الزوجية بين الزوجين بانتهاء مدة العدة (وتطرقنا سابقا في مشروعية نسب طفل التلقيح الإصطناعي لمسألة الوفاة بالتفصيل).

ثانيا: إجراء التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير:

ساعد التلقيح الاصطناعي كعلاج للعقم الكثيرين ممن ليست لديهم القدرة على الإنجاب، وبتحقيقه هذه الرغبة شهد إقبالا وترحيبا من طرف هذه الفئة من الأزواج، إلا أن هناك حالات لم يتمكن التلقيح من حل لغزها. فقد يكون الإشكال في رحم المرأة أو في قناتا فالوب أو الإشكال في مني الزوج، ففي هذه الحالة هل يمكن لطرف ثالث غير الزوجين التدخل سواء برحم أو بويضة أو نطفة؟

1- الحالة الأولى: التلقيح باستعمال الرحم البديل (استئجار الأرحام):

إن التلقيح الاصطناعي قد يكون داخليا، وقد يكون هناك مشكل بقناة فالوب وقد لا تفلح العملية فينصح بالتلقيح الخارجي، وقد تكون هناك حالات لا تستطيع المرأة فيها الحمل كوجود مرض في الرحم يحول دون استمرار الحمل، أو غياب الرحم لديها نهائيا أو عدم قدرة رحمها على احتضان الجنين، كما قد تكون أعضائها سليمة إلا أنها مصابة بمرض خطير أو معدي قد ينتقل إلى المولود كما قد تكون المرأة سليمة إلا أن ضعف صحتها يحول دون ذلك أو لعدم وجود رغبة لدى هذه الزوجة تجنبا لمشاق الحمل والولادة.[2] وأمام هذه الحالات المستعصية وجدت تقنية استئجار الرحم.[3]

يعرف استئجار الرحم على أنه اتفاق بين طرفين تلتزم بمقتضاه امرأة بأن تسمح بزرع بيضة مخصبة تعود لرجل وامرأة (زوجين غالبا)، لعيب في رحم الأخيرة أو لأي سبب آخر، وحمل

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الطبعة الأولى، الدار العربية للعلوم، بيروت – لبنان، 1996، ص215.

2- عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2011، المجلد 13، العدد الثاني، ص225.

3- تسمى هذه التقنية أيضا بالرحم البديل، الرحم الظئر، الرحم المستعار، الأم الحمالة، الأم بالإنابة، الأم بالوكالة، الرحم المؤجر...

الجنين والعناية به وتسليم المولود إلى الطرف الثاني مقابل إلزام ذلك الطرف بتنفيذ متطلبات تخصيب البويضة ودفع الأجرة، إن كان العقد بأجر، وتحمل المصاريف الأخرى بالإضافة إلى تسلم المولود عند الوضع. فطرفا العقد هما الزوجان أو الرفيقان والأم البديلة.[1]

لم يبق فقهاء الإسلام مكتوفي الأيادي بشأن هذه النازلة، بل بحثوا فيها وأعطوا لها أحكاما شرعية لكثرة الخلافات الناشئة عنها. وبدورهم انقسموا بين مؤيد ومعارض، وكان لكل منهم رأيه وأسانيده التي سوف نتوقف عندها:

أ- **الاتجاه المؤيد لتقنية استئجار الأرحام:** يرى أنصار هذا الاتجاه[2] أن استئجار الأرحام جائز ودليلهم في ذلك:

* أنه لا تعارض في قول الله تعالى مما توصلوا إليه في إباحة استئجار الرحم، وعلة ذلك أن الأم الحقيقية هي صاحبة البويضة أما الأم صاحبة الرحم فهي الأم من الرضاعة، لقوله عز وجل: ﴿**إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ**﴾[3]، وقوله أيضا: ﴿**يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِنْ بَعْدِ خَلْقٍ**﴾.[4]

* الاستدلال بالقياس على الرضاع: ودليلهم في ذلك أن الله تعالى قد قرن الحمل والرضاعة وجمع بينهما في عدة آيات، منها قوله تعالى: ﴿**حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ**﴾[5]، وقوله أيضا: ﴿**وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾.[6] هذا ما وحد الحكم بينهما وجعل ما يسري على الرضاعة يسري على الحمل كونهما مصدر الغذاء الضروري لاستبقاء الجنين، وعلى ذلك فإن استئجار الرحم لإعاشة الجنين مثل استئجار الثدي لإرضاع طفل بالقياس المباشر.

1- حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص29.

2- من أنصاره : د.عبد المعطي بيومي، د.سعد الدين حافظ، د.عبد الصبور شاهين، د.أحمد شوقي الفنجري.

3- الآية 02 من سورة المجادلة.

4- الآية 06 من سورة الزمر.

5- الآية 14 من سورة لقمان.

6- الآية 06 من سورة الطلاق.

كما أن العلاقة الطردية بين نمو ثدي الحامل ونمو الجنين، فنمو الأول مرتبط بنمو الثاني حتى يكون مستعد ليحل محل الرحم في التغذية بعد الولادة. فإذا كانت الشريعة الإسلامية تجيز الرضاعة بأجر، فإنهم يقيسوا على ذلك عملية إجارة الرحم البديل لأنه يشبهها.[1]

* ثبوت حالة الضرورة أو الحاجة: والتي يباح عندها المحظور، فكما أن الإسلام يبيح بعض الأمور على خلاف الأصل، كشرب الخمر لإزالة الغصة، وأكل الميتة عند الإشراف على الهلاك. فيقاس على ذلك المرأة التي عطب رحمها أو أصيب بمرض لا تستطيع معه الحمل، فهي ضرورة يمكن مع قياسها اللجوء إلى الحمل عن طريق الرحم المستأجر.[2]

ب- الاتجاه المعارض لتقنية استئجار الأرحام: وهذا رأي الغالبية العظمى من الباحثين المعاصرين ودليلهم في ذلك:

* عدم وجود نص قرآني أو حديث نبوي يقضي بإباحة ذلك بل نجد نصوص قرآنية تأمر بحفظ الفروج، فقد قال الله تعالى: ﴿**وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ**﴾[3] ومن السنة، هناك أحاديث منها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما جاءه رجل يسأل "حدثنا قتيبة بن سعيد، حدثنا جرير، عن عمارة بن القعقاع بن شبرمة، عن أبي زرعة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال يا رسول الله، من أحق الناس بحسن صحابتي؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال أمك، قال ثم من؟ قال أبوك وقال ابن شبرمة ويحي بن أيوب حدثنا أبو زرعة مثله".[4]

1- مهند بنيان صالح، مدى مشروعية استخدام الرحم الظئر والأم البديلة – دراسة قانونية- مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة كركوك-العراق، 2010، المجلد 01، العدد الأول، ص386.

2- هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الشريعة، جامعة دمشق – سوريا، 2011، المجلد 27، العدد الثالث، ص288.

3- الآيات 29 و30 و31 من سورة المعارج.

4- صحيح البخاري، المرجع السابق، الجزء الثامن، ص03.

فهنا الرسول صلى الله عليه وسلم أوصى الرجل بأمه ثلاث مرات في حين أوصاه مرة واحدة بأبيه، لأنها اكتسبت صفة الأمومة ثلاث مرات مثلت في الناحية البيولوجية من البويضة، مرة بالحمل والولادة، ومرة بالرضاعة، أما الأب فمرة واحدة.

* إن في استئجار الأرحام تحدي لمشيئة الله عز وجل وإرادته لأن البشر خلق بعضهم بأبناء وبعضهم الآخر عقيم. كما أن الله قسم الأرزاق بين العباد ولم ينس أحدا، فمسألة الإنجاب متروكة للقدر الإلهي.

ج- الرأي الثالث: القول بالتفريق: ذهب بعض الباحثين إلى التفريق بين ما إذا كان الرحم المؤجر لزوجة أخرى ضرة الزوجة الأولى وبين ما إذا كان الرحم المؤجر لزوجة أجنبية، حيث قالوا بالحل في الصورة الأولى والحرمة في الصورة الثانية. بالإضافة إلى ذلك، فإن الزوجة صاحبة الرحم الحاضنة (الضرة للزوجة الأولى) إذا كانت سليمة المبيض، فإن الإنجاب يتحقق منها للزوج دون حاجة لبيضة زوجته معتلة الرحم، ومن ثم فالإنجاب بهذه الوسيلة حينئذ لا يجوز لعدم الحاجة إليه. أما لو كانت صاحبة الرحم معتلة المبيض وكلتاهما لا يمكنهما الإنجاب بالاستقلال، فلجوء الزوج إلى الزواج بثالثة ورابعة أحسن له من الإنجاب برحم هذه ومبيض تلك. وأما التحجج بتحقيق رغبة المرأة صاحبة المبيض المعتل أو الرحم المعتل، فلا يصح، لأن الرغبة الجديرة بالاعتبار الشرعي هي رغبة من يصح لأداء دوره الإنجابي ولو بالعلاج أو التلقيح الصناعي دون حاجة لتدخل غيره لمساعدته أو الحلول محله في هذا الدور.[1]

فمن خلال ما تقدم يبدو أن إجارة الأرحام سببا لاختلاط الأنساب و وسيلة للفساد، وكما أنها تشيع الفاحشة في المجتمع، وكما أن العقل السليم لا يقبل أن تقوم فتاة عذراء بتأجير رحمها لتحمل وتلد ثم تدعي بعد ذلك أنها ما زالت بكرا أو تقوم أرملة أو مطلقة بتأجير رحمها وتغدو وتروح بين أفراد المجتمع حاملا بلا زوج. فالفطرة تأبى أن تحمل امرأة بحمل تحمله كرها وتضعه كرها ثم بعد ذلك وبكل بساطة تتنازل عنه لامرأة أخرى لم تحمله، فحتى الحيوانات لا ترضى ذلك.

1- حسني محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص223.

هذا وقد جاء في القرار السادس عشر من المجمع الفقهي الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثالثة الذي انعقد بالأردن في الفترة الممتدة مابين 11 و 16 أكتوبر سنة 1986 بتحريم هذه الصورة التي يطلق عليها اسم الرحم المؤجر.[1]

2- الحالة الثانية: التلقيح باستعمال بويضات ومني الغير:

إن انسداد قناة فالوب يتطلب التلقيح الاصطناعي الخارجي من أجل الإنجاب وهي علاج للعقم الأنثوي. غير أن تطور تقنية التلقيح الاصطناعي سمح بتدخل طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية، هذا الأخير الذي قد يكون رجلا متبرعا أو امرأة متبرعة، وهو ما يعرف بالتلقيح بتدخل الغير. وله صور عديدة، نذكر منها:

* أن يجرى التلقيح الاصطناعي بين نطفة مأخوذة من الزوج وبويضة مأخوذة من امرأة ليست زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته. وتتم هذه العملية في حالة استئصال مبيض الزوجة أو وجود خلل به مع سلامة رحمها، ونسب الولد هنا يكون ابنا بيولوجيا للأب دون الأم التي يقتصر دورها على الحمل والوضع فقط.[2]

* أن يجرى التلقيح الصناعي بين بويضة الزوجة ونطفة لمتبرع ليس زوجا لها وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة. وتتم هذه العملية في حالة انعدام الحيوانات المنوية أو عدم كفايتها للإخصاب عند الزوج، فنسب الطفل هنا يكون للأم فقط دون الأب الذي يعطي اسمه للمولود ليكون أبا اجتماعيا فقط.[3]

* أن يجرى التلقيح الإصطناعي بين حيوان منوي لمتبرع وبويضة لمتبرعة، وتزرع اللقيحة في رحم الزوجة وتتم هذه العملية في حالة عقم الزوج، وانسداد في رحم الزوجة إلا أن رحمها سليم، فنسب الطفل هنا أنه ليس ولدهما بيولوجيا والزوج هنا يعطي اسمه كأب اجتماعي فقط والزوجة قامت بالحمل والوضع فقط.[4]

1- عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، الطبعة الثالثة، مكتبة وهبة، القاهرة – مصر، 2006، ص255.

2- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص60.

3- نفس المرجع، ص77.

4- محمد عبد الوهاب خولي، المرجع السابق، ص92.

* أن يكون الزوجين سليمين مع قدرة الزوجة على الإباضة، إلا أنها لا يمكنها الحمل وهذا راجع لإصابتها بمرض يحول دون حملها أو أن رحمها معيب، ففي هذه الحالة تلقح بويضة الزوجة بماء زوجها، إلا أنها تزرع في رحم امرأة أخرى متبرعة تسمى بالأم البديلة مهمتها القيام بعملية الحمل نيابة عن الزوجة، وتسلم المولود إلى الزوجة بعد عملية الولادة.[1]

إن فقهاء الشريعة الإسلامية يرون بعدم جواز تخصيب الزوجة بمني غير زوجها، لأن ذلك يشبه نكاح الاستبضاع الذي كان في الجاهلية.[2] فالفقه الإسلامي يقبل التلقيح الاصطناعي في حدوده الضيقة مع مراعاة ضوابط وشروط معينة، أما فيما يخص تدخل الغير، فإن تحريم ذلك أمر واضح وهو لا يحتاج إلى بحث أصلا، فالبحوث السابقة تمنع أي تدخل جيني في العلاقة الزوجية فالأب والأم هما صاحبا النطفة الذكرية والبويضة الأنثوية، فعدم قدرة الزوج على الإنجاب هو قدر الله. فقد قال الله تعالى: ﴿**وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا**﴾.[3] فنقل نطفة ذكرية لرجل غريب أو بويضة أنثوية لامرأة غريبة بدلا من الزوجين لا يدل على العقم.

فالتلقيح الاصطناعي من غير الزوجين يزج بالإنسان دون شك في دائرة الحيوانات ويخرجه من المستوى الإنساني، مستوى المجتمعات الفاضلة التي تنسج حياتها على أساس الزواج وإعلانه، وهو في هذه الحالة يكون في نظر الشريعة الإسلامية ذات التنظيم الإنساني الكريمة، جريمة منكرة، وإثما عظيما يلتقي مع الزنا في إطار واحد جوهرهما واحد، ونتيجتهما واحدة.[4]

فقد حرم الإسلام التبني وهو أن ينسب الإنسان ولدا يعرف أنه ابن غيره إلى نفسه، ويبقى التبني معروف أنه للغير، نشأ عن ماء أبيه وألحقه رجل آخر بأسرته وهو يعلم أنه ليس حلقة من سلسلتها. وأما الولد الناتج بتدخل الغير يجمع بين التبني والزنا في إطار واحد، فقد قال الله تعالى: ﴿**ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ**﴾.[5]

1- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص111.

2- آمال يعيش تمام ونبيلة أقوجيل، ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007، العدد 04، ص103.

3- الآية 50 من سورة الشورى.

4- محمد شلتوت، المرجع السابق، ص281.

5- الآية 05 من سورة الأحزاب.

كما أن التلقيح بنطفة غير الزوج محرم دون جدال لأن فيه صورة الزنا الذي تختلط به الأنساب. وعلى ذلك فإن المرأة صاحبة البويضة والرحم وإن كانت متزوجة من غير صاحب النطفة، فإن المولود هو ابنها وليس ابنا لصاحب النطفة ولا يجوز أيضا اعتبار زوجها الحقيقي أبا لهذا المولود، ونفس الشيء بالنسبة للزوجة التي تم تلقيح نطفة زوجها ببويضة غيرها لا تعتبر أما له بل من باب أولى عدم اعتباره إبنا للزوجين متى كانت البويضة ملقحة من شخصين أجنبيين (نطفة أو بويضة من الغير) استنادا إلى أن التلقيح بهذه الصورة شبيهة بالزنا حصول المواقعة الجنسية، وهو رأي دار الإفتاء المصرية مؤكدة أن تلقيح الزوجة بماء غير زوجها حرام لأن فيه معنى الزنا.[1]

ويبقى التلقيح بماء غير الزوج محرم سواء تم بموافقة هذا الأخير أو بدون موافقته إلا أن حكمه حكم الزنا وبالتالي فإن نسبة المولود تكون لأمه، بالنسبة للزوج فإن كان بغير علمه نسب إليه لأنه ولد على فراشه طبقا للحديث "الولد للفراش". وعلى ذلك، فإن التلقيح بين غير الزوجين غير جائز ويلحق بالزنا حكما وإن لم يكن زنا ويترتب على المولود آثار ابن الزنا وإذا ما تم الحمل لحساب الغير بأن يتبرع شخص بنطفة وامرأة ببويضتها ورحمها أو بويضة امرأة ورحم امرأة أخرى فإن المولود سيكون بحكم المتبني لمن تم الحمل لحسابه ويترتب عليه ما يترتب على الابن المتبني.[2]

فإذا كانت البذرتين الذكرية والأنثوية ليست من زوجين، أو لأن المتطوعة بالحمل أجنبية عن الزوجين، فإذا تحملت ماء زوجها لحقه نسب من ولدته منه، فإذا كان حراما أي الماء الذي حملته كماء الأجنبي فلا نسب.[3]

إن الأدلة السابق ذكرها كفيلة بتحريم هذه التقنية (التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير) سواء كان منيا أو بويضة أو رحما، وإن هذه الوسيلة تأخذ حكم الزنا طبقا لما أفتى به فقهاء الشريعة الإسلامية، ولولا قصور في أركانها لكان يجب إقامة حد الزنا فيها، فهي بذلك جريمة منكرة وإثم

1- عطية صقر، المرجع السابق، ص224.

2- إقروفة زبيدة، المرجع السابق، ص69.

3- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ص412.

عظيم. فإذا كان التبني يعد جريمة، فإن الإخصاب بماء غير الزوج أو بويضة غير الزوجة أو رحمها يعد جريمتين.

المطلب الثاني: اتساع نطاق الحماية الجنائية للأجنة في عملية التلقيح الاصطناعي.

تعد البويضة الملقحة من أهم المنتجات البشرية على الإطلاق وأكثر خطورة وحساسية إذ ما أصبحت محلا للممارسات الطبية والعلمية المستحدثة. فإن دراسة عمليات نقل هذه العناصر الآدمية بغرض التغلب على مشكلة العقم – ربما لأغراض علمية وتجارية محضة– يحقق الغاية من استعراض أهم الجوانب والمشكلات القانونية والأخلاقية التي تثيرها، لعل ذلك يرجع إلى ما تنطوي عليه هذه الممارسات من اصطدام ومساس بأكثر الأمور حرمة وأشدها حساسية لدى الفرد والمجتمع على حد سواء، وهي تلك التي تتعلق بالأعراض وقدسيتها والأنساب وحرمتها وعدم جواز اختلاطها.[1]

بغية رسم الحدود القانونية للممارسات الطبية الحديثة يتوجب الرجوع إلى المبادئ القانونية المستقرة قانونا، وبمراعاة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، تثار مسألة احتمال حدوث بعض الجرائم الأخلاقية أثناء القيام بعمليات التلقيح الاصطناعي نظرا لعدم احترام ضوابطها، مما يرتب نوعا من المسؤولية على عاتق الطبيب سواء كانت مدنية أو جنائية. وهذا ما سنتناوله من خلال الفروع الآلي ذكرها.

الفرع الأول: شروط التلقيح الاصطناعي وما توفره من حماية جنائية.

سلك المشرع الجزائري بدوره ما سلكته الكثير من التشريعات العالمية وما أبدعته العلوم الإحيائية التي تعمل على إيجاد الحلول لمعالجة كل العقبات التي تهدد كيان الأسرة عن طريق إجازة وسائل الإنجاب الصناعي. فأعطى المشرع الجزائري بدوره الرخصة لإجراء هذا النوع من التلقيح حيث وبعد تعديله لقانون الأسرة بالأمر رقم 05-02 لسنة 2005 أورد نص المادة 45 مكرر والتي جاء فيها أنه: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الصناعي.

1– مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية– مصر، 2002، 233.

ويخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

1- أن يكون الزواج شرعيا؛

2- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما؛

3- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما."[1]

والحقيقة أن مجال الشروط القانونية المتطلبة لإجراء عمليات التلقيح الصناعي يتسع ويضيق بحسب مدى إدراك التشريعات القانونية والأخلاقية والاجتماعية التي يتسم بها التلقيح الاصطناعي وعليه فإن مجال الشروط يتسع في المجتمعات المحافظة والمنغلقة على ثقافاتها ليجد مداه في تشريعات الدول المتحررة من هذه القيود. وسوف نعالج من خلال هذا المطلب الشروط القانونية الموضوعية التي أوردها المشرع الجزائري مسترشدين بما أوردته التشريعات العربية والغربية.

أولا: ضرورة أن يكون التلقيح الاصطناعي بين الزوجين:

لا ريب أن قانون الأسرة في كامل الدول العربية والإسلامية مأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية في معظم أحكامه إن لم يكن في كلها وهو ما عليه الحال في قانون الأسرة الجزائري. وبالرجوع إلى هذا القانون وإلى أحكام الشريعة والعرف والواقع الجزائري نجد أن القانون الجزائري لا يعترف بأي آثار تنتجها أي علاقة بين رجل وامرأة إلا في إطار العلاقة الزوجية الشرعية، ومن ذلك معاقبته على جريمة الزنا بنص المادة 339 من قانون العقوبات.[2]

والواقع أن هذا هو حال الدول العربية والإسلامية، ما يعني بأن رابط الزواج هو أهم شرط للقول بشرعية التلقيح الصناعي. غير أننا نعتقد بأن إيراد هذا الشرط في نص عام كنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة تنقصه الدقة. فهذا الشرط يعني أنه إذا تم التلقيح خارج إطار هذه العلاقة الشرعية فإنه يعد عملا غير مشروع وبالتالي فإنه يترتب عن كل آثاره البطلان.

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية ، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية ، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.

2- محمد عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص523.

ولا يمكن أن يستقيم القول بهذا الشرط إلا بوجود ما يدعمه من ضوابط قانونية وإلا لما وجد داعي لذكره، ومن ذلك أنه على المشرع أن يحصر القيام بعمليات التلقيح في أماكن خاصة أو مؤسسات إستشفائية متخصصة، وهذا هو واقع الحال، ذلك أن عمليات التلقيح اليوم تجرى في بلادنا بشكل واسع وفي مؤسسات خاصة، ولهذا يجب أن يتدخل المشرع لتدعيم نص المادة 45 مكرر، ليفرض على الأطباء أو المراكز القائمة بهذه العمليات التحقق من أن العلاقة القائمة بين المتقدمين لإجرائها هي علاقة زوجية شرعية قائمة تحت طائلة العقاب.[1]

ذلك أن اشتراط قيام العلاقة الزوجية الشرعية له دواعي كثيرة تبرره أدناها حماية المولود، أو الطفل بعد الولادة ليجد أبوين يحميانه ويرعيانه ويسهران على تنشئته السوية، ولا يمكن أن نتصور قيام هذه الحماية في ظل علاقة مشبوهة. فمع أن كل الشرائع السماوية قد أقرت الزواج إلا أن الإباحية اليوم منتشرة خاصة لدى الدول الغربية التي فسرت الحرية تفسيرا مغايرا وأعطتها مفاهيما لا يمكن أن نستوعبها.[2] فهل الإنسان أن يدرك قيمة هذه الحرية إذا لم يجد لها أية حدود، أو كيف يستطيع أن يدافع عنها وهو لا يستوعبها؟ وهذا هو حال الدول الغربية التي أقرت العلاقات الحرة وشجعت الزواج المثلي كذلك.

ولهذا فمن الدول الغربية من قامت بإصدار تشريعات تقصر إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي بين الأزواج فقط، و لعل أولها القانون الصادر بولاية فيكتوريا بأستراليا رقم 10164 المؤرخ في 1984/11/20، والقانون النرويجي رقم 68 الصادر سنة 1987، وكذا قوانين بعض الولايات الأمريكية.

وهناك بعض الدول لم تشترط شرط وجود علاقة زوجية شرعية لإجراء عمليات التلقيح الصناعي متجاوزة لكل الحدود الشرعية لتبيح إجراء التلقيح ولو بمشاركة شخص غريب عن رابطة الزوجية أو بين امرأة ورجل لا علاقة بينهما لا من قريب ولا من بعيد. وكان القانون الاسباني رقم 35 لسنة 1988، وكذا القانون الانجليزي رقم 37 لسنة 1990 والقانون الفرنسي لسنة 1994.[3]

1- رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996، ص463.

2- نفس المرجع، ص464.

3- محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص524 و525.

ثانيا: ضرورة قيام التلقيح الاصطناعي في حال قيام العلاقة الزوجية:

الغالب لدى التشريعات أنه لا يكفي وجود رابط العلاقة الشرعية فقط لإباحة عمليات التلقيح بل لابد أن تكون العلاقة قائمة وقت إجراء العملية، بألا تكون منتهية نتيجة وفاة أحد الزوجين أو عن طريق الانفصال بينهما، قياسا على ما هو عليه واقع الحال أثناء الإنجاب الصناعي. وإذا رجعنا إلى أساس قيام هذا الشرط نجده يقوم على أمرين:

أحدهما: استخلاص الحيوانات المنوية أثناء قيام العلاقة الزوجية.

وثانيهما: تلقيح البويضات وإرجاعها إلى الرحم قبل انتهاء أو انقضاء هذه العلاقة.

وبتخلف الأمر الأول لا يمكن عندها القيام بهذه العملية، غير أن الأمر الثاني والمتعلق بوفاة الزوج أو انقضاء العلاقة الزوجية ومطالبة الزوجة بعدها بإجراء عملية التلقيح، اختلفت التشريعات بصدد معالجته إلى فريقين بخلاف الفقه الذي حرم هذه المسألة:

1- الفريق الأول: برغم كل الاعتراضات والعوائق التي وجهت إلى هذا الطرح إلا أن الكثير من التشريعات أقرت جواز تلقيح المرأة بنفس ماء زوجها الذي طلقها وكان قد قام بحفظ منيه قبل الانفصال لهذا الغرض أو كان قد توفي، ومن ذلك ما ذهب إليه المشرع الاسباني أولا في القانون رقم 35 لسنة 1988.[1]

واستدل أنصار هذا الطرح بالحجج التالية:

- أنه من حق الأرملة أن تحتفظ بذكرى من زوجها المتوفى خاصة إذا لم ترغب في الزواج بعده.

- أنه يجوز قياس التلقيح بعد الوفاة على الترخيص للمرأة في الزواج بعد الوفاة لاتحاد العلة في الفرضين مع اختلاف واقع الحال نتيجة ترتيب الحوادث المختلفة.

- وهناك من رأوا التبرير الكافي في نصوص القانون الفرنسي الذي يجيز للمرأة القاطنة بمفردها حق التبني، ورأوا أنه من الأولى إجازة التلقيح والقول بغير ذلك يعد مناقضا للمنطق والعقل.[2]

1- محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص526.

2- أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص98.

2- الفريق الثاني: هناك الكثير من التشريعات التي تصدت الطرح بالرفض وعدم القبول خاصة بعد وفاة الزوج. ومن ذلك التشريع الانجليزي الذي وبالرجوع للنص رقم 28 من قانون 1990 الخاص بالخصوبة وعلم الأجنة نجدها تمنع صراحة الابن المزداد بعد وفاة الزوج وتحرمه من حق الانتساب.[1]

غير أن طبيعة هذا الرفض لا يعني رفض إجراء عمليات التلقيح، وإلا لماذا يصدر المشرع الانجليزي قانونا خاصا بالتلقيح الاصطناعي، وإنما الرفض يخص فقط التلقيح بعد الوفاة. وهو أيضا ما أكدته الندوة التحضيرية للمؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية لقانون العقوبات المنعقدة بدولة ألمانيا سنة 1987 التي جاء في توصياتها تحريم التلقيح بعد الوفاة لما ينتجه ذلك من مخاطر على الأسرة والمجتمع ككل.[2]

واستدل أنصار هذا الطرح بما يلي:

- أن الأصل في التلقيح هو مساعدة زوجين على الإنجاب وهذا الأصل ينقضي بوفاة أحدهما أو كلاهما.

- أنه لا يمكن قياس حق المرأة في الإنجاب على حقها في التبني، لأنه لا يمكن قياس الإنجاب على التبني، لاختلافهما البين.

- أن التلقيح بعد الوفاة هو تشييع وتوسيع لدائرة الأيتام في المجتمع مما يكبد المجتمعات تكاليف باهظة وعلى جميع المستويات؛ ولهذه الأسباب تراجع المشرع الفرنسي عن إقرار مثل هذا الطرح بعد إصداره لقانون احترام الجسم البشري لسنة 1994،[3] خاصة وأن الذين استدلوا بالتشريع الفرنسي للقول بمشروعية هذا الطرح لم يراعوا الكثير من خصوصيات هذا التشريع، وفي ذلك أن الطفل المزداد بعد الوفاة لا نصيب له في التركة في الغالب بحيث تنص القوانين الفرنسية أنه يشترط في

1- مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص195.

2- أحمد محمد لطفي أحمد، المرجع السابق، ص99.

3- محمد بلتجي حسن، الميراث والوصية، بدون طبعة، مكتبة الشباب، القاهرة – مصر، 1992، ص136.

الوارث أن يكون موجودا أثناء افتتاح التركة.[1] وهو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري طبقا لقانون الأسرة المستمد من الشريعة الإسلامية.

ثالثا: ضرورة توافر رضا الزوجين بإجراء التلقيح الاصطناعي:

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد بأن مسألة البنوة مسألة اختيارية تخضع لتقدير الزوجين ورغبتهما في الإنجاب من عدمه، والواقع أنه في كثير من حالات الإنجاب الطبيعي يرفض أحد الزوجين الإنجاب دون مبرر أو مسوغ شرعي، مما يثير مشكلة حق الطرف الآخر في تحقيق كلية من الكليات الخمس وهي حفظ النسل عن طريق تحقيق هذا الغرض الجوهري من أغراض الزواج.[2]

كما أن نص المادة 53 مكرر من قانون الأسرة الجزائري يعتبر بأن هذا الرفض الذي لا مبرر له، يسبب ضررا للزوجة إذا كان الرفض من الزوج ويحق لها طلب التطليق يسبب الضرر أو غيره. ولكن الذي يهمنا هنا هو الطريق الثاني للإنجاب عند إصابة أحد الزوجين بالعقم، أي التلقيح الاصطناعي.

فمما لا شك فيه أن الرضا يبقى دائما هو الركن المعول عليه في التوافق الأسري فإذا كان يعد شرطا من شروط الزواج طبقا للمادة 09 من قانون الأسرة الجزائري،[3] فهو أيضا شرط من شروط الإنجاب الصناعي طبقا لنص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

ناهيك أن عمليات التلقيح الإصطناعي بدون موافقة الزوجين تعد اعتداءا صارخا على حرمة الجسم وتدخل تحت طائلة ما تقرره نصوص المواد 264 وما يليها من قانون العقوبات الجزائري. لأنه وبالرجوع إلى المبادئ العامة ومثلما سنذكره في حينه فإن رضا المريض بالعمل الطبي يعد من أهم الشروط لإجرائه، في غير حالات الضرورة والاستعجال.[4]

وهذا ما استقر عليه الفقه الشرعي والفقه القانوني على السواء، وهو أيضا ما جسدته الكثير من التشريعات العالمية، حتى أن هناك بعض التشريعات تشترط في الموافقة والرضا شكلا

---

1 -Loi n 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.

2- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص257.

3- تنص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين ".

4- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 1986، ص142.

معينا، مع ضرورة التأكد من خلو هذا الرضا من عيوب الإرادة وأن يكون صادرا ممن له صفة إصداره وهما الزوجة والزوج دون سواهما.[1] غير أن المشكل هنا هو هل يمكن الاعتماد على رفض إجراء التلقيح لطلب الانفصال أم لا؟ وهل رفض الإنجاب بهذه الطريقة يرتب نفس النتائج عند رفض الإنجاب الطبيعي؟

الواقع أنه وبعد إجازة هذه الطريقة والتأكد من إمكانية الإنجاب بها، ثم رفض أحد الزوجين إجراء العملية هناك عدة فروض تطرحها هذه الإشكالية هي:

1- الفرضية الأولى: وهي رفض الزوج لإجراء العملية في حالتين هما:

- عدم إقدام الزوج على العملية أصلا، وفي هذه الحالة ولو أن نص المادة جاء عاما إلا أنه يمكن القول بأن الزوج هنا متعسف في هذا الرفض، ذلك أن الإنجاب من الأغراض الجوهرية للزواج، ولما كان العقم مرضا فمن واجب الزوج التداوي إذا اعتبرنا بأن التلقيح علاج ودواء للعقم.[2]

- إذا تم استخلاص الحيوانات المنوية للزوج تم عدل عن القيام بإجراء التخصيب، فإن الكثير من الفقهاء يرون بأنه من حق الزوجة في هذه الحالة استكمال إجراءات التخصيب دون الاعتداد بعدول الزوج، لأن الرضا غير مطلوب لأنه قد تم الحصول عليه سابقا.

وهناك اتجاه آخر يرى بضرورة الاعتداد بعدول الزوج، ويبقى للزوجة فقط طلب التطليق لانتفاء أهم أغراض الزواج وهو الإنجاب.[3]

2- الفرضية الثانية: وهو رفض الزوجة لإجراء العملية في حالتين أيضا هما:

- عدم إقدامها على العملية أصلا، وفي هذه الحالة أيضا فإنه لا يمكن إجبار الزوجة على القيام بعملية التلقيح، غير أن هناك من يرون بأنه بتوافر رضا الزوج فإنه يمكن إجبار الزوجة على القيام بهذه العملية قياسا على إجبار الزوجة على المعاشرة الزوجية.[4]

1- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص142 و143.

2- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص287.

3- نفس المرجع، ص 287 و288.

4- محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص529.

– عدول الزوجة بعد تلقيح البويضة، يرى البعض بأنه في هذه الحالة يمكن إجبار الزوجة على استكمال إجراءات التخصيب لأن رضاها قد تم سابقا أيضا ولا مبرر لإعادة طلبه من جديد لأن عدولها في هذه المرحلة يعد عدوانا منها ومساسا بالبويضة المخصبة والتي تعتبر في حكم الحمل المستقر في الرحم.[1]

أما فيما يخص المشرع الجزائري، فتختلف الإجابة عن هذا بحسب ما إذا كان الأمر اشترط في عقد الزواج أو لم يشترط حيث أن نص المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري تخول للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تتنافى مع مقتضى العقد،[2] ومن هذا الشرط إمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي. فإن رفض أحد الزوجين يخول للآخر حل الرابطة الزوجية على أساس خرق أحد الواجبات الزوجية لكن عدم اشتراط ذلك يخول لأي من الزوجين رفض هذا التدخل الطبي ويمكن أن يكون ذلك سببا لفك الرابطة الزوجية، يستند فيها الزوج لنص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري؛[3] لأن الزوج صاحب العصمة وله أن يستعملها متى شاء، أما الزوجة فتعتمد في طلب التطليق على نص المادة 53 في فقرتيها الثانية والعاشرة بقولها: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب التالية:

2– العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج،

3– كل ضرر معتبر شرعا".

وعدم الإنجاب ضرر يحرم أحد الزوجين أو كلاهما من الشعور بالأبوة والأمومة.

ولم يوضح القانون شكلا معينا في الرضا وحينئذ يمكن الرجوع إلى الشريعة العامة في القانون المدني للبحث عن وسائل التعبير،[4] فنجد عندئذ أن التعبير يكون بكافة الأساليب، بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو اتخاذ أي موقف لا يدع مجالا للشك في دلالته على مقصود صاحبه

1– محمود عبد الرحيم مهران، المرجع السابق ، ص 529 و 530.

2– مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص216.

3– نفس المرجع، ص217.

4– تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن :" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا". الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 1975/09/26، والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم والمنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 1975/09/30، العدد 78.

وقد يكون التعبير ضمنيا. إلا أننا نرى أن المنطق يقتضي أن يحرر الرضا في الشكل الكتابي ليكون أكثر ضمانا وحجة على الأطراف الزوجين أو أحدهما أو الطبيب في مجال الإثبات.

كما يجب أن يكون التعبير منجزا غير معلقا على شرط معين، كأن يوافق الزوج على خضوع زوجته للتلقيح شريطة أن تنجب ذكرا أو يتخلى عن الطفل إذا ولد مشوها، لأن هذه الشروط تجعل الاتفاق باطلا.[1]

ولقد نص القانون الفرنسي 94- 654 المتعلق بالتبرع واستخدام عناصر ومنتوجات جسم الإنسان والمساعدة الطبية للإنجاب والتشخيص أنه لا يمكن الاستفادة من المساعدة الطبية للإنجاب إلا بعد موافقة الأسرة الراغبة في الاستفادة منها. ويسبق ذلك إجراء مقابلة خاصة للراغبين بالاستفادة منها مع الفريق الطبي، وذلك لاختيار دوافعهم ولإعلامهم خصوصا بإمكانية الفشل وبصعوبة هذه الطريقة، ويعطي الأسرة مدة شهر للتفكير ويمكن أن تمدد هذه الفترة بقرار طبي.[2]

ويختلف شكل الموافقة بحسب ما إذا كان التلقيح سيتم بخلايا ملقحة من شخص ثالث أو أنها ملقحة بخلايا الأسرة ذاتها. ففي الفرض الأول يجب على الرجل والمرأة المكونتين للأسرة إعطاء موافقتهم أمام قاض أو أمام كاتب العدل مع ضمان السرية. وفي الفرض الثاني تلتزم الأسرة الراغبة في الاستفادة من هذا الإجراء بتأكيد طلبها أمام طبيب بشكل كتابي، وذلك بعد نهاية فترة التفكير.[3]

رابعا: تحديد سن معينة لإمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي:

بعد أن قرر المشرع الجزائري جواز إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي يبدو أنه يستند في إباحة إجرائها إلى القواعد العامة في التشريع الجزائري، باعتبار التلقيح يدخل في عداد العمل الطبي ذو الأغراض العلاجية البحتة. ولهذا فإن الشرط الرابع المتعلق بضرورة تحديد سن معينة لإجراء عمليات التلقيح يبدو شرطا بديهيا، والواجب هو تحديد الحد الأدنى على الأقل للسن، خاصة

1- مروك نصر الدين، المرجع السابق، ص217.

2- أحمد عبد الدائم، أعضاء الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة روبير شومان في ستراسبورغ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 1999، ص75.

3- نفس المرجع، ص75 و76.

وأن شروط الأهلية القانونية للزواج محددة في قانون الأسرة الجزائري حيث وحد المشرع الجزائري سن الزواج للذكور والإناث ب 19 سنة كاملة طبقا لنص المادة 07 من قانون الأسرة.[1]

وعليه لا نتصور إمكانية إجراء هذه العمليات قبل بلوغ التاسع عشر (19) سنة كاملة بالنسبة للرجل والمرأة على السواء كحد أدنى للسن. أما عن الحد الأقصى فإنه كذلك يمكن تحديد سن اليأس لدى النساء عموما بمعنى سن استحالة التبويض لدى المرأة، وهذا التحديد لا يناقض شرط إمكانية قيام إجراء عملية التلقيح ما دامت العلاقة الزوجية موجودة، و إنما شرط تحديد السن الأقصى هو لتفادي اللجوء لطرف ثالث للقيام بالعملية كالاستعانة ببويضات امرأة أخرى من أجل إتمام العملية وهو أمر يؤدي إلى خروج هذه العملية من أطرها المشروعة والمقررة لها.[2]

أما بالنسبة للزوج فمن الصعوبة تحديد سن معين لإمكانية القيام بعملية التلقيح، غير أنه يمكن الاعتماد على ما تمليه الظروف الصحية للزوج للقول بمشروعية إجراء العملية من عدمه.[3]

و قد ساير المشرع في ذلك الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة خاصة فيما يتعلق بالزواج وآثاره التي انضمت إليها الجزائر سنة 1996، على الرغم من أنها أبدت تحفظات على نصوص المواد 15 و 16 من هذه الاتفاقية. هذه المواد التي تنص على تحقيق المساواة بين الرجل و المرأة في مجال انعقاد الزواج و انحلاله و آثاره كالميراث، و كذا منح الجنسية، حيث عدل قانون الجنسية و أصبحت المرأة بنص المادة 06 تمنح الجنسية الأصلية لأبنائها بغض النظر عن جنسية الأب.[4]

و إذا كان تحديد السن لا يثير صعوبات في تشريعات الدول العربية و الإسلامية عموما فإنه يثير الكثير من الإشكالات القانونية في تشريعات الدول التي تسمح بالاستعانة بأطراف خارجة عن نطاق العلاقة الزوجية لإنجاح عملية التلقيح، وهو ما أدى إلى ظهور الكثير من الظواهر

1- تنص المادة 07 من قانون الأسرة على أنه:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة ..."

2- محمد علي البار، طفل الأنابيب و التلقيح الصناعي، بدون طبعة، دار العلم، جدة، المملكة العربية السعودية، 1986، ص47.

3- رضا عبد الحليم، المرجع السابق، ص475.

4- نفس المرجع، ص 475 و476.

الغريبة في هذه المجتمعات كظاهرة الأمهات العازبات و ظاهرة الأمهات الجدات نظرا لفارق السن بين الآباء والأولاد مما خلق جوا من الاضطراب الاجتماعي والنفسي والقانوني.

غير أن حمى الحصول على الأولاد بأي شكل من الأشكال وسوء استخدام التطورات العلمية، أدى بالأطباء إلى عدم الاكتراث بمصير الأبناء بعد الولادة و كيفية تكيفهم مع المجتمع ومع أسرهم خصوصا، خاصة بالنسبة للنساء اللاتي ينجبن بعد سن اليأس و الاستعانة ببويضات غريبة.[1]

خامسا: شرط أن لا يكون هناك مجال لاختلاط الأنساب:

تخضع عملية التلقيح إلى القاعدة العامة التي تحكم النسب "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، بمعنى الولد للزوج وللعاهر – وهو الزاني – الرجم كعقوبة على جريمته. ذلك أن عقد الزواج الشرعي يبيح العلاقة الجنسية بين الزوجين، لذا من اللازم دائما في هذه الحالات أن تلقح بويضة الزوجة بمني زوجها دون شك في استبداله أو اختلاطه بمني غيره.

تلتقي عمليات التلقيح الاصطناعي مع عمليات نقل الأعضاء الجنسية أو التناسلية من حيث المحاذير الشرعية المتعلقة باختلاط الأنساب في نقل الأعضاء الحاملة للصفات الوراثية كالخصية والمبيض، لأن البذرة الناتجة عن ذلك ستكون منسوبة للمصدر وهو الشخص المنقول منه، وهذا ما يؤدي إلى مشكلات من جهة النسب والنفقة والميراث والعلاقات الأسرية بين الوليد وأسرتي المصدر والمتلقي.[2]

ولقد نصت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية: "...

– أن يتم بمني الزوج وبويضة ورحم الزوجة دون غيرها.

– لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

1– محمد عبد الرحيم مهران، المرجع السابق، ص531.

2– محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي" نقل وزراعة الأعضاء التناسلية "، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، بدون بلد نشر، 2001، ص133.

والواضح أن المشرع اعتبر أن هذين النقطتين شرطين مستقلين، إلا أننا نعتقد أنهما تشتركان في علة واحدة وهي أن الإخلال بهما يؤدي إلى نتيجة مؤكدة تتمثل في اختلاط الأنساب، وأنه يؤدي إلى مشكلات من جوانب عدة أهمها النسب والنفقة والميراث والعلاقات الأسرية. فتلقيح بويضة المرأة بمني شخص آخر غير زوجها أو تلقيح بويضة أخرى بمني رجل آخر غير الزوج وزرعها في رحم الزوجة أو تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها ثم زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى غير الزوجة – كما مر معنا – أمر غير جائز شرعا؛ لأن الطفل ينسب لأبويه – أمه وأبيه – أمه التي حملته ووضعته وأبيه الذي هو من مائه.[1]

الفرع الثاني: الجرائم الناجمة عن إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي.

يثار التساؤل اليوم وفي مجال عمليات التلقيح الاصطناعي عن الجرائم المتصورة في إطار هذه العمليات خاصة وأن ممارستها تتطلب المساس بسلامة الجسد وحرمته، مما قد يتعارض مع الأحكام التي تمنع ذلك في نصوص قانون العقوبات؛ غير أنه بمناسبة القيام بها قد تنتج جرائم عدة نظرا لعدم احترام ضوابط عمليات التلقيح الاصطناعي نذكر منها:

أولا: جريمة الإجهاض (إتلاف البويضات الملقحة):

بعد أن تبين لنا سابقا أن محل جريمة الإجهاض هو إخراج الجنين المسكن في بطن أمه، فقد أدركنا للوهلة الأولى أن الاعتداء على البويضات الملقحة داخل الأنابيب لا يمكن أن تقوم به جريمة الإجهاض. غير أن السؤال الذي يمكن طرحه هو: هل المشرع يحمي الحامل أم يحمي اكتمال عملية التلقيح؟ فالأصل أن الحمل قبل أن ينطبق عليه هذا الوصف لم يكن إلا مجرد لقاء البويضة مع الحيوان الذكري أي عملية التلقيح؛ وبالتالي ما هو الفرق بين التلقيح الداخلي والتلقيح الخارجي، إذا كان يؤديان نفس الغرض؟

1- محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص133 و 134.

نتعرض هنا إلى إمكانية حماية حق الجنين في الحياة خارج الرحم وإمكانية قيام جريمة الإجهاض في حالة الاعتداء على البويضة الملقحة داخل الأنبوب خاصة بعد أن أكدنا آنفا بأن بداية حياة الجنين تبدأ منذ بداية لحظة التلقيح والإخصاب داخل الرحم وهو ما يتحقق أيضا داخل الأنبوب خارج الرحم. وجريمة الإجهاض طبقا لنص المادة 318 من قانون العقوبات الجزائري تفترض بداية وجود حمل مسكن في رحم الأم على اعتبار أنه في الفقه التقليدي لم يكن متصورا إمكانية وجود الجنين إلا داخل رحم الأم. وبالتالي فإن الواضح من خلال تطبيق أركان جريمة الإجهاض الواردة سابقا على مفهوم إتلاف البويضة الملقحة خارج الرحم لا يحقق لنا أي جريمة تذكر.

غير أنه من التطور الحاصل في العلوم الإحيائية وخاصة أطفال الأنابيب ظهر جدل فقهي كبير حول علة التجريم بالنسبة إلى إتلاف البويضات الملقحة خارج الرحم ليتفق الجميع أن العلة هي ضرورة حماية الجنين في لحظة حياته سواء داخل الرحم أو خارجه، ومع ذلك انقسم الفقه إلى:

1- الاتجاه الأول: البويضة الملقحة خارج الرحم لا تكون جنينا: يرى هذا الاتجاه أن اللجوء إلى التلقيح الصناعي خارج الرحم عن طريق دمج البويضة بغرض الإخصاب لا يعد ولا يمكن أن يخرج عن إطار التجارب العلمية والتي يقوم بها العلماء من أجل الحماية الصحية وتحسين النسل وغيرها، وهي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تخرج عن هذا الإطار ذلك أن القول بخلاف ذلك يعني تأخير الدراسات العلمية وحرمان المجتمع من بعض أهم مميزات الأبحاث العلمية.[1]

وحيث أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير قانون، فإن التشريعات العربية وكذا المشرع الجزائري يعتبرون بأن الاعتداء الواقع على حمل الأنابيب بالإيجاب أو بالسلب لا يشكل جريمة إجهاض ولا جريمة أخرى، وبالتالي فلا تقوم المسؤولية على من يعتدي عليها.[2]

1- إيهاب اليسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1994، ص324.

2- أميرة عدلي، أمير عيسى خالد، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، المرجع السابق، ص146.

2- الاتجاه الثاني: اعتبار البويضات الملقحة خارج الرحم أجنة: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن اندماج النطفة بالبويضة يؤدي إلى تخلق الجنين وتكامل عناصر حياته مما يثبت وجوده، وأي اعتداء عليه يشكل خرقا لسير الحق في الحياة في مساره الطبيعي وتنتج جريمة بحسب طبيعة نوع الاعتداء.[1]

أما من جهتنا فنرى أن الاعتداء على البويضة داخل الأنبوب يكون لنا جريمة إجهاض، ذلك أن العلة في تقرير الحماية هي الحياة. والحياة متوفرة بجميع عناصرها التي من بينها أن الأجنة الملقحة تؤدي نفس وظائف الأجنة داخل الأرحام، والدليل هو نمو هذه البويضات المخصبة وتحولها من نطفة إلى علقة ثم إلى مضغة ونفس مراحل تكوين الجنين الطبيعي، ولهذا ندعو المشرع إلى التدخل لحماية أطفال الأنابيب بعد أن كان قرار وأجاز التلقيح الاصطناعي الداخلي.

كما أن أركان جريمة الإجهاض يمكن توفرها في حالة إتلاف البويضة الملقحة، بحيث أن الركن المادي لجريمة الإجهاض بالنسبة للبويضة الملقحة هو إتلافها أو كسر الأنبوب لأي سبب كان، مع العلم بأنها بويضة ملقحة وإرادة تحقيق النتيجة بإتلافها، وضرورة توافر علاقة السببية بين فعل الإتلاف وموت الجنين بانتهاء الإخصاب بالقضاء على الوسط المهيأ له.[2]

ولا ريب أن هذا النوع من الإجهاض (إجهاض الأجنة داخل الأنابيب) يخضع أيضا لأسباب الإباحة وموانع المسؤولية، غير أن الإجهاض الناتج عن الأسباب الطبية لا يتوافر بالنسبة لحالة أطفال الأنابيب إلا في حالة واحدة وهي حالة إثبات علماء الوراثة لإمكانية تفادي وباء معين.[3]

وقد يكون الإجهاض في الحالات العادية لأسباب أخلاقية كما لو كان الحمل ثمرة جريمة اغتصاب فإن هذا الوضع قد يتحقق أيضا بالنسبة للبويضات الملقحة كأن تكون النطفة الذكرية لغير الزوج في حالة إصابته بعقم كامل وقد تكون البويضة لغير الزوجة، وبالتالي فإنه أصلا لا

1- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص181.

2- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص166.

3- أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والاعتداء على العرض، الشرف، الاعتبار، والحياء العام، والإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والفنية، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 1997، ص23.

يعقل قبول مثل هذا النوع من التلقيح أصلا، وإن تم القيام به فلا تقوم جريمة الإجهاض عند إتلاف البويضات الملقحة مثلها مثل الحالات العادية للإجهاض الناتج عن الاغتصاب المجرم.[1]

ثانيا: جريمة الاغتصاب:

لا تعرف التشريعات جريمة الاغتصاب بل ذكرت العقوبات المقررة لها فقط، إلا أن الفقهاء يعرفونها على أنها: "اتصال رجل بامرأة اتصالا جنسيا كاملا باستعمال العنف والغصب والجبر بدون رضاء صحيح منها بذلك".[2] وللاغتصاب ثلاثة أركان هي:

1- الركن المادي (ركن المواقعة): المواقعة نعني بها الوطء الطبيعي بإيلاج الجاني لعنصر الذكورة في محل الإيلاج وهو فرج المرأة. وإذا أخذنا بهذا التعريف نجد أنه يشترط لقيام جريمة الاغتصاب مواقعة رجل لامرأة أي أن المواقعة تتم بين جنسين مختلفين، أما إذا كانت المواقعة بين رجل ورجل أو بين امرأة وامرأة فلا يعد هذا الفعل اغتصابا بل يعتبر فعلا مخلا بالحياء إذا تم برضاء المجني عليه وتوافر العلانية.[3]

وإذا راجعنا التشريعات الأوروبية في هذا الصدد نجد بأنها تختلف كليا بل نجد الاختلاف حتى في الدولة الواحدة بين الفقه والقضاء وخير مثال على ذلك ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في المادة 332 من قانون العقوبات الفرنسي التي اعتبرت أن فعل الاغتصاب قد يقع على الأنثى أو الذكر على حد سواء.[4] أما بالنسبة لبعض الدول العربية فإنها تعتبر بأن الاغتصاب لا يقع إلا على الأنثى.

2- ركن انتفاء الرضا (رضا المجني عليه): يتحقق عنصر انتفاء رضا المجني عليها بأفعال مادية أو بأفعال معنوية، فالإكراه المادي هو ارتكاب أفعال العنف والتعدي أو القوة المادية في

1- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص168.

2- إدوارد غالي الذهبي، الجرائم الجنسية، الطبعة الأولى، مكتبة غريب، مصر، 1988، ص101.

3- نفس المرجع، ص 101 و 102..

4- Michel Law Rassat, Robert Vouin, droit pénal spécial ,4édition, dalloz, Paris, France, 1979, P361.

مواجهة الضحية لإرغامها على الاستسلام، أما إذا رضيت المرأة بالمواقعة دون أن يقوم الرجل بتوجيه أي فعل مادي هنا لا تقوم جريمة الاغتصاب.[1]

كما أن الإكراه قد يتم أيضا بالتهديد بإفشاء سر فاضح أو بالقتل أو بالتهديد بالإنذار وهذا ما يسمى بالإكراه المعنوي بحيث تصبح المرأة ضحية هذا الإكراه une contrainte morale.[2]

3- ركن القصد الجنائي: يعد الاغتصاب من الجرائم العمدية التي تتطلب لقيامها العلم والإرادة مما يعني علم الجاني بأركان هذه الجريمة وإرادته لتحقيق نتيجتها.[3]

أكدنا سابقا بأن التلقيح الاصطناعي وإن كان يلتقي مع جريمة الإجهاض في الكثير من الحالات إلا أن الانطباق غير تام بما يوافق القواعد والأحكام العامة لهذه الجريمة. وبعد أن بينا أركان جريمة الاغتصاب في القواعد العامة وكذا أنواع التلقيح الصناعي يثور تساؤل مهم يتعلق بحالة تلقيح المرأة صناعيا دون موافقتها، كما لو قام الطبيب بزرع اللقيحة في رحمها عن طريق عملية تلقيح بدون علمها ولا رضائها بعلم زوجها أو بدون علمه؟

فبالرجوع للآراء الفقهية في هذا الخصوص (كما رأينا سابقا) نجد بأن هناك جانب كبير من الفقه يرفض فكرة قيام جريمة الاغتصاب في حالة تلقيح المرأة صناعيا وإن كان ذلك ضد إرادتها نظرا لأن قيام الركن المادي لجريمة الاغتصاب لا يمكن أن ينطبق في حالة التلقيح بكل أنواعه.[4] بالإضافة إلى أن إقرار قيام جريمة الاغتصاب هنا يتعارض مع ما تقرره بعض التشريعات من تمتع المرأة بالحرية الجنسية مادام أن الفعل الذي قام به الطبيب لم يبلغ مبلغ المواقعة الجنسية الكاملة.، بالرغم من أن الطبيب قد يمكن مساءلته عن قيام جريمة أخرى غير الاغتصاب، كما يقول د. محمود نجيب حسني: "ونتصور أن إطلاع الطبيب على عورة المرأة دون الاعتداد بإرادتها من شأنه أن يؤدي إلى قيام جريمة الفعل الفاضح (الفعل المخل بالحياء)".[5]

1- محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص257.

2- شريف سيد كامل، جرائم الاعتداء على الأشخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص188.

3- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص356.

4- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص183.

5- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص428.

وبالرجوع لقانون العقوبات الجزائري فإن التلقيح الاصطناعي مهما كان نوعه لامرأة ولو بدون رضاها ولو باستعمال الخشونة والعنف والقوة ضدها لإرغامها على الخضوع لعملية التلقيح الاصطناعي سواء بعلم زوجها أو بدون علمه لا تقوم معه جريمة الاغتصاب لعدم انطباق أركان الاغتصاب في عمليات التلقيح الصناعي؛ ونفس الأمر بالنسبة للتشريع المصري أيضا.

كما أنه بالرجوع للتشريع الفرنسي نجد بأنه وفي تعديل قانون العقوبات الفرنسي قد أورد مفهوما جديدا لمعنى فعل الوقاع بحيث يشمل كافة الصور الأخرى بما فيها صور التلقيح الاصطناعي بشتى أنواعها. ووفقا لهذا المفهوم الجديد فإن تلقيح المرأة صناعيا دون إرادتها يشكل لا محالة جريمة اغتصاب لأن نصوص هذا القانون لم تشترط في فعل الوقاع المواقعة الجنسية الطبيعية بين الرجل وزوجته وإنما يكفي فقط فعل التلقيح بأي طريق آخر.

وبحداثة هذا التصور الذي أورده المشرع الفرنسي نرى أن الاطلاع على عورة الزوجة بدون رضاها يعد اعتداء صارخا على حرمة جسدها وفعلا غير أخلاقي أيضا يستوجب قسام جريمة هتك العرض أو الفعل المخل للحياء.[1]

ثالثا: جريمة الزنا:

جريمة الزنا جريمة عمدية تقوم على أركان هي:

1- الركن المفترض: قيام رابطة الزوجية: ترتبط جريمة الزنا بعقد زواج شرعي صحيح، ذلك أنها لا تقوم إذا كانت الرابطة هي الخطوبة فقط ولا تقوم أيضا إذا وقع الفعل قبل الزواج ورتب حملا أثناء الزواج. كما أن جريمة الزنا لا تقوم في حالة الزواج الباطل كأن يتهم الرجل زوجته بارتكاب الزنا ثم يكتشف بأنها أخته من الرضاع...

2- الركن المادي: الوطء غير المشروع: الثابت أنه لا يمكن قيام الركن المادي إلا بتوفر عنصر الوطء غير المشروع للزوجة من طرف شخص غريب غير زوجها. واثبات وقوع فعل الوطء مسألة

1- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص184.

موضوعية تخضع لرقابة المحكمة، يمكن أن تثبت بشهادة الشهود في حالات التلبس بالزنا ويمكن إثباتها بالقرائن التي تستخلصها المحكمة من ملابسات القضية أو بالطرق العلمية الحديثة.[1]

3- الركن المعنوي: القصد الجنائي: ويكون بعلم الزوجة أنها متزوجة وتواقع رجل غير زوجها بإرادتها بعيدا عن التهديد أو التدليس أو التعزير يعني نتيجة إكراه مادي أو معنوي، فإنه في هذه الحالة تكون الزوجة ضحية جريمة اغتصاب ولا تقوم جريمة الزنا.[2]

وتنص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "يقضى بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة".[3] ويتضح من هذه المادة أن المشرع الجزائري يشترط لقيام جريمة الزنا توافر رابطة الزوجية حكما أو فعلا بين المرأة والرجل وقت قيام أحدهما بارتكابها.

وفقا للقواعد العامة لجريمة الزنا نتطرق هنا لشروط قيامها في حالة التلقيح الاصطناعي والتي نجملها في شرطين أساسيين:

*** الوقاع الحكمي (الاتصال البيولوجي عن طريق نقل اللقائح):** لم يتطرق قانون العقوبات الجزائري لهذه الأفكار نظرا لعدم مسايرة التقدم ولعدم مواكبة المشرع للتطورات الحاصلة في مجال العلوم الإحيائية؛ فبالنسبة للجرائم اللأخلاقية أو الجنسية فهي في الغالب تتطلب لقيامها تحقق شرط الاتصال الجنسي الكامل والمباشر، غير أن الوطء غير ممكن في حالة التلقيح الاصطناعي لأنه عبارة عن دمج لخليتين تشكل اتصالا بيولوجيا يعتبر بدوره وقاع اعتباري حكمي أي يأخذ نفس الحكم الخاص بالوطء والوقاع المباشر.

1- تنص المادة 341 من قانون العقوبات الجزائري على أن: " الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة التلبس، وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي".

2- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، المرجع السابق، ص50.

3- الأمر رقم 21-08 المؤرخ في 27 شوال 2021 الموافق ل 08 يونيو 2021، جريدة رسمية 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021 المعدل و المتمم للأمر رقم66 -156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد49، المؤرخة في 1966/06/11 المعدّل والمتمم.

ولهذا ذهبت الكثير من التشريعات العالمية لاعتبار الاتصال البيولوجي عن طريق نقل اللقائح والأمشاج من الغير وبأي طريقة كانت إلى الأنثى سواء كانت متزوجة أو مطلقة أو عزباء، ثيبا أو بكرا، بمثابة الزنا لوجود ذات العلة في الفعلين فالعبرة بالتقاء الماءين الأجنبيين عن بعضهما البعض. ولذلك نجد الكثير من الفقهاء يرون أنه من الضروري التوسع في تفسير جريمة الزنا لكي تستوعب القوالب الحديثة الخاصة بالممارسات الطبية العلاجية.[1]

* **رفع الشكوى من الزوج المضرور**: بالرجوع للقواعد العامة نجد أن الجرائم بين الأصول والفروع والأزواج لا يمكن أن تقوم إلا برفع الشكوى إلى النيابة العامة، ولهذا فإن هناك اختلافا فقهيا كبيرا حول الطبيعة القانونية لرضا الزوج وعدم تقديمه لشكوى في حق زوجته لارتكابها جريمة الزنا.

فهناك من يرى أنها ظرفا مخففا للعقاب لأنه إجازة ضمنية من الزوج بالسكوت عن ما قامت به زوجته، وهناك من يرى بأنه لا يعتد برضا الزوج وتعتبر الجريمة قائمة ولو سكت عنها. أما القوانين الوضعية فقد دأبت على أنه إذا كان الرضا الحر وكانت الزوجة تمارس هذه الأفعال بناء على إرادته ورغبته فإنه لا يمكن القول بتوافر جريمة زنا الزوجة في هذه الحالة ولا يحق للزوج رفع الشكوى ضد زوجته.[2]

غير أنه في عمليات التلقيح الصناعي فإن تنازل الزوج عن شكواه المرفوعة ضد زوجته المتهمة بارتكاب جريمة الزنا لا يمكن افتراضه.[3] ولهذا لابد أن يتم بشكل مادي وصريح لإقامة الدليل عليه في حالة إنكاره من الزوج إلا أنه في جميع الأحوال فإن المحكمة لها كل السلطة التقديرية في استخلاص ذلك في كل ما يصدره الزوج من أقوال وأفعال تدل عليه ولا رقابة عليها في ذلك.[4] غير أنه و في ظل وجود النص العام لقانون العقوبات الجزائري تبقى مسألة جريمة الزنا قائمة قانونا في كل عملية تلقيح طبيعية أو اصطناعية بتوافر أركانها، بخلاف أرض الواقع الذي

1- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة الصحافة الإسكندرية، مصر، 1989، ص737.

2- حسن صادق المرصفاوي، أصول الإجراءات الجنائية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000، ص122.

3- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص214.

4- عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص214.

نتصادم فيه بظهور جرائم الزنا في الحالات العادية للزواج بالتلقيح الطبيعي إلا أن غياب شكوى الزوج يجعلها تسقط تلقائيا.

رابعا: جريمة هتك العرض:

يعرف هتك العرض على أنه: "إخلال ومساس جسيم على حياء المجني عليه بفعل يوجه إليه أو يرتكب على جسمه بنحو يؤثر فيه".[1] فهو الاعتداء على كيان مادي لشخص آخر منتهكا لحق في سلامة جسمه، ولقيام هذه الجريمة يجب:

1- الركن المادي: يتوافر في جريمة هتك العرض بأفعال مختلفة وكثيرة جدا والمهم أنه يتحقق بأي فعل مخل بالحياء العرضي للمجني عليها أو المجني عليه الحدث، ويؤدي إلى مساس بجسمه. والناتج أن الركن المادي هنا سواء كان باستعمال العنف أو بدونه لا ينحصر مجاله في التعرف بما يخدش الحياء دون فعل المواقعة بل يشمل أيضا حالة المواقعة.

2- الركن المعنوي: جريمة هتك العرض جريمة عمدية أي لابد من توافر القصد الجنائي فيها ويكفي لقيامها توافر القصد الجنائي العام فقط. ويتحقق هذا باتجاه نية الجاني إلى خدش حياء المجني عليه أو عليها وتعمده ذلك بمعنى قيام الإرادة الحرة في اختيار الفعل وتحقيق النتيجة. إذن نستطيع تأكيد قيام القصد الجنائي إذا قام الجاني متعمدا بكشف عورة المجني عليه رجلا أو امرأة أو ملامستها، إذ أنه لا عبرة بالبواعث والدوافع التي أدت إلى ارتكاب الفعل[2] بشرط ألا تكون نبيلة، وبهذا تتحقق نية الجاني في الاعتداء على الضحية (المجني عليه).

تناول من جهته المشرع الجزائري جريمة هتك العرض في نص المادة 336[3] و وكذلك المادة 337 من قانون العقوبات الجزائري، والحقيقة أنه أدرج لم يفرق بين جريمة الفعل المخل بالحياء وجريمة هتك العرض إلا أنه بالرجوع للنص الفرنسي منه نجد بأن المشرع عوض أن

1- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص370.

2- شريف سيد كامل، المرجع السابق، ص198.

3- تنص المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري على أنه:" كل من ارتكب جناية هتك العرض يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات ".

يستعمل مصطلح هتك العرض في نص المادة 335[1] استعمل مصطلح الفعل المخل بالحياء نظرا لالتباس الأمر عليه.

وبهذا يكون المشرع قد خرج على الكثير من التشريعات العالمية التي تعتبر بأن جريمة هتك العرض تقوم في حق القاصر سواء كان ذكرا أم أنثى. وبالنسبة للركن المادي فإنه لم ينص أيضا على الصور التي يقوم بها تاركا المجال لاجتهادات القضاء وبالرجوع إلى أحكام المحاكم نجد كذلك بأن المحاكم لا تفرق بين جريمة الفعل المخل بالحياء وجريمة هتك العرض.

والحقيقة أن ربط عمليات التلقيح الاصطناعي ونقل الأمشاج واللقائح الآدمية بجريمة هتك العرض يتطلب الوقوف أمام بعض الإشكالات القانونية التي لا يمكن التملص منها.[2]

أولها مشكلة الرضا فقبول أطراف العملية ورضائهم بإجرائها وإن كان لا يضفي على الفعل وصف المشروع إلا أنه يتعارض مع مفهوم جريمة هتك العرض ذلك أن مصطلح الرضا والهتك لا يلتقيان أبدا. ولهذا نجد التشريعات العالمية تفرق بين هتك العرض كجريمة بسيطة عمليات التلقيح الصناعي نتائجها سيئة كجرائم هتك العرض في ظل توافر عنصر الرضا.[3]

كما أن عنصر الرضا لا يقتصر على المرأة المستفيدة فقط بل يتعلق أيضا بالرجل المانح إذا كان غير زوجها وبزوجها وبالطبيب فكل هؤلاء نفترض أنهم متشاركون في ارتكاب الفعل. ولهذا لا يمكن في مفهوم القانون إدانة الطبيب ومعاقبته بارتكاب جريمة هتك عرض المرأة لتعرضه لها واعتدائه عليها بالكشف على عورتها.[4]

1- تنص المادة 335 من قانون العقوبات على أن:" يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا مخلا بالحياء ضد الإنسان ذكرا كان أو أنثى بغير عنف، أو شرع في ذلك.
وإذا وقعت الجريمة على قاصر لم يكمل السادسة عشرة يعاقب الجاني بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة ".

2- فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع السابق، ص251.

3- حسن صادق المرصفاوي، المرجع السابق، ص660.

4- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص198.

وعليه فمن الأولى أن تقوم المسؤولية الجنائية في حق المانح والمستفيد من أن تقوم في حق الطبيب لأنه ما هو إلى الوسيلة الصالحة للتنفيذ حيث أنهما قد خططا للقيام بهذه العملية واتفقا على كل ما تتطلبه. بالإضافة إلى أن قيام هتك العرض وتعرض الطبيب لحياء المرأة وعرض الرجل غير متصور في مثل هذه العمليات، ونخلص أنه من غير المعقول ومن غير المنطقي مساءلة الطبيب وحده. فلا يمكن أن تستوعب جريمة هتك العرض بصورتيها القهرية والبسيطة ولا يمكن أن تصلح مناطا يستهدى به في تحديد المسؤولية الجنائية عن عمليات التلقيح ونقل الأمشاج والبويضات.

المبحث الثاني: الآثار الناجمة عن التلقيح الاصطناعي الخارجي (أطفال الأنابيب).

إن نتائج التلقيح الاصطناعي لا تتعدى 30% ولا ترتفع هذه النسبة إلا بالحصول على ضعف العدد المطلوب من البويضات من مبيض الأم الذي قد تصل إلى عشرين بويضة، ومصير هذه البويضات يفتح أمام الأطباء والباحثين عدة خيارات للتصرف بها، فمن بينها:

* أن ترمى وتغسل حين يجري غسل أنابيب المختبر.
* أن تترك في أنبوب الاختبار لتنمو، ومصيرها أيضا يكون إلى الزوال، لأن أقصى مدة سجلت حتى اليوم لتنمو هذه البويضات حوالي 16 يوما ثم تخرج البويضة من غشائها وتتوقف عن النمو.
* أن تعطى إلى سيدة أخرى هي في حاجة إليها.
* أن تحفظ بعد التبريد أو التجميد للاستفادة منها في دورة طمثية أخرى بعد فشل العملية الأولى.
* أنه يجري البحث العلمي على هذه البويضات الملقحة الزائدة.[1]

1-جمعة بشير، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2003، عدد 20، ص590.

ومن أهم المشاكل الناجمة عن التلقيح الاصطناعي الخارجي بعد قضية الأم المستعارة، مسألة الأجنة المجمدة إثر بقاء لقائح فائضة (سواء حصل الحمل أم لم يحصل) للاستفادة منه حين الحاجة، خاصة إذا ما أصيبا الزوجين بمرض يحول دون القدرة على الإنجاب.[1]

لا تقل إجراء التجارب والأبحاث على البويضات الملقحة أهمية عن الوظيفة الرئيسية لبنوك الأجنة المتمثلة في حفظ النطف الإنسانية بحيث يهدف إلى تحقيق أمور عديدة منها تحسين مستوى تقنيات العملية ونتائجها ودراسة مشاكل العقم والإخصاب. وتمثل هذه الأمور أهمية كبيرة لمراكز البحث العلمي ففي باريس على سبيل المثال نشرت إحصائيات سنة 1978 أن مثل هذه المراكز قد تلقت 7165 طلبا من بداية نشأتها سنة 1973 وحتى 1978، وتم علاج 4253 حالة من بينها 1852 حالة حصلت على الحمل لتتنامى الطلبات بمعدل 2000 طلب كل عام.[2]

وسنتطرق هنا لوظائف بنوك النطف والأجنة بشيء من التفصيل في المطلبين التاليين.

المطلب الأول: آلية الحمل عن طريق بنوك النطف والأجنة.

يقصد ببنوك الأجنة البنوك المتخصصة بحفظ السائل المنوي و البويضة في درجة حرارة معينة للاستفادة منها لاحقا.[3] وبدأ وضع الأجنة الإنسانية في البنوك بداية من سنة 1976 تحت إشراف هيئة مستشفى " أولدهامدسترك هوسبتال "[4] وقبل ذلك كانت أجنة الحيوان تحفظ أيضا من أجل تنمية الثروة الحيوانية وتحسين سلالتها.[5]

1- تتم عملية تجميد اللقائح بإزالة الماء منها وإضافة مواد حافظة للخلايا، ثم تعرض هذه اللقائح للبرودة تدريجيا إلى أن تبلغ درجة 196 تحت الصفر، أما لإزالة التجميد فتوضع اللقائح في درجة 37°، ثم تنقل في أحواض مختلفة تحتوي على محاليل لغسل الأجنة وإزالة المواد الحافظة عنها، وإعادة الماء فيها تدريجيا.

2- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص274.

3- بنوك الأجنة عبارة عن غرف كيميائية تستعمل في تجميد الأنسجة والخلايا ومنعها من التفاعل وكأنه نوع من التنويم المؤقت برفع درجة الحرارة لاحقا لتعود الخلايا إلى الحياة والتفاعل تدريجيا. وهذه البنوك الآن تعرف عالميا- -باسم بنوك الحيوانات المنوية أو بنوك النطف SEMEN BANK والتي تقوم أساسا باستخلاص النطف من الرجال والبويضات من النساء وتعمل على المحافظة عليها. فرج صالح الهريش، المرجع السابق، ص210.

4- إن أولى المحاولات للتلقيح قام بها الإيطالي " Spallanzani " سنة 1980 ليتبعه " Tean, Roseand " بإجراء أول تجربة ناجحة لحفظ السائل المنوي، ليكتشف " shermaun et Bunge " أسس كل التقنيات المتبعة في التجميد.

5- أمير عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، المرجع السابق، ص88.

والجدير بالذكر أن هذه التقنية ظهرت كنتيجة حتمية للتساؤل عن مصير الفائض من هذه الأجنة. فلقد تم إنشاء أول بنك في العالم في أمريكا سنة 1980 حيث قام أحد الأطباء بشراء مني العباقرة وقام بعرضه للبيع لمن ترغب في إنجاب أطفال عباقرة.[1] كما كانت أول عملية ولادة لجنين تم تجميده مدة شهرين تمت في مدينة ملبورن الأسترالية سنة 1984 لتعلن عن ولادة الطفلة "زوني" بعد إجراء عملية قيصرية لأمها بالمركز الطبي لملبورن،[2] وبعد نجاح هذه العملية بدأ المركز في عملية التجميد حيث قام في سنة واحدة بتجميد قرابة 230 جنينا(بويضة ملقحة) في برنامج خاص للإخصاب الخارجي للبويضات.[3]

الفرع الأول: حكم التصرف في تجميد النطف الآدمية.

اختلف العلماء في مشروعية وجود بنوك الأجنة على مسألتين أولهما في ظل الإستعمال الشخصي للبويضات الملقحة وثانيهما من خلال استفادة الغير منها:

أولا: الاستفادة الشخصية من الأجنة المجمدة الفائضة:

تحفظ الأجنة بعد التبريد أو التجميد للاستفادة منها عند الزواج أو في دورة طمثية أخرى بعد فشل العملية الأولى للتلقيح الإصطناعي، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل.

1- مشروعية تجميد اللقائح بين الزوجين في إطار العلاقة الزوجية:

سنتطرق هنا لمدى مشروعية تقنية تجميد الأجنة البشرية بين الزوجين في ظل العلاقة الزوجية على رأيين:

أ- **الرأي الأول:** يحرم الاحتفاظ بالأجنة المجمدة ويمنع كل وسائل التخزين والتجميد للنطف والبويضات الملقحة (الأجنة)، ومن ثم فهو يمنع الاحتفاظ بالأجنة في البنوك وإعادة استخدامها بين الزوجين، فقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي في مؤتمره السادس في الفترة مابين

1- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص399.

2 -Xavier Labbee, respect et protection du corps humain, Lexis Naxis, france,2006, p10.

3 -Andrews (LB), «legal issues raised by human in vitro fertilization and embryo transfer in The United States » plenum press, New York, USA, 1985, P20.

17-21 شعبان 1410هـ الموافق ل 14-20 مارس 1990م – قرار رقم 55 " 6/6 " متعلق بهذا الشأن.[1]

وترجع أسباب رفضهم لتجميد الأجنة وتحريمها إلى:

* تؤدي إلى اختلاط الأنساب وهلاك الأعراض، ومن ثم لا يجوز القول بمشروعيتها. ويرد عليهم بأنه لا يلزم من القول بإباحة بنوك الأجنة اختلاط الأنساب لأنه يمكن وضع ضوابط تمنع من اختلاطها وأنه يشترط لجوازها أن تكون بين الزوجين وأثناء قيام العلاقة الزوجية.

* أن التجميد يؤدي إلى تجزئة مدة الحمل إلى فترتين: فترة سابقة على التجميد وفترة لاحقة، وقد يتراخى الفاصل الزمني بين المدتين لمدة طويلة، وقد يتجاوز مجموع المدتين المدة المحددة للحمل. كما أنه يجعل من الحمل والوضع مشروعا مخططا يبدأ في لحظة معينة يمكن تقديمها أو تأخيرها حسب رغبة الزوجين، وهو أمر غير مقبول أخلاقيا.

1- منظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الثالث، المملكة العربية السعودية، ص 1791، ينص على التالي: قرار رقم- 55 " 6/6 " بشأن البيضات الملقحة الزائدة عن الحاجة: إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 – 23 شعبان 1410 هـ الموافق 2014 آذار " مارس " 1990م بعد إطلاعه على الأبحاث والتوصيات المتعلقة بهذا الموضوع الذي كان أحد موضوعات الندوة الفقهية الطبية السادسة المنعقدة في الكويت من 23 -26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق 23 – 26 أكتوبر 1990 م بالتعاون بين هذا المجمع والمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، وبعد الاطلاع على التوصيتين " الثالثة عشرة والرابعة عشرة " المتخذتين في الندوة الثالثة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت 20 – 23 شعبان 1407 هـ الموافق 18 – 21 أبريل 1987 م بشأن مصير البيضات الملقحة، والتوصية الخامسة للندوة الأولى للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية المنعقدة في الكويت 1411 شعبان 1403 هـ الموافق ل 24 – 27 مايو 1982 م في الموضوع نفسه، قرر ما يلي:
أولا: في ضوء ما تحقق علميا من إمكان حفظ البيضات غير الملقحة للسحب منها، يجب عند تلقيح البيضات الاقتصار على العدد المطلوب للزرع في كل مرة، تفاديا لوجود فائض من البيضات الملقحة.
ثانيا: إذا حصل فائض من البيضات الملقحة – بأي وجه من الوجوه – تترك دون عناية طبية إلى أن تنتهي حياة ذلك الفائض على الوجه الطبيعي.
ثالثا: يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع.

ويرد على ذلك بأن الفاصل الزمني بين الفترتين لا يحتسب لأن الأنسجة فيها تتوقف عن نشاطها، ولذلك لا تحتسب من مدة الحمل وإنما تكون المدة عبارة عن مجموع الفترتين: المدة السابقة للتجميد والمدة اللاحقة له التي تكون بعد غرس اللقيحة في الرحم.[1]

* إباحة بنوك الأجنة تساعد الأطباء الذين لا يلتزمون بالمبادئ والقيم الدينية من العبث في هذه الأجنة وبيعها والربح منها. ويرد عليهم بأن القول بإباحة بنوك الأجنة لا يستلزم ذلك لأنه يمكن التغلب على ذلك بوضع قوانين وعقوبات تمنع العبث فيها.

* حماية الأسرة وصيانة الأخلاق. ويرد عليهم بأنه قد يكون في مشروعية تلك البنوك ما يساعد على الحفاظ على الأسرة كتخفيف المعاناة عن الأسر التي تعاني من مشاكل عدم الإنجاب.

* الاحتفاظ بالنطف المجمدة يتنافى مع تكريم الله تعالى للإنسان، فقد يظل حبيس المبرد إن لم يحتاج إليه، أو يتم التخلص منه أو يكون مادة للتجربة العلمية. ويرد عليهم بأن المسألة ليست عامة وإنما هي مشروعية مقيدة بالضرورة للعلاج. كما أن التجميد يكون في حدود البويضات التي يحتاجها للغرس في رحم الأم فقط، بحيث لا يوجد فائض إلا بقدر الضرورة لمواجهة المشكلات التي قد تحول دون إتمام عملية الغرس.[2]

ب- الرأي الثاني: إباحة عملية تجميد الأجنة، باعتبار أنها من جملة التطورات العلمية في مجال الإنجاب الصناعي، وأنها من مكملات عملية التلقيح الصناعي. ووضعوا لذلك عدة ضوابط، وهذا الرأي تزعمه الشيخ أحمد الموسى الواعظ الأول بالهيئة العامة للشؤون الإسلامية والأوقاف بالقاهرة حيث تقول دار الافتاء المصرية: "والذي نراه أن القيام بعملية التجميد المذكور ليس فيه محظور شرعي، لأنه من مكملات عملية طفل الأنابيب التي أجازتها المجامع الفقهية الإسلامية بين الزوج وزوجته بناء على أنها من باب العلاج للإنجاب، والأصل في العلاج والتداوي المشروعية، وهذا مما لا خلاف فيه بين أئمة المسلمين، وإذا كان العلاج جائزا، فإن مكملاته أيضا جائزة لأن الإذن في الشيء إذن في مكملات مقصوده، ويؤكد هذا الجواز هنا ما يحققه اللجوء

1- عبد السلام داود العبادي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المملكة العربية السعودية، العدد السادس، الجزء الثالث، ص1368.

2- نفس المرجع، نفس الصفحة.

للتجميد من تقليل للتكاليف المالية الباهظة التي تلزم لإجراء عملية الإخصاب عند تكرار أخذ البويضات من المرأة، ولكن هذا الجواز مقيد ببعض الضوابط وهي:

* أن تتم عملية التخصيب بين الزوجين، وأن يتم استدخال اللقيحة في المرأة أثناء قيام الزوجية بينها وبين صاحب الماء، ولا يجوز ذلك بعد انفصال الزوجية بوفاة أو طلاق أو غيرهما.[1]

* أن تحفظ هذه اللقائح المخصبة بشكل آمن تماما تحت رقابة مشددة بما يمنع ويحول دون اختلاطها عمدا أو سهوا بغيرها من اللقائح المحفوظة.

* ألا يتم وضع اللقيحة في رحم أجنبية غير رحم صاحبة البيضة الملقحة لا تبرعا ولا بمعاوضة.

* ألا يكون لعملية تجميد الأجنة آثار جانبية سلبية على الجنين نتيجة تأثر اللقائح بالعوامل المختلفة التي قد تتعرض لها في حال الحفظ، كحدوث التشوهات الخلقية أو التأخر العقلي فيما بعد.[2]

ج- الرأي الراجح: يتبين من الرأيين أن الرأي الراجح هو القائل بإباحة بنوك الأجنة في حدود قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وضوابطها الاستفادة من التطور العلمي الحديث في مجال الطب لاسيما وأنها قد تخفف من آلام بعض النساء اللاتي يعانين من العقم أو اللاتي يوجد عندهن مشكلات في الإنجاب، كما أنها تخفف تكاليف عمليات التلقيح الصناعي، ومع ذلك يجب أن تقيد تلك الإباحة بقيود حتى لا تخرج عن إطار المشروعية، كالضوابط التي وضعتها دار الإفتاء المصرية – والتي تطرقنا لها سابقا – ذلك لأن إباحة هذه البنوك ليست بصفة عامة، وإنما من أجل ضرورة العلاج للحالات التي تستدعي التعامل بها، وما أبيح للضرورة يقدر بقدرها، ولا يجوز أن يكون شرعا عاما. وعلى هذا: يتم الاحتفاظ بالأجنة المجمدة في البنوك من أجل غرسها في رحم الأم عند الحاجة، وقد تتكرر عملية التلقيح الصناعي أكثر من مرة وذلك لفشل العملية الأولى، أو للرغبة في الحمل مرة أخرى، فيتم حقن تلك الأجنة، أو بعضها مرة أخرى في رحم الأم. فبالاحتفاظ بالأجنة في البنوك يجد الطبيب لديه في البنك أجنة جاهزة من العملية السابقة، فيقوم باستخدامها، ويمكن أن يحتفظ بهذه الأجنة لسنوات عدة، ومتى قرر الزوجان أو متى رغبت الزوجة

1- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص175.

2- نفس المرجع، ص 175 و176.

في الإنجاب مرة أخرى، فإنها تأخذ من البنك أجنة جاهزة. وتعد هذه الحالة هي الحالة الوحيدة المشروعة لبنوك الأجنة، والتي يقتصر استعمال البويضات الملقحة الموجودة فيها على غرسها في رحم الأم فقط بضوابطها المشروعة.[1]

2- حكم تجميد بويضات الفتاة التي لم يسبق لها الزواج:

والمشكلة التي تطرح هنا: هل يجوز لفتاة قاربت سن اليأس تجميد بعض البويضات حتى إذا تحقق لها الزواج لاحقا أمكنها الإنجاب؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من معرفة كيفية استخراج البويضات من هذه الفتاة البكر التي لم يسبق لها الزواج، وبسؤال أهل الخبرة في ذلك وهو الأطباء تبين أن هناك طريقتان لاستخراج البويضات:

1- الطريقة الأولى: وفيها يتم استخراج البويضات عن طريق فض غشاء البكارة وهي الطريقة المباشرة والأيسر، ويمكن للفتاة الاحتفاظ بالبيضات لمدة عشر سنوات فأكثر.

2- الطريقة الثانية: وفيها يتم استخراج البويضات عن طريق عملية جراحية، يتم فيها فحص الفتاة يوميا بواسطة جهاز الألتراساوند حتى يتم ظهور أكياس البيضات في المبيض، وقبل التبييض بساعات تتم عملية تنظير. وهذا يتم من خلال شق فتحة أسفل السرة طولها 1 سم حيث يتم إدخال منظار لرؤية المبايض، وأنسجة البطن، ويتم سحب البويضة التي هي على وشك النضوج بواسطة جهاز مليء بسائل يساعد على نمو البويضة، ثم يتم استخراجها بواسطة آلة الشافطة إذ يتم شفط البيضة بأسلوب دقيق وبحذر شديد، وهذه العملية لا تستغرق أكثر من عشرين دقيقة، ولا حاجة هنا لإزالة غشاء البكارة.[2]

وفي كلتا الحالتين فإنه لا يجوز لهذه الفتاة تجميد بويضاتها للأسباب التالية:

* عند اللجوء للطريقة الأولى وهي عن طريق فض غشاء البكارة، فإن هناك قاعدة فقهية تقول: "الضرر لا يزال بالضرر". وهذه الفتاة عندما تقوم بفض غشاء بكارتها فإنه سيلحقها ضرر محقق.

1- محمد المرسي زهرة، المرجع السابق ، ص172 و173.

2- محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي، نظرة في الجذور، قضايا طبية معاصرة، الطبعة الأولى، دار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1987، ص 103.

* أنـه مـن الممكـن ألا يقـدر لهـذه الفتـاة أن تتـزوج، وفـي هـذه الحالـة مـاذا سـيكون مصـير هـذه البويضات المحفوظة ؟ سيكون مصير هذه البويضات إما أن ترمى وإما أن تستخدم لامرأة أخرى، وإما أن تدرج ضمن الأبحاث العلمية، وكل ذلك فيه مقال عند العلماء، وإغلاق كل هذه الأبواب فيه سدا للذرائع، وحتى لا تقع في المحظور.[1]

لما كانت حياة الجنين تبدأ بالإخصاب، أي بمجرد اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة يتكون الجنين "البويضة الملقحة"، فقد يتعرض بعد ذلك الإتلاف سواء قبل عملية الإخصاب أو بعدها، والناظر إلى النصوص التي تحكم جريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري يلاحظ أن إتلاف البويضة قبل تخصيبها لا يعد إجهاضا، لأن فعل الإتلاف لم يؤدي إلى هلاك الجنين أو إخراجه قبل الموعد الطبيعي له، وهذا عكس إتلاف البويضة بعد تخصيبها.[2]

وكما سبق الذكر أن الطبيب قد يحصل على عدد وفير من البويضات ثم يقوم بتلقيحها وزرعها داخل الرحم، وعندما يتم الحمل بإذن الله، يبقى فائض من هذه البويضات الملقحة. فما هو مصير هذه البويضات؟

تتعدد طرق الاستفادة من الأجنة الفائضة فمنها ما هو مشروع (كما تطرقنا في الحالة الأولى) ومنها ما هو غير ذلك. وفيما يلي بيان تلك الطرق وآراء العلماء في مدى مشروعيتها:

ثانيا: الاستفادة من الأجنة الفائضة في التبرع أو البيع لامرأة أخرى:

تؤخذ الأجنة من المجمد وتوضع في رحم امرأة أخرى، إما أن يكون ذلك بالتبرع أو البيع كما يحدث في حالات الرحم المستأجر أو الرحم الظئر. ويتم ذلك بعدة صور أهمها:

1- الصورة الأولى: أن تكون البويضة الملقحة المجمدة لزوجين أي أن بيضة الزوجة تم تلقيحها بمني الزوج ويتفرع عليها عدة حالات:

1- السيوطي جمال الدين، الأشباه والنظائر، بدون طبعة، مكتبة الإيمان، مصر، بدون سنة نشر، ص90.

2- شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص170.

أ- **الحالة الأولى:** أن الزوجين لم يحتاجوا إلى اللقائح المجمدة، إما لعدم الرغبة في تكرار الحمل مرة أخرى، أو لوفاة أحدهما أو طلاقهما، فيتبرعوا بها لامرأة أخرى بسبب تعطل مبيضها لكن رحمها سليم، وزوجها أيضا عقيم.[1]

ب- **الحالة الثانية:** أن يستأجر الزوجان امرأة أخرى للحمل، ويلجأ إلى هذه الطريقة حين تكون الزوجة غير قادرة على الحمل، أو غير راغبة فيه ترفها.[2]

2- **الصورة الثانية:** أن تكون البويضة الملقحة المجمدة أجري التلقيح فيها بين نطفة رجل وبويضة من امرأة ليست زوجة له، يسمونها متبرعين أو مانحين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متزوجة، وتحمل هذه المرأة وتلد، ويلجؤون إلى ذلك حينما يكون بالمرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها تعطل في مبيضها، لكن رحمها سليم، وزوجها أيضا عقيم ويريدان ولدا.

3- **الصورة الثالثة:** أن تكون البويضة الملقحة المجمدة مكونة من نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة ليست زوجة تدعى متبرعة أو مانحة، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته، ويلجأ إلى هذا الأسلوب عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أو متعطلا ولكن رحمها سليم.[3]

4- **الصورة الرابعة:** أن تكون البويضة الملقحة المجمدة أجري التلقيح فيها بين بذرتي زوجين، ثم تعاد اللقيحة في رحم زوجة أخرى للرجل متبرعة بذلك، لأن ضرتها لا تستطيع الحمل لمرض في رحمها، وهذه الصورة قد قبلها المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته السابعة 1404 هـ "القرار الخامس"، ثم عاد ورفضها ومنعها في دورته الثامنة 1405 هـ "القرار الثاني".[4]

ورأي الشرع في ذلك التحريم حيث جاء في القرار رقم "57 6/6" بشأن البويضات الملقحة الزائدة عن الحاجة " لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في

1- عارف علي عارف، الأم البديلة أو الرحم المستأجر، بحث مطبوع ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مصر، بدون سنة نشر، المجلد الثاني، ص812.

2- محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، المملكة العربية السعودية، 1405 هـ، ص181.

3- عارف علي عارف، المرجع السابق، ص810.

4- محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، (التلقيح الاصطناعي)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، المملكة العربية السعودية، 1405هـ، ص120.

المملكة العربية السعودية، و المنعقد من 17 إلى 23 شعبان 1410 هـ الموافق لـ 14-20 آذار (مارس) حيث "يحرم استخدام البيضة الملقحة في امرأة أخرى، ويجب اتخاذ الاحتياطات الكفيلة بالحيلولة دون استعمال البيضة الملقحة في حمل غير مشروع".[1]

ثالثا: غرس اللقيحة المجمدة في رحم المرأة بعد انقطاع الزوجية:

تحدث هذه الطريقة عندما يقوم الزوجين بالاحتفاظ بلقائح مخصبة لهما " ببيضة الزوجة المخصبة بماء الزوج "، ثم تنتهي الزوجية الصحيحة بينهما بالطلاق البائن أو وفاة الزوج، فتذهب المرأة إلى بنوك الأجنة لغرس تلك اللقائح في رحمها.[2] وقد اختلف الفقهاء في حكم هذه الصور على رأيين:

1- الرأي الأول: وهو التحريم، ويظهر ذلك في فتوى المجمع الفقهي الإسلامي المنعقد بمكة المكرمة في دورته السابعة عام 1404 هـ، والعلماء الذين حظروا ندوة الإنجاب في الكويت تحت إشراف وزير الصحة الدكتور عبد الرحمن العوضي (11 شعبان 1403 هـ) ومفتي تونس. وبه قال الشيخ الزرقا: "إن هذه الصور محتملة الوقوع ومن الواضح أن الإقدام عليها غير جائز شرعا، لأن الزوجية تنتهي بالوفاة، وعندئذ يكون التلقيح بنطفة من غير الزوج، فهي نطفة محرمة".[3]

2- الرأي الثاني: يحث على الجواز مع عدم الاستحسان، وبه قال جماعة من المعاصرين واستدلوا على ذلك بما قرره الفقهاء من أن المرأة إذا حملت بعد وفاة زوجها وكانت معتدة أو جاءت به لأقل من ستة أشهر، وشهد بولادتها امرأة واحدة عند الفقهاء ورجلان، أو رجل وامرأتان عند أبي حنيفة، فإن الولد يثبت نسبه، لأن الفراش قائم بقيام العدة، ولأن النسب ثابت قبل الولادة، وثابت أن النطفة منه، وإنما من غير المستحسن في هذه الحالة أن تلجأ المرأة إلى الإنجاب بهذه الطريقة.[4]

والراجح في حكم هذه الصورة هو التحريم وعدم المشروعية وذلك لما يأتي:

1- محمد علي البار، المرجع السابق، ص113.

2- عارف علي عارف، المرجع السابق، ص810.

3- مصطفى الزرقا، المرجع السابق، ص30.

4- محمد خالد منصور، المرجع السابق ، ص111.

– انقطاع الزوجية بالوفاة أو الطلاق البائن، فلا يجوز التلقيح لأنها لم تعد زوجة له بل هي أرملته أو مطلقته.

– العمل بمبدأ سد الذرائع، لما قد يحدث زنا للمرأة ثم تدعي حملها من مني المتوفى الذي كان يسمى زوجا.[1]

رابعا: ترك الأجنة المجمدة وشأنها للموت الطبيعي:

يرى بعض المشاركين في الندوة الفقهية الطبية الخامسة المنعقدة بالتعاون بين مجمع الفقه الإسلامي و المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الكويت في الفترة الممتدة ما بين 23 –26 ربيع الأول 1410 هـ الموافق لـ 23 – 26 أكتوبر 1989م أن هذه البويضة الملقحة هي أول أدوار الإنسان الذي كرمه الله تعالى، ولا يمكن إعدامها أو استعمالها في البحث العلمي أو تركها لشأنها للموت الطبيعي إلا أنهم رجحوا أن تركها لشأنها للموت الطبيعي هو أخفها حرمة إذ ليس فيه عدوان إيجابي على الحياة.

والأصل في إتلاف هذه اللقيحة أو تركها حتى تفسد هو التحريم، إذ لم يوجد مانع يمنع من غرسها في رحم المرأة صاحبة البويضة، لكن يمكن أن يرخص بإتلافها في سبيل تحصيل مصالح معتبرة، وذلك أن مفاسد إتلاف هذا الجنين تقل كثيرا عما يترتب عليه عند تركه واستخدامه في رحم امرأة أجنبية أو بيعه أو التبرع به وما يؤدي إليه من اختلاط الأنساب.[2]

وخلاصة القول أن التصرف في الفائض من الأجنة المجمدة يجب أن يكون وفق ضوابط تضمن عدم إساءة استخدامه في غير ما أبيح من أجله وفقا لضوابط قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وأن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها، ولا يجوز الزيادة منه. ويمكن وضع مجموعة من الضوابط للتصرف في الأجنة الفائضة إن وجدت ومن أمثلتها ما يلي:

– يجب اتخاذ الإجراءات الطبية اللازمة لمنع ظاهرة الأجنة الفائضة، بحيث لا يلقح منه البويضات إلا ما سوف يزرع في الرحم، سواء زرعت مباشرة فيه أو احتفظ بها في بنوك الأجنة لزراعتها بعد فترة.

1– محمد خالد منصور، المرجع السابق، ص111 و112.

2– مأمون الحاج علي إبراهيم، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، ص452 – 455.

– أن تكون تلك اللقائح معدة لغرض مشروع في الأصل: وهو أن توضع تلك اللقائح في رحم الأم صاحبة البويضة الملقحة بمني زوجها أثناء قيام العلاقة الزوجية بينهما بشرط توافر ضوابط عملية التلقيح الصناعي الخارجي فيهما[1] إذا فشلت عملية الحمل الأولى أو إذا رغبا في تكرار الحمل مرة أخرى ثم استحال من الناحية الواقعية غرسها في رحم الزوجة صاحبة البويضة كما لو توفيت بعد تلقيح بيضتها في المختبر بمني زوجها أو خيف عليها الهلاك من الحمل ونحو ذلك، فلا يجوز شرعا غرس تلك اللقائح في رحم إمرأة أخرى.

– يحرم غرس اللقائح المجمدة الفائضة في رحم امرأة أجنبية غير صاحبة البويضة.
– أن يكون استخدام الأجنة المجمدة في العلاج بإذن الزوجين ورضاهما كليهما، وذلك لأهمية حاجة الإنسان إلى الولد إذا رغب فيه.[2]

الفرع الثاني: نظرة التشريعات لمسألة مصير الأجنة في البنوك.

حظيت مسألة مصير الأجنة في البنوك من اهتمام بالغ من جانب الفقه والقانون أيضا، والحقيقة أن هذا الاهتمام يبرره مدى التطور الذي وصلت إليه العلوم الإحيائية وهو ما أفضى إلى ضرورة تدخل المشرع لضبط مثل هذه النتائج التي تعتبر في مفهوم الفكر التقليدي حالات شاذة وغير عادية، وهذا ما سنتناوله كالآتي:

أولا: موقف التشريعات الغربية من بنوك الأجنة:

عرفت الكثير من الدول الأوروبية ظاهرة انتشار بنوك الأجنة مما جعل تشريعاتها تقدم على سن قوانين تنظم هذه المسألة ضمن أطر مشروعة. وارتأينا أخذ عينة من هذه التشريعات للوقوف عليها.

1– محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، كلية الشريعة، جامعة الكويت، العدد السادس، ص1445.
2– نفس المرجع، ص1451.

1- موقف المشرع الفرنسي:

بالنسبة للمشرع الفرنسي كان سباقا إلى إصدار تشريع خاص أسماه قانون احترام الجسد البشري رقم 653-94 المتعلق بحماية منتجات ومشتقات الجسم، وأكد ذلك حديثا بإصداره للقانون رقم 654-94 الخاص بالتبرع وكيفية استغلال الأعضاء ومنتجات ومشتقات الجسم الأخرى.[1] بالإضافة إلى تأسيس أول مركز خاص بدراسة وحفظ البويضات والحيوانات المنوية وتمت تسميته (C.E.C.O.S).[2]

كل هذا أدى إلى ضرورة اهتمام المشرع الفرنسي بالنصوص القانونية من أجل مسايرة هذه النصوص للتطورات الطبية المتسارعة، ولهذا نلاحظ أنه قد أولى حماية خاصة للجنين البشري ففي القانون رقم 94/653 بين كيفية الحصول على النطف والبويضات لأجل الإخصاب وحدد كيفية المحافظة عليها وحفظها في البنك من أجل إعادة استخدامها عند الحاجة إلى ذلك في مدة محددة بخمس سنوات للقائح،[3] ولا يمكن الحصول على أي منتج جسدي إلا بالموافقة المسبقة للمتبرع به، كما أن القانون أمكن المتبرع من العدول عن موافقته المسبقة.[4]

إن قضية التبرع بالأمشاج يعني Le don de gantes ما هي في الحقيقة إلا إسهاما اجتماعيا من المشرع من أجل المنفعة العامة، وهو ما يسعى في الحالات العادية بالمساعدة الطبية، غير أن هذه المساعدة هي مساعدة خاصة، ولهذا اشترط المشرع الفرنسي في القانون سابق الذكر شروطا خاصة لها وهي كالآتي:

* لابد من رضا المعطى أو المانح وحتى المتلقي والمستفيد كتابة، وبموافقة الزوجين أيضا لأن المانح قد يكون متزوجا.

* ضرورة الفحص الطبي لكل مانح.

1- عامر هشام جعفر، الأجنة المجمدة، مقال منشور، مجلة العربي، بدون بلد نشر، ماي 1988، العدد 318، ص78.

2- Centre d'études de conservation des œufs et du sperme humain (C.E.C.O.S).

3- سليمان النحوي، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012-2013، ص 415 وما بعدها.

4- أميرة عدلي أمير خالد عيسى، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، المرجع السابق، ص90.

* لا يمكن استخدام السائل المنوي للمانح لأكثر من خمس حالات حمل، ويمكن للأطباء المرخص لهم بإجراء عمليات التلقيح الصناعي القيام بها بالعيادات المتخصصة.

* لا يقبل متبرعين إلا من الرجال الذين تتراوح أعمارهم ما بين 18 و 55 سنة وأن يكون قد سبق لهم الإنجاب على الأقل مرة واحدة وإلا فإننا نتجه إلى المجهول.

* يشترط في المستفيد أن يكون طبيعيا جنسيا ولا يستفيد إلا في الحالات المتعلقة بالعقم الذكري والعوامل الوراثية.[1]

كما اقترح مجلس الدولة الفرنسي من جهته إضافة فقرة جديدة للمادة 152-3 من قانون الصحة العامة مفادها منع الأزواج من الخضوع لمراحل التلقيح الخارجي إذا كانت لهما أجنة مجمدة قابلة للزرع. وقد استجاب المشرع الفرنسي لهذا الاقتراح في القانون رقم 2004-800 بموجب المادة 2141-3 الفقرة 4[2] المتعلق بقانون الصحة الفرنسي إمكانية تجميد البويضات بغرض تحقيق مشروع الأبوة والأمومة لاحقا على أن تتم الموافقة كتابيا، إذ تقدم معلومات مفصلة للزوجين حول مصير أجنتهما المجمدة التي لا تكون مشروع أبوة، ويجب استشارتهما كتابيا كل سنة حول تمسكهما بمشروع الأبوة أو أنهما استغنيا عنه.

و في حالة وفاة أحدهما فيحق للزوج الباقي على قيد الحياة إبداء رأيه بالموافقة على منح أجنتهما المجمدة لزوجين آخرين، وفي كل الحالات يجب أن تكون الموافقة في شكل كتابي بعد ثلاثة أشهر من التفكير، و هذا ما أكدته المادة 2141-2 الفقرة الأولى والثانية والثالثة.[3]

ويعاب على المشرع الفرنسي أنه جعل مدة الحفظ طويلة مما قد يعرض الأمشاج لعدة مخاطر، فمن غير المعقول الاحتفاظ بها من جيل إلى جيل آخر، كما أنه لم يحدد عدد البويضات الممكن حفظها. وبعبارة أخرى ما الغاية من تجميد هذه الأجنة لمدة طويلة تم إتلافها بكل سهولة؟ أليست هذه اللقائح هي المواد الأولية لتكوين الإنسان؟ ألا يعتبر هذا التصرف تعدي صارخ على هذه الأجنة؟ وقد تكون من أبرز المشاكل التي تنتج عن عملية تجميد الأجنة تكمن في من له حق

1- أحمد عبد الدايم، المرجع السابق، ص75 وما يليها.

2-Article 2141-3al4 : « un couple dont des embryons ont été conservés ne peut bénéficier d une nouvelle tentative de fécondation in vitro avant le transfert de ceux-ci sauf si un problème de qualité affecte ces embryons ».

3 -Loi 2004-800 du 06 aout 2004 qui comprend le code de la santé français, journal officiel du 07 aout 2004.

التصرف فيها بعد وفاة أصحابها.

2- موقف المشرع الانجليزي:

شكلت لقانون الخصوبة والأجنة الانجليزي لسنة 1990 هيئة مسؤولة على تنفيذه سميت بهيئة الإخصاب البشري والأجنة (H.F.E.A). ولقد حدد القانون اختصاصات هذه الهيئة كي لا تخرج عن إطارها المشروع فكانت أهم وظيفة هي وظيفة تخزين وحفظ الخلايا التناسلية والأجنة وإجراء البحوث والدراسات عليها.

وما يحسب لهذا القانون أيضا أنه حدد معنى الجنين (embryon) وهو الذي يولد حيا حينما يتم التخصيب كاملا، ولا يكون كذلك إلا منذ ظهور خلية مزدوجة ملقحة، وقد حظر هذا القانون بعض الأنشطة المخبرية للتصرفات الواردة على الأجنة. أما عن الشروط التي قررها القانون للقيام بهذه العملية فنجدها كالآتي:

* شرط الموافقة الكتابية من الطرفين مع إمكانية العدول عنها في أية مرحلة.
* إخطار الأطراف بكل إجراءات العملية بمعنى أن الواهب يعرف المتلقي والعكس.

* إخطار الطفل عند بلوغه 18 سنة بمن وهبه الحياة أي الشخص المانح.[1]
* لا يمكن أن تتجاوز مدة التخزين للأجنة خمس (05) سنوات والأمشاج عشر (10) سنوات على أن يتم إتلاف الأجنة والأمشاج بعد مرور هذه المدة.[2]

غير أن الملاحظ أنه رغم كل هذه الشروط وغيرها التي أوردها المشرع الانجليزي إلا أنه يعاني من الارتباك أيضا خاصة وأن هذا التشريع لا يخلو من التغيرات الكثيرة، فإعطاء إمكانية العدول عن الموافقة الكتابية قد تنتج عنه مشاكل كثيرة جدا خاصة بعد وفاة الزوج أو انتهاء العلاقة الزوجية بأي طريقة كانت. ولهذا فإننا نعتقد بأن قانون الخصوبة والأجنة لسنة 1990 لم يكن في مستوى التحديات التي فرضها التطور الطبي المتسارع.

1- عصام فريد عدوي، نطاق الشرعية الجنائية للتصرف في أعضاء الجسم البشري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1999، ص277.
2- محمد عبد الوهاب الخولي، المرجع السابق، ص44.

والواقع أن موضوع تجميد الأجنة يطرح العديد من الإشكالات القانونية والاجتماعية، فإذا جئنا إلى أسباب اشتراط المشرع عدم تجاوز مدة خمس سنوات للقائح وعشر سنوات للأمشاج، نجد بأن المشرع الانجليزي بداية له كل الحق في ذلك لأنه لا يمكننا حفظ اللقائح لمدة طويلة لاعتبارات عدة منطقية، فلا يمكننا تخزين لقائح الأشخاص من عصر مختلف عن العصر الذي ننوي استخدامها فيه، وإلا ما الفائدة من تجميدها وحفظها. إضافة إلى أن أطول مدة التجميد قد يؤدي إلى إصابة اللقاح المجمدة بالكثير من الأمراض والتشوهات.[1]

كما أن الحكم على الأجنة والأمشاج واللقائح الآدمية بالإتلاف بعد فوات مدة التجميد والحفظ والتي حددتها النصوص القانونية لا نرى أنه أمر يستقيم والمقاصد التي يبتغيها المشرع من احترام نصوص القانون وتوخي العدالة، لأن هذه الأجنة والأمشاج هي في نهاية الأمر إنسان حي ولو بحسب المآل، ومبرر ذلك أننا لا نعتقد إطلاقا بأن المشرع قرر إتلافها مسبقا، لأن الأمر لا يستقيم أيضا ذلك أن هذه الأجنة هي عبارة عن أمانة واجبة الحفظ طيلة المدة التي حددها القانون.[2]

كما أن الكثير من الإشكالات القانونية الأخرى خاصة في حالة وفاة أحد الزوجين أو كلاهما أو انفصالهما بالطلاق، فما هو مصير هذه الأجنة، ومن يخول له مهمة إتلافها؟

فبالرجوع إلى القضاء الانجليزي نجد أنه قد أثيرت الكثير من القضايا في هذا الخصوص، ونذكر أبرز قضية وهي قضية (Davis.v.avis) حيث أنه حدث طلاق بين زوجين واتفقا على كل الأمور ما عدا حالة الحق في الوصاية على الأجنة المجمدة في إحدى مراكز حفظ الأجنة والأمشاج، ولهذا رفعت الزوجة دعوى طالبت فيها بأحقيتها في استرجاع الأجنة المجمدة وزرعها في رحمها وهو المكان الطبيعي بها حسب قولها، غير أن الزوج اعترض على ذلك واعتبر أن موضوع الإنجاب لا يخص الزوجة وحدها وإنما يخص الزوجين معا، ولهذا لا يمكن للزوجة تقرير الإنجاب

1- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، المرجع السابق، ص345.

2- عصام فريد عدوي، المرجع السابق، ص270.

بصفة منفردة، وطالب بإبقاء الأجنة في وضع التجميد، وأخيرا قضت محكمة الاستئناف بأحقية الطرفين في سيطرتهما على الأجنة ولهما أصوات متساوية في هذا الحق.[1]

والملاحظ على أحكام القضاء الانجليزي الصادرة في مثل هذه القضايا أنها غير مستساغة ولا تستقيم مع إرادة المشرع في النهوض بالعلوم الإحيائية. ولهذا فإن أغلب المشاكل القانونية التي اعترضت سبيل المشرع تعود إلى أنه لم ينص صراحة على فكرة جامعة للسلوك وكيفية التعامل مع الأمشاج والأجنة الآدمية المجمدة، كما أن هذه الإشكالات هي نوازل قانونية إذا صح التعبير لأنه لا يوجد أي سوابق قضائية في هذا الخصوص ولا حتى أعراف ولو على المستوى الدولي تحكم تلك الوقائع، ولهذا حاول المشرع الانجليزي إيجاد حلول ترقيعية مثل إحالة الأمر على الاتفاق مع العلم أن الأمر أسهل وأيسر لو تمت إحالته على مستوى مراكز حفظ الأجنة التي تلزم الأزواج بالتفاهم المسبق حول كل هذه الأمور.[2]

والحقيقة أن هناك من يرى بأن تشريع 1990 البريطاني الخاص بالخصوبة البشرية والأجنة البشرية لا يمكن مقارنته بأي حال بالدقة والتنظيم الذي ميز القانون الفرنسي رقم 94/654 لسنة 1994 وكل مراسيمه التنفيذية،[3] غير أننا نرى العكس من ذلك وخاصة على مستوى هذه النقطة التي نحن بصدد دراستها فالمشرع البريطاني قد أولى اهتماما كبيرا جدا للأجنة وضرورة حمايتها وإضفاء الحماية عليها.

ثانيا: موقف التشريعات العربية من بنوك الأجنة:

برغم تسابق الدول العربية في مواكبة التطورات البيوأخلاقية في مجال العلوم الإحيائية بنصوص تشريعية من أجل ضبطها لكي لا تخرج عن أطرها المشروعة، فإن الدول العربية غائبة تماما في هذا المجال وعلى جميع المستويات، والغريب في الأمر أن عمليات التلقيح الصناعي تجرى وبصفة طبيعية في كل الدول العربية.

1- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، المرجع السابق، ص90.

2- فرج صالح الهريش، المرجع السابق، ص212.

3- إبراهيم الدر، جين وجنين، مقال منشور بمجلة الجيل، مصر، العدد 12، المجلد11، ديسمبر 1990، ص34.

فعلى سبيل المثال قامت دولة البحرين مستشفى البحرين العسكري بإجراء أكثر من 350 عملية لولادة أطفال أنابيب منذ افتتاح وحدة للعقم ولأطفال الأنابيب سنة 1989، وهذه الوحدة تقوم بأكثر من مئة (100) عملية طفل أنابيب سنويا، أما التلقيح الصناعي فتجرى عملياته بمعدل 150 عملية على الأقل سنويا.

أما المملكة العربية السعودية فقد أولت اهتماما خاصا لأطفال الأنابيب وكان قد نتج عن ذلك 432 عملية أجريت للنساء في مركز واحد للتلقيح الصناعي ومنها 1208 أجنة فائضة تم حفظها وتجميدها، ورغم أن السعودية يوجد بها أقدم مركز لأطفال الأنابيب إلا أن نسبة نجاح الولادة لا تزيد عن 1.5%.[1]

وبمقابل ذلك فقد أولت جمهورية مصر العربية اهتماما بهذا الموضوع ولديها 07 مراكز لأطفال الأنابيب، وحتى سنة 1990 تمت ولادة 14 طفل أنبوب ولهذا نتصور وجود أجنة فائضة في العديد من المراكز المختصة إلى يومنا هذا.

وبرغم كل هذا إلا أن المشرع العربي مازال متأخرا في مسايرة التطورات الطبية الخاصة بتقنيات التلقيح الصناعي مكتفيا بما تفرضه القواعد العامة في هذا الخصوص، وكل ما استطاعت أن تقوم به الدول العربية هو إجازة إجراء عمليات التلقيح الصناعي في إطار العلاقة الزوجية تاركة المجال واسعا لاجتهاد الفقهاء والعلماء الذين بدورهم يبدو أنهم لم يستوعبوا هذا التطور الرهيب.[2]

ولهذا نجد بأن تشريعات الدول العربية تنظم لفكرة وجود بنوك حفظ المني واللقائح الآدمية والأجنة بغموض كبير لتجعل منها أمرا شاذا وغريبا عن تقاليد المجتمعات العربية والإسلامية. ففي مصر مثلا نجد بأنه يحظر إنشاء بنوك للحيوانات المنوية والبويضات الأنثوية أو أية صورة لتخزينها باستثناء الأهداف العلاجية دون أن يصل الأمر إلى إنشاء مثل هذه البنوك وفقط في إطار العلاقة الزوجية بمعنى أنه يحرم إطلاقا إجراء عمليات تلقيح صناعي خارج إطار هذه العلاقة المشروعة. ولهذا ذهب المشرع المصري – وهذا هو المعمول به تقريبا في كل الدول العربية – إلى

1- أمير عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، المرجع السابق، ص93.
2- فرج صالح الهريش، المرجع السابق، ص225.

إخضاع المراكز التي تقوم بإجراء عمليات التلقيح للرقابة الصحية والحكومية مع إفراد عقوبات جزائية لمخالفة هذه الإجراءات التنظيمية.[1]

من جهة أخرى، تعد مسألة تجميد الأجنة ممنوعة وفقا لقانون الصحة الجزائري 18-11 حيث تم النص على هذا المنع في المادة 374 ضمن القسم الثالث المتعلق بالأحكام الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب على ما يلي: "يمنع التداول لغاية البحث العلمي، التبرع والبيع وكل شكل آخر من المعاملة المتعلقة:

- بالحيوانات المنوية.
- بالبويضات، حتى بين الزوجات الضرات.
- بالأجنة الزائدة عن العدد المقرر أو لا، لأم بديلة أو إمرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا.
- بالسيتوبلازم".[2]

في حين أضافت المادة 376 من القانون سالف الذكر أن شروط حفظ و إتلاف الأمشاج لم يتم تنظيمه بعد ما يعني أن هذه التقنية هي من بين المسائل التي جاء بها قانون الصحة، ورغم العمل بها إلا أنها لم تحدد بعد الضوابط و المعايير التي تتم بها هذه العملية.

كما أشار نفس القانون إلى العقوبات المقررة في حالة مخالفة المنع التي جاءت به المادة 374 وذلك نص المادة 435 منه.[3]

المطلب الثاني: حماية الأجنة من الاستخدام في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء.

إن الأبحاث التجريبية على الإنسان في مجالات الطب والجراحة، سواء كانت علاجية أم علمية محظة تتطور بسرعة، لذا تطلب من الأجنة الطبية العربية والإسلامية، ضرورة مسايرتها

1- عصام فريد عدوي، المرجع السابق، ص234.

2- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة المعدّل والمتّمم، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 16 ذو القعدة 1439ه الموافق ل 29 يوليو 2018.

3- تنص المادة 435 من القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة المعدّل والمتمم على أنه: " يعاقب كل من يخالف المنع المنصوص عليه في أحكام المادة 374 من هذا القانون، المتعلقة بالتبرع والبيع وكل شكل من المعاملات بخصوص مواد الجسم البشري، بالحبس من 10 سنوات إلى 20سنة و بغرامة من 1000000دج إلى 2000000دج".

ومواكبتها، وذلك بصياغة قوانين طبية بيوأخلاقية لتنظيم كيفية إجراء هذه الأبحاث التي تمس جسم الإنسان حيا أو ميتا بشكل عام والجنين بوجه خاص، والتي تكفل تحقيق التوازن بين حرية البحث العلمي وعدم الحد من التقدم الإنساني في المجالات الطبية والبيولوجية والوراثة والأخلاقيات الحيوية، وبين حقوقه وحرياته الأساسية بضمان احترام الجسم البشري وعدم المساس بسلامته البدنية والنفسية والحفاظ على كرامته.

كما أن مسألة التجارب على الأجنة المجهضة من النوازل التي لم يرد بها نص من المتقدمين ولا المتأخرين، مما دعا الفقهاء المعاصرين إلى البحث في التراث الإسلامي بأحكامه العامة وقواعده الأصولية العامة لدراسة هذه المسألة، فصدرت العديد من الأبحاث الفقهية والفتاوى الفردية والجماعية في المؤتمرات والمجامع الفقهية. وعليه سنبين موقف كل من الفقه الإسلامي والتشريع في إجراء التجارب على الأجنة المجهضة.

الفرع الأول: مشروعية التجارب الطبية على الأجنة المجهضة في الفقه الإسلامي.

يتركز الحديث في هذا الموضوع على مجالين:

* **أولهما:** الاستفادة من الأجنة بأخذ أجزاء أو أعضاء منها، لمصلحة آدمي آخر أو لعلاج بعض الأمراض المستعصية.

* **ثانيهما:** الاستفادة من الأجنة بإجراء التجارب والأبحاث عليها لمعرفة بعض الأمراض الوراثية، أو بعض المعارف والعلوم الطبية المتعلقة بالتشريح ووظائف الأعضاء وغيرها.

والحكم الشرعي في الاستفادة ينبني على المصدر الذي أخذ منه الجنين، والوسيلة التي استخدمت في إجهاضه، والمرحلة التي أجهضت فيها الجنين، ويختلف باختلاف الأغراض التي يستخدم فيها الجنين. فمن حيث مصادر الأجنة فهي:

– جنين آخذ في النمو وسليم، حسب سنن الله في الخلق، ويراد إجهاضه لإجراء التجارب عليه أو الاستفادة منه.

– جنين سليم أيضا وأجهض بفعل فاعل لدافع أخلاقي أو اجتماعي أو عدواني.

– جنين سقط تلقائيا بدون تدخل أحد بسبب مرض أو عارض سبب إجهاضه.
– جنين غلب على الظن إصابته بتشوهات، أو أصيب بمرض وراثي فأجهض لذلك.[1]

ومن حيث الوسيلة فقد ذكر الأطباء أن الاستفادة من الجنين لا يمكن إلا إذا كانت الخلايا والأنسجة حية، وهذا يتطلب أن يجهض الجنين بوسيلة لا يموت بها، إما شفط الجنين بآلة مخصصة لهذا الغرض، أو دواء يجهض المرأة، عملية جراحية تتطلب فتح بطن الحامل وأخذ الجنين قبل موته، فشفطه يتلف الجنين فلا يستفاد منه إلا في العلاج لا في التجارب، وكذلك إجهاضه بدواء؛ لأنه سوف يخرج ميتا.

ومن حيث المرحلة التي يجهض فيها الجنين، إما أن يجهض قبل نفخ الروح أو بعده وهو غير قابل للحياة لعدم وصوله إلى المرحلة التي يمكن أن يعيش فيها، أو لعدم وجود الآلات والأجهزة التي تنقذ حياته، أو يجهض بعد نفخ الروح وفيه حياة وبالإمكان إنقاذ حياته.

والأغراض التي يستخدم فيها الجنين إما أن تكون ضرورية، حاجية أو تحسينية.[2]

ومن خلال هذا التقسيم نقصر دراسة مشروعية التجارب الطبية على الجنين المجهض الميت أي بعد نفخ الروح. وسنبين هنا الحكم من هذه التجارب بين موقفين:

أولا: الاتجاه المحرم لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة:

إذا كان الجنين الذي نفخت فيه الروح قد نزل ميتا، أو أنه أسقط حيا وتعذر إنقاذ حياته، إما لصغره، أو عدم توفر وسيلة ينقذ بها حياته، فحاله كحال الآدمي الذي حقه في الشرع أن يكرم. واستدلوا بأدلة عديدة من:

1– الأدلة من الكتاب: استدلوا بقوله تعالى: ﴿**وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا**﴾.[3]

1– إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، مذكرة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة، المدينة المنورة– السعودية، 2002، ص608 و609.
2_ نفس المرجع، ص610.
3– الآية 70 من سورة الإسراء.

وتدل هذه الآية على تحريم إهانة الإنسان حال حياته وكذلك بعد موته. وإجراء التجارب على الأجنة المجهضة أمر شبيه بالتعامل مع الجمادات والحيوانات. وفيه إهانة واضحة ومن ثم يحرم استعمال الأجنة المجهضة في التجارب الطبية.

2- الأدلة من السنة: استدلوا بما رواه مسلم عن سليمان بن بريدة عن أبيه قال: " كان رسول الله صلى الله عليه وسلم – إذا أمر أميرا على جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله ومن معه المسلمين خيرا –، ثم قال: "اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، أغزوا ولا تغلوا، ولا تغدروا،ولا تمثلوا ..."[1] وأيضا بحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "كسر عظم الميت ككسره حيا".[2]

وفي قول البداية شرح الهداية: "المثلة من مثّلت بالرجل أمثل به مثلا، ومثلة إذا سودت وجهه أو قطعت أنفه أو ماشابه ذلك".[3] وإجراء التجارب على الأجنة المجهضة فيه تمثيل واقتراف الأمر المنهى عنه، لاشتمال التجريب على الشق والتعامل في العناصر والأعضاء ومشتقات ومنتجات الجهيض مما يدعو إلى تحريمه.

3- المعقول: لقد كرمت الشريعة الإسلامية الإنسان حيا وميتا جنينا مجهضا أو سقطا، ومن مظاهر تكريم الميت أوجبت على المسلمين على سبيل الكفاية غسله وتكفينه ودفنه والصلاة عليه إن كان مسلما، والأمر ينصرف للجنين المجهض، والتجريب يعطل هذه الواجبات والصلاة على المجهض الميت يتفرع حكمها على التفصيل التالي:

* أن يخرج الجنين من بطن أمه حيا، وذلك بأن تجهضه بعد نفخ الروح فيه وتظهر فيه علامة تدل على حياته، ثم يموت بعد ذلك والحكم في هذه الحالة أنه تجب الصلاة عليه بإجماع العلماء

1- صحيح مسلم، المرجع السابق، كتاب الجهاد والسير، باب تأمير الأمراء على البعوث ووصيته إياهم بآداب الغزو وغيرها، ص 73.

2- أبي داود، سنن أبي داود، الجزء الثاني، مكتبة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، القاهرة- مصر، 2003، كتاب الجنائز، باب الحفار يجد العظم هل ينتكب ذلك المكان، ص208.

3- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى العيني، المرجع السابق، ص109.

ومنهم الكساني حيث قال: "فأما إذا استهل بأن حصل منه ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك عضو، أو طرف أو غير ذلك فإنه يغسل بالإجماع".[1]

* أن تجهضه بعد نفخ الروح فيه – أي بمضي أربعة أشهر من الحمل به – ولم تظهر فيه عند خروجه علامة تدل على حياته، أو ظهرت ولكنها لا تدل على الحياة، كحركة الاختلاج. وقد اختلف في الصلاة عليه، وسبب الخلاف تعارض المطلق والمقيد. فالمطلق حديث المغيرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " والسقط يصلى عليه ". والمقيد حديث جابر رضي الله عنه:"والطفل لا يصلى عليه، ولا يرث ولا يورث حتى يستهل ". إلا أن الرأي الراجح أن الصلاة تجب على المجهض إذا نفخت فيه الروح.

والكلام عن تغسيل المجهض وتكفينه يتفرع على الصلاة عليه، فكل من شرعت الصلاة عليه شرع غسله وتكفينه، والتلازم بينهما تام. ومن هنا فكل ما يستلزم فوات هذه الفروض يحرم، فإذا كان التجريب يعطل هذه الواجبات الشرعية للجهيض أو السقط فإنه يحرم تبعا لذلك.[2]

4- القواعد الفقهية: استدلوا على القول بعدم جواز التجريب على الأجنة المجهضة ببعض القواعد، ومنها: "قاعدة الضرر لا يزال بالضرر "ولا ضرر ولا ضرار". ودلت هذه القاعدة على أن مفسدة الضرر يجب ألا يزال بمثله، والتجريب على الأجنة المجهضة وإن كان موجب للتعلم وإزالة الأسقام ومعرفة طرق مداواتها، إلا أنه يرتب ضررا آخرا يتعلق بالجنين الميت الذي اقتطعت أجزاءه، وضرر أدبي معنوي لأهله، فيكون من باب إزالة الضرر بمثله فيحرم.[3] ولقد أشار الفقهاء إلى مفاسد التجريب على الأجنة المجهضة إلى:

أ- المفسدة الأولى: إن استخدام الأجنة المجهضة في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية فيه مفاسد عظيمة من جانب إتلاف الجنين، بمعنى أن ذلك يمنع من تمام إعداده ليكون مركبا صالحا للروح.

1- أبي بكر سعود بن أحمد علاء الدين الكساني، المرجع السابق، ص302.

2- إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص647.

3- محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص105.

ب- المفسدة الثانية: المعاناة التي تصيب أم الجنين من جراء إسقاطه، وتناوله بالتجريب؛ أي بالتقطيع والتجريب والتحليل.

ج- المفسدة الثالثة: إن في إجهاض المرأة للتجريب على الأجنة المجهضة عمل ينافي الشرع لتعرضه لمحظور شرعي وهو كشف عورة المرأة التي يؤخذ منها الجنين.

د- المفسدة الرابعة: هي المساس بكرامة الآدمي من عدة أوجه، نقتصر على ذكر وجهين:

* جعل مادة جسده محلا للقطع والتشريح والتجارب.
* إن تلك التصرفات يمكن أن تتخذ ذريعة للمتاجرة بأعضاء الأجنة واستعمالها لأغراض لا تليق بكرامة الإنسان.

واستدلوا بقاعدة سد الذرائع حيث يذكر الفقهاء أن بعض الأجنة المجهضة قد تستعمل لتحصيل منافع تقل في قيمتها، وربما كانت من التحسينات، أو أقل منها وربما كانت من باب التوسع في تلبية الشهوة العلمية أو البحث العلمي، وربما كانت من قبل التوسع في طلب مشتهيات الإنسان، كاستخراج بعض مستحضرات التجميل من الأجنة، فهذه ولاشك قيم هابطة القيمة ومصالح ملغاة ولا يستحق أن توضع في كفة الميزان. وسد ذريعة الوصول إلى محظور أولى بالاعتبار، فيكون التجريب بهذه الصفة محرما قطعا.[1]

إن إجراء التجارب والأبحاث العلمية أمر غير مقبول من الناحية الشرعية؛ لأن الإنسان لا يجوز – بأي حال من الأحوال – أن يكون محلا لإجراء تجارب وأبحاث علمية حتى ولو صدرت الموافقة على ذلك، لأنه ليس ملكا لنفسه وجسده فكيف والأجنة لا يؤخذ منها قبولا أو رفضا.[2]

إن من بين صور التجريب على الأجنة ما يسمى "الاستنساخ الجنيني أو شطر الأجنة" الذي يمكن أن يؤدي إلى استنساخ الأجنة من أجل إعدامها واستغلالها في هذه الأبحاث المحرمة

1- محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص112.
2- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص420.

شرعا، كأن تطلب المرأة نقل الجنين المجمد في البنوك بعد وفاة زوجها، أو تحقيق الحمل لامرأة أجنبية.[1]

كما يشير الفقهاء إلى إمكانية استنساخ الميت بالحصول على نواة خلية جسدية حية على اعتبار أن الخلايا تموت شيئا فشيئا، وحرموا هذا التصرف واستدلوا على ذلك بما يلي:

– بحديث عائشة رضي الله عنها الذي دل على أن حرمة الميت كحرمة الحي، فلا يجوز الإقدام على كسر عظمه، والاستنساخ مشتمل على ذلك باستئصال خلية جنينية ومن ثم لا يجوز فعله.

– عدم توافر الغرض العلاجي أو الوقاية من المرض، فهو يدخل من باب العبث بالإنسان الذي كرمه الله ورفع شأنه.[2]

ومن هنا فالاتجاه المحرم لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة يستنكر هذه التجارب بدلالة النصوص القرآنية التي تفصح عن الكرامة الإنسانية،ولاشتماله على مضى المثلة كما دلت الأحاديث النبوية، وما يستلزمه ذلك من تعطيل الفروض من تغسيل وتكفين وصلاة، فضلا عن جملة المحاذير والمفاسد، وإعمالا لقاعدة "سد الذرائع" وجب منعها خشية الوصول إلى المحظور.

ثانيا: الاتجاه المبيح لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة:

سبق أن ذكرنا أن مسألة التجريب على الأجنة المجهضة لم يرد فيه ذكر للفقهاء المتقدمين ولا للفقهاء المتأخرين بالمعنى المعروف في العصر الحديث، ولكنهم قاموا ببيان الحكم

1– لقد أوضحت دراسة متعلقة ببنوك المني والأجنة المجمدة نشرتها جريدة "نيوزويك " بتاريخ 1985/03/18 وجود أكثر من ربع مليون طفل أمريكي لا يعرف لهم أب أصلا ولا أم من ناحية النسب، وإنما الذي حملته امرأة مستعارة استخدمت رحما مؤجرا، مقابل المال ولو بعد وفاة الأبوين. ومن جهة أعلن مكتب الإحصاء الحكومي الرسمي في فرنسا أن 380 ألف مولود في فرنسا عام 2006 هم الأبوين غير متزوجين أي بمعدل 50%، فيما كانت النسبة في سنة 1997 سابقا 38% فقط.

ومن المعلوم أن القانون الفرنسي المؤرخ في 1975/07/11 الذي عدل أحكام التطليق في فرنسا يقضي بأن ابن الزنا (الطفل الطبيعي) يتمتع بحقه في الاسم والجنسية والنفقة القانونية والميراث ... العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص66.

2– سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، الطبعة الأولى، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، 2007، ص440.

الشرعي لبعض الأعمال التي تجري على جثة الميت، مثل شق بطن الميتة الحامل لإخراج جنينها إذا كانت ترجى حياته، وكذلك تحقيقا لمصلحة البحث العلمي. وهو واحد من الأدلة التي اعتمد عليها الفقهاء المعاصرين لإباحة التجريب على الأجنة المجهضة باستعمال القياس، بالإضافة إلى أدلة من السنة ومن العقل والقواعد الفقهية وهي كالتالي:

1- الأدلة من السنة: استدلوا بأحاديث كثيرة منها:

* ما رواه البخاري وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء".[1]

* ما رواه مسلم وأحمد والحاكم عن جابر رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لكل داء دواء، فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله تعالى".[2]

ووجه الاستدلال بهذه الأحاديث تؤكد أن النبي صلى الله عليه وسلم حث على التداوي؛ لأن المولى عز وجل لم يضع داء إلا له دواء. والتداوي لا يكون إلا بتعلم الطب ومباشرته، ومقتضى ذلك التجريب على العموم لمعرفة الداء وموضع العلة للتشخيص والعلاج النافع بالقدر المستطاع. والتجريب على وجه الخصوص على الأجنة المجهضة من الضرورة لما يهتدي إليه الطبيب من معرفة أسباب الإجهاض أو لدراسة تكوين الأجنة وكشف العلل ومداواتها.

2- المعقول: للتجارب الطبية دور رئيسي وأساسي في تطور علم الطب والأدوية، والعلوم التجريبية بشكل عام، كما أن التجارب على جسم الإنسان تعتبر من العماد في تطور الطب، إذ لولاها لما وصل إليه ما هو عليه الآن، ولمكث متحجرا، ولاقتصرت المعرفة الطبية على الصدفة وحدها؛ لأنه عالم متطور لا يتقدم إلا نتيجة تجارب ومبادرات وفشل ونجاح ولو أغلق هذا الباب لخسرت البشرية الكثير، ولجهلت العديد من الأدوية التي أنقذت البشرية من مهالك خطيرة.

فالتجارب الطبية تحقق مصالح راجحة للمرضى عن طريق اكتساب معارف مهمة، بعضها لا تقل عن مرتبة الحاجات، وقد تنزل منزلة الضرورات؛ بسبب اتصافها بصفة الشمول

1- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، كتاب الطب، باب ما أنزل الله داء إلا أنزل الله له شفاء، ص848.

2- الشيخ بن الحجاج أبو الحسن مسلم القشيري النيسابوري، المرجع السابق، باب لكل داء و استحباب التداوي، ص971.

وعموم نفعها لجنس آخر.[1] وتاريخ استخدام الأجنة البشرية في الأبحاث والتجارب يرجع إلى العهد اليوناني حيث كان "جالينوس وأبقراط" يشرحان الأجنة المجهضة لمعرفة تركيبها وبنية تطورها، وقد أدت هذه الدراسات في مجال التطور العلمي وفي مجال التقنيات إلى معرفة تكوين الأجنة ومراحل نموها. وعليه فإن التجارب الطبية على الأجنة المجهضة لا غنى عنها لمعرفة الأمراض الجنينية وطرق مداواتها.[2]

3- القواعد الفقهية: لقد استدل الفقهاء في جواز إجراء التجارب على الأجنة المجهضة على عديد القواعد الفقهية هي:

أ- قاعدة " الضرورات تبيح المحظورات ": فإذا كان التصرف في الجنين الميت لأمر ضروري بحيث يكون بالإمكان الاستفادة منه لإنقاذ حياة مريض أو علاج مرض ميؤوس منه، ويكون هذا العلاج ضروريا، فإنه يمكن تخريج هذا الحكم على ما ذكره الفقهاء في أكل الميت من لحم الإنسان الميت.

ب- قاعدة "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف" و"إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما": ولاشك أن هاتين القاعدتين هما وجهان لعملة واحدة، والمقتضى تقديم المصلحة الأعلى. فقواعد الشريعة مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يترتب على تفويتها ضررا أشد من هذا الضرر، فالتجريب من الحاجات التي تتعلق بها المصلحة العامة للناس، ففيه إحياء لنفوسهم وعلاجهم وتحديد لأمراضهم.[3] ويتوجب علينا للتوضيح أكثر بيان المصالح الراجحة في استعمال الأجنة في التجارب الطبية ومنها:

* لقد أصبحت النسج والأعضاء الجنينية المختلفة، كالدماغ والكبد والطحال... تستعمل لدراسة فروع مختلفة من العلوم الطبية، ولاكتشاف تأثير هذه الأدوية الكيمياوية والإشعاعية على النسيج

1- محمد علي القضاة، أحكام الجثة البشرية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن، 2005، ص163.

2- نفس المرجع، ص163 و164.

3- جمال مهدي محمود الأكشة، تشريح جثة الإنسان بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011، ص77.

البشري، ومحاولة التوصل إلى إيجاد علاجات جديدة. فمثلا في مجال السرطان تستخدم هذه النسج لدراسة الأورام الخبيثة وكيفية نشوئها وتأثيرها على الإنسان، وكيفية تكاثر الخلايا السرطانية وغزوها للنسج السليمة. وفي مجال الأمراض المعدية تزرع الفيروسات في النسج الجنينية لمعرفة تأثيرها وإنتاج اللقاحات المختلفة واختبارها. كما تستعمل في مجالات علم الوراثة والكيمياء الحيوية وغيرها.

* توجهت الأنظار نحو الأجنة عندما اكتشف لبعض أنسجتها فوائد علاجية، ومن ذلك زرع خلايا الكبد الجنيني في كبد المصاب ببعض الأمراض المناعية، فتعمل الخلايا المزروعة على تصنيع البروتين المناعي المطلوب، زرع خلايا البنكرياس لمرضى السكري، زرع النخاع العظمي للمرضى المصابين بالرمار الإشعاعي لنخاع العظم. ويعد معالجة ضد السرطان.[1]

* الوقاية من الإجهاض التلقائي ومن بعض العيوب والأمراض الوراثية. وعلى وجه العموم الوصول إلى معارف تشريحية عن الإنسان بصورة فعالة في اكتشاف كثير من الأمراض وعلاجها.

ومن هنا تقتضي عملية الموازنة – بين مفاسد تصرف ما ومصالحه – نصب ميزان له كفتان، يوضع في إحدى كفتيه ما يراد وزنه من مفاسد أو مصالح، ويوضع في الكفة الأخرى المعايير التي توزن بها تلك المفاسد والمصالح، ثم يقارن بين النتائج. وأحكام الشرع يرجى في تحقيقها مقاصد الشارع في الخلق وحمايتها، وأن هذه المقاصد إما ضرورية، حاجية أو تحسينية.

ولاشك أن إجراء التجربة على الأجنة المجهضة يؤدي إلى مفسدة المساس بكرامة الآدمي إلا أن الأمر يتوقف وجوده على القصد من الأفعال التي تفعل بالآدمي؛ حتى أن الفعل قد يوصف بأنه مهين للإنسان ومسيء إلى كرامته، وقد لا يوصف بذلك تبعا لقصد فاعله وغايته من فعله؛ فإن كان قصده التمثيل والتشنيع والإهانة كان عملا مسيئا للكرامة الآدمية، وإن تجرد قصده واتجه لتحقيق مصالح معتبرة لبني آدم، كان عملا أولى بالاعتبار. ألا يُرى أن الاجتهاد المعاصر قد استقر على جواز التبرع ببعض الأعضاء الآدمية وإجراء التجارب على الجثث لأغراض علمية ولم يقف معنى الكرامة حائلا دون ذلك.[2]

1- محمد علي القضاة، المرجع السابق، ص163و164.

2- محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص106و 108.

أما مفسدة فتح الباب أمام استغلال وإساءة التصرف في أجزاء الأجنة فيرد عليه أن هذه التصرفات لا تنشأ عن العمل في ذاته، وإنما عن الانحراف في ممارسته فكل مباح يمكن أن يساء استعماله، فلا يكون سببا للتحريم وإنما يكون حافزا لأخذ الاحتياطات العلمية، فالنساء يلدن في المستشفيات والاحتمال قائم في اختلاط المواليد، والمرأة قد تحتاج لعملية جراحية واحتمال أخذ بويضات منها قائم أيضا، لذا فالمخرج هو تقييد المباحات التي تحتمل الاستغلال والاحتياط بالقيود التنفيذية والمراقبة الفعالة والأخذ على يد الفاعل بالعقاب.[1]

وفي نظرنا أن استخدام الأجنة المجهضة يجوز ما دام أن ذلك لأغراض مشروعة، باعتباره من الحاجات التي تقتضيها المصلحة العامة في معرفة الأمراض التي تصيب الأجنة وطرق مداواتها، ومعرفة الأسباب المؤدية للإسقاط، بالإضافة إلى الأغراض العلاجية والبحثية الرامية لتطور الطب وزيادة المعرفة. وإذا كان الموقف الشرعي من إجراء التجارب على الأجنة المجهضة ما ذكر، فيثور التساؤل عن آثار هذا الأمر على الجانب القانوني. ومن ثم موقف القانون من إجرائها على الأجنة المجهضة وهو ما نحاول التعرض إليه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: شروط إجراء التجارب على الأجنة المجهضة وما توفره من حماية جنائية في التشريع.

يكاد يتفق كل من له بصيرة على أن الطب من أرقى وأهم المهن الإنسانية حيث تتعلق به سلامة وصحة وحياة الفرد والمجتمع، وإدراكا بأن مهنة الطب إنسانية وأخلاقية تقوم أساسا على العلم والاحترام، فقد أوجب القانون على كل من يمارسها أن يكون ملما أو مدربا تدريبا كافيا، وأن يحترم الشخصية الإنسانية، وأن ينحصر عمله على استهداف المصلحة العلاجية المطلقة.

ولا شك أن التقدم الذي يشهده الطب لم يكن إلا نتاجا للبحوث العلمية والتجارب المتواصلة، والتي تعتبر النواة الأساسية وحجر الزاوية في تقدم كل علم وبالأخص في المجال الطبي، فعن طريق التجارب الطبية نعرف ما قد يهددنا من مشاكل صحية، وكيف يكون لنا معرفة مدى فعالية وكفاءة ما نتعلمه.

1- محمد نعيم ياسين، المرجع السابق، ص108 و109.

فالتجربة "تلك الأعمال العلمية أو الفنية الطبية التي تعمل دون ضرورة تمليها حالة المريض ذاته، إشباع شهوة علمية، أو خدمة الطب والإنسانية" أو بتعريف أشمل "سلسلة الأعمال التي ينفذها المختص في مجال الطب على الإنسان الحي أو الميت (الميت ككل أو عضو أو الأجنة) بهدف خدمة الإنسانية". وموضوع الأجنة المجهضة هو ما يهمنا في هذا الصدد فقد اختلفت الآراء القانونية بين مجيز لإجراء التجارب عليها بشرط الضرورة العلاجية، وبين مبيح لها على الإطلاق سواء كانت علاجية أو علمية محظة.

أولا: جواز التجارب العلاجية على الأجنة المجهضة:

لم يجد الفقه أي صعوبة في إيجاد المبرر القانوني لإجراء التجارب العلاجية؛ لأنها تجربة قصد العلاج كأساس لمشروعيتها، بمعنى أنها تكون في إطار محاولة علاجية للمريض. فالمبدأ العام وفقا لقواعد القانون وما استقر عليه الفقه أن الطبيب يملك الحرية الكاملة في اختيار طريقة معالجة مريضه، غير أن تلك الحرية يجب أن تكون مقيدة بطبيعة الحال بعدم تجاوز الأصول العلمية لمهنة الطب، وكذلك عدم تخطي الحدود التي يرسمها القانون لإباحة العمل الطبي.[1]

أما التجارب العلمية غير العلاجية فهي تجارب الهدف منها تحقيق كشف مرض بعينه، ومن ثم فقد تجرى على متطوع سليم البدن لا تكون له مصلحة شخصية مباشرة في إجراء التجربة، ويطلق عليها الأطباء التجريب للبحث العلمي.ولا تبدو فائدة التفرقة السابقة من حيث النتائج بل من حيث القصد العام الذي يثار فيه العمل، فإذا كان القصد أو الغرض شفاء أو علاج الفرد فالعمل يتعلق بالعلاج التقليدي، أما إذا كان الهدف هو ملاحظة النتائج أو الآثار التي يؤدي إليها العمل من أجل مصلحة شخصية مباشرة للشخص فإننا نكون أمام تجربة محضة؛ أي تجربة غير علاجية.[2]

1- محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص77.

2- محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2010، ص370و371.

ومن هذا المنطلق فإن مباشرة التجارب على الأجنة يختلف حكمها وفقا للمقصد العام من التجربة، وعلى اعتبار أن الأجنة المجهضة تعتبر في نظر القانون جثة إنسان فاستعمالها لأغراض علاجية أمر يتماشى والنصوص القانونية.

يميل أغلب الفقه إلى الاعتراف بحرية الإنسان للتصرف في جثته، فالإنسان سيد جسده حتى فيما بعد الحياة ومن حقه أن يرتب أوضاع ما بعد مماته حسب ما تمليه عليه رغباته بل ومصالحه أيضا. وقد تبلور هذا الاتجاه أيضا في القانون المقارن، فصار للفرد رغبة في استئصال بعض الأعضاء أو أنسجة من جثته من أجل نقلها لشخص آخر على قيد الحياة أو الاعتراض التام على أي مساس بجثته.[1]

غير أن بعض التشريعات تكتفي بالأغراض العلاجية بخصوص التصرف في جثث الموتى أو الجهيض. ومن بينها التشريع اليوغسلافي لعام 1986، التشريع البرتغالي لعام 1976، التشريع الاسباني في 1980، ألمانيا الديمقراطية وفقا للمرسوم الصادر في 1975/07/04. ولا تجيز التصرف في الجثث أو الأجنة الميتة لأغراض علمية.[2]

ويؤيد ذلك ما أشار إليه بعض الفقه الأنجلو أمريكي[3] إلى انتفاء المبررات القانونية للتجارب العلمية غير العلاجية على جسم الإنسان لعدم وجود قصد العلاج، وكذا استنادا إلى أن رضا الشخص الذي تجرى عليه التجربة لا يعد سببا قانونيا لإباحة المساس بسلامة الجسم، فلا يجوز المساس بجسم الإنسان إلا لتحقيق غرض علاجي.[4]

يشترط في الطبيب المعالج عدم خروجه عن المعطيات العلمية وعدم تجاوز الأصول المهنية التي يرسمها القانون في إباحة العمل الطبي. وبالتالي فإن في إجراء مثل هذه التجارب

1- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، المرجع السابق، ص 208.

2- محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1986، ص703.

3- CF. Decocq(A), Essai d une thérapie générale des droits sur la personne, thèse, Paris, France, 1960, p76-82.

4- العربي بلحاج، المرجع السابق، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، ص44 و45.

بدون ترخيص قانوني هو عمل غير مشروع يكون خطأ يستوجب مسئولية الطبيب عن جريمة عمدية أو متجاوزة القصد بحسب الأحوال.

ونلاحظ أن هناك تجارة مغرية قائمة في الولايات المتحدة الأمريكية ودول أمريكا اللاتينية للإتجار بالأجنة (التي تجهض طبيعيا أو التي يتم إجهاضها عمدا) حيث تباع هذه الأجنة لإجراء التجارب عليها، واستخدامها في زرع الأعضاء، أو استخراج بعض العقاقير والأدوية منها.[1]

من خلال استقراء هذه الأحكام يجوز التدخل الطبي على الأجنة المجهضة في حدود التي يرسمها القانون، أما التجارب غير العلاجية فلا يجوز ولو مع الرضا لأنه لا يعد سببا للإباحة ويرتب ذلك المسؤولية المدنية والجزائية.

ثانيا: الجمع بين الأغراض العلاجية والعلمية للتجارب على الأجنة المجهضة:

على العكس من الاتجاه الأول ظهر اتجاه آخر يجمع بين الأغراض العلاجية والعلمية لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة الميتة، حيث غدت لهذه الأجنة قيمة علاجية وعلمية في شتى مجالات الطب. ويمكن حصر استخداماتها العلمية فيما يلي:

– أبحاث متعلقة بنمو الأجنة وتركيبها ومعرفة وظائفها ومن أجل العلم ومعرفة تركيبة الإنسان.
– أبحاث تجرى على الأنسجة والأجنة لمختلف فروع العلم المتعلقة بالفيروسات وعلم المناعة، وكذا الفحص الوراثي للجنين.[2]

– أبحاث متعلقة بعلم الجينات والهندسة الوراثية وكما تجرى على الأجنة الحية تجرى على الأجنة الميتة.
– أبحاث متعلقة باستخدام عقاقير وأدوية من المشيمة كعلاج للحروق.

– أبحاث تتعلق بزرع الأعضاء والأنسجة من الأجنة الميتة.

1– العربي بلحاج، المرجع السابق، ص45.

2– محمد أسامة عبد الله قايد، الضوابط القانونية للفحص الوراثي، ملتقى الجينات البشرية، جامعة بني سويف، مصر، بدون سنة نشر، ص115.

ويثور التساؤل عن مدى أو نطاق هذه التجارب الطبية فهل يؤخذ الأمر على إطلاقه أم لابد من تقييده بشروط؟

لقد أشارت المواثيق العالمية والاتفاقيات الدولية الإقليمية وقوانين الدول على مشروعية إجراء التجارب الطبية، وقيدوا ذلك بضوابط وشروط قانونية حتى لا تخرج عن الإطار التي أبيحت من أجله. وعليه يمكن إسقاط هذه الشروط عموما على إجراء التجارب على الأجنة المجهضة وما توفره هذه الشروط من حماية جنائية وهي:

* **شرط الرضا:** لا يجوز قانونا إجراء التجارب الطبية على الإنسان لأغراض علاجية، أو بهدف البحث العلمي المحض إلا بعد الرضا المستنير للشخص الخاضع للتجربة أو البحث.[1]

* **شرط المصدر المشروع للأجنة المجهضة:** يشترط في إجراء التجارب على الأجنة عدم لزوم إجهاضها ، وبالتالي لا يكون الاستفادة من الأجنة المجهضة إلا حينما يكون الجنين قد سقط تلقائيا، أو أجهض لضرورة إنقاذ أمه، ولم يمكن إنقاذه بالوسائل الصناعية، فمثل هذه الأجنة فهي ميتة حقيقيا أو حكما، ويمكن الاستفادة منها في زراعة الأعضاء إذا أسرع الطبيب بنقل ما يريد منها بعد موته بدقائق قبل موت الخلايا، وكذا يمكن الاستفادة منها في البحث العلمي. أما الأجنة التي تجهض ميتة فلا يستفاد منها إلا في الأبحاث التي تجرى لمعرفة أسباب الإجهاض أو لدراسة تكوين الأجنة أو لاستخراج بعض العقاقير الطبية.[2]

* **شرط الغاية العلاجية أو التجريبية:** يشترط في التجارب الطبية على الأجنة المجهضة أن تكون فوائد التجربة أكثر من مضارها، ويقصد بذلك أن تكون المزايا المنتظرة أكثر من المخاطر التي ستحدثها التجربة، على اعتبار أن هذه التجارب هي استثناء من الأصل، وبالتالي يجب أن يكون الغاية منها هي العلاج.[3]

* **شرط تحقيق مصلحة مشروعة:** إنه من المبادئ المستقرة لدى فقه القانون بصفة عامة والقانون المدني بصفة خاصة هو مبدأ حرمة الجسد بشقيه، عدم جواز التصرف، وعدم جواز المساس أيضا

1- خالد عبد الرحمن، التجارب الطبية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص29 و30.

2- إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، المرجع السابق، ص623.

3- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص53.

بالجسد الإنساني، إلا أن الفقه قرر مجموعة من الاستثناءات على هذا المبدأ من أهمها إجراء التجارب والأبحاث العلمية بما يخدم الكيان البشري في إطار المشروعية،ولذلك يشترط أن تكون الأبحاث والتجارب العلمية الواقعة على الأجنة مشروعة؛ أي عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة كالاستنساخ مثلا.[1]

* **شرط التخصيص الطبي والهيكلي والرقابي:** من الشروط التي يشترطها القانون لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة والتجارب الطبية العلمية المحضة كفاءة القائم بالتجربة؛ أي حاصلا على المؤهل العلمي الذي يناسب القيام بالتجربة، فضلا عن توافر الخبرة والدراية في هذا المجال واشتراط كونه متخصصا كي لا يؤدي ممارسة التجربة إلى أخطار وأضرار تفوق المنفعة التي تعود على الخاضع للتجربة من إجرائها.

ولبيان هذا الاتجاه يجب علينا أن نتطرق لموقف مختلف القوانين المقارنة من التجريب على الأجنة المجهضة أولا ثم موقف القانون الجزائري ثانيا.

1- موقف القوانين المقارنة من مسألة التجريب على الأجنة المجهضة:

ويأخذ بهذا الاتجاه التشريع الفرنسي الصادر في 12/22/ 1976 الذي نص صراحة على جواز تشريح الجثث لغرض البحث العلمي، وتشريع لوكسمبورغ الصادر في نوفمبر 1958، والقانون الأرجنتيني الصادر في مارس 1977.[2]

ولقد رفض المشرع الفرنسي بعدها في القانون رقم 94- 654 المؤرخ في 1994/07/29 بشأن التبرع واستخدام عناصر ومنتجات للجسم البشري والإنجاب بمساعدة طبية والتشخيص قبل الولادة إجراء التجارب على الأجنة البشرية في المادة 152 – 8 بأنه: "يحظر تصميم الأجنة البشرية لأغراض البحث والدراسة والتجريب، يحظر جميع التجارب على الأجنة، غير أنه استثناء يجوز للرجل والمرأة المتزوجين أن يوافقا على إجراء دراسات على جنينهم بشرط

1- حسيني هيكل، المرجع السابق، ص424.

2- محمد سامي السيد الشوا، المرجع السابق، ص703.

الموافقة الكتابية...".[1]

ويشير من جهته الفقه المصري إلى شرعية التجارب العلاجية أما التجارب غير العلاجية بشكل عام فإن القانون المصري لم يرد فيه نص صريح بشأن حظر التجارب غير العلاجية. إلا أن الرأي المتفق عليه فقها أن إجراء هذه التجارب هو أمر غير مشروع وأنها تكون خطأ يستوجب مسؤولية الطبيب عن جريمة عمدية؛ ذلك أن الرضا ليس سببا مبيحا للمس بسلامة الجسم حيث تعتبر هذه الأخيرة من النظام العام.[2]

ويتجه بعض الفقه ومنهم " الدكتور محمد عيد الغريب إلى تأييد التفسير الموسع لنص المادة 43 من الدستور المصري 1071: "لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أي إنسان بغير رضائه الحر " ليشمل مدلوله التجارب العلاجية وغير العلاجية بشرط الموافقة، ولأنه من العسير وضع حدود فاصلة بين التجربة العلاجية والعلمية. ومن جهة أخرى لو حصرنا نص المادة 43 من الدستور في نطاق التجارب العلاجية لفقد النص الحكمة التي استهدفها الدستور، لأن التجربة العلاجية أمر لا يحتاج أن ينبه عليه فيستلزم الأمر تدخلا بشأنها، فالأصل العام – المقرر بغير حاجة للنص الدستوري – هو شرعية التجارب العلاجية ما يؤكد عمومية لفظ التجارب الوارد في النص ليشمل إباحة التجارب العلاجية والعلمية على السواء، بشرط أن يكون هناك رضا حر لمن تجرى عليه التجربة.[3]

لقد صدرت في مصر لائحة آداب المهنة الطبية وفقا لقرار وزير الصحة تحت رقم 238 لسنة 2002 ونصت المادة 52 منها على أنه: "يلتزم الطبيب بمراعاة تنفيذ كافة المعايير والضوابط الأخلاقية والقيم الاجتماعية والدينية التي تضعها السلطات المختصة لإجراء البحوث الطبية على

1- أحمد عبد الدائم، المرجع السابق، ص193.

« La conception IN vitro d'embryons humains à des Fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite. Toute expérimentation sur l'embryon est interdite.
A titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées études sur leur embryons. Leur décision est exprimée par écrit ». Article 152 – 8. Loi n° 94 – 654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l utilisation des éléments et produits du corps humain, à l assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

2- محمد لطفي عبد الفتاح، المرجع السابق، ص372.

3- محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص12.

الآدميين". وبالنسبة للتجريب على الأجنة المجهضة فإن المشرع المصري أجاز التشريح الأغراض التعليمية والعلاجية بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية وبعد موافقة ذوي الشأن من أقارب المتوفى وذلك بنص المادة 26 من القانون رقم 130 لسنة 1946 الخاص بالمواليد والوفيات.[1]

ونصت المادة 12 من القرار الوزاري رقم 654 لسنة 1963 بشأن إعادة تنظيم بنك العيون بقولها: "لا يجوز استعمال عيون مستأصلة في أغراض تجريبية، إلا إذا كانت العين غير مطلوبة لأغراض طبية وقارب ميعاد انتهاء استعمالها". وبمفهوم المخالفة جواز التجريب حال كون العيون غير مطلوبة لأغراض طبية.[2]

2- موقف القانون الجزائري من مسألة التجريب على الأجنة المجهضة:

سيتم بيان موقف المشرع الجزائري من مسألة التجريب على الأجنة المجهضة من خلال القانون الملغى 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، والقانون 18-11 المتعلق بالصحة.

أ- مسألة التجريب على الأجنة المجهضة في إطار القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها: يتضح موقف المشرع الجزائري إبان سريان قانون حماية الصحة وترقيتها وقبل إلغائه من إجراء التجارب الطبية في نص المادة 168 مكرر/1 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها الملغى على أنه: "يجب احترام المبادئ الأخلاقية والعلمية التي تحكم الممارسة الطبية أثناء القيام بالتجريب على الإنسان في إطار البحث العلمي". وتشير الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه: "تخضع التجارب التي لا يرجى من ورائها العلاج للرأي المسبق للمجلس الوطني لأخلاقيات العلوم الطبية...". ويجيز القانون أيضا عمليات التشريح لأغراض تجريبية، وذلك في المادة الفقرة الثانية من المادة 168 البند الثاني من نفس القانون بقولها: "يمكن إجراء تشريح الجثث في الهياكل الاستشفائية بناء على ما يلي:

- طلب من الطبيب المختص قصد هدف علمي.

1- محمد عيد الغريب، المرجع السابق، ص12.

2- القرار الوزاري رقم 654 لسنة 1963 باللائحة التنفيذية للقانون رقم 103 لسنة 1962 في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون (جمهورية مصر العربية).

– ويتم إجراء تشريح الجثث من أجل هدف علمي مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في الفقرتين 2 – 3 من المادة 164 من القانون نفسه".[1]

وفي الاتجاه نفسه سار مشروع القانون المتعلق بالصحة المعد من طرف وزارة الصحة وإصلاح المستشفيات في الفصل المعنون بالطب الشرعي حيث نصت المادة 211 منه بأنه: "يجري الطبيب الشرعي تشريح الجثة في الهياكل الاستشفائية العمومية لغاية علمية لبحث أسباب الوفاة بطلب من طبيب مختص، وبعد الموافقة الكتابية لذوي حقوق المتوفى: الأب، الأم، الزوج، الأبناء، الإخوة، الأخوات أو الممثل الشرعي".

ب- مسألة التجريب على الأجنة المجهضة في إطار القانون 18-11 المتعلق بالصحة: رغم عدم وجود نص صريح في القانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة [2] يجيز أو يمنع إجراء التجارب على الأجنة المجهضة، فإننا نلاحظ أن هذا القانون تراجع في العديد من أحكامه في إطار البحث العلمي الطبي التي استعملت على مستوى القانون رقم 85-05 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، بل تراجع على الصيغة التي وضع بها المشروع المتعلق بالصحة بدليل حذفه لعديد من المواد التي كانت صريحة خلافا للقانون الجديد(القانون رقم 18-11).

ومن بين الملاحظات أن قانون الصحة لم يبق على الأحكام المتعلقة بالتشريح العلمي حيث أشار في الفصل المتعلق بممارسة الطب الشرعي في المادة 201 منه بأنه: "يقوم بالتشريح الطبي الشرعي في الهياكل الاستشفائية العمومية طبيب شرعي تعينه الجهة القضائية المختصة". وبمقارنة هذه المادة مع المادة 168 من قانون حماية الصحة وترقيتها التي استعملت عبارة "قصد هدف علمي... من أجل هدف علمي"، وكذا المادة 211 من المشروع المتعلق بالصحة الذي استعمل عبارة "لغاية علمية".

1- القانون رقم 85 – 05 المؤرخ في 1985/02/16 الموافق لجمادى الأول عام 1405هـ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08 سنة 1985 (الملغى).

2- المادة 374 من القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة المعدّل والمتّمم، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 16 ذو القعدة 1439هـ الموافق ل 29 يوليو 2018.

وفي هذا التحول إشارة صريحة من المشرع في قانون الصحة 18-11 إلى عدم قبوله الأحكام المتعلقة بالتشريح لغايات تعليمية حيث قصر التشريح على سببين: الأول يتعلق بحالات الوفاة المشبوهة أو الوفاة في الشارع؛ والثاني يشمل في الوفاة بسبب مرض متنقل يمثل خطرا كبيرا على الصحة العمومية، وهذا يعني أن المشرع قصر التشريح لأسباب جنائية (التشريح الجنائي) أو أسباب تشخيصية وبائية (التشريح المرضي).

لم يكن المشرع واضحا في كل هذا، والأمر الواضح أنه يمنع تخليق أو إنتاج الأجنة لغايات البحث العلمي وتداولها[1]، وسياق هذا المنع في مجال الأحكام الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب، والتي قصرت الأعمال العيادية والبيولوجية فيها على الجوانب العلاجية-لا العلمية- المتصلة بها.

وعليه، وفي غياب التنظيمات المتعلقة بهذا القانون نظرا لحداثته، يصعب القول باعتماد المشرع التشريح التعليمي على الأجنة المجهضة، على عكس ما أفصحت عنه بعض التشريعات كالقانون الفرنسي المذكور سابقا.

1- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة المعدّل والمتّمم، الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 46 المؤرخة في 16 ذو القعدة 1439هـ الموافق ل 29 يوليو 2018.

خـــاتمة

خاتمة

بعد الخوض الطويل في مراجع الفقه الإسلامي والقانون الوضعي والطب وغيرها من وسائل المعرفة المتاحة للوقوف على أهم الأحكام المتعلقة بالجنين، وذلك بالتأصيل والتخرج الفقهي والقانوني، فإنّه يمكن سرد واستخراج أهم النتائج المتوصل إليها في هذه الدراسة، وذلك على النحو التالي:

- إذا كان العلم الحديث قد أثبت أن هناك ثلاثة أنواع من النطف، وهي النطف المذكرة والمؤنثة، والنطف الأمشاج أي البيضة المخصبة، فإنّ النصوص الشرعية كانت السباقة لإظهار هذه الحقائق العلمية التي لم تكتشف إلاّ حديثاً من طرف العلماء والخبراء.
- يطلق على الجنين البيضة المخصبة بالحيوان المنوي، بدء من تكوينها وحتى الولادة، سواء تمّ الإخصاب في داخل الرحم أو في خارجها، وسواء استمر في نموه وتطوره في رحم طبيعية أو صناعية.
- يعد موضوع حماية الجنين من أهم المواضيع المطروحة في الشرع والتشريع والطب، خاصة مع التطورات الطبية المستحدثة لاسيما وأن المشرع قد أعد لهذا المخلوق قالب تشريعي معزز بنصوص قانونية أضفت عليه حماية تجعله بمنأى عن نطاق التجارب الطبية باعتباره شخصا من أشخاص القانون له العديد من الحقوق المحفوظة مدنيا وجنائيا، ولا يحول ذلك إلا من خلال تحديد المركز القانوني له بشكل يضفي تكريس مبدأ الحماية الشرعية والقانونية في الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي.
- تدعو الشريعة الإسلامية الراغبين في الزواج إلى حسن اختيار الزوج الأخر أولا، ليكون ثمرة هذا الزواج أجنة صحيحة قوية تكون عدة الجيل البشري، ليتوالى بعدها المشرع الجزائري بنصه على ضرورة إجراء الفحوصات الطبية لكلا من الزوجين للتأكد من وجود نسل صحيح وسليم بدنياً ونفسياً.
- تولّت الدراسات الشرعية والقانونية عنايتها بالجنين، وما يتّصل به من أحكام تنظم من خلالها حقوقه، أولها اكتساب شخصية قانونية ناقصة لتصير كاملة فور ولادته حياً بوصفه كياناً مستقلاً عن أمّه.
- أثبتت الشريعة الإسلامية للجنين منذ بداية تكوينه كنطفة أمشاج أهلية اكتساب كافة الحقوق

سواء ما كان منها لا يحتاج إلى قبول لثبوتها له أو ما كان منها يحتاج إلى هذا القبول فينوب عنه في ذلك نائبه، فأوجبت أن يوقف له نصيبه من الميراث أو الوصية إلى أن يولد كاملاً حياً، وجعلت له أهلية تلقي الهبة أو طلب الشفعة عن طريق نائبه الشرعي، كما أجازت الوقف له سواء على وجه الاستقلال أو بالتبعية مع الآخرين. كما أوجبت له النفقة بمجرد ثبوت الحمل.

- إن أجلّ حقوق الجنين تدور وجودا وعدما مع النسب، فقد حرصت الشريعة الإسلامية على حفظ الأنساب من أن تتعرض للزيف والكذب، وجعلت أمر إثبات النسب أو نفيه يستند إلى الحقيقة والواقع ولا يخضع للأهواء. وهو الحال كذلك بالنسبة للتشريع الجزائري. فتتعدد وسائل المحافظة على إثبات النسب في الفقه والتشريع بين الطرق التقليدية و الطرق العلمية خاصة في ظل التقنيات المستحدثة لاسيما التلقيح الاصطناعي والاستنساخ.
- تعد أقل مدة للحمل ستة (06) أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر طبقا لإجماع الفقهاء و المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري.
- أثبتت هذه الدراسة سمو الشريعة الإسلامية وتفوقها على غيرها من التشريعات الوطنية على الأخص فيما يتعلق بمظاهر الرعاية المدنية الشرعية للجنين، فقد كان الفقه الإسلامي أسبق من القانون الوضعي الجزائري في تقرير العديد من المزايا والحقوق للمرأة الحامل لاسيما في إقرار الميراث للجنين ووجوب النفقة للحامل (ومن ثم الحمل)، وفي التصرفات القانونية المختلفة سواء العقدية منها أو المنعقدة بالإرادة المنفردة.
- يقصد بالحماية الجنائية للجنين أن يحضر ويمنع قانون العقوبات عن الجنين مختلف الأفعال غير المشروعة التي تؤدي إلى إعدامه أو إخراجه من رحم الأم قبل الأوان، وذلك بمختلف العقوبات التي يقرّرها لحمايته، ولعلّ من أهمّ معالم هذه الحماية جرائم الاعتداء على الجنين والإضرار به والمتمثلة في جريمة الإجهاض.
- اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على حرمة قتل الجنين بعد نفخ الروح أي بعد مرور مائة وعشرين يوماً منذ التلقيح، ولا يجوز قتله بأيّ حال من الأحوال إلاّ إذا كان استمرار الحمل يؤدي إلى وفاة الأم. وهذا ما لا يختلف عليه كذلك الكثير من التشريعات العربية.
- من المسلم به فقهاً وقانوناً أنّه لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير نص، فالإجهاض المعاقب عليه قانوناً هو الإجهاض الجنائي الّذي نص عليه المشرع الجزائري في قانون العقوبات في الجنايات والجنح والواقعة ضد الأسرة والآداب العامة تحت عنوان الإجهاض الّذي

تناولته المواد 304-306-309 و 310 منه، فجريمة الإجهاض تفترض حالة حمل أو حالة افتراض حمل المرأة والنية الإجرامية ووسائل فعل الإجهاض، لتسري العقوبة المتراوحة بين سنة إلى غاية الإعدام للفاعل سواء كان أصلياً أو شريكاً.

- العوامل التي تؤثر في النمو الطبيعي للجنين متنوعة، منها ما تتناوله الحامل ويؤثر فيها، ومنها ما تتعرض له، ومنها ما تقوم به أو يصدر منها، وهذه الأمور كلها تؤثر في النمو الطبيعي للجنين بتشويهه أو إصابته بمختلف الأمراض على غرار المواد المخدرة والمسكرة.
- لا خلاف بين الفقهاء في مشروعية التداوي من الأمراض التي تصيب الإنسان لاسيما نقص الخصوبة أو عدم الإنجاب بين الزوجين بالطريق الطبيعي، وهو كذلك حال الاكتشافات الطبية الحديثة التي أظهرت مختلف وسائل الإنجاب أهمها التلقيح الاصطناعي.
- الإخصاب الطبي المساعد عمليات مختلفة، يتم بموجبها إخصاب البيضة بالحيوان المنوي، وذلك بغير طريق الاتصال الجنسي الطبيعي، ثم حفظها إلى حين غرسها بعد ذلك، وله أنواع متعددة، وذلك بحسب تدخّل المرأة بجسمها أثناء التخصيب أو عدم تدخلها، حيث ينقسم إلى تلقيح صناعي داخلي وتلقيح صناعي خارجي (أطفال الأنابيب)، ولكل منهما صور عديدة.
- يعد إنشاء مستودع تستجلب منه النطف من رجال لهم صفات معينة لتلقيح نساء لهن أيضا صفات معينة من صور التلقيح الاصطناعي، فهو أمر غير مشروع حظره فقهاء الشريعة، بالإضافة إلى إجراء التجارب الطبية على الأجنة المجهضة المقيد بشروط معينة. وكل هذا في ظل غياب الموقف التشريعي الجزائري حول هذه المسائل.

بعد استخلاص أهم النتائج التي تضمّنتها هذه الدراسة، وجدنا بعد البحث الطويل والدقيق لسنوات عدّة نقائص تخص موضوع الجنين خاصة قصور المشرع الجزائري عن الحماية المدنية له وبعض المستجدات الطبية، سنحاول إدراجها كاقتراحات وتوصيات عسى أن تكون بداية فعلية لحماية هذا الجنين الّذي يمثل الوجود الإنساني داخل الرحم، وذلك على النحو التالي:

- نناشد المشرع الجزائري لتدارك القصور في هذا الموضوع، وسرعة إصدار قانون خاص بحماية الجنين والّذي يكفل حق الجنين مدنياً وجنائياً في ألاّ يكون موضوع عبث أو تجارب الآخرين.

- توعية الناس وخاصة الزوجين بأهمية الفحص الطبي قبل الزواج، لتفادي الأمراض المعدية والوراثية وانتقالها للجنين المفترض ولادته بصحة جيدة وبنية جسدية وعقلية جيدة، بالإضافة إلى تفعيل هذه الوثيقة على أرض الواقع.
- وجوب مسايرة المشرع الجزائري لما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يخص الأحكام المتعلقة بالميراث، فكان من الأجدر به أن يفصل فيها أكثر عوض إكتفائه بمادتين وحيدتين متعلقتين بحق الجنين في الميراث.
- يحظى الجنين بأهلية اكتساب كافة أنواع الحقوق المحضة بما فيها الحقوق التي يحتاج لثبوتها إلى قبول منه فيصدر القبول عنه بواسطة من ينوب عنه كالهبة والشفعة، بالإضافة إلى مختلف التبرعات المتمثلة في الوصية والوقف مع الإشادة بتضمين ذلك ضمن نصوص قانون الأسرة الجزائري أو نصوص خاصة.
- ضرورة التزام المرأة الحامل بالمتابعة الدورية عند الطبيب المختص للكشف عن الجنين شهرياً طوال مدة الحمل والتأكد من سلامة نموه.
- وجب على المشرع الجزائري رفع جريمة الإجهاض إلى مصاف الجنايات للردع والإعتبار، والقضاء على العيادات السرية التى تجرى فيها مثل هذه العمليات بالرقابة والتفتيش الدوري.
- سن قانون خاص بالطب البيولوجي في مجال الإنجاب ينظم مسألة التلقيح الإصطناعي وما يترتب عنها من مختلف المسائل على غرار التشريعات المقارنة، نظرا للتطورات السريعة لهذا العصر، والتي فتحت المجال أمام العديد للممارسات غير المشروعة في ظل غياب التشريع الجزائري.
- ضبط بعض التقنيات الطبية الحديثة لمنعها من التعدي على حياة الجنين حيث يمنع إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي خارج الضوابط الشرعية والقانونية، وإحكام الرقابة على تنفيذ هذه الضوابط، غير أن المشرع الجزائري أحسن صنعاً حينما حظر إجراء عمليات الاستنساخ البشري بكل أنواعه وذلك بقانون الصحة الجديد.
- تجريم تقنية تأجير الأرحام وعملية التلقيح الاصطناعي المشتملة على عنصر أجنبي ضمن قانون العقوبات، وتشديد العقوبة على مرتكبيها.

- لا يجوز الاعتداء على البيضات المخصبة الزائدة بإتلافها لأنّ ذلك يعد جريمة والأولى أن تترك لتنتهي حياتها بنفسها تلقائياً، بل الأفضل أن يتم تخصيب البيضة إلاّ عند الحاجة إليها، وأن لا يستخرج أكثر من العدد الذي يحتاج إليه من البيضات.
- في ظل غياب التنظيمات، يصعب القول باعتماد المشرع الجزائري التشريح التعليمي على الأجنة المجهضة، لذا وجب الإفصاح عن الموقف القانوني الواضح من التجريب وبيان شروطه، مع إقرار المسؤولية عن مخالفة أحد منها.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

1- القرآن الكريم:

2- كتب تفسير القرآن:

- ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، بدون طبعة، دار الفكر، مصر، 2005، الجزء الرابع.
- أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، دار إحياء الكتب العربية – مؤسسة التاريخ العربي، بيروت- لبنان، 1412 هـ/1992 م، الجزء الأول.
- محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحيح، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، الكويت، 1993.
- محمد بن أحمد بن أبي بكر فرح القرطبي، تفسير القرطبي، بدون طبعة، دار الفكر، لبنان، 1372 هـ ، الجزء التاسع.

3- كتب الحديث:

- أبي داود، سنن أبي داود، الجزء الثاني، مكتبة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده، القاهرة- مصر، 2003، كتاب الجنائز، باب الحفار يجد العظم هل ينتكب ذلك المكان.
- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، طبعة جديدة مضبوطة ومصححة ومفهرسة، دار إبن كثير، بيروت، لبنان، 1423 هـ/2002 م الجزء 9.
- أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترميذي ، سنن الترميذي، كتاب النكاح ، باب إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، رقم الحديث 1084، مكتبة مصطفى الباني وأولاده.
- الحافظ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، بدون طبعة، مكتبة دار الباز، 1414هـ، بيروت-لبنان، رقم الحديث 15110،، الجزء السابع.

- الشيخ بن الحجاج أبو الحسن مسلم القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، كتاب السلام، باب لا عدوى ولا طيرة ولا هامة.
- النسائي، السنن الكبرى، الجزء الخامس ، كتاب النكاح ، باب النهي عن تزويج المرأة التي لا تلد.
- محي الدين يحي بن شرف أبو زكريا النووي، شرح النووي على مسلم، الطبعة الأولى، دار الخير، سوريا، 1414هـ/1994 م، كتاب الزكاة، باب الإبتداء في النفقة بالنفس.

4- الكتب الفقهية:

أ- الفقه الحنبلي:

- إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، بدون طبعة، المكتب الإسلامي، بيروت – لبنان، 1400 هـ، الجزء الثامن.
- ابن رجب الحنبلي، جامع العلوم والحكم، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت – لبنان، 1408هـ، الجزء الأول.
- ابن رجب الجنبلي، قواعد ابن رجب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1413 هـ.
- إبن قدامة المقدسي، المغني لإبن قدامة، بدون طبعة، بيت الأفكار الدولية، بيروت– لبنان، 2004، الجزء الثامن.
- أحمد عبد الرحمن البنا، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، بدون طبعة، نشر دار الشهاب، القاهرة – مصر، بدون سنة نشر، الجزء 20.
- علاء الدين أبي الحسن علي سليمان المرداوي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1997، الجزء الأول.
- محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي، إعلام الموقعين عن رب العالمين، بدون طبعة، دار الجيل، بيروت – لبنان، 1973، الجزء الثاني.

- محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي المشهور بإبن القيم الجوزية، تحفة المودود بأحكام المولود تحقيق عثمان بن جمعة ضميرية، بدون طبعة، دار علم الفوائد، جدة- المملكة العربية السعودية، 1431 هـ.
- محمد بن بدر الدين بن بليان الدمشقي، أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت – لبنان، 1416 هـ، الجزء الأول.
- محمد بن صالح العثيمين، الشرح الممتع على زاد المستقنع، المجلد 13 – كتاب النفقات، الطبعة الثانية، دار إبن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 2007.
- مرعي بن يوسف الحنبلي، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهي، الطبعة الأولى، بدون دار نشر وبلد نشر، 1961، الجزء الأول.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، تحقيق هلال مصباحي مصطفى هلال، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت-لبنان، 1402 هـ/1982م، الجزء الرابع.

ب- الفقه الحنفي:

- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى العيني، البناية شرح الهداية، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1989، الجزء العاشر.
- أبي بكر سعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بدون طبعة، دار الفكر للطباعة والنشر، مصر، بدون سنة نشر، الجزء السابع.
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن بكر الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بدون طبعة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء السابع.
- شمس الدين السرخسي، المبسوط، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت- لبنان، 1414هـ-1993م، باب ميراث الحمل، الجزء الثلاثون.
- محمد أمين بن عمر ابن عابدين، تنقيح الفتاوى الحامدية لابن عابدين، بدون طبعة، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الجزء الثاني.

- محمد أمين المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار المسمى بحاشية ابن عابدين، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت– لبنان، 1386 هـ، الجزء الثالث.
- محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين إبن الهمام، شرح فتح القدير – شرح كتاب الهداية في شرح البداية – تتمة كتاب الحج والنكاح والرضاع والطلاق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 2003، كتاب الرضاع، الجزء الثالث.

ج– الفقه الشافعي:

- أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، الحاوي الكبير، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، بدون سنة النشر، الجزء الحادي عشر.
- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيثمي، الزواجر عن اقتراف الكبائر، بدون طبعة، دار المعرفة، بيروت – لبنان، الجزء الأول.
- السيد البكري بن السيد محمد شطا الدمياطي أبو بكر، إعانة الطالبين، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الرابع.
- السيوطي جمال الدين، الأشباه والنظائر، بدون طبعة، مكتبة الإيمان، مصر، بدون سنة نشر.
- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، مصر، 1415هـ– 1994.
- شمس الدين محمد بن أحمد الرملي الأنصاري، غاية البيان، شرح زيد بن رسلان، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، 1414هـ– 1994م.
- شمس الدين الأنصاري، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1404 هـ / 1984م، الجزء 5.

د- الفقه المالكي:

- أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الثالث، بدون طبعة، المطبوعات الجميلة، الجزائر، 1992.
- أبو الوليد سليمان بن خاف بن سعد القرطبي الباجي، المنتقى شرح الموطأ، بدون طبعة، دار الكتاب الإسلامي، مصر، بدون سنة نشر، الجزء السابع.
- أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد إبن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لبنان، زمان الحمل الذي يلحق به الولد، الطبعة الأولى، دار إبن حزم، بيروت، لبنان، 1995، كتاب الطهارة والصلاة، الجزء الأول.
- أحمد أبو البركات، الشرح الكبير على مختصر خليل، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت- لبنان، بدون سنة النشر.
- أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 1415هـ / 1995م.
- خليل بن اسحاق بن موسى، مختصر خليل، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الثامن.
- شمس الدين محمد بن أحمد عرفة الدسوقي- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبعة دار الفكر، دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي وشركاه، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الثاني.
- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، دار إحياء الثرات العربي، بيروت-لبنان، 1406 هـ/1985 م.
- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، بدون طبعة، مكتبة أسامة بن زيد، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر.
- محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، طبعة مصطفى الحلبي، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر، الجزء الأول.

- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المالكي، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، المطبعة الخيرية، القاهرة- مصر، 1410هـ/1989م، كتاب نكاح – المدير، فصل ميراث ابن الملاعنة، الجزء الثالث.
- محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، طبعة 1412هـ، دار الفكر، بيروت – لبنان، 1412هـ – 1992م، المجلد الثالث.

هـ- الفقه الظاهري:

- علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، المحلى، بدون طبعة، دار الأوقاف الجديدة، بيروت- لبنان، بدون سنة النشر.

و- كتب الفقه العام:

- أبي الحامد الغزالي، إحياء علوم الدين، بدون طبعة، دار الشعب، القاهرة – مصر، بدون سنة نشر، الجزء الرابع.
- أرواء الغليل، في تخريج أحاديث، منار السبيل، كتاب الحدود، الجزء السابع.
- السيد سابق، فقه السنة، الطبعة الرابعة، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، 1985، المجلد الثالث- المعاملات.
- جاد الحق علي جاد الحق، مختارات من الفتاوى والبحوث، بدون طبعة، مطبعة الأزهر، مصر، بدون سنة نشر.
- عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الطبعة السادسة، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الثالث.
- عبد الرحمن بن علي الجوزي، أحكام النساء، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر.
- عطية صقر، أحسن الكلام في الفتاوى والأحكام، بدون طبعة، دار الغد العربي، مصر، بدون سنة نشر، الجزء الأول.

- عطية صقر، فتاوى وأحكام للمرأة المسلمة، الطبعة الثالثة، مكتبة وهبة، القاهرة – مصر، 2006.
- محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي، أحكامه القانونية وحدوده الشرعية – دراسة مقارنة، بدون طبعة ، جامعة الكويت، الكويت، 1993.
- محمد بن إبراهيم ابن المنذر النيسابوري أبو بكر، الإجماع لابن المنذر، الطبعة الثالثة، دار الدعوة، الإسكندرية – مصر، 1402 هـ، الجزء الأول.
- محمد بن يوسف أطفيش، شرح النيل وشفاء العليل، بدون طبعة، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، بدون سنة نشر، الجزء 15.
- محمد متولي الشعراوي، كتاب الفتاوى، إعداد وتقديم السيد الجميلي، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، بدون سنة نشر.
- يوسف القرضاوي، الحلال والحرام في الإسلام، الطبعة الرابعة عشر، مكتبة وهبة، بدون بلد نشر، 1980.
- يوسف القرضاوي،هدى الإسلام (فتاوى معاصرة)، بدون طبعة، دار القلم، الكويت، بدون سنة نشر.

5- المعاجم اللغوية والقواميس:

- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثانية، المكتبة الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، إسطنبول – تركيا، بدون سنة نشر.
- جمال الدين محمد ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار صادر، لبنان، 1997.
- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير، طبعة المكتبة العلمية، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، بدون سنة النشر.
- الجيلاني بن الحاج يحي، بلحسن البليش، علي بن هادية، القاموس الجديد، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، بدون سنة النشر.
- فؤاد إفرام البستاني، المنجد في اللغة العربية المعاصرة، طبعة 45، دار المشرق للطباعة والنشر، بيروت– لبنان، 2000.

- أنيس إبراهيم ومن معه، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، بدون بلد نشر، 2004.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ،القاموس المحيط، بدون طبعة، دار الجيل، بيروت– لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الرابع.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مصر، 1999، باب الخاء، فصل الدال.
- محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي، تاج العروس من جواهر القاموس، بدون طبعة، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان، بدون سنة نشر، المجلد الخامس، فصل الجيم من باب الضاد.
- محمد بن عبد الرؤوف المناوي، التعاريف، الطبعة الأولى، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 1410هـ، الجزء الأول.

6- القوانين، الأوامر والمراسيم:

أ- القوانين:

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، جريدة رسمية ، العدد 24، المؤرخة في 12 جوان 1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، جريدة رسمية ، العدد 15، المؤرخة في 27 فبراير 2005.
- القانون رقم 85 – 05 المؤرخ في 1985/02/16 الموافق لجمادى الأول عام 1405هـ المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية العدد 08 سنة 1985 (الملغى).
- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 1-11-1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر 95-26 المؤرخ في 1995/02/25، ج.ر، رقم 49.
- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411هـ الموافق ل27-04-1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بالقانون 02-10 المؤرخ في 10 شوال 1423هـ الموافق ل 14-11-2002.

- القانون 04-18 المؤرخ في 13 ذو القعدة 1425 هـ الموافق ل 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و التجارة غير المشروعين بها.
- القانون رقم 05-04 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425هـ الموافق ل 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 12، المؤرخة في 2005/02/13.
- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439هـ الموافق لـ 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة المعدّل والمتّمم، الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 16 ذو القعدة 1439هـ الموافق ل 29 يوليو 2018.
- القانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1443هـ الموافق ل 12 يوليو 2022 المعدل والمتمم للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.
- الأمر الرئاسي رقم 75-26 المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1395 هـ الموافق لـ 29 أفريل 1975 المتعلق بقمع السكر العمومي و حماية القصر من الكحول على عقوبة السكر العلني.
- الأمر 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجّة 1379 الموافق لـ 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية ، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 27 فبراير 1970 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14-08 المؤرخ في 09 أوت 2014 الموافق لـ 13 شوال 1435هـ ، الجريدة رسمية العدد 49 المؤرخة في 2014.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، جريدة رسمية، العدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، جريدة رسمية، العدد 31 المؤرخة في 13 ماي 2007.
- الأمر رقم 21-08 المؤرخ في 27 شوال 2021 الموافق ل 08 يونيو 2021، جريدة رسمية 45، المؤرخة في 09 يونيو 2021 المعدل و المتمم للأمر رقم66 -156

المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري ، جريدة رسمية49، المؤرخة في 1966/06/11 المعدّل والمتمم .

ب- المراسيم:

- مرسوم تنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 11 مايو 2006، الموافق لـ 13 ربيع الثاني 1427 يتضمن تحديد شروط وكيفيات تطبيق أحكام المادة 7 مكرر من الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 الموافق لـ 9 رمضان 1404 هـ المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية عدد 312، المؤرخة في 14 مايو 2006.
- مرسوم تنفيذي 69/20 المؤرخ في 2020/03/21 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا(كوفيد 19) ومكافحته، الجريدة الرسمية 2020، العدد 15، المؤرخ في 2020/03/21.
- القرار الوزاري رقم 654 لسنة 1963 باللائحة التنفيذية للقانون رقم 103 لسنة 1962 في شأن إعادة تنظيم بنوك العيون (جمهورية مصر العربية).

ثانيا: المراجع:

1- المراجع باللغة العربية:

أ- الكتب:

- آمال صادق، فؤاد أبو حطب، نمو الإنسان من مرحلة الجنين إلى مرحلة التسنين، الطبعة الأولى، مركز التنمية البشرية والمعلومات، الجيزة، مصر، 1988.
- إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، مذكرة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، سلسلة إصدارات مجلة الحكمة، المدينة المنورة- السعودية، 2002.
- ابن وارث محمد، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري " القسم الخاص "، الطبعة الثالثة ، دار هومة، الجزائر، 2006.

- محمد أبو زهرة، أحكام التركات والمواريث، بدون طبعة، دار الفكر العربي، القاهرة– مصر، بدون سنة نشر.
- محمد أبو زهرة، تنظيم الأسرة وتنظيم النسل، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، بيروت – لبنان، 1396 هـ / 1976 م.
- أحسن بوسقيعة ، التحقيق القضائي، الطبعة السادسة ، دار هومة، الجزائر،2006.
- أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والاعتداء على العرض، الشرف، الاعتبار، والحياء العام، والإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والفنية، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 1997.
- أحمد أرفيس، مراحل الحمل والتصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر، الطبعة الثانية، AD édition، الجزائر، 2005.
- أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية والنيابة الشرعية والوصية والوقف والتركات، بدون طبعة، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق–سوريا، 2009.
- أحمد بخيت الغزالي وعبد الحليم محمد منصور علي، أحكام الاسرة في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009.
- أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني أبو العباس، السياسة الشرعية، الطبعة الرابعة، دار المعرفة، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر، الجزء الأول.
- أحمد حسني طه شرح قانون العقوبات " القسم الخاص"، جرائك الاعتداء على الأشخاص"، بدون طبعة، مطبعة النور، مصر، 2006.
- أحمد علي الخطيب، الوقف والوصايا، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة بغداد، العراق، 1978.
- أحمد عوض بلال، علم الإجرام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر.
- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية– مصر، 1997.
- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء وآراء الفقهاء، الطبعة الثانية ، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.

- أسامة رمضان الغمري، أساسيات علم الطب الشرعي والسموم للهيئات القضائية والمحامين، بدون طبعة، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، 2005.
- أسامة رمضان الغمري، الجرائم الجنسية والعمل والإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، بدون طبعة، بدون دار نشر، مصر، 2005.
- أسامة عبد الله قايد، المسؤولية الجنائية للأطباء " دراسة مقارنة "، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
- أسامة عبد الله قايد، مبادئ علم الإجرام وعلم العقاب، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، 1990.
- أسامة عمر سليمان الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، بدون طبعة، دار النفائس، الأردن،2005.
- أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة ، وسائل إثبات النسب بين القديم والحديث، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية – مصر، 2010.
- أعزت حسنين، المسكرات والمخدرات، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1986.
- إقروفة زبيدة، الإكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب (دراسة فقهية قانونية)، بدون طبعة، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو– الجزائر، 2012.
- الدويش عبد الله بن عبد الرحمن بن محمد، حقوق الجنين في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، بدون سنة نشر.
- الزبير الزين يعقوب، موقف الشريعة الإسلامية من تنظيم النسل، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، لبنان، 1991.
- السعيد كامل، الجرائم الواقعة على الإنسان " شرح قانون العقوبات الأردني "، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 1999.
- الشحات إبراهيم محمد منصور، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية–مصر، 1432هـ–2011.

- العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والإتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.
- العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجديد (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهادات المحكمة العليا)، الطبعة الرابعة مزيدة ومنقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- العربي بلحاج، الحدود الشرعية والأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الجديد، الجزء الأول ، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2010.
- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، كتاب المواريث – الوصية، الجزء الثاني.
- العربي شحط عبد القادر ونبيل صقر، الإثبات في المواد الجزائية في ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، بدون طبعة ، دار هومة ، الجزائر ، 2000.
- القهوجي علي عبد القادر، قانون العقوبات " القسم الخاص– جرائم الإعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان وعلى المال "، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2002.
- أمير فرج، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية والمدنية والتأديبية للأطباء والمستشفيات والمهن المعاونة لهم، بدون طبعة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية – مصر، 2006.
- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 2005.
- أميرة عدلي أمير عيسى ، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستخدمة، الطبعة الأولى ، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون سنة النشر.
- أمين مصطفى محمد، مبادئ علم الإجرام، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1996.

- بدران أبو العينين بدران، الميراث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، بدون طبعة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية– مصر، 1975.
- بسام محمد القواسمي، أثر الدم والبصمة الوراثية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2010.
- بلخير سديد ، الأسرة وحمايتها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية، الجزائر،2009.
- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، والنظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت–لبنان، 1993.
- جمال الدين محمد موسى، عالم الحشيش وآثاره الضارة على المجتمع " سلسلة العلم والحياة "، بدون طبعة، الهيئة العامة للكتاب، مصر، بدون سنة نشر، الجزء الثاني.
- جمال مهدي محمود الأكشة، تشريح جثة الإنسان بين الحظر والإباحة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.
- جهاد حمد حمد، الأحكام الشرعية في ضوء المستجدات الطبية العصرية، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت– لبنان، 2017.
- جيلالي تشوار، الزواج والطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- حامد جامع، عقيد محمد فتحي، المخدرات في رأي الإسلام، بدون طبعة، سلسلة البحوث الإسلامية السنة 19، الكتاب الأول، مصر، 1408 هـ – 1988م.
- حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والسن ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2010.
- حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، بدون طبعة، مطبعة أبناء وهبة حسن، القاهرة–مصر، 1988.
- حسن صادق المرصفاوي، أصول الإجراءات الجنائية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.

- حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني – الحقوق العينية الأصلية – أحكامها ومصادرها، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الاسكندرية – مصر، 1995.
- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، دار الجامعة الحديدة للنشر، مصر، 2004.
- حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1995.
- حسن محمد ربيع، الركن المعنوي في جرائم المخدرات، الطبعة الأولى، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، مصر، بدون سنة النشر.
- حسني محمد السيد الجدع، الحماية الجنائية لحق الجنين في النمو الطبيعي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 1990.
- حسني محمود عبد الدايم عبد الصمد، عقد إجارة الأرحام بين الحظر والإباحة، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، 2006.
- حسين طاهري، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما بإجتهادات المحكمة العليا، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة– الجنين وحرمة الجسد الإنساني ، تلقيح صناعي داخلي – التلقيح الصناعي الخارجي، الحمل لحساب الغير– بنوك الأجنة، بدون طبعة، دار المكتبة القانونية، مصر، 2007.
- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة – الوصية – الوقف، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2004.
- خالد عبد الرحمن، التجارب الطبية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2000.
- خالد محمد شعبان، مسؤولية الطب الشرعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، بدون دار نشر، الإسكندرية، مصر، 2008.
- خليل إبراهيم محمد، حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية و القانون والاتفاقيات الدولية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2012.

- ديفيد روزفيك، دليل المرأة الطبي مع مائة سؤال وجواب، نقله إلى العربية لجنة من الأطباء مراجعة أمين خليل بيدس، الطبعة العاشرة، دار الجيل، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر.
- ذياب زياد صبحي، أحكام عقم الإنسان في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مطابع المؤسسة الصحفية الأردنية، عمان، الأردن، 1995.
- رشيد بن شويخ ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل–دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية–، الطبعة الأولى، دار الخلدونية ، الجزائر ،2008.
- رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية – دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي –، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
- رمسيس بهنام، قانون العقوبات، القسم الخاص، بدون طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1999.
- رؤوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، مصر، 1974.
- زهدي يكن، أحكام الوقف، بدون طبعة، المكتبة العصرية، بيروت – لبنان، بدون سنة نشر.
- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الطبعة الأولى، الدار العربية للعلوم، بيروت– لبنان، 1996.
- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، الطبعة الأولى، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض – المملكة العربية السعودية، 2007.
- سعد شعبان، التلوث لعنة العصر، بدون طبعة، مكتبة الأسرة، مصر، 1999.
- سليمان عبد المنعم سليمان، أصول علم الإجرام القانوني، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1995.
- سميرة عايد الديات، عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية في الشرع والقانون، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.

- شحاتة عبد المطلب حسن أحمد، الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
- شريف سيد كامل، جرائم الاعتداء على الأشخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الاستنساخ في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية–مصر، 2006.
- شعيب الغباش، السيجارة مقبرة المدخنين، بدون طبعة، دار النصر للطباعة الإسلامية، شبرا، مصر، بدون سنة نشر.
- شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الوقف، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2012.
- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري، بدون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2010.
- شوقي زكريا الصالحي ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
- صالح جيجيك، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
- طارق إبراهيم الدسوقي عطية، البصمات وأثرها في الإثبات الجنائي ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2011.
- طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي ، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2013.
- طيب منذر البرزنجي، شاكر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، 2001.
- عارف علي عارف، الأم البديلة أو الرحم المستأجر، بحث مطبوع ضمن كتاب دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، مصر، بدون سنة نشر، المجلد الثاني.

- عارف علي عارف القره داغي وعلي يوسف المحمدي، القضايا الطبية المعاصرة، بدون طبعة، مكتبة الجامعة الإسلامية، الأردن ،2012.
- عبد الحفيظ بن عبيدة، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري ، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.
- عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء الفقه والقضاء، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2000.
- عبد الحميد الشواربي، الخبرة الجنائية في مسائل الطب الشرعي، بدون طبعة ، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، 2003.
- عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، بدون طبعة، دار الكتاب العربي، القاهرة– مصر، 1951.
- عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- عبد الصابور شاهين، السجاير حلال أم حرام، بدون طبعة، دار النصر لطباعة الإسلامية، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.
- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية ، بدون طبعة ، دار هومة ، الجزائر، 2008.
- عبد العزيز عرفات، مبادئ صحة الأم والطفل، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2006.
- عبد العزيز محمد أبي غدير، التعليق على نصوص الشفعة في القانون المدني، بدون طبعة، دار نور الفجر للطباعة الإسكندرية، القاهرة – مصر، بدون سنة نشر.
- عبد الفتاح إدريس، حكم التداوي بالمحرمات، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 1993.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، المسؤولية الطبية بين الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- عبد الفتاح مصطفى الصيفي، قانون العقوبات " القسم الخاص "، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، 2000.

- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، الطبعة الثالثة، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر، الجزء الثاني.
- عبد الله أوهايبية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2009.
- عبد المنعم شحاتة، سيكولوجية التدخين، بدون طبعة، دار غريب للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1998.
- عبد الناصر توفيق العطار، أحكام حق الملكية، بدون طبعة، دار الفكر العربي، بيروت – لبنان، دون سنة نشر.
- عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين (في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، الطبعة الأولى، دار الجامعية الجديدة، الإسكندرية–مصر، 2006.
- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان –الأردن،2007.
- عدلي أمير خالد، الجامع لأحكام التقاضي في الأحوال الشخصية، بدون طبعة ، منشأة المعارف، الإسكندرية– مصر ، 2002.
- عصام أنور سليم، مقدمة الثقافة القانونية (نظرية الحق)، بدون طبعة ،مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية–مصر،2009.
- عطاء الله فشار، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، بدون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
- علاء علي حسين نصر، النظام القانوني للإستنساخ البشري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
- علي الحفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية ومقارنتها بالشرائع الوضعية، الجزء الثاني، بدون طبعة، دار الفكر العربي، بدون بلد نشر، 1996.
- علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية– مصر، 2009.

- علي عوض حسن، الخبرة في المواد المدنية والجنائية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 1998.
- عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- عمر بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الشريعة الإسلامية والقانون- دراسة مقارنة، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2009.
- عوض محمد، مبادئ علم الإجرام، بدون طبعة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1980.
- فاتن البوعيشي الكيلاني، الفحوصات الطبية للزوجين قبل إبرام عقد الزواج، بدون طبعة ، دار النفائس، عمان- الأردن،2001.
- فرج صالح الهريش، موقف القانون عن التطبيقات الطبية الحديثة (دراسة مقارنة زرع الأعضاء البشرية تقنيات التلقيح الاصطناعي)، الطبعة الأولى، الدار الجماهيرية، بدون بلد نشر، 2005.
- فريجة حسين، شرح قانون العقوبات الجزائري " جرائم الأشخاص والأموال "، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1982.
- قحطان هادي عبد القرغولي، الإرث بالتقدير والإحتياط دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار حامد، الأردن، 2014.
- كمال حمدي، المواريث والهبة والوصية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، 1998.
- ليلى حسن محمد الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الرواق، الأردن، 2006.
- محمد سيد أرناؤوط، التدخين بين الطب والقرآن والسنة، بدون طبعة، دار التوزيع والنشر الإسلامية، بدون بلد النشر، 1995.

- محمد بلتجي حسن، الميراث والوصية، بدون طبعة، مكتبة الشباب، القاهرة – مصر، 1992.
- محمد توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2002.
- محمد جبر الألفي ومحمد عبد المنعم حبشي، فقه المواريث في الشريعة الإسلامية ومشروع قانون الأحوال الشخصية الإتحادي ومشروع القانون الموحد للأحوال الشخصية بدول مجلس التعاون، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الإمارات، الإمارات، 1421 هـ/2000م.
- محمد خالد منصور، الأحكام الطبية المتعلقة بالنساء في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دراسة فقهية مقارنة، بدون طبعة، دار اليازوري، الأردن، 2010.
- محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار البازوري، عمان– الأردن، 2010.
- محمد رأفت عثمان، المادة الوراثية الجينوم قضايا فقهية، الطبعة الأولى، مكتبة وهبة، مصر، 2009.
- محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، مكتبة الصحافة الإسكندرية، مصر، 1989.
- محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2011، الجزء الثاني، دروس في نظرية الحق.
- محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية – مصر، 2013.
- محمد سلام مذكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة–مصر، 1389 هـ/1969 م.
- محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي" نقل وزراعة الأعضاء التناسلية "، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، بدون بلد نشر، 2001.

- محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري " القسم الخاص "، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 1993، الجزء الأول.
- محمد عبد القادر الفقي، البيئة مشاكلها وقضاياها وحمايتها من التلوث، بدون طبعة، إصدارات مكتبة الأسرة، مصر، 1999.
- محمد عبد الوهاب الخولي، المسؤولية الجنائية للأطباء عن استخدام الأساليب المستخدمة في الطب والجراحة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
- محمد علي البار، أخلاقيات التلقيح الصناعي، نظرة في الجذور، قضايا طبية معاصرة، الطبعة الأولى، دار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1987.
- محمد علي البار، التدخين وأثره على الصحة، الطبعة الثالثة، الدار السعودية للنش والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1980.
- محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الطبعة الرابعة، الدار السعودية للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1983.
- محمد علي البار، طفل الأنابيب و التلقيح الصناعي، بدون طبعة، دار العلم، جدة، المملكة العربية السعودية، 1986.
- محمد علي الصابوني، المواريث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، بدون طبعة، دار الحديث، القاهرة– مصر، 1388 هـ.
- محمد عيد الغريب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في الإسلام، مقاصد وقواعد، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية – مصر، 1999.
- محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- محمد لطفي عبد الفتاح، القانون الجنائي واستخدامات التكنولوجيا الحيوية (دراسة مقارنة)، بدون طبعة، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2010.

- محمد لمين لوعيل ، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والإجتهاد القضائي، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر، 2012.
- محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية على مذهب الأئمة الأربعة، بدون طبعة، مطبعة عيسى البابي الحلبي، مصر، 1943.
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون الطبعة الرابعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1403 هـ/ 1983م.
- محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1982.
- محمد وحيد الدين سوار، النزعة الجماعية في الفقه الإسلامي وأثرها في حق الملكية، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية – أسباب كسب الملكية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999.
- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، دراسة مقارنة، بدون طبعة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، 2008.
- محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، بدون طبعة، مؤسسة الخانجي، القاهرة– مصر، مكتبة المثنى، بغداد،–العراق، 1378 هـ/1958 م.
- محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، الطبعة الأولى، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2000.
- محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم والمشروعية، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية –مصر، 2008.
- محمود القبلاوي، المسؤولية الجنائية للطبيب، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية – مصر، دون سنة نشر.
- محمود عبد الرحيم مهران، الأحكام الشرعية والقانونية للتدخل في عوامل الوراثة والتكاثر، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، بدون بلد نشر، 2002.

- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1994.
- مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون، بدون طبعة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
- مصطفى الزرقا، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب والرأي الشرعي فيها، المجمع الفقهي بمكة المكرمة، الدورة الثالثة، 1980.
- مفتاح محمد أقزيط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه منشورة، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية–مصر، 2004.
- مليكة لبديري، الزواج والشباب الجزائري إلى أين ؟، بدون طبعة، دار المعرفة ، الجزائر، 2005.
- منصور عمر العايطة، المسؤولية المدنية والجنائية في الأخطاء الطبية، الطبعة الأولى، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2004.
- منصور كافي، المواريث في الشريعة والقانون، بدون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة– الجزائر، 2008.
- منى عبد الرحمن، تجارب على الجنين، بدون طبعة، المكتبة الأكاديمية، مصر، 1992.
- مهند صلاح أحمد فتحي العزة، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية– مصر، 2002.
- نبيل صقر وأحمد لعور ، الدليل القانوني للأسرة، بدون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر 2007.
- نصر الدين مروك، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري والمقارن والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003.
- نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2003.

- نور الدين أبو لحية، الحقوق المادية للزوجة، بدون طبعة، دار الكتاب الحديث للنشر والتوزيع، القاهرة–مصر، بدون سنة النشر.
- هشام بن عبد المالك بن عبد الله بن محمد آل الشيخ، أثر التقنية الطبية الحديثة في الخلاف الفقهي، الطبعة الأولى، مكتبة الرياض، جدة، المملكة العربية السعودية، 1427هـ/2006م.
- هلالي عبد الله أحمد، التزامات الحامل نحو الجنين، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
- هلالي عبد الله احمد، حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
- هنوني نصر الدين ونزاعي نعيمة، الخبرة القضائية في مادة المنازعات الإدارية، بدون طبعة، دار هومة ، الجزائر، 2007.
- وفاء مفتوق حمزة فلاش، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار القاهرة، مصر، 2000.
- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق– سوريا، 1975.
- وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الفكر، سوريا، 1993.
- يوسف جمعة يوسف الحداد، المسؤولية الجنائية عن أخطاء الأطباء في القانون الجنائي لدولة الإمارات العربية المتحدة " دراسة مقارنة "، بدون طبعة منشورات الحلبي، لبنان، 2003.
- يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2008.

ب- الرسائل الجامعية:

*** رسائل الدكتوراه:**

- أحمد شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائي والطب الحديث، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 1986.
- أحمد عبد الدائم، أعضاء الإنسان ضمن التعامل القانوني، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة روبير شومان في ستراسبورغ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 1999.
- إيهاب اليسر أنور علي، المسؤولية المدنية والجنائية للطبيب، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1994.
- بغداد مباركة، الحماية القانونية للجنين، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة- الجزائر،2016/2015.
- بن قويدر زبيري، النسب في ظل التطور العلمي والقانوني- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2011.
- حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة –، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 2006.
- داودي إبراهيم، المركز القانوني للجنين، رسالة دكتوراه دولة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران، 2009- 2010.
- رضا عبد الحليم عبد المجيد، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996.
- سليمان النحوي، التلقيح الصناعي في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2012-2013.

- سميرة سعد الدين المغربي، اتجاهات الشباب الجامعي نحو الفحص الطبي قبل الزواج في المجتمع السعودي، بحث لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الانسانية ، جامعة الملك عبد العزيز، الرياض، السعودية، 2009.
- طارق عبد الله محمد أبو حوه، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2005.
- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي ، إثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة القاهرة ، كلية العلوم ، قسم الشريعة الإسلامية ، القاهرة – مصر، 2000.
- عصام فريد عدوي، نطاق الشرعية الجنائية للتصرف في أعضاء الجسم البشري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1999.
- علي هاشم يوسفات، أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014، 2015.
- محمد بن أحمد بن تقية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة، جامعة الجزائر، 1997.
- محمد سامي السيد الشوا، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، 1986.
- نسرين سليمان حسن منصور ، مشكلات المسؤولية المدنية الناجمة عن إجراء عمليات الاستنساخ البشري دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2008.

*** رسائل الماجستير:**

- أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، قسم الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008.
- بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان – الجزائر، 2011.

- جاسر جودة علي العاصي، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحول الشخصية الفلسطيني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2007.
- سعيدي محمد نجيب، أحكام التصرف في الجسم البشري – دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الطبي ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان – الجزائر ، 2016-2017.
- سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، الجزائر ،2005.
- عيسى أمعيزة، الحمل إرثه، أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2006/2005.
- محمد علي القضاة، أحكام الجثة البشرية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن، 2005.

ج- المقالات العلمية:

- آمال يعيش تمام ونبيلة أقوجيل، ضوابط التلقيح الصناعي من الناحيتين القانونية والشرعية، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2007، العدد 04.
- إبراهيم الدر، جين وجنين، مقال منشور بمجلة الجيل، مصر، العدد 12، المجلد11، ديسمبر 1990.
- بوخاري مصطفى أمين ، النظام القانوني للإستنساخ البشري، مجلة نظرة على القانون الاجتماعي، الجزائر، المجلد رقم 10، العدد الأول، 2020.
- جمعة بشير، نسب المولود الناتج عن التلقيح الصناعي، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 2003، عدد 20.
- حسن الشاذلي، حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق والشريعة، السنة الثالثة، الكويت، العدد الأول، 1877.

- حيدر حسين كاظم الشمري، إشكاليات إثبات النسب في صور وفرضيات التلقيح الاصطناعي، دراسة مقارنة في القانون والشريعة الإسلامية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء العراق،2010، السنة الثانية، العدد الثاني.
- زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، العدد الرابع.
- عامر هشام جعفر، الأجنة المجمدة، مقال منشور، مجلة العربي، بدون بلد نشر، ماي 1988، العدد 318.
- عبد السلام داود العبادي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المملكة العربية السعودية، العدد السادس، الجزء الثالث.
- عز الدين المنشاوي، كتاب اليوم الطبي " الغذاء والدواء أثناء الحمل"، ماي 1997، العدد 182.
- عقيل فاضل الدهان، رائد صيوان المالكي، المشاكل القانونية والشرعية لعقود إجارة الأرحام، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2011، المجلد 13، العدد الثاني.
- علي محي الدين القره داغي، الفحص الطبي قبل الزواج من منظور الفقه الإسلامي ، مجلة قطر، كلية الشريعة، قطر ،2009.
- عيسى قاسمي، عرض عام حول ظاهرة المخدرات في الجزائر، الديوان الوطني لمكافحة المخدرات و إدمانها، مجلة النادي الوطني للجيش، الجزائر، 2012.
- مازن إسماعيل هنية، دور الحقائق العلمية المعاصرة في ضبط ميراث الحمل، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الشرعية)، غزة، فلسطين، 2005، المجلد الثالث عشر، العدد الأول.
- مأمون الحاج علي إبراهيم، الاستفادة من الأجنة المجهضة أو الزائدة عن الحاجة في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس.
- محمد أحمد الرواشدة، عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض دراسة فقهية موازنة "، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، دمشق – سوريا، المجلد الثالث والعشرون، العدد الأول، 2007.

- محمد بن يحي النجمي ، الفحص الطبي قبل الزواج بين الفقه والطب ، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد17، الرياض – السعودية ، 16 ديسمبر 2006.
- محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثانية، العدد الثاني، المملكة العربية السعودية، 1405 هـ.
- محمد علي البار، القضايا الأخلاقية الناجمة عن التحكم في تقنيات الإنجاب، (التلقيح الاصطناعي)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثالث، المملكة العربية السعودية، 1405هـ.
- محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، مراكش– المملكة المغربية، العدد الثالث، 2004.
- محمد نعيم ياسين، حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء والتجارب العلمية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي كلية الشريعة، جامعة الكويت، العدد السادس.
- مسعودي يوسف، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجزائر، العدد 24، سبتمبر 2016، السنة الثامنة.
- مهند بنيان صالح، مدى مشروعية استخدام الرحم الظئر والأم البديلة – دراسة قانونية– مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة كركوك–العراق، 2010، المجلد 01، العدد الأول.
- ميادة أبو خالد، الفحص قبل الزواج أسهم في بناء أسر خالية من الأمراض، مجلة العرب القطرية ، عدد 930، قطر،02 ديسمبر 2013.
- نورة بنت مسلم المحمادي، حق النفقة للطفل، مجلة العدل، كلية التربية للبنات، جامعة أم القرى، مكة المكرمة–المملكة العربية السعودية، العدد الرابع، 2011.
- هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الشريعة، جامعة دمشق – سوريا، 2011، المجلد 27، العدد الثالث.
- ياسين محمد غادي، شروط الفحص الطبي قبل الزواج من منظور شرعي، مجلة جامعة دمشق، المجلد الأول، عمان – الأردن،2001.

د- الاجتهادات القضائية:

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 1984/10/10، ملف رقم 35511، قضية م.ق، المجلة القضائية، 1989، العدد الأول.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1984/12/17، ملف رقم 35887، قضية م.ق، المجلة القضائية، 1990، العدد الأول.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 1991/04/23، ملف رقم 69798، المجلة القضائية، 1995، العدد الأول.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار صادر بتاريخ 2001/04/25، ملف رقم 198940، م.ق، المجلة القضائية، 2002، عدد خاص، الجزء الأول.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 2006/07/12، ملف رقم 358248، مجلة المحكمة العليا، 2006، العدد الثاني.

هـ- المواقع الإلكترونية:

- عزيز والجي، أقل وأقصى مدة الحمل في القانون الجزائري، منشور بتاريخ 2013/11/17 مدونة القانون الشامل،

http-//droit7.blogspot.com/2013/11/blog-post-17.html قسم قانون الأسرة، تاريخ الولوج 2017/06/08 على الساعة 10:34.

- القانون المدني الفرنسي،

In-http-//www.legFrance.gouv.Ft/affichcode.doCidtext 00006070721 E date texte

2- المراجع باللغة الأجنبية:

A- Livres :

- Coman, Vankan, « L'insémination artificielle, recommandation du conseil de l'Europe et perspectives de réglementation », belge, j.t, 1981.

- Jean Larguier et Anne-Marie Larguier, Droit pénal spécial, neuvième (09) édition, Dalloz, France, 1996.
- Michael J. Allen, Elliott and wood's cases and Materials on criminal law, without edition, London sweet and Maxwell, London-England, 1997.
- Michel Law Rassat, Robert Vouin, droit pénal spécial ,4édition, dalloz, Paris, France, 1979.
- Michel Véron, Droit pénal spécial, sans édition, Masson, Paris-France, 1988.
- Smith and Hogan, criminal law Great Britain Butter Withes, Tenth (10) edition, Lexis Nexis- England, 2002.
- Xavier Labbee, respect et protection du corps humain, Lexis Naxis, france,2006.
- Yossef El Mesellawy, Essantial obstetrics, El Anglo el Masria, Egypt , 2000.

B- Thèses:

- CF. Decocq(A), Essai d une thérapie générale des droits sur la personne, these, Paris, France, 1960

C – Articles :

- Andrews (LB), «legal issues raised by human in vitro fertilization and embryo transfer in The United States » plenum press, New York, USA, 1985.

D- Lois:

- Loi n 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain.
- Loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l utilisation des éléments et produits du corps humain, à l assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

- Loi 2004-800 du 06 aout 2004 qui comprend le code de la santé français, journal officiel du 07 aout 2004.

فهرس

المحتويات

فهرس المحتويات **الصفحة**

البسملة..... **01**
إهداء..... **02**
شكر وتقدير **03**
مقدمة..... **05**
الباب الأول: الحماية المدنية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع..... **11**
الفصل الأول: حماية الحقوق الشخصية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع..... **13**
المبحث الأول: مظاهر الرعاية القانونية للجنين قبل وبعد نشوءه..... **13**
المطلب الأول: مظاهر رعاية الجنين قبل نشوءه (الفحص الطبي)..... **13**
الفرع الأول: الموقف الشرعي للفحص الطبي قبل الزواج في الفقه الإسلامي..... **14**
أولاً: الاتجاه المؤيد لإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج..... **14**
ثانيا: الاتجاه الرافض لإلزامية الفحص الطبي قبل الزواج..... **18**
ثالثا: الاتجاه الراجح حول إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج..... **20**
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للفحص الطبي قبل الزواج..... **21**
أولا: إلزامية الفحص الطبي قبل الزواج في قانون الأسرة الجزائري..... **21**
ثانيا: إلزامية الشهادة الطبية في قانون الحالة المدنية الجزائري..... **26**
المطلب الثاني: مظاهر رعاية الجنين بعد نشوءه (الشخصية القانونية)..... **30**
الفرع الأول: أهمية التمييز بين الشخصية القانونية والأهلية للجنين..... **30**
الفرع الثاني: مراحل الشخصية القانونية للجنين..... **34**
أولا: الشخصية الاحتمالية للجنين..... **35**
ثانيا: الشخصية اليقينية للجنين..... **39**
المبحث الثاني: حفظ النسب للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع..... **42**
المطلب الأول: أحوال إثبات النسب..... **43**
الفرع الأول: الضوابط العادية لنسب الجنين..... **43**
أولاً: مدة الحمل..... **45**
ثانيا: ثبوت النسب في فترة العدة..... **48**

الفرع الثاني: إثبات النسب بالطرق العلمية البيولوجية..... **54**
أولاً: تحديد الطرق العلمية لإثبات النسب..... **55**
ثانيا: حجية الطرق العلمية لإثبات النسب..... **59**
المطلب الثاني: أثر الطرق الحديثة للإنجاب على إثبات النسب..... **65**
الفرع الأول: دور التلقيح الاصطناعي في مسألة إثبات النسب..... **65**
أولا: إثبات النسب في حالة الزوجة الواحدة..... **66**
ثانيا: إثبات النسب في حالة تعدد الزوجات..... **73**
الفرع الثاني: النسب الناجم عن الأم البديلة..... **75**
الفرع الثالث: إثبات نسب الطفل المستنسخ..... **78**
أولا: نسب الطفل المستنسخ من جهة الأب..... **81**
ثانيا: نسب الطفل المستنسخ من جهة الأم..... **84**
الفصل الثاني: حماية الحقوق المالية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع..... 87
المبحث الأول: حماية الحقوق المالية غير الإرادية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع..... 87
المطلب الأول: حق الجنين في الميراث..... **88**
الفرع الأول: شروط استحقاق الحمل للميراث..... **88**
أولا: الوجود الفعلي للحمل في بطن أمه وقت وفاة المورث..... **88**
ثانيا: ولادة الحمل حياً..... **93**
الفرع الثاني: نصيب الجنين من تقسيم التركة..... **95**
أولا: موقف الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري من تقسيم التركة عند وجود الحمل..... **95**
ثانياً: حالات ميراث الحمل وكيفية تقسيم التركة..... **96**
الفرع الثالث: أثر التقنية الطبية الحديثة في ضبط ميراث الحمل..... **105**
أولا: أثر التقنية الطبية الحديثة في التحقق من شروط ميراث الحمل..... **105**
ثانيا: أثر التقنية الطبية الحديثة على قسمة التركة حال وجود الحمل..... **107**
المطلب الثاني: وجوب النفقة للجنين والمرأة الحامل..... **109**
الفرع الأول: نفقة الحامل في الحالات العادية..... **110**

أولا: نفقة الحامل المعتدة من طلاق..... 113
ثانيا: نفقة الحامل المعتدة من وفاة..... 116
الفرع الثاني: نفقة الحامل في الحالات الاستثنائية..... 117
أولا: نفقة الحامل غير المسلمة..... 118
ثانيا: نفقة الحامل من زنا..... 118
ثالثا: نفقة الحامل من اغتصاب..... 119
رابعا: نفقة الحامل من نكاح فاسد أو وطء بشبهة..... 120
المبحث الثاني: حماية الحقوق المالية الإرادية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع..... 121
المطلب الأول: التصرفات بالإرادة المنفردة للجنين..... 122
الفرع الأول: وجوب الوصية للحمل..... 122
أولا: تعريف الوصية..... 122
ثانياً: مشروعية الوصية..... 124
ثالثا: أركان الوصية..... 126
رابعاً: شروط صحة الوصية للجنين..... 133
الفرع الثاني: استحقاق الجنين للوقف..... 135
أولا: تعريف الوقف..... 136
ثانياً: أركان الوقف..... 138
ثالثا: صحة الوقف على الجنين..... 142
المطلب الثاني: التصرفات العقدية للجنين..... 144
الفرع الأول: حق الجنين في تلقي الهبة..... 145
أولا: تعريف الهبة..... 145
ثانياً: أركان الهبة..... 147
ثالثا: حكم الهبة للجنين..... 151
الفرع الثاني: حق الجنين في الشفعة..... 153
أولا: تعريف الشفعة..... 153
ثانيا: مشروعية الشفعة..... 156

ثالثاً: ثبوت الشفعة للجنين..... **161**
الباب الثاني: الحماية الجنائية للجنين في الفقه الإسلامي والتشريع..... 164
الفصل الأول: حماية حق الجنين في النمو الطبيعي في الفقه الإسلامي والتشريع.. 166
المبحث الأول: إجهاض الجنين بين التجريم والإباحة..... 166
المطلب الأول: الحكم الشرعي للإجهاض في الفقه الإسلامي..... **167**
الفرع الأول: الإطار المفاهيمي للإجهاض..... **167**
أولا: تعريف الإجهاض..... **167**
ثانيا: أنواع الإجهاض ووسائله..... **177**
الفرع الثاني: حكم الإجهاض قبل وأثناء عملية نفخ الروح..... **183**
أولا: مرحلة ما قبل نفخ الروح في الجنين..... **183**
ثانيا: مرحلة ما بعد نفخ الروح في الجنين..... **191**
المطلب الثاني: الإطار القانوني لجريمة الإجهاض..... **193**
الفرع الأول: أركان جريمة الإجهاض وصورها..... **193**
أولا: أركان جريمة الإجهاض..... **193**
ثانياً: صور جريمة الإجهاض..... **200**
الفرع الثاني: إثبات جريمة الإجهاض والعقوبة المقررة لها..... **203**
أولا: إثبات جريمة الإجهاض..... **203**
ثانيا: عقوبة الإجهاض في القانون الجزائري..... **207**
المبحث الثاني: تأثير العوامل الخارجية على النمو الطبيعي للجنين..... 209
المطلب الأول: العوامل المحظورة المؤثرة على النمو الطبيعي للجنين..... **210**
الفرع الأول: أثر المواد المخدرة والمسكرة على النمو الطبيعي للجنين..... **210**
أولا: أثر المخدرات على النمو الطبيعي للجنين..... **210**
ثانيا: أثر المسكرات على النمو الطبيعي للجنين..... **218**
الفرع الثاني: أثر التدخين على النمو الطبيعي للجنين..... **226**
أولا: مفهوم التدخين..... **226**
ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من التدخين..... **231**

ثالثا: موضوع التدخين في التشريع الوضعي..... 233
المطلب الثاني: العوامل المباحة المؤثرة على النمو الطبيعي للجنين..... 235
الفرع الأول: أثر الأدوية على النمو الطبيعي للجنين..... 236
أولا: مفهوم الأدوية..... 236
ثانيا: أثر الأدوية. 237
الفرع الثاني: إصابة المرأة الحامل ببعض الأمراض..... 241
أولا: وجود عيب في تكوين الرحم..... 241
ثانيا: تأثير مرض السكري على الجنين..... 242
ثالثا: أمراض القلب..... 243
رابعا: مرض الزهري..... 243
خامسا: تسمم الحمل..... 244
سادسا: فيروس كورونا (كوفيد 19)..... 245
الفصل الثاني: التدخل الطبي الحديث على الجنين وأثره على نطاق الحماية الجنائية بين الفقه الإسلامي والتشريع..... 248
المبحث الأول: الإخصاب الطبي المساعد بين تقييد الفقه الإسلامي وإطلاق التشريع..... 249
المطلب الأول: الضوابط الشرعية لإباحة وسائل التلقيح الاصطناعي أو تحريمها..... 250
الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي داخل الرحم (التلقيح الاصطناعي الداخلي)..... 250
أولا: الاتجاه الرافض للتلقيح الاصطناعي الداخلي..... 251
ثانياً: الاتجاه المؤيد للتلقيح الاصطناعي الداخلي..... 254
الفرع الثاني: التلقيح الاصطناعي خارج الرحم (التلقيح الاصطناعي الخارجي)..... 258
أولا: التلقيح الاصطناعي الخارجي بين الزوجين..... 259
ثانياً: إجراء التلقيح الاصطناعي بتدخل الغير..... 262
المطلب الثاني: اتساع نطاق الحماية الجنائية للأجنة في عملية التلقيح الاصطناعي. 269
الفرع الأول: شروط التلقيح الاصطناعي وما توفره من حماية جنائية..... 269
أولا: ضرورة أن يكون التلقيح الاصطناعي بين الزوجين..... 270

ثانياً: ضرورة قيام التلقيح الاصطناعي في حال قيام العلاقة الزوجية..... **272**
ثالثا: ضرورة توافر رضا الزوجين بإجراء التلقيح الاصطناعي..... **274**
رابعاً: تحديد سن معينة لإمكانية إجراء التلقيح الاصطناعي..... **277**
خامساً: شرط أن لا يكون هناك مجال لاختلاط الأنساب..... **279**
الفرع الثاني: الجرائم الناجمة عن إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي..... **280**
أولا:جريمة الإجهاض (إتلاف البويضات الملقحة)..... **280**
ثانياً: جريمة الاغتصاب..... **283**
ثالثاً: جريمة الزنا..... **285**
رابعاً: جريمة هتك العرض..... **288**
المبحث الثاني: الآثار الناجمة عن التلقيح الاصطناعي الخارجي (أطفال الأنابيب)..... 290
المطلب الأول: آلية الحمل عن طريق بنوك النطف والأجنة..... **291**
الفرع الأول: حكم التصرف في تجميد النطف الآدمية..... **292**
أولا: الاستفادة الشخصية من الأجنة المجمدة الفائضة..... **292**
ثانيا: الاستفادة من الأجنة الفائضة في التبرع أو البيع لامرأة أخرى..... **297**
ثالثا: غرس اللقيحة المجمدة في رحم المرأة بعد انقطاع الزوجية..... **299**
رابعا: ترك الأجنة المجمدة وشأنها للموت الطبيعي..... **300**
الفرع الثاني: نظرة التشريعات لمسألة مصير الأجنة في البنوك **301**
أولا: موقف التشريعات الغربية من بنوك الأجنة..... **301**
ثانيا: موقف التشريعات العربية من بنوك الأجنة..... **306**
المطلب الثاني: حماية الأجنة من الاستخدام في التجارب العلمية وزراعة الأعضاء.. **308**
الفرع الأول: مشروعية التجارب الطبية على الأجنة المجهضة في الفقه الإسلامي... **309**
أولا: الاتجاه المحرم لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة..... **310**
ثانياً: الاتجاه المبيح لإجراء التجارب على الأجنة المجهضة..... **314**
الفرع الثاني: شروط إجراء التجارب على الأجنة المجهضة وما توفره من حماية **318**

جنائية في التشريع.....
أولا: جواز التجارب العلاجية على الأجنة المجهضة..... **319**
ثانيا: الجمع بين الأغراض العلاجية والعلمية للتجارب على الأجنة المجهضة..... **321**
خاتمة..... 329
قائمة المصادر والمراجع..... 335
أولا: المصادر..... 335
ثانيا: المراجع..... 344
فهرس المحتويات..... 369
ملخص الرسالة باللغة العربية.....
ملخص الرسالة باللغة الانجليزية.....

ملخص الرسالة باللغة العربية:

يعدّ موضوع حقوق الإنسان من المواضيع التي تستأثر بالاهتمام اليوم، الكثير من الكتاب والمؤلفين والفقهاء لاسيما في مجال كرامته وحياته وما إلى ذلك من الحقوق الأخرى التي تمسّه.

فحقوق الجنين هي جزء لا يتجزأ من هذه الحقوق باعتباره بشراً مثله مثل الآخرين، فوجب صيانة حقوقه التي هي من نوع خاص تتناسب مع وضع وطبيعة حياة هذا الكائن الضعيف الموجود في عالم الأرحام.

وجاءت القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، والمؤسسات والهيئات الدولية منها والإقليمية لكي تضع صيغًا وتشريعات تريد من خلالها المحافظة على حقوق هذا الجنين ومنع الاعتداء عليها، ولكنّنا نجد أنّ شريعتنا السمحاء قد سبقت كل القوانين في إيجاد أحكام وأسس للمحافظة عليها.

ولذلك استهدفت هذه الدراسة الحماية المدنية والجنائية للجنين التي كرمها الفقه الإسلامي وكرستها التشريعات المختلفة على غرار المشرع الجزائري.

ملخص الرسالة باللغة الانجليزية:

The issue of human rights is one of the topics that receive attention today, many writers ,authors, jurists, especially in the field of his dignity and the preservation of his life and other rights that affect him.

The rights of the fetus are an integral part of these rights, as he is a human being like others, so it is necessary to protect his rights and strive to preserve them, because they are rights of a special kind that fit With the status and nature of the life of this being in the world of wombs.

Man-made laws, international conventions, and international and regional institutions and bodies came to set formulas and legislation through which you want to preserve this fetus by preserving its rights and protecting them from being subjected to violence or aggression, but we find that our tolerant Sharia preceded all laws in creating provisions and foundations to maintain.

Therefore, this study targeted the civil and criminal protection of the fetus,which was honored by Islamic jurisprudence and enshrined in various legislations, similar to the Algerian legislator.