



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي -

جامعة اقلي محند اولحاج - البويرة -

كلية الحقوق للعلوم السياسية



حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص قانون أسرة

- تحت إشراف الدكتور:

د / عيساوي فاطمة

إعداد الطالبتين:

- صغير زينب
- حديوش كريمة

السنة الجامعية: 2024/2023

قال الله تعالى:

"يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا

وقبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عند الله أتقاكم إن الله على خير"

سورة الحجرات - الآية 13

إهداء

إلى من أوصى بهما الله تعالى إحساناً، نبع الحنان ومصدر الأمان
والذي الكريمين حفظهما الله ورعاهما وأطال عمريهما.

إلى من تقاسموا معي الحنان، وكانوا لي نعم السند والعون إخوتي
وأخواتي.

إلى من تحملني وحملني على أكف الراحة، شريك عمري ورفيق
دربي توفيق أدامه الله ذخرا لي.

إلى أساتذتي الأعزاء الذين أناروا طريقي بالعلم، إلى كافة الأهل
والأحباب، إلى أصدقائي وزملائي، وكل من ساهم من قريب أو
بعيد لرفع معنوياتي.

أهدي لكم هذا العمل.

زينب

إهداء

إلى أعز إنسان على قلبي أبي رحمه الله وطيب ثراه.

إلى أُمي الغالية التي طالما كانت سندا لي أطال الله عمرها.

إلى شريكي في درب الحياة، إلى معنى الحب والعطاء، إلى أكبر داعم لي

في هذا المشوار إلى زوجي العزيز رابع.

إلى من بوجودها استمد قوتي وشجاعتي، إلى روحي وحياتي، إلى ريحانة قلبي

وسر سعادتي ابنتي الغالية ریحان

إلى كل من منحوني البهجة والسرور، وبمحببتهم ومودتهم تزهروا أيامي إخوتي

وأخواتي الأعزاء.

إلى كل الصديقات في العمل.

إلى كل من شجعني من قريب أو بعيد.

أهدي لكم هذا العمل.

كريمة

شكر وعرفان

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

لا يشكر الناس لا يشكر الله" رواه الترمذي وأبو داود و أحمد

نحمد الله حمدا كثيرا أن وفقنا لإنجاز هذا البحث . فله الحمد في الأولى

و الآخرة ، و نسأله تعالى أن يبارك لنا في طريق العلم و المعرفة .

نتوجه بعظيم الشكر للأستاذة الوقورة المتواضعة الدكتورة عيساوي فاطمة

لإشرافها على بحثنا ، و إرشادها لنا ، و صبرها علينا لإتمامه.

كما نتوجه بالشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على

تحملهم عناء تصفح بحثنا .

الشكر موصول لكافة موظفي كلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة البويرة

– أساتذة و موظفين – لدعمهم لنا و مدهم يد العون ، و لكل من ساهم من

بعيد أو قريب في إتمام هذا العمل.

مَدِينَةُ

شرع الله الزواج، وجعله سنة من سنن الحياة. فهو وسيلة استبقاء النوع الإنساني وحفظه، و به تسمو وترقى العلاقة الإنسانية عن الحيوانية.

وقد جعل الله عز وجل ثمرة هذا الزواج الولد، الذي أوصى الرسول صلى الله عليه وسلم من أجله بزواج الودود الولود، فهو المنحة الكريمة، والهبة العظيمة، وهو من قال فيه المولى عز وجل في الآية 46 من سورة الكهف: " المال والبنون زينة الحياة الدنيا، والباقيات الصالحات خير عند ربك ثوابا وخير أملا."

لقد أولت جميع التشريعات و الأنظمة الوضعية عناية فائقة بهذا الولد ،و على رأسها الإسلام، فلم و لن يوجد قانون أشمل منه .فأقر لهذا الولد حقوقا تثبت له بمجرد انعقاده نطفة و علوقه في رحم أمه، إلى حين انفصاله عنها و صيرورته فردا .فافترضت له حياة تقديرية يتمتع فيها بمجموعة من الحقوق تثبت له يقينا بتمام ولادته حيا .فبدءا من الحق في الحياة ،الذي يعتبر أهم و أقدس حق للجنين باعتباره الحق الذي تتمحور عليه بقية الحقوق إلى الحق في النسب و الميراث و الوصيةالخ هكذا حمت الشريعة الإسلامية الجنين ،و ضمنت حقوقه، تجسيدا لمقصد حفظ النفس البشرية.

وقد حذا المشرع الجزائري حذو الشريعة الإسلامية من خلال القانون رقم 11/84 المؤرخ في 10 رمضان 1404 الموافق لـ: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. فاعترف للجنين بالحق في النسب والميراث والوصية وغيرها من الحقوق، لكنه لم يتطرق لحقه في الحياة، وهذا لا يعد تقصيرا من المشرع الجزائري بالنظر إلى أنه اعتبر الإجهاض جريمة، ونظم أحكامها في الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ: 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، في الكتاب الثالث - الجنايات و الجنح و عقوبتها ، الباب الثاني - الجنايات و الجنح ضد الأشخاص -، الفصل الثاني - الجنايات و الجنح ضد الأسرة - القسم الأول - الاجهاض - المواد من 304 إلى 313 منه.

ونظرا للتطورات العلمية، وظهر تقنية التلقيح الاصطناعي كوسيلة مساعدة على الإنجاب، فإن فقهاء الشريعة المعاصرين وكذا ق أ ج قد أجازوا اللجوء إلى هذه التقنية، وأحاطوها بمجموعة من الضوابط، وكفلوا للجنين الناتج عنها نفس الحقوق المكفولة للجنين الناتج عن الحمل الطبيعي.

بما أن موضوع حقوق الجنين يعد موضوعا هاما يستوجب الدراسة والتمحيص، فإننا نرى أن لهذا البحث أهمية كبيرة، يمكن تلخيصها في النقاط التالية:

- تبيان حقوق الإنسان منذ تخلقه جنينا، وكيفية ثبوتها شرعا وقانونا.
- تبيان الضوابط والأحكام التي تستند عليها هذه الحقوق من الناحيتين الشرعية والقانونية

- إظهار الجانب القانوني، وتبيان أسبقية الشريعة الإسلامية في تنظيمها وحفظها لهذه الحقوق، مما يؤكد أن الدين الإسلامي صالح لكل زمان ومكان.
- عرض لبعض المستجدات الطبية، وتأثيرها على حقوق الجنين.
- إن اختيارنا لهذا الموضوع يعود إلى جملة من الأسباب نذكر أهمها:
- الفراغ القانوني الكبير فيما يخص فترة الحمل وحقوق الجنين وحمايتها.
- وجود بعض الاختلافات في أحكام الجنين بين الفقه الإسلامي و ق.أ.ج.
- ظهور طرق إنجاب حديثة، والإشكالات التي أثارته بخصوص بعض حقوق الجنين.

ولعل السبب الرئيس الذي دفعنا للبحث في هذا الموضوع كون الجنين مخلوق ضعيف لا قدرة له على حماية نفسه والدفاع عن حقوقه، وهذا السبب يعد نوعا من التعاطف مع شخص الجنين.

أما بالنسبة للأهداف التي نسعى للوصول إليها من خلال بحثنا هذا فيمكن حصرها فيما يلي:

يلي:

– تحديد الحقوق الشرعية والقانونية للجنين في جانبها المالي والمعنوي للحد من التجاوزات الحاصلة عليها.

– الإشارة إلى الفراغ القانوني الكبير الذي يعاني منه ق.أ.ج تجاه حقوق الجنين، ومناشدة المشرع الجزائري لسد هذا الفراغ وإيلاء اهتمام بشخص الجنين.

إن دراستنا لهذا الموضوع عبارة عن دراسة تحليلية تقوم على تحليل النصوص الشرعية من القرآن والسنة، وكذا النصوص القانونية وفقا ل: ق.أ.ج وهي دراسة وصفية أيضا اتسمت بوصف الجنين وأحكامه فقها وقانونا. كما اعتمدنا على المنهج المقارن قصد تحديد أوجه الاتفاق والاختلاف بين أحكام الجنين في ق.أ.ج والفقه الإسلامي.

○ إن الدراسات التي تناولت حقوق الجنين عديدة جاءت على شكل كتب ورسائل

علمية ومقالات، وقد تباينت بين مستوف لكل جزئياته ومتناول للبعض منها.

من هذه الدراسات نذكر:

– عمر بن محمد إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، ط 1، دار الأندلس الخضراء، 2001.

– سحارة السعيد، أحكام الإخصاب الاصطناعي، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، 2019-2020.

– عيسى امعيزة، الحمل وارثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر الجزائر 2005، -2006.

– عيدة موساوي، حقوق الجنين في الشريعة والقانون، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة الجزائر، 2017.

– فاطمة عيساوي، الحماية القانونية لنسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، دفا تر السياسة والقانون، المجلد 13، ع 2، 2021.

من خلال معالجتنا لموضوع حقوق الجنين تبادرت إلى أذهاننا مجموعة من التساؤلات في إطار إثراء البحث والإلمام بجميع جوانبه، فقمنا بصياغتها على الشكل التالي:

إلى أي مدى يتوافق التشريع الجزائري مع الشريعة الإسلامية في تكريس حقوق الجنين؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة نذكر منها على سبيل المثال:

- متى وكيف تثبت للجنين حقوقه، وما هي أحكامها؟
- هل وفق ق.أ.ج في حفظ حقوق الجنين وحمايتها؟

للإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول إلى حق الجنين في النسب، وميزنا في هذا الصدد بين نسب الجنين الناتج عن الحمل الطبيعي في المبحث الأول، ونسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي في المبحث الثاني. أما الفصل الثاني تناولنا فيه الحقوق المالية للجنين، فتعرضنا لحق الجنين في الميراث في المبحث الأول، والحقوق المالية على وجه التبرع في المبحث الثاني.

تعتبر رابطة النسب إحدى أهم نعم الله على عباده، ودليلا من دلائل قدرته عز وجل مصداقا لقوله تعالى في الآية 54 من سورة الفرقان: " وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا".

ونظرا لأهمية الموضوع، ومنعا لاختلاط الأنساب، فإن موضوع النسب مرتبط بالزواج سواء كان زواجا صحيحا أو نكاحا فاسدا، والمعروف أن نسب الجنين من أمه في كل الحالات، لكن نسب الأب قد يثار بشأنه نزاع يستدعي اللجوء إلى طرق تكشف لنا نسب الجنين الحقيقي منها الإقرار والبينة، فهي وسائل من شأنها إظهار نسب جنين مجهول، فيكشف عنه بهذه الطرق، ويثبت نسبه. وأمام التطورات العلمية الحديثة، وظهر تقنيات مساعدة على الإنجاب حال استحالة الإنجاب طبيعيا منها التلقيح الاصطناعي، فإن مسألة إثبات النسب أصبح يشوبها الكثير من التساؤلات. كل هذه النقاط سنتناولها بالدراسة في هذا الفصل من خلال نسب الجنين الناتج عن الحمل الطبيعي في المبحث الأول، ونسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي في المبحث الثاني.

المبحث الأول

نسب الجنين الناتج عن الحمل الطبيعي

قررت الشريعة الإسلامية و.ق.أ.ج للجنين حقا في النسب، فشرع الزواج وجعل الطريق الوحيد للذرية والأبناء، وحفظا لسلامة ثبوت النسب وضعت مجموعة من الضوابط وجب الالتزام بها، فحرمت الزنا، وأحيط عقد الزواج بجملة من الشروط حتى يثبت نسب الجنين بشكل قطعي لا يدع مجالاً للشك. لكن قد يحدث أن ينفي الزوج نسب الجنين إليه، كما يمكن أن يكون الولد مجهول النسب. فكيف يثبت نسب هؤلاء؟

في هذا المبحث سنتعرض لماهية الجنين في المطلب الأول، ثم سنتعرض لطرق

إثبات نسب الجنين الناتج عن الحمل الطبيعي في المطلب الثاني،

المطلب الأول

ماهية الجنين

يعتبر الجنين من أهم المواضيع التي اهتم بها فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون، وأهل الاختصاص من سلك الطب، إذ أن تطور الحياة العلمية أدى إلى تطور المفاهيم. في هذا المطلب سنتعرض لتعريف الجنين في الفرع الأول، ثم إلى شخصيته القانونية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الجنين

إن أول ما يتبادر إلى أذهاننا عند تلفظ مصطلح جنين هو ذلك الكائن المستقر في الرحم، غير أنه بالرجوع إلى التعاريف التي جاءت بها معاجم اللغة، فإننا نجد أنها تختلف عن التعاريف التي وضعها فقهاء الاصطلاح. من خلال هذا الفرع سنحاول عرض بعض التعريفات التي أعطيت للجنين.

أولاً: تعريف الجنين لغة

من جن الشيء الذي يجنه جنا أي ستره، وكل ما ستر عنك فقط جن عنك، وفي الحديث جن عليه الليل أي ستره. وبه سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه.¹

وجمع جنين هو أجنن وأجنة، لقوله تعالى في الآية 32 من سورة النجم: "وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم".

ثانياً: تعريف الجنين اصطلاحاً:

اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون بوضع تعريفات للجنين لكنها اختلفت باختلاف مذاهبهم وتوجهاتهم. وفيما يلي عرض لبعض أقوالهم:

يرى المالكية أن لفظ الجنين يشمل كلما تحمله المرأة في رحمها من العلقة أو الدم المجتمع، ويعرفون هذا الدم أنه مجتمع ليتكون منه مخلوق.²

يرى الشافعية أن الجنين هو ما عرفه القوابل بأنه مبدأ خلق آدمي وإن كان مضغة أو علقة، سواء تصور فيه صورة آدمي أو لم يتصور.³

ويرى الأحناف أن لفظ الجنين يطلق على الحمل إذا استبان شيء من خلقه مما يعرف به الإنسان كالشعر والظفر.

¹ ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، د. ط، ج 13، دار صادر، بيروت لبنان، د.س. ن، ص 92.

² سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري و الفقه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس الجزائر، 2005، ص 9، نقلاً عن ابن نجيم، البحر الرائق، ج 1، ص 229 . 230

³ مرابطي سميرة، الحماية الشرعية والقانونية للجنين، مذكرة لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند اولحاج_ البويرة، 2016/2015، ص9.

أما الحنابلة فيرون أن الجنين يكون مع بداية تكون صورة الأدمي فيه، أما قبل ذلك فلا يعلم يقينا أنه جنين. واستثنى بعضهم ذلك فاعتبر أن بداية الجنين وتصوره منذ كونه علقه.¹

بالرجوع إلى ق.أ.ج نجد أنه لم يعط للجنين تعريفا، وفي المقابل أقر له حقوقا كالحق في الميراث الذي نصت عليه المادة 128 من²، حيث اشترطت لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع له، والحق في الوصية الذي نصت عليه المادة 187 حيث أجازت الوصية للحمل بشرط ولادته حيا. والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد عبر عن الجنين بالحمل والمعروف أن الحمل يبدأ بمجرد تخصيب البويضة وعليه يعتبر جنينا البويضة بمجرد تلقحها.

كما أن المادة 25 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني³. ج.ر.ج.ج ، السنة 12، ع.78 بتاريخ :

24 رمضان 1395هـ الموافق ل: 30 سبتمبر 1975 م. نجد أنها نصت على أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، ثم أوردت استثناء على ذلك، واعترفت بتمتع الجنين بالحقوق المحددة قانونا أي الحقوق التي ورد بشأنها نص قانوني شرط ولادته حيا، والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري هنا استعمل مصطلح الجنين، ولكنه لم يحدد أي مرحلة من مراحل تطوره التي يجب أن يكون عليها ليعتبر جنينا، ولم يفرق في هذا الصدد بين الجنين قبل وبعد نفخ الروح فيه، أما في ق.ع.ج حينما نص على جريمة الاجهاض فإنه استعمل مصطلح المرأة

¹سواء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الاصطناعي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 75.

² القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق ل: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل: 27 فبراير 2005 ج.ر.ج.ج السنة 42 ع 15 بتاريخ 18 محرم 1426هـ الموافق ل: 27 فبراير 2005.

³ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ج.ر.ج.ج السنة 12، ع 78، بتاريخ 24 رمضان 1395هـ الموافق ل: 30 سبتمبر 1975.

الحامل من دون أن يبين مرحلة الحمل التي تكون عليها لذا نرى أن المشرع الجزائري يعتبر الجنين البويضة بمجرد تلقيحها بالحيوان المنوي.

الفرع الثاني: الشخصية القانونية للجنين

إن التحدث عن حقوق الجنين يقودنا بالضرورة إلى الحديث عن شخصيته القانونية، ومدى صلاحيته لاكتساب الحقوق. في هذا الفرع سنتطرق إلى تعريف الشخصية القانونية، ثم نتعرض للشخصية الاحتمالية للجنين وشخصيته اليقينية.

أولاً: تعريف الشخصية القانونية

الشخصية القانونية في نظر فقهاء القانون هي القدرة على تحمل الالتزامات والتمتع بالحقوق وممارستها، وهي لا تثبت إلا للإنسان وتتطابق مع مفهوم أهلية الوجوب.

أما الفقهاء المسلمين فقد عبروا عن الشخصية القانونية بالذمة، وحسب السنهوري فالذمة المالية هي وصف شرعي يفترض الشارع وجودها في الإنسان، وبصير بها أهلاً للإلزام والالتزام أي صالحاً لأن تكون له حقوق وعليه واجبات.¹

وحسب الفقهاء فإن الصلاحية الناتجة عن ثبوت الذمة هي أهلية الوجوب، فالإنسان يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق، لكن ليس عليه الأداء إلا عند القدرة، كالصغير مثلاً لا يطالب بأداء حتى يرشد.²

وعليه لا خلاف بين فقهاء القانون، وفقهاء الشريعة في أخذهم لأهلية الوجوب كأساس للشخصية القانونية.

¹ مرابطي سميرة، نفس المرجع السابق، ص 24.

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

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يعرف الشخصية القانونية ولكن بالرجوع إلى المادة 25 ق.م.ج التي تنص على أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، و تنتهي بحياته . على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا. وعليه نجد أن ق.م.ج اعترف بالشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حيا، ونص على نهايتها بانتهاء حياته. واعترفت في الفقرة الثانية منها بثبوت تمتع الجنين بالحقوق المحددة قانونا، شرط ولادته حيا. وهو اعتراف ضمني بثبوت الشخصية القانونية للجنين لكنها تبقى احتمالية لكون أنه من المحتمل أن يولد حيا فتتأكد بذلك شخصيته، كما من المحتمل أن يولد ميتا فتزول شخصيته بأثر رجعي.

ثانيا: الشخصية الاحتمالية للجنين

كما ذكرنا سابقا وبالرجوع إلى المادة 25 ق.م.ج¹ فإن الشخصية القانونية للإنسان، تبدأ من تمام ولادته حيا، وأوردت نفس المادة استثناء في فقرتها الثانية متعلق بالجنين حيث نصت على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون شرط ولادته حيا. بمعنى أن الجنين لا يتمتع إلا بالحقوق التي ورد بشأنها نص قانوني يمنحها إياه، وقد تكفل قانون الأسرة الجزائري بذكر جملة من هذه الحقوق كالحق في الميراث المنصوص عليه في المادة 128 ق.أ.ج، الحق في الوصية بنص المادة 187 ق.أ.ج²، الحق في الهبة المنصوص عليه في المادة 209 ق.أ.ج. وغيرها من الحقوق التي سنقوم بدراستها في بحثنا هذا. وعليه فإن الشخصية القانونية للجنين تثبت من وقت الحمل، لكنها شخصية احتمالية معرضة للزوال تتماشى مع

¹ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ج.ر.ج. ج السنة 12، ع 78، بتاريخ 24 رمضان 1395هـ الموافق لـ: 30 سبتمبر 1975

² القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005 ج.ر.ج. ج السنة 42 ع 15 بتاريخ 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005.

استناره، وعدم اكتماله واحتمالية عدم ظهوره. وثبوت هذه الشخصية وتأكيدا متوقف على شرط ولادته حيا. ولعل هدف المشرع من هذا الاستثناء هو حماية الجنين وضمان حقوقه. باعتباره مخلوق ضعيف غير قادر على حماية نفسه وحقوقه.

ثالثا: الشخصية اليقينية للجنين

لكي تثبت الشخصية القانونية للجنين بشكل قطعي، وتصبح يقينية لابد من توافر شرطين نصت عليهما المادة 25 ق.م¹ السالفة الذكر وهما:

1- تمام الولادة: ويقصد به خروج الجنين من رحم أمه وانفصاله عنها، ويتحقق ذلك بقطع الحبل السري الذي يربطهما. فإن خرج بعض أعضاء المولود وتوفي قبل خروج بقية الأعضاء فإننا لا نكون أمام ولادة تامة كأن يخرج الرأس ويبقى بقية الجسد عالقا ثم حدثت الوفاة، فلا تثبت الشخصية القانونية للجنين وتزول بأثر رجعي. وهذا ما يتفق مع ما ذهب إليه المذاهب الفقهية الثلاثة: "المذهب المالكي، المذهب الشافعي، المذهب الحنبلي. الذين يشترطون خروج المولود، وانفصاله عن أمه انفصالا تاما حتى يرث."²

ونرى أن المشرع الجزائري قد أصاب في هذه النقطة، فهو بذلك وضع حدا للنزاعات التي من الممكن أن تثور حول هذه المسألة.

2- تحقق الحياة: شرط الولادة وحده غير كاف لتأكيد الشخصية القانونية للجنين فقد اشترط المشرع الجزائري شرطا آخر وهو تحقق الحياة بعد تمام الولادة. إذ لابد من ولادة الجنين حيا حتى ولو مات بعد لحظات قليلة، ودليل الولادة حيا يثبت بظهور أعراض الحياة كالبكاء،

¹ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ج.ر.ج.ج

السنة 12، ع 78، بتاريخ 24 رمضان 1395هـ الموافق لـ: 30 سبتمبر 1975.

² مرابطي سميرة، نفس المرجع السابق، ص33.

الشهيق والحركة. وإذا لم يتحقق شرط الحياة، وولد الجنين ميتا زالت شخصيته بأثر رجعي وكأنها لم تكن أصلا.

المطلب الثاني

طرق إثبات نسب جنين الحمل الطبيعي

يطلق النسب على صلة القرابة، والمعلوم أن نسب الجنين إلى أمه ثابت بالولادة وتستوي في ذلك الولادة الشرعية وغير الشرعية. لكن نسب الأب قد يثار بشأنه نزاع يستدعي اللجوء إلى طرق إثباته. في هذا المطلب سنتعرض لإثبات النسب بالزواج في الفرع الأول، وإلى إثباته بالإقرار والبيينة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إثبات النسب بالزواج

ينشأ النسب عن طريق الزواج الذي هو أساس تكوين الأسرة، فبه يتحقق الاتصال بين الزوجين، وتكون ثمرة هذا الاتصال الجنين الذي يتطور وينمو ليخرج إلى الحياة ولدا. غير أن صيغ هذا الزواج المنشئ للنسب متعددة نذكرها فيما يلي:

أولا: الزواج الصحيح

لم يعرف المشرع الجزائري الزواج الصحيح، لكن بالرجوع الى المواد المدرجة في القسم الثاني من الفصل الأول تحت عنوان الزواج نقول أنه يعتبر الزواج صحيحا متى استوفى جميع أركانه، و شروطه المنصوص عليها في المادتين 9،9 مكرر ق.أ. ج، إضافة إلى الشكلية المنصوص عليها في المواد 18، 19، 21، 22 ق.أ.ج بأن يتم عقد الزواج أمام الموثق أو موظف مؤهل قانونا، و يثبت بمستخرج من الحالة المدنية.

بالنسبة للأركان فقد اكتفى المشرع الجزائري بركن واحد فقط وهو الرضا، أما الشروط فقد حصرها في المادة 9 مكرر وهي: أهلية الزواج، الصداق، الولي، الشاهدان، وخلو الزوجين من الموانع الشرعية للزواج المنصوص عليها في المواد (من 23 الى 30) ق.أ.ج. وهذا ما استقرت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1984/10/8 ملف رقم 34137 بقولها: "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوفر على الأركان المقررة شرعا يكون باطلا، ومن ثمة فلا تعتبر العلاقة الغير شرعية بين الرجل والمرأة زواجا. ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية."¹

ومن هذا المنطلق فإن الزواج مادام قائما فإن النسب ثابت، أما إذا وقعت الفرقة بين الزوجين لطلاق أو وفاة، فالنسب يثبت بالنظر إلى المدة التي وضعت فيها الأم طفلها.

أقر المشرع الجزائري نسب الجنين لأبيه بالزواج الصحيح في المادة 40 ق.أ.ج التي نصت على أن النسب يثبت بالزواج الصحيح. ولكن المادة 41 ق.أ.ج قيدت هذا الزواج بشروط هي:

أ - قيام الرابطة الزوجية بين الرجل والمرأة على أساس عقد زواج شرعي: وعلى هذا الأساس فإن القانون لا يسمح بإلحاق نسب جنين ناتج عن علاقة غير شرعية بأبيه. وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها: "من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد..."²

¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34137 قرار بتاريخ 1984/10/8، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.4، 1989، ص.79.

² المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34046 قرار بتاريخ 1984/11/19 المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.1، 1990.

_ والمقصود بالزواج الشرعي العقد الصحيح الذي يعتبر السبب المباشر والشرعي الذي يثبت به نسب الجنين للزوج.

ب _ إمكانية الاتصال بين الزوجين: بالإضافة إلى صحة الزواج، لا بد من إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش، وللعاهر الحجر." بمعنى أن الزوج هو صاحب الفراش، فهو وحده من يحق له الاستمتاع بزوجته، وإقامة علاقة جنسية معها، فإذا حملت الزوجة نسب جنينها لزوجها، وقد تبنى هذا الموقف كل من فقهاء المذهب المالكي والحنبلي والشافعي، حيث اعتبروا أن الفراش في الزوجية يثبت بالعقد شرط أن يدخل بزوجته.¹

وهو ما أخذ به الإمام ابن تيمية والإمام ابن القيم، أما فقهاء المذهب الحنفي فقد اكتفوا بالعقد كونه يجعل المرأة فراشا وبالتالي إمكانية الاتصال بين الزوجين غالبية.

بالرجوع إلى المادة 41 ق أ² يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد حذا حذو الشريعة الإسلامية والمنطق في اشتراطه لإمكانية الاتصال بين الزوجين لإثبات نسب الجنين. إذ يستحيل تخلق الجنين أصلاً دون اتصال بين الزوجين فكيف لنا أن نتكلم عن نسبه.

ج_ عدم نفي الولد بالطرق المشروعة: نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 41 ق. أ، ولكنه لم يحدد هذه الطرق التي ينتفي بها النسب. و بالرجوع إلى المادة 222 ق. أ. ج التي تحيلنا لأحكام الشريعة الإسلامية، يتبين لنا أن الطريق الشرعي لنفي النسب هو اللعان، و هو اتهام الزوج لزوجته بالزنا ونفي نسب ولدها إليه و لو لم يكن له بينة على دعواه،

¹ أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والارحام البديلة، د. ط، دار الكتب القانونية مصر، 2003، ص39.

² القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005 ج.ر.ج.ج السنة 42 ع 15 بتاريخ 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005.

و يتم إجراء الملائنة في الشرع بين الزوجين بشهادات مقرونة باللعن القائم مقام حد القذف بالنسبة للزوج، و بالغضب القائم حد الزنا بالنسبة للزوجة.¹ و عالجت الشريعة الإسلامية اللعان في الآيات 6،7،8،9 من سورة النور إذ قال الله تعالى: " و الذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين * والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين * ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين * و الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين * " و عليه يتم اللعان بألفاظ مخصوصة يتلفظ بها الزوجان تتعلق بأمر الزنا، ونفي الولد.

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المدة التي يمكن فيها للزوج أن يلعن زوجته لنفي الولد. حيث يقول بن رشد" واختلفوا في هذا الباب من فرع، وهو وقت نفي الحمل فقال الجمهور ينفيه وهو حمل، و شرط مالك أنه متى لم ينفه وهو حمل لم يجز له أن ينفيه بعد الولادة بلعان... " في حين نجد أن المذهب الحنفي لا يجيز نفي الحمل إلا بعد الولادة وهذا خلال مدة معينة، وهي سبعة أيام بعد الولادة.²

بالنسبة للمشرع الجزائري لم ينص صراحة على اللعان كما أشرنا إليه سابقا، ولم يحدد المدة التي يتم فيها اللعان. لكن بالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا نجد أن القضاء الجزائري حدد مدة اللعان ب: 8 أيام تحسب من يوم العلم بالحمل. حيث جاء في أحد قراراتها: " من المستقر عليه قضاء أنه يمكن نفي النسب عن طريق اللعان في أجل محدد لا يتجاوز ثمانية أيام من يوم العلم بالحمل....."³

¹ عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها وقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ص116.

² أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي، المغني لابن قدامة، الجزء 8، د. ط، مكتبة القاهرة، مصر 1968، ص 76.

³ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 172379 المؤرخ في 28/10/1997، نشرة القضاء، ع 54، 1999، ص 103.

وجاء في قرار آخر: "..... فإنه بعدم إنكاره النسب يوم سمع به الوالد حيناً، أو ولادته في المهلة القريبة التي يقررها الشرع لإجراء قواعد اللعان، سقط حقه في إنكار النسب....»، ففي هذا القرار يتبين أنه يمكن للزوج إجراء اللعان وقت علمه بالحمل، كما يمكنه إرجاء ذلك إلى ما بعد الولادة. وعليه يتبين أن المدة التي يجب أن ترفع فيها دعوى اللعان محل خلاف بين القضاة أيضاً.

د- مدة الحمل التي يثبت بها النسب:

مدة الحمل لها تأثير مباشر على ثبوت النسب أو نفيه، وبالنظر إليها يثبت نسب الولد أو ينفي، ونميز في هذا الصدد بين أقل مدة الحمل وأقصى مدة الحمل

1- أقل مدة الحمل:

نص عليها المشرع الجزائري في المادة 42 ق. أ ج¹ وحددها بـ: ستة أشهر وعلى هذا الأساس ينسب الولد للزوج إذا تمت ولادته بعد ستة أشهر من وقت الزواج وإمكانية الاتصال.

فالمشرع الجزائري أخذ بما جاءت به الشريعة الإسلامية إذ اتفق الأئمة الأربعة وغيرهم من الفقهاء على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر، مستنديين في ذلك إلى قول الله تعالى في الآية 15 من سورة الأحقاف: " ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه كرها ووضعته كرها، وحمله وفصاله ثلاثون شهرا." وقوله في الآية 14 من سورة لقمان: " ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن. وفصاله في عامين." فالآية الأولى بينت أن مدتي الحمل والفصال

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005 ج.ر.ج. السنة 42 ع 15 بتاريخ 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005.

مجتمعتين ثلاثون شهرا، وبينت الآية الثانية أن مدة الفصال عامين -24 شهرا- بعملية بسيطة يتبين لنا أن أقل مدة الحمل مقدرة بـ: 6 أشهر، وهو ما وصل إليه الطب الحديث، فما أعظم الإعجاز الوارد في القرآن الكريم

2- أقصى مدة الحمل:

لم يرد سند شرعي سواء في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة بهذا الشأن، واختلف الفقهاء في تحديدها اختلافا كبيرا، وفيما يلي عرض لأقوالهم. يرى الحنفية أن أقصى مدة الحمل سنتين، ويرى الشافعية والمالكية أنها أربع سنوات وهناك ما يزيد على ذلك. أما الظاهرية فقدها بتسعة أشهر مستنديين في ذلك لما روي من قول عمر رضي الله عنه. "انما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها."¹

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حددها في المادة 42. ق. أ. ج. 2ب عشرة أشهر.

ثانيا: الزواج الباطل والزواج الفاسد

لم تعرف المادة 40 ق.أ. ج الزواج الباطل والزواج الفاسد، لكنها اعترفت بنسب الجنين للزوج في كل زواج تم فسخه بعد الدخول، وأحالتها فيما بعد إلى المواد 32، 34، 33 ق.أ.ج.

¹وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، ج 28. ط2 دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 1418، ص 95.

² القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404 هـ الموافق لـ: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005 ج.ر.ج. ج. ج. السنة 42 ع 15 بتاريخ 18 محرم 1426 هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005.

بالرجوع إلى هذه المواد نجد أنها أدرجت في الفصل الثالث تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل

أ- الزواج الباطل:

لم يعرف المشرع الجزائري الزواج الباطل، ولكن عملاً بالمادتين 32، 33، ق.أ.ج¹ يعتبر زواجا باطلا كل زواج اشتمل على مانع أو شرط يناهض مقتضيات العقد، وهو أيضا كل عقد زواج اختل فيه ركن الرضا، وهو زواج لا يعترف به سواء قبل الدخول أو بعده، ولا تترتب عليه أي آثار قانونية، ويرى جمهور العلماء أنه كل عقد فقد ركنا من أركانه أو شرطا من شروط انعقاده.²

ويضاف إلى الزواج الباطل الزواج بإحدى المحرمات المنصوص عليه في المادة 34 ق.أ.ج، حيث يفسخ هذا الزواج قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء. وكان الأجدر بالمشرع الجزائري استعمال لفظ يبطل بدلا من يفسخ،

ب - الزواج الفاسد:

الزواج الفاسد عند الحنفية هو ما استوفى أركانه وشروط انعقاده وتختلف فيه شرط من شروط الصحة، ولا فرق عند الجمهور بين الزواج الفاسد والباطل.³

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يتطرق لتعريف الزواج الفاسد، لكن بالرجوع إلى المادتين 9، 33 ق.أ.ج. يتضح لنا أنه كل زواج تم برضا الزوجين، لكنه فقد أحد الشروط المذكورة في المادة 33 ق.أ.ج وهي الشاهدان، الصداق، الولي في حالة وجوبه، يفسخ هذا

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005 ج.ر.ج.ج السنة 42 ع 15 بتاريخ 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005.

² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 95.

³ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 95.

الزواج قبل الدخول، وأجاز المشرع تصحيحه بعد الدخول بمهر المثل طبقاً للمادة 2/33 ق. أ. ج، وعليه نرى أن الزواج الفاسد غير معني بنص المادة 40 ق. أ. ج مادام أنه لا يفسخ بعد الدخول، والأرجح أن المادة 40 تشير إلى الزواج الباطل باعتباره لا يقر سواء قبل الدخول أو بعده. ورغم هذا فإن المشرع الجزائري جعله كالزواج الصحيح من حيث إثبات نسب الجنين، محافظة منه على النسب وعدم إضاعة الولد. وطبعاً لا يثبت النسب في هذه الحالة إلا بتحقق الدخول الفعلي بالمرأة وإمكانية حملها من هذا الزوج.

ثالثاً: نكاح الشبهة

المقصود بالشبهة الأمر الذي يشبه الثابت وليس بثابت¹، والوطء بشبهة هو اتصال جنسي بين رجل وامرأة من غير أن يجمع بينهما عقد زواج صحيح أو باطل أو فاسد، فهذا الوطء يحدث بسبب خطأ يقع فيه الشخص كأن يظن رجل امرأة يجدها على فراشه ظناً منه أنها زوجته.

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على إثبات نسب الجنين في وطء الشبهة للوطء، ذلك أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة ينفي الزنا. وفي هذا الصدد يقول الإمام أبو زهرة أن الزنا لا يثبت نسباً. لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر." ولأن ثبوت النسب نعمة والجريمة لا تثبت النعمة، بل يستحق صاحبها النعمة. والزنا الذي لا يثبت نسباً هو الفعل الخالي من أية شبهة تسقط للحد، فإذا كان ثمة شبهة تمحو وصف الجريمة أو تسقط الحد، فإن النسب على الراجح في الحالة الثانية، وبالإجماع في الأولى.²

¹ غربي ذهبية شهيناز، أحكام النسب في قانون الأسرة الجزائري والفقهاء الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، 2015-2016، ص 25.

² محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة مصر، 1950، ص 389.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وبالرجوع إلى المادة 40 ق. أ. ج فإنه أقر بثبوت نسب الجنين في الوطاء بالشبهة إلى الواطئ، واستعمل مصطلح النكاح بدل الوطاء، وهذا خطأ فالنكاح يشمل عقد الزواج والوطاء، أما الوطاء فيقتصر على الاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة، والوطاء بشبهة لا يقوم على عقد. وحتى إن كانت الشبهة تقع على العقد فإن المشرع الجزائري قد عبر عنه بالنكاح الفاسد والباطل. وعليه لا بد من تعديل المادة 40 ق. أ. ج، وتغيير مصطلح نكاح الشبهة بالوطاء بشبهة.

الفرع الثاني: إثبات النسب بالإقرار والبيينة

إن نسب الولد من أمه ثابت، لكن نسب الأب قد يثار بشأنه نزاع يستدعي اللجوء إلى طرق تكشف لنا نسب الجنين الحقيقي، ومن بينها الإقرار والبيينة التي اعتمدها الشريعة الإسلامية وكذا ق. أ. ج حرصا منهما على حماية فئة مجهولي النسب ومنع اختلاط الأنساب. سنتعرض في هذا الفرع إلى الإقرار أولا ثم إلى البيينة ثانيا.

أولا: الإقرار

قبل التطرق إلى حجية الإقرار في إثبات النسب سنتعرف أولا على المقصود به.

أ- تعريف الإقرار

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فقيل انه اخبار عن ثبوت حق للغير على نفس المقر، وقيل انه إخبار من الشخص بحق عليه للغير، كما انه يقال إنه اعتراف بحق مالي أو غيره من الحقوق.¹

وقد ذكر الإقرار في عدة مواضع من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، منها قوله تعالى في الآية 81 من سورة آل عمران "قال أ أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا،

¹ أحمد نصر الجندي، شرح قانون الاسرة، د. ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص86.

قال فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين." وقوله تعالى في الآية 135 من سورة النساء: "يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله، ولو على أنفسكم".

وما ثبت في السنة النبوية من إقامة حد الرجم على الغامدية بعد إقرارها بارتكاب فاحشة الزنا أمام الرسول صلى الله عليه وسلم. والإقرار بالنسب عرفه المالكية بالنظر إلى صيغة الإقرار، فإن كان هذا الأخير مباشرا يعرفونه بأنه إقرار ذكر مكلف ولو سفيها بأنه أب لشخص مجهول النسب سواء عند العامة أو الخاصة، وهذا ما لم يكذبه العقل أو العادة أو الشرع¹، وفي حال ما إذا كانت صيغة الإقرار غير مباشرة فهنا يكون الاعتراف من طرف شخصين بوجود ثالث.

فالإقرار كوسيلة من وسائل إثبات النسب هو إخبار شخص واعترافه بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر وهي نوعان:

أ قرابة مباشرة: تقوم بين الأصول والفروع كالبنوة والأبوة.

ب قرابة غير مباشرة: أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 33 ق. م. ج ويقصد بها قرابة الحواشي، فهي رابطة تقوم بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر، كالأخوة والعمومة.

وبالرجوع إلى المادة 40 ق. أ. ج نجد أنها اعترفت بالإقرار كوسيلة لإثبات النسب لكنها لم تعط له تعريفا، ليتم ذكر أنواعه فيما بعد في المادتين 44، 45 من نفس القانون، على النحو التالي:

1- الإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة: وهو إقرار بقرابة بحيث لا تكون فيها واسطة

بين المقر والمقر له، وهو ما نصت عليه المادة 44 ق. أ. ج، حيث اعترفت بثبوت النسب

¹ اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية والبيولوجية وأثرها على النسب، ط 1، الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2019، ص 55_56.

متى صدقه العقل والعادة، وهو بذلك ليس فيه حمل النسب على الغير كأن يقول شخص فلان ابني. والإقرار الذي يمكن إثبات نسب الجنين به هو الإقرار بالأبوة والأمومة، أما الإقرار بالبنوة فيستثنى من إثبات نسب جنين مستكن في الرحم لاستحالة ذلك.

2-الإقرار في غير البنوة أو الأبوة أو الأمومة: وهو ما يعرف بالإقرار بنسب محمول على الغير، كأن يقول شخص: فلان أخي المقصود بأخي ابن أبي ففي هذه الحالة لا يثبت النسب للأب إلا إذا أقره أبوه¹. فهو إقرار يكون فيه واسطة بين المقر والمقر له، فهما يتفرعان عن أصل واحد. وهذا النوع من الإقرار نصت عليه م 45 ق. أ. ج ، لكن يصعب اثبات نسب الجنين به.

ب: شروط الإقرار

لقد وضع الفقهاء جملة من الشروط لصحة الإقرار بالنسب:

- أن يكون المقر عاقلا بالغا غير مكره على الإقرار.
- أن يكون المقر به مجهول النسب، فإن كان معلوم النسب من أب معروف غير المقر كان هذا الإقرار باطلا.
- أن يكون الإقرار مما يصدق العقل والعادة.
- بالرجوع إلى المادتين 44، 45 من ق. أ. ج نجد أن المشرع الجزائري أخضع الإقرار بالنسب إلى توافر شرطين هما:
- أن يتعلق الإقرار بولد مجهول النسب.

¹ طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، د. ط، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص 61.

—أن يكون الإقرار مما يقبله العقل والعادة.

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري قد وقع في تناقض فمن جهة اعتمد على الإقرار كوسيلة من وسائل إثبات النسب في المادة 40 ق. أ. ج. واشترط في المادة 41 من نفس القانون مشروعية الزواج وامكانية الاتصال بين الزوجين لثبوت نسب الجنين الناتج عن هذا الاتصال. ثم جاءت المادة 44 ق. أ. ج لتتص على ثبوت نسب مجهول النسب بالإقرار بالبنوة والأبوة والأمومة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد فتح بابا واسعا للفسق واختلاط الأنساب. كما أن القرار كوسيلة لإثبات نسب الجنين يصعب تطبيقه في وقتنا الحالي.

ثانيا: البينة

البينة بمعنى الشهادة. قال بن القيم الجوزية: "البينة أن يشهد شاهدان أنه ابنه، أو أنه ولد من فراشه من زوجته أو أمته، وإذا شهد بذلك اثنان من الورثة لم يلتفت إلى إنكار بقيتهم، وثبت نسبه، ولا يعرف في ذلك نزاع".¹

وقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على ثبوت نسب الجنين بالبينة، لكنهم اختلفوا في نصاب الشهود. فقال الأحناف بأن النسب يثبت بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتان، أما المالكية والحنابلة والشافعية فاشتروا شهادة رجلين، ولم يجيزوا شهادة النساء إلا في حال الولادة، فشهادة امرأة واحدة تقيم البينة. واشتروا في الشهود العقل والبلوغ والإسلام.

وعرفها الدكتور بكوش يحي بأنها أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقررون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع.²

¹ ابن قيم الجوزية، شمس الدين محمد ابن ابي بكر ابن أيوب ابن سعد، زاد الميعاد في هدي خير العباد، جزء 5، ط 27، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، بيروت، لبنان، 1994م.

² طفياني مخطارية، المرجع السابق، ص 72.

يتم اللجوء إلى البينة في حال ادعت امرأة الحمل من زوجها، و بعد الوضع أنكر الزوج واقعة الولادة في حد ذاتها، أو اعترف بالولادة و أنكر نسب الولد الذي وضعت إليه، ففي هذه الحالة يمكن إثبات واقعة الولادة عن طريق شهادة من حضروا الولادة، و يثبت الولد بشكله و لونه وجنسه، فإذا ثبتت الولادة و ثبت المولود نسب إلى الزوج.

أقر المشرع الجزائري بالبينة كوسيلة لإثبات النسب في المادة 40 ق. أ. ج. لكنه لم يحدد عدد الشهود، غير أن المحكمة العليا في أحد قراراتها أخذت بمذهب الأحناف في تحديد نصاب الشهود وهو رجلين، أو رجل وامرأتان.¹

لكن الإشكال المثار في هذا الصدد هو كيفية إدراك مدى تحلي الشهود بالصدق والأمانة. وما هي المعايير المعتمدة لقياسها. والغالب أن المشرع الجزائري قد عالج هذا الإشكال بفرض عقوبات مشددة على شهادة الزور في المواد من 232 إلى 241 ق.ع.ج.

أجاز المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 40 ق. أ ج اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، بعد استنفاذه لجميع الطرق المنصوص عليها في الفقرة الأولى من نفس المادة، لكنه لم يحدد المقصود بهذه الطرق، كما أنه ترك للقاضي مطلق الحرية في اللجوء إليها من عدمه، وجعل حجيتها تقتصر على إثبات النسب دون نفيه. باعتبار أن الطريق الوحيد لنفي النسب هو اللعان.

وعليه فإن كل من التشريع الإسلامي و ق. أ. ج يسعيان لحفظ الأنساب واثبات نسب الولد من الأبوين، وتوسعا في تحديد الوسائل المثبتة للنسب، وتسامحا فيها بحيث يقبلان الشهادة على التسامح، ولا يطلبان دليلا عند الإقرار، إذا لم يناف العقل والعادة، وذلك لما فيه من إحياء للنفس، لأن مجهول النسب في حكم الميت في العرف الإسلامي.

المبحث الثاني

¹ طفياني مخاطرية، المرجع نفسه ، ص74.

نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي

شرع الإسلام الزواج ضمانا لبقاء النوع الإنساني، فبه يستمر التوالد والتناسل، لكن إرادة الله عز وجل فوق كل شيء. إذ لم يجعل هذا التناسل يتحقق في كل الزيجات مصداقا لقوله تعالى في الآيتين 49، 50 من سورة الشورى: "لله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور * أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما إنه عليم قدير*"

ونظرا للتطور الكبير الذي يشهده الطب، فقد ظهرت عدة طرق وتقنيات حديثة مساعدة على الإنجاب من بينها تقنية التلقيح الاصطناعي. الذي سنتعرض لماهيته في (المطلب الأول) من هذا المبحث ثم إلى نسب الجنين الناتج عنه في حياة الزوجين في (المطلب الثاني)، وبعد وفاة الزوج في (المطلب الثالث).

المطلب الأول

ماهية التلقيح الاصطناعي

تعرف بلادنا تطورا كبيرا، وانتشارا متزايدا لعمليات التلقيح الاصطناعي إذ أصبحت المصحات المتخصصة فيه تشهد إقبالا واسعا من طرف الأزواج الذين استحال عليهم الإنجاب طبيعيا، في هذا المطلب سنتعرض لتعريف التلقيح الاصطناعي ومبررات اللجوء إليه في الفرع الأول ثم إلى صورته وشروطه في الفرع الثاني

الفرع الأول: تعريف التلقيح الاصطناعي.

1_ فقها:

جاء في أحد قرارات المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة دول العالم الإسلامي أن حاجة المرأة المتزوجة التي لا تحمل وحاجة زوجها إلى الولد تعتبر غرضاً مشروعاً يبيح معالجتها بالطريقة المباحة من طرق التلقيح الاصطناعي¹.

وجاء فيه أيضاً: التلقيح الاصطناعي بغية الاستيلاء (بغير الطريق الطبيعي وهو الاتصال الجنسي المباشر بين الرجل والمرأة) يتم بأحد طريقتين أساسيتين:

طريق التلقيح الداخلي

طريق التلقيح الخارجي

يتضح لنا أن المجمع أباح اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي قصد العلاج، ولكنه لم يعط له تعريفاً عاماً، وإنما عرفه بالنظر إلى صورته.

بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يتعرض لتعريف التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة واكتفى بالنص على إجازته وذكر شروطه في المادة 45 ق. أ. ونحن لا نرى بأن هذا تقصيراً من المشروع الجزائري لأنه مكرر.

عالج موضوع التلقيح الاصطناعي في القانون رقم 11-18 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ: 2 يوليو 2018 يتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية ال عدد 46 في الباب السابع: الأخلاقيات والأدبيات، والبيو أخلاقيات الطبية. الفصل الرابع - البيوأخلاقيات - القسم الثالث تحت عنوان أحكام خاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب المواد من 370 إلى 376. غير أنه استعمل مصطلح المساعدة الطبية على الإنجاب بدل التلقيح الاصطناعي فعرفت المادة 370 على أنها نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي في حالة العقم المؤكدة، وتتمثل في ممارسات عيادية وبيولوجية وعلاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة

¹ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين، 1977-2010، الإصدار الثالث، الدورة السابعة المنعقدة 11-16 ربيع الآخر 1404 الموافق لـ 15-20 يناير 1984. القرار الخامس، ص 159.

الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي. فالمشعر الجزائري اعتبر التلقيح الاصطناعي صورة من صور المساعدة الطبية على الإنجاب ويقصد به التلقيح الخارجي.

3- في مصطلح الأطباء:

تعددت تعاريف الأطباء للتلقيح الاصطناعي لعل أشملها وأدقها أنه:

دمج الحيوان المنوي ببويضة المرأة بغير الطريق الطبيعي المعتاد سواء في الرحم أو في أنبوب الاختبار ثم إعادتها إلى الرحم.¹

وعليه يمكن تعريف التلقيح الاصطناعي على أنه وسيلة مساعدة على الإنجاب يتم خلالها تلقيح بويضة المرأة بنطفة الرجل دون الرجل دون الحاجة إلى اتصال جنسي بينهما سواء تم هذا التلقيح داخل الرحم أو خارجه.

ثانيا: مبررات اللجوء للتلقيح الاصطناعي

الإنجاب الطبيعي هو حلم كل زوجين، لكن قد يحدث وان يعاني أحدهما أو كلاهما من مشاكل في الجهاز التناسلي تحول دون الإنجاب الطبيعي، ويلجأ إلى التلقيح الاصطناعي ويمكن حصر مبررات اللجوء إلى هذه التقنية فيما يلي:

- انسداد القناة الناقلة للبويضات -قناة فالوب-
- تشوه الحيوانات المنوية للرجل بنسبة كبيرة أو قلة عددها أو ضعف حركتها.
- معاناة أحد الزوجين أو كلاهما من بعض المشاكل التي تؤثر على الإنجاب وبطانة
- الرحم المهاجرة بالنسبة للمرأة.
- التنافر المناعي بين الحيوانات المنوية للرجل وإفرازات المهبل أو عنق رحم المرأة.²

¹موقعة سعيد بن منصور، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، د. ن، 2005، ص 698.

² سحارة السعيد، ميدون مفيدة، إشكالية إثبات نسب المولود الناتج عن طريق الاخصاب الاصطناعي، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية، المركز الجامعي بريك، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 320.

الفرع الثاني: صور التلقيح الاصطناعي

يأخذ التلقيح الاصطناعي بالنظر إلى موضع القيام به صورتين:

أ/ **التلقيح الداخلي**: يكون داخل جسم المرأة بحيث يتم حقنها بمني الرجل في المكان المناسب من جهازها التناسلي، وهذا من أجل مساعدة الحيوانات المنوية للوصول إلى البويضة وتلقيحها.

ب/ **التلقيح الخارجي**: يكون خارج جسم المرأة بحيث يتم سحب بويضات المرأة من المبيض ليتم تلقيحها بالحيوانات المنوية للرجل مخبريا في أنبوب الاختبار، وإذا تم التلقيح بالنجاح تعاد البويضة الملقحة إلى الرحم، وتسمى هذه التقنية أيضا بالتلقيح المجهري وأطفال الأنابيب.

ثانيا: شروط التلقيح الاصطناعي

أجاز المشرع الجزائري في المادة 45 ق. أ. ج اللجوء الى التلقيح الاصطناعي وأخضعه لجملة من الشروط الموضوعية لتمنحه الصفة الشرعية وهي:

أ-قيام الزوجية:

لكي تكون عملية التلقيح مشروعة، يجب أن تتم العملية ببويضة امرأة والحيوانات المنوية لرجل يربطهما عقد زواج شرعي -زواج صحيح-مستوف لجميع أركانه وشروطه، مبرم أمام ضابط الحالة المدنية، أو الموثق ومسجل بمصلحة الحالة المدنية للبلدية، وعلى هذا الأساس فان المتزوجين عرفيا لا يمكنهما اللجوء. إلا في حال تم تثبيت زواجهما بحكم قضائي عملا بنص المادة 22 ق. أ. ج.

2- أن يتم برضا الزوجين وأثناء حياتهما

يتفرع عن هذا الشرط شرطان هما:

أ- أن يكون التلقيح برضا الزوجين: من المعروف أن القانون الطبي استقر على ضرورة حصول الطبيب على رضا المريض وموافقته قبل البدء في علاجه، فالمرضى له مطلق الحرية

في قبول العلاج أو رفضه. كما أن له حقوقا على جسمه، لا يمكن المساس بها دون موافقته ورضاه، وهو ما أكدت عليه المادة 343 قانون الصحة.

والتلقيح الاصطناعي باعتباره عمل طبي يقع على الزوجة فإنه بالضرورة يتطلب رضاها. فلا يجوز إجبارها على القيام بهذه العملية. كما يجب أيضا الحصول على موافقة الزوج باعتبار أن التلقيح الاصطناعي يتعلق بالإنجاب، ومرتبط بنسب الجنين إليه. لذا يشترط في التلقيح الاصطناعي الحصول على موافقة الزوجين معا على إجراء هذه العملية بعد أن يعلمهما الطبيب بكل ما يتعلق بها من نسبة نجاحها، نتائجها، ومخاطرها، ومن حق كلا الزوجين الرجوع عن رضاه قبل إجراء العملية ولا يحق للزوج الآخر إجباره.

أما إذا تم تلقيح البويضة فلا يجوز للزوجين الرجوع عن رضائها وطلب إجهاض البويضة، لأن الأمر هنا يتعلق بحياة جنين.¹

ب- أن يتم التلقيح أثناء حياة الزوجين: فلا يجوز إجراء عملية التلقيح الاصطناعي بعد وفاة أحد الزوجين، لأن الوفاة تنهي الرابطة الزوجية وقياسا على استحالة الإنجاب طبيعيا بعد انتهاء الزواج بالوفاة، فإنه لا يجوز أيضا التلقيح الاصطناعي بعد انتهائه، إلا أن الإشكال هنا يثار إذا ما تم تلقيح البويضة ثم حدثت الوفاة، فهل يمكن للزوجة إرجاع البويضة الملحقة أثناء العدة؟ سنجيب عن هذا التساؤل في المطلب الثالث لاحقا.

3- أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها: حتى تكون عملية التلقيح الاصطناعي مشروعة يجب أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها أي أن تتم هذه العملية بين طرفين فقط هما الزوج والزوجة ولا يجوز أن يتدخل في عملية التلقيح الاصطناعي طرف ثالث، سواء

¹ أ. دكدوك نعيمه، اثبات نسب الابن المولود بالتلقيح الاصطناعي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 2، الجزائر 2021، ص 817.

كان التدخل بمني رجل أجنبي أو بويضة امرأة أجنبية، فالجنين الناتج في حالة تدخل طرف ثالث غير الزوجين غير شرعي.

4- عدم جواز استعمال الأم البديلة: جاء في أحد قرارات مجلس مجمع الفقه الإسلامي بمكة: "أما الأساليب الأخرى من أساليب التلقيح الاصطناعي في الطريقتين الداخلي والخارجي مما سبق بيانه فجميعها محرمة في الشرع الإسلامي لا مجال لإباحة شيء منها لأن البذرتين الذكورية والأنثوية فيها ليستا من زوجين أو لأن المتطوعة بالحمل هي أجنبية عن الزوجين مصدر البذرتين".¹

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 45 مكرر حيث جاء فيها أنه لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، وعليه لا يجوز زراعة البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى غير الزوجة.

لا خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين و ق.أ.ج حول هذه الشروط، لكن أضاف فقهاء الشريعة شرطا آخر يتعلق بتأكيد حالة العقم، إذ أن التأخر في الإنجاب لا يعد مبررات كافية للجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي، بل بشرط أن يكون هناك تقرير طبي يؤكد حالة العقم، غير أن المشرع الجزائري لم يتناول هذا الشرط في قانون الأسرة لكنه نص عليه في المادة 370 من ق. ص. ج. في تعريفها للتلقيح الاصطناعي، بعبارة في حالة العقم المؤكد طبيا. بالإضافة إلى شروط أخرى سكت عنها ق. أ. ج وتضمنها قانون الصحة هي:

أن يكون الزوجين في سن الإنجاب.

- تقديم طلب خطي من الزوجين.

¹ قرارات المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دوراته العشرين، 1977-2010، الإصدار الثالث، الدورة الثامنة المنعقدة 27 ربيع الآخر - 8 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 18-29 يناير 1985. القرار الثاني ص 178، 179.

هذان الشرطان نصت عليهما المادة 371 ق. ص. ج. التي تنص على أن المساعدة الطبية على الإنجاب، حصريا للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب، على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا، ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي. وجاء في فقرتها الثانية أن يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب.

- أن تتم العملية في مراكز أو مخابر معتمدة مرخص لها لممارسة هذه العمليات من طرف الوزير المكلف بالصحة م عملا بنص المادة 372 ق. ص. ج التي تنص على أنه تتم الأعمال العيادة والبيولوجية العلاجية المتصلة بالمساعدة الطبية على الإنجاب من قبل ممارسين معتمدين لهذا الغرض، في مؤسسات أو مراكز أو مخابر يرخص لها الوزير المكلف بالصحة بممارسة ذلك.

المطلب الثاني

نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين وأثناء حياتها

أجاز المشرع الجزائري في المادة 45 ق. أ. ج اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي في حالة توافر الشروط المنصوص عليها في نفس المادة غير أنه لم يعترض لمسألة نسب الجنين الناتج عنها، وعليه سنعرض في هذا المطلب إلى نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي أثناء قيام الرابطة الزوجية في الفرع الأول، ونشبع بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق في الفرع الثاني من خلال الرجوع إلى أحكام النسب المنصوص عليها في ق.أ. ج وإسقاطها على عمليات التلقيح الاصطناعي.

الفرع الأول: نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي أثناء قيام الرابطة الزوجية

بالرجوع إلى تعريف فقهاء الشريعة المعاصرين للتلقيح الاصطناعي نجدهم يثبتون نسب الجنين إلى الزوج باعتباره صاحب المنى، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه أجاز عملية

التلقيح الاصطناعي، وحدد شروطها في م 45 مكرر ق. أ. ج التي تنس على شروط ثبوت النسب وبإسقاطها على عملية التلقيح الاصطناعي تجد أن شرط الزواج الشرعية وأدنى مدة الحمل وأقصاها يمكن التأكد منهما، لكن الإشكال يطرح بالنسبة لإمكانية الاتصال. نحن نرى أن اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي لا ينفى الاتصال الجنسي بين الزوجين، فالإتصال حدث لكن الهدف منه لم يتحقق ففي هذه الحالة يجوز للزوجين اللجوء للتلقيح الاصطناعي ويطبق على نسب الجنين الناتج عنه نفس حكم نسب الجنين في الحمل الطبيعي من زواج صحيح فينسب الجنين إلى الزوج. وتكون له نفس حقوق الجنين الناتج عن الحمل الطبيعي. لذلك ينبغي تعديل المادة 41 ق. أ. لتتماشى مع المادة 45 ق. أ. ج.

الفرع الثاني: نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق.

تتحل الرابطة الزوجية حسب نص المادة 47 ق. أ. ج بالطلاق أو الوفاة، غير أن دراستنا في هذا الفرع تنصب على نسب الجنين في حال انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق ن إذ توصل الطب الحديث إلى إمكانية تجميد الحيوانات المنوية والأجنة البشرية وحفظها باعتماد تقنيات خاصة أو ما يسمى بنوك النطف والأجنة، وهنا يثار التساؤل حول نسب الجنين إذا ما تمت عملية التلقيح الاصطناعي بعد الطلاق فنميز بين الحالات التالية:

أولاً: إذا كانت البويضة قد لقحت قبل الطلاق

في هذه الحالة إذا تم تلقيح بويضة الزوجة بمنى الزوج، ثم حدث الطلاق قبل إتمام عملية زرع البويضة الملقحة فإن الجنين ينسب إلى الزوج إذا تم الوضع خلال مدة أقصاها 10 أشهر من تاريخ الانفصال. عملاً بنص المادة 43 ق. أ. ج وذلك راجع لكون التلقيح حدث بمنى الزوج ووبرضاه، وفي إطار زواج شرعي. كما أن الحمل يثبت بمجرد تخصيب البويضة

والذي تم في هذه الحالة أثناء قيام الرابطة الزوجية، أما إذا تم الوضع بعد مدة تتجاوز 10 أشهر فإن الولد لا ينسب لأبيه لانتفاء شرط أقصى مدة الحمل.

ثانياً: إذا تم تلقيح البويضة بعد الطلاق

إذا كانت البويضة لم تخصب بعد فهنا نميز بين الحالات التالية:

أ- لو تم التلقيح أثناء العدة من طلاق رجعي، وكان يعلم ورضا الزوج فإن الجنين ينسب إلى الزوج. باعتبار أن موافقة الزوج على إتمام العملية يعد رجوعاً ضمناً عن الطلاق.

ب- لو طلق الزوج زوجته طلاقاً رجعياً، ولم تكن له نية إعادتها إلى عصمته. فإذا قامت أثناء العدة بتخصيب بويضتها بنطافه المجمدة المحفوظ بها أثناء العلاقة الزوجية دون رضا أو علم الزوج، فإن نسب الجنين لا يثبت للزوج. لانتفاء شرط الرضا المنصوص عليه في المادة 45 مكرر ق. أ. ج .

ج- التلقيح بعد انتهاء العدة غير جائز، ولو تم بموافقة الزوج ورضاه لانتفاء شرط الزواج الشرعي المنصوص عليه في المادة 45 مكرر ق. أ. ج وعليه يعد الجنين الناتج عن هذا التلقيح غير شرعي، ولا يثبت نسبه للزوج، وهذا ما اتفق عليه فقهاء الشريعة المعاصرين.

المطلب الثالث

نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد انحلال الرابطة الزوجية
بالوفاة.

من المسلم به أن الوفاة تنهي الزوجية، وبذلك يصبح التلقيح الاصطناعي غير جائز، ولكن قد يحدث من يكون الزوجين قد قدما طلبا إلى أحد المراكز المتخصصة يعبران فيه عن رغبتهما في اللجوء إلى عملية التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوج، وتمت الموافقة عليه، وقبل إتمام العملية حدثت الوفاة، فهل يمكن إتمام العملية؟ وما نسب الجنين الناتج عنها؟ نميز في الصدد بين حالتين. نتناول في الفرع الأول التلقيح أثناء عدة الوفاة وأثره على نسب الجنين، ونتناول في الفرع الثاني التلقيح بعد انتهاء عدة الوفاة، وأثره على نسب الجنين.

الفرع الأول: التلقيح أثناء عدة الوفاة، وأثره على نسب الجنين

اختلف الفقهاء المعاصرون حول نسب الجنين إذا ما تم تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها الميت أثناء فترة العدة المقدرة بـ: 4 أشهر و10 أيام وهي نفس المدة التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 59 ق. أ. ج حيث نصت على أن المتوفى عنها زوجها تعتد بمضي أربعة أشهر و10 أيام. فهناك من يرى بأن الجنين ينسب إلى الزوج لأن الفراش قائم بقيام العدة، ولأن النسب ثابت قبل الولادة، وثابت أن النطفة منه¹. وهناك من يرى أنه ينسب إلى الأم فقط لأن فراش الزوجية انقطع بالوفاة، وأصبح من غير الممكن التلاقي بين الزوجين.²

¹ سكرافية محمد الطيب، التلقيح الصناعي بعد الوفاة واشكالته، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 5، ع.1، 2020، ص 211.

² زياد أحمد، سلامة أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط 1، الدار العربية للعلوم، بيروت، لبنان، 1996، ص 72.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه لم ينص على هذه الحالة، ولم يبين حكم الجنين فيها. لكن بالرجوع إلى ق. أ. ج وبالضبط المادة 43 منه التي تنص على أن الولد ينسب إلى الزوج إذا تم وضع الحمل خلال عشرة أشهر من الوفاة. وبالرجوع إلى شروط التلقيح الاصطناعي المذكورة سابقا المنصوص عليها في المادة ق. أ. ج والتي أجازت اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين وبرضاهما، وعليه إذا تم تقديم طلب إجراء العملية والتأكيد عليه من طرف الزوجين، وتم تخصيب البويضة بالحيوانات المنوية للزوج ثم حدثت الوفاة فنرى أنه لا مانع من إتمام العملية أثناء فترة العدة ويثبت نسب الجنين للزوج بشرط ولادته خلال عشرة أشهر من وفاة الزوج. وتكون له جميع الحقوق المترتبة عن النسب لأن الحمل بدأ من وقت تخصيب البويضة. أما إذا كان الزوج قد وافق على إجراء العملية فقط ولم يتم تخصيب البويضة أثناء حياته. ففي هذه الحالة ينسب الجنين للزوج إذا تم التلقيح خلال فترة العدة، وتم الوضع خلال 10 أشهر من الوفاة، لكن لا يكون له حق الميراث لعدم وجوده كجنين عند وفاة المورث¹. عملا بنص المادة 128 ق. أ. ج² التي تنص على أن استحقاق الإرث يشترط أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة.

الفرع الثاني: التلقيح بعد انتهاء عدة الوفاة، وأثره على نسب الجنين

لم يختلف فقهاء الشريعة المعاصرين في حكم التلقيح بعد انقضاء عدة الوفاة، وأجمعوا على تحريمه، فبانتهاء فترة العدة تنتهي الحياة الزوجية، وتصبح الزوجة في حكم الأجنبية عن زوجها

¹فاطمة عيساوي، الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 13، ع2، 2021، ص 144.

² القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005 ج.ر.ج.ج السنة 42 ع 15 بتاريخ 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005.

المتوفى. حيث يمكنها أن تتزوج من أي شخص آخر¹. وعليه لا يمكن إلحاق نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي إذا تمت العملية بعد انقضاء عدة الوفاة بالزوج المتوفى.

أما عن موقف المشرع الجزائري في هذه الحالة. فإنه لا يختلف عن موقف فقهاء الشريعة. فبالرجوع إلى المادة 45 مكرر ق. أ. ج يتضح لنا انتفاء شرط قيام الزوجية، وحياة الزوجين للقيام بهذه العملية، وعليه فإن عملية التلقيح الاصطناعي بعد انقضاء عدة الوفاة غير جائزة. وبالتالي إذا قامت بها الزوجة فإن الجنين الناتج لا ينسب إلى الزوج المتوفى. ضف إلى ذلك إذا تم التلقيح بعد انقضاء العدة فإن الوضع سيكون في مدة تتجاوز أقصى مدة الحمل المنصوص عليها في المادة 43 ق. أ. ج، وبالتالي لا يثبت نسب الجنين للزوج المتوفى.

¹ سحارة السعيد، ميدون فتية، نفس المرجع السابق، ص 330.

الفصل الثاني

الحقوق المالية للجنيين

للجنين شخصية قانونية وذمة مالية، ذلك لأن الشخصية تنشأ مع الإنسان منذ بدء تكوينه حتى وفاته، إلا أن هذه الشخصية تبقى ناقصة ويترتب عليها ذمة ناقصة لا تتحمل الالتزامات، كما تنشأ له أيضا عن ذلك اهلية ناقصة في اكتساب بعض الحقوق كالميراث والوصية دون غيرها وعليها يختلف عن القصر الذي له اهلية كاملة، تتعلق هذه الالتزامات بذمته المالية، ويكون مسؤولا عن الضرر الذي يقوم به بخلاف الجنين الذي لا يتحمل أي التزام في ذمته كما أنه لا يملك قبل ولادته حياة وأن ثبتت له بعض الحقوق المفيدة ومشروطة بانفصاله عن أمه.

فالتزامات القاصر تتعلق بذمته وماله وهو ممنوع من مباشرتها والقيام بها لذا اوكلها المشروع الى وليه الطبيعي او الوصي.

أما الجنين فلا ولاية لأحد عليه لعدم الحاجة إليها، وعلى هذا أقر الفقهاء عدم صحة الهبة للجنين، لأن الهبة تتوقف على القبول فلا ولاية على الجنين لكي يقبل عنه:

لذا ارتأينا أن نتطرق في هذا الفصل الى حقوق الجنين المالية من خلال مبحثين سنتناول في المبحث الأول الحق في الميراث بينما في المبحث الثاني حقوق الجنين على وجه التبوع (الوصية، الهبة، الوقف).

المبحث الأول

الحق في الميراث

يعتبر الميراث من الحقوق المالية غير الارادية التي أقرها المشرع للجنين وخصها بنوع من الحماية، فالشخصية لا تثبت للإنسان إلى بولادته حي مستهلا ويترتب على ذلك أن الشخصية لا تثبت للجنين أو الحمل المستكن في بطن أمه، وهذا ما يؤكد أن الجنين لا تثبت له الشخصية الكاملة إلا بعد استهلاله وولادته حيا.

ومتى تحقق ذلك أي ولد حيا، تثبت له الشخصية التامة بعدما كان يتمتع بشخصية ناقصة في الفترة التي كان فيها حملا مسكنا، وعلى هذا فإن كان قد مات أبوه وهو في بطن أمه اعتبر وارثا فالحق في الميراث يعتبر من الحقوق التي تكون على وجه الالتزام لارتباطها بالنسب، فمن بين أركان الميراث مورث وموروث والوارث فهي جزء من النظام القانوني للميراث، فلا يمكن وجود هذا النظام إلا بوجودهم جميعا.

المطلب الأول

تعريف الميراث.

قد يرتب القانون جملة من الآثار على وقائع معينة، وهذه الآثار يمكن أن تكون متماثلة في نشوء حقه أو نقله أو تعديله أو تغييره أو انفصاله، ومن هذه الوقائع واقعة الوفاة، وما هو في حكمها، فهي بطبيعتها حادث مادي طبيعي لا دخل ولا يد للإنسان فيه.

وهذه الواقعة ترتب آثار قانونية تتمثل في حق الإرث بحيث تؤول تركة الهالك إلى ورثته كل بقدر نصيبه في التركة، وبما أن الجنين قد يكون وارثاً، فيثار بشأنه مجموعة من التساؤلات تتمثل في جواز ميراثه ورأي الفقهاء في ذلك.

الفرع الأول: الميراث لغة

الميراث لغة يقصد به الشيء الموروث من المال والعقار، وكلما يتعلق بتركة الميت وجمع الميراث مواريث، وعلم المواريث يقصد به علم الفرائض، والوارثة تعني التملك والاستحقاق، نقول ورث فلان عقار أو مالا.¹

كما يطلق الميراث في اللغة على البقاء، فمن أسماء الله عز وجل وصفاته الوراث أو الباقي والدائم الذي يرث الارض ومن عليها.

الفرع الثاني: *الميراث اصطلاحاً

المقصود بالميراث في الإصلاح الفقهي، الحق الذي يحصل عليه الوارث من موروثه بسبب من أسباب الإرث، سواء كان المتروك مالا أو عقاراً أو حقا من الحقوق الشرعية.²

¹ بلهوشي مباركة، الحماية القانونية للجنين، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون اسرة، جامعة 8 ماي 1945، قامة، الجزائر، الموسم الدراسي 2022/2023، ص 23.

² بلهوشي مباركة، المرجع السابق، ص 23.

المشعر الجزائري لم يعرف الميراث وترك ذلك للفقهاء والقضاء.

المحكمة العليا عرفت الميراث بأنه كل ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته ومن ثم فإن التعريف لا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثا كان أو غيره ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر.¹

كما يقصد بعلم الميراث مجموعة القواعد الفقهية والحسابية التي يعرف بها حق أو نصيب كل وارث شرعي من التركة وقد عرفته المالكية بأنه علم من العلوم، يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار مال كل وارث.

فالعلم الميراث من العلوم الشرعية، ويستمد احكامه من الكتاب والسنة والإجماع، وتعود فائدته لإعطاء كل وارث حقه الشرعي من الشركة لذا يقال بأنه علم الفرائض بمعنى التقدير كما جاء في محكمة تنزيله " وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم" فالفرض يقصد به التقدير ذلك أن نسبة الورثة مقدره من قبل الشارع كما جاء في قوله تعالى: "فريضة من الله".²

¹ العربي بلحاج، احكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 1996، ص 12، 13.

² العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري الجزء الثاني (الميراث والوصية)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع، الجزائر.

المطلب الثاني

كيفية توريث الجنين

حتى ينتقل الميراث من المورث إلى الوارث لابد من توفر شروط خاصة، والتحقق من وجود الوارث عند وفاة المورث، لكن قد لا تقطع بوجود الوارث وصفا وحالا¹ فلا خلاف بين الفقهاء في أن الميت إذا كان من ورثته حمل في بطن أمه يحسب حسابه في تقسيم التركة، لذلك يجب توفر شرطين أساسيين حسب ما نصت عليه المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول: شروط توريث الجنين

يشترط في الإرث المتعلق بالجنين جملة من الشروط التي لابد من تحقيقها كاملة بحيث لو احتل الشرط واحد لم يكن هناك توارث وقبل أن نتطرق إلى هذه الشروط، نشير إلى أن الحمل لغة جاء من مصدر حملت تحمل حملا ويقال للمرأة حامل حامله.

اما في الاصطلاح الفقهي هو ما في بطن الأم من ولد ذكر كان او أنثى² فالمشرع الجزائري قد حافظ على ميراث الجنين واعتنى به وهو في بطن أمه وهذا ما جاء في السياق نص المادة: 128 من قانون الأسرة الجزائري³ ولتوريث الجنين لابد من توفر شرطين:

الشرط الأول: وجود الجنين حيا في بطن أمه وقت موت مورثه.

¹ سعيد بويزي، احكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري، دار الامل للطباعة والنشر والتوزيع، كلية الحقوق، تيزي وزو، ص 141.

² فشار عطاء الله، احكام الميراث في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، ص 192.

³ ثابت مروة، حقوق الجنين المالية والمعنوية في الشريعة الإسلامية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بسكرة، 2016، 2017.

وجود الجنين في بطن أمه حقيقة أو حكما حين موت مورثه ويستدل على ذلك بميلاده في مدة يغلب على الظن أنه كان موجودا في بطن أمه عند وفاة مورثه فحياته اعتبرت مالا وتلك المدة تختلف حسب الأحوال فقد تكون أقل مدة الحمل وقد تكون أكثرها.

حيث نصت المادتين 42 و 43 من القانون الأسرة الجزائري على مدة الحمل التي تكون بأقل مدة ستة أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر كما ينسب الولد لأبيه إذ وضع خلال مدة عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

فجمهور الفقهاء يرى أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وذلك بالجمع بين آيتين في قوله تعالى: ﴿ وحمله وفصاله ثلاثون شهرا... ﴾ وقوله تعالى ﴿ وفصاله في عامين ﴾.

فإذا رسمنا مدة الفصال (24 شهرا) من المدة الحمل والفصال (30 شهرا) بقي للحمل (6 أشهر).

أما في حالة أكثر مدة الحمل فقد اختلف الفقهاء في تحديدها نظرا لغياب نص مبين في القرآن والسنة، فقال المالكية أكثرها سنة هلالية أما الحنفية أكثرها سنتان، وقالت الظاهرية أكثرها تسعة أشهر.¹

وإذا ادعت المرأة الحمل وتذبحها الورثة فإنها في هذه الحالة تعرض على أهل معرفة المراعاة أحكام المادة: 43 من ق.أ.ج وهذا ما نصت عليه المادة: 174 من القانون الأسرة الجزائري.

الشرط الثاني: ولادة الحمل حيا.

إذا ولد جنين حيا، ثبتت أهليته للتملك واستقر ملكه للإرث وتثبت حياته بأن يولد كله حيا، لأن أهلية التملك لا تتحقق إلا بالوجود الكامل.²

¹ سعيد بويزي، المرجع السابق، ص 142، 143.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 190.

وقد اشترط الأئمة الثلاثة (مالك والشافعي وأحمد) أن يولد الجنين كله حيا لثبوت أهليته في امتلاك ما يحفظ له من الشركة.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة: 134 التي جاءت سياقها لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة.¹ وعليه إذا تحققت حياة المولود بالصراخ أو رضاع أو نحوهما ورث فعلا.

الفرع الثاني: مقدار ما يوقف للجنين من الشركة

أولاً: المسائل المتعلقة بميراث الجنين.

تعددت آراء الفقهاء في طرق وراثه الجنين، فلهذا الأخير حق في الميراث سواء كان من الصلب الميت أو من غير صلبه.

فإذا كان الجنين ابنا للميت نفسه وترك زوجة حاملا منه، وكانت العلاقة الزوجية قائمة بينهما في حال وفاته فالجنين في هذه الحالة يثبت له نسب أبيه المتوفي، وله الإرث إذا وضعت أمه في مدة لا تزيد على أكثر مدة الحمل تحسب من وقت وفاته كما ذكرنا سابقا أو قبل عشرة أشهر حسب المادة: 43 من ق. أ. ج.

فإذا كان الحمل للمتوفي نفسه، إلا أن علاقتها الزوجية منقطة بطلاق قبل وفاته ومات وهي في العدة ثم ولدت، فيثبت للجنين النسب والارث من المتوفي إذا وضعت في مدة لا تزيد على أكثر مدة حملة تحتسب ابتداء من فترة تطليقها إياها إلى أن وضعت في مدة تتجاوز أقصى مدة الحمل إلا يثبت للجنين شيء من الميراث.²

¹ سعيد بويزي، المرجع السابق، ص 144.

² فوزية زهرونة، كلثوم صالح، الحقوق المالية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون الاسرة، جامعة الوادي، 2019، 2020.

أن يكون الجنين من غير الميت بأن ترك زوجة أبيه أو زوجة ابنه حاملاً فإننا نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الحامل من غير الميت وكانت الزوجية قائمة بينهما عند الوفاة، فالحمل يرث من الميت بشرط أن يولد لأقل مدة الحمل تحسب من لحظة وفاة المورث (أي أقل من ستة أشهر من الوفاة) فإذا وضعته لأكثر من هذه المدة فلا يرث لعدم ثبوت وجود فترة وفاة المورث واحتمال حدوث هذا الحمل بعد وفاته.

الحالة الثانية: الحامل من غير الميت وكانت العلاقة الزوجية غير قائمة بينهما عند وفاة المورث، وكانت معتدة من الطلاق أو من الوفاة فإن الحمل يرث من الميت بشرط أن يولد لأقل مدة الحمل، تحتسب من لحظة مفارقة زوجها لها، وأما إذا كانت ولدته لأكثر من هذه المدة فلا يرث شيئاً.

ثانياً: ميراث ابن الزنا و ولد اللعان.

من المسائل التي أثارت الجدل بين الفقهاء مسألة ميراث ابن الزنا و ولد اللعان، المعروف عنهما أنهما لا ينسبان إلى الأب فلا يرثان منه، و لا يرث منهما، و بالمقابل ينسبان إلى الأم التي يرثان منها و ترث منهما، وفي هذا الخصوص ترى الحنفية و المالكية و الشافعية أن أم الجنين ترث منه كما ترث من غيره لكن على تفصيل بينهم .

فالحنفية يقولون بأن ترث كل المال فرضاً و رداً، في حين ترى المالكية و الشافعية عدم الرد عليهما، فتكتفي بفرضها و يرد الباقي إلى بيت المال، فالحنابلة يرون بأن أمه تعد من العصابة فإن لم توجد الأم تكون عصبتها هي عصابة الجنين عليه، فإن مات ابن الزنا تكون المسألة كالاتي:¹

¹ مسلم عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 96.

أقوال الفقهاء	الأم	بيت المال
الحنفية	3/1 فرضا و الباقي ردا	/
المالكية و الشافعية	3/1	الباقي
الحنابلة	عصبة	/

ثالثا: ميراث الجنين في حالة التلقيح الاصطناعي .

إذا كان الجنين ناتجا عن عملية تلقيح اصطناعي خاضعة للشروط القانونية و الشرعية المذكورة سابقا ،يثبت نسبه و يرث و فيترتب عليه كافة الاثار التي تترتب على الحمل الطبيعي الشرعي، و قد قال بذلك الكثير من الفقهاء المحدثين بأنه في حالة التلقيح الاصطناعي الخاضع للشروط الشرعية المحددة يثبت نسب الجنين لأبيه ،و تثبت له كل الحقوق المثبتة لجنين الحمل الطبيعي في الميراث ،كما أن عملية طفل الأنابيب مقبولة اسلاميا ،و الارث يسير وفق الأصول.

أما اذا كان الحمل قد أتى بطريقة غير شرعية أي دخول عنصر ثالث و المقصود بذلك الأم البديلة (التبرع) ،فان الابن في هذه الحالة لا يكون شرعيا بل ابن زنا و لا يرث من أبيه ، و لكن يرث من أمه.

غير أن المسألة التي تثار هنا حول صعوبة تحديد أم الجنين ، فهل هي الأم البيولوجية المتبرعة بالبويضة، أم الأم البديلة الحاملة للبويضة المتبرع بها في رحمها. و قد اختلف في أمر نسب المولود فمنهم من يرى أنه ينسب الى من حملته و ولدته و منهم من قال أنه ينسب الى صاحبة البويضة ،و الراجح أنه ينسب الى صاحبة البويضة¹.

¹ سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2005، ص 119.

رابعاً: كيفية توريث الجنين.

تناول المشرع الجزائري مسألة توريث الجنين من خلال الفصل الثامن تحت عنوان الحمل وخصص له مادتين فقط (المادة 173 و 174) من ق.أ.ج.

بينما ذهب الجمهور من الشافعية والحنفية والإمامية إلا أن التركة تقسم دون انتظار ولادة الجنين حتى لا يتضرر الورثة بينما المالكي يرى أن التركة لا تقسم حال وجود حمل الذي يعدد سببا لوقف المال وبالتالي يوقف قسمتها إلا أن يولد أو يحصل اليأس من الولادة إذا لا خلاف يثار بخصوص هذا الموضوع عند الملكية لأن التركة موقوفة إلى غاية ولادة الجنين لكن يثار الخلاف بين المذاهب الأخرى التي قالت بان قسمة التركة دون انتظار الحمله وموضوع الخلاف يتعلق بمسألة مقدار ما يوقف للجنين حسب الحالات التالية:

(1) - لا يرث الجنين مطلقاً:

لا على فرض الذكورة ولا على فرض الأنوثة فهذا اما ان يكون ممنوعا او محجوبا بحجاب حرمان، ومثال ذلك توفي عن زوجة وام وأختين شقيقتين، وزوجة اب حامل، فالحمل في هذه الحالة لا يرث على فرض الذكورة لأنه سيكون اخا لاب يأخذ الباقي وفي هذه المسألة لا وجود لباقي بعد اصحاب الفروض ولا يرث على فرض الأنوثة لأنه يكون اختا لاب، محجوبة بالأختين وعدم وجود من يرثهما فتوزعوا تلك حالا ونهائيا على الورثة ولا عبرة من وجود الحمل.¹

(2) _ ان يرث قدرا واحدا على فرض الذكورة والأنوثة:

فان الجمهور خلافا للمالكية قالوا يفرض له نصيب ثم يعطى الباقي انصبتهم ومثال ذلك توفي عن زوج، وام حامل فاللزوجة الثمن $1/8$ وللام السدس $1/6$ والباقي للحمل، فان

¹ فشار عطاء الله، المرجع السابق، ص 199.

كان ذكرا اخذ الباقي كله، وان كانت انثى اخذت النصف $1/2$ ثم رد الباقي بينهما وبين الام بحسب سهما مهما،¹

(3) _ ان يرث على أحد الفرضين ولا يرث على الفرض الاخر:

وفي هذه الحالة تحل المسألة بحلين أحدهما على فرض الذكورة والاخرى على فرض الانوثة فاذا ظهر الحمل وفقا للفرض الذي يرث فيه اعطي له نصيبه وظلت عند الورثة انصبتهم كما هي، اما إذا جاءت بخلاف ذلك وزع القدر المحفوظ للحمل على بقية الورثة.

مثال ذلك: توفيت عن زوج، وأخت شقيقة، وأخوين لام وزوجة اب حامل وتركت 72 هكتارا.²

أ_ الحل الأول: على فرض ان الحمل ذكرا.

الورثة	الفرض	السهم
زوج	$2/1$	3
اخت شقيقة	$2/1$	3
أخوين لأم	$3/1$	2
حمل لأب	الباقي تعصبا	ولا باقي في هذه المسألة

فيكون أصل المسألة من ستة وتعول الى ثمانية، ويكون قيمة السهم الواحد: $9=8 \div 72$.

للزوج: $27=9 \times 3$ هكتارا.

للأخت الشقيقة: $27=9 \times 3$ هكتارا.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 194.

² فشار عطاء الله، المرجع السابق، ص 200.

الأخوين للأم: $2 \times 9 = 18$ هكتارا.

ب_ الحل الثاني: على فرض الحمل انثى.

الورثة	الفرض	السهم
زوج	2/1	3
أخت شقيقة	2/1	3
أخوين لأم	3/1	2
حمل لأب	6/1	1

فيكون أصل المسألة من ستة وتعمل الى تسعة، ويكون قيمة السهم الواحد: $8 = 9 \div 72$.

للزوج: $24 = 8 \times 3$ هكتارا.

للأخت: $24 = 8 \times 3$ هكتارا.

لأخوين لأم: $16 = 8 \times 2$ هكتارا.

للأخت لأب: $8 = 8 \times 1$.

المجموع: $72 = 8 + 26 + 24 + 24$ هكتارا.

وبذلك يحفظ للحمل 8 هكتارات عندئذ امينة ويحظى لكل وارث نصيبه في الحل الثاني، فان كانت انثى اي اخت لاب اعطى له نصيبه وظل عند الورثة انصبتهم كما هي، وإذا جاء ذكرا وزع القدر المحفوظ للحمل على بقية الورثة، بحيث ياخذ كل وارث ما يكمل نصيبه على اساس الحل الاول.

4_ ان كان وارثا على كلا التقديرين:

لكن نصيبه يختلف بالذكورة والانوثة، احتفظ له بالنصيب الأكبر وفي هذه الحالة تحل المسألة حلين حل على فرض الذكورة، وآخر على فرض الانوثة، ويحفظ للحمل اوفر النصيبين مضاف اليه فروض الانصبة، ومن يتأثر نصيبه بالتعدد يؤخذ منه كفيل.¹

والمشعر الجزائري تعرض الى مسألة الكفالة في المادة 122 من قانون الاسرة، الذي ينصب على ان يدير الكافل اموال المكفول المكتسبة من الارث، والوصية والهبة لصالح الولد المكفول.²

5_ ان يكون الوارث الوحيد:

وذلك عندما لا يكون غيره من الوارثين او وجدوا ولكن يحجبهم الحمل حجب حرمان فتوقف جميع التركة الى ان يولد الحمل.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 195.

² قشار عطاء الله، المرجع السابق، ص 201.

المبحث الثاني

حقوق الجنين على وجه التبرع

تعد التبرعات من اعمال البر والاحسان بغية التقرب من الله عز وجل، لذا تصنف الوصية والهبة والوقف ضمن الحقوق المالية التي هي على وجه التبرع، وهي غير ملزمة مثل النفقة والميراث والشفعة، بحيث يجوز التراجع عنها احيانا. لذا سنتناول في هذا المبحث هذه الحقوق (الوصية، الهبة، والوقف) من خلال ثلاثة مطالب.

المطلب الأول

الحق في الوصية

اتفق جمهور الفقهاء على جواز الوصية للحمل، ذلك لان الجنين يصلح ان يكون وارثا¹ ما دام الجنين يتمتع بأهلية وجوب ناقصة لذا له صلاحية اكتساب بعض الحقوق التي لا تحتاج الى قبول كونها نافعة نفعا محضا.²

ولكون الوصية من المسائل الهامة التي لها ارتباط وثيق بالميراث فقد اولاه الله سبحانه وتعالى اهتماما بالغا حيث جاء في قوله تعالى من سورة البقرة الآية 180: {كتب عليكم إذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين}. وقوله ايضا في سورة النساء الآية 11: {هن بعد وصية يوصى بها او دين}.

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 192.

² سميرة مرابطي، المرجع السابق، ص 33.

الفرع الأول: تعريف الوصية

أولاً: الوصية لغة.

الوصية من العهد، فيقال اوصى الرجل واوصاه اي عهد اليه، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت. والايصاء هو طلب الشيء من غيره ليفعله في غيبته حال حياته وبعد وفاته.¹ ولعل أقرب تعريف هو انها عهد خاص مضاف الى ما بعد الموت شامل لكل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته.²

ثانياً: الوصية اصطلاحاً.

تباين آراء الفقهاء حول تعريف الوصية حيث يرى الحنفية والشافعية ان الوصية تمليك لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الاعيان او في المنافع.³ في حين عرفها المالكية بانها عقد يوجد حقا في ثلث عاقده يلزم بموته او نيابة عنه بعده.⁴ اما بالنسبة للحنابلة فقد كانت تعريفهم اشمل بكثير فاعتبروا الوصية امر بتصرف بعد الموت، حجتهم في ذلك ان التصرف يشمل كل من الحقوق المالية والغير المالية. اما المشرع الجزائري عرف الوصية في المادة 184 من ق.أ.ج على انها تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع.⁵

¹ بلهوشي مباركة، المرجع السابق، ص 17.

² سميرة مرابطي، المرجع السابق، ص 33.

³ مسلم عبد الرحمان، الحماية الجنائية للجنين، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون صحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2012، 2013، ص 97.

⁴ بلهوشي مباركة، المرجع السابق، ص 18.

⁵ مسلم عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 97.

الفرع الثاني: شروط الوصية

حتى تصح الوصية للجنين لابد من توفر بعض الشروط التي من شأنها تحقيق هذا التصرف يمكن ايجازها فيما يلي:

اولا: ان يوجد الجنين في بطن امه وقت الوصية.

اختلفت اراء الفقهاء بخصوص هذا الشرط فالحنفية قالوا لابد من وجود الحمل اثناء الوصية وحجتهم في ذلك ان الوصية تمليك اذ لا يمكن ان تكون لمعدوم فلا بد ان يكون موجودا في اقل مدة حمل من وقت الوصية، هنا في حالة كان زوجها على قيد الحياة، اما في حالة ما إذا كان زوجها متوفي فلا تصح الوصية الا إذا كانت الوصية في اقصى مدة الحمل، كذلك الامر بالنسبة للمعتدة من طلاق.¹

اما فقهاء المذهب المالكي لا يشترط وجود الحمل عند الوصية، فتجوز الوصية لحمل يكون في المستقبل بحكم ان الجنين موجود في بطن امه وقت انشاء الوصية.²

ثانيا: ان يولد الجنين حيا.

حياة الجنين من اهم شروط صحة تمتع الجنين بالوصية وحتى يتم التأكد من حياته لا بد من ظهور علامات واضحة تدل على ذلك، لأنه إذا ولد ميتا تبطل الوصية تلقائيا.³ وتجدر الاشارة الى لزوم ايجاب الموصي حال حياته وقبول الموصي له بعد موت الموصي. لذا نجد

¹ سميرة مرابطي، المرجع السابق، ص 34.

² ثابت مروة، المرجع السابق، ص 50.

³ مسلم عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 98.

جمهور الفقهاء يؤكدون على ضرورة انفصال الجنين كله حيا، كون ان اهلية التمليك لا تتم الا بالوجود الكامل للجنين.¹ وهو ما اكده المشرع الجزائري في نص المادة 187 من ق.أ.ج.

ثالثا: ان يوجد على الصفة التي ارادها الموصي.

معنى ذلك ان يكون الحمل الموصي له موصوفا بالأوصاف التي حددها الموصي، حيث نرى ان الوجود لدى الفقهاء يشمل كل من الوجود الحقيقي والتقديرى.

وفي حال تعدد الاجنة اذ وصى لامرأة حامل فأنت بأكثر من ولد حي فان الوصية تقسم بينهما بالتساوي اذ كان ذكرين او ذكر او انثى.

كما نصت المادة 187 من ق.أ.ج على انه تصح الوصية للحمل بشرط ان يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس.

وفي حالة موت أحد التوأمين، كانت الوصية للحي دون الميت، وان مات أحدهما او كلاهما بعد الولادة حيا كان نصيبه للورثة.²

مما سبق يتبين ان شروط الوصية للحامل تتحدث في كونه موجودا في بطن امه وجودا متيقنا منه في وقت الوصية وكذلك ان يولد حيا وان تكون له المواصفات التي حددها الموصي.

المطلب الثاني

الحق في الهبة

ان فقهاء الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية في عقود التبرع كالهبة والوقف يشترط فيها ان يكون المستفيد موجودا حقيقة وقت ابرام العقد وعدم وجوده يعتبر تصرفه باطلا.

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 291.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 292.

لذلك سنتناول في هذا المطلب حق الجنين في الهبة من خلال تعريفه في الفرع الاول ثم تبيان حكم الهبة للجنين في الفرع الثاني.

الفرع الاول: تعريف الهبة

أولاً: الهبة لغة.

هي اوصول النفع الى الغير، او هي العطية الخالية من الاعواض وهي كذلك التبرع والتفضيل بما ينفع الموهوب له مطلقاً.¹

ثانياً: الهبة اصطلاحاً.

اختلفت التعاريف الاصطلاحية التي عرفت الهبة، حيث عرفها الحنفية بانها تملك العين بلا شرط العوض في الحال، وهو نفس التعريف الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري في المادة 202 من ق.أ.ج بقوله ان الهبة تملك بلا عوض. اما الحنابلة يرى بانها تملك جائز التصرف في مال معلوم او مجهول تعذر علمه، ولم يبتعد هذا التعريف عن المعنى الذي اقرته المالكية والشافعية، فيعرفها المالكية بانها تملك لذات العين بلا عوض لوجه الموهوب له وحده، وعرفتها الشافعية بانها تملك تطوع حال الحياة.²

الفرع الثاني: حكم الهبة للجنين

اختلف الفقهاء في مسألة الهبة للجنين الى عدة آراء:

أولاً: موقف الحنفية.

¹ مسلم عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 101.

² فوزية زهرونة، كلثوم صالح، المرجع السابق، ص 48.

ترى الحنفية ان الهبة اسم لإيجاد ملك من جانب واحد وهو الواهب بشرط القبول لثبوت الملك للموهوب له. فالحنفية تشترط ركن الهبة المتمثل في الإيجاب اما القبول من الموهوب له، ليس بشرط لقبول الهبة.

فمذهب الحنفية يعتبر الهبة عقد غير لازم اي انه غير ملزم لصاحبه ولا تنتقل الملكية الى الموهوب له الا بعد القبض التام، ويستطيع الواهب الرجوع عن الهبة كأصل عام، ويبقى الشيء الموهوب في ذمة الواهب الى ان يقبضه الموهوب له، فاذا توفي الواهب قبل القبض التام من الموهوب له بطلت الهبة، سواء قبل الموهوب له ام لم يقبل لأنها غير لازمة بالقبول، ولا بد من صدور الإيجاب والقبول في مجلس واحد.

ويشترط ان يكون هناك اذن صريح من الواهب للموهوب له بقبض الهبة إذا تخلف عن مجلس العقد.¹

ثانيا: موقف المالكية.

ترى المالكية ان الهبة نوع من المعروف ويتحقق بالإيجاب دون الحاجة الى قبول² فتصبح ملزمة للواهب بمجرد ايجابه، فلا يمكنه الرجوع عن ايجابه، فالقبض عند المالك هو من شروط تمام الهبة وليس من شروط صحتها، فهي تتحقق بالقبول.

والهبة عند المذهب المالكية جائزة لكل من الجنين والمعدوم، فاذا وهب شخص شيئا لحمل او التزم بمعروف له، كان ذلك صحيحا ولزم تأديته فيوقف ذلك الشيء الى حين بيان امره، فان ولد حيا استحق الجنين ماله، وان مات بعدها كان لورثته، اما إذا ولد ميتا لم ينتقل الملك اليه، ولا الى ورثته بل يبقى ملكا للواهب.

ثالثا: موقف الحنابلة.

¹ مسلم عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 105.

² فوزية زهرونة، كلثوم صالح، المرجع السابق، ص 48.

الهبّة عند الحنابلة تتم بالإيجاب والقبول فقد قال الامام ابو احمد بان الهبة تصح بالعقد¹ (الإيجاب والقبول)، وبذلك لا تكون ولا تنتقل ملكيتها الا بالقبض، وليس للموهوب له ان يقبض شيء الا بإذن الواهب وإذا مات الواهب او الموهوب له بطلت الهبة.

ويحق لورثة الواهب في هذه الحالة ان يسمحوا للموهوب له بقبض الهبة كما يحق لهم طلب فسخها، غير انه إذا كان الشيء الموهوب في يد الموهوب له وقت العقد كانت الهبة لازمة دون الحاجة الى القبض.

رابعاً: موقف الشافعية.

يرى المذهب الشافعي ان الهبة لا تصح بالإيجاب وحده شأنها شأن عقود التمليك، ولا حتى من دون صدور قبول في الحال، ويمكن عندهم تراخي وقبول الى وقت لاحق، والراي الاول هو عندهم الصحيح. يقول الشافعي ان التمليك الموهوب له لشيء الموهوب تكون بنفس العقد حتى ولو لم يحصل القبض منه، اما المشهور في مذهبه ان الملك لا يثبت الا بالقبض، ولا يصح الا بإذن الواهب.²

خامساً: موقف الظاهرية.

يرى هذا المذهب ان الهبة تصح دون قبض وتصح بذلك للجنين وقد قال ابن حزم الظاهري ان من وهب هبة او تصدق بصدقة كذلك فقد تم باللفظ ولا معنى لحيازتها ولا بقبضها، وحجتهم في ذلك قوله تعالى: {يا ايها الذين امنوا اوفوا بالعقود}.

سادساً: موقف المشرع الجزائري.

اجاز المشرع الجزائري الهبة للجنين اخذاً بالفقه المالكي في اجازته للهبة بشرط ولادته حياً، إذا نصت المادة 209 من ق.أ.ج على انه تصح الهبة للحمل بشرط ان يولد حياً.

¹ مسلم عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 105.

² مسلم عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 105.

المطلب الثالث

الحق في الوقف

من جملة الحقوق التي يتمتع بها الجنين حق الوقف عليه، ويعتبر الوقف من العبادات المشروعة في الاسلام، وهي من أفضل الصدقات والتبرعات التي شرعها المولى عز وجل، وما ذلك الا لصفة وميزة دوام وثبات الاجر والفضل المترتب عليه حتى بعد التحاق الواقف بمولاه.

سننطلق من خلال هذا المطلب الى تعريف الوقف لغة واصطلاحا في الفرع الاول، ثم بيان حكم الوقف على الجنين في الفرع الثاني.

الفرع الاول: تعريف الوقف

أولاً: الوقف لغة

جمع اوقاف بمعنى الحبس والنفع، وهو مصدر لفعل وقف وقفاً، ومنه قول وقفت الدابة إذا احبستها على مكانها، ويقال الموقف لان الناس يوقفون بمعنى يحبسون للحساب.¹

ثانياً: الوقف اصطلاحاً

هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف، وقد يكون الوقف خيرياً او وقفاً ذرياً او مشتركاً.

فالوقف الخيري وما يوقفه الواقف على جهة خيرية حين انشائه او يؤول اليها نهائياً.

¹ فوزية زهرونة، كلثوم صالح، المرجع السابق، ص 50.

اما الوقف الذري، فما يوقفه الواقف على نفسه او ذريته او على شخص معين او ذريته.
والوقف المشترك هو ما يوقفه الواقف على جهة خير على الافراد ونسبة الاشتراك فيه.¹
وعليه فقد وردت تعريفات كثيرة ومتعددة للوقف عند الفقهاء، فعرفته الحنفية بانه حبس المملوك عن التملك من الغير.

وعرف فقهاء المالكية الوقف بانه اعطاء منفعة شيء مدة وجوده.

اما فقهاء الشافعية تقول بانها حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته وتصرف منافعه الى البر تقربا الى الله تعالى اما فقهاء الحنابلة فقد عرفوه بانه تحبيس الاصل وتسييل الثمرة.

فكل هذه التعريفات وغيرها من تعريفات الفقهاء الاخرين، لا نخرج بعيدا عن المفهوم اللغوي الذي يدل على احتباس العين ومنع التصرف فيها من قبيل الواقف، والموقوف عليه له الحق في الاستفادة من منفعتها.

وخلاصة القول ان تعريف الحنابلة هو الاقرب الى التصور الاسلامي لأنه خص بذكر جوهر الوقف واطهار حقيقته دون التطرق الى جوانب تكميلية.

الفرع الثاني: حكم الوقف على الجنين

تبينت اراء الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من اجازها ومنهم من لم يجزها مستندا كل فريق على جملة من الادلة، والاصل ان يثبت للجنين الموقوف عليه انه جهة بر او قرابة سواء كان نسبه من مسلم او غير مسلم جاز له الوقف.

¹ ثابت مروة، المرجع السابق، ص 51.

أولاً: موقف الحنفية والمالكية.

يرى اصحاب هذان المذهبان بان الوقف يصح على من هو اهل لتملك حالاً او مالا فيصح للحمل سواء كان موجودا واقعياً، ام سيوجد مستقبلاً، كما لا يصح الوقف اذ لم يكن هناك حمل وقته، لكنهم اختلفوا في غلة العين الموقوفة في الفترة التي سبقت وجود الحمل، فعند المالكية الغلة تكون مستحقة للجنين وان طالّت المدة وتحبس له الى حين ولادته حياً ويجوز للواقف بيع العين الموقوفة متى شاء قبل وجود الحمل لان الوقف على من سيوجد غير لازم الى حين وجوده، اما الحنفية الغلة تكون للفقراء.¹

ثانياً: موقف الشافعية والحنابلة.

نص الشافعية والحنابلة على عدم تشخيص الجنين بالوقف وذلك لعدم صحة تملكه، فلا يدخل الجنين في الوقف الا إذا انفصل حياً. فاذا وقف الشخص شيئاً على اولاده او اولاد غيره وكان فيهم جنين لم يولد بعد لا يستحق شيئاً مما وقف له الا بعد انفصاله، لأنه لم تثبت له احكام الدنيا الا بعد انفصالها عن بطن امه، وبالتالي لا يستحق غلة او ثمرة الشيء الموقوف الا ما ظهر منه بعد ولادته.²

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري.

نص المشرع الجزائري على الوقف في المواد 213 الى 220 من قانون الأسرة الجزائري، وقد عرفه بصفة عامة دون ذكر لنوعه، كما انه لم يشير الى الوقف المتعلق بالجنين. بل اشار الى الوقف الذري ضمناً وهذا ما يفهم من خلال المادة 213 من ق.أج عند قوله الوقف حبس المال عن التمليك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق.

¹ فوزية زهرونة، كلثوم صالح، المرجع السابق، ص 51.

² مسلم عد الرحمان، المرجع السابق، ص 108.

ونخلص في هذا الصدد ان المشرع الجزائري اقر الوقف للجنين وذلك تطبيقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج التي تنص على انه كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه الى احكام الشريعة الإسلامية، والمعروف ان المشرع الجزائري يستند على المنصب المالكي كقاعدة اولى ثم باقي الآراء الفقهية في بعض الحالات الاخرى كلما دعت الضرورة لذلك.

الختامة

لقد حاولنا من خلال بحثنا هذا الإمام بكل ما يتعلق بحقوق الجنين التي كفلتها له الشريعة الإسلامية و كرسها ق.أ.ج .فتبين لنا مدى حرص الشريعة الإسلامية و أسبقيتها إلى، ضمان حقوق الجنين و ذلك بتنظيم الأحكام في مختلف المسائل المتعلقة بهذا المخلوق الضعيف . من لحظة تلقيح البويضة و علوقها في جدار الرحم إلى استهلاله صارخا ، و تمام ولادته حيا . و بعد محاولتنا حصر كل ما يتعلق بحقوق الجنين توصلنا إلى النتائج التالية:

- تعددت التعاريف فيما يخص المعنى الحقيقي للجنين ، إلا أنها تجمع على أن الجنين هو ما تحمله المرأة في رحمها من ولد. والذي يكون نتيجة تخصيب بويضة المرأة بمني الرجل.

- قد ينتج الجنين عن الحمل الطبيعي -اتصال جنسي مباشر- ، و قد يكون بطريق غير طبيعي عن طريق تقنية التلقيح الاصطناعي الذي أباحتها الشريعة الإسلامية و قيدها بمجموعة من الشروط ، فاشتترط أن يتم خلال حياة زوجين يربطهما عقد زواج شرعي و برضاها .فيتم ببويضة المرأة و مني الرجل دون تدخل طرف ثالث ببويضة و مني أو رحم ، و هو ما أخذ به المشرع الجزائري

- الحقوق التي تثبت للجنين حقوق مقررة قانونا .بغض النظر عما إذا كان الجنين نتيجة حمل طبيعي ، أو حمل اصطناعي.

-- للجنين شخصية قانونية احتمالية، يتمتع بموجبها بمجموعة من الحقوق ، تثبت له يقينا بتمام ولادته حيا ،و إذا لم تتحقق الحياة زالت شخصيته بأثر رجعي.

- وافق المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية إلى حد كبير في الإقرار بحقوق الجنين و حمايتها، خاصة و أنه نص في المادة 222 منه على أن كل ما لم يرد النص عليه في

ق.أ.ج يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية .

- نسب الجنين لأمه ثابت ، أما نسبه لأبيه فيثبت بعدة طرق أخرى .

- عدة المرأة من طلاق أو وفاة تعد وسيلة من وسائل حفظ النسب.
- لقد حفظت الشريعة الإسلامية للجنين حقه في النسب ،حتى و إن كان الزواج باطلا أو فاسدا، و هو ما أخذ به المشرع الجزائري في ق.أ.ج.
- انعدام النصوص القانونية التي تحمي الأجنة الناتجة عن عميلة التلقيح الاصطناعي الخارجي حال تجميدها.
- من خلال دراستنا و بحثنا في هذا الموضوع تبين لنا أن الحماية التي أقرها المشرع الجزائري للجنين و حقوقه ناقصة و غير كاملة. و هذا ما دفعنا إلى اقتراح بعض التوصيات:
- ضرورة مسايرة التطورات الاجتماعية و الطبية الهائلة و المتسارعة ، و سن قوانين لسد الثغرات ، و ضبط المستجدات لتفادي التجاوزات التي تمس بحياة الجنين و حقوقه.
- ضرورة النص على نسب المولود عن التلقيح الاصطناعي بالاستناد إلى أراء غالبية فقهاء الشريعة الإسلامية ، و المعالجة الواضحة لمسألة نسب المولود من التلقيح بين الزوجين بعد الوفاة أو الطلاق.
- دعوة أصحاب القرار إلى إنشاء هيكل خاص بالحقوق المالية الأسرية خارج نظام المحكمة يضمن التكفل بكل المعاملات المالية المتعلقة بالأسرة من نفقة و ميراث و وصية ، لأن طريق المحاكم طويل و قد يتسبب في ضياع المال ، و وقف الحال..
- على المشرع الجزائري سن نصوص قانونية واضحة فيما يخص حقوق الجنين، تجنباً للبس في فهمها ، و تفادياً لتأويلها.
- إدراج نصوص قانونية دقيقة و واضحة تضاف إلى المادتين 40. 41 ق.أ.ج تحدد فيها الطرق العلمية بدقة.

- التكوين المتخصص للقضاة و المحامين في الجانب القانوني و الجانب الشرعي فيما يخص المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة.

A decorative scroll graphic with a black outline and grey shading on the rolled-up ends, framing the text.

قائمة المراجع

والمصادر

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

1. القرآن الكريم و علومه.

2. السنة النبوية الشريفة.

معاجم اللغة:

-ابن منظور جمال الدين، لسان العرب ، ج13 ، د.ط ، دار صادر ، بيروت لبنان، د.س.ن.

المراجع:

1. احمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، د.ط، دار الكتب القانونية،

مصر، 2003.

2. _____ ، شرح قانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر،

2009.

3. ابن قيم الجوزية، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، زاد المعاد في هدي

خير العباد الجزء 5، ط27، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الاسلامية، بيروت، الكويت،

1994.

4. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي،

المغني لابن قدامة، الجزء 8، د.ط، مكتبة القاهرة ، مصر، 1968.

5. أشرف عبد الرزاق ويح، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.ن.

6. اقورفة زبيدة، الاكتشافات الطبية البيولوجية وأثرها على النسب، ط1، الأمل للطباعة

والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

7. الغوثي بن ملح، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط1 ، ديوان المطبوعات

الجامعية، الجزائر، 2005.

8. بلحاج العربي، احكام المواريث في التشريع الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.
9. —————، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، ج 2، الميراث والوصية، ط.3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004.
10. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، د.ط، دار الكتب القانونية دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2007.
11. سعيد بويصري، احكام الميراث بين الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة الجزائري، د.ط، دار الأمل للطباعة و النشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، د.س.ن.
12. سناء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعاصر في الاجهاض والتلقيح الصناعي، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
13. طفياني مخطارية، اثبات النسب في تقنين الاسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، د.ط، دار الجامعة الجديدة، 2013.
14. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ط 2 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 1989.
15. عبد العزيز عامر، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها و قضاء، د.ط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.س.ن.
16. فشار عطاء الله، احكام الميراث في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، القبة، الجزائر، د.س.ن.
17. موفعة سعيد بن منصور، الموسوعة الفقهية للأجنة والاستنساخ البشري، د.ط.2005.

18. محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، د.ط، دار الفكر العربي القاهرة مصر،
1950،

19. وهبة الزحيلي، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، ج 28، ط 2، دار
الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 1418هـ.

الرسائل والمذكرات الجامعية:

رسائل الدكتوراه

- 1- سحارة السعيد، احكام الاخصاب الاصطناعي، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم
السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة الجزائر، 2020/2019.
- 2- مسلم عبد الرحمان، الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية والقوانين
الوضعية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليايس،
سيدي بلعباس، الجزائر، 2019/2018.

مذكرات الماجستير:

- 1- سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقهاء، مذكرة ماجستير، كلية
الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2005.
- 2- صالح بوغرارة، حقوق الاولاد في النسب والحضانة على ضوء التعديلات الجديدة في
قانون الاسرة، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، بن عكنون، الجزائر،
2007.
- 3- محمد ابراهيم خليل ابراهيم، حقوق الجنين، حقوق الجنين بين الشريعة الاسلامية
والقانون والاتفاقيات الدولية، ماجستير القضاء الشرعي، كلية الدراسات، الجامعة
الأردنية، 2005.

مذكرات الماستر:

- 1- بلهوشي مباركة، دراس أناس، الحماية القانونية للجنين، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2023/2022.
- 2- ثابت مروة، حقوق الجنين المالية والمعنوية في الشريعة الاسلامية والقانون، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، 2017/2016.
- 3- غربي ذهبية شاهيناز، احكام النسب في قانون الاسرة الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، الجزائر، 2016/2015.
- 4- فوزية زهرونة، كلثوم صالح، الحقوق المالية للجنين في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماستر، معهد العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، الجزائر، 2020/2019.
- 5- مرابطي سميرة، الحماية الشرعية والقانونية للجنين، مذكرة ماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر 2016/2015.
- 6- موساوي عيدة، حقوق الجنين في الشريعة والقانون، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2017/2016.

المقالات:

- 1- بوعزيز أمينة، سعيدان أسماء، اللعان لنفي النسب، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، المجلد 57، ع، 2020.
- 2- دكدوك نعيمة؛ اثبات نسب الابن المولود بالتلقيح الاصطناعي مجلة الاستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد 6، ع. 2، ديسمبر 2021.

- 3-سحارة السعيد، ميدون مفيدة، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم الاقتصادية، المركز الجامعي بركة الجزائر، ع.2 ديسمبر 2018.
- 4-محمد الطيب سكيرفية، التلقيح الاصطناعي بعد الوفاة واشكالاته المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، المجلد 5، العدد 1، 2020.
- 5-فاطمة عيساوي، الحماية القانونية لنسب المولود عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين، دفاتر السياسة والقانون، المجلد 13، ع 2، 2021.

النصوص القانونية:

- 1-الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ: 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم، ج.ر.ج.ج السنة 3، ع 49، بتاريخ 21 صفر 1386هـ الموافق لـ: 11 يونيو 1966.
- 2-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق لـ: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ج.ر.ج.ج السنة 12، ع 78، بتاريخ 24 رمضان 1395هـ الموافق لـ: 30 سبتمبر 1975.
- 3-القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق لـ: 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005 ج.ر.ج.ج السنة 42 ع 15 بتاريخ 18 محرم 1426هـ الموافق لـ: 27 فبراير 2005.
- 4-القانون رقم 18-11 المؤرخ في 15 شوال 1439 الموافق لـ. يوليو 2018 يتعلق بالصحة، ج.ر.ج.ج ع 46، بتاريخ 16 ذو القعدة 1439 الموافق لـ: 29 يوليو 2018.

القرارات القضائية:

1. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34137، قرار بتاريخ 1984/10/8 المجلة القضائية للمحكمة العليا ع 4. 1989.
2. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 34046، قرار بتاريخ 1984/11/19، المجلة القضائية للمحكمة العليا ع 1، 1990.
3. المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية ملف رقم 35326 قرار بتاريخ 1984/12/03، المجلة القضائية للمحكمة العليا ع 1. 1990.
4. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، القرار رقم 172379 المؤرخ في 1997/10/28، نشرة القضاة، ع 54، 1999.

قرارات المجمع الفقهي الإسلامي:

1. المجمع الفقهي الاسلامي بمكة المكرمة، الدورة السابعة المنعقدة 11-16 ربيع الاخر 1404 الموافق ل 15-20 يناير 1984. القرار الخامس ص 159
2. المجمع الفقهي الاسلامي بمكة المكرمة الدورة الثامنة المنعقدة 27 ربيع الاخر -8 جمادى الأولى 1405 الموافق ل 18-29 يناير 1985. القرار الثاني ص 178،

الفهرس

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
اهداء.	//
شكر و عرفان.	//
قائمة المختصرات.	//
مقدمة	أ
الفصل الأول: حق الجنين في النسب	
المبحث الأول: نسب الجنين الناتج عن الحمل الطبيعي	6
المطلب الأول : ماهية الجنين	6
الفرع الأول : تعريف الجنين	6
الفرع الثاني: الشخصية القانونية للجنين	9
المطلب الثاني: طرق اثبات نسب جنين الحمل الطبيعي	12
الفرع الأول : اثبات النسب بالزواج	12
الفرع الثاني: اثبات النسب بالإقرار و البينة	19
المبحث الثاني: نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي	24
المطلب الأول: ماهية التلقيح الاصطناعي	24
الفرع الأول : تعريف التلقيح الاصطناعي ،و مبررات اللجوء اليه	25
الفرع الثاني: صور التلقيح الاصطناعي و شروطه	27
المطلب الثاني: نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي بين الزوجين و أثناء حياتهما	30
الفرع الأول :نسب جنين التلقيح الاصطناعي أثناء قيام الرابطة الزوجية	31
الفرع الثاني: نسب جنين التلقيح الاصطناعي بعد انحلال الرابطة الزوجية بالطلاق..	31
المطلب الثالث: نسب الجنين الناتج عن التلقيح الاصطناعي بعد وفاة الزوج	33
الفرع الأول: في حالة تلقيح البويضة أثناء عدة الوفاة	33

34	الفرع الثاني: في حالة تلقيح البويضة بعد انتهاء عدة الوفاة
الفصل الثاني: الحقوق المالية للجنين	
38	المبحث الأول: الحق في الميراث
39	المطلب الأول: تعريف الميراث.
39	الفرع الأول: تعريف الميراث لغة
39	الفرع الثاني: تعريف الميراث اصطلاحاً
41	المطلب الثاني: كيفية توريث الجنين
41	الفرع الأول: شروط توريث الجنين
43	الفرع الثاني: مقدار ما يوقف للجنين من الشركة
50	المبحث الثاني: حقوق الجنين على وجه التبرع
50	المطلب الأول: الحق في الوصية
51	الفرع الأول: تعريف الوصية.
52	الفرع الثاني: شروط الوصية
53	المطلب الثاني: الحق في الهبة
54	الفرع الأول: تعريف الهبة
54	الفرع الثاني: حكم الهبة للجنين
57	المطلب الثالث: الحق في الوقف
57	الفرع الأول: تعريف الوقف
58	الفرع الثاني: حكم الوقف على الجنين
61	الخاتمة
65	قائمة المراجع
71	الفهرس

المخلص:

لقد تناول هذا البحث دراسة حقوق الجنين دراسة فقهية قانونية، خصوصا أن أحكام الجنين تعرف فراغا قانونيا ملحوظا، الذي زاده حدة عجز المشرع الجزائري عن مسايرة الاكتشافات الطبية التي سمحت باكتشاف طرق جديدة للإنجاب غير الطريق الطبيعي، ولا ننكر في هذا الصدد ما جاء به المشرع الجزائري بالنسبة للحقوق المالية الذي كان مطابقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية. فأقر له الحق في الميراث والوصية والهبة، إذا ثبت الحمل وقت افتتاح التركة، ولكنها تبقى معلقة على شرط ولادته حيا.