جامعة أكلي محند أولحاج -البويرة-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الحـــمل المُـــستكّـن

على ضوء الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأسرة

إعداد الطالب
مخزوم مهدي

إشراف الأستاذة
خالدي فتـــيحة

لجنة المناقشة

الأستاذ(ة):.....عيـساوي فطيمة.....رئيسا

الأستاذ(ة):.....خـــالدي فتيــحة.....مشرفا ومقررا

الأستاذ(ة):.....بغدادي غـــانية.....مناقشا

تاريخ المناقشة 2015/02/10

شكر وتقدير

بما أنه من الواجب على العاقل أن يشكر النعمة فبعد شكر الله عزّوجلّ على توفيقه وعونه لنا لإتمام هذا العمل أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان إلى:

الأستاذة المحترمة والمشرفة على إعداد المذكرة خالدي فتيحة التي لم تبخل علينا بتوجيهاتها وإرشاداتها القيمة،فنرجو من الله أن يجعلها ذخرا للعلم ويوفقها في حياتها.

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى كل من كان سببا في وصولي الى هذه الدرجة العلمية وساهم سواء من قريب أو من بعيد في إعداد المذكرة بكل ما استطاعوا من جهد، والى كل شخص أعزه في قلبي كان لي سندا وعونا لإتمام عملي من بدايته الى نهايته.

اهداء

الحمد لله الذي أعاننا بالعلم وزيننا بالحلم وأكرمنا بالتقوى وأجملنا بالعافية.

أتقدم بإهداء عملي هذا الى من قال فيهما الله عز وجلّ:"واخفض لهما جناح الذلّ من الرحمة،وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا".الوالد والوالدة، أعز مخلوقين في الوجود، من لهما الفضل الكبير في تربيتي وتعليمي، اللذان دفعاني دوما للأمام وكانوا لي سندا في الحياة ومنحاني القدرة على المواصلة للتفوق.

كما أهدي عملي الى إخواني وأخواتي وكل أفراد العائلة وكل أساتذتي وزملائي في الدراسة.

مقدمة:

لقد جاءت الشريعة الاسلامية متممة للرسالات السماوية السابقة،إذ من بين خصائصها أنها شاملة لكلّ الأمور، وصالحة لكل زمان ومكان، تدور أحكامها على جلب المصلحة ودرء المفسدة. فكانت هذه الشريعة مشتملة على مجموعة من الأحكام لبناء المجتمعات والاهتمام بكيانها واستقرارها، فاتخذت لذلك منهجا حكيما رحيما، يتمثل في الاهتمام بجميع فئات المجتمع. فبينت ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات، كبيرا كان أم صغيرا، ذكرا أو أنثى، حتى الحمل في بطن أمّه، فأقرت للحمل المُستكّن العديد من الحقوق بغرض حمايته وضمان مكانة لائقة له لمواجهة أقرانه، ففي موضوع الهبة أعطت له الحق في أن يكون موهوبا له، أما في الميراث فهو يحظى بنصيبه من مقدار التركة كباقي الورثة الآخرين، فيحفظ له نصيبه الى غاية ولادته حيا، أضف الى ذلك أن له الحق في أن يوصى له باعتبار أن الوصية أخت للميراث، وذلك فيما لا يتجاوز الثلث، وغير ذلك من حقوق.

ولما كان الإنسان أحسن مخلوق على وجه الأرض، كرمه الله تعالى على سائر المخلوقات بالعقل ليفكر ويتدبر في ملكوت الله، فسخر له كل الوسائل للعيش الحسن ليكون خليفة في الأرض M 8 7 _ ` a b c d e f g h i j k l m n o L[1].

حاول الانسان من خلال الشرائع الوضعية وضع قوانين وقواعد من شأنها أن تحكم وتنظم حياته وحالته وتحفظ حقوقه وتحميه في الوجود، فاهتم بالأحكام المتعلقة بالحمل حتى وأنه لم يولد بعد، وهو ما يزال في بطن أمه.

فنجد المشرع الجزائري اقر بأن للحمل المُستكّن شخصية قانونية مستقلة عن أمه، تثبت له شرط ولادته حياّ وتحقق حياته، وهذا حسب نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري [2]،

---

[1] سورة الاسراء،الآية 70.

[2] الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالأمر رقم 07-05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 مايو 2007،المتضمن القانون المدني.

وهو شخص من أشخاص القانون له حقوق مكرسة قانونا، ففي قانون الأسرة الجزائري[1]، أقر بعض الأحكام المختلفة المتعلقة بحق الحمل في الميراث، إذا كان قد تأكد حملا عند وفاة مورثه، ليدخل مع باقي الورثة في أخذ حصته من التركة لتحفظ له الى غاية ولادته حيا، وهذا ما يؤكده نص المادة 173 ق.أ.ج، أو ما يتعلق بإمكانية أن يوصى للحمل، أو أن يوهب له وفقا للمادة 209 ق.أ.ج، أضف الى ذلك استحقاقه للوقف وإمكانية الاشتراط لمصلحته.

هذا من جهة ومن جهة أخرى نظمت أحكام متعلقة بالحماية الجنائية للحمل، من خلال منع أي فعل من شأنه أن يؤدي الى القضاء على حياته وهو في بطن أمه، فجرم المشرع الجزائري فعل اسقاط الحمل المسمى بجريمة الإجهاض واعتبره جنحة معاقب عليها قانونا، فعدد صور الإجهاض من إجهاض المرأة لنفسها، الى إجهاض المرأة من قبل الغير والتحريض على الإجهاض، فتنوعت العقوبة حسب طبيعة مرتكب الجريمة.

وبما أننا اغتنمنا فرصة دراسة هذا الموضوع والمتمثل في الحمل المُستكن في ضوء الشريعة الإسلامية وقانون الآسرة الجزائري، الذي يعد موضوعا هاما يدعوا للانتباه والملاحظة والإلمام، فإننا نرى أنّ لهذا البحث أهمية كبيرة سواء من الناحية العلمية أو من الناحية العملية تظهر من خلال تحديد الشخصية القانونية للحمل لبيان الحقوق والالتزامات المقررة له ، وكذا إبراز مكانة الحمل في الشريعة الإسلامية والقانون، وبيان الأحكام المنظمة لحقوق الحمل وهو في بطن أمه وضمانها له لتزداد في التحصين عند ميلاده وظهوره للحياة.

هذا لأننا نرجو أن نتمكن من توضيح المعنى الحقيقي للحمل المُستكن وبيان أحكامه لنضمن له الحماية مدنيا وجنائيا، ومحاولة ربط الموضوع بالعصر الحالي والمستقبل لمسايرة المستجدات العلمية والتقدم العلمي الحاصل.

فلعل من بين الأسباب التي دعتنا للكتابة في هذا البحث، أسباب شخصية متمثلة في الميل الشخصي للخوض في كل ما هو علمي ومستجد، نظرا لتخصصي العلمي في الثانوية.

---

[1] القانون رقـم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المـعدل والمـتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

هذا الى جانب أسباب متعلقة بطبيعة البحث العلمية والقانونية الشرعية، وكذلك الاهتمام الكبير بالقضايا المتعلقة بالأسرة، وهذا لتخصصي في قانون الأسرة.

وأسباب تتعلق بالرغبة في دراسة هذا الموضوع والتوسع فيه في جوانبه المتعددة والحاجة الماسة للكتابة فيه، خاصة الجانب القانوني منه، لأنه يوجد فراغ قانوني فيما يخص صياغة المواد القانونية المنظمة لموضوع الحمل. إضافة الى قلّة الكتابات في القضايا المتعلقة بالحمل وتوضيح فكرة أن الحقوق لا تتقرر فقط للإنسان فقط بعد ولادته وإنما يتمتع بها حتى وهو لم يولد بعد.

ومن ثمة فان الإشكالية التي يمكن لنا أن نطرحها في إطار دراستنا لهذا الموضوع، التي من شأنها أن تكون ملمّة بالموضوع هي: **ماهي القواعد التي وضعتها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من أجل أن يكون للحمل المستكن مكانة قانونية ؟.**

وللوقوف عند هذا الإشكال المطروح، كان واجبا علينا اعتماد منهج علمي يمكننا من الاجابة على مختلف التساؤلات الواردة في الموضوع، و نحن ارتأينا أن نعتمد على المنهج الوصفي والمقارن والمنهج التحليلي، وذلك بالتعرض الى آراء الفقهاء في مختلف المسائل المختلفة المتعلقة بالموضوع، ومقارنة ذلك بالرأي الذي تبناه المشرع الجزائري في كل مسألة فرعية. وتبعا لذلك فقد حاولنا تقسيم بحثنا الى فصلين كما يلي:

الفصل الأول: الاطار المفاهيمي للحمل في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: تعريف الحمل و مراحل تطوره

المبحث الثاني: الصور المعاصرة للحمل المُستكّن

المبحث الثالث: النطاق الزمني لتمتع الحمل بالشخصية القانونية

الفصل الثاني: أحكام الحمل المُستكّن في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: الأحكام المتعلقة بالتصرفات الصادرة بالإرادة المنفرة

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بالتصرفات الواردة على الحمل توجب صدور قبول منه

المبحث الثالث: الأحكام المتعلقة بالحماية الجنائية للحمل

وأنهينا بخاتمة في الأخير توصلنا فيها الى أهم النتائج المستخلصة وبعض الاقتراحات حول الموضوع.

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للحـمل المُستكّن في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

بمجرد تلفظنا بلفظ الجنين أو لفظ الحمل، يتبادر إلى الذهن أن المقصود من ذلك هو الولد الموجود في بطن أمه، ونحن خلال هذا الفصل سنحاول أن نبين المعنى الحقيقي للحمل من خلال البحث عن المعنى اللغوي لهذا المصطلح في مختلف معاجم اللغة، وأيضا التعريف الاصطلاحي الذي جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون.

فبداية من لحظة تلقيح بويضة المرأة، بالحيوان المنوي للرجل واستقرارها في الرحم تبدأ أولى مراحل نمو الجنين داخل رحم أمه، لتتابع هذه المراحل على التوالي في شكل متناسق عجيب الوصف، وهذه المراحل سنتعرض إليها، بالتطرق إلى ما توصل إليه الطبّ الحديث، وكذلك ما جاء به القرآن الكريم من وصف دقيق لها.

فالحمل يشمل معناه كل مرحلة من مراحل تخلقه داخل الرحم،فهو يمكن أن يكون نتيجة اتصال جنسي مباشر، وهو الطريق الطبيعي للحمل، كما يمكن أن يكون نتيجة اتصال جنسي غير مباشر، وذلك في التقنيات المستحدثة، في التلقيح الاصطناعي والأم البديلة وبنوك الأجنة هذا كله ما سيتم توضيحه لتقريب فكرة الحمل ومختلف الحالات التي يكون فيها. كما سنحاول تحديد مركز الحمل ومكانته القانونية من خلال تحديد شخصيته القانونية وأهليته، ليكون شخصا قانونيا مخاطبا بالقاعدة القانونية، تثبت له حقوق وتقع عليه التزامات.

المبحث الأول

تعريف الحمل ومراحل تطوره

سنبحث عن المعنى اللغوي والاصطلاحي للحمل المُستكّن الذي جاء به فقهاء الشرع والقانون وعلماء الطبّ. ثم نقوم ببيان أهم المراحل التي يمر بها تكون الجنين داخل الرحم، وهذا بتسليط الضوء عليها من الناحية الطبية العلمية، لنقوم بعد ذلك بتحديدها كما جاء ذكرها في القرآن الكريم.

المطلب الأول

تعريف الحمل المُستكّن

سنعرف بالحمل المُستكّن حسب مختلف التعاريف التي جاءت في معاجم وقواميس اللغة، وكذلك التعاريف الذي جاء به سواء الفقه الشرعي وذلك بالعودة إلى كتب الفقه المختلفة، أو الفقه القانوني في كتب القانون، لنعرفه في الأخير حسب التعريف الذي أورده الطب الحديث.

الفرع الأول

الحمل في اللّغة

الحمل في اللغة هو(ما تحمل الإناث في بطونها، والحَملٌ ما يُحمل على الظهر، وأما حمل الشجرة فقيل ما ظهر منه فهو حملٌ وما بطن فهو حَملٌ وقيل كله حمل لأنه لازم غير بائن)[1].

وكذلك يعرف الحمل كما جاء في لسان العرب (امرأة حامل وحاملة إذا كانت حبلى أي إذا كان في بطنها ولد، فمن قال حامل بدون هاء فهو نعت لا يكون إلا للمؤنث، ومن قال حاملة إذا حملت المرأة شيئا على ظهرها أو على رأسها)[2].

---

(1)الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي،مختار الصحاح،الطبعة الأولى،دار الفكر،المملكة الأردنية الهاشمية،عمان،2007،ص78.

(2) محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري،لسان العرب،ط1،دار صادر،بيروت،الأردن،ص 722.

كما يطلق على الحمل لفظ الجنين[1]، فالحمل هو الجنين المستور وهو الولد مادام فيالرحم[2]. وهوكما جاء في "محيط المحيط":(جنَّ الجنين في الرحم، يجن جنا استتر، والجنين هو المستور من كل شيء والمقبور، فعيل بمعنى مفعول، ومنه الجنين للولد ما دام في الرحم)[3]. فالجنين هو الحمل المُستكّن قبل أن يولد، بتمام انفصاله عن أمه[4].

وبالنظر إلى هذه التعاريف اللغوية التي أوردناها، يمكننا القول أنَ الحمل المُستكّن هو ما تحمله الإناث في بطونها، إذ يمكن أن نطلق لفظ الجنين عليه نظرا لتحقق صدفة الاستتار وهذا طيلة بقائه داخل بطن أمه إلى غاية ظهوره بولادته وخروجه للحياة.

الفرع الثاني

الحمل في الاصطلاح

اهتم الفقهاء بوضع عدة تعريفات اصطلاحية للحملفتعددت واختلف تحديدها فيما بينهم، فقد اتفق الفقهاء على أنه إذا استبان خلق ما في بطن المرأة، فهو جنين وعلم أنه حمل، واختلفوا فيما لم يبن منه شيء إلى عدة أقوال منها:

ذهب المالكية وقالوا أن الجنين هو كل ما حملته المرأة مما يعرف أنه ولد،وإن لم يكن مخلقا،فهم يستعملون مصطلح الجنين حتى على العلقة،وهي ذلك الدم المنعقد فقالوا:وهو الذي إذا صبَ عليه الماء الحار لا يذوب،وعللوا أن الاختبار بالماء الحار عندما نقوم بصبه على الدم العادي يجعله ينحلَ،أما عندما نصب الماء على النطفة المخلقة فان ذلك لا يزيدها إلا

(1)عباس شومان، إجهاض الحمل وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية، ط1، الدار الثقافية للنشر،مصر،1999،ص16.

(2)إبراهيم مدكور، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم،مصر،1994، ص 122.

(3) بطرس البستاني،محيط المحيط،ط3،مكتبة لبنان ناشرون،لبنان،1993،ص 130.

(4)عبد الواحد كرم،معجم المصطلحات القانونية، الشريعة والقانون،ط1،دار الكتب القانونية،مصر،1995،ص 151.

صلابة وشدة[1].

أما الأحناف فهم يستعملون مصطلح الجنين على الذي استبان بعض خلقه كظفر وشعر، وعللوا هذا التحديد بقولهم:(لأن الحمل اسم لنطفة متغيرة، بدليل أن الساقط إذا كان علقة أو مضغة لم تنقضي به العدة، لأنها لم تتغير،فلا يعرف كونها متغيرة بيقين إلا باستلانة بعض الخلق)[2]. وقول الشافعية في الحمل يكون عن ما نقل عن الإمام الشافعي رحمه الله، أن الاستعمال الحقيقي للجنين هو فيما يكون بعد مرحلة المضغة وعبارته هي:(وأقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغةوالعلقة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمي أصبع أو ظفر أو عين أو ما شابه)[3].

كذلك يقول ابن حزم الظاهري أن الجنين هو ما كان علقة فصاعدا أما النطفة فليست بشيء، أما عن الحنابلة فقد ذهبوا إلى القول أن الجنين يكون مع بداية تكون صورة الآدمي فيه، أما ما قبل ذلك فلا يعلم يقينا انه جنين. وهذه الصورة معتبرة ولو كانت خفية، واستثنى بعضهم ذلك، فاعتبر أن بداية الجنين وتصوره منذ كونه علقة، أما النطفة فإنها تدور بين احتمال الانعقاد من عدمه.

من خلال هذه التعاريف يمكن أن نعرف الحمل في اصطلاح الفقهاء، بأنه ما يحمل في بطن المرأة من الولد، ويتم بواسطة تلقيح الحيوان المنوي للبويضة، فهو يطلق بصفة عامة على الولد في بطن أمه في المدة بين العلوق والولادة.

---

(1)خـالد بوشمَة،نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي،منشورات بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع،الرويبة،الجزائر،2009، ص 74.

(2) سنـاء عثمـان الدبسي،الاجتهاد الفقهي المعـاصر في الإجهاض والتلقيـح الاصطناعي،الطبـعة الأولى،منشورات الحـلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2010،ص 75.

(3) خالد بوشمة،المرجع السابق ذكره،ص 48.

الفرع الثالث

الحمل في القانون

فقهاء القانون الوضعي، يعرفون الحمل بأنه البويضة الملقحة المتكونة منذ التلقيح الذي يتم بين الذكر والأنثى، والتي يتكون منها الجنين شيئا فشيئا إلى أن تتم الولادة الطبيعية[1].هذا بالنسبة لفقهاء القانون الوضعي، أما أهل الطب فيصنفون الجنين حسب مراحل نموه، ففي مراحله الأولى يطلقون عليه لفظ(EMBRYO) وهو(الحُميل)، ويراد به انقسامات البويضة خلال الشهور الأولى، والجنين خلال المراحل التالية يطلقون عليه لفظ(FOETUS) والمراد به الطفل الذي لم يولد بعد[2].

المطلب الثاني

مراحل تطور الحمل

يمر الحمل وهو في بطن أمّه بمراحل متعددة، تم ذكرها صراحة في القرآن الكريم وذلك في قوله u t s r q p o n m l k j i h g f e M 8

¤ £ ¢ ¡ • ~ } | { z y x w v

¥ ¦ § ¨ © ª « ¬ L[3]. وجاءت هذه المراحل تماما كما اكتشفها العلم الحديث، في دقة لا متناهية وفي تصوير عجيب. وهذا ما سنبينه فيما يلي لأن الأحكام المتعلقة بالحمل تختلف باختلاف أطواره.

الفرع الأول

مراحل تطور الحمل من الناحية الطبية

تمكن العلم الحديث بواسطة العلماء المختصين في علم الأجنة، من بينهم العالم كيث مور أكبر عالم مختص في علم التشريح والأجنة إلى اكتشاف حقائق علمية تتعلق بمراحل تطور

---

(1) محمد صبحي نجم،شرح قانون العقوبات،القسم الخاص،ط6،ديوان المطبوعات الجامعية،الساحة المركزية بن عكنون،الجزائر،2005،ص61.

(2)Daniel lacroux:Dictionnaire Larousse. Librairie Laroussee, Paris, 2005, P1073.

(3) سورة المؤمنون، الآية،12-14.

الجنين، تتوافق مع ما جاء به القرآن الكريم منذ 14 قرنا، وقاموا بتقسيم هذه المراحل كما يلي:

أولا:مرحلة الحميل

تبدأ هذه المرحلة من الأسبوع الثاني للحمل وتنتهي في الأسبوع الثامن، وعلماء الأجنة عند تحديدهم للمرحلة الأولى، أسقطوا في حساب هذه المرحلة الأسبوع الأول للحمل، وعلتهم في ذلك أن البويضة الملقحة في هذا الأسبوع ليس لديها القدرة على العلوق بجدار الرحم، وتقسم هذه المرحلة الى ثلاثة أقسام[1]:

1-مرحلة العلوقImplantions

تبدأ هذه المرحلة من نهاية الأسبوع الأول،وتنتهي بنهاية الأسبوع الثالث من تلقيح البويضة بالسائل المنوي للرجل، وفي هذه المرحلة تبدأ أغشية الجنين في الظهور، وتتمايز طبقات اللوح الجنيني إلى ثلاث طبقات وهذه المرحلة يطلق عليها بالمصطلح القرآني مرحلة العلقة، وكذلك مرحلة ما قبل تكوين الكتل البدنية.

2-مرحلة الكتل البدنية Somites

تستغرق هذه المرحلة عشرة أيام، وهي تعتبر الأقل من حيث مدة تكوين الأجنة، ونظرا لقلة زمنها فمتفق عليها من حيث بدايتها ونهايتها[2].

3-مرحلة تكون الأعضاءOrganogenèses

تبدأ هذه المرحلة من الأسبوع الرابع للحمل وتنتهي بنهاية الأسبوع الثامن، وفيها تكاد تكون الأعضاء الداخلية كلها قد اتخذت مواضعها. وهذه الفترة تتميز بأنها فترة حرجة بالنسبة للجينات، وذلك لقابلية هذه الجينات للتأثر بالعوامل البيئية المحيطة بها، وخلال هذه المرحلة يتم تكوين الأعضاء خاصة أعضاء الذكورة والأنوثة على مستوى الغدد التناسلية، وتصل هذه المرحلة الى أوج نشاطها عند بلوغ الحمل أسبوعه السادس.

(1)حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 43.

(2)حسيني هيكل، المرجع نفسه، ص 44.

ثانيا:مرحلة الجنين

إذا ما انتهت مرحلة تكوين الأعضاء، فان مرحلة المضغة تكون قد انتهت لتبدأ مرحلة أخرى هي مرحلة الجنين، وتبدأ مع بداية الشهر الثالث وتنتهي بالولادة، ولا يكون في هذه المرحلة إلا تخليق يسير وينموا فيها الجنين ويتطور تطورا سريعا حتى يأخذ شكله الإنسانيالذي يولد به[1].

الفرع الثاني

مراحل تطور الحمل من الناحية الشرعية

لقد وصف القرآن الكريم أطوار تخلق الجنين داخل الرحم وصفا دقيقا، وذلك من خلال إطلاق مسمى على كل طور له وأعطى بداية ونهاية محددة، حيث يصف المظهر الخارجي للجنين ويعكس عمليات التخلق الداخلية له في فترات متعاقبة، و نحن سنتعرض إلى هذه الأطوار فيما يلي:

أولا:طور النطفة

يمتد هذا الطور من اليوم الأول للحمل، أي منذ تلقيح سلالة المرأة بسلالة الرجل بمعنى اتحادهما وانصهارهما حتى اليوم السادس من بداية الحمل، وخلال هذه المرحلة تنقسم البويضة الملقحة من خلية واحدة إلى خليتين ثم أربع، فثمان خلايا فست عشرة خلية، ثم تأخذ شكل ثمرة التوت فتسمى بالتوتة(morula)[2].

وفي نهاية اليوم الخامس تتحول التوتة إلى ما يسمى علميا بالكرة الجرثومية، وعدد خلاياها يصل إلى ما بين 50 و60 خلية، وخلال عملية الانقسام والتكاثر تنتقل النطفة من أنبوب الرحم إلى الرحم(اليوم الخامس تقريبا) لتتعلق بجدار الرحم الداخلي منذ اليوم السابع من بدء الحمل، ففي هذا الطور تمر النطفة بثلاث مراحل مرحلة التلقيح(fecondation) ومرحلة

(1) الشيخ صالح بشير،الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة،مذكرة ماجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1،2012-2013، ص08.

(2) سناء عثمان الدبسي، المرجع السابق، ص 80.

التوتة (morula) ومرحلة الكرة الجرثومية(blastula).[1]

ثانيا:طور العلقة

بعد طور النطفة يأتي طور العلقة،فالعلقة هي وضعية الجنين بعد انغرازه في جدار الرحم[2]،ويبدأ هذا الطور منذ تعلق النطفة الأمشاج(مرحلة التوتة) بالرحم فيبدأ تمايز الخلايا التي يتألف منها الجنين فيصبح في نهاية هذا الطور، أي في الأسبوع الثالث من الحمل مؤلفا من ثلاث طبقات من الخلايا، طبقة خارجية(ectoblaste) منها يتخلق لاحقا الجلد ومحتوياته، والجهاز العصبي، النسيج المخاطي للفم، الشفتين، اللثة وشبكة العين وطبقة وسطى(mesoblaste)منها يتخلق لاحقا الهيكل العظمي، العضلات، الجهاز البولي والتناسلي والدم وغيرها.

طبقة داخلية(entoblaste)منها يتخلق لاحقا الكبد والبنكرياس والأغشية المبطنة للجهاز الهضمي والتنفسي وغيرها من الأعضاء، وينتهي هذا الطور عند ظهور الكتل البدنية التي تعتبر بداية المضغة.

ثالثا:طور المضغة

المضغة هي اللقمة الممضوغة من الطعام التي انغرزت فيها الأسنان ثم قذفتها، وهي كلمة تشير الى شكل الجنين وحجمه[3]، ويبدأ طور المضغة منذ الأسبوع الثالث من حياة الجنين، ويمتد حتى الأسبوع السابع وخلاله تظهر الكتل البدنية للجنين التي يتراوح عددها مابين 42-45 زوجا،ففي هذا الطور تتمايز الخلايا فتظهر الخلايا المتخصصة كالخلايا القلبية والعصبية والدموية لتشكل ما يسمى في القرآن الكريم المضغة المخلقة، وتبقى خلايا أخرى وهي الخلايا غير المخلقة التي ستتحول إلى خلايا متخصصة.

رابعا:طور العظام

في هذا الطور يتحول بعض المضغة إلى عظام ويبدأ من الأسبوع السابع من

(1) سناء عثمان الدبسي، المرجع السابق, ص 81.

(2) محمد حافظ الشريدة، نفخ الروح في الجنين بين الطب والدين، نابلس فلسطين،2004، ص 6.

(3) محمد حافظ الشريدة،المرجع نفسه،ص 7.

الحمل،فيتحول قسم من الكتل البدنية التي أعطت الجنين شكل المضغة إلى أنسجة عظمية لتشكل العمود الفقري و بقية الهيكل العظمي.

خامسا:طور اللحم

يبدأ هذا الطور في الأسبوع الثامن من الحمل فيتحول القسم الباقي من الكتل البدنية إلى عضلات تكسو العمود الفقري الذي يعتبر قوام الجسم، وهذه العضلات أصلها المضغة وليس العظام، فيبدأ الجنين يأخذ شكله الإنساني بعد أن تبدأ تلك العضلات بالاشتغال[1].

سادسا:طور التسوية(الخلق الآخر)

يمتد هذا الطور من بداية الشهر الثالث حتى الولادة، فبعد أن كانت الأطوار السابقة أطوار خلق وتجميل وتعديل في أعضائه، يكتسب الجنين شكله الإنساني فينفخ فيه الروح ليتميز عن غيره من الأجنة. ولقد وردة مرحلة نفخ الروح في القرآن الكريم حيث M 8 7 a « ¬ ® ¯ ° ² ³ ´ µ ¶ ¹ º » ¼ L[2].

هذا وقد ورد في الأحاديث النبوية الشريفة ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: حدثنا رسول الله ﷺ قال: "ان أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله إليه ملكا بأربع كلمات: بكتب رزقه وأجله وعمله و شقي أو سعيد ثم ينفخ فيه الروح..."[3].

وبما أن مرحلة نفخ الروح مرحلة مهمة في حياة الجنين في بطن أمه، فقد أشار القرآن الكريم إلى أن وقت نفخ الروح يكون مع طور التسوية، إلا أن مسألة نفخ الروح وزمنها مسالة خلافية بين الفقهاء، فجمهور الفقهاء السابقين يرون أن الروح تنفخ في الحمل بعد 120 يوما من الحمل، مستندين إلى حديث ابن مسعود السالف الذكر.

أما العلماء المعاصرين من أطباء وفقهاء يرون أن نفخ الروح يكون في الأربعين يوما

---

(1) سناء عثمان الدبسي، المرجع السابق، ص88.

(2) سورة السجدة، الآية 09.

(3) محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدأ الخلق، الطبعة الثانية، دار السلام، السعودية، 1999، ص 536.

الأولى، وخالفوا قول الجمهور واستندوابذلك إلى علم المادة والملاحظة والتجربة. إلا أن مسألة نفخ الروح مسألة غيبية لا يعلمها إلا الله، ولا يجوز الخوض فيها والسعي إلى تحديد حقيقة الروح لأن الروح من عند الله.

المبحث الثاني

الصور المعاصرة للحمل المُستكن

خلال هذا المبحث سنحاول التعرض إلى الحمل في صورته المعاصرة،أي الذي يكون نتيجة اتصال جنسي غير مباشر، وذلك بالتطرق إلى مسألة التلقيح الاصطناعي وتأجير الأرحام لنقف عندها ونطرحها على بساط البحث ومقارنتها بالحمل الطبيعي لننظر في مدى مشروعيتها. والتأكد إذا كانت لا تتعارض مع الأحكام والضوابط التي وضعها الشرع الإسلامي، ومعرفة موقف القانون منها، لأن هذا كله يعود إلى الإشكالات العلمية والعملية الكثيرة التي تطرحها، والبحث كذلك عن المعاملة التي يعامل بها الحمل الناتج عن هذه الوسائل المستحدثة هل هي نفسها التي يعامل بها الحمل الطبيعي وهو في بطن أمه؟، وهل أن الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري قد أجازت هذه الأفعال؟ وكيف يعامل الحمل في هذه الحالة وما هي الحقوق التي يتمتع بها؟ وكل ذلك في مطلبين متتاليين كما يلي:

المطلب الأول

الحمل نتيجة التلقيح الاصطناعي

نقصد بالتلقيح الاصطناعي الإنجاب بغير تلاقي الزوجين وهو عبارة عن وسيلة تقنية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون اتصال جنسي بينهما[1] ويتخذ التلقيح الاصطناعي عدة صور سنبينها ونشرحها بعدها نتعرض لموقف الشريعة الإسلامية من التلقيح الاصطناعي وموقف المشرع الجزائري منه.

(1) العوفي لامية،التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر،2005-2008،ص ص 10-11.

الفرع الأول

صور التلقيح الاصطناعي

تلقيح بويضة المرأة بمني الرجل يكون عادة بالمقاربة الجنسية بين الرجل والمرأة، إلا أنه ونتيجة للتطور العلمي الحاصل في المجال الطبي الحديث، فانه يمكن أن يكون تلقيح لبويضة المرأة بواسطة وسائل وأدوات طبية وهذا بغرض الحمل، وقد ظهرت عدّة صور للتلقيح بهذه الطريقة وهي كما يلي:

أولا:التلقيح الاصطناعي الداخلي

يعرف التلقيح الاصطناعي الداخلي بأنه: (عملية الإدخال الطبي لماء الرجل في الموضع المعد له في المرأة لضرورة علاجية.)، كما يعرف أيضا:(عملية طبية غير معقّدة تتضمن تلقيح المرأة عن طريق وضع مادة الزوج داخل رحمها، على نحو تلتقي به هذه المادة مع بويضة الزوجة إذا كان هناك مانع طبي في إتمام ذلك على نحو طبي.)[1]. ويأخذ التلقيح الاصطناعي الداخلي ثلاث صور[2]:

1- الإخصاب بحيوانات الرجل المنوية أثناء حياة الزوج.

2- الإخصاب بحيوانات الرجل المنوية بعد وفاة الزوج و لها حالتان، حالة يتم فيها التخصيب أثناء عدة المرأة المتوفى عنها زوجها، وحالة التخصيب بعد انقضاء عدة المرأة المتوفى عنها زوجها

3- الإخصاب بحيوانات متبرع منوية ليس بينه وبين المرأة رابطة زوجية.

ثانيا:التلقيح الاصطناعي الخارجي

التلقيح الاصطناعي الخارجي يقصد به تلقيح بويضة المرأة بنطفة الرجل في أنبوب اختبار، ثم بعد ذلك تزرع البويضة المخصبة في رحم المرأة صاحبة البويضة أو في بويضة امرأة أخرى، ويتم هذا النوع بعدة أساليب وهي[3]:

---

(1)النحوي سليمان، التلقيح الصناعي في القانون الجزائي والشريعة الإسلامية والقانون المقارن، رسالة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق،2010-2011،ص 68.

(2) سناء عثمان الدبسي، المرجع السابق، ص160-163.

(3) سناء عثمان الدبسي، المرجع نفسه، ص 164.

الأسلوب الأول يكون بأخذ الحيوانات المنوية من الزوج والبويضة من مبيض زوجته، ويتم التلقيح في أنبوب الاختبار، وفي نفس الوقت المناسب تنقل البويضة الملقحة من الأنبوب وتعاد إلى رحم الزوجة صاحبة البويضة فتعلق في جداره ليبدأ الحمل ويستمر إلى غاية ولادته، وعادة ما يلجأ إلى هذا الأسلوب عندما يحصل انسداد في قناة فالوب التي تصل بين المبيض والرحم.

والأسلوب الثاني يجرى فيه التلقيح بين نطفة الزوج وبويضة زوجته في طبق الاختبار(طبق بيتري) ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته الثانية، ونكون بصدد هذه الحالة عندما تكون الزوجة الأولى صاحبة البويضة منزوعة الرحم أو رحمها غير صالح للحمل.

كذلك يمكنأن يجري التلقيح في طبق الاختبار بين نطفة مأخوذة من الزوج وبويضة مأخوذة من امرأة غريبة عنه متبرعة، وبعد أن تلقح البويضة تزرع في رحم الزوجة، وهذه الحالة تستعمل عندما يكون مبيض الزوجة مستأصلا أي معطلا ورحمها سليم قابل للحمل وهذا كأسلوب ثالث[1].

في حين يتمثل الأسلوب الرابع بإجراء التلقيح بين نطفة رجل وبويضة امرأة ليست بزوجته متبرعين، ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة، وتستعمل هذه الطريقة عندما يكون للزوجة مبيض معطّل ورحم سليم وكذلك في الحالة التي يكون فيها الزوج عقيم. أما الأسلوب الأخير يجرى فيه تلقيح خارجي في طبق اختبار بين ماء الزوج وبويضة زوجته ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة متطوعة للحمل وتعرف بالأم البديلة، ونكون بصدد هذا الأسلوب لما يكون رحم الزوجة غير صالح للحمل،أو ترفض الحمل حفاظا على رشاقة جسمها[2].

الفرع الثاني

موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من التلقيح الاصطناعي

بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية اتجاه التلقيح الاصطناعي فمعظم الفقهاء أجازوا

(1) سناء عثمان الدبسي، المرجع السابق، ص164.

(2) العوفي لامية، المرجع السابق، ص ص10-11.

الصورة الأولى (التلقيح الاصطناعي الداخلي)، بنقل مني الزوج إلى العضو التناسلي لزوجته، واشترطوا أن يكون الهدف من هذه الطريقة علاجيا محضا وبرضا الطرفين معا. وهذا حسب ما قرره المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة المنعقدة في مكة المكرم خلال النصف الثاني من شهر كانون الثاني لسنة 1985، بحيث أجيز فيه هذا النوع من التلقيح الاصطناعي بشرط إثبات الحاجة الملحّة للمرأة لإجراء هذه العملية من أجل الحمل.

وكذلك ما أصدرته اللجنة الفقهية الطبية في الأردن وصدور قرارها حول التلقيح الصناعي وبنوك اللقائح والمني في الفترة الممتدة من 05 نوفمبر إلى 17 ديسمبر 1992 وجاء فيه:(غير أنها جائزة شرعا إذا كان التلقيح ببويضة الزوجة وبماء زوجها في أنبوب ثم تعاد إلى رحم الزوجة وذلك حال قيام الزوجية وبرضي الزوجين.)[1].

أما بالنسبة للصور الأخرى المتمثلة في أخذ نطفة الرجل، وحقنها في الموضع المناسب للزوجة الأخرى لرجل آخر، أو أن نجري تلقيح خارجي في أنبوبة اختباريين نطفة مأخوذة من زوج وبويضة مأخوذة من مبيض امرأة هي ليست زوجته(المرأة المتبرعة)، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجته. وكذلك أن يجري تلقيح خارجي في أنبوبة اختبار بين نطفة رجل وبويضة امرأة ليست زوجته، وكلاهما متبرعان ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة.

فكل هذه الصور تدخل في دائرة الحضر والتحريم بإجماع العلماء لأنها عمليات شاذة والشاذ لا يقاس عليه، وهي خارجة عن طبيعة الإنسان والفطرة البشرية والسبب الأساسي في تحريمها منع اختلاط الأنساب[2]. أما موقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي يظهر من خلال اعترافه بالتلقيح الاصطناعي كتقنية طبية حديثة للإنجاب من خلال نص المادّة 45 مكرر من ق.أ.ج:

---

(1)النحوي سليمان، المرجع السابق، ص81.

(2) عـامر قـاسم احمد القيسي، مشكـلات المسؤولية الطبية المترتبة عـلى التلقيح الصـناعي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع،عمان الأردن،2001،ص ص43-44.

(3) فاطمة عيساوي، "الانجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة معارف، العـدد السادس، المركز الجـامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2009، ص228.

(يجوز للزوجين اللجوء الى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما
- أن يتمّ بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما

لا يجوز اللجوء الى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأمّ البديلة.).

فأجازت هذه المادة وأباحت التلقيح الاصطناعي لأن المشرع ساير ما هو عليه في الفقه لكن قيد ذلك بشروط هي[1]:

- أن يكون الزواج شرعيا: اشترط المشرع لإجراء العملية أن تتمّ بين الرجل والمرأة، وأن يكون بينهما عقد زواج شرعي،فلا يجوز إجرائها بين زوجين انحلت الرابطة الزوجية بينهما سواء بسبب وقوع طلاق بينهما أو بوفاة أحدهما، فلا يجوز أن تجرى على أي امرأة كانت غير متزوجة.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما: بحيث يجب أن يكون التلقيح برضا الزوجين، ويكونا قد أحيطا بكافة المعلومات المتعلقة بالعملية، وهم على رضا بها ولا يشوب رضاهم أي عيب من عيوب الرضا، كالإكراه، الغش أو التدليس،فإذا شاب إرادة الزوجين أي عيب فإن العملية تكون تحت طائلة العقاب.كما يشترط كذلك أن يتم التلقيح في حياة الزوجين،فلا يجوز التلقيح بعد وفاة أحد الزوجين لأنها سبب في إنهاء العلاقة الزوجية، فإذا تم تلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته،فإن نسب الطفل لا ينسب إليه،فهي عملية غير شرعية.
- أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما: بحيث لا يجوز التلقيح اذا كان عنصر أجنبي عدا الزوجين، بمعنى أن يتم مثلا بين الزوج المرأة الحاضنة أو بين الزوجة وشخص آخر أجنبي عنها ليس بزوجها كزوج أختها، فيشترط دائما أن لا يكون هناك عنصر أجنبي.

(1) فاطمة عيساوي، المرجع السابق، ص229.

- منع التلقيح الصناعي باستخدام الأم البديلة: فهو منع صريح من طرف المشرع وتأكيد على أن التلقيح لا يكون إلا من طرف الزوجين وهذا تفاديا لاختلاط الأنساب. ويمكن أن نلاحظ في المادة 40 من ق.أ.ج (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32،33،34 من هذا القانون. يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمي لإثبات النسب.).

أما نص المادة 41 ق.أ.ج: (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.). فالزوجية هي أساس ثبوت النسب من جهة الأبوة، وقد اختلفت آراء الفقهاء حول عبارة(أمكن الاتصال) من نص المادة، إذ يرى البعض أن قصد المشرع من وضع هذه العبارة يعود إلى ضرورة اشتراط إمكانية الاتصال الجنسي متماشيا مع المذهب المالكي والشافعي مخالفا المذهب الحنفي الذي لم يعلق إثبات النسب إلى تلاقي الزوجين.

والبعض يرى أن المشرع كان الهدف منه الإتيان بطريقة حديثة من طرائق إلحاق نسب الابن بأبيه وهي طريقة لا تنفي وجود طرائق أخرى، وقد تكفلت الشريعة الإسلامية كمصدر ثاني بعد قانون الأسرة الجزائري لبيان هذه الطرائق حينما تعرضت لوسائل الحمل المعاصرة[1].

فالحمل الناتج عن هذه الطرق الحديثة(التلقيح الصناعي)فبالإضافة إلى حقه في النسب لأبيه فإن له حقا في الميراث والهبة وأن يوصى له وغير ذلك،أي أن له حسب جمهور الفقهاء الحقوق المقررة للحمل الناتج عن الحمل الطبيعي إذا انتهت مدة الحمل وظهر للحياة بولادته حيا[2].

(1) تشوار حميدو زكية،"حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري"،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الأول، الجزائر،2003، ص 36.

(2) فاطمة عيساوي، المرجع السابق، ص232-234.

المطلب الثاني

الحمل في عملية تأجير الأرحام وبنوك الأجنة

سنحاول التعرض لوسيلة أخرى للحمل بغير الاتصال الجنسي المباشر بحيث تقتصر الدراسة فقط على تحديد المفاهيم وإعطاء نظرة الفقهاء إلى هذه الوسائل والموقف الذي اتخذته القوانين الوضعية من قبول أو رفض لها.

الفرع الأول

الحمل في عملية تأجير الأرحام

يقصد بعملية تأجير الأرحام تلقيح بيضة الزوجة بنطف زوجها في أنبوب اختبار، ثم القيام بزرع البويضة المخصّبة في رحم امرأة أخرى متبرعة تسمى بالأم البديلة أو المستعارة،والتي تعرف بأنها المرأة التي تحمل طفلا تنفيذا لاتفاق سابق على الحمل بغرض تسليمه لأشخاص آخرين. ويكون ذلك بمقابل دفع مصاريف الحمل والمعاش ونفقات الولادة[1].ويلجأ لمثل هذه الطريقة في حالة عدم قدرة الزوجة ذات رحم معيب على الحمل مع قدرتها على إنتاجالبويضات وقدرة زوجها على الإخصاب.وتأخذ هذه الظاهرة الصور التالية:

<u>الصورة الأولى</u>

تكون بزرع البويضة المخصبة في رحم امرأة أجنبية عن الزوج، بحيث يدفع الزوجان مبلغا معينا للمرأة التي تتولى حمل بيضتهما المخصبة، مع التعهد على ذلك بعقد موثق بإرجاع الولد لهما. فهذه الصورة أجازها المشرع في بريطانيا في 1990/11/01، و كذلك مشرع الولايات المتحدة الأمريكية في فلوريدا ونفس الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي فظهرت العديد من الشركات لتأجير الأرحام المستعارة وذلك بمقابل مبالغ مالية معتبرة، هذا إلى جانب استعمال هذه الطريقة في الكثير من الدول الغربية. أما فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أن هذه الطريقة غير مشروعة لما فيها من تدمير وانتهاك لحرمة وخصوصية العلاقة الزوجية واختلاط في الأنساب[2].

---

(1)أميرة عدلي أمير،جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر،2006، ص 70.

(2) أميرة عدلي أمير،المرجع نفسه ،ص73.

فقد خلص مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة سنة 1984 إلى انه إذا كانت الأم البديلة أجنبية عن الزوجين أصحاب البويضة الملقحة فهذا حرام، لأنها تتضمن إدخال نطفة رجل في رحم امرأة لا تربطهما علاقة زوجية، وبالتالي لا يمكن القطع بنسب الحمل إلى أي منهما بعد ولادته، واعتبر هذه الطريقة جريمة أخلاقية تمس المجتمع ومخالفة للنظام العام والآداب العامة.

الصورة الثانية

فيها تزرع البويضة الملقحة في رحم زوجة أخرى للزوج، بحيث تكون في هذه الحالة الأم البديلة الزوجة الثانية للزوج نفسه صاحب النطفة، والبويضة من زوجة أخرى لذات الرجل، فهذه الطريقة أجازها الفقهاء والولد الذي يولد ينسب إلى أبيه صاحب الماء وإلى أمه صاحبة البويضة، أما الأم صاحبة الرحم فتكون بمثابة حكم الأم من الرضاعة بالنسبة للمولود، فالعبرة بالخلايا الأصلية التي كانت نواة للمولود.

الفرع الثاني

الحمل عن طريق بنوك الأجنّة

بنوك الأجنة هي مؤسسات تقوم بحفظ البويضات المجمدة والملقحة لاستخدامها عند طلبها، وتكون لغرض المساعدة الطبية للتناسل، بحيث يكون ذلك برضي المعطي والمتلقي كتابة، وذلك بوجوب إجراء فحص طبي يجرى لكل مانح[1].

فموقف الفقهاء من هذه البنوك هو اعتبار أن وضعها يدخل في إطار الأعمال المحظورة، لأن الله تعالى وضع في القرآن الكريم كيفيات وأسس للتناسل البشري بطريق مشروع تحكمه قواعد، وتترتب عليه حقوق وواجبات فقال تعالى:M Ú Ù Ø × Ö Õ Ô Ó L è ç æ å ä ã á à ß Þ Ý Ü Û[2].

فتشكيل مثل هذه البنوك يساهم في اختلاط الأنساب، وإنجاب أطفال خارج نطاق المشروعية، فوجب على المشرع إذن أن يتدخل لتنظيم هذا الأمر سواء كان لدى المؤسسات الحكومية أو

(1) أميرة عدلي أمير، المرجع السابق، ص ص77-78.

(2) سورة النحل، الآية72.

الخاصة. بحيث يجب ضبط هذه الأعمال الطبية التي فتحت آفاق واسعة للأبحاث والاستكشافات، لأن احترام الجانب الأخلاقي والإنساني والقانوني ضروري لكي لا تكون وبالا على الإنسانية، ولا تكون سببا في القضاء على القيم الأخلاقية والدينية، فوجب احترام أخلاقيات البحث خاصة في الأبحاث البيولوجية الواقعة على الحمل.

المبحث الثالث

النطاق الزمني لتمتع الحمل بالشخصية القانونية

الأهلية القانونية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية، التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا[1]، وحديثنا خلال هذا المطلب عن أهلية الحمل القانونية يقودنا إلى التمييز بين مصطلح الشخصية القانونية ومصطلح أهلية الوجوب الناقصة التي يتمتع بها الحمل المُستكّن بحيث تعتبر هذه الأخيرة نطاق الشخصية القانونية الفعلي للشخص[2].

المطلب الأول

التمييز بين أهلية الوجوب والشخصية القانونية

أهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات المشروعة له أو عليه، والشخصية القانونية هي تلك الصفة القانونية التي تثبت لكل كائن بمجرد صلاحيته أن يكون ذا حق واحد، مهما كان ذلك الحق بسيطا وهي صفة غير قابلة للانقسام، فإما أن توجد كاملة وإما ألا توجد على الإطلاق[3]. وأهلية الوجوب تتصل بالشخصية القانونية وجودا وعدما، وذلك راجع إلى أن علة أهلية الوجوب التي تتحقق بوجودها وتنتفي بانعدامها هي وجود

---

(1) ادريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب،1979 ،ص304.

(2)أنور العمروسي، الشخص الطبيعي والاعتباري في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، باب الخلق، القاهرة، مصر،2003، ص58.

(3) سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ط6، دار الكتب القانونية،الجزء الأول، مصر،1989،ص744.

(4) محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، ط1، دار هومة للطباعة ولنشر والتوزيع، الجزء الثاني، الجزائر،2011، ص 469.

الشخصية القانونية،فمتى وجدت الشخصية القانونية عند الإنسان وهي توجد له منذ كونه جنينا وجدت أهلية الوجوب له وان كانت ناقصة، وتفترق أهلية الوجوب مع الشخصية القانونية من ناحيتين:

الناحية الأولى أنه إذا كانت أهلية وجوب الإنسان التي تتحقق بوجودها وتنتفي بانعدامها، هي وجود الشخصية القانونية،فإن مناط الشخصية القانونية هي مجرد انتماء الإنسان إلى الجنس البشري.

الناحية الثانية أنه إذا كانت أهلية الوجوب تتصل بالشخصية القانونية،فإنها لا تتعلق بمبدأ صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له وتحمل الالتزامات،بل بمدى هذه الصلاحية أي باختلاف قدر ما يمكن أن يثبت له من حقوق أو ما يتحمل من التزامات،فهذا المدى على عكس الشخصية القانونية يقبل التجزئة، فهو قد يكون كاملا عند أفراد وقد يكون ناقصا عند آخرين، دون أن يؤثر ذلك على الشخصية القانونية كاملة، بمعنى أخر فان أهلية الوجوب تختلف عن الشخصية القانونية من حيث أن الشخصية القانونية إما أن تثبت للشخص كاملة أو لا تثبت على الإطلاق، فهي تتراوح بين الوجود والعدم، وهي لا توجد ناقصة أو محدودة[1]. فرغم تعلق كل من الشخصية القانونية وأهلية الوجوب بصلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات فان هناك حدا فاصلا بينهما،يتمثل في الفرق الموجود بين التجريد والتطبيق أو الواقع، فإذا كانت الشخصية القانونية تتعلق بمبدأ الصلاحية المجردة لوجوب الحقوق للشخص أو تحمل الالتزامات، فالمبدأ فيها إما أن توجد أو لا توجد، فان أهلية الوجوب هي الصلاحية الواقعية لذلك، فإذا كانت الشخصية القانونية صلاحية كسب الحقوق وتحمل الالتزامات للشخص فأهلية الوجوب هي مدى صلاحية هذا الشخص لكسب الحقوق وتحمل الالتزامات.

(1) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص470.

المطلب الثاني

الأسس النظرية لإسناد الشخصية القانونية للحمل المُستكّن

غالبية الفقه يعتبر أن اكتساب الشخصية القانونية بتمام الميلاد حيا يعتبر القاعدة العامة، إلا أنه يرد على هذه القاعدة العامة استثناء يتعلق بالشخصية القانونية للحمل المستكن وفي هذا الصدد توجد ثلاثة اتجاهات:

الفرع الأول

مرحلة الاعتراف بالشخصية القانونية للحمل

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الجنين يتمتع بالشخصية القانونية، وتكون له حقوق مقررة بنصوص قانونية استثنائية، وهذا خلافا للأصل الذي لا يمنح الشخصية القانونية للحمل المستكن لأنه جزء من أمه،فمثلا تثبت له الحقوق التي لا يتطلب ثبوته للحمل صدور قبول منه مثل حقه في الميراث وحقه في ثبوت نسبه لأبيه، وبعض الحقوق التي يتوقف ثبوتها للحمل على شرط صدور قبول منه فهذه الحقوق لا تثبت له، مثل حقه في الهبة كما يشترط في هذه الحقوق أيضا أن تكون نافعة له نفعا محضا دون أن نميز بين ما يتطلب قبول منه وما لا يتطلب ذلك [1].فهذا الاتجاه يتفق مع القاعدة الرومانية الشهيرة التي تقضي بأن: "الحمل المستكن يعتبر مولودا متى كان ذالك يتمخض عن مصلحة ومنفعة له".

الفرع الثاني

مرحلة نفي الشخصية القانونية للحمل

أصحاب هذا الاتجاه يرون أن الحمل المستكن لا يتمتع بالشخصية القانونية، وذلك بقولهم أن النصوص القانونية لا تقرر للحمل حقوقا حال كونه جنينا، وإنما هذه النصوص تقررها له على سبيل التحفظ والاحتياط، فمثلا حقه في الميراث فيوقف له أوفر النصيبين وهذا بانتظار تحقق ميلاده حيا في المستقبل.

وقولهم كذلك أن اكتساب الحق يعني الاستمتاع بمزايا، وهذا أمر متعذر على الحمل بحكم الطبيعة، أما عن اكتسابه حقوقا بأثر رجعي عند ميلاده فهو مجاز قانوني لا يطغى على واقع،

(1) حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، مصر،1988، ص 438.

فالحق لا يكتسب إلا منذ الميلاد، فالشخصية القانونية حسب هذا الرأي لا تبدأ إلا بتمام الولادة حيا وليس من أي لحظة سابقة. فمختلف النصوص القانونية التي تعدد حقوق الجنين لا تؤكد هذه الحقوق ولا تقررها للحمل المستكن إلا بتمام ولادته حيا، وبالتالي لا يكتسب الحمل المُستكّن الشخصية القانونية[1].

الفرع الثالث

تمتع الحمل بالشخصية القانونية وتأكدها بالولادة حيا

يرى هذا الاتجاه أن شخصية الإنسان تبدأ منذ الحمل، ولكنها لا تصير باتة إلا بتمام ولادته حيا، فكل إنسان وجد فعلا وتمت ولادته حيا يعتبر شخصا من وقت الحمل، لأنه كان في فترة الحمل صالحا لأن يكون صاحب حق، فالحمل المستكن يستطيع أن يكسب حقوقا بمقتضى العقود التي يبرمها الوصي، ولا توجد في القانون أي تحديد للتصرفات القانونية التي يحق للوصي إبرامها، والحمل المستكن يلتزم على الأقل بالالتزامات التي تترتب على إدارة أمواله،فبالتالي هو أهل لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، إذن له شخصية قانونية.

ففي المجال الطبي واقعة الميلاد لا تعتبر هي بداية الحياة، بل تعتبر مرحلة هامة وحاسمة في حياة الإنسان، فإذا كانت الشخصية القانونية تبدأ بالحياة، فان الحياة الإنسانية تبدأ منذ الحمل وليس منذ الميلاد [2]. فالمفهوم التقليدي لبداية الشخصية القانونية بالميلاد تنطوي على تناقض غريب ينطوي على سلسلة من المجاز المخالف للواقع، فالقول ببداية الشخصية القانونية للحمل المستكن منذ ميلاده يعني أن الجنين هو والعدم سواء، وهذا مخالف لحقيقة بدأ الحياة، فإذا كان الجنين لا وجود له قانونا فكيف يكتسب العدم حقا.

فالشخصية القانونية تبدأ منذ الحمل انطلاقا من أبسط المبادئ الطبية والقانونية، وغاية ما في الأمر أنها لا تكون باتة، بحيث أنه إذا لم يولد الجنين حيا فإن الحقوق التي كانت قد تقررت له تزول بأثر رجعي[3]. إلا أن هناك رأي في الفقه المقارن يرى أن شخصية الحمل

---

(1) حسام الدين كامل الأهواني،المرجع السابق،ص 439.

(2)حسام الدين كامل الأهواني،المرجع نفسه،ص 440.

(3)سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة=

المستكن تكون معلقة على شرط واقف منه الفقه البلجيكي الذي يرى أن الحمل يعتبر كشخص في نظر القانون منذ الحمل، ولكن استقرار شخصيته وأهليته معلقة على الشرط الواقف وهو ميلاده حيا[1]. فإذا ولد حيا يكسب الحقوق بأثر رجعي،أي من وقت وفاة مورثه مثلا، وليس من وقت الولادة فقط،فإذا ولد ميتا يعتبر كأنه لم يكن ، فالشرط الواقف لا يعالج جميع الحقوق المتعلقة بالحمل المُستكّن، فهو يوقف أثرها إلى غاية تحقق الولادة حيا، بينما للجنين ما يوجب أن يكون له الأثر الفوري كحقه في سلامة جسمه وحقه في عدم إجراء التجارب غير العلاجية عليه[2].

أما الرأي الآخر من الفقه المقارن يرى أن عدم الولادة حيا يعتبر شرطا فاسخا، فالحمل يتمتع بالحماية القانونية المقررة له وعلى مقدمتها مبدأ حرمة الجسم الإنساني فإذا تحقق هذا الشرط الفاسخ وهو الوفاة فان كافة الحقوق المالية وغير المالية تزول بأثر رجعي. فشرط الفسخ على عكس الشرط الواقف يحول دون التمتع الفوري للحقوق، ففكرة الشرط الفسخ تتميز بأنها تكفل الحماية الفورية لجسم وحياة الجنين، فهو لا يعتبر بذلك عدما وهو إنسان يستحق الحماية سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية[3].

وهناك رأي من الفقه يرى أن شخصية الحمل احتمالية ينصب الاحتمال فيها على ولادته حيا،حيث أن اعتبار الولادة أمرا احتماليا يجعلها عنصرا أصيلا تتوقف حقوق الجنين عليه، بحيث إذا لم يولد الجنين حيا فانه لا تتقرر له الحقوق نهائيا، وهذه الحقوق تثبت له منذ وقت الولادة وليس من وقت بدأ الحمل[4].

= بومرداس،الجزائر ،2005،ص 59.

(1) حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 442.

(2) سمير شيهاني،المرجع السابق، ص 61.

(3)حسام الدين كامل الأهواني،المرجع السابق ذكره، ص 444.

(4) سمير شيهاني،المرجع السابق ذكره، ص63.

المطلب الثالث

الشخصية الاحتمالية واليقينية للحمل المستكّن

باعتبار الشخصية القانونية مُكنة من الله تعالى للإنسان، توجد بوجوده متى كان صالحا لأن يكتسب ولو حقا واحدا، أو يتحمل أي التزام دنيويا كان أو أخرويا دون أن تكون قابلة للتجزئة، فهي إما أن توجد كاملة أو أن لا توجد مطلقا. فالشخصية القانونية للإنسان في الأصل وكقاعدة عامة تبدأ بتمام ولادته حيا، أي يشترط لبدئها تمام واقعة الولادة من جهة وكذلك تحقق حياته عند الولادة من جهة أخرى، فواقعة الولادة يقصد بها خروج المولود أو الحمل كله وانفصاله عن أمه انفصالا تاما[1]، وهذا ما أكدته مذاهب الأئمة الأربعة مذهب الإمام مالك والإمام الشافعي، أحمد بن حنبل والإمام أبو حنيفة.

وكذلك ما قررته المادة 25 من القانون المدني الجزائري في نصها:(تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولدحيا.).فلا يكفي فقط تمام انفصاله عن أمه وخروجه كاملا حتى تثبت له الشخصية القانونية، وإنما يلزم تحقق حياته فعلا حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة بحيث يتم التثبت من حياة المولود بتحقق الأعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية كالبكاء والصراخ والشهيق.

وانطلاقا من نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر فان بداية الشخصية القانونية للإنسان تكون وقت الحمل، وهي شخصية احتمالية فيعترف للحمل بصلاحية اكتساب الحقوق ولكن شريطة ولادته حيا، ولكن هذه الحقوق تكون محصورة بالتي يحددها و يقررها له القانون على سبيل الحصر في مواد قانونية[2].

---

(1) نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2004، ص 132.

(2) هناك من الحقوق ما لا يحتاج الى صدور قبول ممن تتقرر لمصلحته مثل: حق الجنين في ثبوت نسبه لأبيه حسب نص المادة 43 ق.أ.ج، وحق الجنين في الميراث في المادة 128 من نفس القانون، وهناك حقوق أخرى لا تحتاج الى صدور قبول من جانب مكتسبها مثل الهبة في نص 209 ق.أ.ج والاشتراط لمصلحة الغير....الخ. محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص295.

ففي حالة ولادة الحمل حيا، فانه يستقر له من الحقوق تلك التي اكتسبها من وقت الحمل وليس من وقت موت مورثه، فيثبت له بالتالي حقه في الميراث من يوم موت مورثه لأنه كان حملا مستكنا حينما مات أبوه، فإذا ولد الحمل حيا تتأكد شخصيته التي كانت احتمالية، وتثبت له كل الحقوق التي كانت مقررة له عندما كان في بطن أمه[1].أما إذا حدث وأن ولد الحمل ميتا كأن يموت في رحم أمه أو أن يموت أثناء عملية الولادة، فانه يتخلف بذلك الشرط الواجب توافره لثبوت الشخصية القانونية للحمل، ويكون نتيجة لذلك زوال الحقوق التي كانت قد تقررت له فتزول عنه بأثر رجعي وتكون كأنها لم تكن موجودة.

فالحمل له شخصية قانونية تكون ثابتة له منذ الحمل، وولادته حيا تؤكدها ولا تنشئها. ولكنها شخصية احتمالية يمكنها أن تصبح مؤكدة في حالة ولادته حيا، وبالتالي تؤول إليه كل الحقوق المقررة له قانونا أو تكون معلقة على شرط فاسخ بولادته ميتا فتزول شخصيته ويزول معها ما كان من الحقوق. ففي حالة ولادة الجنين حيا تتأكد شخصيته الاحتمالية عندما كان حملا مُستكّنا فتصبح شخصيته يقينية، وهذه الشخصية اليقينية لوجودها يجب توفر شرطين:

- **تمام الولادة:** ويقصد بتمام الولادة انفصال الجنين عن أمه انفصالا تاما، أي بخروج الجنين كاملا عن أمه، فلا يكفي لثبوت الشخصية القانونية اليقينية انفصاله جزئيا عن جسم أمه، حتى ولو كان أكثره قد انفصل عن أمه.
- **تحقق الحياة عند تمام الولادة:** فلا يكفي فقط انفصال الجنين عن أمه لثبوت الشخصية اليقينية، إنما يجب عند انفصاله عن أمه أن يتمتع بالحياة لحظة تمام هذا الانفصال. ويرى الفقيه الفرنسي أندري فيتو أن الحياة الإنسانية، تبدأ ببداية آلام الوضع بالنسبة للأم، دون اشتراط بروز أي جزء من أجزاء الجنين، ولا يشترط من باب أولى الانفصال التام عن الرحم للقول ببداية الحياة الإنسانية للحمل[2]. فلا تثبت الشخصية القانونية للحمل الذي يموت في بطن أمه ولا للذي يموت أثناء الولادة، فالشخصية القانونية تثبت له بمجرد تحقق حياته وتمتعه بالحياة ولو للحظة واحدة بعد الولادة، فلو أجمع الأطباء على أنه لن يعيش وهذا بعد

---

(1) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 296.

(2)André vitaux: Traite de Droit Criminel, Droit Pénal Spécial, Edition cujas, Paris 1982, P359.

ولادته حيا فان ذلك لا يمنع من تمتع الجنين بالشخصية القانونية التي يكتسبها بقوة القانون.

فالمشرع الجزائري قد اشترط لثبوت الشخصية القانونية شرط تمام الولادة وتحقق حياته وهذا في نص المادة 25 ق.م.ج، وذلك حتى ولو مات بلحظات بعد ولادته وبهذا فقد خالف المشرع الفرنسي[1]، الذي يشترط لثبوت الشخصية القانونية للحمل توفر شرطي تحقق حياة المولود بولادته، وكذلك شرط قابلية المولود للحياة وذلك باستجماعه لكافة الأعضاء الأساسية التي تكفل له بقائه على قيد الحياة[2].فالمشرع الجزائري في هذه المسألة يتفق مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي،رأي الأئمة الثلاثة الإمام مالك والشافعي وأحمد الذي يشترط فقط تمام الولادة وتحقق الحياة، ويخالف رأي الحنفية الذين يعتبرون الجنين قابل للحياة إذا خرج أكثره حيا،دون اشتراط تمام انفصال الحمل عن أمه أي حتى ولو توفي بعد خروج معظمه حيا فان له شخصية قانونية[3].فثبوتالشخصية القانونية يعتبركمبدأ وكأثر قانوني يرتبه القانون على واقعة الميلاد، فبمجرد تحقق ولادة الجنين حيا، وجب قيده في سجلات الحالة المدنية وذلك حسب ما جاء في المادة 26 من قانون الحالة المدنية[4]. فكل شخص له الحق في التمتع بالشخصية القانونية ولا يؤثر على ذلك التمييز بين الجنس أو الأصل أو العقيدة أو بين كون المولود شرعي أو غير شرعي[5] .

---

(1) تنص المادة 311 الفقرة الرابعة من القانون المدني الفرنسي:
"Aucune action n'est reçus quant a la filiation d'un enfant qui n'est pas née viable".
(2)"La Personnalité il faut d'abord n'aitre vivant. Le mort née c'est-a-dire celui qui Etait déjà mort au sein de Ca mère ou qui est mort pendant l'accouchement n'a jamais vécu d'une vie….,Il ne suffit pas d'ailleurs que l'homme niasse vivant, Il n'a De personnalité qu'a la condition de n'aitre viable…etc.".
Alex Weill, Droit civil, les personne, la famille, les incapacités, Tome 1,Volume 2, 3^{ém} édition, 8-9-10.

(3) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 302.

(4) الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970، المتعلق بالحالة المدنية.

(5) أنور العمروسي، المرجع السابق، ص 43.

وكخلاصة لهذا الفصل يمكن أن نقول أنه رغم تعدد التعاريف المقدمة في تحديد معنى الحمل،إلا أنها تعاريف تفرغ في معنى واحد. وهو كل ما يُحمل في بطن المرأة من الولد والذي يكون نتيجة تلقيح الحيوان المنوي للبويضة، بحيث يكون بين مرحلة العلوق إلى غاية الولادة. فالحمل يمر عبر مراحل عديدة أوردناها فيما سبق، كلها تساعد على إعطاء وصف للجنين ليكون أهلا للحماية القانونية، فهذه المراحل قبل أن يتمكن العلم الطبي الحديث بتحديدها ووصفها، كان القرآن الكريم السباق إلى ذكرها بالتدقيق مرحلة مرحلة.

فيمكن أن يوجد حمل متكون بالطريق الطبيعي وهو في الحالة العادية بالاتصال الجنسي المباشر، كما يمكن أن يتخذ صورا أخرى عندما يكون بغير اتصال جنسي مباشر (الحمل في صوره المعاصرة) توصل لها العلم الحديث، وهذه الصور منها ما أباحته الشريعة الإسلامية، مثل حالة تلقيح الزوجة بنطف زوجها داخليا أثناء حياته مع قيام الزوجية، وحالة تلقيح بويضة الزوجة بنطف زوجها في أنبوب اختبار ثم تزرع في رحم الزوجة نفسها، أما ما يخرج عن هذا الوصف في الحالتين فهو محرم، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري وذلك في المادة 45 مكرر ق.أ.ج.

فالحمل في كل الحالات لكي يتمتع بكامل حقوقه القانونية، ويكون مخاطبا بالقاعدة القانونية، ويكون له أحكام خاصة به وجب أن يتمتع بالشخصية القانونية، التي يعتبرها الفقه والقانون ثابتة للشخص الطبيعي بمجرد تمام ولادته وظهوره للحياة، فالشخصية القانونية للحمل المُستكن حسب ما توصلنا إليه شخصية احتمالية، تصبح يقينية كاملة عند ولادته حيّا، ليكون بذلك شخصا طبيعيا من أشخاص القانون، له أحكام خاصة به جاءت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري ببيانها وتوضيحها وهو ما سندرسه في الفصل الثاني من البحث.

الفصل الثاني

أحكام الحـمل المُستكّن

في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة

الجزائري

لقد أولت الشريعة الإسلامية الغراء أهمية كبيرة للحمل المُستكن وهو في بطن أمه، فأخذت موقفا متميزا، لوضع أحكام من شأنها أن تضمن له كل الحقوق التي تثبت له لحمايته، والتي يمكن أن يكتسبها بعد ولادته، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى حاولت القوانين الوضعية هي أيضا تكريس هذه الحقوق من خلال عديد النصوص القانونية التي تحمي حقوقه إلى غاية ظهوره للحياة.

فبعدما تطرقنا في الفصل الأول إلى تحديد الطبيعة القانونية للحمل المُستكن، وبيننا أنه يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن أمه، كان هو المخاطب بمختلف الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل، ففي المبحث الأول سنتطرق إلى الأحكام المتعلقة بالتصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة، منها ميراث الحمل وكذا الوصية والوقف له، أما المبحث الثاني مخصص للأحكام المتعلقة بالتصرفات التي توجب صدور قبول ممن تثبت لمصلحته، ففيها سنتعرض إلى الهبة للحمل والاشتراط لمصلحته. وفي المبحث الثالث نتناول الحماية الجنائية للحمل المُستكن بتسليط الضوء على جريمة الإجهاض.

المبحث الأول

أحكام التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة

يعتبر كل من حق الحمل المُستكن في الميراث، وأن يوصى له وكذلك حقه في استحقاق الوقف. من الحقوق التي تكفل الفقه وباقي القوانين الوضعية منها قانون الأسرة الجزائري، بتنظيم أحكام هذه التصرفات وخلال هذا المبحث سنقوم بالتعرض إلى مسألة ميراث الحمل في مطلب أول، وبعدها سنخصص المطلب الثاني للوصية للحمل واستحقاقه للوقف، فكل هذه التصرفات التي تتقرر لمصلحة الحمل لا تحتاج إلى صدور قبول منه.

المطلب الأول

ميراث الحمل المستكن

خلال هذا المطلب سنقوم بتحديد شروط توريث الحمل وبعده عرض موقف الفقهاء وأقوالهم فيما يخص تقسيم التركة عند وجود الحمل، ثم نأتي إلى تحديد كيفية تقسيم التركة التي يكون فيها الوارث حملا.

الفرع الأول

شروط توريث الحمل وموقف الفقهاء من تقسيم التركة عند وجوده

تعتبر أهلية الإرث ثابتة للحمل مبدئيا إلا أن شرط استحقاقه أن يولد حيا وسوف نقوم بتحديد الشروط التي يجب توافرها، ثم نعرض موقف الفقهاء من واختلافهم في مسألة تعجيل قسمة التركة قبل الولادة لأن حياة الجنين لا تثبت يقينا إلا بالعلامات التي تدل عليها.

أولا: شروط توريث الحمل

إذا مات الميت وترك حملا مستكنا في بطن أمه،فان هذا الحمل يكون من المستحقين للميراث وهــذا إذا تحقق فيه شروط المــيراث،إلا شرط ثبوت حياته بعد موت مورثه. والتحقق من هذا الشرط لا يكون إلا بالتحقق من توفر شرطين وإذا تحقق الشرطين تحققت شروط ميراث الحمل[1]:

(1) حسن محمد الكــردي، الميسر في فقه المواريث، الطبعة الأولى، مكتبة ومطبعة دار المنار، جامعة الأقصى،غزة، 2010، ص73.

1- **تحقق وجود الحمل في بطن أمه وقت موت مورثه:** لكي يكون الحمل المُستكن أهلالاستحقاق الميراث يجب أن يكون موجودا في بطن أمَه عند موت مورثه، لأنه يجب أن يولد بين أقل وأقصى مدَة الحمل وحسب جمهور العلماء،فإن أقل مدَة الحمل هي ستة أشهر هلالية مصداقا لقوله تعالى:M ! " # $ & ' ( ) * + , - . / L[1]. وقوله تعالى:M F G H I J K L M N O P Q R S T U V L[2].

فدلت الآية الأولى على أن الحمل والفصال معا يكون في ثلاثين شهرا، والآية الثانية دلت على أن الفصال وحده يكون في عامين،فالحمل وحده إذن يكون أقله ستة أشهر، فهي أقل مدة يتكون فيها الحمل حتى يولد حيا. أما أكثر مدَة الحمل فقد اختلف الفقهاء فيه، فالحنفية قالوا أنها تكون في سنتان والحنابلة قالوا أن هذه المدة تصل إلى خمس سنوات وذهب الشافعية إلى رأي آخر فقالوا يمكن أن تصل إلى أربع سنوات وخالفهم المالكية فحددوها بسنة واحدة، أما الظاهرية قالوا تسعة أشهر[3].

أما المشرع الجزائري في نص المادة 42 ق.أ.ج مضمونها أن: "أقل مدَة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر"، فقد أخذ برأي الجمهور فيما يخص أقل مدة الحمل، أما أقصاها فقد حددها بعشرة أشهر. وقد جاء في نص المادة 43 ق.أ.ج: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". فإذا حدث وأن ادعت المرأة الحامل وكذبها الورثة فإنها تعرض أمام أهل المعرفة للتحقق من ذلك مع مراعاة أحكام هذه المادة.

2-**أن يولد الحمل أكثره حيا ولو مات بعد ذلك:** تعرف حياة الجنين بالاستهلال صارخا أو العطاس أو أي حركة، فان ولد ميتا أو خرج أقلَه حيا ثمَ مات لم يرث[4]. لأنه لم يمكن

---

(1) سورة الأحقاف، الآية 15.

(2) سورة لقمان، الآية 14.

(3) محمد يوسف عمروا، الميراث والهبة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008،ص ص201-202.

(4) محمد يوسف عمروا، المرجع نفسه، ص102.

التحقق من حياته عند موت مورثه، وهذا يكون عندما يولد ميتا بغير جناية على أمه، أما إذا ولد ميتا بسبب جناية على أمه فإنه يرث ويورث، وهذا عند الحنفية لأنهم يقدَرون الحياة فيه وقت الجناية ويقدرون موته بسببها، أما جمهور الفقهاء فقد قالوا أن الحمل لا يرث إلا إذا ولد حيا وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 134 ق.أ.ج: (لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة.).

ثانيا: موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تقسيم التركة عند وجود الحمل

إذا توفر الشرطان المذكوران سابقا فإن الحمل يكون من المستحقين للإرث، ويأخذ نصيبه من التركة كباقي الورثة، وفي هذا الصدد اختلفت آراء الفقهاء فيما يوقف له من التركة وهذا إلى القول كما يلي:

فالحنفية يقولون أن التركة تقسم ولا يحفظ للحمل نصيب منها، فإذا ولدت المرأة حملها وظهر الحمل للحياة، تستأنف القسمة فيعطى المولود حقَه[1]. أما الشافعية في قول للإمام الشافعي أنه لا يعطى لأي وارث من الورثة نصيب إلا من كان له فرض لا يتغير بتعدد الحمل،فإنه يدفع له فرضه[2]. في حين يرى البعض من الحنفية وليس كلهم، أن قسمة التركة توقف إذا كانت الولادة قريبة ولا توقف إذا كانت الولادة بعيدة، لما في ذلك من الإضرار بباقي الورثة، وقد أحالوا ذلك إلى العادة.وهناك رأي آخر لأبي يوسف يقول فيه أن الحمل يوقف له نصيب ابن واحد أو بنت واحدة فيأخذ بأكثر نصيب استنادا إلى الغالب المعاد. ويؤخذ كفيل من الورثة الذين ينقصهم استحقاقهم عند تعدد الحمل[3] وهذا لاحتمال أن يظهر متعددا.

---

(1) سعيد بويزري، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص144.

(2) عارف خليل أبوعيد،الوجيز في الوصايا والمواريث، الطبعة السادسة، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان الأردن،2013، ص144.

(3) تعتبر مسألة تعدد الحمل من المشاكل التي تصادف قسمة التركة عند وجود الحمل، ولكن هذا الرأي تفطن لهذه المسألة واحتاط لذلك، وذلك بتقديم الورثة الذين يتأثر ميراثهم بتعدد الحمل كفيلا أو كفلاء يضمنون ردَ الزيادة عمَا أخذه هؤلاء الورثة إذا كان الحمل متعددا. فهو أمر وجوبي وبدونه تؤجل قسمة التركة، ومتى قدم الورثة كفيلا يحق للدائنين(الحمل المستكن) إذا

وفي هذا الصدد ذهب محمد بن الحسن للقول بأنه يوقف للحمل أفضل نصيب بين ثلاثة بنين أو ثلاثة بنات وهو رأي مستبعد.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد أخذ بالرأي الرابع لأبي يوسف وهو ما يستنتج من نص المادة 173 منه: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة، إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فان كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها"[1].

الفرع الثاني

كيفية توريث الحمل المستكن

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 128 ق.أ.ج على: (يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو **حملا** وقت افتتاح التركة، مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث.)، فالحمل انطلاقا من نص المادة يعتبر وارثا يدخل في قسمة التركة كباقي الورثة ولكي نستطيع حل أي مسألة في المواريث يوجد فيها حمل وجب أن نتبع الخطوات التالية[2]:

- نجعل لكل تقدير مسألة مستقلَة تم نقوم بوضع جدول للمسألة الجامعة للمسائل المستقلة، بعد النظر بينهما بالنسب الأربع، فما حصل بعد النظر فهو أصل للمسألة الجامعة.
- نقسم أصل المسألة الجامعة على أصل كل مسألة، وحاصل القسمة نجعله جزء السهم لها نضعه فوقها.
- نضرب نصيب كل وارث في جزء سهم مسألته الذي حصلنا عليه.
- نقارن بين أنصبة الورثة من جميع المسائل.

ولـدوا متعددين أن يرجعوا عـن طريق ممثليهم الشرعيين على الكفلاء لاسترداد الزيادة التي أخذها هؤلاء الورثة.أعمر يحـياوي "ميراث الحمل في ضوء التطور العلمي والتكنولوجي"، لمجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، تيزي وزوا، 2012, ص316.

(1) سعيد بويزري، المرجع السابق، ص145.

(2) عيسى أمعيزة، الحمل ارثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرةماجستير في العلوم الشرعية، كلية العلوم الشرعية، جامعة الجزائر،2005-2006، ص62.

- من لا يختلف ارثه في جميع المسائل نعطيه نصيبه كاملا، ومن اختلف نصيبه في بعض المسائل عنه في البعض الآخر، نعطيه الأقل لأنه المتيقن، وما زاد فإنه مشكوك فيه. ومثلا يرث في تقدير ويرث في تقدير ويرث في الآخر، فإنه لا يعطى شيئا.

والحمل نظرا لأنه لم يولد بعد فإنه يطرح بعض المشاكل مما يجعل قسمة التركة نهائيا أمرا ليس بيسير[1]، فقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية وصنفوا عدة حالات من خلالها يمكننا تحديد نصيب الحمل من التركة:

الحالة الأولى

أن يكون الحمل غير أهل للميراث بسبب الحجب أي وجود من هو أولى منه، فهنا تقسم التركة بين الورثة حسب فروضهم وأنصبتهم دون حاجة للنظر للحمل، باستثناء حالة وجود وصية للحمل أو حالة التنزيل المنصوص عليها في القانون[2].

مثال: مات رجل عن: أب، أم وزوجة أخ حامل. فالمولود المنتظر سيكون ابن أو بنت أخ شقيق، وكلاهما لا يرث بسبب أنه سيكون محجوبا بالأب.

الحالة الثانية

أن يكون الحمل وارثا على أحد التقديرين(الذكورة والأنوثة) ولا يرث على التقدير الآخر، وفي هذه الحالة تقسم التركة بين المستحقين على تقدير أن الحمل وارث، ويوقف نصيب الحمل إلى ما بعد الولادة. فان ولد حيا أخذ نصيبه وإن ظهر أنه غير وارث رد الموقوف على الورثة المذكورين.

مثال: مات رجل عن: زوجة عم و زوجة أخ شقيق حامل. الزوجة تأخذ 4/1 والباقي يوقف إلى ما بعد الولادة فان جاءت به ذكرا سيكون ابن أخ شقيق، وهو من العصبة بالنفس فيأخذ الباقي،

---

(1) يمكن استعمال الوسائل العلمية الحديثة لتحديد جنس وعدد الحمل وهذا بطريقة تصوير أعضاء الجنين L'ECHOGRAPHIE، أو بدراسة النظام الكروموزومي للجني LE CARYOTYPE FŒTAL. أعمريحياوي، المرجع السابق، ص ص317-319.

(2) نصَ قانون الأسرة الجزائري في المواد 169-172، على التنزيل فيكون نصيب الأحفاد في الميراث كنصيب أصلهم.

(3) بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،2008، ص ص123-124.

ولا شيء للعم لأنه محجوب بابن الأخ الشقيق[1]. وإذا جاءت به أنثى أخذ العم الباقي من التركة ولا شيء لبنت الأخ الشقيق لأنها من ذوي الأرحام والعم يقدم عليها.

الحالة الثالثة

أن يرث الحمل على التقديرين معا دون أن يتغير نصيبه فيهما ومثال ذلك أن يموت رجل عن: أخت شقيقة، أخت لأب وأم حامل من غير أب المتوفي. فالأخت الشقيقة ترث ½ والأخت لأب ترث 6/1 والأم ترث 6/1 والحمل يرث 6/1 سواء كان ذكرا أو أنثى.

الحالة الرابعة

أن لا يكون مع الحمل وارث آخر أو يكون معه من يحجبه به، فهنا يرجئ تقسيم التركة إلى تمام الولادة، فإذا ولد الحمل حيا استأثر بالتركة كلها[2]. ومثال ذلك أن يموت رجل عن:أخت لأم، أخ لأم وزوجة ابن حامل. فإذا كان الحمل ذكرا ورث التركة كلها وحجب الأخ والأخت لأم لأنه ابن ابن، وإذا كان الحمل أنثى ورثت النصف فرضا والباقي ردا وحجبت الأخ والأخت لأم لأنها بنت ابن.

الحالة الخامسة

أن يكون الحمل وارثا في كل الأحوال على فرض الذكورة والأنوثة معا، مع تغيير النصيب من حالة إلى أخرى، وهنا تحلَ المسألة على الوجهين ويوقف له أوفر النصيبين مع إعطاء الورثة النصيب الأقل[3]. ومثال ذلك أن يموت رجل ويترك: أب،أم وزوجة حامل. في هذه الحالة نقوم بحل المسألة على فرض الذكورة وعلى فرض الأنوثة كم يلي:

على فرض الذكورة			على فرض الأنوثة		
الورثة	الأنصبة	الأسهم	الورثة	الأنصبة	الأسهم
أب	6/1	4	أب	6/1+ع	1+4
أم	6/1	4	أم	6/1	4
زوجة(حامل)	8/1	3	زوجة(حامل)	8/1	3

(2) سعيد بويزري، المرجع السابق، ص146.

(3) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص125.

الحمل(ابن)	ع	13	الحمل(بنت)	2/1	12
أصل المسألة	/	24	أصل المسألة	/	24

المرجع: بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر ،2008، ص166.

بعد المقارنة بين الحالتين نجد أن أوفر النصيبين هو الحالة الأولى(على فرض الذكورة) بحيث يأخذ الحمل 13 سهما من 24 سهم، وبالتالي يوقف له نصيبه على فرض الذكورة ويعطى للورثة الآخرين النصيب الأقل.فإذا ولد ذكرا أخذ ما أوقف له، وإذا ولد أنثى أعطيت النصيب الأقل(12 سهما من 24 سهم) والباقي يرد على الأب باعتباره يرث في هذه الحالة بالفرض و التعصيب معا[1].إذن فميراث الحمل يكون بتقسيم التركة قبل انفصاله مع تقدير حالاته،فيمكن للحمل أن يكون وارثا،فيقدرعلى أنه حي ثمَ يقدر بأنه ميت ويعطى له النصيب الأفضل.كما قد لا يكون الحمل وارثا،فتقسم التركة على باقي الورثة دون انتظار الحمل طالما أنه لا يرث بسبب الحجب[2]. وهناك حالة فيها توقف قسمة التركة حتى وضع الحمل، فيها لا يوجد مع الحمل وارث غيره أو وجدوا و لكن يحجبون به. فإذا ولد حيا ورث أما إذا كان العكس فولد ميتا ذهب المال لمن يستحقه.

المطلب الثاني

الوصية والوقف للحمل المستكن

خلال هذا المطلب سنتطرق إلى الوصية للحمل لأنها تعتبر أخت للميراث، وهي من قبيل التصرفات الصادرة من الإرادة المنفردة، وسنحاول تفصيل هذه المسألة وبيان مدى صحة الوصية للحمل وموقف قانون الأسرة من ذلك، وهذا في الفرع الأول،أما الفرع الثاني سنخصصه للوقف للحمل لأنه مثل الوصية ويدخلان كلاهما في عقود التبرعات، واستحقاق الوقف يكون بصدور إيجاب من الواقف دون حاجة إلى قبول من الموقوف له،بمعنى أنه تصرف يتم بالإرادة

(1) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق،ص ص125-126.

(2) بن حملة سامي، محاضرات في علم الميراث على ضوء أحكام قانون الأسرة، كلية الحقوق، جامعة منتـوري، قسنطينة، 2008، ص63-65.

المنفردة، ونحن سنحاول إبراز موقف الفقه والقانون من هذا التصرف.

الفرع الأول

الوصية للحمل المُستكن

تعرف الوصية بأنها:(تمليك مضاف إلى ما بعد الموت على سبيل التبرع عينا كان أو منفعة)[1]، أو هي:(عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته). أما قانون الأسرة الجزائري فقد عرفها في نص المادَة 184 ق.أ.ج: (الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.)، فقد عرفت الوصية بأنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولم ينص صراحة بأنها عقد وأصبغ عليها المشرع الجزائري صفة التبرع. وما يهمنا في بحثنا هو الوصية للحمل وليس الوصية بصفة عامة، ولكي تكون الوصية للحمل صحيحة وجب توفر شروط معينة سنقوم بتبيانها فيما يلي[2]:

أولا: شروط الوصية للحمل

- أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه عند إنشاء الوصية: فإذا لم يكن موجودا لا تصح الوصية، لأن الوصية لا تصحَ للمعدوم وهذا قول الجمهور، إلا أن المالكية[3]خالفوا قولهم فأجازوا الوصية حتى للميت، وذلك إذا علم الموصي بموته وقت الوصية، رغم أن الفقهاء أجمعوا على بطلان الوصية للميتلأنه ليس أهلا للتمليك، والمشرع الجزائري في هذا الشأن لم يتضمن أي حكم في المسألة، وبالتالي الرجوع لأحكام المادة 222 ق.أ.ج: (كلَ ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)[4].
- أن ينفصل الحمل عن أمه حيا: بحيث يصبح قادرا على أن يحيا حياة مستقرة وذلك

---

(1) الكاساني علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986، ص ص332-333.

(2) محمد على محمود يحيى، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في الفقه ولتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص ص124-125.

(3) قال المالكية أن الوصية تصح للموجود ولمن سيوجد لأن الوصية تصح للمعدوم، وهذا شرط غير مقبول عقلا،لأن فيه إرهاق كبير فلو كانت وصية لمن سيولد(الحمل) فتصح له أكان موجودا أو غير موجود،فننتظر الوصية حتى سن اليأس.محمد علي محمود يحي، المرجع نفسه،ص112.

(4) دحماني فريزة، الوصية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثامنة، 2007-2010، ص114.

بظـهور علامات الحياة مـن صـراخ وبكـاء وشـهـيق ونحوها، أما إذا ولد أكثره حيا فهو في حكم الوصية وهناك قولان، القول الأول يذهب إلى جوازالوصية للحمل وذلك إذا خرج أكثر أعضائه حيا، وذلك لأن الأكثر يأخذ حكم الكل.والقول الثاني يأخذ بعدم جواز الوصية للحمل إلا إذا حدث وأن ولد حيا وتحققت فيه الحياة التي يحظى بها سائر البشر،لأن الحياة هي التي تجعل الإنسان أهل للتملك[1].

- أن يوجد على الصفة التي عيَنها الموصي: بمعنى أنه إذا كانت الوصية للحمل من شخص معين، اشترط لصحة الوصية أن يثبت نسب الحمل شرعا من الشخص المعين. فالوصية لما تحمله المرأة بعد إنشاء الوصية لا يصحلأن وصية المعدوم عند الفقهاء لا تصح لأن المعدوم لا يملك والوصية تمليك.

ثانيا:موقف المشرع الجزائري من الوصية للحمل

الوصية للحمل جائزة بإجماع فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك باعتبار أن الحمل يصلح أن يكون وارثا، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري فقد نصت المادة 187 ق.أ.ج صراحة على جوازها(تصحَ الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، فإذا ولد حيا يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس.)، فمن خلال نص المادة يفهم أن الوصية جائزة للحمل ولكن بشرط أن يولد حيا،فقد أشارت المادة كذلك إلى حالة ما إذا ظهر الحمل متعددا فان الوصية تقسم بالتساوي حتى ولو اختلف الجنس.

فقد أغفل المشرع الجزائري ذكر بعض الحالات، مثل حالة ما إذا كان الحمل موجودا في بطن أمه أو غير موجود، والحالةالمتعلقة بمسألة الصفة التي اشترطها الموصي في الحمل، وكذلك الحالة التي يولد فيها الحمل توأما، أحدهما حي والآخر ميت، هذا كله لم يذكره المشرع عند تنظيمه لأحكام الوصية للحمل، وبالتالي وجب إعادة النظر في مضمون المادة وإعادة صياغته[2].

---

(1) محمد علي محمود يحي، المرجع السابق ذكره، ص114.

(2) يجب أن يصاغ نص المادة 187 ق.أ.ج كما يلي: "تصحَ الوصية للحمل في الحالات التالية:

- اذا أقرَ الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد الحمل في مدَة لا تتجاوز 10 أشهر سواء كانت زوجية الحامل قائمة أو كانت معتدة من طلاق أو وفاة.
- اذا لم يقر الموصي بوجود الحمل أو لم تكن الحامل معتدة وقت الوصية لأقل من 6 أشهر.

فحسب نص المادة فإذا ولدت المرأة أكثر من ولد، فان كانوا إحياء اقتسموها بالتساوي حتى ولو اختلف الجنس بالتالي لا نطبق قاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، وإذا ولد توأم أحدهما حي والآخر ميت كان الموصى به كله للحي إذا لم ينص الموصي على نصيب كل واحد[1].

أما موقف المشرع الجزائري من قبول الوصية للحمل فقد جاء في المادَة 197 ق.أ.ج: (يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي.). فقبول الحمل للوصية يكون عن طريق وليه أو وصيه طبقا للمادَة 81 ق.أ.ج: (من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون.).

فالمشرع الجزائري أخذ بموقف جمهور الفقهاء بالقول أن الوصية للحمل تتوقف على القبول من الولي أو الوصي، ولم ينص على ذلك صراحة مثل باقي القوانين العربية فوجب أن ينص على هذه المسألة في مادة قانونية من قانون الأسرة، وهذا خلافا لما ذهب إليه الحنفية وقالوا أن الوصية للحمل تتم بعد وفاة الموصي ودون الحاجة إلى وجود قبول، استدلوا بأنها مثل الميراث فهي خلافة فالوارث يخلف المورث وتثبت له الملكية دون قبول فالوصية عندهم عقد تبرعي وتصح للحمل فهي تمليك واستخلاف في آن واحد.

الفرع الثاني
الوقف للحمل المستكن

بعدما تطرقنا إلى الوصية للحمل سنحاول التطرق إلى عقد تبرعي آخر ودراسة مدى صحة الوقف للحمل، فالوقف ينفرد عن الوصية في أنه يتصف بخاصية التأبيد(الديمومة) فهو تبرع دائم وصدقة جارية غير مقطوعة، وقد جاءت تعريفات عديدة ومتعددة بغرض تحديد معناه، فعند الحنفية يعرَف بأنه: (حبس العين على حكم ملك الواقف، والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات الخير والبر في الحال أو المآل.)[2]. أما المالكية فيعرفون الوقف بأنه: (حبس

- أن يشترط ثبوت نسب الحمل إذا كانت الوصية للحمل من معين.".عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص80.

(1) دحماني فريدة، المرجع السابق، ص25.

(2) مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ط4، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1982, ص303.

العين عن التصرفات التملكية مع بقائها على ملك الواقف، والتبرع اللازم لريعها على جهة من جهات البر.)[1].

هذا بالنسبة لبعض التعاريف التي قدمها الفقهاء، أما المشرع الجزائري فقد عرف الوقف في قانون الأسرة الجزائري في المادَة 213: (الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد و التصدق.). وجاء تعريف آخر للوقف في نص المادة 03 من القانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن قانون الأوقاف[2]: (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير.).

من خلال التعاريف المقدمة يتبن لنا أن الوقف يجمع بين خاصيتين هما خاصية التأبيد والدوام اللتان ترتبطان بنية التصدق.

وعند استقرائنا لنص المادَة 04 من القانون 10/91: "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة."، فهذا النص عندما عرَف الوقف حدد لنا طبيعته وجمع بين مصطلحين العقد والتبرع، فالعقد بالمعنى العام يحتاج إلىإيجاب وقبول اللذان يعتبران ركنان أساسيان، أما المعنى الخاص للعقد مفاده أنَه لا ينعقد إلا بتوافق الإيجاب والقبول(توافق إرادتين)، والشريعة الإسلامية في هذا الباب تعتبر الإرادة المنفردة منشأ للالتزام في أي تصرف ينشأ عنه التزام، إذ تختلف المذاهب الفقهية في انطباق المعنى الخاص للعقد على الوقف، فهناك من يشترط القبول لقيام عقد الوقف[3].

فالوقف لا يتوقف على إرادة غير الواقف أو إجازته، وصحة الوقف وثبوت استحقاقه

---

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلَته، الجزء الثامن، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1989، ص156.

(2) القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 هـ الموافق لـ 27 أفريل 1991، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 21،سنة 2001، المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم.

(3) بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص16.

يتمان بإيجاب الواقف دون قبول الموقوف له، وعند الفقهاء فانه يجوز للواقف أن يوقف على أولاده وأولاد أولاده[1]. فهذا يعتبر وقفا خاصا بحيث تنص المادَة 07 من القانون 10/91 أنه: (يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم). والمادة 13 من نفس القانون تنص على: (...فالشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله، أما الشخص المعنوي فيشترط ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية.). فمن خلال المادتين نستنتج أنه في الوقف الخاص قبول الموقف عليه هو شرط نفاذ وتثبيت الاستحقاق، فتخلف القبول لا يؤدي إلى بطلان العقد، إنما يتحول الوقف الخاص إلى وقف عام[2]. وطبقا للمادَة 54 منق.م.ج: (العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما.)، فالعقد لكي يتم صحيحا يجب أن يتوفر على، المتعاقدان، الصيغة ومحل العقد. وهذه العناصر موجودة في عقد الوقف وبالتالي يتم بدون اشتراط المشرع صدور قبول من الموقوف عليه لأنه تصرف بإرادة منفردة [3]. وبالتالي يصح الوقف على الحمل، إذا ولد بين أقل وأقصى مدة الحمل فيستحق الوقف ويخصص له نصيبه إذا كان معه موقوف لهم آخرين،فإذا ولد حيا يأخذ ما قد أوقف له حتى و لو مات بعد ولادته مباشرة.

فمختلف القوانين تقر بصحة الوقف للحمل، على غرار ما ذهبت إليه المذاهب الفقهية، بحيث يرى المالكية صحة الوقف للحمل وتخصيصه بذلك دون غير، وقالوا أنه بما أن الحمل أهل للتملك كان القول بجواز الوقف له استقلالا. وعلى العكس فالشافعية والحنابلة صرحوا بعدم تخصيص الوقف للحمل ابتداء لعدم صحّة تملكه[4]. أما الحنفية لم يظهر من أقوالهم ما يدل على صحة أو عدم صحة الوقف للحمل. والمشرع الجزائري في قانون الأسرة لم يفصل ولم يبين موقفه في هذه المسألة بأي نص صريح.

---

(1) مفتاح محمد أقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر،2002، ص132.

(2) وجب على المشرع الجزائري تدارك هذا الأمر ومحاولة صياغة مواد قانونية في قانونية في قانون الأسرة الجزائري تتلائم وتترابط مع المواد الواردة في القانون 10/91.

(3) بن مشرنن خير الدين، المرجع السابق، ص17.

(4) شيهاني سمير، المرجع السابق، ص134.

المبحث الثاني

الأحكام المتعلقة بالتصرفات الواردة على الحمل توجب صدور قبول منه

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى التصرفات التي ترد على الحمل المُستكن بحيث يشترط في هذه التصرفات أن يصدر قبول ممن تتقرر لمصلحته وهذه التصرفات تتمثل في الهبة والاشتراط لمصلحة الغير، وسنفصل في ذلك في المطلب الأول بالبحث عن مدى صحة الهبة للحمل في الفقه والقانون، وفي المطلب الثاني سنتعرض للاشتراط لمصلحة الحمل والتعرض لعقد التأمين ومدى صحة هذا التصرف.

المطلب الأول

الهبة للحمل المستكن

الهبة عقد من عقود التبرع التي أباحتها وحببتها الشريعة الإسلامية ونظمت أحكامها، كما حاولت القوانين الوضعية هي أيضا وضع قواعد ونصوص قانونية تنظم أحكام هذا التصرف،فمن خلال هذا المطلب سنحاول تعريف الهبة لغة واصطلاحا، وبعدها نتطرق إلى موقف الفقهاء من قبول الهبة للحمل ومدى صحتها، لنعرض في الأخير موقف المشرع الجزائري من ذلك.

الفرع الأول

تعريف الهبة

تعرف الهبة في اللغة بأنها العطية الخالية من الأعواض والإغراء[1].

أما المعنى الاصطلاحي فيها فهي لا تكون إلا في المال، وقد عرفها الشافعية بأنها: (تمليك بلا عوض) والمقصود منه أن تمليك العين أو الدين أو المنفعة بلا عوض يعتبر هبة فهي تمثل الهدية والصدقة، أما المالكية عرفوها بأنها: (التبرع بالمال في حال الحياة، وهي مستحبة منعقدة بكل قول أو فعل يدل عليها.)[2].

أما المشرع الجزائري عرفها في المادة 202 من قانون الأسرة (الهبة تمليك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط.)، فمن نص

(1) أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، المرجع السابق، ص 803.

(2) محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، الديوان الوطني للأنفال التربوية، الجزائر، 2003، ص14.

المادة يتبين أن المشرع لم يعطي وصفا معينا للهبة ولم يصفها بأنها عقد، على عكس المشرع الفرنسي الذي وصفها بأنها عقد بمقتضاه يغنم الواهب حاليا ونهائيا الشيء الموهوب للموهوب له الذي يقبله،فذكر العناصر الضرورية لقيام عقد الهبة[1]، فقد ساير المشرع الجزائري التعاريف الفقهية.

فوصف الهبة بأنها عقد يفهم من خلال نص المادة 206 من نفس القانون (تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة.). بأن المشرع أعطى لها وصف العقد واشترط لانعقادها الإيجاب والقبول.

الفرع الثاني

موقف فقهاء الشريعة والقانون من قبول الهبة للحمل

الهبة باعتبارها عقد تبرعي يتم في الحياة،فإنه يشترط لانعقادها التعبير عن الإرادة بتوافق الإيجاب والقبول، فالهبة لا تنعقد ولا تتم إلا إذا قبلها الموهوب له(الحمل) وحكمها يدور بين الوجود والعدم وهذا القبول يمكن أن يكون ضمنيا، فمجرد السكوت يعتبر قبولا ولا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم الواهب. فيمكن أن يصدر القبول من نائب الموهوب له الذي يمكن أن يكون وليه، وصيّه أو القيّم عليه إذا كان الموهوب له عديم التمييز، فإذا صدر القبول من غير ذي صفة كان باطلا ولا تنعقد الهبة[2].

فالهبة للحمل عند المالكية جائزة حتى إذا كانت للمعدوم، فيمكن أن يهب شخص ماله للحمل، فإذا ولد هذا الحمل حيا وعاش كان هذا المال الموهوب له لصالحه، أما إذا مات بعد ولادته حيا كان لورثته، وان ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب[3].

أما الحنفية فقالوا بعدم جواز الهبة للحمل وهو في بطن أمه وجعلوها مرتبطة بمسألة

---

(1) Sylvie Dibos-Lacroux: Successions, Le guide pratique, 9emEdition ,France, 2008, P27.

(2) أنور طلبة، العقود الصغيرة الهبة والوصية، المكتب الجامعي الحديث، 2004، ص ص37-38.

(3)عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص102.

القبض، بحيث أن الحمل لا يمكنه أن يقبض بنفسه ولا ولاية لأحد عليه والولاية عندهم تبدأ بالولادة، وتبعهم في هذا الرأي الشافعية وقالوا بأن الحمل لا تصح له الهبة لأنه مجهول معجوز عن تسليمه، فلا تصح هبة المعدوم لأن الهبة عقد تمليك كالبيع يشترط فيها الإيجاب والقبول[1]. فالمالكية كما قلنا يقولون بأن الحقوق التي تثبت للحمل هي حقوق لا تحتاج إلى قبول، وبما أن الهبة تصرف نافع نفعا محضا فتجوز له. فجمهور الفقهاء لا يجيزون الهبة للحمل ويرون أنها عقد يحتاج لإيجاب وقبول.

ويرى الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد أن الهبة للحمل المستكن باطلة لأن الهبة إيجاب وقبول، والحمل لا يقدر على القبول، وليس له ولي يقبل عنه،لأن من شروط الموهوب له في الهبة أن يكون موجودا حقيقة ولا يكفي أن يكون موجودا حكما كحالة الحمل. وعلى عكس هذا الرأي يرى الدكتور حسن كيرة في جواز الهبة للحمل والقول بانعقادها يتوقف على قبول وصيّه أو وليه[2].

الفرع الثالث

موقف المشرع الجزائري من الهبة للحمل

تنص المادة 209 ق.أ.ج:(تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيّا.) وهو لفظ صريح على إجازة المشرع الجزائري للهبة لفائدة الحمل المُستكّن، ولكن بشرط أن يولد الحمل حيا، فالمشرع الجزائري أخذ برأي الفقه المالكي وخالف بذلك رأي جمهور الفقهاء، وكذلك قاعدة الإيجاب والقبول الملزمة في عقد الهبة التي وردت في المادة 206 ق.أ.ج السالفة الذكر.

فمن خلال نص المادة 209 ق.أ.ج المذكورة، فإن حكم الهبة القاضي بصحتها ملزم وهي جائزة للحمل المستكن، والخلاف الواقع حول الإيجاب والقبول يرفع ويعمل بالنص الملزم. فنحن عندما نتمعن في نص المادة 210 ق.أ.ج: (يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذاكان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا.). فهذه المادة تتيح للنائب

(1) زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود-عقد الهبة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الجزء الثامن، ص154.
(2) مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص135.

القانوني سواء الولي أو الوصي أو القيّم، بأن يقوم مقام الحمل ليقبل الهبة نيابة عنه، بحيث يمكن للنائب الشرعي أن يحوز على الشيء الموهوب[1]. فموقف المشرع الجزائري من حكم الهبة للحمل وعدم النص في قانون الأسرة الجزائري على الشروط الواجب توافرها عند الموهوب له وصمته على ذلك، ربما راجع إلى اعتبار ما يجنيه الحمل من الهبة يكون نافعا له نفعا محضا[2].

فالهبة أجازها المشرع الجزائري متبعا في ذلك رأي الإمام مالك ومخالفا الرأي السائد في الفقه،وهذا على خلاف أغلب التشريعات العربية، وهذا راجع إلى العرف السائد والعمل على المذهب المالكي، وقد تبعه في هذا الرأي المشرع الأردني فأجاز القانون المدني الأردني إبرام عقد الهبة بإيجاب دون قبول في حالات محددة، كحالة كون الواهب وليا أو وصيا للموهوب له، وحالة كون الموهوب له صغيرا ويقوم الواهب نفسه على تربيته[3]. وتبعه في ذلك المشرع اللبناني، بحيث يجيز نصالمادة 518 من قانون الموجبات والعقود اللبناني لولي الحمل أو وصيه قبول الهبة، وتعتبر بذلك هبة صحيحة سواء ولد الحمل أو مازال في بطن أمه ما زال لم يولد بعد، وذلك بالتصريح على عقد الهبة في محرر خطي[4].

المطلب الثاني

الاشتراط لمصلحة الحمل

يندرج الاشتراط لمصلحة الغير ضمن العلاقات القانونية ثلاثية الأطراف، ويمكن تعريفه بأنه اتفاق بين شخصين على إنشاء حق لشخص آخر ليس طرفا في هذا الاتفاق، بمعنى أننا

---

(1) جمال عياشي، تداخل آثار عقود التبرع والمواريث، رسالة دكتوراه في الحقوق فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014، ص ص39-40.

(2) فريدة هلال، الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري، مذكرة لماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2010-2011، ص32.

(3) يزيد أنيس نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني، "مجلة الشريعة والقانون"، العدد السادس، 2002، ص139.

(4) محمد تقية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر، 1996-1997، ص 108.

بصدد اتفاق لمصلحة شخص من الغير الذي يكتسب حقا مباشرا من هذا الاتفاق[1]. فالاشتراط لمصلحة الغير يتكون من ثلاثة أشخاص، المشترط، المتعهد والمنتفع ولكي يتحقق يجب توفر ثلاثة شروط:

- أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع ودون أن يدخل المنتفع كطرف في العقد.
- أن يشترط المشترط على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع.
- أن يكون للمشترط من وراء هذا الاشتراط مصلحة شخصية، مادية كانت أو أدبية.

فالدكتور السنهوري يقول فيما يخص علاقة المنتفع بالمتعهد أنه يجب صدور إقرار من طرف المنتفع لتثبيت حقه، وهذا الإقرار إما يكون صراحة أو ضمنيا، فهو كالتصرف القانوني ينعقد بالإرادة المنفردة[2]. فمن بين تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير نجد عقود التأمينات، بحيث يمكن للمتعاقد أن يؤمن لمصلحته ولمصلحة ورثته من بعده إذا مات بعد مدة معينة.ويظهر أيضا في بعض العقود مثل: عقد الاحتكار والمرافق العامة وعقود المقاولات، وأيضا تظهر مجالاته في الهبة، فيمكن أن يهب الواهب مالا ويشترط على الموهوب له أن يرتب إيرادا أو تقديم خدمة للغير[3].

وفيما يخص نظرت الشريعة الإسلامية إلى مسألة الاشتراط لمصلحة الغير، فالدكتور السنهوري يقول أنه غير جائز للحمل المُستكّن ولم تنظم أحكامه الشريعة الإسلامية، إنما يعرف هذا النظام فقط في الفقه الغربي. فرد عليه الدكتور عبد المجيد الحكيم أن هذا غير صحيح، لأن القائل بهذا تكون دراسته قد اقتصرت فقط على المذاهب الأربعة، ولو أنه بحث في مختلف المذاهب الأخرى لوجد فيها صياغة لهذه المسألة، وبالتالي فإن الشريعة الإسلامية قد شملت هذه المسألة وأحاطت بها[4].

---

(1) محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2006، ص ص330-331.

(2)عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النهضة العربية، الجزء الثاني، المجلد السابع، القاهرة، 1964، ص1428.

(3)محمد حسين منصور، المرجع السابق ذكره، ص333.

(4) شيهاني سمير، المرجع السابق، ص139.

أما فيما يخص موضوع دراستنا لموضوع الاشتراط لمصلحة الحمل في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، نجد المشرع الجزائري تطرق لها في المادة 118 من القانون المدني الجزائري: (يجوز الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشارطة.). فمن خلال نص المادة يفهم أنه يجوز أن يكون المنتفع حملا مستكنا لأنه يدخل في مفهوم الشخص المستقبلي أو الشخص غير المعين[1].

ومن أهم صور الاشتراط لمصلحة الحمل نجد عقد التأمين الذي من خلاله يمكن للأب أن يؤمن على حياته لمصلحة من سينجبهم من أولاد، فخلال عقد التأمين يقوم المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمستفيد المعين في العقد(يمكن أن يكون الحمل) عند وفاة المؤمن له، وهذا بشرط أن يبقى المستفيد حيا بعد وفاة المؤمن له[2]. كذلك يجب أن يبقى المؤمن له يدفع أقساط التأمين طوال حياة المستفيد.

والمثال الذي يمكن أن نعرضه هو القضية المتعلقة بـ:(ب.د) ضد شركة التأمين في القرار الذي أصدرته المحكمة العليا بتاريخ 10 أكتوبر 1984 في الملف رقم 35511 بحيث تطالب فيه السيدة (ب.د) التعويض للحمل المستكن اثر وفاة زوجها(ب.د) وهي حامل، وهذا على أساس عقد التأمين المبرم بين زوجها وشركة التأمين[3].

---

(1) محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص293.

(2) شيهاني سمير، المرجع السابق، ص140.

(3) وقائع القضية تتعلق بالمسمى(ب.م) المتوفى اثر حادث مرور تاركا زوجة حامل وأولاد، بحيث أنه وبعد وضع حملها وازدياد الولد(ب.م)، بتاريخ 11ديسمبر 198، طالبت الطاعنة بالنقض المدعى عليها(شركة التأمين) تعويض الضرر الذي لحق ولدها تبعا لوفاة والده، وقد قامت المدعية في هذا السياق وبصفتها الولية الشرعية لابنها بدعوى التعويض على شركة التأمين أمام المحكمة التي قضت في حكمها الصادر بتاريخ 13 أكتوبر1981 برفض الدعوى، ثم استأنفت المدعية بالطعن في هذا الحكم أمام مجلس قضاء الجلفة الذي قضى في17 ماي1982 بتأييد الحكم المستأنف فيه. فقدمت السيدة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا بتاريخ08 ماي1983ضد قرار مجلس قضاء= =الجلفة مستندة إلى خرق المادّة 25 من القانون المدني الجزائري، وخلصت المحكمة العليا إلى أحقية الحمل للتعويض.علي فيلالي، "تعليق على قرار قضائي بشأن حق الحمل في التعويض عنالضرر الذي لحقه من جراء وفاة والده طبقا للمادة 25 من القانون المدني الجزائري،"المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية،

واستنادا لنص المادة25 ق.م.ج، التي تمنح الحمل شخصية قانونية مستقلة عن أمه، وبهذا فقد قضت المحكمة العليا بأحقية الحمل للتعويض لأنه ولد حيا، وكان المؤمن له(والده) يدفع أقساط التأمين.

فبالتالي يمكن الاشتراط لمصلحة الحمل رغم أنه موجود في بطن أمه، فإذا ولد حيا تثبت له هذه الحقوق ، فدلت المادة 73 من تقنين التأمين الصادر بالأمر 80-07 المؤرخ في 09أوت1980 التي تقضي: (غير أنه يمكن تعيين الزوج أو الزوجين أو الفروع المولودين أو الذين سيولدون، والأصول والورثة بصفتهم لا غير.)[1]. أضف إلى ذلك ما يتضح لنا جليا من خلال نص المادة 844 ق.م.ج:(يجوز بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن.)، التي تجيز حق الايصاء لمصلحة الحمل المستكن.

وما يمكننا أن نقوله في الأخير أن الشريعة الإسلامية، لم تنظم الأحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الحمل المستكن وهذا في المذاهب الأربع، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع الجزائري في قانون الأسرة، فقد سكت عن هذه المسألة، وتطرق لها فقط في القانون المدني الذي يمثل القاعدة العامة،رغم أن المسألة تحتاج للتفصيل ضمانا لعدم ضياع حقوق الحمل.

العدد الرابع، الديوان الوطني للأشغال التربوية، جامعة الجزائر، 2003، ص145-162.

(3)محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص293.

المبحث الثالث

الأحكام المتعلقة بالحماية الجنائية للحمل المُستكن

بعدما تعرضنا إلى الأحكام المتعلقة بالتصرفات العقدية التي ترد على الحمل في المبحث الأول والثاني، سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق إلى الأحكام المتعلقة بالحماية الجنائية للحمل التي من شأنها أن تضمن الحماية للحمل وهو في بطن أمه من أي اعتداء على حقه في الحياة. لأن الإنسان يعتبر من أشرف المخلوقات على وجه الأرض مهما كان عمره وسنه، فحاولت معظم الشرائع السماوية وضع أحكام من شأنها أن تحمي حق الحمل في الحياة إلى جانب مختلف القوانين الوضعية قديمها وحديثها، على وضع حدّ للتصرفات التي من شأنها أن تمس حق الحمل في الحياة فكانت شريعة حمورابي شريعة كاملة بحيث خصصت المواد 9،214،2 من تشريعه لحماية الأجنة وتجريم فعل الإجهاض ولم تكن العقوبة واحدة لكل من سبب بفعله الإجرامي هذه الجريمة التي يعاقب عليها القانون[1]. كما نصت كذلك المادة 30 من اللوح الأول من القانون الآشوري على وجوب الإخبار على كل امرأة تريد إجهاض نفسها، وكذلك معاقبة كل من يساعد المرأة على إجهاضها. ونجد القانون الروماني أيضا يعتبر جريمةإسقاط الحمل جريمة ضدّ والدي الحمل لا ضد الحمل نفسه، ولا يعاقب القانون الروماني على الإجهاض إذا صدر من الأب عملا بنظام السلطة الأبوية، وكان القانون الكنيسي يعتبره صورة خاصة من صور القتل العمد.

هذا وأن نظرة الشريعة الإسلامية للحمل كانت نظرة متميزة بحيث تعتبر الحمل كائنا حيا منذ انعقاده ولا يجوز إسقاطه بأي عذر مقبول، فقد أجمع العلماء كلهم على تحريم هذا الفعل وتجريمه بعد نفخ الروح فيه، أما قبل نفخ الروح فاختلفت الأقوال إلا أن الراجح هو حرمة إسقاط الحمل. ونحن خلال هذا المبحث سنقوم بالتعريف بالإجهاض أولا وبعدها سنتعرض لموقف الفقهاء من الإجهاض من حيث حكمه والعقوبة عليه، لنأتي بعدها للموقف الذي أخذه المشرع الجزائري من هذا الفعل.

(1) مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص ص208-209.

المطلب الأول

تعريف الإجهاض وموقف الفقهاء من شرعيته

في البداية سنعرف بالإجهاض في اللغة والفقه والقانون الوضعي، ثم نتطرق لأقوال الفقهاء في مسألة إجهاض الحمل من حيث الحكم الشرعي والعقوبة المقررة على هذا الفعل الذي يمسبحق الحمل في الحياة.

الفرع الأول

تعريف الإجهاض

تكاد تتفق كتب معاجم اللّغة في تعريفه للإجهاض على أنه:(ما ألقته المرأة من الحمل). فجاء في لسان العرب في مادة[1]:(أجهضت)أجهضت الناقة إجهاضا،أي ألقت ولدها بغير تمام، ويقال للمولود مجهض إذا لم يستبن خلقه ويقال الإجهاض هو: السقط الذي تم خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش.

أماالإجهاض عند اصطلاح الفقهاء فهو: (إسقاط المرأة حملها بفعل عن طريق دواء أو بغيره، أو بفعل من غيرها.) أو هو (إنزال الحمل من أول العلوق بالرحم إلى غاية ما قبل الولادة بساعة) أو بعبارة أخرى إنزال الحمل ناقصا[2]، ويعرفه الفقيه الفرنسي جاروا بأنه: (الطّرد المبُستر الواقع إراديا على متحصل الحمل.)[3]. وهذا التعريف يقترب كثيرا من تعريف الطبّ للإجهاض بأنه: (طرح محصول الحمل قبل أن يكون قابلا للحياة خارج الرحم.).

أما في القانون فيعرف بأنه إنهاء حالة الحمل قصدا قبل موعد ولادته الطبيعية سواء بإخراج الحمل منرحم أمه قبل موعد ولادته الطبيعية حتى ولو خرج حيا، أو بقتل الحمل داخل رحم أمه[4]. والتعريف المختار (إخراج محتويات الرحم الناتجة عن التلقيح قبل أوان ولادته

---

(1) ابن منظور، المرجع السابق، ص94.

(2)أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص16.

(3)Garroud: Trait Théorique et Pratique de Droit Pénal Français, Larose et Forcel, Paris, P296.

(4) محمد أحمد الرواشدة، "عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية،=

الطبيعية، أو قتله داخل رحم أمه).

الفرع الثاني

موقف الفقهاء من شرعية الإجهاض

أولا: موقف الفقهاء في الحكم الشرعي للإجهاض

لم تستقر المذاهب الفقهية على حكم واحد فيما يخص إجهاض الحمل وإنما ظهرت عدة آراء مختلفة، تعددت من حكم للإجهاض بعد نفخ الروح، وحكم له قبل نفخ الروح في الحمل ففي الحالة الأولى، فإنه لا يعلم خلاف بين الفقهاء في تحريم الإجهاض، فإذا نفخت الروح في الحمل فانه يحرم إسقاطه إجماعا، وقالوا أن من أجهض الحمل بعد نفخ الروح فيه فإنه يعتبر قاتلا ووجب عقابه دنيويا وأخريا. أما الحالة الثانية وإجهاضه قبل نفخ الروح فيه، فقد تعددت الأقوال، فالحنفية يقولون بجواز إجهاض الحمل ما لم يتخلق شيء منه (ما قبل الأربعين يوما). وهناك قول آخر يبيح فعل الإجهاض وذلك قبل نفخ الروح في الجنين ولكن لعذر، فقال بهذا الرأي كل من المالكية، الشافعية والحنابلة فيمكن عندهم إباحة فعلالإسقاط إذا كانت محمولة على حالة الضرورة الملحة، ومثال ذلك انقطاع لبن المرأة إذا كان عندها صبي ترضعه بعد ظهور حملها وليس لأبي الصبي الرضيع ما يستأجر به الظئر ويخاف هلاكه.

إضافة إلى ذلك فهناك من يقول بالكراهة مطلقا، منهم قول للمالكية والشافعية وبعض الحنفية، فيكره عندهم إسقاط الحمل قبل نفخ الروح وحجتهم في ذلك أنه عندما يقع الماء في الرحم فإن مآله الحياة،فيكون له حكم الحياة[1]. والقول الأخير يقول بالتحريم مطلقا وهو قول لبعض المالكية والحنابلة والشافعية، وحجتهم أن النطفة بعد أن تستقر في البويضة فإنها آيلة إلى التخلق مهيأة لنفخ الروح، وقد رتبوا الكفارة والدية على من أجهض الحمل.

==العـدد الأول ، كلية الشريعة، جامعة مؤتة،2007 ، ص430.

(1) كمال الدين قاري، "نظرة الشريعة الإسلامية إلى الإجهاض"، مجلة معارف، العدد الخامس، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر, 2008, ص193.

وعليه فإن جمهور الفقهاء قد أجمعوا على تحريم إجهاض الحمل بعد مرور 120 يوما من الحمل، إلا إذا كان لعذر شرعي وقد وضعوا حالات يجوز فيها الإجهاض[1]:

- حالة كون الحمل يشكل خطرا مؤكدا على حياة الأم.
- حالة تشوه الحمل وهذه التشوهات من شأنها أن تجعل حياة الحمل بعد الولادة مستحيلة وأنه سيموت قطعا.

ثانيا:موقف الفقهاء في عقوبة الإجهاض

لقد بين الفقهاء العقوبة والجزاء المترتب على جريمة الإجهاض بحسب كيفية انفصال الحمل عن أمه. فالعقوبة الأولى وهي القصاص فان الفقهاء على اتفاق بتسليطها على الجاني الذي يقوم بالاعتداء على الحمل قبل نفخ الروح فيه، وهذاإذا سقط الحمل ميتا مهما كانت نيته في إسقاطه سواء بالعمد أو بغير العمد، واختلف الفقهاء في وجوب القصاص على الجاني على الحمل إذا سقط الحمل حيا ثم مات بفعل الجناية عليه،فقال ابن حزم الظاهري بوجوب القصاص بالاعتداء على الجنين ونتبعه في ذلك ابن القاسم من المالكية واستدلوا بأن قتل الحمل بعد نفخ الروح يعتبر قتلا لآدمي فوجب القصاص[2].أما قول الحنفية،المالكية،الشافعية والحنابلة وهو قول الجمهور فأخذوا بعدم جواز القصاص في حالة الاعتداء على الحمل ولو عمدا، واستدلوا على ذلك بالقول أن الحمل ليس نفسا كاملة والقصاص يكون بين نفسين متماثلتين.

والعقوبة الثانية تتمثل في عقوبة الدّية[3]، فقد اتفق الفقهاء على وجوب الدية كاملة في الاعتداء على الحمل، وهذا إذا سقط حيا ثم مات من اثر الضرب، لأن الاعتداء على الحمل كان بعد نفخ الروح. فيشترطون أن يقسم أولياؤه أنه مات بفعل الجاني، فإن لم يقسموا فيقولون فيه الغرّة.

---

(1) كمال الدين قاري، المرجع السابق، ص ص194-195.

(2) محمد أحمد الرواشدة، المرجع السابق، ص444.

(3)الدّية هي المال الواجب بالجناية على الحرّ في نفس أو فيما دونها ودية الحمل تسمى الغرّة، محمد أحمد الرواشدة، المرجع نفسه، ص445.

أما العقوبة الثالثة تتمثل في الغرّة وهي ما يدفع أو يستحق نتيجة لإسقاط الحمل من بطن أمّه ويشترط لوجوبها شرطان[1]، الأول يتعلق بضرورة انفصال الحمل ميتا والثاني أن يكون إسقاط الحمل وانفصاله عن أمه نتيجة اعتداء على الحمل أو اعتداء على أمه سواء بالضرب أو ما شابه. فقد قال المالكية أن كل ما تطرحه المرأة مما يعلم أنه حمل تجب فيه الغرّة، ويقول الحنابلة أن الغرّة لا تجب إلا على ما فيه صورة آدمي سواء في الحال أو في المستقبل أما ما ليس فيه صورة آدمي فكأنه لم يكن.

كما أنهناك عقوبة أخرى تكون في حالة انفصال الحمل من بطن أمه و لكنه لم يمت ففي هذه الحالة تكون له عقوبة التعزير التي يحددها القاضي[2]. وفي الأخير يمكن أن نقول أن عقوبة الاعتداء على الحمل في الشريعة الإسلامية تختلف باختلاف النتيجة المترتبة عن هذا الاعتداء فتارة تكون العقوبة بالقصاص وهذا إذا سقط الحمل ميتا، وتكون بدفع الديّة إذا انفصل الحمل حيا ثم مات بفعل الاعتداء عليه وكذلك تكون بعقوبة التعزير إذا انفصل الحمل حيا ولم يمت.

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من الإجهاض

إن الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري فيما يخص تجريمه لفعل الإجهاض يتفق مع أغلب التشريعات الوضعية، لأن هذا الفعل يمس بحق الحمل في التكوين والنمو، وكذلك في اعتبار هذا الفعل يدخل من قبيل حالات امتناع المسؤولية لإنقاذ حياة الأم من خطر الموت في حالة بقاء الحمل في بطن أمه، فنص المشرع الجزائري على هذه الجريمة في قانون العقوبات[3] في القسم الأول تحت عنوان الإجهاض من الفصل الثاني منه في المواد (304-313).

فقسم المشرع الجزائري هذه الجريمة ووضع لها ثلاثة صور واشترط لقيام هذه الجريمة توفر أركانها، هذا وحدد العقوبة اللازمة لردع ذلك الفعل لتتنوع من عقوبة أصلية إلى تبعية،

(1) عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص95.

(2)عيسى أمعيزة، المرجع نفسه، ص97.

(3) الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات.

و هذا كله ما نفصل فيه فيما يلي:

الفرع الأول

صور جريمة الإجهاض

لقد اختلفت الآراء حول تصنيف صور الإجهاض بحسب الزاوية التي ينظر إليها للجريمة والمشرع الجزائري اختار تقسيم بسيط وواضح وذلك حسب فاعل الجريمة، الذي لا يخرج من أن يكون المرأة الحامل نفسها، أو الغير الذي يكون شخصا عاديا أو شخص ذو صفة خاصة كالطبيب مثلا وسنفصل ذلك فيما يلي[1]:

أولا:إجهاض المرأة نفسها

وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري، ويتعلق الأمر بالمرأة التي تجهض نفسها عمدا أو تحاول ذلك أو توافق على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض.

ثانيا: إجهاض المرأة من قبل الغير

وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 304 من ق.ع.ج، ويتعلق الأمر هنا بكل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك[2]. ونلاحظ أن المشرع الجزائري لا يعتد برضا المرأة ويفسر ذلك إلى كون الجريمة تهدد المصلحة الاجتماعية، والى كون الضحية من هذا الفعل هو الطفل الذي يحرم من الوجود. غير أن هذا الاعتبار الأخير لم يحل دون قبول المشرع بحالة الضرورة المستمدة من ضرورة إنقاذ حياة الأم.

ثالثا:التحريض على الإجهاض

فالمشرع الجزائري جعل التحريض على الإجهاض جريمة مستقلة وفعلا إجراميا مستقلا وليس اشتراكا في الجريمة وهذا حسب نصّ المادّة 310 من ق.ع.ج، بحيث يعتبر كل من قام بإلقاء خطبة من أجل الدعاية للإجهاض أو قام ببيع أدوية أو لصيقات من شأنها تشجيع

---

(1) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الطبعة الخامسة عشرة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص44.

(2) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص46.

الإجهاض وغيرها من أفعال، فهي تقع كجريمة قائمة بذاتها لأنها بهدف التحريض على الإجهاض،حتى و لو كان هذا التحريض لم ينتج أثره[1].

الفرع الثاني

أركان جريمة الإجهاض

بعدما عرضنا الصور المختلفة لجريمة الإجهاض، سنحاول عرض الأركان التي أوجبها المشرع الجزائري لقيام هذه الجريمة، فهذه الأركان هي أركان عامة تشترك كل جرائم الإجهاض فيها، فإضافة إلى الركن الشرعي المتمثل في التأسيس القانوني يجب أن يكون هناك ركن مادي ومعنوي، وقبل التطرق إليهما يجب أن نؤكد على وجود الحمل فعلا أو افتراضيا.

أولا:الركن المادي للإجهاض

الركن المادي لجريمة الإجهاض هو ذلك الفعل الذي يحقق الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون ويتكون من عناصر ثلاثة وهي:

أ. السلوك الإجرامي

الإجهاض يعتبر سلوكا إراديا يصدر من الحامل أو من غيرها من شأنه إنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة، كاستعمال العنف أو أية وسيلة أخرى تؤدي لإسقاط الحمل، فمن شروط السلوك الإجرامي أن يفضي إلى قتل الحمل أو إسقاطه قبل موعد ولادته الطبيعية، وإذا أدى الإجهاض إلى قتل الحامل فمن شأن ذلك أن يقضي بالضرورة على الحمل يسأل على جريمتين، القتل العمدي والإجهاض. وجاءت المادة 304 منق.ع.ج فنصت على بعض الوسائل المستعملة في السلوك الإجرامي وحددتها على سبيل المثال لا الحصر[2].

ب. النتيجة الإجرامية

يجب أن يؤدي الإجهاضإلى انتهاء حالة الحمل قبل الأوان، فيمكن بذلك أن تتخذ أحدى الصورتين، تتمثل الأولى في هلاك الحمل داخل الرحم والثانية خروجه قبل الموعد الطبيعي

---

(1) الشيخ صالح بشير، المرجع السابق، ص97.

(2) نبيل صقر، الوسيط في شرح 50جريمة من جرائم الأشخاص، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ص202.

للولادة.

ج. العلاقة السببية

لا يسأل الجاني عن الإجهاض إلا عندما تكون علاقة سببية بين سلوكه وهلاك الحمل في الرحم أو خروجه منه قبل الموعد الطبيعي للولادة. وتخضع العلاقة السببية في الإجهاض للقواعد العامة ويخضع تقديرها للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع باستظهار العلاقة بين السلوك والنتيجة والفصل فيها إثباتا أو نفيا[1].

ثانيا:الركن المعنوي

تعتبر جريمة الإجهاض من الجرائم العمدية وهذه الجرائم لا تقوم إلا بتوافر القصد الجنائي الذي يعبر عن الركن المادي لهذه الجريمة، فيشترط لتوفر القصد الجنائي عنصران، الأول العلم بعناصر الجريمة والثاني إرادة ارتكابها[2]. فالعلم بعناصر الجريمة يكون بعلم الجاني أن المرأة حامل وأن يعلم أن من شأن فعله إحداث الإجهاض، فمن أعطى حاملا مادة يعتقد أنها لا تضر بالحمل أو تساعد على نموه دون أن يرد إلى خاطره أنها قد تحدث الإجهاض فإنه لا يسأل عن الإجهاض إذا حدث. أما إرادة الجاني لارتكاب الفعل الإجرامي فيتعين أن تتجه إرادته إلى فعل الإسقاط والى قتل الحمل وإخراجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته حتى يتوفر لده القصد. ويشترط في الإرادة أن تكون حرة أثناء ارتكاب الفعل الإجرامي، ومثال ذلك من يفضي شجارا تشترك فيه امرأة حامل فتجهض كأثر لفعل عنف صدر عنه فإن إرادته لم تتجه الى فعل الإجهاض فلا يسأل[3].

الفرع الثالث

عقوبة جريمة الإجهاض

حاول المشرع الجزائري تحديد العقوبة على الجاني في جريمة الإجهاض حسب صور الإجهاض وطبيعة مرتكبها، وتنوعت العقوبة بين عقوبة أصلية وعقوبة تبعية سنبينها فيما يلي:

---

(1) نبيل صقر، المرجع السابق، ص203.

(2)عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري-القسم الخاص- الطبعة الخامسة، الجزء الأول، الجزائر، 2004،ص249.

(3)الشيخ صالح بشير، المرجع السابق، ص ص82-83.

أولا:عقوبة إجهاض المرأة لنفسها

تتنوع عقوبة المرأة التي تجهض نفسها من عقوبة أصلية إلى عقوبة تبعية حددها المشرع الجزائري، في العقوبة الأصلية تعاقب المادة 309 ق.ع.ج المرأة التي تجهض نفسها أو تشرع في ذلك بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 100.000دج. أما في العقوبة التكميلية نصت المادة 311 ق.ع.ج على عقوبة المنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأية صفة كانت في المؤسسات العمومية أو الخاصة بالتوليد، وتطبق هذه العقوبة حتى و لو صدر حكم الإدانة من جهة قضائية أجنبية[1].

ثانيا:عقوبة إجهاض المرأة من قبل الغير

العقوبة الأصلية حسب المادة 304 ق.ع.ج، أن من أجهض امرأة أو شرع في ذلك بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من20.000 إلى 100.000 دج، وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات الى 20سنة. إضافة لهذا ترفع العقوبة السالبة للحرية في حالة الاعتياد على ممارسة الإجهاض أو على المساعدة عليه، فالعقوبة المقررة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات تصبح الحبس من 2سنة إلى 10 سنوات [2]. وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت ترفع عقوبة السجن المؤقت من 10 إلى 20 سنة إلى الحد الأعلى أي 20 سنة وذلك حسب نص المادة 305ق.ع.ج.

أما العقوبة التكميلية فتطبق على المحكوم عليه العقوبتين الآتيتين:

- المنع من الإقامة وهي عقوبة جوازية كما يتبين ذلك من نص المادة 304 ق.ع.ج. وتطبق هذه العقوبة وفق الأوضاع والشروط المنصوص عليها في المادة 12 ق.ع.ج.
- المنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل في مؤسسات التوليد أو لأمراض النساء، وهي عقوبة إلزامية تطبق بقوة القانون.

يمكن أن يكون الإجهاض من طرف المنتمين للسلك الطبي والشبه الطبي وطلبة الطب وفيها تختلف العقوبة عن الحالات العادية فتكون العقوبة الأصلية حسب المادة 306 ق.ع.ج،

(1) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص47.

(2) أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ص48.

بالنص على أن الجناة الموصوفين بهذه الصفة تطبق عليهم العقوبة الواردة في المادة 304 و305 ق.ع.ج فيعتبرون كفاعلين أصليين[1]. أما العقوبة التكميلية فإضافة للعقوبات السابقة فيعاقبون حسب المادة 23 ق.ع.ج بالحرمان من ممارسة المهنة.

ثالثا:عقوبة التحريض على الإجهاض

تعاقب المادة 310 ق.ع.ج على التحريض على الإجهاض باعتبارها جريمة مستقلة سواء تحققت الجريمة بسببها أم لا،بعقوبة الحبس من 2شهر إلى ثلاث سنوات،و غرامة من 500 إلى10.000دج أو بإحدى هاتين العقوبتين[2].

رابعا:الإجهاض المرخص به

نص المشرع الجزائري على حالة عدم العقاب(أسباب الاباحة) على الاجهاض، وهي الحالة التي أشارت إليها المادة 308 ق.ع.ج.(لا عقوبة على الإجهاض إذااستوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه الطبيب أو الجراح في غير خفاء وبعد ابلاغ السلطة الإدارية.) بمعنى أن المشرع الجزائري أجاز الإجهاض ولم يرتب على ذلك أية عقوبة وهذا في حالة واحدة و وحيدة، وهي حالة الإجهاض الذي يفضي إلىالحاق الأم الحامل بخطر يهدد حياتها[3].

فبعدما تطرقنا إلى موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من الإجهاض نجد أنهما يختلفان في أساس التجريم وسياسته وكذا في العقاب.فالشريعةالإسلامية تجرم الفعل ولا تنظر إلى الركن المعنوي أكان بفعل العمد أو غير العمد، ما يوفر الحماية اللازمة للحمل عكس المشرع الجزائري الذي يجرم الفعل إذا وقع عمدا ولم يجرم الإجهاض غير العمدي، وهذا يعتبر قصور منه في حماية الحمل جنائيا. أما بالنسبة للعقوبة في الشريعة الإسلامية فهي تقوم على التفريد وتتنوع من قصاص ودية وتعزير وغير ذلك، وتختلف بين سقوط الحمل ميتا وبين نزوله حيا ثم يموت،أما المشرع فقد نوع العقوبة وفرّدها حسب الشخص الجاني فهي جنحة كقاعدة عامة.

---

(1)أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص49.

(2)الشيخ صالح بشير،المرجع السابق، ص106.

(3) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق ذكره، ص 50.

خاتمة

من خلال كل ما سبق يتبين لنا أن الحمل المُستكن قد حظي بالاهتمام سواء من طرف الشريعة الإسلامية التي كانت السباقة إلى ضمان حقوقه بتنظيم الأحكام المتعلقة به وتفصيلها بشكل لا يمكن أن تغفل فيه عن تكريس كل ما من شأنه أن يأتي بالنفع له قبل ميلاده إلى غاية ولادته، فسار على هذا النحو المشرع الجزائري كما بيناه في بحثنا. وفي الأخير يمكن أن نعرض أهم ما توصلنا إليه من نتائج خلال دراستنا للموضوع وهي كالآتي:

- ✓ تعدد التعاريف فيما يخص تحديد المعنى الحقيقي للحمل إلا أنها تصب في معنى واحد وهو أن الحمل هو ما يحمل في بطن المرأة من الولد والذي يكون نتيجة تلقيح الحيوان المنوي للبويضة، ويكون في المدة بين العلوق إلى غاية الولادة الطبيعية.
- ✓ بالنسبة لمراحل تطور الحمل داخل الرحم، فان ما توصل إليه الطبّ من تحديد دقيق لكل مرحلة بداية من مرحلة العلوق ثم مرحلة الكتل البدنية، فمرحلة تكون الأعضاء هي مراحل كان القرآن الكريم قد أعطى لها هذا الوصف بالتدقيق العميق لها قبل أن يكتشفها الإنسان، وهي مراحل هامة تساعد على تحديد المرحلة التي يكون فيها أهلا للحماية القانونية.
- ✓ الحمل قد يكون نتيجة الاتصال الجنسي المباشر(الحمل الطبيعي)، كما قد يكون بغير اتصال جنسي مباشر(الصور المعاصرة للحمل) بالتلقيح الاصطناعي، الذي أباحته الشريعة الإسلامية، لكن في صورتين فقط وهما في حالة تلقيح الزوجة بنطف زوجها داخليا أثناء حياته مع قيام الزوجية، وحالة تلقيح بويضة الزوجة بنطف زوجها في أنبوب اختبار ثم تزرع في رحم الزوجة نفسها، وحرمت عدا ذلك. وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري فأجاز التلقيح الاصطناعي في المادة 45 مكرر ق.أ.ج، ولكن بشروط واستبعد الحمل في ظاهرة تأجير الأرحام ولم يتعرض لمسألة بنوك الأجنة ولم ينص على ذلك.
- ✓ الحمل الناتج بالطريق الغير المباشر(التلقيح الاصطناعي) يتمتع بكل الحقوق المقررة للحمل الطبيعي، فينسب إلى أبيه ويتقرر له حقه الميراث والوصية وغيرها من حقوق.
- ✓ غالبية الفقه يتفق على أن اكتساب الشخصية القانونية تكون بتمام ولادة الإنسان حيا وظهوره للحياة وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 25 ق.م.ج، إلا أنه يرد على هذه القاعدة

العامة استثناء يتعلق بالشخصية القانونية للحمل المُستكن، الذي يتمتع بشخصية قانونية وأهلية وجوب ناقصة، وهذه الشخصية القانونية شخصية احتمالية، يعترف من خلالها للحمل بصلاحية اكتساب الحقوق، وهذه الحقوق تكون محصورة يقررها له القانون بنصوص خاصة. وتصبح هذه الشخصية الاحتمالية شخصية يقينية عند ولادته وتحقق الحياة فيه، لتؤول وتثبت له ليكتسبها، أما إذا لم تتحقق واقعة ميلاده حيا وولد ميتا تزول شخصيته القانونية وتزول معها الحقوق.

- ✓ إجماع الفقهاء على أحقية الحمل للميراث ولكن بشرط أن يكون موجودا في بطن أمه وقت موت مورثه، وأن يولد أكثره حيا ولو مات بعد ذلك، وأن يولد بين أقل وأقصى مدة الحمل، وهذا ما أكده وسار عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة 173 و174ق.أ.ج، فيوقف للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة.
- ✓ يجوز الوصية للحمل في الشرع، وفي قانون الأسرة الجزائري وذلك حسب نص المادة 187 منه، فالحمل أهل أن يوصى له فإذا ظهر الحمل متعددا، فالوصية تقسم بينهم بالتساوي حتى ولو اختلف الجنس، وهي تتوقف على قبول من طرف الولي أو الوصي، أخذا برأي جمهور الفقهاء.
- ✓ الحمل أهل لاستحقاق الوقف وهذا على رأي غالبية الفقه وهذا ما سار إليه المشرع الجزائري، وما يعاب في رأي المشرع هو عدم التنصيص على ذلك صراحة في قانون الأسرة الجزائري وإنما يفهم ضمنيا من شروط الموقوف له، وهذا راجع ربما لتحفظه من هذا التصرف.
- ✓ جمهور الفقهاء لا يجيزون الهبة للحمل باعتبارها تصرف يحتاج للقبول من طرف من تتقرر لمصلحته واعتبار أنها تتعلق بمسألة القبض، ولكن المشرع الجزائري أجاز الهبة للحمل في المادّة 209 ق.أ.ج، آخذا برأي المذهب المالكي الذي يجيزها للحمل على عكس باقي المذاهب الأخرى، فرغم النص الواضح في المادة 206 ق.أ.ج بأنها إيجاب وقبول، فقد أجاز لولي أو وصي الحمل قبول الهبة عوضا عنه لأنه لا يقدر على ذلك، إلا أن موقف المشرع في هذه المسألة هو اعتبار يتعلق بأن الهبة من التصرفات النافعة نفعا محضا للحمل.

- ✓ يمكن الاشتراط لمصلحة الحمل خاصة في عقد التأمين وهذا التصرف لا يكون إلا بوجوب أن يكون قبول من ولي أو وصي أو مقدم ينوب عن الحمل لقبول التصرف.
- ✓ فيما يتعلق بالحماية الجنائية للحمل فإن الشريعة الإسلامية تعتبر الحمل كائن حي منذ انعقاده، ولا يجوز الاعتداء عليه بإسقاطه، فقد أجمع الفقهاء كلهم على تحريم وتجريم فعل الإجهاض وتوقيع العقوبة عليه،هذا إذا كان فعل الإسقاط بعد نفخ الروح، أما إذا كان قبل نفخ الروح ففيه خلاف، ولكن الراجح هو التحريم. هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المواد(304-313) من ق.ع.ج، واعتبر جريمة الإجهاض جنحة معاقب عليها قانونا، فعدد صور الإجهاض من حيث الفاعل بحيث يمكن أن يكون من طرف الحامل نفسها أو من طرف الغير وعاقب على التحريض بحيث جعل لكل نوع عقوبة معينة فيها عقوبة أصلية وتبعية، هذا وقد أباح الإجهاض في حالة ما إذا كان بقاء الحمل في بطن أمه يشكل خطرا عليها.

وبناء على كل هذه النتائج المتوصل إليها نقترح ما يلي:

- ✓ وجب على المشرع الجزائري أن يفصل في مسألة ميراث الحمل في أكثر من مادتين في قانون الأسرة، وأن ينص على حالة تعدد الحمل ومسألة أخذ الكفالة ممن يختلف نصيبهم بين أن يكون واحدا أو أكثر، والتنصيص صراحة على جواز استعمال الوسائل الطبية الحديثة للكشف عن عدد وجنس الجنين لتسهيل قسمة التركة.
- ✓ فيما يخص الوصية للحمل وجب تعديل نص المادة 187 ق.أ.ج، وحذف عبارة "...فإذا ولد حيا يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس."، لأن فيها مخالفة لقاعدة للذكر مثل حظ الأنثيين، والأخذ بعين الاعتبار بمسألة الصفة التي اشترطها الموصي في الحمل، وحالة ولادة الحمل توأما، أحدهما حي والآخر ميت.
- ✓ على المشرع الجزائري الفصل في مسألة من يقبل الهبة للحمل في مادة قانونية في قانون الأسرة الجزائري لتساير مع ما هو معمول به في قوانين الدول العربية.
- ✓ وجب على المشرع الجزائري النص صراحة في قانون الأسرة على جواز الوقف للحمل وإمكانية الاشتراط لمصلحته.

- ✓ وجب على المشرع الجزائري أن يساير ما جاءت به الشريعة الإسلامية فيما يخص كل الأحكام المتعلقة بالحمل المُستكن، وكذلك مسايرة ما توصل إليه العلم الحديث في علم الأجنة، وإسقاط الأحكام على كل المسائل العلمية المستجدة الخاصة بالحمل، بفتح المجال للاجتهاد فيها. وفي الأخير نحمد الله أن وفقنا لإتمام هذا العمل لننفع به أنفسنا ويستنفع به غيرنا، فنحن نرجو أن نكون قد أسهمنا بقدر يسير في توضيح موضوع الحمل المُستكّن الذي يحتاج للمزيد من البحث.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: باللغة العربية

1-المصادر

- القرآن الكريم.

2-الكتب

1. إبراهيم مدكور، المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مجمع اللغة العربية، دون طبعة، مصر، 1994.
2. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الطبعة الخامسة عشر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2013.
3. إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية العقد، دون طبعة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 1979.
4. أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، دون طبعة، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2006.
5. أنور العمروسي، الشخص الطبيعي والاعتباري في القانون المدني، دون طبعة، دار المحمود للنشر والتوزيع، باب الخلق، القاهرة، مصر، 2003.
6. أنور طلبة، العقود الصغيرة، الهبة والوصية، دون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، الجزائر، 2004.
7. بطرس البستاني، محيط المحيط، الطبعة الثالثة، مكتبة لبنان ناشرون، لبنان،1993 .
8. حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، دون طبعة، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، مصر، 1988.
9. حسن محمد الكردي، الميسر في فقه المواريث، الطبعة الأولى، مكتبة ومطبعة دار المنار، جامعة الأقصى، غزة، 2010.
10. حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
11. خالد بوشمة، نظرية الأهلية في الفقه الإسلامي، دون طبعة، منشورات بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2009 .

12. الرشيد بن شويـخ، الوصـية والمـيراث فـي قانـون الأسـرة الجـزائـري، الطـبعة الأولـى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
13. زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، عقد الهبة، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزء الثامن، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
14. سامي بن حملة، دروس فـي علـم المـيراث علـى ضـوء أحـكام قانـون الأسـرة الجزائري، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008.
15. سعيد بويـزري، أحـكام الميراث فـي الشريعـة الإسلامية وقانـون الأسرة الجـزائري، الطبعة الأولى، دار الأمل للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.
16. سليمان عبد الله، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزء الأول، الجزائر، 2004.
17. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الطبعة السادسة، دار الكتب القانونية، الجزء الأول، مصر، 1998.
18. سنـاء عثمان الدبسي، الاجتهاد الفقهي المعـاصر فـي الإجهاض والتلقيح الاصطناعي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،1990 .
19. عارف خليل أبو عيد، الوجيز في الوصايا والمواريث، الطبعة السادسة، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013.
20. عـامر قاسم أحمد القيسي، مشكـلات المـسؤولية الطـبية المـترتبة علـى التلقيح الصـناعي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
21. عــباس شومان، إجهاض الحـمل ومـا يترتـب عليه مـن أحـكام فـي الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، الدار الثقافية للنشر، مصر، 1999.
22. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري، الهبة والشركة والقرض، الدخل الدائم الصلح، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
23. عبـد الواحـد كـرم، معــجم المصطلحات القانونية الشريعة والقــانون، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر،1990.
24. عـلاء الدين الكاساني أبـو بكـر بن مسعود الحـنفي، بدائع الصنائع فـي ترتيـب الشـرائع،

الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986.
25. محمد ابن أحمد تقية، دراسة عن الهبة قانون الأسرة الجزائري، دون طبعة، الديوان الوطنية للأنفال التربوية، الجزائر، 2004.
26. محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، كتاب بدأ الخلق، الطبعة الثانية، دار السلام، السعودية، 1999.
27. محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الفكر، المملكة الأردنية الهاشمية، عمان، الأردن، 2007.
28. محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، لبنان، دون سنة نشر.
29. محمد حافظ الشريدة، نفخ الروح في الجنين بين الطبّ والدين، دون طبعة، دون دار نشر، نابلس، فلسطين، 2004.
30. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.
31. محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دروس في نظرية الحق، الطبعة الأولى ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الثاني، الجزائر، 2011.
32. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
33. محمد يوسف عمروا، الميراث والهبة، دون طبعة، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن،2008 .
34. مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1982.
35. مفتاح محمد أقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي القانون الوضعي، دون طبعة، دار الكتب القانونية، مصر،2002 .
36. نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية ونظرية الحق، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2004.
37. نبيل صقر، الوسيط في شرح 50 جريمة من جرائم الأشخاص، دون طبعة، دار الهدى

للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، دون سنة نشر.
38. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دون طبعة، دار الفكر، الجزء الثامن، دمشق، سوريا، 1989.

3-الرسائل والمذكرات الجامعية

أ. الرسائل الجامعية

1. جمال عياشي، "تداخل آثار عقود التبرع والمواريث"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014.
2. سليمان النحوي،"التلقيح الصناعي في القانون الجزائي والشريعة الإسلامية والقانون المقارن"، رسالة دكتوراه في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1 ،2010-2011.
3. محمد تقية، "الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن"، رسالة دكتوراه في القانون الخاص معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996-1997.

ب. المذكرات الجامعية

1. بشير الشيخ صالح، "الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة"، مذكـــرة لنيل درجـة المـاجستير في القانون فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013.
2. خير الدين بن مشرنن، "إدارة الوقف في التشريع الجزائري"، مذكرة لنيل درجة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.
3. سمير شيهاني، "مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه"، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس ،2005.
4. عيســى أمعيزة، "الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون"، مذكرة ماجستير في العلوم الشرعية، كلية العلوم الشرعية، جامعة الجزائر، 2006.
5. فريدة هلال، "الهبة في ضوء القانون والقضاء الجزائري" ،مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011.
6. فريزة دحماني، "الوصية في القانون الجزائري"، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الثانية،2007-2010.

7. لامية العوفي، "التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة الجزائري"، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر،2008 .
8. محمد على محمود يحيى، "أحكام الوصية في الفقه الإسلامي"، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2010.

4-المقالات

1. أعمر يحياوي، "ميراث الحمل في ضوء التطور العلمي والتكنولوجي"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، تيزي وزوا،2012 .
2. تشوار حميدوا، "حكم وسائل الحمل المعاصرة في ضوء الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية والاقتصادية، العدد الأول، الجزائر،2003.
3. علي فيلالي، "تعليق على قرار قضائي بشأن حق الحمل في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء وفاة والده طبقا للمادّة 25 من ق.م.ج"، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والسياسية، العدد الرابع، الديوان الوطني للأشغال التربوية، جامعة الجزائر، 2003.
4. فاطمة عيساوي، "الإنجاب بالوسائل الحديثة في قانون الأسرة الجزائري"، مجلة معارف، العدد السادس، المركز الجامعي أكلي محند أولحاج، البويرة، 2009.
5. كمال الدين قاري، "نظرة الشريعة الإسلامية الى الإجهاض"، مجلة معارف، العدد الخامس، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2007.
6. محمد أحمد الرواشدة، "عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، كلية الشريعة جامعة مؤتة، سوريا، 2007.
7. يزيد أنيس نصير،"الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني"، مجلة الشريعة والقانون، العدد السادس، 2002.

5- النصوص القانونية

أ. الأوامر

1. الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19 فبراير 1970، المتعلق بالحالة المدنية.
2. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386، الموافق لـ 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات.

3. الأمر رقم 07-05المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 مايو يعدل ويتمم الأمر75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26سبتمبر1975 والمتضمن القانون المدني 2007.

ب. القوانين

1. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404، الموافق لـ 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
2. القانون رقم 91-10 المؤرخ في 12 شوال 1411 هـ الموافق لـ 27 أفريل 1991، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 21، سنة 2001، المتضمن قانون الأوقاف، المعدل والمتمم.

ثانيا: باللغة الفرنسية

- LES OUVRAGES

1. Alex Weill. Droit Civil, Les Personne, La Famille, Les Incapacités, Tome1, 2^{em} Volume, 3^{ém} édition, France.
2. André vitaux: Traite de droit Criminel, Droit Pénal Spéciale, édition Cujas, France, 1989.
3. Daniel Lacroux: Dictionnaire Larousse, librairie Larousse, France, 2005.
4. Garroud(r): Traite Théorique Et Pratique de droit pénal Français, Larose Et Forcel, France.
5. Sylvie Dibos-Lacroux: Successions, Le Guide Pratique, 9^{em} édition, France, 2008.

الفهرس

العنوان **الصفحة**

الإهداء

شكر وتقدير

مقدمة.....01

الفصل الأول

الإطار ألمفاهيمي للحمل في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول: تعريف الحمل ومراحل تطوره.....07

المطلب الأول: تعريف الحمل المستكن.....07

الفرع الأول: الحمل في اللّغة.....07

الفرع الثاني: الحمل في الاصطلاح.....08

الفرع الثالث: الحمل في القانون.....10

المطلب الثاني:مراحل تطور الحمل.....10

الفرع الأول: مراحل تطور الحمل من الناحية الطبية.....10

الفرع الثاني: مراحل تطور الحمل من الناحية الشرعية.....12

المبحث الثاني:الصور المعاصرة للحمل المُستكن.....15

المطلب الأول:الحمل نتيجة التلقيح الاصطناعي.....15

الفرع الأول: صور التلقيح الاصطناعي.....16

أولا:التلقيح الاصطناعي الداخلي.....16

ثانيا: التلقيح الاصطناعي الخارجي.....16

الفرع الثاني:موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري من التلقيح الاصطناعي.....17

المطلب الثاني:الحمل في عملية تأجير الأرحام و بنوك الأجنة.....21

الفرع الأول:الحمل في عملية تأجير الأرحام.....21

الفرع الثاني:الحمل عن طريق بنوك الأجنّة.....22

المبحث الثالث:النطاق الزمني لتمتع الحمل بالشخصية القانونية.....23
المطلب الأول:التمييز بين أهلية الوجوب والشخصية القانونية.....23
المطلب الثاني:الأسس النظرية لإسناد الشخصية القانونية للحمل المستكن.....25
الفرع الأول:مرحلة الاعتراف بالشخصية القانونية للحمل.....25
الفرع الثاني:مرحلة نفي الشخصية القانونية.....25
الفرع الثالث:تمتع الحمل بالشخصية القانونية وتأكدها بالولادة حيا.....26
المطلب الثالث:الشخصية الاحتمالية و اليقينية للحمل المستكن.....28

الفصل الثاني

أحكام الحمل المُستكن في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول:أحكام التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة.....34
المطلب الأول:ميراث الحمل المستكن.....34
الفرع الأول:شروط توريث الحمل و موقف الفقهاء من تقسيم التركة عند وجود الحمل.....34
أولا:شروط توريث الحمل.....34
ثانيا:موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من تقسيم التركة عند وجود الحمل.....36
الفرع الثاني:كيفية توريث الحمل المستكن.....37
المطلب الثاني:الوصية والوقف للحمل المستكن.....40
الفرع الأول:الوصية للحمل المُستكن.....40
الفرع الثاني:الوقف للحمل المستكن.....43
المبحث الثاني:الأحكام المتعلقة بالتصرفات الواردة على الحمل توجب صدور قبول منه...46
المطلب الأول:الهبة للحمل المستكن.....46
الفرع الأول:تعريف الهبة.....46
الفرع الثاني:موقف فقهاء الشريعة والقانون من قبول الهبة للحمل.....47
الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري من الهبة للحمل.....48
المطلب الثاني:الاشتراط لمصلحة الحمل.....49
المبحث الثالث:الأحكام المتعلق بالحماية الجنائية للحمل المُستكن.....53
المطلب الأول:تعريف الإجهاض وموقف الفقهاء من شرعيته.....54

الفرع الأول:تعريف الإجهاض.....54
الفرع الثاني:موقف الفقهاء من شرعية الإجهاض.....55
أولا:موقف الفقهاء في الحكم الشرعي للإجهاض.....55
ثانيا:أقوال الفقهاء في عقوبة الإجهاض.....56
المطلب الثاني:موقف المشرع الجزائري من الإجهاض.....57
الفرع الأول:صور جريمة الإجهاض.....58
أولا:إجهاض المرأة نفسها.....58
ثانيا:إجهاض المرأة من قبل الغير.....58
ثالثا:التحريض على الإجهاض.....58
الفرع الثاني:أركان جريمة الإجهاض.....59
أولا:الركن المادي للإجهاض.....59
ثانيا:الركن المعنوي.....60
الفرع الثالث:عقوبة جريمة الإجهاض.....60
أولا:عقوبة إجهاض المرأة لنفسها.....60
ثانيا:عقوبة إجهاض المرأة من قبل الغير.....61
ثالثا:عقوبة التحريض على الإجهاض.....62
رابعا:الإجهاض المرخص به.....62
خاتمة.....63
قائمة المصادر والمراجع.....67
فهرس المحتويات.....73