جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الحماية القانونية للجنين في ظل التشريع الجزائري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

من إعداد الطالب:
- بوزيدي سليمان

تحت إشراف الدكتور:
- علي موسى حسين

لجنة المناقشة:

- د أو ا ..... رئيسا
- د أو ا ..... مقررا
- د أو ا ..... مناقشا

الموسم الجامعي:
2014 -2013

جامعــة زيــان عاشور الجلفــة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الحمايـة القانونيــة للجنيــن في ظــل التشريـع الجزائـري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

من إعداد الطالب:
- بوزيدي سليمان

تحت إشراف الدكتور:
- علي موسى حسين

لجنة المناقشة:

- د أو ا ..... رئيسا
- د أو ا ..... مقررا
- د أو ا ..... مناقشا

الموسم الجامعي:
2014 -2013

بسم الله الرحمن الرحيم
هُوَ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ
يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوٓا۟ أَشُدَّكُمْ ثُمَّ لِتَكُونُوا۟
شُيُوخًا ۚ وَمِنكُم مَّن يُتَوَفَّىٰ مِن قَبْلُ ۖ وَلِتَبْلُغُوٓا۟ أَجَلًا مُّسَمًّى
وَلَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ٦٧
صدق الله العظيم

إهـــداء

بسم الله الذي لا اله سواه

تبارك اسمه وعل علاه

والصلاة والسلام على خير الصحب والأنام سيدنا محمد نبينا وحبيبنا الحمد لله والشكر

لله وبفضل الله

إلى: والدتي الكريمة ونور عيني

إلى المرحوم أبتي أسكنه الله فسيح جنانه

إلى زوجتي الحبيبة ورفيقة دربي وعمري

إلى أبنائي قرة ومهجة عيني

إلى إخوتي وإخواني وكل أقاربي

إلى أهلي ورفقتي وكل الأحباب وصحبتي

إليهم جميعا في كل زمان ومكان اهدي ثمرة جهدي مذكرتي

التي اسأل الله أن يوفقني في إتيانها ، والاستفادة منها

مع أحلى التحايا واصدق وأنبل عبارات الشكر والتقدير

سليمان بوزيدي

شكر وعرفان

قبل أن أتقدم بالشكر لأي كان أبديه لمن هو أولى به ذو الجلال والإكرام ومن ثمة أتقدم بجزيل شكري ووافر تقديري وامتناني إلى:

- الأستاذ الدكتور: علي موسى حسين طوال مدة إشرافه على هذا العمل، وعلى المجهودات والنصائح القيمة التي أفادني بها في سبيل إتمام هذه الدراسة.
- الطاقم الإداري لمكتبة محكمة و مجلس قضاء الجلفة و جامعة زيان عاشور بالجلفة.
- إلى كل الأساتذة الذين أفادوني بنصائحهم وإرشاداتهم و خاصة الأستاذة المحامية: طاع الله دليلة.

وأخيرا ، أتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذه الدراسة.

إلى كل هؤلاء شكر وألف شكر..

سليمان بوزيدي

فهرس المحتويات

الإهداء

شكر و عرفان

فهرس المحتويات

مقدمة 01

الإطار النظري و المفاهيمي للدراسة

أولاً: مشكلة البحث..... 07

ثانياً: أهمية الدراسة..... 07

ثالثاً: الدراسات في هذا الشأن 08

رابعاً: منهجية البحث 08

خامساً: تقسيم الدراسة 09

﴿ الفصل الأول ﴾

ماهية الجنين ومراحل نموه

المبحث الأول. ماهية الجنين و مراحل نموه..... 12

المطلب الأول: تعريف الجنين عند الفقهاء..... 13

المطلب الثاني: تعريف الجنين في علم الطب..... 17

المطلب الثالث: تعريف الجنين في القانون الجزائري..... 19

المبحث الثاني: مراحـــــــل نمو الجنين..... 24

المطلب الأول: مرحلة ما قبل نفخ الروح..... 26

المطلب الثاني: مرحلة نفخ الروح..... 28

المطلب الثالث: مدة بقاء الجنين في الرحم..... 32

﴿ الفصل الثاني ﴾

الطبيعة القانونية للجنين في ظل التشريع الإسلامي و القانون الجزائري

المبحث الأول : حقوق الجنين في ظل التشريع الإسلامي 37

المطلب الأول : الحقوق المتعلقة بذات الجنين 38

المطلب الثاني : الحقوق المالية للجنين..... 39

المبحث الثاني: حقوق الجنين في ظل القانون المدني الجزائري 48
المطلب الأول: الحقوق المتعلقة بذات الجنين 49
المطلب الثاني: الحقوق المالية للجنين 54
المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للجنين في ظل القانون الجنائي 59
المطلب الأول: أركان جريمة الإجهاض 61
المطلب الثاني: صور جريمة الإجهاض وأسباب إباحتها 69
الفرع الأول: صور جريمة الإجهاض 69
الفرع الثاني: أسباب إباحة الإجهاض 75

﴿الفصل الثالث﴾

نطاق الحماية الشرعية و الجنائية للجنين

المبحث الأول: مظاهر الرعاية الشرعية 84
المطلب الأول: العقوبات الأصلية 85
المطلب الثاني: العقوبات التكميلية و تدابير الأمن 86
المبحث الثاني: أنواع العقوبات في القانون الوضعي 87
المطلب الأول: العقوبات السالبة للحرية 87
المطلب الثاني: العقوبات المالية و المهنية 89
المبحث الثالث: الحماية الإجرائية للجنين في ظل القانون الجزائري 91
المطلب الأول: الحماية القانونية المتعلقة بعقوبة الإعدام 92
المطلب الثاني: الحماية القانونية للجنين المتعلقة بالعقوبة السالبة للحرية 93
المطلب الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري من الحماية الجنائية للجنين 94
الفرع الأول: الجوانب الإيجابية 94
الفرع الثاني: الجوانب السلبية 96
خاتمة 100
قائمة المصادر والمراجع .....

مقدمة

مقدمة :

لقد خلق الإنسان لحكمة أرادها الله عز و جل حيث قال سبحانه في محكم كتابه الكريم: ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلاَئِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الأَرْضِ خَلِيفَةً قَالُواْ أَتَجْعَلُ فِيهَا مَن يُفْسِدُ فِيهَا وَيَسْفِكُ الدِّمَاء وَنَحْنُ نُسَبِّحُ بِحَمْدِكَ وَنُقَدِّسُ لَكَ قَالَ إِنِّي أَعْلَمُ مَا لاَ تَعْلَمُونَ﴾[1].

و قد فضله و كرمه على كثير من خلقه تفضيلا من خلال الآلاء التي منحها إياها كالعقل و تصوره في أحسن صورة إذ يقول سبحانه ﴿ لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ ﴾ و ما سخر له من مخلوقات و مكنونات هذا الكون الواسع .

إن هذه المكانة التي أعطاها إياه إنما تدل على القيمة و الدرجة الرفيعة التي خصها به في كل مراحل تكوينه، فقد وصفه الله عز وجل في محكم كتابه الكريم بوصف دقيق اظهر فيه جميع مراحل تكوينه و هذا ما أقره فعليا العلم الحديث، قال الله تعالى: ﴿ وَ لَقَدْ خَلَقْنَا الإِنسَانَ مِنْ سُلاَلَةٍ مِنْ طِينٍ * ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ * ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا ا لْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾[2].

هذه القيمة الكبيرة التي خصها الخالق للنفس البشرية تثبت حقها في الحياة مذ بداية التكوين الأولى للإنسان أي منذ المرحلة الأولى للجنين في جوف الرحم وهذا ما سار عليه البشر خاصة بعد ظهور الإسلام حيث أقرت كتب الفقه الإسلامي القديم منه و الحديثة لهذا المخلوق الذي لم يرى النور بعد أحكاما تحميه من حيث انتسابه لأبية وميراثه وصحة الوصية له، والوقف عليه و الدية التي تجب على إسقاطه و بالمقابل أقر الإسلام عقوبات لهدر النفس البشرية حيث قال عز وجل: ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾[3] وهذا ما يثبت حق الإنسان بما فيه الجنين في الحياة.

---

[1] سورة البقرة : الآية 30
[2] المؤمنون: 12 -14
[3] النســـــاء: 39

يقول العزيز بن عبد السلام: " الطب كالشرع وضع لجلب مصالح السلامة ولدرء مفاسد المعاطب و الأسقام، ولدرء ما أمكن درؤه ولجلب ما أمكن من ذلك".

وقد عرف التطور العلمي للعلوم الطبية والدراسات البيولوجية في عصرنا قفزة نوعية بالنسبة لنتائج تقدم الأبحاث العلمية ، فظهرت طرق و وسائل تقنية حديثة أكثر فاعلية في اكتشاف الأمراض، لمواجهة الظروف الصحية التي قد يتعرض لها الجنين ورغم أهمية هذه الأعمال الطبية إلا أن لها مخاطر تختلف درجة جسامتها من حال لأخرى، فاختلفت التشريعات في مدى قبول هذه الوسائل الطبية الحديثة، من هندسة وراثية وتلقيح اصطناعي داخل الرحم وخارجه، وتأجيرللأرحام، وا نشاء لبنوك الأمشاج الآدمية، واستخدام طرق معينة لتخزين نتاج الجسم البشري.

ولما تقرر أن للجنين حق في الرعاية الطبية حيث اتفق الأطباء في أرجاء العالم على أن الإجهاض له أضرار خطيرة على المجتمع وصحة المرأة.

ولما كان تحديد النطاق الزمني والمكاني للحماية الطبية للجنين أمرا جوهريا للوقوف على بداية الحماية المقررة للجنين ونهايتها ، وذلك بتحديد لحظة بداية حياة الجنين، وتحديد لحظة نهايتها.

حيث انه و منذ أن يبدأ الحمل و في أسابيعه الأولى تحظى المرأة الحامل برعاية طبية خاصة تتمثل أولا في التشخيص الطبي ومن ثمة في فرض رقابة دورية للحامل للكشف عن أي أمراض لها أو للجنين قصد معالجتها المبكرة وكذلك في قائمة أدوية معينة وأنواع أكل معين بالإضافة لمنع الحامل من كل عمل مجهد قد يعرضها للإجهاض.

كما تشمل إجراءات العناية الطبية للجنين إثناء الحمل عدة نواحي منها مراعاة الحالة النفسية للحامل من قبل الأسرة والزوج لان الجنين يتأثر بانفعالات الأم وتغير حالتها النفسية.

زيادة على ذلك فإن الرعاية الطبية تشمل منع الحامل من تناول الأدوية المعتادة أو أي أدوية أخري من شأنها أن تضر بالجنين بالإضافة إلى منع الحامل من تناول المشروبات الروحية و المخدرات بكل أنواعها كذا التدخين وذلك لحماية

الجنين من أي تشوهات خلقية وقد تطرق لها المشرع الجزائري في قانون حماية الصحة وترقيتها وهذا ما أقر المشرع في قانون حماية الصحة وترقيتها[1].

كما تعد الشرعة الإسلامية أول عقدية تهتم بالجنيين بشكل مفصل و دقيق وأعطت لهذا المخلوق قيمة إنسانية مستقلة عن ذات والدته كما حرمت قتله يقول عز وجل:﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وا ٍياكم إن قتلهم كان خطأ كبيرا﴾[2] ، فصحح الإسلام العقدية التي كانت سائدة و أعطى للجنين حقوقا تحميه.

هذا و لقد كفل التشريع الإسلامي الحماية للنفس البشرية بعدم الاعتداء عليها في أي مرحلة من مراحل تكوينها ورتب على ذلك عقوبات[3]، لان الحنين هو بداية التكوين ونواة البشرية وأول مراحل تكوين الإنسان وهي مرحلة مهمة وتشكل نقطة تكامل حياته.

كما اهتمت الشريعة الإسلامية بالجنين في رحم أمه حيث سنت قواعد تضمن نشأته نشأة سليمة حيث شملت الرعاية الإلهية جميع جوانب و مراحل تكوين الجنين فتطرقت حتى لاختيار الزوجين لضمان نسل سليم وحتى في تخفيف العبادات كالصوم الصلاة والحج وكل ما من شانه أن يؤثر على الأم و بتالي الجنين، و حتى في القصاص فمنع من إقامة الحد على الحامل حتى تضع حملها و ترضعه أو تجد له من يرضعه.

كما أولى القانون الوضعي بمختلف مجالاته اهتماما خاص للجنين حيث جرم فعل الإجهاض في شقه الجنائي كما أعطى لهذا المخلوق الضعيف حقوقا مدنية كما سن في قانون العمل بمعالة خاصة للحامل حماية له.

وعلى غرار المشرع الجزائري اتجهت أغلبية الدول لتجريم الإجهاض و حماية حق الجنين في الحياة حيث تطرق له المشرع الجزائري في المواد من 304 إلى 309 من قانون العقوبات وكذا المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الصادر سنة 1791 والانجليزي في قانون الاعتداء على الأشخاص الصادر سنة 176، والمصري

---

[1] القانون رقم 05/85 المؤرخ في : 16 فيفري 1985 يتضمن قانون الصحة و ترقيتها الجريدة الرسمية رقم : 08 الصادرة في 17 فيفري 1985 .

[2] سورة الإسراء: الآية 31

[3] من كتاب حماية الجنين في الشريعة و القانون اعد علي الشيخ إبراهيم مبارك ص 05

في المواد 260 إلى 264 قانون العقوبات، و السوري في المواد 593 إلى 546 قانون عقوبات ، الكويتي في المواد 184 إلى 188 قانون عقوبات و المشرع الأردني في ا لمواد 321 إلى 325 من قانون العقوبات.

ومن خلال استقراء هذه التشريعات يظهر جليا المركز القانوني والأهمية البالغة الممنوحة لحماية الجنين خاصة وان هذه المواد ذكرت في قانون العقوبات الذي بدوره يجرم الأفعال و يعاقب عليها.

الإطار المفاهيمي للدراسة

مشكلـــة البحث:

في ما يتعلق بالمشكلة الرئيسية للبحث و التي تهدف الدراسة لتناولها و استيضاحها هي:

- ما هي حدود حفاظ التشريع الجزائري الجنائي منه و المدني و كذا الفقه الإسلامي المعاصر لحماية الحنين ؟

أما المشاكل الفرعية التي تتفرع عن هذه المشكلة و تهدف المذكرة إلى دراستها فهي:

- ماهية الجنين كمدخل للدراسة ؟
- ما هي أنواع الحقوق الممنوحة للجنين في ظل القانون الجزائري بشقيه؟
- ما هي الحماية التي يكفلها الفقه الإسلامي المعاصر و القانون الجزائري للجنيني؟
- ما هي الوسائل و الإجر اءات المتخذة في للحفاظ على الجنين؟
- ما هي العقوبات الشرعية و الوضعية لحماية الجنين و حقوقه؟

أهميـــة الدراسة:

تعود أهمية هذه الدراسة إلى أنها تتناول جانبا من الحقوق الإنسانية لم يسلط عليها الضوء بشكل كافي و شامل فالبحوث فيه قليلة جدا لا تتناسب و أهمية الموضوع، باعتبار أن الجنين هو فعلا كائن بشري له حقوق وتجب له الحماية كما تقع على عاتقنا تجاهه التزامات شرعها الدين و القانون لذا وجبت دراسة هذه الحقوق لتحديدها و معرفة أبعادها لإنصاف هذا الكائن البشري الضعيف لأنه فعلا يحتاج لحماية ولإيجاد حلول لجميع المشاكل التي تعترض إقرار قوانين منصفة له و تقنين التشريعات اللازمة لذلك.

كذلك تظهر أهمية هذه الدراسة نظرا للتطورات العلمية الهائلة في هذا المجال كالتلقيح الاصطنـاعي و الاستنساخ، زراعة الأجنة في الأرحام، تأجير الأرحام، تجميد اللقاح و استعمالـه في التجارب المخبرية، الإجهاض من أجل التجارب العلمية و بالمقابل لا يو جد ما يتناسب و هذا التطور الهائل من قوانين شاملة له.

وجود خلاف حول قضايا الحمل بين المهتمين بهذا المجال من رجال الطب والقانون وعلماء الاجتماع والدين، إضافة إلى ندرة الدراسات والبحوث القانونية في الجزائر والتي تعنى بالجرائم التي تتعلق بالأجنة.

الدارسات في هذا الشأن:

بعد تناولي بعض البحوث السابقة بالاطلاع انتهيت إلى استخلاص أنها لم تأخذ جميع جوانب الموضوع بالدراسة المستوفية لجميع العناصر المكونة له، فهي أحيانا دراسات عامة غير متخصصة و أحيانا تكون خاصة مقصرة في الجوانب الأخرى فمنها من يدرس رأي الفقه الإسلامي فقط ومنها من يغفل دور القانون الوضعي دون سواه ومنها من يركز على القانون الجنائي و بهمل الشريعة و القانون المدني.

كذلك ندرة الدراسات الأكاديمية إن لم نقل أنعدمها تلك المتعلقة بمركز الجنين في القانون المدني الجزائري و الأحكام المنصوص عليه في هذا الصدد.

منهجيـــــة البحث :

كون دراستنا لهذا الموضوع شملها القانون الوضعي و الفقه الإسلامي والبحوث الطبية بنوع من الإطناب و الجدل فلقد اخترت ما يناسب هذه الدراسة من منهج بحث لذلك كان المنهج الوصفي التحليلي الأنسب للموضوع .

فاعتمدت بالمنهج الوصفي فيما يتعلق بالظواهر التي تتسم بالوصف سوءا تعلق الأمر بالشريعة و الفقه الإسلامي و هي كثيرة أو القانون الوضعي و المبادئ التي أسسها القضاء من خلال الأحكام القضائية التي استقر عليها وهي نوعا ما متواضعة.

كما اعتمدت المنهج التحليلي في تحليل الآراء الفقهية و التشريعية و القضائية و ربطها ببعضها البعض.

كما يعتمد البحث على منهج المقارنة في معظم مراحله، وذلك بمقارنة التشريع الجزائري بالفقه الإسلامي، قصد تحديد أوجه الوفاق و لاختلاف بينهما وبيان مواطن القوة و الضعف في التشريع الجزائري، وليكون الحل الذي ينبغي الوصول إليه متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية لكونها مصدرا للتشريع في معظم الدول العربية، مع محاولة الاستفادة من تجربة التشريعات المقارنة.

فيقتضي البحث توضيح الصورة العلمية لكل مرحلة من مراحل نمو الجنين والتدخلات الطبية فيها، خاصة إذا كانت ذات أثر في تقدير الأحكام، معتمدا على المصادر العلمية المختصة، مع عرض آراء الفقه الإسلامي بالتأصيل والتحليل و لكل مسالة ببيان موقف المجامع الفقهية وآراء بعض الفقهاء المعاصرين دون التقيد بمذهب معين أو رأي واحد، وكذا الحال بالنسبة لعرض الموضوع من الناحية القانونية بالاعتماد على موقف المشرع الجزائري مشيرا في بعض الأحيان إلى القانون الفرنسي والمصري وبعض القوانين الأخرى، مدعما هذا العرض ببعض الأحكام القضائية.

كما يعتمد البحث على المنهج الاستقرائي الذي يتطلب الاستقراء العلمي للنصوص القانونية والشرعية والآراء الفقهية والأحكام القضائية، لدراسة مضمون الحماية الجنائية للجنين بكل جوانبها بالتحليل والتنقيب والمناقشة.

تقسيم الدراسة

قسمت الدراسة إلى ثلاثة فصول:

الفصل الأول : قمت فيه بالنسبة للمبحث الأول بتعريف ماهية الجنين كمدخل للدراسة في نظر مختلف الآراء الدينية و العلمية و القانونية.

أما في المبحث الثاني فتناولت دراسة مفصلة لمراحل نمو الجنين من مرحلة ما قبل نفخ الروح إلى ما بعدها و كذلك مدة بقاء الجنين في الرحم.

الفصل الثاني: تكلمت على الطبيعة القانونية للجنين ففي المبحث الأول تناولت الطبيعة القانونية للجني في ظل التشريع الإسلامي .

أما في المبحث الثاني فتكلمت على الطبيعة القانونية للجنين في ظل القانون الجنائي الجزائري و أهم الجرائم المعاقب عليها فيه.

أما في المبحث الثالث فتكلمت عن الطبيعة القانونية للجنين في ظل القانون المدني كل ما يتعلق بحقوقه كذات مستقلة وحقوقه المالية وتطرقت بشكل مختصر للقوانين المسخرة للحامل في و قانون العمل.

الفصل الثالث: أما بالنسبة للفصل الأخير فتطرقت لنطاق الحماية الشرعية والقانونية للجنين في الفقه الإسلامي و القانون الجزائري ففي المبحث الأول تطرقت للحماية التي اقرها الله عز وجل من خلال العقوبات الدنيوية و الأخروية.

أما في المبحث الثاني فتطرقت للعقوبات المقررة في القانون الجزائري

أما المبحث الثالث فتكلمت عن الجانب الإجرائي في ظل القانون الجزائري فيما يتعلق بتنفيذ العقوبات.

خاتمة : أردت أن تكون عبارة استنتاج لمدى مطابقة القانون الجزائري للشرعة و مدى مسايرته للتطورات العلمية الحديثة.

أسأل الله العلي القدير التوفيق والسداد والرشاد، إنّه نعم المولى ونعم النّصير.

الفصل الأول

ماهية الجنين ومراحل نموه

المبحث الأول: ماهية الجنين و مراحل نموه

إن الله عز وجل أبدع في كل ما خلق وقد أبدع في تصوير هذا المخلوق المعجزة كما أبدع في وصفه في محكم كتابه الكريم ،إذ وصف مراحل تكوينه بدقة شديدة لم يتوصل لها العلم الحديث إلا مؤخرا .

فما هوالجنين وما هي مراحل تطوره ونمو ه، وهنا نقصد بمراحل تطوره أي أطواره كما جاء في القاموس العرب: " طورا بعد طورا ، أي تارة بعد تارة، و الطور أيضا الحال ، و كذلك ما كان على حد الشيء أو بحد ذاته "[1]، وكذلك ما جاء في القران قولهتعالى:﴿وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَاراً﴾[2] فما هي الفترة الزمنية اللازمة لحمايته فمن المهم جدا في هذه الدراسة المتعلقة بمركزه القانوني من المهم جدا تحديد ماهيته من خلال التعريف به اصطلاحا و لغة و قانونا، حتى يتسنى لنا تحديد حقوقه سواء كانت مدنية معنوية كالنسب، أو مادية كالنفقة والميراث، أو كانت جنائية كالدية وكذلك من المهم معرفة مراحل الحمل ليس فقط لتحديد الدية واجبة من عدمها بل كذلك لتحديد النسب، لان خروج الجنين من بطن أمه بعد انتهاء الحمل فهنا نكون أمام مرحلة أخري من حياة الإنسان لها حماية قانونية مغايرة للحماية القانونية المقررة للجنين.

فلذلك تناولنا الموضوع في عدة مباحث، فكبداية أخذنا على عاتق المبحث الأول تعريف لمعنى الجنين بكل جوانبه هذا شيء مهم لتحديد ماهية الجنين، ثم لتوضيح الرؤية أكثر تطرقنا لمراحل نمو الجنين بتفصيل لان استبيان أو وصف تطور الجنين في الرحم هو نوع من الماهية و لكن بشكل مادي نستطيع من خلاله تعريف أكثر للجنين حتى يتسنى لنا تصور الجنين في العقل على أساس انه مخلوق مستقل فيمكننا إسقاط عليه الآثار القانونية.

[1] محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي ،القاموس المحيط ص 554 .
[2] سورة نوح : الأية 14

المطلب الأول : تعريف الجنين عند الفقهاء

أولا و قبل التطرق لتعريف الجنين عند الفقهاء سنتناول:

تعريفه لغة: نجد أن معنى كلمة جنين في اللغة هي جن و جنن و معناها في الأغلب هي الاستتار و الإخفاء، فقد جاء في لسان العرب لابن ناظور: أن الجنين سمي بهذا الاسم لاستتاره في بطن أمه، و منه قو لنا : جن عليه الليل أي ستره [1].

كما عرفه صاحب مختار الصحاح: " أجن الشيء في صدره أي أكنه ، أجنت المرأة ولدا ، و الجنين الولد مادام في البطن ، و جمعه أجنة ....." [2].

كما ورد في القاموس المحيط هو: " الولد في البطن ..... و كل مستور، و جن في الرحم ، يجن جنا استتر، و أجنته الحامل سترته "[3].

نلاحظ أن هذه التعريفات استندت لكلمة الولد في بيان معنى جنين رغم عدم و وضوح الكلمة و كفايتها للغرض.

تعريف الجنين فقها: و التعريف الفقهي نعني به التعريف الاصطلاحي أي متى يكون الجنين و في أي مرحلة من مراحل تطوره جنينا ، هل يعد كذلك في طور نفخ الروح أو عندما يصبح مضغة أو قبل ذلك.

و نعتمد في توضيح ذلك لما جاء به الفقه لإسلامي مع اختلاف مذاهبه .

تعريف الجنين لدى الفقه الحنفي:

يرى الحنفية أن ما في بطن المرأة لا يعتبر جنين إلا إذا ظهر فيه شيء من أثار النفوس أما أن لم يظهر شيء من خلقه فهو علقة أو مضغة [4] .

و دلائل استبانه شيء من خلقه عندهم هو: ظهور شعر أو إصبع أو رجل أو نحو ذلك، فان لم يظهر شيء مماثل لما سبق ذكره فلا يعد جنين.

و لقد جاء في البحر الرائق لابن نجييم بان ما في بطن الأم لا يستبين خلقه إلا في مائة و عشرين يوما أي بعد الأربعين الثالثة [5].

---

[1] محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي ،القاموس المحيط ج 13 ، ص 93

[2] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، 1415 هـ -1995 م ، ج 1، ص48

[3] المرجع السابق الفيروز آبادي ص 1532 .

[4] علاء الدين الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي ، الطبعة 2، بيروت 1982 ج7ص325

[5] زين الدين بن إبراهيم محمد بن بكر المشهور بابن نجييم , البحر الرائق شرح كنز الدقائق , دار المعرفة بيروت دون سنة الطبعة ج 1 ص 230

و هذا ما لا يصدقه الواقع و الأحاديث النبوية الشريفة و كذا الأبحاث العلمية الحديثة، حيث تثبت عكس ذلك، و لا حتى الطب القديم و المعاصر، ذلك أن الجنين يأخذ شكلا مذ الأربعين الأولى لخلقه ، فكيف لا يستبين شيء منه إلا بعد الأربعين الثالثة .

فهم يعتبرون إجهاض الجنين هو جناية: على ما هو نفس من وجه دون وجه[1]، لأن الجنين يعتبر نفس من وجه و لا يعتبر كذلك من وجه أخر، و يعللون ذلك أن الجنين مادام مختبئا في بطن أمه فليس له ذمة صالحة أو كاملة و لا يعتبر أهلا لوجوب الحق عليه ليكون في حكم جزء من الأم.

و مجمل القول أن رأي الحنفية مجزوم على مرور فترة مائة و عشرين يوما ،عندما يظهر شيء يميز هذا المخلوق بصفات إنسانية حصروها في الشعر أو بعض أجزائه كالإصبع أو الرجل ..... و إلا يعد جنينا تجوز عليه صفة الإنسانية و بالتالي لا حقوق له حسب اعتقادهم طبعا و هذا مردود عليهم.

تعريف الجنين لدى الفقه المالكي:

يرى المالكية أن وصف الجنين يطابق ما ذكر في القران بتسمية العلقة فما فوق[2]، فان أجهضت المرأة دما أي: علقة أو مضغة و حتى و إن لم يستبن من خلقه شيء فهو في اعتقادهم جنين و تترتب له جميع الحقوق و الأحكام المتعلقة به : كانقضاء العدة.

وقد سوئل مالك عن رجل يضرب امرأة فتلقى مضغة أو علقة ، و لم يستبن شيء من خلقه ، فأجابه بقوله : " إذا ألقته فعلم بأنه حمل ، وان كان مضغة آو علقة أو دما، ففيه الغرة ، و تنقضي به العدة من الطلاق "[3].

فهذا يعني أن ما في بطن الأم لدى الإمام مالك و باختلاف و صفه دما أو مضغة أو علقة فهو يعتبر جنينا، فيترب عليها أثار عديدة منها انقضاء عدة الطلاق، و تدفع فيه الغرة ممن ترتب في إسقاطه.

لكن المعلوم عندهم في اقل ما يعتبر به الجنين ، أي كونه علقة أو دما متجمدا هو أنه: إذا صب عليه الماء الحار لا يذوب، أما إن ذاب فليس فيه شيء[4].

---

[1] محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، 1415 هـ -1995 م ، ج 1، ص48 (3)- التشريع الجنائي الإسلامي مقرنا بالتشريع الوضعي ،عبد القادر عودة ،الطبعة السادسة 1405 هـ-1985 م مؤسسة الرسالة بيروت

[2] مالك بن انس , المدونة الكبرى دار صادار , بيروت دون سنة الطبعة ج 16 ص 399

[3] مالك بن انس المرجع السابق

[4] أحمد الدردير الشرح الكبير ،ج2 د 474 و ج4 ص 408 ، دار الفكر بيروت 1412 هـ

فوسيلة التحقق من أن ما تم إسقاطه يعد جنينا أم لا كانت باستعمال الماء الساخن ، فان تحللت عرف بأنها ليست جنينا، أو انه لم يرق إلى درجة اعتباره جنينا سيؤول نموه إلى أن يصير و لدا، أما أن تحلل عرفوا يقينا أنها مبتدأ آدمي.

ويظهر جليا بأن فقهاء المالكية قد أولو اهتماما أكبر من نظائرهم الحنفية للجنين وبالتالي أحاطوه بحماية تجسد قدسية النفس البشرية، و ذلك بإعطائهم إياه مفهوم أوسع، يبدأ من كونه علقة ، لإدراكهم انه سائر في طريق النمو ليصبح ولدا.

تعريف الجنين لدى الفقه الشافعي:

أما في المذهب الشافعي ماعدا الإمام الغزالي فقد اعتبروا أن أي خلقة تتصور لتصبح آدمي فهي جنين، يكفي لتأكيد ذلك شهادة أربع قابلات ثقات أو أطباء إلى أن المضغة التي سقطت عليها تخطيط آدمي[1].

أما الإمام الغزالي فله رأي خاص به فهو يعتبر أن : مجرد وقوع النطفة في رحم المرأة و اختلاطها بمائها يعد جنينا[2].

تعريف الجنين لدى الفقه الحنبلي:

ويرى فقهاء المذهب الحنبلي أنه إذا و ضعت المرأة ما فيه بعض خلق الإنسان فهو جنين، و تترتب له أحكام [3]و هذا ما ورد في كثير من كتبهم.

وقد جاء في كتاب المغني لابن قدامة تفصيل واسع لهذه المسالة ذلك أن المرأة إذا ألقت بعد فرقة زوجها شيئا، لم يخلو من خمسة أحوال: أحدها أن تضع ما بان فيه خلق لآدمي من الرأس و اليد أو الرجل ، فهذا تنقضي به العدة بلا خلاف بينهم .... الحال الثاني: ألقت نطفة أو دما لا تدري هل هو ما يخلق منه آدمي أم لا، فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام لأنه لم يثبت بأنه و لد ولا بالمشاهدة و لا بالبينة الحال الثالث: ألقت مضغة ..... شهد ثقات أن فيها صورة و لو خفية لآدمي فهذا يكون كالحكم الأول لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد، الحال الرابع: إذا ألقت مضغة لا صورة فيها فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي، هنا يوجد اختلاف حيث يقول أبو طالب: أن عدتها لا تنقضي به و لا تصير به أم ولد لأنه لم يبن فيه

[1] الدكتور حسني محمد السيد الجدع ,الحماية الجنائية لحق الجنين في النمو الطبيعي، دار محرم للطبع و النشر سنة 1990 الطبعة الأولى ص 10
[2] إحياء علوم الدين للإمام الغزالي – الدار المصرية اللبنانية ج 2 ص 88
[3] إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق , المبدع في شرح المقنع , المكتب الإسلامي بيروت دون سنة الطبعة ,ج8 , ص 110

خلق آدمي فأشبه الدم ..... و نقل الأثر عن أحمد فقال: أن عدتها لا تنقضي به، و لكن تصير أم ولد، لأنه مشكوك في كونه ولدا فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه، الحال الخامس : أن تضع مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي،هذا لا تنقضي به العدة و تصير به أم ولد.

وحدد الفقهاء الحنابلة أن بيان الخلق لا يكون إلا بعد ثمانين يوما، فلا يعتبر جنينا قبلها و احتجوا في ذلك بقول النبي صلى الله عليه و سلم: ‹‹ إن أحدكم يجمع أخلقه في بطن أمه أربعين يوما . ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك، ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك. ثم يكون في ذلك مضغة مثل ذلك .ثم يرسل الملك فيه الروح، و يؤمر بأربع كلمات: بكتب رزقه وأجله ، و عمله، و شقي أو سعيد ..... ››[1].

لكن ابن القيم الجوزية ذكر شيئا فريدا لم يذكره أحدا ممن سبقوه أو عاصروه من الفقهاء، فيما يتعلق بتخليق الجنين ، فقال أن الجنين يبدأ بعد ستة أيام، ثم تتشكل الدورة الدموية خلال سبعة و عشرون يوما ويكتمل تصوره في الأربعين، وقد يزيد على الأربعين بضعة أيام، فهو بهذا يكون قد خالف ما ذهب إليه الفقهاء الحنابلة ما جاء به يؤكده فعلا العلم الحديث.

تعريف الجنين لدى الفقه الظاهري:

ذهب ابن حزم لإلى القول أن الجنين يكون علقة فصاعدا، أما إذا كان نطفة أي ما دون العلقة فهو ليس بشيء، و استدل في ذلك بحديث حذيفة بن أسيد الغفاري عن ابن مسعود رضي الله عنهما الذي جاء في صحيح مسلم: ‹‹ أذا مر بالنطفة اثنتان و أربعون ليلة، بعث إليها الله ملكا فصورها و خلق سمعها و بصرها و جلدها و لحمها وعظامها، ثم قال: يا رب أذكر أم أنثى ؟ فيقضي رب ما يشاء ..... ›› .

فهو يقول بان العلقة هو الطور الذي يلي طور النطفة، فصح أن أول خلق الجنين هو العلقة و ليس النطفة.

و ابن حزم يوافق بهذا رأي الفقهاء المالكية اللذين يعتبرون الجنين يكون من العلة فصاعدا.

[1] محمد بن اسماعيل ابو عبد الله البخاري الجعفي , الجامع الصحيح المختصر , دار ابن كثير اليمامة بيروت الطبعة

المطلب الثاني : تعريف الجنين في علم الطب

يفرق أهل الطب في تسميتهم للجنين بين مراحله الأولى ومراحله التالية، لذلك سيتم تعريف الجنين من مختلف الجوانب.

أهل الطيصّ نفون الجنين حسب مراحل نموه، فالجنين في مراحله الأولى يطلقون عليه لفظ (Embryo) وهو: الحميل ويراد به انقسامات البويضة خلال الشهور الأولى والجنين خلال المراحل التالية يطلقون عليه لفظ (Fetus) والمراد به الطفل الذي لم يولد بعد[1]، ويبدأ تطور الإنسان في نظر الطب بمجرد التلقيح.

ويعرفونه بالبويضة الملقحة، أو الكائن المستكن في رحم أمه حيث يتشكل الجنين منذ اللحظة التي تندمج فيها الخلية المذكرة – الحيوان المنوي – بالخلية المؤنثة– البويضة– و تعد الخلية الملقحة الجديدةجنيناً من الوجهة القانونية، وعليه فالجنين هو ما تكون في رحم المرأة عند التقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضة الأنثى واختلاطهمامعاً وما يعقب ذلك من مراحل.

كما يعرفه بعض العلماء فيطلقون لفظ الحنين على الفترة الواقعة بين انغراز البيضة الملقحة في جدار الرحم (مرحلة العلوق) و يكون ذلك من الأسبوع الثاني حتى نهاية الأسبوع الثامن[2].

حيث تؤكد الحقائق العلمية أن الجنين هو عبارة عن اتحاد مكونات و هو عبارة أيضا عن أطوار زمنية فما هي مكونات الجنين؟

1/– النطفــة:

في التعريف اللغوي للنطفة هي الماء الصافي قل أو كثر، و منه سمي المني و التنزيل العزيز قال سبحانه : ﴿ ألم يك نطفة من مني يمنى ﴾[3].

ويقصد بالنطفة ثلاثة معاني:

النطفـة المذكرة: ويقصد بها الحيوانات المنوية الموجودة في المنوي و التي تفرزها الخصية[1] حيث تؤكد الحقائق العلمية أن الحيوانات المنوية تتكون من خلايا تقع أسفل الكليتين، ثم تنول الى أسفل بطن الجنين قبل انتهاء مدة الحمل، بأسابيع قليلة .

---

[1] Daniel (R): dictionnaire Larousse, librairie Larousse, Paris, 2005, p 1073

[2] الدكتور أيمن مصطفى الجبل - مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي – سنة النشر 2008 –دار الجامعة الجديدة للنشر –الإسكندرية

[3] سورة القيامة: آية 37

يحتوي المنى بشكل رئيسي على المكونات التالية:

- النطاف التي جب أن تكون متحركة و متدفقة حتى يحدث الإخصاب.
- مادة البرستا جلاندين والتي تسبب تقلصات في الرحم مما يساعد على نقل الحيوانات المنوية إلى موقع الإخصاب، و مع أن مئات الملايين من النطاف تدخل إلى عنق الرحم، غي ر أن نطفة واحدة هي التي تلقح البيضة قاطعة مسافة طويلة جدا لتصل إلى مكان الإخصاب في قناة فلوب الرحمية التي تصل المبيض بالرحم، تلك المسافة المحفوفة بكثير من العوائق تعادل ما يمكن تشبيهه بالمسافة التي يقطعها الإنسان ليصل إلى سطح القمر[2].

النطفـة المؤنثة: وهي البيضة التي يفرزها المبيض[3].

النطـفة الأمشاج: يقول سبحانه وتعالى ﴿ إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعا بصيرا ﴾[4]، و المراد من النطفة الأمشاج هي تلك المختلطة و المكونة من نطفة الرجل و نطفة المرأة، و الأمشاج هي الأخلاط، حيث بعد الإخصاب مباشرة تبدأ الخلية الجديدة رحلتها إلى الرحم و يسمي علماء الأجنة و الوراثة الخلية المخصبة بالزجوت Zegote والأصح استخدام التعبير القرآني النطفة الأمشاج.

و النطفة الأمشاج لا يزيد طولها عن 10⁄1 من المليمتر و لا يزيد وزنها عن الواحد من المليون الجرام و يحيط بها الماء كما يكون الماء الجزء الأكبر منها.

المطلب الثالث: تعريف الجنين في القانون الجزائري

الشخصية القانونية هي مجموعة الحقوق و الالتزامات الموجودة حاليا و التي يمكن أن توجد مستقبلا لشخص معين، و هي كذلك صفة يقررها القانون لشخص يكون له بمقتضاها أهلية اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات من أثار الشخصية القانونية إن يكون له ذمة وهي صفة اعتبرها الشارع له لتجعله أهلا لثبوت الحقوق له و عليه، وهي أي الذمة تثبت للشخص باعتباره إنسانا منذ ولادته حتى و فاته.

---

[1] الدكتور محمد فياض – إعجاز آيات القران في خلق الإنسان – ص 66 دار الشروق – الطبعة الاولى –سنة 1420 هـ1999 م

[2] الدكتور شريف كف الغزال – الجنين و نشأة الإنسان بين العلم والقانون – شبكة المعلومات الدولية موقع : (www.Islamicmedcine.org)

[3] الدكتور محمد علي البار - الجنين المشوه و الامراض الوراثية – ص 37 بدون سنة النشر – دار القلم دمشق – دار المنار جدة - الطبعة الأولى

[4] سورة الإنســان: الآية 02.

إن الشخصية القانونية لا تنشأ بوضع القانون إنما تنشأ مع نشؤ الإنسان و تكون ملازمة له و تختلف باختلاف أطوار حياته .

والجنين إنسان غير كامل و أحيانا إنسان غير مخلق أنما له قابلية أيكون في المستقبل إنسانا كالنطفة و العلقة و المضغة ، فهو من جهة يمكنه أن يستكمل نموه و يخرج إلى الدنيا على هيئة إنسان، كما يمكن من جهة أخرى أن لا يستطيع أنة يواصل مسيرة الحياة فيسقط و يخرج ميتا.

و هو في هذه الحالة غير الواضحة المعالم ليس قادرا على تحمل الالتزامات، حتى في أكما أطواره لأنه في حكم المعدوم أو انه جزء من أمه.

اختلف فقهاء القانون حول اكتساب الشخصية القانونية: هل هي من وقت ولادة الإنسان أم تبدأ ببداية خلقه؟ و بعبارة أخرى هل للجنين شخصية قانونية قبل ولادته أم لا يكتسب الشخصية القانونية إلا بعد انفصاله عن أمه.

الـــرأي الأول:

يرى أنه لا تثبت الشخصية القانونية للجنين إلا بعد ولادته حيا ، لان الشخصية القانونية لا يتصور منحها إلا لكيان له وجود مستقل[1]، و لما كان الجنين ليس له كيان منفصل و مستقل بل جزء من أمه و تابع لها في غذائه و تنفسه فهو لا يملك شخصية قانونية ،و استندوا في تدعيم هذا الرأي إلى ما ذكره الفقهاء و نص عليه القانون من أن الجنين لا يرث إلا إذا ولد حيا، و لو كانت له شخصية قانونية لكان أهلا لاكتساب الحقوق.

الرأي الثانـــي :

أن الشخصية القانونية يرتبط وجودها في الأصل بتكوين الجنين في رحم أمه و من ثم تكون للجنين شخصية قانونية، ذلك أن الشخصية تعني فقط الصلاحية لاكتساب الحق و ليس الاكتساب الفعلي، و لاكتساب جميع الحقوق، فيكفي صلاحيته للاكتساب الحق و لو محدودا في نوعه و مداه، وإذا كان القانون يعتبر الجنين قابلا لاكتساب الحقوق بالميراث و الوصية فذا يعني بشكل غير مباشر إقراره له بالشخصية القانونية.

[1] الدكتور علي الشيخ محمد إبراهيم – حماية الجنين في الشريعة و القانون – ص 59 دار الشروق – الطبعة الأولى –المكتب الجامعي الحديث - سنة 2009 م

الرأي الثـالث:

عن الأصل في الشخصية القانونية هو حين ولادته و انفصاله حيا، إلا أن القانون خرج عن القاعدة فأثبت للجنين شخصية قانونية على سبيل الاستثناء .

حيث أن هذه الشخصية ذات أهلية ناقصة ، فلا تقع عليه الوجبات وتصح له اكتساب بعض الحقوق كالميراث و الوصية .

موقف المشر ّع الجزائري :

المادة 25 من القانون المدني الجزائري : تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون .

في تحليلينا لرأي المشرع الجزائري نلاحظ: انه في المادة 25 الفقرة 01 ((تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته ....))، وهذا إقرار صريح بأن الشخصية القانونية لا تبدأ إلا من لحظة الولادة التامة للطفل الحي، إذا وبمفهوم المخافة إذا ولد هذا الجنين ميتا لا يكتسب الشخصية القانونية، يقول كاربوني: "بأن الولادة ليست دائما شرطا لاكتساب الشخصية القانونية، إذ لا بد من ولادة الجنين حيا، لان من يولد ميتا لم يكن أبدا شخصا قانونيا ، كما يجب أن يولد قابل للحياة"[1].

إذن يرى المشرع الجزائري أنه يتوجب شرطين لازمين لاكتساب الجنين الشخصية القانونية – مع أنه يحفظ له شخصية استثنائية سنتناولها بالشرح – وهما:

الشرط الأول: الميـلاد الفعلـــي

ويقصد به تمام الولادة بخرج الحنين و انفصاله عن جسم أمه بشكل كامل، أما إذا خرج بعضه ثم مات فلا تثبت له الشخصية القانونية، وهذا أمر خطير تظهر أهميته فيما يتعلق في اكتساب الحقوق و الميراث و الوصية و غيرهما.

الشرط الثاني: تحقق الحياة عند الميلاد

هو أن يكون المولود حيا لحظة انفصاله عن جسم أمه، فلا تثبت الشخصية القانونية لمن ولد ميتا أو مات لحظة انفصاله الكامل عن جسم أمه، و لو كان حيا عند بدأ الانفصال أو أثناءه.

[1] Jean Carbonnier , Droit Civil , introduction ; les personnes ; presses universitaires du France 10èm éditions ;1974 P 220

مناقشـــة رأي المشرع الجزائري:

تأسيسا على رأي المشرع الجزائري فان الجنين لا يكتسب الشخصية القانونية إلا إذا ولد حيا، لان هذه الشخصية لا تمنح إلا لكائن مستقل بذاته، و هذا ما لا يتوفر للجنين حيث يعد جزءا لا يتجزأ من أمه فهم مرتبط بها في جميع حاجاته، لكن هذا لا يمنع من أن لكل قاعدة استثناء، فهناك نصوص قانونية تحفظ حقوق الجنين من باب التحفظ و الاحتياط بالنسبة للاحتمال المستقبل وهو الميلاد حيا فاجنين لا يرث و لكن يوقف له أفر النصيب.

الشخصية الاستثنائيـة للجنين:

ثبوت الشخصية القانونية كاستثناء للجنين يعني: أن الحقوق التي يكتسبها الجنين هي تلك المقررة وفقا لنصوص قانونية استثنائية، وقد اختلف في هذا الموضوع لرأيين:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الموقف أن الجنين لا يكتسب إلا الحقوق التي لا يتوقف ثبوتها لصاحبه على قبول منه، حيث تعد النصوص المقررة قانونا لحماية حقوق الجنين تطبيق للقاعدة الفقهية التي تقول بان الجنين لا يكتسب حقوقا إلا التي تخضع للقبول.

فالإمام السرخسي يقول: مادام الجنين في بطن أمه فليست له ذمة صالحة لأنه في حكم الجزء من الأم رغم انفراده بالحياة واستعداده ليكون نفسا له ذمة، ولهذا الاعتبار الأخير يكون أهلا لوجوب الحقوق له كالميراث و الوصية و النسب ، لكنه لاعتبار أنه ليست له ذمة صالحة فلا يكون أهلا لوجوب الحق عليه[1].

ويضيف أصحاب هذا الرأي أن كل من الوصية و الميراث و النسب وقائع مادية تثبت دون قبول، أما الحقوق التي تحتاج للقبول من الشخص الممنوحة له فلا تثبت للجنين.

فشخصية الجنين تختلف عن شخصية الإنسان، فشخصيته القانونية ناقصة[2]، فهو ليس صالحا لان تقرر في ذمته الالتزامات ، كما أنه ليس صالحا للجوب له .

[1] السرخسي –أصول السرخسي –تحقيق أبو الفا الأفغاني – ج 2 ص 333 - دار المعرفة بيروت -1372 هـ

[2] الدكتور السنهوري- مصادر الحق – ج 1 ص 21 – الطبعة 2 – بيروت لبنان 1990

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن الجنين يكتسب الحقوق التي تعود عليه بالنفع المحض، و لا يهم إن كانت من الحقوق التي تحتاج للقبول، فان كانت من الحقوق التي تحتاج للقبول كالهبة فان الوصي على الحمل هو الذي يقبلها منه[1].

والملاحظ أن المشرع الجزائر ي أشار صراحة بجواز الهبة للحنين، المادة 209 من قانون الأسرة: ((تصح الهبة للحمل شرط أن يولد حيا))[2]، لكنه لم يتطرق لمسألة من يقبلها عنه .

أولا الشخصية القانونية للجنين معلقة على شرط واقف:

وهذا يعني تحقيق قاعدتين تحكمان حقوق الجنين هما:

1/- أن الجنين عند ولادته يكتسب الحقوق بأثر رجعي، بمعنى أنه يكتسبها من وقت وفاة مورثه، وليس من وقت الولادة فقط .

2/- أنه في حالة ولادة الجنين ميتا ، يعتبر كأنه لم يكن موجودا، فيؤول ما كان قد حجز له من ميراث، أو ما أوصي به له إلى ورثة المورث الموصي، وليس الى ورثة الجنين و هذا ما يدعى بالأثر الرجعي للشرط الواقف، وهذا ما نصت عليه المادة 208 الفقرة 1 من القانون المدني: ((إذا تحقق الشرط يرجع أثره إلي اليوم الذي نشأ فيه الالتزام ...))[3].

ثانيا الشخصية القانونية للجني معلقة على شرط فاسخ:

أن للجنين جميع الحقوق المقررة له قانون و ذلك من بدء تكوينه و لكن هذه الحقوق معلقة على شرط فاسخ وهو عدم الولادة حيا، ويترتب على هذا أن الجنين يتمتع بالحماية القانونية لسلامة جسمه، كحق مباشر، و ليس من خلال حقوق أمه، فإجراء التجار ب الطبية غير العلاجية للأم مقيد بعد تعرض الجنين للخطر.

ثالثا أن شخصية الجنين احتمالية:

هناك رأي ثالث يقول أن شخصية الجنين القانونية احتمالية منصبة على احتمال ولادته حيا، واعتبار ولادة الجنين حيا أمرا احتماليا يجعلها عنصرا أصيلا تتوقف حقوق

[1] الدكتور حسام الدين كامل الاهواني- النظام القضائي للطفل – ص 438 – الطبع 2- 1998 .
[2] قانون الأسرة الجزائري – سنة 2007 .
[3] القانون المدني الجزائري – سنه 2007

الجنين عليه، وهذا يعني أيضا أن الجنين حين ولادته تثبت له الحقوق أي من وقت الولادة وليس من وقت بدء الحمل، وهذا يعني أن الحق الاحتمالي ليس له أثر رجعي.

مناقشـــة:

نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى للجنين شخصية قانونية استثناءا عن الأصل، و هذه الشخصية معلقة على شرط واقف، وبالتالي يكون أخذ بالرأي الأول.

صحيح أن الشرط الواقف الأصل فيه أن يكون مرده لإرادة الأفراد، لكن هذا لا يمنع من أن يجعل القانون بعض الحقوق المعلقة على شرط واقف أو فاسخ، ومثال ذلك الوصية والهبة، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 187 من قانون الأسرة: ((تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا)).

المبحث الثاني : مراحـل نمو الجنيـــــن

يمر الجنين في الرحم بأطوار متعددة، وتوجد العديد من آيات القرآن الكريم التي تعرضت لتكوين الجنين ومراحل نموه، منها قوله تعالى: ﴿ يا أيها النَّاس إن كُنتُم في ريبٍ من البعث فإنَّا خَلَقْناكُم من تُرابٍ ثُم من نُطفة ثُم من علَقة ثُم من مضغة مخلَّقة وغيرِ مخلَّقــة لِّنُبين لكُم ونُقر في الأرحــام ما نَ شاء إلــى أجلٍ مسمى ثُم نخرجكُم طفلًا ثُم لِتبلُغُوا أشُدكُم ومنكُم من يتوفَّى ومنكُم من يرد إلى أرذَلِ العمرِ لكيَلا يعلَم من بعد علْمٍ َ شيئًا ﴾[1].

و قد سطر القرآن الكريم مراحلتخ ّلق الجنين وتكوينه في أسلوب بياني معجز يكشف لنا بوضوح عن الأطوار التي يمر بها الجنين ، فقال الله عز وجل :﴿ ولَقد َ خَلَقْنــا الإنسان من سَلالَة من طينٍ ثُم جعلْناه نطفةً في َقرارٍ مكينٍ ثُم َ خَلَقْنا النُّطفة علَقةً َفخَلَقْن ا العلَقة مضغةً فخَلَقْنا المضغة عظاما َفكسونَا العظام َلحما ثُم أن َ شأنا َ خَلْقًا آخر َفتبارك اللَّه أ حسن الخالِقين ثُم إنَّكُم بعد َذلِك َلميتُون ثُم إنَّكُم يوم القيامة تُبعثُون ﴾[2].

ومازال موضوع الأجنة ودراستها محل دهشة الباحثين، نظرا لكثرة القوانين الدقيقة الكامنة في هذا المخلوق العجيب في تخصيبه ونموه وتوالده خلية واحدة تحمل كل رصيد الجنس البشري، من مواصفات متفردة تحمل خصائص الأبوين والأجداد، حيث يقول سبحانه وتعالى : ﴿ وفي أنفُسكُم أفلا تُبصرون ﴾[3].

كما ذكرت السنة النبوية الصحيحة الأطوار التي يمر بها الجنين، مع تفصيل لما جاء في القرآن الكريم، وأهم الأحاديث التي ورد فيها ذكر مراحل الحمل ما يلي:

روى الشيخان عن ابن مسعود رضي الله عنه قال :حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : { إن أحدكم يجمع خلقُه في بطن أمه أربعين يوماً ، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعثُ الله ملكاً فيؤمر بأربع كلمات، ويقال له اكتُب عمـ َ له ورز َ قه وأج َ له وشقي أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح، فإن الرجل منكم ليعمل بعمل أهل النار، ويعمل حتى ما يكون بينه وبين النار إلا ذراع فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل الجنة }[4] [1].

---

[1] سورة الحج الأية 5.
[2] سورة المؤمنون الأية من 12-15.
[3] سورة الذاريات الآية 21 .
[4] البخاري :الجامع الصحيح، ج3 ، رقم 3036 ، ص 1174 ؛ مسلم :صحيح مسلم، ج4 ، رقم 2643 ، ص2036

–عن أنس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال" إ ن الله عز وجلوكل ّ بالرحم ملكاً يقول :يا رب نطفة ، يا رب علقة ، يا ر ب مضغة ، فإذا أراد أن يقضي خلقه قال :أذكر أم أنثى ، شقي أم سعيد، فما الرزق والأجل ؟ فيكتب في بطن أمه"[1].

–وروى الإمام مسلم عن حذيفة بن أسيد رضي الله عنه قال :سمعت رسول الله صلى عليه وسلم قال: " إذا مربالنطفة اثْنَتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكا فصورها ، وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها، ثم قال :يا رب أذكر أم أنثى ؟ فيقضي ربك ما شاءويكتُب الملك، ثم يقول: أجلُه ؟ فيقول ربك ما شاءويكتُب الملك، ثم يقول يا ر بـرزقُه؟ فيقضي ربك ما شاءويكتُب الملك ، ثم يخرج الملك بالصحيفة في يده، فلا يزيد على ما أُمر ولا ينقص "[2].

من خلال هذه النصوص الشرعية انتهى الفقهاء إلى أن التقسيم القرآني لنمو الجنين يتلخص في الأطوار التالية :مرحلة النطفة، والعلقة، ثم مرحلة التصوير والتسوية والتعديل حيث ورد في الأحاديث النبوية أن الملك يستأذن الله تعالى في خلقه وتصويره وتعيين جنسه وكتابة رزقه وأجله ومصيره ثم ينفخ فيه الروح.

المطلب الأول : مرحلة ما قبل نفخ الروح

ذهب العلماء إلى أن النطفة تطلق على ثلاث حالات: على خلايا الرجل التناسلية وتدعي الحيوانات المنوية على خلايا الأنثى التناسلية، وهي البويضات.على البويضة الأمشاج أي الملقحة.

أول مراحل الجنين التي تسبق نفخ الروح هي مرحلة النطفة والعلقة أكد الطب المعاصر أن معنى العلقة من العلوق، أي التشبث والالتصاق بجدار الرحم، منذ اللحظة الأولى للتلقيح تبدأ النطفة الأمشاج كما سبق شرحه من قبل في التطور والانقسام حيث تصبح الخلية خليتين، حتى تتحول البويضة إلى ما يشبه ثمرة التوت وهنا تتعلق بجدار الرحم الذي يكون قد استعد لاستقبالها فيصبح جدار الرحم مليئا بالأوعية الدموية حتى يغذيها وينميها ، وحينئذ تتحول إلى علقة.

[1] البخاري :الجامع الصحيح، ج1 ، رقم 312 ، ص121
[2] مسلم :صحيح مسلم، ج4 ، رقم 2645 ، ص2037

-مرحلة التصوير والتسويةو التعديل: لا تبدأ مرحلة التسوية إلا بتمام وضع الأسس وا إظهار الأعضاء في الفترة الممتدة بين الأسبوع الرابع والثامن، فتكتمل الكتل البدنية في النمو والتشكل إلى أن تصل إلى هذه المرحلة، حيث يظهر على الجنين داخل الرحم علامات مميزة له، ويمكن للناظر إليه أن يصف ما يراه لأنه صار آدميا.[1]

لكن ما حقيقة هذه المراحل المذكورة في القرآن الكريم والسنة النبوية ؟ وكيف يتم تحديدها؟ اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول تحديد المراحل التي يمر عليها الجنين، و زمن كالطور منها على عدة اتجاهات.

الاتـــجاه الأول رأي المتقدميـــن :

يرى العلماء المتقدمون أن أطوار الحمل الثلاثة تحصل خلال(120 يوماً)، أربعون للنطفة، و أربعون للعلقة، وأربعون للمضغة، وهو ما فهموه من ظاهر الحديث الذي رواه ابن مسعود عن الرسول صلى الله عليه وسلم: ((إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً ، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك[2]))

الاتجاه الثاني رأي العلماء المعاصرين :

قرر جمهور العلماء المعاصرين أن المراحل الثلاثة للجنين تتم كلها في الأربعين (40)يوماً ا لأولى من الحمل ، وهو ما يوافق الدراسات الطبية التي أكدت أن مرحلة المضغة تكون خلال الأسبوع الرابع والتي تنتهي بظهور العظام في الأسبوع السادس.

ويتحدث الدكتور محمد البار عن نفسه أنه كان يفهم حديث ابن مسعود على ظاهره لكن عندما اطلع على الأبحاث الطبية المعاصرة ، تبين له أن المراحل الثلاث للجنين تكون خلال أربعين يوماً الأولى، فيقول: وكنت فهمت من الحديث – يقصد حديث ابن مسعود – مثلما فهم أغلب شراح الحديث من الأقدمين والمحدثين أن النطفة أربعين يوماً ، والعلقة أربعين يوماً ، والمضغة أربعين.

---

[1] - ينظر :محمد علي البار :خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص107

[2] عن ابن مسعود رضي الله عنه قال :حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إن أحدكم يجمع خلقُه في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثميبعثُ اللهملكاً فيؤمر بأربع كلمات، ويقال له إكتُب عملَه ورزقَهوأجلَه وشقي أو سعيد، ثم ينفخ فيه الروح، فإن الرجل منكم ليعمل بعمل أهل النار، ويعمل حتى ما يكون بينه وبين النار إلا ذراع فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل الجنة.

وقد بينت ما وضح لي من علم الأجنة على هذا التقسيم، وبدأت المناقشات الطويلة مع الأخ عبد المجيد[1] الذي فهم من الحديث مثلما فهم قلة من قبل وهو أن الخلق كله يجمع في الأربعين، و أن النطفة والعلقة والمضغة تقع كلها في الأربعين، وأنه ليست هناك أربعين وأربعين وأربعين ، بل هي أربعون واحدة يجمع فيها الخلق كله.

ولما كان عهد صديقي بكتب التشريع و علم الأجنة بعيداً جداً، كان يشير علي بقراءتها وترجمتها له للبحث عن الدليل فيما يقول، وبعد بحث استمر أياماً وليالي وجدنا الأدلة تتضح شيئاً بعد شيء، و رأينا أن الأربعين المشار إليها في الحديث الشريف تشمل النطفة والعلقة والمضغة .

ويرى العديد من الفقهاء و الباحثين أن الاتجاه المعاصر في الفقه والطب هو الأقرب إلى الصحة، حيث أنه يرجح قول من ذهب إلى أن مراحل الحمل الثلاث النطفة والعلقة والمضغة تتم كلها خلال الأربعين يوماً الأولى من الحمل.

فإذا تبين أن المراحل الثلاثة للحمل تتم كلها في الأربعين الأولى للحمل فإن نفخ الروح في الجنين ما يزال محل خلاف بين الفقهاء رغم أن التدخلات الطبية تتوقف على تحديد زمن نفخ الروح في الجنين الوارد ذكره في حديث عبد الله بن مسعود.

المطلب الثاني : مرحلة نفخ الروح

يعد من تمام تعريف الجنين ومعرفة حقيقته ، التعرض إلى مسألة نفخ الروح فيه، ما زال مفهوم الروح محل نقاش لأن إدراك حقيقة الروح أمرا غامضا لدى الباحثين وقضية مختلف فيها بين الفلاسفة والأطباء وعلماء النفس، وأغلب التعاريف تشير إلى عموميات وبأن الروح هي النفس وأنها جوهر الحياة .

إذ يقول سبحانه وتعالى: ﴿ويسألونك عن الروح قل الروح من أمر ربي وما أوتيتم من العلم إلا قليلا ﴾[2].

لأن لزمن نفخ الروح أهمية بالغة الخطورة في تحديد الكثير من الأحكام التي يتعرض لها الجنين، سواء ما يتعلق بإسقاط الجنين أو الانتفاع بأعضائه أو إجراء التجارب عليه.

[1] يقصد عبد المجيد عزيز الزنداني، باحث معاصر، ولد باليمن 1942 ، من مؤسسي الهيئة العالمية للإعجاز العلمي في القرآن والسنة.
[2] سورة الإسراء: الآية 85

فمن الأهمية البالغة البحث في الزمن الذي ينفخ الروح في الجنين باستعراض اتجاهات الفقهاء حول مسألة نفخ الروح .

المـــــــذهب الأول : اتفقت آراء الفقهاء القدامى على أن الجنين تنفخ فيه الروح بعد انقضاء أربعة أشهر من عمره 120 يوما ، فبعد ذلك تثبت له الحياة الإنسانية فيحرم الاعتداء عليه لأن ذلك سيكون اعتداء على نفس إنسانية حية حرم الله قتلها بغير حق مصداقا لقولهجل ّ شأنه : ﴿ و َ لا َتقتُلُوْا النَّفس الَّتي حرم اللّه إلاَّ بِالحقِّ ﴾[1].

ويستدلون على رأيهم بحديث ابن مسعود حيث فسر معظم من تعرض لشرح الحديث بأن نفخ الروح هو السبب الذي اختاره عز وجل لابتداء الحياة الإنسانية في الجنين. لكن ماذا يعتبر الجنين قبل زمن نفخ الروح ؟ .

هناك من الفقهاء من نفى عن الجنين قبل نفخ الروح فيه وصف الآدمية إطلاقاً وهناك من اعتبره في حكم الجماد، ويوجد من عده جزءا من أمه، ومنه من أثبت له نوعين من الحياة الأولى نباتية تتعلق به قبل نفخ الروح، والثانية إنسانية تتعلق به نفخ الروح[2]. إن الكثير من الفقهاء المعاصرين يطرحون تساؤلات حول الحياة التي يتمتع بها الجني نقبل نفخ الروح ومدى حرمة المساس بها، فيؤكد الفقه الحديث والطب المعاصر أن الجنين قبل نفخ الروح يتمتع بالنمو والحياة، فلا ينبغي أن ننفي عنه الحياة و نقول إن الجنين قبل نفخ الروح جماد، لأن ذلك لا دليل عليه، بل أكد الطب الحديث أنه كائن حي في تغير مطّرد، وتطورمع ّ قد، ونمو سريع ، كما أن الجنين ليس بعضاً من أمه، بل الطب يؤكد أن الجنين جسم غريب عن جسم أمه وهو يختلف عن خلايا الأم u1608 وخلايا الأب وله خلايا شخص متميز منفرد بذاته[3]. كما أن الشرع أثبت حقوق الجنين في كل أطواره من غير تفضيل طور على طور من حجز الميراث، وا إباحة الإفطار للمرأة الحامل في نهار رمضان.

[1] سورة الأنعام :الآية151
[2] محمد نعيم ياسين :أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط2 ، الأردن، دار النفائس، 1999 ، ص16
[3] باحمد أرفيس :مراحل الحمل والممارسات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر ، ط2 ص143

المذهب الثانـــي: يرى الكثير من الأطباء والفقهاء المعاصرين أن مراحل الحمل الثلاثة: من نطفة وعلقة ومضغة تتم كلها خلال أربعين يوماً ، لكنهم يذهبون مذهب المتقدمين في أن الروح تنفخ في الجنين بعد 120 يوما.

فمن جهة يقرون أن المراحل الثلاث تتم كلها في 40 يوما، ومن جهة أخرى يؤكدون أن نفخ الروح لا يكون إلا بعد 120 يوما، فيرى أغلب هؤلاء العلماء أن حديث ابن مسعود ينبغي أن يؤول بما يوافق القول بحدوث المراحل في أربعين واحدة.

أما الروح فيرون أنها تنفخ بعد الشهر الرابع، مستندين إلى بعض الظواهر الشكلية والوظيفية التي تظهر في الجنين في تلك الفترة ؛ كالحركات الإرادية وظهور قشرة الدماغ وبداية اتصال الطبقات العصبية الدماغية ببعضها.[1]

المذهب الثـالث: يرى بعض العلماء المعاصرين أن الروح تنفخ في الجنين بعد الأربعين يوماً الأولى من الحمل مستندين إلى حديث ابن مسعود على أن مراحل الجنين تتم كلها في أربعين يوماً ، ومستدلين أيضا بحديث حذيفة الصحيح[2].

المذهب الرابـع : يرى بعض المعاصرين أن نفخ الروح تعرف من الأدلة الشرعية و أن الطب عاجز عن الوصول إلى فهم حقيقة الروح ، وأن حديث ابن مسعود صحيح، وثبت أن مراحل الجنين تتم كلها في أربعينيوماً ثم بعدها ينفخ الروح في الجنين وحددوا زمن نفخ الروح في الجنين خلال الأسبوع الثامن من الحمل[3].

المناقشة والتعليق:

مناقشة للآراء السابقة يتبين أن سبب ظهور التعارض يعود إلى عدة اعتبارات منها أن حديث ابن مسعود الصحيح ورد بعدة روايات، وأن دلالته على اقتران بداية الحياة الإنسانية بزمن نفخ الروح ليست دلالة قطعية مباشرة صريحة، بل هي من استنتاجات الفقهاء والمحدثين تبقى دلالتها دلالة ظنية، لا تمنع من وجود استنتاجات أخرى تقضي بتحقق الحياة قبل زمن نفخ الروح – باعتبار أن العلوم

[1] محمد سعيد رمضان البوطي :مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجا، ط4 ، مطبعة الفرابي، سوريا، 1976 ، ص207 .
[2] محمد نعيم ياسين :أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط2 ، الأردن، دار النفائس،1999 ص65
[3] باحمد أرفيس :المرجع السابق، ص240

السائدة من قبل – علوم قاصرة أغفلت الكثير من الحقائق التي أثبتها العلم الحديث اليوم.

لذلك ظهر اتجاه ذهب إليه الكثير من الفقهاء المعاصرين، يرى أن نفخ الروح في الجنين يحدث بعد الأربعين الأولى من الحمل، بينما جمهور العلماء حددوه بالشهر الرابع من الحمل، ومع ذلك يبدو أن الاتجاه القائل بنفخ الروح قبل 120 يوما اتجاه أسلم، ويوفر للجنين قدرا أكبر من الحماية، لأن اكتمال جميع أطوار الجنين يكون بعد الأربعين الأولى، وأن تميزه عن غيره كاف لحمايته منذ تماتخ ّلقه.

فذهب الكثير من الفقهاء المعاصرين إلى اعتبار أن الاعتداء على الجنين محرم قبل نفخ الروح ، كما هو محرم بعده احتراماً للحياة التي يتمتع بها الجني ن داخل بطن أمه ، ولم يبيحوا الإجهاض إلا لعذر قاهر، فالحياة في الجنين تتحقق من أول يوم للتلقيح إلى يوم الميلاد، وهو ما جاءت به توصيات مجمع الفقه الإسلامي في ندوة بعنوان الحياة الإنسانية بدايتها و نهايتها في المفهوم الإسلامي حيث قررت ما يلي:

أولا : بداية الحياة تكون منذ التحام الحيوان المنوي بالبويضة ليكونا البويضة الملقحة التي تحتوي على الحقيبة الوراثية الكاملة للجنين البشري عامة، وللكائن الفرد بذاته ، المتميز عن كل كائن آخر وعلى مدى الأزمنة وتشرع في الانقسام لتعطي الجنين النامي المنظور،المتجه خلال مرحلة الحمل إلى الميلاد.

ثانيـا: منذ أن يستقل الحمل في بدن المرأة فله احترام متفق عليه ويترتب عليه أحكام شرعية معلومة[1]، فإذا حدث التلقيح و تكونت النطفة الأمشاج حرم التعدي على الجنين وهو ما ذهب إليه بعض العلماء المتقدمين و أغلب المعاصرين ، و يعد الاتجاه الحديث للفقهاء أقرب الآراء الفقهية للقانون الوضعي[2].

فيرى الإمام الغزالي أن إسقاط الجنين حرام منذ التقاء ماء الرجل بماء المرأة ، أي منذ تلقيح الحيوان المنوي للبويضة الأنثوية، وفي ذلك يقول: ((و ليس هذا أن منع

[1] منظمة المؤتمر الإسلامي :مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة ، العدد الثالث، ج2 ، السعودية ، ص730 .
[2] محمد علي البار :الجنين المشوه والأمراض الوراثية الأسباب والعلامات والأحكام، دار القلم، جدة، دار المنارة، دمشق، 1411 1991 ه ص 374.

الحمل كالإجهاض، لأن ذلك جناية على موجود حاصل وله مراتب، وأول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم و تختلط بماء امرأة وتستعد لقبول الحياة وا فساد ذلك جناية ، فإن صارت نطفة فعلقة كانت الجناية أفحش ،وا ن نفخ فيه الروح و استوت الخلقة ، ازدادت الجناية تفاحشاً ، و منتهى التفاحش في الجناية بعد الانفصال حيا))[1].

المطلب الثالث : مدة بقاء الجنين في الرحم

تتمثل مدة بقاء الجنين في الرحم في الفترة التي يقضيها هذا الكائن في عملية التخلق و التصور في رحم الأم حتى يبلغ تمام خلقه ، يقول الله سبحانه و تعالى : لَقَدْنَا الإِنْسَانَ مِنْ سُلاَلَةٍ مِّنْ طِينٍ* ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ فَخَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَاماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْماً ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقاً آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴾[2]، و يصبح قادر للخروج للحياة البشرية .

و في ما يتعلق بمدة الحمل فهنا خلاف فقهي و علمي سنتناوله بشيء من الاختصار نظرا لكثرة الآراء فيه فيمـا يتعلق بأقل مدة للحمل:

أولا: الرأي الفقهي اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على أن اقل مدة حمل هي ستة أشهر ، وقد أجمعوا بأن الولد لا يلحق إلا بعد ستة أشهر من يوم النكاح، وهذا أيضا أيدته الشواهد والوقائع ، حيث إننا لم نسمع بان طفلا ولد لأقل من ستة أشهر وعاش، أو كان بشرا سويا متكامل الخلقة لا قديما و لا حديثا.

ثانيا: الرأي الطبي جاء الطب الحديث موافقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية، من تحديد أقل مدة للحمل، حيث ثبت من التجارب العلمية بأن أقل مدة حمل يمكن أن يعيش بها المولود هي ستة أشهر مع أنه نادرا ما ينجح هذا المولود[3].

فيمـا يتعلق بأقصى مدة للحمل:

[1] .يوسف القرضاوي :الحلال والحرام في الإسلام، ط4 ، مكتبة وهبة، بيروت، 1980 ، ص195 .
[2] سورة المؤمنين آية 14
[3] محمد علي البار - مرجع سابق – ص 451 .

أولا : الرأي الفقهي: اختلف الفقهاء في أقصى مدة حمل على أقوال: القول الأول أنه خمسة سنوات و هو المشهور عند المالكية، وقال به عبادة ابن العوام، و رجحه ابن عبد البر.

القول الثاني أنه أربع سنوات و ذهب به فقهاء الشافعية ، وظهر أيضا لدى فقهاء المذهب الحنبلي، والقول المشهور لمالك و الزيدية، وقد استدل على هذا الرأي من المعانية و المشاهد ة من أحوال النساء يقول ابن قدامة الحنبلي: ((أن ما لا نص فيه يرجع منه إلى الموجود وقد وجد الحمل بأربعة سنين)) . واستدلوا برد الإمام مالك لحديث عائشة قائلا: ((سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتا عشرة سنة كل بطن في أربع سنسن))[1]. ونقل عن الشافعي تأييده لذلك بأن محمد بن عجلان نفسه نكث أربع سنوات في بطن أمه.

القول الثالث أن قصي مدة للحمل سنتان و ذهب إليه الأحناف، و الإمام أحمد في رواية، و الثوري و القول المشهور عند الإباضية[2]، و استدلوا بذلك عن ما رواه البهيقي عن السيدة عائشة أنها قالت ((ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل)) .

وعقب صاحب البدائع على هذا الخبر بقوله : الظاهر أنها قالته سمعا عن النبي (ص) لان هذا مما لا يدرك بالرأي و الاجتهاد، و كذلك قال السرخسي في المبسوط .

القول الرابع أنه سنة واحدة وذهب إليه بعض علماء الإمامية فنسب إلى المرتضى في الانتصار مدعيا ومال إليه في المختلف، و في المسالك أنه أقرب إلى الصواب.

كما ذهب إليه الفقيه محمد بن الحكم المالكي إلى أن أقصى مدة الحمل هي سنة هجرية ورجحه ابن راشد.

القول الخامس إنه عشرة أشهر وذهب إليه بعض علماء الإمامية و منهم الشيخ المبسوط في الجواهر و الفاضل في أكثر كتبه ، وقال صاحب الجواهر: وهو حسن عند المصنف ويعضده الوجدان، إلا أننا لم نقف على ما يدل عليه بالخصوص.

[1] الموسوعة الفقهية –صادرة عن وزارة الأوقاف الكويت –الطبعة الثانية –ج17 ص 373 –دار السلالة للنشر
[2] محمد بن يوسف بن اطفيش – شرح النيل وشفاء الغليل –مكتبة الإرشاد جدة السعودية –ج3 ص 757-885

القول السادس ذهب إليه فريق من علماء الإمامية أيضا، وفي الجواهر قال: أنه الأشهر بل المشهور و استدلوا عليه بأخبار كثيرة منها صحيح الحجاج، و قال الجواهر في جواب القدح الموجه لسند المشهور أن دلالتها مجبورة بالشهرة بل الإجماع الذي لا يعارضه إجماع.

مناقشـــة : خلاصة هذه الأقوال أنه من يتفحص أراء فقهاء السنة يجد أنها مبنية على المعاينة و السماع وملاحظة أحداث وقعت و إذا استثنيا من بني رأيه على الطب أو الروايات، أما رأي الجمهور الغالب فقد عقب عليهم بعض الباحثين من مأخذ أنه لا يمكن بناء الأحكام على النادر القليل و إغفال الغالب و الكثير و الأعم الذي يجري حدوثه عادة في حقيقة و الواقع .

أولا : الرأي الطبي: تشير الأبحاث العلمية المتخصصة في هذا المجال أن مدة البقاء الجنين في الرحم تتراوح بين : (37) أسبوعا أو (266 يوما) ، و إن أكثر من (70%) من الأطفال يحتاجون إلى فترة حمل تتراوح بين (36–40) أسبوعا أي (265–280) يوم ، و أن (98%) من الحوامل تتراوح فترة الحمل لديهن (34–42) أسبوع ، أي ما يعادل (236–292) يوم .

ويقدر الأطباء فترة الحمل بـ : 280 يوم ، و هذا التقدير يعادل فترة تسعة أشهر أو يزيد أياما لا تبلغ خمسة عشر يوما ، وهو بذلك يوافق القول أن مدة أقصى مدة للحمل تسعة أشهر أو عشرة .

ويؤكد الأطباء بذلك إمكانية تأخر الحمل تسعة أشهر أسبوع أو أسبوعيين أو شهر فقط و أن نسبة وفاة المواليد تزيد وتتضاعف في ما إذا زادت مدة الحمل عن اثنين و أربعين أسبوع ، و ذلك بسبب تلف المشيمة لأنها تفقد قدراتها على تغذية الجنين.

موقف المشر ّع الجزائري: حيث أورد المشرع الجزائري موقفه من مدة بقاء الجنين في رحم أمه من خلال في المادة 42 من قانون الأسرة التي جاء فيها: ((أقل مدة الحمل ستة أشهر أقصاها (10) عشرة أشهر)) و الذي أكّدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 11/17/ 1998 ملف رقم: 210478" من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر و متى تبيّن من قضية الحال أن مدة الحمل المحدّدة قانونا و شرعا غير متوفرة.

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية للجنين في ظل التشريع الإسلامي والتشريع الجزائري

المبحث الأول :الطبيعة القانونية للجنين في ظل التشريع الإسلامي

الإنسان يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق، لكن ليس عليه الأداء إلا عند القدرة، و من ذلك أن النائم لا يطال ما عليه إلا بعد الاستيقاظ، أما الإمام السرخسي فقال: أن الذمة هي الوصف الذي يقوم به تعالى إن يَظْهَرُوا عَلَيْكُمْ يَرْجُمُوكُمْ أَوْ يُعِيدُوكُمْ فِي مِلَّتِهِمْ وَلَنْ تُفْلِحُوا إِذًا أَبَدًا وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾[1]، و الإنسان حتى تكون له أهلية وجوب لا بد له ذمة صالحة، ولذلك فهي صالحة للآدمي فقط دون الحيوانات .

وفي هذا لا يعتد بالعقل أو الجنون لذلك قال سبحانه: ﴿ وَكُلَّ إِنْسَانٍ أَلْزَمْنَاهُ طَائِرَهُ فِي عُنُقِهِ وَنُخْرِجُ لَهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ كِتَابًا يَلْقَاهُ مَنْشُورًا ﴾[2]، و المقصود بالعنق هنا هي الذمة فالتمييز و القدرة على الأداء إنما يكون لهما اعتبار في وجوب الأداء، وهذا ليس أصل الوجوب أنما حكم وراء الأصل، فالنائم مثلا يثبت حكم وجوب الصلاة في حقه بوجود السبب، رغم عدم قدرة الأداء لكونه نائم، فيتأخر وجوب الأداء إلى حين الإفاقة.

إذن فالشخصية القانونية في الفقه الإسلامي لا تختلف عند فقهاء القانون، حيث وجوب الحقوق للإنسان له أو عليه لا يكون بين البشر فقط بل كذلك مع خالقة ، مما يضيف نقطة هامة في تحديد تعريف الشخصية القانونية، من حيث أنها ليست صفة في الإنسان، أو منحة من القانون، بل هي من الجعلية الإلهية فهي عبارة عن قدرة جعلها الله في الإنسان حتى يكون أهلا لوجوب الحقوق له أ عليه.

أولت الشريعة الإسلامية اهتماما بالجنين فحفظت له حقوقه، ومن هذه الحقوق ما يتعلق بذات شخصيته وهي متعددة، كحقه في سلامة جسمه وعدم إجهاضه، ومنها ما يتعلق بذات الجنين كحقه في النسب و الجنسية و الإنفاق عليه وهذا ما سنتناوله في المبحث التالي.

المطلب الأول : الحقوق المتعلقة بذات الجنين

و تتلخص الحقوق المتعلقة بذات الجنين و التي أقرتها الشريعة الإسلامية في:

[1] سورة التوبة الآية رقم 8 .
[2] سورة الإسراء الآية 13

أولا حق الجنين في النسب:

لقد شدد الإسلام كثيرا في مسألة النسب ، لأهميتها الشديدة و لخطورتها على الأسرة وأيالمجتمعامحيث يقول الرسول ﷺ: ‹‹عَلَى قَوْمٍ نَسَبًا لَيْسَ مِنْهُمْ خِلْهُفَلَيْسَ للَّهِ فِي شَيْءٍ وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ تَجَبَ حَاللَّهُ عَنْهُ وَفَضَحَهُ عَلَى رُءُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ ›› .

كما شدد الإسلام كذلك على من انتسب لغير أبيه ، فقد جاء من حديث سعد وأبي بكرة عن النبي ﷺ أنه قال: ‹‹من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام››. وكما هو معلوم فان محل النسب هو الجنين، بعد الوضع الذي لا يتأتى لا بعد المعاشرة بين الرجل و المرأة ، وثبوت النسب يكون من خلال قيام العلاقة الزوجية ومراتب الفراش عند الحنفية أربعة:

1/- فراش ضعيف: و هو فراش الأمة ، فلا يثبت نسب ولدها إلا إذا ادعاه سيدها.

2/-فر اش متوسط: و هو فراش أم الولد ، و هي الأمة التي ولدت لسيدها من قبل فجعلها أم ولد، ويثبت فيها نسب الولد دون دعوة ولا يثبت إذا نفاه.

3/- فراش قوي: و هو فراش الزوجة في حالة قيام الزوجية، أو في حالة اعتدادها من طلاق رجعي، و فيه يثبت النسب دون دعوة، و لا ينتفي إلا باللعان.

4/-فراش أقوى: و هو فراش المعتدة من طلاق بائن، فيثبت الولد ولا يمكن نفي الولد فيه لأنه متوقف على اللعان ، وهذا الأخير لا يكون إلا في حال قيام الزوجية ولا زوجية هنا.

أما جمهور العلماء فيرون أن الفراش ينقسم إلى قسمين :

1/- فراش قوي: و هو فراش الزوجة أو المعتدة من طلاق رجعي أو بائن، و لا ينتفي النسب فيه إلا باللعان، اذ يجوز عندهم بنفي الولد بملاعنة المعتدة من طلاق بائن.

2/- فراش ضعيف: و هو فراش الأمة ، فلا يثبت نسب الولد إلا بتحقق الوطء ، و لا ينسب الولد فيه إلا إذا أتت به الأم خلال مدة معينة.

ثانيا حق الجنين في النفقة :

النفقة اصطلاحا هي: إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته ، من خبز وكسوة ومسكن وما يتبع ذلك من ثمن ماء ومصبح ونحو ذلك[1].

والنفقة تجب بأمور ثلاث: الزوجية و القرابة و الملك، و هي ثابتة لهؤلاء بالكتاب و السنة والإجماع ،فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ﴾[2] ، وقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾[3] وقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[4].

ولقد أجمع العلماء أن المرأة المطلقة إن كانت حاملا أم حائلا، وان كان الطلاق رجعيا أم بائنا، تجب النفقة و السكنى لها ، وهم يقولون أن علة وجوب النفقة قد تكون الحمل وخلاصة القول أن النفقة تجب للحمل، فهي تجب بوجوده وتسقط بموته انفصاله والنفقة مقررة لمصلحة الجنين لأنه يتغذى بها و يعيش من خلالها و بواسطتها.

المطلب الثاني : الحقوق المالية للجنين

و تنقسم الحقوق المالية للجنين إلى حقوق تستند إلى وقائع مادية، وحقوق تستند إلى تصرفات مالية لذلك قسمنا هذا المطلب إلى قسمين:

أولا الحقوق التي تستند إلى وقائع مادية:

نقصد بالحقوق التي تستند إلى وقائع مادية تلك الحقوق التي لا يمكن تصور اكتسبها من قبل الجنين إلا بموتى صاحبها وهي كل من الميراث و الوصية:

1/- ميراث الجنين:

إن ميراث الجنين ثابت بالسنة ، فال رسول الله صلى الله عليه و سلم: "اسْتَهِلَّ صَارِخًا فَإِذَا اسْتَهَلَّ صَارِخًا وُرِّثَ "[5]، و بالجماع فقد جاء في كشاف القناع : ((يرث الحمل بلا نزاع في الجملة و يثبت الملك له بمجرد موت مورثه))[6]، ومعنى هذا أن للجنين نصيبه

[1] ابن منظور –لسان العرب – ج10 ص 357 .
[2] سورة النسا الآية: 24
[3] سورة البقرة الآية: 233 .
[4] سورة الطلاق الآية: 6 .
[5] أبو داود – سنن أي داود – ج 3 ص 192 – حديث رقم 2920 .
[6] البهوتي – كشاف القناع – ج 4 ص 641 .

من الميراث مثله مثل باقي الورثة ، على أن ثبوت الميراث في ذمته لا يكون إلا إذا استهل ، و هذا الاستهلال لا يكفي فلا بد من توافر شروط معينة .

و تسري على الجنين حالا ت الميراث العادية المقررة شرعا على الأشخاص على أن يستوفي الشروط الواجبة لذلك و التي سنتناولها لاحقا، كما أنه توجد بعض الحالات الخاصة له سنستعرضها، مثال ذلك ميراث الجنين مع أمه في حالة موتهما معا إما في نفس الوقت أو بالتعاقب، و ميراث التوائم، و ميراث و لد الزنا وولد اللعان.

شروط استحقاق الجنين للميراث:

حصر الفقهاء شروط استحقاق الجنين للميراث في شرطين اثنين هما:

1/- وجود الجنين في بطن الأم وقت وفاة المورث، على أن يكون هذا الوجود حقيقة أو، و حتى و لو كانت نطفة في الرحم فانه يعتبر موجودا، فقد جاء في المبسوط لسرخسي: إن النطفة من جملة الورثة ما لم تفسد، فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المال[1].

و يستدل على وجوده في بطن أمه وقت وفاة مورثه، بولادته في مدة يغلب فيها الظن أنه كان موجودا في أقل مدة للحمل و أقصاه من وفاة المورث كأصل عام.

2/- ولادة الجنين حيا، قال الفقهاء وجوب الانفصال الكامل الجنين عن بطن أمه حيا، فالحنفية يقولون: بان الحمل يرث إن خرج أكثره و هو حي، لان الأكثر يقوم مقال الكل، فان خرج مستقيما فالمعتبر صدره ، و إن خرج مكنوسا فالمعتبر سرته[2]، طبعا مما تعلم به الحياة عندهم، كالصراخ و البكاء، أو العطس و التثاؤب و الرضاع.

مقدار ما يوقف للجنين: اختلف الفقهاء في مقدار ما يوق للجنين من نصيب في الميراث، فمنهم من قال: أنه يوقف له مقدار نصيب أربعة أبناء أو أربعة بنات أيهم أكثر نصيب، و هو قول أبي حنيفة و رواية عن شريك والشافعي، و قال ابن الحسن يوقف له نصيب ابنين أو ابنتين، أيهما أفضل و هو رأي الحنابلة، بينما قال الليث و أبو يوسف يوقف له نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أفضل، مع أخذ كفيل من الورثة في حالة نقص نصيبه[3].

[1] السرخسي – المبسوط – ج 30 ص 51 .
[2] ابن نجيم – البحر الرائق – ج 8 ص 574 .
[3] ابن نجيم – البحر الرائق- ج 8 ص 574

و المالكية يوقفون للحنين نصيب أربعة ذكور لأنه أكثر ما تلده المرأة عندهم، وفي المشهور عن الشافعي أنه توقف التركة و لا تقسم إلى حين ولادة الحمل لان الحمل لا حد له عندهم[1].

حالات الجنين في الميراث: ويمكن تقسم حالات الجنين في الميراث إلى قسمين: الأول يتعلق بميراث الحنين في الحالات العادية ويتعلق القسم الثاني في ميراث في الحالات الخاصة.

1/- **ميراث الجنين في الحالات العادية:** وتنحصر في أن يكون الحمل وارث و معه ورثة، أو أن لا يكون مع الحمل وارث، أو أن يكون مع الحمل و ارث محجوب، وان يكون الحمل محجوب بوارث.

أ-إذا كان الحمل وارثا و معه من الورثة:

من له نصيب مقدر شرعا، ننظر إلى ميراثه على تقدير أنه ذكر أو أنثى فان لم يختلف ميراثه في الوضعين وقف له تصيب من الميراث وقسمت التركة على باقي الورثة.

فلدا توفي رجل عن أم حامل و أخت شقيقة فان التركة تقسم كما يلي: الحمل يكون إما أخا أو أختا لأم، فتأخذ الأم ثلث من التركة لأنه ليس هناك فرع وارث للميت و تأخذ الأخت الشقية النصف لأنه ليس للميت أصل ذكر وارث ولا فرع وارث، و يأخذ الحمل السدس لا ليس للميت فرع أو أصل وارث.

أما إذا كان نصيبه يتغير على أساس انه ذكر أو أنثى، وقف له افر النصيبين ، فلو مات شخص عن بنت و أم و زوجة ابن حامل، فإذا قدرنا أن الحمل ذكر كان نصيبه كالآتي: فتأخذ البنت نصف التركة لانفرادها، و تأخذ الأم السدس لوجود الفرع الوارث و يأخذ الحمل الثلث تعصيبا، أما إذا فرضنا أن الحمل أنثى فتصبح المسالة بعد الرد من خمسة سهام، للبنت ثلاثة من خمسة وللام واحد من خمسة ولبنت الابن أيضا واحد من خمسة، و على هذا يوقف أوفر النصيبين وهو واحد من ثلاثة.

[1] ابن قدامة - المغني – ج 06 ص260 .

ولكن قد يكون اعتباره أنثى أفضل له كما لو توفيت امرأة عن زوج وأم حامل، فالمسالة من ستة و لكنها تعول إلى ثمانية، فيكون للزوج ثلاثة سهام، وللام اثنين و للاحت ثلاثة، أما إذا اعتبرنا الحمل ذكر فانه يرث بالتعصيب فلا يبقى له إلا سدس التركة، وهو أقل نصيب من الأخت الشقيقة.

ب- أن يكون الحمل وارثا و ليس معه ورثة آخرون:

إذا كان هو الوارث الوحيد وقفت كل التركة له إلى حين ولادته، كما لو مات رجل عن زوجة ابن حامل فادا كان ذكرا ورث كل المال باعتباره عصبة، و إذا كانت أنثى ورثت كل المال فرضا وردا ، وكذلك الأمر إذا كان هناك من يحجبه الجنين حجب حرمان على أحد الفرضين أي كونه ذكر أو أنثى، لم يعطى هذا الوارث شيئا ووقفت التركة إلى حين ولادته ، كان يموت رجل عن زوجة حامل و أخ شقيق، فان كان الحمل ذكرا فان الأخ لا يأخذ شيئا من التركة، لذا لا يعطى نصيبه من التركة حتى يتبين جنس الحمل.

ج- أن يكون الحمل محجوبا من قبل احد الورثة:

والحجب هنا قد يكون حجب نقصان أو حجب حرمان ،فان كان الحمل محجوب حجب حرمان على أي التقديرين فانه لا يوقف له شيئا، وتقسم التركة دون حسابه، و أما إن كان محجوب حجب نقصان أي انه يرث على احد التقديرين، كونه ذكر أو أنثى عومل بأفضل الحالتين، فلو ماتت امرأة عن زوج و أم و أختين لام وزوجة أب حامل، فإذا الحمل ذكرا فيأخذ الزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث، وتأخذ الأم السدس لوجود الإخوة، وتأخذ الأختان الثلث ولا يأخذ الأخ لأب شيئا، لأنه يرث بالتعصيب، وتركة تكون قد استغرقت، فيكون أصل المسألة ستة. أما إذا اعتبرنا أن الحمل أنثى فان فرض كل واحد من السابقين لا يتغير، و تأخذ الأخت لأب فرضها وهو النصف ، فتعول المسألة إلى تسعة فيكون نصيبها ثلاثة أسهم.

ميراث الجنين في الحالات الخاصة:

يتمحور حول ميراث الجنين مع أمه في حالة الوفاة وميراث حمل الزنا وميراث حمل اللعان.

أ- **ميراث الجنين مع أمه في حلة الوفاة:** إذا ولد الجنين ثم مات وماتت معه أمه، فلو كانت الوفاة على التعاقب ولو بلحظة واحدة ورث المتأخر منهم المتقدم في الوفاة، فإذا كان موتهما في نفس الوقت أو لم يعلم من مات قبل الأخر، فانه لا يرث أي منهما الآخر، لان شرط استحقاق الميراث والمتمثل في تحقيق حياة الوارث وقت وفاة المورث غير متوفر، وهذا هو رأي الجمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية[1]، و أكثر الإمامية.

ب-بالنسبة لميراث التوائم: ففي حالة تساوي فروض التوائم على اختلاف جنسيهما، كأن يكون أخ وأخت لأم، فلا مشكلة في الأمر في اعتبار أن احدهما استهل قبل الآخر، ولكن إذا كان فرضها يختلفان فهناك عدة أقوال من بينها:

- أن تجري بينهما القرعة.

- أن تحل المسألة على الفرضيتين أي أن الذكر هو الذي استهل أولا، ثم أن الأنثى هي التي استهلت أولا و يعطى الورثة أقل نصيب، و يوقف الباقي إلى أن يتم الاتفاق عليه (رأي الفرضيين).

كما يمكن أن تقسم التركة على احتمال من استهل أولا ذكر أو أنثى، مثال: فلو مات رجل عن أم و أخ وأم ولد حامل فولدت توأمين ذكرا وأنثى، فان كان الابن هو الذي استهل أولا فان إلام تأخذ ثلث التركة و لا شيء للأخ ويأخذ الابن الباقي، ثم تأخذ أم الولد ثلث ما ورث ابنها، والباقي منه يكون لعمه، وهو الأخ، فتكون المسالة من ستة وتصح من ثمانية عشر، فيكون للام ثلاثة أسهم ولام الولد خمسة وتبقى عشرة للأخ.

أما إذا اعتبرنا أن البنت هي التي استهلت أولا، فالأم لها السدس، وللبنت النصف و للأخ الباقي و هو الثلث، فتكون المسألة من ستة وبموت البنت تأخذ الأم سهما واحد أي الثلث ، ويأخذ عمها (أي الأخ) سهمان أي الباقي.

و بالنسبة إلى توارث التوائم فيما بينهما، فإذا مات الجنين الأول ورثه الثاني، في الغرة أو الدية وترث أمه منها، فان مات الثاني كذلك، أو إلام أو كلاهما ورثهما باقي الورثة.

[1] محي الدين بن شرف – المجموع شرح المهذب- تحقيق محمود مطرحي - دار الفكر بيروت - 1417 هـ 1996 م ج17 ص 202-203 .

ج-ميراث ولد الزنا وولد اللعان: ولد اللعان و ولد الزنا لا ينسبان للأب لذلك فلا يرثان منه ولا يرث منها، لكنهما يرثان من جهة الأم، وترث الأم منه على اختلاف بين الفقهاء بالنسبة للحالة الثانية.

فقال الشافعية والمالكية والحنفية بان أمه ترث منه كما ترث من غيره، لكن على تفضيل بينهم، فالحنفية يقولون أن الأم ترث كل المال فرضا وردا، بينما يرى الشافعية والمالكية بعدم الرد عليها فتكفي بفرضها، ويرد الباقي إلى بيت مال المسلمين، أما الحنبلة فيقولون أن أمه هي عصبته، فان لم توجد الأم بان ماتت مثلا، تكون عصبتها هم عصبته.

2/-الوصية للجنين:

أ-**تعريف الوصية:** الوصية لجنين في الفقه الإسلامي هي جائزة بالجماع[1]، وقد اختلف الفقهاء في تعريف الوصية، فعرفها الحنفية بأنها: ((تمليك مضاف لما بعد الموت عن طريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع))، بينما يعرفها المالكية بأنها: ((عقد يوجب في حقا في ثلث عاقده يلزم في موته أو نيابة عنه بعده)) هذا التعريف حدد نطاق الوصية بالثلث، أما الشافعية فعرفوه: ((تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت))، أما الحنابلة فقد عرفوها: ((الأمر بالتصرف بعد الموت)) تعددت التعريفات لكنها تسير في نفس السياق .

ب- شروط صحة الوصية للجنين:

1/- أن يوجد الجنين في بطن أمه وقت الوصية و إلا كانت باطلة، يعني أن لم يكن متيقنا وجود الحمل اثنا سن الوصية فلا تجب له، وهذا يعني أيضا انه لا تصح الوصية في النكاح الشبهة و النكاح الباطل و الفاسد و ابن الزنا.

أما المالكية فلا يشترطون هذا الشرط فتصح عندهم الوصية حتى للحمل المستقبل وهذا يعني أنهم أعطوها مجالا وسعا فجعلوها كالوقف.

[1] ابن منظور -لسان العرب – ج15 ص 394

2/-أن يولد الجنين حيا وان تكون حياته مستقرة بعد الولادة، وما تجدر الإشارة إليه هنا إن هذا الشرط ليس لصحة الوصية إنما للزومها في ذمة الموصي، فالوصية تصح بركن واحد هو قبول الموصي حال حياته فلا عبرة من قبول الموصى له أو رده للوصية.

3/-أن يكون الحمل الموصى له موصوفا من طرف الموصي، كأن يقول الموصي: أوصي بكذا لحمل فلانة زوجة فلان.

أما في حالة تعدد الحمل و اختلاف جنس التوأم، فقال الفقهاء إن وصى الرجل لحمل فولد ذكر و أنثى تساويا في نصيبهما لأنه نوع من الهبة و ليس ميراث، أما إذا اشترط الموصي أن يكون للذكر نصيب معين فلتنفذ وصيته، و إن خرج احدهما ميتا كانت الوصية كلها للحي منهما.

ثانيا الحقوق التي تستند إلى تصرفات: هي حقوق يمكن للجنين التمتع بها، و في الفقه هناك نوعين هذه التصرفات لمصلحة الجنين و هما كل من الهبة من غيره ، وحقه في أن يوقف عليه.

أ-**الهبة للجنين:** الهبة في اللغة هي إيصال النفع للغير، أو هي العطية الخلية من الأعواض[1]، و الهبة اصطلاحا تعرف بأنها: ((تمليك لمال مجانا، وقيل تمليك المال بلا عوض حال حياة المملك، فيعم تمليكه في الحال و تمليكه في المستقبل من الزمان بعد أن يكون ذلك في حياة الواهب)). فكل ما يدفع لإنسان من أجل التقرب و التودد أليه فهو هبة ، لهذا كان النبي لا يقبل الصدقة و يقبل الهبة، وقد اختلف فقهاء في مسالة اشتراط القبول الموهوب له في الهبة:

1/- **يرى الحنفية:** أن الهبة اسم لإيجاب ملك من جانب واحد وهو الواهب، فقد جاء في البدائع للكاسني أن للهبة ركن واحد وهو إيجاب الواهب أما قبول الموهوب له فليس بركن استحسانا، أما الزفيري فقد أضاف شرطا أخر انه لا وجود للهبة شرعا إلا بعد القبض.

2/-**أما في مذهب الحنفية:** فتعتبر الهبة عقد غير ملزم لصاحبه ولا تنتقل الملكية للموهوب له إلا بعد القبض التام، فيكون للواهب حق الرجوع عن الهبة كأصل عام فإذا

[1] ابن منظور -لسان العرب – ج1 ص 803 .

مات الواهب قبل القبض التام للموهوب له بطلت الهبة حتى و إن تم القبول لأنها غير لازمة بالقبول، فيجب أن يصدر الإيجاب و القبول في مجلس واحد شأنها شأن عقود التمليك.

3/-**أما المالكية:** فالهبة عندهم :نوع منة المعروف و تتحقق بالإيجاب وحده، دون حاجة إلى قبول، فتكون ملزمة للواهب بمجرد إيجابه كالنذر، فالقبض هو شرط تمام الهبة وليس شرط صحتها.

وحسب رأي الإمام مالك فان الهبة جائزة لكل من الجنين و المعدوم، فتصح الهبة للجنين كما تصح للمعدوم أي الجنين الذي يمكن أن يوجد مستقبلا .

4/- **أما الشافعية فيرون أن الهبة:** لا تصح بالإيجاب وحده، ولا من دون صدور القبول في الحال.

5/-**أما الحنابلة فيرون أن الهبة:** تتم بالإيجاب والقبول، وقد تكون بالتسليم، و لا يعد القبض شرطا فيها و لا لصحتها و لا لتمامها.

6/- **ويرى الفقه الظاهري:** أن الهبة تصح دون قبض وحجتهم قوله تعالى:﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1].

وعلى أساس هذه الآراء الفقهية فان الجنين في كل من المذهب الحنفي والشافعي و الحنبلي لا يمكن أن يوهب له، إذ من شروط الهبة عندهم أن يكون الموهوب له حيا وموجودا حقيقة وقت الهبة. بينما يمكن أن يوهب الجنيين لدى فقهاء المذهب المالكي و وفقهاء المذهب الظاهري.

ب-الوقف للجنين: من بين الحقوق المالية التي تثبت للجنين حق الوقف عليه، والوقف يكون بالإرادة المنفردة للواقف، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوقف يصح على الأولاد والذرية، الموجود منهم ومن سيولد بعدهم، ويدخل بذلك الجنين مع الذرية المستقبلة، خلاصة القول أن الجنين يمكن الوقف له.

[1] سورة المائدة الآية: 01.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للجنين في ظل القانون المدني الجزائري

لا تختلف كثيرا النصوص القانونية المتعلقة بالجنين في القانون الجزائري عما جاء و جاد به الفقه الإسلامي، حيث و كما أسلفنا الشرح سابقا فيما يتعلق بجوانب حقوق الجنيني المدنية في الشريعة الإسلامية سنتناول هذه الجوانب من منظور القانون الوضعي الجزائري.

حيث حفظ القانون المدني وعلى غراره قانون الأسرة ، حقوق الجنين أين سنتطرق في المطلب الأول للتعريف بالشخصية القانونية للجنين والتي تخوله اكتساب الحقوق كالتي تتعلق بذاته الشخصية كالنسب والجنسية و الإنفاق عليه، كما سنتعرض لحقوقه المالية من ارث و الاشتراط لمصلحته والهبة له و الوقف له وهذا في المطلب الثاني.

فهل للجنين حقوق قانونية وان وجدت فما هي هذه الحقوق المقررة له قانونا في التشريع المدني الجزائري ؟

المطلب الأول : الحقوق المتعلقة بذات الجنين

يعرف الدكتور سليمان مرقس الشخصية القانونية بأنها: ((صفة القانونية التي تثبت لكل كائن بمجرد صلاحيته لان يكون ذا حق واحد، مهما كان ذلك الحق بسيطا وهي صفة غير قابلة للانقسام، فإما أن توجد كاملة و إما ألا توجد على الإطلاق))، ولا يعتبر هذا التعريف شامل للمعنى ولكنه الأقرب، فمنه نستنتج انه لاكتساب الحقوق لا بد من شخصية قانونية تتوفر على شرطيين أساسيين:

أولا: وجود كائن صالح لان يكتسب ولو حق واحد، وان يتحمل ولو التزام واحد.

ثانيا: أن الشخصية غير قابلة للانقسام.

والملاحظ هنا أن الشخصية القانونية تم ربطها بالأهلية، و المقصود بها هنا أهلية الوجوب، و التي يعرفها فقهاء القانون: ((صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل لالتزامات أو أنها صلاحية الشخص لان يكون طرفا في الحق ،سوءا كان طرفا ايجابيا أو سلبيا، فهي ترتبط ارتباطا وثيقا بالشخصية القانونية ، لكنها ليست هي)).

ومما سلف شرحه وضحنا رأي المشرع الجزائري بالنسبة للشخصية القانونية للجنين، و ذلك من خلال نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري، التي يعترف فيها

صراحة للجنين بالشخصية القانونية على وجه الاستثناء عن الأصل معلقة على شرط واقف وهو الولاة حيا، بأثر رجعي لبداية تكوينه ، وهو بهذا يعطي للجنين أهلية وجوب وذمة مالية يستطيع من خلاله الجنين أن يكتسب بعض الحقوق وهذا ما سنتناوله بالشرح من خلال هذا المطلب.

فما هي الحقوق المتعلقة بذات الجنين و التي يقرها القانون الجزائري؟

أولا : حق الجنين في النسب: حق الجنين في النسب لأبيه من الأهمية ما يجعله في المرتبة الأولى بين الحقوق الثابتة له، وهو ليس حق للجنين فقط بل هو حق للأب لحمي ابنه من الانتساب لغيره وحق للام كذلك.

لذلك اهتم المشرع بالمسائل التي لها أهمية قصوى في تحديد نسبة الجنين لأبيه، حماية له و لحقوقه فقد أوردها في نصوص قانونية، حيث اجز المشرع للقاضي اللجوء لجميع الطرق لإثبات النسب أين سن في المادة 40 الفقرة 01: ((يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو باللينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون))، كما اقر في المادة 44: ((يثبت النسب بالإقرار بالبنوة ، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب و لو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة))، كما سن في المادة 45 : ((الإقرار بالنسب في غير البنوة، الأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه)).

ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري اشترط الدخول لإثبات النسب، وقد حمى الجنين في جميع صور النكاح حتى الفاسد منها.

وأعطى للقاضي عدة طرق لإثبات النسب كالإقرار ولو في مرض الموت لأهمية النسب للجنين والأسيرة ككل، و بما يصدقه العقل أو العادة، كما حمى نسب الجنين بعدة قوانين تتعلق بصحة انتسابه و المتمثلة في:

1/- مدة الحمل: نظرا لأهميتها لتحديد النسب فقد أوردها المشرع الجزائري في المادة 42 قانون الأسرة حيث يقول: ((أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة (10) أشهر))، و بالتالي يكون المشرع الجزائري قد حسم الأمر بالنسبة له فيما يتعلق بحساب المدة التي من خلالها يتحدد ما إذا كان الجنين منتسب لأبيه أو لا.

2/- العدة في الزواج الصحيح : تطرق المشرع الجزائري لمسألة العدة من خلال المادة 43 قانون الأسرة: ((ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة))، وهذا سواء أقرت المعتدة بانقضاء عدتها أو لم تقر وسواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، ولا ينتفي إلا بالعان.

ونلاحظ أن موقف المشرع الجزائري جاء موافق لرأي الأئمة الأربعة مالك و الشافعي و أحمد، و اخذ بأقصى مدة للحمل، وان كان هذا يصح بالنسبة للمرأة المطلقة طلاق بائنا و المتوفى عنها زوجها، فإنه لا يصح بالنسبة المرأة المطلقة طلاق رجعيا، لأنه إذا أتت المرأة بولد لأزيد من أقصى مدة الحمل لا يثبت نسبه دون حاجة إلى نفي.

3/- العدة في الزواج الفاسد: نص المشرع الجزائري في المادة 34 من قانون الأسرة: ((كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب و وجوب الإستبراء))، و المعروف في الفقه الإسلامي بالنكاح الفاسد، و لكن المعتبر في النسب هو الدخول الحقيقي، وهذا ما يؤخذ عليه بالنسبة لنكاح المحرمات فلا يعقل نسب الجنين دون حدوث دخول حقيق.

4/-التلقيح الاصطناعي: التلقيح الاصطناعي طريقة حديثة لإجراء الحمل دون اللجوء للطريق الطبيعية، وهذا النوع من التلقيح يكون بعدة أوجه، فقد يكون داخل الرحم وقد يكون خارجه وقد يكون بين الزوجين فقط، وقد يدخل طرف ثالث في هذه العملية لذلك و حماية للنسب كان لزاما بيان الضوابط الشرعية و القانونية لهذه المسألة:

أ/-إذا تم التلقيح بين الزوجين مباشرة فلا حرج في ذلك لا شرعيا ولا قانونيا، و الرضا هنا مشروط لإتمام العملية، أوصى به المؤتمر الحادي عشر للعقوبات بلاهاي سنة 1964، حيث تثر مسألة الرضا مشكلا كبير خاصة إذا توفي الزوج قبل التلقيح، كما حدث في قضية كارولين باربالاس[1].

و الراجح في الفقه أنه لا يجوز العدول أو الحصول على رضا جديد من الورثة، لان العلاقة الزوجية تنتهي بمجرد وفاة لأحد الزوجيين.

[1] قضية أثارت ضجة وخلافات كبيرة في فرنسا , حيث توفي الزوج قبل إتمام عملية التلقيح , ولما طلب الزوجة بنك المني إعطائها مني زوجها رفض بحجة أن الزوج لم يعطي تعليمات واضحة بهذا الشأن ، تم عرض القضية على القضاء الفرنسي الذي أعطى الحق للزوجة.

ولقد حدد المشرع لجزائري شروط القيام بعملية التلقيح الصناعي، في المادة 45 مكرر قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/25/27:

((يجوز للزوجين اللجوء للتلقيح الاصطناعي يخض التلقيح للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء للتلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة)).

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري حمى الجنين و الأسرة ككيان قاعدي للمجتمع من مسألة ضياع النسب، خصوصا مع التطورات العلمية التي نشهدها.

أكثر ما تظهر فيه هذه النية هي الفقرة الأولى التي اشترط فيها أن يكون الزواج شرعي فحسم الأمر بالنسبة للزواج الفاسد فلا يجوز فيه اللجوء للتلقيح الاصطناعي، و الفقرة الثانية التي حدد فيها عناصر عملية التلقيح وهي مني الزوج بويضة الزوجة ورحمها، لكن هناك مشكل فيما يتعلق بالتلقيح الاصطناعي باستعمال الزوجة الثانية على أساس أن الزواج صحيح إلا أن المشرع حسم ذلك عندما منع استعمال طرف ثالث في عملية التلقيح، حيث سن في المادة 45 الفقرة 3 التي رفض فيها صراحة اللجوء إلى الأم البديلة كما هو معمول به في الدول الغربية.

وفي حالة اللبس أعطى المشرع الجزائري للقاضي الحق بالاستعانة بالطرق العلمية حيث جاء في المادة 40 الفقرة 02 : ((...يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب)).

ثانيا حق الجنين في اكتساب جنسية: تعتبر الجنسية من الحقوق الذاتية التي تتعلق بشخص الإنسان، و التي بواسطتها ينتمي إلى دولة معينة و الجنسية الأصلية تثبت للامسان منذ ولادته إما عن طريق الدم، أو الإقليم.

و المقصود بالدم هنا هو رابطة النسب، بين المولد و والديه، فيتلقى بذلك الابن جنسية والديه مهما كان أصلهما، لذلك يطلق عليها جنسية البنوة ، أما حق الإقليم فالمقصود به انه يولد في إقليم معين لدولة معينة يكتسب جنسيتها مهما يكن أصله، و الدول تختلف

في الأخذ بهذين الحقين، فمنهم من يأخذ بحق واحد على الإطلاق ومنهم من يأخذ يهما معا لكن بترجيح احدهما.

والملاحظ على التشريعات الوضعية في عمومها لم تتطرق لجنسية الجنين لم تتطرق أي جنسية الجنين واكتفت بتحديد جنسية الطفل المولود.

فنجد مثلا أن المشرع الجزائري و على غرار باقي المشرعين العر ب، أخذ بحق الدم فنص في المادة 06 فقرة 01 من تقنين الجنسية الصادر بموجب الأمر 86/70 المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 01/05 المؤرخ في : 20225/02/27 على أنه:

((يعتبر جزائريا الولد المولود الذي ولد من أب جزائري أو أم جزائرية))، وها يعني أن المشرع الجزائري قد ساوي في الأخذ بحق الدم كأساس لاكتساب الجنسية من جهة الأب أو الأم))[1]، كانت هذه المادة قبل تعديلها تعتد بالجنسية للمولد من جهة الأب فقط، ثم تم تعديلها إعمالا بنص المادة 09 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، و التي تبنتها هيئة الأمم المتحدة بتاريخ 1978/12/18[2].

لكن الفقه على عكس التشريعات اهتم بمسألة تحديد جنسية الجنين وقام بمعالجتها فهو يرى إذا توفي الأب قبل ولادة الجنين ، فالمعتبر هنا هو جنسية الأب حين وفاته، وعليه تكون جنسية الجنين من أب جزائري هي الجنسية الجزائرية، و نفس الشيء بالنسبة للجنين الذي يكون والده حيا.

ثالثا حق الجنين في النفقة: لم يتطرق المشرع الجزائر صراحة لمسألة النفقة على الجنين، و لكن أوردها على عمومها بإلزامية نفقة الزوج على زوجته بمجرد الدخول بها، المادة 74 من قانون الآسرة كما ألزم الأب بضرورة النفقة على أولاده من خلال المادة 75 من قانون الأسرة كما ألزم الأم في حالة عوز الأب و قدرتها هي المادية أن تنفق الأولاد، المادة 76 قانون الأسرة.

[1] قانون الجنسية الصادر بتاريخ 2007

[2] الطيب زيروتي – الوسيط في الجنسية الجزائرية , دراسة تحليلية مقارنة للقوانين بالعربية و القانون الفرنسي –الجزائر – مطبعة الكاهنة – 2002 ص 132.

وحدد في المادة 78 ماهية النفقة والتي بهمنا منها هنا هو نفقة الغذاء و العلاج والسكن و ما بعد من الضروريات في العادة، و التي بشكل غير مباشر يستفيد منها الجنين من خلال أمه[1].

المطلب الثاني : الحقوق المالية للجنين

الحقوق المالية التي تثبت للإنسان منها ما لا يستوجب القبول ، كحق الإرث و الوصية و الوقف، ومنها ما يلزم لاكتسبها صدور القبول من الشخص المتلقي ، كالهبة و سائر التصرفات القانونية.

لذلك قسمنا الدراسة في هذا المطلب إلى قسمين: الحقوق المالية التي تستند إلى وقائع مادية و الحقوق المالية التي تستند إلى تصرفات قانونية.

أولا الحقوق التي تستند إلى وقائع مادية:

الحقوق التي تستند إلى وقائع مادية هي تلك الحقوق التي يكتسبها الجنين إلا بوفاة صاحبها، فلا يمكن تصور انتقالها لذمة الجنين إلا بوفاة المصرح بها، مثال ذلك الوصية والميراث.

1/- ميراث الجنين في القانون الجزائري: نص المشرع الجزائري على غرار المشرعين العرب في نص المادة 173 من قانون الأسرة:((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 حر مان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها)).

وهنا نلاحظ أن المشرع الجزائري أوقف للجنين نصيبا من التركة ، نصيب ابن واحد ذكرا أو أنثى أكثرهما حظا، و هذا في حالة ما إذا كان الجنين يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان.

أما إذا كان الجنين يحجب الورثة حجب حرمان فلا تقسم التركة حتى يولد ويظهر حاله، و هذا يعني أن المشرع ذكر فقط الحالات العادية لميراث الجنين، و لم يتعرض للحالات الخاصة.

[1] قانون الأسرة الصادر بتاريخ 2007

وكما هو معلوم أن المشرع الجزائري يستمد نصوص قانون الأسرة من الشريعة الإسلامية التي لم يرد فيها نص وفقا لما جاءت به المادة 22 من قانون الأسرة: ((كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية)) أسلفانا الشرح في ميراث الجنين في الشريعة الإسلامية في الحالات العادية، لذلك لن نتطرق لميراث الجنين في الحالات العادية التي سبق وان تناولناها بالشرح المفصل في الشق المتعلق بالشريعة الإسلامية.

و لكننا سنتناول ميراث الجنين في حالة الخاصة وهي جنين التلقيح الاصطناعي:

أ/- إذا كان الجنين ملقح اصطناعيا من مني الزوج وبويضة الزوجة وتم الحمل في رحم الزوجة، أي انه خضع لجميع الشروط كما سبق أن بيناه في شرخ المادة 45 قانون الأسرة الجزائري ، فيثبت نسبه ويرث وتترتب عليه جميع الآثار التي تترتب على الحمل الشرعي

ب/- ما إذا كان الحمل تأتى بطريقة محرمة أي بدخول عنصر ثالث، شواء كان بتبرع امرأة ببويضتها أو رجل بمنيه أو تأجير امرأة رحمها أو أي طريقة أخرى محر مة فان الجنين لا يرث من أبيه ولا يرثه ولكن يرث من أمه وترثه.

2/- الوصية للجنين في القانون الجزائري: قد سبق و أن عرفنا معنى الوصية في المبحث السابق لذلك سنتطرق في هذا المطلب لتعريف الوصية للجنين في القانون الجزائري.

فالمشرع الجزائري لم يشترط لصحة الوصية إلا شرط واحد وهو أن يولد الجنين حيا، وهذا ما جاء في نص المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري: ((تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا))، ولكن ما الحكم في حالة تعدد الحمل و اختلاف جنس الجنين؟

وصى المشرع الجزائري باقتسام الشيء الموصى به في حالة تعدد الحمل بالتساوي ولو اختلف الجنس، في المادة 187 قانون الأسرة: ((تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، و لذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس))، بالتي هو لم يميز بين الجنسين و اعتبر الوصية كالهبة وليست كالميراث أين يؤدي اختلاف الجنس إلى اختلف نصيب كل واحد.

ثانيا الحقوق التي تستند إلى تصرفات قانونية: من الحقوق التي يمكن للجني اكتسابها و التي تستند إلى تصرفات قانونية، كان يتلقى هبة من غيره أو أن يوقف عليه، و كان يشترط لمصلحته، وسنتناول شرحها وشروط صحتها فيما يلي:

1/- حق الهبة للجنين: عرفنا الهبة في المطالب السابقة و موقف الفقه الإسلامي منها، وسنتناول موقف المشرع الجزائري من الهبة للجنين.

لقد حذا المشرع الجزائري حذو الفقه المالكي و الظاهري في جازته الهبة للجنين، إذ نصت المادة 209 من قانون الأسرة: ((تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا))، وهذا يعني لولي الجنين أو وصيه يقبلها نيابة عنه، فتصح سواء كان قد ولد أو لم يولد. لكنه لم يحدد بالضبط ماهية من ينوب عنه، هل هي أمه التي تحمله أو يجوز لشخص أخر أن ينوب عنه.

2/حق الجنين في الوقف عليه: من بين الحقوق المالية التي تثبت للجنين حق الوقف عليه، وقد أجازه المشرع الجزائري للجنين ولو ضمنيا في قانون الأسرة ، سنتناول شرح ذلك فيما يلي:

حيث عرف المشرع الجزائري الوقف في نص المادة 03 من قانون 91-10 بأنـــــــه:((حبس المال عن التمليك على وجه التأبيد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر أو الخير))[1].

وهذا التعريف كله ينصب في مصب واحد وهو أن تبقى ملكية الشيء الموقوف في ذمة الواقف، وعدم إمكانية التصرف في رقبته، وذهاب ريعه إلى الشخص الموهوب له ومن هذا التعريف نستنتج أمرين اثنين:

أ/- أن الوقف تصرف بإرادة منفردة، حيث جاء في المادة 04/الفقرة 01: ((الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة))، إذ يتوقف على إرادة الواقف، فيصح الوقف و يثبت الاستحقاق بمجرد إيجاب الواقف.

[1] قانون الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 1991/2704

ب/- عدم اشتراط قبول الموقوف عليه، هذا إذا كان الموقوف غير معين، أو على من لا يتصور منه القبول أو الرفض مثل الجنين، على هذا فان الجنين يصح الوقف عليه.

3/الاشتراط لمصلحة الجنين: الاشتراط لمصلحة الغير، تصرف قانوني يتم بين شخصيين، و لكن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص، فالشخص الأول هو المشترط، أما الشخص الثاني فهو المتعهد أما الشخص الثالث فهو المستفيد.

والاشتراط له عدة تطبيقات، منها عقود التأمين، عقود الاحتكار، عقود النقل، و الهبة المقترنة بشرط، غير أنه ما يعنينا هنا هو عقد التامين والمقصود به هو عقد التامين على الحياة، لأنه هو الذي يمكن أن يرتبط بالجنين، فيكون للمؤمن أن يعين أي شخص ليستفيد من عقد التامين دون النظر إلى العلاقة بين المستفيد والمؤمن له.

و الاشتراط لا يقوم إلا بتوافر ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يتعاقد المشترط باسمه الخاص و ليس باسم المستفيد، إذ يعد هذا الأخير طرفا أجنبيا عن العقد المبرم ، و يترتب على ذلك أن للمشترط أن يرجع عن اشتراطه، ونقض حق المستفيد، و تحويله إلى نفسه أو إلى شخص أخر، و له أيضا أن يعن مستفيد أخر من الاشتراط ولكنها وفي نفس الوقت لم تجز للمشترط الرجوع عن اشتراطه إذا أعلن المستفيد رغبته في الاستفادة من هذا الشرط، وهذا ما جاء في الأمر المتعلق بالتأمينات أن: فبول المستفيد يجعل له حقا مباشرا على مبلغ التامين فبل المؤمن، لا يقبل النقض و لا يستطيع المؤمن له الرجوع فيه.

الشرط الثاني: هو أن يتلقى المستفيد حقا مباشرا عن العقد المبرم بين المشترط و المتعهد ففي حالة الاشتراط لمصلحة الغير، يكتسب المستفيد حقا من العقد مباشرة وليس من المشترط. و الجنين يمكن أن يكون مستفيدا في هذا النوع من الالتزامات، لأنه يعد في نظر القانون شخصا مستقلا، و لا يشترط أن يعين المستفيد من طرف المشترط أو المؤمن مباشرة، يل يجوز تعيينه عن طريق وصية.

ولما كان إعلان رغبة القبول من طرف المستفيد تكسبه حقا إذ لا يمكن للمشترط الرجوع عن اشتراطه في هذه الحالة، فهل ينطبق هذا على الحنين فيما لو قبل عنه وليه أو وصيه هذا الاشتراط؟

لممثل الجنين قانونا أن يقبل بشرط الاستفادة نيابة عنه، على أن هذا القبول ليس ملزما للمشترط فله الرجوع عنه مثله مثل الهبة، وينقسم التأمين إلى ثلاثة أقسام:

1 /-تأمين على مدى الحياة أي أن يولد الجنين حيا وا ٍلا كان التامين باطل.

2/- والتأمين على الوفاة يكون بشرط استحقاق مبلغ التامين لن يولد الجنين ميتا فيغطي التأمين مبلغ الجنازة، أما إن مات بعد فترة قصيرة و كان مقررا انه غير قابل للحياة فيغطي التأمين نفقات العلاج أيضا.

والتأمين على الوفاة المقرر قانونا هو الذي يتعلق بوفاة المشترط وليس بوفاة المستفيد فيستحق الجنين الذي يكون مستفيد مبلغ التامين إذا توفي المشترط.

والتامين هنا يكفي فيه أن تكون المصلحة أدبية، كان توجد قرابة بين المشترط والمنتفع أو لمجرد وجود العاطفة أو الإحسان.

3/-أما التامين على البقاء فهو عقد يلتزم فيه المؤمن بدفع مبلغ التامين للمستفيد المعين في العقد عند وفاة المؤمن له، بشرط أن يبقى المستفيد حيا بعد وفاة المؤمن له.

ومن خلال هذا المبحث نكون قد تناولنا ولو بشكل مقتضب الحقوق المدنية المقررة للجنين ، فهل له بالمقابل حقوق أخرى؟

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للجنين في ظل القانون الجنائي

وعموما فإن المشرع الجزائري أولى اهتماما بالغا لهذا المخلوق الضعيف من خلال حمايته بشتى الطرق لذلك نجده قد خصص نصوص في قانون العقوبات الجزائري في الفصل الثاني بعنوان الجنايات والجنح ضدالأسر ة والآداب العامة في المواد من 304 إلى 313 ، ما يضمن قانونا عدم المساس بروحه إضافة إلى ما جاء في قانون حماية الصحة وترقيتها[1]، ومدونة أخلاقيات مهنة الطب[2]، والتي تنصب جلها في نفس الغرض وهو حماية الدنين وحقه في الحياة.

و من المهم في دراسة هذا الشق من تحديد النطاق ألزماني و المكاني لهذه الحماية المقررة قانونا:

1/- النطاق ألزماني لحماية الجنين: حيث سبق لنا أن تناولناه بالدراسة سابقا و شرحنا موقف المشرع الجزائري من هذه النقطة المهمة من خلال المادة 42: ((أقل مدة للحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر)) وهو بذلك يكون قد حدد لنا الفترة التي يجب و من المفروض أن ينعم فيها الجنين بالحماية القانونية، و المتمثلة في مدة الحمل أقلها و أقصاه و التي تعد الإطار ألزماني للحماية.

2/-النطاق المكاني لحماية الجنين: يرتبط النطاق المكاني للحماية الجنائية للجنين بمصطلح الرحم، وللرحم مدلولين مختلفين أحدهما ضيق وثانيهما واسع، فيقصد بالرحم وفق المدلول الضيق رحم الأم الحامل، أي الرحم الطبيعي للمرأة وفق تكوينها البيولوجي والفسيولوجي.

ويقصد بالرحم وفق المدلول الواسع المكان الذي يتكون فيه الجنين وينمو نمواً طبيعياً ، إن النصوص التشريعية الموجودةحالياً في قانون العقوبات الجزائري تفترض وقوع الاعتداء على الجنين وهو موجود داخل رحم الأم، الأمر الذي يجعل الجنين المخصب خارج رحم الأم خارج الحماية الجنائية، كما لا يمكن أن يعتبر الاعتداء على الجنين خارج الرحم جريمة جديدة في ظل غياب نص تجريمي في التشريع الجنائي

[1] القانون رقم85 : المؤرخ في 16 :فيفري 1985 ، يتضمن : قانون حماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية رقم 08 :الصادرة في 17 : فيفري1985

[2] المرسوم التنفيذي رقم : 92- 276 :المؤرخ في 06 :يوليو 1992 ، يتضمن :مدونة أخلاقيات مهنة الطب، الجريدة .الرسمية الجزائرية، العدد رقم : 52

لاصطدام ذلك بالمبدأ الدستوري في جميع الدول الذي يقتضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، حيث تنص المادة 46 من الدستور الجزائري تنص على أنه:((لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم)) ، كما أن المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري تنص على أنه: ((لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون)).

حيث أرى أنه من غير العدالة أن يترك أطفال الأنابيب بدون حماية قانونية، من أي اعتداء يقع عليها بالإتلاف، لأنها أصلا هي أجنة بشرية، ولأن إعادة زراعتها في الرحم سيؤدي إلى ولادة إنسان آدمي يتمتع بالحماية القانونية، يقول أحد الباحثين: ((إنه من الضروري أن يتدخل المشرع وينص صراحة على تجريم إتلاف البويضة المخصبة حتى ولو كانت لا تزال في أنبوبة خارج رحم المرأة، واعتبار هذا الفعلمكوناً لجريمة الإجهاض إذا توافرت لها باقي أركانها ، وذلك حتى تسد الثغرة التي قد ينفذ منها كل من له مصلحة في عدم ظهور طفل الأنبوبة إلى الحياةمتذرعاً أن جريمة الإجهاض لا تقع إلا على الجنين المستكن في رحم المرأة))[1].

ورغم هذا القصور في التقنين الجنائي إلا أننا سنتناول دراسة الجانب الذي شمله القانون بالحماية و رأينا انه ومن المهم تسليط الضوء على أهم جريمة ترتكب في حق الجنين و نقصد بذلك الإجهاض الذي هو بدوره مجموعة من الجرائم لها عدة صور، لأنه توجد بعض الأفعال لم تجرم بعد و تختلف من دولة إلى أخري فلا ينطبق عليها وصف جريمة فرأينا عدم تناولها بالدراسة وركزنا على ما جاء في القانون الجنائي الجزائري هذا من جهة ، ومن جهة أخرى تناولنا نطاق الحماية الشرعية و الجنائية للجنين.

المطلب الأول : الأركان العامة لجريمة الإجهاض

الجريمة في الفقه القانوني الحديث لا تقوم فقط على الركن المادي والمعنوي وا ٍنما تتطلب ركنا ثالثا هو عدم المشروعية، لأن الجريمة عبارة عن واقعة مادية يحققها الجاني بسلوكه، ومن هذه الواقعة المادية يتكون الركن المادي للجريمة ويتوافر هذا الركن قانونا حينما تتطابق الواقعة المرتكبة مع الواقعة النموذجية موضوع النص التجريمي كما

[1] حسن محمد ربيع :الإجهاض في .نظر المشرع الجنائي دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة،1999.

يلزم أن يكون السلوك قد ارتكب بإرادة حرة و واعية واشتملت على العناصر التي تجعها محلا للوم المشرع[1].

ولما كانت جرائم الإجهاض جميعا تشترك في أركانها العامة فمن المناسب أن تتناول هذه الدراسة البنيان القانوني لجريمة الإجهاض، ثم بيان أحكام الإجهاض وحالاته: وأسباب الإباحة في التشريع الجزائري ومدى جواز الإجهاض الضروري وا ِجهاض الحمل من الزنا و الاغتصاب.

1/- الأركان العامة للإجهاض: يتفق فقهاء الشريعة مع القانون الوضعي في تحديد الأركان العامة لجريمة الإجهاض، وحول توافر الركن الشرعي وهو وجود نص قانوني يجرم الفعل وهو ما يعرف بشرعية الجرائم والعقوبات[2]، وطبقت هذه القاعدة في جميع الحدود وجرائم القصاص والدية وجرائم التعزير، في أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، فيقصدون به تطابق الواقعة الإجرامية مع النص التشريعي القانوني، وقد أورد المشرع الجزائري أركان جريمة الإجهاض في المادة 304 عقوبات والتي تنص على أنه: ((كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك)) .

والملاحظ أن جرائم الإجهاض بمختلف صورها تشترك في أركانها العامة، والمتمثلة أساساً في ثلاثة أركان: الأول هو وجود الحمل، والثاني هو الركن المادي، ويقوم على عناصر ثلاثة: فعل يؤدي إلى إسقاط، ونتيجة تتمثل في موت الجنين داخل الرحم أو خروجه منه ولو حيا، وعلاقة سببية بين الفعل والنتيجة، والثالث هو الركن المعنوي الذي يتخذ صورة القصد دائما، إذ لم يجرم الشارع الإجهاض غير العمدي.

ا/- **الركن الأول: وجود الحمل:** يتطلب الجانب المفترض في جريمة الإجهاض كواقعة مادية أن يكون لمجني عليه امرأة حاملاً حسب بعض التشريعات، أو مفترض حملها في تشريعات أخرى، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 304

[1] إبراهيم بلعيات :أركان الجريمة وطرق إثباتها، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007 ، ص7

[2] يشترط في الركن الشرعي، مطابقة الفعل لنص التجريم، وألا يخضع الفعل المرتكب لسبب من أسباب الإباحة ينظر :إبراهيم بلعيات :المرجع السابق، ص 93 وما بعدها.

عقوبات بما يلي: ((كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها)) فالمشرع الجزائري لا يفرق بين حال وجود الحمل وظهوره للعيان، وعدم وجود ذلك، و لا فرق بين خروج الجنين ميتاً أو حياً ، كما لا يفرق بين أسباب الحمل، سواء أكان ناشئاً عن علاقة شرعية أم غير شرعية، وسواء أكان الاعتداء من الطبيب أم من غير الطبيب، ففي كل الأحوال يحمي القانون الحمل في بطن أمه و يعاقب على الاعتداء عليه، ولا فرق بين حدوث الاعتداء على الجنين في الشهور الأولى وحدوثه في وقت قارب زمن ولادته، إذ إن كل إخراج للجنين قبل أوانه يعد جريمة إجهاض، فالإجهاض قد يرتكب والحمل في ساعاته الأولى أي قبل أن يتشكل الجنين أو تبدأ فيه النبض و يستوي أن يكون الحمل في رحم الأم أو خارجها، أم كان نتيجة اتصال جنسي أو بغير اتصال جنسي و هو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي، لأن النص التشريعي الجزائي الجزائري جاء عاما يندرج تحته معظم حالات الإجهاض.

ومادام أن حياة الجنين تبدأ بمجرد اندماج الخليتين المذكرة والمؤنثة إلى الولادة الطبيعية فينحصر مجال الإجهاض في الفترة ما بين الإخصاب وبداية الولادة، فلا إجهاض قبل الإخصاب ولا إجهاض بعد عملية الولادة، ويتحقق الإجهاض حسب نص المادة 304 عقوبات جزائري على المرأة الحامل والمرأة غير ظاهر حملها، كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها، وحالة الافتراض هي عدم ظهور الحمل وهو ما تكتشفه المرأة خلال الأيام الأولى من تخلف الدورة الشهرية كإحدى المؤشرات على وجود حمل جديد فالجريمة تقوم حتى لو كان الحمل غير متقين.

فإذا استعمل الجاني الوسائل الاصطناعية ليجهض امرأة مفترض حملها، بأن أتى أفعالاً إجراميةمعتقدا ً أن المرأة حاملة إلا أنها ليست كذلك ، فيكون بصدد جريمة مستحيلة، لأن عدم تحقق النتيجة يرجع إلى ظرف مادي في الجريمة يجهله مرتكبها، وهو الظرف الذي أشارت إليه المادة30: من قانون العقوبات الجزائري: ((كل محاولة لارتكاب جناية تبدأ بالشروع في التنفيذ أ و بأفعال لا لبس فيها، تؤدي مباشرة إلى ارتكابها تعتبر كالجناية نفسها، إذا لم تتوقف أو لم يخب أثرها إلا نتيجة لظروف مستقلة

عن إرادة مرتكبها، حتى ولو لم يمكن بلوغ الهدف المقصود بسبب ظرف مادي يجهله مرتكبها)).

ففي الجريمة المستحيلة يستنفذ الجاني كل نشاطه الإجرامي سعياً لتحقيق النتيجة لإجرامية التي يعاقب عليها القانون، إلا أنه لا يتحقق ذلك لأنها نتيجة مستحيلة الوقوع في الظروف التي باشر فيها نشاطه الإجرامي، وهذه الاستحالة قد تكون من حيث الوسيلة أو محل الجريمة.

وقد عاقب المشرع الجزائري على الجريمة المستحيلة استنادا إلى الخطورة الإجرامية للفاعل، والتي عبرت عنها الأفعال التي قام بها، ولكونه قد استنفذ نشاطه الإجرامي بقصد الإجهاض ولكن النتيجة لم تتحقق.

ومواجهة الجاني الذي أثبت عزمه و تصميمه على ارتكاب الجريمة من خلال الأفعال التي قام بها، حتى لا يفلت الجاني من العقاب إذا لم يكن الحمل ظاهرا في أسابيعه الأولى.

كما أن ذلك يحمي الجنين من التشوهات المحتملة عند الشروع في إجهاض الحامل ومعاقبة المشرع الجزائري على الجريمة المستحيلة في الإجهاض سواء عند عدم وجود الحمل، أو عند عدم فاعلية الوسيلة المستخدمة للحصول على النتيجة الإجرامية يعتبر حماية واضحة لحق الجنين والحامل، لأن حق الجنين في الحياة محترما باعتباره كائنا من لحظة الإخصاب إلى غاية ميلاده.

وحرص المشرع على كفالة حماية فعالة للجنين، فلم يقتصر على تجريم الاعتداء عليه، بجرم تهديده بالخطر، فاعتبر الإجهاض متحققا بإخراج الجنين من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، ولو خرج حيا وقابلا للحياة، لأن هذا الفعل يهدد حياة الجنين بالخطر، فالغالب فيمن يخرجون من الأرحام قبل الموعد الطبيعي أن يكون الموت مصيرهم،وا إن كتبت لهم الحياة فهي في الغالب حياة قصيرة مثقلة بالضعف والمرض.

ب/-الركن الثاني : هو الركن المادي للإجهاض: الركن المادي للجريمة هو الفعل الذي يحقق الاعتداء على الحق الذي يحميه القانون، ويقوم الركن المادي عموماً على عناصر ثلاثة، هي السلوك الإجرامي، والنتيجة الإجرامية كأثر لهذا السلوك، والعلاقة

السببية التي تربط الفعل والنتيجة[1]، وجريمة الإجهاض كغيرها من الجرائم يقوم ركنها المادي على عناصر ثلاثة، هي فعل الإسقاط ، والنتيجة الإجرامية المتمثلة في موت الجنين داخل الرحم أو خروجه قبل الموعد الطبيعي لولادته ولو خرج حيا وقابلا للحياة، والعلاقة السببية بينهم.

1/- **السلوك الإجرامي:** يراد بالسلوك الإجرامي ذلك النشاط الإرادي الذي يصدر عن الجاني، ويقوم هذا السلوك على عنصر الإرادة و حركة عضوية للقيام بهتحقيقاً لإرادة الجاني، والنشاط الإرادي الخارجي هو العنصر المميز للإجهاض الجنائي عن غيره من أنواع الإجهاض الأخرى كالإجهاض العفوي الطبيعي والولادة قبل الأوان[2].

والفعل المادي في جريمة إسقاط الحامل هو كل فعل من شأنه أن يفضي إلى موت الجنين أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، ويعني هذا أن وسائل الإسقاط متعددة و المشرع الجزائري بدوره لم يعتد بوسيلة الإجهاض فقد تكون وسائل كيميائية كإعطاء الحامل مادة تحدث تقلصات في عضلات الرحم، أو إعطائها مادة قاتلة للجنين، و قد تكون الوسائل المستعملة وسائل ميكانيكية كالدفع بآلة حادة، أو بتوجيه أشعة إلى جسم الحامل أو تدليك حسم بطنها، أو ممارسة رياضة عنيفة كركوب الخيل، أو ارتداء ملابس ضيقة و حسب نص المادة 304 نجد أن المشرع الجزائري ذكر بعض الصور أو وسائل إسقاط الجنين، وذلك على سبيل المثال لا الحصر، ومن هذه الأفعال ذكر المشرع إعطاء المرأة الحامل مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو استخدام العنف كضرب المرأة الحامل على بطنها بعنف، ومادام أن المادة جاءت على صيغة العموم..) أو بأية وسيلة أخرى فإنه لا يعتد بالوسيلة التي يستخدمها الجاني وفعل الإسقاط قد يصدر من غير الحامل كالطبيب والجراح مثلاً، كما قد يصدر من الحامل نفسها، وقد يرتكب برضاها أو دون رضاهاورغماً عنها،فغالباً ما يكون الفعل في الإجهاض إيجابياً كمن يقوم بضرب امرأة حامل قاصداً بذلك إنهاء الحمل، أو من يقوم بإعطائها أدوية من شأنها أن تؤدي للإجهاض، كما يصدر الفعل

[1] إبراهيم بلعيات :نفس المرجع السابق ، ص15
[2] نفس المرجع السابق ، ص26

الإيجابي من المرأة الحامل بإتيانها أفعالاً عن قصد ووعي تهدف إلى إسقاط الجنين اتقاء العار أو لخطأ ارتكبه.

ولكن هذا لا يمنع من وقوع جريمة الإجهاض بفعل سلبي، فالجرائم السلبيةعموماً يمكن أن تقع بطريق الترك، وهو الامتناع المتعمد عن القيام بواجب قانوني مفروض على الشخص، كامتناع الممرضة عن تقديم الدواء في الوقت المحدد، أو حالة سماح الحامل للغير بإجهاض حملها ، فيقع عليها واجب المحافظة على جنينها والحيلولة دون إتيان الغير فعل الإجهاض على جسمها، وهو ما نصت عليه المادة 309 : عقوبات جزائري بالمعاقبة على الفعل الصادر من الحامل نفسها إذا وقع من الغير أو بغير رضاها ، فذلك لا يؤثر على تجريم فعل الجاني وعلى العقوبة.

2/-النتيجة الإجرامية : تتخذ النتيجة الإجرامية في الإجهاض إحدى الصورتين: الأولى هي موت الجنين في الرحم، فيتحقق بذلك الاعتداء على حقه في الحياة ، أما الصورة الثانية فهي خروج الجنين من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، ولو خرج الجنين حياً وقابلا للحياة فيتحقق بذلك الاعتداء على حق الجنين في النمو الطبيعي والولادة الطبيعية والإجهاض في الصورة الأولى جريمة ضرر، وفي الثانية جريمة خطر، وهو ما نص عليه أغلب الفقهاء إذ أن نزول الجنين ميتاً ليس شرطاً لقيام الجريمة، و النتيجة الإجرامية في جريمة الإجهاض لا تخرج عن إحدى الصور التالية:

- نزول الجنينميتاً متأثراً بالفعل الصادر عن الجاني.
- نزول الجنينحياً متأثراً بالفعل الصادر عن الجاني.
- بقاء الجنين في الرحم رغم موتهمتأثراً بفعل
- بقاء الجنين في الرحم حيا وتدمير موطنه الأصلي بوفاة الحامل.
- نزول الجنينحياً وموته بعد ذلكمتأثراً بالفعل الإجرامي .

ولا يشترط القانون أن يتحقق الإسقاط فور ارتكاب الجاني فعله ، بل يمكن أن تتراخى هذه النتيجة مدة من الزمن طالما توافرت علاقة سببية بين الفعل والنتيجة.

ومن المناسب أن يتدخل المشرع ويعاقب بنص خاص على الأفعال التي تؤدي إلى تشويه الجنين أو تحول دون اكتمال نموه ، دون أن يترتب عليها إنهاء حالة الحمل

قبل الأوان، وذلك تماشيا معع ّلة العقاب على الإجهاض والمتمثلة في المحافظة على الجنين وضمان اكتمال نموه الطبيعي.

3/- **العلاقة السببية** : يتعين أن تتوافر علاقة السببية بين فعل الإسقاط وموت الجنين أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، ومن أمثلة انتفاء علاقة السببية، أن يقوم شخص بضرب سيدة حامل وا ٍيذائها قاصداً إجهاض حملها وأثناء هربها منه فتصاب بحادث مرور يؤدي إلى إجهاضها، فالفعل في هذه الحالة لا يعدو أن يكون شروعاً ، لأن العامل الذي تدخل في إحداث النتيجة يعتبر من العوامل الشاذة وغير المألوفة، و من أمثلة انتفاء العلاقة السببيةأيضاً إعطاء شخص امرأة حاملا مادة بنية إجهاضها ولم يكن لهذه المادة أثر على الجنين، ثم أصيبت الحامل في حادثة أخرى فترتب على ذلك إجهاضها فلا يسأل الجاني على هذا الإجهاض بل يعد ذلك شروعا لأنه لم تحدث الإجهاض نتيجة المادة المقدمة لها.

والقول بتوافر أو انتقاء علاقة السببية يخضع لتقدير قاضي الموضوع، وله أن يسترشد في ذلك برأي الأطباء، كثيرا ما يساعد الخبير السلطة القضائية في جرائم الإجهاض في بيان حالات الإجهاض العمدية من غيرها.

فيشمل التقرير ما إذا كان الإجهاض قد تم بتدخل شخص آخر أم عن طريق المرأة نفسها، و وقت وقوع هذا الفعل والوسائل المستعملة عليه،وا ٍذا تبين أن الإجهاض قد حدث عن طريق المرأة نفسها لزم بيان حالتها النفسية والعقلية لإثبات مدى قدرتها على الإرادة والإدراك، وبيان ما إذا كانت مصابة بأمراض معينة تجعل الحمل خطرا على صحتها، فإثبات هذه الجريمة يحتاج إلى بحث وتقدير لمسائل يستعان فيها بالأطباء الأخصائيين[1]. كذلك هناك الشروع في الإجهاض و هو عبارة عن مرحلة التفكير ثم مرحلة التحضير وهما عموماً لا يعاقب عليهما القانون لأنهما لا تتضمنان اعتداء على حق يحميه القانون وأنهما لا تشكلانخطراً حتمي، عكس المرحلة الثالثة وهي مرحلة تنفيذ الجاني لجريمته عندما يقوم بأفعال مادية من شأنها الاعتداء على حالة الحمل سواء أكانت جريمة موقوفة أم جريمة خائبة أم مستحيلة، وذلك بأن يقوم

[1] شرح قانون العقوبات الجزائري ، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002 ، ص. 145

الجاني بسلوك غير مفض إلى النهاية التي كان يسعى إلى بلوغها متى كان تحقق تلك النتيجة راجعا إلى سبب غير إرادي.

ج /- الركن الثالث : هو الركن المعنوي للإجهاض: إذا كان الركن المادي لجريمة الإجهاض هو الوجه الخارجي المحسوس للسلوك المكون لها كما وصفه نص التجريم، فإن ركنها المعنوي هو الوجه الباطني النفسي للسلوك، فلا يكفي لقيام جريمة الإجهاضقانوناً مجرد ماديات الجريمة المتمثلة في عناصر الركن المادي وتطابقها مع النص التجريمي.

بل ينبغي أن يتوافر لدى الجاني القصد الجنائي وهو العلم بعناصر الجريمةوا إرادة ارتكابها[1]، والملاحظ أن جرائم الإجهاض كلها عمديه، ومن ثم يتخذ ركنها المعنوي صورة القصد الجنائي، وليس في القانون جريمة الإجهاض غير ألعمدي ولو اتخذ صورة جسيمة، وتطبيقا لذلك، فإنه أذا صدم المتهم الحامل بسيارته دون عمد فأحدث بها إصابات أفضت إلى إجهاضها لم يكن مسؤولا عن إجهاض و إنما يسأل عن إصابة غير عمدية ، فالقصد الجنائي يقوم على عنصرين هما :العلم والإرادة[2].

المطلب الثاني : صور الإجهاض وأسباب الإباحة

اختلفت الآراء حول تصنيف صور الإجهاض باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى الجريمة، ولعل أبسط التقسيمات وأكثرهاوضوحاً وأقربها إلى تصنيف المشرع الجزائري، هو تقسيم صور الإجهاض حسب فاعل الجريمة، والفاعل في جريمة إجهاض لا يخرج من أن يكون المرأة الحامل نفسها، أو الغير الذي يقوم بإجهاض الحامل برضاها أو دون رضاها، كما أن الغير قد يكون شخصاً عادياً ، وقد يكون ذو صفة خاصة كالطبيب والصيدلي و القابلة، كما أن نتيجة الإجهاض قد تكون إسقاط الجنين، وقد تكون إيذاء الأم الحامل أو موتها، وتفصيل هذه الجرائم بصورها المختلفة مع تحديد عقوبتها حسب التشريع الجزائري، هو كالآتي:

[1] شرح د.عبد الله سليمان :شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ج1 ، د م ج، ط5 ، الجزائر، 2004 ، ص249

[2] .إسحاق إبراهيم منصور :شرح قانون العقوبات الجزائري، د م ج، الجزائر، 1983 ، ص140

الفرع الأول : صور الإجهاض

1/- إجهاض الحامل لنفسها : قد تقوم المرأة الحامل بإجهاض نفسهاعمداً تنفيذاً لرغبتها و إرادتها في التخلص من حملها بغض النظر عن الوسيلة المستعملة لذلك، وجريمة إجهاض الحامل لنفسها لا تتطلب سوى طرف واحد، فتجتمع في المرأة الحامل الصفتان معاً الجاني و الضحية في نفس الوقت، لذلك هناك من يطلق على هذه الصورة الإجهاض الإيجابي إنطر ق و وسائل قيام المرأة بإجهاض نفسها متعددة ، كأن تقفز بعنف من مكان مرتفع، وأن تضغط على بطنها بأوزان ثقيلة، أو تستعمل أعشابا طبية أو مواد حامضة ويتفق الأطباء على أن تلك الوسائل لا تخلو من مخاطر على الحامل قد تصل بها إلى الموتوتتحّ قق جريمة إجهاض الحامل لنفسها بإحدى الحالات التالية:

حالة تفترض، أن الحامل قد أتت فعل الإسقاط من تلقاء نفسها دون أن يحرضها أحد.

حالة تفترض،أن الحامل أتت فعل الإسقاط بناء على اقتراح الغير وا رشاد إياها.

حالة تفترض أن الحامل مكنت الغير من إتيان فعل الإسقاط على جسمها بأن يستعمل وسائل معينة لإسقاط الجنين برضاها وموافقتها .

وتفترض هذه الجريمة توافر الأركان العامة لجريمة الإجهاض إضافة إلى كون الجاني امرأة و أنصب فعلها على حملها، ويعد إقدام الحامل على إجهاض حملها من المسائل التي أثارت خلافاً واسعاً ، على مستوى القوانين الداخلية وعلى صعيد المؤتمرات الدولية المتعلقة بالصحة والمرأة ، والتساؤل الجوهري في هذا الخلاف هو: هل إجهاض الحامل لنفسها نوع من ممارسة الحق، أم جريمة جنائية لا بد من العقاب عليها؟

هناك عدة اتجاهات فقهية وقضائية يمكن إجمالها في اتجاهين مختلفين هما:

الاتجاه الأول: يعتبر أن فعل الإجهاض جريمة جنائية وأخلاقية يعاقب عليها القانون بغضا لنظر عن فاعله، ويسود هذا الرأي في معظم الدول العربية والإسلامية و بعض الدول الأخرى مع اختلاف في تحديد العقوبة.

الاتجاه الثاني : يرى أن إجهاض الحامل نفسها يعد حقاً للمرأة، ويسود هذا الاتجاه غالباً في الدول التي يطلق على تسميتها الدول المتقدمة، فتقوم المرأة بإجهاض نفسها باسم الخصوصية و حقها في حياتها الخاصة وغير ذلك من التبريرات.

التشريع الجزائري يعتبر من التشريعات التي تجرم المرأة الحامل عند إجهاض حملها وتعاقب على ذلك السلوك، وقد أراد المشرع بعقاب المرأة التي تجهض نفسها، أن يؤكد أن الحق المقصود بالحماية أصلاً هو حق الجنين في استمرار حياته و اكتمال نموه و تطوره الطبيعي داخل الرحم حتى يحين ميلاده الطبيعي باعتباره كامل الحقوق لا يجوز مساسه بسوء طيلة فترة الحمل من أول لحظة تتشكل الأمزجة إلى موعد الولادة الطبيعية .

ومن ثم يقع على المرأة الحامل التزام قانوني وأخلاقي و شرعي بالمحافظة على جنينها، وهي تعاقب إذا قامت بالإجهاض لأن ذلك اعتداء على حق الجنين وليس اعتداء على نفسها.

2/الصورة الثانية: وقوع الإجهاض من غير الحامل: عندما تعجز المرأة الحامل على إجهاض نفسها ، أو لا تجد الجرأة الكافية للتخلص من الجنين غير المرغوب فيه ، قد تلجأ إلى الغير ليقوم بالفعل الإجرامي ، وهو ما نصت عليه المادة 304 عقوبات جزائري على أنه كل من أجهض امرأة حاملاً ، أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات، مشروبات، أدوية، أو باستعمال طرق أو أعمال عنف، وبأية وسيلة أخرى، سواء وافقت المرأة على ذلك، أو لم توافق، أو شرع في ذلك.

ذكر المشرع بعض الأفعال المؤدية إلى الإجهاض على سبيل المثال لا الحصر، كإعطاء الحامل مأكولات أو مشروبات أو أدوية، أو باستخدام ا لعنف كالإجهاض الإجباري و الإيذاء البدني و المساس بسلامة الجسم، أو الإكراه المادي والمعنوي ، ولا أهمية إن كان إعطاء الأدوية أو استعمال الوسائل التي أدت إلى إسقاط الحمل قد حصل برضا المرأة الحامل أم لا، غير أنه إذا كانت الوسائل قد استخدمت برضا الحامل فإنها تعاقب باعتبارها فاعلاً .

ويلاحظ أن أغلب التشريعات الجنائية شددت عقوبة الفاعل في حالة الإجهاض الإجباري باستعمال العنف، وهو ما لم يأخذ به المشرع الجزائري .

2/الصورة الثالثة : جريمة التحريض على الإجهاض: التحريض على الإجهاض في التشريع الجزائري جريمة مستقلةوفعلاً إجرامياً مستقلاً وليس اشتراكاً في الجريمة، بل جريمة قائمة بمجرد التحريض، وبغض النظر عن حصول النتيجة أو عدم حصولها، ودون الأخذ بعين الاعتبار ما قد يتركه التحريض من آثار سلبية أو إيجابية في نفس الشخص الواقع عليه فعل التحريض وتنفيذه لما حرض عليه أو رفض له، فيعتبر محرضا حسب المادة 310 عقوبات كل من قام بأحد الأفعال التالية :

-إلقاء خطبة حماسية في أماكن اجتماعات عامة.

-باع أو طرح للبيع، أو تبرع ولو في غير علانية، أو عرض، أو الصق في الطريق العمومي أو الأماكن العمومية.

-قام بالتوزيع في المنازل كتبا، أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات وملصقات، أو رسومات أو صور رمزية.

-قام بالدعاية في الأماكن الطبية أو المزعومة وذلك من أجل التحريض إلى الإجهاض حتى و لو كان التحريض لم تنتج آثاره .

المشرع الجزائري لم يشترط حصول النتيجة لقيام جريمة التحريض على الإجهاض ، بل اعتبرها جريمة مستقلة بذاتها ومعاقب عليها سواء أتحققت النتيجة أم لم تتحقق ، فالعبرة بالفعل لا بالنتيجة، فيكفي لقيام هذه الجريمة توافر أحد الأفعال المنصوص عليه ا في المادة 310 ، واستخلاص الركن المعنوي والمتمثل في اتجاه إرادة الجاني إلى التحريض على الإجهاض مع علمه بكافة العناصر القانونية للجريمة، دون اشتراط العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، ومتى تحقق الفعل وهو التحريض أمكن متابعة المحرض ومعاقبته وفقاً لأحكام المادة 310 .

2/الصورة الثالثة: الجرائم المنسوبة إلى الأطباء والجراحين والصيادلة: عندما تعجز المرأة الحامل على إجهاض حملها قد تستعين بالغير، فقد تلجأ إلى شخص عادي

ليس له خبرة بالمسائل الطبية، وقد تلجأ إلى الطبيب أو الصيدلي أو القابلة أو الممرضة وهو الغالب، حيث يتم الإجهاض باستخدام الفنيات الطبية، لأن هؤلاء مالكون من المعرفة الطبية والخبرة ما يكفي لبلوغ الهدف بأيسر الطرق وأخف الأضرار.

وقد اختلفت التشريعات الجنائية حول جريمة الإجهاض التي يقوم بها ذوي الصفة الخاصة، فهناك طائفة من التشريعات تميل إلى تخفيف عقوبة الفاعل إذا كانت له صفة الطبيب، وتميل بعض التشريعات الجنائية الأخرى إلى تشديد عقوبة الفاعل إذا كان يحمل صفة خاصة، بينما هناك طائفة ثالثة اعتبرت أصحاب الصفة كغير هم من الأشخاص العاديين، ورغم أن التشريع الجزائري نص على الجرائم المنسوبة إلى ذوي الصفة ، إلا أنه لم يقرر لهم عقوبة مشددة، فحسب المادة 306 فإن أصحاب الصفة هم الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة، وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان، وطلبة الصيدلة و مستخدمو الصيدليات، ومحضرو العقاقير، وصانعو الأربطة الطبية، و تجار الأدوات الجراحية والممرضون و الممرضات، والمدلكون والمدلكات، الذين يرشدون عن الطرق التي تؤدي إلى الإجهاض.

وتفترض الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة وقو ع فعل الإجهاض من شخص آخر غير المرأة الحامل، كما تتطلب توافر الأركان العامة لجريمة الإجهاض المذكورة سابقاً ، كما تتطلب هذه الجريمة أن يكون الغير ذا صفة خاصة حددهاالمشر ع بأن يكونطبيباً أوصيدلياً أو ممرضا، وكل من يحمل صفة خاصة، و المرجع في تحديد صفة الطبيب أو الصيدلي أو القابلة هو القوانين و اللوائح التي تنظم تلك المهنة، والتي تحدد اكتساب هذه الصفة و فقدها، وتوافر إحدى الصفات المحددة كاف لتحقيق الجريمة فلا يتطلب القانون عناصر أخرى، سواء بتقديم الدواء، أو إرشاد الحامل، أو إجراء عملية الإجهاض وتسهيلها أو بالدلالة على طرق ووسائل إحداثها كما يستوي أن تكون الحامل راضية بالوسيلة التي يلجأ إليها الطبيب أم لا تكون راضية بها، أو يكون إجراء الإسقاط بأجر أو دون أجر، أو كان الطبيب موقوفاً مؤقتاً عن ممارسة مهنته أو حرفته أم لا بينما إذا حرمنهائياً من ممارستها فقد زالت عنه الصفة وعلة تشديد العقوبة في بعض التشريعات– كالتشريع المصري – بالنسبة لأصحاب

الصفة؛ هي أن الجاني له من المعلومات الفنية، والخبرة العلمية، والوسائل العملية المساعدة على اقتراف الجريمة، إضافة إلى أن الجاني قد أساء استعمال صفته وخبرته، كما أن باعث الجاني في هذه الصورة هو الإثراء غير المشروع، والطبيب الذي يقسم عند تخرجه بأن يؤدي عمله بإخلاص متحلياً بأخلاقيات مهنة الطب، لا ينبغي له أن يقوم بالإجهاض غير الضروري لكونه تصرفا غير أخلاقي وغير مهني وغير إنساني.

ومع ذلك فالمشرع الجزائري لم يقرر عقوبة مشددة لذوي الصفة الخاصة فكان من الأجدى تشديد العقوبة عليهم. فمسؤولية الطبيب في الإجهاض ينبغي أن تكون أشد من غيره، لأنه مأذون له في مباشرة التطبيب، وهو الجهة التي تلجأ إليها من أرادت الإجهاض، وربما يدفعه الطمع إلى التجاوز وإجراء إجهاض غير مشروع، وإذا ثبت تقصير الطبيب أو تجاوزه فإنه يترتب المسؤولية القانونية وتشمل جرائم ذوي الصفة أحياناً المساهمة الجنائية، من خلال تسهيل أو مساعدة أو تنفيذ عملية الإجهاض، بتعدد الجناة الذين يرتكبون نفس الجريمة وهي إجهاض الحامل، فإذا قام طبيبان وممرضة بإجراء عملية الإجهاض وتعددت أفعال كل منهم فقام الطبيب الأول بتخدير المرأة وقام الثاني بإدخال ملعقة بهدف التقاط الحمل وقامت الممرضة بالتحضير، فهنا تعددت أفعال وأدوار الجناة، وأفضت في النهاية إلى نتيجة واحدة هي الإجهاض فيعد كل واحد منهم فاعلاً وقد يتحقق الاشتراك عندما لا يقوم أصحاب الصفة بأفعال أصلية للإجهاض فيقوم أحدهم بمساعدة المرأة على ذلك ، فيكفي أن يصف لها وسائل الإجهاض دون أن يقوم هو باستعمالها ماديا لتتحقق فيه صفة الشريك، أما إن قام بتنفيذ فعل الإجهاض فيعد فاعلا أصليا.

2/الصورة الرابعة : الإجهاض المفضي إلى الوفاة": إذا كانت الجنح السابقة متعلقة بالاعتداء على الجنين تعتبر من الجرائم التي يقف أثرها عند الشخص المعتدى عليه، فإن جريمة الإجهاض المؤدية إلى الوفاة لا تقف عند حدود إسقاط الجنين، بل تتعداه إلى الأم فتؤدي إلى وفاتها دون قصد، بمعنى أن الأذى لا يتوقف عند حد إنهاء الحمل قبل الأوان، وإنما يتعداه إلى موت المرأة الحبلى فإذا قام شخص بتقديم مأكولات أو مشروبات إلى امرأة حامل أو مفترض حملها، أو قام بحركات عنيفة على بطن الأم أو

استعمال أية وسيلة أخرى، بقصد إسقاط الحمل ثم نتج عن ذلك أن ماتت الأم بسبب هذه الممارسات، فإن الجاني سيتابع بجناية وليس بجنحة نظراً لحدوث القتل الذي يعتبر جناية مع التشديد لة أن الفعل في هذه الجريمة ينطوي على نوعين من الاعتداء، الأول اعتداء على الجنين بإسقاطه قبل ميعاده الطبيعي، والثاني اعتداء على المرأة الحامل بالقتل وهو فعل إجرامي شنيع، فتحقق الاعتداء على سلامة الجنين وعلى سلامة المرأة الحامل ورضا الحامل بإسقاط الحمل أو استعمال العنف لا ينفي مسئولية الجاني وفقاً للقواعد العامة، فيستوي في ذلك رضيت الأم أم أنها لم ترض بالفعل الإجرامي، ولا يشترط لذلك أن تتوفر النية الإجرامية قصد إحداث الوفاة،وا نما يكفي فقط حصول الركن المادي وأن تحصل النتيجة وهي الوفاة، بمعنى القصد المطلوب توفره في هذه الجريمة هو قصد الفعل وليس قصد النتيجة أو نية الوفاة. لذلك فإن الإجهاض يمكن أن يكون منالمر أة الحامل نفسها، أو من الغير الذي يقوم بإجهاض الحامل برضاها أو دون رضاها ، كما أن الغير قد يكون شخصاً عادياً ، وقد يكون ذو صفة خاصة كالطبيب والصيدلي والقابلة، كما أن نتيجة الإجهاض قد تكون إسقاط الجنين ، وقد تكون إيذاء الأم الحامل أو موتها.

الفرع الثـــاني: أسباب الإباحـــــة في الإجهاض

تطبق أسباب الإباحة العامة على الإجهاض شأنه شأن سائر الجرائم، ولكن هذه الأسباب تتسم في الإجهاض بأهمية خاصة، من خلال إقامة موازنة بين حق الحامل وحق الجنين لوجود صلة عضوية بينهما، لأن فعل الإجهاض متعديا بالضرورة إلى جسم الحامل مما يقتضي أن يكون لإرادتها ومصالحها وزن في تقييم هذا الفعل، و معظم التشريعات تعتبر الإجهاض فعلا مجرما، واتجهت معظم التشريعات والمجامع الفقهية إلى إباحة الإجهاض في بعض الحالات المحددة والمنصوص عليها قانونا، وهذه الحالات والظروف التي نص عليها المشرع وجعل آثارها إباحة الفعل المجرم هي أسباب الإباحة وبمقتضاها يسقط وصف التجريم عن الفعل فلا يعتبر جريمة وتنص المادة 33 من مدونة أخلاقيات الطب على أنه ((لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط

المنصوص عليها في القانون))[1]، و قد حدد المشرع الجزائري ضوابط ومعايير إباحة الإجهاض في المادة 308 من قانون العقوبات: ((لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغ السلطات الإدارية ومن خلال نص هذه المادة يتبن أن أسباب إباحة الإجهاض هي حالة الضرورة والتي تستوجب توافر أربعة شروط: أن يكون الإجهاض ضروريا لإنقاذ حياة الأم، و أن يقوم به طبيب أو جراح وأن يكون علاني وبعلم السلطات المختصة :

1/- أن يكون الإجهاض ضروريا لإنقاذ حياة الحامل:

أولا :الإجهاض استنادا إلى حالة الضرورة : قد تتعرض المرأة الحامل لحالة صحية تقتضي التخلص من جنينها، إما حفاظا على حياتها أو على عضو من أعضائها الحيوية كالكليتين والعينين، أو لتسلم من مضاعفات مرض خطير يزداد سوءا كالسرطان و السيدا، فيكون في هذه الحالة ليس الغرض هو الإجهاض في حد ذاته وا نما هو إجراء تستوجبه حتمية إنقاذ حياة الحامل من الخطر ويفترض في هذه الحالة أن يهدد الحمل حياة الحامل أو أن يهدد سلامة جسمها بخطر جسيم، وهذه حالة طبية و مسألة فنية يفصل فيها أصحاب العلم و الاختصاص والأطباء.

وقانون العقوبات الجزائري تناول في المادة 48 منه حكم حالة الضرورة كمانع للمسؤولية كقاعدة عامة في جميع الجرائم بقوله لا عقوبة لمن اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها كما أورد المشرع نصا خاصا يعتبر أن انقاد حياة الحامل هو من حالات الضرورة التي لا مسؤولية عنها، وبالتالي لا عقاب عليها سواء للطبيب الذي يرتكب فعل الإجهاض أو بالنسبة للأم التي رضيت بهذا الفعل، فتنص المادة 72 من قانون الصحة العامة الجزائري على أنه: ((يعد الإجهاض لغرض علاجي إجراء ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المهدد بخطر بالغ))[2]، فقد أباح المشرع الجزائري الإجهاض العلاجي إنقاذا لحياة الأم

[1] المرسوم التنفيذي رقم92 : 276 مؤرخ في 06 :يوليو 1992 ، يتضمن :مدونة أخلاقيات مهنة الطب ، الجريدة- الرسمية الجزائرية، العدد رقم : 52.

[2] الجريدة الرسمية رقم 08 :المؤرخة في 17 :فيفري 1985 ، 85 المؤرخ في 16 :فيفري / المتضمنة القانون رقم05 : 1988المتضمن قانون الصحة العمومية وترقيتها.

الحامل عند وقوع خطر يهدد حياتها، ويشترط أن يكون الخطر ماثلا للعيان، بحيث يصبح عمل الطبيب إنقاذا و إسعافا، لأن الإجهاض للخطر المتوقع لا يعدو أن يكون احتياطا للمحافظة على حياة الحامل عندما يحدق بها الخطر، فالخطر يكون قائما على إيثار حياة على أخرى.

وهو لا يصح إن كان الخطر مستقبلا لانعدام قيام عنصر الضرورة، ففي حالة الضرورة يجد فيها الإنسان نفسه أو غيره مهددا بخطر خطير وجسيم، لا يمكن النجاة منه إلا بارتكاب فعل يعد جريمة، حيث يقوم الشخص بإجراء موازنة بين المصالح المتصارعة مضحيا بالمصلحة الأقل لحساب المصلحة الأكبر قيمة، مثل الطبيب الذي يقوم بإجهاض امرأة إنقاذا لحياتها .

لكن عدم وضع ضابط واضح للإجهاض العلاجي يجعله يختلط كثيرا بالإجهاض الوقائي، ويجعل أكثر حالات الإجهاض التي تسمى علاجية وقائية، فمن السهولة أن يقرر الطبيب أن الحامل تعاني من آفة قد تعرضها للهلاك بعد الولادة .

ثانيا :أن يكون الإجهاض للتخلص من حمل الزنا والاغتصاب: إن السياسية الجنائية تأبى أن يعترف المشرع بإجهاض الحمل الناتج عن حالة اغتصاب ، لعدم توافر أسباب الإباحة، فالمرأة لها حق الدفاع الشرعي ضد الرجل الذي يحاول الاعتداء على عرضها، ولها كذلك الحق في الحيلولة دون الحمل باستعمال الوسائل التي من شأنها ذلك، فإذا حصل الحمل كان له الحق في النمو والميلاد الطبيعي الذي لا يجوز للحامل الاعتداء عليه.

كما أنه يخشى أن يؤدي الاعتراف بهذا الإجهاض إلى إساءة استعماله حين يكون ثمرة علاقة جنسية رضيت بها المرأة، ثم تخلع عليها مظهرا إجراميا توصلا إلى إباحة الإجهاض فإذا اعتبر المشرع الجزائري أن الإجهاض المباح هو الإجهاض الذي يعرض حياة المرأة إلى الخطر.

فلا ينبغي اللجوء إلى الإجهاض لمجرد أن الحمل ثمر ة زنا أو نتيجة اغتصاب لأن حمل الزنا لا يهدد حياة المرأة بالخطر، ولا يجوز الاستناد إلى حالة الضرورة إذا كان الحمل نتيجة اغتصاب أو ثمرة علاقة غير شرعية، وهو ما لم ينص عليه التشريع

الجزائري صراحة وإنما يفهم ضمنيا لكن إذا تعرضت الحامل ولو من الزنا أو الاغتصاب إلى ضرر بالغ و توافرت مقتضيات العمل العلاجي، وقرر الأطباء إجهاضها وفق الضوابط لمذكورة ، فإن حكم ذلك الإجهاض حينئذ يكون مناطه ذلك الضرر وليس الزنا.

ثالثا : الإجهاض من أجل تشوه الجنين أو إصابته بمرض خطير: في القرار الرابع الصادر عن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثانية عشر بمكة المكرمة بشأن موضوع إسقاط الجنين المشوه خلقياً : ((إذا كان الحمل قد بلغ 120يوماً لا يجوز إسقاطه ولو كان التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات المختصين أن بقاء الحمل فيه خطر مؤكداً على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه سواء كان مشوهاً أم لا دفعاً لأعظم الضررين ومعظم التشريعات العربية لم تبح الإجهاض لأسباب اجتماعية واقتصادية، لكنها لم تنص على عدم جواز ذلك.

ويبقى هذا النوع من الإجهاض غريباً عن المجتمعات الإسلامية ، لكنه صار مألوفاً في بعض الدول أروبا وأمريكا، وهو تصرف لاشك في حرمته لتنافيه مع فطرة الإنسان وقيمه، كما أن الإجهاض الذي يستهدف التخلص من ذرية يرجح أن تسيء إلى المركز الاقتصادي للأسرة، كما لو كان عدد الأبناء كبيرا والدخل قليلا، فلا شك في عدم شرعية هذا الإجهاض، ذلك أنه عند المقارنة بين الأهمية الاجتماعية للمركز الاقتصادي للأسرة وحق الجنين في الحياة يتبين رجحان الحق الثاني، فيتعين صيانته بتجريم الاعتداء عليه.

2/- أن يقوم بالإجهاض طبيب أو جراح : الشرط الثاني لإعفاء الشخص من العقاب على إجهاض الضرورة هو أن يكون الشخص الذي يقوم بعملية الإجهاض ذو صفة خاصة وهو الطبيب أو الجراح لا غير حسب المادة 308 :من قانون العقوبات الجزائري لما يمتلك الطبيب من الخبرة والمعرفة والدراية الكافية للقيام بهذه المهمة الحساسة، وفي ظروف صحية ملائمة وباستخدام الوسائل الضرورية والتقنيات التي تسهل العملية، أما إذا أجرى الإجهاض غير الطبيب والجراح كالقابلة أو الممرضة، وطلبة الطب فلا

يشملهم الإعفاء من العقاب، رغم أن الإجهاض كان من أجل إنقاذ الأم لأن الإعفاء من المسؤولية الجزائية في مجال الإجهاض منصوص عليه في القانون على سبيل الحصر، وأي إخلال بهذه الشروط يعد التصرف إجهاضاً معاقباً عليه.

اشترط قانون الصحة العمومية وترقيتها أن يجري الإجهاض في مركز استشفائي مختص بذلك ومن طرف طبيب مختص فتنص المادة 72 منه: ((يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي))، كما أباح المشرع الفرنسي الإجهاض العلاجي شرط وجوب أخذ رأي اثنين من الأطباء المستشارين على أن يكون أحدهما من الخبراء المقيدين بجدول الخبرة أمام المحاكم، مع تسجيل تقريرها على ضرورة الإجهاض، وهو شرط جدير بحفظ الجنين من التعسف بأن يشترط في الطبيب الذي يقوم بالإجهاض طبيباً محلفاً أمام القضاء، كما أن اتخاذ قرار الإجهاض يجب أن يكون صادراً من لجنة مختصة لا من طبيب واحد، وهذا ضمانة أخرى لتجنب التسرع في اللجوء إلى الإجهاض دون تيقن ولا وجود لخطر حقيقي على الحامل أخيرا ينبغي أن يحصل الطبيب على رضا المرأة الحامل قبل إجراء عملية الإجهاض فقد نصت المادة 44 : من مدونة أخلاقيات الطب أنه: ((يخضع كل عمل طبي يكون فيه خطر جدي على المريض لموافقة حرة ومتبصرة أو لموافقة الأشخاص المخولين منه أو من القانون[1]، ومن المعلوم أنه – قبل عملية الإجهاض – من الضروري على الطبيب أن يستأذن المرأة الحامل أو ولي أمرها أو أحد أقاربها، وأخذ موافقتها كتابياً .

3/- إخبار السلطة الإدارية: الشرط الثالث لإباحة الإجهاض هو إخبار السلطة الإدارية التي ينسب إليها الطبيب أو الجراح الذي يقوم بعملية الإجهاض، وما يلاحظ أن المشرع الجزائري أغفل تعيين السلطة الإدارية التي يجب إعلامها بإجراء عملية الإجهاض، وكذا عدم بيان ميعاد إخبار السلطة الإدارية فهل يجب على الطبيب أن يطلع السلطة الإدارية قبل العملية أو بعدها.

ويظهر أن إطلاع السلطة الإدارية يجب أن يتم في وقت الإعداد والتحضير للعملية ، أي في مرحلة العزم على مباشرة القيام بعملية الإجهاض، أما عن إخبار السلطة الإدارية

[1] المرسوم التنفيذي رقم92 : 276 مؤرخ في 06 :يوليو 1992 ، يتضمن :مدونة أخلاقيات مهنة الطب ، الجريدة- الرسمية الجزائرية، العدد رقم : 52

فيكفي التسجيل في السجلات المعدة لذلك مع وجود ملف طبي كامل عن حالة الحامل و الجنين.

4/-**علنية عملية الإجهاض:** الشرط الرابع لإباحة الإجهاض أن تتم إجراءات هذه العملية علنية في مكان غير مغلق وبشكل مكشوف وظاهر، وفي غير خفاء ولا تستر، وهذا يعني أن تتم عملية الإجهاض في مؤسسة استشفائية، أو عيادة ولادة خاصة، وأن يتم بالطرق الفنية و المعايير العلمية المدروسة، وبإشراف فريق طبي بمساعدة ممرضين.

فإذا توافرت هذه الشروط و ثبت أن حياة الأم في خطر حقيقي، فإن المادة 308 قررت إعفاء الطبيب والجراح الذي يقوم بهذه العملية من المسئولية الجزائية، رغم النتيجة التي اجتهد الطبيب تحقيقها هي إسقاط الحمل قبل الميعاد الطبيعي، وهي النتيجة التي جرمتها أغلب الشرائع السماوية و القوانين الوضعية المعاصرة .

أخيرا يتبين أن هناك تشريعات ضيقت في مبررات الإجهاض بينما تشريعات توسعت في ذلك بشكل تتضاءل أمامه المسوغات الطبية، فحالة الضرورة يجب أن تفسر في أضيق نطاق حتى لا يساء استخدامها وتتخذ ذريعة لإجراء الإجهاض .وتبين أن إجراء الإجهاض في حالة الضرورة متفق على إباحته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مع الإشارة إلى أن حالة الضرورة مسألة شديدة الدقة يترك تقديرها لأهل الاختصاص من الأطباء.

وقد اشترط المشرع الجزائري لمشروعية التدخل الطبي أن يهدف إلى سلامة الحمل وميلاده الطبيعي قائلا: ((يجب أن تعمل المساعدة الطبية المقدمة للمحافظة على الحمل)) واكتشاف الأمراض التي يصاب بها الرحم وضمان صحة الجنين ونموه حتى الولادة[1]، ويعد المساس بسلامة صحة الجنين ونموه اعتداء عليه فالطبيب أو القابلة إذا أخطأ أحدهما خطئافادحاً أدى إلى قتل الحمل قبل خروجه من الرحم فانفصل عن أمه ميتاً ، أو تعرض الجنين لعاهة أو تشوه فإن المسؤولية الجنائية للأطباء تكون قائمة سواء حصل ذلك عن قصد أو غير قصد، وهو ما يحتم على المشرع الجنائي وضع نص يجرم

[1] المادة 69 :من القانون الجزائري للصحة العمومية وترقيتها الصادر في 16 فيفري1988

الأعمال الطبية التي تهدف إلى المساس بالنمو الطبيعي للجنين سواء داخل الرحم أو خارجه.

الفصل الثالث

نطاق الحماية الشرعية و الجنائية للجنين

المبحث الأول : مظاهر الرعايـــــــة الشرعيـــــة

إن مظاهر الرعاية الشرعية للجنين تتجلى من خلال العقوبات التي شرعتها الشريعة السلامية لحماية الجنين من الاعتداء، و هناك نوعان من العقوبات، عقوبات أخروية دلت عليها النصوص، فالقتل جريمة توعد الله مقترفها بالنار يقول سبحانه: ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَـــا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾[1]، وعقوبة دنيوية و هي أنواع فبعضها بدنية كالقصاص و الحد و التعزير والحبس، و بعضها مالية كالفارة والدية و الحرمان من الإرث.

نستشف العقوبة الأخروية ولو ضمنيا من خلا تحريم قتل النفس، ونسقط عليها تحريم قتل الجنين الذي كما بنا سابق في الفصل التمهيدي، أنه يعد اللبنة الأولي لحياة بشرية ورأينا من الفقهاء من يحرم إجهاض مجرد التقاء النطفة بالبويضة الأولي.

إلا أن العقوبة الأخروية بيد الله سبحانه وتعالى و هو الذي يقدرها، وقد يعفو الله عنها إذ اقتص من العبد في الدنيا و تاب وكفر عن خطيئته.

لدلك سنتناول بالدراسة العقوبات الدنيوية ولقد قسمت البحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: العقوبات البدنية

المطلب الثاني: العقوبات المالية

[1] سورة النساء الآية 93

المطلب الأول : العقوبة البدنيـــة

و تتمثل في كل العقوبات التي سنها الشارع في كتابه الكريم و سنته الشريفة جراء، اقتراف هذه الجريمة و التي تمس بالدرجة الأولى البدن.

1/-القصـــاص النفس بالنفس: هناك اختلاف فقهي حول المرحلة التي يترتب فيها إجهاض الجنين إلزامية القصاص وغاية القصاص هنا هو انه مسقط عل قتل النفس البشرية أي مماثل لقتل إنسان واختلاف فقط فيما إذا كان الجنين قد نفخ فيه الروح أم لا ؟ إذا نفخ فيه الروح: قال الجواهر: ((يقتل الضارب إن كان عندا لتحقق موضوع القصاص فيه و هو إزهاق الروح المحترمة سواء كانت مستقرة أم لا))

خلاصة القول أن الفقهاء بعد أن ينفخ في الجنين الروح يفرقون بين قتله خطأ وقتله عمدا، فيستحق القاتل القصاص في العمد لات الجنين بعد ولوحه الروح يصبح نفسا وقال سبحانه: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾[1]، ويستحق القاتل الخطأ الكفارة والدية .

2/- التعزيـــر: ذهب العلماء إلى أن الجنين إذا خرج من الرحم وعاش أو مات بفعل شخص أخر غير الذي اعتدى على أمه وهي حامل ، فالعقوبة التي تستوجب الجاني هي التعز ير فقطو التعزير هو عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله، لم تحددها الشريعة لذلك يقوم القاضي بتقدير العقوبة التعزيرية و تعينها وفقا لما يراه رادعا للجاني.

3/الكفـارة الجسدية: و هي صيام شهريين متتابعين فقد نصت الاية الكريمة على ذلك في قوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ۚ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا ۚ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ۖ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ۖ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِنَ اللَّهِ ﴾[2]، إذا ألزم الجاني بصيام شهرين متتابعي كفارة له ، أما إذا لم يستطع فذهب الشافعية إلى إطعام ستين مسكينا،و الكفارة هنا تجب بعد ولوج الروح ، وهناك من الفقهاء من لا يرتب جزاء على قتل الجنين ففي الروضة يقولون: ((لا كفارة في قتل

[1] سورة المائدة الآية 45
[2])- سورة النساء الآية 92

الجنين في جميع أحواله لان وجوبها مشروط بحياة القتيل)، و بالتالي نلاحظ مع اختلاف أراء الفقهاء إلا أن الشريعة عاقبة بشتى الطرق الاعتداء على الحنين.

المطلب الثاني : العقوبة الماليـــــة

كما سبق وقلنا أن الاعتداء على الجنين بأي شكل من الأشكال عاقبت عليه الشريعة وبطرق مختلفة فكما هناك عقوبات جسدية هناك عقوبات مالية و المتمثلة في:

1/- الديـــة: تختلف دية الجنين عند الإمامية حسب المراحل:

قبل التخلق: إجهاض الجنين قبل التخلق فيه غرة عبد أو أمة، وهذا القول لم يفرق في كونه علقة أو مضغة أو غيرها، القول الثاني أن لكل مرحلة دية، إذا تم الجنين ولم تلجه الروح: القول الأول أن دية الجنين بحكم المسلم الحر مائة دينار، القول الثاني أن فيه الدية كاملة.

بعد ولوج الروح: قال في الجواهر عليه دية كاملة للذكر ونصف الدية للأنثى في الحر المسلم.

2/-الغـرة: وهي نصف عشر الدية خمس من الإبل وتجب إذا كان الجنين مجرد مضغة أو علقة مما يعلم فيه انه ولد، قال الشافعي: ((لا شيء حتى يستبين الخلقة، و الأجود أن يعتبر نفخ الروح أعنى إن تجب فيه الغرة إذا علم أن الحياة قد وجدت فيه)) .

3/- الكفـارة عتق رقبة: لقوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾[1]، أي تحرير عبد أو امة مملوكة ككفارة لإجهاض الجنين .

4/الحرمان من الإرث: لا يرث القاتل كقاعدة عامة و هي شاملة لحالة الإجهاض لان المجهض قاتل، فلا يرث لا من المال ولا من الدية عقوبة له، ويرث في الخطأ من المال دون الدية ، لقوله ﷺ: ((ليس لقاتل شيء)).

المبحث الثاني : أنواع العقوبات في القانون الوضعي

لقد أولى القانون الجزائري في شقه الجنائي أهمية كبرى لمعاقبة الجاني في جريمة الإجهاض و بكل صورها، وهو لذلك خص نصوص عديدة تناولت معظم جوانب هذه

[1] سورة النساء الآية 92

الجريمة، في الفصل الثاني من قانون العقوبات، وتتعلق بكل من اشترك فيها أو التحريض عليها.

و قد تنوعت العقوبات بين الحبس والسجن والغرامة و الحرمان من ممارسة النشاط و المنع من الإقامة.

و نحن ومن خلال هذا المبحث سنتطرق أولا إلى أنواع العقوبات الواردة في القانون المطلب الأول العقوبات السالبة للحرية و المطلب الثاني العقوبات المالية والمهنية .

المطلب الأول : العقوبات الأصليـــة

وتنقسم هذه العقوبات إلى قسمين عقوبة الحبس وعقوبة السجن تختلف باختلاف خطورة الجريمة و بالصفة القانونية لمن ارتكبها.

أ/-إجهاض الحامل من طرف الغيـر:

1/- عقوبة الحبس : المادة 304 قانون العقوبات: ((كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات على الأكثر .....)).

نلاحظ أن القانون قرر عقوبة الحبس لكل من أجهض امرأة حامل بإعطائها مشروبات أو مأكولات أو أدوية أو باستعمال طرق أو باستعمال العنف أو بأية وسيلة أخرى وتدخل في هذا الاعتبار المادة 306 من قانون العقوبات كل من: ((الأطباء أو القابلات آو جرحوا الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبت الطب أو طلبت طب الأسنان أو طلبت الصيادلة و مستخدمو الصيدليات و محضرو العقاقير.

و الملاحظ هنا أن المشرع عاقب من يجهض امرأة سواء كان ذلك برضاها أو من دونه، كما يعاقب على الشروع في جريمة الإجهاض، حيث قدر عقوبته بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات.

المادة 305 : ((إذا ثبت أن الجاني يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادة 304 فتضاعف عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى .....)) .

وقد ضاعف المشرع العقوبة في حالة العود أي إذا كان الجاني معتاد على هذا النوع من الجرائم أي مسبوق بها قضائيا.

2/عقوبة السجن: شدد المشرع العقوبة في المادة 304 من الحبس إلى السجن لذا أدى الإجهاض إلى وفاة الحامل حيث جاء فيها: ((.... أذا أدى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشرة سنوات إلى عشرين سنة ....))، على أساس أن الجاني لم يكن يقصد قتل الحامل إنما كان يرد بالإجهاض قتل الجنين فتسبب في موت الحامل.

وأضافت في المادة 305 : ((... وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى...)) وهذا في حالة العود أي إذا سبق وان ارتكب الجاني جريمة الإجهاض المفضي للوفاة .

ب/إجهاض الحامل لنفسها:

1/- عقوبة الحبس: عاقب المشرع الحامل ذاتها إذا حاولت أو أجهضت بالفعل نفسها من خلال المادة 309 من قانون العقوبات حيث جاء فيها : ((تعاقب من ستة أشهر إلى سنتين ....المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي ارشد ت إليها أو أعطيت لهذا الغرض)) حيث أوضح ثلاثة صور لإجهاض المرأة نفسها و التي تجرمها جميعها المادة و تعاقي عليها و هي

- أن تجهض الحامل نفسها عمدا .
- أن تحاول إجهاض نفسها أي حتى الشروع مجرم قانونا .
- أن توفق عل استعمال الطرق التي ارشد تاليها من الغير أي أن المشاركة أيضا مجرمة قانونا .

لم يقرر المشرع لإجهاض الحامل نفسها عقوبة أخرى .

ج/التحريض على الإجهاض :

1/- **عقوبة الحبس** : حيث جاء في المادة 310 معدلة: ((يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات كل من .....كل من حرض أو لم يؤدي تحريضه إلى نتيجة)).

و نلاحظ هنا أن المشرع عاقب أيضا أخرى على مجرد المحلة لتحريض الحامل أن تجهض.

المطلب الثاني : العقوبات التكميلية وتدابير الأمن

أضاف المشرع للعقوبات الأصلية عقوبات أخرى تكميلية وتدابير أمن بالنسبة لجريمة الإجهاض غاية منه في ردع هذه الجريمة وحماية الجنين الذي يعد في وضع ضعيف يحتاج على إثره فعلا للحماية، وتتمثل هذه العقوبات التكميلية و تدابير الأمن في كل من الغرامة و الحرمان من ممارسة النشاط والمنع منة الإقامة.

أ/-إجهاض الحامل من طرف الغيـر:

1/- عقوبة الغرامة: جاء في المادة 304 قانون عقوبات: ((... وبغرامة من 500 إلى 10.000 دينار جزائري ..))، أضف المشرع الغرامة للعقوبة الأصلية كعقوبة تكميلية لكل من يجهض حامل بأي طريقة كانت أو حتى يحاول ذلك طبعا الغاية هي ردع الجناة، ودائما يجرم المشرع الجزائري المحاولة لارتكاب جريمة بأي صورة لها.

2/عقوبة المنع من الإقامة: وهو تدبير أمن أ قرره جوازيا المشرع كتشديد للعقوبة الأصلية في المادة 304: ((...وا إذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة سنة وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة)) كما أقر المشرع هذه العقوبة أيضا على المختصين وأصحاب المجال من أطباء وصيادلة و مهنيين و حتى الطلبة، في المادة 306 : ((.. ويجوز الحكم على الجناة..... 23 فضلا عن جواز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة)).

3/عقوبة الحرمان من ممارسة النشاط: و أقرها المشرع بالنسبة لفئة معينة، وهي فئة المختصين إما طبيا أو مهنيا بشكل جوازي كتكملة على العقوبة الأصلية وكتشديد لها متى رأى القاضي ذلك مما يعني أن للقاضي سلطة تقديرية حيث أقرت المادة 306: ((.. ويجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليه في المادة 23فضلا)) نصت المادة 262 من مدونة أخلاقيات الطب أنه: ((يعاقب كل من يخالف الأحكام المتعلقة بمواد الإجهاض بالحبس من سنة إلى سنتين ،وبغر امة مالية تتراوح من 1.000 إلى 3.000 دج، أو بإحدى العقوبتين، وتأمر المحاكم في جميع الحالات بمصادرة المستحضرات العلاجية والمواد والأدوات والأشياء المحجوزة، ويجوز لها

زيادة على ذلك، أن تصدر في حق المحكوم عليه الإيقاف المؤقت أو عدم الأهلية لممارسة المهنة التي يكون قد ارتكب جنحة من خلالها)).

ب/- إجهاض الحامل لنفسها: أضاف المشرع لعقوبة الحبس عقوبة الغرامة كتكملة وكتشديد للعقوبة الأصلية من أجل الردع حيث جاء في المادة 309 من قانون العقوبات: ((تعاقب ... وبغرامة من 250 إلى 1.000 دينار المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغر)).

ج/- التحريض على الإجهاض: حيث أضاف المشرع عقوبة الغرامة لجريمة التحريض على الإجهاض أو محاولة التحريض عليه، حيث جاء في المادة 310 معدلة قانون العقوبات: ((يعاقب .. وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج)).

التعقيب والتعليق:

والمشرع الجزائري ينتمي إلى مذهب الاعتدال، على غرار معظم التشريعات العربية التي تأثرت بأحكام الشريعة الإسلامية، ولا يعتبر الإجهاض بمثابة القتل العمد، كما أنه لا يجيز الإجهاض دون مبرر.

والمشرع الجزائري يمنع الإجهاض وحدد له عقوبة أخف بكثير من عقوبة القتل العمد فاعتبر جريمة الإجهاض جنحة، ولم يفرق المشرع بين وجود الحمل في البطن وعدمه وبين سبب حصول الحمل من طريق مشروع أو غير مشروع ، ولا حصول الإجهاض من الطبيب أو من غيره، ولو كان الفاعل هو المرأة الحامل نفسها.

المبحث الثالث : الحماية الإجرائيـــة للجنين في ظل القانون الجزائري

تخضع المتابعة في جريمة الإجهاض إلى القواعد العامة لتحريك الدعوى العمومية فيمكن للنيابة العامة القيام بالمتابعة بمجرد قيام أركان الجريمة.

ولا تخضع لأي قيغل ّ يدها عن ذلك، ويميز المشرع في العقوبة حسب صورة الإجهاض و تركيبته سواء تعلق الأمر بالعقوبات الأصلية أو العقوبات الأخرى.

حيث يقتضي حق الجنين في النمو الطبيعي ضرورة تأجيل الأحكام العقابية على المرأة الحامل سواء أكانت العقوبة حكما بالإعدام أم عقوبة سالبة للحرية.

لذا فقد أقرت بعض التشريعات الجنائية في حالة ارتكاب المرأة الحامل جناية أو جنحة بإرجاء العقوبة عليها حتى تضع حملها ،أخذاً بمبدأ شخصية العقوبة حيث أن الحامل هي التي تستحق العقوبة دون جنينها، الذي لا ذنب له في جريمة أمه، وا رجاء العقوبة الذي أقرته بعض التشريعات قد يكون وجوبيا حيث لا تملك النيابة العامة خياراً بشأنه وقد يكون اختيارياً حيث تملك النيابة العامة إمضاء العقوبة أو إرجاء تنفيذها.

المطلب الأول : الحماية القانونية المتعلقة بعقوبة الإعدام

لا تسمح بعض التشريعات الجنائية إرجاء تنفيذ عقوبة الإعدام إلا في حالات محددة، كأن يكون الحكم بهذه العقوبةصادراً ضد امرأة حامل، وتستفيد من هذا الإرجاء الوجوبي كل امرأة ثبت حملها قبل تنفيذ عقوبة الإعدام عليها، ولو كان الحمل في أيامه الأولى، دون اشتراط فترة زمنية لعمر الجنين، وذلك بهدف الحفاظ على الجنين فلا تزهق روحه البريئة مع روح الأم الحامل المحكوم عليها.

عدم تنفيذ عقوبة الإعدام على المرأة الحامل: تكمن الحكمة من تأجيل تنفيذ الحكم في الدول التي مازالت تنفذه في إنقاذ الجنين كمخلوق برئ لا ذنب له في جريمة ارتكبتها أمه وا عمالاً لمبدأ شخصية العقوبات.

وذكر فقهاء الشريعة الإسلامية أنه إذا اقترفت الحامل فعلا ما يستوجب الحد، فينبغي تأجيل تنفيذ إقامة الحد عليها حتى تضع حملها دون تمييز، سواء أكان الحدرجماً أم جلداً ، أم قطعا، وذلك إلى أن تضع حملها ثم ترضعه رضاعة طبيعية إلى أن تفطمه، وحدد الفقهاء سن الفطام بحولين كاملين.

فالفقهاء قرروا أن المرأة الحامل إذا قتلت عمدا لا يقتص منها حتى تضع حملها سواء أكان هذا الحمل من زواج صحيح أم من زنا، كما نص الفقهاء على وجوب تأخير إقامة الحد عليها، وذلك لأن هذا التأخير كان لمصلحة الجنين نفسه بغض النظر عن سلوك المرأة الحامل، وهكذا فإن التشريع الإسلامي يحمي حق الطفل في الإعفاء من آثار المسؤولية الجنائية.

أما المشرع الجزائري: فقد أقر صراحة وجوب إرجاء عقوبة الإعدام على المرأة الحامل مسايرة لباقي التشريعات وحدد مدة الإرجاء بحولين كاملين أخذاً بمنهج الشريعة

الإسلامية، وتجسيدا للحماية اللازمة للجنين في حقه في الحياة وحقه في النمو الطبيعي، إضافة إلى حق الوليد في الرعاية الصحية والنفسية والرضاعة الطبيعية.

فنصت المادة 155 قانون الإجراءات الجزائية الجزائري على ما يلي: ((لاتنفّذ عقوبة الإعدام على الحامل أو المرضعة لطفل دون أربعة وعشرين شهر)) .

وا إقرار المشرع الجزائري والفقه الإسلامي تأجيل تنفيذ عقوبة الإعدام إلى تمام مرحلة الرضاعة بمضي سنتين كاملتين، يعد ضمانا للرعاية الصحية والنفسية اللازمة لبناء جسم الوليد.

المطلب الثاني : الحماية القانونية للجنين المتعلقة بالعقوبة السالبة للحرية

أجازت بعض التشريعات إرجاء تنفيذ العقوبة السالبة للحرية إذا كان المحكوم عليها حاملاً، والحكمة من تأجيل تنفيذ العقوبة على المرأة الحامل تتمثل في مراعاة حالتها الصحية المتدهورة خاصة خلال الأشهر الأخيرة من الحمل، وتحقيق الراحة النفسية و الجسدية لها خاصة بعد تعب عملية الولادة، فضلا عن المحافظة على حق الجنين في الحياة والنمو الطبيعي السليم، فلا ينبغي أن يكون تنفيذ الحامل للعقوبة سبباً في الإضرار بجنينها وهو مخلوق بريء لا ذنب له في جرم.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا في مسألة تنفيذ العقوبة على المرأة الحامل بالجلد أو القطع إلى رأيين ، اتجاه يرى بالجواز، وآخر يرى عدم جواز توقيع العقوبة على الحامل سواء بالجلد أو القطع أو التعزير حتى تطهر وتستعيد عافيتها الكاملة، فهي تعامل معاملة المريض الذي يرجى برؤه.

إن تدخل المشرع الجنائي الجزائري لازماً لتدارك النقص في نصوص تنفيذ العقوبة على الحامل ، ليقر وجوب إرجاء العقوبة السالبة للحرية على المرأة الحامل ابتداء من ثبوت الحمل إلى غاية الوضع.

جاء في المادة 16من قانون تنظيم السجون الفقرة 07: ((يجوز منح المحكوم عليه نهائيا الاستفادة من التأجيل لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية في الحالات التالية: الفقرة07 إذا كانت المرأة حاملا .....)).

كما يستمر الإرجاء إلى غاية مرور سنتين من تاريخ الوضع محافظة على حق الجنين في النمو الطبيعي ورفع المشقة عن المرأة الحامل وحق الوليد في الرعاية والرضاعة الطبيعية، وتتولى النيابة العامة اتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة التي تكفل عدم إفلات الحامل من العقاب، كالحكم بأحد التدابير البديلة للعقوبات السالبة للحرية.

المطلب الثالث: تقييم موقف المشرع الجزائري من الحماية الجنائية للجنين

يعد من تمام هذه الدراسة إجراء تقييم فاحص لمدى فاعلية الحماية الموضوعية والإجرائية المقررة للجنين في قانون العقوبات الجزائري وقانون الإجراءات الجنائية مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، والملاحظ أن هذه الحمايةوا ن كانت ما تزال تتضمن بعض القصور والمآخذ التي أضعفت من فاعليتها، إلا أنها لم تخل من العديد من المزايا التي تشكل الجانب الإيجابي لهذه الحماية.

الفرع الأول: الجوانب الإيجابية

يمكن ذكر بعض الجوانب الإيجابية في القواعد القانونية المقررة للجنين في التشريع الجزائري في النقاط الآتية:

– لم تحصر القواعد القانونية نطاق تجريم الاعتداء الواقع على الجنين بإماتته داخل بطن أمه أو إخراجه ميتاً ، بل بسطته ليشمل أيضاً مجرد تهديد الجنين بالخطر، ومن أجل ذلك فهي تجرم الفعل المؤدي إلى إخراج الجنين قبل موعده الطبيعي ولو خرجحياً وقابلاً للحياة، إلى جانب تجريمها للاعتداء على حياة الجنين.

– جرم التشريع الجزائري الإجهاض أياً كانت وسيلته وفاعله، ولو كان الفاعل هو المرأة الحامل نفسها بل إنه يعدها مرتكبة لجريمة الإجهاض ولو لم يقع منها الإجهاض ومكنت الغير من إجهاضها، وذلك ليؤكد المشرع الجزائري على التزام الحامل بالمحافظة على جنينها، بعدم السماح للغير بالاعتداء عليه عن طريق إجهاضها،فضلاً عن التزامها هي شخصياً بعد المساس بالجنين عن طريق إجهاض نفسها، وقد أراد المشرع بعقاب المرأة التي تجهض نفسها أن يؤكد أن الحق المقصود بالحماية أصلاً هو حق الجنين ذاته في استمرار حياته واكتمال نموه وتطوره الطبيعي داخل الرحم حتى يحين ميلاده الطبيعي

باعتباره كامل الحقوق لا يجوز مساسه بسوء طيلة فترة الحمل من أول لحظة تتشكل الأمزجة إلى الميلاد الطبيعي.

– المشرع عندما يجرم الإجهاض فهو لا يحمي حقاً واحداً ،وإنما يحمي حقوقاً متعددة فهو يحمي بالدرجة الأولى حق الجنين في الحياة باعتباره إنساناً له حقوقه وكرامته، وله شخصية قانونية وهذه الشخصية هي محل الحماية، كما أن تجريم الإجهاض يحمي حق الجنين في النمو الطبيعي في الرحم، وحق المرأة في استمرار حملها والمحافظة على صحتها الإنجابية، وهو أيضاً يحمي حق المجتمع في الاستمرار والازدهار والتكاثر.

– المشرع الجزائري جرم فعل الشروع في جريمة الإجهاض بنص القانون لأن ذلك تعريض لحياة الجنين وأمه لخطر حقيقي، ويترتب على العقاب على الإجهاض العقاب أيضاً على الاشتراك في الشروع، فلا ينجو من العقاب كل من يستعمل وسيلة لا تؤدي إلى الإجهاض معتقداً أنها تؤدي إلى الإجهاض.

– التشريع الجزائري يسوي بين عقاب الإسقاط وعقاب الشروع كما يعاقب على الجريمة المستحيلة ، رغم عدم تحقق النتيجة الإجرامية وهي إسقاط الجنين قبل الميعاد الطبيعي وهذا حماية لحرمة الجنين وحقه في الحياة الطبيعية.

–التحريض على الإجهاض يعد في التشريع الجزائري جريمة مستقلة وبغض النّظر عن حصول النتيجة أو عدم حصولها، فلم يشترط المشرع حصول النتيجة لقيام جريمة التحريض على الإجهاض بل اعتبرها جريمة مستقلة بذاتها ومعاقب عليها سواء تحققت النتيجة أم لم تتحقق.

– جاءت النصوص القانونية المنظمة لجريمة الإجهاض في التشريع لجزائري بتحديد حالات إباحة الإجهاض بكل وضوح، مواكبة للتشريعات العقابية الحديثة بإباحة الإجهاض عندما يكون استمرار الحمل يهدد حياة الأم أو يعرضها لخطر محقق، وهي الحالة التي اتفق عليها جميع الفقهاء المعاصرون بغض النظر عن عمر الجنين، وسواء أنفخ فيه الروح أم لا، لكون الحمل يعرض حياة الحامل إلى الخطر.

– وجود توافق كبير بين اجتهاد الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري من التلقيح الاصطناعي بوجه عام، حيث أن المشرع الجزائري أجاز التلقيح الاصطناعي في حدود

العلاقة الزوجية المشروعة ودون تدخل طرف ثالث، أما إذا كان التلقيح بغير ماء الزوج فهو شبيه بالزنا ويعد جريمة.

– إقرار التشريع الجنائي الجزائري صراحة جواز إرجاء عقوبة الإعدام على المرأة الحامل وهو ما يعد حماية للجنين ومسايرة لباقي التشريعات، كما حدد مدة الإرجاء بحولين كاملين أخذاً بمنهج الشريعة الإسلامية، وذلك تجسيدا للحماية اللازمة للجنين في حقه في الحياة والنمو الطبيعي، إضافة إلى حق الوليد في الرعاية الصحية والنفسية والرضاعة الطبيعية.

الفرع الثاني :الجوانب السلبية

يمكن إجمال جوانب السلبية في الحماية الجنائية المقررة للجنين في التشريع الجزائري فيما يلي:

– إن الحماية الجنائية الواردة في التشريع الجزائري لا تتعلق إلا بالجنين داخل رحم المرأة، ومن ثم لا تسمح قواعدها بامتدادها لتشمل الفترة الأولى من نمو الجنين خارج الرحم في حالة التلقيح الاصطناعي الخارجي، وبذلك تقتصر قواعد قانون العقوبات الجزائري على حماية الجنين داخل الرحم دون تقرير لحماية اللازمة لأطفال الأنابيب وهذا قصور في التشريع يتعين التدخل لسده، حماية للأجنة من أ ي معتد ليست له مصلحة في استمرار نمو الجنين، فيمكن ارتكاب جريمة إتلاف الأجنة خارج الرحم دون مؤاخذة ولا عقاب لانتفاء وصف التجريم عن هذا السلوك ضد هذه الأجنة خارج الرحم.

– لم يفرق القانون الجزائري– كغيره من القوانين العقابية الأخرى – في تجريمه الإجهاض بين وقوعه في بداية الحمل ووقوعه في آخره، فاعتبر درجة تجريمه واحدة وعقوبته واحدة، دون أدنى تفاوت أو تدرج في الوصف أو العقاب بحسب تفاوت مدد حدوثه خلال فترة الحمل، وهذا عكس موقف فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يفرقون بين الممارسات الواقعة على الجنين قبل نفخ الروح ومرحلة ما بعد النفخ ، فحرمة الجنين في بداية تخلقه وتكوينه لا يمكن أن تُسوى مع حرمته بعد نفخ الروح فيه، الأمر الذي يستوجب ضرورة تدخل المشرع لمراعاة هذا التفاوت في درجة حرمة هذا الكائن عند وضع العقوبة، بحيث يضع لفعل الإجهاض عقوبة محددة عند وقوعه في الأشهر الأولى من

بداية تكوين الجنين، ثم تزداد شدتها كلما ارتقى الجنين من مرحلة إلى أخرى من مراحل النمو والتطور ليصل بالعقوبة إلى أقصى حد لها ببلوغ ستة أشهر فأكثر على أساس أن مدة الستة أشهر هي أقل مدة يكون فيها الجنين قابلاً للحياة خارج الرحم.

– لم تنص معظم التشريعات العقابية على الإجهاض الخطأ، وتوسيع نطاق الحماية الجنائية يكون أكثر فاعلية إذا اشتمل الاعتداء ألعمدي وغير ألعمدي على الجنين وذلك بالعقاب على الاعتداء عليه سواء أوقع هذا الاعتداء عمدا أم خطئا.

– اختلفت التشريعات الجنائية حول جريمة الإجهاض التي يقوم بها ذوو الصفة الخاصة كالأطباء والجراحون، فهناك طائفة من التشريعات تميل إلى تخفيف عقوبة الفاعل إذا كانت له صفة الطبيب، وتميل بعض التشريعات الجنائية الأخرى إلى تشديد عقوبة الفاعل إذا كان يحمل صفة خاصة، بينما التشريع الجزائري نص على جرائم ذوي الصفة دون أن يقرر عقوبة مشددة لهم، فكان من الأجدى تشديد العقوبة عليهم.

– إناشتر اط المشرع لإباحة الإجهاض العلاجي أن يقوم به طبيب أو جراح، هو شرط مهم لكنه ما زال غير كاف لتوفير حماية أفضل للجنين، فينبغي أن يكون ذلك بناء على رأي لجنة مختصة من الأطباء يكون من بينهم طبيبمحـ ّ لف، وأن تجرى العملية في مستشفى عام أو مصحة مرخصة لها بذلك.

– معظم التشريعات لم تبح الإجهاض لأسباب اجتماعية واقتصادية، لكنها لم تجرم ذلك، فحري بالمشرع الجزائري تدارك هذا الفراغ بالنص صراحة على تجريم إجهاض حمل الزنا ، والحمل الناتج عن الاغتصاب كحالة عامة –قصد حماية الجنين حماية فعالة كغيره من المواطنين، إذ لا عبرة بالمشاكل الصحية غير الخطيرة والتي لا تعود ضرورة ملحة.

– المشرع الجزائري لم ينص على تجريم الاتجار بالأجنة أو المساس بها من خلال الأنشطة العلمية والأبحاث الطبية مهما كانت المبررات الطبية والعلاجية والعلمية التي يؤكد عليها الأطباء، فمادام تم إخصاب البويضة فلها كامل الحماية والحق في الحياة والنمو الطبيعي، فلا يجوز استخدام الأجنة الإنسانية في الصناعات الدوائية و التجميلية والتجارب العلمية وزرع الأعضاء.

– إن القانون لا يجرم كل صور الاعتداء على الجنين، بل يقتصر على تجريم الاعتداء الذي يؤدي إلى قتل الجنين عمداً داخل الرحم أو إخراجه عمداً من الرحم قبل أوانه الطبيعي للميلاد، ومن ثم يخرج الاعتداء على الجنين بالتشويه أو الإيذاء داخل الرحم عن دائرة التجريم، رغم خطورته وبشاعة آثاره، مثل حالات تعرض الحامل للإشعاعات الخطيرة أو تناول الحامل للمخدرات أو تعاطيه ا للتدخين، أو تقديم الطبيب لوصفة علاجية للحامل تتضمن أدوية تؤدي على إيذاء الجنين بالتشويه والإعاقة، فلا يصدق التشويه والإيذاء على وصف الإجهاض لأنه لا يعد صورة من صور الإجهاض، كما لا يمكن اعتباره جريمة ضرب أو جرح أو إعطاء مادة ضارة لأنها جرائم مقصورة على الإنسان، والجنين لا يصدق عليه وصف الإنسان مادام في رحم أمه، وهذا يشكل قصوراً واضحاً في التشريعات العقابية، يتعين سرعة التدخل لعلاجه بالنص على تجريم هذا الاعتداء وغيره من صور الاعتداء حفاظاً على الأجنة كمخلوقات حية واجبة الاحترام والتقدير باعتبارها عدة المستقبل.

– لم ينص المشرع الجزائري على استثناءات عند تنفيذ العقوبة السالبة للحرية على المرأة الحامل، وتد خل المشرع الجنائي الجزائري لازماً لتدارك هذا الفراغ، ليقر وجوب إرجاء العقوبة السالبة للحرية للمرأة الحامل ابتداء من ثبوت الحمل إلى غاية الوضع، كما يستمر الإرجاء إلى غاية مرور سنتين من تاريخ الوضع محافظة على حق الجنين في النمو الطبيعي ورفع المشقة عن المرأة الحامل وحق الوليد في الرعاية والرضاعة الطبيعية، وتتولى النيابة العامة اتخاذ الاحتياطات والتدابير اللازمة التي تكفل عدم إفلات الحامل خلال تلك المدة من العقاب.

– خلت نصوص قانون العقوبات الجزائري كغيره من القوانين العربية من أحكام تجرم صور التلقيح الاصطناعي خارج الرابطة الزوجية، والتي تتنافى مع أحكام الفقه ا لإسلامي وأخلاقيات مهنة الطب، فكان على المشرع تجريم تلك الصور من التلقيح التي يكون فيها طرف ثالث غير الزوجين، مع ضرورة وضع العقوبات التي تناسب خطورتها على الأعراض والأنساب ومصالح الطفل وحق الأبوة والأمومة والأسرة.

خاتمة

خاتمــة:

وتوصلت الدراسة إلى جملة من التوصيات تتمثل فيما يلي:

– ينبغي أن يتدخل المشرع الجنائي بنصوص صريحة وواضحة تجرم كل فعل يشكل اعتداء على الجنين، سواء أنشأ داخل الرحم أم خارجه حفاظا على حقه في الحياة حتى لا يفلت أي مجرم من العقاب.

– ضرورة تجريم جميع صور التلقيح الاصطناعي التي يكون فيها طرف ثالث غير الزوجين، بما فيها الحالات التي يتم فيها استعمال نطفة غير نطفة الزوج، أو بويضة متبرع بها، أو اللجوء إلى الحمل بالإنابة، مع تجريم استخدام التلقيح الاصطناعي دون رضا أحد الزوجين، بما يتماشى مع نصوص قانون الأسرة الجزائري واجتهادات فقهاء الشريعة الإسلامية.

– إعداد مشروع قانون شامل يحمي الكائن البشري منذ لحظة الإخصاب سواء أكانت طبيعيا أم اصطناعيا، وكل التطبيقات التي تمس بجسمه وحياته ونموه الطبيعي، ويحدد فيه وبشكل دقيق الفعل المحظور ومسؤولية الأطراف المشاركة، وضوابط المخابر والمراكز الطبية.

– بذل المزيد من الجهود الدولية لسن التشريعات التي تحمي الأجنة من مخاطر الاعتداء عليها سواء عند تشكلها داخل الرحم أو خارجه، أو عند القيام بإلقائها بالإجهاض، والاستمرار في انعقاد المؤتمرات العلمية المشتركة التخصصات في مجال علوم الأحياء وتبادل الخبرات بين البلدان العربية والإسلامية، للوصول إلى قواعد وضوابط مدروسة وبالسرعة التي يتطور بها العلم.

– توعية الرأي العام بالقواعد الأخلاقية والقانونية والشرعية التي تحكم الأجنة ، وضرورة مراقبة المراكز الطبية والعيادات المختصة بالإخصاب والتوليد، ووجوب اتخاذ كافة التدابير للحفاظ على كيان الأسرة.

المصادر والمراجع

الكتب:

- المراجع الدينية :

1/- القران الكريم

2 /البخاري الجامع الصحيح، ج3 ، رقم 3036 .

3/- صحيح مسلم، ج4 ، رقم 2643

4/-محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي :الجامع الصحيح المختصر-دار ابن كثير اليمامة – بيروت الطبعة الثالثة -1407هـ 1987 م - ج 3.

5/- أبو داود – سنن أبي داود – ج 3- حديث رقم 2920 .

6/- محمد بن اسماعيل ابو عبد الله البخاري الجغفي , الجامع الصحيح المختصر , دار ابن كثير اليمامة بيروت الطبعة .

المراجع القانونية :

1/-القانون الجزائري للصحة العمومية وترقيتها الصادر في 16 فيفري 1988 .

2/-المرسوم التنفيذي رقم : 92 - 276 مؤرخ في 06 : يوليو 1992 ، يتضمن : مدونة أخلاقيات مهنة الطب ، الجريدة- الرسمية الجزائرية ، العدد رقم : 52

3/- الجريدة الرسمية رقم 08 :المؤرخة في 17 :فيفري 1985 ، 85 المؤرخ في 16 : فيفري- المتضمنة القانون رقم05 : 1988 المتضمن قانون الصحة العمومية وترقيتها.

4/- قانون الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 1991/2704 .

5/- قانون الأسرة الصادر بتاريخ 2007 .

6/- قانون الجنسية الصادر بتاريخ 2007 .

7/- قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين لسنة 2007 .

8/-القانون المدني الجزائري طبعة 2007.

9/ قانون العقوبات الجزائري طبعة 2007 .

10/-قانون الإجراءات الجزائية طبعة 2007 .

مراجع الفقه الإسلامي:

1/- الموسوعة الفقهية -صادرة عن وزارة الأوقاف الكويت -الطبعة الثانية -ج17- دار السلالة للنشر .

2/- منظمة المؤتمر الإسلامي :مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة ، العدد الثالث، ج2 ، السعودية ،

3/-.الدكتوريوسف القرضاوي- الحلال والحرام في الإسلام، ط4 ، مكتبة وهبة، بيروت، 1980 .

4/- نعيم ياسين- أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط2 ، الأردن، دار النفائس، 1999 .

5/-محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر -أصول السرخسي -تحقيق أبو الوفا الأفغاني - ج 2 - دار المعرفة بيروت -1372 هـ

6/- الدكتور محمد فياض إعجاز آيات القران في خلق الإنسان دار الشروق لطبعة الأولى سنة 1420هـ

7/- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح-مكتبة لبنان -ناشرون بيروت - 1415 هـ -1995 م ، ج 1.

8/- عبد القادر عودة -التشريع الجنائي الإسلامي مقرنا بالتشريع الوضعي -الطبعة السادسة 1405 هـ 1985 م مؤسسة الرسالة بيروت .

9/- زين الدين بن ابراهيم محمد بن بكر المشهور بابن نجييم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق- دار المعرفة بيروت دون سنة الطبعة ج 1.

10/- علاء الدين الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - دار الكتاب العربي -الطبعة 2 - بيروت 1982 ج7 .

11/- مالك بن انس - المدونة الكبرى دار صادار - بيروت دون سنة الطبعة ج 16 .

12/ -إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق - المبدع في شرح المقنع - المكتب الإسلامي بيروت دون سنة الطبعة - ج8 .

13/- إحياء علوم الدين للإمام الغزالي - الدار المصرية اللبنانية ج 2 .

14/- الدكتور علي الشيخ محمد إبراهيم - حماية الجنين في الشريعة و القانون -دار الشروق - الطبعة الأولى -المكتب الجامعي الحديث - سنة 2009 م
15/- الدكتور شريف كف الغزال- الجنين و نشأة الإنسان بين العلم والقران- شبكة المعلومات الدولية موقع : (www.Islamicmedcine.org) .
16/- البهوتي منصور بن يونس -كشاف القناع على متن الإقناع - ج 4 .
17/- محي الدين بن شرف - المجموع شرح المهذب- تحقيق محمود مطرحي - دار الفكر بيروت - 1417 هـ 1996 م ج17 .
18/-ابن قدامة المقدسي المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل دار الفكر بيروت - ط1 ج 8 -1405 هـ.
19/- محمد بن يعقوب الفيروز آبادي- القاموس المحيط -.
20/- محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب-الطبعة الأولى-دار صادر -بيروت-دون تاريخ الطبع -ج4

مراجع الفقه لقانوني :

1/-الدكتور عبد الله سليمان شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام، ج1 ، د م ج، ط 5، الجزائر، 2004
2/-الدكتور إسحاق إبراهيم منصور- شرح قانون العقوبات الجزائري، د م ج، الجزائر، 1983.
3/-إبراهيم بلعيات-أركان الجريمة وطرق إثباتها- دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007،
4/- الدكتور حسن محمد ربيع-الإجهاض في نظر المشرع الجنائي دراسة مقارنة- دار النهضة- القاهرة-1990 .
5/- الدكتور الطيب زيروتي - الوسيط في الجنسية الجزائرية , دراسة تحليلية مقارنة للقوانين بالعربية و القانون الفرنسي -الجزائر - مطبعة الكاهنة - 2002 .
6/- محمد بن يوسف بن اطفيش - شرح النيل وشفاء الغليل -مكتبة الإرشاد جدة السعودية -ج3.

7/- الدكتور محمد علي البار- الجنين المشوه والأمراض الوراثية الأسباب والعلامات والأحكام- دار القلم- جدة- دار المنارة- دمشق، 1991 م - 1411 هـ .
8/-الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي-مسألة تحديد النسل وقاية وعلاجا، ط4 ، مطبعة الفرابي- سوريا- 1976 .
9/-الدكتور محمد نعيم ياسين- أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة- ط2 ، الأردن، دار النفائس، 1999
10/-الدكتور باحمد أرفيس- مراحل الحمل والممارسات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر – رسالة ماجستير .
11/-الدكتور عبد الرزاق السنهوري- مصادر الحق في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة بالفقه الغربي- منشورات الحلبي الحقوقية – ج 1 – الطبعة 2 – بيروت لبنان 1998 .
12/-الدكتور حسام الدين كامل الاهواني- أصول القانون- مطبعة أبناء وهبة حسان القاهرة الطبع 2- 1988 م .
13/- الدكتور أيمن مصطفى الجبل – مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراء تجارب البحث العلمي – سنة النشر 2008 –دار الجامعة الجديدة للنشر –الإسكندرية
14/- الدكتور حسني محمد السيد الجدع –الحماية الجنائية لحق الجنين في النمو الطبيعي- دار محرم للطبع و النشر سنة 1990 الطبعة الأولى .
15/- أحمد الدردير الشرح الكبير ،ج2 د 474 و ج4 ص 408 ، دار الفكر بيروت 1412 هـ

المراجع الأجنبية :

1- Jean Carbonnier , Droit Civil , introduction ; les personnes ; presses universitaires du France 10èm éditions ;1974 P 220 .
-Daniel (R): dictionnaire Larousse, librairie Larousse, Paris, 2005,