جامعة محمد خيضر – بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان المذكرة:

حقوق الجنين المالية والمعنوية في الشريعة الإسلامية والقانون

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: الأحوال الشخصية

إعداد الطالب:

ثابت مروه

إشراف الأستاذ:

بوسطلة شهرزاد

الموسم الجامعي:

2017/2016

بسم الله الرحمن الرحيم
سليمان عبد
١٤٢٠

إهـــــــــــــــداء

إلـــى بحـــر الحـــب والحنـــان ومعنـــى العطـــاء ومصـــدر كـــل إحساس داخلي والدعم الدائم أمي الغالية.

إلـــى مـــن كـــان لـــي الســـند ومصـــدر كـــل ثقـــة وتشـــجيع للعمـــل أكثر لتجسيد طموحاتي أبي العزيز.

إلـــى إخـــوتي: سفيـــان، رجـــاء، زينـــو، يوســـف، رميســـاء.

إلـــى زوجة أخـــي سفيـــان: عبد اللاوي نســـرين.

إلـــى زوج أختـي رجاء: قـــاضي زهيـــر.

إلـــى أحفـــاد عـــائلة ثـــابت: قاضـــي لـــيليا، قاضـــي يـارا، ثـــابت جـوري.

إلـــى بنت خـــالتي: بـــصير بـــسملة ألاء

إلـــى رفـــاق الـــدرب وصـــديقاتي: خديجـــة، رمـــيسة،إيـــمان، أسمـــاء، نجـــاح

إلـى كـل الأسـاتذة وطـلاب الحـقوق.

شكـــــــــــــر وتقديـــــــــــــــــر

أتقـــدم بجزيـــل الشـــكر والعرفـــان إلـــى أســـاتذة الكليـــة الـــذين يرجـــع لهـــم الفضـــل فيمـــا حصـــلته طيلـــة الخمـــس ســـنوات التـــي كانـــت نتيجتهـــا هـــذا البحـــث المتواضـــع وأخـــص بالـــذكر الأســـتاذة: بوســـطلة شـــهرزاد بصـــفتها المشـــرفة علـــى مـــذكرتي، التـــي لـــم تبخـــل علـــي بتوجيههـــا ونصـــائحها القيمـــة و التـــي كانـــت بمثابـــة ركـــائز لهـــذا البحـــث، بفـــائق التقدير و الاحترام.

كمـــا لا أنســـى مـــوظفي كليـــة الحقـــوق وعمـــال المكتبـــة و كـــل من قدم لي المساعدة لانجاز هذا البحث.

ووفـقنا الله جـــميعا لـــما هو أفضـــل.

جاءت دلالات التبجيل الإلهي للكائن البشرى ضمن عدة تشريعات سماوية عظيمة كرم من خلالها الإنسان عن سائر المخلوقات وجعله من فرد إلى جماعة ومن جماعات إلى قبائل وشعوب الهدف منها إعمار الأرض لقوله تعالى ‹‹ **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا، إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ، إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ**››.[1]

ومن نعمه جل وعلا أن حافظ على كرامة البشر من خلال تقرير حقوق له وحفظها تتمثل في صونه من كل ما قد يؤثر على استقراره بالسلب وذلك بحرمة التعدي عليه وإبعاده عن كل ما من شأنه أن يؤذيه أو يؤدي بحياته وماله وعرضه أو يكون سببا في المساس بسلامته.

و لقد أولت العناية الإلهية بني البشر وخصت هذه العناية حتى أضعف كائن ألا وهو الجنين في بطن أمه، تشمله رعاية خاصة في كافة أطواره من بداية نشأته إلى تكوينه إلى غاية ولادته حيا، مؤكدة على حقه الأول وهو المحافظة على حياته ببطن أمه حتى خروجه إلى الحياة، حيث ولادته لا تعتبر بداية حياته إنما تدل على أنه أنهى مرحلة من مراحل حياته وبدأ أخرى وتلك المرحلة التي أنهاها هي مرحلة ما قبل الولادة.

فالطفل يعد ثمرة من ثمار الزواج وأهم مقاصده و أعظم نعم الحياة وزينتها، لقوله تعالى:‹‹ **الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا** ›› [2] لذا حرم المساس أو التعدي على كينونته ووجوده، لأنه الثمرة المرجوة من العلاقة الزوجية والهبة الإلهية العظيمة التي يجب على الأسرة والمجتمع منحه ما يستحق من الرعاية والعناية فهو أمل الغد المشرق.

وما لهذه المرحلة من أهمية بالغة فهي بداية تكوين الإنسان وهي أضعف حالته اهتمت الشرائع بالحفاظ عليه وعلى حقوقه.

1-سورة الحجرات، الآية (13).

2 –سورة الكهف، الآية (46).

ونظرا لهذه الأهمية فقد عزمنا على دراسة هذا الموضوع لقلة الدراسات فيه معتمدين المنهج الوصفي الاستقرائي كما اعتمدنا كذلك على المنهج المقارن.

ولم يكن اختيار الموضوع عفويا بل كان نابعا من أهمية العناية بالكائن البشري وهو في مراحله الأولى، كذلك مناقشة لقضايا الأسرة والمشكلات المعاصرة لهذه الشريحة وبيان قوة الشريعة الإسلامية وأن ديننا صالح لكل زمان ومكان.

ومن خلال ما سبق ذكره نجد أنفسنا أمام الإشكالية التالية:

كيف حمت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري الحقوق المادية و المعنوية للجنين ؟

وتتفرع عنها تساؤلات:

-كيف بين الإسلام والقانون حقوق الجنين؟

-فيما تتمثل حقوق الجنين المادية والمعنوية؟

وللإجابة عليها اتبعنا الخطة التالية التي هي من ثلاث فصول:

مقدمة

مبحث تمهيدي: مفهوم الجنين يتضمن ثلاثة مطالب، في المطلب الأول تعريف الجنين ومراحل تكوينه في المطلب الثاني، وفي المطلب الثالث التحديد الشرعي والقانوني لبداية الحمل ونهايته.

الفصل الأول بعنوان حقوق الجنين المعنوية يتضمن مبحثين:

حقوق الجنين قبل التكوين في الأول، وفي الثاني حقوق الجنين بعد التكوين.

الفصل الثالث تحت عنوان حقه في حمايته من الاعتداءات الوقعة عليه يتضمن مبحثين: الأول مفهوم الإجهاض، والثاني أركان جريمة الإجهاض.

الفصل الثالث عنوانه حقوق الجنين المالية يحتوي مبحثين:

الأول حق الجنين في الميراث، والثاني حق الجنين في التبرعات.

مبحث تمهيدي: مفهوم الجنين

الطفل من أعظم نعم الحياة و زينتها و كل الشرائع و الملل اهتمت بتربية الطفل بعد ولادته و رعاية حقوقه، لكنها شرعت للجنين حماية خاصة تختلف عن العناية المقررة للإنسان بصفة عامة فالشارع الحكيم وصف الجنين بعبارات غاية في الدقة بدءا من كونه نطفة إلى غاية نفخ الروح فيه.

و من آياته قوله تعالى« **يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنْ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِنُبَيِّنَ لَكُمْ ۚ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ، وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَفَّىٰ وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا، وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ** ». [1]

حتى يتسنى لنا معالجة الحقوق المعنوية و المادية لجنين وجب قبلا تحديد المصطلحات التالية:

الحقوق جمع مفرده الحق و هي لغة ضد الباطل هو من أسماء الله و حق وجب و ثبت لقوله تعالى: « لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون ». أي ثبت و وجب أحق عليهم و يوجد طائفة من الفقهاء أحداهما لم يخرج فهمها للحق و تصويرها له عن هذا المعنى أما الفئة الثانية فيعرفه الزرقاء بأنه اختصاص يقر به الشارع سلطة أو تكليفا و عرفه غيره بأنه ما يختص به الشخص على غيره مادة و معنى و له قيمة.[2]

المطلب الأول: تعريف الجنين

فالجنين له مدلوله اللغوي والاصطلاحي (الفرع الأول):تعريف الجنين لغة واصطلاحا

---

1 – سورة الحج، الآية (05).

2– بوسطلة شهرزاد، **الحقوق المعنوية والمالية للجنين في الشريعة الإسلامية**. مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، ص 140.

(الفرع الثاني):فيه تعريف الجنين في القانون،)الفرع الثالث):فيه الألفاظ التابعة للجنين.

الفرع الأول: تعريف الجنين لغة و اصطلاحا:

جاء في لسان العرب: جن الشيء يجنه جنا ستره، و كل شيء ستر عنك فقد جن عنك، و منه سمي الجن لإستتارهم و اختفائهم عن الأبصار و جمع جن أجنة و سمي الجنين جنينا لاستتاره في بطن أمه و الجنين هو الشيء المستور في الرحم المأخوذ من الستر و الخفاء.[1]

في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية تطلق كلمة الجنين على حمل المرأة مادام في بطنها كما يطلقها أهل اللغة لقوله تعالى‹‹ **هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ ››.** [2]

يسمى الجنين كذلك بالحمل وهو بالفتح وجاء في لسان العرب أنه ما يحمل في البطن من الأولاد في جميع الحيوان والجمع حمال أو أحمال،وفي الكتاب قول الله تعالى ‹‹ **وَأُولاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ››[3] وحملت المرأة أي حامل وحاملة، فيفهم أن الحمل يطلق على ما في البطن من أولاد.وهو ما تحمله الأنثى في رحمها.

ويسمى كذلك الحبل: وهو الامتلاء، و الحبال هو انتفاخ البطن من الشراب أو الماء، ومنه حبل المرأة بمعنى امتلاء رحمها، والحبل هو الولد في البطن أو في الرحم وله نفس معنى كلمة الحمل.[4]

وأطلق على الحمل الذي يسقط قبل أوانه، فهو الشيء الذي يسقط من علو، بمعنى الجنين الذي يسقط قبل تمامه أو الحمل الذي تسقطه المرأة ميتا قبل تمام مدته. [1]

1- أبو فضل ابن منظور جمال الدين ،**لسان العرب**. دار بيروت لطباعة، بيروت، 1970، ص 701.

2- سورة، النجم، الآية (32).

3- سورة، الطلاق، الآية (04).

4- ابن منظور جمال الدين أبو فضل، المرجع السابق، ص139 .

و الجنين الولد في بطن أمه سمي بذلك لاجتنانه أي استتاره في البطن و يراد به حمل المرأة فهو أولا نطفة ثم علقة ثم مضغة ثم جنينا مادام في البطن و يقال الجنين أن يفارق المضغة و العلقة حتى يتبين منه شيء من خلق ادمي أصبع أو اظفر أو عين أو ما شابه ذلك.[2]

أما الجنين الذي خلقه تام ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش فيسمى بالجهيض، فهو الحمل الذي يسقط من أمه ميتا بعد تمام خلقه وهو مأخوذ من الإجهاض.[3]

و ما نلاحظه إغفال المشرع الجزائري عن وضع مفهوم الجنين بالرغم من وجوده في الشريعة الإسلامية و التي تعتبر مصدر من مصادر القانون الوضعي.

الفرع الثاني:تعريف الجنين قانونا:

الجنين هو الكائن المسكن في رحم المرأة فهو اندماج ماء الرجل بماء المرأة في الرحم و ما تطور عنه و تشكل حتى بداية شعور الحامل بآلام الوضع، فمنذ اندماج الخلية المذكرة (الحيوان المنوي) بالخلية المؤنثة (البويضة) تعد هذه الخلية الجديدة جنينا من الوجهة القانونية . [1]

الفرع الثالث : تعريف الجنين عند الأطباء :

يطلق الأطباء لفظ الجنين على الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني بتكونه وذلك يكون في الشهر الثالث من الحمل إلى حين الولادة وبعضهم قصره على الولد الذي اكتملت بنيته في بطن أمه وكان بإمكانه العيش إذا نزل منها وتقع هذه الفترة من بداية الشهر السابع، وعلماء الأجنة يطلقون لفظ الجنين في فترة

---

1 –خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 35.

2– سيف رجب قزامل، **الجناية على الجنين وعقوبتها دراسة فقهية مقارنة**. مكتبة الوفاء القانونية جامعة الأزهر، الإسكندرية، 2012، ص ص 11،12.

3– أبو فضل ابن منظور جمال الدين، مرجع سابق، ص 132.

انغراز البويضة الملقحة في جدار الرحم ونهاية الأسبوع الثامن وبعدها يسمى حميل إلى أن يولد.[1]

المطلب الثاني : مراحل تكوين الجنين

قال الله تعالى ‹‹ **وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ** ››.[2]

فسبحانه تعالى صور لنا في القرآن الكريم مرحة خلق الجنين من البداية حتى يصير ولدا في النهاية، فالجنين في خلقه يمر بمراحل هي:

1-النطفة: لقوله تعالى‹‹ **أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِّن مَّنِيٍّ يُمْنَىٰ** ››[3] فهي ماء الرجل و ماء المرأة أي منيهما فكلاهما يطلق عليهما النطفة.

2-العلقة : علقت المرأة بالولد حبلت و العلقة هي المني ينتقل بعده تطوره فيصير ماء غليضا متجمدا قيل هو الشديد الحمرة و القطعة منه علقة.

3المضغة: القطعة التي تمضغ من لحم أو غيره و منه قوله تعالى‹‹ **ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ** ›› [4]و سميت كذلك لأنها بمقدار ما يمضغ، و للمضغة طوران غير مخلقة و هي التي تظهر فيها أعضاء الجسم واضحة و المخلقة هي التامة التي فيها إنشاء العظام و اكساؤها لحما.

---

1 -علي الشيخ إبراهيم المبارك، **حماية الجنين في الشريعة والقانون دراسة مقارنة**. المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص 13.

2- سورة المؤمنين، الآية (13،14،15).

3 - سورة القيامة، الآية (37).

4 - سورة الحج، الآية (05).

4-نفخ الروح: قال تعالى: ‹‹ **وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ ۖ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُم مِّنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا** ›› [1]، و هي الخلق الأخر الذي ينشؤه الله بعد كمال الخلق و التسوية أي ينفخ فيه الروح فتحرك و صار خلقا آخر فيه السمع و البصر و الحركة ذكرنا فيما سق أطوار و مراحل تكوين الجنين في بطن الأم ففي أي طور أو مرحلة منها يصح إطلاق لفظ الجنين عليه.[2]

المطلب الرابع: التحديد الشرعي و القانوني لبداية لحمل و نهايته

اختلف الفقهاء في نهاية مدة الحمل حيث يذهب البعض إلى انتهاء فترة الحمل يكون بانفصال الجنين كاملا و يرى البعض الآخر انه ينتهي ببداية انفصاله بمعنى خروج جزء منه من المهم معرفة بداية الحمل و نهايته و تحديد فترة التي يصدق عليها الجنين فإن لهذا أثر في تحديد بداية الحمل القانونية و الشرعية للجنين و نهايته، و هذا يختلف عن اقل مدة الحمل و أقصاها بمعنى أن يخرج الحمل في أقل مدة حيا و في أقصاها مدة يمكن للحمل أن يبقى فيها حيا، في التحديد الشرعي هو بدء نشوء الحمل و كيفية نهايته.

الفرع الأول: التحديد الشرعي لبداية الحمل ونهايته:

إن وصف الجنين لا يوصف على الحمل إلا عند تخلقه و ذلك بعد ظهور أمارات الخلق و التكوين، و هذا قول الشافعي.

أما ما يره الجمهور الجنين يوصف بالحمل منذ بداية التلقيح أو الإخصاب و بدأ الحمل بمنى صدق الاسم عليه و هذا يكون في المراحل الأولى للحمل (و هذا رأي المالكية و الأحناف و بعض الشافعية).[3]

---

1 – سورة الإسراء، الآية (85).

2 –على محمد بن رمضان، **أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال**. مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،2012، ص ص 33 ،34.

1-علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 52 .

وأكد الشافعية قولهم: بأن أقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة و العلقة أي حتى يتبين منه شيء من خلق الآدمي أي بعد نفخ الروح فلا يسمى جنينا قبل ذلك و المالكية يطلقون لفظ الجنين على إحدى الطورين:

1-المضغة: حيث أوجبوا في إسقاطها دية الجنين وهي عشر دية أمه.

2-العلقة: وهو الدم المجتمع المهيأ للانتقال إلى طور المضغة ويوجبون فيه الدية كذلك

والحنفية لا يطلقون لفظ الجنين على ما في البطن إلا بعد مرور مئة وعشرون يوما بحيث اشترطوا تصور المضغة بظهور بعض خلقه كالشعر مثلا

والحنابلة أعطوا اسم الجنين للمضغة فلا النطفة ولا العلقة يطلق عليها اسم الجنين [1]

وفي حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ‹‹ أن أحدكم يجمع خلفه في بطن أمه أربعين

يوما ثم يكون في ذلك علقة مثل ذلك ثم يكون في ذلك مضغة ثم يرسل الملك فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات : يكتب رزقه واجله وعمله وشقي أم سعيد ››.[2]

ما اجمع عليه جمهور الفقهاء في التحديد الشرعي لنهاية الحمل، أن انتهاء الحمل يكون بانفصال الجنين كاملا أو بخروجه كاملا عن أمه. [3]

1- على بن محمد بن رمضان، مرجع سابق، ص 34.

2-نقلا عن محمد بن محمد رمضان، مرجع سابق، ص 53.

3- المرجع نفسه، ص 53.

الفرع الثالث:التحديد القانوني لبداية الحمل و نهايته

إن تحديد بداية و نهاية الحمل ترجع أهميتها في القانون لمعرفة الفترة الزمنية لجريمة الإجهاض و الاعتداء على الجنين و ما يسري عليه من الأحكام، فضمن الحدين يكون للكائن صفة الجنين.[1]

و المشرع الجزائري لم يضع تحديدا لبداية الحمل و نهايته فالإجهاض الواقع على الجنين في بداية الحمل يكون له نفس عقوبة ما وقع عليه و هو في فتراته الأخيرة قبل الولادة.

1 – علي بن محمد بن رمضان، مرجع سابق، ص53.

خلاصة:

ما نستنتجه مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريف للجنين ولم يبين كذلك مراحل تكوينه وأيضا لم يتطرق للتحديد القانوني لبداية الحمل ونهايته، حيث جعل عقوبة الإجهاض نفسها سواء أكان هذا الإجهاض في بداية الحمل أو في نهايته.

بعكس الشريعة الإسلامية التي أعطت عدة تعريفات للجنين وكذلك بينت مراحل تكوين الجنين وتطوره بالتفصيل حسب المذاهب الأربعة، كذلك الشريعة الإسلامية فصلت في التحديد الشرعي لبداية الحمل والتحديد الشرعي لنهايته.

ما نراه من هذا المبحث إغفال المشرع الجزائري وعدم توافقه مع الشريعة التي هي مصدرا من مصادر التشريع.

الفصل الأول: الحقوق المعنوية للجنين

أولت العناية الإلهية أهمية بالغة للنفس البشرية وذلك بحمايتها وصون كرامتها، فالإنسان كائن له مكانة مكرمة عند الله، وقد أقرت بذلك الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية من تقرير حفظ السلامة الجسدية والنهي عن المساس بحرمتها وحريتها وعدم اهانتها، فقد شملت عناية كلا من الشارع والمشرع الإنسان من قبل تكوينه وخروجه لهذه الحياة فقد خصه بخصائص عدة منها ما هو متعلق باختيار والده ووالدته وكذا خلوهما من الأمراض الخطيرة والمزمنة، وهذا حتى يضمن له العيش الكريم والأمن.

كما حرصت الشرائع و على سلامة النفس البشرية من أول تكوينها داخل الأرحام من خلال الإحاطة بعناية صحة الأم في مرحلة الحمل وتوفير لها كل الظروف والعوامل الملائمة والمريحة جسديا ونفسيا، وكذا تحريم كل ما من شأنه المساس بسلامتها وبالتالي بسلامة جنينها، فقد حمت الشريعة الإسلامية ومثلها القانون حياة الجنين وجرم إزهاقها وأعد للمخالفين والمعتدين عقوبات ردعية لكل من تسول له نفسه بإجهاض الأم الحامل من خلال ضربها أو إعطائها مواد قد تتسبب لها بفقدان جنينها، كما عاقب المشرع الأم بحد ذاتها التي تسعى لإسقاط ما في رحمها وكذا الأطباء الذين يقومون بإعطائها عقاقير و أدوية من شأنها أن تؤدي لإسقاط الجنين ولو كان بموافقة الأم، إلا إذا كان ذلك لضرورة حفظ الأم ووجب إسقاط الحمل.

وذلك حفاظا على حقوق الجنين المعنوية وهي ما تتعلق بذات الجنين، وهي الحقوق غير المالية وتتمثل في حقه في الحياة وحقه في النسب وحقه في حمايته من الجنايات التي تقع عليه.

وسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين ولكل مبحث مطلبين، وسنتناول في المبحث الأول لحقوق الجنين قبل التكوين، وفي المبحث الثاني لحقوق الجنين في فترة الحمل .

هذه الحقوق منها ما يثبت قبل التكوين(مبحث أول).

ومنها ما يثبت بعد التكوين (مبحث ثاني).

المبحث الأول: حقوق الجنين قبل التكوين

وضعت الشريعة الإسلامية أسس لاختيار الزوجين الأبوين فأرشدت كلا من الرجل والمرأة إلى حسن التدبر في اختيار الطرف الأخر لتكوين أسرة صالحة للأطفال فقد ورد عن السيدة عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **«تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء ونكحوا إليهم»** وعندما خطب المغيرة بن شعبة امرأة قال له النبي صلى الله عليه وسلم**«اذهب وانظر لها فانه أجدر أن يؤدم بينكما»** وهذا يكون حقا للمرأة أيضا أن تنظر إليه وهي أولى منه في ذلك ، وهذا له دلالة واضحة على أن مسالة اختيار الزوج للأخر قد جعلت أساسا لمصلحة الأطفال وهذا كان حق من حقوقهم حتى قبل التكوين لتوفير لهم قبل الولادة حياة مستقرة كريمة، وتتحقق بتوفير الظروف الصحية (المطلب الأول)وتوفير الأمن والاستقرار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: توفير الأمن والاستقرار و الظروف الصحية

ما يؤيد حسن اختيار الزوج وهو مصطلح يشمل المرأة والرجل حيث وجه النبي صلى الله عليه وسلم المقبلين على الزواج لمراعاة ميزة الدين وحسن الخلق في اختيار الشريك لقوله صلى الله عليه وسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال **«تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها ,فاظفر بذات الدين تربت يداك».**

فالدين والأخلاق يجعل تعامل الزوجين معا في إطار محبة ومودة وبهذا تؤسس الأسرة على قواعد متينة توفر ظروف مستقرة وآمنة للجنين بعد ولادته ، فالشريعة الإسلامية حفظت للجنين حق العيش في جو عائلي امن ومستقر حتى قبل أن يتخلق .[1]

1 – بوسطلة شهرزاد، **الحقوق المعنوية والمالية للجنين في الشريعة الاسلامية**. مجلة الاجتهاد القضائي، العدد السابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص141.

ويتوجب توجيه المقبلين على الزواج لعدم اختيار الزوج من الأقارب لأنه هناك مورث معيب في أحد الجدود أو مرض وراثي فالاحتمال كبير أن يصاب به الأولاد وهذا الاحتمال وارد في الزواج بين الأقارب لذا كان منهي عنه أكثر من زواج الأباعد وهنا روعيت سلامة الجنين الصحية قبل أي شيء لهذا نجد أن التشريعات الحديثة حثت على الفحص الطبي قبل الزواج وذلك حفظا عن حق الجنين.[1]

المطلب الثاني: ديانة الجنين

أقر الفقهاء بأن الحمل يكتسب ديانته عن طريق التبعية وأن أهم الروابط و الأسس المعتبرة للتبعية هي البنوة و الدار والأصل في مشروعية الحكم بالتبعية ديانة الجنين لغيره هو القران والسنة والإجماع.[2]

ففي القران قوله تعالى يولد« **وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَمَا أَلَتْنَاهُم مِّنْ عَمَلِهِم مِّن شَيْءٍ كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ** ». [3]

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم:« ما من مولود إلا على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه».[4]

من النص القرآني والحديث النبوي الشريف نلاحظ أنهما يشيران إلى تبعية الذرية لدين الوالدين.

ومن الإجماع أجمع العلماء على أن حكم ديانة الجنين يكون تبعا للحكم على والديه أو أحدهما، متى ثبت وصح إسلامهما أو إسلام أحدهما.

ففي حالة وجود الأبوين معا وكونهما لي دين واحد فيتبع الجنين دينهما نفسه، و إن كانا على دينين مختلفين فالجنين يتبع أفضلهما وهو دين الإسلام، هذا إذا كان

---

[1] -بوسطلة شهرزاد، مرجع سابق، ص 142.

[2] -خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 35.

[3] -سورة الطور، الآية (21).

[4] -نقلا عن خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 30.

الاختلاف بين الإسلام ودين أخر، أما إذا الاختلاف بين دينين مخالفين للإسلام تبع أقرب الدينين للحق.[1]

ويرى جمهور الفقهاء إذا كان الأب كافر والأم مسلمة يحكم بإسلام الجنين تبعا لدين الأم، وحجتهم، أن الحمل جزء من الأم وهذا أقوى ارتباط، وإن كانت ولاية التعصيب للأب دون الأم، فولاية التربية والحضانة والكفالة للأم دون الأب، مما يعني أن تبعية الطفل للأم في الإسلام إن لم تكن أقوى من الأب تكون مساوية له.

أما المالكية فقد خالفوا ذلك بقولهم أن الجنين يتبع دين الأب، في الكفر وفي الإسلام، وحجتهم قول الله تعالى:‹‹ **وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ** ›› [2]فالذرية تتبع النسب والعصبة للأب دون الأم.

إذا فالإسلام سبب لاكتساب أو سقوط الكثير من الحقوق المالية و المعنوية حيث للدين أثر واضح في ذلك.

المبحث الثاني: حقوق الجنين بعد التكوين

وما سنتطرق له في هذا المبحث هو حقوق الجنين بعد تكوينه في رحم أمه وبعد نفخ الروح فيه وسنقسمه لثلاثة مطالب:الأول حق الجنين في الحياة، و الثاني: حقه في النسب، وخرا حقه في حمايته من الاعتداءات الواقعة عليه.

المطلب الأول: حق الجنين في الحياة

حق الحياة يعد الحق الأول والاهم للجنين الذي به تبدأ سائر الحقوق الأخرى وكذلك الشرائع والديانات السماوية الأخرى اهتمت بحقوق الطفل وذلك لا يقتصر على

[1]-خالد محمد صالح، المرجع نفسه، ص 100.

[2]-سورة الطور، الآية (21).

ما بعد الولادة بل يتعداه إلى قبل الولادة بكونه جنينا في بطن أمه إذ له الحق في الحياة وعدم الجناية عليه فضلا عن توفير العناية اللازمة بالمرأة الحامل[1]

وفي الشريعة الإسلامية الحق في الحياة يعد هبة من الله وأعتبر حق مقدس ومحترم ويعد مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية إلا وهو حفظ النفس وهي من الضروريات الأساسية الخمسة فهي تتعلق عموما بوجود الإنسان ومقومات حياته، والمراد في حفظ النفس حفظ الإنسانية وهي ذات الإنسان سواء أكان الإنسان كاملا أم لا يزال جنينا.

وتم وضع الأحكام المتعلقة بالجنين والأحكام المتعلقة به بعد الولادة فلا تقتل الأم الحامل وان زنت واستحقت القتل بإقامة الحد عليها إلى حين وضع حملها والتكفل به، فقد قضى النبي صلى الله عليه وسلم في ما رواه عمران بن حصين رضي الله عنه ‹‹**أن امرأة من جهينة اعترفت عند النبي بالزنا فقالت إني حبلى فدعا النبي عليه الصلاة والسلام وليها فقال أحسن إليها فإذا وضعت حملها فاخبرني ففعل فأمر بها فشدت عليها ثيابها ثم أمر برجمها فرجمت** ››.[2]

فحق الحياة يعد حقا وواجبا على صاحبه أو من يكفله أو ممن تحمله في بطنها لذلك وجب المحافظة على حياته حتى الشارع سبحانه وتعالى أباح كل المحرمات في حالة الضرورة وذلك حفاظا على الحياة بل وجب ذلك لأنه كما سبق لنا الذكر حفظ النفس من الضروريات الأساسية

1–أوان عبد الله الفيضي، **أحكام متعلقة بحقوق الحمل دراسة تأصيلية تحليلية، مقارنة**. الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، الإمارات، 2015، ص21.

2 –الإمام أبو عيسى محمد بن سورة الترمذي 297هـ ، **الجامع الصحيح و هو متن الترمذي**، ط1، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 2002، ص 442.

كما من واجب الأم الحامل العناية بنفسها في فترة الحمل محافظة على الجنين وذلك بتناول الغذاء اللازم لنموه والابتعاد عن أي عمل أو فعل يضر بصحة جنينها وكذلك تجنب الإجهاد وكل ما يؤدي إلى الإسقاط وذلك باتخاذ الحيطة والحذر.[1]

والله سبحانه وتعالى حفاظا على الجنين خفف عن الأم الحامل جملة من الأحكام الشرعية كإباحة الفطر في شهر رمضان بشرط الفدية والقضاء.

المطلب الثاني: حق الجنين في النسب

النسب حق من الحقوق المعنوية للإنسان وهبه الله له حفاظا على روابط الأسرة والمجتمع من الانحلال والفساد ورعاية لمصالحه وحقوقه الشخصية من الضياع و من أسمى الروابط الإنسانية التي تخص الجنين هي نسبه لوالديه، فرابطة النسب تربط أفراد ها برباط دائم قائم على وحدة الدم، ولولا رابطة النسب لتفككت الأسر لذا أمّن الله بها الإنسان فقال عز وجل:

‹‹ **وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا** ››.[2]

فبالنسبة لثبوت نسب الجنين للام سواء كان هذا الحمل من عقد زواج صحيح أو زواج فاسد أم من وطء بشبهة لو حتى من زنا فمتى ولدت المرأة ثبت نسبه منها وثبتت أمومتها له ، وتبعا لذلك يثبت له أصول النسب وفروعه من جهة الأم ،وهكذا يسرى النسب ، فالحمل والولادة أمران لا يخفيان ويكونان شيئا واضحا ومعلوما .[3]

والأصل في ثبوت النسب من جهة الأب فمن من القران قوله تعالى‹‹ **ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ** ››[4]ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم‹‹ **الولد للفراش وللعاهر الحجر**››ومن الإجماع قول العلماء على ثبوت نسب الحمل من صحيح للأب صاحب

---

1 –أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص26 .

2 –سورة الفرقان، الآية (54).

3 –أوان عبد الله الفيضي، مرجع سابق، ص27

4 – سورة الأحزاب، الآية (5).

الفراش وهو الزوج [1]ولا تكون المرأة فراشا إلا بالدخول الحقيقي وإمكانية الوطء والتلاقي بينهما ويكون ببيان مدة الحمل، وتحديد أقصى مدة للحمل مهما في قضايا النسب وهي الفترة الزمنية التي يتكون الجنين فيها ببطن أمه إلى أن يولد، وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد حدد ثبوت النسب للجنين في المادتين 44-45 من قانون الأسرة

حيث نصت المادة:44" يثبت النسب بالإقرار بالبنوة والأبوة ..... متى صدقه العقل والعادة".[2]

وفي قرار المحكمة العليا ملف رقم 74712 م.ق عدد 02 لسنة 1994 ص 58 جاء :حيث يثبت نسب الولد لأبيه بالزواج الصحيح أو ما في حكمه مثل نكاح الشبهة وبكل زواج تم إبطاله قبل الدخول طبقا للمواد 32.33.34، من هذا القانون كما يثبت بإقرار الأب بالبنوة أو بشهادة الشهود و أضاف النص الجديد إثباته بالطرق العلمية وهي آخر وسيلة ضمن الإثبات.[3]

وجاء في المادة:45" الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة ..... لا يسري على المقر إلا بتصديقه ".

وللفترة الزمنية للحمل حد أدنى لا يمكن أن يتكون فيها الجنين ويولد حيا في اقل منها واتفق جمهور الفقهاء على أن اقل مدة حمل هي ستة أشهر استدلالا بقوله تعالى« **وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**».[4]

---

[1] -خالد صالح، مرجع سابق، ص 155.

[2] -قانون رقم84-11المتضمن قانون الأسرة الجزائري الموافق لـ9 يوليو 1984 ج ر ج ج، العدد 24، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، ص 912.

[3] -لحسين بن شيخ آث ملويا، **المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس الأعلى و المحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة2014**، ط 2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 90.

[4] -سورة الأحقاف، الآية (15).

ومن قوله تعالى أيضا ‹‹ **وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهْنًا عَلَىٰ وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنِ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ** ››. [1]

مما يتبين من الآيتين الكريمتين أن الآية الأولى حددت مدة الحمل و الفصام معا بثلاثين شهرا وأما الآية الثانية فحددت مدة الفصام فقط بأربعة وعشرون شهرا، فما يتبقى من مدة عند طرح ثلاثون من أربعة وعشرون هو ستة أشهر فهي إذن المدة الأدنى للحمل.

وجاء في المادة 42 من قانون الأسرة أن أقل مدة الحمل هي 6 أشهر و أقصاها 10 أشهر، وفي قرار المحكمة العليا ملف رقم 57756 م.ق عدد 02 لسنة1992 ص 75: كان تحديد مدة الحمل بستة أشهر كاملة كحد أدنى وهو الرأي السائد.[2]

وحد أقصى لا يمكن للجنين أن يمكث في بطن أمه أكثر منه وهذا اختلف فيه الفقهاء لعدم تعرض القران الكريم لأقصى مدة للحمل ولم يثبت في ذلك شيء من السنة النبوية الشريفة مما جعل لكل مذهب ولكل فقيه رأي كما سبق وذكرنا ، فالحنفية قالوا بان أقصى مدة للحمل سنتان والشافعية قالوا أن أقصاها هي أربع سنوات في حين ذهب المالكية إلى أنها خمس سنوات لكن الحد الغالب والثابت على أكثر النساء وما جرت العادة عليه أن أغلب مدة للحمل هي تسعة أشهر.

ونفي النسب فيه تشدد فلا ينتفي إلا باللعان وفي كل ذلك مراعاة للجنين وحقه بما يضمن له في المجتمع مكانة، فالنسب حياة والفرق معلوم بين معلوم النسب و مجهوله.

و يأتي الميراث كذلك في سياق حرص الشارع على حقوق الحمل والحفاظ عليها وان كان الميراث يأتي في سياق الحقوق المالية للجنين إلا انه يوجد صلة وثيقة

---

[1]–سورة لقمان، الآية (14).

[2]- لحسين بن شيخ آث ملويا، ص 103.

بحق النسب لان الميراث من مترتبات ثبوت النسب حيث لا ميراث لحمل لم يثبت نسبه من مورثه.[1]

لذلك شرع الإسلام عدة أمور حتى لا تختلط الأنساب وتضيع الحقوق:

1- منع الحامل من الزواج حتى تضع حملها حفاظا على النسب لقوله تعالى: ‹‹ **وَأُولاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْراً**››.[2]

2-الإعلان عن الزواج ليعرف الجميع مصدر الذرية لقوله صلى الله عليه وسلم ‹‹ **أعلنوا النكاح** ›› ولقوله كذلك صلى الله عليه وسلم**‹‹فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت ››.**

3-وجعل الإشهاد من شروط العقد ليظهر أمره بين الناس وليدفع التهمة عن الزوجين وليحفظ للجنين حقه في أبوين معلومين لقول النبي صلى الله عليه وسلم ‹‹ **لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل** ››.[3]

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 42 من قانون الأسرة أن " اقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر".

ولا يوجد فرق بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح لأنه في كلا الحالتين يثبت نسب الحمل لأبيه، لكن بشروط أوردها المشرع بالنسبة للزواج الفاسد من خلال المادتين 42، 43 قانون الأسرة الجزائري. [4]

---

[1]- خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 179.

[2] سورة الطلاق، الآية (04).

[3]- نقلا عن خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 180.

[4]-حمزة مشوار، **إثبات النسب في قانون الأسرة (ليسانس)**، جامعة مرباح، ورقلة، 2013/2012، ص18.

خلاصة:

وضعت الشريعة الإسلامية أسس لحقوق الجنين قبل التكوين اعتبرتها من الحقوق المعنوية أولها حسن اختيار الزوجين لبعضهما، كذلك توفير الظروف الصحية و الأمن والاستقرار وهذه أثبتت للجنين حتى قبل التكوين، وهذا تم إغفاله من طرف المشرع الجزائري إلا أنهما اتفقا في ضرورة الفحص الطبي للمقبلين على الزواج وهذا حماية لحق الجنين في صحة سليمة خالية من الأمراض الوراثية، أما بالنسبة لنسب وثبوته فقد كان المشرع قريبا من المذهب الظاهري حيث أقر في نص المادة 42 أقل مدة الحمل و أقصاها وخالف المذهب المالكي الذي جعلها أربع سنوات.

والمشرع الجزائري لم يتطرق لديانة الجنين التي كانت لها في الشريعة الإسلامية تفصيل من القران و السنة و الإجماع.

أما فيما يخص حقوق الجنين قبل التكوين نرى المشرع الجزائري وافق الشريعة الإسلامية حيث أن كليهما أقر للجنين حقه في النسب.

أما بالنسبة لحق الجنين في الحياة فالشريعة الإسلامية أقرته تحت اسم حفظ النفس والتي هي من المقاصد الخمس حيث أباحت على الأم الحامل عدم الصوم حفاظا على حياة الجنين مع شرط القضاء والفدية والتي لم يتطرق لها المشرع الجزائري.

الفصل الثاني: حقه في حمايته من الجنايات الواقعة عليه

اهتمت الشريعة الإسلامية وكذا القانون الوضعي بحماية الجنين حيث الشريعة وجرم القانون إزهاق حياته لما في ذلك من تعدي، فالجنين مثله مثل الإنسان فيما يخص الأحكام الواقعة على المعتدي عليه، والعقوبات المقررة للجاني حيث أولى القانون حماية خاصة بفرض عقوبات على من يقوم بعملية الإجهاض، وكانت العقوبة تمس حتى الحامل بحد ذاتها التي تسقط جنينها بنفسها وكذا عاقب المشرع كل من يقوم بالتحريض على الإجهاض وعاقب حتى أصحاب المهنة الذين يساهمون في أو يساعدون المرأة الحامل في عملية الإجهاض من غير مبرر و من غير وجود خطر على حياتها مؤكد من أطباء عدة وتشدد العقوبة عليهم لأنهم ذو مهن نبيلة فليس من الأخلاق استغلال المهنة لفعل ما حرمه الشرع وجرمته القوانين.

وللإجهاض مدلوله ألا وهو إسقاط الجنين لهذا وضع المشرع الجزائري لكل صورة من صور الإجهاض عقوبة وشددها وكل منها في نص قانوني خاص يبين فيه الفعل المجرم والعقوبة المقررة لذلك الفعل.

ومن هذا سنتطرق في هذا الفصل أولا لمفهوم الإجهاض تعرفه وصوره و تحريمه (المبحث الأول) وأركان جريمة الإجهاض ومحل الجريمة والركن المادي والركن المعنوي والعقوبات المقررة لجريمة الإجهاض (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم الإجهاض

عنى ديننا الحنيف بالجنين واهتم بجميع مراحل تكوينه وتطوره وحرص على عدم التطاول والتمادي على حقوقه سواء كانت هذه الحقوق مادية أو معنوية ، وحرم الاعتداء عليه مهما كانت الأسباب المؤدية إلى ذلك 'كما أن المساس بحق الجنين في الحياة يعد جريمة يعاقب عليها القانون وهذا ما تؤكده المادة 330 /2 من قانون العقوبات الجزائري الذي حمى الجنين من خلال تجريم الإجهاض ولهذا سنتطرق إلى:

- تعريف الإجهاض.
- تحريم الإجهاض.
- صور الإجهاض.

المطلب الأول: تعريف الإجهاض:

لغة: هو الإسقاط و الجهيض و الجهض هو الولد السقط، أو ما تم خلقه ونفخ فيه الروح [1]، ومنه أجهضت المرأة ولدها أي أسقطته ناقص الخلقة و أجهضت الحامل ألقت ولدها بغير تمام.[2]

وعليه يدور معنى الإجهاض لغة حول سقوط الجنين أو خروجه من رحم أمه قبل موعد خروجه الطبيعي.

و اصطلاحا: هو خروج متحصل الحمل في أي وقت من مدة الحمل وقبل تكامل الأشهر الرحمية ولم ينص القانون عن وجود أي فارق بين حصول الإجهاض في الأشهر المختلفة للحمل سواء احصل مبكرا أم متأخرا.[3]

---

[1]-أبو الفضل أبو منظور جمال الدين، **لسان العرب**. دار المعارف، دار صادر، بيروت، مجلد واحد، ص 713.

[2] -أحمد بن محمد علي الفيومي المقري، **المصباح المنير**. المكتبة العصرية، صيدا بيروت ص36.

[3] -أحمد أبو الروس، **جرائم الإجهاض و الاعتداء على العرض و الشرف و الاعتبار و الحياء العام و الإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية و الفنية**. المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص 592.

وعرف الطب الشرعي الإجهاض بأنه طرد محتويات الرحم الحاصل قبل اكتمال نمو الجنين ويعتبر كامل النمو بعد نهاية الأسبوع السابع والثلاثين معتبرين بداية العد من أول يوم في أخر حيضه طبيعية. [1]

أما المشرع الجزائري فلم يذكر تعريف محدد للإجهاض واكتفى بوضع النصوص التي بينت جرائم الإجهاض مع تحديد العقوبة المقررة لها.

المطلب الثاني: تحريم الإجهاض

اعتبر الإسلام الإجهاض جريمة منكرة وحرمه لأنه قتل للنفس وهو يعتبر فاحشة موجبة للعقوبة وجاءت الآيات القرآنية الكريمة تتضمن هذا التحريم فقال سبحانه وتعالى: ‹‹ **وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا**››.[2] وقوله تعالى أيضا: ‹‹ **تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ** ››.[3]

وما جاء في السنة النبوية المطهرة عن أبي هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت أحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله عليه الصلاة والسلام دية جنينها غرة عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم فقال حمل بن مالك بن النابغة الهذلي يا رسول الله كيف اغرم دية من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل فمثل ذلك يطل فقال الرسول صلى الله عليه وسلم ‹‹ **إنما هذا من إخوان الكهان من اجل سجعه الذي سجع**››.[4]

---

[1]-عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص47.

[2]–سورة النساء، الآية، (93).

[2]–سورة الأنعام، جزء من الآية (151).

[4]– رواه مسلم في كتاب الديات، ج 6، ص 2532 .

ما يتضح من الآيات القرآنية والحديث النبوي لشريف أنها جاءت متضمنة لحكم الإجهاض ولم ترد بشكل صريح.[1]

اتفق الفقهاء على تحريم الإجهاض بعد نفخ الروح لكن هناك اختلاف بينهم في تحريم الإجهاض قبل نفخ الروح فيه.

والإجهاض التلقائي لا يوصف بحل ولا حرمة وهو ما يعرف بالإجهاض العفوي، أما الإجهاض لغير عذر والذي يكون في مراحل التخلق السابقة على نفخ الروح وهنا كان اختلف الفقهاء على النحو التالي:

أولا: فالمذهب الحنفي: كان له ثلاث اتجاهات:

1- يرى أن الحرمة تبدأ من بعد الأربعين لان الحرمة تبدأ منذ التخلق وإذا المرأة عجلت في إسقاط حملها لا تأثم ما لم يتبن شيء من خلقه، فإذا لم يستبين شيء من خلقه فلا يسمى جنينا.

2- يرون أصحاب هذا الاتجاه فيجوز الإسقاط ما لم يتخلق كذلك ولكن قبل مرور أربعة أشهر و أرادوا بالتخلق هنا هو نفخ الروح.

3- يرى بعضهم انه لا يجوز الإسقاط من بدا التخلق وقالوا أنه المحرم، فالجنين من بداية تخلقه لا يجوز التعرض له لأنه أصل للإنسان.[2]

ثانيا: المذهب المالكي: جاء فيه :

أنه لا يجوز إخراج المني المتكون في الرحم ولو قبل الأربعين يوما وإذا نفخت فيه الروح حرم إجماعا، فالمالكية حرموا الإجهاض منذ اللحظة الأولى لحمل.

[1] -توفيق خير الدين خليفة خير الله، **قضية إجهاض جنين الاغتصاب و آثارها في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي**. كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، دار الكتب القانونية، دار شتات لنشر و البرمجيات، مصر، 2011، ص 186.

[2] -المرجع نفسه، ص 265.

ثالثا: المذهب الشافعي:

فيرى حرمة الإجهاض بعد نفخ الروح مطلق وجاز إجهاض الجنين قبله فيحرم ما أسقطته المرأة وفيه صورة ادمي أما إذا أسقطت ما ليس ذلك فلا يحرم.

و بالنسبة للمذهب الحنبلي فقد اختلف الحنابلة في الحكم قبل نفخ الروح

فجاء انه مباح لشرب الرجل ما يمنع الحمل وللأنثى إلقاء النطفة وحصول الحيض، أما إذا صار الجنين علقة فقد صرح ابن رجب بأنه لا يجوز للمرأة إسقاطه لأنه ولد.

رابعا: مذهب الظاهرية:

ذهب ابن حزم الظاهري إلى تحريم إسقاط الجنين قبل نفخ الروح، فلو أن المرأة شربت دواء فأسقطته تعتق رقبة وتعطي أباه غرة ، وإذا كان الجاني غير المرأة فالقود عليه.

فالمالكية اتفقوا مع الظاهرية واتجهوا نفس الاتجاه:

– وما اتفق عليه جميع الفقهاء هو الإجهاض الذي يلي الأربعة الأشهر الأولى من الحمل ففيه حرمة وعدم جواز وهو محضور.[1]

المطلب الثالث : صور الإجهاض

للإجهاض ثلاث صور يتم بها، نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 304 من قانون العقوبات إلى 313 من نفس القانون.

أولا: إجهاض الغير للحامل:

نصّت على هذا المادة 304 من قانون العقوبات و هو الإجهاض الذي يقوم به الغير على الحامل و الذي جاء فيها :" كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات

[1]– توفيق خير الدين خليفة خير الله، مرجع سابق، ص 267.

أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك".[1]

لم يشترط المشرع في هذه المادة حدوث الإجهاض من الغير أيّ صفة خاصة فقد يكون من أقرباء الحامل أو غيره ، و كذلك لم يشترط المشرع وجود حمل حقيقي لقوله في نص المادة – أو المفترض حملها – و يقصد بها إجهاض الحامل و إنهاء حملها حتى ولو تكن كذلك فالجاني يدخل دائرة التجريم إذا أتى فعل من الأفعال المنصوص عليها في المادة.

أما المادة 306 من نفس القانون فقد نصت على الغير ذي الصفة والتي تنص على" الأطباء و القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة و كذلك طلبة الطّب أو طب الأسنان أو طب الصيدلة و مستخدمو الصيدليات و محضرو العقاقير و صانعوا الأربطة الطبية و تجار الأدوات الجراحية و الممرضون و الممرضات و المدلكون و المدلكات الذين يردون عن طريق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطلق عليهم العقوبات المنصوص عليها في 304 و 304 على حسب الأحوال ".

في هذه المادة تناول المشرّع الأشخاص ذوي الصّفة الخاصة على سبيل الحصر و ذكرهم جاء لعلاقة مهنتهم بما قد يمكنهم من إحداث الإجهاض أو تسهيله فمن الضروري أن يكون هؤلاء الأشخاص على علم بالقانون.[2]

ثانيا: إجهاض المرأة الحامل لنفسها:

و هو الفعل الذي نصت عليه المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري و التي جاء فيها : "تعاقب المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض".

المشرع الجزائري اعتبر الحامل فاعلة سواء قامت هي بفعل إجهاض أو شروعها فيها و أيضا في حالة موافقتها على استعمال طرق أرشدت إليها و أفرد للحامل حكما خاصا بها.

[1]- قانون رقم 09 – 01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، المتضمن قانون العقوبات حسب آخر تعديل به، ص 95 .

[2]–ثابت بن عزة مليكه، **جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري**. دار الجامعة الجديدة، البليدة، 2013، ص143

ثالثا: الإجهاض المرخص به:

أو ما يسمى بالإجهاض العلاجي و هذا النوع يلجأ إليه الأطباء حفاظا على حياة الأم عند صعوبة استمرار الحمل معها .

فالمؤتمر الدولي التاسع لقانون العقوبات الذي انعقد في لاهاي سنة 1964 اتجه إلى عدم تجريم هذا الإجهاض.[1]

رغم تشديد المشرع الجزائري عقوبة هذه الجريمة و مع ذلك نص على حالة لعدم العقاب على الإجهاض و هي الحالة المشار لها في المادة 308 من قانون العقوبات و تنص على انه:

لا عقوبة على الإجهاض إذا استجوبته إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه الطبيب أو الجراح في غير خفاء و بعد إبلاغ السلطة الإدارية.

1- كما جاء في قانون حماية الصحة و ترقيتها في مادة 72 مايلي :

يعد الإجهاض لغرض علاجي عندما يكون ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي و العقلي المهدد بخطر يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي ".[2]

أما بالنسبة للعمليات القيصرية كإباحة شق بطن الأم الحامل المتوفاة لإخراج الجنين الحي نجد أن المشرع أهمل هذا الجانب و لم يرد فيها ن يبيحها فهو يعد أمر جائزا إذا ثبتت حياته و قد يستند إلى المبادئ العامة المتعلقة بحالة الضرورة .

فالقاعدة تقول يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف و عند تعارض مفسدتين تراعى أعظمها بارتكاب أخفها .

---

[1]–القانون رقم 85 –05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، ج ر ، ج ج ، العدد 08، ص 182

[2]–أحسن بوسقيعة ، مرجع سابق، ص 43.

ويعتبر الحنفية الإجهاض جناية على نفس الجنين فقط، أما المالكية والشافعية والحنابلة اعتبروا جناية الإجهاض على الجنين فهو إجهاض الحامل والاعتداء على حياة الجنين معا أو ما يؤدي إلى انفصاله عن أمه. (1)

وما يجهض الحامل كل ما يوجب انفصال الجنين عن أمه سواء انفصل حيا أو ميتا لكن تختلف العقوبة باختلاف النتائج.

ويجب أن يثبت أن الانفصال جاء نتيجة لفعل الجاني وأن علاقة السببية قائمة بين فعل الجاني وانفصال الجنين، حيث يرى أشهب من فقهاء المالكية أن لا مسؤولية عن طرح الدم، و إنما المسؤولية عن طرح العلقة والمضغة، أما أبو حنيفة والشافعي يرون أن مسؤولية الجاني عما تطرحه المرأة إذا استبان بعض خلقه، فإذا ألقته مضغة لم يتبين فيها شيء من خلقه فالجاني مسؤول أيضا، وبالنسبة للحنابلة فمسؤولية الجاني إن أسقطت المرأة ما فيه صورة ادمي، فإذا أسقطت ما ليس فيه صورة ادمي فلا مسؤولية حيث لا دليل على أنه جنين. (2)

المبحث الثاني: أركان جريمة الإجهاض

كل جريمة تتطلب كغيرها أركان عامة لا تقوم الجريمة إلا بها، فأي جريمة تستوجب وجود ركن مادي و ركن معنوي، وبالتأكيد محل الجريمة وهذا ما سنتطرق له في هذا المبحث.

المطلب الأول: محل الجريمة (الركن المفترض)

إن وجود الحمل فعلا أي وجود جنين في رحم المرأة هو محل الجريمة، حيث يقع عليه الاعتداء بإخراجه حيا قبل موعد ولادته، أو قتله وهو في الرحم أو فرضا أي توهم المرأة بأنها حامل أو توهم غيرها بذلك.(3)

كما نصت المادة 304 من قانون العقوبات " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها".

1– نشأة أحمد نصيف، شرح قانون العقوبات القسم الخاص. المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010، ص. 100

2– عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي. جزء 2، ط 6، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص 192.

3– علي الشيخ إبراهيم مبارك، مرجع السابق، ص 206.

وعبارة حامل أو مفترض حملها التي أوردها المشرع، معناها أنه لم يشترط أن يكون الحمل حقيقيا لكي تقوم جريمة الإجهاض، بل بمجرد اعتقاد الجاني أن المرأة التي يريد إجهاضها حاملا، نكون بصدد جريمة الإجهاض.[1]

المطلب الثاني: الركن المادي

الركن المادي لجريمة لإجهاض يتمثل في صدور نشاط إجرامي من الجاني بمعنى الفعل الذي عندما يرتكبه يترتب عليه نتيجة يجرمها المشرع وقد تكون بموت الجنين أو تسبب له في الولادة قبل موعده الطبيعي، ويتكون الكن المادي من:

النشاط الإجرامي، النتيجة الجرمية، والعلاقة السببية.

1-السلوك الإجرامي:

وهو النشاط أو الفعل الذي يقوم به الجاني وهو لإخراج الجنين قبل موعد ولادته أو إنهاء الحمل.[2]

وهذا يكون بالفعل الصادر عن الأم الحامل أو الغير و الغرض منه إنهاء الحمل دون الالتفات إلى الوسيلة المستعملة، والمشرع الجزائري في المادة 304 عدد الوسائل التي يمكن استعمالها للإجهاض على سبيل المثال لا الحصر، كذلك لم يفرق المشرع بين الوسائل المستعملة أكانت وسائل عنف أو غير ذلك فسلوك المعتمد لإخراج الجنين من بطن أمه يعتبر سلوك إجرامي بأية وسيلة كانت.[3].

كما لم يشترط المشرع أن يكون الجنين حيا أو ميتا وقت الاعتداء فيكفي اتجاه السلوك الإجرامي لفعل الإجهاض.

1- علي الشيخ ابراهيم مبارك مرجع سابق، ص 207

2- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 37.

3- ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص 102.

كذلك نص المشرع الجزائري في المادة 309 من قانون العقوبات "على المرأة التي تجهض نفسها عمدا أو تحاول ذلك أو توافق على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض "

فمهما كانت الوسيلة المستعملة يجب إقامة الدليل على أنها كانت السبب في الإسقاط أو إخراج الجنين من الرحم قبل موعده الطبيعي للولادة وللفصل في هذه المسألة ترجع للقاضي الذي بدوره يسترشد برأي الخبراء.[1]

2-النتيجة الجرمية:

وتكون النتيجة الجرمية إما بموت الجنين في داخل الرحم وينتهي بموته، وأيضا بخروج الجنين من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعي ولو خرج حيا وكان قابلا للعيش.[2]

فجريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري لم يشترط تحقق نتيجة لفعل الإجهاض، فالجريمة تعتبر قائمة بمجرد صدور السلوك الإجرامي.

وذلك لأن لمشرع الجزائري عاقب الشروع في الجريمة سواء تحققت النتيجة أم لم تتحقق فيكفي تنفيذ السلوك الإجرامي وهذا ما جاء في نص المادة 304 من قانون العقوبات التي نصت.

على " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها " والمادة 309 من نفس القانون التي جاء فيها " كل من حرض على الإجهاض ولو لم إلى نتيجة.."

فلا غموض في عبارات المشرع وجاءت صريحة فالشروع في الإجهاض يعاقب عليه القانون.

---

[1] -محمود نجيب حسني، **شرح قانون العقوبات قسم خاص**. دار النهضة العربية، 1988، ص 512.

[2] -فوزية عبد الستار، **قانون العقوبات الخاص القسم الخاص**. دار النهضة العربية، ص 49.

3-العلاقة السببية:

لا يكفي لقيام جريمة الإجهاض توفر السلوك الإجرامي وتحقق النتيجة بل يجب إضافة إلى ذلك وجود علاقة سببية بين الفعل والنتيجة. [1]

ولم يشترط المشرع الجزائري ارتباط فعل الجاني بالنتيجة لقيام مسؤوليته، لكنه اكتفى باتجاه السلوك الإجرامي للجاني لإحداث النتيجة، ولم يشترط وقوعها ولا ارتباط السلوك بالنتيجة، فحتى لو انعدم وجود رابطة سببية بين فعل الإجهاض وتحققت النتيجة ، و التي تكون بخروج الجنين فيكون الجاني استنفذ السلوك الإجرامي على الحامل، ويحدث الإجهاض لكن بعنصر أخر ليس له علاقة بالجاني. ومع ذلك يسأل الجاني عن الشروع في الإجهاض.[2]

إن أغلب التشريعات لم تستطع وضع معيار محدد للعلاقة السببية بين سلوك الجاني و النتيجة الجرمية ، وذلك لصعوبة وضع ضابط يصلح في كل الحالات وفي نفس الوقت.[3]

لذلك لم يشترط لثبوت الجريمة العلاقة السببية،فيكفي تحقق فعل مادي وفعل معنوي لوقوع الجريمة.

المطلب الثالث: الركن المعنوي

وهو القصد الجنائي، فيجب لقيام الجريمة و استحقاق العقوبة بعد توافر الركن المادي أن تكون معه إرادة جرمية فهي عبارة عن محرك وتتكون من عنصرين: العلم و الإرادة.[4]

أولا: العلم

ومعناه يجب علم الشخص بكافة العناصر المكونة للفعل الإجرامي والتي سبق ذكرها، فإذا جهل الجاني أحدها أو وقع في غلط بشأنها انتفى عنه القصد الجنائي، ويجب أن يكون

1- ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص 114.

2- محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 48.

3- محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 50.

4- عبد النبي محمد أبو العينين، مرجع سابق، ص352.

على علم أن النشاط الذي يقوم به إجرامي سيؤدي إلى إنهاء حالة الحمل ففي غير ذلك هو ليس مسؤولا عن جريمة الإجهاض. [1]

ثانيا: الإرادة

بمعنى علم الجاني بوجود حمل واتجاه إرادته لإنهاء هذا الحمل والقضاء على الجنين وبأن الوسائل التي يستعملها تحدث لا محالة الإجهاض أو إخراج الجنين من رحم أمه قبل موعد ولادته الطبيعي.[2]

والمشرع الجزائري اكتفى بوجود قصد جنائي وحتى ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة، فبمجرد قيام الشخص بوسائل التطريح على الحامل أو يشرع في ذلك بقصد إسقاط جنينها، يعاقب على جريمة الإجهاض، فالمشرع يعتد بالقصد الاحتمالي لدى الجاني فإذا كان الجاني يتوقع النتيجة فإن القصد الجنائي متوفر لديه لإنهاء حالة الحمل.[3]

بحيث تقوم الجريمة عند تواجد النية الجرمية، حتى وان كان الحمل غير حقيقيا، وأيضا حتى في حالة عدم تحقق النتيجة وهي سقوط الجنين.

المطلب الرابع: العقوبات المقررة لجريمة الإجهاض

جعل المشرع الجزائري جريمة الإجهاض جنحة وقرر لها عقوبة الحبس وحددها في المواد من 304 إلى 310 من قانون العقوبات، وشدد العقوبة ورفعها إلى جناية سواء كان الفعل صادرا من ذي صفة خاصة أو من الغير أو من الحامل نفسها.

الفرع الأول: جزاء إجهاض المرأة الحامل

1-جزاء المتسبب في إجهاض المرأة الحامل: جاء في المادة 304 من قانون العقوبات أن " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أم

---

[1]-علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص211.

[2]- ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، 134.

[3]- المرجع نفسه، ص 134.

لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 5000 إلى 10.000 دج."

والمفهوم من هذه المادة أن كل من تسبب في انهاء حالة الحمل بأي وسيلة، فهي مذكورة على سبيل المثال لا الحصر سيعاقب وذلك بنص المادة 304 من قانون العقوبات.[1]

2-العقوبة الواقعة لذوي السلك الطبي: انطلاقا من نص المادة 306 من نفس القانون التي نصت على " الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات و محضرو العقاقير وصانعوا الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و 305 على حسب الأحوال ".[2]

ومن هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري نص على الأشخاص ذوي الصفة الخاصة الذين يقومون بعملية الإجهاض على سبيل الحصر، فكل من يسمح لنفسه بإجراء عملية الإجهاض منهم، مهما كانت دوافعه فانه يعاقب بالعقوبة النصوص عليها في المادة 306 من نفس القانون.

الفرع الثاني: عقوبة إجهاض الحامل لنفسها

هذه الصورة نص عليها المشرع في المادة 309 من قانون العقوبات حيث نص على " تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دج المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك ووافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض.

---

1. ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص 134.

2-محمد سعيد نمور، **شرح قانون العقوبات القسم الخاص الجرائم الواقعة على الأشخاص**. المكتبة القانونية، الأردن، 2002، ص 188.

من هذه المادة يتضح لنا أن المشرع كان قصده بالحماية لحق الجنين ذاته لا للمرأة لأن فعلها هذا لا يعد اعتداء على نفسها بل اعتداء على حق جنينها، حيث يقع على الحامل واجب المحافظة على حملها، وتعاقب إذا أجهضته.[1]

وما اتضح لنا من هذه المادة أن المشرع اشترط أن تكون الحامل تعمدت فعل الإجهاض ولا يكون وقع خطأ، فلا يعد جريمة تناولها لدواء ظنا منها انه مفيد لأرق أو نغص فيحدث الإجهاض.

الفرع الثالث: جزاء المحرض لفعل الإجهاض

وفقا لما جاء في المادة 310 من قانون العقوبات التي نصت على: " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة 500 إلى 10.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤدي تحريضه إلى نتيجة ما وذلك بأن: ألقى خطبا في أماكن أو اجتماعات عمومية، أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو غير علانية أو عرض أو وزع في المنازل كتبا أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسوما أو صورا رمزية أو سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في ظروف مغلفة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة. "

جريمة التحريض على الإجهاض جريمة قائمة بذاتها، فالتحريض فعل مستقل عن فعل الإجهاض لأنه يعاقب عليه حتى في حالة امتناع حدوث النتيجة

فتطبق نفس العقوبة المنصوص عليها بالنسبة للمحرض على شركائه وكذلك في حالة الشروع فيها.[2]

والتشديد جاء في الفقرة الثانية من المادة 304 من قانون العقوبات فيكون في حالة وفاة الحامل جراء الإجهاض ففي هذه الحالة تكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى

---

[1]–عبد النبي محمد محمود، مرجع سابق، ص 1.276

[2]–محمد سعيد نمور، مرجع سابق، ص2.190

عشرين سنة، فلقد جعلها المشرع جناية يسأل عنها الجاني سواء قام بها بمفرده أو استعان بشركاء حيث تطبق عليهم نفس العقوبة.

بالإضافة إلى حرمانه من ممارسة المهنة لذوي الصفة الخاصة وهذا ما نصت عليه المادة 311 من قانون العقوبات، وهذا هدفه كان حماية المجتمع من السلوك الإجرامي لهذه الفئة.[1]

وتشدد العقوبة في حالة الاعتياد فتتضاعف من الحبس المؤقت إلى الحد الأقصى، وكلمة الاعتياد لا نعني بها تكرار عملية الإجهاض فقط بل كل الأفعال الخارجة عن القانون التي يمارسها عادة وتكون ذات نتيجة جرمية.

حرمت الشريعة الإسلامية الإجهاض وجعلت للجنين دية عند إجهاضه، كذا المشرع الجزائري جرم فعل الإجهاض وجعل لكل صورة من صوره عقوبة وتشدد هذه العقوبة في حالات، فالمشرع لم يغفل عن وضع نص لكل حالة من حالات الإجهاض، كذلك وضع تدابير أمنية للحرمان من الوظيفة إذا كان الإجهاض بمساعدة أشخاص من ذوي السلك الطبي.

فالمشرع وسع في حماية الجنين حيث لم يفرق في مراحل الحمل وجعل في كل مراحله نفس العقوبة سواء أكان في بداية الحمل أو في نهايته، على عكس الشريعة الإسلامية والتي تشددت إذا حصل الإجهاض في الأشهر الأخيرة من الحمل.

---

[1]–ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص 1.273

خلاصة:

نستنتج أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا محددا للإجهاض بعكس الشريعة الإسلامية التي جاءت بعدة تعريفات للإجاض.

من جهة أخرى نرى أن الشريعة الإسلامية حرمت الإجهاض وجعلت للجنين دية عند إجهاضه، وجاء المشرع الجزائري موافقا لها حيث جرم فعل الإجهاض وجعل لكل صورة من صوره عقوبة وتشدد هذه العقوبة في حالات، فالمشرع لم يغفل عن وضع نص قانوني لكل حالة من حالات الإجهاض، بالإضافة إلى وضعه لتدابير أمنية بالحرمان من المهنة وهذا إذا كان الإجهاض تم من ذوي السلك الطبي الذين يساهمون في عملية الإجهاض وذلك بإعطاء عقاقير أو حبوب تؤدي لإجهاض المرأة وإسقاط ما في رحمها دون وجود مبرر لذلك.

فالمشرع الجزائري جاء موافقا للشريعة الإسلامية عندما جرم الإجهاض، إلا أنه وسع في الحماية حيث لم يفرق في مراحل الحمل و جعل عقوبة واحدة تشمل جميع حالات الإجهاض من بداية الحمل إلى غاية الولادة، فليس إجهاض نطفة كإجهاض جنين مكتمل الخلق وتم نفخ الروح فيه، على عكس الشريعة التي تشددت إذا كان الإجهاض في الأشهر الأخيرة قبل الولادة.

الفصل الثالث: الحقوق المالية للجنين:

الموت هو بصفته حادث طبيعي لا يد للإنسان فيه بل يخضع لإرادة الله عز وجل إذ أن الأجل بيده وحده هو من يعلم الغيب وما يخفى لقوله :‹‹ **إِنّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَيُنَزِّلُ الْغَيْثَ وَيَعْلَمُ مَا فِي الْأَرْحَامِ وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ مَاذَا تَكْسِبُ غَدًا وَمَا تَدْرِي نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ**››.[1]

وقد ينجم عن واقعة الموت هذه أثار قانونية تتمثل في حق الإرث إذ تنتقل مخلفات الهالك إلى فئة معينة من الناس يعرفون بالورثة كل حسب صفته ودرجته في القرابة، ولكل وارث نصيب محدد في التركة حسب ما اقره الشارع والمشرع.

فلقد أعطى الإسلام الميراث اهتماما كبيرا وعمل على تخصيص منابات الإرث والورثة بشكل جلي ليغير بذلك مكان عليه العرب قبل الإسلام من توريث لرجال دون النساء، والكبار دون الصغار لقوله تعالى: ‹‹ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ** ››. [2]

فالميراث يقوم على تنظيم العلاقات الأسرية إذ أن عدالة توزيع الميراث بين أقرباء الميت تشعر الجميع بالمساواة وتحقق العدالة القانونية والأخلاقية بأفضل صورها، ولم يغفل القدير عن تخصيص حقا من هذا الميراث حتى للجنين في بطن أمه ونخص بالذكر أن لهذا الجنين حقوقا مالية تثبت بمجرد العلم بوجود حمل دون الالتفات إلى حيازته على أهلية أم لا، إذ أن الأهلية نوعان، أهلية وجوب ويعنى بها صلاحية شخص للإلزام أي له حقوقا ثابتة، أما الالتزام فعليه حقوقا واجبة.

وأهلية أداء يقصد بها صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي عن العقل.

إذن فأهلية الوجوب مرتبطة ارتباطا وثيقا بالصفة الإنسانية ولا علاقة لها بإحدى هذه الأمور: السن أو العقل أو الرشد.

---

[1] –سورة لقمان، الآية (34).

[2] –سورة النساء، جزء من الآية (11).

فأي إنسان في أي طور من حياته يعتبر متمتعا بأهلية الوجوب، وعليه يعد الجنين متمتعا أصلا بهذا النوع من الأهلية لكنها في الحقيقة أهلية غير كاملة وغير تامة وهو ما اصطلح عليه بأنها أهلية وجوب ناقصة.

حيث ثبتت للجنين حقوق مالية واعتبرت ناقصة ويكون قابلا للإلزام فقط دون الالتزام ولا تكتمل هذه الحقوق إلا بتمام ولادته حيا بالإضافة لحقه في الحصول على الميراث له الحق كذلك على تبرعات والتي تكمن في ثلاثة أشياء لابد منها إلا وهي: الهبة، الوصية، الوقف وهو ما سنتطرق له بالتفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول: حق الجنين في الميراث

نص الفقهاء على أن الحمل من جملة الورثة إذا تحقق فيه شرطان وقبل التطرق لشروط سنبين معنى الإرث، فالإرث هو مال يتركه المتوفي لورثته، وقد يكون بين الورثة الجنين الذي يكون ميراثه بالتقدير ولهذا سنتطرق بنوع من التفصيل لمعنى الميراث أولا:

المطلب الأول: تعريف الميراث

وهو ما خلفه الميت من الأموال والحقوق التي يستحقها بموته الوارث الشرعي، ويقوم علمه على قواعد فقهية وحسابية بها يعرف نصيب كل وارث من التركة، وسمي كذلك بعلم الفرائض وهي جمع فريضة مأخوذة من الفرض وهو[1] لقوله تعالى:‹‹ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ ››[2].

وحتى يتم تقسيم الميراث هناك قواعد يجب مراعاتها تتعلق بأحوال الوارث من كونه صاحب فرض أو تعصيب أو ذا رحم وما يتعرض لهمن حجب ومنع ورد، فعلم الفرائض يقوم على معرفة الوارث وغير الوارث، و معرفة نصيب كل وارث والحساب الموصل إليه،[3] وهو مستمد من الكتاب والسنة والإجماع ففي ميراث الأولاد قوله تعالى من الكتاب قوله تعالى:‹‹ **يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ** ››.[4]

و في ميراث الأبوين قال تعالى:‹‹ **وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّمِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ**››[5].

و في ميراث الزوجين قوله تعالى:‹‹ **وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ**

---

[1]–وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**. ط1، دار الفكر المعاصر، أفاق معرفة متجددة، 2006، ص 7698.

[2]–سورة التوبة، جزء من الآية (60).

[3]–وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص7697.

[4]–سورة النساء، الآية(11).

[5]–سورة النساء، الآية(11).

بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ››[1].

و للميراث أركان ثلاثة: المورث: و هو الميت الذي ترك مالا أو حقا.

الوارث: هو الذي يستحق الإرث بسبب القرابة الحقيقية أو الحكمية.

الموروث: هو التركة و يسمى ميراثا أو إرثا، و هو ما يتركه المورث من مال أو حقوق التي يمكن ارثها عنه كحق القصاص، حبس المبيع لإستفاء الثمن، حبس المرهون لاستيفاء الدين فالموروث هو ليس حقوقا مادية فقط فقد يكون حقوقا معنوية. [2]

يتوقف الإرث على ثلاث أمور إن وجدت أسبابه و شروطه وانتفت موانعه فأسبابه تكون القرابة و الزوجية و الولاء.

فالقرابة هي كل صلة سببها الولادة و هو النسب و تشمل فروع الميت و أصوله.

و الزوجية فتكون بالنكاح الصحيح و يراد به العقد الصحيح سواء حصل به الدخول على الزوجة أم لا.

أما بالنسبة للولاء فهو قرابة حكمية يقصد به ولاء العبد لسيده و كانت قديما،[3] وهي كانت في زمن يسود فيه الرق و العبودية ويبقى العبد من ممتلكات سيده ويورث ضمن ميراثه.

ويتحقق الميراث من توفر شرطين هما:

أولهما: أن يتيقن وجوده في بطن أمه عند وفاة مورثه حتى و أن كان نطفة في الرحم فقد نص الإمام السرخسي بان النطفة من جملة الورثة ما لم تفسد فهي معدة للحياة و لأنه يتكون منها شخص حي فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المآب.

---

[1] –سورة النساء الآية(12).

[2] –وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص7703.

[3] –المرجع نفسه، ص7703 .

ثانيهما: أن ينفصل كله حيا عند جمهور الفقهاء و اغلبه عند الحنفية.

و لما كان نوع الحمل مجهولا وجب الاحتياط فيه و قد يكون الميراث للجنين محتمل بمعنى يجوز أن يكون الجنين حيا، و قد يكون ميتا، كما انه قد يكون واحدا أو متعددا، كما هناك احتمال بكونه ذكرا و احتمال أن يكون أنثى، و لكل حكمه الخاص في الإرث و لذلك فإن الفقهاء يحتجزون للجنين أوفر النصيبين على انه وارث، و هذا أن امتنع الورثة عن تأخير القسمة و حرصوا على تعجيل أنصبتهم في التركة خلافا لما هو الأصل من تأخير القسمة. [1]

و إذا انفصل الجنين ميتا تبين انه لا يستحق شيئا لأن حياته وقت وفاة المورث لم تكن متحققة و على ذلك يرد المحتجز له إلى سائر الورثة حصب أنصبتهم في الإرث و أما إن انفصل حيا و كان يستحق النصيب الأوفر الذي احتجز له فإنه يأخذه، و أن كان يستحق نصيبا اقل من المحتجز أخذه و رد الباقي إلى الورثة حسب أنصبتهم، و أن ظهر انه لا يستحق الإرث البتة فانه يرد الكل على سائر الورثة كشأن الميت.[2]

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حافظ على ميراث الجنين و اعتنى به و هو في بطن أمه و هذا لما جاء في سياق المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت نسب الإرث و عدم وجود مانع من الإرث" [3]

و كذلك بالنسبة للسنة و الإجماع حيث انه اعتبر ميراث الحمل ثابتا لان الشريعة الإسلامية حفظت له حقوقه فسبحان من لا يسهى و لا ينسى، فعن الحديث الذي رواه سعيد بن المسيب عن جابر بن عبد الله و المسور بن محزمة قالا قال رسول الله صل الله عليه و سلم:

---

[1] -عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، **أحكام الجنين في الفقه الإسلامي**.ط1، دار الأندلس الخضراء لنشر و التوزيع، جدة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2001، ص، ص 77، 78.

[2] –المرجع نفسه، ص 78.

[3] –عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، **أحكام الجنين في الفقه الإسلامي**. ط1، دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع، جدة، دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، 2001، ص ص ، 78،77.

‹‹ لا يرث الصبي حتى يستهل ››، و أيضا حديث أبو هريرة رضي الله عنه الذي رواه عن النبي صلى الله عليه و سلم:‹‹ **إذا استهل الموروث ورث**››.[1]

فاستدل الفقهاء على أن الحمل من جملة المستحقين للميراث إذا قام به سبب من أسباب الإرث و انتفت عنه موانعه لهاذين الحديثين.

و بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فقد نصت المادة 126 على (أسباب الإرث: القرابة و الزوجية) .[2]

المطلب الثاني: شروط توريث الحمل

قد يموت الإنسان و يترك امرأة حاملا، إما زوجته أو زوجة أخيه أو أمه أو غيره من الأقرباء فوجود الحمل عند وفاته سبب من أسباب الميراث و توريث الحمل فيه شروط يجب تحققها للحكم بتوريثه:

الشرط الأول: أن يُعلم انه كان موجودا في بطن أمه في الوقت الذي مات فيه مورثه.

الشرط الثاني: أن يولد حيا، فإن انفصل عنه أمه ميتا فلا يرث.[3]

و تثبت حياته عند الجمهور بأن يولد كله حيا، لأن أهلية التملك لا تتحقق إلا بالوجود الكامل، أما عند الحنفية فتثبت حياته بخروج أكثره حيا و ليثبت وجود الحمل حيا فيجب أن يولد في مدة يغلب فيها الظن على وجوده في بطن أمه وقت وفاة مورثه و تسمى هذه بمدة الحمل:

و أكثر مدة للحمل اختلفت فيها آراء الفقهاء لعدم وجود نص من الكتاب و السنة، فقال المالكية أكثرها خمس سنين، و قال الشافعية و الحنابلة في الأصح أكثرها أربع سنوات و قال الحنفية: سنتان و قال الظاهرية تسعة أشهر.

---

[1] –صحيح مسلم، **كتاب الفرائض باب الميراث–الكلالة–** جزء3، ص 3225.

[2] –قانون رقم 84–11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة ج.ر.ج.ر، العدد24، ص 917.

[3] –محمد محي الدين عبد الحميد، **أحكام المواريث في الشريعة الاسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة**.دار الكتاب العربية، ط1، 1984، ص 171.

و رأى جمهور الفقهاء أن اقل مدة الحمل هي أن يولد في ستة أشهر، استدلالا بالآيتين ‹‹ **وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلاثُونَ شَهْراً**›› ‹‹ **فِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ**›› فإذا أنقصنا عامين للفصال فيبقى للحمل ستة أشهر.[1]

المطلب الثالث: نصيب الحمل من التركة

بالنسبة لمسألة تقسيم التركة في حال وجود بين الورثة نرى أن المشرع اخذ برأي الجمهور أي تقسم التركة دون انتظار الحمل و ذلك لكي لا تكون هناك مضرة للورثة مع الاحتفاظ بنصيبه، حيث خصص المشرع لمسألة التوريث هذه المادتين هما 173، 174 من قانون الأسرة الجزائري.

و تنص 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 حرمان يوقف الكل و لا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

يتضح من خلال المادة أعلاه أن المشرع يجيز تقسيم التركة من يوم وضع الحامل حملها إذا كان الحجب حجب حرمان و لم تقسم لذلك.

و أحوال الحمل تختلف، فقد يكون الوارث و قد يكون غير وارث، و قد يكون ذكرا و قد يكون أنثى و ربما يولد حيا و قد يولد ميتا، [2] وتفصيل ذلك كما يلي:

أ- فإن كان الحمل محجوبا من الإرث فلا يتوقف له شيء من التركة، مثل: مات عن أخ شقيق و أب و أم حامل من غير أبيه فتوزع التركة فورا على الورثة و هو الأب و الأم و الباقي للأخ الشقيق و الحمل محجوب بالأب لأنه أخ لأم.

ب- و إن كان الحمل وحده هو الوارث أو وجد معه وارث محجوب به مثل: مات عن زوجته الحامل بابنه وأخيه لأم فتوقف التركة كلها إلى الولادة فان ولد حيا أخذها وأن ولد ميتا أعطيت لغيره.

---

[1] - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**. مرجع سابق، ص 411.

[2] -المرجع نفسه، ص 413.

ج- و أن كان الحمل غير محجوب من الإرث و معه ورثة آخرون غير محجوبين فقد اختلف فيه الفقهاء في مقدار ما يوقف له، ففي رأي الشافعية يقول انه لا ينضبط الحمل، يدفع إلى أصحاب الفروض الذين لا تتغير أنصباؤهم بتعدد الحمل، و يوقف باقي التركة إلى حين وضع الحمل.

و في رأي أبي حنيفة: يوقف له نصيب أربعة بنين أو نصيب أربع بنات أيهما أكثر و يعطى بقية الورثة اقل الأنصبة.

و في رأي محمد بن الحسن: يوقف نصيب ثلاثة بنين أو ثلاث بنات أيهما أكثر.[1]

المبحث الثاني:حق الجنين في التبرعات

التبرعات هي من التصرفات القانونية التي تكون مصدر مباشر لنشوء الحق سواء كان هذا التصرف باتفاق إرادتين أو أكثر كالهبة و التي سنتطرق لها في المطلب الأول لهذا المبحث، أو يكون تصرف بإرادة منفردة كالوصية و الوقف و هذا ما سنتناوله في المطلبين الثاني و الثالث لهذا المبحث.

المطلب الأول: حق الجنين في الهبة

الهبة هي أن تجعل ما تملكه في حيازة غيرك دون عوض أو مقابل و تعتبر الهبة عقد يعود بالنفع المحض على الجنين، بالرغم من أنها عقد يتم بتوافق إرادتين و أن الجنين لا إرادة له، الأمر الذي جعل تعيين وصي أو ولي ينوب الجنين.[2]

اختلف الفقهاء في جواز الهبة للجنين فذهب الجمهور إلى عدم صحة ذلك لان الهبة عقد يحتاج للإيجاب و القبول و ما يثبت للجنين الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول و بالنسبة للولي أو النيابة الشرعية فهي تبتدئ بولادة الشخص و لا يوجد للجنين من يملك حق القبول عنه لتنعقد الهبة.

---

[1]- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 414.

[2]-عمر بن محمد بن إبراهيم، **أحكام الجنين في الفقه الإسلامي**.المرجع السابق، ص87 .

و أجاز مالك بن انس الهبة للجنين بان يهب للشخص ماله لحمل مستكن فان ولد الجنين حيا كان المال له و أن مات كان لورثته و أن ولد ميتا بقى المال ملكا للواهب.[1]

و عرف المشرع الجزائري الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة:"الهبة تمليك بلا عوض...."

و نص في المادة 206 من نفس القانون:" تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول ..". من خلال هذا النص يتضح أن المشرع يعتبر الهبة عقد كما نص على جوازيه الهبة للجنين بشرط ولادته حيا حيث أورد في المادة 209 من قانون الأسرة " تصح الهبة للجنين لكنها لا تنتج آثارا إلا إذا ولد حيا".

من خلال هذه النصوص نستنتج انه ليس هناك ما يبرر حرمان الحمل أو الجنين من الهبة فلوكيله الحق في قبول الشيء الموهوب له و هذا طبقا لما جاء في نص المادة 210 من قانون الأسرة " يجوز للموهوب له الشيء بنفسه أو وكيله".

المطلب الثاني: حق الجنين في الوصية

للجنين أيضا حق في الوصية التي هي من قبيل التبرعات، حيث تحق للجنين بشروط أوردها الفقهاء وذلك المشرع، لذلك سنتطرق لشروط الوصية في الحمل (فرع الثاني) بعد تعريف الوصية (الفرع الأول)

الفرع الأول: تعريفها

وهي الإيصاء بمعنى العهد إلى الغير في القيام بفعل أمر، في حياته أو بعد وفاته، وهي جعل المال للغير.[2]

وهي مشروعة لقوله تعالى ‹‹**مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ**››.[3]

---

[1]–مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، **أحكام الرجوع القضائي في الهبة**. دار النهضة العربية، القاهرة، 2000/2001، ص 05.

[2]–وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**. المرجع السابق، ص 7440.

[3]–سورة النساء جزء من الآية (11).

وجاء في حديث سعد بن أبي وقاص عن الوصية ‹‹ **الثلث والثلث كثير**›› [1]

وركن الوصية الإيجاب فقط من الموصي ويكفي قوله أوصيت لفلان بكذا، وقبول الوصية من طرف الموصى لف فهو شرط ليثبت ملكها له.[2]

وتنعقد الوصية بالعبارة حيث أجمع الفقهاء على أن الوصية تنعقد باللفظ الصريح مثل: أوصيت لفلان بكذا.

بالكتابة كذلك لم يختلف جمهور الفقهاء عن الوصية المكتوبة إذا صدرت من عاجز عن الكلام وتنعقد كذلك بالإشارة المفهمة.

ويشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى أهلا للتبرع، أي مكلف عاقل، بالغ، حر، ولنفاذ وصيته يشترط كذلك ألا يكون مدينا، وبالنسبة للموصى له فيشرط فيه أن يكون موجودا، معلوما، أهلا للتملك.[3]

وأماالوصية للحمل فصحيحة لأن الوصية كالميراث، والحمل يرث إذن فتصح له الوصية، فإذا انفصل الحمل ميتا بطلت الوصية. إذا فالميراث و الوصية يتفقان عموما في كونهما تمليك مضاف لما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض معين على سبيل التبرع تصدر من جانب واحد و لاستحقاق الجنين للوصية يجب أن يكون عند إنشاء الوصية و حين موت الوصي و كذلك أن يولد حيا و لو للحظة و يدل على ذلك الصراخ و تحريك أعضائه و ما شابه ذلك و لا تصح له الوصية أن مات في بطن أمه أو أثناء انفصاله عنها و قبل تمام الانفصال.[4] ومما سبق ذكره سنشير إلى شروط الوصية والتي تتعدد في ثلاثة شروط ونرى اختلافات الفقهاء فيها

---

[1] -صحيح البخاري، **كتاب الوصية**، جزء 2، ص 435.

[2] -وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**. المرجع السابق، ص 7446.

[3] -وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 7464.

[4] -أوان عبد الله الفيضي، **الأحكام المتعلقة بحقوق الحمل دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة**. مرجع سابق، ص 189.

الفرع الثاني: شروط صحة الوصية:

اتفق الفقهاء على جواز الوصية للجنين وكان اختلافهم في بعض الشروط عدا المالكية:

1-أن يكون الجنين في بطن أمه متيقن الوجود حال الوصية هذا عند الجمهور أما المالكية فتجوز الوصية لحمل يكون في المستقبل بحكم بكون الجنين موجودا في بطن أمه وقت إنشاء الوصية باتفاق الجمهور إذا ولد لستة أشهر من تاريخ الوصية.[1]

و كل مذهب على حسب طول مدة الحمل التي سبق بيانها.

2-أن تكون حياة الجنين بعد الولادة مستقرة و هذا يتبين بظهور علامات نص عليها الفقهاء كالبكاء و الصراخ و الحركة، و عند الحنفية يكفي خروج اغلبه حيا على اعتبار للأكثر حكم الكل عندهم فتصح له الوصية.

3-أن يكون الحمل الموصى له موصوفا بالأوصاف التي حددها الموصي، فمثلا إن كانت الوصية لحمل فلانة من فلان فلابد من نسب الحمل من فلان حتى تصح له الوصية لعدم توفر المشروط فيها.

وفي حال تعدد الأجنة إذ وصى لامرأة حامل فأتت بأكثر من ولد حي فإن الوصية تقسم بينهما بالتساوي إذا كان ذكرين أو ذكر أو أنثى.[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فعرف الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري: " الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطرق التبرع ".

كما نص في المادة 187 من نفس القانون على "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس".

والمشرع الجزائري اشترط شرط واحد لاستحقاق الجنين الوصية وهو ولادته حيا، كذلك أحاط بقدر واسع بمسألة كون الوصية للتوائم، فسواء أكان مختلفين في الجنس أو مثيلين،

---

[1] – عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، مرجع سابق، ص 85 .

[2] –المرجع نفسه، ص 86.

فتكون الوصية لهما بالتساوي، لكنه لم بنص على حالة موت أحد التوأمين بعد استحقاقه للوصية فلمن تعود الوصية؟ هل تعود لتوأمه؟

ذكر بلحاج العربي في كتابه إجابة على السؤال المطروح، حيث قال فيها "في حالة تعدد الحمل إن ولد أحدهما ميتا والآخر حي كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة حيا كان نصيبه للورثة، إن كانت الوصية بالأعيان، أما إذا كانت بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصى لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته مالم يكن هناك شرط آخر يعمل به".[1]

مما سبق يتبن لنا أن شروط الوصية للحامل تتحدد في: كونه موجودا في بطن أمه وجودا متيقنا منه في الوقت الوصية، وكذلك أن تكون حياته مستقرة بعد الولادة، وأيضا تكون به المواصفات التي حددها الموصي.

المطلب الثالث: حق الجنين في الوقف

يعد الوقف من العبادات المشروعة في الإسلام، والمقصود به هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف وقد يكون الوقف خيريا أو وقفا ذريا أو مشتركا.

فالوقف الخيري هو: ما يوقفه الواقف على جهة خيرية حين إنشائه أو يؤول إليها نهائيا.

أما الوقف الذري: فما يوقفه الوقف على نفسه أو ذريته أو على شخص معين أو ذريته.

والوقف المشترك: وهو ما يوقفه الواقف على جهة خير على الأفراد ونسبة الاشتراك فيه إما أن تكون معينة أو غير كذلك.[2]

وذهب جمهور الفقهاء إلى صحة الوقف على الأولاد والذرية الموجودة منهم ومن سيولد فيما بعد، أما بالنسبة لتخصيص الوقف للجنين وهو في بطن أمه، فعند الحنفية: يصح إذا اعتبر أنه من نسل الذرية ويكون بحسب عبارة الواقف كقول: وقفت كذا على ولدي وولد ولدي، أو بطنا بعد بطن.

---

[1] -بلحاج العربي، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الميراث والوصية)**. ديوان المطبوعات الجامعية، د.ب.ن، 2002، ص 292.

[2] –أوان عبد الله الفيضي، **الأحكام المتعلقة بحقوق الحمل**. مرجع سابق، ص 251

والمالكية: يصح الوقف عندهم للجنين ويكون أهل لتملك.

وبالنسبة لشافعية فقد نصوا على عدم صحة الوقف على الجنين لعدم صحة تملكه، فلا يدخل الجنين في الوقف إلا إذا انفصل حيا، و وافقهم الحنابلة في هذا الرأي ولا يصح الوقف للجنين عندهم كذلك.

هنا نجد أن الشافعية والحنابلة قالوا بعدم صحة الوقف على الحمل، والحنفية يجيزون الوقف شرط أن يكون تابعا لذرية لا أن يكون الوقف مقصورا عليه، أما المالكية فيصح الوقف عندهم على من سيولد.[1]

أما بالنسبة للقانون فقد نص المشرع الجزائري على الوقف في المواد من 213 إلى 220 من قانون الأسرة الجزائري، وعرف الوقف في المادة 213 التي نصت على أن:" الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق".

والمشرع الجزائري عرف الوقف بصفة عامة دون ذكر لنوعه، فهو لم ينص صراحة على الوقف للجنين أو للذرية و إنما جاء ذكره للوقف عاما في نص المادة 213 من قانون الأسرة.

المطلب الرابع: حق الجنين في النفقة وزكاته في المال المنسوب إليه

اختلف الفقهاء في كون النفقة تجب للحمل أم للحامل في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني اختلفوا في الزكاة في المال المنسوب للجنين بين الوجوب من عدمه.

الفرع الأول: استحقاق النفقة

حيث يرى المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة بأن النفقة تجب للحمل، ويرى الحنفية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة بأن النفقة تجب للحامل، لكن اختلفوا هل تجب لها بسبب العدة أم بسبب الحمل. [2]

[1]-عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، مرجع سابق، ص ص 90، 91.

[2]-محمد خضر، **نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة**. دار اليازوري، 2009، ص 183 .

فقال الحنفية:" إن النفقة إذا كانت حاملا تجب لها لا للولد بدليل أنها لا تجب في مال الولد، و أنها لا تتعدد بتعدد الأولاد، ولا تتضاعف نفقتها إذا حبلت فلو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعفت نفقة المنكوحة إذا حبلت " [1]

يرى الحنفية أن النفقة تجب للمرأة بسبب العدة وأنها تستحق النفقة سواء كانت حامل أو حائل.

أما الآخرون القائلون بأن النفقة للحامل بسبب الحمل، فيرى أصحاب المذهب الشافعي:" أنه تجب النفقة والكسوة لحامل بائن. والوجوب إنما هو لها لكن بسبب الحمل ..".

والحنابلة قالوا: أن وجوب النفقة للحامل من أجل الحمل كذلك واستدلوا من أنها تجب من اليسار و الإعسار و أنها لا تسقط بمرور الزمان،وقال ابن حزم الظاهري:" أنه ينفق على الحبلى من أجل ولده " لأنه إذا نشزت امرأة وهي حامل فالنفقة لا تسقط لأنها للحمل، وفي غير الحامل النفقة تسقط عن المرأة الناشز ولا تستحقها.[2]

وتختلف النفقة من حيث طريقة الفرقة، فيوجد فرق بين نفقة الحامل المعتدة من طلاق، ونفقة الحامل المعتدة من وفاة.

فالمعتدة من طلاق: المرأة الحامل تكون نفقتها واجبة على زوجها بحكم الزوجية، أما من كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بعد نكاح صحيح فيرجع إلى الأصل في وجوب النفقة للمعتدات،[3]

واتفق الجمهور على عدم سقوط نفقة المعتدة بالطلاق الرجعي سواء حاملا و حائلا واستدلوا على ذلك بقوله عز وجل:‹‹ **وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ** ››.[4]

إن المطلقة طلاق رجعي اعتبرها الله تعالى زوجة بنص الآية القرآنية فجعل الحق للزوج في ردها إلى عصمته ما لم تنته العدة وذلك دون إذنها.

---

[1] -مفتاح محمد أقازيط، **الحماية القانونية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**. مصر، 2004، ص 89.

[2] -مفتاح محمد أقازيط، مرجع سابق، ص 90 .

[3] -ليلى حسن محمد الزوبعي، **أحكام العدة في الشريعة الإسلامية**. دار الرواق، الأردن، 2006، ص 106.

[4] -سورة البقرة الآية (228).

فنفقة الحمل واجبة للجنين والنفقة على أمه يعود عليه بالنفع واتفق جمهور الفقهاء بالنسبة للبائن الحامل سواء بانت بطلاق ثلاث أو خلع أو غيره مادامت في العدة. [1]

واستدلوا بقوله تعالى:‹‹ **وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**››.[2]فالنفقة أوجبها الله سبحانه وتعالى للمعتدة الحامل البائن طلاقها وبأي طريقة كانت الفرقة مادامت في العدة.

والنسبة للمشرع الجزائري فقد أثبت النفقة للزوجة مدة العدة بكل فرقة جاءت سواء كانت من جهة الزوج بطلاق أو فسخ وسواء كانت الزوجة حاملا أم حائلا وهذا ما نصت عليه المادة80 من قانون الأسرة الجزائري:" تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ".

وفي قرار المحكمة العليا ملف رقم 32719، م.ق عدد 02 لسنة 1989 ص65: على أن النفقة تثبت على الملتزم بها إن لم يؤدها منذ عدة سنوات فان القاضي لا يحكم إلا بالنفقة لمدة سنة سابقة لرفع الدعوة.[3]

وما نلاحظه أن النص جاء عاما، والمشرع وافق ما ذهب إليه فقهاء الحنفية من وجوب النفقة للحامل أو الحائل بغض النظر عن طريقة الفرقة ونوعها،وكذلك نص المادة 74 من نفس القانون:" تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78،79،80 من هذا القانون".

وجاء في قرار المحكمة العليا ملف رقم 478795 م.م.ع، عدد01، لسنة 2009 ص 273

بأن مصاريف الحمل و والوضع تعتبر نفقة إضافية يلتزم بها الزوج طالما أن الوضع ناتج على علاقة زوجية فالزوج مسؤول عن تلك المصاريف المادية.[4]

أما لنفقة المعتدة من وفاة فاختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

---

[1]–ليلى حسن محمد الزوبعي، مرجع سابق، ص 107.

[2] -سورة الطلاق الآية (06).

[3]–لحسن بن شيخ آث ملوية، **المرشد في قانون الأسرة مدعما باجتهاد المجلس والمحكمة العليا**، ص 283.

[4]–المرجع نفسه، ص 283.

– المذهب الأول: يرى عدم وجوب النفقة لمعتدة الوفاة الحامل وهو ما قال به الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) و استدلوا بعدم وجوب السكنى لأن:

– مدة العدة يكون احتباسا لحق الزوج لكن في حالة العدة من الوفاة فيكون احتباسا لمعرفة براءة رحمها لحق الشرع لا الزوج، فيكون التربص منها عبادة.

– المال عند الوفاة ينتقل إلى الورثة، والنفقة التي تجب فتكون بسبب الحمل أو من أجله، وذلك لا يلزم الورثة.

– لا يجب ولا يكون حق المعتدة في السكنة والنفقة لأنه مترتب على الملك، و الملك يزول بالموت.

–يتجدد وجوب النفقة شيئا فشيئا والميت لا مال له بعد الموت، فلا تجب.[1]

– المذهب الثاني: وجوب النفقة وهو ما ذهب إليه المالكية وبعض الشافعية وبعض من الحنابلة في قول آخر واستدلوا بقوله تعالى: ‹‹ **غَيْرَ إِخْرَاجٍ** ››،[2] بمعنى وجوب السكنى لمعتدة الوفاة وقال تعالى أيضا:‹‹ **أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ** ›› .[3]

وهي تدل على وجوب السكنى للمطلقة، وقياسا عليها وجبت للمعتدة من وفاة، فالشرع أمر بالمكث في بيت الزوجية.

ومن السنة النبوية الشريفة: عن الفريعة بنت مالك– رضي الله عنه –" أن زوجها خرج في طلب، وعند طرف القدوم لحقهم فقتلوه، فسألت الرسول صلى الله عليه وسلم: أن أرجع إلى أهلي، فإني لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام: نعم، فقالت فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة فدعاني فقال: كيف قلت؟ فرددت عليه القصة التي ذكرت من شأن زوجي قالت، فقال: أمكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله".

ومن السنة كذلك ما يدل على ثبوت السكنى للمعتدة من الوفاة في بيت الزوجية.

---

[1] –مفتاح محمد أقازيط، مرجع سابق، ص 94.

[2] –سورة البقرة جزء من الآية (240).

[3] –سورة الطلاق الآية (06).

وعند المالكية أوجبوا نفقة الحمل على أبيه بشرط لحوق الحمل لأبيه وحرية الحمل وحرية أبيه، وعند الشافعية والحنابلة رأيان في سبب نفقة الحامل:

1-تجب للحمل لأنها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله.

2-تجب للحامل من أجل الحمل لأنها تجب مع اليسار و الإعسار فكانت له.[1]

إذن تجب نفقة الزوج على الحمل لأنه ولده، ولا يمكنه الانفاق على الحمل إلا بالإنفاق على الحامل، فوجب عليه الإنفاق.[2]

من هذا نستنتج أن النفقة واجبة للحمل و الحامل فلا تكون النفقة للحمل فقط.

الفرع الثاني: حكم الزكاة في المال المنسوب إلى الجنين:

اختلف الفقهاء في حكم الزكاة في المال المنسوب للجنين إلى ثلاثة آراء:

أولا: أنها لا تجب وهو ما ذهب إليه الجمهور حيث ما جاء به الحنفية أن الزكاة واجبة على الحر، العاقل، البالغ، المسلم إذا ملك ملكا تاما وحال عليه الحول وليس على الصبي ولا المجنون زكاة.

فإذا كانت الزكاة لا تجب في مال الصبي فلا تجب في مال الحمل كذلك.

وما قاله المالكية: تجب الزكاة على كل مسلم حر تام الحرية إذا ملك المقدار الذي تجب فيه الزكاة حولا تاما، والمعلوم أن الجنين لا يملك شيئا محققا قبل الولادة.

وقول الشافعية: أنه لا زكاة في مال الحمل الموقوف له بإرث أو وصية لعدم الثقة بحياته.[3]

-وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**. ط1، دار الفكر المعاصر، أفاق المعرفة متجددة، 2006، ص ص، 7405، 7406.[1]

[2] - جاسر جودة علي العاصي، **نفقة الزوجة في الفقه الاسلامي دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجستير)**. الجامعة الاسلامية، غزة، عمادة الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، 2007، ص 14، 15.

-خالد صالح، مرجع سابق، ص 132.[3]

أما بالنسبة للحنابلة فلا تجب الزكاة في المال المنسوب إلى الجنين فلا مال له مادام حملا، واستدلوا بقوله تعالى:‹‹ **خُذْ مِنْ أَمْوالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيهِمْ بِها** ››.[1]

وما جاء في الآية الكريمة أنها تخاطب المكلف، وغير المكلف لا ذنب له.

ثانيا: تجب الزكاة في مال الجنين وهذا ما قال به بعض الشافعية وبعض الحنابلة فالزكاة تجب على الجنين في ماله إذا انفصل حيا، ودليلهم أن الزكاة عبادة مالية تجري فيها النيابة فيقوم الولي مقام الجنين في أدائها. [2]

ثالثا: وهو مذهب الظاهرية وفصلوا فيه:

فإذا بلغ الجنين أربعة أشهر في بطن أمه تجب عليه الزكاة قياسا على الصغير الذين قالوا بوجوب الزكاة عليه، أما قبل الأربعة أشهر فلا يتعلق شيء به، واستدلوا بأن نفخ الروح يكون بعد الأربعة أشهر فالجنين بعد هذه يعد من الأحياء وقبلها من الأموات، حيث يقول ابن حزم: أن الزكاة فرض على الرجال والنساء والكبار والصغار من المسلمين والجنين يعد صغيرا، فإذا كان حيا فكل حكم وجب على الصغير وجب على الجنين.[3]

---

[1]-سورة التوبة الآية (103).

[2]-خالد صالح، نفس المرجع، ص 133.

[3]-خالد صالح، المرجع نفسه، ص 134.

خلاصة:

ما نستخلصه من هذا الفصل أن المشرع الجزائري ما جاء به بالنسبة لحقوق الجنين المالية كان مطابقا بما جاءت به الشريعة الإسلامية، حيث قرر المشرع للجنين من حق في الميراث واشترط لثبوت هذا الحمل أثناء موت المورث بالإضافة إلى استهلاله، ومن حق في الهبة الذي اشترط فيها ولادة الجنين حيا ليستحقها والوصية شروطها نفس شروط الميراث وهو جود الحمل وأيضا اتصاف الحمل بما وصفه الموصي والوقف ما شرعه الله عز وجل وجاءت به الشريعة الإسلامية، وكذلك بالنسبة التي كان فيها اختلاف بين الفقهاء إذا كانت تجب للحمل أم تجب للمرأة للحامل كما اقر المشرع باستحقاق الزوجة النفقة فتثبت لها النفقة وقت العدة بكل فرقة كانت سواء من جهة الزوج بالطلاق أو الفسخ وسواء كانت الزوجة حاملا أم لم تكن كذلك.

نرى أن المشرع الجزائري ما جاء به كان موافق للشريعة الإسلامية إلى حد ما.

أما بالنسبة للزكاة في المال المنسوب للجنين نرى أن الشريعة اعتبرته من الحقوق المعنوية للجنين حيث تناولت هذه النقطة بالتفصيل وكان فيه آراء فقهية مختلفة، لكن المشرع لم يتطرق لها.

الخـاتمة:

في ختام ما طرحناه لموضوع حقوق الجنين المعنوية والمادية نستخلص أن:

1- للجنين حقوق تثبت له بمجرد ولادته حيا.

2- وله أهلية وجوب ناقصة فهو له قابلية لاكتساب حقوق كما تضم جميع حقوقه المادية والمعنوية فالجنين له شخصية قانونية ليست موجودة بالفعل بل بالقوة.

3- هذه الحقوق تبقى معلقة على شرط وجودها أو تحققها وتثبت له بها الحقوق كليا وذلك بتمام ولادة الجنين حيا ولو مات بعد ذلك مباشرة.

4- وبالنسبة لحماية الجنين وحقوقه فلا بد من معرفة سبب الهلاك هل كان طبيعي أو علاجي أم ناتج عن التعرض له بالاعتداء على كيانه بالإضافة إلى تبيين الأضرار التي تلحق بالأم الحامل التي تسقط جنينها.

5- أقر المشرع الجزائري حماية خاصة للجنين في قانون الأسرة مجموعة من الحقوق وفي المقابل وفر له حماية خاصة في قانون العقوبات وذلك من خلال تجريمه للإجهاض.

6- و كلا من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي يقران بوجود حقوق لهذا الكائن التي سبق وتم توضيحها ويرتبان عقوبات على من يتعرض لها.

7- من خلال ما تم تناوله في هذه الدراسة والتي تتمثل في حقوق الجنين فللجنين أهلية وجوب ناقصة:

8- توجب له من الحقوق المعنوية كحقه في الحياة وحقه في نسبه لأبيه.

9- ومادية تمثل في وجود له ملكية وذمة مالية تستوجب الإنفاق عليه فالنفقة واجبة شرعا وقانونا للحمل وللمرأة الحامل.

10- وحجز نصيب له من الميراث، كذلك صحة الوقف والوصية عليه وجواز الهبة له.

11- ونجد أن المشرع الجزائري وافق الشريعة الإسلامية إلى حد ما كبير على تبين هذه الحقوق.

12- والإضرار بالجنين تعتبر جناية تستوجب العقوبة على مرتكبها مهما كانت صفته وتشمل كذلك الأم ذاتها وأساس تحريم الإجهاض هي حماية لحق الجنين في الحياة فلا يباح الإجهاض إلا في حالات الضرورة الملحة، وذلك يكون باتفاق عدد من الأطباء على أن بقاء الجنين يشكل خطرا على حياة الأم الحامل، وذلك بمعنى أن الجنين إنسان ذو طبيعة خاصة يتمتع بأهلية وجوب ترتب له مجموعة من الحقوق المقررة شرعا وقانونا.

قــائمة المصــادر والمــراجع:

القرآن الكريم

الكتب:

1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص للجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال. دار هومه، الجزائر، 2006.

2- أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقري، المصباح المنير. المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د.س.ن.

3- أحمد الحجر الكردي، الأحوال الشخصية: الأهلية والنيابة الشرعية و الوصية و الوقف والتركات. مديرية الكتب و المطبوعات الجامعية، جامعة دمشق، 2009.

4- أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض و الاعتداء على العرض و الشرف و الاعتبار والحياء العام والإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والفنية. المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية.

5- أوان عبد الله الفيضي، الأحكام المتعلقة بحقوق الحمل دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة. دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، 2015.

6- إسحاق إبراهيم منصور، قانون العقوبات الجزائري جنائي خاص في الجرائم ضد الأشخاص و الأخلاق و الأموال و أمن الدولة. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.

6- توفيق خير الدين خليفة خير الله، قضية الإجهاض جنين الاغتصاب وآثارها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.

7- ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة والتشريع الجنائي الجزائري. دار الجامعة الجديدة، البليدة، 2013.

8- خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية. دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.

9- الشحات إبراهيم محمد منصور، حقوق الطفل وأثارها بين الشريعة والقوانين الوضعية. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

10- سيف رجب قزامل، الجناية على الجنين وعقوبتها دراسة فقهية مقارنة. مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية،2012.

11- صابر محمد، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية، ط1، مكتبة **الوفاء** القانونية، الإسكندرية، 2015.

12- العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية. ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

13- علي بن محمد بن رمضان، أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال. مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012.

14- عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي. ط1، دار الأندلس الخضراء للنشر والتوزيع، جدة، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،2001.

15- عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2006.

16- عبد القادر عوده، التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي. جزء 2، ط 6، مؤسسة الرسالة للنشر والتوزيع، بيروت، 1985.

17- غالية رياض النبشة، حقوق الطفل بين القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010.

18- أبو فضل ابن منظور جمال الدين، لسان العرب. دار المعارف، دار صادر بيروت، مجلد1، د.ب.ن، د.س.ن.

19- ليلى حسن الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، دار الرواق، الأردن، 2006.

20- لحسن بن شيخ اث ملويا، المرشد في قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المجلس الأعلى والمحكمة العليا من سنة 1982 إلى سنة 2014، ط 2، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2015.

21- محمد محي الدين عبد الحميد، أحكام المواريث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة. ط1، الكتاب العربي، 1984.

22- محمد بن علي الشكاني، نيل الأوطار، كتاب الفرائض باب ميراث الحمل، رقم الحديث 2568 ، الجزء6.

23- محمد إبراهيم سعد النادي، الإجهاض بين الحظر والإباحة دراسة فقهية مقارنة. دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.

24- محمد كمال الدين إمام، الوصية والوقف في السلام مقاصده وقواعده. منشأة المعارف، مصر، 1999.

25- محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة. دار اليازوري، مصر، 2009

26- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات-قسم خاص- دار النهضة العربية، 1988.

27- محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص) الجرائم الواقعة على الأشخاص. المكتبة القانونية، الأردن، 2002.

28- محمد علي الصابوني، روائع البيان في تفسير ايات الأحكام من القران الكريم، جزء 2، المكتبة العصرية، بيروت، 2009.

29- مفتاح محمد أقازيط، الحماية القانونية للجنين في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، 2004.

30- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي ف الهبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، 2001.

31- نشأة أحمد نصيف، شرح قانون العقوبات-القسم الخاص- المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010.

32- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، جزء 8، ط 1، دار الفكر، الجزائر، 1991.

33- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته. جزء 5، ط 9، دار الفكر المعاصر، أفاق المعرفة المتجددة، 2006.

المجلات:

34- بوسطلة شهرزاد، مجلة الاجتهاد القضائي، الحقوق المعنوية والمالية للجنين في الشريعة الإسلامية، العدد السابع، جامعة محمد خيضر.

الرسائل:

35- حمزة مشوار، إثبات النسب في قانون الأسرة(ليسانس). جامعة مرباح، ورقلة، 2013/2012، ص 18.

36- جاسر جودة علي العاصي، نفقة الزوجة في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارن مع قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجستير). الجامعة الاسلامية، غزة، الدراسات العليا، كلية الشريعة والقانون، قسم القضاء الشرعي، غزة،2007.

القوانين:

-القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الموافق ل 9 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05-02، الجريدة الرسمية، الجمهورية الجزائرية، العدد 24، 12 يونيو 1984.

-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، الجريدة الرسمية، الجمهورية الجزائرية، العدد 08.

-القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتضمن قانون العقوبات.

الفهرس:

مقدمة.....ج

مبحث تمهيدي: مفهوم الجنين.....6

المطلب الأول: تعريف الجنين.....6

الفرع الأول: لغة و اصطلاحا.....7

الفرع الثاني: قانونا.....8

الفرع الثالث: عند الأطباء.....8

المطلب الثاني: مراحل تكوين الجنين.....9

المطلب الثالث: التحديد الشرعي والقانون لبداية الحمل ونهايته.....10

الفرع الأول: التحديد الشرعي لبداية الحمل ونهايته.....10

الفرع الثاني: التحديد القانوني لبداية الحمل ونهايته.....12

الفصل الأول: الحقوق المعنوية للجنين.....14

المبحث الأول: حقوق الجنين قبل التكوين.....15

المطلب الأول: توفير الأمن والاستقرار والظروف الصحية.....15

المطلب الثاني: ديانة الجنين.....16

المبحث الأول: حقوق الجنين بعد التكوين.....17

المطلب الأول: حقه في الحياة.....17

المطلب الثاني: حقه في النسب.....19

1-منع الحامل من الزواج.....22

2-الإعلان عن الزواج.....22

3-جعل الإشهاد من شروط الزواج.....22

الفصل الثاني: حقه في حمايته من الاعتداءات الواقعة عليه.....24

المبحث الأول: مفهوم الإجهاض.....25

المطلب الأول: تعريف الإجهاض.....25

المطلب الثاني: تحريم الإجهاض.....26

أولا: المذهب الحنفي.....27

ثانيا: المذهب المالكي.....27

ثالثا: المذهب الشافعي.....28

رابعا: المذهب الظاهري.....28

المطلب الثالث: صور الإجهاض.....26

اولا: إجهاض الغير للحامل.....28

ثانيا: إجهاض المرأة الحامل لنفسها.....29

ثالثا: الإجهاض المرخص به.....30

المبحث الثاني: أركان جريمة الإجهاض.....31

المطلب الأول: محل الجريمة (الركن المفترض).....31

المطلب الثاني: الركن المادي.....32

1-السلوك الإجرامي.....32

2- النتيجة الجرمية.....33

3- العلاقة السببية.....33

المطلب الثالث: الركن المعنوي.....34

أولا: العلم.....34

ثانيا: الإرادة.....35

المطلب الرابع: العقوبات المقررة لجريمة الإجهاض.....35

الفرع الأول: جزاء إجهاض المرأة الحامل.....35

1-جزاء المتسبب في إجهاض الحامل.....35

2-العقوبة الواقعة على السلك الطبي.....36

الفرع الثاني: عقوبة إجهاض الحامل لنفسها.....36

الفرع الثالث: جزاء المحرض لفعل الإجهاض.....37

الفصل الثالث: الحقوق المالية للجنين.....40

المبحث الأول: حق الجنين في الميراث.....42

المطلب الأول: تعريف الميراث.....42

المطلب الثاني: شروط توريث الحمل.....45

المطلب الثالث: نصيب الحمل من التركة.....46

المبحث الثالث: حق الجنين في التبرعات.....47

المطلب الأول: حق الجنين في الهبة.....47

المطلب الثاني: حق الجنين في الوصية.....48

الفرع الأول: تعرفها.....48

الفرع الثاني: شروط صحة الوصية.....50

المطلب الثالث: حق الجنين في الوقف.....51

المطلب الرابع: حق الجنين في النفقة وزكاته في المال المنسوب إليه.....52

الفرع الأول: استحقاق النفقة.....52

الفرع الثاني: حكم الزكاة في المال المنسوب إلى الجنين.....56

أولا: راي الجمهور.....56

ثانيا:راي بعض من الشافعية وبعض الحنابلة.....57

ثالثا:راي مذهب الظاهرية.....57

الخاتمة.....59

قائمة المصادر والمراجع.....61

الملخص:

تناولنا بالتفصيل موضوع حقوق الجنين المالية والمعنوية في الشريعة الإسلامية والقانون، حيث بينا الحقوق المقررة له معنويا والمتمثلة في حقه النسب و حقه في الحياة، حقه في توفير الظروف الصحية وحقه في توفير الأمن و الاستقرار وهي حقوق مقررة له قبل تكوينه، فبمجرد ثبوت الحمل عند المرأة تثبت له هذه الحقوق، وفي جانبه المالي تناولنا حقه في الميراث وكذلك حقه في التبرعات منها حقه في الهبة والتي هي من التصرفات العقدية، و في التصرفات الفردية والتي تتمثل في الوصية و الوقف.

كذلك تطرقنا إلى حق الجنين في النفقة و المال المنسوب للجنين هل تتم فيه الزكاة، كما تطرقنا إلى حقه في حمايته من الاعتداءات الواقعة عليه وفيه تناولنا تعريف الإجهاض وصوره وتحريمه والعقوبات المقررة لهذه الجريمة، و توصلنا إلى طرح الإشكالية التالية: **كيف حمت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري الحقوق المادية والمعنوية للجنين؟** ومنه تطرقنا للمبحث التمهيدي الذي تضمنا فيه تعريف الحق وتعريفات الجنين ومراحل تطوره وتكوينه، والتحديد الشرعي والقانوني لبداية للحمل ونهايته، وختمنا بحثنا بخاتمة تم تلخيص فيها أهم النتائج المتوصل إليها.