



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة الجيلاي لياس بسيدي بلعباس  
كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)

## عنوان الأطروحة

### الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية والقوانين الوضعية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم  
تخصص حقوق فرع قانون طبي

المشرف والمقرر  
أ.د فتات فوزي

من إعداد المترشح  
مسلم عبد الرحمان

### أعضاء اللجنة

رئيسا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	السيد: معوان مصطفى
مشرفا ومقررا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	السيد: فتات فوزي
عضوا مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذ التعليم العالي	السيد: مغربي قويدر
عضوا مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	السيد: سعيد بن يحي

السنة الجامعية 2018/2019 م الموافق ل 1439/1440 هـ

## تشكر وتقدير

أحمد الله وأشكره وأثني عليه ثناء حسنا على فضله ومنه وجوده إذ أحسن بي لإخراج هذا العمل إلى الوجود وأصلي وأسلم على سيد الأولين والأخيرين محمد ابن عبد الله عليه أفضل الصلاة والتسليم.

أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

الأستاذ الدكتور **فتات فوزي** على تحمله عناء الإشراف على هذه الأطروحة  
«فمعدرة».

وإلى الأستاذ الدكتور **معوان مصطفى** على جهوده الصادقة.

وإلى الأستاذ الدكتور **بودالي محمد**.

وإلى جميع أساتذتنا الأفاضل.

إلى الأساتذة الذين تحملوا عناء قراءة الأطروحة، الدكتور **معوان مصطفى**،

الدكتور **مغربي قويدر** الدكتور **سعيدي بن يحي** «فلهم جزيل الشكر».

جزاكم الله عنا كريم الجزاء

# الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى من علمني

إلى كل أفراد العائلة كبيرا وصغيرا.

إلى كل من سلك طريقا يبتغي فيه علما.

إلى كل أساتذة وطلبة كلية الحقوق بجامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس .

إلى زوجتي التي تكبدت عناء طباعة هذا العمل فلها الشكر.

إلى فلذة كبدي و سر وجودي في هذه الحياة رجاء اليمن ووصال النعم أمينة ووصال.

إلى كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل.

إلى الأستاذ الفاضل: الأستاذ الدكتور **فتات فوزي** الذي تكبد عناء الإشراف على هذا العمل.

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل .

عبد الرحمن

## قائمة المختصرات

### باللغة العربية :

ج : جزء

ص : صفحة

ق.أ : قانون الأسرة

ق إ ج : قانون الإجراءات الجزائية

ق إ م إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق.ع : قانون العقوبات

ق.م : القانون المدني

م : مجلد

غ أش : غرفة الأحوال الشخصية

### باللغة الفرنسية

**Ann** : Annales

**Art** : Article

**Bull.Civ** : Bulletin des arrêts de la cour de cassation

**C** : Code

**CAA** : Cour Administrative d'appel

**Cass** : Cassation

**C.Civ** : Code Civil

**C.E** : Conseil d'état

**C.M** : Chambre

**Chron** : Chronique

**Civ 1<sup>er</sup>.....2<sup>ème</sup>**: Cour de cassation 1<sup>er</sup> chambre Civile

**Dr** : Droit

**Ex** : exemple

**Gaz.Pal** : Gazette du palais

**Jcp : Juris** : Classeur périodiques. Semaine juridique

**JC<sup>o</sup> éd cl** : Edition générale

**Jcp.éd.E** : Edition entreprise

**Jcp.éd.N** : Edition notariat

**Rép.dalloz** : répertoire Dalloz

**Rev** : Revue

**Somm** : Sommaire

**TA** : Tribunal administratif

**Vol** : Volume

مقدمة

خلق الله الإنسان في أحسن تقويم وكرمه أحسن تكريم وأسبغ عليه نعمه ظاهرة وباطنة وشمله بكافة أوجه الحماية وأمره باتخاذ الأسباب والسعي لأجل الأعمار في الأرض فشرع له التطبيب والعلاج من الأسقام والعلل، كل ذلك من أجل الحفاظ على النفس البشرية فقد كفل التشريع الإسلامي حماية هذه النفس المقدسة وذلك بعدم الاعتداء عليها في أي مرحلة من مراحل تكوينها لاسيما قبل الولادة حينما يكون الجنين في مرحله الأولى.

وقد وجدت فكرة حماية الجنين منذ القدم بالرغم من عدم بروزها بشكل واضح بالنظر إلى طبيعة كل مرحلة سادت من حيث الدين والأعراف والتقاليد، ولقد سبقت الشريعة الإسلامية القانون الوضعي في إرساء معالم الحماية باعتبار أن المرحلة الجنينية هي أول مراحل في التكوين الإنساني هذا المخلوق الذي جعله الله خليفة له وكرمه أحسن تكريم.

وظهر ذلك جليا في آيات القرآن الكريم التي أبدعت وصورت المراحل الجنينية بدقة متناهية بقي العلم الحديث عاجزا عن تفسير تلك الأطوار التي بينها القرآن تبيانا واضحا ومعجزا فمن أعظم النعم الدالة على قدرة المولى عز وجل خلق الإنسان، إذ يمر الوجود الإنساني في هذه الحياة بأطوار متعددة لقوله تعالى: ﴿سُرِّيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْأَفَاقِ وَفِي أَنْفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ ۗ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ﴾<sup>1</sup>.

والجنين باعتباره بداية التكوين ونواة البشرية والذي هو التهيئة الجسدية وأول مراحل خلق الإنسان التي تعد مرحلة مهمة ونقطة تكامل حياة الإنسان إذ تتشكل فيه أعضاؤه وأجهزته، ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بالجنين قبل نشأته وتكوينه في رحم أمه إذ أن الاعتداء عليه يعد من أفظع الجرائم الواقعة على الإنسانية وهو ليس بالأمر الجديد، بل هو إذ ذاك القديم قدم البشرية، فقد كانت الشعوب البدائية في العصر ما قبل التاريخ لا تعلق على الحياة الإنسانية أهمية كبيرة لذلك لم يكن الاعتداء على الجنين يشكل جريمة في ظل الشرائع القديمة، فقد كانت هناك بعض شرائع الحضارات القديمة تمنع الاعتداء على الجنين

<sup>1</sup> - سورة فصلت، الآية 53.

وتجرّمه وتفرض على مرتكب الجرم عقوبات قاسية وبذلك كانت تحيط الجنين بالحماية والرعاية ومن هذه التشريعات شريعة حمورابي التي كانت تعاقب على كل الأفعال التي تشكل اعتداء على الجنين بطريقة الإجهاض وبعد مرور فترة من الزمن ظهر بعض الفلاسفة في أثينا وروما ينادون بإنهاء حياة الجنين قبل الأوان بالإجهاض، ويشجعون عليه باعتباره إحدى الوسائل التي يمكن أن تحقق المحافظة على التوازن السكاني داخل المجتمع كأمثال أفلاطون الذي نادى بضرورة إجهاض المرأة الحبلى إذا كان سنّها قد جاوز الأربعين ثم جاء من بعده أرسطو الذي نادى بأن الزوجة التي تحمل وعندها العدد الكافي من الأبناء يحسن لها أن تتخلص من هذا الحمل، وبناء على هذه النصائح وغيرها انتشر الإجهاض في المجتمع الروماني واليوناني.

أما في الشريعة اليهودية فلم يرد ذكر الإجهاض إلا في معرض إسقاط الجنين الحاصل بالتعدي إذ يعاقب الفاعل بالغرامة الذي يفرضها الزوج وتدفع أمام القضاء. وكل ذلك تبياناً للقيمة الإنسانية ابتداءً من المرحلة الجنينية التي ولا شك أنها هي أقدس المراحل وأبينها من خلال إرساء معالم الحماية الشرعية للجنين وفقاً لضوابط ومعالم الشرعية بحسب ما اقتضت الحاجة ذلك، فالإنسان ضعيف بطبعه يسعى دوماً لأن يعيش صحيحاً معافى في جسمه وعقله، فحياة الإنسان مرتبطة ارتباطاً كلياً بسلامة جسمه. ومع تعدد حقوق الإنسان بتعدد الواجبات الملقاة على عاتقه، إذ يعتبر حقه في سلامة جسده من الحقوق المرتبطة بشخصه، حيث تثبت له بمجرد ولادته ويعتبر الحد الأدنى الواجب كفالتة له ويترتب على المساس به إهدار لكرامته وأدميته، ومع ما أفرزته التطورات العلمية الهائلة في القرن الماضي من نتائج مختلفة النطاق ومتنوعة الأهداف بحيث بدا أن هذه التطورات شاملة تمتد إلى مناحي الحياة كافة، ولاسيما تلك المتعلقة بجسم الإنسان ذلك أن ما يميز العصر الذي نعيش فيه هو ذلك التطور الطبي الحاصل «فقد شهد علم الطب»

في العقدين السابقين تقدما مذهلا بحيث يمكن القول بأن الطب تقدم اليوم في نصف قرن أكثر مما تقدم في عشرين قرن، فقد قهر الكثير من الأمراض المستعصية<sup>1</sup>.

فقد قررت القوانين الوضعية في معظمها مسألة حماية الجنين والدفاع عن حقوقه إبتداء من حقه في الحياة وصولا إلى باقي الحقوق المادية فأكدت القوانين على ضرورة حفظ الجنين ورعايته والاهتمام بصحته، ويتجلى ذلك في إرساء جملة من مقتضيات الردع والمنع لكل مخالف لمختلف التشريعات لاسيما تلك التي تتعلق بالتطور الطبي المتمثلة في التلقيح الاصطناعي و ضوابط أخرى تمكن القاضي من توقيع العقاب على من اعتدى على الجنين خاصة في مراحلہ الأولى.

كما قد حفل التشريع الإسلامي بفيض من القواعد والمبادئ العامة في مختلف أمور الدين والدنيا فكان ينبوعا متفجرا ومناورة للعالمين، ولقد أشاد علماء القانون المحدثون بمآثر التشريع الإسلامي وما جاء به من نظريات قانونية، مبنية على المنطق السليم ومحقة للعدالة الاجتماعية تعد بحق مرجعا خالدا على مر العصور ومفخرة لتراث الإنسانية خاصة تلك المتعلقة بالحماية الشرعية للجنين في مراحلہ الأولى.

وإذا كان موضوع الحماية القانونية للجنين التي قد حظيت باهتمام رجال الفقه والقانون في العصر الحديث وثار حولها جدل كبير وصولا إلى الأساس القانوني لحقه المكرس شرعا وقانونا.

فإنه جدير بالذكر أن نسجل هنا أن الشريعة الإسلامية قد سبقت التشريعات الوضعية الحديثة في إرساء قواعد المسؤولية القانونية بما يكفل حماية الجنين ويحفظ حقوقه ويشجع على تطوير المنهج العلمي للمهنة الطبية.

وفي سياق كل هذا فقد أثار تطبيق القواعد المتعلقة بحماية الجنين الكثير من التساؤلات، خاصة وأن موضوع الجنين يتعلق مباشرة بالكيان الإنساني.

---

<sup>1</sup> - حسان شمسي باشا، علي البار، المسؤولية الطبية بين الفقه و القضاء، الطبعة 2004، دار القلم دمشق، ص05.

فالعامل الطبي وما يستند إليه من مبررات، جعل المساس بالجنين البشري محظورا لاعتبارات أخلاقية وقانونية نظرا لخصوصية هذا المخلوق كونه يعد أساس الكيان البشري الإنساني الأمر الذي يستدعي خضوع النشاط الطبي المتعلق بالجنين والتجارب الواقعة عليه خاضع لنظامين مختلفين تبعا لمكان ممارسة العمل الطبي أحيانا وتبعا لصفة الفاعل تارة أخرى<sup>1</sup>.

لقد أثارت مشكلة الحماية القانونية للجنين خاصة في ظل التطورات الطبية جملة من التساؤلات تندرج معظمها في تبيان وتوضيح المركز القانوني للجنين الشخص المؤهل للحماية ونطاقها من خلال توضيح متى تبدأ الحماية ومتى تنتهي داخل وخارج الرحم إضافة إلى نوعية هاته الحماية من خلال إبراز مدلولها وهي حماية مدنية أم جزائية وما هي أوجهها ثم التطرق إلى نطاقها في إطار المستجدات الطبية الحديثة كالتلقيح الاصطناعي والاستنساخ البشري.

ولعل أغلب الدراسات التي انصبت على هذا الموضوع تتعلق بالمركز القانوني له وأخذت هذه القواعد والدراسات أشكالا متنوعة كل ذلك في سبيل هذه الحماية المقررة. وكذا من الأسباب المتعلقة بالموضوع كون أن الشريعة الإسلامية كانت السبابة في وضع قواعد تحمي هذا الكيان البشري ألا وهو الجنين إذ أقرت له جملة من الحقوق قبل ولادته كاختيار الزوجين كل ذلك حفاظا على المقصد الأساسي من الزواج الذي بدوره يؤدي إلى حفظ الجنين لارتباط مصيره وصحته بصحة والديه، لذا فإن معظم التشريعات أوجبت الفحص الطبي قبل الزواج.

والمقصود من كل ذلك تحديد ومعرفة الحقوق المقررة للجنين بكافة صورها وكيفية اكتسابها وكذا الجزاءات المترتبة عن انتهاكها أو المساس بها مع تبيان ما رصدته الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لاسيما القانون الجزائري.

---

<sup>1</sup> - أنظر في هذا المعنى محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري و القضاء العادي المجلة القضائية العدد 1 ، سنة 2004، ص 19 .



بيد أن الكلام عن هذه الحقوق يقتضي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية أي ما قرره القرآن والسنة النبوية الشريفة وكذا اجتهادات فقهاء المسلمين.

أما ما يتعلق بالقوانين الوضعية فيحتم علينا البحث عن مختلف النصوص المتعلقة بالحقوق المدنية والأسرية و كذا العقوبات والجزاءات المقررة.

ونظرا لتمييز هذه العلاقة عن غيرها فهي ليست وليدة التطور التاريخي فحسب، بل وليدة تطور تقني وعلمي جاد، انعكس أثره على مهنة الطب، أدى إلى تدخل المشرعين في العديد من دول العالم محاولة منهم إصدار تشريعات خاصة لتنظيم الحقوق المتعلقة بالجنين ونتيجة لارتفاع الوعي وظهور نظام التأمين من المسؤولية الطبية خاصة في الدول المتقدمة، نادى جانب من الفقه بتشديد المسؤولية على الأطباء عند ارتكابهم للأخطاء الطبية الماسة بالجنين.

ولعل دوافع البحث في موضوع الحماية القانونية للجنين، تعود إلى ما يتسم به هذا الموضوع من الجانب العلمي، إذ بات العدد الوفير من القضايا الطبية المطروحة على المحاكم تثير مشاكل قانونية تتسم بالدقة والصعوبة خاصة فيما يتعلق بالجنين والتي تربط بين أقدس مخلوق على المعمورة وأشرف الخلق ألا وهو الإنسان.

ضف إلى ذلك فإن الباحثين في ميدان المسؤولية الطبية يهتمون بدراسة الأركان الثلاثة للمسؤولية من خطأ، ضرر وعلاقة السببية، أما الاهتمام بموضوع الجنين فكان قليلا.

ذلك أن مجالات الطب تطورت اليوم و توسعت وتعددت لتشمل وجوه ووسائل جديدة للتكاثر البشري، فظهر الطب الجيني و الهندسة الوراثية ووسائل الإنجاب الصناعي وكذا تغيير الصفات الوراثية والحد من الإنجاب كما ظهرت وتقدمت وسائل نقل وحقن الدم ووسائل زرع ونقل الأعضاء البشرية كل ذلك ساعد على تحسين حياة الأفراد.

ضف إلى ذلك تلك التقنيات المتطورة جدا في مجال جراحة التجميل وتغيير الجنس والجراحة العامة الأخرى.

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

من أجل ذلك كله نحاول صياغة إشكالية الموضوع على النحو الآتي:  
ما هي صور الحماية القانونية المقررة للجنين في ظل التطورات الطبية الحديثة؟ وما مدى كفايتها وفعاليتها؟

بيد أن الإجابة عن هذه الإشكالية تقتضي منا استعمال المنهج الوصفي لبلوغ الأهداف المسطرة لهذا البحث، من خلال إبراز الطبيعة القانونية للجنين إلى جانب دراسة أحكام هذه الحماية وتسليط الضوء على كل ما هو مستجد في الميدان الطبي، ثم نخرج إلى دراسة الآثار القانونية المترتبة عن الإخلال بالحقوق المقررة للجنين.

من خلال تقسيم هذا الموضوع إلى بابين نتناول في الباب الأول دراسة مفهوم الجنين وطبيعته القانونية ومركزه القانوني، وذلك بتقسيمه إلى فصلين نتطرق في الفصل الأول إلى الطبيعة القانونية للجنين ومركزه القانوني، أما الفصل الثاني فننتاول فيه نطاق الحماية القانونية للجنين.

ثم نتعرض في الباب الثاني إلى أوجه الحماية القانونية، على أن نتناول في الفصل الأول الحماية المدنية و الجزائية للجنين، وفي الفصل الثاني نتناول أوجه الحماية في ظل مستجدات المعاصرة.

# المباح الأول

## الطبيعة القانونية للجنين

### و مركزه القانوني

من المؤكد أن الواقع الطبي المعاصر شهد جملة من التطورات البيولوجية عرفت قفزة نوعية شكلت طفرة من القفزات العلمية التي حضي الجنين محل دراستنا باهتمام بالغ، ومؤكداً

وكان لزاما في تحديد الطبيعة القانونية له إبراز مختلف المفاهيم المتعلقة به من خلال التعريف بأحواله وهو في بطن أمه ومراحل نموه في ظل مختلف المفاهيم الدينية والقانونية. ولتحديد ذلك نورد جملة من الإشكاليات القانونية التي يطرحها موضوع البحث، فوضعية الجنين لم تعد بعد كما كانت عليه من ذي قبل، إذ يمكن فصله عن أمه مع بقائه حيا كما يمكن تخليقه خارج الرحم وإجراء التجارب العلمية عليه وقبل الخوض في معترك هذه المفاهيم علينا إبراز ماهية الجنين ومختلف المراحل التي يمر بها كي تجسد مفهوم الحماية القانونية والشرعية له من خلال إبراز ماهية الجنين ومراحل تكوينه في الفصل الأول وكذا حماية حق الجنين في الحياة في فصل ثاني.

## الفصل الأول

### ماهية الجنين و ضوابط تحديد مدة الحمل

عرف التقدم العلمي الذي شهده علم الطب ومجاله تطورا هائلا مكن الأطباء من كشف النقاب عن شتى الدقائق التي كان يصعب البحث فيها، نظرا لخصوصيتها وطبيعتها، لاسيما مراحل الحمل منذ بداية تكوين الجنين ومختلف التطورات التي يمر بها، ذلك أن هذا الأخير يمر بمراحل متعددة بداية من الإخصاب وحتى الوضع.

والجنين هو بداية تكوين الإنسان ونواته البشرية، ومما لا شك فيه أن البحوث العلمية في ميدان العلوم الطبية قد تطورت تطورا كبيرا ومذهلا أجابت عن الكثير من التساؤلات.

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بهذا الموضوع «الجنين» قبل وأثناء تكوينه في رحم أمه إذ أنها شرعت ما يضمن نشأته وتكوينه تكوينا سليما أثناء مراحل تطوره وبعد خروجه من بطن أمه من أجل التربية الصالحة، إذ حث الشارع الحكيم على اختيار الأب والأم وسلامتهما من كافة العيوب التي تحول دون تكوينه تكوينا سليما، وشرع من الأحكام ما يضمن سلامة الإنسان في بدنه وحرية وحقه في الحياة وكافة حقوقه المدنية من خلال إقراره لمختلف العقوبات سواء الدنيوية أو الأخروية والتي تكون مالية كالدية والتعويض المالي، والكفارة كالصيام والقصاص والتعزير.

كما بين القانون الوضعي مختلف الأحكام الجزائية لحماية الجنين التي تختلف بين العقاب البدني أو السالب للحرية والغرامة المالية، وفي بعض الأحيان يمكن الجمع بينهما، ولعل موضوع الحماية هذا من أهم المواضيع التي أسالت حبر كثير من الفقهاء ولإظهار وإبراز مختلف هذه الجوانب يتعين علينا في أول الأمر تحديد مفهوم الجنين ومراحل تكوينه وكذا الطبيعة القانونية له.

## المبحث الأول

### مفهوم الجنين ومراحل تكوينه

اهتمت الشريعة الإسلامية والقانون بالجنين وشرعت له حقوقا وقررت له حماية خاصة تختلف عن الحماية المقررة للإنسان غير الجنين، وهو المولود خارج الرحم. ولتبيان مختلف هذه المفاهيم ينبغي التطرق إلى توضيح معنى الجنين ومختلف التعريفات التي قيلت في هذا الموضوع والفرق بينه وبين الإنسان ومدى اهتمام الشريعة به. فالجنين يستحق الحماية ولو كان بويضة ملقحة في مراحلها الأولى فما هو مفهوم الجنين وما هي الأطوار التي يمر بها حتى يتمكن من إضفاء الحماية الشرعية والقانونية له؟.

### المطلب الأول: مفهوم الجنين

للقوف على مفهوم الجنين باعتباره مادة من مواد جسم الإنسان يقتضي تبيان معرفته وتبيان مختلف المراحل المتعلقة بتكوينه.

### الفرع الأول: تعريف الجنين

لتبيان تعريف الجنين تقتضي الدراسة تبيان تعريفه اللغوي وكذا الاصطلاحي.

### البند الأول: تعريف الجنين لغة: يقال جن الشيء: يجنه جنا أي يستره، وكل

شيء ستر عنك فقد جن عنك، وأجنه: أي ستره و منه يسمى الجنين لاستتاره في بطن أمه<sup>1</sup> وجنه الليل: إذا ستره<sup>2</sup>.

والجنن بالفتح هو القبر يستر الميت والجنن: الكفن، الجنان بالفتح القلب لاستتاره في

الصدر وقيل لوعيه الأشياء وجمعه لها وربما سمي الروح جنانا لأن الجسم يجنه أي يستره.

والجنين الولد ما دام في بطن أمه لاستتاره فيه والجمع أجنة أجنن.

ويتضح من معاجم اللغة على اختلافها أن الجنين هو الولد في بطن أمه

فالولد ما دام في الرحم فهو جنين.

<sup>1</sup> - أيمن مصطفى الجمل ، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008، ص14.

<sup>2</sup> - أنظر أيضا عادل بن يوسف العزازي، فتح الكريم في أحكام الحامل و الجنين، دار ابن الجوزي، القاهرة، سنة 2006، ص 11 و ما يليها.

ويقال أجنته الحامل أي سترته فهو كل مستور في البطن وأيضا يقال الجان لاستتاره على أنظار الناس.

والمجنون لاستتار عقله والجان هو أحد أفراد الجن والجنة خلاف الإنسان. ويعرّف البستاني<sup>3</sup> الجنين ما دام في بطن أمه فيكون نطفة، ثم يصير علقة ثم يصير مضغة ثم جنينا.

فالجنين كما تفيد عبارات اللغة على اختلاف مواردها وعبارات كتب التفسير والفقهاء وعبارات من كتب المتخصصين هو المادة التي تتكون في الرحم من عنصري الحيوان المنوي والبويضة، وهذا ما يؤيده معنى مادة جنين بأنها راجعة لاستتار المتحقق بهذا المعنى ومنه المجنون لاستتار عقله والجان لاستتاره عن الأنظار<sup>1</sup>.

وقد ورد في الروضة البهية بأن الجنين هو الحمل في بطن أمه وسمي به لاستتاره فيه من الإجتان وهو الستر، ويتبين مما سلف أن الجنين هو الولد المستور في رحم أمه فعلماء اللغة اتفقوا على أن مادة جن تعني الخفاء والاستتار ولفظ الجنين يقصد به ما يحمله رحم المرأة ويستتر فيه كما استعمل الفقهاء كلمة الجنين على نحو ما ذهب إليه علماء اللغة إلا أن عبارات الفقهاء اختلفت في حقيقة الجنين نظرا لاختلافهم فيما يصدق عليه لفظ الجن حال سقوطه وقبل تمام خلقه ونفخ الروح فيه<sup>2</sup>.

**البند الثاني: تعريف الجنين اصطلاحا :** يرى فقهاء القانون والفقهاء الإسلامي في مختلف تعاريفهم بأن الجنين هو المادة التي تتكون في الرحم من الحيوان المنوي والبويضة على اعتبار أن الجنين هو البويضة الملقحة أي بمجرد إدماج الخليتين المذكورة والمؤنثة يتكون الجنين<sup>3</sup> وسنخرج في ما يلي على تعريفات الجنين عند الفقهاء وأهل الطب.

<sup>3</sup> - البستاني، دار المعارف، ج6، بيروت، الطبعة1983، ص569 .

<sup>1</sup> - محمد سلام مذكور، الجنين و الأحكام المتعلقة به في فقه الإسلامي - بحث مقارن-، الطبعة أولى، سنة 1969، دار النهضة العربية، -ص31.

<sup>2</sup> - كريم زينب ، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة ، سنة 2009 ، ص 198.

<sup>3</sup> - أنظر في هذا المعنى، أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الطبعة 2007 ص216.

## أولاً : تعريف الجنين في الاصطلاح الشرعي

**1- الجنين عند الحنفية :** تعتبر الحنفية أنه لا يحكم على ما في الرحم بأنه جنين حتى يتضح شيء من خلقه فإذا تبين فيه شيء من آثار النفوس فهو جنين، أما إذا لم يتضح شيء من ذلك فهو علقة أو مضغة<sup>1</sup>.

وإذا لم يتبين شيء من خلقه فلا شيء فيه لأنه ليس بجنين إنما هو مضغة سواء ذكر أو أنثى.

والمقصود بذلك أي الإستبانة لبعض خلقه أي يظهر منه شيء كأصابع أو أظافر أو نحو ذلك.

**2- الجنين عند المالكية:** تعتبر المالكية أن لفظ الجنين يشمل كل ما ألقته المرأة سواء أكان مضغة أو علقة أو دما مجتمعاً، وحجتهم في ذلك أنه إذا كان الدم المجتمع أو العلقة يتكون منه مخلوق أو لا إنما يكون عن طريق صب الماء الحار عليه فإذا لم يذب فهو جنين وإذا ذاب فليس بشيء<sup>2</sup>.

وترى أيضا المالكية أن الجنين هو ما ألقته المرأة مما يعرف أنه ولد وإذا لم يكن مخلوقاً وسواء أكان ذكراً أم أنثى، سئل الإمام مالك عن دية الجنين في حالة إذا ما ضرب الرجل زوجته فألقت ما في بطنها ميتاً مضغة أو علقة ولم يتبين من خلقه أصبع ولا عين ولا غير ذلك فأجاب بقوله: «إذا ألقته فعلم أنه حمل وإذا كان مضغة أو علقة أو دما ففيه الغرة وتقضي به العدة من طلاق وتكون به الأمة أم للول<sup>3</sup>».

**3- الجنين عند الشافعية :** قال الشافعي: أن الجنين هو ما تعرفه القوالب منه أنه مبدأ خلق آدمي وإذا كان مضغة أو علقة، سواء تصور فيه صورة آدمي أو لم يتصور بشرط أن

1 - أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة الطبعة 2008، الإسكندرية مصر، ص15.

2 - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للإمام شمس الدين الشيخ عرفة الدسوقي، ج4، 261، 4، مشار إليه من قبل أيمن مصطفى الجمل، المرجع السابق، ص 16.

3 - الإمام مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، مجلد6، بدون سنة نشر، ج15، ص399



تقول القوالب أنه مبدأ خلق آدمي فيه صورة ولو خفية ولو بقي لتصور أما إذا شككنا فيه فليس بشيء.

ويرى الإمام الغزالي أن بداية حياة الجنين تبدأ منذ اللحظة الأولى لعملية التلقيح فلا يجوز التعرض لها وإفسادها فهو بذلك يعتبر بداية تكون الجنين<sup>1</sup>.

**4- الجنين عند الحنابلة:** يرى الحنابلة أن بداية الجنين يكون مع تصور الآدمي، أي ما كان فيه صورة لخلق آدمي، أي قبل ذلك فلا يعلم يقينا أنه جنين.

ويرى ابن حزم أن الجنين ما كان علقه فصاعداً، أما النطفة فليست بشيء واستدل بذلك بالحديث الشريف «إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها وخلق سمعها وبصرها وجلدها وعظامها ثم قال يا ربي أذكر أم أنثى»<sup>2</sup>.

**ثانياً: تعريف الجنين في الاصطلاح الطبي:** يطلق لفظ الجنين على الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني بتكون الأجهزة المعروفة للإنسان، وذلك في مرحلة العلق أي من الفترة الواقعة بين علق البويضة الملقحة في جدار الرحم.

ويكون ذلك من الأسبوع الثاني إلى غاية الأسبوع الثامن، ويطلقون عليه بعد ذلك اسم حميل إلى أن يولد<sup>3</sup> وتبدأ هذه المرحلة من بداية الشهر الثالث وتنتهي بالولادة.

بينما يقتصر البعض على أن لفظ الجنين يقصد به الولد في بطن أمه، إذا اكتملت بنيته وصار بإمكانه العيش في حالة نزوله حياً من بطن أمه وتمتد هذه الفترة من بداية الشهر السابع إلى وقت الولادة<sup>1</sup>.

1 - أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، مجلد 2، ص 51.

2 - علي الشيخ إبراهيم مبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، دار المكتب الجامعي الحديث، الطبعة 2009 ص 16.

3 - محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة 2000 ص 52.

1 - أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص 20.

فالجنين عند الأطباء هو البويضة المخصبة بالحيوان المنوي والآخذة في الانقسام والنمو وإن قصور تسمية الجنين على مرحلة ثمانية الأسابيع الأولى من الإخصاب، أما الفترة الباقية من الحمل فيسمى بالمولود والسبب في ذلك عند الأطباء أن الجنين في مرحلة نموه داخل الرحم يمر بمرحلتين هامتين من التكوين.

الأولى وهي التي تمتد ثمانية أسابيع يكون الجنين فيها في حالة تكوين وتشكيل ونمو الخلايا والناظر إليه في تلك المرحلة يجد كتلة من الخلايا التجاوفية والقنوات على شكل علقة أو مضغة ليس لها سمة الإنسان سوي، وأهم ما يميز هذه المرحلة من الناحية التشريحية هو ظهور الجهاز العصبي الحسي عند الجنين وبعد هذه المرحلة يأخذ الجنين داخل الرحم مظهرا آخر في النمو.

ثانياً أما في هاته المرحلة فإن صفات الإنسان السوي تبدأ في الظهور والوضوح وبالتالي فإن هاته الخلقة تسمى مولوداً حينئذ.

والمرحلة الأولى من مراحل نمو الجنين تعد من أدق المراحل في حياة الإنسان فأى طارئ عليها قد يؤدي إلى تشوه خلقي و تغيير كبير في الصورة الإنسانية فالواضح أن الأطباء يقسمون المدة التي يمكثها الجنين في بطن أمه إلى مرحلتين:

الأولى ومدتها ثمانية أسابيع من بداية الإخصاب وفيها يسمى جنينا.

الثانية وهي ما بعد ثمانية الأسابيع الأولى وفيها يسمى مولوداً ولعلمهم ذهبوا إلى أن الخلية المكونة من البويضة المخصبة بالحيوان المنوي في خلال المرحلة الأولى لا تظهر فيها صفات الإنسان السوي وبالتالي فإنها تسمى جنينا لاستئثارها<sup>1</sup>.

والراجع على ضوء ما سبق أن الجنين يطلق على البويضة المخصبة بالحيوان المنوي من بداية تكوينها وحتى الولادة، سواء تم هذا الإخصاب داخل الرحم أو خارجه

---

<sup>1</sup> - بدر محمد السيد إسماعيل، حكم إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي و الطب الحديث، دار الفكر الجامعي ص 82.

وسواء استمر الحمل في رحم طبيعي أو في رحم صناعي وهذه البويضة المخصبة هي المقصودة بالحماية الشرعية في أي مرحلة من مراحل تطورها<sup>2</sup>.

ويستخلص مما سبق أن الجنين عند الأطباء يطلق على البويضة المخصبة بالحيوان

المنوي من بداية تموينها وحتى الولادة سواء تم هذا الإخصاب داخل الرحم أو خارجه.

**ثالثاً: الجنين في الاصطلاح القانوني:** يطلق لفظ الجنين على ما في الرحم من بدأ

التكوين بحدوث التلقيح والاستقرار فيه، في حين يرى البعض الآخر من الفقهاء على بويضة

المرأة الملقحة بالحيوان المنوي للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية، وتعتبر

المرأة حاملاً بمجرد تلقيح الحيوان المنوي لبويضتها بدون الاعتداء على العامل الزمني

للبويضة وكل اعتداء يقع عليها خلال تلك الفترة يؤدي إلى إسقاط حملها فهو جريمة عاقبت

عليها جل التشريعات الوضعية، بما فيها التشريع الجزائري<sup>1</sup>.

يتضح مما سبق أن مدلول الجنين عند فقهاء القانون هو تلك المادة التي تتكون في

الرحم من عنصري الحيوان المنوي والبويضة، وهذا ما يؤكد معنى مادة الجنين كونها راجعة

إلى استتار المتحقق بهذا المعنى الذي لا خلاف فيه<sup>2</sup>.

فمنذ اللحظة الأولى التي تندمج فيها الخلية المذكرة (الحيوان المنوي بالخلية المؤنثة

تعد الخلية الجديدة جنيناً) من الوجهة القانونية على الرغم من أن العلماء في الطب الحديث

- كما أسلفنا- لا يطلقون لفظ الجنين على الحمل إلا بعد مضي قرابة شهرين على التلقيح،

---

<sup>2</sup> - عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف و الأجنة دراسة مقارنة الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار النهضة العربية، الطبعة 2001 ص8.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 304 من قانون العقوبات المعدل و المتم " كل من أجهض امرأة أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك ، يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة 500 إلى 10000 دينار و إذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشرة 10 سنوات إلى عشرين 20 سنة و في جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة".

<sup>2</sup> - أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 21.

وتضفي معظم التشريعات حمايتها على حياة الجنين حتى لو لم يتشكل أو تدب فيه الحركة أو تنفخ فيه الروح.

والملاحظ أن التعريف السابق للجنين لا ينصرف في كونه داخل الرحم ومن ثم لا تمت الحماية إلى البويضة المخصبة خارجه أو ما يسمى جنين الأنابيب. الحقيقة أنه لا فرق بين جنين ينشئ في الرحم وآخر ينشئ خارجه ذلك أن الأصل في كل منهما حيوان منوي وبويضة آدميان خلقهما الله سبحانه وتعالى وقد تكونت من إدماجهما نفس بشرية في كل من الرحم وأنبوب الاختبار، وهذه الوسيلة إذا تمت بما أحله الله من نتاج الزوجين بغية التوصل إلى الذرية لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية فإنه لا مانع من شمول الجنين بالحماية القانونية وذلك بإقرار نص قانوني يعاقب على إهلاكه قبل إدخاله الرحم<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: الفرق بين الجنين والإنسان

يضفي القانون والشرع حماية خاصة لذات الجنين رغم الاختلافات بينه وبين الإنسان وتكمن هذه الفوارق فيما يلي:

إن الجنين يتمتع بحياة احتمالية مستقبلية، وهذا يظهر أثره عندما تتعارض حياته مع حياة الأم فإن الترجيح يكون لحياة الأم لأن حياتها مقدمة على حياته. إن للجنين شخصية قانونية وذمة مالية، ذلك لأن الشخصية تنشأ مع الإنسان منذ بدء تكوينه حتى وفاته إلا أن هذه الشخصية - شخصية الجنين - تبقى ناقصة ويترتب عليها أن تكون له ذمة ناقصة لا تتحمل الالتزامات كما تنشأ له عن ذلك أهلية ناقصة في اكتساب بعض الحقوق كالميراث والوصية دون غيرها، ومن هنا يختلف عن القاصر لأن القاصر له أهلية وذمة كاملة تتعلق هذه الالتزامات بذمته المالية، فهو يتحمل نفقة زوجته ويكون مسئولا عن الضرر الذي يقوم به بخلاف الجنين الذي لا يتحمل أي التزام في ذمته، كما أنه لا يملك قبل خروجه حيا وإن ثبت له بعض الحقوق مقيدة ومشروطة بانفصاله عن أمه.

<sup>1</sup> - عبد النبي محمد محمود، الاعتداء على الجنين و وسيلة حمايته بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الكتب القانونية ، الطبعة 2011، ص19.

تتعلق التزامات القاصر بذمته وماله وهو ممنوع من مباشرتها والقيام بها وقد أوكلها الشارع إلى وليه الطبيعي أو الوصي، أما الجنين فلا ولاية لأحد عليه لعدم الحاجة إليها، فمن هنا ذهب الفقهاء إلى عدم صحة الهبة للجنين لأن الهبة تتوقف على القبول ولا ولاية على الجنين ليقبل عنه، وإن كانت بعض القوانين تذهب إلى إمكان تعيين وصي مختار في حالة عدم وجود ولي طبيعي.

ويحمي القانون الوضعي الجنين في النصوص التي يعاقب على الإجهاض أما النصوص التي تحمي الإنسان وهي النصوص التي تعاقب على الاعتداء بالقتل أو الضرب والجرح، و تقتصر أغلب التشريعات الوضعية على تحريم الإجهاض عندما يؤدي إلى إنهاء حالة الحمل قبل الموعد الطبيعي للولادة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: اهتمام الشريعة الإسلامية بالجنين

---

<sup>1</sup> - أنظر على سبيل المثال المادة 305 من قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.

اهتمت الشريعة الإسلامية بالجنين فأوردت عدة أحكام التي شرعتها لضمان استمرار وجوده واستمرار نموه حتى يخرج حيا إلى هذا العالم و حفظ كرامته تعطينا صورة واضحة عن هذا الاهتمام ومن جملة هذه الأحكام تلك المتعلقة بالحفاظ عليه حتى يستمر وجوده، كحرمة التعدي عليه وتشريع العقوبة على الاعتداء عليه مشرعة له عقوبات وتعويضاً بالدية، ومنها وجوب الإنفاق على الحمل ولو ضمن وجوب الإنفاق على الأم، ويتجلى في الحكم بوجوب بالنفقة على الحامل المطلقة بائنا حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۗ وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۗ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۗ وَأُتْمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۗ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَىٰ﴾<sup>2</sup>، وتأجيل عقوبة الأم الحامل لحد الزنا والقصاص حتى تضع حملها وترضعه ويستغني عنها.

أما من الناحية المعنوية فقد شرع الشارع الحكيم أحكاما تهدف إلى حفظ كرامته ومكانته الاجتماعية، فقد جعل له أهلية وإن كانت ناقصة، وليس النقصان في الأهلية إلا رعاية له، فالحمل يكتسب الحقوق إلا أنه لا يلزم بواجبات فيثبت له الميراث بموت المورث وإن كان مشروطا بخروجه حيا وتصح الهبة له والوقف عليه. وقد شرعت الشريعة الإسلامية ما يحفظ له نسبه وعلاقته بأسرته وقبيلته مما يحفظ كيانه ومنزلته الاجتماعية وكرامته بين أبناء جنسه<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: مراحل تكوين الجنين في رحم الأم

<sup>2</sup> - سورة الطلاق، الآية 06 .

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم مبارك ، المرجع السابق ، ص 18.

ويقصد بذلك الأطوار التي يمر بها الجنين في الرحم منذ وقت التلقيح حتى نفخ الروح.

بحيث يمر بمجموعة من المراحل والأطوار بداية من الإخصاب وحتى الوضع وهذا ما أكده القرآن الكريم منذ أكثر من أربعة عشرة قرناً بحيث جاء بحقائق عن خلق الإنسان تؤكد أن خلقه لم يكن دفعة واحدة وإنما يمر بمراحل وأطوار مختلفة حددها القرآن الكريم بدقة متناهية في أكثر من موضع منها قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ۖ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ۖ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾<sup>2</sup>.

لقد فصل القرآن الكريم في تحديد الأطوار التي يمر بها الجنين و ذلك في الآية الكريمة في سورة الحج بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُضْغَةٍ مُخَلَّقَةٍ وَعَيْرٍ مُخَلَّقَةٍ لِنَبِّئَنَّ لَكُمْ ۖ وَنُقَرِّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ۖ وَمِنْكُمْ مَنْ يَتُوفَىٰ وَمِنْكُمْ مَنْ يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا ۖ وَتَرَىٰ الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ﴾<sup>1</sup>.

نتعرض إلى أطوار خلق الجنين في بطن أمه على النحو الآتي:

## الفرع الأول: مرحلة التراب والسلالة

تبدأ مرحلة نشوء الكائن البشري من حين تلقيح بويضة المرأة بالحيوان المنوي للرجل ويمر الجنين بمراحل ذكرها الله سبحانه وتعالى في قوله: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ طِينٍ ۖ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ ۖ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً

<sup>2</sup> - سورة المؤمنون ، الآية 12 ، 13 ، 14.

<sup>1</sup> - الآية 5 ، سورة الحج.

فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ  
الْخَالِقِينَ<sup>2</sup>.

ولقد بدأ الله المراحل التكوينية منذ أن كان ترابا ثم تحول إلى ثمر ثم إلى دم وهو  
سلالة وخالصة من طين، ثم تتوالى مراحل الخلق لتصبح السلالة الطينية نطفة ثم تصبح  
علقة ثم تصبح مضغة ثم تتكون العظام ويكسوها اللحم ثم يصير بشرا سويا وخلقنا آخر  
يختلف عنه في مرحله الأولى التي بدأت من الطين<sup>3</sup>.

إن مدلول معنى السلالة في الآية أن النطفة إنما تتكون من الغذاء الذي يتغذاه الإنسان  
فيتحول إلى دم ثم إلى نطفة في ظهر الرجل أو بويضة في رحم الأم، والطعام هو خالصة  
سلالة يستلها الشجر والنبات من طينة الأرض ثم يحولها إلى نبات يأكله الحيوان والإنسان،  
فمرجع الغذاء كله هو النبات والنبات يتغذى على التربة، فالله سبحانه وتعالى يحكي حوار  
العبد الصالح إذ يخاطب صاحب الحديقة ﴿قَالَ لَهُ صَاحِبُهُ وَهُوَ يُحَاوِرُهُ أَكَفَرْتَ بِالَّذِي خَلَقَكَ  
مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ سَوَّكَ رَجُلًا<sup>1</sup>﴾ فهو لا يحكي خلق آدم أو أصل البشرية إنما يحكي  
خلق أي رجل منا، فالإنسان في الواقع يولد من خالصة يستلها الشجر ليحولها إلى طعام  
يتغذى عليه الإنسان فيتحول هذا الغذاء إلى نطفة، ثم تسلك هذه السلالة سبيلها طورا بعد  
طور تهديها الفطرة التي فطرها الله عليها حتى تستكمل أدوارها وتصير بشرا سويا.

<sup>2</sup> - سورة المؤمنين ، آية 12 . 13 . 14 .

<sup>3</sup> - علي الشيخ إبراهيم مبارك ، المرجع السابق، ص19.

<sup>1</sup> - سورة الكهف، الآية 38.



وما يدل على أن أصل الإنسان هو التراب والطين هو ما يذكره العلماء من أن عناصر جسم الإنسان كلها موجودة في التراب وموجودة في الثمار والنبات، وإذا مات الإنسان تحللت أجزاؤه لتصبح ترابا وجزءا من الأرض قال تعالى: ﴿قَالُوا إِذَا مِنَّا وَكُنَّا تُرَابًا وَعِظَامًا أَنَّا لَمَبْعُوثُونَ﴾<sup>2</sup>.

ويؤيد هذا أيضا ما ذكره الفخر الرازي: إن الإنسان يتولد من نطفة وهي إنما حيوانية وإما نباتية، وحيوانية تنتهي إلى النباتية والنبات إنما يتولد من صفو الأرض والماء، فالإنسان بالحقيقة يكون متولدا بالحقيقة من سلالة من طين، ثم أن السلالة بعد أن تواردت على أطوار الخلقة وأدوار الفطرة صارت منيا وهذا التأويل مطابق للفظ ولا يحتاج فيه إلى التكاليف.

كما أثبت العلم أن جسم الإنسان يتضمن نسبا معينة من الموارد التي يتألف منها. بينما يرى أحد الباحثين أن ما ذهب إليه بعض المفسرين من أن المراد أنه خلقهم من النطف والنطف من الأغذية، والأغذية راجعة إلى التراب غير صحيح، ثم يقول: أما كيف ارتقى هذا الطين من طبيعته العنصرية المعروفة إلى أفق الحياة الإنسانية أخيرا فهذا هو السر الذي يعجز عن تعليله البشر أجمعون ولا يزال سر الخلية الأولى خافيا<sup>3</sup>.

**الفرع الثاني: مرحلة النطفة:** تعد أساس للطور الأول في التكوين حيث أنه من الثابت بنص القرآن أن سلالة الطين هي أصل إنسان لقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سَلَالَةٍ مِنْ طِينٍ﴾<sup>1</sup> وقوله تعالى: ﴿الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ ۖ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ﴾<sup>2</sup>، وفيما يلي نورد مدلول النطفة وبيان أنواعها.

## البند الأول: تعريف النطفة

<sup>2</sup> - سورة المؤمنون ، الآية 82.

<sup>3</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 23.

1 - سورة المؤمنون، الآية 12.

2 - سورة السجدة ، الآية 7-8.

ورد تعريف النطفة في القرآن الكريم باعتبارها المرحلة الجنينية الأولى في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِّنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِّنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُّخَلَّقَةٍ لِّنُبِّئَنَّ لَكُمْ ۖ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشُدَّكُمْ ۖ وَمِنْكُمْ مَّنْ يُّتَوَفَّىٰ وَمِنْكُمْ مَّنْ يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْذَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مِّنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا ۖ وَتَرَىٰ الْأَرْضَ هَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَنْبَتَتْ مِنْ كُلِّ رَوْحٍ بِهِيجٍ﴾<sup>1</sup> وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ﴾<sup>4</sup>، وتعد مرحلة النطفة أصل التكوين الإنساني ولها عدة تعريفات.

والنطفة في اللغة هي الماء الصافي والقطرة والمني وجمعه نطف وهي ماء الرجل والمرأة وجمعها نطف ونطاف والقرآن الكريم في آيات التكوين إما أن يذكر النطفة وإما أن يذكر مادتها أو صفتها قال تعالى: ﴿خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ۖ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾<sup>5</sup> والآيات في هذا المعنى كثيرة والصلب هو صلب الرجل والترائب ترائب المرأة، ولقد جاء في الأثر إذا غلب ماء الرجل يكون المولود ذكرا وإذا غلب ماء المرأة يكون أنثى وهذا ما أيده العلم والطب الحديث<sup>6</sup>.

وفي لسان العرب: النطفة هي القليل من الماء وماء الدلو والجمع نطف، قيل هي الماء الصافي والنطفة ماء الرجل والجمع نطف.

ولقد ورد ذكر النطفة في القرآن الكريم أحيانا باسم الماء المهين والماء الدافق وأحيانا أخرى باسم المنى، وتقسم النطفة إلى ثلاثة أنواع:

- 1- النطفة المذكورة: وهي الحيوانات المنوية الموجودة في المنى والتي تفرزها الخصية.
- 2- النطفة المؤنثة: وهي البويضة التي يفرزها المبيض مرة في الشهر.

<sup>1</sup> - سورة الحج، الآية 5.

<sup>4</sup> - سورة المؤمنون ، الآية 13.

<sup>5</sup> - سورة الطارق، الآية 6-7.

<sup>6</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص 23 و ما يليها.

3- النطفة الأمشاج: وهي النطفة المختلطة من الحيوان المنوي الذي يلحق البويضة أو هي البويضة الملقحة<sup>1</sup>.

ويرى علماء الفقه الإسلامي أن طور النطفة يكون أربعين يوماً، يتجلى مما سبق أن النطفة هي أول مراتب الحمل والتي هي عبارة عن امتزاج ماء الرجل وماء المرأة والتي هي أول الأطوار في خلق الجنين وهذا ما أكده الطب الحديث.

وفي القرآن الكريم: ﴿أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِنْ مَنِيٍّ يُمْنَىٰ﴾<sup>2</sup> وفي الحديث «تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس».

وقد ذكر الله بداية خلق الإنسان بالنطفة في عدة مواضع من القرآن الكريم قال تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ جَعَلَكُمْ أَزْوَاجًا ۚ وَمَا تَحْمِلُ مِنْ أَنْثَىٰ وَلَا تَضَعُ إِلَّا بِعِلْمِهِ ۚ وَمَا يُعَمَّرُ مِنْ مُعَمَّرٍ وَلَا يُنْقَصُ مِنْ عُمُرِهِ إِلَّا فِي كِتَابٍ ۚ إِنَّ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرٌ﴾<sup>3</sup>. وقال سبحانه: ﴿أَوَلَمْ يَرَ الْإِنْسَانُ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ﴾<sup>4</sup>. وقال تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾<sup>5</sup>.

وفي النطفة التي خلق الله منها الإنسان هي نطفة الرجل مركبة مع نطفة المرأة، يوجد رأيان:

1 - أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة ، المرجع السابق ، ص 226.

2- سورة القيامة ، الآية 37.

3- سورة فاطر ، الآية 11.

4- سورة يس، الآية 77.

5- سورة الإنسان، الآية 2.

الأول: ذهب هذا رأي إلى اعتبار أنها نطفة الرجل مستدلاً بقوله تعالى: ﴿ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ﴾<sup>1</sup>، والماء الدافق هو ماء الرجل يخرج دفقا، وفسر قوله تعالى: ﴿ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾<sup>1</sup> أنه يخرج بين صلب الرجل وترائبه.

الثاني: إن النطفة التي يخلق منها الإنسان هي نطفة الرجل ونطفة المرأة مستدلين بما ورد في السنة النبوية، منه قوله صلى الله عليه و سلم: «إذا غلب ماء الرجل يكون الولد ذكرا وإذا غلب ماء المرأة يكون أنثى»<sup>2</sup>، وفسر قوله تعالى: ﴿ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴾ بأنه يخرج بين صلب الرجل وترائب المرأة أصفر رقيق لا يكون الولد إلا منها.

وكذلك بقوله تعالى: ﴿ إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾<sup>3</sup> والمراد من النطفة الأمشاج المختلفة أي المكونة من نطفة الرجل ونطفة المرأة والأمشاج هي الأخلاط وقال ابن عباس في معنى أمشاج، يعني ماء الرجل وماء المرأة إذا اجتمعا، وقال عكرمة ومجاهد والحسن والربيع بن أنس: الأمشاج هو اختلاط ماء الرجل وماء المرأة.

والحديث النبوي: «مر يهودي برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يحدث أصحابه قالت قريش: يا يهودي إن هذا يزعم أنه نبي، فقال اليهودي: لأسألنه عن شيء لا يعلمه إلا نبي قال: ف جاء حتى جلس ثم قال: يا محمد، مم خلق الإنسان؟ فقال صلى الله عليه وسلم: من نطفة الرجل ونطفة المرأة، فأما نطفة الرجل فنطفة غليظة منها العظم والعصب وأما نطفة المرأة فنطفة رقيقة منها اللحم والدم، فقال اليهودي: هكذا كان يقول من قبلك». وفي مسند أحمد بن حنبل: «من كل يخلق الولد، من نطفة الرجل ونطفة المرأة»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الطارق، الآية 5.

<sup>11</sup> - سورة الطارق، الآية 7.

<sup>2</sup> - مشار إليه من قبل علي الشيخ إبراهيم المبارك ، حماية الجنين في الشريعة و القانون ، المرجع السابق ، ص 25.

<sup>3</sup> - سورة الإنسان، الآية 2.

<sup>4</sup> - محمد علي يوسف المحمدي، بحوث فقهية في مسائل طبية معاصرة ، شركة دار البشائر الإسلامية ، الطبعة الأولى

سنة 1989 ، ص 117.

وفي حديث آخر: (جاء خبر من اليهود إلى النبي (ص) فقال: أخبرني عن ماء الرجل أبيض وماء المرأة أصفر فإذا اجتمعا فعلى مني الرجل مني المرأة أذكر بإذن الله، وإن علا مني المرأة مني الرجل أنثى بإذن الله)<sup>1</sup>.

### البند الثاني: النطفة الأمشاج في علم الأجنة الحديث

يكون بداية التخلق لدى الجنين باتصال يتم بين النطفة الذكرية والنطفة الأنثوية في الثلث الوحشي من قناة الرحم إذ يتم اندماج النواتين خلال عملية الالتحاق لتشكيل الخلية المخصبة (البويضة الملقحة) أو النطفة الأمشاج التي يبدأ نشاطها بالانقسام والتكاثر لتكوين الجنين الحامل لصفات الوراثية من السلف إلى الخلف<sup>2</sup>.

وهذا ما توصل إليه أحد العلماء وهو هيرتونج **Hertwing** في عام 1875 إلى أن النطفة بعد التلقيح هي مزيج من نطفة الرجل والمرأة، وأثبت **فان بندن Ven Benden** سنة 1883 أن البويضة والحيوان المنوي يساهمان بالتساوي في تكوين البويضة، فإذا حصل اتصال جنسي بين الذكر والأنثى فإن واحد من الملايين العديدة من الحيوانات المنوية الدقيقة التي تتطلق من الذكر قد تجد طريقها إلى قناة المبيض أثناء فترة قيام البويضة برحلتها، وهكذا يتحد الحيوان المنوي بالبويضة وينترب على ذلك عملية حمل لمولود جديد.

وينمو الجنين من اتحاد خلية ذكر بأنثى و تتكون الخلايا الذكورية وتسمى حيوانات في الخصيتين (غدد الرجل التناسلية) وتكون الخلايا الإناث أو البويضات في مبيض المرأة واتحاد الحيوان المنوي بالبويضة يسمى التلقيح وهو بداية الحمل.

وعندما تدخل خلية ذكر إلى خلية أنثى فإنها تنقب الطبقة الخارجية الواقية ويسقط ذيلها ثم تمر في طبقة المواد الغذائية وتتحد مع نواة خلية الأنثى وهذا هو التلقيح الذي تبدأ به الحياة.

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم مبارك ، حماية الجنين في الشريعة و القانون ، المرجع السابق ، ص 26.

<sup>2</sup> - أحمد القاسم الحسيني، علامات الحياة و الممات بين الفقه و الطب، دار الخلدونية، الطبعة 2001، ص 77.

وكل من البويضة ( الأنثوية ) والحيوان المنوي ( الذكري ) من نوع الخلايا إلا أنها خلايا من نوع خاص تختلف من حيث البنية وطريقة الانقسام عن الخلايا العادية، ومن أجل ذلك أطلق عليها العلماء اسم الخلايا التتاسلية أو الخلايا الجرثومية، وورد اسمها في القرآن بلفظ النطفة بقوله تعالى: ﴿ أَوْلَمْ يَرَ الْإِنْسَانَ أَنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُبِينٌ ﴾<sup>1</sup>.

ومعروف طبيا أن البويضة الملقحة تتكون من مزيج نطفة الرجل ونطفة المرأة فهي نطفة أمشاج كما تتميز بالانتقال والسيلان فهي بذلك تتلحق في الثلث الخارجي من قناة فالوب ومنها من ينتقل قليلا قليلا إلى الرحم ، حيث تعلق غالبا بعد يومين من بلوغها فيه، وترفقها أثناء انتقالها سوائل وإفرازات القناة وجدران الرحم، هذه السوائل تتسرب بعد ذلك إلى داخلها مشكلة تجويفا مملوءا بالماء فتجمع بذلك في البويضة الملقحة خلال الأسبوع الأول، ومن خصائص ومعاني النطفة فهي ماء قليل ينطف أي يسيل ويقطر وبذلك يمكن القول بأن النطفة المذكورة في الآيات والأحاديث هي المرحلة الأولى للحمل وتمتد من التلقيح إلى أن تعلق البويضة في بطانة الرحم بعد حوالي أسبوع<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: مرحلة العلقة

**البند الأول: العلقة لغة:** المنى ينتقل بعد طوره فيصير دما غليظا متجمدا، وهي المرحلة التي تكون نطفة الأمشاج وتبدأ منذ تعلق نطفة الأمشاج بالرحم وهي ما يؤدي إلى الارتباط بالشيء والتشبث به، وعلقت المرأة وكل الأنثى بالولد حبلت وعلقت الشوك بالثوب شب به واستمسك والعلق: الطين الذي يعلق باليد.

ومنه فإن لفظ العلقة يطلق على كل ما يشب ويعلق، وهذا ما تفعله العلقة إذا تشبثت و تعلقت بجدار الرحم، وتنغرز فيه والعلق الخلق وهو أن يمر بشجرة أو شوكة فتعلق بثوبه فتخرقه و العلقة دودة في الماء تمتص الدم.

<sup>1</sup> - سورة يس، الآية 77.

<sup>2</sup> - بأحمد أرفيس، مراحل الحمل و التصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة و الطب المعاصر ، الطبعة الثانية ، سنة

2005 ، ص 94.

ويلاحظ من خلال هذا التعريف أن للعقّة معنى القطعة من الدم الجامد وأيضا معنى ما نشب بالشيء ولازمه وبقي متعلقا به<sup>1</sup>.

والعقّة في اللغة -جاء في لسان العرب - العلق: الدم ، وقيل هو الدم الجامد الغليظ وقيل الجامد قبل أن يببس، وقيل هو ما اشتدت حمرة والواحدة عقلة.  
وفي القاموس - العلق محرّكة - الدم وجمعه عقلة، أو الشديد الحمرة أو الغليظ أو الجامد والقطعة منه بهاء (يعني عقلة).

وقال الجوهري: العقلة: الدم الغليظ والقطعة عقلة.

أما اصطلاحا فلا يختلف تعريفها عن التعريف اللغوي.

**البند الثاني: العقلة اصطلاحا:** أغلب الفقهاء يفسرون بنطفة الدم الجامدة يقول القرطبي: «النطفة هي الدم الجامد والعقلة هي الدم الطري وقيل شديد الحمرة»<sup>2</sup>، وهذا ما لا تختلف فيه التفسيرات.

فإذا ما صارت النطفة عقلة ومؤدى ذلك أنها صارت دما متعلقا بالرحم فلا يتعلق بالرحم الماء، بل يستقر فيه وإنما الدم هو الذي يتعلق<sup>1</sup>.

وتبدأ هذه المرحلة من نهاية الأسبوع الأول وتنتهي بنهاية الأسبوع الثالث لتلقيح البويضة وحجم العقلة لا يزيد طولها عن جزء واحد من المليمتر وهي غير مخلقة وخالية تماما من الأعضاء والأجهزة المميزة لجسم الإنسان.

**أولا: تركيب العقلة:** يذكر الطب أنها تختلف في تركيبها عن الدم السائل أو المتجمد فهي تتكون من خلايا نشأت بطريق الانقسام عن النطفة الأمشاج التي تمثل اللبنة الأولى في تركيب الجنين وهي تتألف من نواة وسيتوبلازم في حين يتكون الدم السائل من سائل أصفر باهت يعرف بالبلازما ولا يزيد طول العقلة عن جزء واحد من المليمتر، ويوجد بها أربعة

1 - أحمد القاسمي الحسيني، المرجع السابق، ص 79.

2 - أحكام القرآن للقرطبي ، ج 10، ص 6911 مشار إليه من قبل بدر محمد السيد إسماعيل ، المرجع السابق ، ص 93.

1 - مفتاح محمد أقریط ، الحماية المدنية و الجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الكتب القانونية الطبعة 2006 ، ص 29.

براعم صغيرة تمثل الأطراف ويكون محاطا بالحوصلات المشيمية من جميع الجهات وتعتمد في نموها وتطورها على ما تمتصه من غذاء وأكسجين من رحم الأم.

وقد اتفق الأطباء على أن العلقة هي المرحلة التي تعلق فيها النطفة الأمشاج بجدار الرحم وتتثبت به وتكون محاطة بالدم المتخثر من جميع نواحيها. ولما كانت العلقة لا تكاد ترى بالعين المجردة ومحاطة بالدم من كل جهاتها فتفسير العلقة إذا بالدم الغليظ ناتج عن الملاحظة بالعين المجردة ولم يبتعد المفسرون القدامى عن هذه الحقيقة كثيرا<sup>2</sup>.

كما أن تسمية هذه المرحلة بالعلقة يرجع أيضا إلى أن النطفة الأمشاج العالقة تتغذى كالعلقة تماما بعد إلتصاقها وتعلقها بسماكة بطانة الرحم ومع انتهاء الأسبوع الثاني تكون العلقة قد إنغrust كليا في جدار الرحم.

وأما في الطور الثاني والذي يستغرق أسبوعين تقريبا حتى بداية أول كتلة بدنية في الجنين وذلك في اليوم العشرين أو الواحد والعشرين منذ التلقيح وبذلك تكون العلقة قد تحولت إلى مضغة<sup>1</sup>.

**ثانيا: فترة طور العلقة:** ويبدأ طور العلقة في اليوم 15 و ينتهي في اليوم 23 أو 24 بحيث يتكامل الجنين على شكل الدودة التي تعيش في الماء ويتعلق في جدار الرحم بحبل السرة وتتكون الدماء داخل الأوعية الدموية على شكل جزر مغلقة تجعل الدم غير متحرك<sup>2</sup>. العلقة لا تتجاوز قطرها عن جزء من المليمتر ويمتد طور العلقة لعدة أسابيع وبنهايته يكون الجنين قد بلغ من العمر 15 يوما تقريبا، وعندما تلتصق العلقة بجدار الرحم في اليوم السابع من الحمل تقريبا يمكن لها الاستمرار في الحياة بسبب التغذية التي تأتيها من الرحم.

2 - أحمد القاسمي الحسيني، علامات الحياة و الممات بين الفقه و الطب، المرجع السابق ، ص 82.

1 - أحمد القاسمي الحسيني ، المرجع نفسه ، ص82.

2 - بدر محمد السيد إسماعيل ، المرجع السابق، ص93.



## الفرع الرابع: مرحلة المضغة

المضغة: وتعتبر هذه المرحلة بتحول العلقة إلى مضغة مصداقا لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ۖ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾<sup>3</sup>، والمضغة مقدار ما يجمع من لحم وغيره والمقصود بهذا القطعة من اللحم بمقدار ما يمضغ أو هي الدم الغليظ المتجمد عندما يصير لحما وسميت مضغة لأنها مقدار ما يمضغ والمضغة إما أن تكون مخلقة أو غير مخلقة، فالمضغة المخلقة هي تامة التخلق والمضغة غير المخلقة هي السقط وقيل أن المضغة المخلقة هي التي خلق الله فيها الرأس واليدين والرجلين والغير مخلقة هي التي لم يخلق فيها شيء<sup>1</sup>.

ويقدم مفسرو القرآن الكريم معنى المضغة بأنها جزء مخثر يشبه اللقمة التي مضغت ورأى آخرون أنها تعني لحم طري بعد العلقة، وقيل في معناها اللغوي قطعة لحم حمراء فيها عروق خضر مشتبكة<sup>2</sup>.

<sup>3</sup> - سورة المؤمنون ، الآية 14.

<sup>1</sup> - بدر محمد السيد إسماعيل ، نفس المرجع ، ص 95.

<sup>2</sup> - علي هادي عطية الهلالي ، المركز القانوني للجنين ، طبعة 2012 ، منشورات الحبلية الحقوقية ، ص 34.

ويؤكد القرآن الكريم أن المضغة قد تكون مخلقة أو غير مخلقة وتفسير ذلك عند بعض العلماء المعاصرين بثلاث معاني:

**الأول:** أنه خلال مرحلة المضغة يكتمل تكوين الأغشية والحبل السري وجزء من المشيمة وهي أجزاء من المضغة تحيط بالجنين وتحميه وتغذيه إلا أنها تسقط وتموت بعد الولادة، وبهذا المعنى تؤلف المضغة غير المخلقة، أما الجزء الرئيسي من المضغة الذي يكون الجنين نفسه هو المضغة المخلقة.

**الثاني:** خلال رحلة المضغة تبدأ في تكوين مختلف أعضاء الجنين غير أنها لا تكتمل إلا في المراحل التالية أي اللاحقة، ومعنى ذلك أن الجنين في هذه المرحلة هو مضغة مخلقة وغير مخلقة في وقت واحد.

**الثالث:** وخلال مرحلة المضغة تصنف الخلايا إلى قسمين أحدهما خلايا متخصصة تشكل مختلف أعضاء الجنين وثانيهما خلايا غير متخصصة أو خلايا احتياط، التي تتحول إلى خلايا متخصصة تحل محل الخلايا القسم الأول عندما تقنى، والقسم الأول يؤلف القسم المخلق، وأما النوع الثاني فهو غير المخلق<sup>3</sup>.

من خلال ما سبق ذكره تبين للمفسرين أن المضغة المخلقة هي التي يكتمل تكوينها، وتتشكل منها أجهزة الجسم في التكوين، أما الثانية - المضغة الغير المخلقة - فهي التي لا يكتمل لها التكوين ويقصد بها السقط أو التي تقذفها الأرحام قبل أوانها.

وتجدر الإشارة إلى أن تحول الجنين إلى مرحلة المضغة بحسب المفهوم القرآني يجعله شبيهاً بقطعة اللحم الطري الممضوغة ولكن لا يعني نشوء اللحم فيه كون القرآن الكريم نفسه يبين أن مرحلة نشوء اللحم يكون بمرحلة لاحقة لإنشاء العظام<sup>1</sup>.

وهذا ما ذهبت إليه الشريعة وأهل العلم الحديث وذلك على اعتبار أن بداية التخلق والتصور الأدمي للجنين يبدأ من طور المضغة لا قبل ذلك ولا يتصور الخلق ويتشكل وهو نطفة أو علقة وهي قطعة دم متجمدة ومنعقدة .

<sup>3</sup> - علي الشيخ إبراهيم مبارك ، حماية الجنين في الشريعة و القانون ، المرجع السابق ، ص33.

<sup>1</sup> - علي هادي عطية الهلالي، المرجع السابق ، ص34.

وقد أثبت علم الأجنة أن بداية التخليق في هذه المرحلة مع ظهور الكتل البدنية التي يتكون من خلالها الجهاز الهيكلي والعضلي ويحدث ذلك في اليوم العشرين أو الواحد والعشرين من تاريخ حدوث التلقيح وتتكون النطفة الأمشاج على أثر ذلك. ويشير معظم المفسرين إلى أن المضغة المخلقة هي التي يكتمل تكوينها وتتشكل منها أجهزة الجسم في التكوين، أما المضغة غير المخلقة فهي التي لا يكتمل لها التكوين ويقصد بها السقط<sup>2</sup>.

### الفرع الخامس: مرحلة تكوين العظام واللحم

تعد هذه المرحلة من مراحل التخلق حيث تتكون العظام ثم يبدأ تكوين اللحم ليغطي العظام قال تعالى: ﴿فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا﴾<sup>1</sup>.

بحيث تستمر الكتل البدنية في النمو والتشكل إلى أن يأخذ الجنين صفاته الجسدية، وتتمايز بذلك كل أعضاء وأجهزة الجسم التي تنشط للعمل سويًا في تناسق عجيب وهي مرحلة النشأة كما عبر عليها القرآن الكريم، وفيها ينمو الجنين ببطء ثم تتسارع معدلات النمو في الحجم والتغير في الشكل فتتحرك العينان إلى مقدمة الوجه وتنتقل الأذن من الرقبة إلى الرأس ويستطيل الطرفان السفليان بشكل ملحوظ، حيث تعتبر هاته المرحلة الجديدة في حياة الجنين داخل الرحم طورًا هامًا حيث تتحول الكتل البدنية إلى ما يشبه الإنسان أو الادمي<sup>2</sup> قال تعالى: ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ ۚ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> - أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين ، المرجع السابق ، ص 231.

<sup>1</sup> - سورة المؤمنون، الآية 14.

<sup>2</sup> - حسني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، سنة 2006 ، ص 49.

<sup>3</sup> - سورة المؤمنون، الآية 14.

قد بين الله سبحانه في كيفية خلق الإنسان أن المضغة تصير عظاما ثم يكسوها اللحم.

وقد عبر الله سبحانه وتعالى بـ (كسونا)، والكسوة هي اللباس إذ أن اللحم يحيط بالعظام كما يحيط اللباس بالجسد، ونشوء العظام نموها حتى ترتفع وتكبر، وعبر بالفاء ليفيد التعاقب والتأخر الزمني.

تتحول الخلايا اللينة إلى جسم يميل إلى التماسك كلما مرت به الأيام ثم يشتد قوة وصلابة ويقرر علم الأجنة أن مناطق تكوين العظام تبدأ في الطبقة الوسطى من خلايا المضغة فيظهر في المضغة ميزاب يتكون منه العمود الفقري ثم تظهر العظام يكسوها اللحم بصورة سريعة، ففي الأسبوع الخامس والسادس تبدأ الكتل البدنية لتتحول إلى قطاع عظمي وعضلي ثم تكسى هذه العظام بالعضلات في الأسبوعين السادس والسابع من بدء التلقيح، فتتكون عظام الفقرات وعظام الأطراف العليا والسفلى والجمجمة وعظام الوجه والفكين<sup>1</sup>.

### الفرع السادس: مرحلة نفخ الروح

تعتبر هاته المرحلة سببا في اكتساب الهوية الآدمية، ويترتب عليه أحكام خاصة تتعلق بالحماية القانونية والشرعية كعدم جواز الإجهاض واعتبار الاعتداء على الجنين اعتداء على النفس البشرية، وقبل هاته المرحلة يكون الجنين أقرب إلى النبات ليس له حس أو حركة إرادية، وكل ما فيه فقط حركة النمو.

أما في هاته المرحلة فإن قوى الحس والإدراك والإرادة تتكون فيه ويطلق علماء على طور التسمية، إذ يبدأ من بداية الشهر الرابع من حياة الجنين ويمتد إلى الولادة، أما بداية هاته المرحلة فقد حددت ما بين 120 يوما أو أربعة أشهر من تكوين الجنين<sup>2</sup>.

أما بداية هذه المرحلة فقد اشتهر تحديدها بين علماء الإسلام القدامى بمائة وعشرين يوما أو أربعة أشهر من تكوين الجنين.

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص34.

<sup>2</sup> - محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية المعاصرة، المرجع السابق، ص 76.

ولم يختلف العلماء على أن نفخ الروح في الجنين يكون بعد مائة وعشرين يوماً وذلك بتمام أربعة أشهر ودخوله في الشهر الخامس.

وتعد هذه المرحلة من مراحل التخلق وتطلق طبياً على الفترة ما بين الشهرين الثالث والتاسع، وفي هذه المرحلة يزداد فيها وزن الجنين ويطول حجمه وتأخذ أعضاؤه ملامحها النهائية بحيث أنه في الشهر الثالث يبدأ بتحريك ساقيه وقبضة يديه وإبهامه وبدنه، وفي نهاية الشهر الرابع تنفخ فيه الروح وتستطيع الأم أن تشعر بحركته وأن يسمع الطبيب دقات قلبه، وفي هذه المرحلة يبدأ الجنين بممارسة عمليتي النوم والاستيقاظ ويصبح حساساً ويكون قادراً على مختلف الوظائف<sup>1</sup>.

وما يمكن ملاحظته من خلال جميع هذه الآراء يتضح أنه بنهاية الشهر الرابع وبداية الشهر الخامس تنتقل أجهزة الجنين من خمود إلى الفاعلية وهذا كله ناتج عن نفخ الروح فيه، هذا وقد توصل العلماء المنشغلين بعلم الأجنة أن الجنين يمر بمراحل تطور ونمو تكون كالتالي:

1- خلال الأسابيع الأربعة الأولى من بداية آخر طمث يتم التبويض والإخصاب ثم انقسام ونمو الخلايا المخصبة.

2- وبمستهل الأسبوع الخامس تبدأ مرحلة جديدة يطلق عليها **Embryon** بحيث تستمر هذه المرحلة إلى غاية الأسبوع العاشر وفيها يتضح شكل القلب وتظهر براعم الأذرع والأقدام.

3- وبنهاية الأسبوع العاشر تبدأ مرحلة ثالثة تسمى **Foetus** حيث تنمو الأعضاء التي تكونت وبنهاية الأسبوع الثاني عشر (ثلاثة أشهر قمرية) يكبر الرأس وتظهر مراكز التعظيم كما تظهر الأعضاء التناسلية الخارجية بحيث يمكن تمييز نوع الجنين ويمكن أن يأتي

<sup>1</sup> - بدر محمد السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 97.

بحركات تلقائية وعندما ينتهي الشهر السادس يمكن للجنين إذا ولد أن يتنفس ولكنه غالبا ما يموت بعد فترة قصيرة<sup>2</sup>.

## المبحث الثاني

### ضوابط تحديد مدة الحمل

يقصد بذلك الفترة الزمنية التي يقضيها - الجنين - خلال فترة التخلق والتصور داخل الرحم إلى أن تستوي فيه كافة الأعضاء ويمكن له القدرة على العيش والتكيف مع العالم الخارجي، وبذلك تكون مرحلة الحمل هي بمثابة إعداد يصبح الكائن البشري بتمامها قادرا على العيش خارج الرحم وخلال هذه المرحلة - قبل خروجه - يتمتع الجنين بحماية شرعية وقانونية من نوع خاص وهذه الحماية تمتد خلال بقاء الجنين في الرحم وعادة ما تحدد المدة بتسعة أشهر أو أقل من ذلك.

وفي هذه الحالة أي قبل المدة المعروفة يكون الجنين معرضا لجملة من المخاطر، وكذلك قد يصعب عليه العيش بعد خروجه قبل المدة المعروفة وهنا يثور التساؤل عن المدة التي يقضيها الجنين داخل الرحم.

إن مرحلة الحمل هي مرحلة تصور وإعداد حتى إذا استكمل المدة وأصبح قادرا على العيش في الحياة الدنيا خارج الرحم، وفي هذه الفترة يحظى بحماية خاصة تختلف عن الحماية التي سوف تشرع له بعد خروجه والفترة الغالب للجنين مكوثه في بطن أمه هي تسعة أشهر إلا أن الجنين قد يخرج قبل ذلك لأسباب عارضة ويتأخر حتى نهاية المدة.

<sup>2</sup> - بدر محمد السيد إسماعيل ، نفس المرجع، ص97.



كما تناول المشرع المصري في المادة 15 مدة الحمل بقوله أقل مدة الحمل 180 يوما وأكثرها سنة وأيضا نص المشرع السوري في المادة 128 من قانون الأحوال الشخصية على أن أقل مدة الحمل 180 يوما و أكثرها سنة شمسية.

كما تناول المشرع العراقي في المادة 51 من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أن تنسب كل زوجة إلى زوجها بالشروط التالية:

- أن يمضي على عقد زواج أقل مدة الحمل.

- أن يكون التلاقي بين الزوجين ممكنا.

وأخذ بذلك أيضا المنشور التشريعي لمحكمة عموم السودان الشرعية في المادة 8 منه وكذا في الفصل 69 من قانون الأحوال الشخصية التونسي وتناول المشرع المغربي ذلك في المادة 154 من مدونة الأسرة إذ نص: يثبت ينسب الولد بفراش الزوجية.

1- إذا ولد لستة اشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء أكان العقد صحيحا أم فاسدا.

2- إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق<sup>1</sup>.

كما تناول المشرع الجزائري ذلك في المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري بقوله:

«أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر»<sup>2</sup>.

وقد نفت المحكمة العليا نسب ولد ولد خلال مدة أقل من ستة أشهر وذلك تطبيقا

لنص المادة 42 المذكورة<sup>3</sup>.

وقد أجمع علماء المسلمين بأن الولد لا يلحق إلا بعد تمام ستة أشهر من يوم النكاح

وفي المجموع: هو إجماع لا خلاف فيه.

ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ

أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۗ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا

<sup>1</sup> - ظهير شريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 هـ الموافق لـ 03 فبراير 2004 المتعلق بتنفيذ القانون رقم 70.03 الجريدة الرسمية العدد 5184 الصادرة بتاريخ 05 فيفري 2004.

<sup>2</sup> - المادة 42 قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

<sup>3</sup> - قضية رقم 57756 في القرار المؤرخ 1990/01/22، أنظر المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1990، ص 71.



وَسُئِلَ ۖ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۚ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ<sup>1</sup>، ومع قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۗ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۗ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۗ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي ۗ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾<sup>2</sup> فالآية الأولى حددت مدة الرضاعة والآية الثانية ذكرت مدة الحمل والفصال أي (القطام) ثلاثين شهرًا فإذا أنقصنا مدة الرضاعة منها بقيت ستة أشهر وهذا ما روي أن رجلاً تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر فهم عثمان أن يرجمها فقال ابن عباس: لو خاصمتكم بكتاب الله فإن الله يقول القطام عامين فيبقى لمدة الحمل ستة أشهر.

<sup>1</sup> - سورة البقرة ، الآية 233.

<sup>2</sup> - سورة الاحقاف ، الآية 15.

وروي أن الحادثة كانت في زمن عمر وأنه هم بـرجمها فقال له الإمام علي رضي الله عنه: (ليس لك ذلك) قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۗ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۗ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۗ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۗ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾.

وقال سبحانه وتعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا ۗ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۗ وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ۗ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي ۗ إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾ فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرا فحلى عمر سبيلها.

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

وأجمع فقهاء المالكية على أن في حكم الستة ما ينقص عنها يسيرا كأربعة أو خمسة أيام لأنه لا يتوالى أربعة أشهر على النقص، فيمكن أن تتوالى ثلاثة أشهر ناقصة والشهران الباقيان بعد الرابع التام ناقصان أما إن كان الناقص ستة أيام فالذي عليه الأكثر أنه لا يكون حكمه حكم الستة.

### الفرع الأول: التقدير الشرعي والقانوني لأقل مدة الحمل

وتحسب المدة من وقت الزواج وإمكان الوطء عند الجمهور وعند الحنفية من حين العقد وعند الشافعية من حين الخلوة بعد العقد.

### الفرع الثاني: موقف الطب الحديث من طول مدة الحمل

جاء الطب الحديث موافقا لما جاءت به الشريعة من تحديد أقل مدة الحمل ومن خلال التجارب العلمية ثبت بأن أقل مدة يمكن أن يعيش بها المولود إذا ولد هي ستة أشهر مع أنه قل ما يعيش مثل هذا المولود وقد نص على ذلك بعض من القوانين<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: أقصى مدة الحمل

اختلف الفقهاء في تقدير أكثر مدة يمكن أن يمكثها الحمل إختلافا كبيرا وجاءت أقوالهم في ذلك متباينة ومتفاوتة.

### الفرع الأول: التقدير الشرعي والقانوني لأقصى مدة الحمل

بدأ تقدير أقصى الحمل عند الفقهاء بالمدة المعتادة والمألوفة بين الناس ألا وهي ستة أشهر وتساعد مدى أقصى الحمل عند الآخرين حتى وصل تقديره عند البعض بألا حد لأقصاه<sup>2</sup> وكان ذلك على عدة أقوال:

والقول الأول أنه خمس سنوات وهو المشهور عند المالكية.

والقول الثاني أنه أربع سنوات وذهب إلى هذا الرأي الشافعية، وظاهر المذهب عند الحنابلة، والقول المشهور لمالك والزيدية.

وقد استدل على هذا الرأي بالشواهد والمعايينة من أحوال النساء، يقول ابن قدامي الحنبلي: إن ما لا نص فيه يرجع منه إلى الموجود وقد وجد الحمل بأربعة سنين.

واستدلوا برد الإمام مالك لحديث عائشة بالسنتين قائلاً: سبحان الله من يقول هذا؟ هذه جارتنا امرأة محمد ابن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتا عشرة سنة كل بطن في أربع سنين.

ونقل عن الشافعي تأييده لذلك بأن محمد بن عجلان نفسه مكث في بطن أمه أربع سنوات وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون ومكث البطن في كل دفعة أربع سنين، واستدلوا

<sup>1</sup> - أنظر على سبيل المثال المادة رقم 42 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها تسعة أشهر "

<sup>2</sup> - محمود عبد الرحيم مهرا، مجلة قطاع الشريعة و القانون ، جامعة الأزهر ، ص497.

بأن كبار الصحابة ضربوا لامرأة المفقود أربع سنين أمدا لحملها ولم يفعلوا ذلك إلا لأنه غاية الحمل ومنتهاه فلا يتصور أن تزيد مدة الحمل على هذا الأمد.

وقال ابن عابدين: إن كون دمها انقطع أربع سنين ثم جاءت بولد فيجوز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ولو وجدت حركة في البطن مثلا فليس قطعاً من الحمل. واستدل الزيدية على ذلك بأنه فتوى علي رضي الله عنه.

والقول الثالث إنه سنتان وهو ما ذهب إليه الأحناف، والإمام أحمد في رواية والثوري والقول المشهور عند الإباضية.

وقد استدلوا على ذلك بما رواه البهقي في سننه عن السيدة عائشة أنها قالت: (ما تزيد المرأة في الحمل عن سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل) ويدل الحديث أن أقصى مدة الحمل سنتان لا زيادة ولو برهة يسيرة مثل ما يتحول ظل المغزل عن زواله.

وقد استدل بهذا القول بقصة حدثت في زمن عمر رضي الله عنه فقد جاءه رجل فقال: يا أمير المؤمنين: (إني غبت عن امرأتي سنتين فجئت وهي حبلى فشاور عمر الناس في رجمها قال: فقال معاذ بن جبل يا أمير المؤمنين إن كان لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها سبيل فاتركها حتى تضع فتركها عمر فولدت غلاما قد خرجت ثناياها فعرف الرجل الشبه فيه فقال: ابني و رب الكعبة).

القول الرابع أنه سنة واحدة هلالية وذهب إليه بعض علماء الإمامية مستدلين عليه في أن حكم الفراش لعدم الدليل المعتبر على كون أقصاه أقل من سنة، وبأن الأخبار وإن قالت: إن الحمل تسعة أشهر إلا أنها قد أمرت بالاحتياط نظرا للنادر ومراعاة النادر أولى من الحكم بنفي النسب عن أهله.

وهذا ما ذهب إليه الفقيه محمد بن الحكم المالكي إلى أن أقصى مدة الحمل هي سنة هجرية ورجحه ابن رشد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص 45.

القول الخامس أنه عشرة أشهر وذهب إليه بعض علماء الإمامية، إلا أننا لم نقف على ما يدل عليه بالخصوص.

القول السادس إنه تسعة أشهر ذهب إليه فريق من علماء الإمامية أيضا استدلوا عليه بأخبار كثيرة.

خلاصة هذه الأقوال:

من خلال الآراء السالفة الذكر يتبين أن جمهور الفقهاء تباينت آراؤهم على المعاينة والسماع وملاحظة أحداث وقعت يمكن أن يبقى الجنين في بطن أمه، وإذا استثنينا رأي الطب ورأي الإمامية الذي بني على الروايات المروية عن أئمة أهل البيت.

قال الأستاذ إبراهيم فوزي عضو المحكمة الدستورية العليا في الجمهورية السورية:

هذه الأقوال إذا استثنينا منها من قالوا أن أكثر مدة الحمل تسعة أشهر أو عشرة فإن بقية الأقوال لا تستند إلى أدلة علمية أو واقعية، وإن البحث في هذا الموضوع ليس من شأن علماء الشريعة، وإنما القول فيه لعلماء الطب والطبيعة.

وربما يلتمس البعض عذرا بغياب الأدلة النقلية وعدم وجود طب قادر على استجلاء

وجه الحقيقة<sup>1</sup>.

وكان القضاء في بادية الأمر يعتمد على رأي المذهب الحنفي في الدول التي تأخذ بهذا المذهب، وقد لاحظوا أن ذلك يترتب عليه كثرة دعاوى تزوير النسب بسبب اتجاه الأفراد إلى استغلال طول مدة الحمل في تحقيق أهداف غير مشروعة كإطالة أمد النفقة المقررة لمدعية الحمل، ومنها نسبة الولد لغير أبيه ولهذا لجأت وزارة العدل في مصر في ذلك الوقت إلى رأي الطب و أخذت برأي بعض المذاهب التي تتفق معه وصدر قانون رقم 25 لسنة 1929 وقرر أن الحد الأقصى لمدة الحمل سنة شمسية عدد أيامها ثلاث مائة وخمسة وستون يوما.

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 47.

إذ نصت المادة 15 من هذا القانون: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها و بين زوجها من حيث العقد و لا لولد زوجة أتت به بعد سنة غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة»<sup>1</sup>.

وفي المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي أن الحنفية استندوا إلى أثر موقوف روي عن أم المؤمنين عائشة، أعرض عنه مالك لخبر جارتها امرأة محمد بن عجلان، كما أعرض عنه الشافعي وأحمد.

و ذكرت المادة 166 من قانون الأحوال الكويتي أن أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية وأكثره خمسة وستون وثلاثمائة يوم.

وفي المذكرة الجوابية الشارحة قال: فوضح أن المسألة ليس فيها كتاب ولا سنة وأن الأولى هو اعتبار رأي الأطباء الشرعيين يحصل أقصى مدة الحمل سنة فإنه تقدير سليم الفقه وفيه احتياط كاف للحالة النادرة.

وجاء قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 147: «لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينهما من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به سنة من غيبة الزوج عنها ولا لولد المطلقة المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة».

ونص القانون الليبي في المادة 53 على أن: «أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية وأكثرها سنة» وجاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في نص المادة 128 نصت على أن «أقل مدة الحمل مائة وثمانون يوماً وأكثرها سنة شمسية».

وتناول المشرع الجزائري مدة الحمل في المادة 42 منه إذ نص: «أقل مدة لحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر» و تناول في المادة 43: «ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل

<sup>1</sup> - ينظر علي الشيخ المبارك ، المرجع السابق ، ص50.

خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة»<sup>1</sup> و بالنسبة إلى غير المسلمين فقد أخذت الطوائف المسيحية المصرية (الأقباط الأرثوذكس) من حيث أقل مدة الحمل بأن يكون 180 يوماً، فإذا ولدت ولداً في تمام ستة أشهر فصاعداً من حين الزواج ثبت نسبه، وقد نصت المادتان 82،83 من مجموعة 1955 للأقباط الأرثوذكس: «أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها عشرة أشهر بحساب الشهر ثلاثين يوماً».

وكذلك نص قانون الأحوال الشخصية للطوائف المسيحية اللبنانية في الفقرة 2 من المادة 80 «على أنه لا يعتبر الولد شرعياً إلا إذا ولد لتمام مائة وثمانين يوماً على الأقل من حين عقد الزواج أو من خلال ثلاثمائة يوم من تاريخ انحلال المعيشة الزوجية، أي عشرة أشهر على حساب 30 يوماً لكل شهر»<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: موقف الطب الحديث في تقدير أقصى مدة الحمل

تعرض الأطباء قديماً وحديثاً لبيان المدة المعتادة للحمل وطريقة حسابها ومدى إمكانية تجاوز الحمل لها بالنقص أو الزيادة<sup>3</sup>.

يقول الدكتور محمد علي البار معقباً على أقوال الفقهاء السابقين: الذين يذكرون قصصاً في طول مدة الحمل لثلاث أو أربع سنوات إنها حكايات خرافية لا سند لها من الصحة مطلقاً، ويضيف بأن مثل هذه الحكايات لا يزال رائجاً في اليمن الشمالي والجنوبي، وأنه عمل في عيادة طبية هناك وكانت بعض النساء يترددن على عيادته هناك وتدعي أنها حامل منذ سنوات وبالفحص يتبين أنهن لم يكن حوامل، وإنما كان ما يعرف بالحمل الكاذب.

<sup>1</sup> - الأمر 09-05 المؤرخ في 04 ماي 2005 المعدل و المتمم من القانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - مفتاح محمد أقريط، المرجع السابق، ص 63.

<sup>3</sup> - محمود عبد الرحيم مهران، طرح متطور لتقدير مدة الحمل بين الفقه و الطب و موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الجديد رقم 28 لسنة 2005، مجلة قطاع الشريعة و القانون ، المرجع السابق، ص 503.

ومما يدل على عدم صحة هذه الأقوال التي ذكرها العلماء أنه ليس لها ذكر في الوقت الحاضر، فلم نسمع بأن امرأة قد حملت بأكثر من تسعة أشهر فلو رجعنا إلى العادة فالعادة تتماشى مع الطب ويتفق مع ما ذهب إليه المشهور في المذهب الجعفري الإمامي من أن أقصاه تسعة أشهر.

ويشير العلم الحديث إلى أن متوسط فترة الحمل (38) أسبوعاً أو (266 يوماً) وأن 70% من الأطفال يحتاجون إلى فترة حمل تتراوح بين (36 إلى 40) أسبوعاً أي (280-252 يوماً) وإن 98% من الحوامل تتراوح فترة الحمل لديهن ما بين (34-42) أسبوعاً أي ما يعادل (238-292 يوماً) ويقدر الأطباء فترة الحمل بـ 280 يوماً بسبب اعتبار الأطباء أن فترة الحمل تبدأ من آخر دورة حيضية.

وهذا التقدير يعادل تسعة أشهر أو يزيد أياماً لا تبلغ خمسة عشر يوماً وهو يوافق القول بأن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر أو عشرة.

ويؤكد الأطباء إمكانية تأخر الحمل عن التسعة الأشهر إلى أسبوع أو أسبوعين أو شهر فقط، وإن نسبة وفاة المواليد تزيد و تتضاعف في ما إذا زادت مدة الحمل عن اثنين وأربعين أسبوعاً وذلك بسبب تلف المشيمة، وأما إذا زاد عن ذلك فإن المشيمة يكون فيها رصيد من الغذاء لخدمة الجنين لمدة أسبوعين آخرين ثم يعاني الجنين المجاعة الأمر الذي يؤدي إلى وفاته.

### الفرع الثالث: الحمل الكاذب

هو حالة تصيب النساء اللاتي يبحث عن الإنجاب دون أن ينجبن فينتفخ البطن بالغازات وتتوقف العادة الشهرية وتعتقد المرأة أنها حامل بالرغم من تأكيد الفحوصات الطبية أنها غير حامل وقد يحدث لإحدى هؤلاء الوهيمات بالحمل الكاذب أن تحمل فعلاً فتضع طفلاً طبيعياً في فترة حملة ولكنها نتيجة لتوهمها وإيهامها من حولها من قبل تتصور أنها حملت لمدة ثلاثة أو أربعة سنوات<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص 49.



## المطلب الثالث: التحديد الشرعي والقانوني لفترة الحمل وإشكالية الشخصية القانونية للجنين

إن التحديد الشرعي والقانوني للمدة التي يمكثها الجنين في الرحم منذ لحظة التلقيح وحتى شعور الحامل بالآلام الوضع وردت به نظريتان هما نظريتا التلقيح ونظرية الزراعة، كما أن لنهاية مدة الحمل رأيين فقهيين إذ يذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار أن انتهاء فترة الحمل يكون بانفصاله انفصالا كاملا في حين يرى آخرون أنه ينتهي بخروج جزء منه وإن للآثار المترتبة عن ذلك أهمية بالغة في تحديد ضوابط الحماية القانونية والشرعية للجنين.

ولتحديد بداية الحمل بمعنى بدء نشوء الحمل وانتهاء مدة الحمل، يختلف عن أقل مدة الحمل وأقصاه، فإن ذاك يحدد أقل مدة يمكن أن يخرج فيها الحمل حيا وأقصى مدة يمكن أن يبقى فيها الحمل حيا، أما هنا فسنتناول بدء نشوء الحمل وكيفية نهايته.

### الفرع الأول: التحديد الشرعي والقانوني لبداية الحمل

نتناول فيما يلي التحديد الشرعي وكذا القانوني لبداية الحمل على النحو الآتي:

#### البند الأول: التحديد الشرعي لبداية الحمل

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد بداية الحمل، فيرى الشافعي أن وصف الجنين لا يصدق على الحمل إلا عند تخلقه بحيث تبدو عليه علامات الخلق والتكوين، قال: ( وأقل ما يكون به السقط جنينا فيه غرة أن يتبين من خلقه شيء يفارق المضغة أو العلقه، أصبع أو ظفر أو مما بان من خلق ابن آدم سوى هذا).

وإذا ما لم يظهر فيه شيء من خلق الإنسان فليس بحمل وأن العدة لا تنتقي به إذ ليس بولد.

وذهب القرطبي إلى أن بدء الحمل هو العلقه فيها يصدق وصف الجنين عليه وبها تنتقي العدة وتثبت.

وما ذهب إليه معظم فقهاء المذاهب فهو أن الجنين يصدق عليه الحمل منذ بداية التلقيح أو الإخصاب، أي مع تكوين النطفة الأمشاج، وقد ذهب إلى هذا الرأي فقهاء المالكية

والأحناف وبعض الشافعية والإمامية، ويجب أن نميز بين بدء الحماية الجنائية وهي الزمان الذي يحرم إسقاطه وتجب فيه الدية، وبين بدء الحمل بمعنى صدق الاسم عليه، وكذلك بين صدق الإنسان فإنه لا يصدق عليه إنسان عند الكثير إلا بعد ولوج الروح إلا أن صدق الجنين يتحقق في المراحل الأولى، فالحماية الجنائية تبدأ عند بعضهم من مرحلة العلقة (الظاهرية وبعض المالكية) ومن مرحلة المضغة عند البعض (أكثر الشافعية وبعض الحنابلة وبعض الزيدية) وبعد ولوج الروح (الأحناف و بعض الحنابلة) إلا أن هذا لا يعني عدم صدق الجنين<sup>1</sup>.

### **البند الثاني: التحديد القانوني لبداية الحمل**

إن لتحديد بداية الحمل و نهايته في القانون أهمية بالغة في إبراز الفترة المقررة لأجل حماية الحمل وذلك لأجل إبراز الإطار الزمني لجريمة الإجهاض والاعتداء على الجنين وكذا سريان الأحكام المتعلقة، وهناك نظريتان في تحديد بداية الحمل هما:

#### **أولاً: نظرية التلقيح**

ومضمون هذه النظرية الرأي الغالب في الفقه والطب، وتحدد هذه النظرية بداية الحمل باللحظة التي يتم فيها تلقيح البويضة بالحيوان المنوي واستقرارها في الرحم وفقاً لذلك تعد المرأة حبلية بمجرد تمام عملية التلقيح ويترتب على ذلك أن الحمل هو البويضة الملقحة أين كان عمرها الزمني.

#### **ثانياً: نظرية الزراعة**

مؤدى هذه النظرية أن الحمل يبدأ بتمام زراعته واستقرار البويضة الملقحة في جدار الرحم وأن هذه الزراعة تتراخى عن عملية التلقيح بحوالي اثنا عشر يوماً ذلك أن البويضة

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم مبارك ، المرجع السابق ، ص 53

الملقحة تبقى ثلاثة أيام في قناة الرحم بعد التلقيح وتنزل بعد ذلك إلى الرحم وتمكث فيه عشرة أيام وبعد انتهاء هذه المدة تقوم بالالتصاق في جدار الرحم وتسمى هذه العملية بعملية الزراعة، وبذلك فالحمل هو البويضة الملقحة الملتصقة في جدار الرحم وهو أمر لا يحدث لها إلا بعد مضي اثنا عشرة يوماً أو ثلاثة عشرة يوماً.

ويرى الدكتور **محمد عبد الشافي إسماعيل** أن نظرية الزراعة لا تحقق حماية فعالة للأجنة لأنها ستوجد فترة زمنية تقع خارج دائرة الحماية، تتراوح ما بين اثنا عشر وثلاثة عشر يوماً.

فإذا تسائلنا عن مستند هذا التحديد وجدناه غير قائم على أي أساس<sup>1</sup>.

### **الفرع الثاني: التحديد الشرعي والقانوني لنهاية الحمل**

يعد تحديد الشرعي وكذا القانوني لنهاية الحمل من الضوابط الأساسية التي على إثرها يكفل للجنين حماية تتعلق بالنسب.

### **البند الأول: التحديد الشرعي لنهاية الحمل**

يجمع جمهور الفقهاء على أن الحمل ينتهي بانفصال الجنين كاملاً وذهب الحنفية إلى أن الانتهاء بخروج أغلبه.

أما فقهاء القانون فقد انقسموا إلى ثلاثة آراء:

**الأول:** أنه ينتهي وضع الجنين ويبدأ الوجود القانوني للإنسان بتمام الولادة وانفصال الجنين بأكمله عن أمه انفصالياً تاماً فيكتسب الجنين وصف الإنسان.

**الثاني:** يرى أن وصف الجنين ينتهي بخروج جزء منه.

**الثالث:** يرى البعض أنه يكفي مجرد إحساس الأم بالأم الوضع التي تنشأ عن تقلصات الرحم بغية القذف بالمولود إلى العالم الخارجي.

---

<sup>1</sup> - محمد عبد الشافي إسماعيل ، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة و القانون ، الطبعة الأولى، سنة 1992 دار المنار للطباعة و النشر والتوزيع القاهرة ، ص20.

## البند الثاني: التحديد القانوني لنهاية الحمل

اختلفت التشريعات الوضعية في إرساء الضوابط المتعلقة ببداية الحمل فمنها من حددته، بينما سكتت الأخرى عن ذلك تاركة ذلك للفقه فمثلا نص القانون الكويتي للعقوبات في المادة 155 على أنه «يعتبر المولود إنسانا يمكن قتله متى نزل من بطن أمه سواء في ذلك تنفس أو لم يتنفس، وسواء كانت الدورة الدموية مستقلة أم لم تكن، كان حبل سرتة قطع أو لم يقطع»، وفي المادة 246 من قانون العقوبات السوداني التي تنص على «التسبب في موت جنين حي قد يبلغ حد القتل إذا كان أي جزء من أجزاء الجنين قد برز إلى الخارج وإن لم يكن قد تنفس أو ولد ولادة تامة».

ونصت المادة 1/29 من قانون المدني المصري: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته»<sup>1</sup>.

بينما اعتبر المشرع الإنكليزي أن انتهاء مرحلة الجنين يكون بانفصاله انفصالا تاما عن أمه وفرق بين نوعين من الاعتداءات التي قد يتعرض لها الجنين، فاعتبر جناية عليه تمر بمرحلتين أولهما هي حالة الاعتداء قبل استعداد الجنين للبقاء وهذه في نظره هي جريمة الإجهاض، أما ثانيهما فهي حالة الاعتداء على الجنين في الحالة التي يكون فيها قابلا للحياة، وسماها بجريمة تدمير الطفل وهي جريمة تقع بين جريمة الإجهاض وجريمة القتل وتناول ذلك في قانون الصحة الصادر سنة 1929 إذ نصت المادة على أنه «يعد مرتكبا لهذه الجريمة كل من تعمد تدمير حياة الطفل القابل لأنه يولد حيا وأفضى ذلك إلى موته قبل انفصاله حيا يعاقب مرتكب هذه الجريمة بالسجن مدى الحياة». وبين المشرع الإنكليزي معيار القابلية للحياة بزمان محدد برفع عنه الغموض، إذ نصت المادة الأولى من قانون حماية الطفولة لعام 1929 أنه يعد وجود الحمل في الأسبوع الثامن والعشرين وما يليه كافيا لإثبات أن الطفل محل الحمل كان قابلا لأن يولد وهو على قيد الحياة.

## الفرع الثالث: إشكالية تقدير الشخصية القانونية للجنين وأهليته

<sup>1</sup> - انظر في ذلك علي الشيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق، ص55.

مما لا شك فيه أن لكل إنسان شخصية قانونية تتمثل في مجموعة الحقوق التي يكتسبها وجملة الالتزامات التي يتحملها، وعادة ما يكرس القانون ويحدد هذه الحقوق إزاء الشخص أي ما لديه وما عليه، والتي من خلالها تحدد شخصية الفرد (الشخص) والتي أيضا تحدد مناط أهليته لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أما منشأ هذه الشخصية فهل هي وليدة الذات تنشأ معها أم من تقرير القانون وهل الجنين له شخصية قانونية وله أهلية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أم أن شخصيته وأهليته ناقصة بحيث تقتصر على بعض الحقوق ومتى تبدأ شخصية الإنسان و تكون له أهلية لاكتساب حقوقه، هل هي من حين انعقاد نطفته أم من حين ولادته.

ونظرا لأن مسألة الشخصية القانونية ترتبط ارتباطا كليا بموضوع الولاية على الجنين وتحديد من ينوب عنه فهل يكون له ولي طبيعي؟، وكذا مسألة الوصية هل يمكن تعيين وصي على الجنين ليتمكن من قبول الحقوق؟.

## **البند الأول: مدى توافق أحكام الشخصية القانونية مع الجنين**

لتبيان توافق أحكام الشخصية القانونية للجنين نورد مفهوم الشخصية بوجه عام وكذا الذمة المالية وعلاقتها مع الجنين.

### **أولاً: مدلول الشخصية القانونية بوجه عام**

الشخصية القانونية هي جملة الحقوق والالتزامات التي يتحملها الشخص أو هي صفة يقرها القانون والتي بمقتضاها يتقرر له حقوق ويتحمل الالتزامات، والشخصية القانونية تمر بمراحل تبدأ بالولادة وتنتهي بالوفاة وهذا ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بقولها «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته».

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا<sup>1</sup> إذ قضت المحكمة العليا في قرارها المدني الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1984 بمايلي «متى كان من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وعلى هذا الأساس كان يتمتع الجنين

<sup>1</sup> - أنظر المادة 25 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ج ر رقم 144 المعدل للقانون المدني.

بحقوقه المدنية واكتسابه ذلك العنوان أهلية الوجوب خاضعا هو الآخر شرط الولادة حيا»<sup>2</sup>، وأيضا الذمة هي صفة اعتبرها الشارع في الشخص تجعله أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهي تثبت للإنسان منذ ولادته حيا حتى وفاته وبذلك تتحدد الشخصية القانونية بالذمة المالية وتكون مناط أهليته.

### ثانيا: الذمة المالية

تتمثل الذمة المالية في جملة ما يخص الشخص من حقوق والتزامات مالية حاضرة ومستقبلية.

ولما كانت الذمة المالية تتعلق بالجانب المالي و الاقتصادي (الثروة) فهي بذلك ترتبط بالشخصية القانونية وجودا و عندما ارتباطا وثيقا تشكل معها وحدة حقوقية متكاملة.

### ثالثا: منشأ الشخصية القانونية

من استقراء مختلف تعريفات الشخصية القانونية والذمة المالية، يتبين أن الشخصية القانونية لا تنشأ بوضع القانون وإنما تنشأ بوجود الإنسان وتكون ملازمة له وتختلف باختلاف أطوار حياته، فهي إذا ليست أمرا يفرضه أو يمنحه الشارع وإنما هي وصف نابع عن ذات الإنسان وملازمة له ما دام له القدرة على اكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات. ولما كانت الشخصية القانونية هي مجرد صفة يضيفها القانون على أي كيان سواء بشريا أو معنويا فإنه يمنح هذه الشخصية للجنين على الرغم من أنه لم يعد إنسانا كاملا الإنسانية حتى لو توافرت له بعض الخصائص ليكون صالحا لاكتساب الحقوق<sup>1</sup>.

والأصل في بدأ شخصية الإنسان القانونية وولادته حيا بأن ينفصل المولود عن أمه انفصالا تاما حتى تترتب له الحقوق التي يقرها القانون، لكن القانون وخروجا عن هذا الأصل قد اعترف للجنين وهو في بطن أمه ببعض الحقوق كحقه في ثبوت النسب وحقه في

<sup>2</sup> - المجلة القضائية، لسنة 1990، ص 53 ، في القرار المنشور بها قضية ب د ضد شركة التأمين الجزائرية، قرار 10-1984، المحكمة العليا.

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي-المدخل للعلوم القانونية، الطبعة 2006، ص134.

- علي الشيخ المبارك، المرجع السابق، ص57.

الميراث والوصية على أنه إذا كان يعترف للجنين بالشخصية قبل ولادته على سبيل الاستثناء فإن هذه الشخصية لا تعطي له إلا أهلية الوجوب محدودة فصلاحيته في اكتساب الحقوق قاصرة على الحقوق التي لا يشترط لثبوتها القبول<sup>1</sup>.

ومن المتعارف عليه أن الجنين لم تتكامل لديه الصفات الأساسية للأدمي فهو بذلك يكون غير كامل للخلاقة، لكن يكون له القابلية للحياة، بحيث يستكمل نموه بصفة طبيعية ويصبح إنسانا يتمتع بالحقوق.

ففي الشريعة الإسلامية فإن الفقهاء لم يتعرضوا لتعريف ذمة الجنين أو لشخصيته، رغم معالجتهم لبعض الحقوق وكذا الأحكام المتعلقة بها كالدية المتعلقة بالجنين وميراثه والهبة والوصية إليه.

وذهب الحنفية إلى القول أن الجنين إذا كان محققا في بطن أمه فليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الأدمي، لكنه منفرد بالحياة معد لأن يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية.

أما فقهاء القانون فقد اعتبروا أن شخصية الجنين تعد على أنها صفة يقرها القانون يكون بمقتضاها للجنين أهلية اكتساب الحقوق في حدود تتماشى مع استتاره وعدم استكمالها وأنه محتمل وغير محتمل ظهوره<sup>2</sup>.

#### رابعاً: تقدير الشخصية القانونية للجنين

يتبين مما سبق أن للجنين شخصية قانونية ناقصة ومؤدى ذلك أنه يكتسب حقوقا ولا يتحمل الالتزامات كون أن تحمل الالتزامات يستوجب ذمة كاملة وهو ما لا يتمتع به الجنين وبذلك فهو يختلف عن القاصر لأن هذا الأخير يتمتع بشخصية قانونية كاملة فهو إنسان مستقل في وجوده وله ذمة مستقلة إذ يتحمل الالتزامات المالية المتعلقة بذمته وماله ونظرا لقصوره أوكل المشرع لوليّه القيام بذلك.

<sup>1</sup> - داودي كريم، الشخصية القانونية للحمل المستكن، المجلة القضائية الراشدية، جامعة معسكر، العدد 2، سنة 2010 ص 117.

<sup>2</sup> - مفتاح محمد أزيظ، الحماية المدنية و الجنائية للجنين، المرجع السابق، ص 40 و ما يليها.

## خامسا: شروط اكتساب الجنين للشخصية القانونية

تباينت واختلفت آراء فقهاء القانون في وقت اكتساب الشخصية القانونية للفرد فهل هو من حين ولادة الإنسان أو من حين بدء خلقته بمعنى آخر هل للجنين شخصية قانونية قبل ميلاده أم لا يكتسبها إلا بعد استهلاله حيا وانفصاله عن أمه انفصالا كاملا.

**الرأي الأول:** يذهب هذا الرأي إلى أنه لا تثبت الشخصية القانونية للجنين إلا إذا تمت ولادته حيا، كون أن الشخصية القانونية لا يتصور منحها إلا لكيان له وجود مستقل، وأن الجنين لا يتمتع بذلك فهو جزء من أمه وتابع لها في غذائه وتنفسه، واستندوا في تدعيم هذا الرأي إلى ما ذكره الفقهاء ونص عليه القانون من أن الجنين لا يرث إلا إذا انفصل حيا وأن يوقف نصيبه حتى يستيقن من استهلاله حيا، ولو أن له شخصية قانونية للزم له أن يكون أهلا لاكتساب الحقوق وبالنتيجة يرث من حين موت المورث وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري<sup>1</sup>.

وليس هناك تعارض بين عدم الشخصية القانونية ووجود الحق الاحتمالي لأن القانون يبيح في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية غير معينة.

**الرأي الثاني:** ذهب البعض إلى اعتبار أن الشخصية القانونية يرتبط وجودها بتكوين الجنين في رحم أمه منذ الوهلة الأولى لبداية التكوين، وبالتالي فهو يتمتع بالشخصية القانونية، ومؤدى ذلك أن الشخصية يرد مدلولها على مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق وليس بصفة فعلية، وبما أن القانون يعتبر الجنين قابلا لاكتساب الحقوق بالميراث والوصية فهو بمثابة إقرار له بالتمتع بالشخصية القانونية.

**الرأي الثالث:** من المتعارف عليه أن الشخصية القانونية تبدأ من ولادة الجنين وانفصاله حيا، إلا أن القانون خرج عن هذه القاعدة فأثبت للجنين الشخصية على سبيل الاستثناء وتكون

---

<sup>1</sup> - تنص المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم: " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا و يعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة".



أهلية ناقصة فهو لا يتحمل الواجبات لكنه يحق له اكتساب بعض الحقوق كالميراث والوصية ولما كانت الأهلية ناقصة أجاز القانون للأب إقامة وصي مختار، وسمح له بقبول الهبة عن الجنين كما أجاز للمحكمة إقامة وصي مختار في حالة عدم وجود وصي.

## البند الثاني: أهلية الجنين

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وتقسّم الأهلية إلى

نوعين:

أ- أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومناطق هذه الأهلية هي الذمة.

ب- أهلية الأداء: وهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يرتب القانون عليه آثاراً قانونية بتعبير آخر هي صلاحية الشخص لصدور التصرفات منه معتبرة في نظر الشارع، ومناطقها هو التمييز والعقل فهي لا تثبت للصبي ولا للمجنون ولا للمعتوه<sup>1</sup>.

ومن ذلك يتبين أن المقصود بأهلية الجنين هي أهلية الوجوب، ويرى بعض فقهاء القانون أن التعبير عنها بالأهلية القانونية أكثر دقة من التعبير بأهلية الوجوب يوحى بقصر الأهلية على أهلية تحمل الواجبات دون أهلية اكتساب الحقوق، بينما يرى البعض أن التعبير بالأهلية القانونية أكثر دقة من التعبير بأهلية الوجوب المستعمل في الفقه والقانون، لأن التعبير بأهلية الوجوب يوحى بقصر الأهلية على أهلية تحمل الواجبات دون أهلية اكتساب الحقوق، بينما يرى البعض أن التعبير بالأهلية القانونية ينصرف إلى الأهلية بكلا نوعيهما، أي يشمل بظاهره أهلية الأداء إضافة إلى أن لفظ الوجوب يحمل كلا المعنيين فيشمل وجوب الحقوق للشخص ووجوبها عليه ويمكن التفريق بين هذين النوعين بما يلي:

الأول: إن أساس أهلية الأداء يتمثل في التمييز والإرادة، فتتعدم بانعدامهما وتظهر وتتزايد بتزايدهما أما أهلية الوجوب فأساسها الشخصية التي تثبت كقاعدة عامة للإنسان حين ولادته حياً صارخاً.

<sup>1</sup> - مفتاح محمد أفريط ، الحماية المدنية و الجنائية للجنين ، المرجع السابق ، ص 48.

**الثاني:** إن أهلية الوجوب تبدأ كاملة من حين ولادة الإنسان حيا وتظل ثابتة له إلى أن يموت دون أن تتأثر بصغر سن الشخص أو بإصابته بأفة أو مرض في عقله بعكس أهلية الأداء التي تتدرج من حيث انعدامها ونقصانها وكمالها تبعا لتدرج سن الشخص ولا تبلغ درجة الكمال إلا ببلوغ الشخص سنا معينة يحددها القانون فضلا عن تأثرها بالمرض العقلي الذي يصيب الشخص بعد اكتمالها فتتقدم أو تنقص تبعا لدرجة خطورة المرض، فتتقدم بالجنون والعته وتتناقص بالسفه والغفلة حسب ما ينظمه القانون.

**الثالث:** أهلية الوجوب عند الشخص تمثل الوضع الساكن وهو مجرد صلاحيته لأن يكون صاحب حق أو مدين بالتزام في حين أن أهلية الأداء تمثل الشخص في الوضع المتحرك متمثلا في صلاحيته بالقيام بما يكسبه من حقوق أو يتحملة من التزامات.

**الرابع:** إن انعدام أهلية الوجوب لا سبيل لإصلاحه أو إجازته على عكس انعدام أهلية الأداء حيث يمكن ذلك، وذلك عن طريق مباشرة العمل القانوني اللازم لعديم الأهلية بواسطة نائبه القانوني، من أجل ذلك لم يجز انعدام أهلية الوجوب (مع فرض وجوده) لأن ذلك معناه محو الشخصية ذاتها وهذا لا يجوز، ومن ثم لزم أن يكون ما يلحق أهلية الوجوب هو النقصان لا الانعدام بعكس أهلية الأداء التي يجوز انعدامها كلية لوجود الوسيلة التي تحقق علاج آثارها وإصلاحها.

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية أهلية الجنين، فذكروا أن الحمل له أهلية وجوب ناقصة تثبت له بها الحقوق التي لا تحتاج إلى القبول كالإرث و الوصية والنسب، دون الالتزامات فلا تجب عليه النفقة و ثمن المبيع ونحوها، وقد عللوا بأن الحمل من جهة جزء من أمه حسا لقراره بقرارها وانتقاله بانتقالها وحكما لعنقه بعنقها ورقه برقها ودخوله في المبيع ببيعها، ومن جهة أخرى هو نفس منفردة بالحياة وهو معد للانفصال، فلم تكن له ذمة كاملة بل ناقصة فهي ثابتة له من جهة الوجوب لا عليه، كما يقول الفقهاء والأصوليون.

ومن وجهة رأي فقهاء القانون فإنه من خلال نصوص القانون يتحصل لنا أن هناك حقوقا تثبت للجنين حال كونه جنينا مستكنا في بطن أمه فجاء في قانون المواريث المصري

أنه يوقف للجنين من تركة مورثه أوفر النصيبين على فرض الذكورة أو الأنوثة، كما أجاز القانون الوصية للجنين كما أجاز القانون الولاية على المال للأب أو لغيره ممن يتبرع للجنين أن يعين وصيا مختارا يتولى الوصاية على مال الجنين كما أن للمحكمة أن تعين وصيا إذا لم يكن له وصي مختارا على ماله المتبرع به إليه.

يتبين من هذه الأحكام القانونية أن للجنين أهلية اكتساب مثل هذه الحقوق فلا بد أن تكون له أهلية وجوب، إلا أن هذه الأهلية أهلية ناقصة و ذلك لسببين:

**الأول:** سبق و أن تناولنا أحكام أهلية الوجوب و ذكرنا أنها تتكون من عنصرين الأول يتمثل في صلاحية الشخص لكسب الحقوق وهو جانب إيجابي والثاني يتمثل في صلاحية الشخص لتحمل الالتزامات وهو الجانب السلبي وبما أن أهلية الجنين تعتمد وتقتصر على عنصر واحد من العنصرين السالفين وهو العنصر الإيجابي من عنصري أهلية الوجوب فتكون أهلية ناقصة.

ومرد هذا إلى أن الجنين وهو في بطن أمه لا يمكنه القيام بأي فعل من الأفعال الإرادية التي تشكل مصدرا من مصادر الالتزام كالعقد لأنه ليست له عبارة أصلا حتى يتسنى له الدخول بموجبها في علاقة عقدية، وكما لا يمكن أن ينوب عنه ولي شرعي نظرا إلى أن الولاية لا تبدأ إلا بعد الولادة.

**الثاني:** إن الفقهاء يقتصرون في مجال اكتساب الجنين للحقوق على الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول من القابل أو وليه كالميراث والوصية، دون ما يحتاج في صحته إلى قبول من الطرف الآخر كالهبة ولهذا لم يصح الفقهاء الهبة لكونها تحتاج إلى قبول ولا عبرة له، كما أن الولاية على الجنين لا تثبت إلا بعد خروجه حيا.

ويرى بعض فقهاء القانون أن أهلية الجنين تمتد لاكتساب جميع الحقوق التي تنشأ عن تصرفات نافعة نفعا محضا له سواء كانت تحتاج إلى القبول كالهبة أو غيرها حيث يعين له نائبا يقبل عنه هذه التصرفات إما بالولاية الطبيعية كولاية الأب والجد أو بالوصية من

الأب أو الجد أو بتعيين وصي مختارا تعيينه المحكمة<sup>1</sup> وهذا لم يتناوله المشرع الجزائري في الأحكام المتعلقة بالولاية خاصة على الجنين.

وتختلف عوارض الأهلية باختلاف تأثيرها فهناك عوارض تؤثر على أهلية الأداء فتعدمها أو تنقصها، فالعوارض التي تنعدم معها الأهلية هي النوم فلا اعتبار لتصرفات النائم وأقواله والإغماء وهو مرض يعطل القوى المدركة والمحركة للإنسان فتعدم معها الأهلية، والجنون وهو اختلال القوة المميزة فلا يعول على تصرفات المجنون ولا يعتد بأقواله مطلقا كما في الجنون المطبق، أو في فترات الجنون.

والنوع الثاني فهناك من العوارض التي تنقص من أهليته وتشمل العته وهو آفة توجب خلا في العقل يصير صاحبها مختلط الكلام فيشبهه بعضه كلام العقلاء ويشبهه بعضه كلام المجانين.

**النوع الثالث:** ومن العوارض التي توجب الحد من تصرفات صاحبها منها: السفه: وهي صفة تعترى الإنسان وتدفعه للعمل بخلاف ما يقتضيه العقل السليم فلا يحسن التصرف. الغفلة: وهي عدم الخبرة بالمعاملات ومعرفة النافع منها و الضار فيسهل خداعه.

### **أولا: الفرق بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب**

هناك بعض فقهاء القانون يرون أن الشخصية القانونية وأهلية الوجوب أمر واحد وأنهما وجهين للعملة واحدة، وأن أهلية الوجوب لا تعدو كونها تعبيراً عن ذات الشخص من الناحية القانونية فالشخصية القانونية وأهلية الوجوب اسمان لمسمى واحد.

ويذهب رأي الآخر إلى أنهما أمران مختلفان فالشخصية القانونية تعني صلاحية الشخص من حيث المبدأ لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات أي كونه أهلاً أو صالحاً لأن يكون طرفاً في مركز قانوني تقرر له بمقتضاه مكنات أو تفرض عليه واجبات قانونية، مع

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم مبارك ، المرجع السابق ، ص66.

مراعاة أن هذه الصلاحية من حيث المبدأ أما ما يتعلق بتطبيق هذا المبدأ وتحديد نطاق هذه الصلاحية فيخرج عن دائرة الشخصية القانونية ويدخل في نطاق أهلية الوجوب<sup>1</sup>.

### ثانياً: اشتراط الوجود في الأهلية

الأصل أن المعدوم ليست له أهلية التملك كما نصت على ذلك عبارات الفقهاء ذلك أن الوصية تمليك عين أو منفعة والمعدوم ليس له أهلية التملك ولا قابليته، وإن التمليك من الصفات الوجودية التي تستدعي محلاً موجوداً، وغير الموجود سواء كان ميتاً (حين الوقف) أو لم يوجد بعد كالوقف على من سيوجد من أولاده أو الحمل قبل ولادته لا يصح الوقف عليه، ولهذا فإن الميت ليست له أهلية التملك ويترتب على هذا الأصل ما ذهب إليه جماعة من العلماء من أن أمواله تنتقل بمجرد موته إلى ورثته، ويتفرع عن هذا أنه لو أسلم الكافر أو أعتق المملوك بعد موت المورث لم يكن له شيء.

وكذلك يترتب على القول بعدم إرث المعدوم لو أوصى لحمل لم يكن موجوداً حال الوصية ويعرف عدم وجوده حال الوصية بأن يأتي لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية، فلو انفصل الحمل قبل الستة أشهر بزمن يسير كانت الوصية لورثة الموصي<sup>1</sup>.

### ثالثاً: عدم اشتراط الحياة في اكتساب الحقوق المالية

من المتعارف عليه فقهاً في إرث الجنين أنه لا يشترط حياة الجنين حين موت المورث حتى ولو ولد لستة أشهر من موت المورث مما يعلم معه أن الحمل يكشف عن عدم اشتراط الحياة في اكتساب الحقوق المالية.

وكذلك اشترطوا في صحة الوصية للجنين أن ينفصل حياً، فإذا خرج ميتاً بطلت الوصية، كما يشترط العلم بوجوده حال الوصية ويتحقق بوضعه لدون ستة أشهر من حين الوصية فيعلم كونه موجوداً حالها ولو نطفة.

1 - علي الشيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص 63.

1 - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 64.

إلا أن هذه الحقوق المالية لا تستقر ملكيتها له حتى يخرج من بطن أمه حيا، حتى ولو مات بعد ذلك، وتعرف حياته في هذه الحالة بالعلامات الدالة على الحياة، كالحركة الإرادية التي لا تصدر إلا عن حي كتحريك اليد أو البكاء، أما الحركات التي تصدر عن غير الحي كالنقلص والانكماش والتمدد فإنه قد يحدث بسبب البرودة والحرارة وغيرهما فلا تكون كاشفة عن الحياة، وقد بين المشرع الجزائري ذلك في قانون الأسرة وذلك بعدم إرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة<sup>1</sup> وبهذا يكون المشرع قد أخذ برأي الفقه الإسلامي في هذه المسألة.

### الفرع الرابع: الولاية على الجنين

حتى يتسنى لنا تبيان جوانب الموضوع ينبغي تحديد مدلول الولاية وأنواعها عند القانونيين وفقهاء الشريعة.

### البند الأول: تعريف الولاية و أنواعها

عرفت الولاية بأنها سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات وتنفيذها.

والولاية ثلاثة أنواع ولمعرفة ما تتدرج تحته ولاية الجنين، ينبغي تفصيل أحكام الولاية على نحو يتحدد به، حيث أنها تختلف باختلاف الجهة التي يراد البحث فيها، فهي من حيث الشخص التي ترد عليه الولاية تنقسم إلى ثلاث أنواع:

**النوع الأول:** ولاية ذاتية وهي سلطة تثبت للشخص على نفسه وعلى ماله ويتمتع بهذه الولاية الشخص الكامل الأهلية التي تعتبر جميع تصرفاته نافذة ما لم يترتب عليها ضرر في حق الغير، سواء تعلقت هذه التصرفات بشخصه أم بماله.

**النوع الثاني:** ولاية متعدية وهي سلطة تثبت للشخص على غيره بسبب أمر عارض جعله الشارع سببا لثبوتها وهذه الولاية نوعان من حيث مصدرها:

---

<sup>1</sup> - تنص المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04/05/2005 "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا و يعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة للحياة".

أ- ولاية أصلية وهي التي يقررها الشارع ابتداءً من غير إنابة من أحد كولاية الأب أو الجد فإنها تثبت لهما بمجرد ولادة الصغير وتستمر كذلك حتى يزول سببها ببلوغ سن الرشد.  
ب- ولاية نيابية وهي تثبت باستمداها من شخص آخر، كما في ولاية الوصي الذي أقامه الأب أو الجد أو القاضي و ولاية الوكيل المستمدة من الموكل و ولاية القاضي المستمدة من ولاية الإمام.

كما تنقسم الولاية المتعدية من حيث موضوعها إلى نوعين أيضا هما:

**الأولى:** ولاية على النفس وهي ترد على الأمور المتعلقة بشخص المولى عليه من تعليم وتأديب ومنها التزويج.

**الثانية:** ولاية على المال وهي ترد على التصرفات المتعلقة بالمال.

وقد يجتمع هذان النوعان في شخص كالأب والجد والوصي فتجتمع له الولاية على النفس والمال، وقد تفترقا فيكون له الولاية على النفس كالوصي أو على المال فقط كالوكيل.

### **البند الثاني: الولاية على الجنين عند الفقهاء**

يرى بعض فقهاء الحنفية والشافعية أن الوصية للجنين تحتاج إلى القبول ويقبل عنه من تثبت له الولاية عليه بعد ولادته، لأن وصيته لا تقرر إلا بعد ولادته حيا.  
وهذا يبين عن أن الجنين مادام جنينا لا وصاية عليه وتتحقق الوصاية بعد خروجه وحينئذ يعتبر كالصبي قبل التمييز.

أما الذين صححوا الوصية له دون الحاجة إلى القبول قالوا لا حاجة إلى وصي، وقد فرقوا بين الهبة والوقف وبين الوصية والميراث ذلك أن الميراث نوع من الاستخلاف واعتبروا أن الوصية من قبيل الميراث وأنها استخلاف من جهة أن الموصى له يخلفه في بعض ماله فهي كالإرث فلا تحتاجان إلى قبض، بخلاف الهبة فهي تمليك محض ولا ولاية لأحد على الجنين، فالهبة للحمل لا تصح لأنه غير موجود تحقيقا فلا يملك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه بخلاف الوصية، ويرجع الفرق بينها وبين الهبة تمليكا محضا في الحال لا يتم إلا بالقبض،

والحمل ليس له أهلية التملك في الحال بأن يقبل بنفسه ولا بولييه فيما تعتبر الوصية تمليكاً من جهة واستخلاقاً من جهة أخرى.

### البند الثالث : الولاية على الجنين في القانون

تناول القانون موضوع الولاية على الجنين فمثلاً نصت المادة 28 قانون الولاية على المال ( المصري ) على أنه «يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن» كما نصت المادة 29 على أنه «إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصياً مختاراً تعين المحكمة ويبقى وصي الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره»<sup>1</sup>.

وفي المادة 176 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «يجوز للأب و للجد عند فقدان الأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده أو الحمل وله أن يرجع عن إيصائه»، وفي المادة 177 «إن لم يكن للقاصر أو الحمل وصي مختاراً تعين المحكمة وصياً».

غير أن هذه القوانين لم تبين لنا مدى صلاحية هذا الوصي، فهل هو مجرد أمين يحفظ مال الحمل حتى يخرج من بطن أمه أم له أهلية القبول عنه في العقود كالهبة والتصرف في أمواله بالبيع وغيرها، وإن كان يظهر من بعضها أن له ذلك، ففي المنشور الصادر عن وزير العدل المصري إلى رؤساء المجالس الحسبية يلفت نظرهم إلى وجوب الإسراع في تعيين وصي على الحمل المستكن وعدم التراخي في الأمر حتى لا يترتب على ذلك إيقاع ضرر بمصلحة الحمل وترك أمواله بلا حصر وتأجير وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة.

كما تناول المشرع المغربي أحكام الولاية على الجنين في المادة 237 من مدونة الأسرة بقوله «يجوز للأب أن يعين وصياً على ولده المحجور أو الحمل وله أن يرجع عن إيصائه»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - قانون الولاية على المال المصري ، المادة 28-29 المشار إليه من قبل مفتاح محمد أقريط ، المرجع السابق ص127.

<sup>1</sup> - ظهير شريف رقم 1 . 22.04 . المؤرخ في 03 فبراير 2004 المتعلق بتنفيذ القانون 03.70 المتعلق بمدونة الأسرة.



لم يتناول المشرع الجزائري الأحكام المتعلقة بالولاية على الجنين وإنما نظم أحكام الولاية بصفة عامة على القاصر في قانون الأسرة الجزائري في المواد 87، 88، 89، 90، 91.<sup>2</sup> وكان عليه أن يبين أحكام الولاية على الجنين خاصة في التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري.

## الفصل الثاني حق الجنين في الحياة

---

<sup>2</sup> - قانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري .

كفلت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية حماية خاصة لهذا المخلوق الآدمي بداية من اللحظة الأولى في تخلقه، فاهتمت بشؤونه باعتباره جنينا وأوجبت له حقوق وهو في بطن أمه وأخرى تساير وضعه وحتى ولادته وراعت هذه الحقوق سواء داخل الرحم أو خارجه.

بل أكثر من ذلك تناولت وتعرضت القوانين حمايته في ضوء المستجدات الطبية الحديثة وكذا في أوضاع خاصة يكون بحاجة إلى الرعاية والحماية لها كحالة معاملة الحامل أثناء تأديتها للعقوبة المحكوم بها.

كل ذلك حرصا على آدمية هذا المخلوق المعد للعيش وهذا ما سنتناوله من خلال تبيان حماية الجنين في الحياة داخل الرحم في مبحث أول وحماية الجنين في الحياة خارج الرحم في مبحث ثاني.

## **المبحث الأول**

### **حماية الجنين في الحياة داخل الرحم**

تبنت مختلف الشرائع هذه الحماية مبينة مدلولها وأساسها التي تركز عليه ذلك أن حماية حق الجنين في الحياة داخل الرحم تناولته مختلف القوانين الوضعية والشريعة اليهودية والمسيحية والفقهاء الإسلامي وذلك على نحو يؤكد صرامتها لاسيما إذا تعلق الأمر بالمخلوق الآدمي.

## المطلب الأول: حماية الجنين داخل الرحم في القانون الوضعي

القاعدة المتعارف عليها في التشريع الجنائي أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص قانوني أي أن الأفعال جميعها مباحة ما لم يجرم المشرع فعلا معين بنص معين ويقرر له عقوبة لحماية مصلحة جديرة بالحماية<sup>1</sup>. ولقد جرم المشرع في معظم التشريعات الوضعية جريمة الإجهاض، فكل فعل يشكل اعتداء على الجنين في أي وقت من بداية الحمل أو في أي مرحلة من مراحل تطوره و نموه يعاقب مرتكبه حتى لو كان هذا الفعل صادرا من أمه التي هي مصدر حياته أو كان برضاها ولو كان الحمل عن طريق غير شرعي<sup>2</sup>.

فإذا ما حصل الحمل كان للجنين الحق في النمو والميلاد الطبيعي ولا يجوز لأحد الاعتداء عليه، ذلك أن للنفس البشرية حرمة لا تستباح أبدا ولا يقبل القول بأن الشريعة الإسلامية تبيح إجهاض المرأة الحامل التي لا يتجاوز حملها أربعة شهور فهذا ليس أصلا ثابتا من أدلتها المنطق عليها وإنما اجتهاد للفقهاء، انقسم حوله الرأي فيما بينهم ذلك أن الجنين له حق طبيعي أساسي يتمثل في استمرار الحمل ونموه وتطوره تطورا طبيعيا حتى الميلاد في أوانه الطبيعي إذ أن الجنين هو المورد الرئيسي الذي يتغذى منه الوجود الاجتماعي وعلى هذا فجميع الشرائع تحمي هذا الحق وتضع عقوبات تتفاوت في قسوتها من تشريع لآخر على كل من يتعدى على حق الجنين في استمرار حياته.

1 - المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم ، الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 ج ر رقم 49 المعدل و المتمم بالقانون 01/14 المؤرخ في 04 فبراير 2014 - ج ر رقم 07 المؤرخة في 16/02/2014 " لا جريمة و لا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون " .

2 - محمود نجيب حسني، قانون العقوبات ،القسم الخاص، ص 506 ، المشار إليه من قبل أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة 2005 ، ص115.

## الفرع الأول: حماية الجنين في بعض القوانين العربية

على غرار كافة التشريعات اهتمت القوانين العربية بالجنين وأولت له حماية خاصة نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر .

### البند الأول: في القانون المصري

وضع القانون نصوصا خاصة في قانون العقوبات، كفل من خلالها حق الحياة للجنين واستمراره في النمو، وذلك في المواد 260-264، وأورد بعض الإجراءات في معاملة الحبلى أثناء تنفيذها للعقوبة، كل ذلك رعاية للجنين وحفاظا على بقاءه ومواصلة نموه الطبيعي واستهدف المشرع من خلال هذه الإجراءات المقررة للحماية تلك الرعاية الخاصة لهذا المخلوق المعد للوجود من أجل النمو الطبيعي له داخل الرحم وحتى لحظة الوضع، ولم يحدد المشرع المصري الوقت الذي تبدأ فيه

حياة الجنين وبالتالي تبدأ حمايته، والرأي الغالب يحدد بداية حياة الجنين باللحظة التي يتم فيها التلقيح ومن ثم فإن الحمل هو البويضة الملقحة أيا كان عمرها الزمني كما سبق و أن بينا .

وهناك رأي آخر يرى أن الحمل هو البويضة الملتصقة في جدار الرحم وهي لا تلتصق إلا بعد إثنا عشر أو ثلاثة عشر يوما من التلقيح، ولكن الرأي الغالب هو الذي يرى أن حياة الجنين تبدأ بالإخصاب ومن هذه اللحظة يستحق الجنين الحماية الجنائية ومن ثم لا يجوز القول بإباحة إنهاء الحمل من أجل مواجهة ظروف اقتصادية واجتماعية بحجة القول أن ذلك علاج لحالة التضخم السكاني وأيضا رفض القول بإعدام الجنين المشوه باعتبار أن ذلك عمل وحشي، فليس من الأخلاق في شيء القضاء على الحياة البريئة من أجل أن صاحب هذه الحياة مشوه الخلقة.

ذلك أن قيمة الحياة ذاتها أسمى بكثير من مصلحة القضاء على النقص والتشوّه في الخلق، وإنما يجب الحفاظ على الأجنة أن تتخذ سبل الوقاية والاحتراز التي تمنع حدوث التشوّه، فالشارع يعطي الحماية للجنين حتى ولو كان ثمرة علاقة غير مشروعة<sup>1</sup>.

فالتشريع يحمي حق الجنين في حياته المستقبلية التي تتعلق بحقه في النمو الطبيعي داخل الرحم وحتى وإن لم تكتمل لديه الصفات الأساسية في كونه إنساناً في هذه المرحلة، إلا أنه يتمتع بالحياة التي تختلف في طبيعتها عن الإنسان العادي في بعض الوجوه كون أن له نمواً طبيعياً خاصاً به، ومن الحقوق التابعة لحماية حق الجنين في الحياة، الحفاظ على حق الحامل في الإنجاب وأيضاً الحفاظ على حق المجتمع ورفيقه تعتمد على قوة أفرادها ومن ثم كان من الضروري أن يسبغ المشرع الجنائي حمايته على المورد الرئيسي لتغذية المجتمع وزيادة عدد أفرادها، وذلك بالمحافظة على الجنين ومن ثم فإن العدوان على الجنين فيه إهدار لحق المجتمع، كون أن حق الجنين في الحياة مردّها أنها ذات طابع اجتماعي.

**البند الثاني: في القانون السوري:** تناول المشرع السوري حماية حق الجنين في الحياة فنص قانون العقوبات السوري في المواد 525-532 على معاقبة قيام الغير بإنهاء الحمل سواء برضاء الحامل أو بدون رضاها أو حتى التحريض على ذلك، وكذلك في حالة قيام الحامل بإنهاء حملها، بل وعاقب المشرع السوري حتى على التحريض العلني فكل من يستعمل وسيلة من وسائل العلانية بقصد أو غرض نشر أو ترويح أو تسهيل استعمال وسائل الإجهاض، وأن جريمة التعدي على الجنين قائمة حتى ولو كانت المرأة غير حامل إذ يكفي اعتقاد الجاني بوجود الحمل<sup>1</sup>.

**البند الثالث: في القانون اللبناني:** تناول المشرع اللبناني في قانون العقوبات في المواد 539-546، وبين أن استخدام أية وسيلة كالقيام بنشر أو ترويح أو استعمال وسائل الإجهاض والتخلص من الجنين يعد جريمة، بل وأن مجرد الحديث عن استعمال وسائل

<sup>1</sup> - أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، المرجع السابق ، ص 116.

<sup>1</sup> - أنظر قانون العقوبات السوري في مواده 525 . 532 ، مشار إليه من قبل أميرة عدلي أمير ، جريمة إجهاض الحامل في التقنيات المستحدثة، الطبعة 2006 ، ص 219.

الإجهاض أو نشر صور توضح تلك الوسائل يدخل في حكم النشر المعاقب عليه، وكذلك يعاقب من يقوم ببيع أو عرض المواد المعدة لإحداث الإجهاض، كما تعاقب المرأة إذا قامت بإجهاض نفسها بأي وسيلة أو سمحت للغير بذلك حتى ولو كان ذلك برضاها.

والمشرع اللبناني محافظة منه على حق الجنين في الحياة يقرر العقاب على الغير بغض النظر عن وجود حمل أو عدم وجوده، فهو يعاقب على الجريمة المستحيلة.

أيضا نص المشرع الأردني في المواد 321-325 من قانون العقوبات التعدي على الجنين بإنهاء حياته.

كما حرص المشرع الكويتي على حماية حق الجنين في الحياة حيث نص قانون العقوبات الكويتي في مواده 174-177 على معاقبة كل من يجهض امرأة حامل برضاها أو بدون رضاها وكذلك في حالة قيام المرأة بإجهاض نفسها، وكذلك معاقبة كل من يقوم بإعداد أو بيع أو عرض أي من المواد المستعملة في إحداث الإجهاض<sup>1</sup>.

كما تناول المشرع الليبي حماية حق الجنين في الحياة إذ نص قانون العقوبات الليبي في المواد 390-395، على معاقبة كل من يتسبب في إنهاء الحمل عن طريق الغير سواء برضاء الحامل أو بدون رضاها أو في حالة قيام الحامل بإجهاض نفسها<sup>2</sup>.

**البند الرابع: موقف المشرع الجزائري:** تناول المشرع الجزائري حماية حق الجنين في الحياة إذ نص في المواد 304-309 من قانون العقوبات الجزائري على عقاب كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بأي وسيلة أو حرض على ذلك فالمشرع هنا لم يشترط وجود حمل، بل وحرصا منه على حق الجنين في الحياة يعاقب الجاني الذي قصد إنهاء الحمل لدى امرأة حتى ولو ثبت بعد ذلك عدم وجود حمل، وأن الجاني اعتقد خطأ بوجوده وفي ذلك اعتناق للمذهب الذي يعاقب على الجريمة المستحيلة على غرار ما ذهب إليه المشرع الكويتي كما نص أيضا على معاقبة الحامل التي تقوم بإجهاض نفسها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر المواد 174 - 177 من قانون العقوبات الكويتي.

<sup>2</sup> - أنظر المواد 390 - 395 من قانون العقوبات الليبي.

<sup>3</sup> - أنظر المواد 304-309 من الأمر 156/66 المؤرخ في 09 يونيو 1966 ج ر 49 معدل و متمم بالقانون رقم 01/14 المؤرخ في 04 فيفري 2014 ج ر 07 مؤرخة 16 فيفري 2014 متضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.

## الفرع الثاني: حماية الجنين في بعض القوانين الغربية

نتناول على سبيل المثال في الشرائع اللاتينية التشريع الفرنسي والإنجليزي وتشريع الولايات المتحدة الأمريكية.

### البند الأول: القانون الفرنسي

تباين نطاق الحماية الجنائية لحق الجنين في الحياة واتجه المشرع فيها إلى إضفاء حماية قانونية بهدف المحافظة على حق الجنين في الحياة، إذ كان يعتبر الاعتداء على الجنين وإجهاضه بمثابة القتل سواء دبت في الجنين الحياة أم لم تظهر بعد، وهذا ما أكده المشرع في قانون العقوبات الصادر عام 1791 الذي نص على تجريم إجهاض الجنين وجعل العقوبة السجن وبعد ذلك تم تعديل العقوبة في عام 1939، ثم أدخلت التعديلات على النظام القانوني الخاص بحماية الأجنة، وقد نص قانون الصحة العامة على أنه لا يجوز الإجهاض بعد العشرة الأسابيع من بداية الحمل<sup>1</sup>.

### البند الثاني: القانون البريطاني

تناولت أحكام القانون العام (common law) في بريطانيا بغية المحافظة على حق الجنين في الحياة، ذلك أن قانون الاعتداء على الأشخاص البريطاني الصادر سنة 1861 ينص في المادة 58 منه على معاقبة من يقوم بالأعمال اللازمة لإسقاط الجنين مع اتجاه نيته إلى ذلك، من أجل وضع حد لحياة الجنين ولا يهتم بعد ذلك أن يكون هناك حمل أم لا، فمن اعتقد أن امرأة معينة حامل ونوى قصد إنهاء حياة الجنين وقام بالأفعال اللازمة لتحقيق ذلك القصد فهذا الشخص محل عقاب حتى ولو تبين بعد ذلك أن المرأة لم تكن حاملا وكل امرأة تحاول إنهاء حملها تعد مرتكبة لهذه الجريمة.

وسار على هذا النهج كثير من تشريعات دول الكومنولث، إذ أن القانون البريطاني يعتبر في هذا الصدد كمثل للشرائع الأنجلوسكسونية، حيث يتم تجريم محاولة إجهاض غير

---

<sup>1</sup> art 1 162. du code de la santé publique، مشار إليه من قبل أميرة عدلي أمير، المرجع السابق ص 218.

الحامل إذ يكفي لقيام هذه الجريمة اعتقاد الجاني بوجود حمل ثم استخدم وسائل الإجهاض بقصد إنهاء الحمل الذي لا وجود له إلا في مخيلة الجاني.

فالقوانين عامة تحافظ على حياة الجنين وتجرّم الإجهاض بصفة عامة وأن أقصى ما وصلت إليه القوانين هو إباحة الإجهاض في بعض حالات الضرورية<sup>1</sup>.

### **البند الثالث: القانون الأمريكي**

يحظر الفقه الأمريكي في مجمله حماية الجنين المكتمل في الحياة ويسبغ عليه وصف الطفل "child"، وذلك منذ بداية الفترة الثالثة من الحمل والتي تبدأ عادة ما بين الأسبوع العشرين من بدأ الحمل.

ولقد أصدرت ولاية ماساشوستس في عام 1974 تشريعات لحماية حق الجنين في الحياة في مواجهة الأبحاث والتجارب العلمية حيث يمنع القانون المساس بالجنين داخل الرحم لأغراض علمية ومخبرية.

ولم تقف حماية حق الجنين في الحياة إلى هذا الحد بل امتدت في كثير من التشريعات الوضعية إلى تجريم الأفعال التي تضر بسلامة جسم الجنين أو عقله كالأفعال التي تلوث البيئة و تؤدي إلى الإضرار بالجنين مثل التدخين وتعاطي المواد المخدرة وغيرها من الأفعال المشابهة التي تضر بصحة الجنين وتعرض حياته للخطر.

### **المطلب الثاني: حماية الجنين في الشريعة اليهودية والمسيحية**

أضفت الشريعة اليهودية وكذا المسيحية حماية خاصة للجنين بغية المحافظة على حقه في الحياة واستمرار نموه وهذا ما سنتناوله على النحو الآتي:

### **الفرع الأول: في الشريعة اليهودية**

<sup>1</sup> - أميرة عدلي أمير ، المرجع السابق، ص 220.



ورد في الشريعة اليهودية أن المحافظة على حق الجنين في الحياة وقررت معاقبة من يقوم بالتعدي على حياة الجنين، حيث ورد ذكر الإجهاض في التوراة في باب إسقاط الجنين بالتعدي على المرأة الحامل من غير عمد فيعاقب الفاعل بالغرامة التي يفرضها الزوج أما إذا كان الفعل قد ارتكب عمدا فإن العقوبة تكون النفس بالنفس والعين بالعين، حيث جاء في سفر الخروج إذا تخاصم رجال وصدموا امرأة حبلية وسقط ولدها ولم تحصل أي أذية يغرّم كما يضع عليه زوج المرأة و يدفع الدية على يد القضاة، وإن حصلت أذية تعطى نفسا بنفس وعينا بعين وسنا بسن وبدا بيد ورجلا برجل وجرحا بجرح<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: في الشريعة المسيحية

تناولت الشريعة المسيحية حق الجنين في الحياة وراعت استمرار نموه حتى ولادته، واعتبرت الجنين أن له روح وحياة مستقلة يجب الحفاظ عليها واعتبرت الاعتداء عليه بإنهاء الحمل بمثابة جريمة قتل تستوجب العقاب الذي يصل إلى الطرد من الكنيسة والقتل، ذلك أن الاعتداء على الجنين بإجهاضه فهو قتل لكائن حي متكون من جسد وروح، إذ أن الروح تخلق خلقا مباشرا وتنزل في رحم الأم وتتحد بالزيجوت المتكون من البويضة الملقحة، ويرى جانب من الفقه المسيحي أن جريمة التعدي على الجنين وإسقاطه أشنع وأبشع جرما من قتل الطفل بعد ولادته وتعميده تأسيسا على الجنين في جريمة الإجهاض يفقد حياته الروحية وتنتهي حياته قبل أن يعمد وبالتالي لا ترتفع عنه الخطيئة الأبدية، يرون أن من أسقط جنينا وأزهق روحه يعد قاتلا وجزاءه القتل حيث ورد في سفر اللاويين «ومن قتل إنسانا يقتل» وعلى هذا فلا يجوز للأبوين ولا لأحد في المجتمع أن يعطي الحق في القضاء على الجنين وإنهاء حياته مهما كانت الظروف و الأسباب المؤدية إلى إسقاطه<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: حماية الجنين في الشريعة الإسلامية

<sup>1</sup> - أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية للجنين ، المرجع السابق ، ص 120 و ما يليها.

<sup>1</sup> - أميرة عدلي أمير ، المرجع السابق ، ص 222.

إن فقهاء الإسلام جرموا الإعتداء على حق الجنين في الحياة، مستنديين هذا الحق المتمثل في احترام الحياة الإنسانية إلى قوله تعالى: ﴿مَنْ أَجَلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ۚ وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾<sup>2</sup> وقوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا﴾<sup>3</sup>.

ويقسم علماء الأصول الحقوق إلى حق الله وحق للعبد وحق مشترك بين الله و العبد. حق العبد هو ما يتعلق به مصلحة خاصة كالدية والضمان، فحق العبد يدخل في منطقة القانون الخاص التي تولي التشريعات لها نصوص خاصة.

وقد يجتمع فيه الحقان حق الله وحق العبد ويكون حق الله مقدم على حق العبد.

ومن الحقوق المشتركة بين الله وبين العبد، كحق حفظ النفس الذي هو من الضروريات الخمسة التي أجمعت الشرائع على حفظها، حيث يقول سبحانه وتعالى: ﴿بِأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ۚ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾<sup>1</sup> ويقول أيضاً ﴿وَأَنْفِقُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ ۚ وَأَحْسِنُوا ۚ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾<sup>2</sup> ومن تم فلا يجوز للإنسان أن يقتل نفسه أو أن يتلف عضوا من أعضائه.

ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الله تعالى حرم القتل والجرح صونا لمهجة العبد وأعضائه ومنافعها عليه ولو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك لم يعتبر رضاه وأن حق الله تعالى لا يتمكن العباد من إسقاطه والإبراء منه بل أن ذلك يرجع إلى صاحب الشرع.

<sup>2</sup> - سورة المائدة ، الآية 32.

<sup>3</sup> - سورة الإسراء ، الآية 70.

<sup>1</sup> - سورة النساء، آية 29.

<sup>2</sup> - سورة البقرة، آية 195.

وعلى هذا فالحق في الحياة مشترك بين الله والعبد له صفتان فردية وجماعية.

وحق الله تعالى يتمثل في استعباد هذه النفس وبقائها حتى يقضي عليها خالقها وهذا الحق لا يحتمل الإباحة بحال، فالنفس والعضو كلاهما لا يستباح بالإباحة وإذن المجني عليه في ذلك عديم الجدوى شرعا، وعليه فإن حق الله تعالى تغلب فيه الصفة الاجتماعية فلا يسقط بإسقاط صاحبه والفرد ممنوع من التعدي على نفسه قتلا أو جرحا، فصلاحيية الآدمي بشأن نفسه مقصورة على الاستمتاع بحياته وسلامة جسمه، وليس له حق التصرف في جسمه بالبيع أو التبرع.

أما كون أن للعبد حقا في حياته فنجد أن استيفاء القصاص يفوض إلى ولي الدم ويجري فيه التوارث ويصح الإعتياض عنه بالمال، وربما يعود إلى هذه الحيثية حق المجني عليه فيما دون النفس وأولياء الدم في القتل في العفو عن القصاص، فنجد هنا الصفة الفردية غالبية فيما يتصل بالجزاء المقرر على الاعتداء على الحق في الحياة، وليس الحق في ذاته وتسري هذه الأمور على حماية حق الجنين في الحياة، حيث أن لهذه الحماية صفة اجتماعية وصفة فردية.

وتتبين مظاهر الصفة الاجتماعية في تراضي الأم والأب على إسقاط الجنين لا ينتج أثره في الإباحة، فإذا أمسك الرحم المنى فلا يجوز للزوجين ولا لأحدهما التسبب في إسقاط الجنين في المدة التي ذكرت وتواطئهما على ذلك حرام ممنوع لا يحل بوجه ولا بباح، ويرى جمهور الفقهاء ترتب الكفارة على المتسبب في إسقاط الجنين وجوبا أو استحسانا وفق ما يراه الإمام مالك رحمه الله تعالى.

أما الصفة الفردية فتتركز في حق الجنين ذاته وحق أبويه، فحق الجنين يتمثل في بقاءه في بطن أمه وأن يواصل سير نموه الطبيعي حتى يأتي أوان الولادة ذلك أنه مادام مجتئا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء من الآدمي لكنه منفرد بالحياة معد لأن يكون نفسا له ذمة فباعثار هذا الوجه يكون أهلا لوجود الحق له من عتق وإرث أو نسب أو وصية وباعثار الوجه الأول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه وترتب

الحقوق المالية إنما يكون تبعاً للوجود الشرعي لمن يتمتع بهذه الحقوق ومن ثم صح القول بأن الجنين يتمتع بحق البقاء في بطن أمه ومواصلة سير نموه الطبيعي حتى الولادة، وتعجل إنهاء حياته هذه يعد جريمة في الشرع بعد مضي الأربعة الأشهر الأولى بالاتفاق، كما يعد جريمة قبل ذلك وفق الرأي الراجح المشهور من أقوال العلماء.

وأما حق الأبوين فإنه في حالة التسبب في إنهاء حياة الجنين بسبب الجناية على أمه فيترتب على ذلك الضمان المالي والذي يتمثل في الغرة، إذا انفصل الجنين عن أمه ميتاً أو الدية إذا انفصل حياً ثم مات متأثراً بالجناية سواء كانت الغرة للورثة أو للأم أو للأبوين معا تبعاً للخلاف الفقهي في هذه المسألة فإذا كانت الغرة حقا للآدمي فإن له أن يتنازل عنها كما هو الحال في كافة الحقوق الخاصة.

هذا ولم يقف حماية حق الجنين في الحياة إلى هذا الحد بل امتدت الحماية في الفقه الإسلامي إلى فرض نفقة الجنين ذلك أن الزوجة الحامل نفقتها على زوجها بحكم الزوجية لا بكونها حاملاً، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الحامل المطلقة تستحق النفقة سواء كان ذلك من طلاق رجعي أم بائن عملاً بقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۚ وَاتَّمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسَرِّضْ لَهُ أُخْرَىٰ ۗ﴾<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سورة الطلاق، الآية 6.

ويتضح من ذلك أن النفقة للجنين ووجوبها وبأن النفقة واجبة للحمل بدليل أنها تجب بوجوده وتسقط عند انفصاله فدل أنها له، ولا شبهة في كون النفقة للحامل البائن بسبب الحمل لكن الأشهر أنها للحمل لا للحامل وعلى هذا إذا نشزت امرأة وهي حامل فإن النفقة لا تسقط لأنها نفقة ولده وهي لا تسقط بنشوز أمه، وإذا كانت المرأة حاملا من نكاح فاسد أو من وطء بشبهة فتلزم النفقة الزوج لأن الحمل في الحالتين منسوب للزوج فتلزمه نفقته كما بعد الوضع وأن النفقة تجب بمجرد الحمل لقوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۚ وَاتَّمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسْتَزْعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾<sup>2</sup> ويرى المالكية أن النفقة تجب بظهور الحمل وحركته<sup>3</sup>.

## المبحث الثاني

### حماية الجنين في الحياة خارج الرحم

مما لا شك فيه أن حماية حق الجنين تسري منذ بداية تكوينه وأيا كانت الوسيلة المستعملة في تخصيب البويضة لاسيما أساليب التلقيح الاصطناعي أين يكون ذلك خارج الرحم ويحضى بذات الحماية المقررة له داخل الرحم.

<sup>2</sup> - سورة الطلاق ، الآية 6.

<sup>3</sup> - أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، المرجع السابق ، ص 124.

## المطلب الأول: حماية الجنين خارج الرحم في القانون الوضعي

الأصل أن القانون يضيف حماية على الكائن البشري بداية من تكوينه جنينا سواء كان الحمل بطريقة طبيعية أو باستخدام أساليب مستحدثة كالتلقيح الاصطناعي مثلا، إذ يفترض في هذه الحالة التي نحن بصددنا تواجد بويضة مخصبة وأن عملية التخصيب تمت معمليا في أنبوب خارج الرحم وليست بداخله كما هو المعتاد، وأن بداية حياة الجنين تبدأ منذ لحظة التلقيح وهو ما تم بالفعل في هذا الفرض ولكن خارج الرحم، وما دام يوجد جنين فعلا فيجب حمايته حفاظا على حقه في الحياة وهذا وجريمة الإجهاض تفترض بدهاء وجود جنين مستقر ومستكن داخل رحم امرأة حبلى عملا بنص المادة 304<sup>1</sup> من ق ع ج وما بعدها، ولما كان الحمل لا يتصور وجوده إلا داخل الرحم وفقا للمدلول اللغوي والواقعي لهذه الكلمة والتي لا يتيح أي من النصوص الحالية حملها على المجاز أو التوسع في تفسيرها أو القياس عليها، ذلك أن القول بتحقيق جريمة إنهاء حياة الجنين في حالة إتلاف البويضة الملقحة في الأنبوب قول في غير محله، لكونه يتعارض وطبيعة أركان هذه الجريمة كما يعرفها قانون العقوبات الجزائري، كون أن علة التجريم في جوهرها تتمثل في حماية الجنين في لحظة تواجده.

ولقد اختلف الفقهاء في حكم البويضات الملقحة في الأنابيب فهناك جانب من الفقه يرى أنها ليست أجنة ومن ثم فلا حماية لها بينما هناك جانب آخر يرى أنها أجنة ومن ثم يضيف عليها الحماية القانونية، ونتعرض لهذه الآراء كما يلي:

### الفرع الأول: عدم اعتبار البويضات الملقحة في الأنابيب خارج الرحم أجنة

يتجه أصحاب هذا الرأي القاضي بأن البويضات الملقحة خارج الرحم ليست أجنة إلى عدم إضفاء الحماية القانونية عليها كون أن هذا الأمر يعني ذلك عدم جواز البحوث والدراسات العلمية على الجنين إذا كان الهدف من هذه الأبحاث تدمير الجنين وعدم إتاحة

<sup>1</sup> - تقابلها نص المادة 260 من قانون العقوبات المصري.

الفرصة لنموه وتطوره الأمر الذي يحرم البشرية من نتائج الأبحاث التي قد تتعلق بمصالح أساسية للمجتمع في مجال التكاثر البشري أو الحد منه.

إلى جانب وجود وسائل طبية علاجية يجب إجراء التجارب فيها على أجنة الأنابيب البشرية كما أنه لاستخدام الخلايا التناسلية في مجال تصنيع عقاقير معينة لمواجهة بعض الحالات الصحية والطبية بات أمر حتمي تفرضه قواعد البحث.

وهذا يقتضي إمكانية إنتاج أجنة غير محددة العدد وتجميدها واستعمالها في كل ما يفيد البشرية لتحقيق التقدم العلمي والفني خاصة في مجال التكاثر البشري أو الحد منه أو في البحوث الطبية، وبذلك فإن البويضة الملقحة في الأنابيب خارج رحم المرأة لا تتمتع بحماية تشريعية ولا تعد جنينا<sup>1</sup>.

ولقد حاول بعض الفقهاء في إباحة المساس بالبويضة الملقحة خارج رحم المرأة عند ممارسة أبحاث وتجارب علمية، فاشتروا رضاء مصدري اللقيحة (الرجل والمرأة) بإجراء التجربة والبحث العلمي على لقيحتهما مع عدم المساس بسلامة البويضة المخصبة محل البحث والتي تعد وفقا لهذا الرأي في مركز متوسط بين الشخص والشيء إذ هي تخضع لنظرية الاحتمال في وجود واكتساب الشخصية القانونية فإذا توافر هذان الشرطان رضاء مصدري اللقيحة وعدم المساس بها لم يكن هناك ثمة ما يمنع من إجراء التجربة دون أي مسؤولية قانونية.

هذا وفي الدول التي تقدمت في عمليات أجنة الأنابيب لم تقدم نسا خاصا يهدف إلى حماية حق جنين الأنابيب في الحياة قبل زرعها في رحم المرأة ففي بريطانيا أرسى قانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة الصادر في 1990 حماية الجنين منذ بداية التصاق النطفة بالرحم، وهو ما يمثل بداية مرحلة الحمل فلا يمتد حكم النصوص القانونية إلى النطفة المخلقة خارج جسم المرأة كما في حالة أجنة الأنابيب.

<sup>1</sup> - أنظر في ذلك أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، المرجع السابق ، ص126.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية اتجهت بعض تشريعات ولايتها إلى إضفاء حماية النطفة المخلقة في الرحم ولا يمتد نطاق الحماية إلى النطفة المخلقة خارج جسم المرأة وتشتت النصوص القانونية التي تعاقب على جريمة الإجهاض لأجل حماية حق الجنين في الحياة وجود الجنين داخل رحم امرأة حبل<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: اعتبار البويضات الملقحة في الأنابيب أجنة

يضيف أصحاب هذا الاتجاه على البويضة الملقحة داخل الأنبوب تعد جنينا تقتضي وتوجب حمايته ومساءلة كل من يمس حقه في الحياة عن جريمة إجهاض لتحقق ذات العلة في هذا الأمر، ولو كان الجنين المعتدى عليه موجودا داخل أنبوب مخبري، ذلك أن التقاء النطفة بالبويضة وإتمام عملية التخصيب هي في ذاتها حياة وإلا لما تحولت النطفة إلى علقه فاندماج النطفة بالبويضة يؤدي إلى تخلق الجنين، فعناصر حياته كاملة موجودة وبالتالي فهي دليل الوجود وأي اعتداء عليه هو منع سير الحياة في مجراها الطبيعي ومن ثم يشكل الاعتداء عليه جريمة، هذا بالإضافة إلى أن إباحة إتلاف البويضة الملقحة في الأنبوب وإجراء التجارب والأبحاث العلمية عليها قد يسفر عن ممارسات وراثية شاذة تحت ستار البحث والتجارب العلمية ومن هذه الممارسات صورة التهجين بحيث يحاول العلماء تخليق كائن من نتاج أمشاج مختلطة لإنسان وحيوان أو استنساخ صورة لإنسان حيا كان أو ميتا، وعلم تحسين النسل، كل هذه الصور ومخاطرها دعت جمهور الفقهاء إلى القول بالحماية الجنائية لأجنة الأنابيب والمطالبة بإصدار تشريع خاص يعالج هذه المسألة وينشأ نصوصا جديدة تعاقب على أفعال المساس باللقحة طالما كانت معدة للنمو وقبل زرعها في الرحم.

ويرى جانب من الفقه في محاولة لبيان حقيقة وحدود الحماية الجنائية للبويضة الملقحة في الأنبوب أنه يجب استبعاد القوالب والنماذج التقليدية الواردة في قانون العقوبات التي تحكم جرائم الإجهاض في قانون العقوبات ونحن بصدد تلمس نطاق الحماية الجنائية

<sup>1</sup> - أميرة عدلي أمير عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين ، المرجع السابق ، ص127.



للبيضة الملقحة في الأنبوب ذلك أن هذه القواعد ينتابها الكثير من القصور في إضفاء الحماية الجنائية حتى للجنين المستكن في رحم الأم والتي ما جاءت أصلاً إلا لحمايته. ويرى أصحاب هذا الرأي أن البيضة الملقحة في الأنبوب ما هي إلا جنين وأنه لا يجوز المساس باللقحة طالما كانت التجارب والأبحاث العلمية لا تتطوي على فوائد علاجية سوف تعود على اللقحة في ذاتها، لأن الرضا لا يبد وأن يصدر ممن تجرى عليه التجربة ولا يكفي باستخلافه ممن يمثلون اللقحة محل التجربة (الرجل والمرأة صاحبي البيضة الملقحة) لأن كل منهما لا يعتبر ممثلاً للجنين في هذه الحالة، ذلك أنه لما كانت البيضة الملقحة تعد في حكم عديم الأهلية ومن ثم فإنه كان واجباً تطبيق ذات المنطق والأحكام على ما يصدر من موافقة ورضاء من جانب ممثليها القانوني، فإذا كانت الإجراءات سوف تعود بالنفع والفائدة على اللقحة فهذه هي الفائدة منها، وإن كانت خلاف ذلك فلا أثر للرضاء الصادر من جانب المرأة والرجل (صاحبي اللقحة).

ومن المؤكد أن الفیصل في تبيان مدلول الحماية الجنائية للبيضة الملقحة خارج الرحم يتوقف على نظرة كل جانب من الفقهاء المذكورين فالذي يرى الحماية يبني رأيه على هذه اللقحة ما هي إلا أجنة بشرية ، أما الجانب الآخر الذي يخرج اللقحة من الحماية الجنائية يبني رأيه على أن هذه اللقحة ليست جنينا.

وترى الدكتورة أميرة عدلي أمير عيسى خالد أن البويضات الملقحة خارج الرحم في الأنبوب ما هي إلا أجنة للأسانيد التي يستند إليها أصحاب هذا الاتجاه، وناشد المشرع أن يتدخل وينص صراحة على تجريم الاعتداء على البيضة المخصبة حتى ولو كانت لا تزال في أنبوبة خارج رحم المرأة وحفاظاً على حق الجنين في الحياة وسد الباب على الممارسات الشاذة<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني: حماية الجنين خارج الرحم في الشريعة الإسلامية

<sup>1</sup> - أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية للجنين، المرجع السابق، ص128.

أساس تحديد الحماية الجنائية للبويضة الملقحة خارج الرحم ينطوي على نظرة كل جانب من الفقه إلى وضع البويضة المخصبة، فالفقه الذي يرى الحماية يبني رأيه على أن هذه اللقحة ما هي إلا جنين بشري أما الجانب الآخر الذي يخرج اللقحة من الحماية فإنه ينطلق من قناعته بانتفاء صفة الجنين عن هذه اللقحة.

فيرى أصحاب الاتجاه الأول أن البويضات الملقحة في الأنابيب تعد أجنة على أساس ذلك أن المشرع قد كفل حق حماية الجنين منذ لحظة التلقيح ومعنى هذا أن البويضة الملقحة ذاتها يجب أن تكون لها نفس الحماية سواء داخل الرحم أو خارجه فمكانها لا يؤثر على حكمها من حيث القول بالحرمة من عدمه، وذلك أن حياة الجنين تبدأ لحظة الإخصاب ومن ثم فإن البويضات الملقحة في الأنابيب تعد أجنة بالعرف العلمي والشرعي مستدلين على ذلك بقول الإمام الغزالي الذي ورد فيه «أن أول مراتب الوجود أن تقع النطفة في الرحم و تختلط بماء المرأة و تستعد لقبولها»، وقد أقرت دار الإفتاء هذا حيث اشترطت أن يتم ذلك بلفاح الزوجين وأن يكون ذلك بموافقتهم ولا تنتقل البويضات الملقحة (النتيجة من تلقيح بين الزوجين) إلا إلى رحم الزوجة ذاتها صاحبة البويضة وأثناء سريان عقد الزواج وفي حياة الزوج وليس بعد وفاته وهذه تعد من الحدود الشرعية والقانونية والأخلاقية للتجارب الطبية والعلمية على الأجنة الآدمية والتي تخضع من جملة من الضوابط الشرعية والشروط القانونية التي نص عليها القانون الجزائري في المادة 45 من ق أ ج<sup>1</sup>.

ويرى أصحاب الاتجاه الآخر أن البويضات الملقحة في الأنابيب ليست أجنة وذلك على أساس أن الجنين هو المادة التي تتكون في رحم المرأة من عنصري الحيوان المنوي والبويضة، ومن ثم فإن البويضة الملقحة في الأنابيب لا تعتبر جنينا بالمعنى الشرعي إلا من تاريخ زرعها في رحم المرأة الراغبة في الحمل بهذه الطريقة وتحصل على غذائها منه.

ويرى بعض الفقهاء أن الحماية التي أضفتها الشريعة الإسلامية على الجنين ترجع إلى حماية الجنين في ذاته لكونه في بطن أمه فوجود الجنين في بطن أمه عنصر ضروري

<sup>1</sup> - بلحاج العربي ، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري - دراسة مقارنة - ط2011- ص64.

لإضفاء الحماية عليه ذلك أن الجنين لغة هو حمل المرأة ما دام في بطنها كما وأن جريمة الإجهاض لا تقع إلا على الجنين المستكن في رحم المرأة.

وهناك جانب من فقهاء الشريعة الإسلامية يتفقون مع اتجاه فقهاء القانون الوضعي الذين يتجهون إلى اعتبار البويضات الملقحة في الأنابيب ما هي إلا أجنة ويضفون عليها الحماية ويشدد كل من الجانبين في حماية الجنين سواء أتى الحمل بطريق طبيعي مشروع أم جاء بطريق التلقيح الصناعي داخل الرحم أو خارجه أو بطريق الاستنساخ ولا يجوز لأحد أن يعتدي على حياة الجنين بأي صورة مادام قد أخذ حكم الجنين حتى ولو كان بطريق الاستنساخ وإن حدث ذلك وإن كان من المفروض حظر هذه التقنية، كما يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث النظرة إلى طبيعة الحماية المقررة للجنين إذ هي في الفكرين ترد على حق فردي ذو صفة اجتماعية<sup>1</sup>.

## الباب الثاني

---

<sup>1</sup> - أميرة عدلي أمير، الحماية الجنائية للجنين، المرجع السابق، ص 130.

# الحماية القانونية للجنين

تتجسد أوجه الحماية الشرعية والقانونية للجنين من خلال إرساء جملة من المظاهر التي يسعى المشرع من خلالها إلى تحقيق أكبر ضمانات لهذا المخلوق المعد للحياة فقرر له حقوقا من بداية تكوينه في الطور الأول إلى حين الوضع، كما حرص على حمايته جنائيا حفاظا على حقه في الحياة وذلك بالدفع عنه جميع الأفعال الغير المشروعة التي من شأنها الإضرار به وهو في رحم أمه، ولا يكون ذلك إلا بإصباح جملة من مظاهر الحماية المدنية والجزائية عليه. وهذا ما سنتناوله من خلال فصلين نتناول في الفصل الأول مظاهر الحماية المدنية والجزائية للجنين وفي الفصل الثاني نورد فيه حماية الجنين في ظل تقنيات الطبية المستحدثة.

## الفصل الأول

### الحماية المدنية والجزائية للجنين

إن الحماية القانونية للجنين بصورتها المدنية والجزائية ترتب جملة من المقاييس والمعايير التي رتب القانون على إثرها جزاءات على كل من تسول له نفسه الاعتداء على هذا المخلوق المعد للحياة، إذ جعل القانون جملة من الجزاءات المادية والمعنوية لاسيما تلك المتعلقة في حالة الإجهاض أو الاعتداء عليه من خلال سلبه لحقوقه المدنية المكفولة شرعا وقانونا، وتكون هذه الحماية من أجل توقيع الجزاء على كل مخالف قصد الحفاظ على الكائن البشري ابتداء من بداية تخلقه جنينا.

ولعل البحث في صور هذه الحماية يقتضي تبيان مظاهر الحماية المدنية للجنين في  
مبحث أول ثم مظاهر الحماية الجزائية للجنين في مبحث ثاني.

## المبحث الأول

### الحماية المدنية للجنين

إن الشخصية لا تثبت للإنسان إلا بولادته حيا مستهلا<sup>1</sup> ويترتب على ذلك أن  
الشخصية لا تثبت للجنين أو الحمل المستكن في بطن أمه وهذا ما يؤكد أن الجنين لا تثبت  
له الشخصية الكاملة إلا بعد استهلاله حيا.

ونظرا لجملة من المصالح المتعلقة بالجنين فإن له شخصية من نوع خاص وعلى هذا  
الأساس فإن معظم التشريعات جعلت له شخصية ناقصة ومحدودة، بشرط ميلاده حيا<sup>2</sup>،

---

<sup>1</sup> - المادة 25 من قانون المدني الجزائري المعدل و المتمم (قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005) تبدأ شخصية  
الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا..

<sup>2</sup> - المادة 29 من قانون الليبي و المادة 725-906 من القانون المدني الفرنسي.

ومتى تحقق هذا الشرط أي استهلاكه حيا صارخا تثبت للجنين الشخصية التامة بعدما كان يتمتع بشخصية ناقصة في الفترة التي كان فيها حملا مستكنا وعلى هذا فإن كان قد مات أبوه وهو في بطن أمه اعتبر وارثا.

كما أن الهبة للجنين والتأمين على حياته وغيرها من الحقوق تطرح جملة من الإشكاليات.

### **المطلب الأول: الحماية المدنية لحقوق الجنين من حيث الوقائع**

قد يرتب القانون جملة من الآثار القانونية على وقائع معينة وهذه الآثار يمكن أن تكون متمثلة في نشوء حقه أو نقله أو تعديله أو تغييره أو انفصاله ومن هذه الوقائع واقعة الموت، وما هو في حكمها، فهي بطبيعتها حادث مادي طبيعي لا يد ولا دخل للإنسان فيه وهذه الواقعة ترتب آثار قانونية تتمثل في حق الإرث بحيث تؤول تركة الهالك إلى ورثته كل بقدر نصيبه في التركة وبما أن الجنين قد يكون وارثا، فهو يثار بشأنه مجموعة من الإشكاليات تتمثل في جواز ميراثه و رأي الفقهاء في ذلك.

### **الفرع الأول: أحكام ميراث الجنين**

من شروط الميراث وجود الوارث وقت الوفاة بعد أن يكون سبب الإرث قائما بدون مانع كأن يحجب أو يمنع من ذلك وأن تكون أسباب القرابة مما يثبت النسب بين الأقرباء الذين يرث بعضهم بعضا<sup>1</sup>.

وقد بين الفقهاء شروط استحقاق الجنين للميراث في شرطين أساسيين هما وجود الجنين في بطن أمه وقت وفاة مورثه و ولادته حيا، إلا أنهم تباينت آراؤهم في تقدير مسألة الحياة.

### **البند الأول: وجود الجنين في رحم أمه وقت وفاة المورث**

<sup>1</sup> - مفتاح محمد أفريط ، المرجع السابق ، ص 119.

ومدلول ذلك هو أنه لا بد من وجود الجنين في بطن أمه حقيقة أو حكما حتى ولو كان نطفة في الرحم فإنه يعتبر موجودا.

وما يستدل به على وجود الجنين في بطن أمه وقت وفاة المورث بولادته في مدة يغلب فيها الظن أنه كان موجودا في تلك اللحظة، ويقصد بذلك أن يولد بين أقل مدة للحمل وأقصاها من وفاة المورث كأصل عام وبين الفقهاء بأنه إذا كانت الزوجية قائمة لم يرث الجنين إلا إذا ولد لأقل من ستة 06 أشهر ومن وقت وفاة المورث، أما إذا كانت الزوجية قد حلت لطلاق أو وفاة و كانت المرأة معتدة فيرث الجنين إذا ولد لأقصى مدة الحمل<sup>2</sup>.

### **البند الثاني: استهلال الجنين حيا**

ينبغي أن يستهل الجنين وينفصل انفصالا كاملا عن أمه حيا والاستهلال هو ما يعلم به الحياة عند الحنفية لكن اختلفوا في المقصود به، هل هو الصراخ والبكاء أم ظهور ما يدل على حياته كالعطاس والتثاؤب والرضاع<sup>1</sup>.

### **البند الثالث: مقدار ما يوقف للجنين**

تباينت أراء الفقهاء في هذه المسألة أي مقدار ما يوقف للجنين من نصيب في الميراث فمنهم من قال بأنه يوقف له نصيب أربع أبناء أو أربعة بنات أيهما أكثر وهو قول أبي حنيفة.

وقال الحنابلة ومن بينهم الليثي وأبو يوسف بأنه توقف له نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أفضل مع أحد كفيل من الورثة في حالة نقص نصيبه<sup>2</sup>.

ويوقف المالكية للجنين نصيب أربعة ذكور لأنه أكثر ما تلد المرأة، أما المذهب الشافعي يذهب إلى أن يوقف للجنين التركة كلها ولا تقسم إلا حين ميلاد الجنين حيا كون هذا الحمل عندهم لا حد له أي غير معلوم وبالتالي لا يعلم كم يترك له حيث أنه في حالة التعدد بتغيير نصيبه بتغيير العدد فلا يكون مضبوطا.

<sup>2</sup> - ابن قدامى، ج06 ، ص260.

<sup>1</sup> - ابن القدامى ، ج06 ، ص260.

<sup>2</sup> - ابن تيمية المحرر ، ج01 ، ص 406 .



وعلى هذا فإن مات رجل عن بنت زوجة حامل فإنه حسب قول ابن حنيفة، تأخذ الزوجة الثمن والبنت تسع الباقي باعتبار الحمل أربع ذكور أما حسب قول الإمام أحمد فإنه يكون للبنت الخمس الباقي أو حسب قول أبي يوسف والليثي فإن نصيب البنت هو الثلث الباقي وبالنسبة للشافعي في المشهور عنه أنه لا يدفع إلى البنت شيئاً حتى تضع المرأة حملها.

### **البند الرابع: موقف المشرع الجزائري**

نصت المادة 173 من ق أ ج على أنه يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن المشرع ذكر فقط الحالات العادية لميراث الجنين وهذا الموقف سار عليه المشرع المصري والمشرعين الذين حدوا حده.

### **الفرع الثاني: حالات الجنين في الميراث**

ويمكن تبيان ذلك من خلال الحالات العادية والحالات الغير العادية المتعلقة بميراث الجنين، نستهلها بتبيان الحالات العادية والتي هي كما يلي:

### **البند الأول: ميراث الجنين في الحالات العادية**

يمكن تقسيم حالات ميراث الجنين إلى ثلاثة حالات، فالأولى أن يكون الحمل وارثاً ومعه ورثة آخرون والثانية أن لا يكون مع الحمل وارثاً أو أن يكون معه وارث محجوب والثالثة أن يكون الحمل محجوباً عن طريق وارث.

### **الحالة الأولى:**

<sup>1</sup> - المادة 173 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم : "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل و لا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

وفي هذا الفرض يكون مع الحمل ورثة كل حسب نصيبه المقدر شرعا فينظر إلى ميراثه على تقدير أنه ذكر أو أنثى فإن لم يختلف ميراثه في الوضعين، وقف له نصيبه من الميراث ووزعت التركة على باقي الورثة كل حسب نصيبه ففرضا لو هلك هالك عن أم حامل و أخت شقيقة فإن التركة تقسم كالاتي:

أم	أخت شقيقة	حمل (أخ أو أخت لأم)	أصل المسألة
3/1	2/1	6/1	6
2	3	1	6

فالحمل يكون إما أبا أو أختا لأم، فلأم ثلث التركة لعدم وجود الفرع الوارث للميت وللأخت الشقيقة النصف لعدم وجود أصل ذكر وارث ولا فرع وارث وللحمل السدس لأنه ليس للهالك في هذه الحالة فرع أو أصل وارث.

وفي حالة إذا ما كان نصيب الحمل يتغير على فرض أنه ذكر أو أنثى وأوقف له أوفر النصيبين فلو هلك الهالك عن بنت وأم و زوجة ابن حامل فإذا فرضنا أن الحمل أنه ذكر كانت المسألة كالاتي:

بنت	أم	حمل (ابن ابن)	أصل المسألة
2/1	6/1	الباقي = 3/1	6
3	1	2	6

فاللبنات نصف التركة لإنفرادها وللأم السدس لوجود الفرع الوارث وللحمل الباقي تعصيا وهو الثلث.

أما إذا كان الحمل أنثى فالمسألة كالاتي:

بنت	أم	حمل (بنت ابن)	أصل المسألة
2/1	6/1	6/1	6
3	1	1	5

فتصير المسألة وذلك بعد الرد من 5 سهام للبنت 3 من خمسة وللأم 1 من خمسة  
ولبنت الابن واحد من خمسة وعلى هذا يوقف للجنين أوفر النصيبين وهو واحد من ثلاثة من  
التركة أي باعتبار الحمل ذكرا.

وإذا اعتبرنا أن الحمل أنثى أفضل له كما لو توفت امرأة عن زوج وأم حامل فالمسألة  
تكون كالاتي:

زوج	أم	حمل (أخت شقيقة)	أصل المسألة
2/1	3/1	2/1	6
3	2	3	8

المسألة من ستة وتعول إلى ثمانية فيكون للزوج ثلاثة سهام وللأم سهمين وللأخت  
ثلاثة سهام أما إذا اعتبرنا أن الحمل هنا ذكرا.

فإنه يرث بالتعصيب لا يبقى له سوى 6/1 من التركة وهو أقل من نصيب الأخت  
الشقيقة.

### الحالة الثانية:

وفي هذه الحالة أن ينفرد الحمل وحده ولا يشاركه ورثة آخرون أو يكونوا محجوبين به  
فإن كان هو الوارث الوحيد وقفت له جميع التركة إلى حين استهلاكه كمن هلك وترك زوجة  
ابن حامل.

فإن كان ذكرا ورث كل المال باعتباره عصب وإن كانت أنثى ورثت كل المال فرضا  
وردا وكذلك إذا كان من يحجبه الجنين حجب حرمان على أحد الفرضين كونه ذكرا أو أنثى،  
لم يعطى هذا الوارث شيئا وتوقف التركة لحين ولادته، كأن يموت رجل عن زوجة حامل،  
وأخ شقيق فإذا كان الحمل ذكرا فإن الأخ لا يأخذ شيئا لذا لا يعطى نصيبه إلى حين تبين  
أمر الحمل.

### الحالة الثالثة:

وفي هذه الحالة يحجب فيها الحمل من طرف أحد الورثة والحجب يكون حرمانا أو حجب نقصان.

فإذا كان الحجب حجب حرمان على أي التقديرين فإنه لا يوقف له شيئا وتقسم التركة دون حسابه أما إذا كان حجب نقصان، بحيث يرث على أحد التقديرين كونه ذكرا أو أنثى فقط بأفضل الحاليتين فلو ماتت امرأة عن زوج وأم وأختين لأم وزوجة أب حامل فإذا كان الحمل ذكرا كانت المسألة كالاتي:

زوج	أم	أختين لأم	حمل (أخ لأب)	أصل المسألة
2/1	6/1	3/1	عاصب	6
3	1	2	لا شيء	6

ففي هذه الحالة للزوج النصف لعدم وجود الفرع الوارث وللأم السدس لوجود الإخوة وللأختين الثلث ولا يأخذ الأخ لأب شيئا لاستغراق التركة لأنه يرث بالتعصيب وأصل المسألة من ستة.

أما إذا كان الحمل أنثى ففرض كل واحد من المذكورين لا يتغير وتأخذ الأخت لأب فرضها وهو النصف وتعول المسألة إلى تسعة فيكون نصيبها ثلاثة أسهم كما يلي:

زوج	أم	أختين لأم	حمل (أخت لأب)	أصل المسألة
2/1	6/1	3/1	2/1	6
3	1	2	3	9

### **البند الثاني: ميراث الجنين في الحالات الخاصة**

ونتناول هذه الحالات وهي ثلاثة فالأولى ميراث الجنين مع أمه والثانية ميراث ولد الزنا وولد اللعان والثالثة ميراثه في حالة التلقيح الصناعي.

### **أولا: ميراث الجنين مع أمه**

وفي هذه الحالة إذا ولد الجنين ثم مات وماتت أمه معه فإذا كانت الوفاة على التعاقب ولو بلحظة واحدة ورث المتأخر منهم المتقدم في الوفاة، فإن توفيا في نفس الوقت أو لم تعلم أيهما توفي قبل الآخر، أو اشتبه في ذلك إذا اختلفت في أقوالهم أيهما مات أولاً. فإنه لا يرث أي منهما الآخر، لأن شرط استحقاق الإرث والمتمثل في تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث غير متوفر، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء<sup>1</sup>.  
في حالة أن يكون توائم جاء في المغني «إن ولدت توأمين استهل أحدهما ولم يعلم بعينه فإن كان ذكرين أو أنثيين أو ذكر أو أنثى» لا يختلف ميراثهما فلا فرق بينهما.  
وإذا كان ذكراً أو أنثى يختلف ميراثهما فقال القاضي «يقرع بينهما فمن أخرجته القرعة جعل المستهل».

وليس في هذه المسألة نص وقال الفرضيون تعمل المسألة على الحالتين ويعطى كل وارث اليقين ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه ويحتمل أن تقسم بينهم على حسب الإحتمال<sup>1</sup>.

ومدلول هذا القول أنه في حالة تساوي التوائم على اختلاف جنسهما كأن يكون أخ وأخت لأم فلا تثور هنا أي مشكلة على اعتبار أن أحدهما هو الذي استهل ولكن إذا كان فرضهما يختلفان، كأحد الأقوال أنه تجرى القرعة بينهما قياساً على من طلق امرأة من نسائه فلم يعلم لذاتها فمات، وفي القول الآخر وهو قول الفرضيين: أنه تحل المسألة على الحالتين: أي باعتبار الذكر هو الذي استهل ثم باعتبار أن الأنثى هي التي استهلّت ويعطى لورثة أقل النصيبين ويوقف الباقي إلى حين الاتفاق عليه، كما يحتمل أن تقسم التركة حسب احتمال المستهل ذكراً أو أنثى فلو مات رجل عن أم وأخ وأم ولد حامل فولدت توأمين ذكر وأنثى فإن المسألة تكون كالاتي:

<sup>1</sup> - مفتاح محمد أفريط ، المرجع السابق ، ص124

<sup>1</sup> - ابن القدامى المغنى ، ج6 ، ص260 - 261 ، مشار من قبل سمير شيهاني ، المرجع السابق ، ص116.

- إذا كان الابن هو الذي استهل فإن الأم تأخذ ثلث التركة ولا شيء للأخ ويأخذ الابن الباقي ثم تأخذ أم لولد ثلث ما ورث ابنهما والباقي يكون لعمه وهو الأخ فتكون المسألة من ستة وتصبح من ثمانية عشر، فيكون لأم ثلاث سهام ولأم الولد خمسة وتبقى عشرة للأخ.

#### المسألة الأولى:

أم	أخ	أم ولد (حامل)	ابن (حمل)	أصل المسألة
6/1			الباقي=5	6

#### المسألة الثانية:

أم ولد	أخ	أصل المسألة
3/1	الباقي=2	3

و بالجمع بين المسألتين تصبح كما يلي:

أم	أخ	أم ولد	تصحيح المسألة
6/1	الباقي	ثلث الباقي=18/5	18
3	10	5	18

- أما في حالة أن تكون البنت هي التي استهلت فلأم السدس وللبنت النصف وللأخ الباقي وهو الثلث فتكون المسألة من ستة ويموت البنت تأخذ أمها سهما واحدا أي الثلث ويأخذ عمها (الأخ) منه سهما أي الباقي ويكون حل المسألة كما يلي:

- الستة داخلة في الثمانية عشرة ولذا من كان له نصيب في مسألة الثمانية عشر ضرب في واحد ومن كان له نصيب في مسألة الثمانية عشر، فيبقى نصيب الأم هو السدس في الحالتين وللأخ الستة من أربعة فبضربها في ثلاثة فيصبح له اثنا عشرة سهما وله من الثمانية عشرة سهم فهذا نصيبه يقينا فيأخذه ولأم الولد لها في الستة سهم واحد و بضربه في ثلاثة ولها في الثمانية عشر خمسة سهام فنصيبها هو ثلاثة سهام فيوقف سهما بين الأخ أم الولد حتى يصطلح عليه ويحتل القسمة بينهما<sup>1</sup>، وبالنسبة إلى توارث التوائم فيما بينهما

<sup>1</sup> - ابن قدامي ، ص 261 و ما بعدها ، مشار إليه من قبل سمير الشيهاني ، المرجع السابق ، ص 118.

ففي حالة وفاة الجنين الأول وورثه الثاني في الغرة أو الدية وترث منه أمه منها وفي حالة وفاة الجنين الثاني أو الأم أو كلاهما ورثهما باقي الورثة<sup>1</sup>.

### ثانيا: ميراث ابن الزنا وولد اللعان

من المعروف أن ولد الزنا واللعان لا ينسبان إلى الأب فلا يرثان منه ولا يرث منهما وبالمقابلة ينسب لأمه التي يرث منها وترث منه على الاختلاف بين الفقهاء، وفي الصورة الثانية فالحنفية والمالكية والشافعية يرون أن أم الجنين ترث منه كما ترث من غيره لكن على تفصيل بينهم.

فالحنفية يقولون بأن ترث كل المال فرضا وردا في حين ترى المالكية والشافعية عدم الرد عليهما، فتكتفي بفرضها ويرد الباقي إلى بيت المال.

أما الحنابلة فيقولون بأن أمه تعد من العصابة، فإن لم توجد الأم تكون عصبتها هي عصابة الجنين عليه فإن مات ابن الزنا تكون المسألة كالاتي:

بيت المال	الأم	أقوال الفقهاء
	3/1 فرضا والباقي ردا	الحنفية
الباقي	3/1	المالكية والشافعية
	عصابة	الحنابلة

### ثالثا: ميراث الجنين في حالة التلقيح الاصطناعي

إذا ولد الطفل نتيجة التلقيح الاصطناعي من مني الزوج وبويضة الزوجة وتم الحمل داخل رحمها، وخضع للشروط القانونية والشرعية، فيثبت نسبه ويرث، ويترتب عليه كافة الآثار التي تترتب على الحمل الطبيعي الشرعي وقد قال بذلك الكثير من الفقهاء المحدثين قال الشيخ مخلوف مفتي مصر سابقا: بأنه في حالة التلقيح الاصطناعي الخاضع للشروط الشرعية المحددة يثبت نسب الطفل لأبيه ويثبت له كل الحقوق الخاصة بالطفل العادي في

<sup>1</sup> - محمد أفريط ، المرجع السابق ، ص125.

الميراث وقال الشيخ حسن خالد مفتي لبنان سابقا بأن «عملية طفل الأنايب مقبولة إسلاميا والإرث يسير وفق الأصول الإسلامية»<sup>1</sup>.

أما إذا كان الحمل قد أتى بطريقة غير شرعية (محرمة) أي دخول عنصر ثالث سواء كان بطريقة الأم البديلة (التبرع) فإن الابن في هذه الحالة لا يكون شرعيا، بل ابن زنا ولا يرث من أبيه ولا يرثه ولكن يرث من أمه كما سبق وأن بينا.

ويثور الخلاف حول صعوبة تحديد أم الجنين في حالة التلقيح الاصطناعي هل هي التي قامت بعملية الحمل أم قامت بالتبرع بالبويضة، وقد اختلف في أمر نسب المولود فمنهم من يرى أنه ينسب إلى من حملته وولدتها و منهم من قال أنه ينسب إلى صاحبة البويضة وعلى الأغلب أنه ينسب إلى صاحبة البويضة.

### الفرع الثالث: أحكام الوصية للجنين

قبل الولوج في هذا الموضوع نتناول فيما يلي بيان مدلول ومفهوم الوصية ثم شروط

صحة الوصية المتعلقة بالجنين:

#### البند الأول: تعريف الوصية

الوصية لغة تأتي بمعنى العهد فيقال أوصى الرجل ووصاه أي عهد إليه وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت.

والإيصاء هو: طلب شيء من غيره ليفعله في غيبته حال حياته وبعد وفاته.

وقال اللأزهري: سميت الوصية وصية لأن الميت لما أوصى بها وصل ما كان فيه

من أيام حياته بما بعده من أيام مماته<sup>1</sup>.

والوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وهذا كله يتعلق بعموم الوصية، أما ما

تعلق بالجنين فهي جائزة به بالإجماع كما أجازتها معظم القوانين العربية، وذلك في المادة

187 من ق أ ج<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 119 .

<sup>1</sup> - محمد بن أبي الفتح البعلبي الحنبلي أبو عبد الله، المطلع على أبواب الفقه، تحقيق محمد بشير الادلبي، المكتب الإسلامي، ببيروت، سنة 1981 ص 294.



وكذا المادة 35 من قانون رقم 17 لسنة 1946 م المتعلق بالوصية بمصر والمادة 202 من قانون المدونة المغربي، وتباينت آراء الفقهاء في مدلول الوصية فمثلا عرفها الحنفية بأنها «تمليك لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع».

وهو التعريف الذي تناوله المشرع الجزائري في المادة 184 من ق أ ج التي جاء فيها «الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع».

وبذلك فهي تصرف قانوني من الموصي في ماله حال حياته ينقل به ملكية هذا المال إلى غيره على أن الملكية لا تنتقل إلا بعد موت الموصي.

وعرفها المالكية على أنها «عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه بعده»<sup>3</sup>.

وهذا التعريف جمع بين الإيضاء لشخص وبين إسناد الوصية إليه ونطاق الوصية في المال لا يتجاوز الثلث وهذا لم يأت في تعريف الحنفية.

وتناول الشافعية أن الوصية تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت وهو ما ذهب إليه الحنفية.

أما الحنابلة فقد عرفوا الوصية بأنها «الأمر بالتصرف بعد الموت»، يمكن ملاحظة أن تعريف الحنابلة أشمل من تعريف الشافعية كون الأمر بالتصرف يشمل الحقوق المالية وغير المالية، فهو يشمل إسناد الوصية عند المالكية أما التبرع بالحق فلا يتصور إلا في الجانب المالي فلا يمكننا القول بأن فلانا تبرع بحقه في رعاية أولاده بعد مماته، فرغم أن هذا يدخل في باب الإيضاء إلا أنه لا يدخل في باب التبرع<sup>1</sup>.

## البند الثاني: شروط صحة الوصية للجنين

<sup>2</sup> - قانون الأسرة المعدل و المتمم " المادة 187 تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا و إذا ولد توأم يستحقونا بالتساوي و لو اختلف الجنس" .

<sup>3</sup> - الحطاب ، مواهب الخليل ، ج6 ، ص364 ، مشار إليه من قبل سمير شيهاني ، المرجع السابق ، ص 121.

<sup>1</sup> - أنظر سمير شيهاني ، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 122.

ذكر الفقهاء شروط لصحة الوصية للجنين يمكن إيجازها في ما يلي:

**أولاً:** أن يوجد الجنين في بطن أمه وقت الوصية وإلا بطلت، فإذا ولد الجنين لأقل من ستة أشهر من وقت الوصية وكانت المرأة فراشا استحققت الوصية أما إذا أتت به لستة أشهر فأكثر، فلا يستحق الشيء الموصى به لأنه لم يتيقن من وجوده عند وقوع الوصية فلا يملك بالشك.

فإن لم تكن فراشا، استحق الولد ما أوصى به له إذا ولد لأقصى مدة الحمل، لأن الظاهر أنه كان موجودا.

وما يمكن ملاحظته هو عدم الاتزان بين القولين السابقين ذلك أن سبب الاستحقاق هو وجود الجنين يقينا وقت الوصية، وهذا لا يكون في جميع الأحوال إلا إذا جاءت به المرأة لستة أشهر فأقل من تاريخ الوصية، بينما نجد الفقهاء يجعلون هذا الوجود اليقيني في حالة عدم كون المرأة فراشا إلى غاية أقصى مدة الحمل مع مراعاة أقصى مدة الحمل عندهم والتي تصل عند بعضهم دون الملكية إلى أربع سنين وهذا مما لا شك فيه تناقض وإجحاف في حق الجنين الذي ولد على الفراش.

وأن ما يعلم به وجود الجنين في بطن أمه وقت الوصية هو قيام الزوجية حقيقة أو حكما وأن تأتي به المرأة لأقل من ستة أشهر في الطلاق الرجعي أو حال قيام الزوجية أو لأقصى مدة الحمل إذا كانت معتدة من طلاق بائن أو وفاة ويرجع السبب في اعتبار وجود الجنين حقيقة في بطن أمه في الحالة الثانية، إلا أن نسب الولد يثبت في حالة الطلاق البائن أو الوفاة إذا أتت به لأقصى مدة الحمل لأنه يمكن أن تكون قد علقت به قبل الطلاق أو الوفاة.

**ثانياً:** أن يولد الجنين حيا: من شروط استحقاق الوصية أن يولد الجنين حيا وأن تستقر حياته بعد الولادة ويكون ذلك بظهور العلامات التي تدل حقيقة على حياته وليس مجرد الاختلاجات أو الحركات غير الإرادية لجسمه عند الولادة، وهو نفس الشرط بالنسبة إلى الميراث والنسب.

وهذا الشرط ليس لصحة الوصية وإنما هو شرط لزومها في ذمة الموصي، كون أن الوصية تصح لركن واحد ألا وهو إيجاب الموصي حال حياته وقبول الموصى له بعد موت الموصي، إذ لا عبرة لقبول الموصى له أو رده الوصية حال حياة الموصي<sup>1</sup>.

**ثالثاً: أن يكون الحمل الموصى له موصوفاً من طرف الموصي:** كأن يقول الموصي: (أوصيت بكذا لحمل فلانا من فلان) وبذلك يستحق الحمل الوصية إلا إذا ثبت نسبه من غير ذلك الشخص فلا يستحق الوصية وهو ما تناوله المشرع المصري في قانون الوصية في المادة 35 منه بقوله «إذا كانت الوصية لحمل معين إشتراط صحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه مع ذلك المعنى»<sup>2</sup>.

وبذلك يكون المشرع المصري قد اشتهر أن يولد الحمل من وقت الوصية إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقتها وفي حالة عدم إقراره بذلك فلا يستحق الحمل الوصية إلا إذا ولد لـ 270 يوماً من وقت الوصية، إذا لم تكن المرأة معتدة من وفاة أو طلاق بائن وإذا كانت كذلك فتصح الوصية للجنين إذا ولد بعد 365 يوماً من تاريخ الوفاة أو الطلاق. فهو (المشرع المصري جعل أقل مدة للحمل 270 يوماً وليس 6 أشهر وأقصاها 365 يوماً)<sup>1</sup>.

أما المشرع الجزائري فلم يشترط في صحة الوصية للحمل إلا ميلاده حياً وذلك بنص المادة 187 من ق أ ج بقوله «تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس».

وفي حالة تعدد الحمل واختلاف جنسهم فقد اختلف الفقهاء في ذلك كون الرجل يوصي لحمل فولد ذكر وأنثى تساويهما إذ أن الوصية عطية كالهبة، وليست

<sup>1</sup> - شيخ أحمد إبراهيم بيك ، التزام التبرعات، الهبة، مجلة القانون و الاقتصاد ، السنة الثانية، مجلد 1، العدد 5 ص 499-500.

<sup>2</sup> - بدران أبو عيينة بدران ، أحكام الوصايا و الأوقاف مؤسسة سباب الجامعة - الإسكندرية ، ص 49.

<sup>1</sup> - سمير شيهاني ، المرجع السابق ، ص 124.

كالميراث وفي حالة إشتراط الموصي بأن يكون للذكر نصيب معين وللأنثى نصيب فإن شرطه ينفذ وإن خرج أحدهما ميتا كانت الوصية كلها للحي منهما.

وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في المادة السابقة الذكر إذ تنص على اقتسام الشيء الموصى به في حالة تعدد الحمل بالتساوي ولو اختلف الجنس<sup>2</sup> وهو أيضا ما تناوله المشرع المصري غير أنه أضاف في نص المادة 36 من قانون الوصية السابقة إذ نصت الوصية على ألا تقسم الوصية بالتساوي نفذ الشرط، كذلك إذا انفصل أحد الحملين ميتا كانت كلها للحي أما إذا مات بعد الولادة فإنها ينتقل إلى ورثة الجنين إذا تعلق الوصية بالأعيان أما إذا تعلقت بالمنافع انتقلت إلى ورثة الموصي كما يبين المشرع المصري أمر من يقبل الوصية نيابة عن الحمل ما دام ليس المتصور أن يكون القبول من الحمل نفسه وذلك في نص المادة 20 من قانون الوصية التي يقضي بما يلي: «فإذا كان الموصى له جنينا أو قاصرا يكون قبول الوصية أو ردها ممن له الولاية على ماله». وهذا لم يتناوله المشرع الجزائري.

كما أكد المشرع الجزائري بموجب حق الانتفاع بجواز التوصية حال حياة المالك لأشخاص على قيد الحياة وقت التصرف القانوني على أن يكتسب الحمل المستكن<sup>1</sup> الحق في الوصية بموجب المادة 844 من ق م ج التي تنص «يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون».

يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن<sup>2</sup>.

### **المطلب الثاني: الحقوق التي تستند إلى تصرفات قانونية**

<sup>2</sup> - المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

<sup>1</sup> - محمد صغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق دار العلوم، الطبعة 2006، ص 104.

<sup>2</sup> - المادة 844 من ق م ج المعدل و المتمم "يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة و بالتقادم أو بمقتضى القانون يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن".

من صور الحقوق التي يمكن أن يتلقاها الجنين ويتمتع بها حقه في تلقي هبة من غيره وحقه في أن يوقف عليه وكذلك حقه في أن يشترط لمصلحته بشيء وهذه الحقوق يمكن أن تقع حال حياة الواهب والواقف والمشترط بحيث يتصرف الواهب أو الواقف أو المشترط في ماله و ينقل ملكية الشيء المتصرف فيه أو حق الانتفاع إلى غيره.

### الفرع الأول: أحكام الهبة للجنين

**البند الأول: الهبة لغة:** هي إيصال النفع إلى الغير أو هي العطية الخالية من الأعباء وهي كذلك التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقاً<sup>1</sup>.

**البند الثاني: الهبة في الإصطلاح الشرعي:** تمليك لمال في الحال مجاناً أو تمليك المال بلا عوض حال حياة المملك فيعم تمليكه في الحال وتمليكه في المستقبل من التزامات بعد أن يكون ذلك في حياة الواهب.

فتمليك لمال في الحال مجاناً يقتضي أن تتم الهبة بمجلس عقد واحد وذلك يعني صدور قبول الموهوب له فور صدور إيجاب الواهب على أن يكون نقل المال دون عوض وإلا أصبح بيعاً.

أما قولنا «فبيتم تمليكه في الحال وتمليكه في المستقبل من الزمان» فيعني أنه يمكن أن يتراخى صدور قبول الموهوب له إلى وقت لاحق على صدور الإيجاب على أن يكون هذا القبول قبل وفاة الواهب، وهذا الاختلاف يتضح عند تبيان شروط الهبة عند الفقهاء.

وعرفت المادة 2/202 من ق أ ج «الهبة تمليك بلا عوض»، والهبة والصدقة والهدية والعطية لها معانٍ متقاربة فهي تمليك في الحياة بغير عوض على أن العطية شاملة لهم جميعاً<sup>2</sup> وكذلك الصدقة والهبة تتماثلان في كل شيء إلا في حالة الرجوع، إذ نجده في الهبة ولا يتأتى في الصدقة كون الصدقة خالصة لوجه الله تعالى، في حين أن الهبة قد لا تكون كذلك مما يعطي للمحتاج بنية التقرب لله فهو صدقة وما يدفع للإنسان من أجل التقرب

<sup>1</sup> - ابن المنصور لسان العرب ،ج1،ص803.

<sup>2</sup> - ابن قدامى المغني ، المرجع السابق ، ج5، ص379.

والتودد إليه فهو هدية، وكان النبي صلى الله عليه و سلم لا يقبل الصدقة ويقبل الهدية وبما أن الهبة تملك المال في الحياة بغير عوض فهل يشترط فيها إيجاب الواهب فقط مثل الوصية أم لا بد فيها من صدور القبول من الموهوب له، وهل يشترط القبض أم لا إن هذه المسألة تقتضي تبيان معالم الموضوع من خلال عرض أقوال الفقهاء ورأي القوانين فيها من أجل توضيح جواز الهبة للجنين أو عدمها.

## أولاً: موقف الفقه الإسلامي

**1- موقف الحنفية:** ترى الحنفية أن الهبة اسم لإيجاد ملك من جانب واحد وهو الواهب ولكن يشترط القبول لثبوت الملك للموهوب له و تشترط الحنفية أن ركن الهبة هو الإيجاب أما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا ووجه الاستحسان أن الهبة في اللغة هي مجرد إيجاب المالك شريطة القبول فكان القبول لثبوت حكمها لا لوجودها نفسها وهذا يعني أن القبول ليس شرط لقبول الهبة.

فمذهب الحنفية يعتبر الهبة عقدا غير لازم أي أنه غير ملزم لصاحبه ولا تنتقل الملكية إلى الموهوب له إلا بعد القبض التام، فيكون للواهب حق الرجوع من الهبة كأصل عام، ويبقى الشيء الموهوب في ذمة الواهب إلا أن يقبضه الموهوب له، فإذا توفي الواهب قبل القبض التام من الموهوب له بطلت الهبة، سواء قبل الموهوب له أم لم يقبل لأنها غير لازمة بالقبول ولا بد من صدور الإيجاب والقبول في مجلس واحد و يشترط أن يكون هناك إذن صريح من الواهب للموهوب له بقبض الهبة إذا تخلف عن مجلس العقد<sup>1</sup>.

**2- موقف المالكية:** الهبة عند المالكية نوع من المعروف وتتحقق بالإيجاب وحده دون حاجة إلى قبول وتكون ملزمة للواهب بمجرد إيجابه، كالنذر الذي ينذر الشخص فلا بد من

<sup>1</sup> - أحمد إبراهيم مبارك ، التزام التبرعات ، ص 612- 613 ، مشار إليه من قبل سمير شيهاني ، المرجع السابق ص

أن يؤديه، وعليه فلا يمكنه الرجوع عن إيجابه، فالقبض عند المالك هو من شروط تمام الهبة وليس من شروط صحتها فهي تتحقق بالقبول.

والهبة عند المذهب المالكية جائزة لكل من الجنين والمعدوم فإذا وهب شخص شيئاً لحمل أو التزم بمعروف له، كان ذلك صحيحاً ولزم تأديته فيوقف ذلك الشيء إلى حين بيان أمره، فإن ولد حياً استحق الجنين ماله وإن مات بعدها كان لورثته، أما إذا ولد ميتاً لم ينتقل الملك إليه ولا إلى ورثته بل يعني ملكاً للواهب، بل و تصبح الهبة لمن سيوجد أو ما يسمى بالمعدوم فمن التزم له بشيء صح الالتزام شريطة أن يوجد الشخص الملتزم له مستقبلاً وأن يكون الملتزم حياً صحيحاً غير مدين كما يجب أن يكون الشيء الموهوب بيده أي لم تنتقل ملكيته إلى غيره، كما لو قال شخص «إن ولد لفلان ولد فهذا الشيء له» صح ذلك على أن يكون لهذا الشخص أن يتصرف في الشيء الملتزم به قبل وجود الملتزم له، فقد ورد عن الإمام مالك أنه قال «من حبس على ولد و لا ولد له ، فله أن يبيع ما حبس له ما لم يولد له».

**3- موقف الشافعية:** ورد في المذهب الشافعي أن الهبة لا تصح بالإيجاب وحده شأنها شأن عقود التمليك ولا حتى من دون صدور قبول في الحال ويمكن عندهم تراخي وقبول إلى وقت لاحق والرأي الأول هو عندهم الصحيح قال الشافعي «إن التملك الموهوب له للشيء الموهوب تكون بنفس العقد حتى ولو لم يحصل القبض منه» أما المشهور في مذهبه أن الملك لا يثبت إلا بالقبض ولا يصح إلا بإذن الواهب<sup>1</sup>.

**4- موقف الحنابلة:** تتم الهبة عند الحنابلة بالإيجاب والقبول وقد تكون بالتسليم (المعاطاة) ويكون هذا الشكل في الهدايا بصورة واضحة، فقد قال الإمام أحمد وأبو ثور بأن

<sup>1</sup>- النووي ، مجموع ج 16 ، ص 273 ، مشار إليه من قبل سمير شيهاني ، المرجع السابق ، ص 129.

الهبّة تصحّ بالعقد (الإيجاب والقبول) ولا يعدّ القبض شرطاً فيها أصلاً لا لتمامها ولا لصحتها وروي عن أحمد في الموزون والمكيل يعدّ القبض شرطاً فيها<sup>2</sup>.

الهبّة عند الحنابلة بذلك لا تكون ولا تنتقل ملكيتها إلا بالقبض كما أنه ليس للموهوب له أن يقبض شيء إلا بإذن الواهب وإذا مات الواهب أو الموهوب له بطلت الهبة، ويحقّ لورثة الواهب في هذه الحالة أن يأذنوا للموهوب له بقبض الهبة، كما يحقّ لهم فسخها، غير أنه إذا كان الشيء الموهوب في يد الموهوب له وقت العقد كانت الهبة لازمة دون الحاجة إلى القبض، وهذا هو الرأي الراجح في المذهب الحنفي، أما إذا كان الشيء الموهوب له من غير المكيل أو الموزون لزمّت الهبة بمجرد العقد دون الحاجة إلى القبض ومن كل ما سبق يتبين أن الهبة إما أن تكون غير لازمة ولا تنتقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له إلا بالقبض التام، وللواهب حق الرجوع فيها، وإما أن تكون لازمة ويكون الملك فيها بالقبض ولا يحقّ للواهب الرجوع فيها وإما أن تكون لازمة بالإيجاب والقبول دون رد من الموهوب له ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه، وعلى أساس هذه الأقوال فإنّ الجنين حسب آراء كل من الفقه الحنفي والشافعي والحنبلي لا يمكن أن يوهب له ذلك أنه من شروط الهبة أن يكون الموهوب له حياً وموجوداً حقيقة وقت الهبة وغير الحي لا يملك كما أن الجنين لا يمكن أن يملك أو يقبض بنفسه ولا ولاية لأحد عليه حتى يمكن أن يقبض عليه فالولاية لا تبتدأ إلا بالولادة وهذا ما أخذ به المشرع المصري والقوانين التي حدث حدوده.

<sup>2</sup> - ابن رشد، ج2، ص247.



5- **موقف الظاهرية:** يرى ابن حزم الظاهري أن الهبة تصح دون قبض وتصح بذلك للجنين وقد قال «ومن وهب هبة أو تصدق بصدقة كذلك فقد تم باللفظ ولا معنى لحيازتها ولا بقبضها» وحجتهم في ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۗ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحَلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ<sup>1</sup>﴾ وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ<sup>2</sup>﴾.

### ثانيا: موقف المشرع الجزائري

أجاز المشرع الجزائري الهبة للجنين آخذاً بالفقه المالكي في إجازته للهبة حيث نصت المادة 209 من ق أ ج على ما يلي: «تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا» وهو أيضا ما حدا حدوه المشرع اللبناني حيث نصت المادة 518 من قانون الموجبات اللبناني بقوله: «الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم». ومن هنا يتبين أن لولي الجنين أو وصيه أن يقبل الهبة نيابة عنه، فتصح سواء ولد الجنين بعد أم لا كما نلاحظ أن المشرع اللبناني في المادة السابقة اشترط حصول قبول من ممثل الجنين ذلك أنه لا يتصور حصول قبول من الجنين نفسه وهذا ما أغفله المشرع الجزائري إذ لا نجد لمثل هذا النص في قانون الأسرة و كان على المشرع أن يوضح هذه المسألة إذ أن سكوته وتركها مبهمة وعدم تحديد من ينوب عن الجنين يجعل هذه المسألة مبهمة.

وأیضا القانون الكويتي حدا نفس الحدو في نص المادة 2/10 من المرسوم الأميري بالقانون رقم 67 لسنة 1980 م المتضمن إصدار القانون المدني على ما يلي: «ومع ذلك تجوز له الهبة الخالصة».

1 - سورة المائدة، الآية 1.

2 - سورة محمد، الآية 33.

والمشرع الفرنسي أجاز الهبة للجنين بموجب المادة 906 من القانون المدني التي يتضح منها أنه «يكفي في أهلية الموهوب له للقبول أن يكون حملا وقت الهبة»<sup>1</sup>. وهي تلزم بالإيجاب وحده دون حاجة في قبول لتصبح ملزمة ومرتبنة لآثارها حسب بعض الفقه الفرنسي تلزم بالإيجاب وحده دون حاجة إلى قبول فتصبح ملزمة ومرتبنة لآثارها أي من وقت إنشاء عقد الهبة في حين يرى البعض الآخر أن الهبة قبل قبولها تعتبر مجرد مشروع وأنه لا يمكن وصف العقد بأنه الهبة.

### الفرع الثاني: الوقف على الجنين

وأیضا من جملة الحقوق التي يتمتع بها الجنين حق الوقف عليه، وأصل كلمة وقف جاءت من قول القائل وقفه على ذنبه أي بمعنى أطلعه عليه ووقف الدار أي حبسها في سبيل الله.

وفي الاصطلاح بمعنى «حبس العين على ملك الواقف والتصرف بالمنفعة وهذا مذهب الحنفية».

وعرفه المالكية بأنه إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاءه في ملك معطيه ولو تقديرا.

وعرفه الشافعية بأنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود.

وعرفه الحنابلة بأنه تحبیس الأصل وتحصیل المنفعة<sup>1</sup>.

ونص المشرع الجزائري في المادة 03 من القانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف على أن «الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير».

<sup>1</sup> - تنص المادة 906 من قانون المدني الفرنسي هو كما يلي.

« Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation »

<sup>1</sup> - سمير شهاني ، المرجع السابق ، ص 131.

من خلال كل هذه التعريفات الواردة يتبين أنها كلها تنصب على ملكية الشيء الموقوف في ذمة الواقف وعدم جواز التصرف في رقبته وذهاب ريعه إلى الشخص الموهوب له.

والوقف هو تصرف بإرادة منفردة إذ يتوقف على إرادة الواهب فيصح الوقف ويثبت بمجرد إيجاب الواقف ودون حاجة إلى قبول الموقوف عليه إذا كان الموقوف عليه غير معين أو على من لا يتصور منه القبول أو الرفض كالجنين<sup>2</sup>.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوقف يصح على الأولاد والذرية الموجود منهم أم سيوجد ويدخل في ذلك الجنين مع الذرية التي قد وجدت إذا ولد لستة أشهر من وقت الوقف تطبيقاً للقواعد العامة، لأنه يتيقن من وجوده أما من يولد لأكثر من ستة أشهر فلا يعد ضمن الأولاد الموجودين وقت الوقف وأيضاً يعد من الذين سيولدون بعد ذلك.

ويترتب على ميلاد الجنين لأقل من ستة أشهر وجود غلة الشيء الموقوف مشاركته لمستحقيها، ولو مات قبل القسمة كان نصيبه ميراثاً عنه، أما إذا ولد لستة أشهر فأكثر وقت وجود الغلة فإنه لا يستحق منها شيئاً ولكنه يستحق الشيء الموقوف إذا ولد حياً بعد ذلك. ولذلك يصح الوقف لجنين إذا اعتبره ضمن الموجود من الذرية فيكون الوقف على الجنين بالتبعية، لكن هل يصح تخصيص الجنين بالوقف استقلالاً عن الآخرين.

### **البند الأول: أحكام الوقف على الجنين في ضوء الشريعة الإسلامية**

تباينت آراء الفقهاء في هذه المسألة فمنهم من أجازها ومنهم لم يجزها مستندا كل فريق على جملة من الأدلة والأسانيد.

#### **أولاً: موقف الحنفية**

<sup>2</sup> - محمد أفريط ، المرجع السابق ، ص132.

ليس هناك ما يدل على صحة الوقف على الجنين استقلالا بل هناك ما يدل على وصفه كنسل من الذرية يستحق نصيبه بحسب عبارات الواقف كأن يقول الواقف هذا الشيء موقوف على ذرية زيد أو على نسله ما تناسلوا فيدخل في ذلك ولده وولد ولده مهما نزلوا وعلى ذلك يستحق الحمل ما وقف له إذا ولد حيا ولكن تبعا لمن كان قبله<sup>1</sup>.

### ثانيا: موقف المالكية

أقرّوا المالكية صحة الوقف على الجنين وتخصيصه بذلك دون غيره والمشهور عندهم المعمول عليه صحته على الحمل كما جاء في حاشية الدسوقي بأن الوقف يصح من كان أهلا للتملك ضمن الوقف، ولكنه لا يكون لازما إلا بالولادة الموقوف عليه على اعتبار أن الوقف لا يحتاج إلى قبول وبالنظر إلى كون الجنين أهلا لتملك كان القول بجواز الوقف على الجنين استقلالا.

### ثالثا: موقف الشافعية والحنابلة

نص الشافعية والحنابلة على عدم تخصيص الجنين بالوقف وهذا لعدم صحة تملكه وذلك بقولهم لا يصح الوقف على الحمل وجاء في المغني لا يصح الوقف على من لا يملك كالعبد القن وأم الولد والمدبر والميت والحمل<sup>1</sup>.

فإذا وقف شخص شيئا على أولاده أو أولاد غيره وكان فيهم جنين لم يولد بعد لا يستحق شيئا مما وقف له إلا بعد انفصاله، لأنه لم تثبت له أحكام الدنيا إلا بعد انفصاله عن بطن أمه، ولا يستحق غلة أو ثمرة الشيء الموقوف إلا ما ظهر منه بعد ولادته<sup>2</sup>.

أما بالنسبة إلى القانون فإن معظم الدول أقرت بصحة الوقف على الجنين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سمير شهاني ، المرجع السابق، ص133.

<sup>1</sup> - ابن قدامى المغني ، ج 5 ، ص ، 376.

<sup>2</sup> - ابن قدامى المغني، ج5، ص358

<sup>3</sup> - مفتاح محمد أقريط ، المرجع السابق ، ص133.

في حين أن المشرع الجزائري أقر كل من نسب الجنين لأبيه وميراثه والإيصاء له، وحتى صحة الهبة له وبذلك خالف ما جاء به جمهور الفقهاء في قانون الأسرة الجزائري، إلا أن المشرع لم يتناوله ما يضمن صحة الوقف للجنين بمفرده أو بالتبعية. وكان عليه أن يبين ذلك في القانون على أن تتم اكتمال سلسلة الحقوق المدنية للجنين في تقنين واحد.

إن ما ذهب إليه المذهب المالكي من صحة الوقف على الجنين استقلالا كون أن الوقف يتم بإرادة منفردة ألا وهي إرادة الواقف وحده. وهذا لم ينكره المذاهب الأخرى إذ أقروا إجازة الوقف على المعدم أي على من سيولد بمن ذرية للأولاد الموقوف عليهم، ومن باب أولى أن يوقف على من هو موجود وجودا حقيقيا باعترافهم. كما أن اعتبار الجنين ليس أهلا للتملك لأنه لم يثبت له أحكام الدنيا بعد يناقض قولهم في صحة الوصية له.

فالوصية تبرع وكذلك الوقف وكلاهما يتمان بإرادة الموجب وهو الموصي أو الواقف التي ترتب مصلحة الجنين بدون اعتبار لأي مسألة.

### الفرع الثالث: الاشتراط لمصلحة الجنين

من التصرفات القانونية التي تتم بين الأفراد الاشتراط لمصلحة الغير على اعتبار أنه تصرف قانوني يتم بين شخصين لمصلحة شخص آخر وهو المستفيد، وللإشتراف لمصلحة الغير عدة تطبيقات نذكر منها عقود التأمين وعقود الاحتكار وعقود النقل والهبة المقترنة بشرط.

والحياة العملية تعج بعقود التأمين على الحياة باعتبارها الجانب الخصب والوضع الذي يكمن أو يرتبط بوضوح بالجنين إذ يقوم على فكرة الإشراف لمصلحة الغير إذ أن المؤمن يعين أي شخص ليستفيد من عقد التأمين دون النظر إلى العلاقة بين المؤمن له والمستفيد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - حوحو يمينة ، عقود التأمين على الحياة ، رسالة الماجستير فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2003 ، ص 07.

ويتم الاشتراط لمصلحة الغير بتوافر ثلاث شروط:

**الشرط 1:** أن يتعاقد المشتري باسمه الخاص وليس باسم المستفيد ومدلول ذلك أن المستفيد لا يعد طرفا في العقد وتطبيقا للقواعد العامة في الاشتراط أن للمشتري حق الرجوع عن اشتراطه ونقض حق المستفيد وتحويله إلى نفسه أو إلى شخص آخر أو أن يعين مستفيدا آخر وهذا تطبيقا لنص المادة 117 من ق م ج<sup>1</sup>.

ولم تجز للمشتري حق الرجوع عن اشتراطه إذا أعلن المستفيد رغبته في الاستفادة من الاشتراط ونص المادة 1/77 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات<sup>2</sup> على أن قبول المستفيد يجعل له حقا مباشرا على مبلغ التأمين قبل المؤمن لا يقبل النقض ولا يستطيع المؤمن له الرجوع فيه.

**الشرط 2:** أن يتلقى المستفيد حقا مباشرا عن العقد المبرم بين المشتري والمتعهد إذ لا يترتب العقد إلزاما في ذمة الغير لكن يجوز أن يكسبه حقا، ففي حالة الاشتراط لمصلحة الغير يكسب الغير الذي هو المستفيد حقا مباشرا من العقد وليس من المشتري والمستفيد يمكن أن يكون شخصا مستقبلا كما في حالة الجنين إذ يعد شخص مستقبلا في نظر القانون وعليه يجوز الاشتراط لمصلحته كما نصت المادة 118 من القانون المدني الجزائري «يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن تكون المنتفع شخصا مستقبلا»<sup>3</sup>.

وهو ما نصت عليه المادة 78 من الأمر 07/95 إذ يعين بواسطة وصية يبين فيها مضمون الاشتراط والمستفيد ومدلول ذلك أنه إذا كان لزوم عقد الاشتراط في ذمة المشتري

---

<sup>1</sup> - نص المادة 117 من قانون المدني الجزائري المعدل و المتمم: "يجوز للمشتري دون دائنيه أو وارثيه أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتري رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد.

و لا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتري، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك و للمشتري إحلال منتفع آخر محل منتفع أول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من عملية الاشتراك تقابلها نص المادة 155 مدني مصري".

<sup>2</sup> - الأمر 07/95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات المعدل و المتمم.

<sup>3</sup> - تقابلها المادة 156 مصري.

يحتاج إلى التصريح بقبول المستفيد فإذا أعلن في الاستفادة من الاشتراط لم يكن للمشتري الرجوع عن اشتراطه فهل ينطبق على الجنين فيما يوكل عنه وليه أو وصيه هذا الاشتراط؟ هناك جانب من الفقه يأخذ بصحة الهبة للجنين إذ تتم من طرف الممثل القانوني له وبالنتيجة يكون الممثل القانوني أيضا أهل لقبول الاشتراط نيابة عن الجنين بشرط ألا يكون القبول ملزما للمشتري، فله الرجوع عنه شأنه شأن الهبة، فلو كان للواهب حق الرجوع عما وهب مادام حيا ولو تم قبولها من الموهوب له شخصيا.

فإنه من باب أولى أن للمشتري حق الرجوع عن اشتراطه أيضا ما دام حيا ولم يصدر القبول عن المستفيد مباشرة، ويرى جانب من الفقه أنه إذا كان الاشتراط على سبيل التبعية فإنه تطبق عليه أحكام الهبة حتى تعتبر هبة غير مباشرة، إذ يجوز له الرجوع فيها ولو أعلن المستفيد رغبته في الاستفادة من الاشتراط<sup>1</sup>.

وفي موضوع التأمين لمصلحة الجنين فإنه قد يكون تأميننا لحال البقاء أو لحال الوفاة، فإذا كان كذلك أي لحال الوفاة فهو يلتزم بموجبه المؤمن لدفع مبالغ معينة للمستفيد أو المستفيدين عند تحقق شرط الوفاة المؤمن له مقابل قسط دوري يدفعه هذا الأخير وهذا ما تناولته المادة 65 من الأمر 07/95 ويكون التأمين إما تأمين على مدى الحياة أو تأمين مؤقت أو تأمين عن البقاء<sup>2</sup>.

وذهب الأستاذ السنهاوري إلى القول أنه يجوز التأمين على حياة الجنين شريطة أن يوافق على العقد من يمثله قانونا وأن يولد حيا وإلا كان التأمين باطلا.

وفي حال التأمين لحال الوفاة أي يشترط استحقاق مبلغ التأمين أن يولد الجنين ميتا، فيغطي مبلغ التأمين مصاريف الجنازة وإذا توفي الجنين بعد فترة قصيرة وكان مقرر أنه غير

---

<sup>1</sup> - عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، شركة الطبع و النشر الاهلية ، بغداد 1969 ص 361.

<sup>2</sup> - تنص المادة 65 من الأمر 07/95 المعدل و المتمم: "التأمين في حالة الوفاة عقد يتعهد بموجبه المؤمن بدفع مبلغ معين للمستفيد أو المستفيدين عند وفاة المؤمن له مقابل قسط وحيد أو دوري".

قابل للحياة غطى التأمين نفقات العلاج ولو عاش الجنين بعد ولادته فإن عقد التأمين ينتهي ولا يكون للمستفيد الرجوع على المؤمن بشيء<sup>1</sup>.

وما ذهب إليه الأستاذ السنهوري المتعلق بالتأمين لحالة الوفاة ليس هو التأمين الذي قصده المشرع الجزائري في المادة 65 من الأمر 07/95 فالأول يتعلق بخروج الجنين ميتا بعد موته بعد وقت قصير من ولادته إذ أقر الخبراء أنه غير قابل للحياة ، فيغطي بذلك مبلغ التأمين نفقات الجنازة في أعماله الأولى ونفقات العلاج في الحالة الثانية.

وفي حالة التأمين لحال الوفاة الذي تناولته المادة 65 المذكورة فهو يتعلق لموت المؤمن له أي موت المشترك، فيستحق الجنين الذي يكون مستفيدا من مبلغ التأمين وتدخل في ذمته من وقت وفاة المؤمن له.

وذهب الدكتور مفتاح أفريط إلى عدم موافقته لرأي السنهوري كون أنه لا توجد مصلحة في التأمين لحال الوفاة في هذه الصورة ويقصد بذلك المصلحة الاقتصادية، لأن المصلحة المعنوية لا تصلح لأن تكون محلا للتأمين<sup>2</sup>.

والتأمين لمصلحة الجنين لحال الوفاة غير وارد كون أن الجنين ليس له مصلحة في مبلغ التأمين إذا ولد ميتا، أما إذا ولد حيا فهو يستحق مبلغ التأمين كاملا ولو أقر أهل الخبرة أنه غير قابل للحياة كون أن مسألة القابلية من عدمها للحياة لا تأثر على استحقاق مبلغ التأمين.

وأیضا فيما يتعلق بوجود مصلحة مادية حتى يصح عقد التأمين فالتأمين كأحد تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير لا يمكن التسليم بالمصلحة المادية فقط فالمصلحة الشخصية للمشتراط قد تكون أدبية كأن توجد قواعد بين المنتفع والمشتراط أو لمجرد العاطفة والإحسان.

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، المجلد 7، ج7، 1964، ص1432.

<sup>2</sup> - مفتاح محمد أفريط ، المرجع السابق، ص150.



وفي حال التأمين على البقاء يلتزم المؤمن بدفع مبلغ التأمين للمستفيد المعين في العقد في حالة وفاة المؤمن له شريطة بقاء المستفيد على قيد الحياة بعد وفاة المؤمن له وينبغي على المؤمن دفع أقساط التأمين طول حياة المستفيد.

ومنه يدفع المؤمن له أقساط التأمين في فترة وجود الجنين في بطن أمه ولا يستحق الجنين مبلغ التأمين إلا إذا ولد حيا<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: الحقوق المتعلقة بذات الجنين

حافظت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية على حقوق الجنين واهتمت به اهتماما بالغاً فكفلت له حقوق منها ما يتعلق بذاته والتي تتعدد كحقه في سلامة جسده وعدم إجهاضه ومنها ما يتعلق بذات الجنين كحقه في النسب والجنسية وحقه في النفقة.

### الفرع الأول: حق النسب

يعد النسب من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة ويرتبط بها أفرادها ارتباطاً دائماً من الصلة تقوم على أساس وحدة الدم والجزئية والبعضية فالولد جزء من أبيه والأب بعض من ولده ورابطة النسب هي نسيج الأسرة التي لا تنفصم عراه، وهو نعمة عظيمة أنعمها الله على الإنسان إذ لولاها لتفككت أواصر الأسرة وذابت الصلات بينها، ولما بقي من أثر من حنان وعطف ورحمة بين أفرادها<sup>1</sup> لذا امتن الله عز وجل على الإنسان بالنسب قال سبحانه وتعالى ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۗ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾<sup>2</sup>.

### البند الأول: وسائل المحافظة على النسب

اهتم الإسلام بالنسب ووضع له أساليب ووسائل كافية من أجل حمايته والحفاظ على الكائن البشري، فلا ينسب الولد لغير أبيه واعتبره الشارع حقاً ثابتاً للجنين.

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص1432.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص673.

<sup>2</sup> - سورة الفرقان، الآية54

وعلى غرار الشريعة الإسلامية فقد أبدت مختلف القوانين الوضعية في الدول اهتماما بالغا بالنسب.

### البند الثاني: تحريم الزنا

تولي الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا بالنسب وتكوين الأسرة التي تتسم بالعفاف والطهارة والتمسك وعدم اختلاط الأنساب فحرمت الشريعة كل ما من شأنه أن يوجب الزنا والتبني وجعلت لمن يقوم بهذا الإثم عقوبة رادعة قال تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ۖ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۖ وَلِيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾<sup>3</sup>.

هذا ما يتعلق بالزنا غير المحصن أما إذا كان محصنا فحكمه الرجم وهذا نوع من الحماية للأسرة حفاظا على الأنساب من الاختلاط ليعرف كل ولد أبيه<sup>4</sup>. ويعد الزنا من أفحش الجرائم والذنوب ومن الكبائر التي أجمعت على تحريمها مختلف الديانات وذلك مما يترتب على هذا الفعل الشنيع من فساد للفرد والمجتمع. ولا يثبت النسب بالزنا بإجماع الفقهاء وبالرجوع لنصوص المتوارثة فلو زنا وتخلق من مائه ولد لم ينسب إليه.

### البند الثالث: موقف المشرع الجزائري

على غرار ما ذهب إليه بعض الشرائع المستقاة من الشريعة الإسلامية ذهب المشرع الجزائري إلى القول بعدم ثبوت النسب بالزنا. فهو يشترط لثبوت النسب عقد زواج شرعي وهذا ما نصت عليه المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفيه بالطرق المشروعة»<sup>1</sup>.

<sup>3</sup> - سورة النور، الآية 02.

<sup>4</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 202.

<sup>1</sup> - المادة 41 ق أ ج المعدل والمتمم.

وفي قانون العقوبات اشترط المشرع لقيام جريمة الزنا ووجود طرف متزوج لعقد صحيح ضمن الشريكين في الجريمة وأن يكون أحدهما على الأقل عالما بزواج الآخر أو الاثنين معا ولا تتم المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المضرور.

وتطبق العقوبة على كل من ارتكب الجريمة مع امرأة يعلم أنها متزوجة وكذا تطبق العقوبة التي أقرها قانون العقوبات في المادة 339 ق ع ج على الشريك بقوله ويعاقب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحبس من سنة إلى سنتين وتطبق العقوبة ذاتها على شريكته<sup>2</sup>. ويشترط لقيام هذه الجريمة أن تكون علاقة الزواج قائمة إذ قضت المحكمة العليا بقيام جريمة الزنا في حق الزوجة التي تزوجت مع رجل آخر بالفاصلة دون أن تنتظر الفصل النهائي في القضية المنشورة بينها وبين زوجها الأول<sup>3</sup>.

وقضت المحكمة العليا أيضا بقيام الزنا في حق الزوجة التي أبرمت عقد زواج مع رجل آخر قبل أن يصبح حكم الطلاق بينها وبين زوجها الأول نهائيا<sup>1</sup>.

وكما أسلفنا أنه لا تتم المتابعة إلا بناء على شكوى الزوج المضرور الذي يتطلب القانون إثبات جريمة الزنا والتي بدورها لا يمكن إثباتها إلا بإحدى الوسائل التي وردت على سبيل الحصر في المادة 341 ق ع ج أ و هي:

أ/ محضر إثبات التلبس بالجنحة يحرره ضابط من ضباط الشرطة القضائية فيعين الجنحة ضابط من ضباط الشرطة القضائية المنصوص عليهم في المادة 15 من ق إ ج ج والتي تحدهم على التوالي:

- رؤساء المجالس الشعبية البلدية.
- ضباط الدرك الوطني ومحافظو الشرطة وضباط الشرطة وضباط الجيش التابعين للمصالح العسكرية .

<sup>2</sup> - انظر نص المادة 339 / 3 من قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.

<sup>3</sup> - المادة 41 ق أ ج المعدل و المتمم قرار رقم 281 غير منشور جنائي في 13/05/1986 مشار إليه من قبل أحسن أسقيعة الوجيز في القانون الجنائي الخاص ،ص 136.

<sup>1</sup> - قرار رقم 570 غير منشور جنائي 06/06/1989.

وأن تكون الجنحة متلبسة بها طبقا للمادة 41 ق إ ج ج.

ب/ إقرار في شكل رسائل أو مستندات صادرة من المتهم حيث يجب أن يكون الإقرار واضح لا لبس فيه ويتناول مضمونه ذكر علاقات جنسية على أن يكون هذا الإقرار وارد في محررات أو صور أو أي سند صادر عن المتهم<sup>2</sup>.

ج/ الإقرار القضائي: أن يكون ذلك حينما يعترف مرتكب الجريمة أمام هيئة قضائية وكل لها القانون الأخذ بهذا الاعتراف.

### الفرع الثاني: أحكام العدة وعلاقتها بالحمل

شرعت العدة لأجل استبراء الرحم وعدم اختلاط الأنساب وقد تكون العدة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن أو من وفاة ويختلف حكم هذه الحالات في ما يتعلق بثبوت النسب.

### البند الأول: أحكام العدة في الحالات العادية

وفي هذه الحالة تعتد المرأة من طلاق أو وفاة، وقد شرعت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية أن عدة الحامل المطلقة أو المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا فإن عدتها تتقضي بوضع حملها.

وعليه فإنه إذا كانت الفرقة ناتجة من طلاق وجاءت المرأة بولد فلا ينسب الولد لأبيه إلا إذا ولد خلال أقصى مدة للحمل وهذا ما نصت عليه المادة 43 من ق أ ج بقولها «ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة»<sup>1</sup>.

<sup>2</sup> - أحسن أوسقيعة، المرجع السابق، ص138.

<sup>1</sup> - المادة 43 من الأمر رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 متعلق بقانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

وسواء انقضت عدتها أم لم تنقض وسواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً إذ العبرة بالوضع ووضع الحمل وهو ما ذهب إليه جل الأئمة، ذلك أن الولد ينسب لأبيه متى أتت به الأم لأقصى مدة الحمل ولا ينفى باللعان<sup>2</sup>.

هذا ما يتعلق بالطلاق البائن أو الوفاة لكن الأمر يختلف إذا تعلق الأمر بطلاق رجعي كون أنه إذا جاءت المرأة بولد لأزيد من أقصى مدة الحمل فإنه لا يثبت نسبه لأبيه دون الحاجة إلى نفي النسب.

فمثلاً المشرع السوري نص في المادة 130 من قانون الأحوال الشخصية على ما يلي «إذا لم تقر المطلقة أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ولا يثبت لها أكثر من ذلك إلا إذا ادعاه الزوج أو الورثة».

وما يمكن ملاحظته من خلال نص المادة 130 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

أن الزوج يمكن له مراجعة مطلقته أثناء العدة وكون النسب ممن يحطاط له ويمكن أن يولد بعد أقصى مدة الحمل ولكنه يكون منه، وعليه يجب التفريق بين حالة الفرق بالطلاق الرجعي والحالات الأخرى وكذا إذا أقرت المرأة بانقضاء عدتها وعدمه وعليه إذا أتت المرأة بالولد لستة أشهر من وقت الطلاق أو الوفاة فأكثر ولو تجاوزت أكثر من مدة الحمل فإن النسب يثبت ما دامت لم تقر بانقضاء عدتها.

وفي حالة إقرارها بانقضاء عدتها فلا يثبت نسب الولد لأبيه إذا أتت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار.

لكن لو تزوجت وأتت بولد فلن يثبت الولد للزوج الأول أم الثاني.

في هذه الحالة إذا جاءت المرأة من زوجها الثاني بولد لستة أشهر فصاعد كان نسبه للزوج الثاني.

<sup>2</sup> - مفتاح محمد أقريط، المرجع السابق، ص72.

وإذا أتت به لأقل من ستة أشهر من زواجها يثبت نسب المولود للزوج الأول ما لم يجاوز أقصى مدة الحمل، أما إذا تزوجت قبل إشهار مدة الحمل بخمسة أشهر وأتت به لأكثر من ذلك ولأقل من ستة أشهر من وقت زواجها لم يثبت لأي منهما<sup>1</sup>.

### البند الثاني: أحكام العدة في الحالات الغير العادية

ويمكن حصر هذه الحالات في حالة الزواج الفاسد و نكاح الشبهة وحالة الزنا وحالة المرأة غير المسلمة.

#### أولاً : العدة في حالة الزواج الفاسد

أقر المشرع الجزائري في المادة 34 من تقنين الأسرة الجزائري على أنه «كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده و يترتب عليه ثبوت النسب و وجوب الإستبراء».

من الملاحظ أن المشرع لم يشترط الدخول الحقيقي لكن المتعارف عليه فقها أنه في النكاح الفاسد والوطئ بشبهة المعتبر في ثبوت النسب هو الدخول الحقيقي، فإذا ولد الجنين خلال مدة الحمل أي بين أقصى مدة له وأقل مدة تاريخ الدخول الحقيقي ثبت النسب ، ووفقا لذلك فإن المشرع الجزائري لا يختلف عن الفقه الإسلامي إذ انه اعتبر العقد الفاسد إذ اكتشف سبب الفساد فيه قبل الدخول بالزوجة فالعقد يفسخ ولا تستحق الزوجة من الصداق شيئا ولكن الأمر يختلف إذ أن المشرع اعتبر أن اكتشاف سبب الفساد بعد الدخول يقتضي الاستمرار في العقد رغم فساده ويثبت به النسب مع حرمة المصاهرة ووجوب العدة إعمالا بقاعدة إحياء الولد، لهذا قال الفقهاء بأنه لا فرق بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح من حيث ثبوت النسب فكلاهما فيه إلحاق الولد بأبيه متى وضعت بعد ستة أشهر فأكثر من تاريخ العقد مع إمكانية الاتصال بين الزوجين<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - سمير شهناني، المرجع السابق، ص80.

<sup>1</sup> - صالح بوغرارة حقوق الأولاد في النسب و الحضانة ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة 2013 ، ص51.

أما المشرع المصري فقد نص في المادة 15 على أنه لا تسمع دعاوي النسب لولد زوجة أنتت به بعد سنة من غيبة الزوج ولا لولد المطلق وما شابه ذلك وعلى هذا سارت المحاكم الشرعية.

وفي مشروع قانون الأحوال الشخصية المصري نصت المادة 155 على أنه «يثبت نسب المولود من الزواج الفاسد إذا ولد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول الحقيقي و ليس للزوج نفسه»<sup>2</sup>.

والقضاء بعدم نفي الولد في النكاح الفاسد هو ما قاله الإمام أبو حنيفة أنه حسبه لا يجوز نفي النسب في النكاح الفاسد والوطئ بشبهة ولد اللعان و دليلهم على ذلك كون أن الزواج لا يكون إلا في الزواج الصحيح مصداقا لقوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾<sup>1</sup>.

وقد خالفه جمهور الفقهاء بإيجاز نفي الولد إذ كيف يمكن ذلك في الزواج الصحيح ولا يجوز في الزواج الفاسد<sup>2</sup>.

ولكن الأقرب هو جواز نفي الولد في الزواج الفاسد ونكاح الشبهة وهذا حتى لا يكون الولد في هذين النوعين من الأنكحة أفضل منه في النكاح الصحيح<sup>3</sup> وقد نصت المادة 155 مدونة الأحوال الشخصية المغربية على أنه: (إذا نتج عن الاتصال بشبهة حمل و ولدت المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأكثرها، ثبت نسب الولد من المتصل).  
يثبت النسب الناتج عن شبهة بجميع الوسائل المقررة شرعا.

فالنسب في النكاح الفاسد يثبت كما في النكاح الصحيح وعليه فالإسلام قدم رعاية للجنين ليس لها مثل في القوانين الوضعية.

## ثانيا: العدة في الوطئ بالشبهة

<sup>2</sup> - مفتاح محمد أفريط ، ص 79.

<sup>1</sup> - سورة النور، الآية 06.

<sup>2</sup> - ابن قدامى المغنى، ج 8، ص 45.

<sup>3</sup> - مفتاح محمد أفريط ، المرجع السابق ، ص 79.

في هذه الحالة يضرب الفقهاء المثال التالي قد يدخل الرجل بامرأة معتقدا أنها فراش صحيح له، كأن تكون معتدة ثم بعد ذلك يظهر له أنه اشتبه عليه وبذلك يكون قد وقع في شبهة وهذا له أثر في ثبوت النسب.

وهذه الشبهة قد تكون في المحل أو قد تكون في العقد أو في الفعل<sup>1</sup>.

وفي هذه الحالة لا يثبت نسب الولد من الواطئ إلا إذا أتت به المرأة لستة أشهر فأكثر من وقت الوطئ ، أما إذا جاءت به لأقل ذلك لم يثبت نسبه منه إلا أن يدعيه لأنه بإدعائه يكون قد وضعها قبل ذلك بشبهة أخرى.

ومن الملاحظ أن التشريعات الوضعية قد تعرضت لهذه المسألة بما لا يتعارض مع الفقه الإسلامي إذ نص المشرع السوري في المادة 133 من قانون الأحوال الشخصية بشأن الوطئ بشبهة على مايلي:

الموطوءة بشبهة إذا جاءت بولد ما بين أقل مدة للحمل وأقصاها وأكثرها يثبت نسبه من الواطئ.

متى ثبت نسب الولد ولو بنكاح فاسد أو شبهة ترتب عليها جميع نتائج القرابة. وهو أيضا مضمون نص المادتين 154، 155 من مدونة الأحوال الشخصية المغربية أما المشرع اللبناني فقد أثبت نسب الولد في كل عقد فاسد بعد المقاربة أي الدخول وبذلك يكون قد خالف المذاهب في مسألة شبهة العقد باعتبارها زنا<sup>2</sup>.

### ثالثا: عدة الحامل من الزنا

من المتعارف عليه أن ولد الزنا لا يثبت نسبه إذا كان خال من أي شبهة كون أنه يلحق بأمه فإذا توفرت شبهة تخلع عن الجريمة وصفها فإن الإجماع يثبت النسب أما إذا وجدت شبهة يسقط الحق كون أن النسب يثبت على الراجح من القول.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو هل تعتد الحامل من زنى؟

<sup>1</sup> - مفتاح محمد أقريط ، المرجع نفسه ، ص81.

<sup>2</sup> - مفتاح محمد أقريط ، المرجع نفسه ، ص81.



في هذه الحالة يفرق الفقهاء بين ما إذا كانت متزوجة أم لا فإذا كانت المرأة متزوجة فإن أجلها هو وضع الحمل على عموم قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ۗ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۗ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾<sup>1</sup>، و يرى ابن القدامى «أن العدة تجب من كل وطئ»<sup>2</sup>، وذهب أبو الحنيفة إلى أنه إذا مات الصبي الذي لا يولد لمثله فإن كان الحمل ظاهر قبل موته اعتدت بوضع الحمل وإن لم يظهر إلا بعد موته لم تعتد به وهو قول مالك والشافعي، إذ يرى المالكية أن هذه المدة ليست بعدة بل إستبراء فلا تترتب عليها آثار العدة<sup>3</sup>.

ومن كل هذا يتبين أن الحامل من زنى إذا كانت متزوجة فعليها العدة أو الإستبراء بوضع حملها وإذا كانت غير متزوجة ففي هذه الحالة هناك اختلاف للفقهاء على النحو الآتي:

**أولاً:** لا تجب عليها العدة وهذا ما قال به بعض الحنفية والشافعية والإمامية كون أن العدة وضعت لحفظ النسب.

وقال بعض الحنفية أنه يحرم وطئ المعتدة قبل الوضع إلا إذا كان من تزوجها هو نفسه من زنا بها.

**ثانياً:** وهو ما ذهب إليه الحنابلة وأبو يوسف والمالكية إلى أنه تجب العدة على الزانية مثلها مثل المطلقة ولا يجوز العقد عليها حتى تضع حملها<sup>4</sup>.

#### رابعاً: عدة الحامل غير المسلمة

1 - سورة الطلاق، الآية 4.

2 - ابن القدامى المغنى، ج 8 ، المرجع السابق ، ص100.

3 - عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج 4، دار الأرقم ابن ابي الأرقم للطباعة و النشر، بيروت لبنان، دون سنة طبع، ص260.

4 - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق ، ص112.

تضاربت الآراء حول هذه المسألة واختلف الفقهاء في وجوب العدة على غير المسلمة في رأيين:

فذهب الحنفية إلى عدم وجوب العدة على المرأة غير المسلمة ذمية كانت أو حربية إلا إذا كانت كتابية زوجة مسلم فتجب عليها العدة بالفراق رعاية لحق الزوج كون العدة تعد حقا لله تعالى أو لحق الزوج والكتابية مخاطبة لحقوق العباد فتجب عليها العدة بل ويجبر عليها لأجل الزوج والولد منعا لاختلاط الأنساب<sup>1</sup>.

وذهب الجمهور إلى وجوب العدة على الذمية، سواء أكانت زوجة مسلم أو ذمي لعموم الآيات التي توجب العدة.

فالحامل غير المسلمة تعتد بما تعتده المسلمة في جميع أحوالها سواء أكانت المسلمة ذمية أم مستأمنة وفارقها زوجها المسلم بطلاق أو غيره.

وأما إذا كان الزوج غير مسلم وفارقها بطلاق أو غيره فإن الشافعية والحنفية والحنابلة يرون أنها تعتد بوضع الحمل ولا يجوز لها الزواج قبل ذلك محافظة على الأنساب من الاختلاط<sup>2</sup>.

وقال المالكية أنها لا تعتد إلا إذا طلقها مسلم أو طلقها ذمي وأراد مسلم أن ينكحها.

### **المطلب الثالث: حقوق الجنين في ضوء قانون الأسرة وقانون العمل**

اهتمت الشريعة الإسلامية بالجنين اهتماما بالغا مكنها من وضع جملة من الإجراءات والمظاهر من شأنها المحافظة على الجنين من أجل خروجه إلى الحياة سليما معافى خال من كل العيوب الجسدية كانت أم النفسية، ولم تكنف الشريعة الإسلامية بتجريم الاعتداء عليه بل أكدت الشريعة الإسلامية على وجوب العناية في وقت مبكر قبل وأثناء تكوين الجنين.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي و أدلته، المرجع السابق، ص 627.

<sup>2</sup> - مفتاح محمد أفريط، المرجع السابق، ص 78.

فحثت على اختيار الزوجين، ويقصد بذلك الصفات النفسية الجسدية كون أن الصفات تنتقل وراثيا للجنين وكذلك حث الأطباء على إجراء الفحوصات قبل الزواج وبعد الحمل كل ذلك من أجل التأكد والحفاظ على سلامة الجنين فتجلت مظاهر وإجراءات المحافظة على الجنين قبل وأثناء الحمل وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

### **الفرع الأول: شروط الزواج المتعلقة بالحمل**

تتجلى مظاهر المحافظة على الجنين حفاظا عليه من التشوهات والأمراض الوراثية كاختيار الزوج والزوجة وكذلك هناك إجراءات طبية كالفحص قبل الزواج لمعرفة الأمراض الوراثية التي قد تؤثر على الولد وهذا ما قام به المشرع الجزائري حينما فرض إجراءات الفحص وجعلها إجبارية قبل إبرام عقد الزواج فنص في المادة 7 مكرر من ق أ ج على ذلك بقوله «يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها على ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج»<sup>1</sup>.

### **البند الأول: اختيار الزوج والزوجة**

يعد هذا المظهر المتعلق باختيار الزوج والزوجة من المظاهر الأكثر أهمية لما له من تأثير على حياة الجنين بصفة خاصة والإنسان بصفة عامة وذلك من عدة نواحي منها تأثير الصفات الموروثة من الناحية الجسدية أو النفسية والتي قد تؤدي أحيانا إلى أمراض خطيرة يستعصى الشفاء منها<sup>1</sup>.

### **أولا: أهمية اختيار الزوج والزوجة**

يتوقف معدل نمو الطفل على جملة من الصفات الوراثية البدنية والنفسية يرثها من الأجداد عن طريق الجينات التي تحملها الكروموزومات. وهذا ما أكده العلم الحالي كون أن صفات الزوجين من طول وقصر ولون وعيوب وغيرها يتوارثها الأبناء عن الآباء والخلف عن السلف.

<sup>1</sup> - قانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 المعدل و المتمم للقانون الأسرة الجزائري.

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص74.

وتكمن أهمية اختيار الزوج والزوجة كون هذا الأسلوب يحافظ على علاج الأمراض الوراثية وكذا الوقاية قبل حدوث المرض وقبل الابتلاء بأبناء مصابين بأمراض وراثية لأن الإنسان من حقه أن يعيش حياة سليمة من الأمراض وكل ذلك يمكن تداركه وتفاديه قبل وقوعه وذلك باختيار الزوج والزوجة.

## ثانياً: اهتمام الشريعة الإسلامية باختيار الأبوين

أولت الشريعة الإسلامية بالجنين واهتمت به اهتماماً بالغاً فشرعت جملة من القواعد والإرشادات تبدأ باختيار الزوجة الصالحة والزوج الصالح فقد ورد في الحديث النبوي قوله صلى الله عليه وسلم « تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس ».

وقد وردت أحاديث كثيرة في هذا الباب كلها تبين مدى تأثير الوراثة في الجنين الذي قد يكسبه من أبائه وأجداده ولذا أكدت الشريعة على اختيار الأبوين بغية الحفاظ على الجنين فعن اختيار الزوجة، فقد حث الإسلام على أن تكون الزوجة مؤمنة ذات دين كونها تكون ملتزمة بالسلوك السليم والأخلاق الحميدة والقيم العالية والتي بدورها تورث هذه الصفات لأبنائها.

تتحدد مظاهر رعاية الدين الإسلامي للحامل حفاظاً على الجنين من خلال تيسير للمرأة الحبلى جملة من العبادات التي تمارسها ويمكن أن تؤثر على جنينها. فقد اعتنى الإسلام في تشريعه وأحكامه بالجنين في بطن أمه وكذلك بعد ولادته فأباح للحامل والمرضعة الفطر في رمضان تلك الفريضة التي هي أحد أركان الإسلام، ولما كان الصوم قد يؤثر على صحة الجنين أجاز الإسلام بأحكامه السمحة للحامل الإفطار حفاظاً على جنينها<sup>1</sup>.

وقد نقل عن أهل العلم بالإجماع على عدم جواز صوم الحامل والمرضعة إذا خافتا على الجنين أو الوضع وهذا يعتبر مظهر من مظاهر رعاية الإسلام للجنين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عادل بن يوسف العزاوي، فتح الكريم بأحكام الحامل و الجنين، الطبعة 2006، دار الجوزي، القاهرة، ص76.

<sup>2</sup> - عبد النبي محمد محمود ، المرجع السابق ، ص46.

وقد استدلوا على عدم جواز صوم الحامل بما يلي: ما رواه أنس بن مالك الكعبي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله «إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وعن الحبلَى والمرضع»<sup>3</sup>.

واستدل ابن حزم بقوله تعالى ﴿قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ ۖ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾<sup>1</sup> وقوله صلى الله عليه وسلم «من لا يرحم لا يرحم» فرحمة الجنين لا تكون إلا بالنظر حفاظا عليه وصونا له ولا وصول إليها إلا بالفطر وإذا هو فرض فقد سقط عنها الصوم.<sup>2</sup>

وإذا أفطرت الحبلَى في رمضان خوفا على نفسها وجنينها فقد ترتب خلاف بين الفقهاء فهناك من أوجب عليها القضاء والكفارة وهناك من قال بأنها تقضي ولا كفارة عليها ومن الفقهاء من قال بأنها لا تقضي وتكفر ومنهم من قال بأنها تقطر ولا قضاء ولا كفارة<sup>3</sup>.  
وذهب المالكية إلى أن الحامل والمرضعة سواء أما للولد من النسب أو غيره إذا خافتا بالصوم مرضا، أو زيادة كان الخوف على نفسها أو لولدها ونفسيهما فقط أو لولدها فقط يجوز لهما الفطر وعليهما الكفارة ولا فدية على الحامل لخلاف المرضع فعليها الفدية وإذا خافتا بالصوم هلاك أو ضرر شديدا لنفسيهما ولولديهما فيجب عليهما الفطر وعند الحنفية يجوز لهما الإفطار ويجب عليهما القضاء عند القدرة بدون فدية وعند الحنابلة والشافعية يباح الفطر عليهما القضاء دون الفدية إذا خافتا على نفسيهما أما إذا خافتا على ولديهما فعليهما القضاء والفدية<sup>4</sup>.

## البند الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج

<sup>3</sup> - رواه أبو داود (08، 24).

الترمذي (715)

النسائي (4/ 180)

ابن ماجة (1667)

<sup>1</sup> - سورة الأنعام ، الآية 140.

<sup>2</sup> - صحيح البخاري ، دار ابن كثير ، ط3 ، ص39.

<sup>3</sup> - المحلى ابن حزم ، ج4 ، ص410 ، مشار إليه من قبل د/عبد النبي محمد، ص47.

<sup>4</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص252.

إن للأمراض الوراثية خطورة بالغة على صحة الجنين وهذا ما أكده الأطباء حديثاً وتكون الوقاية من هذه الأمراض من خلال الكشف عنها ويكون ذلك قبل الزواج في المرحلة الابتدائية من خلال فرض تلك الفحوصات والتي تبين مدى صلاحية الزوج والزوجة وعدم انتقال تلك الأمراض إلى الجنين.

وحسن فعل المشرع الجزائري حينما فرض على طالبي الزواج أن يقدموا شهادة طبية تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج وأن تكون هذه الشهادة لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر<sup>1</sup> وبذلك يكون المشرع قد ساير روح التطور التي ذهبت إليها مختلف التشريعات في بلدان أخرى وذلك بتأكيد على حماية صحة الأم قبل وأثناء وبعد الحمل كما أكد على إجبارية الفحص الطبي السابق للزواج وهذا ما أكده المشرع الجزائري في قانون الصحة الجديد في الفصل الثالث المعنون بالبرامج الصحية النوعية في المادة 69 والمادة 72 من قانون الصحة<sup>2</sup>.

### **الفرع الثاني : آثار الزواج المتعلقة بالحمل**

لا تتوقف مظاهر المحافظة على الجنين على تلك التي ينبغي إتباعها قبل الحمل وإنما أكدت الحماية القانونية والشرعية على أن تولى هذه الحماية بمظاهر خاصة تتجلى في عدة نواحي مراعاة لمصلحة الجنين وتتمثل في مراعاة الحالة النفسية للحامل من فعل زوجها وأسرتها كون أن الجنين يتأثر بكافة الانفعالات والتصرفات التي تؤثر على ولادته.

وكذلك التغذية التي قد تؤثر نقصها على تكوين الجنين ونموه و كذا كافة الأدوية والعقاقير التي تؤثر على الجنين وقد تسبب له تشوهات خلقية.

### **البند الأول: العلاقة الزوجية وأثرها على الجنين**

<sup>1</sup> - المادة 7 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> - القانون رقم 11/18 المؤرخ في 02 يونيو 2018 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية 46 ، المادة 69 / 01 "تضمن حماية صحة الأم و الطفل بواسطة كل التدابير الطبية و النفسية و الإجتماعية و التربوية التي تهدف لاسيما إلى ما يأتي :

- حماية صحة الأم قبل و أثناء و بعد الحمل

المادة 72 " الفحص الطبي السابق للزواج إجباري "

تعد الأسرة الخلية الأساسية في كافة المجتمعات وتعد الوسط الرابط والمناسب لنمو الطفل ولذلك ينبغي توفير الجو المناسب منذ بداية التكوين وهذا ما اهتمت به كافة التشريعات الوضعية<sup>1</sup>.

فقد بينت مختلف الدراسات أن الآثار الأولى من حياة الطفل أي منذ أن يكون جنينا وحتى الوضع تعد الأكثر أهمية طول فترة حياته كون أن دور الآخرين في هذه المرحلة على درجة كبيرة من الحيوية والأهمية إذ يعتمد فيها الجنين على أمه بشكل مباشر وعلى الآخرين من أفراد أسرته.

وكذلك أن دور الأب على نحو خاص وجوهري وحيوي جدا فالرجال الذين يقفون إلى جانب زوجاتهم ويشجعونهن خلال فترة الحمل والولادة تعد مظهرا إيجابيا في وضع الأسس لحياة عائلية قوية<sup>2</sup>.

وقد أولى المشرع الجزائري حماية خاصة للجنين قبل وأثناء الحمل وذلك بتفعيل إجراء التشخيص ما قبل الولادة من أجل اكتشاف أي مرض قد يشكل خطرا على الجنين وذلك بمتابعة الحامل متابعة دورية فعالة.

### **البند الثاني: متابعة الحامل متابعة صحية فعالة**

لا شك أن المتابعة الصحية للحامل أمر ضروري نصت عليه كافة التشريعات لا سيما المشرع الجزائري الذي خصص فصلا كاملا من قانون الصحة وترقيتها للمرأة الحامل تحت عنوان «حماية صحة الأم والطفل» من المادة 69 إلى مادة 78.

فأوجب على توفير أحسن الظروف للحامل قبل وأثناء الحمل وكذا الكشف المبكر على الجنين والأمراض التي قد تصيبه وكذا تباعد فترات الحمل ووضع جل وسائل الملائمة للحفاظ على الجنين وكذا شروط وطرق إيقاف العلاجي للحمل في المؤسسات العمومية الإستشفائية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة 02 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم "الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع و تتكون من أشخاص تربط بينهم صلة الزوجية و صلة القرابة".

<sup>2</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص 86.

### البند الثالث: وجوب النفقة على الحامل و تغذيتها

اتفق العلماء على وجوب النفقة على الحامل بطلاق بائن أو بخلع أو فسخ أو متوفى عنها زوجها فقد جاء في المغني وجملة الأمر أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً فإما أن يكون ثلاثاً أو بخلع أو بانة بفسخ وكانت حاملاً فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم مصداقاً لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۚ وَاتَّمِرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَتْرُضِعْ لَهُ أُخْرَىٰ﴾<sup>1</sup>. وحتى لو كانت المرأة ناشزاً فتجب نفقتها صوتاً لحملها<sup>2</sup> وحفاظاً عليه.

وجاء في المغني عن ابن قدامى قوله (ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوماً فيوماً)<sup>3</sup>.

1 - سورة الطلاق، آية 06.

2 - عبد النبي محمد محمود الاعتداء على الجنين، المرجع السابق، ص 46.

3 - المغني ج7، المرجع السابق، ص 609.



وقال ابن عباس (فهذه المرأة يطلقها زوجها فبعد طلاقها وهي حامل فيأمره الله أن يسكنها وينفق عليها حتى تضع وإن وضعت فحتى تقطم..). وكذلك المرأة يموت عنها زوجها فإن كانت حاملا أنفق عليها من نصيب ذي بطنها إذا كان ميراث وإن لم يكن ميراث أنفق عليها الوارث حتى تضع وتقطم ولدها لقوله تعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۗ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ۗ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۗ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ وِإِلَّا وُسْعَهَا ۗ لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ ۗ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ۗ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ۗ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تُسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾<sup>4</sup>.

من خلال ما سبق يتضح جليا أن الإسلام قد اعتنى بحقوق الجنين أثناء الحمل فرتب جملة من الحقوق والواجبات على الوالدين ومن بين هذه الحقوق أوجب النفقة على الحامل ولو كانت ناشزا وكل ذلك رعاية وحفاظ على الجنين هذا المخلوق البريء، فالمطلقة غير الحامل لا تتمتع بنفس الحقوق التي تتمتع بها المطلقة الحامل فغير الحامل لا تستحق النفقة، وذهب بعض الفقهاء إلى وجوب نفقة الحامل على زوجها حتى في حالة عدتها وخروجها من الملة (الإسلام) وكذلك رعاية للجنين وعلى غرار الشرع ومختلف التشريعات المستقاة من الشريعة الإسلامية أوجب المشرع الجزائري نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو بدعوتها إليه فنصت المادة 74 من ق أ ج بقولها «تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80 من هذا القانون»<sup>1</sup>.

وحدد المشرع عدة المطلقة الحامل بوضع حملها بموجب المادة 60 من ق أ ج التي تنص على «عدة الحامل وضع حملها وأقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة» وفي المادة 61 من ق أ ج تناولت نفقة الحامل... ولها الحق في النفقة في عدة

4 - سورة البقرة، الآية 233.

1 - أنظر قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

الطلاق وبذلك يكون القانون قد أمد المطلقة بصفة عامة الحق في النفقة خلال مدة عدتها وبذلك يكون المشرع قد أعطى للحامل الحق في النفقة خلال طلاقها إلى حين الوضع.

### الفرع الثالث: حماية الجنين في قانون العمل

أولى المشرع في معظم التشريعات الوضعية اهتماما بالغاً للحمل من خلال الاهتمام بوالدته فجعل للحامل العاملة الحق في العطلة والراحة الجسدية فعلى سبيل المثال لا للحصر فقد نص المشرع الجزائري في قانون العمل 11/90 في المادة 46 بقوله «تعتبر فترات عمل لتحديد مدة العطلة السنوية ما يلي: .... فترات الغيابات بسبب الأمومة والمرض وحوادث العمل».

كما أكد المشرع الجزائري على استفاضة العاملة خلال فترات ما قبل الولادة وبعدها من عطلة الأمومة وكذا التسهيلات المقدمة للعاملة الحامل وفرض على المستخدم العناية الخاصة بها<sup>1</sup>.

كما تستفيد الموظفة الحامل من عطلة أمومة يعتبرها القانون وكأنها في وضعية خدمة وهذا ما جاءت به المادة 129 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة<sup>2</sup> وأكد القانون على استفاضة العاملة (الموظفة الحامل) خلال فترة الحمل والولادة من عطلة أمومة وفقا للتشريع المعمول به<sup>3</sup>.

وأقر المشرع للحامل التي تتوقف عن العمل قبل الوضع وبعده الحق في تعويض كامل من الأجر اليومي فقد نصت المادة 28 من قانون 11/83 المؤرخ في 1983/07/02

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 55 من قانون 11/90 المؤرخ في 26 رمضان 1410 الموافق لـ 21/04/1990 ج ر رقم 17 المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> - الأمر 03-06 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، ج ر 46 المادة 3/2/1/129 "و يعد في وضعية الخدمة أيضا الموظف :

- الموجود في العطلة السنوية

- الموجود في عطلة مرضية أو حادث مهني

- الموظفة الموجودة في عطلة الأمومة".

<sup>3</sup> - المادة 23 من نفس الأمر السابق.

المتعلق بالتأمينات الاجتماعية على ما يلي: وتكون للمرأة الحامل التي تضطر إلى التوقف عن عملها بسبب الولادة الحق في تعويضه يومية تساوي 100% من الأجر اليومي بعد اقتطاع اشتراك الضمان الاجتماعي والضريبة<sup>4</sup>.

كما أكد المشرع الجزائري على ضرورة حماية الصحة في وسط العمل من خلال سهر الدولة على ذلك وترقيتها له وذلك بترقية الراحة البدنية والعقلية والاجتماعية للعمال في كل المهن والوقاية من كل الأضرار التي تلحق من جراء ظروف العمل، كل ذلك باعتماد نظام تنظيم للعمل بهدف يهدف إلى ترقية مناخ إجتماعي ملائم وثقافة حفظ الصحة والأمن في الوسط العملي خاصة بالنسبة للمرأة الحامل<sup>1</sup>.

وتكرست الحماية القانونية للحبلى إذا كانت عاملة أو موظفة في تشريعات العمل وأكد القانون على معاملتها معاملة خاصة تمكنها من إدارة الوضع وكذا إعفائها من الأعمال الشاقة التي قد تلحق الأذى بالجنين.

وتتعدد الحماية القانونية للجنين من آثار العمل في عدة أمور تتمثل في ما يلي:

1- إتاحة الظروف المواتية للوضع بعيدا عن آثار العمل السابقة أو اللاحقة و التي قد تؤثر على الجنين أثناء ولادته أو الفترة السابقة للوضع.

فلقد أعطى المشرع المصري للحامل الحق في إجازة للوضع تقدر بتسعون يوما (90 يوما) إذ نصت المادة 91 من قانون العمل المصري «إن للعاملة التي أمضت عشرة أشهر خدمة صاحب العمل أو أكثر الحق في إجازة وضع منها تسعون يوما بتعويض مساوي للأجر الشامل يشمل المدة التي تسبق الوضع والتي تليه بشرط أن تقدم شهادة طبية مبينا فيها التاريخ الذي يرجح حصول الوضع فيه»<sup>2</sup>.

<sup>4</sup> - القانون 11/83 المؤرخ في 1983/07/02 المتعلق بالتأمينات الاجتماعية المعدل و المتمم.

<sup>1</sup> - المادة 97 من قانون 11-18 المتعلق بالصحة " تسهر الدولة على حماية الصحة في وسط العمل و ترقيتها طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما"

<sup>2</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك ، المرجع السابق ، ص 255.

ونص القانون البحريني في المادة 61 على أنه «يجوز للعاملة التي تحصل على إجازة وضع بأجر عامل لا تخصص من إجازتها السنوية بشرط أن تقدم شهادة طبية معتمدة من وزارة الصحة مبينا فيها التاريخ الذي يرجح حصول وضعها فيه، ويجوز أن لها أن تحصل على إجازة بدون أجر منها 18 يوما علاوة على الإجازة السابقة»<sup>3</sup>.

2- منع القانون أي إجراءات تأديبية تتعلق بفصل العاملة الحامل أو إنهاء خدمتها خلال فترة إجازة الوضع<sup>1</sup>.

## المبحث الثاني

### الحماية الجنائية للجنين

يقصد بالحماية الجنائية للجنين أن يحضر ويمنع قانون العقوبات عن الجنين مختلف الأفعال الغير المشروعة التي تؤدي إلى إعدامه أو طرده وإخراجه من رحم أمه قبل الأوان، وذلك بمختلف العقوبات التي يقررها لحمايته<sup>1</sup>.

---

<sup>3</sup> - قانون العمل في القطاع الأهلي مرسوم رقم 23 / 1976 ، مشار إليه من قبل علي الشيخ إبراهيم المبارك المرجع السابق ، ص255.

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع نفسه، ص255.

<sup>1</sup> - عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، دار النهضة العربية، الطبعة 1998، ص 20.

ولتبيان معالم هذه الحماية لابد أن نعرض على أهم جرائم الاعتداء على الجنين والإضرار به والمتمثلة في جريمة الإجهاض التي ينبغي لنا معرفة مفهومها وأركانها وكذا موقف التشريعات منها.

### **المطلب الأول: حماية الجنين من جريمة الإجهاض**

لقد استخدمت هذه الوسيلة منذ القدم، من أجل تحديد النسل، أو التخلص من آثار الحمل غير المرغوب فيه إلى غاية يومنا هذا بل إن التطورات العلمية والطبية في العصر الحديث بلغت ما لم تبلغه العصور السالفة في هذا الميدان.

### **الفرع الأول: تحديد مفهوم الإجهاض**

رغم ما أفرزته القوانين الوضعية وكذا الشريعة الإسلامية من حصر التعامل على الجسم البشري وما شملته هذه الحماية كونه معصوم خاصة بالنسبة للجنين باعتباره النواة الأولى للتكوين البشري، إلا أن التطورات الطبية الحديثة قد ضيقت من هذا المبدأ كل ذلك من أجل مصلحة الجنين فمنعت الإجهاض وكل ما من شأنه المساس به ولتحديد مفهوم الإجهاض ينبغي إبراز مختلف المفاهيم اللغوية وكذا التطرق إلى أنواعه على النحو الآتي:

**البند الأول: تعريف الإجهاض لغة:** هو الإسقاط ومنه أجهضت المرأة ولدها أي أسقطته ناقص الخلقة وأجهضت الحامل ألقت ولدها لغير تمام وأجهضت الناقة إذا ألقت ولدها وقد نبت وبره<sup>1</sup>.

**البند الثاني: تعريف الإجهاض اصطلاحاً:** لم يخرج استعمال الفقهاء لكلمة الإجهاض

عما أورده أهل اللغة فقول أن الإجهاض هو إنزال الجنين قبل أن يستكمل مدة الحمل. وتناول الفقهاء مصطلح الإجهاض كل ما يعبر عن المعنى الوارد في التعريف كالإسقاط والإلقاء والطرح والإملاص<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - شحاته عبد المطلب حسن أحمد، الإجهاض بين الحضر و الإباحة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر الطبعة 2006 ، ص10.

<sup>2</sup> - شحاته عبد المطلب حسن أحمد ، المرجع السابق ، ص11.

ويعرف الإجهاض على أنه ابتسار الولادة أو إسقاط المرأة الحامل لحملها وهو إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي<sup>3</sup>.

ويعرف أيضا بأنه: «خروج محصول الحمل قبل أوانه ووضعه أو خروج محصول الحمل قبل تمام الشهر السادس من الحياة الرحمية أما خروجه بعد ذلك فيعد ولادة مبكرة»<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: أنواع الإجهاض

تختلف أنواع الإجهاض باختلاف الطريقة التي تم بها أو الوسيلة المستعملة، فقد يكون الإجهاض تلقائيا والذي بدوره يكون بدون تدخل أي شخص أو يكون علاجيا وهو ما تقتضيه الضرورة العلاجية أو قد يكون إجراميا تتحدد فيه سمات فعل الإجرامي وهو ما سنتناوله على النحو التالي:

### البند الأول: الإجهاض التلقائي

وهي عملية تلقائية يقوم بها الرحم من أجل طرد الجنين، الذي لا يمكن أن تكتمل له عناصر الحياة بسبب التشوه الشديد الذي أصابه من مرض لأمه، نتيجة لأمراض معينة ومتنوعة كالسكري أو مرض الحصبة وغيرها من الأمراض التي تؤثر على الجنين داخل الرحم.

وفي هذا النوع من الإجهاض الذي وصفه ابن القيم الجوزية وصفا دقيقا بقوله «الجنين في البطن بمنزلة الثمرة من الشجرة وكل منهما له اتصاله القوي بالأم، ولهذا يصعب قطع الثمرة قبل كمالها من الشجرة وتحتاج إلى قوة، فإذا بلغت الثمرة نهايتها سهل قطعها وربما سقطت بنفسها وذلك أن تلك الربطات والعروق التي تمدها الشجرة كانت في غاية القوة والغذاء، فلما رجع ذلك الغذاء إلى تلك الشجرة ضعفت تلك الرطوبات وانتهكت الأغشية، واجتمعت تلك الرطوبات المنزلة فسقط الجنين».

هذا هو الأمر الطبيعي على استقامة الطبيعة وسلامتها .

<sup>3</sup> - صاحب عبيد الفتلاوي، التشريعات الصحية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 1997 ص 40.

<sup>4</sup> - زياد درويش، الطب الشرعي، مطبعة الجديدة، دمشق 1980، ص 259.

وأما السقوط قبل ذلك، فلفساد الجنين وفساد طبيعة الأم، كما تسقط الثمرة قبل إدراكها لفساد يعرض أو لضعف الأصل، أو لفساد يعرض من خارج فإسقاط الجنين، لسبب من هذه الأسباب بالآفات التي تصيب الأجنة بمنزلة الآفات التي تصيب الثمار<sup>1</sup>.

### **البند الثاني: الإجهاض العلاجي**

قد تستوجب بعض الظروف والأحوال أن يكون إجهاض الأم هو السبيل الأمثل لإنقاذ حياتها فتقدم حياة الأم على حياة الجنين<sup>2</sup>، إذ أن استمرار الحمل في هذه الحالة يكون خطراً على حياة الأم وهذا النوع من الإجهاض يكون غير مخالف للشرع والقانون. يعرف الإجهاض العلاجي بأنه إيقاف سير الحمل قبل تمام الشهر السادس من الحياة الرحمية لإنقاذ حياة الحامل<sup>3</sup>.

ويعرف أيضاً بأنه: «وضع حد للحمل عندما تكون حياة الأم معرضة للخطر ولا سبيل لأنقاذها إلا بإجرائه»<sup>4</sup>، ويلجأ إلى هذا النوع من الإجهاض للمحافظة على حياة الأم، التي يصعب معها استمرار الحمل.

### **البند الثالث: الإجهاض الإجرامي**

وهو كل ما عدا النوعين السابقين مما قد يكون الدافع إليه الرغبة في عدم الإنجاب أو من أجل المحافظة على الرشاقة والمظهر أو التستر على فاحشة أو قتل الإناث دون الذكور. وبعد أن تقدمت الوسائل الطبية لمعرفة جنس الجنين ويحدث الإجهاض الإجرامي عادة إما باستعمال العنف على جسم المرأة أو بتناول العقاقير أو باستعمال الموجهة إلى الرحم مباشرة كحقن محلول الزرنيخ أو ربط الأغشية الجنينية من أجل الحصول على انقباضات رحمية تؤدي إلى حدوث الإجهاض أو اللجوء إلى الطبيب.

<sup>1</sup> - عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الأندلس الخضراء، جدة 2001، ص 173.

<sup>2</sup> - Violaine Rousset, l'IVG médicamenteuse à domicile, thèse de doctorat, université de Toulouse 3, 2015, p15.

<sup>3</sup> - زياد درويش، المرجع السابق، ص 371.

<sup>4</sup> - صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص 40.

## الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من الإجهاض

الإجهاض من الطرق القديمة والبدائية التي استعملت منذ أقدم الأزمنة إلى غاية يومنا هذا ولم تختلف الديانات في تحريمه، فالتشريع اليهودي حرّمه لكونه يهدف إلى تحديد النسل وأن اليهود يعملون جاهدين على زيادة نسلهم.

وحرمت المسيحية الإجهاض واعتبرت قتل الجنين بمثابة القتل العمد فيقول الأب إتيانغوراس وهو أشهر أباء القرن الثاني للميلاد «إن أولئك النسوة اللاتي يستعملن العقاقير لإسقاط الحمل يرتكبن جريمة القتل، وسوف يحاسبن أمام الله عن هذا الأمر لأنه يجب على الإنسان أن ينظر إلى الجنين على أنه مخلوق وبالتالي فهو موضوع لعناية الله».

أما الشريعة الإسلامية السمحاء، فقد فصلت ودققت كثيرا فيما يتعلق بهذه الظاهرة إذ قسم الفقهاء الجنين إلى قسمين: قبل نفخ الروح أي من بدأ الروح إلى مائة وعشرين يوما، وبعد نفخ الروح أي بعد مائة وعشرين يوما.<sup>1</sup>

### البند الأول: آراء الفقهاء فيما يتعلق بالإجهاض قبل نفخ الروح

انقسم فقهاء الشريعة الإسلامية إلى ثلاث فئات:

فالفئة الأولى يمثلها القول الراجح عند المالكية والإمام الغزالي والشافعية وابن رجب الحنبلي من الحنابلة، وهم يحرمون الإجهاض منذ اللحظة التي تستقر فيها النطفة في الرحم، ولا يسمحون بالإجهاض.

أما الفئة الثانية فيمثلها جمهور فقهاء الشافعية والأحناف والحنابلة والإثني عشرية (الجعفرية والإمامية)، وهم يسمحون وبيحون الإجهاض إذا تم قبل نهاية الأربعين الأولى من الحمل (وتحسب من لحظة التلقيح لا من آخر حيضة حاضتها المرأة)، عند وجود أدنى سبب مثل مرض الأم أو أن هناك طفلا رضيعا للمرأة، ولا مرضة له من غير أمه الحامل وأنه سوف يتعرض للخطر.

<sup>1</sup> - عشوش كريم، العقد الطبي، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 2002، ص 39 و ما يليها.



والفئة الثالثة وهي الفئة الأكثر تساهلا إذ أباحت الإجهاض قبل نفخ الروح وهم قلة من الشافعية والحنابلة والحنفية.

## البند الثاني: آراء الفقهاء فيما يتعلق بالإجهاض بعد نفخ الروح

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على حرمة قتل الجنين بعد النفخ الروح أي بعد مرور مائة وعشرين يوما منذ التلقيح، ولا يجوز قتله بأي حال من الأحوال إلا إذا كان استمرار الحمل يؤدي إلى وفاة الأم، فتقدم حياة الأم على حياة الجنين لأنها أصله ولها حق مستقل في الحياة، ولها حقوق وعليه واجبات، وليس من المعقول أن نضحى بها في سبيل حياة الجنين، الذي لم تستقبل حياته ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات.

ويجمع الفقهاء بالاتفاق على أنه بعد نفخ الروح فإن الجنين يصبح إنسانا ونفسا لها احترامها وكرامتها<sup>1</sup> قال تعالى: ﴿مَنْ أَجَلُ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ۗ وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لَمُسْرِفُونَ﴾<sup>2</sup>.

ولا يسمح بالإجهاض إلا إذا كان الحمل يشكل خطرا جسيما على حياة الحامل، فتقدم حياتها أنداك على حياة الجنين وهذا ما قال به معظم الشيوخ المحدثين وتجدر الإشارة أن جميع تشريعات البلدان الإسلامية لم تختلف كثيرا عن مضمون ما جاءت به الشريعة الإسلامية.

والمشرع الجزائري حضر مثل هذه التصرفات بنص المادة 304 من ق.ع<sup>1</sup>، التي تعاقب كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها، سواء بإعطائها مأكولات أو المشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق العنف أو بأية وسيلة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 5000 إلى 10.000 دج وفي حالة إذا ما أفضى الإجهاض إلى الموت،

1 عشوش كريم، المرجع السابق، ص 41 .

2 - سورة المائدة ، الآية 32.

1 - أنظر المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.

فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة بغض النظر عن العقوبات التبعية كالمنع من الإقامة<sup>2</sup>.

وبين المشرع الجزائري في قانون الصحة على أن الإيقاف العلاجي للحمل يهدف إلى حماية صحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفسي والعقلي مهددين بسبب الحمل ، وأنه لا يمكن إجراء الإيقاف العلاجي للحمل إلا في المؤسسات العمومية الإستشفائية<sup>3</sup>. وكل من يخالف ذلك أي الأحكام المتعلقة بإجبارية إجراء إيقاف الحمل لغرض علاجي في المؤسسات العمومية الإستشفائية يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وبغرامة من 200000 دج إلى 400000 دج<sup>4</sup>.

ولا يختلف التشريع المصري أو السوري أو الأردني على مثيله الجزائري، إذ يعاقب على كل من أقبل على إجراء الإجهاض إلا لضرورة تستدعيها حالة المرأة الحامل<sup>5</sup>. واشترط المشرع خطورة الحمل على حياة الحامل مع تقديم موافقة طبيب آخر وتحرير محضر يبين الحاجة إلى إجراء الإجهاض على أربعة نسخ توقع من قبل طبيب والمريضة وزوجها أو وليها على أن يحتفظ جميع الأطراف بنسخة من هذا المحضر<sup>1</sup>. أما المشرع السويسري فقد اشترط رضا المرأة الحبلية كتابيا وموافقة طبيب آخر مختص بالإجهاض وهذا ما نصت عليه المادة 120 من ق ع السويسري.

---

<sup>2</sup> - قرار صادر عن مجلس قضاء الجزائر، الغرفة الجزائرية، الموقوفين بتاريخ 2000/12/30، ملف رقم 4907 / 2000 (غير منشور).

<sup>3</sup> - أنظر نص المادة 1/77 من قانون 11-18 " يهدف الإيقاف العلاجي للحمل إلى حماية صحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفسي و العقلي مهددين بخطر بسبب الحمل".

- المادة 78 من قانون 11-18 "لا يمكن إجراء الإيقاف العلاجي للحمل إلا في المؤسسات العمومية الإستشفائية".

<sup>4</sup> - أنظر نص المادة 410 من قانون 11-18 متعلق بالصحة " يعاقب كل من يخالف أحكام المادة 78 من هذا القانون المتعلقة بإجبارية إجراء إيقاف الحمل لغرض علاجي في المؤسسات العمومية الإستشفائية بالحبس من ستة أشهر إلى سنة و بغرامة من 200000 دج إلى 400000 دج".

<sup>5</sup> - أنظر المواد 260 إلى المادة 264 قانون العقوبات المصري و المواد 525 إلى 532 قانون العقوبات السوري، و كذا المواد 321 إلى 325 من قانون العقوبات الأردني.

<sup>1</sup> - تيريس مراد ، الإجهاض كإجراء طبي في قانون العقوبات الجزائري و المقارن بين الإباحة و المنع، مجلة العلوم القانونية و الإدارية معهد الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجبلالي اليايس سيدي بلعباس ، العدد 3، سنة 2007 ص201.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد وضع شرطين أساسيين لإباحة الإجهاض ووصفه بالإجهاض العلاجي وهو ما تناولته المادة 1-2213 L والشروطان يتمثلان في أنه إذا كان استمرار الحمل يضر صحة الأم الحامل في خطر جسيم، وفي حالة وجود احتمال قوي بيبين أن الجنين سوف يولد مصابا بداء أو مرض مزمن غير قابل للعلاج يتبين ذلك خلال مرحلة التشخيص وتتولى الفصل في القرار لجنة طبية تتخذ بناء على رأي طبيين من أعضائها، فإذا كان السبب يتعلق بصحة الحامل فإن اللجنة الطبية المكلفة بالفحص يجب أن تتشكل من أربعة أشخاص على الأقل وهم طبيب مؤهل ومختص في أمراض النساء والتوليد وعضو في مركز التحاليل والكشف لما قبل الولادة اختصاص ممارس في نوعية المرض اللاحق بالمرأة الحامل بإضافة إلى طبيب تختاره الحامل وكذا شخص ملزم بالسرية المهني ويكون مساعدا اجتماعيا أو طبييا نفسيا ويشترط أن يكون كل من الطبيب الأخصائي في أمراض النساء وطبيب الأخصائي في المرض المحتمل إصابة الحامل به يمارسان في هيكل صحي فإذا كان سبب قطع الحمل يتعلق بمرض خطير يحتمل إصابة الجنين به أو تأكد ذلك فإن الفريق الطبي المكلف بدراسة طلب الحامل للإجهاض، وفي غير حالة الاستعجال يمكنه اقتراح أجل للتفكير على المرأة الحامل لأسبوع على الأقل قبل اتخاذ القرار باستمرارها للحمل أو قطعه، وفي كلتا الحالتين فإن الفريق الطبي المختص يمكنه سماع الزوجين بناء على طلبهما منفردين أو كلاهما في نفس القوت لأخذ رأيهما.

وقبل سنة 1975 كان الإجهاض غير مسموح به في القانون الفرنسي إلى أن جاء قانون 17/01/1985 والذي أباح الإجهاض وفق شروط محددة وهي أن يكون علاجيا وأن تواجه الحامل شدة وضيق أو أن يكون هناك احتمال لولادة الجنين مصابا بعاهة غير قابلة للشفاء<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يحدد بدقة نوعية المرض المشار إليه في الشرط الثاني حيث أباح الإجهاض حتى إذا كان المرض محتملا وليس مؤكدا وتجدر الإشارة إلى

<sup>1</sup> - VARINARD André et PARADEL Jean, les grands arrêts du droit criminel , DALLOZ, Paris 1997, P 106.

أن قطع الحمل العلاجي تم السماح به بصورة غير مباشرة ومحدودة بواسطة القانون المؤرخ في 1939/07/29 حيث تم الترخيص للمرأة الحامل أن تقوم به إذا كان ذلك ضروريا للحفاظ على حياتها ويراعى في ذلك إلى جانب الضرر المادي المتمثل في تجنبها مرض عضوي خطير الضرر المعنوي، كذلك فإذا كانت المرأة حاملة نتيجة الإغتصاب وكان ذلك قد يؤثر على استقرارها العقلي والنفسي لدرجة خطيرة فيمكن لها طلب الإجهاض ويسمح به إذا وجد احتمال قوي بأن الجنين يولد لمرض ذو خطورة بالغة وميؤوس من شفاءها وذلك أثناء الفحص والتحليل<sup>2</sup>.

### الفرع الرابع : أركان جريمة الإجهاض

جريمة الإجهاض كغيرها من الجرائم تتطلب أركانا ثلاثة لقيامها، ركن مادي يتمثل في نشاط الجاني ويكون له أثر خارجي وركن معنوي يتمثل في اتجاه إرادة الجاني لمباشرة السلوك الإجرامي والعلاقة السببية بينهما لتتحقق النتيجة المعاقب عليها قانونا.

### البند الأول: الركن الشرعي لجريمة الإجهاض

من المسلم به فقها وقانونا أنه لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير نص، فالإجهاض المعاقب عليه قانونا هو الإجهاض الجنائي الذي نص عليه المشرع الجزائري في قانون العقوبات في الجنايات والجنح الواقعة ضد الأسرة والآداب العامة تحت عنوان الإجهاض الذي تناولته المواد 304 - 306 - 309 - 310 من قانون العقوبات الجزائري، فجريمة الإجهاض تفترض حالة حمل أو حالة افتراض حمل المرأة و النية الإجرامية ووسائل فعل الإجهاض فالمشرع الجزائري لا يشترط وجود الجنين فعلا لقيام الجريمة عندما يقوم بها الغير وهذا ما تناولته المادة 01/304 من ق ع ج بقولها «كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات 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 يعاقب بالحبس من

<sup>2</sup> -RENAULT-BRAHINSKY Corinne, droit de contraception et de l'interruption de grossesse gualino éditeur, Paris, France, p101.

سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 5000 إلى 10000 دج»<sup>1</sup> مسايرا بذلك المشرع الفرنسي الذي يعاقب على الجريمة المستحيلة إذا تعلق الأمر بالإجهاض<sup>2</sup>.

## البند الثاني: الركن المادي لجريمة الإجهاض

يتمثل الركن المادي في جريمة الإجهاض في إتيان الجاني السلوك الإجرامي والنتيجة المتحققة على إثره والعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة.

### أولاً: السلوك الإجرامي

يقصد به كل حركة عضوية إرادية تصدر من الجاني يكون الهدف منها قطع الصلة التي تربط بين الجنين وجسم أمه الذي يستمد منه حياته فيؤدي إلى موته أو خروجه من رحمها قبل الموعد الطبيعي لولادته<sup>1</sup>، وتختلف وسائل النشاط الإجرامي الذي يستعملها الجاني في ممارسته لنشاطه ذلك أن أغلب القوانين جاءت عامة يمكن أن تنصرف عبارتها إلى كافة الوسائل طالما كانت صالحة لإحداث النتيجة المتوقع ألا وهي الإجهاض إذ نص المشرع في نص المادة السالفة 304 من ق ع ج «كل من أجهض امرأة حامل... بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية...»<sup>2</sup>.

وعلى العموم فإنه يمكن القول بأن السلوك الإجرامي هو ذلك النشاط الذي يقوم به الجاني لإجهاض الحبل وتتحقق بذلك النتيجة المقررة في فعل الإجهاض.

### ثانياً: النتيجة الإجرامية

مدلول النتيجة الإجرامية يتمثل في الأثر المترتب عن السلوك الإجرامي وتتخذ في الإجهاض صورتين أولاهما هو هلاك الجنين في رحم أمه في حالة تحقق الاعتداء عليه وثانيهما هي خروج الجنين من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعي، إذ تتحقق هذه الصورة حتى

<sup>1</sup> - المادة 303-304 من ق ع ج المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> - أحسن أوسقيعة ، المرجع السابق، ص 37 .

<sup>1</sup> - عبد العزيز محمد محسن ، الحماية الجنائية للجنين ، المرجع السابق، ص 44.

<sup>2</sup> - تقابله نص المادة 261 من قانون العقوبات المصري " كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدالاتها عليه..."

ولو خرج الجنين حيا وقابلا للحياة إذ يكون الاعتداء على حقه في النمو الطبيعي والولادة الطبيعية وتتطابق صورتان فإن قتل الجنين في الرحم يكون مصيره الخروج منه ذلك أن بقاءه فيه يهدد صحة الأم بأشد الأخطار ومن جهة أخرى فإن خروج الجنين من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعي ينذر أن يعيش طويلا فعدم اكتمال نموه يجعله غير معدا لمواجهة ظروف الحياة الصعبة في الخارج.

وذهب المشرع المصري إلى القول بالنتيجة الإجرامية المترتبة عن السلوك الإجرامي في جريمة الإجهاض هو قتل الجنين أو إخراجه قبل موعده الطبيعي ويستوي بعد ذلك أن ينزل الجنين حيا أو ميتا أو يبقى في رحم أمه ميتا<sup>1</sup> وبذلك يكون المشرع المصري قد اعتبر جريمة الإجهاض من الجرائم الضرر إذ لا بد من تحقق الفعل لقيامه.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فتكون الجريمة تامة إذا تحققت النتيجة وحصل إسقاط الجنين بحيث لا يهم إن حدث فعل الإسقاط في بداية الحمل أو نهايته والحمل كما أسلفنا هو البويضة الملحقة منذ التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية، وفي حالة خرج الحمل يستوي أن يكون حيا أو ميتا ولا يهم أن يكون قد مات قبل عملية الإسقاط أو أنه ولد حيا وظل على قيد الحياة رغم خروجه من الرحم قبل الأوان<sup>2</sup>.

### ثالثا: العلاقة السببية بين السلوك والنتيجة

من المعلوم أن العلاقة السببية تحدد في جرائم الإجهاض طبقا للقواعد العامة، ففي مصر مثلا يتجه القضاء إلى نظرية السببية الملائمة أو المناسبة على أساس أنه يفرق بين العوامل الشاذة والعوامل المألوفة، إذ يتطلب من الفاعل أنه قد توقع النتيجة أو بإمكانه توقعها حسب المجرى العادي للأمر فلو تدخلت عوامل أجنبية عن سلوك الجاني وساهمت في إحداث النتيجة الإجرامية فإنها لا تقطع العلاقة السببية بين السلوك والنتيجة إلا إذا كانت

1 - محكمة النقض المصرية، حكم مؤرخ في 1970/02/27 ، طعن رقم 1127 .

2 - أحسن أوسقيعة، المرجع السابق، ص36.

تلك العوامل شاذة وغير مألوفة في السير العادي للأمر وتبقى هذه المسألة من تقدير قاضي الموضوع أي أنها مسألة موضوعية.

### البند الثالث: الركن المعنوي

لا يكفي لقيام جريمة الإجهاض ارتكاب عمل مادي ينص ويعاقب عليه القانون بل لابد أن يصدر هذا العمل عن إرادة الجاني واتجاهها إلى تحقق النتيجة المترتبة، فجريمة الإجهاض جريمة عمدية يعاقب عليها القانون ولا بد من توافر عنصري العلم والإرادة لتحقيق القصد الجنائي<sup>1</sup>.

**أولاً: عنصر العلم:** لا بد أن تتوفر لدى الجاني كافة العناصر المكونة للجريمة بحيث يوجه فعله إلى امرأة حامل فإذا كان يجهل توفر حالة الحمل أو كان يعلم أن الحمل لا يمكن أن يستمر وترتب عن فعله فعل الإجهاض فلا يسأل عن جريمة الإجهاض لتخلف قصده الجنائي وإنما يسأل عن جريمة الضرب والجرح أو إعطاء مواد ضارة، ولا بد أن يكون عالماً ومتيقناً بأن نشاطه الإجرامي سيؤدي إلى إنهاء حالة الحمل قبل الأوان فإن كان جاهلاً فلا يسأل عن جريمته.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيشترط لقيام جريمة الإجهاض أن يحصل الإجهاض أو الشروع فيه عمداً فلا يرتكب هذه الجريمة من تسبب في إجهاض حامل ولكنه يرتكب جريمة الجرح الخطأ وقد يكون قتلاً خطأ إذا نتج عن فعله وفاة المرأة ويتوفر القصد الجنائي إذا انصرفت إرادة الجاني لارتكاب الجريمة مع علمه بعناصرها المحددة قانوناً ويجب أن يكون الفاعل عالماً بوجود الحمل أو افتراضه فإن جهل ذلك و تترتب عن فعله إجهاضاً فإنه يعاقب على أساس أعمال العنف بدل من الإجهاض.

**ثانياً: عنصر الإرادة:** من المستقر عليه أنه ينبغي أن تتجه إرادة الفاعل فارتكابه للنشاط الإجرامي المؤدي إلى إنهاء الحمل قبل الأوان وتحقق فعل الإجهاض ويقضي ذلك أن يكون

<sup>1</sup> – Mohammed Buzubar, l'Avortement pénal : étude comparée, Arab Law Quarterly , 2004, P58.

عالما ومدركا بأن نشاطه الإجرامي الذي يمارسه ينصب على امرأة حامل فإذا كان ذلك النشاط نتيجة إكراه مادي أو أدبي واقع على الجاني فإنه لا يسأل عنه كما يجب أن تتجه إرادة الجاني أيضا إلى إحداث فعل الإجهاض بالمعنى الذي سبق تحديده ألا وهو إنهاء حالة الحمل عمدا قبل الأوان سواء بإعدام الجنين داخل الرحم أو خارجه قبل الموعد الطبيعي للولادة<sup>1</sup> وعلى ذلك فإنه لا يتوفر القصد الجنائي ومن ثم لا يسأل عن جريمة الإجهاض من تتعثر قدمه ويسقط على امرأة حامل فيتسبب في إجهاضها ولا من يقوم بضرب امرأة حامل أو بدفعها بعنف فتسقط ويتسبب في إجهاضها طالما أن إرادته لم تتجه إلى إحداث هذه النتيجة ويجب أن يتعاصر القصد الجنائي مع الركن المادي للجريمة فإذا أعطى الطبيب للمرأة الحامل دواء معيناً دون علمه بحملها وكان من شأن هذا الدواء أن يؤدي إلى إجهاضها ثم علم بعد ذلك بحملها فإن كان بإمكانه أن يمنعها من تناول هذا الدواء وبالنتيجة يمنع تحقق الإجهاض ولم يقم بذلك قاصدا إجهاضها فيكون بذلك قد توفّر القصد الجنائي لديه، أما إذا كان بوسع من منع تحقق النتيجة ولكنه أهمل في ذلك ولم تتجه نيته إلى الإجهاض فيكون بذلك قد توفّر في حقه الخطأ الغير العمدي.

وهذا ما ذهب إليه القانون الفرنسي إذ يعتبر أن جريمة الإجهاض لا بد فيها من نية يتبعها الاستخدام الإرادي لبعض الوسائل التي تؤدي إلى الإجهاض وتتوفر هذه النية من اللحظة التي يتأكد فيها من يقوم بالإجهاض من حمل المرأة وجدوى الوسيلة المستخدمة للإجهاض<sup>2</sup>.

أي لا بد من توافر القصد الجنائي بعنصرين الفعل والإرادة حتى تحقق جريمة الإجهاض في القانون الفرنسي.

### الفرع الرابع: عقوبة الإجهاض

إذا انتهى النشاط الإجرامي بتحقيق النتيجة ألا وهي الإجهاض المتمثل في إنهاء حالة الحمل قبل الأوان إما بإعدام الجنين داخل الرحم أو خارجه، ويكون ذلك قبل الموعد الطبيعي

<sup>1</sup> - عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص 58.

<sup>2</sup> - Michel Veron : Droit pénal spécial, Masson Paris 1988- P250.



للولادة فإن ذلك يوجب العقاب على الجاني ويستوي في ذلك أن يكون الفاعل الجاني أو المرأة الحامل نفسها.

### البند الأول: عقوبة الإجهاض في الفقه الإسلامي

تختلف وتتباين عقوبة الاعتداء على الجنين بالإجهاض في الفقه الإسلامي بحسب اختلاف النتائج التي يسفر عليها النشاط الإجرامي للفاعل وهذه النتائج يمكن حصرها فيما يلي:

- 1- خروج الجنين من بطن أمه ميتا.
- 2- أن يخرج الجنين من بطن أمه حيا ثم يموت بسبب فعل الجاني.
- 3- أن يخرج الجنين من بطن أمه حيا ثم يموت أو يعيش بسبب آخر غير فعل الجاني.
- 4- أن يخرج الجنين من بطن أمه بعد وفاتها أو لا يخرج.
- 5- أن يترتب على الفعل إيذاء الأم أو إصابتها بإصابات تشفى منها أو تؤدي إلى موتها<sup>1</sup>.

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد كيفية استحقاق الحمل في أخذ وصف الجنين فاعتبر بعضهم أن بلوغ الجنين أربعة أشهر يعد حدا فاصلا بين عقوبة محققة وهي دية الجنين والغرة و بين عقوبة كاملة وهي القصاص في الجناية عمدا والدية عند عدم استحقاق القصاص بسبب من الأسباب التي يرفعه وكذا في الجناية الغير العمدية وفيما يلي هذه الآراء:

### أولا: المذهب الظاهري

يفرق الظاهرية بين الجناية على الجنين الذي لم يبلغ أربعة أشهر وبين من بلغها، فإذا لم يبلغ الجنين أربعة أشهر فإنهم يوجبون في الجناية الدية عليه ودية الجنين هي غرة

<sup>1</sup> - عبد العزيز محمد محسن، المرجع السابق، ص62.

في حالة العمد أو الخطأ لأن الرسول صلى الله عليه وسلم حكم بذلك ولأن الجاني في نظرهم لم يقتل أحدا كون أن القتل لا يكون إلا لذي الروح، وفي هذه المرحلة فالجنين لم تتفخ فيه الروح بعد وبالتالي لم يزهق الجاني روحا أي أن عقوبة قتل النفس لا تجب فيه القصاص<sup>2</sup> وفي حالة بلوغ الجنين أربعة أشهر ووقعت الجناية عليه فإنهم يفرقون بين قتله عمدا وقتله خطأ ففي الحالة الأولى القتل العمدي استحق الجاني عقوبة القتل العمد وهي القصاص مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا ۖ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ۗ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾<sup>3</sup> والمجني عليه في هذه الحالة نفس نفخ الروح فيها وأهل الجنين في هذه الحالة مخيرون بين القصاص أو الدية وفي حالة رضائهم بالدية (دية الجنين) فلا يأخذون إلا دية الجنين وليس دية النفس.

### ثانيا: مذهب الإمامية والإباضية

ترى الإمامية والإباضية أنه إذا بلغ الجنين أربعة أشهر تجب فيه الدية لا الغرة ولا القصاص، وأما إذا لم يبلغ مدة أربعة أشهر فعند الإمامية تجب في النطفة عشرون دينارا وفي العلقة أربعون دينارا وفي المضغة ستون دينارا وفي ابتداء الخلقه ثمانون دينارا. من الملاحظ أن فقهاء المذهب حددوا هذه القيم النقدية دون إيراد أي دليل من الكتاب أو السنة يقضي بهذا التوزيع والذي يعد مغايرا للأحاديث الصحيحة لهذا الموضوع<sup>1</sup>.

### ثالثا: قول جمهور الفقهاء

اتفق جمهور الفقهاء من أهل السنة والجماعة أنه لا قصاص في إجهاض الجنين لعدم مساواة الجنين بالقاتل ولم يفرقوا بين من بلغ أربعة أشهر ومن لم يبلغها فأوجبوا في الجنين الغرة وهي نصف عشر الدية خمسة من الإبل ولا تجزأ الغرة حسب أطوار الجنين بل

<sup>2</sup> - السيد سابق، فقه السنة و أدلته ، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت، طبعة أولى، مجلد ثاني، 1984 ، ص 748.

<sup>3</sup> - سورة المائدة، الآية 45.

<sup>1</sup> - مفتاح محمد أفريط، المرجع السابق، ص178.

الغرة الكاملة واستدل الجمهور على ذلك بالأحاديث الموجبة للغرة في الجنين ولم يستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم على عمر الجنين ولا عن أطواره<sup>2</sup>.

## رابعاً: الرأي الراجح

يرى الدكتور عبد النبي محمد محمود أن رأي جمهور الفقهاء هو الأرجح نظراً لقوة أدلتهم أما الظاهرية فيرد عليها بأن مصادر التشريع الإسلامي لا تقتصر على القرآن الكريم فقط بل هناك مصادر أخرى كالسنة والقياس ومن العلوم أن السنة النبوية قد تكون مكملة أو مفسرة للقرآن الكريم<sup>3</sup> ويرى الدكتور مفتاح محمد أقريط أن الرأي الراجح من الآراء السابقة هو الرأي القائم بوجوب الغرة بقتل الجنين سواء بلغ أربعة أشهر أو لم يبلغها وذلك للأوجه التالية:

1- أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أوجبت الغرة في قتل الجنين (وفي الجنين غرة) دون تفصيل والجنين لغة واصطلاحاً يطلق على حمل المرأة مدام في بطنها سواء كان علقه أو مضغة تامة الخلقة أو ناقصة بلغ أربعة أشهر أم لم يبلغها فإذا كان كذلك كان هذا الحكم الذي ورد به النص شاملاً لكل جنين.

2- إن الاختلاف في الحياة الإنسانية من صغر وكبر وقدرة وعجز لا أثر له في توقيع العقوبة المقررة في الجناية في الفقه الإسلامي ونظراً لهذا التفاوت فإن عقوبة جناية موقعة على الجاني موحدة في كافة أطوار حياته، ومن المناسب أن تكون هاته العقوبة مقررة في حالة الجناية على الجنين في كافة مراحل أطواره لأنه أصل الإنسان.

3- إن العلة التي تصلح لافتران الحكم بها هي كونه حياً والحياة موجودة فيه منذ بدء تكوينه سواء قبل نفخ الروح فيه أو بعدها لأن الروح أمر مستأثر لعلم الله.

4- ولقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية للإجهاض المؤدي للخروج الحمل حياً ثم يموت بسبب فعل الجاني أو بسبب آخر.

<sup>2</sup> - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص132.

<sup>3</sup> - عبد النبي محمد محمود، المرجع السابق، ص265.

- 5- ويتبين من أقوال الفقهاء أنه في حالة الاعتداء على المرأة الحامل ويترتب على ذلك خروج الحمل من بطن أمه وينفصل عنها حيا ثم يموت بعد ذلك متأثرا بالاعتداء الذي وقع، فإن ذلك يعتبر قتلا له لأنه يكون في هذه الحالة في حكم الإنسان الحي فيأخذ حكمه ومن ثم وجب القصاص أو الدية على الجاني وذلك بحسب ما إذا كان القتل عمدا أو خطأ.
- 6- ويرى فقهاء الأحناف والمالكية والشافعية أن العبرة في تحديد ما إذا كان الحمل حيا أو ميتا هي بحسب حالة الجنين وقت تمام الانفصال يعتبرون أنه انفصل حيا عن أمه ولو انفصل لأقل من ستة أشهر مادام قد انفصل حيا.
- 7- فيرى فقهاء الحنفية إذا خرج الحمل من بطن أمه إثر الاعتداء عليه حيا ثم مات متأثرا بالاعتداء الذي وقع عليه فإن في هذه الحالة يستوجب دية كاملة وكفارة، لأنه يعتبر نفسا وحق غيره فيصلى عليه ويسمى ويرث وتصير الجارية أم ولد به وتنقضي به العدة.
- 8- ويرى بعض فقهاء المالكية وجوب الدية بينما يرى آخرون وجوب القصاص فيقول كل من الدردير والدسوقي (وإن انفصل عنها (أي أمه) وهو حي حياة مستقرة بأن استهل صارخا أو رضع كثيرا سواء كانت هي حية أو ميتة (أي أمه) ثم مات فالدية واجبة إن أقسم أولياؤه أنه مات من فعل الجاني ولو مات بعد تحقق حياته فإن لم يقسموا فلا غرة لأن الحمل استهل صار من جملة الأحياء والدية تنتوقف على القسامة وقد امتنع الأولياء عنها)<sup>1</sup>.
- 9- وإذا تعدد الجاني قتل الحمل بأي وسيلة من شأنها إزهاق روحه فينزل مستهلا ثم يموت ففيه القصاص أو الدية وبهذا يقول ابن القاسم من المالكية (أن من تعدد قتل الحمل بضرب بطن أمه أو ظهرها فإنه يقتص منه بقسامة على ما هو مبين بالمذهب) .
- 10- ويذهب فقهاء الشافعية إلى ما ذهب إليه فقهاء المالكية القائلين بوجوب الدية فهم يرون أن الحمل إذا ألقى حيا ثم مات ففيه دية حر كاملة ولا تعرف حياة الحمل إلا برضاع أو استهلال ونفس حركة لا تكون إلا حرمة حي ويقول الخطيب (وإن مات حمل خرج بعد

<sup>1</sup> - الدردير حاشية الدسوقي و الشرح الكبير للدردير ، جزء 4 ، ص 267- 280 ،مشار إليه من قبل أمير عدلي أمير عيسى خالد ، المرجع السابق ص 368.

انفصاله حيا، أو دام ألمه ومات ففيه دية نفس كاملة، ولأن الحمل تلف بجناية الجاني وعلم ذلك بخروجه فوجبت المسؤولية ذلك لأنه آدمى موروث ولا يدخل في ضمان أمه).

**11-** ويرى فقهاء الحنابلة أنه يجب ضمان الحمل إذا علم موته بسبب الضرب ويحصل ذلك بسقوطه في الحال وموته متألماً إلى أن يموت أو بقاء أمه إلى أن تسقطه فيعلم بذلك موته بالجناية، وتجب الدية الكاملة فيه إذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعداً، ويشترط لاعتبار الجنين منفصلاً حياً أن تكون الحياة مستقرة فيه فلا يكون في حالة نزاع أو في الرمق الأخير وأن يكون انفصاله لوثق يعيش لمثله أي أن يكون لستة أشهر فصاعداً فإن كان لدون ذلك اعتبر أنه انفصل ميتاً ولو انفصل والحياة فيه لأنها حياة لا يتصور بقاؤها ولأن الحمل لا يعيش غالباً إذا انفصل لمدة أقل من ستة أشهر وبهذا الرأي قال أصحاب الشافعي<sup>1</sup>.

**12-** ويرى فقهاء الظاهرية أنه متى تعدد أجنبي قتل الحمل في بطن أمه وقد تجاوز مائة وعشرين ليلة بيقين وقتله فإن الدية واجب في ذلك ولا غرة في ذلك حينئذ إلا أن يعفى عنه فتجب الغرة فقط ولا كفارة في ذلك لأنه عمد وإنما وجب الدية لأنه قتل نفس مؤمنة عمداً فهو نفس بنفس وأهله بين خيارين إما القصاص أو الدية كما حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم في من قتل مؤمناً.

**13-** ويتضح من آراء الفقهاء أن هناك جانب من الفقهاء يرى عدم تصور العمد في جريمة الإجهاض وأن الجناية فيه لا تكون إلا خطأً وشبيهة بالعمد وهذا هو الراجح في المذهب الشافعي.

**14-** وهذا الراجح في مذهب الحنفية .

**15-** وهناك جانب آخر يرى تصور العمد في جريمة الإجهاض فإذا كانت الجناية عمدية وجب القصاص، أما إذا كانت خطأً كان على الجاني دية المولود و تتحملها العاقلة، وإذا كانت شبيهة بالعمد فعلى الجاني دية المولود في ماله.

## البند الثاني: عقوبة الإجهاض في بعض القوانين الأوروبية المقارنة

<sup>1</sup> - ابن قدامي المغنى، جزء 9، ص 550-552، مشار إليه من قبل أميرة عدلي أمير، المرجع السابق، ص 369.

تحدد عقوبة الإجهاض من خلال توقيع الجزاء على مقترف الفعل وفقا لما نص عليه القانون الجنائي وهذا ما سنتناوله في بعض القوانين العربية والقوانين الأجنبية ثم نتطرق إلى موقف المشرع الجزائري من ذلك.

**أولا: عقوبة جريمة الإجهاض في القانون الفرنسي:** قام المشرع الفرنسي بإلغاء جريمة الإجهاض « Avortement » واستبدالها بجريمة أخرى تدعى جريمة الإنهاء غير القانوني للحمل « L'interruption illégale de la grossesse », وذلك في القانون رقم 2001/588 الصادر في 04 يونيو 2001.

فبالنسبة للإجهاض التي تقوم به الحامل نفسها أو ما يسمى بالإجهاض الذاتي يعتبر في نظر القانون الفرنسي فعل غير مجرم<sup>1</sup>، حيث أن المشرع الفرنسي لم ينص على معاقبة المرأة التي تجهض نفسها إلا أنه نص على معاقبة الغير الذي يمد المرأة الحامل بالوسائل المادية التي تساعد على إجهاض نفسها وذلك بالحبس بثلاثة سنوات وغرامة قدرها 45000 يورو وتصل هذه العقوبة إلى الحبس لمدة خمس سنوات والغرامة إلى 75000 يورو في حالة تكرار الجريمة ولا تعد المرأة شريكا في هذه الجريمة طبقا لنص المادة 4/2222 من القانون رقم 2001/588<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للعقوبة المقررة لهذه الجريمة بدون موافقة ورضاء الحامل فهناك عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية فبالنسبة للعقوبات الأصلية وردت في المادة 10/223 بقولها (إسقاط الحمل بدون موافقة المرأة الحامل يعاقب عليها بالسجن لمدة خمس سنوات وغرامة 75000 يورو)<sup>2</sup>، أما بالنسبة للعقوبات التكميلية المتمثلة في منع بعض الحقوق كإغلاق المؤسسة، حظر ممارسة نشاط طبي المادة 16.17.19/223).

<sup>1</sup> – Anne –Claire Arrighi , la condition pénale de l'enfant avant sa naissance , éd. HAL archives, France, 2016 P415.

<sup>1</sup> - Art..L2222/4 (Ln°2001/588 du 4 juill 2001) Le fait de fournir a la femme les moyens matériels de pratiquer un interruption de grossesse sur elle-même est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amendes si l'infraction est commise de manière habituelle. En aucun cas, la femme ne peut être considérée comme complice de cet acte La prescription ou la délivrance de médicaments autorisés ayant pour but de provoquer une interruption volontaire de grossesse ne peut être assimilée au délit susmentionné.

<sup>2</sup> -Art223/10 : ( l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de75000 euros d'amende)

يتبين من خلال هذا النص أن المشرع الفرنسي جعل عقوبة الغير الذي يقوم بإجهاض المرأة الحامل إذا كان برضاها فهو غير مجرم مساويا بذلك إجهاض الحامل بنفسها الذي يعد فعلا مباحا. وقد أصدر المشرع الفرنسي قانونا خاصا باحترام الجسم البشري بصفة عامة والذي تمت مراجعة بعض مواده سنة 2004 حيث جرم المشرع عملية الوساطة باستعمال تقنية الرحم البديل، كما فرض المشرع الفرنسي نطاق متين من الحماية الجنائية للأجنة المجهضة بخصوص صور استغلالها واستخدامها كمواد الأولية في الصناعات البيولوجية<sup>3</sup>.

**ثانيا: عقوبة الإجهاض في القانون الإنجليزي:** أما في إنجلترا فكانت عقوبة الإجهاض قبل صدور قانون 1803 هي عقوبة جنحية شريطة أن يبلغ الجنين مرحلة التحرك وإذا وقع فعل الإجهاض قبل هذه المرحلة أي قبل تحرك الجنين فلا تعد جريمة ولا عقوبة عليها.

وبصدور قانون 1803 الذي فرق بين الحالتين وجعل من جريمة الإجهاض قبل تحرك الجنين هي أربعة عشرة سنة سجنًا أما إذا تم الإجهاض بعد تحرك الجنين فإن العقوبة هي الإعدام وبصدور قانون 1837 الذي نظم جريمة الإجهاض بشكل مختلف في مواده 58، 59، إذ نصت المادة 58 منه على أن: «كل امرأة حامل وتتوي إحداث الإجهاض لذاتها بأن تتعاطى مادة سامة أو أي عقار ضار آخر أو تستخدم لآلة أو وسيلة أي كانت بهدف إجهاض نفسها، وكل شخص يعطي امرأة حاملا أو غير حامل سموما أو مواد ضارة بهدف إجهاضها أو يقوم بدلالاتها على تلك الوسائل يعتبر مرتكبا جنائية عقوبتها السجن مدى الحياة».

ونصت المادة 59 على : «كل شخص يمد الغير بطريقة غير شرعية أو يجلب أو يحظر المادة السامة أو أي شيء ضار آخر أو آلة مهما كانت ويعلم أن الهدف من

<sup>3</sup> - انظر حادي شفيق، الحماية الشرعية و القانونية للجنين -دراسة مقارنة-، الطبعة 2011، ص 115.

استخدامها هو إحداث إجهاض بصرف النظر عما إذا كانت المرأة حاملا أو غير حامل يعتبر مرتكبا لجنحة الإجهاض ويكون معرضا للسجن مدة لا تزيد على خمس سنوات»<sup>1</sup>. من الملاحظ أن المشرع الإنجليزي في القانون السالف الذكر عاقب المرأة التي تجهض نفسها بالسجن مدى الحياة ولكنه يشترط أن تكون المرأة حاملا فعلا فإن كانت غير ذلك وحاولت إجهاض نفسها فلا عقوبة عليها، أما الغير الذي يجهض المرأة الحامل فتوقع عليه ذات العقوبة وهي السجن مدى الحياة سواء كانت المرأة حاملا أو غير حامل، أما إذا كان الغير شريكا في الجريمة فإن العقوبة لا تزيد عن خمس سنوات. وصدور قانون حماية الطفل لسنة 1929 الذي نص في مادته الأولى على أن: «الشخص الذي يتعمد تدمير حياة طفل قادر على أن يولد حيا قبل أن يكون له وجود مستقل على أمه يعتبر متهما بجريمة تدمير الطفل ويكون عرضة للسجن مدى الحياة ما لم يثبت أن العمل الذي سبب موت الطفل كان بحسن النية بغرض الحفاظ على حياة الأم». والملاحظ أن المشرع الإنجليزي جعل عقوبة تدمير الطفل هي السجن مدى الحياة ثم جاء بعد ذلك قانون الإجهاض لسنة 1967 الذي وسع من حالات التي يباح فيها الإجهاض<sup>1</sup>.

### **البند الثالث: عقوبة جريمة الإجهاض في بعض القوانين العربية**

تناولت معظم التشريعات العربية عقوبة الإجهاض من أجل تحديد الجزاء المترتب عن الفعل المجرم وفيما يلي نتناول التشريع السوداني والمصري والكويتي والقطري على سبيل المثال لا الحصر.

#### **أولا: في القانون السوداني**

قضت المادة 262 من قانون العقوبات السوداني الصادر سنة 1991 على أنه «كل من يتسبب عمدا في إجهاض حبلى ما لم يكن ذلك بحسن نية ويقصد إنقاذ حياتها يعاقب

<sup>1</sup> – Françoise Laborde, l'interruption volontaire de grossesse, Législation comparée, LC280 , 2000 , P19.

<sup>1</sup> – عبد النبي محمد محمود ، المرجع السابق، ص 296.



بالحبس مدة تتجاوز ثلاثة سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا فإذا بلغ الحمل مرحلة تحرك الجنين فتكون العقوبة السجن مدة لا تتجاوز سبع سنوات كما تجوز معاقبته بالغرامة أيضا، على أنه إذا ارتكبت الجريمة المنصوص عليها في هذه المادة امرأة حملت سفاحا بقصد انقاء العار تعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز سنتين أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا» كما نصت المادة 263 من ذات القانون على أنه «كل من يرتكب الجريمة المنصوص عليها في المادة 262 بدون رضاء المرأة سواء بلغ الحمل مرحلة تحرك الجنين أم لا، يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز عشرة سنوات كما يجوز معاقبته بالغرامة أيضا».

ونصت المادة 265 من قانون العقوبات السوداني على أنه «كل من يستعمل القوة مع امرأة وبذلك يسبب إجهاضها بغير قصد يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا، فإذا كان الجاني يعلم بأن المرأة حامل فتكون العقوبة السجن مدة لا تتجاوز خمس سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا»، ونصت المادة 266 بأنه «كل من يرتكب فعلا قبل ولادة الجنين قاصدا بذلك منعه من أن يولد حيا أو موته بعد ولادته و لم يكن ذلك الفعل قد ارتكب بحسن نية لإنقاذ حياة الأم يعاقب بالسجن مدة لا تتجاوز عشرة سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا»<sup>1</sup>.

يتبين من النصوص السالفة الذكر من القانون العقوبات السوداني أن المشرع قسم مراحل تطور الجنين إلى ثلاثة مراحل محددات بذلك العقوبة المقررة لكل مرحلة تلحق الجنين بإيذائه إجهاضا فمثلا في المرحلة الأولى وهي مرحلة ما قبل تحرك الجنين أي قبل نفخ الروح فيه جعل عقوبة الجاني المعتدي على الجنين بإجهاضه هي عقوبة السجن الذي لا يتجاوز ثلاثة سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معا ولقاضي الموضوع سلطة توقيع العقوبة أما في المرحلة الثانية ألا وهي تحرك الجنين إذ تبدأ هذه المرحلة من نفخ الروح فيه فقد حدد العقوبة في هذه المرحلة لمدة لا تتجاوز سبعة سنوات، كما يجوز معاقبة الجاني بالغرامة أيضا وبين المشرع أيضا أنه يشترط تطبيق المادة 262 من قانون العقوبات أن يكون الفاعل

<sup>1</sup> - عبد النبي محمد محمود، المرجع السابق، ص 290.

قد ارتكب فعل الإجهاض برضاء الحامل وفي حالة عدم رضاها فتكون العقوبة أشد وهو ما تناولته المادة 262 المذكورة إذ رفعت العقوبة إلى عشرة سنوات وهو الحد الأقصى المقرر لذات العقوبة كما أجاز الحكم بالغرامة مساويا بذلك حالة الحمل الذي نفخ فيه الروح أم لا، إذ يعد الجاني قد ارتكب الفعل بدون رضاء الحامل وهو ظرف مشدد لتوقيع العقاب.

وفي المرحلة الثالثة وهي مرحلة ما قبل الولادة جعل المشرع العقوبة في هذه الحالة السجن الذي لا يتجاوز العشرة سنوات أو الغرامة أو كلاهما معا وسبب وعلة التشديد في هذه المرحلة هو أن الجنين يكون قد اكتمل نموه وأصبح قابلا للحياة ويطبق الحكم على الجاني سواء رضيت المرأة أو لم ترضى بفعل الإجهاض<sup>1</sup>.

## ثانيا: في القانون المصري

كما عالج المشرع المصري هذه الصورة من صور الإجهاض في المادة 262 من ق ع المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل لها وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالحبس.

ولقد أراد المشرع في هذا النص تأكيد المقصود بالحماية أصلا حماية للجنين ذاته في استمرار حياته إذ أوجب على المرأة المحافظة عليه وتعاقب إذا هي أجهضت فهي بفعلها هذا قد اعتدت على حق الجنين المقصود بالحماية أصلا وليس اعتداء على نفسها<sup>2</sup>.

وتفترض هذه الجريمة توافر الأركان العامة لجريمة الإجهاض، فضلا عن كون الجاني امرأة حاملا وانصب فعلها على حملها، وإجهاض الحامل لنفسها قد تقوم به الحامل من تلقاء نفسها دون أن يحرضها أو يقترح عليها ذلك أحد، أو تأتي الفعل أو تستعمل الوسائل بناء على اقتراح الغير أو عرضه أو تمكن الغير من إتيان الإسقاط على جسمها، ذلك أن محل الاعتداء في الإجهاض هو الحمل نقصد به الجنين المستكن في الرحم وقد

1 - أنظر في ذلك عبد النبي محمد محمود، المرجع السابق، ص 291.

2 - عبد النبي محمد محمود، المرجع نفسه، ص 276.

تثار في هذا الصدد إشكالية وجود الحمل من عدمه إذ أن التشريعات تختلف في نظرتها حول إمكانية أو اعتبار عدم وجود محل الاعتداء (الجنين).

وهذه الصور جميعها تقع تحت طائلة العقاب، وتعتبر المرأة فاعلة في جريمة الإسقاط وعقوبتها الحبس ذلك أن حكمه التشريع في المعاقبة على الإجهاض هي المحافظة على الجنين.

هذا ورضاء الحامل بالإسقاط لا يؤثر على قيام الجريمة ذلك لأن للنفس البشرية حرمة لا تستباح، ومن ثم فإن ذهاب المجني عليها برضاها إلى المتهم و ليس في مسلك المجني عليها ما يقطع علاقة السببية بين فعل الإسقاط وبين وفاة المجني عليها.

هذا ويخضع القصد الجنائي في هذه الجريمة للقواعد العامة، ومن عناصره وفقا لهذه القواعد علم المرأة بأنها حامل، فإذا أتت الفعل الذي ترتب عليه إجهاضها دون علمها بحملها وهو ما يتصور إذا كان الحمل في أيامه الأولى فإن القصد لا يتوافر لديها هذا ووسائل الإسقاط في هذه الجريمة سواء فلا فرق بين أن تتخذ صورة العنف أو تتجرد منه، فالحامل التي تجهض نفسها (بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء)، لا يشدد عقابها لأن ظرف العنف لا يشدد العقاب على الإسقاط إلا إذا كان المسقط غير الحامل من إسقاطها بالعنف.

هذا وبصلح الامتناع لتقوم به هذه الجريمة، فالحامل التي تمتنع عن الحيلولة بين الغير وبين إجهاضها يصدق عليها أنها مكنت الغير من استعمال وسائل الإسقاط كأن تترك الغير يضربها ليجهضها أو أن تتركه يخدرها حتى يجري بعد ذلك عملية الإجهاض، ومن ثم فإنها بتمكين غيرها من إجهاضها يكفي لتحقيق مجرد الامتناع، لكن بشرط أن يكون في استطاعتها الحيلولة دون الإجهاض ذلك أن من عناصر الامتناع أن يكون في وسع الممتنع القيام بالعمل الإيجابي الذي ينسب إليه الإحجام عنه.

ويلاحظ أن الحامل قد تكون فاعلا معنويا للإجهاض وقد يكون الطبيب هو المنفذ المادي وقد تشرع الحامل في الانتحار ثم تفشل، ولكن يترتب على محاولتها موت الحمل

فإنها تسأل عن هذه الجريمة إذا كانت توقعت هذه النتيجة و قبلتها إذ يعد القصد الاحتمالي في الإجهاض متوافر لديها.

تناول قانون العقوبات المصري جريمة الإجهاض في المواد 260 إلى 264 من ق ع وبين مختلف صورها وحالاتها والشروع فيها إذ نصت المادة 260 على أنه «كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة»، وجاء في نص المادة 261 «كل من أسقط عمدا امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدالاتها عليها سواء كان برضاها أم لا، يعاقب بالحبس»، ونص في المادة 262 على ما يلي «المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت باستعمال الوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها و تسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب العقوبة السالف ذكره» وجاء في نص المادة 263 «إذا كان المسقط طبيا أو جراحا أو صيدليا أو قابلة يحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤقتة» وفي المادة 264 ق ع «لا عقاب على الشروع في الإسقاط» وهذا أيضا ما تناوله المشرع المصري في المادة 260 من ق ع.

كما يدخل في نطاق الظرف المشدد إرغام الحامل تحت تأثير إكراه مادي أو معنوي على أن يرتكب العنف على جسمها كإرغامها على أن تلقي بنفسها من مرتفع، ويتسع الظرف لحالة ما إذا ارتكب العنف مباغثة أو استعمل المتهم فرصة نومها أو تخديرها ليأتي العنف على جسمها<sup>1</sup>.

من الملاحظ أن المشرع المصري وبنص القانون لم يعاقب على الشروع في الإجهاض رغم أنه صورة من صور تهديد الجنين بالخطر الحال والمؤكد كما لم يعاقب أيضا عن الأفعال التي يكون من شأنها تشويه الجنين أو إصابته بأمراض.

<sup>1</sup> - أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحوامل في التقنيات المستحدثة، الطبعة 2007، منشأة معارف، ص 191.

كما نص المشرع المصري عملاً بمقتضى نص المادة 41 من ق ع، على ألا يتأثر بذلك الظرف إذا لم يكن يعلم بها وهنا يعاقب الشريك بمقتضى الحكم الوارد في المادة 61 من ق ع المصري.

ولا تتأثر بهذا الظرف الحامل التي يجهضها الطبيب برضاها ذلك أنها لم تساهم معه في جريمته وإنما تعتبر مرتكبة جريمة مستقلة هي الجريمة المنصوص عليها في المادة 262 من ق ع المصري فهي تعتبر فاعلة وليست شريكة في إجهاض نفسها ويتحقق الظرف المشدد ولو أجرى المتهم الإجهاض دون أجر أكان موقوفاً مؤقتاً عن ممارسة مهنته، ولكن إذا زالت عنه هذه الصفة بأن حرم نهائياً ممارستها فلم يعد محلاً للظرف المشدد.

### ثالثاً: في القانون الكويتي

تناول القانون الكويتي الإجهاض في المواد 174 إلى 177 من ق ع الكويتي فجاءت المادة 174 بقولها «كل من أعطى أو تسبب في إعطاء امرأة حامل كانت أو غير حامل برضاها أو بغير رضاها عقاقير أو مواد مؤذية أو باستعمال القوة أو أية وسيلة أخرى قاصداً بذلك إجهاضها يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز عشرة سنوات ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تتجاوز 1000 دينار فإذا كان الفاعل طبيباً أو صيدلياً أو قابلاً أو من العاملين في المهن المعاونة لمهنة الطب أو الصيدلة كانت العقوبة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر سنة، ويجوز أن تضاف إليها غرامة لا تتجاوز 2000 دينار وذلك مع مراعاة مع ما نصت عليه المادة 12 من المرسوم رقم 25 لسنة 1981 بشأن مزاوله مهنة الطب البشري وطب الأسنان والمهن المعاونة لهما»، وجاء نص المادة 175 من نفس القانون «لا عقوبة على من أجهض امرأة حامل إذا كان متوافراً على الخبرة اللازمة وفعل ذلك وهو يعتقد بحسن نية أن هذا العمل ضروري للمحافظة على حياة الحامل»، ونصت المادة 176 على «كل امرأة حامل تناولت عقاقير أو مواد أخرى مؤذية أو استعملت القوة أو أي وسيلة أخرى قاصدة بذلك إجهاض نفسها، فأجهضت أو سمحت للغير بإجهاضها على الوجه السالف الذكر تعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمسة سنوات و بغرامة لا تتجاوز خمسة آلاف روبية أو بإحدى هاتين

العقوبتين»، ونصت المادة 177 «كل من أعد وباع عرض أو تصرف بأي وجه كان بمواد من شأنها أن تستعمل في إحداث الإجهاض وهو عالم بذلك يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ثلاثة سنوات وبغرامة لا تتجاوز 3000 روبية أو بإحدى هاتين العقوبتين وذلك بمراعاة المادة 175»<sup>1</sup>.

من المؤكد أن أغلب التشريعات العربية جرمت الإجهاض وجعلت منه جريمة وشددت في صفة القائم به خاصة إذا كان طبيبا أو صيدليا أو معاونا في القيام بالأعمال الطبية.

كما تناول المشرع الكويتي هذه الحالة في المادة 174 من ق ع الكويتي بقوله «كل من أسقط امرأة حامل أو أعطاها عقاقير سواء برضاها أو بغير رضاها أو استعمل القوة أو وسيلة قاصدا إجهاضا يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز عشر سنوات و يجوز أن تضاف إليها غرامة لا تتجاوز ألف دينار»<sup>2</sup>.

### **البند الرابع: عقوبة الإجهاض في القانون الجزائري**

على غرار التشريعات السابقة تناول المشرع الجزائري جريمة الإجهاض وبين مختلف الحالات المؤدية إليه، فقد تقوم به المرأة نفسها أو قد يتسبب الغير في ذلك مع تبيان صفة الفاعل خصوصا إذا كان طبيبا أو قابلة وفيما يلي هذه الحالات:

#### **أولا: إجهاض المرأة الحامل نفسها**

تتحقق هذه الصورة عندما تقوم المرأة الحامل بإجهاض نفسها عمدا بأية وسيلة من الوسائل، وتكون المرأة في هذه الصورة هي الفاعلة الأصلية، والحمل هو المجني عليه، وترتكب المرأة الفعل دون مساعدة من أحد وهي جنحة في كل حال حتى ولو استعملت المرأة وسائل عنيفة في الإجهاض وحتى ولو كانت المرأة طبيبة أو نحو ذلك.

<sup>1</sup> - عبد الحكم فودة و أحمد محمد أحمد، جرائم القتل العمد و القتل الخطأ و جنائيات و جنح الجرح و الضرب و إعطاء المواد الضارة و جرائم الإجهاض و صنع الجواهر المغشوشة و بيع الأشربة المضرة بالصحة مقارنة بالتشريعات العربية، ص 666.

2 - علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 181.

وجريمة إجهاض المرأة الحامل نفسها نصت عليها المادة 309 من ق ع ج والتي جرى نصها على معاقبة المرأة الحامل التي تجهض نفسها بالحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر على الأقل وستين على الأكثر إضافة إلى عقوبة الغرامة التي تتراوح بين 250 دج على الأقل إلى 10000 دج على الأكثر مع إمكانية تعرض المرأة إلى عقوبات أخرى تتمثل في المنع من الإقامة، كما يعاقب المشرع على الشروع في هذه الجريمة بنفس العقوبة الأصلية<sup>1</sup>.

ويستثني المشرع إذا تعلق الأمر بالخطر المحدق بالحامل إذا كان الإجهاض يؤدي إلى إنقاذ حياتها فإنه لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبت ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية<sup>1</sup>.

### ثانياً: الإجهاض الواقع من الغير للحامل

تناول المشرع الجزائري هذه الصورة أي جريمة الإجهاض من قبل الغير في المواد 304 و 306 من ق ع ج بحيث فرق المشرع بين إجهاض الحبلى لنفسها وبين الإجهاض الواقع من الغير كالطبيب أو القابلة أو جراح الأسنان أو الصيادلة أو طلبة الطب والمدلكين والمستخدمي الصيدليات ومحضرو العقاقير وجعل لهؤلاء حالة خاصة وفصلهم عن الغير المتمثل في الشخص العادي وذلك بموجب المادة 306 المذكورة أعلاه وقرر عقوبة رادعة لهذه الفئة المذكورة من الأشخاص إذا حدث الإجهاض أو سهل أو أرشد إليه أو من طرفهم، وإجهاض الغير للحامل ينقسم بدوره إلى ثلاث صور في القانون:

- الصورة الأولى: إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف، ويوجد بهذه الصورة ظرف مشدد يقوم على استعمال العنف في الإجهاض وعدم رضاء الحامل.

---

<sup>1</sup> - المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم " تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 250 دج إلى 1000 دج المرأى التي أجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض " يقابلها نص المادة رقم 309 / 2 من ق ع الفرنسي و المادة 321 من ق ع الأردني و الفصل رقم 214 من ق ع التونسي.

<sup>1</sup> - زلاقي عبد الحميد، حماية الجنين في ظل السياسة الجنائية و فلسفة التشريع الإسلامي ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليايس عدد 8 ، سنة 2011 ، ص 59.

- **والصورة الثانية:** إجهاض الغير الحامل ذي الصفة الخاصة للحامل ويوجد بهذه الصورة ظرف مشدد يقوم على توافر صفة معينة للمجهض.

- **والصورة الثالثة:** إجهاض الغير للحامل في صورته البسيطة، وضابط التمييز بين هذه الصور مستمد من وسيلة الإجهاض وما إذا كانت العنف أم وسيلة سواء، ونتعرض لهذه الصور على النحو الآتي:

### **1- إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف**

جريمة إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف يوجد بها ظرف مشدد هو العنف، فهو إجهاض إجباري وفي هذه الحالة يتحقق الإجهاض بإرادة وعلم الغير وبدون علم الحامل ورغم إرادتها وشدد العقاب على المتهم لأنه اعتدى على مصلحة الحمل، وحقه في الحياة والنمو والتعدي على مصلحة الأم وحقها في استمرار نمو الحمل<sup>1</sup>، وقد نصت على هذه الجريمة المادة 304 من ق ع ج والتي جرى نصها على أنه «كل من أجهض امرأة أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات 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 يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 10000 دج. وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى 20 سنة.

وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة<sup>2</sup> وتتطلب هذه الصورة توافر الأركان العامة لجريمة الإجهاض، ثم كون المتهم غير الحامل التي أجهضت واستعمل العنف في الإجهاض، ولقد عبر المشرع عن العنف الذي يقوم به الظرف المشدد بقوله أو باستعمال طرق أو أعمال عنف، والإيذاء يقصد به الإيذاء البدني، فالعنف يفترض إذن المساس بسلامة جسم الحامل أي يحدث بالحامل ألما بدنيا على نحو يمس به حصانة

<sup>1</sup> -Joudrier Hélène, Violences conjugales, grossesse et médecine générale, thèse , Université Pierre et Marrie Currie, 2012, P21.

<sup>2</sup> - المادة 304 من ق ع ج المعدل و المتمم.



جسمها سواء استعمل المتهم أعضاء جسمه في الإيذاء أو استعمل عصا أو غير ذلك فكل وسائل العنف سواء.

## 2- إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل

جريمة إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل يوجد بها ظرف مشدد وهو كون المجهض طبيبا أو صيدليا أو قابلة، وقد نصت على هذه الجريمة المادة 306 من ق ع ج بقولها: «الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات أو محضرو العقاقير وصانعو الأريطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية وممرضون 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»<sup>1</sup>.

وتتطلب هذه الصورة توافر الأركان العامة لجريمة الإجهاض مع نية إنهاء الحمل قبل الأوان لدى الجاني بالإضافة إلى كون المتهم شخصا غير الحامل التي يراد إجهاضها، ولا ينطبق هذا الظرف على جريمة إجهاض الحامل نفسها.

وعلة التشديد هو باعث المجهض إلى جريمته هو الإثراء ويغلب أن يكون محترفاً، وهذه الأمور لا تتوافر إذا أجهضت الطبيبة ومن في حكمها من ذوي الصفة الخاصة نفسها ذلك أنه لم يبعثها إلى الإجهاض دافع الإثراء ولا يعتبر فعلها مظهرا للاحتراف .

ويجب أن يتم الإجهاض بعيدا عن صورة العنف المشار إليها في المادة 304 من ق ع لأنه لو تم الإجهاض بالعنف لأصبح الفعل جنائية بمقتضى نص المادة سالفة الذكر 304 من ق ع دون الظرف المشدد الذي نحن بصدد.

وهذا المرجع في تحديد صفة الطبيب أو من في حكمه هو إلى القوانين واللوائح التي تحدد اكتساب هذه الصفة وفقدائها، وصفة الطبيب ومن في حكمه ورد بها التعداد على سبيل الحصر ومن ثم فلا يجوز القياس عليهم ومن ثم فلا مجال للتوسع والاجتهاد فيه، وهذا

<sup>1</sup> - الأمر رقم 01/14 المؤرخ في 2014/02/04 المعدل و المتمم من ق ع ج.

الظرف يغير من وصف الجريمة فيتأثر به شركاؤه إن علموا بالصفة وقت ارتكاب الفعل الذي تحقق الاشتراك به ذلك أن الظروف التي تغير من وصف الجريمة تسري على الشريك إذا كان عالما بها ولا يتأثر بها إذا كان يجهلها أو لم يكن يعلم بها، وكل حكم على إحدى الجرائم المنصوص عليها بموجب القانون يستوجب بقوة القانون الحكم بالمنع من ممارسة أية مهنة وأداء أي عمل بأي صفة كانت في العيادات أو دور الولادة أو في أية مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة نساء في حالة حمل حقيقي أو ظاهر أو مفترض وذلك بأجر أو بغير أجر.

وكل حكم على الشروع أو اشتراك يستتبع ذات المنع إذ ينص المشرع الجزائري في المادة 311 من ق ع ج على: «كل حكم على إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم يستوجب بقوة القانون الحكم بالمنع من ممارسة أية مهنة أو أداء أي عمل بأي صفة كانت في العيادات أو دور الولادة أو في أية مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة نساء في حالة حمل حقيقي أو ظاهر أو مفترض و ذلك بأجر أو بغير أجر، و كل حكم على الشروع أو الاشتراك في الجرائم ذاتها يستتبع ذات المنع»<sup>1</sup>.

### 3- إجهاض الغير للحامل في صورته البسيطة

نصت على هذه الجريمة المادة 304 من ق ع ج بقولها: «كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواها وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10000 دج».

وتتطلب هذه الصورة تواجد وتوافر الأركان العامة لجريمة الإجهاض إضافة إلى أن المتهم شخص آخر غير الحامل التي أجهضت وألا يكون طبيبا أو من في حكمه ويستوي في ذلك أن تكون الحامل وافقت بالفعل أو لم توافق ذلك أن موافقة الحامل لا يعد سببا لإباحة و إجازة الإجهاض كون أن محل الحماية هو حق الجنين في الحياة و ليس للحامل

<sup>1</sup> - المادة 311 من ق ع ج المعدل و المتمم.

صفة التصرف فيه فمحل جريمة الإجهاض هو الجنين ذاته لأن المشرع يحمي الجنين أثناء تكوينه.

ويوجه بعض الفقهاء نقدا لهذه التسوية إذ كيف يسوي المشرع بين الجاني الذي يجهض المرأة الحبلية بدون رضاها وبين الجاني الذي يفعل ذلك برضاها. إن رضا الحامل و موافقتها على قيام الغير بإجهاضها واستعمال الوسائل المؤدية إلى ذلك يجعلها فاعلة لجريمة متميزة هي المنصوص عليها في المادة 309<sup>1</sup> من ق ع ج، أما عدم رضاها بأن يقوم الغير بإجهاضها يجعلها في مركز المجني عليها.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري أن مجرد إرشاد المرأة الحامل على وسائل الإسقاط يعد عملا تنفيذيا لجريمة الإسقاط، فإذا اقتصر فعل المتهم على مجرد إرشاد الحامل على وسيلة الإجهاض فيعد فاعلا، وهذا الحكم خروج على القواعد المقررة بشأن التفارقة بين الفاعل والشريك، وعلة ذلك أن هذه الدلالة هي المرحلة الرئيسية في المشروع الإجرامي، ويترتب على هذا أن من يدل الحامل على وسيلة الإسقاط يعاقب على جريمة الإسقاط حتى ولو لم تستعمل الحامل تلك الوسيلة في الإسقاط وإذا استعملت الحامل الوسيلة التي دلها عليها المتهم فهي لا تعتبر شريكة له وإنما تعد فاعلة للجريمة التي نصت عليها المادة 309 من ق ع ج.

#### 4- الإجهاض إلى خروج الحمل حيا أو موته بسبب آخر

تقتضض هذه الصورة من الإجهاض التعدي الذي يقع على الحامل و يترتب عنه خروج الحمل دون أن تتحقق النتيجة عن الفعل الإجرامي ويعيش الحمل بعد ذلك ثم يموت بسبب آخر دون جنائية الإجهاض كأن قتله شخص آخر غير الذي اعتدى على أمه وهي حبلية فموت الحمل قد حدث بسبب غير فعل الجاني.

#### المطلب الثاني: صور الحماية غير المباشرة للجنين

<sup>1</sup> - تقابلها نص المادة 262 من قانون العقوبات المصري.

من صور الحماية الغير المباشرة للجنين والتي تتعلق بالحامل والهدف منها هو حماية الجنين بصورة تتسم بالوضوح الأكبر وذلك من خلال عدم إيذاء الجنين الذي تختلف صور إيذاءه، فقد تؤدي إلى قتله أو تشويهه أو الضرر به مع استمرار حياته وكذا ما يتعلق بالحماية المقررة للحامل عند تنفيذ العقوبة أو امتناعها عن رعاية ونفقة الجنين من تجب عليه نفقته.

### الفرع الأول: حالات إيذاء الجنين دون إجهاضه

نتناول مسألة الاعتداء على الجنين من خلال تبيان حالة وفاته أو إيذائه دون قتله أي تشوّهه.

### البند الأول: في حالة وفاة الجنين

من حالات الاعتداء على الجنين والتي لا يصدق عليها مفهوم الإجهاض الجنائي السالف الذكر فالإجهاض إخراج الجنين وطرده من رحم أمه بفعل من الأفعال كشراب دواء وضرب الأم والصور عديدة ومن بين هذه الحالات الاعتداء الذي يقع على الحامل ويؤدي إلى إضرار الجنين وقتله أو الاعتداء الذي يؤدي إلى وفاة الأم أو وفاة الجنين بسبب ذلك<sup>1</sup> وكذا الحالات التي يفقد الجنين فيها جزءا من بدنه دون أن يموت أو استمرار حياته مع حدوث تشوّه فيه<sup>2</sup>.

### أولاً: موقف الشريعة الإسلامية

ذهبت الإمامية إلى أنه لو قتلت المرأة فمات ولدها وكانت الروح قد ولجت فيه فيقتضي الأمر دية الجنين ودية أمه فإن كان ذكراً فله دية الذكر إن كانت أنثى فلها دية الأنثى، وإن لم يعلم جنسه فله نصف دية الذكر ونصف دية الأنثى.

<sup>1</sup> – Justine Deprest, L'homicide involontaire d'un enfant à naitre, UCL, 2014 P14.

<sup>2</sup> – علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 212.

وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فتجب دية في الأم و دية في الجنين لأن موت الأم أحد سببين موته لأنه يخنق بموتها إذ تتفسه بتففسها، فلا يجب الضمان بالشك وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرث وراثته ولا يرثه الضارب حتى ولو ضرب بطن إمرأته فألقت إبنه ميتا<sup>1</sup>، وقال الشافعي ومالك لا شيء فيه وقال أشهب من المالكية فيه غرة وقد أخذ بهذا الرأي ليث وربيعة والزهب، وقال ابن حزم (لم يشترط رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنين إلقاءه ولكنه قال في الجنين غرة عبد أو أمة يعني ألقى أم لم يلقى ففيه غرة وإذا قتلت الحامل فقد تلف جنينها بلا شك)، ويرى جمهور فقهاء السنة انه لا يجب على الجاني شيء وقد قال ابن قدامى انه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه وبذلك لا تصح الوصية له ولا الميراث ولأنه لم يخرج يجوز أن لا يكون فيها جنين أو كان ميتا وما كانت تشعر به من حركة في حياتها يصح أن تكون صادرة عن وجود جنين وإذا وقع الشك فان الضمان لا يجب بالشك<sup>2</sup>.

**ثانيا: موقف القانون الوضعي:** تناول القضاء الفرنسي في نطاق الحماية الجنائية لسلامة الجسد والتي تنصب نهاية مرحلة تكوين الجنين وحتى بداية الوضع إذ اعتنقت المحاكم معيار القابلية للحياة فالجنين في نظرها هو بمثابة شخص متمتع بكيان جسدي بكل ما تحمله هذه المعنى وما ترتبه من آثار قانونية، بحيث تشكل أفعال الاعتداء عليه جريمة القتل العمدى أو الإهمال وذلك إذا ما أفضى ذلك الاعتداء إلى هلاكه<sup>3</sup>.

أما في إنجلترا فإن القانون الخاص بحماية حق الطفل لسنة 1929 قد أورد نموذجا لجرائم الاعتداء على سلامة الجسد والحياة يتوسط ما بين جريمتين الإجهاض والقتل، أي ما يعرف بجريمة نقض حياة طفل، إذ نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه «يعد

1 - عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق، ص 373.

2 - علي الشيخ ابراهيم المبارك، المرجع السابق، ص213.

3 - حادي شفيق ، المرجع السابق، ص 119.

مرتكبا لهذه الجريمة كل من تعمد نقض حياة الطفل القابل بأن يولد حيا وأفضى ذلك إلى موته قبل انفصاله عن الأم و يعاقب مرتكب الجريمة بالسجن مدى الحياة».

من خلال نص هذه المادة يتبين بان المشرع الإنجليزي أورد نموذجا جديدا لجرائم الاعتداء على الحياة وسلامة النفس وبذلك يكفل للجنين المكمثل النمو داخل الرحم وقبل أن تبدأ عملية الوضع قدرا كبيرا من الحماية الجنائية خصوصا إذا نظرنا إلى العقوبة التي أقرها لهذه الجريمة ألا وهي السجن مدى الحياة، وهذا ما لا نجده في القوانين العربية إذ أنها تجرم قتل الجنين بفعل الإجهاض لا غير.

### **البند الثاني: إسقاط الجنين المشوه**

من المسلم به أن كل ما يقع من أفعال الاعتداء على الجنين يدخل تحت طائلة ونطاق جرائم الإجهاض ما دام أن الجنين لم ينفصل بعد عن أمه وهذا رأي طائفة من الفقهاء بينما يرى آخرون أن الجنين المكمثل النمو يتمتع ويحضى بكافة أوجه الحماية المقررة للإنسان وبالتالي تأخذ صورة الاعتداء عليه وصف جرائم إيذاء وجرح، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

**أولا: في حالة تشويه الجنين:** تختلف صور تشوهات الجنين بحسب خطورتها فبالرغم من إجراء العديد من الأبحاث في مجال تشوه الأجنة إلا أن 50% من التشوهات الخلقية غير معروفة إضافة إلا أن هناك العديد من الأساليب تشخيصية التي تساعد على اكتشاف تشوه الجنين وتتضمن هذه الأساليب التشخيص داخل الرحم والتي في معظمها لا يمكن فحصها والتأكد منها إلا بعد الأسبوع الثامن<sup>1</sup> من الحمل أي بعد أن تنفخ الروح في الجنين والتي قد تقضي إلى إصابة الجنين بتشوهات خلقية خطيرة أو تسبب له إحداث عاهة مستديمة تلازمه طوال حياته وإن اقتصر الأمر على مجرد إحداث جروح بسيطة، فقد استقر القضاء الفرنسي على اعتبار أنه متى ثبتت العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة والتي عادة ما يتأخر ظهورها

<sup>1</sup> - بدر محمد السيد إسماعيل ،حكم إسقاط الجنين المشوه ، المرجع السابق ،ص 146.

في المرحلة الجنينية ولا تظهر إلا بعد الولادة فان المسؤولية على الاعتداء تبقى قائمة طالما أن السلوك حدث بعد تجاوز الجنين عشرة أسابيع من عمره طبقا لقانون الصحة العامة<sup>1</sup>. وقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية في 2000/11/17 قرارا أرست من خلاله مبدءا قضائيا هاما يعطي للجنين حق في التعويض متى ولد وبه إعاقة أو التشوهات نشأت عن خطأ طبي وكان هذا القرار بعد الدعوة القضائية التي رفعتها السيدة **PERRUCHÉ** ضد طبيب قام بفحصها ولم يعلمها أن عدوى الحميراء التي كانت مصابة بها قد تنتقل إلى جنينها الذي ولد مشوها نتيجة لذلك وأسست دعواها على أن الطبيب لما امتنع عن إبلاغها قد حرّمها من ممارسة حقها في الإجهاض<sup>2</sup>.

ولتجنب كل مظاهر تشوه الجنين أو إعاقته فقد نظم المشرع الفرنسي فحص الحمل مبكرا بموجب قانون الصحة العامة ورتب عن مخالفة هذا الأمر مسؤولية جزائية. أما في الولايات المتحدة الأمريكية فإن الوضع التشريعي لا زال في طور التبلور من حيث تحديد لحظة وجود الجسم إذ أننا لا نكاد نجد نصا تشريعيًا يعالج المسألة إلا في بعض القوانين لبعض الولايات المتعلقة بحماية الجنين في مواجهة التجارب والأبحاث العلمية التي تمكن من إلتماس صدى الحديث عن لحظة وجود الجسم وبدأ الحياة. وهناك من التشريعات كالقانون اليوناني الذي عاقب على أفعال الإيذاء التي قد تلحق بالجنين وتؤدي به إلى ضرر جسيم في بدنه أو في عقله وهذا ما تناولته المادة 304 من القانون 1609 الصادر سنة 1986<sup>1</sup>.

أما في الشريعة الإسلامية وحفاظا على النفس البشرية فإن المساس بالسلامة الجسمانية للجنين باعتباره نفسا بشرية معدة للوجود وأن تعريضه للتشوه يمكن أن يكون محلا

---

<sup>1</sup> - مهند صلاح احمد فتحي الغزة، حماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص39.

<sup>2</sup> - Par un arrêt du 17 novembre 2000, La Cour de cassation, en Assemblée plénière, casse cet arrêt et donne ainsi raison aux époux Perruche en déclarant « que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme Perruche avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse et ce afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues ».

<sup>1</sup> - علي الشيخ إبراهيم مبارك ، المرجع السابق، ص217.

لبعض العقوبات التعزيرية لمنع السلوكات الإجرامية خاصة المستحدثة التي لم يرد بها نص ويرجع في تقديرها إلى القاضي مستعملا بذلك سلطته التقديرية.

**ثانيا: إيذاء الجنين في إطار التجارب العلمية:** تعد مسألة إجراء التجارب العلمية على الأجنة من المستجدات والتقنيات المستحدثة التي قد يحصل فيها إيذاء الجنين ويلحق الضرر به إذ أصبح اليوم يعرف مصادر عديدة للحصول على الجنين سواء عن طريق التلقيح الصناعي أو حتى الاستنساخ، فما هي الحماية القانونية التي أوردتها القوانين والتشريعات لمخلفات هذه المسألة خاصة من الناحية الجنائية؟

تكفلت مختلف اللوائح المتعلقة بالحقوق والحريات مسألة التجارب الواردة على الجنين في مختلف دول العالم، والتي بلغت ذروتها كل الحدود واستلزمت رد فعل تشريعي عليها، ومن بين تجارب الأكثر تطبيقا ما يسمى بتعديل الصفات الوراثية للجنين، والتي يتم من خلالها القيام بفحص الجينات الوراثية للجنين في حالة وجود شك نتيجة مرض المورث في مرحلة النطفة كما أنه أصبح بالإمكان إنجاب أطفال بمواصفات معينة تتعلق بالطول والشكل والقدرة العقلية وكل هذا يتصل بالصفات الوراثية لانقضاء الجنس البشري، وكل ذلك قد يؤدي إلى التلاعب بهذه الجينات والخروج عن الإطار الطبيعي لها مما أدى بتدخل المشرعين من أجل التصدي لهذا التلاعب.

فمثلا تناول المشرع الفرنسي في المادة 1/511 من ق ع وأقر عقوبة تصل إلى عشرة سنوات لكل من يقوم بأي عمل يسعى من خلاله إلى تغيير الخصائص الجينية للمولود وهذا الأمر محظور قانونا<sup>1</sup>.

كما تناول المشرع الإسباني وحضر مسألة التلاعب بالجينات وذلك بموجب المادة 2/24 من القانون رقم 35 الصادر 1985<sup>2</sup>.

1 - Art 511/1 : « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée ».

2 - حادي شفيق، المرجع السابق، ص 123.



وفي الشريعة الإسلامية فقد أقر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في سنة 1998 إجازته من الاستفادة من علم الهندسة الوراثية في العلاج بشرط ألا يتسبب ذلك بضرر.

### الفرع الثاني: تأجيل تنفيذ عقوبة الإعدام للمرأة الحامل

نص المشرعين في أغلب القوانين الوضعية على تأجيل عقوبة الحامل إلى حين الوضع كون أن هذا المخلوق الجديد لا يؤاخذ القانون بما فعلته أمه آخذاً بذلك من الشريعة الإسلامية هذا الموقف فنص المشرع المصري على ذلك في المادة 476 من ق إ ج بقوله: «يوقف تنفيذ عقوبة الإعدام على الحبلى وإلى ما بعد شهرين من وضعها»<sup>1</sup>.

يتضح من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع قرر تأجيل تنفيذ عقوبة الإعدام إذا كانت المحكوم عليها حبلى (حاملًا) إلى ما بعد الوضع وذلك بشهرين، كل ذلك يكون من أجل الحفاظ على الجنين لأنه لا ذنب له فيما اقترفته أمه<sup>2</sup>.

وهذا كله يعد مظهرًا من مظاهر شخصية العقوبة المتعارف عليها فقها وقانونًا وهو مظهر من المظاهر القانونية من أجل رعاية الجنين وهو في بطن أمه.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين في المادة 1/155 المعدل والمتمم<sup>3</sup>، بقوله «- لا تنفذ عقوبة الإعدام إلا بعد رفض طلب العفو.

- كما لا تنفذ عقوبة الإعدام على الحامل أو المرضعة لطفل دون 24 شهرًا».

والملاحظ أن قانون العقوبات لم ينص على هذه الحالة وكذا قانون الإجراءات الجزائية و أوكلت إلى نص القانون السالف المتعلق بتنظيم السجون.

1 - المادة 476 من قانون الإجراءات الجزائية المصري.

2 - عبد النبي محمد محمود، المرجع السابق، ص 39.

3 - قانون 04-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425هـ الموافق لـ 2005/02/06 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج ر رقم 12 المؤرخة في 2005/02/13 المعدل و المتمم.

وإرجاء الفصل في تنفيذ العقوبات تلك المتعلقة بالإعدام دون غيرها إذ لا يمكن تنفيذ عقوبة الإعدام المتعلقة بالحامل أو المرضعة لطفل دون 24 شهرا من عمره<sup>1</sup>. وتناول القانون السوداني نفس الموقف المتعلق بإرجاء تنفيذ العقوبة المتعلقة بالإعدام إذا كانت الجانية حاملا أو مرضعة فلا تنفذ العقوبة إلا بعد انقضاء سنتين على الوضع. وهذا ما تناولته المادة 65 من القانون الجنائي السوداني الصادر سنة 1991 بقولها: «لا يجوز تنفيذ حكم الإعدام على الحامل أو المرضع إلا بعد إنقضاء عامين على الوضع»<sup>2</sup>.

والمشعر الأردني نص على أن يكون الحمل سببا من أسباب تخفيف العقوبة فمثلا إذا ثبت أن المحكوم عليها حاملا فتبدل عقوبة الإعدام بالأشغال الشاقة المؤبدة، وكل ذلك تكون حماية للجنين الذي لا ذنب له في ما فعلته أمه وهذا ما تناولته المادة 2/17<sup>3</sup> من قانون العقوبات الأردني بقولها: «في حالة ثبوت كون المرأة المحكوم عليها بهذه العقوبة (الإعدام) حاملا يبديل حكم الإعدام بالأشغال الشاقة المؤبدة». أما المشعر الفرنسي فقد ألغى عقوبة الإعدام كلية حسب القانون 81-908 المؤرخ في 09/10/1987<sup>4</sup>.

### **الفرع الثالث: تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية أو معاملة الحامل معاملة خاصة**

أجاز المشعر الجزائري للمحكوم عليها الاستفادة من التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية إذا كانت المرأة حاملا أو كانت أما لولد يقل سنه عن 24 شهرا و هذا ما تناوله المشعر الجزائري في المادة 07/16<sup>1</sup>.

1 - داودي إبراهيم، دكتوراه دولة، المركز القانوني للجنين، الطبعة 2009 - 2010 ، ص72.

2 - القانون الجنائي السوداني الصادر سنة 1991 ، مشار إليه من قبل عبد النبي محمد محمود ، المرجع السابق ص 40.

3 - قانون العقوبات الأردني المعدل بالقانون رقم 33 لسنة 2002.

4 - عبد النبي محمد محمود، المرجع نفسه، ص40.

وأكد المشرع على أن يكون التأجيل إلى ما بعد الوضع لشهرين كاملين حال وضع الحامل الجنين ميتا وإلى 24 شهرا حال وضعها الحامل الجنين حيا المادة 17 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين بقولها: «يؤجل تنفيذ العقوبة في الحالات المنصوص عليها ...

- في حالة الحمل وإلى ما بعد وضع الحامل حملها بشهرين كاملين، حال وضعها له ميتا، وإلى أربعة وعشرين (24) شهرا، حال وضعها له حيا».

كما قرر المشرع من استفادة الحامل من ظروف احتباس ملائمة من حيث التغذية الكافية والمتوازنة وأكد على رعاية طبية مستمرة، كذا الحق في الزيارة و محادثة الزائرات من دون فاصل وهذا ما تناوله المشرع الجزائري في المادة 50 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين.

وأكد المشرع في المادة 51 على سهر إدارة المؤسسة العقابية بالتنسيق مع المصالح المتعلقة بالشؤون الاجتماعية حال وضع المحبوسة الحامل حملها على إيجاد جهة تتكفل بالمولود وتربيته وفي حالة عدم وجود كفيل بالمولود وتربيته يمكن للحامل أن تبقى المولود معها إلى حين بلوغه ثلاثة 3 سنوات.

كما أكد المشرع الجزائري في المادة 52 من قانون تنظيم السجون على عدم التأشير في سجلات الحالة المدنية الخاصة بالولادات ولا في شهادة ميلاد الطفل المولود بالمؤسسة العقابية بأية بيانات تفيد بأن الطفل مولود بالمؤسسة أو تظهر احتباس الأم.

حضي الجنين بمعاملة خاصة وذلك من خلال المعاملة التي أوردها القانون للحبلى فقد نص المشرع المصري في المادة 485 من ق إ ج إذ نص على ما يلي: «إذا كانت المحكوم عليها حاملا بعقوبة مقيدة للحرية حبلى في الشهر السادس من الحمل جاز تأجيل التنفيذ عليها حتى تضع حملها وتمضي مدة شهرين على الوضع، فإذا تبين أثناء التنفيذ على

---

<sup>1</sup> - الأمر رقم 04/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 يتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين (ج ر رقم 12).

المحكوم عليها أو ظهر أنها حبلى وجب معاملتها في السجن معاملة المحبوسين احتياطيا حتى تمضي المدة المقررة بالفقرة السابقة»<sup>1</sup>.

من خلال نص المادة المذكورة يتبين أن المشرع المصري قد أولى حماية خاصة للجنين وذلك من خلال أنه أجاز للمحكمة أمر جوازي أن تؤجل تنفيذ العقوبة على الحامل إذا بلغ الحمل ستة أشهر فأكثر حتى تضع الحمل وبعد مضي شهرين عن ذلك، أما إذا قررت المحكمة تنفيذ العقوبة لأي سبب كان أو لم يعرف الحمل بعد ثم ظهر بعد ذلك فقد أوجب القانون معاملة الحبلى معاملة خاصة وهي تلك التي تتعلق بالمحبوسين احتياطيا حتى الوضع.<sup>2</sup>

كما تناول القانون المصري حماية الجنين في قانون تنظيم السجون إذ نص في المادة 19 منه على «معاملة المسجونة الحامل ابتداء من الشهر السادس معاملة طبية خاصة من حيث الغذاء والتشغيل والنوم حتى تضع حملها، وتمضي أربعين يوما على الوضع ويجب أن يبذل للأم وطفلها العناية الصحية اللازمة مع الغذاء والملبس المناسب والراحة، ولا يجوز حرمان المسجونة الحامل أو الأم من الغذاء المقرر لها لأي سبب كان».

كما نصت المادة 20 من نفس القانون على «يبقى مع المسجونة طفلها حتى يبلغ من العمر سنتين، فإذا لم ترغب في بقاءه معها أو بلغ هذه سلم لأبيه أو لمن تختاره من الأقارب فإن لم يكن للطفل أي أقارب يكفلونه وجب على مدير السجن أو أقربائه إخطار المحافظ أو المدير لتسلمه للعناية به خارج السجن أو أحد الملاجئ، وإخطار الأم عن مكانه وتيسير رؤيتها له أوقات دورية على النحو الذي تبينه اللائحة الداخلية».

كما نص القانون السوداني على تهيئة اللائحة لأولات الأحمال وأماكن مناسبة داخل السجون وكذا أن يضعن حملهن في مستشفى مدني<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - قانون العقوبات المصري.

<sup>2</sup> - أنظر في هذا المعنى، عبد النبي محمد محمود، المرجع السابق، ص40.

<sup>1</sup> - القانون 45/6 الصادر سنة 1997.

أما المشرع القطري فنص على معاملة المسجونة معاملة فئة 03 إذا لم يكن من هذه الفئة وتعفى من العمل في السجن وتعامل ابتداءً من الشهر السادس للحمل معاملة خاصة وتنتقل إلى المستشفى عند اقتراب الوضع وتبقى فيه إلا أن يصرح لها الطبيب بالخروج<sup>2</sup>. وتتص المادة 40 من نص القانون على أن تؤجل تنفيذ أي جزاءات تأديبية على المسجونة الحامل إلى ما بعد الوضع أو حيث إنتهاء فترة وجود مولودها معها بحسب الأحوال<sup>1</sup>.

وأيضاً المشرع الإنجليزي حرص على توفير معاملة خاصة للحامل ولمولودها ومن تلك القوانين التي تجيز فيها بعض الإجراءات المتعلقة بإطلاق سراحها المبكر والتي من المفروض أن تتم متى كان ميلاد الطفل مع انتهاء العقوبة أو نقل الحامل إلى المستشفى كي تلد فيه.

### **الفرع الرابع: الحماية الجنائية لحق الجنين في الرعاية والتغذية**

لا شك أن القانون استمد مجمل مظاهر الرعاية للجنين من الشريعة الإسلامية التي أقرت وحافظت على الكيان البشري منذ التخصيب الأول للبويضة إلى حين ما بعد الوضع. ويتجلى بعض مظاهر الرعاية والحماية في إرجاء إقامة الحدود على الحامل إلى حين الوضع وكذا النفقة على الأم الحامل.

ومن صور الحماية المقررة للجنين حقه في الغذاء والعلاج والذي بدورهما لا يكونان إلا من خلال تغذية المرأة الحبلية تغذية سليمة ومستوفية لكافة الطاقات الحرارية، وكذا علاجها إذا اقتضت وضعيتها ذلك وأن معظم التشريعات تكفل رعاية صحية سليمة خاصة أثناء الحمل وأن ما يترتب عنه من خلال خرق هذا الحق يكون جريمة إهمال الحامل وكذا عدم تسديد النفقة عليها وهذا ما سنتناوله في ما يلي:

### **البند الأول: جريمة إهمال المرأة الحامل**

<sup>2</sup> - المادة 39 من القانون رقم 03 سنة 1995.

<sup>1</sup> - المادة 40 من القانون رقم 03 سنة 1995.

يعد هذا الجرم المترتب عن واقعة الإهمال العائلي تجاه الزوجة نظرا لما يرتبه القانون على الزوج من حقوق إتجاه أسرته وما يسفر عليه من التزامات أدبية ومالية يتحتم عليه أدائه و كل امتناع عن ذلك يكون الجريمة المذكورة.

والمشعر الجزائري عد جريمة ترك المرأة الحامل جنحة عمدية ينبغي لقيامها توافر القصد الجنائي المتمثل في علم الزوج بحمل زوجته حملا يقينيا وليس مفترضا وأن تستمر واقعة التخلي عن الزوجة الحبلى لمدة أكثر من شهرين، ولا يتم اتخاذ إجراءات المتابعة إلا بناءا على شكوى الزوجة الحامل<sup>1</sup> ، وأن صفح الزوجة عن زوجها يضع حدا للمتابعة ولا يكون ذلك إلا بالتنازل عن الشكوى بموجب محضر رسمي أمام الهيئة القضائية وهذا ما كرسه التعديل 01/09 المؤرخ في 2009/02/25 إذ أصبح الصفح يوقف المتابعة في بعض الجرائم كجريمة الإهمال العائلي.

ونصت المادة 02/330 ق ع ج على «يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 25000 دج إلى 100000 دج الزوج الذي يتخلى عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن زوجته مع علمه بأنها حامل وذلك لغير سبب جدي»<sup>2</sup>.

يتضح من نص المادة أن أركان جريمة الإهمال العائلي للمرأة الحبلى تتكون من عناصر خاصة مكونة لها تتمثل في تقديم الشكوى من طرف الزوجة المهملة إلى المحكمة المختصة وثانيهما يتمثل قيام العلاقة الزوجية بين الشاكية (الحبلى) والمشتكى منه (الزوج)، إذ لا يمكن للمطلقة الحامل أن تقدم نفس هذه الشكوى، وأن يكون الزوج عالما بحمل زوجته ويتخلى عن القيام بالتزاماته الأدبية والمالية المتمثلة في العناية والرعاية الواجب تقديمها إلى زوجته الحامل خلال ظروف الحمل المزرية إضافة إلى مرور أكثر من شهرين من تاريخ ترك الزوجة لزوجته الحامل ويجب ألا يتخلل هذه المدى أي انقطاع يوحي بالرغبة في استئناف الحياة الزوجية العادية، إضافة إلى العناصر المذكورة يجب أن يتوفر عنصر هام لأجل قيام جريمة ترك المرأة الحامل وإهمالها يتمثل في عنصر فقدان السبب الجدي المبرر

<sup>1</sup> - أحسن أوسيقعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج1، المرجع السابق، ص 150.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 330 من قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.

لغياب الزوج كقضاء الزوج عقوبة سالبة للحرية أو دخوله المستشفى لأجل العلاج وغيرها من الحالات التي ينتفي معها عنصر العمد لدى الزوج<sup>1</sup>.

وبتوافر أركان هذه الجريمة وضع المشرع لمن يتخلى عن زوجته الحامل عقوبة تتراوح ما بين شهرين إلى سنة حبس و غرامة من 25000 دج إلى 100000 دج و هذا ما نصت عليه المادة 330 من ق ع ج و ما أكدته المحكمة العليا في جريمة إهمال المرأة الحامل التي تعتبر من الجرائم المستمرة<sup>2</sup>.

ومن الملاحظ أن المشرع لا يشترط في هذه الجنحة عدم الوفاء بالالتزامات العائلية خلافا لجنحة ترك مقر الأسرة، ذلك أن هدف المشرع من تجريم هذا الفعل هو حماية الجنين من أي اعتداء، وتمكينه من الرعاية الصحية الواجبة والغذاء من خلال أمه الحامل وهذا الحق مؤكد لها على خلاف غير الحامل التي لا تكون محلا لهذه الجريمة.

**البند الثاني: جريمة عدم تسديد نفقة المرأة الحامل:** وهذا ما سنتناوله في الشريعة الإسلامية ثم القانون الوضعي:

**أولاً: في الشريعة الإسلامية:** من شروط استحقاق النفقة على الحامل أن تكون لا زالت في عصمة زوجها مصداقا لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۗ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۗ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۗ وَاتَّمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۗ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فِئَتِيكُمْ فِى الْكُلِّ فَانكحُوا﴾<sup>1</sup>، إذ يكفل الشرع للحامل نفقة غذائية وكذا الكسوة بالمعروف وقد أثبت العلم الحديث أن الغذاء الصحي خلال الحمل يقلل من التشوهات الخلقية، ولهذا حضت الشريعة الإسلامية على حماية صحة الجنين بتغذية والدته أثناء الحمل تغذية جيدة طبية حتى يتكون الجنين تكويننا

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد ، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة ، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائري ، الطبعة الثانية سنة 2002 ، ص 17.

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 21301 المؤرخ في 30/06/1981 ، المشار إليه من قبل أحسن أوسقيعة ، قانون العقوبات في ضوء الممارسات القضائية ، المرجع السابق ، ص 136.

<sup>1</sup> - سورة الطلاق ، الآية 06.

سليما لأن سوء التغذية يؤثر تأثيرا سيئا في نمو الجنين خاصة في الشهور الثلاثة الأخيرة من الحمل، فإذا كانت المواد الغذائية غير كافية اختل نمو الجنين وجسمه وعقله، وقد دلت البحوث المتخصصة على ما تأكله المرأة الحامل سيصل إلى الجنين ويتغذى به ويساهم في نموه ويؤثر في جسمه<sup>2</sup>.

وإذا وقع الطلاق بين الزوجين وكانت الزوجة حاملا فمن هو المكلف بالإنفاق عليها وكانت في مرحلة العدة حاملا.

يقول ابن العربي روى ابن نافع قال: قال مالك في قوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۚ وَتَمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمُ فَاسْتَزْعِ لَهُ أُخْرَىٰ﴾<sup>3</sup> ويعني بذلك المطلقات التي طلقن طلاقا بائنا من أزواجهن وليست حاملا فليس لها السكنى ولا نفقة لها ولا كسوة لأنها باننت منه ولا يتوارثان ولا رجعة له عليها وإذا كانت حاملا فلها النفقة والكسوة والمسكن حتى تنقضي عدتها.

وقوله تعالى ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۚ وَتَمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَإِنْ تَعَاسَرْتُمُ فَاسْتَزْعِ لَهُ أُخْرَىٰ﴾<sup>1</sup> وبذلك قرر الشارع للحوامل اللاتي قد بين من أزواجهن السكنى والنفقة ويرى المالكية والشافعية وبعض الحنابلة بأن النفقة تجب للحمل.

وإذا امتنع الزوج على الإنفاق على زوجته بعد صدور حكم بذلك فترى الحنفية أن:

<sup>2</sup> - العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2013 ص52.

<sup>3</sup> - سورة الطلاق ، الآية 06.

<sup>1</sup> - سورة الطلاق، الآية 6.



- إذا كان الزوج موسرا وله مال ظاهر باع القاضي من ماله جبرا عليه وأعطى الثمن لزوجته للنفقة، وإن لم يكن له مال ظاهر وكان معسرا حبسه القاضي إذا طلبت الزوجة، ويضل محبوسا حتى يدفع النفقة فإن لم يدفع وثبت عجز على الإنفاق ترك إلى الميسرة. وأما إذا كان الزوج معسرا فلا يحبس إذ أنه ليس ظالما بامتناعه عن الإنفاق ولا فائدة من حبسه<sup>2</sup>.

## ثانيا: في القوانين الوضعية

على غرار ما ذهبت عليه الشريعة الإسلامية فقد أوجب المشرع الجزائري نفقة الحامل حتى تضع حملها وهذا ما نصت عليه المادة 60 من ق أ ج والتي حددت عدة الحامل بوضعها<sup>3</sup>.

كما قرر المشرع الجزائري عقوبة الحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج لكل من امتنع عن أداء النفقة لمدة شهرين فأكثر بموجب حكم قضائي<sup>1</sup>، وقضت المحكمة العليا الجزائرية في قرارها الصادر 1996/06/30 بأن جنحة عدم تسديد النفقة تقتضي لقيامها.

- وجود سند قضائي يقضي بأداء نفقة معينة.
- أن يكون السند القضائي قابلا للتنفيذ.
- القيام بإجراءات التنفيذ.
- وأن يمتنع المحكوم لديه عن دفع النفقة لمدة تفوق الشهرين<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> - وهبة زحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج9 ، المرجع السابق ، ص764.

<sup>3</sup> - تنص المادة 60 من ق أ ج المعدل و المتمم " عدة الحامل وضع حملها و أقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة".

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 01/331 من ق ع ج المعدل و المتمم " يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات و بغرامة من 50000 دج إلى 300000 دج كل امتنع عمدا و لمدة تتجاوز الشهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءا لإعالة أسرته، و عن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجه أو أصوله أو فروعه و ذلك رغم صدور حكم ضده بالزامه بدفع نفقة إليه...".

<sup>2</sup> - قرار المحكمة العليا - ملف رقم 132862 المؤرخ في 1996/06/30

أما في القانون الفرنسي فقد نصت المادة 227/ 03 من قانون العقوبات المعدلة بموجب القانون 2011-225 المؤرخ في 2011/05/11 على أن أي شخص يمتنع عن تنفيذ سند قضائي يلزمه دفع النفقة لطفل قاصر أو لأحد فروع أو أصوله أو زوجه لمدة تجاوز الشهرين يعاقب بالحبس لمدة سنتين وبغرامة قدرها 15000 يورو<sup>3</sup>، وفي الفقرة الرابعة من نفس المادة 227 ق ع التي تنص على أن الملزم بالنفقة في حالة تغيير عنوانه ولم يقم بتبليغ الدائن بالنفقة خلال مهلة شهر واحد لذلك يعاقب بالحبس لمدة ستة أشهر وبغرامة قدرها 7500 يورو.

وقد كان قضاء فرنسا لا يشترط التبليغ إذا ما اعترف المدين بأنه على دراية بالحكم الموجب للنفقة والقاضي بها أو إذا كان من السائغ إثبات ذلك، ثم تراجع عن موقفه وشدد على ضرورة تبليغ الحكم على أن يتم التبليغ وفقا للشروط القانونية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية.

وترى محكمة النقض الفرنسية أنه من الجائز تنفيذ الحكم ليس على من بلغ له فحسب بل وأيضا على كل من بادر بتنفيذ الحكم عن طواعية وهكذا قضى بقيام جنحة عدم تسديد النفقة في حق من بدا في دفعها عن طواعية قبل تبليغه الحكم بها ثم توقف عمدا عن دفعها<sup>1</sup>.

أما في قانون العقوبات المصري فقد نصت المادة 293 منه على أنه «كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع النفقة لزوج أو أقربائه أو أقاربه أو أصهاره أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تتجاوز 500 جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين ولا ترفع الدعوى إلا بناء على شكوى من صاحب الشأن وإذا رفعت بعد

<sup>3</sup> -Article 227-3Modifié par LOI n°2011-525 du 17 mai 2011-art.151M »le fait, pour une personne de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant , d'un ascendant ou du conjoint une pension une contribution , des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation , est puni de deux ans d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

<sup>1</sup> -Crim23/10/1991 Dr.pén.1992 ; Crim04/09/1996, BC n°312,

الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون عقوبة الحبس مدة لا تزيد عن سنة وفي جميع الأحوال إذا أدى المحكوم عليه ما تجب في ذمته أو قدم كفيل يقبل صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة»<sup>2</sup>.

أكدت الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية على ضرورة توفير حماية خاصة ورعاية كافية للجنين، وقد كفل له حقه في الحياة والحصول على رعاية صحية مثلى إذ كانت الشعوب القديمة تقتل الأطفال الضعفاء وتتخلص من العناصر التي لا تمتلك كفاءة جسمانية، وقد أجل رسول الكريم الاقتصاص من المرأة الحامل حتى تضع حملها فلم يحم الحد على المرأة الغامدية التي اعترفت بحملها من زنا فقال لها اذهبي إلى أن تضعي فلما وضعت قال لها اذهبي حتى ترضعي فلما أرضعته أنته فقال لها اذهبي حتى تستودعيه وكان ذلك كله مخافة عدم تعريض الجنين للخطر.

### **الفرع الخامس: التيسير على المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية**

من مظاهر الرعاية الشرعية التي قررها الفقه الإسلامي إذا كانت المرأة حامل وحفاظاً على ما في بطنها وصوناً للجنين من كل ما يؤثر سلباً على حياته، فقرر إرجاء إقامة الحدود عليها في حالة إرتكاب الأمي لجريمة ما، كما أوجب النفقة على الحامل وكذا التيسير في العبادات كالصوم والصلاة وغيرها.

### **البند الأول: إرجاء إقامة الحدود على المرأة الحامل**

قد ترتكب الحامل جريمة ويؤكد الشرع على ذلك بعقوبة من عقوبات الحدود أو غيرها، فلا تنفذ هذه العقوبة إلى ما بعد الوضع مهما كانت الجريمة المرتكبة ولو وصلت إلى القتل أو الزنا أو السرقة، بل أكثر من ذلك ولو كان الجنين الذي في أحشائها نتاج زنا فيؤجل

<sup>2</sup> - حادي شفيق ، المرجع السابق ، ص135.

تنفيذ مثل هذه الحدود عليها أو القصاص إلى حين الوضع<sup>1</sup>، فإذا ارتكبت الحامل جناية معاقب عليها فإن هذه العقوبة لا تنفذ حتى الوضع ولو كانت القتل.

فقد جاء في بداية المجتهد: (إن المرأة قتلت عمدا وكانت حاملا إنه لا يقاد منها حتى تضع حملها)<sup>1</sup>.

وكذا عقوبة الرجم أو الجلد أو غيرها من العقوبات كما روي أن عمر رضي الله عنه أراد أن يرجم حاملا فقال له علي رضي الله عنه «إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك علي ما في بطنها فأمسك، وقال لولا علي لهلك عمر»<sup>2</sup>.

إن مظاهر الحماية هذه قد ذهبت إلى أكثر من ذلك فقررت عدم تنفيذ العقوبة إلى حين كفالة المولود وهذا ما وضحه وبينه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي رواه بريد عن أبيه قال:

«جاءت الغامدية وقالت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم إنني قد زنيت وإني أريد أن تطهرني وأنه ردها، فلما كان الغد قالت يا نبي الله لما تردني فلعلك تريد أن تردني كما رددت ماعزا ابن مالك فو لله إنني لحبلى، قال أما لا فاذهبي حتى تلدي، فلما ولدت أنته بالصبي في خرقة، قال هذا قد ولدته قال فاذهبي فأرضعيه حتى تظميه، فلما فطمته أنته بالصبي وفي يده كسرة خبز فقالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام فرفع الصبي إلى رجل من المسلمين، وأقام عليها الحد ورجمه» وهو الأمر الذي أجمعت عليه أقوال الفقهاء، فمثلا عند المالكية تؤخذ الحامل الجانية على طرف أو نفس عمدا للوضع ووجود مرضعة بعدها، حذر أن يأخذ نفسان في نفس<sup>3</sup>.

1 - عبد النبي محمد محمود ، المرجع السابق ، ص44،43.

1 - بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، دار الفكر ، بيروت ، ج 2 ، ص303.

2 - منهاج السنة النبوية ، لابن تيمية ، مؤسسة قرطبة ، طبعة أولى، سنة 1406 هـ ، ج06 ، ص41.

3 - أحمد القاسمي الحسني ، علامات الحياة و الممات بين الفقه و الطب، دار الخلدونية، الطبعة 2001 ، ص119.

ويرى الحنابلة أنه لا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها سواء كانت حاملا وقت الجناية أو حملت بعدها قبل الإستفاء وسواء كان القصاص في النفس أو الطرف معتبرين أن قتل الحامل قتل لغير القاتل وبذلك يكون إسرافا وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ۗ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ۗ إِنَّهُ كَانَ مُنْصُورًا﴾<sup>1</sup>.

أما الشافعية فقالوا أنه: (إذا وجب القصاص على امرأة حامل لم يجز قتلها قبل أن تضع)، ومن ضمن ما استدل به الإمام النووي ما روي عن عمر رضي الله عنه: «من أنه أمر بقتل امرأة من زنا وهي حامل فقال له معاذ ابن جبل رضي الله عنه إذا كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على ما في بطنها - يعني حملها، فترك عمر قتلها»، وهذا أيضا ما أكدته الحنفية بقولهم: «وقام على الحامل بعد وضعها لا قبله أصلا كي لا يؤدي إلى هلاك الولد لأنه نفس محترمة لا جريمة منه».

من كل هذا يتبين أن الشريعة الإسلامية سبقت إلى عدم تجريم الحمل بما فعلته الحامل محافظة على الجنين محافظة تامة وكاملة<sup>2</sup>.

### البند الثاني: التيسير في العبادات

من الأولويات التي أرساها الشارع الحكيم ورفع بها الحرج عن الأم الحامل أنه يسر لها في العبادات خوفا من ضعفها وتأثر الجنين بذلك الضعف وتتجلى جوانب التيسير والتخفيف في العبادات ما يقدم له حياة الجنين خوفا من الهلاك.

ومن مظاهر الرعاية الصحية للجنين في الإسلام أنه يسر للحامل الإفطار في رمضان وغيره وحث على عدم جواز صوم الحامل، وذلك لما رواه أنس ابن مالك الكعبي

<sup>1</sup> - سورة الإسراء ، آية 33.

<sup>2</sup> - أحمد القاسمي الحسني، المرجع نفسه، ص 120 .

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وعن الحبل والمرضع»<sup>1</sup>.

فمن رحمة التشريع بالجنين والرضع أنه أباح إبطار الحامل وجعل منها فرض فأسقط عنها الصوم.

وإذا خافت الحامل على أنفاسها من الصوم أفطرت وعليها القضاء دون الكفارة لأنها أفطرت للخوف على نفسها فوجب عليها القضاء دون الكفارة وهي نفس الأحكام التي تطبق على المرضعة.

وذهب ابن تيمية في الفتاوى الكبرى قوله: «إن الحامل إذا كانت تخاف على جنينها فإنها تقطر وتقضي عن كل يوم وتطعم عن كل يوم مسكين»<sup>2</sup>.

### البند الثالث: النفقة على الحامل

حرص الإسلام على حقوق الجنين مراعاة له باعتبار أنه منفرد بصفة الحياة وإن كان جزء من أمه، فقرر حقه في النفقة وأوجبها على أمه الحامل به ولو كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن مصداقا لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۚ وَاتَّمَرُوا بَيْنَكُمْ بِمَعْرُوفٍ ۚ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسَرِّضُوا لَهُ أُخْرَىٰ﴾<sup>3</sup>.

ذلك أن النفقة على الحامل واجبة حفاظا على الجنين الذي في بطنها مهما كان السبب الذي أدى إلى انفصالها عن الزوج كالطلاق أو الوفاة على اعتبار أن الرجل إذا طلق زوجته طلاقا بائنا وكانت حاملا، فمن حقه النفقة والسكنى ذلك بإجماع أهل العلم كافة، بل حتى ولو كانت الزوجة ناشزا فتجب نفقتها وذلك من أجل صون جنينها.

<sup>1</sup> - سنن النسائي ، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، الطبعة 2 ، ج 4 ، ص 190.

<sup>2</sup> - الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، دار الكتب العلمية ، ج 2 ، ص 471.

<sup>3</sup> - سورة الطلاق ، الآية 6.

## الفصل الثاني

### الحماية القانونية للجنين في ظل التقنيات الطبية المستحدثة

من مقاصد الشريعة الإسلامية السمعاء الحفاظ على النسل والنفس باعتبارهما إحدى الأسس المستمدة من القرآن والسنة ومن المعلوم أن الإخصاب الطبيعي هو الأصل في استمرار عملية التناسل والتكاثر وكل ذلك عملاً بما قرره الشريعة، إلا أنه في بعض الأحيان يصعب الإنجاب الطبيعي مما يؤدي إلى لجوء الأزواج إلى تقنيات مستحدثة كالتلقيح الاصطناعي والذي يتم بعدة وسائل وهذا ما سنتناوله في مبحثين، نورد في المبحث الأول مفهوم التلقيح الاصطناعي وأحكامه وكذا موقف المشرع منه، وفي المبحث الثاني نتكلم فيه عن أحكام الاستنساخ البشري.

## المبحث الأول

### التلقيح الاصطناعي وصوره

تتعدد الطرق في مجال الطب لغير القادرين على الإنجاب والتي قد تؤدي إلى نتائج يرغب فيها المتزوجين من خلال اتخاذها أسلوباً من أجل الحصول على الجنين ومن هذه الوسائل هناك ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي الذي يعتبر بمثابة ضرورة اجتماعية تفرضها ظروف اجتماعية، كما أنه يعالج العديد من المشاكل الزوجية المتعلقة بعدم قدرة أحد الزوجين على الإنجاب أو هما معا كما أنه قد يكون لأغراض تتعلق بتحسين النسل بهدف علاج الأمراض الوراثية التي تنتقل من جيل لآخر<sup>1</sup>.

فالتلقيح الاصطناعي يعني التناسل بمساعدة التكنولوجيا التي يلجأ إليها الأطباء المتخصصون لمعالجة الأزواج المصابين بالعقم أو ضعف الخصوية عن طريق إيصال الحيوان المنوي إلى الجهاز التناسلي الأنثوي بغير العملية الطبيعية للجماع<sup>2</sup>.

ولعل أنه من آثار الحماية القانونية للجنين هو أن المشرع قد نظم هذه العمليات تنظيماً يجعلها بمنأى عن الخطأ فوضع لهذه العملية شروط ونظمها تنظيماً كافياً من خلال

---

<sup>1</sup> - حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى سنة 2006، ص124.

<sup>2</sup> - منذر طيب البرزنجي و شاعر غني العادلي، عمليات أطفال الأنابيب و الاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ص47.



تبيان الأحكام الخاصة بالمساعدة الطبية على الإنجاب المتعلقة بتنشيط عملية الإباضة والتلقيح بواسطة الأنابيب ونقل الأجنة والتخصيب الاصطناعي<sup>1</sup>، وبين أحكام هذه العملية وشروطها من خلال قانون الصحة 11-18<sup>2</sup>.

وهناك نوعين من التلقيح الاصطناعي داخلي وآخر خارجي إذ يعد أحد الطرق العلاجية التي توصل إليها الطب الحديث بوسائله الحديثة في حماية الجنين والتغلب على مشكلة عدم القدرة على الإنجاب التي يعاني منها بعض الأزواج نتيجة الضعف أو لنقص الحيوانات المنوية وقلة حركتها<sup>3</sup>.

### المطلب الأول: التلقيح الإصطناعي الداخلي

وهي إحدى الطرق التي يتم فيها أخذ الخلية المنوية من الرجل وحقنها داخل مهبل المرأة إذا كانت طبيعية أو في الرحم إذا كان لديها شيء من الالتهابات، ويعرف أيضا بأنه الطريقة التي يتم فيها الإخصاب داخل رحم المرأة وهي تعد أقدم وأول الطرق التي اهتدى إليها علماء التناسل البشري وتقوم على محاولة قذف الحيوانات المنوية داخل الرحم بواسطة أوعية مخبرية عندما لا تكون هذه العملية ممكنة بالطريق الطبيعي نظرا لوجود أسباب تحول دون ذلك كإصابة الرجل بالعنة أو الإنزال السريع مع قدرته على إفراز حيوانات منوية سليمة، أو إذا كانت حموضة المهبل تقتل الحيوانات المنوية بصورة غير اعتيادية أو كون إن هناك إفرازات عنق الرحم تعيق ولوج الحيوانات المنوية أو تمنعها ففي هاته الحالات يتم اللجوء إلى التلقيح الداخلي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> – Raquel Freire de Sousa, l'enfant face aux nouvelles techniques de procréation médicalement assistée, TUKB 2012, P4.

<sup>2</sup> – أنظر نص المادة 370 من القانون 11-18 المتعلق بالصحة " المساعدة الطبية على الإنجاب هي نشاط طبي يسمح بالإنجاب خارج المسار الطبيعي ، في حالة العقم المؤكد طبييا

و تتمثل في ممارسات عيادية و بيولوجية و علاجية تسمح بتنشيط عملية الإباضة و التلقيح بواسطة الأنابيب و نقل الأجنة و التخصيب الاصطناعي "

<sup>3</sup> – أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحظر و الإباحة، المرجع السابق ص 531.

<sup>4</sup> – أمينة حمشاشي، الحماية القانونية للجنين - دراسة مقارنة - ، مذكرة ماجستير، سنة 2007، ص17.

## الفرع الأول: صور التلقيح الاصطناعي الداخلي

وللتلقيح الداخلي ثلاث صور:

**البند الأول: التلقيح بنطفة الزوج:** وتتم هاته الصورة باستدخال ماء الزوج إلى داخل بوق رحم زوجته بوسيلة طبية حال قيام العلاقة الزوجية ليتحد مع بويضاتها وذلك لاستحالة التلقيح الطبيعي أو الإنجاب بالطريقة الطبيعية لأي سبب من الأسباب كضعف الحيوان المنوي من حيث الحركة أو العدد أو النوع ويلجأ إلى هذه الصورة في حالة عجز الزوج عن إقامة علاقة جنسية طبيعية مع زوجته أي إذا كان في الزوج قصورا لسبب ما ككونه عنينا أو مجبوبا أو مخصيا<sup>1</sup>.

وعرفت هاته الطريقة قديما بالاستدخال ولا تزال منتشرة في عالم الحيوانات، حيث كان المني يجمع من ذكور الحيوانات ثم يحقن في إناثها وقد تم تطبيق هذه التقنية على الإنسان سنة 1953، إذ يستبعد الاتصال الجنسي الطبيعي بين الذكر والأنثى ويقتصر دور الطبيب فيها على حقن مني الذكر في موضع التناسل من المرأة ليلتقي الحيوان المنوي بالبويضة وتمضي عملية إخصاب والعلوق في جدار الرحم كما لو كان التلقيح طبيعيا<sup>2</sup>.

والتلقيح الصناعي بنطفة الزوج بعد الوفاة وفيه يتم استدخال ماء الزوج المتوفى إلى داخل رحم زوجته، إذ تمكن العلماء في الوقت الحالي من التوصل إلى إمكانية الحفاظ بالحيوانات المنوية في بنوك أطلق عليها اسم بنوك المني والتي يحفظ فيها السائل المنوي للرجل لفترة يبقى فيها صالحا للإخصاب حتى بعد وفاته وتتم هاته الصورة وفق تقنيتان معروفتان الأولى تتمثل في زرع مني الزوج المحفوظ والمجمد في موضع تناسل المرأة بطريقة طبية والثانية تتمثل في نقل اللقائح المجمدة الزائدة عن الحاجة في محاولات السابقة إلى موضع تناسل المرأة وفق طريقة التلقيح الخارجي كما سيأتي.

1 - أحمد محمد لطفي احمد ، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء، بدون طبعة، ص 65.

2 - العربي الشحط عبد القادر، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي، دراسة مقارنة، المرجع السابق سنة 1999 - 2000، ص 12،13.

وقد أثارت هاته التقنية جدلا حادا يتمثل في إمكانية إنشاء طفل وإخراجه للوجود يتيما وبدون أب وذلك بعد انحلال رابطة الزواج بالوفاة، وفي القانون المقارن انقسمت آراء المشرعين إلى اتجاهين اتجاه يرفض هاته التقنية ويتمثل كل في القانون الألماني السويدي والنمساوي.

واتجاه ثاني يوافق على هاته التقنية بشروط تتعلق بالوقت كالقانون الاسباني أو بعد موافقة لجنة خاصة كالقانوني الانجليزي، أما في فرنسا فإنه وقبل صدور قانون 1994/07/29 المتعلق بحماية الجسم البشري كان الرأي ينصب على مدى مشروعية العقد الذي تبرمه مراكز حفظ ودراسة المني مع الأزواج والذي يكون الهدف منه تحقيق الإنجاب بعد الوفاة.

ومع ذلك ظل الاتجاه في فرنسا يرفض هاته التقنية للإنجاب واعتبر العقد المنظم لإنجاب بعد الوفاة غير مشروعة لمخالفته لنظام الأبوة.

**البند الثاني: التلقيح بغير نطفة الزوج:** الزوج في هذه الحالة يتم تكوين الجنين داخل رحم الزوجة بغير الاتصال الطبيعي مع الزوج كونه مصاب بالعقم ناتج عن قلة عدد الحيوانات المنوية له أو وجود تشوهات فيها و عدم قدرتها على اختراق البيضة، وتتم هاته الطريقة باستدخال ماء رجل إلى بوق رحم امرأة أجنبية عنه قد تكون زوجة أو أرملة لرجل آخر وقد تكون مطلقة صاحب الماء.

وقد أثارت هذه التقنية جدلا فقهيًا حادا انقسم الفقه على إثره إلى فريقين فريق يرى أن التلقيح الاصطناعي بغير نطفة الزوج يشكل نوعا من علاج مرض العقم وفريق ثاني اعتبر هذه التقنية غير مشروعة ويترتب على أي تصرف قانوني يبرم بشأنها البطلان المطلق وترتيب مسؤولية جزائية ومدنية اتجاه كل شخص لاسيما الطبيب الذي يشرف على هذا النوع من التلقيح<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني: الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي الداخلي

<sup>1</sup> - العربي الشحط عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 30.

تعد هاته التقنية من المستجدات التي أفرزتها الثورة البيولوجية ونظرا لكونه لم تقبل عليه الأمة الإسلامية ولم ينتشر في أوساطها فلم يحض لتعرض فقهاء الشريعة الإسلامية له من خلال مقارنتها بعملية الاستدخال فاختلفت آراء الفقهاء في ذلك فبينما يذهب غالبيتهم إلى جوازه بشرط انحصاره بين الزوجين وحال حياتهما.

## **البند الأول: جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين**

وهو رأي الجمهور من المالكية والحنفية والشافعية وذهبت إليه غالبية آراء العلماء المحدثين الذين تعرضوا للموضوع من خلال المجامع الفقهية واستدلوا على الحجج الآتية:

**1-** التلقيح الاصطناعي الداخلي يعتبر نوعا من التداوي الذي أقرته السنة النبوية مصداقا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «ما أنزل الله داءا إلا وضع له دواء» ولما كان العقم مرض وعلاجه يكون بواسطة التلقيح الاصطناعي فإن هذه الوسيلة تعد مشروعة.

**2-** إن الهدف الأساسي من الزواج هو التكاثر لحفظ النسل البشري وقد حثنا الرسول صلى الله عليه وسلم على التكاثر فقال «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» والعقم ظاهرة تقلل من عدد المسلمين لذلك وجب علاجها بالوسائل النافعة والمشروعة.

**3-** إن التلقيح الاصطناعي الداخلي لا يتعارض مع خلق الإنسان لأن أسبابه لا تتم إلا بأسباب الله تعالى، وهي أخذ المنى من الرجل والبويضة من المرأة في البيئة التي حددتها حكمة الله تعالى ولا يتم نجاح هذه العملية إلا بإرادة الله لذلك فإن التلقيح الصناعي الداخلي جائز شرعا.

**4-** إن الاتصال الجنسي ليس هو الوسيلة الوحيدة لإيصال ماء الرجل إلى رحم زوجته إذ يتم الحمل باستدخال المنى إلى موضع المناسب له بدون اتصال جنسي<sup>1</sup>.

**6-** الرجل العقيم هو الذي يستحيل عليه الإنجاب حتى باللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، أما إذا كانت المساعدة الطبية مجدية في هذا الأمر وبطريق مشروع فليس في الأمر حرج أي خرق لقوانين الطبيعة أو الخروج عن الدين.

<sup>1</sup> - محمود عبد الرحيم مهرا، المرجع السابق، ص495

## البند الثاني: عدم الجواز المطلق

ذهب بعض الفقهاء المحدثين إلى حرمة التلقيح الاصطناعي بنوعيه وأسسوا هذا القول على أساس أن المني يجب أن يكون دافقا وأن يوضع في قرار مكين مصداقا لقوله تعالى: ﴿خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾<sup>2</sup>، وقوله تعالى: ﴿فَجَعَلْنَاهُ فِي قَرَارٍ مَكِينٍ﴾<sup>3</sup>. ومن المعلوم أن التلقيح الاصطناعي لا يحترم هذه الضوابط الشرعية ولا يحقق المداليل المتعلقة بالاتصال الجنسي كوسيلة لإيصال اللقيحة إلى الرحم.

وذهب آخرون لتقرير الحرمة على أساس أن الله عز وجل قد أباح الاستمتاع بين الزوجين لغاية أخرى غير الإنجاب وهذه الغاية تتمثل في تحقيق السكن النفسي الناتج عن المتعة الجنسية والعاطفية بالجماع، كما ذهب آخرون في تقرير الحرمة اعتمادا على الطريقة التي يستدخل بها المني التي تعد في نظرهم طريقة مخالفة للطريقة التي شرعها الله وارتضاها لعباده وهذا يدخل في عموم قوله تعالى: ﴿فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾<sup>1</sup>.

يتبين ويتضح من الحجج التي اعتمد عليها هذا الفريق القائل بالحرمة يرجع عندهم إما للتخوف الزائد من محاذير التقنية وإما إلى عدم الاستيعاب الكافي لخطوات التقنية وتفصيلها العلمية، وإما إلى الخلط بين الفروض المباحة والواقعية بين الزوجين وتلك التي تدخل في دائرة الحرمة بسبب تدخل طرف ثالث خارج العلاقة الزوجية في عملية الإنجاب.

## البند الثالث: الرأي الراجح

من خلال ما سبق يظهر أن الراجح من الأقوال السابقة هو القول بجواز التلقيح الداخلي ومشروعيته خاصة إذا تقرر لدينا أن الإيلاج لا يعتبر الطريق الوحيد لإيصال ماء الرجل إلى موضع التناسل للزوجة لأنه من حيث الواقع هناك ما يعرف بالاستدخال الذي يترتب عليه إيصال ماء الرجل إلى موضع التناسل من المرأة ، ورتب عليه فقهاء الشريعة

<sup>2</sup> - سورة طارق، الآية 6.

<sup>3</sup> - سورة المرسلات، الآية 21.

<sup>1</sup> - سورة المؤمنون، الآية 7.

الإسلامية الآثار الشرعية كالنسب والعدة، وإذا كان الاستدخال في صورته البسيطة مشروعاً فإن هذا يقضي جواز التلقيح الاصطناعي الداخلي متى احترمت فيه كافة الضوابط والشروط التي وضعها الفقهاء وخاصة إذا كان التلقيح اصطناعي داخلي علاج لمرض أو لمانع من موانع الإنجاب<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: شروط التلقيح الاصطناعي الداخلي

أجمع فقهاء الأمة الإسلامية من خلال المؤتمرات المنعقدة والمجامع الفقهية التي بينت ووضحت هذه الشروط و تتمثل فيما يلي:

#### البند الأول: استحالة الإنجاب بالطريق الطبيعي

إن القول بجواز التلقيح الاصطناعي باعتباره علاجاً للعقم يشترط أن تكون حالة الزوجين وفقاً للمقاييس الطبية يستحال معها تحقيق الهدف من الزواج المتمثل في عملية الإنجاب طبيعياً بسبب مرض الزوجين أو أحدهما بالعقم أو ضعف الخصوبة، فالضرورة تبيح المحظور وتفسيراً لذلك قد أسس الفقه الإسلامي على التحريم على قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ۗ ذَٰلِكَ أَزْكَىٰ لَهُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾، وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ۗ وَلَا يَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ ۗ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوْ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ ۗ وَلَا يَضْرِبْنَ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ ۗ وَتَوْبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهُ الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾<sup>2</sup>.

وبذلك فإن الفقه الإسلامي لم يفتح باب التلقيح الاصطناعي على مصرعيه كما فعل المشرعون الغربيون، لأنه أخرج التلقيح من دائرة القاعدة العامة التي هي الإباحة وجعله

<sup>1</sup> - عبد الرحمن زنادة، التلقيح الاصطناعي من منظور الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، رسالة ماجستير سنة 2007، ص32.

<sup>2</sup> - سورة نور ، الآية 30-31.

بمثابة استثناء يرد على القاعدة العامة، إن الأطباء يميزون بين العقم وضعف الخصوبة فالعقم هو عدم القدرة على الإنجاب بصفة نهائية<sup>3</sup>.

وهو بهذا المفهوم يشتمل على حالات لن تجدي معها وسائل المساعدة الطبية على الإنجاب فالعقم بهذا المعنى ليس له علاج وهذا مصداقا لقوله تعالى في سورة الشورى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ ۖ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ ۚ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنِئَاتًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ، أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاتًا ۗ وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا ۗ إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ﴾<sup>1</sup>، وفي شرحهم لهذه الآية قال المفسرون أن العقيم هو الذي لا يلد ولا يولد له.

### البند الثاني: اقتصار استعماله على الزوجين أثناء حياتهما وبرضاها

اشترط الفقهاء قصر استعمال تقنيات الإنجاب الاصطناعي على الزوجين مرتبطين بعقد زواج شرعي وهذا الشرط معقول ومنطقي، لأنه يقوم على تفضيل العلاقة الشرعية على العلاقة الغير الشرعية ويترتب على ذلك عدم جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي بعد انفصال الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة أو بالفسخ، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في مادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم إذ نص على جواز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وقصر هذا الحق على الزوجين المرتبطين بعد زواج شرعي وأن يتم التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما ويتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها كما حضر اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة<sup>2</sup>.

كما بين المشرع الجزائري من خلال تبيانه لأحكام المساعدة الطبية على الإنجاب وذلك من خلال طلب يعبر عنه رجل وإمرأة في سن الإنجاب ويكون ذلك أثناء قيام العلاقة الزوجية بموجب عقد زواج قانوني ويتم اللجوء فيها بالحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة دون سواهما دون تدخل طرف ثالث على أن يقدم الطرفین طلبا كتابيا وهما على قيد الحياة

<sup>3</sup> - تشوار جيلالي ، الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، ديوان المطبوعات الجامعية -الجزائر ، الطبعة 2001 ص 98،99.

<sup>1</sup> - سورة الشورى، الآية 49-50.

<sup>2</sup> - المادة 45 مكرر من القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04/05/2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري.

وهذا ما نصت عليه المادة 371 من قانون الصحة الجديد «تخصص المساعدة الطبية على الإنجاب حصريا، للاستجابة لطلب يعبر عنه رجل وامرأة في سن الإنجاب على قيد الحياة، يشكلان زوجا مرتبطا قانونا، يعانيان من عقم مؤكد طبيا ويوافقان على النقل أو التخصيب الاصطناعي، ولا يمكن اللجوء فيها إلا للحيوانات المنوية للزوج وبويضة الزوجة، دون سواهما، مع استبعاد كل شخص آخر، يقدم الزوج والزوجة كتابيا، وهما على قيد الحياة، طلبهما المتعلق بالمساعدة الطبية على الإنجاب، ويجب عليهما تأكيده بعد شهر (1) واحد من تاريخ استلامه من الهيكل أو المؤسسة المعنية»<sup>1</sup>.

**البند الثالث: أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها:** من المعروف أن النسب يثبت بالفراش الصحيح الأمر الذي يقتضي شرعية الزواج الذي يبيح العلاقة الطبيعية بين الزوجين ولذلك يجب أن تتم عملية التلقيح بمني الزوج وكل مخالفة لذلك تعد مسألة الحرمة بديهية كأن تلقح الزوجة من غير زوجها وكل طفل ناشئ بالطرق المحرمة فإنه ينسب لأمه ولا يلحق بأبيه وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة سالفه الذكر 45 مكرر من الأمر 02/05 في فقرتها الثالثة إذ تؤكد أن يتم التلقيح بمني الزوج وبويضات رحم الزوجة دون غيرها.

وبتوافر هذه الشروط ورغبة الزوجين في استعمال التلقيح كوسيلة للحصول على الولد فلهما ذلك على أن تتم العملية وأن يقوم به طبيب موثوق وعلى هذا فإنه لا تتم عملية التلقيح الصناعي إلا وفقا لشروط الشرعية والنظامية والأخلاقية التي أجمع جمهور الفقهاء عليها<sup>2</sup>.

(2) يتم من خلال هذه العملية استجلاب الحيوان المنوي واستخراج البويضة والجمع بينهما في الأنبوب الاختباري ليتحدا ثم تستدخل النطفة الأمشاج اللقيحة إلى رحم المرأة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 371 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي ، الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري - دراسة مقارنة - ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة 2011، ص 62.

<sup>1</sup> - أيمن مصطفى الجمل، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات التجارب البحث العلمي، المرجع السابق، ص167.



3) وعرف أيضا التلقيح الاصطناعي الخارجي بأنه مجموعة الأعمال الطبية التي تهدف إلى التقاء الحيوان المنوي بالبويضة خارج الرحم لتلقيحها في أنبوب وتعاد بعده إلى الرحم بشروط.

ويرى الدكتور حسيني هيكل أن الإخصاب الصناعي الخارجي هو مجموعة الأعمال الطبية الهادفة إلى إخصاب البويضة خارج الرحم في وسط ملائم للأخير لإعادتها إليها بشروط<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: موقف الفقهاء المعاصرين من أساليب التلقيح الاصطناعي الخارجي

تعددت صور التلقيح الخارجي بحسب ما حددنا سابقا وقد بين فقهاء الشريعة الإسلامية وعلمائها موقفهم منها لذا سنتطرق إلى بيان الحكم الشرعي في الصورة الأولى والثانية.

في الصورة الأولى والتي يتم فيها استدخال نطفة الرجل إلى رحم الزوجة المكونة في خارجه في الأنبوب وذلك لفساد بوق رحم الزوجة أو لوجود حامض في هذه القناة يهاجم الحيوان المنوي فيقتل قبل وصوله إلى الرحم.

وقد اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: يرى أنصار هذا الرأي بعدم الجواز مطلقا لهذه الصورة و استدلوها في رأيهم على الحجج التالية:

أ - تتيح هذه الصورة الأطباء التحكم في جنس الجنين وهذا بعد أن توصل العلم في سنة 1984 إلى وسيلة طبية يتم بموجبها الفصل بين الحيوانات المذكرة والحيوانات المؤنثة قبل الشروع في عملية التلقيح الخارجي.

---

<sup>2</sup> - حسيني هيكل ، النظام القانوني لإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة الطبعة 2006 ، ص 236.

ب- تتميز هذه الحالة بانعدام الأمان كون أن الغموض لازال يكتنف نتائج هذه التجربة من حيث احتمال ارتفاع نسبة التشوه لدى الجنين.

ج- يترتب على هذه العملية الشك في الأنساب بسبب كثرة عدد طالبي الإنجاب بهذه الطريقة ويحتمل خطأ الطبيب وذلك باستبدالها أنبوباً بآخر أو بتلاعبه عمداً مساًيرة لشخص ما.

د- إن هذه العملية ما زالت في طور التجارب وقد يكون لها آثار سلبية على كل من المرأة والجنين.

**المذهب الثاني:** وهم القائلون بالجواز بما يلي:

إن نسب المولود يثبت من الزوجين صاحباً البذرتين ويتبع الميراث والحقوق الأخرى المتعلقة بثبوت النسب فحين يثبت نسب المولود من الرجل والمرأة تثبت له كافة الحقوق الشرعية المتعلقة بالإرث والنسب وغيره وإن الجواز المصرح به لا يكون إلا بتوافر الشروط تتمثل فيما يلي:

أ- وجود حالة ضرورة أي إنعدام أي طريق آخر للإنجاب بمعنى أن يلجأ المتقدمان لعملية التلقيح الصناعي.

ب- انتفاء الضرر على أطراف العملية بما فيهم الجنين الذي سيولد بهذه الطريقة ويكفي في هذا الأمر غلبة ظن الطبيب المعالج وهو ما أكدته فتوى المجمع الفقهي بمكة المكرمة في دورته 7 هـ.

ج- تجرى هذه العملية طبيبة مسلمة فإن لم توجد فطبيبة غير مسلمة فإن لم فطبيب مسلم وإن لم يوجد فطبيب غير مسلم ثقة حفاظاً على العورات.

د- مراعاة الحيطة والحذر في عدم تغيير الأنابيب، أو خلط محتوياتها بملحقات الأجنبية<sup>1</sup>.  
الصورة الثانية وفيها تكون البويضة من متبرعة والحيوان المنوي من الزوج والحمل داخل الزوجة.

<sup>1</sup> - عربي الشحط عبد القادر ، موسوعة الفكر القانوني ، العدد الرابع ، سنة 2004 ، ص 11-13.

ومدلول هذه الحالة أن تكون البويضة من امرأة تُوَجَّر رحمها بأجر أو بغير أجر وتلقح بماء رجل متزوج بإمرأة مصابة بالعقم، حيث تتم العملية في طبق اختباري تؤخذ فيه اللقيحة وتوضع في رحم المرأة العقيم المتزوجة من الرجل صاحب المنى، فالحكم الشرعي في هذه الحالة نجد أن الولد المولود من الزوجة ليس ولدا طبيعيا لها، حيث تداخلت في تكوينه وولادته بين امرأتين، فقد أجمع الفقهاء في هذه الحالة على حرمتها حتى وإن كانت الزوجة الثانية لذات الزوج وهذا ما أيده مجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة حيث جاء في هذه الحالة «إن هذه الصورة محرمة شرعا وممنوعة منعا باتا لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغيرها من المحاذير الشرعية»<sup>2</sup>.

ويرى الدكتور حسني عبد السميع إبراهيم أن هذه الصورة محرمة تحريما قاطعا لأنه يتم فيها اختلاط الأنساب، كون أن المتبرعة ليس لديها حاجة لإشباع غريزة الأمومة وهو أمر محرم شرعا وما أدى إلى الحرام فهو حرام<sup>3</sup>.

الصورة الثالثة وفيها تكون البويضة من متبرعة والحيوان المنوي من متبرع ويتم الحمل داخل رحم الزوجة وفي هذه الحالة يكون كلا الزوجين عقيمين ولكن رحم الزوجة يكون قابلا للتبويض والزوج يكون غير قادر على الإنجاب مطلقا.

فالحكم الشرعي في هذه الحالة أنه لا جدال في حرمتها عند فقهاء المسلمين لأن مصدر اللقيحة أجنبيان عن بعضهما وأن هذا الفعل يتلاقا مع الزنا وجميع الفقهاء المحدثين قالوا بالتحريم، فقد جاء في قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في هذه الحالة "وهي أن تجرى تلقيح خارجي في أنبوب اختبار بين نطفة رجل و بويضة امرأة (متبرعة) ثم تزرع اللقيحة في رحم امرأة أخرى متزوجة حيث قرر المجمع بأنها من الحالات المحرمة في الشرع الإسلامي ولا مجال لإباحة شيء منها لأن البذرتين الذكورية والأنثوية ليست من الزوجين<sup>1</sup>.

<sup>2</sup> - قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي 92-150، 137، مشار إليه من قبل حسني عبد السميع إبراهيم - المرجع السابق ، ص37.

<sup>3</sup> - حسني عبد السميع إبراهيم ، موقف الشريعة الإسلامية لتأجير الأرحام ، المرجع السابق ، ص 74.

<sup>1</sup> - محمود سعد شاهين ، أطفال الأنابيب ، المرجع السابق ، ص 139.

الصورة الرابعة و فيه أن تكون البويضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج و يتم الحمل داخل امرأة تتطوع بالحمل.

ومدلول هذه الحالة أن مبيض الزوجة سليم ومن المحتمل أنه قد أزيل مبيضها بعملية أو نتيجة عيب خلقي بحيث لا يمكن لهذه الزوجة أن تقوم بعملية الحمل في حين أن زوجها سليم، فتأخذ البذرتان وتوضع اللقيحة الناتجة عن ذلك في رحم امرأة متطوعة وتسمى الرحم الضأن، وعند ميلاد الطفل يسلم للزوجين مقابل أجر معلوم وهو ما يسمى بنظام الأم البديلة الذي أصبح من الوسائل الحديثة لمعالجة العقم.

فمن الناحية الشرعية فهي طريقة مرفوضة ولا تجوز شرعا وقد قرر المجمع الفقهي بمكة المكرمة في دورتها السابعة بتحريم هذه الحالة<sup>1</sup>، كون أن المتطوعة بالحمل أجنبية عن الزوجين صدر البذرتين وتفتح باب الشك في النسب إضافة إلى كشف عورة المتطوعة بالحمل وهذا غير جائز للمتطوعة بالحمل لأنها ليست هي الزوجة المحتاجة للأومومة. الصورة الخامسة وفيه تكون البويضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج على أن يتم الحمل داخل رحم الزوجة الثانية من ذات الرجل.

ففي هذه الحالة يفترض أن للزوجة مبيض سليم منتج إلا أن رحمها لا يمكن أن يقوم بعملية الحمل نتيجة عيوب خلقية تمنعه أو يكون الرحم أزيل بسبب عملية جراحية وفي المقابل أن الزوج سليم وحيواناته المنوية منتجة ففي هذه الحالة تأخذ من تلك الزوجة بويضة وتوضع في طبق وتخصب بماء الزوج وتوضع اللقيحة في رحم الزوجة الأخرى من ذات الزوج<sup>2</sup>.

أما عن الحكم الشرعي في هذه الحالة فقد قرر المجمع الفقهي في دورته السابعة بإباحة هاته الصورة إذا كانت المتطوعة بالحمل زوجة الثانية للزوج صاحب النطفة.

<sup>1</sup> - قرارات المجمع الفقه الإسلامي بمكة المكرمة ، مشار إليه من قبل محمود سعد شاهين ، أطفال الأنابيب ، المرجع السابق ، ص 142.

<sup>2</sup> - محمود سعد شاهين ، المرجع السابق ، ص 143.

لكن سرعان ما عدل المجمع الفقهي في دورته الثامنة بسبب أنه قد تحمل الزوجة المتطوعة ثانية قبل انسداد رحمها فتلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد معاشرته الزوج فيوجب ذلك من اختلاط الأنساب من جهة الأم الحقيقية وبذلك فإن سار عليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثامنة هو التحريم اعتبر أن هذه الطرق محرمة شرعا وممنوعة منعاً باتاً لذاتها أو لما يترتب عليها من اختلاط الأنساب وضياع الأمومة وغير ذلك من المحارم الشرعية<sup>1</sup>.

الصورة السادسة وفيه تكون البويضة من الزوجة والحيوان المنوي من الزوج والحمل داخل رحم حيوان، يتبين من هذه الحالة أن تحل مكان الأنابيب أرحام حيوانات تصلح لاحتضان هذه البويضة أي تحل محل رحم هذه الزوجة لفترة معينة ثم يعاد الجنين بعدها إلى رحم ذات الزوجة، ومعنى ذلك أنه يمكن الحصول على كائن حي متخلق من طرف إنسان وآخر حيوان وهذا الأمر لزال في طور الاحتمالات رغم شبه نجاح بعض التجارب في جامعات أمريكية إلا أن الأمر لم يتحقق بكل جدية.

أما من الناحية الشرعية فإنه من يفعل هذا الأمر يكون قد افسد خلقه الله في أرضه وإذا كانت للتلقيح بهذه الصورة مفسدة فإنه يحرم فعله، نظراً لأن فيه امتهان لكرامة الإنسان و يكون مرتكبه قد اقترف جرماً وإثماً<sup>2</sup>.

وتعددت صور التلقيح الخارجي ولم تعد محصورة في حالة واحدة حيث أصبح بالإمكان حالياً الحفاظ على نسل الشخص حتى بعد وفاته.

يتم هذا النوع من التلقيح بعدة صور وأساليب وهو ما يسمى الإخصاب الطبي المساعد ومن أمثلة هذه الأساليب ما يلي:

**الأسلوب الأول:** وهو الذي يأخذ فيه الحيوان المنوي للزوج وبويضة الزوجة من المبيض ويضع في أنبوب اختباري حتى تلقح نطفة الزوج مع زوجته ثم ترد هذه البويضة الملقحة إلى رحم هذه الزوجة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - قرارات مجمع الفقه الإسلامي بعمان في دورته الثالثة، سنة 1986.

<sup>2</sup> - الشيخ جاد الحق ، أحكام الشريعة الإسلامية ، المرجع السابق ، ص119.

ولا يتم اللجوء إلى مثل هذه الطريقة إلا في حالة وجود خلل في قناة فالوب.  
**الأسلوب الثاني:** وهو ذلك الأسلوب الذي يتم فيه أخذ الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من الزوجة ويتم تلقيحها ثم تزرع البويضة الملقحة في رحم مرة أخرى هي زوجة ثانية للزوج صاحب النطفة<sup>1</sup>، وهذه الطريقة لا يتم اللجوء إليها إلا إذا كانت الزوجة غير قادرة على الحمل لسبب ما.

**الأسلوب الثالث:** ويتم فيه أخذ نطفة الزوجة وبويضة من امرأة أجنبية وهي المتبرعة ثم زرعها في رحم زوجته وهذه الحالة تلجا إليها عندما يكون مبيض الزوجة معطلا ولكن رحمها سليم يقبل العلق فيه .

ولا يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب إلا إذا كانت الزوجة غير قادرة على الحمل في رحمها أو رغبة في الحفاظ على صحتها ورشاقتها أو جمالها فتتطوع امرأة أخرى لحمل اللقيحة عنها وهو ما يعرف بالأم البديلة وهو أسلوب محظور في معظم التشريعات<sup>2</sup>.

**الأسلوب الرابع:** وفيه يتم أخذ البويضة من الزوجة والحيوان المنوي من متبرع ويتم تلقيحهما، ثم تزرع اللقيحة بعد ذلك في رحم الزوجة، ويكون الولد في هذه الحالة ابنا حقيقيا للأم فقط دون الأب الذي يقتصر دوره على إعطاء اسمه للولد ليكون بذلك أبا «اجتماعيا».

**الأسلوب الخامس:** وفيه يتم أخذ البويضة من امرأة متبرعة والحيوان المنوي من الزوج ويتم تلقيحهما، ثم تزرع اللقيحة بعد ذلك في رحم الزوجة وفي هذه الحالة يكون الولد بيولوجيا ابنا للأب وحده دون الأم، التي اقتصر دورها على الحمل والوضع فقط، ولا يتم اللجوء إلى هذه الطريقة إلا إذا كانت الزوجة تعاني من عدم القدرة على التبويض.

**الأسلوب السادس:** وفيه يتم الاستعانة بنطفة رجل وبويضة امرأة -لا تربطهما علاقة زوجية- ويتم تلقيحهما، ثم يعاد زرع البويضة الملقحة في رحم امرأة أخرى متزوجة.

<sup>3</sup>- أيمن مصطفى الجمل، إجراء التجارب، المرجع السابق، ص150.

<sup>1</sup> - محمد علي البار ، خلق الإنسان بين الطب و القرآن ، ص 538.

<sup>2</sup> - أنظر على سبيل المثال المادة مكرر 45 / 04 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي باستعمال الأم البديلة " .

ولا يتم اللجوء إلى هذه الطريقة إلا إذا كانت المرأة المتزوجة التي زرعت اللقيحة فيها عقيما بسبب تعطل مبيضها، لكن رحمها سليم وزوجها أيضا عقيم ويريدان ولدا وفي هذه الحالة يقتصر دور الزوج على إعطاء اسمه للطفل والزوجة على الحمل و الوضع.

**الأسلوب السابع:** وفيه تكون البويضة للزوجة والحيوان المنوي للزوج، ثم يحفظا في بنك مخصص لذلك، ويتم التلقيح خارجيا بعد وفاة الزوج أو الطلاق ولا يتم اللجوء إلى هذه الطريقة إلا في حالة إصابة الزوج بمرض ميئوس من شفاؤه يمنع الإنجاب أو بفقده القدرة على ذلك ، أو رغبة من الزوجة في تخليد ذكرى الزوج أو حفاظا على ثروته<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: حكم التلقيح الاصطناعي الخارجي

التلقيح الاصطناعي الخارجي الذي يتم عن طريق المساعدة الطبية التي تقتضي تلقيح بويضة الزوجة بماء غير ماء زوجها وإعادتها إلى رحم الزوجة ففي هذه الحالة يكون الجنين المخلق الذي يولد ابنا حقيقيا من الأم دون الأب وكذا بالنسبة لتلقيح المرأة غير الزوجة بماء الزوج ثم إعادة زرعها بعد ذلك في رحم الزوجة، وكذلك الصور التي سبق إيرادها فإن الجنين حين يولد سيولد ليس ابنا شرعيا وهذا ما أكدته الفتاوى الإسلامية الصادر عن مجامع الفقه الإسلامي.

والتلقيح الخارجي أو ما يسمى بطفل الأنبوب يتم كما سبق بيانه بطرق متعددة فيكون جائزا شرعا إذا احترم الشروط الشرعية له ويثبت بها نسب الطفل من أبيه وأمه.

وهناك حالة أثارت الجدل الكبير وتقتصر هذه الحالة التي تتعلق بالرجل المسلم متعدد الزوجات إذا تم التلقيح بماء الزوج وبويضة الزوجة الأولى يعاد زرع اللقيحة في رحم الزوجة الثانية ويتنازع في هذه الحالة رأيان .

**1-** الرأي الأول يرى أنصار هذا الرأي بعدم جواز هذه الحالة كون أن الزوجة الثانية التي زرعت فيها اللقيحة قد تحمل ثانية قبل إنسداد رحمها في فترة متقاربة من زرع اللقيحة فتلد توأمين ولا يعلم ولد اللقيحة من ولد المعاشرة كما أنه قد تموت مضغة أو علقة أحد الجنينين

<sup>1</sup>- أيمن مصطفى الجمل ، المرجع السابق ، ص 152.

ولا تسقط إلا مع ولادة الحمل الآخر الذي لا يعلم أيضا أنه ولد للقيحة أم حمل معاشره الزوج الأمر الذي يؤدي إلى اختلاط الأنساب لجهل الأم الحقيقية لكل من الجنين والتباس ما يترتب عن ذلك من أحكام فضلا على أن الولد يجب أن ينسب إلى أمه الذي ولدته وليس للأم البيولوجية المانحة للقيحة وقد أبطل مجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة عدم إباحته لهذه الحالة كما سبق بيانه.

2- الصورة الأخرى التي يتم فيها للتلقيح الخارجي بمساعدة الغير سواء كانت هذه المساعدة بالمني أو البويضة أو للقيحة فكل هاته الحالات أكدت الفتاوى الإسلامية عدم جوازها شرعا لمخالفته للضوابط العامة<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: حكم تأجير الأرحام وبنوك النطف والأجنة

من صور التلقيح الاصطناعي مسألة تأجير الأرحام التي تقتضي بدورها تخصيص بويضة من الزوجة بحيوان منوي من الزوج في أنبوي اختبار ثم زرع الجنين الناتج عن هذه العملية في رحم امرأة أخرى وهو أروج وسيلة حديثة لمعالجة العقم، كون أن الجينات تعد من العوامل الأساسية التي تنتقل جميع الصفات الموجودة في الوالدين الحقيقيين، ولذلك إنجاب طفل يحمل جينات الوالدين أصبح في نظر الأزواج والزوجات المصابين بالعقم أفضل بكثير من إنجاب طفل يحمل سوى جينات الأب فقط، إلا أن نظام الأم البديلة أدى إلى ظهور حالات لا يكون فيها للطفل أم واحدة بل أمان تتصف كل منهما بأنها الأم الحقيقية وكل منهما صاحبة حقوق الأمومة في الطفل<sup>1</sup>.

وفيما يلي نتناول الأحكام العامة لتأجير الأرحام وبنوك الأجنة والنطف.

### البند الأول: حكم تأجير الأرحام

من المسلم به عند فقهاء الشريعة الإسلامية عدم مشروعية فكرة الأم البديلة وذلك لما فيها من إنتهاك ومساس بحرمة وقداسة العلاقة الزوجية وما يترتب عنها من اختلاط

<sup>1</sup> - زنائدة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 99.

<sup>1</sup> - حسني عبد السميع إبراهيم، المرجع السابق، ص 79.



الأنساب ومخالفة بذلك الشرع قال تعالى: ﴿ وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَجَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَنِينَ وَحَفَدَةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ ۗ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِنِعْمَتِ اللَّهِ هُمْ يَكْفُرُونَ ﴾<sup>2</sup> والمجمع الفقهي الإسلامي في دورته الثامنة المشار إليها سابقا حرم هذه الوسيلة تحريما مطلقا وهو ما أكدته أيضا جميع التوصيات الصادرة عن المؤتمر الدولي المتعلقة بالضوابط والأخلاق في بحوث التكاثر البشري والذي عقد بجامعة الأزهر سنة 1991 الذي منع استعمال الأم البديلة و أكد عدم مشروعيتها.

ومن الملاحظ أن هذه الوسيلة المستحدثة تشكل نوعا من الجرائم الأخلاقية التي تماثل حالة الزنا وفيها مساس ومسخ لقوانين الطبيعة وخلق للأنساب وهي مناهضة لكافة الديانات السماوية ولا تدخل أبدا كما يضمن البعض في تطور وتقدم في التقنيات الحديثة وتثير الكثير من المشاكل القانونية كما أنها تتعارض مع كرامة الإنسان وقيمه المكرم بها والمجبول عليها.

وقد وفق المشرع الجزائري حينما حظر اللجوء إلى أسلوب الأم البديلة وذلك في المادة 45 مكرر من ق أ ج المكرر والمتمم إذ جاء نص المادة: «يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي».

يخضع التلقيح الاصطناعي للشرط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة<sup>1</sup>.

إضافة أن المشرع منع التداول بغرض البحث العلمي بالحيوانات المنوية وكذا بالبويضات حتى بين الزوجات الضرائر ، وكذا بالأجنة الزائدة عن العدد أو لأم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> - سورة النحل، الآية 72.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 المعدل و المتمم لقانون الأسرة الجزائري.

**البند الثاني: حكم بنوك الأجنة والنطف:** إن إنشاء مستودع تستجلب منه النطف من رجال لهم صفات معينة لتلقيح نساء لهن أيضا صفات معينة شر مستطير على نظام الأسرة ونذير بسوء انتهاك الحياة الأسرية التي شرعها الله سبحانه وتعالى، وأرادها وبعد هذا الأمر غير مشروع في الشريعة الإسلامية ومحظور لأنه يؤدي إلى إنجاب أطفال خارج نطاق المشروعية وبهذا الأساس فإن معظم الفقهاء المسلمين يقولون بحظر وإنشاء مثل هذه البنوك<sup>1</sup>.

### **المطلب الثالث: التقنيات المستحدثة للتلقيح الاصطناعي**

تتعدد طرق التلقيح الاصطناعي وذلك بتطور الوسائل الطبية المتعلقة بشتل النطف في قناة الرحم وكذا شتل نطفة الأمشاج وحقن حيوان منوي في البويضة.

#### **الفرع الأول: شتل النطف في الرحم**

نظرا لضالة نسب نجاح عملية التلقيح الإصطناعي لجأ العلماء إلى جملة من الأساليب سعيا لتحقيق أهداف يقينية منها أسلوب شتل النطف في قناة الرحم وكذا شتل النطفة الأمشاج في قناة الرحم.

#### **البند الأول: شتل النطف في قناة الرحم**

في هذه الطريقة تنقل النطاف البويضات قبل أن يتم التلقيح إلى قناتي الرحم فتوضع ببويضان أو أكثر مع الحيوانات المنوية في إحدى القناتين أو في كلاهما عبر فتحة بأسفل البطن تحت التخدير العام وبمساعدة منظار البطن أو بمسماز عبر المهبل تحت المراقبة بصدى وهذه الطريقة تشبه التلقيح الداخلي، إلا أنها تتميز عنه بكون النطاف والبويضات تصل معا في وقت واحد إلى الموضع المناسب من قناة الرحم وهو الثلث الخارجي حيث يتم التلقيح الطبيعي ثم تنقل الأجنة عبر القناة لتصل الرحم في الوقت المناسب وهذا أيضا يميزها عن التلقيح الخارجي التي توضع فيه الأجنة قبل الوقت اللازم و نسبة النجاح لهذه

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 374 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة، ج ر 46.

<sup>1</sup> - أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، حماية الجنائية للجنين ، المرجع السابق ، ص 202.

العملية أعلى منها في التلقيح الخارجي إذ تقدر ب 25 في المقابل 15 و 20% في التلقيح الخارجي لكن هذه الطريقة تتطلب وجود قناتي رحم سليمتين كما أن الطبيب لا يمكنه فحص الأجنة ولا معرفة سبب الإخفاق إذا لم تنتج العملية كما هو موجود في التلقيح الخارجي<sup>1</sup>.

### **البند الثاني: شتل النطفة الأمشاج في قناة الرحم**

تسمى هذه الطريقة زفت ZIFT ويتم الالتحاق خارجيا أو تعاد اللقائح مباشرة فور تلقيحها إلى قناة الرحم لا إلى تجويف الرحم.

وهي لا تختلف كثيرا عن التلقيح الخارجي إلا أن الأجنة في أيامها الأولى تنمو في القناة الرحمية وليس في طبق الاختبار ثم تنقل طبييا إلى الرحم كما في المرحلة السابقة وهي أيضا تتطلب قناتين سليمتين ولم يثبت أن نسبتها أحسن من طريقة التلقيح الخارجي، ومن المعروف عنها أنها تصلح أكثر للنساء اللواتي تجاوزن الأربعين من العمر وتبقى نسب النجاح في الحصول على الولد مخيبا للآمال بمعدل تقريبا 14 % من الحظوظ<sup>2</sup> مما دفع بالأطباء للبحث عن أساليب جديدة من أجل رفع هذه النسبة.

### **الفرع الثاني: حقن حيوان منوي في سيتوبلازما البويضة**

في 1992 وقبل مرور عشرين عاما على ميلاد أول طفل الأنبوب عرفت تقنيات الاستيلاد الاصطناعي ثورة ثانية تمثلت في تقنية حقن الحيوان المنوي في سيتوبلازما البويضة وأعطت هذه الطريقة الجديدة بريق أمل للرجال الذين يشكون ندرة النطاف في منيهم، وأثناء تطبيق تقنية أخرى والمتمثلة حقن عدة نطاف في الفراغ البيني التي طبقتها على بويضة الإنسان في جامعة بروكسيل دفع أحد التقنيين الأنبوبة أكثر مما يجب فاخترقت غلاف البويضة وحقنت داخل هيولته نطفة واحدة وتم بذلك الالتحاق ونما الجنين ليولد طفلا عام 1992.

<sup>1</sup> - بأحمد أرفيس، المرجع السابق، ص 316.

<sup>2</sup> - بأحمد أرفيس، المرجع نفسه، ص 317.

ومنذ ذلك الوقت أصبح من اليسير على الرجال الذين يشكون من ندرة النطاف أو إنعدامها في المنى أن يحصلوا على الأولاد وذلك بفضل استخلاص النطاف جراحيا مباشرة على مستوى البربخ حيث تجتمع النطاف قبل الدفق إذ أصبح حوالي 35% من عمليات خارج التلقيح الخارجي تتم بواسطة الحقن الخارجي حيث تحقق النطفة مباشرة في قلب البويضة .

إلا أن العلماء يتخوفون من هذه الطريقة وذلك بانتقال مورثات مختلفة إلى الخلف لأنه في حالة التلقيح الطبيعي أو حتى الاصطناعي تتنافس إعداد هائلة للوصول إلى البويضة واقتحامها وخلال هذا التنافس يقع انتقاء حقيقي إذ يفترض أن النطفة التي تصل إلى البويضة هي أسلم من العيوب والأقوى على غيرها ممن لم تستطع الوصول<sup>1</sup>.

ومن خلال استقرائنا للتعليمية الوزارية رقم 300 المؤرخة في 02 ماي 2000 وعند إعتماها لهذه التقنية وضعت جملة من الشروط أهمها أنه لا يوصى بهذه التقنية إلا في حالة العقم الذي ترجع أسبابه للرجل وذلك بعد أن تصبح كل التقنيات التلقيح الخارجي غير مجدية، كما تشير هذه التقنية وتؤكد على ضرورة إخطار الزوجين بالمخاطر المحيطة بها ونصيحتها بالآثار الوراثية المحتمل نقلها للخلف وباستخدام هذه التقنية يغامر العلماء بحياة الأجيال التي ستولد بهذه الطريقة خاصة وأنها لم تحظر تدريجيا ولم يسبق تطبيقها على الإنسان تجارب على الحيوان للتأكد من سلامتها كما هو الشأن بالنسبة للعلاجات الجديدة التي توجه للإنسان<sup>2</sup>.

وتخوفات العلماء لها ما يبررها كون أن انعدام النطاف في الإنسان أو قتلها أو تشوهها يعني أن المورثات المسؤولة على النطاف عنده مختلفة وإذا حصل هذا الخل بخصوص تصنيع النطاف فقط دون غيره فإنه انتقاله إلى الخلف سيؤدي إلى كون ذلك الخلف عقيما بدوره زيادة على ذلك هو أنه من المحتمل أن تكون تلك الجينات المختلة

1 -MEKHATRI ALI ET Dr BENAMAR NASREDDINE –LE COUPLE STERILE –OP.CIT .127-129.

2 - باحمد ارفيس، المرجع السابق، ص 319.

تتحكم في الوظائف أخرى هامة في الجسم مما يؤثر انتقالها إلى الأبناء تأثيرا خطيرا، وقد أكدت بعض التجارب أجريت على الحيوانات مؤخرا نتائج تدعو إلى التخوف من هاته الطريقة، أما فيما يخص الإنسان فلم يتبين بعد تماما إذا كانت نسبة التشوهات تتفاوت بين المولودين بهذه الطريقة والمولودين طبيعيا.

فيما تدل بعض النسب أن التشوهات عند الولادة أعلى بقليل لدى الأطفال الذين يولدون بهذه الطريقة عنها لدى الأطفال العاديين 2-3% مقابل 1-2% تشير دراسات أخرى أن النسبة 1 تقريبا ومن ذلك الإحصائيات التي أجراها مركز البحوث المسمى (BLEFCO) بفرنسا، إذ أنه من بين 2869 طفلا مولودا بطريقة حقن النطفة في البويضة 55 منهم مشوهون أي بنسبة 1.9% والأخطر من ذلك تطوير تلك الطريقة بشكل جديد يتمثل في حقن (Spermatide) داخل البويضة .

ويعتقد الكثير من العلماء أن المنسلية خلية لم تتطور إلى نطفة وسوطها لم يتشكل بعد والحصيعة الوراثية الموجودة بداخلها لم تتضج بعد لأنها لم تنتقل إلى الخصية<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الرحم الاصطناعية

أو ما يعرف بخزان الحمل ويعتبر تقنية جديدة للإنجاب ظهرت بسبب تلك الاعتراضات التي كانت موجهة ضد تقنية استئجار الرحم، فقد عكف فريق من العلماء في بريطانيا واليابان على تصميم الأرحام الصناعية تستطيع النساء منها إنجاب أطفال من غير طريقة الحمل العادي في الحالة التي تستحال عليهن الإنجاب بطريقة طبيعية.

وتتمثل هذه الطريقة في وضع الأجنة في سائل الانبثوني في وضع الأجنة في سائل اميتيوني صناعي يماثل تماما السائل الموجود في رحم الحامل داخل خزان مصنوع من ألياف صناعية (الاكريك) يسمح للجنين بأن يضل ينمو في الخزان حتى تنتهي مدة التسعة (9) الأشهر اللازمة لنموه وتطوره ويرى الدكتور مارك هاستون من كلية الطب جامعة لندن: «يتم استبدال المشيمة الطبيعية والحبل السري بماكينة تضع الأكسجين في الدم وذلك لنقل

<sup>1</sup> - باحمد ارفيس ، المرجع السابق ، ص 321.

الدم المؤكسد المحمل بالمواد الغذائية عبر أنبوب متصل بأحد الشرايين المرتبطة بالحبل السري، ويضبط الأطباء الظروف الفيزيائية مثل درجة الحرارة وغيرها ويجري مراقبة الجنين من خلال جدران الحاوية»<sup>1</sup>.

وأصبحت هذه التقنية تحمل أملا جديدا لمئات الآلاف من الذين يولدون قبل ميعادهم وتشير الإحصائيات البريطانية أن السيدات يضعن كل سنة ستين ألف رضيع قبل الأوان أو تكون أحجامهم صغيرة جدا<sup>2</sup>.

### البند الأول: موقف الشريعة الإسلامية من وسيلة الإنجاب بالرحم الإصطناعية

يرى جانب من علماء الفقه الإسلامي أن ممارسة هذه التقنية فيه مساس وتعطيل لوظيفة الأمومة التي تعد ضرورية للمرأة، فالحمل والولادة أشد معاني الأمومة قوة وحنانا وعطفا وتضحية مصداقا لقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ﴾<sup>3</sup>.

في حين يرى آخرون بإجازة هاته التقنية لابد من توافر حالة الضرورة المتمثلة في عدم وجود وسيلة أخرى للحمل إلا هذه الطريقة.

فإذا ثبت للأطباء أن الرحم الصناعي هو السبيل الوحيد للحمل فإن القاعدة الشرعية الضرورات تبيح المحظورات يتم تطبيقها في هذه الحالة.

ومن المعلوم أنه مادام يجوز اجتماع هذه اللقيحة الخصبة خارج الرحم الطبيعي مدة معينة فلا بأس من إبقاء هذا الاجتماع إلى نهاية الحمل بشرط مراعاة عدم الاختلاطات هذه

<sup>1</sup> - شوقي زكريا الصالحي، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، المرجع السابق ، ص 128

<sup>2</sup> - كريم زينب، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة الجليلي ليايس، سيدي بلعباس لسنة 2010، ص 303.

<sup>3</sup> - سورة لقمان، الآية 14.

اللقيحة بغيرها أو استبدالها وبذلك تكون هاته مباحة شرعا إذا احترمت الضوابط الشرعية والقانونية.

### **البند الثاني: موقف القانون من وسيلة الإنجاب بالرحم الاصطناعية**

من الملاحظ أن هذه الوسيلة لم تثار في الواقع حتى نتمكن من تطبيق حكم القانون عليها ولذا جاء التشريع خاليا من أي نص يحكم هاته التقنية والتي تعد بمقتضى المادة الأولى من قانون الصحة أن الهدف المسطر في مجال الصحة يرمي إلى توفير العلاج و ضمان الوقاية و حماية صحة الأشخاص والحفاظ عليها واستعدادها وترقيتها ضمن احترام الكرامة والحرية والسلامة والحياة الخاصة الذي يتماشى مع حاجيات السكان وهو ما أكدته المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المتعلق بأخلاقيات الطب لقولها: «على أن الطبيب هو في خدمة الشخص و الصحة العامة ومن تم فيمارس مهامه في إطار احترام حياة الشخص»<sup>1</sup>.

من المؤكد أن هذه الوسيلة ينكرها أصلا تشريعنا ولكن مادام أن التلقيح تم بماء الرجل وبويضة المرأة التي تربطهم علاقة زواج ولكن النمو يتم صناعيا فلا مانع على المشرع من أن ينص عليها ما دامت لا تتعارض مع نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري أي مع أحكام الشريعة الإسلامية وكذا مع القاعدة الشرعية (الضرورات تبيح المحظورات).

وما دام أن الأطباء عاجزون لحد الآن عن توفير مشيمة اصطناعية لاحتضان النطفة الأمشاج بعد تلقيحها اصطناعيا خارج بوق الرحم مما يؤكد أن للرحم دور أساسي وإن لم يتوصل العلم الحديث حاليا من اكتشاف ذلك<sup>1</sup>.

### **الفرع الرابع: مدى مشروعية نقل وزراعة الغدد والأعضاء التناسلية**

تتعدد الوسائل الطبية الحديثة الرامية إلى تحويل البويضة الأنثوية إلى لقيحة مخصبة والتي قد تفشل في ذلك ويرجع ذلك إلى جملة من أسباب تتعلق بالرجل أو بالزوجة وغالبا ما

<sup>1</sup> - مرسوم التنفيذي 276/92 المؤرخ في 06 جويلية 1992 ، المتضمن قانون أخلاقيات الطب.

<sup>1</sup> - كريم زينب، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة، المرجع السابق، ص 304.

تكون وسائل طبية متمثلة في قلة الحيوانات المنوية أو صعوبة حركتها أو قلتها أو عدم تقبل الرحم البويضة المخصبة.

ولتجاوز هذه المشاكل اقتضت الضرورة إلى توفير وسائل صناعية لتلقيح البويضة الأنثوية والتي يستلزم قدرة المرأة على الإباضة الطبيعية وكذا قدرة الرجل على إنتاج الحيوانات المنوية، إلا أن هناك بعض الحالات تكون خصيتي الرجل غير منتجة أو يكون مبيضي المرأة مصابة بتلف يستحيل معه الإباضة لذا اتجه العلم الحديث نحو إمكانية زراعة الغدد التناسلية للرجل والمرأة عن طريق التبرع بها للعقيم وبذلك يتحقق أمل المرضى في الأمومة والأبوة بفعل زراعة الغدد التناسلية لكن ما هو الحكم الشرعي وكذا القانوني من هذه الوسيلة للإنجاب؟.

### **البند الأول: الموقف الشرعي من نقل وزراعة الغدد والأعضاء التناسلية**

من مقاصد الشريعة الإسلامية الحفاظ على النسل لذا نجد أن الشرع الإسلامي حث على التداوي والعلاج من مختلف العلل بكافة الوسائل الرامية إلى تكثير النسل فهل يجوز لأحد الزوجين المصاب بعلّة في أعضائه التناسلية أن ينقل إلى نفسه بعض أو كل أجزاء غيره الجنسية بحجة العلاج من العقم وإعمار الأرض، ومن المعروف أن بعض هذه الأجزاء تحتوي على مخزون الوراثة المتمثلة في الجينات الوراثية التي تكسب الإنسان كل ما هو عليه من صفات وشكل ولون وأمراض وغير ذلك من مقومات حياته التي تميزها عن غيره، إذ تحتوي الخلية البشرية على مائة ألف جين وراثي و يتمثل هذا في الخصية و المبيض فما هو الحكم الشرعي لنقل و زرع الغدد التناسلية وكيف عالج القانون هذه المسألة؟.

اختلف العلماء المعاصرون بشأن مسألة زرع الغدد التناسلية وتباينت آراؤهم فيرى الرأي الأول بالحرمة مستنديين بأهل الاختصاص والمعرفة أي الأطباء الذين وجد أن نقل الخصيتين والمبيضين يوجب انتقال الصفات الوراثية الموجودة في الشخص المنقولة منه إلى أبناء الشخص المنقولة إليه وهذه شبه موجبة للتحريم الذي يؤدي بدوره هذا النقل و الزرع إلى اختلاط الأنساب لاحتمال وجود خليط من المادة التناسلية للمتبرع والمنقولة له.



- وذهب جانب آخر من الفقهاء إلى جواز نقل الغدد التناسلية التي تنقل الصفات الوراثية من الأعضاء التناسلية إذا ما توفرت الشروط التالية:
- أن يكون انتزاع رحم المتبرع لها لا إراديا كمن خلقت دون رحم أو تم نزعها لأسباب علاجية.
  - أن تكون المتبرع لها في سن يسمح لها بالإنجاب والزرع .
  - يمنع نقل وزرع الرحم للمريضة التي رزقت بالولد من قبل أي أن هذه الوسيلة مقتصرة للعقيم التي فقدت الرحم ولم تتجب من قبل فلا يجوز التبرع من النساء القادرات على الإنجاب أو من غير المتزوجة ولا المطلقة ولا الأرملة.
  - لنجاح العملية لابد من توافر أنسجة المنقول منها وإليه.
  - حصول على الرحم الأفضل من جثة الموتى حديثا أما التبرع من الأحياء يكون للنساء التي بلغن سنا لا ينظر منهن التوالد فيه أو من الأرحام منزوعة طبيا كحالات التعقيم الطبي للمرأة وذلك بإزالة رحمها التي أنجبت منه الكثير من الأولاد خوفا عليها من آثار الحمل المتعددة.
  - خلو الرحم المنقول من التشوهات والعيوب التي تعيق إتيان المنفعة المبتغاة من الزرع وأن تكون من القريبات نسبا من المريضة لتوافق الأنسجة غالبا بين الأقرباء<sup>1</sup>.

### **البند الثاني: الموقف القانوني من نقل وزراعة الأعضاء التناسلية**

أثارت تقنية الإنجاب الصناعي جملة من التوجهات فرغم أن بعض الأنظمة المقارنة تناولت كل مستجدات الطببة إلا أنها لم تنظم نقل وزرع أعضاء التناسل لتداولها المواد الوراثية الذكرية والأنثوية بالتبرع، فأصبح الحصول على نطفة الغير دون عناء من بنوك النطف، كما أنه لا توجد نصوص قانونية تحظر صراحة نقل هذه الغدد التناسلية وعليه فإن جميع الأعضاء البشرية جائز نقلها وزراعتها وغالبا ما تنتظر القوانين الغربية إلى هذه التقنية

<sup>1</sup> كريم زينب ، المرجع السابق ، ص 313.

المتمثلة في نقل وزراعة الأعضاء التتاسلية من الأمور العادية التي تتساوى مع باقي الأعضاء الأخرى كون أن كلما يتعلق بحفظ الأنساب وعدم خلطها والحفاظ على سلامتها ليس من الأمور التي تكون محل اعتبار لديهم لدرجة أنه كان الزنا والإجهاض مباح وجميع هذه التصرفات مباحة طالما أنها تتم برضا المعطي.

فمثلا في فرنسا وضع تشريعا خاص باقتطاع وزرع الأنسجة والأعضاء البشرية بين الأحياء أو متوفيين بموجب قانون الصادر سنة 1976 الذي نص على أن يكون نقل الأعضاء مقصورا على الأعضاء المزدوجة وأن يكون تبرعا وشدد بالنسبة لنقل الأنسجة والأعضاء من القاصر ووضع شروطا وضمانات من بينها أنه حدد الأشخاص الذين يسمح للقاصر بالتبرع لهم بأعضائه وأنسجته بالإضافة إلى الشروط التي يتطلبها النقل من الشخص الراشد، ثم جاء قانون 29 تموز 1994 الذي أباح فيه اقتطاع المبيض.

أما المشرع الجزائري فقد نظم أحكام نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية من المواد 355 إلى المادة 367 من قانون الصحة.

حيث بين المشرع الجزائري أنه لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية إلا لأغراض علاجية على أن تنشأ وكالة وطنية لذلك تكلف بتنسيق وتطوير النشاطات المتعلقة بنقل وزرع الأعضاء والأنسجة، كما أنه لا يمكن أن يكون عملية نقل وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها محل أي عملية مالية وهذا ما تناولته المادة 358 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، وهو الأمر الذي أجمعت عليه معظم التشريعات المتمثلة في مبدأ تحريم المقابل المالي في شأن زراعة الأعضاء البشرية فمثلا نص القانون اللبناني في المادة 4 من قانون الغرس اللبناني وكذا أيضا من المادة 4 من القانون الأردني والمادة 1/2 من القانون العراقي<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - ماروك نصر الدين ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زرع الأعضاء البشرية ، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية، سنة 1999 رقم 3 الجزء 37 كلية الحقوق و العلوم الإدارية جامعة الجزائر، ص 21.

وفي المادة 359 من قانون الصحة نص المشرع الجزائري على إمكانية نزع وزرع الأعضاء والخلايا البشرية من متبرعين أحياء لهم قرابة عائلية ومطابقة مع المتلقي على أن يضمن الهيكل الصحي الذي ينتمي إليه المتلقي التكفل بكل الفحوصات الطبية لكل من المتبرع والمتلقي وكذلك المتابعة الطبية لهما وهذا ما أكدته المادة 359 من قانون الصحة<sup>1</sup>.

وفي المادة 361 من نفس القانون - قانون الصحة - نص المشرع على منع انتزاع العضو من القصر أو عديمي الأهلية والراشدين المحرومين من قدرة التمييز كما حضر المشرع انتزاع الأعضاء والأنسجة من أشخاص مصابين بأمراض من طبيعتها أن تضر بصحة المتبرع أو المستقبل للعضو.

وسمح القانون بنزع الخلايا الجذعية المكونة للدم من متبرع قاصر فقط لصالح أخ أو أخت (المادة 361/02).

وفي المادة 362 من قانون الصحة التي نصت على عدم جواز انتزاع أنسجة وأعضاء من أشخاص متوفين قصد زراعتها إلا بعد معاينة طبية وشرعية للوفاة وفق للمعايير العلمية يحددها الوزير المكلف بالصحة<sup>2</sup>.

ومن الملاحظ أن جميع النصوص المشار إليها لم تحدد العضو المطلوب تنازل عنه، حيث جاءت عامة مما يفهم معه أن جميع الأعضاء يمكن أن تخضع لعمليات نقل وزرع بشرط ألا تسبب ضررا للمتنازل<sup>3</sup>.

أما ما يتعلق بالأعضاء التناسلية التي تساهم في عمليات الإنجاب في المبيض والخصيتين فالمتبرع بهذه الأعضاء نفرق بين نوعين التي تكون حاملة للشفرات الوراثية هذا غير جائز ولو كان الهدف علاجيا ولم يسبب أي ضرر للمتبرع لأنها تؤدي إلى اختلاط

1 - أنظر المادة 359 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة.

2 - أنظر المادة 362 من القانون 18-11 المتعلق بالصحة، ج ر 46.

3 - انظر ماروك نصر الدين ، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات نقل و زراعة الأعضاء البشرية ، المرجع نفسه ص

الأنساب وكل ذلك مخالف للنظام العام، أما إذا ما انتزع منها تلك الشفرات الوراثية فهو جائز وفقا للضوابط والشروط الشرعية والقانونية المشار إليها سابقا.

وبرجعنا بنص المادة 274 من ق ع ج المعدل والمتمم التي جرت اقتطاع الخصيتين أو المبيض كونها تؤدي إلى قطع النسل والذي بدوره يعد الغرض الأساسي لتجريم الفعل<sup>1</sup>، إلا أن هذا النص لا يجرى تطبيقه في حالة اقتطاع الأعضاء عند الموتى وجزء منها عند إنسان حي بحيث لا تؤدي إلى قطع النسل لأن الغاية ليست كذلك إنما هي لعلاج العقم.

ومن الملاحظ أن هذه المسألة تثير جملة من الإشكالات وتضع فراغا تشريعيا للحالة لذا استلزم علينا تطبيق نص المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر عملية نقل وزرع الأعضاء التناسلية وأنسجتها بهدف تحسين النسل هي محرمة شرعا لانتفاء الغاية من العلاج<sup>2</sup>.

أما إذا كان الهدف من زرع الغدد التناسلية أو أنسجة لإعادة زرعه لصاحبه بغرض العلاج من العقم أو المحافظة على قدورات التناسل فلا حرج من ذلك شريطة ألا يؤدي بالإضرار بالمريض كما يجوز نقل ما لا ينتقل من الصفات الوراثية من الأعضاء التناسلية وفقا لشروط وضوابط متفق عليها وعلى هذا نناشد المشرع الجزائري من أجل تدارك مثل هذا النقص التشريعي والتنظيم هذه الحالات المستجدة مع ما يتطابق مع التطورات العلم.

## المبحث الثاني

### الاستنساخ البشري

أدى التقدم العلمي الحديث إلى ظهور ما يسمى بالاستنساخ الذي يعنى به إيجاد صورة طبق الأصل من المستنسخ منه، وكان معروفا ومطبقا على النباتات حقق فوائد جمة

<sup>1</sup> - الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.

<sup>2</sup> - كريم زينب، المرجع السابق، ص 118.

للإنسان ثم ظهر بعد ذلك استنساخ الحيوانات وكان أول استنساخ له لنعجة دوللي ثم امتد ليشمل الإنسان ككائن حي لتمارس معه هذه العملية<sup>1</sup>.

إن الاستنساخ مصطلح علمي يستخدمه علماء البيولوجيا للتعبير عن إنجاب أو تكاثر دون علاقة جنسية، وإذا أردنا أن نصل إلى تعريف الاستنساخ الجيني بصفة عامة، نستطيع أن نقول أن الاستنساخ تقنية تعني إنتاج كائن مطابق تماما، جينيا وشكلا ، لكائن حي آخر فالهدف من الاستنساخ يتمثل في إنتاج كائن حي صورة و أنسجته طبق الأصل لكائن حي آخر فهناك كائن مستنسخ وهذا الكائن هو ثمرة الاستنساخ، وكائن حي مراد استنساخه وهو الكائن الذي نريد الحصول على نسخة منه<sup>2</sup>.

والاستنساخ وبدون الدخول في التفاصيل الطبية، يتم بانتزاع نواة إحدى خلايا الكائن الحي المراد استنساخه، والذي قد يكون ذكرا أو أنثى ثم زرعها في بويضة أنثوية يتم استئصالها من رحم أنثى بعد أن يتم تفريغها من محتواها وإزالة نواتها الأنثوية، ليتكون هنا ما يشبه بالخلية الجينية الأولى، يتم حثها على الانقسام بطرق مخبرية بتنشيط الجينات بواسطة تعريض الخلية لبعض الشرارات الكهربائية ومواد محثة على الانقسام الخلوي الجيني، بعد ذلك يتم نقلها إلى رحم أنثى لتستكمل مدة الحمل الطبيعية، ليثمر هذا الحمل في النهاية عن ولادة فرد يكون تركيبه الوراثي بالضبط هو التركيب الوراثي نفسه للفرد الذي تم انتزاع النواة من إحدى خلاياه الجسدية الحية، وهو صورة طبق الأصل عنه، وعلى هذا فقد يكون استنساخا ثلاثي الأطراف، أو استنساخا أحاديا أو استنساخا ثنائي الأطراف.

وبهذا المفهوم وبهذه الكيفية، الاستنساخ إذن ما هو إلا تكاثر لا جنسي بعكس التكاثر والتناسل الطبيعي الذي هو تكاثر جنسي يستلزم النقاء الرجل بالمرأة ليتم الإخصاب والحمل بينهما هو الأمر الذي لا يتم بفعل الاستنساخ الذي لا يتطلب المعاشرة الجنسية الطبيعية بل

---

<sup>1</sup> - عبد النبي محمد محمود، الاعتداء على الجنين و وسيلة حمايتها ، دار الشتات للنشر و البرمجيات ،المرجع السابق ص 429.

<sup>2</sup> - انظر فايز عبد الله الكندي ، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجة القانونية ، مجلة الحقوق ، سنة الثانية و العشرين ، العدد 2 جوان 1998، الكويت ، ص785.

أكثر من ذلك فإن الحيوانات الذكرية والنواة الأنثوية لا تلعب أي دور فالكائن المستنسخ ينشأ من خلايا مخلوق الجسدية لا الجينية لذا سمي بالتكاثر الجسدي، وهو عمل من الأعمال الواقعة على جسم الإنسان بصفة عامة وعمل من الأعمال الطبية التي من شأنها أن تشكل مساسا بجسم الإنسان و حرمة بصفة خاصة، لذا لرسم الحدود القانونية لهذه التقنية الطبية الحديثة يستوجب - بغياب النصوص القانونية المنظمة لها- الرجوع إلى المبادئ القانونية المقررة لحماية جسم الإنسان وحرمة بصفة خاصة.

وعليه لا بد أولاً أن نبين موقف الفقه المقارن من شرعية الاستنساخ المطلب الأول وثانياً تحديد ملائمة الاستنساخ مع المبادئ الخاصة بحماية جسم الإنسان في المطلب الثاني.

### **المطلب الأول: موقف الفقه والقانون المقارن من مشروعية الاستنساخ البشري**

إن شرعية الاستنساخ تقتضي تبيان مختلف المواقف الفقهية وموقف القانون منه ولتحديد إلى أي مدى يكون الاستنساخ شرعي، لا بد أن نبين أولاً موقف الفقه وثانياً موقف القانون منه.

### **الفرع الأول: موقف الفقه المقارن من مشروعية الاستنساخ البشري**

من المؤكد أن الشريعة الإسلامية أمرت المسلمين وحثتهم على طلب العلم قال تعالى: ﴿اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ﴾<sup>1</sup> ليهديهم إلى القول الفصل في كل ما يريدون الإمام به من حقائق علوية وكونية، فإنها أيضاً قيدت بضوابط يحضر الخروج عنها حتى لا يصبح العلم منبع لذرائع الانحراف والشذوذ، إذ أن الإسلام حث وفرض على أهله مصداقاً لقوله تعالى: ﴿أَمَّنْ هُوَ قَانِتٌ آنَاءَ اللَّيْلِ سَاجِدًا وَقَائِمًا يَحْذَرُ الْآخِرَةَ وَيَرْجُو رَحْمَةَ رَبِّهِ ۗ قُلْ هَلْ

<sup>1</sup> - سورة العلق ، الآية 1.

يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ۗ إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ ﴿٢﴾ ولو أمعنا النظر في الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية لوجدنا أنها أصبحت غير عاجزة على إتمام التوالد بواسطة استنساخ الكائنات.

لذا نجد نفر من علماء الفقه الإسلامي المعاصرين ذهبوا إلى جواز ممارسة تقنية الاستنساخ الجسدي شريطة أن تكون مقاوماتها البيولوجية من خلية جسدية وخلية تناسلية أنثوية من زوجين في رباط شرعي، مع وجوب أن تصل الحالة لديهما إلى حالة الضرورة القصوى تلجئهم إلى ذلك، وبعد أن يصبح الإنجاب بالطرق الطبيعية مستحيلاً<sup>3</sup>.

وبرر هؤلاء موقف منه بحجة أن الاستنساخ ليس محرماً دينياً لأنه لا يشكل تدخلاً في عمل الله ولا يعد خلقاً جديداً وحجتهم في ذلك أنه لا يوجد في القرآن ولا في السنة النبوية حصر الإنجاب على طريقة واحدة، أو أنها تتم فقط بالتزاوج بين الذكر والأنثى، كما أن قضية الخلق جاءت مقرونة بقضية العلم في أول ما نزل من القرآن، والعلم هنا مطلق غير مقيد أو محصور في نوعية محدودة، فدل ذلك على جواز الاستنساخ باعتباره أحد العلوم، استناداً إلى قوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ، خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ، يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾<sup>1</sup>، فمدلول الآية فيها إشارة إلى أن الماء الدافق ليس من مكونات الجنين ذاته وإنما هي خلايا جسدها من بين الصلب والترائب حتى أن المصادفة جاءت بأن الخلايا التي أخذت لتوليد النعجة دولي كانت من ندي النعجة الأصلي ويقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾<sup>2</sup> فهذا دليل لعدم وجود أدلة شرعية صريحة تمنع إجراء

<sup>2</sup> - سورة الزمر، الآية 3.

<sup>3</sup> - علاء علي حسين النصر، عملية الاستنساخ البشري و الهندسة الوراثية من الناحية القانونية، الطبعة 2006 ص 231

<sup>1</sup> - سورة طارق، الآية، 5-6-7.

<sup>2</sup> - سورة الحجرات، الآية 13.

تجارب الاستنساخ على الإنسان ولما كان الأصل في الأشياء الإباحة، فتبقى تجارب الاستنساخ على حكم الأصل مباحة<sup>3</sup>.

وما توصل إليه المجمع الفقه الإسلامي في دورته العاشرة عام 1988 «ولا يخفى أن هذه العمليات وأمثالها لا تمثل خلقاً أو بعض خلق»، قال الله عز وجل: ﴿قُلْ مَنْ رَبُّ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ قُلِ اللَّهُ ۚ قُلْ أَفَاتَّخَذْتُمْ مِنْ دُونِهِ أَوْلِيَاءَ لَا يَمْلِكُونَ لِأَنْفُسِهِمْ نَفْعًا وَلَا ضَرًّا ۗ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الْأَعْمَىٰ وَالْبَصِيرُ ۗ أَمْ هَلْ نَسْتَوِي الظُّلُمَاتُ وَالنُّورُ ۗ أَمْ جَعَلُوا لِلَّهِ شُرَكَاءَ خَلَقُوا كَخَلْقِهِ فَتَشَابَهَ الْخَلْقُ عَلَيْهِمْ ۗ قُلِ اللَّهُ خَالِقُ كُلِّ شَيْءٍ وَهُوَ الْوَاحِدُ الْقَهَّارُ ۗ﴾<sup>4</sup> وقوله تعالى: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ، أَأَنْتُمْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ، نَحْنُ قَدَرْنَا بَيْنَكُمْ الْمَوْتَ وَمَا نَحْنُ بِمَسْبُوقِينَ، عَلَىٰ أَنْ نُبَدِّلَ أَمْثَالَكُمْ وَنُنشِئَكُمْ فِي مَا لَا تَعْلَمُونَ، وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ النَّشْأَةَ الْأُولَىٰ فَلَوْلَا تَذَكَّرُونَ﴾<sup>1</sup>.

كما أنه يرتب العديد من الفوائد العلمية، إذ يساعد على التغلب على مشكلة العقم، ويقلل احتمالات إصابة المولود بالتشوهات والأمراض الوراثية فضلاً أنه يمكن الإنسان من الحصول على المواصفات البشرية التي يرغبها في الطفل الجديد كأن يكون ذكراً أو أنثى، طويلاً أو قصيراً.

<sup>3</sup> - كريم زينب، المرجع السابق، ص 323.

<sup>4</sup> - سورة الرعد، الآية 16.

<sup>1</sup> - سورة الواقعة ، الآية 58-59-60-61-62.



أما الرأي الثاني المعارض لهذه الوسيلة للإنجاب، فهم يرون أنها تتعارض مع أحكام الدين وحبثهم في ذلك قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۗ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ۗ 1﴾ ، فلماذا نقلب ميزان الحق ونلعب دور الآلة، فما النفع الذي سيعود على البشرية إذا حاولنا إنتاج طفل كما لو كان آلة، فإنه بذلك لا نحترم كرامته كمخلوق وننزله عن العرش الذي وضعه الله عليه ليجعل منه مادة مخبرية وتعارضه من جهة مع أحد أهداف الخلق - الاختلاف بين البشر - لقوله تعالى: ﴿ وَلَوْ شَاءَ رَبُّكَ لَجَعَلَ النَّاسَ أُمَّةً وَاحِدَةً ۗ وَلَا يَزَالُونَ مُخْتَلِفِينَ ۗ إِلَّا مَنْ رَحِمَ رَبُّكَ ۗ وَلِذَلِكَ خَلَقَهُمْ ۗ وَتَمَّتْ كَلِمَةُ رَبِّكَ لِأَمْلَانِ ۖ جَهَنَّمَ مِنَ الْجِنَّةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ ۗ 1﴾ .

ومن جهة أخرى مع أحد نعمه من الله لعباده لقوله تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَأَلْوَانِكُمْ ۗ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّلْعَالَمِينَ ۗ 2﴾ فلولا هذا التباين لما دارت عجلة الحياة فكيف تتحقق المعيشة في الدنيا إذا كان كل البشر في مستوى واحد، إذن بها يؤدي إلى هدم التوازن في المجتمع ناهيك أن الاستنساخ ينافي السنة الزوجية في هذا الكون الذي نعيش فيه أزواجا من ذكر و أنثى مصداقا لقوله تعالى: ﴿ وَخَلَقْنَاكُمْ أَزْوَاجًا ۗ 3﴾ ، ﴿ وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ ۗ 4﴾ .

فالاستنساخ يستغني عن أحد الجنسين والاكتفاء بجنس واحد وهذا مخالف للفطرة التي فطرنا عليها والتي تقتضي أن يكون الإنسان بحاجة للجنس الآخر ليس مجرد النسل بل ليكمل كل منهما الآخر، ولانعدام أية فائدة منها لاحتمال إصابة المستنسخ بالتشوهات والأمراض، ولعدم حاجة المجتمع للتكاثر بل هو مشغول في كيفية الحد من النسل، فضلا عن التشكيك في حدوث التماثل لأن شخصية الإنسان وليدة تجاربه في الحياة وبما تفعله فيه

1 - سورة الحجرات، الآية 13.

1 - سورة هود ، الآيتين 118 - 119.

2 - سورة الروم ، الآية 22.

3 - سورة النبأ ، الآية 8.

4 - سورة الذاريات، الآية 49.

من أحداث مسيرته الاجتماعية، فالإنسان ليس نتاج تركيبه الوراثي فحسب بل هو نتاج تفاعل بين المورثات والجينات مع البيئة ومهما يكن التركيب الوراثي للأفراد مطابقا في التوائم إلا أن كل فرد يختلف كما يؤدي الاستنساخ إلى اختلاط الأنساب ولا يحقق الأسرة التي يحتاج الطفل إلى العيش في ظلها و كنفها<sup>1</sup>.

وهناك من وصف الاستنساخ بأنه أكبر فساد في الأرض «و أنه لون من ألوان التلاعب بهندسة الجينات ومعايير المورثات، ومن المعلوم أن القرآن نبه إلى أن البيئة المناخية والاجتماعية والوراثية مركبة تركيبيا كيميائيا دقيقا وأنه لا يجوز للإنسان التلاعب بمعاييرها».

والرأي الراجح: وهو ما ذهب إليه الفريق الثاني الذي حرم التوالد عن طريق استنساخ البشر كون أن الأدلة التي اعتمد عليه الفريق الأول غير نفعية ويترتب عليها الكثير من المفساد، والأضرار الفيزيائية التي قد تلحق بالبويضات والخلايا والأجنة من جراء التعرض لبيئة صناعية، إضافة إلى أن هناك أضرارا سيكولوجية تلحق بالطفل المستنسخ كفقده الإحساس بالمستقبل فيما تتعدم معها رابطة الدم وتختلط الأنساب من جراء هذه التقنية.

فهل يعتبر الطفل أخا أو أختا لوالديه أو ابنا لوالديه؟ وتتضاءل بذلك المشاعر الإنسانية لأنه لا يعرف من هو ومنهم والديه، فقد يؤدي إذن اختلاط الأنساب كما قد يحول دون التوزيع العادل للميراث داخل الأسرة فهل يجوز توريث هذا الشخص المولود من خلية بشرية من أبيه (نسخة منه) من أمه التي لا ينتمي إليها؟ وكذلك هل يجوز توريث الأنثى المولودة من خلية بشرية من أمها (نسخة منها) من أبيها الذي لا تنتمي إليه؟ وما حكم الزواج هنا أمام تحريم الزواج بالمحارم؟

ومن هنا نشير أن الباحثون في مختلف الدول، درسوا هذه المسائل المرتبطة بالاستنساخ فكثرت مؤلفاتهم وأبحاثهم، كما كثرت قرارات المجامع والجمعيات القانونية، كما نشرت حوله فتاوى عديدة.

<sup>1</sup> - شوقي زكريا صالح، الاستنساخ بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، دار العلم و الإيمان للنشر و التوزيع، طبعة 2005، ص369.

وباجتماع ندوة نقابة الأطباء المصرية في القاهرة في 16 مارس 1997 تناقشت في الموضوع وختمت أعمالها مسجلة عدة تساؤلات حائرة في محضرها، منها هل خدع العلماء الرأي العام أنهم قادرون على الاستنساخ البشري، هل يمكن أن يتم استنساخ البشر لمجرد أن يكون قطع غيار بشرية لنقل الأعضاء وما صاحبه من اتجار بشع وصورة قائمة مهيمنة على الوضع الأخلاقي منافية لكل ثوابت الكرامة الإنسانية والأخلاقية وهل يمكن أن يتحقق الخلود البشري بالاستنساخ؟ وهل يتعارض الاستنساخ مع نمو الإنسان وتطوره، وهل ستكون هذه نهاية التكاثر الجنسي؟ هل يمكن للاستنساخ أن يلغي الشخصية باعتبار أن النسخة ستكون طفلا جديدا؟ هل يمكن استنساخ البشر رغم آرائهم ودون علمهم؟

من خلال ذلك توصلت النقابة أنه لا بد من وضع اتفاق يكون من شأنه يكون غرضه تجنب وقوع الاستنساخ البشري، ويرى الدكتور شوقي زكريا الصالحي أن هذه التقنية الحديثة ليس بسهولة بمكان حتى يتمكن الحكم عليها إذ أن الاستنساخ وإن كان فيه السلبيات التي تعود على البشر إلا أنه من الناحية الأخرى يفتح آفاق جديدة أمام ذوي الأمراض التي لا يمكن علاجها<sup>1</sup>، ونجد الدكتور أسامة رسلان، أستاذ الميكروبيولوجيا بكلية الطب بجامعة عين شمس قد أكد: «أن القضية المثارة في الندوة هي قضية استنساخ وليست قضية خلق سواء للإنسان أو للحيوان، فالاستنساخ يكون في أصل خلقه الله ويحتاج لبويضة خلقها الله، ويوضع في رحم خلقه الله، ويتم باليات وشفرات وراثية أودعها الله في خلقه»، مصداقا لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ ضَرْبَ مَثَلٍ فَاستَمِعُوا لَهُ<sup>2</sup> إِنَّ الَّذِينَ تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ لَنْ يَخْلُقُوا دُبَابًا وَلَوْ اجْتَمَعُوا لَهُ<sup>3</sup> وَإِنْ يَسئَلْهُمْ الدُّبَابُ شَيْئًا لَا يَسْتَنْقِذُوهُ مِنْهُ<sup>4</sup> ضَعُفَ الطَّالِبُ وَالْمَطْلُوبُ<sup>5</sup>﴾<sup>2</sup>.

وإزاء ذلك كله، اضطر الدكتور نصر فريد واصل، مفتي الديار المصرية، إلى إصدار فتوى خلال هذه الندوة حيث أعلن فيها: «أن الإجماع قائم من الناحية العلمية والطبية على أن استنساخ البشر مرفوض، وأيضا من الناحية الأخلاقية ومن الناحية العقلية ومن الناحية

<sup>1</sup> - شوقي زكريا الصالحي، المرجع السابق، ص54.

<sup>2</sup> - سورة الحج ، الآية 73.

الاجتماعية»، وأضاف قائلاً أرى أن قضية الاستنساخ محرمة من الناحية الشرعية إذ أن الله خلق الإنسان «... في أحسن تقويم» وأن الله سبحانه خلق الإنسان بيده، ولا يمكن للإنسان أن يصل إلى مشابهة خلق الله سبحانه، وعليه لا يجوز للإنسان أن يتمرد على حكمة الله ويبحث في فضل الله عليه.

ومن هنا يتضح أنه من باب سد الذرائع لا يجوز أن نبحث في هذه القضية ولا نتحدث إلا في مصلحة البشر، لذا أعلن وزير الأوقاف ومفتي مصر إلى عقد مؤتمر إسلامي عام 1997، لوضع قانون موحد لمنع استنساخ البشر وإغلاق مجال البحث في الموضوع نهائياً وفي الأخير قال: «إن استنساخ إنسان كامل بدون تزواج بين الذكر والأنثى حرام وتغيراً في خلق الله»<sup>1</sup>.

كما اقتضت الضرورة إلى عقد ندوة بجامعة قطر في شهر مارس 1997، حيث التقت فيها وجهات النظر بين مختلف علماء الوراثة وعلماء الشريعة وأكدوا فيها على وجوب توجيه العلم إلى دعم التراث الطبيعي للبيئة البشرية بدلاً من الدخول في تجارب لا يعلم إلا الله مدى توجهات تطبيقاتها اللاحقة وطبيعتها، ولهذا فإن الاستنساخ عبث بسنن الله وكان الأولى بالعلم أن يجذب طاقاته لما يفيد به البشرية، ولا يجوز عندئذ إخضاع الإنسان لما يخضع له النبات أو الحيوان، لأن الله كرم الإنسان على كافة الكائنات الأخرى.

كما أوصت الندوة الفقهية الطبية التاسعة بالدار البيضاء عام 1997 :

أولاً: على تجريم كل الحالات التي يقم فيها طرف ثالث على العلاقة الزوجية سواء كان رحماً أو بويضة أو حيواناً أم خلية جسدية للاستنساخ.

ثانياً: منع الاستنساخ البشري العادي.

---

<sup>1</sup> - محمود احمد طه محمود ، المرجع السابق، ص 211.

**ثالثاً:** مناقشة الدول من سن التشريعات القانونية اللازمة لغلق الأبواب المباشرة وغير المباشرة أمام الجهات الأجنبية والمؤسسات البحثية والخبراء الأجانب للحيلولة دون اتخاذ البلاد الإسلامية ميدانا لتجارب الاستنساخ البشري والترويج لها<sup>2</sup>.

ويرى فضيلة الدكتور سيد طنطاوي: «أن الأمر غير طبيعي ويجب تشديد العقوبة على من يقوم بعملية الاستنساخ، لأن خروج الإنسان يتم نتيجة تلقيح بويضة أنثى بحيوان منوي من ذكر وباستنتاج ماء الرجل بماء الأنثى هذا هو شرع الله، أما خلاف ذلك فهو ضد الأخلاقية والاجتماعية لأن الإسلام مع العلم الذي يخدم البشرية، وأن العلم يجب أن يقوم على أمور ثلاثة هي: الإيمان والأخلاق وخدمة البشرية كما أنه يجب أن يحافظ على مقاصد الشريعة، إلا أن هذا العلم يمكن أن يتوجه إلى استنساخ أحد أعضاء الجسم مثل الكبد والكلية لحاجة بعض الأفراد إنقاذاً لحياتهم من الهلاك<sup>1</sup>.

ومن جانب علماء الطب، أصدرت منظمة الصحة العالمية بيانا حذرت من مخاطر الاستنساخ وأن العلوم يجب أن تسخر لصالح الإنسان، ولكونها تعطي الفرصة لظهور نوعية غير إنسانية في الكون، كما أعلن وزير الصحة الإيطالي «روزبي بندي» أمام مجلس النواب الإيطالي: «أن إيطاليا قررت منع أي تجارب بشأن استنساخ الحيوان أو الإنسان اعتماداً على خصائص المورثات» كما شكلت اللجنة الأوروبية مجموعة من الاستشاريين لتدارس المشاكل الأخلاقية للبيوتكنولوجيا وانتهت إلى أنه: «من غير المقبول أخلاقياً استعمال الإنسان ولا المجازفة بتحسين النسل الذين يرتبطان بالاستنساخ التوليدي، وثمة اعتراض أخلاقي آخر يتمثل في حدة المخاطر المحتملة لتحقيق هذه التقنية وفي ضوء هذه الاعتبارات يجب منع كل محاولة استنساخ كائن بشري مطابقاً وراثياً بطريق النقل النووي انطلاقاً من خلية جينية سواء كانت لطفل أو لشخص بالغ (الاستنساخ التوليدي)<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> - محمود احمد طه محمود ، المرجع نفسه، ص110.

<sup>1</sup> - انظر في ذلك الشيخ محمد السيد الطنطاوي ، شيخ الأزهر ، مجلة الحقوق ، سنة 1997، مشار إليه من قبل كريم زينب ، ص 328.

<sup>2</sup> - كريم زينب ، المرجع السابق ، ص 329.

## الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من مشروعية الاستنساخ البشري

أدت التطورات التي حدثت إثر الاستنساخ لدفع الجميع للعمل إذ سارعت كافة الأوساط السياسية بإصدار تشريعات تحذر من إجراء مثل هذه التجارب فمثلا في الولايات المتحدة الأمريكية استجاب القانون برفضه لهذه التقنيات<sup>1</sup>. وسارت معظم تشريعات القانون المقارن، على الحل السابق ففي بعض التشريعات الغربية فمثلا المملكة المتحدة، التي أقرت أن الوضع القانوني حول الاستنساخ حاليا غير مؤكد، فالقانون الصادر سنة 1990 يحظر كلية الأنشطة الطبية مثل الاستنساخ، إلى أن وافق مجلس اللوردات البريطاني في سنة 2001 على مشروع قانون يجيز استنساخ الأجنة البشرية لأغراض طبية، وبذلك تصبح بريطانيا أول دولة في العالم تقن الاستنساخ البشري، لأنها رأت ليس من اللازم حرمان المصابين بأمراض وراثية من العلاج بسبب مخاوف سوء استغلال الاستنساخ<sup>2</sup>.

وفي فرنسا التي تعد من بين أكثر الدول معارضة لتكنولوجيا الاستنساخ فبعد تعديل المادة 4/16 من القانون المدني وفقا لقانون الأخلاق الحيوية رقم 653-94 بشأن جسم الإنسان اعتبارا من 29 يوليو 1994، ولا يحتوي نص هذه المادة على أي حظر لاستنساخ البشر، ولكن في يوليو 2004 تم تبني قانون الأخلاقيات الحيوية، ويحظر القانون بوضوح استنساخ البشر بنوعيه سواء لأغراض إنجابية أو علاجية، بحيث حضر أي تدخل مصمم لإنجاب طفل متماثل جينيا مع أي شخص آخر ميتا أو حي ومنع أي تخليق لجنين بشري عن طريق الإخصاب أو الاستنساخ لأغراض البحث<sup>3</sup>.

إذن القانون يحظر صراحة استنساخ البشر أو الشروع فيه، كما يحظر أي استعمال الأجنة لأي غرض خلاف للإنجاب، كما استخدم المشرع الفرنسي الأداة القمعية لردع مرتكب المحظورات السابقة، حيث نص المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد على أن

1 - انظر في ذلك عبد النبي محمد محمود، الاعتداء على الجنين، المرجع السابق، ص 445.

2 - علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص 133.

3 - علاء علي حسين نصر، المرجع نفسه، ص 142.

الاشتراك في وضع مهمة تطبيق تحسين النسل بهدف تنظيم انتداب الأفراد يعاقب بالحبس لمدة ثلاثين عاما و بغرامة قدرها 75000 يورو .

وفي ألمانيا: بالرغم من أنها كانت السبابة في حظر الاستنساخ في التكاثر العلاجي، إلا أن البرلمان الألماني قد سمح في سنة 2002 باستيراد الخلايا الجذعية من الخارج لأهداف علمية ولكنه منع إنتاجها داخل البلاد، أما القانون الإسباني، يصنف الاستنساخ على أنه مخالفة خطيرة جدا ويحظر صراحة استنساخ الأجنة والبويضات المخصبة مع توقيع عقوبات جزائية وفي الولايات المتحدة الأمريكية تم تحضير مشروعين قانونيين في فبراير 2003، مرر مجلس النواب الأمريكي مشروع قانون يحظر استنساخ البشر لأغراض إنجابية وعلاجية ويفرض عقوبة تبدأ من مليون دولار ولقي المشروع قبولا، وفي الثامن من مارس 2005 تقدمت الولايات المتحدة بمشروع إلى الأمم المتحدة يهدف إلى حظر جميع أنواع الاستنساخ البشري ونال موافقة الأمم المتحدة.

ناهيك عن بعض الدول الأوروبية التي نهت إلى خطورة الزحف البيولوجي ناحية تشويه الموروث الحضاري، ويتبين ذلك من ثنانيا النصوص القانونية التي تناولت بها هذه الأنظمة لمسألة الإخصاب الصناعي أو القوانين التي تتعلق بالبحوث التي تجرى على الأجنة.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري يلاحظ أنه لم يكن لهذه المسألة من شأن أي لم يرد فيها نص نظرا لحدثة هذه الوسيلة، وبالرغم من ذلك، فإن المصدر الحاسم لمنعها يمكن استنتاجه من خلال المرسوم رقم 92-276 المؤرخ في 6 جويلية 1992 المتضمن قانون أخلاقيات الطب والذي ينص في مادته السادسة فقرة ثانية، على أنه يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس احترام حياة و شخصية الإنسان<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - انظر المادة 35 من الأمر 92-276 المؤرخ في 06/03/1992 المتضمن قانون أخلاقيات الطب

كما منع المشرع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا المتعلقة بالكائن البشري وكل إنتقاء للجنس، وذلك بموجب قانون الصحة 18-211.

ومن الملاحظ أن جميع اجتهادات القانون المقارن تتفق مع القول الراجح في الشريعة الإسلامية من ضرورة حظر الاستنساخ البشري، إلا أن الشريعة الإسلامية قد سبقتهم في تحريم الاستنساخ البشري، في الوقت الذي ما زال الخبراء والأطباء والمتخصصون في الهندسة الوراثية ينادون بضرورة سن القوانين التي تجرم الاستنساخ البشري، لعدم فائدته العلمية، بل أيضا كل ما يؤدي إلى تغيير و تبديل خلق الله بنصوص واضحة من الكتاب والسنة منذ نزولها أي ما يقارب خمسة عشر قرنا من الزمان.

ويتضح مما تقدم أنه ليس لمسألة الاستنساخ البشري في هذه الحالة أي اعتبار سواء كانت نافعة أو ضارة و سواء أكانت الزوجية قائمة وقت العملية أو غير ذلك، فإن النسب يجب المحافظة عليه كليا ما دام منبع التفرقة بين الحلال والحرام وأكثر من ذلك هو أساس تكوين الأسرة النقية وتلك الآراء أو الفتاوى أو التوصيات والقوانين بإقرارها حظر الاستنساخ البشري قد جاءت متماشية مع المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية وهذا ما سعت إلى تحقيقها المؤتمرات الدولية والوطنية والمجامع العلمية التي انعقدت في مادة الاستنساخ، وكذا معظم الدول.

إذن مصلحة الأسرة تقضي بعدم تحويل الطبيب أو البيولوجي من استخدام علمه فيما يضر به نفسه أو يضر به غيره وذلك حتى ولو كانت قضية الاستنساخ هي قضية علمية نتجت عن تطور الأبحاث في الهندسة الوراثية إلا أن هذا التطور مع ذلك ما هو إلا هدم للأسرة، التي هي الأساس لحياة المجتمع البشري هذا من جهة ومن جهة أخرى الاستنساخ يخرق القواعد والضوابط الأخلاقية التي بنيت عليها الأبوة والأمومة، وأيضا قد يوقع في إشكالات شرعية نحو علاقة الأخوة وقضايا الزواج والميراث وأخيرا يؤدي إلى اختلاط

---

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 375 من قانون الصحة 18-11 بقولها " يمنع كل إستنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري و كل إنتقاء للجنس".



الأنساب لعدم مراعاة الضوابط التي تقوم عليها الروابط الأسرية والنسبية مع العلم أن مسألة النسل هي إحدى الكليات الخمس التي حث عليها الإسلام ولا بد الحفاظ عليها. ومن هنا تقضي مصلحة الأسرة حضر الطبيب من القيام بهذه الصورة من التلقيح ذات الصبغة السلبية من حيث آثارها على المجتمع فلا يمكن استخدام علمه فيما يضر به الإنسانية جمعاء.

بعد أن بينا الحكم الشرعي لهذه التقنية، نوضح مدى اتفاقها مع المبادئ الخاصة بحماية جسم الإنسان؟.

## **المطلب الثاني: مدى ملائمة الاستنساخ البشري مع المبادئ القانونية لحماية جسم الإنسان**

إن مدى ملائمة الاستنساخ مع المبادئ الأخلاقية والقانونية المتعلقة بحماية جسم الإنسان تقضي تبيان أن الاستنساخ تقنية تعني بإنتاج كائن حي نسخة لكائن حي آخر، وهو على ثلاثة صور أحادي الطرف، ثنائي الطرف ثلاثي الأطراف، ومن المعروف أن المبادئ القانونية المتعلقة بحماية جسم الإنسان تقتضي عدم التعامل في أي جزء من الإنسان بكافة أنواع التصرفات القانونية نظرا لخروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، فإنه لتحديد اتفاق أو تعارض هذه التقنية للمبادئ القانونية الثابتة والراسخة والمقررة لحماية جسم الإنسان يستوجب بحث في ذلك في كل صورة على حدا.

### **الفرع الأول: الاستنساخ أحادي الطرف**

يظهر من خلال التسمية، وجود طرف واحد وهي المرأة التي يتم انتزاع نواة من إحدى الخلايا الجسدية الحية لها، ووضعها في بويضة انتزعت من رحم هذه الأنثى بعد تفريغها من محتواها واستئصال النواة الأنثوية منها، لتنتقل هذه البويضة بمحتواها الجديد بعد مضي فترة زمنية لتزرع في رحم الأنثى ذاتها لتستكمل مدة الحمل الطبيعية لتتجب طفلا هو صورة طبق الأصل منها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - انظر في ذلك ، كريم زينب، المرجع السابق، ص 332.

وبالنظر إلى مدى توافق هذه الصورة مع مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان أو عدم توافقها معه، فإن العملية تتضمن انتزاع بويضة من رحم هذه المرأة، وكذلك انتزاع خلية جسدية من أي جزء من جسمها، كما تقتضي إعادة زرع البويضة مرة أخرى في رحم المرأة، فكل هذه الأمور تشكل مساساً بجسم المرأة الأمر الذي يعد خرقاً للمبدأ السابق، ومن الثابت أن هذه العمليات تتم بعد موافقة المرأة عليها، فهل يكون لهذا الرضا قيمة يقيد بها في هذا الشأن؟.

إن رضاء المرأة لا يعد كافياً لإخراج هذه العملية من نطاق التجريم والتعدي إلى نطاق الإباحة والمشروعية بصورة تنتفي معها المسؤولية للطبيب المجري للعملية، إذ لا بد أيضاً إضافة إلى الرضا أن يكون الهدف من هذه العملية هو شفاء المرأة أو إنقاذ حياتها ووقايتها من المرض وهي من الأمور المستقر عليها طبيياً والمتعارف عليها قانوناً، وهذا الأمر ليس متوفر في هذه الحالة، فالاستنساخ بصفة عامة تقنية ليس من شأنها أن تشكل علاجاً لمرض ما أو وسيلة للوقاية منه، كما أنه ليس من شأنها أن تضمن إنقاذ حياة إنسان، ولكنها تعني بإنجاب كائن حي مطابق لكائن حي آخر.

وفيما يخص المصلحة المشروعة التي تقتضي أن تحققها الأعمال الطبية والجراحية من جراء تقنية الاستنساخ الأحادي للقول بمشروعيته القانونية فهي كذلك غير متوافرة لأن رغبة الأنثى هنا فقط في تخليد ذكراها بواسطة لجوئها إلى هذه الصورة، أو رغبتها في إيجاد نسخة مطابقة لها كي تستفيد عند حاجتها من أعضائها وأنسجتها هي رغبة بلا شك غير مشروعة، وليس من شأنها أن تبيح المساس بجسم هذه الأنثى في الحصول على طفل دون زواج، فرغبة المرأة في الحصول على طفل دون زواج تتعارض مع مبادئ النظام العام ومع أحكام القانون<sup>1</sup>.

(أ) فبالنسبة لتعارض رغبة التكاثر دون زواج مع مبادئ القانون العام، وذلك لتصادمها.

<sup>1</sup> - انظر في ذلك فايز عبد الله الكندري ، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية مجلة الحقوق الكويت السنة الثانية والعشرون العدد الثاني يونيو 1998 ص 822.

أولاً: مع مبدأ النسبية بين المخاطر والمنافع للأعمال الطبية والجراحية، لأن الاستنساخ من شأنه أن يشكل خطراً على صحة الطفل المستنسخ وحياته.

ثانياً: كما تخالف هذه الرغبة أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها التي تحرم الاستنساخ بكل أنواعه الأمر الذي تتطلب ضرورة أن يكون التنازل و التكاثر في نطاق الزواج المشروع بين الرجل والمرأة وبالتالي فرغبة المرأة بالتنازل خارج حدود الزوجين تتنافى مع الفطرة التي فطر الله الناس عليها ومع التكريم الذي منحه الله سبحانه وتعالى للإنسان، وعليه فهي تخرج عن نطاق الشرعية الدينية بحيث جعل الإنسان سكناً لكلا الزوجين قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾<sup>1</sup>.

ب) وفيما يتعلق بتعارض تلك الرغبة مع أحكام القانون وقواعده، وذلك لما فيها من تصادم مع ما للطفل من حقوق قانونية في ثبوت نسبه إلى والديه أبيه وأمه، وفي أن يعيش في كنفهما ورعايتها في ظل من الاستقرار والرعاية الأسرية والأمن الاجتماعي، حقوق كفلتها بصفة عامة الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل وميثاق حقوق الطفل العربي حيث تنص المادة 1/7 من هذه الاتفاقية على أن: «للطفل الحق في معرفة والديه و تلقي رعايتهما»<sup>2</sup>.

كما ألزمت المادة 8 من ميثاق الطفل العربي على تأكيد و كفالة حق الطفل في الرعاية والتنشئة الأسرية القائمة على الاستقرار الأسري كما تنص المادة 1/7 من إعلان القاهرة عن حقوق الإنسان في الإسلام على أن: «لكل طفل منذ ولادته حق على الأبوين، والمجتمع، والدولة في الحضانه والتربية والرعاية المادية والصحية والأدبية، كما تجب حماية الجنين والأم و إعطاؤهما عناية خاصة».

كما أولى المشرع الجزائري بكافة هذه الحقوق وأعطى لها حماية خاصة في قانون الأسرة فنص في المادة 3/36 «يجب على الزوجين التعاون على مصلحة الأسرة، ورعاية

<sup>1</sup> - سورة الروم، الآية 21.

<sup>2</sup> - أنظر نص المادة 7 من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1989/11/20 و دخلت حيز التنفيذ في 02 سبتمبر 1990 انضمت إليها الجزائر في 1993.

الأولاد وحسن تربيتهم»، كما خصص الفصل الخامس من الباب الأول من الكتاب الأول من قانون الأسرة، يتحدث عن النسب إذ نص في مادته 41 على أنه: «ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة»<sup>1</sup>، إلى غير ذلك من الحقوق الخاصة بالطفل المدرجة في هذا القانون.

ومن كل ما سبق، يمكن أن نستخلص أن استنساخ المرأة نفسها دون رجل ودون زواج فيعني ذلك حرمان هذا الطفل بإرادتها المنفردة من هذه الحقوق، الأمر الذي يجعل من رغبتها هنا رغبة غير مشروعة لتعارضها مع أحكام القانون الخاصة بحقوق الطفل، لذا ينبغي القيام بما يلزم للحيلولة دون حرمان الطفل من حقوقه المقررة في الشرع والقانون وتحريم هذه الصورة حتى لا تغير من سنة الله في كونه والتي تقضي بأن يكون التناسل عن طريق اشتراك زوجين معا وليس من طرف واحد فقط.

### الفرع الثاني: الاستنساخ ثنائي الأطراف

يقصد به ذلك الاستنساخ الذي يستوجب وجود طرفان الكائن الحي المراد استنساخه، بحيث يتم انتزاع نواة من إحدى خلايا جسمه الحية، وقد يكون هذا الشخص ذكراً أو أنثى، والمرأة صاحبة البويضة التي يتم انتزاع بويضة من رحمها ويتم بداية تفريغها من محتواها واستئصال النواة الأنثوية، ليتم بعد ذلك وضع النواة المستأصلة من إحدى خلايا الكائن المراد استنساخه فيها، ثم يتم نقل البويضة بمحتواها الجديد وزرعها في رحم المرأة ليستكمل النمو الطبيعي لنتجها في الأخير على كائن حي هو صورة طبق الأصل للكائن المراد استنساخه.

فما مدى اتفاق هذه الصورة مع المبادئ المقررة لحرمة جسم الإنسان وخاصة مع مبدأ

خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل ومبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان؟

### البند الأول: الاستنساخ ثنائي الأطراف ومبدأ خروج الجسم عن دائرة التعامل

<sup>1</sup> انظر المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم.

من الواضح عدم المشروعية القانونية لهذه الحالة من الاستنساخ أي استنساخ ثنائي الأطراف وذلك تطبيقاً للمبادئ القانونية المقررة لحماية جسم الإنسان، إذ يتبين أن الاستنساخ هنا يخالف مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، ويتبين صور المخالفة في حالتان.

**الحالة الأولى:** عندما يكون الكائن الحي المراد استنساخه أنثى، والفرضية تتمثل هنا في امرأة ترغب في الحصول على ولد دون أن تحمل، وذلك لعدم قدرتها على الحمل أو على استكمال الحمل حتى نهايته، أو عندما قد يشكل هذا الحمل خطراً على حياتها وصحتها، أو لا ترغب في هذا الحمل لأسباب تتعلق بعملها أو في المحافظة على رشاقتها جسمها.

بحيث تتفق مع امرأة أخرى على أن تقوم هذه الأخيرة، بمقابل أو بدون مقابل، لحمل بويضتها أو يتم انتزاع البويضة من المرأة الحامل ذاتها حيث يتم انتزاع من إحدى الخلايا الجسدية للمرأة التي تريد الحصول على نسخة منها لتوضع في بويضة يتم استئصالها من رحم امرأة أخرى ( المرأة الحاملة) لتزرع مرة أخرى في رحم هذه الأخيرة، إذ تعد الحامل كأم بديلة طوال مدة الحمل الطبيعية وبعد الوضع يتم تسليم الولد المستنسخ إليها بعد الولادة.

**الحالة الثانية:** في هذه الحالة يكون الكائن الحي المراد استنساخه ذكراً وتتمثل الفرضية في رجل يرغب في الحصول على ولد دون زواج عندما يقوم بالبحث عن امرأة تقبل بأجر أو بدون أجر بانتزاع بويضة من رحمها يتم تفريغها من محتواها لتوضع فيها النواة التي يتم استخلاصها من إحدى خلاياها الجسدية، لتنتقل بعد ذلك وتزرع في رحمها، ومن ثم لتستكمل مدة الحمل الطبيعية، حيث تقوم أخيراً بتسليمه بعد الولادة الولد أي الكائن المستنسخ<sup>1</sup>.

يتبين من هاتين الحالتين، أن الاتفاق القائم بين الطبيب القائم بعملية الاستنساخ، والأشخاص المعنيين بهذه الطريقة من الاستنساخ الثنائي، هو اتفاق باطل لمخالفته مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، لأن من شأنه أن يضفي قيمة مالية على جسم المرأة الحامل كأنها تقوم بتأجير رحمها أو بإعارتها خلال فترة الحمل، أي كأنها تقوم بوضع جسدها تحت تصرف ولمصلحة الكائن الحي المراد استنساخه، وفي كل هذا يعد خروجاً

<sup>1</sup> - كريم زينب ، المرجع السابق، ص 336.

على مبدأ عدم خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل الأمر الذي تجرمه معظم القوانين و التشريعات.

## **البند الثاني: الاستنساخ ثنائي الأطراف و مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان**

تتطوي تقنية الاستنساخ الثنائي، على ثلاثة أعمال طبية تمس جسم الإنسان تتمثل انتزاع النواة من إحدى الخلايا الجسدية للشخص المراد استنساخه الأمر الذي يشكل مساسا بجسده، انتزاع البويضة من رحم المرأة وهو أيضا يشكل مساسا بجسدها، ووضع البويضة ثانية في رحمها وفيه مساس بجسدها.

فإذا كانت الأعمال الطبية وممارستها تتطلب لإباحتها ضرورة توافر رضا الشخص وكذلك توافر القصد العلاجي، فإن الشرط الأول هنا متوافر حيث أنه هناك اتفاق بين الطبيب القائم بعملية الاستنساخ والطرفين الآخرين إلا أن شرط الإباحة غير متوفر، كون أن الاستنساخ ليس من شأنه أن ينقذ إنسانا أو يحقق شفاءه من مرض ما، كما أن الرغبة في تخليد ذكرى شخص معين أو الرغبة في إنتاج إنسان واستخدامه كقطع غيار بشرية، هذه الرغبات لا تصبغ أية مشروعية على هذا العمل، ولكن ماذا لو حدث الاستنساخ بين زوجين عاجزين عن الإنجاب بواسطة التكاثر الجنسي لعقم أحدهما، فهل نقر بمشروعيته في هذه الحالة؟

يعتقد البعض أن الاستنساخ في هذه الحالة يكون مشروعاً على اعتبار أنه يعد وسيلة لبلوغ أسمى وأهم وأنبى مقاصد الزواج وهو التكاثر في حالة يعجز الزوج فيها عن الإنجاب بواسطة التكاثر الجنسي لعقمه<sup>1</sup>، في حين يرى الدكتور فايز عبد الله الكندري أن الاستنساخ بين الزوجين غير مشروع، لأنها رغبة على الرغم من الإقرار بنبيلها وأهميتها إلا أنها ليست مطلقة ليمارسها الإنسان كيف يشاء ومتى يشاء، بل أنه يخضع في ذلك لأحكام القانون

<sup>1</sup> - علاء علي حسين نصر، المرجع السابق، ص 158.

ومبادئه الثابتة، ولا تتعارض مع أحكام النظام العام وقواعده، فالرغبة في الإنجاب لا تكون مشروعة إلا بذلك<sup>2</sup>.

فإذا كان لا يمنع أولاً، ودون إضفاء الصفة المشروعة على الرغبة في التنازل ومن ثم الاعتراف بالمشروعية القانونية للاستنساخ بين الزوجين لمواجهة مرض عقم الرجل القول بانعدام المعاشرة الجنسية بين الزوجين وثانياً القول بعدم إمكانية نسب الولد المستنسخ إلى الزوجة.

وذلك على اعتبار أن هذه الزوجة لا تعطي في الاستنساخ لأن الزوجة بذلك ليست سوى مجرد وعاء للبويضة المفرغة من نواتها الأنثوية خلال فترة الحمل حيث يقتصر دورها على حمل البويضة والولادة وإن كنا نؤيد هذا الرأي، على عدم إضفاء الصفة الشرعية على الرغبة في التنازل في الاستنساخ الثنائي بين الزوجين لمواجهة مرض عقم الزوج، فنرجع ذلك للأسباب التالية :

- عدم التناسب بين المخاطر والمنافع الناتجة عن هذه الصورة:

إن هدف الأعمال الطبية هو الشفاء من المرض أو الوقاية منه أو إنقاذ حياته أي بصفة عامة تحقيق مصلحة مشروعة للمريض، حتى يمكن القول أن هناك نوع من التوازن والتناسب المعقولين بين المخاطر والأضرار التي من شأن هذا العمل أن يقدمها للشخص محل هذا العمل من جهة والمزايا والمنافع التي تعود عليه من جهة أخرى، فمتى كانت المخاطر والأضرار تفوق كثيراً المزايا والمنافع كان هذا العمل غير مشروع من الناحية القانونية ويرتب مسؤولية الطبيب القائم به بحيث تتعدد مسؤوليته عن العمل الضار.

والعمل الطبي لا يكون في هذه الحالة مستوفياً لجميع الشروط اللازمة لإباحته وهذا ما يعرف بقاعدة النسبية وهذه الأخيرة ثابتة في مختلف القوانين كالقانون الفرنسي في المادة 40 من قانون أخلاقيات مهنة الطب لسنة 1995، والتي تحظر على الطبيب القيام بأي عمل طبي أو جراحي إذا كان من شأنه أن يلحق بالمريض خطراً غير مبرر كما تعتبر من

<sup>2</sup> - فايز عبد الله الكندري ، المرجع السابق ، ص 813.

القواعد المستقرة في أحكام القضاء الفرنسي الذي يقرر المسؤولية القانونية للطبيب القائم بالعمل الطبي مخاطرة تفوق بكثير المنافع أو المرض الذي يدعي تحقيقه أو علاجه. ويمكن استخلاص قاعدة نسبية في القانون الجزائري بالرجوع إلى قانون الصحة تحت رقم 11-18 الصادر بتاريخ 02 يونيو 2018 والمتعلق بنزع وزرع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية حيث جاءت المادة 1/355، من هذا القانون: تنص على أنه: «لا يجوز نزع الأعضاء والأنسجة والخلايا البشرية وزرعها إلا لأغراض علاجية أو تشخيصية وضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون» وتنص المادة 360 على أنه «لا يجوز ممارسة نزع الأعضاء والأنسجة أو الخلايا على الشخص الحي لغرض الزرع إذا عرض حياة المتبرع للخطر»<sup>1</sup> فحسب المادة فإنه يشترط لإباحة التبرع بالأعضاء البشرية أن تكون المخاطر التي تعود على الشخص المتبرع بالأعضاء تتناسب مع الفائدة التي تعود من هذا التبرع على شخص المتبرع له فإذا كان من شأن التبرع أن يشكل خطرا محققا بحياة المتبرع أو بجسمه فإنه يكون محظورا قانونيا.

فإذا كان من شأن الاستنساخ أن يحقق رغبة الزوجين في الحصول على أولاد، إلا أن ذلك قد يتعارض مع قاعدة النسبية، وذلك بالنظر إلى ما يترتب عن هذه التقنية على حياة الولد المستنسخ أو صحته من الخطر، لأن الخلية الجسدية للفرد ليست بالضرورة خلية سليمة، ونقية من الأمراض التي تشكل خطرا على حياة هذا الفرد أو صحته، وذلك لما تتعرض له هذه الخلايا من طفرات طوال حياة الفرد بسبب تأثره بالعوامل الخارجية المحيطة به كالبينة.

وثبت علميا أن جميع الجينات الوراثية التي سوف يحتويها المجمع الوراثي للكائن المستنسخ سوف تنتقل بصفة كلية أي 100% من النواة المنتزعة من إحدى خلايا الكائن الحي المراد استنساخه فتنقل بكل ما تحمله من أمراض أو ظواهر من شأنها تشكل خطورة

<sup>1</sup> - أنظر نص المادة 360 من القانون 11-18 المتعلق بالصحة ج ر 46.



على صحة الولد، فإن هي رغبة غير مشروعة لمخالفتها قاعدة قانونية راسخة وثابتة ومتعلقة بالنظام العام، فهي قاعدة مطلقة لا تحتمل أي استثناء.

إذا الاستنساخ الثنائي بين الزوجين لمواجهة العقم يتعارض مع قاعدة النسبية بين المخاطر والفوائد المترتبة على الأعمال الطبية، وأيضاً لاعتبارات فقهية.

- تصادم الرغبة في التكاثر مع أحكام الشريعة الإسلامية:

نستطيع أن نتمسك بعدم إضفاء الصفة المشروعة على الرغبة في التناسل للاستنساخ الثنائي بين الزوجين لمواجهة العقم، وما تمسك به بعض رجال الدين والفقهاء الإسلامي من دفع فقهية من أجل تحريم الاستنساخ البشري بصفة عامة كدرء المفسد، أو الدفع بأن الاستنساخ وإن كان ليس من شأنه أن يجعل الإنسان إلى جانب الله خالقا، إلا أنه يعد عبثاً وتغييراً في خلق الله ومنافياً للفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها، وأخيراً الدفع بشبهة اختلاط الأنساب.

### البند الثالث: الاستنساخ ثلاثي الأطراف

في هذا النوع من الاستنساخ يستلزم تدخل ثلاثة أشخاص: الكائن الحي المراد استنساخه والذي قد يكون ذكراً أو أنثى ويتم أخذ خلية جسدية منه والأنثى (أ) التي يتم الحصول على بويضة رحمها، وأنثى أخرى (ب) يتم زرع البويضة بمحتواها الجديد في رحم هذه الأنثى لتستعمل كأم بديلة مدة الحمل الطبيعية.

والاستنساخ ثلاثي الأطراف كالاستنساخ الثنائي والأحادي، غير مشروع من الناحية القانونية وذلك لمخالفته من جهة مبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل، ومبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان من جهة أخرى.

### أولاً : مخالفة الاستنساخ الثلاثي لمبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل

تقتضي هذه التقنية من الاستنساخ الثلاثي على اتفاق بين الطبيب القائم بالأعمال التي يستوجبها الاستنساخ و الأشخاص الثلاثة المعنيين بهذا الاستنساخ (صاحب الخلية الجسدية و صاحبة البويضة و صاحبة الرحم) و هذا الاتفاق هو اتفاق باطل بسبب مخالفته

لمبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل لأن من شأنه أن يجعل جسم الإنسان يتحول إلى بضاعة يتصرف فيها و هو أمر محظور<sup>1</sup> :

- إضفاء قيمة مالية لجسم المرأة الحاملة: وذلك عندما ترغب الزوجة في الحصول على ولد إلا أنها غير قادرة على ذلك كأن تكون غير قادرة على الحمل بسبب عدم وجود أعضاء تناسلية أو فقدانها للرحم أو بسبب مرض أصيبت من خلاله بتشوهات يجعل الحمل مستحيلا وغير متمكن، فهنا تقوم بالاتفاق مع امرأة أخرى (أنثى ب) على أن تقوم هذه الأخيرة بحمل بويضتها - التي تم انتزاعها من رحمها وتم تفريغها من محتواها ووضع فيها النواة المستخلصة من إحدى خلايا الكائن الحي المراد استنساخه- لحسابها طوال مدة الحمل.

فذلك الاتفاق يعد باطلا لأنه يضع جسم الإنسان تحت تصرف الغير لأن المرأة الحاملة في الاستنساخ أي الأنثى (ب) تقوم بتأجير رحمها أو بإعارتها خلال فترة الحمل لحساب الزوج أو الزوجة أي الحمل لحساب الغير في نطاق الاستنساخ شأنه في ذلك شأن الحمل لحساب الغير في نطاق الإنجاب الصناعي (أو تأجير الأرحام) أي حكمها واحدا، وهو عدم المشروعية للحمل وبطلان العقد، لأنه من شأنه أن يضيف قيمة مالية على جسم الأنثى (ب) أي المرأة الحامل الأمر الذي يحظره القانون كونه يحول جسم المرأة إلى بضاعة يتصرف فيها.

- إضفاء قيمة مالية لجسم الكائن المستنسخ: إذا كان من شأن الاتفاق بين الطبيب والأشخاص الثلاثة في الاستنساخ الثلاثي أن يضيف قيمة مالية لجسم المرأة الحامل، أيضا من شأنه أن يضيف قيمة مالية لجسم الكائن المستنسخ فالاتفاق الذي تلتزم به الأم الحاملة (الأنثى "ب") على حمل البويضة المنتزعة من الزوجة (الأنثى "أ") لحساب هذه الزوجة وزوجها وإنها ملتزمة برد المولود بعد ولادته إليها.

هذا الاتفاق سواء كان بمقابل (كأن المرأة الحامل تقوم ببيع ولدها) أم بدون مقابل (أي تقوم بالتبرع به) من شأنه أن يجعل جسم الكائن المستنسخ من قبيل الأموال أو الأشياء

<sup>1</sup> - راجع في ذلك فايز عبد الله الكندري ، المرجع السابق، ص801.

الداخلة في دائرة التعامل الأمر الذي يعد محظورا قانونا إعمالا لمبدأ عدم جواز التصرف بجسم الإنسان، مبدأ متعلق بالنظام العام<sup>1</sup> فجسم الكائن المستنسخ لا يمكن قانونا أن يكون محلا لعقد بيع أو عقد هبة بمفهوم القانون المدني وأحكامه<sup>2</sup>، فالإنسان لا يعتبر شيئا حتى يمكن تقويمه بالنقود.

## ثانيا: مخالفة الاستنساخ الثلاثي لمبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان

الاستنساخ الثلاثي ما هو إلا تقنية تستلزم بالضرورة المساس بجسم الإنسان أي الكائن الحي المراد استنساخه و أيضا بجسم الأنثى (أ) وذلك من خلال انتزاع البويضة من رحمها وأخيرا المساس بجسم الأنثى (ب) وذلك من خلال نقل وزرع البويضة المنتزعة في رحمها، فهذه الأعمال لا تدخل ضمن الأعمال الطبية المباحة أي التي تبيح المساس بجسم المريض وتنفي مسؤولية القائم بها رغم هذه الأعمال تتم برضاء جميع الأطراف إلا أنها في نظر البعض<sup>1</sup> الاستنساخ لا ينقذ إنسانا أو يشفيه من مرض.

أي تستوي تلك الأعمال شرط المصلحة العلاجية أو المشروعة التي يجب أن تقدمها الأعمال الطبية للشخص لأن هدفه يتمثل في الحصول على كائن حي نسخة لكائن حي آخر، الأمر الذي يدعونا إلى تقرير عدم المشروعية القانونية للاستنساخ الثلاثي لما فيه من خرق لمبدأ متعلق بالنظام العام، مبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان.

فالرغبة لا يجوز لها الخروج عن دائرة المشروعية التي رسمها القانون مثلا حب الذات ورغبة الفرد في أن يتذكره الناس بعد موته، رغبة تخرج عن هذه الحدود وتتجاوزها،

<sup>1</sup> - راجع في ذلك محمد سعد خليفة ، المرجع السابق ، ص 124.

<sup>2</sup> - حسب المادة 351 المتعلقة بعقد البيع في القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون 05-10 و المؤرخ في 20 يونيو 2005 و المادة 202 المتعلقة بالهبة من قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05/02 المؤرخ في 07 فبراير 2005.

<sup>1</sup> - راجع في ذلك فايز عبد الله الكندري ، المرجع السابق ، ص 806.

وعلى الرغم في نجاح الأطباء في استئساخ البشر فالتطابق يكون في البيئية البيولوجية العضوية وليس في الصفات النفسية والأخلاقية والثقافية لأن هذه الصفات تتعلق بالبيئة وليس بالوراثة وفي هذا يقول الرسول عليه الصلاة والسلام: «كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه» فالأسرة بينة والعشيرة بينة والحزب بينة والطائفة بينة، وهذا ما يطلق عليه في علم النفس بعلم الفروق الشخصية.

أما القول بأن الاستئساخ من شأنه أن يحمي الإنسان من الأمراض بإيجاد نسخ بشرية حية أخرى يستفيد من أنسجتها أو أعضائها عند تلفها فهذا فيه امتهاناً صارخاً لجسم الإنسان الذي خلقه الله سبحانه وتعالى وعززه وكرمه فكيف لنا أن نتقبل استئساخ إنسان من أجل استخدامه عند الحاجة كقطع غيار بديلة لما تلف أو فقد من أعضاء بشرية، أي يتحول جسم الإنسان إلى معرض لقطع الغيار تؤخذ الأنسجة متى احتيج لها، فهذا السلوك يلغي إنسانية الكائن البشري.

وأخيراً فإن الرغبة في التغلب على عقم الرجل أو المرأة ليس من شأنه أن يضيف المشروعية القانونية على تقنية الاستئساخ الثلاثي، فهي رغبة ليست مطلقة يمارسها الإنسان كيفما شاء ومتى شاء، بل تخضع في ذلك لأحكام القانون المنظمة لسلوك الفرد الخارجي بصفة عامة، والمنظمة للرغبة في الإنجاب يرسم حدودها وشروطها بصفة خاصة أي لا يمكن ممارستها خارج نطاق القانون وضوابطه التي رسمها.

وننتفق مع من يرون عدم مشروعية الاستئساخ الثلاثي، لأنه يترتب عن ذلك خرقاً لمبدأ خروج جسم إنسان عن دائرة التعامل أيضاً، هذه الصورة تتعارض مع قواعد وأحكام النسب فمثلاً:

**1** إذا كان الكائن الحي المراد استئساخه أنثى، يعني انعدام نسب الولد من جهة الأب فهذا يشكل خرقاً لما للطفل من حقوق في الرعاية والتنشئة التي كفلها له القانون من جهة وخرقاً ومساساً بأحكام وقواعد النسب التي تستلزم نسب الولد لكل من الأب وأم تربطهما علاقة زوجية صحيحة.

2) إذا كان الكائن الحي المراد استنساخه هو الزوج، حيث تنزع نواة من إحدى خلاياه لتوضع في بويضة تم انتزاعها من رحم زوجته وتزرع في رحم امرأة أخرى، فهذا يعد مساسا بقواعد النسب لأنه يؤدي إلى اختلاط الأنساب لوجود طرف أجنبي عن الزوجين يتمثل في الأم البديلة، والأم كذلك إذا تم انتزاع النواة من إحدى خلايا الزوج لتوضع في بويضة تم انتزاعها من رحم امرأة أخرى لتتقل وتزرع في رحم زوجته.

3) وأخيرا، إذا كان الكائن الحي المراد استنساخه ليس زوجا أي لا تربطه مع الأنثى (أ) أو الأنثى (ب) أية علاقة زوجية فإن هذا محرما وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعد وأحكام النسب.

إن هذه الصورة تؤدي إلى اختلاط الأنساب لعدم مراعاة الضوابط التي تقوم عليها الروابط الأسرية والنسبية.

وعليه نستخلص إلى عدم المشروعية القانونية للاستنساخ البشري سواء أكان هذا الاستنساخ ثلاثي أو ثنائي أو أحادي، وذلك لمخالفته للمبادئ القانونية الثابتة والمقررة لحماية جسم الإنسان، فإنه يحظر عليه القيام به وإلا يسأل جنائيا، ويمكن أن نستنتج المصدر الحاسم لمنع هذه الوسيلة من المرسوم رقم 92-276 المؤرخ في 06 جويلية 1992 والمتضمن قانون أخلاقيات الطب والذي ينص في مادته السادسة فقرة ثانية على أنه: «يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس احترام حياة وشخصية الإنسان» لذا نلتمس ضرورة عقد اتفاق دولي تتفق فيه وجهات النظر بين مختلف الدول، اتفاق يكون الغرض منه سد النقص الملحوظ في المعاهدات الدولية في هذا الشأن وتجنب هدم الأهداف الأساسية للعلاقة الزوجية والمتمثلة في إنجاب الذرية وتعمير الأرض وابتعاد عصر الرجال والأرحام المؤجرة....

إن لابد الوقوف ضد هذه الصورة و التخلص منها، لاعتبارات دينية و قانونية وأخيرا نلتمس إقامة نظام قانوني لحماية جسم الانسان<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - كريم زينب، المرجع السابق ، ص344.

وكذا نص المادة 375 من القانون 18-11 المؤرخ في 02 جويلية 2018 المتعلق بالصحة التي تنص على «يمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيا فيما يخص الكائن البشري و كل إنتقاء للجنس»، وبذلك فإن المشرع قد منع وحظر كل أنواع الاستنساخ المتعلقة بالأجسام الحية سواءا كان ثلاثي الأطراف أو ثنائي أو أحادي التي تتعلق بالإنسان بل أكثر من ذلك جرّم كل انتقاء للجنس، وبذلك يكون قد وضع حدا للتلاعب بجسم الإنسان نظرا لقدوسيته وكرامته المحمية شرعا وقانونا، كما منع القانون تداول بهدف الغرض العلمي الحيوانات المنوية وكذا بالبويضات حتى بين الزوجات الضرائر والأجنة الزائدة عن العدد المقررة أو لا أم بديلة أو امرأة أخرى كانت أختا أو أما أو بنتا، وكذا بالسيتوبلازم<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - المادة 374 من القانون 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018 المتعلق بالصحة، ج ر 46 .

## خاتمة

إن موضوع الحماية القانونية للجنين من المواضيع التي تبدو وأنها من أهم المواضيع التي تطرح في ميدان الطب، خاصة مع التطورات الطبية المستحدثة لاسيما وأن المشرع قد أفضى لهذا المخلوق المعد للعيش على اعتبارات شرعية وأخلاقية جسدها في قالب تشريعي جعلت له حماية تجعله بمنى أن يكون محلا للتجارب الطبية باعتباره شخص من أشخاص القانون له العديد من الحقوق المحفوظة والمكفولة شرعا وقانونا، ولا يحول ذلك إلا من خلال تحديد المركز القانوني له بشكل يضيفي تكريس مبدأ الحماية القانونية والشرعية في نطاق الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

وبشكل عام فإن أوجه الحماية المقررة له أو تلك المتعلقة بحقوقه المدنية أو الحفاظ على مركزه الجنائي في ظل التطور الطبي الحاصل ولعل الفيصل في إرساء معالم تلك الحماية التي لا تكون إلا بعد البحث والتأصيل بمختلف النقاط القانونية التي تجعل من الجنين محلا لجملة من الضوابط القانونية حتى يتسنى لنا معرفة مدلول ونطاق الحقوق التي تضيفي أوجه الحماية خاصة مع التطورات الطبية الحاصلة التي جعلت منه محلا للتجارب.

ومن خلال استعراضنا لهذا البحث المتواضع جملة من الآراء الفقهية والقانونية التي تتعلق بحماية الجنين إبتداءا بتلك الأحكام المتعلقة بالحقوق المدنية والشرعية والمعنوية والجنائية في مختلف الدول العربية لاسيما تلك الدول التي تضيفي على تقنياتها الصبغة الشرعية الإسلامية .

ومن أهم الحقوق المقررة له حقه في سلامته البدنية والصحية من خلال إرساء التقنين جملة من الضوابط تجعله مناطا بحماية قبل ميلاده، فمعظم التشريعات ألزمت طالب الزواج بإجراء فحوصات طبية قبل الزواج على غرار المشرع الجزائري الذي كرس هذا الأمر في المادة 7 مكرر من ق أ ج المعدل والمتمم التي من شأنها أن تكشف عن مختلف الأمراض التي يمكن أن تنتقل إلى الجنين.

وإن كانت الشرعية الإسلامية الغراء قد أجازت فسخ عقد الزواج في حالة ظهور أو إصابة أحد الزوجين بأمراض قد تحول دون الآثار السليمة للزواج والتي تؤثر سلبا على صحة الجنين، بل أكثر من ذلك إذ حثت الشريعة على اختيار الزوجين الأمر الذي تنطوي عليه وسائل الحماية الشرعية للجنين وما يمكن إدراجه كأسبقية للتشريع الإسلامي وما يتعلق بتحديد أقل مدة الحمل مبينة بستة أشهر بناء على الآية الكريمة: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ<sup>1</sup>. وقوله أيضا: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا حَتَّىٰ إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ<sup>2</sup>.

إذ جعل القرآن مدة الرضاعة وحددها بعامين وجعل مدة الحمل والرضاعة لمدة ثلاثون شهرا وبعملية بسيطة وذلك بطرح مدة الرضاعة من مدة الحمل فنحصل على مدة ستة الشهر، التي تمثل أقل مدة للحمل وهو ما توصل إليه الطب والعلم الحديث الأمر الذي أشار إليها القرآن منذ أكثر من أربعة عشر قرنا وهو الأمر الذي جعل لمدة الحمل أهمية

<sup>1</sup> - سورة البقرة، الآية 233.

<sup>2</sup> - سورة الأحقاف، الآية 15.



بالغة خصوصا ما يتعلق بحقوق الجنين كحقه في النسب الذي يترتب عليه باقي الحقوق كحقه في الميراث والوصية والوقف وغيرها.

ومن خلال بحثنا حاولنا إبراز مختلف وسائل المحافظة على النسب خاصة في ظل التقنيات المستحدثة لاسيما التلقيح الصناعي والاستنساخ البشري كما كان لرعاية الحبلى أو متابعتها متابعة صحية أكيدة وجادة أثر بالغ على حق الجنين في الحياة بحيث أولت التشريعات عناية خاصة وكذا معاملة إنسانية لها لهذا المجال كل ذلك ضمنا لحق الجنين الأمر الذي لم تغفل عليه التشريعات الوضعية كقانون العمل وحتى في حالة توقيع العقوبة على الحامل إذا حكم عليها جزائيا إذا اقترفت جرما ما يعاقب عليه القانون بعقوبة سالبة للحرية.

أما في ما يتعلق بحقوق الجنين المالية فقد بينتها الشريعة الإسلامية خاصة تلك المتعلقة بالميراث وفقا لشروط محددة.

ومن خلال رصد الحماية الشرعية والقانونية في الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية خاصة ما يتعلق بإجهاضه وإن كانت بعض الدول الغربية تبيحه وذلك إنقاصا لآدمية الإنسان سواء الحبلى أو الجنين كما أن معظم القوانين لم تتناول مسألة إيذاء الجنين دون إجهاضه أو إصابته بعاهة أو إعاقة تحول دون تمتعه بالحياة المستقبلية.

وعلى العموم فإن تلك الحقوق المالية المتعلقة بالجنين فإن هناك إجماع بشأنها كان للشريعة الإسلامية سبق والتفوق في ذلك، وما يمكن الخروج به من توصيات في هذا البحث يمكن إيجازها فيما يلي:

إن الحقوق التي يتمتع بها الجنين هي حقوق معلقة على شرط فاسخ بحيث يشترط القانون ميلاد الجنين حيا، وكان على المشرع الجزائري في صيغته المادة 25 من ق م ج على أن تكون «تبدأ شخصية الإنسان منذ الحمل و تثبت بولادته حيا».

- بالنسبة إلى نسب الجنين فإن أقل مدة للحمل هي ستة أشهر قمرية أي 175 يوما ولا يعتد بالتقويم الميلادي لأن الجنين يمكن أن يبقى في بطن أمه عشرة أشهر كما حدده القانون

الجزائري وهي مدة مقررة طبيا على أن تكون أقل مدة الحمل ستة أشهر قمرية وأقصاها سنة وعلى المشرع إعادة النظر في نص المادة 42 من ق أ ج .

- أما يتعلق بتقنية التلقيح الاصطناعي فإن نسب الولد لا يثبت لأبيه إلا إذا كان وفق الشروط الشرعية والقانونية وأن يمنع إجراء عمليات التلقيح الاصطناعي خارج الضوابط الشرعية والقانونية، كما أنه حسن المشرع الجزائري حينما حظر إجراء عمليات الاستنساخ البشري بكل أنواعه وذلك بقانون الصحة الجديد.

- كما يجب منع إنشاء بنوك للمني أو الأجنة وفي ما يتعلق بالبويضات الملقحة الفائض وعن عملية التلقيح الاصطناعي يجب التخلص منها وعدم الاحتفاظ به درءا وسدا للذرائع.

- تصح الهبة للجنين وهي مقررة له شرعا وقانونا ويقبلها عنه من يمثله قانونا والشئ نفسه ينطبق على الوصية كما أننا نناشد المشرع على أن يضيف في مسألة الهبة والوصية من يقبلها عنه.

- كما يصح الوقف على الجنين بالتبعية على أن يورد المشرع نصا بشأن الوقف على الجنين وفي ما يتعلق بالاشتراط بمصلحته على أن لا يكون على الاشتراط ملزما للمشترط إذا صدر قبول من ممثل الجنين وله الرجوع فيه.

- كما أنه يجب منع إنشاء بنوك للمني أو للأجنة وفيما يتعلق بالبويضات المخصبة الفائضة عن عملية التلقيح الاصطناعي ينبغي التخلص منها وعدم الاحتفاظ بها.

كما نناشد المشرع الجزائري أن يكون الحساب بالتقويم القمري حفاظا على النسب الذي يعد أحد دعائم المجتمع، وعليه أيضا إصدار نصوص جديدة في قانون الأسرة الجزائري لسد الفراغ التشريعي خصوصا فيما يتعلق بالطرق المستحدثة.

أما فيما يتعلق في الفحص الطبي الذي يلجأ إليه رغبا الزواج يجب أن يشمل الفحوصات المتعلقة بمدى إمكانية أيا من الطرفين حمله أمراضا قابلة للانتقال وكذا فحوصات الكشف عن الأمراض الوراثية لمعرفة قدرة الخاطبين على الزواج وإنجاب الأطفال.

وفيما يتعلق بمدة الحمل على المشرع أن ينظم هذه المسألة تنظيمًا كافيًا من خلال تمييزه بين أقصى مدة الحمل الواقع نتيجة التلقيح الطبيعي والحمل الحاصل نتيجة التلقيح الاصطناعي كل ذلك بغية التوافق بين الحقيقة البيولوجية والمسائل القانونية.

كما أنه يجب على كل الدول عقد اتفاق بينهم هدفه سد النقص الملحوظ في المعاهدات الدولية بشأن عدم مشروعية الاستتساخ البشري وصوره وضرورة تجنب هدم الأهداف الأساسية للعلاقة الزوجية ووضع حد لمسألة الأرحام المؤجرة والتخلص منها نهائيًا.

ومن أجل الحفاظ على الأنساب ناشد المشرع بضرورة تفعيل تقنية البصمة الوراثية للزوجين قبل إجراء مراسيم عقد الزواج حتى لا تختلط الأنساب وتضيع.

ولحسم مختلف المشاكل المتعلقة بهذه المسائل على المشرع الجزائري أن يكفل في قوانين الأسرة نصوصًا تجيز اللجوء إلى البصمات الوراثية بغية حسم النزاع في القضايا المتعلقة بالنسب نظرًا لجديتها.

## قائمة المراجع و المصادر

أولاً : القرآن الكريم.

ثانياً : السنة النبوية

- 1- الإمام مالك ابن أنس، المدونة الكبرى ، مجلد6، بدون سنة نشر ،ج15.
- 2- أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين ، دار المعرفة، بيروت، مجلد 2.
- 3- أحكام القرآن للقرطبي ، ج10.
- 4- عبد الله ابن القدامى المقدسي، المغني في فقه الإمام أحمد ابن حنبل الشيباني ، دار الفكر ، بيروت طبعة أولى ، سنة 1405 هـ .
- 5- محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي ، تحقيق محمد عليش ، دار الفكر ، بيروت ، دون سنة طبع.
- 6- محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي أبو بد الله، المطلع على أبواب الفقه، تحقيق محمد بشير الادلبي، المكتب الإسلامي ، ببيروت ،سنة 1981.
- 7- بدران أبو عينين بدران ، أحكام الوصايا و الأوقاف مؤسسة سباب الجامعة - الإسكندرية ، سنة 1982.
- 8- النووي، روضة الطالبين و عمدة المفتين ، طبعة ثانية ، مكتب إسلامي، بيروت، سنة 1405 هـ.
- 9- وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج 9، دار الفكر ، دمشق ، سوريا، طبعة ستة ، سنة 2008.
- 10- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة ، ج 4، دار الأرقم ابن ابي الأرقم للطباعة و النشر، بيروت لبنان، دون سنة طبع.
- 11- عادل بن يوسف العزاوي، فتح الكريم بأحكام الحامل و الجنين ، دار ابن الجوزي، القاهرة مصر، طبعة أولى، 2006.
- 12- السيد سابق، فقه السنة و أدلته ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت، طبعة أولى 1984.
- 13- بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت، ج 2 .
- 14- منهاج السنة النبوية ،لابن تيمية ، مؤسسة قرطبة، الطبعة 1 سنة 1406 هـ ، ج 06 .
- 15- سنن النسائي ، مكتبة المطبوعات الإسلامية ، الطبعة2، ج 4 .

### ثالثا : المراجع باللغة العربية

#### مصادر و المعاجم

1 - ابو الفضل جمال الدين بن المنصور، لسان العرب ، المجلد 1 ، دار صادر ، بيروت ، لبنان طبعة  
ثالثة، سنة 1994.

#### رابعا : المراجع العامة

- 1- محمد الصغير بعلي-المدخل للعلوم القانونية، الطبعة 2006.
- 2- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ، المجلد 2 ، ج7 ، منشورات  
الحبلى الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000.
- 3- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ، المجلد 2 ، ج9 ، منشورات  
الحبلى الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000
- 4- صالح بوغرارة حقوق الأولاد في النسب و الحضانة ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة 2013
- عبد الحكم فودة و أحمد محمد أحمد، جرائم القتل العمد و القتل الخطأ و جنایات و جنح الجرح  
و الضرب و إعطاء المواد الضارة و جرائم الإجهاض و صنع الجواهر المغشوشة و بيع الأشرية المضرة  
بالصحة مقارنا بالتشريعات العربية.، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، مصر ، 2009.
- 5- العربي بختي ، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية و الاتفاقيات الدولية ، ديوان المطبوعات  
الجامعية ، الطبعة 2013.
- 6- تشوار جيلالي ، الزواج و الطلاق اتجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية و البيولوجية ، ديوان  
المطبوعات الجامعية -الجزائر ، الطبعة 2001
- 7- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائري الطبعة  
2 ، سنة 2002.
- 8- عبد العزيز سعد: الجرائم الواقعة على نظام الأسرة - المؤسسة الوطنية للكتاب طبعة 1990 .
- 9- محمد أبو زهرة: الأحوال الشخصية - دار الفكر العربي - القاهرة - مصر -1950
- 10- لعشب محفوظ بن حامد، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية  
طبعة 2006.

## خامسا: المراجع المتخصصة

- 1- أيمن مصطفى الجمل ، مدى مشروعية استخدام الأجنة البشرية في إجراءات تجارب البحث العلمي، دار الجامعة الجديدة، سنة 2008.
- 2- عادل بن يوسف العزازي، فتح الكريم في أحكام الحامل و الجنين، دار ابن الجوزي، القاهرة سنة 2006 .
- 3- محمد سلام مذكور، الجنين و الأحكام المتعلقة به في فقه الإسلامي - بحث مقارن- ،الطبعة الاولى ، سنة 1969، دار النهضة العربية.
- 4- أميرة عدلي أمير عيسى خالد ، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة ،دار الفكر الجامعي، الطبعة 2007.
- 5- حسان شمسي باشا، علي البار، المسؤولية الطبية بين الفقه و القضاء، دار القلم، دمشق، الطبعة 2004.
- 6- علي الشيخ إبراهيم مبارك، حماية الجنين في الشريعة و القانون، دار المكتب الجامعي الحديث الطبعة 2009.
- 7- محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، دار النفائس للنشر و التوزيع، الطبعة الثالثة، 2000.
- 8- بدر محمد السيد إسماعيل ، حكم إسقاط الجنين المشوه في الفقه الإسلامي و الطب الحديث، دار الفكر الجامعي .
- 9- عطا عبد العاطي السنباطي، بنوك النطف و الأجنة دراسة مقارنة الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار النهضة العربية ،الطبعة 2001 .
- 10- عبد النبي محمد محمود ،الاعتداء على الجنين و وسيلة حمايته بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الكتب القانونية ، الطبعة 2011 .
- 11- أحمد القاسم الحسيني، علامات الحياة و الممات بين الفقه و الطب، دار الخلدونية ،الطبعة 2001.
- 12- بأحمد أرفيس، مراحل الحمل و التصرفات الطبية في الجنين بين الشريعة و الطب المعاصر الطبعة الثانية ، سنة 2005 .
- 13- مفتاح محمد أقریط ، الحماية المدنية و الجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي دار الكتب القانونية ، الطبعة 2006 .

- 14- حسني هيكل ، النظام القانوني للإنجاب الصناعي بين القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى، سنة 2006 .
- 15- علي هادي عطية الهلالي ، المركز القانوني للجنين ، طبعة 2012 ، منشورات الحبلى الحقوقية.
- 16- محمد عبد الشافي إسماعيل ، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة و القانون ، الطبعة 1، سنة 1992-دار المنار للطباعة و النشر والتوزيع القاهرة .
- 17- بلحاج العربي ،الحدود الشرعية و الأخلاقية للتجارب الطبية على الإنسان في ضوء القانون الطبي الجزائري -دراسة مقارنة - ط2011.
- 18- عبد العزيز محمد محسن، الحماية الجنائية للجنين، دار النهضة العربية ، الطبعة 1998.
- 19- شحاته عبد المطلب حسن أحمد، الإجهاض بين الحضر و الإباحة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الطبعة 2006.
- 20- صاحب عبيد الفتلاوي ، التشريعات الصحية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الطبعة 1 سنة 1997.
- 21- زياد درويش ، الطب الشرعي ، مطبعة الجديدة -دمشق 1980.
- 22- عمر بن محمد بن إبراهيم غانم ، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار الأندلس الخضراء جدة 2001 ، الطبعة الأولى.
- 23- أميرة عدلي أمير، جريمة إجهاض الحوامل في التقنيات المستحدثة، الطبعة 2007 ، منشأة معارف.
- 24- منذر طيب البرزنجي و شاكر غني العادلي ، عمليات أطفال الأنابيب و الاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة الطبعة 1.
- 25- أحمد محمد لطفي احمد ، التلقيح الصناعي بين أقوال الأطباء و آراء الفقهاء ، بدون طبعة.
- 26- حسني عبد السميع إبراهيم ، موقف الشريعة الإسلامية لتأجير الأرحام، طبعة 2001 .
- 27- مهند صلاح أحمد فتحي الغزة ، الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2006.
- 28- شوقي زكريا الصالحي ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، 2001.
- 29- علاء علي حسين النصر ، عملية الاستنساخ البشري و الهندسة الوراثية من الناحية القانونية الطبعة 2006.
- 30- شوقي زكريا صالح، الاستنساخ بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، دار العلم و الإيمان للنشر و التوزيع، ط2005

- 31- محمد علي يوسف المحمدي ، بحوث فقهية في مسائل طبية معاصرة ، شركة دار البشائر الإسلامية ، الطبعة الأولى، سنة 1989 .
- 32- محمد عبد الشافي إسماعيل ، الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة و القانون ، الطبعة الأولى، سنة 1992 ، دار المنار للطباعة و النشر والتوزيع القاهرة ، ص20.
- 33 - صاحب عبيد الفتلاوي - التشريعات الصحية - الطبعة الأولى - دار الثقافة للنشر و التوزيع - عمان 1997.
- 34- عمر بن محمد بن إبراهيم غانم : أحكام الجنين في الفقه الإسلامي - الطبعة الأولى - دار الأندلس الخضراء - جدّة 2001 .
- 35- ماروك نصر الدين - الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم في القانون الجزائري و القانون المقارن الديوان الوطني أشغال التربوية . الطبعة الأولى 2003.
- 36- محمد سعد خليفة - الحق في الحياة و سلامة الجسد - دار النهضة العربية - القاهرة - مصر - ط 1996 -.
- 37- محمد نعيم ياسين - أبحاث فقهية في قضايا المعاصرة - ط 2 - دار الفنائس للنشر و التوزيع - الأردن 1999

#### خامسا- المذكرات (الرسائل الجامعية) :

- 1- كريم زينب ، قانون الأسرة في ظل التطورات المعاصرة ،رسالة دكتوراه، سنة 2009.
- 2- حوحو يمينة ، عقود التأمين على الحياة ، رسالة الماجستير فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق جامعة الجزائر ، 2003.
- 3- داودي إبراهيم، دكتوراه دولة، المركز القانوني للجنين، الطبعة 2009 - 2010 .
- 4- أمينة حمشاشي ، الحماية القانونية للجنين - دراسة مقارنة - ،مذكرة ماجستير ،سنة 2007 .
- 5- عبد الرحمن زنائدة ، التلقيح الاصطناعي من منظور الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي رسالة ماجستير ، سنة 2007 .
- 6- سمير شيهاني ،مركز الجنين في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير سنة 2005.
- 7- عشوش كريم، العقد الطبي، رسالة ماجستير، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 2002.
- 8- العربي الشحط عبد القادر ، الأحكام القانونية العامة لنظام الإنجاب الصناعي ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه ، سنة 1999 - 2000.
- 9- عبد الكريم مأمون- رضا المريض عن الأعمال الطبية والجراحية - دراسة مقارنة . رسالة دكتوراه . جامعة تلمسان . سنة 2005 .



- 10- ماروك نصر الدين : زراعة الأعضاء البشرية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة الجزائر - سنة 1993.
- 11- رايس محمد . رسالة دكتورة . المسؤولية المدنية للأطباء . جامعة جيلالي اليابس سنة 2005

### سادسا- المجالات و المقالات :

- 1- محمد بودالي، المسؤولية الطبية بين اجتهاد القضاء الإداري و القضاء العادي المجلة القضائية العدد 1 ، سنة 2004.
- 2- شيخ أحمد إبراهيم بيك ، إلتزام التبرعات، الهبة،مجلة القانون و الاقتصاد ، السنة الثانية، مجلد 1 العدد 5.
- 3- الشيخ محمد السيد الطنطاوي ، شيخ الأزهر ، مجلة الحقوق ، سنة 1997.
- 4- فايز عبد الله الكندري ، مشروعية الاستنساخ الجيني البشري من الوجهة القانونية ، مجلة الحقوق ، سنة الثانية و العشرين ، العدد 2 جوان 1998، الكويت.
- 5- محمود عبد الرحيم مهران، طرح متطور لتقدير مدة الحمل بين الفقه و الطب و موقف قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الجديد رقم 28 لسنة 2005، مجلة قطاع الشريعة و القانون .
- 6- داودي كريم، الشخصية القانونية للحمل المستكن، المجلة القضائية الراشدية، جامعة معسكر، العدد 2 ، سنة 2010.
- 7- تيرس مراد (الإجهاض كإجراء طبي في قانون العقوبات الجزائري و المقارن بين الإباحة و المنع، مجلة العلوم القانونية و الإدارية معهد الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجيلالي اليابس سيدي بلعباس ، العدد 3، سنة 2007.
- 8- زلاقي عبد الحميد ، حماية الجنين في ظل السياسة الجنائية و فلسفة التشريع الإسلامي ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الجيلالي ليابس عدد 8 ، سنة 2011.
- 9- أحمد حسن العوضي : الإستنساخ وعلاقته المحتملة بالجريمة - مجلة الشرطة الإماراتية - العدد 328 - السنة الثامنة و العشرون - ماي 1998 .
- 10- جيلالي تشوار : الأحكام الإسلامية في مسائل التغيير الجنسي و الإستنساخ البشري - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية - الرقم الرابع - الجزء السادس و الثلاثون - سنة 1998 .
- 11- مجلة المجلس الإسلامي الأعلى - العدد الثاني - السنة الثانية - الجزائر - جانفي 1999 ماروك نصر الدين : التلقيح الصناعي في القانون المقارن و الشريعة الإسلامية - مجلة المجلس الإسلامي الأعلى - العدد الثاني - السنة الثانية - الجزائر - جانفي 1999 .
- 12- شهيدة قادة : إلتزام الطبيب بإعلام المريض - موسوعة الفكر القانوني - العدد 1 - سنة 2003.

## سابعاً- الاجتهادات القضائية :

- 1- قضية رقم 57756 في القرار المؤرخ 1990/01/22، أنظر المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1990، ص 71.
- 2- المجلة القضائية، لسنة 1990، ص 53، في القرار المنشور بها قضية ب ذ ضد شركة التأمين الجزائرية، قرار 10-10-1984، المحكمة العليا.
- 3- قرار رقم 570 غير منشور جنائي 1989/06/06.
- 4- قرار صادر عن مجلس قضاء الجزائر، الغرفة الجزائرية، الموقوفين بتاريخ 2000/12/30، ملف رقم 2000/ 4907 (غير منشور).
- 5- قرار المحكمة العليا - ملف رقم 132862 المؤرخ في 1996/06/30
- 6- محكمة النقض المصرية، حكم مؤرخ في 1970/02/27، طعن رقم 1127 .
- 7- قرار صادر عن المحكمة العليا ( غرفة الجرح والمخالفات ) بتاريخ 29 أكتوبر 1996 - ملف رقم 144179 ( غير منشور ) .

### القوانين

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق لـ 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم.
- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 هـ الموافق لـ 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العامة.
- قانون رقم 92-276 المؤرخ في 05 محرم 1413 هـ الموافق لـ 06 يوليو 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.
- قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27-02-2005.
- قانون رقم 83-11 المؤرخ في 21 رمضان 1403 هـ الموافق لـ 02 يونيو 1983 المعدل و المتمم متعلق بالتأمينات الإجتماعية.
- قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 ج ر 17 المعدل و المتمم متعلق بعلاقات العمل.
- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

- القانون رقم 11/18 المؤرخ في 02 يونيو 2018 المتعلق بالصحة ، الجريدة الرسمية 46
  - الأمر 03-06 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العامة، ج ر 46 المادة 3/2/1/129 "
  - قانون 04-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة 1425 هـ الموافق لـ 06/02/2005 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج ر رقم 12 المؤرخة في 13/02/2005 المعدل و المتمم.
  - التشريع المصري قانون العقوبات المصري الصادر بموجب القانون رقم 58 لسنة 1937 المعدل .
  - قانون الوصية المصري الصادر بموجب القانون رقم 71 لسنة 1946 .
  - القانون المدني المصري الصادر في 29/07/1948 المعدل.
  - التشريع السوري قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر بموجب المرسوم التشريعي رقم 59 لسنة 07-09-1953 المعدل.
  - التشريع الكويتي القانون رقم 16 لسنة 1960 المعدل.
  - مدونة الأسرة المغربية ظهير شريف رقم 22.04.1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 هـ الموافق لـ 03 فبراير 2004 المتعلق بتنفيذ القانون رقم 70.03 الجريدة الرسمية العدد 5184 الصادرة بتاريخ 05 فيفري 2004.
  - التشريع السوداني القانون الجنائي السوداني الصادر سنة 1991 .
  - قانون العقوبات الأردني المعدل بالقانون رقم 33 لسنة 2002.
- تاسعا : المراجع باللغة الفرنسية :

### **1- OUVRAGES GENERAUX :**

- 01- Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD : Droit Civil – Tome 2 – 1<sup>er</sup> volume – Les obligations – édition SIREY – Paris – France 1962.
- 02- PH MALAURIE : L.AYNES : Droit civil les obligations – T.VI Par Esmen- éd CUJAS-Paris 1995.
- 03- MEKHATRI ALI ET Dr BENAMAR NASREDDINE –LE COUPLE STERILE.
- 04- Michel Veron : Droit pénal spécial, Masson Paris 1988.

### **2- OUVRAGES SPECIAUX :**

- 01- Raquel Freire de Sousa, l'enfant face aux nouvelles techniques de procréation médicalement assistée, TUKB 2012.
- 02- Gérard MEMETEAU : Le droit médicale – édition Litec – Paris – France 1985.
- 03- HANNOUZ(M) et HAKEM 'AR) : Précis de droit médical OPU.1993.
- 04- VARINARD André et PARADEL Jean, les grands arrêts du droit criminel , DALLOZ, Paris 1997.
- 05- RENAULT-BRAHINSKY Corinne, droit de contraception et de l'interruption de grossesse gualino éditeur, Paris, France.

- 06- Mohammed Buzubar, l'Avortement pénal : étude comparée, Arab Law Quarterly , 2004.  
 07- Anne –Claire Arrighi , la condition pénale de l'enfant avant sa naissance , éd. HAL archives, France, 2016.  
 08- Française Laborde, l'interruption volontaire de grossesse, Législation comparée, LC280 , 2000  
 09- Violaine Rousset, l'IVG médicamenteuse à domicile, thèse de doctorat, université de Toulouse 3 2015.  
 10- Joudrier Hélène, Violences conjugales, grossesse et médecine générale, thèse , Université Pierre et Marrie Curie, 2012.  
 11- Justine Deprest, L'homicide involontaire d'un enfant à naitre, UCL, 2014 .

## **5- TEXTE LEGISLATIF :**

- Décret N° 92-329 du 30 Mars 1992 relatif au code de santé publique française Circulaire N°5-100 01 du 5 juillet relative au code de déontologie médical français.  
 - Code civil français. 02  
 Code pénal français -03  
 - Nouveau code pénal français. 04

## **الفهرس**

الصفحة	
01	مقدمة
07	الباب الأول: الطبيعة القانونية للجنين و مركزه القانوني
09	الفصل الأول: ماهية الجنين و ضوابط تحديد مدة الحمل
10	المبحث الأول: مفهوم الجنين و مراحل تكوينه

10	المطلب الأول: مفهوم الجنين
10	الفرع الأول: تعريف الجنين
10	البند الأول: تعريف الجنين لغة
12	البند الثاني: تعريف الجنين اصطلاحا
12	أولا: تعريف الجنين في الاصطلاح الشرعي
12	1- الجنين عند الحنفية
12	2- الجنين عند المالكية
13	3- الجنين عند الشافعية
13	4- الجنين عند الحنابلة
14	ثانيا: تعريف الجنين في الاصطلاح الطبي
15	ثالثا: الجنين في الاصطلاح القانوني
17	الفرع الثاني: الفرق بين الجنين والإنسان
18	الفرع الثالث: اهتمام الشريعة الإسلامية بالجنين
19	المطلب الثاني: مراحل تكوين الجنين في رحم الأم
20	الفرع الأول: مرحلة التراب والسلالة
21	الفرع الثاني: مرحلة النطفة
22	البند الأول: تعريف النطفة
25	البند الثاني: النطفة الأمشاج في علم الأجنة الحديث
26	الفرع الثالث: مرحلة العلقة
26	البند الأول: العلقة لغة
27	البند الثاني: العلقة إصطلاحا
27	أولا: تركيب العلقة
28	ثانيا: فترة طور العلقة
29	الفرع الرابع: مرحلة المضغة
31	المضغة
31	الفرع الخامس: مرحلة تكوين العظام واللحم

32	الفرع السادس: مرحلة نفخ الروح
34	المبحث الثاني: ضوابط تحديد مدة الحمل
35	المطلب الأول: أقل مدة الحمل
38	الفرع الأول: التقدير الشرعي والقانوني لأقل مدة الحمل
38	الفرع الثاني: موقف الطب الحديث من طول مدة الحمل
38	المطلب الثاني: أقصى مدة الحمل
38	الفرع الأول: التقدير الشرعي والقانوني لأقصى مدة الحمل
43	الفرع الثاني: موقف الطب الحديث في تقدير أقصى مدة الحمل
44	الفرع الثالث: الحمل الكاذب
44	المطلب الثالث: التحديد الشرعي والقانوني لفترة الحمل وإشكالية الشخصية القانونية للجنين
44	الفرع الأول: التحديد الشرعي والقانوني لبداية الحمل
45	البند الأول: التحديد الشرعي لبداية الحمل
46	البند الثاني: التحديد القانوني لبداية الحمل
46	أولاً: نظرية التلقيح
46	ثانياً: نظرية الزراعة
47	الفرع الثاني: التحديد الشرعي والقانوني لنهاية الحمل
47	البند الأول: التحديد الشرعي لنهاية الحمل
47	البند الثاني: التحديد القانوني لنهاية الحمل
48	الفرع الثالث: إشكالية تقدير الشخصية القانونية للجنين وأهليته
49	البند الأول: مدى توافق أحكام الشخصية القانونية مع الجنين
49	أولاً: مدلول الشخصية القانونية بوجه عام
50	ثانياً: الذمة المالية
50	ثالثاً: منشأ الشخصية القانونية
51	رابعاً: تقدير الشخصية القانونية للجنين
51	خامساً: شروط اكتساب الجنين للشخصية القانونية
53	البند الثاني: أهلية الجنين

56	أولاً: الفرق بين الشخصية القانونية و أهلية الوجوب
57	ثانياً: اشتراط الوجود في الأهلية
57	ثالثاً: عدم اشتراط الحياة في اكتساب الحقوق المالية
58	الفرع الرابع: الولاية على الجنين
58	البند الأول: تعريف الولاية و أنواعها
59	البند الثاني: الولاية على الجنين عند الفقهاء
60	البند الثالث: الولاية على الجنين في القانون
62	الفصل الثاني: حق الجنين في الحياة
63	المبحث الأول: حماية الجنين في الحياة داخل الرحم
63	المطلب الأول: حماية الجنين داخل الرحم في القانون الوضعي
64	الفرع الأول: حماية الجنين في بعض القوانين العربية
64	البند الأول: في القانون المصري
65	البند الثاني: في القانون السوري
66	البند الثالث: في القانون اللبناني
66	البند الرابع: موقف المشرع الجزائري
67	الفرع الثاني: حماية الجنين في بعض القوانين الغربية
67	البند الأول: القانون الفرنسي
67	البند الثاني: القانون البريطاني
68	البند الثالث: القانون الأمريكي
69	المطلب الثاني: حماية الجنين في الشريعة اليهودية و المسيحية
69	الفرع الأول: في الشريعة اليهودية
69	الفرع الثاني: في الشريعة المسيحية
70	المطلب الثالث: حماية الجنين في الشريعة الإسلامية
74	المبحث الثاني: حماية الجنين في الحياة خارج الرحم
74	المطلب الأول: حماية الجنين خارج الرحم في القانون الوضعي
75	الفرع الأول: عدم اعتبار البويضات الملقحة في الأنابيب خارج الرحم أجنة

76	الفرع الثاني: اعتبار البويضات الملقحة في الأنابيب أجنة
78	المطلب الثاني: حماية الجنين خارج الرحم في الشريعة الإسلامية
80	الباب الثاني: الحماية القانونية للجنين
82	الفصل الأول: الحماية المدنية والجزائية للجنين
83	المبحث الأول: الحماية المدنية للجنين
83	المطلب الأول: الحماية المدنية لحقوق الجنين من حيث الوقائع
84	الفرع الأول: أحكام ميراث الجنين
84	البند الأول: وجود الجنين في رحم أمه وقت وفاة المورث
84	البند الثاني: استهلال الجنين حيا
85	البند الثالث: مقدار ما يوقف للجنين
85	البند الرابع: موقف المشرع الجزائري
86	الفرع الثاني: حالات الجنين في الميراث
86	البند الأول: ميراث الجنين في الحالات العادية
89	البند الثاني: ميراث الجنين في الحالات الخاصة
89	أولاً: ميراث الجنين مع أمه
91	ثانياً: ميراث ابن الزنا و ولد اللعان
92	ثالثاً: ميراث الجنين في حالة التلقيح الاصطناعي
92	الفرع الثالث: أحكام الوصية للجنين
93	البند الأول: تعريف الوصية
94	البند الثاني: شروط صحة الوصية للجنين
95	ثانياً: أن يولد الجنين حيا
95	ثالثاً : أن يكون الحمل الموصى له موصوفاً من طرف الموصي
97	المطلب الثاني: الحقوق التي تستند إلى تصرفات قانونية
97	الفرع الأول: أحكام الهبة للجنين
97	البند الأول: الهبة لغة
97	البند الثاني: الهبة في الإصطلاح الشرعي



98	أولاً: موقف الفقه الإسلامي
98	1- موقف الحنفية
99	2- موقف المالكية
100	3- موقف الشافعية
100	4- موقف الحنابلة
101	5- موقف الظاهرية
101	ثانياً: موقف المشرع الجزائري
102	الفرع الثاني: الوقف على الجنين
104	البند الأول: أحكام الوقف على الجنين في ضوء الشريعة الإسلامية
104	أولاً: موقف الحنفية
104	ثانياً: موقف المالكية
104	ثالثاً: موقف الشافعية والحنابلة
105	الفرع الثالث: الاشتراط لمصلحة الجنين
109	المطلب الثالث: الحقوق المتعلقة بذات الجنين
109	الفرع الأول: حق النسب
110	البند الأول: وسائل المحافظة على النسب
110	البند الثاني: تحريم الزنا
111	البند الثالث: موقف المشرع الجزائري
112	الفرع الثاني: أحكام العدة و علاقتها بالحمل
113	البند الأول: أحكام العدة في الحالات العادية
114	البند الثاني: أحكام العدة في الحالات الغير العادية
114	أولاً : العدة في حالة الزواج الفاسد
116	ثانياً: العدة في الوطئ بالشبهة
117	ثالثاً: عدة الحامل من الزنا
118	رابعاً: عدة الحامل غير المسلمة
119	المطلب الثالث: حقوق الجنين في ضوء قانون الأسرة و قانون العمل

119	الفرع الأول: شروط الزواج المتعلقة بالحمل
120	البند الأول: اختيار الزوج و الزوجة
120	أولاً: أهمية اختيار الزوج و الزوجة
120	ثانياً: اهتمام الشريعة الإسلامية باختيار الأبوين
122	البند الثاني: الفحص الطبي قبل الزواج
123	الفرع الثاني: آثار الزواج المتعلقة بالحمل
123	البند الأول: العلاقة الزوجية وأثرها على الجنين
124	البند الثاني: متابعة الحامل متابعة صحية فعالة
124	البند الثالث: وجوب النفقة على الحامل وتغذيتها
126	الفرع الثالث: حماية الجنين في قانون العمل
129	المبحث الثاني: الحماية الجنائية للجنين
129	المطلب الأول: حماية الجنين من جريمة الإجهاض
129	الفرع الأول: تحديد مفهوم الإجهاض
129	البند الأول: تعريف الإجهاض لغة
130	البند الثاني: تعريف الإجهاض إصطلاحاً
130	الفرع الثاني: أنواع الإجهاض
130	البند الأول: الإجهاض التلقائي
131	البند الثاني: الإجهاض العلاجي
132	البند الثالث: الإجهاض الإجرامي
132	الفرع الثالث: موقف الشريعة الإسلامية من الإجهاض
132	البند الأول: آراء الفقهاء فيما يتعلق بالإجهاض قبل نفخ الروح
133	البند الثاني: آراء الفقهاء فيما يتعلق بالإجهاض بعد نفخ الروح
136	الفرع الرابع: أركان جريمة الإجهاض
137	البند الأول: الركن الشرعي لجريمة الإجهاض
137	البند الثاني: الركن المادي لجريمة الإجهاض
137	أولاً: السلوك الإجرامي

138	ثانيا: النتيجة الإجرامية
139	ثالثا: العلاقة السببية بين السلوك والنتيجة
139	البند الثالث: الركن المعنوي
139	أولا : عنصر العلم
140	ثانيا: عنصر الإرادة
141	الفرع الرابع: عقوبة الإجهاض
141	البند الأول: عقوبة الإجهاض في الفقه الإسلامي
142	أولا : المذهب الظاهري
143	ثانيا: مذهب الإمامية و الإباضية
143	ثالثا: قول جمهور الفقهاء
143	رابعا : الرأي الراجح
146	البند الثاني: عقوبة الإجهاض في بعض القوانين الأوروبية المقارنة
146	أولا: عقوبة جريمة الإجهاض في القانون الفرنسي
148	ثانيا : عقوبة الإجهاض في القانون الإنجليزي
149	البند الثالث: عقوبة جريمة الإجهاض في بعض القوانين العربية
149	أولا : في القانون السوداني
151	ثانيا: في القانون المصري
154	ثالثا : في القانون الكويتي
155	البند الرابع : عقوبة الإجهاض في القانون الجزائري
155	أولا : إجهاض المرأة الحامل نفسها
156	ثانيا : الإجهاض الواقع من الغير للحامل
157	1- إجهاض الغير للحامل عن طريق العنف
158	2- إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل
159	3- إجهاض الغير للحامل في صورته البسيطة
160	4-الإجهاض إلى خروج الحمل حيا أو موته بسبب آخر
161	المطلب الثاني : صور الحماية غير المباشرة للجنين

161	الفرع الأول : حالات إيذاء الجنين دون إجهاضه
161	البند الأول : في حالة وفاة الجنين
162	أولا : موقف الشريعة الإسلامية
162	ثانيا : موقف القانون
163	البند الثاني : إسقاط الجنين المشوه
163	أولا : في حالة تشويه الجنين
165	ثانيا : إيذاء الجنين في إطار التجارب العلمية
166	الفرع الثاني : تأجيل تنفيذ عقوبة الإعدام للمرأة الحامل
168	الفرع الثالث : تأجيل تنفيذ العقوبة السالبة للحرية أو معاملة الحامل معاملة خاصة
171	الفرع الرابع : الحماية الجنائية لحق الجنين في الرعاية و التغذية
171	البند الأول : جريمة إهمال المرأة الحامل
173	البند الثاني : جريمة عدم تسديد نفقة المرأة الحامل
173	أولا : في الشريعة الإسلامية
174	ثانيا : في القوانين الوضعية
177	الفرع الخامس : التيسير على المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية
177	البند الأول : إرجاء إقامة الحدود على المرأة الحامل
179	البند الثاني : التيسير في العبادات
180	البند الثالث : النفقة على الحامل
181	الفصل الثاني : الحماية القانونية للجنين في ظل التقنيات الطبية المستحدثة
182	المبحث الأول : التلقيح الاصطناعي و صورته
183	المطلب الأول : التلقيح الاصطناعي الداخلي
183	الفرع الأول : صور التلقيح الاصطناعي الداخلي
183	البند الأول : التلقيح بنطفة الزوج
185	البند الثاني : التلقيح بغير نطفة الزوج
185	الفرع الثاني : الحكم الشرعي للتلقيح الاصطناعي الداخلي
186	البند الأول : جواز التلقيح الاصطناعي بين الزوجين

187	البند الثاني : عدم الجواز المطلق
187	البند الثالث: الرأي الراجح
188	الفرع الثالث: شروط التلقيح الاصطناعي الداخلي
188	البند الأول: استحالة الإنجاب بالطريق الطبيعي
189	البند الثاني: اقتصار استعماله على الزوجين أثناء حياتهما و برضاهما
190	البند الثالث: أن يتم تلقيح بويضة المرأة بماء زوجها
	المطلب الثاني: التلقيح الاصطناعي الخارجي (أطفال الأنابيب)
191	الفرع الأول: موقف الفقهاء المعاصرين من أساليب التلقيح الاصطناعي الخارجي
198	الفرع الثاني: حكم التلقيح الاصطناعي الخارجي
199	الفرع الثالث: حكم تأجير الأرحام وبنوك النطف والأجنة
199	البند الأول: حكم تأجير الأرحام
201	البند الثاني : حكم بنوك الأجنة والنطف
201	المطلب الثالث: التقنيات المستحدثة للتلقيح الاصطناعي
201	الفرع الأول: شتل النطف في الرحم
201	البند الأول: شتل النطف في قناة الرحم
202	البند الثاني: شتل النطفة الأمشاج في قناة الرحم
202	الفرع الثاني : حقن حيوان منوي في سيتوبلازما البويضة
204	الفرع الثالث: الرحم الاصطناعي
205	البند الأول: موقف الشريعة الإسلامية من وسيلة الإنجاب بالرحم الاصطناعي
206	البند الثاني: موقف القانون من وسيلة الإنجاب بالرحم الاصطناعي
207	الفرع الرابع: مدى مشروعية نقل و زراعة الغدد و الأعضاء التناسلية
207	البند الأول: الموقف الشرعي من نقل و زراعة الغدد و الأعضاء التناسلية
209	البند الثاني: الموقف القانوني من نقل و زراعة الأعضاء التناسلية
212	المبحث الثاني : الاستنساخ البشري
213	المطلب الأول: موقف الفقه و القانون المقارن من مشروعية الاستنساخ البشري
214	الفرع الأول: موقف الفقه المقارن من مشروعية الاستنساخ البشري

221	الفرع الثاني: موقف القانون المقارن من مشروعية الاستتساخ البشري
224	المطلب الثاني: مدى ملائمة الاستتساخ البشري مع المبادئ القانونية لحماية جسم الإنسان
225	الفرع الأول: الاستتساخ أحادي الطرف
228	الفرع الثاني: الاستتساخ ثنائي الأطراف
228	البند الأول: الاستتساخ ثنائي الأطراف ومبدأ خروج الجسم عن دائرة التعامل
229	البند الثاني: الاستتساخ ثنائي الأطراف ومبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان
233	البند الثالث: الاستتساخ ثلاثي الأطراف
233	أولاً: مخالفة الاستتساخ الثلاثي لمبدأ خروج جسم الإنسان عن دائرة التعامل
235	ثانياً: مخالفة الاستتساخ الثلاثي لمبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان
239	الخاتمة
244	قائمة المراجع والمصادر
253	الفهرس

## الملخص:

تثير مشكلة الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية وما يرافقها من تشريعات وضعية جملة من التساؤلات تندرج معظمها في تبيان معالم الحماية في ضوء مراحل الحمل من خلال الإنجاب الطبيعي وكذا الاصطناعي وما يطرح من إشكالات أخلاقية وشرعية وقانونية تتصرف إلى توضيح متى تبدأ هذه الحماية ومتى تنتهي داخل الرحم وخارج الرحم.

وذلك بالتطرق إلى نوعيها المدنية والجزائية ثم نطاقها في إطار المستجدات الطبية الحديثة وعلى وجه الخصوص التلقيح الاصطناعي بأنواعه والاستنساخ البشري من حيث مشروعيته.

## الكلمات المفتاحية:

استنساخ بشري - تلقيح اصطناعي - جنين - حماية مدنية - حماية جزائية - التطورات التشريعية - مستحدثات طبية.

## Résumé:

La question de la protection juridique de l'embryon à la lumière du développement de la médecine invoque aujourd'hui de nombreuses questions relatives aux modalités de cette protection, à travers différentes étapes de gestation de l'embryon, ainsi que la procréation naturelle et artificielle. Ce qui implique autant de problématiques d'ordre moral et juridique, concernant l'appréhension du commencement et de la fin de cette protection à l'intérieur et à l'extérieur de l'utérus.

Ceci nous amène à analyser successivement les forms de protection civiles et pénales, ainsi que ces contours par rapports aux nouvelles évolutions médicales, particulièrement les questions de l'insémination in-vitro et le clonage humain.

## Mots clés:

- Protection civile - Embryon - Protection pénale - Nouveautés médicales - Evolutions législatives - Insémination artificielle - Clonage humain.

## Abstract:

The problem of legal protection of the foetus in the shade of recent medical and legislative developments, raises a number of questions, most of them deal with the limits of that protection in the light of the different stages of pregnancy and during the natural or artificial birth, along with all the legal religious and ethical issues, winch have for goal to clarify when that protection starts n and when it ends, inside or outside the uterus.

This study focuses on the civil and criminal protection and its scope in the frame new medical trends, especially with regard to artificial insemination and human cloning , as far as as its legality is concerned.

## Key words:

Civil protection - Legal protection- Foetus, new legal trends- New medical trends- Artificial insemination- Human cloning