

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



الحماية القانونية للجنين

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أحوال شخصية

إشراف الأستاذ:

زواوي عباس

إعداد الطالبة:

بغدادى مباركة

السنة الجامعية:

2016 / 2015

شكر و عرفان

أقدم بالشكر الجزيل إلى الاستاذ المشرف زواوي عباس على
تفانيه وصبره معنا في كل صغيرة وكبيرة إلى أن أصبح هذا
المشروع حيز الانجاز دون أن أنسى رحابة صدره ووجه البشوش
طيلة مدة الإشراف فجزاه الله خيرا على كل شيء.

كما إني شاكرة و مقرة بالامتنان إلى الأستاذة المحترمة دنش لبنى (نعمة
الأستاذة) دون أن أنسى الاستاذ علي عمارة المحترم.

وأريد بكثير من الشكر والامتنان أن أقول شكرا الى السيد مباركي فتحي
المحترم على مده لي يد العون، و كل من السيد دكوش هشام والسيد
عثامنة محمد الأمين على مساهمتهم المادية والمعنوية في تحرير وإخراج
هذه المذكرة.

فجزاكم الله خيرا.

الإهداء

الحمد لله الذي هدانا وارشدنا الى الطريق القويم والشكر لله الذي انارنا بنور العلم وشرح صدرنا واذاء قلوبنا وعقولنا وباسمه تتم الصالحات ومن الله العون والتوفيق.

إلى روح أبي الطاهرة التي شاءت الأقدار أن أفقدها قبيل اشهرو أو اصل مشوار التخرج دونها إلى من ألهمني صبره وأبكاني حزنه وأسعدني أمله الدائم فيا خالقي مدني بالصبر على فراق الأحبة.

إلى أمي الحبيبة إلى من نهلت منها الكثير والكثير إلى من تخجل الكلمات عن وصفها.

اليك لؤلؤتي

إلى أعز الناس على قلبي إلى السند والعضد إلى بشير الغالي، الى الام الثانية فطيمة الحنون الغالية إلى ريمة العزيزة توأم الروح والوجدان وابنتها الرائعة، رفيدة ميرال والى زوجها صهري عبد القادر.

إلى المذهلة على الإطلاق إكرام الحبيبة الى الدرة المكنونة

المزيد من النجاح لك يا مدلة البيت.

ونصيب الأسد إلى من قال فيهم الحسن البصري" استكثروا من الأصدقاء المؤمنين فإن لهم شفاعة يوم القيامة"، إلى الحبيبة مسعودة شوقي إلى الرائعة بن حسين رقية إلى الى نعمة الاخت نور الدين كوثر.

إلى الاحبة رفيقات الإقامة اخواتي المدللات :صفاء، بدرة، سيليا.

إلى كل دفعة الأحوال الشخصية 2016 كل باسمه إلا أنني مقرة بالجميل لي بلعابد

الزهرة وزعبوبي خولة الطيبة.

إلى كل أهلي خالاتي واخوالي وزوجاتهم كل باسمه خاصة ابن خالتي سمير وإلى

روح عمتي الغالية والحبيبات ندى والى باية وزوجها راشد وثمره زواجهما تاج

الدين وجوري وإلى كل عائلة بغدادي خاصة فيصل وهندة.

لقد استندت من كرم ورحابة صدر الكثيرين والقائمة طويلة بارك الله فيكم وجزاكم الله

خيرًا.

مباركة

تأكدت مظاهر التكريم الإلهي من خلال تشريعه للقواعد الخاصة ببقاء النوع الإنساني وكان من حكمته سبحانه وتعالى أنه جعل النسل المحبب للإنسان بطبيعته أن لا يكون إلا بالتقاء الذكر والأنثى بالطريق الشرعي الذي باركه وحث عليه، وذلك لأن عمارة الأرض لا تكون إلا بالتوالد والتناسل، ليتحقق معنى العبودية الذي خلق الله عز وجل الإنس والجن من أجله، مصدقا لقوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنْسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾ وقد أسبغ الشارع الحكيم، وكذلك المشرع الوضعي حماية للإنسان على حد سواء المدنية والجنائية حيث أحاطه بحماية حقوقه المادية والمعنوية وحماهم من الاعتداء والايذاء أو مجرد المساس به في جميع أطوار حياته بدء من الخلية الأولى التي هي نواة الإنسان وهو جنين وبعد ولادته إنسانا كاملا سواء في النصوص القرآنية أو القوانين الوضعية كون أنه كيان إنساني يتمتع بمجموعة من الحقوق المقررة له كالحق في النسب والحق في الحياة وعدم الاعتداء عليها بالإضافة إلى حقوق مدنية أخرى تكفل له في كل مراحل حياته ولو كان جنينا في بطن أمه لقوله تعالى: ﴿هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ وكل اعتداء يعتبر جريمة يجب أن تكافح بكافة الوسائل ولا يكون ذلك فعلا إلا بإسباغ الحماية القانونية على هذه الفئة الجنينية.

ولما كانت البحوث الوراثية والممارسات الطبية القانونية وغير القانونية، السابقة والمستحدثة على الإنسان تقتضي المساس بجسمه من الناحية البدنية والمعنوية وهو جنين فهو جنين فهذا يقتضي توفير حماية أكثر لهذه الشريحة الجنينية في ظل هذا التقدم الطبي والحضارة المادية التي نعيشها.

لذلك أقر المشرع الجزائري حماية خاصة للجنين في قانون الأسرة الجزائري وذلك من خلال ترتيب مجموعة من الحقوق له وفي المقابل وفر له حماية خاصة في قانون العقوبات وذلك من خلال تجريمه للإجهاض لذلك سنبين الحماية القانونية التي سعى

المشروع الجزائري جاهدا لتوفيرها لهذه الشريحة سواء من الناحية المدنية أو من الناحية الجنائية.

- أسباب الدراسة:

إذا كانت العودة إلى الأصل أصلا فإن عودتنا لموضوع الحماية القانونية للجنين في ظل ما يقع عليه من شتى أنواع العدوان، تكون عودتنا هادفة كاشفة لمظاهر هذا الجحود والعدوان على الذات الإنسانية في برزخها الأول التي بدأت تتكون وتتكاثر فيه.

- الأسباب الذاتية:

تتمثل في تخصيصي العلمي في مرحلة الثانوية في عامي الأول جعلني أميل إلى كل ما هو علمي، وقد وجدت ضالتي في كل ما هو مستجد من الاكتشافات الطبية الحديثة التي تتطلب بلا شك البحث والدراسة للوصول إلى الأحكام الخاصة.

كذلك اهتمامي الكبير بقضايا الأسرة وولعي بها، وبكل ما يتعلق بها وشغفي الكبير بتخصصي وهذا البحث يسمح لي بالغوص أكثر في هذا الاتجاه في دراسة جاهدة بها الإلمام والإحاطة بكل حقوق هذه الشريحة.

- الأسباب الموضوعية:

- إمطة اللثام عن ما قرره الشريعة الإسلامية للجنين وما أخذ به قانون الأسرة الجزائري بهذه الحقوق.

- صلة الموضوع بميدان تخصصي حيث يدخل في باب الأحوال الشخصية التي تندرج في قسم الحماية القانونية بشقيها المدني والجزائي.

- أهمية الدراسة:

لم يكن اختيارنا لهذا الموضوع عفويا، بل جاء نابعا من أهمية العناية بالكائن البشري في مراحلہ الأولى.

كذلك لمناقشة قضايا ومشكلات معاصرة لهذه الشريحة في وسط التطورات العلمية والمستجدات الطبية، ولبيان قوة التشريع الإسلامي وأن ديننا صالح لكل زمان ومكان.

- الدراسات السابقة:

اطلعت على بعض الدراسات السابقة منها ما قام به الطالبين القاضي بلخيري فؤاد وبلفار ياسر في بحثهم الحماية الجنائية للجنين. حيث تناولوا فصلين لأحكام الحماية الجنائية للجنين في الفصل الأول وفي الفصل الثاني الإجهاض كنموذج لجريمة التعدي على الجنين.

وأخرى تناولت جانب الحقوق فقط إلا أنها في نظري لم تستوفي جميع جوانب الموضوع فهي أحيانا دراسات عامة غير مختصة بموضوع بحثنا وأحيانا خاصة لكنها مقتصرة على جهة واحدة كما سلف وأن ذكرنا فمنها من يختص بالحماية المدنية وبعضها يختص بالحماية الجنائية وسنستعملها كمراجع لهذا البحث والنقص يستولي على جملة البشر كما قال الأصفهاني لا يكتب المرؤ كلاما في يومه إلا قيل لو زيد كذا لكان أحسن ولو نقص كذا لكان ستحسن وهذا عبرة على استيلاء النقص على جملة البشر. فلا أدعي أنني أحطت لكن حاولت لقدر بعيد مع تشعب هذا الموضوع أي ألم به.

منهج البحث:

اتبعت من خلال موضوع بحثي هذا المنهج الوضعي وذلك من خلال جمع المعلومات وتحصيل أغلب ما له صلة بموضوع الدراسة وعرضها وكذا عرض آراء الفقهاء وعرض أدلتهم بحيث سرت في البحث على المنهج الآتي:

اعتنيت بالتمهيد لكل فصل ومبحث ومطلب وفرع يحتاج لتمهيد لتكون في الصورة لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره.

حاولت الإشارة إلى المذاهب الأربعة في بعض مواطن البحث والمذهب الظاهري أحيانا ولا ألتزم بذلك في كل جزئية.

كما استعملت المنهج التحليلي في معالجة بعض ما تم الوقوف عليه من نصوص فقهية وقانونية مع الاقتصار على المسائل التي تخدم البحث فقط من خلال وما يتماشى مع قانون الأسرة.

- أهداف الدراسة:

يهدف هذا البحث إلى دراسة الحماية المدنية بشقيها المادي والمعنوي كالنسب والنفقة والميراث والهبة والوصية والوقف، والحماية الجزائية التي تعنى بحماية الجنين من الاعتداء عليه بالإجهاض.

الإشكالية:

من خلال كل ما تقدم نجد أنفسنا أمام الإشكالية التالية:

ما هي الآليات الكفيلة لتوفير الحماية القانونية اللازمة للجنين؟

وتتفرع عنها مجموعة من الأسئلة الفرعية.

- ما هو المركز القانوني للجنين في ظل التشريع الجزائري؟
- فيما تتجسد الحماية المدنية والجنائية؟
- كيف حافظ الإسلام والقانون على نسب الجنين؟
- ماهي الحقوق المقررة للجنين؟
- ما مدى تمييز القانون بين الحماية الجنائية للجنين داخل وخارج الرحم؟
- هل الحماية التي وفرها القانون للجنين هي حماية له أم حماية تطوره الطبيعي؟
- ما مدى الإقرار بازدواجية جسم الجنين وكيانه عن جسم الحامل؟
- هل اعتداء الحامل على الجنين تعدي على جسدها أم تعدي على جسد غيرها؟
- هل يدخل تشوه الجنين المستقبلي بوصفه حالة من حالات الضرورة التي تبيح للمرأة طلب التخلص من الجنين؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعت الخطة التالية في معالجة موضوع الحماية القانونية للجنين، قسمت موضوعي إلى فصلين اثنين يسبقهما مبحث تمهيدي يتكون من مطلبين المطلب الأول عرفت فيه الجنين من الناحية اللغوية والاصطلاحية والقانونية وفي المطلب الثاني تناولت الشخصية القانونية للجنين وأهليته وحاولت المقارنة بينهما.

أما في الفصل الأول المعنون تحت الحماية المدنية للجنين فقد قسمته إلى مبحثين، المبحث الأول حماية شخصية الجنين وفيها مطلبين حمايته معنويا في المطلب الأول وحمايته ماديا في المطلب الثاني وتطرقت في المبحث الثاني المعنون تحت حماية

حقوق الجنين إلى حماية حقوق الجنين من حيث الوقائع في المطلب الأول وحماية حقوقه من حيث التصرفات.

أما الفصل الثاني فقد تناولت الحماية الجنائية للجنين وقسمته بدوره إلى مبحثين، المبحث الأول الجنائية على الجنين وقسمته إلى ثلاث مطالب، المطلب الأول تعريف الإجهاض، المطلب الثاني صورته، والمطلب الثالث أركانه، أما المبحث الثاني فتطرق في فيه إلى جزاء وقسمته إلى مطلبين: المطلب الأول العقوبات المقررة للإجهاض، والمطلب الثاني الظروف المشددة للجريمة.

واتممت بحثي هذا بخاتمة تحوي ما توصلت إليه من نتائج وما اقترحت من توصيات.

اهتمت الشريعة الإسلامية بالجنين وشرعت له حقوق وقررت له حماية خاصة، تختلف عن الحماية المقررة للإنسان غير الجنين كما فرق أهل الطب في تسميته للجنين في مراحلہ الأولى ومراحلہ التالية، وهذا مصداقاً لقوله تعالى: ﴿مَا لَكُمْ لَا تَرْجُونَ لِلَّهِ وَقَاراً وَقَدْ خَلَقَكُمْ أَطْوَاراً﴾⁽¹⁾. بعبارات وصفية في غاية الدقة منذ كونه نطفة إلى غاية نفخ الروح فيه، خلقاً بعد خلق في ظلمات ثلاث، ومن هذه الآيات قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبُعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تُّرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ آجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلاً ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَّن يَتُوفَىٰ وَمِنْكُمْ مَّن يُرَدُّ إِلَىٰ أَرْدَلِ الْعُمُرِ لِكَيْلَا يَعْلَمَ مَن بَعْدَ عِلْمٍ شَيْئاً﴾⁽²⁾، بينما يعتبر التعريف القانوني واحد في جميع مراحل نموه المختلفة.

المطلب الأول: تعريف الجنين

- يعتبر البحث في هذه النقطة محل نظر واجتهاد من طرف العلماء والفقهاء سواء للجنين في حد ذاته أو لبداية حياته كإنسان.

الفرع الأول: تعريف الجنين لغة

- جاء في لسان العرب: في مادة " جن " جن الشيء يجنه جنا ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك والجمع أجنة وأجنن، وسمي الجنين جنينا لاستتاره في بطن أمه.⁽³⁾

(1) سورة نوح، الآية (13 - 14).

(2) سورة الحج، الآية (5).

(3) ابن منظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، دار بيروت للطباعة، بيروت، 1970، ص 701.

- وجاء في **المصباح المنير**: الجنين وصف له مادام في بطن أمه والجمع أجنة مثل دليل وأدلة، وقيل سمي بذلك لاستتاره، فإذا ولد له فهو منفوس والجن والجنة خلاف الإنسان.⁽¹⁾
- وجاء في **المحيط**: أجن عنه واستجن: استتر، والجنين: الولد في البطن، جمعه أجنة وأجنن كل مستور، وأجنته الحامل سترته.⁽²⁾
- وفي **أساس البلاغة** جنن: ستره، فاجتن، واستجن بجنة: استتر بها، والجنين: الولد في البطن، وأجنته الحامل.⁽³⁾
- وفي **مختار الصحاح**: أجن الشيء في صدره أكنه، وأجنت المرأة ولدا، والجنين: الولد مادام في البطن وجمعه أجنة.⁽⁴⁾
- وملخص تعريف الجنين عند اللغويين: هو الشيء المستور في الرحم المأخوذ من الستر والخفاء، الولد مادام في بطن أمه.
- لقوله تعالى**: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّا خُلِقَ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ يُخْرَجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾.⁽⁵⁾

الفرع الثاني: الجنين اصطلاحاً

- لا يخرج معنى الجنين في اصطلاح الفقهاء على المعنى اللغوي وهو الولد مادام في البطن غير أن الفقهاء اختلفوا فيها، يصدق لفظ الجنين حال سقوطه وقبل تمام خلقه ونفخ الروح فيه. وعرفه المالكية: بأنه ما طرحته من مضغة أو علقه وما يعلم أنه ولد.

(1) أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، المكتبة العلمية، ص 111 - 112.

(2) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الجيل، بيروت، الجزء الرابع، ص 212.

(3) جار الله محمود بن عمر الزمخشري: أساس البلاغة، دار المعرفة، بيروت، 1979، ص 66.

(4) محمد بن أبي بكر الرازي: مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت، 1967، ص 114.

(5) سورة طارق، الآية: (5 - 6 - 7).

وعرفه الشافعية: بأنه ما كان في البطن وأقل ما يكون به جنين أن يفارق المضغة العلقه حتى يتبين منه شيء من خلق آدمي إصبع أو ظفر أو عين أو ما أشبه ذلك.

وعرفه الحنابلة: بأنه ما تبين فيه خلق إنسان ولو خفياً.⁽¹⁾

وعرفه الحنفية: الجنين هو أن يكون ما وضعت المرأة قد استبان خلقه أو بعض خلقه.⁽²⁾

وطبقا لما نوقش من الفقهاء فإن الأحناف والشافعية أخرجوا من التعريف العلقه

والمضغة غير المستبانه الخلقه واشترطوا استبانة الخلق كله أو بعضه.

وبالنظر إلى تعريف الحنابلة نجد أنهم أخرجوا النطفة والعلقه عند عدم التصور وبذلك تعريفهم غير جامع، أما المالكية فشمل تعريفهم: المضغة والعلقه، وما يعلم أنه ولد فتعريفهم جامع وبما أن التعريف يجب أن يكون كاشفا عن المعرف بصورة توضحه فإن الذي يميل إليه القلب من هذه التعاريف ما قال به المالكية لشموله على ما يمكن أن يطلق عليه اسم الجنين، وظاهر القرآن يؤيد ذلك قال تعالى ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً﴾.⁽³⁾

فقد عبر بالخلق من بداية العلقه، وكذلك الإشارة إليه في قوله سبحانه ﴿خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ﴾.⁽⁴⁾

وكذلك ذهب ابن حزم: إلى أن الجنين ما كان علقه فصاعدا أما النطفة فليس بشيء، واستدلوا بحديث « إذا مر بنطفة اثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكا فصورها وخلق سمعها

(1) محمد إبراهيم سعد النادى، الإجهاض بين الحظر والإباحة دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 8 - 9.

(2) علي بن محمد بن رمضان، أحكام الجنين من النطفة إلى الاستهلال، مكتبة الوفاء، 2012، ص 11 - 12.

(3) سورة الحج: الآية (5).

(4) سورة العلق: الآية (3).

وبصرها وجلدها وعظامها ثم قال: يا رب أذكر أم أنثى « ثم قال: المقصود بالخلق هنا هو خلق الجملة التي تنقسم بعد ذلك سمعا وبصرا وجلدا ولحما وعظاما. (1)

لم تختلف تعريفات الفقهاء والمفسرين عن تعريفات اللغويين كما سلف الذكر، فقد عرفه **القرطبي**: في تفسير قوله تعالى ﴿هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾ (2) فإن الجنين هو الولد كما سبق ذكره وعرفه **الشوكاني**: بأنه حمل المرأة مادام في بطنها، سمي بذلك لاستتاره، فإذا خرج حيا فهو ولد أو ميتا فهو سقط، وقد يطلق عليه جنين، وقال **الباجي**: في شرح رجال الموطأ: الجنين ما ألقته المرأة مما يعرف أنه ولد سواء كان ذكرا أم أنثى ما لم يستهل صارخا. (3)

كما أطلق فقهاء الفقه الإسلامي في المذاهب المختلفة ألفاظ تتعلق بالجنين، فقالوا " حمل المرأة " و " حبل المرأة ".

أولا: تعريف الحمل:

يقال حملت المرأة حملا علقت بالحمل فهي حامل وحاملة، والجمع أحمال وحمال. قال تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ (4)

(1) عمر بن محمد بن إبراهيم غانم، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، دار الأندلس الخضراء، 2001، ص 34.

(2) سورة النجم: الآية: (32).

(3) علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص 15.

(4) سورة الطلاق: الآية (4).

وحملت الشجرة أخرجت ثمرها.⁽¹⁾

- وفي الاصطلاح: هو ما في بطن الأنثى من الأولاد، فالحمل على هذا أعم من الجنين إذ قد يكون متاعاً أو علوقاً مما تحمله المرأة في رحمها، بخلاف الجنين فلا يطلق إلا على ما في الرحم من الولد، كما أن الحمل قد يكون باليد أما الجنين فلا يكون إلا في الرحم، فبين الحمل والجنين عموماً وخصوصاً وجهي يجتمعان في الجنين ويفترقان في المحل والأعضاء⁽²⁾. لقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا تَعَشَّاهَا حَمَلَتْ حَمَلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ﴾.

من خلال محاولة في تفسير الآية الكريمة نستطيع إطلاق الحمل على مرحلة جنينية متقدمة.

ثانياً: تعريف الحبل

يعتني الامتلاء وهو امتلاء رحم المرأة، فهي حبل، والحبل الحمل.⁽³⁾

عبد الله بن عمر الذي أخرجه البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: « نهى عن بيع حبل الحبل. وهو أن يباع ما في بطن الناقة ».

وتبيننا لفكرة أخذ بها محمد بن رمضان الحبل مخصوص بالآدميات، أما الحمل فيشمل الآدميات والبهائم والشجر فهو بهذا المعنى أخص من الحمل، ومساو للجنين.⁽⁴⁾

(1) علي بن محمد بن رمضان، المرجع السابق، ص 14.

(2) المرجع نفسه، ص 15.

(3) المرجع السابق، ص 15.

(4) شرح صحيح البخاري، كتاب فتح الباري، كتاب البيوع، باب بيع الغرر وحبل الحبل، رقم الحديث 2036، دار الريان للتراث، ص 419.

الفرع الثالث: تعريف الجنين قانونا

الجنين: هو الكائن المستكن في رحم المرأة فهو اندماج ماء الرجل بماء المرأة في الرحم وما تطور عنه وتشكل حتى بداية شعور الحامل بآلام الوضع الطبيعي أو المبستر.

فمنذ اللحظة التي تندمج فيه الخلية المذكرة " الحيوان المنوي " بالخلية المؤنثة " البويضة " تعد الخلية الجديدة جنينا من الوجهة القانونية على الرغم من أن العلماء في الطب الحديث لا يطلقون لفظ الجنين على الحمل إلا بعد مضي قرابة شهرين على التلقيح.⁽¹⁾

بالنسبة للمشرع الجزائري نلاحظ إغفاله لوضع مفهوم محدد للجنين فهل يعود ذلك إلى أن مفهوم الجنين خاضع لتطور مستمر معنى ذلك أن المشرع لا يميل إلى تقييد الأحكام بمفاهيم تحددها سلفا كالمجال لاستعاب الأحداث والمستجدات التي تطرأ في العلم والمجتمع.

أو أن المشرع الجزائري لا يعتبر الجنين موضوعا قانونيا يستحق التنظيم كونه ينظر إليه خاصة في مراحلها الأولى أنه جزء من الأم، هل يمكن أن أقول أن المشرع أراد أن يكون تنظيم الجنين محكوما بالقواعد العامة لأحكامه لذا أحجم عن وضع نصوص صريحة للجنين وبهذا لا يمكن نسبه التقصير للمشرع كونه لم يورد نصوصا صريحة بحق شريعة إنسانية معينة كالأجنة، بل يمكننا ادعاء توجه المشرع إلى أن هذه الشريعة هي جزء من تطبيقات القواعد العامة الخاصة بالإنسان بصورة عامة.

المطلب الثاني: الشخصية القانونية للجنين

استثناء من قاعدة ابتداء الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حيا، فإنه قد تبدأ الشخصية القانونية له قبل الولادة، والشخصية هي حالة الشخص ومركزه القانوني لقوله تعالى

(1) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين (في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانوني الوضعي)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 13.

﴿وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾⁽¹⁾ فالشخصية إذا ليست أمرا يفرضه ويمنحه الشارع أو القانون وإنما هي وصف نابع عن ذات الإنسان وملازم له. وهذه حالة الجنين أو الحمل المستكن حيث رعاية لمصلحة الجنين أجاز القانون له أن يكتسب بعض الحقوق وهي الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول ومنها الحقوق الناشئة عن الإرث وعن الوصية إضافة إلى حقه في الحياة وحقه في النسب ولم يجيز له أن يتحمل الالتزامات أيا كان نوعها.⁽²⁾

إذ يعتبر الجنين إنسان غير كامل وأحيانا غير مخلوق فهو في هذه الحالة غير قادر على تحمل الالتزامات فما هي شخصية الجنين؟

وبما أن الشخصية شيء نابع من الذات وهي قابلة للالتزامات واكتساب الحقوق فما هو نوع الأهلية التي يتميز بها الجنين؟ وما هو الفرق بين شخصية الجنين وأهليته؟ كل هذا سنتطرق له في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف شخصية الجنين

الفرع الثاني: أهلية الجنين

الفرع الثالث: لفرق بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب

الفرع الأول: تعريف شخصية الجنين

هي صفة يقرها القانون يكون بمقتضاها للجنين أهلية اكتساب الحقوق في حدود تتماشى مع استتاره وعدم استكمالها.

(1) سورة البقرة، (الآية 30).

(2) قحطان هادي عبد القرغولي، الإرث بالتقدير والاحتياط دراسة مقارنة، دار حامد، الأردن، 2014، ص 70.

من هذا التعريف يتبين لنا أن للجنين شخصية قانونية ناقصة ويترتب على ذلك أنه يكتسب الحقوق دون أن يتحمل الالتزامات لأن تحمل الالتزامات يتطلب شخصية كاملة وشخصية الجنين ناقصة لا تتحمل أي التزام.⁽¹⁾

لكن السؤال متى يكتسب الجنين الشخصية القانونية فهل هو من حين ولادته أم من حيث بدء خلقته؟ جاء في بيان المادة 28 من القانون المدني بصريح العبارة أنه:

« تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته » وعلى أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا معنى ذلك أن الشخصية تبدأ بتمام الولادة وفي المقابل يتمتع بالحقوق بشرط الواقف وهو ولادته حيا.

الفرع الثاني: أهلية الجنين

تبدأ أهلية الجنين منذ أن يكون نطفة في بطن أمه، ثم بعد ذلك أن يولد وتلازمه طيلة حياته.⁽²⁾ ويفرق الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات وهذا النوع يتمتع بها الإنسان منذ أن يكون جنينا وهي ما تهمنا في موضوعنا وأما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيراً يرتب القانون عليه آثاراً قانونية.⁽³⁾

والأهلية الثابتة للجنين هي أهلية وجوب ناقصة، من حيث أنها لا تمكنه من اكتساب الحقوق كاملة، لكن بعض الحقوق الضرورية تثبت له منذ أن ينعقد نطفة، لكن لا يثبت شيء عليه. فإذا ولد ميتا ألغيت هذه الأهلية. أما الحقوق التي تثبت له فهي ثبوت النسب من أمه وأبيه إذا استكمل الشروط الخاصة بثبوت النسب. كما يثبت له الميراث ممن يموت من أقربائه

(1) علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 59.

(2) العربي بختي، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص 35.

(3) مفتاح محمد أجاز، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مصر، 2004، ص 48.

الذين يستحق الإرث منهم. وفي الوقت نفسه يستحق ما يوصى له به إذا ولد حيا، وأخيرا ما وقف عليه. وفي هذا دلالة على أن الله قد كرم الإنسان⁽¹⁾ وهو ما يزال جنينا، فاعترف له بإنسانيته ومنحه من الحقوق ما يناسب وضعه.

وسنتطرق لحقوق الجنين في جملة في التفصيل في الفصل الأول.

الفرع الثالث: الفرق بين الشخصية القانونية وأهلية الوجوب

يذهب بعض فقهاء القانون إلى أن الشخصية القانونية وأهلية الوجوب أمر واحد وأنهما وجهين لعملة واحدة وأن أهلية الوجوب لا تعدوا كونها تعبيرا عن ذات الشخص من الناحية القانونية، أما الرأي الآخر فيذهب إلى أنهما أمران مختلفان فالشخصية القانونية تعني صلاحية الشخص من حيث المبدأ لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات أي كونه أهلا وصالحا لأن يكون طرفا في مركز قانوني وتقر له بمقتضاه حقوق أو تفرض عليه واجبات قانونية، مع مراعاة أن هذه الصلاحية من حيث المبدأ، إما يتعلق بتطبيق هذا المبدأ أو تحديد نطاق هذه الصلاحية فيخرج عن دائرة الشخصية القانونية ويدخل في نطاق أهلية الوجوب، قال الدكتور حسام الدين الأهواني نقلا عن الشيخ إبراهيم المبارك: الشخصية تتعلق بمبدأ الصلاحية لأن يكون الكائن مخاطبا بالقاعدة القانونية، أما أهلية الوجوب فهي تتعلق في تحديد مدى ما يصلح الكائن لاكتساب من حقوق والتحمل بالالتزامات.⁽²⁾

(1) أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية الأهلية - والنيابة الشرعية، والوصية، والوقف والتركات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق، 2009، ص 14 - 15.

(2) علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 63.

الحماية المدنية يقصد بها الحماية التي توفرها القوانين المدنية للحقوق وتنقسم الحقوق المدنية إلى نوعين: حقوق مدنية معنوية وهي حق النسب والسمعة، والنوع الثاني هي الحقوق المادية، وهي تتمثل في حق الميراث والنفقة والتملك بالهبة أو الوصية والوقف أو غيرها، ويهمننا فيما يتعلق بالجنين من جهة الحماية المعنوية حماية النسب، أما من جهة الحماية المادية فهمننا الميراث والنفقة والوصية والوقف والهبة لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول الحماية المدنية لشخصية الجنين وفيه مطلبين، الأول بعنوان حماية الجنين معنويا والثاني بعنوان حماية الجنين ماديا، أما المبحث الثاني: حماية حقوق الجنين وفي المطلب الأول الحماية من حيث الوقائع والمطلب الثاني الحماية من حيث التصرفات.

المبحث الأول: الحماية لشخصية الجنين

يقصد بها حماية ذات الجنين المعنوية المتمثلة في مدة الحمل وثبوت النسب لأن هذه المسألة أولية يترتب عليها فيما بعد، أي بعد تمام الولادة، قيام حقوق للأبناء على الوالدين، فثبوت نسب الولد لأبيه وأمه تثبت له حق التربية، والنفقة وغير ذلك مما هو في حاجة إليه هذا من جهة وكذلك حماية الجنين من الناحية المادية وبها تثار إشكاليات عديدة من بينها: هل النفقة للحمل أو الحامل؟

المطلب الأول: حماية الجنين معنويا

ويهمنا في هذا الخصوص النسب والمقصود بذلك ضمان إحقاق الجنين - بعد الوضع - لمن يجب أن ينسب المولود شرعا؟

إذ تعد رابطة النسب أسمى الروابط الإنسانية، ولذا فقد اهتم بها الإسلام اهتماما بالغاً، فنهى الآباء عن أن يدعو أبناء غير آبائهم وينسبونهم إليهم، كما نهاهم عن إنكار نسب الأولاد الذين منهم، وحرّم على النساء أن ينسبن لأزواجهن من تعلمن أنه ليس منهم، كذلك نهى الأبناء أن ينتسبوا إلى غير آبائهم.

- هذا وقد أقام الإسلام علاقة وطيدة بين رابطة النسب ورابطة الزواج، فجعل الثانية وهي رابطة مقدسة، سببا لثبوت الأولى، فالزواج يعد أداة تحليل مخالطة الرجل بالمرأة، بما يستلزمه ذلك من جعل الزوجة مختصة بزوجها في حق الاستمتاع ومحرمة على غيره فإذا أثمرت هذه المخالطة نسلا فإنه ينسب للزوج.⁽¹⁾

(1) محمد أبوزيد، مجلة الحقوق، دور التقدم البيولوجي في اثبات النسب، العدد الأول، جامعة الكويت، سنة 1996، ص 225.

ومن هنا تأتي إحدى الأصول المقررة في الشريعة الإسلامية وهو « الولد للفراش » ويراد بالفراش علاقة الزوجية بين الرجل وزوجته حين ابتداء حملها به، ونقطة الابتداء تتركز في مدة الفصال ولقد اهتمت التشريعات بتحديدتها وأشدّها اهتماماً التشريع الإسلامي.

- ولقد أدرك فقهاء المسلمين خطورة هذه المسألة فوضعوا من الأحكام ما يكفل صيانة الولد من الضياع، ويمنع اختلاط الأنساب.

الفرع الأول: الضابط القانوني الأساسي للنسب

ويحدد هذا الضابط في مدة الحمل، فلكي يثبت النسب للولد من رجل بعينه، يجب أن يثبت إن كان أمه حملت به منه قبل وقوع الفرقة بينهما، ولهذا فمن الضروري البحث في أدنى مدة الحمل وأقصاها.

ومدة الحمل هي المدة التي يمكثها الجنين في الرحم منذ لحظة التلقيح وحتى شعور الحامل بالأم الوضع.⁽¹⁾

أولاً: أدنى مدة الحمل

أساس النسب والحمل والولادة لا خلاف بين فقهاء الشريعة والمختصين في الطب الحديث أن أقل مدة الحمل بستة أشهر فمن ولد في أقل من هذه المدة لا يثبت نسبه بالنسبة من لديه على أساس الزواج⁽²⁾ ولقد استنبطوا ذلك من قوله تعالى ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽³⁾ وقوله سبحانه وتعالى ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّ الرِّضَاعَةَ﴾⁽⁴⁾ ووجه استدلالهم من الآيتين: أنه لما كان مجموع مدة الحمل

(1) عبد النبي محمد محمود، المرجع السابق، ص 33.

(2) مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي المقارن دراسة مقارنة بالقانون، مؤسسة الحديث للكتاب، لبنان، 2011، ص 82.

(3) الاحقاف: الآية 15.

(4) البقرة: الآية 233.

والرضاع ثلاثين شهرا في الآية الأولى، وذكرت الآية الثانية أن الرضاع حولين كاملين فإذا أسقطت الحولين الكاملين، وهي أربع وعشرين شهرا من الثلاثين، بقي أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر.

وقد فقه الصحابة رضي الله عنهم في هذه المسألة فقد رفع إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر يرحمها، فقال له علي رضي الله عنه: « ليس لك ذلك، قال سبحانه وتعالى: ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ فحولان وستة أشهر هي ثلاثون شهرا»، فخلى عمر سبيلها، وقد روي أن هذه الحادثة قد وقعت في زمن عثمان بن عفان، وأن الذي اعترض عليه هو ابن عباس رضي الله عنهما. (1)

وهذا أيضا أيد له 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 السنة 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 السنة. (2)

- حساب مدة أقل الحمل:

وتحسب المدة من وقت الزواج وإن كان الوطاء عند الجمهور وعند الحنفية من حين العقد وعند الشافعية من حين الخلوة بعد العقد. (3)

- رأي الطب الحديث في أقل مدة الحمل:

جاء الطب الحديث موافقا لما جاء الشريعة من تحديد أقل مدة الحمل، ومن خلال التجارب العلمية بأن أقل مدة يمكن أن يعيش بها المولود إذا ولد هي ستة أشهر مع أنه قل ما يعيش مثل هذا المولود (4) وهو ما استقر عليه المشرع الجزائري أن أدنى مدة الحمل

(1) عمر بن إبراهيم غانم، المرجع السابق، ص 79 - 80.

(2) علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 40.

(3) المرجع نفسه، ص 40.

(4) المرجع نفسه، ص 41.

هي ستة أشهر وأقصاها هي عشرة أشهر، وهذا ما جاء به في قانون الأسرة، حيث نص المادة 42 منه على: " أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر".⁽¹⁾

ثانياً: أقصى مدة الحمل

اختلف الفقهاء في أقصى مدة للحمل فذهب الحنفية إلى أن أقصى مدة للحمل سنتان، وهو قول الإمام أحمد رحمه الله. وقد استدلت الحنفية على ذلك:

1- قول أم المؤمنين عائشة (رضي الله عنها): « ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين ولا قدر ما يتحول ظل عود المغزل » وقد عقب على هذا الخير صاحب البدائع بقوله: (الظاهر أنها قالتها سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن هذا مما لا يدرك بالرأي والاجتهاد...).⁽²⁾

2- ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: جاءه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إني غبت عن امرأتي سنتين، فجننت وهي حبلى " فتشاور عمر في رجمها، قال: فقال معاذ بن جبل: « يا أمير المؤمنين: كان لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها سبيل فاتركها حتى تضع »، فتركها عمر فولدت غلاماً قد خرجت ثناياها، فعرف الرجل الشبه فيه، فقال: ابني ورب الكعبة "، فقال عمر: (عجزت النساء أن يلدن مثل معاذ، لولا معاذ لهلك عمر).⁽³⁾

وقد رد ابن حزم الظاهري على الدليلين السابقين بأن الأول مردود لأنه مروى عن امرأة مجهولة وهي جميلة بنت سعد، التي لا يدري من هي فبطل احتجاجهم، وأما الثاني فهو مروى عن مجهولين أيضاً فهو باطل كذلك، وذهب الكثير من الشافعية والراجح عند الحنابلة، وقول عند المالكية بأن أطول مدة للحمل هي أربع سنوات وقد استدلوا على ذلك

(1) القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة، ص 912.

(2) القرطبي، تفسير القرطبي، الحديث التاسع، الجزء التاسع، دار الفكر، ص 250.

(3) المرجع نفسه، ص 250.

بما روي عن الإمام مالك رحمه الله قوله: (جاورتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاث أبطن في اثنتي عشر سنة، فحمل كل بطن أربع سنين)⁽¹⁾ وذهب **محمد بن الحكم** من المالكية بأن أقصى مدة للحمل سنة هلالية، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن أقصى مدة للحمل خمس سنوات وهو المحمول عليه في القضاء والحكم عند المالكية.

وذهب **ابن حزم الظاهري** إلى أن أطول مدة للحمل هي تسعة أشهر واستدل على ذلك بما رواه **سعيد بن المسيب** عن **عمر بن الخطاب** رضي الله عنه «أيا رجل طلق امرأته وحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها فإن لم يستبين حملها في تسعة أشهر فلتعتد بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر عدة التي قعدت عن المحيض».

قال **ابن حزم** (فهذا **ابن عمر** لا يرى الحمل أكثر من تسعة أشهر)⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص طبقاً لقانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 في المادة 42 «... وأقصاها (10) عشرة أشهر»⁽³⁾ ونرى بأن المشرع الجزائري قد وافق رأي **محمد بن الحكم** من المالكية الذي قال بأن أقصى مدة للحمل هي سنة هلالية أي ما يعادل مئتان وثمانون يوماً تحسب من آخر حيضة حاضتها المرأة وقد يتقدم الحمل أسبوعين وهذا أمر طبيعي أي 10 أشهر وهذا الرأي قريب مما انتهى إليه الطب الحديث.

(1) ابن قدامة، كتاب المغني، كتاب العدد، مسألة أقصى مدة الحمل، الجزء الثامن، دار احياء التراث، ص 99.

(2) مالك بن أنس، كتاب الموطأ، رقم الحديث 1115، الجزء الثاني، دار احياء التراث العربي، ص 535.

(3) قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري الموافق 9 يونيو 1984، ج ر ج ج، العدد 24/ ص 912.

وكما نص المشرع الجزائري في المادة 43 من قانون الأسرة « ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة»⁽¹⁾ نرى أن المشرع الجزائري قد وفق في تحديد أقصى مدة للحمل بعشرة أشهر وذلك أنه يترتب على إطالة هذه المدة أكثر من هذا الحد، آثار سيئة منها كثرة دعاوى النسب بسبب اتجاه الأفراد إلى استغلال طول مدة الحمل في تحقيق أهداف غير مشروعة كإطالة أمد النفقة.

أما بالنسبة لأدنى مدة الحمل التي هي 6 أشهر فمتى يبدأ حساب ستة أشهر هل من يوم إبرام العقد مع شرط إمكان الدخول كما نص عليه تبعا لنص المادة 41 « ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة ».⁽²⁾

لكن الإشكالية تثار في ما إذا اختلف الزوجان حول تاريخ إبرام العقد؟

نرى أن المشرع الجزائري بالرغم من أنه لم يحدد مدة بداية احتساب الست أشهر إلى أنه أطلق ووسع من طرق اثبات النسب ويتضح ذلك من خلال المادة 44 - 45.

المادة 44 تنص « يثبت النسب بالإقرار بالبنوة، أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النسل ولو في مرض الموت متى صدقه العقل والعادة ».⁽³⁾

المادة 45 « الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه ».⁽⁴⁾

⁽¹⁾ قانون رقم 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري الموافق 9 يونيو 1984، ج ر ج ج، العدد 24/ ص 912.

⁽²⁾ قانون 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، ص 912.

⁽³⁾ قانون 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، ص 912.

⁽⁴⁾ قانون 84 - 11، المتضمن قانون الأسرة، ص 912.

الفرع الثاني: الضابط القانوني الفرعي للنسب:

ونعني به العدة إذ يعتبر الغرض الأساسي من تشريع العدة هو استبراء الرحم لئلا تختلط الأنساب ويشبته بالولد⁽¹⁾، فهل للمرأة مسلمة أو غير مسلمة أن تعتد بوضع الحمل إذا ما فارقتها زوجها بطلاق أو فسخ أو وفاة أو وطء بشبهة إذ أن الفقهاء يختلفون في عدة الحامل من زنى، ويرى بعضهم أنها تعتد بوضع الحمل، كما سيأتي، كما يختلفون في عدة غير المسلمة، ولهم فيها تفصيل ويختلفون في عدة الحامل المتوفي عنها زوجها.

أولاً: العدة في الحالات العادية:

هذه العدة إما أن تكون من الطلاق الرجعي، أو من البائن أو من وفاة الزوج.

1 عدة الفرقة بالطلاق:

وهذه العدة إما أن تكون من الطلاق الرجعي، أو من الطلاق البائن.

أ) العدة في الطلاق الرجعي:

وهو الذي يملك فيه الزوج حق مراجعة زوجته بدون عقد جديد ولا يثبت إلا على المدخول بها وفيما دون الثلاث وأثناء فترة العدة.⁽²⁾

وإذا كانت المرأة معتدة من طلاق رجعي، وأنت بولد لستة أشهر من وقت الطلاق أو أكثر ولو تجاوزت أقصى مدة الحمل، ولم تكن قد أقرت بأن عدتها انقضت ثبت نسبه من مطلقها، لقوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽³⁾ بينت الآية أن عدة الحامل تنتهي بوضع الحمل لأن القصد من العدة الاستدلال على براءة الرحم ووضع الحمل أقوى في الدلالة من الزمان والحيض أي أن براءة الرحم لا تحصل من الحامل إلا

(1) علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص105.

(2) نصر سلمان، سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2003، ص41.

(3) البقرة، الآية 228.

بوضع الحمل⁽¹⁾ وهذا إذا جاءت به لأثل من أقصى مدة الحمل أو أكثر يكون قد اتصل بها وحملت منه وقت العدة ويكون بذلك قد راجعها في العدة.⁽²⁾

ب) العدة في الطلاق البائن:

وهو الذي لا يملك في الزوج إرجاع مطلقته إليه إذا كانت معتدة من طلاق بائن ولم تقر بانقضاء العدة يثبت الولد إذا جاءت به في حدود أقصى مدة للحمل أو أقل من وقت الطلاق، وذلك الاحتمال أن الحمل كان موجودا قبل الطلاق، ولا يكون الفراش قد زال يقينا قبل الحمل، إذن يثبت النسب للاحتياط ولكن الولد لا ينسب منه إذا أنكرت، إن جاءت به أكثر من أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق لأن من اليقين حينئذ أن الحمل حدث بعده يثبت نسبه إن جاءت به أثناء أقصى مدة للحمل من وقت الطلاق والأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، ولا يثبت النسب إن جاءت به لستة أشهر أو أكثر⁽³⁾ بالنسبة للمشرع الجزائري لم يفرق الطلاق الرجعي والباين ولم يفرق بين الطلاق بصفة عامة والوفاة فنص بأن عدة الحامل ومدتها وضع حملها أما مدة وضع الحمل فأقصاها 10 أشهر كاملة تسري من تاريخ النطق بالطلاق أو من تاريخ وفاة زوجها.

هذا وقد اشترط القانون على الزوجة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها⁽⁴⁾ أن لا تخرج من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أخذا بأحكام الشريعة الإسلامية كما ورد في الآية الكريمة من سورة البقرة قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ

(1) وفاء مفتوح حمزة فلاش، الطلاق وآثاره المعنوية والمالية في الفقه الاسلامي، دار القاهرة، مصر، 2000، ص 170، 171.

(2) مفتاح محمد أقريط، المرجع السابق، ص 71.

(3) مفتاح محمد أقريط، المرجع السابق، ص 75.

(4) يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة الزواج والطلاق، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 66.

لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴿١﴾

ج) عدة الفرقة بالوفاة:

إذا كانت المرأة معتدة من وفاة وكانت حاملا فإن عدتها تنتهي بوضع الحمل، وإن وضعت بعد الوفاة بساعة عند الجمهور، ولها أن تتزوج مباشرة ولكن ليس للزوج أن يطأها إلا بعد أن تظهر من نفاسها وتغتسل، فإن جاءت بولد في أقصى مدة الحمل بعد الوفاة ثبت نسبه لاحتمال أن تكون حملت به في حالة العدة في الطلاق البائن والنسب يحتاط في اثباته كما عرفنا، فإن كانت قد أقرت بانقضاء عدتها بالأشهر، فلا يثبت نسب الولد إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر لأنه يتبين أنها تكون حاملا حين موت الزوج، فتكون عدتها بوضع الحمل لا بالأشهر، كما يكون كذبها قد تبين بيقين فيبطل إقرارها بمضي العدة، ويثبت النسب ولكن النسب لا يثبت إن جاءت به لستة أشهر فصاعدا وذلك لاحتمال أن يكون حملت بولد بعد الوفاة، وحينئذ لا نعلم بيقين بطلاق إقرارها بانتهاء العدة فنأخذ بكلامها، ولا يلزم المتوفي نسب هذا الولد. (2)

هذا والأئمة الأربعة لا يختلف الحكم عندهم إذا أقرت المعتدة بانقضاء عدتها أو لم تقر فما دام قد ولد في حدود أقصى مدة الحمل من وقت الطلاق أو الموت فإنه يثبت نسبه ولا ينتفي إلا باللعان.

(1) سورة الطلاق الآية 1.

(2) ليلي حسن محمد الزوبعي، أحكام العدة في الشريعة الإسلامية، دار الرواق، الأردن، 2006، ص 184.

أي أن الوضع تنقضي به عدة المتوفى عنها زوجها ولو بعد وفاته بلحظة بحيث يحل لها بعد نزول ما في بطنها جميعه وانفصاله منها أن تتزوج ولو قبل دفن زوجها ودليلهم فيه قوله تعالى ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽¹⁾.

ولحديث أم سلمة: (سبيعة الأسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر فجاءة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها: قد حلت فانكحي من شئت).⁽²⁾

وقال في الفقه على المذاهب الأربعة: وهو رأي ابن مسعود ومن تبعه من الأئمة الأربعة وخالف علي وابن عباس ومن تبعهما فقالوا إن المتوفى عنها زوجها وهي حامل إذا وضعت حملها قبل انقضاء أربعة أشهر وعشرة أيام فإن عدتها لا تنقضي بوضع الحمل بل لا بد من انتظار مضي المدة بتمامها، أما إذا انقضت مدة أربعة أشهر وعشرة أيام قبل الوضع فإن عدتها لا تنقضي إلا بوضع الحمل لأنه حمل الزوج المتوفى فيجب صيانته، ودليلهم على ذلك قوله تعالى ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾⁽³⁾، فإنها عامة وتشمل الحامل والحائل، وقد يقال في وجهة نظر علي وابن عباس الرحم وحرمة الزوج المتوفى ورعاية خاطر أهله الأحياء.⁽⁴⁾

ونص المشرع الجزائري على عدة الحامل في المادة 60 من قانون الأسرة الجزائري

« عدة الحامل وضع حملها، وأقصى مدة الحمل عشرة (10) أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة ». ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ سورة الطلاق الآية 4.

⁽²⁾ مالك بن أنس، كتاب الموطأ، باب عدة المتوفى عنها زوجها، رقم الحديث 1250، مكتبة الوفاء، ص 333.

⁽³⁾ سورة البقرة الآية 234.

⁽⁴⁾ علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 101.

⁽⁵⁾ قانون رقم 84 - 11 والمتضمن قانون الأسرة ج ر ج ج العدد 24، ص 913.

نرى بأن المشرع الجزائري وافق ما جاء في الشريعة الإسلامية من ناحية أنه وافق قوله تعالى في فقرة الأولى حيث نص المشرع «عدة الحامل وضع حملها» قوله تعالى ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾.

ثانيا: العدة في الحالات الاستثنائية:

ونعني بالحالات الاستثنائية عدة الحامل من زنى، وعدة الحامل غير المسلمة، وعدة الحامل من زواج فاسد وعدة الحامل في شبهة وطء.

1) عدة الحامل من زنى:

فالحمل إما أن يكون وهي متزوجة أو يكون وهي غير متزوجة، فإذا كانت الزانية متزوجة فإن أجلها أن تضع حملها سواء أكان الزاني بيقين، لأن ذلك هو مقتضى التعميم في قوله تعالى ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ...﴾ وإنما عبرة بكلمة أجل دون عدة اتباعا للنص القرآني الدقيق واتجاها إلى تصوير المالكية في هذا المقام بأن تریص الزانية يعد استبراء لا عدة فلا تترتب عليه آثار العدة، ولعل هذا هو السر في ايثار التعبير في النظم القرآني الكريم بقوله (أجلهنّ) وفي هذا المقام فإنه بشموله الحامل من الزنى التي لا تحقق لها وصف الاعتداد.⁽¹⁾

أما بالنسبة لغير المتزوجة فقد اختلف الفقهاء على رأيين:

- الأول: لا تجب عليها العدة وقال به بعض الحنفية والشافعية والإمامية لأن العدة لحفظ النسب ولا يلحقه نسب، وقال بعض الحنفية: إنه يحرم وطؤها قبل الوضع إلا إذا من تزوجها هو نفس من زناها.

⁽¹⁾ لیلی حسن محمد الزوبعی، المرجع السابق، ص 172 - 173.

- **الثاني:** ذهب الحنابلة وأبو يوسف والمالكية: إلى أنه تجب العدة على الزانية كما تجب على المطلقة وإنه لا يجوز العقد عليها حتى تضع حملها.⁽¹⁾

2) عدة الحامل غير المسلمة:

تعتد الحامل غير المسلمة بما تعتد به المسلمة في جميع أحوالها سواء كانت المسلمة ذمية أم مستأمنة وفارقها زوجها المسلم بطلاق أو غيره، وأما إن كان زوجها غير مسلم، وفارقها بطلاق أو غيره فإن نصوص كتب المذاهب الثلاث الشافعية والحنفية والحنابلة أنها تعتد بوضع الحمل ولا يجوز لها الزواج قبل ذلك محافظة على الأنساب إذ هو حق للولد.

وأما المالكية فيرون أن الكتابية لا عدة لها إلا إذا طلقها مسلم أو طلقها ذمي وأراد مسلم نكاحها من طلاق وهو بعمومه شامل للحامل وغيره، وكأن المالكية يحترسون عن غير المسلمة تحت غير المسلم لأن أحكام هؤلاء في نظرهم ليست من شؤون ديننا، فقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون بالنسبة إلى ما يخصهم من أحكام، هذا اتجاه من كتبهم إلى ما عرف عن المالكية من أن الحاكم مخير إذا رجع إليه الذميون في حكم لا يتعلق بمسلم فليس عليه الحكم في أمره، ولو أنهم حكموا في مثل هذه المسألة لحكموا بمثل ما حكم به المسلم.

والرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور من وجوب اعتدادها بوضع الحمل تأييدا بأن العدة هي حق للولد فإن أمكن لنا الحكم في ذلك الشأن وجب بالعدة ولا سيما أنهم يدينون بوجوب العدة.⁽²⁾

⁽¹⁾ علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 112.

⁽²⁾ مفتاح محمد أفاضيط، المرجع السابق، ص 78 - 79.

3) العدة في الزواج الفاسد:

القاعدة أن النسب يحتاج في اثباته إحياء الولد بحيث أنه تنص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري على أنه يثبت النسب بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32، 33، 34 من قانون الأسرة الجزائري، كما جاء في المادة 34 من قانون الأسرة الجزائري فإنه كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، والذي يترتب عليه ثبوت النسب مع وجوب الاستبراء.

وبالرجوع إلى المواد 32، 33، 34 من قانون الأسرة الجزائري فإنه يعرف الزواج الفاسد فهو الذي فقد شرطا من شروط الصحة المنصوص عليها في المادة 9 مكرر والمتمثلة في أهلية الزواج والصداق والولي والشاهدين مع انعدام الموانع الشرعية للزواج وهي الحالات التي رتب المشرع عليها فساد النكاح بموجب الفقرة الثانية من المادة 33 من القانون المدني الجزائري.⁽¹⁾

ونجد أنه بالنسبة لزواج الفاسد فإنه تثبت له بعض الآثار القانونية من بينها ثبوت نسب الولد وهذا ما نص عليه المشرع حماية لنسب الولد ومن شروطه:

1- الدخول الحقيقي بالمرأة.

2- مضي أقل مدة الحمل والتي قدرناها سابقا بـ 06 أشهر من تاريخ الدخول الحقيقي وأما بالنسبة لأقصى مدة حمل في الزواج الفاسد فإنها تحسب من تاريخ التفرقة بين الزوجين، فإذا جاءت الزوجة بولد قبل مضي (10) أشهر اعتبارا من يوم التفرقة فإنه يثبت النسب بالنسبة للولد.

⁽¹⁾ « القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع ». المادة 33 ق م ج

وهنا لا نجد فرق بين الزواج الفاسد والزواج الصحيح لأنه في كلا الحالتين فإنه يثبت النسب لأبيهم لكن بشروط أوردها المشرع بالنسبة للزواج الفاسد من خلال المادتين 42، 43 من قانون الأسرة الجزائري.⁽¹⁾

عدة الوطاء بشبهة:

إن المرأة إذا وطئت بشبهة، وجبت عليها العدة لأن وطء الشبهة كالوطء في النكاح الصحيح النسب، فقد يدخل الرجل بامرأة على فراش صحيح له، ثم يظهر له أن الأمر قد اشتبه عليه وليس حلالاً له فيكون ذلك وقاعاً منه بشبهة وهذا له أثره وحكمه في ثبوت النسب.⁽²⁾

وهذه الشبهة قد تكون في المحل وقد تكون في العقد وقد تكون في الفعل وللفقهاء آراء كثيرة حول ثبوت النسب بالدخول بشبهة ففي بعضها أثبتوا النسب وفي آخر لم يثبتوه.

تجدر الإشارة إلى أن فقهاء الشريعة الإسلامية أجمعوا على أن الاتصال الجنسي المبني على الشبهة يمحو وصف الزنا والدليل على ذلك اثباتهم النسب في حال نكاح الشبهة.

ونرى أن ثبوت النسب بنكاح الشبهة هو واحد من الطرق التي تضمنتها المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري في مجال إثبات النسب وبالتالي فإن المشرع قد أقر مطلقاً ثبوت النسب في نكاح الشبهة إذا جاءت به المرأة ما بين أقل مدة الحمل وأقصاها.

⁽¹⁾ حمزة مشوار، إثبات النسب في قانون الأسرة، (ليسانس)، جامعة مرياح ورقلة، 2013/2012، ص 18.

⁽²⁾ ليلة حسن محمد الزويبي، المرجع السابق، ص 147.

ومن جهة صرح الأستاذ الفرنسي بوسكي أن نظام الشبهة وجد في الفقه الإسلامي كباب مفتوحة للهروب من العقاب عن طريق محو وصف الجريمة واسقاط الحد الشرعي فهو يرى أن الجريمة يستحق صاحبها العقاب الشرعي بدون تردد أو تهرب، وردا على ذلك يرى الأستاذ العربي بلحاج أن هذا الرأي بعيد عن الفكر العلمي الصارم وعن الحقيقة التشريع الإسلامي الذي ينص بأن الشبهة لا تمحو وصف الجريمة ولا تسقط الحد إلا إذا أثبت الخطأ أو الغلط أو الجهل الذي وقع فيه الشخص بحسن نية والأمر موكل لتقدير القاضي.⁽¹⁾

وقد ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم " الحدود تدرأ بالشبهات " مما يعني أن الأحاديث والآية القرآنية تحتم على كل إنسان أن لا يشهد ولا يحكم على أحد أنه تولد من حرام إلا بعد الجزم واليقين أنه ليس في الواقع الأمر أي نوع من أنواع الشبهة⁽²⁾ لقوله تعالى ﴿ وَقُولُوا لِلنَّاسِ حُسْنًا ﴾.⁽³⁾

الفرع الثالث: نسب الاخصاب داخل وخارج الرحم:

ويقصد به الانجاب بغير تلاقي بين الزوجين إذ هو عبارة عن عملية أو وسيلة تقنية طبية تساعد الزوجين على تحقيق رغبتهما في الإنجاب دون حصول أي اتصال جنسي بينهما.

⁽¹⁾ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 197.

⁽²⁾ سميح عاطف الزين، العقود مجمع البيان الحديث، موسوعة الأحكام الشرعية المسيرة في الكتاب والسنة، ص186.

⁽³⁾ سورة البقرة، الآية 83.

وتحقق ذلك عن طريق نقل الحيوانات المنوية من الزوج أو غيره إلى العضو التناسلي للزوجة أو رحمها، كما قد يتحقق ذلك أيضا بزرع بويضة ملقحة في رحمها.⁽¹⁾

إلا أن هذا الأخير يخالف عمليات الإنجاب الطبيعي وما سيؤدي إلى مشاكل خطر تنشأ عن حاجة الأطفال إلى معرفة نسبهم، إذ تعتبر الرغبة في معرفة النسب إحدى خصائص الجنس البشري وقد تفوق الرغبة في الإنجاب لدى الأزواج المصابين بالعقم، ومن جهة أخرى نجد رغبة الاطفال في معرفة نسبهم الحقيقي، فأبي الراغبين أكثر أهمية ومشروعية؟ فما هو نسب الاخصاب الشرعي داخل وخارج الرحم، وما هو نسب الاخصاب غير شرعي خارج وداخل الرحم؟

أولاً: نسب الاخصاب الشرعي داخل الرحم وخارجه

أباح الفقهاء المحدثون أو كثير منهم التلقيح الاصطناعي الخارجي متى تم العلاج حالة انعدام الخصوبة بين الزوجين في حالة قيام عقد الزوجية، وبحيث تتخذ جميع الاحتياطات المؤقتة بدقة للحفاظ على قدم اختلاط النطف والبويضات من أشخاص آخرين، أما بالنسبة للأنواع الأخرى من التلقيح الاصطناعي وما نتج عنها من استئجار الأرحام وتجميد الأجنة والتلقيح بماء رجل غريب عن الزوجة أو بويضة امرأة غريبة عن الزوج فكلها تعتبر مرفوضة شرعا لما تسبب في اختلاط الأنساب ما عدا التلقيح بماء الزوج وبويضة الزوجة في رحم الزوجة في أثناء قيام عقد الزوجية.⁽²⁾

وهذا هو ما انتهت إليه فتوى الدكتور محمد مأمون « من أن طفلة الأنبوب شرعية ولا شك في نسبها إلى والدها.... وقال إذا لقحت بويضة الزوجة بماء زوجها في أنبوبة ثم

(1) العوفي لامية، التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة، وزارة العدل المدرسة العليا للقضاة، الدفعة السادسة عشر، 2005 - 2008، ص 4.

(2) مفتاح محمد أجازيط، المرجع السابق، ص 82 - 83.

وضعت في رحم الزوجة فهذا حلال وينسب المولود للأب والأم»، أما إذا كانت البويضة من زوجة أخرى ولقحت بماء الزوج ووضعت في رحم زوجته فلا يثبت النسب ويقول الإمام أبو حنيفة " إن الباطل هو ما بطل بأصله " بمعنى أن يكون الأصل في الشيء غير مشروع بأصله وبطل بوصفه.(1)

واعتبار لكل ذلك ومحاولة من المشرع الجزائري واستجابة للتطورات العلمية الحديثة أدرج إمكانية الزوجين إلى التلقيح الاصطناعي حيث نص عليه في المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 « يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخض التلقيح الاصطناعي للشروط الآتي:

- أن يكن الزواج شرعياً.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.
- أن يتم بمنى الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة».

نرى أن المشرع الجزائري قد أجاز تقنية التلقيح الاصطناعي، التي تتم بإحضار السائل المنوي بعد تنقيته من المواد الضارة والمكروبات، ثم يحقن بقسطرة خاصة وبدون جراحة داخل الرحم.(2)

(1) مفتاح محمد أفاضل، المرجع السابق، ص 83.

(2) علي هادي عطية الهلالي، المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب دراسة في القانون العام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 244.

والواضح أن هذه تقنية قد أجازها المشرع الجزائري لأنها تتركز على تلاقي مشكلات التخصيب الطبيعية أو عدم إمكانية التخصيب لوجود سبب من الأسباب أي أن المصلحة العلاجية اقتضت استخدام تقنية التلقيح الاصطناعي. فهو من باب أجاز التلقيح الاصطناعي لكن قيده بشروط تتماثل معظمها والشروط الشرعية.

لكن سؤال يتبادر في الأذهان وهو أنه أشار الباحثون إلى أن هذه التقنية تعمل على إنتاج الكثير من البيوض المخصبة الزائدة " Surplus Embryos "، فإن كان عدد البيوض المسحوبة من المرأة حوال 4، 6 فإن ما يتم زراعته في المرأة فعلا هو ثلاثة فقط السؤال ما مصير البويضات الأخرى الزائدة هل أحاطها المشرع بحماية قانونية كعدم إخضاعها للتجارب البحث العلمي أو بيعها أو التبرع بها؟

هذا من جهة ومن جهة أخرى هناك مشكلات قانونية أخرى متصورة الحدوث في عملية تخصيب أكثر من بويضة وزرعها في المرأة، إذ قد ينتج عن ذلك نجاح أكثر من بويضة مخصبة واحدة، وحينها يكون الحبل بتوائم متعددة(*) أمر وارد الحدوث، مما يحدث مشكلات وتعقيدات كثيرة في هذه الحالة، ومن جهة فإن احتمالات التشوه أو العوق أو المرض... وغيرها أمر متصور الحدوث مما يمكننا من بويضة مخصبة في الأم مما يثير معه عدد من التساؤلات الأخلاقية والطبية.

وفي حال تعارض مشكل الأم وجنينها المعلوم أن الأم أولى بالحماية من الجنين.

(*) مثلما حدث مع الأمريكية نادية سليمان التي حملت بأربع توائم بعملية تخصيب واحدة وأنجبت ثمانية أطفال مع وجود حالات تشوه فيهم: انظر التفاصيل في:

ثانيا: نسب الاخصاب غير شرعي داخل الرحم وخارجه:

عندما ظهرت تجربة التلقيح الاصطناعي بعلاج بعض حالات العقم من الذكور والإناث، استقبلها الذين كانوا محرومين من نعمة الذرية والأولاد بعارض من العوارض بكثير من الإعجاب وكثير من الأصل لكنها سرعان ما أصبحت ذريعة لكثير من التطورات المنافية للقيم الأخلاقية والدينية ومبررا للنزول بالكرامة الإنسانية إلى الحضيض فقد فتحت الأبواب في وجه المتلاعبين بالبنوة والأمومة بأي وسيلة من الوسائل دون مراعاة أي اعتبار للقيم الأخلاقية والدينية.⁽¹⁾

وهذا يكون في المجتمعات الغربية مفهوم إباحي وفوضوي للأبوة والأمومة والبنوة لا يقبه الشعور الإسلامي القويم ولا يهضمه الطبع الإسلامي السليم، الأمر الذي جعل في الولايات المتحدة نحو ربع مليون طفل لا يعرف لهم أب أصلا لأنهم أخذوا من بنوك المني، بالإضافة إلى المشاكل الاجتماعية والقانونية العديدة الناتجة عن التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي والخارجي مثل الأم المستعارة، أم الرحم المستعار ومن تكون الأم فهي حملت وولدت أم صاحبة البويضة ومن يكون الأب هو صاحب المني أم زوج المرأة صاحبة البويضة أم زوج التي حملت وولدت وقد كان العالم الإسلامي في مأمن من هذه الممارسات، إلى أن شرع بعض الأطباء في بعض الأقطار الإسلامية يزاولون التلقيح الاصطناعي بالتعاون مع أطباء غربيين، لمصلحة بعض الأزواج المترفين، بل ولا يهم ذلك إذا تم في حدود الدين والأخلاق كي لا تكون تقنيات الانجاب عاملا من عوامل هدم المؤسسات الزوجية، ومجرد عملية استيلاء مادي يبعث عن نسب مفقود وارتباط مزور مشبوه، ونعني بذلك نسب الاخصاب خارج الرحم غير الشرعي وداخله، فقد قال الشيخ محمود شلتوت « إن التلقيح بماء أجنبي في نظر الشريعة جريمة منكرة، واثم عظيم يلتقي

⁽¹⁾ مفتاح محمد أفازيط، المرجع السابق، ص 87.

مع الزنا في إطار واحد جوهرهما واحد ونتيجتهما واحدة، وهي وضع ماء رجل أجنبي قصدا في حدث ليس بينه وبين ذلك الطرف عقد ارتباط بزوجية مشروعة ولولا قصور في صورة الجريمة لكان حكم التلقيح في تلك الحال هو حكم الزنا الذي حددته الشرائع الإلاهية وحرمته»⁽¹⁾.

سؤال في حالة تصور مثلا وجود جنين مصدره زوجين من ارتباط شرعي، ومات أحدهما أو كلاهما قبل زرع الجنين فهذه الصورة التي ينبغي النظر فيها: والذي تجدر الإشارة إليه مقدما هو اعتبار الجنين المجد بمثابة جنين اعتيادي حي، لأن هذه صفته فعلا، لذلك من حيث النسب مثبت إلى أبويه الذين أخذ منهما سواء بقي على حاله أو تكامل نموه بأي وسيلة من الوسائل وإذا اعتبرنا أن نسب الطفل في الحالات الممنوعة زنا.

المطلب الثاني: حماية الجنين ماديا

نعني بالمادية النفقة^(*)، وسنقوم بدراسة النفقة واختلاف وجهة نظر المذاهب في أن النفقة تجب للحمل أم الحامل، وحالات النفقة وعليه سنتناولها في ثلاث فروع: الأول وجوب النفقة للحمل أم الحامل والفرع الثاني نفقة المعتدة في الحالات العادية والفرع الثالث نفقة المعتدة في الحالات الاستثنائية.

الفرع الأول: النفقة للجنين:

تباينت وجهة نظر المذاهب في هذا الشأن، فالمالكية وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة، وهو الأشهر عند الجعفرية، بأن النفقة تجب للحمل كما يصور ذلك الدردير في الشرح الكبير، وأما القائلون بأنها تجب للحامل، فمنهم الحنفية والظاهرية وبعض

(1) مفتاح محمد أفاضيل، المرجع السابق، ص 87 - 88.

(*) المادة 74 من الأمر 05 - 02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 « تجب نفقة الزوجة على زوجها لها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام 78 - 79 و 80 من هذا القانون».

الشافعية وبعض الحنابلة وبعض الجعفرية والأصح عند الزيدية ومذهب الإباضية، إلا أنهم يختلفون في السبب فيقول **الحنفية**: إنها تجب لها بسبب العدة، فيما يقول الآخرون إنها تجب بسبب الحمل.⁽¹⁾

- **الحنفية**: يقول السرخسي في بيان مذهبهم وتأييد وجهتهم: « إن النفقة إذا كانت حاملا تجب لها لا للولد بدليل أنها لا تجب في مال الولد وإن كان له مال أوصى به، وأنها لا تتعدد بتعدد الولد... وأن المنكوحة إذا حبلت لا تتضاعف نفقتها، ولو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعفت نفقة المنكوحة إذا حبلت » ثم قال: « فإذا ثبت أن النفقة لها فلا بد من سبب لاستحقاق النفقة ولا سبب لذلك سوى العدة، والحامل والحائل سواء.»

ووافقهم **الزيدية** في الأصح عندهم كما هو صريح عبارة البحر السابق إيراد، إذ يقول:

«العدة في وجوب النفقة الحامل لا الحمل في الأصح».

أما **الشافعية** فيصور **الإمام الرملي** مذهب القائلين منهم بأن النفقة للحامل بسبب الحمل فيقول: «وتجب النفقة والكسوة لحامل بائن... والوجوب إنما هو لها لكن بسبب الحمل لأنها تلزم المعسر وتتقدر وتسقط بالنشوز كامتناعها عن السكن في مسكن لائق بها عينة لها، خروجه منه من غير عذر ولا تسقط بمضي الزمان ولا يموته في أثناءه على الراجع، إذا يفتقر في الدوام ما لا يفتقر في الابتداء».

وأما **الحنابلة**، فإن ابن قدامة صرح بأن في الموضوع عندهم روايتين إحداهما تقول: إن وجوب النفقة للحامل من أجل الحمل، ويستدل أصحاب هذا الرأي بمثل ما

⁽¹⁾ محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار اليازوري، 2009، ص 183.

استدل به الشافعية من أنها تجب من اليسار والإعسار، وبأنها لا تسقط بمضي الزمان واقتصر صاحب المعنى على هذا الاستدلال.

ويوافق القائلين من الشافعية والحنابلة بأن النفقة للحامل بسبب الحمل الظاهرية كم تدل عليه عبارة ابن حزم الظاهري إذ يقول « ينفق على الحبلى من أجل ولده » وكذا عند فقهاء الإباضية تدل عليه عبارة النيل وشرحه « نفقة الحامل تجب لتعطلها بالحمل ومنعها من التزوج لا للجنين » وهكذا رأي الشيعة الجعفرية. ويتفرع عن كون النفقة للحامل أو الحمل بعض فروع منها:

1- إذا كانت المرأة حاملا من نكاح فاسد أو كانت حاملا من وطء بشبهة، فعلى القول بأن النفقة للحمل تلزم النفقة الزوج في الصورة الأولى والواطئ في الصورة الثانية، لأن الحمل في الصورة الأولى منسوب إلى الزوج فتلزمه نفقة ما في « بعد الوضع » وفي الصورة الثانية كذلك، وعلى القول بأن النفقة للحامل فلا نفقة لواحد منهما لأنها ليست زوجة حتى يكون لها حق النفقة.

2- إذا نشزت امرأة وهي حامل، فعلى القول بأن النفقة للحمل لا تسقط النفقة لأنها نفقة ولده، وهي لا تسقط بنشوز أمه، وإن قلنا إن النفقة للحامل وليست للحمل فإنها لا تستحق النفقة كنشوزها.

3- قال بعض الفقهاء إننا إذا قلنا إن النفقة للحامل لا تسقط بمضي المدة وإن قلنا إنها للحمل تسقط لأنها من نفقة الأقارب.⁽¹⁾

⁽¹⁾ مفتاح محمد أفريط، المرجع السابق، ص 89 - 90.

الفرع الثاني: نفقة المعتدة في الأحوال العادية

إن نفقة بعد الفرقة تختلف من حيث حكم وجوبه أو عدم وجوبها حسب الحالات حتى إن كان للزوجة الحق في النفقة فإنه لا بد من سلو طرق معينة من أجل استيفاء حقها بالتزام الزوج بدفعها إلى مطلقته الحامل يوماً فيوماً، وإذا لم يكن للجنين أجر ورثته على نفقة على قدر ميراثهم منه.

وفيها نقطتين نفقة الحامل المعتدة من طلاق ونفقة الحامل المعتدة من الوفاة.

أولاً: نفقة الحامل المعتدة من طلاق

الزوجة الحامل نفقتها واجبة على زوجها بحكم الزوجية لا باعتبار كونها حاملاً، أما المعتدة فإن كانت من طلاق رجعي أو بائن بعد نكاح صحيح فترجع إلى الأصل في وجوب النفقة للمعتدات⁽¹⁾، حيث اتفق الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية والحنابلة على عدم سقوط نفقة المعتدة بالطلاق الرجعي سواء حاملاً أو حائلاً، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والإجماع والمعقول.

- من القرآن الكريم:

قال تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾.⁽²⁾

وجه الدلالة: اعتبر الله عز وجل المطلقة الرجعية زوجة بنص الآية فجعل للزوج الحق في ردها إلى عصمة نكاحه دون إذنها، ما لم تنته العدة.

⁽¹⁾ ليلي حسن محمد الزويبي، المرجع السابق، ص 106 - 107.

⁽²⁾ سورة البقرة، الآية 228.

- من الإجماع:

أجمعوا أن للمطقة التي يملك زوجها الرجعة: السكنى والنفقة.

1- إن النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم، لأنه يحق للزوج الوطء ما لم تنته العدة.

2- إنها زوجة ببقاء سلطة الزوج عليها، حيث يلحقها طلاقه وظهاره.

3- إن الاحتباس قائم لصيانة ماء الزوج في مدة العدة.

وجاء في كتاب المعني: « وإن طلق الرجل امرأته فادعت أنها حامل لتكون لها النفقة أنفق عليها كثلاثة أشهر لأن الحمل يبين بعد ثلاثة أشهر إلا أن يبين بعد ثلاثة أشهر إلا أن تظهر براءتها من الحمل، بالحيز أو غيره فتقطع نفقتها ». «

فنفقة الحمل واجبة للحمل، والنفقة على أمه يعود نفعها إليه أما بالنسبة للبائن الحامل اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة: على عدم سقوط نفقة، البائن الحامل مادامت في العدة سواء بانته بطلاق ثلاث، أو خلع، أو فسخ نكاح بغير معصيتها، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم والإجماع والمعقول:

1) القرآن الكريم:

قال الله تعالى ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة: أوجب الله عز وجل النفقة للمعتدة الحامل البائن بطلاق أو خلق أو فسخ نكاح، مادامت في العدة.

⁽¹⁾ سورة الطلاق، الآية 6.

(2) الإجماع:

أجمع أهل العلم على وجوب النفقة للمعتدة الحامل البائن بطلاق ثلاث أو بفسخ نكاح أو خلع مادامت في العدة.

(3) المعقول:

1- إن رحم المعتدة الحامل مشغول بماء زوجها، فهو كالمستمتع بها.

2- إن الحمل ولد الزوج، فتجب نفقته على الزوج، ولا يمكنه الإنفاق على الحمل إلا بالإنفاق على الحامل، فوجب عليه الإنفاق عليها.⁽¹⁾

أما بالنسبة للمشرع الجزائري نرى أنه أثبت النفقة للزوجة مدة العدة بكل فرقة جاءت من جهة الزوج سواء أكانت عن طلاق أو فسخ نكاح، سواء أكانت الزوجة حاملا أو حائلا أو خلع حيث جاء نص عاما حيث تنص المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري « تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ». ⁽²⁾

نرى أن المشرع الجزائري قد وافق ما ذهب إليه فقهاء الحنفية من وجوب النفقة للحامل أو الحائل بغض النظر عن نوع الفرقة حيث أن النص جاء عام من خلال نص المادة 80 وكذلك نص المادة 74 « تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79، 80 من هذا القانون ». ⁽³⁾

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

(2) قانون 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة، ص 915.

(3) قانون رقم 84 - 11 قانون الأسرة، ص 914 - 915.

ثانيا: نفقة الحامل المعتدة من وفاة:

تنقل كتب التفسير عند تفسير آية ﴿... وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ...﴾ أن أكثر العلماء على أن لا نفقة لها لأن الخطاب في الآية للأزواج.

وعن علي وابن مسعود تجب نفقتها في التركة، ومذهب ابن أبي ليلى أن نفقتها في مال الزوج بمنزلة الدين على الميت.⁽¹⁾

- اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

- المذهب الأول: عدم وجوب النفقة (السكنى) لمعتدة الوفاة الحامل، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والشافعية في أحد القولين، والحنابلة في المذهب.

- المذهب الثاني: وجوب النفقة لها (السكنى)، وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية في الأظهر، والحنابلة في القول الآخر.

الأدلة:

1- أدلة الفريق الأول: استدل القائلون بعدم وجوب السكنى لمعتدة الوفاة الحامل بما يلي:

(أ) إن احتباسها في مدة العدة إنما هو لمعرفة براءة رحمها لحق الشرع لا لحق الزوج، فيكون التبرص منها عبادة.

(ب) إن المال بالوفاة الزوج انتقل للورثة، والنفقة التي تجب إنما تكون بسبب الحمل، أو من أجله، ولا يلزم ذلك الورثة.

(ج) إن حق المعتدة في السكنى والنفقة مترتب على الملك، وقد زال بالموت فلم يجب.

⁽¹⁾ مفتاح محمد أفاضيل، المرجع السابق، ص 94.

د) إن النفقة يتجدد وجوبها شيئاً فشيئاً والميت لا مال بعد الموت، فلم تجب.

2- أدلة الفريق الثاني: استدل المالكية والشافعية والحنابلة على وجوب السكنى للمعتدة الوفاة بالقرآن الكريم والسنة والمعقول.

أ) من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿عَيْرِ إِخْرَاجٍ﴾. (1)

وجه الدلالة: دلت على وجوب السكنى لمعتدة الوفاة.

وقال أيضاً: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾.

وجه الدلالة: دلت الآية على وجوب السكنى للمطلقة ويقاس عليها معتدة الوفاة من باب أولى، خاصة أن الشرع أمرها بالمكث في بيت الزوجية.

ب) من السنة:

عن الفريضة بنت مالك - رضي الله عنها - إن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا، حتى إذا كانوا بطرف القدوم لحقهم فقتلوه، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي، فإني لم يتركني في مسكن يملكه، ولا نفقة، قالت: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " نعم " قالت فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة، أو في المسجد دعاني - أو أمرني فدعيت له - فقال: " كيف قلت؟ " فرددت عليه القصة التي ذكرت من شأن زوجي، قالت: فقال: " أمكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ".

وجه الدلالة: الحديث نص على ثبوت السكنى لمعتدة الوفاة في بيت الزوجية.

(1) سورة البقرة، الآية 240.

(ج) من المعقول:

- إن السكنى تجب لمعتدة الوفاة لصيانة ماء الزوج، وهي موجودة بعد الوفاة كالحياة.

- إنها حامل من الزواج فأشبهت المفارقة في حال الحياة.⁽¹⁾

نرى أن المشرع الجزائري قد وافق ما اتفق عليه جمهور الفقهاء على وجوب النفقة لمعتدة الوفاة والطلاق دون أن يحدد أكانت حاملا أو حائلا فقد جاء النص عاما، حيث نص في المادة 61 «لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة».⁽²⁾

لكن ظهرت أنه يقصد بالنفقة السكنى فقط للمعتدة من وفاة والنفقة والسكنى للمعتدة من طلاق.

الفرع الثالث: نفقة الحامل في الأحوال الاستثنائية

يقول العليم القدير: ﴿...وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا...﴾⁽³⁾ أي أن الله سبحانه وتعالى تكفل برزق كل ما يدب على الأرض من إنسان وحيوان، وذلك لاستمرار الحياة، ففرض جلا وعلا نفقة المرء على أهله، كذا على المحتاج لأنه: ما من مؤمن بات شعبان وجاره جائع وهو يعلم به، ولذلك شرع الزكاة والصدقة للأخذ من مال الغني وإعطاء الضعيف والعاجز عن الكسب مثل الحامل في الأشهر الأخيرة والإشكاليات التي تثور حولها في الانفاق عليها في الأموال الاستثنائية مثل حالة كونها غير مسلمة أو حالتها الغضب والزنا وسنتناولها ثلاثة فيما يلي:

(1) جاسر جودة علي العاصي، المرجع السابق، ص 27 - 28.

(2) قانون رقم 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ص 913.

(3) سورة هود، الآية 6.

أولاً: نفقة الحامل غير المسلمة

يجوز للمسلم أن يتزوج من الكتابية، ومرادنا بالكتابية كل من تؤمن بنبي، ولها دين سماوي من غير المسلمين كاليهودية، والمسيحية، ويستوي في الحل المستأمنة، والذمية إلا أنه يكره الزواج من الحربية لما قد يترتب من شدة التعلق بها فينتقل إلى دار الحرب.⁽¹⁾

وبالتالي حقوق الزوجية وواجباتها وآثارها بالنسبة إلى المسلمة والكتابية أغلبها سواء وبالأخص في النفقة «فالكتابية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما في سبب الوجوب وشرطه».

وعلى العموم فإن المطلقة الحامل سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة متزوجة بمسلم لها الحق في النفقة لجميع مشتملاتها، كانت مطلقة طلاقاً رجعياً أو بائناً من الناحية العلمية، إلا أنه يقال بأن النفقة للحمل بالنسبة للبائن وليس لها.

وفي حالة ارتدادها عن الإسلام يوجب ذلك بطلان النكاح ولا يعود النكاح بعد إسلامها إلا بعقد جديد فتسقط النفقة لانقضاء حبس النكاح للزوج.

ثانياً: نفقة الحامل من زنى

ليس معنى إلزام القريب أو الزوج الإنفاق على المرأة جعله حقاً ثابتاً لها لا يتغير ذلك أن وجوب تلك النفقة محكوم بضوابط معينة عند انتفائها تلتزم المرأة بالإنفاق على نفسها، ومن بين الحالات التي تسقط فيها نفقة الزوجة عن زوجها ولا يلزمه الإنفاق عليها حينئذ وتلتزم بالإنفاق على نفسها إذا سقطت عن قريبها إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب فعلها معصية راضية بها كالزنا، لأن حبس النكاح أوجب عليها صلة فإذا وقعت الفرقة بفعل المعصية لم تستحق الصلة بل تستحق الزجر، خلافاً للشافعية فإنها تستحق

⁽¹⁾ مفتاح محمد أقازيط، مرجع سابق، ص 95 - 96.

النفقة لأنه لا أثر لزناها إن حبلت لأنه يمنع الاستمتاع بها وإذا نكحت المرأة بنكاح فاسد فلا نفقة لها عند الحنفية والحنابلة والشافعية وفي قول لهم تسقط على الزوج في أثناء عدة النكاح الفاسد.⁽¹⁾

فإن فساده يمنع شرعا من تسلم نفسه لها، فبسبب الوجوب هو حبس الزوج إياها عن نكاح غيره منعدم فتسقط نفقتها حتى في العدة، لأن حق الحبس وإن ثبت فيها، لكنه لتحسين الماء لا نكاح، وقياسا على البائع الذي لا يستحق ثمن البيع في بيع فاسد.

وقال العلماء: «البنات المتولدة من الزنا أجنبية عن الزاني فلا ترث إذ مات قبلها ولا تنسب إليه ولا يجب الإنفاق عليها، ولا يملك عليها ولاية التزوج، أي لا يكون وليا عليها، ولا يصح له أن يرثها إن ماتت قبله فهي من المحرمات وفي حكم الزواج والمصاهرة قريبة منه، وذلك هو الراجع وسواء تأكد أنها من مائه، أو شك في ذلك مادام قد زنى بأمها، وجاء الحمل بها في أثناء الاتصال بالزنا.

ومن ثم نرى أن نفقة الزانية على نفسها إن كانت قادرة على الكسب، لأن الأصل وجوب انفاق الإنسان عن نفسه لما روي عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلاهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك»،⁽²⁾ لكن في حالة عدم قدرة الزانية على الإنفاق على نفسها فتكون نفقتها على أقربائها والمسؤولين على تربيتها أساسا. لأن الجنين الناتج عن الزنى لا ذنب له».

⁽¹⁾ مفتاح محمد أفازيط، مرجع سابق، ص 96 - 97.

⁽²⁾ صحيح مسلم، كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس، رقم الحديث 997، دار الخير، ص 69.

ثالثاً: نفقة الحامل من غصب

تتصور هذه المسألة فيما إذا استكره الرجل امرأة على الزنى سواء كانت عذبة أو متزوجة في طهرت وحملت منه فلم ينسب هذا الحمل وما الأحكام المترتبة عن هذا الاغتصاب؟

- قال الشافعية: إذا استكره رجل امرأة على الزنى، أقيم عليه الحد ولا يقام عليها لأنها مستكرهة، مغلوبة على أمرها، ولها مهر مثلها، ويثبت النسب منه إذا حملت المرأة وعليها العدة.

ومن زاوية أخرى إذا اكترهت زوجة على الزنى في طهر لم يصبها فيه فأنت بولد يمكن أن يكون من الواطئ، فهو منه وليس للزوج قذفها بالزنى لأن هذا ليس بزنى منها وقياسي أنه ليس له نفيه ويلحقه النسب لأن نفي الولد يكون إلا باللعان.⁽¹⁾

وروى سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب: قال: "أُتي عمر لامرأة قد زنت فقالت: إني كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد جنم علي"، فخلى سبيلها ولم يضربها، ولأن هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات، ولا فرق بين الإكراه بالإيلاج وهو أن يغلبها على نفسها وبين الإكراه بالتهديد بالقتل ونحوه، نص عليه أحمد في راع جاءته امرأة قد عطشت فسألته أن يسقيها فقال لها: أمكنيني من نفسك، قال: هذه مضطرة.⁽²⁾

ويقول الرملي الشافعي: إن النفقة تجب للحمل في قول عندهم لتوقف الوجوب عليه كما يقول ابن قدامة، إن إحدى الروايتين في المذهب تقول: إن النفقة واجبة للحمل وهي اختيار أبي بكر رضي الله عنه بدليل أنها تحجب بوجوده وتسقط عند انفصاله فدل أنها له.

⁽¹⁾ مفتاح محمد أفازيط، مرجع سابق، ص 99.

⁽²⁾ ارواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، كتاب الحدود، رقم الحديث 2312، الجزء السابع، ص 340.

والمهم أنه إذا كانت المرأة حاملا من نكاح فاسد أو كانت حاملا من وطء بشبهة، فعلي القول بأن النفقة للحمل تلزم الزوج في الصورة الأولى، والواطيء في الصورة الثانية لأن الحمل في الصورة الأولى منسوب إلى الزوج فتلزمه من نفقته كما بعد الوضع، وفي الصورة الثانية كذلك، وعلي القول بأن النفقة للحامل فلا نفقة لواحد منهما لأنها ليست زوجة حتى يكون لها النفقة.

وأما الحنفية فيقولون بأن لا نفقة للمغصوبة لأنهم يشترطون في وجوب النفقة بأن يكون العقد صحيحا فلو أنفق عليها وتبين أن العقد فاسد أو باطل، فإن له الحق في الرجوع عليها بما أنفق.

المبحث الثاني: حماية حقوق الجنين

انطلاقاً من نص المادة 25 من القانون المدني والتي تنص: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته».⁽¹⁾

ويترتب على ذلك القاعدة أن الشخصية لا تثبت للجنين أو للحمل المستكن في بطن أمه، وهذه القاعدة سليمة من حيث أن الجنين لا تثبت له الشخصية الكاملة - أي الشخصية التي تثبت لمن يولد حياً - ولكن لوحظ أن للجنين مصلحة في أن تثبت له شخصية من نوع معين ولهذا منحه جل التشريعات شخصية ناقصة، ومحدودة وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري: «على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون شرط أن يولد حياً».⁽²⁾

وإذا ثبت هذا الشرط ثبتت الشخصية التامة للوليد من وقت أن ينزل مستهلاً، من خلال كل هذا فهل هذه الحقوق تثبت له من يوم ولادته حياً؟ في حال وفاة أبوه هل يعتبر وارثاً لنصيبه من تاريخ موت أبيه؟ أو من يوم ولادته حياً، لأنه كان حاملاً مستكناً حينما مات أبوه، كما قد تثار عدة إشكاليات حول جواز الهبة للجنين والتأمين على حياته وغيرها وسنعالج في هذا المبحث مطلبين إثنين:

- المطلب الأول: الحماية من حيث الوقائع

- المطلب الثاني: الحماية من حيث التصرفات.

(1) أمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم بالقانون رقم 07 - 05 المؤرخ: في 13 ماي 2007.

(2) القانون 07 - 05 المؤرخ في: 13 ماي 2007.

المطلب الأول: الحماية من حيث الوقائع

ويقصد بها كل حدث أو فعل مادي إلى أن يرتب القانون أثرا قانونيا معيناً.

وهذا الأثر إما أن يكون نشوء حق أو نقله أو تعديله، أو تغييره أو انفصاله، ومن أمثلة الوقائع القانونية واقعة الموت، وما في حكمها، كواقعة الموت هي بطبيعتها حادث مادي طبيعي لا يد للإنسان فيه، وقد ترتب هذه الواقعة أثر قانوني متمثل في حق الإرث بحيث تنتقل تركة الشخص المتوفى إلى ورثته كل بقدر نصيبه من التركة، والذي يهمننا ميراث الجنين وما يثار حوله من تساؤلات، فهل يرث الجنين؟ وماهي حالاته؟ وما موقف القانون والفقهاء من ذلك؟ سنعالج هذه الجزئية في ثلاث فروع.

* الفرع الأول: ميراث الحمل.

* الفرع الثاني: أحوال ميراث الحمل.

* الفرع الثالث: كيفية توريث الحمل.

الفرع الأول: ميراث الجنين:

انطلاقاً من نص المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص: « أسباب الإرث: القرابة والزوجية »⁽¹⁾ فإذا كان ذلك محققاً دون وجود مانع بالإضافة إلى وجود شرطين أساسيين:

* ثبوت وجود الحمل حياً عند وفاة المورث.⁽²⁾

(1) قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة ج ر ج ر العدد 24، ص 917.
(2) نبيل كمال الدين الطاحون، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية، سلسلة الكتاب الجامعي، الكتاب السابع، مصر، 1984/1404، ص 201.

* انفصال الجنين حيا عند ولادته.(1)

لكن قد ترد أمور منها هل هو موجود وقت وفاة المورث، وعلى فرض وجوده لا تدري أهو ذكر أم أنثى، وهذا الأمر يقتضي منا الاحتياط، فلا تقسم التركة تقسيما نهائيا المتحقق فيهم صفة الورثة، بل يحتاط لأجل ذلك المتردد (الجنين) في أمره فيحجز له مقدار من التركة حتى نتحقق من أمره فيكون ذلك إرثا بالتقدير.

نرى أن المشرع الجزائري قد حافظ على ميراث الجنين والعناية به وهو في بطن أمه، وهذا لما جاء في سياق المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري: « يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، مع ثبوت نسب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث». (2)

كما يعتبر ميراث الحمل ثابت بالسنة والإجماع حيث أن الشريعة الغراء حفظت له حقوق فسبحان من لا يسهى ولا ينسى.

الحديث الذي رواه أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

« إذا استهل المولود ورث ». (3)

وبالحديث الذي رواه سعيد بن المسيب عن جابر بن عبد الله والمسور بن محزمة قالوا:

« قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يرث الصبي حتى يستهل ». (4)

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، 2002، ص189.

(2) قانون 84 - 11 المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الاسرة ج ر ج ج، العدد 24، ص 917.

(3) كتاب المغني في الفقه الامام أحمد بن حنبل الشيباني، كتاب الفرائض لابن قدامة، الجزء السابع، دار الفكر، ص192.

(4) محمد بن علي الشكاني، نيل الاوطار، كتاب الفرائض، باب ميراث الحمل، رقم الحديث 2568، الجزء السادس.

- بهذين الحديثين استدل الفقهاء: على أن الحمل من جملة المستحقين للميراث إذا قام به سبب من أسباب الإرث وانتفت عنه موانعه وما سلف الذكر.⁽¹⁾

- ويستدل على وجود الجنين في بطن أمه وقت وفاة المورث إذا ولد خلال مدة يغلب على الظن أنه كان موجودا في بطن أمه خلال وقت وفاة مورثه، وهذه المدة تختلف باختلاف الأحوال، فتارة تكون أقل مدة الحمل، وأخرى تكون أكثرها.⁽²⁾ طبقا لنص 42 من قانون الأسرة الجزائري سألفة الذكر.

- للإشارة ذهب جمهور الفقهاء: للقول إذا فصل الجنين ميتا كله أو بعضه لا يرث ولا يورث سواء كان ذلك بجناية على أمه أو لا.

أما الحنفية خالفوا جمهور الفقهاء وقرروا أن انفصاله بجناية على أمه لا يمنع إرثه.

لأن الشارع أوجب على الضارب الغرة^(*)، ووجوب الضمان على الحي دون الميت في الجناية فإذا حكمت بحياته كان له الميراث ويورث عنه نصيبه، كما يورث عنه بدل نفسه - الغرة - فالحياة ثابتة تقديرا قبل الضرب، والموت قد يكون حصل نتيجة الضرب.⁽³⁾

من خلال كل ما تقدم نلاحظ أن المشرع يكاد يوافق الشريعة الإسلامية في مسألة استحقاق التركة (الميراث) للجنين.

- إلا أن المشرع الجزائري كان لابد له من أخذه بعين الاعتبار للتطور العلمي الحاصل وهو كون الجنين موجودا ولكن خارج الرحم، كما هو حالة التلقيح الاصطناعي خارج

(1) جمعة محمد محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، 1981، ص 683.

(2) جمعة محمد محمد براج، المرجع السابق، ص 684.

(*) الغرة: هي جزء من الدية يقدر بعشر يعطى كبديل عن نفس الجنين في حالة الجناية.

(3) جمعة محمد براج، المرجع نفسه، ص 688.

الرحم (أطفال الأنابيب)، وهي من المسائل التي صارت معروفة ومعمول بها، إن كانت نادرة، ولكن شرط أن يتم التأكد من أن التلقيح قد تم بالطرق والضوابط الشرعية في نطاق العلاقة الزوجية.

بالتالي لا بد على القانون من مسايرة المستجدات في هذا الصدد من خلال تعديل النص ليشمل الحمل الحقيقي الموجود داخل الرحم وخارجه.⁽¹⁾

أما بالنسبة لمسألة تقسيم التركة في حال وجود حمل بين الورثة نلاحظ أن المشرع أخذ برأي الجمهور أي تقسم التركة من غير الحاجة إلى انتظار الحمل لما فيه مضرة لباقي الورثة وإنما الاحتياط له بنصيه⁽²⁾. ويظهر ذلك في قانون الأسرة من خلال نص المادة 173 التي جاء فيها: « 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 ».⁽³⁾

من خلال سياق المادة أعلاه يتضح أن المشرع يجيز تقسيم التركة من يوم وضع الحامل حملها وفقا لما ذكر من شروط في المادة أعلاه.

الفرع الثاني: أحوال الجنين في الميراث

ميراث الجنين له أحوال منها:

الحالة الأولى: ألا يكون وارثا لا باعتباره ذكر ولا باعتباره أنثى.

الحالة الثانية: أن يكون وارثا على أحد الاعتبارين دون الآخر.

(1) فشار عطا الله، أحكام الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 189.

(2) محمود عبد الله بخيت، محمود عقله العلي، الوسيط في الفقه المواريث، دار الثقافة، عمان، 2007، ص 139.

(3) قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة ج ر ج ج، العدد 24، ص 921.

الحالة الثالثة: أن يكون وارثا على الاعتبارين ولا يتغير نصيبه فيهما.

الحالة الرابعة: أن يكون وارثا فيهما ويختلف نصيبه في أحدهما دون الآخر.⁽¹⁾

بالنسبة للمشرع الجزائري خصص لمسألة توريث الحمل مادتين فقط هما المادة 173
174.

حيث جاء في المادة 173 « يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت
إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان حجب حرمان يوقف
الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها».⁽²⁾

من خلال نص المادة 173 نلاحظ أن المشرع اعتمد فقط على الحالة العادية الغالبة في
الحمل وهي كون الجنين واحد سواء كان ذكر أو أنثى وأغفل المشرع الجزائري بعض
الحالات الخاصة.

كميراث الأم وجنينها والميراث بين التوأم والأم.

- ففي حالة بيان صورة تعرض أم أو جنينها لجناية عليها أو عليه وكان موتها وموته في
وقت واحد أي في حال اختلاف أيهما مات أولا، ففي هذه الحالة يكون حكمهم حكم
العرقى طبقا لهذا لا يرث أحدهما الآخر فلا ترث أم الجنين من الغرة ولا يرث هو شيء
من أموالها وهذا رأي جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية.⁽³⁾

⁽¹⁾ شحاتة عبد الغني الصباغ، دروس في الفرائض، منشورات الشؤون الدينية، الطبعة الأولى، الجزائر، 1993/1413، ص 141.

⁽²⁾ قانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة، ص 921.

⁽³⁾ مفتاح محمد أجازيط، المرجع السابق، ص 124.

كما نرى أن المشرع كذلك لم ينص على ميراث الأم والتوأم والميراث بين الأم وولد الزنا(*) واللعان.**)

الفرع الثالث: كيفية توريث الجنين

بناء لما جاء في نص المادة 173 أن الحمل يقدر واحد لأنه الغالب فيوقف له أوفر النصيبين فإن توفيت أمه وكان الموقوف مساويا لحقه فلا إشكال، وإن كان زائد عن حقه رد الزائد إلى مستحقه، أو كان ناقصا فإنه يستكمل من الورثة الذين أخذوا أكثر من حقه⁽¹⁾.

ولتوريث الحمل نتبع الآتي:

- 1- إذا كان الحمل وارثا في كل الأحوال ولم يكن معه وارث، أو معه وارث محجوب له، فإن التركة توقف كلهم حتى يولد حيا، فإن ولد ميتا وزعت على غيره من الورثة.
- 2- إذا كان حظه لا يختلف باختلاف الذكورة والأنوثة يعطي كل وارث حقه كاملا ويحفظ للحمل نصيبه.
- 3- إذا كان الحمل يرث على أحد التقديرين، الذكورة أو الأنوثة فقط، تقسم التركة بين الورثة على تقدير أن الحمل يرث، ويوقف نصيب الجنين حتى يولد، فإن بدا أنه وارث أخذ حقه، وإن كان غير وارث رد الموقوف على الورثة.
- 4- إذا كان الحمل يرث في كل الأحوال، لكن نصيبه يختلف باختلاف إحدى الصفتين اللتين يرث بهما، ففي هذه الحالة يقدر له نصيبان ويعطى النصيب الأوفر.

(*) ولد الزنا: هو المولود من نكاح غير شرعي وهو يرث من أمه أما الإرث منه فقد اختلف فيه الفقهاء وهو من يثبت نسبه من أمه.

(**) ولد اللعان: وهو الذي ولدته الزوجة على فراش الزوجية الصحيحة ونفاه أبوه.

(1) علي بن رمضان، المرجع السابق، ص 225.

فقد تكون صفة الذكورة أنفع له من صفة الأنوثة وقد يكون العكس فيعطى أكثر النصيبين، وللورثة أقل الأنصبة.⁽¹⁾

الخلاصة يوقف للحمل أكثر الحظين إن تعدد الاحتمال، كما يوقف له على تقدير الجهة التي يرث بها دون غيرها.

المطلب الثاني: الحماية من حيث التصرفات

يعتبر التصرف القانوني مصدرا مباشرا لنشوء الحق، سواء كان هذا التصرف قائما على أساس اتفاق إرادتين فأكثر مثل عقد التأمين وعقد الهبة وغيرها أم لم يكن كذلك. وقد يكون تصرف من إرادة واحدة صادر عن شخص واحد يتصف بوصف واحد كالوصية والوقف وما أشبه ذلك من التصرفات.

الفرع الأول: التصرفات بالإرادة المنفردة

الوصية والوقف تنشأ بإرادة منفردة وهي عمل قانوني صادر من جانب واحد ينتج آثارا قانونية مختلفة وسنتناولها كالاتي:

- أولا: الوصية.

- ثانيا: الوقف.

أولا: الوصية

عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري:

⁽¹⁾ ابراهيم محمد خيثر، حقوق الورثة في ميزان الشرع والعقل، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 127 - 128 - 130.

«الوصية تمليك مضاف إلى بعد الموت بطريق التبوع»⁽¹⁾ فقانون الأسرة الجزائري جاء بأحكام خاصة واعتبر أن الوصية تمليك تنتقل بواسطة ملكية شيء الموصى به إلى الموصى له من الموصى بإرادته الحرة.

كما نص المشرع الجزائري في نص المادة 187 «تصح الوصية للحمل شرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس».

ومن شروط الوصية للحمل:

1- ضرورة إثبات وجودية الحمل الموصى له قبل وقت إنشاء الوصية وأن يولد حيا في أقل مدة الحمل، وفي بعضها تكون المدة المعتبرة أقصى مدة الحمل وفي قانون الأسرة الجزائري جعلها المشرع من 6 أشهر إلى 10 أشهر طبقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري.

2- أن يولد الجنين حيا حياة مستقرة فإن ولد ميتا بطلت الوصية.⁽²⁾

- نلاحظ المشرع الجزائري اشترط شرط واحد وهو ولادة الجنين حي لاستحقاقه الوصية.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص على التوأم وقال باستحقاقهم الوصية ولو اختلف جنسهما فهي لهما بالتساوي.

كما نلاحظ أن المشرع الجزائري بنصه على مسألة كون الوصية تكون للتوأم قد حقق قدر واسع من الإحاطة بهذه المسألة وأعطى مجالا للقاضي في حل أي مسألة أمامه سواء كان الجنين واحد أم توأم والتوأم سواء كانا مختلفي الجنس أو مثيلي الجنس فهي لهما بالتساوي.

⁽¹⁾ قانون رقم 84 - 11 المتضمنة قانون الأسرة الجزائري الموافق لـ 9 يونيو 1984، ج رج ج، العدد 24، ص 922.

⁽²⁾ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 291.

أجمع الفقهاء أن الوصية تثبت للجنين من غير حاجة إلى قبول لأنها بالإرادة المنفردة.⁽¹⁾
وباعتبارها استخلاف من وجه والجنين يصلح خليفة في الإرث فكذا في الوصية لأنها
أخت الميراث.⁽²⁾

سؤال في حال أن الموصي له هم توأم وفي حالة ولادة أحدهما حي والآخر ميت فهل
تعود الوصية تلقائياً كلها وفي حال كونهما توأم وكلاهما ولد حي ثم بعد مدة توفي أحدهما
فهل تعود الوصية للتوأم الحي أم لاقي الورثة؟ لأنه مات بعد استحقاقه ودخول الموصى
له في ملكيته.

نرى أن المشرع الجزائري لم ينص على مثل هذه الحالة في موت أحدهما بعد استحقاقه
للوصية فلمن تعود هل تعود لتوأمه.

جاء في كتاب بلحاج العربي ملاحظة قال فيها في حالة تعدد الحمل إن ولد أحدهما ميتاً
والآخر حي كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة حياً
كان نصيبه للورثة إذا كانت الوصية بالأعيان أما إذا كانت بالمنفعة عادت إلى ورثة
الموصى لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هناك شرط آخر يعمل به.⁽³⁾

ثانياً: الوقف

من بين الحقوق التي تثبت للجنين استحقاقه للوقف كذلك، والوقف جعل منفعة مملوك أو
غلة مكترى لمستحق، ويعبر عنه بالحبس وأركانه أربعة واقف وموقوف عليه وصيغة.⁽⁴⁾

(1) محمد كمال الدين امام، الوصية والوقف في الإسلام مقاصد وقواعد، منشأة المعارف، مصر، 1999، ص 81.

(2) علي بن محمد بن رمضان، المرجع السابق، ص 231 - 232.

(3) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 292.

(4) السيد عثمان بن الحسين بري الجعلي المالكي، سراج السالك شرح أسهل المسالك، دار الفكر، الجزء الأول والثاني، ص 140.

ونقصد بالوقف هنا الوقف الذري أو الأهلي أو ما يصطلح عليه بالوقف الخاص، وهو ما وقفه على نفسه أو ذريته، أو عليهما معاً، أو على شخص معين أو ذريته أو عليهما معاً، أو على الواقف وذريته مع شخص معين.⁽¹⁾

نص المشرع الجزائري على الوقف في المواد 213 إلى 220 من قانون الأسرة الجزائري فقد جاء في نص المادة 213 « الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق». ⁽²⁾

نرى أن المشرع الجزائري قد عرف الوقف عامة دون ذكر نوعي الوقف وهما العام و الخاص وما يهمننا نحن هو الوقف الخاص (الذري)، وهو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين، ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم. ⁽³⁾

أجاز الفقهاء الوقف على الأولاد والذرية الموجودة منهم والتي ستوجد بعد، ويدخل في الموجود من الذرية الجنين إذا ولد لأقل من ستة أشهر أما من ولد لأكثر من ذلك فإنه يأخذ حكم من سيولد بعد.

ويتناول الوقف على الذرية والأولاد من وجد بعد مجيء الغلبة⁽⁴⁾ لأقل من ستة أشهر لتحقق وجوده في بطن أمه وقت مجيء الغلبة فيشارك في الغلبة وبصورة أوضح، ولو مات قبل القسمة كان نصيبه ميراثاً عنه. وأما إذا جاء الولد ستة أشهر، فإنه لا يتحقق أنه كان موجوداً فيستحق في الغلبة الموجودة، وإن كان يدخل في صيغة الوقف

(1) منذر عبد الكريم القضاة، أحكام الوقف دراسة قانونية فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص 56.

(2) قانون رقم 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج ر ج ج العدد 24، ص 924.

(3) بوناصور خضرة، النظام القانوني للوقف وفق التعديلات القانونية، (مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء)، وزارة العدل، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005.

(4) علي بن محمد بن رمضان، المرجع السابق، ص 233.

على الأولاد والذرية فيستحق فيما بعد ذلك الموجودة، لأن عبارة الأولاد والذرية تتناوله وتصدق عليه.⁽¹⁾

نرى أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الوقف للجنين أو للذرية وإنما جاءت ذكر الوقف عام في نص المادة 213 ربما لأن الوقف بالنسبة لي يعتبر كوسيلة وغطاء للتهرب من تطبيق أحكام الميراث لما فيه مشروعية إلا أنه قد يتم على تمييز أو تفضيل لفئة من ورثته دون الآخر.

الفرع الثاني: التصرفات العقدية

تعتبر الهبة عقد يعود بالنفع المحصص على الجنين برغم أنها عقد يتم بتوافق إرادتين، وأن الجنين أو الحمل المستكن لا إرادة له. الأمر الذي جعل تعيين وصي أو ولي ينوب عن الجنين.

اختلف الفقهاء في جواز الهبة للجنين، فذهب الجمهور إلى عدم صحة ذلك لأن الهبة عقد يحتاج إلى إيجاب وقبول، وأن الحقوق التي تثبت للجنين هي الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول، وهذا لا يتصور للجنين لأنه لا ولي له بعد ولادته وليس له من يقبل عنه وقت إيجاب الهبة. وهذا يعد إخلال لمبدأ اتحاد مجلس الإيجاب والقبول في الهبة.

وهذا الموقف لبعض الفقهاء يقوم على أساس النظر إلى أن الولاية أو النيابة الشرعية إنما تبدئ بولادة الشخص. ولذا لا يوجد للجنين ولي أو نائب شرعي يملك حق القبول عنه لتتعد الهبة بإيجاب وقبول.

ويجيز مالك بن أنس الهبة للجنين بأن يهب شخص ماله لحمل مستكن، فإن ولد الجنين حيا وعش كان المال له، وإذا مات بعد الولادة كان لورثته، وإذا ولد ميتا بقي المال

⁽¹⁾ مفتاح بن محمد بن أقازيط، المرجع السابق، ص 133.

على ملك الواهب.⁽¹⁾

نص المشرع على الهبة في المواد 202 إلى 212 وعرفها في المادة 202 « الهبة تمليك بلا عوض...»⁽²⁾، ونص في المادة 206 « تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول... ».

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع يعتبر الهبة عقد كما نص المشرع الجزائري على جوازية الهبة للجنين بشرط ولادته حيا حيث نص «تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا».⁽³⁾

وتأسيسا على هذا فليس هنالك ما يبزر حرمان الحمل أو الجنين - كما نعتقد- وإنما يملك الموهوب له حق قبول الشيء الموهوب له من طرف وكيله وهذا طبقا لما جاء في نص المادة 210 « يجوز الموهوب له الشيء بنفسه أو وكيله».⁽⁴⁾

⁽¹⁾ مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 - 2001، ص 5.

⁽²⁾ قانون رقم 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري ج ر ج ج العدد 24، ص 923.

⁽³⁾ قانون رقم 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة، ص 923.

⁽⁴⁾ قانون 84 - 11 المتضمن قانون الأسرة، ص 924.

اهتم الدين الإسلامي الحنيف بالجنين في جميع مراحل تكوينه وحرص عليها وحذر من الاعتداء المادي والمعنوي عليه هذا من جهة ومن جهة أخرى نرى أن القانون الجزائري الجزائري كفل الحماية ذاتها من خلال تجريمه لجريمة إهمال المرأة الحامل التي تعتبر ترك الزوج لزوجته وإهمالها عمدا أثناء مدة حملها وهي الجريمة التي ورد ذكرها في البند الثاني من المادة 330 من قانون العقوبات كذلك حمى الجنين من خلال تجريمه للإجهاض ولذا سنتعرض في هذا الفصل المعنون تحت الحماية الجنائية للجنين وتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول: الجناية على الجنين وفيه ثلاث مطالب:

- مفهوم الإجهاض.

- صور الإجهاض.

- أركان الإجهاض.

والمبحث الثاني: الجزاء وفيه مطلبين:

- العقوبات المقررة لجرائم الإجهاض.

- الظروف المشددة لجريمة الإجهاض.

المبحث الأول: الجناية على الجنين

عمدت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية إلى ضبط حق الجنين في الحياة وذلك بتمام حياته لما فيها مراحل تطوره طبيعياً مهما كانت أسباب التخلص منه، وحتى وإن كانت لتغطية عن جريمة من جرائم الشرف التي يعتبر فيها الجنين أثر شاهد عليها إذ يعتبر سبب في إفشاء الفضيحة وذلك من خلال تجريم كل من الشريعة السمحاء والقوانين الوضعية لجريمة الإجهاض فما هو الإجهاض وماهي صورته وأركانه والجزاء المترتبة عنه؟

المطلب الأول: مفهوم الإجهاض

لقد ركزنا في هذا المطلب على تعريف الإجهاض من الناحية اللغوية والاصطلاحية كما حاولنا تمييز الإجهاض عن بعض الأفعال المشابهة له وكذلك على أضرار الإجهاض.

الفرع الأول: تعريف الإجهاض

1- الإجهاض لغة:

هو الإسقاط والجهيـض والجهض هو الولد السقط، أو ما تم خلقه ونفخ فيه الروح من غير أن يعيش.⁽¹⁾

ومنه أجهضت المرأة ولدها أي أسقطته ناقص الخلقة، وأجهضت الحامل ألفت ولدها بغير تمام وأجهضت الناقة إذا ألفت ولدها وقد نبت وبره.⁽²⁾

⁽¹⁾ ابن منظور جمال الدين، أبو الفضل، لسان العرب، دار المعارف، دار صادر، بيروت، مجلد 1، ص 713.

⁽²⁾ أحمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، ص 63.

وللإجهاض ألفاظ كثيرة منها: الإسقاط⁽¹⁾، الاملاص⁽²⁾، الاسلاب⁽³⁾ والانزلاق⁽⁴⁾.

2- الإجهاض اصطلاحا:

هو: إلقاء المرأة أو الحيوان حمله ناقص الخلق أو ناقص المدة.⁽⁵⁾

- الإجهاض هو خروج متحصل الحمل في أي وقت من مدة الحمل وقبل تكامل الأشهر الرحمية ولم ينص القانون عن وجود أي فارق بين حصول الإجهاض في الأشهر المختلفة للحمل سواء أحصل مبكرا أو متأخرا.⁽⁶⁾

- يعرف الطب الشرعي الإجهاض بأنه " طرد محتويات الرحم الحاصل قبل اكتمال نمو الجنين⁽⁷⁾، ويعتبر الجنين كامل النمو بعد نهاية الأسبوع السابع والثلاثين معتبرين بداية العد من أول يوم في آخر حيضة طبيعية.⁽⁸⁾

- الإجهاض هو التوقيف الاصطناعي للحمل بتدخل عنصر خارجي.

* أما المشرع الجزائري فلم يعطي تعريفا محدد للإجهاض واكتفى بوضع النصوص التي تبين مختلف جرائم الإجهاض وتحديد أحكامها والعقوبة المقررة لها.

(1) أنظر لسان العرب، الجزء 7، ص 94.

(2) مجد الدين المبارك بن محمد الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، المكتبة العلمية، بيروت، ص 177.

(3) أنظر معجم الوسيط، الجزء 1، ص ص 398، 399.

(4) أنظر معجم الوسيط، الجزء 1، ص ص 398، 399.

(5) محمد إبراهيم سعد النادى، مرجع سابق، ص 21.

(6) أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض والاعتداء على العرض والشرف والاعتبار والحياء العام والاخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية والفنية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ص 592.

(7) عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي، دار الكتاب الحديث، مصر، ص 378.

(8) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع نفسه، ص 47.

الفرع الثاني: تمييز الإجهاض عن بعض الأفعال المشابهة

1- تمييز الإجهاض عن منع الحمل

الفرق بين العزل والإجهاض أن الإجهاض هو: إسقاط الحمل بعد انعقاد النطفة وتكونها جنينا، أما المنع من الحمل هو: منع النطفة من الانعقاد فلا يتكون الجنين حتفي أول مراحلها، بل تفسد النطفة وتسقط بنفسها بدون تلقيح.

ويدل على ذلك ما في صحيح رفاة المروى في الكافي: (قلت لأبي عبد الله: أتشتري الجارية فرما أحتبس طمثها من فساد دم أو ريح في رحمها فتسقى دواء لذلك فتطمث من يومها؟ فقال لي: لا تفعل ذلك، فقلت له: إنما ارتفع طمثها منها شهرا، ولو كان ذلك من حبل إنما كان نطفة كنفطة الرجل الذي يعزل، فقال لي: إن النطفة إذا وقعت في الرحم تصير إلى علقة ثم إلى مضغة ثم إلى ما شاء الله، وإن النطفة إذا وقعت في غير الرحم لم يخلق منها شيء فلا تسقطها الدواء إذا ارتفع طمثها شهرا وجاز وقتها الذي تطمث فيه).⁽¹⁾

2- التمييز بين الإجهاض والقتل

تعتبر نهاية مرحلة الجنين وبداية مرحلة الإنسان الكامل هي الحد الفاصل بين محل جريمة الإجهاض ومحل جريمة القتل، فالقانون يحمي حياة الإنسان بتجريمه فعل القتل الذي يستهدف ازهاق روحه وذلك بتمام عملية الولادة.⁽²⁾

⁽¹⁾ شوقي عبد الشاهي، الفكر الإسلامي والقضايا الطبية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 53.

⁽²⁾ علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في القانون والشريعة دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص 172.

بينما يحمي الجنين بتجريمه فعل الإجهاض الذي يستهدف اسقاطه قبل الموعد الطبيعي لولادته، ولكن نطاق الحماية التي يقرها القانون للإنسان تختلف عن تلك التي يقرها الجنين.

نستنتج أن هناك اختلاف في محل الجنائية، فالإجهاض إلقاء ما في رحم المرأة قبل الولادة أما القتل فهو ازهاق روح خارج الرحم، وتبعاً لذلك يكون اختلاف في الحماية وفي العقوبة، فجريمة القتل أشد قوة من ناحية الجسامة والعقوبة ونجد أن القرآن الكريم قد شدد النكير على الذين يقتلون أولادهم فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾⁽¹⁾.

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾⁽²⁾.

المطلب الثاني: صور الإجهاض

لقد نص المشرع الجنائي على ثلاث صور يتم بها الإجهاض وذلك في المواد التي خصصها للإجهاض من 304 من قانون العقوبات إلى 313 من نفس القانون.

الفرع الأول: إجهاض الغير للحامل

يدخل ضمن هذه الصورة الإجهاض الذي يقوم به الغير على الحامل والذي نصت عليه المادة 304 من قانون العقوبات والإجهاض الذي يقوم به الغير ذي الصفة (306) والإجهاض الذي يتم عن طريق التحريض (310)، وسوف نتعرض إلى كل حالة على حدة.

⁽¹⁾ الأنعام: الآية، (151).

⁽²⁾ الاسراء: الآية، (31).

أولاً: إجهاض الغير للحامل

نصت على الصورة المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري والتي جاء فيها:

"كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك".⁽¹⁾

ومن خلال ما جاء في النص المادة أول ما يشد انتباهنا هو حدوث الإجهاض من الغير والذي لم يشترط فيه المشرع أي صفة خاصة، فقد يكون الإجهاض من الغير والذي لم يشترط فيه المشرع أي صفة خاصة، فقد يكون من أقرباء الحامل، أو الغير، وهنا يكون من بين الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة 306 من قانون العقوبات.⁽²⁾

وفي هذه الصورة، لم يشترط المشرع وجود حمل، فالجاني يدخل دائرة التجريم مادام قد استنفذ سلوكه الإجرامي المتمثل في اتيان فعل من الأفعال المشار إليها في نص المادة يقصد إنهاء حالة الحمل، وهو ما جاء بصريح العبارة - في نص المادة- "أو مفترض حملها" أي أن الحمل غير صحيح.

ثانياً: إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل:

تستلزم هذه الصورة من صور الإجهاض أن يكون القائم بها ذي صفة خاصة كأن يكون طبيباً أو قابلة أو جراح أسنان أو من طلبة الطب أو الصيدلة أو الجراحة وغيرهم من الأشخاص الذين ذكرتهم المادة 306 من قانون العقوبات ولقد جاء فيه:

(1) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، المتضمن قانون العقوبات، ص 95.

(2) ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة،

البلدية، 2013، ص 143.

"الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان أو طلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذي يرشدون عن طريق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطلق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و 304 على حسب الأحوال".⁽¹⁾

لقد ذكر الأشخاص ذوي الصفة الخاصة على سبيل الحصر ومنه لا يمكن القياس عليهم، كما أن ذكرهم جاء لعلاقة مهنتهم بما من شأنه إحداث الإجهاض أو تسهيله فالطبيب عندما يقدم على هذا الفعل، فإنه يضرب بأخلاقيات المهنة عرض الحائط، ومن ثم فمن الضروري أن يكون هؤلاء الأشخاص على علم بالقانون وكيفية تطبيقه في هذا الجانب.⁽²⁾

ثالثا: الإجهاض بفعل المحرض

نرى أن المشرع الجنائي قد خرج عن القواعد العامة، والتي تعتبر التحريض صورة من صور المساهمة الأصلية - المادة 41 من قانون العقوبات - وجعل منه جريمة قائمة بذاتها فعاقب على أفعال التحريض التي أوردها في نص المادة 310 من قانون - وأن ذكرناها - سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق، وساء تم التحريض بطريقة علنية أو غير علنية.⁽³⁾

(1) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009 المتضمن قانون العقوبات حسب آخر تعديل به، ص 96.

(2) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 146.

(3) عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002، ص 50.

وغرض المشرع واضح، وهو ردع هاته الفئة من الجناة، وحملها على عدم القيام بتلك الأفعال، حيث أن أفعال المحرض قد تحمل أشخاص - لم تكن فكرة الإجهاض راسخة في أذهانهم على القيام به.

بخلاف بعض التشريعات العربية التي جعلت من التحريض على الإجهاض صورة من صور الاشتراك التبعية، ويعتبر من قام به شريكا ولا يعاقب عليه إلا إذا تحققت النتيجة، أي أنها لم تعاقب على فعل التحريض لذاته، بل عاقبوا عليه بالنظر إلى تأثيره في حدوث الجريمة ومنها التشريع المصري في المادة 182 من قانون العقوبات.⁽¹⁾

إن عمل المحرض هو حمل الحامل على القيام بالإجهاض وذلك عن طريق استعمال إحدى الوسائل التي ذكرت في المادة المذكورة آنفا.

الفرع الثاني: إجهاض المرأة الحامل لنفسها

وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة 309 من قانون العقوبات والتي جاء فيها: " تعاقب... المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض "⁽²⁾ أي أنها هي من يباشر وسيلة الإجهاض عن وعي وإدراك.⁽³⁾

(1) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 148.

(2) القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتضمن قانون العقوبات، ص 96.

(3) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص بالجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، دار هومة،

الجزائر، 2006، ص 35.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتبر الحامل فاعلة* في الحالتين حال قيام أو شروعها فيها وفي حال موافقتها على استعمال الطرق التي أرشدت لها وبهذا يكون قد أفرد حكما خاصا للحامل.

أولا: إجهاض الحامل من تلقاء نفسها

وهذه الصورة تفترض أن الحامل تقوم بإجهاض نفسها عمدا، ومعنى ذلك استبعاد الخطأ إن حدث من الحامل، لأنه لقيام هذه الجريمة يجب أن تكون قد تعمدت فعلها، ولا يهم الباعث الذي دفعها لذلك سواء قامت بذلك من أجل تحديد السبل أو حفاظا على جمالها أو صحتها أو خوفا من العار والفضيحة، أو خوفا من أمراض وراثية، لأن هذه البواعث لا يمكن أن تكون ظرفا مخففا لها.⁽¹⁾

وافترض العمد يعني، أن إرادتها اتجهت إلى تحقيق النتيجة، وهي القضاء على الجنين، ولا يهم ذلك إن تحققت النتيجة أو كان ذلك مجرد شروع لم يتحقق به الإجهاض سواء كانت قد استنفذت كل السلوك الإجرامي على نفسها ولم تحقق النتيجة، لأن الوسيلة المستعملة ليس من شأنها إحداث الإجهاض كأن تناولت شرابا أو دواء إلا أن النتيجة لم تتحقق لعدم فعالية المشروب، أو كأن بدأت في تنفيذ السلوك ولم تستكمله لظرف خارج عن إرادتها، فإن هذا لا يسقط عنها العقاب، وعدم تحقق النتيجة لا يمنع من عقابها على الجريمة لوجود قصد جنائي لديها يتمثل في اتجاه إرادتها إلى القضاء على جنينها.⁽²⁾

* مثال: الإجهاض من قبل الأم ما أفتى به الفقهاء فيما لو ألفت المرأة حملها مباشرة أو نسيبا ففي صحيح أبي عبد الله « في امرأة شربت دواء عمد وهي حامل لتطرح ولدها ولم يعلم بذلك زوجها فألقت ولدها، قال: إن كان له عظم ثبت عليه اللحم وشق له السمع والبصر فإن عليها دية تسلمها إلى أبيه وإن كان جنينا أو علقة أو مضغة فإن عليها أربعين دينار غرة تسلمها إلى أبيه»، انظر على الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 80.

(1) كرفوف نبيلة، جريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري، (مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا)، وزارة العدل، الدفعة الخامسة عشر، 2004، 2007، السنة الأكاديمية 2006-2007، ص ص 19، 20.

(2) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 65.

من خلال هذا الطرح نجد أنفسنا أمام سؤال يطرح نفسه وهو ما مدى الإقرار بازدواجية جسم الجنين وكيانه عن جسم وكيان الحامل؟ فيما إذا كان كيانا واحدا أم أن لكل منهما كيانا منفصلا عن كيان الآخر؟

هذا ما يخول لنا القول أنه من الناحية الشكلية تبدو كلا الكيانات متوحد بكيان واحد بدلالة العلاقة بين الاثنين هي علاقة اعتماد كلي للجنين على ما تفيض به الأم من إمداد بما يحتاجه لمواصلة البناء الجسمي، لكن يظهر جليا من الناحية القانونية.

إذ أن حق الجنين في الحياة كفلته النصوص التشريعية والدينية إما صراحة أو إشارة، لذا يبدو هذا الحق محلا للنقاش ومحطا للاهتمام حين الكلام عن الإجهاض بل قد يبدو كلا المتضادين في تزامم يتطلب التوفيق التشريعي والقضائي والديني وفي هذه النقطة رأين اثنتين:

1- الرأي لا يعد جزءا أو عضوا لأن له حياة حقيقية نامية تنتهي بالانفصال.

2- في حين يفند رأي الآخر استقلالية وكونه محلا للحماية القانونية.⁽¹⁾

أن أرجح الرأي الأول الذي ينص باستقلالية كل أحد منها عن الآخر حيث لا تستطيع القول أن الجنين ليس إنسان ولكنه يتمتع بحياة محمية وإن كانت مختلفة عن الإنسان العادي في الشكل فإنها لا تختلف عنه في المضمون فكلاهما يستلزم العناصر اللازمة للحياة وإن كان اعتماد الجنين مختلف في تلقيها - المشيمة - فهذا لا ينقله من وصف الإنسان إلى غير الإنسان هذا من جهة ومن جهة أخرى أرى فيها حماية أوسع للمصلحة حتى لشريحة الأجنة خارج الرحم؟

⁽¹⁾ علي هادي عطية الهلالي، المرجع السابق، ص 200.

هذا يستلزم تطويع الأحكام العامة على هذه الشريحة الأجنحة خارج الرحم أو تقتضي على المشرع إيجاد نصوص خاصة التي لا تختلف عن مثيلاتها من الجانب الإنساني رغم الاختلاف التكويني.

ثانيا: إجهاض الحامل بنفسها بناء على اقتراح الغير

وهذه الصورة تفترض أن تقوم الحامل بإجهاض نفسها باستعمال الطريقة التي أرشدت إليها أو الوسيلة التي أعطيت لها. ففي هذه الحالة يعتبر من قدم تلك الإرشادات شريكا لها في جريمة إجهاض الحامل لنفسها، أما إذا كان من بين الأشخاص ذوي الصفة الخاصة، فإن فعل الإرشاد يدخل ضمن الأفعال المكونة لجريمة إجهاض الشخص ذي الصفة الخاصة للحامل، ويعتبر فاعلا في الجريمة المكونة لجريمة إجهاض الشخص ذي الصفة الخاصة للحامل، ويعتبر فاعلا في الجريمة الثانية أي يطبق عليه نص المادة 306 من قانون العقوبات وتعتبر الحامل مرتكبة لجريمة إجهاض الحامل بنفسها، كأن يدلها طبيب أو قابلة على دواء مجهض وتوافق على استعمالها فتجهض.⁽¹⁾

ومهما يكن فإنه يستوي أن تقوم الحامل بإجهاض نفسها دون الاستعانة بالغير أو أن تكون قد استعانت أو اعتمدت على ما قدم لها من إرشادات أو وسائل تساعد على إسقاط الجنين، فالعقوبة تبقى قائمة ولا تغير من اعتبار الحامل فاعلة في إجهاض نفسها ويطبق عليها نص المادة 309، حتى وإن كانت ممن نصت عليهم المادة 306 من قانون العقوبات أي من ذوي الصفة الخاصة هنا يعتبر ظرف تخفيف لها.

(1) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 151.

الفرع الثالث: الإجهاض المرخص به (العلاجي)

هذا النوع يلجأ إليه الأطباء للمحافظة على حياة الأم في حالات نادرة يصعب معها استمرار الحمل.⁽¹⁾

حيث اتجه المؤتمر الدولي التاسع لقانون العقوبات الذي انعقد في لاهاي سنة 1964 إلى عدم تجريم هذا الإجهاض وأوصى بالإكثار من عدد الحالات التي يباح فيها إسقاط الجنين في الدول التي تعاقب عليه.⁽²⁾

وجد المشرع الجزائري شدد إزاء هذه الجريمة* ومع ذلك فقد نص على حالة لعدم العقاب على الإجهاض وهي الحالة التي أشارت لها المادة 308 من قانون العقوبات وتنص على أنه لا عقوبة على الإجهاض إذا استجوبته انقاذ حياة الأم من الخطر متى اجراه الطبيب أو الجراح في غير خفاء وبعد إبلاغ السلطة الإدارية.⁽³⁾

وفي نفس السياق نصت المادة 72 من قانون حماية الصحة وترقيتها على ما

يلي:

(1) شحاتة عبد المطلب حسن أحمد، الإجهاض بين الحظر والإباحة في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 15.

(2) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 43.

* وهو التشديد الذي ورثه المشرع الجزائري من قانون العقوبات الفرنسي لما قبل 1975، ففي سبيل المثال القانون الفرنسي لم يعد الإجهاض مجرماً منذ صدور قانون 29 ديسمبر 1979 الذي أضاف فقرة أخيرة للمادة 317 من قانون العقوبات بمقتضاها يجوز إجهاض قبل نهاية الأسبوع العاشر مع مراعاة شروط قانون الصحة.

(3) القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتضمن قانون العقوبات، ص 96.

"يعد الإجهاض لغرض علاجي عندما يكون ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر يتم الإجهاض في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجري بمعية طبيب اختصاصي".⁽¹⁾

لكن نجد أن المشرع الجزائري أهمل إيجاد نص خاص يبيح العمليات القيصرية كإباحة شق بطن الأم الحامل المتوفاة لإخراج جنين حي إذ يعتبر أمر جائز إذا اثبتت حياته وقد يستند ذلك إلى المبادئ العامة المتعلقة بحالة الضرورة.⁽²⁾

وهذا إعمالا لقاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف وإذا تعارضت مفسدة مع مفسدة يراعى أعظمها بارتكاب أخفها.

المطلب الثالث: الأركان العامة لجريمة الإجهاض

تتطلب جريمة الإجهاض كغيرها من الجرائم أركانا عامة لا تقوم الجريمة إلا بها فإن أي جريمة تتطلب ركن شرعي، وركن مادي وركن معنوي سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى كل ركن على حدى.

الفرع الأول: الركن المفترض (محل الجريمة):

إن محل الجريمة هنا هو: وجود حالة الحمل فعلا أي وجود جنين في رحم المرأة يقع عليه فعل الاعتداء بإخراجه حيا قبل موعد ولادته أو قتله في الرحم أو فرضا حسب الأوضاع العادية أي حيث المفهوم الخارجي أو بأنها بنفسها تتوهم بأنها حاملا أو توهم

⁽¹⁾ القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ج ر ج العدد 08، ص 182.

⁽²⁾ أميرة عدلى أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص 151.

غيرها.⁽¹⁾ كما نصت المادة 304 " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها...".⁽²⁾

عبارة حاملا أو مفترض حملها، ويعني ذلك أنه لا يشترط أن يكون الحمل حقيقيا حتى تقوم جريمة الإجهاض بل يكفي أن يعتقد الجاني أن المرأة التي يريد إجهاضها حاملا، حتى نكون بصدد جريمة الإجهاض.⁽³⁾

الفرع الثاني: الركن المادي

يتمثل الركن المادي لجريمة الإجهاض في صدور نشاط إجرامي من الجاني وهو الفعل الذي يترتب عليه نتيجة إجرامها المشرع والتي هي موت الجنين أو اخراجه من رحم الأم قبل الموعد الطبيعي لولادته، وعلى هذا يتكون الركن المادي من ثلاث عناصر: النشاط الإجرامي - النتيجة الإجرامية - والعلاقة السببية.⁽⁴⁾

1- السوك الإجرامي:

وهو ذلك الفعل أو النشاط الذي يصدر عن الجاني من شأنه القضاء على حالة الحمل وإخراج الجنين قبل موعد ولادته.⁽⁵⁾

(1) نشأت أحمد نصيف، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، 2010، ص 100.

(2) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009.

(3) إسحاق إبراهيم منصور، قانون العقوبات الجزائري " جنائي خاص " في الجرائم ضد الأشخاص والأخلاق والأموال وأمن الدولة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 129.

(4) علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 206.

(5) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 102.

ويتمثل في الصورة الأولى والثانية (304 - 309) بالفعل الذي يصدر عن الأم أو الغير والذي من شأنه إنهاء حالة الحمل وفصل الجنين عن أمه قبل الموعد الطبيعي بغض النظر عن الوسيلة المستعملة.⁽¹⁾

كما جاء في نص المادة 304 " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو اعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواء وافقت أو لم توافق أو شرع في ذلك... ".⁽²⁾

يفهم من ذلك أن المشرع عدد الوسائل على سبيل المثال لا الحصر تعتبر جريمة الإجهاض ذات الطابع الحر من ناحية الوسيلة، إذ يستوي أن تكون الوسيلة مادية أو معنوية.

نلاحظ أن المشرع لم يفرق بين الوسائل من حيث كونها وسائل عنف أم تخلو منه واعتبر السلوك الإجرامي المتمثل في إخراج الجنين من بطن أمه بأية وسيلة كانت.

كما لم ينص على مدى نجاعة الوسيلة المستعملة فمهما كانت لا يحول دون عدم العقاب على الجريمة المستحيلة فمن يشرع في الإجهاض باستعمال وسائل غير ناجعة فإنه يتعرض للعقاب على أساس أن عدم صلاحية الوسيلة المستعملة كما لم يشترط المشرع أن يكون الجنين حيا أو ميتا وقت العدوان يكفي اتجاه سلوك الإجرامي لفعل الإجهاض.

(1) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 163.

(2) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 95.

وهو بذلك حذا حذو المشرع الفرنسي الذي نص فيه في المادة 138 من قانون العقوبات الفرنسي على عقاب من أجهض امرأة حامل أو يفترض أنها حامل أي لا يمكن للعدم - انعدام الحمل - أن كون سببا في عدم تحقق النتيجة.⁽¹⁾

نستنتج أن المشرع بالإضافة للحماية الجنائية التي أولاها للجنين فإن لم يغض الطرف عن السلوك الإجرامي في حد ذاته - فعل الاعتداء - فشملت الحماية الجنين كيفما كان وضعه، فهل هذا يعني امكانية قيام جريمة الإجهاض بفعل سلبي كالامتناع وحينها يكون الركن المادي للجريمة متكونا من الامتناع كمثال امتناع الممرضة من إعطاء الدواء للحامل، والتي هي مكلفة برعايتها ومراقبة حملها بقصد إجهاضها.⁽²⁾

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

فقد يلجأ الجاني في الإجهاض إلى مناوله مأكول أو مشروب أو إلى الحقن أو باستعمال آلة ميكانيكية، وقد تلجأ المرأة إلى ارتداء ملابس ضيقة أو ممارسة الرياضة العنيفة أو الرقص... الخ.⁽³⁾

ومهما كانت الوسيلة يجب إقامة الدليل على أن الوسيلة المستعملة كانت السبب في الاسقاط والفصل في هذه المسألة لقاضي الموضوع يسترشد فيه برأي الخبراء.⁽⁴⁾

يفهم من هذا أنه لا تعتبر الأسباب الطبيعية ركنا أو عنصرا في جريمة الإجهاض.

(1) محمد حسن ربيع، المرجع السابق، ص 53.

(2) أميرة عدلى أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص 315.

(3) بلخيري فؤاد، بلفار ياسر، الحماية الجنائية للجنين بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (مذكرة تخرج لنيل

إجازة المدرسة العليا للقضاء)، المدرسة العليا للقضاء وزارة العدل، الدفعة 16، 2007، 2008، ص 18.

(4) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 37.

2- النتيجة الإجرامية

تتخذ النتيجة الإجرامية صورتين وتعتبر الأثر الذي يترتب على السلوك الإجرامي الذي يأتيه الجاني، حيث تكون الجريمة تامة إذا تحققت النتيجة وحصل الإسقاط، ولا يهم إن حدث الفعل في بداية الحمل أو في نهايته،⁽¹⁾ وتتخذ إحدى الصورتين:

- الأولى: موت الجنين في داخل الرحم وفي هذا اعتداء على حقه في الحياة.⁽²⁾

- الثانية: تتمثل في اخراج الجنين من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعي ولو خرج حيا وقابلا للحياة ويتحقق بذلك الاعتداء على حقه في النمو والتطور داخل الرحم حتى يحين موعد خروجه للحياة.⁽³⁾

نرى أن جريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري بعيدا عن تحقق النتيجة تعتبر قائمة بمجرد صدور السلوك الإجرامي.

بدليل أن المشرع الجزائري عاقب الشرع سواء تحققت النتيجة أم لم تتحقق يكفي أن ينفذ السلوك الإجرامي هذا ما يفهم من نص المادة 304 من قانون العقوبات " كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها... " والمادة 309 " كل من حرض على الإجهاض ولو لم يؤدي إلى نتيجة... ".

فالعبارات التي استعملها المشرع صريحة واضحة ولا غموض فيها، فهو يعاقب على الشرع في الإجهاض.

(1) حسن محمد ربيع، الإجهاض، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 45.

(2) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات -قسم خاص، دار النهضة العربية، 1988، ص 512.

(3) عبد الفتاح مصطفى الصفي، قانون العقوبات القسم الخاص، دار المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 316.

3- العلاقة السببية

من المعلوم أنه لا يكفي لقيام أية جريمة كانت توافر السلوك الإجرامي وتحقق النتيجة، بل يلزم بالإضافة إلى ذلك وجود علاقة سببية بين الفعل والنتيجة، ارتباط السبب بالمسبب.⁽¹⁾

إن أغلب التشريعات لم تستطع وضع معيار دقيق تحدد به العلاقة السببية بين سلوك الجاني والنتيجة الإجرامية وذلك لصعوبة وضع ضابط يصلح في كل الحالات وفي نفس الوقت.⁽²⁾

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يشترط ارتباط فعل الجاني بالنتيجة لقيام مسؤوليته، بل اكتفى باتجاه السلوك الإجرامي للجاني لإحداث النتيجة، ولم يشترط وقوعها ولا ارتباط السلوك بالنتيجة فإذا ما انتفت رابطة السببية بين فعل الإجهاض وتحققت النتيجة، والتي هي خروج الجنين كأن يكون الجاني استنفذ سلوكه الإجرامي على الحامل، وحدث الإجهاض لكن بعنصر شاذ لا علاقة له بسلوك الجاني، ومثال ذلك أن يقوم الجاني بضرب الحامل بقصد إجهاضها، فتنقل إلى المستشفى وفي الطريق يقع حادث سيارة الإسعاف مما يؤدي إلى إجهاض الحامل. إذن فالإجهاض كان بسبب الحادث إلا أن الجاني يسأل عن الشروع في الإجهاض.⁽³⁾

وسنتناول في هذا العنصر 03 عناصر وهي الشروع، المساهمة الجنائية في جريمة الإجهاض والتحريض على الإجهاض.

(1) فوزية عبد الستار، قانون العقوبات الخاص، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ص 49.

(2) محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص 48.

(3) ثابت بن عزة مليكة، المرجع نفسه، ص 114.

أ- الشروع في جريمة الإجهاض:

يعتبر الشروع في أنه البدء في تنفيذ فعل إجرامي بقصد ارتكاب جناية، ولا تتحقق النتيجة أو الأثر الإجرامي لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها، فالشروع يشترط توفر كل عناصر الجريمة التامة ما عدا النتيجة، التي لا تحقق لسبب لا دخل للجاني فيه، حيث تكون الجريمة ناقصة.⁽¹⁾

يفهم من هذا السياق أن الشروع هو عجز الجاني عن تحقيق النتيجة الإجرامية وهذا العجز يرجع إما إلى تدخل عامل أو أكثر أدى إلى إيقاف نشاط الجاني ومنعه من الاستمرار في نشاطه لتحقيق النتيجة الإجرامية.⁽²⁾

وللشروع صور ثلاث وهي:

• الجريمة الموقوفة:

وهي التي لا يستطيع فيها الجاني أن يتم نشاطه لأسباب خارجة عن إرادته كما إذا شرع شخص في ضرب امرأة حامل قاصدا بذلك إجهاضها ولكن منعه شخص آخر من أن يتم جريمة أو شرعت المرأة الحامل في تناول دواء مجهض قاصدة إجهاض نفسه ولكن منعه شخص آخر من تناول هذا الدواء.⁽³⁾

الجريمة الخائبة:

وفيهما يستنفذ الجاني كل سلوكه الإجرامي، ورغم ذلك لا تتحقق النتيجة لأي سبب كان.⁽⁴⁾

(1) محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 63.

(2) عبد النبي محمد محمود، المرجع السابق، ص 209.

(3) أميرة عدلى أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص 339.

(4) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 115.

• الجريمة المستحيلة:

في هذه الصورة يكون نشاط الجاني محكوما عليه بالفضل منذ البداية وبالتالي لا يمكن أن تتحقق النتيجة.⁽¹⁾

ب- المساهمة الجنائية في الإجهاض:

وهي تعدد الجناة الذين ارتكبوا الجريمة فهي تطبيق لمبدأ تقسيم العمل على المشروع الإجرامي.⁽²⁾

تطبق على جرائم الإجهاض القواعد العامة المساهمة الجنائية، ما لم يرد نص يقضي بخلاف ذلك.

ولقد نصت المادة 41 من قانون العقوبات الجزائري على ما يلي: " يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو اساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي"⁽³⁾ ونصت المادة 42 من قانون العقوبات على ما يلي: " يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المستهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك".⁽⁴⁾

أي تطبق القواعد العامة للاشتراك المقررة في المادة 42 أعلاه.⁽⁵⁾

(1) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص 183.

(2) محمود نجيب حسني، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، دار النهضة العربية، 1992، ص 01.

(3) قانون 01-09 مؤرخ في 25 فبراير 2009 المتضمن قانون العقوبات، ص 18.

(4) قانون 01-09 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 18.

(5) بن وارث محمد، مذكرات في القانون الجزائري، القسم الخاص، دار هومة، 2003، ص 153.

ومن هذا السياق يتبين لنا أن المساهمة الجنائية تقوم على توافر أمرين أو ركنين هما وحدة الجريمة وتعدد الجناة وتأخذ صورتين:

1- المساهمة الجنائية الأصلية:

وهي القيام بالدور الأساسي في الجريمة وهذا الدور قد يقوم به شخص واحد فيكون الفاعل الوحيد وقد يتقاسم هذا الدور عدد من الأشخاص فيعتبرون مساهمين أصليين في الجريمة، وقد يرتكبون جميعا الركن المادي بحيث أن فعل كل واحد منهم يفي لنسبة الجريمة إليها وحده استقلالاً عن غيره من الفاعلين كأن ينهالوا بالضرب جميعاً على المرأة الحامل قاصدين من ذلك إجهاضها.

كذلك تطبق نظرية الفاعل المعنوي على الإجهاض كما لو أمر شخص طفل غير مميز بضرب حامل على بطنها بقصد إجهاضها فضربها الصغير وتم الإجهاض.

وقد تكون الحامل نفسها الفاعل المعنوي للإجهاض، كما لو أوهمت طبيبا أنها أجهضت وطلبت إليه أن يبرجى لها عملية يستخرج الجنين فأجراها وترتب على ذلك إجهاضها.⁽¹⁾

2- المساهمة التبعية:

ويكتسي فيها صفة الشريك كل من كان اشتراكه ثانوي، تسمى بالمساهمة التبعية ولا يتصور أن يكون كل المساهمين في الجريمة من الشركاء، بل قد ينفرد شخص واحد أو عدة أشخاص بالقيام بالدور الرئيسي في الجريمة، يقتصر دور المساهمين الآخرين على المساعدة حيث يكون لإسهامهم دور ثانوي في الجريمة.⁽²⁾

(1) بن وارث محمد، المرجع السابق، ص ص 154، 155.

(2) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص 191.

ويمكن نأخذ مثال الطبيب أو الصيدلي الذي لم يقم بعملية الإجهاض، ولكن سهل قيامها أو ساعدها بإرشادات فإنه طبقاً للقواعد العامة يعتبر شريكاً في الجريمة إلا أن المادة 306 من قانون العقوبات في نص: "...الذين يرشدون عن طرق أحداث الإجهاض أو يسهلونه..." أفردت بهم حكماً خاصاً.

بحيث لو اشترك شخص مع طبيب أو ذوي الصفة الخاصة في إجهاض حامل وتبين أن ذلك الطبيب قد اعتاد القيام بعمليات الإجهاض، فإن الظروف الشخصية التي ينتج عنها تشديد العقوبة بالنسبة للطبيب لا يخضع لها الشريك، الذي تنتفي عنه الصفة.⁽¹⁾

ونستخلص بأنه كل من ساهم في إجهاض امرأة حامل أو مفترض حملها، وهذا يعني حتى وإن لم تتحقق النتيجة الإجرامية سواء بصفة مباشرة فإنه يعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة^(*) وهذا ما تذهب إليه معظم التشريعات سواء العربية أو الغربية إلى معاقبة الشريك في جريمة الإجهاض.⁽²⁾

ج- التحريض في جريمة الإجهاض:

لقد اعتبرت المادة 41 من قانون العقوبات، فاعلاً كل من ساهم مساهمة مباشرة أو حرض على ارتكاب الفعل المكون للجريمة، حيث أدى تحريضه إلى وقوع الجريمة.

وقد عرف التحريض بأنه خلق فكرة الجريمة والتصميم عليها في ذهن كان في الأصل خالياً أو متردداً فيها تحقيق فكرته ويستلزم هذا التصرف من المحرض إبراز

(1) ثابت بن غزة مليكة، المرجع السابق، ص 192.

* أما إذا رجعنا قليلاً إلى الوراء وأردنا معرفة موقف الفقهاء القدامى من المساهمة أو الاشتراك في إسقاط الحوامل فإنهم في جميع الأمثلة التي أوردوها كلها تدور حول الضرب والتخويف والإفزاز، كما أن معظمها تتحدث عن إثم الجاني الذي اقترف الفعل. نقلاً عن ثابت بن غزة مليكة، مرجع سابق، ص 125.

(2) حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، دار النهضة العربية، 1995، ص 87، 88.

البواعث التي تدفع إلى الجريمة وتحبيذ آثارها،⁽¹⁾ ومثال ذلك أن يقوم الفاعل - أي المحرض - بتخويف الحامل، التي حملت من علاقة غير شرعية، بالفضيحة والعار وسخط عائلتها، يحدب لها فعل الإجهاض بأنه سوف يخلصها من مشكلها.⁽²⁾

ولقد حددت المادة 310 من قانون العقوبات الوسائل التي تتم بها التحريض على الإجهاض والتي جاء فيها: " ...وذلك بأن:

- ألقى خطبا في أماكن أو اجتماعات عمومية.

- أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علنية أو عرض أو ألصق أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية أو وزع في المنازل كتباً وكتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسومات أو صورا رمزية أو سلم شيئا من ذلك بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل.

- أو أقام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة".⁽³⁾

بهذا النص يكون المشرع قد جعل من التحريض على الإجهاض والذي يعتبر حسب القواعد العامة من صور المساهمة المباشرة جريمة قائمة بذاتها.

نرى تمييز المشرع الجزائري بقدر كبير من الحنكة والحيطه لأنه وفر حماية جنائية للجنين حاضرة ومستقبلية خلافا لبعض التشريعات التي اعتبرت التحريض على الإجهاض صورة من صور الاشتراك التبعية.⁽⁴⁾

(1) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص 193.

(2) بلخيرى فؤاد، بلفار ياسر، المرجع السابق، ص 18.

(3) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 96.

(4) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 129، حسن محمد ربيع، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، ص 89.

الفرع الثالث: الركن المعنوي

يتخذ الركن المعنوي صورة والقصد الجنائي، فلا يكفي لقيام الجريمة واستحقاق العقاب عليها توافر الركن المادي وحده بل لابد من أن تتعاصر معه إرادة إجرامية تكون بمثابة الواقع والمحرك ويتكون العنصر المعنوي من عنصرين هما: العلم والإرادة.⁽¹⁾

العنصر الأول: العلم

ويقصد به العلم بكافة العناصر المكونة للفعل الإجرامي كما يتطلبها القانون وتتمثل في عناصر الركن المادي للجريمة، والشرط المفترض ويلحق بها كافة الظروف التي تغير من وصف الجريمة، فإذا جهل الجاني أحد هذه العناصر أو وقع في غلط بشأنها انتفى القصد الجنائي لديه.⁽²⁾

ويجب أن يكون عالما أن نشاطه الإجرامي سيؤدي إلى إنهاء حالة الحمل قبل الأون، فإن كان جاهلا فلا يكون مسؤولا عن جريمة الإجهاض.⁽³⁾

(1) أميرة عدلى أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص 325.

(2) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص 252.

(3) شريف بدوي، جنايات وجنح الضرب والإجهاض في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الثقافة العربية، القاهرة، 1990، ص 93.

العنصر الثاني: الإرادة

وهو أن تتجه إرادة الجاني إلى إنهاء حالة الحمل والقضاء على الجنين أو اخراجه من رحم أمه قبل موعد ولادته الطبيعي،⁽¹⁾ فإذا انتفى القصد الجنائي، فلا تقوم المسؤولية عن فعل الإجهاض، فلا يتوفر القصد الجنائي فيمن يضرب امرأة يعلم أنها حامل أو يدفعها فتسقط ويتسبب عن ذلك إجهاض طالما لم تتجه إرادته إلى إحداث هذه النتيجة.

إذا فعناصر القصد الجنائي في جريمة الإجهاض هما: العلم والإرادة.

وبالتالي يتطلب من الجاني علمه بوجود عمل، وبأن الوسائل التي يستعملها تؤدي لا محالة إلى إحداث الإجهاض واتجاه إرادته إلى تحقيق النتيجة.

فالمشرع الجزائري يكتفي بوجود قصد جنائي ولو لم تتحقق النتيجة لمساءلة الجاني، فمن يقوم بوسائل التطريح على الحامل أو يشرع في ذلك بقصد إجهاضها يعاقب عن جريمة الإجهاض وبالتالي يعتبر أن المشرع الجزائري يعتد بالقصد الاحتمالي لدى الجاني حيث أنه إذا كان الجاني يتوقع النتيجة ويقبلها، فإن القصد الجنائي متوفر لديه لإيذاء الحمل، وعليه فإن الشخص الذي يضرب حاملا وهو يعلم أنها كذلك فالضرب في حد ذاته من أعمال العنف المؤدية للإجهاض وبالتالي فإنه يكون يتوقع النتيجة كأثر لفعله فيعاقب على جريمة الإجهاض وهنا يبرز دور قاضي الموضوع وسلطته التقديرية في تحديد ما إذا كان الجاني يقصد إيذاء الحمل والحامل في نفس الوقت وتحديد مدى مسؤوليته.⁽²⁾

(1) علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 211.

(2) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 133، 134.

المبحث الثاني: الجزاء

نص المشرع الجزائري الجزائي على عشرة مواد أخص بها الإجهاض في القسم الأول من الفصل الثاني من الجزء الثاني من قانون العقوبات الجزائري، بحيث نص فيها على عقوبات مختلفة حسب الحالات وصف الجاني، وهذه العقوبات تتمثل في الحبس والغرامة والمنع من الإقامة والمنع من ممارسة المهنة، وهذا في حالة ما لم تقترن حيث أضيف فيها المشرع على جنحة الإجهاض صفة الجنائية وطبق عليها العقوبة المقررة للجنايات، كما اعتبر الاعتياذ ظرفا مشددا للجريمة وسوف نتطرق في هذا المبحث إلى العقوبة المخصصة لجرائم الإجهاض لما فيها عقوبة الجريمة الواقعة من الغير وعقوبة الإجهاض الواقعة من الحامل نفسها، وعقوبة الجريمة الواقعة من ذوي الصفة الخاصة كما سنشير إلى عقوبة الشريك وعقوبة جريمة التحريض على الإجهاض هذا في المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنخصصه للكلام عن الظروف المشددة للجريمة.

المطلب الأول: العقوبات المقررة لجرائم الإجهاض

أدرج المشرع الجزائري في قانون العقوبات الجزائري وبالتحديد في المواد 304 305، 306، 307، 309، 310 من قانون العقوبات لجرائم الإجهاض حيث جعل منها المشرع الجزائري جنحة وقرر لها عقوبة الحبس إلا أنه شدد عقوبة الجريمة ورفعها إلى الجنايات ويتضح من مطالعة هذه النصوص أن المشرع اعتبر الاعتداء على حق الجنين في الحياة جنحة أصلا، سواء صدر الفعل من ذي صفة خاصة أو من الحامل نفسها أو من الغير المحرض وهذا ما سنتناوله في الفروع الآتية على التوالي:

الفرع الأول: عقوبة الفاعل في جريمة الإجهاض

طبقاً لنص المادة 304 من قانون العقوبات أنه: " كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أم لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 5000 إلى 10.000 دج ".⁽¹⁾

نفهم من سياق المادة كل من حال أو تسبب في التوقف العمدي أو الجنائي لحالة الحمل أي كانت الوسيلة حيث أنها مذكورة على سبيل المثال لا الحصر سيكبل تحت طائلة المادة 304 من القانون نفسه أي أن الإكراه المادي محقق لدى الجاني.⁽²⁾

كما يلاحظ أن المشرع بالرغم من استعمالها مفردات متفرقة حيث أورد عبارة " حامل " وهي تقابل " مفترضة الحمل " بالضد إلا أنه عاد يساوي ويقول في الوسيلة المستعملة " بأي وسيلة " وكذا أورد " شرع " وهو كما سلفنا القول إتيان الفعل دون تحقق النتيجة وكان بداية النص القانوني " كل من أجهض " وكذا قوله " وافقت أم لم توافق " كلها عبارات تشد الانتباه.⁽³⁾

وبهذا نجد أنفسنا أمام سؤال يطرح نفسه ما مدى تناسب كل عبارة واردة في النص القانوني؟ وما تقابلها بالضد من عبارة أعلاه؟ أو بالأحرى ما مدى تناسب الجريمة والعقوبة في مثل هذا التضاد؟

- نستخلص نقطتين اثنتين:

(1) قانون 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 95.

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

(3) محمد صبحي نجم، شرح قانون عقوبات القسم الخاص، 2005، ص 65.

النقطة الأولى: عدم تناسب العقوبة مع الفعل.

النقطة الثانية: توسيع نطاق التجريم.

أ- بالنسبة للنقطة الأولى:

لو نظرنا للفعل ومحل الجريمة بعيدا عن النتيجة الإجرامية وانتفاء وجود حالة حمل (حمل وهمي) فإننا نقول أن هناك مبالغة في العقوبة وكذلك نلاحظ خطورة على الجنين والأم لو عملنا بخلاف ما نص عليه.

ما يمكن قوله أن المشرع قد أمعن في حماية الجنين إلى حد بعيد وأحطه بقدر ممكن من الحماية الجنائية كما أنه قد سد الفراغات القانونية التي يمكن أن يفلت منها الجناة.

وبهذا تكون العقوبة المقررة سنة إلى خمس سنوات والغرامة والمنع من الإقامة عقوبة ردعية تجعل من الفاعل لا يجرأ على ارتكاب فعله، خوفا من الوقوع في شباك القانون.

ومن جانب ما نلاحظ أن المشرع يهدف إلى مواجهة خطورة الجاني تحت ما يسمى بتوفر القصد الجنائي (العلم والإرادة) أي ثبوت الغرم والإرادة والتصميم لديه مواجهة لما قد ينتج من ظروف موضوعية التي قد تلتصق بالجريمة فتغير من وصف هذا ما سنشرحه في المطلب الثاني أكثر في ظروف التشديد.

ب- النقطة الثانية:

نلاحظ مساواة المشرع في وصف الجريمة والمعاقبة عليها، فلا أهمية لنوع الوسيلة التي يستخدمها الفاعل، فيستوي أن تتخذ الصورة العنف أو تتجرد منه.⁽¹⁾

وبالتالي وسع المشرع الجزائي أمام القاضي، حتى لا يجد نفسه أمام مشكلة قانونية بحيث جعل من الإجهاض بصرف النظر عن الوسيلة المستعملة جريمة فالمشرع أطلق جنس الوسيلة وصفة الجاني في جريمة الإجهاض فهذا توسيع في التجريم.⁽²⁾

ونخلص إلى أن المشرع قد عاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة تتراوح من 500 إلى 1000.

كما قد يحكم القاضي اضافة إلى العقوبة السالبة للحرية والغرامة، عقوبة المنع من الإقامة حيث نص 304 "...وفي جميع الحالات يجوز الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة".

وهذا في حالة تشكيل الفاعل (الجاني) خطر على من يحيطون به.

إن جريمة الإجهاض هي جريمة خطر حتى لو لم تحقق نتيجة فالمشرع يعاقب على الافتراض.

الفرع الثاني: العقوبة المقررة لذوي الصفة الخاصة:

خصصت المادة 306 من قانون العقوبات لفئة خاصة وانطلاقا من نص المادة

أعلاه

(1) ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، 220.

(2) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 42.

"الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمو الصيدليات وحضروا العقاقير وصانعوا الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 على حسب الأحوال...".⁽¹⁾

نلاحظ من المادة أعلاه نص المشرع الجزائري على مجموعة من الأشخاص ذوي الصفة الخاصة على سبيل الحصر، لأن الطبيب أو الجراح أو الصيدلي أو القابلة أو جراح الأسنان الذي يقبل يسمح لنفسه بإجراء عملية إجهاض مهما كان دافعه المساعدة أو المصلحة الخاصة،⁽²⁾ فإنه يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها بالمادة 306 من قانون العقوبات.

وساوى حيال قيام أحد الأشخاص المذكورين بعملية الإجهاض بحد ذاتها أو في حالة الاكتفاء بدلالة المرأة على دواء كأن يكتب لها وصفة دواء مجهض أو أن يدلها على وسيلة تساعدها.⁽³⁾

وبالتالي يحكم عليهم بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة مالية تتراوح بين 500 دج إلى 10.000 دج.

كما يجوز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة والحرمان من ممارسة المهنة.

نلاحظ أن المشرع لا يركز فقط على القمع والعقاب بل حتى على الوقاية.

(1) قانون 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 96.

(2) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 287.

(3) إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 132.

إن العقوبة التي أخص بها المشرع ذوي الصفة في المادة 306 هي في حالة اقدمهم على الجريمة لأول مرة، أما إذا كان قد اعتاد القيام بها فإن العقوبة تضاعف وستتناوله في ظروف التشديد المطلوب الثاني.

وفي المقابل ذلك إذا قام الطبيب أو الجراح بعملية الإجهاض لضرورة صحية ملحة كإنقاذ حياة أم من الخطر ووفقا للشروط التي وضعها القانون، فلا تقوم المسؤولية الجنائية عن ذلك، لأن الفعل يصبح مباحا ومسموحا به وذلك ما نصت عليه المادة

308 من قانون العقوبات⁽¹⁾ " لا عقوبة على الإجهاض إذا استجوبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه الطبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية".⁽²⁾

نلاحظ أن المشرع هنا قد وفر حماية للسلامة الجسدية للمرأة وحماية لنظام التوالد والتناسل.

أما إذا أخطأ الطبيب أو الجراح أثناء إجراء عملية الإجهاض المباح أو الضروري، خطأ فنيا وألحق ضررا بالأم أو أدى بحياتها، فإنه لا يسأل عن الإجهاض ولكنه سيسأل عن الإيذاء الخطأ⁽³⁾ طبقا للمادة 289 من قانون العقوبات " إذا نتج عن الرعونة أو عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تجاوز ثلاثة أشهر فيعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 15000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".⁽⁴⁾

(1) ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص 265.

(2) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 96.

(3) ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص 265.

(4) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 83.

أما إذا نتج عن خطأ الطبيب وفاة الحامل فإنه يسأل عن القتل الخطأ ويطبق عليه نص المادة 288 من قانون العقوبات " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياظه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأنظمة يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1000 إلى 20.000 دينار".⁽¹⁾

الفرع الثالث: عقوبة الحامل التي اجهضت نفسها

عالج المشرع هذه الصورة في المادة 309 من قانون العقوبات حيث نص " تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دينار المرأة التي اجهضت نفسها عمداً أو حاولت ذلك ووافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض".⁽²⁾

وقد أراد المشرع بهذا النص أن يؤكد المقصود بالحماية أصلاً هو حق الجنين ذاته في استمرار حياته، من ثم يقع على المرأة واجب المحافظة على جنينها وتعاقب إذا هي اجهضته، ففي فعلها هذا اعتداء على حق الجنين المقصود أصلاً الحماية وليس اعتداء على نفسها فإذا كان لها أن تؤذي نفسها فليس لها إيذاء الجنين وهو ما يعاقبها عليه القانون.⁽³⁾

ومن استقراء نص المادة أول ما يلفت انتباهنا هو عبارة " عمداً " فالمشرع يشترط أن تكون المرأة قد تعمدت فعل الإجهاض أي يستبعد الخطأ، فمثلاً أن تشرب دواء ضد المغص أو الأرق فتجهض، فلا يمكن مساءلتها لأنها لم تكن تتعمد فعل الإجهاض، أو مثلاً أن تذهب إلى الحمام فتجهض، فهنا لا وجود للعمد بل أن الإجهاض هنا يكون

(1) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 83.

(2) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 96.

(3) عبد النبي محمد محمود، المرجع السابق، ص 275، 276.

تلقائياً أي ما يعرف بـ Faux couche فتعمدها هو أن تريد التخلص من الجنين سواء بمفردها أو بالاستعانة بالغير أو بما يرشدها إليه، فإذا قامت بإجهاض نفسها بغض النظر عن الوسيلة المستعملة فإنها تعاقب سواء حدث الإجهاض أو لم يحدث كأن كان فعلها شروعا، فالعقوبة تتراوح من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة مالية من 250 إلى 1000.⁽¹⁾

أما إذا استعانت بالغير وبما يقدمه لها من إرشادات وتسهيلات لتحقيق النتيجة فنميز بين حالتين:

1- حالة ما إذا كان الغير شخص عادي سواء قريب منها أو لا علاقة لها به أو بنسبها فإنه يعتبر شريكا لها ويعاقب بنفس العقوبة المقررة للجريمة، أي نفس العقوبة التي تخضع لها الحامل وهي الحبس من ستة أشهر إلى سنتين وإذا كان هذا الغير من الأشخاص الذين اعتادوا ممارسة الإجهاض بالطرق التقليدية فإنه يعتبر شريك لها ويعاقب بالعقوبة المقررة في نص المادة 305 من قانون العقوبات الجزائري التي تجعل من الجنحة جنائية، لتحقيق حالة الاعتياد.⁽²⁾

2- أما عن الحالة الثانية فهي تتكلم عن من سهل لها القيام بعملية الإجهاض دون قيامه بها (شخص ذي صفة) فإنه يعتبر فاعلا معها لكن ليس في نفس الجريمة، إذ يعتبر فاعلا في جريمة إجهاض الغير ذي الصفة الخاصة للحامل، وتعتبر هي فاعلة في جريمة إجهاض الحامل لنفسها فتطبق عليه نص المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري وتطبق عليها نص المادة 309 من نفس القانون إذا كانت من ذوي الصفة الخاصة طبية أو قابلة أو صيدلية أو جراحة أسنان فهي تخضع للمادة 309 لا 306.⁽³⁾

(1) أميرة عدلى أمير عيسى خالد، المرجع السابق، ص 377.

(2) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 266.

(3) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 39.

الفرع الرابع: عقوبة المحرض في جريمة الإجهاض

يعاقب المحرض على الإجهاض طبقاً للمادة 310 من قانون العقوبات الجزائري بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 5000 إلى 10.000 أو بإحدى العقوبتين، إذا قام بالتحريض على الإجهاض بإحدى الطرق التي ذكرت في المادة أعلاه بأن ألقى خطاب في أماكن عامة أو اجتماعات عمومية أو باع أو طرح للبيع كتب أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة. حتى وإن لم تتحقق النتيجة، فلقد حددت المادة الطرق التي يتم بها التحريض وأخضعت القائم بها إلى العقوبتين معا أو احدهما. وهكذا جاء النص شاملاً لمعظم وسائل التحريض، ومحتويًا على العقوبة المقررة لها.

إن الأصل في التحريض المعاقب عليه كصورة من صور الاشتراك:

أنه يكون فردياً أي موجه إلى شخص معين أو عدة أشخاص معينين بالذات، بل هو وسيلة مستقلة من وسائل الاشتراك تجعله بعيداً عن الجريمة. والنوع الثاني من التحريض هو التحريض العام، وهو الذي يوجه إلى أفراد الجمهور دون تمييز التحريض على التجمهر، حيث تشترط فيه العلانية وأن يكون في جنابة أو جنحة، أما التحريض على جريمة الإجهاض فهو تحريض عام يقصد فئة النساء خاصة، ويكون سواء علنياً أو في الخفاء ويكون في جنحة الإجهاض.

تعتبر جريمة التحريض على الإجهاض جريمة قائمة بذاتها، فالتحريض فعل مستقل عن الإجهاض لأنه حتى لو لم يؤدي إلى نتيجة يعاقب عليه.

ويخضع إلى نفس القواعد المطبقة على الاشتراك والشروع في الإجهاض، فتطبق نفس العقوبة المنصوص عليها بالنسبة للمعرض على شركائه وعلى حالة الشروع فيها.⁽¹⁾

وإذا ما رجعنا للفقرة الثانية من نص المادة 311 من قانون العقوبات الجزائري فننا نلاحظ بأنه إذا كان المعرض على الإجهاض شخص ذي صفة خاصة فإنه إضافة إلى عقوبة المادة 310 تطبق عليه عقوبة الحرمان من ممارسة المهنة.

وبأن نفس العقوبة تنطبق على الشروع في التحريض سنشير لهذه النقطة.

- الأصل أنه لا عقوبة على الشروع في الجنحة وذلك طبقا لما جاء في المادة 31 من قانون العقوبات إلا بناء على نص صريح، ولقد عاقب المشرع على الشروع في جريمة الإجهاض وذلك بناء على ما جاء بالمادة 311 من قانون العقوبات الجزائري وبالضبط الفقرة الثانية والتي جاء فيها " وكل حكم عن الشروع والاشتراك في الجرائم ذاتها يستتبع ذات المنع " ونص صراحة على ذلك في المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري في قوله " أو شرع في ذلك " وكذلك في المادة 309 من قانون العقوبات في عبارته " أو حاولت ذلك " على خلاف بعض التشريعات العربية التي لم تعاقب على الشروع في جريمة الإجهاض، وعليه فإن المشرع يعاقب على الشروع في جرائم الإجهاض أو بعبارة أخرى على الشروع في جميع صور الإجهاض.⁽²⁾

فهو يعاقب كل من الغير أو ذوي الصفة إذا شرع أو حاول الإجهاض سواء تحققت النتيجة أو لم تتحقق النتيجة.

كذلك الحال بالنسبة للحامل التي تحاول إجهاض نفسها فتعاقب بنفس العقوبة المقررة لهذه الصورة من الإجهاض كما لو أن النتيجة تحققت.

(1) أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 43.

(2) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 269.

وما قلناه عن الغير والطبيب ومن في حكمه والحامل نفسها بالنسبة للشروع ينطبق كذلك على المحرض، حيث سبق وأن قلنا بأن المشرع قد جعل من التحريض على الإجهاض جريمة قائمة بذاتها فإذن ينطبق عليها حكم الشروع في التحريض على الإجهاض، حيث نستنتج ذلك مما جاء في المادة 310 من عبارة تدل على ذلك "ولم يؤد تحريضه إلى نتيجة".

المطلب الثاني: الظروف المشددة لجريمة الإجهاض

نقصد بالظروف المشددة للعقوبة، تلك الظروف الشخصية أو الموضوعية للصيقة بالجريمة والتي تؤدي إلى تغيير صفتها، حيث ينتج عنها تشديد العقوبة، إما نظرا لصفة الشخص الذي قام بها، أو للظروف الموضوعية التي لصقت بالجريمة فغيرت من وصفها.⁽¹⁾

الفرع الأول: التشديد في حالة وفاة الحامل

لقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 304 من قانون العقوبات " وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة".

إن العقوبة في الإجهاض في حال إفصائها إلى الموت هي عقوبة الجنائية وبالتالي يكون المشرع قد جعل منها جنائية يسأل عنها الجاني سواء قام بها بمفرده أو مستعينا بشركاء فتطبق عليهم نفس العقوبة، إن كل من ساهم بصفة مباشرة يخضع لعقوبة الفقرة الثانية لأن فعل الإجهاض فقد صفة الجنحة بوفاة الحامل.

⁽¹⁾ محمد سعيد نمور، المرجع السابق، ص 190.

فإذا كان الشخص الذي قام بالإجهاض هو من بين الأشخاص المذكورين في نص المادة 306 قانون العقوبات أي طبيبا أو ما في حكمه، فتطبق عليه نفس العقوبة إذا أفضى فعله إلى وفاة الحامل، ويجب على القاضي الحكم عليه بالحرمان من ممارسة المهنة طبقا لنص المادة 311، فما نقوله عن الأشخاص ذوي الصفة ينطبق على شركائهم من حيث اخضاعهم إلى نفس العقوبة الفقرة الثانية من المادة 304 أما فيما يخص الحرمان من ممارسة المهنة فيقتصر على من تتوفر فيهم الصفة من الشركاء، ونعطي مثلا عن الطبيب الذي بدأ عملية الإجهاض بأن أعطى الحامل حقنة مقوية وقام بتخديرها فتوفيت في الحال لأنها مصاب بمرض القلب ولم تتحمل النسبة التي حقنها إياها من التخدير فيسأل حينها الطبيب عن جريمة إجهاض الحامل المفضي إلى الموت ويعاقب بالحبس من عشرة سنوات إلى عشرين سنة.⁽¹⁾

والحال نفسه إذا وافقت الحامل على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها وأدى ذلك إلى وفاتها.

الفرع الثاني: حالة الاعتیاد

يمكن أن نعطي مفهوما للاعتياد: وهو أن يعتاد الشخص سواء كان عاديا أو ممن جاء ذكرهم بالمادة 306 قانون العقوبات القيام بعملية الإجهاض، ولا نقصد العود والذي يكون قد سبق وأن حكم عليه بحكم في جريمة الإجهاض بل نقصد به يمارس عادة هذه الأفعال بمنء عن القانون⁽²⁾، إذن فإذا ثبت أن الجاني قد سبق وأن مارس هذه الأفعال

(1) محمد صبحي نجم، المرجع السابق، ص 63.

(2) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 273.

فإن عقوبة الحبس المنصوص عليها بالمادة 304 قانون تضاعف وترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى.⁽¹⁾

نلاحظ بالإضافة إلى مضاعفة العقوبة على من اعتاد القيام بجريمة الإجهاض شمل المشرع كذلك الأشخاص ذوي الصفة الخاصة.

والعلة من التشديد لذوي الصفة الخاصة هي أن أصحاب الصفات السابقة المذكورة في المادة 306 من قانون العقوبات تتوافر لديهم المعلومات الفنية والخبرة العملية والوسائل العلمية التي تعينهم وتسمح لهم بارتكاب الجريمة في سهولة ويسر مع إخفاء أمرها مما يشجع على الالتجاء إليهم.⁽²⁾

ولهذا غير المشرع وصف الجريمة وجعلها جنائية يطبق عليهم أقصى حد للحبس المؤقت في الجنايات، ويظهر هنا الطابع الردعي الذي أحيطت به جريمة الإجهاض، إضافة إلى التدابير الاحترازية التي أحيطت لها الجريمة، توقع على هذه الفئة الحرمان من ممارسة المهنة وهو ما سنبينه في الفرع اللاحق.

الفرع الثالث: الحرمان من ممارسة المهنة

تتم ممارسة مهنة الطب وفقا لقواعد وضوابط محددة بحيث يعتبر أي خروج عنها بمثابة خطأ يحاسب عليه مقترفه بعقوبات لا تعدوا أن تكون تأديبية.

بحيث قد يأخذ هنا الخروج عن القواعد شكل جريمة وهنا تكمن خطورة الوضع حيث يخشى المشرع أن يستمر من حكم عليه بصدد جريمة إجهاض في أعماله الإجرامية ويعود إليها بعد الإفراج عنه.

(1) عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 52.

(2) عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 252.

لذلك أوجد المشرع مجموعة من التدابير الاحترازية لمواجهة المعضلة والتي تتمثل في الحرمان من ممارسة المهنة، ويهدف من ورائها إلى حماية المجتمع من خطورة السلوك الإجرامي لهؤلاء الأشخاص، فإذا هي تدابير وقائية أكثر منها عقابية.⁽¹⁾

ولقد نص في المادة 2/306 والتي نصل فيها " ويجوز الحكم على الجناة بالحرمان من ممارسة المهنة المنصوص عليها في المادة 23 فضلا عن جواز الحكم عليهم بالمنع من الإقامة...".

وتنص المادة 23 " يجوز الحكم بالمنع من مزاوله مهنة أو نشاط أو فن على المحكوم عليه بجناية أو جنحة إذا ثبت للقاضي أن للجريمة التي ارتكبت صلة مباشرة بمزاوله المهنة أو النشاط أو الفن وأنه يوجد خطر كبير لتركه يمارس أيا كان منها ويصدر

المنع لمدة لا تتجاوز 10 سنوات".⁽²⁾ (ملاحظة هذه المادة ملغاة)

نستنتج من نص المادة أنه إذا تبين أن لفعل الجاني صلة مباشرة بمهنته وأنه يوجد خطر من تركه يمارس مهنته فإنه يجوز الحكم عليه بالحرمان من ممارسة المهنة التي حددته المادة إياها بعشر سنوات قابلة للنفاذ المعجل.

نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر إلى ذلك في قانون العقوبات الجزائري بل اكتفى بالإشارة إلى شمول الحكم بالنفاذ المعجل.

وفي حالة مخالفة المحكوم عليه بالحضر من ممارسته المهنة، فإنه يقع تحت طائلة المادة 307 والتي جاء فيها " كل من يخالف الحكم القاضي بحرمانه من ممارسة

(1) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 275.

(2) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص.

مهنته بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 306 يعاقب بالحبس من ستة أشهر على الأقل إلى سنتين على الأكثر وبغرامة مالية من 1000 إلى 10000 دينار".⁽¹⁾

إذن لو خالف الجاني أو أراد التملص بأن غير مسكنه أو محل عمله أي عيادته إلى بلدة أخرى أو مكان آخر، فإن الحكم الحرمان يبقى قائماً كما يجوز علاوة على ذلك الحكم عليه بالمنع من الإقامة والذي يكون لمدة تتجاوز خمس سنوات، حيث يمنع عليه التواجد ببعض الأماكن أو في مكان معين، ولا يبدأ تنفيذ هذا الحكم إلا بعد الإفراج عنه وتبليغه إليه.⁽²⁾

ولقد نصت المادة 311 من قانون العقوبات على أنه " كل حكم عند إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم يستوجب بقوة القانون الحكم بالمنع من ممارسة أية مؤسسة عمومية أو خاصة تستقبل عادة نساء في حالة حمل حقيقي أو ظاهر أو مفترض وذلك بأجر أو بغير أجر.

وكل حكم عن الشروع والاشتراك في الجرائم ذاتها يستتبع المنع".⁽³⁾

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري أوجب تطبيق المنع من ممارسة المهنة بقوة القانون دون أن يستوجب حكماً خاصاً بذلك، أي أن المنع هنا وجوبي بخلاف ما جاء في المادة 306، حيث كان المنع جوازياً، أي يحكم به القاضي إذا رأى ضرورة لذلك، وقد لا يحكم به إذا تبين ذلك.

نستنتج أن هذا المنع لم محصور في فئة خاصة كالأطباء والقابلات والجراحين... شمل كل شخص حكم عليه في جريمة الإجهاض سواء كان الغير أو الحامل أو

(1) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 96.

(2) ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 276.

(3) قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2009، ص 96.

المحرض أو شركائهم أو من حكم عليه في جريمة الشروع في الإجهاض أو أي أحد ارتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد التي خصصت لجريمة الإجهاض من 304 إلى 313 من قانون العقوبات الجزائري. فإنه يمنع من ممارسة أية مهنة أو عمل بأي صفة كانت في العيادات الخاصة بالتوليد أو المؤسسات التي تستقبل الحوامل، كأن يكون الزواج مثلا المحكوم عليه بالاشتراك في جريمة الإجهاض يعمل بعيادة طبقا لنص المادة إياها، ويكون هذا الحكم لمدة لا تتجاوز 10 سنوات وقابلة للنفاد المعجل طبقا للمادة 23 من قانون العقوبات.

وقد شمل هذا الحكم كذلك الأشخاص المحكوم عليهم في جهة قضائية أجنبية وحاز الحكم قوة الشيء المقضي فيه عن أفعال تكون إحدى الجرائم المنصوص عليها بالمواد من 304 إلى 313، إذن إذا كان الجاني أو الشخص قد حكم عليه في بلاد أخرى في جريمة الإجهاض، وحاز ذلك الحكم قوة الشيء المقضي فيه، فتقوم النيابة العامة بطلب المنع من ممارسة المهنة أو الحرفة، فتقرر محكمة محل إقامة الشخص وبعد دعوته قانونا للحضور أمامها، تقرر بأن ثمة محل لتطبيق المنع الذي جاء في المادة 311، ومثال ذلك كأن يكون الشخص قد ارتب جريمة من إحدى الجرائم المنصوص عليها في بلجيكا، وكان يسكن بتلمسان، فتقوم النيابة العامة لمحكمة محل إقامة الجاني بطلب المنع الذي تفصل فيه المحكمة في غرفة المشورة بدعوة صاحب الشأن لتطبيق المنع⁽¹⁾، طبقا لما جاء في المادة 312 والتي جاء فيها " في حالة صدور حكم من جهة قضائية أجنبية حاز قوة الشيء المقضي فيه عن أفعال تكون إحدى الجرائم المحددة في هذا القسم، طبقا للقانون الجزائري، تقرر محكمة محل إقامة المحكوم عليه منعقدة في غرفة المشورة وبناءا على طلب النيابة العامة وبعد دعوة

(1) ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص ص 276، 277، 278، 279.

صاحب الشأن قانونا للحضور أنه ثمة محل لتطبيق المنع المنصوص عليه في المادة 311 من قانون عقوبات".

من خلال ما تقدم من طرح لموضوع الحماية القانونية للجنين نستخلص أن للجنين شخصية قانونية، ترتب له مجموعة من الخصائص تثبت له بتمام ولادته كالاسم، وحالة الشخص التي تبين مركزه القانوني في الأسرة، ومركزه في الدولة التي ينتسب إليه من حيث الجنسية، وله أهلية وجوب ناقصة تبين قابليته لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات كما تحدد قدرته على ممارسة التصرفات القانونية، وتضم جميع حقوقه التي يمكن تقويمها ماديا ومعنويا، معنى أن ذلك أن للجنين شخصية قانونية ليست موجودة بالفعل بل موجودة بالقوة، والحقوق تدور مع طبيعة هذا الوجود، ومن ثمة تبقى معلقة على شرط وجودها بالفعل، وهذا الشرط هو شرط واقف تثبت الحقوق كليا به بتحقق تمام ولادة الجنين حيا ولو مات بعد ذلك مباشرة وإذا لم يتحقق هذا الشرط بأن ولد الجنين ميتا زالت شخصيته بأثر رجعي فلا يعتبر أنه اكتسب أي حق من هذه الحقوق المدنية بشقيها المادي والمعنوي أما بالنسبة للحماية الجنائية فلا بد من النظر في سبب هلاك الجنين هل كان طبيعيا أم علاجي مرخص به أم ناتج عن إيذائه والتعرض له بالاعتداء على جسمه وكيانه مع بيان الأضرار التي قد تلحق الأم التي تسقط جنينها.

نرى أن كل من الشرع والقانون يقران بوجود حقوق سبق توضيحها ويرتبان عقوبات على من يتعرض لها معنى ذلك الاعتراف بالجنين في شخصية قانونية ذات طبيعة خاصة.

يمكننا أن نستخلص مما تناولناه في هذه الدراسة النتائج التالية في ضوء ما ارتأيناه وأخذنا به في معالجة لموضوع الحماية القانونية للجنين أن للجنين:

شخصية قانونية وأهلية وجوب ناقصة، خاصة ومفيدة توجب له نوعين من الحقوق المدنية المعنوية كإلحاق نسبه بأبيه والمادية المتمثلة في أن للجنين ملكية وذمة مالية

خاصة توجب الإنفاق عليه وحجز نصيبه من الميراث، وصحة الوصية له والوقف عليه وجواز الهبة له.

* نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وافق الشريعة الإسلامية إلى حد كبير وبعيد في الحفاظ على هذه الحقوق وحمائتها.

* أن أهلية الجنين أهلية ناقصة لكنها ثابتة فحقوقه موجودة ومُعترف بها.

* أن الحقوق المترتبة له قابلة للزوال إذا ولد ميتا.

* أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر وأقصاها هي عشرة أشهر طبقا لنص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري.

* أن أقل مدة الحمل بالنسبة للفقهاء ستة أشهر وسنة قمرية كأقصاها ولا عبرة للأقوال الأخرى.

* ثبوت النسب للجنين بكل زواج طبقا لنص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري.

* نلاحظ موازنة للمشرع الجزائري بين مصلحتين متعارضتين بالنسبة للميراث أولها مصلحة الجنين ومصلحة الورثة أما بالنسبة لآراء الفقهاء فقد تباينت في تغليب واحدة عن الأخرى لقد نوقش بأنه يمكن التوفيق بين المصلحتين المتعارضتين بأن يقسم لأصحاب الفروض الذين لا تتأثر فروضهم بجنس الحمل وعدده وأن يترك نصيب للحمل كابن أو بنت واحدة حسب الأوفر نظريا لوضعية الإرث شريطة أن لا يكون محجوبا طبقا لما جاء في نص المادة 173 من قانون الأسرة الجزائري.

* أن الإضرار بالجنين جنائية تستوجب العقوبة على مرتكبها مهما كانت الصفة حتى لو كان الأم ذاتها أو الأب أو غيرهما فالكل معاقب

* أسس تجريم الإجهاض هي حماية للجنين، الحماية الجسدية للأم، حماية لنظام التناسل.

* جوازية الإسقاط العلاجي للجنين طبقا لنص المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري.

* أن عملية التلقيح الاصطناعي عملية يؤخذ فيها مني الزوج وتلقح به بويضة الزوجة ثم تنتقل البويضة المخصبة إلى رحم الزوجة نفسها وتجاوز وفقا لشروط معينة.

• وجوب العدة شرعا وقانونا للأم الحامل وهذا لمعرفة براءة الأرحام وعدم اختلاط الأنساب.

• لا يباح الإجهاض إلا في حالات الضرورة القسوة باتفاق الأطباء على أنه إذا بقي الجنين فسيشكل خطرا على حياة أمه.

• النفقة واجبة شرعا وقانونا، للحمل والمرأة الحامل وأي اهمال تترتب عنه مسؤولية معاقب عليها شرعا وقانونا.

• معنى ذلك الجنين إنسان ذو طبيعة خاصة يتمتع بأهلية وجوب ترتب له مجموعة من الحقوق المقررة له شرعا وقانونا وكل اعتداء عليه يعتبر جريمة يجب أن يعاقب عليها. أما بالنسبة للتوصيات التي ارتأينا تقديمها:

• ضمان أكثر للحقوق الإنسانية الأساسية للأجنة باختلاف مراحلهم.

• ضمان إقامة موازنة بين حقوق الجنين المدنية والحماية الجنائية له.

• ضرورة وجود نصوص قانونية تحكم التزامات الحامل نحو الجنين أن لا يترك هذا الأمر لإهمال الزوج أو الزوجة.

• تخصيص لجنة مؤهلة علميا وإداريا، صحيا وقانونيا للموافقة على التدخلات أو التجارب أو الفحوصات المترتبة عن الأجنة.

- كل تلقيح أو إجهاض يتم إجراؤه على هذه الشريحة الجنينية يكون وفقا لأحكام قانونية معينة.
 - خضوع الأم الحامل للمراقبة الدورية من طرف هذه اللجنة مع الترخيص لها بأي مصلحة طبية بما يتماشى والوضعية القانونية للعلاقة الناتج عنها الجنين.
 - طلب استصدار ترخيص من اللجنة الموثق ببيان من الإدارات الطبية بمحتوى البرنامج الطبي وكل الآثار الجانية والمترتبة مصادق عليه من طرف القاضي وتوقيع عقوبة على كل اخلال بغض النظر عن طبيعة الشخص معنوية أو اعتبارية.
 - الترخيص القانوني للإجهاض الناتج عن علاقات غير شرعية بخصوص علاقات زنا المحارم وتوقيع عقوبة مشددة على هذه الفئة.
 - إعمال المصلحة الفضلى للجنين وترجيحها إلى في حالة الضرورة القصوى التي تمس بالسلامة الجسدية للمرأة الحامل.
 - إعادة صياغة مفهوم العمل الطبي بوصفه سببا من أسباب الإباحة المانعة للعقاب باستثناء العمل الحاص خارج التنظيم القانوني المنصب على الأجنة.
 - إلزام الشخص بتقديم تقرير موثق عن مراحل التلقيح الاصطناعي عن كافة مراحل البرنامج الطبي إلى الجهات القانونية المختصة.
 - خضوع الأم الحامل عن طريق التلقيح الاصطناعي ومراقبة دورية خاصة من قبل اللجنة نظرا لحالتها الحساسة.
- * حظر كل التقنيات الاصطناعية التي تؤدي إلى أخطار جسمية على صحة الجنين والأم على حد سواء.
- * وضع مراقبة دورية للمراكز التي تستخدم تقنية التلقيح الاصطناعية.
- * كذلك وضع لجنة خاصة تهتم بالحقوق المادية والمعنوية للجنين.

* وضع عناية أكثر للأجنة الخاصة ونعني بها الأجنة المترتبة عن حالات وفاة الأم والطلاق والحالات الاستثنائية.

* وضع اجراءات خاصة تكفل حماية أكثر لهذه الفئة.

* تؤكد اللجنة من استيفاء الأجنة لكامل حقوقهم المادية بتمام ولادتهم أحياء.

* فرض عقوبة السجن على كل استعمال تعسفي في حق الجنين من ناحية انتهاك أمواله أو التصرف فيه لأغراض خاصة مهما كانت صفة المتصرف في هذه الأموال.

* توقيع عقوبات جزائية مشتركة في حق أب الجنين المجهض مثله مثل الأم وتشديدها في حالة الجنين الناتج عن الاغتصاب أو الزنا.

وفي الأخير كما يقول الإمام مالك رحمه الله إنما أن بشر أخطئ وأصيب فانظروا في قلبي، فكل ما وافق الشرع والقانون فخذوا به وما لم يوافق اتركوه، فعلمنا هذا الرأي وهو أحسن ما قدرنا عليه ومن جاءنا بأحسن منه قبلناه، فقد حاولنا بما توفر لنا من مراجع وكتب على إنجاز هذا العمل المتواضع، ولا نملك إلى عظيم الرجاء من المولى عز وجل إلا أن يمدنا بتوفيقه وحسن عونه وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه أنير.

قائمة المصادر والمراجع:

المصادر:

القران الكريم

السنة:

1/ ارواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل، كتاب الحدود، رقم الحديث 2312، الجزء السابع،340.

2/ ابن قدامة ، كتاب المغني، كتاب العدة ، مسألة اقصى مدة الحمل، الجزء الثامن، دار احياء التراث،ص99.

3/ القرطبي،تفسير القرطبي ،الحديث التاسع، الجزء التاسع، دار الفكر،ص250.

4/ شرح صحيح البخاري،كتاب البيوع، باب بيع الغرر، وحبل الحبله ، رقم الحديث 2036، دار ريان للتراث ،ص 419.

5/مسلم، صحيح مسلم، كتاب الزكاة باب الابتداء في النفقة بالنفس، رقم الحديث 997،دار الخير ،ص 69.

6/ كتاب الموطا لامام مالك ابن انس ، باب عدة المتوفى عنها زوجها، رقم الحديث 1250، مكتبة الوفاء،ص333.

المعاجم:

1/ابن منظورجمال الدين ،ابو الفضل،لسان العرب ،دار المعارف،دار صادر ،بيروت، مجلد1،د ب ن ، د س ن.

2/ احمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير ، المكتبة العصرية،صيدا بيروت، د س ن .

3/جار الله بن الزمخري ، اساس البلاغة ، دار المعرفة ، بيروت ، 1979.

4/مجد الدين المبارك بن محمد الجزري ابن الاثير ،النهاية في غريب الحديث والاثر، النهاية في غريب الحديث والاثر، المكتبة العلمية، بيروت د س ن.

القوانين:

- 1/ القانون رقم 11/84 المتضمن قانون الاسرة الجزائري الموافق لـ 9 يونيو 1984 الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ، العدد 24، 12 يونيو 1984
- 2/ القانون رقم 05/85 المؤرخ في 16 فيفري 1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها ، الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية ، العدد 08
- 3/ القانون رقم 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتضمن قانون العقوبات الجزائري.
- 4/ الامر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 التضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007

المراجع:

- 1/ احسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائري الخاص ضد الاشخاص والجرائم ضد الاموال، الجزائر، 2006.
- 2/ احمد ابوالروس، جرائم الاجهاض الاعتداء على العرض والشرف الاعتبار والحياء العام والاخلال بالاداب العامة من الوجة القانونية والفنية ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، د س ن.
- 3/ احمد الحجي الكردي ، الاحوال الشخصية الاهلية - والنيابة الشرعية والوصية والوقف والتركات، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، دمشق ، 2009.
- 4/ ابراهيم محمد خيثر، حقوق الورثة في ميزان الشرع والعقل، دار هومة الجزائر ، 2013.
- 5/ اسحاق ابراهيم منصور ، قانون العقوبات الجزائري جنائي خاص في الجرائم ضد الاشخاص والاخلاق والاموال وامن الدولة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1988.
- 6/ السيد عثمان بن الحسين برى الجعلي المالكي ، سراج السالك شرح اسهل المسالك ، دار الفكر ، الجزء الاول والثاني ، د ب ن، د س ن
- 7/ العربي بختي ، حقوق الطفل في الشريعة الاسلامية والاتفاقيات الدولية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، د ب ن ، د س ن

- 8/ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري (الميراث والوصية) ،ديوان المطبوعات الجامعية ، د ب ن ، 2002 .
- 9/ بن وارث محمد ، مذكرات في قانون الجزائي الجزائري القسم الخاص ، دار هومة ، د ب ن ، د س ن .
- 10/ ثابت بن عزة مليكة ، جريمة الاجهاض بين الشريعة الاسلامية والشريع الجنائي الجزائري ، دار الجامعة الجديدة، البليدة ، 2013 .
- 11/ جمعة محمد محمد براج ، احكام الميراث في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر، عمان ، 1986 .
- 12/ حسن محمد ربيع ، الاجهاض ، دار النهضة العربية، القاهرة ، د ب ن ، د س ن .
- 13/ حسن محمد ربيع ، الاجهاض في نظر المشرع الجنائي ، دار النهضة العربية، 1995 .
- 14/ سميح عاطف الزين ، العقود مجمع البيان الحديث موسوعة الاحكام الشرعية السيرة في الكتاب والسنة ، دار الكتاب المصري، د ب ن ، د س ن .
- 15/ شحاتة عبد الغني الصباغ ، دروس في الفرائض ، منشورات الشؤون الدينية، الطبعة الاولى، الجزائر ، 1993 .
- 16/ شحاتة عبد المطلب حسن احمد ، الاجهاض بين الحظر والاباحة في الفقه الاسلامي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2006 .
- 17/ شريف بدوي ، جنایات وجنح الضرب والاجهاض في ضوء الفقه وقضاء النقض ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، 1990 .
- 18/ شوقي عبد الشاهي ، الفكر الاسلامي والقضايا الطبيعية المعاصرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة . 1990 .
- 19/ عبد الحميد المنشاوي ، الطب الشرعي ، دار الكتاب الحديث ، مصر، د س ن
- 20/ عبد الفتاح مصطفى صيفي، قانون العقوبات القسم الخاص ، دار المعارف الاسكندرية، 2000 .

21/ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الاسرة ،الديوان الوطني للاشغال التربوية
،الجزائر، 2002.

22/ عبد العزيز سعد ، الزواج والطلاق في قانون الاسرة ، د دن، الجزائر ، 1989.

23/ عبد النبي محمد محمود ابو العينين ، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات
الحديثة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2006.
24/ علي بن محمد بن رمضان ، احكام الجنين من النطفة الى الاستهلال ،مكتبة الوفاء، د
ب ن، 2012.

25/ عمر بن محمد ابراهيم غانم ، احكام الجنين في الفقه الاسلامي ، دار حزم ، دار
الاندلس، د ب ن ، 2001.

26/ عمر بن ابراهيم غانم ، احكام الجنين في الشريعة الاسلامية والقانون دراسة مقارنة
، المكتب الجامعي الحديث ، 2009.

27/ علي هادي عطية الهلالي ، المركز القانوني للجنين في ظل الابحاث الطبية والتقنيات
المساعدة في الانجاب دراسة في القانون العام ،منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،
2012.

28/ فوزية عبد الستار ، قانون العقوبات الخاص قسم الخاص ، دار النهضة العربية ، د
ب ن، د س ن.

29/ فشار عطاء الله، احكام الميراث في قانون الاسرة الجزائري ، دار الخلدوية ، الجزائر ،
2009.

30/ قحطان هادي عبد القرغولي، الارث بالتقدير والاحتياط دراسة مقارنة، دار حامد ،
الاردن ، د ب ن ، د ت ن .

31/ ليلي حسن الزوبعي ، احكام العدة في الشريعة الاسلامية ، دار الرواق، الاردن
2006.

32/ محمد ابراهيم سعد النادى ، الاجهاض بين الحظرو الاباحة ، دراسة فقهية مقارنة،
دار الفكر الجامعي الاسكندرية ، د ب ن، 2011.

33/ محمد سعيد نمور ، شرح قانون العقوبات ، القسم الخاص ، الجرائم الواقعة على
الاشخاص المكتبة القانونية ، الاردن، 2002.

34/ محمد عبد الله بخيت محمد عقلة العلي ، الوسيط في الفقه المواريث ، دار الثقافة ،
عمان ، 2007.

35/ محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص ، ديوان
المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

36/ محمد حضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة ، دار
الباروزي، 2009.

37/ محمد كمال الدين امام ، الوصية والوقف في الاسلام مقاصد و قواعد ، منشأة

المعارف ، مصر، 1999.

38/محمد محي الدين عبد الحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، الطبعة

الاولى، د ب ن، 1988.

39/ محمد نجيب حسن ، المساهمة الجنائية في التشريعات العربية ، دار النهضة العربية

، د ب ن، 1992.

40/محمد نجيب حسن ، شرح قانون العقوبات قسم الخاص ، دار النهضة العربية ، د ب

ن، 1988 .

41/ مفتاح محمد اقاريط، الحماية القانونية للجنين في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي،

مصر ، 2004.

42/ مصطفى ابراهيم الزلمي ، احكام الزواج و الطلاق في الفقه الاسلامي المقارن ،

دراسة مقارنة بالقانون ، مؤسسة الحديث للكتاب، لبنان، 2011

43/ وفاء مفتوق حمزة الفلاش ، الطلاق واثاره المعنوية والمالية في الفقه الاسلامي، دار

القاهرة ، مصر، 2000.

44/نبيل كمال الدين طاحون ، احكام المواريث في الشريعة الاسلامية ، سلسلة الكتاب

السابع، مصر ، 1984.

45/نصر سلمان ، سعاد سطحي ، احكام الطلاق في الشريعة الاسلامية دراسة مقارنة مع

قانون الاسرة ، دار الهدى، الجزائر. 2003.

46/نشأت احمد نصيف ، شرح قانون العقوبات القسم الخاص ، المؤسسة العربية ، د ب

ن، 1988.

47/يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في مادة شؤون الاسرة الزواج والطلاق ، دار هومة ،

الجزائر ، 2008.

الرسائل :

1/ العوفي لامية ، التلقيح الاصطناعي في قانون الاسرة ، (مذكرة تخرج لنيل اجازة

المدرسة العليا للقضاء)، وزارة العدل المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر

،2005./2008،

2/بوناضور خضرة ، النظام القانوني للوقف وفق التعديلات القانونية ، (مذكرة تخرج

لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء)، وزارة العدل ، المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة

عشر،2005./2008،

3/ حمزة مشوار ، اثبات النسب في قانون الاسرة،(مذكرة لنيل اجازة ليسانس)، جامعة

مرباح ورقلة،2012./2013.

4/ جاسر جودة علي العاصي ، نفقة الزوجة في الفقه الاسلامي دراسة فقهية مقارنة مع

قانون الاحوال الشخصية الفلسطيني (رسالة ماجستير)، الجامعة الاسلامية غزة ، قسم

القضاء الشرعي ، 2007.

5/ كرفوف نبيلة ، جريمة الاجهاض في قانون العقوبات الجزائري ، (مذكرة تخرج لنيل

اجازة المدرسة العليا للقضاء)،وزارة العدل ، الدفعة الخامسة عشر ، 2007/2004، السنة

الاكاديمية 2007/2006.

المجلات:

محمد محمد ابو زيد، مجلة ابو زيد مجلة حقوقية ، دور التقدم البيولوجي في اثبات النسب

، العدد الاول ، جامعة الكويت ، د ب ن ، 1996.

الصفحة	المحتوى
	شكر و عرفان
	الاهداء
أ - و	مقدمة
مبحث تمهيدي	
08	المطلب الاول: تعريف الجنين
09-08	الفرع الاول: تعريف الجنين لغة
12-09	الفرع الثاني: تعريف الجنين اصطلاحا
13	الفرع الثالث: تعريف الجنين قانونا
14-13	المطلب الثاني: شخصية الجنين
15-14	الفرع الاول: تعريف الشخصية
15	الفرع الثاني: اهلية الجنين
16	الفرع الثالث: الفرق بين الشخصية القانونية واهلية الوجوب
الفصل الاول: الحماية المدنية للجنين	
19	المبحث الاول: حماية شخصية الجنين
20-19	المطلب الاول: حماية الجنين معنويا
24-20	الفرع الاول: الضابط القانوني الاساسي للنسب
33-25	الفرع الثاني: الضابط القانوني الفرعي للنسب
38-33	الفرع الثالث: نسب الاخصاب داخل والخارج الرحم
38	المطلب الثاني: حماية الجنين ماديا
40-38	الفرع الاول: النفقة للجنين
46-41	الفرع الثاني: نفقة الحامل في الاحوال العادية

50-46	الفرع الثالث: نفقة الحامل في الاحوال الاستثنائية
51	المبحث الثاني: حماية حقوق الجنين
52	المطلب الاول: الحماية من حيث الوقائع
55-52	الفرع الاول: ميراث الجنين
57-55	الفرع الثاني: احوال الجنين في الميراث
57	الفرع الثالث: كيفية توريث الجنين
58	المطلب الثاني: الحماية من حيث التصرفات
62-58	الفرع الاول : التصرفات بالإرادة المنفردة
62	الفرع الثاني: التصرفات العقدية
الفصل الثاني : الحماية الجنائية للجنين	
66	المبحث الاول: الجناية على الجنين
66	المطلب الاول: مفهوم الاجهاض
67-66	الفرع الاول :تعريف الاجهاض
69-68	الفرع الثاني: تمييز الاجهاض عن بعض الافعال المشابهة
69	المطلب الثاني: صور الاجهاض
72-69	الفرع الاول: اجهاض الغير للحامل
75-72	الفرع الثاني: الاجهاض بفعل الحامل
77-76	الفرع الثالث: الاجهاض العلاجي

77	المطلب الثالث: الاركان العامة لجريمة الاجهاض
78-77	الفرع الاول: الركن المفترض
87-78	الفرع الثاني: الركن المادي
89-88	الفرع الثالث: الركن المعنوي
90	المبحث الثاني: الجزاء
90	المطلب الاول: العقوبات المقررة لجرائم الاجهاض
93-91	الفرع الاول: عقوبة الفاعل في جريمة الاجهاض
96-93	الفرع الثاني: العقوبة المقررة لذوي الصفة الخاصة
97-96	الفرع الثالث: العقوبة الحامل التي اجهضت نفسها
100-98	الفرع الرابع: عقوبة المحرض في جريمة الاجرام
100	المطلب الثاني: ظروف المشددة لجريمة الإجهاض
101-100	الفرع الأول: التشديد في حالة وفاة الحامل
102-101	الفرع الثاني: الاعتياد
106-102	الفرع الثالث: الحرمان من ممارسة المهنة
112-108	الخاتمة
121-114	قائمة المصادر والمراجع
125-123	فهرس المحتويات
	الملخص

المخلص:

تناولنا بالتفصيل موضوع الحماية القانونية للجنين في القانون الجزائري، بينا صور الحماية المقررة له سواء المدنية أو الجنائية، حيث تناولنا في الحماية المدنية؛ حماية الجنين معنويا المتمثلة في الضابط القانوني الأساسي للنسب، وهي أقصى وأدنى مدة الحمل، والضابط الفرعي للنسب في العدة، كذلك تناولنا الشق المادي لها المتمثل في الحماية من حيث الوقائع وتطرقنا لميراث الجنين وحمايته من حيث التصرفات سواء بالإرادة المنفردة: الوصية، والوقف، والتصرفات العقدية والمتمثلة في: الهبة وهذا في الفصل الاول ، اما الثاني فكان بعنوان: الحماية الجنائية للجنين وتطرقنا فيه لجريمة الاجهاض كنموذج للحماية المقررة للجنين في قانون العقوبات بحيث قدمنا مفهوم لها ولصورها: اجهاض بفعل الحامل، الاجهاض بفعل الغير، الاجهاض العلاجي، وكذا اركانها: الركن المفترض، و الركن المعنوي والمادي، و تناولنا الجزاء المقرر لجرائم الاجهاض، والظروف المشددة كالاغتياذ وحالة وفاة الحامل، والحرمان من ممارسة المهنة، بالاضافة الى مقدمة للدراسة شملت: تمهيد، واسباب الدراسة، والمنهج المتبع واهداف الدارسة، واهم الدراسات السابقة، و اشكالية محورية للموضوع، ومبحث تمهيدي تضمن تعريفا للجنين ولشخصيته وفرقا بين الشخصية والاهلية، وختمنا بحثنا بخاتمة تلخصت فيها اهم النتائج المتوصل لها ، ومجموعة من التوصيات.