

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

جامعة محمد بوضياف، المسيلة.

1985

مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم القانونية.

تخصص: قانون الأسرة.

بعنوان:

المركز القانوني للبحوث في التشريع الجزائري
(قانون الأسرة)

تحت إشراف الدكتور:

برابح السعيد.

من إعداد الطالبين:

لمين فاتح.

مقيدهش بوجمعة.

أعضاء لجنة المناقشة

د مقروف محمد جامعة المسيلة رئيسا.

د. برابح السعيد جامعة المسيلة مشرفا ومقررا.

د. مهدي رضا جامعة المسيلة مناقشا.

السنة الجامعية 2022/2021

شكـر

مصداقا لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من لا يشكر الناس لا يشكر الله)

يشرفنا أن نتقدم بالامتنان والشكر والتقدير للأستاذ المشرف الدكتور براهيم السعيد على تفضله
بقبول الإشراف على هذه المذكرة، وعلى ما خصنا به من تشجيع ودعم.

كما نتوجه بالشكر إلى كل من قدم لنا يد المساعدة من قريب أو بعيد لإنجاز هذا العمل المتواضع ولو
بالكلمة الطيبة.

ل. فاتح - م. بوجمعة

الإهداء

قال عز وجل في محكم تنزيله: (فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح
الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا)

إلى التي أوصى بها ثلاثا رسول الله عليه الصلاة والسلام ... أمي

إلى المتفضل علي بعد الله بالنعم ... أبي

إلى التي صابرت وصبرت معي ... أم البنين.

إلى كل من علمني حرفا.

إلى كل من عرفت

فاتح - بوجمعة.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة

بفضل ما ميز به الله عز وجل الإنسان من عقل وتدبر، دأب هذا الأخير على وضع ضوابط وقواعد تحكم وتنظم حياته فتضمن له حقوقه وتحدد واجباته، محددًا بذلك مركزًا قانونيًا في كل مراحل حياته منذ لحظة ميلاده إلى غاية وفاته، وذلك ضمن قواعد قانونية لها قوة إلزامية، ولم ينحصر هذا التنظيم في مجال الحياة فقط بل حتى وهو جنين في بطن أمه بإقراره حقوقًا تتعلق بذاته الإنسانية ووجوده ودمته المالية.

وقد أولى العديد من فقهاء الشريعة الإسلامية وشرح القوانين الوضعية اهتمامًا بالجوانب المتعلقة بالجنين في مواطن متفرقة ودراسات محكمة، لا سيما أمام الثورة البيولوجية والاتجاهات الفلسفية والقانونية الحديثة التي أرادت أن تجعل من الجنين شيئًا بتخصيبه خارج الرحم مثلًا، خاصة وأن الشريعة الإسلامية التي تعتبر مصدرًا من مصادر القانون جاءت لتقرر قيمة للإنسان في مختلف مراحل عمره، بل وحتى قبل أن يأتي إلى هذا الوجود، وما الجنين إلا مرحلة من مراحل تكون الإنسان.

وطالما أن القانون لا ينشغل بكل جوانب الحياة الإنسانية ويقتصر على ما يهم المجتمع معتادًا في ذلك بما هو ظاهر وجلي، ويتم ذلك وفق قواعد تستند إلى نظريات ومبادئ عامة، وأيضًا استثناءات يكون المشرع أمامها بصورة خاصة ولا يمكنه تجاهلها من جهة ولا إخضاعها للقواعد والمبادئ العامة من جهة ثانية، ولا يكون الأمر في خضم اهتمام المشرع إلا في حالات الضرورة القصوى التي قد تؤثر على نظام المجتمع، وكلما كان هناك خروج عن الأصل وتعطيل الأعمال للمبدأ العام فإن تفسير الاستثناء يكتنفه نوع من الخلل لا سيما في إيجاد المبرر والأساس المستند إليه، وفي هذا النطاق وأمام الترابط الموجود بين قواعد القانون وقواعد الشريعة الإسلامية التي تؤكد ضرورة المحافظة على النسل والأنساب حماية للاستقرار، وسعيًا إلى وضع ضوابط تحكم ذلك حتى لا يبقى الأمر متروكًا للأهواء والمصالح الشخصية والعشوائية يبرز الوضع الاستثنائي للجنين، سواء من حيث مدى اعتباره شخصًا قانونيًا متمتعًا بالأهلية القانونية من جهة ومدى تمتعه بالحقوق من جهة ثانية، والحماية المقررة له قانونًا من جهة أخرى باعتباره النواة الأولى للمجتمع الذي تحكمه وتنظمه القواعد القانونية.

وانطلاقا مما سبق يتبادر التساؤل حول ما إذا كان الجنين باعتباره النواة الأولى للمجتمعات والمرحلة الأولى في تكوين الإنسان يتمتع بالشخصية والأهلية القانونية، ويكتسب تبعا لذلك حقوقا يضيف عليها المشرع حماية قانونية.

ومن خلال ما سبق فإن موضوع الدراسة يتعلق بالوضع القانوني للجنين في نظر التشريع الجزائري لا سيما المتعلق بالأسرة تماشيا وتقرير الأخير لحقوق له دون سواه من القوانين الأخرى، وتتعلق أهمية الموضوع من خلال المكانة التي يحتلها الجنين ضمن النصوص الشرعية والتشريعية والحماية المقررة له بموجبها، لتتجلى وتتجسد أكثر في كون الجنين ليس شيئا أو عدما، بما يفرض ضرورة البحث عن طبيعته القانونية.

ويعود سبب اختيار الموضوع إلى أهميته سالفة الذكر وإلى كون الجنين يعد النواة الأساسية للإنسان بما يستلزم تقرير مركز قانوني له يمكن من إضفاء الحماية القانونية عليه بغية ضمان استمرارية الوجود الإنساني وتكريس مكانته السامية، وهي الأهمية التي تفرض ضرورة التطرق بالدراسة إلى هذه المسألة القانونية سواء من حيث الإطار القانوني أو الآثار المترتبة عنه، وذلك من خلال الإجابة عن الإشكالية الآتية:

مدى اعتبار الجنين شخصا من أشخاص على ضوء التشريع الجزائري؟

وهي الإشكالية التي تدرج تحتها العديد من التساؤلات الفرعية:

- إذا كانت الشخصية القانونية هي التي تثبت بها الحقوق والالتزامات، فهل يتمتع الجنين بشخصية قانونية؟ وهل هي تامة أم ناقصة؟ فيكون تمتعه ببعض الحقوق واردا على سبيل الاستثناء، أم أنه لا يتمتع بها أصلا ولا تثبت له أي حقوق؟ أم هي حقوق لصيقة بوالدته يشترك فيها معها؟

- هل تمتع الجنين بالشخصية القانونية يعني تمتعه بالأهلية القانونية؟ وهل يستتبع ذلك تحمله للالتزامات؟

- ما هي أسس وضوابط الحقوق التي تثبت للجنين؟

- كيف تعامل فقهاء القانون مع الوضع الاستثنائي للجنين؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية وما يتفرع عنها من تساؤلات ارتأينا اتباع خطة ثنائية والاستعانة بالمنهج التحليلي للنصوص القانونية التي تحكم الإطار العام للموضوع، وذلك طبقا لخطة منهجية تحتوي على مبحثين كل منهما يضم مطلبين يتفرعان بدورها إلى فرعين لكل مطلب، كما يلي:

المبحث الأول: الوجود القانوني للجنين.

المطلب الأول: الشخصية القانونية للجنين.

أولاً: الشخصية القانونية.

ثانياً: شخصية الجنين.

المطلب الثاني: الأهلية القانونية للجنين.

أولاً: الأهلية القانونية.

ثانياً: أهلية الجنين.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للجنين.

المطلب الأول: الحماية المدنية.

أولاً: من الناحية المعنوية.

ثانياً: من الناحية المادية.

المطلب الثاني: الحماية الجنائية.

أولاً: ضمانات الحماية ونطاقها.

ثانياً: جريمة الإجهاض.

المبحث الأول: الوجود القانوني للجنين.

قبل الحديث عن مدى تمتع الجنين بالأهلية والشخصية القانونية، والحماية التي يضمنها له القانون مدنيا وجنائيا، وجب أن نتطرق إلى تعريف الجنين لعلاقة ذلك بتحديد صفاته وحمايته.

فالجنين من الناحية اللغوية، هو الولد مادام في بطن أمه أو هو المستور في رحم أمه، فهو كائن مستتر لا يرى ومخلوق غير ظاهر¹، مصداقا لقوله تعالى: "وإذ أنتم أجنة في بطون أمهاتكم" الآية 32، سورة النجم، والتي جاء في تفسير القرطبي لهذه الآية الكريمة: أن أجنة جمع جنين وهو الولد ما دام في البطن وسمي كذلك لاجتنانه واستتاره.²

ويستفاد من معاجم اللغة أن الجنين من جن أي استتر ولاستتاره سمي جنينا إذ يقال أجنته الحامل أي سترته في بطنها، ومن مشتقاتها الجان والمجنون فالأول لاستتاره عن الأنظار والثاني لاستتار عقله.³

وإصطلاحا يقصد به متى يعتبر المستتر في بطن أمه جنينا أي في أي طور، ويرى فقهاء القانون والفقهاء الإسلامي وعلماء الطب في مجمل تعريفاتهم بأن الجنين هو المادة أي البويضة الملقحة التي تتكون في الرحم⁴، ويمر الجنين بعدة مراحل وأطوار* مصداقا لقوله

1 - خليل إبراهيم محمد إبراهيم، حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية والقانون والاتفاقيات الدولية، ماجستير القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ص 20.

2 - سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، ص 7.

3 - شهرزاد بوسطلة، الحقوق المعنوية والمالية للجنين في الشريعة الإسلامية، مجلة الإجتهد القضائي، 2010، العدد 7، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ص 140.

4 - أميرة عدلي عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 26.

* يمر الجنين بأربعة أطوار هي:

- النطفة: اجتماع ماء الرجل وماء المرأة، قال تعالى: "خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب".

- العلقه: يقصد بها الارتباط بالشئ والتشبث به، والعلق في جدار الرحم، فالنطفة تصبح دما متعلقا بالرحم، لأن الماء لا يتعلق بالرحم بل يستقر فيه فقط.

- المضغة: قطعة من اللحم بمقدار ما يمضغ.

- تكوين العظام.

راجع في هذا الشأن: مفتاح محمد أقریط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، ص ص 26، 29.

تعالى: "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين (12) ثم جعلناه نطفة في قرار مكين (13) ثم خلقنا النطفةعلقة فخلقنا العلقه مضغه فخلقنا المضغه عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين(14)", سورة المؤمنون، وقوله صلى الله عليه وسلم: "إن أحدمكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة ثم يكون علقه ثم يكون مضغه مثل ذلك ثم يرسل إلى الملك فينفخ فيه الروح"*، ورغم اختلاف فقهاء الشريعة ورجال القانون الوضعي إلا أن الرأي الراجح فقها أن حياة الجنين تبدأ من لحظة الإخصاب ويستحق بذلك الحماية، مصداقا لقوله تعالى: "ثم جعلناه نطفة في قرار مكين" الآية 13، سورة المؤمنون، فالقرار المكين هو المكان الآمن والصالح لنموه وهو الرحم وحمايته للنطفة تبدأ منذ لحظة انغراسها والتصاقها فيه¹، وينتهي وصف الجنين بانفصاله عن جسم أمه وميلاده.

وانطلاقا من أن حفظ النفس يعتبر من المقاصد الكبرى في الشريعة الإسلامية وذلك تأكيد على قيمة الإنسان في مختلف مراحل عمره بل وحتى قبل أن يولد ويأتي إلى هذا الوجود، والجنين إحدى هذه المراحل التي أكدت فيها الشريعة الإسلامية على وجوب مراعاة وجوده في بطن أمه وضعفه، فإن كان من جهة تابعا لأمه فهو من جهة أخرى له استقلالية معينة، ولتبيان ذلك وجب التعرض إلى مدى تمتعه بالشخصية والأهلية القانونيتين، حتى يتسنى لنا تحديد مركزه القانوني ومدى اعتباره شخصا للحق من عدمه.²

المطلب الأول: الشخصية القانونية للجنين.

حتى يتسنى لنا معرفة مدى تمتع الجنين بالشخصية القانونية وجب التعرف على معنى الأخيرة في حد ذاتها، باعتبار أن ذلك مسألة مبدئية لضرورة تحديد من يكون صاحبا للحق الذي يحظى بالحماية القانونية أو من يكون شخصا في نظر القانون.

• الشخصية القانونية:

المستقر عليه فقها هو الاعتراف بوجود صاحب للحق يتمثل في الشخص الذي يمكن أن يسند إليه، باعتبار أن القانون يفرق بين فئتين الأولى تصلح لتلقي الخطاب القانوني وما

¹ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 16.

² - خليل إبراهيم محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 20.

* - رواه البخاري في صحيحه تحت رقم: 3036، ج 3، موفم للنشر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، ص 1175.

يتصل به وتضم الأشخاص، والثانية لا تكون كذلك وتضم الأشياء التي يمكن أن تكون محلا لحقوق الفئة الأولى.

ولاختلاف مدلول مصطلح الشخص في نظر القانون عن بقية العلوم الأخرى اختلف مفهوم الشخصية تبعا لاختلاف غاياتها وتعدد الزوايا التي ينظر من خلالها كل علم إلى الإنسان، فالفلسفة تنظر إليه باعتبارها الكائن المتميز بالعقل والإرادة والوعي بطبيعته، بينما لا يقيم الطب وزنا للعقل، في حين يراه القانون شخصا قانونيا وعضوا في المجتمع يرتبط بغيره في علاقات قانونية وذو قيمة اجتماعية، فالشخص إذا في لغة القانون هو كل كائن يتمتع بالشخصية القانونية، أما في غيره من العلوم (الاجتماعية والطبيعية) فهو الإنسان وحده، ولذلك يتضح وجود اختلاف بين مصطلحي الشخص والإنسان باعتبار أنهما ليسا مترادفين¹، ويتجلى الاختلاف بين المصطلحين سالف الذكر من خلال أبرز مراحل التطور التاريخي لمفهوم الشخصية القانونية.

إذ في العهد الروماني كان الإنسان إما حرا أو عبدا على أن قابلية الأخير (العبد أو الرق، institution de l'esclavage) للبيع والشراء بما يشبه المتاع جعل منه محلا للحق (شيئا) وليس صاحبا له (شخصا)، ولا يعد الإنسان شخصا إلا إذا اجتمعت فيه صفات ثلاثة (الحرية، الجنسية الرومانية، الصلة العائلية) فتبدأ شخصية الإنسان منذ ولادته واستثناء قبلها إذا تعلق الأمر بالإرث شريطة الميلاد حيا، وتزول بوفاته واستثناء قبلها بزوال أحد عناصرها الثلاثة وذلك ما اصطلح على تسميته بالموت المدني².

والذي ظهر كذلك (institution de la mort civile) في الشرائع الفرنسية ويؤدي إلى تجريد الإنسان من الشخصية القانونية حال الحكم عليه بالسجن المؤبد، الأشغال الشاقة المؤبدة، النفي، والتجريد من الحقوق، بما لا يؤهله لاكتساب أي حق مهما كان نوعه وجنسه إلا بالقدر اللازم لبقائه حيا، ويجعله بذلك شيئا بحكم أنه ميت في نظر القانون طالما لا حق له في التقاضي أو الولاية أو التصرف مثلما يصل الحد من هذا التجريد إلى غاية انحلال رابطة الزوجية وتقسيم تركته، وهي الفكرة القانونية التي تم إلغاؤها فيما بعد بموجب قانون 31 ماي 1845³، ولعل ما يجسد هذا التصور القانوني هو ما شهدته الجزائر إبان الفترة

1 - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، ط3، دار هومة، الجزائر، ص 282.

2 - مفتاح محمد أفزيط، المرجع السابق، ص 32.

3 - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 283.

الاستعمارية أين لم يكن يتم تسجيل الجزائريين ضمن سجلات الحالة المدنية على أساس أنهم ليسوا أشخاصا إلى غاية صدور قانون 23 مارس 1882.

وإن كان تقدم المدنية والاعتراف بحقوق الإنسان دفع إلى التخلي عن اعتبار الإنسان شيئا بما يجعل منه متمتعاً بالشخصية القانونية مثلما أخطت به جميع الشرائع الحديثة، إلا أن اختلاف المصطلحين سألني الذكر يبقى قائما من خلال عدم اشتراط نسبة الشخصية إلى إنسان لما تقتضيه الضرورة أحيانا من الاعتراف بها لغيره جراء عجزه ماديا، جسديا وحتى فكريا من جهة وتسارع التطورات في جميع مناحي الحياة من جهة أخرى لا سيما العلمية والتكنولوجية، بما أدى إلى بروز جماعات أموال أو أشخاص لها قيمة اجتماعية وذات غايات هادفة وتسميتها اصطلاحا بالأشخاص الحكيمة أو الاعتبارية أو المعنوية للترفة بينها وبين الشخص الطبيعي¹، بما يعزز أن مصطلح الشخص القانوني ينصرف إلى كل من تتوافر فيه قابلية اكتساب الحق وتحمل الالتزام طبيعيا كان أم معنويا.

وعلى ضوء ذلك عرف الفقه الشخصية القانونية بأنها كل كائن مادي أو معنوي يكون صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، أي صلاحية الفرد للمشاركة في الحياة القانونية، فهي إذا تتعلق بمبدأ الصلاحية لوجوب الحق أو الالتزام بوجه عام دون تجديد أو تعديد²، أي أنها من يمكن نسبة الحقوق والواجبات والالتزامات إليه، ويعتبر صالحا ليكون صاحب حق. ويقصد بالكائن كل من له وجود حقيقي سواء أكان بشريا أم معنويا، شريطة أن يكون أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فمناط الشخصية القانونية ليس الإدراك ولا الإرادة ولا الصفة الإنسانية وإنما القيمة الاجتماعية، وهو ما يؤكد الدكتور حسن كيرة بقوله: "إن الشخص هو الكائن المتميز ذو القيمة الاجتماعية بالنظر لما يتعلق به أو يمثله أو يستهدفه من مصالح إنسانية"³.

وكل من تثبت له الشخصية القانونية يمكن أن يكون طرفا في مركز قانوني يتمتع بمقتضاه بحقوق وواجبات، لذلك تعرف بأنها صلاحية التمتع بالحقوق وتحمل الواجبات، والأصل أيضا أن تثبت الشخصية القانونية للإنسان مناطها ثبوت انتمائه إلى الجنس البشري

1 - رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، ص 42.

2 - علي فيلالي، تعليق على قرار قضائي حول الجنين، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، جزء 34، رقم 4، ص 150.

3 - علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، ص 179.

الإنساني وذلك ما يتمظهر جليا في عدم اعتراف القانون بنظام الرق الذي يجعل العبيد أشياء لا أشخاصا مثلما سبق بيانه¹.

فشخص الحق إذا هو الشخص القانوني الذي يحيا حياة قانونية سواء أكان طبيعيا (إنسان) أم اعتباريا (غير آدمي)، إذ يتمتع بالشخصية القانونية كل ذي صفة إنسانية، وكل جماعة من الناس أو الأموال ينظر إليها القانون كوحدة قائمة بذاتها ومستقلة عن المكونين لها تماشيا ومبدأ أن ليس كل شخص إنسانا، وهو ما يبرر أن للشخصية القانونية مناط وجود إضافة إلى الصفة الإنسانية سالف الذكر، يتمثل في النشاط الاجتماعي الهادف والمنظم. وكما أن لحياة الإنسان بداية ونهاية فإن للشخصية القانونية بداية ونهاية أيضا مثلما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون المدني:

(تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته)

فهي إذا تثبت لكل إنسان مهما كان عرقه أو جنسه أو غيرها بالنظر إلى قيمته الاجتماعية باعتباره محور الجماعة، وتظل ملازمة له طيلة حياته. ويتضح من خلال تحليل هذا النص القانوني أن ثبوت الشخصية القانونية وقيامها يقتضي توافر شروط تتمثل في:

- الميلاد: وهو المقصود بتمام الولادة، أي خروج المولود وانفصاله التام عن أمه، وهي واقعة مادية تقبل الإثبات بكافة الطرق القانونية، على أن تقيد بسجل الحالة المدنية لإثباتها بمستخرج منه*.

- الحياة: إذ يجب تحقق حياة المولود بعد انفصاله التام عن أمه، ويمكن التعرف على ذلك بعدة مظاهر كالصرخ والحركة والتنفس وغيرها².

وبالمقابل فإن الشخصية القانونية استنادا إلى نفس النص القانوني تنتهي بوفاة صاحبها سواء أكانت الوفاة حقيقية أو حكمية، على أن كليهما يعد واقعة مادية تقبل الإثبات بكافة الطرق القانونية على أن تسجل أيضا في سجلات الحالة المدنية لتثبيتها*.

¹ - جلال علي العدوي، المراكز القانونية، المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص 108.

*- انظر المادة 26 من القانون المدني، والمادة 61 ومايليها من القانون 20/70 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم.

² - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 44، 45.

فالأولى (الوفاة الحقيقية) تكون ثابتة على وجه اليقين وتعرف اصطلاحاً بالوفاة الطبيعية تمييزاً لها عن الموت المدني الذي كان سائداً من قبل وكان يتعلق بالشخصية لا بالشخص بحكم أنها قد تزول عن لا يزال على قيد الحياة مثلما سبق ذكره.¹

أما الثانية (الوفاة الحكيمة) فتكون حال عدم التيقن من وفاة صاحبها، إذ لا يمكن تصور استمرار وجود شخصية قانونية وصاحبها غائب وغير موجود، وتكون هذه الحالة لدى كل من الغائب الذي تكون حياته معلومة دون وجود فعلي يخول له مباشرة شؤونه بنفسه بما قد يؤدي إلى تعطيل مصالحه ومصالح غيره*، والمفقود الذي لا تعرف حياته من مماته وانقطعت أخباره بما لا يمكن معه الجزم بحياته من عدمها*، ولذلك نص القانون على وجوب استصدار حكم بفقد الشخص تمهيداً لاستصدار حكم بوفاة الحكيمة بعد انقضاء الأجل المقرر قانوناً تبعاً لظروف الفقد بين ما يغلب عليها السلامة أو العكس، على أن ظهور الشخص بعد صدور الحكم بوفاة يخول له استعادة حقوقه المالية باستثناء ما قد تم التصرف فيه تبرعاً أو استهلاكاً طبقاً لنص المادة 115 من قانون الأسرة، وحتى استعادة رابطة الزوجية ما لم يكن الزوج قد تزوج ثانياً وذلك إعمالاً لأحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للمادة 222 من نفس القانون.²

فالشخصية القانونية إذا هي صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أي القابلية لأن يكون الشخص صاحب حق أو محملاً بالالتزام، فهل يمكن القول بمفهوم المخالفة أن كل من ينسب إليه الحق يكون شخصاً قانونياً تتوافر فيه شروط الشخصية سألغة الذكر من وجود مادي (ميلاد) وحياة وتستمر إلى غاية وفاته، أم أن الحق لا ينسب إلا حال وجود مادي (ميلاد) لصاحبه مع تحقق حياته واستمراريتها إلى غاية وفاته؟

وهو السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان بالنظر إلى حقيقة تقرير الشريعة الإسلامية وحتى الشرائع الوضعية القديمة لعدة حقوق للحمل أو الجنين أهمها الإرث، فهل يفيد ذلك أن الأخير شخص من أشخاص القانون ويتمتع بالشخصية القانونية مثلما تم بيان أسسها سلفاً، أم أن له وضعاً استثنائياً آخر يخرج عن إطار النظام القانوني للشخصية القانونية؟

1 - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 309.

* - أنظر المادة 26 من القانون المدني، والمادة 78 وما يليها من القانون 20/70 المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم.

* - أنظر المادة 31 من القانون المدني، والمادتين 109، 110 من قانون الأسرة.

2 - محمد سعيد جعفرور، مرجع سابق، ص 344.

وهو التساؤل الذي سوف نتطرق إليه من خلال المطلب الثاني المتعلق بشخصية الجنين القانونية وما يحتويه من أهم العناصر الرئيسية التي ناقش من خلالها فقهاء القانوني والتشريعات الوضعية الوضع القانوني للجنين أو الحمل.

• شخصية الجنين:

بعد أن تم التطرق فيما سبق إلى الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون المدني التي تنص على: (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته) بما يؤكد مثلما سبق شرحه أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن تثبت واقعتي الميلاد والوفاة بسجلات الحالة المدنية، وعلى ضوء ذلك فإن الشخصية القانونية تثبت للإنسان بصفة يقينية ومؤكدة بتوافر شرطي الميلاد أي بانفصال المولود عن أمه انفصالا تاما وتحقق حياته لحظة انفصاله¹، ولعل هذا الشرط يتماشى مع ما ورد في المادة 114 من قانون الحالة المدنية التي تنص على: (يمكن أن يتضمن عقد الحالة المدنية في الدفتر العائلي الإشارة إلى الطفل الذي صرح بولادته ميتا إذا طلب ذلك أبواه، وفي هذه الحالة يبين ضابط الحالة المدنية بصفة صريحة بأن هذا الولد صرح بولادته ميتا).

فإنه لدراسة هذا المطلب وجب التطرق إلى الفقرة الثانية من نفس المادة والتي تنص على: (على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا)، يبرز أن المشرع أورد فيها وضعا استثنائيا خاصا بالجنين حين نص على تمتعه بالحقوق التي يحددها القانون شرط الولادة حيا، وهي الفقرة التي أثارت جدلا كبيرا بين فقهاء القانون لا سيما حول مدى تمتع الجنين بشخصية وأهلية قانونيتين ونظرة القانون إليه. ومرد ذلك يعود إلى التحليل الشكلي للنص القانوني برمته:

تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا.

فالفقرة الأولى أوردت مبدأ عاما يحكم بداية ونهاية شخصية الإنسان، بينما تناولت الفقرة الثانية حالة استثنائية تخرج عن نطاق إعمال المبدأ العام وهو ما يستشف من عبارة (على أن)، غير أنه لكون الاستثناء يرد على القاعدة العامة (الأصل) ويطبق على البعض دون الكل بحكم أن الاستثناء لا يعد كذلك إذا كان يشمل الكافة، يثير التساؤل عن مدى اعتبار

¹ - إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1987، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ص 95

الاستثناء المنصب على الجنين كذلك بينما المبدأ يطبق على كل من ولد حيا واستمرت حياته كذلك إلى غاية وفاته، وقد كان في مرحلة ما جنينا؟ إذ أن كون كل إنسان كان جنينا يجعل القول بقيام الشخصية القانونية بالميلاد لدى البعض منهم وقبل الميلاد لدى البعض الآخر أمرا غير مستساغ ولا يعد من قبيل المعقول ويثير التساؤل إن كان الإشكال الذي يثيره النص يكمن في مدى تطبيق المبدأ على الاستثناء أم في تقرير وضع خاص يخرج تماما عن نطاق المبدأ؟¹

وبإسقاط مفهوم الشخصية القانونية سالف الذكر وخصائصها على الجنين يتبادر إلى الذهن عدم قابلية الإسقاط بالنظر إلى عدم توافر شرطي الميلاد والحياة ما من شأنه أن تنتفي معه الشخصية القانونية عن الجنين، غير أنه لكونها مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق وليست اكتسابها فعليا (الممارسة)، فإن حقيقة كون القانون الذي يؤطر الشخصية في حد ذاتها وينظمها يقرر حقوقا معينة للجنين يحول دون الجزم بانتفاء الشخصية القانونية عنه لعدم إمكانية اعتباره شيئا، خاصة أن المادة 25 من القانون المدني في فقرتها الثانية قبل تعديل سنة 2005 كانت تنص على: (على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا) بما يعني أن للجنين شخصية متوقفة على ولادته حيا، وهو ما يثير التساؤلات السابقة مرة أخرى بشكل يتعين معه الفصل في مدى اعتبار الجنين شخصا في نظر القانون من عدمه.

إعمالا لنص المادة 25 من القانون المدني فإن ثبوت الشخصية القانونية للشخص تكون بميلاده حيا على أن القانون يعترف للجنين بحقوق معينة شريطة ميلاده حيا، وهو شرط ثبوت الشخصية، وهنا يكمن التساؤل حول أساس ثبوت هذه الحقوق ومدى علاقتها بالشخصية القانونية، إذ رغم أن الأصل عدم اعتبار الجنين شخصا لعدم ميلاده باعتبار ذلك شرطا لثبوت الشخصية وقيامها، إلا أن احتمال إسباغها عليها لحمايته وتقرير حقوقه يوجب التطرق إلى مدى اعتباره كذلك، وفي هذا اختلف الفقهاء إلى آراء نوجزها فيما لي:

ذهب الرأي الأول إلى القول بأن الجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية طالما لم يتحقق شرطها المتمثل في الولادة، وأن اعتراف المشرع بمجموعة من الحقوق له أمر استثنائي أملتة ضرورة رفع الظلم عنه وحمايته، كما أنها حقوق لا تحتاج إلى قبول، وأن الوصي الذي يعين

¹ - علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 190.

لإبداء التعبير والقبول مكان الجنين ليس سوى أمينا لحفظ أمواله¹، فالحقوق التي يتمتع بها الجنين والتي حددها له القانون لا تحتاج إلى قبول كالحق في الهبة والميراث وغيرها مما يجعل من أهلية الوجوب المقررة له تنحصر في هذه الحقوق دون غيرها²، فالإنسان لا يعتبر إنسانا ولا يعد شخصا طبيعيا إلا منذ لحظة استقلاله عن غيره فتكون له حياة ومعنى، وبذلك فشرط ثبوت الشخصية هو الولادة حيا، أما قبل تحقق هذا الشرط فيعتبر الجنس البشري شيئا لكونه مجرد خلايا مجردة من كل حياة ولا شخصية له تذكر³.

وهذا الرأي وفقا لما ذهب إليه ينتهي إلى أن للجنين شخصية ناقصة ومحدودة لأنه غير صالح لاكتساب جميع الحقوق، إذ لا تثبت له إلا حقوق معينة لا تحتاج إلى قبول، كما أنه غير صالح لتحمل الالتزامات عكس الشخصية القانونية التامة⁴، الأمر الذي ذهب إليه إسحاق إبراهيم منصور، عبد الله مبروك النجار إذ اعتبر الأول منهما الجنين شخصا نسبيا شخصيته محدودة، والثاني اعتبره شخصية اعتبارية ترد على خلاف الأصل، على غرار محمد حسنين الذي يعتبر الجنين شخصية استثنائية بينها أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن هذا الرأي يتعارض مع حقيقة كون الشخصية القانونية ليست إلا صلاحية مجردة لاكتساب الحق يتمتع بها كل من يكون صاحباً للحق بغض النظر عن تمتعه بالصلاحية الواقعية لاكتساب الحق فعليا⁵.

في حين ذهب جانب آخر من الفقه انطلاقاً من انتقاد الرأي الأول إلى أنه وباعتبار الشخصية القانونية هي مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق ولو لم تكتسب فعلا أو اقتصر الأمر على حقوق دون أخرى، فإن الجنين يتمتع بهذه الشخصية وأن وقت ميلاده يعتبر إثباتاً لها وبداية لاتساع واكتمال أهلية الوجوب الخاصة به بعد أن كانت ناقصة، وفي هذا تأكيد على أن الشخصية تبدأ من طور الاجتئان وأساس ذلك أن الحق يعني بالضرورة وجود صاحب ينسب إليه وتقررت له صلاحية اكتسابه قانوناً لتمتعه بالشخصية القانونية، وأن هذه

1 - محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي مقارنة بالفقه الإسلامي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2004، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ص 442.

2 - جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 135.

3 - إبراهيم داودي، الشخصية القانونية للحمل المستكن، مجلة الراشدية، 2010، العدد 2، جامعة معسكر، الجزائر، ص 135.

4 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 51.

5 - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 294.

الأخيرة إما أن تكون موجودة وإما أن تكون منعدمة ولا حل وسط بينهما¹، مما يعني أن ثبوت الحق للجنين يجعل من شخصيته كاملة تتسم بالاحتمالية التي تعرضها للزوال حال عدم تحقق الولادة والحياة، دون أن تكون مشوبة بالنقصان أو النسبية لأنهما يردان على الصلاحية الفعلية لاكتساب الحق (أهلية الوجوب) التي تتراوح بين الكمال والنقصان مثلما سيأتي بيانه لاحقاً، وتكون لاحقة للشخصية القانونية طالما أنها تعني مدى الصلاحية لا الصلاحية في حد ذاتها.

فالجنين قبل ولادته يتمتع بشخصية قانونية كاملة مشوبة باحتمال الزوال (غير يقينية) لتوقف استقرارها على ولادته حياً من أجل نفاذ الحقوق التي تثبت له وهو في بطن أمه، وفي هذا أصل يحتاج إلى الثبات بتحقق واقعة الميلاد أي مرحلة احتمال ومرحلة تحقق².

وهذا الرأي وفقاً لما انتهى إليه من جعل شخصية الإنسان القانونية تبدأ من وقت الحمل لا من وقت تمام الولادة حياً، يتضح أنه قسم الشخصية إلى مرحلتين، الأولى أثناء الحمل وفيها تكون احتمالية غير يقينية وغير مؤكدة، والثانية تبدأ من وقت الميلاد وتتسم باليقينية والفعلية، إذ يخلص هذا الرأي إلى أن كل إنسان موجود فعلاً وتمت ولادته حياً يعتبر شخصاً منذ وقت الحمل لصلاحيته اكتساب وتلقي الحق حينها³.

بينما يذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن شخصية الجنين وأهليته تكون محدودة تشمل اكتساب الحقوق النافعة نفعاً محضاً، وهي بهذا كما عرفها الدكتور إدريس العلوي (صفة يقررها القانون بمقتضاها يكون للجنين أهلية اكتساب حقوق في حدود تتماشى مع استتاره وعدم اكتماله، وأنه محتمل وغير محتمل ظهوره)، أي أنها شخصية ناقصة لا تتحمل التزامات عكس الشخصية الكاملة طالما أن الالتزام يتطلب أن يكون الشخص كامل الوجود وظاهراً ظهوراً مادياً وهو ما يفسر نقصان تمتع الجنين بالحقوق⁴، غير أن التسليم بكون الشخصية القانونية صفة يبقى أمراً في غير محله، بحكم أن الإنسان لا يحتاج لن يمنحه صفة الشخصية وهو أحد مناطي وجودها مثلما سبق بيانه في معرض الحديث عن الشخصية القانونية.

1 - محمد مومن، المرجع السابق، ص 444.

2 - علي فيلاي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 188.

3 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 54.

4 - مفتاح محمد أفريط، المرجع السابق، ص 40.

وخلاصة لهذه الآراء القانونية الفقهية حول الشخصية القانونية للجنين يمكن القول أنه تماشياً ومفهوم الشخصية القانونية عموماً باعتبارها الصلاحية لأن يكون الكائن صاحب حق، فإن ثبوتها للإنسان يكون إما من وقت الحمل باعتباره المرحلة الأولى التي يمر بها كل إنسان فيكون بذلك صالحاً لاكتساب الحق، وإما لا يكون كذلك فتبدأ شخصيته من وقت ميلاده، وبإسقاط هذا المبدأ على الإطار القانوني المتمثل في المادة 25 من القانون المدني يتضح أن الشخصية القانونية تبدأ من وقت الحمل وتتسم بالاحتمالية ولا تستقر ويتم التيقن منها إلا بتمام الولادة حياً، على أن تقرير القانون لحقوق معينة للجنين دون جميع الحقوق المدنية مثلما كان عليه الحال قبل تعديل المادة سنة 2005، يعني أن عدم يقينية شخصية الجنين وعدم استقرارها يقتضي أخذ ذلك بعين الاعتبار في تقرير حقوق له يتماشى أثرها القانوني ووضعه الخاص لا سيما حال عدم استقرار شخصيته وعدم تحققها¹.

وشخصية الجنين وفقاً لهذا وأخذاً ببدء الشخصية القانونية عموماً من وقت الميلاد، فإن بدء شخصية الجنين لا تثير أي إشكال خاصة أمام وضوح نصوص قانون الأسرة أساساً فيما يتعلق بالنسب وأقصى مدة الحمل وأدناها، وما ذهب إليه القانون المدني الفرنسي في المادة 311 منه التي تقضي بأنه تبعاً لما يقتضيه مصلحة الجنين يعتبر الحمل قد تم في أي لحظة خلال الأجل المقرر قانوناً، على أن تمام شخصية الجنين القانونية يبقى معلقاً على شرط الولادة حياً².

وختاماً لهذا المطلب المتعلق بالشخصية القانونية ومدى تمتع الجنين بها، فإن حقيقة كون الأخير ليس عدماً وليس شيئاً سواء في نظر الشريعة الإسلامية أو حتى التشريعات الوضعية لما أولته له من عناية واهتمام وتكريس حقوقه وإضفاء الحماية القانونية عليه، وأمام ثبوت تقرير عدة حقوق له، يتضح أن الشخصية القانونية تثبت للحمل طالما أن الحق لا يكتسب إلا من صاحبه (شخص قانوني)، على أن ولادته حياً ليست إلا تأكيداً لهذه الشخصية وليست منشأة لها، فالجنين إذا شخص من أشخاص القانون يتمتع بشخصية قانونية محتملة تتأكد جميع أثارها بميلاده حياً وتزول بوفاة أو ميلاده ميتاً.

1 - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 54.

2 - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، 295.

المطلب الثاني: الأهلية القانونية للجنين.

بعد أن تم التطرق إلى الشخصية القانونية وخصوصية تمتع الجنين بها مع التسليم بأنها افتراضية لما يشوبها من احتمالية وعدم يقين، بما يمكن القول معه أن شخصية الإنسان توجد بالقوة عندما يكون جنينا لما تفرضه مصلحته، وتتم بالفعل عند ولادته حيا لتحقيق شروطها، بشكل يفسر عدم توافر جميع ما تمتاز به الشخصية القانونية من خصائص لدى الجنين، إذ أن للشخصية القانونية خصائص خمس تميز صاحبها (الشخص)، وتتمثل في الهوية أو ما يعرف بالإسم الذي يعتبر علامة أو وسيلة كفيلة بتمييزه عن غيره من بني جنسه، والحالة التي تبين مركزه وانتمائه سياسيا، اجتماعيا، دينيا ..، والموطن أو ما يعرف بالمقر القانوني الذي يمكن مخاطبته قانونا والعتور عليه فيه كلما اقتضت الحاجة أو الضرورة ذلك، والذمة المالية التي تشمل الحقوق ذات القيمة المالية سواء أكانت حقا أو واجبا، إضافة إلى الأهلية.

ولصلة الأهلية الوثيقة بالشخصية القانونية أساسا باعتبار أنه لا يمكن تصور وجودها دون وجود الشخص القانوني، فإن حقيقة ثبوت الشخصية القانونية في جانب الجنين بالنظر إلى المركز الذي قرره له القانون من خلال جعله صاحب حق جراء تمكينه من حقوق محددة على سبيل الحصر (يحددها القانون)، يجعل دراستنا في هذا المطلب تتعلق بالأهلية باعتبارها أهم خصائص الشخصية القانونية من جهة، ولخاصية التبعية التي يمتاز بها الجنين مثلما سيأتي بيانه لاحقا وتأثيرها على بقية الخصائص الأخرى من جهة أخرى.

ولذلك يتبادر التساؤل حول مدى تمتع الجنين بالأهلية وخصوصية ذلك بالنسبة إلى وضعه، وهو الأمر الذي يقتضي معرفة الأهلية أساسا وتبين مناط وجودها وأنواعها حتى يتسنى إسقاط مبادئها على الجنين.

• الأهلية القانونية:

تعتبر الأهلية إحدى أهم خصائص ومميزات الشخص الطبيعي صاحب الشخصية القانونية، بالنظر إلى كونها القابلية والجدارة، إذ يقول الله عز وجل في محكم تنزيله: (إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان إنه كان ظلوما جهولا) الآية 72، سورة الأحزاب، وفي هذا تأكيد لاتسامه بالعقل والتمييز.

فالأهلية من الناحية اللغوية تعني الاستحقاق، وتطلق أيضا على الصلاحية، الكفاءة، والجدارة، فيقال أن الشخص أهل لهذا أي أنه جدير به وقادر عليه، إذ يقول الله تعالى: (وألزمهم كلمة التقوى وكانوا أحق بها وأهلها وكان الله بكل شيء عليما) الآية 26، سورة الفتح، ويقول أيضا: (وما يذكرون إلا أن يشاء الله هو أهل التقوى وأهل المغفرة) الآية 56، سورة المدثر. أما اصطلاحا فتعرف بأنها: (صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه)، أو أنها: (صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله صالحا لخطاب تشريعي)¹.

بينما تعرف قانونا بأنها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله التزاما على وجه يعتد به قانونا²، أو بأنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمالها وباستقراء تعريفات الأهلية وتمحورها عموما حول الجدارة والقابلية يتضح أنها تتعلق إما بثبوت الحقوق لصاحبها أو ثبوتها عليه، وإما بصحة صدور التصرفات منه، الأمر الذي يتضح معه أن للأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء، وأن لكل منهما أساسا تمنح بموجبه للشخص أو ما يعرف اصطلاحا بمناط الأهلية.

فالأولى (أهلية الوجوب) تعني صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل واجبات، أي مدى اعتبار الشخص أهلا لذلك، وهي حسب تعريف الدكتور حسن كيرة صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتقرر في ذمته التزامات فهي إذا الشخص منظورا إليه من الناحية القانونية³، أي صلاحية الشخص لأن يكون طرفا في الحق سواء إيجابا أو سلبا فيصبح صاحبا للحق أو محملا بالالتزام، إذ أن تعلقها بما يجب للشخص من جهة وما يجب عليه من جهة أخرى يبرر تسميتها بأهلية الوجوب.

ومن خلال ما سبق يتضح أن مناط وجود أهلية الوجوب يتمثل في الشخص (الشخصية القانونية) إذ أنها تتصل بها وجودا وعدما، فمتى وجدت الشخصية القانونية للإنسان وجدت أهلية الوجوب له وتظل لصيقة به لا تفارقه إلى غاية وفاته، وفي هذا تدليل على اكتساب الجنين لأهلية الوجوب بالنظر إلى تمتعه بشخصية قانونية احتمالية مثلما سبق بيانه خلال

1 - سارة مقدم، الأهلية وأثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة بين الفقه الإسلامي وقوانين الأسرة المغربية، ماجستير قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، ص 12.

2 - سارة مقدم، المرجع السابق، ص 12.

3 - علي فيلالي، تعليق على قرار قضائي حول الجنين، مرجع سابق، ص 149.

المطلب الأول تماشيا ومقتضيات الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون المدني¹، وبذلك تتضح العلة من تقسيم الفقهاء لأهلية الوجوب إلى قسمين فضلا عن احتواء الأهلية ذاتها على عنصرين أحدهما إيجابي (ما يجب للشخص) والآخر سلبي (ما يجب عليه)، إذ أن اجتماع العنصرين معا لدى الشخص يجعل أهليته كاملة، بينما اقتصار الأمر على أحدهما دون الآخر يجعلها منقوصة وكذلك الحال حال عدم تعلق الأمر بجميع مكونات العنصر الواحد (بعض الحقوق، أو بعض الالتزامات)².

فأهلية الوجوب إذا تثبت للشخص كاملة وقد تكون ناقصة استنادا إلى مدى ما يصلح الشخص لاكتسابه من حقوق وتحمله من التزامات، أو ما يعرف بالمدى، أي أن الناس رغم اكتسابهم للشخصية القانونية إلا أن تفاوتوا قد يقع بينهم من حيث أهلية الوجوب، فتكون كاملة منذ ولادته وهو الأصل في الأمر، بينما تكون منقوصة حال وجود ما يحدها منها وهو الاستثناء³، وهذا حال الجنين الذي لم يقرر القانون له إلا بعض الحقوق فقط دون أي التزام بما لا يجعله أهلا لاكتساب الحقوق غير المحددة له، على غرار ما ترتبه العقوبات التكميلية المتعلقة بحرمان الشخص من الحقوق المدنية والسياسية أو الحجر القانوني عليه ومنعه بذلك من التصرف، وكذلك حرمان القاتل من الإرث*، وغيرها.

وبذلك يتضح أن مناط وجود أهلية الوجوب هو الشخصية القانونية التي يتوقف وجودها على الوجود البشري، بما يبرز معه الاختلاف الواضح بينهما إذ أن الأخيرة تثبت كاملة بمجرد توافر مناطها (صاحب الحق: الشخص) بينما الأولى تثبت حسب مدى الحقوق والالتزامات المقررة للشخص فتتأرجح بذلك بين الكمال والنقصان مثلما سبق بيانه.

أما الثانية (أهلية الأداء) فيقصد بها صلاحية الشخص لممارسة حقوقه والتمسك بها بنفسه، أي قدرته على التعبير بنفسه ولحسابه عن إرادته تعبيراً منتجا لآثاره القانونية، وتعرف أيضا بأنها قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية فيباشر بنفسه عملا قانونيا بحق أو التزام، الأمر الذي يتضح معه أن نطاقها يتعلق بالتصرفات القانونية للشخص⁴، بما

1 - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 468.

2 - سارة مقدم، المرجع السابق، ص 17.

3 - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 470.

* - أنظر المواد: 9 وما يليها من قانون العقوبات، 135 من قانون الأسرة،

4 - سارة مقدم، المرجع السابق، ص 19.

يبرر وصفها بالممارسة الفعلية للحق عكس أهلية الوجوب التي تتسم بالسكون لاقتصارها على تقرير حق أو تحميل التزام لا غير.

ومن خلال ما سبق يتضح أن مناط هذه الأهلية هو العقل والتمييز، إذ رغم صلاحية شخص ما لاكتساب حق معين إلا أن إمكانية تصرفه فيه تبقى موقوفة على مدى قدرته القانونية على ذلك، فقيام أهلية الأداء يستلزم وجوبا وجود أهلية وجوب سواء أكانت كاملة أو منقوصة، ولأنها تتأثر بعامل السن والعقل (الإدراك)، نجدها متدرجة حسبهما، وهي بذلك كأهلية الوجوب تنقسم إلى معدومة، كاملة ومنقوصة أيضا¹.

فتكون منعدمة إذا كان الشخص فاقدا للتمييز طبقا للمادة 42 من القانون المدني التي يتجلى باستقراءها (لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. يعتبر غير المميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة) أن انعدام أهلية الأداء يكون في حالتين، الأولى لدى الجنين لافتقاره مناط هذه الأهلية أساسا، على غرار القاصر غير المميز، والثانية حال قيام أحد عوارض الأهلية* التي تعدم التمييز (الجنون، العته)، وبذلك تعتبر جميع تصرفات هذه المرحلة باطلة لانعدام وجودها القانوني وعدم ترتيبها لأي أثر، مثلما أكدته المادة 82 من قانون الأسرة، وتمتد هذه المرحلة إلى غاية سن الثالثة عشر مثلما تضمنته الفقرة الثانية من المادة 42 سالف الذكر، فرغم وجود صاحب للحق وتمتعه بأهلية وجوب إلا أنه يبقى منعدم أهلية الأداء (الممارسة الفعلية) وهو ما يحيلنا إلى الجواب عن السؤال السابق المتعلق بمدى قدرته القانونية على التصرف والتي تصبح في هذه المرحلة منعدمة.

وتكون ناقصة إذا كان صاحب الحق قاصرا مميزا حسب المادة 43 من القانون المدني التي يتجلى باستقراءها أيضا (كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقره القانون) أن نقص أهلية الأداء يكون في حالتين، الأولى لدى القاصر المميز، والثانية حال قيام أحد عوارض الأهلية التي تنقص التمييز (السفه، الغفلة)، وطبقا للمادة 83 من قانون الأسرة فإن تصرفات

1 - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 514.

*عوارض الأهلية: الجنون: مرض يصيب عقل الإنسان فيفقد التمييز، المعنوه: قليل الفهم مختلط الكلام وفساد التدبير، السفه: الذي يتصرف في ماله بخلاف العقل والشرع، ذو الغفلة: من لا يحسن التمييز بين الربح والخسارة ويسهل خداعه.

صاحب الحق خلال هذه المرحلة تكون صحيحة إذا كانت نافعة لصاحبها نفعاً محضاً تكسبه حقاً ولا تحمله واجباً، وقد تكون باطلة إن كانت ضارة وتثقل ذمته المالية وتحمله التزاماً ولا تكسبه حقاً، أما إن كانت دائرة بين النفع والضرر أي تكسبه حقاً وتحمل واجباً في آن واحد فتكون متوقفة على إجازة الولي حتى تكون نافذة، وتمتد هذه المرحلة إلى غاية بلوغ سن الرشد المحدد حسب المادة 2/40 من القانون المدني بتسع عشرة سنة.

وببلوغ هذه الأخيرة تكتمل أهلية الأداء وتعتبر تصرفات صاحب الحق صحيحة منتجة لأثارها القانونية طبقاً للمادة 86 من قانون الأسرة إلا إذا شاب هذه الأخيرة أحد عوارض الأهلية التي تعدمها كالجنون والعتة، أو تنقص منها كالفقه، والغفلة، مثلما سبق بيانه.¹ ووفقاً لما سبق إذ يجب أن لا يتم الخلط بين الشخصية القانونية وأهلية الجوب، مثلما لا يجب الخلط بين هذه الأخيرة وأهلية الأداء أيضاً، فالشخصية القانونية تعني الصلاحية المجردة، أما أهلية الجوب فتعني مدى هذه الصلاحية، بينما أهلية الأداء فهي القدرة على إبرام التصرفات، ويمكن تبين الفرق بين الشخصية والأهلية من خلال السؤال المطروح وصياغته، فإذا تعلق الأمر بالشخصية القانونية فيكون التساؤل حول صلاحية اكتساب الكائن للحقوق وتحمل الواجبات، أما إذا تعلق الأمر بالأهلية فيتم التساؤل عن الحقوق التي يمكن للشخص اكتسابها.²

ومما لا شك فيه أن هناك ارتباطاً وثيقاً بين الشخصية القانونية وأهلية الجوب إذ أن لكل شخص قانوني أهلية وجوب تقتضي حتماً وجود شخصية قانونية، ويترتب عن التمييز بينهما أن تكون هذه الأخيرة سابقة للأولى، وأن انعدام الشخصية يترتب انعدام أهلية الجوب، ولقد كتب في التمييز بينهما الدكتور حسن كيرة: "الشخصية هي الصلاحية المجردة وأهلية الجوب هي الصلاحية الواقعية المجسمة".³

والواقع كذلك أنه لا ينبغي الخلط بين ثبوت الشخصية القانونية وصلاحية اكتساب الحقوق وبين الاكتساب الفعلي لها وممارستها، لأن الأولى لا تستلزم توافر أهلية عكس الثانية التي تستلزمها.⁴

1 - علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 217.

2 - علي فيلالي، تعليق على قرار قضائي حول الجنين، مرجع سابق، ص 151.

3 - علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 206.

4 - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 963.

بناء على ما سبق وبالنظر إلى ما تم التوصل إليه خلال المطلب الأول من أن الجنين شخص من أشخاص القانون لما له من صلاحية اكتساب الحق، يتبادر إلى الأذهان تساؤل حول مدى اكتساب الجنين باعتباره شخصا للأهلية القانونية بنوعيتها وصفتهما؟ وهو التساؤل الذي سوف نتطرق إليه من خلال المطلب الثاني المتعلق بأهلية الجنين القانونية وما يحتويه من أهم العناصر الرئيسية التي ناقش من خلالها فقهاء القانوني والتشريعات الوضعية الوضع القانوني للجنين أو الحمل.

• أهلية الجنين:

بعد أن تم التطرق فيما سبق إلى الأهلية ومناطقها والفرق بينها وبين الشخصية القانونية التي تم تناولها خلال المطلب الأول، اتضح أن وجود الأخيرة يستلزم وجود الأولى حال تعلق الأمر بأهلية الوجوب بحكم أن كل شخص تجب له حقوق وتجب عليه على أن اشتمالها على بعض الحقوق فقط يجعل منها منقوصة عكس اتساعها الذي يجعلها كاملة، في حين أن أهلية الأداء تتعلق بالممارسة الفعلية لأهلية الوجوب التي تتغير بتغير عاملي السن والعقل.

ولأنه من خلال تحليل مضمون المادة 25 من القانون المدني تأكد ثبوت حقوق محددة للجنين شريطة ميلاده حيا، بما تبين معه أن له شخصية قانونية تؤهله لاكتساب الحق الذي لا يكون إلا لأشخاص القانون، وأن ولادته حيا تؤكد شخصيته وتثبتها ولا تنشؤها، فإن مناط أهلية الوجوب يصبح قائما بالنسبة إليه ويجعله متمتعاً بها على أن اقتصارها على بعض الحقوق المحددة بنص القانون يجعلها مقتصرة على الجانب الإيجابي ومنقوصة دون اكتمال (منقوصة)، بينما تنعدم لديه أهلية الأداء بالنظر إلى افتقاره للتمييز، مثلما سبق شرحه خلال الفرع الأول من هذا المطلب.

ووفقا لما تقدم يتضح أن الطبيعة القانونية للجنين نابعة من وضعه الاستثنائي الذي يتسم بصفتين: تتمثل الأولى في الاستقلالية بحكم أنه إنسان حي منفرد بالحياة لا سيما بعد نفخ الروح فيه بما يجعله مهياً للانفصال ليصير منفردا بنفسه، والثانية في التبعية بالنظر لارتباطه بأمه واعتباره جزءا منها، وإن كان لميزة التبعية تأثير على عدم ثبات حقوق الجنين إلا أنه لصفة التأقيت التي تميزها (مدة الحمل) أصبحت ثانوية أمام ميزة الاستقلالية التي

تجعل منه شخصا قانونيا ينسب إليه الحق والالتزام وهو الأمر الذي جعل الفقهاء والقانونيين يقررون للجنين وضعاً وأحكاماً خاصين به تماشياً ووضعه الاستثنائي¹.

فإن كانت مراعاة المشرع لحقوق الجنين وحمايته لها تنطلق من أسس الشريعة الإسلامية أساساً بالنظر إلى ما كرسته من حماية لذاته وتقرير لحقه في الإرث خصوصاً، إلا أنها كذلك تجد لها امتداداً في تاريخ القانون الوضعي من خلال المبدأ الروماني الذي تبناه القضاء الفرنسي ورتب عليه آثاراً والمتمثل في: (اعتبار الجنين مولوداً حكماً كلما اقتضت مصلحته ذلك) وهو مبدأ فقهي يكرس كون الجنين شخصاً للحق، ويعتبر أساس ثبوت الشخصية القانونية للجنين، بل ويصلح كذلك لتجريم الإجهاض، فهو بمثابة الدرع الواقعي لمركز الجنين القانوني، ويرى فقهاء القانون أن هذا المبدأ يعتبر من قبيل الترقية للجنين إلا أن طبيعة شخصيته مشروطة بولادته وأنها ترتب حقوقاً لا التزامات، فهو إذاً مبدأ يخدم مصلحته ولا يستفيد منه غيره أي أنه نظام حماية منذ أول لحظة في بطن أمه².

وطالما أن الجنين له شخصية قانونية تخوله أهلية وجوب تتلائم وطبيعته المستترة وتمكنه من اكتساب حقوق منذ لحظة اعتباره جنيناً تجسيدا لصفة الاستقلالية التي يتسم بها وضعه الخاص، إلا أن اتسامه أيضاً بصفة التبعية التي تجعل من حقوقه مشوبة بعدم الثبات مثلما سبق بيانه أثار جدلاً بخصوص طبيعة هذه الحقوق بين الفقهاء تبعاً لاقترانها بشرط الولادة حياً وجوداً أو زوالاً، وتبعاً لانقسام الشرط إلى قسمين أحدهما واقف والآخر فاسخ، إذ يعلق الحق على وجود الأول، بينما يعلق على زوال الثاني، انقسم الفقهاء في تبيان طبيعة الحقوق التي تثبت للجنين تماشياً وأهلية وجوبه الناقصة، غير أنه قبل التطرق إليهما يجب أن نتبين ماهية الشرطين وأثارهما.

فالشرط مثلما نصت عليه المواد 203، 204، 205 من القانون المدني يكون أمراً مستقبلاً وممكناً، غير محقق الوقوع، غير مخالف للنظام العام الآداب العامة، وغير إرادي محض متوقف على إرادة الأطراف، وهو نوعان أحدهما واقف والآخر فاسخ، ويتجلى أثره خلال مرحلتي التعليق حال قيام الشرط دون معرفة تحققه أو تخلفه، وما بعد ذلك حال معرفتهما.

¹ - خليل إبراهيم محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 23،

² - إبراهيم داودي، المرجع السابق، ص 138.

فالواقف هو الذي يتوقف على تحققه وجود الحق فإن تخلف انتفى وجود الحق، وهو ما تضمنته المادة 206 من القانون المدني من خلال نصها على نفاذ الحق أو الالتزام حال تحقق الشرط، بما يتجلى معه أن الشرط الواقف خلال مرحلة التعليق (عدم تبين تحقق الشرط من عدمه) يجعل الحق غير نافذ وغير موجود بصفة كاملة*، فنقصان كماله يتجلى من خلال عدم قابلية التنفيذ عليه جبرا أو اختيارا من جهة، وإمكانية اتخاذ ما يلزم من إجراءات قانونية للمحافظة عليه بالنظر إلى احتمالية وجوده، وهو ما يبرر عدم نفاذه خلال هذه المرحلة أيضا، بينما أثره خلال مرحلة ما بعد التعليق فيتجلى حال تحققه في نفاذه بما يجيز التنفيذ عليه اختيارا أو جبرا، ويتحقق وجوده بأثر رجعي إذ يعتبر موجودا منذ نشأته لا منذ تحقق الشرط، بينما حال عدم تحققه يزول الحق ويصبح في حكم العدم كأن لم يكن وبأثر رجعي يجبر استعادة ما تم الوفاء به¹.

أما الشرط الفاسخ فهو الذي يتوقف على تحقق وجوده زوال الحق، وهو ما تضمنته المادة 207 من القانون المدني، والتي يتجلى باستقرائها أن الشرط الفاسخ خلال مرحلة التعليق (عدم تبين تحقق الشرط من عدمه) يجعل الحق كامل الوجود وناظدا غير أنه موجود على خطر الزوال، فصاحب الحق يملكه حالا وله أن يديره ويتصرف فيه ويتخذ من الإجراءات ما يلزم لحفظه وصيانته، بينما أثره خلال مرحلة ما بعد التعليق فيتجلى حال تحقق الشرط في زوال (الحق) وزوال جميع التصرفات الواردة عليه باستثناء أعمال الإدارة المقترنة بحسن النية باعتبار أنها لا تؤثر عليه ولا تغير من طبيعته، بينما حال عدم تحققه يصبح الحق منجزا (كامل الوجود والنفاذ دون خطر)، والتصرفات الواردة عليه صحيحة² وانطلاقا من هذه التفرقة وتماشيا ونص الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون المدني حين نصت على: (بشرط أن يولد حيا) تباينت آراء فقهاء ودارسي القانون في تحديد طبيعة حقوق الجنين وفقا لما يتناسب وطبيعته بين كونها معلقة على شرط واقف (الولادة حيا) أو

* - الحق من حيث الوجود والنفاذ ينقسم إلى مراتب سبعة: المعدوم الذي لا وجود له ولا احتمال لذلك، الاحتمالي الذي ما لا وجوده له ويحتمل الوجود فهو معدوم على خطر الوجود، المعلق على شرط واقف موجود دون اكتمال، المؤجل كامل الوجود دون نفاذ، المعلق على شرط فاسخ كامل الوجود مع النفاذ غير أنه موجود على خطر الزوال، المقترن بأجل فاسخ كامل الوجود والنفاذ غير أنه مقترن بأجل ينقضي بانقضائه، المنجز كامل الوجود والنفاذ.

¹ - سارة مقدم، الشرط والأجل كوصفان معدلان لأثر الالتزام، ماستر قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، ص 25-29.

² - سارة مقدم، المرجع السابق، ص 27-30.

على شرط فاسخ (عدم الولادة حيا) مع الأخذ بعين الاعتبار لآثار كل شرط مثلما سبق بيانها
بإيجاز

فالجانب الأول من القانونيين يرى أن حقوق الجنين معلقة على شرط واقف يتمثل في ولادته حيا فإن تحقق الشرط تأكدت وثبتت حقوقه بأثر رجعي وليس من تحققه بل من وقت نشأتها وتحقق سببها، وإن تخلف الشرط أصبحت كأن لم تكن¹، ولعل هذا الشرط هو الذي لم يترك مسألة تحديد تاريخ بدء شخصية الجنين تثير إشكالات أخرى، رغم أن بعض شراح القانون استندوا في تحديدها إلى أقصى مدة الحمل وإلى آراء الأطباء المختصين لأن جميع الحقوق التي يكتسبها الجنين تبقى معلقة على شرط ولادته حيا، وهو شرط واقف تتحقق وتتأكد بوقوعه الشخصية القانونية وتثبت له الحقوق بصفة يقينية وإذا تخلف يعتبر كل ذلك كأن لم يكن.

وترتبيا على ذلك إذا ولد الجنين حيا استقر له ما اكتسبه من حقوق منذ تاريخ نشأتها كحقه في الإرث الذي يكون من تاريخ وفاة مورثه وحقه في الوصية يكون من تاريخ وفاة الموصي، أما إذا ولد ميتا فإن ما تقرر له يزول بأثر رجعي ويعاد كل شئ إلى صاحبه الأصلي وهو ما يعرف بالأثر الرجعي للشرط الواقف مثلما ورد النص عليه في المادة 208 من القانون المدني².

رغم أن الشرط الواقف مناطه إرادة الأطراف وأنه أمر عارض وليس أصيلا ويمكن بدونه أن يوجد الحق وهو ما يتعارض مع حالة الجنين لكون هذا الشرط من صنع القانون وأن الولادة حيا أمر أصيل وليس عارضا غير أن هذا لا يمنع القانون أن يعلق الحق على شرط واقفا كان أم فاسخا، وأن الولادة أمر أصيل فعلا لكن الحياة أمر عارض وهي لب الشرط وليست الولادة، إذ أن هناك أوضاعا قانونية يرى فقهاء القانون أنها معلقة على شرط مصدره القانون، ومما تجدر الإشارة إليه أن هناك حقوقا تثبت للجنين ولها أثر فوري كالحق في سلامته وعدم إجراء التجارب عليه³.

أما الجانب الثاني من القانونيين فيرى أن حقوق الجنين معلقة على شرط فاسخ وهو عدم ولادته حيا، فإذا تحقق الشرط تزول كافة حقوقه تبعا لزوال شخصيته، ويتمشى مع هذا الرأي

1 - محمد مومن، المرجع السابق، ص 449.

2 - إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق، ص 23.

3 - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 61.

التفسير الفلسفي القائل بأن شخصية الإنسان توجد بالقوة عندما يكون جنينا وتتم بالفعل عند ميلاده وانفصاله حيا عن أمه، وعكس الشرط الواقف الذي يجعل من الحق ساكنا لا يمكن التمتع به إلا بتحقيقه وهو ما يتعارض مع فكرة حماية حياة وشخص الجنين حماية حالة وليست موقوفة، فإن الشرط الفاسخ يجعل من الحق المرتبط به موجودا وحالا لكنه ينقضي بتحقيقه بأثر رجعي حيث يصبح المشروط كأن لم يكن¹،

وقد تعرض كلا الرأيين إلى النقد فالأول بحكم أن الشرط ليس إلا عنصرا من عناصر الحق ذاته ولا يمكن تصور قيامه دونه بحكم أنه وضع معين قرره القانون ورتب عليه نتائج معينة، بينما الثاني لكون أن التسليم باعتبار حقوق الجنين حالة لا يتفق مع كونها معلقة على شرط فاسخ طالما ليس لها الأثر الفوري.

وإن كان يتبادر إلى الذهن أنه ينبغي التمييز بخصوص طبيعة حقوق الجنين مالية وغير مالية، فالأولى لها أن تستند في ثبوتها إلى تحقق الشرط فاسخا كان أم واقفا طالما أن لكليهما الأثر الرجعي، أما الثانية فنجد أنها تستند في ثبوتها إلى أمور أخرى كقوة الفراش والزواج الصحيح مثلا بالنسبة للنسب، فعموما إن تقرير حقوق محددة للجنين تماشيا ووضعه الخاص بالنظر إلى أنها لا تحتاج إلى قبول منه وتعود عليه بالمنفعة المحضة يجد تبريره في أن كونها موقوفة يقتضي الأخذ بعين الاعتبار لعدم تعطيل مصالح الغير التي تقابل حقوقه، على أن تنشأ له هذه الحقوق وهو كذلك (جنين) ويتم ثبوتها بتمام ولادته حيا، إذ أن كون شخصيته القانونية حالة يقتضي أن يكون الشرط المقترن بها فاسخا (عدم الولادة حيا) تماشيا وأثره الرجعي، وفي هذا تأكيد لما يتسم به من صفتي الاستقلال والتبعية من جهة، وإلى حقيقة اكتسابه للشخصية القانونية وتمتعه بأهلية وجوب إيجابية منقوصة دون أهلية الأداء، وهو ما يجسد حقيقة تقرير القانون لحقوق معينة له.

وخلاصة لما سبق ذكره خلال هذا المبحث فإن الجنين يعتبر شخصا كغيره من أشخاص القانون ولا يمكن إنكار شخصيته القانونية لكونه ليس عدما، ولا يمكن كذلك اعتبار شخصيته ناقصة بل تامة لكونها القدرة على التمتع ولو بحق واحد أو التزام واحد على الأقل، لأن القول بنقصان شخصيته لنقصان أهلية وجوبه ينطبق أيضا على القاصر، وأن أساس حقوقه قائم

¹ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 62.

على شرط فاسخ لكون ذلك أقرب إلى الواقع باعتباره شرطا يجعل الحق حالا وكذلك شخصيته فإن ولد ميتا أعتبر كأن لم يكن وتعود الحقوق إلى أصحابها، وإن كانت الولادة أمرا محقق الوقوع فإن عدم الولادة حيا أو الموت هي الأمر العارض في هذا الشرط الفاسخ، وإن كان الشرط ليس من صنع الأفراد فإن هذا يجد تفسيره في نصوص القانون التي جعلت من ميلاد الجنين حيا شرطا لاستحقاقه الوصية والهبة وبمفهوم المخالفة فإن ولادته ميتا تجعل هذه الحقوق تزول.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للجنين.

إن المركز القانوني للشخص يعني ما يحتويه من حقوق والتزامات في مواجهة الآخرين ويتحدد ذلك تبعاً لشخصيته القانونية وأهليته أيضاً، وهذا المركز يكون له محل وموضوع أي قيمة معينة يحددها القانون وهي القيمة التي تعرف غالباً باسم الحق الذي تباينت الآراء في تعريفه وتحديد خصائصه ومميزاته، وهو بصورة عامة استثناء يقره القانون لشخص ويكون له بمقتضاه التسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر¹، أو هو انفراد شخص بقيمة معينة في مواجهة الغير²، وللحق مصادر مباشرة سواء أكانت واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً، وغير مباشرة كالقانون.

وطالما أن صاحب هذا الحق يكون في مواجهة الغير للتمسك بحقوقه فإن ذلك يقتضي وجود حماية قانونية تعتبر عنصراً مكملاً للحق، إذ أن هذا الأخير دون حماية قانونية لا يعتبر شيئاً.

وكذلك الحال بالنسبة للجنين، فإن حقيقة اعتباره شخصاً قانونياً يعني أن له حقوقاً حددها للقانون وفقاً لما يتلاءم وأهلية الوجوب لديه بالنظر إلى وضعه الاستثنائي (التبعية والاستتار)، يدفعنا إلى التساؤل حول الحماية التي قررها القانون لهذه الحقوق وصاحبها، سواء من الناحية المدنية أو الجزائية، وهو التساؤل الذي يقتضي معرفة هذه الحقوق أولاً، ثم البحث عن ضمانات حمايتها والجزاءات المقررة من أجل عدم الإخلال بذلك.

وللإجابة عن هذه التساؤلات ارتأينا أن نتناولها بالدراسة على مرحلتين الأولى تتعلق بالحقوق المدنية للجنين سواء في شقها المعنوي أو المالي على اختلاف مصادرها، وتلك التي قررها القانون صراحة أو التي تتلاءم أسسها مع طبيعة الجنين، بينما تتعلق الثانية بالحماية الجنائية للجنين، وذلك من خلال معرفة الأساس الذي تستند إليه انطلاقاً من الضمانات التي تضمنتها النصوص القانونية تماشياً والأحكام الشرعية، وصولاً إلى الشق الجزائي الذي يجعل الحماية فعالة بما يفرض ضرورة احترامها والالتزام بها.

المطلب الأول: الحماية المدنية للجنين.

1 - جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 282.

2 - علي فيلال، تعليق على قرار قضائي حول الجنين، مرجع سابق، ص 30.

المقصود بهذا النوع من الحماية، حماية ذات الجنين معنويا وماليا أي من ناحية حقوقه الشخصية وكذلك حقوقه المالية التي ثبت تمتعه بها (الشخص هو من يسند إليه الحق) أنفاً، وقد أولت الكثير من القوانين الوضعية على غرار الشريعة الإسلامية اهتماماً بالجنين محتفظة له بحقوقه سواء ما تعلق منها بذاته أو بجانبه المالي، ومن أجل تبين هذه الحقوق التي تشكل حماية موضوعية للجنين ارتأينا تقسيم تطرقنا إليها إلى قسمين، الأول يتعلق بالحقوق المعنوية، والثاني بالحقوق المالية.

1- من الناحية المعنوية:

1-1 حق النسب: يجد هذا الحق أساسه في الشريعة الإسلامية التي اهتمت به حفظاً للنسل والأنساب والاستقرار خشية الوقوع في المحرمات، فبهذا الحق يدفع الجنين بعد ولادته عن نفسه الذل والضياع ويضمن له مكانته في المجتمع، ولذلك قيل أن النسب حياة، فلهذا الحق من الأهمية ما يجعله يحتل المرتبة الأولى من الحقوق الثابتة للجنين كما أنه في الشق المقابل حق للأب يحفظ به ابنه من أن ينسب لغيره وحق للأم تدفع به عن نفسها العار والتهم، مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: " من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام" *، وفي موضوعنا هذا فإن محل النسب هو الجنين بعد الوضع والذي لا يأتي إلا بعد المخالطة بين الرجل والمرأة في الغالب، ولقد اهتم المشرع الجزائري بثبوت النسب طالما أنه الهدف الأسمى للشريعة الإسلامية، وتناوله في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة.¹

إذ حدد في المادة 40 طرق إثبات النسب، بدءاً بالزواج الصحيح بينما تناولت المادة 41 شروط تطبيق هذه الطريقة، حين نصت على ضرورة وجود عقد زواج صحيح استوفى كافة أركانه وشروطه وإمكانية المعاشرة بعد العقد أو ما يعرف بالدخول إعمالاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر" *، مع عدم نفي النسب بالطرق المشروعة والمتمثلة أساساً في اللعان -الذي يشترط فيه أن يتم بناء على دعوى يقيمها الزوج أثناء قيام الرابطة الزوجية حقيقة أو حكماً في أجل 8 أيام من يوم رؤيته للزنا أو العلم بالحمل- الذي يهدف إلى نفي النسب طالما أنه يمنع من الإرث طبقاً للمادة 138

* - رواه البخاري في صحيحه تحت رقم: 4071، ج 4، ص 1573.

1 - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 68.

* - رواه البخاري في صحيحه تحت رقم: 1948، ج 2، ص 724.

من قانون الأسرة، لتضيف المادة 42 شرطا آخر يتمثل في مدة الحمل المطلوب توافرها لإلحاق النسب والمحددة بعدها الأدنى بستة أشهر يبدأ حسابها من وقت إبرام العقد، وعشرة أشهر كحد أقصى يبدأ حسابها من يوم الطلاق أو الوفاة استنادا إلى نص المادتين 43، 60 من قانون الأسرة.¹

وثاني الطرق هو الزواج الفاسد وهو كل نكاح تم فسخه بعد الدخول وفي هذا استثناء للعقد المفسوخ قبل الدخول، فالزواج الفاسد هو كل زواج تم ركنه الأساسي إيجابا وقبولا لكنه فقد أحد شروط صحته الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، فإن كان قبل الدخول لا يرتب أي أثر ويوجب التفريق، وإن تم بعد الدخول استحققت بموجبه الزوجة صداق المثل، ويترتب عنه ثبوت النسب والنفقة والمصاهرة .. وثبوت النسب في النكاح الفاسد أيضا يستوجب الاقتران والدخول وتوافر المدة القانونية للحمل.²

أما ثالث الطرق فهو الدخول بشبهة وهو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، وللشبهة أشكال مختلفة كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج ونشأ عنه الدخول، أو العقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات، أو دخول الزوج على امرأة ظنا منه أنها زوجته وهي ليست كذلك، وفيه يشترط توافر المدة القانونية للحمل طالما أن العلاقة الزوجية قائمة ولا منازعة فيها، فنكاح الشبهة هو نكاح مختلف فيه والاختلاف شبهة والشبهة تفسر لمصلحة الولد إعمالا لقاعدة إحياء الولد بإثبات نسبه وقتله بنفيه.³

والطريقة الرابعة تتمثل في الإقرار أي إثبات الشيء والاعتراف به وإخبار الشخص بحق عليه لآخر، وهو حجة قاصرة على المقر وملزمة له، ويشترط في المقر أن يكون بالغا عاقلا طائعا وأن يكون نسب الولد مجهولا لأنه لا يصح إلحاق نسب شخص معلوم نسبه أو مقطوع كابن الزنا مثلما ورد في المادة 44 من قانون الأسرة، التي أضافت شرطا آخر يتمثل في تصديق العقل والعادة للإقرار وذلك بمراعاة فارق السن، والإقرار بالبنوة هو أن يصرح به الأب المقر أما الإقرار بالأبوة فهو ما يدعيه الولد ويقره الأب، والملاحظ في الإقرار فإنه وإن كان يشترط توافر زواج صحيح فإنه لا يشترط توافر المدة

1 - العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص 627.

2 - المرجع نفسه، ص 643.

3 - المرجع نفسه، ص 646.

القانونية، أما آخر الطرق فهي البينة المتمثلة في شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتان بتقديم دلائل وحجج تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما.¹

وقد أضاف المشرع بتعديل 2005 طريقة أخرى تتمثل في الطرق العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية مثلما تضمنته المادة 2/40 من قانون الأسرة، على أن ورودها في سياق إثبات النسب يجعل اللجوء إليها حال تعلق الأمر بإثبات النسب فقط لا نفيه، طالما أن الأخير لا يكون إلا باللعان مصداقا لقوله تعالى: " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن معهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين(6) والخامسة أن لعنت الله علي إن كان من الكاذبين(7) " سورة النور. ولموضوع النسب أيضا ارتباط بالعدة التي شرعت لبراءة الأرحام وحرم فيها على المطلقة الزواج أثناءها، وهو الأمر الذي يوجب احترام مدة العدة حتى تستبان الحقيقة ولا تختلط الأنساب²، وفي تعداد المشرع لكل هذه الشروط والطرق لإثبات النسب وتشدده في نفيه مراعاة للجنين وحقه في الحياة بما يضمن له مكانته في المجتمع.

1-3 حق النفقة: وتعني اصطلاحا إخراج مؤونة من تجب عليه نفقته من أكل وكسوة وسكن وما يتبع ذلك، مصداقا لقوله تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن" الآية 06، سورة الطلاق ، وهي دلالة صريحة على حق الجنين في النفقة وما تشمله من أكل وسكن ورعاية، فالآية تلزم الزوج بدفع نفقة الحامل وقت تطليقها وفي هذا حماية للجنين من أمراض سوء التغذية والحفاظ عليه من المؤثرات الخارجية بتوفير الاستقرار للأم حتى تتمكن من الحفاظ على الجنين وحياته إلى أن يولد حيا.³ ورغم اختلاف الفقهاء حول إن كانت النفقة مقررة للحمل أو للحامل إلا أن التفرقة بين الأمرين يرتب نتائج عدة أهمها:

1 - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 656.

2 - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 90.

3 - شهرزاد بوسطلة، المرجع السابق، ص 145.

- إن كانت النفقة مقررة للحمل فإن الحامل من نكاح فاسد أو بشبهة يلتزم الزوج بدفعها لها طالما أنه ولده ما لم ينفه، وإن كانت مقررة للحامل فلا تلزمه طالما أن الرابطة الزوجية انقطعت.

- عند نشوز الحامل لا تسقط النفقة إن كانت مقررة للحمل، وتسقط إن كانت مقررة للحامل.

- تسقط النفقة باعتبارها نفقة أقارب إن كانت مقررة للحمل، وتصبح ديناً مدنياً ولا تسقط إن كانت مقررة للحامل وتبقى ديناً في ذمة الرجل.

فالنفقة إذا تجب للحمل لا للحامل بدليل أنها تسقط بموته أو سقوطه وتجب بوجوده وحياته، فهي إذا مقررة لمصلحته ولو كانت لأمه طالما أنه يتغذى بغذائها ويعيش من خلالها وبواسطتها.¹

وإن كان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على نفقة الجنين إلا أن تطرقه للنفقة عموماً بصيغة الإلزام الذي يجعلها واجبة في ذمة الزوج على زوجته بمجرد دخوله بها طبقاً للمادة 74 من قانون الأسرة، وكذلك على أبنائه مثلما تقتضيه المادة 75 من نفس القانون، وتحديد مشتملاتها (النفقة) ضمن المادة 78 (الغذاء، الكسوة، العلاج، السكن، وما يعد من الضروريات في العادة، يمكن القول معه أخذاً بما سبق تبيانه من مبررات تقرير النفقة للجنين إضافة إلى تبعيته لأمه والتصاقه بها أن نفقة الجنين التزام شرعي وقانوني يقع على عاتق الأب تبعاً لثبوت نسب الجنين إليه بما يجعله ابناً له ويدفعه لزوجها طالما الزوجية قائمة أو حتى بعد فكها (نفقة العدة) طبقاً للمادة 61 من قانون الأسرة.

1-3 حق الجنسية: فهي من الحقوق الذاتية المتعلقة بشخص الإنسان وبها ينتمي لدولة ما، والمقصود هنا هو الجنسية الأصلية التي لها رابطتان الأولى الإقليم والثانية الدم هذه الأخيرة لها علاقة بالنسب بين المولود ووالديه إذ يتخذ الأصل العائلي للمولود أساساً لاكتساب الجنسية الأصلية وهي ما يطلق عليه جنسية البنوة، بينما رابطة الإقليم فالعبرة فيها بمكان الميلاد بغض النظر عن أصله أياً كان أبواه وجنسيتهما.

¹ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 106.

والتشريع الجزائري على غرار غيره من التشريعات الأخرى تناول جنسية المولود دون الجنين لا سيما في المادة السادسة من قانون الجنسية، إلا أن الفقه اهتم بمسألة جنسية الجنين لا سيما عند وفاة والده قبل ميلاده إذ أن المعتبر هنا هو جنسية الأب من يوم وفاته، مما يعني أنه بالإمكان تحديد الجنسية المستقبلية له رغم ما في هذا من إغفال لرابطته بأمه، وفي حالة كون الأب مجهولا، وإغفال كذلك لرابطة الإقليم لصعوبة تطبيقها طالما أنها تقتضي ولادته من جهة ومكانها من جهة أخرى.¹

2- من الناحية المالية:

تسهيلا لتبين حقوق الجنين ذات الطابع المالي، وباعتبار أن الحق ينشأ بناء على واقعة مادية أو تصرف قانوني، ارتأينا تقسيم تطرقنا إلى هذه الحقوق إلى قسمين الأول ما يستند إلى وقائع مادية، والثاني ما يستند إلى تصرفات قانونية.

2-1 ما يستند إلى وقائع مادية:

2-1-1 الحق في الميراث: وهو ثابت بالسنة والإجماع، فالجنين له نصيب في الميراث مثله مثل باقي الورثة على أن ثبوت الميراث في ذمته لا يكون إلا إذا استهل صارخا. واستنادا إلى نص المادة 126 من قانون الأسرة فإن الميراث له سببين هما القرابة والزوجية وموضع الجنين بينهما ثابت فإن كانت علاقة الزوجية قائمة فإنه يتم البحث عن شروط استحقاقه للإرث المتمثلة في موت المورث حقيقة أو حكما طبقا للمادة 127 من قانون الأسرة على أن يكون الجنين موجودا في بطن أمه ومن ثم ميلاده عملا بنص المادة 134 من نفس القانون، أما إن لم تكن علاقة الزوجية قائمة فيتم البحث في رابطة القرابة واتباع ما سبق بيانه في النسب.

وفي هذا الشأن نجد لبسا بين إعمال المبدأ العام الوارد في المادة 25 من القانون المدني التي نصت على شرط الولادة حيا فقط والمتطابق مع النص العربي لقانون الأسرة، أم إعمال النص الفرنسي الذي أضاف شرطا ثانيا يتمثل في القابلية للحياة *vivable*، والمستمد من القانون الفرنسي، وإن كان في الأخذ بالمبدأ العام مسلما به لتطابقه مع أحكام الشريعة الإسلامية.²

1 - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 98.

2 - إبراهيم داودي، المرجع السابق، ص 150.

وبالتحقق من توافر الشروط يتم تطبيق المادة 173 من قانون الأسرة لتحديد نصيب الجنين ولا تكون القسمة نهائية، ولميراث الجنين حالات نوجزها فيما يلي:

- إن كان مع الجنين ورثة آخرون يحسب ميراثه على تقدير أنه ذكر أو أنثى، فإن تساوى نصيبه في الحالتين وقف له نصيبه وتقسم التركة على باقي الورثة، وإن كان نصيبه متغيرا بتغير جنسه يوفر له أوفرهما.
- إن لم يكن مع الجنين ورثة آخرون أو أنهم محجوبون فيتم وقف التركة كلها له.
- إن كان الجنين محجوبا حجب حرمان فتقسم التركة دونه، وإن كان محجوبا حجب نقصان فيوقف له أوفر الحظين.¹

2-1-2 الحق في الوصية: وهي عقد يفيد التملك بلا عوض تملكا مضافا لما بعد الموت مثلما عرفها نص المادة 184 من قانون الأسرة، ويشترط لصحتها أن لا تكون لوارث وأن لا تتجاوز في مقدارها الثلث من التركة طبقا للمادة 185 من نفس القانون. وقد اتفق الفقهاء من جميع المذاهب على صحة الوصية للجنين، فمن أوصى لجنين بوصية ثم استهل صارخا نفذت تلك الوصية ويقبل عنه وليه بعد الانفصال وإن مات الموصى له قبل القبول بطلت الوصية ورجعت إلى الموصي، وتبرير هذا الحق من الوجه الشرعي أنه استخلاف قياسا على الإرث.

وهي بذلك تصح أيضا للجنين إذا وجد في بطن أمه وقت انعقادها، وأن يولد حيا، وأن يكون موصوفا ومعينا من طرف الموصي حسب نص المادة 187 من قانون الأسرة، وهو النص الذي أقر باقتسام الشيء الموصى به في حالة تعدد الحمل بالتساوي ولو اختلف الجنس، وقد كرس المشرع هذا الحق قياسا على رأي جمهور الفقهاء أساسا، ورأي الأحناف والحنابلة خصوصا.²

وفي هذا الشأن أيضا نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز الوصية بحق الانتفاع للحمل المستكن مثلما تضمنته المادة 844 من القانون المدني، والتي يتضح من خلالها الأخذ بفكرة علوق الجنين برحم الأم واستكانه والتي على أساسها تصح الوصية له مثلما ذهب إلى رأي الأحناف والحنابلة.

1 - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 119.

2 - شهرزاد بوسطلة، المرجع السابق، ص 146.

2-2 ما يستند إلى تصرفات قانونية:

2-2-1 الحق في الهبة: وهي تملك بلا عوض حال حياة المملك فيعم تملكه في الحال وتملكه في المستقبل من الزمان بعد أن يكون ذلك في حياة الواهب، ومنه فالهبة تتم في مجلس عقد واحد بصدور إيجاب وقبول وقد يكون الأخير في وقت لاحق قبل وفاة الواهب¹، وقد تناول المشرع الجزائري الهبة بشكل عام في المواد من 202 إلى 212 من قانون الأسرة، وبالنسبة للجنين في المادة 209 منه.

إذ باستقراء النصوص القانونية سالفه الذكر يتضح أنها نصت على أن صحة الهبة للجنين تشترط أن يولد حيا، وهو النص الذي يتماشى مع المذهب المالكي الذي يرى أنها تحتاج إلى إيجاب دون قبول فتكون بذلك ملزمة للواهب دون الموهوب له، ووفقا لهذا أجاز الهبة للجنين عكس باقي المذاهب الأخرى (الأحناف، الشافعية والحنابلة) التي لا تجيزها لأنها ترى أن من شروط الهبة أن يكون الموهوب له حيا وموجودا وقت الهبة، إضافة إلى القبول والقبض، وهو ما لا يمكن تصوره في الجنين².

غير أن المشرع الجزائري في نص المادة 206 من نفس القانون اشترط لانعقاد الهبة الإيجاب والقبول والحياسة وباختلال أحدها تبطل، وبالعودة إلى ما سبق ذكره بشأن الأساس القانوني لحقوق الجنين إن كانت تحتاج إلى قبول أم لا وإلى طبيعته الشخصية القانونية فإن شرط القبول والحياسة لا يتوافران لاسيما وأن المشرع لم يحدد من يقبل الهبة عن الجنين بالإضافة كذلك إلى تعارض النصين من حيث شرط ثبوت هذا الحق مثلما سبق بيانه آنفا³، وفي هذا الصدد يمكن إعمال رأي فقهاء المالكية حين إجازتهم الهبة للجنين على أن يقبلها عنه وليه استنادا إلى أنها نافعة له نفعا محضا باعتبار أنه من يتولى ذلك حال تعلق الأمر بالصغير غير المميز بحكم أنه وليه مثلما نصت عليه أحكام الولاية والنيابة الشرعية ضمت قانون الأسرة، هو ما أخذ به المشرع الجزائري طبقا لما تضمنته المادة 209 من قانون الأسرة حينما نصت على صحة للهبة للحمل شريطة أن يولد حيا.

1 - محمد مومن، المرجع السابق، ص 450.

2 - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 130.

3 - إبراهيم داودي، المرجع السابق، ص 150.

2-2-2 الاشتراط لمصلحة الجنين: هو تصرف قانوني يتم بين شخصين غير أن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص، فالطرفان الأولان فيه هما المشتراط والمتعهد أما الطرف الثالث فهو المستفيد ويكون خارجا عن العقد، ونجد تطبيقات الاشتراط في عدة مجالات كعقود التأمين والاحتكار والنقل والهبة المقترنة بشرط، فالاشتراط يقتضي أن يتعاقد المشتراط باسمه الخاص لا باسم المستفيد ويكون له حق الرجوع ونقض حق المستفيد وتحويله لنفسه أو لشخص آخر قبل أن يعلن المستفيد رغبته في الاستفادة، وهو ما تضمنته المادة 117 من القانون المدني، وأن يتلقى المستفيد حقا مباشرا من العقد المبرم مثلما ورد في نص المادة 119 من نفس القانون.

أما بالنسبة للجنين فإنه وبالرجوع إلى المادة 118 نجد أنها تجيز أن يكون المستفيد شخصا مستقبلا والجنين في نظر القانون شخص مستقبلي وعليه يصح الاشتراط لمصلحته، إلا أن ما يثار بهذا الشأن أن حق النقص والرجوع الذي يملكه المشتراط يقترن بإعلان المستفيد لرغبته مما يطرح إشكالية من يقبل الاشتراط عن الجنين، والتي وإن كانت فيها إحالة ضمنية إلى قانون الأسرة باعتباره التشريع الذي تناول مسألة النيابة والولاية والوصاية إلا أنه لم يورد نصا بهذا الشأن مثلما لم يورد حلا بشأن من يقبل الهبة عن الجنين أيضا، وحتى بالعودة إلى القواعد العامة نجد إغفالا من المشرع لهذه المسألة، مما يترتب عليه بقاء حق النقص والرجوع قائما إلى أن يولد الجنين.¹

هذا ما تضمنه القانون من حقوق للجنين وأغفل أخرى تضمنتها الشريعة الإسلامية وقوانين وضعية أخرى، كحق الوقف الذي يعني حبس العين عن التملك على وجه التأييد وأركانه الواقف والموقوف والموقوف له، وهو تصرف بإرادة منفردة يتطلب إيجابا دون قبول وقد أجاز الفقهاء الوقف على الأولاد والذرية الموجود منهم ومن سيولد، في حين اختلفوا حول صحة الوقف على الجنين فأجازته المالكية واعتبروه غير لازم بمجرد عقده بل يوقف وتوقف غلته إلى ميلاده، ورأى بعدم صحته الحنابلة والشافعية، في حين أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بالجنين في الوقف رغم كونه لا يحتاج إلى قبول في حين أجاز له الهبة التي تتطلب القبول ركنا لانعقادها.²

¹ - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 135.

² - شهرزاد بوسطلة، المرجع السابق، ص 146.

المطلب الثاني: الحماية الجنائية للجنين.

انطلاقاً من أن كل إنسان يتمتع بمجموعة من الحقوق المقررة له ي الشرائع السماوية والتشريعات الوضعية، فإن الحق في الحياة وعدم الاعتداء عليه يعد من أولى الحقوق التي تكفل له في جميع مراحل حياته حتى ولو كان جنينا في بطن أمه، إذ يعتبر كل اعتداء عليه جريمة يجب أن تكافح في إطار ما يعرف بالحماية الجنائية وإسباغها عليه.

ولأن الجنين يعتبر أساس وجود العنصر البشري فقد أولته مختلف القوانين على غرار الشريعة بالرعاية اللازمة التي تحول دون الاعتداء عليه مع توقيع العقاب على كل من يخالف ذلك، وذلك لحماية حقه في الحياة وتهيئة الجو له وهو في بطن أمه.

• ضمانات الحماية ونطاقها:

انطلاقاً من أن النفس البشرية حرمة لا تستباح بالإباحة، ولأن الجنين المورد الرئيسي الذي يتغذى منه الوجود الاجتماعي، فإن أي اعتداء عليه هو اعتداء على الأسرة والمجتمع مما يستوجب توفير حماية كافية له حفظاً لحقه في الحياة حفظاً لتطور نموه الطبيعي إلى حين ولادته حياً، وتتجلى هذه الحماية في الضمانات المقررة لها سواء قبل تكوينه أو حتى بعد ذلك.

فبالنسبة لمرحلة ما قبل تكون الجنين (محل الحماية) شرع الله الزواج وأمر بحفظ النسل لأن به يبقى الإنسان وتعمّر الأرض، ولقد أولت الشريعة الإسلامية اهتماماً بالغاً بالنسل بدءاً من جعل الله عز وجل للزواج مودة ورحمة وسكينة توفيراً للأمن والاستقرار الأسري مصداقاً لقوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة" الآية 21، سورة الروم، فغاية النكاح هي السكن والرحمة حتى تكون كذلك قاعدة البيئة التي يخلق فيها الأولاد وينمون، ولعل ذلك ينطلق من حسن اختيار الزوج رجلاً كان أم أنثى مصداقاً لقوله صلى الله عليه وسلم: "تنكح المرأة لأربع لماها ولحسبها ولجمها ولدونها فافظر بذات الدين تربت يداك"^{*}، وفي هذا بداية تهيئة جو الاستقرار والسكينة للجنين وما يزيد في ذلك أهمية هو ضرورة توفير الظروف الصحية لا سيما من خلال اختيار الأبعاد لما في ذلك من مراعاة لسلامة الأجنة قبل غيرهم¹، بل وأصبح الحرص أيضاً على سلامة خلو الأزواج من

* - رواه البخاري في صحيحه تحت رقم: 4802، ج 5، ص 1958.

¹ - شهرزاد بوسطة، المرجع السابق، ص 142.

الأمراض والعوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج والتأكد من خضوعهما للفحص الطبي مثلما أورده المادة 7 مكرر من قانون الأسرة.¹

بينما بعد الزواج وهي المرحلة التي تشهد تكون الجنين وميلاد أحد أشخاص الحق في نظر القانون، فقد راعت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وضع الجنين ووجوب حمايته من خلال عديد الضمانات التي تهدف إلى تكريس هذه الحماية، والتي تتجلى عموما في:

- رفع واجب الصيام عن الأم الحامل برخصة الإفطار وإباحته مراعاة لصحتها وصحة الجنين الذي يحتاج إلى الغذاء ليكتمل نموه وهو ما يتحصل عليه عن طريق أمه.
- وجوب إنفاق الأب على الحمل، إذ سبق القول حين التطرق إلى الحماية المدنية أن النفقة مقررة للحمل أو الجنين، إذ أن غايتها تتمثل في حمايته وحفظه.
- إرجاء عقوبة الحامل حتى تضع حملها* امتثالا لما ورد في الأثر خلال عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه حين علّق حد الرجم بشأن امرأة حامل إلى غاية وضع حملها امتثالا لقول معاذ: "إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها"²، ليتم حبسها إلى غاية وضع حملها والذي بمجرد ميلاده عرفه والده بالقيافة التي تعد إحدى طرق إثبات النسب أيضا.
- إباحة شق بطن الأم الحامل إذا كانت الولادة الطبيعية تجعل حياة الجنين أو أمه في خطر، كما هو الحال كذلك عند وفاة الأم دون جنينها باعتبار أن في ذلك مساس بجرمة الميت حال انعدام المبرر الشرعي.
- عدم تحديد جنس الجنين إذ أن الله عز وجل وحده من يختص بهذا مصداقا لقوله: "الله ملك السموات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور" الآية 49، سورة الشورى، وكذا منع وتحريم الاستنساخ* البشري لتأثيره على أحكام الميراث والنسب والنفقة وغيرها، وقد نصت على منعها المادة 375 من قانون الصحة.

1 - شهرزاد بوسطلة، المرجع السابق، ص 143.

2 - مفتاح محمد أفريط، المرجع السابق، ص 155.

* - مثلما نصت عليه المواد 15، 16، 155 من القانون رقم: 04/05، المتعلق بتنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

* الاستنساخ هو توالد خلوي لا جنسي بانقسام الخلية الأنثى أو البيضة بعد تضاعف صبغياتها دون تلقيح أو إخصاب من قبل الخلية الذكر أو النطفة مثلما هو الحال عليه في التوالد الجنسي.

فهذه الضمانات التي قررها المشرع اقتداء بالشارع تعكس أهمية العناية بالعنصر الرئيسي للوجود البشري وأحد أركان الحق (الشخص) وحماية حقه الأساسي (الحياة) ضمانا لاستمرار النسل، ومن خلال هذه الضمانات يتضح أن حماية صاحبها تتمحور ضمن نطاقين أحدهما مكاني تماشيا وصفة الجنين المستترة والآخر زمني تماشيا وبداية تكونه ونفخ الروح فيه إلى غاية ميلاده حيا واكتسابه لبقية الحقوق والسماوات.

فبالنسبة للنطاق الزمني واستنادا إلى ما سبق بيانه بشأن خلال المبحث الأول بخصوص مفهوم الجنين ولا سيما مراحل نموه وتطوره مصداقا لقوله تعالى: "ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين (12) ثم جعلناه نطفة في قرار مكين (13) ثم جعلنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين(14)", سورة المؤمنون، وقوله: "إنا خلقنا الإنسان من نطفة أمشاج نبتليه فجعلناه سميعا بصيرا" الآية 2، سورة الأنسان، ولأن الأهمية في موضوع الحماية تتعلق بمعرفة تاريخ بدء سريانها، بما يجعل الواجب معرفته في هذا الشق متعلقا بالمرحلة أو الوقت الذي يكون فيه الجنين مستوجبا للحماية.

فمدة الحمل وأقصاها تمثل الفترة الزمنية التي ينبغي أن ينعم خلالها الجنين بالحماية المقررة له، وقد اختلف الفقهاء في تحديد أقصى مدة الحمل مثلما سبق بيانه حين التطرق إلى موضوع النسب ضمن المطلب الأول من هذا المبحث، مثلما اختلفوا كذلك في تحديد بداية حياة الجنين من لحظة التخصيب أو نفخ الروح أو العلق، إذ ذهب فريق إلى أن بدايته تكون من مرحلة العلق أي اتصال البويضة الملقحة بالرحم والتصاقها وتعلقها به، غير أن بدء هذه المرحلة بعد أسبوعين جعل التساؤل يثار بشأن المدة السابقة ومدى شموليتها بالحماية من عدمه، وهو ما أدى بفريق آخر إلى القول بأنها تبدأ منذ لحظة الإخصاب وتستمر إلى غاية الميلاد، وهو ما يمكن إعماله حين قراءة النصوص القانونية التي لم يحدد فيها المشرع مرحلة معينة يحول عدو حلولها دون إضفاء الحماية على الجنين.¹

وتبعاً لذلك يمكن القول أن النطاق الزمني لحماية حق الجنين في الحياة يبدأ منذ حدوث عملية الإخصاب (النطفة) وتستمر إلى غاية ميلاد الجنين واستقلاله عن جسم أمه استقلالا

¹ - الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة الجزائر 1، الجزائر، ص 24.

تاما مع تمتعه بالحياة، الأمر الذي يتضح معه أن الحماية مقررة لذات الجنين بالنظر إلى أهميته وسمو مكانته باعتباره محلها الذي لا تكون بدونه.

بينما النطاق المكاني فيقصد به الموقع الذي تجب فيه الحماية للجنين، والذي يعرف اصطلاحا بالرحم، باعتباره المكان الذي يتكون وينمو فيه الجنين منذ لحظة تكونه إلى غاية ميلاده حيا وانفصاله التام عن أمه ورحمها، ولعل التساؤل الذي يتبادر إلى الأذهان بخصوص هذا الأمر يتمثل في مدى تمتع الجنين بهذه الحماية حال استعمال الطرق الاصطناعية للحمل.

فالرحم أو الحيز المكاني للحماية بناء على ما سبق يتضح أن له مدلولاً ضيقاً يتمثل في رحم الأم الحامل وفقاً لتكوينه الطبيعي بيولوجيا وفيزيولوجيا، وآخر واسع يتمثل في المكان الذي يتكون فيه الجنين وينمو¹، بما يثير التساؤل عن أي حيز تكون فيه الحماية مقررة للجنين؟ فإن كان الرحم بمفهومه الطبيعي لا خلاف ولا لبس في تمتع الجنين بالحماية فيه باعتبار أنه الأصل في الأشياء ولا يثير أي إشكال طالما أن الجنين يتمتع بالحماية منذ لحظة تكونه إلى غاية ميلاده حيا، فإن التساؤل يتركز حول الاستثناء الذي يتمثل في المفهوم الواسع للرحم أو ما يعرف بالتلقيح الاصطناعي.

فالتلقيح الاصطناعي (أو ما يعرف بأطفال الأنابيب) عموماً هو تلقيح بغير الطريق الطبيعي، أي تلقيح بين الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة من غير الطريق المعهود، وقد أفرزته التطورات العلمية نظراً لحاجة الناس إليه باعتباره حلاً لحالات العقم أو صعوبة الحمل سواء بسبب مرض أو غيره، على أن الأخذ بإحدى صورته* يقتضي أن يكون مبرراً بضرورة ملحة ومشروعة وبموافقة الزوجين وباستعمال نطفة الزوجة وبويضة ورحم الزوجة، أي أن يكون قائماً على رضا صاحبيه اللذين تجمعهما رابطة زوجية شرعية قائمة.

¹ - بوزيدي سليمان، الحماية القانونية للجنين في ظل التشريع الجزائري، ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ص 57.

* - للتلقيح الاصطناعي صورتين: داخلية وخارجية، فالأولى لها حالتين: أخذ نطفة الرجل وحقتها إما في رحم زوجته، أو في رحم زوجة رجل آخر، والثانية لها خمس حالات: إخصاب نطفة وبويضة زوجين خارجياً وزرعهما إما في رحم الزوجة أو رحم زوجة رجل آخر (أم بديلة)، إخصاب نطفة زوج بويضة امرأة أخرى (متبرعة) وزرعها في رحم زوجته، إخصاب نطفة وبويضة رجل وامرأة أجنبيين عن بعضهما وزرعها في رحم امرأة أخرى متزوجة، إخصاب نطفة وبويضة زوجين خارجياً وزرعهما إما في رحم زوجته الثانية.

راجع في هذا الشأن: الشيخ صالح بشير، المرجع السابق، ص 52 وما يليها.

وعلى هذا الأساس أقر المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي في قانون الأسرة ضمن المادة 45 مكرر وحدد له شروطا حتى يفرز آثاره، تتمثل في الزواج الشرعي، ورضا الزوجين، وتمامه أثناء حياتهما على أن تكون النطفة والبويضة منهما دون غيرها ودون اعتماد الأم البديلة حتى ولو كانت زوجة شرعية ثانية للزوج، كما نص عليه أيضا ضمن القانون 11/18 المتعلق بالصحة الذي عرفه بالمساعدة الطبية على الإنجاب وتناوله من المادة 370 إلى 376، بتبيان ظروفه الإجرائية والزمانية، وفي هذا كله حرص من المشرع على حماية النسب أساسا وما يترتب عليه من حقوق الإرث، النفقة وغيرها¹.

وتبعاً لذلك يمكن القول أن النطاق المكاني لحماية حق الجنين في الحياة يتحقق في الرحم بمفهومه الضيق والواسع، فإن كان إقرار الحماية للجنين في موضعه ونشأته الطبيعيين أمراً مفروغاً منه، فإن قرار التلقيح الاصطناعي شرعا وقانونا يجعل الحماية واجبة له أيضا في موضعه الاستثنائي، ولعل تبرير ذلك يعود إلى كون مناط الحماية لا يتوقف على موقعه بالنظر إلى أنها مقررة لذاته دونما اشتراط مكان معين لوجوده، إذ رغم أن التشريعات الوضعية لم تتطرق إلى حماية الجنين خارج الرحم الطبيعي باعتبار أنها ظاهرة لا زالت جدتها تثير الاختلاف بين دارسي القانون وفقهائه، إلا أن غاية التلقيح الاصطناعي (الإنجاب) وأهميتها في استمرارية وجود العنصر البشري الذي يعتبر الجنين أساسه وتماشيا وما خلص إليه الطب من كون البويضة الملقحة اصطناعيا تعتبر مادة بيولوجية تجمع في ذاتها المكونات الوراثية الضرورية والكافية والخصائص الأساسية للإنسان، يقتضي أن تشمل الحماية الجنين أينما كان حيز تواجده طبيعيا أو اصطناعيا (فترة الإخصاب الخارجي)².

فالجنين بالنظر إلى وضعه القانوني الاستثنائي (شخصا قانوني، مستتر، تابع) وباعتباره المورد الرئيسي الذي يتغذى منه الوجود الاجتماعي، وأمام الضمانات المقررة بناء على ذلك الأساس مثلما سبق بيانه، فإن كون أي اعتداء عليه يعد اعتداء على الأسرة والمجتمع يستوجب توفير حماية كافية لحقه في الحياة منذ نشأته وتكونه إلى غاية ميلاده حيا وأينما كان موضعه، وهو الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل مرة أخرى عن الإطار القانوني الذي تتجسد خلاله هذه الحماية القانونية المقررة للجنين في شقها الجنائي خصوصا باعتبار أن تجريم الأفعال الواقعة على الجنين دليل على أهميته وسمو مكانته، وذلك من خلال استقراء

1 - الشيخ صالح بشير، المرجع السابق، ص 27.

2 - بوزيدي سليمان، المرجع السابق، ص 57.

قانون العقوبات وما تضمنه من جرائم ذات صلة بالجنين وحقه في الحياة خصوصا، وهو ما سوف يتم التطرق إليه خلال الفرع الموالي.

• جريمة الإجهاض:

انطلاقا مما ثبت سلفا من تقرير حماية حق الجنين في الحياة بالنظر إلى الأهمية التي يحظى بها مركزه سواء من الناحية الشرعية أو القانونية أو حتى الاجتماعية، فقد أولى القانون له حماية لذاته لا دخل فيها لوضعيته بين كونه نتاجا لعلاقة شرعية أو غير شرعية، إذ في جميع الحالات يستحق الجنين هذه الحماية لذاته البشرية والإنسانية، ولذلك فالقانون يعاقب على واقعة الاعتداء على حق الجنين في الحياة.

باستقراء قانون العقوبات يتضح أن المشرع الجزائري أولى أهمية لحماية حق الجنين في الحياة حين نص على تجريم واقعة الاعتداء على هذا الحق بشكل يزول معه صاحبه، وذلك من خلال تناوله في الجزء الثاني الخاص بالتجريم، ضمن كتابه الثاني المتعلق بالجنايات والجنح وعقوباتها، وتحت بابه الثاني الذي تناول الجنايات والجنح ضد الأفراد، خصص ضمن فصله الثاني الخاص بالجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، القسم الأول ليعاقب على جريمة الإجهاض، وذلك بتخصيصه عشرة مواد (304 إلى 313).

والإجهاض لغة هو ما ألقته المرأة من الحمل، والجهض هو الولد السقط أو ما تم خلقه ونفخ الروح فيه من غير أن يعيش، فأجهضت المرأة معناه أسقطته ناقص الخلقة، أو ألقته بغير تمام، أما اصطلاحا فهو تعمد إنهاء حالة الحمل قبل الأوان بإعدام الجنين داخل الرحم أو بإخراجه منه ولو حيا قبل الموعد الطبيعي المقدر لولادته دون ضرورة وبأي وسيلة من الوسائل، أي أنه إنهاء لحق الجنين في الحياة.¹

وقد عرفته المحكمة العليا بأنه قتل الجنين في بطن أمه أو وضعه قبل الأجل القانوني لميلاده.*

وهو باعتباره مثلما سبق بيانه انفصالا للجنين عن رحم أمه وخروجه منه دون حياة وفي غير مواعده الطبيعي، يتضح أنه نوعان:

الأول طبيعى دون أي تدخل خارجي وغالب مسبباته داخلية محضة، ويعرف أيضا بالتلقائي باعتبار أنه عملية طبيعية يقوم بها الرحم لطرد الجنين دون أي تدخل لإحداثه، وهو

¹ - الشيخ صالح بشير، المرجع السابق، ص 40.

* - قرار المحكمة العليا الصادر في: 2002/02/12، الصادر عن غرفة الجنح والمخالفات، تحت رقم: 252408.

وفقا لهذه الصورة يمكن أن لا يعتبر إجهاضا، والثاني مفتعل إما لسبب علاجي أمّلته الضرورة بغية الحفاظ على الأم مثلما نصت عليه المادة 77 من قانون الصحة*، وإما لسبب إجرامي (جنائي) يُتعمد فيه إنهاء حالة الحمل بأي وسيلة.¹

والإجهاض وفقا لهذا يختلف عن منع الحمل من حيث المحل في الشق المتعلق بالوجود باعتبار أن الأول يكون فيه المحل (الحمل أو الجنين) موجودا، بينما الثاني لا وجود له فيه بحكم أنه منع لوجوده وتكونه أصلا، فإنه في صورته المفتعلة لسبب إجرامي يشكل إنهاء للحق في الحياة بما يجعله مشابها للقتل، غير أن الاختلاف بينهما يكمن في زمن وقوع الفعل المجرم ومحلّه، إذ أن الأخير إزهاق لروح إنسان الحي (بعد الولادة) بينما محل الأول إزهاق لروح الجنين (قبل الولادة).²

وعلى هذا الأساس تناول المشرع الجزائري مسألة حماية حق الجنين في الحياة تجريما وعقابا ضمن قانون العقوبات وفقا للتبويب سالف الذكر، فجرم فعل الإجهاض أي إسقاط الجنين قبل موعد ولادته سواء كان هذا الجنين موجودا فعلا أو افتراض الجاني أنه موجود، وسواء وافقت الأم على الجريمة أم لم توافق، ومهما كانت الوسيلة المستعملة في ذلك إرادية كانت أو بالقوة أو الاحتيال، فالمشرع هنا لم يشترط وجود حمل بل وحرصا منه على تأمين حق الحياة يعاقب الجاني الذي قصد إنهاء الحمل حتى ولو ثبت بعد ذلك عدم وجوده وفي هذا عقاب على الجريمة المستحيلة.³

وباستقراء النصوص القانونية وإسقاطها على القواعد العامة للقانون الجزائي يتضح أن جريمة الإجهاض تقتضي لقيامها بما يوجب توقيع العقاب على فاعلها التثام أركانها، والتي تتمثل أساسا في الركن شرعي، ومحل الجريمة، والركن المادي، والركن المعنوي. فالركن الشرعي المستمد من وجوب وجود نص قانوني يقضي بتجريم الفعل وتقرير جزاء جراء ذلك، يتضح في جريمة الإجهاض من خلال المواد سالفة الذكر لا سيما 304 التي وفقا لصياغتها:

* - يعد الإجهاض لغرض علاجي عندما يكو ضروريا لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للمحافظة على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر، على أن يتم في هيكل متخصص بعد فحص طبي يجرى بمعية طبيب اختصاصي.

1 - أميرة عدلي عيسى، المرجع السابق، ص 297.

2 - الشيخ صالح بشير، المرجع السابق، ص 44.

3 - أميرة عدلي عيسى خالد، المرجع السابق، ص 214.

(كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك)

تضمنت بيان أركان الجريمة وتعدادها بدءا بوجود الحمل، مروراً بالسلوك المجرم (مادي) وصولاً إلى القصد الجنائي (معنوي).

فالركن الأول (وجود الحمل): وذلك تأكيداً لحماية الجنين (الحمل) في بطن أمه، إذ يقتضي الإجهاض أن يقع على امرأة حامل أو مفترض حملها، أي قيام حالة حمل أو تواجد الجنين في رحم المرأة، وفي هذا تكريس لما سبق بيانه بشأن نطاق الحماية من حيث الزمان (مدة الحمل) والمكان (الرحم)، ولاستتار الجنين (الحمل) وعدم ظهور الحمل فقد نص المشرع على قيام الجريمة حتى ولو لم يكن الحمل حقيقياً (حمل مفترض) أي يكفي اعتقاد الفاعل بأن المرأة حامل مع إتيانه للأفعال المجرمة، وفي هذا عقاب على الجريمة المستحيلة التي خابت نتيجتها بسبب لا يد للفاعل فيه، تأكيداً على الخطورة الإجرامية.¹

أما الركن الثاني (السلوك الإجرامي): والمتمثل في الفعل الذي يقع على حق الجنين في الحياة، ويتكون من عناصر ثلاثة: الفعل المجرم ونتيجته والعلاقة السببية بينهما، فالعنصر الأول يتمظهر في أحد فعلين إيجابي أو سلبي، بإتيان كل ما من شأنه أن يؤدي إلى إخراج الجنين من رحم أمه قبل موعد ولادته حتى ولو تحققت الحياة بعد إخراجه لأن في ذلك تهديد لحياته وصحته، مهما كانت الوسيلة المستعملة في ذلك بما فيها المذكورة على سبيل المثال ضمن المادة سالف الذكر (أدوية، مشروبات، مأكولات، أدوية، عنف)، كما يتحقق الفعل أيضاً حال الامتناع عن تقديم من من شأنه أن يمنع من حدوث الإجهاض كامتناع الطبيب أو الممرض عن تقديم الدواء في وقته المحدد أو سماح الحامل نفسها للغير بإجهاضها لأن في ذلك امتناعاً منها عما ألزمها به القانون من حماية الجنين ورعايته مثلما نصت عليه المادة 309 من قانون العقوبات، والثاني يتمثل في نتيجة الفعل سالف الذكر والمتمثلة في موت الجنين داخل رحم أمه وفي هذا تحقق للاعتداء على حقه في الحياة بثبوت الضرر، أو بإخراجه منه قبل موعد ولادته الطبيعية حتى ولو تحققت حياته باعتبار أن في ذلك وقف نموه الطبيعي بما يعرضه حياته وصحته للخطر، أما لثالث فيتمثل في العلاقة السببية بين

¹ - بوزيدي سليمان، المرجع السابق، ص 60.

العنصرين سالفَي الذكر (الفعل والنتيجة)، إذ يجب أن يكون الضرر (موت الجنين) أو الخطر (إخراجه قبل الولادة) ناتجا عما يأتيه الفاعل من أعمال إيجابية أو سلبية باستعمال أي وسيلة كانت تؤدي إلى تحقق النتيجة سالفة الذكر، ولذلك جرم المشرع حتى الشروع في إتيان هذه الجريمة من خلال البدء في تنفيذ السلوك دون تحققه لأسباب خارجة عن إرادة الجاني (عجز الجاني عن تحقيق النتيجة الإجرامية بسبب لا يد له فيه)، كقيام شخص ضرب امرأة حامل أو منحها دواء بغية إجهاضها وتدخل شخص آخر لمنعه، وكذلك الحال بالنسبة للشريك أو المحرض طبقا لنص المادتين 41، 42 من قانون العقوبات.¹

بينما الركن الثالث (المعنوي) والذي يتمثل قيام القصد الجنائي (النية الإجرامية) من خلال علم الفاعل بكافة العناصر المكونة للفعل المجرم ونتيجته (علمه بوجود حمل أو افتراضه ذلك وبأن السلوك الذي يأتيه يؤدي إلى الإجهاض) مع اتجاه إرادته إليه، ولا يعتد في ذلك بموافقة الأم ولا بنجاعة الوسائل المستعملة من عدمهما.²

وباستقراء النصوص القانونية أيضا يتضح أن للإجهاض عدة صور مقسمة حسب الفاعل، إذ يكون الفاعل في الأولى من الغير الذي نصت عليه المادة 304 من قانون العقوبات ولا يشترط فيه المشرع أي صفة في الفاعل، كما لا يشترط وجود حمل إذ يكفي الافتراض فيه، في حين يكون في الصورة الثانية صاحب صفة* مثلما نصت عليه المادة 306 من نفس القانون، إذ يشترط المشرع لقيام هذه الصورة توافر صفة خاصة في الفاعل محددة على سبيل الحصر لعلاقة مهنته بما من شأنه إحداث الفعل المجرم أو تسهيله، بينما يكون في الصورة الثالثة الحامل نفسها سواء قامت بذلك بغض النظر عن الباعث، أو شرعت فيه أو وافقت عليه مثلما تضمنته المادة 309 من نفس القانون، وفي هذا تأكيد صريح على أن الحق المشمول بالحماية هو حق الجنين في الحياة ونموه الطبيعي وأن عقاب الحامل أساسه إخلالها بالالتزام المقرر في ذمتها شرعا وقانونا (الحفاظ على جنينها)، لتضيف المادة 310 من نفس القانون صورة أخرى من صور الإجهاض يكون فيها الفاعل

1 - بوزيدي سليمان، المرجع السابق، ص 64.

2 - بوزيدي سليمان، المرجع السابق، ص 65.

*- ذوو الصفة محددون حصرا وهم: طبيب، قابلة، جراح أسنان، صيادلة، طلب الطب أو طب الأسنان أو الصيدلة، ومستخدمو الصيدلات، محضرو العقاقير وصانعي الأربطة الطبية، تجار الأدوات الجراحية، الممرضون، المدلكون الذين يرشدون عن طريق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به

محرضا دون اشتراط تحقق النتيجة من عدمها بحكم أن التحريض جريمة مستقلة قائمة بذاتها إذ يكفي توافر القصد الجنائي لدى الفاعل خلال إتيانه لأحد السلوكات المجرمة المحددة حصرا في المادة سالفه الذكر¹، والمتمثلة في:

- إلقاء خطب في أماكن أو اجتماعات عمومية.
- البيع أو الطرح للبيع أو التقديم ولو في صورة غير علانية أو العرض أو الإلصاق أو التوزيع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية أو التوزيع في المنازل، لكتب أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسوم أو صور رمزية، أو تسليم شئ من ذلك مغلف بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل.

- القيام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة.

كما أن هناك صورة أخرى من صور الإجهاض التي قد يكون فيها الفاعل من أحد أصحاب الصور الأولى والثانية والرابعة، والتي لا تتوقف نتيجة سلوكها الإجرامي على محرد إلحاق ضرر أو خطر بالجنين، بل تتعداه إلى وفاة الأم رغم أن القصد الجنائي يتعلق بالإجهاض، وهي الصورة التي تناولتها الفقرة الثانية من المادة 304.

وتبعا لتعدد الصور سالفه الذكر بالإضافة إلى ما يرد عليها من ظروف ومقارنة بأهمية محل الجريمة وخطورتها يتبادر إلى الأذهان تساؤل حول مدى مسaire المشرع الجزائري لهذا التعداد وتدرجه في تقرير العقاب استنادا إلى ذلك.

فالفعل في صورته الأولى (الفاعل من الغير: 304) يشكل جنحة عقوبتها الحبس من سنة إلى خمس سنوات حبس وغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج، مع جواز الحكم بالمنع من الإقامة، وتشدد العقوبة حال توافر أحد الطرفين الآتين:

- إفضاء الإجهاض إلى الوفاة، ليتحول الوصف إلى جناية عقوبتها السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة، مع الأمر وجوبا بالحجر القانوني طيلة فترة تنفيذ العقوبة، والحرمان من أحد الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية لمدة أقصاها عشر سنوات تسري من تاريخ الإفراج أو انقضاء العقوبة، مع جواز المنع من الإقامة، والقضاء أيضا بمصادر وسائل الجريمة، تطبيقا لنصوص المواد 9 مكرر وما يليها من قانون العقوبات، وكذلك المنع وجوبا من

¹ - بوزيدي سليمان، المرجع السابق، ص 68.

ممارسة أي مهنة بأي صفة كانت في العيادات ودور الولادة أو المؤسسات العمومية أو الخاصة المخصصة عادة لاستقبال نساء في حالة حمل حقيقي أو ظاهر أو مفترض، طبقا للمادة 311.

- الاعتياد يضاعف كذلك عقوبة الجنحة ويرفع عقوبة الجناية إلى الحد الأقصى، مع توقيع العقوبات التكميلية والتدابير الأمنية سالفه الذكر.

ويظل الوصف والعقاب في صورته الثانية (الفاعل ذي صفة: 306) متطابقا مع المادتين 304، 305 سالفتي الذكر، وكذلك الحال بالنسبة للعقوبات التكميلية وتدابير الأمن، مع وجوب الحرمان من ممارسة المهنة، وعدم الامتثال لذلك يترتب عنه عقوبة جنحية من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 10000 إلى 20000 دج، مع جواز الحرمان من الإقامة أيضا طبقا للمادتين 307، 313.

وكذلك الحال بالنسبة للصورة الثالثة (الفاعل هي الحامل نفسها: 309) إذ يظل الوصف جنحة بعقوبة مخففة تتراوح من الحبس لسته أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج، حال تعمدتها القيام بذلك أو محاولتها أو موافقتها على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض.

ويمتد نفس الوصف الجنحي ليشمل الصورة الرابعة (المحرض: 310) مع توقيع عقوبة مخففة أيضا تتراوح بين من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج أو بإحدى العقوبتين حتى ولو لم يؤد التحريض إلى نتيجة.

وبالنظر إلى طبيعة هذه الجريمة وما تنطوي عليه من موازنة بين الحامل والحمل وحق كليهما في عدم المساس بحقوقه وسلامته، فإنه عكس بقية الجرائم فيما يتعلق بأسباب الإباحة التي تجعل من الفعل المجرم مباحا لا مساءلة فيه ولا عقاب، طالما أن نص المادة 308 من قانون العقوبات تطرق إلى ذلك مشترطا أربعة شروط كاملة من أجل إباحة الفعل.

فالأول يتمثل في ضرورة الإجهاض لإنقاذ حياة الحامل مثلما تضمنته المادة 77 من قانون الصحة التي سبق بيانها التي عرفت الضرورة بالإيقاف العلاجي للحمل وجعلت من مخالفته فعلا مجرما يستوجب العقاب لما يشكله من تعريض الحامل للخطر، إذ تحيل المادة 409 من قانون الصحة إلى المادة 304 من قانون العقوبات، ويتمثل الثاني في وجوب أن يقوم به طبيب أو جراح مختص، بينما يتعلق الثالث بالعلنية، والرابع بضرورة إبلاغ السلطات

الإدارية قبل القيام به¹، لتضيف المادة 78 من قانون الصحة شرطا آخر يتعلق بمكان القيام بالفعل إذ حددت حصرا في المؤسسات العمومية الاستثنائية تحت طائلة العقاب طبقا للمادة 410 من قانون الصحة.

¹ - بوزيدي سليمان، المرجع السابق، ص 72.

وخلاصة لما سبق ذكره خلال هذا المبحث يتضح أن إبداع رجال الفقه القانوني في إيجاد تفسير لوضع الجنين الاستثنائي انطلاقاً مما أقرته الشريعة الإسلامية له بكونه إنساناً تترتب عليه الدية على قتله ويدفعها الجاني إلى ورثته، واعتماداً على القاعدة الرومانية التي تلحقه بالمولود كلما كانت مصلحته تقتضي ذلك، وصولاً إلى تأكيدهم اعتراف القانون بأن الجنين شخص من أشخاص الحق تستلزم خصوصيته حماية مركزه القانوني دون التمييز بين مراحل نموه، بالنظر إلى تقريرهم حقوقاً محددة له سواء المتعلقة بجانبه المعنوي أو المادي، والتي تبين بعد الاطلاع عليها أنها لا تحتاج إلى قبول منه -رغم ما قيل عن الهبة- وأنها معلقة على شرط فاسخ يتمثل في عدم ولادته حياً، ومرد هذا هو عدم وجود ما يمنع منطقاً من اكتساب الجنين لأي حق من الحقوق ما دامت لا تقابلها التزامات، حتى ولو كان هذا الحق يحتاج إلى قبول كما هو الحال عليه في الهبة، الأمر الذي يؤدي إلى نتيجة مفادها أن للجنين شخصية كاملة لاكتساب الحقوق التي تكون احتمالية موقوفة على شرط فاسخ ونافعة له نفعاً محضاً.

خاتمة

صفوة القول في الأخير أن الجنين شخص من أشخاص القانون وله العديد من الحقوق التي حفظها له الشرع والقانون، وأن تحديد مركزه القانوني لا يمكن تحديده من وجهة نظر القانون فقط بل من وجهة نظر الشريعة الإسلامية أيضا سواء تعلق الأمر بالشق المدني أو الجنائي، فالفقه الإسلامي كان السباق إلى العناية والاهتمام بحقوق الجنين والمحافظة عليها وجعلها جزءا لا يتجزأ منه، فهو كائن معصوم الدم ومحفوظ له الحق في الحياة كما له حقوق مالية وغير مالية وجب المحافظة عليها وعدم الاعتداء عليها أو المساس بها، وأن التشريعات الوضعية لم تول هذا الكائن الحي حقه في مواده باستثناء تركيزها على ما تناولته الشريعة الإسلامية من إجهاض، ميراث، وصية، وهبة.

واتضح أيضا أن للجنين شخصية قانونية طالما أنها القدرة العامة والمجردة على التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات، فهو يكتسب حقوقا -ولو أنها محددة قانونا- تجعل من شخصيته قائمة وتامة لا تقبل الانقسام فالقانون ينص على شخصية واحدة، وأن أهلية الوجوب تثبت لكل إنسان في المجتمع كون مناطها الحياة والصفة الإنسانية وليس السن أو العقل، فهي مدى صلاحية التمتع بالحق أو تحمل الالتزام، مما يجعل بدايتها من وقت الحمل أمرا طبيعيا ومقبولا وتثبت بتمام الولادة حيا، غير أن أهلية الوجوب لدى الحمل أو الجنين تعتبر ناقصة حتى تتلائم مع وضعه الطبيعي فتكون مقتصرة على اكتساب الحقوق التي لا يثبت إلا بولادته حيا، ومرد ذلك إلى احتمال الحياة والموت قبل وجوده في الدنيا، وإلى تبعيته لأمه وارتباطه بها من جهة، واستقلاليته بالحياة بعد نفخ الروح فيه من جهة ثانية، مما يجعله أهلا لاكتساب ما يعود عليه بالنفع نفعاً محضاً لأن الحفاظ على مصالحه ضروري في هذه الفترة بالذات، وبذلك تصبح شخصيته موجودة بالقوة قبل ولادته وبالفعل بعدها، أما الحقوق التي تثبت للجنين تكون معلقة على شرط فاسخ باعتبارها حقوقاً حالة استناداً إلى تمام شخصيته على أن تكون كأن لم تكن إذا ولد ميتاً وهذا من خصائص الشرط الفاسخ.

فقصور التشريعات الوضعية في الاهتمام بهذا الشأن أدى إلى الاعتداء على بعض حقوق الجنين وإغفال أخرى، ومثال ذلك في القانون الجزائري عدم تبيان قابل الهبة بدلا عنه، وعدم تمكينه من الحق في الوقف أيضا، وغيره.

وإن كان وضع الجنين استثنائياً فعلاً فإنه لا ينبغي إهماله كما لا ينبغي النظر إليه باعتباره شيئاً، بل يجب تحديد إطاره القانوني بدقة وتبيان مدى تمتعه بالشخصية القانونية وشروط ثبوت حقوقه - حتى وإن تم تحديدها قانوناً - كمبدأ عام، ومن ثم إدراجها في باقي القوانين التي تتضمنها.

وختاماً لهذه العمل يمكن تقديم بعض الاقتراحات ترمينا لمركز الجنين وتكريساً لحماية أكثر لحقوق، أهمها:

- العمل على تعديل القوانين ذات الصلة بالشريعة العامة (القانون المدني) بحكم أن المادة 25 منه تم تعديلها سنة 2005 (الحقوق المدنية / الحقوق التي يحددها القانون)، دون أن يتبع ذلك أي تعديل لبقية النصوص سوى قانون الأسرة، ومثال ذلك نصوص قانوني التأمينات والعمل (مدى تمتع الجنين بالتعويض حال وفاة والده جراء حادث مرور أو عمل).
- العمل في ظل تطور الثورة العلمية والطبية على تكريس حق الجنين فيما يتعلق بما ترتبه الأخطاء الطبية من آثار سلبية على سلامة الجنين الجسدية خصوصاً، وذلك من خلال تعديل قانون الصحة خصوصاً أو المدني عموماً فيما يتعلق بالمسؤولية.
- تقرير حق الوقف للجنين تماشياً وأحكام الفقه الإسلامي من جهة، وبالنظر إلى كونه حقاً لا يحتاج إلى قبول عكس الهبة من جهة أخرى.
- التجريم الصريح لأي اعتداء يكون محله الجنين حال عمليات التلقيح الاصطناعي المقرر قانوناً وشرعاً.

قائمة المصادر والمراجع

I- المصادر:

أولاً:

- 1- القرآن الكريم.
- 2- صحح البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، ج 2، 3، 4، 5، موفم للنشر، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1992.

ثانياً: النصوص القانونية:

- 1- قانون رقم: 84-11، المؤرخ في: 09-06-1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
- 2- قانون رقم: 18-11، المؤرخ في: 02-07-2018، المتضمن قانون الصحة.
- 3- قانون رقم: 05-04، المؤرخ في: 06-02-2005، المتضمن قانون السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين المعدل والمتمم.
- 4- الأمر رقم: 66-156، المؤرخ في: 08-06-1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
- 5- الأمر رقم: 70-20، المؤرخ في: 19-12-1970، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل والمتمم.
- 6- الأمر رقم: 75-58، المؤرخ في: 26-09-1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

II- المراجع:

أولاً: المؤلفات

- 1- أبو السعود رمضان، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2005.
- 2- العدوي جلال علي، المراكز القانونية، دار المعرفة الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1993.
- 3- بلحاج العربي، أحكام الزوجية أثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

- 4- جعفر محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، ط3، دار هومة، الجزائر، 2018.
- 5- عدلي عيسى خالد أميرة، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، 30 شارع سوتير، الاسكندرية، مصر، 2005.
- 6- فيلالى علي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
- 7- محمد أقریط مفتاح، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، السبع بنات 24 شارع عدلي يكن، مصر، 2006.

ثانياً: المجلات والدوريات

- 1- أبو النجا إبراهيم، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 1987، العدد 4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر.
- 2- بوسطة شهرزاد، الحقوق المعنوية والمالية للجنين في الشريعة الإسلامية، مجلة الإجتهد القضائي، 2010، العدد 7، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.
- 3- داودي إبراهيم، الشخصية القانونية للحمل المستكن، مجلة الراشدية، 2010، العدد 2، كلية الحقوق، جامعة معسكر، الجزائر.
- 4- فيلالى علي، تعليق على قرار قضائي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 2001، جزء 39، رقم 4، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر.
- 5- مومن محمد، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، 2004، العدد 3، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر.

ثالثاً: الرسائل والمذكرات.

- 1- الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة الجزائر1، الجزائر، 2013.
- 2- بوزيدي سليمان، الحماية القانونية للجنين في ظل التشريع الجزائري، ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2014.

- 3- شيهاني سمير، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2005.
- 4- محمد إبراهيم خليل إبراهيم، حقوق الجنين بين الشريعة الإسلامية والقانون والاتفاقيات الدولية، ماجستير القضاء الشرعي، كلية الدراسات، الجامعة الأردنية، 2005.
- 5- مقدم سارة، الأهلية وأثر تخلفها في قضايا شؤون الأسرة بين الفقہ الإسلامي وقوانين الأسرة المغربية، ماجستير قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2016.

الفهرس

01	مقدمة.
03	خطة البحث.
04	المبحث الأول: الوجود القانوني للجنين.
05	المطلب الأول: الشخصية القانونية للجنين.
05	أولاً: الشخصية القانونية.
10	ثانياً: شخصية الجنين.
15	المطلب الثاني: الأهلية القانونية للجنين.
15	أولاً: الأهلية القانونية.
20	ثانياً: أهلية الجنين.
26	المبحث الثاني: الحماية القانونية للجنين.
27	المطلب الأول: الحماية المدنية.
27	أولاً: من الناحية المعنوية.
31	ثانياً: من الناحية المالية.
35	المطلب الثاني: الحماية الجنائية.
35	أولاً: الضمانات والنطاق.
40	ثانياً: جريمة الإجهاض.
48	الخاتمة.
50	المراجع.
53	الفهرس.

المُلخَص

انطلاقاً من أن للحق صاحباً يسميه القانون شخصاً ويضفي عليه الشخصية القانونية التي تبدأ بتمام ولادته وتنتهي بموته، وتتطوي على أهليتي الوجوب والأداء، فقد أثار وضع الجنين بالنظر إلى تقرير القانون لحقوق له ولو على سبيل الحصر نقاشاً حول مدى اعتباره شخصاً من أشخاص القانون وما يترتب عليه من آثار، وتماشياً والأحكام الشرعية باعتبار أن دراسته لا منأى لها عن الأخيرة التي أولت أهمية وعناية بالغتين للجنين بحكم أنه ليس عدماً ولا شيئاً فقد ساير فقهاء القانون ذلك وخلصوا إلى كونه شخصاً من أشخاص القانون يتمتع بالشخصية القانونية باعتبارها تتعلق بتلقي الحق، ولوضعه المستتر الذي يجعله متصفاً بالتبعية فقد وضح الفقهاء أن أهلية الوجوب لديه منقوصة لاقتصارها على ما حدده له القانون من حقوق دون أي التزام، أو ما اصطلح على تسميته بأهلية الوجوب الإيجابية، والتي تقتضي بالضرورة تبعاً لذلك انعدام أهلية الأداء، الأمر الذي تعكسه طبيعة الحقوق المقررة له قانوناً من كونها نافعة له نفعاً محضاً، والتي توصلوا بناء على ذلك إلى أنه معلقة على شرط فاسخ (عدم ولادته حياً) بالنظر إلى ما يترتب عليه من آثار قانونية بشأن الأثر الرجعي من جهة وكونها (آثار الشرط) لا تتعارض مع حقيقة اكتساب الجنين للشخصية القانونية من جهة أخرى، إذ أنها لا تقتضي أي قبول - باستثناء الهبة - سواء ما تعلق منها بجانبه المعنوي أو المادي، والتي أمام ثبوت تقريرها لذات الجنين باعتباره العنصر الرئيسي للوجود البشري فقد أولى التشريع الوضعي على غرار أحكام الشريعة الإسلامية عناية لحماية كل من ذاته وحقه في الحياة على أن تسري منذ تكونه وتستمر إلى غاية ميلاده حياً مع مراعاة مستجدات التطورات العملية الطبية فيما يتعلق بالتلقيح الاصطناعي طالما أنه مقرر شرعاً وقانوناً، وتعتبر جريمة الإجهاض الصورة المثلى أو الوحيدة التي تناولها المشرع لتكريس الحماية الجزائية للجنين بما يضمن حقه في الحياة واستمرارية نموه وما يحتوي عليه ذلك من حماية لحقوقه المقررة له قانوناً أيضاً.

Summary

Proceeding from the fact that the right has an owner whom the law calls a person and gives him the legal personality that begins with the completion of his birth and ends with his death, and includes the qualifications of obligatory and performance, the condition of the fetus in view of the law's determination of his rights, even exclusively, has raised a discussion about the extent to which he is considered a person of the law and what it entails. From the effects, and in line with the legal provisions, considering that his study is not insulated from the latter, which attached great importance and care to the gene by virtue of the fact that it is neither non-existent nor nothing, Because of its hidden status that makes it characterized by dependence, the jurists have made it clear that his eligibility for the obligation is deficient because it is limited to what the law has specified for him without any obligation, or what has been termed as the capacity of positive obligation, which necessarily requires accordingly the lack of eligibility to perform, which is reflected in the nature of the established rights. Legally, it is purely beneficial to him, and accordingly they concluded that it is hinged on a void condition (not being born alive) in view of the legal implications of the retroactive effect on the one hand and because (the effects of the condition) do not conflict with the fact that the fetus acquires the personality. On the other hand, legal It does not require any acceptance - with the exception of the gift - whether it is related to its moral or material aspect, which, in the face of its confirmation of the same fetus as the main element of human existence, the positive legislation, similar to the provisions of Islamic Sharia, has paid attention to protecting each one of himself and his right to life, provided that it applies since its formation. And it continues until his birth alive, taking into account the latest developments in the medical process with regard to artificial insemination as long as it is legally and legally prescribed. He has a law too.