الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلوم الإسلامية -جامعة الوادي
قسم الشريعة

الحقوق المالية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

إعداد الطالبتين:
فوزية زهرونة
كلثوم صالحي

إشراف الدكتور:
عبد القادر مهاوات

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. نور الدين مناني	أستاذ محاضر (ب)	جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي	رئيسًا
د. عبد القادر مهاوات	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي	مشرفا ومقررا
د. السعيد هراوة	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي	مشرفًا مساعدًا
د. السعيد سحارة	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي	ممتحنًا

الموسم الجامعي: 1440-1441هـ/ 2019-2020م

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلوم الإسلامية -جامعة الوادي
قسم الشريعة

الحقوق المالية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

مذكرة تخرّج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: شريعة وقانون

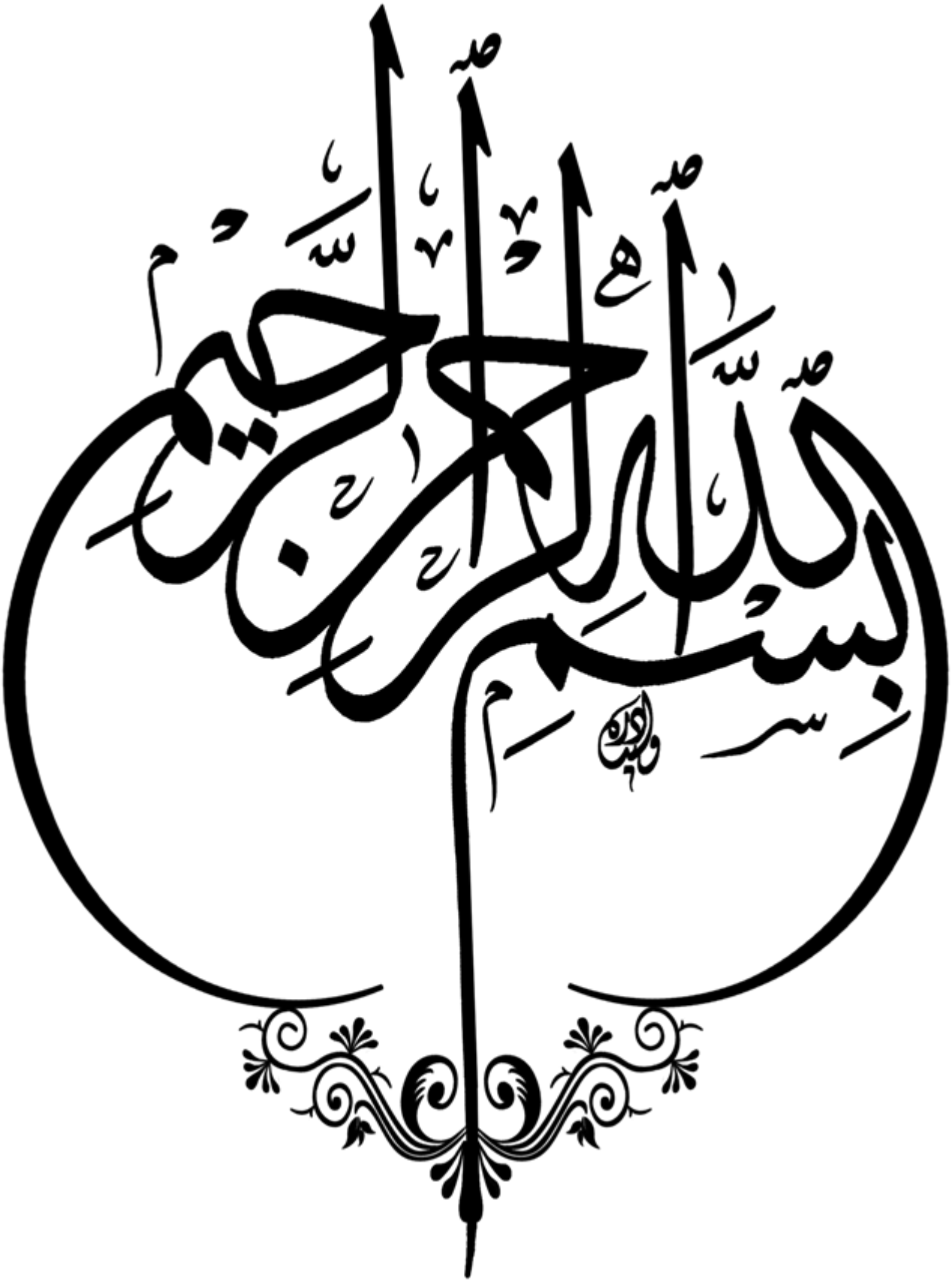
إعداد الطالبتين:
فوزية زهرونة
كلثوم صالحي

إشراف الدكتور:
عبد القادر مهاوات

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
د. نور الدين مناني	أستاذ محاضر (ب)	جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي	رئيسًا
د. عبد القادر مهاوات	أستاذ محاضر (أ)	جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي	مشرفا ومقررا
د. السعيد هراوة	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي	مشرفًا مساعدًا
د. السعيد سحارة	أستاذ متعاقد	جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي	ممتحنًا

الموسم الجامعي: 1440-1441هـ/ 2019-2020م


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــــداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمدﷺ إلى يوم الدين.

أما بعد:

أُهدي هذا العمل المتواضع إلى:

والدِيَّ الكريمين أطال الله في عُمريهما

وإلى كل من ساعدني ودعمني من أجل إنجاز هذا العمل، سواءً أكانت هذه المساعدة تَمْكِيني من المادة العلمية أم دعمًا ماديًّا ومعنويًّا؛ في وقتٍ قد أصابني فيه الخمول والإحباط بسبب غلق أهم مصدر من مصادر تزودنا بالعلم والمعرفة والمراجع العلمية والثقافية على مستوى مَعْهدنا "معهد العلوم الإسلامية بجامعة الوادي"، والفضاءات الخاصة بالكتب على مستوى الجامعات الأخرى، بسبب جائحة كورونا التي أَلــمَّت بالعالم أجمع.

وإلى عمي الذي كان سنداً لي دائما والذي كان حاضرًا لدعمي في كل مناسبة، فكما دعمني بالأمس القريب في مذكرة الليسانس ها هو اليوم حاضرًا معي مرة أخرى فمهما عظمت عبارات الشكر، لن تُعبر عن مدى امتناني لوقوفه بجانبي.

فوزية

الإهـــــداء

بعد حمدي لله وشكره على مَنْحِه لي القوة والصبر من أجل إتمام هذا العمل، فإني أهديه إلى:

أمي الحبيبة، بارك الله في عمرها ورزقها الله دوام الصحة والعافية.

إلى أعز إنسان فقدته في حياتي؛ إلى تلك الروح الطيبة الطاهرة التي تعلمت منها الصبر والتواضع والأخلاق والجد والعمل والوفاء، روح أبي العزيز "فرحات" الذي وافته المنية وأنا بصدد كتابة هذا البحث؛ أدعو له دعاءً يضيء عليه قبره ويضع عنه وزره؛ وأسألك يا غفور أن تغفر له وترحمه.

إلى إخوتي وأخواتي وأحبتي وأساتذتي الذين كانوا سندًا لي في مشواري الدراسي؛ أسأل الله العظيم رب العرش الكريم أن يجعلها في ميزان حسناتهم.

إلى الأخت التي لم تلدها أمي، زميلتي التي كانت بجانبي لإنجاز هذا البحث العلمي في أبهى حُلةٍ، نظرًا لظروف قد ألمت بي في فترة معينة.

كلثوم

شكر وتقدير

بمناسبة تخرجنا نرفع قبعتنا مودعين للسنين التي مضت معلنين للجميع شكرنا وامتناننا على الدعم الذي قدموه لنا، شعور لا يقدر بثمن عند وقوفنا على منصة التخرج بعد زمن من الدراسة والسهر والتعب تمتـزج بداخلنا مشاعر الفرح والفخر بأننا كنّا ضمن هذه الدفعة وفي هذا المعهد بالذات معهد العلوم الإسلامية بجامعة الشهيد حمه الأخضر بالوادي، وتعرفنا على أساتذته الذين لم يبخلوا علينا بأي شيءٍ له علاقة بالعلم والمعرفة طوال مدة خمس سنوات من الدراسة، لقد كانوا بالأمس القريب سندًا لنا في مذكرة الليسانس، وها هم اليوم يقفون بجانبنا مرة أخرى من أجل إكمال مسيرتنا فلهم كل الشكر، بالرغم من أن كل عبارات الشكر والاحترام لا تعبر على كم المحبة التي نكنّها لهم، كما لا يسعنا إلا أن نشكر أستاذنا المشرف الدكتور "عبد القادر مهاوات" الذي سعى من أجل أن نقدم هذا العمل بأبهى حُلّة؛ والمشرف المساعد الدكتور "السعيد هراوة" الذي وقف معنا ولم يبخل علينا بأي نصيحة أو ملاحظة يراها قد تفيدنا وتخدم موضوعنا شكلًا ومضموناً كي نكمل هذا الإنجاز ويكون في أحسن وأبهى حُلَّة في ظل الوقت العصيب الذي يمر به العالم أجمع من جرَّاء جائحة كورونا.

ملخّص البحث

يعالج بحثنا الموسوم بعنوان: الحقوق المالية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، إشكالية مفادها: ماهي الحقوق المالية التي منحتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية للجنين؟ وقد تم الإجابة على هذا الإشكال ضمن ثلاثة مباحث، كل مبحث مزدوج المطالب، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى ماهية الحقوق المالية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أمَّا المبحث الثاني تناول الحقوق المالية للجنين في ظل حالات الحمل العادية، وخُصِصَ المبحث الثالث بعنوان الحقوق المالية للجنين في ظل حالات الحمل غير العادية، وقد تُوِجَ البحث بعدة نتائج أهمها: اهتمام الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية اهتمامًا كبيرًا بحقوق الجنين، خاصة المتعلقة بالشّق المالي؛ لما فيه من تأثير بالغ على جميع مجالات الحياة، لذلك كانت أهم التوصيات التي أوصينا بها هي: ضرورة إنشاء الدولة لهياكل أكثر تخصص مرفقة بإجراءات صارمة من أجل الحفاظ على هذه الحقوق أكثر.

Abstract

Our research, entitled: The financial rights of the embryo in Islamic sharia and positive law, addresses its problem: What financial rights have been granted by Islamic law and the positive laws of the embryo? This problem was answered within three chapters, the first chapter defines the financial rights of the fetus in Islamic law and statutory law, the second chapter deals with the financial rights of the fetus in cases of normal pregnancy, and chapter three, the financial rights of the fetus in cases of abnormal pregnancy.

The research concluded with the most important results: the interest in Islamic law and positive laws, great concern for the rights of the fetus, especially the financial aspect because it has a great impact on all areas of life, the most important recommendations were: The need for the state to establish more specialized structures attached to strict procedures in order to preserve these rights more.

قائمة المختصرات

المعنى	الرمز
الصفحة	ص
الطبعة	ط
الجزء	ج
تحقيق	تحق
التاريخ الهجري	هـ
التاريخ الميلادي	م
دون رقم طبعة	د.ط
دون تاريخ طبع	د.ت.ط
دون مكان طبع	د.م.ط
إلى آخره	إلخ
كلام محذوف	...
علامة الاقتباس الحرفي	" "
العدد	ع
القانون المدني الجزائري	ق.م.ج
قانون الأسرة الجزائري	ق.أ.ج
قانون الأحوال الشخصية	ق.أ.ش

الحمد لله الذي نفخ من روحه، من أجل أن نحيا، وكرّمنا عن سائر خلقه بالعقل، وميّزنا بالتَّفَكُّر والتّدبر في خلقه؛ والصلاة والسلام على الهادي المبعوث رحمة للعالمين.

فإن خلق الإنسان من أعظم الآيات الدّالة على قدرة الله سبحانه وتعالى لقوله: ﴿**سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَهُمْ أَنَّهُ الْحَقُّ أَوَلَمْ يَكْفِ بِرَبِّكَ أَنَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدٌ**﴾[فصلت:53]، ومن المعلوم أن الجنين هو بداية تكوين الإنسان ونواة البشرية، فهو أول مراحل خلقه التي تُعد مرحلة مهمة في تَشكّل حياته، لذلك تكفّلت الشريعة الإسلامية، وكذا القوانين الوضعية بحماية حقوقه، وتنوعت هذه الحماية بحسب الحق المحمي؛ فالحماية الجنائية مثلًا تهدف إلى حماية الجنين من الاعتداء عليه عن طريق تشريع العقوبات الرادعة عن إسقاطه[1]؛ والحماية المدنية تهدف إلى حماية حقوقه المعنوية كالنسب، والمادية كالميراث والوصية، وقد كثر الحديث عن مدى استحقاق الجنين للحقوق المادية، صاحب هذا تجديد القوانين في الكثير من الأحيان، لكن بقيت هذه الأخيرة قاصرة في هذا المجال، ولم تَبْلُغ إلى حد ما شرعه الدين الحنيف، لهذا أردنا البحث في موضوع "**الحقوق المالية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**".

أولًا: أهمية الموضوع: تكمن أهميته في طرح جانب من الحقوق الإنسانية التي تعتبر مهملة نوعًا ما، فالدراسة فيه جِدُّ قليلة فهي لا تتناسب مع أهميته وحاجة النّاس إليه، فالجنين ككائن بشري له حقوق وجب علينا المحافظة عليها وحمايتها وبيانها وإعطاء الحلول من أجل تقويم وتحسين الهياكل التي سعت لحمايتها، وإظهار للأفراد مدى خطورة انتهاكها.

وما يضاف إلى أهمية بحثنا المتعلق بالحقوق المالية للجنين هو أنَّنا سندرسه بجانبيه المتعلقين بحالات الحمل العادية وحالات الحمل غير العادية في قالب شرعي وقانوني واحد من خلال جمع المشتت.

ثانيًا: إشكالية الموضوع: إشكالية البحث الرئيسية هي: **فيما تتمثل الحقوق المالية التي منحتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية للجنين؟** ولهذه الإشكالية الكبرى أسئلة تتفرع عنها هي:

1- ما مفهوم الجنين في الشريعة الإسلامية والقانون وفي الطب؟

2- هل للجنين حقوقًا مالية في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وفي حالة وجودها هل قُيّدت هذه الحقوق بضوابط معينة؟

1- ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص5.

3- ماهي نوع الحماية التي وفرتها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لهذه الحقوق؟

4- هل ساوت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بين الحقوق المالية للجنين في ظل حالات الحمل الطبيعي وحالات الحمل غير الطبيعي؟

نجد الإجابة على هذه الأسئلة وغيرها ضمن عرض بحثنا إن شاء الله.

ثالثًا: أسباب اختيار الموضوع: بالطبع إن هناك أسباب ذاتية وأخرى موضوعية أَدَّتْ بِنا لاختيار هذه الدراسة وهي كما يلي:

1- أما الأسباب الذاتية

أ- اهتمامنا بالمواضيع الخاصة بشؤون الأسرة.

ب- اختيارنا للموضوع رغبة مِنَّا في تسليط الضوء على الحقوق المالية المغْفَلَة المتعلقة بالجنين؛ عسى أن يكون ذلك لصالح الأسرة التي تعتبر اللبنة الأساسية للمجتمع.

2- أمّا الأسباب الموضوعية

أ- الدراسات المقارنة في هذا الموضوع لم تجمع بين حالات الحمل العادية وغير العادية في قالب واحد بدراسة شرعية وقانونية.

ب- عدم تقسيم الدراسات السابقة لحقوق الجنين المالية إلى حقوق مالية على وجه الإلزام وحقوق مالية على وجه التبرع.

ج- إثراء هذا الموضوع وجمعه في قالب واحد متكامل؛ بحكم أن الدراسة فيه مُشتتة هنا وهناك.

رابعًا: أهداف البحث: كان بحثنا يهدف إلى ما يلي:

1- جمع المشتت ووضعه في قالب واحد لكي يسهل لأي فردٍ الإلمام بالموضوع من مصدر واحد ولو بجزء بسيط.

2- دراسة شاملة لحقوق الجنين المالية، والحماية التي خولتها الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعية لهذه الحقوق.

3- تسليط الضوء على الفرق بين الحقوق المالية للجنين في ظل الحمل الطبيعي، وبين نشأته في ظل الحمل الاستثنائي، كل ذلك مقارنة بين آراء المذاهب الإسلامية وأحكام القوانين الوضعية من أجل الخروج بنتائج عامة.

4- تقديم توصيات تهدف إلى تكريس هذه الحقوق واستمراريتها والحفاظ عليها.

خامسًا: الدراسات السابقة: أمَّا الدراسات السابقة فكانت:

1- "حقوق الجنين بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري" مذكرة ماستر، إعداد الطالب بوحملة أحمد،، إشراف: زين رشيد، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، المسيلة، 2017-2018م، حوت هذه المذكرة ثلاث فصول استعننا من خلالها بالفصل الأول والثاني مع ادخال بعض الإضافات الجوهرية بحكم أنها كانت مختصرة جدًا، كما خلت هذه المذكرة من الجانب القانوني، أمَّا في مذكرتنا هذه قمنا بإضافة هذا الجانب بشكل منفرد يسهل على القارئ الوصول إلى المعلومة فمن خلال دراستنا أردنا تبسيط المعلومات وإظهار الحقوق المالية للجنين بصفة واضحة وسلسة، مع مراعاة التفاوت العلمي للأفراد من أجل إفادة أكبر عدد منهم.

2- "الجنين إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون"، مذكرة ماجستير، إعداد الطالب عيسى معيزه، اشراف: نصيرة دهينة، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، الجزائر، 2005-2006م، هذه المذكرة لم يكن موضوعها الحقوق المالية للجنين وإنما تناولت بعض حقوقه المالية كالميراث مع بعض الأحكام، وهو ما استعننا به في المطلب الأول من المبحث الأول وبالتحديد في جانب حق الجنين في الميراث، أما باقي الحقوق المالية الأخرى فقد قمنا بالبحث عنها في مختلف المراجع والمصادر الأخرى، وهذا ما يميز مذكرتنا هذه لأنها شملت كل الحقوق المالية للجنين بما فيها الميراث.

3- "مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه"، مذكرة ماجستير، إعداد الطالب سمير شيهاني، إشراف: محمد سعيد جعفور، جامعة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس، 2005م، في هذه المذكرة أخذ الجزء المتعلق بحق النفقة للحامل النصيب الأسد في اهتمامنا، لكن مع الاختلاف في التقسيم؛ ففي بحثنا جعلنا هذا الحق ضمن الحقوق المالية ذلك لأن محلها واقع على مال كما أن سبب قيامها هو وجود الجنين.

4- "حقوق الجنين في الشريعة والقانون"، مذكرة ماستر، من إعداد موساوي عيدة، وإشراف: أحمد زايدي، جامعة محمد بوضياف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، المسيلة 2016-2017م، هذه الرسالة كانت داعمة لنا في الحصول على عدة تعريفات وأحكام شرعية متعلقة بموضوعنا محل الدراسة، إلا أنَّنا قمنا بتحليل هذه المعلومات مع جمع شروح لهذه الأحكام بحكم أنه كان ينقصها بعض التفصيل والشرح، لأن موضوع هذه المذكرة طويل جدًا لا يسمح بالشرح والتفصيل فقد شمل كل

حقوق الجنين بين الشريعة والقانون، أمَّا بحثنا كان منفرد في ذاته وموضوعه، فقد تخصص ليشمل الحقوق المالية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لكي يكون أكثر تميّز.

سادسًا: منهج البحث: اعتمدنا في موضوع بحثنا على المنهج الوصفي بصفة أساسية من خلال جمعنا للمعلومات، والمنهج التحليلي النقدي والمقارن بصفة استثنائية وفق الآتي:

1- المنهج الوصفي: قمنا بوصف مراحل تطور الجنين وأحكامه، وحقوقه في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

2- المنهج التحليلي النقدي: عند تحليلنا وتمحيصنا لآراء فقهاء الشريعة الإسلامية ونصوص المواد القانونية، من أجل إبراز نظرة كِليهما لحقوق الجنين المالية مع عرض رأينا في الموضوع.

3- المنهج المقارن: هو المنهج الذي تهدف إليه الدراسة ويقتضيه الهدف من البحث قصد تحديد أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

سابعًا: خطة البحث: سِرْنَا في هذا البحث وفق الخطة التالية:

1- المقدمة: تضمّنت أهم العناصر المشكلة لها، من تمهيد وبيانٌ لأهمية الموضوع وإشكاليته العلمية، مع ذكر أسباب اختيارنا له وأهدافه، ولم نُغْفِل الدراسات السابقة والمناهج المتبعة.

2- المبحث الأول: عنوانه مفهوم الحقوق المالية للجنين شرعًا وقانوناً، تفرع منه مطلبين، المطلب الأول تضمن مفهوم الجنين، أمَّا المطلب الثاني اشتمل على مفهوم الحقوق المالية.

3- المبحث الثاني: الحقوق المالية للجنين في ظل حالات الحمل العادية، فيه مطلبين أيضًا، المطلب الأول خُصّصَ للحقوق المالية للجنين على وجه الإلزام، تعلق الأمر بالنفقة، الميراث والشفعة، أمَّا المطلب الثاني كان بعنوان الحقوق المالية للجنين على وجه التبرع، الوصية، الهبة والوقف.

4- المبحث الثالث: تحت عنوان الحقوق المالية للجنين في ظل حالات الحمل غير العادية، كمثليه حوى مطلبان، تناولنا في أوَّلهما الحقوق المالية للجنين في ظل الحالات الخاصة، أمَّا في الثاني الحقوق المالية للجنين في ظل الممارسات الطبية المستحدثة.

5- الخاتمة: حوت أهم النتائج والتوصيات.

6- الفهارس: جمعت فهرس الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، فهرس المواد القانونية وفهرس المصادر والمراجع، ثم فهرس الموضوعات.

ثامنًا: صعوبات البحث: من أهم العوائق والصعوبات التي اعترضت بحثنا هي:

1- نقص المراجع المتعلقة بتعريف الجنين تعريفًا موسَّعًا يشمل حالات الحمل غير العادية كتلقيح البويضة خارج الرحم أو وضع البويضة الملقحة داخل رحم مستأجر.

2- ندرة النصوص القانونية التي تنص على حقوق الجنين، وخاصة حقوقه في الحالات الناتجة عن المستحدثات الطبية المعاصرة التي أولت هذه التقنيات اهتمامًا كبيرًا لدى بعض المجتمعات، فلم ينل هذا الموضوع حظه الوافي في الوطن العربي خاصةً والبلدان الأخرى عامةً، فلم يهتم فقهاء القانون به إلا اليسير وهذا ترجمه ندرة المواد والمقالات؛ وعلى العكس من ذلك فقد فصَّلت الشريعة الإسلامية في الموضوع بشكل أوسع وأوفر.

3- من الصعوبات الذاتية عدم تمكُّنِنَا من الالتقاء والجلوس في طاولة واحدة لإثراء الموضوع أكثر، بسبب توقف كل وسائل النقل والمواصلات وبحكم أن كل إحدانا في مدينة مختلفة فكانت وسائل التواصل الحديثة هي الحاضرة دومًا.

وفي الختام، نرجو أن يكون عملنا هذا بصمة مشرفة لنا ولمشرفيْنا تضاف إلى رصيد معهدنا المبارك، وصلِّ اللهم وسلم على محمد وآله وصحبه أجمعين.

المبحث الأول

مفهوم الجنين وحقوقه المالية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: مفهوم الجنين ووسائل رعايته شرعًا وقانونًا

المطلب الثاني: مفهوم الحقوق المالية للجنين ومصدر اكتسابها شرعًا وقانونًا

المطلب الأول: مفهوم الجنين ووسائل رعايته شرعًا وقانونًا

سنعرض في هذا المطلب فرعين؛ وهما مفهوم الجنين في الفرع الأول ووسائل رعايته شرعًا وقانوناً في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الجنين

اختلفت آراء فقهاء الإسلام والقانون الوضعي في تحديد مفهوم الجنين سعةً وضيقًا، حيث اعتبر البعض بداية التخصيب هي بداية الجنين، في حين ذهب البعض الآخر إلى القول أن بداية حياته تكون بعد عُلوق البيضة المخصبة في جدار الرحم، وذهب فريق ثالث إلى أنها تبدأ بعد ولوج الروح فيه، رافق ذلك توسع في تعريف الجنين تماشيًا مع التطورات العلمية في مجال الاخصاب الصناعي[1]، هذا ما أدَّى إلى اختلاف الآراء ووجهات النظر حول حقوقه التي يجب أن تمنح له، بالتحديد تلك الحقوق التي تتعلق بالجانب المالي، وقبل التطرق لهذه الحقوق سنتناول في هذا الفرع تعريف الجنين، وصوره.

أولًا: تعريف الجنين: نعرف الجنين من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

1- لغةً: الجنين لغة مشتق من جَن، جَنن أي: استتر، وهو الولد مادام في بطن أمه لاستتاره، وجمعه أجنة[2]، أو هو الولد مادام في البطن، والجمع أجنة[3]، والجنين مفرد وهو الولد مادام في الرحم، لقوله تعالى: ﴿**إِذْ أَنتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ**﴾[النجم:32][4].

2- تعريف الجنين اصطلاحًا: تحت هذا العنوان سنتطرق لذكر تعريف الجنين في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية وفي الاصطلاح الطبي وكذا عند فقهاء القانون الوضعي.

أ- تعريف الجنين في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية: "يستعمل الفقهاء المسلمون لفظ الجنين بمثل ما يستعمل في اللغة، غير أن بعضهم قَصره على الحمل الذي يتبيّن منه شيء في خلق الآدمي"[5].

1- ينظر: سلام فتلاوي، أثر التطور العلمي على توسع المفهوم القانوني للجنين دراسة مقارنة، (مقال)، ص212.

2- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 13/98-99.

3- ينظر: أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي، تاج اللغة وصحاح العربية، 5/2094.

4- ينظر: أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ص408.

5- محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ص50.

– الجنين عند الحنفية: يرى الحنفية أنه لا يُحكم على ما في الرحم بأنّه جنين حتى يستبين بعض خلقه، أمَّا إذا لم يستبين شيء فهو علقة أو مضغة أو دم جامد لا يُدرى حقيقته عندهم[1].–تعريف الجنين عند المالكية: الجنين هو كل ما تحمله المرأة في بطنها مما يعرف أنه ولد وإن لم يكن مُخلّقًا[2].

– تعريف الجنين عند الشافعية: الجنين هو ما تعرف القوابل منه أنه مبدأ خلق آدمي، وإن كان مضغة أو علقة[3].

– تعريف الجنين عند الحنابلة: الجنين هو بداية تصوير الآدمي، أمَّا قبل ذلك فلا يُعلم يقينًا أنّه جنين، وهذه الصورة معتبره ولو كانت خفيّه[4].

ب– تعريف الجنين في الاصطلاح الطبي

– تعريف الجنين عند الأطباء: اختلف الأطباء[5] في تعريف الجنين، فبعضهم يرى أن حياة الجنين تبدأ منذ التقاء الحيوان المنوي للرجل مع بويضة المرأة[6]، "وبعضهم يطلق لفظ الجنين على الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني بتكوين الأجهزة المعروفة للإنسان، ويكون ذلك في الشهر الثالث من الحمل إلى حين الولادة، وقصر بعضهم الجنين على الولد في بطن أمه إذا اكتملت بنيته وكان بإمكانه أن يعيش إذا نزل من بطن أمه، وتقع هذه الفترة بين بداية الشهر السابع إلى وقت الولادة"[7].

– الجنين عند علماء الأجِنَّة: يتم إطلاق لفظ الجنين عندهم على الفترة الواقعة بين انغراز البويضة المخلقة في جدار الرحم ونهاية الأسبوع الثامن، ثم يطلقون عليه بعد هذه الفترة اسم "حميل"[8]، إلى أن يولد[9].

1– ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 196/3.

2– ينظر: مالك بن أنس، المدونة الكبرى، 204/16–205.

3– ينظر: الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، 356/1.

4– ينظر: ابن قدامة، المغني، 114/9.

5– قال بعض الأطباء أن البويضة المخصبة من ناحية خلوية بالتأكيد هي ليست الجنين، إن جزءً يسيراً منها يتكون منه الجنين وهذا يحدث في اليوم العاشر بعد العلوق، وقد لا يحدث فتكون بويضة فاسدة لا ينتج عنها جنين. عزا ذلك له، عبد الرحمان عبد الله العوضي، الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية، ص677.

6– ينظر: آية الله محمد آصف المحسني، الفقه ومسائل طبية، 28/1–35.

7– علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص17.

8– ينظر: محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ص376–379.

9– ينظر: محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا معاصرة، ص52.

ج- تعريف الجنين في الاصطلاح القانوني

- تعريف الجنين في القانون الوضعي: يُعرّفه فقهاء القانون بأنّه الكائن المستكِن في رحم المرأة، فهو البويضة التي لقحها الحيوان المنوي وما تطور عنها، فيفهم من هذا أنه بمجرد تلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة أيًّا كان عمرها الزمني تعتبر بهذا المرأة حاملاً، وبالتالي أي اعتداء يقع عليها في تلك الفترة من شأنه إسقاط جنينها يشكل جريمة تُعَاقِبْ عليها كل القوانين[1]، بالمقابل لم تُعطِ هذه القوانين تعريفاً واضحاً للجنين تستند عليه حين تصدر أحكامًا في هذا الشأن، وإنما تركت ذلك للفقه الإسلامي والقانوني، فمثلًا:

في القانون التونسي والمغربي: لم نجد تعريفًا للجنين في مجلة الأحوال الشخصية التونسية ولا في مدونة الأسرة المغربية؛ بالرغم من أن هذا اللفظ تكرر كثيرًا في تشريعاتهما، فترك المشرع التونسي مسألة تعريف الجنين في يد الشريعة الإسلامية بشكل عام، أما المشرع المغربي أحال إلى الفقه المالكي كل ما لم يرد النص عليه.

القانون العراقي: لا يوجد تعريف للأجنة في التشريع العراقي ولكن تكرر كثيرًا لفظ الجنين في بعضها، من ذلك المادة 20 من قانون تسجيلا الولادات والوفيات لسنة 1971[2]، حيث ترك المشرع العراقي مسألة تعريف الجنين للفقه القانوني[3].

القانون المصري: لم يورد أيضا المشرع المصري تعريفًا للأجنة وأن ورد لفظ الجنين فيها، مما تحتم على الفقه المصري إيجاد تعريفًا له، فعرفه البعض بأنَّه بيضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوي للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية، وعرفه جانب آخر بتعريف أوسع فقال أنَّه البيضة المخصبة بالحيوان المنوي من بداية تكوينها وحتى الولادة سواءً تم هذا الإخصاب داخل الرحم أو خارجه، سواءً استمر الحمل في رحم طبيعي أو صناعي.

1- ينظر: طططشاك ليلى، قناوي ليندة، مركز الجنين في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، ص10.

2- ينظر: سلام فتلاوي، أثر التطور العلمي على توسع المفهوم القانوني للجنين، ص217.

3- ينظر: حيدر عبد المحسن الجبوري، أثر التطور العلمي على توسيع المفهوم القانوني للجنين، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، (مقال)، ص216.

القانون الأردني: أشار المشرع الأردني إلى الأجنة في نظام الخلايا الجذعية رقم 10 لسنة 2014، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 03 على أن الجنين يعتبر "خلايا جذعية[1] بشرية جنينية تستخرج من بويضة بشرية مخصبة خارج الرحم مدة زمنية تبدأ من تاريخ التلقيح وتنتهي بمرور خمسة أيام من بدأ الانقسامات المتتالية"، يتَّضح من هذا النص أن المشرع الأردني أطلق لفظ الجنين أيضًا على البيضة المخصبة خارج الرحم، وهنا أثبت حقيقتين الأولى إطلاق لفظ الجنين على البيضة المخصبة منذ لحظة التخصيب الطبيعي، والثانية إطلاق لفظ الجنين على البيضة المخصبة خارج الرحم، مما يعني أنَّه قد توسع في مفهوم الجنين بما يتلاءم والتطور الحاصل في مجال الإخصاب الصناعي[2].

– تعريف الجنين في القانون الجزائري: لم يورد المشرع الجزائري تعريفًا خاصًا للجنين في قوانينه المختلفة، ولكن أشار إليه مجرد إشارة في القانون المدني وقانون العقوبات، حين حددت المادة 25 من ق.م.ج بداية شخصية الإنسان بتمام ولادته حيًّا، وتنتهي بموته، وأنَّ الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيًّا[3]، لكن بالرجوع إلى نص المادة 222 من ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري أحال كل مالم يرد النص عليه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

نلخص ذلك في: أن كل التعريفات سواءً اللغوية أو الاصطلاحية، لم تختلف عن الصورة العامة لمعنى الجنين المتمثلة في "كل ما تحمله الأنثى في رحمها، أو الولد في بطن أُمّه"، لكنهم اختلفوا في تحديد ما يطلق عليه هذا اللفظ، هل يطلق على الحمل من حين التخصيب إلى وقت الولادة كما قال المالكية والشافعية؛ أو يطلق على الحمل لمّا يتبيّن بعض خلقه كما ذهب إليه الحنفية والحنابلة.

ثانيًا: صور الأجنة ومراحل تطورها: لقد بيَّن الله سبحانه وتعالى مراحل خلق الإنسان منذ أن خُلِق سيدنا آدم عليه السلام إلى يومنا هذا، في العديد من الآيات القرآنية، فقال: ﴿**وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن**

1– الخلايا جذعية: هي خلايا موجودة في الجنين الباكر ثم يقل عددها بعد ذلك لها القدرة لتشكل مختلف أنواع خلايا الجسم، ينظر: محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، ص89.

2– ينظر: حيدر عبد المحسن الجبوري، أثر التطور العلمي على توسيع المفهوم القانوني للجنين، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ص217–218.

3– ينظر: الأمر رقم: 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975م، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 07–05 المؤرخ في 2007/05/13 الجريدة الرسمية، ع13: بتاريخ 2007/05/13.

سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾[المؤمنون:12-14]، ففي الآيتين الكريمتين مراحل خلق الإنسان[1]، التي سنتعرّف عليها من خلال عرض لصور الأجنة الحية والأجِنّة المجهضة.

1- الأجنة الحية ومراحل تطورها داخل الرحم

أ- تعريف الأجنة الحية: هي تلك الأجنة الحية الناتجة من إخصاب طبيعي أو صناعي أو استنساخ أو هندسة وراثية، وتمر بعد الإخصاب بعدة أطوار أو مراحل دون المساس بها؛ أو التعرض لها بإسقاطها أو إعاقة نموها إلى غاية وقت ولادتها؛ هذه هي الاجنة التي تشملها الحقوق المالية التي نحن بصدد دراستها في بحثنا هذا[2].

ب- مراحل تطور الأجنة الحيّة داخل الرحم

- مرحلة النطفة: "النطفة عند أهل اللغة هي ماء الرجل والمرأة، وجمعها نُطَفٌ ونِطَافٌ والنُّطفة أيضًا؛ الماء الصَّافي قَلَّ أو كَثُر"[3]، وعند الاصطلاحين هي" الماء المتكون من ماء الرجل والمرأة"[4]؛ يخرج من المرأة مع بويضة دقيقة وتستقر في كيس دقيق فإذا باشر الذكر الأنثى انحدرت تلك البيضة من الأنثى واختلطت مع ماء الذكر في قرارة الرحم"[5]، والنطفة هي الخلية الحية ذات طبيعة خاصة أطلق عليها العلماء تسميات منها الخلايا التناسلية أو الخلايا الجرثومية"[6]، ولقد ورد لفظ النطفة في القرآن الكريم بتسميات مختلفة في اثني عشر موضعًا منها:

اسم المني في قوله تعالى: ﴿**أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِّن مَّنِيٍّ يُمْنَى**﴾ [القيامة:37]. والماء الدافق[7] في قوله تعالى: ﴿**خُلِق مِن مَّاءٍ دَافِقٍ**﴾[الطارق:06]، وماءٍ مهين[8] في قوله تعالى: ﴿**أَلَمْ نَخْلُقكُّم مِّن مَّاءٍ**

1- ينظر: القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، 419/12.

2- ينظر: حيدر عبد المحسن الجبوري، أثر التطور العلمي على توسيع المفهوم القانوني للجنين، ص223.

3- الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ص232.

4- عبد العزيز بن باز، حكم الإسلام فيمن زعم أن القرآن متناقض، 28/1.

5- محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، 145/27.

6- آمال صادق وفؤاد أبو حطب، نمو الانسان من مرحلة الجنين إلى مرحلة المسنين، ص141-142.

7- الماء الدافق: وهو مني الرجل والمرأة لما امتزجا في الرحم، قال ابن عباس: دافق بمعنى لزج، وقال ابن عطية الدَّفْقُ دفع الماء بعضه ببعض. ينظر: أبو حيان محمد بن يوسف بن حيان أثير الدين، البحر المحيط في التفسير، 451/10.

8- الماء المهين: يعني من نطفة وهو ماء ضعيف، ينظر: السمرقندي، بحر العلوم، 510/3.

مَّهِينٍ﴾[المرسلات:20]، هذه الألفاظ ليست مترادفة متطابقة المعنى بل تختلف في التفاصيل[1]، وللنطفة ثلاثة أنواع هي: النطفة المذكرة: هي الحيوانات المنوية الموجودة في المني؛ تـُحَدّد الذكورة والأنوثة في الجنين، وهي تابعة لماء الرجل يقول تعالى: ﴿**وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالانثَى مِن نُّطْفَةٍ إِذَا تُمْنَى**﴾[النجم:45-46][2]، النطفة المؤنثة: "وهي البويضة التي يفرزها المبيض مرة في الشهر؛ وذلك عند المرأة التي لا تعاني من أمراض تناسلية أو عقم"[3]، النطفة الأمشاج: "وهي النطفة المختلطة من الحيوان المنوي والبويضة عندما يتم التلقيح"[4]، تسمى هذه النطفة في علم الأجنة بالزيجوت[5] أو اللاقحة[6].

- مرحلة العلقة: جمع عَلَقٌ، وعرَّف أهل اللغة العَلَقُ بالدم الغليظ، والقطعة منه عَلَقَةٌ[7]؛ "فالعلقة هي قطعة دم متجمدة تتحول إليه النطفة خلال أربعين يومًا"[8]؛ وهي أهم ما يميز مراحل خلق الجنين لقوله تعالى: ﴿**خَلَقَ الْانسَانَ مِنْ عَلَقٍ**﴾[العلق:02]، "وقد وصفها علماء الأجنة بمرحلة الالتصاق والانغراس"[9].

- مرحلة المضغة: في هذه المرحلة يكون الجنين أشبه بقطعة لحم أو مضغة[10]، وتبدأ بظهور الكُتل البدنية، ويكون أول ظهورها جهة الرأس ثم يتولى من الرأس إلى مؤخرة الجنين، ويلي ظهور هذه الكُتل ظهور الأقواس البلعمية.

1- ينظر: محمد علي البار، خلق الانسان بين الطب والدين، ص109.

2- ينظر: محمد علي البار، الوجيز في علم الأجنة القرآني، ص11-15.

3- ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض، ص32.

6- المرجع نفسه، ص11.

5- اللاقحة أو البويضة المخصبة أو الزيجوت أو البيضة الملقَحَة بالإنجليزية Zygote : هي الخلية التي تنتج عن عملية الإخصاب (التلقيح) خلال عملية التكاثر الجنسي بين خليتين أحاديتي الصيغة (عادة تكون نطفة وبيضة ليشكلا خلية ثنائية الصيغة تُدعى لاقحة؛ ومن صفات اللاقحة قدرتها على التحول إلى اشكال أخرى؛ أي يمكنها التطور إلى أشكال مختلفة أخرى في خاصية يطلق عليها خلايا شاملة الوسع. نقلاً عن ويكيبيديا.

6- ينظر: آمال صادق وفؤاد أبو حطب، نمو الانسان من مرحلة الجنين إلى مرحلة المسنين، ص157.

7- ينظر: الرازي، مختار الصحاح، 467/1.

8- أبوبكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير، 452/3.

9- بسام دفضع، الكون والإنسان بين العلم والقرآن، ص169-168.

10- ينظر: ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، ص35.

– مرحلة العظام واللحم: وهي المرحلة التي ورد ذكرها في كتابه عز وجل بقوله: ﴿**فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا**﴾[المؤمنون:14][1]، فقد عبر الله سبحانه وتعالى عنها بعبارة (**كسونا**)؛ والكسوة هي اللباس لأن اللحم يحيط بالعِظام كما يحيط اللباس بالجسد، ويقرر علم الأجنة أنَّ مناطق تكوين العظام تبدأ في الطبقة الوسطى من خلايا المضغة؛ فيظهر فيها ميزاب يتكون منه العمود الفقري؛ ثم تظهر العِظام يكسوها اللحم بصورة سريعة؛ وتكون هذه المرحلة خلال الأسبوع الخامس والسادس والسابع، فمن بداية الأسبوع الخامس من التلقيح تتكون عظام الفقرات وعظام الأطراف والجمجمة وعظام الوجه والفكين[2]؛ وخلال الأسبوع السادس تظهر بوضوح عظام الأطراف، تماشيا مع كل ذلك تتم مرحلة التصوير وتسوية الوجه وتكوين السمع، ويدخل في التصوير جعل الجنين ذكرًا أو أنثى[3].

– مرحلة نفخ الروح: لقد ذكر الله سبحانه وتعالى نفخ الروح في آيات عديدة نذكر بعضًا منها، يقول العلي القدير: ﴿**الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنسَانِ مِن طِينٍ ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِن سُلَالَةٍ مِّن مَّاءٍ مَّهِينٍ ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِن رُّوحِهِ وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ قَلِيلًا مَّا تَشْكُرُونَ**﴾[السجدة:7:9]، وقال تعالى: ﴿**فَإِذا سَوَّيتُهُ وَنَفَختُ فيهِ مِن روحي فَقَعوا لَهُ ساجِدينَ**﴾[الحجر:29]، هذه الآيات تُبيّن لنا بأنه لا يملك القدرة على نفخ الروح في جَسد الإنسان أو أخذها إلا الله سبحانه وتعالى، ولقد وضح الرسولﷺ متى يكون نفخ الروح في الجنين، بدايةً من النطفة فالعلقة ثم المضغة[4].

2– الأجنة المجهضة وانتهاء حالة الحمل

أ– تعريف الأجنة المجهضة: الإجهاض بمعنى الإسقاط، أَجْهَضَتْ النّاقة أو المرأة ولدها أي أسقطته ناقص الخلق، وعرفه بعض الأطباء بأنه إلقاء الرحم لمحتوياته قبل إكمال عشرين أُسبوعًا من لحظة تخصيب البويضة بماء الرجل، أما خروج محتويات الرحم بعد العشرين أُسبوعًا تعتبر ولادة مبكرة، وعرفه الفقه القانوني بأنه إنهاء حالة الحمل قبل موعد الولادة الطبيعي[5].

1– ينظر: المرجع السابق، ص34.

2– ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص34.

3– ينظر: ثابت بن عزة مليكة، جريمة الاجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، ص36.

4– ينظر: المرجع نفسه، ص38.

5– ينظر: سلام فتلاوي، أثر التطور العلمي على توسيع المفهوم القانوني للجنين، ص228.

ب- عقوبة إجهاض الجنين: بالرغم من أنّ الجنين "يتمتع بكثير من الحقوق وأنّه يستحقها بمجرد ولادته حيًّا"[1]، إلا أنّه لا يُعتبر في قواعد الشريعة الإسلامية والقانون إنساناً كاملًا، مما جعل طرق حماية تختلف عن حماية الإنسان[2]؛ لأن جريمة الإجهاض الجنائي[3] تختلف عن جريمة القتل في محل الجناية، فالإجهاض جريمة تستهدف روح الجنين أمّا القتل جريمة تستهدف روح الإنسان، مما جعلها أشد وقعًا من جريمة الإجهاض[4]، وهذا لا يعني أن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لم تعط لحياة الجنين أيَّة أهمية، بل بالعكس، حمايتها له كانت متناسبة مع احتمالية وجوده، ومن صور هذه الحماية نجد أن الإسلام قد أَوْجَبَ حرمان قاتل الجنين من ميراثه؛ فلا يرث من ديته في الغرة شيئًا، استنادا لحديث النبيّ ﷺ القَائل: «**الْقَاتِلُ لاَ يَرِثُ**»[5]، هذا ينطبق أيضًا على الحامل التي ألقت جنينها عُدواناً، فعليها غرة لا ترث منها شيئًا[6].

ولقد بدا لنا أن هذا النوع من الأجنة ليس لها حقوق مالية من التي سندرسها، لأن هذه الحقوق مرتبطة بالشخصية القانونية الاحتمالية للجنين، والتي اِسْتَحَالَ تحقيقها بعد إجهاضه.

1- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الاسرة، ص61.

2- ينظر: ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض، ص94.

3- الإجهاض الجنائي: هو إسقاط الجنين بعامل خارجي إمَّا من قبل الحامل نفسها أو الطبيب أو غيرهما، وغالبًا يكون في أماكن سرية بعيدًا عن الرعاية الصحية. ينظر: علي الشيخ ابراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص179.

4- ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص174.

5- رواه الترمذي في سننه، أَبواب الفَرائِض، بَابَ مَا جَاء في إبطَال ميرَاث القَاتلْ، حديث رقم: 2109، 49/3، وقال: "هَذَا حَدِيثٌ لاَ يَصِحُّ لاَ يُعْرَفُ إِلاَّ مِنْ هَذَا الوَجْهِ".

6- ينظر: ابن قدامة، المغني، 550/9.

الفرع الثاني: وسائل رعاية الجنين

من أجل أن يولد الجنين حيًّا معافى يجب أن يُحاط بمجموع من الرعاية سواءً كانت هذه الرعاية قبلية أو بعدية، فمثلًا وسائل رعاية الجنين القبلية متمثلة في اختيار الأم والأب الصالحين يضاف إلى ذلك الفحص الطبي قبل الزواج، وبما أن هذه الوسائل يبدو لنا أنها لا تخدم موضوعنا كان لابد لنا الاكتفاء بذكر وسائل رعاية الجنين بعد الحمل، باعتبار أن نشأة حقوق الجنين المالية تبدأ ببداية تَكَوّنه في الرحم لا قبل ذلك.

أولًا: حفظ الظروف الصحية للجنين: باكتشاف الأم بأنها حامل عليها أن تهتم بصحتها وإجراء مجموعة من الفحوصات في فترة الحمل قبل دخولها في المخاض، والغرض من المتابعة قبل الولادة هي الكشف عن المشاكل الموجودة أو المحتملة الوقوع التي تؤدي إلى ضرر إحداهما وتداركها بالوقاية قبل العلاج[1]؛ فمتابعة الحمل في "النصف الأول يكون الفحص على التشوهات الجينية والتعرف إلى عوامل الخطورة الموجودة في تاريخك الطبي، أو الخاص بالولادة، أما النصف الثاني من الحمل فيكون التركيز منصبًا على اكتشاف ضغط الدم المرتفع والنمو البطيء للجنين"[2]، ولتحسين الظروف الصحية للجنين يجب على المرأة الحامل أن تُحَسِنَ من نظامها الغذائي لأنَّ "الجنين يعتمد عليها في الحصول على الكلسيوم والبروتين والدهنيات وغيرها من العناصر اللازمة للنمو نموًا سليمًا، ويحدد درجة مناعة الطفل ضد الأمراض عن طريق ما يصله من الأم من فيتامينات، ويأتي غذاء الجنين من الأم عن طريق منطقة الاتصال بين الجنين وبين الأم، وهي منطقة؛ المشيمة وذلك بواسطة الحبل السُّري"[3]، فالمواليد المشوهين يمثلون نسبة 80% من الحالات الناتجة عن الظروف البيئية الغير صحية، وقد يؤثر سوء التغذية على الجنين في السنة الأولى بعد الميلاد في النمو العقلي والجسمي[4].

ثانيًا: تأجيل إقامة الحد على الأم حفظا لجنينها: لا يقام الحد على الحامل حتى تضع سواءً حملته من زنا أو غير ذلك ولقد" أجمع أهل العلم على أن المرأة الحامل لا ترجم حتى تَضع"[5]، استشهادًا بما ذكرته السنة النبوية، في حديث الغامدية، فقد حَدَّثَنَا عَبْدُ اللهِ بْنُ بُرَيْدَةَ، عَنْ أَبِيهِ، أَنَّ مَاعِزَ بْنَ

1- ينظر: نورمان سميث، الحمل، ص71.

2- المرجع نفسه، ص71-74.

3- محمد عماد الدين إسماعيل، الطفل من الحمل إلى الرشد، 146/1.

4- ينظر: المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

5- ينظر: ابن قدامة، المغني، 134/10.

مَالِكٍ الْأَسْلَمِيَّ، ... قَالَ، فَجَاءَتِ الْغَامِدِيَّةُ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي قَدْ زَنَيْتُ فَطَهِّرْنِي، وَإِنَّهُ رَدَّهَا، فَلَمَّا كَانَ الْغَدُ، قَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، لِمَ تَرُدُّنِي؟ لَعَلَّكَ أَنْ تَرُدَّنِي كَمَا رَدَدْتَ مَاعِزًا، فَوَاللهِ إِنِّي لَحُبْلَى، قَالَ: «**إِمَّا لَا فَاذْهَبِي حَتَّى تَلِدِي**»، فَلَمَّا وَلَدَتْ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي خِرْقَةٍ، قَالَتْ: هَذَا قَدْ وَلَدْتُهُ، قَالَ: «**اذْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ حَتَّى تَفْطِمِيهِ**»، فَلَمَّا فَطَمَتْهُ أَتَتْهُ بِالصَّبِيِّ فِي يَدِهِ كِسْرَةُ خُبْزٍ، فَقَالَتْ: هَذَا يَا نَبِيَّ اللهِ قَدْ فَطَمْتُهُ، وَقَدْ أَكَلَ الطَّعَامَ، فَدَفَعَ الصَّبِيَّ إِلَى رَجُلٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ، ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَحُفِرَ لَهَا إِلَى صَدْرِهَا، وَأَمَرَ النَّاسَ فَرَجَمُوهَا، فَيُقْبِلُ خَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ بِحَجَرٍ، فَرَمَى رَأْسَهَا فَتَنَضَّحَ الدَّمُ عَلَى وَجْهِ خَالِدٍ فَسَبَّهَا، فَسَمِعَ نَبِيُّ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سَبَّهُ إِيَّاهَا، فَقَالَ: «**مَهْلًا يَا خَالِدُ، فَوَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ لَقَدْ تَابَتْ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا صَاحِبُ مَكْسٍ لَغُفِرَ لَهُ**»، ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَصَلَّى عَلَيْهَا، وَدُفِنَتْ[1].

والعلة من تأجيل إقامة حد الرجم أو الجلد على الأم حال حملها خوفًا من هلاك الجنين وفقدانه في إقامة الحد عليها؛ فالعقوبة للجاني لا تتعدى لغيره لأنها لا تزر وازرة وزر أُخرى[2]، وروي أن عمر رضي الله عنه همّ برجم حامل، فقال له علي رضي الله عنه: "إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فخلي عنها، فإذا ولدت فإن كان حدها الجلد فحتى تتعافى من نفاسها لأنها مريضة ضعيفة، وإن كان الرجم فعقب الولادة؛ لأن التأخير كان بسبب الولد وقد انفصل عنها، وإن لم يكن للصغير من يربيه فحتى يستغني عنها؛ لأن في ذلك صيانة الولد عن الهلاك"[3].

ثالثًا: تجريم الجناية على الجنين وحكمها: تعتبر الجناية على الأم الحامل من الدوافع العدوانية التي تتعدى أثرها على الجنين بالإجهاض وسواءً بقصد أو بغير قصد، فإن سقط الجنين بواسطة الجناية على أمه خطأً وجب عليه دِيّتان؛ دية للأم ودية لجنينها وتكون غرة إن لم تثبت حياته أو دية كاملة إذا ثبتت حياته، وإن كانت الجناية عمدًا عليها فهي خطأ في الجنين وحينئذٍ يقتص منه للأم ويدفع دية الجنين[4]، والدليل على ذلك من السنة النبوية عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قال: «**أَنَّ امْرَأَتَيْنِ مِنْ**

1- رواه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، بَابُ مَنِ اعْتَرَفَ عَلَى نَفْسِهِ بِالزِّنَى، حديث رقم: 1695، 1323/3.

2- ينظر: عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، 451/2.

3- عبد الله بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، 92/4.

4- ينظر: إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، ص229.

هُذَيْلٍ رَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى، فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا، فَقَضَى فِيهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ»[1].

ومن العلامات التي "يعرف بها موت الجنين بسبب الجناية على أمه هي أن يسقط بعد الجناية على الأم، أو عن طريق الطب، وأن تبقى أمه متألمة حتى يسقط، أو أن تسكن حركته بعد الجناية على أمه مباشرة إلى أن يسقط"[2]؛ قال الإمام مالك: "إذا سقط الجنين من أمه ميتًا لم يصرخ، وهي على قيد الحياة، فعلى من أسقطه دفع ديته لمستحقها من الورثة، وهي غرة عبد أو وليدة (أمة صغيرة)...أو دفع قيمتها...خمسون دينارًا إن كانت حرة أو عشرة قيمتها إن كانت أمة"[3]؛ وقال الشافعي تجب الغرة مع الدية لأن الجنين مات بضربه ظاهراً فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي بالحياة"[4].

1- رواه مسلم في صحيحه، كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، بَابُ دِيَةِ الْجَنِينِ، وَوُجُوبِ الدِّيَةِ فِي قَتْلِ الْخَطَإِ، وَشِبْهِ الْعَمْدِ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي، حديث رقم: 1681، 1309/3.

2- عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستقنع، 206/2-207.

3- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، 545/4.

4- أحمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، ص102.

المطلب الثاني: مفهوم الحقوق المالية للجنين ومصدر اكتسابها شرعًا وقانونًا

لضمان الحقوق المالية للجنين يجب علينا معرفتها ومعرفة مصدر اكتسابها؛ لذلك سنقسم المطلب إلى فرعين؛ وهما مفهوم الحقوق المالية للجنين أولًا ثم مصدر اكتسابه لها ثانيًا.

الفرع الأول: مفهوم الحقوق المالية للجنين

فرع نتناول فيه تعريف الحقوق المالية للجنين مع بيان صورها كل عنصر على حدا.

أولًا: تعريف الحقوق المالية:

1- الحقوق المالية عامةً: هي الحقوق التي تتعلق بالأموال ومنافعها أي التي يكون محلها المال[1]، فهي تلك الحقوق القابلة للتقويم المالي[2] مما يجعلها قابلة لأن تكون محل سائر المعاملات المالية على خلاف الحقوق غير المالية.

2- تعريف الحقوق المالية للجنين: وإذا تعلقت الحقوق المالية بالجنين فَتُعرف بأنها: تلك الحقوق التي منحتها الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية للجنين وهو لايزال في بطن أمه، ولا تثبت له إلا بولادته حيًّا.

ثانيًا: صور الحقوق المالية المتعلقة بالجنين: وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق مالية على وجه الإلزام وحقوق مالية على وجه التبرع.

1- حقوق مالية على وجه الإلزام: هي تلك الحقوق التي تثبت للجنين في حالات غير التبرع أي تثبت له بقوة القانون[3]، أو هي تلك الحقوق التي تقع على عاتق شخص معيّن تعينًا شرعيًّا أو قانونيًّا (كالولي أو الوصي)، أو مجموعة من الأشخاص(كالورثة) باتجاه الجنين، ويترتب التخلي عن الالتزام بالقيام بها عقوبات دينية وأخرى دنيوية، مثال هذه الحقوق حق الإنفاق على الجنين وهو في بطن أمه (حق النفقة)، وحقه في الميراث، وكذا حقه في الشفعة.

2- حقوق مالية على وجه التبرع: وتتمثل هذه الحقوق في الوصية الهبة والوقف[4]؛ وهي التي يكون المقصد منها أعمال البر والخير والتقرب إلى الله، تكون بالإرادة المنفردة فهي حقوق غير ملزمة إلا في

1- ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 2849/4.

2- ينظر: إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ص290.

3- ينظر: حميد أهنا وآخرون، أهلية الجنين، ص7.

4- ينظر: خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات دراسة مقارنة، ص2.

حالة إبرامها وبتوفير شروطها، عندها تُلْزَم على صاحبها ويصبح على عاتقه التزام في ذمته، هذه الشروط تختلف باختلاف الأفراد وأهليتهم، لذلك نجد أنَّ هناك اختلاف في صحتها بالنسبة للجنين.

الفرع الثاني: مصدر اكتساب الجنين للحقوق المالية

نُبيّن في هذا الفرع مفهوم الشخصية القانونية ومن ثَمَّ الطبيعة القانونية لشخصية الجنين باعتبارها المصدر الأساسي الذي يخوله لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

أولًا: مفهوم الشخصية القانونية للجنين: نتطرق في هذا العنصر إلى تعريف الشخصية القانونية وبيان شروط اكتسابها، لكي يتسنى لنا بيانها من جميع النواحي.

1- تعريف الشخصية القانونية: من الملاحظ أن هذا اللفظ مركب إضافي يحتوي على كلمتين هما: الشخصية والقانونية ومن أجل تفادي الإسهاب سنكتفي بتعرف هذا المركب مجملًا من الناحية الاصطلاحية فقط.

- الشخصية القانونية اصطلاحًا: فكرة الشخصية تتلخص منطقيا من فكرة الذمة المالية وهي: "التعبير عن القدرة القانونية للشخص باعتباره شخصًا[1]"، كما عرفت أيضا بأنها: "صفة يقررها القانون ويكون بمقتضاها لمن تتقرر له أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات."[2]

2- شروط اكتساب الشخصية القانونية: إن الاعتراف بالشخصية القانونية لشخص معين سواءً كان طبيعيًّا أو اعتباريًّا هو بمثابة اعترافٍ صريحٍ من قبل الدولة بهذا الشخص، وهذا ما يحتم عليها إعطائه بعض الحقوق مقابل واجبات تحددها، بالمقابل وضعت هذه الأخيرة شروط تُقَيّد هذا الاعتراف من أجل الحفاظ على الحقوق وضمان تطبيق الالتزامات، ومن أهم هذه الشروط الواجب توفرها لحصول الشخص الطبيعي على الشخصية القانونية، ولادة الإنسان حيًّا، فشخصيته تبدأ بولادته حيًّا وتنتهي بوفاته وفاة طبيعية أو حكمية، وبمجرد توفر هذا الشرط تلتصق بالشخص الطبيعي خصائص متمثلة فيما يلي:

أ- الاسم: "يعتبر الاسم أهم ما يميز الشخص عن غيره من الأشخاص ويتكون عادةً من الاسم الشخصي ولقب الأسرة التي ينتمي إليها "[3].

1- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 232/8.

2- علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص57.

3- مفتاح محمد اقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، ص46.

ب- حالة الشخص الطبيعي وموطنه: هي مجموعة من الأوصاف التي يضعها القانون في عين الاعتبار من أجل أن يعلق عليها آثار قانونية، ومن بين هذه الصفات مثلا: الانتماء إلى دين معين أو أسرة أو دولة معينة[1].

ج- الذمة المالية: عُرّفت بأنها: "مجموع ما يخص الشخص من حقوق والتزامات مالية حاضرة ومستقبلة"[2]؛ فالذمة المالية تعتبر الجانب المالي من الشخصية القانونية.

د- الأهلية: يوجد في هذا الخصوص أهليتان، أهلية وجوب وأهلية أداء، الأولى يقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، أما الثانية فهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرًا يرتب عليه القانون آثارا قانونية[3]، فبمجرد ولادة الإنسان حيًّا يصبح متمتعًا بأهلية الوجوب، أمَّا أهلية الأداء فيتمتع بها بعد بلوغه سن الرشد بالإضافة إلى غياب عيوب الإرادة؛ من هذا المنطلق إذاً الجنين لا يتمتع بأهلية وجوب لأنه لم يولد بعد، كما أنه لا يتمتع بأهلية الأداء لأنه غير قادر على تحمل الواجبات، بحكم أنه لا يستطيع التعبير عن إرادته، إذًا كيف يكفل حقوقه في ظل انعدام هذه الإرادة؟

ثانيًا: الطبيعة القانونية لشخصية الجنين: إذا كانت الشخصية القانونية تنشأ مع نشوء الإنسان وتكون ملازمة له وتختلف باختلاف أطوار حياته، فهل يفهم من هذا أن للجنين شخصية قانونية إذا اعتبرناه أحد أطوار الإنسان؟، في هذه الحالة ما هو الوصف القانوني لهذه الشخصية، وهل يُمَكّنُه هذا الوصف من اكتساب الحقوق المالية منها وتحمل الالتزامات؟

1- نظريات الشخصية القانونية للجنين عند فقهاء القانون: الجنين إنسان غير كامل وأحياناً غير مخلق؛ لكن له القابلية بأن يكون إنسانا، بالمقابل يمكن ألا يواصل مسيرة الحياة فيخرج ميتًا[4]، أن مسألة شخصية الجنين القانونية لها جذورها التاريخية لأنها طُرِحت في المجتمعات القديمة التي عرفت العبودية، فتعددت النظريات الفقهية في هذا الخصوص، واختلف الفقهاء حول تحديد الإطار القانوني لهذه الشخصية على النحو التالي:

1- ينظر: المرجع السابق، ص47.

2- محمد اقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، ص35، نقلا عن: خالد عبد الله عيد، المدخل لدراسة القانون (نظرية الحق)، ص 92.

3- ينظر: إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ص227.

4- ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص58.

أ- الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أنه ليس للجنين شخصية قانونية إلا إذا ولد حيًّا؛ "لأن الشخصية القانونية لا يتصور منحها إلا لكيان له وجود مستقل، وأن الجنين ليس له كيان منفصل ومستقل بل هو جزء من أمه"[1]، واستدلوا على ذلك على ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية ونص عليه القانون؛ من أن الجنين لا يرث إلا إذا انفصل حيًّا؛ وأن نصيبه يجمَّد حتى يتبين استحقاقه بخروجه حيًّا، ولو كانت لديه شخصية قانونية لاكتسب الحقوق وورثها، فعدم الاعتراف بالشخصية القانونية عندهم لا يتنافى مع وجود الحق الاحتمالي.

ب- الرأي الثاني: يرى أصحابه أنه بمجرد تَكَوّنْ الجنين في رحم أمه يصبح له شخصية قانونية وذلك استنادًا إلى أن الشخصية تعني مجرد الصلاحية لاكتساب الحق وليس الاكتساب الفعلي، فَلِاكتساب الحقوق يكفي في ذلك الصلاحية لِاكتسابها، والجنين لديه هذه الصلاحية إلا بتمام ولادته حيًّا.

ج- الرأي الثالث: يرى أصحاب هذا الرأي أنَّ أصل بداية الشخصية القانونية، هو عند ولادة الإنسان حيًّا، إلا أن القانون خرج عن أصل القاعدة وأثبت للجنين شخصية قانونية على سبيل الاستثناء، هذه الشخصية ناقصة لا تقع عليه بواسطتها واجبات في المقابل يصح له اكتساب حقوق كالميراث والوصية[2].

وهنا يبدو لنا أنَّ ما ذهب إليه الرأي الثالث القائل بالخروج عن أصل القاعدة، وإثبات للجنين الشخصية القانونية على سبيل الاستثناء هو الرأي الأنسب.

2- إقرار الشخصية القانونية للجنين: لقد أقرَّت الشريعة الإسلامية للجنين بالشخصية القانونية ولو بلفظ مخالف ومنحته أهلية وجوب قاصرة[3]، وذلك عند إقرارها للحقوق المالية للجنين، بحكم أنَّ الشخصية بالمعنى الشرعي وصف نابع عن ذات الإنسان وملازم له مادامت له القابلية في تحملها، ويترتب على هذه الشخصية التزامه بالطاعات والواجبات وجميع الالتزامات الدنيوية والأخروية، فالله الذي خلق الإنسان ووهبه العقل والحياة، فهو الذي جعل له شخصية قابلة لتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق فهي هبه ربانية ملازمة لوجود الإنسان[4]، ومن المنطلق الإسلامي يعتبر القانون الروماني هو أول القوانين القديمة التي أقرَّت أحكامًا خاصة للجنين، وذهبت في اتجاه أنه إذا كان

1- المرجع السابق، ص59.

2- ينظر: المرجع نفسه، ص60.

3- ينظر: خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص85.

4- ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص58.

الأصل في الشخصية القانونية أنها تبدأ بميلاد الإنسان وتنتهي بوفاته، فإن هناك حالة تبدأ فيها الشخصية القانونية قبل الميلاد، وهي حالة الجنين الذي يتمتع قبل مولده بشخصية ناقصة[1]، ولقد ساير القانون المقارن هذا الاتجاه، فجاء القانون الفرنسي وأقر حق الجنين في الإرث والوصية والهبة كما مكنه من بعض الحقوق، نفس الشيء ذهب إليه القانون اللبناني في المادة 40 من قانون الإرث[2]، وفي القانون التونسي يتّضح أنه أقر حق الجنين في الميراث ومكنه من حقّه في الوصية؛ وهذا ما يثبت أنه اعترف للجنين بالشخصية القانونية[3]، كذلك القانون المغربي أقر للجنين بالشخصية القانونية وهذا ما يظهر جليًّا في مدونة الأسرة المغربية والمسطرة المغربية[4]، أما في القانون الجزائري فقد نصت المادة 25 ق.م.ج[5] على المركز القانوني للجنين، كما أثبت للجنين الحق في الميراث والوصية حسب المادة 128و187 من ق.أ.ج، وأقر له نفس القانون حق الهبة في المادة 209[6].

1- رباب الخبثاني، الجنين حسب القانون التونسي في بحث متميز، أخذناه يوم: 2020/03/30م في الساعة:22:01، من موقع "محاماة نت" على الشبكة العنكبوتية الآتية: www.mohamah.net

2- جامعة روح القدس، نشوء الشخصية القانونية للشخص الطبيعي، أخذناه يوم: 2020/03/30م في الساعة 22:45، من موقع "lebanonlawyser" على الشبكة العنكبوتية الآتية: www.lawyerslb.com

3- ينظر: أمر على مؤرخ في 6 محرم 1376، الموافق ل: 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية. (الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956).

4- ينظر: ظهير شريف رقم: 1.04.22، صادر في 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، بتنفيذ القانون رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.

5- ينظر: الأمر رقم: 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري.

6- ينظر: القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 05-02المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية، ع: 15.

المبحث الثاني

الحقوق المالية للجنين في ظل حالات الحمل العادية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حقوق الجنين المالية على وجه الإلزام

المطلب الثاني: حقوق الجنين المالية على وجه التبرع

المطلب الأول: الحقوق المالية للجنين على وجه الإلزام

سنتكلم في هذا المطلب عن الحقوق المالية الواجبة أو الملزمة للجنين في ثلاثة فروع رئيسية منها الفرع الأول حقه في النفقة والفرع الثاني حقه في الميراث والفرع الثالث حقه في الشفعة.

الفرع الأول: نفقة الجنين

النفقة نوعًا من أنواع الحقوق التي أقرها القانون؛ كقانون الأحوال الشخصية للجنين، حيث تعتبر من الحقوق المالية التي هي على وجه الإلزام التي تكفّلت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بحمايتها؛ بفرض عقوبات عند انتهاكها، وسنعرض في هذا الفرع موضوع النفقة من خلال تعريفها أولاً، ثم شروط وضوابط استحقاقها للجنين ثانيًا.

أولًا: تعريف النفقة

1- تعريف النفقة لغةً: هي من النفوق، أي: الهلاك، يقال نفقت الدابة، إذا هلكت والنفقة اسم مصدر وجمعها نفقات بمعنى الصرف[1]، فيقال أنفق ماله أي صرفه، وبها يكون هلاك المال ورواج الحال[2].

2- تعريف النفقة في اصطلاح الفقهاء: النفقة هي كل ما ينفقه الإنسان على زوجته، وأولاده[3]، وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن، وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف عليه بين الناس، وحسب سعة الزوج[4].

3- تعريف النفقة في القانون: إن المشرع الجزائري لم يعرف النفقة بل حدد ما يعتبر من مشتملاتها وفقًا لنص المادة 78 من ق.أ.ج "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأُجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"[5].

ثانيًا: شروط استحقاق النفقة للحامل

1- شروط استحقاق النفقة للحامل في الشريعة الإسلامية: من الحقوق التي تتعلق بالجنين النفقة عليه أثناء وجوده في بطن أمه، فقد فرض الله سبحانه وتعالى النفقة للمطلقة والرَّجعية؛ لأنها تبقى في

1- ابن منظور، لسان العرب، ص357.

2- الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، 618/2.

3- ينظر: العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص147.

4- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة، 169/1.

5- ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

حكم الزوج مادامت في العدة، ويحق للزوج الرجوع لها، وقد أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على أن المطلقة رجعيًّا تجب لها النفقة والسكن حتى تقضي عدتها؛ حاملًا كانت أو حائلًا[1]، أما البائن فقد أُسْتُثني من عدم وجوب النفقة لها إذا كانت حاملًا طوال مدة العدة، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿**وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾[الطلاق:6]، فالنفقة تجب للحمل بوجوده وتنعدم بعدمه[2] وهذا هو المشهور عند جمهور الفقهاء[3]، ولكي تستحق الحامل النفقة يجب أن يثبت نسب حملها، بالطرق الآتية:

أ- ثبوت النسب بالفراش

- الفراش الصحيح: "إذا وُلِدَ الطفل على فراش صحيح ثابت بأحد وسائل النكاح الصحيح؛ أُلْحِق به ولا يثبت النسب بالزنا"[4]، وقد اتفق فقهاء الشريعة على أن النسب يثبت بالزوجية، سواءً كان بعقد زواج صحيح أو فاسد، ولعل أهم دليل يستند إليه العلماء في إثبات النسب بالفراش ما روته عائشة ﵂ قالت: "اِخْتَصَمَ سعدُ بنُ أبي وقَّاصٍ وعبدُ بنُ زمعَةَ في غلامٍ، فقالَ سعدٌ: هذا يا رسولَ الله اِبنُ أَخِي عُتْبةَ بنِ أبي وقَّاصٍ عهِدَ إليَّ أنَّهُ ابنُهُ، انظُرْ إلى شَبَهِهِ، وقالَ عبدُ بنُ زمعةَ: هذا أخي يا رَسُولَ الله وُلِدَ على فراشِ أبي مِنْ وليدتِهِ، فنظرَ رسولُ اللهﷺ إلى شَبَهِهِ، فرأى شبهًا بيّنًا بعُتبةَ، فقالَ: «**هو لكَ يا عبدُ، الولدُ للفِراشِ وللعاهرِ الحَجَرُ، واحتجبي منهُ يا سودةُ**»، قالتْ: فلم تره سودةَ قطّ"[5]، ولِتحقق شرط النسب بالفراش يشترط أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادةً؛ بأن يكون بالغاً قادراً على الجماع بشهادة الأطباء، وأن يكون هناك وطء[6].

- مدة الحمل: اتفق جمهور الفقهاء على أن أقل مدة حمل ستة أشهر ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿**وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا**﴾ [الأحقاف:15]، وقوله أيضًا: ﴿**وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ**﴾[البقرة:233]؛أي أن تتم الولادة بعد ستة أشهر من حين الدخول[7] كأقل مدة حمل، وقال الحنفية من حين العقد، واختلفوا اختلافاً كبيراً في أكثر مدّة الحمل، فمنهم من قال خمس سنوات وقيل

1- ينظر: محمد حسن بن باقر النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، 339/32.

2- ينظر: النووي، المجموع في شرح المهذب، 174/20.

3- ينظر: مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، ص88.

4- علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص116.

5- رواه البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، بَابَ مَن ادعَى أَخًا أو ابن أَخ، حديث رقم: 2218، 430/2.

6- ينظر: آوان عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب، ص73-74.

7- ينظر: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 108/3.

هي أربع[1]، وقيل سنتان، ومنهم من قال أنها تسعة أشهرٍ ولا تزيد عنه إلا قليلًا وقال الأطباء المعاصرون، في النّدوة الطبيّة الثّالثة أنّ مكث الحمل لا يزيد عن تسعة أشهر إلا أيّامًا قليلة، و لا يمكن أن تتجاوز 330 يومًا في أي ظرف[2].

ب- وسائل ثبوت النسب الأخرى: اهتمت الشريعة الإسلامية بالنسب اهتمامًا بالغًا، باعتباره من أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة وما يترتب عليه من حقوق مالية كالميراث والنفقة[3]، وشَدَّدت أيضًا على حفظ النسب فنهت عن التبني وإلحاق الولد بغير أبيه، كما نهت عن التّبرّؤ من الولد ونفيه بدون وجه حق، وشرَّعت الوسائل التي تُثْبِت النسب، ولكن منها ما هو متَّفقٌ عليها من قبل المذاهب الأربعة كالفراش الصحيح والإقرار والبينة، ومنها ما اختلفت فيه كالقيافة التي اشترط المالكية فيها وجود فراش، بالإضافة إلى الوسائل الحديثة كالبصمة الوراثية التي اختلف فيها العلماء فهناك من يقول بالعمل بها مطلقًا ومنهم من قيدها بشُروطٍ معينة، ومنهم من اعتبرها قرينة لا تنتج إلا إذا انضمت إليها قرائن أخرى[4].

2- شروط استحقاق النفقة للحامل في القانون الوضعي

أ- فيما يتعلق بالنسب: نَسَبْ المولود من الزواج الصحيح والفاسد أو الإقرار هو ما أخذت به قوانين الدول العربية والإسلامية، فلا تجب نفقة الولد أو الجنين على الأب إلا بثبوت النسب وهذا ما نصّت عليه المادة 155 من قانون الأسرة المصري، والمادة 54 من قانون الأحوال الشخصية الليبية والمادة 132 من قانون الأحوال الشخصية السورية[5]، والمواد 143، 144، 152، 153 من مدونة الأسرة المغربي، أَمَّا المشرع الجزائري فقد نص على مسألة النَّسب في الفصل الخامس من قانون الأسرة، تحت عنوان النسب، حيث نصت المادة 40 منه بأن نسب الولد "يثبت بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقًا للمواد 32 و33 و34"، وبالرجوع إلى نص المادة

1- ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص40-48.

2- ينظر: بحث قانوني ودراسة حول الأسس القانونية والشرعية لميراث الجنين، موضوع لم يُذكر اسم صاحبه، أخذناه يوم: 2020/05/12م، في الساعة: 00:23، من موقع" محاماة نت" على الشبكة العنكبوتية الآتية:
www.mohamah.net.

3- آوان عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، ص25.

4- ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص116-139.

5- ينظر: المرجع نفسه، ص124.

75 فنجده قد نص على وجوب نفقة الأب على ولده؛ فلا نفقة على الأب على ولده خارج إطار النسب، وهو ما يؤكد حرص المشرع الجزائري على مسألة النسب فيما يخص نفقة الأولاد[1].

ب- فيما يتعلق بمدة الحمل: لم تغفل القوانين العربية الإسلامية لأدنى مدة حمل ولأقْصاها من أجل إثبات النسب، فإذا تعلق بأدنى مدة حمل فهي ستة أشهر باتفاق عند فقهاء القانون، أما أقصى مدة حمل فنجد هناك تباين بين قانون وآخر، ففي القانون المصري تنص المادة 155 أنه يثبت نسب المولود من الزواج الفاسد إذا ولد خلال ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول وليس للزوج نفيه، وفي المادة 129 من قانون الأحوال الشخصية السورية تنص على أن ثبوت النسب يكون بعد مضي أقل مدة حمل على عقد النّكاح ولا يثبت عدم التلاقي بين الزوجين بصورة محسوسة، ونصت المادة 128 أن هذه المدة مقدرة بـ: 180 يوم؛ أي ستة أشهر[2]، ومثل هذا القول ذهب إليه القانون العراقي في المادة 51 من قانون الأحوال الشخصية لما نص على أنه ينسب ولد كل زوجة إلى زوجها بشرطين أن يمضي على عقد الزواج أقل مدة الحمل وأن يكون التلاقي بين الزوجين ممكنًا[3].

أمّا المشرع المغربي في المادة 154 من مدونة الأسرة المغربية نص على أنه من أجل ثبوت نسب الولد بفراش الزوجية يجب أن يولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال؛ سواءً كان العقد صحيحًا أو فاسدًا، وإذا ولد لأقصى مدة حمل والتي اعتبرها سنة من تاريخ الفراق[4]، وأخذ قانون الأحوال الشخصية الأردنيّ باتجاه الأطباء المعاصرين الذين قالوا بأن أكثر مدة حمل هي تسعة أشهر، وأضاف احتياطًا أكثر مدة حمل وجعلها سنة، حيث اتَّـفق مع هذا الإتّجاه انطلاقًا من القاعدة الفقهيّة: الحكم للشّائع والنّادر الشّاذّ لا حكم له، وقد بات من البديهيّات أنَّ حمل أنثى الإنسان تسعة أشهر، لا تزيد لأكثر من عشرة أشهر، وقليلاً ما نقصت عن ذلك[5]، أمَّا قانون الأحول الشخصية المصري قد أخذت في بادئ الأمر برأي الحنفية وقال بأن أكثر مدة حمل هي سنتان، ولاحظ أن ذلك

1- ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2- ينظر: المرسوم التشريعي رقم: 59، المتضمن قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية، (1953/59)، المؤرخ في: 1953/09/07.

3- ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص121.

4- ينظر: ظهير شريف رقم: 1.04.22، بمثابة مدونة الأسرة المغربية.

5- ينظر: بحث قانوني ودراسة حول الأسس القانونية والشرعية لميراث الجنين، موضوع لم يُذكر اسم صاحبه، أخذناه يوم: 2020/05/12م، في الساعة: 00:23، من موقع" محاماة نت"، على الشبكة العنكبوتية الآتية:

www.mohamah.net.

يترتب عليه آثار سلبية منها كثرة دعاوي تزوير النسب بسبب اتجاه الأفراد إلى استغلال طول مدة الحمل، لهذا لجأت وزارة العدل في ذلك الوقت لرأي الطب وأخذت برأي بعض المذاهب وصدر قانون رقم 25 لسنة 1929 وقرر أن الحد الاقصى لمدة الحمل سنة شمسية[1]، وما يمكن القول هنا أن أقصى مدة حمل للمرأة ما بين التسعة أشهر إلى السنَة، وهو ليس بعيدًا عن أقوال الأطباء، وهو مطابق لقوانين الأحوال الشخصية لكل البلدان العربية والإسلامية[2]، ولقد سار المشرع الجزائري على نفس هذا النهج لما نص في المادة 42 على أقل مدة حمل وهي ستة أشهر ونص في المادة 43 أن أقصاها عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة[3].

يتبين لنا مما ذُكر سابقًا أنَّ إعْمال قرينة الولد للفراش التي توجب النفقة على الجنين تحكمها ضوابط هي: وجود عقد زواج صحيح أو بشبهة، وكذلك القدرة على المعاشرة وأن تضع المرأة حملها في أقل مدة حمل وألّا تتعدى أكثرها من تاريخ العقد أو الدخول باتفاق بين فقهاء الشريعة والقانون معًا.

1 – ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص49.

2– ينظر: محمد صالح المنجد، أطول مدة تمكثها المرأة وهي حامل، أخذناه يوم: 2020/05/13م، في الساعة: 01:13 من موقع "الإسلام سؤال جواب" على الشبكة العنكبوتية الآتية: www.islamqa.info

3– ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني: ميراث الجنين

الميراث أيضًا كالنفقة من الحقوق المالية التي هي على وجه الإلزام لأنه مرتبط بالنسب، وأركانه العامة ثلاثة مورث وموروث ووارث كل واحدةٍ من هذه الأركان تعتبر جزء من أجزاء النظام القانوني للميراث، ولا يمكن أن يوجد هذا النظام إلا بوجودها جميعًا لأنه إذا تخلف أي ركنٍ منها انتفى وجوده، وعدا هذه الأركان العامة التي ذكرناها سنتناول في هذا الفرع النظام القانوني لميراث الجنين من أجل معرفة هل تتوفر فيه الشروط لقيام حقه في الإرث من عدمه، لكن قبل ذلك سنتطرق إلى تعريف الميراث أولاً من الناحية اللغوية والاصطلاحية.

أولًا: تعريف الميراث

1- تعريف الميراث لغةً: له معنيان، الأول بمعنى المصدر، أي: الوارث؛ والثاني بمعنى اسم المفعول أي الموروث، والميراث بالمعنى المصدري له معنيان، أحدهما البقاء ومنه اسم الله تعالى الوارث، وثانيهما تحريك الشيء من شخص إلى أخر[1].

2- تعريف الميراث اصطلاحًا: هو اسم لما يستحق الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، وعُرّف بأنه علم يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث[2].

ثانيًا: أحكام الميراث المتعلقة بالجنين

1- شروط ميراث الجنين والمسائل المتعلقة به في الشريعة الإسلامية

أ- شروط ميراث الجنين: يشترط في الإرث المتعلق بالجنين جملة من الشروط لابد من تحقيقها كاملة بحيث لو فقد شرط واحد لم يكن هناك توارث وهي:

- موت المورث حقيقة أو حكمًا أو تقديرًا: فالموت الحقيقي هو فقدان الحياة فعلًا وهو ما كان عن مشاهدة أو قامت البينة عليه؛ أمَّا الموت الحكمي يكون في حال المفقود الذي لا تعلم حياته ولا موته ويُغلب ظن القاضي موته بالقرائن[3]، والموت التقديري يكون في حالة الجنين الذي أُسْقِط بجناية على أمه؛ فإذا ضرب إنسان امرأة حاملًا فأسقطت جنينًا ميتًا فإن ذلك الجنين يرث على تقدير الحياة وقت

1- ينظر: الفيروز آبادي، القاموس المحيط، 177/1.

2- ينظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 456/4.

3- ينظر: إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، ص218-220.

الجناية وتقدير موته بسببها[1] هذا حسب رأي الحنفية أما الجمهور فيشترطون الخروج الكامل للجنين حيًّا لكي يرث.

– **وجود الجنين حيًّا في بطن أمه وقت موت مورثه:** أن يكون موجودًا في بطن أمه حقيقةً أو حكمًا حين موت مورثه، ويستدل على وجوده في البطن عند وفاة مورثه بولادته حيًّا في مدة يغلب على الظن أنه كان موجودًا في البطن وقت وفاة المورث، هذه المدة تختلف باختلاف الأحوال؛ فتارةً تكون أقل مدة حمل وأخرى تكون أكثرها[2].

– **أن يولد الجنين حيًّا:** إذا ولد الجنين حيًّا ثبتت أهليته للتملك واستقر ملكه للإرث، وتُثْبت الحياة للجنين بأحد الأمور التالية:[3]

خروجه من بطن أمه حيًّا: فإن انفصل ميتًا أو نزل بأقله حيًّا ثم مات لا يرث باتفاق جمهور الفقهاء[4]، غير أنهم اختلفوا في مقدار ما يخرج منه حيًّا حتى يثبت له الإرث إلى فريقين، فذهب الجمهور إلى أن الجنين إن لم ينفصل كله حيًّا لا يرث؛ لأن أهلية التملك لا تثبت إلا بالوجود الكامل[5]، ويرى الحنفية أن الجنين إن انفصل أكثره حيًّا ثم مات فإنه يرث، فالأكثر يعطى حكم الكل في الشريعة الإسلامية[6].

الاستهلال: اتفق الفقهاء على أن استهلال الجنين بالصراخ دليل على حياته لذلك يرث، غير أنهم اختلفوا باستهلاله دون صراخ، فيرى الحنفية بأن الجنين الذي سُمع منه عُطاس أو تحرَّك بعض أعضائه أو تنَفَّس أو ما شابه ذلك دليل على حياته ويثبت له الإرث، ولا يعتبر تحركه في البطن قبل ولادته دليلًا على حياته[7]، وذهب الشافعية إلى أن حياته تثبت بأي وجه علمت به حياته من حركة أو صياح أو بكاء أو عُطاس أو تثاؤب أو التقام الثدي أو نحو ذلك فهو دليل على حياته ويثبت له الإرث، أما إذا حي حياةً غير مستقرة أو حياة مستقرة لوقت لا يعلم وجوده عند الموت، فذلك ليس

1- ينظر: محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، ص31.

2 – ينظر: مفتاح محمد اقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، ص120.

3 – ينظر: ياسين أحمد إبراهيم درادكة، الميراث في الشريعة الإسلامية، ص248.

4- ينظر: محمد محيي الدين عبد الحميد، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، ص182.

5 – ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 172/8.

6 – ينظر: السرخسي، المبسوط، 51/30-52.

7 – ينظر: المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

دليلًا على حياته ولا يرث[1]، وذهب الحنابلة إلى رأي قريب من رأي الشافعية فقالوا بأن الجنين إذا استهل صارخا أو بكى أو ارتضع أو سعل أو تحرك حركة طويلة أو تنفس وطال زمن التنفس ونحو ذلك، مما يدل على حياته حياة مستقرة، ولا تثبت له الحياة بالحركة اليسيرة أو الاختلاج أو التنفس اليسير لأنها لا تدل على الحياة المستقرة[2].

ب- المسائل المتعلقة بميراث الجنين

-طرق وراثة الجنين: يثبت للجنين الميراث سواءً كان الجنين من صلب الميت أو من غير صلبه بالطريقتين الآتيتين:

كون الجنين ابنًا للميت: إذا كان الجنين ولدًا للمتوفى نفسه بأن ترك زوجته حاملًا منه، وكانت الزوجية قائمة بينهما عند وفاته، فإن الجنين يثبت له النسب والإرث من أبيه المتوفى إذا وضعته أمه في مدة لا تزيد على أكثر مدة الحمل تحسب من وقت وفاته؛ حسب الراجح في الفقه الإسلامي، أو قبل عشرة أشهر حسب قانون الأسرة الجزائري، وإن كان الحمل للمتوفى نفسه، غير أن زوجيتهما منقطعة بطلاق بائن قبل وفاته، ومات وهي في العدة ثم ولدت، فيثبت للجنين النسب والإرث من الميت إذا وضعته أمه في مدة لا تزيد على أكثر مدة الحمل تحسب ابتداء من وقت تطليقه إيّاها أما إن ولدته في مدة تتجاوز أقصى مدة الحمل فلا يثبت للجنين شيء[3].

أن يكون الجنين من غير الميت: إذا كان الحمل من غير المتوفى بأن ترك امرأة أبيه أو أخيه أو غيرهما من الورثة حاملًا، فإننا نميز بين حالتين، الأولى: إن كانت الحامل من غير الميت، وكانت الزوجية قائمة بينها وبين زوجها عند الوفاة، فإن الحمل يرث من الميت بشرط أن يولد لأقل مدة الحمل تحسب من لحظة وفاة المورث؛ أي لأقل من ستة أشهر من الوفاة وفق الراجح في الفقه الإسلامي والقانون، فإن وضعته لأكثر من هذه المدة فلا يرث لعدم التيقن من وجوده وقت وفاة المورث، ولاحتمال حدوث الحمل بعد وفاته، أما الحالة الثانية: إن كانت الحامل من غير الميت وكانت الزّوجية غير قائمة بينها وبين زوجها عند وفاة المورث بأن كانت معتدة من طلاق أو من وفاة فإن الحمل يرث من الميت بشرط أن يولد لأقل مدة الحمل، تحسب ابتداءً من لحظة مفارقة زوجها لها، أما إن ولدته لأكثر من هذه المدة

1- ينظر: الماوردي، الحاوي الكبير، 172/8.

2- ينظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 558/4

3- ينظر: محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، ص203.

فلا يرث شيئًا[1].

ج- آراء الفقهاء في تقسيم التركة في حالة وجود جنين: ذهب الجمهور من الحنفية والشافعية والزيدية والإمامية إلى أن التركة تقسم دون انتظار ولادة الجنين، وذلك منعًا من إضرار الورثة، أما الفقه المالكي فذهب إلى القول أن التركة لا تقسم حال وجود حمل، ويعد الحمل سببًا يوقف به المال فيوقف قسمتها حتى يولد أو يحصل اليأس من الولادة، إذًا لا خلاف يثار في هذا الموضوع بالنسبة للمذهب المالكي لأن التركة موقوفة إلى غاية ولادة الجنين، لكن الخلاف يثار بين المذاهب الأخرى التي قالت بقسمة التركة دون انتظار الحمل، موضوع الخلاف متعلق بمسألة مقدار ما يوقف للجنين، وهو لا يخرجون على الحالات الآتية:

- لا يرث الجنين مطلقًا: لا على فرض الذكورة ولا على فرض الأنوثة لأنه هنا إما أن يكون ممنوعًا أو محجوبًا حجب حرمان، والممنوع مثلًا إذا كان ابن من زوجه لعان...إلخ ففهي هذه الحالة لا يفيد خروجه لأن وجوده كعدمه[2].

- أن يرث الجنين قدرًا واحدًا ذكرًا كان أو أنثى: وهو بأن يرث الجنين النصيب نفسه سواءً كان ذكرًا أو أنثى، من أمثلة هذه الحالة ميراث الجنين عن طريق غير المتوفي كأن يكون أخ لأم أو أخت لأم مع زوجة وأخت شقيقة وأخت لأب زائد.

- أن يرث الجنين على أحد التقديرين الذكورة أو الأنوثة: وفي هذه الحالة تُحل المسألة حلّين أحدهما على فرض الذكورة، والآخر على فرض الأنوثة، فإذا ظهر الحمل وفقًا للفرض الذي يرث فيه أُعطي له نصيبه وظلّت عند الورثة أنصبتهم كما هي، أمَّا إذا جاء بخلاف ذلك وزّع القدر المحفوظ للحمل على بقية الورثة[3].

- أن يرث الجنين أكثر النصيبين بين الذكور والإناث: وذلك عندما يكون نصيبه يختلف بالذكورة والأنوثة، فيحتفظ له بالنصيب الأكبر، في هذه الحالة تحل المسألة على فرض الذكورة، وأخرى على فرض الأنوثة ويحفظ للحمل النصيب الأوفر مضاف إليه فروق الأنصبة[4].

1- ينظر: عيسى معيزة، الجنين إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، ص49.

2- ينظر: خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص203.

3- ينظر: بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ص336-338. ومفتاح محمد اقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، ص121-123.

4- المرجع نفسه، ص339.

- أن يكون الوارث الوحيد: وذلك عندما لم يجد غيره من الوارثين، أو وُجِدوا ولكن يحجبهم الحمل حجب حرمان فتوقف جميع التركة إلى أن يولد الحمل[1].

2- شروط ميراث الجنين في القانون: لم يدخل فقهاء القانون في الأخذ والرد والتّحليل في موضوع ميراث الجنين كفقهاء الشريعة الإسلامية، فنجد أغلب الدول العربية والإسلامية التي اِطّلعنا على منظومتها القانونية المتعلقة بالميراث وشؤون الأسرة أنها أخذت بمذهب الجمهور القائل بتقسيم التركة وعدم اِنتظار ولادة الجنين.

أمَّا فيما يخص مقدار ما يعزل للجنين فقد اختلفت القوانين في ذلك كُلٌ حسب بيئته ومجتمعه، ومن بين هذه القوانين مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي نظمت مسألة الجنين في الباب الثامن تحت عنوان مسائل متنوعة[2]، فنصت في الفصل 147 ما يلي: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان فإن كان يحجبهم حجب حرمان بوقف الكل ولا تقسم التركة".

وبالنسبة للقانون الأردني فقد وقف مقدار نصيب ذكر واحد إلا أنَّه يُؤخذ كفيل من الورثة أنَّه لو ظهر الحمل أكثر من واحد يردون ما يستحقه من الذي أخذوه، وجاء في كتاب المبادئ القضائية أنه إذا وجد حمل تقرر المحكمة وقف حصته، ويقسم إرثه على فروض ثلاثة، ولادته ذكرًا، أو ولادته أنثى أو خروجه ميّتًا، والاحتياط يقضي بأخذ كفالة من الورثة لاحتمال ولادة الزوجة أكثر من ذكر، وإذا زاد على نصيبه رد من الزائد وهذا ما نصت عليه المادتان 403 و404 من قانون الأحوال الشخصية السوداني[3]، أمَّا المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية فقد أدرج ميراث الجنين ضمن القسم الثاني المتعلق بأسباب الإرث وشروطه وموانعه ذلك لأنَّه أخذ بالمذهب المالكي القائل بوقف التركة كاملة إلى غاية ولادة الجنين، من أجل ذلك لم نجد في نصوص مدونة الأسرة[4] مواد تنظم مقدار ما سيوقف للجنين، ولم يتطرق هذا القسم أيضًا إلى مسألة أقل مدة حمل وأقصاها، بل تطرق فقط إلى الشروط العامة المتعلقة بالميراث بما فيها ميراث الجنين فنص في المادة 329 أن أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية، فلا تسقط صفة الوارث أو الموروث، ولا يتنازل عنه للغير، وجاءت المادة

1- خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص204.

2- ينظر: الرائد الرسمي عدد 66، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

3- ينظر: محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، ص205.

4- ينظر: ظهير شريف رقم: 1.04.22، بمثابة مدونة الأسرة المغربية.

330 لتبين شروط استحقاق الإرث ما يلي :تحقق موت الموروث حقيقةً أو حكمًا، وجود وارثه عند موته حقيقةً أو حكمًا والعلم بجهة الإرث.

أمَّا المشرع الجزائري فقد سلك مسلك الجمهور في مسألة تقسيم التركة وعزل نصيب الجنين، فتناوله في الفصل الثامن تحت عنوان الحمل وخصص له مادتين فقط، فنص في المادة 173 على أنَّه: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها"، أمَّا المادة 174 فجاء فيها أنَّه إذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تُعرض على أهل المعرفة[1]، فيخرج بذلك من النقاش المتعلق بأقل مدة الحمل وأكثرها في هذا المجال.

وما بدا لنا أن قول المذهب المالكي القائل بوقف التركة كاملة إلى غاية ولادة الجنين هو الرأي الأنسب لحفظ الحقوق من ضياعها، والأسهل تطبيقًا، أمَّا إذا فكَّرنا في الأضرار التي ستلحق بالورثة، فإنَّنا نتصادم مع مدة الحمل التي لا نعتبرها مدة طويلة جدًّا قد تؤدي إلى الإضرار بالورثة ومصالحهم، لأن مصالح الورثة ليست كلها مبنية على ميراث المتوفي، وإن كان عكس ذلك، كيف كانت ستسير مصالحهم في حالة عدم وفاة المورث أصلًا؟

1- ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثالث: حق الشفعة للجنين

يتفق الفقه الإسلامي والقانوني على اعتبار الشفعة سببًا لكسب الملكية، لكن رغم هذا الاتفاق إلا أنَّ هناك خلافًا في مُسْتحقيه، وسنتناول في هذا الفرع حق الشفعة للجنين بداية من تعريفها ثم مدى أحقية الجنين لها.

أولًا: تعريف الشفعة

1ــ تعريف الشفعة لغةً: الشين والفاء والعين أصل صحيح يدل على مقارنة الشيئين الشَّفْع خلاف الوَتْر وسُمِّيَتْ شُّفْعَة لأنَّه يَشفع بها ماله[1].

2– تعريف الشفعة اصطلاحًا

أ– تعريف الشفعة في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية: اختلفت المذاهب الفقهية في تعريف الشفعة كل حسب وجهته، غير أنهم كيَّفُوها بأنها خيارًا يثبت للشفيع لدفع الضرر عن المال، ومن بين هذه التعريفات:

ـ تعريف الشفعة عند الحنفية: الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار[2]، أو هي حق التملك بالعقار لدفع ضرر الجوار[3].

– تعريف الشفعة عند المالكية: هي استحقاق الشريك أخذ أم لم يأخذ[4].

ـ تعريف الشفعة عند الشافعية: حق تملك لدفع الضرر عن الملك بإخراج الدخيل في الملك[5].

– تعريف الشفعة عند الحنابلة: وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريك ممن انتقلت إليه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد[6].

ب– تعريف الشفعة في الاصطلاح القانوني: عرفها القانون الكويتي في المادة 891 من القانون المدني بقوله: "الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار أو المنقول في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها...إلخ"[7]، كما عرَّفتها المادة 1150 من القانون المدني الأردني بأنها حق تملك العقار المبيع أو

1– ينظر: أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، 201/3.

2– ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 308/4.

3– ينظر: الزيلعي، تبين الحقائق وشرح كنز الدقائق، 347/6.

4– ينظر: الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، 629/3–630.

5– ينظر: الروياني، بحر المذهب، 3/7.

6– ينظر: البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، ص431.

7– ينظر: الأمر رقم: 67–80، المؤرخ سنة 1980، المتضمن القانون المدني الكويتي، المعدل بالقانون رقم: 15، المؤرخ في 1996.

بعضه ولو جبرًا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات، ولقد عرفها القانون التونسي في الفصل 103 من مجلة الحقوق العينية بأنها" حلول الشريك محل المشتري في التملك بمبيع شريكه في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها..."[1]، وبالرجوع الى مدونة الحقوق العينية يتبين لنا أن المشرع المغربي عرف الشفعة في المادة 292 الذي جاء فيه بأن: "الشفعة اخذ شريك في ملك مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد أداء الثمن..."[2]، ولقد عرف المشرع الجزائري الشفعة في نص المادة 794 ق.م.ج بقوله: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية" [3]وهي المواد من 795 إلى 807 من القانون المدني"،

من خلال استقراء نصوص القوانين تبيَّن لنا اختلاف فقهاء القانون في تعريف الشفعة، فلقد عرفها كل قانون حسب تكيفه لها، فمنهم من عرَّفها على أنها حق ومنهم من جعلها رخصه على هذا النحو:

– تعريف الشفعة على أنها حق عيني: يخول للشفيع حقًا مباشرًا يسري بالنسبة للكافة وبذلك تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار.[4]

– تعريف الشفعة على أنها حق شخصي: وذلك لأنها تمنح لاعتبارات شخص الشفيع وظروفه الخاصة، ولا يعني هذا التعبير أنها حق دائنيه؛ بل يريدون به أنها حق لصيق بشخص الشفيع.

– تعريف الشفعة على أنها حق مختلط: يرد على عقار ليكون عينيًا وتقرر لاعتبارات شخصية ليكون شخصيًا.

– تعريف الشفعة على أنها ترخيص: فهي من الحقوق الترخيصية التي تسمح لأصحابها باستعمالها بإرادة منفردة وينشأ عنها مركز قانوني جديد منشئ لحقوق والتزامات.

– تعريف الشفعة على أنها حق ورخصة معًا: فهي قبل استعمالها من الشفيع رخصة، أما بعد استعمالها فهي حق، فاستعمالها يؤدي إلى التزام المشتري بها.

1- ينظر: قانون عدد 5 سنة 12 فيفري 1965 مؤرخ في 11 شوال 1384 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التونسية، الرائد الرسمي عدد 10 بتاريخ19و 23 فيفري 1965، ص200.

2- ينظر: قانون رقم: 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.11.178، صادر في: 22نوفمبر 2011.

3- ينظر: الأمر رقم: 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري.

4- ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 447/9.

الراجح: لعل الرأي الراجح هو الذي عرّف الشفعة على أنها واقعة مادية تعد سببًا لكسب الملكية كالميراث هو الرأي القائل بأن الشفعة رخصة تَمْنح الشفيع الخيار بين تملك المال المبيع أو رفضه لأن الحق يتميز بمحله الذي قد يكون شخصًّا أو عينيًّا؛ والشفعة ليس محلها الشخص ولا العين التي يملكها وإنما يتحدد محلها في تملك هذه العين.

ثانيًا: حق الشفعة للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي: قبل التطرق إلى حق الجنين في الشفعة لابد من أن نتطرق قبل ذلك إلى أركانها وأسبابها بشكل موجز لكي يتسنى لنا معرفة موضع الجنين من بين هذه الأركان، وهل يمكنه بشخصيته الاحتمالية الحصول على الأسباب المانحة لرخصة الشفعة؟

1- أركان الشفعة وأسبابها

أ- أركان الشفعة: تمثلت أركان الشفعة في: الصيغة؛ وهي كل ما يعبر عن إرادة المتكلم من لفظ أو إشارة أو كتابة[1] يدل على أخذه للشفعة، وهنا الجنين لا يستطيع ذلك إلا بواسطة.

الشفيع: هو من تكون رخصة الشفعة لصالحه[2]؛ ولكي يأخذ صفة الشفيع يجب أن تتوفر فيه شروط عامة متعلقة بكل العقود وشروط خاصة بالشفعة من بينها؛ أن يكون الشفيع مالكًا للعقار المراد الشفعة له، وأن تبقى هذه الملكية قائمة إلى حين الأخذ بالشفعة، كما يلزم له المواثبة[3]؛ أي إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة[4]، المشفوع: هو المُلك العقاري الذي يستحق بواسطته الشفيع الشفعة[5]، وهناك خلاف حول انحصار المبيع في العقار دون المنقول[6].

1- ينظر: حنان سامي محمد موافي، حق التملك بالشفعة، ص61

2- ينظر: ابن قدامة، المغني والشرح الكبير، 474/5.

3- ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 789/2.

4- ينظر: نعمان عباس، تودرت نجيب، إجراءات المطالبة بحق الشفعة، ص16-24.

5- ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 767/2.

6- ينظر: محمد بن فراموز، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ص213.

المشفوع فيه[1]: وهو المبيع الذي يستحق الشفيع أخذه بالشفعة؛ المشفوع عليه؛ هو من يؤخذ منه المبيع بالشفعة[2] أي المشتري، والمشفوع به: أو البدل؛ وهو ما يدفعه الشفيع من الثمن أو قيمة للمشفوع عليه[3]، ويشترط أن يكون البدل مالاً معلوم القدر[4].

ب– أسباب الشفعة: باستقراء مختلف كتب الفقه الإسلامي نجد أنَّ هناك إجماع بين الفقهاء على أنَّ الشفعة خروج عن قاعدة أساسية ومشهورة في نظرية الرضا[5] وهي قاعدة لا يُسلب شخص ملكيته إلا برضاه[6]، وقد تم الخروج عن أصل هذه القاعدة للانتقال إلى قاعدة أخرى وهي الضرر يزال ولقد اختلف الفقهاء حول الضرر الذي من أجله شُرّعت الشفعة[7]، ولكي يطالب أي شخص بإزالة الضرر يجب أن تتوفر فيه إحدى هذه الأسباب التالية، وإنْ كان قد ورد خلاف فيها: الشفعة بسبب الشركة في العقار، الشفعة بسبب الشركة في الحقوق الارتفاقية الخاصة بالعقار المبيع، الشفعة بسبب الجوار[8].

2– حق الشفعة للجنين في الشريعة الإسلامية: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول مسألة جواز الأخذ بالشفعة للجنين من عدمه على النحو التالي:

أ– جواز الأخذ بالشفعة للجنين قبل الاستهلال: وهو رأي الأحناف حيث أقرو بثبوت حق الشفعة للحمل، ويقوم وليه مقامه في الأخذ بها له، "فقد جاء في درر الحكام[9]، يستحق الحمل الشفعة أيضًا فلو ولد الحمل حيًّا لأقل من ستة أشهر اعتبارًا من وقوع عقد الشراء استحق الشفعة"[10]، ومن أقوال الفقهاء الحنفية في ذلك أيضًا بأن: "الحمل والصغير في استحقاق الشفعة كالكبير لاستوائهما في سببه، فيقوم بالطلب والأخذ والتسليم من يقوم مقامهما وهو الأب ثم وصِيُّه ثم أب الأب ثم وصيه ثم الوصي

1- ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 447/9.
2- ينظر: الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، 184/2.
3- ينظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، 447/9.
4- ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 782/2.
5- ينظر: أسماء تخنوني، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ص52.
6- ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 4/4.
7- ينظر: المرجع نفسه، 97/4، ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 198/5.
8- ينظر: حنان سامي محمد موافي، حق التملك بالشفعة، ص41_59.
9 - ينظر: محمد بن فراموز، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، ص213.
10 - بوحملة أحمد، حقوق الجنين بين أحكام الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص29.

الذي نصبه القاضي، فإن لم يكن أحد فهو على شفعته حتى يدرك"[1].

ب- عدم جواز الأخذ بالشفعة للجنين قبل الاستهلال: وهو رأي الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، حيث جاء في مدونة الإمام مالك بأنه لا يأخذ للجنين بالشفعة حتى يولد لأنه لا ميراث له إلا بعد الولادة فكذلك لا شفعة له إلا بعد الولادة وبعد الاستهلال صارخًا[2]، أما الشافعية فقالوا:" إذا وجبت الشفعة للميت وورثها الحمل أخرت لانفصاله فليس لوليه الأخذ قبل الانفصال"[3].

أما الحنابلة فقولهم: "أن بيع شقص[4] في تركة حمل لم يكن لوليه الأخذ بالشفعة له لأنه لا يمكن تمليكه بغير الوصية فإذا ولد الحمل ثم كبر أي بلغ رشده فله الأخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر ولم يكن وليه أخذ بالشفعة، ولوليه الأخذ بالشفعة بعد ولادته إذا كان فيها حظ إذ لا مانع من تمليكه إذن"[5]، وجاء في مفتاح الكرامة إن الحكم كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد، لعدم تيقن حياة الجنين ولا ظنها؛ لعدم الاستناد إلى الاستصحاب، والحمل لا يملك بالابتداء الإرث والوصية، وقضية كلامهم أنه لا يفرق فيه بين من مضى له أربعة أشهر أو خمسة ومن لم يمض له ذلك، فالمراد به ما لم يولد حيًّا، فلو انفصل حيًّا كان لوليه الأخذ بالشفعة، أو له بعد كماله[6].

2- حق الشفعة للجنين في القانون الوضعي: بالنسبة للقانون الوضعي فقد جاء في المادة 904 من القانون المدني الكويتي بأنه: "لا يسقط الحق في الأخذ بالشفعة بموت الشفيع، وإنما ينتقل إلى ورثته"[7]؛ أي أنها يمكن أن تنتقل الشفعة للحمل إذا ثبُت ذلك، وبالرجوع إلى الأحكام المنظمة للشفعة في مجلة الالتزامات والعقود التونسية وبالتحديد في الفصل 110[8] نتبين أنَّه فيما يتعلق بصفة الشريك المشترطة

1- ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 166/8.

2- ينظر: مالك بن أنس، المدونة، 257/4.

3- عبد الحميد الشرواني، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، 81/6.

4- شقص: يقال: لي في هذا المال شقص أي سهم ونصيب من الشيء وشريك وقيل: هو الحظ. الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، 15/18.

5- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 147/4.

6- الشيرازي، الفقه موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي، 120/79.

7- ينظر: قانون رقم: 67-1980 المتضمن القانون المدني الكويتي.

8- ينظر: قانون عدد 5 سنة 12 فيفري 1965 مؤرخ في 11 شوال 1384 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التونسية، الرائد الرسمي عدد 10 بتاريخ 19و 23 فيفري 1965، ص200.

في الشفيع فإنه ليس هناك ما يمنع من اعتبار الجنين شريكًا إذا اعتبرناه مالكًا أو وارثًا لحصة مشاعة[1] في عقار مشترك، لكن هذه الفرضية تطرح مشكل وصعوبة في القانون التونسي فيما يخص انتقال دعوى طلب الشفعة للجنين، فإجراءات القيام بالدعوى تصطدم بعدة صعوبات تتمثل في ضرورة عرض الشفيع الثمن على البائع لأنه يحل محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته[2]، وهذا الأمر لا يمكن إقراره للجنين لأنه شخصية احتمالية الوجود وليس هناك في القانون التونسي نصا صريحا يقر بالولاية على أموال الجنين، وهذا ما نظنه يمنع الجنين من حقه في الشفعة، كما أن التشريع المغربي بدوره أخذ بنظام الشفعة في ظهير مدونة الحقوق العينية من المادة 292 إلى311[3]، إلا انه لم يأتي بذكر الجنين أو وليه القانون مع الأشخاص المطالبين بحق الشفعة لكن لا يمنع هذا أنْ يكون الجنين شريكًا على الشياع أو مالكًا، وبما أن القانون المغربي يتبنى المذهب المالكي فيفهم من هذا انه يعطي حق الشفعة للجنين بعد الولادة والاستهلال كما قال به المالكية باعتبار أنه يقر الولاية على أموال القصَّر.

أمَّا القانون الجزائري فقد حصر الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع في المادة 795 من ق.م.ج[4]؛ وهم مالك الرقبة[5] والشريك في الشيوع وصاحب حق الانتفاع كما اشترط في الشفيع إضافة إلى الشروط المذكورة أنفًا أهلية التصرف[6]، مما يعني أنَّه اتبع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ولم يعطي حق الشفعة للجنين إلا بعد ولادته حيا، وفي هذه الحالة يكون الشفيع قاصرًا ينوب عنه وليه في الأخذ بالشفعة[7] عملا بالمادة 87 من قانون الأسرة[8].

نُلخّص كل ذلك: بأن الشفعة قد أقرتها الشريعة الإسلامية للجنين وحسمتها إلى أبعد الحدود، أما القوانين الوضعية فأغلب الدول لم تتكلم عن حق الشفعة للجنين، وإنما تطرقت لموضوع الشفعة بصفة

1- المُشاعة: الشياع، الملكية الشائعة، أو المشتركة؛ وهي حق عيني (عقاري) موزع بين عدة مالكين بدون أن ينفرد واحد منهم بحصة مفرزة عن سواها من الحصص. أحمد صلاح الدين، تعريف الملكية الشائعة وطبيعتها القانونية، ص3.

2- ينظر: رباب الخبثاني، الجنين حسب القانون التونسي في بحث متميز، أخذناه يوم: 2020/03/30م في الساعة:22:01، من موقع "محاماة نت" على الشبكة العنكبوتية الآتية: www.mohamah.net

3- ينظر: قانون رقم: 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية.

4- ينظر: الأمر رقم: 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري.

5- مالك الرقبة: هو المنتفع من العقار بينما يكون مالك هذا العقار شخصًا آخر غير المنتفع منه. ينظر: برنو سميرة، حق الانتفاع في القانون الجزائري، ص29-30.

6- ينظر: مناد نعيمة، الشفعة في ضوء القانون والقضاء، ص18.

7- ينظر: المرجع نفسه، ص19.

8- ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

عامة؛ لكن يجب أن نشير إلى أن الفقه الإسلامي والقانوني مجمع على أنْ للجنين الحق في الشفعة، وإنما الخلاف يكْمُن في وقت استحقاقه لهذا الحق، فمنهم من يعطه إياه وهو في بطن أمّه وعلى وَليّه أن يقوم بالنيابة عنه للمطالبة به، وهذا ما أخذت به القوانين التي تبنت المذهب الحنفي، ومن القوانين من تبنت مذهب جمهور المالكية والشافعية والحنابلة الذين قالوا بأن الجنين لا يستحق الشفعة إلا بعد الولادة والاستهلال حيًّا.

المطلب الثاني: الحقوق المالية للجنين على وجه التبرع

تُعَدُ التبرعات من أعمال البر والإحسان لتقرب من الله عز وجل، لذا سنبين من خلال هذا المطلب الحقوق المالية للجنين على وجه التبرع في فرعين؛ منهما الفرع الأول حق الجنين في الوصية والفرع الثاني حق الجنين في الهبة والوقف.

الفرع الأول: حق الجنين في الوصية

تُعْتَبرُ الوصِيَّة من الحقوق المالية التي هي على وجه التبرع، وتُعَدُ من التصرفات التي يقصد بها وجه الله تعالى، فهي غير مُلْزِمَة مِثْلَ النفَقَة والمِيْرَاث والشُفعَة، وكما يجوز التراجع فيها أحياناً، وسنتطرق إليها في هذا الفرع بتعريفها أولًا ثم شروط صحتها للجنين ثانيًا.

أولًا: تعريف الوصية

1- تعريف الوصية لغةً: الوصية في اللغة من العهد، فنقول أوصى الرجل ووصاه، أي عَهِدَ إليه، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت[1]، والإيصاء هو طلب شيء من غيره ليفعله في غيبته حال حياته وبعد وفاته[2].

2- تعريف الوصية اصطلاحًا: اختلف الفقهاء في تعريف الوصية حتى أن أصحاب المذهب الواحد تعددت تعريفاتهم للوصية وذلك بسبب اختلافهم في كون الوصية عقدًا أو تصرفًا في المال أو أنها تشمل الإيصاء أم تقتصر على الوصية، ومن هذه التعريفات:

أ- تعريف الحنفية للوصية: حيث عرفها الحنفية بأنها تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع[3] وهو التعريف الذي اختاره المشرع الجزائري وضمنه نص المادة 184 من قانون الأسرة.

ب- تعريف المالكية للوصية: الوصية عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده[4]، وما نلاحظه على هذا التعريف أنه يحدد نطاق الوصية في المال بجعلها لا تجاوز ثلثه.

1- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 393/15.

2- ينظر: القونوي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، ص111-112.

3- ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 459/8.

4- ينظر: الحطاب، مواهب الجليل، 364/6.

ج- تعريف الشافعية للوصية: تبرع بحق مضاف ولو تقديرا لما بعد الموت[1].

د- تعريف الحنابلة للوصية: عَرَّف الحنابلة الوصية بأنها عطيَّة بعد الموت[2].

ثانيًا: شروط صحة الوصية للجنين

1- شروط صحة الوصية للجنين في الشريعة الإسلامية: اشترط فقهاء الشريعة الإسلامية جملة من الشروط من أجل صحة الوصية للجنين، وصرَّحوا بأنَّ الوصيَّة تثبت للجنين استحساناً من غير حاجة إلى قبول، باعتبار أنَّ الجنين خليفة في الإرث، فكذا في الوصيّة[3]، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

أ- وجود الجنين حال الوصية: ويشترط لصحة الوصية عند الجمهور من الحنفية والحنابلة والشافعية أن يكون وجود الجنين في بطن أمه حال الوصية[4]، ولو قبل ولوج الروح ويتحقق بوضعه لدون ستة أشهر من حين الوصية فيعلم بكونه موجودًا حالها أو بأقصى مدة الحمل فما دون[5]، أمَّا المالكية فلم يشترطوا ذلك بل تصح عندهم الوصية لحمل يكون في المستقبل ولو لم يكن للموصي ولد حين الوصية أو حمل[6].

ب- أن تكون حياة الجنين مستقرة بعد الولادة: وتعلم بظهور العلامة التي قال بها الفقهاء ولقد تقدم ذكرها في الميراث، وهي البكاء والصراخ والحركة الدالة على الحياة فإن لم يكن موجودًا حال الوصية لم تصح[7].

ج- أن يكون الجنين موصوفًا: أن يكون الحمل الموصى له موصوفًا بالأوصاف التي حددها الموصي كذكر اسم الأم والأب[8]، أو الكنية أو اسم الإخوة وغيرها من الأوصاف الدالة عليه دلالة تنفي الجهالة فيه.

2- شروط صحة الوصية للجنين في القانون: من المقرر قانوناً جواز الوصية للحمل، نجد ذلك في المادة 35 من قانون الوصية المصري الذي ينص على صحة الوصية للحمل المستكن إذا أقر الموصي بوجود الحمل وقت الوصية وولد لـ 365 يومًا فأقل من وقت الوصية، كما نصت المادة 178 من

1- ينظر: الشربيني، الإقناع، 392/2.

2- ينظر: ابن مفلح، المبدع، 232/5.

3- ينظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، 239/43.

4- ينظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، 208/3.

5- ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 336/7.

6- ينظر: الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر سيد خليل، 168/8.

7- ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 516/4.

8- ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص160.

مدونة الأحوال الشخصية بأنها تصح الوصية لمن كان حاضرًا أو يُنتظر الوجود[1]، أيضا أجاز المشرع المغربي في مدونة الأسرة المغربية صحة الوصية للحمل وهذا ما اِسْتَخْلصناه من نَصَّي المادتين 281 و282، فنصت المادة 281 على صحة الوصية لكل من صح تملكه شرعًا للموصى به حقيقةً أو حكمًا، و جاء في المادة 282 بأن الوصية تصح لمن كان موجودًا وقتها أو منتظر الوجود، نفس الشيء ذهب إليه القانون التونسي في مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فنص في الفصل 184 على صحة الوصية للحمل بشرط أن يكون موجودًا بتاريخ الإيصاء وأن يوضع حيًّا في المدة المعينة بالفصل 35؛ وتحفظ غلة الموصى به من حين وفاة الموصي إلى أن ينفصل الحمل، أمَّا المدة المعينة في الفصل 35 هي أقصى مدّة الحمل سنة من تاريخ الطلاق أو تاريخ الوفاة، وفي القانون العراقي تطرقت المادة 68 إلى شروط الموصى له وذكرت أنه يجب أن يكون حيًّا حقيقةً أو تقديرًا حين الوصية وحين موت الموصى[2].

تناول المشرع الجزائري وصية الجنين ضمن كتاب التبرعات الوصية الهبة والوقف، تحديداً في الفصل الأول تحت عنوان الموصي والموصى له فجاءت المادة 187 تنص على ما يلي: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيًّا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس"[3]، غير أن المشرع الجزائري لم يتعرض في مواد قانون الأسرة إلى مسألة وجود الحمل من عدمه أثناء الوصية، والصفة التي اشترطها الموصي في الحمل، فينبغي على المقنن هنا التفصيل في هذه المسائل، كما هو الحال بالنسبة لأغلب القوانين العربية التي اختارت أغلبها رأي الجمهور، على غرار القانون المصري في المادتين 36 و35 من قانون الوصية، والقانون السوري في المادة 236 و237[4]، والكويتي الذي تعرض لوصية الحمل في المادتين 243 و244[5].

بعد هذا العرض الموجز المتعلق بصحة الوصية للجنين بين مختلف الدول العربية والإسلامية، وبعد الاطلاع على هذه القوانين يمكن أن نستنتج عدة شروط وضعتها هذه القوانين من أجل أن تصبح

1- ينظر: مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، ص132.

2- ينظر: المادة 68 من الوقائع العراقية، رقم: العدد 280، تاريخ العدد 1959/12/30، رقم: الجزء1، المتضمن قانون الأحوال الشخصية.

3- ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

4- ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7504/10.

5- ينظر: زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ص98-99.

الوصية صحيحة ونافذة، هذه الشروط هي عُصارة ما قاله فقهاء الشريعة الإسلامية، ونلخصها في النقاط التالية:

أ- أن يوجد الجنين في بطن أمه وقت الوصية[1]: الظاهر عدم الخلاف في صحة الوصية إلى الحمل الموجود حين الوصية؛ وتستقر ملكيته بخروجه حيًّا[2].

ب- خروج الجنين كله حي: يشترط الفقه والقانون صحة الوصية للجنين بأن ينفصل كليًّا عن أمه حيًّا ولو لحظة، وذلك خلافًا للحنفية الذين اِكتفوا بخروج أكثره حيًّا[3]، وأن تكون حياته مستقرة بعد الولادة؛ وليس مجرد الاختلاجات أو الحركات غير الإرادية لجسمه عند الولادة[4].

ج- أن يكون الحمل الموصى له موصوفًا من طرف المُوصِي: وهو أن يكون الحمل الموصى له موصوفًا بالأوصاف التي حددها الموصي، كأن يقول مثلًا: الوصية لحمل فلانة من فلان، فلابد من ثبوت نسب الحمل لتصح الوصية فإن لم يثبت تبطل[5]، وهذا ما اشترطته المادة 35 من قانون الوصية المصري بنصها: "إذا كانت الوصية لحمل معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه مع ذلك المعين" أمّا إذا لم يكن معينًا بأوصاف فالشرط موجود وقت موت الموصي سواءً حقيقةً أو تقديرًا[6].

د- ألا تكون الوصية للوارث وأن تكون في حدود ثلث التركة: وفي حال ما زادت على الثلث تكون موقوفة على إجازة الورثة إن أجازها الورثة نفذت وإن لم يجزها بطلت، نص على هذا الفصل 179 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية بقولها لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلاّ بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي[7].

وكذلك ما نصت عليه المادة 277 من مدونة الأسرة المغربية التي قالت بأن الوصية عقد يوجب حقًّا في ثلث مال عاقده يلزم بموته[8].

1- ينظر: سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه، ص122.

2- ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص160.

3- ينظر: مفتاح محمد اقريط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، ص131.

4- ينظر: سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه، ص123، نقلاً عن أحمد إبراهيم بك، التزام التبرعات، ص499-500.

5- ينظر: علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، ص160.

6- ينظر: أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، 266/3

7- ينظر: الرائد الرسمي عدد 66، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

8- ينظر: ظهير شريف رقم: 1.04.22، بمثابة مدونة الأسرة المغربية.

هـ- أن تكون الوصية في مال قابل للتملك: حيث اِشترط فقهاء القانون شروط في الموصَى به من بينها: أن يكون الموصى به مال يقبل التّملك، فجاءت المادة 190 ق.أ.ج معبرة عن ذلك بقولها أن للموصى به يجب أن يكون أموالًا يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينًا أو منفعة، أمَّا في قانون الأحوال الشخصية العراقية نصت المادة 69 منه بأنَّه يشترط في الموصي به أن يكون قابلًا للتملك بعد موت الموصِي، وتجدر الإشارة هنا أن جل القوانين أجازت الوصية على المنقولات أو العقارات دون تفريق[1].

و- الكتابة الرسمية للوصية: اتفقت كل القوانين[2] على أنه لكي تكون الوصية جائزة ومعترفًا بها؛ يجب أن تأخذ الجانب الشكلي المنصوص عليه قانوناً، وهذا ما نصت عليه المادة 65 و66 من قانون الأحوال الشخصية العراقية، والمادة 296 من مدونة الأسرة المغربية، والفصل 176 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، وهو ما قالت به المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري[3]، هذا الشرط ليس خاص بالوصية فحسب إنما يتعداه إلى الهبة والوقف.

الفرع الثاني: حق الجنين في الهبة والوقف

يَشترط فقهاء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية في عقود التبرع كالهبة والوقف بأن يكون المستفيد موجود حقيقةً وقت إبرام العقد، وإن لم يكن موجود يعتبر تصرفه غير صحيح وباطل، غير أنهم اختلفوا في نفاذ هذه التصرفات بالنسبة للجنين، لذلك سنتناول في هذا المطلب هذه العقود وهي مرتبطة بكيان الجنين، فنتناول في الفرع الأول حق الجنين في الهبة وشروط صحتها، أمَّا في الفرع الثاني حق الجنين في الوقف وشروط صحته.

أولًا: حق الجنين في الهبة وشروط صحتها

1- تعريف الهبة: تحت هذا العنوان نتناول تعريف الهبة من الناحية اللغوية والاصطلاحية

أ- تعريف الهبة لغةً: الهبة في اللغة هي إيصال النفع إلى الغير[4]، أو هي العطية الخالية من الأعواض

1- ينظر: الأمر رقم: 75-58، المتضمن القانون المدني الجزائري، الوقائع العراقية، رقم: العدد 280، المتضمن قانون الأحوال الشخصية العراقي.

2- وذلك نجده في مدونة الأسرة المغربية ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، وقي قانون الأحوال الشخصية العراقي، وكذا في قانون الأحوال الشخصية السوري وقانون الوصية المصري...الخ، وقد أكد عليه قانون الأسرة الجزائري.

3- ينظر: قانون الأحوال الشخصية العراقي، مجلة الأحوال الشخصية التونسية، مدونة الأسرة المغربية، قانون الأسرة الجزائري.

4- ينظر: القونوي، أنيس الفقهاء، 95/1.

والأغراض[1].

ب- تعريف الهبة اصطلاحًا: اختلفت التَّعَاريف الاصطلاحية التي عَرّفت الهبة، حيث عرفها الحنفية بأنها تمليك العين بلا شرط العوض في الحال[2]، وبنفس هذا التعريف عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة بقوله: "الهبة تمليك بلا عوض"، وعرفها الحنابلة بأنها: تمليك جائز التصرف في مالٍ معلومٍ أو مجهولٍ تعذر علمه[3]، ولم يخرج تعريف المالكية والشافعية عن هذا المعنى، فيعرفها المالكية بأنها: تمليك لذات العين بلا عوض لوجه الموهوب له وحده، ويعرفها الشافعية بأنها تمليك تطوع حال الحياة[4].

2- شروط صحة الهبة للجنين

أ- شروط صحة الهبة في الشريعة الإسلامية: اختلف الفقهاء في مسألة الهبة للجنين إلى:

- الرأي الأول: لا تصح الهبة للحمل، وهو رأي الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة حيث يرى الحنفية أن "الهبة لما في البطن هو باطل وإن قَبِل الأب؛ لأنه لا يدري ما هو"[5]، ويشترط الشافعية في الموهوب له أن يكون فيه أهلية الملك لما يوهب له، فلا تصح إذًا للحمل ولا للبهيمة، وهذا أيضًا ما ذهب إليه الحنابلة؛ الذين يروا بأن الموهوب له يصح تمليكه، فالتمليك لا يصح للحمل لأن تمليكه معلق بخروجه حيًّا، والهبة لا تقبل التعليق[6].

- الرأي الثاني: جواز الهبة للحمل: وهو قول المالكية؛ ذهب المالكية إلى القول بجواز الهبة لكل من يصح تملكه بما فيهم الحمل، فقد ذكروا أثناء شروط الموهوب له بعبارة من يصح تملكه دون تفصيل[7]، وأحالوا ذلك لموضوع الوقف؛ تحديدًا شروط الموقوف له، فقد صرحوا بجواز الوقف على الحمل لأنه أهل لتملك، وتقاس عليه الهبة[8]، ويستحق الحمل ما وهب له إذا ولد حيًّا واستهل، أما إذا ولد ميّتًا فلا يستحق شيئًا.

1- ينظر: ابن منظور، لسان العرب، 803/1.

2- ينظر: ابن عابدين، الحاشية، 5/ 687.

3- ينظر: البهوتي، كشاف القناع، 298/4.

4- ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، 3/ 559.

5- السعدي، النتف في الفتاوى، 519/1.

6- ينظر: خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص222.

7- ينظر: العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، 332/2.

8- ينظر: خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص223.

والراجح في نظرنا هو رأي المالكية إذا سلّمنا بأن هذا التصرف يُبْنى على من هم أهلاً للتملك، فما دام فقهاء الشريعة يُقِرّون بأن الجنين أهلًا للتملك ويقولون بصحة الميراث والوصية للجنين، فلما لا نقل بجواز الهبة له أيضًا؟

ب- شروط صحة الهبة في القانون الوضعي: إن القوانين التي أخذت بالمذهب الحنفي والشافعي والحنبلي لم تعترف للجنين بحق الهبة مثلما نص عليه القانون السوداني في المادة 274 من قانون الأحوال الشخصية التي اِشْترطت في الموهوب له أن يكون موجودًا؛ فلا تصح الهبة للمعدوم ولا للحمل طبقًا لهذا النص، فيشترط في الموهوب له شرطًا واحدًا وهو الوجود الحقيقي، أما الوجود الحكمي والتقديري لا يؤخذ به، وبالتالي الهبة للجنين باطلة لأنها إيجاب وقبول والجنين لا يقدر على القبول، هذا بخلاف الوصية والوقف اللذين يَتِمَّا بإرادة منفردة، ويَصِحا للحمل[1]، أمَّا القوانين التي أخذت بالمذهب المالكي والظاهري فقد أجازوا الهبة للجنين، ولقد حذا المشرع الجزائري حذو الفقه المالكي والظاهري في إجازته بحق الهبة للجنين، إذ نصت المادة 209 من قانون الأسرة على أنه تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيًّا، وهذا أيضًا ما سلكه المشرع اللبناني فقضى في المادة 518 من قانون الموجبات والعقود بأن الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم؛ مما يعني أن لولي الجنين أو وصية أن يقبلها نيابة عنه، فتصح سواءً كان قد ولد أم لم يولد، الشيء نفسه ينطبق على القانون الكويتي، فقد نصت المادة 2/10 من المرسوم الأميري بالقانون رقم67 لسنة 1980 من القانون المدني على أنها تجوز الهبة الخالصة للجنين، وقد أجاز المشرع الفرنسي أيضًا الهبة للجنين بموجب المادة 906 من القانون المدني[2]، وهي حسب بعض الفقه الفرنسي تلزم بالإيجاب وحده دون حاجة إلى قبول، فتصبح مرتبة لآثارها من وقت إنشاء العقد، بينما يرى البعض الآخر بأنَّها تعتبر مجرد مشروع قبل قبولها، وأنه لا يمكن وصف العقد بأنه هبة[3].

ثانيًا: حق الجنين في الوقف وشروط صحته

1- تعريف الوقف: سنعرف الوقف من الناحية اللغوية والاصطلاحية ضمن الترتيب التالي:

1- ينظر: محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، ص243-244.

2- تنص المادة 906 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

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

3- ينظر: محمد تقية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، ص108-109.

أ- تعريف الوقف لغةً: جمع أوقاف وهو بمعنى الحبس والمنع، وهو مصدر وَقَفَ وقفاً، ومنه قول وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها، ويقال الموقف لأن الناس يوقفون أي: يحبسون للحساب[1].

ب- تعريف الوقف اصطلاحًا: وردت تعريفات كثيرة ومتعددة للوقف عند الفقهاء فقد عرفه الحنفية بأنه: "حبس المِلْوكِ عن التَّمْلِيك مِنْ الغَيْرِ"[2]، وعرف فقهاء المالكية الوقف بأنه: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، وهو اسمًا ما أعطيت منفعة مدة وجوده[3]، وقد عرفه بعض الفقهاء الشافعية بأنه: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته وتصرف منافعه إلى البر تقربًا إلى الله تعالى[4]، أمَّا بعض فقهاء الحنابلة فقد عرفوه بأنه: تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة[5]، والواقع أن مجموع هذه التعريفات وغيرها من تعريفات الفقهاء الآخرين، لا تخرج بعيدا عن المفهوم اللغوي الذي يفيد احتباس العين ومنع التصرف فيها من قبيل الواقف، والموقوف عليه، له الحق في الاستفادة من منفعتها.

ويمكن القول: إنَّ تعريف الحنابلة هو الأقرب إلى التصور الإسلامي، لأنه خَصَّ بذكر جوهر الوقف وإظهار حقيقته دون التطرق إلى أمور أخرى وجزئيات تكميلية، ولأنه اقتباس من حديث رسول اللهﷺ عندما قال لسيدنا عمر ابن الخطاب رضي الله عنه **"إن شئت حبست أصله وسبلت ثمره"** [6]ولا شك أن رسول اللهﷺ هو أفصح العرب لساناً وأبلغهم بياناً وأعرف الناس بأحكام الشرع وحقيقتها[7].

2- شروط صحة الوقف للجنين في الشريعة الإسلامية: الأصل أن يثبت للجنين الموقوف عليه أنه جهة بر أو قربة سواءً كان نسبه من مسلم أو غير مسلم جاز له الوقف، إلا أن المالكية والشافعية لم يشترطوا ظهور القربة في الموقوف عليه لأنهم يروا بأن الوقف في حد ذاته قربة[8]، ومن أجل تفصيلٍ أكثر سنتعرف على آراء المذاهب الإسلامية فيما يلي:

1- ينظر: مرتضى الزُّبيدي، تاج العروس، 24/268-269.

2- السرخسي، المبسوط، 12/27.

3- محمد بن يوسف بن أبي قاسم العبدري أبو عبد الله، التاج والإكليل لمختصر خليل، 6/18.

4- ينظر: النووي، تحرير الفاظ التنبيه، ص237.

5- ينظر: أحمد عبد الجبار الشعبي، الوقف مفهومه ومقاصده، ص13.

6- رواه البخاري، صحيح البخاري، كتاب الوصايا، باب الوقف كيف يكتب، حديث رقم2620، 3/246.

7- ينظر: أحمد عبد الجبار الشعبي، الوقف مفهومه ومقاصده، ص15.

8- ينظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، 44/139.

أ- الرأي الأول: الحنفية والمالكية: يرى أصحابه بأن الوقف يصح على من هو أهل لتملك حالًا أو مآلًا فيصح للحمل سواءً كان موجودًا حقيقةً، أم سيوجد مستقبلًا، ولا يصح الوقف لو لم يكن هناك حمل وقته، لكن اختلفوا في غلة العين الموقوفة في الفترة التي سبقت وجود الحمل، فعند الحنفية هذه الغلة تكون للفقراء[1] وعند المالكية الغلة تكون مستحقة للجنين وإن طالت المدة وتحبس له لحين ولادته حيًّا، ويجوز للواقف بيع العين الموقوفة متى شاء قبل وجود الحمل لأن الوقف على من سيوجد عندهم غير لازم إلى حين وجوده[2].

ب- الرأي الثاني: الشافعية والحنابلة: عند الشافعية الموقوف عليه يجب أن يكون موجودًا بنفسه أو حال الوقف فلو انعدم الموقوف عليه أصلًا بطل الوقف، فلا يصح الوقف على الحمل لا استقلالًا ولا تبعًا عندهم[3]، وذهب الحنابلة إلى القول بعدم جواز الوقف على الحمل ابتداءً؛ حيث قالوا لا يصح الوقف على الجنين لعدم صحة تملكه سواءً كان مقصودًا أو تابعًا، حتى ولو قال وقفت على أولادي وكان له جنين عند الوقف لم يدخل، بخلاف ما لو وقف على الذرية والنسل والعقب فإنه يدخل في الوقف الحمل الحادث، وبهذا نجدهم قد أجازوا الوقف على الحمل إذا كان تابِعًا، ويرون أنَّه لا يصح الوقف على ما في بطن المرأة لأنه تمليك إذن وهو لا يملك، ويصح الوقف على الحمل كقول الواقف وقفت كذا على أولادي وفيهم حمل فيشمله[4].

يبدو لنا أنه إذا كان أصل نشوء فكرة الوقف هو البر والتقرب إلى الله وهذا من أهم أُسُسِه التي يبنى عليها، فإنه من غير المستساغ الوقف على الحمل مطلقًا إلا في حالات متعلقة باليتيم والفقير وغيرها من الظروف الخاصة الأخرى، لأن الصدقة يُفَضّل ألّا تتوقف طوال فترة الحمل إلى غاية ولادة الجنين حيًّا، بل يُستحسن أن تبقى جارية، فوجهة نظرنا موجه نحو رأي الحنفية الذي يرى بأن تُصرف الغلة للفقراء خلال فترة الحمل.

3- شروط صحة الوقف للجنين في القانون الوضعي: إن قوانين الدول العربية والإسلامية جُلّها أخذت بنظام الوقف المتعلق بالجنين تماشيًا مع المذهب الذي يتناسب مع النظام الاجتماعي والاقتصادي والثقافي السائد عندها، وذلك لا يعني أن هذا النظام غير موجود في قوانين الدول الغربية

1- ينظر: ابن عابدين، رد المحتار، 430/4.

2- ينظر: خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص218.

3- المرجع نفسه، ص219.

4- ينظر: الشربيني، مغني المحتاج، 536/3-537.

بل بالعكس نجده بكثرة في هذه الدول منها فرنسا، ومصدره معروف وهو الشريعة الإسلامية فجل أحكامه مقتبسة من هذا الدين ولو أُخْتُلف في كيفية التطبيق، وفي هذا الصدد لا بد من أن نشير إلى أن معظم القوانين أقرت بصحة الوقف للجنين إن ولد حيًّا، فيظهر من هذا أن الحقوق التي تثبت للجنين تثبت له معلقة على شرط واقف وهو تمام ولادته حيًّا، إن تحقق هذا الشرط تثبتت له الحقوق ولو مات بعد ذلك مباشرةً، وإذا لم يتحقق هذا الشرط وَوُلِدَ الجنين ميّتًا زالت شخصيته بأثر رجعي، فلا يعتبر أنه اكتسب حق من هذه الحقوق[1].

أما المشرع الجزائري وبالتحديد في قانون الأسرة لم يشير إلى الوقف المتعلق بالجنين، بل أشار إلى الوقف الذُّرِي ضمنيًّا من خلال ما يفهم من نص المادة 213 منه عند قوله: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصديق"[2]، كما أن القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن قانون الأوقاف لم يشر إليه أيضًا، لكن يمكن أن نقول في هذا الصدد أن المشرع الجزائري أقر الوقف للجنين وذلك إذا عَملنا بنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على أنه: "كل مالم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، ومن المعروف أن المشرع الجزائري يأخذ بالمذهب المالكي كقاعدة أولى، ثم يتعداه إلى عموم الآراء الفقهية في بعض الحالات إذا دعت الضرورة لذلك[3].

1- ينظر: مفتاح محمد اقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين، ص133.

2- ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3- ينظر: المرجع نفسه.

المبحث الثالث

الحقوق المالية للجنين في ظل حالات الحمل غير العادية

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الحقوق المالية للجنين في بعض الحالات الخاصة

المطلب الثاني: الحقوق المالية للجنين في ظل الممارسات الطبية المستحدثة

المطلب الأول: الحقوق المالية للجنين في بعض الحالات الخاصة

سنتناول من خلال هذا المطلب فرعين؛ وهما الحقوق المالية للجنين في ظل غياب النسب والدين أولًا ثم الحقوق المالية للجنين من الزواج الفاسد والوطء بشبهة ثانيًا.

الفرع الأول: الحقوق المالية للجنين في ظل غياب النسب والدين

سنبدأ بالكلام عن حقوق الجنين من الزنا التي تثبت له بثبوت نسبه، ثم نبين حقوق الجنين من المرأة غير المسلمة بحيث تثبت له بثبوت إسلام أحد أبويه.

أولًا: الحقوق المالية لجنين الزنا: سنعرف الزنا أولًا ثم نبين أثر هذه العلاقة المحرمة على الجنين عند تمتعه بالحقوق المالية.

1- تعريف الزنا

أ- الزنا لغةً: "زَنى الزاني زِناء ووَلَدُ زِنْيَةٍ والزِّنى يُقْصَرُ ويُمَدُّ، وخَرَجَتِ المرْأةُ تُزَاني: أي تَلْتَمِسُ ذلك؛ والزَنْيَةُ: آخِرُ وَلَدِ الرَّجُلِ والمرْأةِ والزَنَاءُ: الضيْقُ وزَنَاء في الجَبَلِ زُنُوْءاً: صَعِدَ، وزَنَأَ الرجُلُ بَوْلَه: إذا حَقَنَه وزَنَأ الظِّلُ: قَصُرَ"[1].

ب- الزنا اصطلاحًا: "هو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين؛ وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الإسلام وإن اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة"[2].

ج- تعريف ابن الزنا: هو المولود من غير زواج شرعي[3].

2- حقوق الجنين من الزنا: تعتبر فاحشة الزنا عملًا محرمًا شرعًا لما فيها من عاقبة سيئة، والأسوأ من هذا عندما يترتب عليه حمل بدون نسب، فمجهول النسب تترتب عليه أحكام شرعية مختلفة تمامًا عن الحمل من النكاح الشرعي خاصة حقوقه المالية من نفقة وميراث والوصية والهبة والوقف وهي كما يلي:

1- إسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، 94/9-95.

2- القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، 433/2.

3- ينظر: سيد سابق، فقه السنة، 314/3.

أ- النفقة: تكلم الفقهاء على نفقة جنين الزنا عند عدم إثبات نسبه، فقد اشترط المالكية في نفقة الحامل أن يلحق نسبه بالزاني[1]، وقال الحنابلة "لا تجب نفقة الحمل على من لا يلحقه نسب الحمل كزان لعدم القرابة"[2]، أما الحنفية فقالوا بأن ولد الزنا يستحق النفقة اتفاقًا بثبوت نسبه بزواج الزاني من الزانية الحبلى[3]، وورد عن بعض الشافعية بأن نفقة ولد الزنا على أمه لأنها ثابتة بنسبها منه[4].

أمَّا في القانون فقد نصت المادة 75 من ق.أ.ج على نفقة الولد بقوله: "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال، فبالنسبة للذكور إلى سن الرشد والإناث إلى الدخول وتستمر في حالة ما إذا كان الولد عاجزًا لآفة عقلية أو بدنية أو مزاولًا للدراسة وتسقط بالاستغناء عنها بالكسب" وبما أن النفقة تثبت بالنسب من أبيه، فابن الزنا ثابت بنسبه من أمه ومقطوع النسب من أبيه لذا تكون نفقته على أمّه وذلك انطلاقًا من نص المادة 76 من ق.أ.ج التي تنص على أنه في "حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم ..."[5]، ونص قانون الأحوال الشخصية الكويتية في المادة 178 أن للقاضي إلحاق نسب الولد لأمه لمن نفى نسبه من الرجل ولا تجب نفقته عليه[6].

ب- الميراث: يعتبر الميراث حق من الحقوق المالية للحمل من الزنى وبما أنه مقطوع النسب بالنسبة للزاني فقد "اتفق العلماء على أن حمل الزنى لا يرث من الزاني"[7]، قال الحنفية بأن: ولد الزنا ليس له أب لذلك لا يرث أحدهما الآخر ولا قرابتهما منهما[8]، وقال المالكية أن: ولد الزنى كالمنفي باللعان فلا يرث الزاني ولا يرثه[9]، والشافعية قالوا: "من ينسب إلى الزنا فلا أبوه له ولا الميراث"[10] وقال الحنابلة بأن: "الزاني وعصبته لا يرثون ولد الزنا"[11]، أما بالنسبة إلى ميراث الحمل من المرأة الزانية فقد

1- ينظر: النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، 101/2.

2- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 466/5.

3- ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، 114/3.

4- ينظر: البكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، 193/2.

5- ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

6- ينظر: قانون رقم: 51-84، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتية المؤرخ في 1984/7/23، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 61- 29-66 المؤرخ في 1936هـ/2004-2007م، الجريدة الرسمية رقم: 1570.

7- خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص347.

8- ينظر: ابن نجيم، البحر الرائق، 129/4.

9- ينظر: ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، 1249/3.

10- أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، 366/4.

11- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 417/4.

اتفق جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن ميراث ولد الزنا من أمه ثابت ومن عصبتها ثابت وميراثها منه ثابت أيضًا[1]، "وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور، فاشترط ثبوت النسب الشرعي...وقيام سبب التوارث الصحيح"[2]؛ كما في نص المادة 126 وهي القرابة والزوجية، فالمادة 128 نصت على شروط استحقاق الإرث ومنها ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع الإرث، فولد الزنا لا يرث من أبيه ولا أقاربه وذلك لانتفاء سبب الإرث من نسب وقرابة[3]، أما ق.أ.ش الكويتية فقد نصت في المادة 335 منه بصريح العبارة بأن ولد الزنى يرث أمه وقرابتها وهي ترثه هو وقرابته[4].

ج- الوصية والهبة والوقف: يعتبر ذِكْر الموصي أو الواهب أو الواقف نسب حمل فلانة من فلان بمثابة شرط لصحة ذلك؛ فإذا كان الحمل من الزنى فإنه لا يستحق شيئًا؛ وذلك لعدم ثبوت نسبه من فلان وهذا ما ذهب إليه كُلٌ مِن الحنابلة والشافعية[5] كمن قال: "أوصيت لحمل فلانة من زيد، اشترط ثبوت نسبه من زيد"[6]، ونصت المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية المصرية أنه "لا يسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة"[7]، وتطبيقًا لهذه المادة فإن الموصي إذا ربط الوصية بثبوت النسب كأن يقول أوصيت لحمل فلانة من فلان، فنسب الحمل من فلان شرط لصحة الوصية إذا أتت به لسنة أو أقل من وقت الموت أو الطلاق البائن؛ فإن لم يثبت نسبه تبطل الوصية لأنها لم تكن على الشرط الذي أراده الموصي[8].

1- ينظر: خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص348.

2- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص259.

3- المرجع نفسه، ص258-259.

4- ينظر: قانون رقم: 51-84، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتية.

5- ينظر: خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص363.

6- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 99/6.

7- ينظر: قانون رقم: 51-84، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتية.

8- ينظر: أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون القضاء، ص134-135.

ثانيًا: الحقوق المالية للجنين من المرأة غير المسلمة: قد تتوقف بعض الحقوق المالية عند الجنين باختلاف ديانة أحد والديه، وذلك ما سنوضحه في الشريعة الإسلامية أولًا ثم في القوانين الوضعية.

1- حقوق الجنين من المرأة غير المسلمة في الشريعة الإسلامية: يُعَدُّ إقرار ديانة الحمل من الأحكام المهمة التي تحافظ على مصالح الجنين فيما يتعلق بحياته الدنيوية؛ وتقتصر تبعات أي دين له بغية الحفاظ على حقوقه[1]، "ويحكم بإسلام الجنين بإسلام أبويه أو إحداهما...ولو لحظة فيما بين فترة العلوق إلى لحظة الولادة؛ وإن كانا على دينين مختلفين فالجنين يتبع أفضلهما دينًا"[2]، "واتفق الفقهاء على أن غير المسلم لا يرث المسلم ... أما إرث المسلم من غير المسلم فهو محل خلاف بين الفقهاء"[3]، ولقد ذهب الشافعية في مسألة الإرث بأنه: "لو مات كافر عن زوجته الحامل ثم أسلمت، ووَلَدت لا يرث ولدها، لأنه مسلم تبعا لها وليس في محله؛ فالعبرة باتحاد الدين في حالة موته وهو محكوم بكفره حينئذٍ والإسلام هنا إنما طرأ بعده"[4]، ويرى المالكية بأن: "الجنين لا يكون مسلمًا إلا بإسلام أبيه؛ لأنه تبع له في الحرية والانتساب والولاء...فوجب أن يكون تبعًا له في الدين؛ وقال بعض أهل المدينة: لا يكون مسلمًا إلا بإسلام الأم؛ لأنه تبع لها في الرق والحرية فكذلك الدين"[5].

والنكاح كما قال الحنفية ما شرع لعينه بل لمصالحه "فإن كان أحد الزوجين مسلمًا فالولد على دينه"[6]، وكذلك قال الحنابلة بأنه: لو مات كافر عن حمل منه لم يرثه، فإذا أسلمت أمه قبل وضعه حكم الحمل بإسلامه[7].

2- حقوق الجنين من المرأة غير المسلمة في القوانين الوضعية: بالنسبة للقوانين الوضعية فقد نص قانون الأحوال الشخصية السورية في المادة 264 عن موانع الإرث ومنها مانع "اختلاف الدين بين المسلم وغيره"[8]، ونص أيضًا قانون الأحوال الشخصية الكويتية في المادة 293 على أنه: "لا توارث

1- ينظر: المرجع السابق، ص100-95.

2- خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص99.

3- أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، ص 102-103.

4- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، 416/6.

5- أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، 650/21.

6- المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، 213/1.

7- ينظر: الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، 108/3.

8- ينظر: المرسوم التشريعي رقم: 59، المتضمن قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية.

بين مسلم وغير مسلم"[1]، إلا أن قانون الأسرة الجزائري لم يبين في موانع الإرث اختلاف الدين؛ ولا يعني سكوت القانون في هذه الإشارة أنه قد أسقطه من الموانع، ولكنه وضح في الأحكام الختامية في المادة 222 من ق.أ.ج بأنه يمكن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية فيما لم يرد به نص، والشريعة الإسلامية تمنع الإرث في حالة اختلاف الدين[2].

نُلَخِصْ كُل ذَلِكْ: بأن الحقوق المالية لابْنِ الزِنَا ثابتة من جهة أمّه سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الوضعي، أمَّا إذا تخلت عليه تقوم الدولة بكفالته لأنَّه مقطوع النسب من جهة أبيه، وبالنسبة للحمل من المرأة غير المسلمة فإنَّه يتمتع بحقوقه المالية كاملة بإسلام أحد أبويه سواءً قبل أو أثناء العلوق، ويأخذ مثل حقوق الجنين العادي إلا في مسألة التوارث لا يرث أحدهما الآخر بسبب اختلاف الدين بين أحدهما.

الفرع الثاني: حقوق الجنين من الزواج الفاسد والوطء بشبهة

نستهل هذا الفرع في حقوق الجنين من الزواج الفاسد ومن الوطء بشبهة، غير أنه لا يمكن التفريق بين كِلْتَي الحالتين في الحقوق المالية خاصة أحكام الوصية والوقف والهبة أو ما نصت عليه القوانين الوضعية.

أولًا: حقوق الجنين من الزواج الفاسد: يترتب على الزواج الفاسد بعض الآثار التي تترتب على الزواج الصحيح كالميراث والوصية وغيرها من الحقوق المالية، وهي كالتالي:

1- تعريف الزواج الفاسد: هو كل نكاح ورد النهي عنه أو وقع خلل بأحد شروطه أو أركانه عُدَّ فاسدًا[3].

2- حقوق الجنين من الزواج الفاسد

أ- النفقة: اختلف الفقهاء في حكم الحمل في النكاح الفاسد إلى رأيين:

- الرأي الأول: يرى مذهب الحنفية ويعتبر الراجح عند الشافعية وقول للحنابلة بأن نفقة الحمل في النكاح الفاسد ليست واجبة؛ قال الحنفية بأن: المرأة المعتدة من نكاح فاسد لا سكنى لها ولا نفقة[4]،

1- ينظر: قانون رقم: 51-84، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتية.

2- ينظر: بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، 61/2-62.

3- ينظر: عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ص155.

4- ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 211/3.

أمَّا الإمام الشافعي فيقول بأن: كل نكاح فاسد لا يترتب عليه نفقة لا في العدة ولا في الحمل[1]، وعند الحنابلة لا تجب النفقة ولا السكنى للزوج في النكاح الفاسد لأنَّه ليس بينهما نكاح صحيح سواء كانت حائلًا أو حاملًا لكن إن طلقها أو فرق بينهما فعليها العدة بعد الوطء[2].

– الرأي الثاني: يرى كُلُ مِن المالكية والراجح عند الحنابلة وقول للشافعية أن نفقة الحمل تجب على الزوج في النكاح الفاسد؛ قال المالكية إذا فرق بين الزوجين في النكاح المحرم فإن عليه نفقتها إن كانت حاملًا ولا نفقة لها إن كانت حائلًا وتعتد حيث كانت تسكن[3]، وهناك قول للحنابلة في وجوب نفقة الحمل في النكاح الفاسد[4]، وقال الشافعية أيضًا: "تجب نفقة الحامل المعتدة عن نكاح فاسد"[5].

والرَاجِحْ مِنْهُمَا هو الرأي الثاني الذي يرى بوجوب نفقة الحمل على الزوج في النكاح الفاسد لأن النفقة هنا للحمل وتسقط بانعدامه وذلك تبعًا لثبوت نسبه منه[6]، والدليل قوله تعالى: ﴿**وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾[الطلاق:6].

ب–الميراث والوصية والوقف والهبة: يعتبر حكم الميراث من الأحكام التي تتبع النسب؛ فإذا ثبت نسب الحمل من الزوج أخذ الحمل من النكاح الفاسد نفس أحكام الحمل في النكاح الصحيح؛ فإذا انتفى نسبه أخذ أحكام الحمل من الزنا، أما الوصية والوقف والهبة فهذه الأحكام لا تتبع النسب، لذلك يأخذ الحمل من النكاح الفاسد نفس أحكام الحمل من النكاح الصحيح دون تغيير[7].

ثانيًا: حقوق الجنين من الوطء بشبهة: سنعرف الوطء بشبهة ثم نتناول الحقوق المالية للجنين التي تنجر عن هذه العلاقة المشتبهة كما يلي:

1- ينظر: الشافعي، الأم، 254/5-255.

2- ينظر: ابن قدامة، المغني، 294/9.

3- ينظر: مالك بن أنس، المدونة الكبرى، 471/3.

4- ينظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 467/5.

5- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 67/9.

6- ينظر: خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص388-389.

7- ينظر: المرجع نفسه، ص389-390.

1- تعريف الوطء بشبهة: هو الاتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد[1].

2- حقوق الجنين من الوطء بشبهة

أ- النفقة: اختلف الفقهاء في حكم نفقة الحمل من الوطء بشبهة إلى رأيين:

- الرأي الأول: وهو مذهب الحنفية وقول من الحنابلة؛ قال الحنفية في المرأة التي وطأها أجنبيٌ بشبهة تسقط النفقة عن زوجها لأنهم قالوا في المنكوحة إذا تزوجت فحملت من غير زوجها أنه لا نفقة لها عليه..."[2]، وهناك قول من الحنابلة يرى بأن: الحامل من الوطء بشبهة ليست زوجة يجب الإنفاق عليها لذلك لا نفقة عليها[3].

- الرأي الثاني: وهو مذهب المالكية والشافعية والراجح عند الحنابلة؛ قال: "مالك كل نكاح كان حرامًا نكح بوجه شبهة...ثم فرق بينهما فإن عليه نفقتها إذا كانت حاملًا وإذا لم تكن حاملًا فلا نفقة عليها وتعتد حيث كانت تسكن"[4]، والشافعية يقولون: "بوجوب نفقة الحامل المعتدة عن وطء الشبهة، فللحمل وجبت وإلا فلا"[5]، وقال الحنابلة بأن: "نفقة الحمل من الوطء بشبهة على الواطئ لأنه ولده فلزمته نفقته كما بعد الوضع"[6].

ب- الميراث والوصية والهبة والوقف: يكون التوارث بين الحمل من الوطء بشبهة بالواطئ إذا ثبت نسبه منه، فإذا تم إثبات النسب بينهما ترتب عليهما مثل أحكام الميراث في النكاح الصحيح، أما إذا لم يثبت نسبه طُبِقَ عليه مثل أحكام الحمل من الزنى، غير أن الميراث والوصية والهبة والوقف للحمل من الوطء بشبهة تكون نفس أحكام الحمل من النكاح الصحيح[7].

1- ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، 7263/10.

2- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، 213/3.

3- ينظر: ابن قدامة، المغني، 292/9.

4- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، 471/3.

5- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، 67/9.

6- ابن قدامة، المغني، 292/9.

7- ينظر: خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، ص389 وما بعدها.

تنص القوانين الوضعية على الجنين الناتج عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة نفس الحقوق المالية ومنه تناول ق.أ.ج في المادة 40 على أنه: "يثبت النسب...بنكاح الشبهة، وفي المادة 43 أكد المشرع بأنَّه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة"[1]، ونصت المادة 133 من الأحوال الشخصية السوري على أنه: إذا "ثبت النسب ولو بنكاح فاسد أو بشبهة ترتب عليه جميع نتائج القرابة ... وتستحق به نفقة القرابة والإرث"[2].

يثبت للحمل الناتج عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة جميع الحقوق المالية والأحكام التي تترتب على حمل الزواج الصحيح إذا ثبت نسبه من أبيه، ويترتب عليه أحكام حمل الزنى إذا نفي النسب من الرجل، وقد أكدت القوانين الوضعية ما نصت عليه الشريعة الإسلامية.

1- ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

2- ينظر: المرسوم التشريعي رقم: 59، المتضمن قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية.

المطلب الثاني: الحقوق المالية للجنين في ظل الممارسات الطبية المستحدثة

سنستهل في هذا المطلب فرعين نبين فيهما الحقوق المالية للجنين الناتج عن التلقيح الصناعي والاستنساخ في الفرع الأول، والحقوق المالية للجنين الناتج عن الأجنة المجمدة والرحم المستأجر في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الحقوق المالية للجنين الناتج عن التلقيح الصناعي والاستنساخ

التلقيح الصناعي والاستنساخ هما من طرق الإنجاب الصناعي وفي هذا الفرع سندرس أهم الحقوق التي تثبت للجنين الناتج عن هاتين طريقتين كما يلي:

أولًا: حقوق الجنين الناتج عن التلقيح الصناعي: ضمن هذا العنوان سَنُعّرف التلقيح الصناعي ثم نتطرق إلى الحقوق المالية للجنين الناتج عن هذه العملية.

1- تعريف التلقيح الصناعي: "هو إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي، وبيضة المرأة عن غير الطريق المعهود"[1]، وهناك نوعان تلقيح داخلي وخارجي؛ وقد اتفق الفقهاء على شرعية التلقيح الصناعي إذا شمل الحيوان المنوي من الزوج والبويضة من الزوجة وتربطهما علاقة زوجية سواء تم تلقيحها داخليًا أو خارجيًا وألا يتعارض مع مقصد الشارع في حفظ النسل، لأن التخلق يكون من الأب والأم[2].

2- أنواع الحقوق المالية للجنين الناتج عن التلقيح الصناعي

أ- النفقة: إذا أنجب الزوجان ولدا عن طريق التلقيح الصناعي وذلك بوجود علاقة زوجية بين صاحب الحيوان المنوي وصاحبة البويضة، فإن نفقة الولد واجبة على أبيه منذ حمله وذلك برعاية أمه الحامل والإنفاق عليها؛ أما إذا تم التلقيح الصناعي بين أجنبيين ولا تربطهما علاقة زوجية فإنها لا تجب النفقة لأنه تربطهما إلا صلة الزنا فلا نسب للزاني وابن الزنا وتسقط النفقة إذا نفى الزوج نسب الطفل فتكون نفقته على أمه فإن لم تستطع فللأقرب من جهة الأم فإن لم يوجد تنتقل لبيت المال[3].

1- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ص53.

2 - ينظر: عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ص112.

3- ينظر: المرجع نفسه، ص211-212.

ب– الميراث والوصية: "إذا تمت عملية الإخصاب الطبي وفق الضوابط والشروط الشرعية فإن ولد التلقيح الصناعي يستحق الميراث والوصية إذا توفرت الشروط وانتفت الموانع، فثبوت نسبه الولد من أبيه وأمه يثبت الميراث وقواعد الوصية للوارث"[1].

جاء في نص المادة 45 مكرر من ق.أ.ج على أنه: "يجوز اللجوء إلى التلقيح الصناعي وأن يخضع للشروط الآتية: أن يكون الزواج شرعيًا وأن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما وأن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرها"[2]، فهذا النص يعترف بمشروعية الوسيلة الطبية ومواكبة المشرع الجزائري للتطور العلمي لمعالجة العقم بين الزوجين، ويعد ذلك في صدارة التشريعات العربية التي أعلنت بهذا الموضوع، غير أنَّه لا أثر لأحكامه القضائية بأنواعه وصوره الشرعية وغير الشرعية وذلك راجع في الأساس إلى حداثة الموضوع وعدم انتشار الإنجاب بتقنياته الطبية الحديثة[3]، وقد استثنى المشرع الليبي سنة 1986 عملية التلقيح الصناعي بأنه: "لا يجوز تلقيح المرأة صناعيا أو زرع الجنين بالرحم إلا عند الضرورة وبشرط أن يكون اللقاح في الحالتين من الزوجين وبعد موافقتهما"[4].

ثانيًا: الحقوق المالية للجنين الناتج عن الاستنساخ: يُعَد الاستنساخ البشري من القضايا الطبية المعاصرة التي تستنسخ من الإنسان الطبيعي جنين مطابق له تمامًا، وتحت هذا العنوان سنتعرف عن الاستنساخ ثم نُبيّن الحقوق المالية للجنين المستنسخ.

1– تعريف الاستنساخ

أ– الاستنساخ لغةً: مصدر نسخ والنَّسْخ إبطال الشيء وإقامة آخر مقامه[5].

ب– الاستنساخ اصطلاحًا: هو أخذ خلية جسدية من كائن حي تحتوي على كافة المعلومات الوراثية، وزعها في بويضة مفرغة من مورثاتها، ليأتي الجنين مطابقًا تمامًا في كل شيء للأصل[6]، وفيه نوعان الاستنساخ البشري والاستنساخ النباتي والحيواني؛ وبالنسبة لحكمه فكل صوره محرمة إلا حالة واحدة فقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية بين المجيزين بضوابط شرعية والمانعين تمامًا[7]، وجاء في

1- المرجع السابق، ص218.

2- ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3- ينظر: زبيدة إقروفة، التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ص105-106.

4- البغدادي علي المحمودي، قانون رقم: 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية الليبية.

5- ابن منظور، لسان العرب، 61/3.

6- عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ص229.

7- ينظر: المرجع نفسه، ص241.

مجمع الفقه الإسلامي الدولي في القرار الأول بتحريم الاستنساخ البشري بكل أنواعه التي تؤدي إلى التكاثر البشري؛ وفي القرار الرابع يحكم بجواز تقنيات الاستنساخ والهندسة الوراثية في مجال الجراثيم وسائر الأحياء الدقيقة والنبات والحيوان بضوابط شرعية لتحقيق المصالح ودرء المفاسد[1].

2- أنواع الحقوق المالية للجنين الناتج عن الاستنساخ

أ- النفقة: "تكون نفقة الطفل على أبيه الشرعي، فإن لم يوجد فعلى باقي الأقارب فإن لم يوجد منه، تلزم نفقته من بيت مال المسلمين"[2].

ب- الميراث والوصية: "إذا كان الاستنساخ بين الزوجين ثبت للمولود كل الحقوق المشروعة للولد بطريقة شرعية من نسب وميراث وغيرها من الحقوق"[3]، وللأب أن يوصي بمقدار من التركة لولده المستنسخ[4]، ويجب التأكيد على الشريعة الإسلامية حكمت بجواز صورة واحدة لكل من التلقيح الصناعي والاستنساخ، وذلك بقيود مضبوطة أهمها: إثبات نسبه، لكي يستحق الحقوق المالية، غير أن بعض القوانين الوضعية نصت على تحريمها والزجر بالعقوبة للمخالف وبعضها أباحت استعمالها، فأصدر المشرع الإيطالي قانوناً في 2002/06/19 على أن الاستنساخ البشري لغرض التكاثر يعد جريمة يعاقب عليها بالحبس من عشرة إلى عشرين عامًا بغرامة مالية باهظة، ويمنع القانون التونسي في إطار الطب تقنيات الاستنساخ[5]، ويرى المشرع الليبي أن تقنية الاستنساخ تتعارض مع أحكام القانون الجنائي لأنه يؤدي للعديد من المشاكل القانونية، فيمكن استغلال المستنسخ بالتحايل وانتحال الصفات والوظائف، ويؤدي إلى الجرائم غير الأخلاقية وتنفيذ في المطامع السياسية فيستعصي التعرف على الأصل المنسوخ منه في الشبه والصفات الوراثية[6]، أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة

1- ينظر: قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره العاشر بجدة بالمملكة العربية السعودية خلال الفترة من 23-28 صفر 1418 هـ الموافق 28 يونيو- 3 يوليو 1997م.

2- محمد سليمان، نحو اجتهاد يضبط قضية الاستنساخ، أخذناه يوم: 01-06-2020، في الساعة: 10:37، من موقع "موقع إسلام أون لاين" على الشبكة العنكبوتية الآتية: www.hizb-ut-tahrir.info

3- عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ص317.

4- ينظر: السيد علي السبزواري، الاستنساخ بين التقنية والتشريع، ص152.

5- ينظر: فواز صالح، الاستنساخ البشري من وجهة نظر قانونية (مقال)، ص89.

6- ينظر: عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ص312.

375 "بمنع كل استنساخ للأجسام الحية المتماثلة جينيًا فيما يخص الكائن البشري وكل انتقاء للجنس"[1].

الفرع الثاني: الحقوق المالية للجنين الناتج عن الأجنة المجمدة والرحم المستأجر (الأم البديلة)

تعد الأجنة المجمدة والرحم المستأجر وسائل لتحقيق غاية وهي حفظ الجنين، وتعتبر هذه الوسائل ناتجة عن التلقيح الصناعي، وسنستهل هذا الفرع في بيان الحقوق المالية للجنين الناتج عن طريق الأجنة المجمدة والرحم المستأجر وهي كالتالي:

أولًا: الحقوق المالية للجنين الناتج عن الأجنة المجمدة: إن طريقة تجميد الأجنة من الطرق التي تحافظ على البويضات الملقحة للزوجين؛ وسنوضح هذه الطريقة والحقوق المالية للجنين الناتج عنها ضمن النقاط التالية:

1- تعريف الأجنة المجمدة: "وهي البويضات الملقحة بواسطة الحيوانات المنوية بهدف حفظها ومنعها من النمو والتقدم في العمر حيث يتم الاحتفاظ بها بدرجات باردة جدًا في النيروتين السائل"[2]، وحكم الفقهاء فيها كما جاء في مجلس الفقه الإسلامي الدولي بإمكانية حفظ البويضات غير الملقحة للسحب منها بشرط الاقتصار على العدد المطلوب للزرع عند تلقيحها، ويحرم استخدامها لامرأة أخرى غيرها لأنه يؤدي إلى حمل غير مشروع[3]، فيجوز تخصيب بويضة المرأة من مني زوجها على أن يكون بينهما عقد شرعي صحيح وأن يكون في حياة الزوج وأن لا يعمد الاحتفاظ بتجميد البويضات الزائدة من التجربة الأولى[4].

1- ينظر: قانون رقم: 18-11، المتعلق بالصحة، المؤرخ في 2 يونيو 2018، الجريدة الرسمية، ع: 46.

2- بوبيولار سانيس العربية، ما هي عملية تجميد الأجنة، أخذناه يوم: 02- 06- 2020، في الساعة: 06:45، من موقع "العلوم للعموم" على الشبكة العنكبوتية الآتية: www.popsci.ae

3- ينظر: قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1410هـ الموافق 14-20 مارس 1990م.

4- ينظر: تجميد الأجنة وتحديد جنس المولود، موضوع لم يُذكر اسمُ صاحبِه، أخذناه يوم: 04- 06- 2020، في الساعة: 23:58، من موقع "حزب التحرير المكتب الإعلامي المركزي" على الشبكة العنكبوتية الآتية:
www.hizb-ut-tahrir.info.

2- أنواع الحقوق المالية للجنين الناتج عن الأجنة المجمدة

أ- النفقة: إذا أُجريت عملية التلقيح بعد وفاة الزوج وهو ما يسمى بالجنين المجمد تكون نفقة الزوجة والطفل من أموال الزوجة ومن حصتها بالإرث[1]؛ أمَّا إذا أجريت عملية، التلقيح في حياة الزوج منه والبويضة من الزوجة ووضعها في مراكز الحفظ فنفقة الإخصاب والحفظ على الزوج لأنه سينسب إليه وتعتبر هنا العلاقة الزوجية مازالت قائمة[2].

ب- الميراث والوصية: "قَسَّمَ العلماء البويضة المخصبة في فترة الحمل إلى مدتين وهما فترة التخصيب أثناء حياة الزوج ومدة ما بعد الحفظ وهي فترة زرع البويضة المخصبة في رحم الزوجة بعد وفاة الزوج فمن رأى أنها فترة حمل واحد وأن الطفل انعقد في حياة الزوج أوجب ميراث الطفل من الزوج المتوفي ... فألحقوا البويضة المخصبة بأحكام الحمل في الإرث؛ حيث ينصب له القاضي من يقوم بحفظه وإدارته حتى يتيقن من موته أو يحكم القاضي بموته، ولذلك بمضي مدة يثبت فيها العلم بأنه لن يعيش فوقها، ويكون بشهادة طبيبين ثقة عدلين"[3]؛ وهناك من يرى بأنه إذا تم التلقيح بعد وفاة الزوج فإن الطفل لا يرث من أبيه المتوفى، فالتلقيح بعد الوفاة لا يثبت الإرث له[4]؛ "ويتم التوارث والوصية بين الطفل وأمه التي يثبت نسبه إليها"[5].

إنَّ مسألة التلقيح بمني الزوج بعد الوفاة يتعارض من جهة أخرى مع أحكام الميراث فيما يخص ميراث الحمل، فالسماح بهذا التلقيح يفتح باب الاحتيال بدعوى أن التلقيح تم بمني زوجها بعد وفاته بغرض الحصول على الميراث، لهذا السبب نص المشرع الجزائري في المادة 43 من ق.أ.ج أنه يثبت النسب من الأب المتوفى إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، ومنع المشرع الفرنسي أيضًا التلقيح بعد وفاة الزوج؛ إلا أنه أجازها من جهة أخرى وهي منح اللقيحة المجمدة لزوج آخر بشرط أن يتأكد القاضي من أن الزوجين الذين تمنحان لهما اللقيحة تتوفر فيهم الشروط الضرورية لاحتضان المولود في وسط عائلي وتربوي لائق[6].

1- ينظر: سعيد كاظم العذاري، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، ص205.

2- ينظر: عطا عبد المعطي السنباطي، بنوك النطف والأجنة، ص314. عزا ذلك له: حيدر حسين كاظم الشمري، الإخصاب الاصطناعي اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية، ص394-395.

3- عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ص219.

4- ينظر: سعيد كاظم العذاري، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، ص220.

5- عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ص220.

6- ينظر: أحمد عمراني، التلقيح الصناعي في الميزان (مقال)، ص413-414.

ثانيًا: الحقوق المالية للجنين الناتج عن الرحم المستأجر: يُعد الرحم المستأجر الحل الوحيد لبعض النساء الغير قادرات على الإنجاب بسبب مشاكل صحية يعانين منها، وسَنُعرّف هذه الظاهرة الطبية المستحدثة ثم نعرج بعد ذلك إلى الحقوق المالية لهذا الحمل.

1- تعريف الرحم المستأجر (الأم البديلة): "هو استخدام رحم امرأة أخرى لحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة وغالبًا ما يكونان زوجين، وتحمل الجنين وتضعه وبعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود ويكون ولدًا قانونيًا"، وله عدة صور وكلها محرمة في الشريعة الإسلامية إلا صورة واحدة اختلف فيها الفقهاء بين مؤيدين ومعارضين وهي عندما "يتم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها، ثم تعاد اللقيحة إلى الزوجة الأخرى لذات الرجل وذلك بمحض اختيارها للقيام بهذا الحمل عن ضرتها وعند قيام الحاجة كأن يكون رحم إحدى الزوجتين معطلًا أو منزوعًا ولكن مبيضها سليم بينما رحم ضرتها سليمًا"[1].

2- أنواع الحقوق المالية للجنين الناتج عن الرحم المستأجر (الأم البديلة)

أ- النفقة: اختلف الفقهاء في النفقة على صاحبة الرحم البديل أو صاحبة البويضة وسبب اختلافهم هو إثبات نسب الطفل لأحدهما، فإذا كان نسبه لصاحبة الرحم البديل وهي الأم الحامل ثبتت النفقة لها وليس للأخرى شيء؛ أمَّا الرأي الذي رجح نسب الطفل للأم صاحبة البويضة فلها النفقة وليس للأم الحامل شيء[2]، والاتفاق بتحديد نفقة الحمل يلزم صاحب اللقيحة، أمَّا إذا لم يلزم ذلك فإن صاحبة الرحم تستحق الأجرة على الحمل فتدخل ضمنها النفقة وإذا تم الاتفاق بين صاحبة البويضة والرحم لزم الأولى النفقة[3].

ب- الميراث والوصية: يرث الطفل من والديه إذا كانت لديه شرعية الانتساب لهما، فلا إشكال في الطفل المتولد من التلقيح بين مني الزوج وبويضة الزوجة وكان الرحم هو رحم الزوجة الأخرى (ضرتها)، ويرث أيضًا عند من يرى بأن الأم هي صاحبة الرحم وليست صاحبة البويضة فهذا الرأي يرى بأنه حتى لو تم التلقيح بين مني الزوج وبويضة أجنبية وكان الرحم هو رحم الزوجة فيرث الطفل من أبيه[4]، "وإذا تم غرس البويضة الملقحة بصورة غير جائزة (الرحم البديل) فإن الولد ينسب لصاحبة

1- عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في قضايا المرأة، ص108-116.

2- ينظر: المرجع نفسه، ص123-126.

3- ينظر: حيدر حسن كاظم الشمرى، الإخصاب الاصطناعي اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية، ص397.

4- ينظر: سعيد كاظم العذاري، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، ص212.

البويضة المخصبة، وكذلك الميراث والوصية فهما عند من يقول بأن نسب طفل الرحم البديل للأم صاحبة البويضة"[1].

نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 45 مكرر على أنه: "لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة"[2]؛ "وقد قضت محكمة النقض الفرنسية ببطلان عقد الاتفاقية المتعلقة بالأم الحامل صاحبة الرحم المستأجر وإلغاء كل آثارها"[3].

لقد نصت بعض التشريعات الوضعية على موقف الأجنة المجمدة والرحم المستأجر دون مراعاة حقوق الحمل وحكم أنواعهما، أما الشريعة الإسلامية فقد ثبتت نسب جنين الأجنة المجمد أثناء حياة الزوج ثابتة أما بعد الوفاة فلا حقوق عليه لأنه أصبح أجنبي فالإرث يثبت قبل الوفاة وللحمل بعد عشرة أشهر ابتداءً من موت أبيه كما نسبه القانون، أما الرحم المستأجر فكانت الشريعة الإسلامية قد حرمت جميع صوره إلا في حالة تلقيح الجنين في رحم زوجة الزوج وصاحبة البويضة زوجته كذلك لأنها طريقة يثبت بها نسب الحمل لاكتساب حقوقه المالية، أمَّا نسبه من أمّه فقد اختلفوا في أمّه الحقيقية، فهناك من يعتبر صاحبة الرحم أمّه من الرضاع والرأي الآخر يقول بأنَّ صاحبة البويضة هي الأم الحقيقية، وفي القوانين اعتبروا أولاد شرعيين لصاحبة الرحم ولو كان المني من رجل آخر غير الزوج وهناك من جرم هذا العمل بحسب قانون كل دولة.

1- عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ص218.

2- ينظر: الأمر رقم: 05-02، المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

3- جهاد محمود عبد المبدئ، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ص272.

من خلال عرضنا لموضوعنا المتعلق بالحقوق المالية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وبمرورنا لجملة من المعلومات التي استوقفتنا لنصل إلى أهم النتائج والتوصيات التي في اعتقادنا تمثل عصارة موضوعنا، ويمكن تلخيصها فيما يلي:

أولًا: أهم النتائج

1- اخْتُلِفَ في تعريف الجنين عند فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا في القانون الوضعي، فمنهم من أطلق لفظ الجنين على الحمل منذ انغراز البويضة المخلقة في جدار الرحم وقبل نفخ الروح فيه، ومنهم من يطلق لفظ الجنين على الحمل بعد النفخ في الروح، أمَّا في القوانين الوضعية فقد أطلق لفظ الجنين على الحمل بغض النظر عن المرحلة التي هو فيها اِتباعًا للرأي الفقهي الذي يقول إن لفظ الجنين يطلق منذ انغراز البويضة في جدار الرحم.

2- الحقوق المالية للجنين هي تلك الحقوق التي يستفيد منها الجنين بعد ولادته حيًّا، ومن الخطأ تصنيف الغُرّة للجنين ضمن حقوقه المالية بل بالعكس تمامًا؛ لأن الغرة تثبت عند إجهاضه والتخلص منه؛ أي بعد موته فهي تدخل ضمن الحقوق المالية للورثة، ولا يمكن أن نتصورها حقًّا للجنين.

3- الحقوق المالية على وجه الإلزام تكون ملزمة بقوة القانون، ولا يستطيع الأفراد التهرب منها لأن ذلك يسبب عقوبات جزائية ويسري ذلك على حالات الحمل العادية أو حالات الحمل غير العادية.

4- الحقوق المالية المتعلقة بالنفقة والميراث للجنين لا يمكن لها أن تسقط إلا في حالات يحددها الشرع والقانون؛ لأنها حق لله وحق للعبد.

5- وجود توافق في تحديد المصطلحات التي تتعلق بمراحل تطور الجنين داخل الرحم بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، كالمضغة والعلقة وغيرها من مصطلحات، بالرغم من أن هذه المصطلحات مختلفة إذا قارنّاها بالمجال الطبي وعلم الأجنة المختص بهذا الموضوع، فالقوانين فضّلت استعمال الألفاظ التي جاءت بها الشريعة الإسلامية على حساب المصطلحات الطبية؛ وذلك من أجل تقريب الفهم للنّاس وتبسيطه.

6- أحاطت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية الحقوق المالية للجنين بجمله من الحماية، ومن هنا تبلورت فكرة الاعتراف بالشخصية القانونية من أجل ضمان حقوقه من الضياع والتعسف، هذا الاعتراف يكفل له حقوقه المالية مادام في بطن أمّه إلى أن ينفصل عنها حيًّا.

7- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بخصوص وقت استحقاق الشفعة للجنين ولكن اتفق جمهور الفقهاء على أنَّ استحقاق الشفعة للجنين تكون بعد ولادته حيًّا وهذا ما أخذت به معظم قوانين الدول العربية.

8- بالرغم من وجود خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة جواز الوصية والوقف والهبة للجنين إلا أن هذه المعاملات تعتبر جائزةً شرعًا متى توفرت الشروط الواجبة لذلك، كما تُعد هذه العقود صحيحة في القوانين الوضعية لكن يشترط فيها الشكلية.

9- أكدت بعض القوانين الوضعية موقفها من الحمل الناتج عن الممارسات الطبية المستحدثة إلا أنَّها لم تنص على الطرق المسموح بها؛ وأهملت نسبه الذي بواسطته يستطيع الجنين أن يكتسب الحقوق المالية، أما الشريعة الإسلامية فقد حسمت الأمر في ذلك واهتمت بإثبات نسبه للحفاظ على جميع حقوقه المالية.

ثانيًا: أهم التوصيات

1- دعوة أصحاب القرار إلى إنشاء هيكل خاص بالحقوق المالية الأسرية خارج نظام المحكمة؛ يتضمن التكفل بكل المعاملات المالية المتعلقة بالأسرة من نفقة، وميراث ووصية وغيرها من التصرفات المالية الأخرى؛ لأن طريق المحاكم طويل وقد يسبب في ضياع المال ووقف الحال.

2- من المستحسن أن يقوم المشرع القانوني بوقف تقسيم التركة إلى غاية ولادة الجنين كما قال به المذهب المالكي، فهذا أضمن لحماية حق الجنين، خاصةً في وقتنا الراهن الذي كثر فيه التهرب من القسمة العادلة للميراث من قِبل الأفراد.

3- بما أن موضوع الوقف أساسه التقرب إلى الله، فَمِنَ المستحسن ألا يبقى مُجَمَّدًا موقوفًا طوال فترة الحمل إلى غاية ولادة الجنين تحت مسمى حماية الحقوق، فالأولى أن تبقى الصَّدقة جارية؛ فمن غير المستساغ أن نرى مالًا موقوفًا لجنين لم يُولد وهناك مُحتاج أو فقير في أَمَسِّ الحاجة إليه.

4- دعوة الضباط المدنيين المكلفين بتقسيم الميراث إلى الحِرص على ميراث الجنين ولا يكتفوا بتصريح الورثة فقط؛ بل يجب طلب وثيقة تثبت عدم حمل الزوجة في الفترة التي يُستحق فيها الميراث.

5- الرفق بالقوارير وتقوى الله في النساء خاصة مما أصبحنا نراه من ظلم وتعسف في حق المرأة بعد فك الرابطة الزوجية؛ إذْ يقوم بعض الرجال -عفا الله عنهم-بتجاهل نفقة الطليقة الحامل ظنًا منهم

أن ذلك وسيلة ناجعة للانتقام منها، أو لظنهم أنَّ هذا الانفاق موجهٌ إليها، وهو في حقيقة الأمر موجه لولده الذي سَيَحمل اسمه.

6- يجب على الدول العربية والإسلامية أن تُترجم في قوانينها الوضعية أهم القضايا الطبية المعاصرة التي لها علاقة بحقوق الجنين وخاصة المالية منها على شكل مواد ضمن منظومتها القانونية.

7- على القوانين الوضعية أن تُترجم حق الشفعة للجنين بنصوص قانونية، لكيلا يُهضم حقه في هذا المجال ولكي يتسنى لوليه المطالبة بهذه الحقوق الثابتة التي أقرتها الشريعة الإسلامية له.

الفهرس

1-فهرس الآيات القرآنية
2-فهرس الأحاديث النبوية
3-فهرس المواد القانونية
4-فهرس المصادر والمراجع
5-فهرس الموضوعات

1ــ فهرس الآيات القرآنية:

الآيـــــــــــة	السورة	رقم الآيــة	الصفحة
﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾	البقرة	233	26
﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِين...﴾	المؤمنون	14-12	13-11-10
﴿الَّذِي أَحْسَنَ كُلَّ شَيْءٍ خَلَقَهُ﴾	السجدة	08-06	13
﴿سَنُرِيهِمْ آيَاتِنَا فِي الْآفَاقِ وَفِي أَنفُسِهِمْ ...﴾	فصلت	52	01
﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾	الأحقاف	14	26
﴿إِذْ أَنتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾	النجم	31	07
﴿وَأَنَّهُ خَلَقَ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى ...﴾		45-44	12
﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ ...﴾	الطلاق	6	59-26
﴿أَلَمْ يَكُ نُطْفَةً مِّن مَّنِيٍّ يُمْنَى﴾	القيامة	36	12-11
﴿أَلَمْ نَخْلُقكُّم مِّن مَّاءٍ مَّهِينٍ﴾	المرسلات	20	
﴿خُلِق مِن مَّاءٍ دَافِقٍ﴾	الطارق	06	
﴿خَلَقَ الْانسَانَ مِنْ عَلَقٍ﴾	العلق	02	12

2–فهرس الأحاديث النبوية:

طرف الحديـــــــــث	الصفحة
اذْهَبِي فَأَرْضِعِيهِ حَتَّى تَفْطِمِيهِ	16
امْرَأَتَيْنِ مِنْ هُذَيْلٍ	17-16
الْقَاتِلُ لاَ يَرِثُ	14
الولدُ للفِراشِ وللعاهرِ الحَجَرُ، واحتجبي منهُ يا سودةُ	26
فَطَرَحَتْ جَنِينَهَا، فَقَضَى فِيهِ النَّبِيُّ بِغُرَّةٍ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ	15

3–فهرس المواد القانونية:

القانون	المواد
قانون الأسرة الجزائري	43-42-40 – 35 45مكرر-78-87-75
	128-126
	174-173
	187-184
	191-190
	222-213-209-202
القانون المدني الجزائري	807-795-794-25
قانون الأحوال الشخصية الليبية	54
قانون الأسرة المصري	155
القانون رقم 1943/77 المتعلق بالمواريث المصري	42
قانون الوصية المصري	36-35
قانون الأحوال الشخصية المصري	15
كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية والمواريث اللبناني	631-540
قانون الإرث اللبناني	40
قانون الموجبات والعقود اللبنانية	518
قانون الأحوال الشخصية السورية	133-264-129
	128
	237-236

51-20	قانون الأحوال الشخصية العراقية
68	
66-65-69	
150-148-147	مجلة الأحوال الشخصية التونسية
184	
176-179	
103	مجلة الحقوق العينية التونسية
154	مدونة الأسرة المغربية
332-331-330-329	
282-281	
296-277	
311-292	مدونة الحقوق العينية المغربية
329	قانون الأحوال الشخصية الكويتية
244-243	
904-891	القانون المدني الكويتي.
10	المرسوم الأميري القانون رقم**1980/67** المتضمن إصدار القانون المدني
274-404-403	قانون الأحوال الشخصية السوداني
906	القانون المدني الفرنسي
20	قانون تسجيل الولادات والوفيات العراقية

4- فهرس المصادر والمراجع:

أولًا: الكتب

أ- القرآن الكريم وعلومه
القرآن الكريم برواية ورش
1- أبو بكر جابر الجزائري، أيسر التفاسير لكلام العلي الكبير، ط5، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة السعودية، 1424هـ/2003م
2- أبو حيان محمد بن يوسف بن حيان أثير الدين الأندلسي، البحر المحيط في التفسير، ت: صدقي د.ط، محمد جميل، دار الفكر، بيروت، 1420هـ.
3- محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، د.ط، الدار التونسية للنشر، تونس، 1984هـ.
ب- الحديث النبوي وعلومه
4- البخاري، صحيح البخاري، تحق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ط1، دار طوق النجاة، د.م.ط، 1422هـ.
5- الترمذي، سنن الترمذي، تحق: بشار عواد معروف، د.ط، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998م.
6- مسلم، صحيح مسلم، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ط.
ج- الفقه الإسلامي
- الفقه الحنفي:
7- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ط2، دار الفكر، بيروت، 1412هـ/1992م.
8- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، د.ت.ط.
9- الزيلعي، تبين الحقائق وشرح كنز الدقائق، ط1، تحق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، 2000م.
10- السرخسي، المبسوط، د.ط، دار المعرفة، بيروت/لبنان، 1414هـ/1993م.
11- السُّغْدي، النتف في الفتاوى، تحق: صلاح الدين الناهي، ط2، دار الفرقان/مؤسسة الرسالة الأردن، عمان/لبنان، بيروت، 1404هـ/1984م.
12- السمرقندي، بحر العلوم، تحق: محمود مرطجي، د.ط، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط.
13- السمرقندي، تحفة الفقهاء، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان، 1405هـ/1984م.

14– القونوي، السمرقندي، أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، تحق: يحي مراد، ط1، دار الكتب العلمية، د.م.ط، 1424هـ/2004م.

15– الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، د.ط، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.

16– المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحق: طلال يوسف، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت/لبنان، د.م.ط.

17– عبد الله بن مودود الموصلي، الاختيار لتعليل المختار، تحق: عبد اللطيف محمد عبد الرحمان، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان، 1426هـ/2005م.

18– محمد بن فراموز، الدرر الحكام في شرح غرر الاحكام، د.ط، مير محمد كتب خان د.م.ط، د.ت.ط.

– الفقه المالكي:

19– ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، مطبعة مصطفى الحلبي وأولاده، مصر، 1395هـ/1975م.

20– ابن نجم السعدي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحق: حميد بن محمد لحمر، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت/لبنان، 1423هـ/2003م.

21– الإمام مالك، المدونة الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان، 1415هـ/1994م.

22– الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، دار الفكر، بيروت/لبنان، 1412هـ/1992م.

23– الخرشي، شرح مختصر خليل، د.ط، دار الفكر للطباعة، بيروت/لبنان، د.ت.ط.

24– الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د.ط، مطبعة عيسى الحلبي، القاهرة، 1230هـ.

25– الصاوي المالكي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، د.ط، دار المعارف، د.م.ط، د.ت.ط.

26– العدوي، حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، د.ط، تحق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1412هـ/1991م.

– الفقه الشافعي:

27– أبو حامد الغزالي، الوسيط في المذهب، تحق: أحمد محمود إبراهيم، ط1، دار السلام، د.م.ط، 1417هـ/1997م.

28– أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهتيمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، د.ط، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، 1357هـ/1983م.

29- البكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، ط1، دار الفكر، د.م.ط، 1418هـ/1997م.
30- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط: أخيرة، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م.
31- الشافعي، الأم، د.ط، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/1990م.
32- الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، تحق: مكتب البحوث والدراسات، د.ط، دار الفكر، بيروت/لبنان،1415هـ.
33- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ/1994م.
34- الروياني، بحر المذهب، تحق: طارق فتحي السيد، ط1، دار الكتب العلمية، د.م.ط، 2009م.
35- الماوردي، الحاوي الكبير، د.ط، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط.
36- النووي، المجموع في شرح المهذب، د.ط، مكتبة الإرشاد، السعودية، د.ت.ط.
37- النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، تحق: عبد الغني الدقر، ط1، دار القلم، سورية، 1408هـ.
38- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحق: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت/دمشق/عمان، 1412هـ/1991م.
39- عبد الحميد الشرواني، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، د.ط، دار الفكر، بيروت، د.ت.ط.
40- محمد أبو السعود المصري، فتح المعين على شرح الكنز، مطبعة إبراهيم المويلحي، 1287هـ.
- الفقه الحنبلي:
41- ابن قدامة، المغني، ط1، دار الفكر، بيروت، 1405هـ.
42- ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان، 1418هـ/1997م.
43- البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، د.ط، دار المؤيد/مؤسسة الرسالة، د.م.ط، د.ت.ط.
44- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، تحق: هلال مصيلحي مصطفى هلال، د.ط، دار الفكر، بيروت/لبنان، 1402هـ.
45- الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحق: عبد اللطيف موسى السبكي، بدون رقم ط، دار المعرفة، بيروت/لبنان، د.ت.ط.
46- عبد الكريم بن محمد اللاحم، المطلع على دقائق زاد المستنقع، ط1، كنوز اشبيليا، الرياض، 1432هـ/2011م.

هـ- معاجم اللغة العربية
47- ابن منظور، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت/لبنان، 1414هـ.
48- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء، معجم مقاييس اللغة، تحق: عبد السلام محمد هارون، د.ط، د.م.ط، د.ت.ط.
49- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، القاهرة، 1429هـ/2008م.
50- إسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، تحق: محمد حسي آل ياسين، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1414هـ/1994م.
51- الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحق: أحمد عبد الغفور عطار، ط2، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ/1987م.
52- الرازي، مختار الصحاح، تحق: محمود خاطر، د.ط، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، 1415هـ/1995م.
53- الفيروز آبادي، القاموس المحيط، تحق: محمد نعيم العرقسوسي، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت/لبنان، 1426هـ/2005م.
54- الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط1، المكتبة العصرية، بيروت، 1999م.
55- مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، تحق: مجموعة من المحققين، د.ط، دار الهداية، د.م.ط، د.ت.ط.
و- كتب قانونية أو مقارنة مع الشريعة
56- أحمد فراج حسين، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005م.
57- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990م.
58- آوان عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، د.ط، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، د.م.ن، 2015م.
59- البغدادي علي المحمودي، قانون رقم: 17 لسنة 1986 بشأن المسؤولية الطبية الليبية.
60- السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت/لبنان، د.ت.ط.
61- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013م.

62- بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1430هـ/2009م.

63- بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996م.

64- بلحاج العربي، الوجيز في قانون الأسرة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004م.

65- ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م.

66- جهاد محمود عبد المبدئ، عمليات نقل وتأجير الأعضاء البشرية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، د.ط، د.م.ط، د.ت.ط.

67- خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، د.ط، دار الكتب القانونية، دار شتات، مصر، 2011م.

68- زبيدة إقرونة، التلقيح الصناعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د.ط، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ت.ط.

69- سيد سابق، فقه السنة، د ط، الفتح للإعلام العربي، القاهرة، د.ت.ط.

70- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، ط2، دار هومة، الجزائر، 2014م.

71- عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، د.ط، دار البصائر، الجزائر، 2010م.

72- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، د.ط، الكاتب العربي، بيروت، د.ت.ط.

73- علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، د.ط، المكتب الجامعي الحديث، د.م.ط، 2009م.

74- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، طبعة خاصة، دار عالم الكتب، بيروت، 1423هـ/2003م.

75- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة دراسة مقارنة، د.ط، دار الحامد، الأردن، 2008م.

76- محمود أحمد طه، الإنجاب بين المشروعية والتجريم، ط1، دار الفكر والقانون، د.م.ط، 2015م.

77- مفتاح محمد اقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د.ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2006م.

ي- كتب فقهية عامة أو ذات مواضيع متفرقة

78– إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، ط1، مجلة الحكمة، بريطانيا، 1423هـ/2002م.
79– أحمد إبراهيم بك، المعاملات الشرعية المالية، د.ط، المطبعة الفنية، القاهرة، د.ت.ط.
80– أحمد عبد الجبار الشعبي، الوقف مفهومه ومقاصده، د.ط، مكتبة الملك عبد العزيز، المدينة المنورة، 1420هـ.
81– أحمد فتحي بهنسي، القصاص في الفقه الإسلامي، ط4، دار الشروق، القاهرة/بيروت، 1409هـ/1989م.
82– آمال صادق، فؤاد أبو حطب، نمو الإنسان من مرحلة الجنين إلى مرحلة المسنين، ط4، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1419هـ/1998م.
83– آية الله محمد آصف المحسني، الفقه ومسائل طبية، ط1، مؤسسة بوسنان كتاب قم، طهران، 1382هـ.
84– الشيرازي، الفقه موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي، ط2، دار العلوم للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1988م/1409هـ.
85– بسام دفضع، الكون والإنسان بين العلم والقرآن، د.ط، مطبعة الشام، د.م.ط، 1411هـ/1992م.
86– حيدر حسين كاظم الشمري، الإخصاب الاصطناعي اللاحق لانحلال الرابطة الزوجية، د.ط، دار التعليم الجامعي، الإسكندرية، 2020م.
87– زكي الدين شعبان وأحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، ط1، مكتبة الفلاح، الكويت، 1404هـ/1984م.
88– زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، ط1، دار البيارق، د.م.ط، د.ت.ط.
89– سعيد كاظم العذاري، التلقيح الصناعي بين العلم والشريعة، ط1، المركز العالمي للدراسات الإسلامية، د.م.ط، 1429هـ/1389م.
90– عائشة أحمد سالم حسن، الأحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، ط1، مؤسسة مجد، بيروت/لبنان، 1429هـ/2008م.
91– عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في قضايا المرأة، ط1، د.د.ط، د.م.ط، 1432هـ/2011م.
92– عبد العزيز ابن باز، حكم الإسلام فيمن زعم أن القرآن متناقض، ط1، الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1394هـ/1974م.

93– علي الموسوي السبزواري، الاستنساخ بين التقنية والتشريع، ط2، الكوثر، د.م.ط، 1422هـ.
94– محمد حسن بن باقر النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، د.ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ط.
95– محمد سعيد محمد الرملاوي، دراسة شرعية لأهم القضايا الطبية المتعلقة بالأجنة البشرية، د.ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م.
96– محمد عماد الدين إسماعيل، الطفل من الحمل إلى الرشد، ط2، دار القلم، الكويت، 1415هـ/1995م.
97– محمد علي البار، الوجيز في علم الأجنة القرآني، ط1، الدار السعودية، 1405هـ/1985م.
98– محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، ط4، الدار السعودية، 1403هـ/1983م.
99– محمد محيي الدين عبد الحميد، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة، د.ط، مطبعة عيسى الحلبي وشركائه، مصر، 1362هـ/1943م.
100– محمد نعيم ياسين، أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1416هـ/1996م.
101– نورمان سميث، الحمل، الترجمة: مارك عبود، ط1، دار المؤلف، الرياض، 1434هـ/2013م.
102– وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، 1425هـ/2005م.
103– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، سورية، د.ت.ط.

ثانيًا: الرسائل الجامعية:

104– أسماء تخنوني، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، غير مطبوعة، إشراف: علي قريشي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013/2012م
105– حميد أهنا وآخرون، أهلية الجنين، مذكرة ماستر، غير مطبوعة، إشراف: ميلودة الشم، القانون والممارسة القضائية، قضاء الأسرة، المغرب، 2018/2017م.
106– حنان سامي محمد موافي، حق التملك بالشفعة، رسالة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف: محمد احمد الرواشدة، قسم الفقه وأصوله، جامعة مؤته،2006م.
107– سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه، رسالة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف: محمد سعيد جعفور، قسم الحقوق بكلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2005م.

108– عيسى معيزة، الجنين إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، غير مطبوعة، إشراف: نصيرة دهينة، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2006/2005م.

109– مناد نعيمة، الشفعة في ضوء القانون والقضاء، مذكرة ماستر، غير مطبوعة، إشراف: بوجمعة يوسف، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2014/2013م.

ثالثًا: القرارات الفقهية:

110– قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17 –23 شعبان 1410هـ الموافق 14 –20 مارس 1990م.

111– قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره العاشر بجدة بالمملكة العربية السعودية خلال الفترة من 23 –28 صفر 1418 هـ الموافق 28 يونيو –3 يوليو 1997م.

رابعًا: الجرائد والمجلات:

– الجرائد

أ– الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية:

112– رقم 66–156 المؤرخة في 08 جوان 1966م.

113– رقم 75–58 المؤرخة في 26 سبتمبر1975م.

114– رقم 84–11 المؤرخة في 2005/02/27.

115– رقم 05–02، المؤرخة في 27 فبراير 2005م.

ب– جرائد رسمية لبعض الدول العربية:

116– أمر على مؤرخ في 6 محرم 1376، الموافق ل: 13 أوت 1956، يتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية التونسية. (الرائد الرسمي عدد 66 الصادر في 17 أوت 1956).

117– قانون الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية، (1953/59)، المرسوم التشريعي رقم: 59 تاريخ: 1953/09/07.

118– الوقائع العراقية، رقم العدد 280، تاريخ العدد 1959/12/30، رقم الجزء1، المتضمن قانون الأحوال الشخصية.

119– قانون رقم: 51 المؤرخ في 1984، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الكويتية المعدل والمتمم بالأمر رقم: 61–29–66 المؤرخ في 1996–2004–2007، الجريدة الرسمية رقم: 1570 بتاريخ 1984/7/23.

120– قانون رقم: 25 المؤرخ في 1929م، المتضمن قانون الأحوال الشخصية المصرية المعدل بالأمر رقم: 25-100 المؤرخ في 1929-1985، الوقائع المصرية 2000/3/6.
121– ظهر شريف رقم: 1.04.22، صادر في 12 ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، بتنفيذ رقم: 70.03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية.
122– الأمر رقم: 67-80، المؤرخ سنة 1980، المتضمن القانون المدني الكويتي، المعدل بالقانون رقم: 15، المؤرخ في 1996.
123– قانون عدد 5 سنة 12 فيفري 1965 مؤرخ في 11شوال 1384 المتعلق بإصدار مجلة الحقوق العينية التونسية، الرائد الرسمي عدد 10 بتاريخ 19و 23 فيفري 1965.
124– قانون رقم: 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم: 1.11.178، صادر في: 22نوفمبر 2011.
– المجلات
125– مجلة المحقق الحلي في العلوم القانونية والسياسية، ع2، 2017م، المجلات الأكاديمية العلمية، العراق.
126– مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، ع1، 2004م، دمشق.
127– مجلة الإحياء، كلية العلوم الإسلامية والعلوم الاجتماعية، ع6، 1423هـ/2002م، باتنة، الجزائر.

خامسًا: المواقع الإلكترونية:

128– www.islamqa.info108.
129– www.mohamah.net.
130– www.hizb-ut-question
131– www.hizb-ut-tahrir.info

5- فهرس الموضوعات:

الموضوع	الصفحة
المقـدمة	**1**
المبحث الأول: مفهوم الحقوق المالية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي	
المطلب الأول: مفهوم الجنين ووسائل رعايته شرعًا وقانونًا	
الفرع الأول: مفهوم الجنين	**07**
أولًا: تعريف الجنين	**07**
ثانيًا: صور الأجنة ومراحل تطورها	**10**
الفرع الثاني: وسائل رعاية الجنين	**15**
أولًا: حفظ الظروف الصحية للجنين	**15**
ثانيًا: تأجيل إقامة الحد على الأم حفظا لجنينها	**15**
ثالثًا: تجريم الجناية على الجنين وحكمها	**16**
المطلب الثاني: مفهوم الحقوق المالية للجنين ومصدر اكتسابها شرعًا وقانونًا	
الفرع الأول: مفهوم الحقوق المالية	**18**
أولًا: تعريف الحقوق المالية	**18**
ثانيًا: صور الحقوق المالية	**18**
الفرع الثاني: مصدر اكتساب الجنين للحقوق المالية	**19**
أولًا: مفهوم الشخصية القانونية	**19**
ثانيًا: الطبيعة القانونية لشخصية للجنين	**20**
المبحث الثاني: الحقوق المالية للجنين في ظل حالات الحمل العادية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي	
المطلب الأول: الحقوق المالية للجنين على وجه الإلزام	
الفرع الأول: نفقة الجنين	**25**
أولًا: تعريف النفقة	**25**

ثانيًا: شروط استحقاق النفقة للحامل	25
الفرع الثاني: ميراث الجنين	30
أولًا: تعريف الميراث	30
ثانيًا: أحكام الميراث المتعلقة بالجنين	30
الفرع الثالث: حق الشفعة للجنين	36
أولًا: تعريف الشفعة	36
ثانيًا: حق الشفعة للجنين في الشريعة والقانون	38
المطلب الثاني: الحقوق المالية للجنين على وجه التبرع	
الفرع الأول: حق الجنين في الوصية وشروط صحتها	43
أولًا: تعريف الوصية	43
ثانيًا: شروط صحة الوصية للجنين	44
الفرع الثاني: حق الجنين في الهبة والوقف	47
أولًا: حق الجنين في الهبة وشروط صحتها	47
ثانيًا: حق الجنين في الوقف وشروط صحته	49
المبحث الثالث: الحقوق المالية للجنين في ظل حالات الحمل غير العادية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي	
المطلب الأول: الحقوق المالية للجنين في بعض الحالات الخاصة	
الفرع الأول: الحقوق المالية للجنين في ظل غياب النسب والدين	54
أولًا: الحقوق المالية لجنين الزنا	54
ثانيًا: الحقوق المالية للجنين من المرأة غير المسلمة	57
الفرع الثاني: حقوق الجنين من الزواج الفاسد والوطء بشبهة	58
أولًا: حقوق الجنين من الزواج الفاسد	58
ثانيًا: حقوق الجنين من الوطء بشبهة	59
المطلب الثاني: الحقوق المالية للجنين في ظل الممارسات الطبية المستحدثة	
الفرع الأول: الحقوق المالية للجنين الناتج عن التلقيح الصناعي والاستنساخ	62

أولًا: الحقوق المالية للجنين الناتج عن التلقيح الصناعي	**62**
ثانيًا: الحقوق المالية للجنين الناتج عن والاستنساخ	**63**
الفرع الثاني: الحقوق المالية للجنين الناتج عن الأجنة المجمدة والرحم المستأجر (الأم البديلة)	**65**
أولًا: الحقوق المالية للجنين الناتج عن الأجنة المجمدة	**65**
ثانيًا: الحقوق المالية للجنين الناتج عن الرحم المستأجر	**67**
الخاتمة	**69**
الفهارس	
فهرس الآيات القرآنية	**73**
فهرس الأحاديث النبوية	**74**
فهرس المواد القانونية	**75**
قائمة المصادر والمراجع	**77**
فهرس الموضوعات	**86**