



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجليلي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

أحكام الحمل في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: أحوال شخصية

بإشراف

د. علال طحطاح

إعداد الطالبين:

بلعقيل زكرياء

محمد بلكبير غانية

لجنة المناقشة:

رئيسا.

مشرفا ومقررا.

عضوا مناقشا.

(1) الدكتورة: خنوسي كريمة

(2) الدكتور: علال طحطاح

(3) الأستاذ: ملاك محمد

تاريخ المناقشة:

السنة الجامعية: 2018/2017

قَالَ تَعَالَى:

﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ سُلَالَةٍ مِّنْ طِينٍ ﴿١٢﴾ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً
فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ﴿١٣﴾ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ
مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ثُمَّ
أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ ﴿١٤﴾﴾

الشكر و العرفان

قال سبحانه و تعالى في محكم تنزيهه ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ سورة

إبراهيم الآية رقم 07.

نشكر الله سبحانه و تعالى على فضله و توفيقه في إنجاز هذا العمل، الحمد لله الذي
بنعمته تتم الصالحات.

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذنا العزيز الفاضل " طحطاح علّال " و الذي تكرم
علينا بإشرافه على هذه المذكرة و لم يبخل علينا بإرشاداته و ملاحظاته القيّمة، فنزفُ
إليه أسمى عبارات الشكر و العرفان، راجين من الله سبحانه و تعالى أن يوفّقه و
يحفظه و يجزيه عتاً خير الجزاء.

كما نتقدم بالشكر الجزيل لزميلينا في الدراسة " قاسمى كوثر " و " دوزان جيلالي "
اللذان ساندانا و ساعدانا في إنجاز هذا العمل المتواضع.

وفي ذات السياق نرفع مشاعر الإحترام و التقدير و الشكر للأساتذة الأفاضل أعضاء
لجنة المناقشة لهذه المذكرة، كما نتقدم بالشكر لكل الأساتذة الأفاضل لكلية الحقوق
والعلوم السياسية، و الشكر الموصول لكل من ساهم في إنجاز هذا العمل من قريب
أو من بعيد.

إهداء

يامن أحمل إسمك بكل فخر، يا من اتقدتك منذ الصغر، يامن يرتعش قلبي لذكرك
ويامن أودعتني لله اهديك هذا هذا البحث "أبي" الغالي رحمة الله عليه.
إلى من أرضعتني الحب والحنان، إلى رمز الحب وبلسم الشفاء، إلى القلب الناصع
بالبياض " أمي الغالية"

إلى شريكة حياتي الغالية " زوجتي " وإبني وقرة عيني "جود"
إلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله، إلى من علموني علم الحياة، إلى من أظهروا لي
ماهو أجمل من الحياة " إخوتي " رياض، إسماعيل، خديجة، مخطار، عبد المجيد،
إسلام.

إلى جميع أفراد عائلتي أخوالي ، خالاتي، أعمامي، عمّاتي و أبناءهم،
إلى جميع أصدقائي وزملائي في العمل.
إلى كل من ساندني من قريب أو من بعيد
إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع، و نسأل الله أن يجعله نبراسا لكل طالب
علم.

بلعقيل زكرياء

إهداء

إلى حبيبتى وسر سعادتي وأملي في الحياة "أمي الغالية"

إلى أبي الغالي الحنون

إلى شريكى في المذكرة وشريكى في الحياة "بلعقيل زكرياء"، وإلى إبني وفلذة كبدي

"جود"، وإلى إبني الذي قدر له أن يكون معي حملاً

إلى كل من كان سندي ودعمي في الحياة، إلى حبيباتي وشقيقتي الغاليات على قلبي

وإلى أبنائهم وأزواجهم

إلى صديقتي الغالية "كوثر" وإلى كل من أساتذتي وزملائي

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

محمد بلكير غانية

مَقْدَمَةٌ

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على السراج المنير سيدنا محمد أشرف المرسلين وخاتم النبيين وبعد:

يقول الله سبحانه و تعالى في محكم تنزيله ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا ﴾¹، فالأجناس ذكر و أنثى، و سنّة الحياة أن يتزوج هذا الذكر تلك الأنثى ليسكنا إلى بعضهما، و لا تزدان هذه السكنى أكثر إلا بالحمل و الإنجاب، فمن أهم مقاصد الزواج التماسل، و الإبقاء على النوع الإنساني و حفظه في الأرض إلى أن يرث الله الأرض و ما عليها. ولقد قدّست مختلف الشرائع السماوية الزواج، وجاءت الشريعة الإسلامية السمحاء على تنظيم مختلف قواعد الدين والدنيا، وسنّت لكل شخص من أفراد الأسرة حقوق وواجبات و لم تغفل أحدا بما في ذلك الجنين في بطن أمه. و الأصل فيه أن يكون ثمرةً للنكاح، فقد أبدت الشريعة الإسلامية عناية فائقة بهذا الجنين و رغبت إليه ووصفته بزينة الحياة الدنيا، قَالَ تَعَالَى: ﴿ أَلْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ﴾²، كما أنها منحته اهتماما كبيرا و جعلت له من الأحكام ما يشعرنا بأهميته، في مختلف مراحل تكوينه، ففرضت له حرمة تحفظ له حقوقه.

ولما كان تكوين الجنين نتيجة الالتقاء الطبيعي بين الرجل والمرأة، أصبح التطور العلمي الهائل في المجال الطبي خاصة فيما يتعلق بمسائل الحمل والإنجاب، يفتح مجالات أخرى لتكون الأجنة دون الإتصال الجنسي، الأمر الذي جعل فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثون يقفون أمام هذه القضايا، و حول ما يترتب عنها من نتائج إيجابية أو سلبية، باعتبارها من النوازل التي لم يتسنّى للفقهاء القدامى الوقوف عليها.

حيث أنّ هذه التقنيات الحديثة للإنجاب أصبحت تأخذ منحرجا خطيرا في حياة المجتمعات، لا سيما ما يعرف بالإستنساخ أو الهندسة الوراثية وإجارة الأرحام ، بالإضافة إلى توصل العلماء إلى إمكانية تجميد النطف و البويضات الملقحة و إكتشاف ما يسمى ببونوك المنى، ضف إلى ذلك مسألة إستغلال الأجنة المشوّهة و المجهضة في التجارب

¹ سورة الروم الآية 21.

² سورة الكهف الآية 46.

المختلفة، الأمر الذي أصبح يمس بصورة مباشرة و حساسة بكيان الأسرة عامة و بحرمة الجنين و حياته خاصة، فهذه التقنيات الحديثة أصبحت تطرح مسألة شائكة أخلاقيا و شرعيا و حتى قانونيا، بالإضافة إلى مسألة الإجهاض، و التي انتشرت واستفحلت في المجتمعات بأرقام مرعبة، الأمر الذي جعل هذه المجتمعات تدق ناقوس الخطر لا سيما المجتمعات الإسلامية منها.

وقد وافق القانون الشريعة في كثير من الجوانب ففرض حماية للجنين.

وأمام التحديات والمخاطر المحيطة بالحمل، كان لزاما البحث له عن نظام قانوني كامل ومتكامل يحميه ويضمن له حقوقه المقررة شرعا وقانونا.

أهمية الموضوع: تظهر أهمية الموضوع من خلال العناصر التالية

- في كون المذكرة تتناول موضوع في غاية الأهمية، بالنظر إلى أهمية الفئة التي يتناولها انطلاقا من وضعها القانوني والشرعي، كونها تتسم بالضعف ما يقتضي بالضرورة التدخل لحمايتها، من خلال التأسيس القانوني من جهة، وإخضاع تلك القوانين للدراسة والتمحيص والايضاح من جهة أخرى.

- كون مثل هذه الدراسة في عصرنا الحالي ستعطي الحلول لمحاربة عديد الانتهاكات الخطيرة التي تمارس بحق ملايين الأجنة، سواء تلك الحية منها أو المجهضة دون مراعاة أي حرمة لها.

- كما تظهر أهمية هذه الدراسة في الوقوف على أهم الأحكام سيما الشرعية منها، والتي تتعلق بالنوازل الطبية الجديدة في موضوع الحمل، والتي لم يتسنى للفقهاء القدامى النظر فيها بسبب التطور العلمي الهائل الذي تشهده الدراسات الطبية في وقتنا الحاضر.

- إنّ هذه المرحلة من حياة الإنسان بالرغم من أهميتها الشرعية والعملية بما ترتبه من أحكام مختلفة، قلما تلفت إنتباه الباحثين لذلك نرى أنّ المكتبة العلمية والقانونية وحتى الشرعية، بحاجة ملحة لمثل هذه الدراسات.

- ظهور الطرق الحديثة للحمل أحدثت منعرجا أخلاقيا خطيرا، كان له أثرا مباشرا على الأشخاص، خاصة فيما يتعلق بإختلاط في الأنساب، وعدم مراعاة لحرمة النفس البشرية، فظهرت بنوك لبيع المني وبنوك لبيع الأجنة المشوهة وشركات إستاجار الأرحام، المسائل التي تتطلب توضيح الأحكام الشرعية المتعلقة بها من حيث الجائز منها والمحرم.

- تعديل قانون الأسرة وما جاء به من مسائل جديدة تتعلق بموضوع البحث مما يدعو إلى ضرورة شرحها وتفصيلها، مثل مسألة التلقيح الاصطناعي وإجارة الأرحام، و إلقاء الضوء على كل ما يعتري هذا القانون من نقص في النصوص القانونية التي تمسّ بموضوع البحث.

أسباب إختيار الموضوع:

1- الأسباب الشخصية:

- رغبتنا الشخصية المنبثقة من غريزة الأبوة والأمومة، دفعتنا إلى إشباع الفضول في معرفة كل ما يتعلّق بالجنين من أحكام، وخاصة المراحل التي يمرّ بها أثناء نموّه وتطوّره داخل الرحم.

- إهتمامنا بقضايا شؤون الأسرة سيما تلك الماسّة بصميمها وبنائها وتماسكها، ولعلّ موضوع الحمل يعتبر من أهم المسائل التي تسمح لنا بالغوص أكثر في هذا المجال.

2- الأسباب الموضوعية:

- من أهم الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار الموضوع، هي أهميته نفسها والتي سبق الإشارة إليها.

- توضيح الحقوق التي يتمتّع بها الجنين خلال فترة الحمل، وبيان مختلف الضوابط الشرعية والقانونية التي تُبنى عليها هذه الحقوق.

- قلة الكتابات في القضايا الطبيّة المعاصرة المتعلقة بالحمل، رغم ما يعرفه هذا الأخير من إكتشافات حديثة مذهلة، بل وحتى خطيرة تمسّ بحق الجنين في الحماية. ما دفعنا إلى محاولة الكتابة فيه.

الصعوبات:

في إطار إنجازنا لهذه الدراسة واجهتنا جملة من الصعوبات نذكر منها:

- ندرة المراجع القانونية المنظّمة لموضوع الحمل، بالإضافة إلى الفراغ القانوني الواضح في النصوص المتعلقة بأحكام الجنين والحمل في مختلف عناصرها.

- إنّ موضوع الحمل بالمفهوم العصري الجديد له لم تتناوله الكتب الفقهية القديمة، في حين تناولته الكتب الفقهية الحديثة ولكن بشكل مختصر، وهو ما صعّب علينا جمع المعلومة وتنظيمها في شكل عناصر وعناوين.

- صعوبة العودة إلى أمّهات الكتب الفقهية الشرعية، للبحث ولو عن بعض العناصر المتعلقة بموضوع الدراسة كالنسب مثلاً، بسبب الأسلوب المنهجي المتبع في كتابة المواضيع الشرعية المختلفة والذي كان سائداً قديماً.

- تعقد المسائل المتعلقة بالحمل سيما الإستتساخ والهندسة الوراثية، الأمر الذي صعب عليها الإلمام بعناصر هذه المسائل من مختلف جوانبها، باعتبارها مسائل تخرج عن نطاق تخصّصنا القانوني، لما تحتويه من مصطلحات علمية وتقنية، بالإضافة إلى نقص المراجع فيها، والذي كان من الممكن أن تعطينا أحكام أكثر بساطة وسهولة الإستيعاب والفهم لو وجدت.

المناهج المتّبعة في البحث:

لقد إعتدنا في إطار بحثنا على عدّة مناهج إقتضتها طبيعة الموضوع المنهج الوصفي، والذي نقلنا من خلاله اقوال أهل العلم في مسائل البحث.بالإضافة إلى المنهج التحليلي، والذي يقوم على تحليل المعلومات، حيث قمنا بتحليل المعلومات سيما القانونية منها، ونخص بالذكر النصوص القانونية المختلفة الخاصة بموضوع الدراسة، وقد استعنا بالمنهج المقارن، وذلك من خلال التطرق إلى موقف المشرع وماذهب إليه تقنين الأسرة الجزائري، وإبراز أوجه التشابه والاختلاف بينه وبين الفقه الإسلامي كلما وجد الدافع لذلك. إشكالية البحث:

للحمل عديد الأحكام، بدءاً من تكونه إلى حين ولادته، الأمر الذي يقتضي منا توضيح هذه الأحكام، وعلى هذا الأساس نطرح الإشكالية التالية: **كيف نظم الفقه الإسلامي أحكام الحمل وما موقف المشرع الجزائري منها؟**

وللإجابة على هذه الإشكالية إتبعنا الخطة التالية:

حيث قسمنا بحثنا إلى فصلين، كل فصل من مبحثين، تناولنا في الفصل الأول ماهية الحمل، حيث تطرقنا في المبحث الأول منه إلى مفهوم الحمل، أما في المبحث الثاني فتطرقنا إلى الحمل الطبيعي والصور المعاصرة له.أما الفصل الثاني فتناولنا فيه الحماية القانونية للحمل، وتطرقنا في المبحث الأول منه إلى الحماية المدنية للحمل، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه الحماية الجنائية للحمل، ونهني البحث بخاتمة نضمنها مختلف النتائج والتوصيات.

الفصل الأول

ماهية الحمل

الفصل الأول: ماهية الحمل

لا يمكن التعرض لحماية الجنين دون تحديد ماهيته ومعرفة مضامينه، ذلك أن كثير من الأحكام المرتبطة بحماية الجنين لا يمكن شرحها وتحديد تفاصيلها إلا بمعرفة الجنين ومراحل تكوينه، سواء في تحديد الأحكام المدنية أو الجزائية لذلك كان من اللازم منهجياً تحديد ماهية الحمل.

ويتم ذلك من خلال مبحثين نتعرض في المبحث الأول إلى مفهوم الحمل في حين سنتناول الحمل الطبيعي والصور المعاصرة له في المبحث الثاني.

المبحث الأول: مفهوم الحمل

سنتطرق في هذا المبحث إلى تعريف الحمل بالإضافة إلى مدته.

المطلب الأول: تعريف الحمل وأنواعه

سنحاول في هذا المطلب بيان التعريف اللغوي والاصطلاحي للحمل، بالإضافة إلى

التعريف اللغوي والاصطلاحي للجنين، ثم سنتطرق إلى أنواع الحمل.

الفرع الأول: تعريف الحمل والجنين

نتطرق إلى تعريف الحمل في اللغة الاصطلاح أولًا، ثم لتعريف الجنين والفرق بينه وبين

الإنسان

أولًا: تعريف الحمل لغة واصطلاحًا

1- الحمل لغة: مأخوذ من حَمَلَ يَحْمِلُهُ حَمْلًا و حُمَلَانًا، فهو مَحْمُولٌ و حَمِيلٌ. وَالْحَمْلُ

(بالفتح) ما كان في البطن أو على رأس شجرة، فقال امرأة حَامِلَةٌ و حَامِلٌ إذا كانت حُبْلَى، أو

الْحَمْلُ حُمَالٌ وَأَحْمَالٌ¹، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾².

وَالْحَمْلُ (بالكسر) ما حُمِلَ على ظهر أو رأس والجمع حُمُولٌ و حُمُولَةٌ، يقال حَمَلَهُ

على الدابة يَحْمِلُهُ حِمْلًا³.

وَالْحَمْلُ: الحَبْلُ، ويقال المرأة حُبْلَى ونسوة حَبَالَى و حَبَالِيَّاتٌ وقيل أن الحَبْلُ خاص

بالأدميات، أما الحَمْلُ عام لهنَّ و للبهائم و الأشجار⁴.

ويفهم منه أن الحَمْلَ في اللغة يطلق على ما في البطن من الأولاد سواء في

الإنسان أو في الحيوان⁵. ويطلق على الحَمْلِ أيضا لفظ الجنين.

2- الحمل اصطلاحًا: إنَّ المراد من الحَمْلِ هو الحَمْلُ بالبطن، و يعرف أيضا ما تحمله

¹ ابن منظور، لسان العرب دار أحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بيروت، 1416، 1996، الجزء 11، ص176.

² سورة الطلاق الآية 04.

³ د. عائشة أحمد سالم، الاحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات، ط1، بيروت، 2008 ص11.

⁴ د. عبد العزيز بن علي الغامدي، أقل مدة الحمل وأكثرها بين الفقه والطب وأثر ذلك في ميراثه، مجلة العدل، العدد 43 رجب 1430 ص200.

⁵ د. خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، د/ط، دار الكتب القانونية، مصر 2011 ص24.

الأنثى من الأولاد، فهو ما يُحْمَلُ في البطن من ولد.¹

وبالمقارنة بين التعريف اللغوي والإصطلاحي لكلمة الحمل، يظهر أنهما يتفقان على أن الحمل يطلق على ما تحمله الأنثى في رحمها. أما فيما يخص موضوع دراستنا، فإنه سيكون محصوراً في إطار ما يتعلق بحمل الأدميات.

ثانياً: تعريف الجنين والفرق بينه وبين الانسان

1- تعريف الجنين

سننطلق إلى تعريف الجنين لغة، ثم تعريفه اصطلاحاً في الفقه والطب والقانون.

أ- **تعريف الجنين لغة:** جاء في لسان العرب في مادة الجنين " جَنَّ الشيء يَجْنُهُ حياً، كل شيء سُرَّ عنك فقد جَنَّ عنك، و جُنَّ عليه يُجَنُّ (بالضم) جُنُونًا.²

وفي الحديث جَنَّ عليه الليل أي ستره، وبه سمي الجنُّ لِاسْتِتَارِهِمْ واختفائهم عن الأبصار، و منه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه، والجنين الولد ما دام في بطن أمه لاستتاره فيه و جمعه أجنة.³

ب- **تعريف الجنين في اصطلاح فقهاء الاسلام:** لم تختلف تعاريف الفقهاء و المفسرين عن تعريفات اللغويين للجنين، فقد عرفه القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿هُوَ أَعْلَمُ بِكُمْ إِذْ أَنْشَأَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾⁴. فإن الجنين هو الولد مادام في البطن.⁵

وعرّفه الشوكاني أنّه حمل المرأة مادام في بطنها، فإن خرج حياً فهو ولد أو ميتاً فهو سقط، وقال الألباني في شرح رجال الموطأ، الجنين ما ألقته المرأة مما يعرف أنه ولد سواء كان ذكراً أو أنثى.⁶

¹ د. عائشة أحمد سالم، المرجع السابق ص12.

² ابن منظور، لسان العرب، ج2، مرجع سابق، ص386.

³ نفس المرجع، ص386.

⁴ سورة النجم، الآية 32.

⁵ أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، الجزء السابع عشر، دار الحديث، د/ط، القاهرة، 1423، 2004، ص 95.

⁶ د علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، د/ط، الإسكندرية، مصر، 2009، ص15.

إنفق الفقهاء على أنه إذا استبان خلق في بطن المرأة أو بأن فيه شيء من صورة الأدمي فهو جنين، وعلم أنه حمل، غير أنهم اختلفوا في مالم بين منه شيء إلى الأقوال التالية:

- **عند المالكية:** يرون أن الجنين يشمل كل ما تحمله المرأة في رحمها فلم يطلق المالكية الجنين على المضغة فقط، بل أطلقوا حتى على العلقة أو شيء مما يستيقن النساء أنه ولد، وإن لم يتبين من خلقه عين و لا أصبع أو غير ذلك¹.

- **عند الحنفية:** ذهبوا إلى القول أنه إذا استبان شيء من خلقه كالأصبع أو ظفر فهو جنين، وإن لم يستبين منه شيء فهو دم متجمد، ثم تحلل فخرج فلم يكن دم حامل².

- **عند الشافعية:** إن الجنين هو تعرف القوايل منه أنه مبدأ خلق آدمي وإن كان مضغة أو علقة، سواء تصور فيه صورة آدمي أو لم يتصور، وهذا رأي بعض الشافعية، غير أن الامام الشافعي فلا يصبح ما في المرأة جنينا إلا إذا تجاوز الاطوار الثلاثة الأولى (النطفة، العلقة، المضغة)، وتبين منه شيء من خلق الأدمي كالأصبع او الظفر³.

- **عند الحنابلة:** ذهب الحنابلة - عدا ابن رجب الحنبلي - إلى ان ما في بطن المرأة يعد جنينا إذا كان مضغة، تبين فيها خلق الإنسان من الرأس أو اليدين أو الرجل و أقله أحد و ثمانين يوما، و لا يتخلق قبل أن يكون مضغة⁴.

أما إذا تبين فيها (المضغة) خلق الإنسان ففيها التفصيل الآتي:

* إذا شهدت ثقات من القوايل أن فيه خلق آدمي فإنها تعتبر في حكم الجنين.

* أما إذا كانت مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوايل بأنها مبدأ خلق آدمي فإنها لا تعتبر جنينا، و لا يقبل ما قبل المضغة سواء قيل انه مبدأ خلق آدمي، او لم يقل جنينا إنما هو دم.

¹ عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة، بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 37.

² د علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 16.

³ د علي الشيخ إبراهيم المبارك، نفس المرجع، ص 16.

⁴ عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 36.

بينما ذهب ابن رجب الحنبلي إلى أن ما في بطن المرأة يعد جنينا بمجرد أن يصير علق، فإذا صار كذلك لم يجز للمرأة إسقاطه، وهو نفس رأي ابن حزم الظاهري¹.

ج- الجنين في اصطلاح فقهاء القانون:

بالنسبة للمشرع الجزائري، نلاحظ إغفاله لوضع مفهوم محدد للجنين، غير أنه اعتبر نهاية حياة الجنين وبداية الحياة الإنسانية بتمام ولادته حيا، و هذا وفقاً لما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني².

و يمكن تعريف الجنين في القانون الوضعي بأنه: "هو البويضة الملقحة، فتبدأ حياة الجنين بالإخصاب أي تلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة، فبمجرد اندماج الخليتين المذكورة و المؤنثة يتكون الجنين و يستحق الحماية، و تنتهي حياة الجنين لتحل محلها الحياة العادية، حيث تبدأ عملية الولادة لا حينما تنتهي"³.

ويمكن أن نستنتج من خلال هذا التعريف عدة نتائج:

- إن القانون الوضعي لم يفرق بين الجنين قبل نفخ الروح وبعد نفخها، و إنما وضع لها حماية جنائية من لحظة تشكله بتلقيه الخلية المذكورة للخلية المؤنثة.
- إن العقوبة المقرر للاعتداء على الجنين هي نفسها طوال أطوار تخلقه، سواء كان في بداية تشكله أو أثناءها أو في آخر مرحلة له قبل الولادة.
- التعريف السابق قد تطرق إلى الجنين داخل رحم المرأة، ومن ثم لا تمتد الحماية إلى البويضة التي تخصب خارجها - وفقاً لهذا التعريف- و التي يطلق عليها جنين الأنابيب (التي تكون نتيجة للتلقيح الإصطناعي)⁴.

¹ عيسى أمعيزة، نفس المرجع، ص 36.

² " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط ولادته حيا " المادة 25 من قانون 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.

³ د محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، دوان المطبوعات الجامعية، ط1990، ص 61.

⁴ د. عبد النبي محمد أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، د/ط، دار الجامعة الجيدة، مصر، 2006، ص 14.

د- تعريف الجنين عند الأطباء:

يراد بالجنين عند الأطباء، الولد في بطن أمه عندما يظهر عليه الطابع الإنساني، بتكون الأجهزة المعروفة للإنسان، ويكون ذلك فيما بين الشهر الثالث من الحمل إلى حين الولادة، و يقصره بعضهم على الولد في بطن أمه إذا اكتملت بنيته، و كان بإمكانه أن يعيش إذا نزل حيا من بطن أمه، و يكون هذا في المدّة الواقعة بين بداية الشهر السابع إلى وقت الولادة¹.

ومن علماء الأجنة من يطلق لفظ الجنين على المدة الواقعة بين إنغراز البيضة الملقحة في جدار الرحم ونهاية الأسبوع الثامن، ثم يطلقون عليه بعد ذلك إسم " حَمِيلٌ " إلى ان يولد².

2- الفرق بين الجنين والإنسان:

لعل أهم الفوارق بين الجنين والإنسان تبرز جليا في القانون الجنائي، بين حمايته للجنين وحمايته للإنسان، و من بين هذه الفوارق ما يلي:

* إن الجنين يتمتع بحياة احتمالية مستقبلية وهذا يظهر أثره عندما تتعارض حياته مع حياة الأم، فإن الترجيح يكون لحياة الأم بإعتبار أن حياتها واقعية³.

* إن المشرع الوضعي يحمي الجنين في النصوص التي تعاقب على الإجهاض، أما النصوص التي تحمي الإنسان، فهي النصوص التي تعاقب على الإعتداء بالقتل أو الإيذاء كالضرب والجرح وغيرها⁴.

الفرع الثاني: أنواع الحمل

قد تحدث حالات من الحمل لبعض النساء تكون غير عادية، وليست في وضعها الطبيعي، مما يسبب مشاكل للجنين والأم معا، كالحمل الكاذب، والحمل خارج الرحم، و الحمل العنقودي، وما إلى ذلك.

¹ د. محمد فاضل إبراهيم الحديثي، حكم إسقاط الجنين المشوه بين الشريعة والطب، مجلة جامعة الأنبار بالعلوم الإسلامية، الرمادي، المجلد الرابع، العدد 15، 2013، ص 329.

² د محمد فاضل إبراهيم الحديثي، نفس المرجع، ص 329.

³ د علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع السابق، ص 17.

⁴ د علي الشيخ إبراهيم المبارك ، نفس المرجع، ص 17.

أولاً: الحمل الكاذب

ويسمى بالحمل الخيالي، حيث تتخيل المرأة أنها حامل، ويسمى بالحمل الكاذب لان الحقيقة أن المرأة غير حامل، وهو حالة تصيب النساء اللاتي يردن ان يحملن، فتنتفخ البطن بالغازات وتتوقف العادة الشهرية، ويكبر حجم الثدي ويزداد حجم البطن، و تحس المرأة بمعظم أعراض الحمل من غثيان، و قيء و عدم القدرة على بذل المجهود، و تشعر بالوحم والحركة الكاذبة للجنين والتي ترجع إلى حركة الامعاء، أو إلى تقلصات البطن، وهذا مرجعه كله إلى عوامل وأسباب نفسية¹.

والحمل الكاذب هو أحد الامراض الشائعة في جميع انحاء العالم وذلك بسبب قوة تأثير العوامل النفسية، على الوظائف الطبيعية للجسم، وخاصة عند النساء باعتبارهن أكثر عاطفة وأكثر عرضة لتأثير العوامل النفسية عليهن².

ثانياً: الحمل خارج الرحم

ويسمى بالحمل الخارجي، وهو حمل غير طبيعي - غير عادي - والذي ينتج عن تعثر وصول البويضة المخصبة إلى الرحم في الوقت المناسب، مما ينتج عنه حمل خارج الرحم، فقد تلتصق البويضة المخصبة بقناة فالوب³ (قناة عنق الرحم)، وهي أكثر الاماكن شيوعاً لحدوث الحمل خارج الرحم، أو قد يحدث في تجويف البطن و هو أن تلتصق البويضة بأحد الأعضاء الموجودة في تجويف البطن، و تبدأ في الاعتماد عليها في تغذيتها ونموها، كأن تلتصق بالقولون مثلاً، أو عنق الرحم، أو المبايض⁴.

ومن الأسباب التي تؤدي إلى حدوث الحمل خارج الرحم وجود التهابات شديدة في الحوض تصيب الأنابيب، ومن ثم تنقص تقلصات عضلاتها مما يتعذر دخول البويضة إلى الرحم⁵.

¹ د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية، ط4، السعودية، 1403، 1983، ص 454.

² د محمد علي البار، نفس المرجع، ص 454.

³ قناة فالوب: هي الطريق الذي يربط بين الرحم والمبيض، وتسمى أيضا بقناة عنق الرحم. د. محمد علي البار، المرجع السابق، ص454.

⁴ د علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص17.

⁵ د علي الشيخ إبراهيم المبارك، نفس المرجع، ص17.

ثالثاً: الحمل العنقودي

يحدث هذا الحمل نتيجة وجود خلل في المشيمة، بعد ان تم تلقيح البويضة، وهذا النوع من الحمل من أكثر الأنواع خطورة، وهو في الأصل قليل الحدوث، وسمي بهذا الاسم لأنه يظهر داخل الرحم كعنقود من العنب الأبيض، كثير التفرعات، ويوجد بين حبيباته قطع من الدم المتجمد، والتي من الممكن أن تؤدي بعد ذلك إلى تغيرات خبيثة (سرطانية) في الرحم، و يعرف أنه أكثر انتشاراً في القارة الآسيوية مقارنة بباقي القارات لأسباب مجهولة، غير أن هناك بعض العوامل التي تساعد في حدوثه، كسن الام مثلاً عندما يكون أقل من عشرون سنة و أكثر من خمسة وأربعون سنة أو الحمل المتكرر، أو سوء التغذية و هو في الغالب يسبب نزيفاً في الرحم¹.

المطلب الثاني: مدة الحمل

يقصد بمدة الحمل الفترة الزمنية التي يمكث فيها الحمل داخل الرحم من لحظة الإلقاح إلى حين الولادة.

إن الأطوار والمراحل التي يمر فيها الحمل و هو في بطن أمه تتم في فترة محددة لها حد أدنى و حد أقصى، بحيث لا يولد الجنين حياً إذا ولد لأقل منها، و لا يبقى في بطن أمه لأكثر من أقصى مدة الحمل التي تعرف عليها الناس، و هذا ما سنحاول التطرق إليه من وجه نظر الفقهاء و الأطباء بالإضافة إلى الرأي القانوني فيما يأتي:

الفرع الأول: أقل مدة الحمل

سننظر في هذا الفرع إلى الرأي الفقهي في أقل مدة الحمل، ثم إلى الرأي الطبي في أقل مدة الحمل، ثم سنتعرض إلى موقف المشرع الجزائري منها.

أولاً: الرأي الفقهي في أقل مدة الحمل و كيفية حساب هذه المدة

1- الرأي الفقهي في أقل مدة الحمل: إتفق الفقهاء على أن أقل مدة يمكن أن تحمل فيها المرأة، وتضع بعدها حملها فيعيش هي ستة أشهر، وهو الأمر الذي أكدته الشريعة والطبيعة² و استدلووا على ذلك من الكتاب و الأثر:

¹ د . عائشة أحمد سالم، المرجع السابق، ص 13.

² عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، الرياض الحديثة، د/ط، السعودية، 2013، ص8.

أ- من القرآن الكريم: فقد جاء في الكتاب العزيز النص على ذلك عندما جمع الحمل والرضاع قَالَ تَعَالَى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾¹، ثم ذكر عزوجل أن مدة الرضاع أربع وعشرون شهرا قَالَ تَعَالَى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾²، و قَالَ تَعَالَى: ﴿وَفِصْلُهُ فِي عَامَيْنِ﴾³.

فالملاحظ من هذه الآيات الكريمات أن الآية الأولى ذكرت لنا مدّة الحمل والفصال أي الفطام، و هي ثلاثون شهرا، و الآية الثانية حددت لنا مدة الرضاعة، فإذا طرحنا مدة الرضاعة من مدة الحمل و الرضاع، يكون الناتج ستة أشهر و هي أقل مدة الحمل⁴. فمدة الرضاعة هي حولين كاملين، أي أربعة و عشرون شهرا، و مدة الحمل و الرضاعة معا حسب ما جاء في الآية الكريمة هي ثلاثون شهرا، فإذا طرحنا مدة الرضاعة أربعة و عشرون شهرا من مدة الرضاعة و الحمل ثلاثون شهرا فالحاصل ستة أشهر.

ب- من الأثر : ففي العديد من الآثار الواردة عن صحابة رسول الله صلى الله عليه و سلم، و التي تؤيد بوضوح ما جاء في الآيات الكريمة عن أقل مدة الحمل، و من هذه الآثار ما يلي:

* روي أن رجلا تزوج من امرأة فجاءت بولد لسته أشهر، رفع أمرها إلى عثمان رضي الله عنه فذكر ذلك له، فهمّ عثمان أن يرحمها فقال ابن عباس: لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم فإن الله يقول: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁵ و قَالَ تَعَالَى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾⁶ فلم يبقى للحمل إلا ستة أشهر، فأخذ عثمان رضي الله عنه بقوله ودرأ عنها الحد⁷.

¹ سورة الأحقاف، الآية 14.

² سورة البقرة، الآية 233.

³ سورة لقمان، الآية 14.

⁴ راجع د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، دار الفكر، ط2، دمشق، 1405-1985، ص 676. د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 74.

⁵ سورة الأحقاف، الآية 14.

⁶ سورة البقرة، الآية 233.

⁷ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، مرجع سابق، ص 276.

* و عن معمرة بن عبد الله الجهني قال: تزوج رجل منا امرأة من جهينة فولدت له بتمام ستة أشهر فإنطلق زوجها إلى عثمان رضي الله عنه فذكر ذلك له، فبعث إليها و أمر برجمها، فبلغ ذلك علي رضي الله عنه، فأتاه فقال ما تصنع ؟ فقال: ولدت لتمام ستة أشهر، وهل يكون ذلك؟ فقال له علي رضي الله عنه أما تقرأ القرآن؟ فقال بلى، قال أما سمعت الله عزوجل يقول: ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ وقال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾¹ ، فلم نجده بقي إلا ستة أشهر، فقال عثمان رضي الله عنه ما فطنت بهذا فخلي سبيلها¹.

* وروي أنه رفع إلى عمر رضي الله عنه، أن امرأة ولدت لسته أشهر من وقت زواجها، فهم عمر رضي الله عنه بإقامة الحد عنها، فقال له علي رضي الله عنه، ليس لك ذلك، قال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ وقال تعالى: ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ فحولان و ستة أشهر، فخلي عمر رضي الله عنه سبيلها، ويروى أن الذي قال له ذلك هو ابن عباس، وهذا رأي الاثمة الأربعة و غيرهم من الفقهاء².

* وعن عكرمة عن ابن عباس أنه قال: إذا وضعت المرأة لتسعة أشهر كفاه من الرضاع أحد و عشرون شهرا، و إذا وضعت لسبعة أشهر كفاه من الرضاع ثلاثة و عشرون شهرا، و إذا وضعت لسته أشهر فحولين كاملين³، لأن الله تعالى يقول ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾.

وهذا من إعجازه سبحانه و تعالى، فقد جمع مدة الحمل و الرضاع في ثلاثون شهرا لتطابق مختلف مدد الحمل، أقله و أكثره، فقد يكون الحمل لسته أشهر أو لسبعة أشهر أو ثمانية أشهر أو لتسعة أشهر - وهو الغالب، فكلما زادت مدة الحمل نقصت مدة الرضاع والعكس⁴.

¹ د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 16.

² الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط 3، القاهرة، 1377هـ-1957م، ص 386.

³ د عبد العزيز على الغامدي، مرجع سابق، ص 202.

⁴ د عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 16.

فمن خلال الآثار الواردة عن الصحابة رضوان الله عليهم، يبدو لنا بوضوح أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر، لاستنباطه من القرآن الكريم وذلك بدلالة الآيات دلالة صريحة على هذا الحكم، وقيل أن أول من قال بهذا الأمر هو سيدنا علي كرم الله وجهه ووافق عليه عثمان وبقية الصحابة، دون مخالفة لهم من التابعين أو الخلف¹.

2- حساب أقل مدة الحمل: فهذه المدة تحسب من وقت الدخول و إمكان الوطء عند الجمهور، و من وقت عقد الزواج عند الحنفية ومن الخلوة بعد العقد عند الشافعية، لأن المرأة هي فراش للزوج و يلحقه الولد لعموم الحديث الشريف " الولد للفراش " ودليل الجمهور أن المرأة ليست للفراش إلا بإمكان الوطء و هو مع الدخول².

ثانياً: الرأي الطبي في أقل مدة الحمل

جاء الطب موافقا لما جاءت به الشريعة الإسلامية، حيث جاء في الموسوعة الطبية قول الطبيب الدكتور، أحمد محمد كنعان " و يتفق أهل الطب و الفقهاء حول أقل مدة الحمل، إذ تؤكد الشواهد الطبية أن الجنين الذي يولد قبل تمام الشهر السادس لا يكون قابلاً للحياة، و إلى هذا يذهب أهل القانون أيضاً"³.

و يقول الطبيب الدكتور، نجم عبد الله عبد الواحد إن العلم الحديث يثبت أن أقصر مدة للحمل و التي يعيش بها الطفل بعد الولادة هي ستة أشهر، و حقيقة عاش بتوفر الأجهزة الحديثة، كما يقول الطبيب الدكتور عبد الله سلامة: فقد غير الأطباء رأيهم الآن فأصبحت أقل مدة الحمل هي ستة أشهر بعد أن كانت سبعة أشهر، و الواقع أنهم إلى الآن لا تزال مذكورة في دائرة المعارف البريطانية ان أقل الحمل الذي يمكن أن يعيش هو ثمانية و عشرون أسبوعاً أو مئة و اثنين و تسعون يوماً، ولا أعتقد أنه سوف يجيء يوم من الأيام فيكون بمقدور الجنين أن يعيش خارج الرحم و يواصل الحياة إن هو نزل قبل هذه المدة - ستة أشهر -⁴.

¹ د عائشة أحمد سالم ، المرجع السابق، ص 16.

² الموسوعة الفقهية، حقد-حيوان، وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة ذات السلاسل، ط 2، الكويت، 1410هـ-1990م، ص 144. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، المرجع السابق، ص 676.

³ د عبد العزيز علي الغامدي، مرجع سابق، ص 208.

⁴ د عبد العزيز علي الغامدي ، نفس المرجع، ص 209.

وهو نفس ماذهب إليه الدكتور محمد علي البار قائلا " أما أقل الحمل يتفق فيه الطب و الشرع و كلام الفقهاء تمام الإتفاق، فالطب يقر أن أقل الحمل الذي يمكنه العيش الذي ولد لسته أشهر¹.

وتعتبر مدة الحمل الطبيعية مئتان و ثمانون يوما، تحسب من بدأ آخر حيضة حاضتها المرأة، و بما أن الحمل يحدث في العادة في اليوم الرابع عشر من بدأ الحيض تقريبا فإن مدة الحمل الحقيقية هي: $2.266=14-280$

وبما أن الحساب قد يخطيء وخاصة إذا كانت العادة غير منتظمة، فإن بعض الأمهات يتحدثن عن فترة حمل طويلة جدا. أما عن تأخر الحمل أو تقديمه أسبوعين عن المدة المحسوبة فهو أمر إعتيادي وقد يتأخر الحمل رغم ضبط الحساب إلى شهر كامل³.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من أقل مدة الحمل:

إتفق الأئمة الأربعة و غيرهم من الفقهاء كما أشرنا إليه، على ان أقل مدة الحمل ستة أشهر أي مئة و ثمانون يوما، و هو نفس ماذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 42 من قانون الأسرة⁴ و التي جاء فيها: " أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر" و هو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها و الذي جاء فيه الصادر في 1998/11/17، ملف رقم 210478 " من المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر و أقصاها أشهر، متى تبين في قضية الحال أن مدة الحمل المحددة قانونا و شرعا غير متوفرة لأن الزواج تمّ في 1994/05/02، و الولاد قد ولد في 1994/05/07⁵.

الفرع الثاني: أكثر مدة الحمل

سنتطرق في هذا الفرع إلى الرأي الفقهي في أكثر مدة الحمل ثمّ الرأي الطبي وبعدها سنعرض موقف المشرع الجزائري من هذه المدة.

¹ د محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، المرجع السابق، ص 451.

² د محمد علي البار، نفس المرجع، ص 451.

³ د محمد علي البار، نفس المرجع، ص 451.

⁴ قانون 84-11، المؤرخ في 09 يونيو، سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيبرابر 2005.

⁵ القرار الصادر في 1998/11/17، ملف رقم 210478، الإجتهد القضائي للمحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.

أولاً: الرأي الفقهي:

اختلف الفقهاء في أقصى مدة الحمل إختلافاً كبيراً، وذلك لأنهم بنوا آراءهم في الغالب على السماع، لعدم وجود أدلة صحيحة نقلية أو عقلية، يستدلون بها على ما ذهبوا إلي، فتباينت الآراء إلى عدة أقوال¹.

1- القول الأول: إن أقصى مدة للحمل هي سنتان و هو مذهب الحنفية².

واستدلوا على ذلك بقول السيدة عائشة رضي الله عنها " لا يبقى الولد في رحم أمه أكثر من سنتين " فإن ولد الحمل لسنتين من يوم موت الزوج أو طلاقه ثبت نسبه من أبيه المطلق أو الميت³.

كما إستدلوا أيضا بقصة حدثت في زمن عمر، فقد جاءه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إني غبت عن إمرأتي سنتين فجئت وهي حبلية، فشاور عمر الناس في رجمها، فقال معاذ ابن الجبل، يا أمير المؤمنين إن كان لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها سبيل، فاتركها حتى تضع، فتركها عمر فولدت غلاما قد خرجت ثناياه فعرف الرجل الشبه فيه فقال: إبنی ورب الكعبة⁴.

2- القول الثاني : أن أقصى مدة للحمل هي أربع سنوات و بها قال الشافعي، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة، و قول عند المالكية، و إستدلوا بقول مالك ابن أنس " هذه جارتنا امرأة محمد ابن عجلان امرأة صدق، وزوجها رجل صدق، حملت ثلاثة أبطن في إثني عشر سنة كل بطن في أربع سنين"⁵.

و نقل عن الشافعي تأييده لذلك، بأن محمد ابن عجلان نفسه مكث في بطن أمه أربع سنوات، كما إستدلوا بأن كبار الصحابة ظربوا لإمرأة المفقود أربع سنين و لم يكن ذلك إلا غاية الحمل⁶.

¹ د. عائشة أحمد سالم، المرجع السابق، ص18.

² عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص521.

³ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، مرجع سابق، ص 677.

⁴ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 677.

⁵ الموسوعة الفقهية، حقد حيوان، مرجع سابق، ص 145.

⁶ الموسوعة الفقهية ، حقد حيوان ،نفس المرجع، ص 145.

فإذا ولدت المرأة لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه، ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا إنقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل، فإن الولد لاحق بالزوج و عدتها منقضية بوضعه¹.

3- القول الثالث: إن أكثر مدة الحمل هي خمس سنين، وهذا هو المشهور عند المالكية الذي درج عليه القضاء عندهم².

فإذا طلق رجل امرأته واعتدت بالحيض أو بالأشهر في حال ما إذا مات عنها، و إنقضت عدتها بثلاث حيضات في الحالة الأولى أو بأربع أشهر و عشرًا في الحالة الثانية، ثم جاءت بولد لأقل من خمس سنين، تحسب من زمن إنقطاع وطئه عنها، فإن الولد ينسب إلى أبيه³.

4- القول الرابع: يرى أن أقصى مدة الحمل ثلاث سنين، و هو رأي الليث بن سعد، و رأي عند الشافعية⁴.

5- القول الخامس : قال أن أقصى مدة الحمل هي سنة قمرية، و قد ذهب إليه بعض

علماء الإمامية، كما قال به محمد بن الحكم المالكي و رجحه ابن رشد⁵.

6- القول السادس : ذهب إلى القول بأن أقصى مدة الحمل هي تسعة أشهر، و هو رأي ابن حزم الظاهري و عمر بن الخطاب رضي الله عنه. و هو رأي فريق من علماء الإمامية أيضا، و استدلل ابن حزم على ذلك بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت، فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها، فإذا لم يستبين حملها في تسعة أشهر فلتقعد بعد التسعة أشهر ثلاثة أشهر، عدة التي قعدت عن الحيض⁶.

¹ د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء 7، مرجع سابق، ص 677.

² عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص 523.

³ عبد الرحمان الجزيري ، نفس المرجع ، ص 523.

⁴ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص44. دعائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص20.

⁵ د وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق، ص 678. د علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص44. الإمام محمد أبو زهرة ، مرجع سابق، ص 387.

⁶ د محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص 453. أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص44.

7- القول السابع : قيل أن لا حد لأقصاه و لو زاد عن عشرة أعوام، و هي رواية عن مالك، و رجّحه من المعاصرين محمد الأمين الشنقيطي¹.

خلاصة هذه الأقوال: من يتفحص هذه الآراء يجد أنها مبنية على المعاينة والسماع وملاحظة أحداث وقعت، فقد روعيت فيها أخبار بعض النساء، الآتي ترين أن إنتفاخ البطن علامة الحمل².

وهذه التقديرات لم تبين على النصوص، بل على إدعاء الوقوع في هذه المدد، و إن الإستقرار في عصرنا الحاضر لا يجد من الوقائع ما يؤيد التقدير بخمس سنوات، ولا أربع، و لا سنتين و إنما الوقائع تؤيد التقدير بتسعة أشهر و قد وجب الإحتياط التقدير بسنة، و رجح بعض الفقهاء المتقدمون ذلك³.

ثانيا : الرأي الطبي في تحديد أكثر مدة الحمل:

لقد أكد الأطباء أن الحمل لا يزيد في بطن أمه عن شهر بالإضافة إلى التسعة أشهر - أي عشرة أشهر - و إلاّ مات الجنين في بطنها، و ما زاد عن ذلك فهو نتيجة خطأ في الحساب، كما أنّ الجنين قد يموت في بطن أمه و يبقى فيها أمدا طويلا، و هذا أمر معروف عند الأطباء، و قد يتكلس و يصبح مثل الحجر بعد موته، ثم يقذفه الرحم بعد فترة و قد يقذفه على فترات متقطعة⁴.

كما ذكر الأطباء أنه يستحيل حدوث الحمل الممتد عدّة سنوات، لأن الجنين من الشهر السادس ينمو نموا كبيرا، فلا تستطيع الأم أن تتحمل حمله و غذاءه، إذا إستمر وجوده في رحمها عدة سنين مع إستمرار نموه، فوزنه يصل في نهاية الشهر السادس إلى ألف غرام (1000غ)، و في نهاية الشهر التاسع يصل إلى ثلاثة آلاف و مئتي غرام (3200 غ).⁵

¹ بوعلام عبد العالي، أحكام المرأة الحامل في الفقه المالكي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2014م - 2015م، ص 241.

² د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، مرجع سابق، ص 678.

³ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، 387.

⁴ د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، مرجع سابق، ص 453.

⁵ راجع: د عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 23-24. بوعلام عبد العالي، مرجع سابق، ص 242.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من أقصى مدة الحمل

بناء على ما سبق بيانه فلقد قام إختلاف كبير بين الفقهاء في تحديد هذه المدة في عدة أقوال، و بالرجوع إلى نص المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري و التي جاء فيها " أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشرة أشهر " فنلاحظ أن المشرع قد حسم الأمر في هذا الإختلاف و حدد أقصى مدة للحمل بعشرة أشهر، فهو بهذا جاء موافقا لرأي الطب الذي قال بأن أقصى مدة للحمل هي سبعة أشهر، و قد تزيد عنها بشهر واحد على إعتبار أن الحمل يستحيل حدوثه لعدّة سنوات أمّا في حالة إنتهاء العلاقة الزوجية سواء بالطلاق أو بالوفاة فلقد نصّ في المادّة 43 من قانون الأسرة الجزائري على أنّه " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشر أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة.

المبحث الثاني: الحمل الطبيعي والصور المعاصرة له

إن الأجنّة البشرية لا تكون صورة واحدة، فقد تكون أجنة حية وقد تكون أجنة مجهزة، والأجنّة الحية بدورها قد تكون ناتجة عن إخصاب طبيعي (حمل طبيعي)، أو صناعي أو إستنساخ أو هندسة وراثية.¹

المطلب الأوّل: الحمل الطبيعي

وسنتعرّض لتفاصيل مراحل الحمل الطبيعي، ثمّ نبيّن الخطوات العمليّة التي يتمّ بها هذا الحمل -الطبيعي-.

الفرع الأوّل: مراحل الحمل الطبيعي.

وردت في القرآن الحكيم عدة آيات في اطوار تخلق الجنين داخل رحم أمه، كما وردت عدة أحاديث، حوت وصفا دقيقا شاملا وسليما لأطوار التخلق الجنيني. ومراحل نمو الجنين حسب الترتيب الوارد في هذه النصوص: هي التراب والطين²، النطفة الأمشاج، العلقة، المضغة، العظام، كساء العظام باللحم ثمّ الخلق الآخر.

¹ أثر التطور العلمي على توسع المفهوم القانوني للجنين، مجلة المحقق الحلي، للعلوم القانونية والسياسية، دراسة مقارنة، ع2، السنة 9، د/بلد، 2017م، ص 223.

² إن تفاصيل هذه المرحلة التي تعبر عن التجربة الاولى لخلق آدم عليه السلام، هي تجربة خارجة عن العادة و حكم العموم. فهو وحده خلق دون الطريق العادي لخلق الإنسان والذي يكون نتيجة تلقيه بويضة المرأة بمني الرجل. راجع د عائشة احمد سالم، نفس المرجع، ص 27.

أولاً: مرحلة النطفة

جاء في لسان العرب: النُطْفَةُ هي القليل من الماء، وماء الدلو، والجمع نُطْفٌ، وقيل هي الماء الصافي، والنطفة ماء الرجل، و النطفة هي الماء الدافق الذي يخرج من صلب الرجل و هو ظهره، و ترائب المرأة و هي عظام صدرها¹.

و لقد تكرر لفظ النطفة في القرآن الكريم في إثني عشر وضعاً، نذكر منها
 قَالَ تَعَالَى: ﴿ خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ فَإِذَا هُوَ خَصِيمٌ مُّبِينٌ ﴾².

و تشمل النطفة حسب التعاريف السابقة كلا من:

1- النطفة المذكورة.

و يقصد بها الحيوانات المنوية الموجودة في المنى، و يطلق المنى على الإفرازات التناسلية للرجل، و التي تفرزها الخصية و البروستاتا و الحويصلة المنوية³، و منى الرجل يتكون من مادتين:

الأولى الحيوانات المنوية: التي تكون في الخصية و هي معنية بالنطفة.

الثانية السائل المنوي: الذي يحمل هذه الحيوانات و يغذيها، و ليس لهذا السائل دخل في تكوين الجنين⁴، و قد ميز الله عزوجل بين النطفة و المنى، في قَالَ تَعَالَى: ﴿ أَلَمْ يَكُنْ نُطْفَةً مِّن مَّنِيِّ يُمْنَى ﴾⁵.

إذ أن النطفة حسب الآية الكريمة هي قطعاً خلاف المنى، و هي كقولنا أخرجنا السمك من البحر و السمك لا علاقة لها به، إلا انها تسبح فيه كما تسبح الحيوانات المنوية في السائل المنوي⁶.

و يقول الاطباء ان الرجل ينتج يوميا حوالي ثلاثة مئة مليون من الحيوانات المنوية، و ان الدفعة الواحدة من المنى تحتوي على اكثر من مئتين مليون من هذه الحيوانات، فتصل

¹ ابن منظور، لسان العرب، الجزء 14، المرجع السابق، ص187.

² سورة النحل، الآية 04.

³ د. محمد وصفي، الإعجاز الطبي في القرآن، دار الفضيلة، د/ط، القاهرة، 2005، ص21.

⁴ د. محمد وصفي، نفس المرجع، ص21.

⁵ سورة القيامة، الآية 37.

⁶ ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن الكريم، ج5، دار طيبة، ط2، السعودية، 1420هـ- 1999م، ص464.

حوالي خمسين إلى مئتين منها إلى البويضة و تفوز في الأخير واحدة منها فقط ، بتلقيحها -
أي البويضة- بينما تموت البقية في هذه الرحلة¹.

وجسم حيمن (الحيوان المنوي) يتكون من ثلاث مقاطع و هي:

- الرأس: يحتوي على النواة التي تحتوي على جميع الصفات الوراثية للرجل.

- العنق: وهو مصدر الطاقة للحيمن أثناء رحلته نحو تلقيح الالبويضة.

- الذيل: وهو بمثابة المجداف بالنسبة للحيمن يساعده على السباحة داخل القناة التناسلية الأنثوية، وعلى تحديد مكان توجهه².

2- النطفة المؤنثة:

وهي البويضة التي يفرزها المبيض المرأة في الشهر و لم يرد نص مخصوص على النطفة المؤنثة في القرآن الكريم، و إنما ذكر مجملا لتشمل نطفة الرجل و المرأة. ويحتوي مبيض الانثى على ستة ملايين بويضة، و تموت هذه البويضات بالتدريج فلا تبقى منها إلا ثلاثون ألفاً عندما تبلغ الفتاة المحيض، و في كل دورة شهرية تبدأ حوالي عشرون بويضة للإستعداد للنضوج ولكن واحدة فقط تصل إلى هذه المرحلة، و بذلك يكون للمرأة ما بين أربعة مئة إلى خمسة مئة بويضة في حياتها كلها، بمعدة بويضة واحدة كل شهر تقريبا من البلوغ إلى سن اليأس³. و جسم البويضة يتكون من:

- القشرة او الغلاف الخارجي: و هي عبارة عن قشرة رقيقة تحيط بالبويضة، و تحافظ على السوائل الموجودة فيها، فهو بمثابة وعاء لمحتويات البويضة.

- السابتوبلازم: و هي مادة سائلة توجد داخل الخلية، و تحيط بالنواة المسؤولة عن تغذية البويضة بعد تلقيحها⁴.

- النواة: و هي لب الخلية و تحتوي على الكروموسومات الحاملة لجميع الصفات الوراثية لصاحبة البويضة⁵.

¹ موسوعة الفراشة للعناية بالأأم و الطفل، مكتبة لبنان، د/ط ، بيروت، 2001، ص 14.

² أنظر: د. عاطف الماضة، الحمل و الولادة، أسرار و متاعب كيف تواجهها، دار النهضة، د/ط، مصر ، 2001، ص 29. د محمد وصفي، المرجع السابق، ص 22.

³ سيد الحديد، الحمل الطبيعي و الحمل بالطرق الحديثة، شعاع، ط1، حلب ، سوريا ، 2004م، ص 66.

⁴ د. محمد خالد صالح، مرجع سابق، ص 48.

⁵ د محمد خالد صالح ، نفس المرجع، ص 48.

3- نطفة الأمشاج: لم تتوصل العلوم الحديثة إلى حقيقة نطفة الامشاج إلا في اواخر القرن 19، أما كان القرآن الكريم سبقهم في ذلك منذ أكثر من أربع قرون. قَالَ تَعَالَى: ﴿ إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ ﴾¹.

أ- تعريف نطفة الأمشاج: نطفة الامشاج مؤلفة من كلمتين، كلمة نطفة و قد سبق تعريفها. أما الثانية الأمشاج: و الامشاج جمع مشج، و المشج في اللغة هو الخليط حيث جاء في لسان العرب و الصحيح أن يقال المشج ماء الرجل يختلط بماء المرأة².

إذن النطفة الامشاج هي النطفة المخلوطة المكونة نتيجة إندماج الحيمن (الحيوان المنوي للذكر) مع بيضة الانثى، و يسميها الأطباء بالبيضة المخصبة أو البيضة الملقحة³.

ب- تكوين نطفة الأمشاج:

ففي أثناء معاشرة الرجل للمرأة، يقذف كما سبق الإشارة إليه ملايين الحيوانات المنوية الموجودة في المنى داخل المهبل للمرأة، لتبدأ هذه الاخيرة رحلتها نحو الهدف و هو تلقيح البيضة لتتمكن إحداها من إقتحام البويضة بعد المرور على مجموعة من المصافي⁴ وظيفتها تصفية الحيوانات المريضة و المشوهة و بعد تلقيحها تندمج معها⁵.

ثم تحيط نفسها بجدار سميك لا يمكن لأي حيوان منوي آخر إختراقه، ثم تبدأ بالإلنشطار لتصبح ستة عشر خلية، و تأخذ شكل توتة و تتحرك نطفة الأمشاج في مسارها حتى تصل الرحم ليكمل هذا الأخير إستعداده لإستقبالها، فيصبح جداره أملس على نحو يسمح ببقاء النطفة و إلتصاقها بجداره لتتغذى منه، و إذا لم يتم الرحم إستعداده لإستقبال نطفة الامشاج فإنها تسقط من أول دورة شهرية للحيض⁶.

¹ سورة الإنسان، الآية 02..

² ابن منظور، لسان العرب، الجزء الاول، مرجع سابق، ص314.

³ د . محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص 367.

⁴ من بين هذه المصافي، مصفي المهبل، مصفي عنق الرحم الداخلي، مصفي عنق الرحم الخارجي، مصفي إتصال الانبواب الرحمي بالرحم، مصفي غلاف البيضة..إلخ. د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص 367.

⁵ د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص31

⁶ د علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 27.

ونشير في هذا الصدد، أن الطرف المقابل عند المرأة، يقوم المبيض لديها بإنتاج مجموعة من البيض، وتكون واحدة منها فقط مهياً للتلقيح من الحيوان المنوي الذكر، فإذا صادفت عملية الجماع وقت نزول البويضة، فحينئذ تحصل عملية التلقيح بين الحيوان المنوي والبويضة، لتنشأ بعدها نطفة الأمشاج¹، وبتغراس هذه الأخيرة في جدار الرحم تتحول على علقه، و تبدأ عندئذ مرحلة جديدة في حياة الجنين.

ثانياً: مرحلة العلقه.

لقد ورد مصطلح العلقه في القرآن الكريم عدة مرات، منها قَالَ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ خَلَقْنَا

النُّطْفَةَ عَلَقَةً﴾².

1- تعريف العلقه

لقد جاء في لسان العرب ان العلقه لغة هي الدم، وهو الدم الجامد الغليظ، وقيل الجامد قبل ان يبس و قيل هو ما إشتدت حمرة، وواحدة علقه و الجمع علق، و العلقه دودة تمص الدم³.

فالعلقه في اللغة تطلق على كل شيء تعلق بآخر، ولازمه وأطلق على النطفه الامشاج علقه لتعلقها بجدار الرحم وتشبثها فيه.

أما العلقه في الإصطلاح فأغلب المفسرين يرون انها القطعة من الدم الجامد قبل أن

يبس.

2- بداية مرحلة العلقه

تبدأ هذه المرحلة مع بداية تعلق النطفه بالرحم، و ذلك في اليوم السابع من التلقيح، و تنتهي بظهور الملامح الجسدية للجنين.

و حينها يقوم الغشاء المخاطي للرحم بزيادة هائلة في الاوعية الدموية، إستعداداً

لإستقبال الكرة الجرثومية و يحيطها ببخيرات كبيرة من الدماء بعد إنغراسها⁴.

¹ سيد الحديدي، رجع سابق، ص 61.

² سورة المؤمنون، الآية 14.

³ ابن منظور، لسان العرب، الجزء التاسع، مرجع سابق، ص 376.

⁴ د. محمد علي البار، الوجيز في علم الأجنة القرآني، الدار السعودية، ط1، 1405هـ - 1985م، ص 29.

ويكون الدم في هذه البحيرات في أول الامر متخثر، تتغذى منه الكرة الجرثومية، و هذه المرحلة أطلق مفسروا القرآن الكريم في تعريفهم للعلاقة بأنها دم جامد أو غليظ¹. إن عملية تحول الجنين من مرحلة النطفة، إلى مرحلة العلقة تتم ببطأ كبير. إذ أن هذا التحول قد يستغرق نحو أسبوع من التلقيح ويبدأ في التعلق في اليوم الرابع عشر أو الخامس عشر.

ونلاحظ هنا ان حرف العطف "ثم" في الآية السابقة دلالة واضحة على الفترة التي تتحول فيها النطفة إلى علقة، لأن حرف " ثم " يفيد الترتيب و التراخي². كما ان الجنين في هذه المرحلة يشبه العلقة وهي دودة تعيش في الماء، من حيث الشكل الذي يكاد يكون متطابقا، و من حيث الوسط الذي يعيش فيه كل منهما، فالعلقه تعيش في الماء و الجنين يعيش في السائل الأمنيوسي.

ثالثا: مرحلة المضغة

1- تعريف المضغة

أ- المضغة في اللغة: قال الجوهري: المضغة قطعة لحم³ وقال ابن منظور في لسان العرب المضغة القطعة من اللحم إذا صارت العلقة التي خلق منها الإنسان لحما فهي مضغة و جمعها مضغ، وقيل المضغة بقدر ما يلقي الإنسان في فمه⁴، إذن المضغة في اللغة هي القطعة من لحم أو غيره، و إستخدامها في اللحم أكثر.

ب- المضغة في الإصطلاح:

فقد جاء في تفسير الطبري المضغة وهي القطعة من اللحم، وفي القرطبي مضغة و لحم قليلة قدرا يمضغ⁵، وجاء في تفسير ابن كثير، وهي قطعة كالمضغة من اللحم لا

شكل فيها⁶

¹ هو نفس ماذهب إليه ابن جوزي في تفسيره، و ابن حجر العسقلاني، في شرحه و رجه الدكتور محمد علي البار. راجع: د. محمد علي البار، الوجيز في علم الأجنة القرآني، المرجع سابق، ص30، د.خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص55.

² عيسى أمعية، مرجع سابق، ص 16.

³ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 22.

⁴ ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، ص 129.

⁵ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء 12، مرجع سابق، ص 06.

⁶ ابن كثير القرشي الدمشقي، مرجع سابق، ص 466.

فالمضغة في الإصطلاح، هي القطعة من اللحم، وهذا التفسير مجمع عليه بين الكثير من المفسرين لأن شكل الجنين في هذه المرحلة يبدو وكأنه قطعة لحم مضغها إنسان بأسنانه ثم طرحها، و بقيت آثار الإنسان فيها¹، ويتفق العلم الحديث مع الشريعة في أن بداية التخلق، و التصور الأدمي للجنين يبدأ من طور المضغة لا قبل ذلك و لا يتصور الخلق و يتشكل و هو نطفة أو علقة و هي قطعة دم متجمدة و منعقدة².

و قد أثبت علم الاجنة، أن بداية التخلق في هذه المرحلة مع ظهور الكتل البدنية التي يتكون من خلالها الجهاز الهيكلي و العضلي، و يحدث ذلك في اليوم العشرون أو الواحد و العشرون من تاريخ حدوث التلقيح، و قد أشار الإمام الشافعي رحمه الله في هذا المعنى أن الجنين أول ما يكون به جنينا، أن يفارق النطفة و العلقة حتى يتبين منه شيء من الأدمي³.

2- أنواع المضغة:

المضغة كما جاء في القرآن الكريم على نوعين: مضغة مخلقة و غير مخلقة، قَالَ تَعَالَى: ﴿يَأَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تُرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا﴾⁴.

و المضغة المخلقة و غير المخلقة إختلف في تفسيرها، قال القراء " مخلقة تامة الخلق و غير مخلقة سقط"، وقال ابن الأعرابي: "مخلقة قد بدأ خلقها و غير مخلقة لم تصور بعد، كما ذهب ابن زيد، المخلقة التي خلق الله فيها الرأس و اليدين و الرجلين و غير المخلقة التي لم يخلق فيها شيء..."⁵

وقد ذهب محمد علي البار، إلى القول أن العلقة و هي تنغرز في جدار الرحم و تتشبث فيه في اليوم السابع من التلقيح تبدأ في التمايز إلى طبقتين:

¹ د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 57.

² د. خالد محمد صالح، نفس المرجع، ص 57.

³ د. محمد فاضل إبراهيم، مرجع سابق، ص 378.

⁴ سورة الحج، الآية 05.

⁵ عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص 18.

الطبقة الأولى خارجية: ووظيفتها الإتصال المباشر بالبرك الدموية الرحمية لإمتصاص الغذاء منها.

الطبقة الثانية داخلية: ووظيفتها تكوين الجنين و أغشيته.¹

بإختصار أن هناك طبقتين، طبقة مخلقة و غير مخلقة، فالطبقة الخارجية غير مخلقة قطعاً، و الداخلية مخلقة لأنه يخلق منها الجنين و أغشيته.²

وهناك من فسرها -مخلقة و غير مخلقة- أن الجنين يظلّ هذه المرحلة متعلقاً بالرحم، يبقى مدة عبارة عن قطعة لحم ملساء لا تصوير فيها، لا يمكن تمييز أي عضو منها و هذه المضغة غير المخلقة، و قد يتواصل التخلق بعد المضغة و هنا تكون المخلقة.³

رابعاً: مرحلة تكوين العظام واللحم

قَالَ تَعَالَى: ﴿ فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظْمًا فَكَسَوْنَا الْعِظْمَ لَحْمًا ﴾⁴، و جاء في تفسير إبن كثير أي و جعلنا على ذلك ما يستره و يشده و يقويه.⁵

و يتم تكوين العظام في الأسبوع الخامس و السادس و السابع، فتبدأ الصورة الآدمية تظهر على الجنين، و يبدأ الفم و العينين و الانف و اليد و الرجل و القلب و الجلد و اللحم و العظام بالتميز.⁶

و لقد أخبرنا الرسول صلى الله عليه و سلم عن حدوث هذه التغيرات، و في هذه المرحلة بالضبط بقوله: " إذا مرّ بالنطفة إثنان و أربعون ليلة بعث الله إليها ملكاً فصورها و خلق سمعها و بصرها و جلدها و لحمها و عظامها"⁷.

و عليه تتحول الخلايا اللينة إلى جسم يميل إلى التماسك، كلما مرّت به الأيام ثم تشتد قوة و صلابة، غير أن أصل نشأة العظام تعود إلى مرحلة العلقة، لأن أطوار تكوين الجنين متداخلة فيما بينها ، في مرحلة العلقة يظهر الحبل الظهري، فهو يسبق العمود

¹ د . محمد علي البار، الوجيز في علم الاجنة القرآني، المرجع السابق، ص 39.

² د . محمد علي البار، نفس المرجع، ص 39.

³ محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 19.

⁴ سورة المؤمنون، الآية 14.

⁵ إبن كثير، مرجع سابق، ص 466.

⁶ د محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص 186.

⁷ د محمد علي البار ، نفس المرجع، ص 34.

الفقري، و تبدأ العظام في الظهور في الوقت الذي لا يزال الوصف الغالب هو المضغعة في الأسبوع الرابع¹، و تظهر العضلات في الوقت الذي لم تكتمل فيه نمو العظام، كما ان ظهور الجلد يبدأ قبل إكمال نمو العضلات و يسبق ظهور هذه الثلاثة ظهور القلب و الجهاز الهضمي و الأعضاء الداخلية، ثم تظهر العظام لتحمي هذه الأعضاء الداخلية، و يكون نموها متناسقا مع نمو الاعضاء ثم يظهر اللحم لكسوة العضلات، فنتكون عظام الفقرات و عظام الأطراف العليا و السفلى و الجمجمة و عظام الوجه و الفكين².

و قد عبر الله عزوجل في الآية السابقة " بكسونا "، و الكسوة هي اللباس إذ أن اللحم يحيط بالعظام كما يحيط اللباس بالجسد، و عبّر " بالفاء " لتفيد الترتيب و التعقيب للربط بين المرحلتين، تحول المضغعة لى عظام و كسوة العظام باللحم، لأن الفترة التي يتم فيها هذا التحول قصيرة³.

خامسا: مرحلة نفخ الروح

قَالَ تَعَالَى: ﴿ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا ءآخَرَ﴾⁴.

إنفق علماء الإسلام على ان نفخ الروح في الجنين يكون بعد إكمال أربعة أشهر، و قد إشتهر هذا التحديد بين علماء المسلمين القدامى، و التزموا به و سندهم في ذلك حديث عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه متفق على صحته، قال حدثنا رسول الله صلى الله عليه و سلم و هو الصادق المصدوق: " إن أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوما، ثم علقه مثل ذلك، ثم يكون مضغعة مثل ذلك، ثم يكون مثل ذلك ثم يبعث الله ملكا فيأمره بأرع برزقه و أجله و شقي أو سعيد ثم ينفخ فيه الروح"⁵.

¹ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص 34.

² د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، نفس المرجع، ص 34.

³ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، نفسه، ص 35.

⁴ سورة المؤمنون، الآية 14.

⁵ د. محمد يحيى بن حسن النجيمي، الإجهاض أحكامه وحدوده في الشريعة و القانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار العبيكان، ط1، الرياض السعودية، 2011، ص 35.

ففي هذا الحديث توجيه إلى ان ما بعد الأربعينيات الثلاث، يتحقق نفخ الروح في الجنين¹. وسنتعرض في هذا الصدد إلى رأي الفقهاء في وقت نفخ الروح، ثم إلى اطوار هذه المرحلة.

1- رأي الفقهاء في وقت نفخ الروح

تباينت آراء الفقهاء في وقت نفخ الروح في الجنين إلى ثلاثة أقوال :

- **الرأي الأول:** أن الروح تنفخ في الجنين بعد مئة و عشرون يوماً، و هو قول جمهور العلماء، و إستدلوا على رأيهم بالحديث السابق لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه².
- **الرأي الثاني:** أن الروح تنفخ في الجنين بعد أربعة أشهر و عشرة أيام، أي بعد مائة و ثلاثين يوماً، إستدلوا على رأيهم قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتَّقُونَ مِنكُمُ وَيَدْرُونَ أَرْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾³.

فوجه الدلالة في هذه الآية أن الحمل يكون نطفة أربعين يوماً، ثم علقه كذلك، ثم مضغة كذلك، ثم تنفخ فيه الروح، فما بين إستقرار النطفة في الرحم إلى نفخ الروح أربعة أشهر - حسب رأيهم - و جعلت العشر ليال الزائدة على الأربعة أشهر لتتحقق تحرك الجنين تحركاً بيناً، فإذا مضت هذه المدة حصل يقينا بإنتقاء الحمل⁴.

- **الرأي الثالث:** أن الروح تنفخ قبل مائة و عشرون يوماً و هو قول بعض العلماء المتأخرين⁵، و استدلوا على رأيهم بما يلي:

الحديث السابق لعبد الله بن مسعود رضي الله عنه، بالإضافة إلى حديث عن حذيفة بن أسد رضي الله عنه يبلغ به أن النبي صلى الله عليه و سلم قال " يدخل الملك على النطفة بعدما تستقر في الرحم بأربعين أو خمسة و أربعين ليلة، فنقول يارب أشقي أو سعيد؟ فيكتبان فيقول يارب أذكر أو أنثى؟ فيكتبان ويكتب عمله و أثره و أجله".

وعن حذيفة بن أسد أيضاً، قال سمعت رسول الله صلى الله عليه و سلم يقول " إذا

¹ د. محمد يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص 35.

² د عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 52.

³ سورة البقرة، الآية 234.

⁴ د عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 54.

⁵ د عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 56.

مر بالنطفة إثنتان وأربعون ليلة بعث الله إليها ملكا فصورها و خلق سمعها و بصرها...¹ ."

2- أطوار مرحلة نفخ الروح

ذهب محمد علي البار، إلى تفسير الآية الكريمة في لفظ الخلق الآخر، بأنها تشتمل على طورين، هما التصوير و التسوية و التعديل كطور أول، ثم نفخ الروح كطور ثاني².

أ- الطور الأول: التصوير و التسوية و التعديل

دللت عليها آيات كثيرة منها، قَالَ تَعَالَى: ﴿هُوَ الَّذِي يُصَوِّرُكُمْ فِي الْأَرْحَامِ كَيْفَ يَشَاءُ﴾³ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَاكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَاكُمْ﴾⁴ . ويتمثل التصوير في تحديد جنس الجنين ذكرا أو أنثى.

ولقد جاء العلم الحديث و أثبتت أن الذي يحدد الذكورة و الأنوثة هو ماء الرجل⁵، حيث أن رأس الحيوانات المنوية يحمل ثلاثة و عشرون كروموسوما و في نوعان.

-مذكرة: تتكون من اثني وعشرون كروموسوما للصفات المختلفة - أي الصفات الوراثة - إضافة إلى كروموسوما تحديد الجنس. (Y) .

- مؤنثة: تتكون من اثني وعشرون كروموسوما للصفات المختلفة إضافة إلى كروموسوم تحديد الجنس (X)⁶ .

بالمقابل فإن بويضة المرأة تحتوي على اثني و عشرون كروموسوم لتحديد الجنس (X)، فإذا إلتقى الحيوان المنوي المذكر الذي يحمل رأسه (إثنى وعشرون كروموسوم + Y) مع بويضة الأنثى - بإذن الله - الجنين سيكون ذكرا⁷.

أما إذا إلتقى الحيوان المنوي المؤنث الذي يحمل رأسه (22 كروموسوم + Y) فإن الجنين بإذن الله أنثى.

و مما سبق يتضح أن الذي يحدد جنس الجنين ذكرا او أنثى، بإذن الله تعالى هو

¹ د .عائشة أحمد سالم ، المرجع السابق، ص 58.

³ د . محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص392.

³ سورة آل عمران، الآية 06.

⁴ سورة الأعراف، آية 11.

⁵ د. عاطف الماضي، مرجع سابق، ص 33.

⁶ د . محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص392.

² د محمد علي البار ، نفس المرجع ، ص392.

ماء الرجل دون المرأة¹.

و من عظمة الإسلام في هذا الصدد أن الحديث النبوي أشار إلى ذلك أيضا متوافقا مع القرآن الكريم. فقد روي مسلم عن توبان، ان يهوديا سأل النبي صلى الله عليه و سلم عن الولد، فقال ماء الرجل أبيض و ماء المرأة أصفر، فإذا إجتمعا فعلا مني الرجل مني المرأة ذكر بإذن الله، و إذا على مني المرأة مني الرجل انثى بإذن الله تعالى، فقال اليهودي صدقت و أنت لنبي².

و التصوير يشتمل كذلك تكوين الوجه و السمع و البصر، و كل ذلك يكون في الأسبوع الخامس و السادس و السابع من الحمل.

أما التعديل فهو عملية مستمرة في الجنين بشكل متواصل و متزايد كل يوم، بل كل ساعة³.

و مرحلة التصوير والتسوية و التعديل، لا تبدأ إلا بتمام وضع الأسس و إظهار الأجزاء في الفترة الممتدة بين الأسبوع الرابع و الثامن، فتكتمل الكتل البدنية في النمو و التشكل إلى أن تصل إلى هذه المرحلة، حيث يظهر على الجنين في داخل الرحم علامات مميزة له⁴

و في هذه المرحلة يكون الجنين أقرب إلى النبات ليس له حس و لا حركة إرادية، و كل ما فيه فقط حركة النمو و الإغذاء، فسميت هذه المرحلة من طرف الكثير من العلماء بالنباتية⁵، لينتقل بعدها إلى مرحلة هامة أخرى في حياته، تختلف تماما عن المرحلة النباتية، و هي مرحلة نفخ الروح.

¹ راجع: عيسى أمعيرة، مرجع سابق، ص 13. د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 34. د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، مرجع سابق، ص 137، 132.

² د. عائشة أحمد سالم، نفس المرجع، ص 35.

³ موسوعة الفراشة، مرجع سابق، ص 15.

⁴ الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص 8.

⁵ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 34.

ب- الطور الثاني: نفخ الروح¹

وهذه المرحلة تسمى أيضا بالمرحلة الانسانية، وهي أهم مرحلة تتكون فيها الخلايا العصبية في المخ، وتكون في أوج نشاطها حيث توجد مراكز الحركة والإحساس والكلام والمعرفة و الفكر و الذاكرة و العاطفة، أي كل المراكز التي يكون بها الإنسان إنسانا، و يتم ذلك بنفخ الروح فيه و بها يكون إنسانا له الحق فيها.

حيث جاء في تفسير ابن كثير للآية الكريمة أي نفخنا فيه الروح فتحرك وصار خلقا آخر سمع وبصر وإدراك وحركة².

ففقهاء المسلمين، يعتبرون بأن الروح التي تنفخ في جسد الإنسان وهو جنين في بطن أمه، هي ما تكون بداية حياة الإنسان³. على خلاف القانون الوضعي الذي يعتبر بداية الحياة الإنسانية بداية عملية الولادة، حين تحس الأم بالآلام التي تنشأ عن تقلصات الرحم وهو ماذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر⁴.

الفرع الثاني: المراحل العملية التي يتم بها الحمل الطبيعي

إن عملية الإخصاب والحمل ليست بالمهمة الهينة فالرحلة التي يجب على النطاف أن تقوم بها في المسالك الجنسية للمرأة حتى تحط رحالها عند البويضة شاقة وطويلة، حتى تصبح هذه الأخيرة على إستعداد بإستضافة النطفة بعد خروجها من المبيض لإستقباله⁵. وسنتطرق إلى هذه المراحل كآآتي:

¹ لقد اختلف المفسرون في لفظ الخلق الآخر إلى عدة أقوال:

- نفخ الروح فيه بعد ان كان جمادا، و في رأي آخر خروجه إلى الدنيا.

- و قيل نبات شعره، أو خروج الأسنان و نبات الشعر و كمال شبابه.

- و قيل أن معنى نفخنا فيه الروح و صار خلقا آخر ذا سمع و بصر و إدراك و حركة و إضطرابات

فتبارك الله أحسن الخالقين، راجع: د. عائشة احمد سالم، مرجع سابق، ص 50- 51.

² ابن كثير، مرجع سابق، ص 466.

³ عيسى أمعيرة، مرجع سابق، ص 24.

⁴ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

⁵ راجع : عبد الله البسام، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 2، العدد2، الجزء1، السعودية، 1407هـ،

1986م ، ص 241.

أولاً : قذف المنى في مهبل المرأة

الأجنة الناتجة عن الإخصاب الطبيعي هي الأجنة الناتجة عن تلقيح بويضة المرأة بماء الرجل بفعل الإتصال و المقاربة الطبيعية بينهما، و يتم الحمل عند إجتماع عنصري الإخصاب، و هما الحيوان المنوي للذكر (نطفة) و بويضة الأنثى. و نشير إلى أن الرجل يستمر في صنع الحيوانات المنوية طوال عمره، بعد سن البلوغ بملايين الملايين، في حين أن المرأة تبدأ حياتها بعدة آلاف من البيوض فقط¹.

معظم كمية النطاف في المنى المقذوف، يكون موجودا في الجزء الأول من السائل الذي يندفع من العضو الذكري إلى المهبل، و أمّا باقي هذا السائل فلا يحتوي إلا على كمية قليلة جداً من النطاف. في أول دقيقة يقذف فيها المنى يصبح عنق الرحم مغموراً بكمية كبيرة من النطاف، و خلال دقائق قليلة يبدأ هذا النطاف يغزو سائل غليظ، يطلق عليه مخاط عنق الرحم²، و الذي تفرزه فتحة عنق الرحم، و يتم هذا الغزو بالقدرة الكبيرة لنطاف على السباحة، و أي حيوانات منوية لا تستطيع أن تخترق مخاط عنق الرحم لمدة نصف ساعة من القذف في المهبل، ربما لن تتمكن بعد ذلك، لأنها ستكون قد فقدت مقدرتها على السباحة³.

و بالرغم من ذلك فإنّ معظم النطاف لا تستطيع أن تحقق هذا الهدف -للوصول إلى جدار الرحم- فمن مئتان مليون حيوان منوي تخرج في المرّة الواحدة إلى المهبل أثناء القذف، ما يستطيع الوصول إلى داخل الرحم هو فقط مئة ألف حيوان منوي، بمعنى آخر حوالي 99.9 % من كامل النطاف لا يساعده الحظ في أن يترك المهبل إلى الرحم⁴.

¹ إنّ جميع البيوض التي تفرزها المرأة في حياتها، قد خلقت معها منذ أن كانت جنينا في بطن أمّها، و بعد أن تبلغ و تبدأ الدورة الحيضية تنمو واحدة فقط من تلك البيوض و تتحرّر نحو الأنبوب على أمل التلقيح، و في زمن ما بين منتصف الأربعينيات و الخمسينيات ينتهي إفراز كل البيوض من المبيض، و تدخل المرأة في مرحلة سن اليأس. سيد الحديدي، مرجع سابق، ص 63.

² مخاط عنق الرحم هو سائل يمثّل أحد السدود الهامّة و الفاعلة في منع دخول الجراثيم إلى الرحم، فهو يسمح للنطاف القوية و الصحيحة بالمرور. عبد الله البسام، المرجع السابق، ص 241.

³ سيد الحديدي، المرجع السابق، ص 63.

⁴ سيد الحديدي، نفس المرجع، ص 64.

حينما تدخل النطاف إلى قناة عنق الرحم فإن مقدرتها على تلقيح البويضة تستمر لمدة 48 ساعة، و بالرغم من أن هذه النطاف تستطيع الحياة لمدة قد تطول إلى ستة أيام إلا أن المقدرة على تلقيح البويضة لا تتعدى يومين منذ الجماع¹.

ثانياً: وصول الحيوان المنوي إلى البويضة.

إذا لم تخترق البويضة بالحيوان المنوي بعد فترة قصيرة من الإباضة تصبح عرضة للتنكس والموت، بعد خروج البويضة من المبيض يمكن تلقيحها في فترة 12 ساعة و على أكثر 24 ساعة، و نشير إلى انه كل شهر تحدث الإباضة² في واحد من المبيضين. و يكون التلقيح بعد إنتقال الحيوانات المنوية من صلب الرجل، لتلتقي مع البويضة النازلة من ترائب المرأة إلى المبيض ليتم اللقاح بينهما و إنتاج البويضة المخصبة و هو ما أشارت إليه الآية **قَالَ تَعَالَى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ ﴿٥﴾ خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ دَافِقٍ ﴿٦﴾ يُخْرَجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ ﴿٣﴾**، و على هذا الأساس، فإن كل التغيرات الهرمونية التي تحدث خلال الشهر، من بداية كل دورة حيضية موجهة نحو إعداد البويضة، فتكون مستعدة للتلقيح، و كذلك تحضير الرحم لتلك البويضة و الحيوان المنوي أن يتحدا و يكونا المضغة ، و من ثم تنغرس في جدار الرحم لكي تحقق حملاً ناجحاً⁴.

و يطلق على البويضة المخصبة لفظ الجنين بمجرد أن تبدأ بالانقسام إلى خلايا. يبقى الجنين في تجويف الرحم لمدة يومين ، يفجر بعدها الجدار الشفاف للبويضة الملقحة يخترق بطانة الرحم لتبدأ مرحلة العلق ،ويبدأ الجنين بالنمو حتى يملأ تجويف الرحم بعد مرور ثلاثة أشهر من الإخصاب⁵، و يستمر نموه من خلال ما يحصل عليه من غذاء من الأم و ما يطرحه من فضلات عن طريق الحبل السري، و بالنتيجة يتكون الجنين من

¹ راجع عبد الله البسام، المرجع السابق، ص 241.

² إن جميع البيوض التي تفرزها المرأة في حياتها، قد خلقت معها منذ أن كانت جنينا في بطن أمها، و بعد أن تبلغ و تبدأ الدورة الحيضية تنمو واحدة فقط من تلك البيوض و تتحرر نحو الأنبوب على امل التلقيح، و في زمن ما بين منتصف الأربعينيات و الخمسينيات ينتهي إفراز كل البيوض من المبيض، و تدخل المرأة في مرحلة سن اليأس. سيد الحديدي، مرجع سابق، ص 64.

³ سورة الطارق، الآيات 05-06-07.

⁴ مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، مرجع سابق، ص 224.

⁵ سيد الحديدي، المرجع السابق، ص 64.

إخصاب طبيعي و يكون مستقرا في رحم الأم ليكون علقه في الأسبوع الثاني و الثالث ثم مضغة في الأسبوع الرابع ثم يتكون العظام و العضلات في الأسبوع الخامس و السادس و السابع و بعدها تأتي مرحلة ولوج الروح و في نهاية الأسبوع الثامن يكتمل الجنين و يستمر لحين الولادة¹.

المطلب الثاني: الحمل الصناعي الصور المعاصرة للحمل.

الأصل أن الإنجاب يتم عن طريق الإتصال الجنسي، و إستثناءا بغير هذا الطريق، فتعرف الصورة الأولى الصورة الطبيعية للإنجاب -كما سبق بيانه-، بينما تعرف الصورة الثانية بالصورة غير الطبيعية للإنجاب و التي يعبر عنها بالصور المعاصرة للحمل، و تثير هذه الأخيرة العديد من التساؤلات و الإشكالات القانونية من حيث مدى مشروعيتها² و سنتصدى لهذه الصور المتمثلة في التلقيح الصناعي إجار الرحم - الإستنساخ - الهندسة الوراثية بالدراسة كالتالي.

الفرع الأول: الحمل عن طريق التلقيح الإصطناعي

يعتبر الحمل عن طريق التلقيح الإصطناعي من الصور المعاصرة الأكثر رواجاً، يلجأ إليها الزوجان عند عجزهما عن الإنجاب في صورته الطبيعية³، و سنتعرض لتعريفه و أنواعه بالإضافة إلى شروطه و موقف المشرع الجزائري منه.

أولاً: تعريف التلقيح الإصطناعي

إهتم علماء اللغة و الإصطلاح بتعريف مصطلح التلقيح وإبراز معناه على النحو الآتي: **التلقيح لغة:** من اللقح و هو يعني الحميل و الملاقح: الأمهات و مافي بطونها من أجنة. **التلقيح إصطلاحاً:** تعددت التعريفات الإصطلاحية من قبل العلماء من بينها: " إدخال مني سليم في العضو التناسلي للمرأة بغير الطريق الطبيعي " ⁴.

¹ راجع: د محمد علي البار، الوجيز في علم الأجنة القرآني، مرجع سابق، ص 34-36.

² د.محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم و المشروعية، منشأة المعارف، د/ط، الإسكندرية، 2003م، ص 83-84.

³ و قد أستعملت طريقة التلقيح الإصطناعي في أوروبا و الولايات المتحدة خاصة في حالات الحرب، مثل حرب الفيتنام عندما كان بعض الجنود الذاهبين للقتال يعطون منيهم لبنوك سميت بنوك المنى و التي تقوم بعد ذلك بأخذ المنى و حقنه في رحم امرأة. د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، المرجع السابق، ص 517.

⁴ د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 105.

و عرف أيضا: " إلتقاء نطفة الرجل ببويضة المرأة بطريقة صناعية، أي بغير الإلتصال الجنسي المباشر (الطبيعي) و ذلك لغرض الحمل " ¹.

ثانيا: أنواع التلقيح الإصطناعي.

يتم التلقيح الصناعي بطريقتين، تلقيح صناعي داخلي و تلقيح صناعي خارجي.

1- التلقيح الصناعي الداخلي (الإستدخال) ²

أ- تعريفه التلقيح الصناعي الداخلي: هو عملية طبية لإخصاب المرأة، عن طريق حقن السائل المنوي لزوجها او لغيره في المكان المناسب في المهبل ³. و هذا النوع تناوله الفقهاء قديما و سموه " الإستدخال" و رتبوا عليه أحكاما فقهية.

ب- أسباب التلقيح الصناعي الداخلي: إذا لم ينجح التلقيح الطبيعي فقد يلجأ إلى هذا النوع من التلقيح -الصناعي- في الحالات التالية:

* نقص تركيز النطف أو ضعف في نشاطها.

* حموضة الجهاز التناسلي الأنثوي، مما يؤدي إلى قتل الحيوانات المنوية قبل تلقيحها للبيضة ⁴.

* وجود أجسام صناعية مضادة للنطف في عنق الرحم.

* عدم قدرة الزوج على الجماع لضعف في الإلتصاب، أو بسبب سرعة القذف أو إنسداد الأنابيب المنوية.

* زيادة حموضة أو قاعدية السائل المنوي ⁵.

ج- طريقة التلقيح الصناعي الداخلي:

تتم عملية التلقيح الإصطناعي الداخلي بأخذ السائل المنوي للرجل، ووضعه في طبق بلاستيكي أو زجاجي معقم، ثم تعزل النطف عن السائل المنوي بواسطة جهاز

¹ د. هيام إسماعيل السحماوي، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، دار الدامعة الجديدة، د/ط، الإسكندرية، 2013م، ص90.

² كان الروس هم أول من إستخدم هذا النوع من التلقيح عمليا، في أوائل القرن العشرين، عندما تمكّنوا من تلقيح الحيوانات، حيث إستطاعوا في عام 1970م الإحتفاظ بمبي الحيوانات في الدرجة 79 مئوية تحت الصفر لإستخدامها في تلقيح الحيوانات فيما بعد. راجع : د.عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 125.

³ الشيخ صالح بشير، مرجع سابق، ص53.

⁴ د. عبد الله بن محمد الطيّار، د. عبد الله بن محمد المطلّق، د محمد بن إبراهيم موسى، الفقه الميسّر في النوازل الطّبية المعاصرة، ج12، مدار الوطن، ط1، السعودية، 2012م، ص62.

⁵ د. عبد الله بن محمد الطيّار، د. عبد الله بن محمد المطلّق، د محمد بن إبراهيم موسى ، نفس المرجع، ص62.

الطرد المركزي، وتنشط النطف وتوضع في سائل مغذ بغية الحصول على النطف ذات النشاط الحركي العالي، ليتم زرعها داخل الرحم بواسطة ناقل خاص بعد تحضير الرحم لإستقباله له، و ذلك بحقنه بأدوية هرمونية حتى تكتمل عملية الإنضاج البويضي، و تتم الإباضة ثم التلقيح¹.

و بعد زرع النطف فإنها تلتقي بالبويضة إلتقاء طبيعيا ليتم الإخصاب بينهما، و تتشكل البيضة المخصبة، ليتواصل الحمل بصبغة طبيعية داخل الرحم حتى تتم الولادة².

د- أهمية التلقيح الصناعي الداخلي

تظهر أهميته في الحفاظ على الحيوانات المنوية الأكثر نشاطا، و المختارة بدقة فهذه الطريقة تمكن من زيادة إحتتمالات حدوث الحمل، لأنه خلال الرحلة الطبيعية للحيوانات المنوية يهلك منها الكثير، و التلقيح الصناعي يحافظ على الحيوانات المنوية حية، فالرحلة الصناعية لهذه الحيوانات أكثر أمنا، خاصة للرجل الذي تكون نطفه قليلة أو ضعيفة أو يكون مصاب بالعقم، و بواسطة التلقيح الصناعي الداخلي يمكنه الإنجاب³-بإذن الله-.

هـ- صور التلقيح الصناعي الداخلي وحكمها الشرعي

إنّ هذا النوع من التلقيح له صور كثيرة فقد يتم بين الزوجين، وقد يتم بين أجنبيين على النحو التالي:

الصورة الأولى: و هو أن يتم التلقيح بين الزوجين، أي بأخذ البويضة من الزوجة ، والحيوان المنوي من الزوج، و هذه الطريقة لها أكثر من حالة يمكن أن يتم بواسطتها⁴ و هي:

الحالة الأولى: أن يتم التلقيح أثناء الحياة الزوجية، و ذلك عند عجز الزوجين عن الإنجاب بالصورة الطبيعية لأحد الأسباب السابقة.ولقد اختلف في حكمها الفقهاء الى مذهبين:

المذهب الأول: قد إتفق أغلب الفقهاء على جواز هذا النوع من التلقيح، إذا دعت إليه الضرورة بماء الزوجين أثناء قيام الزوجية⁵.

¹ د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 408.

² د. خالد محمد صالح، نفس المرجع، ص408.

³ د. محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 92.

⁴ د. بكر بن عبد الله أبو زيد، طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، دراسة فقهية، د/بلد، د/سنة، ص22.

⁵ د عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 126.

المذهب الثاني: ذهب قلة من الفقهاء المعاصرين إلى عدم مشروعية التلقيح الإصطناعي الداخلي، وإن كان بماء الزوجين كرئيس مجلس المجمع الفقهي عبد العزيز بن عبد الله بن باز، و محمد ناصر الدين الألباني الذي لم يجزه إلا في حالة واحدة و إن كانت نادرة إذا كان الزوج هو نفسه الطبيب الذي سيجري التلقيح ، والعلة في ذلك أن كلا من الزوجين يتعرض إلى الكشف عن عورته و هذا حرام، كما إستدلوا أيضا على تحريمه بأنه أمر فيه إنتهاك لحرمة المعاشرة الزوجية¹.

الحالة الثانية: الإخصاب بحيوانات المنوية للزوج، بعد الوفاة أو الطلاق قبل إنتهاء العدة أو بعدها، وهي أن الحيوانات المنوية تأخذ من الرجل أثناء الحياة الزوجية قبل الوفاة أو الطلاق، ويحفظ بها في بنوك المنى، وبعد الوفاة أو الطلاق تعدد الزوجة إلى إسترجاع المنى وإجراء التلقيح ليتم لها الحمل² و هذا غير جائز شرعا³.

الصورة الثانية: التلقيح الداخلي بين غير الزوجين، وهي أن يتم التلقيح بين رجل و امرأة لا تربطهما علاقة شرعية، فصاحب الحيوان المنوي أجنبي عن صاحبة البويضة والعكس، وهذه الصورة و إن كانت غير جائزة في الشريعة الإسلامية، إلا أنها تحدث في الواقع⁴، ولها حالات كثيرة:

- التبرع بالنطفة المذكرة أو أخذ مقابل عنها، وهي عندما يكون الزوج عقيما، فتلجأ الزوجة إلى الإستعانة بماء غيره لتحمل، وقد يكون مصدر الحيوانات المنوية معلوما أو مجهولا، وهذه الصورة محرمة شرعا⁵.

- التبرع بالبويضة المؤنثة أو أخذ المقابل عنها، وهذه الصورة تكون إذا كانت الزوجة هي المسؤولة عن عدم الإنجاب، ففي هذه الحالة يتم حقن ماء الرجل في الجهاز التناسلي لإمرأة أخرى، غير زوجته⁶.

¹ راجع: د. هيام إسماعيل السحماوي، مرجع سابق، ص 101-103. د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 409-410.

² راجع: د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 127. عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص 111-112.

³ د. زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، دار البيارق، ط1، الأردن، 1417هـ-1997م، ص81.

⁴ د. هيام إسماعيل السحماوي، مرجع سابق، ص 112.

⁵ د. هيام إسماعيل السحماوي ، نفس المرجع، ص 112.

⁶ د. عبد الله بن محمد الطيار، د. عبد الله بن محمد المطلق، د. محمد بن إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص 65.

- التبرع بالرحم، و في هذه الحالة يفترض أنّ مبيض الزوجة سليم، و لكن به مرض يحول دون الحمل¹. و سنأتي على بيان هذه الصورة لاحقاً.

2- التلقيح الصناعي الخارجي (أطفال الأنابيب)

أ- تعريف التلقيح الصناعي الخارجي: هو إلتقاء الحيوان المنوي للرجل ببويضة المرأة خارج الرحم و التي تتم داخل أنبوب مخصص لهذا الغرض، و هذه العملية قد تتم في نطاق العلاقة بين الزوجين وقد تمتدّ إلى طرف ثالث، ثم تزرع البويضة المخصّبة في رحم المرأة صاحبة البويضة أو في رحم امرأة أخرى. و سمي هذا النوع بأطفال الأنابيب لأن التلقيح بين النطفة و البويضة يتم داخل أنبوب إختبار².

ب- أسباب التلقيح الصناعي الخارجي³: إذا لم ينجح التلقيح الطبيعي أو الصناعي الداخلي في المساعدة على الإنجاب، فإنه يلجأ إلى التلقيح الإصطناعي الخارجي و ذلك في الحالات التالية:

- إنسداد قناة فالوب عند المرأة، أو كان بها مرض في الحوض أو إلتصاقات تمنع وصول البويضة إلى قناة فالوب و الرحم.

- قلة عدد النطاف في مني الرجل أو نوعيتها الغير المناسبة أو ان كلاهما غير مناسب.

- إذا كان الزوج و الزوجة سليمين، غير أنهما عجزا عن الإنجاب لسبب غير معروف.

ج- طريقة التلقيح الصناعي الخارجي: تتلخص في المراحل التالية:

- شفط البويضات من المرأة، و معالجتها من السائل المحيط بها في الجريبات، و ذلك بعد تنشيط مبيضيها بواسطة الهرمونات لحثها على إنتاج أكبر عدد من البويضات،

توضع بعدها في سائل مغذ خاص و ظروف مشابهة لما تكون عليها في المبيض⁴.

- يتم أخذ السائل المنوي من الذكر عن طريق الجماع أو بأي طريقة أخرى، و تتم تنقيتها من الشوائب مخبرياً، ثم توضع في سائل مغذي حتى تصبح قادرة على الإخصاب.

¹ د. بكر بن عبد الله أبو زيد، مرجع سابق، ص 26.

² حسن حمّاد حميد، الحماية الجنائية لأجنة الأنابيب، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، العدد6، جامعة ذي قار، كآية الحقوق، العراق، 2012م، ص6-7.

³ عيسى أمعيرة، مرجع سابق، ص 115.

⁴ د. محمد علي البار، التلقيح الصناعي و أطفال الأنابيب، مجلة مجتمّع الفقه الإسلامي، الدورة 2، العدد2، الجزء1، السعودية، 1407هـ - 1986م، ص 273.

- تجمع النطف والبويضات في أنبوب إختبار واحد حتى يتم التلقيح ونحصل على البيضة المخصبة¹.

- تزرع البيضة المخصبة داخل رحم المرأة، في مدة بين ثمانية وأربعون إلى ستة وتسعون ساعة. ويتم تحضير الرحم لإستقبالها لتواصل نموها. وتعدّ في الغالب من ثلاثة إلى خمس بويضات إحتياطيا لحالات الفشل المتوقعة من هذه العملية².

د- صور التلقيح الصناعي الخارجي و حكمها الشرعي:

إن هذا النوع من التلقيح له صور متعددة تبعا للسبب في عدم الإخصاب الطبيعي، أو التلقيح الداخلي. فقد يكون المنى من الزوج والبويضة من الزوجة، كما قد يتدخل عنصر أجنبي في تلك العلاقة³، وهذا ما سنوضحه من خلال صور التلقيح الصناعي الخارجي على النحو التالي.

الصورة الأولى: التلقيح الصناعي الخارجي بين الزوجين، ويتمثل في الحالات الآتية:

الحالة الأولى: أخذ نطفة الزوج وبويضة الزوجة وتلقيحها في وعاء به نفس السائل اللازم للنمو، ثم تزرع البويضة المخصبة في رحم الزوجة نفسها واختلف الفقهاء في حكم هذه الحالة إلى مذهبين⁴:

المذهب الأول: ذهب إلى جواز هذه الحالة لأنه أسلوب مقبول مبدئيا في ذاته في النظر الشرعي، متى توافرت فيه الضوابط الشرعية اللازمة، وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا يجوز اللجوء إليه إلا في الحالات الضرورية القصوى⁵.

المذهب الثاني: قال بالتحريم لهذه الحالة، وهو ما ذهب إليه قلة من الفقهاء المعاصرين كرئيس مجلس المجمع الفقهي الإسلامي عبد العزيز ابن عبد الله بن باز، و محمد ناصر الدين الألباني و الذي أجازها في حالة واحدة فقط، إذا كان الزوج هو الطبيب نفسه⁶.

¹ د. محمد علي البار ، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، المرجع السابق، ص 273.

² د. محمد علي البار ، نفس المرجع ، ص 273.

³ د. محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 131.

⁴ د. زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 88.

⁵ د زياد أحمد سلامة ، نفس المرجع، ص 89.

⁶ عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص 113.

الحالة الثانية: أخذ بويضة الزوجة ونطفة الزوج وتلقيحها في وعاء ثم إعادة اللقيحة إلى رحم الزوجة، بعد إنتهاء العلاقة الزوجة بالوفاة او بالطلاق، وهي صورة غير جائزة شرعا لأن النسب مرتبط بقيام العلاقة الزوجية الشرعية و التي تنتهي إما بالوفاة أو بالطلاق¹.

الصورة الثانية: التلقيح بواسطة تدخل عنصر أجنبي بين الزوجين: و الحالات التي يتم فيها تلقيح الصناعي الخارجي بتدخل عنصر ثالث أجنبي بين الزوجين، سواءا بالنطفة الذكرية أو الانثوية أو الرحم، و هي كالآتي:

الحالة الأولى: تلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج خارجيا، ثم زرعها في رحم زوجة أخرى له، كأن تكون هذه الأخيرة غير قادرة على الإنجاب، فتلقح البيضة المأخوذة من الزوجة الأولى خارجيا، و هي حالة غير جائزة شرعا².

الحالة الثانية: تلقيح نطفة الزوج ببويضة امرأة متبرعة في أنبوب إختبار ثم تزرع البويضة المخصبة في رحم الزوجة. و تكون هذه الصورة عندما يكون مبيض الزوجة متعطلا أو مستأصلا بينما رحمها سليم وزوجها سليم. و هي صورة محرمة شرعا كذلك³.

الحالة الثالثة: هي تلقيح بويضة الزوجة بمني الزوج خارجيا، ثم زرعها في رحم امرأة أجنبية و هي صورة تكون عندما يكون رحم المرأة به مرض أو عيب، يمنع من الحمل مع سلامة المبايض لديها فتأخذ البويضة من الزوجة، و تخصب بماء زوجها ثم تزرع البويضة المخصبة في رحم المرأة الأجنبية المتبرعة، على ان يرد الطفل لصاحبي البويضة المخصبة بعد ولادته، و هو ما يسمى بالرحم البديل⁴، الذي سيأتي توضيحه لاحقا بشيء من التفصيل.

الحالة الرابعة: تلقيح بويضة امرأة متبرعة بنطف رجل متبرع ليس زوجها في أنبوب إختبار، ثم تزرع البيضة المخصبة في رحم امرأة متزوجة، و تكون هذه الصورة في حالة عقم الزوج و الزوجة، و رحم الزوجة سليم، فيقوم الوالدان بشراء جنين مجمد من بنك الأجنة

¹ د. زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 90.

² د. محمد علي البار، التلقيح الصناعي و أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 282.

³ د. زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 86.

⁴ د. محمد علي البار، التلقيح الصناعي و أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 282.

المجمدة مقابل مبلغ مالي، و هي صورة غير جائزة شرعا فهو أسلوب غير مقبول في ذاته في النظر الشرعي لما فيه من إختلاط للأنساب¹.

الحالة الخامسة: تلقيح بويضة الزوجة بنطف رجل متبرع في أنبوب إختبار ثم تزرع البويضة المخصبة في رحم الزوجة. وهذه الصورة يلجا إليها عند عقم الزوج وهي منتشرة بكثرة في الغرب². وحكم هذه الصورة التحريم بدخول عنصر ثالث أجنبي في عملية الإنجاب، مما يؤدي إلى إختلاط الأنساب، فهو في نظر الفقهاء شبيه بالزنا³.

ثالثا: شروط وضوابط التلقيح الإصطناعي.

في ضوء ما سبق الإنتهاء إليه من إباحة التلقيح الصناعي فيما بين الزوجين متى روعيت ضوابط معينة، يمكن حصر هذه الضوابط والشروط فيما يلي:

1- الشرط الأول: أن يكون التلقيح بين الزوجين، أي إرتباط الطرفين بعلاقة زوجية وفقا للشرع والقانون، و أن تكون هذه العلاقة قائمة لحظة إجراء عملية التلقيح الصناعي، ولم تنتهي لوفاة أو طلاق سواء كان طلاقا بائنا أو رجعيا، وأن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة و رحم الزوجة نفسها، و بالتالي إستبعاد تدخل أي عنصر آخر أجنبي، كما سبق بيانه أعلاه لأن هذه الصورة الاخيرة محرمة شرعا بإتفاق جمهور العلماء لما فيها من إختلاط للأنساب، وعلى هذا الأساس يعتبر الزواج هو شرط أساسي لشرعية التلقيح الصناعي⁴.

وعليه لا يعد مباحا متى تم هذا الاخير بين طرفين ليسا بزوجين كالخطيبين مثلا، حتى ولو أصبغا عقب ذلك زوجين. و نشير إلى أن هذا الشرط يكاد يقتصر الآن على المجتمعات الإسلامية دون المجتمعات الأخرى⁵.

2- الشرط الثاني: موافقة الزوجين على إجراء عملية التلقيح الإصطناعي، فيجب أن يتم التلقيح برضا الزوجين، وهذا شرط بديهي فهو من الأساسيات التي يجب مراعاتها عند إجراء أية عمليات طبية، لأن نتيجة عملية التلقيح- متى تحقق نجاحها -هو مولود ينسب إلى

¹ عمّار تركي عطية، الحماية القانونية للجنين خارج الرحم، دراسة مقارنة، مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية، جامعة ذي قار، كلية الحقوق، العراق، ص 258.

² د. محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 287.

³ د. زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 87.

⁴ د. محمود أحمد طه، مرجع سابق، ص 106.

⁵ د محمود أحمد طه، نفس المرجع، ص 106.

أبويه، و من ثم يجب تحقق رضا كل منهما صراحة، و غالبا ما تشترط هذه الموافقة كتابيا، فإذا رفض أحدهما أو كلاهما لم يجز إجراء العملية¹.

3- الشرط الثالث: أن يكون التلقيح الصناعي هو الوسيلة الوحيدة للإنجاب، إذا وجد في الزوجين أو في أحدهما ما يمنعها من الإنجاب بالطريق الطبيعي، فإن ذلك يعتبر حالة مرضية كالعقم مثلا، بحيث يمكن معالجتها بعدة وسائل مختلفة، منها التلقيح الإصطناعي و هذا بعد إستنفاد كافة الوسائل الأخرى الممكنة للعلاج².

4- الشرط الرابع: أن تتم هذه العملية في ظروف مأمونة، وبيد متخصصين عدول ثقات، مع الاخذ بعين الإعتبار منع إختلاط النطف، و ذلك بإتخاذ الإحتياطات المشددة لممارسة هذه العملية الدقيقة كي لا تتعرض النطف و البويضات للإختلاط و التغيير و التبديل، و بالتالي تختلط الأنساب³.

رابعا: موقف المشرع الجزائري من التلقيح الصناعي

لإستقراء موقف المشرع الجزائري ينبغي لنا التمييز بين مرحلتين قبل و بعد التعديل:

1- قبل التعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 : بالرجوع إلى نص المادة 40 منه والتي تنص: " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة وبكل نكاح تم فسخه قبل الدخول" والمادة 41 التي تنص: " ينسب الولد لابيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"، و بإستقراءها نجدها لم تشر بصفة صريحة إلى موقف المشرع الجزائري من عملية التلقيح الإصطناعي، و بإعتبار المادة 222 من نفس القانون تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في قانون الأسرة، فإننا نجد بأن الفقه الإسلامي قد أجاز إجراء عملية التلقيح الإصطناعي ما بين الزوجين دون إشتراط الإتصال الجنسي، و هذا ما أكدته القرارات الهامة الصادرة عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة حول التلقيح الإصطناعي و أطفال الأنابيب و هذا ضمن شروطه و ضوابطه و أسبابه⁴.

¹ راجع: د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 119.

² د. هيام إسماعيل السحماوي، مرجع سابق، ص 104.

³ د. هيام إسماعيل السحماوي، نفس المرجع، ص 105.

⁴ راجع: د. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 90. د. محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 290.

2- بعد التعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 : لقد أضاف الأمر 02/05 مادة جديدة ووحيدة تتعلق بالتلقيح الإصطناعي، و هي مادة 45 مكرر و ذلك مواكبة منه للتطورات الطبية و التكنولوجية الحاصلة في ميدان الإنجاب الإصطناعي، حيث أصبح بمقدور الزوجين الاستفادة من هذه التقنية و تحقيق الرغبة في الإنجاب، و لقد أجازت المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري صراحة اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي، حيث نصت على ما يلي: يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي، و يخضع التلقيح الإصطناعي للشروط الآتية:

* أن يكون الزواج شرعا.

* أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما.

* أن يتم بمني الزوج و بيضة الزوجة دون غيرهما.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة.

و نشير إلى أن هذه الشروط هي نفس ما أشارت إليه آراء و فتاوى الفقهاء في مجلة مجمع الفقه الإسلامي حول التلقيح الإصطناعي و أطفال الانابيب. و تشير إلى أن تخلف أحد الشروط السابقة يؤدي إلى نفي النسب و القول بعدم شرعيته¹.

و تشير في هذا الصدد أن هذا النص مقتضب، و لا يجيب على جميع الإشكالات القانونية التي يطرحها موضوع التلقيح الإصطناعي، فحبذا لو جاء المشرع بجملة من النصوص القانونية لتوضيح مختلف المسائل التي أثارها جدلا فقها كبيرا بين الفقهاء².

الفرع الثاني: إيجار الرحم

تعددت تسميتها من إيجار الرحم إلى الأم البديلة و الأم بالواسطة، و الرحم الظئر و غيرها من التسميات، و هي صورة من الصور المعاصرة للحمل، و موضوع هذه التسميات

¹ د. مسعودي يوسف، التلقيح الإصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية و الإجتماعية، السنة الثامنة، العدد 24، 2016م، ص 65-66.

² بوتعنيقت حليلة، خليف مريم، التلقيح الإصطناعي، شروطه وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، الجزائر، 2016-2017، ص 28-29.

واحد و هو علاقة إنجابية ثلاثية و ليست ثنائية¹، و سنتعرض إلى تعريف إيجار الرحم و بيان دوافعه و صورته و مفسده و موقف المشرع الجزائري منه.

أولاً: تعريف إيجار الرحم: سنتطرق إلى تعريف المصطلح بإعتباره مركبا يضم مصطلحين، الإيجار و الرحم.

فالإجارة في اللغة: منشقة من الأجر وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجرا، و لها معنيان الأول الكراء، و الثاني جبر العظم (الكسر)².

في الإصطلاح: تملك منافع الأشياء المباحة مدة معلومة بعوض.

أما الرحم: في اللغة هي منبت الولد، و يطلق على كل من يجمع بينك و بينه نسب³.

أما فيما يخص معناهما المركب - الإيجار و الرحم - فهو:

" إستخدام رحم امرأة أخرى لحمل لقيحة مكونة من نطفة رجل و بويضة امرأة، و غالبا ما يكونا زوجين، فتحمل الجنين و تضعه و بعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود و يكون ولدا قانونيا لهما"⁴.

و يعرف أيضا" على أنه إستخدام رحم امرأة سليم لزرع لقيحة مكونة من بويضة امرأة و نطفة زوجها، فتحمله و تضعه مقابل مبلغ من المال، و بعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود و يكون ولدا قانونيا لهما"⁵

و لقد ذهب البعض إلى إعتباره " إتفاق أو عقد بين طرفين هما الزوجان من جهة و الأم البديلة من جهة ثانية، تلتزم بمقتضاه هذه الأخيرة لأن تسمح بزرع بويضة مخصبة من الزوجين داخل رحمها مقابل أجره تدفع إليها"⁶.

¹ د. عارف علي عارف، إيجار الرحم و الأم البديلة، رؤية إسلامية، دراسات إسلامية في قضايا طبية معاصرة، المجلد 1، دار النفائس، ط1، د/بلد، 2001، ص 807.

² نايف بن عمّار آل وقيان، إستأجار الرحم حقيقته دوافعه حكمه، دراسة مقارنة، د/ط، د/بلد، د/سنة، ص 04.

³ نايف بن عمّار آل وقيان، نفس المرجع، ص 04.

⁴ د. عارف علي عارف، إيجار الأرحام والأم البديلة، مرجع سابق، ص 807.

⁵ د. كريمة عبود جبر، إستجار الأرحام والآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد 9، العدد 3، جامعة الموصل، 2010، ص 241.

⁶ سيكيرفة محمد الطائب، التلقيح الإصطناعي بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الطبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017، ص 70.

ثانيا: دوافع إستئجار الرحم

هناك عدة أسباب قد تدفع الزوجين - غالبا - لإستئجار الرحم كطريق بديل عن الحمل العادي، لتحقيق الرغبة في الإنجاب، بإعتباره حلا طبيا في عدة حالات من بينها¹:

* إذا كان رحم المرأة معيبا أو ضعيفا، بحيث لا يستقر الحمل فيه، ويكون مبيضيها سليما.

* عند إستئصال رحم المرأة بسبب مرض من الأمراض، ومبيضيها منتج.

* وفاة الأجنة المتكررة أو الإجهاض المتكرر، مع كون المبيض سليما.

* إذا كانت الزوجة غير راغبة في الحمل لتجنب مشاقه، ومشاق الولادة أو لأن العمل وظروفه لا تسمح لها به، وغيرها العديد من الأسباب.

أما عن أسباب ودوافع المرأة التي قامت بتأجير رحمها، فالدافع الأساسي هو العامل الإقتصادي المادي، فبالرغم من أن الأمومة من أكثر الغرائز رقيا، إلا أنها تحولت في بعض الدول إلى سلعة منحة، إستغلها معدوموا الضمائر للمتاجرة والربح، لتظهر تجارة من نوع جديد " تأجير الأرحام " والتي أصبحت إحدى مظاهر الفقر في بعض الدول النامية و لعل هذا الأمر من أكثر السلبيات و المفاصد التي أثارها مسألة تأجير الأرحام².

ثالثا: صور الرحم المستأجر و حكمها الشرعي

للرحم المستأجر مجموعة من الصور سنلخصها فيما يلي مع بيان حكمها الشرعي.

1- الصورة الأولى: و هي أن يتم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها ثم تزرع اللقحة في رحم امرأة أخرى، و تستخدم هذه الصورة غالبا إذا كانت الزوجة قادرة على إنتاج البويضات، لكن رحمها لا يستطيع الحمل بسبب إزالته أو لأي سبب آخر، و عندما تلد الأم البديلة الطفل تسلمه للزوجين مقابل أجر مادي حسب العقد المتفق عليه³، و هذه الصورة محرمة شرعا

¹ د. هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الإقتصادية و القانونية، المجلد 27، ع3، جامعة دمشق، 2011، ص278..

² راجع: د. عارف علي عارف، إجار الأرحام والأم البديلة، مرجع سابق، ص 209-2012. د كريمة عبود جبر، المرجع السابق، ص243-244. د عائشة أحمد سالم، المرجع السابق، ص150. أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، د/ط، مصر، 2003م، ص108. د. هيام إسماعيل السحماوي، المرجع السابق، ص62-63.

³ علي بن مشبب بن عبد الله البكري، إستئجار الأرحام، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011م، ص57.

بإتفاق العلماء و ذلك لعدم وجود عقد زواج شرعي بين الزوج و بين المرأة صاحبة الرحم، و تعتبر الأم البديلة هنا طرفا ثالثا خارج عن نطاق العلاقة الزوجية¹.

2- الصورة الثانية: وهي نفس الصورة الأولى، حيث يتم تلقيح بويضة المرأة بمني زوجها ثم تزرع في رحم إمراة أخرى، لكن بعد وفاة الزوجين وهو ما يعرف بالجنين المتجمد، هذه الصورة محرمة أيضا فهي لها نفس حكم الصورة الاولى بإعتبارها مشابهة لها، إضافة إلى أن الوفاة سبب من أسباب إنتهاء العلاقة الزوجية، الأمر الذي فيه مساس بالنسب².

3- الصورة الثالثة: وهي أن تلقح بويضة الزوجة بماء رجل أجنبي، وتوضع اللقيحة في رحم إمراة أخرى. و تكون هذه الصورة عندما يكون الزوج عقيما و الزوجة لا تستطيع الحمل بسبب عيب ما في رحمها، أو عدم وجوده، و لكنها قادرة على إنتاج بويضات صالحة للإنجاب إذا اتحدت بحيوان منوي ذكري، هذه الصورة محرمة شرعا، لأن بويضة المرأة لقتح بغير ماء زوجها مما يؤدي إلى إختلاط الأنساب، لأن حفظ النسب من الضروريات الشرعية، فلا ينسب الولد للزوج لأنه يعلم يقينا أنه ليس منه و بالتالي عليه نفيه، و كذلك لا يجوز نسبه إلى صاحب المني، لأنه لا تربطه علاقة شرعية بالمرأة صاحبة البويضة و لا صاحبة الرحم، و هو يأخذ حكم ولد الزنا، وقد شبهها الفقهاء بنكاح الإستبضاع، الذي كان شائعا في الجاهلية³.

4- الصورة الرابعة: و هي عكس الصورة السابقة، حيث تلقح نطفة الزوج ببويضة مأخوذة من إمراة ليست زوجته، ثم تزرع البويضة المخصبة في رحم إمراة أخرى لتحملها، ثم تسلمها لصاحب الحيوان المنوي، و تستخدم هذه الصورة إذا كانت الزوجة مصابة بمرض في المبايض و الرحم، بحيث لا تستطيع إفراز البويضات و لا الحمل، وهي صورة محرمة شرعا، أيضا لأن المرأة صاحبة البويضة و كذلك صاحبة الرحم أجنبيتان عن الزوج⁴.

الصورة الخامسة: و في هذه الصورة يتم تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها، ثم تزرع اللقيحة في رحم زوجة أخرى لنفس الزوج، حيث تقوم بالحمل بدلا من ضررتها عند الحاجة إلى ذلك، كأن تكون الضررة الأخرى لا تستطيع الإنجاب بسبب عطب ما في رحمها، فلقد أبيحت هذه

¹ علي بن المشيب بن عبد الله البكري، المرجع السابق، ص 58.

² د. كريمة عبود جبر، مرجع سابق، ص 243.

³ د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 142. سيد الحديدي، مرجع سابق، ص 283.

⁴ د. كريمة عبود جبر، مرجع سابق، ص 243.

الصورة في أول الأمر من قبل المجمع الفقهي الإسلامي بمكة، في دورة مؤتمره السابع سنة 1404هـ، على إعتبار انه لا يوجد إختلاط للأنساب بالنسبة للزوج، غير أن في دورة مؤتمره الثامنة سنة 1405هـ، عاد إلى إلغاء هذه الصورة، و تحريمها لما يندرج تحتها من مشكلات، كإحتمال أن تحمل الزوجة الأخرى إذا لم يمتنع عنها زوجها، و في هذه الحالة لا يعلم من هي الأم، و حتى إذا تيقن بعدم إلتقائها بزوجها أثناء الحمل فإنَّ المشكلة في من تكون الأم من جهة النسب، أهي صاحبة البويضة أم التي حملت و ولدت ؟ و محارم الطفل هل تكون من جهة الزوجة الأولى أم الثانية ؟ و ممن يرث و يورث ؟ إلخ¹.

رابعاً: المفسد والأضرار المترتبة على تأجير الأرحام

تترتب على مسألة إستتجار الأرحام، مفسد وأضرار على مستوى الفرد و الأسرة و المجتمع، فاقت كثيرا المنافع و المصالح التي يمكن أن تحققها، و القاعدة الأساسية في هذا الصدد درء المفسد مقدم على جلب المصالح، لأن للمفسد إنتشاراً كالوباء، لا بدّ من درئها أولاً و لو كانت فيها بعض المصالح². و لعل من أهم المفسد التي يمكن أن تترتب على تأجير الأرحام نذكر منها:

1- إختلاط الأنساب

إنه -كما أشرنا سابقاً- فيما يخص الأحكام الشرعية المتعلقة بصور تأجير الأرحام، أنّ من أسباب تحريمها هي مسألة إختلاط الأنساب، و هو ما يظهر جليا فيما وقع بين الفقهاء من خلاف في مسألة تحديد نسب الطفل، الذي يولد نتيجة هذه العملية، فهو لا يعلم يقينا من هم أبواه الحقيقيان. و نشير أن الخلاف الحاصل بين العلماء ليس في العالم الإسلامي فقط، بل حتى في الدول الغربية أيضا³.

¹ راجع د محمد علي البار، التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 324. د عارف علي عارف، إجار الأرحام والأم البديلة، مرجع سابق، ص 118-120. أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 232-233. د زياد أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 126. هيام إسماعيل السحماوي، مرجع سابق، ص 177-178.

² د. كريمة عبود جبر، مرجع سابق، ص 243.

³ ربيعة غندوفة، إستتجار الأرحام، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مذكرة ماستر، تخصص الشريعة والقانون، كلية العلوم الإجتماعية و الإنسانية، شعبة العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 2013-2014، ص 91. ماهر حامد الخولي، الإخصاب خارج الجسم مع إستتجار الرحم، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد 1، ع2، غزة، 2009، ص 263-264.

و الأكثر من ذلك، و ما زاد العملية بشاعة ما قام به البعض، من تلقيح للمحارم فقد ذكر الدكتور الجندي " أنا " بديلة من جنوب إفريقيا وضعت أحفادها، حيث إتفقت مع إبنتها و زوجها على أن تكون أمًا بديلة¹.

2- إصطباغ الأمومة بالصبغة التجارية و إمتهان المرأة

فالمرأة التي ترضى بالحمل بدلا من غيرها، مقابل ربح مادي تتلقاه عقب تسليمها للطفل بعد الولادة لأبويه البيولوجيين، فإنها تستغل جسدها تجاريا، و بهذا إهدار لكرامة الإنسان و قدسية جسده و خاصة المرأة، فالرحم و إن كان عضوا من أعضائها إلا أنه ليس ملكا لها تتصرف فيه إيجارا أو تبرعا، كما أنه عضو له علاقة شديدة بالعواطف و المشاعر أثناء الحمل، فهذا الأمر يؤدي إلى إستغلال نساء من طبقات إجتماعية محرومة².

و بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية السمحاء فإننا نجدها قد حثت على إكرام المرأة كثيرا، و الأدلة على ذلك كثيرة من الكتاب و السنة، الأمر الذي يتعارض تمام التعارض مع مسألة تأجير الأرحام التي تجعل من المرأة سلعة تباع و تشتري³.

3- إنتشار تجارة الأطفال:

حيث سيكون تأجير الأرحام طريقة مشروعة لبيع الأطفال، و تحت شعار تحقيق أمنية أسر المحرومة، خاصة في الدول التي تسمح و تجيز التلقيح الإصطناعي غير المشروع، فالأسرة التي ترغب في أولاد دون متاعب و مشاكل الحمل و الولادة، ما عليها إلا أن تقدم البويضة و تأجر رحم إمرأة أخرى بمقابل مادي ليصبح لديها أولاد دون متاعب، و إنما تشتريهم بالمال⁴.

ضف إلى ذلك الأضرار النفسية على الطفل نفسه، فولادة الطفل بهذا الأسلوب خلافا لتلك الطريقة الطبيعية، فهو ينشأ في بيئة مليئة بالفوضى، فلا يستطيع أن يميز من هي أمه الحقيقية، ولا يستطيع أن يحدد هويته أو يثبت له نسباً⁵.

¹ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 229.

² د. عائشة أحمد سالم، المرجع السابق، ص 148. أحمد نصر الدجندى، مرجع سابق، ص 214-215. كريمة عبود جبر، مرجع سابق، ص 260.

³ ماهر حامد الخولي، مرجع سابق، ص 262.

⁴ ماهر حامد الخولي، نفس المرجع، ص 262.

⁵ علي بن مشيب بن عبد الله البكري، مرجع سابق، ص 64. د. عائشة أحمد سالم، المرجع السابق، ص 154.

4- تسخير الفتيات غير المتزوجات للحمل: إن فتح هذا الباب و إباحته، تتيح فرصة لغير المتزوجات لإستأجار أرحامهن لحاجتهن إلى المال، فيكون هذا من باب إشاعة الفاحشة في المجتمع، كما أن حمل غير المتزوجة يعرضها للذف. وهذا ماهو شائع في التطبيق الغربي لهذه العملية¹.

هذه بعض المفاسد والأضرار التي تكون نتيجة لعمليات تأجير الأرحام، الأمر الذي يصب في صالح الفريق القائل بحرمتها في جميع الحالات، حتى و لو كانت الأم البديلة هي الضرة نفسها.

خامسا: موقف المشرع الجزائري من تأجير الأرحام و الأم البديلة

نص المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة و التي جاء في الفقرة الأخيرة منها" لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة". إذ نجد أن المشرع بموجب هذا النص قد أقر بصفة صريحة منع إستعمال الأم البديلة كوسيلة للإنجاب.

و بهذا لا يجوز أبدا إستبدال الأم الطبيعية لغيرها في مرحلة تكوين الجنين ووضعه، فقد تغادى المشرع الجزائري المشاكل التي قد تنجم عن هذه التقنية سواءا كانت نفسية أو دينية او أسرية لأي طرف من أطراف هذه العلاقة².

فالمشرع الجزائري بهذا الإتجاه، ساير أحكام الشريعة الإسلامية - رأي الغالبية من الفكر المعارض لهذه التقنية - كما أخذ بموقف الشريعة الإسلامية التي تحرم تدخل أي طرف أجنبي عن العلاقة الزوجية³. فالمشرع بهذا الموقف أغلق الباب في وجه المجيزين لذلك، لأن الأم البديلة فضلا عن كونها ذريعة لإختلاط الأنساب، نتيجة الإزدواج في التكوين و النشأة، فهي وسيلة أيضا إلى الشر و الفساد و الشبهات التي لا حصر لها⁴.

لذلك وجب على المشرع الجزائري وضع إطار جزائي، في حالة مخالفة أحكام المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، كونها تكتسي أهمية بالغة ومخالفتها يؤثر على النسل و شرعيته، و يؤدي إلى إختلاط الأنساب في المجتمع.

¹ علي بن مشيب بن عبد الله البكري، المرجع السابق، ص66.

² بوتعنيقيقت حليلة، خليف مريم، مرجع سابق، ص 53-55.

³ سيكيرفة محمد الطايب، مرجع سابق، ص100.

⁴ بوتعنيقيقت حليلة، خليف مريم، المرجع السابق، ص 54-55. سيكيرفة محمد الطايب، المرجع السابق، ص100.

الفرع الثاني: الإستنساخ البشري

بعد أن كشف كثير من الخداع و الدجل في نظرية التطور الالحادية لداروين، وبعد أن أصبحت هذه النظرية عارا على المنادين بها، عادت لتظهر بوجه قديم و إسم جديد هو الإستنساخ¹.

أولاً: تعريف الإستنساخ: يعد الإستنساخ من المصطلحات العلمية الحديثة، فإنه يصعب إيجاد تعريف لها في القواميس القديمة.

أ- **تعريف الإستنساخ لغة:** فكلمة إستنسخ الكتاب في اللغة، تعني أقام شيئاً مقامها، فالنسخ بهذا المعنى يطلق على الإزالة و النقل و الإلغاء و التغيير، و إبطال الشيء و إقامة آخر مقامها. فيقال نسخت الشمس الظل و إنتسخته أي أزالته، و نسخت الرياح الآثار أي عفت عليها و قضت على معالمها. و بناءا عليه يفهم أن النسخ في اللغة يأتي لمعنيين متناقضين: أولهما: رفع الشيء و إزالته من مكان.

ثانيهما: نقل الشيء من الشيء بغية التشديد و الإكثار منه دون المساس بالصورة الأصلية²
تعريف الإستنساخ اصطلاحاً: عرف الإستنساخ في الإصطلاح بعدة تعريفات نذكر منها:
 أنه تكوين كائن حي كنسخة مطابقة تمام من حيث الخصائص الوراثية و الفيزيولوجية و الشكلية لكائن حي آخر.

و عرف أيضا أنه: أخذ خلية جسدية من كائن حي، تحتوي على كافة المعلومات الوراثية و زرعها في بيضة مفرغة ، ليأتي المخلوق الجديد مطابقا تماما للأصل أي الكائن الأول الذي أخذت منه الخلية³.

¹ راجع: أحمد علي العرجا، الإستنساخ حقيقة أم تظليل، دراسة مقارنة، دون دار نشر، د/ط، لبنان، د/س، ص1.

² د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 479.

³ د. شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الإستنساخ في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، د/ط، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص08-09.

و عرف أيضا: أنه الحصول على عدد من النسخ طبق الأصل من نبات أو حيوان أو إنسان، بدون حاجة إلى تلاقي خلايا جنسية ذكرية أو أنثوية، و يقصد بنسخة طبق الأصل أنها تحتوي على التراث الإرثي الكامل الموجود في خلايا صاحب الزريعة¹.

ثانيا: دوافع الإستنساخ: للإستنساخ دوافع علمية و دوافع إقتصادية.

1-الدوافع العلمية: بدأ علماء البيولوجيا تجاربهم بدراسة الخلايا البشرية و أنواعها، ووضيفة كل نوع منها. وكان الدافع العلمي الأساسي وراء تجارب الإستنساخ منذ مطلع القرن الماضي و حتى عام 1975، هو الوصول إلى مدى قدرة نواة الخلية المتميزة على تحقيق ماتحققه البويضة المخصبة من إنتاج فرد سوي، حتى بينت ولادة النعجة دولي² من خلية جينية و أن جينات الخلية المتميزة لها نفس قدرة البويضة المخصبة بحيوان منوي.

2-الدوافع الإقتصادية: بعد ان كانت هذه الأخيرة كامنة منتصف السبعينيات من القرن الماضي، أخذت منذ ذلك الحين إبعادا واسعة، حيث أسست مئات الشركات التي تتخذ من هذه التقنية الحيوية نشاطا أساسيا لها، و التي بلغ رأس مالها، في أمريكا إثنان وأربعون مليون من الدولارات و يمكن إجمال هذه الدوافع في ما يلي³:

*الحصول على نخبة من حيوانات المزرعة، تمتلك خصائص وراثية متميزة كالغنم و

البقر التي تنتج كميات وفيرة من الحليب أو اللحم أو الخيل الصالحة للسباق.

*إن بحوث الإستنساخ ستبرز عن إكتشافات حديثة، تسهم في حل عدد من المعضلات

العلاجية أو الغذائية او البيئية أو نحوها التي تواجه الإنسان⁴.

¹ د. محمد الهواري، الإستنساخ البشري بين الثورة العلمية والضوابط الأخلاقية والفقهية، المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث، دون سنة، ص09. د. عبد الناصر أبو البصل، عملية التنسيل (الإستنساخ) و أحكامها الشرعية، مرجع سابق، ص652-653.

² النعجة دولي هي أول حيوان ثدي مستنسخ لم تأتي نتيجة إخصاب بويضة بحيوان منوي، و إنما كانت نتيجة إستخدام خلايا حيوان ثدي بالغ، و قد تم في 27 فيفري 1997، بضجيج إعلامي لافت إعلان معهد روسلين في إسكتلندا عن إستنساخها. راجع علي أحمد العرجا، مرجع سابق، ص 05-06-07. مع الإشارة أنه تم الإعلان عن وفاتها بتاريخ 14 فيفري 2003م، نظرا لإصابتها بالتهاب في الرئة، و لقد ظهرت عليها علامات الشيخوخة بشكل واضح. راجع: د. محمد الهواري، المرجع السابق، ص11-12.

³ د. عبد الفتاح محمود إدريس، الإستنساخ في نظر الإسلام، دراسة مقارنة، د/سنة، د/ بلد، ص13.

⁴ د. عبد الفتاح محمود إدريس، نفس المرجع، ص13.

ثالثاً: أنواع الإستنساخ وحكمها الشرعي: للإستنساخ ثلاث أنواع و هي الإستنساخ الجسدي، الإستنساخ الجيني، الإستنساخ العضوي (الخلوي و الجنيني)، سنبينها و نقف على حكمها الشرعي.

1- الإستنساخ الجسدي (اللا جنسي): هذه الطريقة إعتبرها العلماء فتحا علميا ،و التي لم يتم التحقق من نجاحها على البشر لحد الآن.وسنتعرض لتعريفها و خطواتها وصورها وحكمها الشرعي .

أ- تعريف الإستنساخ الجسدي (اللا جنسي):

و يمكن تعريف هذا النوع من الإستنساخ على انه " إستنساخ الحيوي، و هو إنتاج مواليد من خلايا جسدية مأخوذة من أفراد يافعة بالغة، فيولد المولود حاملا لجميع صفات الفرد المانح للخلية الجسدية وحده فقط، فهي تقوم على إستبعاد أي دور للحيوانات المنوية"، و السبب في ظهور المولود هكذا هو إحتواء هذه الخلية للعدد الصبغي المضاعف، أي إحتوائها على الطاقم الوراثي كاملا و بالتالي فلا حاجة لأخذ مادة وراثية اخرى¹.

ب- الخطوات العملية للإستنساخ الجسدي: يمكن إجمال هذه الخطوات على النحو التالي:

* يتم أخذ بويضة من المرأة، ثم يتم تفريغها من نواتها و تصبح خالية من الكروموسومات التي تحمل جميع الصفات الوراثية للمرأة، و تبقى فيها مادة السائتوبلازم التي تقوم بتغذية نواة الخلية فقط، فتفقد البويضة بذلك وظيفتها الجنسية، و تصبح مجرد مستودع جاهز لإستقبال الخلية الجسمية للشخص المراد نسخه².

* يتم أخذ خلية جسمية كاملة من أي جزء من أجزاء الجسم للشخص المراد نسخه، وتكون هي بدورها تحتوي على الكروموسومات كاملة، والتي تحمل جميع الصفات الوراثية³.

* يتم نزع نواة الخلية الجسمية المراد نسخها التي تحتوي على الصفات الوراثية كاملة، ويتم تعريضها إلى تجويع مفرط و ذلك بتخفيض تغذيتها، و الغرض من هذا التجويع هو إعادة صياغة الخلايا من متخصصة إلى خلايا بدائية غير متخصصة، ليدخل الحامض

¹ شعبان الكومي أحمد فايد، مرجع سابق، ص32-34. د.خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص490-491. د. عبد الناصر عبد البصل، عملية التنسيل وأحكامها الشرعية، المرجع السابق، ص 262-264.

² صالح نعمان، الإستنساخ البشري و آثاره على الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، د/سنة، ص114-115.

³ د عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 240. صالح نعمان، القادر، المرجع السابق، ص114-115.

النوي الموجود في نواتها في حالت السكون و الخمول، لتبدأ بعدها بالنشاط و الإنقسام كخلية بدائية عندما يتم إعادة تغذيتها¹.

* يتم إدماج نواة الخلية الجسمية مع البيضة المفرغة، بوضعها جنب بعض ثم تعيضا لذبذبات كهربائية خفيفة و دقيقة، توهم البيضة بأنها قد تعرضت إلى عملية إخصاب تندمج بعدها نواة الخلة مع البيضة، و يشكلان خلية مدمجة واحدة. كما هو الحال في عملية الإخصاب الطبيعية².

* يتم تعريض الخلية المدمجة لشحنة كهربائية بسيطة ثانية ، بغية تنشيطها و حثها على الإنقسام و ممارسة فعاليتها الطبيعية ، و تبدأ بعد ذلك الخلية بالإنقسام. و في خلال خمسة إلى ستة أيام يصبح لدينا جنين بشري في أولى مراحل الحمل³.

* و في آخر مرحلة تتم إعادة هذه الخلايا و تزرع داخل رحم امرأة إلى ان تنتضي فترة الحمل الطبيعية فيصبح عندنا جنين كامل كما هو الحال في الحمل الطبيعي.

ج- صور الإستنساخ الجسدي و حكمها الشرعي: يتمثل الإستنساخ الجسدي في خمس صور و هي:

الصورة الأولى: و هي أن تكون الخلية مأخوذة من خلية أنثى أخرى أي ان عملية الإستنساخ تتم بين إثنين، هذه الصورة محرمة شرعا، و ذلك لانه بالقياس على ان الشريعة الإسلامية حرمت الإستمتاع الجنسي بين أفراد جنس واحد، فقط حرمت اللواطه بين الرجال و السحاق بين النساء، وكذلك عملا بقاعدة سد الذرائع فالقول بقبول هذه الصورة يفتح الباب للنساء للإستغناء عن الرجال و هذا يخالف الفطرة الإنسانية⁴.

الصورة الثانية: أن تكون الخلية من الأنثى نفسها، أي يمكن أن يحدث الإستنساخ من نواة و خلية من امرأة نفسها، و على هذا يمكن للمرأة أن ترى نفسها في هذه الحالة، هذه الصورة أيضا محرمة شرعا، عملا بقوله صلى الله عليه و سلم " لا ضرر و لا ضرار"، فالشريعة

¹د عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص241.

²صالح نعمان، مرجع سابق، ص-115.

³د. عبد الناصر أبو البصل، عملية التنسيل وأحكامها الشرعية ، مرجع سابق، ص670.

⁴د. عبد الناصر أبوالبصل نفس المرجع، ص670.

الإسلامية كرمت الإنسان بأن يكون منسوباً لأب و أم، و الإستتساخ إذا تم بهذه الصورة، فسوف يؤدي إلى ولادة لن يكون لها أب و لا عم و لا جد من جهة الأب¹.

الصورة الثالثة: أن تكون الخلية مأخوذة من خلية ذكر حيوان غير إنسان، و هو ما تجري عليه التجارب في الغرب، هي صورة محرمة أيضاً، لأن هذا العمل عبث بخلق الله سبحانه و تعالى فقد ينتج عن هذه العملية مولود لا يكون على الفطرة السوية الإنسانية².

الصورة الرابعة: و هي أن تكون الخلية من رجل غير الزوج، و تزرع في الزوجة نفسها، و هي محرمة شرعاً، و ليس للطفل أي حقوق شرعية، لأن صاحب الخلية ليس زوجاً للمرأة صاحبة البويضة، و هو في هذا المعنى زناً لأنه يؤدي إلى إختلاط الأنساب³.

الصورة الخامسة: و هي أن تكون الخلية من الزوج و تزرع في بويضة الزوجة، و قد إنقسمت آراء الفقهاء في حكم هذه الحالة إلى إتجاهين.

الإتجاه الأول: قال بعض الفقهاء يجوز أن تلقح بويضة الزوجة بخلية جسدية من زوجها، إذا توفرت الشرط التالية:

* أن تؤكد التجارب العلمية أن المولود في مجال الإستتساخ في هذه الحالة سيكون سوياً.

* أن يكون الزوج عقيماً لا يستطيع الإنجاب إلا بهذه الطريقة.

* أن لا يسمح بإنجاب أكثر من طفل بهذه الطريقة، لأن الضرورة التي جعلت الزوج يلجأ إليها تنتهي بإنجاب طفل واحد⁴.

الإتجاه الثاني: إعترض أغلب الفقهاء على الإستتساخ بين الزوجين العقيمين كطريق للإنجاب، حتى بتوافر الشرط السابقة، و قد إستدل أصحاب هذا الإتجاه في تحريمهم للإستتساخ بين الزوجين، على عدة أدلة منها:

* إن في الإستتساخ إختلاطاً للأنساب، فالأم التي أنجبت طفلاً من خلية جسدية من الأب ستلد طفل ليس لها علاقة به من الناحية الوراثية⁵.

¹ . د. منصور كافي، الإستتساخ مفهومه أنواعه حكمه، مجلة الاحياء، ع7، كلية العلوم الإجتماعية و الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1424هـ-2003م، ص186.

² . د. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، ج9، دار الفكر، ط3، دمشق، 2012م، ص834.

³ د عائشة أحمد سالم، المرجع السابق، ص 242-243.

⁴ . د. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة مرجع سابق، ص834.

⁵ راجع: د. عبد الناصر أبو البصل، عملية التنسيل وأحكامها الشرعية، مرجع سابق، ص 668.

* إذا حدث الإستتساخ بين الزوجين العقيمين، فإن العقيم الذي أخذت منه الخلية الجسدية سيولد له عقيم آخر عن طريق الإستتساخ، فيضاعف عدد العقماء، لأن النسخة تنتمي وراثيا إلى المستنسخ منه¹.

* أخيرا أن الله سبحانه و تعالى عليم حكيم، يعطي و يمنع لحكمة لا يعلمها إلا هو وحده عزوجل و نعمة الإنجاب من ذلك، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا﴾².

ملاحظة: لقد ذهب الدكتور عبد الناصر أبو البصل إلى الإشارة إلى أن البحث في الحكم الشرعي لهذه المسألة، مبني على فرض صحة النظرية العلمية القائلة بإمكان حدوث هذا التنسيل - الإستتساخ - فبحثنا في المسألة من باب الإستعداد للبلاء قبل نزوله، و بما أن هذه الصور، و هذه النازلة، لم يسبق فيها القول من فقهاءنا السابقين لعدم وقوعها أو إفتراضها، فينبغي ردها إلى نظائرها، فإن لم توجد فإلى القواعد و الضوابط العامة، منها أحكام الحمل، النسب، و التلقيح، و الأبوة، و غيرها مما له صلة بالولد و أحكامه³.

2- الإستتساخ الجيني (الجنسي): سنتطرق الى تعريفه وخطواته وبيان صورته وحكمها الشرعي .

أ- تعريف الإستتساخ الجنسي:

و يعرف أيضا بالإستتساخ الجديد أو الاستتآم، يقصد به تقنية شطر الأجنة، حيث أن الخلايا التي إنقسمت من الخلية الأصل توضع كل خلية في بيضة منزوعة النواة لمواصلة النمو⁴.

و في هذه المرحلة إذا فصلنا خلية من مجموع الخلايا المذكورة، و زرعت هذه الخلية في رحم مستعد لإستقبالها، فإنها ستنمو و تنقسم و تكون جنينا مطابقا للجنين الذي فصلنا منه الخلية المنزوعة، و إذا كررنا العملية، و فصلنا أكثر من خلية من مجموع الخلايا

¹ د. منصور كافي ، مرجع سابق، ص186.

² سورة الشورى، الآية 50.

³ راجع: د. عبد الناصر أبو البصل، عملية التنسيل وأحكامها الشرعية ، مرجع سابق، ص670.

⁴ شعبان الكومي أحمد فايد، مرجع سابق، ص34.

المنقسمة عن الخلية الأولى في طورها الأول وزرعناها في أرحام متعددة، أو زرعناها في الرحم نفسه فسوف نحصل على أجنة متطابقة في الصفات الوراثية¹.

ملاحظة: يظهر لنا الفرق بين نوعي الإستساخ، ففي النوع الأول الإستساخ الجسدي اللاجنسي تكون البداية خلية جسدية، تنقل إلى بيضة منزوعة النواة، أما النوع الثاني الإستساخ الجنيني الجنسي، تكون البداية حيوانا منويا ينغرس في بيضة، و هي الطريقة الطبيعية لبداية تكوّن الجنين.

ب- خطوات الإستساخ الجنسي: الخطوات العملية لهذه الطريقة يمكن إجمالها على النحو التالي²:

* يتم تلقيح البويضة بالحيوان المنوي في الخارج، فتتكون نتيجة هذا الإخصاب خلية واحدة تحتوي على العدد الكامل للكروموسومات 46 كروموسومات.

* يتم وضع الخلية المخصبة في أنبوب زجاجي وبعد فترة وجيزة تبدأ هذه الخلية بالإنقسام إلى خليتين ثم أربعة ثم ثامني.

* يتم فصل هذه الخلايا عن بعضها البعض، فتتمو كل خلية من هذه الخلايا على حدى لتصبح جيننا كاملا مكتمل الخلقة، فتصبح لدينا أجنة بشرية متماثلة بعدد الخلايا التي ثم فصلها عن بعض.

ج- صور الإستساخ الجنسي و حكمها الشرعي: تيمثل هذه صو فيما يلي:

الصورة الأولى: فصل الخلية وزرعها في رحم الأم التي أخذت منها البويضة، تقاس هذه المسألة على حالة طفل الأنبوب إذا لحقت البويضة بحيمن من الزوج ثم أعيدت إلى رحم الزوجة نفسها، ولكن في هذه الحالة يكون الأختلاف، بسبب تعدد الاجنة لأن الحامل ستلد عدة توأم، وعليه لبيان حكمها الشرعي ينبغي ملاحظة ضوابط وشروط طفل الانوب، فالمرأة في هذه الحالة قد تتضرر بزيادة الاجنة وتتأثر بسبب التنسيل، وبناء على هذه الاحتمالات

¹ شعبان الكومي، المرجع السابق، ص34-35. قوميدي النوادي، الإستساخ في ظل النصوص و القواعد الشرعية، مجلة الأحياء، ع6، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص380.

² د. خالد أحمد صالح، مرجع سابق، ص489.

إذا رجح أصحاب الاختصاص ان زيادة الحمل سيؤثر سلبيا على المرأة أو على الجنين الأصلي، او بقية الاجنة فينبغي حينئذ القول بالمنع والحضر¹.

الصورة الثانية: فصل الخلية وزرعها في رحم الزوجة الثانية للزوج صاحبة النطفة، و هذه الصورة تقاس أيضا على طفل الانبوب في حالة زرع البويضة في رحم الزوجة الثانية، وكما اشرنا سابقا ان هذه الحالة قد أجازها المجمع الفقهي في إحدى قراراته ليعود بعد ذلك ويتراجع عن هذا الرأي مستقرا على المنع، لما قد ينتج عنه من مشكلات من حيث نسبه للأمه، وقياسا عليه فإن هذه الصورة من الاستنساخ تأخذ نفس الحكم وهو التحريم².

الصورة الثالثة: فصل الخلية وزرعها في رحم امرأة أجنبية عن الزوجين صاحبي النطفة، هذه الصورة محرمة بلا خلاف بين العلماء، لما تشتمل عليه من مفاصد بخصوص النسب وحصول حمل من غير زواج وغير ذلك. صدر قرار عن مجمع الفقه الإسلامي يقضي بتحريم الاستنساخ البشري بجميع صورته ومنها هذه الي نتحدث عنها³.

3- الاستنساخ العضوي والجيني والخلوي : سنتطرق إلى تعريفه و بيان خطواته العملية و الحكم الشرعي لصوره.

أ- تعريف الإستنساخ العضوي

يقصد به استنساخ بعض الأعضاء التي يحتاجها الانسان في حياته حال حدوث عطب في أحدها، ولقد نجحت حتى الآن زراعة الجلد البشري، ويوجد بنوك لهذا الجلد في العالم، ومن المعروف أن الجلد يعتبر أحد الأعضاء الهامة والتي يتوقف عليها إنقاذ إنسان تعرض جسده بنسبة كبيرة للحروق⁴.

¹ راجع: عبد الناصر أبو البصل، عملية التنسيل وأحكامها الشرعية ، مرجع سابق، ص 656-660. د. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 834. د. محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص210-224. قوميدي الزوادي، المرجع السابق، ص 390.

² د. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 834. د محمود أحمد طه، المرجع السابق، ص210-224.

³ راجع: عبد الناصر أبو البصل، عملية التنسيل وأحكامها الشرعية ، مرجع سابق، ص 656-660. قوميدي الزوادي، المرجع السابق، ص 390.

⁴ د. عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، الإستنساخ البشري بين الرفض و القبول، دراسة فقهية مقارنة، حولية كلية الدراسات الإسلامية و العربية للبنات، المجلد5، ع28، كلية الدراسات الإسلامية و العربية، كفر الشيخ، مصر، د/سنة، ص424-425.

أما الإستنساخ الجيني، فقد تمكن العلماء منذ فترة قصيرة من اكتشاف أسباب كثيرة من الامراض الوراثية، فإذا أمكن اصلاح هذا العطب في الجين يمكن بعد ذلك استنساخه واستخدامه في العلاج¹.

أما عن استنساخ الخلايا، فقد نجح بشكل كبير، فإستخدامها يتم بالتعاون مع الهندسة الوراثية لانتاج أنواع لها وظائف فيزيولوجية معينة، بعد تغيير بعض الأجزاء في حامض النوويك قابل للالتحام ثم استنساخ البكتيريا الجديدة ذات الصفات الفيزيولوجية الجديدة².

فمثلا تم تعديل الصفات الفيسولوجية لبعض أنواع البكتيريا لكي تنتج انسولين الآن في المعمل وهو ما يسمى بالانسولين البشري³.

ب-خطوات هذا النوع من الاستنساخ⁴

* الخطوات العملية المتبعة في الاستنساخ العضوي: ونخص بالذكر الخطوات المتبعة أول مرة لتجريب هذا النوع من الإستنساخ:

- أخذ خلايا العضو لإكثارها وتربيتها في جهاز مصنوع من مادة خاصة على شكل حامل.

- نقل الجزء الغضروفي الأدمي المتكون من الخلايا وزرعه في فأر ابيض.

- في غضون 6 أسابيع ظهرت أذن إنسان على الحيوان.

وهذا ما نشرته صحيفة الوطن الكويتية في عددها الصادر في 1997/04/06 ان طبيبا صينيا نجح في استنساخ أذن إنسانية بواسطة تجربة لتكاثر الخلايا واتبع الخطوات المبينة أعلاه⁵.

* الخطوات العملية المتبعة في الاستنساخ الجيني

استنساخ الجينات يكون عن طريق التحكم في وضعها وترتيب صيغها الكيميائية، بقطعها عن بعضها البعض ووصل المادة الوراثية المضيفة بالجينات المتبرع بها بإستخدام

¹ د. عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، المرجع السابق ، ص 424-425.

² راجع: د. شعبان الكومي أحمد فايد، مرجع سابق، ص 52.

³ راجع: د. شعبان الكومي أحمد فايد، مرجع سابق، ص 54

⁴ د شعبان الكومي أحمد فايد، نفس المرجع ص 55.

⁵ راجع: د. شعبان الكومي أحمد فايد، نفس المرجع، ص 56.

الطرق المعملية، بحيث ينتج عن ذلك الحصول على الجينات الجديدة، ومن ثم يمكن أن نستنسخ منها ما نريد¹.

* الخطوات العملية المتبعة في الاستنساخ الخلوي

ويتم بإفراد خلية واحدة معروفة التركيب والوظيفة والشكل، ومن ثم استنساخها بحيث لا تعطي إلا النوع نفسه، ويتم ذلك خلال تقنية زراعة الخلايا في الأوساط البيئية المحددة والمعروفة، ويكون التنسيل في هذه الحالة لمواصفات وخصائص معروفة، تتبع نفس الخلية المستنسخة، وقد طبق هذا النوع من الاستنساخ في مجالات عدة منها: معالجة الأجنة قبل ولادتها، وفي دراسة التمايز الخلوي والخلايا السرطانية².

وأهم المجالات التي تستخدم فيها تقنية الاستنساخ العلاجي لمكافحة الكثير من الأمراض وهي محاولة تنمية الأعضاء والاستفادة منها في عمليات الزرع، فبواسطة الخلايا الجذعية المستنسخة، يمكن علاج أمراض الجهازين العصبي والقلبي الوعائي، وداء السكري، واضطرابات المناعة الذاتية³.

ج- الحكم الشرعي لهذا النوع من الإستنساخ

اتفق فقهاء العصر على مشروعية هذا النوع من الاستنساخ، وذلك لما يحققه من مصلحة للبشرية، وكل ما يحقق مصلحة للبشرة مقصودة للشرع، كان مشروعاً إذا الشريعة قائمة على تحقيق مصالح العباد، ومصلحة الخلق في عمليات الاستنساخ العضوي للإنسان تظهر في أمور كثيرة منها⁴:

* الحفاظ على الحياة الإنسانية، إذ سيجد من فقد عضواً من أعضائه تتوقف حياته عليه، البديل له، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾⁵.

* التقليل إن لم يكن القضاء على التجارة الفاحشة في الأعضاء البشرية، وكذا ما يحدث من جرائم للحصول على أعضاء آدمية.

¹ د. عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، مرجع سابق، ص 425.

² راجع: عبد الناصر أبو البصل، عملية التنسيل وأحكامها الشرعية، مرجع سابق، ص 660. قوميدي الذوايدي، المرجع السابق، ص 390.

³ د. عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، مرجع سابق، ص 426.

⁴ د. شعبان الكومي أحمد فايد، مرجع سابق، ص 149-154.

⁵ سورة المائدة، الآية 32.

* هذا النوع من الاستنساخ يساعد في التغلب على ما يواجه زراعة الأعضاء من رفض الجسم للعضو المنزوع من الغير¹:

. غير أن إجازة هذا النوع من العمليات مقيدة بالقيود التالية:

* أن تكون من خلايا الانسان الذي كرمه الله تعالى ومنع المساس به إلا بحق.

* أن تكون حاجة ملحة لانتفاع الغير بالعضو المستنسخ.

* ان لا يترتب على انتفاع الغير بتلك الأعضاء ضرر أو نقل لمرض معدي، كان هذا العضو حاملا له.

* أن يأذن من استنسخ منه العضو للغير بالانتفاع به²

رابعا: موقف المشرع الجزائري من الاستنساخ

إن المشرع الجزائري لم ينص أبدا على موقفه من هذا التقنية -الاستنساخ- في جميع القوانين الجزائرية، ولم تصدر بهذا الشأن أي تعليمة أو قرار أو توصية من وزارة الصحة تمنع الأطباء من إجراء مثل هذه العمليات، وربما يرجع ذلك إلى استبعاد حدوث ذلك في بلادنا نظرا للنقص الهائل في الإمكانيات، أو لكون عملية الاستنساخ حديثة النشأة لم تصل إلينا بعد، ومع ذلك يمكن استخلاص رفض المشرع لأي تصرف يمس بذاتية الفرد، بالرجوع إلى مجموعة من القوانين كأخلاقيات الطب وقانون الصحة، وكذا قانون الاسرة، ففي قانون الصحة ومدونة أخلاقيات مهنة الطب، يتعارض مفهوم الاستنساخ مع نص المادة 07 من منه³، التي تحث الطبيب على الدفاع عن صحة الافراد البدنية والعقلية، ذلك أن العمل الطبي هو كل نشاط يرد على جسم الانسان أو نفسه يتفق في طبيعته أو كفاءته مع الأصول العلمية والقواعد المتعارف عليها نظريا وعلميا.

إضافة إلى نص المادة 06 التي تنص على انه يجب على الطبيب أن يمارس مهامه على أساس إحترام حياة وشخصية الانسان⁴.

¹ د. شعبان الكومي أحمد فايد، مرجع سابق، ص154

² د. شعبان الكومي أحمد فايد، نفس المرجع، ص154.

³ المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 05 محرم عام 1413هـ الموافق لـ 06 يونيو سنة 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية الجزائرية، ع 52.

⁴ المادة 06 من نفس المرسوم.

إضافة إلى أن الاستنساخ يتعارض أيضا مع نص المادة 03 من قانون حماية الصحة¹ وترقيتها التي تنص: " ترمي الأهداف المسطرة في مجال الصحة إلى حماية الانسان من الامراض والاطار وتحسين ظروف المعيشة والعمل على توفير العلاج"، ومن ثم فلا يمكن أن يكون الاستنساخ عمل طبي غرضه العلاج كونه يهتم كل القيم الإنسانية، فيهدم الابوة والبنوة ويشتت الاواصر وتختلط الحرمات.

أما في قانون الاسرة، فإن الاستنساخ البشري خاصة يتعارض مع الكثير من المفاهيم و المبادئ الهامة الواردة فيه، على رأسها الزواج والنسب، وعلى اعتبار ان الاستنساخ كما سبق واشرنا أن له علاقة مباشرة بالأسرة ونظامها، فيكون تنظيمه ضمن أحكام قانون الاسرة مثله مثل التلقيح الاصطناعي والام البديلة، بإعتبارهم صور معاصرة للحمل والانجاب، الامر الذي يحتم علينا الرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الاسرة، ومما سبق ذكره من الاحكام المتعلقة بمنع الاستنساخ شرعا بجميع صوره - كما اشرنا سابقا- فإننا نخلص إلى منعه قانونا أيضا، بإستثناء الإستنساخ الجيني و العضوي والخلوي متى روعيت فيه الشروط الواجب توافرها وفقا لما إتفق عليه الفقهاء .

الفرع الرابع: الهندسة الوراثية

سننتقل إلى تعريفها ومجالات إستخدامها وحكمها الشرعي.

أولاً: تعريف الهندسة الوراثية: لمعرفة المراد بهذا المصطلح نتوقف على بيان كل مفرداته

1- تعريف الهندسة

أ-لغة: مشتقة من الهنداز، وهي فارسية معربة، فأبدلت الزاي سينا، والمهندس هو المقدر لمجاري المياه واحتقارها حيث تحفر.

أ-اصطلاحاً: المبادئ والأصول العلمية المتعلقة بخواص المادة ومصادر القوى الطبيعية، وطرق استخدامها لتحقيق أغراض مادية².

¹ المادة رقم 03 قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق لـ 16 فبراير سنة 1985 المعدل و المتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2008، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

² سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، دار الكنوز إشبيلية، ط1، المملكة العربية السعودية، 1428هـ-2007م، ص22.

2- تعريف الوراثة

أ- لغة: ورث فلان أباه يرثه وراثته وميراثا، أي صار إليه ماله بعد موته.

أ- اصطلاحا: انتقال الصفات الوراثية من الأصول إلى الفروع، بحيث يحمل الولد نصف صفاته الوراثية من الاب، والنصف الآخر من الام¹.

وعلم الوراثة هو العلم الذي يبحث في تركيب المادة الوراثية ووظيفتها وطريقة انتقالها، وطبيعة انتقال الصفات والامراض من جيل لآخر².

3- تعريف الهندسة الوراثية

تعددت العبارات في تعريف الهندسة الوراثية على النحو التالي:

* "توجيه المسار الطبيعي لعوامل الوراثة إلى مسار آخر بقصد تغيير واقع غير مرغوب أو تحقيق وصف مطلوب"³.

* "إحدى تقنيات وتكنولوجيا الموروثات، وتتضمن نقل الموروثات، ويتم هذا بنقل جزء من الحامض النووي ADN من خلية نبات أو حيوان وإضافته إلى محتوى ADN الموجود في

إحدى الخلايا البكتيرية⁴.

* "نقل مقاطع من الحمض النووي لكائن حي ما، وإيلاجها في حمض كائن آخر لانتاج جزئ هجين"⁵.

ثانيا: مجالات استخدام الهندسة الوراثية وحكمها الشرعي

سنتحدث في هذا الصدد عن مجالات استعمال عملية التعديل للجينات الحاملة للصفات الوراثية (الهندسة الوراثية)، وكيفية الاستعمال، وبمأن هذا العلم يتعلق بالكائنات

¹ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، المرجع السلبق، ص 23.

² سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، نفس المرجع، ص 23.

³ د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 237.

⁴ د. عائشة أحمد سالم، نفس المرجع، ص 237.

⁵ د. عائشة أحمد سالم، نفس المرجع، ص 237.

الحية للإنسان والنبات والحوان، وبعد استقرار حالات استخدام تطويع الجينات والتحكم بها، وجد انها لا تتجاوز المجالات التالية سواء تعلقت بالإنسان او الحيوان او النبات¹:

* المجال الأول: العلاج والدواء وتشخيص الامراض.

* المجال الثاني: الإنتاج وزيادته في مجال الحيوان والنبات (وهي لا تتدرج ضمن إطار الدراسة)

* المجال الثالث: مسائل متفرقة متعلقة بالإنسان².

1- تشخيص الامراض ومعالجتها وصناعة الدواء

أ- تشخيص الأمراض: إذا امكن أخذ عينة من خلايا الجنين ،ودراسها بتحليل الصبغات (الجينات) الحاملة للصفات الوراثية، فهذا يساعدنا على معرفة معلومات عن هذا الجنين ،من حيث وجود امراض وراثية خطيرة أو عدمها، فهذه المسألة تفيد الابوين عند اتخاذ قرار اجهاض الجنين في مثل تلك الحالة، وكلما كان اكتشاف المرض مبكرا جدا كانت المسألة أسهل من الناحية الشرعية القانونية³.

ب- صناعة الدواء: فهناك عدة استعمالات لعملية تعديل المورثات (الهندسة الوراثية)، ومن اشهر هذه الصناعات: صناعة الانسولين، فبعد ان كان العلماء يحضرون الانسولين للاستعمال البشري من بنكرياس الحيوانات المذبوحة، فقد أصبح الآن يستخرج ويصنع هرمون الانسولين بواسطة التقنية الوراثية ،بكميات اكبر وضمن من حيث المخاطر التي كانت تحدث من جراء استخدام الانسولين الحيواني⁴.

أمّا طريقة الإستخراج ،فتتم عن طريق دمج (جين) الانسولين المستخلص من خلايا حيوان قريب للإنسان، من حيث المناعة أو من الانسان نفسه، مع خلايا بكتيرية معينة بواسطة جزيئات ناقلة، ثم تكثير (الجين) الانسولين الذي دخل ضمن الخلايا البكتيرية وتضاعفها ،وفق قوانين التنسيل ومضاعفة الخلايا البكتيرية⁵.

¹ راجع: د. عبد الناصر أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، المجلد 01، النفائس، ط1، د/بلد، 1421هـ، 2001م، ص699.

² د. عبد الناصر أبو البصل، نفس المرجع ، ص699.

³ سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، مرجع سابق، ص23.

⁴ د. عبد الناصر أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، مرجع سابق، ص 700-702.

⁵ د. عبد الناصر أبو البصل ، نفس المرجع، ص 702-703.

ومن خلال هذه العملية، تقوم المورثة (الجين) بحث الخلايا على افراز الانسولين، كما كانت الخلية الام التي استخلص منها الجين.

ج- العلاج بواسطة الهندسة الوراثية: فهناك نموذجان للعلاج بواسطة المورثات هما:

* علاج الشخص المصاب بمرض ما.

* معالجة الخلية التناسلية الملقحة¹.

ومايهما في هذه الدراسة هو النموذج الثاني: حيث يتم استخدام الهندسة الوراثية في علاج الخلية التناسلية التي تحتوي على جينات بها خلل أو مرض ما، عن طريق حقن الخلية التناسلية بجين سليم، ولهذه العملية عدة احتمالات:

الإحتمال الأول: أن يؤخذ الجين السليم من الزوج نفسه الذي لقحت بويضة زوجته بخليته التناسلية (حال قيام الزوجية)، وهذه حالة جائزة، بعد تطبيق ضوابط مسألة طفل الانبوب- الحالات جائزة شرعا المشار اليها سابقا- وإذا كان من الممكن استخدام الجين من خلية تناسلية من المرأة نفسها لعلاج الخلل في جين الخلية الملقحة، فهذا جائز أيضا لحصوله بين الزوجين².

الإحتمال الثاني: أن يؤخذ جين سليم من زوجة ثانية للرجل، بحيث يتم إجراء تلقيح بين بويضة رجل وزوجته الأولى، لتزرع بعدها الخلية الملقحة في رحم الزوجة الثانية. ولقد اختلفت آراء الفقهاء المحدثين في مسألة طفل الانبوب في هذه الحالة، حيث رأى بعضهم أن هذه الحالة جائزة على اعتبار انهم يجيزون أخذ البويضة كاملة وزرعها في رحم الزوجة الأخرى، ومن باب أولى يجوز أخذ جزء ضئيل جدا من تلك البويضة او الخلية. أما فريق آخر من العلماء وعلى راسهم مجمع الفقه الإسلامي فقالوا بتحريم هذه العملية وعدم جوازها شرعا³.

الإحتمال الثالث: أن يؤخذ الجين من رجل او امرأة أجنبية عن الزوجين صاحبي الخلية الملقحة، وهذه الحالة لا شك في حرمتها لأنها في حكم التلقيح بين خلية امرأة وماء رجل

¹ راجع: د. عبد الناصر أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، نفس المرجع، ص700. د. عارف علي عارف القرعة داغي، مسائل شرعية في الجنات الوراثية، سلسلة بحوث فقهية في قضايا طبية معاصرة 3، مجلس النشر العلمي الماليزي، ط1، 1432هـ - 2011م، ص14.

² راجع: د. عبد الناصر أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، مرجع سابق، ص701. د. عارف علي عارف القرعة داغي، مسائل شرعية في الجنات الوراثية، مرجع سابق، ص15.

³ د. عارف علي عارف القرعة داغي، مسائل شرعية في الجنات الوراثية، نفس المرجع، ص15.

أجنبي، مع الإشارة إلى أن الجين السليم لا يمكن أخذه إلا من خلية تناسلية الأمر الذي يؤكد الحرمة¹.

2- مسائل متفرقة متعلقة بالإنسان: من بين هذه المسائل إختيار جنس الجنين، وتدخل الهندسة الوراثية في مثل هذه الحالات يكون بعدة صور:

* تكشف الخلايا الانثوية الملقحة من الحيوانات الذكرية، فما وجد منها محتويا على الجنين المطلوب أخذ وزرع في الرحم، والأخرى تتلف وتهمل، ففي هذه الحالة تكون المسألة عبارة عن إنتقاء الذكور وإنتقاء الإناث حسب الطلب².

* أن يحث في الخلايا الذكرية عن الخلية الحاملة للصبغي "Y" ليزرع أو يدمج مع خلية الأنثى (البويضة) لينتج ذكرا، أو يؤخذ الصبغي "X" لينتج أنثى. وفي هاتين الحالتين تظهر عملية التحكم في جنس الجنين ظهورا تاما³، مما أثار جدلا ومحاوره حول شرعية هذه العملية بين العلماء:

حيث ذهب بعض العلماء المعاصرون إلى القول بجواز عملية إختيار الجنس، ولكن بشرط الضرورة وإن كان الأولى تركها لمشيئة الله وحكمته، وزاد بعضهم إشتراط إقتصار العملية على النطاق الفردي وليس على مستوى الامة، وإلا حدث إختلال وعدم توازن، خاصة وإن الظاهر من سلوك الناس في هذه الأيام، عدم إمكانية ضبطهم وإدعائهم للحاجة والضرورة التي دون سبب ودون مسوغ، يجعلنا نقول بتطبيق مبدأ سد الذرائع ومنع عملية التحكم المذكورة⁴.

ولقد قال المجلس الأعلى للصحة التابع لوزارة الصحة التركية: "إنه يتعين منع تحديد نوع الجنين قبل الحمل، ما لم تكن ثمة ضرورة طبية لذلك، وإن نوع الجنين ليس مرضا يجب تحديده والقضاء عليه قبل الحمل، ووفقا للقيم الشائعة فإنه يتعين على الأسر أن تقبل دون

¹ راجع: د. عبد الناصر أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، مرجع سابق، ص705.

² د. عارف علي عارف القره داغي، مسائل شرعية في الجنات الوراثية، مرجع سابق، ص16.

³ راجع: د. عبد الناصر أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، مرجع سابق، ص706.

⁴ راجع: ناهدة البقصي، الهندسة الوراثية و الأخلاق، علم المعرفة د/ط، الكويت، 1993، ص 189. د. عبد الناصر

أبو البصل، مرجع سابق، ص 720-721.

شروط جنس المولود المقبل، كما إن هذا الأمر قد يؤدي إلى إفساد التوازن الطبيعي بين تعداد الذكور والإناث في العالم"¹.

ثالثا: موقف المشرع من الهندسة الوراثية

إن المشرع الجزائري لم ينص أبدا على موقفه من هذا التقنية -الهندسة الوراثية- في جميع القوانين الجزائرية، ولم تصدر بهذا الشأن أي تعليمة أو قرار أو توصية من وزارة الصحة تمنع الأطباء من إجراء مثل هذه العمليات، وربما يرجع ذلك إلى استبعاد حدوث ذلك في بلادنا نظرا للنقص الهائل في الإمكانيات، مثلها مثل الإستتساخ.

أما في قانون الأسرة الجزائري، فإن الهندسة الوراثية يتعارض مع الكثير من المفاهيم و المبادئ الهامة الواردة فيه، على رأسها الزواج والنسب، الأمر الذي يحتم علينا الرجوع إلى أحكام المادة 222 من قانون الاسرة، ومما سبق بيانه من أحكام الهندسة الوراثية في الفقه فإننا نخلص إلى منعه قانونا بإستثناء الحالة التي يتم فيها استخدام هذه التقنية من أجل العلاج.

¹ ناهدة البقصي، المرجع السابق، ص 190.

الفصل الثاني

الحماية القانونية للحمل

الفصل الثاني: الحماية القانونية للحمل

بعد أن تطرقنا في الفصل الأول من هذه المذكرة، إلى ماهية الحمل وما إندرج ضمنها من عناصر بما فيها تعريف الحمل وأنواعه ومدته، بالإضافة إلى الحمل الطبيعي ومراحله والصور المعاصرة له. سنتعرض في هذا الفصل إلى الحماية المقررة لهذا الحمل، ويقصد بالحماية القانونية للحمل، تلك الحماية التي توفرها القوانين للحقوق، ويمكن تقسيم هذه الحماية إلى نوعين: الحماية المدنية والحماية الجنائية و هو ما سنحاول التطرق إليه بشيء من التفصيل.

المبحث الأول: الحماية المدنية للحمل.

الحماية المدنية للحمل تنقسم إلى قسمين حماية مدنية معنوية، أي حماية للمسائل الغير المادية أو تشمل حق النسب والأهلية والإسم، أما القسم الثاني فتتمثل في الحقوق المادية أي المالية و تشمل حق الميراث، الوصية، الوقف، الهبة و هذا ما سنتعرض له في المبحث الأول.

المطلب الأول: الحماية في المسائل غير المالية.

سنتناول في هذا المطلب حماية حق الجنين (الحمل) في النسب والأهلية.

الفرع الأول: النسب

إنَّ النسب يعتبر من بين الحقوق التي توقف للجنين وهو لا يزال حملاً، بإعتبار ما سيؤول إليه، وهو أن يولد حياً.
أولاً: تعريف النسب.

1-تعريف النسب لغة: فالنسب في اللغة يعني إتصال الشيء بالشيء¹.

2-تعريف النسب اصطلاحاً: أما في الإصطلاح فإن معناه غير بعيد عن معناه اللغوي، فهو يدور أيضا حول القرابة، و هو إحاق الولد بوالديه أو بأحدهما و لقد عرّفه الأستاذ غوثي بن ملحّة" رابطة الدم و القرابة التي توجد بين شخصين حيث أحدهما هو والد أو والدة للآخر"² و النسب هو صلة الإنسان بمن ينتمي إليهم من الآباء و الأجداد،و هو من النعم التي أنعم بها الله على عباده قَالَ تَعَالَى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾³.

و هو حق للأب و الأم معا قبل أن يكون حقًا للجنين، فحق الأب يتمثل في حماية ابنه من الضياع و أنه يترتب على ثبوت نسبه حقوق أخرى، و حق للأم لأنه جزء منها، و يعود عليه بالخير فلا يتعرض للضياع⁴.

¹ طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، د /ط، مصر، 2013، ص3.

² طفياني مخطارية، نفس المرجع، ص4.

³ سورة الفرقان، الآية 54.

⁴ د.عائشة أحمد سالم، مرجع سابق ص 82.

ثانيا: ثبوت النسب

سنتطرق إلى ثبوت النسب من الحمل الطبيعي، وكذا النسب في الحمل الصناعي من المنظور الفقهي والقانوني.

1- النسب من الحمل الطبيعي

كما أشرنا سابقا أن التلقيح الطبيعي هو الأصل الذي جعله الله تبارك وتعالى بحكمته الطريق الأصلي للإنجاب و التناسل، و يكون نتيجة ذلك تلقيح بويضة المرأة بالحيوان المنوي للرجل، غير أنه ليست كل علاقة جنسية بين رجل و امرأة يثبت بها النسب، فهنا سنتطرق إلى ثبوت النسب من الحمل الطبيعي من الناحية الفقهية والناحية القانونية.

أ- النسب من الحمل الطبيعي في الفقه الإسلامي

سنتعرض إلى ثبوت النسب من الزواج الصحيح، والزواج غير الصحيح، وكذا النسب الناتج عن علاقة الزنا .

* النسب من زواج صحيح

نظرا لأهمية النسب و ضرورته للإنسان، أحاطه الشرع بسياج قوي من القواعد و القيود، يجعل من الصعب تجاوزها و التلاعب بها، و يبين الطرق الشرعية السليمة لإثبات ذلك، ومن هذه الطرق بل أقواها هي طريقة النكاح الشرعي الصحيح، بين الرجل و المرأة¹، و هنا سنوضح ثبوت الحمل من النكاح الشرعي فيما يلي:

- الأصل في مشروعية ثبوت النسب في النكاح

و يتمثل الأصل في مشروعية ثبوت النسب في النكاح، القرآن و السنة، و الإجماع، فمن القرآن، قَالَ تَعَالَى: ﴿أَدْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَاخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾².

¹ د. خالد محمد صالح، مرجع سابق ص 153.

² سورة الاحزاب الآية 5.

ومن السنة قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ: "الْوَالِدُ لِلْفِرَاشِ وَ لِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ"¹. والمقصود بالفراش المرأة التي يفتريشها زوجها و يستمتع بها. أمّا من الإجماع، فقد أجمع العلماء على إثبات نسب الحمل المتولّد عن زواج صحيح للأب صاحب الفراش و هو الزوج، مالم ينفه بالطرق الشرعية لذلك.

- شروط إثبات النسب من الزواج الصحيح

بعد إتفاق الفقهاء على أن الولد الذي تأتي به المرأة المتزوجة زواجا صحيحا و يقصد به الزوجية القائمة بين الرجل و إمرأته حين إبتداء الحمل، على أساس عقد الزواج الصحيح و الذي استوفى جميع شروط الإنعقاد الصحة، فقها و هذا فهو بهذا المعنى يكون صالحا لإثبات النسب، دون الحاجة إلى أخذ الإعتراف ممن ثبت له النسب و لكن إشتراط لذلك مجموعة من الشروط:

• **الشرط الأول:** أن يكون الزوج ممن يتصور منه الحمل عادة، بأن يكون بالغا أو مراهقا فإن كان صغيرا أو لم يلتق بزوجته أصلا، لم يثبت عند جمهور الفقهاء². فلا يثبت النسب من الصغير غير البالغ حتى ولو ولدته أمّه لأكثر من ستة أشهر من تاريخ عقد الزواج، و لا يثبت النسب في رأي المالكية من المجهول الممسوح، و هو الذي قطع عضوه التناسلي و أنثياه، أما الخصي و هو من قطعت أنثياه أو اليسرى فقط، فيرجع في شأنه للأطباء المختصين، فإن قالوا يولد له ثبت النسب منه و إن قالوا ألا يولد له لا يثبت النسب منه³.

• **الشرط الثاني:** أن يولد الولد بعد ستة أشهر من وقت الزواج عند الحنفية و من إمكان الوطء في رأي الجمهور، فإن ولد لأقل من الحمل به يكون قد حدث قبل الزواج. و بالتالي يجب أن يولد بين أقل مدة الحمل⁴، و أقصاها، و هي المسألة التي سبق الإشارة إليها⁵.

¹ د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2004، ص 142.

² د. وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، مرجع سابق، ص 672.

³ د. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 672.

⁴ د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 142 د. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 1424 هـ - 2008 م، ص 231.

⁵ راجع الصفحات 12 إلى 19 من هذه المنكرة.

• **الشرط الثالث:** ألا ينفيه الأب بالطرق المشروعة و الطريق المشروع لنفي الولد هو اللعان، فإذا نفاه نفيا معتبرا فإن عليه أن يلاعن، و النفي المعتبر أن لا يسبق منه ما يدل على الإقرار بالولد فإذا صدر منه ما يدل على الإقرار الصريح أو الضمني بالنسب فإن النفي بعد ذلك لا يعتبر، لأن النسب إذا ثبت بالإقرار لا يقبل النفي بعد ذلك. و الخلاصة أنه لا يتم نفي الولد، إلا بشرطين - أولهما - أن لا يسبق منه إقرار به و - ثانيهما - أن يلاعن¹.

• **الشرط الرابع:** إمكان تلاقي الزوجين بعد العقد، إذ أنّ اشتراط تصور الحمل من الزوج لا يكفي وحده لإلحاق النسب به، و لقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط على النحو التالي:

حيث قال الحنفية: إن مجرد الفراش أي العقد وحده كاف لإلحاق النسب بالزوج صاحب الفراش و لو لم يعقب عقد الزواج دخول الزوجة، إذا ولدته لستة أشهر من تاريخ العقد، كأن يتزوج مشرقياً مغربية و لو لم يلتقيا في الظاهر مدة سنة، فولدت ولدا لستة أشهر من تاريخ الزواج يثبت النسب و في هذا إحتياط للولد و عدم ضياعه و ستر على العرض، و منع وقوع مشكلة اللقطاء فيلحق الولد بمن له زوجة صحيحة، فإن تيقن الزوج أنّ الولد ليس منه فله أن ينفيه باللعان².

و رفض الأئمة الثلاث هذا المنطق، و قالوا يشترط إمكان التلاقي بالفعل أو الحس و العادة وإمكان الوطء و الدخول، لأن الإمكان العقلي و الذي قال به الحنفية نادر، ولا يصح أن يكون له دور في نطاق العقود الظاهرة، و الأحكام إمّا أن تبنى على الكثير الغالب و الظاهر المشاهد لا القليل النادر، فلو تأكد عدم اللقاء بين الزوجين فعلا، فلا يثبت نسب الولد من الزوج³، وهو نفس ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية، أنّ النكاح الصحيح سبب لثبوت النسب بشرط الدخول الحقيقي و إمكانية التلاقي⁴.

¹ الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 390، د. نور الدين أبو لحية، أحكام الطلاق و الفسخ و آثارهما برؤية المقاصدية، دار الأنوار، ط2، د/د، 1436هـ - 2015م، ص 379.

² أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 37.

³ د هبة الزحلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، مرجع سابق، ص 683.

⁴ د، محمد صبحي نجم، محاضرات في قانون الأسرة، ديوان المطبوعات الجامعية، د/ط، الجزائر، 1994، ص29.

- وقت ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج صحيح

و الفرقة إمّا تكون قبل الدخول أو بعد الدخول.

• **المرأة التي طلقها زوجها قبل الدخول بها:** إذا طلق الرجل زوجته قبل الخلوة والدخول، ثم ولدت ولدا بعد الطلاق، فإن أتت به قبل مضي ستة أشهر من تاريخ الطلاق، ثبت نسبه من الزوج للتيقن بأنها حملت به قبل الفرقة¹. وإن أتت به بعد مضي ستو أشهر أو أكثر من تاريخ الطلاق، فلا يثبت نسبه من الزوج، إذ لا يتيقن بحدوث الحمل قبل حصول الفرقة بينهما².

• **المرأة التي طلقها زوجها بعد الدخول بها:** إذا طلق الرجل زوجته بعد الدخول أو الخلوة سواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً أو مات عنها، فإن أتت المرأة بولد بعد الطلاق أو الوفاة يثبت نسبه من الزوج، إذا ولدته قبل مضي أقصى مدة الحمل من طلاق أو وفاة و أقصى مدة الحمل، و التي قام بشأنها إختلاف بين الفقهاء³، فقد سبق الإشارة إليها في المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول.

أمّا إن ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل من يوم الطلاق أو الوفاة فلا يثبت نسبه من الزوج المطلق أو المتوفي، و هذا رأي الجمهور⁴.

و فصل الحنفية بين الطلاق الرجعي و الطلاق البائن فقالوا:

إن كان الطلاق رجعياً، ولم تقر المرأة بإنقضاء عدتها، ثبت نسب الولد من الزوج سواء أتت به قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق، أو بعد مضي سنتين أو أكثر، لأنّ الطلاق الرجعي لا يحرم المرأة على زوجها، فيجوز له الإستمتاع بها ويكون ذلك رجعة⁵.

أمّا إذا أقرت المطلقة رجعياً بإنقضاء عدتها من مطلقها، ففي هذه الحالة يشترط الأحناف أن تكون المدّة بين طلاقها و إقرارها بإنقضاء عدتها تحتل صدقها في هذا الإقرار،

¹ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مجلد 4، ص 521.

² د وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، المرجع السابق، ص 684.

³ د وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 685.

⁴ د وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 685، أحمد ابن عبد الله ابن أحمد البعلبي، الروض الندي، شرح كافي المبتدئ، المجلد الثاني، دار النوادر، د/ط، د/بلد د/سنة، ص 864.

⁵ الموسوعة الفقهية، حقد - حيوان، مرجع سابق ص 144، د - نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص 551، أبي عبد الله محمد ابن أحمد ابن عمر الوانوعي التونسي المالكي، تعليقة الوانوعي على تهذيب المدونة، المجلد الأول، د/دار الطبع، ط1435هـ - 2014م، ص402.

ثم جاءت بمولود لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها، هذا المولود يثبت نسبه من المطلق رغم إقرارها بإنقضاء عدتها، لأن ولادتها لأقل من ستة أشهر من وقت إقرارها بإنقضاء عدتها، دليل على أنها كانت حاملا وقت الإقرار، أمّا إن كانت الولادة لستة أشهر فأكثر، فلا يثبت نسبه منه إلا إذا إدّعه .¹

إن كان الطلاق بائنا، أو كانت الفرقة بسبب وفاة الزوج، ولم تقر بإنقضاء العدة، فلا ينسب الولد إلا إذا أتت به قبل مضي سنتين من تاريخ الطلاق أو الوفاة، لأن أقصى مدة الحمل عندهم سنتان، فإن أتت به في هذه المدة و كان هناك احتمال بأنها حملت به من الزوج قبل الطلاق أو الوفاة، فيثبت نسبه منه، فما دام الإحتمال قائما فالنسب يثبت إحتياطيا، أمّا إذا جاءت بالمولود لأكثر من سنتين من وقت طلاقها لا يثبت نسبه للمطلق لليقين أن العلوق به كان بعد الطلاق.²

أمّا إذا أقرت بإنقضاء عدتها فإنه ينظر إلى إقرارها و المدة تحتمل إنتهاء العدة فيها، فإن كذبها الشرع من هذا الإقرار، بأن جاءت بمولودها لأقل من ستة أشهر من هذا الإقرار، يثبت نسب ولدها من مطلقها بظهور خطئها في إقرارها أو كذبها، أما إذا جاء الولد لستة أشهر فأكثر من وقت إقرارها بإنقضاء عدتها لا يثبت نسب ولدها هذا من مطلقها.³

• إثبات نسب ولد معتدة الغائب: فيما يخص معتدة الغائب التساؤل هنا ماهو الحكم إذا

تزوجت هذه المرأة بغير زوجها، زواجا صحيحا شرعيا ثم جاءت بمولود، ثم ظهر

الزوج الغائب فبمن يلحق نسب هذا المولود؟

لقد ورد عن أبي حنيفة روايتان: أحدهما، أن الولد يلحق نسب الزوج الأول الذي عاد بعد الحكم بموته، يستوى في ذلك أن تكون الولادة قبل او بعد ستة أشهر من تاريخ الزواج الثاني ففراشه فاسد، و الولد للفراش الصحيح⁴، و الرواية الأخرى: إذ تقول زوجة الغائب بعد زواجها من غيره، فما تأتي به من أولاد ينسبون إلى الزوج الثاني، لأن هذه المرأة جاءت بالولد لستة أشهر فأكثر من زواجها الثاني فثبت نسب من هذا الزوج لأن العلوق هنا متصور من الزوج الثاني، أمّا إذا جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر فإن الولد لا يثبت نسبه

¹ الموسوعة الفقهية ، حقد - حيوان، نفس المرجع، ص 144، د - نور الدين أبو لحية، نفس المرجع، ص 551.

² د.وهبة الزحلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج7 ، مرجع سابق ، ص 685.

³ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق ص 54.

⁴ أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 68.

للزوج الثاني و إنما ينسب للزوج الغائب الذي عاد بعد الحكم بموته، فهو صاحب الفراش وعلى هذا جمهور الفقهاء¹.

***النسب من الزواج غير الصحيح:** الزواج غير الصحيح، هو ذلك الزواج الذي غاب عنه ركنًا من أركانه أو أحد شروط الصحة التي يشترطها العقد ذاته، و في هذا الصدد سنتطرق إلى الزواج غير الصحيح الذي يثبت به النسب بما في ذلك الزواج الفاسد، و الدخول بشبهة بالإضافة إلى الزواج الباطل.

- **الزواج الفاسد:** قبل التطرق للزواج الفاسد كسبب لثبوت النسب لا بد من معرفة المقصود به.

• **المقصود بالزواج الفاسد:** هو الزواج الذي إستوفى أركانه و شروط إنعقاده و لكنه فقد شرطًا من شروط الصحة، كالزواج بغير شهود و الجمع بين الأختين و الزواج الفاسد أو الباطل معنى واحد عند الجمهور ما عدا الحنفية، و عند المالكية فإن الزواج الباطل أو الفاسد هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته²، و عليه فإن الزواج الفاسد يترتب عليه مجموعة من الآثار سواء إذا تم الدخول أو لم يتم الدخول، و لعلّ ما يهمننا من هذه الآثار النسب.

• شروط إثبات النسب من الزواج الفاسد

الزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح لأن النسب يحتاط في إثباته إحياء للولد و محافظة عليه، و يشترط لثبوت النسب بالزواج الفاسد مجموعة من الشروط:

الشرط الأوّل: تحقق الدخول بالمرأة أو الخلوة بها في رأي المالكية، فإن لم يحصل الدخول أو الخلوة بعد زواج فاسد، لم يثبت نسب الولد، و الخلوة في الزواج الفاسد كالخلوة في الزواج الصحيح لإمكان الوطء في كل منهما، و إشتراط الحنفية حصول الدخول فقط، أمّا الخلوة فلا تكفي في ثبوت النسب بالزواج الفاسد، لأنه لا يحل فيها الوطء بين الرجل و المرأة³.

1 أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 68.

2 عبد الله خليل إبراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في الفقه و التشريع كلية الدراسات، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين 2010 ص 55.

3 د. محمد صبحي نجم، مرجع سابق، ص 28.

الشرط الثاني: أن يكون الرجل ممن يتصور منه الحمل، بأن يكون بالغاً عند المالكية والشافعية أو مراهقاً¹ عند الحنفية و الحنابلة ، فإن كان الرجل صغيراً أو لم يصل إلى درجة البلوغ فلا يثبت النسب له حتى ولو ولدته المرأة - في الزواج الفاسد - لأكثر من ستة أشهر².

الشرط الثالث: أن تلد المرأة بعد ستة أشهر أو أكثر، من تاريخ الدخول أو الخلوة عند المالكية، و من تاريخ الدخول عند الحنفية فلو ولدت المرأة ولد قبل مضي ستة أشهر من الدخول، أو الخلوة لا يثبت نسبه من الرجل، أما إذا ولدته بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الدخول أو الخلوة ثبت نسبه من الرجل³. ولا ينفى نسبه عن الرجل إلا باللعان، في رأي المالكية و الشافعية و الحنابلة، و لا ينفى نسب و لد اللعان في رأي الحنفية لأن اللعان لا يصح عند الحنفية إلا بعد الزواج الصحيح و الزواج هنا فاسد⁴. فإذا تحققت الشروط السابقة، ثبت النسب من الرجل من غير حاجة إلى دعوة أي من غير حاجة إلى إقرار من الرجل.

• وقت ثبوت النسب بعد الفرقة من زواج فاسد

إذا كان النسب عند جمهور الفقهاء يثبت بالزواج الفاسد، فإنهم اختلفوا في الوقت الذي يعتد به لثبوت النسب.

إذا حدثت الفرقة بعد زواج فاسد بعد الدخول أو الخلوة في رأي المالكية، ثم ولدت المرأة قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفرقة ثبت نسبه من الرجل و إن ولدته بعد مضي أقصى مدة الحمل، لا يثبت نسبه منه⁵، و أقصى مدة الحمل كما بيّنا من قبل في العنصر المتعلق بأقصى مدة الحمل، و هي أربعة سنين في رأي الشافعية و الحنابلة، و خمسي سنين في رأي المالكية و سنتان في رأي الحنفية و سنة شمسية لدى بعض القانونيين و الأطباء⁶.

¹ المراهق عند الحنفية هو من بلغ سن الثامن عشر من عمره.

² أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 80.

³ أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 80.

⁴ د. وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج7، مرجع سابق، ص 687.

⁵ د. وهبة الزحلي، نفس المرجع، ص 687.

⁶ د. وهبة الزحلي، نفسه، ص 687.

ملاحظة: إذا كان النكاح مختلفا في فساده، فإنّ نسب الحمل يلحق بالزوج، سواء كان الزوج عالما بفساده او لم يعلم، و أما إذا كان النكاح متققا على فساده، و علم الزوج بفساده فلا يلحق به نسب الحمل، و أمّا إذا ادّعى الجهل بفساده و كان لجهله مبرّر و رأى القاضي في الحكم تصديقه فيما إذا يدّعه فيمكن إلحاق النسب به لعذره بالجهل¹.

- **الوطء بشبهة:** سنتطرق إلى مفهوم الدخول بشبهة ثمّ سنتطرق إلى تبيانه كسبب من أسباب ثبوت النسب.

• **المقصود بالدخول بشبهة:** الوطء بالشبهة هو الإتصال الجنسي غير الزنا، وليس بناء على عقد زواج صحيح أو فاسد، مثل المرأة المزفوفة إلى بيت زوجها دون رؤية سابقة، و قيل أنها زوجته فيدخل بها و مثل وطء امرأة يجدها الرجل على فراشه فيظنها زوجته، و مثل وطء المطلقة طلاقا ثلاثا أثناء العدة على إعتقاد أنها تحل له².

وعليه المقصود بالشبهة الامر الذي يشبه الثابت و هو ليس بثابت فيه و أصل ذلك قوله صلى الله عليه و سلم " إدروا الحدود بالشبهات ما استطعتم "³.

وللدخول بشبهة ثلاثة أنواع، فالشبهة إمّا أن تكون شبهة ملك أو شبهة عقد أو شبهة فعل.

شبهة الملك: أو شبهة المحل و حاصلها أن يشتهب الدليل الشرعي على رجل فيفهم منه وقاع المرأة في حين أنّه غير مباح له، و هذا الدليل ينفي الحرمة و مثاله من وطء بآمة ولده لا يجب عليه الحد لقيام الشبهة في المحل و هو الآمة الموطوءة لقوله صلى الله عليه و سلم " أنت و مالك لأبيك "⁴.

شبهة العقد: و هو إبرام الرجل عقد زواج على امرأة و بعد الدخول بها يتبيّن له الشبهة في العقد، كازواج بإحدى المحرّمات أخته من الرضاعة مثلا⁵.

¹ د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 373.

² طفياني مخطارية، مرجع سابق، ص 46. حورية مالكي، نسيم شيشة، مجهولي النسب في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، 2014-2015، ص 32.

³ بوجمان سولاف، إثبات النسب، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، 2005-2008 ص 24.

⁴ بوجمان سولاف، مرجع سابق، ص 24.

⁵ مخبي ريمة، بوتهلولة علاء، إثبات النسب في ضوء التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة الدراسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 5، 2004-2007، ص 17.

شبهة الفعل: و فيها يعتقد الشخص حل الفعل، و يظن في نفسه أن الحرام حلال من غير دليل قوي أو ضعيف، فالواطء هنا ظنّ حل الوطء، و لذلك كانت الشبهة في الفعل و ليست في محل الوطء كأن يأتي الزوج زوجته التي طلقها ثلاثا في العدة¹.

• حكم النسب من الوطء بشبهة

سنبيّن حكم النسب فيما يتعلّق بكل قسم من أقسام الشبهة، حيث تعددت آراء الفقهاء حولها، فمنهم من أثبت به النسب ومنهم من لم يثبت.

النسب من شبهة الفعل: يرى بعض الفقهاء عدم ثبوت النسب، لأن شرط ثبوته أن يكون هناك ملك أو حقّ في المحل، أي أن يكون هناك عقد، إذ أنّ هذا لا يثبت بغير الفراش أو شبهة الفراش وعلى ذلك فإنّ الفعل يعتبر زنا، ويجب الحدّ على الفاعل إذا لم يدّع ظنّ الحل، أمّا إذا ادّعى ظنّ الحل فإنّ الحدّ يسقط بالشبهة التي قامت في ذهن الفاعل². غير أن هناك بعض الفقهاء يخالفوهم في ذلك، إذ يقولون في من زفّت له غير إمرأته و قيل له هذه إمرأتك فوطئها فهي شبهة في الفعل، و النسب هنا يثبت للولد الحاصل من وطء فيه³.

النسب من شبهة العقد: فيها يسقط الحدّ عن الفاعل، وإذا قال علمت أنّها حرام ثبت النسب، لأنّ الوطء تعلّقت به شبهة كمن عقد على إحدى محارمه من النسب أو الرضاع أو المصاهرة وهو يعلم ذلك فيطؤها بهذا العقد، وهذا رأي أبوا حنيفة⁴. وهو ما خالفه فيه أصحابه أبو يوسف ومحمد إن الحسن وكذلك المالكية والشافعية والحنابلة فهم يوجبون الحدّ و لا يثبتوا النسب ما دام الواطء عالما بالحرمة، أمّا إذا لم يكن عالما بذلك، فالحكم نفس ما ذهب إليه أبوا حنيفة فيثبت النسب و يدرأ الحد⁵.

النسب من شبهة المحل "الملك": إنّ النسب يثبت للولد الحاصل في الوطء بناء عليها إن ادّعاه الواطء، وذلك لأنّ الفعل ليس بالزنا لوجود الشبهة في المحل ويكون نسب به، لأنّ

¹ مخبي ريمة، بتهلولة علاء، المرجع السابق، ص 18.

² بوجمان سولاف، مرجع سابق، ص 24.

³ طفياني مخطارية، مرجع سابق، ص 48.

⁴ أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 90.

⁵ أحمد نصر الجندي، نفس المرجع، ص 90.

النسب يحتاط في إثباته فيكون مع هذه الشبهة التي لا تقوم على ظنّ الفاعل، بل على أنّ الفعل على ذاته حلال بدليل شرعي قد يفيد الحل¹.

و قد ذهب الدكتور وهبة الزحيلي إلى القول أنّه إذا أتت المرأة بولد بعد مضي ستة أشهر، أو أكثر من وقت الوطء ثبت نسبه من الواطء للتأكد أنّ الحمل منه، وإن أتت به قبل مضي ستة أشهر، لا يثبت النسب منه للتأكد أنّ الحمل حدث قبل ذلك. إلا أنّه إذا إدّعاه ثبت نسبه منه، قد يكون وطءها قبل ذلك بشبهة أخرى². وإذا ترك الرجل الموطوءة عن شبهة ثبت النسب من الواطء، كما يثبت بعد الفرقة من زواج فاسد، أمّا إذا حدث الوطء بغير شبهة و إنّما بالزنا، فلا يثبت نسب الولد من الزّاني، للحديث السابق "الولد للفراش وللعاهر الحجر"³

- الزواج الباطل: سنتطرق في هذا الصدد إلى تعريف الزواج الباطل ثمّ إلى حكم النسب الناتج عنه.

• المقصود بالزواج الباطل: هو العقد الذي إختلّ ركنه أي فقد ركنًا من أركانه الأساسية أو أحد شروط الصّحة اللاّزمة لإنعقاده، والبطلان يختلف عن الفساد، فالبطلان هو عدم موافقة أمر الشارع من حيث أصله أي أنّ أصله ممنوع، أو أنّ الشرط الذي لم يستوفه مغلّ بأصل الفعل. بخلاف الفساد، فإنّه في أصله موافق لأمر الشارع ولكنّ وصفه غير المخل بالأصل هو المخالف لأمر الشارع⁴.

ونشير هنا أنّ الزواج الباطل يختلف في مفهومه بين الحنفية وجمهور الفقهاء، فالزواج الباطل عند الحنفية هو الذي حصل خلل في ركنه أو في شرط من شروط إنعقاده كزواج الصبي غير المميّز والزّواج بصيغة تدلّ على المستقبل والزواج بالمحارم وزواج المسلم بغير المسلمة ونحوها⁵.

¹ بوجمان سولاف، مرجع سابق، ص 24.

² د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق، ص 688.

³ د. وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ص 688.

⁴ محمد خليل إبراهيم، مرجع سابق، ص 56.

⁵ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق، ص 112.

أما الزواج الباطل عند الجمهور فهو بمعنى واحد مع الزواج الفاسد. فالزواج الباطل والفاسد عند المالكية هو ما حصل خلل في ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته، وهو ينقسم إلى نوعين:

زواج إتفق العلماء على فساده، كالزواج بإحدى المحارم من نسب أو رضاع أو مصاهرة¹، و زواج إختلف الفقهاء في فساده، و هو ما يكون فاسدا عند المالكية و صحيحا عند بعض الفقهاء بشرط أن يكون الخلاف قويا كزواج المريض فإنه لا يجوز على المشهور عند مالك، فإن كان الخلاف ضعيفا كزواج المتعة، و زواج المرأة الخامسة كان من المجمع على فساده².

• **حكم النسب من الزواج الباطل:** إن الزواج الباطل لا يترتب عليه شيء من آثار الزواج الصحيح، بل يعتبر وجوده كعدمه. و يجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال، لأن الأصل في العلاقة بين الرجل و المرأة هاهنا هو التحريم، فلا يجب به مهر و لا نفقة و لا طاعة و لا يثبت به توارث و لا مصاهرة، و هو نفس ما ذهب إليه الحنفية و هذا في حالة إذا لم يتم الدخول³.

و لكن إذا حصل دخول فهنا تترتب بعض الآثار الشرعية، فيجب على كل من الزوجين أن يفترقا في الحال، فيفترق القاضي بينهما، و حينئذ يثبت النسب، و هذا في حالة إذا لم يثبت العلم بتحريم الدخول، فإذا ثبت العلم و تم الدخول كان بمنزلة الزنا و لا يترتب الجهل عذرا إذا كان إدعائه لا يقبل من مثل مدعيه فلا تثبت العدة، و متى غمض الأمر و كان شبهة قوية إعتدت المرأة عند المذهب الحنفي⁴.

أما عند المالكية فإن من الأحكام الناتجة عن الزواج الباطل ثبوت النسب للولد من أبيه إن كان العقد مختلفا في فساده و كذا إن كان متفقا على فساده و لم يعتبر الوطء زنا إذا لم يكن الرجل عالما بالحرمة، فإن كان بالحرمة إعتبر زنا ووجب الحد و لا يثبت النسب⁵.

¹ د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 687.

² د وهبة الزحيلي، نفس المرجع ، ص 112.

³ الإمام محمد أبو زهرة ،المرجع السابق ، ص 148.

⁴ د. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون ، دار الحمد ، ط1 ، د/بلد، 2009 ، ص31.

د.بلحاج العربي، مرجع سابق ، ص 153.

⁵ راجع: د، وهبة الزحلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، مرجع سابق، ص 112-115.

* النسب من علاقة الزنا

لقد أولت الشريعة الإسلامية بالغ الإهتمام في تكوين الأسرة التي تتسم بالعفاف والطهارة، وعدم إختلاط الأنساب فحرّم الإسلام كل ما من شأنه أن يوجب الزنا والتبني كما حرّم نفي الولد لمجرد الشك، و جعل للزنا عقوبة رادعة¹ قَالَ تَعَالَى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَلَيْشَهِدَ عَذَابُهُمَا طَافِقَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾²، هذه العقوبة إذا كان الزاني غير محصن، أما إذا كان محصن فعقابه الرجم، كما قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " لا يزني الزاني حين يزني وهو مؤمن" و غيرها العديد من الآيات الكريمة و الأحاديث النبوية الشريفة التي جاءت على تحريم الزنا بإعتباره فاحشة و ساء سبيلا، وهذا التحريم هو نوع من الحماية للأسرة و الأنساب، و انطلاقا مما سبق سنتطرق لتعريف الزنا ثم إلى حكم النسب الناتج عن علاقة الزنا³.

- تعريف الزنا: فلقد عرفها الحنفية بأن " الزنا وطء في القبل خال من الملك و شبهته "، أما المالكية فعرفها أنها " وطء مكلف مسلم أو ذمي أو فرج آدمي لا ملك له فيه بإتفاق تعمداً" و عرفه ابن رشد " كل وطء وقع على غير نكاح صحيح و لا شبهة نكاح و لا ملك يمين" و عرفها الشافعية " إيلاج خشفة أو قدرها من الذكر المتصل الأصلي الواضح و لو أشل و غير منتشر بفرج محرم لعينه خال عن الشبهة مشتهى يوجب الحد"، أما الحنفية فعرفها على أنها " فعل الفاحشة في القبل أو الدبر"⁴.

¹ أبو الوليد محمد ابن أحمد ابن رشد الحفيد ، مرجع سابق، ص363 . د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 102.

² سورة النور، الآية 2.

³ د.علي الشيخ إبراهيم المبارك ، مرجع سابق، ص 102.

⁴ أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير قسم الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2008، ص 11-12. أبو الوليد محمد ابن أحمد ابن رشد الحفيد، المرجع السابق، ص 362.

- حكم النسب من علاقة الزنا

• نسب ولد الزنا من جهة الأب

لا شك في أنّ النسب الذي يثبت للواطىء في النكاح الصحيح نعمة من عند الله على الإنسان، فيه دوام النسل و دوام القرابة و التواصل، و طريق النعم في الطاعات و فيما أباحه الله للإنسان¹.

و لقد إتفق الفقهاء على أنّ الزنا لا يثبت نسبا، مستددين في ذلك على قوله صلى الله عليه و سلم " الولد للفراش و للعاهر الحجر" و لأنّ ثبوت النسب هو نعمة، و الزنا بهذا المعنى جريمة و الجريمة لا تثبت النعمة بل يستحقّ صاحبها النقمة. و الزنا الذي لا يثبت نسبا هو الفعل الخالي من أيّ شبهة مسقطه للحد².

و لقد ذهب الحنفية أنّه إذا ادّعى شخص نسب ولد يولد لمثله، و كان مجهول النسب يثبت نسبه بشرط أن لا يذكر أنه ولده من الزنا، فإن ذكر ذلك لا يثبت³.
أمّا عند المالكية لإثبات النسب في هذه الحالة لا يكفي أن لا يذكر أنّه من الزنا، بل لا بدّ أن لا يعرف كذبه بقرينة، بأن يكون الولد مثلا لقيطا⁴.

• نسب ولد الزنا من جهة الأم

فقد إتفق أصحاب المذاهب الأربعة و الظاهرية على أن نسب ولد الزنا يلحق بأمّه كما يلحق ولد الملاعنة، لأنّ النسب من جانب الام لا يحتاج إلى إثبات لأنّه بمجرد الميلاد يكون منسوباً بأمّه فقد ثبت عن الرسول صلى الله عليه و سلم أنّه ألحق ولد الملاعنة بأمه، فعن ابن عمر - رضي الله عنهما، أنّ النبي صلى الله عليه و سلم " لاعن بين رجل و إمرأته فرق بينهما، و ألحق الولد بالمرأة " أي أنّه صرف نسبه إلى أمّه⁵.

¹ د خالد محمد صالح، مرجع سابق ، ص 315.

² الإمام محمد أبو زهرة، مرجع سابق ، ص 388.

³ د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج9، مؤسسة الرسالة، ط1، سوريا 1413هـ - 1992 م، ص381.

⁴ د. عبد الكريم زيدان، نفس المرجع، ص381.

⁵ أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين، مرجع سابق، ص59-60 . أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص92. د. بن شويخ رشيد، مرجع سابق، ص236. د. عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص 382.

و نشير في هذا الصدد و إن كان النسب لا يثبت بالزنا إجماعا، و النصوص المتواترة و مع ذلك فإنّ عدم ثبوت النسب شرعا لا يخلي الأب من المسؤولية شرعا و عرفا، و لهذا فقد ذهب العلماء إلى تحريم التناكح بينهما فتحرم البنت من الزنا على الزاني¹.

ب- موقف المشرع الجزائري من نسب الحمل الطبيعي

سنتطرّق لموقف المشرع الجزائري من النسب الناتج عن الحمل الطبيعي في كل من النسب من الزواج الصحيح و النسب من الزواج الغير الصحيح، بالإضافة إلى النسب من علاقة الزنا.

* **موقف المشرع الجزائري من نسب الزواج الصحيح:** لقد عرّفت المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري الزواج على أنّه عقد رضائي يتم بين رجل و امرأة على الوجه الشرعي، و من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرّحمة و التعاون و إحسان الزوجين و المحافظة على الأنساب.

و عليه فإنّ الحمل ينسب إلى والده متى كان الزواج صحيحا من النّاحية القانونية و لكي ينشأ عقد الزواج صحيحا و يجب أن تتوفر فيه الأركان و الشروط المتطلبة قانونا حتى تترتب عليه الآثار الشرعية و القانونية، و التي نص عليها المشرع في المادتين 09 و 09 مكرر من القانون 84-11 المعدل والمتمم، و على هذا الأساس جاء في المادة 40 من قانون الأسرة أن يثبت النسب بالزواج الصحيح "، و عليه فإنّ النسب يثبت متى توافرت شروط الزواج الصحيح، مادام الزواج قائما، أمّا إذا وقعت الفرقة من الزوجين لأي سبب بطلاق أو وفاة لا يثبت النسب إلاّ إذا ولدت الأم في مدّة مخصوصة تبعا لنوع الفرقة².

و لقد جاءت المادة 41 على النص بأن " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج وشرعيا و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة " و من هنا يتّضح لنا أنّ الزواج الصحيح مثبت للنسب بموجب المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، إلاّ أنّه نستخلص من المادة 41 من نفس القانون أنّهُ يشترط مجموعة من الشروط ليكون الزواج الصحيح سببا لإثبات النسب، و هذه الشروط هي كالآتي:

¹ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 103. راجع: د. نور الدين أبو لحية، مرجع سابق، ص 384-385.

² بوجمان سولاف، المرجع السابق، ص 07. حورية مالكي، نسيم شيشة، مرجع سابق، ص 31.

الزوجية القائمة بين الرجل و إمرأته حين إبتداء الحمل، على أساس عقد الزواج الصحيح، و الزواج إن كان كذلك يثبت به النسب دون إشتراط نيته، أو طلب إعتراف ممن ينسب الولد إليه¹.

أن يثبت التلاقي بين الزوجين من حيث العقد و العقد وحده لا يكفي إذ لا بدّ من الدخول و هذا ما لا يشترطه الفقه الحنفي، على عكس ما ذهب إليه المشرع بموجب نص المادّة 41 من قانون الأسرة الجزائري و هو رأي المالكية و الشافعية و الحنابلة².

ولادة الولد بين أقل و أقصى مدّة الحمل طبقا لنص المادّة 42 من قانون الأسرة الجزائري و التي جاء فيها أقل مدّة الحمل ستّة أشهر و أقصاها عشرة أشهر، و هنا يجب ألا تتجاوز المدّة في كل الأحوال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة حسب ما جاء في نص المادّة 43 من نفس القانون³.

غير أنّ المشرع بموجب نص المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري لم يفرّق لنا بين المطلّقة رجعيا و المطلّقة بائنا، مع أنّ الفقهاء فرّقوا بينهما، و ان بعضهم يجيز للمطلّق زوجته رجعيا أن يجامعها خلال فترة العدة و يعتبر هذا مراجعة فعلا، و عليه لا بدّ من التمييز بينهما⁴.

ألا ينفه الأب بالطرق المشروعة، و هي اللعان، و إن كان المشرع لم يبيّنه في هذا الفصل غير أنّه يفهم من نص المادّة 138 من قانون الأسرة الجزائري، و عليه فإنّه لا ينفي الولد عن الرجل أو حمل الزوجة منه إلاّ بحكم من القاضي و يعتمد في حكمه على جمع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب⁵.

و نشير في هذا الصدد أن المشرع الجزائري وفقا لما ذهب إليه بإعتباره أنّ الزواج الصحيح سبب لإثبات نسب الحمل مع إشتراط إمكانية التلاقي مع ثبوت فراش الزوجية بالعقد بالإضافة إلى إشتراط مدّة الحمل، ذهب لنفس ما ذهب إليه جمهور الفقهاء و على خلاف الحنفية، الذين لم يشترطوا الدخول في العقد الصحيح لإثبات النسب. و رأي المشرع

¹ د. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 190.

² د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 191.

³ د بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص 233.

⁴ طفيان يمخطارية، مرجع سابق، ص 34.

⁵ د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 193.

هو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها الصادر بتاريخ 1986/02/24 ملف رقم 39473 و الذي جاء فيه "حيث أنّ الولد للفراش ما دامت العلاقة الزوجية لم تنقطع بين الزوجين و الدليل على ذلك أنّ الزوج كان يزور من حين لآخر زوجته و هي في بيت خالها بوهران حسب ما أشار إليه الحكم الجزائري لمحكمة البيض بعد سماع ثلاثة شهود} قرار غير منشور"¹.

من إجتهاادات المحكمة العليا في هذا المسألة: القرار رقم 69798، الصادر في 1991/04/23 و الذي جاء فيه "من المقرر شرعا و قانونا أنّه إذا وقع اللعان يسقط نسب الولد و يقع التحريم بين الزوجين". و كذلك القرار رقم 204821، الصادر في 1998/10/20 و الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنّ نفي النسب يجب أن يكون عن طريق رفع دعوى اللعان، التي حددت مدّتها الشريعة الإسلامية و الإجتهااد بثمانية أيام من يوم العلم بالحمل أو برأية الزّنا..."².

* موقف المشرّع من النسب الناتج عن الزواج غير الصحيح

- موقف المشرّع من النسب الناتج عن الزواج الفاسد

لقد سبق لنا تعريف الزواج الفاسد و هو نفس تعريف الذي ذهب إليه المشرّع الجزائري و الذي يستخلص من نص المادّتين 33 و 34 من قانون الأسرة الجزائري، كما جعل الجزاء المترتّب عليه هو الفسخ³.

حيث جاء في نص المادّة 33 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية "إذا تمّ الزواج بدون شاهدين أو صداق أو وليّ في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول و لا صداق فيه، و يثبت بعد الدخول بصداق المثل".

أمّا المادة 34 من نفس القانون فلقد جاء فيها "كل زواج بإحدى المحرّمات يفسخ قبل الدخول و بعده و يترتّب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء".

فمن خلال إستقراءنا لنصوص المواد السابقة فإنّ الزواج يعتبر فاسدا إذا إختلّ شرط من الشروط الواردة في المادة 9 مكرّر قانون الأسرة الجزائري⁴.

¹ بوجمان سولاف، مرجع سابق، ص 12.

² الإجتهااد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001، ص 82.

³ د. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 149.

⁴ مخبي ريمة، بوتهلولة علاء، مرجع سابق، ص 14-15.

و لقد جاء في نص المادة 40 السالفة الذكر أنّ " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبيّنة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تمّ فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33 من هذا القانون". بناء على هذه المادّة نخلص إلى أنّ المشرع الجزائري يعتبر الزواج الفاسد (كل زواج تمّ فسخه بعد الدخول) سببا لإثبات النسب، و نلاحظ أنّ المشرع قد جاء بعبارة فسخه بعد الدخول أي إشتراط الدخول الحقيقي لإثبات النسب و هونفس ما ذهب إليه الفقه حيث إشتراط الدخول سببا لإثبات النسب، و لم يكتفي بمجرد العقد فقط كما هو الحال بالنسبة للزواج الصحيح. أمّا عن المدّة التي يثبت فيها النسب في الزواج الفاسد، فإنّ تمّ الدخول و أتت المرأة بولد لأقلّ من ستة أشهر من تاريخ الدخول لا يثبت به النسب، لأنّ الحمل سابق على الدخول بيقين، وذلك لعدم مضي أقل مدّة الحمل من وقت الدخول. أمّا إذا ولدت لتمام ستة أشهر أو لأكثر من تاريخ الدخول، صارت فراشا بالدخول بها بناء على أقل مدة الحمل - ستة أشهر- و لا يستطيع الزوج أن ينفي نسب هذا الولد أصلا، لأنّه يشترط لنفي نسب الولد اللعان بين الزوجين وهذا الأخير لا يكون إلا بين الزوجين في الزواج الصحيح¹ أمّا إذا أتت المرأة بولد بعد تفريق القاضي بينهما حيث يكون قد تمّ الدخول، فلا إثبات للنسب في هذه الحالة تطبق أحكام المادّة 42 و 43 من نفس القانون².

- موقف المشرع من النسب الناتج عن الدخول بشبهة

إنّ الدخول بشبهة هو الآخر سبق تعريفه كما بينا أقسامه التي جاء بها الفقهاء و بينا الأحكام المترتبة عن كل قسم من هذه الأقسام الثلاثة.

و بالرجوع الى القانون الجزائري، فإنّ المشرع الجزائري إعتبر النكاح بشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب من غير أن يفرق بين شبهة و شبهة و هذا ما نصّ عليه صراحة في نص المادّة 40 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر مع وجوب مراعاة المدّة القانونية في أول و أقصى مدّة الحمل حتّى يكون النسب ثابت في نكاح الشبهة، و عليه فإنّ خالط الرجل إمراة بشبهة كان ملحقا بالفراش الصحيح، و الذي يعتبر فراش يثبت به النسب³.

¹ مخبي ريمة، بونهلوله علاء ، المرجع السابق، ص 15-16.

² د.بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 145.

³ بوجمان سولاف، مرجع سابق، ص 14.

- موقف المشرع من النسب الناتج عن الزواج الباطل

لقد سبق لنا تعريف الزواج الباطل من منظور الفقه الإسلامي و هو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري فهذا العقد يكون باطلا إذا إختلّ فيه الرضا الذي نصّت عليه المادّة 9 من قانون الأسرة و هو ما نصّت عليه المادّة 33 من نفس القانون و التي جاء فيها " يبطل الزواج إذا إختلّ ركن الرضا". كما يعتبر العقد باطلا في نظر المشرّع الجزائري إذا إختلّ فيه ركن الرضا، أو في حالة زواج بإحدى المحرّمات وزواج المسلمة بغير المسلم، و هو ما نصّت عليه المادّة 34 من قانون الأسرة الجزائري " كل زواج بإحدى المحرّمات يفسخ قبل الدخول أو بعده و يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء¹.

و الزواج الباطل كما أشرنا سابقا لا يترتب عليه أيّ أثر من آثار العقد الصحيح إذا لم يتم الدخول، حيث يفسخ قبل الدخول. أمّا إذا حدث الدخول فيترتب عليه بعض الآثار و هي ثبوت النسب رعاية لحقوق الولد فهو نفس ما ذهب إليه الفقه، كما نستخلصه أيضا من نص المادّة 32 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية و أيضا نص المادّة 40 من نفس القانون السالفة الذكر، و نشير إلى أنّ بطلان هذا الزواج - الذي تخلف فيه ركن الرضا أو أحد شروط الصحّة المشار إليها أعلاه - من النظام العام².

- موقف المشرّع الجزائري من النسب الناتج عن علاقة الزّنا

لقد أشرنا إلى الأحكام الشرعية المترتبة على الحمل من الزّنا، و على الأخص فيما يتعلّق بنسبه من أبوه و أمّه. و لعلّ ما ذهب إليه المشرّع الجزائري في هذا الشأن هو نفس ما ذهب إليه الفقه الإسلامي، و يظهر ذلك جلياً في عدّة نصوص قانونية، مثاله ما جاءت به المادّة 41 من قانون العقوبات السالفة الذكر و المتعلقة بنسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً بالإضافة إلى نص المادّة 40 من قانون الاسرة، و التي نصّت على أنه يثبت النسب بالزواج الصحيح، ولما كانت علاقة الزنا هي علاقة غير شرعية و غير قانونية و لا يثبت بها النسب بموجب النصوص القانونية، و عليه فالمشرع لم يرتب النسب الا على الزواج الشرعي او ما يقوم مقامه متبعا بذلك رأي الجمهور من العلماء ،ولم يأخذ برأي الذين قالوا

¹ د. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 151.

² د. بلحاج العربي ، نفس المرجع، ص 152.

بالاستحقاق. إضافة إلى أنّ المشرّع اعتبر الزنا جريمة وفقا لنص المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري¹.

2- النسب من الحمل الصناعي

قام العلم بالكشف عن طرق حديثة قد تؤدي إذا تحقق نجاحها إلى إمكانية الإنجاب، و من هذه الطرق التلقيح الإصطناعي، و استأجار الأرحام و الإستنساخ بالإضافة إلى الهندسة الوراثية و كل هذه الصور قد تمّ التعرّض إليها سابقا بشيء من التفصيل سواء فيما تعلّق بمفهومها أو شروطها و أيضا فيما يتعلق بالحكم الشرعي لكل حالة على حدى، و لهذا سنتطرّق في هذا الصدد بالإشارة إلى حكم النسب من الصور المعاصرة للحمل من المنظور الفقهي قبل التطرّق إلى موقف المشرع الجزائري.

أ- النسب من الحمل الصناعي في المنظور الفقهي

* حكم النسب من التلقيح الصناعي

لقد سبق لنا تبيان صور التلقيح الصناعي، و التي تتمثل في التلقيح الصناعي الداخلي و التلقيح الصناعي الخارجي. و كل نوع منها له مجموعة من الصور و إنطلاقا من هذه الصور فقد أجمع الفقهاء على جواز صور معينة دون أخرى، سنتعرّض إليها مع تبيان حكم النسب الناتج عنها.

أمّا النسب في حالة اللقيحة بين الزوجين (أي دون تدخّل عنصر ثالث أجنبي) فيقصد بهذه الصورة هو أن يكون التلقيح الصناعي قد تمّ بين رجل و امرأة تجمعهما رابطة زوجية مشروعة، سواء تمّ التلقيح داخليًا (أي داخل رحم الزوجة) أو خارجيا أي في أنبوب الإختبار ثمّ تزرع البويضة بعد ذلك في رحم المرأة - أي الزوجة نفسها - و التي ترغب في الحمل، فهذه الصورة يثبت فيها النسب للزوجين²، إذا تمّت وفقا للضوابط و الشروط الشرعية المتفق عليها من جمهور العلماء، و التي سبق الإشارة إليها، فالولد ينسب الى الزوج، فلقد أقرّ كثيرا من الفقهاء بإثبات نسب الوليد إلى صاحب المنى³.

¹ أمر رقم 66-156 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم لاسيما بالقانون رقم 16-02 مؤرخ في 19 يونيو سنة 2016.

² بوتعنقيقت حليلة، خليف مريم، مرجع سابق، ص 40.

³ بوتعنقيقت حليلة، خليف مريم، نفس المرجع، ص 40.

فقد ذهب جمهور المالكية و الحنابلة و الحنفية إلى ثبوت النسب بالإستدخال مادامت توجد علاقة شرعية بين الرجل صاحب المنى و المرأة صاحبة البويضة.

أمّا عن الشافعية فقد إشتروا لثبوت النسب في هذه الحالة أن يكون المنى محترماً¹ حال الإنزال، و حال الإدخال أيضاً، و المقصود بالمنى المحترم، هو الذي ينزل بوجه شرعي، و يدخل إلى فرج المرأة بصورة شرعية، و يقاس على ذلك تلقيح البيضة به بصورة شرعية أيضاً، فاستدخال الماء المحترم كالوطء في ثبوت المصاهرة و النسب و العدة و الرجعة.²

و عليه فإنّ جمهور الفقهاء قد اتفقوا على ثبوت النسب، في هذه الحالة بتوفر مجموعة من الشروط و الضوابط، التي لا بد منها و هي أن يكون المنى من الزوج و البويضة من الزوجة الذين تربطهما علاقة شرعية، و بالتالي فقد ذهب الفقه الإسلامي إلى تحريم كل عملية للتلقيح الصناعي، التي تتم بتدخل عنصر ثالث أجنبي، باعتباره ينعكس على علاقات النسب بين أطراف التلقيح الصناعي، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى إختلاط الأنساب.³

* حكم النسب من إيجار الأرحام

إنّ إيجار الرحم أو كما يسمّى بالأم البديلة فهو من التقنيات المعروفة حديثاً، يلجأ إليها من أجل تحقيق الرغبة في الإنجاب، بواسطة رحم امرأة أجنبية حاضنة لماء الرجل، و مع تعدّد صورة إيجار الرحم باختلافها فقد جاء الفقه على تحريمها جملة و تفصيلاً، فهي من قبيل تدخّل عنصر ثالث في عملية الإنجاب، حتى و لو كانت صاحبة الرّحم زوجته ثانية للرجل صاحب النطفة نفسه و البويضة من زوجة اخرى له، لما في ذلك من فاحشة و مفسدة و إثارة للكثير من المشاكل الإجتماعية و المفاصد التي تجلبها إنتشار مثل هذه الظواهر في المجتمع لا سيما المجتمعات الإسلامية⁴، وعلى هذا الأساس فإنّ المرأة الحاملة بالإنابة و بمقابل أو بدونه، يعتبر عمل غير جائز شرعاً لأنّه يتعلّق بالنسب الشرعي، و حتى و لو

¹ د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 450.

² د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 198. راجع: د. عبد الرحمان البسام، أطفال الأنابيب، مرجع سابق، ص 255.

³ د. عائشة أحمد سالم، نفس المرجع، ص 201.

⁴ بوتعنقيقت حليلة، خليف مريم، مرجع سابق، ص 43. د. عشير جيلالي، المبررات الشرعية و القانونية لمنع إستأجار

الرحم، مجلّة صوت القانون، العدد2، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، 2014، ص 230-234.

عرف من هو صاحب النطفة فاستخدم طريقة الأم البديلة توقع أصحابها في مشكلة صلته بأمه فإلى من ينسب من جهة الأم، هل الأم البيولوجية صاحبة البويضة أم صاحبة الرحم؟ كما يثور التساؤل من جهة الأب بدوره أيضا، فهل ينسب الولد لزوج المرأة الحاملة بإعتباره صاحب الفراش أم ينسب لزوج صاحبة البويضة¹.

وعليه فقد جاءت الشريعة الإسلامية كما ذكرنا على منع تدخل طرف ثالث يشارك في تكوين الجنين، بسبب تداخل واختلاط الأنساب و بالتالي لا يثبت النسب من الرحم البديل الذي سيكون إما ابن الزنا، وإما ابن تبني فلا الزنا و لا التبني يعطي نسباً للجنين².

* حكم النسب من عمليات الإستنساخ (التنسيل)

إنّ الإستنساخ هو الآخر طريقة حديثة للتوالد، ينجر عنها العديد من المخاطر سواء بالنسبة للشخص المستنسخ أو على المجتمع ككل - كما بينا سابقا - و لما كان الإستنساخ يخرق مبدأ الزوجية، و هو أمر منافي للفطرة السليمة، كما أنه مخالف لكل قواعد الطبيعة و لما ينجر عنه العديد من المخاطر الكارثية، الأمر الذي جعل فقهاء الدين يحرمون الإستنساخ بطريقته³.

إلا أنّ العلماء مازالوا في حيرة فيما يتعلق بحسم مسألة نسب الطفل المستنسخ من الناحية الدينية و الأخلاقية، أي الإنتساب الشرعي للطفل المستنسخ بالنسبة للأم و الأب.

غير أنّ هذه المسألة المستجدة و التي تتعلّق بالأنساب أسفرت عن الآراء التالية:

- أن يكون الأب الذي ينسب إليه الطفل المستنسخ هو زوج المرأة الحامل به، فالطفل ينسب إلى أبيه الشرعي - زوج المرأة الحامل به - إن أمكن كونه منه، و لا ينتفى نسبه إلاّ باللّعان، لقوله صلّى الله عليه و سلّم " الولد للفراش و للعاهر الحجر " و هذا إن كانت الخلية منه، أمّا إذا كانت الخلية ليست منه فإن الطفل يبقى بدون أب شرعي، أو أن تكون المرأة الحامل غير متزوجة فلا ينسب مثل هذا النسيخ إلى أب مطلقاً⁴.

¹ راجع: د. عارف علي عارف، إبحار الأرحام والأم البديلة من المنظور الشرعي، مرجع سابق، ص 823-830. د. عبد

النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 401. سيكريفة محمد الطيّب، مرجع سابق، ص 84.

² د. عارف علي عارف، إبحار الأرحام والأم البديلة من المنظور الشرعي، مرجع سابق، ص 823-830.

³ د. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، مرجع سابق، ص 832-835.

⁴ د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 314.

- إن هذا الشخص المستنسخ هو أقرب إلى أن يكون أبا للشخص المستنسخ منه، و ذلك لتطابق المحتوى الوراثي تماما فهو أشبه بالتوأم المتماثل مع فارق العمر، و لما كان المحتوى الوراثي للمستنسخ منه هو حاصل أبويه فإنّ الشخص الناتج عن الإستنساخ يحمل نفس المحتوى الوراثي للشخص المستنسخ منه فينسب لنفس الأبوين. و بذلك يترتب عليه من الأحكام الفقهية ما يلزم الأخ الشقيق التوأم¹.

و بناء على ما سبق نخلص إلى القول أنّ إختلاف الآراء الفقهية، و تذبذبها حول نسب الشخص المستنسخ إذ لم يبيّن أي فقيه موقفه الحاسم من هذا الأمر، و قد يكون مردّ ذلك تعقيد أصل العملية - أي الإستنساخ - كما قد يكون مردّه عدم وجود أمثلة واقعية تستدعي القياس عليها².

* حكم النسب من الهندسة الوراثية

لقد سبق الإشارة إلى مفهوم الهندسة الوراثية، و بيان مجالاتها و الحكم الشرعي لكلّ منها. و زيادة على ذلك نشير في هذا الصدد أنّه إنعقاد ندوة الوراثة و الهندسة الوراثية و الجينوم البشري الجيني رؤيا إسلامية التي عقدت بين مجمع الفقه الإسلامي بجدّة، و المنظم الإسلامية للعلوم الطبيّة بالكويت، و المكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية بالأسكندرية، و المنظمة الإسلامية للتربية و العلوم و الثقافة، حيث إنتهت هذه الندوة إلى مجموعة من التوصيات من أهمّها ما يلي:

بالنسبة للأحكام المتعلقة بالحمل المعالج بتقنية الهندسة الوراثية: فإنّ عمليات الهندسة الوراثية العلاجية التي تأتي في إطار علاج جين معطوب بإزالته، أو تبديله أو إصلاحه لا تغيّر من الأحكام المتعلقة بالحمل شيئا، لأنّها لا تعدو أن تكون عملية جراحية لإدخال تحسينات أو تصليحات على جينات الجنين. ولكن على أن يتمّ تجنّب مثل هذه العمليات على الخلايا الجنسية حيث يؤدي إلى إختلاط الأنساب، و الوقوع في إشكالية إثبات نسب الطفل المستنسخ، فالهندسة الوراثية على هذا الأساس مثلها مثل الإستنساخ لم يعطي فيها الفقه رأيه الحاسم خاصة فيما يتعلّق بالنسب³.

¹ د. عائشة أحمد سالم، نفس المرجع، ص 315.

² طفياني مخطارية، مرجع سابق، ص 100.

³ راجع: د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 551.

ب- موقف المشرّع الجزائري من النسب الناتج عن الحمل الإصطناعي: سنشير إلى موقف المشرّع الجزائري من النسب الناتج عن كلّ صورة من صور الحمل الصناعي.

* موقف المشرّع من النسب الناتج عن التلقيح الإصطناعي

لقد تصدّى المشرّع الجزائري للتلقيح الإصطناعي، في حالة تعدّد الإنجاب بصورة طبيعية، و هذا بموجب تعديل قانون الأسرة بالأمر 02/05، حيث أضاف المشرّع المادّة 45 مكرر و التي أجازت صراحة اللجوء إلى التلقيح الإصطناعي، لكن علّقت ذلك على وجوب توافر مجموعة من الشروط، و التي سبق الإشارة إليها في المبحث الثاني من الفصل الأوّل من هذه المذكرة.

بتوفر الشروط المذكورة في نص المادة 45 مكرر ودون تخلف أي منها، يثبت نسب الجنين لأبيه مادام هذا الأخير زوجا للمرأة - أم الجنين - وفق علاقة شرعية و تمّ التلقيح برضاها الكامل، و يكون المني من الزوج و البويضة و الرحم من الزوجة¹. حيث أنّ عمليّة التلقيح الإصطناعي تخضع إلى القاعدة الشهيرة التي تحكم مسائل النّسب على العموم، و التي تقول أنّ الولد للفراش و عليه تثبت أبوة الزوج للجنين، أبوة كاملة بما ينتج عنها من علاقات التي تربطهما كالإرث و النفقة و غيرها، فهو ابنه تماما و إن اختلفت طريقة التلقيح.

أمّا في حالة مخالفة أحد الشروط المذكورة في نص المادّة 45 مكرر السالفة الذكر، فإنّ النسب هنا ينتقي و إن كانت هذه العمليّة ليست زنا، بالمعنى المحدد شرعا فإنّها تلتقي معها في إطار واحد من حيث الجوهر و النتيجة².

* موقف المشرّع الجزائري من النسب الناتج عن إيجار الرحم

لقد ذهب المشرّع الجزائري بموجب نص المادّة 45 مكرّر السابقة الذّكر، في الفقرة الأخيرة منها و التي جاء فيها " لا يجوز اللّجوء إلى التلقيح الإصطناعي بإستعمال الأم البديلة". إلى النصّ صراحة على منع إيجار الرحم، و هو بهذا الإتّجاه ساير أحكام الشريعة الإسلامية، و التي جاءت على تحريم تدخّل أي عنصر آخر أجنبي عن العلاقة الزوجية في عمليّة التلقيح.

¹ د. بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 244. بوجمان سلاف، مرجع سابق، ص 22.

² طفياني مخطارية، مرجع سابق، ص 91.

و على هذا الأساس فإنّ المشرّع الجزائري لا يقر بالنسب الناتج عن إيجار الرّحم و هو ما تؤكّده المادّة 45 مكرّر من قانون الأسرة الجزائري بالإضافة إلى المادتين 40 و 41 من نفس القانون¹.

* موقف المشرّع الجزائري من النسب الناتج عن عمليات الإستنساخ

لم يذكر المشرّع الجزائري أيّ نص بشأن الإستنساخ، غير أنّه بالرجوع إلى نص المادّة 222 من قانون الأسرة و التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، و بناءا لما سبق ذكره من أحكام الإستنساخ فبالنسبة للرأي القائل بثبوت النسب من الاستنساخ مادامت الخلية من زوج المرأت الحامل به، أمّا دون ذلك فلا يثبت به النسب².

* موقف المشرّع من النسب الناتج عن الهندسة الوراثية

إنّ الهندسة الوراثية مثلها مثل الإستنساخ، لم يذكر المشرّع الجزائري نصّا خاصّا بها، وبالتالي نرجع لأحكام المادّة 222 من قانون الأسرة الجزائري، فالهندسة الوراثية تأخذ في هذه الحالة من الناحية القانونية نفس الحكم الشرعي، والذي سبق بيانه في الحكم الفقهي للنسب من الهندسة الوراثية فتدخّل هذه الأخيرة في الخلايا الجنسية يؤدي إلى إختلاط الأنساب كما ذهب إليه جمهور الفقهاء وبالتالي لا يثبت بها نسب الطفل الناتج عنها³.

الفرع الثاني: الأهلية

سنتعرّض في هذا الفرع إلى الأهلية بوجه عام ، ثمّ إلى الأهلية الجنين.

أولاً: الأهلية بوجه عام

إنّ الأهلية في اللّغة تعني الإستعداد و الصلاحية للشيء. أمّا في إصطلاح الفقهاء: فهي حق يقرره المشرّع للشخص تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق و تجب عليه الواجبات، و تصحّ منه التصرّفات⁴، و الأهلية نوعان أهلية الوجوب، و أهلية الأداء.

¹ مخّي ريمة، بوتهلولة علاء، مرجع سابق، ص6.

² طفياني مخطارية، مرجع سابق، ص 103.

³ راجع: د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 405. د. ناهدة البقصيمي، مرجع سابق، ص 190.

د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 551.

⁴ بوعلام عبد العالي، مرجع سابق، ص323.

1- أهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص للتمتع بالحقوق و التحمل بالالتزامات، فهي تثبت لكل شخص طبيعي منذ ولادته إلى حين وفاته¹. ومناطق هذه الأهلية هو الحياة، و تنقسم أهلية الوجوب إلى قسمين:

أ- أهلية الوجوب الكاملة: و هي صلاحية الفرد لأن تثبت له الحقوق و عليه واجبات.
ب- أهلية الوجوب القاصرة: و هي صلاحية الفرد لأن تثبت له الحقوق فقط دون أن تجب عليه الواجبات و تثبت هذه الأهلية للجنين².

2- أهلية الأداء: هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يرتب القانون عليه آثارا قانونية. و مناطق هذه الأهلية هو التمييز و العقل، فلا تثبت للجنين ولا للمجنون و لا المعتوه³

ثانيا: أهلية الجنين.

بالنظر إلى شخصية الجنين، و مدى ملائمتها لترتيب الحقوق و الواجبات عليها، فإن من البداهة أن الجنين لا يتمكن من أداء أي فعل و لا يتأتى منه أي قبول، و لذلك فأهلية الأداء لديه منعدمة تماما. أما عن أهلية الوجوب، فإن للجنين أهلية وجوب ناقصة، تثبت له حقوقا و لا تخوله أي تحمّل لأي التزام. ومن بين هذه الحقوق الحقّ في النسب و الميراث و الوصية و الوقف و الهبة⁴. إلا أن هذه الحقوق تبقى احتمالية و متوقفة على ما يؤول إليه أمر الجنين⁵، كما سيأتي بيانه لاحقا. و لقد تقرّرت هذه الأهلية للجنين لحماية هذه الحقوق. و بالولادة تثبت للشخص أهلية وجوب كاملة و هذه الأخيرة مرتبطة بالشخصية القانونية، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 25 من قانون المدني، و التي جاء فيها "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي

¹د. محمدي فريدة زاوي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، د/ط، 2002م، الجزائر، 75.

²د. محمد خالد صالح، مرجع سابق، ص 86.

³د. علي الشيخ إبراهيم مبارك، مرجع سابق، ص 61.

⁴د. محمد بن أحمد النقية، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، الجزائر، 2000م، ص 98. الموسوعة الفقهية حقد حيوان، مرجع سابق، ص 146.

⁵د. محمد خالد صالح، مرجع سابق، ص 87.

يحددها القانون بشرط أن يولد حياً¹، و قد أنتقد هذا النص من قبل الأستاذ علي علي سليمان قائلاً أن هذا النص متعلق بأهلية الوجوب الناقصة للجنين قبل أن يولد، فهذه الأهلية تثبت له و هو مازال جنين، سواء ولد حياً أو ميتاً، و ليس لنا أن نبحث عن أهليته بعد ولادته، لأنّه من ولد حياً أصبحت له أهلية وجوب كاملة². وعليه فالحقوق تثبت للجنين قبل ولادته، وتستقر بعد ولادته حياً.

المطلب الثاني: الحماية في المسائل المالية.

سنتطرق في هذا المطلب إلى الحماية المتعلقة بالحمل فيما يخص المسائل المالية أي الحقوق المادية بما فيها حق الجنين في النفقة بالإضافة إلى الميراث و النصرّات الماليّة التبرّعية (من هبة، وقف، وهبة).

الفرع الأول: النفقة

سنتطرق إلى تعريف النفقة و دليل مشروعيتها وصولاً إلى أحكامها.

أولاً: تعريف النفقة و دليل مشروعيتها

1- تعريف النفقة: من الحقوق التي تتعلق بالجنين النفقة أثناء الحمل، فقد فرض الله سبحانه و تعالى النفقة للحامل. و أسباب وجوب نفقة الإنسان على الغير ثلاثة و هي الزوجية، القرابة و الملك، و في نفقة على الحمل يجتمع سببان (القرابة و الزوجية) بصورة لا يمكن فصلهما.

فالنفقة بهذا المعنى هي إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته، من خبز و كسوة و مسكن و ما يتبع ذلك³. و النفقة هنا تجب شرعا على المولود له باعتباره ابناً له.

2- دليل مشروعية النفقة للحمل: و من أدلة مشروعية النفقة للحمل

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁴ ، قَالَ تَعَالَى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾¹

¹ الأمر رقم 78-58، المؤرخ في 20 رمضان، عام 1395هـ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية 44، سنة 2005.

² د. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام في القانون المدني - ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2003، ص53.

³ د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 210.

⁴ سورة البقرة، الآية 233

و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ " لا نفقة لك إلا أن تكون حاملا " .

ثانيا: أحكام نفقة الحمل:

تجب نفقة الحمل على المولود له كما أشرنا سابقا، فقد قَالَ تَعَالَى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى

النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾²

ففي حالة وجود النكاح الصحيح و دوام قيام العلاقة الزوجية تكون نفقة الحمل تابعة

لنفقة الزوجة فهذا لاخلاف فيه³، و هو نفس الحكم الذي يأخذه الطفل الناتج عن التلقيح الإصطناعي ما دامت توفرت فيه الشروط و الضوابط الشرعية و القانونية⁴. أمّا في حالة الفرقة بين الزوجين و التي يمكن أن تكون هذه الأخيرة بسبب الطلاق أو الموت.

1- إذا كانت الفرقة بسبب الطلاق: و الطلاق هنا قد يكون رجعيا أو بائنا.

أ- في حالة الطلاق الرجعي: من الحقوق التي تتعلق بالجنين النفقة أثناء الحمل، فقد فرض الله سبحانه و تعالى النفقة للمطلقة الرجعية لأنها تبقى في حكم الزوجة ما دامت في العدة، و لا تنقطع العصمة إلا بإنهاء العدة، و يحقّ للزوج الرجوع إليها فيها، و في كل الأحوال للمرأة في هذه الحالة النفقة و الكسوة حتى تنقضي عدتها حاملا كانت او غير حامل، و عليه فإنّ الحامل لها نفقة الحمل و إن كانت ناشزا أو بائنا أو فسد نكاحها لأتّه يلحق به، فالحاصل أنّ الحامل تجب لها النفقة على من إلتحق به حملها⁵.

¹ سورة الطلاق، الآية 6.

² سورة النساء، الآية 34.

³ د خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 140. محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين الحنفي، البناية شرح الهداية. الجزء 5، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت- لبنان، 142هـ، 2000م، ص 656. أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزء الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، 693 هـ، د/ط، د. دولة، ص 362.

⁴ د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 391.

⁵ محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، شرح المختصر دليل، المجلد السابع، دار الرضوان، ط1، د/ب، 1436هـ - 2015م، ص 661-662. الإمام محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، المجلد 3، دار الفكر، الدار البيضاء، 1401 هـ، 1981م، ص 199+ أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلبي، مرجع سابق، ص 891.

فهو نفس ماجاء في كتاب الأم للإمام الشافعي: لم أعلم مخالفا من أهل العلم في أن المطلقة التي يملك زوجها رجعتها في معاني الأزواج في أن عليه نفقتها و سكنها¹.

ب- في حالة الطلاق البائن: الأصل أن المطلقة البائن لا تستحق النفقة فهي تبين بمجرد الطلاق و بهذا تنقطع الزوجية فيحق لها الزواج- إن شاءت بعد انقضاء عدتها-، كالمطلقة غير المدخول بها و الصغيرة التي لم تبلغ و التي إنقطع حيضها لياس². غير أنه استثنى من ذلك إذا كانت المطلقة بائنا حاملا، فالباين بالفسخ أو بالطلاق إن كانت حاملا فلها النفقة و السكن³ طوال مدة العدة أيضا فيما يخص الحامل بوطء الشبهة فلها نفقتها إن كانت حاملا. و هذا لقوله صلى الله عليه و سلم: "للمطلقة ثلاثا السكنى و النفقة"⁴.

2- إذا كانت الفرقة بسبب الوفاة

يختلف الفقهاء في مسألة النفقة للحامل المتوفى عنها زوجها فهل لها نفقة أم لا؟.

في هذه المسألة قولان:

أ- القول الأول: المعتدة من وفاة، لا نفقة لها و لا سكن، لأن ذلك يجب للتمكين من الإستمتاع و قد فات بالوفاة، و حتى إن كانت حاملا فلها نفس الحكم أي لا نفقة لها و لا سكن⁵ و هو ما ذهب إليه أكثر الفقهاء لأن النفقة كما أشرنا للإحتباس و الإستمتاع، و احتباس المعتدة من وفاة و إن كانت حاملا ليس حق للزوج بل لحق الشرع فإن التبرص عبادة

¹ محمد بن إدريس الشافعي، الأم الجزء الخامس، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، الإسكندرية، ، 1381هـ، 1961م، ص237. الإمام إبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القندوزي الشافعي العزيز، شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج9، الطلاق- الرضاع، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، ، 1417هـ، 1998م، ص497.

² الإمام أبو الحسن أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، الموسوعة الفقهية المقارنة التجريد، المجلد10، دار السلام، ط1، القاهرة،، 1424هـ، 2004م، ص5384.

³ أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي المالكي، مرجع سابق، ص364. الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهني النفراوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1418هـ-1997م، ص100. محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد الحسن الحنفي، مرجع سابق، ص288. الإمام محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع، ج2، مكتبة الإمام مالك، ط1، موريتانيا، 1426هـ-2005م، ص537. الإمام أبو الحسن أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، مرجع سابق، ص5400. أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلي، مرجع سابق، ص895.

⁴ الإمام أبو الحسن أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، مرجع سابق، ص5400. أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلي، مرجع سابق، ص895.

⁵ موفق الدين عبد الله بن قدامة، المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج3، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1414هـ، 1994م، ص230.

منها¹. وهو ما ذهب إليه الجمهور من الحنفيّة و المالكيّة و الشافعية و الظاهرية، حيث قالوا أيضا بأنّ نفقة كل من كان يجبر الميت على الإنفاق عليه في حال حياته كالزوجة و الأولاد تسقط عنه بالموت، فكذاك نفقة الزوجة الحامل كما أنّ الإنسان بعد موته لا يملك شيئاً حتى ينفق منه على الآخرين، وماله مقسوم بالشرع حسب قواعد الميراث².

القول الثاني: ذهب جماعة من الفقهاء وهم الزيدية و في قول للحنابلة و الإمامية أوجبوا النفقة للمعتدة من الوفاة الحامل من مال زوجها خلافا للجمهور³، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا﴾⁴. وتجب لها النفقة لأنها معتدة من نكاح صحيح، أشبهت البائن في الحياة⁵.

غير أننا نشير في هذا الصدد أنّه إذا قلنا بما ذهب إليه أصحاب القول الأول فمن ينفق عليها؟ ففي هذه المسألة إختلف الآراء التالية:

الرأي الأول: مذهب الحنفيّة و المالكية: نفقتها على نفسها من نصيبها من الميراث حتى تضع حملها او من سائر مالها⁶.

الرأي الثاني: مذهب الحنابلة: النفقة من نصيب الحمل من مال من يلحقه نسب الحمل، أي من حصة الحمل من التركة.

الرأي الثالث: مذهب الظاهرية: نفقتها من مالها إن كانت وارثة و إلا من نصيب الحمل في الميراث و إلا من مالها الخاص.

الرأي الرابع: و هو القول المرجوح عند الإمامية: نفقتها من نصيب الحمل.

¹ محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسن الحنفي، مرجع سابق، ص 291. الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، مرجع سابق، ص 497.

² د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 145.

³ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 157.

⁴ سورة الطلاق، الآية 4.

⁵ موفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 230. الإمام أبي القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القزويني الشافعي، مرجع سابق، ص 497.

⁶ أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القطري، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مكتبة الرياض الحديثة الرياض، ط 1، 1398هـ، 1978م، ص 228.

الرأي الخامس: مذهب الإباضية: نفقتها من مالها الخاص إن كان لها مال، وإلا فمن مال ولدها¹.

3- النفقة للحمل أم للحامل

وقع خلاف من الفقهاء من أنّ النفقة الواجبة هل هي للحامل أم للحمل؟ وهذا في حالة الفرقة بين الزوجين إلى الأقوال التالية:

أ- القول الأول: ذهب المالكية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة إلى أنّها للحمل وليس

لحامل².

ب- القول الثاني: إنّ النفقة للحامل، وذهب إليه الحنفية والظاهرية وبعض الشافعية وبعض الحنابلة والأصح عند الزيدية.

ملاحظة: هناك بعض الآثار المترتبة على القول إنّ النفقة للحمل أو للحامل:

- إن كانت حاملا من نكاح فاسد أو وطء شبهة، وقلنا أنّ النفقة للحمل فعلى الزوج والواطئ النفقة حتى تضع حملها لأنّ الحمل ولده فتلزمه نفقته كما بعد وضعه، وإن قلنا النفقة للحامل من أجل حملها فلا نفقة لها عليه لأنّها ليستزوجته حتّى يجب الإنفاق عليها³.
- لو طلقها وهي ناشز حامل، فإن قلنا إنّ النفقة لها فلا تستحق نفقة عدة نشوزها، لأنّ نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمّه و على هذا فتستحق النفقة عن حملها من وقت نشوزها إلى حين إنقضاء عدتها بوضع الحمل⁴.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري من النفقة

قد تعرّض المشرع الجزائري لأحكام النفقة في قانون الأسرة في الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الأول المعنون بالنفقة في المواد من 17 إلى 80. لم تشمل هذه المواد على تعريف النفقة وإنما إقتصر على ذكر مشتملاتها في المادة 78 من نفس القانون والتي تنص على "تشتمل نفقة الزوجة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما

¹ د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 148.

² عبد الرحمان الحزيري، مرجع سابق، ص 484.

³ د. عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 239.

⁴ د. عبد الكريم زيدان، نفس المرجع، ص 239.

يعتبر من الضروريات في العرف و العادة" فوجد المشرع بهذا النص قد إتفق على العموم مع الفقه في تحديده لمشتملات النفقة الزوجية¹.

و بالرجوع إلى نص المادّة 74 من قانون الأسرة الجزائري نستخلص منها إشتراط المشرع مجموعة من الشروط لاستحقاق النفقة الزوجية و تتمثل هذه الشروط:

1- العقد الصحيح: على أن يكون عقد الزواج مستوفيا لجميع أركانه و شروطه المنصوص عليها في المادّة 9 و 9 مكرّر من قانون الأسرة الجزائري، و لكن بشرط وجود الإحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الإستعداد له، و لهذا و لو بعقد صحيح، مكتمل الشروط و الأركان قبل الدخول بها.

2- الدخول بالزوجة²: مع الإشارة إلى أن الخلوة الشرعية الصحيحة توجب النفقة على الزوج لزوجته، سواء حدثت المخالطة الجنسية أو لا، وهو ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه "حدوث الخلوة الشرعية يوجب على الزوج دفع كامل الصداق إلى زوجته كما يوجب العدة ونفقتها"³.

3- أن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة: فلتحقق أغراض الزوجية، فإن كانت الزوجة صغيرة مثلا لا تصلح للدخول بها، لم تجب لها نفقة و إن كان زواجها صحيحا، و حسب ما جاء في نص المادّة 7 من قانون الاسرة، فاهلية الزواج تكتمل لدى المرأة بتمام سن 19 سنة، وللقاضي ان يرخص لها بالزواج قبل ذلك متى تأكدت قدرتها على الزواج⁴.

نستخلص ممّا سبق، أنّ المشرع إتجه نفس إتجاه الفقه الإسلامي و فرض نفقة الزوجة على زوجها بغض النظر عن مكانتها و مستواها المادي، و لكن بتوقّر الشروط السابقة، سواء كانت حاملا أو غير حامل. و بالرجوع إلى نص المادّة 75 من نفس القانون

¹ نويوة بلال، أحكام النفقة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015، ص 37-42.

² د. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 171.

³ قرار رقم 55116 بتاريخ 1989/10/02، غرفة الأحوال الشخصية. نبيل صقر الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الطلاق وتوابع العصمة، دار الهدى د/ط، الجزائر، 2015، ص 95.

⁴ د. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 171.

التي تنص على أنه "تجب نفقة الولد على الأب ما لم يكن له مال" فيمكن أن نستنتج من هذا النص أن نفقة الجنين تكون على الأب¹.

- أما عن نفقة الزوجة في حالة الانفصال للطلاق، فقد نصت المادة 61 من قانون الأسرة " لا تخرج الزوجة المطلقة و لا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدّة طلاقها او وفاة زوجها، إلا في حالة الفاحشة المبيّنة، و لها الحق في النفقة في عدّة الطلاق" و نشير هنا ان المشرّع لم يبيّن لنا إن كان الطلاق بائناً أو رجعيّاً، على عكس الفقه

الذي ميّز بينهما، و فرض النفقة للمطلّقة رجعيّاً فقط دون البائن الا ان كانت حاملاً². ويشمل لفظ المطلقة الحامل أيضاً، و التي لها النفقة مادامت في عدة طلاقها وتستمر الى حين ولادتها. وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها والذي جاء فيه "إن عدم التصريح بالحمل عند الحكم بالطلاق لا يعد حجة إتجاه المطلّقة لحرمانها من نفقة الحمل لإستحالة أو صعوبة إكتشافه في الشهرين الأولين له³. الأمر الذي عادت لتأكيد عليه-أي نفقة الحمل- في قرار آخر والذي جاء في منطوقه "تعتبر مصاريف وضع الحمل نفقة إضافية يتحملها الزوج طالما الوضع ناجم عن العلاقة الزوجية"⁴.

الفرع الثاني: الميراث

- يعتبر الميراث من الحقوق المالية التي كفلتها الشريعة الإسلامية للحمل ووافقها في ذلك القانون و يعدّ ميراث الجنين من حالات التوريث بالإحتياط، و إختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تفاصيل توريثه من حيث الأنسب له⁵.

- و سوف نتعرّض في ذلك إلى شروط إستحقاق الحمل للميراث و حالات توريثه

أولاً: شروط إستحقاق الحمل للميراث

لا خلاف بين الفقهاء بأن الميّت إذا كان من ورثته حملاً في بطن أمّه يحسب حسابه في تقسيم التركة بشرطين أساسيين وهما:

¹ حميش سهام، براهيم يوسف، حقوق المرأة المطلّقة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015، ص23.

² حميش سهام ، براهيم يوسف، نفس المرجع، ص25.

³ قرار رقم 254080 الصادر بتاريخ 2001/02/21 ، نبيل صقر، المرجع السابق، ص332.

² قرار رقم 478795 الصادر بتاريخ 2009/02/11 ، نبيل صقر، نفس المرجع، ص 301

⁵ د. زكي الدين شعبان، د. أحمد القندوز، أحكام الوصيّة و الميراث و الوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، ط1، الكويت، 1404هـ ، 1984م ، ص389.

- أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه حقيقة أو حكما عند موت مورثه
- أن يفصل كله من بطن أمه حيًا حياة مستقرّة¹.

1- الشرط الأول: أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه حقيقة أو حكما عند موت مورثه و السبيل في معرفة ذلك أن يولد حيًا في مدة يعلم منها أنه كان موجودا في بطن أمه حين وفاة مورثه. و هو ما ذهب إليه المشرّع بموجب نص المادة 128 من قانون الأسرة² والتي جاء فيها "يشترط لاستحقاق الارث أن يكون الوارث حيا أو حملا...". و يجب في هذه الحالة التمييز بين ما إذا كان الحمل من المتوفي أو من غيره.

أ- إذا كان الحمل من المتوفي: أي أن تكون الحامل زوجة للمتوفّي أو معتدّة منه، فإن الحمل يرث منه إذا ولد خلال المدة القصوى للحمل، أمّا إذا ولد بعد هذه المدة فإن الحمل لا يرث على إعتبار أن الحمل لم يكن موجودا وقت وفاة المورث.

و يختلف تاريخ بدأ حساب المدة في حالة وفاة المورث و الزوجية قائمة، من حالة وفاته بعد الطلاق. ففي الحالة الأولى تحسب المدة من تاريخ الوفاة، أمّا في الحالة الثانية (المعتدة من طلاق) فتحسب من تاريخ الفرقة³.

أمّا المدة القصوى للحمل فقد اختلف الفقهاء في تحديدها و هو ما أشرنا إليه سابقا⁴.

و بالرجوع إلى موقف المشرّع الجزائري، فقد حدد أقصى مدة الحمل بعشرة أشهر و هو ما جاء في المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة 10 أشهر من خلال الانفصال أو الوفاة".

ب- إذا كان الحمل من غير المورث: نميّز بين حالتين:

- **إذا كان الحمل من غير المورث من زوجية قائمة:** كأن يترك المتوفّي زوجة أبيه مثلا أو زوجة ابنه أو أمه أو غير ذلك من أمثلة، فلا بد لثبوت نصيبه من الإرث أن يولد في أقل مدة

¹ د. عبد الله جبوري، د عبد الحق حميش، أحكام الموارث و الوصايا في الشريعة الإسلامية، جامعة الشارقة، ط1، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 1428هـ ، 207م ، ص127-128.

² د. بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص293.

³ د. عبد العزيز علي الغامدي، مرجع سابق، ص 221.

⁴ راجع: ص 16، من هذه المذكرة.

الحمل بعد موت المورث، و التي يبدأ آجالها من يوم الوفاة¹. و لقد أشرنا سابقا أنّ أقل مدّة الحمل هي ستة 06 أشهر عند جمهور الفقهاء وهو ما ذهب إليه المشرّع الجزائري في نص المادّة 42 من قانون الأسرة الجزائري.

– إذا كان الحمل من غير المورث و لم تكن الزوجية قائمة بين الحامل و زوجها عند وفاة المورث لطلاق أو وفاة: فإنّ ولدها يرث هذا الميث إذا كان قد ولد لأقل من المدّة القصوى للحمل عشرة 10 أشهر بالنسبة للمشرّع الجزائري، من يوم مفارقة الزوج لها أو وفاته.

2- الشرط الثاني: أن ينفصل الحمل كله من بطن أمه حيّا حياة مستقرّة: و ذلك حتى تثبت أهليته للتمكّك و يستقرّ ملكه للإرث، فلو نزل سقطا او نزل بعضه حيّا ثمّ مات قبل ولادته فلا يرث و كذلك لو نزل ميتا بجناية على أمه و هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء².

و يستدل على ولادة الحمل حيّا بعلامات، كأن يستهلّ صارخا أو يعطس أو يرضع أو بأي علامات أخرى يدلّ على أنّه حي³. و هو نفس ما ذهب إليه المشرّع الجزائري بموجب نص المادّة 134 من قانون الأسرة التي جاءت فيها: " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيّا، و يعتبر حيّا إذا إستهلّ صارخا أو بدت منه علامات ظاهرة بالحياة".

غير أن التساؤل في هذه الحالة ماذا لو خرج بعض الحمل حيّا و بعضه ميتا فنجد أنّ هذه المسألة قد لقت خلاف بين جمهور الفقهاء.

– فلقد ذهب المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى إستحقاقه للميراث بأن يولد كله حيّا. فإذا ظهر بعضه حيا ثم مات لا يرث وكذلك الأمر إذا ولد ميتا بعد الجناية على أمه⁴.

– أمّا الحنفية فيرون أنّ حياة الجنين تثبت بخروج أكثره حيا، و إن خرج باقيه ميتا، لأنّ الأكثر عندهم حكم الكل، كما ذهبوا إلى توريثه في حالة لو مات بسبب الجناية على أمه⁵.

و هي المسألة التي لم يشر إليها المشرّع الجزائري مما يقتضي بنا الأمر الرجوع إلى نص المادّة 222 من قانون الأسرة و بالتالي الأخذ بأحد المذهبين.

¹ د. أحمد فراج حسين، د. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث و الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة جديدة، بيروت، 2002، ص 293.

² د. عبد العزيز علي الغامدي، مرجع سابق، ص 205.

³ د. عبد الله الجبوري، د. عبد الحق حميش، المرجع السابق، ص 128.

⁴ د. زكي الدين شعبان، د. أحمد الغندور، مرجع سابق، ص 392.

⁵ د. عبد الودود محمد السريتي، الوصايا و الأوقاف و الموارث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، د/ط، بيروت، 1998م، ص 382.

ثانيا: مصير التركة اذا وجد حمل ومقدار مايقف له منها

1- مصير التركة إذا وجد حمل

نشير في هذا الصدد أنّ الفقهاء قد اختلفوا في مسألة قسمة التركة على الورثة وكان للحمل أثر في ميراث غيره من حيث الحجب¹، حيث قال بعض الفقهاء إن كانت الولادة قريبة وقفت القسمة حتى يولد الحمل ليبين امره إذ ليس في التأخير إضراراً بالورثة، أمّا إذا كانت الولادة بعيدة فلا توقف القسمة لما فيه من إضرار للورثة و لا يوقف منها شيء للحمل لأن ما في البطن لا يعلم إن هو حمل أو لا، فإن ولد حيا نقضت القسمة ثم تستأنف². أمّا الشافعي فيرى أنّ الحمل لا ينضبط و على ذلك يدفع إلى أصحاب الفروض الذين لا تتغير فروضهم بتعدد الحمل ما يستحقونه و يوقف باقي التركة إلى ان ينكشف حال الحمل بالولادة³.

أمّا المالكية فذهبوا إلى القول بتأجيل القسمة إلى ما بعد الولادة⁴.

2- مقدار ما يوقف للحمل من التركة:

إنّ الفقهاء قد اختلفوا في مقدار ما يوقف للحمل من التركة على إعتبار أنّ الحمل قد يكون واحدا و قد يكون متعددا إلى الأقوال التالية:

القول الأول: ذهب الشافعية إلى أنّ الحمل لا يقدر بعدد، لوجود من تلد أكثر من إثنين و لذا لا يعطى شيء لمن إشتراك مع الحمل في فرض أو تعصيب، فهم يرون أن توقف أنصبتهم إلى حين بيان حال الحمل⁵.

القول الثاني: قال أبو حنيفة أن يوقف للحمل نصيب أربع بنين أو أربع بنات، و يعطى لبقية الورثة ما بقي من التركة⁶.

القول الثالث: ذهب الحنابلة إلى أنّه يوقف للحمل الأخط بميراث ذكرين إثنين، و يعطى باقي الورثة ما فضل عن ذلك⁷.

¹ عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم، الوجيز في الفرائض، دار ابن جزي، د/ط، د/د ، د/سنة، ص149.

² أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار أسلم، ط جديدة، باريس، 1996م، ص 515.

³ مولود مخلص الراوي، علم الفرائض و المورث، د/دار الطبع، د/دار النشر، بغداد، 2009م ، ص 69.

⁴ د. عبد الودود محمد السرييتي، مرجع سابق، ص 375.

⁵ عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم، مرجع سابق، ص 150.

⁶ د. عبد الودود محمد السرييتي، المرجع السابق، ص 385.

⁷ عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم، المرجع السابق، ص 151.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نصّ في المادة 173 من قانون الأسرة على ما يلي: "يوقف من التركة للحمل الأكثر من ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل و لا تقاسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها".

غير أنه ما يأخذ على المشرع في هذا الباب أنه لم يخصص لأحكام توريث الحمل إلا بعض المواد دون ان يتعرض من خلالها إلى احتمال تعدد الحمل ولا لمسألة أخذ الكفالة ممن يختلف نصيبهم في وجود الحمل، سواء كان واحدا أو أكثر بالإضافة إلى أنه لم يشر إلى حالة ما إذا كان الحمل الحمل من غير المورث، الأمر الذي يستوجب منا الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لنص المادة 222 من قانون الأسرة¹.

ثالثا: حالات ميراث الحمل

بعد أن أشرنا إلى أنّ القاعدة في توريث الحمل عند المشرع الجزائري هي أن يوقف له أوفر النصيبين، و يعطى من معه من الورثة أقل النصيبين. فللحمل حالات و هي كالاتي:²

- الحالة الأولى: أن لا يرث الحمل مطلقا.
- الحالة الثانية: أن يرث على أحد الفرضين أي كونه ذكرا أو أنثى و لا يرث بالتقدير الآخر.
- الحالة الثالثة: أن يكون وارثا في جميع الحالات ذكرا أو أنثى، لكن نصيبه يختلف حسب جنسه.
- الحالة الرابعة: أن يكون وارثا في جميع الحالات ذكرا أو انثى، لكن نصيبه لا يختلف سواء كان ذكرا أو أنثى.
- الحالة الخامسة: أن يرث وحده، سواء لم يكن معه ورثة أو كان حاجبا لهم حجب حرمان. و سنتعرض إلى هذه الحالات فيما يلي:

1- الحالة الأولى: لا يرث الحمل مطلقا سواء كان ذكرا أو أنثى: و في هذه الحالة يكون إما ممنوعا أو محجوبا، فلا عبرة لوجوده فتقسم التركة دون انتظار ولادته.

مثال: مات الشخص و ترك أب، ابن، أم حامل من أبيه.

¹ د. بلحاج العربي، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجديد، مرجع سابق، ص 196.

² د. أحمد فراج حسين، د. كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 194.

فالأم الحامل في هذه الحالة ستلد أخ شقيق أو أخت شقيقة للمورث، و هو لا يرث في كلتا الحالتين، لأنه محجوب بالإبن و بالتالي لا يؤثر وجوده في قسمة التركة¹.

2- الحالة الثانية: أن يرث على أحد الفرضين أي كونه ذكراً أو أنثى و لا يرث بالفرض الآخر: فهنا تقسم التركة باعتباره وارثاً، فإذا كان يورث على إعتباره ذكراً فيعطيه نصيبه، و إذا كان كأنثى فيعطيه نصيبه، بمعنى أن تحل المسألة على حلّين، أحدهما على فرض الذكور و الآخر على فرض الأنوثة، فإذا ولد بالجنس الذي يرث فيه أعطى له نصيبه، أمّا إذا ولد بالجنس الذي لا يورث به فيوزع القدر المحفوظ له على باقي الورثة².

مثال 1: توفي شخص و ترك: زوجة، عم وزوجة أخ شقيق حامل.

فالمولود سيكون إبن أخ شقيق أو بنت أخ شقيق، و يكون الحل كالآتي:

المسألة الثانية على أساس الحمل أنثى			المسألة الأولى على أساس الحمل ذكر		
أصل المسألة	الأنصبة	الورثة	أصل المسألة	الأنصبة	الورثة
4			4		
1	1/4	زوجة	1	1/4	زوجة
3	عصبة	عم	0	محجوب	عم
0	لا ترث	بنت أخ شقيق (حمل)	3	عصبة	إبن أخ شقيق (حمل)

مثال 2: ماتت و تركت: زوج، أم، أختين لأم، و زوجة أب حامل.

فإن ولدت زوجة الأب فإنّ المولود سيكون إمّا أخ لأب أو أخت لأب، ففي حالة ذكورة الحمل فيكون للزوج النصف، و الأم منها السدس و الأختين لأم الثلث و الأخ لأب الباقي عصبة، فيكون أصل المسألة 6، للزوج منها 3، و للأم منها 1 و للأختين لأم منها 2، فتكون السهام قد إنتهت فلا يبقى للأخ لأب شيء.

¹ د. بلحاج العربي، أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق، ص 297.

² د. أحمد فراج حسين، د. كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص 194.

- أمّا إذا كان المولود أنثى فيكون للزوج النصف، و الأم السدس، الأختان لأم الثلث، الأخت لأب النصف، و أصل المسألة 6، للزوج منها 3، و للأم 1، و للأختان لأم 2، و الأخت لأب 3، فالمجموع 9، بمعنى أنّ المسألة عالة إلى 9.

و التركة توزّع مؤقتا على أساس المولود وارث، أي في هذه المسألة على أساس أنّ المولود أنثى، فإذا ولد أنثى فلا إشكال و يبقى الأمر كما كان، و لكن إذا ولد ذكر و على إعتبار أنّه

لا يرث، يجب رد نصيب المحتفظ به للورثة.

و يكون حل المسألة تفصيلا وفق المراحل التالية:¹

المرحلة الأولى: حل المسألة وفقا للمسألتين، الأولى على أساس أنّ الحمل ذكر و الثانية على أساس أنّ الحمل أنثى:

المسألة الثانية على أساس الحمل أنثى			المسألة الأولى على أساس الحمل ذكر			
المسألة عالت إلى 9	أصل المسألة 6	الأنصبة	الورثة	أصل المسألة 6	الأنصبة	الورثة
3	3	2/1	زوج	3	2/1	زوج
1	1	6/1	أم	1	6/1	أم
2	2	3/1	أختين لأم	2	3/1	أختين لأم
3	3	2/1	أخت لأب	لا شيء	عصبة	أخ لأب (حمل)

هنا نلاحظ إختلاف بين أصلي المسألتين فيجب إيجاد أصل مشترك بين المسألتين.

المرحلة الثانية: إيجاد أصل مشترك بين المسألتين: و يتمّ ذلك بالنظر بين أصلي المسألتين بالأنظار (النسب) الأربعة، التماثل، التداخل، التوافق و التباين.

إذن فيب المثل المعروض نلاحظ أنّ أصل المسألة الأولى 6 و أصل المسألة الثانية

9، و بينهما توافق، فهما يتوافقان في 3 أي القاسم المشترك الأكبر بينهما هو 3.

إذن الأصل المشترك بينهما هو وفق أحدهم مضروب في كامل الآخر.

وفق 6 هو $6 \div 3 = 2$ (القاسم المشترك) = 2. نضربه في كامل الآخر أي في 9.

لدينا $9 \times 2 = 18$. إذن يصبح أصل كل مسألة 18.

¹ د. طحطاح علال، محاضرات في مقياس الميراث المعمق لسنة أولى ماستر، تخصص أحوال شخصية (غير منشور).

المرحلة الثالثة: إستخراج نصيب كل وارث في كل مسألة بحسب الأصل الجديد:

أ- نستخرج نصيب كل وارث في المسألة الأولى الجديدة، و ذلك عن طريق ضرب نصيبه السابق في حالص قسمة الأصل المشترك على أصل المسألة الثانية القديم. أي نقسم 18 على 6 و الحاصل هو 3 نضربه في نصيب كل وارث في المسألة الثانية و الناتج هو نصيب ذلك الوارث.

ب- نستخرج نصيب كل وارث في المسألة الثانية الجديدة، و ذلك عن طريق ضرب نصيبه السابق في حاصل قسمة الأصل المشترك على أصل المسألة الثانية القديم. أي نقسم 18 على 9 و الحاصل هو 2 نضربه في نصيب كل وارث في المسألة الثانية و الناتج هو نصيب ذلك الوارث. و تصيح المسألتين كما هو موضّح في الجدول:

المسألة الثانية على أساس الحمل أنثى		المسألة الأولى على أساس الحمل نكر	
أصل المسألة 18	الورثة	أصل المسألة 18	الورثة
$6=2 \times 3$	زوج	$9=3 \times 3$	زوج
$2=2 \times 1$	أم	$3=3 \times 1$	أم
$4=2 \times 2$	أختين لأم	$6=3 \times 2$	أختين لأم
$6=2 \times 3$	أخت لأب (حمل)	لا شيء	أخ لأب (حمل)

إنن نوزّع المسألة على أساس أن الحمل أنثى، لأنّه ينال بذلك النصيب الأوفر، فنعطي: للزوج 6 أسهم و للأم ساهمين و للأختين لأم 4 أسهم، و للحمل (على أساس أنه أنثى) 6 أسهم.

فإذا أردنا توزيع المبلغ نقسم المبلغ الكامل على أصل المسألة المراد التوزيع وفقها و الحاصل هو قيمة السهم. و عليه فقيمة السهم = 180 مليون س ÷ 18 (أصل المسألة) = 10 مليون س. و نعطي لكل وارث نصيبه وفق المسألة التي إعتبرنا فيها الحمل أنثى و يكون نصيب كل وارث

هو حاصل ضرب قيمة السهم في عدد سهامه¹.

و عليه للزوج 60 مليون س (10×6)، للأم 20 مليون س (10×2)، للأختين لأم 40 مليون س (10×4)، و للحمل على أساس أنّه أنثى 60 مليون س (10×6)، توقف إلى حين ولادة الحمل. فإذا ولد الجنين أنثى فلا إشكال أمّا إذا ولد نكر، فلا بدّ من تعديل في التوزيع

¹ د. طحطاح علال، المرجع السابق.

كما يلي: الحمل لا يأخذ شيئاً، و يجب رد ما أوقف للحمل لمستحقه. فالزوج أعطيناها على أساس أن الحمل أنثى 6 أسهم و يستحق لأن الحمل ذكر 9 أسهم أي نضيف له قيمة 3 أسهم أي 30 مليون سنتيم. و الأم أعطيناها سهمين على أساس أن الحمل أنثى و تستحق 3 أسهم على اعتبار الحمل ذكر، أي نضيف لها قيمة سهم أي 10 مليون سنتيم¹.

و الأخنتين لأم منحناهما على أساس أن الحمل أنثى 4 أسهم و تستحقان على أساس الحمل ذكر 6 أسهم، أي نضيف لهما قيمة سهمين 20 مليون سنتيم، فيكون لكل واحدة 10 مليون سنتيم إضافة.

3/- الحالة الثالثة: أن يكون وارثا في جميع الحالات، سواءا كان ذكرا أم أنثى، لكن نصيبه يختلف في الذكورة و الأنوثة، إحتفظ له بالنصيب الأكبر. و في هذه الحالة تحلّ المسألة حلين: حل على فرض الذكورة و آخر على فرض الأنوثة. و يحفظ للحمل أوفر النصيبين، و نعطي للورثة الباقين على أساس المسألة التي أخذ فيها الحمل أوفر النصيبين².

مثال: مات و ترك، أم، اخت لأم، زوجة حامل. و ترك 48 هكتار من الأرض.

نحل المسألة على مراحل³:

***المرحلة الأولى: حل المسألة وفقا لمسألتين، الأولى على أساس أن الحمل ذكر و الثانية على أساس أن الحمل أنثى، كما بيّنا في المسائل السابقة. و يكون الحل كما يلي:**

المسألة الثانية على إعتبار الحمل أنثى				المسألة الأولى على إعتبار الحمل ذكر		
أصل المسألة بعد الرد 32	أصل المسألة 24	الأنصبة	الورثة	أصل المسألة 24	الأنصبة	الورثة
4	3	1/8	زوجة	3	1/8	زوجة
7	4	1/6	أم	4	1/6	أم
0	0	محجوبة	أخت لأم	0	محجوبة	أخت لأم
21	12	1/2	بنت(حمل)	17	عصبة	إبن(حمل)

¹ د. طحطاح علال، نفس المرجع.

² د. بلحاج العربي، أحكام الموارث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 300.

³ د. طحطاح علال، مرجع سابق.

المرحلة الثانية: توحيد أصلي المسألتين أي إيجاد أصل مشترك لهما: و يتم ذلك بالنظر بين أصلي المسألتين بالأنظار (النسب) الأربعة، التماثل، التداخل، التوافق و التباين. و في هذه المسألة نلاحظ أنّ أصل المسألة الأولى هو 24 و أصل المسألة الثانية هو 32 أي أنّ هناك توافق بينهما و في حالة التوافق يكون الأصل المشترك هو حاصل ضرب وفق أحد الأصلين السابقين في كامل الأصل الآخر.

الوفق هو حاصل قسمة أصل المسألة على القاسم المشترك الأكبر بين أصلي المسألتين 32 و 24 يتوافقان في 8 أي أنّ 8 هو القاسم المشترك الأكبر بينهما، فالأصل المشترك هو $4 \times 24 = 96$ فوق 32 هو 4 نضربه في 24 و الحاصل هو 96 هو الأصل المشترك، أو نضرب وفق 24 في 32 أي $32 \times 3 = 96$ فالنتيجة واحدة.

المرحلة الثالثة: استخراج نصيب كل وارث في المسألتين الجديدتين بحسب الأصل المشترك و يتم ذلك وفق الآتي:¹

أ- نستخرج نصيب كل وارث في المسألة الأولى الجديدة، و ذلك عن طريق ضرب نصيبه السابق في حاصل قسمة الأصل المشترك على أصل المسألة الأولى القديم، أي $4 = 24 \div 96$ فنضرب نصيب كل وارث في 4 للحصول على نصيبه وفقا للأصل المشترك. و عليه في المثال السابق يكون لكل وارث ما يلي: الزوجة نصيبها هو 12 سهم (4×3)، الأم نصيبها 16 سهم (4×4)، الأخت لأم نصيبها 0 سهم (4×0)، ابن (حمل) نصيبه 68 سهم (4×17) و المجموع 96 مساوي لأصل المسألة.

ب- نستخرج نصيب كل وارث في المسألة الثانية الجديدة، و ذلك بضرب نصيبه السابق في حاصل قسمة الأصل المشترك (الجديد) على الأصل القديم للمسألة. فلدينا $3 = 32 \div 96$. نضرب نصيب كل وارث في المسألة الثانية القديمة في 3.

الزوجة نصيبها هو 12 سهم (3×4)، الأم نصيبها 21 سهم (3×7)، الأخت لأم نصيبها 0 سهم (3×0)، بنت (حمل) نصيبها 63 حمل (3×21). و يكون الجدول كما يلي:

المسألة الثانية (الحمل أنثى)		المسألة الأولى (الحمل ذكر)	
أصل المسألة 96	الورثة	أصل المسألة 96	الورثة
12	زوج	12	زوجة

¹ د. طحطاح علال، المرجع السابق.

أم	16	أم	21
أخت لأم	0	أخت لأم	0
ابن (حمل)	68	بنت (حمل)	63

نلاحظ أنّ نصيب الحمل على أساس أنّه ذكر أكثر، إذن نوزّع التركة على أساس كون الحمل ذكر. فإذا ولد الحمل ذكر، نعطيه كل الموقوف أي 68 سهم (34 هكتار)، أمّا إذا ولد أنثى فنعطيه نصيبه كأنثى أي 63 سهم (31.5 هكتار)، و يبقى 5 أسهم (2.5 هكتار) نعطيه لأم، لأنها أخذت 16 سهم و نصيبها على إعتبار الحمل أنثى هو 21 سهم.

4/- الحالة الرابعة: أن يرث في جميع الحالات، بغض النظر عن كونه ذكرا أو أنثى، ولا يختلف نصيبه في كلتا الحالتين¹. و في هذه الحالة نعطي للورثة نصيبهم و نحفظ للحمل بنصيبه.

مثال: مات شخص و تركة: زوجة، أخ شقيق، أم حامل من غير أبيه.

فإذا كان المولود ذكرا سيكون أخ لأم، و بالتالي فالزوجة الربع، ولأم السدس، و للأخ لأم السدس، و الأخ الشقيق الباقي عسبة. أمّا إذا كان المولود أنثى ستكون أخت لأم و عليه يكون للزوجة الربع، و لأم السدس، و للأخت لأم السدس، و للأخ الشقيق الباقي عسبة. و عليه نلاحظ أنّ لا فرق بين نصيب الحمل سواء كان ذكرا أو أنثى، فنقسّم التركة و نحفظ بالحمل بنصيبه.

5/- الحالة الخامسة: أن يرث وحده، سواء لم يكن معه ورثة أو كان حاجبا لهم حجب حرمان، ففي هذه الحالة نوقف التركة كلّها للحمل إلى حين ولادته، فإذا ولد حيا، و إذا ولد ميتا قسّم على مستحقّيها.

مثال: توفي شخص و تركة: زوجة ابن حامل، و أخ لأم، فإذا ولد الحمل ذكرا فهو ابن ابن، وهو يحجب الأخ لأم. أمّا إذا ولد أنثى فهي بنت ابن، و هي تحجب أيضا الأخ لأم².

الفرع الثالث: الوصيّة.

من خلال هذا الفرع سنتطرّق إلى جملة التصرفات الشرعية التي تنشأ حقوقا ماليّة للجنين وهي الوصيّة و الهبة و الوقف.

أولا: تعريف الوصيّة و مشروعيتها: 1- تعريف الوصيّة:

¹ د. أحمد حسين فراج، د. محمد الدين كمال، مرجع سابق، ص 292.

² د. طحطاح علال، مرجع سابق.

أ- تعريف الوصية لغة: من العهد، فنقول أوصى للرجل ووصاه، أي عهد إليه وسميت وصية لأنها لها علاقة بأمر الميت¹.

ب- تعريف الوصية اصطلاحاً: فهي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق الشرع².

1- مشروعية الوصية

لقد قال الفقهاء بمشروعية الوصية بالكتاب و السنة و الإجماع³ فمن الكتاب قَالَ تَعَالَى: ﴿مَنْ بَعَدَ وَصِيَّةً يُوصَى بِهَا أَوْ دِينَ﴾⁴ و قَالَ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهَدَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ﴾⁵

و من السنة، قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ قَالَ " ما حق إمرء مسلم، له شيء يوصى به، يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده" ⁶

أما من الإجماع فقد إنعقد الإجماع منذ عصر الصحابة و التابعين إلى يومنا على مشروعيتها وجواز الوصية⁷. و هذا بالنسبة إلى عموم الوصية.

أما بالنسبة للوصية للجنين فهي جائزة عند عامة الفقهاء، لأن الموصى يجعله خليفة في بعض ما له، و الجنين يصبح خليفة في الإرث فكذا في الوصية⁸.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج15، مرجع سابق، ص344.

² د. محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية، ط4، بيروت، لبنان، 1402هـ، 1982م، ص22. أبو المذاهب الحسين بن محمد العكيري الحنبلي، رؤوس المسائل الخلاقية بين جمهور الفقهاء، المجلد3، دار إشبيلية، د/ط، د/د، د/ سنة، ص1107.

³ الموسوعة الفقهية، حقد حيوان، مرجع سابق، ص 147.

⁴ سورة النساء، الآية 11.

⁵ سورة المائدة، الآية 106.

⁶ د. عبد الله الجبوري، د. عبد الحق حميش، مرجع سابق، ص154.

⁷ د. أحمد فراج حسين، د. محمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص36.

⁸ عواطف تحسين عبد الله البوقري، أحكام الجنين و الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، الجزء الأول، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى لسعودية، 1410هـ - 1990م، ص595. الإمام أبو بكر الرازي الجصاص، المرجع السابق، ص120.

ثانياً: إستحقاق الجنين للوصية: إتفق الفقهاء على صحّة الوصية للحمل، و لا خلاف بينهم في ذلك، كما أشرنا، غير أنّهم إشتراطوا مجموعة من الشروط لصحة هذه الوصية و هي كالآتي.

1- أن يكون الحمل موجوداً وقت الوصية

و لقد إختلف الفقهاء في ذلك إلى الأقوال التالية:

* إشتراط جمهور الفقهاء الشافعية و الحنابلة و الإمامية و بعض الأحناف أن يكون الحمل موجوداً حال الوصية، لأنها تملك فلا تصح لمعدوم.

و يتحقق ذلك بأن تلد الحامل لأقل مدة الحمل من وقت الوصية (أي 6 أشهر) إذا كان زوجها حياً أمّا إن كان زوجها ميتاً أو كانت معتدة من طلاق أو وفاة فلا تصح له الوصية إلا إذا أتت به لأقصى مدة الحمل¹.

* ذهب الحنفية إلى إشتراط أن يكون الحمل موجوداً من وقت موت الموصى لا من وقت الوصية لأن وقت نفوذ الوصية و إعتبارها من حق الموصى له يكون وقت الموت².

* أمّا المالكية، فلم يشترطوا وجوده عند الوصية فأجازوا الوصية للحمل الذي سيوجد، فيؤخر الموصى به إن كان حملاً للوضع، إن كان موجوداً. و إن كان غير موجود إنتظر بالوصية إلى اليأس من الولادة ثم ترد بعده لورثة الموصى³.

2- أن ينفصل الجنين عن أمه حياً

وهذا الشرط متفق عليه، بين الفقهاء و إن إختلفوا في نوع الحياة، فمنهم من يكتفي بمطلقها، و هم الحنفية حيث قالوا يكفي ولادة أكثره حياً لأن للأكثر حكم الكل و الأئمة الثلاثة يشترطون حياة تامة مستقرة، بمعنى أن يولد كلاً حياً حياة متيقنة⁴ و على هذا الأساس فإنّ ولد الجنين ميتاً فلا وصية له بالإتفاق⁵.

3- أن يوجد على الصفة التي عينها الموصى في وصيته

¹ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته في الوصايا و الوقف و الميراث، ج8، مرجع سابق، ص31. عبد الرحمان

الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الثالث، قسم المعاملات، مرجع سابق، ص319.

² د. أحمد فراج حسين، محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص71.

³ د. عبد الله الجبوري، عبد الحق حميش، مرجع سابق، ص172.

⁴ د. محمد مصطفى شبلي، مرجع سابق، ص104.

⁵ عواطف تحسين عبد الله البوقري، المرجع السابق، ص229.

فإذا كانت الوصية لحمل من شخص معيّن، إشتراط لصحة الوصية أن يثبت نسب الحمل شرعا من الشخص المعين¹ فمثلا إن قال، إن الوصية لحمل فلأنه من فلان فلا بد من ثبوت نسب الحمل من هذا الأمر لتصبح الوصية، فإذا لم يثبت تبطل الوصية لعدم تحقق إرادة الموصي². و على هذا الأساس فإن الموصي قصد حملا معيناً منسوبا إلى شخص معيّن، فإذا لم يثبت نسبه لم يكن هو الموصي له تبطل الوصية، لأنها تمليك، و هو لا يثبت إلا لمن عيّنه المالك³.

4- ألا يكون الجنين من المستحقين لشيء من التركة

سواء بالفرض أو بالتعصيب، إلا إذا أجازها الورثة، و هو مذهب جمهور العلماء، أي أن الوصية للحمل إذا كان من الورثة تكون موقوفة على إجازتهم لقوله صلى الله عليه و سلم " لا وصية لوأرث إلا أن يجيزها الورثة"⁴.

ثالثا: تعدد الحمل و قبول الوصية

1- في حالة تعدد الحمل: في حالة إذا أوصى للحمل و جاءت الحامل بتوأم فإن الوصية بينهما بالتساوي و لو كانا ذكرا أو أنثى، إلا إذا اقتضت الوصية خلاف ذلك، أمّا لو كان أحدهما ميت فإن الوصية للحي و ليس للميت منها شيء⁵، أمّا إذا ولدا حين كلاهما ثم مات أحدهما إنتقل نصيب الميت إلى ورثته لأنه مات بعد إستحقاقه و دخول الموصي به في ملكه⁶.

2- قبول الوصية

إختلف الفقهاء في قبول الوصية للحمل من وليه أو وصيه من عدمه، مع الإشارة إلى أن القبول بالنسبة للوصية ليس ركنا فيها، بل هو شرط للزومها و دخول الموصي به في ملك الموصي له⁷.

¹ عيسى أمعيزة، مرجع سابق، ص78.

² د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص160.

³ د. محمد مصطفى الشبلي، مرجع سابق، ص109.

⁴ د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص99.

⁵ د. أحمد فراج حسين. د محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص72.

⁶ أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، أسلم للنشر، د/ط، 1406هـ، 1986م، ص447. عبد الرحمان الجزيري، الفقه

على المذاهب الأربعة، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص321.

⁷ محمد مصطفى شبلي، مرجع سابق، ص38.

يرى الحنفية بأن الوصية للحمل تتم مباشرة بعد وفاة الموصى و لا تحتاج إلى قبول، و إستندوا بأنه لا يتصور من الحمل قبول مثله مثل جهات البر التي ليس لها من يمثلها، كما أنه لا يكون له و لي عندهم حتى وضعه، أي بعد نفاذ الوصية.

- بينما يرى الجمهور بأن الوصية للحمل تتوقف على قبول من الولي أو الوصي إن لم يكن له ولي¹.

رابعاً: موقف المشرع الجزائري من الوصية للحمل

لقد إتفق المشرع الجزائري مع الفقه في التعريف الإصطلاحي للوصية حيث نص في المادة 184 من قانون الأسرة أن " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق الشرع، و لقد نص المشرع صراحة بموجب نص المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري على جواز الوصية للحمل و التي جاء فيها، تصحّ الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً.. " الأمر الذي يستفاد منه صحة الوصية للحمل و نفاذها بشرط ولادة الجنين الموصى له حيا إذا إستهل صارخا و بدت منه علامة ظاهرة بالحياة. و المشرع بهذا إتفق مع ما ذهب إليه الفقهاء في إشتراطهم لولادة الجنين حياً لنفاذ الوصية².

و قد نص المشرع الجزائري على إقتسام الشيء الموصى به في حالة تعدد الحمل بالتساوي و لو إختلف الجنس في نص المادة 187 عندما نصّ صراحة "... و إذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي و لو إختلف الجنسين".

غير أن المشرع لم يتعرض للشرطين الآخرين لإستحقاق الجنين للوصية و هو وجود الحمل من عدمه أثناء الوصية، و الصفة التي إشتراطها الموصى في الحمل. الأمر الذي يقتضي تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، تطبيقا انص المادة 222 من قانون الاسرة.

أمّا فيما يخص مسألة قبول الوصية لنفاذها في حق الجنين فلقد أخذ المقنن الجزائري برأي الجمهور، و إشتراط قبول الوصية الإختيارية في المادة 197 من قانون الأسرة الجزائري صراحة أو ضمنا. " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي" و قبول الجنين يكون عن طريق وليه أو وصيه طبقا لنص المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء

¹ عيسى أمعيرة، مرجع سابق، ص81.

² دربالي حكيم، الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستير في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة محمد

خيضر بسكرة، 2014-2015، ص14.

فيها: "من كان فاقدا الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدّم طبقا لأحكام هذا القانون¹.

الفرع الرابع: الهبة

سنعرض الى تعريف الهبة وبيان احكامها للجنين ،وموقف المشرع منها.

أولاً: التعريف بالهبة و مشروعيتها

1- التعريف بالهبة: سنتطرق إلى تعريف الهبة لغة و اصطلاحا.

أ- الهبة لغة: هي إيصال النفع إلى الغير، أو هي العطية الخالية من الأعيان و الأغراض².

ب- الهبة في الإصطلاح: هي التبرع الرشيد بما يملك من مال، كأن يهب مسلم لآخر داراً، أو ثياباً أو طعاماً أو يعطيه دراهم و دنانير³. كما تعرّف أيضا بأنها تملك العين بلا عوض⁴.

2- حكم الهبة: الهبة كالهديّة، مستحبّتان إذ هما من الخير المرغّب في فعله من الكتاب و السنّة⁵.

أمّا من الكتاب، قَالَ تَعَالَى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ^ج وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ¹﴾ و قَالَ تَعَالَى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ²﴾ و قَالَ تَعَالَى: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ³﴾

¹ عيسى أمعيزة، المرجع السابق، ص 81.

² سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 126.

³ أبو بكر جابر الجزائري، المرجع السابق، ص 451.

⁴ موساوي عيدة، حقوق الجنين في الشريعة و القانون، مذكرة ماستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017، ص 39. أبي المواهب الحسين بن محمد العكبري الحنبلي، رؤوس المسائل الخلاقية بين جمهور الفقهاء، المرجع السابق، ص 1049.

⁵ أبو بكر جابر الجزائري، المرجع السابق، ص 451.

و من السنّة قوله صلى الله عليه و سلم " تهادوا تحابوا"، و قوله صلى الله عليه و سلم " العائد في هيبته كالعائد في قيئه" و كذلك قول عائشة رضي الله عنها: كان النبي صلى الله عليه و سلم يقبل الهدية و يثيب عليها⁴.

و هذا عن عموم الهبة أمّا فيما يتعلّق بالهبة للجنين فسننظرّق إليها فيما يأتي.
ثانيا: حكم الهبة للجنين:

إختلف الفقهاء في حكم الهبة للجنين إلى الآراء التالية:

1- الرأي الأولي: لا تصح الهبة للحمل، وهو رأي الجمهور من الحنفية و الشافعية و الحنابلة و الإمامية، لأنها تملك يحتاج إلى القبض⁵ و الحمل ليس من أهل القبض، إضافة إلى أنه لا ولي له إلا بعد ولادته، و ليس له من يقبل عنه وقت إيجاب الهبة⁶.

2- الرأي الثاني: حيث ذهب المالكية إلى إعتبار الهبة نوع من المعروف، و تتحقّق بالإيجاب وحده، دون حاجة إلى قبول، فتكون ملزمة للواهب بمجرد إيجابه كالنذر فالقبض عند مالك من شروط تمام الهبة و ليس شرط صحة، و عليه فالهبة جائزة للجنين و صحيحة فتوقف له لحين بيان أمره، فإذا ولد حيّا كان له ما وهب له، أمّا إذا مات بعده إنتقل إلى ورثته، أمّا إذا ولد ميتّا فتكون الهبة ملكا خالصا للواهب⁷.

كما ذهب الظاهريّة إلى نفس ما ذهب إليه الفقه المالكي، حيث يرى ابن حزم الظاهري بأن الهبة تصح دون قبض، فتصح بذلك للجنين، فقد قال: " و من وهب هبة ... أو تصدّق بصدقة كذلك فقد تمت باللفظ و لا معنى لحيازتها و لا قبضها"⁸.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الهبة للجنين

¹ سورة آل عمران، الآية 92.

² سورة المائدة، الآية 2.

³ سورة البقرة، الآية 177.

⁴ أبو بكر جابر الجزائري، المرجع السابق، ص 451.

⁵ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلّد الثالث، مرجع سابق، ص 298. أبي المواهب الحسين بن

محمد العكبري الحنبلي، المرجع السابق ص 1049.

⁶ الموسوعة الفقهية حقد حيوان، مرجع سابق، ص 148.

⁷ د. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص 128. أبو المواهب الحسين بن محمد العكبري الحنبلي، المرجع السابق،

ص 1044.

⁸ موساوي عيدة، مرجع سابق، ص 40.

لقد حذا المشرع الجزائري حذو الفقه المالكي و الظاهري في إجازة الهبة للجنين¹، حيث نصت المادة 209 من قانون الأسرة " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيًا "، غير أن المشرع لم يحدد لنا من ينوب عن الجنين في قبض الهبة .غير أنه ان كانت الهبة من الحقوق التي تثبت للجنين بولادته تطبيقا انص المادة 25 من القانون المدني،فبولادته حيا ينوب عنه وليه في قبضها باعتباره صبي غي مميز، الامر الذي يقتضي من تطبق نص المادة 82 من قانون ابلاسة السالفة الذكر.

الفرع الخامس: الوقف.

يعتبر الوقف ممن بين الحقوق المالية التي تثبت للجنين.

أولاً: تعريف الوقف و مشروعيته.

1-تعريف الوقف: سننطرق إلى تعريف الوقف لغة و اصطلاحا.

أ- تعريف الوقف لغة: الوقف في لغة العرب مصدر وقف و هو يدل على كثير من المعاني منها الحبس و المنع، فنقول وقفت الدابة أو السيارة إذا حبستها و منعناها عن السير و منها الإطلاع منقول وقف على معنى كذا أي إطلع عليه ووقفته على ذنبه أي أطلعت عليه².

ب- تعريف الوقف اصطلاحا: و لقد اختلف الفقهاء في تعريف الفقه إلى الأقوال التالية:

- عند الحنفية: هو حبس العين على ملك الواقف و التصدق بالمنفعة³.

- عند المالكية: و هو جعل المالك منفعة مملوكة، و لو كان مملوكا بأجرة، أو جعل غلته كالدراهم لمستحق، أي حبس المالك العين عن أي تصرف تمليك، و التبرع بريعتها إلى جهة خيرية تبرعا لازما⁴.

¹ موساوي عيدة ، نفس المرجع، ص40.

² د. محمد مصطفى شبلي، المرجع السابق، ص302. أبو المواهب الحسين بن محمد العكبري الحنبلي، رؤوس المسائل

الخلافة بينت جمهور الفقهاء، المجلد3، المرجع السابق، ص1036.

³ الإمام أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، الموسوعة الفقهية التجريد، المجلد8، المرجع السابق، ص3771، أبي المواهب الحسين بن محمد العكبري الحنبلي، مرجع السابق، ص1036.

⁴ الإمام أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، الموسوعة الفقهية التجريد، المجلد8، المرجع السابق، ص3771، أبي المواهب الحسين بن محمد العكبري الحنبلي، مرجع السابق، ص1036.

- عند الشافعية و الحنابلة و صاحبى أو حنيفة: و هو حسب مال يمكن الإنتفاع به مع بقاء عينه، و هو جعل التصرف في رقبته من الواقف و غيره، على مصرف مباح موجود أو بصرف ريعه على جهة ير و خير تقربا إلى الله تعال، و عليه يخرج عن ملك الواقف¹.

2- حكم الوقف: إنَّ الوقف مندوب إليه مرغوب فيه² من الكتاب و السنة و الإجماع.

أ- من الكتاب: قَالَ تَعَالَى: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾³ و قَالَ تَعَالَى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ﴾⁴ و قَالَ تَعَالَى: ﴿إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا﴾⁵

ب- من السنّة: حديث ابن عمر أنّ عمر أصاب أرضا من أرض خيبر، فقال: "يا رسول الله أصبت أرضا بخيبر، لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمرني؟ فقال إن شئت حبست أصلها و صدقت بها."

- و قوله عليه السلام: "إذا مات ابن آدم إنقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به من بعده، أو ولد صالح يدعو له"⁶

ت- من الإجماع: أكثر أهل العلم من السلف و من بعدهم على القول بصحة الوقف، و قال جابر رضي الله عنه، ما بقي أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و سلم له مقدرة إلا وقف⁷.

ثانيا: حكم الوقف على الجنين:

ذهب الجمهور إلى صحّة الوقف على الأولاد و الذريّة الموجودة منهم و من سيولد فيما بعد و يدخل في الموجود منهم الجنين إذا ولد لأقل من ستّة أشهر أمّا إذا ولد لأكثر من

¹ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الوصايا و الوقف و الميراث، ج8، المرجع السابق، ص154.

² أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص448.

³ سورة آل عمران، الآية92.

⁴ سورة البقرة، الآية267.

⁵ سورة الأحزاب، الآية6.

⁶ د. أحمد فراج حسين، د. محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص155.

⁷ د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، أحكام الوصايا و الأوقاف، ج8، المرجع السابق، ص156.

سنة أشهر فيتناوله لفظ من سيولد فيما بعد¹. و سنفصل في هذه المسألة حسب آراء الفقهاء على النحو الآتي:

عند الحنفية: إذا خصص الوقف للجنين و هو في بطن أمه فإنه يستحق نصيبه بحسب عبارة الواقف، على اعتبار أن الحمل نسل من الذرية فمثلا يقول "وقفت كذا على ما في بطن، -1- فيستحق في هذه الحالة نصيب من الوقف، إذا خرج سالما معافى، مع الإشارة إلى أنه لم يذكر الحنفية في أقوالهم ما يدلّ من عبارات على صحة الوقف على الجنين إستقلالاً².

2- عند المالكية: يصح الوقف عندهم على أهل التملك سواء كان موجودا أو سيوجد مالمجنين الذي سيولد، و لكن الوقف على الحمل موقوف لا يلزم إلا بولادته حيا، و بالتالي فيجوز عند المالكية الوقف على الحمل تبعا أو إستقلالاً أي تخصيصا بذلك دون غيره على اعتبار أن الوقف لا يحتاج إلى قبول و بالنظر إلى كون الجنين أهلا للتملك كان القول بجواز الوقف على الجنين إستقلالاً³.

3- عند الشافعية: لا يصح الوقف على الجنين لعدم صحة نملكه، حتى و لو كان للواقف أولاد و له جنين عند الوقف لم يدخل إلا إذا انفصل حيا، فإنه يدخل معهم و تبعا لذلك لا يجوز الوقف عندهم على الجنين إستقلالاً و لا تبعا كأن يقول وقفت على ولدي وحمل زوجتي، لكنّه يدخل في الوقف على الذرية و النسل و العقب و لا يدخل فيما لو قال وقفت على الأولاد، لأنه لا يسمي و لذا قبل انفصاله⁴.

4- عند الحنابلة: يشترطون أن يكون الوقف على المعلوم الموجود، و عليه من وقف على أولاده أو أولاد غيره و فيهم حمل لم يستحق شيئا قبل انفصاله، لأنه لم يثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله، و بالتالي لا يصحّ الوقف على الحمل أصالة، و لكن يصحّ له تبعا أي أن يكون تابعا للذرية الموجودة⁵.

¹ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص163.

² د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص102.

³ راجع: د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، أحكام الوصايا و الأوقاف، ج8، المرجع السابق، ص190. د. أحمد

فرج حسين ، د محمد كمال الدين إمام، المرجع السابق، ص221. خالد محمد صالح، مرجع سابق، ص218.

⁴ الموسوعة الفقهية حقد حيوان، المرجع السابق، ص148.

⁵ د. خالد محمد صالح، المرجع السابق، ص219.

و خلاصة هذه الأقوال أن الحنفية لم يظهر من أقوالهم ما يدلّ على صحّة أو عدم صحّة الوقف على الجنين ابتداءً و ليس تبعاً، و الشافعية و الحنابلة لم يجيزوا الوقف عليه، إلا أن يكون تابعا للذرية الموجودة، و خالفهم في ذلك المالكية بقولهم بصحة الوقف عليه إمّا بالتبعية أو بالأصل¹.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من الوقف على الجنين

لقد عرّف المشرع الجزائري الوقف في نص المادة 213 من القانون 84-11 المتضمّن قانون الأسرة الجزائري، على أنّه "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدّق" كما ورد تعريفه أيضاً بموجب نص المادة 31 من قانون 90-25² بنصها "الأملك الوقفية هي الأملك العقارية التي حبسها مالكاها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء كان هذا التمتع فوراً أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعيّنهم المالك المذكور"

حيث نستخلص من خلال هذه التعاريف أنّها جاءت مطلقة فيما يخص محل الوقف سواء كان عقاراً أو منقولاً و هذا بعموم لفظ "المال" و "العين"³. كما نظم المشرع الجزائري أحكام الوقف في قانون خاص مستقل به بالإضافة إلى ما جاء بيانه من أحكام بموجب قانون الأسرة، و هو القانون 91-10⁴ و عرّف الوقف في نص المادة الثالثة منه "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصدّق على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير"

و نشير هنا أن المشرع بموجب قانون الأوقاف 91-10 قبل تعديله سنة 2001، كان يشترط في نص المادة 13 منه أن يكون الموقوف عليه موجوداً، لصحة إستحقاقه للعين الموقوفة. المسألة التي أثارت جدلاً حول إمكانية الوقف على غير الموجود و هو الجنين - الأمر الذي

¹ د خالد محمد صالح ، نفس المرجع، ص164.

² القانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990، المتضمن التوجه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد78.

³ بوجمعة صافية، النظام القانوني للأملك الوقفية في الجزائر، مذكرة ماستر في الحقوق، القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013-2014، ص7.

⁴ قانون 91-10 المؤرخ في 27-04-1991، المتعلق بالأوقاف ، (ج ر مؤرخة في 08-05-1991) معدّل و متمم بالقانون رقم 01-07 ، مؤرخ في 22 مايو سنة 2001 (ج ر 29 مؤرخة في 23-05-2001) و بالقانون رقم 02-10، مؤرخ في 14 ديسمبر 2002 (ج ر 83، مؤرخة في 15-12-2002).

أجازته الفقه الإسلامي - و على هذا الأساس فإنه في حالة وقف الواقف على أولاده و له جنين عند الوقف، لم يدخل من بين الموقوف عليهم¹. غير أنه بعد التعديل عمل المشرع على إلغاء جميع المواد المتضمنة أحكام الوقف الخاص، و أخضعه بموجب المادة الأولى من قانون الأوقاف المعدل و المتمم في فقرتها الثانية إلى الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها. الأمر الذي يفرض علينا الرجوع إلى هذه الأحكام بما فيها قانون الأسرة في نص المادة 222 منه، و التي نصت على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ما لم يرد فيه نص. و بالرجوع إلى الأحكام الفقهية المتعلقة للوقف، فنجدها قد أجازت الوقف للجنين سواء منفرداً أو بالتبعية كما أشرنا سابقاً².

و يشير البعض إلى أنه كان من الأجدر على المشرع الجزائري في هذا الباب، النص على جواز الوقف للجنين مثل ما أجاز الهبة و الوصية له بموجب نصوص صريحة، لما لهذه المسألة من أهمية حتى يضمن إكمال سلسلة الحقوق المدنية للجنين في تقنين واحد³.

المبحث الثاني: الحماية الجنائية للحمل.

بعد أن تطرقنا في المبحث السابق للحماية المدنية للحمل، سنحاول من خلال هذا المبحث بيان الحماية الجنائية للجنين، و يقصد بها كافة الإجراءات و التدابير و العقوبات التي يعمل بها في مجتمع ما لحماية الحقوق و مصالح و روح الجنين، و بالتالي حضر جميع الأفعال غير المشروعة بما يقرر لها من عقوبات⁴. حيث حفظت الشريعة الإسلامية و القوانين الإنسانية، حق الجنين في الحياة، و تشمل هذه الحماية على العموم تجريم الإعتداء المباشر على الجنين عن طريق الإجهاض، بالإضافة إلى تجريم الإعتداء على المرأة الحامل⁵.

المطلب الأول: الحماية الجنائية المباشرة للحمل.

¹ إسماعيل عبّاد، النظام القانوني للأحكام الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيثر، بسكرة، 2013-2014م، ص48.

² بوجمعة صافية، مرجع سابق، ص42.

³ موساوي عيدة، مرجع سابق، ص41.

⁴ علي بن محمد بن حسن الحماد، مرجع سابق، ص25.

⁵ ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، د/ط، الإسكندرية، 2013، ص94.

يقصد بالحماية الجنائية المباشرة للحمل، تجريم المساس و الإعتداء على الجنين عن طريق الإجهاض سواء كان من طرف الحامل من تلقاء نفسها، أو بناء على إقتراح الغير أو بتحريض منه.

الفرع الأوّل: مفهوم الإجهاض و حكمه الشرعي:

سنحاول في هذا الفرع إعطاء مفهوم للإجهاض مع بيان الأحكام الشرعية المتعلقة به.

أولاً: مفهوم الإجهاض: سنتطرق إلى تعريف الإجهاض و بيان الفرق بينه و بين القتل بالإضافة إلى أنواع الإجهاض و أضراره.

1- تعريف الإجهاض: سنتناول التعريف اللغوي للإجهاض ثم التعريف الإصطلاحي.

أ- الإجهاض لغة: قال أجهضت الناقة إجهاضاً و هي مجهض، ألفت و لها غير تمام، و الجمع مجاهيض¹، و يقال للولد مجهوض إذا لم يستبين خلقه، و قيل الجهيض السقط الذي تم خلقه و نفخ فيه الروح من غير أن يعيش².

ب- الإجهاض في اصطلاحاً فقهاء الإسلام: لقد عبّر فقهاء الإسلام القدامى عن الإجهاض بمرادفات كالإسقاط، و الإلقاء، و الإملاص و الطرح و الإنزال.

فلقد عرف الإجهاض على أنّه إنهاء حالة الحمل قبل الأوان بإعدام الجنين داخل الرحم أو بإخراجه قبل موعد الولادة الطبيعية المقررة له، و ذلك بأي وسيلة من الوسائل. كما عرف أيضاً أنّه الحيلولة دون أن يولد الجنين حيّاً فهو ينطوي على تعطيل تام و مؤبّد لجميع الوظائف لدى الجنين.³

ج- الإجهاض في اصطلاح الأطباء: حيث يعرف الطب الشرعي الإجهاض بأنّه " طرد محتويات الرحم قبل إكمال نمو الجنين، و يعتبر الجنين كامل النمو بعد نهاية الأسبوع السابع و الثلاثون معتبرين بداية العد هو أوّل يوم في حيضة طبيعية.⁴

¹ د. جعفر عبد الأمير الياسين، الإجهاض دراسة قانونية إجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 213، ص15.

² عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص46.

³ بوخرص حمزة، عاشوري طايب، جريمة الإجهاض بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي مذكرة ماستر في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2014-2015، ص04.

⁴ د. محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، دراسة طبية فقهية، دار السعودية، ط1، السعودية، 1405هـ، 1985م، ص10.

د-الإجهاض في إصطلاح فقهاء القانون: لقد عرف بعض رجال القانون الإجهاض على أنه إخراج الجنين عمدا من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، أو قتله عمدا في الرحم¹.
أمّا بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يعط أي تعريف محدّد للإجهاض، و اكتفى بوضع النصوص التي تبيّن مختلف جرائم الإجهاض و تحديد أحكامها و العقوبة المقررة لها.
2- الفرق بين الإجهاض و القتل:

تعتبر نهاية مرحلة الجنين و بداية مرحلة الإنسان في الحد الفاصل بين محل جريمة الإجهاض و محل جريمة القتل، و الإجهاض جريمة تستهدف إزهاق روح الجنين قبل الموعد الطبيعي للولادة، في حين تستهدف جريمة القتل إزهاق روح إنسان موجود. و تبعا لذلك تختلف نوعية الحماية التي يوفرها المشرع لكل من الجنين و الإنسان²، فالحماية المقررة للجنين تقتصر على حماية حقه في الحياة فقط، و ذلك بالنصوص التي تجرم الإجهاض، بينما الحماية المقررة للإنسان في مراحل حياته المختلفة، تشمل حماية حقه في الحياة و حماية حقه في سلامة جسمه، و ذلك بالنصوص التشريعية التي تعاقب على القتل و الجرح و إعطاء مواد ضارة إلخ، كما أنّه في حالة التنازع بين الحماية المقررة للجنين و الحماية المقررة للإنسان، فترجّح حماية الإنسان على حماية الجنين، و يظهر ذلك جليا في الأحوال التي يكون فيها الإجهاض أمرا محتما لإنقاذ حياة الأم أو صحتها³.

بالإضافة إلى أنّ المشرع يعاقب على قتل الإنسان سواء كان القتل خطأ أو متعمداً في حين أنّه لا يعاقب على الإجهاض إلا إذا كلن متعمداً⁴.

2- أنواع الإجهاض: هناك عدّة أنواع للإجهاض.

أ-الإجهاض الذاتي أو التلقائي أو العفوي (الطبيعي):

هو ذلك الإجهاض الذي يتمّ دون إرادة المرأة، سواء كان السبب حالة جسمية تعاني منها، أو عدم إكمال عناصر الحياة للجنين، و هو ما يحدث غالبا في حالة الأجنة المشوّهة.

¹ ثابت بن عزّة مليكة، المرجع السابق، ص22.

² د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص174.

³ د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص56.

⁴ د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، نفس المرجع، ص56.

- يعتبر الإجهاض الطبيعي عملية طبيعية يقوم بها الرحم لطرد الجنين لا يمكن أن يكتمل له عناصر الحياة، و أغلب حالاته يكون خلال الثلاثة أشهر الأولى.¹
- و ينقسم الإجهاض الطبيعي إلى الحالات التالية:
- **الإجهاض المنذر:** و يسمى كذلك لأنه ينذر بوقوع الإجهاض، و يعتبر نزول الدّم من الرّحم أو وجود آلام في الرحم إجهاضا منذرا إذا تمّ قبل مرور 20 أسبوعا من الحمل، فبعض الحوامل يعانون من نزيف مهبلي أثناء الثلث الأول من الحمل و أحيانا يكون مصحوبا بتقلّصات البطن.²
 - **الإجهاض المحتم:** و يسمى إجهاضا محتما لأنه ينتهي إلى خروج الجنين حتما، و يصحبه نزيف من الدّم شديد، و المستمر، و لا ينفع فيه أي علاج. كما يكون فيه عنق الرحم متّسعا.³
 - **الإجهاض غير المكتمل:** يكون فيه النزيف ثقيلًا، و بقايا من المشيمة موجودة في الرحم وهنا يقوم الرحم بطرد جزء من الحمل قبل الإِسبوع العشرين للحمل، و يكون مصحوبا بنزيف مهبلي شديد من الرحم.
 - **الإجهاض الكامل:** و يكون عنق الرحم مغلقًا، و الدم قليل و قد يتوقف، و يسمى الإجهاض كاملا إذا إستطاع الرحم أن يطرح جميع محتوياته (الجنين، المشيمة، كيس الجنين).⁴
 - **الإجهاض المخفي:** و هو الذي يكون فيه الجنين ميتا لمدّة شهرين، فيحصل في هذه الحالة نزيف داخلي في الرحم، و تنقطع تغذية الجنين فيموت و ربما يتكّلس و هو في الرحم، و يبقى فترة معيّنة ثمّ يقذفه الرحم ذاتيا أو يقوم الطبيب بإخراجه بواسطة عقاقير معيّنة.
 - **الإجهاض المتكرّر:** يعرف الإجهاض المتكرر بأنه حدوث الإسقاط قبل الأسبوع العشرين من الحمل ثلاث مرّات متتالية أو أكثر، و له عدّة أسباب مرضية من بينها: مشكلة إتّساع الرحم، أمراض الرحم الخلقية، أمراض الجنين الوراثية أو غيرها.¹

¹ د. جعفر عبد الأمير الياسين، مرجع سابق، ص74.

² د. محمد فاضل إبراهيم الحديثي، المرجع السابق، ص374.

³ د. محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، مرجع سابق، ص18.

⁴ جدوى محمد أمين، الإجهاض بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام، كلية الحقوق،

جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010، ص26.

ب- الإجهاض العلاجي (الطبي)

هذا النوع من الإجهاض يلجأ إليه الأطباء للمحافظة على حياة الأم في حالات نادرة، يصعب معها إستمرار الحمل، مع الإشارة إلى أنّ الإجهاض لا يشكل جريمة تذكر، إذا توفرت فيه الشروط الأربعة لإباحته أو الترخيص به² و غالباً الحالات التي تؤدي إلى الإجهاض العلاجي حالة إصابة الأم بالنزيف الرحمي الشديد، أو التخلص من حالة تهدد حياة المرأة إذا إستمرّ الحمل كما في حالات إلتهاب الكلى المزمن، أو أمراض القلب، أو كانت صغيرة السن لا تقوى على تحمّل الحمل³.

ج- الإجهاض الجنائي

إنّ الفقه الجنائي يعرف الإجهاض الجنائي أو الإسقاط على حد تعبيرهم" هو إفراغ الحمل من الرحم في غير موعده الطبيعي عمداً أو بلا ضرورة، و بأي وسيلة كانت من الوسائل، و عليه فالإجهاض الجنائي هو الإجهاض الذي يتم بدون أي دواعي طبية، و في أغلب الحالات يكون الإجهاض الجنائي لإنهاء حمل غير شرعي، و يتم الإجهاض الجنائي بفعل الحامل نفسها أو بمساعدة الغير. و قد تلجأ إليه بإحداث عنف عام على الجسم مثل القفز من أماكن مرتفعة أو إدخال أجسام غريبة داخل الرحم أو تناول العقاقير المجهضة⁴. و يعتبر الإجهاض الجنائي خطراً على صحة الأم، لأنّه يحدث عادة في مكان غير معقّم و قد يحدث من غير طبيب، و تصل نسبة الوفيات إلى أرقام عالية⁵.

2- أضرار الإجهاض:

يشكّل الإجهاض خطراً بالغا عن الأم و النسل و المجتمع، فبالنسبة للأم غالباً ما يؤدي الإجهاض إلى وفاة الأم، أو انفجار الرحم أو تقيح أو عفونته أو تقيح غشائه، و يؤدي أحيانا إلى تسمّم الأم و العقم و الحمل خارج الرحم..... كما يؤثر الإجهاض على النسل، مما

¹ د. محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، مرجع سابق، ص20.

² د. جعفر عبد الأمير الياسين، مرجع سابق، ص18. أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض و الإعتداء على العرض و الشرف و الإعتبار و الحياء العام و الإخلال بالآداب العامة من الوجهة القانونية و الفنية، الموسوعة الجنائية الحديثة، ج4، المكتب الجامعي الحديث، د/ط، الإسكندرية، 1997م، ص24.

³ د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص296.

⁴ د. أسامة رمضان القمري، الجرائم الجنسية و الحمل و الإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، د/ط مصر، 2005، ص84.

⁵ د. محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، مرجع سابق، ص26.

يؤدي إلى تناقصه كما يحدث جيلا مريضا من الأمهات جسديا و نفسيا، أمّا بالنسبة لأخطاره على المجتمع فيهدد الإجهاض بنشر الرذيلة و إشاعة الفاحشة.¹

ثانيا: الحكم الشرعي للإجهاض:

تباينت أقوال العلماء و الفقهاء في حكم الإجهاض نظرا لأنه لم يرد فيه نص شرعي. لذلك إجتهد العلماء في إستنباط الحكم الشرعي للإجهاض، و قد ميّز الفقهاء و هم بصدد ذلك بين مرحلتين: مرحلة قبل نفخ الروح، و مرحلة ما بعد نفخ الروح، كما استنبطوا الأحكام الشرعية لبعض الحالات الخاصة في الإجهاض.²

1- حكم الإجهاض قبل نفخ الروح:

إختلف أهل العلم ما بين التحريم و الإباحة و الكراهة.

أ-الرأي الأول: قال بجواز الإجهاض قبل نفخ الروح مطلقا. و هو قول الحنفية، و المالكية كابن رشد، و قال به بعض الشافعية، و بعض الحنابلة و ابن حزم الظاهري³ واستدل أصحاب هذا القول على جواز الإجهاض بما يلي:⁴

- إن الجنين ما لم يتخلق فليس بآدمي، و لا تثبت له أحكام الأدمي من وجوب صيانة و حرمة الإعتداء عليه، فيجوز إسقاطه و لا إثم حينئذ.

- إن الجنين الذي لم تنفخ فيه الروح لا يكون إسقاطه وأدا (أي لا يعد جنائية لأن الوأد يكون لبدن حلت في الروح).

ب- الرأي الثاني: قال بالكراهة الإجهاض قبل نفخ الروح⁵. و هو قول بعض الحنفية و بعض المالكية و بعض الشافعية، و قد قيدوا الكراهة بشرطين:

- أن يتم الإسقاط خلال الأربعين يوما الأولى و هي مرحلة النطفة.

- أن يتم برضا الزوج.

¹ مأمون الرفاعي، جريمة الإجهاض في التشريع الجنائي الإسلامي، أركانها و عقوبتها دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، مجلد 25، جامعة كلية الشريعة، قسم أصول الدين جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص1404. د. أسامة رمضان القمري، مرجع سابق، ص89.

² مأمون الرفاعي، نفس المرجع، ص1404.

³ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، مرجع سابق، ص41-42. - د. محمد سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية و علاجا، مكتبة الفرابي، د/ط، د/د، د/سنة، ص73.

⁴ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، نفس المرجع، ص184.

⁵ جدوي محمد أمين، المرجع السابق، ص39.

ج- **الرأي الثالث:** قال بحرمة الإجهاض، قبل نفخ الروح بغير عذر و جوازه بعذر و هو قول بعض الحنفية و بعض الشافعية، واختلف أصحاب هذا القول في العذر الذي يجوز معه الإجهاض و من أذارهم، أن لا يكون لوالده ما يستأجر به مرضعة له. في حين أن من المالكية من قال بأن العذر يتمثل في خوف المرأة على نفسها من القتل إذا كان حملها من الزنا، و هو ما قال به بعض من الشافعية.

و قد استدلّ القائلون على حرمة الإجهاض قبل نفخ الروح بغير عذر، بأن الجنين في هذا الطور مصيره الحياة و إن لم يكن نفساً حيّة، فيحرم الاعتداء عليه بغير عذر¹.
د- **الرأي الرابع:** قال بحرمة الإجهاض قبل نفخ الروح مطلقاً². و ذهب إليه كثير من المالكية و بعض الشافعية منهم الغزالي، و بعض الحنفية و ابن الجوزي من الحنابلة و الظاهرية. و قد استدلّوا بما يلي:

- مارواه أبو هريرة رضي الله عنه " أنّ إمرأتين من هذيل رمت إحداهما أخرى فطرحت جنينها فقضى رسول الله صلّى الله عليه و سلّم بغرة عبد أو أمة ". و هذا يدلّ على عدم جواز الإسقاط مطلقاً³.

2/- **حكم الإجهاض بعد نفخ الروح:** - إذا كان الإجهاض قبل نفخ الروح محلّ اختلاف بين العلماء و الفقهاء فيما يتعلّق بإباحته أو تحريمه، فإن العلماء قد أجمعوا على أنّ الإجهاض بعد نفخ الروح عمداً و بلا عذر، و يكون محرّم شرعاً⁴. و استدلّوا في ذلك بما يلي:

أ- **من الكتاب:** ﴿قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾⁵ ، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِمَّنْ إِمْلَقَ﴾⁶

¹ ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص163. محمد إبراهيم الحوثي، مرجع سابق، ص386.

² جدوي محمد أمين، نفس المرجع، ص44.

³ راجع: ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص182.

⁴ راجع: ثابت بن عزة مليكة، نفس المرجع، ص182. محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، المرجع السابق، ص33.

⁵ سورة الإسراء، الآية 33.

⁶ سورة الإنعام، الآية 151.

ووجه الدلالة أن الجنين بعد نفخ الروح، فيه نفس محرّمة ولا يجوز الإعتداء عليها، و قتل النفس مرحم شرعا بنص الآية.

ب- من السنّة: ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال: سألت النبي صلى الله عليه و سلم، أي الذنب أعظم عند الله، قال أن تجعل الله ندًا لك و هو خلقك قلت ، إن ذلك لعظيم ، قلت ثمّ أي؟ قال: و أن تقتل ولدك تخاف أن يطعم معك، قلت ثمّ أي، قال أن تزني حليلة جارك".¹

3- الحكم الشرعي لبعض الحالات الخاصة في الإجهاض

سنتعرّض في هذا الصدد للحكم الشرعي لبعض الخاصة للإجهاض، و التي كانت محل جدال بين الفقهاء بين الإباحة و التحريم، و من أهم تلك الحالات، حكم إجهاض الجنين المشوّه، إجهاض المرأة المغتصبة، إجهاض الجنين الناتج عن الزنا، الإجهاض لأسباب إقتصادية و إجتماعية.

أ- حكم إجهاض الجنين المشوّه: إنّ مسألة التشوّهات الجنينية أحدثت إشكالا شرعيا، و طبيًا و خلقيا و قانونيا، هذا لأن وسائل الفحص و الوقوف على هذه التشوّهات تطوّرت كثيرا في الطب، و الجنين المشوّه عرف عند أهل الطّب بأنّه "الجنين الحي الذي يوجد به بعض التشوّهات الخلقية البسيطة أو الشديدة سواء كانت خارجية ظاهرية أم داخلية غير ظاهرة و هذه التشوّهات قد لا تكون متلائمة مع الحياة الرحمية فقط و لكن لا يستطيع الحياة بعد الولادة".² و نشير في هذا الصدد أنّ مسألة حكم إسقاط الجنين المشوّه لم يتطرّق إليها الفقهاء القدامى، على اعتبار أنّ معرفة حقيقة ما في بطن الأم كان متعذرا آنذاك بسبب عدم توفّر الأجهزة الطبيّة المتطورة المتوفّرة في الوقت المعاصر، و عليه تصدّى الفقهاء المعاصرين لهذه المسألة باعتبارها من النوازل³ و سنتعرّض فيما يلي إلى حكم إسقاط الجنين المشوّه.

- حكم إسقاط الجنين المشوّه بعد نفخ الروح

لقد إتفق الفقهاء المعاصرين على عدم جواز إجهاض الجنين المشوّه، إذا تمّ نفخ الروح فيه (أي بعد مرور 120 يوما) و هم في ذلك يتفوّقون مع فقهاء السلف، في عدم

¹ جدوي محمد أمين، المرجع السابق، ص51. راجع: د. إبراهيم محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، الحكمة، ط1، بريطانيا 1423هـ - 2002م ، ص305-327.

² د. محمد فاضل إبراهيم الحديثي، المرجع السابق، ص372.

³ د. محمد فاضل إبراهيم الحديثي ، نفس المرجع، ص384.

جواز إجهاض الجنين بعد نفخ الروح فيه لأي سبب من الأسباب إلا للضرورة، و هذه الضرورة هي المحافظة على حياة الحامل، بحيث إذا لم يتم إجهاض الجنين، فإن ذلك يؤدي حتما إلى فقد الحامل لحياتها¹، و قالوا بجواز ذلك إذا ثبت بتقرير لجنة الأطباء التقاة المختصن أن بقاء الحمل فيه خطر على حياة أمه فحينئذ يجوز إسقاطه و لو لم يكن فيه تشوّه².

- حكم إسقاط الجنين المشوّه قبل نفخ الروح

لقد اختلف الفقهاء في حكم إجهاض الجنين المشوّه قبل نفخ الروح و إنقسموا إلى رأيين:

* **الرأي الأوّل:** ذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بجواز إجهاض الجنين المشوّه قبل نفخ الروح فيه، و من القائلين به الدكتور الشيخ جاد علي جاد الحق شيخ الأزهر³. كما قال بذلك بعض أهل الطبّ مثل الدكتور محمد علي البار و خاصة في حالات التشوّهات الشديدة⁴. كما ذهب بعض المجيزين إلى القول بضرورة أن تكون النتيجة التي يحصل عليها الأطباء في التشوّه نتيجة قريبة من اليقين لا بمجرد الإحتمال أو الظنّ. بالإضافة إلى اشتراط صفة العدول و الثقة و التعدد في الأطباء المشرفين على الحالة⁵. غير أنّ إذا كان التشوّه ممّا يمكن علاجه، كالأعمى أو نقص إحدى اليدين فلا يعتبر ذريعة مقبولة للإجهاض، سيما مع النقدّم العلمي في المسائل التعويضية للمعوقين⁶.

* **الرأي الثاني:** يذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بتحريم إجهاض الجنين المشوّه مطلقا سواء كان قبل نفخ الروح أو بعدها، و من القائلين به الدكتور محمد رمضان البوطي في كتابه مسألة تحديد النسل و الذي قال أنّه إذا غلب على ظن الطبيب أنّ الجنين سيولد

¹ د. جعفر عبد الأمير الياسين، مرجع سابق، ص 93. - د. إبراهيم محمد قاسم بن محمد رحيم، مرجع سابق، ص 177.

² علي بن محمد بن حسن الحماد، مرجع سابق، ص 133.

³ جدوي محمد أمين، مرجع سابق، ص 93.

⁴ د. محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطبّ و القرآن، مرجع سابق، ص 390. راجع: د. إبراهيم محمد قاسم بن محمد رحيم، مرجع سابق، ص 174.

⁵ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 197.

⁶ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، نفس المرجع، ص 198.

مشوّها، أو ناقص الخلقة، فإنّها لا تدخل تحت حالة الضرورة لأنّ الضرورة الشرعية تقوم على الجزم و اليقين¹.

ب- حكم إجهاض المرأة المغتصبة

الإغتصاب هو إتصال رجل بإمرأة إتصالاً جنسيّاً كاملاً دون رضا صحيح منها بذلك، أمّا إجهاض المرأة المغتصبة فهو إنهاء حالة الحمل الناتج عن جريمة الإغتصاب² و نشير إلى أنّ الإغتصاب يعتبر سبباً موجباً للإجهاض، إذا نتج عنه حمل في قوانين كثير من الدول التي تمنع الإجهاض لأسباب غير طبية، متى رغبت المعتدى عليها في الإجهاض³. و نشير أن الإغتصاب يترتّب عنه مشكلات نفسية للمعتدي عليها، تؤدّي في الغالب إلى حالات مرضيّة و معاناة كبيرة، خاصّة عندما يؤدّي إلى حدوث حمل.

و لقد اختلف علماء الدين فيما بينهم، حول حكم إجهاض المغتصبة و فرّقوا بين أمرين. * قبل نفخ الروح: و هنا يقول جانب من الفقه بجواز إسقاط الجنين، على أساس أنّه لم يتخلّق بعد. حيث قال الدكتور سعيد رمضان البوطي، بجواز إجهاض المرأة المغتصبة لأنّها لم ترتكب الفاحشة برضاها، بل كانت إكراها و ذلك إذا كانت تخاف العار و قتل الأهل، على أن لا يمضي على حملها أربعين يوماً، كما جاء في مجلّة البحوث الإسلامية الفقهية المعاصرة في عددها السابع عشر، بأنّه في مسألة إجهاض الجنين يجب التفرقة بين مرحلة قبل أربعة أشهر و تأكدت المرأة من الحمل في هذه الفترة، جاز لها ذلك⁴.

¹ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، مرجع سابق، ص105. د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص 116.

² علي بن أحمد بن علي العامر، إجهاض المرأة المغتصبة في الفقه الإسلامي و القانون، دراسة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1432هـ، 2011، ص51.

³ د. محمد علي البار مشكلة الإجهاض، مرجع سابق، ص63. - بن عودة حسكر مراد، إجهاض المرأة المغتصبة بين الفقه الإسلامي و القانون العضوي، مجلّة الحقيقة، العدد 30، جامعة أدرار، المطبعة العربية، غرداية، 2014، ص8-9.

⁴ ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص202-203. بن عودة حسكر مراد، مرجع سابق، ص16.

* بعد نفخ الروح: الإجهاض في هذه الفترة يكون قتلا للنفس البشرية، كما يعرض حياة الأم لخطر الموت، فنكون بذلك قد خرجنا من قضية شرعية إلى أخرى، فالإغتصاب مخالفة شرعية، و القتل مخالفة شرعية أكبر¹.

بالإضافة إلى ذلك فقد جاء جانب من الفقه إلى القول بأنه لا يمكن القول بإباحة الإجهاض هنا إستنادا لحالة الدفاع الشرعي- كما قال به بعض المجيزين للإجهاض- لأنّ شروطه غير متوافرة، ذلك لأنّ الفعل غير موجّه إلى من صدر منه الإعتداء، فالإعتداء قد وقع من المعتصب، بينما فعل الإجهاض سيوجّه إلى الجنين الذي ليس له ذنب² و بالتالي فإسقاط الجنين نتيجة الإغتصاب بعد نفخ الروح يأخذ حكم تحريم إسقاط الجنين بعد نفخ الروح عموما في جميع الحالات.

ج- حكم إجهاض الجنين الناتج عن الزنا:

لم يرد في الكتب الفقهية تفرقة بين الإجهاض من حمل صحيح و من حمل السفاح، إلا أنّ الإمام السبكي قد أباح إجهاض حمل الزنا ما دام نطفة أو علقة أي قبل مرور ثمانون يوما³.

و الإمام الرملي في كتابه " نهاية المحتاج " فإنّه فرّق عند حديثه عن الإجهاض، بين حمل نشأ من نكاح، و بين حمل نشأ من زنا، و قال بجواز الإجهاض قبل نفخ الروح، إذا كان الحمل ثمرة لزنا وقعت فيه المرأة⁴.

كما ذهب بعض فقهاء المالكية إلى أنّه يرخّص بالإجهاض قبل نفخ الروح، إذا كان الجنين من ماء الزنا، و خاصة إذا خافت المرأة من القتل بظهور الحمل⁵.

غير أنّ الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، قد فصل في الإجهاض من حمل الزنا في كتابه مسألة تحديد النسل، وقال أنّ الإجهاض من الزنا محرّم مطلقا سواء كان قبل نفخ الروح أو بعده، و قد أورد في ذلك الأدلّة التالية:

¹ جدوي محمد أمين، مرجع سابق، ص58.

² عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص318. بن عودة عسكر مراد، المرجع السابق، ص16.

³ عبد النبي محمد محمود أبو العينين، المرجع السابق، ص358.

⁴ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، مرجع سابق، ص202.

⁵ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص202.

- قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾¹ أي لا تحمل نفس حمل أخرى، لا تخفيفاً و لا تثقيلاً، فالزانية تجهض حملها تجنباً لفضيحتها فيذهب الجنين بذلك ضحية ذنب لا شأن له به².

- من قال بالإسقاط خلال أربعون يوماً من بدء الحمل المتكوّن بنكاح صحيح إنّما هو رخصة، و تقضي القاعدة الفقهية المتفق عليها عند جمهور الفقهاء (ما عدا الأحناف) بأنّ الرخص لا تتأط بالمعاصي³.

- ذهب بعض الفقهاء إلى إباحة إسقاط الجنين قبل نفخ الروح بإتفاق الزوجين سواء لعذر أو لغيره، و لكن في هذه الصورة الأب مفقود، لأن الأب في إصطلاح الشرع يطلق على من إستولد إمراة بنكاح صحيح.

- السماح للزانية بإسقاط حملها المتكوّن من الزنا هو تشجيع للزنا، و مناقضة صريحة لما تقضي به قاعدة سدّ الذرائع، هذا لأنّ من أهم العقبات المانعة للمرأة من الزنا هو نشوء الحمل⁴.

د- حكم الإجهاض لأسباب إقتصادية

يقصد بهذا الإجهاض التخلّص من مجيء ابن جديد للدنيا، يترتب عليه أعباء إقتصادية جديدة على عاتق الأسرة، ممّا يؤثّر على وضعها المالي و المعيشي. و لم يتعرّض كثير من الفقهاء إلى هذه الحالة. و الذي تقتضيه القاعدة عدم جواز الإجهاض، فالله سبحانه و تعالى قد كفل رزق كلّ كائن حي، و قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا﴾⁵، كما نهى الله سبحانه و تعالى عن قتل الأولاد خشية الفقر، قَالَ تَعَالَى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا﴾⁶. و هذه

¹ سورة الأنعام، الآية 164.

² د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص137.

³ د. محمد سعيد رمضان البوطي، نفس المرجع، ص139.

⁴ د. محمد سعيد رمضان البوطي، نفس المرجع، ص144.

⁵ سورة هود، الآية06.

⁶ سورة الإسراء، الآية31.

الآية الكريمة شاملة للمقام، فإنّ الجنين ولد و لو بإعتبار ما يؤول إليه، إضافة إلى أنّ حقّ الجنين تقرره الشريعة¹.

غير أنّ الشيخ مصطفى الزرقا، فإنّه يرى أنه من بين الأعذار أو المسوّغات التي تبيح الإجهاض قبل الأربعين الأولى من الحمل، ضيق ذات اليد عن النفقات التي ستتبعها الولادة و تربية الولد².

الفرع الثاني: جريمة الإجهاض في الشرع و القانون

إنّ اللجوء إلى الإجهاض في غير حالة إنقراض الأم يعدّ جريمة يعاقب عليها القانون الجزائري، و كذلك الشريعة الإسلامية.

أولاً: أركان جريمة الإجهاض

إنّ أركان جريمة الإجهاض، هو ما لا تقوم الجريمة إلا بها. و تتحقق هذه الجريمة بتوافر مجموعة من الأركان تتمثل في الركن الشرعي، الركن المادّي، الركن المعنوي.

1- الركن الشرعي: هو الركن الذي يتعلّق ببيان الأحكام و النصوص الشرعية المتعلقة

بالتجريم و العقاب، و تتفق القوانين الوضعيّة مع الفقه الإسلامي في أنّه لا جريمة إلا بعد بيان و لا عقوبة إلا بعد إنذار، إستنادا إلى القاعدة الفقهية " لا جريمة و لا عقوبة إلا بنص"³.

و هو نفس ما ذهب إليه المشرّع الجزائري في نص المادة الأولى في قانون العقوبات⁴. و التي جاء فيها " لا جريمة و لا عقوبة و لا تدابير أمن بغير قانون". و لقد نصّ على الركن الشرعي لجريمة الإجهاض في قانون العقوبات، في القسم الأوّل من الفصل الثاني المعنون " بالجنايات و الجنح ضد الأسرة و الآداب العامة، من الباب الثاني تحت عنوان الجنايات و الجنح ضد الأفراد في المواد 304-306-309-310-311-312-313.

و بالرجوع إلى نص المادة 304 من قانون العقوبات التي جاء فيها: " كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو بإستعمال

¹ جدوي محمد أمين، مرجع سابق، ص 61. د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 200.

² ثابت بن عزّة مليكة، مرجع سابق، ص 209.

³ مأمون الرفاعي، مرجع سابق، ص 1405.

⁴ الأمر 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدّل و المتمم، لا سيما بالقانون

رقم 02-16، المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016.

طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى مواد وافقت على ذلك أو لو توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20 ألف دج إلى 100 ألف دج و إذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من 10 سنوات إلى عشرين سنة. و في جميع الحالات يكون الحكم علاوة على ذلك بالمنع من الإقامة".

و بالرجوع إلى المواد المذكورة أعلاه، نلاحظ أنّ المشرّع قد جرّم الإجهاض و عاقب عليه دون أن يفرق بين إجهاض المرأة لنفسها و بين إجهاض الغير لها، كما أنّه عاقب على الشروع في هذه الجريمة بالإضافة إلى التحريض عليها.

- كما نلاحظ من نص المادة 304 من قانون العقوبات أنّ المشرّع الجزائري أورد عبارة " كل من أجهض إمراة حامل أو مفترض حملها..." فهو بذلك لا يشترط أن يكون الحمل حقيقيا حتّى تقوم جريمة الإجهاض بل يكفي أن يعتقد الجاني أنّ المرأة التي يريد إجهاضها حاملا¹.

إلا أنّه بالرجوع إلى نص المادة 308 من قانون العقوبات، فإنّ المشرّع الجزائري قد استثنى العقوبة على الإجهاض، إذا إستوجبته ضرورة إنقاص حياة الأم من الخطر، وهو ما يسمى بالإجهاض العلاجي، الأمر الذي وافق فيه المشرّع الفقه الإسلامي، و لكن بتوفر شروط معيّنة سنتطرق إليها لاحقا.

2- الركن المادّي لجريمة الإجهاض:

هو ذلك الفعل الذي يحقق الإعتداء على الجنين، في حقه في النمو و التطور داخل رحم أمّه إلى أن تحين ولادته، و يقوم الركن المادّي لجريمة الإجهاض على ثلاث عناصر و هي: السلوك الإجرامي، النتيجة الإجرامية، و العلاقة السببية.

أ- السلوك الإجرامي: هو ذلك الفعل أو النشاط الذي يصدر عن الجاني، و الذي من شأنه القضاء على حالة الحمل إمّا بإسقاطه أو إخراجة من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، أو بإنهاء نموّه و تطوره داخل الرحم و ذلك بإستعمال وسائل صناعية².

- أمّا عن الوسائل المستعملة في الإجهاض فهي كثيرة و متعددة لا يمكن إحصاءها أو حصرها و هو الأمر الذي قام به المشرّع الجزائري. حيث لم يحدد وسيلة معيّنة لإحداث هذه

¹ ثابت بن عزّة مليكة، مرجع سابق، ص88.

² بوخرص حمزة، عاشوري طاييب، مرجع سابق، ص05.

الجريمة، بل أشار على سبيل المثال دون الحصر في المادة 304 من قانون العقوبات على البعض منها، فذكر المأكولات و المشروبات و الأدوية، أو أعمال العنف أو بأية طريقة أخرى دون تحديد. و عليه يمكن أن تنصرف عبارة " بأيّ وسيلة أخرى " المذكورة في نص المادة 304 قانون العقوبات الجزائري إلى كافة الوسائل طالما كانت هذه الأخيرة صالحة لإحداث هذه النتيجة، سواءا كان السلوك الإجرامي مادياً أو معنوياً كتخويف الحامل أو تهديدها¹. و هو نفس ما ذهب إليه الفقه الإسلامي².

ب- النتيجة الإجرامية: و هي الأثر الذي يترتب على السلوك الإجرامي الذي يأتيه الجاني، و تتخذ هذه النتيجة إحدى الصورتين: إعدام الجنين داخل رحم المرأة، أي تحقق موته، أو إخراجها من الرحم قبل موعد ولادته الطبيعي و لو خرج حياً، و ذلك بالإعتداء على حقّه بالنمو و التطور داخل الرحم، حتى يحين موعد خروجه للحياة³.

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري، فبدوره لم يشترط موت الجنين لقيام الجريمة ذلك أنّ النصوص القانونية تحتل الجريمة في حالة خروج الجنين حياً، طالما كان ذلك قبل مواعده الطبيعي للولادة⁴.

و بالرجوع لموقف الفقهاء من عنصر تحقق النتيجة الظارة، فيرى الجمهور أنّ النتيجة الإجرامية لا تتحقق إلا بطرد الجنين من بطن أمّه سواء كان حياً أم ميتاً، حيث يعتبرون عملية الإخراج من الرحم عنصراً أساسياً من عناصر الركن المادي لهذه الجريمة⁵. هذا و لا يشترط لوقوع جريمة الإجهاض أن تظلّ الحامل على قيد الحياة بعد إرتكاب تلك الجريمة، فمن المتصور أن يكون فعل الإجهاض هو قتل الحامل نفسها، و تكون النتيجة المترتبة على هذا الفعل الواحد إنهاء حياة الأم و إنهاء الحمل في نفس الوقت⁶.

ج- العلاقة السببية: لا يكفي لقيام جريمة الإجهاض، و نسبتها لشخص معين إرتكاب السلوك الإجرامي و تحقق النتيجة، بل لا بدّ من توفّر رابطة سببية بينهما. فالعلاقة السببية

¹ ثابت بن عزّة مليكة، المرجع السابق، ص103-105.

² د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص215.

³ ثابت بن عزّة مليكة، المرجع السابق، ص190.

⁴ عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، ط2، الجزائر، 2014م، ص63.

⁵ بوخرص حمزة، عاشوري طاييب، مرجع سابق، ص08.

⁶ جدوي محمد أمين، مرجع سابق، ص71.

هي الرباط الذي يربط بين نشاط الجاني و النتيجة الإجرامية التي تحققت من جرّاء هذا النشاط برباط السبب بالمسبّب¹. و عليه يجب أن تتوفّر علاقة سببية بين فعل الإجهاض و موت الجنين أو خروجه من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته، فلو إنتفت هذه العلاقة فلا جريمة لعدم إكتمال ركنها المادّي و تخلف عنصر أساسي من عناصره².

و هو الأصل في مفهوم العلاقة السببية. غير أنّه و بالرجوع إلى المشرّع الجزائري فإنّه لم يشترط إرتباط فعل الجاني بالنتيجة لقيام مسؤوليته بل إكتفى بإتجاه السلوك الإجرامي للجاني لإحداث النتيجة أي أنّه قام بتحميل الجاني نتيجة فعله حسب قصده و توقعه للنتائج المحتملة و الراجعة³.

و على هذا الأساس فإنّ الجاني في جريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري يسأل عن الشروع فيها و يعاقب عليه⁴. و هو ما نصّت عليه المادّة 304 من قانون العقوبات السابقة الذكر موافقا في ذلك الفقه الإسلامي⁵.

3- الركن المعنوي

- المقصود بالركن المعنوي للجريمة هو المسؤولية الجنائية التي تنتج عن إرتكاب جريمة و أساس هذه المسؤولية هو الإدراك و إختيار حالة إتيان الفعل المحرّم شرعا⁶ فالركن المعنوي هو علاقة تربط بين مادّيات الجريمة و شخصية الجاني، و تتمثل هذه العلاقة في سيطرة الجاني على السلوك الإجرامي و آثاره⁷.

فلا يكفي لقيام جريمة الإجهاض توفر الركن المادّي فحسب، بل ينبغي أن يتوفّر لدى الجاني القصد الجنائي، و القصد الجنائي نوعان: قصد جنائي عام و يتحقق بإرادة الجاني بإتيان السلوك الإجرامي و نتيجته الجرمية و العلم بهما.

¹ د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 179.

² د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص 210.

³ بوخرص حمزة، عاشوري طايب، مرجع سابق، ص 09.

⁴ ثابت بن عزة مليكة، المرجع السابق، ص 114.

⁵ د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 216.

⁶ مأمون الرفاعي، مرجع سابق، ص 1410.

⁷ د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص 218.

و القصد الجنائي الخاص و الذي يتحقق بوجود باعث خاص دفع الجاني إلى ارتكاب الجريمة. مع الإشارة إلى أنّ القصد الجنائي الخاص يستلزم القانون توافره إلى جانب القصد العام في بعض الجرائم¹.

و جريمة الإجهاض من الجرائم العمدية التي يتطلّب لقيامها توفّر القصد الجنائي العام².
و لا يقوم القصد الجنائي العام إلا بتوافر عنصريه العلم و الإرادة³.

أ/- العلم: و يقصد به العلم بكافة العناصر المكوّنة للفعل الإجرامي كما يتطلّبها القانون، بحيث يجب أن يكون الجاني في جريمة الإجهاض عالماً أنّ يوجه فعله إلى امرأة حامل أو مفترض حملها. فإذا جهل الجاني أحد عناصر الجريمة فلا يسأل عندها عن جريمة الإجهاض لتخلّف أحد عناصر الركن المادّي لديه و إن كان من الممكن أن يسأل عن جريمة أخرى⁴.

ب/- الإرادة: هي نشاط نفسي يبغى تحقيق هدف معيّن، و هي بهذا المعنى إتجاه إرادة الجاني إلى إحداث عناصر الجريمة بما في ذلك النتيجة الإجرامية و إلا إنتفى القصد الجنائي لديه. فلا يسأل عن الجريمة من يفصّ شجار إشتراك فيه امرأة حامل فتجهض كأثر بفعل عنف صدر عنه كما لو أدى هذا الفعل إلى وفاتها أو وفاة الجنين⁵.

فلا بد أن يتوفر القصد الجنائي بعنصريه العلم و الإرادة، حتى تتحقق جريمة الإجهاض في قانون العقوبات الجزائري.

ثانياً: إثبات جريمة الإجهاض

الإثبات في الشريعة هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة يترتب عليها الآثار، أمّا في القانون فهو إقامة الدليل لدى السلطة المختصة بالإجراءات الجنائية على وقوع الجرم و على نسبه لشخص معيّن فاعلاً كان أو شريكاً و بالطرق المشروعة قانوناً. و يعتبر الإجهاض من المسائل التي تحتاج إلى خبرة طبيّة

¹ جعفر عبد الأمير الياسين، مرجع سابق، ص 67.

² أحمد أبو الروس، مرجع سابق، ص 18.

³ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 64.

⁴ بغدادي مباركة، الحماية القانونية للجنين، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة،

2015م-2016م، ص 88.

⁵ محمد بن يحيى بن حسن النجيمي، مرجع سابق، ص 243.

لإثباته. و الخبرة الطبيّة هي العملية المسندة من طرف القاضي إمّا تلقائياً و إمّا بناء على إختيار الأطراف إلى أناس ذوي خبرة و المقصود بهم الأطباء¹.

- و تتم الخبرة وفق القواعد المحدّدة في قانون الإجراءات الجزائية، سواء تعلّق الأمر بآداء اليمين أو بدور الخبير أو مدّة الخبرة².

إن إثبات الإجهاض يتطلّب تدخّل الخبرة الطبية من خلال معاينة الطبيب الشرعي و عليه أن يظهر إذا كان الإجهاض قد وقع فعلاً، و إن كان الإجهاض علاجياً أم جنائياً بما في ذلك عمر الجنين³.

- و بالرجوع إلى الفقه الإسلامي فإنّ الإجهاض هو مسألة خاصّة بالنساء فأهل الخبرة فيها هنّ القوابل⁴.

ثالثاً: عقوبة جريمة الإجهاض:

- نظراً لشناعة فعل الإجهاض قد جرّمته الشريعة الإسلامية، و حددت له عقوبة بحسب نتيجته و هو ما إتجه إليه المشرّع الجزائري بتجريمه لهذا الفعل بموجب قانون العقوبات.

1- عقوبة الإجهاض في الفقه الإسلامي:

تختلف العقوبة المقرّرة شرعاً بالإعتداء على الجنين باختلاف نتائج فعل الجاني. و هذه النتائج لا تعدوا أن تكون:

- إنفصال الجنين عن أمّه حيا في حال حياتها بالجناية عليها.

- إنفصال الجنين حيا ثم يموت بسبب فعل الإسقاط.

- إنفصال الجنين ميتا بعد موت أمّه بسبب الجناية عليها⁵.

فقد ذهب الفقهاء إلى تقرير أنواع للعقوبة على إسقاط الجنين في الإعتداء عليه بالإجهاض، و هي كما يلي: القصاص، الغرّة و الدية، الكفّارة، الحرمان من الميراث، و سنتطرق إليها كالآتي:

¹ جدوي محمد أمين، مرجع سابق، ص81.

² جدوي محمد أمين ، نفس المرجع، ص83.

³ جدوي محمد أمين، نفس المرجع ، ص87-88.

⁴ راجع: أسامة رمضان الغمري، مرجع سابق، ص80-81.

⁵ ثابت بن عرّة مليكة، مرجع سابق، ص215.

أ- **القصاص**¹: لقد إتفق الفقهاء على عدم وجوب القصاص، بالإعتداء على الجنين قبل نفخ الروح مهما كان الجاني متعمداً و إن كان الفعل محرماً². و لكن الفقهاء إختلفوا في وجوب القصاص من الجاني على الجنين، إذا سقط حيّاً، ثم مات بتأثير الجناية عليه إلى الرأيين التاليين:

القول الأوّل: ذهب إليه ابن حزم الظاهري و ابن القاسم من المالكية حيث قال هذا الأخير أنّه يجب فيه القصاص، هذا إذا تمّدد ضرب البطن أو الظهر أو موضعاً يرى أنّه أصيب به الجنين، أمّا لو ضرب رأسها أو بدنّها أو رجلها ففيه الدية³.

القول الثاني: و لقد ذهب جمهور الفقهاء من أهل السنّة إلى أنّه لا قصاص في إجهاض الجنين لعدم مساواة الجنين بالقاتل، إذ لا تؤخذ نفس كاملة بنفس من وجه دون وجه، و ذهب الشافعية و الحنفية في الراجح عندهم و الحنابلة إلى أنّ الجناية على الجنين لا يتصور فيها العمد، لأن العمد يتطلّب قصد الجاني قتل الجنين و هذا القصد يتطلب العلم اليقين بوجوده و حياته و هو بعيد التصوّر⁴.

ب/- **الدية و الغرّة (الضمان المالي)**: للضمان المالي في الجناية صورتان: الدية الكاملة و الغرّة⁵.

- **الدية**: و هي المال المؤدّى إلى المعني بالمجني عليه، أو وليّه بسبب جناية⁶ و الأصل في مشروعيتها **قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ﴾**⁷. و هذه الآية تدلّ على وجوب الدية في قتل الخطأ و لقد أجمع الفقهاء على وجوب الدية في الأنفس و الأطراف ما عدا القتل العمد⁸.

¹ القصاص هو معاقبة الجاني على جريمة القتل أو القطع أو الجرح بمثلها فينزل بالجاني مثلما أنزل بالمجني عليه النفس بالنفس و الجرح بالجرح. د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص226.

² د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، المرجع السابق، ص226.

³ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، كتاب الحدود، ج5، مرجع سابق، ص304.

⁴ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص227. - د. إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، مرجع سابق، ص553.

⁵ علي بن محمد بن حسن الحماد، مرجع سابق، ص153.

⁶ أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلي، مرجع سابق، ص933.

⁷ سورة النساء، الآية92.

⁸ د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص417.

و لا خلاف بينهم في أنه إذا ما أُلقت المرأة الجنين حيا ثمّ مات من أثر الجناية عليه تجب فيه دية نفس كاملة، غير أنّ المالكية قد إشتراطوا أن يقسم أولياء الجنين أنه مات بفعل الجاني حتى يستحقوا الدية. أمّا الحنابلة فقد إشتراطوا لوجوب الدية كاملة أن يكون سقوطه لستّة أشهر فصاعدا، أمّا إذا كان أقل من ذلك ففيه الغرة¹.

و الدية الكاملة يختلف مقدارها باختلاف نوع الجنين، فدية الجنين الذكر دية رجل، و دية الجنين الأنثى دية امرأة، و دية الرجل مئة من الإبل أو ألف دينار من الذهب أو عشرة آلاف درهم من الفضة أو مئتان من البقر أو ألفان من الغنم².

كما تتعدد الديّات بتعدد الأجنة، فلو أُلقت المرأة جنينين ذكّرين فديّتان، و لو أُلقت ثلاث فثلاث ديّات، و إن أُلقت أحدهما ميّتا و الآخر حيا ثمّ مات، ففي الميّت الغرة، وفي الحي الدية³.

- **الغرة:** و هي عقوبة أقرّها الفقهاء و تجب بالجناية على الجنين، و يمكن تعريفها بأنها هي دفع عبد و أمة او ما يقوم مقامهما أو مقدارهما دية لهلاك الجنين بسبب الجناية عليه⁴. و لقد ثبتت مشروعية الغرة بسنة النبي صلى الله عليه و سلّم، فيما رواه أبي هريرة رضي الله عنه " أنّ إمرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها فقضى فيه النبي صلى الله عليه و سلّم بغرة عبد أو أمة⁵" و في الحديث دلالة على وجوب الغرة في الجنين الذي تجهضه المرأة بسبب الإعتداء عليها.

قيمة الغرة من الإبل، و لا فرق بين الجنين الذكر و الأنثى في مقدار الغرة. و مقدار الغرة نصف عشر الدية الكاملة. كما أن الغرة تتعدد بتعدد الأجنة⁶.

إلّا أنّ الفقهاء إختلفوا في الخلقة الموجبة للغرة، فلقد ذهب المالكية إلى أن كل ما طرحته المرأة مما يعلم أنه حمل، على إختلاف مراحلها فإنّ فيه الغرة، أمّا الشافعية فالمعتبر

¹ راجع: أبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، مرجع سابق، ص1117. الموسوعة

الفقهية، حقد حيوان، مرجع سابق، ص151. د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص205.

² الإمام أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي الدمشقي، روضة الطالبين، دار ابن حزم، ط1، لبنان، 1423هـ، 2002م، ص1644.

³ د. إبراهيم بن محمد قاسم بن محمد رحيم، مرجع سابق، ص445.

⁴ د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص190.

⁵ د. محمد خالد صالح، المرجع السابق، ص266.

⁶ الإمام أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي الدمشقي، مرجع سابق، ص1691.

عندهم نفخ الروح في الجنين، و هو ما ذهب إليه الأحناف فإشترطوا الإستبانة في خلقه كموجب للمسؤولية، أمّا الحنابلة فيرون أنّ المرأة إذا أسقطت ما فيه صورة الأدمي، فمسؤولية الجاني مترتبة على ذلك¹.

و لقد اختلف الفقهاء في مسألة على من تجب الغرة على مذهبين هما :

- **المذهب الأول:** ذهب المالكية في المشهور عندهم أنّه إذا كانت الجناية عمدا وجبت الغرة مقاصة في مال الجاني لأنها أشبه بديّة القتل العمد و لا يتصور العمد إلاّ عند المالكية².
- **المذهب الثاني:** ذهب الحنفية و الشافعية أن الغرة تجب على العاقلة³ في حالة الخطأ وشبه العمد و هذا هو المشهور عند الجمهور⁴ و الجاني واحد من العاقلة عند الجمهور وليس واحد منهم عندئذ الحنابلة⁵.

و إتفق الفقهاء الأربعة و هو الراجح عند المالكية على أنّ الغرة تورث عن الجنين بحسب الفرائض الشرعية المعلومة لذوي الفروض و التعصب و الجاني إذا كان قريبا و لو أبا لا يرث من الغرة شيئا لقوله صلى الله عليه و سلم " القاتل لا يرث"⁶

ج/- الكفارة: هي نوع من العقوبة تثبت في جريمة القتل و هي إمّا مالية كعتق رقبة و هي تناسب القتل و إمّا صيام شهرين متتابعين⁷ و دليلها قال تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ

¹ الإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، نفس المرجع، ص265.

² د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص264. د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص202.

³ و العاقلة هي الجماعة الذين يعقلون العقل و هو الدية أو في العصابة أو القرابة من قبل الأب الذين يعطون الدية.

⁴ الإمام أبي زكريا بن يحيى بن شرف النووي الدمشقي، مرجع سابق، ص1695.

⁵ د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص264.

⁶ د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، نفس المرجع، ص265.

⁷ د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، مرجع سابق، ص231. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص412. د. محمد سعيد

رمضان البوطي، مرجع سابق، ص210.

رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ
وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ^ط فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ ﴿١﴾

و لقد تباينت آراء الفقهاء في وجوب الكفارة على الجنين بالإجهاض إلى فريقين:

- **الفريق الأول:** من القائلين بوجوب الكفارة في الجنين بالعدوان عليه، الشافعية و الحنابلة فيرون بوجوبها مع الغرة، فهي حق لله تعالى لاحق للآدمي ².

- **الفريق الثاني:** لقد فصل الحنفية في أمر الكفارة فقالوا إذا سقط الجنين ميتا نذبت الكفارة و لم تجب، و إن سقط حيا ثم مات ³ متأثرا بالعدوان و جبت الكفارة. أما الإمام مالك فقد إستحسنها و لم يقل بوجوبها لأن الكفارة عندهم لا تجب في العمد و إنما في الخطأ ⁴.

د/- الحرمان من الميراث: إن الجنين تثبت له أهلية وجوب، فيكون بمقتضاها صالحا لوجوب الحقوق المشروعة له بما في ذلك الميراث ⁵.

و لقد ذهب الفقهاء إلى أن القاتل يحرم من الميراث مصداقا لقوله صلى الله عليه و سلم " ليس للقاتل ميراث "، و عليه إذا إقترف أحد الورثة جريمة الإجهاض بحق الجنين فإنه لا يرث شيئا من ديته أو من الغرة. أو من باقي الحقوق المحفوظة للجنين في الشرع الإسلامي، و هذا الحكم يشمل الأم و الأب و كافة الورثة ⁶، و هذا صيانة للأجنة من العبث بها، و سدا لذريعة الإجهاض بلا مسوغ و لا ضرورة.

2- عقوبة الإجهاض في القانون الجزائري: سنتطرق إلى بيان العقوبة المقررة للإجهاض من خلال النقاط التالية:

أ/- بالرجوع إلى نص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري فإنه يعاقب الجاني في جريمة الإجهاض عمدا سواء كانت الجريمة تامة أو كانت مجرد شروع، سواء كانت بمرافقة الحامل أو دون مرافقتها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة مالية من عشرون ألف دج إلى مئة ألف دينار جزائري، و تتحول الجريمة من وصف جنحة إلى جناية و يعاقب

¹ سورة النساء، الآية 92.

² ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص 249.

³ د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص 190.

⁴ ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص 251.

⁵ مأمون الرفاعي، مرجع سابق، ص 2011.

⁶ د. عائشة أحمد سالم، مرجع سابق، ص 416.

عليها بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا أفضت إلى وفاة الحامل. كما نصّت المادّة على جواز المنع من الإقامة¹.

ب/- ظرف التشديد في العقوبة

و أمّا بالرجوع إلى نص المادّة 305 من قانون العقوبات فقد نص على تشديد العقوبة إذا ثبت أن المتهم يمارس عادة الأفعال المشار إليها في المادّة 304، و بالتالي وجب مضاعفة عقوبة الحبس في الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادّة برفع عقوبة السجن إلى الحد الأقصى².

ج/- العقوبة المقررة لذوي الصفة الخاصّة

كما تضمنت المواد المقررة لعقوبة الإجهاض عقوبة لذوي الصفة الخاصّة بموجب المادّة 306 من قانون العقوبات، فلقد ذكرت أشخاص على سبيل الحصر و هم الأطباء أو القابلات أو جراحوا الأسنان أو الصيادلة و كذلك طلبة الطب أو طبيب الأسنان و طلبة الصيدلة و مستخدموا الصيدليات و محضروا العقاقير و صانعوا الأربطة الطبية و تجّار الأدوات الجراحية و الممرضون و الممرضات و المدلّكون و المدلّكات و قررت لهم العقوبة المقررة في نص المادّة 304-305 سالفتي الذكر سواء قاموا هم بإجهاض المرأة الحامل أو أرشدوا عن طريق إحداث الإجهاض أو تسهيله كما يجوز الحكم على الجناة كعقوبة تكميلية بالحرمان من ممارسة المهنة و المنع من الإقامة³.

أمّا إذا نتج عن خطأ الطبيب وفاة الحامل فإنّه يسأل عن القتل الخطأ طبقاً لأحكام المادّة 288 من قانون العقوبات الجزائري.

د/- عقوبة التحريض على الإجهاض

التحريض على الإجهاض جريمة مستقلة عاقب عليها المشرّع الجزائري حتى و لو لم يؤدّي هذا التحريض إلى نتيجة ما و هذا بموجب نص المادّة 310 من قانون العقوبات

¹ المنع من الإقامة نصّت عليه المادّة 12 من قانون العقوبات و التي عرّفته المنع من الإقامة هو خطر تواجد المحكوم عليه في بعض الأماكن، و لا يجوز أن تفوق مدّته خمس سنوات في مواد الجنح و عشرة سنوات في مواد الجنايات مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

² جدوي محمد أمين، مرجع سابق، ص102.

³ بغدادي مباركة، مرجع سابق، ص94.

الجزائري وحدد العقوبة بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين.

هـ- /- عقوبة الحامل التي أجهضت نفسها

إنّ هذه الجريمة من تدبير الحامل و تنفيذها لرغبتها و إرادتها¹، خلافا لما سبق الحديث عنه. فلقد عاقب الحامل في هذه الجريمة بموجب نص المادة 309 من قانون العقوبات بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج، و سوى في ذلك العقوبة، سواء أجهضت بنفسها عمداً أو حاولت ذلك، أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض.

ونلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع قد إشتراط أن تكون المرأة قد تعمدت فعل الإجهاض أي يستبعد الخطأ فمثلا شربها لدواء معين فيؤدي إلى إجدها دون أن تعلم بأضراره، فهنا لا يمكن مساءلتها لأنها لم تكن تتعمد فعل الإجهاض².

غير أنه تجدر الإشارة إلى نص المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري على منع العقاب على الإجهاض إذا إستوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه الطبيب أو الجراح في غير خفاء و بعد إبلاغه السلطة الإدارية. و نلاحظ هنا أنّ القانون قد نصّ ضمنا على إعفاء الطبيب أو الجراح الذي يمارس عملية الإجهاض من المسؤولية الجزائية³ مع إشتراطه لتوفر الشروط المذكورة في نص المادة و هي:

- ن يكون الإجهاض ضروريا لإنقاذ حياة الأم.

- أن يقوم بالإجهاض طبيب أو جراح.

- إخبار السلطة الإدارية، يقصد بها السلطة الإدارية المؤسسة الإستشفائية التي يتبعها أو ينتسب إليها الطبيب أو الجراح الذي يقوم بإجراء عملية الإجهاض، مّا بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية و تطبيقا لقاعدة لا ضرر و لا ضرار، إن كانت الضرورة في مفهوم الفقه يقصد بها حلول خطر لا سبيل إلى دفعه إلا بارتكاب محذور، و قياسا عليه فقد ذهب المشرع إلى نفس ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية و قد أباحت إجهاض المرأة الحامل لحالة للضرورة و

¹ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 67.

² ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص 266.

³ عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 88.

هي إنقاذ حياة الأم بشرط أن يكون الطبيب المشخص للحالة طبيب عدل ثقة في دينه و
علمة¹.

المطلب الثاني: الحماية غير المباشرة للحمل

بعد أن تناولنا في المطلب الأول الحماية الجنائية المباشرة للحمل، سنتعرض في
هذا المطلب إلى تبيان الحماية غير المباشرة له. من خلال فرعين، الفرع الأول حماية الحمل
من خلال تأجيل العقوبة المقررة للأم ، أمّا الفرع الثاني تحت عنوان حماية المرأة الحامل من
الإعتداء.

الفرع الأول: حماية الحمل من خلال تأجيل العقوبة المقررة للأم

سنتعرض إلى حماية الحمل من خلال تأجيل العقوبة المقررة للأم في الفقه
الإسلامي ثمّ إلى موقف المشرع الجزائري منها.

أولاً: حماية الحمل من خلال تأجيل العقوبة المقررة للأم في الفقه الإسلامي

بلغ من رعاية الإسلام للجنين أنّه إذا ارتكبت المرأة الحامل جناية تستحق معها العقوبة لا
تتخذ هذه الأخيرة، سواء كان سببها الردّة أو القتل أو السرقة حتى تضع حملها و تتعافى من
نفاسها، و هذا ما أجمع عليه العلماء سواء كان حملها من زنا أو غيره².

و قد جاء في بداية المجتهد: " أن المرأة إذا قتلت عمدا و كانت حاملا أنّه لا يقاد منها
حتى تضع حملها"³. فمستند هذا الإجماع:

1- من القرآن: قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَلَا تَرْرُ وَازِرَةً وَرَرَّ أُخْرَى ﴾⁴ و قَالَ تَعَالَى: ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا

فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطٰنًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾⁵

ووجه الدلالة أن قتل الحامل يتعدى الضرر فيه إلى الجنين فيكون إسرافا في القتل⁶.

3 جدوي محمد أمين، مرجع سابق، ص108-110. د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، مرجع سابق، ص365.

أحمد أبو الروس، مرجع سابق، ص24. د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص96.

² الشيخ صالح بشير، مرجع سابق، ص154.

³ أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلي الغرناطي المالكي، مرجع سابق، ص531.

⁴ سورة الإسراء، الآية 15.

⁵ سورة الإسراء، الآية 33.

⁶ بوعلام عبد العالي، مرجع سابق، ص312.

2- من السنة: حديث المرأة الغامدية الذي رواه مسلم بسنده، عن بريدة رضي الله عنه و فيه " فجاءت الغامدية فقالت يارسول الله إني قد زنيت فطهرني، و إته ردها، فلما كان الغد قالت يارسول الله لما تردني؟ لعلك أن تردني كما رددت ماعزا، و الله إني حبله ، قال: إمّا لا فذهبي حتى تلدي قال: فلما ولدت، أتته بالصبي في خرقة، قالت: هذا قد ولدته قال: إذهبي فأرضعيه حتى تقطميّه، فلما فطمته، أتته بالصبي في يده كسرة خبز، فقالت: هذا يارسول الله قد فطمته، وقد أكل الطعام، فدفع بالصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها، و أمر الناس فرجموها" ¹.

ما رواه ابن ماجة بسنده عن عبادة بن الصامت بن أوس أنّ رسول الله صلّى الله عليه و سلّم قال: " المرأة إذا قتلت عمدا، لا تقتل حتى تضع ما في بطنها" إن كانت حاملا و حتى تكفل ولدها، و إن زنت لا ترجم حتى تضع ما في بطنها و حتى تكفل ولدها" ². و بناء على ما سبق فإنّ كل الحدود المقررة على المرأة الحامل في الشريعة الإسلامية تؤجّل إلى ولادتها حماية للجنين.

أمّا الحبس لأجل إستفاء العقوبة، فمشروع، و تسجن المرأة الحامل إحتياطاً حتى لا تهرب فيضيع الحق. و لا فرق في ذلك بين حق الله و حق العباد، و لا يقبل منها كفيل. وهذا كلّه إن ظهر حملها بقريئة ³.

ثانيا: حماية الحمل من خلال تأجيل العقوبة المقررة للأُم في التشريع الجزائري

لاتسمح بعض التشريعات الجنائية إرجاء تنفيذ عقوبة الإعدام إلا في حالات محددة، من بينها أن يكون الحكم بهذه العقوبة صادرا ضد امرأة حامل. و هو نفس ما ذهب إليه المشرّع الجزائري موافقا في ذلك أغلب التشريعات الجنائية المقارنة و كذا الشريعة الإسلامية ⁴.

- و قد أقرّ المشرع الجزائري صراحة بوجوب إرجاء عقوبة الإعدام على المرأة الحامل إقرارا منه على حق الوليد في الرعاية الصحيحة و النفسية و الرضاعة الطبيعية، حيث جاء في نص المادّة 2/155 من قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي

¹ د. محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص 138.

² مساوي عيدة ، مرجع سابق، ص 30.

³ بوعلام عبد العالي، مرجع سابق، ص 315.

⁴ الشيخ صالح بشير، مرجع سابق، ص 156.

للمحبوسين¹. " كما لا تنفذ عقوبة الإعدام على الحامل المرضعة لطفل دون أربعة و عشرون (24) شهرا".

- أمّا بالنسبة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية على الحامل، فقد أجازت بعض التشريعات إرجاءها، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص المادة 16 من قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين في الفقرة الأولى منها على أنه: " يجوز منح المحكوم عليه نهائيا الإستفادة من التأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام السالبة للحرية في الحالات الآتية... " و جاء في الفقرة السابعة منها. " إذا كانت إمراة حاملا أو كانت أمّا لولد يقل سنّه عن أربعة و عشرون (24) شهرا".

و نخلص إلى أنّ المشرع الجزائري أقرّ صراحة بوجوب إرجاء تنفيذ الإعدام على المرأة الحامل كما أقرّ بجواز إرجاء تنفيذ العقوبة السالبة للحرية. و حدد مدة الإرجاء في كلتا الحالتين حولين كاملين، مسائرا في ذلك منهج الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: حماية المرأة الحامل من الإعتداء

جعل الإسلام لدم الإنسان حرمة فلا تباح إلا بالحق من حقوق الله تعالى، و الجنين إنسان حالاً أو مآلاً له حرمة هو الآخر، فكما هياً له الحفظ بتأجيل إقامة الحد عن أمّه كما سبق بيانه، فمن باب أولى أن يحميه من الإعتداء عليه و ذلك بحماية أمّه من الإعتداء.

أولاً: حماية المرأة الحامل من الإعتداء في الفقه الإسلامي:

لم تفرّق الشريعة الإسلامية في صدد حمايتها للمرأة سواء كان ماديا أو معنويا توجب العقوبة. فلا خلاف بين الفقهاء في أنّه لو أسقطت الحامل بسبب تخويفها فإنّ ذلك يعتبر عندهم إعتداء يوجب الضمان، غير أنّهم إختلفوا في كيفية التخويف الذي يوجب ضمان الجنين، فذهب الحنفية إلى أنّ التخويف يقتصر على الصياح و التهديد بالضرب، أمّا المالكية و الشافعية و الحنابلة فذهبوا إلى أنّه لو خوّفت الحامل فأسقطت فعليه الضمان².

¹ القانون رقم 04-05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 هـ الموافق لـ 6 فبراير سنة 2005 م ، المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين.

² راجع: عواطف تحسين عبد الله البوقري، المرجع السابق، ص 135-136-137. د. محمد خالد صالح، مرجع سابق، ص 252.

- كما أنه لا خلاف بين الفقهاء في اعتبار ضرب المرأة الحامل هو إعتداء عليها يوجب العقاب، إلا أنهم اختلفوا في كيفية الضرب الموجب للعقوبة حيث ذهب الحنفية إلى عدم تحديد جهة الضرب و لا نوعيته و أوجبوا فيه العقاب.

أما المالكية فذهبوا إلى تحديد أماكن الضرب التي تقوم بسببها العقوبة، فإن ضرب المرأة الحامل على بطنها أو ظهرها المؤدى إلى انفصال الجنين عنها سواء كان حياً أو ميتاً، أوجبوا فيه القصاص من الجاني بقسامة.

أما الشافعية فذهبوا إلى التفريق بين حدة قوة الضرب و تأثيره على الحامل و الجنين.

أما الحنابلة فربطوا عقوبة الإعتداء على الحامل بالضرب بناء على الأثر المترتب عليه¹. واستند الفقهاء على وجوب العقاب في الإعتداء على المرأة الحامل على ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن إمرأتين من هذيل رمت إحداهما الأخرى فطرحت جنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه و سلم بغرة عبد أو أمة².

ثانياً: حماية المرأة الحامل من الإعتداء في التشريع الجنائي الجزائري

إنّ المشرّع الجزائري مثله مثل الفقه الإسلامي، فقد جرم بدوره كلّ الأفعال التي تشمل إعتداء على المرأة بصفة عامّة، سواء كانت مادية أو معنوية. و المرأة الحامل بصفة خاصة، فقد جعل الحمل ظرفاً مشدّداً للعقاب، و مثاله ما نصّت المادة 266 مكرر³ من قانون العقوبات " كل من أحدث عمداً جرحاً أو ضرباً بزوجه يعاقب لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملاً...." كما نصّت المادة 266 مكرر 1 من قانون العقوبات: و التي جاء فيها " يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات كل من ارتكب ضد زوجته أي شكل من أشكال التعدي أو العنف اللفظي أو النفسي المتكرّر الذي يجعل الضحية في حالة تمس بكرامتها أو تؤثر على سلامتها البدنية أو النفسية لا يستفيد الفاعل من ظروف التخفيف إذا كانت الضحية حاملاً..... " .

حيث نستخلص من النصين السابقين بأنّ المشرّع لم يكتف بتجريم الإعتداء على المرأة الحامل فحسب، و إنّما جعل من الحمل ظرفاً مانعاً للإستفادة من ظرف التخفيف بالنسبة للجاني.

¹ عواطف تحسين عبد الله البوقري، نفس المرجع السابق، ص 138-139-140.

² د. محمد خالد صالح، المرجع السابق، ص 266.

³ الأمر 66-156 المعدل والمتمم.

خاتمة

الخاتمة

الحاصل من خلال دراستنا أنّ موضوع الحماية القانونية للحمل، موضوعي غاية الدقة و الأهمية لاعتبارات عديدة و متعدّدة أهمها أنّ هذا الحمل لا يتمّ بالشخصية القانونية الكاملة ممّا يجعله غير مؤهلاً لحماية حقوقه بنفسه و هذا أمر طبيعي لا ضير فيه غير أنّه تترتب عنه عديد النتائج التي قد تكون سلبية في حق الجنين إذ قد تهدر حقوقه و يتغاضى من قرر له حماية هذه الحقوق عن حمايتها، ما يجعل التدخل لحماية هذا الجنين من الناحية القانونية مسألة ضرورية بما يجب أن تتضمنه من أحكام مدنيّة أو جنائيّة، إذ أنّ التنظير في هذه المسألة لا يكفي لوحده بل يجب أن يستتبع بردع كافي لحماية هذا الكيان الضعيف.

لذلك نجد أنّ الأنظمة القانونية المختلفة بما فيها النظام القانوني الجزائري و قبله الشريعة الإسلامية قرّرت حقوقاً للجنين مراعيًا في ذلك المسائل الواقعية المرتبطة به و هذه الحقوق تشكّل في حقيقة الأمر حماية له.

و إذا كان الإقرار بحقوق الجنين مسألة مهمّة فإنّ الأهم منها هو فرض حماية لها، و هذا الذي تعرّضنا له تفصيلاً في هذه المذكرة فلاحظنا أنّ الجنين قد أحاطه القانون بحماية مدنية تجسّدت خصوصاً في منحة الحق في النسب و أهليّة و إن كانت ناقصة فهي ضرورية للتعامل مع بعض الأوضاع سيما و أنّ من الحقوق المقرّرة للجنين الحق في تلقي الهبات و الوصايا و الميراث و النفقة و هذه كلّها شكّلت حماية حقيقية للجنين و إن كان الأمر يقتضي ضرورة إحاطتها بسياج من الأحكام تستوجب إحترامها و تجسيدها في الواقع. هذا الأمر إقتضى وضع حماية أخرى تتسم بالردع و الشدّة لتحقيق حماية للجنين من خلال فرض عقوبات و تجريم أفعال قد يكون الجنين ضحيّتها.

و في الجمع بين حماية مدنيّة و أخرى جنائيّة منهج قويم قد يحقّق و يقدر كبير حماية لهذا الجنين، إذ قد لا يكفي الإرشاد و تقرير الحقوق مدنياً بل لابدّ من إحاطته بعقوبات من شأنها أن تقرض إحترامها.

و في هذا الشأن فإنّ الشريعة الإسلامية و قد سايرها القانون ضمنت للجنين حقّه في الحياة، فقرّرت له حماية عن طريق تحريم الإجهاض مهما كانت الصفة التي هو عليها، و لم تُجر ذلك إلا في حالة الضرورة التي تقتضي إنقاذ حياة الأم إذا كان الحمل يعرّضها للخطر، و هو الأمر الذي وافق المشرّع الجزائري فيه الشريعة الإسلامية، و لم يُجر

الإجهاض إلا العلاجي منه فقط وبشروط، و إن كان المشرّع لم يفرّق في تجريم الإجهاض بين المراحل التي يمر بها الحمل، سواء نفخت فيه الروح أو لم تنفخ، و عاقب على الإجهاض بصفة عامّة و حتّى على الشروع فيه و التحريض عليه، كما حرّمت الشريعة الإعتداء على المرأة الحامل و تأخير إقامة الحدود عليها، و هو نفس ما ذهب إليه المشرّع الجزائري.

و على الصعيد العلمي فتكوين الأجنّة لم يعد مقصورا على الإتصال الجنسي بين الرجل و المرأة، و إنّما توصل العلم الحديث إلى إمكانية تكوينه بواسطة الطريق الصناعي. وقد تدخل المشرّع الجزائري و وافق الشريعة الإسلامية في تحريم الصور المعاصرة للحمل، و التي يترتّب عنها ضرر و فساد و اختلاط للأنساب، و خصّ بالذكر إيجار الرحم و الإستنساخ البشري باستثناء الحالة التي تستعمل فيها الخليّة و البويضة من الزوجين في إطار قيام العلاقة الزوجية دون تدخّل طرف ثالث، ضف إلى ذلك الهندسة الوراثية في غير حالات العلاج و التّداوي، كما سايرها في تحريم التلقيح الصناعي بكلّ صورته، باستثناء الحالتين التي يتمّ فيها تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها داخل رحمها، و الحالة التي يتمّ فيها تلقيح بويضة الزوجة بمني زوجها في أنبوب و زرعها في رحم الزوجة نفسها. و رغم عديد الإيجابيات الموجودة في القانون و التي لا ننكرها فقد لاحظنا وجود فراغ قانوني فيما يخص النصوص المتعلقة بميراث الجنين، و الوصية له و كذلك الهبة، بالإضافة إلى نقص المواد القانونية المتعلقة بتنظيم الصور المعاصرة للحمل. و كنتيجة لما لاحظناه فإننا نقترح ضرورة إلتفات المشرع الجزائري إلى موضوع الحمل، و تنظيم الأحكامه بجملة من النصوص القانونية التي تضمن له الحماية عن طريق إزالة كل الغموض أو النقص الذي يعترى هذه الأحكام على اختلافها، سواءً فيما يتعلّق بالصور المعاصرة للحمل، أو بالحقوق المختلفة له.

عدم الإنجراف وراء الغرب و خصوصا فيما يتعلّق بالمسائل التي تمس المجتمع الإسلامي، سيما النسب و ما يترتّب عنه، و ذلك بالإحتياط من كل ما يتعلّق بمسائل التلقيح و الإستنساخ و الهندسة الوراثية، و عدم الأخذ بها إلاّ بعد التحقّق و التمهّص في الآثار السلبية و الإيجابية لهذه العمليات على أرض الواقع، مع نشر الدراسات المتعلقة بهذه المسائل للجمهور حتّى يكون الناس على دراية بها.

فرض رقابة صارمة و الإحتياطات اللازمة على جميع المختبرات و المستشفيات، التي تقوم بإجراء عمليّة التلقيح، بغية منع أي تجاوزات شرعية أو قانونية فيها. حبذا لو يهتم علماءنا الأجلاء بهذا النوع من المواضيع و إعطاؤه الأهمية اللازمة له، لما ينجرُّ عنه من آثار قد تؤدّي إلى إختلال خطير و تهديد كبير يمسُّ بجرمة المجتمع الإسلامي، و صيانتته من تفشّي الفساد فيه و إختلاط الأنساب و ذلك من خلال قيامهم بإعادة كتابة الفقه الإسلامي بأسلوب جديد، يسهّل على جميع الناس بمختلف طبقاتهم و مراكزهم الإجتماعية مراجعته و فهمه و تطبيقه، بإعتبارها مسائل حسّاسة تخصُّ العامّ منهم و الخاصّ.

و لعلّ أهم توصيتنا، تكمن في الضرورة الملحة في استنباط الأحكام من شريعتنا الإسلامية السمحاء ، سيما تلك المتعلقة بصيانة كرامة الشخص و حمايته و تكريس حقوقه و حفظ حقّه في الحياة، فلعلّها هي المخرج لنا من جميع التعرّّات و المشاكل و الإنزلاقات التي يعيش فيها المجتمع الإسلامي اليوم.سيما و أن المتفحص للفقّه الإسلامي يرى و بشكل واضح ثراؤه الكبير فيما يتعلق بمختلف الأحكام التي تتعلق بالحمل بل بغير ذلك من المواضيع بشكل يجعل الفقه الغسلامي مصدرا ماديا غنيا و جديا و ناجعا لمختلف النصوص القانونية.

قائمة المراجع

أولاً: قائمة المصادر

- القرآن الكريم

ثانياً: معاجم اللغة

- ابن منظور، لسان العرب دار أحياء التراث العربي، الجزء 11، الطبعة الأولى، بيروت، 1416هـ - 1996م.

ثالثاً: الموسوعات الفقهية

- الموسوعة الفقهية، وزارة الاوقاف و الشؤون الإسلامية، مطبعة ذات السلاسل، ط 2، الكويت، 1410هـ - 1990م.

- موسوعة الفراشة للعناية بالأم و الطفل، مكتبة لبنان، د/ط ، بيروت، 2001.

- عارف علي عارف القرة داغي، مسائل شرعية في الجنات الوراثية ،سلسلة بحوث فقهية في قضايا طبية معاصرة 3،مجلس النشر العلمي الماليزي، ط1، 1432هـ-2011م

رابعاً: المراجع الفقهية

- إبراهيم محمد قاسم بن محمد رحيم، أحكام الإجهاض في الفقه الإسلامي، الحكمة، ط/1، بريطانيا 1423هـ ، 2002م.

- ابن كثير القرشي الدمشقي، تفسير القرآن الكريم، ج5، دار طيبة، ط2 ، السعودية، 1420هـ، 1999م.

- أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزء الكلبي الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، د/دار نشر، د/ط، د/بلد، د/سنة.

- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، أسلم للنشر، د/ط، 1406هـ، 1986م.

- أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دار أسلم، ط جديدة، باريس، 1996م.

- أبو عبد الله محمد ابن أحمد ابن عمر الوانوعي التونسي المالكي، تعليقة الوانوعي على تهذيب المدونة، المجلد الأول، د/دار الطبع، ط1 - 1435هـ - 2014م.

- أبو عبد الله محمد بن أحمد الانصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، تفسير القرطبي، الجزء السابع عشر، دار الحديث ، د/ط، القاهرة، 1423، 2004.

- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القطري، الكافي في فقه أهل المدينة المالكي، مكتبة الرياض الحديثة الرياض، ط1، 1398هـ، 1978م .
- أبي المذاهب الحسين بن محمد العكيري الحنبلي، رؤوس المسائل الخلافية بين جمهور الفقهاء، المجلد3، دار إشبيلية، د/ط، د/د، د/ سنة.
- أحمد ابن عبد الله ابن أحمد البعلي، الروض الندي، شرح كافي المبتدئ، المجلد الثاني، دار النوادر، د/ط، د/ بلد، د/سنة.
- أحمد أبو الروس، جرائم الإجهاض و الإعتداء على العرض و الشرف و الإعتبار و الحياء العام و الإخلال بالأداب العامة من الوجهة القانونية و الفنية، الموسوعة الجنائية الحديثة، ج4، المكتب الجامعي الحديث، د/ط، الإسكندرية، 1997م.
- أحمد علي العرجا، الإستنساخ حقيقة أم تظليل، دراسة مقارنة، د/دار نشر، د/ط، لبنان، د/سنة.
- د.أحمد فراج حسين، د. محمد كمال الدين إمام، نظام الإرث و الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة جديدة، بيروت .
- أسامة رمضان القمري، الجرائم الجنسية و الحمل و الإجهاض من الوجهة الطبية الشرعية، دار الكتب القانونية، د/ط مصر، 2005.
- الإمام أبو الحسن أحمد بن محمد بن جعفر البغدادي القدوري، الموسوعة الفقهية المقارنة التجريد، المجلد10، دار السلام، ط1، القاهرة، 1424هـ، 2004م.
- الإمام محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع، ج2، مكتبة الإمام مالك، ط1، موريتانيا، 1426هـ - 2005م.
- الإمام محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، المجلد3، دار الفكر، الدار البيضاء، 1401 هـ - 1981م.
- د.بكر بن عبد الله أبو زيد، طرق الإنجاب في الطب الحديث وحكمها الشرعي، دراسة فقهية، د/سنة، د/بلد.
- د.بلحاج العربي، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2008.

- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، الجزائر، 2004.
- د. بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دراسة مقارنة لبعض التشريعات، دار الخلدونية، ط1، الجزائر، 1424هـ 2008
- ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، د/ط، الإسكندرية، 2013.
- جعفر عبد الأمير الياسين، الإجهاض دراسة قانونية إجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، لبنان، 2013.
- د. جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحمد، ط1، د/بلد، 2009.
- د. خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة مع قانون الأحوال الشخصية، د/ط، دار الكتب القانونية، مصر 2011.
- د. زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم و الشريعة، دار البيارق، ط1، الأردن، 1417هـ - 1997م.
- سعد بن عبد العزيز بن عبد الله الشويرخ، أحكام الهندسة الوراثية، دار الكنوز إشبيلية، ط1، المملكة العربية السعودية، 1428هـ، 2007م.
- سيد الحديد، الحمل الطبيعي و الحمل بالطرق الحديثة، شعاع، ط1، حلب سوريا، 2004م.
- د. شعبان الكومي أحمد فايد، أحكام الإستنساخ في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، د/ط، الإسكندرية، مصر، 2006م.
- الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهتّى النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج2، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1418هـ، 1997م.
- صالح نعمان، الإستنساخ البشري و آثاره على الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، د/سنة.

- طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة ، د /ط، مصر، 2013.
- عارف علي عارف، إيجار الرحم و الأم البديلة، رؤية إسلامية، دراسات إسلامية في قضايا طبية معاصرة، المجلد 1، دار النفائس، ط1، 2001.
- عاطف الماضية، الحمل و الولادة، أسرار و متاعب كيف تواجهها، د/ط، دار النهضة مصر، 2001.
- د. عائشة احمد سالم، الاحكام المتصلة بالحمل في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات، الطبعة الأولى ،بيروت، 2008 .
- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، قسم الأحوال الشخصية، المجلد الرابع، الرياض الحديثة، د/ط، السعودية ،2013.
- عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم، الوجيز في الفرائض، دار ابن جزي، د/ط، د/د ، د/سنة.
- الإمام أبي زكرياء يحيى بن شرف النوري الدمشقي، روضة الطالبين، دار ابن حزم، ط1، لبنان، 1423هـ ، 2002م.
- عبد العزيز سعد، الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، دار هومة، ط2، الجزائر، 2014م.
- عبد الفتاح محمود إدريس، الإستتساخ في نظر الإسلام، دراسة مقارنة، د/سنة، د/ بلد.
- د. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج9، مؤسسة الرسالة، ط1، سوريا 1413هـ - 1992م.
- د. عبد الله بن محمد الطيّار، د. عبد الله بن محمد المطلّق، د محمد بن إبراهيم موسى، الفقه الميسّر في النوازل الطبية المعاصرة، ج12، مدار الوطن، ط1، السعودية، 2012م.
- د. عبد الناصر أبو البصل، الهندسة الوراثية من المنظور الشرعي، دراسات فقهية في قضايا طبية معاصرة، المجلد 01، النفائس، ط1، د/بلاد، 1421هـ - 2001م.

- د. عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، د/ط، دار الجامعة الجيدة، مصر، 2006.
- د. عبد الودود محمد السريتي، الوصايا و الأوقاف و المواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، د/ط، بيروت، 1998م.
- د. علي الشيخ إبراهيم المبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، د/ط، الإسكندرية، مصر، 2009.
- د. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام في القانون المدني - ديوان المطبوعات الجامعية، ط5، 2003.
- عماد عبد العاطي عبد الفتاح هدى، الإستتساخ البشري بين الرفض و القبول، دراسة فقهية مقارنة، حولية كلية الدراسات الإسلامية و العربية للبنات، المجلد5، ع28، كلية الدراسات الإسلامية و العربية، كفر الشيخ، مصر، د/سنة.
- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، القاهرة، 1377هـ - 1957م.
- محمد الهواري، الإستتساخ البشري بين الثورة العلمية و الضوابط الأخلاقية و الفقهية، المجلس الأروبي للإفتاء و البحوث، د/دار نشر، د/ط، د/بلد، دون سنة.
- د. محمد بن أحمد التقية، دراسة عن الهبة في القانون الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، الجزائر، 2000م،
- الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم الجزء الخامس، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، الإسكندرية، 1381هـ، 1961م.
- الإمام أبو القاسم عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم الرافعي القندوزي الشافعي العزيز، شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ج9، الطلاق - الرضاع، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، ، 1417هـ، 1998م.
- محمد بن محمد سالم المجلسي الشنقيطي، لوامع الدرر في هتك أستار المختصر، شرح المختصر دليل، المجلد السابع، دار الرضوان، ط1، د/بلد، 1436هـ - 2015 م.

- د.محمد سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل وقاية و علاجا، مكتبة الفرابي، د/ط، د/د، د/سنة.
- د.محمد صبحي نجم ، محاضرات في قانون الأسرة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، د/ط ، الجزائر،1994.
- د.محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 1990.
- د.محمد علي البار، الوجيز في علم الأجنة القرآني، الدار السعودية، الطبعة الأولى، 1405، 1985.
- د.محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب و القرآن، الدار السعودية، الطبعة الرابعة، السعودية، 1403، 1983.
- د.محمد علي البار، مشكلة الإجهاض، دراسة طبية فقهية، دار السعودية، ط1، السعودية، 1405هـ، 1985م.
- د.محمد فاضل إبراهيم الحديثي، حكم إسقاط الجنين المشوه بين الشريعة و الطب، مجلة جامعة الأنبار بالعلوم الإسلامية، الرمادي، المجلد الرابع، العدد 15، 2013.
- د.محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا و الأوقاف، الدار الجامعية، ط4، بيروت، لبنان، 1402هـ- 1982م.
- د.محمد وصفي، الإعجاز الطبي في القرآن ، دار الفضيلة، د/ط، القاهرة، 2005.
- محمد يحيى بن حسن النجيمي، الإجهاض أحكامه وحدوده في الشريعة و القانون الوضعي، دراسة مقارنة، دار العبيكان، ط1، الرياض السعودية، 2011.
- د.محمود أحمد طه، الإنجاب بين التجريم و المشروعية، منشأة المعارف، د/ط، الإسكندرية، 2003م.
- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين الحنفي، البناية شرح الهداية. الجزء 5، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت- لبنان، 1421هـ، 2000م.
- د.منصور كافي، الإستتساخ مفهومه أنواعه حكمه، مجلة الاحياء، ع7، كلية العلوم الاجتماعية والإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1424هـ-2003م

- موفق الدين عبد الله بن قدامة، المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج3، دار الكتب العلمية بيروت، ط1، 1414هـ، 1994م.
- مولود مخلص الراوي، علم الفرائض و المورث، د/دار الطبع، د/دار النشر، بغداد، 2009م.
- د.ناهدة البقصي، الهندسة الوراثية و الأخلاق، علم المعرفة د/ط، الكويت، 1993م، ص
- نايف بن عمّار آل وقيان، إستأجار الرحم حقيقته دوافعه حكمه، دراسة مقارنة، د/ط، د/بلد، د/سنة.
- نبيل صقر، الإجتهد القضائي للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، الطلاق وتوابع العصمة، دار الهدى د/ط، الجزائر، 2015.
- د.نور الدين أبو لحية، أحكام الطلاق و الفسخ و آثارهما برؤية المقاصدية، دار الأنوار، ط2، د/د، 1436، 2015 .
- د.هيام إسماعيل السحماوي، إيجار الرحم، دراسة مقارنة، دار الدامعة الجديدة، د/ط، الإسكندرية، 2013م.
- د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، دار الفكر، ط2، دمشق، 1405هـ - 1985م.
- د.وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، ج9، دار الفكر، ط3، دمشق، 2012م. عبد الله جبوري، د عبد الحق حميش، أحكام الموارث و الوصايا في الشريعة الإسلامية، جامعة الشارقة، ط1، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 1428هـ - 2007م .

سادسا: الرسائل العلمية

1- أطروحات الدكتوراه

- بوعلام عبد العالي، أحكام المرأة الحامل في الفقه المالكي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة وهران، 2014م، 2015م.

- د. زكي الدين شعبان، د. أحمد القندوز، أحكام الوصية و الميراث و الوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، ط1، الكويت، 1404 هـ ، 1984م.
- 2- المذكرات**
- أحمد عبد المجيد محمد محمود حسين، أحكام ولد الزنا في الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير قسم الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس- فلسطين، 2008.
- إسماعيل عبّاد، النظام القانوني للأحكام الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيثر، بسكرة، 2013-2014.
- بغدادي مباركة، الحماية القانونية للجنين، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016.
- بوتعنيقيقت حليلة، خليف مريم، التلقيح الإصطناعي، شروطه وآثاره في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تخصص أحوال شخصية، جامعة محمد بوضياف، مسيلة، الجزائر، 2016م-2017م.
- بوجمان سولاف، إثبات النسب، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدورة16، 2005-2008.
- بوجمعة صافية ، النظام القانوني للأحكام الوقفية في الجزائر، مذكرة ماستر في الحقوق، القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013-2014.
- بوخرص حمزة، عاشوري طايب، جريمة الإجهاض بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي مذكرة ماستر في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2014-2015.
- جدوى محمد أمين، الإجهاض بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير في العلوم الجنائية و علم الإجرام، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010.

- حميش سهام، براهيم يوسف، حقوق المرأة المطلقة في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015.
- حورية مالكي، نسيمة شيشة، مجهولي النسب في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، 2014-2015.
- دربالي حكيم، الوصية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص الأحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015.
- ربعة غندوفة، إستئجار الأرحام، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، مذكرة ماستر، تخصص الشريعة و القانون، كلية العلوم الإجتماعية و الإنسانية، شعبة العلوم الإسلامية، جامعة الوادي، 2013-2014.
- سيكيرفة محمد الطايّب، التلقيح الإصطناعي بين القانون الوضعي و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الطّبي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2016-2017.
- الشيخ صالح بشير، الحماية الجنائية للجنين في ضوء الممارسات الطبية الحديثة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2012-2013.
- عبد الله خليل إبراهيم، صور مستحدثة لعقد الزواج في ضوء الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية ، مذكرة ماجستير في الفقه و التشريع كلية الدراسات ، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين 2010.
- علي بن أحمد بن علي العامر، إجهاض المرأة المغتصبة في الفقه الإسلامي و القانون، دراسة ماجستير في العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض 1432هـ - 2011م.
- علي بن مشبب بن عبد الله البكري، إستئجار الأرحام، مذكرة ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011م،

- عواطف تحسين عبد الله البوقري، أحكام الجنين و الطفل في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه، الجزء الأول، كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى لسعودية، 1410هـ - 1990م.
- عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه و صورته المعاصرة، بين الشريعة و القانون، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005-2006.
- محمدي فريدة زاوي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، د/ط، الجزائر، 2002.
- مخبي ريمة، بوتهلولة علاء، إثبات النسب في ضوء التشريع الجزائري، مذكرة لنيل إجازة الدراسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 5، 2004-2007.
- موساوي عيدة، حقوق الجنين في الشريعة و القانون، مذكرة ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016-2017.
- نويوة بلال، أحكام النفقة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015.

سابعاً: المحاضرات

- د.طحاح علال، محاضرات في مقياس الميراث المعمق لسنة أولى ماستر، تخصص أحوال شخصية (غير منشورة)

ثامناً: المجلات القانونية

- أثر التطور العلمي على توسع المفهوم القانوني للجنين، مجلة المحقق الحلبي، للعلوم القانونية و السياسية، دراسة مقارنة، ع2، السنة 9، د/بلد، 2017م.
- الإجتهد القضائي للمحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية، المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.
- بن عودة حسكر مراد، إجهاض المرأة المغتصبة بين الفقه الإسلامي و القانون العضوي، مجلة الحقيقة، العدد 30، جامعة أدرار، المطبعة العربية، غرداية، 2014.

- حسن حمّاد حميد، الحماية الجنائية لأجنّة الأنابيب، مجلة القانون للدراسات و البحوث القانونية، العدد6، جامعة ذي قار، كلية الحقوق، العراق، 2012.
- د. عبد العزيز بن علي الغامدي، أقل مدة الحمل و أكثرها بين الفقه و الطب و أثر ذلك في ميراثه، مجلة العدل، العدد 43 رجب 1430 هـ.
- د. عبد الله البسام، أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 2، العدد2، الجزء1، السعودية، 1407هـ، 1986م.
- عشير جيلالي، المبررات الشرعية و القانونية لمنع إستأجار الرحم، مجلة صوت القانون، العدد2، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2014.
- عمّار تركي عطية، الحماية القانونية للجنين خارج الرحم، دراسة مقارنة، مجلة القانون للدراسات و البحوث القانونية، جامعة ذي قار، كلية الحقوق، العراق.
- قوميدي الذوايدي، الإستنساخ في ظل النصوص و القواعد الشرعية، مجلة الأحياء، ع6، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة.
- كريمة عبود جبر، إستجار الأرحام و الآثار المترتبة عليه، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد9، العدد3، جامعة الموصل، 2010.
- مأمون الرفاعي، جريمة الإجهاض في التشريع الجنائي الإسلامي، أركانها و عقوبتها دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، مجلد 25، جامعة كلية الشريعة، قسم أصول الدين جامعة النجاح الوطنية، فلسطين.
- ماهر حامد الخولي، الإخصاب خارج الجسم مع إستئجار الرحم، مجلة جامعة الأزهر، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد1، ع2، غزة، 2009.
- د. محمد علي البار، التلقيح الصناعي و أطفال الأنابيب، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 2، العدد2، الجزء1، السعودية، 1407 هـ ، 1986م.
- مسعودي يوسف، التلقيح الإصطناعي في قانون الأسرة الجزائري، المجلة العربية في العلوم الإنسانية و الإجتماعية، السنة الثامنة، العدد 24، 2016.
- د. هند الخولي، تأجير الأرحام في الفقه الإسلامي، مجلة العلوم الإقتصادية و القانونية، المجلد27، ع3، جامعة دمشق، 2011.

تاسعا: النصوص القانونية

- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005.
- القانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990، المتضمن التوجه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد78.
- قانون 91-10 المؤرخ في 27-04-1991، المتعلق بالأوقاف ، (ج ر مؤرخة في 08-05-1991) معدّل و متمم بالقانون رقم 01-07 ، مؤرخ في 22 مايو سنة 2001 (ج ر 29 مؤرخة في 23-05-2001) و بالقانون رقم 02-10، مؤرخ في 14 ديسمبر 2002 (ج ر 83، مؤرخة في 15-12-2002).
- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 مؤرخ في 05 محرم عام 1413هـ الموافق لـ 06 يونيو سنة 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية الجزائرية، ع 52.
- القانون رقم 05-04 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425هـ الموافق لـ 6 فبراير سنة 2005م ، المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين.
- قانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق لـ 16 فيبرابر سنة 1985 المعدّل و المتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2008، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها
- الأمر 66-156 ، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدّل و المتمم، لا سيما بالقانون رقم 16-02 ، المؤرخ في 19 يونيو سنة 2016.
- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
- الأمر رقم 78-58، المؤرخ في 20 رمضان، عام 1395هـ ، الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المعدّل و المتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية 44، سنة 2005

الفهرس

1	مقدمة.....
5	الفصل الأول: ماهية الحمل.....
6	المبحث الأول: مفهوم الحمل.....
6	المطلب الأول: تعريف الحمل وأنواعه.....
6	الفرع الأول: تعريف الحمل والجنين.....
10	الفرع الثاني: أنواع الحمل.....
12	المطلب الثاني: مدة الحمل.....
12	الفرع الأول: أقل مدة الحمل.....
16	الفرع الثاني: أكثر مدة الحمل.....
20	المبحث الثاني: الحمل الطبيعي والصور المعاصرة له.....
20	المطلب الأول: الحمل الطبيعي.....
20	الفرع الأول: مراحل الحمل الطبيعي.....
32	الفرع الثاني: المراحل العملية التي يتم بها الحمل الطبيعي.....
35	المطلب الثاني: الحمل الصناعي والصور المعاصرة للحمل.....
35	الفرع الأول: الحمل عن طريق التلقيح الإصطناعي.....
44	الفرع الثاني: إيجار الرحم.....
51	الفرع الثالث: الإستنساخ البشري.....
62	الفرع الرابع: الهندسة الوراثية.....
68	الفصل الثاني: الحماية القانونية للحمل.....
69	المبحث الأول: الحماية المدنية للحمل.....
69	المطلب الأول: الحماية في المسائل غير المالية.....
69	الفرع الأول: النسب.....
93	الفرع الثاني: الأهلية.....
95	المطلب الثاني: الحماية في المسائل المالية.....
95	الفرع الأول: النفقة.....

101.....	الفرع الثاني: الميراث
111.....	الفرع الثالث: الوصيّة
116.....	الفرع الرابع: الهبة
118.....	الفرع الخامس: الوقف
122.....	المبحث الثاني: الحماية الجنائية للحمل
122.....	المطلب الأوّل: الحماية الجنائية المباشرة للحمل
122.....	الفرع الأوّل: مفهوم الإجهاض و حكمه الشرعي
134.....	الفرع الثاني: جريمة الإجهاض في الشرع و القانون
145.....	المطلب الثاني: الحماية غير المباشرة للحمل
146.....	الفرع الأوّل: حماية الحمل من خلال تأجيل العقوبة المقررة للأم
148.....	الفرع الثاني: حماية المرأة الحامل من الإعتداء
150.....	الخاتمة
153.....	قائمة المصادر والمراجع
166.....	الفهرس