

# أهلية الجنين والحقوق المترتبة عليها

## دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

من إعداد

د. دليلا براهف. جامعة الشارقة

د. خالد بوشمة. جامعة البليدة

الحمد لله الذي خلق الإنسان بعد أن لم يكن شيئا مذكورا، وهداه إلى ما يتهيأ به صلاح معاشه ومعاده، وأغرقه في فضائل جوده وكرمه، فنشكره ونحمده على ما وهبنا من نعمائه وما أعطانا من آلائه.

إن من أعظم نعم الله ﷻ على الإنسان؛ أن خلقه في أحسن تقويم، وأسجد له ملائكته، وجعله خليفة في الأرض، وسخر له كل ما في هذا الكون لخدمته... وهياًه لأن يحمل الأمانة الكبرى - أمانة التكليف والمسؤولية - تلك التي صورها القرآن الكريم تصويراً بليغاً حين قال: ﴿ إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الْإِنْسَانُ ﴾<sup>(1)</sup>.

لقد سما الإسلام بالإنسان، فاعترف بإنسانيته، وميّزه بالعقل والتمييز، وجعل الأهلية من أهم خصائصه.

والأهلية عبارة عن قابلية وجدارة، وهذه القابلية والجدارة إما أن تكون متعلقة بثبوت الحقوق لصالح الشخص أو ثبوتها عليه لصالح حق الغير، وإما أن تكون متعلقة بصحة صدور التصرفات منه.

ولقد قسم الأصوليون الأحناف - وتبعهم في ذلك فقهاء القانون الوضعي - حياة الإنسان بحسب تطور أهليته إلى مراحل أربع، وهي: مرحلة الحمل (الاجتنان)، ومرحلة ما دون التمييز،

(1) سورة الأحزاب/ الآية 72.

ومرحلة التّمييز، ومرحلة البلوغ.

وسوف تقتصر دراستنا في هذا البحث على بيان وإبراز الأهلية والحقوق المترتبة عليها في مرحلة الاجتنان، هذه المرحلة الحرجة من حياة الإنسان، والتي أولت لها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية عناية خاصة؛ فالجنين يعدّ جزءاً من أمّه من جهة، ويعدّ منفرداً بالحياة من جهة أخرى؛ لذلك وقف الفقهاء معه موقفاً خاصاً، وأعطوه أحكاماً خاصة.

وسوف يجيب هذا البحث عن موضوعين متكاملين ومتراطبين، ويبحث في حكم الجنين من حيثين اثنتين:

أولهما: من حيث مدى ثبوت الأهلية للجنين. فهل الجنين صالح لوجوب الحقوق له وعليه وأداء التصرفات؟ وإذا كفلت الشريعة الإسلامية للجنين حقوقاً عدة، وأقرت بها القوانين الوضعية، ففيما تكمن هذه الحقوق؟ وعلى أيّ أساس مُنحت له؟ وما هي الضوابط التي تحكمها؟ ولأجل الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها، رسمنا الخطة التالية:

المقدمة

المبحث الأول: الأهلية وأقسامها

المطلب الأول: تعريف الأهلية ومناطقها

المطلب الثاني: أقسام الأهلية

المبحث الثاني: في مدى ثبوت الأهلية للجنين

المطلب الأول: تعريف الجنين

المطلب الثاني: أهلية الجنين

المبحث الثالث: الحقوق المقررة للجنين

المطلب الأول: أساس حقوق الجنين ووقت ثبوتها

المطلب الثاني: أنواع الحقوق المقررة للجنين

الخاتمة

## المبحث الأول الأهلية وأقسامها

### المطلب الأول : تعريف الأهلية ومناطقها

أولاً: تعريف الأهلية

1: في اللغة: الأهلية في اللغة: هي الاستحقاق، يقال هو أهل لهذا أي مستحقه وهو مستوجب له.

وتطلق أيضا على الصلاحية والجدارة والكفاءة. تقول: هو أهلٌ لكذا؛ أي مُستوجب له وجدير به وكفي له<sup>(1)</sup>.

2: في الاصطلاح: يعرف الأصوليون الأحناف الأهلية بقولهم هي: «صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه»<sup>(2)</sup>.

ولم تخرج تعاريف أغلب المعاصرين<sup>(3)</sup> عن هذا المعنى الذي ذكره الأصوليون الأحناف، لكن هذا التعريف الذي يذكره الأصوليون إنما يصلح لتعريف أهلية الوجوب فقط على ما سيأتي، وليس لتعريف الأهلية بجميع أنواعها؛ أي الوجوب والأداء، والتعريف لا ينص على الصلاحية

---

(1) ابن منظور. لسان العرب، نسقه وعلّق عليه علي شيري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، 1988م، 29/11. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح. تحقيق محمود خاطر، بيروت، لبنان، مكتبة لبنان ناشرون، ط1995م. 13/1.

(2) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط1974م. 238/4.

(3) عرفها المرحوم مصطفى الزرقا بقوله: «صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي». مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة طرايين، دمشق، ط10، 1968م. 737/2. كما عرفها الدكتور حسين خلف الجبوري بقوله: «صلاحية الإنسان لما يجب له من الحقوق وما يلزمه من الواجبات بعد توفر الشروط اللازمة في المكلف لصحة ثبوت الحقوق له والواجبات عليه». حسين خلف الجبوري. عوارض الأهلية عند الأصوليين، ط1، 1408هـ-1988م، ص71.

لصحة الأداء، إلا أن يُقال: إن الصّلاحية لوجوب الحقوق المشروعة له تعني صلاحية الأداء؛ أي أن الأداء حقّ واجب له. ولكن يعترض عليه بأن الأداء ليس بلازم، وإنما هو مشروع لمن يحق له. ومنه يمكن تعريف الأهلية بأنّها: «صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له وعليه وأداء التصرفات».

فالأهلية إذن هي عبارة عن قابلية وجدارة، وهذه القابلية والجدارة إمّا أن تكون متعلّقة بثبوت الحقوق لصالح الشخص أو ثبوتها عليه لصالح حقّ الغير، وإمّا أن تكون متعلّقة بصحة صدور التصرفات منه. والمقصود بالشخص هنا الشخص الطبيعي، وهو الإنسان، وأضيفت الصّلاحية للشخص، لبيان أن الأهلية من خصائص الإنسان، ومن في حكمه.

ثانيا: مناط الأهلية. مناط الأهلية معناه: على أي أساس تمنح الأهلية للشخص؟

ومنه، لا يمكن تحديد مناط واحد للأهلية بمعناها العام؛ لأنّ مناط أقسامها يختلف الواحد عن الآخر كما سيأتي بيانه في أقسام الأهلية، إلا أن نجمع جميع هذه المناطات، ونجعلها بمجموعها مناطا للأهلية، فيكون مناط الأهلية حينئذ هو «الصفة الأدمية والتّمييز». ثمّ يتوزع هذا المناط على أقسام الأهلية.

### المطلب الثاني: أقسام الأهلية

درج علماء الأصول القدامى - وتبعهم في ذلك فقهاء القانون الوضعي - على تقسيم الأهلية إلى قسمين: أهلية وجوب وأهلية أداء.

#### أولا: أهلية الوجوب

1: حقيقة أهلية الوجوب: لقد عرّف بعض علماء الأصول أهلية لوجوب بقوله: «هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه»<sup>(1)</sup>.

ولم يخرج تعريف بعض المعاصرين<sup>(2)</sup> عن هذا المعنى. وأجود وأنسب تعريف وجدناه هو

(1) سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، سنة 1377هـ.

.321/2

(2) محمد سلام مذكور. المدخل للفقهاء الإسلاميين، دار الكتاب الحديث، د ط، د ت. ص 445.

للدكتور الزرقا رحمته، حيث يقول: «هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام»<sup>(1)</sup>. ولقد سمى الأصوليون أهلية الوجوب بهذه التسمية؛ لأن الشخص ينظر إليه من خلالها من جهة كونه صالحا لأن يلزم غيره بأداء الحقوق التي تجب له عليهم؛ كوجوب ثبوت نسبه من أبيه... إلخ. ومن جهة كونه صالحا لأن يلتزم بأداء الحقوق التي تجب عليه؛ كوجوب الضمان عليه في ماله إن أتلّف مال غيره.

ومن خلال ما سبق ذكره، يتّضح لنا أنّ لأهلية الوجوب عنصران<sup>(2)</sup> هما:

أ- العنصر الإيجابي: وهو الذي يؤهّل الشخص لأن يُلزم غيره بأداء واجبات له عليه، ومن هنا جعلته إيجابيا، لأنّه يوجب على غيره ما يثبت له من حقوق، فهو الطرف المنتفع في هذه العلاقة، ولا يستلزم هذا العنصر الإيجابي العنصر السلبي لأهلية في جميع الحالات، ومثاله الجنين في رحم أمّه، فهو يثبت له على غيره حقوق؛ كالنسب، ولا يثبت عليه شيء لغيره.

ب- العنصر السلبي: وهو الذي يؤهّل الشخص لأن يلتزم بأداء واجبات عليه لغيره، ومن هنا جعلته سلبيا، لأنّه يوجب عليه ما يثبت لغيره من حقوق، فكأننا سلّبتنا منه تلك الواجبات، ثمّ سلّمناها لغيره، فغيره إذن هو المنتفع في هذه العلاقة.

2: أقسام أهلية الوجوب: قسم الأصوليون<sup>(3)</sup> أهلية الوجوب إلى قسمين هما: أهلية الوجوب الكاملة، وأهلية الوجوب الناقصة، والكمال والتقص هنا متعلّق بكمال ونقص مساحة الواجبات الثابتة، سواء أكانت إيجابية أم سلبية.

(1) د. مصطفى الزرقا، المرجع السابق: 2 / 739.

(2) أطلق الدكتور الزرقا على هذين العنصرين مصطلحي التأهيل للدائنية والتأهيل للمديونية. د. مصطفى الزرقا. المرجع السابق: 2 / 741.

لكننا لا نستسيغ هذين الاصطلاحين، لأنهما يرتبطان بالجانب المالي المحض من حيث الظاهر، ومعلوم أن أهلية الوجوب لا تتعلق بالمال فقط، بل لها صلة بالعبادات والعقوبات... إلخ.

(3) انظر أقسام أهلية الوجوب في: عبد العزيز البخاري. المرجع السابق: 4 / 237. التفتازاني. المرجع السابق: 2 / 321.

أ- أهلية الوجوب الكاملة : ومعنى كونها كاملة؛ أي يكون صاحبها صالحا لأن تجب له كلّ الحقوق والإلزامات من جهة، وتجب عليه كلّ الواجبات والالتزامات من جهة أخرى، أي يستجمع عنصري أهلية الوجوب؛ الإيجابي والسلبي معا.

ب - أهلية الوجوب الناقصة: ومعنى كونها ناقصة أي يكون صاحبها صالحا لعنصر من عنصري أهلية الوجوب، سواء الإيجابي منها أو السلبي، أو يكون أهلا لبعض الحقوق أو لبعض الواجبات في العنصر الواحد منها.

فالجنين في رحم أمه؛ مثلا هو: أهل لبعض الحقوق من العنصر الإيجابي من عنصري أهلية الوجوب المدنية؛ كالنّسب والإرث والوصية... إلخ، وهو ليس أهلا لبعض الحقوق الأخرى؛ كامتلاك الهبة مثلا عند غير المالكية. وأمّا الالتزامات؛ وهي العنصر السلبي من عنصري أهلية الوجوب، فهو ليس أهلا لها مطلقا.

3: مناط أهلية الوجوب: من خلال كلام الأصوليين حول اختصاص الإنسان بالوجوب دون سائر الحيوانات التي ليس لها ذمة، وقولهم بأنّ ابن آدم يولد يوم يولد إلا وله أهلية وجوب كاملة، يتضح لنا بأنّ مناط أهلية الوجوب هي «الصفة الأدمية»، وليس الذمة، فكّل ابن آدم له أهلية وجوب، لأنّه ابن آدم، ولو كان غير كذلك لفقد هذه الأهلية.

وهذه الأهلية تبدأ ناقصة مع الإنسان وهو جنين - بحكم أن مآله إلى الانفصال عن أمه - ثم تكتمل له بميلاده حيا، وهي ملازمة له طول حياته، وحتى من بعد مفارقة الروح الجسد، ولا علاقة لها بالسن أو العقل أو الرّشد.

وأما قبل الميلاد؛ أي في فترة الاجتنان، فلا مكان للحديث على أهلية الوجوب في عنصرها السلبي، فالإنسان لا يجب عليه شيء من حقوق الله تعالى في هذا الطور.

4: تقسيم الحقوق بالنسبة إلى أهلية الوجوب: بناء على حال الشخص الذي تثبت له أهلية الوجوب تنقسم الحقوق التي تثبت له وعليه إلى قسمين هما:

أ- حقوق لا يشترط في من تثبت له وعليه العقل: بل يرتبط وجودها بمجرد وجود سببها ارتباطا ماديا محضا؛ كارتباط سائر المسببات بأسبابها الطبيعية، وذلك كالحقّ في الحياة وسلامة

الأعضاء والإرث والنسب وضمان المتلفات، فهذه الأهلية تثبت للإنسان، ويثبت بعضها حتى من قبل ولادته إلى غاية وفاته وإن لم يعقل.

ب- حقوق يشترط في من تثبت له وعليه العقل: وهذه الحقوق منها ما يشترط فيها كمال العقل وتامه؛ كاستحقاق العقوبات. ومنها ما يكفي فيه التمييز؛ أي الوعي، كحق امتلاك ما يشتره المميز بعد إجازة وليه. ثانيا: أهلية الأداء

1: حقيقة أهلية الأداء: اعتمادا لما هو مبثوث في الفروع الفقهية، يمكن تعريف أهلية الأداء بأنها: «صلاحية الشخص لصدور الفعل أو القول منه ليرتب عليه أثره».

وتعلّق الصّلاحية هنا هو بالفعل والقول معا، وليس بالفعل فقط أو القول فقط؛ لأنّ الشخص كما يكون أهلا لأن يصدر منه القول، يكون كذلك أهلا لأن يصدر منه الفعل. والصّلاحية في أهلية الأداء تظهر في ترتّب الآثار على الأفعال والأقوال، لا في صدورهما فقط، فهما قد يصدران من الشخص، وإذا لم يترتب عليهما أثر، لا يعدّ عندئذ من صدر منه حسا أهلا لهما، ومثال هذا تسليم الصبي المبيع أو إقراره به، فهو وإن صدرت منه حسا، لا أهلية أداء له في مثل هذه التصرفات، وبالتالي لم يترتب عليها أثر.

وفضلنا ذكر لفظ الأثر وعدلنا عن لفظ الاعتداد الوارد في تعريف الأحناف؛ لأنّ في أهلية الأداء قد لا يكون الفعل معتدا به، ولكن تترتب عليه آثاره، فغاية الأمر في أهلية الأداء أن تجعل محلّها أهلا لأن تترتب الآثار على الأفعال والأقوال، لا أن يعتدّ بالفعل أو القول. فالفضولي له أهلية التصرف وتصرفه حرام، وللمالك إمضاء ذلك التصرف من غير تجديد عقد آخر ينفذ ذلك التصرف، فدلّ ذلك على أنّ العقد المتقدّم قابل للاعتبار<sup>(1)</sup>.

والأثر الذي يترتب على الفعل أو القول في أهلية الأداء يشمل جميع أنواع الآثار بحسب نوع القول أو الفعل، فالأثر في الأقوال قد يكون الصّحة وذلك في عقود البيوع وغيرها، وقد يكون الأثر القبول وذلك في الإقرار والشهادة.. الخ، والأثر في الأفعال قد يكون كذلك الصّحة وذلك في تسليم المبيعات، وقد يكون الأثر استحقاق العقوبة وذلك في الجرائم.. الخ.

(1) شهاب الدين أبو العباس القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، بيروت، لبنان، د ط، د ت. 3/ 227.

2: أقسام أهلية الأداء: قسم الأصوليون<sup>(1)</sup> أهلية الأداء إلى قسمين هما: أهلية الأداء الكاملة، وأهلية الأداء الناقصة، والكمال والنقص هنا متعلق بكمال ونقص ترتب الآثار على الأقوال والأفعال.

أ- أهلية الأداء الكاملة: ومعنى كون أهلية الأداء كاملة؛ أي يكون صاحبها صالحا لأن تصدر منه جميع الأقوال والأفعال، وترتب عليها آثارها تلقائيا، من غير أن يتوقف ذلك على رأي غير قائلها أو فاعلها، كارتباط المسببات بأسبابها وضعا.

ب- أهلية الأداء الناقصة: ومعنى كونها ناقصة؛ أي يكون صاحبها صالحا لأن تصدر منه الأقوال أو الأفعال، ولكن لا ترتب عليها آثارها تلقائيا، وإنما يتوقف ذلك على الغير. أو يكون صاحبها صالحا لأن تصدر منه بعض الأقوال أو بعض الأفعال، لكي ترتب عليها آثارها.

والأهلية الكاملة عبارة عن بلوغ قدرة العقل أعلى درجات الكمال وهو المراد بالاعتدال عند الأصوليين رحمهم الله تعالى، والناقصة عبارة عن قدرة العقل على التمييز قبل بلوغه درجة الكمال<sup>(2)</sup>.

3: مناط أهلية الأداء: مناط أهلية الأداء هو «التمييز»، وذلك يكون بالعقل؛ لأن الأفعال والأقوال ترتب عليها آثارها عندما يدرك صاحبها القصد والغرض من فعله وقوله، والقصد لا يتأتى إلا ممن يفهم الخطاب والتكليف، فالأفعال والأقوال كلها كالعقود والإقرارات وتسليم المبيعات، لا يمكن أن ترتب عليها آثارها، ما لم يكن لدى فاعلها من التعقل والتمييز نصيب يكون به قادرا على أن يفهم نتائجها إجمالا، أي أدنى حد من الفهم لتكون ممارسته لها عن قصد صحيح معتبر<sup>(3)</sup>.

ولا يقدح ترتب آثار على بعض أفعال «غير المميز» في اعتبار التمييز مناط أهلية الأداء مطلقا، مثل ترتب الضمان في ماله على ما أتلفه؛ لأن هذا ملحق بأهلية الوجوب في عنصرها السلبي، ولا

(1) انظر أقسام أهلية الأداء في الفتاوي. المرجع السابق: 2/321. عبد العزيز البخاري. المرجع السابق: 4/238.

(2) انظر المرجعين السابقين.

(3) عبد العزيز البخاري. المرجع السابق: 4/248. القرافي. المرجع السابق: 3/232.



علاقة له بأهلية الأداء.

4: تقسيم الأفعال والأقوال بالنسبة لأهلية الأداء: بناء على حال الشخص الذي تثبت له أهلية الأداء؛ تنقسم الأفعال والأقوال التي تصدر منه وتترتب عليها آثارها إلى قسمين هما:

أ- ما يشترط له كمال أهلية الأداء: وذلك بأن يكون الفاعل أو القائل بالغاً راشداً؛ أي كامل العقل والتمييز؛ كالتبرعات المالية من هبة وصدقة ومنحة وكفالة أو الإقرار بها ونحوها. وهذا لأنها ضرر محض في حق الفاعل أو القائل، فلا بد لترتب آثارها أن يكون متمتعاً بكامل أهليته، متحملاً لآثارها مهما كانت.

ب- ما يكفي فيه أهلية أداء ناقصة: وذلك بأن يكون الفاعل أو القائل مميزاً؛ أي يملك قدراً من الوعي ما يمكنه من التفريق بين النافع والضار الجليين، كما في تصرفات الصبي المميز التي تحتتمل الضرر والنفعة؛ كعقود المعاوضات.

## المبحث الثاني

### في مدى ثبوت الأهلية للجنين

لقد تكلم الفقهاء عن مرحلة الاجتنان في معرض حديثهم على مراحل الأهلية بحسب أطوار حياة الإنسان.

ولقد قسم اللغويون حياة الإنسان إلى أطوار، وأعطوا لكل طور اسماً فقالوا: الولد ما دام في بطن أمه فهو جنين، فإذا ولدته سمي صبياً، فإذا فطم سمي غلاماً إلى سبع سنين، ثم يصير يافعاً إلى عشر، ثم يصير حزوراً إلى خمس عشرة<sup>(1)</sup>.

وأما الأصوليون الأحناف - وتبعهم في ذلك فقهاء القانون الوضعي - فقد قسموا حياة الإنسان بحسب تطور أهليته إلى أربع مراحل هي: مرحلة الحمل، ومرحلة ما دون التمييز، ومرحلة التمييز، ومرحلة البلوغ.

(1) جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1403 هـ. ص 220.

## المطلب الأول: تعريف الجنين

أولاً- الجنين لغة: من جنّ الشيء يجنه جناً: ستره، وكل شيء ستر عنك فقد جنّ عنك، وجنّ الليل جناً وجنونا، وسمي الجن بذلك لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه، وقيل هو الولد ما دام في بطن أمه، وهذا لاستتاره فيه، لأنّ جنّ في الرّحم يجنّ؛ استتر، والجمع أجنة وأجنن. فالجنين في أصل اللغة: المستور في رحم أمه. قال تعالى: ﴿وَلِإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ﴾<sup>(1)</sup>. والجنين هو المادة التي تتكوّن في الرّحم من عنصري الحيوان المنوي والبويضة<sup>(2)</sup>.

ثانياً- الاجتنان في الاصطلاح: لا يخرج أصل معنى الاجتنان أو الجنين عند الفقهاء عن المعنى اللّغوي الذي سبق ذكره. فهم يطلقون هذا المصطلح على الولد قبل الانفصال عن أمه انفصالاً طبيعياً، وحتى إذا انفصل ميتاً بجناية أو بإجهاض فيبقى جنيناً<sup>(3)</sup>.  
جاء في حاشية ابن عابدين: الجنين هو «الحمل مادام مضغّة، أو علقّة، ولو لم يخلق له عضو، أو إذا تصوّر بأن ظهر له شعر، أو إصبع، أو رجل، أو نحو ذلك»<sup>(4)</sup>.  
وعرّفه صاحب المنتقى بقوله: «هو كل ما حملته المرأة مما يعرف بأنّه ولد وإن لم يكن مخلقاً»<sup>(5)</sup>.  
وقال المزني في المختصر: قال الشافعي: «أقل ما يكون به جنيناً أن يفارق المضغّة والعلقّة، حتى يتبيّن منه شيء من خلق آدمي، من إصبع، أو ظفر أو عين آدمي أو ما أشبه ذلك»<sup>(6)</sup>.

(1) سورة النجم، الآية/ 32

(2) انظر المعنى اللّغوي في أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الجليل، بيروت، لبنان، ط 1، 1991 م. 422/1. ابن منظور. المرجع السابق: 2/ 386.

(3) علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1982 م. 326/7.

(4) محمد أمين بن عمر المشهور بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 2، 1386 هـ، 5/ 276.

(5) أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتاب الإسلامي، بيروت، 7/ 80.

(6) المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، مختصر المزني على هامش الأم، دار الفكر، بيروت، ط 1، 7/ 356.

وجاء تعريفه دقائق أولي النهى: «الجنين هو ما تبين فيه خلق إنسان ولو خفياً، لا مضغعة ولا علقة»<sup>(1)</sup>.

غير أن الفقهاء - على اختلاف مذاهبهم - يستعملون اصطلاح الجنين فيما يتعلق ببعض الأحكام على ما يكون بعد مرحلة معينة. قالوا: واستعماله فيما قبل ذلك يكون من باب المجاز، ويظهر هذا الاستعمال في حالة خروجه قبل موعده بجناية أو إسقاط، حتى تجب فيه العرة وتصير المرأة به نفساء، وكذا العدة تنقضي به، لأنه قبل تلك المرحلة كما قال صاحب البدائع: «لا ندرى ذلك هو المخلوق من مائها أو دم جامد أو شيء من الأخلاط الردية استحاله إلى صورة لحم، فلا يتعلّق به شيء من أحكام الولادة»<sup>(2)</sup>.

وظاهر أن اختلاف الفقهاء هنا ناشئ عن الشك الذي يعترض الدم الذي يسقط من المرأة أهو أصل إنسان أم دم متغيّر، بالإضافة إلى الحدّ الذي يخرج به الإنسان من مرحلة الدم إلى مرحلة بدء خلق الأدمي، ولا يعني هذا أن الجنين ليس أهلاً لثبوت الحقوق التي سنذكرها بعد حين مثل الإرث والوصية، إلا بعد وصوله إلى تلك المراحل من خلقه في رحم أمه، بل هو أهل لها من وقت علوقه بالرحم، وهذه المراحل إنّما ذكرها الفقهاء لبيان شرط استحقاق العرة في حال الجناية على الجنين أو إسقاطه، ولانقضاء العدة وحتىّ تصير به الأمة أم ولد... الخ.

ومثل هذه الأحكام وغيرها لا إشكال في ثبوت شرطها في عصرنا الحديث، خاصة مع تقدّم علم الطبّ، والذي بفضلها يمكن التعرف على حقيقة ما تطرحه المرأة من رحمها.

### المطلب الثاني: أهلية الجنين

لقد وقف الفقهاء مع الجنين موقفاً خاصاً، وأعطوه أحكاماً خاصة، وذلك لأنه يعد جزءاً من أمه من جهة، ويعدّ منفرداً بالحياة من جهة أخرى، ولا يمكن ترجيح إحدى الجهتين على الأخرى من كل وجه. وقالوا: أمّا كونه جزءاً من أمّه، فيمكن تصوّر ذلك بأن قراره وانتقاله بقرار الأم

(1) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم

الكتب، بيروت، لبنان، دط، دت. 3/310.

(2) الكاساني، المرجع السابق: 1/44.

وانتقالها؛ كيدها ورجلها وسائر أعضائها. وأمّا كونه منفردا بالحياة، فلاّنه معدّا للانفصال وصيرورته نفسا برأسه، فلم يكن جزء الأمّ مطلقا<sup>(1)</sup>.

ولهذا قالوا أيضا: لم يكن له ذمّة مطلقة؛ أي كاملة، حتّى صلح لأن يجب له بعض الحقوق الضرورية؛ كالإرث والوصية والنسب، ولم يجب عليه؛ أي لا يصلح لأن يجب عليه بعض الحقوق الأخرى، حتّى لو اشترى الوليّ له شيئا لا يجب عليه الثمن.

وأما القانون الوضعي الجزائري فقد وافق الفقه الإسلامي حين قرّر في المادة 25 من التقنين المدني بأنّ الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا. إلاّ أنّه لم يفصل في هذه الحقوق كما هو مفصل في الفقه الإسلامي على ما سيأتي.

هذا. واتفق الفقهاء على أنّ للجنين أهلية وجوب ناقصة في شقّها الإيجابي؛ أي تثبت له بعض الحقوق فقط، ويكون أهلا للوجوب له فيما يتعلّق بالحقوق الضرورية له، وبضوابط خاصة على اختلاف الاجتهادات، واتفقوا في هذا المجال على أنّه لا يلي ولا يُولى عليه، فليس لأب مثلا أن يُصالح عنه بما أوصي له، وليس للوصيّ مثلا التصرّف فيما يُوقف عليه، ولا يكون ملزما بأداء ما قد يترتب عليه بفعل أبيه أو وصيّه<sup>(2)</sup>.

### المبحث الثالث

#### الحقوق المقررة للجنين

للجنين عدة حقوق جاءت بها الرسائل السماوية، وأقرّت بها القوانين الوضعية، ولدينا الإسلامي الحنيف قدم سبق والفضل في مجال حقوق الجنين، فما هي هذه الحقوق التي تثبت للجنين؟ وعلى أيّ أساس تثبت له؟ ومتى تثبت له؟ هل تثبت له حين ولادته حيا، أم حين وجود سببها وهو لا يزال في بطن أمه؟

(1) عبد العزيز البخاري. المرجع السابق: 4/ 240. زين الدين بن إبراهيم، المشهور بابن نجيم، البحر الرائق شرح

كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د ت. 8/ 390.

(2) ابن عابدين، المرجع السابق: 6/ 654.

## المطلب الأول: أساس حقوق الجنين ووقت ثبوتها أولاً: أساس حقوق الجنين

إنّ الفقهاء وإن اتفقوا على عدم التوسّع في منح الجنين شتى أنواع الحقوق، وربطه بواجبات تكون متوقّفة على خروجه إلى الدّنيا حيّاً، وبالتالي تتعطلّ مصالح أصحاب الحقوق التي تقابل تلك الواجبات التي ربط بها، لكنهم اختلفوا في تفاصيل هذه الحقوق، ولم يصرّح كلّ فريق عن الضابط الذي اعتمده لكي بمنح على أساسه للجنين حقوقه، غير أنّنا من خلال استقراء الفروع الفقهية لكلّ فريق فقد توصلنا إلى استنباط الضوابط التّالية، والتي نرى أنّ على أساسها أعطى كلّ فريق منهم الجنين جملة من الحقوق، وهذه الضوابط هي:

1/ الحنفية اقتصرنا من الحقوق على التي لا تحتاج إلى قبول؛ لأنّه كما هو واضح أنّ الجنين لا يصدر منه القبول، ولم يخالفهم الشافعية والحنابلة في هذا، ولكنهم أضافوا ضابطاً آخر وهو أن لا تنجز في الحال، ولهذا لم يثبتوا له الحق في الوقف مثل ما قال به الأحناف؛ لأنّ الجنين يمتلكه من غير قبول منه، ولا ينتفع به وقت صدور صيغته.

2/ أكثر المذاهب توسعة في هذا المجال هو المذهب المالكي، الذي أعطى الجنين كلّ الحقوق التي هي نفع محض، أي حتّى التي تحتاج إلى قبول ما دامت هي نفع محض له، ولهذا صحّحوا الهبة له والصدقة عليه، والذي يقبل عنه هنا هو وليّه.

### ثانياً: وقت ثبوت الحقوق للجنين

اختلف الفقهاء في وقت ثبوت الحقوق للجنين، هل تثبت له من حين ولادته حياً، أم حين وجود سببها وهو لا يزال في بطن أمه؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ هذه الحقوق تثبت له وهو في بطن أمه، وتؤكد بولادته حياً ولو تقديراً عند الحنفية. وذكر بعض الفقهاء أنّ هذه الحقوق لا تثبت إلا عند ولادته حياً، والأثر الذي يترتب على ثبوت الحقوق من وقت سببها كما في الميراث دون انتظار الولادة، وهو ما ذهب إليه بعض الحنابلة وهو وجوب النفقة على الجنين الموروث المحفوظ له حتى ولادته حياً على من تجب على الجنين نفقته، والأثر الذي يترتب على ثبوت الحقوق من الولادة، أنّ الجنين إذا كان أبوه غير مسلم ومات ثم أسلمت زوجته بعد ولادته، فإذا ولدت هل يرث من أبيه؟

إذا كان حق الميراث ثابتاً للجنين وقت وفاة أبيه فإنه يرث لاتحاد الدين بينهما، أما إذا كان الحق لا يثبت إلا حين الولادة فلا يرث لاختلاف الدين واعتبار أنّ أمه أسلمت، وأصبح طفلها مسلماً، وهذا ما ذهب إليه الحنابلة في إحدى الروايات عن الإمام أحمد.<sup>(1)</sup>

وإذا أردنا أن نجد لهذا الحكم تكييفاً قانونياً، فيمكن تعليل إثبات ملكية الجنين بأحد أمرين: أولهما: إما أنّ ملكية الجنين معلّقة على شرط انفصاله حياً من بطن أمه ولو حكماً، فإذا ولدت انتقلت إليه الملكية واستحق ما أوصي به أو ورثه، ولو مات بعد ذلك<sup>(2)</sup>.

أما إذا ولد ميتاً، فيعتبر ذلك دلالة على عدم وجوده أصلاً حين استحقاق الملكية، وتُردّ الأموال إلى مستحقيها سواء كانوا ورثة أو موقوفاً عليهم، أو من غيرهم ممن يشاركون الجنين في حال حياته.

ثانيهما: وإما أن نعتبر الحقوق التي يكسبها الجنين حقوقاً معلّقة على شرط فاسخ وهو ولادة الجنين ميتاً<sup>(3)</sup>.

ومما يؤيد هذا الرأي؛ أنّ شخصية الجنين شخصية حالة وليست مستقبلية، لذلك يجب أن تكون له حقوق ثابتة (حقوق حالة)، فإذا تحقق الشرط الفاسخ وهو الولادة ميتاً، فإنّ هذه الحقوق تثبت بأثر رجعي، ويعتبر الجنين كما لم يكن أصلاً، أما إذا تخلّف الشرط الفاسخ وولد الجنين حياً، فإنّ الحقوق التي كانت قابلة للزوال تتأكد نهائياً.<sup>(4)</sup>

فأهلية الجنين أهلية ناقصة وهو في بطن أمه، ولكنها ثابتة، فحقوقه موجودة معترف بها، غير أنّ شخصيته ناقصة، فالحقوق المترتبة عليها قابلة للزوال إذا ولد الجنين ميتاً، وهذا هو الأثر

(1) عبد الرحمن بن أحمد أبو الفرج المعروف بابن رجب الحنبلي، القواعد. دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د ت. ص 182.

(2) مصطفى السباعي، وعبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ط 3، ص: 148.

(3) المرجع السابق، ص: 148.

(4) المرجع السابق، ص: 149.

الرجعي للشرط الفاسخ، بمعنى أنّ هذه الشخصية وتلك الحقوق تعتبر كأن لم تكن موجودة من قبل، وهذا الرأي الذي يخالف رأي جمهور الفقهاء، ويوافق ما ذهب إليه بعض الحنابلة الذين أوجبوا النفقة من مال الجنين على من تجب عليه نفقتهم؛ هو رأي منسجم مع ما قال بجواز تنصيب وصي على الحمل المستكن مادامت الملكية تثبت له وهو جنين في بطن أمه<sup>(1)</sup>.

ولعلنا نخلص مما سبق في أنّ للجنين وهو في بطن أمه صفتان جوهريتان:

**الصفة الأولى:** الاستقلال: حيث إنّ الجنين إنسان منفرد بالحياة وذلك بعد نفخ الروح فيه، أما ما يسبق نفخ الروح من مراحل تكوين الجنين، فتُعطى لها حكم الحياة باعتبار المأل، كما يُعطى البيض حكم الصيد في وجوب الجزاء إذا كسره وإن لم يكن صيدا.

**الصفة الثانية:** التبعية: فتبعته نظرا لارتباطه الوثيق من جهة الخلقة بأمه، فهو مخلوق في بطنها، كما قال تعالى: ﴿يَخْلُقُكُمْ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ خَلْقًا مِّن بَعْدِ خَلْقٍ فِي ظُلُمَاتٍ ثَلَاثٍ﴾<sup>(2)</sup>، وكان مقتضى هذه التبعية عدم ثبات حق للجنين في شيء من الأحكام، لكن الشارع الحكيم راعى صفة الاستقلال ولم يراع صفة التبعية لأنّها مؤقتة، أما عدم وجوب حقوق على الجنين؛ فذلك بسبب أنّ ملكية الجنين لأمواله ملكية احتمالية، فقد تكون له، وقد تكون لغيره.

### المطلب الثاني: أنواع الحقوق المقررة للجنين

إنّ الحقوق التي يكون الجنين أهلا لها نوعان؛ حقوق متفق عليها بين الفقهاء، وأخرى مختلف فيها فيما بينهم. كما يلي:

**أولا: الحقوق المتفق عليها: ونجملها فيما يلي:**

1/ الإرث: اتفق الفقهاء على استحقاق الحمل للإرث متى قام به سبب استحقاقه وتوافرت فيه شروطه، وهذا الحق يثبت له منذ علوقه بالرّحم، وينفذ بخروجه حيا<sup>(3)</sup>.

(1) المرجع السابق، ص: 149 - 150.

(2) سورة الزمر، الآية/ 6.

(3) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار الجليل، بيروت، لبنان، 1973م. 81/6.

ويشترط الفقهاء لميراث الجنين شرطين هما<sup>(1)</sup>:

أحدهما: ولادته حيا، بأن تستمر له الحياة حتى تتم له الولادة، فإن مات قبل تمامها لا يرث، على اختلاف في هذا الأخير.

وثانيهما: أن يثبت أنه كان عالقا بالرحم وقت وفاة المورث، وذلك لأن وجود الوارث عند وفات المورث شرط لثبوت الإرث.

والتأكد من علوق الجنين بالرحم وقت وفاة المورث يعلم بأن تأتي به أمه لأقل من ستة أشهر منذ مات المورث؛ لأن أدنى مدة الحمل ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر من ذلك نظرنا، فإن كان النكاح قائما بين الزوجين لم يرث. وقال الشافعية والحنابلة: إلا أن يقرّ الوارث أنه كان موجودا حال الموت، وإن كانت لا توطأ؛ إما لعدم الزوج، وإما لغيبته، أو اجتنابه الوطاء عجزا أو قصدا أو غيره، ورث ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل<sup>(2)</sup>.

وقد استمد القانون الجزائري منحه للحمل حقّ الإرث من الفقه الإسلامي، واشترط فيه نفس الشروط، وذلك حين أورد في المادة 134 من قانون الأسرة: أنه لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا. وحين اشترط في ثبوت النسب في المادة 43 من نفس القانون أن يوضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، ومعلوم أنه من أسباب الإرث قرابة النسب؛ كما ورد في المادة 126 من قانون الأسرة.

مقدار ما يوقف للجنين: اختلف الفقهاء في مدى جواز تمكين الورثة من القسمة قبل وضع الحمل، وحتى من قال بجواز ذلك؛ اختلف في مقدار ما يوقف له. وسبب اختلافهم هو تردد حياة الجنين بين الوجود والعدم، وبين الانفراد والتعدد، وبين الذكورة والأنوثة.

(1) انظر الشرطين في موفق الدين ابن قدامة، المغني، دار إحياء التراث العربي، د ط، د ت. 260 / 6. أبو يحيى زكريا

الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، المكتبة الإسلامية، د ط، د ت. 19 / 3.

(2) شمس الأئمة أبو بكر السرخسي، المسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1406 هـ. 51 / 31. ابن زكريا الأنصاري.

المرجع السابق: 19 / 3. ابن قدامة. المرجع السابق: 260 / 6.



فذهب الإمامان أبو حنيفة<sup>(1)</sup> ومالك<sup>(2)</sup> إلى أنه يُوقف للجنين نصيب أربعة بنين أو أربع بنات أيهما أكثر، ويعطى بقية الورثة أقل الأنصبة. بينما ذهب الإمام الشافعي إلى أن التركة لا تُوزع على الورثة إلا من كان له نصيب ثابت لا يتغير بتعدد الحمل ولا يتأثر بوجود الجنين، فيُدفع له نصيبه ويترك الباقي حتى يولد الجنين<sup>(3)</sup>، ويرى الإمام أحمد، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن أن يوقف للجنين نصيب اثنين من الذكور أو الإناث أيهما أكثر<sup>(4)</sup>. وقال الحسن البصري ورواية الخصاص عن أبي يوسف وهذا الأصح في المذهب وعليه الفتوى في المذهب الحنفي؛ يُوقف للجنين نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أكثر<sup>(5)</sup>.

وهذا الرأي الأخير اعتمده المشرع الجزائري، حيث تنص المادة 173 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: «يُوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها.

وهذا الرأي الأخير هو الأوفق؛ ففيه تجتمع المصلحتان اللتان تتجاذب ميراث الحمل: مصلحة الورثة ومصلحة الجنين؛ فالقول بتقسيم الميراث على الورثة الذين لا تتأثر فروضهم بجنس الحمل وعدده، وأن يُترك للحمل نصيب ابن أو بنت واحدة حسب الأوفر نظرا لوضعية الميراث شريطة ألا يكون الجنين محجوبا، فيه مصلحة للورثة وحفظ لحق الجنين. على أننا لا نرى مانعا من الاستفادة من الوسائل الطبية الحديثة لمعرفة عدد الأجنة وجنسهم.

(1) السرخسي، المرجع السابق، 3/ 52.

(2) محمد بن محمد الرعيني أبو عبد الله المعروف بالخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1398 هـ. 8/ 603-604.

(3) يحيى بن شرف النووي أبو زكريا، المجموع شرح المذهب، مكتبة الإرشاد، جدة. 14/ 554، الشريبي، محمد بن أحمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، 4/ 50.

(4) ابن قدامة، المرجع السابق: 6/ 314.

(5) السرخسي، المرجع السابق: 3/ 52.

2/ الضمان (الحق في الحياة وسلامة الأعضاء): والمقصود به هنا التعويض عن الجنين إذا ماتم الاعتداء عليه بالإسقاط، سواء بالإجهاض أو بالجناية، وهو الواجب المالي الذي يسمى بالغرة. ويتفق الفقهاء في أصل ترتب العقوبة إذا استبان بعض خلق الجنين، كظفر وشعر، فإنه يكون في حكم تام الخلق اتفاقا، ولا يكون ذلك إلا بعد مائة وعشرين يوما. وتوسع المالكية فأوجبوا الغرة حتى ولو لم يستتب شيء من خلقه، ولو ألقته علقه أي دما مجتمعا<sup>(1)</sup>. والشافعية يوجبون الغرة أيضا لو ألقته لحما في صورة آدمي<sup>(2)</sup>، وعند الحنابلة إذا ألقته مضغعة، فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي، وجهان: أصحهما لا شيء فيه، وهو مذهب الشافعي فيما ليس فيه صورة آدمي<sup>(3)</sup>، أما عند الحنفية ففيه حكومة عدل<sup>(4)</sup>. والحنفية والمالكية على أنه لا بد أن يكون ذلك قبل موت أمه؛ لأن موت الم سبب لموته ظاهرا، إذ حياته بحياتها<sup>(5)</sup>.

أما الشافعية والحنابلة فيوجبون الغرة للجنين، سواء انفصل في حياة أمه أم بعد موتها، لأنه لو سقط حيا ضمنه، فكذلك إذا سقط ميتا كما لو أسقطته في حياتها<sup>(6)</sup>.

والغرة تعدد بتعدد الأجنة، فإن ألقته المرأة بسبب الجنين أو أكثر تعدد الواجب بتعدددهم؛ لأنه ضمان آدمي، فتعدد بتعددته؛ كالدليات.

واتفق الفقهاء على جعل الجنين أهلا للإلزام غيره في حالة إسقاطه بإجهاض أو بجناية،

(1) الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ

1996م، 6/227، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية، منشورات دار الكتب، ص: 272.

(2) البيجرمي، سليمان بن محمد، حاشية البيجرمي على الخطيب، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، 1415هـ 1995م، 4/155.

(3) ابن قدامة، المرجع السابق: 9/539-540.

(4) ابن عابدين، المرجع السابق: 10/252.

(5) ابن عابدين، المرجع السابق: 10/252، الدسوقي، المرجع السابق: 6/228، ابن جزي، المرجع السابق: 272.

(6) البيجرمي، المرجع السابق: 4/155، ابن قدامة، المرجع السابق: 9/539.

ويملك هو ذلك التعويض، ثم يورث عنه كما يورث عن الذي خرج إلى الدنيا حيا ثم مات<sup>(1)</sup>. واستدلوا على وجوب الغرة بأدلة منها: ما روي عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه أنه قال: «كنت بين جاريتين، فضربت إحداهما الأخرى بمسطح، فألقت جنينا ميتا، وماتت، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على عاقلة الصاربة بالدية وبغرة الجنين»<sup>(2)</sup>.

كما اتفق الفقهاء أيضا على أن مقدار الغرة في ذلك هو نصف عشر الدية الكاملة، وأن الموجب للغرة كل جنائية ترتب عليها انفصال الجنين عن أمه ميتا، سواء أكانت الجنائية نتيجة فعل أم قول أم ترك، ولو من الحامل نفسها أو زوجها، عمدا كان أو خطأ<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الاجتهاد الحنفي توسع في الأهلية في هذه الحالة وأعطوا الجنين الذي سقط بجنائية حق امتلاك كل مال كان سيملكه، ويورث عنه، وليس الغرة فقط.

وفي هذا يقول صاحب حاشية ابن عابدين: «متى انفصل الحمل ميتا إنما لا يرث إذا انفصل بنفسه، وأما إذا فصل فهو من جملة الورثة، بيانه إذا ضرب إنسان بطنها فألقت جنينا ميتا ورث، لأن الشارع أوجب على الصارب الغرة وجوب الضمان بالجنائية على الحي دون الميت، فإذا حكمنا

(1) هذا باتفاق المذاهب الأربعة، إلا أنه وجدت بعض الاجتهادات الأخرى لبعض الفقهاء ترى أن الجنين لا يمتلك الغرة وإنما تملكها أمه، إذ الجنائية على جزء منها كالجنائية على إصبعها. وهذا رأي ربيعة بن عبد الرحمن. ويرى ابن هرمز من شيوخ مالك أن الذي يملك الغرة هما الأب والأم إن كانا على قيد الحياة، وتكون بينهما للأب ضعف الأم، وإن كانت الأم وحدها هي التي على قيد الحياة فهي لها. وهذا لأن الولد ثمرة الأبوين، بل هو منسوب إلى أبيه، فكانت الجريمة واقعة عليها إن كان الأب موجودا، وعلى الأم وحدها إن كانت هي الموجودة، وإذا كانت الجنائية عليها فالتعويض يكون لهما. محمد أبو زهرة، أحكام التراكب والمواريث، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، دط، ص 85.

(2) رواه النسائي في القسامة. باب قتل المرأة بالمرأة. رقم 4739. وأبو داود في الديات. باب دية الجنين. رقم 4572. انظر: أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سورية، ط 2، 1986م، وأبو داود، سليمان بن أشعث، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، دط، دت.

(3) السرخسي. المرجع السابق: 325-326.

بالجناية كان له الميراث، ويورث عنه نصيبه، كما يورث عنه بدل نفسه وهو الغرة<sup>(1)</sup>.  
بينما قصر جمهور الفقهاء ملكية الجنين الذي سقط بجناية على الغرة فقط دون غيرها، فلو أوصي له، ثم سقط ولم يستهل صار خابطت الوصية وما جرى مجراها من إرث ووقف<sup>(2)</sup>.  
وما ذهب إليه الجمهور هو الأصح والأليق، فأما كونه أصح، فلأن امتلاكه للغرة ثبت على خلاف القياس، وما كان كذلك لا يقاس عليه. ولو كان كغيره حتى يقاس عليه لوجب في حقه الدية كاملة وليس الغرة. وأما كونه أليق، فلأن الصناعة الفقهية وانضباط الأحكام تستدعي ذلك، وذلك أنه قد تقرّر أنّ نفاذ الحقوق التي اكتسبها الجنين متوقّف على خروجه إلى الحياة الخارجية حيا، وهذا لم يتحقّق مع من ولد ميتا أو أسقط بجناية أو أجهض.

وقد أخذ القانون الجزائري بمبدأ تجريم الاعتداء على الجنين بالإسقاط حين نصّ في المادة 304 من قانون العقوبات على أنّه كل من أجهض امرأة حاملا أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو أية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دج. وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة. كما نصّت المادة 309 من نفس القانون على أنّه تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دج المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض.

إلا أنّ القانون في هذا المجال لم يبين هل يشترط سقوط الجنين في حياة أمه أم لا، ولكن يستشف من تحليل المادة أنّه أخذ بها اشتراطه الأحناف والمالكية وبعض الشافعية من خروج الجنين ميتا في حياة أمه، وذلك حين نصّ على الموافقة أو عدمها من طرف المجهضة.

(1) ابن عابدين. المرجع السابق: 6/767. محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص: 84.

(2) الخطاب، المرجع السابق: 6/366. محمد بن أحمد ميارة، شرح ميارة على تحفة الحكام لابن عاصم، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت.: 2/217. ابن زكريا الأنصاري. المرجع السابق: 3/30. ابن قدامة. المرجع السابق: 6/90. أبو زهرة. المرجع السابق: ص 84.

3/ النسب: فقواعد ثبوت النسب في الشريعة الإسلامية يُلاحظ فيها مراعاة للجنين وحقه في حياة كريمة، بل إن من مقاصد الشريعة الإسلامية الحفاظ على النسب، لذلك حرصت الشريعة الإسلامية في أحكامها، والفقهاء في اجتهاداتهم على صونه وحمايته، فأثبتته بكل دليل، فثبت بالزواج الصحيح والفاسد، وبنكاح الشبهة، والبينة والإقرار، وشدّدت في نفيه، فلا ينتفي إلا بأقواها (اللعان)، وفي كل ذلك مراعاة لحق الجنين بما يضمن له حياة شريفة.

ونصّ الفقهاء على أنّ المولود يسمى في اليوم السابع، لتظافر الأحاديث الصحيحة على ذلك، فمن ذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِتَسْمِيَةِ الْمَوْلُودِ يَوْمَ سَابِعِهِ، وَوَضَعَ الْأَذَى عَنْهُ وَالْعَقَّ»<sup>(1)</sup>. وذهب أغلب فقهاء المذاهب الثلاثة وابن حبيب من المالكية<sup>(2)</sup> إلى أنّ ذلك مستحب، ويجوز قبله وبعده، وأمّا جمهور المالكية<sup>(3)</sup> فمنعوا تأخير تسميته عن اليوم السابع، وأمّا قبله ففيه سعة لحديث: «وَلِدَ لِي اللَّيْلَةَ غَلَامٌ... فَسَمَيْتُهُ بِاسْمِ أَبِي إِبْرَاهِيمَ»<sup>(4)</sup>.

وهذا الحق كذلك أقرّه المشرّع الجزائري في المادة 43 من قانون الأسرة التي تنصّ على أنّ الولد ينسب لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر.

4/ الوصية: الوصية هي تملك مضاف لما بعد الموت عن طريق التبرع، وقد اتفق الفقهاء من جميع المذاهب على صحّة الوصية للجنين، فمن أوصى لجنين بوصية، ثمّ استهل صارخا نفذت تلك الوصية، ويقبل عنه وليّه بعد الانفصال، وإن مات الموصى له قبل القبول بطلت الوصية،

(1) رواه الترمذي في الأدب عن رسول الله. باب ما جاء في تعجيل اسم المولود. رقم 2832. من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وقال: حديث حسن غريب. انظر: محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د ت.

(2) يحيى بن شرف النووي أبو زكريا، المجموع شرح المهذب، المطبعة المنيرية، القاهرة، د ت. 415/8. الخطاب. المرجع السابق: 3/256.

(3) الخطاب. المرجع السابق: 3/256.

(4) هو جزء من حديث رواه عبد بن حميد في مسنده. رقم 1287. من حديث أنس بن مالك.

ورجعت إلى الموصي<sup>(1)</sup>.

ويوجد داخل الاجتهاد الحنبلي رأي مقتضاه؛ أنّ ملك الجنين للوصية غير معلق على استهلاله، وإنّما يثبت له من حين موت الموصي وقبول الولي له، وهذا اختاره ابن عقيل في بعض كلامه<sup>(2)</sup>.

ولكن هذا الرأى يظهر ضعفه في أنّه اعتبر الجنين كالإنسان الكامل؛ بأن علق صحة الوصية بموت الموصي من غير اعتبار للموصى له، وهو ممّا يخالف الأصول التي سار عليها الفقهاء في تقرير الأحكام المتعلقة بالجنين، فهم وإن أعطوه بعض الحقوق، فهذا لا يعني أنّهم يلحقونه بالإنسان الكامل في تفاصيل هذا الحق، ومثاله حق الإرث، الذي هو أقوى الحقوق، فهو لا يثبت له مطلقاً، وإنّما هو معلق على استهلاله، ولم يخالف فيه الحنابلة بإجماع، بالإضافة إلى أنّ فيه تمليك المعدوم.

هذا. وعلّل الفقهاء صحة الإيضاء للجنين بعدة تعليقات منها ما ذكر الأحناف من أنّها: استخلاف من وجه؛ لأنّ الموصي يجعله خليفة في بعض ماله، والجنين يصلح خليفة في الإرث، فكذا في الوصية، إذ هي أخته، وهي تشبه الهبة وتشبه الميراث، فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا أمكن، ولشبهها بالميراث يسقط إذا لم يمكن عملاً بالشبهين، ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول<sup>(3)</sup>.

وأما ابن قدامة فعلّل ذلك بأنّ الوصية تجري مجرى الميراث، من حيث كونها انتقال المال من الإنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض؛ كانتقاله إلى وارثه، وقد سمى الله تعالى الميراث

(1) حاشية بان عابدين. المرجع السابق: 6/ 654. محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق، التاج والإكليل لمختصر

خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1398هـ. 8/ 516. ابن زكريا الأنصاري. المرجع السابق: 3/ 30.

المرداوي. الإنصاف: 7/ 226. وهناك اجتهادات مقتضاه أن القبول يكون قبل الانفصال.

(2) علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق محمد حامد الفقي،

دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط، د. 7/ 226.

(3) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط، د. 6/ 186.

وصية بقوله سبحانه: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَّاتِ﴾<sup>(1)</sup>. والحمل يرث، فتصح الوصية له. ولأن الوصية أوسع من الميراث، فإنها تصح للمخالف في الدين، بخلاف الميراث، فإذا ورث الحمل، فالوصية له أولى. ولأن الوصية تتعلق بخطر وغرر، فتصح للحمل كالعتق<sup>(2)</sup>.

هذا واشترط جمهور الحنفية والحنابلة لصحة الإيضاء للجنين: أن يكون الحمل عالقا بالرّحم وقت صدور صيغة الوصية. وأمّا الشافعية وصاحب النهاية من الأحناف فاشتروا أن يكون ذلك وقت موت الموصي. واشترط علوقه إنما كان؛ لأنّ عدمه يقتضي تملك المعدوم، وهو ممتنع، ولأنّه لا متعلّق للعقد في الحال، فأشبهه الوقف على مسجد سيّني<sup>(3)</sup>.

وعلوق الجنين بالرّحم يُعلم بأن تأتي به أمه لأقلّ من ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر من ذلك وكانت الأم فراشا بطلت الوصية، وإن كانت لا تُوطأ، إمّا لعدم الزوج، وإمّا لغيبته، أو اجتنابه الوطاء عجزاً أو قصداً أو غيره، صحّت الوصية ما لم يجاوز أكثر مدة الحمل<sup>(4)</sup>.

وخالف المالكية الجمهور في هذا الشرط، وتوسعوا في حكم الإيضاء للجنين أيّما توسّع، فقالوا بصحتها لحمل يظهر في المستقبل وإن لم يكن الآن ظاهراً، ما لم يكن الموصي لولده ممّن لا يلد، فقالوا: فإن أوصى الموصي للحمل، وهو يعلم أنّه لا يولد له، فالوصية باطلة<sup>(5)</sup>.

ولا أثر كبير لمخالفة المالكية لما عليه جمهور الفقهاء؛ لأنّ الوصية يصحّ الرجوع عنها بانفراق، ومنه فيصحّ على أصل المالكية أن يرجع عن وصيته، ثمّ يستأنف وصية جديدة لما يعلق الجنين بالرّحم، فلا يفارق هذا أن يبقى على وصيته التي صدرت منه من قبل العلوق إلى ما بعده من غير

(1) الآية 11 / سورة النساء.

(2) ابن قدامة. المرجع السابق: 6 / 90.

(3) الزيلعي. المرجع السابق: 6 / 186. ابن زكريا الأنصاري. المرجع السابق 3 / 30. ابن قدامة. المرجع السابق: 6 / 90.

(4) نفس المصادر السابقة.

(5) ميارة. المرجع السابق: 2 / 217. المواق. المرجع السابق: 8 / 516.

تجديد، وكلا الحالتين معلقتين على استهلاله، فحصل الاتفاق إذن في المنتهى.  
والوصية في حال تعدد الجنة لا تختلف عنها في حال انفرادها، فإذا كانت لأكثر من جنين يتقاسمها بعد الولادة بالتساوي بين الذكور والإناث، وفي كل يراعي شروط الوصي، فإذا أوصى لهم جميعاً كانت من حقهم جميعاً، وإذا أفرد أحدهما بالوصية لم يستحقها إلا من أوصيت له.  
أمّا القانون الوضعي الجزائري فقد أخذ بما قرره الفقه الإسلامي من صحّة الإيصاء للجنين، وذلك في المادة 187 من قانون الأسرة، التي تنصّ على أنه تصح الوصية للحمل.  
وأما وقت علوق الحمل بالرحم وعلاقته بصحة الإيصاء، فقد أخذ القانون الجزائري في هذا بما ذهب إليه جمهور الحنفية والحنابلة من أن ذلك يكون وقت صدور صيغة الوصية. حيث نص في المادة 844 من القانون المدني على أنه يجوز للشخص أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن. وفي هذا تصريح بأن ذلك يكون وقت الإيصاء.

5/ النفقة: لقد اتفق الفقهاء على إعطاء المطلقة المبتوتة الحامل حقّ النفقة بدليل قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَىٰ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾<sup>(1)</sup>. ولكنهم اختلفوا في علة ثبوت هذه النفقة، فالجمهور جعلوها في الحمل، ومنه لم يعطوا للمطلقة المبتوتة غير الحامل حقّ النفقة. وأمّا الأحناف ورواية عن الإمام أحمد رحمته فجعلوها في العدة، ومنه أعطوا للمطلقة المبتوتة حقّ النفقة حتى ولو لم تكن حاملاً<sup>(2)</sup>.

واستدل الأحناف على أن العدة هي علة النفقة وليس الحمل، بأنها لا تجب في مال الولد، إن كان له مال أوصى له به، وأنها لا تتعدّد بتعدّد الولد، وأن المنكوحه إذا حبلت لا تتضاعف نفقتها، ولو كان الحمل يستحقّ النفقة لتضاعفت نفقة المنكوحه إذا حبلت، فإذا ثبت أن النفقة لها، فلا بد من سبب لاستحقاق النفقة بينها وبين الزوج، ولا سبب لذلك سوى العدة، والحامل والحائل في

(1) الآية 6/ سورة الطلاق.

(2) ولكلا الفريقين أدلة على ما ذهبوا إليه، وليس هنا مجال التفصيل في المسألة.



هذا السبب سواء<sup>(1)</sup>.

ويبين رأيهم صاحب المسوط بقوله: «أن النفقة، إذا كانت حاملا تجب لها لوجود الولد، بدليل أنها لا تجب في مال الولد وإن كان له مال أوصى به وأنها لا تعدد بتعدد الولد»<sup>(2)</sup>.

وأما الجمهور فاستدلوا على ما ذهبوا إليه، بتعليق حكم وجوب النفقة بشرط الحمل في الآية السالفة، وقالوا كما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط، يدل على نفيه عند عدم الشرط، فعلى هذا يجب مع نشوز الأم، وكونها حاملا من وطء شبهة أو نكاح فاسد، ويجب على سائر من تجب عليه نفقة الأقارب مع فقد الأب بالموت أو الإعسار<sup>(3)</sup>.

ومن خلال عرض الرأيين يتضح قوة تعليل الجمهور النفقة بالحمل؛ لأنه بالإضافة إلى أدلتهم فإن أدلة الأحناف لا تستقيم لهم، فأما قولهم بأنه لو كانت العلة في الحمل لوجب في مال الولد، فهذا مردود بحجة أن الجنين لا يمتلك شيئا حتى يستهل صارخا، وهذا يقول به الأحناف أنفسهم، وأما تعدد النفقة بتعدد الولد، فهذا كذلك مردود؛ لأن غاية النفقة في مرحلة الحمل هو بقاؤه حيا، وهذا يتحقق بنفقة الواحد. وقد قرّر الفقهاء بأن ذكاة الأم هو ذكاة حملها وإن تعدد، ولم يقل أحد منهم بتكرار التذكية في حال تعدد الحمل.

ومهما تكن علة النفقة هنا؛ فإن الجنين يستفيد منها كما يستفيد من الحقوق التي يمتلكها، ولهذا اعتبرت النفقة من الحقوق المتفق عليها.

ولم يخالف المشرع الجزائري ما ذهب إليه الفقهاء في هذا الحق، حيث أوجب للمرأة المطلقة حق النفقة في العدة سواء كانت حاملا أم لا، حيث نص في المادة 61 من قانون الأسرة على أنه لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي مادامت في عدة طلاقها أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة الميينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق.

(1) السرخسي. المرجع السابق: 203/5.

(2) المرجع السابق: 202/5.

(3) الخطاب. المرجع السابق: 190/4. ابن رجب الحنبلي، المرجع السابق، ص 181.

ثانيا: الحقوق المختلف فيها: ونجملها فيما يلي:

1/ الوقف: الوقف معناه حبس الأصل وتسييل الثمرة، ولقد أجاز الوقف على الجنين كلّ من الحنفية والمالكية في المشهور عندهم، وأبو حامد من الشافعية وابن عقيل من الحنابلة<sup>(1)</sup>، وهذا قياسا على الإرث والوصية، ويستحقه الحمل إن استهل<sup>(2)</sup>.

يقول ابن عرفة: «المشهور المعول عليه صحته على الحمل»<sup>(3)</sup>.

وأما الحنابلة فلا يصحّ عندهم الوقف إذا كان الحمل أصلا فيه؛ كأن يقف داره على ما في بطن هذه المرأة؛ لأنّه تملك، والحمل لا يصحّ تملكه بغير الإرث والوصية، أمّا إذا وقف على الحمل تبعا لمن يصحّ الوقف عليه؛ كأن يقف على أولاده، أو على أولاد فلان وفيهم حمل، فإنّ الوقف يشملهم عندهم، لكنّه لا يشاركهم قبل ولادته<sup>(4)</sup>.

جاء في المغني: «ومن وقف على أولاده وأولاد غيره وفيهم حمل، لم يستحق شيئا قبل انفصاله؛ لأنّه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله»<sup>(5)</sup>.

وفي نيل المطالب بدليل الطالب: «ولا يصحّ الوقف على الحمل استقلالاً بل يصحّ الوقف عليه تبعا»<sup>(6)</sup>.

ونصّ بعض الشافعية على أنّه إذا قال الواقف: وقفت على أولادي وهناك حمل، فإنّه لا يوقف له شيء، فإذا انفصل استحق من غلّة ما بعد انفصاله، وهذا بشرط أن لا يسمّي الواقف

(1) أجازة ابن عقيل قياسا على الهبة؛ إذ تملك الحمل عنده تملك منجز لا معلق، وإنما منع صحة الهبة له، لأنّ تملكه معلق على خروجه حيا والهبة لا تقبل التعليق.

(2) ابن عابدين. المرجع السابق: 6/654. المواق: 7/632. أبو يحيى زكريا الأنصاري، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة اليمينية. 3/369. ابن رجب. المرجع السابق: ص 184. المرادوي. المرجع السابق: 7/22.

(3) المالكي، خليل بن إسحاق، مختصر خليل، تحقيق: علي حركات، دار الفكر، بيروت. 8/113.

(4) المرادوي. المرجع السابق 7/22.

(5) ابن قدامة، المرجع السابق: 5/366.

(6) الحنبلي، مرعي بن يوسف، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، المكتب الإسلامي، بيروت. 2/13.

الموجودين أو يذكر عددهم، وإلا لم يستحق الجنين ولو بعد انفصاله<sup>(1)</sup>.

ولعل هؤلاء الذين قالوا بصحة الوقف على الحمل تبعا، إننا قالوا ذلك بناء على القاعدة الفقهية التي تنص على أنه «يعتبر في الشيء إذا كان تابعا ما لا يغتفر إذا كان مقصودا»<sup>(2)</sup>، وإننا اغتفروا ذلك في التبعية لصحة ميراثه والإيصاء له. ولم يجوز جمهور الشافعية الوقف على الحمل لا استقلالاً ولا تبعا. قالوا: لأن الوقف تسليط في الحال - أي وهو غير موجود - بخلاف الوصية. ومهما يكن فإن القول بصحة الوقف من دون اشتراط كونه تبعا هو الأقرب إلى الصواب، لأنه لا فرق في الحكم بين الوصية والوقف، فإن استهل الجنين صارخا استحق الوقف، وإلا رجع الوقف إلى الواقف، وأما منع الوقف عليه بحجة أنه تسليط في الحال، فهو غير صحيح؛ لأن من مقتضيات الوقف أن تكون عينه باقية، ويمكن انتفاعه به بعد خروجه حيا.

وفي استحقاق الجنين لثمرة الوقف خلاف بين الفقهاء؛ فالحنفية والمالكية يوجبون له الغلة من يوم التأكد من وجوده في بطن أمه فتحبس له الغلة إذا ولد حيا وإلا رجعت لورثته، واستدلوا على ذلك بأن الجنين إذا ولد لأقل من نصف حول منذ خروج منافع الوقف وثمرته، دل على أنه كان موجودا في الرحم أثناء خروج الغلة، وعليه يصبح بمثابة الولد القائم، كما اعتبر في الميراث. بينما يرى الشافعية والحنابلة أن الجنين لا يستحق ثمرة وغلة الوقف إلا بعد ولادته حيا، لأنه غير محقق الوجود عند توفرها من جهة، ولأن الوقف معناه الانتفاع لمستحقه والجنين ليس من أهل الانتفاع<sup>(3)</sup>.

والقول الأول أرجح وأصوب، وذلك قياسا على الميراث، حيث إنه بعد انفصال الجنين يمكن أن يتأكد من وجوده أو عدمه في الرحم أثناء استحقاق ثمرة الوقف. ومن خلال عدم تنصيب القانون الجزائري في تشريعه العائلي على صحة الوقف على الحمل

(1) ابن زكريا الأنصاري. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية: 3/369.

(2) بدر الدين الزركشي، المنشور في القواعد الفقهية، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1405 هـ. 3/376.

(3) ابن عابدين، المرجع السابق: 4/474، الشربيني، المرجع السابق: 3/379، المرادوي، الإنصاف، 7/22.

كما نصّ على صحّة الوصيّة والهبة له، يتبيّن أنّه أخذ بما قال به جمهور الشّافعية الذين لا يجوّزون الوقف على الحمل لا استقلالاً ولا تبعاً.

2/ الهبة (وفي حكمها الصدقة): الهبة هي تمليك في الحياة بغير عوض، وقد اتّفق الأحناف والشّافعية والحنابلة على أنّ الهبة للحمل لا تصحّ؛ لأنّ من شرطها القبول والقبض، ولا يتصوّر ذلك من الجنين، ولا يلي عليه أحد حتّى يقبض عنه فصار كالبيع، ولأتمّها متوقّفة على خروجه حياً، وهي لا تقبل التعلّيق<sup>(1)</sup>.

إلا أنّ الفقهاء المالكية أجازوا الهبة للجنين. قالوا: والذي يقبل عنه وليه، لأنّه إذا كان يقبل عنه في سنّ الطفولة، وهو لا عبارة له، فكأنّه غير موجود، فصحّ أن يقبل عنه، وهو في رحم أمه، والضّابط عندهم: أنّ الهبة نفع محض، ومن لا عبارة له أهل للنفع المحض<sup>(2)</sup>.

وما ذهب إليه المالكية هنا هو الأصوب؛ لأنّه لا وجه للتفريق بين الهبة والوقف من حيث اشتراط القبول والقبض، فكلاهما يشترط فيه، وأمّا دعوى أنّ الهبة لا تقبل التعلّيق، فهي غير مقبولة؛ لأنّ من أقسام الهبة هبة الثّواب، وهي معلّقة، إلاّ أن يقال: إنّ من شروط الهبة هنا أن لا تكون بما يستهلك في الحال، وأمّا غيرها كالنقود، فالأولى أن تصحّ فيها الهبة هنا. وما ذهب إليه المالكية أخذ به القانون الجزائري، حيث نصّ في المادة 209 من قانون الأسرة على أنّه تصحّ الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً.

(1) الزيلعي. المرجع السابق: 6/ 186. شهاب الدين أحمد محمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار

إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د ت. 6/ 298. البهوتي، المرجع السابق: 2/ 432.

(2) محمد بن أحمد أبو عبد الله المعروف بالشيخ عليش، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، د ت. 6/ 433.

## الخاتمة

وبعد إتمامنا لهذا البحث، وصياغتنا لهذا الجهد، نقول:

إن أهلية الوجوب بوصفها صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له و عليه، تثبت لكل إنسان، ولأنّ مناطها الحياة والصفة الانسانية، ولا علاقة لها بالسن أو العقل، فهي تبدأ من وقت الحمل ولا تتحقق إلا من تمام ولادة الإنسان حيا، لذلك فإنّ الجنين تثبت له أهلية وجوب، ولا يملك شيئا من أهلية الأداء.

إلا أنّه إن كانت تثبت للجنين أهلية وجوب، فإنها ناقصة من عدة نواح أهمها:

1/ أنّها تقتصر فقط على العنصر المتعلق بصلاحية اكتساب الحقوق، فالجنين هو: أهل لبعض الحقوق من العنصر الإيجابي من عنصري أهلية الوجوب المدنية؛ كالنّسب والإرث والوصية... إلخ، وهو ليس أهلا لبعض الحقوق الأخرى؛ كامتلاك الهبة مثلا عند غير المالكية. وأما الالتزامات؛ وهي العنصر السلبي من عنصري أهلية الوجوب، فهو ليس أهلا لها مطلقا.

2/ إنّها متوقفة على تمام ولادته حيا.

ويعود السبب في نقص أهليته إلى أمرين:

أحدهما: احتمال الحياة والموت قبل وجوده في الدنيا، حيث إنّ من الممكن أن يولد ميتا، فلا يكون لوجوده السابق أيّ اعتبار، ولا يُعترف له بأيّ حق من الحقوق، وأما إذا ولد حيا، فتكتمل بذلك أهلية الوجوب لديه.

ثانيهما: إنّ للجنين في بطن أمه صفتان: أ: التبعية: وهي التبعية الحسية لأمه، وذلك لارتباطه بها من جهة الخلقة، أما الصفة الثانية فهي: الاستقلال: فهو إنسان حي متفرّد بالحياة وذلك بعد نفخ الروح فيه، لذلك تثبت له بعض الحقوق دون البعض، نتيجة لهاتين الصفتين اللتين يتمتع بهما، صفة الاستقلال من ناحية، وصفة التبعية من ناحية أخرى.

فالجنين نظراً لوضعه الطبيعي لا يكون أهلاً للأداء، ولا يكون أهلاً لوجوب الحقوق عليه، ولكن يكون أهلاً لوجوب الحقوق له، فهي ثابتة له من جهة الوجوب له لا عليه. وتختلف طبيعة الحقوق التي تثبت للجنين بعضها عن بعض، كما تختلف في أحكامها وفي الآثار المترتبة عليها، وهي تنصف عموماً بكونها حقوقاً مدنية، منها ما اتفق الفقهاء بشأنها، كالميراث والنسب والوصية والنفقة، ومنها ما اختلف فيها كالوقف والهبة والصدقة. والواقع إن إثبات قدر من أهلية الوجوب للجنين أمر تستدعيه ضرورة المحافظة على مصالحه في هذه الفترة في أحوال معينة، على أن اعتراف كل من الشريعة والقانون بوجود الجنين، وترتيب بعض الحقوق له، هو اعتراف مؤقت معلق على شرط ولادته حياً، فإذا ولد حياً تأكدت شخصيته، وتثبت له حقوقه من وقت الحمل، وإذا ولد ميتاً، عدّ كأن لم يكن له وجود، فشخصيته لا تعدو إن تكون شخصية افتراضية، كما إنها شخصية محدودة.

## قائمة المصادر والمراجع

- 1/ ابن جزري، محمد بن أحمد بن جزري الكلبي، القوانين الفقهية، منشورات دار الكتب.
- 2/ ابن حجر الهيتمي، شهاب الدين أحمد محمد، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د ت.
- 3/ ابن رجب الحنبلي، عبد الرحمن بن أحمد أبو الفرج، القواعد. دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د ت.
- 4/ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 2، 1386 هـ.
- 5/ ابن فارس، أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط عبد السلام محمد هارون، دار الجليل، بيروت، لبنان، ط 1، 1991 م.
- 6/ ابن قدامة، موفق الدين، المغني، دار إحياء التراث العربي، د ط، د ت.
- 7/ ابن منظور. لسان العرب، نسقه وعلّق عليه علي شيري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 1988 م.
- 8/ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ط، د ت.
- 9/ أبو داود، سليمان بن أشعث، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر، بيروت، د ط، د ت.
- 10/ أبو زهرة، محمد، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، د ط، د ت.
- 11/ الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف، المتقى شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

- 12 / البخاري، عبد العزيز، كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 1974 م.
- 13 / البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، عالم الكتب، بيروت، لبنان، د ط، د ت.
- 14 / البيجرمي، سليمان بن محمد، حاشية البيجرمي على الخطيب، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، 1415 هـ - 1995 م.
- 15 / التافتزاني، سعد الدين مسعود بن عمر، شرح التلويح على التوضيح، مكتبة صبيح بمصر، سنة 1377 هـ.
- 16 / الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د ت.
- 17 / الجبوري، حسين خلف، عوارض الأهلية عند الأصوليين، ط 1، 1408 هـ - 1988 م.
- 18 / الخطاب، محمد بن محمد الرعيني أبو عبد الله، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 2، 1398 هـ.
- 19 / الحنبلي، مرعي بن يوسف، نيل المآرب بشرح دليل الطالب، المكتب الإسلامي، بيروت.
- 20 / الدسوقي، محمد عرفة، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1417 هـ - 1996 م.
- 21 / الرازي، محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح. تحقيق محمود خاطر، بيروت، لبنان، مكتبة لبنان ناشرون، ط 1995 م.
- 22 / الزرقا، مصطفى أحمد المدخل الفقهي العام، مطبعة طرابين، دمشق، ط 10، 1968 م.
- 23 / الزركشي، بدر الدين، المثور في القواعد الفقهية، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط 2، 1405 هـ.
- 24 / زكريا الأنصاري، أبو يحيى، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، المطبعة اليمنية.



- 25/ زكريا الأنصاري، أبو يحيى، أسنى المطالب شرح روض الطالب، المكتبة الإسلامية، د ط، دت.
- 26/ الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، د ط، دت.
- 27/ السباعي، مصطفى، وعبد الرحمن الصابوني، الأحوال الشخصية في الأهلية والوصية والتركات، مطبعة جامعة دمشق، دمشق، ط 3.
- 28/ السرخسي، شمس الأئمة أبو بكر، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1406 هـ.
- 29/ السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1403 هـ.
- 30/ الشربيني الخطيب، محمد بن أحمد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت.
- 31/ الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار الجليل، بيروت، لبنان، 1973 م.
- 32/ عليش، محمد بن أحمد أبو عبد الله، منح الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ط، دت.
- 33/ القرافي، شهاب الدين أبو العباس، أنوار البروق في أنواء الفروق، عالم الكتب، بيروت، لبنان، د ط، دت.
- 34/ الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1982 م.
- 35/ المالكي، خليل بن إسحاق، مختصر خليل، تحقيق: علي حركات، دار الفكر، بيروت.
- 36/ مدكور، محمد سلام، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، د ط، دت.
- 37/ المرادوي، علاء الدين أبو الحسن بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف،

- تحقيق محمد حامد 38/ الفقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د ط، د ت.
- 39/ المزني، إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل، مختصر المزني على هامش الأم، دار الفكر، بيروت، ط 1.
- 40/ المواق، محمد بن يوسف العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 2، 1398هـ.
- 41/ ميارة، محمد بن أحمد، شرح ميارة على تحفة الحكام لابن عاصم، دار الفكر، بيروت، لبنان، د ت.
- 42/ النسائي، أحمد بن شعيب، سنن النسائي، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، سورية، ط 2، 1986م.
- 43/ النووي، يحيى بن شرف أبو زكريا، المجموع شرح المهذب، المطبعة المنيرية، القاهرة، د ت.
- 44/ النووي، يحيى بن شرف أبو زكريا، المجموع شرح المهذب، مكتبة الإرشاد، جدة.