

الحقوق المالية للجنين بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

Financial rights of the unborn child between Islamic jurisprudence and Algerian Family Code

فتيحة لعطر

كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، fatih.later@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2022/08/14 تاريخ القبول: 2023/03/15 تاريخ النشر: 2023/03/31

ملخص:

يهدف هذا البحث إلى تبيان الحقوق المالية التي أقرها الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري للجنين، إذ تم الإجماع فقها على جواز توريث الجنين والايضاء له لكن مع ضرورة توفر شروط، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة. غير أن الخلاف وقع بين الفقهاء بخصوص جواز الهبة والوقف لصالح الجنين.

أخذ المشرع الجزائري فيما يخص الهبة برأي المالكية وبعض الحنابلة والظاهرية في إجازته الهبة للجنين بشرط ولادته حيا، أما فيما يخص الوقف للجنين فلم يرد بشأنه نص، مما يتعين معه الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي عملا بالمادتين 2 من قانون الأوقاف و 222 من قانون الأسرة الجزائري.

كلمات مفتاحية: الجنين، الميراث، الوصية، الوقف، الهبة.

Abstract:

This research aims at indicating the unborn child's financial rights approved by Islamic jurisprudence and Algerian Family Code; it is unanimously permitted that the unborn child is entitled to inherit and to receive legacies however, conditions are necessary for this matter, this is what the Algerian legislature has adopted in the Family Code.

However, there was disagreement among jurists regarding the possibility of inheriting and receiving a donation for the benefit of unborn child.

Algerian legislature has adopted donation In the opinion of Malikiya and some Hanabal and Dhahiri for the permission of the unborn child's donation provided that it is born alive, as for the unborn child's endowment, It has not been provided for in legislation, thus it would be necessary to the Islamic Shari'a provision, that should be referred to In accordance with articles 21 of Endowments Act and 222 of the Algerian Family Code.

Keywords: unborn child; inheritance; commandment; endowment; donation.

1- مقدمة

خلق الله عز وجل الإنسان وكرمه، ومن بين أوجه هذا التكريم، ضمان حقوقه وحمايتها وهو جنين لم يرى النور بعد، فقد تناول كل من الفقه الإسلامي والقانون الجزائري مجمل الأحكام التي من شأنها أن توفر الحماية للجنين، من خلال الاعتراف له بالحقوق المعنوية، سواء في الفترة التي تسبق زواج الزوجين، وذلك بالحث على حسن اختيار الزوج وفقا للمعايير التي من شأنها أن تحقق استقرار الأسرة، وإقرار حقوق له بعد الزواج كرفع واجب الصوم على الأم الحامل برخصة الفطر وتأجيل تنفيذ العقوبة على الأم ما دامت حاملا، ناهيك عن تحريم الإجهاض وتحريم الاعتداء على الجنين... الخ

ومن بين الحقوق الهامة التي تثبت أيضا للجنين نذكر الحقوق المالية، وهي التي يكون محلها مقوما بالمال، على اعتبار أن الجنين وهو في بطن أمه تثبت له الأهلية، لكنها تكون ناقصة باعتبار أنه يتمتع بحقوق ولا يتحمل الالتزامات.

يرى فقهاء القانون والفقه الإسلامي في مختلف تعاريفهم بأن الجنين هو المادة التي تتكون في الرحم من الحيوان المنوي والبويضة، على اعتبار أنه البويضة الملقحة، أي بمجرد إدماج الخليتين المذكورة والمؤنثة يتكون الجنين⁽¹⁾.

انطلاقا مما سبق ارتأينا طرح الإشكالية التالية: ما هو الإطار الفقهي والقانوني للحقوق المالية التي يتمتع بها الجنين؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذا البحث إلى قسمين رئيسيين:

الأول: حق الجنين في الإرث.

الثاني: حق الجنين في مجال التصرفات التبرعية.

تظهر أهمية هذا الموضوع من خلال تبيان الحقوق التي أقرها الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري للجنين من الجانب المالي، وهذا ضمانا لحفظها وتفاديا للاعتداء عليها.

ينبغي الإشارة إلى أننا خصصنا هذه الدراسة لتناول الحقوق المالية للجنين المتعلقة بذمته المالية فقط، وبهذا استبعدنا حقه في النفقة، والمرتبط أساسا بحق الحامل في النفقة.

¹ - أميرة عدلي أمير، عيسى خالد، الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 216. نقلا عن: مسلم عبد الرحمان، الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية والقوانين الوضعية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص حقوق حقوق، فرع قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي ليايس بسيدي بلعباس، 2018-2019، ص 15.

2. حق الجنين في الإرث⁽¹⁾

يعتبر الميراث من المسائل التي تحظى بأهمية كبيرة فقها وقانونا، فقد تناول الفقه الإسلامي أحكامه حفظا لحقوق كل وارث، وكفل للجنين حقه في الإرث، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري ضمن قانون الأسرة⁽²⁾، إذ نجد أنه أقر بالإرث للحمل من خلال نص المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري⁽³⁾، أسوة بما جاء في الفقه الإسلامي.

ينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أنه يجب أن يكون هذا الجنين أو ما يصطلح على تسميته بالحمل ناتجا وثرمة زواج صحيح ثابت قبل وفاة الزوج، أما إن كان حملا من غير زوجية فهو حمل زنا، فلا يدخل ضمن الموضوع أصلا، بمعنى أن يكون الحمل ثابت النسب لأبيه طبقا للمادتين: 40⁽⁴⁾ و 41⁽⁵⁾ من قانون الأسرة الجزائري.

إن وجود الحمل عند وفاة المورث من شأنه أن يؤثر في تقسيم التركة بين الورثة، لكن مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار القواعد التي تحكم توريث الجنين.

1.2 أثر وجود الحمل في تقسيم التركة:

¹ - الإرث لغة: البقاء. أما اصطلاحا: فيقصد به نصيب مقدر شرعا للوارث. نعمان بن عبد الكريم الوتر، *المعنى في علم الفرائض*، دراسة حديثة فقهية موسعة، دون دار النشر، دون بلد النشر، دون سنة النشر، ص 13.

² - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، *الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية*، العدد 24، الصادر في 12 يونيو 1984. المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، *الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية*، العدد 15، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

³ - تنص المادة 128 من القانون رقم 84-11، السالف الذكر: "يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة".

⁴ - تنص المادة 40 من الأمر 84-11، المعدلة بموجب المادة 10 من الأمر 05-02، السالف الذكر على أنه: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

⁵ - تنص المادة 41 من القانون رقم 84-11، السالف الذكر على أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

إذا كان في الورثة حمل وطلبوا القسمة قبل وضعه ومعرفة حالته من حيث الإرث وعدمه، فالذي ينبغي في هذه الحالة الانتظار حتى يُعرف مصير الحمل، خروجاً من الخلاف، ولتكون القسمة مرة واحدة. لكن قد لا يرض الورثة بالتأخير والانتظار إلى وضع الحمل، وفي هذا الصدد اختلف العلماء رحمهم الله على قولين:

القول الأول: أهم لا يمكنون وذلك للشك في شأن الحمل وجهالته، وتعدد الاحتمالات في شأنه تعدداً يترتب عليه اختلاف كبير في مقدار إرثه وإرث من معه.

القول الثاني: أن الورثة يمكنون من طلبهم ولا يجرون على الانتظار لأن فيه إضراراً بهم، إذ ربما يكونون أو يكون بعضهم فقراء، ومدة الحمل قد تطول، والحمل يحتاط له فيوقف له ما يضمن سلامة نصيبه فلا داعي للتأخير.

وهذا هو القول الراجح فيما يظهر، ولكن اختلف أصحاب هذا القول في المقدار الذي يوقف له، لأن الحمل في البطن لا يعلم حقيقته إلا الله، تتجاذبه احتمالات كثيرة من حياته وموته، تعدده، انفراده، ذكوريته وأنوثته، ولا شك أن هذه الاحتمالات المتعددة تؤثر على مقدار إرثه وإرث من معه لذلك اختلفوا في المقدار الذي يوقف للحمل على أقوال:

القول الأول: وهو الأصح من مذهب الشافعية أنه لا ضبط لعدد الحمل لأنه لا يعلم أكثر عدد تحمله المرأة، لكن ننظر في حالة الورثة الذين يرثون معه فمن يرث في بعض التقادير دون بعض أو كان نصيبه غير مقدر كالعاصب فهذا لا يعطى شيئاً، ومن يرث في جميع التقادير متفاضلاً يعطى الأنقص، ومن لا يختلف نصيبه في جميع التقادير يعطى نصيبه كاملاً ثم يوقف الباقي إلى أن ينكشف الحمل⁽¹⁾.

القول الثاني: وهو قول الحنابلة يعامل الحمل بالأحظ، ويعامل الورثة بالأضر فيوقف للحمل الأكثر من ميراث ذكرين أو أنثيين ويعطى الورثة معه اليقين من نصيبهم كما مر في القول الأول فإذا ولد الحمل أخذ الموقوف إن كان قدر نصيبه، وإن كان أكثر منه رد الباقي على مستحقه من الورثة، وإن كان أقل من نصيبه رجع على من كان في نصيبه زيادة من الورثة، فالتفاوت بين قول الحنابلة وقول الشافعية في الحمل هو: هل يقدر بعدد أو لا يقدر؟ ويترب على ذلك رجوعه على الورثة فيما لو نقص ما وقف من أجله عن نصيبه عند الحنابلة دون الشافعية.

القول الثالث: وهو المفتى به عند الحنفية أنه يوقف للحمل نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما كان أكثر. قالوا لأن ولادة الواحد هو الغالب والأكثر منه موهوم والحكم للغالب ويأخذ القاضي كفيلاً من الورثة بالزيادة على نصيب الواحد لأن الحمل عاجز عن النظر لنفسه فينظر له القاضي احتياطاً.

¹ - نعمان بن عبد الكريم الوتر، مرجع سابق، ص ص 484-485.

القول الرابع: يوقف للحمل أربعة استدلالا بأهم أكثر من وجد من حمل واحد وهذا قول لأبي حنيفة ورواه الربيع عن الشافعي وبه قال من الشافعية ابن سريج وابن كج والغزالي وقال به أشهب من المالكية وبعض متأخري المالكية.

الترجيح: الراجح هو الأصح من مذهب الشافعي رحمه الله أنه يعامل جميع الورثة بالأضر ويوقف الباقي للحمل حتى يوضع ثم يعطى ما يستحق فإن بقي شيء أعطي لمستحقه لأنه قد وجد من النساء من حملت في بطن واحد عددا من الأولاد كما سبق ذكره وهو وإن كان قليلا إلا أنه قد وجد والله أعلم⁽¹⁾.

تناول المشرع الجزائري مسألة تأثير الحمل في قسمة التركة في المادة 173 من قانون الأسرة الجزائري، وقسم إرث الحمل إلى نوعين:

الأول: يحجب الورثة حجب إسقاط، كمن يتوفى عن: أخ شقيق، وزوجة حامل، فإن الحمل هنا إن ولد ذكرا حجب الأخ الشقيق حجب حرمان، وإن ولد أنثى حجبت الأخ الشقيق حجب نقصان، فيرث الباقي بعد فرض الزوجة، والبنت المولودة.

وفي هذه الحالة توقف التركة، فلا تحرر للمورث فريضة، حتى تضع الزوجة حملها.

الثاني: حمل يؤثر في باقي الورثة، ليس بالحجب ولكن بتأثر مناباتهم بمنابه بالنقص، كمن يتوفى عن: أب - ابن - بنت - زوجة حامل.

ففي هذه الصورة فإن الحمل يؤثر في مناب الابن، والبنت، فيرث معهما كذكر أو كأنثى، ولا يؤثر في مناب الأب والزوجة إذ أن مناب الأب هو السدس أيا كان جنس المولود، ومناب الزوجة الثمن أيا كان جنس المولود أيضا.

وفي هذه الحالة، يمكن توريث المسألة بإعطاء أصحاب الفروض فروضهم، وإيقاف الباقي إلى حين الوضع⁽²⁾.

وهذا الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري في المادة 173 من قانون الأسرة هو الأوفق، ففيه تجتمع المصلحتان اللتان تتجاذب ميراث الحمل: مصلحة الورثة ومصلحة الجنين، فالقول بتقسيم الميراث على الورثة لا تتأثر فروضهم بجنس الحمل وعدده، وأن يترك للحمل نصيب ابن أو بنت واحدة حسب الأوفر نظرا لوضعية الميراث شريطة ألا يكون الجنين محجوبا، فيه مصلحة للورثة وحفظ لحق الجنين⁽³⁾.

1 - نعمان بن عبد الكريم الوتر، مرجع سابق، ص ص 486 إلى 487.

2 - صالح ججيك الورثاني، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة 2، دون دار النشر، دون بلد النشر، دون سنة النشر، ص ص 167-168.

3 - دليلة براف، خالد بوشمة، أهلية الجنين والحقوق المترتبة عليها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، العدد 9، ص 341. ص ص 325-358.

2.2 أحكام توريث الجنين

نظرا لأهمية المسائل المتعلقة بتوريث الجنين وجب الإلمام بأحكامها وذلك بهدف إعطاء كل ذي حق حقه وتجنبنا لهضم حقوق الورثة، وتتمثل هذه الأحكام في: شروط ميراث الحمل، كيفية توريث الحمل، إضافة إلى بيان حكم ميراث الجنين في حالة التلقيح الاصطناعي.

1.2.2 شروط ميراث الحمل

يشترط لتوريث الحمل أن يكون هذا الأخير موجودا في بطن أمه عند وفاة المورث، وأن يوضع حيا حياة مستقرة.

1.1.2.2 أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه عند وفاة المورث:

يعتبر الإرث خلافة، والمعدوم لا يُتصور أن يكون خلفا عن أحد، والجنين وإن لم تكن حياته متحققة وقت وفاة المورث، إلا أنه اعتبر حيا باعتبار المال، لأن الموجود منه في سبيل أن يتكوّن منه شخص حيّ، فيعطى له حكم الحياة.

ولأنه وإن احتمل الحياة والموت وقت وفاة المورث، إلا أن جانب الحياة يترجح لأن الشارع الحكيم أوجب في نظير الجناية عليه عقوبة مالية تسمى الغرّة على الضارب أو على عاقلته، وهي لا تجب إلا في حالة الاعتداء على الحي، وإذا ترجح جانب الحياة من قبل الشارع، اعتبر الحمل حيا تقديرا من وقت موت مورثه، وإذا توفر فيه شرط الإرث وهو حياة الوارث وقت وفاة المورث فيتحقق إرثه، لأنه أهل للتملك⁽¹⁾.

وأقل مدة يتكون فيها الجنين ويولد حيا ستة أشهر لقول الله سبحانه وتعالى: "وحمله وفصاله ثلاثون شهرا"، مع قوله: "وفصاله في عامين"، فإذا كان الفصال عامين لم يبق إلا ستة أشهر للحمل. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء، وقال الكمال بن الهمام من أئمة الأحناف: إن العادة المستمرة كون الحمل أكثر من ستة أشهر وربما يمضي دهورا ولم يسمع فيها بولادة لستة أشهر.

وفي قول لبعض الحنابلة: أقل مدة للحمل تسعة أشهر.

وكما اختلفوا في أقل مدة الحمل فقد اختلفوا في أكثرها، فمنهم من قال: إنها ستان، ومنهم من قال سنة هلالية (354 يوما)، وذهب محمد بن الحكم أحد فقهاء المذهب المالكي إلى أن أكثر مدة للحمل سنة شمسية (365 يوما)⁽²⁾.

¹ - جمعة محمد محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار يافا العلمية، عمان، 1999، ص ص 683-684. أنظر كذلك: نعمان بن عبد الكريم الوتر، مرجع سابق، ص 474.

² - السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، الأجزاء 12 و 13 و 14، دار الكتاب العربي، لبنان، 1971، ص ص 648-649.

كرس المشرع الجزائري شرط ضرورة أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه عند وفاة المورث ، ويتضح ذلك من خلال المادتين (42)⁽¹⁾ و (43)⁽²⁾ من قانون الأسرة الجزائري، فاعتبر في المادة 42 منه أن أقل مدة للحمل 6 أشهر، وأقصاها 10 أشهر، أما المادة 43 فقد جاء فيها بأنه ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة، ويفهم منها أن استحقاق الجنين للميراث متعلق بثبوت نسبه، ولما ثبت نسبه كان لا بد من ثبوت حقه في الميراث⁽³⁾.

2.1.2.2 أن يوضع حيا حياة مستقرة:

وهذا الشرط مستمد من الشروط العامة في الميراث، أي أن يكون الوارث حيا وقت وفاة مورثه، والجنين هنا تمتد حياته إلى لحظة اللقاح به بشرط أن يولد حيا صارخا، ويسمى مستهلا، وإثبات ذلك لأهل العلم، وشهادة من يحضر الولادة، قال النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا استهل المولود وُزِّث"⁽⁴⁾، وتعلم حياته باستهلاله⁽⁵⁾.

وفي هذا الصدد اختلف الفقه في معنى الاستهلال مما يدل على الحياة، فقال أحمد رحمة الله عليه في رواية يوسف بن موسى، استهلاله إذا صاح أو عطس أو بكى فقد نص على أن الاستهلال هو الصوت وهو قول الزهري والقاسم بن محمد، وفي معناه الارتفاع، لأنه دلالة على الحياة، فأما الحركة والاختلاج والنفس فليس بمنزلة الاستهلال عنده، فلا يرث. وقال الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد والشافعي والحسن ابن صالح وزفر: جمع ذلك بمنزلة الاستهلال فيرث وإن لم يوجد منه إلا الحركة أو النفس. وقال شريح والنخعي وأبو سلمة بن عبد الرحمن ومالك: لا يرث حتى يستهل صارخا ولم يقيموا مقام الصراخ غيره، فإذا خرج بعض المولود من الرحم فوجد منه ما يدل على الحياة من الاستهلال وما في معناه على ما ذكرنا من الاختلاف ثم انفصل باقيه وهو ميت فقال أحمد بن حنبل في رواية يوسف بن موسى وقد سُئل متى يرث السقط؟ فقال: إذا استهل، وقال في رواية أبي طالب لا يرث إلا من استهل. فظاهر هذا أنه متى وجد منه الصوت أنه

¹ - تنص المادة 42 من القانون رقم 84-11، السالف الذكر على أنه: "أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشر (10) أشهر".

² - تنص المادة 43 من القانون رقم 84-11، السالف الذكر على أنه " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة".

³ - محمد الأمين حمدادو، ليلي بعثاش، مظاهر حماية الجنين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 04، 2020، ص 476.

⁴ - أخرجه أبو داود في سننه، باب في المولود يستهل ثم يموت، كتاب الفرائض (2905)، 8/134 من عون المعبود، وأخرجه ابن ماجه في سننه، عن جابر رضي الله عنه بلفظ: "إذا استهل الصبي صلي عليه وورث" (2750)، ولفظ آخر "لا يرث الصبي حتى يستهل صارخا" (2751) (919/2)، باب إذا استهل المولود ورث. صالح ججيك الورثاني، مرجع سابق، ص 167.

⁵ - محمد بن صالح بن عثيمين، تسهيل الفرائض، دار طيبة، المملكة العربية السعودية، 1983، ص 103.

يرث، لأنه علقه بمجرد الاستهلال، ولم يشترط معه الانفصال ولا ظهور الأكتف، وظاهر الأول أنه لا يرث إلا بعد انفصاله واستهلاله، لأن السقط هو عبارة عن من سقط وإنما يسقط إذا انفصل جميعه. وقال أبو حنيفة وأصحابه: إذا ظهر أكثره حيا ثم خرج باقيه ميتا ورث، وقال الشافعي: لا يرث حتى ينفصل جميعه حيا⁽¹⁾.

وإن استهل المولود حيا بصراخ أو بكاء أو حركة ثم مات، اعتبر حيا، فيرث منابه، ويورث عنه لورثته⁽²⁾.

أخذ المشرع الجزائري بهذا الشرط الثاني لتوريث الحمل من خلال المادة 134 من قانون الأسرة، التي نصت على أنه: "لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة"، فإن لم يظهر شيء من هذه العلامات، أو حصل اختلاف في شيء منها، فللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة من الأطباء أو ممن عايشوا الولادة⁽³⁾.

2.2.2 كيفية توريث الحمل

تقسم التركة على فرض أنه ذكر، ثم تقسم مرة أخرى على فرض أنه أنثى، فإن كان الحمل يرث على أحد الفرضين دون الآخر، اعتبر وارثا مؤقتا، واحتفظ له بنصيبه.

وإن كان وارثا على كلا التقديرين، ولكن نصيبه يختلف بالذكورة والأنوثة، احتفظ له بالنصيب الأكبر.

وإن لم يختلف نصيبه على كلا التقديرين، حفظ له ذلك النصيب.

والخلاصة: أن الحمل يعامل بأحسن حاله، والوارث الآخر معه يعامل بأسوأ حاله، وما بقي من الفروق يحفظ حتى الولادة.

فإن كان الحمل متوهما أو ولد ميتا بغير جنائية، رد الموقوف على الورثة، وإن ولد حيا وكان واحدا أعطي الموقوف له الذي يستحقه، ويرد الباقي على المستحقين. وإن جاء متعددا، يطالب الورثة والكفيل أيضا برد الزائد على حقهم⁽⁴⁾.

¹ - نجم الهدى أبي الخطاب محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوزاني، التهذيب في علم الفرائض والوصايا، مكتبة العبيكان، الرياض، 1315 هـ، ص ص 249-250.

² - صالح ججيك الورثاني، مرجع سابق، ص 167.

³ - محمد الأمين حمدادو، ليلي بعناش، مرجع سابق، ص 476.

⁴ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 8، الطبعة الثانية، دار الفكر، سوريا، 1985، ص ص 414-

3.2.2 حكم ميراث الجنين في حالة التلقيح الاصطناعي

إذا ولد الطفل نتيجة التلقيح الاصطناعي من مني الزوجة وبويضة الزوجة وتم الحمل داخل رحمها، وخضع للشروط القانونية والشرعية، فيثبت نسبه ويرث، ويترتب عليه كافة الآثار التي تترتب على الحمل الطبيعي الشرعي، وقد قال بذلك الكثير من الفقهاء المحدثين، قال الشيخ مخلوف مفتي مصر سابقا: بأنه في حالة التلقيح الاصطناعي الخاضع للشروط المحددة يثبت نسب الطفل لأبيه ويثبت له كل الحقوق الخاصة بالطفل العادي في الميراث، وقال الشيخ حسن خالد مفتي لبنان سابقا بأن: "عملية طفل الأنايب مقبولة إسلاميا والإرث يسير وفق الأصول الإسلامية".

أما إذا كان الحمل قد أتى بطريقة غير شرعية (محرمة) أي دخول عنصر ثالث سواء كان بطريقة الأم البديلة⁽¹⁾ فإن الابن في هذه الحالة لا يكون شرعيا، بل ابن زنا ولا يرث من أبيه ولا يرثه ولكن يرث من أمه. ويثور هنا الخلاف حول صعوبة تحديد أم الجنين في حالة التلقيح الاصطناعي هل هي التي قامت بعملية الحمل أم قامت بالتبرع بالبويضة، وقد اختلف في أمر نسب المولود فمنهم من يرى أنه ينسب إلى من حملته وولدتها ومنهم من قال أنه ينسب إلى صاحبة البويضة وعلى الأغلب أنه ينسب إلى صاحبة البويضة⁽²⁾.

من خلال ما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري يكاد يوافق الشريعة الإسلامية في مسألة استحقاق التركة (الميراث) للجنين، إلا أنه كان لا بد له من الأخذ بعين الاعتبار للتطور العلمي الحاصل، كون الجنين موجودا خارج الرحم، كحالة التلقيح الاصطناعي خارج الرحم (أطفال الأنايب)، وهي من المسائل التي صارت معروفة ومعمولا بها، وإن كانت نادرة، بشرط التأكد من أن التلقيح قد تم بالطرق والضوابط الشرعية في نطاق العلاقة الزوجية، وبالتالي على القانون مسايمة المستجدات في هذا الصدد من خلال تعديل النص ليشمل الحمل الحقيقي الموجود داخل الرحم وخارجه⁽³⁾، خاصة وأن المشرع الجزائري قد أجاز التلقيح الاصطناعي وأحاطه بضوابط في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري⁽⁴⁾.

1 - يقصد من اصطلاح الأم البديلة، والذي يطلق عليه أيضا (الرحم المستأجر): استخدام رحم امرأة أخرى لزرع بيضة محصبة (لقيحة) مكونة من نطفة رجل وبويضة امرأة- وغالبا ما يكونان زوجين- لتقوم بعملية حمل الجنين وولادته، وبعد ذلك يتولى الزوجان رعاية المولود، ويكون ولدا قانونيا لهما، ويتم هذا الإجراء-غالبا- بعقد محدد المدة. أحمد بن محمد بن إدريس، **التقرير الفقهي**، مركز ابن إدريس الحلي للدراسات الفقهية، العدد الأول، 2007، ص 31.

2 - مسلم عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 95.

3 - معمري إيمان، ميدون مفيدة، المركز القانوني للجنين - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، **مجلة الحقوق والعلوم السياسية**، جامعة خنشلة، المجلد 07، العدد 2، جوان 2020، ص 213.

4 - تنص المادة 45 مكرر من الأمر رقم 05-02، السالف الذكر: **يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي**. يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا،

3. حق الجنين في مجال التصرفات التبرعية

تعتبر التصرفات التبرعية من أوجه الخير والبر التي حثت عليها شريعتنا الغراء، لما لها من دور في تقرب العبد من ربه، هذا من جهة، ولما تساهم فيه من تآلف القلوب بين الناس ودعم أواصر المحبة بينهم من جهة أخرى.

نظم المشرع الجزائري التصرفات التبرعية ضمن الكتاب الرابع في قانون الأسرة، تحت عنوان: التبرعات " الوصية، الهبة، الوقف"، وقد حرص من خلالها على ضمان حق الجنين فيها وفقا لما جاء في الفقه الإسلامي، الذي تناول المسائل المتعلقة بالوصية للجنين، الوقف والهبة للجنين.

1.3 الوصية⁽¹⁾ للجنين

لا يقتصر حق الجنين في الميراث فقط، إنما يتعداه إلى جواز الإيضاء له، لكن بتوفر شروط معينة.

1.1.3 حكم الوصية للحمل

لا خلاف بين الفقهاء في جواز الوصية للحمل، وذلك مطلقا أي سواء أكانت الوصية بالأعيان كالدور والأراضي أم بالمنافع كالسكنى والزراعة⁽²⁾. وذلك للأدلة التالية:

- جريان الوصية مجرى الميراث من حيث كونها انتقال من الإنسان بعد موته على الموصي له بغير عوض، كانتقاله إلى وارثه.

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،

- أن يتم بمخني الزوج وبوبيعة رحم الزوجة دون غيرهما،

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

¹ - تعريف الوصية في الفقه الإسلامي مأخوذ من وصيت الشيء أوصيته إذا وصلته فالموصي وصل ما كان في حياته بعد مماته، وهي في الشرع هبة الإنسان غيره عينا أو دينا أو منفعة على أن يملك الموصي له الهبة بعد موت الموصي، وعرفها بعضهم بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

ورد تعريف الوصية في المادة 184 من القانون رقم 84-11، السالف الذكر على أنه: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

عبد القادر مدقن، شرح وجيز لقانون الأسرة الجزائري (ملخص من الفقه الإسلامي)، المطبعة العربية، الجزائر، 1988، ص ص 126-127.

² - عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1997، ص ص 85-86.

وقد سمي الله سبحانه وتعالى الميراث وصية بقوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين"⁽¹⁾.

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى سمي الميراث وصية، والحمل يرث فتصح الوصية له.

- لأن الحمل ولد بلا شك، وأن حياته في بطن أمه تقديرية، بدليل إيجاب الغرة تعويضا للجناية على الجنين، إذا أُلقت حملها من جراء تلك الجناية، وذلك لأن المعلوم أن التعويض لا يكون إلا بجناية على الأحياء، فتكون بذلك الوصية للموجود⁽²⁾.

أجاز المشرع الجزائري الوصية للحمل في المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري، التي نصت على أنه: "نصح الوصية للحمل...".

2.2.3 شروط الوصية للحمل

اشتراط فقهاء الشريعة الإسلامية لصحة الإيصال للجنين الشروط التالية:

- أن يكون الحمل الموصى له موجودا وقت إنشاء الوصية، فإن تبين أنه لم يكن موجودا بطلت الوصية له⁽³⁾.

- أن يولد حيا فلو ولد ميتا كانت الوصية باطلة.

وهذا الشرط متفق عليه بين الفقهاء ولكنهم اختلفوا في نوع الحياة المشروطة فمنهم من ذهب إلى أنه يكفي ولادة أكثر الحمل حيا لأن للأكثر حكم الكل وهذا مذهب الحنفية.

وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا بد من أن يولد كله حيا حياة مستقرة، على النحو الذي رأيناه سابقا في عنصر توريث الجنين.

- أن يوجد الحمل على الصفة التي أرادها الموصي، فإذا عين الموصي الحمل بأن نسبه إلى شخص معين كأن يقول أوصيت بكذا حمل فاطمة من خالد، فإنه يجب لكي يستحق الحمل الموصى له الوصية أن يثبت نسبه من خالد فإذا لم يثبت نسبه منه بطلت الوصية، لأن الوصية تملك الموصي به للموصي له والتمليك لا يثبت إلا لمن عينه المملك⁴.

1 - سورة النساء، الآية 11.

2 - مروان القدومي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010، ص 111.

3 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، 1982، ص 104.

4 - عبد الودود محمد السريتي، مرجع سابق، ص 86.

فإذا توفرت هذه الشروط ملك الولود الموصى به كله ذكرا كان المولود أم أنثى ما دام لم يوجد في كلام الموصي ما يخالف ذلك.

هذا إذا كان واحدا، أما إذا تعدد بأن ولدت أكثر من واحد في وقت واحد أو في وقتين بينهما أقل من ستة أشهر كانت الوصية بينهم متى توفرت في كل منهم الشروط السابقة، وظلوا على قيد الحياة، فتقسم بينهم بالتساوي لا فرق بين الذكر والأنثى ما لم ينص الوصي على وجه آخر من التقسيم فيتبع ما نص عليه.

فإذا مات أحد هؤلاء بعد ولادته حيا حياة مستقرة كان نصيبه في الوصية بالأعيان لورثته لأنه ملكه ملكا تاما فينتقل إليهم بطريق الخلافة، وإذا كانت الوصية بالمنافع كان نصيبه لورثة الموصي، لأن الوصية بالمنافع لشخص معين تنتهي بموته فتعود إلى من يؤول ملك العين إليه ما لم ينص الموصي على جعلها لغيره.

أما إذا ولد أحدهم ميتا، أو ولد حيا حياة غير مستقرة فإنه يفرض عدم وجوده وتكون الوصية للباقي واحدا واحدا كان أو أكثر سواء أكانت بالمنافع أم بالأعيان⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فلم يشترط في صحة الوصية للحمل إلا ميلاده حيا، ويتضح ذلك من خلال المادة 187 من قانون الأسرة، التي جاء فيها: "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس".

يلاحظ كذلك أن المشرع الجزائري نص في نفس المادة على أنه يتم قسمة الشيء الموصى به في حالة تعدد الحمل بالتساوي ولو اختلف الجنس. ويكون بهذا قد حقق قدرا واسعا من الإحاطة بهذه المسألة، وأعطى مجالا للقاضي في حل أي مسألة أمامه سواء كان الجنين واحدا أو توأم، والتوأم سواء كانا مختلفي الجنس أم مثيلي الجنس فهي لهما بالتساوي، إلا أنه يعاب على المشرع الجزائري أنه لم ينص على حالة موت أحدهما بعد استحقاها للوصية فلن تعود هل تعود لتوأمه.

غير أن الدكتور "بلحاج العربي" جاء بملاحظة قال فيها، في حال تعدد الحمل إن ولد أحدهما ميتا والآخر حي كانت الوصية للحي دون الميت، وإن مات أحدهما أو كلاهما بعد الولادة كان نصيبه للورثة إذا كانت الوصية بالأعيان، أما إذا كانت بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصي، لأن الوصية بالمنافع تنتهي بموته ما لم يكن هنالك شرط آخر يعمل به⁽²⁾.

2.3 الوقف والهبة للجنين

1 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 110.

2 - معمري إيمان، ميدون مفيدة، مرجع سابق، ص 215.

إلى جانب ثبوت حق الجنين في الوصية، كما رأينا سابقاً، أثار فقها الشريعة الإسلامية مسألة الوقف للجنين، كما تناولوا حق الجنين في الهبة باعتبارها من التصرفات التبرعية.

1.2.3 الوقف⁽¹⁾ للجنين

يثير موضوع الوقف للجنين مسألتين هامتين: المسألة المتمثلة في الوقف على الحمل أصالة، والمسألة المتعلقة بالوقف على الحمل تبعا لغيره.

1.1.2.3 المسألة الأولى: الوقف على الحمل أصالة:

اختلف الفقهاء -رحمهم الله- في حكم الوقف على الحمل الموجود حال الوقف وحده دون أن يكون معه غيره، كأن يقول: وقفت داري هذه على حمل هذه المرأة، أو على من سيولد لي منها، على قولين:

القول الأول: صحة الوقف على الحمل وحده: وبه قال المالكية، لكنه غير لازم قبل الولادة، فللواقف بيع الوقف قبل الولادة.

وأدلتهم في ذلك:

- عموم أدلة الوقف⁽²⁾.

- القياس على الوصية، والوصية للحمل وحده جائزة إجماعاً، فكذلك الوقف عليه.

¹ - تعريف الوقف: الوقف في اللغة الحبس، ويقال وقف يقف وفقاً أي حبس يحبس حبساً.

وفي الشرع: حبس الأصل وتسهيل الثمن أي حبس المال وصرف منافعه في سبيل الله وأنواعه: وأحياناً يكون الوقف على الأحفاد والأقارب ومن بعدهم إلى الفقراء، ويسمى هذا بالوقف الأهلي أو الذري، وأحياناً يكون الوقف على أبواب الخير ابتداءً، ويسمى بالوقف الخيري.

أورد المشرع تعريف الوقف في المادة 213 من القانون رقم 84-11، السالف الذكر على أنه: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق".

عبد القادر مدقن، مرجع سابق، ص ص 162-163.

² - شرع الله الوقف وندب إليه وجعله قرينة (والقرينة هي جعل الشارع له ثواباً) من القرب التي يتقرب بها إليه. ولم يكن أهل الجاهلية يعرفون الوقف وإنما استنبطه الرسول صلى الله عليه وسلم ودعا إليه وحبب فيه براً بالفقراء وعطفاً على المحتاجين، فعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إذا مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء: صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له"، رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي، والمقصود بالصدقة الجارية الوقف ومعنى الحديث: أن عمل الميت ينقطع تجدد الثواب له إلا في هذه الأشياء الثلاثة لأنها من كسبه، فولده وما يتركه من علم وكذا الصدقة الجارية كلها من سعيه: وأخرج ابن ماجة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "إن مما يلحق المؤمن من عمله وحسناته بعد موته: علما نشره أو ولداً صالحاً تركه أو مصحفاً ورثه أو مسجداً بناه أو بيتاً لابن السبيل بناه أو نхра أجراه أو صدقة أخرجها من ماله في صحته وحياته تلحقه بعد موته". السيد سابق، مرجع سابق، ص ص 515-516.

أن الحمل يملك بالميراث بالإجماع، فكذا الوقف.

القول الثاني: عدم صحة الوقف على الحمل وحده، وبه قال الحنفية، والشافعية، وهو المذهب عند الحنابلة.

استدل القائلون بعدم صحة الوقف على الحمل أصالة دون غيره بما يلي:

- أن الوقف على الجنين في حكم المعلق على شرط، ومن شرط صحة الوقف أن يكون ناجزا.

- أن الوقف تملك منجز أشبه الهبة، فلا يصح على من لا يملك، والحمل لا يصح تملكه بغير إرث أو وصية.

الترجيح: الراجح صحة الوقف على الحمل وحده، لقوة دليله، وضعف دليل القول الآخر، وأيضا نظرا لكون الوقف فعل خير ومعروف فلا يمنع منه إلا بدليل⁽¹⁾.

2.1.2.3 المسألة الثانية: الوقف على الحمل تبعا لغيره

إذا وقف على الحمل تبعا لمن يصح الوقف عليه، كأن يقول: وقفت على أولادي وأولاد فلان وفيهم حمل، أو

يقول: وقفت أرضي على أولادي ومن سيولد لي ثم الفقراء، فهل يصح الوقف أو لا يصح؟

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: يصح الوقف، وبه قال الحنفية والمالكية والحنابلة⁽²⁾.

جاء في المغني: "ومن وقف على أولاده، وأولاد غيره، وفيهم حمل لم يستحق شيئا قبل انفصاله لأنه لم تثبت له

أحكام الدنيا قبل انفصاله"³.

وحجج صحة الوقف للحمل هي:

- ما تقدم من الأدلة على صحة الوقف على الحمل أصالة، فتبعا من باب أولى.

- تعلق الاستحقاق بالنسب، فما دام يثبت نسبه من الواقف أو من فلان، استحق الوقف.

¹ - خالد بن علي محمد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، الجزء 1، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، دون سنة النشر. ص ص 440 إلى 442.

² - نفس المرجع، ص 443.

³ - أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الجزء 6، مكتبة القاهرة، مصر، 1969، ص 15.

القول الثاني: أنه لا يصح الوقف على الحمل أصالة، ولا تبعا، فإذا قال الواقف: وقفت على أولادي وفيهم حمل، فلا يستحق الحمل شيئا، إلا أن ينفصل حيا، فيستحق معهم مطلقا، إلا أن يكون الواقف قد سمى الموجودين أو ذكر عددهم، فلا يدخل الحمل، ولا يستحق من الوقف شيئا. وهو قول الشافعية.

وحجته: أن الحمل لا يصح تملكه، وشرط الوقف عندهم بالنسبة للموقوف عليه أن يمكن تملكه.

ونوقش: بعدم التسليم، فالحمل يملك بالميراث والوصية بالإجماع، فكذا الوقف.

الترجيح: الراجح صحة الوقف على الحمل تبعا لغيره، لصحته على الحمل أصالة، فتبعا من باب أولى⁽¹⁾.

لم يحدد المشرع موقفه من الوقف على الجنين وعلى من سيولد، وعليه يرجع في هذه المسائل إلى أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقا لنص المادة 02 من قانون الأوقاف⁽²⁾، فيرجح الأخذ بما ذهب إليه المذهب المالكي باعتباره المتبع في الجزائر، وإذا لم يوجد رأي المالكية فلا مانع بالأخذ برأي المذاهب الأخرى لأن المادة 02 لم تحدد المذهب الواجب اتباعه⁽³⁾.

3.1.2.3 وقت استحقاق الحمل لغلة الوقف

تقدم أن الجنين يصح الوقف عليه عند الجمهور عند الجمهور إذا كان تبعا لغيره ممن يصح الوقف عليه، لكن متى يستحق الحمل غلة الوقف؟، هل يستحقها قبل الانفصال، بحيث لو خرجت الغلة وهو في بطن أمه، يوقف نصيبه، كما في الميراث والوصية؟ أم لا يستحقها إلا بعد الانفصال، بحيث لو خرجت الغلة وهو في بطن أمه، تقسم بين الموجودين، ولا يستحق الحمل منها شيئا. وفي هذا الصدد قال الحنفية وبعض من الحنابلة أن الجنين يشارك في غلة الوقت قبل الانفصال إذا

¹ - خالد بن علي محمد المشيقح، مرجع سابق، ص ص 443-444.

² - تنص المادة 02 من قانون رقم 91-10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل 1991 يتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادر في 23 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 08 مايو 1991، ص 690، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 مايو سنة 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 29، الصادر في 29 صفر عام 1422 هـ، الموافق 23 مايو 2001، ص 07، و القانون رقم 02-10 المؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق 14 ديسمبر سنة 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 83، الصادر في 11 شوال 1423 هـ، الموافق 15 ديسمبر 2002، ص 3، على أنه: "على غرار كل هذه المواد، يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه".

³ - حاج مخناش سوهيلة، التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث في القانون، تخصص: القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 28 أكتوبر 2020، ص ص 301-302.

ولد حيا، وتحقق وجوده أثناء خروج الغلة، أما المالكية والحنابلة قالوا بأن الجنين لا يشارك في غلة الوقف إلا بعد الانفصال حيا.

يظهر بأن القول الأول- وهو أن الجنين يشارك في غلة الوقف وهو في بطن أمه- هو الأرجح، إذا ولد حيا وتحقق وجوده أثناء خروج الغلة، وذلك لأن الشارع الحكيم قد راعى في الجنين صفة الاستقلال، فمنحه الميراث، كما صحت له الوصية بالاتفاق، فكذلك غلة الوقف، ولأن الجنين في هذه المرحلة أحوج ما يكون لغلة الوقف، خصوصا إذا كان فقيرا وأبوه قد توفي⁽¹⁾.

2.2.3 الهبة⁽²⁾ للجنين

اختلف العلماء رحمهم الله في حكم الهبة للجنين على قولين:

القول الأول- صحة الهبة للجنين: ذهب إليه المالكية، وبه قال ابن عقيل من الحنابلة.

وحجتهم:

- عموم أدلة مشروعية الهبة⁽³⁾. وهي بعمومها تشمل الهبة للجنين.

1 - خالد بن علي بن محمد المشيقح، مرجع سابق، ص ص 445-446.

2 - تعريف الهبة: جاء في القرآن الكريم قول الله عز وجل: "قال: رب هب لي من لدنك ذرية طيبة إنك سميع الدعاء" سورة آل عمران الآية 38، وهي مأخوذة من هبوب الريح أي مرورها. وتطلق الهبة ويراد بها التبرع والتفضل على الغير سواء أكان بمال أم بغيره. والهبة في الشرع: عقد موضوعه تملك الإنسان ماله لغيره الحياة بلا عوض، فإذا أباح الإنسان ماله لغيره لينتفع به ولم يملكه إياه كان إعاره، وكذلك إذا أهدى ما ليس بمال كخمر أو ميتة فإنه لا يكون مهديا ولا يكون هذا العطاء هدية. والهبة المطلقة لا تقتضي عوضا سواء أكانت لثله أو دونه أو أعلى منه. السيد سابق، مرجع سابق، ص 535.

ورد تعريف الهبة في المادة 202 من القانون رقم 84-11، السالف الذكر: "الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالقيام بالتزام يتوقف تماما على إنجاز الشرط".

3 - أدلة مشروعية الهبة :

- من الكتاب: إن مشروعية الهبة نستنبطها من آيات عديدة في القرآن الكريم، من بينها: قوله تعالى: "وأتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا"، يقول القرطبي في تفسيرها مخاطبة للنساء، ويدل بعمومه على أن هبة المرأة صداقتها لزوجها بكرها كانت أو ثيبا جائزة، وقال به جمهور الفقهاء. أبي عبدالله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد 5، الطبعة 2، دار عالم الكتب، المملكة العربية السعودية، 2003، ص 42. نقلا عن: حاج مخناش سوهيلة، مرجع سابق، ص 32.

- أن الهبة في معنى الوقف على الجنين والوقف على الجنين أصالة، وعلى وجه الاستقلال يصح، فكذلك الهبة.

- القياس على الوصية، فكما تصح الوصية للجنين، فكذا الهبة.

ونوقش: بأن ملكية الجنين معلقة على خروجه حيا، والوقف والهبة لا يقبلان التعليق.

وأجيب: بعدم التسليم بأن الهبة لا تقبل التعليق.

القول الثاني: أن هبة الجنين لا تصح.

وبه قال جمهور أهل العلم: الحنفية، والشافعية، والحنابلة في المذهب.

وحجته: أن ملكيته معلقة على خروجه حيا، والهبة تملك منجز لا يقبل التعليق.

الراجح: صحة الهبة للجنين، لأن الأصل في الهبة أنها فعل خير، والأصل في فعل الخير الحث عليه، والأمر به،

ولقوة دليله في مقابل ضعف دليل القول الآخر بمناقشة⁽¹⁾.

أما المشرع الجزائري فقد تناول الهبة ضمن الكتاب الرابع في الفصل الثاني في المواد من 202 إلى 212 من قانون

الأسرة، وقد حدا حدو فقهاء المالكية، و بعض الحنابلة، والظاهرية في إجازته الهبة للجنين بشرط ولادته حيا، والمادة صريحة

في ذلك، إذ نصت المادة 209 من قانون الأسرة على ما يأتي: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"⁽²⁾.

4. خاتمة:

تكفل الفقه الإسلامي ببيان الأحكام المتعلقة بكافة جوانب حياة الإنسان، بدء من كونه جنينا، وذلك من خلال

الاهتمام بالحقوق التي يتمتع بها خلال هذه المرحلة أو الفترة، لاسيما المالية منها.

- من السنة النبوية: عن أبي هريرة رضي الله عنه يقول الرسول عليه السلام: "تهادوا تحابوا" أخرجه البخاري.

وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها وكان يدعو إلى قبولها ويرغب فيها. "من جاءه من أخيه معروف من غير إشراف ولا مسألة فلقبله ولا يرده فإنما هو رزق ساقه الله إليه"، وعن أبي هريرة قال النبي صلى الله عليه وسلم: "تهادوا فإن الهدية تذهب حر الصدر ولا تحقرن جارة لجارتها ولو شق فرسن شاة" وقد قبل صلى الله عليه وسلم هدية الكفار فقبل هدية كسرى وهدية قيصر وهدية المقوقس، كما أهدى هو الكفار الهدايا والهبات. عبد القادر مدقن، مرجع سابق، ص ص 152-153.

¹ - خالد بن علي بن محمد المشيخ، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، الجزء 4، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2013، ص ص 381-383.

² - محمد الأمين حمدادو، ليلي بعناش، مرجع سابق، ص 478.

توصلنا من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية:

- يجوز توريث الجنين فقها وقانونا.

- اختلف العلماء رحمهم الله في مسألة أثر وجود الحمل في تقسيم التركة على قولين: وقد تناولها المشرع الجزائري في المادة 173 من قانون الأسرة، فقسم إرث الحمل إلى نوعين.

- يشترط لتوريث الحمل شرطين: أن يكون الحمل موجودا في بطن أمه عند وفاة المورث، وأن يوضع حيا حياة مستقرة، وهما الشرطان اللذان أخذ بهما المشرع الجزائري.

- اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول أقل وأكثر مدة للحمل، وقد جعل المشرع الجزائري أقل مدة للحمل ستة (6) أشهر، وأقصاها عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

- فيما يخص كيفية توريث الحمل: تقسم التركة على فرض أنه ذكر، ثم تقسم مرة أخرى على فرض أنه أنثى، ويحتفظ له بالنصيب الأكبر.

- أفتى علماء الشريعة الإسلامية على أنه في حالة التلقيح الاصطناعي الذي يتم وفقا للشروط اللازمة، فإن الإرث يسير وفقا للأصول الإسلامية.

- يجوز الإيصال للجنين فقها وقانونا بشروط.

- اختلف الفقهاء حول جواز الوقف للجنين، سواء تعلق الأمر بالوقف على الحمل أصالة، أو تبعا لغيره.

لم يحدد المشرع موقفه من مسألة الوقف للجنين.

اختلف الفقهاء حول جواز الهبة للجنين، وقد أخذ المشرع الجزائري بالرأي الذي أجازها.

من خلال دراسة هذا الموضوع نقترح ما يلي:

- ضرورة أن يساير المشرع الجزائري المستجدات المتعلقة بالتلقيح الاصطناعي، بأن يورد نصا يميز فيه الميراث للجنين في حال التلقيح الاصطناعي الذي يستوفي شروطه القانونية.

- ينبغي أن يحدد المشرع الجزائري موقفه بخصوص الوقف للجنين، سواء تعلق الأمر بالوقف على الحمل أصالة، أو

تبعا لغيره. فرغم أن المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد عليه النص فيه، إلا

أن فقهاء الشريعة الإسلامية تباينت مواقفهم في هذا الشأن فيتعين على المشرع الجزائري أن يبين صراحة برأي أي مذهب.

يفتح موضوع "الحقوق المالية للجنين بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري" الباب واسعا أمام الباحثين لتناول عدة جوانب فيه بشكل مفصل، فعلى سبيل المثال يمكن إعداد بحث حول "ميراث الجنين" لأهميته وتشعب عناصره ودقتها، خاصة فيما يتعلق بعنصر كيفية توريث الجنين الذي يتطلب الإمام به عن طريق دعمه بدراسة تطبيقية تشمل مسائل متنوعة تتضمن كيفية تقسيم التركة عند وجود حمل إلى جانب الورثة. كما بالإمكان إعداد مذكرة حول "الحقوق المالية للجنين، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري وقوانين الدول العربية"، وذلك بغرض الوقوف عند النقائص والفراغات التي بالإمكان أن تكون موجودة في القانون الجزائري.

5. قائمة المراجع:

- أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الجزء 6، مكتبة القاهرة، مصر، 1969.
- أحمد بن محمد بن إدريس، التقرير الفقهي، مركز ابن إدريس الحلي للدراسات الفقهية، العدد الأول، 2007.
- السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، الأجزاء 12 و 13 و 14، دار الكتاب العربي، لبنان، 1971.
- جمعة محمد محمد براج، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار يفا العلمية، عمان، 1999.
- حاج مخناش سوهيلة، التصرفات التبرعية في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، الطور الثالث في القانون، تخصص: القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 28 أكتوبر 2020.
- خالد بن علي محمد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، الجزء 1، إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، دون سنة النشر.
- خالد بن علي بن محمد المشيقح، الجامع لأحكام الوقف والهبات والوصايا، الجزء 4، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2013.
- دليلة براف، خالد بوشمة، أهلية الجنين والحقوق المترتبة عليها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، العدد 9، ص ص (325-358).
- صالح ججيك الورثاني، الميراث في القانون الجزائري، الطبعة 2، دون دار النشر، دون بلد النشر، دون سنة النشر.

- عبد الودود محمد السريتي، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1997.

- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 24، الصادر في 12 يونيو 1984. المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 والمتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، الصادر بتاريخ 26 يونيو 2005.

- قانون رقم 91-10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل 1991 يتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادر في 23 شوال عام 1411 هـ الموافق لـ 08 مايو 1991، ص 690، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01-07 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 مايو سنة 2001، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 29، الصادر في 29 صفر عام 1422 هـ، الموافق 23 مايو 2001، ص 07، و القانون رقم 02-10 المؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق 14 ديسمبر سنة 2002، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 83، الصادر في 11 شوال 1423 هـ، الموافق 15 ديسمبر 2002، ص 3.

- محمد الأمين حمدادو، ليلي بعناش، مظاهر حماية الجنين في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 04، 2020، ص ص (464-486).

- محمد بن صالح بن عثيمين، تسهيل الفرائض، دار طيبة، المملكة العربية السعودية، 1983.

- محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، بيروت، 1982.

- مروان القدومي، أحكام الوصية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2010.

- مسلم عبد الرحمان، الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية والقوانين الوضعية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص حقوق حقوق، فرع قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي ليايس بسيدي بلعباس، 2018-2019.

- معمري إيمان، ميدون مفيدة، المركز القانوني للجنين - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 2، جوان 2020، ص ص (203-220).

- نعمان بن عبد الكريم الوتر، المغني في علم الفرائض، دراسة حديثة فقهية موسعة، دون دار النشر، دون بلد النشر، دون سنة النشر.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 8، الطبعة الثانية، دار الفكر، سوريا، 1985.