مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015

المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

طبيعة الجنين وشخصيته القانونية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

The nature of the fœtus and his Legal personality between Islamic Law and Positive Law

د. بلعيدي فريد *
أستاذ محاضر (ب)
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة أبوبكر بلقايد تلمسان (الجزائر)
faridibel13@ gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 17-07-2021 تاريخ قبول المقال: 03-12-2021 تاريخ نشر المقال:20-01-2022

ملخص:

إن الاعتراف بالجنين ككائن بشري غير موجود من الناحية القانونية لعدم وجوده الفعلي اليقيني عن طريق الولادة وعدم توفره على الشخصية القانونية من جهة ، ونقيضا له تقرير له من جهة أخرى العديد من الحقوق التي لا يمكن أن يتمتع بها إلا من توفرت لديه الشخصية القانونية ، جعل من موضوع المركز القانوني للجنين يكتسي طبيعة قانونية استثنائية داخل النظام القانوني ، ما جعله محل العديد من النقاشات الفقهية الشرعية منها والقانونية أمام عدم وجود موقف تشريعي واضح ، الذي طرح شيئا من الغموض حول إشكالية ازدواجية طبيعته القانونية هل يعتبر شخصا للحق أم محلا له، أثار حفيظتنا للوقوف حول مدى حقيقة هذا الكائن البشري من الوجهة الشرعية و القانونية، ومركزه القانوني ، بالتقصي من خلال دراستنا حول الطبيعة القانونية للجنين ، ومدى إمكانية تقرير له الشخصية القانونية ببيان طبيعتها و نطاقها.

الكلمات المفتاحية: الجنين ; المركز القانوني ; الطبيعة القانونية ; الشخصية القانونية

Abstract:

Recognizing the fœtus as a human being does not exist from a legal point of view due to its actual and certain non-existence through birth and its lack of legal personality on the one hand, and in contrast to it being recognized on the other hand by many rights that can only be enjoyed by those who have legal personality, made it The issue of the legal status of the fetus has an exceptional legal nature within the legal system, which made it the subject of many legal and jurisprudential discussions in the face of the absence of a clear legislative position, which raised some ambiguity about the problem of the duality of its legal nature. About the extent of the reality of this human being from the legal and legal point of view, and its legal status, by investigating through our study about the legal nature of the fœtus, and the extent to which it is possible to determine the legal personality by stating its nature and scope.

Key words : Fœtus ; Légal position ; Légal nature ; Légal personality

***المؤلف المرسل**

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

1 – مقدمة

لقد خلق الله سبحانه وتعالى الإنسان وكرمه، وأوجده في أحسن صورة و أبهى هيئة مصداقا لقوله ﷻ ﴿لَقَدۡ خَلَقۡنَا ٱلۡإِنسَٰنَ فِيٓ أَحۡسَنِ تَقۡوِيمٖ﴾ [1] صدق الله العظيم، مميزا إياه عن سائر المخلوقات، فوهبه العقل الذي يعبده به حق العبادة، ويميز به بين الأشياء و الأفعال خيرها وشرها لقوله ﷻ ﴿وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ وَحَمَلۡنَٰهُمۡ فِي ٱلۡبَرِّ وَٱلۡبَحۡرِ وَرَزَقۡنَٰهُم مِّنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَفَضَّلۡنَٰهُمۡ عَلَىٰ كَثِيرٖ مِّمَّنۡ خَلَقۡنَا تَفۡضِيلٗا﴾ [2] صدق الله العظيم .

كما كرم الله تعالى الإنسان بآستخلافه في الأرض، وأفاض عليه نعمه من القدرة على النطق والبيان وإدراك حقائق الأمور وخصائص الأحكام، ومعرفة الاكتشاف من الحكم والأسرار لقوله ﷻ ﴿إِنَّ فِي خَلۡقِ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ وَٱخۡتِلَٰفِ ٱلَّيۡلِ وَٱلنَّهَارِ لَأٓيَٰتٖ لِّأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ﴾[3] صدق الله العظيم.

نظرا لهذه المكانة العظمى التي أولاها الله سبحانه وتعالى للإنسان أقر له العديد من الحقوق أهمها حق الحياة والعيش ليؤدي دوره في الحياة، هذا الحق الذي يعتبر من أجل حقوق الإنسان الأساسية، بل هو الحق الأكثر أهمية على الإطلاق، كونه رأس المال الحقيقي للإنسان، والهبة العظمى التي منحها الله تكريما وتفضيلا له على كثير من مخلوقاته، وانطلاقا من هذه المقاربة نجد الشريعة الإسلامية قد أقرت الحق في الحياة على رأس كافة حقوق الإنسان لقوله ﷻ ﴿وَلَكُمۡ فِي ٱلۡقِصَاصِ حَيَوٰةٞ يَٰٓأُوْلِي ٱلۡأَلۡبَٰبِ لَعَلَّكُمۡ تَتَّقُونَ﴾ [4] صدق الله العظيم، وهو حق طبيعي مقرر لجميع الناس بحكم آدميتهم، لا تمنحه دولة أو مجتمع، وإنما تقتصر مهمة الدولة أو المجتمع على الاعتراف به، إذ لا يمكن إلغاؤه أو التنازل عنه تحت أي ظرف أو ضرورة.

ولكون أن الجنين يعتبر بداية التكوين ونواة البشرية، إذ يشكل التهيئة الجسدية وأول مراحل خلق الإنسان التي تعد مرحلة مهمة ونقطة تكامل حياة الإنسان، إذ تتشكل فيه أعضاؤه وأجهزته، اهتمت الشريعة الإسلامية بالجنين قبل نشأته وتكوينه في رحم أمه، ويتجلى لنا ذلك من خلال آيات القرآن الكريم التي بينت إبداع الخالق سبحانه وتعالى في تصوير المراحل الجنينية بدقة متناهية، وهذا بديهي إذ أن من أعظم النعم الدالة على قدرة المولى عز وجل خلق الإنسان.

---

[1] سورة التين، الآية .04.
[2] سورة الإسراء، الآية .70
[3] سورة آل عمران، الآية 190.
[4] سورة البقرة، الآية .179.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

من هذا المنظور أحاطت الشريعة الإسلامية الجنين بحماية خاصة من أي اعتداء سواء كان نفسا من أنفس الحياة أو مجرد حمل مستكن في رحم أمه، هذه الحماية التي شملت كافة أطوار الحياة الجنينية بتحريم وتجريم إسقاط الجنين لأي سبب كان حتى ولو كان ناتج عن علاقة غير شرعية كالزنا أو لفقر الوالدين مصداقا لقوله ﷻ ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَـٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَـٰقٍ ۖ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ ۚ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا﴾[5] صدق الله العظيم ، مجيزة إياه إلا لضرورة الحفاظ على حياة الأم باعتبارها الأصل[6].

إلا أنه وبمرور الزمن أثارت نشأة الكائن البشري منذ بعث الروح فيه إلى حين تكوينه اهتمام العديد من الفلاسفة والأطباء والمفكرين عبر الحضارات، إذ أضحت محورا لمناقشات أساسية وهامة حول المركز القانوني للجنين في بطن أمه ومدى أحقيته للحماية القانونية.

هذا الجدال الفلسفي التقليدي الذي حصر " الجنين " منذ القانون الروماني ضمن بوثقه من الخيال القانوني، معترفا به ككائن بشري غير موجود من الناحية القانونية لعدم توفره على الشخصية القانونية، ونقيضا لذلك قادرا على اكتساب العديد من الحقوق، هذا ما جعله محل العديد من النقاشات الفقهية القانونية، إذ اختلفت حول طبيعة مركزه القانوني الآراء والتوجهات، أمام عدم وجود موقف تشريعي واضح.

وأمام هذا الوضع أضحى المركز القانوني للجنين يطرح شيئا من الغموض حول إشكالية ازدواجية طبيعته القانونية، هل هو شخص الحق sujet du droit أم الشيء محل الحق objet du droit، وما زاد هذه الإشكالية تعقدا التطور العلمي والبيولوجي الذي لعب دورا كبيرا في تعقيد تحديد المركز القانوني للجنين، من حيث أن الجنين أضحى في عصرنا الحديث يمكن فصله عن أمه مع بقائه حيا، ويمكن تخليقه خارج رحم الأم.

قد لا يكون من السهل بمكان تحديد الطبيعة القانونية للجنين لاختلاف الأطوار التي مر بها من لحظة الإخصاب إلى حين الولادة، إضافة إلى مدى اعتباره إنسانا سواء كان حيا أو ميتا، وقد زادت التقنيات المستحدثة في الإنجاب الصناعي الأمر تعقيدا، إذ لم يعد وصف الجنين مقتصرا على الحمل داخل الرحم بل امتد ليشمل البيضة المخصبة خارجه سواء في أنابيب الاختبار أو في بنوك الأجنة.

---

[5] سورة الإسراء، الآية 31.

[6] عيساني سعاد، "الحماية الجنائية للجنين"، رسالة دكتوراه في تخصص القانون والصحة، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، س.2012-2013 ، ص.2.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

إن الطبيعة الاستثنائية التي يتميز بها المركز القانوني للجنين و شخصيته القانونية داخل النظام القانوني ومدى ارتباطها بحقوق الإنسان جعلت من الأهمية بمكان الخوض في هذا الموضوع الشائك الذي يشكل إستثناءا عن القاعدة التي مفادها أن الشخصية القانونية تثبت لكل إنسان باعتباره صالحا لاكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات منذ ولادته إلى غاية وفاته ، إلا أن إقرار الحقوق لشخص الحق قبل وجوده خروجا عن القاعدة العامة يحتم أيضا التدخل لفرض شيء من الحماية القانونية المؤقتة لهذه الحقوق في غياب صاحبها إلى حين اكتمال شخصيته القانونية وتحولها من الشخصية الاحتمالية المعلقة على شرط إلى شخصية يقينية ثابتة بمجرد الولادة حيا.

كما أن خوض في الطبيعة القانونية للجنين له أهمية بالغة في تحديد إمكانية الانتفاع به سواء في إجراء التجارب العلمية أو العلاج و غيرها من صور الانتفاع التي تتوقف على معرفة حقيقة الجنين ، هل هو إنسان يستحق الحماية القانونية أم لا؟، و إذا كان إنسانا هل يعتبر كذلك من لحظة الإخصاب ، أم في مرحلة أخرى من مراحل النمو؟، وهل يمكن اعتباره مخلوقا أقل رتبة من الإنسان، أم أنه يخرج من إطار الآدمية وحينها يمكن اعتباره شيئا له قيمة مالية ليكون محلا مشروعا للتعاملات القانونية ؟ ، أم يمكن أن يكون إنسانا ولكنه محلا صالحا للاتفاقيات القانونية ؟.

من الطبيعي أن كل هذه الفرضيات والتساؤلات المذكورة سالفا تختلف بين كون الجنين داخل الرحم أو خارجه، تطرح الإشكالية التالية: **- ما طبيعة مركز الجنين وشخصيته ضمن النظام القانوني والشرعي؟**

للإجابة على هذه الإشكالية سوف نحاول التطرق إلى عدة عناصر مهمة، تتمحور حول تحديد طبيعة الجنين من الوجهة الفقهية والقانونية وحتى الطبية، وكذا معرفة مدى إمكانية تقرير الشخصية القانونية لهذا الكائن الحي وطبيعتها القانونية.

2- التعريف اللغوي والعلمي للجنين وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية منه

يعتبر الجنين أول مراحل خلق الإنسان، وهي مرحلة مهمة تشكل نقطة تكامل في حياته، ومن البديهي أن يتبادر إلى أذهاننا منذ الوهلة الأولى إلى أن الجنين هو الكائن الذي ينمو في بطن أمه بمجرد تلفظنا بهذا اللفظ، ولكن قد يأخذ مفهوم الجنين بعدا شرعيا وعلميا أوسع من المفهوم اللغوي الضيق، وعلى هذا سوف نحاول تبيان المعنى الحقيقي للجنين من خلال تعرضنا إلى مدلوله اللغوي والاصطلاحي.

ونظرا للطبيعة الخلقية للجنين واختلاف مراحل تكوينه ونموه وتعقد هذا الأخير سواء من الناحية الشرعية أو العلمية لما تحويها من أسرار باطنية غير ظاهرية، اختلف في إعطاء مفهوم موحد للجنين ما بين اللغويين وفقهاء الشريعة الإسلامية، القانونيين وعلماء الطب، وهذا ما سوف نحاول استجلاؤه فيما سوف يلي .

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

1.2 – التعريف اللغوي للجنين

يعرف الجنين لغة بكونه " الولد مادام في البطن و، والجمع أجنة أو أجنن، وهو مشتق من جن أي استر"[7]، وقد أكد ذلك الزمخشري في كتابة أساس البلاغة [8]، فالأجنة لغة هي جمع جنين أو أجنن، جن الشيء تجنه جنا، أي يستره، وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك، وفي القول جن عليه الليل أي ستره، ويسمى "الجن" بسبب استتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه [9]، ويعبر عن الجنين لغة أيضا بكونه " وصف له مادام في بطن أمه، فإذا كان مولودا فهو منفوس "[10]، جلي مما سبق و أن أهل اللغة حصروا تعريفهم للجنين في عنصر "الاستتار" معتبرين إياه الحمل إلى أن يخرج من بطن أمه دون الاعتداد بما يحدث من جزئيات خلال مرحلة الحمل من نشأة و بعث للروح وتكوين، ونمو هذه المراحل التي لها أهمية لا يستهان بها في تحديد مفهوم جنين طبيعته ومركزه القانوني.

2.2- التعريف العلمي للجنين

يطلق بعض علماء الأجنة لفظ الجنين على البيضة المخصبة بعد انغراسها في جدار الرحم، معبرين عنها بالكرة الجرثومية، وعندما تنغرز هذه الكرة في جدار الرحم تكون قد تحولت من نطفة الأمشاج إلى علقة، وهي المرحل الجديدة لها في الحياة الجنينية أي مرحلة العلقة [11]، ومن هنا يتجلى وأن علماء الأجنة قصروا تعريفهم للجنين على فكرة " الانغراس "دون الاعتداد بما يحدث خلال مرحلة النمو.

خلافا لذلك يرى علماء الطب أن الجنين هو نتاج عملية اتحاد الحيوان المنوي من الأب مع بويضة الأم، فينمو الجنين بانقسام الخلايا وتضاعفها داخل الرحم لمدة تسعة أشهر، فيأخذ الجنين 23 كروموزوما من الأب و23 كروموزوما من الأم، ويحصل

---

[7] إبن منظور جمال الدين أبو الفضل،" لسان العرب"، (قاموس) ، دار بيروت للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، س.1970 ، ص.701 .

[8] أبو القاسم جار الله محمود بن عمر إبن أحمد الزمخشري، "أساس البلاغة،" ، ج.1 ، دار الكتب العلمية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، د.س، ص105 .

[9] مجد الدين أبي السعد إبن الأثير، "النهاية في غريب الحديث"، مؤسسة إسماعيليان للطباعة والنشر، قم، إيران، د.س، ص.2 – 3.

[10] الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير"، ط.1 ، مكتبة بيروت للطباعة والنشر، لبنان، س1987، ص.43.

[11] محمد علي عبد البار، "خلق الإنسان بين الطب والقرآن "، ط.4، الدار السعودية للطباعة والنشر، السعودية، س.1983، ص200.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

على الغذاء من الأم طيلة مدة الحمل. [12]، وقد صنف أهل الطب الجنين حسب مراحل نموه، فالجنين في مراحله الأولى يطلق عليه لفظ" embryon " وهو الحميل ويراد به انقسامات البويضة خلال الشهور الأولى، والجنين خلال المراحل التالية يطلق عليه **لفظ** " fœtus**"**والمراد به الطفل الذي لم يولد بعد واكتملت بنيته وأصبح بإمكانه أن يعيش إذا نزل من بطن أمه [13].

ويتفق علماء الأجنة مع الطب على المراحل الأولى من الحمل وهي مرحلة البويضة الملقحة، ويختلفون في عدها من المراحل، حيث اتفقوا على أن خلق الإنسان على مستوى الجينات مقدر مرسوم وإنه على مستوى الخلايا والأنسجة وتتطور عبر أطوار متعددة حيث يكون الجنين قد شكل بشكله الإنساني وتكوين معظم أعضائه [14].

3.2 – موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من مدلول " الجنين"

لقد عبر الله سبحانه وتعالى عن الجنين في عدة مواضع من خلال الآيات الواردة في القرآن الكريم على اختلاف الألفاظ التي تؤدي إلى مدلول الجنين، إذ أشار للجنين بصريح اللفظ من خلال قوله ﷻ ﴿ٱلَّذِينَ يَجۡتَنِبُونَ كَبَٰٓئِرَ ٱلۡإِثۡمِ وَٱلۡفَوَٰحِشَ إِلَّا ٱللَّمَمَۚ إِنَّ رَبَّكَ وَٰسِعُ ٱلۡمَغۡفِرَةِۚ هُوَ أَعۡلَمُ بِكُمۡ إِذۡ أَنشَأَكُم مِّنَ ٱلۡأَرۡضِ وَإِذۡ أَنتُمۡ أَجِنَّةٞ فِي بُطُونِ أُمَّهَٰتِكُمۡۖ فَلَا تُزَكُّوٓاْ أَنفُسَكُمۡۖ هُوَ أَعۡلَمُ بِمَنِ ٱتَّقَىٰ﴾ [15] صدق الله العظيم.

كما عبر عنه بالحمل في آية أخرى مصداقا لقوله ﷻ ﴿وَٱللَّهُ خَلَقَكُم مِّن تُرَابٖ ثُمَّ مِن نُّطۡفَةٖ ثُمَّ جَعَلَكُمۡ أَزۡوَٰجٗاۚ وَمَا تَحۡمِلُ مِنۡ أُنثَىٰ وَلَا تَضَعُ إِلَّا بِعِلۡمِهِۦۚ﴾ [16] صدق الله العظيم، وقوله تعالى ﴿فَلَمَّا تَغَشَّىٰهَا حَمَلَتۡ حَمۡلًا خَفِيفٗا فَمَرَّتۡ بِهِۦۖ﴾ [17] صدق الله العظيم، وفي آية أخرى عبر عنه بالولد لقوله ﷻ ﴿وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَوۡلَٰدَكُمۡ خَشۡيَةَ إِمۡلَٰقٖۖ نَّحۡنُ نَرۡزُقُهُمۡ وَإِيَّاكُمۡۚ إِنَّ قَتۡلَهُمۡ كَانَ خِطۡ ا كَبِيرا﴾ [18] صدق الله العظيم.

---

[12] علي محي الدين القدواغي،" فقه القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية طبية مقارنة مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية"، شركة البشائر الإسلامية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، س.2006، ص430.

[13] عبد النبي محمد محمود أبو العينين،" الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، س.2006، ص.30.

[14] سيف رجب قزامل، "الجناية على الجنين وعقوبتها"، دار الجامعة للطباعة والنشر، بدون بلد، س.2006، ص.13.

[15] سورة النجم، الآية 32.

[16] سورة فاطر، الأية.11

[17] سورة الأعراف، الآية .189.

[18] سورة الإسراء، الآية 31.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

ذهب بعض العلماء إلى أن جنين الإنسان على العموم هو المخلوق الذي يتكون في رحم المرأة نتيجة تلقيح بويضتها بالحيوان المنوي الذي يحتوي عليه ماء الرجل ويطلق اسم الجنين على هذا المخلوق مادام في رحم أمه بتحقيق استتاره فيه، وقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بوضع تعاريف اصطلاحية للجنين تتراوح فيما بينها من حيث تحديد مفهومه [19].

وفي إطار إيجاد تعريف فقهي للجنين ذهب الحنفية إلى أنه لا يحكم على ما في الرحم بأنه جنين اعتمادا على ما ظهر منه من بعض خلقه، والحكم بكونه جنينا يكون بعد ظهور فيه شيء من آثار النفس، أما إذا لم يستبين فيه شيء من الآثار النفسية فنكون بصدد العلقة أو المضغة أو دم جامد [20]، والمقصود بظهور شيء من خلقه أن يخرج منه أصبع أو ظفر أو شعر [21]، وفي هذا الشأن يرى صاحب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع أن " الجنين إذا لم يستبين من خلقه شيء فليس بجنين وإنما مضغة"[22].

اما نظرة المالكية للجنين فهي تشمل كل ما تحمله المرأة في رحمها من علقة أو الدم المتجمع مع معرفتهم بأن هذا الدم المتجمع يتكون منه مخلوق، وقد جاء في المنتقى في تعريف الجنين وفق المذهب المالكي بأنه " كل ما حملته المرأة مما يعرف، بأنه ولد وإن لم يكن مخلقا"[23]، وقد سئل مالك عن وجوب "الغرة"[24] على النحو التالي " أرأيت إن ضربها رجل فألقته ميتا مضغة أو علقة ولم يستبين من خلقه أصبع ولا عين ولا غير ذلك أيكون فيه الغرة أم لا؟" فأجاب بقوله " إذا ألقته فعلم أنه حمل وإن كان مضغة أو علقة أو دما ففيه الغرة وتنقضي به العدة من الطلاق"[25].

---

[19] أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، "الجامع لأحكام القرآن"،ج.18 ، دار الكتب المصرية للطباعة و النشر، مصر ، س.1935، ص.115 .

[20] زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي،" البحر الرائق في شرح الدقائق"، ج.1، ط.3، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، س.1993، ص.479.

[21] محمد أمين المعروف بابن عابدين، " حاشية رد المحتار على الدر المختار"، ج.2، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، س.1995، ص.201.

[22] علاء الدين الكساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع "، ج.7، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، س.1982، ص.325.

[23] غانم محمد، "أحكام الجنين في الفقه الإسلامي"، دار إبن حزم للطباعة والنشر، مصر، س.2001، ط.1، ص.30.

[24] " الغرة " هي ما يجب على الجاني دفعه للورثة في حال تسببه إسقاط الجنين.

[25] أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، "المنتقى في شرح موطأ الإمام مالك"، ج.7، ط.2 دار الكتاب الإسلامي للطباعة والنشر، القاهرة، د.س، ص80.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

بينما عرف الشافعية الجنين بأنه هو " ما تعرف القوابل منه أنه مبدأ خلق آدمي، وإن كان مضغة أو علقة، سواء تصور فيه صورة آدمي أم لم يتصور، بشرط أن تقول القوابل أنه مبدأ خلق آدمي فيه صورة ولو بقي لتصور، أما إذا شككن فيه فليس بشيء"[26].

وقد ذهب الشافعية إلى أنه لا يحكم على ما في الرحم بأنه جنين حتى يتبين بعض خلقه، فإن ظهر فيه شيء من أثر النفوس فهو جنين [27]، فهو يعرف عندهم على أنه كل مضغة فيها صورة آدمي، وقد خالف الإمام الغزالي مذهب الشافعية بقوله إن " بداية حياة الجنين منذ أن تقع النطفة حتى الرحم وتختلط بماء المرأة فلا يجوز التعرض لها بأية وسيلة، حيث يبدأ تكون الجنين منذ تلك اللحظة (التلقيح الأول)"[28].

يرى الحنابلة أن الجنين يكون مع بداية تكون صورة الآدمي فيه، أما قبل ذلك فلا يعلم يقينا أنه جنين، وهذه لصورة معتبرة ولو كانت خفية، واستثنى بعضهم ذلك معتبرين أن بداية الجنين وتصوره تكون منذ كونه علقة، أما النطفة فإنها تتعقد بعد وقد لا تتعقد. [29].

3 - الجنين من منظور التشريع الجزائري والفقه القانوني الوضعي

خشية تحميل النصوص التشريعية أكثر مما يطاق دأبت التشريعات إلى إسناد مهمة إيجاد تعاريف للمفاهيم إلى الفقه القانوني، ما جعل كل من المشرع الجزائري والمصري غرار التشريع الفرنسي الإكتفاء بالإشارة إلى " الجنين" ضمن العديد من النصوص القانونية، والتي سوف نحاول الإشارة إليها بشيء من التحليل في التشريع الجزائري مع بيان موقف الفقه القانوني الوضعي في هذا الشأن.

---

[26] شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج"، ج.1، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، س1968، ص.356.

[27] محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر، "المبسوط للسرخسي"، ج.3، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، س.1986، ص.213.

[28] محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المكنى ب (أبو حامد الغزالي)، "إحياء علوم الدين"، ج.2، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د.س، ص.51.

[29] سناء عثمان الدبسي، " الإجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الاصطناعي "، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س2010، ص.74-75. -

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

3. 1 – الجنين في التشريع الجزائري

أشار المشرع الجزائري إلى " الجنين" من خلال المادة 25 من القانون المدني التي نصت صراحة على أنه "تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"[30].

كما تطرق المشرع الجزائري إلى لفظ " الجنين " و " المضغة " دون تعريفهما من خلال المادة 76 من قانون الصحة التي تنص صراحة على أنه " يمكن إجراء التشخيص ما قبل الولادة بأمر طبي من أجل اكتشاف مرض بالغ الخطورة للمضغة أو الجنين داخل رحم الأم"[31]، ولعل المشرع الجزائري فضل في ذلك فسح المجال للفقه والقضاء في تولي هذه المهمة البحثية والتي تتمثل في إيجاد تعاريف للجنين وتحديده تحديدا دقيقا وفق التطورات العلمية الحديثة.

3. 2 – الجنين في الفقه القانوني الوضعي

ذهب الفقه القانوني المصري إلى تعريف الجنين بأنه " ما في الرحم من بدء التكوين بحدوث التلقيح والاستمرار فيه"[32] ، وعرفه البعض الآخر من الفقه بأنه "بيضة المرأة الملقحة بالحيوان المنوي للرجل منذ لحظة التلقيح إلى أن تتم الولادة الطبيعية"[33]، وأطلق جانب من الفقه القانوني لفظ الجنين على ما في رحم الأم منذ بداية التكوين بحدوث التلقيح و الاستقرار معرفا إياه بأنه " الكائن المستكن في رحم الأم"[34]، وهذا التعريف ينصرف إلى الجنين في رحم الأم ولا يمتد ليشمل البويضة المخصبة خارج الرحم في إطار التلقيح أو الإخصاب الاصطناعي كونهما يحدثان في الأنابيب خارج رحم الأم.

---

[30] القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-78 المتضمن القانون المدني، ج.ر44 الصادرة بتاريخ 2005/06/26.

[31] القانون رقم 18-11، الصادر بتاريخ 02-07-2018، المتضمن قانون الصحة، ج.ر.46، الصادرة بتاريخ 29-07-2018.

[32] شوقي زكرياء الصالحي، "التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر، س.2001، ص23

[33] أمين مصطفى الجمل، "إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحضر والإباحة"، ط.1 ، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر، مصر، س.20161، ص23.

[34] أميرة عدلي أمير عيسى خالد، "الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة"، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، س.2008، ص.218

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

وقد وسع جانب آخر من الفقه القانوني نطاق تعريف الجنين من حيث شموليته حتى للإخصاب الاصطناعي معرفا بذلك الجنين بكونه " البيضة المخصبة بالحيوان المنوي من بداية تكوينها وحتى الولادة سواء تم الإخصاب في داخل الرحم أو تم خارج، وسواء استمر الحمل في رحم طبيعي أو في رحم اصطناعي"، وهناك من أعطى لفظ الجنين بدء من مرحلة الكرة الجرثومية (البلاستوتسلا) والتي هي كتلة من الخلايا الأساسية التي تكون خلايا الجسم وهذه هي المرحلة التي تلي الإخصاب، وتمت تسميتها ب " الجنين الباكر"[35].

4 – الجدال القائم حول مدى اعتبار " الجنين " إنسانا في الفقه الإسلامي

إن مدى اعتبار الجنين إنسانا إشكالية فرضت نفسها منذ أقدم العصور، ووقع فيها اختلاف فقهي وقانوني، الأمر الذي يتطلب منا إجابة عن هذا التساؤل الخوض قبل كل شي في موقف كل من الفقه والتشريعات حول تحديد وقت إطلاق وصف الجنين على البيضة المخصبة، ثم تحديد بداية الحياة الإنسانية هل هي من وقت التخصيب أم من مرحلة لا حقة له؟

اختلف الفقهاء المسلمون حول مسألة بداية حياة الجنين، منقسمين في ذلك إلى أربع اتجاهات هم:

4.1 – التوجه الداعي إلى بداية الحياة الإنسانية من وقت التخصيب

يثمله الفقه المالكي الذي يرى أن بداية الحياة الإنسانية تكون من وقت حدوث التخصيب وتكون البيضة المخصبة، لذا فإنهم لا يجيزون الإسقاط قبل نفخ الروح وحتى قبل الأربعين يوما، إذ يثبت له الحق في الحياة من بداية التخصيب ويحرم الاعتداء عليه في جميع مراحل النمو[36]، ودليلهم في ذلك قوله سبحانه وتعالى ﴿إِنَّا خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ فَجَعَلْنَاهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ [37]صدق الله العظيم .

---

[35] بغدادي ليندة، استخدام الخلايا الجذعية بين الحاجة العلمية والأطر القانونية -دراسة مقارنة – جامعة عباس لغرور خنشلة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع.08، ج.02، جوان 2017، ص.987.

[36] شمس الدين محمد بن أحمد الدسوقي، "حاشية الدسوقي"، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د.س، د.ط، ص.267.

[37] سورة الإنسان، الآية.2.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

2.4 – التوجه الداعي إلى بداية الحياة الإنسانية خلال مرحلة العلقة

يمثله الحنابلة، إذ ذهب الرأي الغالب في الفقه الحنبلي أن بداية الحياة تكون خلال مرحلة العلقة أي بعد علوق الجنين في جدار الرحم أي بعد (40) يوما من الإخصاب، لذا يترتب على إسقاطه بعد مرحلة العلوق الغرة أي الدية ويجوز ذلك قبل العلوق في جدار الرحم[38]، ومن هنا اعتبر الحنابلة أن الحياة الإنسانية للأجنة تبدأ من لحظة العلوق أي الالتصاق بالبويضة الملقحة بجدار الرحم وانغراسها فيها، لوجود احتمال عدم الالتصاق الذي يؤدي إلى تلف الجنين ، كون أن البيضة الملقحة تبقى (03) أيام بعد التلقيح في قناة "فالوب "وبعدها (10) أيام في الرحم وبعدها تبدأ مرحلة الالتصاق بجداره[39].

3.4 – التوجه الداعي إلى بداية الحياة الإنسانية منذ لحظة ولوج الروح

وهو ما ذهب إليه البعض من فقهاء لحنفية والشافعية بقولهم أن بداية الحياة الإنسانية للجنين تبدأ منذ لحظة ولوج الروح، إذ ذهب الفقه الحنفي إلى حرمة إسقاط الجنين خلال مرحلة نفخ الروح أين يكون الجنين كاملا من الناحية الخلقية، موجبين بذلك الدية في حالة إسقاطه [40]، مجيزين إمكانية إسقاطه قبل نفخ الروح لكونه ليس إنسانا [41] ويتضح مما تقدم أن فقهاء الحنفية يعتبرون الحمل جنينا أو إنسانا بعد نفخ الروح فيه وينفون عنه هذه الصفة قبل ذلك.

وبالنسبة للفقه الشافعي، يرى الإمام الشافعي أن حرمة الإجهاض تكون بعد ولوج الروح ويجوز قبلها، ويرى البعض الآخر من الفقه الشافعي كراهة الإجهاض قبل ولوج الروح وحرمته بعدها مما يدل على أن الحياة الإنسانية للجنين تبدأ بعد مرحلة ولوج الروح في جسم الجنين[42]، ويرى بعض الشافعية أن الجنين قبل الأربعة أشهر لا يكون

---

[38] موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، " المغني"، ج.8، ط.1، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د.س، ص.489.

[39] إبراهيم محمد منصور الشحات، "تسب المولد عن التلقيح الصناعي"، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر، س.2011، ص.29.

[40] محمد أمين المعروف بابن عابدين، " حاشية رد المحتار على الدر المختار"، ج.2، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، س.1995، ص.246.

[41] محمد أمين المعروف بابن عابدين، " حاشية رد المحتار على الدر المختار"، المرجع السابق، ج.1، ص.367.

[42] الإمام أبي عبد الله محمد إبن إدريس الشافعي، "الأم "، ج.6، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان س.1973، ص.25.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

حيا لذلك لا يغسل ولا يصلى عليه ، وقد عرف البعض من المتأثرين بهذا الاتجاه الجنين قبل ولوج الروح بأنه " مخلوق حي بحياة النمو و الاعتداء ،و التطور جعله الله أصلا للآدمي الذي تنفخ فيه الروح"[43]، لدا فهو ليس آدمي و لا يوصف بالإنسانية ، ولا يكون حيا بالحياة الإنسانية ، كما أنه لا يوصف أنه ميت ، لأن وصف الميت يقتضي خروج الروح من البدن، وهذا شرط لم يتحقق في الجنين في هذه الفترة لأنه لم تلجه الروح أصلا، وأكد بعض الفقهاء ذلك بقولهم "ان النفخ سبب خلق الحياة الإنسانية في الجنين"[44].

هذا الاتجاه أتى مخالفا للاتجاهين الأولين ومتعارض مع ما توصل إليه الطب الحديث من وجود الحياة الإنسانية منذ بداءة التخصيب والتمييز بين الحياة وولوج الروح، علاوة على أن هذا الجانب من الفقه بحصره حقيقة الإنسان في النفس الناطقة التي تسكن البدن في أربعة أشهر من العمر التي تنقله من حقيقة إلى أخرى أي تجلعه آدميا بعد أن لم يكن كذلك يجعله من الأمر مخالفا لخلق الله سبحانه وتعالى الذي أودع في الإنسان نوعين من الحياة إحداهما مخدومة و هي الأصل و المقصود من الخلق ، وأخرى خادمة للأولى و التي تخلق قبل المخدومة وعند ولوج الروح يجمع الخالق بينهما بطريقة لا يعرف أحد حقيقتها ، ومن لحظة اجتماعها تبدأ شخصية الإنسان وتنتهي بافتراقها ، ومجرد وجود هذا النوع من الحياة لا يستلزم وجود الحياة الإنسانية ، لأن الأخيرة تتمثل بالروح عندما تحل في الجسم لذا تموت الحياة الأولى (الخادمة)، وكذاك أعضاء الإنسان عند خروج الروح من البدن[45].

4 . 4 – رأي الفقهاء المعاصرين حول بداية حياة الجنين

جمعا وتوفيقا بين بعض الاتجاهات السابقة ذهب بعض الفقهاء المعاصرون إلى القول بأن بداية الحياة تكون من لحظة الإخصاب وهي بداية أول مراحل حياة الجنين التي تكون محلا للحماية ، أما مرحلة ولوج الروح فيصير عندها الجنين إنسانا ، وهذا ما يؤكده قولهم " إذا ولجت الروح في الجنين أصبح إنسانا كاملا ، وديته عند الجناية عليه دية إنسان، أما قبل ولوج الروح فهو مبدأ إنسان لا يجوز إتلافه، إذا كان متكونا في الرحم وله دية عند إسقاطه حسب المراحل الجنينية ، أما الجنين خارج الرحم

---

[43] محمد نعيم ياسين، " حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء "، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، س.1990، ع.7، ص.102.

[44] أبي عبد الله بن محمد القرطبي، " الجامع لأحكام القرآن"، المرجع السابق، ج.12، ص.08.

[45] محمد نعيم ياسين، " حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء"، المرجع السابق، ص.74.

ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

المخصب صناعيا فلا يحرم إتلافه"[46]، وبالتالي فإن مرحلة قبل ولوج الروح أي من لحظة الإخصاب إلى ولوج الروح بالرغم من الجنين لا يعد فيها إنسانا كاملا أنه يعد مبدأ للحياة الإنسانية و لا يجوز الاعتداء عليه إذا كان مستقرا في رحم المرأة ، مستثنين في ذلك الجنين المخصب خارجيا في الأنبوب.

5 – طبيعة الجنين من المنظور العلمي والقانوني

بغية معرفة مدى تطابق وجهة النظر الفقهية مع وجهة النظر العلمية، ومدى أخذ التشريعات القانونية بها، يستوجب علينا الأمر تحت هذا العنوان التطرق إلى بداية حياة الجنين من المنظور الطبي ثم القانوني على النحو التالي.

1.5 – نظرة علماء الطب للجنين

ذهب غالبية علماء الطب إلى أن بدء الحياة الإنسانية بدأ منذ التقاء الحيوان المنوي للرجل خمع بويضة المرأة، فالحياة الإنسانية للجنين تبدأ من لحظة التقاء البويضة بالحومين وبدأ الانقسام لتكوين مخلوقا بشريا قابلا للتطور والنمو لحين الولادة، كما أن عملية استقبال الروح تحدث من خلال حياة الجنين ولا تعتبر بداية لها، إذ يبدأ الجنين بالانقسام والنمو والتمايز وتكوين الأعضاء وتطور الحواس من لحظة التخصيب إلى حين الولادة [47].

فالجنين بحسب الدكتور محمد علي البار "يجمع خلقه في الأربعين يوما الأولى وأن كلا من طور النطفة والعقلة والمضغة تكون في الأربعين الأولى، وتتميز الأعضاء تمييزا يظهرا في بعض ويخفى في بالبعض الآخر، ويكون ذلك في ثلاثين يوما على الأقل وخمسة وأربعين على الأكثر"[48].

وقد بين العلم الحديث أنه بعد مرور حوالي خمس ساعات من تلقيح البويضة، تتقدر الصفات الوراثية التي ستسود في المخلوق الجديد، والصفات التي ستتنحى، وتسمى هذه بمرحلة البرمجة الجنينية، وتستمر مرحلة الإلقاح ووصول البويضة إلى الرحم حوالي ستة أيام، ويستمر انغراسها ونموها في جدار الرحم حتى اليوم الخامس

---

[46] محمد إسحاق الفياض، " المسائل الطبية "، د. د، د.س، ص.132.

[47] نجيب ليوس، "تصرفات الجنين داخل الرحم" ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني http//www.layyous.com تاريخ الإطلاع2021/06/11 ، الساعة 07 :27 د: 56ث.

[48] عمر محمد بن إبراهيم غانم، " أحكام الجنين في الفقه الإسلامي " ، رسالة ما جيستير ، دار الأندلس الخضراء ، جدة المملكة السعودية ، س.2001، ص.35.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

عشر [49]، فبمجرد تمكن البويضة من الاستقرار في الرحم، نكون أمام بداية خلق الجنين وأن ما في بطن الأم معد لكي يصير ولدا حسب السير الطبيعي للحمل.

2.5 – الفقه القانوني ونظرته للجنين

لم تتولى التشريعات من خلال نصوصها تحديد بداية الحياة الإنسانية للجنين مكتفين بتجريم فعل الإجهاض لما فيه من اعتداء عليه لاسيما في بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري والأردني والتشريع الجزائري الذي جرم الإجهاض من خلال نصوص قانون العقوبات، من المادة 304 إلى313 [50] محددا أركان هذه الجريمة وعقوبتها، والاستثناء الواردة عن ذلك، كما تطرق المشرع إلى الإجهاض من خلال قانون الصحة [51] وكذا مدونة أخلاقيات الطب [52]، ولعلهم في ذلك فضلوا ترك هذه المهمة لأهل التخصص من علماء وأطباء وفقهاء.

في هذا الشأن انقسم الفقه القانوني في تحديدهم لبداية الحياة الإنسانية إلى اتجاهين، إذ يرى الاتجاه الأول أن بداية الحياة الإنسانية تبدأ منذ لحظة الإخصاب، وتعد المرأة حاملا بمجرد تمام عملية الإخصاب، لذا فإن البويضة الملقحة تعد جنينا يستحق الحماية القانونية منذ الحظة الأولى للإخصاب [53]، وينتقد جانب من الفقه القانوني مسألة اعتبار واقعة الولادة الوسيلة المثلى لتحقق وصف الإنسانية، إذ أنها لم تعد

---

[49] شريف كف الغزال، "الجنين ونشأة الإنسان بين الطب والقرآن"، بحث منشور على شبكة الأنترنت http://www.gulfkids.com/ar/artical-41.htm تاريخ اطلاع 2021/07/03 ، الساعة 22: 47 د

[50] الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر 49، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966، علما أن كل من المواد 304، 307، 309، 310، 313 قد تم تعديلهم بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20-12-2006، ج.ر .84 الصادرة بتاريخ 24ديسمبر 2006.

[51] القانون رقم 18-11 الصادر بتاريخ 02-07-2018، المتضمن قانون الصحة، ج.ر.46، الصادرة بتاريخ 29-07-2018.

[52] المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06-07-1992 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، ج.ر.52، الصادرة بتاريخ 08 جويلية 1992.

[53] حسن حماد حميد الحماد، "نحو معالجات لبعض المستجدات ي القانون الجنائي- الحماية الجنائية لأجنة الأنابيب-"، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، س.2013، ص.27.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

متوافقة مع التطور العلمي، وما هي إلى انتقاله من الحياة الجنينية إلى الحياة الخارجية [54].

أما الاتجاه الثاني يرى بأن بداية الحياة الإنسانية للجنين تكون بعد الأربعين يوما الأولى لبدأ الحمل دون تحديد وقت ولوج الروح بشكل دقيق، ومن جملة ما استدلوا به أن مراحل التخليق الأولى للجنين وهي النطفة والعلقة والمضغة تتكون خلال الأربعين يوما الأولى، كما استندوا على رأي البعض من الفقه الإسلامي في هذا الاتجاه، كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن الجنين يستحق الاحترام منذ أن يستقر ويعلق في الرحم ويحرم إجهاضه بعد ذلك [55].

6- تقرير الشخصية القانونية للجنين كنتيجة للاعتراف له بطبيعته القانونية ككائن بشري.

من المستقر عليه أن الشخصية القانونية هي التي تثبت بها الحقوق و الالتزامات للإنسان بمجرد وجوده ككائن حي منذ ولادته ، إلا أنه خروجا عن هذه القاعدة ورغم عدم الوجود الحقيقي للجنين، أقر الفقهاء المسلمين و مختلف التشريعات الوضعية وجودا حكميا لهذا الكائن البشري معترفين له بالعديد من الحقوق أهمها الحق في الحياة و الذي هو حق أساسي بالنسبة لجميع البشر، فثبوت الشخصية القانونية للإنسان كما سبق تبيانه تجلعه يتكسب حقوقا ويتحمل التزامات ، إلا أنه بالنسبة للجنين نجده لا يكتسب إلا حقوقا ، وهذا ما يجعلنا نخوض من خلال هذا البحث حول طبيعة المركز القانوني للجنين ، وكذا شخصيته القانونية ، هل هي تامة أم ناقصة ، وهل أن تمتعه ببعض الحقوق وارد على سبيل الاستثناء ؟ أم أنه ليس له شخصية قانونية أصلا؟

تنشأ الشخصية القانونية للإنسان بتمام ولادته حيا وانفصاله عن أمه، وتثبت الحياة بالصراخ أو غيرة من المظاهر الواضحة والدالة عليها، وتنتهي هذه الشخصية القانونية بوفاته، غير أن المرحلة التي تسبق ولادة الإنسان عندما يكون في الرحم أي عندما يكون جنينا يكتسب خلالها هذا الأخير مركزا قانونيا يستمده من تمتعه بأهلية الوجوب ولو ناقصة كانت [56]، فمن الممكن أن تتم الهبة أو الوصية لصالح الجنين، كما أنه يوقف تقسيم الإرث إلى حين ولادته أحيانا وأحيانا أخرى يحفظ له نصيبه من

---

[54] علي هادي عطية الهلالي، " المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب"، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، س.2012، ص.89.

[55] أيمن مصطفى الجمل، " إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحضر والإباحة"، ط.1 ، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، س.2010، ص.68.

[56] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.2، ط.2، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، س.2004، ص.787.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

الميراث، كما أن الجنين يتمتع بحقوق تتعلق بحقه في الصحة وحقه في البقاء حيا ، بل أن التشريعات قد خصصت نصوصا بأكملها في ظاهرها تخاطب المرأة الحامل و لكنها في باطنها ترمي إلى حماية الجنين ، ما جعل من هذه الشخصية القانونية ذات طبيعة خاصة ، إذ أن ثبوتها يقتضي ولادته حيا ، ولكن قبل هذا هي قائمة وموجودة، وهي تأخذ طابعا مؤقتا لا تكتمل وتثبت إلا بعد ولادته ، ونحن نرمي من خلال هذا العنوان إلى الإجابة عن الإشكالية التالية : ما هي طبيعة الشخصية القانونية للجنين وما هي خصائصها؟.

1.6 – الخلاف الفقهي حول الشخصية القانونية للجنين

لقد اختلفت الآراء حول مدى ثبوت الشخصية القانونية للجنين ونفيها، فهناك من يقول بأن الجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية من حيث أن النصوص القانونية لا تقرر للحمل حقوقا حالة، كونه جنينا وربطها بشرط الولادة الحية وهو ما نجده منصوص عليه في القانون الجزائري، وهناك من اتجه غير ذلك بالقول إن للجنين شخصية قانونية يقينية وتكون له حقوق مقررة بنصوص استثنائية، تثبت بثبوت شخصيته.

1.1.6 – دعاة عدم ثبوت الشخصية القانونية للجنين

ذهب هذا الرأي إلى أنه لا تثبت الشخصية القانونية للجنين إلا إذا تمت ولادته حيا، من حيث أن عدم إمكانية تصور الشخصية القانونية إلا لكيان له وجود مستقل، الشيء الغير متوفر في الجنين، إذ يعتبره البعض بأنه جزء من الأم وتابع لها في غذائه وتنفسه. [57]

استند هذا الرأي في تدعيم موقفه على ما ذكره الفقهاء و نص عليه القانون من أن الجنين لا يرث إلا إذا انفصل حيا و أن يوقف نصيبه حتى يستقين من استهلاله حيا ، ولو أن الشخصية القانونية هي أهلية وجوب و ليست أهلية أداء بالتالي فإنه له الحق وله أهلية الوجوب التي تعطيه الحق في اكتساب الحقوق و بالنتيجة يرث من حين موت المورث وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 134 من قانون الأسرة التي تنص صراحة على أنه " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا و يعتبر حيا إذا استهل صارخا أو

[57] علي الشيخ إبراهيم المبارك، "حماية الجنين في الشريعة والقانون دراسة مقارنة "، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ص.39.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

بدت منه علامات ظاهرية للحياة"[58] ، واستفادة الجنين من هذه الحقوق فقط يرجع إلى أن ضرورة رفع الظلم عن الجنين بحرمانه من أن يرث أو يتلقى وصية أو يوقف عليه أدت إلى الاعتراف له بالشخصية قبل ولادته ن وهذا يعد استثناء من الأصل و بالتالي للجنين أهلية استثنائية لا يمكن التوسع فيها و لا القياس عليها[59].

2.1.6 – دعاة الاعتراف بالشخصية القانونية للجنين

انقسم أصحاب هذا المذهب إلى رأيين، الرأي الأول ذهب إلى اعتبار أن الشخصية القانونية يرتبط وجودها بتكوين الجنين في رحم أمه منذ الوهلة الأولى لبداية التكوين، وبالتالي فهو يتمتع بالشخصية القانونية، ومؤدى ذلك أن الشخصية يرد مدلولها على مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق وليس بصفة فعلية، وبما أن القانون يعتبر الجنين قابلا لاكتساب الحقوق بالميراث والوصية فهو بمثابة إقرار له بالتمتع بالشخصية القانونية [60].

أما الرأي الثاني ذهبوا إلى القول بأنه من المتعارف عليه أن الشخصية القانونية تبدأ من ولادة الجنين وانفصاله حيا إلا أن القانون وبصفة استثنائية خرج عن هذه القاعدة ، فأثبت للجنين الشخصية وتكون أهلية ناقصة ، من حيث عدم قدرته لتحمل الواجبات و إمكانية اكتسابه للحقوق ، فشخصية الجنين تختلف عن شخصية الإنسان من حيث النقصان كونه ليس صالحا لأن تتقرر في ذمته التزامات ، كما أنه ليس صالحا للوجوب له إلا بالنسبة لبعض الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول ، فكل من النسب و الجنسية و الميراث و الوصية و الاستفادة من الاشتراط تثبت للشخص دون استنادها إلى إرادته[61].

2.6 – شروط تحقق الشخصية القانونية للجنين

---

[58] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 05-02 الصادر بتاريخ 2005/02/27 ج.ر15 الصادرة بتاريخ 2005/02/27.

[59] سليمان مرقس، "الوافي في شرح القانون المدني"،" المدخل للعلوم القانونية "، ج.1، ط.6، دار الكتب القانونية للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، مكتبة صادر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان س.1998، ص.659-660.

[60] علي الشيخ إبراهيم المبارك، "حماية الجنين في الشريعة والقانون دراسة مقارنة"، المرجع السابق، ص.60.

[61] حسام الدين كامل الأهواني، " أصول القانون "، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، س.1988 ص.438.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

تعترف التشريعات على سبيل الاستثناء للجنين بشخصية قانونية محدودة يثبت له بمقتضاها بعض الحقوق أهمها حق النسب و الإرث و الوصية و الاشتراط لمصلحته، وكذا الاستفادة من عقد تأمين أبرمه شخص لفائدته[62]، ومن بينهم المشرع الجزائري إذا أجاز الميراث للجنين من خلال نصوص المواد 128 و 134و 173و 174 من قانون الأسرة، وكذا الوصية من خلال المادة 187 من نفس القانون و الهبة أيضا من خلال المادة 209 من القانون ذاته[63]، إلا أنه بالاطلاع على نص المادة 25 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تنص صراحة على أن " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا..." ، يمكننا استنتاج أن المشرع علق تحقق هذه الشخصية القانونية لدى الجنين بمدى توفر شرطين أساسيين هما:

1.2.6 – الميلاد الفعلي

يقصد به تمام الولادة بخروج كل جسم المولود وانفصاله بشكل كامل عن جسم أمه [64]، أما إذا خرج بعضه ثم مات لم تثبت له الشخصية القانونية، وهذا ما إستقر عليه جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة، الذين ذهبوا إلى أن الجنين لا تثبت له الشخصية القانونية، ولا يكتسب الحقوق إلا بانفصاله الكامل عن بطن أمه [65].

2.2.6 – تحقق الحياة عند الميلاد

وهو أن يكون المولود حيا لحظة انفصاله عن جسم أمه، فلا تثبت الشخصية القانونية لمن انفصل ميتا أو مات قبل انفصاله الكامل عن جسم الأم ولو كان حيا عند بدء الانفصال أو أثنائه[66]، و على نفس المنوال ذهبت المحكمة العليا الجزائرية في إحدى قراراتها إلى قيام الحق في التعويض لفائدة الجنين مادام أنه قد ثبت وجوده لحظة

---

[62] محمد حسين منصور، " نظرية الحق"، دار الجامعة الجديدة للنشر والطباعة والتوزيع، الإسكندرية، مصر، س.2004، ص.11.

[63] القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المعدل بالأمر 05-02 ، السالف الذكر.

[64] Jean Carbonnier, Droit civil, Introduction ,Les personnes, Presses universitaires de France, 10°ed, 1974, p.220.

يقول كاربوني في هذا الشأن بأن "الولادة ليست دوما شرطا كافيا لاكتساب الشخصية القانونية، إذ لا بد من ولادة الجنين حيا. لأن من يولد ميتا لم يكن أبدا شخصا قانونيا، كما يجب أن يولد قابلا للحياة".

[65] عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، " المدخل لدراسة العلوم القانونية . الحق . "، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، س.1951، ص.385.

[66] محمد سامي مدكور، "نظرية الحق "، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، س.1957، ص.41.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

وقوع الضرر، ولكن هذا الحق لا يكون قابلا للاكتساب إلا بعد ولادته حيا، أما إذا مات قبل الولادة، فإن هذا الحق يزول ولا يرتب أي أثر كحصول الورثة عليه مثلا[67]، ومن هنا يبرز تميز شخصية الجنين ، فهو يكتسب الحق و لكنه يبقى موقوفا ينتظر ولادته حيا لينتقل إليه بصورة تامة.

3.6 – الطبيعة القانونية لشخصية الجنين

من خلال كل ما سبق الخوض فيه يتضح جليا وأن الشخصية القانونية للجنين تبدأ منذ الحمل، إلا أن هذه الشخصية لا تكون باتة بحيث إذا لم يولد الجنين حيا فإن الحقوق التي كانت قد تقررت له تزول بأثر رجعي، وفي هذه النقطة اختلف الفقه حول لطبيعة القانونية لشخصية الجنين، هل هي معلقة على شرط أم هي مجرد شخصية احتمالية؟، وهذا ما سوف نحاول تبيانه تحت هذا العنوان.

1.3.6 – الشخصية القانونية المعلقة على شرط

يرى بعض الفقه أن شخصية الجنين معلقة على شرط واقف، إذ ذهب الفقه القانوني البلجيكي إلى أن " الجنين معتبر قانونا منذ الحمل ، ولكن استقرار شخصيته و أهلية وجوبه معلق على شرط واقف[68]، هو ميلاده حيا ، فالشخصية القانونية بالنسبة للجنين هي شخصية تامة و ليست ناقصة بحسب وجهة نظر هذا الجانب من الفقه ، فهي موجودة منذ وجوده ، ولكنها غير باتو لخضوعها إلى شرط واقف هو تمتم الولادة حيا، فإذا تحقق الميلاد مع الحياة كانت بداية الشخصية منذ الحمل ، وإذا لم يتحقق ذلك زالت الشخصية القانونية بأثر رجعي وتعتبر كأن لم تكن[69] .

أنتقد هذا الرأي من حيث أن الشرط الواقف مناطه الإرادة، فهو يخضع لإرادة الأطراف المتعاقدة، وتعليق اكتساب هذه الحقوق على ولادته مرده إلى القانون وليس لإرادة الأفراد، كما أن الشرط الواقف أمر عارض و ليس أصيل، إذ يمكن بدون أن يوجد الحق، بينما اشتراط ولادة الجنين حيا ليس بالأمر العارض بل أمر متأصل أصيل، فلا يتصور بدون أن يوجد الحق، ولهذا لا يجوز جعل شرط الولادة حيا شرطا عرضيا ووصفه

---

[67] قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية ملف رقم 35511الصادر بتاريخ 10-10-1984، المنشور في المجلة القضائية لسنة 1990عدد.2، ص.53.

[68] ميلدرن كلين، تقرير بشأن "جسم الإنسان الشخصية القانونية في القانون البلجيكي"، منشور في أعمال جمعية هنري كابيتان، بباريس، س.1975، الجزء 26، ص.28.

[69] عبد الحي حجازي،" مذكرات في نظرية الحق"، المرجع السابق، ص.92-93.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

بالشرط الواقف و بالتالي ذهب جانب من الفقه القانوني بعدم جواز القول بأن حقوق الجنين معلقة على شرط واقف [70].

وقد ذهب جانب آخر من الفقه القانوني إلى القول بأنه صحيح أن الشرط الواقف الأصل فيه أن يكون مرده إلى إرادة الأفراد، لكن هذا لا يمنع من أن يجعل القانون بعض الحقوق معلقة على شرط واقف أو فاسخ كالوصية و الهبة ، ولعل هذا ما ذهب المشرع الجزائري إليه بقوله من خلال نص المادة 187 من قانون الأسرة بقوله " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا"، وكذا المادة 209 من نفس القانون التي تنص صراحة على أنه " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"، كما أن القول بشرط الميلاد حيا بجملته هو شرط أصيل حقا ، لكن لو فحصناه لوجدنا أن شرط الميلاد وحده هو الأصيل فقط بينما شرط الحياة هو الشرط العرضي ، ولهذا لا يمنع من القول بأن شرط الميلاد حيا هو شرط واقف لأن الحياة هي أهم ما يتعلق بمسألة ثبوت الحق ، كما أن الشرط الواقف لا يعالج جميع الحقوق التي تتعلق بالحمل المستكن فهو يوقف أثرها إلى غاية تحقق الولادة حيا ، بينما للجنين من الحقوق ما يوجب له الأثر الفوري ، كحقه في الحياة و حقه في سلامة جسمه وحقه في عدم إجراء التجارب غير العلاجية عليه.

2.3.6 – الشخصية الاحتمالية للجنين

ذهب رأي آخر في الفقه إلى القول أن حقوق الجنين احتمالية، ينصب الاحتمال فيها على ولادته حيا [71]، واعتبار الولادة حيا أمر احتمالي يجعلها عنصر أصيلا تتوقف حقوق الجنين عليه، بحيث بدونه لا يوجد الحق نهائيا، لكن المشكل الذي يعيق هذا التصور هو أن الحق الاحتمالي إذا توفر له العنصر الأصيل الذي ينقصه، و الذي يتمثل في ولادة الجنين حيا، يجعله موجودا من وقت توافر ذلك العنصر و ليس قبل ذلك، وهذا بعني أن الجنين حين ولادته تثبت له الحقوق من وقت الولادة و ليس من وقت بدء الحمل [72].

---

[70] عبد الحي حجازي،" المدخل لدراسة العلوم القانونية – الحق وفقا للقانون الكويتي . دراسة مقارنة . "،ج.2 ، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، س.1970 ، ص.93.

[71] عبد الحي حجازي،" المدخل لدراسة العلوم القانونية – الحق وفقا للقانون الكويتي . دراسة مقارنة . "، المرجع السابق، ص.56.

[72] عبد الحي حجازي،" مذكرات في نظرية الحق "، المرجع السابق، ص.93-94.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

وانتقادا لهذا التوجه الفقهي يرى الدكتور أقزيط بأن هذا الرأي جعل من قبيل التزيد، ذلك أن الحقوق الاحتمالية هي نفسها الحقوق الموقوفة على شرط واقف أو شرط فاسخ، إذ أن الحق الاحتمالي هو حق قد يتحقق وقد يزول بتحقق أمر مستقبل أو تخلفه [73].

7 – خاتمة

من خلال ما تم تناوله في ثنايا هاته الدراسة بمحاولة الوقوف على الطبيعة القانونية للجنين ومدى تحقق شخصيته القانونية تثبيتا لمركزه القانوني، تم التوصل إلى ما يلي.

النتائج

تبين إلى أن كل من أحكام الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية قد أحاطت هذا الكائن البشري الذي لا زال لم يظهر للوجود بحماية قانونية تحول دون اعتباره مجرد كتلة لحمية لا قيمة لها مادامت لم تتحول إلى إنسان كامل، هذا الصفة التي لا تتحقق إلا بعد الولادة.

علاوة على ذلك أن كل من الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية أقرت لهذا المخلوق الذي لا زال في بطن أمه العديد من الحقوق كالحق في حياة والحق في الذمة المالية، مقرة له أهلية قانونية تتمثل في أهلية الوجوب ولو كانت ناقصة كما ذهب إليه الفقه القانوني، وبالتالي الاعتراف له بنوع من الشخصية القانونية الاحتمالية أو الافتراضية إلى حين ثبوتها بالولادة.

إلا أن الجدير بالملاحظة أن العديد من التشريعات الوضعية ومن بينها التشريع الجزائري، أهملوا لإشارة إلى هذا النوع من الشخصية القانونية وذاك بنصهم على أن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ منذ لحظة الولادة، وهذا ما يشكل مفترق الطرق ما بين فقهاء الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، وما يشكل شيء من التناقض فيما ذهبت إليه هذه الأخيرة، من حيث أنه مادام أن الجنين يتمتع بالشخصية القانونية وهو في بطن أمه بموجب الرابطة التي تربطه معها.

[73] مفتاح محمد أقزيط، " الحماية القانونية للجنين بين الفقه والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص.140.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

التوصيات

أمام ما تم استخلاصه من نتائج لا يسعنا إلا التأكيد على ضرورة نص التشريعات على بداية الشخصية القانونية بالنسبة للإنسان عموما بمجرد الحمل به وهو جنين في رحم أمه ، من حيث أنه لا يوجد مانع قانوني من أن يكون للجنين شخصية قانونية ، ما دام أن القانون يعترف للأشخاص بشخصية مفترضة وهم أجنة في بطون أمهاتهم.

هذا الاعتراف في الحقيقة ليس استثناء من قاعدة عامة مقتضاها أن شخصية الإنسان لا تبدأ إلا بالولادة، وإنما هي قاعدة عامة تشمل جميع بني الإنسان تبدأ من وقت الحمل لتوفر شرط الحياة المتطلبة لهذه الشخصية لأنه حيا باعتبار المآل، فالحياة ليس الولادة فقد يولد الجنين ولكن ميتا، إذ يكون تقدير حياته هو استدلال على حياته في بطن أمه بالحياة التي تتحقق بعد وضعه، بمعنى الحكم على الماضي بما يثبت في الحاضر.

ومادام أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى قد أقر العديد من الحقوق للجنين كحقه في الحياة و ذلك بتجريمه للإجهاض المعاقب عليه طبقا للمادة 304من قانون العقوبات ، و حقه في الميراث وفق ما نصت عليه المواد 128 و 134 و 173و 174 من قانون الأسرة ، علاوة على الحقوق الناجمة عن التصرفات القانونية وهو في بطن أمه وفق ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 25 من القانون المدني و التي تتمثل في كل من الوصية طبقا للمادة 184 من قانون الأسرة ، و الهبة عملا بمقتضيات المادة 209 ن قانون الأسرة ، فإن هذا يعني أنه بالمفهوم الضمني اعترف له بمركزه القانوني و بالنتيجة شخصيته القانونية حتى ولو كانت ناقصة أو احتمالية ، وبالتالي كان عليه عدم حصر بدء الشخصية القانوني للإنسان الولادة ، كون أن الولادة ليست شرطا لتقرير الشخصية القانونية ، وإنما شرط لثبوت و نفاذ الحق اتجاه الجنين بعد انفصاله حيا ، و استناد على هذا كان جديرا بالمقنن الجزائري إعادة النظر في صياغة الفقرة الأولى من المادة 25 من القانون المدني بالقول أن الشخصية القانونية للإنسان على وجه العموم تبدأ بمجرد الحمل به ، حتى نعطي لمفهوم الشخصية القانوني شمولية تحوي المرحلة الجنينية أي ما قبل الولادة ثم ما بعدها أي عند خروجه من بطن أمه حيا.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

8 – قائمة المراجع و المصادر

- القرآن الكريم

– المراجع باللغة العربية

أ. المعاجم

1 - إبن منظور جمال الدين أبو الفضل،" لسان العرب"، (قاموس) ، دار بيروت للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، س.1970 .

ب. الكتب الدينية

1- علاء الدين الكساني، "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع "، ج.7، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، بيروت، لنان، س..1982

2- أبو القاسم جار الله محمود بن عمر إبن أحمد الزمخشري، "أساس البلاغة،" ، ج.1 ، دار الكتب العلمية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، د.س.

3- أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، "المنتقى في شرح موطأ الإمام مالك"، ج.7 ، ط.2 ، دار الكتاب الإسلامي للطباعة والنشر، القاهرة، د.س.

4- زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي،" البحر الرائق في شرح الدقائق"، ج.1، ط.3، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، س.1993.

5- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي، "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج"، ج.1، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، س1968.

6- شمس الدين محمد بن أحمد الدسوقي، "حاشية الدسوقي"، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د.س، د.ط، .

7- مجد الدين أبي السعد إبن الأثير، "النهاية في غريب الحديث"، مؤسسة إسماعيليان للطباعة والنشر، قم، إيران، د.س.

8- محمد أمين المعروف بابن عابدين، " حاشية رد المحتار على الدر المختار"، ج.1، 2، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، س..1995

9- محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المكنى ب (أبو حامد الغزالي)، "إحياء علوم الدين"، ج .2، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، د.س.

10- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، " المغنى"، ج .8، ط. 1، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، د.س.

11-أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، "الجامع لأحكام القرآن"، ج.12، 18 دار الكتب المصرية للطباعة والنشر، مصر، س.1935.

12-الإمام أبي عبد الله محمد إبن إدريس الشافعي، "الأم "، ج. 6 ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان س.1973.

13-الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، "المصباح المنير في غريب الشرح الكبير"، ط.1، مكتبة بيروت للطباعة والنشر، لبنان، س1987.

14-محمد بن أبي سهل السرخسي أبو بكر، "المبسوط للسرخسي"، ج.3، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، س..1986

15 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج.2، ط.2، دار القلم للطباعة والنشر و التوزيع، دمشق، س.2004، ص.787.

ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015
المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

ج – الكتب العامة
1- سليمان مرقس، "الوافي في شرح القانون المدني" ،" المدخل للعلوم القانونية "، ج.1 ، ط.6 ،دار الكتب القانونية للطباعة و النشر و التويع، مصر ، مكتبة صادر للطباعة و النشر و التوزيع ، لبنان س.1998 .
2- حسام الدين كامل الأهواني، " أصول القانون "، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة، س..1988
3 -محمد حسين منصور، " نظرية الحق"، دار الجامعة الجديدة للنشر والطباعة والتوزيع، الإسكندرية، مصر، س.2004.
4 - عبد الحي حجازي، مذكرات في نظرية الحق، " المدخل لدراسة العلوم القانونية . الحق . "، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، س.1951.
5- محمد سامي مدكور، "نظرية الحق "، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، س..1957
6 - عبد الحي حجازي،" المدخل لدراسة العلوم القانونية – الحق وفقا للقانون الكويتي . دراسة مقارنة . "، ج.2 مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، س.1970.
د . الكتب المتخصصة
1- سناء عثمان الدبسي، " الإجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الاصطناعي "، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س2010.
2- غانم محمد، "أحكام الجنين في الفقه الإسلامي"، ط.1، دار إبن حزم للطباعة والنشر، مصر، س.2001.
3- محمد علي عبد البار، "خلق الإنسان بين الطب والقرآن "، ط.4، الدار السعودية للطباعة والنشر، السعودية، س.1983.
4- علي محي الدين القدواغي،" فقه القضايا الطبية المعاصرة، دراسة فقهية طبية مقارنة مزودة بقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية"، شركة البشائر الإسلامية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، س.2006.
5- عبد النبي محمد محمود أبو العينين،" الحماية الجنائية للجنين في ضوء التطورات العلمية الحديثة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي "، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، س..2006
6- سيف رجب قزامل ، الجناية على الجنين وعقوبتها، دار الجامعة للطباعة و النشر ، بدون بلد، س..2006
7- شوقي زكرياء الصالحي، "التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية"، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر، س.2001، ص23
8- أمين مصطفى الجمل، "إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحضر والإباحة"، ط.1 ، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر، مصر، س..2016
9- أميرة عدلي أمير عيسى خالد، "الحماية الجنائية للجنين في ظل التقنيات المستحدثة"، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، س.2008.
10- إبراهيم محمد منصور الشحات، "تسب المولد عن التلقيح الصناعي"، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر، س..2011
11-محمد إسحاق الفياض، " المسائل الطبية "، د. د، د.س.
12- حسن حماد حميد الحماد، "نحو معالجات لبعض المستجدات ي القانون الجنائي- الحماية الجنائية لأجنة الأنابيب-"، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، س.2013.
13- علي هادي عطية الهلالي، " المركز القانوني للجنين في ظل الأبحاث الطبية والتقنيات المساعدة في الإنجاب"، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، س.2012.
14- أيمن مصطفى الجمل، " إجراء التجارب العلمية على الأجنة البشرية بين الحضر والإباحة"، ط.1، دار الفكر الجامعي للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، س.2010.

مجلة الدراسات القانونية (صنف ج) - Journal OF LEGAL STUDIES (Class C)
مجلة علمية دولية سداسية محكمة صادرة عن مخبر السيادة والعولمة – جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
رقم الإيداع القانوني: 3039 -2015

المجلد: 08 العدد: 01 السنة: جانفي 2022 م-جمادى الآخرة 1443 هـ ص: 313 - 337

15- علي الشيخ إبراهيم المبارك، "حماية الجنين في الشريعة والقانون دراسة مقارنة "، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، د.س.
16 - مفتاح محمد أقزيط، "الحماية المدنية و الجنائية للجنين بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي" ، دار الكتب القانونية ، مصر، س.2006.

د- الرسائل والمذكرات

1- عيساني سعاد، "الحماية الجنائية للجنين"، رسالة دكتوراه في تخصص القانون والصحة، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، س.2012-.2013.
2-عمر محمد بن إبراهيم غانم، " أحكام الجنين في الفقه الإسلامي " ، رسالة ما جيستير ، دار الأندلس الخضراء ، جدة المملكة السعودية ، س.2001.

هـ- المقالات والبحوث المنشورة

1-محمد نعيم ياسين، " حقيقة الجنين وحكم الانتفاع به في زراعة الأعضاء "، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، ع .7، س..1990
2- بغدادي ليندة، استخدام الخلايا الجذعية بين الحاجة العلمية والأطر القانونية -دراسة مقارنة – جامعة عباس لغرور خنشلة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ع.08، ج.02، جوان 2017، ص..987
3- نجيب ليوس، "تصرفات الجنين داخل الرحم"، بحث منشور على الموقع الإلكتروني http//www.layyous.com تاريخ الولوج2021/06/11، الساعة 07 :27 د: 56ث.
4 - شريف كف الغزال، "الجنين ونشأة الإنسان بين الطب والقرآن"، بحث منشور على شبكة الأنترنت http://www.gulfkids.com/ar/artical-41.htm تاريخ الولوج 2021/07/03،الساعة 22: 47 د

و- التقارير

1- ميلدرن كلين، تقرير بشأن "جسم الإنسان الشخصية القانونية في القانون البلجيكي"، ج.2 ، منشور في أعمال جمعية هنري كابيتان، بباريس، س.1975.

ن- الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا

1-قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية ملف رقم 35511الصادر بتاريخ 10-10-1984، المنشور في المجلة القضائية ع .2 ، لسنة 1990.

-باللغة الفرنسية

1-Jean Carbonnier, Droit civil, Introduction ،Les personnes, Presses universitaires de France, 10°ed, 1974.

- النصوص القانونية

1- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم.
2- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06-07-1992 المتضمن مدونة أخلاقيات مهنة الطب، ج.ر.52، الصادرة بتاريخ 08 جويلية .1992
3- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، ج.ر 49، الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966، علما أن كل من المواد 304، 307، 309، 310، 313 قد تم تعديلهم بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20-12-2006، ج.ر .84 الصادرة بتاريخ 24ديسمبر .2006
4- القانون رقم 18-11 الصادر بتاريخ 02-07-2018، المتضمن قانون الصحة، ج.ر.46، الصادرة بتاريخ 2018.-07-29
5- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر 75-78 المتضمن القانون المدني، ج.ر44 الصادرة بتاريخ 2005/06/26.