شخصية وأهلية الجنين القانونية وطبيعة حقوقه

قنال الطيب
جامعة بسكرة

الملخص :

إذا كان المبدأ يشمل الكل والاستثناء يخص الجزء الذي لا يتلائم وأحكام المبدأ العام، فهل يكون وضع الجنين استثناء على شخصية الانسان القانونية التي تبدأ بولادته رغم أنه كان جنينا، أم أن الأمر يتعلق بطبيعة الحقوق التي يشملها مركز كل منهما القانوني، وإن كان لا اختلاف في أن الشريعة الإسلامية أولت اهمية للجنين وحقوقه فكيف تعاملت الشريعة الوضعية معه خاصة أنه أصبح محل اهتمام في خضم تطورات العلوم البيولوجية والطبية، ولأنه لا يعقل أن يعتبر الجنين شيئا فهل يعتبره القانون شخصا من أشخاص الحق.

الكلمات المفتاحية: الشخصية، أهلية الجنين ، طبيعة الحقوق

Si le principe inclut tout et l'exception appartient à la partie qui ne correspond pas aux dispositions du principe général, le statut du fœtus est-il une exception à la personne morale qui commence sa naissance alors qu'il était fœtus ou lié à la nature des droits couverts par leur statut juridique? Que la loi islamique a donné la priorité au fœtus et à ses droits: comment la charia a-t-elle traité avec lui, surtout depuis qu'il s'intéresse au développement des sciences biologiques et médicales et parce qu'il n'est pas raisonnable de considérer l'embryon؟

مقدمة

عند الحديث عن الشخصية القانونية فإنه يجب التطرق إلى نص المادة 25 من القانون المدني التي تنص على أنه: (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا).

فهذا النص يؤكد أن بداية شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، وأن واقعتي الميلاد والوفاة تثبتان بسجلات الحالة المدنية، وعلى ضوء ذلك فإن الشخصية القانونية تثبت للإنسان بصفة يقينية ومؤكدة بتوافر شرطي الميلاد أي بانفصال المولود عن أمه انفصالا تاما وتحقق حياته لحظة انفصاله [1] ولعل هذا الشرط يتماشى مع ما ورد في المادة 114 من قانون الحالة المدنية التي تنص على: (يمكن أن يتضمن عقد الحالة المدنية في الدفتر العائلي الإشارة إلى الطفل الذي صرح بولادته ميتا إذا طلب ذلك أبواه، وفي هذه الحالة يبين ضابط الحالة المدنية بصفة صريحة بأن هذا الولد صرح بولادته ميتا)، غير أن المشرع أورد في الفقرة الثانية من المادة 25 وضعا استثنائيا خاصا بالجنين حين نص على تمتعه بالحقوق التي يحددها القانون شرط الولادة حيا، وهي الفقرة التي أثارت جدلا كبيرا بين فقهاء القانون لا سيما حول مدى تمتع الجنين بأهلية وشخصية قانونيتين ونظرة القانون إليه، ومرد ذلك إلى التحليل الشكلي للنص فالفقرة الأولى أوردت مبدأ عاما يحكم بداية ونهاية شخصية الإنسان، بينما تناولت الفقرة الثانية حالة استثنائية تخرج عن نطاق إعمال المبدأ العام وهو ما يستشف من عبارة (على أن)، فالأصل أن الاستثناء يرد على القاعدة العامة ويطبق على البعض دون الكل، لكن هل يعقل أن يكون الاستثناء منصبا على الجنين بينما

المبدأ يطبق على كل من ولد حيا واستمرت حياته كذلك إلى غاية وفاته، وقد كان في مرحلة ما جنينا؟ وهو أمر لا يعد من قبيل المعقول ويثير التساؤل إن كان الإشكال الذي يثيره النص يكمن في مدى تطبيق المبدأ على الاستثناء أم في تقرير وضع خاص يخرج تماما عن نطاق المبدأ؟ [2].

1- شخصية الجنين وأهليته: إعمالا لنص المادة 25 من القانون المدني فإن ثبوت الشخصية القانونية للشخص تكون بميلاده حيا على أن القانون يعترف للجنين بحقوق معينة شريطة ميلاده حيا، وهو شرط ثبوت الشخصية. وهنا يكمن التساؤل حول أساس ثبوت هذه الحقوق ومدى علاقتها بالشخصية القانونية، وفي ذلك اختلف الفقهاء إلى آراء نوجزها فيما لي:

1-1- ذهب الرأي الأول إلى القول بأن الجنين لا يتمتع بالشخصية القانونية طالما لم يتحقق شرطها المتمثل في الولادة، وأن اعتراف المشرع بمجموعة من الحقوق له أمر استثنائي أملته ضرورة رفع الظلم عنه وحمايته، كما أنها حقوق لا تحتاج إلى قبول، وأن الوصي الذي يعين لإبداء التعبير والقبول مكان الجنين ليس سوى أمينا لحفظ أمواله [3]، فالحقوق التي يتمتع بها الجنين والتي حددها له القانون لا تحتاج إلى قبول كالحق في الهبة والميراث وغيرهما مما يجعل من أهلية الوجوب المقررة له تنحصر في هذه الحقوق دون غيرها [4]، فالإنسان لا يعتبر إنسانا ولا يعد شخصا طبيعيا إلا منذ لحظة استقلاله عن غيره فتكون له حياة ومعنى، وبذلك فشرط ثبوت الشخصية هو الولادة حيا، أما قبل تحقق هذا الشرط فيعتبر الجنس البشري شيئا لكونه مجرد خلايا مجردة من كل حياة ولا شخصية له تذكر [5].

1-2- في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه وباعتبار الشخصية القانونية هي مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق ولو لم تكتسب فعلا أو اقتصر الأمر على حقوق دون أخرى، فإن الجنين يتمتع بهذه الشخصية وأن وقت ميلاده يعتبر إثباتا لها وبداية لاتساع واكتمال أهلية الوجوب الخاصة به بعد أن كانت ناقصة، وفي هذا تأكيد على أن الشخصية تبدأ من طور الاجتنان وتلازمها أهلية وجوب ناقصة وأساس ذلك أن الحق يعني بالضرورة وجود صاحب ينسب إليه وتقررت له صلاحية اكتسابه قانونا لتمتعه بالشخصية القانونية، وأن هذه الأخيرة إما أن تكون موجودة وإما أن تكون منعدمة ولا حل وسط بينهما [6]، مما يعني أن ثبوت الحق للجنين يجعل من شخصيته كاملة وأن النقصان يرد على أهلية الوجوب التي تكون لاحقة للشخصية طالما أنها تعني مدى الصلاحية لا الصلاحية في حد ذاتها، فالجنين قبل ولادته يتمتع بشخصية تعطيه أهلية وجوب ناقصة ومحدودة لاقتصارها على صلاحية اكتساب ما ينفعه، غير أن هذه الشخصية غير باتة وغير ثابته يتوقف استقرارها على ولادته حيا لنفاذ هذه الحقوق التي تثبت له وهو في بطن أمه، وفي هذا أصل يحتاج إلى الثبات بتحقق واقعة الميلاد أي مرحلة احتمال ومرحلة تحقق [7].

1-3- بينما يذهب فريق آخر من الفقه إلى القول لأن شخصية الجنين وأهليته تكون محدودة تشمل اكتساب الحقوق النافعة نفعا محضا، وهي بهذا صفة يقررها القانون بمقتضاها يكون للجنين أهلية اكتساب حقوق في حدود تتماشى مع استتاره وعدم اكتماله، وأنه محتمل وغير محتمل ظهوره، أي أنها شخصية ناقصة لا تتحمل التزامات عكس الشخصية الكاملة طالما أن الالتزام يتطلب أن يكون الشخص كامل الوجود وظاهرا وهو ما يفسر نقصان تمتع الجنين بالحقوق [8].

وباستقراء هذه الآراء نخلص إلى ذلك الارتباط الوثيق بين الشخصية والأهلية وكذلك الذمة المالية، وقد سبق تبيان أهمية التمييز بينهما ومناط كل واحدة منهما هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن فكرة الشخصية الاحتمالية والناقصة لم يرد بشأنها حكم قانوني.

ومن خلال كل ما سبق فإن تحليل مضمون المادة 25 من القانون المدني التي أكدت ثبوت الحقوق المحددة للجنين قبل ولادته وهو شرط بداية الشخصية القانونية وفقا لنفس المادة، وأن اكتساب الحق لا يكون إلا للأشخاص القانونية، مما يعني أن ولادة الجنين حيا تؤكد شخصية وتثبتها ولا تنشؤها.

ووفقا لما تقدم فإن الوضع الاستثنائي للجنين يتسم بصفتين: تتمثل الأولى في الاستقلالية والثانية في التبعية، فالأولى لكونه إنسان حي منفرد بالحياة لا سيما بعد نفخ الروح فيه، بينما الثانية نظرا لارتباطه بأمه، ولعل هذه التبعية هي التي جعلت حقوق الجنين غير ثابتة إلا أن هذه الميزة تتسم بكونها مؤقتة لذلك أصبحت ثانوية أمام ميزة الاستقلالية [9]، وإن كانت مراعاة المشرع لحقوق الجنين وحمايته لها تنطلق من أسس الشريعة الإسلامية، إلا أنها كذلك تجد لها امتدادا في تاريخ القانون من خلال المبدأ الروماني الذي تبناه القضاء الفرنسي ورتب عليه آثارا وهو: (اعتبار الجنين مولودا حكما كلما اقتضت مصلحته ذلك) وهو مبدأ فقهي يجعل من الجنين شخصا للحق، ويعتبر أساس ثبوت الشخصية القانونية للجنين بل ويصلح كذلك لتجريم الإجهاض، فهو بمثابة الدرع الواقي لمركز الجنين القانوني، ويرى فقهاء القانون أن هذا المبدأ يعتبر من قبيل الترقية للجنين إلا أن طبيعة شخصيته مشروطة بولادته وأنها ترتب حقوقا لا التزامات، فهو إذا مبدأ يخدم مصلحته ولا يستفيد منه غيره أي أنه نظام حماية منذ أول لحظة في بطن أمه [10].

2- الطبيعة القانونية لحقوق الجنين: وطالما أن الجنين له شخصية قانونية تخوله أهلية وجوب تتلائم وطبيعته المستترة وتمكنه من اكتساب حقوق منذ لحظة اعتباره جنينا، فإن طبيعة هذه الحقوق أثارت هي الأخرى جدلا بين الفقهاء تبعا لاختلاف آرائهم حول شخصيته وأهليته.

2-1 - من القانونيين من يرى أن حقوق الجنين معلقة على شرط واقف يتمثل في ولادته حيا فإن تحقق الشرط تأكدت وثبتت حقوقه بأثر رجعي وليس من تحققه بل من وقت نشأتها وتحقق سببها، وإن تخلف الشرط أصبحت كأن لم تكن [11]، ولعل هذا الشرط هو الذي لم يترك مسألة تحديد تاريخ بدء شخصية الجنين تثير إشكالات أخرى، رغم أن بعض شراح القانون استندوا في تحديدها إلى أقصى مدة الحمل وإلى آراء الأطباء المختصين لأن جميع الحقوق التي يكتسبها الجنين تبقى معلقة على شرط ولادته حيا، وهو شرط واقف تتحقق وتتأكد بوقوعه الشخصية القانونية وتثبت له الحقوق بصفة يقينية وإذا تخلف يعتبر كل ذلك كأن لم يكن، وترتيبا على ذلك إذا ولد الجنين حيا استقر له ما اكتسبه من حقوق منذ تاريخ نشأتها كحقه في الإرث الذي يكون من تاريخ وفاة مورثه وحقه في الوصية يكون من تاريخ وفاة الموصي، أما إذا ولد ميتا فإن ما تقرر له يزول بأثر رجعي ويعاد كل شئ إلى صاحبه الأصلي وهو ما يعرف بالأثر الرجعي للشرط الواقف مثلما ورد النص عليه في المادة 208 من القانون المدني [12]، ورغم أن الشرط الواقف مناطه إرادة الأطراف وأنه أمر عارض وليس أصيلا ويمكن بدونه أن يوجد الحق وهو ما

يتعارض مع حالة الجنين لكون هذا الشرط من صنع القانون وأن الولادة حيا أمر أصيل وليس عارضا غير أن هذا لا يمنع القانون أن يعلق الحق على شرط واقفا كان أم فاسخا، وأن الولادة أمر أصيل فعلا لكن الحياة أمر عارض وهي لب الشرط وليست الولادة، ومما تجدر الإشارة إليه أن هناك حقوقا تثبت للجنين ولها أثر فوري كالحق في سلامته وعدم إجراء التجارب عليه [13].

2-2- ومن القانونيين أيضا من يرى أن حقوق الجنين معلقة على شرط فاسخ وهو عدم ولادته حيا، فإذا تحقق الشرط تزول كافة حقوقه تبعا لزوال شخصيته، ويتماشى مع هذا الرأي التفسير الفلسفي القائل بأن شخصية الإنسان توجد بالقوة عندما يكون جنينا وتتم بالفعل عند ميلاده وانفصاله حيا عن أمه [14]، وعكس الشرط الواقف الذي يجعل من الحق ساكنا لا يمكن التمتع به إلا بتحققه وهو ما يتعارض مع فكرة حماية حياة وشخص الجنين حماية حالة وليست موقوفة، فإن الشرط الفاسخ يجعل من الحق المرتبط به موجودا وحالا لكنه ينقضي بتحققه بأثر رجعي حيث يصبح المشروط كأن لم يكن [15]، وقد تعرض هذا الرأي إلى النقد كون أن التسليم باعتبار حقوق الجنين حالة يترتب لا يتفق مع كونها معلقة على شرط فاسخ طالما ليس لها الأثر الفوري.

والواقع أنه ينبغي التمييز بخصوص طبيعة حقوق الجنين مالية وغير مالية، فالأولى لها أن تستند في ثبوتها إلى تحقق الشرط فاسخا كان أم واقفا طالما أن لكليهما الأثر الرجعي، أما الثانية فنجد أنها تستند في ثبوتها إلى أمور أخرى كقوة الفراش والزواج الصحيح مثلا بالنسبة للنسب.

3- الحماية القانونية لحقوق الجنين.

إن المركز القانوني للشخص يعني ما يحتويه من حقوق والتزامات في مواجهة الآخرين ويتحدد ذلك تبعا لشخصيته القانونية وأهليته أيضا، وهذا المركز يكون له محل وموضوع أي قيمة معينة يحددها القانون وهي القيمة التي تعرف غالبا باسم الحق الذي تباينت الآراء في تعريفه وتحديد خصائصه ومميزاته، وهو بصورة عامة استئثار يقره القانون لشخص ويكون له بمقتضاه التسلط على شئ أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر [17] أو هو انفراد شخص بقيمة معينة في مواجهة الغير [18] وللحق مصادر مباشرة سواء أكانت واقعة مادية أو تصرفا قانونيا، وغير مباشرة كالقانون، وطالما أن صاحب هذا الحق يكون في مواجهة الغير للتمسك بحقوقه فإنه لابد من وجود حماية قانونية تعتبر عنصرا مكملا للحق، وتبعا لأن الجنين مثلما سبق ذكره له شخصية وأهلية قانونيتين خول له بمقتضاهما القانون حقوقا وجب التطرق إليها وحماية المشرع لها.

3- 1- الحماية المدنية: المقصود بهذا النوع من الحماية، حماية ذات الجنين معنويا وماليا أي من ناحية حقوقه الشخصية وكذلك حقوقه المالية التي ثبت تمتعه بها آنفا، وقد أولت الكثير من القوانين الوضعية غلى غرار الشريعة الإسلامية اهتماما بالجنين محتفظة له بحقوقه سواء ما تعلق منها بذاته أو بجانبه المالي.

3-1-1 من الناحية المعنوية:

أ- حق النسب: يجد هذا الحق أساسه في الشريعة الإسلامية التي اهتمت به حفظا للنسل والأنساب والاستقرار خشية الوقوع في المحرمات، فبهذا الحق يدفع الجنين بعد ولادته عن نفسه الذل والضياع ويضمن له مكانته في المجتمع، ولذلك قيل أن النسب حياة، فلهذا الحق من الأهمية ما يجعله يحتل المرتبة الأولى من الحقوق الثابتة للجنين كما أنه في الشق المقابل حق للأب يحفظ به ابنه من أن ينسب لغيره وحق للأم تدفع به عن نفسها العار والتهم، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما إمرأة دخلت على قوم من ليس فيهم فليست من الله في شئ ولم يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق في الأولين والآخرين"، وقوله أيضا: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام"، وفي موضوعنا هذا فإن محل النسب هو الجنين بعد الوضع والذي لا يأتي إلا بعد المخالطة بين الرجل والمرأة في الغالب، ولقد اهتم المشرع الجزائري بثبوت النسب طالما أنه الهدف الأسمى للشريعة الإسلامية، وتناوله في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة [19].

فحدد في المادة 40 طرق إثبات النسب، بدءا بالزواج الصحيح بينما تناولت المادة 41 شروط تطبيق هذه الطريقة، حين نصت على ضرورة وجود عقد زواج صحيح استوفى كافة أركانه وشروطه وإمكانية المعاشرة بعد العقد أو ما يعرف بالدخول إعمالا لقوله صلى الله عليه وسلم: "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، مع عدم نفي النسب بالطرق المشروعة والمتمثلة أساسا في اللعان –الذي يشترط فيه أن يتم بناء على دعوى يقيمها الزوج أثناء قيام الرابطة الزوجية حقيقة أو حكما في أجل 8 أيام من يوم رؤيته للزنا أو العلم بالحمل- الذي يهدف إلى نفي النسب طالما أنه يمنع من الإرث طبقا للمادة 138 من قانون الأسرة، لتضيف المادة 42 شرطا آخر يتمثل في مدة الحمل المطلوب توافرها لإلحاق النسب والمحددة بحدها الأدنى بستة أشهر يبدأ حسابها من وقت إبرام العقد، وعشرة أشهر كحد أقصى يبدأ حسابها من يوم الطلاق أو الوفاة استنادا إلى نص المادتين 43، 60 من قانون الأسرة [20].

وثاني الطرق هو الزواج الفاسد وهو كل نكاح تم فسخه بعد الدخول وفي هذا استثناء للعقد المفسوخ قبل الدخول، فالزواج الفاسد هو كل زواج تم ركنه الأساسي إيجابا وقبولا لكنه فقد أحد شروط صحته الواردة في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، فإن كان قبل الدخول لا يرتب أي أثر ويوجب التفريق، وإن تم بعد الدخول استحقت بموجبه الزوجة صداق المثل، ويترتب عنه ثبوت النسب والنفقة والمصاهرة .. وثبوت النسب في النكاح الفاسد أيضا يستوجب الاقتران والدخول وتوافر المدة القانونية للحمل [21].

أما ثالث الطرق فهو الدخول بشبهة وهو نكاح يقع خطأ بسبب غلط يقع فيه الشخص، وللشبهة أشكال مختلفة كما لو جهل الزوج حكما من أحكام الزواج ونشأ عنه الدخول، أو العقد على امرأة وبعد الدخول تبين أنها من المحرمات، أو دخل الزوج على امرأة ظنا منه أنها زوجته وهي ليست كذلك، وفيه يشترط توافر المدة القانونية للحمل طالما أن العلاقة الزوجية قائمة ولا منازعة فيها، فنكاح الشبهة هو نكاح مختلف فيه والاختلاف شبهة والشبهة تفسر لمصلحة الولد إعمالا لقاعدة إحياء الولد بإثبات نسبه وقتله بنفيه.

والطريقة الرابعة تتمثل في الإقرار أي إثبات الشئ والاعتراف به وإخبار الشخص بحق عليه لآخر، وهو حجة قاصرة على المقر وملزمة له، ويشترط في المقر أن يكون بالغا عاقلا طائعا وأن يكون نسب الولد مجهولا لأنه لا يصح إلحاق نسب شخص معلوم نسبه أو مقطوع كابن الزنا مثلما ورد في المادة 44 من قانون الأسرة، التي أضافت شرطا آخر يتمثل في تصديق العقل والعادة للإقرار وذلك بمراعاة فارق السن، والإقرار بالبنوة هو أن يصرح به الأب المقر أما الإقرار بالأبوة فهو ما يدعيه الولد ويقره الأب، والملاحظ في الإقرار فإنه وإن كان يشترط توافر زواج صحيح فإنه لا يشترط توافر المدة القانونية، أما آخر الطرق فهي البينة المتمثلة في شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين بتقديم دلائل وحجج تؤكد وجود واقعة مادية وجودا حقيقيا بواسطة السمع أو البصر أو غيرهما [22].

وقد أضاف المشرع بتعديل 2005 طريقة أخرى تتمثل في الطرق العلمية الحديثة كالبصمة الوراثية.

ولموضوع النسب أيضا ارتباط بالعدة التي شرعت لبراءة الأرحام وحرم فيها على المطلقة الزواج أثنائها، مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لإمرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماؤه زرع غيره"، وهو ما يوجب احترام مدة العدة حتى تستبان الحقيقة ولا تختلط الأنساب [23].

وفي تعداد المشرع لكل هذه الشروط والطرق لإثبات النسب وتشدده في نفيه مراعاة للجنين وحقه في الحياة بما يضمن له مكانته في المجتمع.

ب- حق النفقة: وتعني اصطلاحا إخراج مؤونة من تجب عليه نفقته من أكل وكسوة وسكن وما يتبع ذلك، مصداقا لقوله تعالى: "أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن"، وهي دلالة صريحة على حق الجنين في النفقة وما تشمله من أكل وسكن ورعاية، فالآية تلزم الزوج بدفع نفقة الحامل وقت تطليقها وفي هذا حماية للجنين من أمراض سوء التغذية والحفاظ عليه من المؤثرات الخارجية بتوفير الاستقرار للأم [24].

ورغم اختلاف الفقهاء حول إن كانت النفقة مقررة للحمل أو للحامل إلا أن التفرقة بين الأمرين يرتب نتائج عدة أهمها:

- إن كانت النفقة مقررة للحمل فإن الحامل من نكاح فاسد أو بشبهة يلتزم الزوج بدفعها لها طالما أنه ولده ما لم ينفه، وإن كانت مقررة للحامل فلا تلزمه طالما أن الرابطة الزوجية انقطعت.
- عند نشوز الحامل لا تسقط النفقة إن كانت مقررة للحمل، وتسقط إن كانت مقررة للحامل.
- تسقط النفقة باعتبارها نفقة أقارب إن كانت مقررة للحمل، وتصبح دينا مدنيا ولا تسقط إن كانت مقررة للحامل وتبقى دينا في ذمة الرجل.

فالنفقة إذا تجب للحمل لا للحامل بدليل أنها تسقط بموته أو سقوطه وتجب بوجوده وحياته، فهي إذا مقررة لمصلحته ولو كانت لأمه طالما أنه يتغذى بغذائها ويعيش من خلالها وبواسطتها [25].

3-1-2 من الناحية المالية: ينشأ الحق المالي بناء على واقعة مادية أو تصرف قانوني.

3-1-2-1- ما يستند إلى وقائع مادية:

أ- الحق في الميراث: وهو ثابت بالسنة والإجماع، فالجنين له نصيب في الميراث مثله مثل باقي الورثة على أن ثبوت الميراث في ذمته لا يكون إلا إذا استهل صارخا.

واستنادا إلى نص المادة 126 من قانون الأسرة فإن الميراث له سببين هما القرابة والزوجية وموضع الجنين بينهما ثابت فإن كانت علاقة الزوجية قائمة فإنه يتم البحث عن شروط استحقاقه للإرث المتمثلة في موت المورث حقيقة أو حكما طبقا للمادة 127 من قانون الأسرة على أن يكون الجنين موجودا في بطن أمه ومن ثم ميلاده عملا بنص المادة 134 من نفس القانون، أما إن لم تكن علاقة الزوجية قائمة فيتم البحث في رابطة القرابة واتباع ما سبق بيانه في النسب.

وفي هذا الشأن نجد لبسا بين إعمال المبدأ العام الوارد في المادة 25 من القانون المدني التي نصت على شرط الولادة حيا فقط والمتطابق مع النص العربي لقانون الأسرة أم إعمال النص الفرنسي الذي أضاف شرطا ثانيا يتمثل في القابلية للحياة vivable، والمستمد من القانون الفرنسي، وإن كان في الأخذ بالمبدأ العام مسلما به لتطابقه مع أحكام الشريعة الإسلامية [26].

وبالتحقق من توافر الشروط يتم تطبيق المادة 173 من قانون الأسرة لتحديد نصيب الجنين ولا تكون القسمة نهائية، ولميراث الجنين حالات نوجزها فيما يلي:

- إن كان مع الجنين ورثة آخرون يحسب ميراثه على تقدير أنه ذكر أو أنثى، فإن تساوى نصيبه في الحالتين وقف له نصيبه وتقسم التركة على باقي الورثة، وإن كان نصيبه متغيرا بتغير جنسه يوفر له أوفرهما.

- إن لم يكن مع الجنين ورثة آخرون أو أنهم محجوبون فيتم وقف التركة كلها له.

- إن كان الجنين محجوبا حجب حرمان فتقسم التركة دونه، وإن كان محجوبا حجب نقصان فيوقف له أوفر الحظين [27].

ب- الحق في الوصية: وهي عقد يفيد التمليك بلا عوض تمليكا مضافا لما بعد الموت مثلما عرفها نص المادة 184 من قانون الأسرة، ويشترط لصحتها أن لا تكون لوارث وأن لا تتجاوز في مقدارها الثلث من التركة طبقا للمادة 185 من نفس القانون، وتصح كذلك للجنين إذا وجد في بطن أمه وقت انعقادها وأن يولد حيا وأن يكون موصوفا ومعينا من طرف الموصي حسب نص المادة 187 من قانون الأسرة، وهو النص الذي أقر باقتسام الشئ الموصى به في حالة تعدد الحمل بالتساوي ولو اختلف الجنس [28].

3-1-2-2- ما يستند إلى تصرفات قانونية:

ج- الحق في الهبة: وهي تمليك بلا عوض حال حياة المملك فيعم تمليكه في الحال وتمليكه في المستقبل من الزمان بعد أن يكون ذلك في حياة الواهب، ومنه فالهبة تتم في مجلس عقد واحد بصدور إيجاب وقبول وقد يكون الأخير في وقت لاحق قبل وفاة الواهب [29].

وقد تناول المشرع الجزائري الهبة بشكل عام في المواد من 202 إلى 212 من قانون الأسرة، وبالنسبة للجنين في المادة 209 منه التي نصت على أنه تصح الهبة للجنين بشرط أن يولد حيا، وهو النص الذي يتماشى مع المذهب المالكي الذي يرى أنها تحتاج إلى إيجاب دون قبول فتكون بذلك ملزمة للواهب دون

الموهوب له، ووفقا لهذا أجاز الهبة للجنين عكس باقي المذاهب الأخرى التي لا تجيزها لأنها ترى أن من شروط الهبة أن يكون الموهوب له حيا وموجودا وقت الهبة [30].

غير أن المشرع الجزائري في نص المادة 206 من نفس القانون تشترط لانعقاد الهبة الإيجاب والقبول والحيازة وباختلال أحدها تبطل، وبالعودة إلى ما سبق ذكره بشأن الأساس القانوني لحقوق الجنين إن كانت تحتاج إلى قبول أم لا وإلى طبيعة شخصيته القانونية فإن شرط القبول والحيازة لا يتوافران لاسيما وأن المشرع لم يحدد من يقبل الهبة عن الجنين بالإضافة كذلك إلى تعارض النصين من حيث شرط ثبوت هذا مثلما سبق بيانه آنفا [31].

د- الاشتراط لمصلحة الجنين: هو تصرف قانوني يتم بين شخصين غير أن تنفيذه يتعلق بثلاثة أشخاص، فالطرفان الأولان فيه هما المشترط والمتعهد أما الطرف الثالث فهو المستفيد ويكون خارجا عن العقد، ونجد تطبيقات الاشتراط في عدة مجالات كعقود التأمين والاحتكار والنقل والهبة المقترنة بشرط، فالاشتراط يقتضي أن يتعاقد المشترط باسمه الخاص لا باسم المستفيد ويكون له حق الرجوع ونقض حق المستفيد وتحويله لنفسه أو لشخص آخر قبل أن يعلن المستفيد رغبته في الاستفادة، وهو ما تضمنته المادة 117 من القانون المدني، وأن يتلقى المستفيد حقا مباشرا من العقد المبرم مثلما ورد في نص المادة 119 من نفس القانون.

أما بالنسبة للجنين فإنه وبالرجوع إلى المادة 118 نجد أنها تجيز أن يكون المستفيد شخصا مستقبلا والجنين في نظر القانون شخص مستقبلي وعليه يصح الاشتراط لمصلحته، إلا أن ما يثار بهذا الشأن أن حق النقض والرجوع الذي يملكه المشترط يقترن بإعلان المستفيد لرغبته مما يطرح إشكالية من يقبل الاشتراط عن الجنين، والتي وإن كانت فيها إحالة ضمنية إلى قانون الأسرة باعتباره التشريع الذي تناول مسألة النيابة والولاية والوصاية إلا أنه لم يورد نصا بهذا الشأن مثلما لم يورد حلا بشأن من يقبل الهبة عن الجنين أيضا، وحتى بالعودة إلى القواعد العامة نجد إغفالا من المشرع لهذه المسألة، مما يترتب عليه بقاء حق النقض والرجوع قائما إلى أن يولد الجنين [32].

هذا ما تضمنه القانون من حقوق للجنين وأغفل أخرى تضمنتها الشريعة الإسلامية وقواني وضعية أخرى، كحق الوقف الذي يعني حبس العين عن التملك على وجه التأبيد وأركانه الواقف والموقوف والموقوف له، وهو تصرف بإرادة منفردة يتطلب إيجابا دون قبول وقد أجاز الفقهاء الوقف على الأولاد والذرية الموجود منهم ومن سيولد، في حين اختلفوا حول صحة الوقف على الجنين فأجازه المالكية واعتبروه غير لازم بمجرد عقده بل يوقف وتوقف غلته إلى ميلاده، ورأى بعدم صحته الحنابلة والشافعية، في حين أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بالجنين في الوقف رغم كونه لا يحتاج إلى قبول في حين أجاز له الهبة التي تتطلب القبول ركنا لانعقاده [33].

3-2- الحماية الجنائية:

إن أول حق يثبت للطفل هو حقه في الحياة وتهيئة الجو له وهو في بطن أمه لينمو نموا جيدا، ولذلك شرع الله الزواج وأمر بحفظ النسل لأن به يبقى الإنسان وتعمر الأرض، ولقد أولت الشريعة الإسلامية اهتماما

بالغا بالنسل بدءا من جعل الله عز وجل للزواج مودة ورحمة وسكينة توفيرا للأمن والاستقرار الأسري مصداقا لقوله تعالى: "ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة"، فغاية النكاح هي السكن والرحمة حتى تكون كذلك قاعدة البيئة التي يخلق فيها الأولاد وينمون، ولعل ذلك ينطلق من حسن اختيار الزوج رجلا كان أم أنثى مصداقا لقوله صلى الله عليه وسلم: "تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين ثربت يداك"، وقوله أيضا: "إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"، وفي هذا بداية تهيئة جو الاستقرار والسكينة للجنين وما يزيد في ذلك أهمية هو ضرورة توفير الظروف الصحية لا سيما من خلال اختيار الأباعد إذ ثبت في الأثر عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله: (قد ضويتم فانكحوا الغرائب) وفي هذا مراعاة لسلامة الأجنة قبل غيرهم بل وأصبح الحرص أيضا على سلامة خلو الأزواج من الأمراض والعوامل التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج والتأكد من خضوعهما للفحص الطبي مثلما أوردته المادة 7 مكرر من قانون الأسرة، بينما بعد الزواج فقد راعت الشريعة الإسلامية وضع الجنين من خلال رفع واجب الصيام عن الأم الحامل برخصة الإفطار مراعاة لصحتها وصحة الجنين الذي يحتاج إلى الغذاء ليكتمل نموه وهو ما يتحصل عليه عن طريق أمه، وكذلك إرجاء عقوبة الحامل حتى تضع حملها مثلما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها [34].

وإن كان حق الجنين وفقا لما تقدم قد بدأ حتى قبل تكوينه وقبل التقاء والديه فإنه بعد تكونه يصبح هذا الحق مستوجبا لحماية أقوى تتضمن جانبا ردعيا في حالة الاعتداء عليه، فكما لو أن حاملا ارتكبت جريمة يعاقب عليها بالإعدام فإن التنفيذ يؤجل إلى ما بعد الوضع حفظا لما في بطنها فكذلك الحال لو أنه تم الاعتداء على حياة الجنين وسلبه حقه في الحياة باعتباره المورد الرئيسي الذي يتغذى منه الوجود الاجتماعي، ولأن النفس البشرية حرمة لا تستباح بالإباحة [35] وأي اعتداء عليه هو اعتداء على الأسرة والمجتمع مما يستوجب توفير حماية كافية للجنين من ظاهرة الإجهاض، ومما يزيد في هذه الحماية هو أنه لا دخل في الجريمة لوضعية الجنين من أنه ابن شرعي أو ابن زنا طالما أن القانون يعاقب على فعل الإجهاض لذاته، وفي جميع الحالات يستحق الجنين حماية وحقا في الحياة حفظا للتطور الطبيعي للحمل أثناء جميع مراحله [36].

وقد أولى المشرع الجزائري أهمية لحماية حق الجنين في الحياة حين نص في باب الجنايات والجنح ضد الأفراد في فصل الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة وفي قسم الإجهاض من المادة304 إلى 313 من قانون العقوبات، فجرم فعل الإجهاض أي إسقاط الجنين قبل موعد ولادته وساء كان هذا الجنين موجودا فعلا أو افترض الجاني أنه موجود، وسواء وافقت الأم على الجريمة أم لم توافق، ومهما كانت الوسيلة المستعملة في ذلك إرادية كانت أو بالقوة أو الاحتيال، فالمشرع هنا لم يشترط وجود حمل بل وحرصا منه على تأمين حق الحياة يعاقب الجاني الذي قصد إنهاء الحمل حتى ولو ثبت بعد ذلك عدم وجود حمل لاعتقاد الجاني وجوده خطأ وفي هذا عقاب على الجريمة المستحيلة [37] والفعل يشكل جنحة

عقوبتها الحبس من سنة إلى خمس سنوات حبس وغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج، مع جواز الحكم بالمنع من الإقامة، مشددا هذه العقوبة بتوافر ظروف التشديد الخاصة بها والمتمثلة في:

- إفضاء الإجهاض إلى الوفاة، فيتحول الوصف إلى جناية عقوبتها السجن المؤقت من عشر إلى عشرين سنة.

- الاعتياد يضاعف عقوبة الجنحة ويرفع عقوبة الجناية إلى الحد الأقصى.

كما يعاقب المشرع أيضا من له صفة لها علاقة بالمجال الطبي والصيدلي يرشد أو يساهم أو يسهل أو يرتكب هذه الجريمة بنفس العقوبات السابقة تبعا لنفس الشروط والظروف، مع جواز حرمانهم من ممارسة المهنة.

كذلك هذا الجرم يعاقب فيه على التحريض بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج أو بإحدى العقوبتين حتى ولو لم يؤد التحريض إلى نتيجة.

بل وحتى المرأة الحامل التي تجهض نفسها عمدا تتعرض إلى عقوبة مخففة تتراوح من الحبس لستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 20000 دج إلى 100000 دج، أو حاولت أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض.

ولا يعفى من العقاب في هذه الجريمة إلا في حالة ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر شريطة أن يقوم به طبيب جراح وأن يبلغ السلطة الإدارية التابع لها [38].

الخلاصة

إن الجنين يعتبر شخصا كغيره من أشخاص القانون ولا يمكن إنكار شخصيته القانونية لكونه ليس عدما، ولا يمكن كذلك اعتبار شخصيته ناقصة بل تامة لكونها القدرة على التمتع ولو بحق واحد أو إلتزام واحد على الأقل، لأن القول بنقصان شخصيته لنقصان أهلية وجوبه ينطبق أيضا على القاصر، وأن أساس حقوقه قائم على شرط فاسخ لكون ذلك أقرب إلى الواقع باعتباره شرطا يجعل الحق حالا وكذلك شخصيته فإن ولد ميتا أعتبر كأن لم يكن وتعود الحقوق إلى أصحابها، وإن كانت الولادة أمرا محقق الوقوع فإن عدم الولادة حيا أو الموت هي الأمر العارض في هذا الشرط الفاسخ، وإن كان الشرط ليس من صنع الأفراد فإن هذا يجد تفسيره في نصوص القانون التي جعلت من ميلاد الجنين حيا شرطا لاستحقاقه الوصية والهبة وبمفهوم المخالفة فإن ولادته ميتا تجعل هذه الحقوق تزول .

الهوامش:

1- إبراهيم أبو النجا، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1987، العدد 4، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ص 959.

2- علي فيلالي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، ص 190.

3- محمد مومن، أهلية الوجب لدى الجنين في القانون المغربي مقارنة بالفقه الإسلامي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2004، العدد 3، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ص 442.

4- جلال علي العدوي، المراكز القانونية، المعرفة الجامعية، الاسكندرية، مصر، ص 135.

5- إبراهيم داودي، الشخصية القانونية للحمل المستكن، مجلة الراشدية، 2010، العدد 2، جامعة معسكر، الجزائر، ص 135.

6- محمد مومن، مرجع سابق، ص 444.

7- علي فيلالي، نظرية الحق، مرجع سابق، ص 188.

8- مفتاح محمد أقزيط، الحماية المدنية والجنائية للجنين بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، مصر، ص 40.

9- خليل إبراهيم محمد إبراهيم، حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية والقانون والاتفاقيات الدولية، ماجستير القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأرنية، ص 23.

10- إبراهيم داودي، مرجع سابق، ص 138.

11- محمد مومن، مرجع سابق، ص 449.

12- إبراهيم أبو النجا، مرجع سابق، ص 23.

13- سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، ص 61.

14- محمد مومن، مرجع سابق، ص 450.

15، 16- سمير شيهاني، مرجع سابق، ص 62، ص65.

17- جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص 282.

18- علي فيلالي، تعليق على قرار قضائي حول الجنين، المرجع السابق، ص 30.

19- سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 68.

20، 21، 22، 23- العربي بلحاج، أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص 627، 643، 646، 656.

24 - سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 90.

25- شهرزاد بوسطلة، المرجع السابق، ص 145.

26- سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 106.

27- إبراهيم داودي، المرجع السابق، ص 150.

28- سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 119.

29- شهرزاد بوسطلة، المرجع السابق، ص 146.

30- محمد مومن، المرجع السابق، ص 450.

31- سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 130.

32- إبراهيم داودي، المرجع السابق، ص 150.

33- سمير شيهاني، المرجع السابق، ص 135.

34، 35- شهرزاد بوسطلة، المرجع السابق، ص 146، ص ص142، 143.

36- مفتاح محمد أقزيط، المرجع السابق، ص 155.

37- عبد القادر بن مرزوق، حماية الجنين، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، 2005، العدد 3، جامعة الجزائر، الجزائر، ص 168.

38- أميرة عدلي عيسى خالد، المرجع السابق، ص 214.