جامعة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص قانون أسرة

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

الحماية القانونية للجنين

إعداد الطلبة:

1/ بلهوشي مباركة

2/ دراس إناس

تحت إشراف

الدكتور: علال ياسين

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
1	شرايرية محمد	08 ماي 1945	أستاذ محاضر أ	رئيسا
2	علال ياسين	08 ماي 1945	أستاذ محاضر أ	مشرفا
3	مجدوب لامية	08 ماي 1945	أستاذ محاضر ب	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و تقدير

الحمد لله الذي هدانا إلى سبيل الحق واجتبانا، وصلى اللهم وسلم على سيد الأشراف المنعوت في سورة الأعراف المنتخب من أصلاب الأشراف والبطون الظراف محمد صلى الله عليه وسلم.

ادعوا من خلق الفجر والليالي العشر أن يجعل هذا العمل عملا نافعا لمن بعدنا

أما بعد انطلاقا من قوله صلى الله عليه وسلم؛ من لا يشكر الناس لا يشكر الله وعلى هذا الأساس نتقدم بجزيل الشكر إلى الدكتور "**ياسين علال**" على تكرمه بلإشراف على مذكرتنا، التي لم يبخل علينا فيها بتوجيهاته ونصائحه القيمة إلى غاية وضعها في الشكل التي هي عليه، له منا كل التقدير والاحترام.

كما لا ننسى أن نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير للأستاذ الفاضل "**عبد الرحمان فطناسي**" على إرشاده لنا.

والشكر الموصول أيضا للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة الذين تشرفنا بقبولهم لمناقشة هذه المذكرة.

وفي الأخير سوف نكون عند حسن ظنهم من خلال تقبل توجيهاتهم والأخذ بها.

إهداء

بسم الله والصلاة والسلام على رسول الله أما بعد:

اهدي عملي هذا إلى من علمني القيم والمبادئ والأخلاق إلى من لا ينفصل اسمه عن اسمي أبدا، ارجوا الله ان يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار وستبقى كلماتك نجوم أبي العزيز حفظك الله لنا.

إلى ملاكي في الحياة إلى معنى الحنان والتفاني إلى سمة الحياة وسر نجاحنا إلى أغلى الحبايب أمي العزيزة أطال الله في عمرك لنا.

إلى كل من شاركوني أفراحي وأحزاني وكانوا السند لي إخوتي الأعزاء: خلود، أمال، نصر الدين. وإلى النجمة البيت المضيئة ابنة أختي: إسراء.

إلى صديقاتي الذين أعطوا معنى لحياتي وشجعوني طيلة مشواري: نجلاء، جميلة، ليلى.

إلى من شاركتني وتحملت معي عبء البحث والدراسة زميلتي في العمل: بلهوشي مباركة.

إلى كل من عرفني من قريب أو من بعيد وأهمه نجاحي.

وأخيرا نرجو أن نكون قد وفقنا في عملنا هذا وأعطيناه حقه.

إناس

إهداء

إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره وأهدى بالجواب الصحيح حيرة سائله فأظهر بسماحته تواضع العلماء وبرحابته سماحة العارفين

إهدي عملي هذا إلى والدي الكريمين

إلى أوسط أبواب الجنة قدوتي الأولى ونبراسي الذي ينير دربي إلى الذي دعمني طيلة مشواري الدراسي سواء كان الدعم ماديا أو معنويا إلى من رفعت رأسي عاليا افتخارا به " أبي العزيز" أدامه الله.

إلى وصية الخالق إلى الجنة بحد ذاتها إلى التي رآني قلبها قبل عينيها وحضنتني أحشاؤها قبل يديها إلى الظل الذي آوي إليه " أمي الحبيبة " حفظها الله.

إلى روح عمي الطاهرة الذي كان لي بمثابة الأب الثاني.

إلى إخوتي؛ سيف الدين، نصر الدين.

إلى بنات عمي وعلى رأسهن؛ ديدي، ملاك.

إلى أختي التي رزقني الله بها فكانت نعم الأخت والصديقة سندي بالحياة حفظها الله من كل سوء "عايدة"

إلى صديقاتي؛ حسناء، شهيناز، مروة، حنان، وفاء، خولة، فاطمة.

إلى من ساعدتني وشاركتني تعب هذا العمل؛ إناس دراس.

مباركة

مقدمة

خلق الله الإنسان وكرمه على سائر المخلوقات بالعقل الذي هو مناط التكليف، فهو القائل في محكم التنزيل؛ (وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا)،[1] من خلال ذلك شرع الله الزواج وهو الموصوف بالميثاق الغليظ كونه أساس أي علاقة هدفها تكوين أسرة، بحيث تكون في نطاق مشروع ولعل النواة الأساسية لهذه الأسرة هي الجنين، الذي يعتبر هبة عظيمة توجب على الأسرة والمجتمع الإحسان إليها وحمايتها، لذا خصه الله سبحانه وتعالى بحماية خاصة منذ كان في بطن أمه إلى أن صار في المهد صبيا، كونه زينة الحياة الدنيا لقوله تعالى؛ (الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا ۖ وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِندَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلًا).[2]

وعلى اعتبار أن لكل إنسان شخصية قانونية تثبت له من خلالها مجموعة من الحقوق، كما له أهلية وجوب ناقصة تبين قابليته لاكتساب الحقوق التي يمكن تقديرها ماديا ومعنويا، حيث نجد أنه وبالنظر إلى هدف الزواج، لابد من معرفة نسب الجنين وهذا ما أقره المشرع الجزائري في العديد من المواد شأنه شأن ما ورد في الشريعة الإسلامية، التي حافظت على حقه في النسب بطريقة جعلته محل اهتمام، حيث يقول سبحانه وتعالى في هذا الصدد؛ (ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ ۚ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ ۚ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَٰكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ ۚ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا)،[3] الذي يبين مركزه في المجتمع مما يجعله يتمتع تلقائيا بكافة حقوقه المالية كحقه في الميراث، والوصية والهبة والوقف من الوالدين والأقارب أو الغير.

ولكي يتم كل هذا بطريقة صحيحة لابد من حماية الجنين من أي خطر قد يتعرض له، بحيث يمنعه من الحياة والاستمرار في النمو داخل بطن أمه، ولعل أهم ما قد يتعرض له الجنين من اعتداء هو فعل الإجهاض، الذي هو محرم شرعا ومعاقب عليه قانونا في المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات الجزائري سواء كان من الأم نفسها أو بفعل الغير، إلا ان هناك حالات تقتضي فيها الضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر الذي قد يصيبها جراء هذا الحمل.

1-سورة الإسراء، الآية 70.

2-سورة الكهف،الآية 46.

3-سورة الأحزاب، الآية 05.

ويكتسي موضوع الحماية القانونية للجنين **أهمية علمية** بالغة في مجال قانون الأسرة بصفة عامة وفي قانون العقوبات بصفة خاصة، كونه يعتبر إحدى الأبحاث التي تُضاف إلى الدراسات الجامعية الأخرى نظرا لنقص الدراسات المقدمة في هذا الموضوع، أما عن الأهمية **العملية** فإنها تكمن في كون هذا الموضوع تناول كل ما يتعلق بالجنين من الحقوق اللازمة له وحمايتها، باعتباره محور الحياة البشرية وكذا من أجل وضع حد لكل ما قد يتعرض له من اعتداءات، بالإضافة إلى تكريس المشرع الجزائري مجموعة من العقوبات لمواجهة هذه الجرائم المرتكبة في حق الجنين، باعتبارها الوسيلة الفعالة التي تكفل حمايته.

وعليه يثير هذا الموضوع إشكالية رئيسية مفادها: **فيما تتمثل الحقوق التي أقرها المشرع الجزائري للجنين؟ وإلى أي مدى وفق في حمايتها؟**

ولعل **أسباب اختيار الموضوع** ترجع إلى الأهمية سالفة الذكر، التي تفرض ضرورة التطرق بالدراسة إلى هذه المسألة القانونية سواء من حيث الإطار القانوني أو الآثار المرتبة عنه، وكذا لأسباب شخصية متمثلة في الميول الشخصي لكل ما يتعلق بمسائل وقضايا شؤون الأسرة خاصة موضوع الجنين، من أجل تكريس الحقوق له كونه مخلوقا ضعيفا وهو لا يزال في الظلمات، حتى يرى نور هذه الحياة وهو متكامل ويتمتع بكافة حقوقه في الحياة.

والهدف من موضوع هذه الدراسة:

- الإلمام بمختلف الجوانب المتعلقة بموضوع الحماية القانونية للجنين، من خلال جمع أكبر قدر من المعارف والمعلومات وذلك لإبراز المكانة القانونية للجنين باعتباره فرد من المجتمع.
- المساهمة في إثراء هذا الموضوع ليكون كمرجع قانوني يستفيد منه الغير.
- التحديد القانوني والشرعي لحقوق الجنين المالية والمعنوية للحد من التجاوزات الحاصلة عليها.
- المساهمة في توعية الأفراد ومساعدتهم على تكوين ثقافة قانونية حول تجريم فعل الإجهاض، والعقوبات المقررة لمرتكب هذا الفعل.

ومن بين **الدراسات السابقة** التي اعتمدنا عليها في هذه الدراسة هناك العديد من الرسائل العلمية والمقالات القانونية، التي لم تختص في دراستها لموضوع الحماية القانونية للجنين بصورة عامة، وإنما تطرقت إليه في شكل مجزئ منها:

1. بوزيدي سليمان، الحماية القانونية للجنين في ظل التشريع الجزائري، حيث تناولت هذه الدراسة هذا الموضوع محل الدراسة قبل التعديل الحاصل لقانون العقوبات وكذا قانون الصحة.

2. إيمان معمري، مفيدة ميدون، المركز القانوني للجنين دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، تطرقت هذه الدراسة إلى الإطار المفاهيمي للجنين وتبيان أهم حقوقه،معتمدة في ذلك على المقارنة بين الشريعة والقانون.
3. وسام قارح، الحماية الجنائية للجنين، اعتمدت في هذه الدراسة لهذا الموضوع على تبيان نطاق الحماية الجنائية للجنين مع كيفية التنظيم القانوني لها في حال وقوع أي فعل من شأنه إلحاق ضرر بالجنين.

وما يميز دراستنا هذه هو أننا تناولنا موضوع الحماية القانونية بصيغة مختلفة عن ما سبق، وذلك من خلال تسليط الضوء على قانون العقوبات وقانون الصحة في ظل التعديل الجديد، من خلال تبيان مختلف الاعتداءات التي قد يتعرض لها الجنين، مع الحديث عن الحالات التي يرخص فيها القانون فعل الإجهاض.

وللوقوف على الإشكال المطروح كان لابد من الاعتماد في هذا البحث على **المنهج التحليلي** وذلك من خلال تحليل المواد القانونية ودراستها، **والمنهج الوصفي** من خلال دراسة تفصيلية لموضوع الجنين وكيف أعطته الشريعة وكذا القانون المكانة الأسمى في المجتمع، ومنحه الحماية الكافية التي من شأنها استمراره في مأمن من أي خطر قد يهدد حياته، مع وصف الحقوق التي يتمتع بها.

قصد الإجابة عن الإشكالية أعلاه تم **تقسيم هذا البحث** تقسيما ثنائيا من حيث الفصول والمباحث، إضافة إلى فصل تمهيدي للموضوع كما يلي:

الفصل التمهيدي: الوجود القانوني للجنين

المبحث الأول: الشخصية القانونية للجنين

المبحث الثاني: الأهلية القانونية للجنين

الفصل الأول: الحماية المدنية للجنين

المبحث الأول: حماية حقوق الجنين المتعلقة بالمال

المبحث الثاني: حماية حق الجنين في النسب

الفصل الثاني: الحماية الجزائية للجنين

المبحث الأول: جريمة الإجهاض

المبحث الثاني: الإجهاض المرخص به

الفصل التمهيدي:

الإطار المفاهيمي و القانوني للجنين

لابد لنا من تعريف الجنين قبل التطرق إلى مدى تمتعه بالشخصية والأهلية القانونية لتعلق ذلك بتحديد صفاته و حمايته.

فالجنين لغة، هو كائن مستتر لا يرى وهو مخلوق غير ظاهر،[1] وذلك لقوله تعالى:{...وَإِذْ أَنْتُمْ أَجِنَّةٌ فِي بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ....}،[2] وقد فسر القرطبي هذه الآية بأنها: أجنة جمع جنين وهو الولد ما دام في البطن وسمي كذلك لاجتنانه واستتاره.[3]

معنى الجنين في معاجم اللغة؛ هو الجن أي استتر ولاستتاره سمي جنينا إذ يقال أجنته الحامل أي سترته في بطنها، ومن مشتقاتها الجان والمجنون فالأول لاستتاره عن الأنظار والثاني لاستتار عقله.[4]

أما اصطلاحا؛ فيقصد به متى يعتبر المستتر في بطن أمه جنينا، ويرى الفقهاالإسلامي وعلماء الطب وفقهاء القانون في مجمل تعريفاتهم على أن الجنين هو البويضة الملقحة التي تتكون في الرحم،[5] حيث يمر الجنين بعدة مراحل وأطوار وهي:(النطفة، العلقة، المضغة، تكوين العظام) وهو ما جاء في قوله تعالى: {وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسانَ مِنْ سُلالَةٍ مِنْ طِينٍ 12 ثُمَّ جَعَلْناهُ نُطْفَةً فِي قَرارٍ مَكِينٍ 13 ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظامًا فَكَسَوْنَا الْعِظامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنْشَأْناهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخالِقِينَ 14}،[6] وعن أبي عبد الرحمن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه، قال؛ حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق الصدوق قال:(إن أحدكم يُجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفةً، ثم يكون علقةً مثل ذلك، ثم يكون مضغةً مثل ذلك، ثم يُرسل إليه الملك فينفخ فيه الروح .....).[7]

رغم اختلاف فقهاء الشريعة ورجال القانون إلا أن الرأي الراجح فقها هو أن حياة الجنين تبدأ لحظة الإخصاب ويستحق بذلك الحماية وذلك تفسيرا لقوله تعالى: {ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَكِينٍ}، فالقرار

1- خليل إبراهيم محمد إبراهيم، حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، ماجستير القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005، ص20.

2-سورة النجم، الآية 32.

3- سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، ماجستير عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2005، ص07.

4- شهرزاد بوسطلة، الحقوق المعنوية والمالية للجنين في الشريعة الإسلامية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد07، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2010، ص140.

5 أميرة عدلي عيسى خالد، الحماية الجنائية في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005، ص26.

6-سورة المؤمنون الآية 12-13-14.

7- يوسف أفندي زاده، نجاح القاري لصحيح البخاري، الجزء 03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971، ص726.

المكين هو المكان الصالح و الآمن للنمو وهو الرحم، وينتهي وصف الجنين بانفصاله عن جسم أمه وميلاده.

انطلاقا من أن حفظ النفس من المقاصد الكبرى في الشريعة هذا ما يؤكد على أن للإنسان قيمة كبيرة في كامل مراحل عمره وحتى قبل أن يولد، فالجنين هو إحدى هذه المراحل التي أكدت الشريعة فيها على وجوب حمايته وهو في بطن أمه، كونه تابعا لأمه من جهة ومستقلا عنها من جهة أخرى من أجل ذلك وجب معرفة مدى تمتع الجنين بالشخصية القانونية (المبحث الأول) و كذا تمتعه بالأهلية القانونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الشخصية القانونية للجنين

حتى يتسنى لنا معرفة مدى تمتع الجنين بالشخصية القانونية وجب التعرف على معنى هذه الأخيرة في حد ذاتها، باعتبار أن ذلك مسألة مبدئية لضرورة تحديد من يكون صاحب الحق الذي يحظى بالحماية القانونية أو من يكون شخصا في نظر القانون. لذا سنتطرق في هذا المبحث إلى معرفة بداية الشخصية القانونية في القانون المدني (المطلب الأول)، وفي القانون الجنائي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: بداية الشخصية القانونية في القانون المدني

هو ما نصت عليه المادة25 من القانون المدني الجزائري،[1] وباستقراء نص هذه المادة يتبين لنا أن كلا الفقرتين متعلق ببداية الشخصية القانونية عند الإنسان، وما هو ملاحظ هنا أن المشرع اكتفى فقط بهذا التقسيم متجاهلا في ذلك المراحل التي يمر بها الجنين أثناء تخلقه داخل رحم أمه، والتي حددها الطب والشريعة في كون أن الجنين يكون بداية نطفة ثم علقة ثم مضغة ثم بعد ذلك تتشكل العظام ثم يكسوها اللحم ثم يصبح خلقا أخر ينفخ الروح فيه بعد أربعة أشهر من التلقيح، بعد هذه المرحلة يبدأ الجنين في الحركة داخل رحم أمه إلى غاية أن يكتمل نموه بعد تسعة أشهر، ثم تتم الولادة فيصبح بذلك وليدا ثم رضيعا، فالمشرع بحسب المادة 25 المذكورة أنفا ميز بين مرحلتين هامتين من حياة الإنسان ألا وهما:

المرحلة الأولى: وهي مرحلة ما قبل الولادة والتي يعتبر بها الحمل جنينا.

المرحلة الثانية: وهي المرحلة ما بعد الولادة والتي ينتقل فيها الحمل من وصف الجنين إلى وصفه بالإنسان بشرط أن يولد حيا، فالعبرة في هذه المرحلة ليست بالجنين فهو بهذا الوصف لا يمكن أن يكون صاحب حق وإنما بعد ولادته حيا ويكسب الشخصية القانونية، والمعروف أنه عند بلوغ الجنين هذه

1- القانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم عدلت بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والمعدل بالقانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 ماي 2007 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 حيث كانت تنص هذه المادة قبل التعديل؛ (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن يتمتع الجنين بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا).

المرحلة فقد حل المشكل بالنسبة للحقوق الحالية والمستقبلية، في حين هناك عقبة بالنسبة للحقوق التي تنشأ قبل الولادة.[1]

فحسب المادة 25 من القانون المدني الجزائري فإن المشرع لم يأخذ برأي الفقه الثاني الذي يقضي بأن الجنين يكتسب الشخصية القانونية عند بداية الآلام المخاض، وإنما اشترط تمام ولادته حيا، كما يمكن القول أن المشرع تأثر بقاعدة الرومانية التي تعتبر الجنين مولود متى كانت له مصلحة في ذلك.

كما أن المشرع الجزائري لم يأخذ أيضا بالتشريع الفرنسي، الذي اشترط أن يكون المولود قابل للحياة وان يكون المولود حيا طالما يكون مكتملا في أعضاءه.[2]

وفي حال ولد ميتا فإنه لا يثبت له أي حق، ويعتبر كأنه لم يكن وفي هذه الحالة تزول الحقوق التي تقررت من اجله بأثر رجعي، وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها المتعلقة بسنة 1984،[3] بحيث تبدأ شخصيته بتمام ولادته حيا وعلى هذا الأساس يتمتع بالحقوق المدنية ويكتسب أهلية وجوب التي تخضع هي الأخرى لشرط الولادة حيا.

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية للجنين قبل تمام الولادة واكتسابه للشخصية القانونية إلى الآراء التالية:

الرأي الأول: أن المشرع الجزائري أخد بالقاعدة الأصلية وهي أن الإنسان يكتسب الشخصية القانونية عند تمام ولادته حيا، والاستثناء أن الجنين تكون شخصيته افتراضية.

الرأي الثاني: فيالقانون الجزائري تثبت الشخصية القانونية للجنين من وقت الحمل وتسمى بالشخصية القانونية الاحتمالية وبمجرد ولادته حيا تصبح شخصية قانونية يقينية.

الرأي الثالث: أن الجنين له شخصية محدودة متمثلة في أهلية الوجوب، محصورة في اكتسابه للحقوق التي تكون له نافعة نفعا محض فقط.

1- علي فيلالي، تعليق على قرار قضائي بشأن حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء وفاة والده طبقا للمادة 25 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري، الجزء 39، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، العدد04، جامعة الجزائر، 2001، ص154_159 .

2-علي فيلالي، مرجع نفسه، ص160.

3- القرار رقم 35511 الصادر عن المحكمة العليا للجزائر، في 10 أكتوبر 1984 الفاصل في الملف المنشور في المجلة القضائية، العدد02، 1990، ص53.

الرأي الرابع: أن المشرع لم يعترف للجنين بالشخصية القانونية وإنما أعطاه وضع استثنائي فقط، فتثبت له حقوق وهو في بطن أمه وأخرى تثبت له بمجرد أن يولد حيا، فالعبرة هنا ليست بالجنين ذاته لأنه بهذه الصفة لا يمكن أن يكون صاحب حق إلا باكتسابه الشخصية القانونية وذلك بعد ولادته حيا.

الرأي الخامس:يعد الجنين إنسان نسبي بمعنى يتمتع بشخصية قانونية محدودة التي تثبت له بعض من الحقوق ألا وهي النسب لأبيه، الإرث منه، الوصية له، وبولادته حيا تثبت له الحقوق الأخرى التي تنقصه وهو ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثانية.[1]

المطلب الثاني: الشخصية القانونية في القانون الجنائي

أما في القانون الجنائي فإن تحديد لحظة الميلاد لها أهمية جد بالغة لما يترتب عليها من آثار خطيرة في قانون العقوبات الجزائري، كونها تعتبر اللحظة التي تفصل بين الجنين الذي يكون الاعتداء عليه جريمة إجهاض باعتباره لم يكتسب الشخصية القانونية، وبين الإنسان الذي يعتبر الاعتداء عليه جريمة قتل.

اختلف الفقهاء والقضاء في تحديد لحظة لحظ الميلاد إلى الاتجاهات التالية:

الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه أن نهاية مرحلة الجنين وبداية مرحلة الإنسانية تكون بمجرد ولادته حيا وخروجه كاملا من رحم أمه سواء تنفس أو لم يتنفس، وسواء قطع حبله السري أو لم يقطع، وهو ما اتجه له التشريع الجزائي الكويتي و القضاء الانجليزي وكذلك بعض الأحكام الأمريكية ومختلف الدول الأوروبية، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها الصادرة في 2001/06/29 والذي جاء فيه:(مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات التي تقضي التفسير الضيق للقانون الجزائي، يتعارض مع تطبيق ماهو مقرر في قانون العقوبات لقمع قتل غير الخطأ على الطفل القادم إلى الحياة الذي يحكم مركزه القانوني نصوص خاصة بالجنين).

حيث تم تأييد هذا القرار بصدور قرار أخر من محكمة النقض بتاريخ2002/06/25 الذي قضى فيه:(أن الجنين لا يمكن أن يكون ضحية لجريمة قتل الخطأ برر ذلك على أنه: حتى يتمتع الشخص بالحماية الجنائية يجب أن يكون حيا بمعنى ولد ولم يمت، ولا يمكن أن يكون هناك قتل شخص إذا كان المجني عليه طفلا خفق قلبه عند الولادة وتنفس).[2]

1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص218.

2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومه، الجزائر، 2006، ص01-13.

الاتجاه الثاني: إن بداية الحياة الإنسانية ونهاية مرحلة الجنين تكون بمجرد خروج جزء من الجنين من رحم أمه، بمعنى ليس شرط أن تتم الولادة كاملة وأن يتنفس أو يقطع الحبل السري.

الاتجاه الثالث: تبدأ الحياة الإنسانية بمجرد أن يبدأ الطفل بالتنفس لوحده، والتوقف عن التنفس عن طريق أمه.

الاتجاه الرابع: حيث تبدأ الحياة الإنسانية عندما تبدأ عملية الولادة سواء كانت الولادة طبيعية أو قيصرية وليس عندما تنتهي لتشمل الوقت الذي تستغرقه الولادة، إلا أن الاعتداء عليه هنا يعتبر اعتداء على جسم بشري يرتب كل آثاره القانونية، وذلك لأنه قد اكتمل نضجه و أعضاؤه وأصبح قادراً على العيش دون حاجة إلى أمه وهو الاتجاه الذي أخذ به المشرع المصري.[1]

وخلاصة لهذه الآراء القانونية الفقهية يمكن القول أنه تماشيا مع مفهوم الشخصية القانونية، فإن ثبوتها للإنسان تكون من وقت الحمل، باعتباره المرحلة التي يمر بها كل إنسان من هنا يمكن القول أن شخصيته تبدأ من وقت ميلاده، وهو ما نصت عليه المادة 25 سالفة الذكر من قانون المدني.

1- العربي بلحاج، حكم الشريعة في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، رقم03، 1993، ص600.

المبحث الثاني: الأهلية القانونية للجنين

بعد التطرق إلى الشخصية القانونية للجنين التي لها صلة وثيقة بالأهلية، وذلك على اعتبار انه لا يمكن تصور وجودها دون وجود الشخص القانوني، وهو ما يجعل دراستنا في هذا المبحث تتعلق بالأهلية كونها أهم خاصية لشخصية القانونية (المطلبالأول) ومدى تمتع الجنين بها(المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الأهلية

تعتبر الأهلية القانونية من مميزات الشخص الطبيعي، وعلى أساسها يتوقف تقدير ومعرفة ما يمكن أن يتمتع به الشخص الطبيعي من الحقوق وما يلتزم به من واجبات فهي ملازمة له لذلك لا يجوز التنازل عنها، فهي مرتبطة بالشخصية القانونية للشخص الطبيعي، ذلك أنها تثبت بثبوتها وتنعدم بانعدامها وتكتمل باكتمالها وتنقص بنقصانها وباعتبارها تمر بمرحلتين فإن الأهلية تنقسم إلى نوعين.[1]

الفرع الأول: أهلية الوجوب

هي صلاحية الشخص الطبيعي لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، حتى لو لم يمارس الشخص بنفسه حقه أو التزامه. فيمكن أن يكون طرف في الحق سواء طرف ايجابي (صاحب الحق) أو سلبي (ملتزم بالحق).

أولا: أهلية الوجوب الناقصة

تكون للجنين فقط، بمعنى تثبت له حقوق ولا يتحمل التزامات كونه غير مؤهل لذلك ومن بين هذه الحقوق كثبوت نسبه من أبيه،[2] أو حقه في الميراث، [3] أو حقه في الوصية حتى لو كان الحمل توأمين تقسم عليهم بالتساوي مهما اختلفوا في الجنس.[4]

1- احمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017، ص161.

2-المادة 43 من القانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري2005: (ينسب الولد لأبيه..... الوفاة).

3- المادة 173 من نفس القانون، (يوقف من التركة....تضع الحامل حملها).

4- المادة 187 من نفس القانون، (تصح الوصية للحمل .....ولو اختلف الجنس).

ثانيا: أهلية الوجوب الكاملة

تكون بعد وضع الحمل بمعنى بمجرد ولادته حياً تكون له أهلية وجوب كاملة، تمثل كافة حقوقه والتزاماته وذلك لأن الأهلية مناطها الحياة.

فكل شخص طبيعي حي يكون له أهلية وجوب كاملة مدام على قيد الحياة، فمثلا: كل شخص دون 13سنة من عمره فهو غير مميز أي فاقد التمييز لسبب صغر سنه، فهو في هذه الحالة لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه لأنه عديم أهلية الأداء، مع ملاحظة أن أهلية الوجوب تكون متوفرة لديه لأن مناطها الحياة كما سبق ذكره.

الفرع الثاني: أهلية الأداء

وهي صلاحية الشخص أن يباشر بنفسه كل التصرفات القانونية سواء تعلقت بحق أو بواجب، مناط أهلية الأداءهو التمييز الذي يتطلب بلوغ سن معين و الإدراك القائم على كمال الأهلية، بسلامة العقل وحرية الإرادة التي تجعل التصرف الشخصي خالي من الإكراه المادي أو المعنوي، فيكون بذلك قادر على التعبير عن إرادته أثناء القيام بالأعمال القانونية بنفسه وما يترتب عنها من آثار، فهو بذلك يكتسب حقوق ويتحمل التزامات، باستثناء ما منعه القانون كالشخص الذي يقتل مورثه عمدا فهو يحرم من حقه في الميراث.[1]

المطلب الثاني: أهلية الجنين

يتمتع الجنين بأهلية وجوب ناقصة للحقوق المالية التي تقررها الشريعة الإسلامية، فيحتفظ له بحصته في الوصية والميراث والوقف والهبة من الوالدين أو الأقارب أو الغير.

الأصل في الشريعة أن تثبت للجنين بعض الحقوق التي لا تستلزم قبولا، فله الحق في أن يثبت نسبه من أبيه وهذا ما ذهب له المشرع من خلال المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، حيث ينسب لأبيه إذا كان من زواج شرعي ولم ينفي نسبه، وكذلك متى ولد في مدة كحد أدنى 6 أشهر و 10 أشهر كحد أقصى وهذا ما نصت عليه المواد 42_ 45 من نفس القانون.

وللجنين الحق في الميراث وله الحق أن يوصى له، وقد أجاز المشرع الجزائري في قانون الأسرة الهبة لفائدته وما من شك أن يقبلها عنه أبيه.[2]

1- المادة 135 من قانون الأسرة الجزائري (يمنع من الميراث ..... إذا لم يخبر السلطات المعنية).

2- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص53.

ولقد رأت المحكمة العليا في الجزائر أن تمتع الجنين بحقوقه واكتسابه للأهلية الوجوب خاضعا لشرط الولادة حياً، ونستخلص من وقائع هذه القضية في أن السيدة (ب.ذ) رفعت دعوى ضد شركة التأمين، طالبت فيها من خلالها إلزام هذه الأخيرة بتمكين ولدها القاصر (ب.م) من التعويضات عن وفاة والده نتيجة حادث مرور كونه كان جنين لحظة وفاة أبيه، وفي تاريخ 1981/10/13 أصدرت المحكمة حكما يقضي برفض الدعوى، وعلى اثر استئناف المدعية في هذا الحكم صدر قرار من مجلس قضاء الجلفة قضى بتأييد الحكم، وبعد الطعن بالنقض صدر القرار المذكور أعلاه من المحكمة العليا، والتي رأت أنهم أساءوا في تطبيق القانون من خلال مخالفتهم للمواد 25 فقرة 02 و 124 من القانون المدني الجزائري.[1]

فالمحكمة العليا وبموجب القرار المذكور أعلاه أقرت قيام الحق في التعويض لفائدة الجنين مادام أنه قد ثبت وجوده لحظة وقوع الضرر، ولكن هذا الحق لا يكون قابل للاكتساب إلا بعد ولادته حياً، أما إذا مات قبل الولادة فإن هذا الحق يزول ولا يرتب أي أثر كحصول الورثة عليه مثلا، وهذا ما يبرر تمييز شخصية الجنين، فهو يكتسب الحق ولكنه يبقى موقوف ينتظر ولادته حيا لينتقل إليه بصورة تامة.

1- قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 35511، مرجع سابق، ص 53.

الفصل الأول:

الحماية المدنية للجنين

إن المركز القانوني للشخص يعني ما يحتويه من حقوق والتزامات في مواجهة الآخرين، ويكون ذلك من خلال شخصيته القانونية وأهليته أيضا، مما يجعل هذا المركز يكون له قيمة معينة يحددها القانون، فإن ذلك يقتضي وجود حماية قانونية والتي تعتبر عنصرا مكملا لهذه الحقوق وكذلك الحال بالنسبة للجنين، فإن حقيقة اعتبار الجنين شخصا قانونيا يعني أن القانون حدد له هذه الحقوق وفقا لما يتلاءم مع أهليته.

حيث أولت الشريعة ومختلف القوانين الوضعية اهتماما بالغا بالجنين من أجل الحفاظ له على هذه الحقوق التي منها ما هو متعلق بالمال(المبحث الأول)، ومنها ما هو متعلق بشخصيته أو بذاته(المبحث الثاني).

المبحث الأول: حماية حقوق الجنين المتعلقة بالمال

تعتبر هذه الحقوق تلك التي أساسها المال والتي أقرها المشرع الجزائري للجنين وخصها بنوع من الحماية المدنية، والتي بدورها تنقسم إلى نوعين؛ منها ما يثبت دون صدور أي قبول بمعنى دون تدخل إرادة الأشخاص أي يكون القانون مصدر مباشر لها، كحق الجنين في الميراث والوصية، ومنها ما يتطلب قبول المستفيد أي يباشرها بنفسه كونها تصرفات اختيارية يتوقف ثبوتها على إرادة صاحبها، كحقه في الهبة والوقف،وهو ما يدفعنا إلى معرفة ما هي هذه الحقوق التي تستند إلى تصرفات قانونية (المطلب الأول)، و ما الحقوق التي تعتمد في اكتسابها على وقائع مادية (المطلب الثاني).[1]

المطلب الأول: حماية حق الجنين في الوصية والميراث

أثبتت الشريعة أن صحة الوصية للجنين تكون في حال تمتعه بأهلية وجوب ناقصة أو صلاحيته لاكتساب الحقوق، كما أكدت أن الميراث يحق للجنين بمجرد العلم بحمل المرأة.[2]

لذلك لابد من التطرق إلى معرفة حق الجنين في الوصية (الفرع الأول) وما هو حق الجنين في الميراث (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية حق الجنين في الوصية

اتفق جمهور الفقهاء على جواز الوصية للحمل لأن الجنين يصلح أن يكون وارثا،[3] وبالتالي فالوصية صحيحة على اعتبار أن للجنين أهلية وجوب ناقصة، إذاً فله صلاحية اكتساب بعض الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول كونها نافعة نفع محض،[4] ولعل الوصية من بين هذه الحقوق التي تصح للجنين شأنها شأن الميراث.

1- سليمان بوزيدي، الحماية القانونية للجنين في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2013_2014، ص52.

2-سميرة مرابطي، الحماية الشرعية والقانونية للجنين، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2016، ص33.

3-العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الميراث والوصية)، الجزء 2، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2007، ص291.

4-سميرة مرابطي، مرجع نفسه، ص33.

ولكون الوصية من المسائل الهامة ولها ارتباط وثيق بالميراث فقد أولاها الله سبحانه وتعالى اهتماما بالغا،[1] حيث يقول في هذا الصدد؛{كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ}[2] وقوله أيضا؛ {مِن بَعدِ وَصِيَّة يُوصِي بِهَآ أَو دَين}.[3]وماروي عن سعد بن أبي وقاص أنه قال:{عادني رسول الله ﷺ فقلت: أوصي بمالي كله؟ قال لا، قلت فالنصف، قال لا، قلت فالثلث قال نعم والثلث كثير. وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال: ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به فيه، يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده}.[4]

أولا:تعريف الوصية

اختلفت الآراء حول تعريف الوصية نظرا لاختلاف أحكامها:

أ. **الوصية في اللغة:** الوصية من العهد، فيقال أوصى الرجل وأوصاه أي عهد إليه، سميت وصية لاتصالها بأمر الميت،[5]والإيصاء هو طلب الشيء من غيره ليفعله في غيبته حال حياته و بعد وفاته،[6] وسميت وصية كون الميت عندما أوصى بها وصل ما كان فيه من أيام حياته لما بعده من أيام مماته وهذا ما عبر عنه الأزهري.[7]

ولعل أقرب تعريف هو أنها عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت شامل لكل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته.[8]

1-الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص05.

2- سورة البقرة، الآية 180.

3- سورة النساء، الآية 11.

4- أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417هـ، ص1628.

5- إيمان معمري، مفيدة ميدون، المركز القانوني للجنين، دراسة مقارنة بين الشرعية الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، جامعة خنشلة، 2020، ص214.

6- مسلم عبد الرحمان، الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه، تخصص حقوق، فرع قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية(19 مارس 1962)، جامعة الجيلالي يابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2018_2019، ص96.

7- سمير شيهاني، مرجع سابق، ص19.

8- سميرة مرابطي، مرجع سابق، ص33.

ب. **الوصية في القانون:** لا تختلف كثيرا عن التعريفات السابقة وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري أن الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.[1]

بالعودة إلى تباين آراء الفقهاء نجد أن كل مذهب اعتمد تعريف، حيث يرى الحنفية و الشافعية أن الوصية تمليك لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع،[2] في حين عرّفها المالكية بأنها عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده.[3]

أما بالنسبة للحنابلة فقد كان تعريفهم أشمل بكثير فاعتبروا الوصية أمر بتصرف بعد الموت، حجتهم في ذلك أن التصرف يشمل كل من الحقوق المالية والغير مالية.[4]

ثانيا: شروط صحة الوصية للجنين

حتى تصح الوصية للجنين لابد من توفر بعض الشروط التي من شأنها تحقيق هذا التصرف:

أ. **أن يوجد الجنين في بطن أمه وقت الوصية:**

تباينت آراء الفقهاء حول هذا الشرط حيث نجد فقهاء المذهب الحنفي ذهبوا إلى القول بأنه؛ لابد من وجود الحمل أثناء الوصية وحجتهم في ذلك أن الوصية تمليك لذا ليس من المعقول أن تصح لمعدوم، فلابد أن تضع الحامل مولودها في أقل مدة للحمل من وقت الوصية حتى تصح له، هذا إن كان زوجها على قيد الحياة، أما إذا كان الزوج متوفى وهي في حالة عدة فلا تصح له الوصية إلا إذا كانت الولادة في أقصى مدة للحمل، كذلك الأمر بالنسبة للمعتدة من طلاق.[5] مع الإشارة هنا أنه لا تصح الوصية لابن لابن الزنا والنكاح الفاسد ونكاح الشبهة،[6] حيث يرى الحنفية أنه لابد من وجود الحمل وقت موت الموصي الموصي كونه وقت نفوذ الوصية على اعتبار أن حق الموصي له يكون وقت موت الموصي.[7]

أما فقهاء المذهب المالكي فقد ذهبوا إلى القول بأنه لا يشترط وجود الحمل عند الوصية، فيعتبرون الوصية صحيحة حتى للحمل المستقبل،[8] فإذا كان الجنين غير موجود انتظر بالوصية إلى اليأس من

1- المادة 184 من قانون الأسرة الجزائري.
2- مسلم عبد الرحمان، مرجع سابق، ص97.
3- سليمان بوزيدي، مرجع سابق، ص44.
4- مسلم عبد الرحمان، مرجع نفسه، ص97.
5- سميرة مرابطي، مرجع سابق، ص34.
6- سليمان بوزيدي، مرجع نفسه، ص44.
7- سميرة مرابطي، مرجع نفسه، ص34.
8- سليمان بوزيدي، مرجع نفسه، ص44.

الولادة، بعد ذلك يتم ردها إلى ورثة الموصي، واستدلوا في ذلك على فكرة أن الوصية مبنية على التساهل والتيسير على الناس في وصاياهم.

ب.أن يولد الجنين حيا:

يعتبر شرط حياة الجنين من أهم الشروط التي تحقق تمتع الجنين بالوصية، وحتى يتم التأكد من حياته لابد من ظهور علامات واضحة تدل على ذلك، لأنه إذا ولد ميتاً تبطل الوصية تلقائيا.[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه للزوم الوصية لابد من توفر الشرط أساسي في ذمة الموصي، وهو إيجاب الموصي حال حياته وقبول الموصى له بعد موت الموصي.

وبالتالي فلا عبرة من قبول أو رد الوصية من طرف الموصي،[2] لذا نجد جمهور الفقهاء يؤكدون على ضرورة انفصال الجنين كله حياً، كون أن أهلية التمليك لا تتم إلا بالوجود الكامل للجنين،[3] وهو ما أكده المشرع الجزائري أيضا.[4]

ج.أن يوجد على الصفة التي أرادها الموصي:

معنى هذا الشرط أنه لابد أن يثبت نسب الحمل شرعا، هذا إن كانت الوصية لحمل من شخص معين،[5] كأن يقول الموصي أوصي بكذا لحمل فلانة زوجة فلان.[6] حيث نرى أن الوجود لدى الفقهاء يشمل كل من الوجود الحقيقي و التقديري، وبالتالي تصح الوصية للموصي له الموجود تقديرا لكنه في الواقع معدوم،[7] معناه أننا لا نعلم إن كان سيكون مستقبلا أو لا.

وفي حالة وجود توأم فإن المشرع الجزائري أعطى قدرا واسعا من الإحاطة لهذه المسألة، وفتح المجال للقاضي في حل أي قضية تعرض أمامه سواء الجنين واحد أو التوأم ولو اختلف الجنس،[8] أما الفقهاء فقد اختلفوا حول نصيب كل منهما، ففي حال أن رجل أوصى لحمل ثم بعد ذلك ولد ذكرا وأنثى هنا تساويا في نصيبهما، أما في حال ما إذا وضع الموصي شرط بأن يكون لذكر نصيب معين والأنثى

1- مسلم عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 98.

2- سليمان بوزيدي، مرجع سابق، ص45.

3- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص291.

4- المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري.

5- العربي بلحاج، مرجع نفسه، ص292.

6- سليمان بوزيدي، مرجع نفسه، ص 45.

7- عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص 79.

8- إيمان معمري، ميدون مفيدة، مرجع سابق، ص215.

نصيب لابد من تنفيذ هذا الشرط،[1]هذا ما أكده المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون الأسرة بقوله؛ تصح الوصية للحمل شرط أن يولد حيا، وإذا ولد توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس.[2]

لكن ماذا لو ولد أحدهم حيا والآخر ميتا؟ في هذه الحالة تكون الوصية للحي دون الميت، أما إن كانت الوفاة لأحدهما أو كلاهما بعد الولادة هنا نصيبه يكون للورثة، هذا في حالة ما إذا كانت الوصية بالأعيان، أما إذا كانت بالمنفعة عادت إلى ورثة الموصي.[3]

ثالثا: مبطلات الوصية

مما لا شك فيه هو أن الوصية تصح بمجرد توفر الشروط التي تم ذكرها سابقا، وأن يتمتع كل من الموصي والموصى له بالصفة التي اشترطها القانون له، وحتى يكون للموصي له حق في الشيء الموصى به لابد أن يتم القبول بعد وفاة الموصي، حسب ما نص عليه المشرع الجزائري؛ يكون القبول صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي.[4] كما أنه لابد أن يكون الشيء الموصى به معين، كأن يكون مالا قابلا للتوارث أو التمليك وأن يكون مملوك للموصي وقت الوصية، لكن في حال غياب هذه الشروط فإن الوصية تبطل تلقائيا.

أ. رجوع الموصي عن الوصية:

يكون الرجوع في الوصية إما صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها، والضمني يكون بكل تصرف مستخلص منه الرجوع فيها.[5]

حيث نجد أنه في الرجوع الصريح لابد من إفصاح الموصي على ذلك قيد حياته، ويكون إما بألفاظ صريحة أو شفاهه وأي لفظ غير صريح لا يعتبر رجوعا.[6]

1- مسلم عبد الرحمان، مرجع سابق، ص99.

2- المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري.

3- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص 292.

4- المادة 197 من نفس القانون.

5- المادة 192 من نفس القانون.

6- نسيمه شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري(الهبة-الوقف-الوصية) دراسة مقارنة مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص288.

فالرجوع الصريح في الوصية يكون بنفس وسائل إثباتها، حيث يترتب عليه عودة الشيء الموصي به إلى الموصي،[1] وفي حال كون الوصية مكتوبة وصُرح بها أمام موثق فالرجوع يكون أمامه وبنفس الطريقة، أما في حال أنها تمت بالشهود كان الرجوع بالإشهاد أيضا.[2] ويعتبر شرط الكتابة في الرجوع الصريح دافع مهم لتفادي الخلافات التي تحدث بعد موت الموصي.

أما الرجوع الضمني في الوصية يتحقق بكل تصرف مادي في الشيء الموصى به، وذلك لوجود دلالة واضحة من الموصي على العدول،[3] يعني كل تصرف يزيل ملك المال الموصى به يعتبر رجوعا ضمنيا دون الحاجة لإثبات ذلك بقرينة كالبيع والهبة، ذلك لأن القيام به في حد ذاته قرينة على الرجوع، وتجدر الإشارة هنا إلى أن هذا الرجوع يتم إثباته بكل وسائل الإثبات عكس الرجوع الصريح.

ب.رد الوصية:

اتفق جمهور الفقهاء على أن الوصية تبطل في حال قام الموصى له بردها كلها أو بعضها قبل قبوله لها هذا بعد وفاة الموصي، لكن في حال تم الرد قبل موت الموصي فيعتبر الرد كأنه لم يكن ولا عبرة له.[4]

أما إذا تم رد الوصية بعد القبول الصريح و بعد وفاة الموصي، فإن الآراء اختلفت هنا حيث نجد فقهاء المذهب الحنفي ذهبوا إلى القول بأن رد الوصية في هذه الحالة يعتبر رجوعا عنها وبالتالي تبطل الوصية،[5] في حين ذهب كل من الحنابلة والشافعية إلى أن رد الموصى له الوصية بعد قبولها يقوم على أمرين، إما أن يكون قبل قبض الشيء الموصى به أو بعده، فإن كان بعد القبض فلا يصح إلا إذا كانت هبة هذا إذا قبلها الورثة وقبضوها كون أن المال الموصى به أصبح ملكا للموصي له، وبالتالي لا يجوز الرجوع في هذه الحالة،[6] أما في حال وقع الرد قبل القبض هناك رأيين، الأول يرى صحة الرد كون الملكية

1- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص114.

2- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص31.

3- نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص231.

4- نسيمه شيخ، مرجع نفسه، ص241.

5- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص285.

6- مصطفى شلبي معمري، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1988، ص54.

الملكية لا تثبت إلا بالقبض، الثاني يعتبر الرد باطل لأن الوصية تمليك بالقبول بعد الموت فهي ملك تام للموصى له سواء قبضت أو لا.[1]

في حين نص المشرع الجزائري على أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها،[2] كما قد يحدث أن يجزئ الموصى له الرد معنى ذلك يقبل بعض الشيء الموصى به ويرد البعض الآخر، وإذا تعدد الموصى لهم فقبل بعضهم الوصية وقام البعض الآخر بردها، هنا تكون الوصية نافذة في حق من قبلها وباطلة في حق من رفضها.[3]

ج. موت الموصى له:

يعتبر وفاة الموصى له أحد مبطلات الوصية هذا من حيث المبدأ،[4] حيث تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها كما سبق ذكره، فإذا توفي الموصى له قبل رد الوصية انتقل حقه هنا إلى ورثته طبقا لما نص عليه المشرع الجزائري، إذا مات الموصي له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد.[5]

د. هلاك الشيء الموصى به:

بما أن الشيء الموصى به هو ركن مهم وشرط أساسي لقيام الوصية، بالتالي فإن هلاكه يؤدي مباشرة وبطريقة تلقائية إلى إبطال الوصية، لذا لا يمكن تنفيذها كون أن محلها في هذه الحالة أصبح غير موجود أي منعدم وهذا أمر طبيعي، وما هو ملاحظ هنا أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه الحالة، حتى أنه لم يتطرق إلى الهلاك الجزئي، وهل يستحق أو لا يستحق الجزء الباقي.[6]

هـ. القتل:

ما هو متعارف عليه أن القتل هو إزهاق روح، وبالتالي فهو إحدى الأسباب التي تبطل الوصية، فمن قتل أو تسبب في قتل الموصي فاعلا أصليا كان أم شريكا فإنه يحرم تلقائيا من الوصية قياسا على

1- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1989، ص65.

2- المادة 201 من قانون الأسرة الجزائري.

3- نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص243.

4- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص33.

5- المادة 198 من قانون الأسرة الجزائري.

6- الرشيد بن شويخ، مرجع نفسه، ص34.

أحكام الميراث، بشرط أن يكون القتل عمدا، وهذا تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقول: من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه،[1] وهو ما نص عليه المشرع الجزائري؛ لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا.[2]

الفرع الثاني: حماية حق الجنين في الميراث

يعتبر الحق في الميراث من الحقوق التي تكون على وجه الإلزام لارتباطها بالنسب، ومن بين أركانه؛ مورث والموروث والوارث فهي جزء من النظام القانوني للميراث لا يمكن أن يوجد هذا النظام إلا بوجودهم جميعا، كما يعتبر أيضا من الحقوق المالية غير الإرادية التي أقرها المشرع للجنين و خصها بنوع من الحماية المدنية.

أولا: تعريف الميراث

سنتطرق من خلال هذا العنصر إلى كل من التعريف اللغوي والاصطلاحي للميراث.

أ. الميراث في لغة: هو الموروث من المال والعقار، والميراث: تركة الميت، والجمع: مواريث وعلم المواريث يقصد به علم الفرائض، الوراثة: التمليك والاستحقاق. نقول ورث فلان مالا أو عقارا منه أو عنه.

ويطلق الميراث في اللغة على البقاء، ولله تعالى صفة تسمى (الوارث أو الباقي الدائم الذي يرث الخلائق بعد فنائهم).[3]

ب. الميراث في الاصطلاح: هو اسم لما يستحقه الوارث من مورث بسب من أسباب الإرث، سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حق من الحقوق الشرعية.

لم يعرف المشرع الجزائري الميراث بل ترك ذلك للفقه والقضاء.[4]

فقد عرفته المحكمة العليا بأنه ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته، ومن ثم فإن التعويض لا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثا كان أو غيره، و لخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر.[5]

1- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص35.

2- المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري.

3- خليل إبراهيم محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص31.

4- العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، عكنون، الجزائر، 1996، ص12-13.

5- العربي بلحاج، مرجع نفسه، ص13.

ثانيا: شروط توريث الجنين

لا خلاف بين الفقهاء في أن الميت إذا كان من ورثته حمل في بطن أمه يحسب حسابه في تقسيم التركة، وذلك بشرطين أساسين حسب ما نصت عليه المادة 128 من القانون الأسرة الجزائري:

1. أن يثبت وجوده حيا عند موت مورثه.
2. أن ينفصل عن أمه حيا ولو مات بعد دقائق.[1]

أ. ثبوت وجود الحمل حيا:

معناه أن يكون الحمل موجود في بطن أمه وقت وفاة مورثه. ومعرفة ذلك يكون بأن يولد في مدة يعلم منها انه كان موجود في بطن أمه أثناء وفاة المورث، حيث نصت المادة42 و 43 من قانون الأسرة الجزائري على مدة الحمل التي تكون بأقل مدة ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر،[2] و ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.[3]

كما نص القانون بأنه إذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة فإنه في هذه الحالة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري.[4]

ب.ولادة الحمل حيا:

يرى الفقهاء بأنه حتى يرث الحمل وجب أن ينفصل من بطن أمه حيا بحيث يكون بذلك أهلا لتملك لان هذه الأخيرة لا تتحقق إلا بالوجود الكامل،[5] وهو الرأي الذي اخذ به المشرع الجزائري بموجب المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري.[6]

1- العربي بلحاج، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، الطبعة الثانية، الجزائر، 2015، ص483.

2- المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري.

3- المادة 43 من نفس القانون.

4- المادة 174 من نفس القانون.

5- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص190.

6- (لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة).

ثالثا: كيفية توريث الجنين

تطرق المشرع إلى ميراث الجنين و ذلك من خلال الفصل الثامن تحت عنوان الحمل من الكتاب الثالث بعنوان الميراث وذلك ضمن المواد 173- 174 من نفس القانون،[1] ولتوريث الجنين هناك حالتين وهما:

أ. **الحالات العادية لميراث الجنين:** يندرج ضمنها أربعة صور يتخذها الجنين عند استحقاقه للميراث وهي:

الصورة الأولى: ألا يرث مطلقا، سواء كان ذكرا أو أنثى

قبل الحديث عن هذه الحالة يجب الإشارة إلى أنه طبقا للقواعد المعمول بها في تقسيم الميراث عند توزيعه على الورثة،[2] فإنه لابد من إعطاء أصحاب الفروض فروضهم وهم الذين عندهم نصيب مقدر شرعا (نصف، الربع، الثمن، الثلث، الثلثان و السدس)، بعده يعطى الباقي للمعصبين الذين لا فرض لهم وهم دائما من الذكور، وقد نقع في بعض الأحيان في حالة لا يبقى شيء من الميراث للمعصبين بحيث يأخذ كل الميراث من أصحاب الفروض ولا يبقى لهم شيء. **مثال ذلك:** توفي وترك زوجة وأم وأختين شقيقتين وزوجة أب حامل.

1. **الأنصبة:**

الزوجة	1/4
2 أخت ش	2/3
الأم	1/6
الحمل(أنثى/ذكر)	لا يرث

نصيب الزوجة في هذه المسألة هو 1/4 لانعدام الفرع الوارث، أختين شقيقتين 2/3 وذلك لتعدد وانعدام الفرع الوارث وأخ شقيق وانعدام الأب، الأم 1/6 لوجود الإخوة، الحمل لا يرث وهذا ما سنعالجه لاحقا.

1- (يوقف من التركة للحمل الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم حجب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها).

(إذا ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من نفس القانون).

2- الميراث هو المتبقي من التركة بعد تحصيل الحقوق المتعلقة بها من مصاريف الدفن، الديون والوصية.

2. تأصيل المسألة:

يكون ذلك وفقا للقواعد المتعارف عليها عند فقهاء الشريعة، وهذا من أجل معرفة صفة الورثة وأنصبتهم.[1]

	أَصل المسألة: 12	عدد الأسهم
الزوجة	1/4	3 أسهم
2 أخت ش	2/3	8 أسهم
الأم	1/6	2 أسهم

في هذه الحالة اجتمع الربع مع النوع الثاني(الثلثين والسدس)، فأن أصل المسألة هو 12.

بعد القيام بهذه العملية لابد أن يكون مجموع الأسهم يساوي أصل المسألة في هذه الحالة لا يساوي 12 بل يساوي 13، هنا لابد من تصحيح المسألة عن طريق ما يسمى بالعول، الذي نص عليه المشرع الجزائري ضمن المادة 166 فقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري.[2]

1- أصل المسألة في تقسيم الميراث يعتمد على معرفة صفة الورثة فعندما يكون الورثة معصبين فقط يجب أن نفرق إذا كانوا ذكورا فقط؛ يكون أصل المسألة بعدد رؤوسهم، أما إذا كانوا مخطلتين ذكورا وإناثا يحسب ذكر برأسين وأنثى برأس واحد تطبيقا لقاعدة لذكر مثل حظ أنثيين، إذا كانوا الورثة أصحاب فروض النوع الأول(النصف، الربع، الثمن) هنا يكون أَصل المسألة أكبرهم مقام، النوع الثاني(الثلث، الثلثان، السدس) أصل المسألة هنا أيضا يكون أكبرهم مقام، أما في حال اجتمع النوع الأول والثاني توجد حالات؛ النصف مع النوع الثاني(أصل المسألة يكون من 6)، إذا اجتمع الربع مع النوع الثاني(أصل المسألة يكون من 12)، إذا اجتمع الثمن مع النوع الثاني (أصل المسألة يكون من 24).

2- العول هو زيادة سهام أصحاب لفروض على أصل المسألة.

كما يجب الإشارة إلى حالات العول حيث اجتمع الفقهاء على انه يكون فقط لما يكون أصل المسألة 6 و12 و24 ويكون كالتالي؛

- أصل المسألة 6 تقبل العول إلى: 7، 8، 9، 10.
- أصل المسألة 12 تقبل العول إلى: 13، 15، 17.
- أَصل المسألة 24 تقبل العول إلى: 27 فقط.

بعد تصحيح المسألة بالعول تصبح كما يلي:

		أصل المسألة:12	تعول إلى: 13
الزوجة	1/4	3	3
2أخت ش	2/3	8	8
الأم	1/6	2	2

كما تطرقنا سابقا أن الحمل لا يرث على فرض الذكورة، وذلك لأنه سيكون أخ لأب يعني يأخذ الباقي تعصيب وفي هذه المسألة لا يوجد باقي بعد أصحاب الفروض، ولا يرث على فرض الأنوثة وذلك لأنها تكون محجوبة بالأختين الشقيقتين، وكذلك لعدم وجود من يعصبها، فالتركة في هذه الحالة توزع على الورثة توزيعا نهائيا ولا عبرة بوجود الحمل.[1]

الصورة الثانية: أن يرث قدرا واحدا على فرض الذكورة و الأنوثة

اتفق جمهور الفقهاء على غير المالكية على أنه في هذه الحالة يفرض للجنين نصيب ثم يعطي البقية أنصبتهم. **مثال ذلك:** توفي وترك زوجة وأم حامل.

1. على فرض الذكورة:

		أصل المسألة:24
زوجة	1/8	3
أم	1/6	4
حمل(أخ ش)	باقي تعصيب	17

1- العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص230.

2. على فرض الأنوثة:

		أصل المسألة:24
زوجة	1/8	3
أم	1/6	4
حمل(أخت ش)	1/2	12

في هذه الحالة الأخت الشقيقة تأخذ 1/2 ثم رد الباقي (5 أسهم) بينها وبين الأم بحسب سهامهما.[1]

الصورة الثالثة: أن يرث على أحد الفرضين ولا يرث على الفرض الأخر

مثال ذلك: توفيت وتركت زوج وعم وزوجة أخ شقيق حامل.[2]

1. على فرض الذكورة:

		أصل المسألة: 2
زوج	1/2	1
عم	محجوب	/
الحمل (ابن أخ ش)	باقي تعصيب	1

2. على فرض الأنوثة:

		أصل المسألة: 2
زوج	1/2	1
عم	باقي تعصيب	1
الحمل(بنت أخ ش)	لا ترث	/

يحتفظ للجنين بسهم حتى ولادته.

1- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الميراث والوصية)، مرجع سابق، ص194.

2- رابح بوسنة، محاضرات في أحكام الميراث وفق قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2015- 2016، ص61.

مثال أخر: توفيت وتركت زوج وأم و3 أخوات لأم وزوجة أب حامل.

1. على فرض الأنوثة:

		أصل م6 تعول إلى 9
زوج	1/2	3
أم	1/6	1
3 أخوات لأم	1/3	2
حمل(أخت لأب)	1/2	3

2. على فرض الذكورة:

		أصل المسألة: 6
زوج	1/2	3
أم	1/6	1
3 أخوات لأم	1/3	2
الحمل(أخلأب)	ب تعصيب	0

يحتفظ له ب 3 أسهم إلى غاية أن يولد حيا.

الصورة الرابعة: أن يرث على كلا الفرضين

في هذه الحالة يحتفظ له بالنصيب الأكبر حيث يتم حل المسألة على الفرضين، على فرض الذكورة وعلى فرض الأنوثة ويحتفظ له أوفر النصيبين مضاف إليه فروق الأنصبة، ومن يتأثر نصيبه بالتعدد يؤخذ منه كفيل **مثال ذلك:** توفي وترك زوجة، أم، بنت، زوجة ابن حامل.[1]

1- العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص232.

1. على فرض الذكورة:

		أصل المسألة: 24
زوجة	1/8	3
أب	1/6	4
أم	1/6	4
بنت	1/2	12
الحمل (ابن الابن)	ب تعصيب	1

نصيب الزوجة 1/8 وذلك لوجود فرع الوارث، أما الأب 1/6 لوجود الفرع الوارث، الأم 1/6 لوجود الفرع الوارث، بنت 1/2وذلك للإنفراد، ابن الابن (الحمل) باقي تعصيب.

2. **على فرض الأنوثة:**

		أصل المسألة: 24	تعول إلى: 27
زوجة	1/8	3	3
أب	1/6	4	4
أم	1/6	4	4
بنت	1/2	12	12
بنت الابن(حمل)	1/6	4	4

نصيب بنت الابن (الحمل) 1/6 وذلك لوجود بنت مباشرة واحدة وانعدام الأبناء وأبناء الابن، تأخذ البنت 1/2 وبنت الابن 1/6 تكملة الثلثين.

بعد حل المسألة على الفرضين نلاحظ أن نصيب الحمل الذكر1 ونصيب الحمل الأنثى 4، من هنا يفرض الحمل بأنه أنثى ويحتفظ بنصيب4، فإذا كانت أنثى أخذت نصيبها وإذا كان ذكرا أخد نصيبه على أنه ذكر ويقسم الباقي على الورثة قسمة الميراث.[1]

ب. الحالات الخاصة لميراث الجنين:

من خلال نص المادة 173 من قانون الأسرة الجزائري، نلاحظ أن المشرع اعتمد على الحالات العادية الغالبة في الحمل كون الجنين واحد سواء كان ذكرا أو أنثى، وأغفل بعض الحالات الخاصة كميراث الجنين مع أمه وميراث التوأم والأم، في حال تعرضت الأم لجناية القتل أو تعرض الجنين لذلك وكان موته أو موتها في وقت واحد بمعنى في حال اختلاف من توفي أولا، في هذه الحالة يطبق عليهم حكم الغرقى، بمعنى لا يرث أحدهما الأخر وهو رأي جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية.

كما نرى أيضا أن المشرع لم يتطرق إلى ميراث الجنين في حالة التلقيح الاصطناعي، وميراث ولد الزنا وولد اللعان.[2]

المطلب الثاني: حماية حق الجنين في الهبة والوقف

من بين الحقوق التي يتمتع بها الجنين نجد حقه في تلقي الهبة من غيره، كما أن له الحق في أن يوقف عليه أو يشترط لمصلحته شيء و بالإمكان أن تقع هذه الحقوق حال حياة الواهب والواقف، حيث يتم نقل ملكية الشيء المتصرف فيه إلى الشخص المستفيد.[3] من خلال ما سبق ارتأينا أن نتطرق إلى معرفة حق الجنين في الهبة (الفرع الأول) وحق الجنين في الوقف (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية حق الجنين في الهبة

يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية في عقود التبرع كالهبة، بأن يكون المستفيد منها موجود حقيقة وقت إبرامها وان لم يكن موجود يعتبر التصرف باطل، غير أنهم اختلفوا في نفاذ هذا التصرف بالنسبة للجنين وهو ما سنتطرق له ضمن هذا الفرع.

1- العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص233.

2- مباركة بغدادي، الحماية الجنائية للجنين، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015-2016، ص56-57.

3- مسلم عبد الرحمان، مرجع سابق، ص101.

أولا: تعريف عقد الهبة

أ. **الهبة لغة:**جاء على لسان العرب أن الهبة إيصال النفع إلى الغير، أو هي العطية الخالية من العوض، وكذلك هي التفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا.[1]

ب.الهبة اصطلاحا: هي تمليك المال مجانا، فهي تمليك بلا عوض حال حياة المملّك، وهي كل ما يقوم به الإنسان بقصد التودد والتقرب لشخص ما.[2]

حيث نجد أن سيدنا محمد ﷺ كان لا يقبل الصدقة لكنه يقبل الهبة، فعندما نقول تمليك في الحال و تمليك في المستقبل، هذا يعني أن قبول الموهوب له يمكن أن يتراضى إلى وقت آخر على أن يكون هذا القبول قبل وفاة الواهب.[3]

ج.الهبة قانونا: عرفها المشرع الجزائري في قانون الأسرة بأنها؛ تمليك بلا عوض، كما نص أيضا على أنها تنعقد بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة.[4]

هذا وقد أجاز المشرع الجزائري الهبة للجنين بشرط ولادته حيا،[5] ويتم القبول من الولي الشرعي للجنين.[6]

ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من الهبة للجنين

اختلف الفقهاء حول مسألة إشراط القبول في الهبة من عدمه فكل مذهب أخذ برأي، حيث نجد فقهاء المذهب الحنفي اعتبروا الهبة تصرف بالإرادة المنفردة، وبالتالي تقوم على ركن واحد وهو الإيجاب أما القبول لا يعد ركنا وإنما استحسانا.[7]

1- ابن المنظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، الجزء الأول، دار المعارف، (630- 711 هـ) 1232م-1311م)، ص803.

2- سليمان بوزيدي، مرجع سابق، ص45.

3- مسلم عبد الرحمان، مرجع سابق، ص101.

4- المادة 202- 206 من قانون الأسرة الجزائري.

5- المادة 209 من نفس القانون.

6- نسيمه شيخ، مرجع سابق، ص33.

7- سليمان بوزيدي، مرجع سابق، ص45.

كما اعتبروا أن القبول هو لثبوت حكمها لا لوجودها نفسها، وبالتالي فهو لا يعتبر شرط لقبول الهبة.[1]هذا ما عبر عنه فقهاء المذهب المالكي بقولهم أن الهبة نوع من المعروف تتحقق بالإيجاب وحده فلا حاجة هنا للقبول، حيث يرى الإمام مالك أن الهبة جائزة لكل من الجنين والمعدوم، و المقصود هنا الجنين الذي يمكن أن يوجد مستقبلا.[2]

أما الشافعية فقد اعتبروا القبول شرط في الهبة، حجتهم في ذلك أن الهبة هي بحد ذاتها من عقود التمليك، وبالتالي لابد من صدور قبول سواء كان في الحال أو بعد وقت آخر، حيث يقول الإمام الشافعي: (إن تمليك الموهوب له الشيء الموهوب تكون بنفس العقد حتى ولو لم يحصل القبض منه).

أما بالنسبة للحنابلة فهم يرون بأن الهبة تتم بالإيجاب والقبول، لكنهم لم يعتبروا القبض شرط لصحتها ولا لإتمامها.[3]

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الهبة للجنين

أجاز المشرع الجزائري الهبة للجنين، آخذا بذلك بقول المذهب المالكي حيث نص على أنه؛ تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا.[4]

الفرع الثاني: حماية حق الجنين في الوقف

الوقف في الإسلام هو نظام شرعي يهدف إلى حجز الملكية عن ممتلكات معينة، وتصريف ثمارها لأعمال خيرية في الجهات المحددة، وهو نوع من الصدقات الجارية التي ينتفع بها صاحب الوقف بعد وفاته، وقد تم تطبيق هذا النظام من قبل الصحابة والمسلمين حتى الآن.

أولا: تعريف الوقف

لابد من الوقوف على المعنى اللغوي ثم الاصطلاحي وكذا القانوني للوقف.

أ. **الوقف لغة:**هو الحبس والمنع عن التصرف، فهو مشتق من فعل وقف ويستخدم هذا المصطلح أيضا للإشارة إلى حالة الشيء الذي تم وضعه تحت التحبيس أو المنع من الاستخدام، كما يمكن استخدامه لوصف الممتلكات الموقوفة التي تم حظر بيعها أو نقل ملكيتها.

1- مسلم عبد الرحمان، مرجع سابق، ص102.

2- سليمان بوزيدي، مرجع سابق، ص45.

3- سليمان بوزيدي، مرجع نفسه، ص46.

4- المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري.

ب.الوقف اصطلاحا: هو تعليق لحقوق الملكية على ممتلكات معينة، وذلك بهدف الاستفادة من أرباحها لصالح النفع العام وتوزيعها على المحتاجين، بمعنى أن الوقف تكون فيه الملكية موقوفة لا تنتقل إلى الغير، كما لا يمكن التصرف في الشيء الموقوف بالبيع أو غيره بل يظل موقوف على وجه التأبيد، وذلك من أجل إتمام الغرض المقصود منه.[1]

ج.الوقف قانونا:هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق.[2]

ثانيا: حكم الوقف للجنين

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الوقف يمكن أن يكون على الذرية، الموجود منهم ومن سيولد، أما في ما يخص الجنين وهو في بطن أمه فقد اختلف الفقهاء حول هذه المسألة إلى رأيين:

أ. **الرأي الأول:** يقول أصحاب هذا الرأي بأنه يجوز الوقف للجنين في بطن أمه وهو ما تبناه فقهاء الحنفية والمالكية، حيث يرى الحنفية أن الجنين يعتبر نسلا ويستحق الوقف عليه بعد خروجه سالما معافى أما المالكية فقد أجازوا الوقف على من هو أهلا كمن سيولد.

ب. **الرأي الثاني:** يرى أصحاب هذا الرأي بأنه لا يجوز الوقف للجنين في بطن أمه (الشافعية والحنابلة)، ذلك أن الجنين لا يملك شيئا في هذه المرحلة سواء كان مقصودا أو تابعا وبالتالي لا يصح تخصيص الوقف له وهو رأي الشافعية، أما الحنابلة يرون بأنه من قام بالوقف لأولاد أو أولاد الغير فهذا لا يجوز وكذلك الجنين لا يستحق شيئا قبل انفصاله عن أمه لأنه لم تبثث له أحكام الدنيا قبل انفصاله.[3]

أما المشرع الجزائري فقد نظم مسألة الوقف من خلال قانون الأسرة الجزائري وذلك في الفصل الثالث تحت عنوان الوقف في المواد من 213 إلى 220، ويتضمن ذلك الوقف العام والخاص ولكن لم يتم تخصيص الوقف للجنين بمفرده أو بالتبعية وهذا يختلف عن الهبة والوصية والميراث التي تم تخصيصها له صراحة في نصوص قانونية.

وبالتالي يمكن القول أن المشرع الجزائري لم يعترف صراحة بجواز الوقف للجنين في بطن أمه، ولكن لا يمكن استبعاد احتمالية قبول الوقف على الجنين من خلال التفسير القضائي لنص المادة 02 من

1- عبد القادر باجي، أحكام الوقف، الطبعة الأولى، دار ابن الحزم للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2009، ص23.

2- المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري.

3- خليل إبراهيم محمد إبراهيم، مرجع سابق، ص47-48.

قانون الأوقاف،[1] وكذا 222 من قانون الأسرة الجزائري خاصة مع وجود اختلاف في أراء الفقهاء في هذه المسألة.

المبحث الثاني: حماية حق الجنين في النسب

نجد أن الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الأخرى قد أولت اهتماما بالغا بالجنين، فعملت على الحفاظ على حقوقه التي منها ما يتعلق بالذات الجنين،[2] ومن بين هذه الحقوق حق الجنين في النسب، الذي يثبت دون الحاجة إلى قبول أي تلقائيا دون وساطة،[3] فهو يثبت بمجرد وضع الجنين،ويعتبر بذلك الركيزة الأساسية التي تقوم عليها الأسرة، وهو إلحاق الولد بأبويه أو بأحدهما قرابة،[4] وهذا من أجل حماية الجنين من الضياع والانتساب لغير أبيه، لذا فقد أنعم الله به علينا للمحافظة على أواصر الأسرة،[5] وحمايتها من التفكك وبث روح المحبة والمسؤولية فيما بين أفرادها، حيث يقول سبحانه وتعالى؛{وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا}.[6]

تعددت التعاريف لهذا الحق ففي اللغة، يقصد به اتصال الشيء بالشيء وسمى كذلك لاتصاله كأن يقول انتسب إلى أبيه أي إلحاقه به.

أما في الاصطلاح، فيعني القرابة معنى ذلك الاتصال بين الولد ووالديه، فالنسب هو صلة الإنسان بمن ينتمي إليه من الآباء والأجداد.[7]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر النسب بأنه الصلة التي تقوم بين الأشخاص الذين يجمعهم أصل مشترك، وهذا ما عبر عليه بموجب نص المادة 32 من القانون المدني الجزائري،[8] حتى أنه ميز

1- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال 1441 الموافق لـ27 أفريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية، العدد 21، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07/01 المؤرخ في 28 صفر 1422 الموافق لـ22 ماي 2001، والمعدل والمتمم بالقانون 10/02 المؤرخ في 10 شوال 1432 الموافق لـ14 ديسمبر 2002.

2- إيمان معمري، ميدون مفيدة، مرجع سابق، ص204.

3- سليمان بوزيدي، مرجع سابق، ص50.

4- أوان عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب(دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية دار شتات لنشر، مصر، الإمارات، 2015، ص25.

5- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء 07، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، 1989، ص 673.

6- سورة الفرقان، الآية 54.

7- خالد دوادي، إثبات النسب ونفيه، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي لنشر والتوزيع، الأردن، عمان 1438هـ - 2017م، ص11.

8- (تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل واحد).

بين القرابة المباشرة وغير مباشرة وذلك من خلال نص المادة 33 من نفس القانون،[1] ونظرا للحصانة الكبيرة التي منحها الله سبحانه وتعالى للنسب يتعين علينا معرفة كيفية إثباته (المطلب الأول) مع التطرق إلى دراسة طرق نفيه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طرق إثبات النسب

باعتبار النسب من المواضيع التي لها أهمية كبيرة في الحياة اليومية لكل شخص، لذا اهتم به المشرع الجزائري في المواد من 40 إلى 46 من قانون الأسرة طالما أنه الهدف الأسمى لشريعة الإسلامية،لذلك لابد من إثباته حتى يكون حجة لكل من اكتسبه، ولقد تعددت وسائل إثباته واختلفت وتطورت مع تطور الحياة العلمية.

الفرع لأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية

يعتبر الزواج أهم وسيلة لإثبات النسب فهو الموصوف في كتاب الله بالميثاق الغليظ، وهو أساس تكوين الأسرة عن طريق الاتصال فيما بين الزوجين وإنجاب الأولاد وإثبات نسبهم، وتختلف صيغ الزواج فمنها الزواج الصحيح ومنها الفاسد ونكاح الشبهة.

أولا: إثبات النسب بالزواج الصحيح

حتى يتم إثبات نسب الولد لأبيه لابد أن يتم الزواج بطريقة صحيحة، وذلك عن طريق إمكانية الاتصال بين الزوجين وبطريقة مشروعة وهذا ما عبر عليه المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون الأسرة بقوله؛ ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بطرق مشروعة،[2] يتضح لنا باستقراء نص المادة أنه لابد من مشروعية عقد الزواج القائم بين الرجل والمرأة فلا يتصور إثبات نسب ولد ناتج عن علاقة غير شرعية، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها: (من المقرر شرعا أنه لا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج من علاقات جنسية، بل هو مجرد عمل غير شرعي لا يثبت عنه نسب الولد).[3]

فالعقد الصحيح هو السبب الشرعي الذي من خلاله يمكن إثبات نسب الولد أثناء قيام الزوجية، فإن تم الوضع بعد الزواج يثبت النسب تلقائيا لذلك الزوج دون الحاجة إلى إقرار منه أو بيّنه تدّعيها الزوجة

1- (القرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول و الفروع.

وقرابة الحواشي هي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرع للأخر).

2- المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري.

3- القرار رقم 34046 الصادر عن المحكمة العليا في 1984/11/19، غرفة الأحوال الشخصية، الفاصل في الملف المنشور في المجلة القضائية، العدد 01، 1990، ص67.

عليه،[1] بالإضافة إلى مشروعية الزواج لابد من إمكانية الاتصال الجنسي بين الزوجين، لقوله ﷺ؛ {الولد للفراش وللعاهر الحجر}، ومعنى ذلك أن الزوج هو صاحب الفراش والعاهر هو الزاني وعقوبته الرجم.[2] وقد تبنى هذا الموقف كل من فقهاء المذهب المالكي والحنبلي والشافعي، حيث اعتبروا أن الفراش في الزوجية يثبت بالعقد شرط أن يدخل بزوجته.[3]

وهذا ما ذهب إليه أيضا الإمام ابن تيمية وتلميذه ابن القيّم فقد أخذوا بنفس الرأي، وهو أنه حتى يثبت نسب الولد فإنه لابد من الدخول الحقيقي هذا بالإضافة إلى العقد، وكانت حجتهم أنه كيف يتم إثبات نسب من لم يدخل بزوجته، في حين أن فقهاء المذهب الحنفي اكتفوا بالعقد واعتبروه وسيلة لجعل المرأة فراشا كونه مظنة الاتصال.[4]

من خلال ما سبق نجد أن المشرع الجزائري اتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية ومع ما هو منطقي ومعقول، وبالتالي فإن الإجراء يحمي نسب الولد من الضياع في المدة المحددة شرعا وقانونا ستة أشهر وهي أقل مدة للحمل، فلو جاءت الزوجة بولد لستة أشهر فأكثر من وقت الزواج يثبت نسبه من ذلك الزوج لقيام النكاح بينهما أما إذا أتى الولد لمدة أقل من ستة أشهر فلا يثبت نسبه.[5]

أما بالنسبة لأقصى مدة للحمل فلا يوجد لها نص قرآني ولا حديث نبوي، لذا رأى الفقهاء أن يجتهدوا وفقا لما رأوه في زمانهم،[6] حيث اختلفوا فيما بينهم على رأيين؛ فمنهم من يقول أنّ أقصى مدة للحمل هي سنتان وهذا ما قاله أبو حنيفة وحجته في ذلك ما روي عن عائشة رضي الله عنها؛{ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل}،[7] في حين أن هناك من قال أن أقصى مدة للحمل أربعة سنوات وهو ما قال به الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد.[8]

1- خالد دوادي، مرجع سابق، ص20.

2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005، ص388.

3- أحسن نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص39.

4- مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013 ص16.

5- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1984، ص357.

6- إيمان معمري، مفيدة ميدون، مرجع سابق، ص206.

7- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص21.

8- شفيق حادي، الشخصية القانونية للجنين دراسة مقارنة، مجلة القانون والعلوم السياسية، مجلد 04، العدد 02، النعامة، النعامة، جوان 2018، ص145 .

ونظرا لهذه الاختلافات فقد حسم المشرع الجزائري الأمر في أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشر أشهر،[1] التي من خلالها يتحدد ما إذا كان الولد منتسبا لأبيه، وما يفهم من نص هذه المادة أنه يتم إثبات نسب الولد لأبيه عن طريق الزواج مع إمكانية الاتصال بين الزوجين في المدة المحددة قانوناً، مع الإشارة هنا إلى عدم نفي ذلك بطرق مشروعة ألا وهي اللعان، الذي هو اتهام الزوج لزوجته بالزنا ونفي نسب ولدها إليه لقوله تعالى:{وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ}.[2]

ثانيا: إثبات النسب بالزواج الفاسد

من خلال نصوص المواد 32-33-34 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع ميز بين بطلان الزواج وفساده، حيث عرف الزواج الباطل على أنه اشتمال عقد الزواج على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد،[3] وهو كل نكاح أوصى المشرع بإبطاله ولو بعد الدخول.[4]

أما الزواج الفاسد وهو فقد شرط من شروط الصحة،[5] المذكورة في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، وبالتالي يفسخ الزواج قبل الدخول وبعده، إلا أنه يترتب ثبوت النسب مع وجوب الاستبراء.[6]

يشترط لثبوت النسب في الزواج الفاسد أن يتم الدخول فعلا، وهذا ما عبر عنه المشرع في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري،[7] حتى يتم إثبات النسب لابد من الدخول الحقيقي، فلا يعقل نسب الجنين دون دخول.[8]

1- المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري.

2- سورة النور، الآية 04.

3- المادة 32 من نفس القانون.

4- مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص42.

5- محمد سماره، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن لأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، 2002، ص375.

6- (يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط التالية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية).

7- (يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالنية أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32-33-34 من نفس القانون).

8- سليمان بوزيدي، مرجع سابق، ص49.

حيث يتم حساب مدة الحمل من تاريخ الدخول وليس من تاريخ العقد، وعليه يثبت نسب الجنين إذا تم وضعه بين أدنى وأقصى مدة للحمل.[1] لكن في حال ما إذا كان كلا الزوجين أو أحدهما على علم بأن زواجهم لا يجوز شرعا وممنوعا، مع هذا أكمل الزواج فزواجهما باطل وليس فاسد فقط، حتى أنه يعتبر زنا وبالتالي يترتب عن ذلك عدم ثبوت النسب.[2]

من خلال ما سبق نستخلص أنه لثبوت النسب بالفراش في الزواج الفاسد، لابد من وجود عقد فاسد فعلا مع حصول الدخول الحقيقي إضافة إلى وضع الولد في مدة ستة أشهر فأكثر.[3]

ثالثا: إثبات النسب بنكاح الشبهة

هوالاتصال الجنسي ليس بزواج ولا حتى زنا وقع بسبب غلط وهو نكاح حرام لا حد فيه،[4]مثال ذلك: وطء رجل لامرأة يجدها في فراشه ظنا منه أنها زوجته، أو وطء مطلقة ثلاثا أثناء عدتها معتقدا في ذلك أنها تحل له.[5]

ففي شبهة الفعل لا يثبت النسب في حال أتى الزوج زوجته التي طلقها ثلاث وهي في العدة ظنا منه أن هذا الفعل حلال، أما بخصوص شبهة العقد فالنسب فيه يثبت دون أي خلاف،[6] كأن يتم العقد على امرأة لا تحل له وبعد الدخول يتبين أنها من المحرمات لكنه لم يكن يعلم هذا، لكن في حال علمه بالأمر وأتم الزواج هنا لا يثبت النسب.[7]

وفي حالة شبهة المحل أو الملك، يثبت النسب للولد الحاصل في الوطء بشبهة هذا بناء على ادعاء الواطئ.

1- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري الطلاق وأثاره، الجزء02، الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979، ص168.

2- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص214.

3- مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص46.

4- خالد دوادي، مرجع سابق ص46.

5- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص688.

6- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص145.

7- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق ص197.

وبالعودة إلى المشرع الجزائري فقد اعتبر أن نكاح الشبهة سبب من أسباب ثبوت النسب دون اللجوء إلى التفرقة بين شبهة وشبهة، حيث يتم إثبات نسب الجنين في مدة الحمل القانونية المحددة شرعا.[1]

رابعا: إثبات النسب خلال العدة

شرع الله العدة حفاظا على الأنساب من الاختلاط واستبراء الرحم، هذا إذا حدث طلاق أو في حالة وفاة، وحتى يتم إثبات نسب الولد في هذه الحالة تم وضع أحكام لا يثبت النسب إلا من خلالها، وهذا ما أكده المشرع الجزائري في المادة 43 من قانون الأسرة.[2]

أ. **ثبوت نسب ولد المطلقة:** يكون ذلك في حالتين ألا وهما:

1. ثبوت النسب قبل الدخول:

بما أن الطلاق حدث قبل الدخول فلا يترتب عليه عدة لقوله تعالى:{يَٰٓأَيُّهَاٱلَّذِينَ آمنوا إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا}.[3]

كون أن النسب قائم على الفراش وهذا الأمر لا يتحقق إلا في حال ما إذا كان هناك تلاقي فالنسب يثبت لاحتمال حدوث وطء،[4] أما إذا كانت ولادتها أقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فلا يثبت نسب ولدها من طليقها، كذلك الأمر إذا كانت ولادتها لتمام ستة أشهر من يوم طلاقها.[5]

2. ثبوت النسب بعد الدخول:

يقتضي الأمر هنا التمييز بين حالتين الطلاق الرجعي والطلاق البائن ففي الطلاق الرجعي، نجد أن النسب يثبت للمطلق هذا إذا تم الوضع في مدة ستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق مع عدم إقرارها

1- خالد دوادي، مرجع سابق، ص47.

2- (ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة).

3- سورة الأحزاب الآية 49.

4- أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص829.

5- احمد محمد الشافعي، الطلاق وحقوق الأولاد والأقارب دراسة مقارنة، دار الجامعيين، بيروت، لبنان، 1987، ص146.

بانقضاء عدتها،[1]كذلك الأمر في حالة إقرارها بأن عدتها انقضت فإن النسب يثبت للمطلقة في حال أتت بالولد في مدة أقل من ستة أشهر من وقت إقرارها.[2]

أما بالنسبة للطلاق البائن فحتى يثبت نسب الولد لأبيه فيشرط أن تأتي به في مدة لا تتجاوز عشر أشهر من تاريخ الطلاق، وإن حدث وتزوجت وهي في حالة عدة فالولد يثبت للمطلق بشرط أن يتم الوضع في مدة أقل من عشر أشهر من الطلاق وأقل من ستة أشهر منذ تزوجت،[3] كما أن الزواج يعتبر باطل ومخالف للشريعة لأنه يحرم الزواج من المعتدة من طلاق أو وفاة وهذا حسب نص المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري.[4]

ب.ثبوت نسب ولد المتوفي عنها زوجها:

حسب ما نصت عليه المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري، فإن نسب ولد المتوفي عنها زوجها يثبت لزوجها الذي توفي، هذا إذا تم الوضع خلال عشر أشهر من تاريخ الوفاة.[5] وحتى يثبت نسب الولد يشترط ولادته في المدة المحددة قانونا كما هو مذكور في نص المادة سالفة الذكر، وإذا حدث وجاءت به في مدة تزيد عن عشر أشهر فإن النسب لا يثبت.

ج.ثبوت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها:

في هذه الحالة يثبت نسب الولد إذا أتت به بعد انقضاء أقصى مدة للحمل من يوم غياب الزوج أي 10 أشهر شرط أن لا ينفي الزوج ذلك أو قيامه بلعان زوجته.[6]

الفرع الثاني: إثبات النسب بالطرق القانونية و العلمية

باعتبار أن أرقى هدف هي العلاقة الزوجية هو الإنجاب، والذي يترتب على انتفائه تعرض هذه العلاقةللانحلال لذا نجد ان المشرع قد وسع من دائرة إثبات النسب، فأقر بذلك وسائل قانونية(أولا)، وأخرى علمية(ثانيا).

1- سليمان بوزيدي، مرجع سابق، ص 38.

2- عبد الرحمان الصابوني، مرجع سابق، ص173.

3- خالد دوادي، مرجع سابق، ص41.

4- (يحرم من النساء مؤقتا: المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاث.

كما يحرم مؤقتا: الجمع بين الأختين أو المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع).

5- المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري.

6- خالد دوادي، مرجع نفسه، ص42.

أولا: إثبات النسب الطرق القانونية

إن من بين الأدلة القانونية التي اعتمدها المشرع لإثبات نسب الولد الإقرار والبنية.

أ. الإقرار:

يعتبر الإقرار أحد الطرق الغير مباشرة لإثبات النسب، و ذلك عن طريق إقرار الشخص بأن هناك علاقة قرابة بينه وبين شخص آخر.

حيث يعرف الإقرار على أنه الاعتراف بالشيء، وهو صحة قاطعة على المقر و هذا ما عبرت عنه الفقرة الأولى من المادة 342 من القانون المدني الجزائري.[1]

وما يهم هو إقرار الشخص بالنسب، والذي ينقسم بدوره إلى نوعين:

1. إقرار الشخص بالنسب على نفسه:

إن الأصل في الإقرار بالنسب هو إقرار الشخص على نفسه بالنسب، حيث نص المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون الأسرة على أنه؛ يثبت النسب بالإقرار بالبنوة والأبوة أو الأمومة لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة.[2]

من خلال نص هذه المادة فإنه يتضح حتى يثبت النسب في هذه الحالة وجب توفر شروط التالية:

- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب.
- ألّا يقول المقر بأنه ابن زنا كونها لا تصلح أن تكون سببا لثبوت النسب.
- أن يتم تصديق المقر من طرف المقر له.
- ألّا يكون المقر والمقر له متقاربين في السن.

كما يثبت أيضا نسب الولد من الشخص الذي يقر بأبوته، كذلك الأمر بالنسبة للأم التي تقر بأنها أم لذلك الولد حتى ولو كان ابن زنا، على الرغم من أنه لا يثبت نسبه لمن زنا بها، أما في حال ما إذا كانت المرأة المقرة زوجة لا يثبت نسب ولدها إلا إذا صدقها زوجها.

2. إقرار الشخص بالنسب على الغير:

يقصد بهذا النوع من الإقرار، أن يقول الشخص هذا أخي وهذا عمي، نظمه المشرع الجزائري في المادة 45 من قانون الأسرة.[3]

1- (الإقرار حجة قاطعة على المقر).

2- المادة 44 من قانون الأسرة الجزائري.

3- (الإقرار بالنسب في غير البنوة، والأبوة، والأمومة لا يسري على غير المقر إلا بتصديقه).

وحتى يكون هذا الإقرار دليل إثبات، لابد من إضافة شرطين آخرين زيادة على ما سبق من شروط،[1]بمعنى لا بد من تصديق المقر عليه للمقر حتى يثبت النسب، مع إقامة بيّنة من طرف المقر على دعواه.

ب.البينـة:

نظمها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة حيث تعتبر وسيلة مهمة لإثبات النسب، فقد عرفها الأستاذ بكوش بأنها؛ أقوال شهود عدل معروفين بالصدق والأمانة يقرون بما رأوه أو سمعوه من وقائع.[2]

ويتحقق إثبات نسب الولد بالبيّنة في حال ما إذا ادعت امرأة أنها حملت من زوجها وولدت في غيابه لكنه أنكر أن الولد ابنه، هنا يتعين إثبات ذلك عن طريق شهادة النساء الآتي حضرن الولادة أو احد الأطباء،[3] من خلال هذه الشهادات يتم إثبات النسب وتسجيله في سجلات الحالة المدنية،[4] كما لا ننسى أن الله سبحانه وتعالى تحدث عن أهمية البّينة في الإثبات وتتحقق بشهادة رجلين أو رجل و امرأتين لقوله تعالى؛{... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ}.[5]

على هذا الأساس يثبت النسب بالبّينة التي يقيمها المدعي، فعندما يدعي شخص ما على شخص آخر أنه ابنهُ، و في المقابل أنكّر المدعي عليه هذا الشيء، في هذه الحالة يتم إثبات ذلك بالبّينة مع قبول الدعوى والحكم بثبوت النسب.

ثانيا: إثبات النسب بالطرق العلمية

نظرا لتطور العلوم فإن المشرع الجزائري قد فتح المجال للبحث في ما يخص وسائل إثبات النسب فعمل على إضافة الخبرة الطبية، حيث تنوعت هذه الطرق التي كانت في السابق طريقة واحدة.

1- خالد دوادي، مرجع سابق، ص53.

2- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص188.

3- مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص73.

4- صالح براهمي، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1992، ص97 .

5- سورة البقرة، الآية 282.

أ. نظام تحليل فصائل الدم:

من خلال ما هو متعارف عليه وما تمت دراسته سابقا فإن الابن يأخذ نصف الصفات الوراثية من أبيه البيولوجي والنصف الأخر من أمه، وهذا من خلال العلاقة التي تقوم بين الزوجين الحيوان المنوي للرجل والبويضة للزوجة ولعل من العلامات الوراثية هي فصائل الدم التي تعتبر من بين أهم الوسائل لإثبات نسب الولد، وذلك عن طريق فحص الدم للحصول على النتائج التي من شأنها تأكيد ما هو مشكوك فيه، وقد تختلف النتائج كل حسب صفته الوراثية ففي حال توافق الفصائل بين الولد ومدعيه فلا يعتبر دليل إثبات قطعي للنسب، والعلة في ذلك أن الفصيلة الواحدة قد تكون مشتركة لدى الكثير، وبالتالي من المحتمل أن يكون أحدهم أب لذلك الطفل.[1] مثال ذلك؛ لو وقعت ولادة امرأتان في نفس المستشفى وعندها اختلط الولدان وصعب التميز بينهما، هنا لابد من اللجوء إلى تحاليل الدم حتى تتم معرفة نسب كل منهما، من خلال تطابق فصيلة الطفل مع فصيلة الرجل هنا تحتمل البنوة أما في حالة استحالة التطابق هنا يتم نفي النسب تماماً، وما هو ملاحظ هنا أن هذه الوسيلة نسبية في مجال الإثبات لذا فهي تصلح لأن تكون دليل نفي،[2] ونظرا لتقدم العلم في هذا المجال فإن فحص الدم لم يعد يقتصر على ما هو بسيط وقديم بل صار ذو قوة إلزامية في إثبات النسب.

ب.نظام البصمة الوراثية ADN

هي المادة الحاملة للعوامل الوراثية والجينات في الكائنات الحية، وهي العلامة أو الأثر الذي ينتقل من الأصول إلى الفروع،[3] كما أنها تعتبر النواة الموجودة في خلايا الإنسان ككريات الدم الحمراء وعددها 46 كرموزم.[4]

ولإثبات النسب ونفي البنوة لابد من استخدام نظام تحليل ADN للكشف عن الأب والأم، كوّن أن البصمة الوراثية تكتسب أهمية كبيرة في مجال إثبات النسب، فهي تعتبر بذلك دليل قاطع لذا يشرط بعض الإجراءات والشروط حتى تكون محل للعمل بها، لابد من تكوين لجنة خاصة بها في كل دولة وأن يكون

1- خالد دوادي، مرجع سابق، ص79.

2- خالد دوادي، مرجع نفسه، ص80.

3- سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، مجلس النشر العلمي، مكتبة الكويت الوطنية، الطبعة الأولى، الكويت 2001، ص25.

4- خالد دوادي، مرجع نفسه، ص82.

العاملون بها من ذوي الخبرة، مع توثيق كل خطوة من خطوات تحليل البصمة وأن لا يقوم بهذا الإجراء إلا بناء على طلب من القضاء مع تزويد المختبرات بأحسن المعدات.[1]

المطلب الثاني: طرق نفي النسب

من أهم وسائل نفي النسب نجد اللعان، الذي يعتبر أقوى وسيلة إضافة إلى ذلك فقد ظهرت وسائل علمية أخرى.

الفرع الأول: اللعان كوسيلة لنفي النسب

هو أن يتهّم الزوج زوجته أثناء قيام العلاقة الزوجية بأن الولد ليس ابنه حيث نجد أن عبارة اللعان وردت في المادة 138 من قانون الأسرة الجزائري،[2] وقوله سبحانه وتعالى؛{وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا }.[3]

حيث نجد أن آيات اللعان خصت المتزوجات دون غيرهما، وهذا أهم ركن في اللعان يعني أنه لابد من وجود زوج وزوجة مع قيام الزوجية بينهما.

وتتحقق دعوى اللعان من خلال صورتين ألا وهما ادعاء الزنا ونفي الحمل، حيث يقوم الزوج باتهام زوجته بالزنا وفي حال كان صادق يتم نفي الحمل.[4]

أولا: دعوى اللعان وأحكامها

استقر المشرع الجزائري على أن دعوى اللعان يشترط فيها أن تتم بناءا على دعوى يقيمها الزوج خلال قيام الرابطة الزوجية سواء حقيقة أو حكما، وهذا في أجل 08 أيام من يوم رؤيته لزنا أو العلم بالحمل، في حال تم تأخيرها ولو ليوم واحد يترتب على ذلك عدم قبول الدعوى، وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها.[5]

1- خالد دوادي، مرجع سابق، ص84_85.

2- (يمنع من الإرث اللعان والردة).

3- سورة النور، الآية 4.

4- مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص26-27-28.

5- القرار رقم 35934 الصادر عن المحكمة العليا للجزائر المؤرخ في 1989، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، الفاصل في الملف المنشور في المجلة القضائية، العدد 01، 2022، ص83.

وللعان صيغة معينة ذكرها الله سبحانه وتعالى في الآيات 6-8 من سورة النور،[1] حيث يبدأ الزوج أولا بالشهادة وهذا رأي كل من المذهب السني والشافعية،[2] ففي حال امتناع احد الزوجين يتم تطبيق الحدود الواجبة شرعا، فإن كان الامتناع من الزوج طبق عليه حد القذف لقوله تعالى؛{ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ}.[3]

أما إن كانت الزوجة هي من امتّنع فعليها حد الزنا وبما أن الزنا لا تثبت إلا بتوافر ثلاث شروط قانونا حسب المادة 341 من قانون العقوبات،[4] لا يمكن متابعة الزوجة هنا وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة.

ثانيا: الآثار المترتبة عن اللعان

وفقا لما تمت دراسته والتطرق إليه فإنه يترتب عليه ما يلي:

نفي نسب الولد عن الشخص الذي قام بالملاعنة ويلحق الابن هنا بأمه، ويتم تسجيله باسمها فتصبح هي ترثه وهو كذلك، من هنا وجب التفريق بين المتلاعنين بحكم قضائي.[5]

الفرع الثاني: الطرق العلمية لنفي النسب

بالإضافة إلى اللعان فهناك وسائل أخرى تستعمل لنفي النسب، أو بعبارة أخرى تحدد علاقة الولد بأبيه في حال ما إذا كان هناك نزاع، حيث نجد المشرع الجزائري لم ينص صراحة عن هذه الوسائل إلا أنه أشار إلى ذلك بصيغة الجمع في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري.[6]

ما يمكن استخلاصه من نص المادة أن كل طريقة مشروعة وعلمية تفيد النسب لابد من تبنيها، ولعل أهم طريقة هي البصمة الوراثية أو نظام تحليل الدم ADN، فمثلا عند وقوع نزاع بين الزوجين حول إثبات نسب ولدهما، هنا يتم اللجوء إلى تحليل الدم لكلا الزوجين والابن أيضا، فإذا تبين أنه لا توجد أي من الصفات الوراثية الخاصة بإحدى الأبوين لدى الطفل هنا يتم نفي النسب.

1{وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ06 وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ07 وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ۙ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ 08}.

2- مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص29.

3- سورة النور، الآية4.

4- (الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس وإما بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي).

5- مخطارية طفياني، مرجع سابق، ص34.

6- (ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة).

ملخص الفصل الأول:

من خلال ما سبق نستخلص أن للجنين شخصية قانونية، تثبت له من خلالها مجموعة من الحقوق التي حفظها له الشرع والقانون والتي تبين مركزه القانوني في الأسرة وكذلك مركزه في الدولة التي ينسب إليها، وله أهلية وجوب ناقصة تبين قابليته لاكتساب الحقوق، كما تحدد قدرته على ممارسة التصرفات القانونية، وتضم جميع الحقوق التي يمكن تقديرها معنويا وماديا ومن ثم تبقى هذه الحقوق معلقة على شرط فاسخ على أن تثبت له كليا بمجرد ولادته حياً ولو مات بعد ذلك مباشرة، أما في حال لم يتحقق هذا الشرط وولد ميتاً هنا تزول شخصيته بأثر رجعي ويعتبر كأنه لم يكتسب أي حق، ومن بين الحقوق التي تحق للجنين منها ما هو متعلق بالمال كحجز نصيبه في الميراث الذي يكون وفقا لأربعة صور المنصوص عليها في المواد 173_174 من قانون الأسرة الجزائري، وصحة الوصية له وجواز الهبة له أيضا والوقف عليه الذي لم يتعرض له المشرع الجزائري من خلال النصوص المنظمة لمسألة الوقف في قانون الأسرة الجزائري، وما هو متعلق بذاته كنسبه لأبيه الذي يكون في أقل مدة ستة أشهر وأقصاها عشر أشهر وهو ما نصت عليه المادة42 من قانون الأسرة الجزائري، يثبت نسب الولد لأمه بمجرد الولادة أما نسبه لأبيه يكون بعدة طرق منها ما هو قانوني وشرعي مع إمكانية نفيه عن طريق دعوى اللعان.

الفصل الثاني:

الحماية الجنائية للجنين

(الإجهاض نموذجا)

نظرا للأهمية الكبيرة التي يتميز بها الجنين، فقد أحاطه الله سبحانه وتعالى بحماية قصوى حتى يكون في مأمن من أي خطر أو اعتداء قد يلحقه ويتسبب له في نهاية نموه وتطوره داخل رحم أمه، ولعل أهم جريمة قد تقع على حقه في الحياة هي جريمة الإجهاض، التي هي من الكبائر ودليل ذلك قوله تعالى؛{مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا....}.[1]

وهي جريمة منصوص ومعاقب عليها طبقا للمواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات الجزائري، وبعد الإطلاع على هذه المواد يتضح أن هذه الجريمة قد يتم ارتكابها من قبل الحامل نفسها كما يمكن أن تتم من قبل الغير أو بفعل المحرض.

إلا انه هناك حالات يمكن أن يرخص القانون فيها الإجهاض، وذلك في حال ما إذا كان هناك خطر على حياة الأم إذا واصلت في الحمل، من هنا يتعين لنا معرفة جريمة الإجهاض بشكل مفصل (المبحث الأول)، وكذلك معرفة الحالات المرخص فيها القانون فعل الإجهاض (المبحث الثاني).

1- سورة المائدة، الآية 32.

المبحث الأول: جريمة الإجهاض

بالعودة إلى مفهوم الجنين نجد أن له خصائص تميزه عن الإنسان العادي، من أجل ذلك أحاطه القانون بحماية جنائية خاصة دفعته لوضع نصوص قانونية لتصدي ما قد يتعرض إليه، وأهم ما يمكن حدوثه؛ الإجهاض الذي هو محل بحثنا، كما لا يفوتنا أنه كان يستخدم منذ القديم كوسيلة للتخلص من الحمل الغير مرغوب فيه وتحديد النسل، وما هو ملاحظ أن هذه الوسيلة لم تتناقص مع تطور العلوم بل زادت انتشارا.[1]

المطلب الأول: تجريم فعل الإجهاض

تعددت وتنوعت التعريفات حول مفهوم الإجهاض، فكان لابد من البحث في كل الجزئيات التي تتعلق به فقط حتى يتم وضع تعريف دقيق.

الفرع الأول:تعريف اللغوي و الاصطلاحي لفعل الإجهاض

الإجهاض لغة؛ مصدره الفعل جهض، كأن نقول أجهضت المرأة أي أسقطت حملها. معنى ذلك استحالة وجوده بعد ذلك في مكانه، والإجهاض هو الإزلاق، والجهيض معناه السقيط، كذلك إذا أجهضت الناقة ولدها أي ألقت به كونه غير تام.[2]

أما اصطلاحا؛ فهو تعمد إنهاء حالة الحمل قبل أوانه بإعدام الجنين داخل رحم أمه أو بإخراجه منه، ولو كان حياً قبل الموعد الطبيعي المقرر لولادته دون ضرورة وبأي وسيلة كانت، أي أنه هو اعتداء على حق الجنين في الحياة، كما عرفته المحكمة العليا بأنه قتل الجنين في بطن أمه أو وضعه قبل الأجل القانوني لميلاده.[3]

كما يعرف الإجهاض عند فقهاء القانون بأنه؛ إنهاء الحمل أو إخراجه عمدا من رحم أمه قبل الموعد الطبيعي للولادة، بأي وسيلة من الوسائل في غير الحالات التي يسمح بها القانون،[4] حيث يقوم على ثلاث أركان: الركن المفترض المتمثل في وجود الحمل أو افتراضه،الركن المادي الذي يكون بوجود الفعل الموجب للإجهاض،الركن المعنوي الذي يتحقق بوجود القصد الجنائي.

1- ابن المنظور جمال الدين أبو الفضل، مرجع سابق، ص713.

2- مسلم عبد الرحمان، مرجع سابق، ص133.

3- القرار رقم 252408 الصادر عن المحكمة العليا للجزائر، الصادر في 12 فيفري 2002، غرفة الجنح والمخالفات، الفاصل في الملف المنشور في المجلة القضائية، العدد 02، 2004، ص550.

4- سميرة مرابطي، مرجع سابق، ص 49.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فعلى الرغم من أنه لم يعط تعريف للإجهاض إلا أنه يفهم ذلك من خلال نص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري، التي أعطى فيها بعض الأحكام عند تطرقه لأركان هذه الجريمة والتي من خلالها يتضح لنا مفهوم الإجهاض.[1]

في حين عرفه الطب بأنه؛ سقوط الجنين خارج الرحم،[2] كما يُعرف أيضا: (الإجهاض هو إنهاء لحياة الحمل وتطوره داخل الرحم..... وإن الإجهاض يحدث قبل وصول الحمل لمرحلة القابلية للحياة).

فعملية إسقاط الجنين وموته بمجرد انفصاله عن الرحم تسمى إجهاض، بينما إذا تم إنزاله بعد دخوله مرحلة القابلية للحياة فهذه العملية تسمى ولادة قبل الأوان.[3]

الفرع الثاني: الأركان المكونة لجريمة الإجهاض

حتى تكون جريمة الإجهاض قائمة يجب أن تتوفر على ثلاث أركان:

أولا: الركن الشرعي لجريمة الإجهاض

يستند هذا الركن على النصوص القانونية التي تجرم الفعل وكذا عقوبته في حال تم ارتكابه، وذلك تطبيقا لقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، ففي هذه الحالة المشرع الجزائري جرم فعل الإجهاض وذلك لما فيه من مساس لحق الجنين في الحياة، وعدَّه في جنح و جنايات وهو ما نظمه في المواد من 304 إلى 313 من الكتاب الثالث تحت عنوان الجنايات والجنح وعقوباتها، من الفصل الثاني المعنون الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة، من القسم الأول بعنوان الإجهاض.

1- الأمر رقم 156/66، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 18 صفر 1368 الموافق لـ 8 جوان 1966، الجريدة الرسمية، العدد49، الصادر في 1966/06/11، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14/11 المؤرخ في 2011/08/02، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادر في 2011/08/10 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/06/19، الجريدة الرسمية، العدد 37، الصادر في 22يونيو2016 والمعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06/20 المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 5 رمضان 1441 الموافق لـ2020/04/28، الجريدة الرسمية، العدد 25، الصادرة في 2020/04/29.

2- منذر طبيب البرزنجي، شاكر على العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2001، ص139.

3- كريمة تدريست، حماية حق الجنين في الحياة من الإجهاض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 01، تيزي وزو، الجزائر، 2019، ص52.

انطلاقا من المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري،[1] فإن نص المادة يفرق بين إجهاض الحامل لنفسها وإجهاض الغير لها، كما أنه يعاقب على الشروع في هذه الجريمة بغض النظر عن نتيجة الفعل، مهما كانت الحالة الحقيقية للمرأة من حيث الحمل أو افتراض الحمل، وهو ما قضت به المحكمة العليا في إحدى قراراتها،[2] ويعاقب على التحريض عليها أيضا وذلك حسب المادة 310 من نفس القانون.

تشمل جريمة الإجهاض على أركان أساسية بالإضافة إلى المحل الذي يرتكز على السلوك الإجرامي، وهذا ما يسمى بالركن المفترض الذي يسبق قيام الجريمة، في جريمة الإجهاض هو وجود الحمل ويكون ذلك قبل التطرق إلى الأركان الأساسية للجريمة، ولا يقع الإجهاض إلا على مرأة حامل ويكون أثناء فترة حملها، وعدم وجود الحمل يؤدي إلى عدم قيام جريمة الإجهاض حتى في صورة الشروع.[3]

حسب المادة 304 سالفة الذكر فإن المشرع الجزائري عاقب أيضا على من اعتدى حتى على المفترض حملها، بمعنى لا يهم إذا كان الجنين حيا أو ميتا لحظة وقوع الاعتداء عليه، فالمشرع في هذه الحالة وقع في تناقض وذلك لتبنيه العقاب على جريمة مستحيلة، بمعنى انه عاقب على الخطورة الإجرامية لدى الجاني عند إقدامه على إجهاض المرأة معتقداً أنها حاملا.[4]

ثانيا: الركن المادي لجريمة الإجهاض

والذي يتكون بدوره من ثلاثة عناصر:

أ. السلوك الإجرامي:

وهو السلوك الإرادي الذي من شأنه القضاء على الجنين و إخراجه قبل موعد الولادة الطبيعي، وحسب المواد 304_309 من قانون العقوبات الجزائري فإن الفعل يمكن ان يصدر من الحامل أي الأم أو من الغير بغض النظر عن الوسيلة المستعملة، (كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو استعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواء

1- (كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو استعمال طرق أو أعمال عنف أو بأي وسيلة أخرى سواء وافقت أو لم توافق أو شرع في ذلك.....100.000 دج).

2- القرار رقم 580393 الصادر عن المحكمة العليا للجزائر، الصادر في 2010، الغرفة الجنائية، الفاصل في الملف المنشور في المجلة القضائية، الطبعة الثالثة، العدد 02، 2022، ص 302.

3- وسام قارح، الحماية الجنائية للجنين، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2019_2020، ص32.

4- وسام قارح، مرجع نفسه، ص33.

وافقت أو لم توافق أو شرع في ذلك.....)،[1] المشرع في هذه الحالة ذكر الوسائل على سبيل المثال وليس الحصر.

كما نلاحظ أنه اعتبر السلوك الإجرامي يتمثل في إخراج الجنين من بطن أمه بأي وسيلة كانت دون أن يفرق بين وسائل العنف أو التي تخلو من ذلك، كما نستنتج أنه يمكن أن تقوم جريمة الإجهاض بسلوك إجرامي سلبي، والمتمثل في امتناع ممرضة أو طبيب أو غير ذلك من إعطاء الحامل دواء الذي من شأنه أن يمنع عملية الإجهاض.

وحسب نص المادة 309 من نفس القانون فقد يلجأ الجاني إلى عدة وسائل من أجل قيام جريمة الإجهاض، وحتى تقوم هذه الأخيرة وجب أن يقام دليل على تلك الوسيلة بأنها كانت السبب في إسقاط ذلك الجنين، ويستعان في الدليل على رأي الخبراء، والذي يفهم منه أنه لا تعتبر الأسباب الطبيعية ركن في جريمة الإجهاض.[2]

ب. النتيجة الإجرامية:

تعتبر النتيجة الإجرامية الأثر المترتب عن السلوك الذي قام به الجاني، وتكون الجريمة تامة إذا تحققت النتيجة وحصل الإجهاض، حيث تتخذ النتيجة الإجرامية في هذه الحالة صورتين:

الصورة الأولى: موت الجنين داخل الرحم، وهو ما يسمى الاعتداء على حقه في الحياة.

الصورة الثانية: إخراج الجنين قبل موعد ولادته حتى ولو خرج حياً، فإن بذلك تعتبر النتيجة قد تحققت وذلك للاعتداء على حقه في النمو داخل الرحم، إلى غاية وصول موعد الولادة الطبيعي.

حسب قانون العقوبات الجزائري فإن جريمة الإجهاض تتحقق بمجرد صدور السلوك الإجرامي، بغض النظر عن تحقق النتيجة عن ذلك السلوك، ودليلها أن المشرع عاقب حتى على الشروع وهو ما نصت عليه المواد 304_309 من قانون العقوبات الجزائري.[3]

ج. العلاقة السببية:

وهي العلاقة بين السلوك أو الفعل الإجرامي والنتيجة الإجرامية، إذ وجب أن يكون هناك ضرر أو خطر نجم عن عمل قام به الفاعل سواء كان العمل ايجابي أو سلبي، بغض النظر عن الوسيلة التي استعملها المهم أن النتيجة تحققت، ولكي تقوم جريمة الإجهاض لابد من أن يكون السلوك هو الذي أدى

1- المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري.

2- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص35.

3- سليمان بوزيدي، مرجع سابق، ص81.

إلى الإجهاض، أي لابد من توفر علاقة سببية بين الفعل و موت الجنين أو خروجه قبل الموعد الطبيعي للولادة، وفي حال انتفت العلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة الإجرامية لا يكتمل الركن المادي وبالتالي عدم تمام الجريمة.

كما سبق ذكره أن المشرع الجزائري جرم الشروع في جريمة الإجهاض، والذي يعرف بأنه البدء في تنفيذ الفعل الإجرامي قصد ارتكاب الفعل المجرم، ولا تحقق تلك الجريمة لسبب خارج عن إرادة الجاني أي لا تتحقق النتيجة الإجرامية، حيث هناك نوعين من الشروع:

1. الشروع الناقص أو الجريمة الموقوفة (لا يتم الجاني الفعل الإجرامي اللازم للجريمة لسبب خارج عن إرادته).

2. الشروع التام أو الجريمة الخائبة (يتم الجاني السلوك الإجرامي للجريمة إلا أن النتيجة لا تتحقق ويخيب أثر ذلك السلوك).[1]

كما جرم أيضا المساهمة الجنائية في جريمة الإجهاض، والتي يقصد بها تعدد الجناة ووحدة الجريمة مع وجود علاقة سببية بين فعل المساهمين والنتيجة، مثال ذلك: مجموعة من الأطباء قاموا بعملية الإجهاض، حيث قام طبيب بتخدير و الأخر بتوسيع عنق الرحم والممرضة قامت بتجهيز الأدوات اللازمة، هنا هي جريمة واحدة رغم تعدد الجناة وهي جريمة الإجهاض، وحسب القواعد العامة فإن المساهمة يمكن أن تكون أصلية (يقوم المساهم بجزء من السلوك المجرم قانونا)، كما قد تكون المساهمة تبعية كالتحريض على الجريمة أو الإنفاق عليها أو المساعدة فيها وهو ما نصت عليه المواد 41_42 من قانون العقوبات الجزائري.[2]

ثالثا: الركن المعنوي للجريمة

هو المسؤولية الجنائية التي تنتج عن ارتكاب الجريمة وأساس هذه المسؤولية هو القصد الجنائي فإذا انتفى لا تقوم المسؤولية عن فعل الإجهاض، حيث يتمثل القصد الإجرامي في علم الجاني لكافة العناصر المكونة للفعل الإجرامي وكذلك النتيجة، كعلمه بوجود الحمل أو افتراض ذلك وعلمه بأن هذا

1- وسام قارح، مرجع سابق، ص36_37.

2- المادة 41 (يعتبر فاعلا كل من ساهم مساهمة مباشرة في تنفيذ الجريمة أو حرض على ارتكاب الفعل بالهبة أو الوعد أو التهديد أو إساءة استعمال السلطة أو الولاية أو التحايل أو التدليس الإجرامي).

_ المادة 42 (يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين في ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك).

الفعل أو الوسائل التي يستعملها تتسبب في الإجهاض مع اتجاه إرادته للقيام به من أجل تحقيق النتيجة الإجرامية السالفة الذكر، وبالتالي فإن عناصر القصد الإجرامي في جريمة الإجهاض هم: العلم والإرادة.

وقد اكتفى المشرع الجزائري بوجود القصد الإجرامي لإيذاء الحمل حتى ولو لم تتحقق النتيجة، وعليه فمن ضرب امرأة حامل وهو يعلم أنها كذلك ويتوقع النتيجة عن فعله هنا يعاقب على جريمة الإجهاض، وهو ما قضت به المحكمة في إحدى قراراتها،[1] فالضرب في حد ذاته يعتبر من أعمال العنف المؤدية للإجهاض، في هذه الحالة تبرز السلطة التقديرية للقاضي في تحديد ما إذا كان الجاني يقصد إيذاء الحمل والحامل في نفس الوقت وتحديد مدى مسؤوليته.[2]

الفرع الثالث: صور جريمة الإجهاض

حسب المواد من 304 إلى 311 من قانون العقوبات الجزائري فإن المشرع قد قسم جريمة الإجهاض إلى ثلاث صور وهم: إجهاض الحامل لنفسها، الإجهاض من الغير والتحريض على الإجهاض.

أولا: جريمة إجهاض الحامل لنفسها:

(تُعاقب.....المرأة التي أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض).[3]بمعنى هي من تباشر وسيلة الإجهاض عن وعي وإدراك.[4]

يعتبر المشرع الجزائري الحامل فاعلة في حال قيامها للإجهاض أو شروعها فيه، وكذلك في حال موافقتها على استعمال الطرق التي أرشدت إليها.

أ. الركن المادي لجريمة إجهاض الحامل لنفسها:

تقوم جريمة الإجهاض في حالتين إما بتناول الحامل لمشروبات أو أدوية أو غيرهم بإرادتها أو أن تقبل ما عرض عليها من أجل إجهاض نفسها، كما لابد من أن تحصل نتيجة عن ذلك الفعل والمتمثلة

1- القرار رقم 252408 الصادر عن المحكمة العليا للجزائر، المؤرخ في 2002، غرفة الجنح والمخالفات، الفاصل في الملف المنشور في المجلة القضائية، العدد 02، 2004، ص502.

2- محمد رضوان الرق، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2020، ص108_109.

3- المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري.

4- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص35.

في إسقاط الجنين، لأنه لا يمكن تصور الجريمة والجنين لم يسقط إلا إذا ثبت أن الحامل قصدت إجهاض نفسها لكن النتيجة لم تتحقق لظروف خارجة عن إرادتها.[1]

وحسب المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري، فإن المشرع عاقب أيضا على مرحلة الأعمال التحضيرية وأعطاها صورة التشديد، وذلك بمجرد أن توافق الحامل على استعمال الوسائل أو الطرق التي أرشدت عليها.[2]

ب. **الركن المعنوي لجريمة إجهاض الحامل لنفسها:**

حتى يقوم هذا الركن لابد من أن يتوفر على علم الحامل بأنها حامل واتجاه إرادتها إلى تحقيق النتيجة الإجرامية، وذلك من خلال السلوك الإجرامي الذي تقوم به كتناول مشروبات أو أدوية أو أي شيء من شأنه إجهاض الجنين، وهذا ما يدل على توفر القصد الجنائي الذي اشترطه المشرع الجزائري، أما إذا كانت لا تعلم أنها حامل فإن الجريمة تنتفي وذلك لعدم توفر القصد الجنائي.[3]

ثانيا: إجهاض المرأة من قبل الغير

(كل من أجهض امرأة حامل أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى، سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك...).[4]

من خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن هذه الجريمة لا تتحقق إلا بتوفر صفتين، وهما إجهاض الغير للحامل وإجهاض الغير ذي صفته للحامل.

أ. **إجهاض الغير للحامل:**

1. **الركن المادي لجريمة إجهاض الغير للحامل:**

يتحقق هذا الركن من خلال تقديم أنواع من المشروبات أو المأكولات للمرأة الحامل أو المفترض حملها، أو ممارسة أي حركات أو أعمال عنف ضدها.[5]

1- محمد قسميه، صور جريمة الإجهاض في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية و السياسية، العدد 02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جوان 2016، ص115.

2- وسام قارح، مرجع سابق، ص41.

3- محمد قسميه، مرجع نفسه، ص115.

4- المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري.

5- وسام قارح، مرجع نفسه، ص42.

حيث نجد هنا أن المشرع الجزائري لا يعتد برضا المرأة الحامل كون أن الضحية هو الجنين،[1] والجاني هنا يعاقب حتى لو لم تتحقق النتيجة، لأنه قام بالشروع في الجريمة كما أنه لا بد من التأكد فيما إذا كانت الوسيلة المستعملة هي سبب لإجهاض أم لا.[2]

2. الركن المعنوي لجريمة إجهاض الغير للحامل:

يتمثل في نية إسقاط الحمل واتجاه إرادة الجاني إلى التخلص من الجنين، أما إذا كان الجاني لا يعلم بحمل المرأة وقدم إليها شيء من المأكولات والمشروبات بحسن نية وحدث الإجهاض، فلا يسأل لانعدام القصد الجنائي.[3]

ب.إجهاض الغير ذي صفة للحامل:

الأمر هنا متعلق بفئة معينة من الأشخاص، وهم من ذوي الاختصاص المنصوص عليهم في المادة 306 من قانون العقوبات الجزائري،[4] حيث تستوجب هذه الصورة تحقق الأركان العامة للإجهاض مع عنصر مفترض مؤكد وجود حمل.

1. الركن المادي لجريمة الغير ذي صفة للحامل:

في هذه الحالة يتمثل في فعل الاعتداء على الجنين.

2. الركن المعنوي لجريمة إجهاض الغير ذي صفة للحامل:

يتحقق بتحقق القصد الجنائي والظرف مشدد يرجع إلى صفة مرتكب جريمة الإجهاض، كونه من أصحاب المهن الطبية، كذلك يفترض المتهم غير الحامل إنها إذا أجهضت نفسها وهي من أصحاب المهن المذكورة سابقا هنا يعتبر الإسقاط بالنسبة لها جنحة فلا يشدد عقابها.[5]

1- سميرة مرابطي، مرجع سابق، ص59.

2- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص46.

3- وسام قارح، مرجع سابق، ص43.

4- (الأطباء أو القابلات أو جراحي الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان وطلبة الصيدلة ومستخدمي الصيدليات ومحضري العقاقير وصانعي الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية أو الممرضون والممرضات والمدلكون والمدلكات الذين يشدون عن طريق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به بقوة تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و305 على حسب الأحوال).

5- إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات، نادي القضاء، المجلد04، 2010، ص366.

ثالثا:التحريض على الإجهاض

وهو ما نصت المادة 310 من قانون العقوبات الجزائري، حيث تقوم هذه الجريمة على ثلاثة أركان:

أ. **الوسيلة المستعملة(الفعل الإجرامي):**

كل من قام بتحريض على الإجهاض باستعمال هذه الوسائل حتى لو لم يؤدي ذلك إلى تحقيق نتيجة وتتمثل هذه الوسائل في:

- إلقاء خطاب في أماكن أو اجتماعات عمومية.
- أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علانية أو عرض أو ألصق أو وزع في الطريق العمومي أو حتى في الأماكن العمومية أو وزع في المنازل كتبا أو كتابات أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسومات أو صورا رمزية أو سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في ظروف مغلفة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى عامل توزيع أو نقل
- أو قام بالدعاية في العادات الطبية الحقيقية أو المزعومة.[1]

ب. **النتيجة الإجرامية:**

في هذه الحالة لا يشترط النتيجة حتى يتم التحريض، سواء أدى الفعل المرتكب إلى الإجهاض أو لا.[2]

ج.صفة الجاني:

من خلال المادة 310 المذكورة أنفا، فإن المشرع لم يشترط أية صفة في الجاني حتى يتم فعل التحريض، ويعتبر الجاني هنا فاعلا أصليا حتى ولو كان دوره إرشاد الحامل.[3]

المطلب الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الإجهاض

تعتبر جريمة الإجهاض من الجرائم التي تشكل خطر على المجتمع، لذا فقد أورد لها المشرع الجزائري نصوص عقابية لوضع حد لمرتكبيها، ذلك أن الأصل في جرائم الإجهاض تكون جنحة إلا أنه يمكن أن تعتبر جناية، وذلك في الحالات التي نصت عليها المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري سالفة الذكر، و تختلف عقوبة مرتكبها بين التخفيف والتشديد (الفرع الأول)، بالإضافة إلى ذلك يمكن

1- المادة 310 من قانون العقوبات الجزائري.

2- أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص56.

3- وسام قارح، مرجع سابق، ص44.

الحكم على الجاني بتدبير من تدابير الأمن، أو ما تسمى بالعقوبات التكميلية المنصوص عليها قانوناً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: العقوبات الأصلية لجريمة الإجهاض

انطلاقا من نص المادة 27 من نفس القانون فإن المشرع الجزائري قد كيف جريمة الإجهاض على أنها، إما أن تكون جنحة (أولا)، كما يمكن أن تكون جناية (ثانيا) في حالات أخرى وقد وضع لكل حالة عقوبة.

أولا: العقوبات الأصلية لجنحة الإجهاض

حسب ما نصت عليه المادة 304 سابقة الذكر، فإنه يُعاقب كل شخص أجهض امرأة حامل بغير رضاها أو بسبب أي ظرف خارج عن إرادته، أو كان يعتقد أنها حامل الشيء الذي أدى إلى انعدام النتيجة أو شريكه أو المحرض، بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة مالية من 500 إلى 10.000 دينار جزائري.[1]

إلا أنه بعد تعديل قانون العقوبات الذي تم بموجب القانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 الذي تم فيه رفع قيمة الغرامة المالية المقررة للجنح، حيث جاء في المادة 476 مكرر منه: يرفع الحد الأدنى للغرامات إلى 20.000 إذا كان هذا الحد أقل من 20.000 دينار جزائري يرفع الحد الأقصى للغرامات إلى 100.000 إذا كان هذا الحد أقل من 100.000 دينار جزائري، إذن فالعقوبة المقررة هنا تتراوح بين 20.000 إلى 100.000 دينار جزائري.

كما تطبق نفس العقوبة على المرأة التي تجهض نفسها عمدا، سواء باستعمال وسائل الإجهاض بنفسها أو أرشدت إليها، وتطبق نفس العقوبة أيضا على شريكها حتى ولو لم تتحقق النتيجة.

أما في ما يخص ذوي الصفة الخاصة (الأطباء، قابلات، جراحو الأسنان، الصيادلة، طلبة الطب أو طب الأسنان أو الصيدلة، محضرو العقاقير، صانعو الأربطة الطبية، تجار الأدوات الجراحية، الممرضون والممرضات، المدلكون والمدلكات، والذين يرشدون على الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به).[2] فإن المشرع قد خصهم بأحكام تميز بين قيامهم بالفعل لأول مرة أو حالة الاعتياد أو العود التي تشدد فيها العقوبة، من هنا نلاحظ أن التشريع الجزائري قد حذر من هذه الفئة كونها تملك الخبرة العلمية

1- المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري.

2- المادة 306 من نفس القانون.

التي تجعل الإجهاض سهلا إذا ساعدوا أو ارشدوا الحامل عليه،[1]وعليه و باستقراء المواد 304 و306 من قانون العقوبات الجزائري، فإن عقوبة هؤلاء تكون الحبس من سنة إلى خمسة سنوات وبغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دينار جزائري.

وما تجدر الإشارة إليه أنه لا يعاقب الطبيب بموجب نص المادة 304 سالفة الذكر في حال ارتكابه خطأ طبي، أثناء قيامه بعملية إجهاض مرخص بها مما أدت هذه الأخيرة إلى ضرر الأم أو موتها، بل يعاقب وفقا لنص المادة 289 من نفس القانون،[2] ذلك لأنها حالة خطأ طبي وليس جريمة إجهاض.

في حين يعاقب كل من حرّض أو حمّس على الإجهاض في الأماكن العامة، من خلال خطاباته أو بيع الأشياء المحرضة عليه المذكورة في نص المادة 310 من قانون العقوبات الجزائري، المعدل والمتمم بموجب الأمر 23/06، بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دينار جزائري حتى ولو لم تتحقق النتيجة.[3]

ثانيا: العقوبات الأصلية لجناية الإجهاض

بما أن الإجهاض من العملياتالخطيرة على حياة الحامل لاسيما بالطرق التقليدية أو من أومن ليس لهم خبرة، وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى الاحتياط من خلال تسليط العقاب على كل من يحاول الاستهانة بحياة الجنين وأمه، وهذا ما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري، يعاقب بالسجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا أدى الإجهاض إلى موت

1- فتيحة عبيد، العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 02، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2021، ص165_166.

2- (إذا نتج عن الرعونة أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض أدى إلى العجز الكلي عن العمل لمدة تتجاوز 3 أشهر يعاقب الجاني بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000 دينار جزائري أو بإحدى هاتين العقوبتين).

3- (.... ألقى خطابا في أماكن أو اجتماعات عمومية،

أو باع أو طرح للبيع أو قدم ولو في غير علانية أو عرض أو ألصق أو وزع في الطريق العمومي أو في الأماكن العمومية أو وزع في المنازل كتبا أو مطبوعات أو إعلانات أو ملصقات أو رسوما أو صورا رمزية أو سلم شيئا من ذلك مغلفا بشرائط موضوعا في ظروف مغلقة أو مفتوحة إلى البريد أو إلى أي عامل توزيع أو نقل،

أو قام بالدعاية في العيادات الطبية الحقيقية أو المزعومة).

الحامل،[1] وباستقراء نص المادة يتضح لنا أن العقوبة المحددة هنا هي عقوبة الجناية، حيث يسأل الجاني سواء قام بمفرده أو كان مستعينا بشركاء، وبالتالي تطبق نفس العقوبة عليهم.[2]

أما من له صفة معينة كأن يكون من أصحاب المهن الطبية، مما يسهل عليه عملية الإجهاض بسبب الخبرة والممارسة بحيث لا يترك أثر للجريمة،[3] وهو ما نصت عليه المادة 306 من نفس القانون المذكورة سابقا،[4]فبحكم صفتهم التي لها علاقة بفعل الإجهاض فإنهم أول المعرضين إلى العقاب كونهم محل شبهة، فأي من هؤلاء يقوم بعملية الإجهاض سواء كان بدافع إنساني أو اجتماعي أو بهدف كسب المال،[5] ترفع عقوبة السجن المؤقت إلى الحد الأقصى.[6]

وفي حالة اعتياد الجاني على ممارسة فعل الإجهاض سواء كان هذا الشخص ممن لهم صفة أو كان عاديا،[7] وتبين أنه يمارس هذه الأفعال فإن عقوبته تضاعف لتصبح من عشر سنوات إلى عشرين سنة، ومن هنا يمكن القول أن المشرع الجزائري اعتبر جريمة الإجهاض جناية، إذا اعتاد الفاعل القيام بها بغض النظر عن صفته المهم أنه يوجد اعتياد.[8]

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية لجريمة الإجهاض

تتم ممارسة مهنة الطب وفقا لضوابط محددة، بحيث يعتبر الخروج عنها بمثابة خطأ يعاقب عليه فاعله بعقوبات لا تعدوا أن تكون تأديبية، بحيث قد يأخذ هذا الخروج شكل الجريمة وهنا تكمن خطورة الوضع،بحيث يخشى المشرع أن يستمر من حكم عليه بصدد جريمة الإجهاض في أعماله الإجرامية

1- (وإذا أفضى الإجهاض إلى الموت فتكون العقوبة السجن المؤقت من عشر سنوات إلى عشرين سنة).

2- ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص271.

3- حسين فريجة، شرح قانون العقوبات الجزائري(جرائم الاعتداء على الأشخاص، جرائم الاعتداء على الأموال)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ص133.

4- (الأطباء أو القابلات أو جراحو الأسنان أو الصيادلة وكذلك طلبة الطب أو طب الأسنان و طلبة الصيدلة و مستخدمو الصيدليات ومحضرو العقاقير وصانعو الأربطة الطبية وتجار الأدوات الجراحية والممرضون والممرضات و المدلكون والمدلكات الذين يرشدون عن طرق إحداث الإجهاض أو يسهلونه أو يقومون به تطبق عليهم العقوبات المنصوص عليها في المادتين 304 و 305 على حسب الأحوال).

5- ثابت بن عزة مليكة، مرجع نفسه، ص263.

6- المادة 305 من قانون العقوبات الجزائري.

7- ظريفة سعدلي، طباش عز الدين، نطاق الحماية الجنائية للأجنة البشرية في القانون الجزائري، مجلة الأكاديمية للبحث للبحث القانوني، المجلد 12، العدد02، بجاية، الجزائر، 2021، ص554.

8- ثابت بن عزة مليكة، مرجع نفسه، ص273.

ويعود لها بعد الإفراج عنه، لذلك أوجد المشرع بعض العقوبات تكميلية لمواجهة هذه المشكلة والتي تتمثل في الحرمان من ممارسة المهنة(أولا)، وكذا المنع من الإقامة (ثانيا) وذلك من أجل حماية المجتمع من خطورة الفعل الإجرامي.

أولا: المنع من ممارسة المهنة

تم النص على هذه العقوبة في المادة 306 فقرة 02 و المادة 311 من قانون العقوبات الجزائري، فالمشرع قد خصصها للأشخاص المذكورين في المادة 306 فقرة 01 كونهم يتصفون بالخبرة المهنية، وبالتالي يكون ارتكاب عملية الإجهاض سهل بالنسبة لهم.

وعلى الرغم من أن المشرع حكم عليهم بعقوبات سالبة للحرية إلا أنه يخشى أن يستمر من حكم عليهم بعد الإفراج عنه في أعماله الإجرامية لذا أقر تدابير احترازية، وذلك من أجل الحماية من السلوكيات الإجرامية، وبالنظر إلى نص المادة 311 سابقة الذكر يتبين لنا أن هذه العقوبة تطبق بقوة القانون وبصفة إجبارية، على كل من ارتكب هذه الجريمة أو شرع فيها مهما كانت صفته،[1]والملاحظ هنا أن هذه المادة جاءت مخالفة لما هو منصوص عليه في المادة 16 مكرر من نفس القانون، التي تقضي بجواز العقوبة وليس بإجبارية الحكم بها.[2]

أما في حال صدور حكم من جهة قضائية أجنبية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه، فإنه لابد أن تقدم النيابة العامة طلب لتطبيق هذا الحكم أمام المحكمة الموجودة في محل إقامة المحكوم عليه، حتى التي بدورها تنعقد في غرفة المشورة بعد الاستدعاء القانوني لصاحب الشأن، ليتم تطبيق المنع المنصوص عليه في المادة 311،[3] وكل من خالف هذا المنع فإنه يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وبغرامة وبغرامة مالية من 20.000 إلى 100.000.[4]

ثانيا: المنع من الإقامة

هي عقوبة جوازيه تطبق وفقا لشروط المنصوص عليها في المادة 12 من قانون العقوبات الجزائري، يقصد بها منع المحكوم عليهم من التواجد في الأماكن المحددة في الحكم القضائي، لمدة لا

1- إلهام بن خليفة، الحماية الجنائية الموضوعية لحق الجنين في الحياة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد11، العدد02، جامعة الوادي، الجزائر، سبتمبر 2020، ص340.

2- (يجوز الحكم على الشخص المدان لارتكاب جناية أو جنحة بالمنع من ممارسة مهنة أو نشاط إذا ثبت للجهة القضائية القضائية أن للجريمة التي ارتكبها صلة مباشرة بمزاولتهما، وأن ثمة خطر في استمرار ممارسته لأي منهما).

3- المادة 312 من قانون العقوبات الجزائري.

4- المادة 313 من نفس القانون.

تفوق 5 سنوات في مواد الجنح إذا كان الإجهاض أدى إلى موت الجنين وحده دون أمه، و 10 سنوات في مواد الجنايات وذلك إذا توفيت الأم مع جنينها مثلا أو في حالة العود.[1]

يبدأ سريان هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن الجاني الذي تم الحكم عليه، وذلك في حال اقتران عقوبة المنع بعقوبة سالبة للحرية، أما في حال حبس الجاني في فترة منعه من الإقامة لا تطرح مدة حبسه من المدة المقررة في العقوبة التكميلية، وفي حال مخالفة إحدى تدابير هذه العقوبة يعاقب بالحبس من 3 أشهر إلى 3 سنوات، و بغرامة مالية من 25.000 إلى 300.000 دينار جزائري وهو ما نصت عليه المادة 12 من قانون العقوبات الجزائري.[2]

1- يوسف إسلام شلوق، الحماية القانونية للجنين في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، 2022، ص75.

2- (المنع من الإقامة هو حظر تواجد المحكوم عليه في بعض الأماكن. ولا يجوز أن تفوق مدته خمس سنوات في مواد الجنح و عشر سنوات في مواد الجنايات، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

عندما يكون المنع من الإقامة مقترنا بعقوبة سالبة للحرية، فإنه يطبق من يوم انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه.

متى تم حبس الشخص خلال منعه من الإقامة، فإن الفترة التي يقضيها في الحبس لا تطرح من مدة المنع من الإقامة.

يعاقب الشخص الممنوع من الإقامة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 25.000دج إلى 300.000دج إذا خالف أحد تدابير المنع من الإقامة).

المبحث الثاني: الإجهاض المرخص به

كما وضحنا سابقا أن المشرع الجزائري في الأصل جرم الاعتداء على حرمة الجنين، وحدد عقوبات للجناة باعتباره جنحة وكذا جناية، وذلك بتكريس حماية خاصة له ولأمه إلا أنه هناك استثناء وفقا لمبدأ لكل قاعدة استثناء، فالاستثناء الوارد على هذه الجريمة هو إباحة المشرع لعملية الإجهاض في حالات وهو ما يعرف بالإجهاض المرخص به أو القانوني، الذي هو من المواضيع الحساسة التي كرس لها المشرع رخصة وفقا لشروط يلجأ لها الطبيب (المطلب الأول)، ويكون ذلك في الحدود التي أجازها القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الإجهاض المرخص به

رخص المشرع الجزائري الإجهاض الذي كان ممنوعا ومعاقب عليه قانونا وأدخله ضمن حالة الضرورة، هذا ما يدفعنا إلى تعين تعريف له نظرا لحساسية هذا الموضوع، كما وضع له بعض الشروط التي تجعل منه إجهاضا قانونيا، بحيث ينفي قيام المسؤولية الجنائية لطبيب الذي قام به، وكذلك حتى لا تتخذه الأم وسيلة لتخلص من جنينها من غير وجه حق.

الفرع الأول: تعريف الإجهاض المرخص به

تعددت التعاريف وتنوعت حيث يعرف على أنه تلك العملية التي تتم بإشراف الطبيب للمحافظة على حياة الأم وصحتها، من أي خطر قد يحدث بسبب مواصلة هذا الحمل،[1] ويستبعد هنا كل إجهاض يقوم به الطبيب لأغراض غير علاجية، كالإجهاض الذي ينتج من ثمرة الاغتصاب وهو ما سنتطرق له لاحقا.

حيث يعتبر هذا النوع من الإجهاض حالة ضرورة أباحها الشرع ورخصها المشرع، والضرورة هنا هي الحاجة، معنى ذلك ما حمل عليه الإنسان من ظروف قد تجعله مهدد بالوقوع في الخطر.[2]

كما نجد الدكتور جلال ثروت يعرف هذه الحالة؛ على أنها مجموعة من الظروف التي تهدد شخصا بضرر لا سبيل للخلاص منه إلا بإجراء هذا الفعل، كما يعرف بأنه حالة الخطورة والمشقة التي

1- لطيفة قادري، المسؤولية الجنائية لطبيب عن جريمة الإجهاض، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان، بجاية، 2014، ص24.

2- كاتية منصوري، شلالي كنزه، جريمة الإجهاض في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2020، ص34.

تطرأ على الإنسان، وتدفعه لارتكاب جريمة خوفا من أن يقع ضرر أو أذى بالنفس أو العرض، وبالتالي يصح هنا هذا الفعل لكن ضمن حدود معينة.[1]

كما نجد أن المشرع الجزائري قد سماه الإيقاف العلاجي للحمل، حيث نظمه في بعض المواد ضمن قانون الصحة الجزائري،[2] والتي كرس من خلالها حماية للأم وولدها أثناء فترة الحمل وبعد الولادة، وذلك حسب المادة 69 من نفس القانون في القسم الأول تحت عنوان حماية صحة الأم والطفل، من الفصل الثالث بعنوان البرامج الصحية النوعية، من الباب الثاني المعنون بالحماية والوقاية في الصحة.[3]

نستخلص من خلال هذه التعريفات أن الضرورة تستدعي إسقاط الجنين وذلك لأغراض صحية، كما أن إجهاض الأم في هذه الحالة قد يكون هو السبيل الوحيد لإنقاذ حياتها، هذا إذا تبين من خلال التحاليل أن الاستمرار في الحمل سوف يشكل خطر على حياة الأم، وهو ما نصت عليه المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري،[4] فالمشرع الجزائري اعتبر حالة الضرورة من أسباب الإباحة: (لا عقوبة لمن اضطرته إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها)،[5] كما قد تكون الأسباب راجعة إلى الجنين في حد ذاته وهو الأمر المختلف فيه، وبالتالي شرع هذا الإجهاض.[6]

1- ربيعة بودينار، النظام القانوني لجريمة الإجهاض في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في العلوم الجنائية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019، ص46.

2- القانون رقم 11/18 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 02 يوليو 2018 المتضمن قانون الصحة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد46، المؤرخة في 16 ذي القعدة 1439 الموافق لـ 29 يوليو2018، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/20 المؤرخ في 11محرم1442 الموافق لـ30 غشت2020، الجريدة الرسمية، العدد50، الصادرة في 11محرم1442 الموافق لـ30 غشت2020.

3- (تضمن حماية صحة الأم والطفل بواسطة كل التدابير الطبية والنفسية والاجتماعية والتربوية والإدارية التي تهدف، لا سيما إلى ما يأتي:

- حماية صحة الأم قبل وأثناء وبعد الحمل،
- ضمان الظروف الصحية للطفل ونموه).

4- (لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية).

5- المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري.

6- كاتية منصوري، مرجع سابق، ص35.

الفرع الثاني: شروط الإجهاض المرخص به

بما أن الإجهاض العلاجي هو الوسيلة الوحيدة لحماية حياة الأم، ودفع الخطر عنها والمحافظة على توازنها العقلي والنفسي،[1] فإنه لابد من استعماله وفقا لشروط المنصوص عليها في مدونة أخلاقيات الطب، حسب ما هو منصوص عليه في المادة 33 المنظمة تحت الفصل الأول الذي ينطوي على أحكام تمهيدية من الباب الأول بعنوان أخلاقيات الطب،[2] وقد تكون هذه الشروط إما موضوعية (أولا)، كما أنها قد تكون شكلية (ثانيا).

أولا: الشروط الموضوعية للإجهاض المرخص به

لقد كان هدف المشرع الجزائري من الإجهاض العلاجي هو إنقاذ حياة الأم، إلا أنه وبعد صدور قانون الصحة فقد وسع من نطاق هذا النوع من الإجهاض، أين أضاف شرط أخر ألا وهو الحفاظ على التوازن الفيزيولوجي والعقلي للأم، وحتى يتم هذا الإجهاض لابد من وجود خطر حقيقي من شأنه تهديد حياه الأم.[3]

أ. إنقاذ حياة الأم:

يعتبر الحفاظ على الحياة إحدى الضروريات الخمسة، التي دعت الشريعة الإسلامية لحمايتها من كل خطر يحدق بها، وقد ورد ذكر هذا الشرط في العديد من النصوص القانونية على اختلاف مصدرها.

حيث نجد أن قانون العقوبات الجزائري، يعتبر أن الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياه الأم من الخطر فلا عقوبة عليه.[4]

كذلك الأمر بالنسبة لقانون الصحة الجزائري، فقد أكد على أن الإجهاض العلاجي يتم من أجل حماية صحة الأم إذا كانت حياتها أو توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل.[5]

ما هو ملاحظ من خلال نصوص هذه المواد هو أنها أخذت بنفس الرأي، وهو إباحة الإجهاض في حال كان الهدف منه إنقاذ حياه الأم، إذ أنه الطريقة الوحيدة للمحافظة عليها هذا في حال كان استمرار

1- كاتية منصوري، مرجع سابق، 39_40.

2- المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 276/92 المؤرخ في 5محرم 1413هـ الموافق لـ6 جويلية 1992 المتضمن لمدونة أخلاقيات مهنة الطب، الجريدة الرسمية، العدد52 مؤرخة في 8 جويلية 1992، التي تنص (لا يجوز للطبيب أن يجري عملية لقطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون).

3- المادة 77 من قانون الصحة الجزائري.

4- المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري.

5- المادة 77 من قانون الصحة الجزائري.

الحمل يشكل خطر على حياتها،[1] كأن تكون الأم مصابه بأحد الأمراض الجسدية كالسرطان والتهاب الكبد المزمن والقصور الكلوي بالإضافة إلى وجود الحمل خارج الرحم، أو في حاله تعدد الأجنة مما يشكل خطورة على حياه الأم،[2] إلا انه ونظرا إلى التطورات الطبية فقد أصبح هذا النوع من الإجهاض نادراً حيث اعتبر الأطباء المختصون أن معظم حالات الإجهاض في وقتنا الحالي راجعة إلى أسباب أخرى.[3]

ب.المحافظة على التوازن الفيزيولوجي والعقلي والنفسي للأم:

بالرجوع إلى قانون الصحة الجزائري نجد أنه وسع من أسباب الإجهاض العلاجي، إذ أنه لم يتركه منحصراً في إنقاذ حياة الأم فقط بل أضاف حالة أخرى من شأنها جعل الإجهاض مباح، وهو ما نصت عليه المادة 77 سالفة الذكر من القانون نفسه،[4]ما يفهم من هذه المادة هو أن يتسبب لها الإخلال بالتوازن الفيزيولوجيأو العقليأو النفسي بأضرار عديدة، كأن تتعرض لعاهة مستديمة أو حدوث اضطرابات عقلية أو إصابتها بأمراض نفسية كالاكتئاب مثلاً، ففي هذه الحالة لا سبيل إلا للجوء إلى الإجهاض الذي لا يتم إلا بموافقة أصحاب الخبرة وأهل الاختصاص.[5]

ما هو ملاحظ هنا أن المشرع الجزائري استخدم مصطلحات مرنة ولها مفهوم واسع، حيث جعل المحافظة على التوازن الفيزيولوجي والعقلي والنفسي، وسيلة تستغلها جميع الأمهات حتى ولو لم يكن هناك خطر بالفعل، كالأم التي تكون عارضه أزياء أو ممثلة وتريد ان تحافظ على عملها فتدعى أنها في حالة نفسية حرجة وأنها ليست في حالة جيدة، مما يستوجب إنهاء الحمل كونه يعيق عملها مع تقديم ملف طبي يثبت ذلك.[6]

1- محمد بوزيان، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في علم الإجرام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملاوي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2016، ص32.

2- محمد علي يوسف، بحوث فقهية في مسائل طبية معاصرة، الطبعة الأولى، دار البشائر، بيروت، لبنان، 2005، ص207.

3- سميرة مرابطي، مرجع سابق، ص51.

4- (يهدف الإيقاف العلاجي للحمل إلى حماية صحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفس والعقل مهددين بخطر بسبب الحمل).

5- لطيفة قادري، مرجع سابق، ص25.

6- كاتية منصوري، مرجع سابق، ص 44_45.

ج.وجود خطر حقيقي:

إضافة إلى الشرطين السابقين فإنه حتى يتم الإجهاض العلاجي، لابد من وجود خطر حقيقي من شأنه تهديد حياة الأم، وهذا ما نصت عليه المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري سالفة الذكر.[1]

كذلك نجد المادة 77 من قانون الصحة الجزائري سالفة الذكر، تؤكد على أنه لابد من وجود خطر يهدد حياة الأم أو توازنها الفيزيولوجي والعقلي، حيث يعرف الخطر على أنه الإشراف على الهلاك وحتى يكون الخطر معتدا به لابد أن يكون حقيقي لا وهمي، مبني على مجرد الاعتقاد بأنه موجود ويتم تقديم هذا الضرر حسب جسامته.

ثانيا: الشروط الشكلية للإجهاض المرخص به

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية نجد كذلك شروط شكلية وضعها المشرع الجزائري للإعفاء فاعله من العقاب:

أ. **الصفة:**

بمعنى أن يقوم بعملية الإجهاض من له صفة، إذ أنه لابد أن يكون طبيبا أو جراحا وهذا ما نص عليه قانون العقوبات الجزائري، حيث نجد أن المشرع لم يحصر صفة القائم بهذا الفعل.[2]

لكن وبعدما صدر قانون الصحة الجزائري فقد قام بحصرها في صفة الطبيب المختص، فإذا حدث وقام به شخص لا يمتلك هذه الصفة هنا يفقد هذا النوع من الإجهاض أحد شروط إباحته.[3]

ولمعرفه ما إذا كان هناك ضرورة لإحداث الإجهاض فإن المشرع حدد لنا الجهة المختصة لذلك ألا وهو الطبيب المختص،[4] حيث تسقط عليه المسؤولية في حال تم الإجهاض من أجل المحافظة على حياة الأم، كونه يمتلك الصفة التي تجعله يباشر في هذا الفعل، أما إذا حدث ذلك ممن ليس له صفه فيعاقب بقوه القانون.

1- (لا عقوبة على الإجهاض إذا استوجبته ضرورة إنقاذ حياه الأم من الخطة متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية).

2- المادة 308 قانون العقوبات الجزائري.

3- ربيعة بودينار، مرجع سابق، ص 51.

4- نجم محمد صبحي، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2002 ص 64.

ب.العلنية:

ورد ذكر مصطلح العلنية في المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري، واعتبره إحدى الشروط الشكلية التي تسمح بإحداث الإجهاض العلاجي.

والمقصود بهذا المصطلح؛ الظاهر أمره وهو خلاف السر، أي ما يتم في غير الخفاء ذلك لاعتبار أن الخفاء دليل على عدم مشروعيه الفعل، لذا لابد هنا أن يقوم الطبيب بعملية الإجهاض علنيا في مكان مكشوف للجميع كالمستشفى، وذلك تجنبا للجوء إلى الإجهاض غير المشروع والذي يتم في العيادات السرية،هذا ما أجازه المشرع الجزائري الذي اشترط العلنية في إجراء هذه العملية أمام الكل في مكان غير مغلق وأن يتم بطرق العلمية الصحيحة وتحت إشراف فريق طبي مختص،[1] حيث حدد لنا المشرع مكان إجراء الإجهاض، ففي قانون الصحة الملغى كان بإمكان الطبيب أن يجري الإجهاض في عيادته الخاصة، لكن وبعد صدور قانون الصحة فقد تم حصر المكان الذي تتم فيه العملية في المؤسسات الإستشفائية،[2] إضافة إلى ذلك وضع رقابة خاصة لهذه المراكز حتى يتم وضع حد لكل فعل من شأنه خرق للقواعد الصحية.

ج.الإبلاغ:

وبالعودة دائما إلى نص المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري، فإنه حتى يتم الإجهاض العلاجي لابد من إبلاغ السلطات الإدارية قبل الشروع في هذه العملية،[3] هذا إضافة إلى الشرطين السابقين.

يستخلص من نص هذه المادة أن الإبلاغ هو الإعلام أو الإخطار، ويكون ذلك عن طريق ورقة قانونية أو أن يُعلم الطبيب السلطة الإدارية للمستشفى، عن حالة الحامل التي تستوجب الإجهاض العلاجي، كما نلاحظ أن المشرع قد أكد على ضرورة الإبلاغ لأن الطبيب لا يمكن له أن يجري العملية إلا بعد إعلام السلطة المختصة،[4] وقد تكون السلطة الإدارية إدارة المستشفى أو مديرية الصحة.[5]

1- كاتية منصوري، مرجع سابق، ص48.

2- المادة 78 قانون الصحة الجزائري.

3- المادة 308 قانون العقوبات الجزائري.

4- ربيعة بودينار، مرجع سابق، ص 5.

5- محمد بن وارث، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2006، ص 15.

المطلب الثاني: موانع المسؤولية في جريمة الإجهاض

ما هو متفق عليه أنه لا يعاقب من قام بعمليه الإجهاض العلاجي في حال استدعت الضرورة ذلك، فرغم دخول الفعل في دائرة التجريم إلا انه ترفع المسؤولية الجزائية هنا.

ويمكن لهذا الفعل أن يقع فقط إذا توفرت فيه الحالات التالية التي من خلالها يصبح الإجهاض مباح، حيث تتميز موانع المسؤولية عن أسباب الإباحة أنها ترفع العقاب على الفاعل لكنها لا تنفي وصف الجرم على الفعل، ومن بين الحالات التي تنفي المسؤولية عن مرتكب جريمة الإجهاض، رضا الحامل (الفرع الأول)، والإجهاض لأسباب طبية (الفرع الثاني)، والإجهاض لدواعي أخلاقية واقتصادية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: رضا الحامل للإجهاض

حسبما نصت عليه المادة 309 من قانون العقوبات الجزائري سالفة الذكر، فإن المشرع يعاقب المرأة التي تجهض نفسها وبتالي فهو لا يعتد برضاها في هذه الحالة.

حتى يتم الرضا لابد أن تتوفر بعض الشروط، كأن يصدر من ذي أهلية وأن لا يشوبه أي عيب من الإرادة كإكراه والغلط والتدليس، والشرط الأهم هو أن يكون الرضا قبل ارتكاب فعل الإجهاض لا بعد الانتهاء منه،[1] إلا انه وبالعودة إلى قانون العقوبات الجزائري نجد أن المشرع لا يعاقب على الإجهاض الذي استوجبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر، وبالتالي ترفع المسؤولية هنا عن كل من الطبيب الذي أجرى العملية وعن الأم.[2]

الفرع الثاني: إجهاض الحامل لدواعي طبية

حسب المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري سابقة الذكر فإن المشرع الجزائري رخص الإجهاض، في حال ما إذا كانت حياة الأم أو صحتها في خطر لهذا أباحه وذلك من أجل إنقاذ حياتها، معنى ذلك عندما يكون الخطر ناتج عن الجنين فإن الضرورة تبيح الإجهاض كونه الغرض الوحيد للمحافظة على حياة الأم، بشرط أن يقوم به طبيب أو جراح في العلنية وأن يُجرى في مؤسسة عمومية إستشفائية مع إبلاغ السلطة الإدارية بذلك، وهو ما نصت عله المادة 77 و78 من قانون الصحة

1- بسام شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان: القتل باسم المساعدة على الانتحار- القتل الرحيم-الإيذاء بصورة مختلفة للتعذيب- الإجهاض- قتل حديثي العهد بالولادة- انتهاك حرمة الجثة والرفات والقبر، دار هومه لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص435.

2- المادة 308 من قانون العقوبات الجزائري.

الجزائري،[1] حيث يعتبر مانع من موانع المسؤولية وذلك لأن ظروف الحامل الصحية هي التي فرضته كونه هو الحل الوحيد لشفائها من هذا المرض، مثال ذلك؛ نريف الرحم الشديد،[2] وهو ما أكدته المادة 48 من قانون العقوبات الجزائري المذكورة أنفا.

أما بالنسبة لمسألة إجهاض الجنين المشوه، فإن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة ما إذا كان مباح أو لا، وهو الأمر المختلف فيه في الشريعة الإسلامية بين حماية حقه في الحياة وبين الصعوبات التي سيعيشها نتيجة هذه التشوهات، حيث أصدر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي في دورته 12 قرار رقم 04 بشأن هذه المسألة والذي جاء فيه إذا لم تنفخ في الجنين الروح أي: (قبل مرور 120 يوم على الحمل وثبت وتأكد بتقرير من الأطباء المختصين الثقاة، أنه إذا بقي وولد في موعده سيكون عبئا على أهله، عندئذ يجوز إسقاطه وذلك بناءا على طلب من الأبوين).[3] أما إذا نفخت فيه الروح فإنه: (إذا كان الحمل بلغ 120 يوم لا يجوز إسقاطه ولو كان التشخيص الطبي يفيد بأنه مشوه خلقيا، إلا إذا ثبت بتقرير لخبرة طبية من الأطباء الثقاة المختصين بأن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، عندئذ يجوز إسقاطه سواء كان مشوها أو لا دفعا لأعظم الضررين).[4]

بالرجوع إلى المادة 308 سابقة الذكر، فإنها لم تعفي من عقوبة الإجهاض إلا الحالات التي يكون فيها لإنقاذ حياة الأم، وعليه رأينا بأن إجهاض الجنين المشوه جريمة تدخل ضمن نطاق نص المادة 304 من قانون العقوبات الجزائري.

1- (يهدف الإيقاف العلاجي للحمل إلى حماية صحة الأم عندما تكون حياتها أو توازنها النفسي والعقلي مهددين بخطر بسبب الحمل).

(لا يمكن إجراء الإيقاف العلاجي للحمل إلا في المؤسسات العمومية الإستشفائية).

2- سعاد عيساني، الحماية الجنائية للجنين، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون صحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي الياس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2012_2013، ص145.

3- رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، إسقاط الجنين المشوه خلقيا، دورة 12، مكة المكرمة، المؤرخ في 15_22 رجب 1410هـ الموافق لـ10_17 فيفري1990، ص646.

4- رابطة العالم الإسلامي، مرجع نفسه، ص439.

الفرع الثالث: إجهاض الحامل لدواعي أخلاقية واقتصادية

سنتطرق في هذا الفرع إلى دواعي الإجهاض الأخلاقية و الاقتصادية وموقف المشرع منها.

أولا:الإجهاض لدواعي أخلاقية

وهي تلك الحالات التي يكون فيها الجنين ناتج دون إرادة الحامل؛ جريمة اغتصاب أو جريمة الزنا.

أ. بالنسبة لإجهاض الجنين الناتج عن جريمة الزنا:

يعرف الزنا بأنه فعل جنسي غير شرعي يقع بين الرجل والمرأة يكون أحدهما أو كلاهما متزوج زواجا شرعيا وقانونيا، حيث جرمه المشرع الجزائري وعاقب عليه بعقوبة جنحة وهو ما نصت عليه المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري،[1] وعليه فإن المشرع لم يستثني الإجهاض الذي يكون ناتج عن هذه الحالة من دائرة التجريم والعقاب، كما لم يفرق بين الإجهاض الذي يتم بزواج صحيح أو عن طريق الزنا وذلك لما يترتب عليه من أثار سلبية من بينها انتشار الفواحش والعلاقات غير شرعية وتفكك الأسر وكل هذا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية.

ب. بالنسبة لإجهاض الجنين الناتج عن جريمة الاغتصاب:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذه المسألة في قانون العقوبات، ولعل ذلك يعني عدم إباحته بل عاقب عليه شأنه شأن بقية جرائم الإجهاض الأخرى، حيث يرى رجال القانون بأنه لا يخضع لأسباب الإباحة لعدم توفر شروط الدفاع الشرعي، كون فعل الإجهاض هنا موجه الجنين الذي ليس له دخل في هذا الاعتداء وليس ضد الشخص المعتدي عليه.[2]

ثانيا: الإجهاض لدواعي اقتصادية

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا النوع من الإجهاض، فهو الذي يهدف إلى التخلص من الجنين خشية من تدهور الحالة الاقتصادية للأسرة في حال قدومه، كما لو كان عدد الأبناء كبير ودخل الأب قليل هو الأمر الذي يترتب عليه عدم القدرة على الإنفاق أو تدهور المستوى المعيشي،[3] أما في الشريعة الإسلامية فإن الله عز وجل قد حرم قتل الأبناء ودليل ذلك قوله تعالى:{وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ

1- (يقضي بالحبس من سنة إلى سنتين على كل مرآة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا).

2- حنان بلحمرة، جريمة الإجهاض دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2019_2020، ص31.

3- ثابت بن عزة مليكة، مرجع سابق، ص207.

نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا،}[1] وقوله أيضا:{وَمَا مِن دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا كُلٌّ فِي كِتَابٍ مُّبِينٍ}.[2]

من خلال ما سبق نستنتج أن للمشرع الجزائري وجهة نظر، في أنه لم يتطرق إلى مسألة إجهاض الجنين الناتج عن جريمة الزنا أو الاغتصاب أو لدواعي اقتصادية وكذا خلقية، كونه لم يخرجهم من دائرة التجريم والعقاب إلى دائرة الإباحة، وذلك من أجل الحماية التي قررها المشرع للجنين والمحافظة عليه من أي اعتداء قد ينهي حياته أو يمنع تطوره ونموه إلى غاية موعد ولادته.

1- سورة الإسراء، الآية 31.

2- سورة هود،الآية 06.

ملخص الفصل الثاني:

لا شك في أن الاعتداء على الجنين بالإجهاض من أكثر القضايا إثارة للجدل، حيث نستنتج مما سبق أن المشرع الجزائري وضع الإطار القانوني الذي يحكم هذه الجريمة في المواد من 304 إلى 313 من قانون العقوبات الجزائري، وذلك من خلال تبيان الأفعال التي تشكل جريمة الإجهاض مع العقوبات المترتبة على ذلك، ولم يكتف عند هذا الحد بل بين صور هذه الجريمة حيث جرم فعل المرأة التي تجهض نفسها، كما جرم إجهاض الغير لها بغض النظر عن صفته عاديا كان أو من ذوي الصفة كالطبيب وما شابهه، كما عاقب أيضا كل من حرض على هذه الجريمة، وشدد العقوبات حتى تكيف في مواضع معينة إلى وصف جناية وعقوبتها من عشر سنوات إلى عشرين سنة، وذلك في حال ما إذا كان الإجهاض أدى إلى وفاة الحامل أو في حال الاعتياد أيضا، في حين لم يبيح الإجهاض إذا كان الدافع منه جريمة الزنا أو الاغتصاب أو لدواعي خلقية أو اقتصادية، سمح به فقط في حالة واحدة وهي الإجهاض العلاجي وذلك عندما تكون هناك ضرورة لإنقاذ حياة الأم من الخطر الذي قد يصيبها، جراء هذا الحمل ويكون ذلك وفقا لشروط المحددة قانونا.

الخاتمة

الخاتمـــــة

من خلال ما سبق ذكره نستخلص أن القانون أولى للجنين حماية خاصة، مكنته من الاستمرار دون التعرض لأي خطر قد يصيبه وذلك حفاظا على الكرامة الإنسانية، كونه يتمتع بشخصية قانونية وهو ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني الجزائري، كما أن له أهلية وجوب ناقصة والتي من خلالها تثبت له بعض من الحقوق بشرط ولادته حياً، حيث تنقسم هذه الحماية إلى نوعين؛ مدنية تحفظ له حقوقه المالية والذاتية، وجنائية تحفظ له حقه في الحياة وذلك من أي اعتداء قد يلحقه.

وكإجابة للإشكالية المطروحة يمكن القول؛ أن المشرع الجزائري وفق في منح الجنين الحماية القانونية اللازمة، لضمان حقوقه وكذا أمنه من أي ضرر قد يتعرض له.

من هنا نعرض أهم **النتائج** التي استقيناها من هذا البحث والممثلة في مايلي:

1. للجنين حقوق مالية ومعنوية تثبت له وهو في بطن أمه وتسقط بموته.
2. من خلال التفسير القضائي للنصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري لم يعترف صراحة بجواز الوقف للجنين وهو في بطن أمه، إلا أنه لم يستبعد احتمالية قبوله.
3. الجنين الذي لم يثبت نسبه لأبيه يحرم من الميراث.
4. يثبت نسب الولد لأمه تلقائيا بمجرد الولادة، أما بالنسبة لأبيه يكون بعدة طرق وهو ما نصت عليه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري.
5. يعاقب القانون الجزائري على الشروع في جريمة الإجهاض، وهو ما يوفر أكبر قدر من الحماية الجنائية للجنين.
6. حرص المشرع الجزائري على حماية حق الجنين في الحياة بنصوص فعالة، تجرم كل فعل يشكل اعتداء عليه من أي طرف كان وبأي فعل أو وسيلة.
7. الأصل في جريمة الإجهاض أنها جنحة وعقوبتها الحبس أي كان مرتكبها، إلا أنه هناك استثناء يجعل من هذه الجريمة جناية وهو ما نصت عليه المواد 304_305 من قانون العقوبات الجزائري.
8. المشرع لم يخرج الإجهاض لدواعي أخلاقية و اقتصادية من دائرة التجريم لأنه لم ينص عليه صراحة، إلا أنه تكلم عن الإجهاض العلاجي الذي يكون فقط لضرورة واحدة ألا وهي إنقاذ حياة الأم وذلك طبقا للمادة 308 من قانون العقوبات الجزائري.

من خلال النتائج التي توصلنا إليها سنقدم مجموعة من **التوصيات** التي من شأنها تعزيز حماية الجنين قانونيا وسد الثغرات التي أُغفِلت نذكرها كالتالي:

1. وضع لجنة قانونية خاصة تهتم بالحقوق المادية والمعنوية للجنين.
2. تنظيم دورات تحسيسية وملتقيات توعوية لأفراد المجتمع عامة والأزواج خاصة، حول حقوق الجنين وكيفية الاهتمام والعناية به وهو في بطن أمه.
3. على المشرع التطرق إلى الحالات الخاصة بميراث الجنين (ميراث التوأم، والولد الناتج عن التلقيح الإصطناعي وولد اللعان).
4. إدراج نص قانوني صريح بأحكام الوقف للجنين، وذلك لتدارك الثغرة القانونية التي لم يوليها المشرع الجزائري اهتمامه الكافي.
5. تكريس نصوص قانونية أخرى تنظم حماية أكبر لحق الجنين في الحياة، إضافة إلى المواد السابقة كونها غير كافية لردع هذه التصرفات.
6. وضع عقوبة جزائية مشددة في حق كل من ارتكب فعل الإجهاض على الجنين الناتج عن حالة زنا أو اغتصاب.
7. الغلق النهائي لكافة المؤسسات الصحية التي ثبت تورطها في مثل هذه الجرائم الشنيعة.
8. على المشرع مسايرة التطورات الاجتماعية والطبية، في سن وضبط القوانين لتفادي التجاوزات الحاصلة في حق الجنين.

وفي الأخير إن الله يعلم أننا قد بذلنا جهدنا لإتمام هذه المذكرة في شكل معقول، ولا ندعي أنها سلمت من النقائص، فالكمال لله وحده.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم

أولا: المصادر والمراجع

أ. المصادر:

- **السنة النبوية:**

1. ابن المنظور جمال الدين أبو الفضل، لسان العرب، الجزء01، دار المعارف، (630_711)هـ (1232_1311)م.
2. أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1417هـ.

- **القوانين:**

1. القانون رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم عدلت بالقانون رقم10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، والمعدل بالقانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 ماي 2007 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975.
2. القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال 1441 الموافق لـ27 أفريل 1991 المتضمن قانون الأوقاف، الجريدة الرسمية، العدد 21، المعدل والمتتم بموجب القانون رقم 07/01 المؤرخ في 28 صفر 1422 الموافق لـ22 ماي 2001، والمعدل والمتتم بالقانون 10/02 المؤرخ في 10 شوال 1432 الموافق لـ14 ديسمبر 2002.
3. القانون رقم 11/84 مؤرخ في 9 رمضان 1404 الموافق لـ 9 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم 1426 الموافق لـ 27 فيفري2005.
4. الأمر رقم 156/66، المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 18 صفر 1368 الموافق لـ 8 جوان 1966، الجريدة الرسمية، العدد49، الصادر في 1966/06/11، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 14/11 المؤرخ في 2011/08/02، الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادر في 2011/08/10والمعدل والمتمم بالقانون رقم 02/16 المؤرخ في 2016/06/19، الجريدة الرسمية، العدد 37، الصادر في 22يونيو2016 والمعدل

والمتمم بموجب القانون رقم 06/20 المتضمن قانون العقوبات، المؤرخ في 5 رمضان 1441 الموافق لـ2020/04/28، الجريدة الرسمية، العدد 25، الصادرة في 2020/04/29.

5. القانون رقم 11/18 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق لـ 02 يوليو 2018 المتضمن قانون الصحة الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد46، المؤرخة في 16 ذي القعدة 1439 الموافق لـ 29 يوليو2018، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 02/20 المؤرخ في 11محرم1442 الموافق لـ30 أوت2020، الجريدة الرسمية، العدد50، الصادرة في 11محرم1442 الموافق لـ30 أوت 2020.

ب. المراجع:

1. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، دار هومه، الجزائر، 2006.
2. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في التشريع الجزائري)، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2017.
3. أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية لطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1989.
4. أحمد محمد الشافعي، طلاق وحقوق الأولاد والأقارب دراسة مقارنة، دار الجامعيين، بيروت، لينان، 1987.
5. أحمد نصر الجندي، النسب في الإسلام والأرحام البديلة، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.
6. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق وتطبيقهما في القوانين الجزائرية، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
7. الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية لنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
8. العربي بلحاج، أحكام المواريث في التشريع الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1996.
9. العربي بلحاج، الوجيز في التركات والمواريث وفق قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومه، الطبعة الثانية، الجزائر، 2015.

10. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري(الميراث والوصية)، الجزء02، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2007.
11. أميرة عدلي، عيسى خالد، الحماية الجنائية في ظل التقنينات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
12. أوان عبد الله الفيضي، أحكام حق الجنين في النسب (دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة)، دار الكتب القانونية شتات لنشر، مصر، الإمارات، 2015.
13. بسام شهاب، الجرائم الماسة بكيان الإنسان: القتل باسم المساعدة على الانتحار– القتل الرحيم–الإيذاء بصورة مختلفة للتعذيب– الإجهاض– قتل حديثي العهد بالولادة– انتهاك حرمة الجثة والرفات والقبر، دار هومه لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
14. ثابت بن عزة مليكة، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية و التشريع الجنائي الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.
15. خالد دوادي، إثبات النسب ونفيه، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي، لنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 1438هـ_2017م.
16. رابطة العالم الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، إسقاط الجنين المشوه خلقيا، دورة12، مكة المكرمة، المؤرخ 15_22 رجب 1410هـ الموافق لـ10_17 فيفري 1990.
17. سعد الدين مسعد الهلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، الطبعة الأولى، مكتبة الكويت الوطنية، الكويت،2001.
18. عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري (الطلاق وأثاره)، الجزء 02، الطبعة الخامسة، المطبعة الجديدة، دمشق، 1979.
19. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومه لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996.
20. عبد القادر باجي، أحكام الوقف، دار ابن حزم لطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2009.
21. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008.
22. مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، دار هومه لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

23. محمد أبو الزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2005.
24. محمد بن وارث، مذكرات في القانون الجزائي الجزائري، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2006.
25. محمد سماره، أحكام وأثار الزوجية شرح مقارن للأحوال الشخصية، الطبعة الأولى، 2002.
26. محمد علي يوسف، بحوث في مسائل طبية معاصرة، الطبعة الأولى، دار البشائر، بيروت، لبنان، 2005.
27. محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، 1984.
28. مخطارية طفياني، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.
29. مصطفى شلبي معمري، أحكام الوصايا والأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية لطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1988.
30. منذر طبيب البرزنجي، شاكر علي العادلي، عمليات أطفال الأنابيب والاستنساخ البشري في منظور الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة لطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2001.
31. نجم محمد صبحي، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2006.
32. نسيمه شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوقف، الوصية) دراسة مقارنة مدعمة بالأحكام الفقهية والاجتهاد القضائي، دار هومه لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
33. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء07، الطبعة الثالثة، الإسكندرية، مصر،1989.
34. يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، الشركة الوطنية لنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.

35. يوسف أفندي زادة، نجاح القاري لصحيح البخاري، الجزء03، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1971.

المذكرات والرسائل

أ. دكتوراه:

1. سعاد عيساني، الحماية الجنائية للجنين، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون الصحة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2012_2013.
2. مسلم عبد الرحمان، الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص قانون طبي، كلية الحقوق والعلوم السياسية(19 مارس 1962)، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، الجزائر،2018_2019.

ب. ماجيستر:

1. خليل إبراهيم محمد إبراهيم، حقوق الجنين في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2005.
2. سمير شيهاني، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2005.
3. صالح براهمي، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون، الجزائر، 1992.
4. عيسى أمعيزة، الحمل إرثه أحكامه وصوره المعاصرة بين الشريعة والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2005_2006.

ج. ماستر:

1. حنان بلحمرة، جريمة الإجهاض دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2019_2020.

2. ربيعة بودينار، النظام القانوني لجريمة الإجهاض في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، 2019.
3. سليمان بوزيدي، الحماية القانونية للجنين في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2013_2014.
4. سميرة مرابطي، الحماية الشرعية والقانونية للجنين، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، الجزائر، 2016.
5. كاتية منصوري، كنزه شلالي، جريمة الإجهاض في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل هادة الماستر في القانون، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2020.
6. لطيفة قادري، المسؤولية الجنائية لطبيب عن جريمة الإجهاض، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، فرع قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان، بجاية، الجزائر، 2014.
7. مباركة بغدادي، الحماية الجنائية للجنين، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015_2016.
8. محمد بوزيان، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص علم الإجرام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ملاوي الطاهر، سعيدة، الجزائر، 2016.
9. وسام قارح، الحماية الجنائية للجنين، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الجنائي والعلوم الجنائية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2019_2020.
10. يوسف إسلام شلوق، الحماية القانونية للحنين في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون الأسرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، 2022.

المطبوعات:

1. رابح بوسنة، محاضرات في أحكام الميراث وفق قانون الأسرة الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2015_2016.

المجلات:

1. العربي بلحاج، حكم الشريعة في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، رقم03، 1993.
2. الهام بن خليفة، الحماية الجنائية الموضوعية لحق الجنين في الحياة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد11، العدد02، جامعة الوادي، الجزائر، سبتمبر2002.
3. إيمان معمري، مفيدة ميدون، المركز القانوني للجنين دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد07، العدد02، جامعة خنشلة، الجزائر، 2020.
4. إيهاب عبد المطلب، الموسوعة الجنائية الحديثة في شرح قانون العقوبات، نادي القضاء الجزائري، المجلد04، 2010.
5. شفيق حادي، الشخصية القانونية للجنين دراسة مقارنة، مجلة القانون و العلوم السياسية، المجلد04، العدد02، الجزائر، جوان2018.
6. شهرزاد بوسطلة، الحقوق المعنوية والمالية للجنين في الشريعة الإسلامية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد07، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2010.
7. ظريفة سعدلي، طباش عز الدين، نطاق الحماية الجنائية للأجنة البشرية في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد12، العدد02، بجاية، الجزائر،2021.
8. فتيحة عبيد، العقوبة المقررة لجريمة الإجهاض في الشريعة الإسلامية والقانون الجنائي الجزائري، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد07، العدد02، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2021.
9. كريمة تدريست، حماية حق الجنين في الحياة من الإجهاض، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد01، تيزي وزو، الجزائر، 2019.

10. محمد رضوان الرق، جريمة الإجهاض بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد04، العدد02، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2020.
11. محمد قسيمه، صور جريمة الإجهاض في التشريع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث لدراسات القانونية والسياسية، العدد02، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، جوان2016.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات	الصفحة
شكر وتقدير	
الإهداء	
مقدمة	01
الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي والقانوني للجنين	05
المبحث الأول: الشخصية القانونية للجنين	07
المطلب الأول:بداية الشخصية القانونية في القانون المدني	07
المطلب الثاني: بداية الشخصية القانونية في القانون الجنائي	09
المبحث الثاني: الأهلية القانونية للجنين	11
المطلب الأول: مفهوم الأهلية	11
الفرع الأول: أهلية الوجوب	11
أولا: أهلية الوجوب الناقصة	11
ثانيا: أهلية الوجوب الكاملة	12
الفرع الثاني: أهلية الأداء	12
المطلب الثاني: أهلية الجنين	12
الفصل الأول:الحماية المدنية للجنين	15
المبحث الأول: حقوق الجنين المتعلقة بالمال	16
المطلب الأول: حماية حق الجنين في الوصية والميراث	16
الفرع الأول: حماية حق الجنين في الوصية	16
أولا: تعريف الوصية	17
ثانيا: شروط صحة الوصية للجنين	18
ثالثا: مبطلات الوصية	20
الفرع الثاني: حماية حق الجنين في الميراث	23
أولا: تعريف الميراث	23
ثانيا: شروط توريث الجنين	24
ثالثا: كيفية توريث الجنين	25
المطلب الثاني: حماية حق الجنين في الهبة والوقف	31
الفرع الأول: حماية حق الجنين في الهبة	31

أولا: تعريف عقد الهبة	32
ثانيا: موقف الفقه الإسلامي من الهبة للجنين	32
ثالثا: موقف المشرع الجزائري من الهبة للجنين	33
الفرع الثاني: حماية حق الجنين في الوقف	33
أولا: تعريف الوقف	33
ثانيا: حكم الوقف للجنين	34
المبحث الثاني: حماية حق الجنين في النسب	35
المطلب الأول: طرق إثبات النسب	36
الفرع الأول: إثبات النسب بالطرق الشرعية	36
أولا: إثبات النسب بالزواج الصحيح	36
ثانيا: إثبات النسب بالزواج الفاسد	38
ثالثا: إثبات النسب بنكاح الشبهة	39
رابعا: إثبات النسب خلال العدة	40
الفرع الثاني: إثبات النسب بالطرق القانونية والعلمية	41
أولا: إثبات النسب بالطرق القانونية	41
ثانيا: إثبات النسب بالطرق العلمية	43
المطلب الثاني: طرق نفي النسب	45
الفرع الأول: اللعان كوسيلة لنفي النسب	45
أولا: دعوى اللعان وأحكامها	45
ثانيا: الآثار المترتبة عن اللعان	46
الفرع الثاني: الطرق العلمية لنفي النسب	46
ملخص الفصل الأول	47
الفصل الثاني: الحماية الجزائية للجنين(الإجهاض نموذجا)	49
المبحث الأول: جريمة الإجهاض	50
المطلب الأول:تجريم فعل الإجهاض	50
الفرع الأول: تعريف اللغوي والاصطلاحي لفعل الإجهاض	50
الفرع الثاني: الأركان المكونة جريمة الإجهاض	51
أولا: الركن الشرعي لجريمة الإجهاض	51
ثانيا: الركن المادي لجريمة الإجهاض	52

ثالثا: الركن المعنوي لجريمة الإجهاض	54
الفرع الثالث: صور جريمة الإجهاض	55
أولا: جريمة إجهاض الحامل نفسها	55
ثانيا: إجهاض المرأة من قبل الغير	56
ثالثا: التحريض على الإجهاض	58
المطلب الثاني: الجزاء المقرر لجريمة الإجهاض	58
الفرع الأول:العقوبات الأصلية لجريمة الإجهاض	59
أولا: العقوبات الأصلية لجنحة الإجهاض	59
ثانيا: العقوبات الأصلية لجناية الإجهاض	60
الفرع الثاني:العقوبات التكميلية لجريمة الإجهاض	61
أولا: المنع من ممارسة المهنة	62
ثانيا: المنع من الإقامة	62
المبحث الثاني: الإجهاض المرخص به	64
المطلب الأول:مفهوم الإجهاض المرخص به	64
الفرع الأول: تعريف الإجهاض المرخص به	64
الفرع الثاني: شروط الإجهاض المرخص به	66
أولا: الشروط الموضوعية للإجهاض المرخص به	66
ثانيا: الشروط الشكلية للإجهاض المرخص به	68
المطلب الثاني: موانع المسؤولية عن جريمة الإجهاض	70
الفرع الأول: رضا الحامل بالإجهاض	70
الفرع الثاني: الإجهاض لدواعي طبية	70
الفرع الثالث: الإجهاض لدواعي أخلاقية واقتصادية	72
أولا: الإجهاض لدواعي أخلاقية	72
ثانيا: الإجهاض لدواعي اقتصادية	72
ملخص الفصل الثاني	74
الخاتمة	76
قائمة المصادر والمراجع	79
فهرس المحتويات	88

ملخص المذكرة:

تناولنا في هذه الدراسة موضوع الحماية القانونية للجنين بالتفصيل كون هذا الأخير يتمتع بشخصية قانونية وأهلية وجوب ناقصة، تثبت له بعض من الحقوق التي حفظها المشرع الجزائري بموجب هذه الحماية والتي تنقسم بدورها إلى نوعين: مدنية يتمتع من خلالها بمجموعة من الحقوق التي حفظها له الشرع والقانون والتي تبين مركزه القانوني في الأسرة، منها الحقوق المالية كحقه في الميراث والوصية والهبة والوقف، والحقوق المعنوية المتمثلة في النسب، على أن تكون هذه الأخيرة معلقة على شرط فاسخ، بمعنى أن تثبت له بمجرد ولادته حيا ولو مات بعد ذلك مباشرة، وحماية جنائية وذلك من أي فعل قد يكون من شأنه إلحاق الضرر به كجريمة الإجهاض، التي تعتبر الصورة المثلى أو الوحيدة التي تناولها المشرع الجزائري كأصل عام لتكريس هذه الحماية بما يضمن حقه في الحياة واستمرارية نموه ضمن قانون العقوبات، في حين أباح الإجهاض العلاجي لكونه حالة صحية تكون فيها الأم الحامل في ظروف تقتضي إنهاء حياة حملها لإنقاذها من المضاعفات الخطيرة التي قد تودي بحياتها.

Summary:

In this study, we dealt with the issue of legal protection of the fetus in detail, since the latter enjoys legal personality and incomplete legal capacity, proving to him some of the rights preserved by the Algerian legislator under this protection, which in turn are divided into two types: Civil through which he enjoys a set of rights preserved for him by Sharia and law and which indicate his legal status in the family, including financial rights such as his right to inheritance, will, gift and endowment, and moral rights represented in descent, provided that the latter is dependent on a resolute condition, meaning that it is established for him as soon as he is born alive, even if he dies immediately thereafter, Criminal protection against any act that may be harmful to him, such as the crime of abortion, which is the best or only form dealt with by the Algerian legislator as a general principle to enshrine this protection in a way that guarantees his right to life and the continuity of his development within the Penal Code, Therapeutic abortion is permitted because it is a health condition in which the expectant mother is in circumstances that require the termination of the life of the fetus to save her from serious complications that may take her life.