الحمل المستكن في الفقه الإسلامي والقانون the foetus in Islamic jurisprudence and law

لزرقي بن عودة

كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد بن أحمد- وهران/2 الجزائر
lezragbenouda@gmail.com

تاريخ النشر: 2024/03/31

تاريخ القبول: 2024/03/31

تاريخ الإرسال: 2024/02/05

الملخص:

يُشير موضوع الحمل المستكن عدّة مسائل تتعلق بالحماية القانونية بمختلف أشكالها مدنية، جزائية واجتماعية تتفق القوانين الوضعية مع الشريعة الإسلامية في كون الحمل المستكن يكتسب حقوق قبل ميلاده حيًا، كما أنه يكتسب شخصية قانونية قبل ولادته استثناء عن القواعد العامة، ويُعدّ الحمل المستكن كائنًا بشريًا باتفاق كل الفقهاء فهو إذن شخص من أشخاص الحق، خلافاً للجنين خارج الرحم المخلّق بواسطة تقنيات إنجاب اصطناعية والذي يعتبر في نظر بعض الفقهاء محل حق.

الكلمات المفتاحية: جنين - حماية قانونية - قانون وضعي - شريعة - شخص الحق.

Abstract:

The foetus has always been provided with all types of protection (civil, criminal and social).

The legislator did not hesitate to follow the context of the sharia with respect to the rights granted to the foetus before its birth. this human being is undoubtedly a subject of Law.

Key words: foetus – legal protection – positive Law – sharia – subject of Law.

مقدمة:

لقد حيرّ موضوع الحمل المستكن فقهاء، أطباء، ومطبقين للقانون من قضاة ومحامين وغيرهم، لذلك لجأت كل طائفة لدراسة وتحليل أحكام الحمل المستكن لمعرفة ما إذا كان يعتبر كائنًا حيًا منذ تخلّقه وما هي الأحكام والحقوق التي يحظى بها.

المؤلف المرسل

لزرق بن عودة

يتفق الجميع على أن الحمل المستكن يعتبر كائنا بشريا حيا منذ نفخ الروح فيه وبدءا من هذه اللحظة يكتسب الشخصية القانونية استثناء من القواعد العامة، لأن حقيقة الأمر أن الشخصية القانونية تبدأ من الولادة حيا لتنتهي بالوفاة، غير أن الحمل المستكن حالة خاصة لأنه يكتسب حقوق مالية وأخرى غير مالية وهو في بطن أمه، وتثبت له بصفة قطعية عند ولادته حيا.

مما لاشك فيه أن الشريعة الإسلامية الغراء كانت ستباقة في الاعتراف بالحمل المستكن باعتباره كائنا بشريا يحظى بحماية قانونية شأنه شأن بقية أشخاص الحق. وقد سارت القوانين الوضعية منهاج الشريعة الإسلامية، إذ قررت في قوانين متعددة أحقية الحمل المستكن في حماية قانونية مطلقة.

وتجدر الإشارة، أن موضوع بحثنا محدد الزوايا لأننا استبعدنا من نطاق هذا البحث أطفال الأنابيب إذ تحكمهم أحكام خاصة نظمتها القوانين المتعلقة بأخلاقيات الطب. كما استبعدنا من نطاق هذا البحث مسألة التلقيح الاصطناعي وتأجير الأرحام، إذ أنها ولو كانت لها علاقة بالجنين، إلا أن أحكام هذه التقنيات الجديدة في الإنجاب تختلف اختلافا جذريا عن أحكام الحمل المستكن الذي يولد فيه الجنين بطريقة طبيعية.

والذي يبدوا أن الموضوع ذو أهمية بالغة ليس من الناحية النظرية بل حتى من الناحية العملية من خلال الوقوف على المركز القانوني للحمل المستكن، وحسم الخلاف الذي كان ولازال قائما بين بعض الفقهاء حول هذا المركز القانوني.

وبناء على ما تقدم يمكن طرح الإشكالية التالية: ما هي الأحكام والقواعد المنظمة للحمل المستكن في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؟ وما مدى توفيق المشرع في توفير الحماية القانونية اللازمة للحمل المستكن؟

وللإجابة على هذه التساؤلات يقتضي منا الأمر، التطرق إلى أحكام الحمل المستكن في الشريعة الإسلامية، وتحليل النصوص القانونية التي أوردها المشرع بشأن الحمل المستكن وفق المنهج التأصيلي التحليلي مع الاستعانة بالمنهج الوصفي والمقارن نظرا لطبيعة الموضوع.

ورغبة منا في الإحاطة بكل جوانب الموضوع وفق أدوات البحث العلمي، استعنا بخطة ثنائية من محثين، خصصنا المبحث الأول للحمل المستكن من خلال التطرق إلى أطوار تكوينه ومدة الحمل وتطرقنا في المبحث الثاني للأحكام الموضوعية للحمل المستكن.

المبحث الأول: الحمل المستكن

يقصد بالحمل المستكن الجنين داخل الرحم وهو ما يعرف لغة: الشيء الخفي، ولهذا يقال أن كل شيء ستر عنك أو جنّ عنك يعني اختفى عن بصرك.

وأما الجنين في اصطلاح العلماء وخاصة علماء الشريعة الإسلامية فهو ما يحمل في البطن (بطن المرأة) من ولد.

الحمل المستكن في الفقه الإسلامي والقانون

المطلب الأول : أطوار تكوين الحمل المستكن

يلاحظ وجود اختلاف كبير بين فقهاء الغرب فيما يتعلق بأطوار تكوين الجنين لحظة بدء الحياة ونفخ الروح في الجنين، الأمر الذي جعل أفكارهم متضاربة أحيانا ومتناقضة أحيانا أخرى.

أما في الفقه الإسلامي فإن لحظة بدء الحياة عند الجنين استنبطها الفقهاء من عدة آيات قرآنية وأحاديث نبوية تبين بوضوح مختلف مراحل نمو الجنين.

الفرع الأول : مرحلة ما قبل نفخ الروح

يتضح من القرآن الكريم والسنة النبوية أن تخلّق الجنين يمرّ بمرحلة أولى هي ما قبل نفخ الروح وتمتّ بأطوار ثلاثة:

النطفة: وفقا لما وصفها الله تعالى به وما قاله العلماء في بيان ذلك هي: ماء الرجل والمرأة إذا امتزجا واستقرا في رحم المرأة⁽¹⁾

والذي يفهم من حديث أبي عبد الرحمن بن مسعود رضي الله عنه في الصحيحين أن مدّة هذه المرحلة هي أربعون يوما.

واعتبار مدّة تكوين النطفة أربعين يوما كان محل نقده من بعض الكتاب وتحامل بعضهم من المعاصرين عن تطور الجنين وبلغ به الأمر إلى إنكار الأخذ بهذا الحديث بحجة أنه حديث آحاد⁽²⁾.

العلقّة: هي الدّم الجامد والعلق الدم الطري وقيل الشديد الحمرة⁽³⁾. وعموما يبدأ طور العلقّة بعد انتهاء طور النطفة حيث أنّ هذا الأمر ينشأ عنها وهو التدرج في الخلق حيث تبين ذلك من قوله تعالى ﴿ثم خلقنا النطفة علقة﴾⁽⁴⁾

المضغة: هي القطعة الصغيرة من اللحم. ومن هذا قيل للجنين في بطن الحامل حين يكون قطعة لحم قدر ما يمضغ.

وقد تكون المضغة مخلّقة أي ظاهرة التصوير أو غير مخلّقة لم يظهر تصويرها، لذلك قال المفسرون ما أكمل خلقه ينفخ الروح فيه فهو المخلّقة وما سقط كان غير مخلّقة.

وقال ابن زيد: المضغة المخلّقة: هي التي خلق الله فيها الرأس واليدين والرجلين، وغير المخلّقة: هي التي لم يخلق فيها شيء.

¹ - عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي، الطبعة 1، دار الفكر القاهرة، مصر، سنة 1993، ص 100 وما بعدها

² - وهو ما رواه عن الرسول صلى الله عليه وسلم عدد من الصحابة لا يبلغ حد التواتر و حكمه يفيد الظن ولا يفيد اليقين.

³ - ببدء محمد علي التضاة، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، الطبعة 1، دار أمانة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2017، ص 09

⁴ - سورة المؤمنون، الآية 14

الفرع الثاني : مرحلة نفخ الروح

لا يختلف الفقهاء والأطباء حول مدة نفخ الروح في الحمل المستكن ويتفقون على أن هذه المدة هي 120 يوماً من وجوده في بطن أمه.

ويعتمد فقهاء الشريعة الإسلامية في حساب مرحلة نفخ الروح على الحديث الذي رواه ابن مسعود رضي الله عنه حيث قال : حدثنا رسول الله ﷺ وهو الصادق الصدوق : " إن أحدمك يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوماً نطفة، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يرسل الملك، فينفخ فيه الروح ⁽¹⁾ .

أن ما سبق ذكره من مراحل تطور الجنين في هذا المبحث يدل دلالة قاطعة على أن نفخ الروح في الجنين لا يتأخر حتى الشهر الرابع (120 يوماً) كما استبح الفقهاء وعلماء الحديث وكما ذهب إليه الأطباء أن ربط قضية نفخ الروح في الجنين باكتمال نمو الدماغ في الجنين لا ينص عليه دليل من الكتاب الكريم والسنة النبوية الشريفة.

المطلب الثاني: مدة الحمل

كما هو معلوم أن لمدة الحمل حدين: حد أدنى وحد أقصى. مما يتعين معه بحث هذين الحدين

الفرع الأول: أقل مدة الحمل

لا خلاف بين الفقهاء المسلمين حول أقل مدة الحمل فهي ستة (06) أشهر ودليلهم في ذلك القرآن الكريم لقوله تعالى ﴿ ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلاثون شهراً حتى إذا بلغ أشده وبلغ أربعين سنة قال ربني أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحاً ترضاه وأصلح لي في ذريتي إني تبت إليك وإني من المسلمين ﴾ ⁽²⁾

كما استدلو بما رواه البيهقي من أن رجلاً تزوج امرأة فولدت لسته (06) أشهر فبادر عثمان برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنها: " إن خاصمتك بكتاب الله خاصمتك " ⁽³⁾ أي غلبتكم".

الفرع الثاني: أقصى مدة الحمل

يرى فريق أن أقصى مدة للحمل هي سنتان، ويرى فريق آخر أن أقصى مدة الحمل هي أربع سنوات في حين اتجه فريق ثالث إلى القول بأن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر، وهو قول لدى الشيعة الإمامية ويذهب فريق رابع إلى أن أقصى مدة للحمل عشرة (10) أشهر.

¹ - بيداء محمد علي القضاة، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ص 26، 27

² - سورة الأحقاف، الآية 15

³ - مسلم عبد الرحمن، الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية و القوانين الوضعية، دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الجبلالي ليايس سيدي بلعباس، السنة الجامعية : 2018-2019، ص 41

الحمل المستكن في الفقه الإسلامي والقانون

الظاهر مما تقدم أنّ أقصى مدّة الحمل لم يأتي ذكرها في القرآن الكريم أو السنة النبوية وأنّ الغالب الراجح أنّ مدّة الحمل تكون ما بين تسعة (09) أشهر إلى سنة هجرية.

هذا فيما يتعلق بآراء الفقهاء، أمّا في قانون الأسرة الجزائري فإنّ المشرع حدد أقل مدّة الحمل هي ستة (06) أشهر وأقصاها هي عشرة (10) أشهر⁽¹⁾. أمّا عن موقف القضاء الجزائري فلقد كرس أحكام أقل مدة الحمل المحددة بستة (06) أشهر⁽²⁾.

المبحث الثاني: الأحكام الموضوعية للحمل المستكن

لا مجال للحديث عن الأحكام الموضوعية للحمل المستكن إلّا بالتقرير مسبقاً أنّ الحمل المستكن كائن حي بشري، ويترتب على ذلك أنّ الحمل المستكن يعتبر بحق إنساناً يحضى بالشخصية القانونية حكماً وقانوناً وهذا ما كرسته بعض القوانين وما صدقه القضاء من خلال تجريم الإجهاض والاعتراف بحقوق الجنين المالية⁽³⁾ ذلك أنّ القانون يعترف للحمل المستكن بحقوق متعددة كحقه في النسب وحقه في الهبة والوصية والميراث وهذا قبل ولادته.

المطلب الأول: حقوق الحمل المستكن المالية

تتجلى هذه الحقوق في أحقية الجنين في الوصية والميراث والهبة. أمّا الوصية والميراث فلا يشترط فيها القبول، وأمّا الهبة باعتبارها عقداً فإنّه يشترط فيها القبول.

الفرع الأول: الحقوق المالية التي لا يشترط فيها القبول

يقضي الكلام في هذا الصدد أن نعرض أولاً لوصية الحمل المستكن، ثم نعرض ثانياً للميراث الحمل المستكن، وفي كلتا الحالتين لا حاجة إلى توافر القبول.

أولاً: الوصية للحمل المستكن

الوصية هي الإيضاء، وتطلق لغة بمعنى العهد إلى الغير في القيام بفعل أمر، حال حياته أو بعد وفاته فيقال: أوصيت له أو إليه: أي جعلته وصياً يقوم على من بعده، وهذا المعنى اشتهر فيه لفظ "الوصاية"، كما تطلق أيضاً على جعل المال للغير، فيقال: وصيت بكذا أو أوصيت، أي جعلته له. أمّا في اصطلاح الفقهاء فهي تملك مضاف إلى ما بعد الموت.

¹ - المادة 42 من قانون الأسرة

² - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار صادر بتاريخ 17-12-1984، ملف رقم 35087، المجلة القضائية عدد 1، سنة 1990، ص 86

³ - داودي إبراهيم، الشخصية القانونية للحمل المستكن، مجلة الراشدية، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مسكر، السنة الأولى، عدد 2، جوان 2010، ص 117 .

لزرُق بن عودة

وعموما يشترط لصحة الوصية للجنين أن يثبت وجوده في بطن أمه عند إنشاء الوصية، وأن يُولد الحمل المستكن حيا.

كما يجب ألا تصدر الوصية من أحد الأبوين إلى الجنين لأنه وفقا للشرع والقانون لا وصية لوارث إلا بإجازة الورثة، علما بأن مقدار الوصية لا يجوز أن يتعدى ثلث التركة إلا إذا أجاز الورثة أكثر من الثلث.

ثانيا : ميراث الحمل المستكن

يرتكز الميراث أساسا على علاقة القرابة بين الوارث والمورث، وهذه العلاقة تجد متانتها فيما يعرف بالنسب ولذلك فإنّ نسب الجنين يحوّل له الحق في الميراث، غير أن هناك شروط ينبغي توافرها⁽¹⁾

الشرط الأول: أن يكون الحمل حيا

معنى هذا الشرط أن يُولد الجنين حيا في مدّة يعلم منها أنّه كان موجودا في بطن أمه حين وفاة مورثه وهذه المدّة هي مدّة الحمل التي نصّت عليها أحكام المادتين 42 و 43 من قانون الأسرة.

الشرط الثاني: ولادة الحمل حيا

تم التنصيص على هذا الشرط بمقتضى المادة 134 من قانون الأسرة، كما أكدت المادة 128 من ذات القانون على ثبوت الحمل وقت افتتاح التركة.

أما عن تقسيم التركة فقد أخذ القانون الجزائري برأي الجمهور وفقا لمقتضيات المادة 173 من قانون الأسرة.

الفرع الثاني: الحقوق المالية التي يشترط فيها القبول

لعل من أهم حقوق الحمل المستكن المالية التي يشترط فيها القبول الهبة باعتبارها عقدا. والهبة لغة تعني التبرع والتفضل والإحسان. واصطلاحا التبرع بشيء ما ينعف الموهوب له⁽²⁾.

أما في الاصطلاح الفقهي فتعرّف بأنها عقد يفيد تمليك العين حالا بدون عوض، أي بدون مقابل أما قانونا فتعرّف بأنها: تمليك بلا عوض.

يتبنّى من مما تقدم أنّ للهبة مقومات أربعة: أنّها عقد ما بين الأحياء -Contrat entre vivant- بموجبه يتصرف الواهب في ماله بنية التبرع⁽³⁾.

¹ بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، طبعة جديدة، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الجزائر، سنة 2006، ص 360 و ما بعدها .

² خير الدين موسى فنتازي ، دراسات قانونية في الملكية العقارية عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية الوقف، ج 1 ، ط 1، دار زهران للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 2011، ص ص 103، 104 .

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح، ج 5، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان ، ص 05 .

الحمل المستكن في الفقه الإسلامي والقانون

ويرى جانب من الفقه إلى أن الهبة للحمل المستكن باطلة إذ اشترط في الموهوب له أن يكون موجودا حقيقة وقت الهبة. في حين يجيزها جانب آخر من الفقه فإن وُلد الجنين حينما استحق المال الموهوب له، وإن مات بعد ولادته حينما كان لورثته، وإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب.

المطلب الثاني: حقوق الحمل المستكن غير المالية

من أهم حقوق الحمل المستكن غير المالية حقّه في النسب حماية لعرضه، وحقه في الحياة عن طريق تجريم الإجماض.

الفرع الأول : حق الحمل المستكن في النسب

حق الحمل في النسب يعتبر من أهم الحقوق، لأنه لولاه ما استحق الحمل النفقة والحماية القانونية والاستفادة من بعض الأموال كحقه في الميراث هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن النسب يحمي الجنين في عرضه، إذ يجعل له أبوين معروفين، ويترتب على ذلك أن الحالة المدنية للجنين بعد ولادته حينما تكون خالية من أي إشكال.

ولقد اهتمت الشريعة الإسلامية بحفظ النسل والنسب والعرض خشية الوقوع في المحرمات، فالنسب من أهم حقوق الجنين ولهذا شرع الزواج وحرم الزنا وكل علاقة غير شرعية خارج إطار الزواج قال الله تعالى ﴿ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا﴾⁽¹⁾.

والنسب بالنسبة للحمل المستكن يجعل حدًا للخلاف القائم بين فقهاء القانون الوضعي بشأن أطفال الأنابيب والجنين المخلّق عن طريق تأجير الأرحام.

وتفاديا لاختلاط النسب بالنسبة للجنين فقد أجاز المشرع للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي وذلك وفقا لشروط معينة تم التنصيص عليها بعموم أحكام المادة 45 مكرر من قانون الأسرة.

الفرع الثاني: حق الحمل المستكن في الحياة

يتجلى هذا الحق في نوعين من الحماية : أولها موضوعية وثانيها إجرائية.

أولا : الحماية الموضوعية للحمل المستكن

سننظر إلى تجريم الإجماض أولا، ثم نعرض لمسألة هجر الزوجة الحامل ثانيا.

¹ - سورة الإسراء، الآية 32

1- تجريم الإجهاض

أنّ الإجماع واقع لدى الفقهاء المسلمين على أنّ نفخ الروح يكون بعد مائة وعشرون (120) يوما من بداية التلقيح. فيرى فريق من الفقهاء أنّ إسقاط الحمل حرام في جميع المراحل، سواء كان الحمل في بدايته أو كان قد قرب زمن نفخ الروح في الجنين، بينما يرى جانب آخر من الفقه بأنه يجوز إسقاط الحمل في جميع المراحل التي تسبق نفخ الروح.

أما عن حكم الإجهاض بعد نفخ الروح فلا يجوز إسقاط الحمل بعد نفخ الروح بأي حال من الأحوال إلا إذا كان استمراره يؤدي إلى وفاة الأم.

أما في القوانين الوضعية وبالضبط في القانون الجزائري نموذجا، فإنّ الإجهاض معاقب عليه حماية للحمل من جهة وللحامل من جهة أخرى، حيث عاقب المشرع على الإجهاض في المواد من 304 إلى 310 من قانون العقوبات.

2- تجريم هجر الزوجة الحامل

تتكمّل أركان هذه الجريمة بتخلي الزوج عمدا عن زوجته لمدة شهرين متتابعين بغير سبب جدي وهو ما نصت عليه المادة 330 في فقرتها الثانية من قانون العقوبات.

هذا ويشترط لقيام هذه الجريمة: أن تكون هناك علاقة زوجية شرعية، وأن تتوافر حالة الحمل لدى الزوجة والذي يعد شرطا أساسيا لقيام هذه الجريمة، وأن يمتد هذا الترك لمدة تتجاوز الشهرين.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري قد عدّل المادة 330 بشأن الحالة التي كانت تتعلق بتخلي الزوج عن زوجته وهي حامل مع علمه بذلك، أما التعديل الأخير لقانون العقوبات بموجب القانون 15-19 المؤرخ في 15 ديسمبر 2015 فقد حذف مسألة المرأة الحامل.

ثانيا : الحماية الإجرائية للحمل المستكن

تتمثل الحماية الإجرائية للحمل المستكن في شق بطن الحامل لإخراج الجنين، وكذا تأجل تنفيذ العقوبات الجزائية على الحامل.

1- شق بطن الحامل لإخراج الجنين

إذا كان معروفا ومستقرا لدى الفقه أنّه لا يجوز الاعتداء على الإنسان حيّا أو ميتّا، فإنّه خروجا عن هذا المبدأ وحفاظا على سلامة وحياة الحمل المستكن أجازت الشريعة الإسلامية ومن بعدها القانون الوضعي وأخلاقيات الطب، شق بطن الحامل لاستخراج الجنين، ولقد فضّل فقهاء الشريعة الإسلامية هذه المسألة على النحو التالي:

الحمل المستكن في الفقه الإسلامي والقانون

إذا ماتت الحامل وفي بطنها جنين حيّ، يُشقّ بطنها ويُستخرج الجنين إذا كانت حياته مرجوة ودليل هذا الرأي القرآن الكريم قال الله تعالى ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس أو فساد في الأرض فكأنما قتل الناس جميعا ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا ولقد جاءتهم رسلنا بالبينات ثم إن كثيرا منهم بعد ذلك في الأرض لمسرفون ﴾⁽¹⁾

ويختلف فقهاء الشريعة الإسلامية فيما كان الحمل المستكن لا تُرجى له حياة، ففي هذه الحالة يرى الحنابلة والمالكية أنه لا جدوى من شق بطن الحامل لأنّ في ذلك تعدي على حرمة يقينية لأمر وهيي.

ويرى بعض الفقهاء أنّ شق البطن لاستخراج الجنين حيّا لا يعتبر مثلى مادام أنّ الغرض من هذه العملية هو حماية الجنين خاصة إذا كان حيّا وفي الشهر التاسع⁽²⁾.

يتضح مما تقدم أنّ الجنين له مكانة معتبرة في نظر الفقه الإسلامي، إذ أجاز شق البطن وهي عملية ليست من الأمور اليسيرة.

2- تأجل تنفيذ العقوبات الجزائية على الحامل

قد ترتكب الحامل حداً من حدود الله كالزنا مثلاً الذي تكون عقوبته الرجم حتى الموت. فهل يطبق هذا الحدّ على الحامل؟

أجاب على ذلك الفقه الإسلامي بأنّه يجب إرجاء تنفيذ عقوبة الرجم حتى تضع الحامل حملها ثم تُرضعه حتى مرحلة الفطام، ودليله في ذلك ما رواه يزيد عن أبيه قال في قصة الغامدية⁽³⁾.

هذا وقد سائر المشرع الجزائري حكم الشريعة الإسلامية في إرجاء تنفيذ العقوبة على المرأة الحامل إلى ما بعد الوضع والفطام. وعلى ذلك جرى حكم المادة 16 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

وإذا كانت الحامل محكوم عليها بالإعدام فإنّ المشرع ورأفة منه على الحمل المستكن نصّ في المادة 155 من القانون آف الذكر على وقف تنفيذ العقوبة.

خاتمة :

ختاماً لما تقدّم يظهر جلياً أنّ أحكام الحمل المستكن من حماية موضوعية وأخرى إجرائية اعتمدت بها الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

¹ - سورة المائدة، الآية 32

² - الشيخ أحمد شريف النعسان، شق بطن المرأة الميتة لإخراج الجنين، www.naasan.net تاريخ النسخ: 23 جويلية 2023، التوقيت 14:51.

³ - عبد الله بن عبد الله الحسن التركي، مسند الإمام أحمد بن حنبل، الجزء 38، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، سنة 1421-2001، ص 384 .

لزرق بن عودة

فالحمل المستكن في نظر الفقه بل وحتى في نظر القانون يُعدّ كأننا بشريا على الأقل لما يبلغ عمره 120 يوما في بطن أمه، هذه المدة لا خلاف فيها بين كل الفقهاء، لذلك جرّموا الإجهاض كقاعدة عامة أثناء هذه المدة كما أنّه أي الحمل المستكن يخضع لأحكام خاصة فهو لا يُعدّ طفلا لأنه لم يولد بعد.

فأحكام الحمل المستكن تختلف اختلافا جذريا عن ما يسمى بالإنجاب الاصطناعي والذي يكون فيه الجنين مخلّقا وملقّقا بواسطة تقنيات جديدة في الإنجاب خارج الرحم، كما أنّ الحمل المستكن يستحق النفقة وهو في بطن أمه وهذا الأمر عالجته القرآن في سورة الطلاق إذ بين الله سبحانه عز وجل أنّ نفقة أولة الأحبال واجبة على الزوج، كما أنّ الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية إنّما أجلت تنفيذ العقوبة سواء أكانت سالبة للحرية أو مزهقة للروح حماية وتكريما لهذا المخلوق البريء الذي هو الحمل المستكن وليس رافة بالمرأة الحامل.

وبناء على ما تقدّم يظهر جليّا أنّ الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية كرمّت الحمل المستكن أيّا تكريم قبل خروجه للوجود. وتبعاً لذلك ارتأينا سرد بعض النتائج و بعض الاقتراحات .

النتائج :

- للحمل المستكن شخصية قانونية يستفيد بمقتضاها بالجوانب الإيجابية كحقه في الميراث والوصية والهبة، ولكن لا يتحقّق أيّة التزامات.

- اتفق الفقهاء على أنّ الحمل المستكن يعتبر محل حق وليس شخص حق.

- توطيدا لحماية الحمل المستكن اجتماعيا نصّت بعض القوانين الخاصة بالحالة المدنية إلى عدم التأشير في سجلات الحالة المدنية الخاصة بالولادات ولا في شهادة ميلاد الطفل المولود بالمؤسسة العقابية بأية بيانات تفيد بأن الطفل مولود بمؤسسة عقابية أو تظهر احتباس الأم.

الاقتراحات:

- ضرورة تحديد مفهوم الحمل المستكن بشكل واضح ودقيق للحدّ من الاعتداء على حق الأجنة في الحياة بسبب ما ينطبق عليه وصف الحمل المستكن.

- ضرورة توسيع الحماية القانونية للحمل المستكن تماشياً مع التطورات المستجدة في المجال الطبي مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية.

- ضرورة التقدير في تسليط العقوبة في جريمة الإجهاض، وذلك بتخفيف العقوبة أثناء مرحلة ما قبل نفخ الروح، وتشديدها في مرحلة ما بعد نفخ الروح.

- وضع قواعد قانونية تنظّم مسألة الوقف للحمل المستكن تماشياً مع ما انتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية.

الحمل المستكن في الفقه الإسلامي والقانون

قائمة المراجع:

- القرآن الكريم

النصوص القانونية

أ- القوانين

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية العدد 24، الصادرة بتاريخ: 06-12-1984

- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ: 05-08-1991

- القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 مايو 2001 يعدل و يتم القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، العدد 29، الصادرة بتاريخ: 23-05-2001

- القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-07-1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 84، الصادرة بتاريخ 24-12-2006

- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02-07-2018 المتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية العدد 46 الصادرة بتاريخ: 29-07-2018

ب- الأوامر

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-07-1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 49، الصادرة بتاريخ: 11-07-1966

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ: 30-09-1975

الكتب:

- عبد الفتاح محمود إدريس، قضايا طبية من منظور إسلامي، الطبعة 1، دار الفكر القاهرة، مصر، سنة 1993

- مها عبد الله الأبريش، الأمومة ومكانتها في الإسلام في ضوء الكتاب والسنة، الجزء الأول، الطبعة 1، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1996

- وهبة الزحيلي، الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1407 هـ - 1987

- بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، طبعة جديدة، دار الثقافة للنشر- والتوزيع، الجزائر، سنة 2006

- خير الدين موسى فنتازي، دراسات قانونية في الملكية العقارية عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية الوقف، ج 1، ط 1، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2011

لزرق بن عودة

- عبد الرزاق أحمد السنبوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم و الصلح، ج 5، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان
- عبد الله بن عبد الله الحسن التركي، مسند الإمام أحمد بن حنبل، الجزء 38، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، سنة 1421-2001
- بيداء محمد علي القضاة، أحكام الجنين في الفقه الإسلامي، الطبعة 1، دار أمانة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2017
- علي الشيخ إبراهيم مبارك، حماية الجنين في الشريعة والقانون، الطبعة 1، دار المكتب الجامعي الحديث، الأردن، سنة 2009

المقالات:

- داودي إبراهيم، الشخصية القانونية للحمل المستكن، مجلة الراشدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مسكر، السنة الأولى، عدد 2، جوان 2010
- بن عيسى أحمد، بن فردية محمد، حقوق الجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد 7، سبتمبر 2022

الرسائل و المذكرات

- مسلم عبد الرحمان، الحماية القانونية للجنين في ظل التطورات الطبية والقوانين الوضعية، دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الجبالي ليايس سيدي بلعباس، السنة الجامعية : 2018-2019

المواقع الإلكترونية

- الشيخ أحمد شريف النعسان، شق بطن المرأة الميتة لإخراج الجنين، www.naasan.net تاريخ التصفح: 23 جويلية 2023، التوقيت 14:51 .