بداية شخصية الجنين وطبيعته القانونية بين الشريعة والقانون

الدكتور: عيسى أمعيزة

أستاذ محاضر

كلية الحقوق جامعة الجلفة، الجزائر

مقدمـــــــة:

لم يضمن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي للجنين أحكام الحماية من الاعتداء عليه، وإثبات نسبه - وهي حقوق معنوية- في بطن أمه فقط، بل ضمن له الكثير من الحقوق المادية، وشرعت لأجله الكثير من الأحكام، وأولت له جانبا عظيما من الاهتمام.

ولا خلاف في أن الحمل قبل الولادة يعتبر جنينا، وتثبت له جميع الحقوق والحماية الخاصة به، كما لا خلاف أنه بعد تمام عملية ولادته حيا ينتقل من كونه جنينا ويصبح مولودا ؛ أي إنسانا تمت ولادته حيا، وتثبت له جميع الحقوق والحماية المقررة للإنسان الكامل؛ لأنه يكتسب الشخصية القانونية بتمام ولادته حيـــــا.

إلا أن التساؤل الذي يثور هنا عن الطبيعة القانونية للجنين أثناء مرحلة الحمل؟ وهل للجنين أثناء مرحلة الحمل شخصية قانونية، وبالتالي يصبح صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات؟

إن هذه المسائل وغيرها المتعلقة بأحكام الجنين لتطرح إشكالات عديدة، وتفتح أمامنا أبوابا كثيرة للنقاش، لذا سنتعرض لتعريف الحمل (الجنين) في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني لبداية شخصية الجنين وطبيعته القانونية.

المبحث الأول: تعريف الحمل

اختلف تعريف الحمل عند فقهاء الشريعة الإسلامية؛ فلكل مذهب تعريفه، وإن اختلفت هذه التعريفات في الألفاظ، غير أن المعنى متقارب.

غير أن فقهاء القانون على غرار الأطباء أطلقوا على الحمل لفظ "الجنين"، عند تعريفهم للحمل.

المطلب الأول: تعريف الحمل في اللغة وعند فقهاء الشريعة الإسلامية:

أولا: الحمل في اللغة : جاء في لسان العرب مادة"حمل":«امرأة حامل وحاملة إذا كانت حبلى أي إذا كان في بطنها ولد، فمن قال حامل بغير هاء فهو نعت لا يكون إلا للمؤنث، ومن قال حاملة إذا حملت المرأة

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

شيئا على ظهرها أو على رأسها»[1]. وجاء في محيط المحيط "مادة حمل":«حملت المرأة علقت، ولا يقال حملت به وهو قليل وإنما يقال حملته»[2]. ويطلق على الحمل أيضا لفظ الجنين[3].

الجنين لغة: جاء في لسان العرب مادة "**جنن**":« جن الشيء يجنه جنا: ستره. وكل شيء ستر عنك فقد جن عنك.وجنه الليل يجنه جنا وجنونا وجن عليه يجن،بالضم، جنونا وأجنه: ستره. وفي الحديث: جن عليه الليل أي ستره، وبه سمي الجن لاستتارهم واختفائهم عن الأبصار، ومنه سمي الجنين لاستتاره في بطن أمه.

والجنين: الولد ما دام في بطن أمه لاستتاره فيه، وجمعه أجنة وأجنن، بإظهار التضعيف، وقد جن الجنين في الرحم يجن جنا وأجنته الحامل»[4].

وجاء في محيط المحيط:« جن الجنين في الرحم يجن جنا استتر. والجنين المستور من كل شيء والمقبور، فعيل

بمعنى مفعول، ومنه: الجنين للولد ما دام في الرحم. ج: أجنة وأجنن»[5].

وفي القرآن الكريم:(وإذ انتم أجنَّة في بطون أمهاتكم) [النجم:32] .جاء في تفسيرها:« أجنة جمع جنين، وهو الولد ما دام في البطن، سمي جنينا لاجتنانه واستتاره»[6].

ثانيا: في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية اتفق الفقهاء على أنه إذا استبان خلق ما في بطن المرأة أو بان فيه شيء من صورة الآدمي فهو جنين، غير أنهم اختلفوا فيما لم يبن منه شيء إلى الأقوال التالية:

1. **عند الحنابلة:** ذهب الحنابلة –عدا ابن رجب الحنبلي– إلى أن ما في بطن المرأة يعد جنينا إذا كان مضغة تبين فيها خلق الإنسان من الرأس أو اليدين أو الرجل وأقله أحد وثمانون يوما، فلا يكون مضغة إلا في الأربعين الثالثة ولا يتخلق قبل أن يكون مضغة.

أما إذا لم يتبين فيها (المضغة) خلق الإنسان ففيها التفصيل الآتي:

أ- إن شهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بان بها أنها خلقة آدمي فإنها تعتبر في حكم الجنين.

---

[1] ابن منظور: لسان العرب، مادة "حمل"، (1/721- 722).

[2] بطرس البستاني: محيط المحيط، لبنان، مكتبة لبنان ناشرون، ط3، 1993م، مادة حمل.

[3] عباس شومان: إجهاض الحمل وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية، ص16.

[4] ابن منظور: المرجع السابق، مادة "جنن"، (1/515) .

[5] بطرس البستاني: محيط المحيط، مادة "جنن"، ص130 .

[6] القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، (17- 72).

[7] انظر: ابن قدامة المقدسي: المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، السعودية، دار عالم الكتب، ط4، 1419هـ/1999م، (11/ 230- 231) . البهوتي: كشاف القناع، تح: أبو عبد الله محمد حسين إسماعيل الشافعي، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ/1997م، (1/257).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ب- أما إن كانت مضغة لا صورة فيها، ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ خلق آدمي فإنها لا تعتبر جنينا.

ج- ولا يعتبر ما قبل المضغة –سواء قيل أنه مبتدأ خلق آدمي أو لم يقل- جنينا، وإنما هو دم[1].

بينما ذهب ابن رجب الحنبلي إلى أن ما في بطن المرأة يعد جنينا بمجرد أن يصير علقة، فإذا صار علقة لم يجز للمرأة إسقاطه «لأنه ولد انعقد بخلاف النطفة؛ فإنها لم تنعقد بعد، وقد لا تنعقد ولدا»[2]، وهو رأي ابن حزم الظاهري* في أحد رأييه «وحد ذلك أن تسقطه علقة فصاعدا، وأما إن أسقطت نطفة دون العلقة فليس بشيء..فصح أن أول خلق المولود كونه علقة لا كونه نطفة وهي الماء»[3].

وفي رأي آخر له، فإنه لا يصبح جنينا حتى يتجاوز مائة وعشرين ليلة «لأنه لم يحي قط ولا روح له بعد ولا قتل وإنما هو ماء أو علقة من دم أو مضغة من عضل أو عظام ولحم، فهو في كل ذلك بعض أمه»[4].

2- **عند الشافعية:** ذهب الشافعي إلى أن «أقل ما يكون به جنينا أن يفارق المضغة والعلقة حتى يتبين منه شيء من خلق آدمي أصبع أو ظفر أو عين أو ما أشبه ذلك»، وعلق على قول الشافعي بأن «هذا يدل على أن أمته إذا ألقت منه دما أن لا تكون به أم ولد لأنه لا يجعله هاهنا ولدا»[5].

فلا يصبح ما في بطن المرأة جنينا عند الإمام الشافعي إلا إذا تجاوز الأطوار الثلاثة الأولى (النطفة، العلقة والمضغة)، وتبين منه شيء من خلق آدمي كأصبع أو ظفر.

غير أن هناك من الشافعية من ذهب إلى أنه يعد جنينا منذ كونه مضغة حتى وإن لم يتبين فيها عضو من أعضاء الآدمي بشرط أن تشهد أربع نسوة من القوابل الثقات أو عالمان من الطب البشري أو علم الأجنة أن فيها تخطيطا لآدمي إلا أنه خفي لأن هؤلاء يدركون ما لا يدركه غيرهم[6].

[1و2]- ابن رجب الحنبلي: جامع العلوم والحكم، ص157.

* **ابن حزم الظاهري:** هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم بن غالب بن صالح بن سفيان ابن يزيد، وكنيته أبو محمد، وهي التي كان يعبر بها في كتبه، وشهرته ابن حزم. ولد بقرطبة سنة 384هـ، عرف إماما في الفقه ومؤرخا وكاتبا وشاعرا، ومن أشهر مؤلفاته كتاب "المحلى" في الفقه، مات سنة 456هـ. انظر: محمد أبو زهرة: ابن حزم حياته وعصره، آراؤه وفقهه، دار الفكر العربي، ص5- 10.

[3]- ابن حزم الظاهري: المحلى، تح: لجنة إحياء التراث العربي، لبنان، دار الجيل و دار الآفاق الجديدة، (266/10-267).

[4] نفسه، (33/11- 34).

[5] المزني: مختصر المزني في آخر الجزء الثامن من كتاب الأم للشافعي، لبنان، دار الفكر، 1410هـ/1990م، (356/1). وانظر: الماوردي: الحاوي الكبير، تح: علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، لبنان، دار الكتب العلمية، 1419هـ/1999م، (385/12).

[6] انظر: النووي: كتاب المجموع، تح:محمد نجيب المطيعي، السعودية،دار النفائس، 1415هـ/1995م، (470/20). الشربيني: مغني المحتاج، (371/5).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3- **عند المالكية:** لم يطلق المالكية الجنين على المضغة فقط،بل أطلقوه حتى على العلقة أو شيء مما يستيقن النساء أنه ولد وإن لم يتبين من خلقه عين ولا أصبع على غير ذلك[1]،«إذا ألقته مضغة أو كاملا، بل وإن ألقته علقة؛ أي دما مجتمعا بحيث إذا صب عليه الماء الحار لا يذوب، لا الدم المجتمع الذي إذا صب عليه الماء الحار يذوب لأن هذا ليس فيه شيء»[2].

4- **عند الحنفية:** ذهب الحنفية إلى أنه إذا استبان شيء من خلقه كأصبع أو ظفر فهو جنين، وإن لم يستبن منه شيء فهو دم متجمد أو دم انعقد ثم تحلل فخرج فلم يكن دم حامل فكان حيضا أو دم استحاضة

أو لحم من البطن[3]، «والسقط إذا استبان بعض خلقه فهو مثل الولد التام يتعلق به أحكام الولادة من انقضاء العدة وصيرورة المرأة نفساء لحصول العلم بكونه ولدا مخلوقا عن الذكر والأنثى، بخلاف ما إذا لم يكن استبان من خلقه شيء، لأنا لا ندري ذاك هو المخلوق من مائهما أو دما جامدا أو شيء من الأخلاط الردية استحال إلى صورة لحم فلا يتعلق به شيء من أحكام الولادة»[4].

المطلب الثاني: تعريف الجنين في الطب وعند فقهاء القانون الوضعي:

أولا: الجنين في اصطلاح الأطباء: يفرق علماء الأجنة بين الجنين في مراحله الأولى عنه في مراحله التالية؛ إذ يطلق عليه لفظ الجنين (*EMBRYO*) في الأسابيع الثمانية الأولى، ولفظ الحميل(*FETUS*) على الفترة من بداية الشهر الثالث حتى الولادة، ويراد به الطفل الذي لم يولد (*An anborn child*)[5]. جاء في دائرة المعارف «في الزمان الذي لا يتحرك فيه أو لا تتولد فيه الحياة يطلق عليه بالإفرنجية لفظة "أمبريون (*EMBRYON*)"، ومنذ دخول الحياة إلى حين خروجه اسم "فتوس (*FOETUS*)"، فإذا ولد وتنفس الهواء سمي "طفلا (NOUVEAU-N*é*)"»[6].

---

[1] الباجي: المنتقى، (30/9).

[2] حاشية الدسوقي، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1،1996، (227/6) . وانظر: حاشية الخرشي، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1997م، (192/8).

15- انظر: كمال الدين بن الهمام: شرح فتح القدير، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1995م، (189/1) . السرخسي: المبسوط، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ/1993م، (26/6) . ابن نجيم المصري: البحر الرائق، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ/1997م، (332/1).

[4] الكاساني: بدائع الصنائع، تح: محمد عدنان بن ياسين درويش، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1419هـ/1998م، ص161.

[5] حامد أحمد حامد: الآيات العجاب في رحلة الإنجاب، ص205 . محمد عز الدين توفيق: دليل الأنفس بين القرآن الكريم والعلم الحديث، ص121 .

[6] بطرس البستاني: دائرة المعارف، لبنان، دار المعرفة، (569/6).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانيا: الجنين في اصطلاح فقهاء القانون الوضعي: لتحديد مفهوم الجنين لدى فقهاء القانون الوضعي لا بد من التمييز أولا بين مرحلتين يمر بهما الطفل داخل بطن أمه، وذلك بتحديد الضابط الزمني لكل مرحلة:

1- مرحلة أولى يكتسب فيها صفة"جنين"،تثبت له فيها حماية جنائية مقررة في جرائم الإجهاض.

2- مرحلة ثانية داخل بطن الحامل أيضا ينتقل فيها من وصفه جنينا إلى اكتسابه وصف الطفل، وبالتالي انتقال كيانه المادي من نطاق الحماية الجنائية، فتصبح له شخصية قانونية، ولا يمثل الاعتداء عليه جريمة إجهاض رغم أنه في بطن أمه، وإنما تصبح جريمة قتل «لأن الحياة الإنسانية داخل الرحم تختلف عموما بعد الميلاد حيث يكتسب الإنسان عند تحققها الشخصية القانونية، فالجنين وإن كان يتمتع بالحياة في بطن أمه إلا أنها ليست الحياة التي يقصدها المشرع»[1]. وتعتبر لحظة الميلاد الخط الفاصل بين الجنين الذي يعتبر قتله إسقاطا، وبين الإنسان الذي يعتبر إعدامه قتلا، والفقه متفق على أن اعتراف القانون بالحياة يبدأ ببداية عملية الولادة الطبيعية لا بتمامها[2]،في اللحظة التي تبدأ فيها آلام الوضع عند الحامل[3]

المبحث الثاني: بداية الشخصية القانونية للجنين وطبيعته القانونية:

لا خلاف في أن الحمل قبل الولادة يعتبر جنينا، وتثبت له جميع الحقوق والحماية الخاصة به، كما لا خلاف أنه بعد تمام عملية الولادة ينتقل من كونه جنينا ويصبح مولودا؛ أي إنسانا تمت ولادته حيا، وتثبت له جميع الحقوق والحماية المقررة للإنسان الكامل؛ لأنه يكتسب الشخصية القانونية بتمام ولادته حيا.

إلا أن التساؤل الذي يثور هنا هو هل للجنين أثناء مرحلة الحمل شخصية قانونية، وبالتالي يصبح صالحا لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات؟

وحتى نجيب على هذا التساؤل فإنه يجب بداية التفريق بين الجنين والمولود، ولا يكون ذلك إلا بتحديد نهاية مرحلة الحمل وبداية صفة المولود؛ أي لحظة اكتساب الشخصية القانونية، وهو ما اختلفت فيه القوانين، وتباينت فيه آراء الفقه والقضاء، هل يكون ذلك ببداية آلام المخاض، أم أثناء عملية الوضع، أم بتمام ولادته حيا؟

---

[1] *طارق سرور: قانون العقوبات القسم الخاص، مصر، دار النهضة العربية، ط2، 2001، ص09.*

[2] محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم: قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 1998م، ص161.

[3] مهند صلاح أحمد فتحي العزة: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2002م، ص.27

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أولا- بداية الشخصية القانونية في القانون المدني:

تنص المادة 25 من القانون المدني الجزائري[1] على ما يلي:

(تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته.

على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا).

فكلا الفقرتين تتعلقان بموضوع بداية الشخصية القانونية عند الإنسان التي اكتفى فيها المشرع المدني بهذين التقسيمين، متجاهلا المراحل التي يمر بها الجنين أثناء تخلقه داخل بطن أمه، والتي حددها الطب في كون الجنين يكون بداية نطفة ثم علقة ثم مضغة ثم تتشكل العظام فيكسوها اللحم ثم يصبح خلقا آخر بنفخ الروح فيه بعد أربعة أشهر من التلقيح، فيبدأ الجنين ابتداء من هذه اللحظة بالحركة داخل بطن أمه إلى أن يكتمل نموه بعد تسعة أشهر فتتم عملية الولادة ويصبح وليدا ثم رضيعا. ومن خلال نص المادة 25 من القانون المدني الجزائري نلاحظ أن المشرع ميز بين مرحلتين هامتين من حياة الإنسان هما:

1. مرحلة ما قبل الولادة، ويعتبر الحمل أثناءها جنينا.
2. مرحلة ما بعد ولادته حيا، وينتقل فيها الجنين إلى وصفه إنسانا بشرط ولادته حيا«وهذا يعني أن العبرة ليست بالجنين في حد ذاته، فهو بهذه الصفة لا يمكن أن يكون صاحب حق، وإنما عندما يكتسب الشخصية القانونية بعد ولادته حيا، والمعروف أنه عند بلوغ الجنين هذه المرحلة فقد حل المشكل بالنسبة للحقوق الحالية أو المستقبلة، في حين هناك عقبة بالنسبة للحقوق التي قد تنشأ قبل الولادة»[2].

ولم يأخذ المشرع المدني الجزائري بالرأي الثاني في الفقه الذي يعترف للجنين بالشخصية القانونية منذ بداية آلام المخاض، وإنما اشترط تمام ولادته حيا، وقد يكون تأثر هنا بالقاعدة الرومانية التي تعتبر بأن الجنين مولود كلما كانت هناك مصلحة له[3].

ولم يأخذ أيضا بالتشريع المدني الفرنسي الذي اشترط في المولود أن يكون قابلا للحياة، ويكون المولود حيا طالما يكون مكتملا كل أعضائه[4].

1- عدلت بالقانون رقم 05- 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005/الجريدة الرسمية عدد 44 ص 20، حررت في ظل الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، وصياغة المادة قبل التعديل كانت كما يلي:(تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وتنتهي بموته.على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا)

2- علي فيلالي: تعليق على قرار قضائي بشأن حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء وفاة والده طبقا للمادة 25- 2 مدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 39، العدد 04، 2001،ص 154- 159.

3 جيرار كورنو: معجم المصطلحات القانونية، ترجمة: منصور القاضي، 662/01.

4 انظر: علي فيلالي، نفسه، ص160.=

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أما إذا ولد الحمل ميتا فإنه لا يثبت له أي حق،ويعتبر كأن لم يكن[1]. وتزول الحقوق التي تقررت له بأثر رجعي[2].

وهذا ما قضت به المحكمة العليا : (من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية، واكتسابه بذلك العنوان أهلية الوجوب خاضعا هو الآخر لشرط الولادة حيا.

ومتى تحقق ذلك الشرط وثبت في الدعوى دون أن يحظى من طرف القضاء بالاعتراف في استحقاق التعويض عن الحادث الذي أودى بحياة الوالد، فإن المجلس القضائي حين رفضه الطلب قضائه بصرف الأم لما تراه مناسبا يكون أنكر حقا مكتسبا أقره القانون ومن ثمة أخطأ في التطبيق مما يستوجب النقض)[3].

وهذا ما يعني بأن المشرع المدني لم يعترف للجنين بالشخصية القانونية إلا بعد تمام ولادته حيا، ويكون له وجود آخر من وجهة نظر أخرى، وهذا ما سنتعرض له في تعريف الجنين في القانون الجنائي.

وقد اختلف الفقهاء في الطبيعة القانونية للجنين أثناء مدة الحمل؛ أي قبل تمام ولادته واكتسابه الشخصية القانونية إلى الآراء التالية:

1. الأصل في القانون الجزائري أن الإنسان يكتسب الشخصية القانونية الحقيقية بولادته حيا، ونستثني منه الجنين الذي تكون له شخصية افتراضية[4].
2. تثبت الشخصية القانونية للجنين في القانون الجزائري من وقت الحمل؛ أي في وقت تكوين الجنين في بطن أمه، غير أنها شخصية احتمالية تثبت وتتأكد بتمام ولادته حيا فتصبح شخصية يقينية[5].
3. للجنين شخصية محدودة تتمثل في أهلية وجوب قاصرة على الصلاحية لاكتساب الحقوق النافعة نفعا محضا فقط.

=غير أن المشرع الجزائري قد اشترط في المادة 134 من قانون الأسرة في الصياغة باللغة الفرنسية التي اختلفت عن صياغتها باللغة العربية، ولادة الحمل حيا أو أن يكون قابلا للحياة: (L'enfant simplement conçu n'a vocation héréditaire que s'il nàit vivant et viable au moment de l'ouverture la succession…..) voir dans le même sens l'art 209 code de la famille

"غير أن العبرة تكون بالنص العربي باعتباره النص الرسمي" انظر: علي فيلالي: نظرية الحق، مردع سابق، هامش ص 185.

1- فريدة محمدي: المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، ص57.

2 - إبراهيم أبو النجا: وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 04، ص.961

5- (المحكمة العليا: المجلة القضائية، العدد الأول، 1989، ملف رقم 35511 قرار بتاريخ 10 أكتوبر 1984)

4- إبراهيم أبو النجا: نفسه، ص968- 958).

5- نفسه، ص968- 958

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4. أن المشرع لم يعترف للجنين بالشخصية القانونية أيا كان وصفها، وإنما أعطاه وضعا استثنائيا لا غير، فثبت له بعض الحقوق تنشأ وهو جنين في بطن أمه وتثبت له بمجرد ولادته حيا، فالعبرة ليست بالجنين في حد ذاته، لأنه بهذه الصفة لا يمكن أن يكون صاحب حق، إلا باكتسابه الشخصية القانونية بعد ولادته حيا[1].

5. يعد الجنين إنسانا نسبيا؛ أي يتمتع بشخصية قانونية محدودة، تثبت له بعض الحقوق فقط دون حقوق أخرى، والحقوق الثابتة له هي النسب لأبيه، والإرث منه، والوصية له، وبولادته حيا تثبت له باقي الحقوق التي تنقصه، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون المدني الجزائري[2].

ثانيا- في القانون الجنائي:

أما في القانون الجنائي فإن تحديد لحظة الميلاد كما ذكرنا تكتسي أهمية عملية جد بالغة؛ لما يترتب عليها من آثار خطيرة في قانون العقوبات؛ باعتبارها هي الخط الفاصل بين الجنين الذي يعتبر الاعتداء عليه جريمة إجهاض؛ لأنه لم يكتسب الشخصية القانونية، وبين الإنسان الذي يعتبر الاعتداء عليه جريمة قتل، فمنذ لحظة الولادة يبدأ الاعتراف القانوني بالحياة التي يشكل إهدارها قتلا[3].

وقد اختلف الفقه والقضاء والتشريع في تحديد لحظة الميلاد إلى الاتجاهات التالية:

الاتجاه الأول: أن نهاية مرحلة الجنين وبداية الاتجاه الأول: أن نهاية مرحلة الجنين وبداية الحياة الإنسانية تبدأ بتمام ولادته حيا، وخروجه كاملا من رحم أمه، سواء تنفس أم لم يتنفس، وسواء قطع حبله السري أو لم يقطع، وإلى هذا اتجه التشريع الجزائي الكويتي، والقضاء الإنجليزي، وبعض الأحكام الأمريكية، ومختلف الدول الأوربية[4]. وهو نفس ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر

3- علي فيلالي، المرجع السابق، ص153- 158- 159.

2 إسحـــــاق إبراهيم منصور: نظريتـــا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائـــرية، الجزائر، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، 2011،ص 218.

3 انظر: محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم: قانون العقوبات الخاص، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، ص160- 161 / عدلي خليل: جرائم القتل العمد علما وعملا، مصر، دار الكتب القانونية، 2002، ص10- 12 / فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصر، دار النهضة العربية، ط2، 2000، ص354- 357 / علي محمد جعفر: قانون العـــقوبـــات القســـم الخاص، لبنان، المؤسسة الجامعية للدراســـات والنشر والتوزيع، ط1، 1426هـ/2006 م، ص133.

4 انظر: أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزائر، (13/1)، علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات القسم الخاص، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2002، ص195،عبد النبي محمد محمود أبو العينين، الحماية الجنائية للجنين،مصر،دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص136- 137

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

في 2001/06/29 الذي جاء فيه أن:(مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يقتضي التفسير الضيق للقانون الجزائي، يتعارض مع تطبيق ما هو مقرر في قانون العقوبات لقمع قتل غير الخطأ على حالة الطفل القادم إلى الحياة الذي تحكم مركزه القانوني نصوص خاصة بالجنين).

وتأيد هذا القرار بصدور قرار ثان من محكمة النقض بتاريخ 2002/06/25 يقضي بأن الجنين لا يمكن أن يكون ضحية لقتل خطأ، وعللت قرارها بأنه (كي يكون هناك شخص جدير بالحماية الجنائية يجب أن يكون ثمة كائن حي؛ أي جاء إلى الحياة ولم يمت، ولا يمكن أن يكون هناك قتل شخص إذا كان المجني عليه طفلا خفق قلبه عند ولادته وتنفس)[1].

الاتجاه الثاني: أن نهاية مرحلة الجنين وبداية الحياة الإنسانية تبدأ بمجرد بروز جزء من الجنين خارج رحم أمه، وليس شرطا بأن تتم كل ولادته، أو أن يتنفس، أو يقطع حبله السري.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجنائي السوداني في الشرح رقم 03 من المادة 246 من قانون العقوبات[2].

الاتجاه الثالث: أن بداية الحياة الإنسانية تبدأ من لحظة اعتماد الطفل على نفسه في التنفس، والتوقف عن التنفس عن طريق الأم[3].

الاتجاه الرابع: وهو الاتجاه الراجح في الفقه الجنائي باعتبار نهاية المرحلة الجنينية وبداية الحياة الإنسانية حين تبدأ عملية الولادة طبيعية كانت أو مبسترة❖ لا حينما تنتهي، لتشمل الوقت الذي تستغرقه عملية الولادة،

مهما تعسرت عملية الولادة، وأنى كان الوقت الذي تستغرقه، فيصبح الاعتداء على الجنين ابتداء من هذه اللحظة كالاعتداء على الجسم البشري، وتترتب عليه الآثار القانونية الناشئة عما يرتكب من جرائم ضد الأشخاص التي تقع على الإنسان الحي بمعناه القانوني الدقيق؛ لأن الجنين هنا قد اكتمل نضجه واكتملت أعضاؤه، وأصبح قادرا على العيش دون الحاجة إلى أمه مثله مثل الإنسان الحي، وهذا هو الاتجاه الذي اختاره المشرع المصري[4].

1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، (1/12- 13).

2 انظر:مهند صلاح أحمد فتحي العزة: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص26، عبد النبي محمد محمود أبو العينين: مرجع سابق، ص138، علي عبد القادر القهوجي: مرجع سابق، ص195- 196.

3 علي عبد القادر القهوجي: نفسه، ص196.

❖ **"المبتسرة":** خروج الجنين من الرحم بوسيلة تلقائية، أي نتيجة التقلصات الطبيعية لعضلات الرحم، حيا أو ميتا . انظر: محمود نجيب حسني: شرح قانون االعقوبات القسم الخاص، مصر، دار النهضة العربية،1992، ص.501

4- انظر: (مهند صلاح أحمد فتحي العزة: مرجع سابق، ص27 / عبد النبي محمد محمود أبو العينين: مرجع سابق، ص139، علي عبد القادر القهوجي: مرجع سابق، ص196 / محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم: مرجع سابق، ص161، عدلي خليل: مرجع سابق، ص10- 12.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بداية الحياة الإنسانية في التشريع الجنائي الجزائري:

تبنى المشرع الجزائري الرأي الراجح في الفقه الجنائي الذي يعتبر بأن بداية الحياة الإنسانية تبدأ ببداية آلام الوضع، «طبقا للمواد 288- 289 عقوبات و 239 من القانون 05/85 يسأل الطبيب أو الجراح أو القابلة على جنحة القتل بالإهمال إذا وقع إهمال جسيم أثناء عملية الازدياد، مما أدى إلى وفاة الجنين، ذلك أن المشرع الجزائري يحمي الجنين في بطن أمه، كما يحميه أثناء عملية الازدياد؛ فيعتبره إنسانا حيا منذ بداية آلام الوضع الطبيعي عند الأم»[1].

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة فإننا نتوصل إلى نتيجة هامة وهي ضرورة توسيع الحماية المدنية والجنائية للجنين بالاعتماد على معيار القابلية للحياة، في القانون الوضعي وجعلها تتوافق مع ما نصت عليه الشريعة الإسلامية، خصوصا مع التطور الطبي الرهيب في عصرنا الحالي، والذي أصبح يمس بشكل مباشر بحرمة وحياة الجنين داخل رحم أمه كالاستنساخ والهندسة الوراثية، واستعمال بعض أعضاء الأجنة في البحوث، والقدرة على تحديد واختيار جنسه، أصبح من الضروري إعطاء موضوع الشخصية القانونية للجنين أهمية قصوى.

كما أصبح البحث في هذه القضية القانونية وإيلائه عناية خاصة أكثر إلحاحا من ذي قبل، واقتصار نظرة القانون في اعتباره أن الحياة الإنسانية تبدأ ببداية آلام المخاض يعتبر في نظرنا تقصيرا في حمايته من الاعتداء عليه سواء لأسباب علمية أملاها التطور الطبي الكبير، أو لأسباب إجرامية بإجهاضه، خصوصا ونحن نعلم بأن الجنين بعد دخوله الشهر الرابع يكتمل نموه، وتنفخ فيه الروح، ويظهر ذلك جليا من خلال الحركات التي يقوم بها داخل بطن أمه ويتنفس ويضحك، وهذا ما أكده علماء الأجنة، «لذلك فإن تصور معيار بداية عملية الولادة يظهر بشكل واضح إذا ما تصورنا ارتكاب أفعال من شأنها المساس بالجنين مكتمل النمو وقبل بداية عملية الوضع.....

فإنه لا بد من تبني معيار آخر يدخل الجنين المكتمل النمو في نطاق الحماية الجنائية المقررة للإنسان الحي؛ بحيث يغدو المساس بكيانه المادي وهو داخل الرحم وقبل بداية عملية الولادة ... والوقوف على لحظة اكتمال نمو الجنين واكتساب كيانه المادي وصف الجسم لا يثير ثمة صعوبة من الناحية الفنية؛ إذ أن مرجعه لأهل الخبرة من الأطباء والمتخصصين في علم الأجنة.»[2].

لذا فإنني أرى بتبني معيار قانوني آخر يضمن حق الجنين في سلامة جسده منذ أن يقرر الأطباء أنه مكتمل النمو، ويظهر القصور في القانون الحالي أن العقوبة المقررة للاعتداء على الجنين في بداية تشكله؛

---

1 بلحاج العربي: حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، رقم 03، 1993، ص600.

وانظر أيضا: احسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، (12/1)).

2- مهند صلاح أحمد فتحي العزة: مرجع سابق، ص31- 32.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أي منذ تخلق النطفة الملقحة هي نفس العقوبة المقررة على الجنين حتى ولو كان في شهره التاسع رغم أنه في الأخيرة يكون مكتمل النمو ويستطيع أن يعيش خارج بطن أمه من الشهر السادس باعتبارها أقل مدة للحمل بالاعتماد على نفسه كما قرره الأطباء، إذ يمكن اعتباره من الناحية الطبية إنسانا يتنفس ويتغذى ويتحرك ويضحك.

وهذا ما أدركه الفقه والقضاء في فرنسا وأمريكا وبعض الدول الغربية الأخرى بوجود فراغ قانوني وخلل في ذلك، وأن العقوبة المقررة في جرائم الإجهاض لا تتناسب مع حجم الجريمة الواقعة على الجنين المكتمل النمو في شهره السادس أو السابع أو الثامن؛ لذا لجأ جانب من الفقه والقضاء في تبني معيار القابلية للحياة.

وهو ما ذهب إليه الفقه الفرنسي بأن الوليد القابل للحياة والولادة يعتبر بمثابة شخص كامل النمو، ويعتبر الاعتداء عليه في هذه المرحلة معاقبا عليه كجريمة قتل عمدي أو بإهمال[1].

كما استقر القضاء على ما أكده الطب باعتبار الجنين يصبح إنسانا ومستقلا بكيانه الجسدي، وبالتالي يتحول عند هذه المرحلة ما بين الأسبوعين العشرون والرابع والعشرون من نطاق حماية الجنين بالمواد المقررة للإجهاض إلى جرائم الاعتداء على الأشخاص كحد فاصل، كما يؤيد هذا الموقف استقلالية قانون العقوبات في تحديد مفهوم الشخـــــص أو الغير عن القانون المدني[2].

وهو ما حكمت به المحكمة الابتدائية (الفرنسية) التي أدانت سائق حافلة بالقتل الخطأ على جنين، وأدانته بجنحة القتل الخطأ[3].

كما صادق مجلس الشيوخ الأمريكي في تطور كبير عن نظرته السابقة، تأثرا بمعيار القابلية للحياة في 25 مارس 2004 على قانون اعترف فيه بالشخصية القانونية للجنين، ويعتبر الاعتداء على المرأة الحامل متابع بجريمتين:

الأولى: ضد الأم

والثانية: ضد الطفل الذي تحميه[4].

---

1 عبد النبي محمد محمود أبو العينين: مرجع سابق، ص139.

2 انظر: طباش عز الدين: الحماية الجنائية للجنين المكتمل النمو في القانون الجزائري (بالخصوص من جرائم القتل)، الجزائر، نشرة المحامي، منظمة المحامين ناحية سطيف، عدد 05، مارس 2007، ص 70 / مهند صلاح أحمد فتحي العزة: مرجع سابق، ص34 / عبد النبي محمد محمود أبو العينين: مرجع سابق، ص.139

2- أحسن بوسقيعة: مرجع سابق، ص13

4 أ حسن بوسقيعة: نفسه، ص14.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم.

المراجع العامة:

1. البستاني، بطرس: محيط المحيط، لبنان، مكتبة لبنان ناشرون، ط3، 1993م.
2. ابن منظور: لسان العرب المحيط، لبنان، دار الجيل ودار لسان العرب، 1408هـ/1988م.
3. المقدسي، ابن قدامة: المغني، تح: عبد الله بن عبد المحسن التركي و عبد الفتاح محمد الحلو، السعودية، دار عالم الكتب، ط4، 1419هـ/1999م.
4. الماوردي، أبو الحسن: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تح: علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، لبنان، دار الكتب العلمية، 1419هـ/1999م.
5. القرطبي، أبو عبد الله الأنصاري: الجامع لأحكام القرآن، لبنان، دار الكتب العلمية، ط5، 1417هـ/1996م
6. ابن رجب، الحنبلي: جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم، تح: شعيب الأرناؤوط و إبراهيم باحبس، لبنان، مؤسسة الرسالة، ط7، 1417هـ/1997م.
7. البهوتي، منصور بن يونس: كشاف القناع على متن الإقناع، تح: أبو عبد الله محمد حسين محمد حسين إسماعيل الشافعي، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ/1997م.
8. مدكور، محمد سلام: الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، مصر، دار النهضة العربية، ط1، 1389هـ/1969م.
9. الخرشي، محمد بن عبد الله: حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ/1997م.
10. الدسوقي، محمد عرفة: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1417هـ/1996م.
11. السرخسي، شمس الدين: المبسوط، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1414هـ/1993م.
12. الشربيني، محمد بن محمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تح: علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ/1994م
13. الكاساني، علاء الدين: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تح: محمد عدنان بن ياسين درويش، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ط2، 1419هـ/1998م.
14. النووي: كتاب المجموع، تح:محمد نجيب المطيعي، السعودية،دار النفائس، 1415هـ/1995م
15. الماوردي، أبو الحسن: الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تح: علي محمد عوض و عادل أحمد عبد الموجود، لبنان، دار الكتب العلمية، 1419هـ/1999م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

16. ابن نجيم، المصري: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لبنان، دار الكتب العلمية، ط1، 1418هـ/1997م.

المراجع المتخصصة:

1. شومان، عباس: إجهاض الحمل وما يترتب عليه من أحكام في الشريعة الإسلامية، مصر، الدار الثقافية للنشر، ط1، 1419هـ/1999م.
2. سرور، طارق: قانون العقوبات القسم الخاص، مصر، دار النهضة العربية، ط2، 2001م.
3. حسني، محمود نجيب: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصر، دار النهضة العربية، 1992م.
4. حامد، أحمد حامد: رحلة الإيمان في جسم الإنسان، سوريا، دار القلم، ط1، 1417هـ/1996م.
5. حامد، أحمد حامد: الآيات العجاب في رحلة الإنجاب، سوريا، دار القلم، ط1، 1417هـ/1996م.
6. جندي، عبد الملك: الموسوعة الجنائية، لبنان، دار العلم للجميع، ط2.
7. الجندي، ماهر وعادل الشهاوي وأحمد ماهر الجندي: الموسوعة العقابية في الجنايات، مصر، مكتبة مدبولي الصغير، ط1، 1419هـ/1998م
8. أبو عامر محمد زكي وسليمان عبد المنعم: قانون العقوبات الخاص، المؤسسة الجامعية.
9. أبو العينين، عبد النبي محمد محمود: الحماية الجنائية للجنين، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2006م.
10. عبد الفتاح، مصطفى: جريمة إجهاض الحوامل، لبنان، دار أولي النهى، ط1، 1996م.
11. العزة، مهند صلاح أحمد فتحي: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مصر، دار الجامعة الجديدة، 2002م.
12. أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية.
13. علي عبد القادر القهوجي: قانون العقوبات القسم الخاص، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2002.
14. مهند صلاح أحمد فتحي العزة: الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، مصر، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002.
15. نجم، محمد صبحي: شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، 1990م.
16. إسحاق إبراهيم منصور: نظريتا القانون والحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الجزائر، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، 2011.
17. عدلي خليل: جرائم القتل العمد علما وعملا، مصر، دار الكتب القانونية، 2002.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

18. فوزية عبد الستار: شرح قانون العقوبات القسم الخاص، مصر، دار النهضة العربية، ط2، 2000.
19. علي محمد جعفر: قانون العقوبات القسم الخاص، لبنان، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 1426هـ/2006م.

المقالات والقوانين:

1. بلحاج العربي: حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستخدمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، رقم 03، 1993.
2. علي فيلالي: تعليق على قرار قضائي بشأن حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء وفاة والده طبقا للمادة 25- 2 مدني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 39، العدد 04، 2001.
3. إبراهيم أبو النجا: وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 04.
4. طباش عز الدين: الحماية الجنائية للجنين المكتمل النمو في القانون الجزائري (بالخصوص من جرائم القتل)، الجزائر، نشرة المحامي، منظمة المحامين ناحية سطيف، عدد 05، مارس 2007.
5. وزارة العدل: قانون الأسرة الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1999م.
6. وزارة العدل: القانون المدني الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1999م.
7. وزارة العدل: قانون العقوبات الجزائري، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 1999م.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

تمويل المشاريع الاستثمارية عن طريق القروض البنكية في الجزائر دراسة قانونية

الدكتور: بلكعيبات مراد

أستاذ محاضر بقسم الحقوق

جامعة عمار ثليجي الأغواط

مقدمة

تمارس البنوك تجميع الموارد المالية تسمى الودائع في حسابات بنكية باسم شخص طبيعي - الفرد - أو باسم شخص اعتباري – المؤسسة- ، و تصب اتجاه هذه الودائع في شكل ورقة تجارية كالشيكات أو أمر بالدفع أو أمر بالتحويل ...، و يمكن دفع المبالغ النقدية عن طريق السيولة، والودائع هي محصلة لكل العمليات التي يقوم بها أصحاب الحسابات من إيرادات و نفقات، و لا يعتبر كل حساب كتلة واحدة جامدة في البنك، بل حركة من مجموعة من الحسابات يسيرها البنك، معنى ذلك العبرة بما هو مرصود لدى البنك مع أحقية العميل في ماله باعتباره مالكا لها وتبقى أمانة على عاتق البنك بحفظها .

هذه الودائع توزع على شكل قروض، تساعد المقترض على النهوض و الإقلاع نحو الأفضل لكن إذا قلت مخاطر مشروعه الاستثماري والتسيير الراشد، وتبقى أمانة على عاتق المقترض بإرجاعها وفق الاتفاق الذي جرى بين البنك والمقترض وفي حالة عدم الالتزام بذلك و إذا لم تسوى وديا يمكن للبنك متابعته قضائيا على أساس جنحة خيانة الأمانة .

و القروض لا تخص فقط المستثمر لكن قد تستعين بها الدولة أو احد مؤسساتها العمومية في تطبيق برامج التنمية الوطنية بصفة عامة، و الاستثمار بصفة خاصة إذا لم يكن لها الرأسمال تماما أو عدم كفايته .

تعد البنوك طرف أساسي و أصيل في منح القروض لتمويل مشاريع استثمارية، و خاصة الناجحة أو ذات بعد تنموي، و القادرة على تحدي المعوقات و الصعوبات، لذلك فان المعايير المعتمدة لدى البنوك كأنها ثوابت إن صح التعبير عند جميع البنوك مهما كان شكلها وهي الفائدة و المخاطر و الضمانات .

و تجدر الإشارة إلى أن البنك مؤسسة ذات طابع اقتصادي و بالتحديد خدمات، و تخضع للقانون التجاري . وفقا للمادة 02 من القانون التجاري الجزائري بموجب الأمر رقم 75- 59 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com