

ماهية الحقوق المدنية للجنين "دراسة مقارنة" (القسم الثاني)

أ. د. خالد جمال أحمد حسن
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة أسيوط
جمهورية مصر العربية

الفصل الثاني

حقوق الجنين منذ صيرورته نطفةً أمشاجاً

يتحقق للجنين وجوده ككائن حي له حرمة المصونة منذ بداية وجوده كنطفة أمشاج على إثر حدوث التلقيح بين النطفة الذكرية (الحيوان المنوي الذكري) والنطفة الأنثوية (البويضة الأنثوية)، سواء تم التلقيح داخل الرحم (كما هو الحال في التلقيح الطبيعي أو عن طريق التلقيح الصناعي الداخلي) أم تم التلقيح خارج الرحم (كما هو الحال في التلقيح الصناعي الخارجي أو ما يسمى بجنين الأنابيب) ثم أعيدت النطفة بعد تلقيحها للرحم لتتابع نموها وتطورها بداخله، فتثبت له على إثر ذلك منذ تلك اللحظة وخلال مراحل النمو المتعاقبة داخل الرحم حقوق كثيرة إلى حين انفصاله كاملاً عن بطن أمه حياً، فتبدأ بولادته حياً حماية قانونية جديدة لحقوقه باعتباره إنساناً وليس بوصفه جنيناً.

وتتجلى معالم حقوق الجنين ظاهرة في تلك الحقوق الآتية:

المبحث الأول : حق الجنين في الحياة.

المبحث الثاني : حق الجنين في النمو بصورة طبيعية وسليمة داخل الرحم.

المبحث الثالث : حق الجنين في النسب.

المبحث الرابع : حق الجنين في الميراث والوصية والوقف.

المبحث الخامس: حق الجنين في الهبة و الشفعة و الاستفادة من التأمين.

وسنوالي - بمشيئة الله تعالى - عرض هذه الحقوق بشيء من التفصيل

تباعاً على النحو الآتي:

المبحث الأول حق الجنين في الحياة

المطلب الأول

ماهية حق الجنين في الحياة ووقت بداية تمتعه به

أولاً - ماهية حق الجنين في الحياة:

يقصد بحق الجنين في الحياة أن للجنين ككائن حي خلقه الله - عز وجل - من نطفتي الرجل والمرأة على إثر حدوث التلقيح بينهما حقاً في أن ينعم بحياة مصونة يحميها القانون أو الشرع الحنيف، في مواجهة أي اعتداء ينهي له تلك الحياة، أيا كان شخص المعتدي (أي سواء أكان أباً أم أمماً أو غيرهما)، بحيث يتعرض المعتدي على هذا الحق لجزاء معين (سواء أكان جزاء مدنياً أم جنائياً، في إطار القانون أم في إطار الشريعة الإسلامية) كأصل عام، ما لم يكن ثمة عذر مبيح لمثل هذا الاعتداء على سبيل الاستثناء.

فالجنين له حق في الحياة مستقل عن غيره من الناس ولو كان هذا الغير هما والديه صاحبي البويضة الملقحة أو حتى أمه التي يعيش بين أحشائها ويتغذى من دمها ويتنفس بتنفسها، ولذا لم يجز لأي منهما حرمان الجنين من حقه في الحياة بإسقاطه أو الترخيص لأحد بذلك، كما أن المعتدي على الجنين يستحق جزاء مغايراً للجزاء الذي يستحقه بسبب الاعتداء على أمه وعليه في أن واحد، فحياة الجنين - في اعتقادي - هبة من الله له كمخلوق خلقه الله - عز وجل - ليكون نواة وبذرة في تكوين الإنسان وفق مشيئة الله سبحانه وتعالى، وصدق الله العظيم إذ يقول: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ ﴿٥٨﴾ ءَأَسْتَرْ تَخْلُقُونَهُ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ﴾^(١)، وأمانة بين يدي والديه ومن سواهم من الناس، لا يرخص لأحد أن يعتدي عليها كقاعدة عامة، أو يعوق سير نموها وتطورها داخل الرحم إلى أن

(١) الآيتان رقم ٥٨، ٥٩ من سورة الواقعة.

يخرج الجنين بشراً سوياً كامل الخلقة والتكوين كطفل أو وليد ينعم بكافة مظاهر الحياة الإنسانية.

كما لا يملك أحد أن يبيح الاعتداء على حياة الجنين ولو كان أحد والديه أو كليهما، لأن حياته - كحياة الإنسان - لا يملكها إلا خالقها سبحانه الذي يملك وحده أمر إحيائها وإماتها.

ثانياً - وقت بداية تمتع الجنين بحق الحياة:

ينعم الجنين بحقه في الحياة منذ لحظة تكوينه كنطفة مخصبة، وفقاً للرأي الراجح على صعيد فقه الشريعة الإسلامية^(١) أو فقه القانون

(١) إذ يرى جمهور الفقهاء (فقهاء المالكية والحنيفة وبعض فقهاء الشافعية، والشيعة الإمامية والأباضية) أن الجنين ينعم بالحماية الشرعية منذ لحظة نشأته وتكوينه داخل الرحم باعتباره نطفة مخصبة وتستمر معه تلك الحماية طوال فترة وجوده داخل الرحم، وذلك على أساس أنه كائن معد للحياة فتثبت له حرمة الحي قياساً عليه، وأن مثله في ذلك كمثل بيض الصيد الذي يقاس حرمة المساس به على المحرم (بضم الميم وسكون الحاء وكسر الراء) على حرمة المساس بالصيد نفسه (انظر في ذلك إلى: مواهب الجليل للحطاب، ج٣، ص ٤٧٧، طبعة عام ١٩٧٨هـ- ١٩٥٨م، مطبعة مصطفى الحلبي، فتح القدير للكمال بن الهمام، ج١٠، ص ٣٠٠، طبعة عام ١٣٨٩هـ. مصطفى الحلبي، "نهاية المحتاج" للإمام محمد بن أحمد الرملي، ج٨، ص ٤٤٢، طبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة) ولعل هذا هو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة المحدثين (انظر في ذلك إلى كل من: أ. د. حسن الشاذلي "حق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية، بحث منشور بمجلة الحقوق والشريعة بالكويت، السنة الثالثة، العدد الأول عام ١٩٧٩م ص ٧٦، أ. د. محمد عبد الشافي إسماعيل "الحماية الجنائية للحمل المستكن بين الشريعة والقانون، ص ٤٨، طبعة عام م، أ. د. عبد الفتاح إدريس "الإجهاض من منظور إسلامي" ص ٣٢ وما بعدها، وقد خلصت إلى ذلك الرأي ندوة الإنجاب في ضوء الإسلام معلنة عن أن ".... الجنين حي من بداية الحمل، وأن حياته محترمة في كافة أدوارها خاصة بعد نفخ الروح، وأنه لا يجوز العدوان عليها بالإسقاط إلا للضرورة الطبية القصوى" (مشار إلى تلك الندوة في كتاب "الإسلام والمشكلات الطبية المعاصرة"، الإنجاب في الإسلام، ص ٣٥١، طبعة عام ١٩٨٣م. الكويت).

الوضعي^(١)، فيحظر الاعتداء على هذا الحق في أي مرحلة من مراحل الجنين، سواء أكان في مستهل مراحل (أي في مرحلة النطفة) أم في آخر مرحلة من مراحل نموه وتطوره (أي مرحلة نفخ الروح فيه)، وذلك باعتباره كائناً حياً معصوم الدم، وله حق الحياة كجنين من بدايته كنطفة مخصبة إلى أن يخرج كاملاً حياً من بطن أمه، فيتواصل على إثر ولادته حقه في الحياة دون انقطاع ولكن بوصفه إنساناً لا جنيناً.

(١) انظر في ذلك إلى: أ. د. محمود نجيب حسني "شرح قانون العقوبات"، القسم الخاص بند ٦٨٥، ص ٥٠٣، طبعة عام ١٩٨٦م، دار النهضة العربية، حيث يقول سيادته "تبدأ حياة الجنين بالإخصاب، أي تلقيح الحيوان المنوي لبويضة المرأة، فبمجرد اندماج الخليتين المذكورة والمؤنثة يتكون الجنين ويستحق الحماية"، أ. د. فوزية عبد الستار "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، بند ٥٦٩، ص ٤٤٩-٥٠٠، الطبعة الثانية عام ٢٠٠٠م، حيث تقول "والحمل هو البويضة الملقحة منذ لحظة التلقيح"، أ. د. حسن صادق المرصفاوي "قانون العقوبات الخاص"، ص ٦٣٧، طبعة عام ١٩٧٥م، أ. د. رؤوف عبيد "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، ص ٢٢٨، طبعة عام ١٩٨٥، دار الفكر العربي، أ. د. عبد المهيم بكر "القسم الخاص في قانون العقوبات، بند رقم ٣١٩، ص ٦٦٥، الطبعة السادسة عام ١٩٧٧م، دار النهضة العربية، أ. د. محمود مصطفى "شرح قانون العقوبات"، القسم الخاص، بند رقم ٥٢٩، ص ٢٩٤، الطبعة الثامنة عام ١٩٤٨م، مطبعة جامعة القاهرة، أ. د. محمد المرسي زهرة "الطبيعة القانونية للجنين" دراسة مقارنة، مجلة المحامي التي تصدرها جمعية المحامين الكويتية، السنة الثالثة عشر عام ١٩٩٠م، ص ٧٦، ٧٧، أ. د. عمر السعيد رمضان "شرح قانون العقوبات"، القسم الخاص بند رقم ٣٠٢، ص ٣٢١، طبعة عام ١٩٨٦م، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، أ. د. حسن محمد ربيع "الإجهاض في نظر المشرع الجنائي"، ص ٣٠، طبعة عام ١٩٩٥م دار النهضة العربية، أ. د. محمد عبد الشافي إسماعيل- المرجع السابق ص ٢٠، د. محمد سامي الشوا "الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم" ص ٨٩، رسالة دكتوراه عام ١٩٨٦م، كلية الحقوق. جامعة عين شمس، د. عبد العزيز محمد محسن "الحماية الجنائية للجنين في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" دراسة مقارنة، ص ٢٩، ٣٠، الناشر دار البشير بالقاهرة للنشر والتوزيع.

المطلب الثاني

جزاء الاعتداء على حق الجنين في الحياة

إذا اعتدى على حق الجنين في الحياة دون سبب أو مبرر قانوني أو شرعي مرخص في هذا الاعتداء قامت مسؤولية المعتدي عن هذا الاعتداء أياً كان شخصه، أي سواء أكان أمماً أم أباً أو أحداً غيرهما، وأياً كانت وسيلة الاعتداء أو صورته، أي سواء أكانت وسيلة مادية (كالضرب أو إعطاء مادة مسقطة أو مجهضة للجنين) أم وسيلة معنوية (كإفزاز الحامل بصورة تؤدي إلى إسقاط جنينها^(١))، وأياً كان عمر الجنين (أي سواء أكان في أيامه الأولى كنطفة أمشاج أم قبل انتهاء مدة حملها ولو بقليل من الوقت^(٢)).

(١) ولقد روي عن سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - أنه بعث ذات مرة في استدعاء امرأة. فقالت المرأة: يا ويلي ما لي وعمر، فبينما هي في الطريق خائفة وفزعاً من الخوف إذ ضربها الطلق فألقت جنينها ولداً صاح صيحتين ثم مات، فاستشار سيدنا عمر أصحابه فقالوا له: ليس عليك شيء، إنما أنت وال ومؤدب، فلك أن تستدعي من تشاء في سبيل أداء وظيفتك، وصمت سيدنا علي - رضي الله عنه - فجاءه عمر قائلاً: ما تقول في هذا يا أبا الحسن؟ فقال له: يا أمير المؤمنين إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هوك فلم ينصحوا لك، إن ديتك عليك لأنك أفزعتها فألقتها، فقال يا عمر: أقسمت عليك ألا تبرح حتى نقسمها على قومك (المعنى لابن قدامة، ج ٩، ص ٥٧٩، طبعة دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع).

(٢) ذلك أن حرمة قتل الجنين ثابتة منذ بداية تكوينه وإن كانت درجاتها تتعاضم كلما وقع القتل في المراحل الأخيرة من عمر الجنين، على أساس أنه أضحى قاب قوسين أو أدنى من صيرورته إنساناً كامل الإنسانية، فيتعرض المعتدي عليه عند ذلك لعقوبة القتل العمد أو القتل الخطأ، وما أعظم قول الإمام أبي حامد الغزالي في هذا الشأن إذ يقول عن الجناية على الجنين: "وإفساد ذلك (أي النطفة المخصبة) جنائية، فإن صارت مضغة وعلقة كانت الجنائية أفحش، وإن نفخ فيه الروح واستوتت الخلقة ازدادت الجنائية تفاحشاً، ومنتهى التفاحش بعد الانفصال حياً" (إحياء علوم الدين للإمام أبي حامد الغزالي، ج ٢، ص ٥٤).

أولاً - جزاء الاعتداء على حق الجنين في الحياة في التشريع الجنائي الوضعي:

لقد نظم قانون العقوبات المصري جريمة الإجهاض في المواد من ٢٦٠ حتى ٢٦٤ تحت عنوان "إسقاط الحوامل وصنع وبيع الأشرطة والجواهر المغشوشة المضرة بالصحة". حيث تنص المادة ٢٦٠ عقوبات مصري على أن: "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة".

كما تنص المادة ٢٦١ عقوبات مصري على أن: "كل من أسقط عمداً امرأة حبلى بإعطائها أدوية أو باستعمال وسائل مؤذية إلى ذلك أو بدالاتها عليها سواء كان برضاها أم لا يعاقب بالحبس".

وتنص المادة ٢٦٢ عقوبات مصري على أن: "المرأة التي رضيت بتعاطي الأدوية مع علمها بها أو رضيت بالوسائل السالف ذكرها أو مكنت غيرها من استعمال تلك الوسائل لها، وتسبب الإسقاط عن ذلك حقيقة تعاقب بالعقوبة السابق ذكرها".

كما تنص المادة ٣٦٣ عقوبات مصري على أنه: "إذا كان المسقط طبيياً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلة يحكم عليه بالأشغال الشاقة المؤقتة".

كما نصت المادة ٢٦٤ عقوبات مصري على أنه: "لا عقاب على الشروع في الإسقاط".

= وما يدل على استحقاق المعتدي على حياة الجنين للجزاء القانوني أو الشرعي أياً كان عمر الجنين المعتدي عليه، أن النصوص القانونية الجنائية - كما سبق أن رأينا - قد قررت تجريم هذا الاعتداء بصورة عامة ومطلقة عن التخصيص أو التقييد بعمر معين لهذا الجنين، كما أن أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم - على ما سوف نرى - قد أثبتت أن في الجنين غرة دون تفصيل أو تقييد بفترة زمنية معينة يكون الجنين قد استغرقها في بطن أمه، والعام يحمل على عمومه والمطلق يحمل على إطلاقه، ما دام لم يخصصه مخصص أو يقيدته مقيد.

ويبدو واضحاً من النصوص سالفة الذكر^(١) أن قانون العقوبات المصري يجرم كل فعل من شأنه أن يؤدي إلى موت الجنين (سواء بإماتته داخل الرحم أو إسقاطه من بطنها ميتاً) أو إلى خروجه من الرحم قبل موعده الطبيعي (إي قبل اكتمال نموه الطبيعي داخل الرحم)، لأنه عادة ما يموت على إثر إخراجها مبتسراً، وذلك أياً كانت وسيلة الاعتداء^(٢) (أي سواء أكانت من الوسائل الكيميائية كإعطاء الحامل دواءً يحدث تقلصات في عضلات الرحم فيؤدي إلى قذف الجنين خارج الرحم قبل نموه أو يؤدي إلى إماتته أم كانت من الوسائل الميكانيكية كدفعه بألة أو أداة تميته داخل الرحم أو تخرجه منه أم كانت بتوجيه أشعة إلى جسم الحامل تميته أو تخرجه ميتاً أم كانت الوسيلة ممثلة في ضرب الحامل أو دفعها من مكان مرتفع أو رميها على الأرض أو ممارسة الحامل نفسها لإحدى الرياضات العنيفة)، وسواء أكان فعل الاعتداء المؤدي إلى إجهاض الحامل واقعاً عليها من الغير أم من الحامل على نفسها، وسواء أكان ذلك الغير مرتكب هذا السلوك الإجرامي يحمل صفة خاصة (كطبيب أو صيدلي أو غيرهما) أم لا، وسواء أكان ذلك الغير قد قام بفعل الإسقاط أم كان دوره مقصوراً على مجرد دلالة الحامل على الوسيلة المؤدية إلى إجهاضها (وذلك خروجاً على القواعد العامة في المساهمة الجنائية) حيث يعتبر الدال في هذه

(١) انظر في نفس هذا المعنى إلى: أ. د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - بند ٦٩٤، ص ٥١٠، ٥١١.

أ. د. فوزية عبد الستار - المرجع السابق - بند ٥٧١، ص ٥٠١، ٥٠٢، أ. د. محمود مصطفى - المرجع السابق - بند ٢٦٤، ص ٢٩٥، أ. د. حسن محمد ربيع - المرجع السابق - ص ٤٩.

(٢) ومما تجدر الإشارة إليه أن وسائل الاعتداء المؤدية إلى إسقاط الحامل لم ترد تحت حصر أو عد بالقانون، بل نكر بعضاً منها على سبيل المثال مع إيراد عبارة "...بضرب أو نحوه من أنواع الإيذاء..." (م ٢٦٠ عقوبات مصري)، وعبارة "...أو استعمال وسائل مؤدية إلى ذلك أو بدلاتها عليها.." (م ٢٦١ عقوبات مصري)، على نحو يفيد استيعاب هذه النصوص لكافة وسائل الاعتداء المؤدية إلى الإجهاض أياً كانت طبيعتها.

الحالة فاعلاً أصلياً، بالرغم من أن الدلالة لا تعدو عن كونها مجرد مساعدة على إسقاط الحامل لنفسها كإحدى صور الاشتراك في الجريمة^(١).

وينظر قانون العقوبات المصري^(٢) إلى جريمة إسقاط الحامل - كقاعدة عامة- باعتبارها جنحة، ما دام قد وقعت من الحامل على نفسها أو وقعت على الحامل من الغير في صورتها البسيطة (وذلك بوقوعها من الغير دون أن يستعمل في ارتكابها أية وسيلة من وسائل العنف كضرب أو نحوه، ودون أن

(١) ولا جرم أن اعتبار من يدل الحامل على وسيلة إجهاضها فاعلاً أصلياً في جريمة الإجهاض وليس مجرد مساعدة فقط يمثل توسعة ظاهرة في نطاق الفاعل في هذه الجريمة تجد تبريرها في عظم الدور الذي تلعبه الدلالة في ارتكاب مثل هذه السلوك الإجرامي، فيكون لها دور رئيسي في وقوع الإجهاض، بحيث يتصاغر بجانبها دور الحامل في استعمال تلك الوسيلة (انظر في نفس المعنى: أ. د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - بند ٦٩٨، ص ٥١٤).

وينبغي التمييز بدقة بين دلالة الغير للحامل على الأدوية أو الوسيلة المؤدية إلى الإجهاض والتي يصير صاحبها بها فاعلاً أصلياً لجريمة الإجهاض بموجب نص القانون خروجاً على القاعدة العامة، وبين الدلالة التي يقدمها الغير للحامل ليدلها على من يتولى عملية إجهاضها والتي يصير معها صاحبها مجرد شريك في عملية الإجهاض إذا ما وقعت وفقاً للقواعد العامة في المساهمة الجنائية (انظر في هذا المعنى إلى كل من: أ. د. محمود مصطفى "شرح قانون العقوبات"، القسم الخاص، ص ٢٩٦، هامش ١، الطبعة السابعة عام ١٩٧٥م، د. عبد العزيز محمد محسن - المرجع السابق - ص ٧٩).

(٢) وقد نظم قانون العقوبات البحريني جريمة الإجهاض في المواد ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، والتي تعد جنحة متى وقعت من الحامل على نفسها دون مشورة طبيب أو الخضوع لإشرافه، ويكون العقاب عليها هو الحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالغرامة التي لا تتجاوز خمسين ديناراً (م ٣٢١ عقوبات حيث تنص هذه المادة على أن "تعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالغرامة التي لا تتجاوز خمسين ديناراً من تجهض نفسها بغير مشورة الطبيب أو بمعرفته)، وتعد جنائية في حالتين: الحالة الأولى: إذا كان المجهض شخصاً آخر غير المرأة الحامل ووقع فعل الإجهاض بغير رضاه من الحامل. وعندئذ تكون العقوبة هي السجن لمدة لا تزيد على عشر سنوات.

يكون ذلك الغير ذا صفة خاصة باعتباره طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلةً)، فيكون العقاب عليها بالحبس، في حين تعد جريمة إسقاط الحامل جنائية إذا وقعت من الغير باستعمال إحدى وسائل العنف أو الإيذاء^(١)، أو وقعت من الغير وكان ذا صفة خاصة باعتباره طبيباً أو جراحاً أو صيدلياً أو قابلةً، فيعاقب عليها بالأشغال الشاقة المؤقتة^(٢).

ويستوي أن تكون الوسيلة المستعملة في ارتكاب هذه الجريمة من الوسائل الإيجابية وهذا هو المألوف لها، أو من الوسائل السلبية مثال ذلك امتناع الحامل عن الحيلولة دون ممارسة أي فعل من أفعال الإجهاض على جسمها^(٣) ومثال ذلك أيضاً امتناع الممرضة عن إعطاء المريضة الحامل دواءها

= الحالة الثانية: إذا أفضى الإجهاض إلى موت المرأة الحامل. وعندئذ تكون العقوبة هي السجن (م ٢٢٢ عقوبات بحريني حيث تنص على أن: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على عشر سنوات من أجهض امرأة بغير رضاها وتكون العقوبة السجن إذا أفضت مباشرة إلى موت المجني عليها). هذا مع مراعاة أن الجاني إذا جاوز قصده إماتة الجنين أو إسقاطه، بأن كان قاصداً قتل المرأة الحامل، لكونها حملت جنينها سفاحاً مثلاً، فعندئذ يكون مرتكباً لجريمة قتل عمد (انظر في نفس المعنى: أ.د/ هلال عبد اللاه أحمد "شرح قانون العقوبات البحرين"، القسم الخاص، ص ٢٠٠، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٣، طبعة جامعة البحرين).

(١) ويبرر التشديد في هذه الحالة أن مثل هذا العنف عادة ما يمس سلامة جسم الحامل إلى جانب اعتدائه على الجنين.

(٢) ويبرر هذا التشديد في تلك الحالة ما يلعبه أي من هؤلاء من دور خطير في تسهيل ارتكاب مثل هذه الجريمة النكراء، هذا فضلاً عن قيامه باتخاذ سبيل هذه الجريمة مصدراً ومورداً للرزق والتكسب، فناسبه أن يغلظ عقابه على سلوكه الإجرامي ليرتدع عن تكراره ويردع غيره عن مقارفة نفس هذا السلوك (انظر في نفس المعنى: أ.د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - بند ٧٠٨، ص ٥٢١).

(٣) انظر في هذا المعنى: أ.د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - بند ٦٩٤، ص ٥١١، نقض جنائي مصري ٢٧ ديسمبر عام ١٩٧٠م - مجموعة أحكام محكمة النقض - س ٢١ رقم ٣٠٢، ص ١٢٥٠، ونقض جنائي مصري ٦ يونيو ١٩٧٦م - مجموعة أحكام محكمة النقض - س ٢٧، رقم ١٣٢، ص ٥٩٦.

بقصد إجهاضها متى كان ذلك مؤدياً إلى الإجهاض فعلاً^(١)، ولعل هذا مما عبر عنه واضع القانون في المادة ٢٦٢ عقوبات عند إشارته إلى الحامل التي "...مكنت غيرها من استعمال وسائل الإسقاط".

بل إنه من المتصور أن تقع هذه الجريمة عن طريق ممارسة وسيلة معنوية مؤدية إلى فعل الإسقاط، مثال ذلك التهديد والترويع بالقتل أو بالضرب أو بالصياح في وجه الحامل فجأة لإسقاطها، أو تعمد إلقاء نبأ مفزع إلى مسامعها أو دخول ذي شوكة عليها أو طلبه إياها في أمر خطير يدعو إلى الفرع والرهبة الشديدة^(٢).

ويعتد بسلوك الغير المؤدي إلى إسقاط الحامل أو إجهاضها كجريمة جنائية - وفقاً لصريح نص المادة ٢٦١ عقوبات مصري - سواء أكانت الحامل راضية بهذا السلوك أم غير راضية به، إذ لا تأثير لرضائها أو عدم رضائها في قيام الجريمة أو انتفائها، وذلك لأن علة التجريم تكمن بصفة رئيسية في الرغبة في الحفاظ على حياة الجنين ضد أي اعتداء يقع عليه ولو من الحامل نفسها، فحقه في الحياة من الحقوق التي لا تملك الحامل التصرف فيه^(٣).

(١) انظر في ذلك المعنى: أ. د. حسن محمد ربيع - المرجع السابق - ص ٥٦ ويعلل سيادته على أساس أن ثمة التزاماً على عاتق الممرضة بإعطاء المريضة الدواء في مثل هذه الحالة، فإذا ما خالفت ذلك بقصد إجهاض المريضة فإنها تسأل عن جريمة الإجهاض إذا ما تسبب ذلك في إنهاء الحمل قبل أوانه.

(٢) انظر في ذلك المعنى إلى: د. عبد العزيز محمد محسن "الحماية الجنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي" ص ٤٦، طبعة عام ١٩٩٣، دار البشير للنشر والتوزيع.

(٣) انظر في هذا المعنى إلى كل من: أ. د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - بند ٦٨١، ص ٥٠٢، أ. د. رؤوف عبيد "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، ص ٢٨٨، طبعة عام ١٩٨٥، دار الفكر العربي، أ. د. عمر السعيد رمضان "قانون العقوبات"، القسم الخاص، بند ٣٠٢، ص ٣٢٠، طبعة عام ١٩٨٦، دار النهضة العربية، أ. د. عبد المهيم بكر "القسم الخاص في قانون العقوبات"، بند ٣١٩، ص ٦٦٥، أ. د. حسن محمد ربيع - المرجع السابق - ص ٢٦.

ويظهر من خلال النصوص القانونية سالفه الذكر أن جريمة الإجهاض تفترض وجود الحمل بوصفه يمثل ركناً أساسياً من أركان الجريمة، بحيث إذا انتفى الحمل لم تقع الجريمة، حتى وإن كان الفعل موجهاً من صاحبه على امرأة يعتقد أنها حامل على خلاف الحقيقة، ففي النصوص القانونية توصف المرأة التي تقع عليها الجريمة بكونها حبلية، وهذا يفيد وجوب وجود الحمل كركن لازم لقيام الجريمة وإلا تعذر قيامها لتخلف ركن الحمل، كما لا يجوز اعتبار الفعل شروعاً في الإجهاض، وذلك بسبب استحالة وقوع الجريمة استحالة مطلقة بالنظر إلى انعدام موضوعها^(١).

ولعل هذا هو عين ما كان ينص عليه القانون الفرنسي إلى أن صدر قانون ٢٧ مارس عام ١٩٢٣، ثم قانون عام ١٩٣٩م فلم يشترط وجود الحمل، وأضحى وقوع هذه الجريمة أمراً متصوراً حتى وإن انتفى الحمل، ما دام أن الغير قد باشر فعل الإجهاض معتقداً وجود الحمل على خلاف الحقيقة.

وتتحقق هذه الجريمة بخروج الجنين ميتاً أو بموته داخل الرحم مما يشكل اعتداء على حقه في الحياة، وقد تتحقق بانفصاله عن بطن أمه حياً قبل موعد ولادته الطبيعية، حتى وإن بقي بعدها حياً ولم يموت، لما في ذلك الخروج قبل موعد الولادة الطبيعية من اعتداء على حق الجنين في النمو داخل الرحم إلى أن يكتمل نموه وتطوره فيه، فضلاً عن افتئاته على حقه في الولادة الطبيعية بإنهاء حملة في رحم أمه قبل تمام مدته.

(١) وإذا كانت غالبية الفقهاء تعتبر وجود الحمل ركناً أساسياً من أركان هذه الجريمة، فإن بعض الفقهاء يعتبره مجرد شرط مفترض لقيام هذه الجريمة، وذلك على أساس أن ما يحميه القانون وهو الحمل لا يمكن إدخاله ركناً فيما يجرمه (انظر في ذلك إلى: أ.د. هلالى عبد اللاه أحمد (الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة) ص١٦٧، ١٦٨، (حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية) دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ص٤٦٦، طبعة عام ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، أ.د. محمد عبد الشافي إسماعيل - المرجع السابق - ص ٩٨).

ويميل قانون العقوبات المصري إلى عدم العقاب على الشروع في الإجهاض سواء أكان هذا الشروع من قبل الغير أم من الحامل على نفسها، حيث نصت المادة ٢٦٤ منه صراحة على ذلك، بعكس القانون الفرنسي الذي نص صراحة على أن الشروع في جرائم الإجهاض يعاقب عليه بذات العقوبات المقررة لهذه الجرائم.^(١)

ويثور التساؤل حول حكم سلوك الجاني الذي يؤدي إلى تشويه الجنين داخل الرحم دون أن يؤدي إلى إماتته في بطن أمه أو إسقاطه خارج الرحم ميتاً أو إسقاطه حياً قبل أوأانه الطبيعي، مما يشكل صوراً للنتيجة الإجرامية في جريمة الإجهاض.

لقد كان مأمولاً في النصوص العقابية الحديثة - لا سيما مع تنوع وتعدد الوسائل العلمية الحديثة التي قد تؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى تشويه الجنين وإيذائه - أن تتضمن نصوصاً عقابية صريحة تجرم الاعتداء على الجنين أيا كانت صورته، أي سواء أكان هذا الاعتداء متمثلاً في الاعتداء على حقه في الحياة أو على حقه في النمو داخل الرحم طوال المدة المعتادة والطبيعية لفترة الحمل، أم كان متمثلاً في مجرد إيذائه داخل الرحم أو تشويهه بأي صورة من صور الإيذاء والتشويه، وهذا أمر يقتضيه المنطق والعقل والرغبة في المحافظة على الأجنة ككائنات حية واجبة الاحترام والتقدير بتوفير كافة صور الحماية الجنائية اللازمة لها ضد أي مظهر من مظاهر الاعتداء عليها. بيد أن النصوص العقابية الموجودة حالياً لا تسعف في توفير هذه الحماية الجنائية المتكاملة، ذلك أن الاعتداء على الجنين بالتشويه أو الإيذاء داخل الرحم

(١) فقد تضمنت الفقرة الثالثة من المادة ٢٢٣ - ١١ هذا المعنى بقولها:

La tentative des delits prévus au present article est punie des memes peines".

ولعل هذا الاتجاه الذي سلكه واضع القانون الفرنسي قد حدا حذوه بعض واضعي القوانين العربية كقانون العقوبات السوري وقانون العقوبات اللبناني وقانون العقوبات الليبي (انظر في ذلك: د. منال مروان منجد - المرجع السابق - ص ٨٣، ٨٤، د. عبد العزيز محمد محسن - المرجع السابق - ص ٥٣).

لا يشكل جريمة إجهاض وفقاً لنصوص قانون العقوبات المصري وغيره من القوانين العربية الأخرى، لأن هذا الاعتداء لا تتوافر فيه أية صورة من صور الإجهاض، كما أنه لا يمكن أن يمثل شروعاً في الإجهاض في ظل هذا القانون على أساس أن الشروع في الإجهاض لا عقاب عليه بنص المادة ٢٦٤ منه، ولا يمكن أن تعاقب المعتدى على هذا الجنين بالتشويه أو الإيذاء وفقاً للنصوص القانونية المتعلقة بجرائم الإيذاء البدني مثل جرائم الضرب أو الجرح أو إعطاء مواد ضارة، لأن هذه النصوص مقررّة لحماية جسم الإنسان الحي، والجنين سواء قبل تمام ولادته حياً بانفصاله كاملاً عن أمه - وفقاً للرأي الذي نرجحه - أو قبل بدء إحساس الأم بآلام وضعه - وفقاً للرأي المرجوح - لا يعد إنساناً فلا يمكن أن ينعم بالحماية الجنائية التي تقرها أو تكلفها تلك النصوص، كما لا يمكن أن تعتبر هذا الاعتداء صورة جديدة من صور التجريم ونقرر لها عقاباً جديداً يناسب جرم هذا الاعتداء (مثلما يحدث في فقه الشريعة الإسلامية الغراء حيث توجد الجرائم التعزيرية والعقوبات التعزيرية لملاحقة السلوكيات الإجرامية الجديدة ولتقرير الجزاءات المناسبة لها والرادعة لمرتكبيها^(١)) ويردع مرتكبه لاصطدام ذلك بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص قانوني يقرر ذلك، وهذا يشكل قصوراً في التشريعات العقابية يجب تداركه سريعاً حفاظاً على الأجنة من الاعتداءات التي قد تتعرض لها من الأشخاص، دون أن تشكل جرائم إجهاض، فيفلتون مع اعتداءاتهم من العقاب، ويضرون بتلك الأجنة بالتشويه أو المسخ أو الإتلاف،

(١) يقصد بالجرائم التعزيرية: الجرائم التي يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر من عقوبات التعزير، ومعنى التعزير التأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود، أي هو عقوبة على جرائم لم تضع الشريعة لأية عقوبة مقدرة، وهي تبدأ بأثفه العقوبات كالنصح والإنذار، وتنتهي بأشد العقوبات كالحبس والجلد، بل قد تصل للقتل في الجرائم الخطيرة، ويترك للقاضي أن يختار من بينها العقوبة الملائمة للجريمة ولحال المجرم ونفسيته وسوابقه (المستشار عبد القادر عودة "التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي"، بند ٥١، ص ٨٠، بند ٤٧٧، ص ٦٨٥).

وهم في مأمن من التجريم والعقاب، وذلك سواء أكان الاعتداء المؤدي إلى تشوه الجنين واقعاً من الغير أم من الحامل نفسها^(١).

ولعل الرباط العضوي الظاهر بين الحامل والجنين باعتباره قطعة منها ومستقراً في رحمها، وغير منفصل عن جسدها طوال مدة حملها جعل من إيذاء الجنين إيذاء للحامل - رغم ما قد يعترف به للجنين من كيان ووجود مستقل عن الحامل - بصورة قد تجعل من فعل الإجهاض - كسلوك إجرامي - فعلاً متعدياً يضر بالحامل والجنين في آن واحد، كما لو أدى فعل الإسقاط إلى إنهاء الحمل قبل أوانه وإصابة الحامل بعاهة مستديمة أو بمرض أو بأذى معين، وعندئذ تتعدد جرائم الجاني تعدداً معنوياً، بحيث يكون الجاني مسؤولاً عن جرمي الإجهاض والضرب أو الجرح أو إعطاء المادة الضارة، وتوقع عليه أشد العقوبتين المقررتين لهاتين الجرميتين^(٢).

ثانياً - تقييم الحماية الجنائية الموضوعية المقررة للجنين:

وإذا أردنا أن نجري تقييماً فاحصاً لمدى فاعلية أو عدم فاعلية الحماية الموضوعية المقررة للجنين في قانون العقوبات المصري (وغيره من القوانين العقابية العربية الأخرى التي حذت حذوه كقانون العقوبات البحريني)، لوجدنا أن هذه الحماية وإن شابها قدر كبير من المآخذ والمعائب التي أضعفت من فاعليتها، إلا أنها لم تخل من قدر غير قليل من المزايا التي تشكل جوانب مضيئة في إطار تلك الحماية، فما هي مزايا ومعائب هذه الحماية في نقاط محددة:

- (١) انظر في هذا المعنى إلى كل من: أ. د. فوزية عبد الستار - المرجع السابق - بند ٥٧٢، ص ٥٠٤، أ. د. حسن محمد ربيع - المرجع السابق - ص ٦١، ٦٢، د. عبد العزيز محمد محسن - المرجع السابق - ص ٥٣، ٥٤.
- (٢) انظر في ذلك المعنى: أ. د. فوزية عبد الستار - المرجع السابق - بند ٥٧٢، ص ٥٠٣.

فيما يتعلق بالجوانب المضيئة في نطاق الحماية الموضوعية الجنائية للجنين :

يمكن أن نذكر محاسن القواعد القانونية المقررة لتلك الحماية في النقاط الآتية:

- لم تقصر القواعد القانونية نطاق التجريم على الاعتداء الواقع على الجنين بإماتته في بطن أمه أو إخراجه ميتاً، بل بسطته ليشمل أيضاً مجرد تهديد الجنين بالخطر، ومن أجل ذلك فهي تجرم الفعل المؤدي إلى إخراج الجنين قبل مواعده الطبيعي ولو خرج حياً وقابلاً للحياة، إلى جانب تجريمها للاعتداء على حياة الجنين.

ذلك أن الإجهاض كسلوك مجرم يتحقق ليس فقط بالاعتداء على حياة الجنين بإماتته داخل الرحم أو إخراجه من الرحم ميتاً، وإنما بالاعتداء أيضاً على حق الجنين في النمو داخل الرحم نمواً طبيعياً إلى حين حلول الموعد الطبيعي لولادته^(١).

ويرجع إضفاء وصف الجريمة على الفعل المؤدي إلى إنهاء الحمل قبل أو أنه رغم خروجه حياً وقابلاً للحياة، إلى أن هذا الفعل الإجرامي يحرم الجنين

(١) ولذلك نرى فقهاء القانون الجنائي يعرفون الإجهاض بأنه: (إخراج الجنين عمداً من الرحم قبل الموعد الطبيعي لولادته أو قتله عمداً في الرحم) (أ. د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - بند ٦٧٩، ص ٥٠١)، أو هو (الإخراج المبكر المحرض إرادياً لمحصل الحمل أو ثمرته ").

(GARRAUD (R): "Traité théorique et pratique du droit pénal Français." 3 ème. éd. sirey.paris., Tome: V., N: 2019., éd. 1924.

أو هو (جريمة مكونة من أفعال إجرامية تتخذ بقصد إخراج محصول أو ثمرة الحمل).

MERLE (R) et VITU (A): "Traité de droit ciminel, droit pénal spéciaial". éd. cujas paris. éd. 1982., N: 2095, p: 1699.

أو هو (استعمال وسيلة صناعية تؤدي إلى طرد الجنين قبل موعد الولادة إذا تم بقصد إحداث هذه النتيجة) (أ. د. رؤوف عبيد " جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال " ص٢٢٦، الطبعة الثانية عام ١٩٨٥، دار الفكر العربي بالقاهرة).

من حقه في النمو داخل الرحم طوال المدة الطبيعية للحمل^(١)، فيجعله رغم خروجه حياً وقابلاً للحياة عرضة للموت، أو على الأقل عرضة للإصابة بعدد من الأمراض التي تصيب المبتسرين عادة^(٢).

- لقد جرم القانون فعل الإجهاض أياً كانت وسيلته وأياً كان فاعله، بل حتى ولو كانت الفاعلة هي الأم الحامل نفسها، بل إنه يعدها مرتكبة لجريمة الإجهاض ولو لم يقع منها فعل الإجهاض، وذلك إذا مكنت الغير من إجهاضها، وذلك ليؤكد واضع القانون على التزام الحامل بالمحافظة على جنينها، بعدم السماح للغير بالاعتداء عليه عن طريق إجهاضها، فضلاً عن التزامها هي شخصياً بعدم المساس بالجنين عن طريق إجهاض نفسها.

وبذلك يكون القانون قد حقق الحماية الواجبة للجنين ضد أي معتد ينال من حياته أو نموه داخل الرحم، ولو كان هذا المعتدي هو أمه التي هي سبب وجوده كنفطة، ومصدر الحياة له خلال مراحلها اللاحقة على النطفة (أي باعتباره علاقة فمضغة حتى تكتمل له بقية مراحل الأخرى)، مقررراً عقابها باعتبارها مرتكبة لجريمة إجهاض متى أتت فعل الإجهاض أو سمحت لغيرها بإتيانه.

أما فيما يتعلق بجوانب القصور في الحماية الموضوعية الجنائية المقررة للجنين: فيمكن إجمالها في النقاط الآتية:

- (١) ومن البديهي أن إخراج الجنين الذي يفترض أن تظل حياة الجنين باقية رغم حدوثه، هو ذلك الذي يقع بعد مرور ستة أشهر على الأقل على حملها، باعتبارها تمثل الحد الأدنى لمدة الحمل والتي يمكن بقاء المولود حياً عند خروجه بعدها إذا أراد الله له الحياة، أما الذين يخرجون من بطون أمهاتهم قبل هذا الموعد فعادة ما يخرجون أمواتاً، أو يكون مصيرهم هو الموت فور خروجهم من أرحام أمهاتهم^(٢).
- (٢) انظر في هذا المعنى: أ. د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - بند ٦٨٦، ص ٥٠٥، حيث يقول سيادته (ولا تعليل لخطة الشارع غير أن هذا الفعل - أي إنهاء الحمل قبل أوانه رغم حياة الجنين - يهدد حياة الجنين بالخطر، فالغالب فيمن يخرجون من الأرحام قبل الموعد الطبيعي أن يكون الموت مصيرهم، وإن كتبت لهم الحياة فهي في الغالب حياة قصيرة مثقلة بالضعف والمرض).

- إن هذه الحماية لا تنسحب إلا للجنين داخل الرحم، ومن ثم لا تسمح قواعدها بامتدادها لتشمل الفترة الأولى من نمو الجنين خارج الرحم في حالة التلقيح الصناعي الخارجي، وبذلك تقصر قواعد قانون العقوبات في مصر أو غيرها من البلاد العربية كالبحرين عن توفير الحماية اللازمة للنطفة الأمشاج أو البويضة الملقحة أو المخصبة خارج الرحم، والذي يسميه الفقهاء في الطب والقانون بطفل الأنابيب، وأفضل تسميته بجنين الأنابيب (باعتبار أن لفظ الجنين من الاجتنان أي الاستتار وهو أمر يتحقق للنطفة المخصبة داخل الرحم أو داخل الأنبوب، ففي كلا الحالين هي مستترة داخل الرحم أو داخل الأنبوب، هذا فضلاً عن أن لفظ الجنين لفظ معبر عن واقع النطفة باعتبارها أولى مراحل نمو الجنين، بعكس لفظ الطفل فهو لفظ يعبر عن المأل ولا يعبر عن واقع الحال)، ضد أي اعتداء قد يقع عليها لإتلافها وإفسادها، وهذا قصور في التشريع يتعين سرعة التدخل لسده، حماية للأجنة من أي معتدٍ ليست له مصلحة في تتابع مراحل نموها، فيعمدون إلى إتلافها وهم في مأمن من المؤاخذة والعقاب لانتقاء وصف التجريم عن سلوكهم ضد هذه الأجنة خارج الأرحام.

كما أن قانون العقوبات المصري - وغيره من القوانين العربية الأخرى - قد خلت نصوصه من أحكام تجرم صور التلقيح الصناعي التي تتنافى مع أحكام الدين الحنيف ومبادئ الأخلاق وتضع العقوبات التي تناسب خطورتها على الأعراض والأنساب ومصالح الأطفال ثمار تلك الصور، صحيح أن الناس يحرصون من تلقاء أنفسهم على نقاء أنسابهم فلا يعمدون إلى الصور المحرمة شرعاً من صور التلقيح الصناعي، لكن هل تأمن كل الناس، وهل تأمن حيل بعض الأطباء وتلاعبهم بالنطف داخل معاملهم الطبية، الأمر الذي يحتم سرعة التدخل لسد هذا القصور التشريعي.

- إن القانون لا يجرم كل صور الاعتداء على الجنين، بل يقتصر على تجريم الاعتداء الذي يؤدي إلى قتل الجنين عمداً داخل الرحم أو إخراجه عمداً من الرحم قبل أوانه الطبيعي للخروج، وبالتالي يخرج الاعتداء على الجنين بالتشويه أو الإيذاء داخل الرحم عن دائرة التجريم، رغم خطورته وبشاعة آثاره،

فلا يصدق عليه وصف الإجهاض، لأنه لا يعد صورة من صور الإجهاض، كما لا يمكن اعتباره جريمة ضرب أو جرح أو إعطاء مادة ضارة، لأنها مقصورة على الإنسان، والجنين لا يصدق عليه وصف الإنسان ما دام في رحم أمه، وهذا يشكل قصوراً واضحاً في التشريعات العقابية يتعين سرعة التدخل لعلاجها بالنص على تجريم هذا الاعتداء وغيره من صور الاعتداء المحتمل تعرض الجنين لها، حفاظاً على الأجنة كمخلوقات حية واجبة الاحترام والتقدير باعتبارها عدة المستقبل وعتاده.

- لم يجرم قانون العقوبات المصري (وغيره كثير من القوانين العقابية العربية كقانون العقوبات البحريني) الشروع في الإجهاض، على الرغم من إتيان المرء كافة الأفعال المادية المؤدية إلى الإجهاض، لكن النتيجة الإجرامية التي قصدها واتخذ وسائلها اللازمة لحدوثها لم تتحقق بسبب تدخل ظروف خارجية عنه حالت دونها وتحقيق هذه النتيجة،^(١) الأمر الذي يجعله صورة حقيقية من صور تهديد حياة الجنين بالخطر.

وقد حاول بعض الفقهاء أن يلتمس لواضع القانون عذراً في تجاهله لتجريم الشروع في الإجهاض رغم ما يكتنفه من تهديد خطير لحياة الجنين،

(١) وهذا النوع من الشروع يسمى الشروع التام La tentative complète، ويوجد نوع آخر يسمى بالشروع الناقص La tentative incomplète ويحدث ذلك حينما يكون الجاني قد بدأ في تنفيذ فعل الإجهاض، وقبل استنفاد سلوكه الإجرامي يوقف هذا السلوك نتيجة لتدخل سبب خارجي لا دخل لإرادته فيه (انظر في ذلك المعنى إلى: د. سمير الشناوي "الشروع في الجريمة"، الطبعة الثالثة عام ١٩٩٢، دار النهضة العربية. ويترتب على عدم العقاب على الشروع في الإجهاض عدم العقاب على الاشتراك في هذا الشروع، فضلاً عن عدم العقاب على الإجهاض المستحيل، بحيث ينجو من العقاب من يباشر وسيلة من وسائل الإسقاط على امرأة معتقداً أنها حامل ثم يتبين له أنها غير حامل، أو من يستعمل وسيلة لا تؤدي إلى الإجهاض معتقداً أنها تؤدي إلى الإجهاض (انظر في ذلك أ. د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - بند ٦٩٨، ص ٥١٣، هامش ١).

بحجة أن الجنين لم ينله اعتداء حقيقي فتضاءلت بذلك الأهمية الاجتماعية للفعل، هذا بالإضافة إلى أن البحث في جرائم الإجهاض يكشف النقاب عن أسرار عائلية أو أخلاقية يكون من المصلحة التستر عليها ما دام لم يقع الإجهاض فعلاً^(١)، غير أن هذه الأسباب لا تنهض حججاً كافية لتبرير تجاهل تجريم الشروع في الإجهاض بوصفه صورة مخيفة من صور الخطر المهدد لحياة الجنين، إذ قد يترتب عليه في بعض الأحيان إصابة الجنين بأذى أو تشوه ينتفي عنه وصف التجريم نظراً لما يعثور نصوص التجريم من قصور في استيعابه كسلوك إجرامي معاقب عليه قانوناً^(٢).

بل إن واضع قانون العقوبات المصري - كما يرى البعض وبحق - حينما عمد إلى عدم العقاب على الشروع في الإجهاض كان متناقضاً مع نفسه بصورة كبيرة وواضحة، إذ كيف يستقيم مسلكه ويقبل نهجه الذي يتسم بالإفراط والشدة في العقاب على جريمة الإجهاض في بعض صورها إلى حد اعتبارها جنائية، مع مسلكه المتمسك بالتفريط والتهاون تجاه الشروع في الإجهاض من خلال الإعفاء من العقاب عليه، رغم ما قد يترتب عليه من ضرر بليغ بالنسبة للجنين^(٣).

- لم يفرق واضع قانون العقوبات المصري (وغيره من القوانين العقابية الأخرى في فرنسا وسوريا ولبنان والبحرين مثلاً) في تجريمه لفعل الإجهاض بين وقوع هذا الفعل في بداية الحمل ووقوعه في أواخره، فجعل بذلك درجة تجريمه واحدة وعقوبته واحدة، دون أدنى تفاوت أو تدرج في الوصف أو العقاب

(١) انظر عرض المعنى: أ. د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - بند ٦٩٧، ص ٥١٢، ٥١٣، أ. د. هلالى عبد اللاه أحمد "الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة"، ص ١٨٣.

(٢) انظر في نفس المعنى: أ. د. هلالى عبد اللاه أحمد "حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية"، ص ١٢٩٥، د. منال مروان منجد - المرجع السابق - ص ٩٠.

(٣) انظر في نفس المعنى: أ. د. هلالى عبد اللاه أحمد "الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة" ص ١٨٣، "حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية" ص ١٢٩٥، ١٢٩٦.

بحسب تفاوت مدد حدوثه خلال فترة الحمل، وهذا أمر منتقد لأنه وإن بدا فعل الإجهاض سلوكاً مستهجناً يستأهل العقاب عليه في جميع الأحوال، إلا أنه ليس من المقبول عقلاً ولا منطقاً أن نسوي في العقاب بين وقوع هذا الفعل في أول الحمل ووقوعه في وسطه أو آخره.

فحرمة الجنين كما يقول البعض وبحق - ككائن حي واجب الاحترام والتقدير - في بداية تخلقه وتكوينه لا يمكن أن تستوي مع حرمة بعد نفخ الروح فيه، الأمر الذي يستوجب على واضع القانون ضرورة التدخل لمراعاة هذا التفاوت في درجة حرمة هذا الكائن عند وضع العقوبة، بحيث يضع لفعل الإجهاض عقوبة محددة عند وقوعه في الأشهر الأولى من بداية تكوين الجنين، ثم تزداد شدتها كلما ارتقى الجنين من مرحلة لأخرى من مراحل النمو والتطور ليصل بالعقوبة إلى أقصى حد لها ببلوغ الجنين ستة أشهر فأكثر، على أساس أن مدة الستة أشهر هي أقل مدة يكون فيها الجنين قابلاً للحياة خارج الرحم^(١).

ولعل هذا المسلك المتدرج المحمود والذي نؤمل في واضع قانون العقوبات المصري أن ينتهجه قد أخذ به واضع قانون العقوبات السوداني، حيث تدرج في العقاب على جريمة الإجهاض تبعاً لتدرج عمر الجنين المعتدي عليه، فقد نص في المادة ٢٦٢ منه أن يكون العقاب على فعل الإجهاض المتعمد هو السجن لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات أو الغرامة أو العقوبتين معاً، فإذا بلغ الحمل مرحلة التحرك كانت العقوبة هي السجن لمدة لا تتجاوز سبع سنوات أو الغرامة، كما نص في المادة ٢٦٦ منه على أنه إذا ارتكب فعل الإجهاض قبل ولادة الجنين كان العقاب عليه بالسجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات أو بالغرامة أو بالعقوبتين معاً^(٢).

- لقد جاءت النصوص القانونية المنظمة لجرائم الإجهاض في قانون العقوبات المصري (وغيره من القوانين العقابية العربية كقانون العقوبات

(١) د. عبد العزيز محمد محسن - المرجع السابق - ص ٣١، ٣٢.

(٢) د. عبد العزيز محمد محسن - المرجع السابق - ص ٩٧، ٩٨.

البحريني) خالية من نص واحد يرخص في إثيان فعل الإجهاض حتى في تلك الحالة الضرورية التي درجت - كما يقول البعض وبحق - غالبية التشريعات العقابية الحديثة على إباحة الإجهاض حالة توافرها، ألا وهي الحالة التي يكون فيها استمرار الحمل معرضاً الأم لخطر محقق في نفسها وحياتها أو صحتها البدنية والنفسية، واضطر الفقه إلى معالجة هذا القصور التشريعي من خلال استقراره على القول بامتناع مسؤولية الفاعل للإجهاض طبقاً للمبادئ العامة ولتوافر حالة الضرورة وفق نص المادة ٦١ عقوبات مصري، حينما يكون الحمل خطراً يهدد الأم في حياتها أو صحتها تهديداً جسيماً، وكان الإسقاط هو السبيل الوحيد لدرء هذا الخطر الذي لم يكن للجاني دخل في حله^(١).

ثالثاً - جزاء الاعتداء على حق الجنين في الحياة في التشريع الجنائي الإسلامي:

إذا اعتدى على حق الجنين في الحياة سواء بإماتته في بطن أمه أو بإسقاطه خارج بطنها ميتاً، وجبت فيه - وفقاً لرأي جمهور الفقهاء^(٢) -

(١) أ.د. هلالى عبد اللاد أحمد "حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية"، ص ١٢٩٣.

(٢) انظر في ذلك إلى المراجع الآتية:

- في الفقه الحنفي: "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" للإمام الكاساني، ج٧، ص ٣٢٥، ج ١ ٢ عام ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، دار الكتاب العربي، بيروت. لبنان، "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" للإمام الزيلعي، ج٦، ص ١٣٩، دار المعرفة للطباعة والنشر.

- في الفقه المالكي: "أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك" للإمام أبي بكر حسن الكشناوي، ج٣، ص ١٤٢، الطبعة الثانية، دار الفكر، بيروت. لبنان، "الفواكه الدواني"، للشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا المالكي الأزهرى النفراوي، ج٢، ص ٢٧٠، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت. لبنان.

- في الفقه الشافعي: "المجموع شرح المهذب" للإمام النووي، ج١٨، ص ٥٤، طبعة دار الفكر، بيروت. لبنان، "مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج" للشيخ الإمام الشربيني، ج٤، ص ١٠٤، طبعة عام ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، دار الفكر.

=

الغرة^(١) كاملة عبداً كان أو أمة أيا كان عمره الزمني (وبالتالي لا مجال لتجزئة

الغرة وفقاً لعمر الجنين أو الطور الذي حدث خلاله الاعتداء^(٢)) ومن ثم ليس ثمة

= - في الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة المقدسي، ج ٩، ص ٥٣٩، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، "المبدع في شرح المقنع" لابن مفلح، ج ٨، ص ٣٥٦، ٣٥٧، المكتبة الإسلامية لصاحبه زهير الشاوين عام ١٩٨٠م.

- في الفقه الظاهري: "المحلى" لابن حزم الظاهري، ج ١٢، ص ٣٧٨، تحقيق وتصحيح: حسن زيدان طلبة، مكتبة الجمهورية العربية لصاحبها عبد الفتاح عبد الحميد مراد عام ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م، طبعة دار الآفاق الجديدة، بيروت. لبنان.
- في الفقه الزيدي "البحر الزخار الجامع لعلماء المذاهب والأصناف" لابن المرتضى، ج ٥، ص ٢٤٧، الطبعة الأولى عام ١٣٦٦هـ - ١٩٤٧م، مؤسسة الرسالة. بيروت. لبنان.

(١) الغرة لغة (بضم الغين وفتح الراء مع التشديد) هي بياض في جبهة الفرس يقال: فرس أغر. والأغر أيضاً الأبيض، ورجل أغر: أي شريف. وفلان غرة (بضم الغين وفتح الراء مع التشديد) قومه: أي سيدهم. غرة كل شيء أوله وأكرمه. والغرة: العبد والأمة، وفي الحديث "قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الجنين بغرة" وكأنه عبر عن الجسم كله بالغرة (مختار الصحاح للرازي، ص ٤٧١، طبعة دار القلم).

ويقصد بالغرة في اصطلاح الفقهاء "اسم للضمان المالي الذي يجب على الجنانية على الجنين"، وقد قيل أنه سمي غرة، لأنه أول مقدار ظهر في باب الدية (أ. د. حسن علي الشاذلي - المرجع السابق - ص ٣٦).

(٢) إذ يرى بعض الفقهاء (وهم الإمامية) أن الجنين حينما يكون نطفة ففيه عشرون ديناراً، فإذا صار علقه كان فيه أربعون ديناراً، فإذا صار عظماً ففيه ثمانون ديناراً، فإذا أصبح مكسواً عليه باللحم وصار خلقاً سويماً شق الله له عينه وأذنيه وأنفه، من قبل أن تلج فيه الروح ففيه مائة دينار، حتى إذا ولجته الروح كانت فيه دية كاملة (انظر في ذلك إلى: "شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام" لأبي القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلبي، ج ٤، ص ٢٨١، تحقيق وتعليق عبد الحسن محمد، الطبعة الأولى عام ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م، مطبعة الآداب في النجف الأشرف العراق).

مجالها هنا لإيجاب القصاص أو الدية كاملة (أي دية قتل إنسان) ولو وقع الاعتداء على الجنين بعد نفخ الروح فيه^(١).

(١) ذلك أن من الفقهاء (وهم الظاهرية) من يرى أن الجزء على الجناية على الجنين يتوقف بحسب ما إذا كانت هذه الجناية قد وقعت قبل نفخ الروح (أي قبل بلوغه أربعة أشهر)، أم بعد نفخ الروح فيه (أي بعد بلوغه أربعة أشهر)، ففي الحالة الأولى تجب على الجاني الغرة فقط سواء أكانت الجناية على الجنين عمداً أم خطأً، على أساس أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - قد قضى في ذلك بالغرة، وأن القصاص لا يجب إلا عند إزهاق الروح، والجنين قبل بلوغه الأربعة أشهر لا روح فيه، ومن ثم لا تزهد روح الجاني لأنه لم يزهد روح أحد.

أما في الحالة الثانية (أي بعد نفخ الروح في الجنين) فعندئذ يجب القصاص في القتل العمد، وتجب الدية (وهي الغرة) إذا كان القتل خطأً، ووجوب القصاص عند قتل الجنين عمداً، فيرجع إلى كون الجنين المعتدى عليه نفساً، وإزهاقها عمداً يوجب القصاص، عملاً بقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾، وفي قوله تعالى: ﴿وَكُنْتُمْ عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ نَفْسٌ بِالنَّفْسِ﴾، ويكون أهل الجنين بالخيار بين القصاص أو الدية (المفاداة)، فإذا رضوا بالدية كان الواجب هو دية الجنين وليست دية النفس، ذلك أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بين لنا أن دية من خرج إلى الدنيا (وهو المولود) فقتل هو مائة من الأبل، أما دية الجنين فقد بين لنا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنها الغرة" انظر في ذلك إلى: "المحلى لابن حزم الظاهري، ج ١١، ص ٣١ وما بعدها" وفي ذلك يقول: "إن لم ينفخ فيه الروح فالغرة عليها (أي الأم)، وإن كان قد نفخ فيه الروح فإن كانت لم تعدم قتله فالغرة أيضاً على عاتقها أو المفاداة في مالها، فإن ماتت هي في كل ذلك قبل إلقاء الجنين ثم ألقته فالغرة واجبة في كل ذلك في الخطأ على عاقلة الجاني هي كانت أو غيرها، وكذلك في العمد قبل أن ينفخ فيه الروح، وإما إن كان نفخ فيه الروح فالقود على الجاني إن كان غيرها، وأما إن كانت هي فلا قود ولا غرة ولا شيء، لأنه لا حكم على ميت وماله قد صار لغيره".

ويرى البعض الآخر (وهم الأمامية والأباضية) أن الجنين إذا بلغ أربعة أشهر (أي نفخت فيه الروح) وجبت فيه الدية (أي دية قتل النفس)، ولا يجب فيه القصاص ولا الغرة، أما قبل بلوغ الجنين الأربعة أشهر، فتجب فيه عند الإمامية في النطفة عشرون ديناراً، وفي الخلقة أربعون ديناراً، وفي المضغة ستون ديناراً، وفي ابتداء الخلقة من المضغة ثمانون ديناراً، وفي تمام الخلقة قبل نفخ الروح فيه مائة دينار وهي الغرة - =

ودليل إيجاب الغرة على قاتل الجنين، ما روي عن أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - أنه قال: اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها، فاختصموا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أن دية جنينها غرة: عبد أو وليدة، وقضى بدية المرأة على عاقلتها. وورثها ولدها ومن معهم. فقال حمل بن النابغة الهذلي: يا رسول الله كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما هذا من إخوان الكهان". من أجل سجعه الذي سجع^(١).

وقد روي عن المسور بن مخرمة - رضي الله عنه - أنه قال: استشار عمر بن الخطاب الناس في ملاص المرأة. فقال المغيرة بن شعبه: شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى فيه بغرة: عبد أو أمه، قال: فقال عمر: ائتني بمن يشهد معك، قال: فشهد له محمد بن مسلمة^(٢).

وإذا بات من المتعذر حالياً في العصر الحديث أداء الغرة بحسب دلالتها لغة واصطلاحاً كعبد أو أمة، فيتعذر على الجاني إيجاد عبد أو أمة، بعد أن

= (انظر في ذلك إلى: "شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام" للحلي، ج ٤، ص ٢٨١، "النهاية في مجرد الفقه والفتاوى" للطوسي، ص ٧٧٨).

في حين يرى الأباضية إن الجنين إذا اعتدي عليه بالإسقاط ولم يبلغ أربعة أشهر، فإن كان نطفة فعلى الجاني عشرة دنانير، أو ممتزجاً فأربعة عشر، أو علقه فأربعة وعشرون، أو مضغة فأربعون، أو ممتداً فستون، أو مصوراً فثمانون، أو نابت الشعر فمائة دينار (انظر في ذلك شرح النيل وشفاء العليل محمد يوسف أطفيش، ج.....).

(١) رواه الإمام مسلم في صحيحه وغيره (انظر إلى صحيح مسلم) - المرجع السابق - حديث رقم ١٦٨١ / ٣٦، ص ٧٥٤، سنن أبي داود المجلد الثاني، ج ٤، رقم الحديث ٤٥٧٦، ص ١٩٢، ١٩٣، سنن الدرامي ج ٢، ص ١٩٧).

(٢) رواه الإمام مسلم في صحيحه (انظر إلى صحيح مسلم) - المرجع السابق - حديث رقم ١٦٨٩ / ٣٩، ص ٧٥٥. ويقصد بملاص المرأة: أي سقطها أو جنينها الذي انزلق أو انفلت من بطنها يقال: ملص الشيء من يدي وانملص الشيء: أي أفلت، والملص (بفتح الميم واللام) الزلق (بفتح الزاي مع التشديد). راجع في ذلك مختار الصحاح، ص ٦٣٢، طبعة دار القلم بيروت. لبنان.

أضحى الرق محرماً في المجتمع الدولي^(١)، فإنه يمكن أداء قيمة الغرة، والتي تقدر بنصف عشر دية الرجل إن كان الجنين ذكراً وعشر دية الأنثى إن كان الجنين أنثى، وكل منهما خمسمائة درهم أو خمسة من الإبل، وهذا هو ما ذهب إليه الحنفية والزيدية^(٢) وقرب ذلك المالكية^(٣) كما يعد هو الأصح من مذهب الشافعية^(٤)، وإليه أيضاً مال الحنابلة^(٥).

- (١) وما ينبغي لفت الانتباه إليه أن الإسلام جاء فوجد الرق نظاماً اجتماعياً سائداً لدى العرب في الجاهلية، تعتمد عليه حركة الحياة اليومية بصورة واضحة في كثير من جوانبها الاجتماعية والاقتصادية، فكان من حكمته ورشاده أنه لم يدع في بادئ الأمر إلى هدمه أو تفويضه، بل أقر وجوده وسن له أحكاماً تتأى به عن شوائبه المعهودة ومساوئه المشهودة، فحفظ للأرقاء كرامتهم وللأسياد أموالهم وممتلكاتهم، فلم يجز إذلال العبيد أو تعذيبهم أو تكليفهم فوق طاقتهم، وحض على حسن معاملتهم والإحسان إليهم، ورغب في عتقهم لنيل جزيل الثواب وعظيم الأجر، بل أوجبه كأحد مظاهر التكفير عن الذنوب والآثام، ليقضي عليه بصورة تدريجية، ولو اختار الإسلام منذ البداية إلغاء نظام الرق لهاجت عليه مشاعر العرب وصادف صدوداً كبيراً واعتراضاً.
- (٢) انظر في الفقه الحنفي إلى: "المبسوط" للسرخسي، ج٢٦، ص ٨٧، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق" للزيلعي، ج١، ص ١٣٩، "شرح فتح القدير" للإمام كمال الدين محمد بن عبيد الواحد، المعروف بابن الهمام، ج٩، ص ٢٢٣، دار إحياء التراث العربي، بيروت. لبنان، "مجمع الأنهر شرح ملتقى الأنهر" للشيخ الإمام عبد الرحمن الشيخ محمد بن سلمان، المعروف بداماد أفندي، ج٢، ص ٦٤٩، دار إحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. وانظر في الفقه الزيدي إلى: "البحر الزخار" لابن المرتضى، ج٥، ص ٢٥٨.
- (٣) حيث يرى المالكية أن الغرة هي نصف عشر دية الحرة، وتقوم بخمسين ديناراً أو ستمائة درهم (انظر في ذلك إلى: "المدونة الكبرى" للإمام مالك بن أنس الأصبحي، ج٤، ص ٤٨٤، طبعة دار الفكر، "أسهل المدارك" - المرجع السابق - ص ١٤٢، "الفواكه الدواني" - المرجع السابق ج٢، ص ٢٧٠، "مواهب الجليل لشرح مختصر خليل" للحطاب أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي الحطاب، ج٤، ص ٣٩٩، ٤٠٠، الطبعة الثانية عام ١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، طبعة دار الفكر بيروت. لبنان.
- (٤) انظر في ذلك إلى: "المجموع شرح المهذب" للإمام النووي، ج١٨، ص ٥٩، "مغنى المحتاج"، ج٤، ص ١٠.
- (٥) انظر في ذلك إلى: "المغني" لابن قدامة، ج٩، ص ٥٤١، "شرح منتهى الإرادات" للشيخ الإمام منصور بن يونس البهوتي، ج٢، ص ٤٣١، "المبدع في شرح المقنع" ج٨، ص ٣٥٦.

وقد اختلف الفقهاء على من تجب عليه الغرة، فمنهم من يرى أنها تجب على العاقلة^(١) مطلقاً (وهم الحنفية، والشافعية في الأصح عنهم، والزيدية والظاهرية قبل نفخ الروح)^(٢)، أي سواء أكان الجاني متعمداً أم مخطئاً، وذلك على أساس أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قضى على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين دون تمييز بين العمد والخطأ. وروي أن أبا القاتلة قال: أئدى ما لا طعم ولا شرب ولا صاح ولا استهل، مثل ذلك يطل^(٣) فقال النبي - صلى الله عليه وسلم: "أسجع الجاهلية وكهانتها: أد في الصبي غرة"^(٤).

ومنهم من يرى أن الغرة تجب على الجاني في ماله مطلقاً (وهم المالكية والأباضية^(٥)) وذلك سواء أكانت الجناية على الجنين عمداً، لأن العاقلة لا تتحمل العمد بنص حديث الرسول - صلى الله عليه وسلم - الذي رواه عنه سيدنا

(١) والعاقلة: من مادة عقل، يقال عقل القتيل: أي أعطى ديته، وعقل له دم فلان: إذا ترك القود أو القصاص للدية، وعقل من فلان: أي غرم عنه جنايته وذلك إذا لزمته دية فأداها عنه، وعاقلة الرجل: هم عصبته أو قرابته من قبل الأب الذين يعطون دية من قتله خطأ (مختار الصحاح، ص ٤٤٧).

(٢) انظر ذلك إلى: في الفقه الحنفي: "بدائع الصنائع" للكاساني ج ٧، ص ٢٥٥، ٢٥٦، في الفقه الشافعي: "مغنى المحتاج" للشربيني، ج ٤، ص ٩٥، ٩٦، وفي الزيدي البحر الزخار الجامع لعلماء المذاهب والأمصار" لابن المرتضى، ج ٥، ص ٢٥٦، في الفقه الظاهري: "المحلى" لابن حزم الظاهري، ج ١١، ص ٤٧.

(٣) يطل: أي يهدر، أي لا دية له، يقال طل (بضم الطاء وفتح اللام مع التشديد) دمه فهو مطلول: أي مهدور الدم، وأطل دمه وطله الله تعالى وأطله: أي أهدره (مختار الصحاح، ص ٣٩٦).

(٤) "صحيح البخاري" للإمام محمد إسماعيل بن إبراهيم البخاري، ج ٩، ص ١٥، كتاب الديات، باب جنين المرأة، طبعة دار الشعب، صحيح مسلم - المرجع السابق - رقم الحديث ١٦٨١ (الرقم العام)، باب القسامة (حديث رقم ٣٨ من هذا الباب) طبعة ١ عام ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

(٥) انظر في ذلك إلى: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" لابن رشد، ج ٢، ص ٤١٦، الطبعة الخامسة عام ١٤٠١هـ-١٩٨١م مطبعة مصطفى الباب الحلبي، "شرح منح الجليل على مختصر خليل" للشيخ محمد عليش، ج ٤، ص ٤٠٠، مكتبة النجاح، طرابلس.

عبد الله بن عباس - رضي الله عنه - إذ يقول فيه: " لا تحمل العاقلة عمداً، ولا عبداً، ولا صلحاً، ولا اعترافاً" ولا ما جنى المملوك قال: وقال ذلك الليث إلا أن تشاء^(١)، ولما روي عن مالك بن أنس عن ابن شهاب أنه قال: " مضت السنة أن العاقلة لا تحمل شيئاً من دية العمد إلا أن تعينه العاقلة عن طيب النفس"^(٢)، أم كانت الجناية على الجنين خطأً، لأن الغرة نصف عشر الدية، ولا تتحمل العاقلة ما دون ثلث الدية، وذلك لما روي عن سيدنا عمر - رضي الله تعالى عنه - أنه قضى في الدية ألا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل (دية) المأمومة^(٣)، والمأمومة فيها ثلث الدية.

ومن الفقهاء من يفرق بين العمد وشبه العمد والخطأ، حيث يرون وجوب الغرة على الجاني وحده في ماله في حالة العمد، ووجوبها على العاقلة في حالة الخطأ وشبه العمد (وهذا هو رأي الحنابلة، والإمامية، وقول للشافعية^(٤))، وإن

(١) رواه البيهقي في سننه الكبرى للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، رقم الحديث ١٦٣٦١، ص ١٨٢.

(٢) رواه البيهقي في سننه (السنن الكبرى للبيهقي، تحقيق محمد عبد القادر عطا، ج ٨، رقم الحديث ١٦٣٦٣، ص ١٨٢. كما ذكر البيهقي أيضاً في سننه عن سيدنا عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - أنه قال: " العمد والعبد والصلح والاعتراف لا يعقل العاقلة" (السنن الكبرى، ج ٨، رقم الحديث ١٦٣٥٩، ص ١٨١، تحقيق محمد عبد القادر عطا، طبعة عام ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م. دار الكتب العلمية بيروت لبنان).

وذكر ابن قدامة في كتابه العظيم المغني عن سيدنا عمر أنه قضى في الدية أن لا يحمل منها شيء (أي لا تحمل العاقلة شيئاً منها) حتى تبلغ عقل المأمومة (المغني لابن قدامة ج ١٢، ص ٢٨ وما بعدها، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، الطبعة الرابعة عام ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م. دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع. المملكة العربية السعودية).

(٣) المأمومة: شجاج الرأس وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ، وتسمى تلك الجلدة أم الدماغ لأنها تجمعها، فالشجة الواصلة إليها تسمى مأمومة وآمة لوصولها إلى أم الدماغ (انظر في ذلك إلى: "المغني" لابن قدامة المقدسي، ج ٧، ص ٧٠٩، الناشر: مكتبة الجمهورية العربية، ومكتبة الكليات الأزهرية بالقاهرة).

(٤) انظر في ذلك إلى: في الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة، ج ٩، ص ٥٤٤، دار الكتاب =

كان منهم من اختلف في شبه العمد، حيث رأى بعضهم وجوب الغرة على الجاني (الإمامية^(١))، ويرى البعض الآخر وجوبها على العاقلة (الشافعية^(٢))، هذا مع مراعاة أن الإمامية يرون وجوب الغرة قبل نفخ الروح، ووجوب دية النفس كاملة بعد نفخ الروح فيه^(٣)، بخلاف الشافعية والحنابلة إذ يرون وجوب الغرة مطلقاً، أي سواء قبل نفخ الروح أو بعد نفخها^(٤).

وأخيراً فمن الفقهاء من فرق بين موت الجنين وحده أو موته مع أمه أو بعدها، فإذا مات الجنين وحده وجبت الغرة على الجاني بصورة مطلقة (أي سواء كانت جنائته على الجنين عمداً أو شبه عمد أو خطأ)، وإن مات الجنين مع أمه أو بعدها، فإن كانت الجنائية على الأم عمداً، وجبت الغرة على الجاني وحده، لأن العاقلة لا تتحمل ما دون ثلث الدية والغرة نصف عشر الدية، أما إن كانت الجنائية على الأم خطأً أو شبه عمد، وجبت على العاقلة دية الأم وغرة الجنين، وذلك لما روي عن المغيرة بين شعبة أنه قال: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قضى في الجنين بغرة: عبد أو أمة، على عصابة القاتلة، وهذا هو رأي الحنابلة^(٥).

وتستحق الغرة عن موت الجنين لورثته الشرعيين مثلها في ذلك مثل الدية وفقاً لرأي جمهور الفقهاء (الأحناف، المالكية، الشافعية، الحنابلة، الزيدية،

= العربي للنشر والتوزيع، إذ يقول: "وتحمل العاقلة دية الجنين إذا مات مع أمه إذا كانت الجنائية عليها خطأً أو شبه عمد... وإن كان قتل الأم عمداً أو مات الجنين وحده لم تحمله العاقلة".

وفي فقه الإمامية: انظر إلى "شرائع الإسلام في مسائل الحرام والحلال" للحلي، ج ٤، ص ٢٨٠ حيث جاء فيه "ودية الجنين إن كان عمداً أو شبه عمد ففي مال الجاني، وإن كان خطأً فعلى العاقلة".

- (١) شرائع الإسلام للحلي، ج ٤، ص ٢٨٠.
- (٢) المغني لابن قدامة، ج ٩، ص ٥٤٤، ٥٥٥.
- (٣) شرائع الإسلام للحلي، ج ٤، ص ٢٨٠.
- (٤) "المبدع في شرح المقنع" لابن مفلح، ج ٤، ص ٢١٢، المغني لابن قدامة، ج ٩، ص ٥٤٤.
- (٥) المغني لابن قدامة، ج ٩، ص ٥٤٤.

الإمامية^(١)، في حين يرى البعض الآخر أنها تجب للأُم بالنظر إلى كون الجنين جزءاً منها، فيكون بدله وهو غرته مستحقاً لها كبذل أعضائها، وهذا هو مذهب ربيعة والليث بن سعد^(٢)، ويذهب رأي ثالث إلى إنه إن وقعت الجناية قبل مائة وعشرين يوماً كانت الغرة لأمه، وإن وقعت بعد هذه المدة كانت الغرة حكم المواريث، وهذا هو رأي الظاهرية^(٣).

وإذا تعددت الأجنة المعتدى عليها تعددت الغرر المستحقة على الجناية عليها باتفاق الفقهاء، بحيث إذا وقعت الجناية على جنينين وجبت فيهما غرتان، وذلك قياساً على الجرائم على الأشخاص، فمن أصاب شخصين بضربة واحدة ضمن كل واحد منهما، كما أن الغرة متعلقة باسم الجنين فتتعدد بتعددته^(٤).

(١) انظر في ذلك إلى: في الفقه الحنفي بدائع الصنائع للكاساني، ج٧، ص ٣٢٦، حيث يقول: "وأما من تجب له فهي ميراث بين ورثة الجنين على فرائض الله تعالى"، وفي الفقه المالكي: بداية المجتهد لابن رشد، ج٢، ص٤١٦، وجاء فيه "قال مالك هي لورثة الجنين، وفي فقه الشافعي" مغني المحتاج للشريبي، ج٤، ص ١٠٥، وجاء فيه "هي لورثة الجنين"، وفي الفقه الحنبلي "المغني لابن قدامة"، ج٩، ص ٥٤٢، ٥٤٣، وجاء فيه "أن الغرة موروثه عن الجنين"، وفي الفقه الزيدي "البحر الزخار" لابن المرتضى، ج٥، ص ٢٥٦، ٢٥٧، وفي فقه

(٢) انظر في ذلك إلى "المبسوط للسرخسي"، ج٢٦، ص ٨٨، "المغني لابن قدامة"، ج٩، ص ٥٤٢، ٥٤٣.

(٣) المحلى لابن حزم الظاهري، ج١١، ص٣٣، ٣٤. حيث جاء فيه "وأما نحن فإن القول عندنا... هو أن الجنين إن تيقن أنه قد تجاوز الحمل به مائة وعشرين ليلة فإن الغرة موروثه لورثته الذين كانوا يرثونه لو خرج حياً فمات على حكم المواريث، وإن لم يوفن أنه تجاوز الحمل مائة وعشرين ليلة فالغرة لأمه فقط".

(٤) انظر في ذلك إلى: في الفقه الحنفي: "بدائع الصنائع" للكاساني، ج٧، ص ٣٢٦، إذ جاء فيه "فأما إذا أُلقت جنينين فإن كانا ميّتين ففي كل واحد منهما غرة، وإن كانا حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما غرة ودية... فإن أُلقت أحدهما ميتاً والآخر حياً ثم مات، فعليه في الميت الغرة وفي الحي الدية".

وفي الفقه المالكي "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للدسوقي، ج٤، ص ٢٦٩. وفي الفقه الشافعي: "مغني المحتاج" للشريبي، ج٤، ص ١٠٤، إذ جاء فيه "ولو أن =

وفي وجوب الكفارة مع الغرة خلاف بين الفقهاء، فمنهم من يرى عدم وجوبها أصلاً مع الغرة (وهم الأحناف والمالكية)، هذا مع مراعاة أنه يندب لدى البعض منهم (وهم الأحناف^(١)) ويستحسن لدى البعض الآخر (وهم المالكية^(٢)) أداؤها، في حين يرى البعض الآخر وجوبها إذا بلغ الجنين أربعة أشهر (الظاهرية^(٣)) والراجح لدى الإمامية^(٤).

ومما ينبغي لفت الانتباه إليه أنه إذا انفصل الجنين حياً - وتؤكد بثبوت ذلك بعلامات دالة عليه كاستهلال ونحوه - وكان قد ولجته الروح ببلوغه أربعة أشهر فأكثر، وثبت موته بسبب الجناية عليه، فعندئذ تجب الدية فيه كاملة^(٥).

= أَلقت جنينين فغرتان... ولو أَلقت ميتاً وحياً واستمر ألم الحي حتى مات فغرة للأول ودية للثاني. وفي الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة، ج ٩، ص ٥٥٤، إذ يقول: "وإذا ضرب بطن امرأة فالقت أجنة ففي كل واحد غرة... وإن أَلقتهم أحياء... ثم ماتوا ففي كل واحد دية كاملة، وإن كان بعضهم حياً فمات وبعضهم ميتاً، ففي الحي دية وفي الميت غرة". وفي الفقه الظاهري: "المحلى" لابن حزم الظاهري، ج ١٢، ص ٣٨٣، إذ جاء فيه "فإن كانا اثنين ففيهما غرتان". وفي الفقه الزيدي: "البحر الزخار" لابن المرتضى، ج ٥، ص ٢٥٧، إذ جاء فيه "وتتعد الغرر بتعدد الجنين".

(١) انظر في ذلك إلى: "تبيين الحقائق" للزيلعي، ج ٦، ص ١٤١، "المبسوط" للسرخسي، ج ٦، ص ٨٨، "مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر" لداماد أفندي، ج ٢، ص ٦٥٠.

(٢) انظر في ذلك: "المدونة الكبرى" للإمام مالك، ج ٦، ص ٤٠٠، حيث جاء فيها "قال مالك: وأنا استحسن أن يكون في الجنين الكفارة"، "بداية المجتهد" لابن رشد، ج ٢، ص ٤١٦، ٤١٧، حيث جاء فيه "واستحسنها مالك ولم يوجبها".

(٣) "المحلى" لابن حزم الظاهري، ج ١١، ص ٢٩، ٣٠، حيث جاء فيه "فصح أن من ضرب حاملاً فأسقطت جنيناً فإن كان قبل الأربعة الأشهر قبل تمامها فلا كفارة في ذلك... وإن كان بعد تمام الأربعة الأشهر فالكفارة واجبة بعق رقبة، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين".

(٤) "الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية" للجبيعي الشهيد الثاني العاملي، ج ٢، ص ٤٤٥، طبعة دار الفكر.

(٥) انظر في ذلك إلى المراجع الآتية: "بدائع الصنائع" للكاساني، ج ٧، ص ٣٢٦، "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للدسوقي، ج ٤، ص ٢٦٩، و"أسهل المدارك شرح =

ويراعي أن القاتل لا يرث شيئاً، ومن ثم إذا أسقطت الأم جنينها أو أسقطه أبوه فلا ميراث لأي منهما، عملاً بحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - "لا يرث القاتل شيئاً"^(١)، وقد نقل ابن قدامة إجماع العلماء على ذلك، فقال: "وإذا شربت الحامل دواء فألقت جنينها، فعليها غرة، لا ترث منها شيئاً، لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في ذلك..."^(٢).

ولا جرم أنه من مظاهر العناية بحق الجنين في الحياة في الشريعة الإسلامية (أو حتى في التشريعات الوضعية)، عدم توقيع عقوبة الإعدام على الأم الحامل حتى تضع حملها، بل وينتظر بعد الوضع والولادة مدة الرضاعة كاملة (أو مدة شهرين فقط من الولادة وفقاً للمادة ٤٧٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري، أو مدة ثلاثة أشهر من الولادة وفقاً للمادة ٣٣٤ عقوبات بحريني)، وكذلك الحال عند تنفيذ حد الرجم، عملاً بالحديث المروي في قصة الغامدية - رضي الله عنها - سالف الذكر^(٣)، وكذلك الحال عند تنفيذ حد الزنا لغير المحصنة أو عند تنفيذ حد القذف، حتى لا يضار الجنين بإيلاام أمه الحامل، فينتظر حتى تلده وتستجمع صحتها وقوتها بعد الولادة.

كما تتجلى معالم تلك العناية والرعاية في إباحة الفطر للحامل في رمضان، عملاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "إن الله - عز وجل - وضع عن المسافر شطر الصلاة والصيام وعن الحامل والمرضع"^(٤)، وذلك حتى يتسنى للحامل من

= إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك " للكشناوي، ج ٣، ص ١٤٢، " الأم " للإمام الشافعي، ج ٦، ص ١٠٨، دار المعرفة بيروت. لبنان، " المغني " لابن قدامة، ج ٩، ص ٥٤٤، " المحلى " لابن حزم الظاهري، ج ١٢، ص ٣٨٣، " البحر الزخار " لابن المرتضى، ج ٥، ص ٢٥٧.

(١) أخرجه البيهقي والدار قطني وأبو داود والنسائي (السنن الكبرى، ج ٦، ص ٢٢٠)، سنن الدار قطني، ج ٤، ص ٢٣٧ نيل الأوطار ٦، ص ٧٥.

(٢) المغني لابن قدامة، ج ٦، ص ٥٥٦، ٥٥٧.

(٣) الحديث سبق تحريجه.

(٤) رواه النسائي في سننه، ج ٤، ص ١٨٠.

خلال تغذيتها ضمان توفير الغذاء اللازم لبناء الجنين، وكفالة المحافظة على حياته وصحته^(١) بل يجب على الحامل أن تفطر إذا تأكد خوفها على الجنين من الصوم، أو قرره لها طبيب مسلم ثقة في طبه ودينه، حتى لا يموت الجنين أو يتعرض للهلاك أو الخطر وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ﴾ فالجنين نفس محرمة لا يجوز التفريط فيها أو ارتكاب ما يؤدي بها إلى الموت^(٢).

رابعاً - جزاء الاعتداء على حق الجنين في الحياة في القانون المدني:

لا جرم أنه عند وقوع أي مظهر من مظاهر الاعتداء على حياة الجنين تنعقد في إطار القانون الوضعي مسؤولية المعتدي مدنياً عن خطئه العقدي أو خطئه التقصيري (بحسب طبيعة مسؤوليته المدنية)، فيلتزم على إثر ذلك بتعويض المضرور عن موت الجنين، هذا المضرور عادة ما يكون والدي الجنين (وذلك حينما يقع الخطأ العقدي أو التقصيري من جانب غيرهما، كطبيب معالج ارتكب خطأً عقدياً أدى إلى إسقاط الجنين، أو شخص ضرب الأم الحامل على بطنها أو ركلها بقدمه فأسقطها على الأرض فأودى بحياة جنينها)، وقد يكون أحد الوالدين (وذلك إذا وقع الخطأ العقدي أو التقصيري من الوالد الآخر كما لو كان الأب طبيباً وتسبب بخطئه العقدي في موت الجنين، أو مارست الأم حركة رياضية عنيفة أدت إلى إسقاط الجنين).

ومن البديهي أنه يلزم لكي تكون مسؤولية المعتدي على حق الجنين في الحياة مسؤولية عقدية *Une responsabilité contractuelle* أن يتوافر هذان الشرطان: أولهما وجود علاقة عقدية صحيحة بين المسؤول (وهو المعتدي على حياة الجنين) وبين المضرور صاحب المصلحة في حياة الجنين، والذي أضرار بموته، وثانيهما أن يكون الاعتداء على حق الجنين في الحياة يمثل إخلالاً

(١) انظر في ذات المعنى إلى: د. مسفر القحطاني - المرجع السابق - ص ٣٤٦.

(٢) أ. د. يوسف القرضاوي "فتاوى معاصرة" ج ١، ص ٣٠٢، الطبعة الثامنة عام ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م، دار القلم للنشر والتوزيع بالكويت والقاهرة.

بالالتزام العقدي الملقى على عاتق المسؤول^(١)، كما لو أهمل الطبيب الذي يجري عملية التلقيح الصناعي الخارجي (جنين الأنابيب) في العناية الواجبة بالنطفة الملقحة داخل الأنبوبة مما أدى إلى فسادها وتلفها، أو تعمد هذا الطبيب إعدام النطفة بعد تلقيحها داخل الأنبوبة لبيعها لإحدى شركات الأدوية لاستعمالها في بعض أدوات ومستحضرات التجميل، أو بيعها لأحد الأطباء لاستعمالها في عمليات التجميل أو زراعة الأعضاء، أو في مجال الأبحاث والتجارب العلمية، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين أو كلاهما كانت مسؤولية المسؤول عند اعتدائه على حياة الجنين مسؤولية تقصيرية Une responsabilité délictuelle.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه لا تقوم مسؤولية المعتدي على حياة الجنين سواء أكانت عقدية أم تقصيرية في مواجهة المضرور من موت الجنين إلا إذا توافرت عناصر هذه المسؤولية ممثلة في ركن الخطأ، وركن الضرر، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر.

وجدير بالملاحظة أن قواعد المسؤولية المدنية بنوعها العقدي والتقصيري ذات نطاق واسع ورحب يتسع لاستيعاب كافة مظاهر وصور الخطأ العقدي والتقصيري، بحيث لا نتصور معها إفلات المرء مرتكب الخطأ من خطئه الضار بغيره، ولذا لم نجد صعوبة تذكر للقول بانعقاد المسؤولية المدنية في مواجهة المعتدي على حق الجنين في الحياة، أيًا كان شخصه، وأيًّا كانت صورة هذا الاعتداء، وذلك نظراً لخضوع هذه المسؤولية أيًّا كانت طبيعتها أو نوعها (أي سواء أكانت عقدية أم تقصيرية) لمبدأ عام مؤداه أن كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم مرتكبه بتعويض ذلك الغير (م ١٦٣ مدني مصري، ١٥٨ مدني بحريني).

وذلك بعكس ما رأينا في إطار المسؤولية الجنائية، حيث يصعب قياس ما ليس بمنصوص عليه من مظاهر الاعتداء على حياة الجنين، على ما هو منصوص عليه من جنس هذه المظاهر، حتى مع اتحادهما في العلة (فلم يستطع تجريم قتل أو إفساد جنين الأنابيب وفقاً للنصوص العقابية الموجودة

(١) انظر في ذلك: مؤلفنا في "مصادر الالتزام" - المرجع السابق -، ص ٢٧٣، ٢٧٤.

الآن وفق ما رأينا سابقاً، نظراً لأن النصوص القانونية القائمة التي تجرم إسقاط الجنين تفترض وجوده في بطن أمه وليس في مرحلة سابقة على ذلك، كما في جنين الأنابيب الذي يكون فيها الجنين كمنطقة ملقحة موجوداً لفترة مؤقتة أثناء عملية التلقيح داخل أنبوبة معدة لذلك، مما يتصور معه إفلات الجاني من العقاب حتى وإن تعمد قتل هذه النطفة المخصبة)، وذلك مرده إلى خضوع المسؤولية الجنائية لمبدأ دستوري وقانوني مفاده أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وبالتالي لا يتصور قيام المسؤولية الجنائية إلا إذا كنا بصدد فعل يعده القانون جريمة بصورة حرفية، كما لا توقع بشأنه إلا العقوبة المنصوص عليها قانوناً لذلك الفعل.

بيد أنه يعاب على بعض القوانين أنها تسمح للأم الحامل بالتخلص من الحمل خلال مدة معينة دون مبرر معقول لهذا التصرف، فتتجو بذلك من كافة مظاهر المؤاخذه جنائياً ومدنياً على حد سواء، مثال ذلك القانون الفرنسي الصادر في ١٧ يناير عام ١٩٧٥م، والذي يرخص للمرأة في اتخاذ قرار تنهي به حملها بإرادتها المنفردة، دون معقب عليها في ذلك من أي شخص أو جهة طبية معينة، بل ولو كان ذلك على غير رغبة من زوجها، متى تم ذلك خلال مدة معينة (هي العشرة أسابيع الأولى من الحمل، ثم عدلت هذه المدة بوجوب وقوع إنهاء الحمل قبل نهاية الأسبوع الثاني عشر من بداية الحمل، وذلك بالقانون رقم ٥٨٨/٢٠٠١م والصادر في ٤ يوليو عام ٢٠٠١م، والمعدل بالمادة ٢١٢/١ من تقنين الصحة العامة الفرنسي)، شريطة أن يجري ذلك في مركز صحي مرخص له بذلك تحت إشراف طبيب أخصائي^(١).

وأعتقد من جانبي أن هذا القانون لا يسلم من أوجه الانتقاد الآتية:

١ - أنه يسمح بالاعتداء على حق الجنين دون مبرر يستوجب ذلك من خطر على

(١) انظر في ذلك إلى: أ. د. ثروت عبد الحميد "مدى المسؤولية عن الخطأ في اكتشاف تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية" بحث مقدم في مؤتمر "الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بالعين" بالإمارات، المجلد الثالث، ص ١٠٨٢، عام ٢٠٠٢م.

حياة الأم أو صحتها، لمجرد أن الأم لا ترغب في هذا الجنين فيرخص لها في التخلص منه خلال فترة معينة ولو انعدمت لديها أسباب هذا القرار، وهذا لا يخلو من الإفراط الممقوت في منح الرخصة.

٢ - أنه يؤدي إلى حرمان المجتمع من حقه في التكاثر والتزايد البشري اللازم لبقاء النوع الإنساني دون مقتضى يحتم ذلك، وهذا حق جدير بالاحترام، لا ينبغي النيل منه بالترخيص للأم أو حتى للوالدين بالإنتهاء الاختياري للحمل إلا لضرورة علاجية أو صحية للأم.

٣ - يتولد عن وجود مثل هذا القانون إهدار كل حق للزوج على هذا الجنين الذي يمثل علمياً قطعة منه (وقد أثبت العلم أن الحيوان المنوي هو عصاره كل جزء من أجزاء جسم الإنسان، ولذلك يجد أكثر الجماع وجعاً في جسمه كله وليس في بعضه فقط)، من خلال الترخيص للزوجة بقرار منفرد من جانبها في أن تتخلص من هذا الجنين دون اتفاق مسبق مع الزوج أو حتى استئذانه في ذلك، بل ولها أن تنفذ قرارها ولو على غير رغبة من زوجها. ولا شك أن هذا حكم جائر جوراً واضحاً، وتزداد حدة جوره وظلمه حينما تعمد الزوجة في كل حمل لها إلى إنتهائه خلال المدة المسموح خلالها بالإنتهاء الاختياري للحمل، فتحرم بذلك زوجها من حقه في أن يصير أباً رغم قدرته على السبب المؤدي إلى ذلك، وهذا له خطورته الكبيرة على الأزواج بل على المجتمع نفسه، إذا ما اتسعت دائرة استعمال الحوامل لهذه الرخصة^(١).

كما أنه يتنافى مع مقتضى العقل والمنطق اللذين يوجبان إذا ما أريد الإنصاف في منح رخصة بشأن جنين تكون (من حيث السببية المؤدية إلى خلق الجنين) من نطفتي الزوجين - وهذا أصلاً ما لا نجيزه ولا نقبله لما ينطوي عليه من اعتداء صارخ على مخلوق من خلق الله - عز وجل - دون

(١) ولقد انتقد بعض الفقه الفرنسي هذه الرخصة الممنوحة للمرأة وحدها، وذلك على أساس أن الجنين كائن مشترك بين الرجل والمرأة، وليس للمرأة حق في الانفراد وحدها في تقرير مصيره دون الرجل.

عذر مبيح لمثل هذا الاعتداء - أن يكون لهما معاً قرار التخلص منه، ولا ينبغي أن يقصر على الزوجة وحدها، لإخلاله بمبدأ المساواة بين الزوجين في أمر يتصل بحياتهما المشتركة^(١).

٤ - وأخيراً فإن هذا لا يسلم من مظاهر الاعتداء - دون ضرورة ملجئة - على حق الله - عز وجل - في كائن حي جعله الله بذرة للإنسان وبداية لوجوده، بل هو في الحقيقة إنسان مصغر ما يلبث مع مرور الوقت أن يكبر وينمو شيئاً فشيئاً فتتکامل أجزاؤه وأعضاؤه، أو هو إنسان بحكم المال، وهذا المخلوق الإنساني لا ينبغي أن يرخص لأحد - ولو خلال الأسابيع الأثني عشر الأولى من بداية حمله - ولو كانت أمه أو حتى والديه اللذين كانا سبباً في إيجاده ونشأته، فمثل هذه السببية التي شاء الله أن يجعلها بحوله وطوله السبب الظاهر في الإيجاد والخلق، لا تكسب الأم أو الأب أو كليهما حقاً في إنهاء حياة الجنين لمجرد عدم الرغبة في استقباله كجنين للتخلص من أعباء حمله وولادته بالنسبة للأم، أو من تبعات ما بعد الولادة على الأب والأم من إنفاق ورعاية - من وجهة نظر الغربيين^(٢)، وصدق الله العظيم إذ يحاجج

(١) لأننا كمسلمين نؤمن يقيناً أننا لا نرزق أنفسنا حتى نخشى رزق أولادنا، فالله هو الرزاق المتين، وسبحانه القائل جل في علاه: ﴿وَلَا تَقْنَلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ مَخْنُ نَزْفِكُمْ وَإِيَّاهُمْ...﴾ (الآية رقم ١٥١ من سورة الأنعام)، وقوله تعالى ﴿وَمَا مِنْ دَابَّةٍ فِي الْأَرْضِ إِلَّا عَلَى اللَّهِ رِزْقُهَا وَيَعْلَمُ مُسْتَقَرَّهَا وَمُسْتَوْدَعَهَا كُلٌّ فِي كِتَابٍ مُبِينٍ﴾ (الآية رقم ٦ من سورة هود)، ويقول أيضاً ﴿وَكَأَيِّنْ مِنْ دَابَّةٍ لَا تَحْمِلُ رِزْقَهَا اللَّهُ يَرْزُقُهَا وَإِيَّاكُمْ وَهُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ﴾ (الآية رقم ٦٠ من سورة العنكبوت).

(٢) وقد حاول أحد الأزواج في فرنسا مقاضاة أحد المستشفيات العامة التي أجريت لزوجته عملية الإجهاض وفقاً لنظام الإنهاء الاختياري للحمل المقرر للمرأة الحامل، على أساس أن المستشفى قد ارتكبت في حقه خطأً ألحق به ضرراً حينما أجرت عملية الإسقاط دون أن تكون حالة المريض الصحية تستدعي ذلك، لكن مجلس الدولة الفرنسي رفض دعواه على أساس أن إنهاء زوجته لحملها خلال المدة المسموح فيها بإجرائه أمر شخصي تقدره الزوجة بإرادتها المنفردة دون إبداء أسباب لذلك، وليس لإدارة المستشفى مناقشتها في اختيارها في هذا الخصوص.

جميع خلقه ممن يدعون أن لهم حقاً على الأجنة منذ خلقها الله - عز وجل -
قائلاً لهم: ﴿أَفَرَأَيْتُمْ مَا تُمْنُونَ﴾ ٥٨ ﴿أَتَسْتَرْخَلُونَهُ﴾ أَمْ نَحْنُ الْخَالِقُونَ ﴿١﴾.

خامساً - متى يرخص في الاعتداء على حق الجنين في الحياة:

يرخص فقهاء المسلمين القدامى ومنهم والمحدثون في إسقاط الجنين إنقاذاً لحياة أمه (متى ثبت طبيياً أن بقاءه في بطن أمه مؤد إلى هلاكها) أو درءاً لخطر شديد محقق بصحتها (كما لو كانت الأم مريضة بمرض مزمن خطير يخشى معه على صحتها مع وجود الحمل، كأمراض الكلى المزمنة وأمراض القلب، وأكد الأطباء على خطورة الحمل على صحتها)، سواء أكان هذا الحمل في بداية تكوينه أم في مراحل الوسطى أم حتى بعد نفخ الروح فيه، وذلك على أساس أنه الفرع وأمّه أصل له، ولا ينبغي أن يضحى بالأصل إبقاء على الفرع، بل العكس هو الصحيح، ومن ناحية أخرى فإن الأم سبب في وجود الجنين، ولا ينبغي أن يكون الجنين سبباً في هلاك من كان سبباً في وجوده، كما أن موت الجنين أخف ضرراً من موت الأم، لأن حياتها محققة، في حين أن تنعم الجنين بالحياة خارج الرحم أمر ظني، فقد يخرج حياً وقد يخرج ميتاً، ومن ثم تبقى حياته بعد خروجه من الرحم - حتى مع غلبة الظن في تحققها - أمراً ظنياً غير مؤكداً، ولا يجوز التضحية بالمحقق حفاظاً وإبقاء على الظني المحتمل.

وفي ذلك المعنى يقول فضيلة الإمام الشيخ محمود شلتوت: "إذا ثبت من طريق موثوق به أن بقاءه بعد تحقق حياته هكذا (أي بعد نفخ الروح فيه) يؤدي لا محالة إلى موت الأم، فإن الشريعة الإسلامية بقواعدها العامة تأمر بارتكاب أخف الضررين، فإذا كان في بقاءه موت للأم، وكان لا منقذ لها سوى إسقاطه،

= Conseil d'état français.31 oct. 1981. p:38. et-j-c.p-1981-11-p:1973.Conseil d'état français.31 oct. 1981. p:38. et-j-c.p-1981-11-p:1973.

مشار إليه لدى: أ. د. ثروت عبد الحميد - المرجع السابق - المجلد الثالث عن مؤتمر "الهندسة الوراثية بين الوراثة والقانون" سالف الذكر، هامش ٢، ص ١٠٩٦.

(١) الأيتان ٥٨، ٥٩ من سورة الواقعة.

كان إسقاطه في تلك الحالة متعيناً، ولا يضحى بها في سبيل إنقاذه، لأنها أصله، وقد استقرت حياتها، ولها حظ مستقل في الحياة، ولها حقوق وعليها واجبات، وهي بعد هذا عماد الأسرة وليس من المعقول أن نضحى بها في سبيل الحياة لجنين لم تستقل حياته، ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات" (١).

كما يقول في ذلك أيضاً فضيلة الإمام شيخ الأزهر الشريف سابقاً المرحوم الشيخ جاد الحق علي جاد الحق: "إذا كان الحمل قد نفخت فيه الروح وصارت له ذاتية الإنسان وحقوقه الضرورية، صار من النفس التي حرم قتلها في صريح القرآن الكريم في آيات كثيرة، منها قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ (٢)، وبهذا الاعتبار ومتى أخذ الجنين خصائص الإنسان صار نفساً من الأنفس التي حرم الله قتلها، حرم قتله بالإجهاض بأية وسيلة من الوسائل المؤدية إلى نزوله من بطن أمه قبل تمام دورته الرحمية؛ إلا إذا دعت ضرورة لهذا الإجهاض، كما إذا كانت المرأة عسرة الولادة وقرر الأطباء المختصون أن بقاء الحمل ضار بها (٣)، فعندئذ يباح

(١) الفتاوى للإمام الأكبر محمود شلتوت "دراسة لمشكلات المسلم المعاصر في حياته اليومية العامة"، ص ٢٩٠، ط ١٨ عام ٢٠٠١ م. دار الشروق.

(٢) الآية رقم ١٥١ من سورة الأنعام.

(٣) ولا ينبغي أن يفهم من عبارة "عسرة الولادة" الواردة في فتوى شيخ الأزهر أن مجرد احتمال تعرض الأم للولادة القيصرية يعد عذراً مرخصاً لإسقاط الجنين كما تصور البعض (حيث يقول الدكتور/ عبد الفتاح محمود أدریس في مؤلفه سالف الذكر في صفحة رقم ٦٨، ما هو نصه "ولست أتفق مع فضيلة الإمام الأكبر الشيخ جاد الحق فيما مثل به من اعتبار عسر الولادة الطبيعية ضرورة تحتم الإجهاض وهو والله الحمد من معاصري زماننا الذي ابتكرت فيه طريقة الولادة بفتح الرحم جراحياً "الولادة القيصرية" والتي يعتبرها بعض المتخصصين أيسر على الحامل وأخفظ على المولود من الولادة الطبيعية مما لا يعد معه مجال للقول بأن ثمة ولادة عسرة، ومن ثم فلا يعد عسر الولادة - إن كان متصوراً في زماننا - حالة ضرورة أو حاجة تبيح الإجهاض أو توجبها، ذلك أن مضمون الفتوى في مجمله لا يؤدي إلى مثل هذا الفهم وإن كان ظاهر العبارة المستعملة "عسر الولادة" يسانده، بل إن الذي يتفق مع =

الإجهاض بل إنه يصير واجباً حتماً إذا كان يتوقف عليه حياة الأم عملاً بقاعدة يزال الضرر الأشد بالضرر الأخف، وبعبارة أخرى إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما. ولهذه القاعدة أمثلة كثيرة أوردها الفقهاء، ولا شك أنه إذا دار الأمر بين موت الأم الحامل بسبب الحمل وبين موت هذا الحمل وإسقاطه، كان الأولى بقاء الأم لأنها الأصل، ولا يضحى بها في سبيل إنقاذ حياته، بل هو في الجملة كعضو من أعضائها، وقد أباح الفقهاء قطع العضو المتآكل أو المريض بمرض لا شفاء منه حماية لباقي الجسم^(١).

وتتجه معظم التشريعات الوضعية إلى إجازة إنهاء الحمل في أي مرحلة من مراحلها متى كان الحمل مهدداً لحياة الأم بالزوال أو لصحتها بالضرر الجسيم^(٢)، سواء بإيراد نصوص قانونية خاصة تقرر ذلك (مثال ذلك ما نصت

= فحوى الفتوى ومضمونها أن لفظ العسرة في الولادة لا يعني الظاهر منه لأول وهلة وهو الانتقال من الولادة الطبيعية إلى الولادة القيصرية - حسب اعتقادي - بل يقصد منه خطورة الحمل على حياة الأم وخطورة الولادة أيضاً ولو كانت ولادة طبيعية، كما لو كانت الأم مريضة بمرض خطير مزمن يخشى على حياتها - وفق رأي الأطباء الثقات - مع وجود الحمل والولادة، لا سيما وأن الإمام شيخ الأزهر لم يكن في عصر تشكل فيه الولادة القيصرية خطورة على حياة الأم - كما يقول صاحب الرأي منتقد الفتوى - وهذا يؤكد سلامة استنتاجنا لمراد الشيخ من فتواه، ثم على فرض أن الإمام قصد من العبارة المنتقدة حقيقة المستفاد من ظاهر لفظها وعبارتها، فما المانع من أن تكون عسرة الولادة خطراً على حياة الأم مما يرخص في إسقاط الحمل ولو كانت طبيعية، كما لو كانت الأم مريضة بمرض مزمن في القلب وأكد الأطباء خطورة الحمل والولادة عليها، وأن حياتها مهددة بالزوال إذا ما استمر حملها، أو جاءت آلام الوضع والولادة وتعذر تخديرها بسبب مرضها لما يؤدي إليه من هلاك محقق تجنباً لمخاطر هذه الولادة، ألا تكون هذه العسرة أو تلك الخطورة عندئذ عنراً مبيحاً للإجهاض، على أن يراعى أن الضرورة تقدر بقدرها. هذا والله أعلى وأعلم.

(١) انظر إلى الفتاوى الإسلامية، ج ٩، ص ٢٠٩٩. وهذه الفتوى صادرة عن دار الإفتاء المصرية للشيخ جاد الحق علي جاد الحق في ٤/١٢/١٩٨٠م.

(٢) وإذا كان رأي غالبية الفقهاء أن مدلول صحة الأم في هذا المقام يقتصر على الصحة الجسدية دون الصحة النفسية درءاً للتحليل على حالات الإجهاض المرفق به، =

عليه المادة ٢٤ من نظام مزاوله المهنة - أي مهنة الطب - في المملكة العربية السعودية الصادر في ٢١/٢/١٤٠٩هـ من أنه: "يحظر على الطبيب إجهاض امرأة حامل إلا إذا اقتضت ذلك ضرورة إنقاذ حياتها، ومع ذلك يجوز الإجهاض إذا لم يكن الحمل قد أتم أربعة أشهر، وثبت بصورة أكيدة أن استمرار الحمل يهدد صحة الأم بضرر جسيم، ويتم إثبات هذا الأمر بقرار من لجنة طبية تشكل طبقاً للشروط والأوضاع التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا النظام"، وما نصت عليها المادة ١٦٢ من قانون الصحة الفرنسي، وقانون الخصوبة البشرية وعلم الأجنة في إنجلترا الصادر في عام ١٩٩٠، والمادة ٢١٤ من قانون العقوبات التونسي) أو من خلال إدراج ذلك في ظلال حالة الضرورة المنصوص عليها في التشريعات العقابية كسبب معف من العقاب (كنص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري)^(١).

ولا يجوز في غير الحالتين السابقتين الترخيص بإجهاض الحمل، ومن ثم لا يجوز السماح بإسقاط الحمل بقصد التستر على الفاحشة، ذلك أن الرخص لا تناط بالمعاصي، وفي ذلك يقول الإمام القرافي: "فأما المعاصي فلا تكون أسباباً للرخص، ولذلك العاصي بسفره لا يقصر ولا يفطر، لأن سبب هذين السفر وهو في هذه الصورة معصية، فلا يناسب الرخصة، لأن ترتيب الترخيص على المعصية سعي في تكثير تلك المعصية بالتوسعة على المكلف بسببها"^(٢)، كما أنه لا يخلو من الظلم لكائن مستقل لا ذنب له وهو الجنين بتحميله جريمة أمه،

= لا سيما مع مرونة وعدم انضباط مفهوم الصحة النفسية، إلا أن بعض التشريعات اتجهت صراحة إلى التسوية بين هذين النوعين من صحة الأم الحامل، بحيث يرفض أن يرخص في الإجهاض إذا كان الحمل مهدداً بخطر جسيم يقع بأي من التاحيتين الجسدية أو النفسية على السواء، مثال ذلك المادة ٢١٤ من قانون العقوبات التونسي، وقانون الخصوبة البشرية علم الأجنة في إنجلترا الصادر في عام ١٩٩٠م (انظر في ذلك إلى: د. منال مروان منجد - المرجع السابق - ص ١١٦، ١١٧).

(١) انظر في المعنى نفسه: د. منال مروان منجد - المرجع السابق - ص ١١٦-١١٨.

(٢) "الفروق" للإمام القرافي، ج ٢، ص ٣٣.

وهذا ينافي قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُزْرُ وَأَزْرُهُ وَزَرَّ أُخْرَىٰ﴾^(١)، كما أن ذلك لا يخلو من أثر سيئ في التشجيع على الفاحشة مادام رخص في الإجهاض الناشئ عنه للتستر على الجريمة^(٢)، وقد أقام رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الحد على الغامدية التي جاءت معترفة بالزنا وألزمها بالانتظار حتى تلد رعاية لحق الجنين في الحياة، ولم يباح إجهاض حملها بقصد التستر عليها.

ولا يتغير الحكم حتى وإن وقعت الفاحشة كرهاً عن المرأة (أي بطريق الاغتصاب) وذلك لما في الإجهاض في هذه الحالة أيضاً من اعتداء على كائن حي لا نذب له، وإن كان من الفقهاء المحدثين من يرخص في الإسقاط في هذه الحالة معتبراً أن الاغتصاب عذر مباح له، دفعاً للعار عن المرأة لا سيما وأنها مكروهة على الفاحشة، على أن تراعى في ذلك مظاهر التثبث من وجود حالة الاغتصاب، وبالتأكد من سلامة الأم عند إجهاضها، فضلاً عن إجرائه سريعاً قبل نفخ الروح في الجنين^(٣).

كما لا يرخص في الإجهاض أيضاً لمجرد احتمال إصابة الجنين بالإيدز (نقص المناعة البشرية) من أمه، على الرغم من مخاطر هذا المرض الخطير، وذلك لأنه ليس يقيناً أن ينتقل المرض إليه، فقد ينتقل وقد لا ينتقل، وهذا أمر ظني حتى وإن رجحت نسبة انتقاله، ولا ينبغي أن يضحى بالجنين لمجرد الظن، ومن ناحية أخرى حتى ولو فرضنا انتقال المرض إليه حتماً فإنه توجد مصلحة في الإبقاء عليه أملاً في علاجه، حيث يتوقع مع سرعة عجلة التطور والتقدم في

(١) الآية رقم ١٥ من سورة الإسراء.

(٢) انظر في هذا المعنى على كل من: أ. د. عبد الفتاح محمود إدريس - المرجع السابق - ص ٣٧، ٣٨، د. مسفر ابن علي بن محمد القحطاني "إجهاض الجنين المشوه" بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، المجلد الأول، ص ٣٥٦ وما بعدها.

(٣) انظر في ذلك إلى: "التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي" للمستشار عبد القادر عودة، ج ١، ص ٤٧٣، طبعة رقم ١٤ عام ١٩٩٧م، مؤسسة الرسالة بيروت. لبنان.

مهنة الطب إيجاد علاج نافع له في المستقبل، لا سيما وأن الواقع يصدق ذلك الظن ويؤيده، فكم من أمراض كانت من غير المتصور وجود علاجات لها، ثم منَّ الله على العلماء بالاهتداء إلى الأدوية المعالجة لها^(١)، وصدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - حيث يقول: "تداووا فإن الله - عز وجل - لم يضع داء إلا وضع له دواء غير داء الهرم"^(٢).

كما لا يجوز التذرع بتشوه الجنين كعذر مبيح لإسقاط الجنين، في أي مرحلة من مراحل الجنين، لأنه لا يرقى إلى مرتبة الضرورة التي ترخص في الاعتداء على حق الجنين في الحياة، هذا بالإضافة إلى أنه يمكن مع تقدم العلم وتطوره المتلاحق اكتشاف علاج لإصلاح بعض التشوهات، لا سيما وأنها عادة ما تكون من رحمة الله - تعالى - تشوهات بسيطة يسهل التأقلم معها، وليس ثمة خطورة من ورائها على الجنين المشوه بعد ولادته أو على أحد الأفراد المحيطين به^(٣)، وإن كان من الفقهاء من يرى جواز إسقاط الجنين المشوه متى ثبت يقيناً وجود هذا التشوه وكان تشوهاً خطيراً لا بسيطاً، وكان الإسقاط قبل نفخ الروح في الجنين^(٤).

- (١) انظر في ذلك إلى: أ. د. عبد الفتاح إدريس، ص ٥٤، ٥٥، د. مسفر القحطاني - المرجع السابق - ص ٣٦٩، ٣٧٠.
- (٢) سنن الترمذي، ج ٤، رقم الحديث ٢٠٣٨، ص ٣٣٥، ٣٣٦، سنن أبي داود، المجلد الثاني، ج ٤، رقم الحديث ٣٨٥٥، ص ٣ وسنن ابن ماجه، ج ٢، رقم الحديث ٣٤٣٦، ص ١١٣٧.
- (٣) انظر في المعنى نفسه: د. مصباح المتولي السيد حماد "حكم الإجهاض وما يثار حوله من أقوال بعض المعاصرين" دراسة فقهية مقارنة، ص ٢٩٤، الطبعة الأولى عام ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، أ. د. عبد الفتاح إدريس - المرجع السابق ص ٥٨، ٥٩.
- (٤) انظر في ذلك إلى: أ. د. يوسف القرضاوي "فتاوى معاصرة" ج ٢، ص ٥٤٨، طعام ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، دار القلم للنشر والتوزيع بالكويت وبالقاهرة، أ. د. هلالى عبد اللاه أحمد "الحماية الجنائية لحق الطفل في الحياة" ص ٢٣، "حقوق الطفولة في الشريعة الإسلامية"، ص ٤٩١، د. مسفر القحطاني - المرجع السابق - ص ٣٦٥، ٣٦٦.

ولا يصلح عذراً مبيحاً لإسقاط الجنين مجرد الرغبة في تحديد النسل أو الخوف على الرضيع من زوال لبن الرضاعة أو نقصانه أو ضعف قيمته الغذائية بسبب الحمل، وذلك لأن السبب الأول يصلح عذراً للعزل لمنع حدوث الحمل، لا لوأده وقتله بعد حدوثه، ولذا جاء قرار مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة مقررًا لذلك المعنى: "إن الإجهاض بقصد تحديد النسل أو استعمال الوسائل التي تؤدي إلى العقم لهذا الغرض أمر لا يجوز ممارسته شرعاً للزوجين أو غيرهم"^(١)، كما أن الخوف على الرضيع من الحمل الجديد (والذي كان يدعو بعض العلماء قديماً إلى اعتباره عذراً مبيحاً لإجهاض الجنين قبل نفخ الروح فيه)^(٢) بحيث يخشى معه على الرضيع من الهلاك أو الضياع) لم يعد قائماً الآن في العصر الحديث، لا سيما بعد تنوع البدائل الصناعية من منتجات الألبان، مع كفاءتها وقدرتها في نفس الوقت في الحفاظ على حياة الرضيع ونموه نمواً طبيعياً خال إلى حد ما من مخاطر جسيمة محققة قد تحيق بالجنين من جرائها.

وأخيراً لا يرخص مطلقاً بأي حال من الأحوال في الإجهاض بسبب الفقر، لأن أحدا لا يرزق أحدا إنما الله هو الرزاق ذو القوة المتين، الذي يرزق كل أحد، وقد حرم الله - عز وجل - قتل الوالد لولده (ذكراً كان أو أنثى) مخافة الرزق، فقال عز من قائل: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ﴾^(٣)، وقال أيضاً: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾

(١) مشار إليه لدى د/ مسفر القحطاني - المرجع السابق - ص ٣٥٦.

(٢) فقد رخص بعض علماء الأحناف في جواز إجهاض الحمل قبل نفخ الروح فيه حتى لا ينقطع لبن المرضع وليس لأبي الطفل المرضع ما يستأجر به ظئراً ترضعه وخاف عليه من الهلاك (حاشية ابن عابدين ج ١، ص ٢٠١، ج ٥، ص ٢٧٦، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦هـ، طبعة دار الفكر بيروت، لبنان. ولعل لهذه الفتوى مبررها وقت صدورها حيث لم تكن آنذاك بدائل صناعية من منتجات الألبان المعروفة حالياً، وأعتقد أنه لو وجد صاحب الفتوى في عصرنا ما رخص في الإسقاط بسبب الخوف على الرضيع، وقد زال هذا الخوف بسبب وجود منتجات الألبان أو على الأقل تضاعف حجمه وتوارى بصورة تنأى عن أن يكون عذراً مبيحاً للإسقاط.

(٣) الآية رقم ١٥١ من سورة الأنعام.

إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْئًا كَبِيرًا^(١)، كما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قال: سألت النبي - صلى الله عليه وسلم - أي الذنب أعظم عند الله؟ قال: "أن تجعل لله نداً وهو خلقك"، قلت: إن ذلك لعظيم، قلت ثم أي؟ قال: "ثم إن تقتل ولدك تخاف أن يطعم معك" قلت ثم أي. قال: "ثم أن تزاني بحليلة جارك"^(٢).

(١) الآية رقم ٣١ من سورة الإسراء.

(٢) رواه البخاري في صحيحه وأحمد في مسنده، انظر إلى "فتح الباري شرح صحيح البخاري" لابن حجر العسقلاني، ج١٣، رقم الحديث ٧٥٢٠، ص ٤٩١، ومسند الإمام أحمد بن حنبل، ج١، ص ٣٨٠، ٤٣١، ٤٣٤، ٤٦٤.

المبحث الثاني

حق الجنين في النمو بصورة طبيعية وسليمة داخل الرحم

لا جرم أنه مما يتكامل مع حق الجنين في الحياة - والذي سبق عرضه آنفاً - أن يعترف لهذا الجنين بحقه في النمو داخل الرحم ليتابع أطواره ومراحل بصورة طبيعية وبشكل آمن، ولبلوغ تلك الغاية فإنه من اللازم فرض التزامات إيجابية وسلبية لإيجاد الأجواء الملائمة لسلامة الجنين خلال مراحل نموه المختلفة إلى أن يخرج من الرحم بشراً سوياً.

ذلك أن الجنين خلق مصون من خلق الله - عز وجل - لا يحل المساس به أو الاعتداء على حقه في الحياة أو حقه في النمو داخل الرحم (سواء أكان موجوداً بالرحم ابتداء كما هو الحال في التلقيح المباشر أو الطبيعي، وفي التلقيح الصناعي الداخلي، أم وجد فيه انتهاء بعد تمام تلقيحه خارج الرحم كما هو الحال في التلقيح الصناعي الخارجي أو ما يسمى بجنين الأنابيب) إلا لضرورة ملحة لإنقاذ حياة الأم أو صحتها (على أن تقدر الضرورة بقدرها)، كما أنه أمانة الله - عز وجل - لوالديه أودعها في رحم أمه وعهد إليهما بحسن رعايته والعناية به من خلال توفير كافة صور الأجواء الصحية والنفسية اللازمة لنموه نمواً صحيحاً آمناً خالياً من مظاهر الإفساد أو الإعاقة التي تنال من سلامة هذا النمو، وأوجب عليهما وعلى غيرهما عدم إتيان أي تصرف إيجابي أو سلبي يضر بالجنين في نموه أو يعوقه في تكوينه داخل الرحم أو خارجه كالطبيب وغيره ممن قد تتاح لهم فرص الاحتكاك بالجنين بشكل مباشر^(١) أو غير مباشر^(٢).

(١) لقد أتاح التقدم العلمي المذهل في مجال الطب فرصة الاحتكاك المباشر بالجنين من خلال وسائل فحص الأجنة للكشف عن التشوهات الجينية أو التشوهات الخلقية (يكسر الخاء وسكون اللام)، كفحص الجنين عن طريق الفحص بالموجات فوق الصوتية، أو عن طريق تحليل السائل الأمنيوسي أو فحص عينة من المشيمة وما قد يحف هذا الاحتكاك من مخاطر قد تضر بالجنين أو تعوق نموه بصورة صحيحة وأمنة، ومسؤولية المتسبب عن هذه الأضرار التي أصابت الجنين لتعويض والدي الجنين، بل وتعويض الجنين أيضاً لجبر الأضرار التي حدثت له.

(٢) فقد يحدث أن يضار الجنين بصورة غير مباشرة على إثر الإضرار بالأم الحامل، =

المطلب الأول الالتزام بفحص الجنين بشكل دوري للتأكد من صحته وسلامة نموه

لا جرم أنه إذا كانت جميع أعضاء الجنين تعمل بصورة جيدة، فإن هذا يدل على أن الجنين ينمو داخل الرحم نمواً طبيعياً، في حين أنه إذا كانت تحركات الجنين داخل الرحم مقيدة أو قليلة - ويحدث هذا في حالات نادرة إذا كانت كمية السائل الأمنيوسي المحيطة بالجنين^(١) أقل من الكمية الطبيعية -

= سواء وقع الإضرار عليها من قبل الطبيب المعالج لها أو من قبل زوجها أو من قبل أي شخص آخر ارتكب في مواجهة الأم الحامل سلوكاً غير مشروع أضرب بها، ثم ارتد أثره على الجنين فأضر ببنائه الجسدي أو النفسي، متى كان هذا الضرر محقق الوقوع وكان نتيجة طبيعية للسلوك غير المشروع الصادر عن شخص المسؤول، سواء أكان هذا السلوك غير المشروع يصدق عليه وصف الخطأ العقدي فانهقدت بسببه المسؤولية العقدية أم كان خطأ تقصيرياً - لكونه منبت الصلة عن العقد أو لانعدام وجود العقد الصحيح بين المسؤول والمضرر - فانهقدت على إثره المسؤولية التقصيرية.

فمثلاً إذا أعطى الطبيب المعالج للأم الحامل دواء Thalidomide (وهو دواء يستعمل لعلاج القيء) خطأً فيما بين الأسبوع الخامس والأسبوع التاسع من بداية الحمل، فأصيب الجنين على إثر ذلك بتشوه خلقي، كان هذا الطبيب مسؤولاً مسؤولية عقدية عن هذا التشوه، وصار ملتزماً بتعويض الوالدين عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بهما من جراء ذلك، ذلك أنه من الناحية العلمية يوجد احتمال كبير عند إعطاء الأم مثل هذا الدواء خلال هذه الفترة الزمنية من الحمل أن يصاب الجنين بتشوه خلقي، كأن يكون له كفان من غير ذراعين أو قدمان من غير ساقين، وقد يصاب بانسطار العمود الفقري، أي عدم اكتمال نموه (انظر في ذلك إلى كتاب طبي بعنوان "كيف أتأكد من صحة جنيني" تأليف لاكلان دي كرسبني، وراندا دريدج، ترجمه بتصريف د. أحمد بن محمد مكي الكردي، ص ٢٠، الطبعة الأولى عام ١٤١٨هـ-١٩٩٨م، الناشر: مكتبة العبيكان، الرياض. السعودية).

(١) ومما تجدر الإشارة إليه أنه في الأسبوع الثامن أو التاسع تبدأ كليتا الجنين في إنتاج السائل الأمنيوسي، ثم يقوم الجنين بابتلاعه وامتصاصه من خلال الأمعاء الدقيقة ثم تكريهه من خلال الكليتين وتفريغها من خلال المثانة مشكلاً بذلك دورة مائية تتغير =

فإنه قد يؤثر بصورة كبيرة في نمو عضلات الجنين^(١).

ويمكن للطبيب المعالج التعرف على الحالة الصحية للجنين للتأكد من سلامته وعدم وجود أي تشوهات خلقية أو أمراض وراثية به عن طريق إحدى هذه الوسائل الآتية:

أولاً - الفحص بجهاز الأشعة الصوتية: بداية ينبغي التنويه إلى استقرار رأي الأطباء على أن أفضل وقت لفحص المرأة الحامل بجهاز الأشعة الصوتية يكون في الأسبوع الثامن عشر، حيث يسهل ذلك على الطبيب مهمته في تحقيق الأهداف المرجوة من هذا الفحص، والتي تتمثل في الآتي^(٢):

- ١ - تحديد عمر الجنين ومعرفة تاريخ ولادته: وتتجلى أهمية هذا الأمر إذا تعذر على الحامل معرفة تاريخ آخر دورة شهرية لها، حيث يعتمد الطبيب المعالج على معرفة هذا العمر للتغلب على كثير من مشاكل وتعقيدات الحمل والولادة.
- ٢ - معرفة عدد الأجنة داخل الرحم: الأمر الذي يسهم في تجنب ما كان يحدث قديماً من مخاطر لهذه الأجنة بسبب الاكتشاف المتأخر لها عند الولادة.
- ٣ - تحديد موقع المشيمة: ذلك أنه إذا وجدت المشيمة أسفل الرحم قد يحدث ذلك نزيفاً في أواخر الحمل مما يتطلب لتفاديه إخضاع الحامل للملاحظة والعلاج على إثر ذلك.
- ٤ - اكتشاف التشوهات الخلقية للجنين^(٣): على أن يراعى أن جهاز الأشعة

= تغيراً كاملاً مرة كل أربع وعشرين ساعة، وتبلغ كمية هذا السائل في الأسبوع السادس حوالي ملي لتراً واحداً، ثم تزداد في الأسبوع العاشر لتصل إلى أربعة وثلاثين ملي لتراً، وتزداد في الأسبوع السادس عشر إلى مائتين ملي لتر (د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٩).

(١) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٩.

(٢) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٣٦ وما بعدها.

(٣) ولقد أثبتت الأبحاث والدراسات العلمية أن التشوهات الخلقية في الأجنة ترجع إلى =

الصوتية لا يكشف إلا التشوهات الخلقية التي تظهر من مجرد مطالعة المظاهر الخارجية لأعضاء الجنين، ولذلك نجد أن هذا الجهاز يوضح مثلاً أن تركيبات مخ الجنين تبدو طبيعية، لكن لا يستطيع معرفة ما به من قصور ذهني، هذا بالإضافة إلى أن وضع الجنين في اتجاه معين يساعد أو يعيق في اكتشاف التشوهات الخلقية، فمثلاً إذا كان الجنين متجهاً إلى بطن أمه يمكن معرفة ما يعانيه الجنين من تشوهات خلقية في القلب أو معاناته من الشفافة المشقوقة أو المتفلجة، في حين يتعذر اكتشاف ذلك إذا كان الجنين متجهاً إلى ظهر أمه.

ثانياً - فحص السائل الأمنيوسي: يجري هذا الفحص فيما بين الأسبوع الخامس عشر والسابع عشر من خلال تمرير إبرة عبر جلد بطن الحامل وجدار الرحم ليسحب عينة من الكيس الذي يحتوي على السائل الأمنيوسي، ويستعان بجهاز الأشعة الصوتية لتفادي مخاطر إدخال الإبرة بشكل غير صحيح أو بطريقة غير دقيقة، ويستعمل هذا النوع من الفحص عن تشوهات الكروموزومات لدى الجنين، ومدى إصابته بانسطار العمود الفقري^(١).

ويستطيع الطبيب المعالج معرفة الحالة الصحية للجنين من خلال عينة السائل الأمنيوسي، لأن هذا السائل يحتوي على خلايا الجنين التي تسقط من جلده، كما أنه يحتوي على بعض الأغشية المخاطية الموجودة بالمرات الهوائية، وعلى الرغم من أن معظم الخلايا الموجودة بهذا السائل تكون ميتة، إلا أن بعضها يكون حياً فيسمح ذلك بزراعتها في المختبرات لمعرفة عدد الكروموزومات (الصبغات الوراثية) ومعرفة أعداد كبيرة من الأمراض الوراثية، كما توجد بهذا

= وجود كروموزومات غير طبيعية في تلك الأجنة المشوهة سواء أكان ذلك راجعاً إلى خلل في عدد هذه الكروموزومات أم في شكلها، أم كان ذلك راجعاً إلى وجود جينات غير طبيعية بهذه الأجنة نتيجة تأثير بعض الأدوية أو التعرض للإشعاعات أو حدثت التشوهات بسبب إصابة الأم الحامل بالحصبة الألمانية أو بسبب سوء التغذية أو نقص الفيتامينات.

(١) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ١٧٣-١٧٧.

السائل أنواع عديدة من البروتينات والأملاح والهرمونات، وبالتالي يمكن معرفة بعض التشوهات الخلقية للجنين إذا تم معرفة مستوى هذه البروتينات^(١).

ثالثاً - فحص عينة من المشيمة: يلجأ الأطباء إلى هذا النوع من الفحص للتحقق من عدم وجود بعض الأمراض الوراثية أو بعض التشوهات الخلقية، والتي لا يمكن ظهورها على الجنين فيسهل كشفها عن طريق جهاز الأشعة الصوتية مثلاً إلا في أطوار متقدمة من الحمل أو بعد الولادة، ويتم هذا الفحص بأخذ عينة من نسيج المشيمة لتحليل الصبغات الوراثية حتى يمكن الكشف مبكراً عن التشوهات الخلقية التي تصيب الجهاز العصبي كتشوهات المخ والعمود الفقري، ومعرفة مدى إصابة الجنين بملازمة دوان (المنغولية) أو أي أمراض وراثية أخرى، وذلك نظراً لأن أنسجة المشيمة تحتوي على خلايا الجنين^(٢).

ويتم أخذ عينة من المشيمة إما عن طريق تمديد إبرة عبر عنق الرحم وصولاً إلى المشيمة أو عبر جدار البطن وعبر الرحم وصولاً إلى المشيمة، أو عبر عنق الرحم وعبر جدار الرحم حتى تصل إلى المشيمة، وهذه الطريقة الأخيرة يشيع استعمالها لأنها أقل خطورة من الطريقتين السابقتين^(٣)، ويفضل إجراء ذلك في الفترة ما بين الأسبوع التاسع والحادي عشر من الحمل^(٤).

(١) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٩-٣١.

(٢) انظر في ذلك إلى: د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٢.

(٣) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٠٥-٢٠٧.

(٤) ويمكن فحص عينة من المشيمة في أي مرحلة من مراحل الحمل منذ الأسبوع السادس من بدء الحمل، لكن المشيمة تنتشر في هذه الفترة بشكل رقيق حول كامل كيس الحمل الآخذ في النمو، مما يزيد من صعوبة الفحص وربما يزيد من خطورته، في حين أنه بدءاً من الأسبوع التاسع تزداد سماكة المشيمة في إحدى المناطق ويسهل على الطبيب معرفة موقع المنطقة التي تشكلت من المشيمة بالكامل (د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٠٣).

وتوجد إلى جانب الوسائل الرئيسية الثلاثة سאלفة الذكر للكشف عن تشوهات الأجنة، وسائل أخرى ثانوية تستعمل لفحص هذه الأجنة بحثاً عن بعض تشوهاتها مثل الأشعة السينية X-RAYS (والتي تستعمل للكشف عن التشوهات في الهيكل العظمي للجنين، والنظر إلى وضعه داخل الرحم، ومعرفة عدد الأجنة في حالة تعددها، فضلاً عن فحص حوض الحامل، وأخيراً تستعمل للكشف عن بعض الأمراض التي تصيب الأم أثناء الحمل^(١))، ومثل التصوير بالرنين المغناطيسي (حيث يتم وضع المريض في مجال مغناطيسي كبير، ثم يدار هذا المجال ويتم قياس الطاقة التي تطلقها جزيئات الجسم عند إيقاف الجهاز)، وهو أسلوب آمن للفحص لأنه لا يشتمل على أي إشعاع لكن يقل استعماله لارتفاع تكاليف إجرائه نظراً لكونه جهازاً باهظ الثمن، ويمتاز عن الأشعة الصوتية بأنه يبين وظائف الأنسجة وهذا أمر لا توضحه هذه الأشعة^(٢)، وأخيراً قد يتم الكشف عن هذه التشوهات عن طريق فحص عينة من دم الجنين (ويتم ذلك عن طريق تمرير إبرة عبر جلد الحامل والرحم حتى الوصول إلى الأوعية الدموية للجنين، وتؤخذ العينة من الحبل السري للجنين، ويتم اللجوء إلى هذا الفحص عند الحمل المعرض للخطر، كما لو كان بعد سن الخامسة والثلاثين، وعند اكتشاف تشوه خلقي بالجنين بعد فحصه بالأشعة الصوتية، وعند تعرض الجنين لخطر الإصابة ببعض الأمراض مثل بعض حالات فقر الدم، وعند حالات العدوى التي تصيب المريض مثل داء المقوسات، وعند وجود نقص شديد في نمو الجنين بسبب وجود تشوه خفي في الكروموزات أو عند الزيادة أو النقص الشديد في كمية السائل الأمنيوس ويمكن إجراء هذا الفحص بعد الأسبوع السادس من الحمل في أي مرحلة من مراحل الجنين^(٣).

(١) ومما تجدر ملاحظته أنه ينبغي عند استعمال هذه الأشعة ضرورة أن تكون جرعات الإشعاع مخفضة جداً، نظراً لأن استعمال جرعات عالية من هذه الأشعة، قد يؤدي إلى إصابة الجنين بالتشوهات أو بالسرطان د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٦٥.

(٢) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٦٦، ٢٦٧.

(٣) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٧١.

المطلب الثاني طرق علاج تشوهات الجنين

لقد بذل العلماء محاولات عديدة - ولا تزال محاولاتهم مستمرة - في سبيل اكتشاف العديد من التشوهات الخلقية للأجنة ومعرفة أسبابها، وسعوا بكل طاقتهم لإيجاد الطرق الملائمة لعلاج مثل هذه التشوهات أو على الأقل الحد من تفاقم آثارها خلال فترة وجودها داخل الأرحام.

ولعل من أبرز طرق العلاج المباشر لبعض التشوهات الخلقية للأجنة إعطاء الأم أدوية تمر عبر المشيمة إلى الجنين، وقد استعملت هذه الطريقة على مدى سنوات طويلة للمساعدة في نضج رثتي الجنين الخديج قبل ولادته، ذلك أنه حينما تعطى الأم مادة الكرتيزون، فإن هذه العقاقير تمر عبر المشيمة، على نحو يؤدي إلى إفراز السائل الذي يغلف الفجوات الهوائية في الرئتين ويحول دون انطباقهما بعد الولادة، هذا بالإضافة إلى أنه إذا كانت ضربات قلب الجنين غير منتظمة فإنه يمكن علاج هذه المشكلة عن طريق إعطاء الأم الأدوية اللازمة للعمل على تنظيم هذه الضربات^(١).

كما قد يلجأ إلى وسيلة نقل الدم، وذلك إذا لم يكن ثمة توافق في الزمر الدموية بين الجنين وأمه، والذي قد يؤدي - إذا لم يتم علاجه عن طريق نقل الدم - إلى انحلال الكرات الحمراء في دم الجنين، وهذا يؤدي إلى إصابة الجنين بفقر الدم وتورم أنسجة جسمه على إثر تجمع السوائل، الأمر الذي يؤدي في نهاية المطاف إلى موته، حيث يتم حقن الدم في الجنين فيمنع حدوث هذه النتائج المأساوية ويسمح بولادة طفل طبيعي وبحالة صحية جيدة، سواء جرى هذا الحقن في بطن الجنين مباشرة حتى يسهل امتصاصه ببطء في دورته الدموية أو في أحد الأوعية الدموية للجنين عن طريق الحبل السري^(٢).

كما أن من طرق علاج الأجنة اللجوء إلى العمليات الجراحية لها، وهذا

(١) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٧٥، ٢٧٦.

(٢) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٧٥، ٢٧٦.

يقتضي شق بطن الأم وفتح الرحم وإخراج الجنين جزئياً من الرحم لإجراء الجراحة اللازمة له، وقد لجأت كثير من المراكز الطبية في العالم إلى مثل هذه الطريقة لإصلاح الفتق في الحجاب الحاجز للجنين^(١).

وقد يجري علاج التشوهات الخلقية للأجنة عن طريق الهندسة الوراثية، أو ما تسمى بتكنولوجيا تطوير الجينات^(٢)، والتي تسمح بحذف أو تعديل أو

(١) د. أحمد الكردي - المرجع السابق - ص ٢٧٧، وقد ثبت في إحدى الحالات وجود انسداد بولي لدى أحد الأجنة بسبب نقص السائل الأمنيوسي - والذي يتكون أصلاً من بول الجنين، والذي يجري تكريره من خلال الكليتين وتفريغه عن طريق المثانة، مشكلاً دورة مائية تتغير كل أربع وعشرين ساعة مرة - مدة - مما أدى إلى عدم قدرة الجنين على إخراج البول، فتم إخراج الجنين جزئياً وأجريت له عملية جراحية ناجحة أعيد خلالها تشغيل حالبيه ثم أعيد الجنين إلى مكانه، فواصل نموه إلى أن تمت ولادته بعملية قيصرية، لكن مات بعد ولادته بتسع ساعات بسبب أن كليتيه قد أصيبتا بإصابات بالغة من تراكم البول قبل إجراء العملية الجراحية، مما أدى إلى وفاته وقد حدثت هذه الحالة بجامعة كاليفورنيا بسان فرانسيسكو.

كما حدثت حالة أخرى بجامعة كلورادو الأمريكية حيث أظهر فحص الأم الحامل بالأشعة الصوتية معاناة الجنين من استسقاء بالمخ من خلال ظهور رأسه ككرة قدم منتفخة، الأمر الذي يهدده بالتخلف العقلي فيضحي نزول المستشفيات العلاجية مدى حياته، ولعلاج هذه الحالة فقد تم إدخال أنبوبة شبيهة بالمكرونة الأسباجيتي ذات صمام ذي اتجاه واحد من خلال إبرة ملفوفة إلى جمجمة الجنين لتكون ممراً لخروج السائل الضاغط على المخ إلى السائل الأمنيوسي المحيط بالجنين، وقد تم إدخالها إلى الأم عن طريق البطن ثم إلى الجنين بالاستعانة بحاسة اللمس والموجات فوق الصوتية من قبل الجراحين، ونجحت العملية وعاش الجنين إلى أن تمت ولادته بطريقة طبيعية (انظر عرض الحالتين السابقتين لدى د. منى فريد عبد الرحمن "تجارب على الجنين" ص ٦٦، طبعة عام ١٩٩٢م، المكتبة الأكاديمية).

(٢) ومما تجدر الإشارة إليه أن الهندسة الوراثية تعني بمعرفة طبيعة الجينات المسؤولة عن نقل الصفات أو الأمراض الوراثية في جميع الكائنات الحية، الأمر الذي يساعد على فتح آفاق جديدة للاستفادة من تلك المعلومات في المجالات، فعلى سبيل المثال يمكن في المجال الإنساني من خلال فحص الجينات الإحاطة بكافة الجوانب عن حياة الإنسان ليس فقط على المستوى العضوي، بل حتى على المستوى العاطفي (انظر =

تحسين بعض الصفات الوراثية، الأمر الذي يساعد على إمكانية استخدام هذه الهندسة الوراثية لعلاج بعض التشوهات الخلقية والأمراض الوراثية التي تصيب الجنين^(١)، حيث تم فعلاً في نهاية القرن الماضي معالجة بعض الأجنة عن طريق استنساخ أو زرع بعض الجينات المعالجة للمرض نفسه، ثم يجري إدخال الجينات إلى الخلية المطلوبة ثم تعاد إلى الجنين مرة ثانية^(٢)، فمثلاً حينما يكون المرض الوراثي بخلايا كبد الجنين، فإنه يتم علاج هذه الخلايا عن طريق أخذ بعض الخلايا من كبد الأجنة المجهضة، وتتم زراعتها مرة ثانية في الأجنة قبل ولادتها، لتتجه هذه الخلايا مباشرة إلى الكبد وتعمل على تصنيع البروتين اللازم، فتغطي بذلك المرض الوراثي الموجود في الكبد^(٣).

المطلب الثالث

المسؤولية المدنية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين أو عند علاج هذه التشوهات

لا غرو أن تنعقد مسؤولية الطبيب المعالج أو معامل التحليل عن الخطأ في التشخيص الذي يكشف عن وجود تشوهات خلقية بالجنين أو أمراض وراثية^(٤)،

= في ذلك إلى الأخ الفاضل الدكتور أشرف توفيق شمس الدين "الجينات الوراثية والحماية الجنائية للحق في الخصوصية" بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية والقانون سالف الذكر، المجلد الثالث، ص ١٠٩٩.

(١) انظر في نفس المعنى: أ. د. نزيه الصادق المهدي "المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية الناشئة عن استخدام الهندسة الوراثية، بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون"، المجلد الثالث، ص ٩٨٩، ٩٩٠.

(٢) انظر في هذا المعنى إلى: المستشار علي أحمد الندي "الهندسة الوراثية وتطبيقاتها" بحث مقدم مؤتمر الهندسة الوراثية سالف الذكر، المجلد الأول، ص ١٩٢.

(٣) انظر في هذا المعنى: أ. د. رضا عبد الحليم عبد المجيد "المسؤولية الطبية عن الخطأ في تشخيص تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية" دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، ص ١٤، مطبعة حمادة الحديثة بقويسنا، الناشر دار النهضة العربية بالقاهرة.

(٤) لمزيد من البيان والتفصيل حول هذا الموضوع يمكن الرجوع إلى البحوث التالية: =

لما ينطوي عليه من إخلال واضح بالتزامه بإعلام الوالدين وتبصيرهم بظروف الحمل وما يكتنفه من تشوهات خلقية أو أمراض وراثية، هذا فضلاً عن كونه مؤدياً إلى حرمانهما من ممارسة الرخصة المقررة قانوناً للإنتهاء الاختياري للحمل خلال المدة المقررة قانوناً لإجرائه خلالها (هذا في الدول التي تسمح بمثل هذه الرخصة كما هو الحال في فرنسا^(١))، وحرمانهما من فرصة معالجة مثل هذه التشوهات الخلقية أو الأمراض الوراثية بالطرق المعروفة في هذا الشأن^(٢)، الأمر الذي يؤدي إلى انعقاد المسؤولية المدنية (عقدية كانت أم تقصيرية حسب توافر شروط كل منها) في حقه لتعويض الوالدين عن الأضرار التي لحقت بهما من جراء هذه التشوهات أو الأمراض التي أصابت الجنين داخل الرحم، فضلاً عن حق الطفل المعاق في التعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء الإعاقة التي حدثت له من جراء هذه التشوهات الخلقية أو الأمراض الوراثية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف فرساي بفرنسا بمسؤولية الطبيب المعالج عن الخطأ في التشخيص حيث لم يؤد موجبات التزامه بتبصير الوالدين بالمخاطر المحتملة للتشوهات الخلقية للجنين، مما أدى إلى حرمانهما من إجراء الإجهاض العلاجي خلال المدة المقررة له قانوناً، الأمر الذي يجعل لهما الحق في التعويض عن فقد فرصة توقي إنجاب طفل معاق، بيد أن المحكمة رفضت الاعتراف بحق الطفل في التعويض عن ولادته معاقاً، على أساس أن السبب في

= أ. د. ثروت عبد الحميد "مدى المسؤولية عن الخطأ في اكتشاف تشوهات الجنين وأمراضه الوراثية" بحث مقدم إلى مؤتمر الهندسة الوراثية سالف الذكر، المجلد الثالث، ص ١٠٨١ وما بعدها.

- أ. د. رضا عبد الحليم - المرجع السابق - ص ٤٣ وما بعدها.

- أ. د. أسامة أبو الحسن مجاهد "تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً"، ص ١٩ وما بعدها، طبعة عام ٢٠٠٢م، دار النهضة العربية بالقاهرة.

(١) انظر إلى هذه الرخصة والقانون المنظم لها في موضعها من هذا البحث.

(٢) انظر إلى صور علاج هذه التشوهات الخلقية والأمراض الوراثية في موضعها من هذا البحث.

إعاقته لا يرجع إلى خطأ الطبيب إنما يرجع إلى الخلل في الكروموزومات وهو سبب داخلي بين الطفل وأمه^(١).

وذهبت إحدى المحاكم الفرنسية إلى أن حرمان الأبوين من فرصة توقي إنجاب طفل مشوه، يعد ضرراً يمكن تعويضهما عنه، متى وجدت العلاقة المباشرة بين هذا الضرر وخطأ كل من الطبيب المعالج ومعمل التحليل^(٢).

وعلى الرغم من رفض المحاكم الفرنسية في كثير من أحكامها تعويض الطفل عن ميلاده معاقاً، على أساس أنه ليس من حقه أن يتضرر من ميلاده ولو كان معاقاً، والقول بغير ذلك يسمح بأن ينشأ للطفل حق في عدم الميلاد Droit de ne pas naître، هذا بالإضافة إلى أن الإعاقة التي تلحق بالطفل ترجع إلى أسباب داخلية أو خارجية مردها إلى علاقته بوالديه، الأمر الذي ينفي علاقة السببية بين إعاقته وأخطاء الأطباء أو معامل التحليل، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قضت في أحد أحكامها بحق الطفل المصاب بتشوهات خلقية جسيمة في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، على أساس أن الطبيب المعالج أخطأ حينما لم يصف للأُم عند الفحص السابق على الزواج مصل الحصبة الألمانية على الرغم من لزمه، مما أدى إلى إصابة الأُم بفيروس هذه الحصبة ثم انتقلت إلى جنينها أثناء حملها، مما فوت على الطفل فرصة تجنب معاناة نتائج الحصبة الألمانية التي أصابته من خلال أمه، ومن ثم توافرت في هذه الحالة علاقة السببية بين خطأ الطبيب وفوات فرصة الطفل في تجنب نتائج هذه الحصبة^(٣).

ويفرض التساؤل نفسه حول مدى حق الطفل في الرجوع على والديه بالتعويض إذا اتخذوا قرار إنجابهم رغم تبصير الطبيب لهما بالمخاطر المتوقعة لأي حمل منهما، وأنه سوف يثمر طفلاً معاقاً. ذهب البعض إلى عدم جواز مساءلة

(١) cour d'appel de verssai 8 juillet 1993-D-1995;som p:98.

(٢) cour d'appel de paris 17 decembre 1993-D-1995;som p:99.

(٣) Cass.civ la première chambre 16 juillet 1991-j.c.p-1992-11-21947.

الوالدين مدنياً عن ذلك؛ لما فيه من تعد على حقهما في الإنجاب، هذا فضلاً عن أن تقدير مسؤولية الوالدين عن إنجاب طفل معاق سيؤدي إلى نتائج غير مقبولة، منها أنه سيجعل إجهاض الجنين على عاتق والديه أو على عاتق أمه التزاماً وليس مجرد رخصة مقررة للأم تنفرد باتخاذ القرار بشأنها أو بالاتفاق مع الأب، كما يؤدي إلى التمييز بين الوالدين الأصحاء والوالدين المرضى، كما أن من شأنه أن يحرم الطفل من حنان والديه ورعايتهما، خاصة وأنه لظروف إعاقته يكون أحوج إلى الحنان والرعاية والحب من والديه أكثر من حاجته إلى مالهما الذي يحصله منهما في صورة التعويض^(١) في حين يرى البعض الآخر - وبحق - ضرورة تقرير مسؤولية الوالدين تجاه الطفل المعاق، إذا ثبت تقصيرهما أو إخلالهما بالالتزامات الطبية التي توجب إجراء بعض الفحوص الدورية على الجنين ومتابعة ظروفه الصحية خلال فترة حملها، مما أدى إلى إصابته بإعاقة جسدية أو عقلية، من خلال المناداة بتدخل واضع القانون بوضع عقوبة جنائية لهذين الوالدين في صورة الغرامة ، هذا إلى جانب مسؤوليتهما المدنية عن تعويض طفلهما المعاق، لأنه لا يتصور أن تكون دعوى تعويضه في مواجهة الطبيب أو المعمل أو المستشفى مقبولة، في حين أن دعواه لا تكون مقبولة في حق الوالدين، على الرغم من أنهما قد تسببا في إعاقته مثلهم^(٢).

المطلب الرابع الالتزام بتغذية الجنين

تحرص التشريعات والقوانين قاطبة (سواء السماوية وغير السماوية) على العناية بغذاء الجنين من خلال عنايتها بغذاء الأم، لا سيما وأن صحة الأم تتأثر بدرجة كبيرة بالغذاء الذي تتناوله، وقد أثبتت الدراسات العلمية أن صحة الجنين

(١) انظر في ذلك إلى: أ. د. هلالى عبد اللاد أحمد "التزامات الحامل نحو الجنين"، ص ١٥٣.

(٢) انظر في ذلك إلى: أ. د. محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ١١٧.

من حيث القوة والضعف تتناسب طردياً مع صحة الأم، ولذا نجد أن الدول التي تنتشر بها المجاعة أو يعاني أفرادها من سوء التغذية ينتشر في أطفالها الكثير من الأمراض والتشوهات الخلقية، في حين لا يتعرض الأطفال في غيرها من الدول التي لا تعاني من مظاهر المجاعة أو سوء التغذية لأي من مظاهر الضعف العام في حالتهم الصحية، ولا تكثر فيهم الأمراض العضوية أو التشوهات الخلقية.

وكيف لا يعنى بغذاء الأم الحامل مع ما يترتب على نقصانه أو ضعفه من آثار وخيمة على صحتها وصحة جنينها، ولذا يقول البعض - وبحق - " أن نقص غذاء الأم خاصة نقص البروتين وعدم اتزانه ونقص الفيتامينات خاصة فيتامين "ب" المركب يؤدي إلى تعب الأم الحامل، وإلى نقص غذاء جسمي لدى الجنين كالكساح أو البلاجرا وفقر الدم أو الهزال، ويؤدي إلى تأثر الجهاز العصبي والضعف العقلي والاضطرابات النفسية والتعرض للأمراض، وقد لوحظ أن نقص وزن الأم الشديد مع بداية الحمل وأثناء الحمل قد يؤثر تأثيراً سيئاً على نمو الجنين، وقد يحدث الإخراج (أي الولادة المبكرة)، وقد يصل الحال إلى الإجهاض"^(١).

ولذلك ينبغي على الوالدين العناية بغذاء الجنين من خلال اهتمام الأم بغذائها، وحرصها على أن يكون غذاء متكاملًا بحيث يحتوي على كافة العناصر الأساسية من البروتينات والكالسيوم والحديد والفيتامينات وأملاح اليود، لتزويد الأم الحامل بالسرعات الحرارية المطلوبة لها ولجنينها حرصاً على صحتها وصحة هذا الجنين طوال مدة الحمل^(٢).

- (١) أ. د. حامد عبد السلام زهران "علم نفس النمو - الطفولة والمراهقة" ص ٨٧، طبعة ٤ عام ١٩٧٧م، عالم الكتب بالقاهرة. مشار إليه لدى: أ. د. هلالى عبد اللاه أحمد "التزامات الحامل نحو الجنين بين التجريم الجنائي والإباحة"، ص ١٠٠، ١٠١.
- (٢) انظر في ذلك المعنى: د. محمد مرسي "حمل سهل وولادة بلا ألم" ص ٥٠، طبعة عام ١٩٨٣م، مكتبة القرآن بالقاهرة. مشار إليه لدى أستاذي الدكتور هلالى عبد اللاه أحمد "التزامات الحامل نحو الجنين"، ص ١٠١.

ولعل من رحمة الله - عز وجل - على خلقه أن الغذاء المتكامل ليس حكرًا على الأغنياء دون الفقراء، فهو موجود بقدر كاف، بل وبصورة معتدلة لا إفراط فيها ولا تفريط في سلع وأغذية في متناول أيدي جميع الناس فقيرهم وغنيهم، ذلك أن العبرة في التغذية خلال فترة الحمل كما يقول البعض - وبحق - ليست في جودة الطعام ورفاهيته بقدر ما تعتمد على نوعيته وجنسه وطبيعته^(١).

والمرأة الحامل يلتزم زوجها بالإففاق عليها بحكم الزوجية القائمة بينهما وليس بسبب الحمل، فإنفاق الرجل على زوجته يعد مظهرًا من مظاهر القوامة الثابتة للرجل على زوجته، وحقًا من حقوق الزوجة على زوجها، حيث يقول الله عز وجل: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾^(٢) بل إن الإسلام جعل هذا الإففاق الواجب على الزوج لزوجته من أجل الطاعات وأفضل القربات لله تعالى، وفي ذلك يقول النبي - صلى الله عليه وسلم - في الحديث الذي رواه عنه ثوبان رضي الله عنه: "دينار أنفقته في سبيل الله، ودينار أنفقته في رقبة، ودينار تصدقت به على مسكين، ودينار أنفقته على أهلك، أعظمها أجرًا الذي أنفقته على أهلك"^(٣).

ويتعين قدر هذا الإففاق وحدوده على قدر سعة الزوج وطاقته، وذلك عملاً بقول الله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَّا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا﴾^(٤).

(١) انظر في نفس المعنى: أ. د. هلالى عبد اللاه أحمد- المرجع السابق - ص ١٠٠ حيث يقول: "فالعبرة في التغذية خلال فترة الحمل لا تعتمد على الجودة بقدر ما تعتمد على النوعية".

(٢) الآية ٣٤ من سورة النساء.

(٣) رواه الإمام مسلم في صحيحه (انظر في ذلك إلى صحيح مسلم - المرجع السابق - رقم الحديث ٩٩٥، ص ٤٢٤).

(٤) الآية رقم ٧ من سورة الطلاق.

وإذا طلقت الزوجة وكانت حاملاً وجب على زوجها الإنفاق عليها حتى تضع حملها، وذلك عملاً بقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَىٰ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(١)، وفي هذا رعاية لها أثناء حملها ورعاية لصحة جنينها ليجد الغذاء اللازم له طوال مدة حملها، مع اختلاف بين الفقهاء حول سبب وجوب هذا الإنفاق هل هو للحامل طوال مدة عدتها أم للحمل حتى يولد^(٢).

كما حرص الإسلام على غذاء الجنين وأمه معاً، فرخص للأُم الحامل الفطر في رمضان رعاية لصحتها وصحة جنينها، فقال عز من قائل: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ...﴾^(٣)، وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "إن الله وضع عن المسافر شطر الصلاة وعن الحامل والمرضع الصوم"^(٤)، بل إنه إذا كان الصوم مهلكاً للحامل أو لجنينها (بشهادة طبيب مسلم متخصص)، كان الفطر عزيمة في حقها وليس مجرد رخصة، فيجب عليها الفطر عندئذ عملاً بقول الله تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾^(٥)، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾^(٦)، هذا مع اختلاف بين الفقهاء حول ما يجب على الحامل عند الفطر، هل يجب عليها القضاء فقط، أم يجب عليها القضاء والكفارة، أم لا يجب عليها القضاء ولا الكفارة^(٧).

- (١) الآية رقم ٦ من سورة الطلاق.
- (٢) انظر إلى هذا الخلاف في مراجع الفقهاء على اختلاف مذاهبهم الفقهية سألقة الذكر في كتب كل مذهب منها على حدة.
- (٣) الآية رقم ١٨٤ من سورة البقرة.
- (٤) رواه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه (انظر في ذلك إلى سنن النسائي، المجلد الثاني، الجزء الرابع، ص ١٨٠، طبعة هام ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م، دار الحديث بالقاهرة).
- (٥) الآية رقم ١٩٥ من سورة البقرة.
- (٦) الآية رقم ٧٨ من سورة الحج.
- (٧) لمزيد من البيان والتفصيل يمكن الرجوع في هذا الخصوص إلى الكتب الفقهية في باب الصوم. وقد ذكر الفقيه المالكي ابن رشد: أن في الحامل والمرضع إذا فطرتا أربعة مذاهب للعلماء: أحدها: أنهما يطعمان ولا قضاء عليهما، وهذا هو المروي عن عبد الله بن عمر

المطلب الخامس الاهتمام بالصحة النفسية للحامل

إن من أبرز العوامل المؤثرة في صحة الجنين النفسية إيجاباً أو سلباً سلامة أو سوء الصحة النفسية لأمه، حيث تنعكس حالة الأم النفسية على جنينها بطريقة غير مباشرة، فالخوف والغضب والتوتر والقلق لدى الأم يستثير جهازها العصبي الذاتي وينعكس ذلك على النواحي الفسيولوجية لديها، مما يؤدي إلى حدوث اضطراب في إفراز الغدد وتغيير في التركيب الكيميائي للأم، وهذا يكون له أثره السلبي على نمو الجنين^(١).

فالجنين يتأثر بأمه وبمواصفاتها النفسية، وما يطرأ عليها في مرحلة الحمل من عوامل إيجابية أو سلبية، فالاضطرابات العصبية للأم توجه ضربات قاسية إلى مواهب الجنين قبل مولده، إلى درجة أنها تحوله إلى موجود عصبي

= وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، والثاني: أنهما يقضيان فقط ولا إطعام، وبه قال الإمام أبو حنيفة وأصحابه وأبو عبيد وأبو ثور، والثالث: أنهما يقضيان ويطعمان وبه قال الإمام الشافعي، والرابع: إن الحامل تقضي ولا تطعم، والمرضع تقضي وتطعم". ثم بين أن سبب اختلافهم يرجع إلى ترددهم في إلحاقهما على الذي يجهد الصوم أو على المريض، فمن شبههما بالمريض قال: عليهما القضاء فقط، ومن شبههما بالذي يجهد الصوم قال عليهما الإطعام فقط بدليل قراءة من قرأ: "وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين"، أما من جمع عليهما الأمرين معا فذلك مرده إلى أن فيهما شبيهاً من المريض من جهة، وشبيهاً من الذي يجهد الصوم من جهة أخرى (انظر في ذلك إلى: "بداية المجتهد ونهاية المقتصد" للإمام القاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ج ٢، ص ٥٨٥، ٥٨٦، حققه وعلق عليه وخرج أحاديثه ماجد الحموي، الطبعة الأولى عام ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع بيروت. لبنان).

(١) انظر في نفس هذا المعنى: د. أمال صادق، د. فؤاد أبو حطب "نمو الإنسان من مرحلة الجنين إلى مرحلة المسنين"، ص ١٦١، الطبعة الأولى عام ١٩٨٨، مشار إلى ذلك لدى: أ. د. هلال عبد الله أحمد - المرجع السابق - ص ٤٥.

لا أكثر، ومن هنا يجب التوصل إلى مدى أهمية النفقات الأم في أطوار الحمل المختلفة إلى الابتعاد بنفسها عن الأفكار المقلقة ومظاهر الهم والغم، والاحتفاظ بجو الهدوء والسكينة والاستقرار، وأن حالتها النفسية خلال شهور الحمل تؤثر في الثبات العاطفي للجنين إيجاباً وسلباً^(١).

وحتى تساعد الأم الحامل على العناية بصحتها خلال شهور الحمل حفاظاً عليها وعلى جنينها يتعين على المحيطين بها ابتداءً ألا يقحموا بالفتاة إلى الزواج فيحملونها أعباءه ومشاقه إلا بعد التأكد من نضجها الجسدي والعقلي على نحو يضمن حسن تهيئتها لدورها كزوجة وأم لما يرزقه الله بها من ذرية^(٢)، وأن يدرك المحيطون بها طبيعة ظروفها النفسية خلال فترة الحمل، حيث يطرأ عليها بعض المتغيرات النفسية أثناء الحمل، فتكون أكثر حساسية من ذي قبل، وأسرع إلى الانفعال والتأثر، وأميل إلى الهموم والأحزان لأتفه الأسباب، بسبب التغيرات الفسيولوجية التي حدثت لها على إثر الحمل، فيبدلون قصارى جهدهم - لاسيما الزوج - إلى استيعابها وعض الطرف عن انفعالاتها وإحاطتها بجو من الحنان والعطف والبعد بها عن مواطن الانفعال والحزن، وذلك للحيلولة دونها والتعرض لأي من مظاهر الاضطراب النفسي فيرتد أثر ذلك بصورة إيجابية على جنينها^(٣).

(١) محمد تقي فلسفي "الطفل بين الوراثة والتربية" ص ١٠٦، طبعة عام ١٣٨١هـ. دار التعارف.

(٢) وأرى ضرورة أن يكون سن الفتاة مناسباً للزواج بلا إفراط أو تفريط وذلك في ضوء تكوينها الجسماني والعضوي والنفسي لتدرك مسؤوليتها وأمانتها التي ستحملها بالزواج، وإعانة لها على حسن الاضطلاع بها، وشفقة ورحمة بها حتى لا تكلفها بما لا تطيق فتفشل في أداء مهمتها.

(٣) د. كلير فهميم "الحمل والصحة النفسية للأم والجنين" ص ١٠١، ١٠٢، طبعة عام ١٩٨٩م، مكتبة المحبة بالقاهرة. مشار إليه لدى: أ. د. هلالى عبد الله أحمد - المرجع السابق - ص ٥١.

كما يجب على الزوج أن يدخل السرور على زوجته بحسن التعامل معها، ويكثر من ذلك أثناء حملها حيث يشعرها ذلك بالارتياح النفسي والروحي والإحساس بالطمأنينة والاستقرار، ويجنبها مواطن القلق والاضطراب النفسي في قلبها وروحها، كما ينبغي عليه أن يغدق عليها في الإنفاق ليوسع عليها ويحقق له رغبتها دون إسراف أو تبذير، فذلك أدعى إلى إدخال البهجة على قلبها ونفسها، وكل ذلك يكون له مردوده الإيجابي على الصحة النفسية للجنين.

المبحث الثالث حق الجنين في النسب

لا جرم أن انتساب المرء إلى أسرة معينة يعد مسألة من مسائل الأحوال الشخصية، ولذا فهو يخضع في كل أحكامه للقواعد المستقاة من قواعد الديانات السماوية في معظم الدول العربية، سواء ما قنن منها في قواعد قانونية منظمة لعلاقة الفرد بأسرته (أي لمسائل الأحوال الشخصية) والتي يطلق عليها اصطلاح "قانون الأحوال الشخصية" وهذا هو الغالب، أم كان لا يزال غير مقنن في قانون خاص ينظم هذه المسائل، بحيث يرجع القاضي فيها مباشرة إلى استنباط الأحكام المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية من قواعد الديانة السماوية واجبة التطبيق، كما هو الحال في مملكة البحرين، حيث لا يوجد قانون خاص منظم لمسائل الأحوال الشخصية حتى الآن.

وعلى أية حال فإن المعايير لقواعد النسب وأحكامه المقررة في الشريعة الإسلامية يجد أنها محاطة بسياسات محكمة من الحماية التي تكفل للأنساب نقاءها وتحفظ عليها طهرها من مظاهر الدنس أو شوائب الاختلاط وكدوره، ولعل من أبرز هذه الأمارات والعلامات الدالة على عناية الإسلام بالنسب بصفة عامة ونسب الجنين بصفة خاصة أن الإسلام جاء فوجد عدة أنكحة فاسدة فأبطلها جميعاً ولم يبق منها إلا الزوج الصحيح المعروف لدينا الآن بصورته الحالية^(١).

(١) ولقد ذكرت السيدة عائشة - رضي الله تعالى - عنها الأنكحة التي كانت في الجاهلية، فقد روى عن عروة أن السيدة عائشة أخبرته أن النكاح في الجاهلية كان على أربعة أنحاء، فنكاح منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها، ونكاح آخر كان الرجل يقول لامراته إذا طهرت من طمئتها: أرسلني إلى فلان فاستبعضني منه فإذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك رغبة في نجابة الولد، فكان هذا النكاح يسمى نكاح الاستبضاع، ونكاح آخر يجتمع الرهط دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم فيصيبونها فإذا حملت ووضعت ومر ليال بعد أن تضع حملها أرسلت إليهم فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها فتقول لهم: قد علمتم الذي كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان فتسمي من =

كما أن من مظاهر العناية بنسب الجنين أن الإسلام أوجب العدة للمطلقة أو المتوفى عنها زوجها، ضماناً لبراءة رحمها للتأكد من عدم انشغاله بماء الزوج أو المتوفى، فقال عز من قائل في عدة المطلقة غير الحامل: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ...﴾^(١)، أي بعد ثلاث حيضات أو ثلاثة طهور، فإن كانت المطلقة حاملاً فعدتها أن تضع حملها، وفي ذلك يقول الحق تبارك وتعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾^(٢)، وإن كانت المطلقة ممن يئسن من المحيض لكبر سنها فعدتها ثلاثة أشهر، وذلك عملاً بقوله تعالى: ﴿وَأَلْتَمِسْ بِلِسْنٍ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ﴾^(٣).

أما المتوفى عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر وعشراً، وذلك عملاً بقول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾^(٤).

= أحببت باسمه فيلحق به ولدها لا يستطيع أن يمتنع منه الرجل، ونكاح رابع يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة لاتمتنع ممن جاءها وهن البغايا ينصبن على أبوابهن الرايات وتكون علماء ممن أرادهن دخل عليهن فإذا حملت إحداهن ووضعت جمعوا لها ودعوا لها القافة (وهي جمع قائف وهو من يعرف الآثار أو يدرك التشابه بين الأعضاء، وقد روى عروة عن عائشة أيضاً أنها قالت: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - دخل علي مسروراً، فقال يا عائشة: ألم تري أن مجزراً المدلجي وهو قائف مشهور آنذاك - دخل علي فرأى أسامة وزيداً وعليهما قطيفة قد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض" رواه مسلم في صحيحه - المرجع السابق - رقم الحديث ١٤٥٩، ص ٦٣١) ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون فالتاط به (يلحق به) ودعى ابنه لا يمتنع من ذلك، فلما بعث الله محمداً - صلى الله عليه وسلم - بالحق فهدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم" رواه البخاري وأبو داود (انظر في ذلك إلى: صحيح البخاري للإمام محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، ج ٧، ص ١٩، ٢٠، طبعة دار الشعب، "نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار" للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، ج ٦، ص ٣٠٠، طبعة عام ١٩٧٣م، دار الجيل بيروت. لبنان).

(١) الآية رقم ٢٢٨ من سورة البقرة.

(٢) الآية رقم ٤ من سورة الطلاق.

(٣) الآية رقم ٤ من سورة الطلاق.

(٤) الآية رقم ٢٣٤ من سورة البقرة.

ويقول الإمام ابن القيم - رحمه الله تعالى - في الحكمة من هذه المدة: "إن الأربعة أشهر وعشراً جاءت على وفق الحكمة والمصلحة، إذ لا بد من مدة مضروبة، وأولى المدد بذلك المدة التي يعلم فيها بوجود الولد وعدمه، فإنه يكون أربعين يوماً نطفة، ثم أربعين يوماً علقة ثم أربعين يوماً مضغة، فهذه أربعة أشهر ثم ينفخ الروح في الطور الرابع فقدر بعشرة أيام لتظهر حياته بالحركة إن كان ثمة حمل^(١).

وقد حرم الإسلام على الرجل أن ينكر نسب ولده ويجحد صلته به ظلماً وعدواناً، وحرم على المرأة أن تنسب لزوجها من ليس ولدأً له، وتوعد المخالف منهما لهذا التحريم بالعذاب الشديد والوعيد الأليم، حيث يقول النبي صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه وفضحه على رؤوس الخلائق بين الأولين والآخرين"^(٢).

كما توعد الإسلام الولد الذي ينتسب إلى غير أبيه وهو يعلم بذلك بالعذاب الشديد والطرده من رحمة الله تعالى، حيث يقول في ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالحجّة عليه حرام"^(٣)، ويقول أيضاً: "من انتسب إلى غير أبيه وتولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين"^(٤).

(١) ابن قيم الجوزية في كتابه "إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق وتعليق عصام الدين الصبابطي" المجلد الأول، الجزء الثاني، ص ٦٧، الطبعة الأولى عام ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢ م، طبعة دار الحديث بالقاهرة.

(٢) رواه البيهقي في سننه (السنن الكبرى للبيهقي، ج ٧، ص ٤٠٣).

(٣) رواه ابن ماجه في سننه (سنن ابن ماجه، ج ٢، رقم الحديث ٢٦١٠، ص ٨٧٠).

(٤) رواه ابن ماجه في سننه (سنن ابن ماجه، ج ٢، رقم الحديث ٢٦٠٩، ص ٨٧٠).

المبحث الرابع حق الجنين في الميراث والوصية والوقف المطلب الأول حق الجنين في الميراث

يجدر بنا قبل بيان حق الجنين في الميراث أن نقف على معنى الميراث لغة واصطلاحاً، ثم نبين بعد ذلك دليل ميراث الجنين وحالاته في الإرث في كافة الفروض التي يحتمل أن يكون فيها وارثاً، وذلك كله على التفصيل الآتي:

الفرع الأول المعنى اللغوي والاصطلاحي للميراث

أولاً - المعنى اللغوي للميراث:

يقصد بالميراث لغة: تركة الميت وأصله موارث (بكسر الميم) قلبت الواو ياء لسكونها بعد كسرة. وهو مشتق من مادة ورث. أقول: ورث أباه يرثه ورثاً (وارثاً وإرثه ووراثته وورثة وترثاً) أي انتقل إليه ماله بعد وفاته، وورثه أبوه مالاً تورثاً: أي جعله ميراثاً له. والوارث: صفة من صفات الله - عز وجل - وهو الباقي الدائم الذي يرث الخلائق ويبقى بعد فنائهم، أو هو الباقي بعد فناء الخلق، وقد جاء في دعاء النبي صلى الله عليه وسلم: "اللهم امتعني بسمعي وبصري واجعله الوارث مني" أي أبقه معي حتى أموت^(١).

ثانياً - المعنى الاصطلاحي للميراث:

لقد أورد الفقهاء تعريفات كثيرة للميراث تتلاقى جميعها حول دلالة واحدة

(١) انظر في ذلك إلى: "محيط المحيط" قاموس مطول للغة العربية بطرس البستاني، ص ٩٦٤، ٩٦٥، طبعة عام ١٩٧٧م، مطابع مؤسسة جواد للطباعة. لبنان، بيروت، "لسان العرب" لابن منظور، ج ٦، ص ٤٨٩٨، طبعة دار المعارف.

مؤداها أنه ذلك العلم الذي يعني ببيان الأنصبة المقدرة شرعاً للورثة في تركة مورثهم، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

فقد عرفه بعض الشافعية بأنه: "الفقه المتعلق بالإرث ومعرفة الحساب الموصل إلى معرفة ذلك، ومعرفة قدر الواجب من التركة لكل ذي حق" (١).

وعرفه بعض الحنابلة بأنه: "العلم بقسمة الموارث" (٢).

ويعرفه بعض الفقهاء المحدثين بأنه: "ما يستحقه الوارث من نصيب في تركة المورث بعد إخراج الحقوق المتعلقة بها التي يجب إخراجها قبل التوزيع على الورثة، كتجهيز المورث وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه في الحدود التي رسمها الشارع" (٣).

ويعرفه البعض الآخر بأنه: "مجموعة من القواعد الفقهية التي يمكن التوصل بها إلى معرفة الحقوق المتعلقة بالتركة وأسباب الميراث وموانعه وأحوال الورثة وبيان الأنصبة الشرعية لهم والحجب سواء أكان الحجب حجب حرمان أم حجب نقصان والعول والرد والتخارج...إلخ" (٤).

(١) انظر في ذلك إلى: "مغني المحتاج" للشربيني، ج ٣، ص ٣، "السراج الوهاج" للشيخ محمد الزهري الغمراوي، ص ٣١٩، طبعة دار المعرفة بيروت، لبنان

(٢) انظر في ذلك إلى: "المغنى لابن قدامة"، ج ٧، ص ٢، طبعة دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، "الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل" للشيخ المحقق أبي النجار شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، ج ٣، ص ٨٢، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت، لبنان.

(٣) أ. د. محمد زكريا البرديسي "الميراث والوصية في الإسلام" ص ١٣، طبعة عام ١٣٨٣هـ-١٩٦٤م، الناشر الدار القومية للطباعة والنشر.

(٤) د. إسماعيل محمود عبد الباقي "أحكام الجنين في الشريعة الإسلامية" ص ٣٧٦، رسالة دكتوراه عام ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م، كلية الشريعة والقانون بالأزهر الشريف.

الفرع الثاني دليل ميراث الجنين

لقد أثبتت السنة النبوية المطهرة ميراث الجنين، ويتجلى ذلك واضحاً من الحديث الذي رواه أبو داود عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "إذا استهل المولود ورث"^(١)، ومما رواه الإمام أحمد عن جابر بن عبد الله والمسور بن مخرمة قالوا: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث الصبي حتى يستهل صارخاً"^(٢)، ويفهم من هذين الحديثين أن الجنين لا يرث إلا إذا ثبتت حياته، ويستدل على هذه الحياه بعلماء تدل عليها منها الاستهلال، واستهل: أي صرخ بالبكاء عند ولادته، مما يفيد في خروجه من بطن أمه حياً غير ميت، وإن كان هذا لا يمنع من وجود أمارات أخرى غير الاستهلال يمكن الاستدلال بها على حياة المولود، لكن عبر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالاستهلال باعتباره الأمانة الغالبة في الدلالة على حياة الوليد.

ولقد اتفق فقهاء المذاهب الإسلامية على ميراث الجنين^(٣)، وقد نقل هذا الإجماع الإمام القرطبي في تفسيره قائلاً: "أجمع أهل العلم على أن الرجل إذا مات وزوجته حبلى، أن الولد الذي في بطنها يرث ويورث إذا خرج حياً

(١) "سنن أبي داود" للإمام أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي المولود

في عام ٢٠٢ هـ - المتوفي عام ٢٧٥ هـ، المجلد الثاني، الجزء الثالث، ص ١٢٨.

(٢) سنن ابن ماجه، ج ٢، كتاب الفرائض، رقم الحديث ٢٧٥١، ص ٩١٩، نيل الأوطار

للسوكاني، باب ميراث الحمل، ج ٦، ١٨٥، وجاء بلفظ قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يرث الصبي حتى يستهل" طبعة عام ١٩٧٣، دار الجيل بيروت. لبنان.

(٣) انظر في ذلك إلى المراجع الفقيه الآتية: في الفقه الحنفي: "المبسوط" للسرخسي،

ج ٣٠، ص ٥٠، في الفقه المالكي: "أسهل المدارك إلى مذهب الإمام مالك" للإمام أبي

بكر حسن الكشناوي، ج ٣، ص ٢٨٩، الطبعة الثانية، دار الفكر، في الفقه الشافعي:

"المجموع" للنووي، ج ١٦، ص ١٠٩، في الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة ج ٧،

ص ١٩٧، ١٩٨.

واستهل^(١)، كما أشار إليه الإمام الشوكاني قائلاً: "أن المولود إذا وقع منه الاستهلال أو ما يقوم مقامه ثم مات ورثه قرابته وورث هو منهم، وذلك مما لا خلاف فيه"^(٢).

الفرع الثالث شروط ميراث الجنين

ينظر الإسلام إلى الجنين في بطن أمه على أنه ممن يثبت له الإرث من قريبه المتوفى متى قام به سبب من أسباب الإرث، فيوقف له نصيب من التركة حتى يتبين أمره بولادته حياً، ولكن لا يستحق شيئاً من التركة إلا إذا توافر فيه شرطان هما^(٣):

١ - الشرط الأول - أن يكون موجوداً في بطن أمه عند موت مورثه: ويتحقق له ذلك الوجود منذ صيرورته نطفة مخصبة أو نطفة أمشاج، خارج الرحم أو داخله، وذلك على أساس أن الإرث فيه معنى الخلافة، حيث يخلف الوارث مورثه فيما يتركه من أموال، والمعدوم لا يتصور أن يكون خلفاً لأحد، لذا لزم أن يتحقق للجنين معنى الوجود ليكون أهلاً للإرث من غيره^(٤).

ويمكن من تحقق وجود الجنين لحظة وفاة مورثه إذا ولد حياً لمدة يتعين أو يغلب على الظن فيها أنه كان موجوداً كنطفة أمشاج لحظة وفاة مورثه، وذلك

(١) "الجامع لأحكام القرآن" للإمام القرطبي، ج٥، ص ٦٥، طبعة عام ١٣٨٧هـ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع بالقاهرة.

(٢) انظر في ذلك إلى: "نيل الأوطار" للشوكاني، ج٦، ص ١٨٦.

(٣) فقد ذكر ابن قدامة في كتابه العظيم "المغني" قائلاً: "ولا يرث الحمل إلا بشرطين: أحدهما أن يعلم أنه موجود حال الموت، والثاني أن تضعه حياً" (المغني، ج٧، ص ١٩٧، ١٩٨).

(٤) انظر في ذلك المعنى: أ. د. بدران أبو العينين بدران "الميراث المقارن بين المذاهب السنية والمذاهب الجعفري والقانون"، ص ٢٧٤، طبعة عام ١٩٧١م، دار المعارف بمصر.

بولادته بعد وفاة مورثة بمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنة من تاريخ هذه الوفاة.

٢ - الشرط الثاني: أن ينفصل كاملاً عن بطن أمه حياً: ولقد اختلف الفقهاء بعد أن اتفقوا على استحقاق الحمل للإرث بتوافر شروط الإرث فيه فيما إذا كانت التركة توقف إلى ما بعد الولادة أو تقسم كلها ابتداء على غيره من الورثة، فإن ولد أعيد تقسيمها أو تقسم ويحجز له نصيب منها إلى أن يولد فيأخذه (أي يأخذ هذا النصيب المحجوز) أو يأخذ منه نصيبه ويرد الباقي على من نقصت أنصباؤهم، بل إن القائلين بحجز نصيب له مختلفون في مقدار ما يحجز له أيراعي فيه كون الحمل واحداً أم أكثر وإذا كان أكثر فكم يكون^(١).

وعلى أية حال يمكن القول بأن المفتى به عند الحنفية قول أبي يوسف والذي مؤداه أن يوقف للحمل نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أكثر، وذلك لأن الغالب والأعم ألا تلد المرأة إلا ولداً واحداً في بطن واحد، والأحكام تبني على الغالب^(٢)، واحتياطاً لمراعاة التعدد المحتمل، فإنه يؤخذ كفيل من الورثة الذين تتأثر أنصباؤهم بالتعدد لكفالة رد الزيادة في حالة التعدد، وإلا يجرمون من نصيبهم حتى يتبين أمر الحمل بالولادة.

(١) فقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن يوقف له نصيب أربع بنين أو أربع بنات أيهما أكثر، وذهب صاحبه محمد بن الحسن إلى أن يوقف له نصيب ثلاثة ذكور أو ثلاثة إناث أيهما أكثر، وفي رواية أخرى عن محمد يوقف له نصيب ابنين أو بنتين أيهما أكثر، وهذه هي رواية عن أبي يوسف وإليه يميل الحنابلة (انظر في ذلك إلى المراجع الآتية: في الفقه الحنبلي "المبسوط" للسرخسي، ج ٣، ص ٥٢، وفي الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة، ج ٧، ص ١٩٥)، وذهب أبو يوسف في الراجح عنه إلى أن يوقف له نصيب ابن واحد أو بنت واحدة أيهما أكثر ("المبسوط" للسرخسي، ج ٣٠، ص ٥٢)، وذهب الشافعي إلى أن يعطى نصيبه من الورثة من لا يتغير له إلى أن يتضح الأمر بالولادة، وذلك على أساس أن الحمل مما لا ينضب (انظر في ذلك محمد جواد مغنية "الفقه على المذاهب الخمسة"، ص ٥٢٩، دار التعارف، ط ٧ عام ١٩٨٢م).

(٢) انظر في ذلك إلى: "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" للإمام الزيلعي، ج ٦، ص ٢٤١، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان.

ولعل هذا هو عين ما أخذ به قانون المواريث الصادر بقانون رقم ٧٧ لعام ١٩٤٣م في المادة ٤٢ منه حيث تنص على أن: "يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أم أنثى".

الفرع الرابع الأحوال المحتملة للجنين في الميراث:

تكون للحمل عند وجوده حالات خمس هي:

١ - الحالة الأولى: ألا يكون وارثاً باعتبار أنه ذكر أو أنثى:

عندئذ لا يلتفت إليه وتقسم التركة على الورثة الموجودين.

مثال ذلك: كما لو توفيت المرأة عن زوج وبنت وأم حامل وجد لأب، فإن الحمل في هذه المسألة لا يرث لأنه إما أن يكون أخاً شقيقاً أو أختاً شقيقة إن كان الحمل من أبي المتوفاة لأنه عاصب وكان المفروض أن يقاسم الجد فيما بقي إلا أن القسمة تنقص الجد عن السدس فلا يرث معه لأن الباقي بعد الفروض الأخرى هو حيث إن المسألة من ١٢ يأخذ الزوج ربعها وهو ٣ والأم سدسها وهو ٢ والبنت نصفها وهو ٦.

وإما أن يكون أخاً أو أختاً لأم إن كان الحمل من غير أبي المتوفاة وعندئذ سيكون محجوباً بالفرع الوارث وبالجد.

٢ - الحالة الثانية: أن يكون وارثاً على أحد الاعتبارين دون الآخر:

في هذه الحالة ننظر إلى الاعتبار الذي يرث فيه وتقسم التركة على أساسه ويحتفظ بنصيب الحمل لدى أمين، فإن ولد على هذا الاعتبار أعطى له نصيبه وإلا رد ما حجز إلى الورثة الذين تغيرت أنصباؤهم بفرض وراثته.

ومن ثم نجد أن الحمل هنا قد يكون وارثاً على تقدير أنه ذكر دون التقدير الآخر، وقد يكون الأمر بالعكس فيكون وارثاً على تقدير أنه أنثى ولا يرث على التقدير أنه ذكر.

مثال الصورة الأولى: كما لو توفى رجل عن زوجته وأم وابن أخ شقيق وزوجة أخ شقيق حامل وترك ٢٤٠٠ جنيهاً، فإننا لو فرضنا الحمل أنثى لا ترث شيئاً لأنها من نوي الأرحام، وإن فرضناه ذكراً شارك ابن الأخ في الباقي. وعلى ذلك نقسم التركة على اعتبار أنه ذكر كالاتي:

زوجة	أم	أبناء أخ شقيق	أصل المسألة
١/٤	١/٣	الباقي	١٢
٣	٤	٥	١٢

ولما كانت سهام ابني الأخ لا تنقسم عليهما قسمة صحيحة، نصحبها بضرب أصلها في ٢ فيصير الأصل ٢٤، تأخذ الزوجة منها ٦ والأم ٨ وابنا الأخ ١٠ ومقدار السهم الواحد: $2400 \div 8 = 300$

$$\text{نصيب الزوجة} = 6 \times 100 = 600 \text{ جنية}$$

$$\text{نصيب الأم} = 8 \times 100 = 800 \text{ جنية}$$

$$\text{نصيب ابني الأخ} = 10 \times 100 = 1000 \text{ جنية}$$

يأخذ ابن الأخ الموجود ٥٠٠ جنية ويحتفظ للحمل ٥٠٠ جنية، فإن كان ذكراً أخذها وإن كان أنثى ردت إلى ابن الأخ الموجود من المبلغ ما يجعل نصيبه ضعف نصيبها (فيقسم الألف جنية أثلاثاً يأخذ ابن الأخ ثلثيه، وتأخذ بنت الأخ ثلثه) وإن ولدت ابنتين رجعنا على ابن الأخ بما يكمل نصيب الحمل، وبهذا الاعتبار يؤخذ من ابن الأخ كفيل يلتزم برد ما أخذه زيادة عن نصيبه عند تعدد الحمل.

مثال الصورة الثانية: كما لو توفيت امرأة عن زوج وأخت شقيقة وزوجة أب حامل فإننا لو فرضنا الحمل ذكراً لما استحق شيئاً لأنه يرث بالتعصيب ولن يبقى له شيء بعد أصحاب الفروض، أما لو فرضناه أنثى فتكون أختاً لأب ترث السدس تكملة للثلثين فتقسم التركة على النحو التالي:

الورثة:	زوج	أخت شقيقة	أخت لأب (الحمل)	أصل المسألة
الفروض:	1/2	1/2	1/6	6
السهام:	3	3	1	7

فيحتفظ للحمل بسبع التركة، فإن جاء أنثى أخذته وإن جاء ذكراً رد إلى الزوج والأخت الشقيقة مناصفة لتساوي فرضهما.

٣ - الحالة الثالثة: أن يكون وارثاً على الاعتبارين ولا يتغير نصيبه فيهما:

وهي لا تكون إلا إذا كان الحمل من أولاد الأم كما لو توفى عن أخت شقيقة وأخت لأب وأم حامل من غير أبيه، فالحمل هنا إما أخ لأم أو أخت لأم ونصيبه السدس في الحالين فتقسم التركة على النحو التالي:

أم	أخت شقيقة	أخت لأب	الحمل (أخ لأم أو أخت لأم)	أصل المسألة
1/6	1/2	1/6	1/6	6
1	3	1	1	6

فيحتفظ للحمل بالسدس ويؤخذ كفيل من كل الورثة لاحتمال أن يكون الحمل أكثر من واحد فيكون نصيبه الثلث وتتغير سهام الورثة الباقين لأن المسألة ستعول إلى سبعة، ويصير السدس سبعة والنصف $\frac{3}{7}$ فيدخل النقص على الجميع.

٤ - الحالة الرابعة - أن يكون وارثاً على اعتبارين ويختلف نصيبه في أحدهما عن الآخر:

ففي هذه الحالة تقسم التركة على فرضين، أحدهما على فرض أنه ذكر وآخر على فرض أنه أنثى، ويعطى لكل وارث من الموجودين أقل النصيبين في التقسيمين، ويحفظ للحمل أكبر النصيبين مع فروق الأنصاء، ومن يتأثر نصيبه بتعدد الحمل يؤخذ منه كفيل يلتزم برد ما أخذ عن المستحق.

ومن أمثلة ذلك:

أن يتوفى امرؤ عن أب وأم وبنت وزوجة حامل ويترك ٨٦٤ جنيهاً، فعندئذ إذا فرضنا أن الحمل أنثى سيكون التقسيم كالاتي:

الورثة:	أب	أم	بنتان	زوجة	أصل المسألة
الفروض:	١/٦	١/٦	٢/٣	١/٨	٢٤
السهام:	٤	٤	١٦	٣	عالت إلى ٢٧
مقدار السهم	$٨٦٤ \div ٢٧ = ٣٢$ جنيهاً				
نصيب الأب	$٣٢ \times ٤ = ١٢٨$ جنيهاً				
نصيب الأم	$٣٢ \times ٤ = ١٢٨$ جنيهاً				
نصيب الزوجة	$٣٢ \times ٣ = ٩٦$ جنيهاً				
نصيب البنت	$٣٢ \times ٨ = ٢٦٥$ جنيهاً				
نصيب الحمل	$٣٢ \times ٨ = ٢٥٦$ جنيهاً				

وإذا فرضناه ذكراً يكون التقسيم كالاتي:

الورثة:	أب	أم	زوجة	بنت وابن أصل	المسألة
	١/٦	١/٦	١/٨	الباقى تعصيبا	٢٤
	٤	٤	٣	١٣	٢٤

وبما أن سهام الابن والبنت لا تنقسم عليهما قسمة صحيحة فتصبح المسألة بضرب أصلها ٢٤ في ٣ = ٧٢، يأخذ الأب والأم ١٢ والزوجة ٩ والبنت والابن ٣٩.

مقدار السهم	$٨٦٤ \div ٧٢ = ١٢$ جنيهاً				
نصيب الأم	$١٢ \times ١٢ = ١٤٤$ جنيهاً				
نصيب الأب	$١٢ \times ١٢ = ١٤٤$ جنيهاً				

نصيب الزوجة ١٢ × ٩ = ١٠٨ جنيهاً

نصيب البنت ١٢ × ١٣ = ١٥٦ جنيهاً

نصيب الحمل ١٢ × ٢٦ = ٣١٢ جنيهاً

وبالموازنة بين الأنصاء في التقسيمين نجد أن أقل النصيبين لكل واحد ما يلي:

الزوجة ٩٦ والأب ١٢٨ والبنت ١٥٦ فيعطى لكل واحد منهم ذلك النصيب، ويحفظ للحمل أكبر النصيبين وهو ٣١٢ بالإضافة إلى فروق الأنصاء وهي ٤٤.

فإذا ولد ذكراً أخذ ٣١٢ والبنت لا تأخذ شيئاً آخر مما ججز بل تقسم الفروق على الأب والأم والزوجة فيأخذ الأب ١٦ والأم ١٦ والزوجة ١٢، وإذا ولد أنثى أعطيناها ٢٥٦ جنيهاً، ويكمل للبنت الأخرى نصيبها فتعطى باقي المحجوز وهو ١٠٠ جنية.

ولاحتمال تعدد الحمل في هذه الصورة فإنه يؤخذ من البنت كفيل ليضمن ما أخذته زيادة عن نصيبها الحقيقي؛ لأنها الوحيدة في الورثة التي تتأثر بتعدد الحمل.

٥ - الحالة الخامسة - أن يكون وارثاً على التقديرين وحاجباً لمن معه من الورثة حجب حرمان ولو على أحد التقديرين فلا تقسم التركة بل توقف إلى حين ولادة الجنين:

كما لو توفي شخص وترك أخاً شقيقاً أو لأب وعماً وأخوة لأم وزوجة ابن حامل فإن الإخوة لأم لا يرثون مع ولد الابن ذكراً كان أم أنثى والأخوة الأشقاء أو لأب والأعمام لا يرثون مع ابن الابن فيكون بعض الورثة محجوبين على التقديرين والبعض الآخر محجوباً على أحدهما فقط، عندئذ توقف التركة إلى وقت الولادة فإن ولد ميتاً أخذ الأخوة لأم ثلث التركة، والأخ الشقيق يأخذ الباقي تعصيباً، وإن ولد حياً أخذ كل التركة إن كان ذكراً بالتعصيب، وإن كان أنثى أخذت النصف فرضاً والأخ الشقيق الباقي تعصيباً.

وإذا ولد الجنين حياً أعطى نصيبه المفروض له، فإن كان الموقوف للحمل أقل من المستحق له (كما لو أوقف له نصيب ولد ثم أتضح أن الحمل ولدان مثلاً)، فعندئذ يتم الرجوع على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة، أما إذا تبين العكس فكان الموقوف زائداً عن المستحق للجنين على إثر ولادته (كما لو أوقف له نصيب على فرض أنه ذكر ثم أتضح أنه أنثى)، وجب رد الزائد على من يستحقه من بين الورثة.

ولعل هذا عين ما نصت عليه المادة ٤٤ من قانون الميراث إذ جاء فيها "إذا نقص الموقوف لحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة".

المطلب الثاني حق الجنين في الوصية

يجدر بنا قبل إبراز مدى ثبوت حق الجنين في تلقي الوصية، أن نلقي الضوء سريعاً على معنى الوصية لغة واصطلاحاً، فضلاً عن بيان دليل مشروعيتها والحكمة منها، وذلك كله على التفصيل الآتي:

الفرع الأول المعنى اللغوي والاصطلاحي للوصية

أولاً - المعنى اللغوي للوصية:

الوصية لغة هي العهد، يقال أوصى الرجل ووصاه: أي عهد إليه، وتوصى القوم: أي أوصى بعضهم بعضاً. وفي الحديث "استوصوا بالنساء خيراً فإنهن عندكم عوان" والاسم الوصاة والوصاية (بفتح الواو)، والوصاية (بكسر الواو)، والوصية: أي ما أوصيت به.

والوصي هو الذي يوصى، كما أنه هو الذي يوصى له، وهو من الأضداد، والوصية: ما أوصيت به، وسميت وصية لاتصالها بأمر الميت^(١) ويقال أيضاً: وصاه واليه بكذا توصية وأوصاه إليه إيضاء. أي عهد إليه وفوض إليه أمره، ووصى فلان لفلان بكذا: أي ملكه إياه بعد موته، فهو موصى، وذلك موصى له أو موصى إليه، والشئ محل الوصية موصى به^(٢).

ثانياً - المعنى الاصطلاحي للوصية :

لقد أورد فقهاء المذاهب الإسلامية تعريفات كثيرة للوصية نذكر منها على سبيل المثال ما يلي :

يقول البعض "الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع عيناً كان أو ديناً"^(٣)، أو هي "تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة"^(٤) أو هي "هبة الرجل ماله لشخص آخر أو لأشخاص بعد موته سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح"^(٥).

ويعرفها البعض الآخر بأنها: "إقامة المكلف مكلفاً آخر مقام نفسه بعد الموت في بعض الأمور"^(٦).

- (١) انظر في ذلك: "لسان العرب" لابن منظور، ج٦، ص ٤٨٥٣، ٤٨٥٤، طبعة دار المعارف.
- (٢) انظر في ذلك إلى: "محيط المحيط" لبطرس البستاني، ص ٩٧٣.
- (٣) انظر في ذلك إلى: "حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار" للشيخ محمد أمين المعروف بابن عابدين، ج٢، ص ٦٤٨، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- (٤) انظر في ذلك إلى: "المختصر النافع" للحلي، ص ١٦٣.
- (٥) انظر في ذلك إلى: "بداية المجتهد" لابن رشد، ج٤، ص ١٥٤٩، ١٥٥٠، تحقيق وتعليق وتخريج ماجد الحموي، الطبعة الأولى عام ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- (٦) انظر في ذلك إلى: "شرح الأزهار المنتزع من الغيث المدرار المفتاح لكلمات الأزهار في فقه الأئمة الأطهار" للشيخ أبي الحسن بن عبد الله بن مفتاح، ج٤، ص ٤٦٩، طبعة عام ١٣٥٧هـ. مطبعة حجازي بالقاهرة. دار الكتب المصرية.

ويعرفها قانون الوصية بأنها: "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت" (١).

ولقد أثنى الإمام محمد أبو زهرة على تعريف القانون للوصية مفضلاً إياه على سائر التعريفات الفقهية سألقة الذكر، على أساس أن هذا التعريف يعد أجمع من كل هذه التعريفات السابقة، لأن فيه من المرونة ما يجعله شاملاً لكل أنواع الوصايا، فهو يشمل التمليكات والإسقاطات وتقدير مرتبات، ويشمل تقسيم التركة بين الورثة، ويشمل ما يكون بالمنافع وما يكون بالأعيان، بل يشمل بيان الطريق للوفاء بما على التركة من حقوق إن كان قد بين ذلك الوفاء، فإن هذا وغيره يعد تصرفاً في التركة، إذ أن كلمة تصرف الواردة في هذا التعريف جاءت عامة فتشمل هذا وغيره (٢).

الفرع الثاني

الحكمة من مشروعية الوصية ودليل جوازها

لقد شرع الإسلام الوصية صدقة من الله - عز وجل - على عباده ليتسنى للموصي أن يزداد بها صلة وقرباً من الله سبحانه وتعالى، وأن يصل بها حسناته بعد موته بوصفها من قبيل الصدقات الجارية أو من الباقيات الصالحات، ولا سيما وأن المرء عادة ما يستشعر عند دنو أجله جانب التقصير في طاعة ربه وفي مكافأة من أسدوا إليه معروفاً أو جميلاً من غير ورثته، ولم يتسن له رد الجميل لهم، فيجد في الوصية ضالته، حيث يستطيع من خلالها أن

(١) انظر إلى نص المادة الأولى من قانون الوصية الصادر بالقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م.

(٢) انظر في ذلك إلى: "شرح قانون الوصية" للإمام محمد أبو زهرة، ص ١٠، دار الفكر العربي. وفي نفس المعنى يقول الشيخ محمد سلام مذكور في مرجعه سالف الذكر عن تعريف قانون الوصية للوصية في باب المدح والثناء على هذا التعريف "وهو تعريف شامل لكل ضروب الوصايا التي اشتمل عليها القانون" (راجع في ذلك محمد سلام مذكور - المرجع السابق - ص ٢٩٤، هامش ٢).

يوصي بجزء من ماله (لا يجوز أن يزيد عن ثلث ما ترك من مال عند وفاته) دون خشية أن يصيبه ضرر من جراء هذا التصرف لأن ملكية الموصى به لا تنتقل إلى الموصى له إلا بعد موته، فيحقق بذلك معادلة صعبة بين مصلحته في الانتفاع بكل ماله حال حياته ومصلحته في الأجر والثواب من الله وفي إعانة أو مكافأة من يرغب في إعانته أو مكافأته بعد موته، فيحتفظ مع وجود الوصية بكل ماله طوال حياته ولا ينتقل الجزء الموصى به إلى الموصى له إلا بعد الموت^(١).

وقد روى رسول الله ﷺ أنه قال: "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم"^(٢).

أما بالنسبة لأدلة جواز الوصية من القرآن الكريم أو السنة المطهرة فكثيرة نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

أ - قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نَصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ يُوَصُّونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَاعَفٍ وَصِيَّةٌ مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾^(٣).

(١) انظر في نفس المعنى: أ. د. محمد زكريا البرديسي "الميراث والوصية في الإسلام" ص ١٠٣، طبعة عام ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٤ م، الناشر الدار القومية للطباعة والنشر بالقاهرة.

(٢) رواه ابن ماجه في سننه (سنن ابن ماجه، ج٢، رقم الحديث ٢٧٠٩، ص ٩٠٤).

(٣) الآية رقم ١٢ من سورة النساء.

فقد بينت الآية الكريمة أن نصيب الورثة من تركة مورثهم يكون فيما تبقى من بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا، فدل ذلك على جواز الوصية.

ب - قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾^(١).

فقد دلت الآية الكريمة على أن الله - تعالى - يحض من عاين الموت وأراد أن يعقب لنفسه خيراً بأن يوصي بجزء من ماله.

ج - قوله تعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا شَهِدُوا بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخِرَانِ مِّنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ صَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾^(٢).

فقد دلت الآية الكريمة على حض المؤمنين على الإشهاد على الوصية، والله - عز وجل - لا يأمر بالإشهاد إلا على شيء مشروع، فدل ذلك على مشروعية الوصية.

د - قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم"^(٣).

هـ - ما روى عن عامر بن سعد عن أبيه قال: "مرضت عام الفتح حتى أشفيت على الموت (أى قاربت فيه الموت)، فعادني رسول الله ﷺ، فقلت أى رسول الله إن لى مالا كثيراً وليس يرثنى إلا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى؟ قال: لا، قلت فالشطر قال: لا، قلت فالثلث: قال: "الثلث والثلث كثير إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس"^(٤).

(١) الآية رقم ١٨٠ من سورة البقرة.

(٢) الآية رقم ١٠٦ من سورة المائدة.

(٣) رواه ابن ماجه في سننه، ج٢، رقم الحديث ٢٧٠٩، ص٩٠٤.

(٤) رواه ابن ماجه في سننه، ج٢، رقم الحديث ٢٧٠٨، ص٩٠٤. ويقصد بعبارة يتكفون الناس: أى يشحذون فيسألون الناس بأكفهم.

فالحديثان واضحان في الدلالة على مشروعية الوصية بثالث مال المرء زيادة في الأجر والثواب.

و - ما روي عن ابن عمر - رضي الله تعالى عنهما - أن رسول صلى الله عليه وسلم قال: "ما حق امرئ مسلم يبیت ليلته وله شيء يريد أن يوصي فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه" (١).

وقد ذكر الإمام الشوكاني أن البعض قد استدل بهذا الحديث مع قول الله تعالى ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ على وجوب الوصية، وبه قال جماعة من السلف منهم عطاء والزهدى وأبو مجلز وطلحة بن مصرف وحكاه البيهقي عن الشافعي في القديم، وقال به إسحاق وداود وأبو عوانة الأسفرايني وابن جرير، وذهب الجمهور إلى أنها مندوبة وليست بواجبة، ونسب ابن عبد البر القول بعدم الوجوب إلى الإجماع، أجاب الجمهور عن الآية سالفة الذكر بأنها منسوخة كما في البخاري عن ابن عباس قال: "كان المال للولد وكانت الوصية للوالدين فنسخ الله من ذلك ما أحب، فجعل لكل واحد من الأبوين السدس" (٢).

ثم أجاب القائلون بالوجوب بأن الذى نسخ الوصية للوالدين والأقارب الذين يرثون، وأما من لا يرث فليس في الآية ولا في تفسير ابن عباس ما يقتضي النسخ في حقه.

ثم أجاب الجمهور عن الحديث بأن قوله: "ما حق" لا يفهم منه الوجوب فقد جاء على هذا النحو للحزم والاحتياط لأنه قد يفاجئه الموت وهو على غير

(١) انظر في ذلك إلى "نيل الأوطار" للإمام الشوكاني، ج٦، كتاب الوصايا، ص١٤٢، دار الجيل.

(٢) انظر في ذلك إلى: نيل الأوطار للإمام الشوكاني، ج٦، كتاب الوصايا، ص١٤٣، ١٤٤.

وصية، وقيل الحق لغة الشيء الثابت ويطلق شرعاً على ما يثبت به الحكم وهو أعم من أن يكون واجباً أو مندوباً، وقد يطلق على المباح قليلاً قاله القرطبي^(١).

والصحيح - من وجهة نظري - هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء فيندب إليها لمن لا يرث من الأقارب لا سيما الفقراء منهم^(٢).

الفرع الثالث مدى جواز الوصية للجنين

لقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء على جواز الوصية للجنين^(٣)، على أساس أن الوصية له تجرى مجرى الميراث بوصفها تمثل انتقالاً للمال الموصى به إلى الموصى له بعد موت الموصي بغير عوض، كانتقال المال من المورث إلى وارثه بموت المورث، وما دام أن الحمل يرث فإن الوصية له تكون جائزة من باب أولى، لا سيما وأن الوصية أوسع في باب الخلافة على المال من الميراث، لأنها تصح للمخالف في الدين وللعبد بعكس الميراث، وبذلك تكون الوصية أظهر في الإجازة للجنين من الميراث، وفي ذلك المعنى يقول الإمام ابن قدامة المقدسي: "والحمل يرث فتصح الوصية له، ولأن الوصية أوسع من الميراث، فإنها تصح للمخالف في الدين بخلاف الميراث، فإذا ورث الحمل فالوصية له أولى".

- (١) نيل الأوطار للإمام الشوكاني، ج٦، ص١٤٣، ١٤٤.
- (٢) انظر في نفس المعنى: أ. د. وهبه الزحيلي "الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي"، ص١٢، الطبعة الأولى عام ١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م، طبعة دار الفكر. دمشق، سوريا.
- (٣) انظر في ذلك إلى كتب المذاهب الفقهية الآتية: في الفقه الحنفي "بدائع الصنائع" للكاساني، ج٧، ص٣٣٦، في الفقه المالكي: "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" للدسوقي، ج٤، ص٤٢٣، وفي الفقه الشافعي: "مغني المحتاج" للشربيني، ج٣، ص٤٠، وفي الفقه الحنبلي "الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل" للشيخ أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، ج٣، ص٥٨، دار المعرفة: بيروت، لبنان، في الفقه الزيدي "البحر الزخار" لابن المرتضى، ج٥، ص٣٠٩.

ولعل هذا هو عين ما استقر عليه فقهاء القانون إذ يجيزون الوصية للجنين (سواء أولئك الذين يقصرون أهلية الجنين على اكتساب الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول، والوصية واحدة من هذا النوع من الحقوق، أو أولئك الذين يعترفون للجنين بصلاحيّة اكتساب جميع الحقوق سواء ما كان لا يحتاج منها إلى قبول كالوصية أو كان يحتاج منها إلى قبول فينبوب عنه أو وصيّه في هذا القبول)، بلا خلاف بينهم على اعتبار أنها من قبيل الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول لنشأتها لصالح الجنين^(١).

الفرع الرابع شروط صحة الوصية للجنين

لكي تصح الوصية للجنين يلزم أن تتوافر الشروط الآتية :

١ - الشرط الأول - أن يكون الجنين موجوداً وقت إنشاء الوصية :

وهذا شرط منطقي إذا لا تصح الوصية للجنين مع انعدام وجوده وقت إنشائها، وانصراف نية الموصي إلى أنه موجود وقت الإيصاء على خلاف الحقيقة.

وهذا يقتضي أن يتحقق للجنين الوجود لحظة الإيصاء له، ولو كان مجرد نطفة أمشاج (أو نطفة مخصبة) خارج الرحم (كما لو كان الجنين جنين أنابيب تم تلقيحه صناعياً في أنبوبة معدة لذلك الغرض تمهيداً لإعادته إلى الرحم على إثر هذا التلقيح ليتابع نموه داخل هذا الرحم) أو داخله (وذلك حينما يكون التلقيح طبيعياً أو صناعياً ولكن جرى له التلقيح داخل الرحم كما هو الحال في الإخصاب الصناعي الداخلي).

(١) انظر في ذلك: أ. د. إسماعيل غانم "محاضرات في النظرية العامة للحق" ص ١٧٣، ١٧٤، طبعة عام ١٩٥٨م، أ. د. جلال العدوي "المراكز القانونية"، ص ١٣٤، طبعة عام ١٩٨٨م، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، أ. د. حسن كيرة - المرجع السابق - بند ٣٦٤، ص ٥٠٧.

وقد فصلت المادة ٣٥ من قانون الوصية المصري في بيان كيفية التثبت من وجود الحمل وقت الإيضاء، حيث تنص على أن: "تصح الوصية للحمل في الأحوال الآتية:

"إذا لم يقر الموصى بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية، ما لم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بانئة فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البانئة...".

ومن ثم لو صدرت الوصية لحمل امرأة معينة ثم تبين عدم حملها لحظة الإيضاء كانت الوصية باطلة، باعتبارها وصية لمعدوم، حتى وإن حملت بعد صدور الوصية، لتخلف شرط الوجود في الحمل لحظة الإيضاء.

وقد اختلف الفقهاء حول صحة الوصية لحمل غير موجود وقت الوصية ولكنه سيوجد في المستقبل، فذهب جمهور الفقهاء (وهم الأحناف - والشافعية - والحنابلة - والزيدية^(١)) إلى عدم جواز هذه الوصية، وذلك باعتبارها وصية لمعدوم، ووصية المعدوم غير جائزة، في حين ذهب المالكية إلى جواز هذا النوع من الإيضاء، على أساس أن الحمل وإن لم يكن موجوداً وقت الإيضاء إلا أنه في طريقه إلى الوجود، وبالتالي فإنه يكون صالحاً للتملك، فتوقف الوصية له إلى حين ولادته حياً، فإن استهل صارخاً عقب الولادة استحق الوصية وإن لم يستهل بطلت الوصية له ولم يستحق شيئاً^(٢).

ويترجح في نظري مسلك الجمهور على أساس أن هذه الوصية تكون عند صدورها في هذه الحالة قد صدرت لمعدوم أي غير موجود وقت الإيضاء فلم تصح لذلك.

(١) انظر في ذلك إلى: في الفقه الحنفي: "بدائع الصنائع" للكاساني، ج٧، ص٣٣٦، وفي الفقه الشافعي "المجموع شرح المهذب" للنووي، ج١٨، ص٤٢٠، وفي الفقه الحنبلي: "شرح منتهى الإرادات" للبهوتي، ج٢، ص٤٣، وفي الفقه الزيدي: "البحر الزخار" لابن المرتضى، ج٥، ص٣٠٩.

(٢) "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ج٤، ص٤٢٣، مكتبة زهران، مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي وشركاه.

٢ - الشرط الثاني - ولادة الجنين حياً :

لم يختلف الفقهاء حول اشتراط صفة الحياة في الجنين كشرط لازم لاستحقاقه الوصية، ولكن اختلفوا في حقيقة الحياة اللازمة لذلك، فمن الفقهاء من يكتفي بولادة أكثر الجنين حياً، بدعوى أن الأكثر له حكم الكل وهم الأحناف^(١)، في حين يرى جمهور الفقهاء ضرورة ثبوت الولادة الكاملة أو الانفصال التام حياً لاستحقاق الجنين الوصية، وهم المالكية والشافعية والحنابلة^(٢) وينبغي أن يكون ماثلاً في الذهن أنه وفقاً لأحكام قانون الوصية فإنه إذا انفصل الجنين حياً ثم مات بعد ذلك كانت وصيته لورثته بالأعيان، أما إذا كانت الوصية بالمنافع فإن حصته تكون لورثة الموصي وليس لورثة الجنين (م ٣٦ من هذا القانون).

٣ - الشرط الثالث - أن يوجد الحمل على الصفة التي حددها الموصي :

كما لو أوصى لحمل رجل معين، فعندئذ يلزم ثبوت نسبه من ذلك الشخص المعين، وإلا لم يستحق شيئاً من هذه الوصية، ورجعت إلى ورثة الموصي، وهذا عن ما نصت عليه المادة ٢/٣٥ من قانون الوصية المصري.

٤ - الشرط الرابع - ألا يكون الجنين وارثاً:

ذلك أن الأصل في الوصية ألا تكون لوارث، وذلك عملاً بحديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذ يقول: "إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث"^(٣). فإذا صدرت الوصية لوارث حملاً كان أو غيره صحت

(١) انظر في ذلك إلى: "المبسوط" للسرخسي، ج ٢٨، ص ٨٦، ٨٧.

(٢) انظر في ذلك إلى: في الفقه المالكي "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير" ج ٤، ص ٤٢٣، في الفقه الشافعي "نهاية المحتاج" للرملي، ج ٦، ص ٤٤ وما بعدها، وفي الفقه الحنبلي: "المغني" لابن قدامة ج ٦، ص ٤٧٥.

(٣) رواد ابن ماجة في سننه، ج ٢، رقم الحديث ٢٧١٣، ص ٩٠٥.

موقوفة على إجازة الورثة، فإن أجازوها نفذت وإلا لم تنفذ في حقهم، وإن أجازها البعض من الورثة ولم يجزها البعض الآخر نفذت في حق من أجازها فقط ولم تنفذ في حق الباقيين.

ولعل هذا هو مذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة^(١)، في حين يرى فريق من الزيدية والإمامية صحة الوصية للوارث وإن لم يجزها الورثة، ذلك أن حكمها حكم الوصية للأجنبي فتصح في حدود الثلث وإن لم يجزها الورثة، فإن زادت عن الثلث أوقفت الزيادة على موافقة الورثة فإن أجازوها نفذت هذه الزيادة وإلا لم تنفذ في حقهم إلا في حدود الثلث فقط^(٢).

ولعل هذا الرأي الأخير هو ما أخذ به قانون الوصية المصري في المادة ٣٧ منه حيث نصت على ذلك بقولها: "تصح الوصية بالثلث للوارث وغيره وتنفذ من غير إجازة الورثة، وتصح بما زاد على الثلث ولا تنفذ في الزيادة إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي، وكانوا من أهل التبرع عالمين بما يجيزونه".

"وتنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه من غير توقف على إجازة الخزانة العامة".

ويترجح في نظري مسلك جمهور الفقهاء لا سيما وقد روي عن سيدنا عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال: "وددت أن الناس غضوا من الثلث إلى الربع، لأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: الثلث كبير أو كثير"^(٣).

- (١) انظر في ذلك إلى: المغني لابن قدامة، ج٦، ص ١٦٢، الطبعة الأولى عام ١٤٠٥هـ، دار الفكر. بيروت. لبنان، المحلى لابن حزم الظاهري، ج٩، ص ٣١٧، تحقيق لجنة إحياء التراث، دار الآفاق الجديدة، بيروت. لبنان.
- (٢) انظر في ذلك إلى: شرائع الإسلام، ج٢، ص ٢١٥، البحر الزخار، ج ٤، ص ١٥٨.
- (٣) سنن ابن ماجه، ج٢، رقم الحديث ٢٧١١، ص ٩٠٥.

٥ - الشرط الخامس - ألا يكون الحمل حربياً:

فلا تجوز وصية المسلم أو الذمي أو المستأمن للحربي حملاً كان أو غيره، حتى لا تكون الوصية له عوناً على قتال المسلمين^(١).

ويراعى أنه وفقاً لقانون الوصية المصري إذا أوصى لحمل معين ثم جاءت الحامل بولدين أو أكثر (ويراعى أن الولد يطلق على الذكر أو الأنثى) أحياء سواء حدث ذلك في وقت واحد أو في وقتين مختلفين خلال مدة لا تقل عن ستة أشهر كانت الوصية بينهما أو بينهم بالتساوي ما لم يرد في الوصية توزيع آخر للأنصبة في حالة التعدد، في حين أنه إذا انفصل الآخر ميتاً أو انفصل الآخرون موتى استحق الحي منهما أو منهم كل الوصية (م ٣٦ من هذا القانون).

المطلب الثالث

حق الجنين في الوقف

الفرع الأول

المعنى اللغوي والاصطلاحي للوقف

أولاً - المعنى اللغوي للوقف:

الوقف لغة هو الحبس، وهو مصدر قولك وقفت الدابة ووقفت الكلمة وقفاً. ووقف الأرض على المساكين وقفاً: أى حبسها عليهم^(٢).

ووقفت الدار له وعليه: أى حبستها في سبيل الله، والواقف هو الحابس لعينه إما على ملكه أو ملك الله تعالى، والوقف هو حبس العين على ملك الله تعالى، وقيل للموقوف وقف تسمية بالمصدر والموقوف اسم مفعول وهو العين المحبوسة إما على ملكه أو على ملك الله^(٣).

(١) انظر في نفس المعنى: أ. د. محمد زكريا البرديسي - المرجع السابق - ص ١١٣.

(٢) انظر في ذلك إلى: "لسان العرب" لابن منظور، ج٦، ص ٤٨٩٨، طبعة دار المعارف.

(٣) انظر في ذلك إلى: "محيط المحيط" للمعلم بطرس البستاني، ص ٩٨٢.

ثانياً - المعنى الاصطلاحي للوقف:

لقد أورد فقهاء المذاهب الإسلامية تعريفات كثيرة للوقف نختار منها التعريفات الآتية:

يعرفه صاحباً أبي حنيفة (أبو يوسف ومحمد بن الحسن) بأنه: "حبس العين على ملك الله - تعالى - وصرف منفعتها على من أحب"^(١). وعرفه بعض الشافعية بأنه: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه على مصرف مباح"^(٢) وهذا التعريف أدق من التعريف الذي قبله لأنه يقيد مصرف منفعة المال المحبوس على مصرف مباح، فيخرج بهذا القيد من دائرة الجواز والإباحة الوقف الذي يخصص لمصارف غير مباحة شرعاً، كالوقف على أهل الحرب أو الوقف على مسابقات غير شرعية كمسابقات ملكات الجمال مثلاً التي تحض على العري وامتهان المرأة.

وعرفه بعض الحنابلة بأنه: "تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة" أي بحبس الأصل وهو المال الموقوف فيمنع صاحبه من التصرف فيه بعيداً عن نطاق مصرفه الذي أوقف لأجله، على أن يجري تسبيل المنفعة فيه أي صرفها في سبيل الله على سبيل البر أو القربى من الله تبارك وتعالى^(٣).

(١) انظر في ذلك إلى: "البحر الرائق شرح كنز الدقائق" لابن نجيم الحنفي، ج٥، ص ٢٠٢ طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، "تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق" للإمام فخر الدين عثمان ابن علي الزيلعي، ج٣، ص ٣٢٥، طبعة دار المعرفة للطباعة والنشر. بيروت، لبنان.

(٢) انظر في ذلك إلى: "مغني المحتاج" للشربيني، ج٢، ص ٣٧٦ "نهاية المحتاج" للرملي، ج٥، ص ٣٥٨.

(٣) انظر في نفس المعنى: أ. هشام معروف الحسيني "الوصاية والأوقاف وإرث الزوجة" ص ١٢٨. حيث يقول "ومعنى تحبيس الأصل عدم توريثه والتصرف في العين الموقوفة بالبيع أو الهبة أو الرهن أو الإجارة أو الإعارة وما إلى ذلك، والمراد من إطلاق المنفعة أو تسبيلها هو صرفها واستعمالها في الجهة التي يعينها الواقف من دون عوض". الطبعة الأولى عام ١٩٨٠م، طبعة دار القلم. بيروت. لبنان.

ويرى البعض^(١) رجحان تعريف الحنابلة للوقف، لا سيما وأنه مأخوذ من حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الذى قال فيه لسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: " احبس أصلها وسبّل ثمرتها"^(٢).

وأرى أفضلية كلاً من تعريف الشافعية لدقته، ووضوح وتعريف الحنابلة لكونه مستمداً من حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم - سالف الذكر الذى وهبه الله - عز وجل - جوامع الكلام.

الفرع الثاني دليل جواز الوقف

توجد أدلة كثيرة تفيد في صحة الوقف نذكر منها ما يلي:

١ - قول الله تعالى: ﴿لَنْ نَّأَلُوهَا الْبِرِّ حَتَّىٰ تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾^(٣)، فقد روي أنه لما نزلت هذه الآية الكريمة قال أبو طلحة - رضي الله تعالى عنه - يا رسول الله أرى ربنا يسألنا من أموالنا فأشهدك أنى جعلت أرضي ببيرحاء لله، فقال رسول صلى الله عليه وسلم: "اجعلها في قرابتك" قال فجعلها في حسان بن ثابت وأبى كعب"^(٤)، وفي رواية أخرى عن أنس قال: "أن أبا طلحة قال يارسول الله: إن الله يقول: لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون، وأن أحب أموالي إلى ببيرحاء وأنها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله، فضعتها يارسول الله حيث أراك الله، فقال رسول الله بخ بخ ذلك مال رايح مرتين، وقد

(١) د. إسماعيل محمود عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٤٢٢.

(٢) رواه النسائي وابن ماجه (سنن النسائي، ج٦، ص٢٣٢، سنن ابن ماجه، ج ٢، رقم الحديث ٢٣٩٧، ص ٨٠١).

(٣) الآية رقم ٩٢ من سورة آل عمران.

(٤) انظر في ذلك إلى: "نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار" للشيخ الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني المتوفى عام ١٢٥٥هـ، ج٦، ص١٣٤، طبعة عام ١٩٧٣م، دار الجيل. بيروت - لبنان.

سمعت أرى أن تجعلها في الأقربين، فقال أبو طلحة أفعل يا رسول الله فقسّمها أبو طلحة في أقاربه وبني عمه" (١).

٢ - قول الله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا كَسَبْتُمْ وَمِمَّا أَخْرَجْنَا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ﴾ (٢) فهذه الآية الكريمة تفيد الحض على الإنفاق في وجوه البر والخير، وهذا ما يتحقق في الوقف باعتباره حبساً للمال لصرف منافعه في وجوه البر والخير.

٣ - قول النبي صلى الله عليه وسلم: "إذا مات ابن آدم انقطع عنه عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له" (٣).

وقد ذكر الإمام الصنعاني هذا الحديث في باب الوقف مقلداً في ذلك غيره

(١) نيل الأوطار للشوكاني، ج٦، ص١٣٤.

(٢) الآية رقم ٢٦٧ من سورة البقرة.

(٣) "سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام" للشيخ الإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمنى الصنعاني المتوفى عام ١١٨٢هـ، ج٣، رقم الحديث ٨٧١، ص٩٣٤، تحقيق: إبراهيم عصر، دار الحديث بجوار إدارة الأزهر.

وقد ورد هذا الحديث بصيغة جامعة تضم ألواناً شتى من وجوه البر في الإنفاق، ذكرها ابن ماجة في سننه، فقد روي عن سيدنا أبي هريرة - رضي الله تعالى عنه - أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إن مما يلحق المؤمن من عمله وحسناته بعد موته علماً علمه ونشره، وولداً صالحاً تركه، ومصحفاً ورثه، أو مسجداً بناه، أو بيتاً لابن السبيل بناه، أو نهراً أجراه، أو صدقة أخرجها من ماله في صحته وحياته يلحقه من بعد موته" (سنن ابن ماجة، ج١، رقم الحديث ٢٤٢، ص٨٨، ٨٩) وقد نظم الحافظ السيوطي - رحمه الله تعالى - هذه الوجوه الخيرة من وجوه الإنفاق في أبيات شعرية قائلاً:

إذا مات ابن آدم ليس يجري	عليه من فعال غير عشر
علوم بثها ودعاء نجل	وغرس النخل والصدقات تجري
وراثه مصحف ورباط ثغر	وحفر البئر أو إجراء نهر
وبيت للغريب بناه يأوي	إليه أو بناء محل ذكر

(انظر في عرض ذلك كله لدى الإمام الصنعاني في سبل السلام، ج٣، ص٩٣٥).

من العلماء، قائلاً عن هذا الحديث: "ذكره في باب الوقف لأنه فسر العلماء الصدقة الجارية بالوقف، وكان أول وقف في الإسلام وقف عمر رضي الله عنه" (١).

روى نافع عن ابن عمر، قال: أصاب عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - أرضاً بخيبر، فأتى النبي - صلى الله عليه وسلم - فاستأمره فقال يا رسول الله إني أصبت مالاً بخيبر لم أصب مالاً قط هو أنفسي عندي منه، فما تأمرني به؟ فقال: "إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها" قال فعلم بها عمر على أن لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث، تصدق بها للفقراء وفي القربى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف. لا جناح على من وليها أن يأكلها بالمعروف أو يطعم صديقاً غير متمول" (٢) وفي رواية أخرى زيد فيها "غير متمول مالاً" (٣).

٤ - روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً، فإن شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسناً" (٤).

٥ - روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: أراد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الحج فقالت امرأة لزوجها أحجني مع رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فقال ما عندي ما أحجك عليه، قالت احجني على جملك فلان، قال ذلك حبيس في سبيل الله، فأتى رسول الله - صلى الله عليه وسلم

(١) انظر في ذلك إلى "سبل السلام" للصنعاني، ج٣، باب الوقف، ص٩٣٤. وقد ذكر الصنعاني في نفس الموضع عن الإمام الترمذي قوله لا نعلم بين الصحابة والمتقدمين من أهل الفقه خلافاً في جواز وقف الأرضين، وأشار الشافعي أنه من خصائص الإسلام لا يعلم في الجاهلية.

(٢) "نيل الأوطار" للشوكاني، ج٦، كتاب الوقف، ص١٢٧.

(٣) انظر في ذلك إلى: "سبل السلام" للصنعاني، ج٣، رقم الحديث ٨٧٢، ص ٩٣٥.

(٤) انظر في ذلك إلى (صحيح البخاري - المرجع السابق - ج٣، ص ١٠٤٨، طبعة دار

ابن كثير اليمامة، مسند الإمام أحمد بن حنبل - المرجع السابق - ج٢، ص ٣٧٤.

(٥) انظر في ذلك إلى: نيل الأوطار للشوكاني، ج٦، ص ١٣٢.

- فسأله فقال له "أما إنك لو أحجبتها عليه كان في سبيل الله" ^(١)، وقد صح أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه قال في حق خالد بن الوليد: "قد احتبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله" متفق عليه ^(٢).

الفرع الثالث مدى جواز الوقف على الجنين

بادئ ذي بدء ينبغي أن نوضح أن أبرز الشروط الواجب توافرها في الموقوف عليه سواء أكان جنيناً أم غيره أن يكون موجوداً، وأن يكون أهلاً للتملك ^(٣) وهذان الشرطان هما مدار الخلاف وسنده في القول بجواز أو عدم جواز الوقف على الجنين، ذلك أن من يرى أن الجنين موجود وليس بمعدوم، وأنه أهل للتملك يجيز الوقف له، ومن يرى أن الجنين معدوم وليس أهلاً للتملك لم يجز الوقف له، على ما سوف نرى عند بيان حكم الفقهاء في الوقف على الجنين في ضوء الصورة التي يتم عليها الوقف.

ذلك أن حكم الفقهاء في الوقف على الجنين ليختلف باختلاف الصورة التي يتحقق من خلالها الوقف عليه، فقد يكون الوقف على الجنين أصالة أي على وجه الاستقلال أو الانفراد، وقد يكون على وجه التبعية مع آخرين، وذلك على التفصيل الآتي:

١ - الصورة الأولى: الوقف للجنين على وجه الاستقلال:

لقد اختلف الفقهاء حول حكم الوقف للجنين إذا تم الوقف له أصالة أو على وجه الاستقلال والانفراد، وذلك بأن يقول الواقف: وقفت هذه الدار على

(١) انظر في ذلك إلى كل من: نيل الأوطار للشوكاني، ج ٦، ص ١٣٢، وسبل السلام للصنعاني، ج ٣، رقم الحديث ٨٧٣، ص ٩٣٦، ٩٣٧.

(٢) هذا إلى جانب وجود شرطين آخرين: وهما ضرورة أن يكون الموقوف عليه معيناً غير مجهول، فضلاً عن ضرورة أن يكون الوقف عليه غير محرم، أو بمعنى آخر لا بد أن يكون الوقف لغاية مشروعة.

هذا الحمل بعينه أو على من سيولد لي، على رأيين :

أ - الرأي الأول :

يرى أنصاره وهم (جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية^(١)) عدم صحة الوقف في هذه الصورة، وذلك إما على أساس أن الحمل ليس أهلاً للتملك، كما أنه ليس لأحد أن يملك له في نظر البعض منهم ، وإما على أساس أن الحمل معدوم فلا يصح له الوقف ابتداء في نظر البعض الآخر^(٢).

ب - الرأي الثاني :

يرى أنصاره وهم (المالكية^(٣) والشيعة الزيدية^(٤)) صحة الوقف في هذه الصورة، وذلك على أساس أن الوقف يصح لمن كان أهلاً للتملك، سواء أكان موجوداً وقت الوقف أم كان سيوجد كالجنين الذي سيولد.

- (١) انظر في ذلك الرأي إلى المراجع الآتية: في الفقه الحنفي "حاشية ابن عابدين، ج٤، ص ٤٧٢، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦هـ-١٩٦٠م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، وفي الفقه الشافعي: مغني المحتاج للشربيني، ج٢، ص ٣٧٩، طبعة دار الفكر، وفي الفقه الحنبلي "الاقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل" للمقدسي، ج٣، ص ٢٠، وفي فقه الإمامية "شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام"، للحلبي، ج٢، ص ٢١٤.
- (٢) حيث جاء هذا المعنى لدى الشيعة الإمامية وفي ذلك يقول الحلبي في كتابه "شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام".
- (٣) نصه "ولو وقف على معدوم ابتداء لم يصح كمن يقف على من سيولد له أو على حمل لم ينفصل"، ج٢، ص ٢١٤.
- انظر في ذلك إلى: أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك " لأبي بكر حسن الكشناوي، ج٣، ص ١٠٠، طبعة ٢، دار الفكر.
- (٤) انظر في ذلك إلى: "البحر الزخار الجامع لعلماء المذاهب والأمصار" لأحمد بن يحيى ابن المرتضى، ج٤، ص ١٥٧، ١٥٨، الطبعة الأولى عام ١٣٩٦هـ - ١٩٤٧م، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان.

وأرى من جانبي رجحان الرأي الثاني على أساس أن الجنين أهل للتملك بوصفه موجوداً لحظة الوقف عليه، ما دام قد ثبت له هذا الوجود في رحم أمه منذ صيرورته نطفة أمشاج، ويسهل الآن في العصر الحديث التثبت بدقة متناهية من مدى وجود الجنين أو انتفاء وجوده لحظة صدور الوقف لصالحه.

٢ - الصورة الثانية - الوقف للجنين أو لمن سيولد بطريق التبع لمن يصح الوقف عليه:

وتتخذ هذه الصورة في واقع الحياة أحد هذين الفرضين:

أ - الفرض الأول: أن يوقف إنسان داره أو عقاره على المعدم تبعاً للموجود، كأن يقول وقفت الدار أو العقار على من سيولد لي وعلى الموجودين من أولادي، فمن الفقهاء من يرى صحة هذا الوقف، بحيث إذا وجد من لم يكن موجوداً وقت الوقف بعد انقراض من كان موجوداً من الموقوف عليهم انتقل الوقف إليه، وإن وجد مع بقائهم اشترك معهم في الأعيان الموقوفة^(١)، في حين يرى البعض الآخر صحة الوقف بالنسبة للموجود فقط وعدم صحته بالنسبة لمن سيوجد بوصفه كان معدوماً حين الوقف، وبالتالي لا يصح الوقف عليه حتى وإن وجد بعد ذلك.

ب - الفرض الثاني: أن يوقف إنسان داره ابتداء على من سيولد له ثم على أولاده الموجودين أو على الفقراء، حيث يرى جمهور الفقهاء صحة الوقف

(١) انظر في ذلك إلى كل من: في الفقه الحنفي: "شرح فتح القدير" للكامل بن الهمام، ج ٥، ص ٤٥٢، دار إحياء التراث العربي بيروت، لبنان.

(٢) انظر في ذلك إلى كل من: الفقه الحنفي: "شرح فتح القدير" لابن الهمام ج ٥، ص ٤٥٢، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان. حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، لمحمد أمين المعروف بابن عابدين، ج ٤، ص ٤٧٢، الطبعة الثانية ١٣٨٩هـ، ١٩٦٦م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، في الفقه المالكي: "الخرشي على مختصر خليل"، ج ٧، ص ٨٠، دار صادر، بيروت، لبنان، في الفقه الحنبلي: "شرح منتهى الإرادات" للبهوتي، ج ٢، ص ٦، طبعة عام ١٣٦٦هـ، مطبعة أنصار السنة المحمدية، الناشر عالم الكتب.

في هذا الفرض، وذلك على أساس أنه حينما أوقف على أولاده فكأنما وقف على الفقراء ابتداء فصح وقفه^(١) وذلك خلافاً لرأي بعض الفقهاء كالشافعية والشيعة الإمامية حيث لم يجيزا مثل هذا الوقف باعتباره وقفاً على معدوم فكان باطلاً^(٢).

وأرى من جانبي صحة الوقف على الجنين متى ثبت وجوده يقيناً لحظة الوقف، ولو كان مجرد نطفة أمشاج، سواء جرى الوقف له ابتداء بطريق الأصالة أم كان بطريق التبعية مع من كان موجوداً عند الوقف، وذلك قياساً على صحة ميراث الحمل، حيث يفترض صلاحية هذا الحمل للملك أو على الأقل صلاحيته لتلقى الإرث من مورثه فيشارك الورثة الموجودين في الميراث ويوقف له أو فر النسيبين على فرض الذكورة أو الأنوثة، فكذلك في الوقف حيث يصح الوقف عليه.

ولا شك في أن إلحاق الوقف على الحمل بالوقف على المعدوم أو الوقف على من سيولد ممن ليس موجوداً وقت الوقف فيه مجافاة للحقيقة والواقع ولا يخلو من المغالطة، ذلك أن الحمل موجود حقيقة وفعالاً منذ صيرورته نطفة أمشاج باعتبارها تمثل الطور الأول من أطوار الحمل وجوداً وتكويناً، فلا يصح وصفه بالعدم أو معاملته معاملة المعدوم، بعكس من سيولد ممن ليس موجوداً بالرحم فعلا كجنين أو حمل فهو ليس موجوداً لحظة الوقف، فلا يصح الوقف عليه لأنه معدوم فعلاً، والمعدوم لا يصح الوقف عليه.

(١) انظر في ذلك إلى كل من: في الفقه الشافعي: "مغنى المحتاج" للشريبي، ج ٢، ص ٣٧٩، طبعة عام ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م، دار الفكر، في فقه الإمامية: "شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام" للحلبي، ج ٢، ص ٢١٤، الطبعة الأولى عام ١٣٨٩ هـ - ١٩٦٩م، مطبعة الآداب في النجف الأشرف.

المبحث الخامس حق الجنين في تلقي الهبة والشفعة والاستفادة من التأمين

المطلب الأول حق الجنين في تلقي الهبة

الفرع الأول المعنى اللغوي والاصطلاحي للهبة

أولاً - المعنى اللغوي للهبة:

الهبة لغة هي العطية الخالية من الأعواض والأغراض، فإذا كثر صدورها من صاحبها سمي وهاباً وهو من أبنية المبالغة، ولذا فإن من صفات الله - عز وجل - الوهاب أي كثير الإنعام على العباد، وأن كل ما وهب لك من ولد وغيره فهو موهوب. والموهوب (بفتح الواو) هو الرجل كثير الهبات، وتواهب الناس: أي وهب بعضهم البعض، والاستيهاب: أي سؤال الهبة واتهب: أي قبل الهبة، والاتهاب: قبول الهبة^(١).

وهب ماله يهب وهباً (بسكون الهاء) ووهباً (بفتح الهاء) وهبة (بكسر الباء): أي أعطاه إياه بلا عوض، فهو واهب ووهاب وواهبة ووهوب والآخر موهوب له، والمال موهوب، والهبة مصدر ويقصد بها شرعاً تملك عين بلا عوض.

وقد قيل إن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، وكلها تملك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها وكذلك الهبة، إلا أن الصدقة والهدية متغايران، فقد كان رسول الله ﷺ - يأكل من الهدية ولا يأكل من

(١) لسان العرب لابن منظور، ج٦، ص ٤٩٢٩.

الصدقة^(١)، فالظاهر أن من يعطي شيئاً ينوي به التقرب إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة، في حين أن من يدفع شيئاً إلى إنسان للتقرب إليه فهو هدية، ولذلك قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في اللحم الذي جاء صدقة إلى بريرة "هو عليها صدقة ولنا هدية"^(٢).

ثانياً - المعنى الاصطلاحي للهبة :

لقد أورد الفقهاء تعريفات عديدة للهبة نتخير منها التعريفات التالية: يعرفها الحنفية على أنها: "تمليك العين بلا شرط العوض في الحال"^(٣) ويعرفها المالكية بأنها: "تمليك لذات بلا عوض لوجه الموهوب له وحده وتسمى هدية"^(٤).

ويعرفها الحنابلة بأنها: "تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه، موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في هذه الحياة بلا عوض"^(٥).

(١) فقد روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - إذا أتى بطعام سأل عنه، فإن قيل: هدية أكل منها، وإن قيل صدقة لم يأكل منها. (رواه مسلم في صحيحه، حديث رقم ١٠٧٧، ص ٤٥٦).

(٢) رواه الإمام مسلم في صحيحه، حديث رقم ١٠٧٤، ص ٤٥٥.

(٣) وقولهم تملك العين تعبير قصد به إخراج تملك المنافع من الإجارة والعارية ونحوهما. وقولهم بلا شرط العوض تعبير قصد به إخراج البيع ونحوه مما يشترط فيه العوض. وهذا لا ينافي أن للمالك أن يهب عيناً معينة لآخر بشرط أن يأخذ منه عوضاً لذلك فتكون هبة بشرط العوض، لأن الغرض هو نفي كون العوض مشروطاً لصحة الهبة.

(٤) انظر في ذلك إلى: كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - المرجع السابق - ص ٢٣١

(٥) يقصد بعبارة "جائز التصرف" أي أن يكون الواهب صاحب المال أهلاً للتصرف فيه فيكون بالغاً رشيداً. ويقصد بعبارة "معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه" أي يجب أن يكون المال الموهوب معلوماً فلا تصح هبة المجهول، إلا إذا تعذر العلم به، كأن يهب جار قمحه الذي اختلط بقمح جاره، وقوله "موجوداً" قصد به إخراج المعدم (غير الموجود) فلا يصح هبة ولد البقرة قبل أن تحمل به، والمراد من قوله "مقدوراً على تسليمه" إخراج ما ليس بمقدور التسليم كالطير في الهواء، والسماك في الماء، فإن هبته لا تصح، والمراد من عبارة "في هذه الحياة" إخراج الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت.

الفرع الثاني دليل جواز الهبة

الهبة تصرف مندوب إليه لما فيها من الإحسان والبر من الواهب للموهوب له، وصدق رسول الله - صلى الله عليه وسلم - إذ يقول في الحديث الذي رواه عنه أبو هريرة رضي الله تعالى عنه: "تهادوا تحابوا"^(١) كما روي عن السيدة عائشة - رضي الله تعالى عنها - أنها قالت: "كان رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يقبل الهدية ويثيب عليها"^(٢).

بيد أن الفقهاء قد اختلفوا فيما بينهم حول جواز الهبة للجنين، حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم صحة الهبة للجنين على أساس أن الهبة يلزم فيها القبول والقبض وليس للجنين ولي يتولى ذلك نيابة عنه، حيث لا تبدأ الولاية عليه إلا بعد ولادته حياً^(٣)، في حين يرى المالكية جواز الهبة للجنين بحيث يكون له المال الموهوب كله إن ولد حياً، ويكون لورثته إن ولد حياً ثم مات، ويبقى على ملك الواهب إن ولد ميتاً^(٤)، كما يجيزها للجنين الإمام ابن حزم

- (١) الحديث رواه البخاري في الأدب المفرد، وأبو يعلى بإسناد حسن (انظر في ذلك إلى "سبل السلام" للسنناني، ج٣، حديث رقم ٨٨١، ص ٩٤٤).
- (٢) الحديث رواه البخاري في صحيحه (انظر في ذلك إلى "سبل السلام" للسنناني، ج٣، رقم الحديث ٨٧٧، ص ٩٤٠).
- (٣) وفي ذلك يقول الإمام الحنفي شمس الدين السرخسي "والقبول من الجنين لا يتحقق وليس لأحد عليه ولاية القبول، الأم وغيرها فيه سواء، لأن القابل لا يمكن أن يجعل نائباً، فإن نيابة الغير شرعاً فيما يكون متصوراً من المنوب عنه" (انظر في ذلك إلى "المبسوط" ج٨، ص ٢٩، طبعة عام ١٣٢٤هـ، مطبعة السعادة بمصر لصاحبها محمد إسماعيل)، وفي نفس المعنى انظر أيضاً إلى "الإمام الكاساني في كتابه" بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع"، ج٧، ص ٢٣٦، الطبعة الثانية عام ١٩٧٤م، دار الكتاب العربي.
- (٤) وفي ذلك يقول الإمام التسولي في كتابه "البهجة في شرح التحفة": "في المجلس عليه ولا أن يكون أهلاً للتملك حقيقة كزيد والفقراء أو حكماً كقنطرة ومسجد، ولا يشترط كوناً كبيراً ولا موجوداً، بل للكبار والصغار - يعقد وللجنين الموجود في =

الظاهري^(١)، وذلك على أساس أن من تلفظ بالهبة فقد عقد عقداً أو عمل عملاً، فلزمه لذلك الوفاء به، ولا يحل له إبطاله إلا بنص، ولا يوجد نص بذلك، بل النص على وجوب الوفاء عملاً بقول الله تعالى: ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿وَلَا بُطْلُوا أَعْمَلَكُمْ﴾^(٣).

ويبدو لي من رأي من لم يجز الهبة للجنين أن ذلك مرده إلى قولهم بغياب الولاية أو النيابة الشرعية عن هذا الجنين، بدعوى أنها لا تبتدئ أصلاً إلا مع تمام ولادته حياً، ومن ثم ليس هناك من ولي أو نائب شرعي ينوب عن الجنين، يملك ولاية القبول عنه حتى تصح الهبة له، ومثل هذا الرأي قد فقد الآن مبرر فكره واتجاهه حيث تعمد معظم قوانين الولاية على المال في العصر الحديث على النص صراحة على حق الأب في إقامة وصي عن الحمل المستكن، وإلا عين له وصي من قبل المحكمة^(٤).

وأرى من جانبي صحة الهبة للجنين قياساً على صحة الهبة للصبى غير المميز، حيث لا يصح من الصبى غير المميز - لانعدام إرادته - قبض الهبة أو قبولها، فينوب عنه في ذلك وليه أو وصيّه، فكذلك الجنين ينوب عنه في قبض

= بطن أمه، بل ولمن لم يوجد في البطن ولكن سيولد في المستقبل، والهبة والصدقة والوصية مثل الحبس في ذلك، ويتم ذلك ويلزم باستهلاك من في البطن أو سيوجد" ص ٢٢٥، دار الفكر.

(١) انظر في ذلك إلى "المحلى" للإمام ابن حزم الظاهري، ج ٦، ص ١٢٦، طبعة دار الفكر، بيروت. لبنان.

(٢) الآية رقم ١ من سورة المائدة.

(٣) الآية رقم ٣٣ من سورة محمد.

(٤) انظر في ذلك إلى المادتين ٢٨، ٢٩ من قانون الولاية على المال المصري، والمادتين ٢٣، ٢٤ من قانون الولاية على المال البحريني، والمادتين ١٠١، ١٠٢ من مدونة الأحوال الشخصية.

الهيئة وقبولها وليه أو وصيّه، ولا يقال عن الجنين أنه معدوم فهو موجود حقيقة في الرحم أو خارجه (كما في جنين الأنابيب) منذ صيرورته نطفة مخصبة.

وإذا كانت بعض القوانين المدنية الحديثة لم تنص صراحة على جواز الهبة للجنين (كالقانون المدني المصري وغيره من القوانين التي حذت حذوه كالقانون المدني البحريني) مما حمل بعض الفقهاء على القول بعدم جواز الهبة للجنين باعتبارها من قبيل الحقوق التي تحتاج إلى قبول، والجنين لا يتصور صدور القبول منه، وقصر أهليته من ثم على اكتساب الحقوق التي لا تحتاج إلى قبوله لثبوتها لها^(١)، إلا أن بعض القوانين المدنية الحديثة كالقانون المدني الكويتي قد نصت صراحة على جواز الهبة للجنين، بل لم تكتف بالاعتراف له بأهلية اكتساب مثل هذا النوع من الحقوق، بل جعلت له أهلية التحمل بالالتزامات التي تستوجبها إدارة أمواله أو حقوقه (م ٢/١٠ مدني كويتي^(٢))، وهذا ما اتجه إليه - وبحق - بعض الفقهاء وذلك تحقيقاً لمصلحة الجنين في اكتساب مثل هذه الحقوق، لا سيما وأنه يمكن أن ينوب عنه وليه أو وصيه في قبول ما يحتاج إلى القبول من الحقوق لثبوتها له^(٣).

(١) أ.د. عبد الرزاق السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني الجدي" د، ج ٥ ص ١٠٢، طبعة عام ١٩٩٨، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت. لبنان، أ. د. توفيق حسن فرج "النظرية العامة للحق"، ص ١٥٤ طبعة عام ١٩٨٧، مؤسسة الثقافة الجامعية.

(٢) حيث تنص هذه المادة على ذلك بقولها: "مع ذلك تجوز له الهبة الخالصة، وتجب عليه الالتزامات التي تقتضيها إدارة ماله". كما تنص على ذلك أيضاً المادة ٥١٨ من قانون الموجبات اللبناني بقولها: "الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم"، كما أجاز ذلك القانون المدني الفرنسي في المادة ٩٠٣ منه بشرط القابلية للحياة.

(٣) انظر في ذلك إلى: أ. د. جلال العدوي - المرجع السابق - ص ١٣٥ وما بعدها.

المطلب الثاني حق الجنين في الشفعة^(١)

الفرع الأول المعنى اللغوي والاصطلاحي للشفعة

أولاً - المعنى اللغوي للشفعة :

الشفع: ضد الوتر، يقال كان وترّاً فشفعه، والشفعة في الدار والأرض، والشفيع صاحب الشفعة وصاحب الشفاعة^(٢).

(١) ومما تجدر الإشارة إليه أنه وإن كانت بعض التشريعات المدنية تطلق على الشفعة وصف الحق مثل المادة ٨٦٠ مدني بحريني التي تعرفها قائلة: "الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية"، والمادة ١١٢٨ مدني عراقي حيث تقول: "الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة"، والمادة ١١٥٠ مدني أردني حيث تقول: "الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه الثمن والنفقات" كما يتجه بعض الفقهاء إلى إطلاق نفس الوصف على الشفعة (مثل أ. د. أحمد إبراهيم في مؤلف "المعاملات الشرعية المالية" ص ٥٢، طبعة عام ١٩٣٦م القاهرة، حيث يعرف الشفعة بأنها: "حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه الثمن والمؤن") إلا أن الفقه يكاد يجمع على كون الشفعة رخصة وليست حقاً، ويعد إطلاق وصف الحق عليها على سبيل التجوز لا بقصد دلالة الحق ولكن بقصد دلالة الرخصة (انظر في ذات المعنى أ. د. عبد الحميد عثمان محمد "المفيد في أحكام حق الملكية" بند ٢٤٠، ص ٣١١، طبعة جامعة البحرين عام ٢٠٠٤م أ. د. محمود محمد حسن "الملك بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني" ص ٧٠ وما بعدها، رسالة دكتوراه عام ١٩٧٨م، كلية الشريعة والقانون بالأزهر الشريف بالقاهرة). ولعل هذا هو عين ما أخذ به التقنين المدني المصري حيث أضفى على الشفعة وصفها الحقيقي باعتبارها رخصة وليست حقاً، إذ تنص المادة ٩٣٥ مدني مصري على ذلك بقولها "الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية" ومن الفقه من اعتبر الشفعة في مرحلة وسطى بين الحق والرخصة، فهي ليست رخصة محضة ولا حقاً محضاً (انظر في ذلك إلى: أ. د. عبد الرزاق السنهوري "الوسيط" ج ٩، بند رقم ١٦٢، ص ٥٨٩.

(٢) مختار الصحاح للرازي، ص ٣٤١.

والشُّفْعة (بضم الشين وسكون الفاء وفتح العين) أو الشفْعة (بضم الشين والفاء وفتح العين) في الدار والأرض: القضاء بها لصاحبها، والشفْعة: الزيادة، وقد سئل أبو العباس عن اشتقاق الشفْعة في اللغة فقال: الشفْعة الزيادة: وهو أن يشفك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وشفعه بها، أي أن تزيده بها، أي أنه كان وترّاً واحداً فضم إليه ما زاده وشفعه به، وقال القتيبي: كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى بالمبيع ممن بَعُدَ سببه فسميت شفْعة وسمي طالبها شفيعاً^(١).

ثانياً - المعنى الاصطلاحي للشفْعة :

توجد للشفْعة في الاصطلاح الفقهي والقانوني تعريفات كثيرة، نذكر منها ما يلي من التعريفات، يعرفها ابن قدامة المقدسي في كتابه المغني: "بأنها استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه"^(٢) ويعرفها بعض الفقهاء المحدثين بأنها: "حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن"^(٣).

وتعرفها المادة ٩٣٥ مدني مصري بقولها: "الشفْعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

وتعرفها المادة ١١٢٨ مدني عراقي بقولها: "الشفْعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة".

وتنص المادة ٩٥ من كتاب مرشد الحيران على أن: "الشفْعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات".

(١) لسان العرب لابن منظور، ج٤، ص ٢٢٨٩، ٢٢٩٠.

(٢) انظر في ذلك إلى: المغني لابن قدامة، ج ٥، ص ١٧٨، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ.

(٣) الشيخ أحمد إبراهيم "المعاملات الشرعية المالية" ص ٥٢، طبعة عام ١٩٣٦م القاهرة.

وتعرفها المادة ٨٦٠ مدني بحريني بقولها: "الشفعة هي حق الحلول محل المشتري عند بيع العقار في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية" (١).

الفرع الثاني

دليل مشروعية الشفعة والحكمة منها

تعد الشفعة جائزةً شرعاً بالسنة والإجماع.

- ففي السنة النبوية المطهرة، وردت أحاديث كثيرة في إجازة الشفعة نذكر منها ما يلي:

- ١ - ما روي عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما - قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود (٢) وصرفت الطرق (٣) فلا شفعة (٤).

(١) وقد يوحي هذا النص أنه يثبت الشفعة لأسباب عدة مثلما فعل القانون المدني المصري وغيره من القوانين المنظمة للشفعة، غير أنه لم يثبت الحق في الشفعة إلا في حالة الشيوخ فقط، حيث نصت المادة ٨٦١/أ منه على أن: "يثبت الحق في الشفعة للشريك في الشيوخ إذا بيعت حصة من المال الشائع لغير الشركاء" في حين تنص المادة ٩٣٦ مدني مصري على أنه: "يثبت الحق في الشفعة: أ...ب...ج...د...ه...".

(٢) ومعنى ذلك أنه إذا حصلت قسمة الحدود في المبيع واتضحت بالقسمة مواضعها. (نيل الأوطار للشوكاني، ج٥، ص ٨١).

(٣) وصرفت بضم الصاد وتخفيف الراء المكسورة وقيل بتشديدها أي بينت مصارفها وكأنه من التصريف والتصرف. قال ابن مالك معناه خلصت وبانت وهو مشتق من الصرف بكسر المهملة وهو الخالص من كل شيء، سمي بذلك لأنه صرف عنه الخلط (انظر في ذلك: نيل الأوطار للشوكاني، ج٥، كتاب الشفعة، ص ٨١).

(٤) الحديث متفق عليه واللفظ للبخاري (انظر إلى صحيح البخاري للإمام البخاري، تحقيق د. مصطفى ديب البغا، ج٢، ص ٧٧٠، كتاب بدء الوحي، دار ابن كثير اليمامة، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، وفي رواية مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: قضى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في كل شركة لم تقسم ربعة (أي الدار) =

٢ - ما روي عن أنس بن مالك - رضي الله عنه - قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم: "جار الدار أحق بالدار"^(١) ما روي عن أبي رافع رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الجار أحق بصقبه"^(٢).

٣ - ما روي عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من كان له شريك في ربة أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ، وإن كره ترك"^(٣).

٤ - ما روي عن جابر - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الجار أحق بشفعة جاره، ينتظر بها - وإن كان غائباً - إذا كان طريقهما واحداً"^(٤).

أما الإجماع فقد نقل الإمام ابن قدامة المقدسي عن ابن المنذر قوله: "أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط"^(٥).

= أو حائط (أي بستان) لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه. فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به (صحيح مسلم، باب الشفعة رقم الحديث ١٦٠٨/١٣٤، ص ٧١١، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان).

(١) أخرجه ابن حبان في صحيحه، ج ١١، ص ٥٨٥ من حديث أنس بن مالك (انظر في ذلك صحيح ابن حبان للإمام ابن حبان البستي التميمي، تحقيق شعيب الأرنؤوط، الطبعة الثانية عام ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣، كما أخرجه المقدسي في كتابه الأحاديث المختارة، تحقيق عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، ج ٧، ص ١٢٢، مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤١٠ هـ).

(٢) أخرجه البخاري والحاكم (انظر إلى صحيح البخاري، ج ٦، ص ٢٥٥٩، ٢٥٦٠).

(٣) رواه الإمام مسلم في صحيحه، باب الشفعة، حديث رقم ١٦٠٨/١٣٣، ص ٧١٠.

(٤) رواه الإمام أحمد وغيره ورجاله ثقات (مسند الإمام أحمد بن حنبل، ج ٣، ص ٣٠٣، مؤسسة قرطبة مصر).

(٥) انظر في ذلك إلى: "المغني" لابن قدامة المقدسي، تحقيق د. محمد شرف الدين خطاب، د. السيد محمد السيد، الأستاذ سيد إبراهيم صادق، ج ٧، ص ١٤٢، الطبعة الأولى ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م، الناشر دار الحديث بالقاهرة.

وتتجلى الحكمة من إثبات الشفعة للشفيع (سواء أكان شريكاً أم جاراً)^(١) في الرغبة في درء ما يحتمل وقوعه به من ضرر من جراء بيع المشفوع فيه (ذلك أن درء المفسدة التي قد تحدث للشفيع مقدم على جلب المنفعة التي كان

= ولم يشذ عن هذا الإجماع إلا أبو بكر الأصم الذي أنكر جوازها لما تؤدي إليه من مضار بأرباب الأملاك، فقد يحدث أن يتقاعس الشريك عن الشراء فيضر بالمالك، ومن يرى أيضاً أن الشفعة تثبت على خلاف القياس، وذلك لأن الشفيع يملك المبيع بغير رضا صاحبه وهذا ما لا يجوز أصلاً عملاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه" (رواه البيهقي في سننه، ج٦، ص ١٠٠، تحقيق محمد عبد القادر عطا، طبعة عام ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، دار الباز. مكة المكرمة. السعودية).

(١) ذلك أن الفقهاء وإن كان قد انعقد إجماعهم على ثبوت الشفعة للشريك، إلا أنهم قد اختلفوا فيما بينهم حول ثبوتها للجار بين مثبت ومنفٍ، حيث يرى الأحناف ثبوت الشفعة للجار إلى جانب ثبوتها للشريك مستدلين في ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "جار الدار أحق بشفعة الدار"، وقوله: "الجار أحق بصقبه"، في حين يرى جمهور الفقهاء أن الشفعة لا تثبت للجار وإنما تثبت فقط للشريك، على أساس أن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يثبت الشفعة إلا عند الاختلاط أو الشركة، فقد قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، بل إن من أصحاب هذا الرأي من الجمهور من ذهب إلى حمل الأحاديث القاضية بثبوت الشفعة للجار بأن المراد بها الجار الأخص وهو الشريك المخالط، لأن كل شيء قارب يقال له جار كما قيل لامرأة الرجل جارة لما بينهما من المخالطة (انظر في ذلك إلى: نيل الأوطار للشوكاني، ج٥، ص ٨١، ٨٢، طبعة عام ١٩٧٣م، دار الجيل ببيروت، لبنان).

وأميل من جانبي إلى رأي الأحناف خاصة وأن الحكمة من إثبات الشفعة للشريك تتحقق أيضاً ذاتها في جانب الجار، بل هي للجار أولى، وذلك أن الشفعة ما ثبتت في الشركة إلا لإفضائها إلى المجاورة، ولذا يجب أن تكون حقيقة المجاورة أولى بثبوت الشفعة فيها من هذه الشراكة (انظر في نفس المعنى: "إعلام الموقعين عن رب العالمين" لابن قيم الجوزية، تحقيق عصام الدين الصبابي، ج٢، ص ٤٠٥، طبعة عام ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٢م، دار الحديث بالقاهرة).

ومن الفقهاء من جعل الشفعة في كل شيء سواء أكان منقولاً أم عقاراً، وهم الأحناف، وذهب الجمهور إلى قصرها على العقار دون المنقول، على أساس أن الضرر في المنقول نادر (انظر تفصيل ذلك إلى كتاب: إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن قيم الجوزية، ج٢، ص ٤٠٣، ٤٠٤).

ينشدها المشتري من شراء المشفوع فيه، عملاً بالقاعدة التي تقضي بأن "درء المفسد مقدم على جلب المنافع"^(١)، هذا فضلاً عما يحقّقه إثبات الشفعة للشفيع من مزايا اقتصادية وقانونية، حيث تسهم في جمع شتات ما تفرق من حق الملكية من حقوق متفرعة عنه (كأن يضم مالك الرقبة حق الانتفاع أو حق الحكر أو يضم المحتكر أو المنتفع حق الرقبة)، فضلاً عن دورها البارز في إنهاء حالة الشيوخ فينعكس ذلك إيجاباً في بذل مزيد من العناية والرعاية بشأن المال الذي زالت عنه حالة الشيوخ (فالناس قد جبلوا عادة على العناية بملكياتهم المفضلة أكثر من ملكياتهم الشائعة) وتفادي كثير من مظاهر الصراع والاختلاف حول إدارة واستغلال المال الشائع بين الشركاء^(٢).

(١) فإن قيل إن الضرر لا يدفع بالضرر بدعوى أن المشتري سيلحقه ضرر من جراء حرمانه من العقار المشفوع فيه، بل قد يقال أيضاً إن الضرر الذي يحق بالمشتري ضرر فعلي، في حين أن الضرر الذي يراود درؤه بالشفعة ضرر محتمل، ومن غير المقبول عقلاً ومنطقاً الترخيص في إنزال الضرر الفعلي لدرء الضرر المحتمل، فإننا نرد على ذلك بالقول بأن هذا الضرر وإن بدا لعدم وقوعه بعد غير جدير بالاعتبار لأول وهلة لتبرير إنزال ضرر فعلي بمشتري العقار المشفوع فيه، إلا أنه نظراً لجسامة وقوعه حين حدوثه، وتعدّر دفعه بعد وقوعه، فيكون من المناسب، بل من المتعين تقديم درئه على درء ذلك الضرر الذي يحق بالمشتري، خاصة وأن المشتري سيسترد ما دفعه في العقار المشفوع فيه من ثمن وما تكبده بشأن شرائه من مصروفات أو نفقات معتادة، مما يجعل ضرره لأخذ العقار منه وإن لم ينتف أخف وطأة من ضرر حرمان الشفيع من الأخذ بالشفعة، والقاعدة الأصولية تقضي بارتكاب أخف الضررين إذا تعين وقوع الضرر أو حدوثه (انظر في نفس هذا المعنى إلى: أستاذنا الدكتور عبد الناصر توفيق العطار "شرح أحكام حق الملكية"، ص ١٩٠.

(٢) انظر في نفس المعنى إلى: أ. د. نبيل إبراهيم سعد "الشفعة علماء وعملاً" بند ١، ص ٧ طبعة عام ١٩٩٧ م، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، أ. د. السيد العربي حسن "حق الشفعة في الأعراف القبلية والشرائح القديمة"، ص ٨٣، طبعة عام ٢٠٠١ م، دار النهضة العربية بالقاهرة، أ. د. عبد الحميد عثمان محمد، "المفيد في شرح القانون المدني البحريني"، "أحكام حق الملكية"، بند ٢١٦، ص ٢٧٣، طبعة عام ٢٠٠٣، مطبوعات جامعة البحرين.

الفرع الثالث مدى ثبوت الشفعة للجنين

لا جرم أن الجنين إذا تحقق فيه موجب الشفعة لكونه شريكاً أو جاراً للعقار المشفوع فيه، ثبت له الحق في الأخذ بالشفعة درءاً للضرر الذي سيحقيق به في المستقبل من جراء حرمانه من ممارسة هذه الرخصة، وينوب عنه في طلبها نائبه القانوني ولياً كان أو وصياً.

وقد عني بعض فقهاء المسلمين بتناول حق الشفعة للجنين، وذلك حينما يكون الشريك في العقار جنيناً، كما لو مات امرؤ وكان شريكاً في عقار وترك زوجته حاملاً، ثم باع شريكه نصيبه في هذا العقار قبل ولادة الجنين، فذهب المالكية وبعض الحنابلة والأحناف إلى ثبوت حق هذا الجنين - من خلال وليه أو وصيه - طلب الشفعة في هذا العقار، وذلك قياساً على حقه في الإرث، فضلاً عن مراعاة مصلحة الشفيع في دفع الضرر عنه وتحقيق مصلحته في الأخذ بالشفعة سواء أكان جنيناً أم وليداً^(١).

في حين أن الإمام مالك لم يجز الشفعة للجنين، فقد قيل لابن القاسم (وهو الإمام عبد الرحمن بن قاسم الذي كان يروي عن الإمام مالك) "أرأيت الوصي يأخذ للحبل بالشفعة في قول مالك أم لا؟ قال: لا يأخذ له بالشفعة

(١) انظر في ذلك المعنى إلى كل من: "المغني" لا بن قدامة المقدسي، تحقيق عبيد التركي ومحمد الحلو، ج٧، ص ٥١١، الطبعة الأولى عام ١٤٠٦هـ، مطبعة دار هجر القاهرة، "قواعد ابن رجب" رجب الحنبلي، ص ١٧٦، الطبعة الأولى عام ١٤١٣هـ، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت. لبنان الإمام السرخسي في كتابه المبسوط/ ج١٤، باب الوكالة في الفعية ص ١٤٦ حيث يقول: "إذا كان الشفعة لورثة الصغير والكبير والحمل الذي لم يولد بعد فهم في الشفعة سواء...."، د. مسفر بن علي القحطاني - المرجع السابق - ص ٣٤٣ من المجلد الأول من مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بالإمارات سالف الذكر.

حتى يولد لأنه لا ميراث له إلا بعد الولادة في رأيي فكذا لا شفعة له إلا بعد الولادة وبعد الاستهلال صارخاً^(١).

ومما تجدر الإشارة إليه أن الإمام مالك يجيز الشفعة للصبي فينوب عنه وليه أو وصية أو السلطان، وكان من المفروض قياس الجنين عليه لاتحادهما في العلة دفعا للضرر، فقد قيل لابن القاسم "أرأيت لو أن صبياً وجبت له الشفعة من يأخذ له بالشفعة في قول مالك، قال: الوالد، قيل له فإن لم يكن له والد، قال فالوصي، قيل فإن لم يكن له وصي، قال فالسلطان، قيل فإن كان في موضع لا سلطان فيه ولا أب ولا وصي، قال: فهو على شفעתه إذا بلغ^(٢).

المطلب الثالث

حق الجنين في الاستفادة من التأمين

لقد عرفت المادة ٧٤٧ من التقنين المدني المصري التأمين بأنه: "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن"^(٣).

بيد أنه أُوخذ على هذا التعريف أنه وإن كان قد أبرز الجوانب القانونية لعقد التأمين (والتي تتمثل في الخطر المؤمن منه، والقسط الذي يدفعه المؤمن له، والعوض المالي الذي يتحمله المؤمن عند تحقق الخطر، فضلاً عن المصلحة في التأمين) إلا أنه غفل عن الإشارة إلى الأسس الفنية لعقد التأمين على الرغم من

(١) انظر في ذلك إلى: "المدونة الكبرى" للإمام مالك بن أنس الأصبجي، رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن قاسم، ج ٤، ص ٢٣٦، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت. لبنان.

(٢) المدونة الكبرى - المرجع السابق - ج ٤، ص ٢٠٨.

(٣) هذه المادة تقابل المادة ٦٨٦ من القانون المدني البحريني.

دخولها في العناصر المكونة لهذا العقد (والتي تتمثل في مبدأ التعاون بين المؤمن لهم والمقاصة التي تجري بين المخاطر وفقاً لقوانين الإحصاء)، وعمد معظم الفقهاء^(١)، إلى الأخذ بتعريف الفقيه الفرنسي " هيماز " الذي يعرف عقد التأمين بأنه " عملية يحصل بمقتضاها أحد الطرفين وهو المؤمن له نظير دفع قسط على تعهد لصالحه أو لصالح الغير من الطرف الآخر وهو المؤمن، يدفع بمقتضاه هذا الأخير أداء معيناً عند تحقق خطر معين، وذلك عن طريق تجميع مجموعة من المخاطر وإجراء المقاصة بينهما وفقاً لقوانين الإحصاء "^(٢).

ولعل التساؤل الذي يفرض نفسه هنا يتعلق بمدى جواز التأمين على الجنين وصور هذا التأمين؟

أما فيما يتعلق بجواز التأمين على الجنين فإن من الفقهاء من يرى عدم جواز التأمين على الجنين، على أساس أنه لا يجوز أن يتعلق الخطر به، ومن ثم لا يمكن إجازة التأمين عليه إلا إذا أجاز واضع القانون ذلك^(٣).

ومن الفقه من يرى - وبحق - جواز التأمين على الجنين أيأ كانت صورته، فقد يجري التأمين على الجنين لحال البقاء، وقد يجري التأمين على الجنين لحال الوفاة، ويكون شرط استحقاق مبلغ التأمين في الحالة الأولى أن

(١) انظر في ذلك إلى: أ. د. أحمد شرف الدين " أحكام التأمين في القانون والقضاء " ص ١٦، ٢٥، طبعة عام ١٩٨٦، ١٩٨٧م، مطبعة حسان بالقاهرة، أ. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله " التأمين (قواعده، أسسه الفنية، والمبادئ العامة لعقد التأمين)"، ص ١٤، ١٥، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، أ. د. عبد الناصر توفيق العطار " أحكام التأمين"، ص ٢١، بدون تاريخ نشر، مطبعة السعادة بالقاهرة، أ. د. محمد حسام لطفي " الأحكام العامة لعقد التأمين" ص ٦-٧، الطبعة الثانية عام ١٩٩٠م، د. حمدي عطيفي، " العقود المسماة" الكتاب الثالث " عقد التأمين ص ٩، طبعة عام ١٩٩٩م، د. خالد جمال أحمد " الوسيط في عقد التأمين البحريني" ص ٣٣، ٣٤ طبعة عام ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

(٢) راجع في ذلك المراجع السابقة في نفس المواضيع سالفه الذكر.

(٣) المستشار الدكتور مفتاح محمد أقريط - المرجع السابق - ص ١٣٧.

يولد الجنين حياً، وشرط استحقاق مبلغ التأمين في الحالة الثانية أن يولد الجنين ميتاً ويغطي مبلغ التأمين نفقات الجنازة^(١)، ذلك أن للجنين شخصية قانونية - وإن كانت ناقصة - تؤهله لأن يكون صالحاً لاكتساب كافة الحقوق - بحسب الرأي الذي رجحناه^(٢) - ومنها حقه في تلقي مبلغ التأمين عند تحقق الخطر المؤمن ضده.

ومما تجدر ملاحظته أن ثمة فرقاً واضحاً بين التأمين على الجنين لحال البقاء أو حال الوفاة، وبين التأمين ضد خطر الحمل أو التأمين ضد خطر الإنجاب، ذلك أن التأمين على الجنين لحال البقاء أو الوفاة يتعلق بالخطر فيه بشخص الجنين، في حين أن الخطر في التأمين من خطر الحمل أو خطر الإنجاب يتعلق بشخص الحامل عند وقوع الحمل فيجري لتغطية نفقات العلاج والرعاية للمرأة الحامل، أو عند حصول الإنجاب أو الولادة بهدف تغطية النفقات اللازمة لتغذية المولود ورعايته^(٣).

كما يختلف التأمين على الجنين أيضاً عن التأمين ضد خطر الإجهاض بوصفه تأميناً يتعلق بشخص المرأة الحامل بهدف تغطية ما يترتب على خطر الإجهاض من أضرار مثل نفقات عملية الإجهاض ونفقات علاج آثار الإجهاض للعناية والرعاية بصحة المرأة بعد حدوث الإجهاض^(٤).

وقد يحدث أن يجري التأمين لا على الجنين ولكن على غيره مع اشتراط مبلغ التأمين لصالح الجنين، فنكون في هذا الفرض بصدد عقد التأمين متضمناً اشتراطاً لمصلحة الجنين، كان يؤمن الزوج على حياته مشترطاً مبلغ التأمين

(١) أ. د. عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص ١٤٣١.

(٢) ذلك الرأي الذي يجعل للجنين أهلية في اكتساب وتلقي كافة الحقوق سواء ما كان لا يحتاج منها إلى قبول لنشأته مثل الميراث والوصية أو ما كان يحتاج إلى قبول لثبوته ونشأته مثل الهبة.

(٣) انظر في نفس المعنى إلى: د. محمد مؤمن - المرجع السابق - ص ٥٠٣، ٥٠٤.

(٤) انظر في نفس المعنى إلى: المستشار الدكتور مفتاح محمد أفريط - المرجع السابق - ص ١٣٧.

لصالح الجنين أو الحمل المستكن في رحم زوجته^(١)، وهذا أمر جائز قانوناً عملاً بنص المادة ١٥٦ من التقنين المدني المصري التي تنص على أنه: "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعين وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة"^(٢).

وقف التقادم في حق الجنين:

وتجدر الإشارة إلى أن رعاية حقوق الجنين وحمايتها من بعض الأسباب التي قد تؤدي إلى زوالها أو اكتسابها تقتضي الحكم بوقف سريان التقادم في حق هذا الجنين ما دام ليس له نائب قانوني يمثله، قياساً على وقف سريان التقادم في حق عديم الأهلية أو ناقصها إذا لم يكن له نائب قانوني يمثله^(٣).

(١) انظر في نفس المعنى إلى: د. محمد مؤمن - المرجع السابق - ص ٥٠٣.

(٢) هذه المادة تقابل المادة ١٩٦ / ب من القانون المدني البحريني.

(٣) إذ تنص المادة ٣٨٢ مدني مصري على أنه: "١- لا يسري التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه، ولو كان المانع أدبياً، وكذلك لا يسري التقادم فيما بين الأصيل والنائب".

"٢- ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً".

بيد أنه يؤخذ على النص السابق أنه بعد أن قضى بوقف سريان التقادم عند وجود مانع يحول دون الدائن والمطالبة بحقه ولو كان المانع أدبياً، عاد وقصر الوقف في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو الغائب أو المحكوم عليه بعقوبة الجنائية الذي ليس له نائب قانوني يمثله، على التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات أي على التقادم الطويل فقط دون التقادم السنوي أو الثلاثي أو الخمسي، وكان حرياً به أن يقرر الوقف في حق هؤلاء أيضاً كانت مدة التقادم لاتحادهم جميعاً في علة الوقف، ولعل هذا هو ما سلكه واضع التقنين المدني البحريني حيث جعل الوقف عاملاً للتقادم كله أيضاً كانت مدته، حيث تنص المادة ٣٧٣ منه على ذلك بقولها: "أ- لا تسري المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً، كما أنها لا تسري كذلك فيما بين الأصيل والنائب".

وذلك لاتحادهما في العلة^(١).

خاتمة:

لا غرو أن تولي الدراسات القانونية عنايتها بالجنين وما يتصل به من أحكام تنتظم من خلالها حقوقه، فهو النواة الأولى للكائن البشري، وسيكسب عما قريب - أي فور ولادته كاملاً حياً - شخصية قانونية كاملة بوصفه إنساناً كامل الإنسانية، ولذا لم يكن من المقبول أن نتجاهل شخصيته بوصفه كيانا مستقلاً عن أمه حتى وإن تغذى بغذائها وسكن داخل رحمها، فهو ليس جزءاً منها بحيث تتوارى شخصيته خلف أو داخل شخصيتها، وفي الوقت نفسه ليس من المنطق أن نسويه بالوليد الذي انفصل عن بطن أمه كاملاً حياً في الشخصية القانونية فنعترف له بأهلية وجوب كاملة، ولكن نعترف له بشخصية قانونية ناقصة تؤهله لاكتساب الحقوق فتكون له من ثم أهلية وجوب ناقصة.

ولا جرم أنه في غياب النصوص التشريعية التي تنظم حقوق الجنين وتُفصّل ما يتصل بها من قواعد وأحكام، يتعين الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية الغراء بوصفها المصدر الرئيسي الذي ينبغي على واضع القانون أن

= "ب - ويعتبر مانعاً يتعذر معه المطالبة بالحق عدم توفر الأهلية في الدائن أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جنائية إذا لم يكن له نائب يمثله قانوناً". وهذا هو عين ما نصت عليه المادة ٣٧٩ من قانون الالتزامات والعقود المغربي.

(١) انظر في نفس هذا المعنى إلى: د. سعيد أديمر "قطع التقادم ووقفه في ضوء قانون الالتزامات والعقود" رسالة دكتوراه عام ١٩٨٤م، جامعة محمد الخامس بالرباط، ص ١٨٩، د. محمد مؤمن "أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي" دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة الحقوق، بجامعة الكويت العدد الثالث، السنة الثالثة والعشرين شعبان ١٤٢٥هـ سبتمبر ٢٠٠٤م، ص ٤٦٩، ٤٧٠، المستشار الدكتور مفتاح محمد أفريط "الحماية القانونية للجنين بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، ص ١٢٧، ١٢٨، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٤م، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية.

يستلهم من معينه الصافي ما يسنه من قواعد التشريع المنظمة لحقوق الجنين بصفة خاصة ولغيره من الموضوعات الأخرى بصفة عامة.

وقد حاولت من خلال هذا البحث أن أعرض بقدر من البيان والتفصيل لما يتمتع به الجنين من حقوق مدنية في ظل أحكام الشريعة الإسلامية (والتي فاقت كعادتها كل النظم القانونية القديمة والمعاصرة في عنايتها ورعايتها لحقوق الجنين كماً وكيفاً) وغيرها من النظم القانونية المعاصرة (والتي يغلب على ما قل أو ما ندر لديها من أحكام تتعلق بالجنين طابع القصور في معالجة كثير من الجوانب المتعلقة به) فتبين لي أن الشريعة الإسلامية الغراء لم تبسط عنايتها بتلك اللبنة الأولى للكائن البشري (الجنين) منذ بداية النشأة والتكوين فحسب (أي ابتداء من صيرورته نطفة أمشاج أو مخصبة) بل مدت ظلال تلك العناية حتى من قبل أن يلتقي أحد الزوجين بالآخر فيصير في رحم أمه شيئاً مذكوراً.

إذ تدعو الشريعة الإسلامية الراغبين في الزواج ابتداءً إلى حسن اختيار الزوج الآخر ليكون ثمرة هذا الزواج أجنة صحيحة قوية، تكون عدة الجيل البشري وعتاده في المستقبل القريب، فحث الرسول الكريم على حسن اختيار مواضع النطف ليخرج منها نسل صحيح وسليم بدنياً ونفسياً، ثم بعد أن تتكون النطفة أوجبت لها تلك الشريعة الإسلامية الغراء كل مظاهر الرعاية والعناية اللازمة لحمايتها وضمان حسن نموها وتطورها داخل الرحم إلى أن تتكامل لهذا النمو مراحلها ودرجاته.

ثم أثبتت تلك الشريعة الإسلامية الغراء للجنين وفقاً للرأي الراجح فيها منذ بداية تكوينه كنطفة أمشاج أهلية اكتساب كافة الحقوق سواء ما كان منها لا يحتاج إلى قبول لثبوتها له أو ما كان منها يحتاج إلى هذا القبول فينوب عنه في ذلك نائبه، فأوجبت أن يوقف له نصيبه من الميراث أو الوصية إلى أن يولد كاملاً حياً، وجعلت له أهلية تلقى الهبة أو طلب الشفعة عن طريق نائبة الشرعي،

كما أجازت الوقف له سواء على وجه الاستقلال أو بالتبعية مع آخرين، وأثبتت له الحق في الانتساب لأبيه، كما كفلت له حماية جنائية فاعلة طوال مدة وجوده بالرحم.

ورغبة مني في وضع تصور متكامل لمشروع قانون خاص بحماية الجنين، أقدم توصياتي في هذا الخصوص في شكل مواد عسى أن تصادف قبولاً لدى المعنيين بتقديم مشروعات القوانين فيجعلونها في مشروع قانون مقترح لحماية هذا الجنين الذي يمثل بداية حقيقية للوجود الإنساني داخل الرحم، وذلك على النحو الآتي:

المادة الأولى:

الجنين هو ذلك الكائن البشري الناتج عن عملية التلقيح بين الحيوان المنوي الذكري والنطفة الأنثوية أياً كانت طبيعته (أي سواء أكان تلقيحاً طبيعياً أم صناعياً) ما بقي في الرحم طوال مدة الحمل.

المادة الثانية:

أقل مدة للحمل هي ستة أشهر وأقصاها سنة ميلادية كاملة.

المادة الثالثة:

تبدأ الحماية القانونية للجنين منذ صيرورته نطفة أمشاج خارج الرحم أو داخله، وتستمر معه طوال مدة حمله في بطن أمه إلى أن ينفصل عنها كاملاً بتمام ولادته حياً.

المادة الرابعة:

للجنين شخصية قانونية ناقصة تؤهله لاكتساب الحقوق التي يسمح له القانون باكتسابها.

المادة الخامسة:

للجنين أهلية اكتساب كافة أنواع الحقوق المحضّة بما فيها الحقوق التي يحتاج لثبوتها إلى قبول منه فيصدر القبول عنه بواسطة من ينوب عنه، كما له أهلية التحمل بالواجبات الناشئة عن أعمال الإدارة اللازمة لهذه الحقوق.

المادة السادسة:

للجنين حياة مصونة منذ بداية تكوينه كنطفة أمشاج بحيث يمتنع المساس بها إلا بهدف الحفاظ على حياته أو صحته أو على حياة أمه أو صحتها الجسدية أو النفسية من خطر جسيم محقق محقق الوقوع.

المادة السابعة:

يلتزم الوالدان بالكشف على الجنين شهرياً طوال مدة الحمل للتأكد من سلامة نموه، ويعهد إلى مكتب الصحة الواقع بدائرة موطن الوالدين بمهمة الإشراف والرقابة على تنفيذ هذا الالتزام.

المادة الثامنة:

ينوب عن الجنين في قبول الحقوق التي تحتاج إلى قبول، وفي إدارة جميع أمواله محل هذه الحقوق أحد والديه، فإن لم يكن فجدّه لأبيه، فإن لم يكن فجدّه لأمه، وإلا من تعينه المحكمة لهذا الغرض.

المادة التاسعة:

إذا انفصل الجنين كاملاً حياً استقرت له حقوقه التي ثبتت له منذ بداية وجوده في بطن أمه، وتنقل هذه الحقوق إلى ورثته بموته ولو مات بعد انفصاله بلحظة، إما إذا انفصل ميتاً لم يثبت له أي من هذه الحقوق الموقوفة.

المادة العاشرة:

يجوز الوقف على الجنين سواء على وجه الاستقلال أو بالتبعية مع آخرين مادام قد ثبت وجوده كنطفه أمشاج أو ما يعقبها من مراحل النمو الأخرى.

المادة الحادية عشرة:

يثبت للجنين الحق في طلب الشفعة متى تحقق فيه موجب الشفعة من شراكة أو جيرة بالعقار المشفوع فيه، وينوب عنه وليه أو وصيه في طلبها.

المادة الثانية عشرة:

تصح الهبة للجنين بإرادة الواهب كموجب وإرادة النائب القانوني عن الجنين كقابل، متى كانت هبة محضة.

المادة الثالثة عشرة:

يجوز أن يكون الجنين مستفيداً في عقد اشترط لصالحه، متى كانت للمشترط مصلحة شخصية مشروعة في هذا الاشتراط.

المادة الرابعة عشرة:

تسري على ميراث الجنين أحكام المواد ٤٢، ٤٣، ٤٤، من القانون المصري رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣م بشأن المواريث^(١).

(١) تنص المادة ٤٢ من قانون الميراث المصري على أن: "يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى". وتنص المادة ٤٣ من هذا القانون على أنه: "إذا توفى الرجل عن زوجته أو معتدته فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة". "ولا يرث الحمل من غير أبيه إلا في الحالتين الآتيتين: الأولى: أن يولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إذا كانت أمه معتدة عدة موت أو فرقة ومات الموروث أثناء العدة. الثانية: أن يولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من تاريخ وفاة الموروث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة". وتنص المادة ٤٤ من ذات القانون على أنه: "إذا نقص الموقوف لحمل عما يستحقه يرجع بالباقي على من دخلت الزيادة في نصيبه من الورثة، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه رد الزائد على من يستحقه من الورثة".

المادة الخامسة عشرة:

تسري على الوصية للجنين أحكام المادتين ٣٥، ٣٦ من القانون المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦م بإصدار قانون الوصية^(١).

المادة السادسة عشرة:

يعاقب من يعتدي على حق الجنين في الحياة خارج الرحم أو داخله بالحبس لمدة سنة أو بالغرامة التي لا تقل عن ألفي جنيه، وتكون العقوبة هي الحبس لمدة ثلاث سنوات أو الغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف جنيه في أي من هاتين الحالتين:

أ - إذا حدث بعد الشهر الرابع.

(١) حيث تنص المادة ٣٥ من هذا القانون على أنه: "تصح الوصية للحمل في الأحوال التالية:

١ - إذا أقر الموصي بوجود الحمل في وقت الوصية وولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الوصية".

٢ - إذا لم يقر الموصي بوجود الحمل وولد حياً لسبعين ومائتي يوم على الأكثر من وقت الوصية، مالم تكن الحامل وقت الوصية معتدة لوفاة أو فرقة بائنة فتصح الوصية إذا ولد حياً لخمسة وستين وثلاثمائة يوم فأقل من وقت الموت أو الفرقة البائنة".

وإذا كانت الوصية لحمل معين اشترط لصحة الوصية مع ما تقدم ثبوت نسبه من ذلك المعين".

وتوقف غلة الموصى به إلى أن ينفصل الحمل حياً فتكون له.

وتنص المادة ٣٦ من القانون نفسه على أنه: "إذا جاءت الحامل في وقت واحد أو في وقتين بينهما ستة أشهر بولدين حيين أو أكثر، كانت الوصية بينهم بالتساوي إلا إذا نصت الوصية على خلاف ذلك".

وإن انفصل أحدهم غير حي استحق الحي منهم كل الوصية، وإن مات أحد الأولاد بعد الولادة كانت حصته بين ورثته في الوصية بالأعيان وتكون لورثة الموصي في الوصية بالمنافع".

ب - إذا وقع من طبيب دون مبرر قانوني يقتضيه وفق المادة السادسة سالفه الذكر.

المادة السابعة عشرة:

إذا كانت مرتكبة الجريمة حبلية أو صارت حبلية بعد ارتكابها، وكانت عقوبتها الإعدام أو العقوبة السالبة للحرية، أرجئ تنفيذ العقوبة إلى أن تتم ولادة الجنين وتكتمل مدة السنتين اللازمتين للرضاعة، فإن ولد ميتاً أو سقطاً كان الإرجاء فقط لحين تماثل الأم للشفاء بعد الولادة أو الإسقاط وفق رأي لجنة طبية متخصصة.

