كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية السويسي
FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ECONOMIQUES ET SOCIALES SOUISSI

ماستر: القانون و الممارسة القضائية

مادة: قضاء الأسرة

عرض تحت عنوان

أهلية الجنين

من انجاز الطلبة :

حميد أهنا

سهام المنصوري

عبد الرحمان الباقوري

تحت اشراف:

د : ميلودة الشم

السنة الدراسية

2017/2018

مقدمة :

يمر الانسان بمجموعة من المراحل في حياته كالصبى والنضج، وقبلهما يكون عبارة عن حمل في بطن أمه، وتختلف صلاحيته في اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات في كل مرحلة من هده المراحل. ولما كانت أهلية الانسان لا تطرح أي إشكال قانوني بعد خروجه للحياة إلا أنه حينما يكون جنينا يطرح التساؤل بشأن أهلية الوجوب لديه وطبيعتها وأساسها القانوني كونه عديم أهلية الأداء.

ويقصد بالجنين في القاموس المحيط، ذلك الولد المستتر في بطن أمه، ومعنى كلمة الجنين مأخوذة من الاجتنان، وهو الخفاء، والفقهاء في تعريفهم للجنين لا يخرجون عن هذا المعنى، ويمر الجنين في خليقته بأطوار يحددها قوله تعالى: [**ولقد خلقنا الإنسان من سلالة من طين (12) ثم جعلناه نطفة في قرار مكين(13) ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغة فخلقنا المضغة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين(14)**] [1] ولا يكاد ما وصل إليه الطب الحديث يختلف عما جاء في القرآن الكريم.

والجنين إنسان غير كامل، إذ قد يولد حيا، أو يخرج سقطا فهو " مجهول الوصف والحال"[2] وبذلك فإنه محتمل ظهوره وغير محتمل وهي صفات لها تأثير كبير على تحديد أهلية الوجوب لديه. ويتجلى هذا الإشكال من زاوية النظر الى الجنين بحيث إذا نظر إليه من جهة كونه كالجزء من أمه يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها لاندماجه فيها، يحكم بعدم استقلاله فلا تثبت له ذمة، وبالتالي فلا يجب له ولا عليه شيء.

وإذا نظر إليه من جهة كونه نفسا مستقلا بحياة خاصة ولو محتملة، يحكم بثبوت الذمة له وبذلك يكون أهلا لوجوب الحقوق له وعليه. ولما لم يكن ترجيح إحدى الجهتين على الأخرى من كل وجه، فإن الشرع عامله من جهة كونه جزءا من أمه بعدم أهليته للوجوب عليه، وعامله من جهة كونه نفسا مستقلة بحياة خاصة بكونه أهلا للوجوب له. وبهذا لا يكون للجنين أهلية وجوب كاملة بل أهلية وجوب ناقصة.

---

[1] - سورة المؤمنون : الأيات 12 و 13 و 14.

[2] - محمد على الصابوني، المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الجيل، بيروت، 1999، ص 148.

وتثبت للجنين مجموعة من الحقوق كالإرث والوصية والوقف باعتبارها حقوق مالية بالإضافة الى مجموعة من الحقوق غير المالية كالنسب والجنسية...

وتتجلى أهمية الموضوع على المستوى العلمي، في اختلاف الأراء الفقهية التي قيلت وتقال بصدد الموضوع، حيث تجلى هذا الاختلاف على أساس تبوث هذه الحقوق وطبيعتها، أما على مستوى الأهمية العملية فتتجلى في معرفة الضمانات القانونية التي أقرها المشرع لحماية حقوق الجنين ووجوده القانوني.

وعليه طرحت لنا إشكالية الموضوع كالتالي : **كيف نظم المشرع والفقه الإسلامي أهلية الجنين بالشيء الذي يكفي لتوفير حماية قانونية له؟**

وللإحاطة بهذا الموضوع سنحاول دراسته وفق التصميم التالي :

المبحث الأول : أهلية الجنين وطبيعة الحقوق المترتبة عنها.

المبحث الثاني : حقوق الجنين و الحماية القانونية لها.

المبحث الأول : أهلية الجنين وطبيعة الحقوق المترتبة عنها.

لما كان الفقه قد أجمع على اكتساب الجنين لأهلية وجوب ناقصة تثبت له بها بعض الحقوق، فإن التساؤل يطرح حول أساس ثبوت هذه الحقوق له (المطلب الأول)، وكذا حول طبيعة هذه الحقوق التي يكتسبها الجنين (المطلب الثاني).

المطلب الأول : أساس ثبوت الحقوق للجنين

يتفق علماء الفقه علماء الشريعة الاسلامية، وفقهاء القانون الوضعي على أن الجنين تثبت له مجموعة من الحقوق الشرعية أو المدنية إلا أنه اختلفوا حول أساس ثبوت هذه الحقوق له. هل لكونه يملك أهلية وجوب من جهة، أو من جهة كونه يملك شخصية قانونية تثبت له في الفترة قبل ولادته.

الفقرة الأولى : أهلية الوجوب لدى الجنين

يعترف الشرع والقانون الوضعي باكتساب الجنين لأهلية وجوب ناقصة، فهي لا تتحمل بالالتزامات ولكنها ناقصة من حيث التمتع بالحقوق واكتسابها حيث تثبت له بعض الحقوق دون بعض،[3] إذ تثبت له الحقوق التي لا تحتاج مبدئيا في وجودها وصحتها الى قبول منه، لكنه غير أهل للحقوق التي تتطلب إرادة، على أن قدر التمتع بالحقوق ثابت لا يزيد ولا ينقص طوال مرحلة الحمل. ومن الحقوق التي تثبت للجنين الإرث والوصية والوقف، وقد اختلف الفقه في ثبوت الهبة له[4]، ولكن لا ينتقل إليه حق بطريق العقد .. ويعين للجنين وصي إذا كان له مال أتى من طريق الميراث أو الوصية أو الوقف.[5]

وغني عن البيان أن شرط ملكية الجنين لهذا المال أن يولد حيا، ولو مات بعد ذلك مباشرة، أما إذا ولد ميتا فيعتبر كأنه لم يوجد من الأصل، ويذهب المال إلى مستحقيه بفرض أنه لم يوجد[6].

وعلى اعتبار ما سبق يتضح أن قوة أهلية الوجوب لدى الجنين تكتسب من وقت تمام ولادته مع تحقق حياته عند الولادة، ومن تم فإن ولادة الجنين حيا تعد شرطا لاكتساب الذمة،

---

[3] - مفتاح محمد مفتاح قزيط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الاسلامي والقانون، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بالرباط، 1991، ص 51.

[4] - مصطفى الزرقا، المدخل للفقه العام، الجزء الثاني، دمشق، الطبعة العاشرة، 1968، ص 748.

[5] - المادة 237 من مدونة الأسرة.

[6] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، (نظرية العقد)، الجزء الأول، بيروت الطبعة الثانية، 1998، ص 323.

أما قبل الولادة فلا شخصية له، ويكون غير صالح لاكتساب أي من الحقوق،[7] وأن اعتراف المشرع له بمجموعة من الحقوق يعد أمر استثنائيا أملته ضرورة رفع الظلم عن الجنين، وحماية حقوقه، وليس له من الحقوق سوى تلك التي يعطيها له القانون صراحة.

الفقرة الثانية : الشخصية القانونية للجنين

تنص المادة 6 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن لكل إنسان في كل مكان الحق في أن يعترف له بالشخصية القانونية. وكلمة إنسان تطلق على الطفل و الجنين والرجل والمرأة. والاعتراف للجنين بالشخصية القانونية تعني الاعتراف بأهليته في التمتع بالحقوق وتمييزه عن باقي الكائنات حيوانا أو جمادا. فإذا كانت الشخصية القانونية هي مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق، ولو لم تكتسب حقوقا فعلا، وهي أيضا الصلاحية لاكتساب بعض الحقوق وليس كلها، فإن النتيجة المنطقية لكل هذا هو أن الجنين يتمتع بالشخصية القانونية وتبدأ "منذ الحمل، لا منذ الولادة إذ لا يعقل أن تبدأ الأهلية قبل أن تتكون الشخصية"،[8] ومن تم فإن تحقق الولادة حيا لا يحدد بداية شخصية الجنين فهي مبتدئة منذ الحمل وإنما واقعة الولادة تكسبها الاستقرار والثبات بصفة نهائية، وتعتبر بذلك لاتساع أهلية الوجوب للإنسان بعدما كانت علية من نقصان وقت الحمل، نقصان يمس أهلية الوجوب لا الشخصية.

ويتميز هذا الاتجاه بالعقلانية على اعتبار أن القول بوجود حق يعني بالضرورة وجود صاحب ينسب اليه، والحقوق لا تثبت إلا لمن اعترف له القانون بالصلاحية لاكتسابها، أي لن يتمتع بالشخصية القانونية وهي تتوافر لدى الشخص إذا كان صالحا لاكتساب ولو لحق واحد. ومنه الشخصية القانونية تعبير مجرد لا يقبل النقصان فإما الوجود أو العدم. والجنين باعتباره جزءا من أمه إلا أنه جزء قابل للانفصال عنها، لكل ذلك يكمن القول بأن القانون يعترف للجنين بالشخصية المفترضة بأنه يعتبر حيا بحسب المآل وانفصاله حي لا يعد سوى شرط لنفاذ حقوقه التي تثبت له وهو في بطن أمه. وجدير بالذكر فيما يخص الإرادة أن بعض التشريعات المقارنة كالقانون المدني الكويتي توجب على الجنين الالتزامات التي تقتضيها إدارة أمواله[9]. لنستشف من ذلك أن جوهر الاختلاف انما يتعلق بمصادر الحقوق التي يكتسبها الجنين ولا يمس بحقه في اكتسابها.

---

[7] - هشام القاسم المدخل الى علم الحقوق، المطبعة العلمية بدمشق، 1971، ص 324.

[8] - مصطفى الزرقا، م س، ص 24.

[9] - الفقرة الثانية من المادة 10 من القانون المدني الكويتي.

المطلب الثاني : طبيعة حقوق الجنين

اختلف الفقهاء حول طبيعة حقوق الجنين ومن بين أهم الآراء أن هناك من اعتبر حقوق الجنين معلقة على شرط واقف وهناك من اعتبرها معلقة على شرط فاسخ وهناك من اعتبر حقوق الجنين حقوق احتمالية.

الفقرة الأولى : حقوق الجنين معلقة على شرط.

الشرط هو كل ما يعلق على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب عليه إما الوجود أو الزوال.[10]

أولا : حقوق الجنين معلقة على شرط واقف.

الشرط الواقف هو عدم تحقق هاته الحقوق إلا عند تحقق الشرط، وهنا يرى بعض الفقه أن حقوق الجنين هي معلقة على تمام ولادته حيا فإذا تم ذلك تحققت هذه الحقوق بأثر رجعي، وإذا ولد ميتا فهو كأن لم يكتسب هاته الحقوق وترد الأموال إلى الأصل.[11]

ثانيا : حقوق الجنين معلقة على شرط فاسخ.

الشرط الفاسخ هو الذي يزول الحق بتحققه، وفي حالة الجنين فإن عدم ولادته حيا تجعل الحقوق الممنوحة له تزول تبعا لزوال الشخصية القانونية والتي تطرقنا لها فيما سبق بكثير من التفصيل.

الفقرة الثانية : حقوق الجنين حقوق احتمالية

هنالك رأي ثالث يرى أن حقوق الجنين هي حقوق احتمالية ينصب الاحتمال فيها على تمام الولادة حيا وهو عنصر أصيل في الحق وليس عارضا، إذ لا يتصور الحق من دونه.

وتتوزع حقوق الجنين على مرحلتين :

مرحلة الجنين : تكون الحقوق احتمالية.

مرحلة خروجه إلى الحياة : ثبات الحقوق واكتمالها.[12]

---

[10] - عبد الرحمان الشرقاوي، أحكام الالتزام،الطبعة الأولى، 2016، ص 15.

[11] - محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق، ص149.

[12] - محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي، منشور على الموقع الالكتروني، www.arablawinfo.com، تمت زيارة الموقع بتاريخ 2017/10/14، على الساعة 14:00.

المبحث الثاني : حقوق الجنين والحماية القانونية لها

الحقوق جمع حق، و هي من أسماء الله تعالى ومن قوله تعالى : " لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون"[13]

والحق عرفه الاستاذ نبيل سعد بكونه الاستئثار الذي يكون بقوة القانون لشخص من الاشخاص، و يخول له التسلط على شيء معين أو اقتضاء آداء معين من شخص أخر.

والجنين يحظى بعدة حقوق تكفلها الشريعة الاسلامية وجسدتها مختلف المذاهب الفقهية ومنها الفقه المالكي الذي يتخذ منه المغرب مذهبا لفهم مقاصد الشريعة و مراميها وتفسير أحكامها ومضامينها.

المطلب الأول : حقوق الجنين.

تنقسم حقوق الجنين عموما إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية و سنتطرق إلى كل منهما بتفصيل في كل من الفقرتين التاليتين.

الفقرة الأولى الحقوق المالية للجنين.

الحقوق المالية للجنين هي تلك الحقوق القابلة للتقويم المالي مما يجعلها قابلة لأن تكون محل سائر المعاملات المالية على خلاف الحقوق غير المالية وتنقسم حقوق الجنين المالية إلى حقوق مالية على الوجه الإلزام (أولا)، وحقوق مالية على وجه التبرع (ثانيا).

أولا : الحقوق المالية على وجه الإلزام.

هي تلك الحقوق التي تثبت للجنين في حالات غير التبرع أي تثبت له بقوة القانون وتتمثل في ثلاثة حقوق أساسية :

- الحق في النفقة.
- الحق في الميراث.
- الحق في الشفعة.

أ : الحق في النفقة

[13] سورة يسن، الأية 7.

النفقة هي من الحقوق التي أقرتها الشريعة الإسلامية للأولاد على الزوج وعلى غرارها سارت مدونة الأسرة ولو أن هذه الأخيرة لم تعرف النفقة بل حددت ما يعتبر من مشتملاتها.

والنفقة هي كل ما يصرفه الانسان على نفسه وزوجته وأولاده وكل أهله من طعام وكسوة وتمريض واسكان،[14]

وفي حالة الحمل هنا يحق للجنين النفقة وما تشتمله من سكن وغداء ورعاية للجنين، حيث جاء في قوله تعالى: "وإن كنا أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن"[15] وهاته الأية تلزم الزوج بدفع نفقة الحامل وقت تطليقها وفي هذا حماية للجنين من أمراض عدة كسوء التغذية وحفاظا عليه من المؤثرات الخارجية بتوفير الاستقرار للأم من حيث السكن.[16]

ب : الحق في الإرث :

عرف الفصل 323 من مدونة الأسرة الإرث بوصفه انتقال حق بموت مالكه بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبر ولا معاوضة .

و يشترط في استحقاقه الارث حسب الفصل 330 :

- تحقق موت المورث حقيقة أو حكما.
- وجود ورثة حقيقة أو حكما.
- العلم بجهة الإرث.

و بذلك يتبين أنه من شروط استحقاق الإرث عموما كون الوارث موجودا إما حقيقة أو حكما وقت وفاة الموروث على أن يكون سبب الإرث قائما دون مانع.

الوجود الحقيقي للوارث أن يكون حيا حين وفاة مورثه أما الوجود الحكمي أو التقديري للوارث فينسحب على الجنين في بطن أمه فيأخذ حكم الموجود إلا أنه يشترط لذلك تحقق شرطين:

- وفاة أحد لمن له الحق في تركته داخل السنة السابقة على ولادته وهي أقصى مدة الحمل في القانون المغربي وهذا ما نصت عليه المادة 154 من مدونة الأسرة. ما لم تكن حجة استحالة تحقق الحمل فعلا بحكم الواقع أو القانون كأن يكون زواج

---

[14] - جميلة أوحيدة، قانون الأسرة، طبعة 2015، ص 222

[15] - سورة الطلاق، الأية 6.

[16] - شهرزاد بوساطلة، الحقوق المالية والمعنوية للجنين في الشريعة الإسلامية، منشور على الموقع الالكتروني، www.law-dz.net، تاريخ الزيارة 2017/10/14، على الساعة 15:00.

والديه لم ينعد إلا قبل 6 أشهر مثلا من ولادته، وهي أقل مدة الحمل وسنتحدث في مدد الحمل في حينه.

- كونه يتمتع بأهليته الوجوب فإنه يتمتع بحقوقه الإرثية شريطة أن تتحقق حياته عند ولادته بصراخ أو رضاع، أو نحوهما كما نصت المادة 331 من مدونة الأسرة،[17] وغالبية الفقه حسم نهائيا فاشترط الاستهلال بحيث ولادة الجنين ميتا لا يعطيه أي حقوق إرثية، ويعتبر وجود الحمل أو ادعائه من المرأة موجبا لوقف قسمة التركة بين الورثة في القانون المغربي وتبقى موقوفة الى وضعه أو اليأس منه،[18] وذلك على الرغم من عدم وجود نص صريح من مدونة الاسرة، و يمكن استخلاص هذا الحكم استنادا الى الفصل 1084 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي الذي أوجب أن تكون القسمة القضائية في حالة وجود أي شخص بين الشركاء لا تتوافر أهلية التصرف في أمواله.

بالإضافة الى أن الرأي المشهور في المذهب المالكي يرى وقف قسمة التركة حتى ينفصل الجنين عن أمه، وقد قال الشيخ خليل بن اسحاق المالكي "ووقف القسمة الحمل"، وقال بن عاصم في تحفة الحكام ويوقف القسم مع الحمل الى أن يستهل صارخا فيعمله.[19]

هذا الموقف له فائدة كبيرة حيت يأخذ كل وارث نصيبه كاملا غير منقوص وبصفة نهائية، بعد أن يعلم حال الجنين حياته أو وفاته وجنسه.

ت - الحق في الشفعة :

الشفعة عرفها المشرع المغربي في المادة 292 من مدونة الحقوق العينية،[20] على أن :"الشفعة أخذ شريك في مال مشاع أو حق عيني مشاع حصة شريكه المبيعة بثمنها بعد اداء الثمن و مصروفات العقد اللازمة والمصروفات النافعة عند الإقتضاء".

ولكن قد يكون الشريك في عقار جنينا (كأن يوصي شخص له بنصيبه فيبيع الشريك الأخر حصته).

---

[17] - لحسن رحو، الوجيز في أحكام الارث وفق القانون المغربي بين إيحاءات العقل وإملاءات النقل. طبعة 2010، ص 38.

[18] - أحمد الغازي لحسيني، مختصر علم الفرائض والحقوق الارثية، ص 17 و 38.

[19] - ابن عاصم ، تحفة الحكام، منشور بالموقع www.fatwa.islamweb.net، تاريخ الزيارة 2017/10/14، على الساعة 10:30.

[20] - قانون 39.08

الفقهاء المسلمون اتفقوا على مشروعية الشفعة وأقروا بالأخذ بها، إلا أنهم اختلفوا حول الشفعة للجنين حتى في المذهب الواحد.

فبعض الحنابلة يرونه لا يستحق الشفعة وفقهاء أخرون حنابلة يرون أن له الحق في الشفعة. ويرى المالكية أن الحمل يثبت له الحق في الشفعة ولكن لا يستعمل وليه ذلك الحق إلا بعد أن يولد حيا، وقد قاسوا ذلك على الميراث لأنه لا ميراث له إلا بعد الولادة والاستهلال. أما المشرع المغربي فلم ينظم جواز الأخذ بالشفعة للجنين في نص خاص وعلى الرغم من ذلك، فإنه يمكن طالما فيه حماية لحقوق الجنين.

ج - الحق في الوصية :

الوصية هي الحق الثالث المتعلق بالتركة بعد تجهيز الميت وأداء الديون وهي نوعين (عادية و إجبارية)، وعرفها الفقهاء أنها تمليك مضاف الى ما بعد الموت لا مقابلة عوض عينا كان الموصى به أو منفعة، وفي المدونة عرفها المشرع في المادة 277 " الوصية هي عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته". ولهذه الوصية أركان هي :

- الموصي : هو كل مالك حر مميز، فلا تصح من العبد ولا المجنون (إلا حال إفاقته) ولا من الصبي غبر المميز، وتصح من الصبي المميز إذا عقل القربة، ومن الكافر إلا أن يوصي بخمر أو خنزير لمسلم ومن السفيه.

- الموصى له : كل من يتصور له الملك من كبير أو صغير حرا أو عبدا سواء كان موجودا أو منتظر الموجود كالحمل إلا الوارث فلا تجوز له اتفاقا إلا إذا أجازها سائر الورثة.

- الموصى به : كل مال سواء كان حق عيني أو منفعة قابل لتملك بنفسه.

- الصيغة : الإيجاب من الموصي والإيجاب يكون بكل لفظ.[21]

وبرجوعنا للركن الثاني وهو الموصى له (حالة الجنين) يحق له في الوصية إذا تحققت شروطها وكان موجودا في بطن أمه، فإذا مات الوصي استحقها الجنين بتمام ولادته حيا، ويتحقق وجود الحمل وقت الوصية أو وقت موت الموصي ويكون بولادته في أقل مدة (6 أشهر وأقصى مدة هس سنة).

والوصية في حال تعدد الأجنة لا تختلف في حال انفرادها، وفي حال كانت لأكثر من جنين يتم اقتسامها بالتساوي بين الذكور والاناث و تراعى شروط الموصي في ذلك (فإذا

[21] - مريم بربور، محاضرات في علم الفرائض، طبعة 2005، ص 136. و 137.

أوصى لهم جميعا كانت من حقهم وإذا أفرد أحدهم ذكر أو أنثى لا يستحقها إلا من أوصيت له).[22]

لا يستفيد الجنين من الوصية الاختيارية فقط بل يستفيد أيضا من الوصية الواجبة وهي التي توجب بنص القانون استنادا إلى وضع راعاه المشرع يخص صنفا من القرابة لا يرثون وهم الأحفاد من جهة الذكور، وهذه الوصية لا تتوقف على قبول من الموصى له ومن هنا سميت بالواجبة وتنفذ بحكم القانون.

وتتحقق هذه الوصية بوجود أبناء توفي أبوهم أو أمهم في حياة جدهم أو جدتهم، وقد نصت على هذا الحكم المادة 369 من مدونة الأسرة.

د : حق الوقف أو الحبس

المشرع المغربي عرف الوقف في المادة 1 من مدونة الأوقاف[23] كما يلي :"الوقف هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتو وخصصت منفعته لفائدة جهة بر واحسان عامة او خاصة، ويتم انشاؤه بعقد أو بوصية أو بقوة القانون"، وجاء في المادة 130 من مدونة الحقوق العينية على انه " تطبق على حق الحبس الأحكام الواردة في مدونة الأوقاف".

وينقسم الوقف إلى ثلاثة أنواع : العام والمعقب والمشترك،

فأما النوع الأول وهو كل وقف خصصت منفعته ابتداء لوجوه البر والاحسان وتحقيق المنفعة العامة.

أما النوع الثاني وهو ما وقف على ولد وعقب أو نسل او ذرية المحبس أو غيره، ولا يجوز انشاء الوقف المعقب إلا في حدود ثلاث طبقات بحيث يشمل الموقوف عليه واولاده وأولاد أولاده وما عدا ذلك فهو باطل.

أما الثالث فهو هو ما حبست أعيانه لجهة بر واحسان وللأفراد والدراري معا.

---

[22] - محمد مومن، م س، ص 26.

[23] - ظهير شريف رقم 1.09.236 صادر بتاريخ 08 ربيع الأول 1431 الموافق ل 23 فبراير 2010 متعلق بمدونة الأوقاف جريدة رسمية عدد 5847 فاتح رجب 1431 الموافق ل 14 يونيو 2010.

وأركان الوقف حسب المادة 30 من مدونة الأوقاف "الواقف و الموقوف علبه والمال الموقوف وأخيرا الصيغة"، أما ما يتعلق بشروطه فهي حسب المادة 24 من مدونة الأوقاف الاشهاد على الوقف و حوز المال الموقوف قبل حصول المانع"[24]

أجال الفقهاء الوقف على الأولاد والذرية الموجود منهم، وقد اختلفوا في صحته للجنين، حيث أجازه فقهاء المالكية الوقف للجنين واعتبروه غير لازم بموجب عقد بل يوقف لزومه إلى أن يوجب، عكس الشافعية والحنابلة فرأوا عدم صحة الوقف للجنين لعدم صحة تملكه.

ويجيز فقهاء المالكية والحنفية الغلة للجنين من يوم التأكد من وجوده في بطن أمه فتحسب له الغلة إذا ولد حيا وإلا أرجعت لمستحقيها، بينما يرى الشافعية والحنابلة أن الجنين لا يستحق الوقف والغلة إلا بعد ولادته حيا لأنه غير محقق الوجود والجنين ليس أهلا للانتفاع.[25]

ج : الهبة

عرفها المشرع المغربي في المادة 273 من مدونة الحقوق العينية أنها تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له بدون عوض. وبخصوص حق الجنين في الهبة فهناك اتجاهان فقهيان متعارضان، فالحنفية والشافعية والحنابلة يعارضون اكتساب الجنين لهذا الحق اسنادا لعدم تحقق شرط الوجود في الجنين و عدم تحقق شرط القبول.

أما المالكية فكانوا من المؤيدين لجواز الهبة للجنين بحيث إذا وجد الجنين حيا كان له ذلك ؛أما إذا ولد ميتا بقي ذلك الشيء لصاحبه وإذا ولد الجنين حيا ثم مات بعد ذلك كانت الهبة لورثت المولود؛.[26]

وعلى الرغم من عدم وجود مثل هذه النصوص الصريحة في القانون المغربي، فإنه ليس هناك ما يسوغ حرمان الجنين فيما يوهب له بداعي توقف الهبة على القبول، لأن علة اعتراف القانون للجنين بأهلية الوجوب له هي المحافظة على حقوقه ومصالحه، ويشمل ذلك كل ما فيه فائدة محضة دون التفريق بين حق يتوقف على قبوله وحق لا يتوقف عليه، لتبقى العقبة التي تحول دون إمكانية الهبة للجنين هي عدم تعيين وصي عليه والذي يملك القبول لمصلحة الجنين في هذه الحالة.[27]

---

[24] - المانع هو موت الواقف أو افلاسه

[25] - شهرزاد بوصطلة، م س، ص

[26] - طمتاك ليلى و تناوي ليندة، مركز الجنين في القانون الجزائري والفقه الاسلامي، ص 77.

[27] - إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية الحق، مطبعة فضالة المحمدية .

الفقرة الثانية : الحقوق غير المالية للجنين

لما كانت للجنين شخصية قانونية كان لزاما أن يتمتع إلى جانب الحقوق المالية والمذكورة آنفا بحقوق أخرى بحقوق غير مالية، وقد سميت بهذا المصطلح كونها مرتبطة بذات الجنين، ونخص بالذكر هنا كلا من حقه في النسب وحقه في الجنسية.

أولا : الحق في النسب

يعتبر النسب من الحقوق ذات الطابع المعنوي ولذلك فهو يدخل في زمرة الحقوق غير المالية، ويعرف في اللغة بالقرابة والمصاهرة وجمعه أنساب، واصطلاحا فقد عرفته مدونة الأسرة[28] في مادتها 150 : " النسب لحمة شرعية بين الأب وولده تنتقل من السلف إلى الخلف ".

فالنسب إذن هو رابطة شرعية تربط الفروع بالأصول في إطار الضوابط والقواعد المنصوص عليها في مدونة الأسرة[29].

وكما هو معلوم فإن الشريعة الإسلامية وكذا مختلف القوانين الوضعية اهتمت على حد السواء بمسألة النسب نظرا لحساسيتها حفظا للأنسال والأعراض من الضياع والاختلاط فحرمت تبعا لذلك الزنا والتبني، وتم جعل العلاقة الشرعية المتمثلة في الزواج الوسيلة الوحيدة للحوق النسب، وبذلك يحق للجنين أن يثبت نسبه من أبيه ما لم ينتف بالطرق الشرعية.

لكن هذا الحق لا يثبت إلا إذا توفرت ضوابط معينة والتي من بينها احترام مدة الحمل الدنيا والقصوى.

فأما ما يتعلق بالمدة الأدنى للحمل فلم يقع فيها خلاف فقهي وتم تحديدها في ستة أشهر استنباطا من قوله تعالى : " وحمله وفصاله ثلاثون شهرا"[30]، وقوله أيضا " وفصاله في عامين"[31]، فبإسقاط مدة الفصال الواردة في الآية الأخيرة وهي عامان أي 24 شهرا والفصال الواردة في الآية الأولى وهي 30 شهرا لم يبق إلا ستة أشهر والتي هي المدة الأقل للحمل.

---

[28] - ظهير شريف رقم 1.04.22 صادر في 21 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذي الحجة 1424 الموافق ل 05 فبراير 2004.

[29] - دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد1، 2004، الطبعة الثالثة، فبراير 2007.

[30] - سورة الأحقاف الآية 15.

[31] - سور لقمان الآية 14.

وهو نفس الأمر الذي أخذ به المشرع في مدونة الأسرة وذلك في المادة 154 منها حيث جاء فيها " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية :

إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا "..

لكن بالنظر في الحد الأدنى لمدة الحمل في التشريع الجزائري نجد أن مشرع قانون الإجراءات المدنية الجزائري في مادته 42 أخذ بنفس المدة لكن ابتداء من تاريخ الدخول وليس من تاريخ العقد والتي تنص على " أقل مدة للحمل هي 6 أشهر من تاريخ الدخول...".

وإذا وقع إجماع بخصوص الحد الأدنى لأمد الحمل فإنه بالنسبة لأقصى مدة الحمل فقد وقع خلاف فقهي حولها، لأنه لم يرد نص في القرآن ولا في السنة يدل عليها، ويمكن إجمال آراء الفقهاء بهذا الصدد على النحو التالي :

الرأي الأول : يرى أن أقصى مدة للحمل هي خمس سنوات، وبهذا قالت المالكية وقال بعض أصحاب مالك سبع سنوات.

الرأي الثاني : ويذهب أصحابه إلى أن أقصى مدة للحمل هي أربع سنوات، وبهذا قالت الشافعية.

الرأي الثالث : يقول أن أقصى مدة للحمل هي تسعة أشهر وهو قول الظاهرية.

الرأي الخامس : وهو رأي محمد بن الحكم من المالكية الذي قال أن أكثرها هو سنة هلالية أي 354 يوم وهذا القول هو الذي رجحه بن رشد[32].

ويلاحظ أن كل هذه الآراء مجرد اجتهادات لا تصلح للاستدلال لأنه ليس في أقصى مدة الحمل كتاب ولا سنة.

ونجد أن المشرع الجزائري في المادة 42 و 43 من قانون الإجراءات الجزائري أخذ بمدة 10 أشهر وذلك في نصه على " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال مدة عشر أشهر من الانفصال أو الوفاة".

لكن المشرع المغربي وهو بصدد تحديده للأقصى مدة الحمل فقد حددها في المادة 154 ب سنة وذلك في قوله " يثبت نسب الولد بفراش الزوجية :

---

[32] - محمد مومن " أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي" مقال منشور بالموقع www.arablawinfo.com ص 16 هامش.

إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق".

ثانيا : الحق في الجنسية

تعتبر الجنسية أهم حق سياسي يمكن أن يتمتع به أي فرد، فهي الرابطة القانونية التي تربط الفرد بالدولة التي ينتمي إليها وبمقتضاها يمارس الحقوق والواجبات المترتبة عن ذلك.

وعلى اعتبار أن الحق في الجنسية جزء لا يتجزأ من العناصر المكونة للشخصية القانونية التي يتمتع بها الجنين، فإنه تبعا لذلك يحق لهذا الأخير التمتع بها وطبعا بشروطها المذكورة في القانون المنظم لها[33].

اذ نجد المادة 6 من القانون المنظم للجنسية تشترط للحصول على الجنسية الوطنية ان يولد الشخص من أب مغربي أو أم مغربية، وايضا المادة 7 من نفس القانون لا تشترط في الوالدين الجنسية المغربية وانما تشترط ميلاد الشخص في المغرب وان كان والداه أجنبيين، ما لم يثبت خلال قصوره أنه ينحدر من نسب أجنبي وكان يتمتع بجنيية هذا الاجنبي، فإنه يعتبر كأن لم يكن مغربيا قط، وكل شخص مجهول الأبوين في المغرب يفترض فيه أنه مولود في المغرب الى أن يثبت العكس.

علما أن نسب الولد لايؤثر على جنسيته ما لم يثبت قبل بلوغه سن الرشد.

وكذلك يكتسب الجنسية المغربية كل شخص مولود بالمغرب من أبوين أجنبيين شريطة ميلادهما أيضا بالمغرب، بالاضافة الى إقامته الاعتيادية والمنتظمة او تصريحة خلال السنتين السابقتين على بلوغه سن الرشد القانوني برغبته في اكتساب الجنسية المغربية ما لم يعارضه وزير العدل بسبب عدم استيفاء الطلب للشروط القانونية.

المطلب الثاني : الحماية القانونية لحقوق الجنين

إن اعتراف القانون للجنين بأهلية وجوب ناقصة تخوله التمتع بالحقوق السالف ذكرها، وعليه كان لزاما تقرير حماية قانونية لها من خلال إعمال الوصاية على الجنين و وقف التقادم في حقه.

الفقرة الأولى : الوصاية على الجنين

[33] - ظهير شريف رقم 1.58.250 بسن قانون الجنسية المغربية، الجريدة الرسمي عدد 2395 بتاريخ 4 ربيع الأول 1378 الموافق ل 19 شتنبر 1958 ص 2190.

إذا كانت الولاية سلطة على شخص القاصر وأمواله، لتنشئته وتعليمه وسائر التصرفات المتعلقة به، فإن الوصاية هي سلطة على مال القاصر لحفظه وإدارته.

وقد تضاربت آراء الفقهاء بين مؤيد لمسألة الوصاية على الجنين ومعارض لها، فالبعض يرى عدم جواز تنصيب الوصي على الجنين، لأنه أصلا لا ولاية لأحد على الجنين إلا بعد ولادته حيا، ومن باب أولى ألا يكون له وصي، مؤسسين قولهم على اعتبار أن الجنين جزء من الأم وكما لا تثبت للأب الولاية على الأم فلا تثبت على ما هو من أجزائها، بل وقالوا بأن الأموال المحجوزة للجنين من وصية وميراث ووقف ليس له حق تملكها ما لم يولد حيا[34]، وبالتالي فمادام لا يوجد مال في حوزته فلا ضرورة للوصاية عليه.

بينما يرى آخرون بصحتها وضرورة إعمالها خصوصا وأن هذا الوصي لا يكون له صلاحية الأوصياء من حيث الإدارة والتصرف، بل إن مهمته مقتصرة على حفظ أموال وحقوق الجنين لذلك فهو يعتبر كالأمين، وقد اعتمد هذا الجانب من الفقه في تعزيز آرائه على كون أن الجنين يعتبر في هذه الفترة في عداد الأحياء حكما وتقديرا، وإنما أمر ولادته ما هو إلا تثبيت لملكيته خصوصا وأنه إذا ولد حيا فإن اكتسابه للحقوق الثابتة له يكون بأثر رجعي أي منذ زمن قيام سبب الحق، وقد أكدت مدونة الأسرة على ذلك في المادة 237 بقولها :" يجوز للأب أن يعين وصيا على ولده المحجور أو الحمل ..." لكن شريطة عرضها على القاضي للتحقق منها وتثبيتها كما نصت على ذلك المادة 238 من مدونة الأسرة.

ويجوز للوصي المختار تفويض الوصاية لغيره متى حضرته المنية فيكون لهذا الأخير الحكم نفسه في جميع التصرفات التي تكون للوصي أن يقوم بها في سبيل حفظ أموال الجنين، وتكون تصرفاته صحيحة ما دامت لم تخرج عن الصلاحيات الممنوحة له قانونا، وإذا ولد الجنين ميتا أعاد الوصي الأموال إلى أصحاب الحق فيها الذين كانوا يستحقونها حالة تحقق سببها.

الفقرة الثانية : وقف التقادم في حق الجنين

التقادم كأحد أسباب انقضاء الالتزام المنصوص عليها في الفصل 319 من ظهير الالتزامات والعقود فهو مرور مدة من الزمن يترتب عليها إما سقوط الحق أو اكتسابه، لذلك فهو على نوعين، فإما أن يكون مكسبا أو مسقطا.

[34]- محمد مومن، مرجع سابق ص11.

فأما الأول فهو الذي يسمح لحائز الحق اكتسابه وتملكه – ما عدا حق الملكية - اذا استمرت حيازته مدة من الزمن تكفل المشرع بتحديدها، وأما الثاني فبمقتضاه ينقضي الحق اذا ما سكت صاحبه عن المطالبة به لمدة من الزمن أيضا حددها المشرع.

قد تطرأ أثناء سير التقادم عقبات تعيق تحقيق آثاره وتعطل مضيه فتكون سببا لوقفه وذلك حماية لبعض الأشخاص الذين يستحقون رعاية القانون بحيث إذا زال المانع عاد التقادم يمضي في سريانه نع احتساب المدة السابقة على الوقف[35].

وقد عرض المشرع المغربي لأسباب وقف التقادم في المواد 378 و 379 و 380 من ظهير الالتزامات والعقود، والتي من بينها وقف التقادم لمصلحة القاصر وناقص الأهلية بحيث نص الفصل 379 من ظهير الالتزامات والعقود أن التقادم " لا يسري ضد القاصرين غير المرشدين وناقصي الأهلية الآخرين إذا لم يكن لهم وصي أو مساعد قضائي أو مقدم وذلك إلى ما بعد بلوغهم سن الرشد أو ترشيدهم أو تعيين نائب قانوني لهم".

من خلال هذا الفصل يتبين أن المشرع قرر وقف التقادم لمصلحة ناقص الأهلية شريطة عدم توفرهم على ممثلهم القانوني حماية لهم وصيانة لحقوقهم من الضياع، والسؤال المطروح هل يشمل حكم هذا النص الجنين أيضا في حالة عدم وجود وليه القانوني كما لو توفي أبوه قبل ولادته وكانت أمه غير راشدة ولم يعين الأب وصيا عليه؟

ويرى بعض الفقه[36] أن التقادم يجب أن يتوقف في حق الجنين وذلك أن التقادم إذا كان يتوقف في حق القاصرين وناقصي الأهلية فإنه من باب أولى إيقافه لمصلحة الجنين لأنه أحق بالحماية وكذلك قياسا لاتحادهما في العلة، غير أن وقف التقادم في هذه الحالة متوقف على ولادة الجنين حيا أو ميتا، ففي الحالة الأولى فإن وقف التقادم يعد نهائيا، بحيث يظل موقوفا إلى أن يعين للمولود من يمثله قانونا، أو إلى أن يرشد، أو إلى أن يبلغ سن الرشد، أما في الحالة الثانية أي إذا ولد الجنين ميتا فإن وقف التقادم يعد كأن لم يكن، وأن التقادم ما زال ساريا منذ البداية.

وهذا الرأي هو الذي يتفق مع غاية المشرع ما دامت حفظ حقوق القاصرين وناقصي الأهلية من خلال تقريره للحكم المقرر في الفصل السابق، وبالتالي فإن التقادم يتوقف لمصلحة كل شخص لم يبلغ سن الرشد سواء كان مميزا أو فاقدا للتمييز، ولا يسري في حقه إلا إذا

---

[35] - مأمون الكزبري،" نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه" الجزء الثاني، ص 547.

[36] - سعيد الدغيمر" قطع التقادم ووقفه في ضوء قانون الالتزامات والعقود" أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية 1974، ص 189.

كان له من يمثله قانونا، وكلمة كل شخص تفيد العموم الذي يؤخذ على إطلاقه وهو بذلك يشمل حتى الجنين.

خاتمة :

ومجمل القول يتبين أن المشرع المغربي لم يهتم بالوضعية الخاصة للجنين إنما عمل على تقنين وتأطير بعض الأحكام المتعلقة به، وأحال معظمها على الفقه الإسلامي ونخص بالذكر الفقه المالكي، تطبيقا للمادة 400 من مدون الأسرة.

الجنين كائن عديم الارادة وخاضع في كل ما يحدث له لإرادة الأخر سواء كانت نافعة أو تحمل ضررا له، ليبقى التساؤل المطروح هو مدى قدرة المشرع على ضمان حقوق الجنين في زمان ترتفع فيه نسب الاجهاض وممارسات تمس بحرمة الأجنة كالخبرات الطبية وتجارب الاستنساخ؟.

لائحة المراجع :

❖ الكتب :

- أحمد الغازي لحسيني، مختصر علم الفرائض والحقوق الارثية.
- إدريس العلوي العبدلاوي، نظرية الحق، مطبعة فضالة المحمدية .

جميلة أوحيدة، قانون الأسرة.

- سعيد الدغيمر" قطع التقادم ووقفه في ضوء قانون الالتزامات والعقود" أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية 1974.
- طمتاك ليلى و تناوي ليندة، مركز الجنين في القانون الجزائري والفقه الاسلامي.

عبد الرحمان الشرقاوي، أحكام الالتزام.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، (نظرية العقد)، الجزء الأول، بيروت الطبعة الثانية، 1998.
- لحسن رحو، الوجيز في أحكام الارث وفق القانون المغربي بين إيحاءات العقل وإملاءات النقل.
- مأمون الكزبري،" نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، أوصاف الالتزام وانتقاله وانقضاؤه" الجزء الثاني.
- محمد شكري سرور، النظرية العامة للحق.
- محمد على الصابوني، المواريث في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الجيل، بيروت، 1999.
- مريم بربور، محاضرات في علم الفرائض.
- مصطفى الزرقا، المدخل للفقه العام، الجزء الثاني، دمشق، الطبعة العاشرة، 1968.
- هشام القاسم المدخل الى علم الحقوق، المطبعة العلمية بدمشق، 1971.

❖ **الأطروحات والرسائل الجامعية :**

- سعيد الدغيمر" قطع التقادم ووقفه في ضوء قانون الالتزامات والعقود" أطروحة لنيل دكتوراه الدولة، جامعة محمد الخامس بالرباط، السنة الجامعية 1974.
- مفتاح محمد مفتاح قزيط، الحماية القانونية للجنين بين الفقه الاسلامي والقانون، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بالرباط، 1991.

❖ **المقالات :**

- ابن عاصم ، تحفة الحكام، منشور بالموقع www.fatwa.islamweb.net.
- شهرزاد بوساطلة، الحقوق المالية والمعنوية للجنين في الشريعة الإسلامية، منشور على الموقع الالكتروني، www.law-dz.net.
- محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي، منشور على الموقع الالكتروني، www.arablawinfo.com.

❖ **الدلائل العملية :**

- دليل عملي لمدونة الأسرة، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد1، 2004، الطبعة الثالثة، فبراير 2007.

الفهرس :

مقدمة 2

المبحث الأول : أهلية الجنين وطبيعة الحقوق المترتبة عنها.....4

المطلب الأول : أساس ثبوت الحقوق للجنين.....4

الفقرة الأولى : أهلية الوجوب لدى الجنين.....4

الفقرة الثانية : الشخصية القانونية للجنين.....5

المطلب الثاني : طبيعة حقوق الجنين.....6

الفقرة الأولى : حقوق الجنين معلقة على شرط.....6

الفقرة الثانية : حقوق الجنين حقوق احتمالية.....6

المبحث الثاني : حقوق الجنين والحماية القانونية لها.....7

المطلب الأول : حقوق الجنين.....7

الفقرة الأولى الحقوق المالية للجنين.....7

الفقرة الثانية : الحقوق غير المالية للجنين.....13

المطلب الثاني : الحماية القانونية لحقوق الجنين.....15

الفقرة الأولى : الوصاية على الجنين.....15

الفقرة الثانية : وقف التقادم في حق الجنين.....16

خاتمة 18

لائحة المراجع.....19

الفهرس 21